

جامعة الإسكندرية  
ALEXANDRIA  
UNIVERSITY



# مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الأول ٢٠١٠



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

---

مجلة علمية فصلية محكمة

---

العدد الأول 2010



## 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 : 4863964 - 4846616

فاكس : 4876611

البريد الإلكتروني : [journal.law@alexu.edu.eg](mailto:journal.law@alexu.edu.eg)

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 و من 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 التغطاي 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 إذن كتابي 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/ التليفون/ 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 الشاطبي - الإسكندرية - جمهوريه مصر العربية.

## محتويات العدد

- التحول عن المجال الجنائي في جرائم قانون الاعمال في ضوء الانظمة السعودية ٣١-١١
- أ. د/فتوح عبدالله الشاذلي
- التحول من قانون المسؤولية الى قانون التأمين أ.د/السيد محمد السيد عمران ٤٣-٣٣
- مدى تعويض الاضرار الناتجة عن افعال الارهاب التحول من قانون المسؤولية ٥٨-٤٥ الى قواعد خاصة أ.د/السيد محمد السيد عمران
- نحو الفسخ بالارادة المفردة قراءة في التوجهات القضائية و التشريعية الحديثة ٢٨٧-٥٩
- د/محمد حسن قاسم
- اجازة الحج في قانون العمل الاردنى دراسة موازنة ٣٠٦-٢٨٩
- د/هيثم حامد المصاروة
- حجية الرسائل الالكترونية المرسله من خلال الهاتف النقال فى اثبات التعاقد ٣٣٥-٣٠٧
- د/ زيد محمود عقيلة
- The owner's Rights and Obligations with regard to the Individually Owned Unit and common Areas in the UAE federal Legislations with particular Emphasis on the Emirate of Dubai Law No.17 of2007 concerning ownership of Jointly Owned Properties ٤٢٧-٣٣٧
- Dr/ Zaid Muhmoud Al- Aqaileh
- المحاكم الاقتصادية د/ احمد السيد صاوى ٤٧٣-٤٢٩

# التحول عن المجال الجنائي في جرائم قانون الأعمال في ضوء الأنظمة السعودية الأستاذ الدكتور / فتوح عبد الله الشاذلي أستاذ القانون الجنائي كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

## مقدمة

لا توجد في المملكة العربية السعودية مدونة عقابية باسم "قانون العقوبات"، تحتوي على مواد مقررة لقواعد القسم العام والقسم الخاص، أي الجرائم وعقوباتها، على نحو ما هو مقرر في الدول الأخرى.

لذلك فأحكام النظام الجزائي بشقيه العام والخاص تتضمنها الشريعة الإسلامية، صاحبة الولاية العامة في المسائل القانونية وأساس النظام القانوني في كافة فروعها، بما فيها نظام التجريم والعقاب.

لكن نظام التجريم والعقاب في المملكة العربية السعودية لا يغفل المبادئ العامة التي ينبغي أن يقوم عليها هذا النظام في المجتمعات الحديثة، وأهمها مبدأ شرعية التجريم والعقاب والإجراءات، وهو مبدأ يجد مصدره كذلك في أحكام الشريعة الإسلامية. وفي تطبيق مبدأ الشرعية الجنائية، الموضوعية والإجرائية، راعت الشريعة الإسلامية ما ينبغي أن يتوافر للنظام الجنائي من مرونة تجعله صالحاً للتطبيق في كل زمان ومكان. من أجل ذلك حددت الشريعة عقوبات ثابتة للأفعال الإجرامية، التي لا تتغير صفتها هذه باختلاف الزمان أو تغير المكان، وتلك هي الأفعال الموجبة للحد أو القصاص، وهي واردة على سبيل الحصر.

أما غير ذلك من الأفعال الإجرامية، فقد حرمتها الشريعة إجمالاً تاركة لولي الأمر وللقاضى - كل في حدود ولايته الشرعية والنظامية - تقدير العقوبات الملزمة له حسب ظروف المجرم والجريمة، وتلك هي الأفعال الموجبة للتعزير.

والتعزير مجال واسع يتعلق بالسياسة الشرعية، ويكون في معصية لم يرد فيها عقوبة مقدرة. فالتعزير هو العقوبة التي يترك لولي الأمر تحديدها لجرائم معينة، ويطبّقها القاضي في ضوء السلطة التقديرية التي تسمح بها النصوص النظامية المقررة لهذه العقوبات، تحقيقاً للمصلحة العامة.

وفي المملكة العربية السعودية التي يقوم نظامها الجنائي على أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، حددت السلطة التنظيمية ممثلة في ولي الأمر عقوبات لبعض الأفعال الموجبة للتعزير وفقاً لاعتبارات

المصلحة العامة. هذه الأفعال تشكل مخالفات نظامية، وتتضمنها الأنظمة التي تستمد شرعيتها وتستند ولاية إصدارها لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة. لذلك فالجرائم التعزيرية التي تتضمنها الأنظمة الصادرة في المملكة من ولي الأمر، ونطلق عليها "جرائم التعزير المنظمة"، تعد جزءاً لا يتجزأ من النظام الجزائي في المملكة. والمملكة في سعيها لتحديث نظامها الجزائي في غير جرائم الحدود والقصاص ماضية في إصدار العديد من الأنظمة التي تواجه الظواهر الإجرامية المستحدثة، حماية للمجتمع الإسلامي وتأكيداً لما ينبغي أن يسود فيه من قيم إسلامية أصيلة.

والنظام السعودي - لذلك - لا يقسم الجرائم إلى جنایات وجنح ومخالفات، كما هو مقرر في غالبية الأنظمة القانونية في العالم، وإنما تقسم الجرائم فيه إلى:

- جرائم ذات عقوبات مقدرة شرعاً (الحدود والقصاص).
- جرائم ذات عقوبات مقدرة نظاماً (جرائم التعزير).

هذا من الناحية الجنائية الموضوعية المتعلقة بالتجريم والعقاب. أما من الناحية الجنائية الإجرائية، فيوجد في المملكة نظام الإجراءات الجزائية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٩ وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨. هذا النظام هو الواجب التطبيق أمام المحاكم، وتنفيد المحاكم والهيئات شبه القضائية التي تنظر في بعض الجرائم بما ورد فيه من إجراءات باعتباره النظام العام في الإجراءات الجزائية، وذلك ما لم يقرر أحد الأنظمة الخاصة بطنافة من الجرائم إجراءات خاصة لنظرها، فتكون هي الواجبة التطبيق في خصوص هذه الجرائم.

من أجل ذلك نصت المادة الأولى من النظام الإجرائي على أن "تطبيق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وتنفيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام".

كما نصت المادة الثالثة من النظام الإجرائي على أنه "لا يجوز توقيع عقوبة جزائية على أي شخص إلا على أمر محظور ومعاقب عليه شرعاً أو نظاماً وبعد ثبوت إدانته بناء على حكم نهائي بعد محاكمة تجرى وفقاً للوجه الشرعي".

وقبل نظام الإجراءات الجزائية، كانت المادة ٤٩ من النظام الأساسي للحكم تقرر "اختصاص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات والجرائم". كما أن المادة ٥٣ من النظام الأساسي للحكم تنص على أن "يبين النظام ترتيب ديوان المظالم واختصاصاته".

وتطبيقاً للنصوص السابقة قررت الفقرة (١) من البند تاسعاً من آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء ونظام ديوان المظالم نقل اختصاصات اللجان شبه



القضائية التي تنتظر في قضايا جزائية أو منازعات تجارية أو مدنية إلى القضاء العام. كما قررت الفقرة (٥) من ذات البند اعتبار ما يصدر عن اللجان شبه القضائية التي تفصل في منازعات إدارية قرارات إدارية قابلة للتظلم أمام ديوان المظالم.

وفي ضوء هذه البنية للنظام الجزائي السعودي، الموضوعي والإجرائي، يجري بحثنا لموضوع التحول من المجال الجنائي إلى المجال الإداري، وما يترتب عليه من إسناد الفصل في بعض الأفعال إلى جهة الإدارة أو إلى لجان شبه قضائية.

ونشير في البداية إلى أن المجال الأساسي للتحول عن العقاب الجنائي هو قانون الأعمال، حيث نتج السياسة الجنائية المعاصرة إلى الحد من المغالاة في العقاب الجنائي في مجال قانون الأعمال، لما يمثله هذا العقاب وتطبيقه في مجال الأعمال من تأثير على جذب الاستثمارات وتطوير النشاط الاقتصادي. لذلك نتج السياسة الجنائية المعاصرة إلى تطوير عدة بدائل للعقاب الجنائي في مجال قانون الأعمال، بداية من إلغاء التجريم لبعض الأفعال أو إلغاء العقوبات غير الضرورية أو تطويعها أو استبدال جزاءات مدنية أو تجارية أو إدارية أو تأديبية أو مالية بها.

ما تقدم يشير إلى أن التحول عن المجال الجنائي إلى المجال غير الجنائي لا يقتصر على التجريم فقط، بل يمتد أيضاً إلى الجزاءات والإجراءات اللازمة لتوقيعها.

## المبحث الأول

### الحد من التجريم

#### أولاً: صور الحد من التجريم:

الحد من التجريم اتجاه تزايد أهميته في السياسة الجنائية المعاصرة، ويتخذ أشكالاً متعددة. ويعد الحد من التجريم الشكل الأكثر وضوحاً للتحول عن المجال الجنائي أو هجر العقاب في صورته التقليدية. ويمكن تفعيل الحد من التجريم بأليتين قانونيتين مستقلتين:

**الأولى:** إلغاء التكيف الجنائي عن السلوك: وفي هذه الحالة يلغى النص المجرم من النظام القانوني، وهو ما يؤدي إلى اختفاء الجريمة، وصيرورة الفعل مباحاً لا عقاب عليه، وتلك أعلى درجات التحول عن المجال الجنائي.

**الثانية:** تقليص نطاق التجريم: عن طريق تعديل أركانه، سواء المادية أو المعنوية. وفي هذه الحالة لا تخفي الجريمة من النظام القانوني، بل ينحسر

نطاق التجريم والعقاب عن بعض الأفعال المكونة لركنها المادي أو بعض صور ركنها المعنوي. مثال ذلك تطلب ركن الاعتياد لقيام الركن المادي للجريمة، أو قصر العقاب على الصورة العمدية من السلوك واستبعاد الصورة غير العمدية.

وفي الحالتين - الإلغاء أو التحديد لنطاق التجريم - يكون أمام السلطة التنظيمية سلوك أحد سبيلين، تبعاً لما إذا كانت تنتوي أو لا تنتوي استبدال آليات ضبط بديلة بالتكليف الجنائي الموجود سلفاً. فالواقع أن التحول عن العقاب الجنائي يمكن أن يتم بطريقتين:

**الأول: إلغاء الالتزام المفروض بعمل أو امتناع الذي تشكل مخالفته جريمة جنائية دون إحلال إجراء آخر محله، وهو ما يعني إنهاء وصف عدم المشروعية القانونية عن السلوك الذي كان مجرمًا، سواء كان سلوكاً إيجابياً أو سلبياً.**

**الثاني: إلغاء وصف عدم المشروعية الجنائية وإحلال وصف عدم المشروعية القانونية المدنية أو الإدارية أو التأديبية أو المهنية بدلا منه، وهو ما يعني بقاء السلوك غير مشروع قانوناً، دون أن يستوجب جزاء جنائياً، بل يكون موجبا لجزاء مدني أو إداري أو تأديبي أو مهني، أو لصورتين أو أكثر من هذه الجزاءات غير الجنائية.**

بيد أن اختيار أحد الطريقتين للحد من التجريم يقتضي من السلطة التنظيمية جهداً أولياً لتحديد الطريق الذي يجب ولوجه من هذين الطريقتين:

- فمن ناحية، يفترض النظام الأول للحد من التجريم، وهو إلغاء الوصف غير المشروع مطلقاً عن السلوك، انعدام جدوى التجريم. فالتجريم لهذا السلوك لم يعد ضرورياً، لأن المصلحة التي كان يحميها لم يعد هناك ما يبرر حمايتها عن طريق التجريم لكفاية وسائل الحماية غير الجنائية. ويقتضي هذا تحليلاً للدوافع التي قادت إلى تجريم السلوك، ثم تقدير مدى ملاءمة هذه الدوافع في الظروف الراهنة، وما إذا كانت لا تزال موجودة أو أن أهميتها لم تعد تبرر هذا التجريم، وإن كانت تتطلب حماية قانونية من نوع آخر.

- ومن ناحية أخرى، يفترض النظام الثاني للحد من التجريم، وهو إلغاء التكليف الجنائي عن السلوك مع بقاءه غير مشروع قانوناً، أن رد الفعل الاجتماعي إزاء السلوك المخالف في صورة الجزاء الجنائي لم يعد ملائماً، بالنظر إلى عدم فاعليته أو مبالغته في القسوة أو عدم جدواه. والواضح هنا أن الأمر لا يتعلق بإباحة السلوك من الناحية القانونية، لكنه يهدف إلى تطويع رد الفعل الاجتماعي إزاء سلوك يظل غير مشروع قانوناً.

وهذه الصورة الثانية من صور التحول عن الجزاء الجنائي مع بقاء الواجب القانوني يمكن أن تتخذ أشكالاً متعددة تتعلق بالبدائل الممكنة للجزاء الجنائي. هذه البدائل يمكن تصورها بأليات متعددة، منها:

١ - آليات مدنية، تتمثل في وسائل ضبط لضمان احترام القاعدة القانونية التي تحمي مصالح ذات طبيعة خاصة، مثل البطان أو الجزاءات العقابية أو التعويض.

٢ - آليات إدارية، تتمثل في وسائل للضبط الإداري أكثر مرونة من الجزاءات الجنائية، مثل فرض واجب إزالة المخالفة أو إلزتها على نفقة المخالف بالطريق الإداري.

والآليات المدنية أو الإدارية للضبط، يمكن أن تكون سابقة أو لاحقة على إتيان السلوك غير المشروع قانوناً.

- الآليات الوقائية، تهدف إلى إجبار الشخص على اتخاذ إجراء معين لتفادي وقوع المخالفة القانونية. من هذا القبيل فرض واجبات معينة، مدنياً أو إدارياً، يكون الهدف منها الإلزام باتخاذ سلوك معين. فآلية الضبط الإداري الوقائي يكون هدفها منع إتيان سلوك مخالف للقاعدة القانونية، وصورتها الغالبة فرض مدونة قواعد سلوك على الأفراد أو المؤسسات أو الإلزام بسن ضوابط داخلية تتضمنها لوائح تنظيمية تصدرها المؤسسة.

- الآليات القمعية، وهي تقرب من قانون العقوبات في جوهرها، لكنها لا تمثل عقوبات بالمعنى التقليدي وتهدف إلى إقرار جزاء، لكنه من طبيعة مختلفة عن الجزاء الجنائي. من هذا القبيل تقرير البطان للتصرف المخالف، وهو ما يقود إلى إلغاء أو تجريد التصرف من فاعليته إذا كان قد تم بالمخالفة للإلتزام قانوني أو تعاقدي، ومن ذلك أيضاً إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل المخالفة أو الغرامات المدنية أو الإدارية أو غيرها من الجزاءات الإدارية أو التأديبية أو المهنية، الموجودة أو التي يمكن استحداثها كي تكتمل عناصر النظام القانوني في توفير الحماية الشاملة من كل صور السلوك التي تصيب بالضرر أو تعرض للخطر المصالح الاجتماعية أو الفردية.

## ثانياً: ضوابط الحد من التجريم:

سلطة القانون في الحد من التجريم ليست كاملة في مجال قانون الأعمال، كما هي في مجال الفروع الأخرى للقانون. فالسلطة التنظيمية عندما تلجأ إلى آلية الحد من التجريم في مجال قانون الأعمال يكون عليها أن تراعي بعض الضوابط التي ترسم حدوداً لما يمكن أن يستبعد من مجال التجريم مطلقاً أو لما يمكن أن يخرج من مجال الجزاءات الجنائية من سلوكيات مع بقائه في دائرة عدم المشروعية القانونية.

## أ- الضوابط الاقتصادية:

هذه الضوابط الاقتصادية تتمثل في حاجة المؤسسات والشركات إلى قدر من الاستقرار القانوني لضمان استمرارية نشاطها في الأسواق. هذا الاستقرار يتطلب مجموعة من القواعد القانونية الواضحة المنصفة التي يلزم تدعيمها أحياناً بالجزاءات الجنائية. فقانون العقوبات يمكن في هذا المجال أن يؤدي دوراً حائماً لنشاط المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مواجهة المنافسة التي تمارسها المشروعات الكبرى، أو لحماية التجار في مواجهة عملائهم الذين قد يتعمدون الإضرار بهم أو الإساءة إليهم. يضاف إلى ذلك ضرورة ضمان متطلبات المنافسة المشروعة بين المؤسسات، لتفادي استفادة أو تحكم بعض المشروعات على حساب غيرها من المشروعات الأخرى المنافسة.

## ب- الضوابط القانونية الدولية:

تضع الاتفاقيات الدولية التي تنضم إليها الدولة ضوابط قانونية لتنظيم النشاط الاقتصادي وحماية المنافسة المشروعة. وانخراط الدولة في هذه الاتفاقيات يفرض عليها تجريم وعقاب بعض السلوكيات لصالح الجميع، لاسيما فيما يتعلق بضمان حرية التجارة الدولية وشروط متساوية للمنافسة بين الدول الأعضاء في هذه الاتفاقيات. وقد وضعت الأمم المتحدة مبادئ توجيهية لتنظيم النشاط الاقتصادي بين الدول وفي داخل الدولة.

## ج- الضوابط الأخلاقية:

تفرض عدم المساس بصور التجريم في الجرائم الطبيعية التي تتعلق بالعقاب على السلوكيات القائمة على الغش والتدليس. فالجزاء الجنائي يظل مطلوباً في هذا المجال لحماية أشخاص الناس وأموالهم وحررياتهم، بالإضافة إلى حماية الفاعلين في النشاط الاقتصادي في داخل الدولة. وفي هذا الإطار يظل أساس القانون الجنائي للأعمال، المتمثل في جرائم خيانة الأمانة والنصب والغش وما يرتبط بها من جرائم التزوير في المستندات المحاسبية والتعدي على أموال المساهمين، قائماً لا تجوز المطالبة بالحد من التجريم أو العقاب فيه، بل يجب المطالبة بتطويره وتدعيمه تحقيقاً لمصلحة الجميع.

يضاف إلى ذلك مجال حماية المستهلكين، فالتجريم فيه يظل ضرورياً، والعقاب الجنائي يكون مبرراً، لحماية المستهلك من الغش والتدليس والسلوكيات العدوانية أو الاستفزازية أو التي تضر أو تعرض للخطر صحة المستهلكين، وتخل بالتوازن العادل بين قوى المنتجين والمستهلكين، كما أنها تخل بثقة المستهلكين فيما يقدم لهم من سلع وخدمات، بما يعود بالضرر في نهاية الأمر على الاقتصاد الوطني.

## المبحث الثاني

### الحد من العقاب الجنائي

تبدو ضرورة الحد من العقوبات السالبة للحرية لما لها من مساوئ تفوق المزايا التي ترجى منها. وفي هذا الخصوص توجد عدة بدائل عقابية ممكنة، مدنية أو إدارية، سابقة أو لاحقة، موجودة سلفاً أو يمكن استحداثها. وتحليل هذه البدائل يفتح آفاقاً جديدة للحد من العقاب الجنائي، لاسيما في مجال قانون الأعمال.

أ- الغرامات المدنية:

الغرامات المدنية جزاءات مالية يحكم بها القاضي المدني لمصلحة الخزانة العامة. ويلزم تحديد الحد الأقصى لمبلغ الغرامة في النظام المقرر لها. ونظام الغرامة المدنية مقرر في مجال الإجراءات المدنية، ولا يوجد ما يمنع من توسيع مجال تطبيقها لمواجهة سلوكيات مخالفة بوصفها بديلاً للجزاء الجنائي. ويأخذ القانون الأمريكي بنظام التعويضات ذات الطبيعة العقابية، ويقترّب هذا النظام من نظام الغرامة المدنية، فلها طبيعة عقابية مؤكدة، وإن كانت لا تحمل هذا المسمى ولا ينطق بها القضاء الجنائي.

ومع ذلك تظل مشكلة الغرامات المدنية في أن تأثيرها يختلف باختلاف حجم أعمال المؤسسة. فبينما يكون تأثيرها قوياً على المؤسسات المتوسطة والصغيرة، يتضاءل هذا التأثير بالنسبة للمؤسسات الكبرى التي يمكن أن تفضل دفع الغرامة المقررة على الالتزام بحكم القانون، وذلك إذا كانت المخالفة القانونية سوف تحقق لها فائدة تتجاوز الحد الأقصى لمبلغ الغرامة المنصوص عليه في القانون. وتلك مشكلة عامة تتعلق بالغرامة كجزاء وحيد، سواء كان جزءاً جنائياً أو إدارياً أو مدنياً، وعلاجها يكمن في الأخذ بنظام الغرامات النسبية.

ب- الغرامات الإدارية:

هي كذلك جزاءات إدارية، يمكن أن تفرضها السلطة الإدارية المنوط بها مراقبة نشاط المؤسسات الاقتصادية أو نشاط الأفراد. ويلزم أن يضع النص القانوني حدوداً قصوى للغرامات التي يجوز للإدارة توقيعها مباشرة دون اللجوء إلى القضاء، ولتلك التي تلتزم بطلب الحكم بها من لجنة أو هيئة قضائية حتى يمكن تنفيذها. كما أنه من الضروري ألا يكون قرار الجهة الإدارية بتوقيع الغرامة نهائياً، فيجب السماح للمخالف - إذا أراد - بالطعن في قرار الإدارة بتوقيع الغرامة عليه أمام جهة القضاء الإداري أو جهة القضاء العادي، لاسيما

إذا تجاوز مبلغ الغرامة حداً معيناً يقرره النظام.  
ج التدابير الاحترازية:

هي جزاءات ذات طبيعة جنائية وقائية، تخضع لمبدأ القضائية، فلا توقع إلا بحكم قضائي حسب الأصل. لكن من المتصور التفكير في تحويل الجهة الإدارية توقيع بعض هذه الجزاءات، تحت رقابة القضاء الإداري، للتخفيف على المحاكم الجنائية. من هذه التدابير نذكر:

١- الوضع تحت المراقبة: وهو تدبير شخصي مقيد للحرية بالنسبة للمحكوم عليه بغرض مراقبة سلوكه. والوضع تحت المراقبة كما قد يكون تدبيراً يمكن أن يكون عقوبة مقيدة للحرية. وتتولى الشرطة أو غيرها من الجهات الإدارية مراقبة المحكوم عليه. ويصلح هذا التدبير في مواجهة الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، ويمكن أن يقرر من المحكمة أو من الجهة الإدارية المختصة تحت رقابة القضاء. ويهدف إلى دفع الشخص إلى التزام السلوك القويم والتقيّد بالقواعد والضوابط القانونية المقررة.

٢- حظر ممارسة بعض الوظائف أو الأنشطة المهنية: وهو تدبير شخصي سالب للحقوق، يهدف إلى حرمان المحكوم عليه من ممارسة الوظيفة أو النشاط المهني حماية للمجتمع أو للمهنة أو للمخالف ذاته، في الأحوال التي تكون فيها الوظيفة أو المهنة من العوامل التي تسهل ارتكاب الجريمة. من ذلك منع الطبيب الذي اعتاد ارتكاب جرائم الإجهاض من ممارسة مهنة الطب، أو منع التاجر الذي ارتكب جرائم غش تجاري من مزاوله التجارة، أو منع السائق الذي تكرر ارتكابه لجرائم الإصابات أو القتل الخفاً أو لجرائم المرور من قيادة السيارات مدة معينة أو بصفة نهائية.

وتقرر بعض القوانين الأجنبية هذا التدبير باعتباره عقوبة تبعية لعقوبة أصلية. كما تقرره قوانين أخرى باعتباره بديلاً للعقوبة السالبة للحرية، يجوز للقاضي الحكم به في كل مرة يكون فيها مرتكب الجريمة قد استفاد عن قصد من التسهيلات التي توفرها ممارسة نشاط مهني أو اجتماعي في الإعداد للجريمة أو ارتكابها.

٣- إغلاق المؤسسة أو المحل الذي ارتكبت فيه المخالفة: وهو تدبير عيني يهدف إلى منع تكرار المخالفة ممن سبق ارتكابه لها. مثال ذلك إغلاق المحل التجاري الذي تكرر فيه بيع سلع فاسدة أو مغشوشة أو غير صالحة للاستعمال الآدمي، أو إغلاق المصنع الذي يغش في منتجاته، أو إغلاق الصيدلية التي تسهل تعاطي المواد المخدرة، أو إغلاق المحال التي تدار من غير ترخيص صادر من السلطة صاحبة الاختصاص بمنح التراخيص للمحال العامة.

هذا التدبير قد تكون فاعليته أشد من العقوبة السالبة للحرية أو الغرامة التي لا تحول دون ممارسة المؤسسة أو المحل لنشاطهما المخالف. وتدبير

الإغلاق قد يكون مستقلاً كعقوبة أصلية، كما قد يكون عقوبة تكميلية تضاف إلى العقوبة الأصلية، على النحو الذي يقرره القانون.

٤- المصادرة: جزاء عيني عبارة عن نقل ملكية مال إلى الدولة، لأنه تحصل من جريمة أو استعمل فيها أو كان معداً للاستعمال في ارتكابها. والمصادرة يمكن أن تكون عقوبة تكميلية أو تدبيراً احترازياً إذا كانت حيازة الأشياء في ذاتها جريمة. والمصادرة كتدبير احترازي ترد على شيء مملوك للمتهم أو لغيره، ويمكن أن تنقرر من جهة التحقيق أو من المحكمة أو من جهة الإدارة. وتهدف المصادرة إلى منع المجرم من تحقيق نفع من الجريمة أو حماية المجتمع من الأشياء ذات الخطورة أو تعويض الجهة المتضررة من الجريمة.

٥- الكفالة المالية: وهي عبارة عن دفع مبلغ معين من المال إلى خزانة الدولة ضماناً لحسن السير والسلوك، وهدفها حث المتهم على التزام السلوك القويم وعدم الإقدام على ارتكاب جريمة جديدة في المستقبل. وتحدد مدة الكفالة، ويترتب على انقضائها دون ارتكاب جريمة جديدة، رد مبلغ الكفالة، أما عند ارتكاب جريمة جديدة خلال مدة الكفالة، فتنقل ملكية المال إلى الدولة.

٦- وقف نشاط الشخص المعنوي لمدة معينة: إذا وقعت الجريمة في داخل الشخص المعنوي من أحد العاملين لديه باسم ولحساب الشخص المعنوي ذاته. ولا يمنع ذلك من عقاب الشخص الطبيعي مرتكب الجريمة إذا أمكن تحديده. لذلك يكون عقاب الشخص المعنوي برّقف النشاط تدبيراً احترازياً ملائماً لطبيعة الشخص المعنوي ذاته في الحالات التي لا يمكن فيها تحديد مرتكب الجريمة أو بالإضافة إلى عقاب هذا الأخير تأكيداً للردع.

٧- حل الشخص المعنوي أي إنهاء نشاطه، وهو تدبير يقابل عقوبة الإعدام بالنسبة للشخص الطبيعي. وإذا كان الشخص المعنوي أجنبياً، يلغى الترخيص الصادر له بممارسة نشاطه. فإذا مارس النشاط على الرغم من ذلك، أمكن توقيع عقوبات أشد، منها إجباره على مغادرة البلاد.

٨- الرد وهو جزاء مدني يهدف إلى حرمان مرتكب الجريمة من الاستفادة مما حققه من نفع بسبب الجريمة المرتكبة. والرد جزاء مدني يمكن أن تفصل فيه المحكمة المدنية أو المحكمة الجنائية أو هيئة إدارية مختصة. وتؤول الأموال التي يحكم بردها إلى الدولة أو إلى الجهة المتضررة من الجريمة أو للشخص الذي تضرر من الجريمة، ويكون ذلك من قبيل التعويض العيني أو النقدي إذا استحال تنفيذ الرد عينياً.

٩- الإنذار، وهو لفت نظر المخالف لعدم تكرار المخالفة. والإنذار يندرج ضمن قائمة العقوبات التعزيرية المقررة في الشريعة الإسلامية لبعض الجرائم التعزيرية التي تضمنتها الأنظمة الصادرة في المملكة. والإنذار يكفي كعقوبة في المخالفات الخفيفة التي لا ينتج عنها ضرر فعلي، وتكون أقرب إلى جرائم السلوك المجرد أو الجرائم الشكلية.

١٠ - الحرمان من بعض المزايا الممنوحة للمخالف. هذا التدبير يبدو جزءاً فعالاً في مجالات تتعلق بالاستثمار الأجنبي والوطني، حيث تقرر الدولة مزايا للمستثمرين الجادين الشرفاء، لا ينبغي أن يستفيد منها من هم دون ذلك من المخالفين. فيجوز الحرمان من كل أو بعض التخفيضات أو الإعفاءات الجمركية أو الضريبية الممنوحة للمستثمر.

١١ - فرض الحراسة على نشاط المخالف مدة معينة، على أن يتحمل المخالف بالنفقات المترتبة على هذه الحراسة. ويهدف هذا الإجراء إلى وقف المخالفة ريثما تتمكن السلطات من إجبار المخالف على إزالة أسباب المخالفة التي ارتكبتها.

١٢ - إلزام المخالف بإصلاح الأضرار التي تسببت فيها جريمته وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب المخالفة. وقد نادى علماء الإجرام من المدرسة الوضعية الإيطالية بهذا التدبير بمناسبة تقسيمهم المجرمين إلى طوائف والمطالبة بضرورة تفريد المعاملة العقابية لكل طائفة بالنظر إلى العوامل التي دفعتها إلى الإجرام. فطائفة المجرمين بالمصادفة أو العرضيين، وهم لا يمثلون خطورة إجرامية على درجة كبيرة من الأهمية، يكتفي بالنسبة لها بجزاء مدني يتمثل في إلزامهم بإصلاح الضرر الذي تسببت فيه جرائمهم، سواء كان ضرراً فردياً أو ضرراً اجتماعياً.

والتدابير الاحترازية التي سردناها ليست غريبة على الأنظمة السعودية. وفكرة الحد من العقاب ليست بدورها غريبة على النظام العقابي الإسلامي، بل إنه يأخذ بها في أشد الجرائم خطورة وهي جريمة القتل. أليست الدية عقوبة بدلية لعقوبة القصاص إذا عفا أهل المجني عليه عن القصاص وقبلوا الدية؟

وتؤكد فكرة الحد من العقاب الجنائي مبدأ التفريد في الجزاءات الجنائية الذي يعد عصب السياسة الجنائية المعاصرة. وبهذا تتغير النظرة لمفهوم الجزاء الجنائي، الذي يتحول من ثمن يدفعه المجرم لقاء ما اقترفه من إثم في حق المجتمع إلى وسيلة للدفاع عن المجتمع ضد الجريمة. بيد أن الدفاع عن المجتمع ضد الجريمة لا يتطلب في كافة الأحوال سجناً أو حبساً للمخالف، كما لا يتطلب بالضرورة اللجوء للإجراءات الجنائية العادية.

### المبحث الثالث

#### الحد من الإجراءات الجنائية

تتجه السياسة الجنائية المعاصرة إلى الحد من اللجوء للإجراءات الجنائية في كافة الجرائم والمخالفات. فالتحول عن الطريق الجنائي لا يقتصر



فحسب على الحد من التجريم والحد من العقاب، بل يعني كذلك التقليل من حالات الاحتكام إلى القضاء الجنائي. وقد دفع إلى هذا الاتجاه الرغبة في تبسيط الإجراءات، لضمان سرعة الفصل في الجرائم والمخالفات الجنائية تحقيقاً للردع ووقف المخالفة، وتخفيف العبء على المحاكم الجنائية، وعلاج مشكلة ازدحام السجون.

ولا يعني الحد من الإجراءات الجنائية التضحية بحقوق المتهم وصولاً إلى الحقيقة، بل يلزم التوفيق بين حق المجتمع في عقاب مرتكب الجريمة وحق المتهم في الدفاع عن نفسه وإثبات براءته إن كان بريئاً.

لذلك يكون المقصود بالحد من الإجراءات الجنائية مراعاة الطبيعة الخاصة لبعض المخالفات، بما يسمح للسلطة المختصة بالمغايرة في بعض الإجراءات اللازمة لتوقيع الجزاء على المخالف، لاسيما إذا لم يكن الجزاء المقرر للجريمة من ذات طبيعة الجزاءات الجنائية التقليدية، أي لا يتضمن سلباً للحرية أو عقوبة بدنية.

والنظام القضائي السعودي يكرس مفهوم الحد من الإجراءات الجنائية في الكثير من المنازعات التي لا تتعلق بالجرائم التقليدية، وإنما بجرائم تنتمي إلى ما نطلق عليه القانون الجنائي للأعمال، أو ما درج الفقه على التعبير عنه بالجرائم الاصطناعية التي تقابل الجرائم الطبيعية.

لكن الاتجاه نحو الحد من الإجراءات الجنائية يمكن تطويره والتوسع فيه باعتباره هدفاً للسياسة الجنائية الإجرائية في المملكة العربية السعودية، فيمتد نطاق تطبيقه ليشمل عدداً أكبر من جرائم قانون الأعمال، بالإضافة إلى بعض الجرائم الأخرى العادية البسيطة، كما يتسع نطاقه ليشمل بالإضافة إلى إجراءات المحاكمة والطعن في الأحكام الإجراءات السابقة على المحاكمة.

## أولاً: الحد من الإجراءات الجنائية في المرحلة السابقة على المحاكمة:

يعني الحد من الإجراءات الجنائية السابقة على مرحلة المحاكمة إيجاد بدائل للتوقيف الاحتياطي وبدائل للدعوى الجنائية.

### أ- بدائل التوقيف الاحتياطي:

نصت المادة ١١٢ من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على أن "يحدد وزير الداخلية - بناء على توصية رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام - ما يعد من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف".

يشير هذا النص بوضوح إلى أن التوقيف الاحتياطي ليس أصلاً من

أصول الإجراءات الجنائية، ولا يكون الالتجاء إليه إلا في الجرائم الكبيرة التي يحددها وزير الداخلية. أما الجرائم الصغيرة، فلا توجب كقاعدة عامة التوقيف، وإنما يجوز للمحقق الأمر به على سبيل الاستثناء. وهذا اتجاه محمود في السياسة الجنائية الإجرائية المعاصرة، لما يمثله التوقيف من إهدار لقرينة البراءة بالنسبة لشخص الأصل فيه البراءة إلى حين صدور حكم نهائي بإدانته. فإذا أجاز التوقيف على كراهته، لزم الاقتصار على الحالات التي تفرضها مصلحة التحقيق، لأنه أبغض الحلال في الإجراءات الجنائية.

من أجل ذلك يكون التفكير في إيجاد بدائل للتوقيف الاحتياطي أمراً مندوباً إليه. ونظام الإجراءات الجزائية في المملكة نص على بدائل للتوقيف، ويمكن إضافة بدائل أخرى من استعراض القوانين المقارنة.

### ١- البدائل المقررة في قانون الإجراءات الجزائية:

- الإفراج الوجودي: إذا استمر التوقيف لمدد تصل إلى ستة شهور، ولم يتم إحالة المتهم إلى المحكمة، وجب الإفراج عنه بقوة النظام (م ١١٤ أ- ج).
- الإفراج الجوازي: قررته المادة ١٢٠ من نظام الإجراءات للمحقق من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المتهم. فللمحقق أن يأمر بالإفراج عن المتهم إذا وجد أن توقيفه لم يعد له مبرر من مصلحة التحقيق التي هي مناط الأمر بالتوقيف.
- ٢- البدائل التي يمكن استحداثها:

- دفع كفالة مالية أو تقديم كفيل شخصي إذا لم تكن الجريمة من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف التي يحددها وزير الداخلية.
- فرض التزامات محددة على المتهم إذا خالفها جرى توقيفه، مثل التعهد بالحضور عند كل طلب من سلطة التحقيق، أو تعيين محل إقامة في الجهة الكائن بها مركز المحكمة يوافق عليه المحقق في غير الأحوال التي يكون فيها التوقيف واجباً.
- منع المتهم من مغادرة البلاد إلى حين التصرف في التحقيق.
- إلزام المتهم بتقديم نفسه لمكتب الشرطة في الأوقات التي يحددها أمر الإفراج عنه.

### ب- بدائل الدعوى الجنائية:

يلزم تطوير بدائل تغني عن الالتجاء للمحاكمة الجنائية، وتوجد بدائل مقررة في قانون الإجراءات الجزائية، كما يمكن استحداث بدائل أخرى أو تطوير ما هو مقرر منها.

١- التوسع في نظام حفظ التحقيق أو حفظ الدعوى الجزائية المقرر في المادة ١٢٤ من قانون الإجراءات الجزائية.

٢- تفعيل نظام قيود تحريك الدعوى الجزائية للحد من المحاكمات الجنائية. ويقتضي ذلك الأخذ بنظام الشكوى أو الطلب من الجهة الرقابية أو الجهة المتضررة من الجريمة أو الإذن بتحريك الدعوى من الجهة التي ينتمي إليها المخالف.

٣- إقرار نظام الصلح في بعض الجرائم ذات الطبيعة الخاصة. ويكون الصلح، قبل رفع الدعوى الجنائية أو بعد حكم محكمة أول درجة، اختيارياً للمتهم. ويعد الصلح لقاء مبلغ من المال يدفعه المتهم إلى المجني عليه أو الدولة سبيلاً لإنهاء الدعوى الجنائية دون محاكمة أو لاختصار إجراءات المحاكمة. ونظام الصلح له سنده في أحكام الشريعة الإسلامية التي أجازته في جرائم الاعتداء على الأشخاص، وهو يحقق مصلحة مؤكدة للمجتمع وللمتهم وللمضروور من الجريمة. ويكفي أن نشير إلى أن حوالي ٩٥٪ من الدعاوى الجنائية في الجرائم الجمركية في فرنسا ومصر تنتهي بالصلح. وتجزى بعض القوانين الصلح حتى بعد صيرورة الحكم باتاً، فيترتب عليه وقف تنفيذ العقوبة التي بدئ في تنفيذها. من هذه القوانين قانون التجارة المصري في جرائم الإخلال بالثقة في الشيك.

٤- الأخذ بنظام الأمر الجنائي أو الإجراءات الموجزة كسبب لانقضاء حق الدولة في العقاب. والأمر الجنائي نظام مقرر في بعض الأنظمة القانونية، وبه تنقضي الدعوى الجنائية إذا قبله المتهم، فإن لم يقبله كانت العودة للإجراءات العادية للدعوى الجنائية هي الأثر المترتب على رفض تنفيذ الأمر الجنائي.

ونظام الأمر الجنائي يخول سلطة التحقيق والادعاء أو القاضي، في بعض الجرائم ذات العقوبات البسيطة، إصدار الأمر بتوقيع العقوبة بناء على محضر الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي دون محاكمة. ويعتبر الأمر الجنائي - إذا قبله المتهم - بمثابة حكم نهائي تنقضي به الدعوى الجنائية، وتكون له حجية الأمر المقضي، فلا تجوز إقامتها عن الفعل ذاته مرة ثانية.

٥- النظر في إمكانية الأخذ بنظام مفاوضات الاعتراف بين المخالف وسلطة الادعاء العام كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية قبل ولوج باب المحكمة. هذا النظام مأخوذ به في القانون الأمريكي، ويسمح بإنهاء الدعوى الجنائية إذا اعترف المتهم بالمخالفة المنسوبة إليه، وقبل ما تعرضه عليه سلطة الادعاء من التزامات بدفع كل أو بعض الغرامة أو إصلاح الضرر أو إزالة أسباب المخالفة خلال مدة معينة يحددها الاتفاق بين الطرفين، فإذا لم يلتزم المخالف بالاتفاق، تحركت الدعوى الجنائية.

## ثانياً: الحد من الإجراءات الجنائية في مرحلة المحاكمة:

يتوزع القضاء في المملكة العربية السعودية بين عدة جهات على النحو

التالي:

أ- القضاء العادي، أي المحاكم التي تنظر في القضايا الجزائية والمنازعات المدنية والتجارية والعمالية... إلخ. وهذا هو القضاء العام صاحب الولاية العامة. هذا القضاء هو ما عنته المادة (٤٩) من النظام الأساسي للحكم عندما قررت ما يلي: "تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات والجرائم". وفي خصوص القضايا الجزائية، تكون المحاكم المختصة بالنظر في الدعاوى الجزائية الناشئة عن الجرائم هي:

١- المحكمة الجزئية، وتختص بالفصل في قضايا التعزيرات إلا بما يستثنى بنظام، وفي الحدود التي لا إتلاف فيها، وأروش الجنايات التي لا تزيد على ثلث الدية، (م ١٢٨ إ- ج). وما يستثنى بنظام من اختصاص المحكمة الجزئية هو ما يدخل في اختصاص اللجان أو الهيئات شبه القضائية.

٢- المحكمة العامة، وتختص بالفصل في القضايا التي تخرج عن اختصاص المحكمة الجزئية، أو أي قضية أخرى يعدها النظام ضمن الاختصاص النوعي لهذه المحكمة (م ١٢٩ إ. ج).

٣- محكمة التمييز وتختص بالنظر في طلبات تمييز كل حكم صادر في جريمة بالإدانة أو بعدمها، أو بعدم الاختصاص (م ١٩٣ إ. ج).

ب- القضاء الإداري، أي القضاء المختص بالنظر في المنازعات الإدارية، ويطلق عليه في المملكة ديوان المظالم.

وقد نصت المادة (٥٣) من النظام الأساسي للحكم على أن "يبين النظام ترتيب ديوان المظالم واختصاصاته". وقد صدر نظام ديوان المظالم محدد اختصاصات الديوان باعتباره جهة قضاء إداري. ومن بين اختصاصات ديوان المظالم النظر في التظلم من القرارات الصادرة عن اللجان شبه القضائية التي تفصل في منازعات إدارية باعتبار هذه القرارات قرارات إدارية (الفقرة ٥) من البند تاسعاً من آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء ونظام ديوان المظالم). ويثير هذا الاختصاص تساؤلاً هاماً يتعلق بوضع اللجان شبه القضائية التي تفصل في قضايا جزائية بوصفها من المخالفات المستثناة من اختصاص محاكم القضاء العادي.

ج- اللجان شبه القضائية، أي الهيئات التي تختصها بعض الأنظمة بالتحقيق أو الفصل في بعض الجرائم البسيطة التي يصدق عليها وصف المخالفات في الأنظمة القانونية التي تقسم الجرائم تقسيماً ثلاثياً إلى جنايات وجنح ومخالفات. ويمكن أن نعبر عن هذه اللجان بتعبير "اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي" وهي أقرب إلى قانون العقوبات الإداري. ويثير اختصاص هذه اللجان وطبيعتها القانونية والطعن في قراراتها... إلخ إشكالات

قانونية تقتضي أن نفرد لها بحثاً مستقلاً للوقوف على ماهيتها ومركزها القانوني.

### ثالثاً: اللجان شبه القضائية في النظام السعودي:

هي لجان أو هيئات تمارس اختصاصاً قضائياً تحدده الأنظمة الخاصة ببعض المنازعات والأفعال الموجبة للتعزير، وهي منازعات أو أفعال تخرج من اختصاص القضاء العادي أو الإداري. وفي خصوص قضايا التعزيرات، قررت المادة (١٢٨) من نظام الإجراءات الجزائية إمكان استثناء بعض قضايا التعزيرات من اختصاص المحكمة الجزئية بمقتضى نظام خاص، وهو ما يعني أن هذه القضايا (الجرائم) التعزيرية يمكن أن تختص بالفصل فيها هيئات أخرى غير المحاكم العادية، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، قررت آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء ونظام ديوان المظالم (الفقرة (١) من البند تاسعاً) نقل اختصاصات اللجان شبه القضائية التي تفصل في قضايا جزائية أو منازعات تجارية أو مدنية إلى القضاء العام فيما عدا الحالات المستثناة. ويعني ذلك أن الآلية المذكورة تحفظت على هذا النقل للاختصاصات بعدم الإخلال "باختصاصات اللجان المستثناة المنصوص عليها في الفقرة (٧) من القسم الثالث (أحكام عامة) من هذه الآلية". ومن ناحية ثالثة، قررت الفقرة (٥) من البند تاسعاً من الآلية "اعتبار ما يصدر عن اللجان شبه القضائية التي تفصل في منازعات "إدارية" قرارات إدارية قابلة للتظلم أمام ديوان المظالم".

وفي وجود هذه النصوص غير الحاسمة لطبيعة اللجان شبه القضائية، ونطاق اختصاصها والتكليف القانوني لما يصدر عنها من قرارات بتوقيع جزاءات في مخالفات تتضمنها أنظمة جزائية أو نصوص جزائية في أنظمة غير جزائية بحسب طبيعتها، يلزم توضيحاً للأمور أن نعرض لماهية هذه اللجان وأحكامها.

#### أ- ماهية اللجان شبه القضائية:

اللجان شبه القضائية هي هيئات يخصصها نظام معين إما بالتحقيق أو بتوقيع العقوبات أو بهما معاً في مخالفات للأحكام الواردة في النظام ذاته.

وتشكل هذه اللجان بقرار من الوزير أو الجهة الإدارية المختصة، من

ثلاثة أعضاء يكون أحدهم على الأقل متخصصاً في القانون. لكن اشتراط أن يكون أحد أعضاء اللجنة على الأقل متخصصاً في القانون لا يمنع من كون أعضاء اللجنة جميعاً من ذوي التخصص القانوني. فوجود العنصر القانوني ضمانة أساسية للمتهم، فليس هناك ما يمنع من الزيادة فيها. وفي تقديري قد يكون من الأفضل تطلب أن يكون كل أعضاء اللجنة من المتخصصين في القانون، على أن يكون لهم الحق في الاستعانة بمن يرون الاستعانة به في المسائل الفنية التي لا يستطيع القانوني أن يشق طريقه فيها.

## ب- اختصاص اللجان شبه القضائية:

يغلب على اختصاص اللجان شبه القضائية الفصل في مخالفات تنتمي إلى قانون الأعمال، وتتضمنها أنظمة تتعلق بالتجارة أو المنافسة أو الاتصالات أو الاستثمار الأجنبي أو الأسواق المالية أو المؤسسات الصحية.... إلخ. وتختص هذه اللجان بالتحقيق في المخالفات وتوقيع العقوبات المالية أو التدابير الاحترازية التي ينص عليها النظام وفق إجراءات مبسطة، تراعي السرعة في الإجراءات دون الإخلال بحقوق المتهم وضماناته. وتجزئ الأنظمة الطعن في قرارات اللجان شبه القضائية عن طريق التظلم منها أمام ديوان المظالم خلال مدة معينة يحددها النظام، وهي مدة الطعن في القرارات الإدارية، أي ستين يوماً من تاريخ إبلاغ المحكوم عليه بقرار اللجنة بتوقيع العقوبة عليه.

ويتحدد الاختصاص النوعي للجان شبه القضائية بما خصها به النظام المنشئ لها من مخالفات. وتنفرد هذه اللجان دون غيرها بالاختصاص المقرر لها من حيث المخالفات والعقوبات، فلا يجوز لها أن تحكم بعقوبة لم يقررها لها النظام، ولا أن تتجاوز الحدود التي فرضها للعقوبات المنصوص عليها. كما أن اختصاص هذه اللجان هو اختصاص "مانع" لا يجوز أن يشاركها فيه أي جهة قضائية أو إدارية. فإذا كانت الجريمة خارجة عن اختصاصها أو العقوبة المنصوص عليها للجريمة تتجاوز حدود اختصاصها، لم يكن لهذه اللجنة أن تمارس وظيفة الفصل في الجريمة أو تطبيق العقوبة.

وغني عن البيان أن اللجان شبه القضائية التي تتولى الفصل في مخالفات وتوقيع العقوبات المقررة لها إنما تمارس هذا الاختصاص في إطار

الضمانات المقررة في الأنظمة التي منحها الاختصاص، وكذلك في ضوء المبادئ العامة للمحاكمات والإجراءات.

### ج- الطبيعة القانونية للجان شبه القضائية:

تحديد الطبيعة القانونية للجان شبه القضائية يعد أهم الموضوعات التي يثيرها الإبقاء عليها بعد صدور نظام القضاء ونظام ديوان المظالم ونظام الإجراءات الجزائية في المملكة. وأهمية تحديد الطبيعة القانونية لهذه اللجان تتأتى من اعتبارات عدة:

١- اضطراد النص عليها في أنظمة عديدة جزائية وغير جزائية، بحيث تبدو مكوناً رئيساً من مكونات النظام القضائي الحديث في المملكة.

٢- اختصاص هذه اللجان بتوقيع عقوبات - جنائية أو إدارية - مالية أو عينية أو سالبة للحقوق أو مقيدة لها، فهي في نهاية الأمر جزاءات ذات طبيعة جنائية أياً كانت الجهة التي تطبقها.

٣- تحديد الإطار الذي ينبغي أن تعمل فيه هذه اللجان من حيث طبيعة قراراتها، وإمكان الطعن فيها، وما يترتب عليها من آثار جنائية أو غير جنائية، يتوقف على التكييف القانوني لها.

٤- تحديد الطبيعة القانونية للجان شبه القضائية هو السبيل لوضع الضوابط التي يجب أن توجه نشاطها عندما تفصل في المخالفات أو تطبق العقوبات.

في ضوء الاعتبارات السابقة يمكن أن يتردد التكييف القانوني لهذه اللجان بين اتجاهين:

**الأول:** أنها لجان إدارية، تصدر قرارات إدارية في مخالفات إدارية، بجزاءات إدارية، يطعن فيها أمام ديوان المظالم بوصفه جهة القضاء الإداري في المملكة. هذا التكييف ليس معناه تحرر اللجان شبه القضائية من ضمانات المحاكمة العادلة، ف ضمانات المحاكمة أمام القضاء الإداري، والتأديبي تقترب إلى حد كبير من ضمانات المحاكمة الجنائية. هذا التكييف قد يفضله البعض، بحسبان أنه يحقق ميزة سرعة الفصل في المخالفات تحقيقاً لوظيفة الردع، وهي ميزة لا ينبغي إغفالها خصوصاً في مجال الاقتصاد والتجارة والأعمال التي تتطلب السرعة في حسم المنازعات وتبسيط الإجراءات.

**الثاني:** أنها لجان قضائية، خصها النظام بمهمة الفصل في جرائم محددة على سبيل الحصر، وتوقيع العقوبات المقررة لهذه الجرائم على المخالفين. لذلك تكون هذه اللجان لجاناً قضائية ذات اختصاص نوعي معين، وليست لجاناً إدارية.

ولا ينفي الطبيعة القضائية لهذه اللجان تسميتها باللجان أو كونها تصدر قرارات. فالعبرة في التكييف القانوني هي بحقيقة الواقع لا بما تدل عليه الألفاظ والتعبيرات المستعملة في النظام. ولا غرابة في وصف هذه اللجان بالقضائية، فهي نوع من القضاء المتخصص في منازعات معينة، أجاز نظام القضاء في المملكة اللجوء إليه.

وإذا قيل بأن هذه اللجان يدخل في تشكيلها أعضاء من غير القانونيين، فهذا القول مردود عليه بضرورة تعديل تشكيلها ليقصر على ذوي الخبرة والاختصاص القانوني دون غيرهم. فعدم ملاءمة التشكيل للوظيفة القضائية التي تنهض بها اللجان محل البحث ليس من شأنه أن يغير من طبيعتها القانونية، ولا أن يشكك في حقيقة الوظيفة القضائية التي تمارسها.

وأخيراً لا يغير من الطبيعة القضائية لهذه اللجان أن يكون الطعن في قراراتها الصادرة بالعقوبات أمام جهة القضاء الإداري، أي ديوان المظالم، فتحديد طرق الطعن والجهة التي يطعن أمامها والقرارات التي يطعن فيها من اختصاص النظام. ثم إن ديوان المظالم جهة قضائية مستقلة، يدخل ضمن اختصاصاته نظر الطعون التي تصدرها المحاكم الإدارية أو غيرها من الطعون التي يحددها النظام.

يترتب على الطبيعة القانونية للجان شبه القضائية ضرورة تقيدها بضمانات المحاكمة العادلة وبالإجراءات المقررة للفصل في الجرائم ما لم ينص النظام الخاص بها على إجراءات محددة، فتكون هي الواجبة التطبيق باعتبارها إجراءات خاصة.

كما يترتب على الطبيعة القانونية لهذه اللجان باعتبارها لجاناً قضائية التزامها باحترام حقوق الدفاع فيما تقوم به من إجراءات.  
د- اختصاص اللجان شبه القضائية بنظر المخالفات "الإدارية":

في ضوء ما قررته آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء ونظام ديوان المظالم من نقل اختصاص اللجان شبه القضائية التي تنظر في قضايا جزائية



ومنازعات تجارية ومدنية إلى القضاء العام، يمكن الإجابة على التساؤلات المطروحة بخصوص وضع المخالفات "الإدارية" المقررة في الأنظمة على النحو التالي:

١- أن النظام هو الذي يحدد اختصاص المحاكم العامة والجهات القضائية ذات الاختصاص النوعي الخاص. أما آلية العمل التنفيذية، وأحسبها من وجهة نظري لائحة تنفيذية لنظامي القضاء وديوان المظالم، فلا يمكنها أن تلغي اختصاصاً قرره نظام قائم وساري المفعول للجان شبه القضائية.

٢- أن تعبير "القضاء العام" أو المحاكم ينصرف في المجال الجزائي إلى المحاكم المنصوص على اختصاصاتها الجزائية في المواد ١٢٨ وما بعدها من نظام الإجراءات الجزائية. وقد أخرج نظام الإجراءات الجزائية من قضايا التعزيرات التي تختص بها المحاكم الجزائية ما يستثنى بنظام خاص.

وبناء عليه تكون المخالفات الواردة في الأنظمة الخاصة النافذة غير مشمولة بتعبير القضايا الجزائية التي نقل الاختصاص بها إلى القضاء العام، ما لم تتضمن عقوبة سالبة للحرية.

٣- أن المخالفات الواردة في الأنظمة الخاصة تظل خاضعة لهذه الأنظمة وما تقرره بشأنها من أحكام، لأن خصوصيتها متأية من اختصاص جهات أخرى قضائية بها غير القضاء العام الذي يختص بكافة الجرائم، كما أن خصوصيتها راجعة إلى نوع العقوبات التي يمكن أن تطبقها هذه الجهات، وهي في أغلبها من قبيل العقوبات الإدارية، ولو كانت غرامة، فالغرامة قد تكون مدنية أو إدارية كما قد تكون جنائية.

٤- أن معايير التفرقة بين ما هو جزائي وما هو إداري في خصوص الجرائم كافة هو ما يقرره النظام، سواء فيما يتعلق بالمخالفات أو العقوبات. وفي ضوء ما يقرره النظام يمكن تحديد طبيعة المخالفة والجزاء المقرر لها. فالجزاءات السالبة للحرية تنقرر للجرائم الجنائية، أما الجزاءات غير السالبة للحرية، مثل الغرامة والإيقاف والغلق وإعادة الحال إلى ما كانت عليه، فهي جزاءات تدخل ضمن قانون العقوبات الإداري، أيأ كانت الجهة التي توقعها، ولو كانت جهة القضاء أو جهة إدارية أو شبه قضائية اختصاصها النظام بتوقيع هذه الجزاءات.

٥- أن الغرامة عقوبة مالية، تتراوح طبيعتها بين الجزاء الجنائي أو الإداري، كما قد تكون تعويضاً يؤول إلى الجهة المتضررة من الجريمة ولو

حكمت بها المحكمة الجزائية. مثال ذلك الغرامات الجمركية والضريبية.

٦- فيما يتعلق بالتظلم من القرار الصادر بتوقيع الجزاءات التي تنتمي إلى قانون العقوبات الإداري، وتوقعها جهة الإدارة أو لجنة شبه قضائية يكون المرجع في تحديد جهة التظلم هو ذات النظام الذي قرر الجزاء الإداري، إذ يكون من الأفضل منعاً للالتباس النص في كل نظام على إمكانية الطعن ومدته والجهة المختصة به.

٧- لا يتوقف تحديد الجهة التي تطبق الغرامة على مقدارها. وعلى أي حال فاللجان شبه القضائية التي تفصل في جرائم قانون الأعمال الموجبة لعقوبة الغرامة أو للعقوبات العينية هي نوع من القضاء المتخصص كما ذكرنا، وذلك إذا تم قصر تشكيلها على القانونيين دون غيرهم. وقد يكون من الملائم التفكير في تحديد نصاب انتهائي للجان شبه القضائية لا يجوز الطعن في القرار الصادر به. أما إذا تجاوز القرار هذا النصاب كان من الجائز الطعن فيه أمام الجهة التي يحددها النظام للطعن.

## خاتمة

إن التحول عن المجال الجنائي لا يعني بالضرورة التخلص من العقوبات الجنائية بقدر ما يعني حسن اختيار الأفعال التي تستحق تدخل قانون العقوبات. كما أن التحول عن المجال الجنائي يتجاوز نطاقه قانون الأعمال، إلى قانون الشركات وقانون العمل وقانون حماية البيئة إلى غير ذلك من المجالات.

والملكة العربية السعودية في سعيها نحو التطوير والتحديث في السنوات الأخيرة، خطت خطوات محمودة في طريق الإصلاح القضائي، لتوضيح معالمه وتحديد الاختصاصات على نحو يحقق الاستقرار القانوني ويضمن الفاعلين في النظام الاقتصادي ويجذب الاستثمارات الأجنبية. وحتى لا تكون الخاتمة تكراراً لما سبق عرضه، فإننا نخصصها لبعض التوصيات التي نراها ضرورية لاستكمال مسيرة التطوير والإصلاح للنظام الجزائي والقضائي في المملكة.

١- تدعيم الاتجاه نحو الحد من التدخل الجنائي في مجال قانون الأعمال، والتركيز على تفعيل الآليات المدنية والتجارية والإدارية لتسوية المنازعات في المجالات المالية والاقتصادية لتحقيق الاستقرار القانوني تشجيعاً

## للاستثمارات المحلية والأجنبية.

٢- الاعتماد على عقوبة الغرامة والعقوبات العينية في مجال جرائم الأعمال مع زيادة مبلغ الغرامات لتناسب مع جسامة الجرائم ومقدار النفع الذي يحققه المخالف منها، ويفضل أن تكون الغرامات نسبية كاملة أو ناقصة. ففي الجرائم التي يدفع إليها الجشع والرغبة في الكسب السريع، تكون الغرامة جزاء من جنس العمل تتفوق على غيرها من العقوبات في تحقيق الردع.

٣- تطوير بدائل المحاكمات الجنائية التقليدية لتخفيف العبء على المحاكم الجنائية، ومن هذه البدائل نظام الصلح الجنائي ونظام الأوامر الجنائية ونظام الغرامات الإدارية... إلخ.

٤- ضمان التأهيل القانوني لرجال الأعمال لتوعيتهم بضرورة احترام القواعد القانونية المنظمة لأعمالهم كي لا يقعوا تحت طائلة القانون، وتشجيع الفعاليات التجارية والمالية والاقتصادية على إصدار موثيق تتضمن قواعد السلوك والأخلاق المهنية.

٥- تشجيع التخصص القضائي وتوفير الوسائل المادية والعنصر البشري المؤهل، لتفعيل التخصص وتعميمه تحقيقاً للسرعة وحسن الأداء، وتحسين التكوين المهني للقضاة في المسائل الاقتصادية والمالية والتجارية.

٦- الحد من الجمع بين الجزاءات الجنائية والجزاءات الإدارية والمهنية في مجال قانون الأعمال والأسواق المالية. ويفضل الاكتفاء بالجزاءات غير الجنائية.

٧- تحديد وتطوير القواعد المتعلقة بالعقوبات التي تطبق على الأشخاص الاعتبارية، وتطوير العقوبات التقليدية كي تتوافق مع طبيعة الأشخاص الاعتبارية.



**التحول من قانون المسؤولية إلى قانون التأمين (\*)**  
**بخصوص الضرر الناتج عن أفعال عديم التمييز ومن في حكمه**  
**الأستاذ الدكتور / السيد محمد السيد عمران**  
**أستاذ القانون المدني**  
**كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية**

**تمهيد وتقديم :**

هذه المشكلة كان للمشرع ومن خلفه الفقه والقضاء الوضعيين رأى فيها يخالف جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية .

**أولاً : فقهاء الشريعة الإسلامية**

ألقوا بالمسئولية كاملة<sup>(١)</sup> على عديمي التمييز معتمدين على ما يسمى في الفقه الوضعي الحديث بنظرية تحمل تبعة الفعل كأساس تقوم عليه مسئولية عديم التمييز التقصيرية . بشرط أن يكون الضرر مادياً وحالاً ونتج من فعل عديم التمييز مباشراً وليس تسبباً .

**ثانياً : القانون الوضعي**

حدث تحول في التشريعات العربية ، فبعد أن كانت تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً لها ، تحولت بصدور القوانين المدنية الحديثة ، وأستقر أساس مسئولية عديم التمييز على الخطأ بركنيه ؛ التعدي ويكون الركن المادى ، والأدراك ويشكل الركن المعنوى .

---

(\*) يعتبر طلب الإنسان للأمن والأمان حاجة غريزية ويسهم التأمين بدور في تحقيق تلك الحاجة ، فكلمة التأمين مشتقة من كلمة الأمان ( انظر بيكار وبيسون Les Assurances terrestres en droit français فقرة ٥ ص ١٢ ؛ وانظر السنهورى ، الوسيط ج ٢/٧ ، فقرة ٥٤٤ ص ١٠٩٤ ، أحمد شرف الدين ، أحكام التأمين في القانون والقضاء ، دراسة مقارنة ، ١٩٨٧ / ٨٦ ، ص ٣٨ ) . ويحقق التأمين الأمان سواء على المستوى الفردي أو على المستوى الاجتماعى ( انظر كذلك لتفصيل وتوضيح دور التأمين في النطاق الفردي والاجتماعى : محمد على عرفة ، شرح القانون المدني الجديد في التأمين والعقود الصغيرة ، القاهرة ١٩٥٠ ؛ عبد المنعم البدر اوى ، العقود المسماة ، الإيجار والتأمين القاهرة ١٩٦٨ ؛ توفيق حسن فرج ، أحكام الضمان في القانون اللبنانى ، الدار الجامعية ١٩٨٩ ) .

حقيقة أنه مد تيار الثورة الصناعية قد خلق نذا قويا لفكرة الخطأ الذى تقوم عليه المسؤولية الشخصية ، وتمثل ذلك فى فكرة تحمل التبعة ومع ذلك ما زال الخطأ هو الأساس الأول فى تقرير المسؤولية لعدم التمييز إلا فى أحوال استثنائية .

إذن ، لعل أولى مشكلات هذه المسألة هى : من هو المسئول ، هل هو عديم التمييز الذى لا يتوافر فى جانبه خطأ لإنعدام تمييزه ، رغم أنه أتى سلوكا منحرفا ، أم أنه شخص آخر ؟ وعلى فرض مسؤولية عديم التمييز فعلى أى أساس تقوم هذه المسؤولية ؟ ومن الذى يتحملها ؟.... إذا قلنا بمسؤولية عديم

التمييز كما ذهب إلى ذلك شريعتنا الغراء ، فإن ذلك قد يودى إلى إتهال كاهله ربحا من الزمن ؛ فإذا لم يكن لدى عديم التمييز من المال ما يمكنه من دفع التعويضات ، أو لم يكن هناك من يتولى الوفاء نيابة عنه ، فإنه سيظل متقلا بالدين إلى أن يستطيع إيداره من أجر عمله ؟ ، أو مما يكسبه مستقبلا ، مما يجعله يخرج إلى المجتمع محملا بهموم قد تقعده عن مواصلة حياته العادية المصحوبة بالتفاؤل والأمل .

وإذا قلنا بعدم مساءلته أصلا ، وإمكان مساءلته إستثناء كان فى ذلك إضرار بمصلحة المضرورين لما قد يصادفهم من عدم حصولهم على التعويض الكامل ، خاصة ، إذا لم يكن هناك من يسأل عن عديم التمييز أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، حيث يجوز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعى فى ذلك مركز الخصوم .

إذن ، لا بد من إقامة توازن بين مصلحتي المسئول ( عديم التمييز ) والمضرور ، وبعبارة أخرى ، لا بد من البحث عن وسيلة أخرى تقيم من خلالها هذا التوازن ، حتى لا تختل المراكز القانونية لأى طرف من الأطراف .

هذا ما دفع محكمة النقض الفرنسية بإصدار حكم من قبل الدوائر مجتمعة فى ٩ مايو ١٩٨٤ كان له عميق الأثر فى المسؤولية المدنية لعديمي التمييز ، حيث خطت المحكمة بمقتضى هذا الحكم خطوات واسعة فى الإبتعاد عن المسؤولية الشخصية لعديم التمييز إلى المسؤولية الموضوعية ، .... هذا الحكم كان خاصا بطفل لثلاثين شهرا .. كان يلعب على أرجوحة .... وعند سقوطه منها أصاب زميلا له بعضا كانت فى يده فأعورت عينه . بيد أنه بدلا من أختصام والدى الطفل مرتكب الفعل الضار (خشية أن يتمسك والدى الطفل بالسبب الأجنبى لنفى المسؤولية ) ،

(١) مسؤولية موضوعية كاملة لا تقوم على الخطأ فى تمكين على أساس تحمل التبعة لتخلف الإدراك والتمييز وغايتها تعويض المضرور .

أدعى بمسئولية الطفل الشخصية بإعتباره حارساً للعصا التي كانت في يده ..... ،  
 وبالفعل حكمت محكمة النقض بمسئولية الطفل على اساس أنه يملك الإستعمال  
 والرقابة والتوجيه على العصا، ولم تبحث مسألة الإدراك والتمييز لدى الطفل .  
 وهنا نتساءل ما هو الحل ، ما هو الحكم أمام عديم تمييز مسئول قد لا يستطيع  
 التعويض ومضروب لا يستطيع الحصول على تعويض ما أصابه من ضرر ؟  
 حقيقة أن التطور الأتماعي ، بكثرته المستمر لفرص وقوع الأضرار ، وما  
 يصاحبه من تقدم الأفكار ، يعمل على تحقيق العدل بين الأفراد عن طريق نظام  
 التأمين من المسئولية الذي ظهر نتيجة هذا التطور .... بيد أن الأمر يظل ، مع ذلك ،  
 موضعاً للإجتهد ، وحقلاً خصباً لإنكفاء النزاع حول من المسئول ، وهو ما يؤكد  
 القضاء بما يصدره من أحكام حول مسئولية عديم التمييز  
 . لعل المشكلة ، إذن ، هي إيجاد الوسيلة التي من خلالها يمكن إقامة توازن بين  
 المسئول عديم التمييز والمضروب ، فما هي هذه الوسيلة ؟

من هنا ، أثار أحكام الدوائر مجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية في ٩ مايو  
 ١٩٨٤ رد فعل تعين معه دعوة رجال القاتون ليعوا الدور الخاص المسئول لنظام  
 التأمين بجانب المسئولية المدنية . حقيقة فإن التأمين قد أختفى وقتاً طويلاً خلف  
 المسئولية ، واقتصر دوره على تقديم التعويض (٢) ، بيد أن دوره قد ازداد وضوحاً  
 وأصبح له تأثيره الفعال على المسئولية (٣) ، بل إن تأثير الدور الخفي الذي يقوم به

(٢) V. à ce sujet , G . vincy , La repation des dommages, article , précité la  
 semaine juridique 1984 note 6 - La responsabilité : condition, n°20.

(٣) V . sur ce point, Basil b. Marrkdeesinis, La perversion des nations de  
 responsabilité civile delictuelle par la pratique de l'assurance , Rev. int .  
 dr. comp. 1983 P. 301 et s. "Il n'est donc pas surprenant que la  
 resposabilité civile qui, au minimum, est maintenant contraint de  
 recosidérer de questions familiérers dans une nouvelle perspective. Il'est  
 indiscutable que cela á entra□né une tendance croissante declarer les  
 gens responsables des dommages cause par eux.L'expansion de ce que les  
 Américains appellant le responsabilité de l'entreprise, la responsabilité du  
 fabricant et en France, l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1384,  
 alinéa 1 du code civil, résultaent Largement des mécanismes modernes et  
 ont été rendues possibles par l'assurance moderne . Autrement dit , l'  
 extension de la responsabilité objective ou quasi - objective est étroitement  
 liée au developpement de l'assurance de responsabilité"

التأمين يقود أحيانا إلى تداخل حقيقي للأفكار الأساسية للمسئولية<sup>(٤)</sup> دون ضمان لتعويض المضرورين .

ولقد حان الوقت بضرورة الإعراف للتأمين باستقلاله وبإمكانية تكلفه بالحضور أمام المحكمة ليضطلع بالمهام التي يكون في مقدوره القيام بها رسميا. وإذا كان الفقه والقضاء الحديثان قد تجاوزا القانون الموضوعي من اللامسئولية لعديمي التمييز إلى مسئوليتهم الكاملة في حالات كثيرة ،بيد أن النتائج المخيبة للأمل التي تستخلص من المسئولية الخالصة لتعويض المضرورين من الأضرار الناتجة من أفعال عديمي التمييز تقود بجلاء إلى عدم قدرة قانون المسئولية لإيجاد حل ملموس وكامل لتعويض تلك الأضرار ، وبالتالي لا مفر من الإلتجاء إلى التأمين.

ومع ذلك ، يذهب البعض إلى مناهضة فكرة حلول التأمين محل المسئول حولا كاملا ، وإن كنا نقترح ضرورة الإعراف الكامل باستقلال التأمين ، ولكن أى نوع من هذا التأمين يصلح ، أهو التأمين العادي ، أم نوع آخر من التأمين ؟ هذا ما نوضحه في مبحثين :

المبحث الأول : مناهضة فكرة حلول التأمين حولا كاملا محل المسئول.

المبحث الثاني : نوع التأمين المقترح ومزاياه .

### المبحث الأول

#### مناهضة فكرة حلول التأمين حولا كاملا محل المسئول

- بيتا سابقا ، أنه إذا ما عقدت مسئولية عديم التمييز في مواجهة الغير ، فإن عدم العدالة تبدو واضحة ، خاصة ، إذا لم تكن مسئوليته مضمونة ، كما ذهب البعض<sup>(٥)</sup> ، عن طريق التأمين حيث أن التأمين يحل محل المسئول فيما يتقل دتمته من تعويض قد يكون مرهقا .

---

(١) أنظر للمؤلف بحث " فكرة حلول التداخل القانوني لأفكار المسئول والمضرور ، الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩١ " .

(٤) v. Notamment, sur ce point, R Legeais, Un gardien sans discernement, D.1994, chr.p.239.



إلا أن هذا الحل يظل مرجوحاً ، بالنظر إلى مبادئ وغايات المسؤولية المدنية<sup>(١)</sup>. فهو حل غير مقبول إذا نظر إليه من خلال فكره حماية عديم التمييز ، التي تمثل أحد الأجزاء الأساسية ، وأحد المكاسب الهامة للقانونيين المدني والجنائي في كل البلاد المتحضرة .

فإذا كان التأمين يقدم لهذا الحماية ، في الواقع ، استثناء هاماً أكثر فائدة من اللقاء مبدأ التخفيف من شروط المسؤولية وما صاحبه من التوسع في تفسير مبدأ التعويض الكامل ، هذا التعويض الذي زاد من أعباء المسؤوليات الملقاة على عاتق الأشخاص منذ عدة سنين ، إلا أن التأمين يخلق التواء واضحاً ، ليس فقط بين القانون المدني والقانون الجنائي – حيث عززت ، تدريجياً ، حماية القصر ، بصفة خاصة – بل أيضاً بين قانون المسؤولية التقصيرية وقانون المسؤولية المدنية .

فالعقد ما زال يكفل لعديم التمييز حتى اليوم حماية حقيقية ، ليس ، فحسب عن طريق الإجراءات الواجب إحترامها أثناء تكون العقد ، بل أيضاً ، عن طريق إمكانية ممارسة دعوى الإبطال للغير<sup>(٢)</sup> . وغنى عن الذكر ، أن هذه الحماية ، وإن كانت مخففة لكبار المراهقين<sup>(٣)</sup> والبالغين تحت القوامة<sup>(٤)</sup> ، فهي على العكس تكون مطبقة بطريقة حاسمة على الأحداث والقصر تحت الوصاية ، بحكم كونهم مصابون ، في اغلب الأحيان ، في قواهم العقلية .

يضاف إلى ذلك ، أنه من غير المنطقي ، أن نضاعف ، هنا ، الاختلاف بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، حيث أن هذين النظامين يهدفان إلى الإقتراب بعضهما من البعض الآخر اليوم ، بل وان نطاقهما ، على الأقل ، غير محددين<sup>(٥)</sup> .

وحتى لا ينتهي بنا الأمر إلى مأزق ، نتساءل أيضاً ذلك ، عدم التأكيد على المسؤولية الشخصية الكاملة للأشخاص عديمي التمييز والأكتفاء بالرجوع إلى مبدأ اللامسؤولية ، دون الإلتجاء إلى أي وسيلة أخرى نضمن بها التعويض للمضرورين ؟

(١)v.J. Ghestin, Le contrat, n°545,548,562.

(٢)v.J. Ghestin, op. cit., n°454, 548,562 .

إذا سمحنا بذلك فسيكون بمثابة تنازل عن تطور أحرز على مدى الخمسين عاماً الماضية ، تنازلاً في رأينا لا نفتقر . ومع ذلك فإن المجتمعات المتحضرة ، اليوم ، لم تعد الوسيلة ، وخير وسيلة ، رغم ما يوجه إليها من نقد هي التأمين بالفعل .

فالتأمين يحقق جميع مصالح الأطراف مسئولين ومضروبين . لكن ما هو المقصود بالتأمين في مجالنا هذا ، أيقصد به مجرد التأمين العادي ، أم يقصد به تأميناً من نوع آخر ؟ هذا ما نوضحه في المبحث الثاني :

### المبحث الثاني نوع التأمين المقترح ومزاياه

من العجيب أن كثيراً من الفقهاء اليوم ، ما زالوا يطرحون مسألة تعويض الأضرار الناتجة من أفعال عديم التمييز بهدف الاختيار بين ضحيتين كلاهما تعاني من ضرر : المضرور إذا لم تقبل المسؤولية ، وعديم التمييز إذا قبلت المسؤولية ، وهذا يعني " سلاح نو حديين " بيد أن ذلك على ما يبدو مجرد وهم لدى من أصروا على جهل الفائدة التي يستطيع مجتمع القرن العشرين أن يستخلصها مما وضح بجلاء من التطبيق العملي للتأمين لمدة تربو على ٣٠٠ عام<sup>(١١)</sup> . فالتأمين الذي تغفل في الحياة اليومية، قد تعددت ضروبه، وغطى معظم الأخطار الآن<sup>(١٢)</sup> من ناحية أخرى، فإن الأخطار المصاحبة لعدم المهارة والرعاية الملازمة لتصرفات الأحداث والأشخاص فاقدي الإدراك تمثل في الواقع نفس النموذج الذي يعتبر مناط التأمين دون أن يترتب على ذلك أي عائق لعدم المساءلة، لذا لا نرى ما يمنع من استخدام التأمين في هذا المجال .

(7) Ils sont notamment jugés capables d'accomplir seuls de la vie courante  
V.J.L Montanier, Les actes de la vie courante en matière d'incapacité,  
J.C.P.1982,1,3076.

(8) V.H.L. et J. Mazeaud, leçons de droit civil , t. I. 5<sup>e</sup> éd ., par M. de  
Juflart, n° 1395 .

(9) V.G Viney, La responsabilité , conditions, n° 161 et suivants .

وحتى يتلائم التأمين مع الخطر ، المعنى هنا ، يتعين أن يكون موضوعاً لتعديل تشريعي . هذا التعديل سيسمح ، بالإضافة إلى حل المشكة موضوع دراستنا ، بتحقيق تطور ملحوظ للعلاقة بين المسؤولية والتأمين .

وعلى ذلك نتناول بالشرح نوع التأمين المقترح ، ومزاياه . هذا التأمين الذي يتعين أن يكون موضوعاً لتعديل تشريعي ، فضلاً عن عدم تعارضه مع قيام مسؤولية عديم التمييز ، وذلك في مطلبين :

**المطلب الأول : نوع التأمين المقترح**

**المطلب الثاني : مزايا التأمين المقترح**

### **المطلب الأول : نوع التأمين المقترح**

لا يبدو لنا كافياً ، من ناحية ، حتى نكفل حماية فعالة لمصلحة المضرورين والمسؤولين عديمي التمييز ، أن نعتد على التطور التلقائي للتأمين الاختياري ، بل يتعين أن يتدخل المشرع بالنص على جعل التأمين إجبارياً ، وتعريف الخطر الذي يضمن بالتأمين ، ومنع التأمين المركب .

(١٠) يراعى أن التأمين من المسؤولية بدأ يدخل حيز التطبيق العملي منذ ١٨٨٠ في فرنسا، أنظر سرد تاريخي لذلك ( M. Picard et A. Besson les assurances terrestres en droit français, t. 1, 5<sup>e</sup> éd. 1982, n°2 ) P.J Ricard, Histoire de institutions d assurance- es en france (1956) وفي مصر بدأ التأمين من المسؤولية يدخل حيز التطبيق العملي منذ صدور قانون التجارة البحري المصري الذي عرض للتأمين البحري ، ثم تناول المشرع في التقنين المدني في الفصل الثاني من الباب الرابع من الكتاب الثاني الخاص بالعقود المسماة (م ٧٤٧ - ٧٧١) الأحكام العامة المنظمة لعقد التأمين ، ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ، أما بالنسبة للقوانين الخاصة ، فلم يصدر منها لآن في مصر إلا تلك الخاصة بالرقابة على شركات التأمين ، وكان آخرها القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ بشأن شركات التأمين ، وكان قد سبقه في الصدور القانون رقم ٥٤ لسنة ٧٥ الخاص بصناديق التأمين الخاصة : الجريدة الرسمية ، العدد ٣١ ، بتاريخ ١٩٧٥/٧/٣١. (أنظر السنهوري ، الوسيط ، ج ٢/٧ ، عقود الضرر ، ١٩٦٤ فقرة ٥٥٦ ، ص ١١٦٢ ) .

(١١) يلاحظ أن بعض الأخطار التي لم يغطيها التأمين أصبحت تغطي من قبل التأمينات الإجتماعية كما هو الحال في مصر وفرنسا : أنظر السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥١ ، ص ١١٠٨ ، بيكاروبيسون ، المرجع السابق ، فقرة ٣ ، ص ٦ - ٨ .

حقيقة أن التأمين الإجبارى كثيراً ما يثير خفانياً ، سواء من جانب مستخدميه ، أو من جانب المؤمنين<sup>(12)</sup> . بيد أننا نعتقد ، رغم ذلك ، أنه ضرورى ، خاصة لبعض الأوساط غير الراغبة فى التأمين لسبب أو لآخر إما لعدم إقتناعهم به ، أو لعدم معرفتهم به ، ومع أنه ضرورى ولا غنى عنه ، لأنه يجنبهم التعرض للأخطار التى لم تكن فى الحسبان ، أو التى تنتج من عدم المبالاة ، أو ، عدم التبصر<sup>(13)</sup> .

من ناحية أخرى فإن هناك سبباً آخر ، نأمل معه أن يصبح التأمين إجبارياً ، وهى الحاجة إلى حماية الضرورية ضد الشروط التى تجعل الضمانغير كاف أو وهى ، أى ضد الشروط التى تسلب التأمين محتواه . وما يؤكد وجهة النظر هذه أنه منذ فرض المشرع ، سواء الفرنسى أم المصرى ، الألتزام بالتأمين دراءاً لبعض الأخطار ، كما هو الحال فى التأمين الإجبارى على حوادث السيارات ، وما تبع ذلك من تعريف لمحتوى الألتزام الذى نص عليه ، فإن هذا قد إستلزم تنظيمياً للضمانات الدنيا التى يشملها القانون الذى فرض الألتزام بالتأمين<sup>(14)</sup> . وغنى عن الذكر أن الفائدة من هذا التنظيم تتمثل ، بالتحديد ، فى تحريم الشروط التى تهدف إلى إجهاض التأمين من مضمون ، مثل توقيع طالبى التأمين على وثيقة التأمين قبل رؤية الشروط ومناقشتها ، أو التوقيع عليها مع عدم فهم محتواه . هذا الألتزام الذى يبدو لنا ضرورياً لا مفر منه ، أن يفرض إما على النائب القانونى لعديم التمييز ، أو على القيم إذا كان خاضعاً لنظام المساعدة ، أو على قاضى الوصاية إذا تعلق الأمر بشخص موضوع تحت المراقبة القضائية ، ويمكن استكمال هذا الإلتزام بالرجوع إلى أساس الضمان عند عدم وجود التزام بالتأمين ، أو عندما يكون الضرر ناتجاً من تصرف مجنون لا يخضع لنظام الحماية القانونية ، ولم يكن مؤمناً non assure .

(12) V. sur ces réticencez G. Viney, La responsabilité, conditions, no. 62.

(13) Les français semblent en effet très mal renseignés sur les risques aux quels ils sont exposés du fait notamment de leur responsabilité civile . Voir , á ce sujet, l' enquête conduite par le centre d' etude de la responsabilité de l' université de tours et dont les resultants ont été publiés avec des commentaires dans un opus - cule intitulé "Le sentiment de la responsabilité " (Tours 1982) Cet ouvrage révèle d' ailleurs que l' opinion publique n' est pas de tout prête á admettre la jurisprudence de Assemblée plénière . l

كذلك ، يجب حسب ، اعتقادنا ، أن يكون الخطر المضمون بالتأمين الإجبارى محدداً بطريقة تضمن التعويض ، ليس فقط عن الأضرار التى يمكن أن يسببها عديم التمييز للغير - بصرف النظر عما إذا كانت هذه الأضرار تسند إلى خطئه من عدمه ، أم تسند إلى الأشخاص المكلفين بحراسته - بل أيضاً الأضرار المادية ( الجسدية ) التى يمكن أن يكون هو نفسه ضحية لها ، أيا كان السبب ، مع أن ذلك لا يمنع المؤمن assureur من الاحتفاظ بالرجوع على الغير المسئول عند الاقتضاء . ففى الحقيقة ، سيتعلق الأمر ، إذن ، بتعميم صياغة قريبة من تلك التى طبقت على نطاق واسع فى إطار التأمين ألا وهو "رب الأسرة الحريص" حيث يلحق به التأمين الشخصى ضد الحوادث .

أخيراً ، نعتقد أن النص على هذا الإلتزام ، يجب أن يكون مصحوباً بإجراءات خاصة تمنع التأمين المركب الذى كثر ، فى وقتنا الحاضر ، لكى يضمن ، لا سيما ، الأحداث . فبجانب التأمين العادى ، يوجد التأمين المدرسى ، وأنواع أخرى من التأمين التى تفرضها المنظمات أو الهيئات التى تستقبل وتتعهّد مؤقتاً بالطفل ، إما لممارسته لنشاط رياضى أو لأى نشاط مسل آخر . وإما لقضاء فترة الإجازات ....؛ إذن توجد من حيث الواقع ، نماذج مختلفة من التأمين الهدف منها هو إلزام الوالدين بدفع كثير من أقساط التأمين من أجل نفس الخطر . لذا يكون من المناسب أن نستفيد من إنشاء هذا النوع من التأمين الإجبارى لكى نتمكن من إستبعاد النفقات غير النافعة<sup>(14)</sup> . وغنى عن الذكر ، أن التأمين الإجبارى المقترح يحقق مزايا ملموسة ، ولا يتعارض مع نظام المسئولية ، وهو ما يظهر فى المطلب التالى:

### المطلب الثانى مزايا التأمين المقترح

طبقاً للوضع الراهن ، فإن علينا أن نترقب مثل هذا الإصلاح التشريعى ، لما يمثله من حلّ معقول وعادل لمسألة تعويض الأضرار الناتجة من أفعال عديمي التمييز وفاقدى الإدراك ، بل أكثر من ذلك ، الناتجة من قبل كل غير القادرين tous les Incapables<sup>(15)</sup>

(14) C'est ce qui s' est passé l'assurance automobile, pour l'assurance chasse et pour toutes les assurance de responsabilité civile professionnelle que le législateur a rendu obligatoires ces dernières années(V.M.Picard et A.Besson, Les assurances terrtres en droit français, t.1, 5° éd., par A. Besson, no.3

فالتأمين المقترح سيسمح ، فى الواقع بضمان التعويض الكامل لكل المضرورين ، بما فيهم عديمى التمييز أنفسهم ، وبالتالى سيسمح لهؤلاء الآخرين بحمايتهم من احتمال تقسيم المسؤولية ، خاصة ، لدى من أستحسن القرارات التى صدرت فى دعاوى Lemaire و Expoux Derguini<sup>(١٨)</sup>

فضلا عن ذلك ، فإن التأمين الإجبارى المقترح سيجنب الطفل عديم التمييز أو المريض عقليا عبء التعويض الذى سيتقل نمته المالية ، إذا ما كان هو المسئول شخصيا عن الأضرار التى يسببها للغير ، ولن يوجد من يسأل عنه، وما يسببه ذلك من خروجه إلى المجتمع مهموماً مدحوراً .

وأخيراً فإن التأمين الإجبارى المقترح سيسمح بالمحافظة على المصالح المشروعة للوالدين ، بل وعلى كافة أعضاء أسرة عديم التمييز ، بدلاً مما يتحملون به حالياً من مسئوليات جسام نتيجة فعل ابنهما عديم التمييز .

إن الرهان العملى على هذا الإصلاح التشريعى يبدو لنا هاماً . بل ونعتقد ، على المستوى النظرى ، أن التأمين الإجبارى سيقدم ، أيضاً ، فائدة لا تنسى ، حيث سيسجل أستجابة ضد الخلط الذى أستمر طويلاً بين المسؤولية والتأمين .

بل أننا لنجد فى دراسة القانون الوضعى الحالى أن قانون المسؤولية المدنية ، الذى ، غالباً ، ما يزودنا بالحلول للمشاكل التى يثيرها تعويض الضرر الناتجة عن أفعال عديم التمييز ، يدور حول المسؤولية والمسئول ، وما يقال مسؤولية فى هذا القانون لا يكون ، فى معظم الأحيان ، إلا واجهة للتأمين الذى يلعب الدور الرئيسى فى هذا المجال ، وإن كان وجوده غير معترف به رسمياً فلماذا لا نعترف به على نحو ملزم ؟

أن التنقيح شبه المستتر للتأمين على المسؤولية يقدم أضراراً تظهر اليوم بوضوح . فالتأمين لا يهدف فقط إلى مسخ قانون المسؤولية المدنية من حيث الواقع<sup>(١٩)</sup>، ولكن أيضاً، فإن قواعد المسؤولية المدنية تلجم (تقيد) بخرابة ، فعالية التأمين<sup>(٢٠)</sup> .

---

(١٥) انظر فى ذلك G. Viney إصلاح الأضرار الناتجة من حالة فقد الإدراك ، الأسبوع القانونى ١٩٨٥ - ١ - ٣١٨٩ نبذة ٢٣ .  
(١٦) G. Viney ، الموضوع السابق

لذا يبدو لنا من الضروري أن نعيد تنظيم المسألة ببساطة جتى نقضى على  
النتوء الخطرة الناتجة من الخلط الذى يؤدى إلى تعميم النضامين. كما يجب أن نحدد  
بوضوح وظائف كل منهما مع ضرورة الإقرار الكامل باستقلال التأمين .  
وبعد كل ذلك، نعتقد أن الخطوة الأولى للتأمين الإجبارى المقترح تصبح  
مكتملة إذا قرر المشرع سحب الحل الخاص بمشكلة تعويض الأضرار الناتجة عن  
أفعال عديمى التمييز من المسؤولية بعد أن ثبت من دراستنا هذه أنها لا تقدم حلاً  
كاملة للمسألة محل البحث ، مع إعطاء بكل وضوح، أكثر ملاءمة.

---

(١٧) G. Viney، الموضوع السابق .

(١٨) G. Viney، الموضوع السابق

(19) V . notamment B. Markesinis , La perversion des notions de  
responsabilité civile par la pratique de l'assurance , Rev . int . dr . comp  
. 1983 , p . 301 <sup>et s.</sup>

(٢٠) أنظر فى هذا الخصوص G. J. c. p . مؤلفها فى المسؤولية ، خاصة رقم ٦٣ ، وأنظر لها  
كذلك المقال المشار إليه فى J.c.p خاصة نبذة رقم ٢٥ .





---

# مدى تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب

## التحول من قانون المسؤولية إلى قواعد خاصة

الأستاذ الدكتور / السيد محمد السيد عمران

أستاذ القانون المدني

بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

---

### مقدمة

لعل التفكير في مسألة تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب يجعلنا نقف مشدودين أمام وضع يصاب فيه شخص نتيجة فعل آتاه آخر، دون أن يتمكن المضرور من الحصول على تعويض كامل وجابر للضرر، إما لصعوبة التعرف على المسئول، وإما لأن الرجوع على المسئول عديم الجدوى لكونه غير ميسور، إذا ما تعرف عليه، أو لكونه ميسوراً ولكن يخشى المضرور من الانتقام إذا ما رجع على المسئول. وإذا كانت مسألة الإرهاب قد تناولها الفقه بالدراسة والتحليل في كثير من فروع القانون<sup>(١)</sup>، بيد أنها لم تتل حظها في نطاق القانون المدني، لا سيما، ما يخص تعويض المضرورين من جراء عمليات الإرهاب، خاصة إذا ما عرفنا أن القواعد العامة في المسؤولية المدنية، بل والقواعد الخاصة بالتأمين تعجز عن مواجهة مسألة التعويض عن الأضرار الجسدية والمالية التي تخلفها عمليات الإرهاب. من هنا تشعبت الآراء بين قائل بإلقاء عبء الإلتزام بالتعويض مباشرة على عاتق الدولة، وآخر بالمناداة بتأمين المخاطر الناتجة عن أفعال الإرهاب.

---

(١) – ففي القانون الدولي العام درست مسألة الإرهاب بهدف التفرقة بينه وبين أشكال المقاومة الوطنية للإحتلال؛ وفي قانون العقوبات، تم دراسة هذه المسألة بغرض تشديد العقوبة وإجراءات المحاكمة. وفي القانون العام كان هدف الفقه من دراستها هو تحديد مسؤولية الدولة بتعويض آثار الحوادث الإرهابي؛ فضلاً عن دراسة هذه المسألة في إطار تعويض المضرور لحكم القواعد العامة، وأن كان يجوز، في القانون المدني الكويتي، للمضرور رفع دعوى ضمان أذى النفس على الدولة عن الأضرار الجسدية الناشئة عن الفعل الضار إذا تعذر معرفة المسئول أو الضامن (م ٢٥٦ مدني).

ومن أجل معالجة هذه الظاهرة أصدر المشرع الفرنسي قانون ٩ سبتمبر ١٩٨٦ منشأً بمقتضاه صندوقاً خاصاً Ad - Hoc لتعويض الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب، كما أصدر المشرع المصري القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ مشدداً عقوبة الإرهاب وإجراءات المحاكمة، تاركاً علم الإجتماع القانوني بهدف بيان عوامل الإرهاب ونتائجه وكيفية معالجته والحذر منه.

أي أن المضرور من أفعال الإرهاب يمكن تعويضه طبقاً لنظام صندوق التعويض الخاص في القانون الفرنسي، أو طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المصري، أو بناءً على أحكام ضمان أذى النفس في القانون الكويتي.

وهنا نتساءل هل هذه الأنظمة تكفي، وإذا كانت الإجابة بالنفي، فما هو مدى الاستفادة منها؟ وما هو الحل المقترح؟

إن أوضاعاً من هذا القبيل وما تلقيه من ضلال كثيفة تحتاج إلى تبديد، بل أن مراكز قانونية كثيرة ومتشعبة تستلزم المحافظة، تحولنا عن نظام، لم يعد منسجماً مع التطورات الفكرية والاجتماعية التي فرضتها الظروف السياسية والاقتصادية، إلى نظام آخر نأمل من خلاله تحقيق تلك الآمال.

بل لعل مسألة تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب، في الوقت الحاضر، هي أهم مشكلات القانون المدني، حقيقة أن هذا القانون يزخر، في الواقع، بالمشكلات في حل أجزاءه، بيد أن حدة الخلافات في مشكلاته قد خفت، إن لم تكن قد خمدت، أقرب الاتفاق فيها، سواء من جانب الفقه أم القضاء، على حلول واضحة، على عكس مسألة تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب، التي بدأ، وبشدة، الخلاف يستعر في أمهات مسائلها، وأصبح تبعاً لهذا، مجالاً واسعاً للإجتهد، بهدف حسم النزاع فيها بالوصول إلى حلول مرضية.

ولعل الحلول المرضية تتمثل في تحديد الملتزم بتعويض الضرر، وأساس هذا الإلتزام. وهو ما سنحاول الوصول إليه من خلال أستقرائنا للنظام المنصوص عليه في القانونين الكويتي والمصري مقارنة بالنظام الفرنسي.

## أولاً : تعريف الإرهاب

عرّف القانون ٩ سبتمبر ١٩٨٦ الفرنسي في مادته الأولى الإرهاب "بأنه جريمة ترتكب من قبل شخص تنفيذاً لمشروع إجرامي، فردي، أو جماعي، بهدف الإخلال إخلالاً جسيماً بالنظام العام عن طريق إثارة الرعب في المجتمع وترويعه".

كما عرفت المادة ٨٦ من القانون المصري رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ الخاص بتعديل بعض نصوص قوانين العقوبات، والإجراءات الجنائية، وإنشاء محاكم أمن الدولة، وسرية الحسابات بالبنوك، والأسلحة والذخائر، الإرهاب بأنه "كل استخدام للقوة، أو الضعف أو التهديد، أو الترويع يلجأ إليه الجاني، تنفيذاً لمشروع إجرامي، فردي، أو جماعي بهدف الإخلال بالنظام العام، أو تعريض سلامة المجتمع، وأمنه للخطر، إذا كان من شأن ذلك إيذاء الأشخاص، أو إلقاء الرعب بينهم، أو تعريض حياتهم، أو حرياتهم، أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة، أو الاتصالات، أو بالمواصلات، أو بالأموال أو بالمباني ... إلخ".

ومن مقارنة النصين، يتبين لنا أن التعريف الذي جاء على لسان المشرع الفرنسي أكثر دقة وأضيق نطاقاً من التعريف الذي قال به المشرع المصري. فلا يعتبر من أعمال أو جرائم الإرهاب إلا من كان من شأنه الإخلال إخلالاً جسيماً بالنظام العام، وذلك بعكس النص المصري الذي لم يشترط الجسامة مما يفتح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في إدخال ما لا يمكن إدخاله في أعمال الإرهاب.

## ثانياً : الوضع في القانون الكويتي

عرفنا أن الإرهاب، هو فعل من أفعال العنف المقترن بالرغبة في إحداث الدعر والترويع والإضطراب في المجتمع . هذا الفعل يخول المضرور حق المطالبة بالتعويض المدني وفقاً للقواعد العامة أمام المحاكم الجنائية التي تنظر الدعوى العمومية، أو عن طريق دعوى مستقلة أمام المحاكم المدنية. بيد أن المضرور كثيراً ما يواجه صعوبة الحصول على تعويض وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية لتعذر التعرف على مرتكب الفعل الضار (الفعل الإرهابي)، وهنا نتساءل عمن هو المسئول، أي من هو الملتزم بتعويض المضرور، وعلى أي أساس يلتزم؟

لمحاولة الإجابة على هذا التساؤل يحسن بنا أن نعرض لوضع القانون المدني الكويتي من هذه المسألة، حيث تنص المادة ٢٤٨ مدني على أنه: "إذا كان الضرر واقعاً على النفس، فإن التعويض عن الإصابة ذاتها يتحدد طبقاً لقواعد الدية الشرعية، من غير تمييز بين شخص وآخر، وذلك دون إخلال بالتعويض عن العناصر الأخرى للضرر على نحو ما تقرره المادة ٢٤٧ مدني ".  
بناء على هذا النص فإن الضرر إذا كان جسمانياً، أي أصاب نفس المضرور، فإن التعويض عن الإصابة ذاتها لا يخضع لتقدير القاضي، وإنما يتحدد طبقاً لقواعد الدية الشرعية.

وغني عن الذكر، أن الدية تعويض أو ضمان نظمه الفقه الإسلامي، وأخذ به المشرع الكويتي، عن الإصابة ذاتها. بيد أنه لا يدخل في الدية التي حددها النص ما يترتب على الإصابة من أضرار أخرى مالية أو أدبية، وإن كان يجوز المطالبة بتعويض الأضرار المالية والأدبية وفقاً لأحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع (المادة ٢٥٩ مدني).

### لكن من الذي يلتزم بضمان أذى النفس الذي نص عليه المشرع الكويتي؟

**الأصل،** بصدر القانون المدني الحالي، بالمرسوم بقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ أصبح الملزم بضمان أذى النفس هو مباشر الضرر، وهو ما صرحت به المادة ٢٥٥ بنصها على أنه: "إذا وقع ضرر على النفس مما يستوجب الدية وفقاً لأحكام الشرع الإسلامي وما يتضمنه جدول الديات المنصوص عليه في المادة ٢٥١ وكان وقوع هذا الضرر بطريق المباشرة. وباستعمال شيء مما ذكر في المادة ٢٤٣) وهي المادة الخاصة بمحراسة شيء مما يتطلب في حراسته عناية خاصة لمنع وقوع الضرر، فإن المباشر يلتزم بضمانه، ما لم يكن في إتيانه ملتزماً حدود الدفاع الشرعي".

ومع ذلك، قد يصعب، في كثير من الأحيان، التعرف على مرتكب الفعل الضار وهنا يتعذر على المضرور الحصول على التعويض الجائر للضرر، من أجل ذلك نص المشرع الكويتي في المادة ٢٥٦ مدني على أنه:

- "إذا وقع ضرر على النفس مما يستوجب الدية وفقاً لأحكام الشرع الإسلامي، وما يتضمنه جدول الديات المنصوص عليه في المادة ٢٥١، وتعذرت معرفة المسئول عن تعويضه وفقاً لأحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع أو الملتزم بضمانه وفقاً للمادة السابقة، وجب الضمان على الدولة، وذلك ما لم يثبت أن المصاب أو أحداً من ورثته قد أدى بخطئه إلى عدم معرفة المسئول أو الضامن...."

وعلى ذلك يكون المشرع الكويتي قد أخذ بنظام ضمان أذى النفس وأثقل به مباشر بصفة أصلية، والدولة بصفة إحتياطية.

هذا ويلاحظ أنه لا بد من شروط لكي يتحقق ضمان أذى النفس، سواء كان الملزم بهذا الضمان هو مباشر الفعل الضار، أما كان الملزم به هو الدولة في حالة تعذر معرفة المسئول أو الضامن.

### أولاً : ضمان مباشر الضرر:

حيث يقصد بمباشر الضرر، بصفة عامة، من يحدث الضرر مباشرة، أي عن طريق المباشرة وليس عن طريق التسبب فلقد لاحظ فقهاء الشريعة الإسلامية قوة علاقة السببية بين الفعل والنتيجة في

ترتيب أحكام الضمان وشروطه، وعلى هذا الأصل قالوا المباشر ضامن إن لم يتعمد أو يتعدى، لأن  
المباشرة صفة لعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة دون النظر إلى صفة المتضرر مالا كان أم شخصاً، فمتى  
ما أوجد الفعل علة التلف كان الفعل مباشرة، والفاعل مباشراً. ومعروف أن العلة هي ما تستند إليها  
النتيجة (٢).

بيد أنه يلاحظ أن القانون الكويتي لم يأخذ بفكره ضمان مباشر الضرر على إطلاقها كما  
نظمها الفقه الإسلامي، وإنما قيد من نطاقها بإشتراطه شروط ثلاثة :

---

(٢) - انظر للمؤلف، تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال عديم التمييز، التحول من قانوني المسؤولية إلى قانون التأمين،  
الدار الجامعية، بيروت ١٩٩٢ - ص ٢٢ وما بعدها.

## الشرط الأول:

خاص بمجال هذا الضمان، حيث قصره على الضرر الواقع على النفس، أي أذى النفس، أي الضرر الذي يصيب الشخص في نفسه أو جسمه، كالجروح والكسور وفقد الذاكرة، وبالتالي، لا يشمل الضرر المالي الذي يلحق ذمة المضرور، كما أشرت في أذى النفس الموجب للضمان هو أذى النفس الموجب للدية الشرعية، وهو كل ما يمس حياة الشخص أو سلامة جسده.

## والشرط الثاني:

وهو خاص بمصدر هذا الضرر، حيث إستلزم فيه المشرع أن يكون الضرر قد حدث بإستعمال شيء من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها، وفقاً لنص المادة ٢٤٣ مدني.

## والشرط الثالث:

يتعلق بطريقة وقوع الضرر، حيث إشتراط المشرع أن يكون حدوث الضرر قد تم بطريقة المباشرة وليس عن طريق التسبب، أي لم تشترك مع الشيء أسباب أخرى في إحداث الضرر، وذلك وفق التوضيح السابق بيانه.

## ثانياً : ضمان الدولة لأذى النفس :

بعد أن نظم المشرع الكويتي ضمان أذى النفس، أثقل به مباشر هذا الذي إعمالاً لقاعدة مباشرة الضرر في الفقه الإسلامي، ولكي يتم ضمان هذا الأذى في جميع الحالات، حتى "لا يطل دم في الإسلام" أوجب على الدولة ضمان أذى النفس، وذلك في الحالات التي يتعذر فيها معرفة المسئول أو الضامن أو تعويضه، لأحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع، أو الملتزم بضمانه وفقاً لقاعدة مباشرة الضرر.

وعلى ذلك، ولكي تضمن الدولة أذى النفس يتعين أن تثبت المسؤولية عن هذا الأذى أو قيام ضمانه وذلك بتوافر الشروط الثلاثة السابقة والخاصة لمباشر الضرر، ويشترط ثانياً أن يتعذر معرفة المسئول أو الضامن.

ويلاحظ هنا أنه لا يكفي لقيام ضمان الدولة تعذر حصول المضرور على حقه في التعويض أو الضمان لإي سبب كان، كإعسار المسئول أو الضامن مثلاً، أو إحتفائه أو تهريبه بعد معرفته ومقتضاته، وإنما يتعين أن يكون تعذر حصول المضرور على حقه راجعاً إلى سبب محدد وهو عدم معرفة المسئول أو الضامن.

فضمان الدولة يقوم، فقط، في الحالة التي يظل فيها المسئول أو الضامن الأصلي مجهولاً غير معروف، لأن ضمان الدولة، وفق ما نص عليه المشرع، وهو ضمان احتياطي، وليس ضماناً أصلياً. بعد بيان موقف المشرع الكويتي من مسألة تعويض أذى النفس نتساءل هل يمكن لتلك الأحكام أن تغطي تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب، خاصة، في الحالة التي يكون فيها المسئول غير ملئ؟

أن القدر المتيقن، وفقاً لنص المادة ٢٥٦ مدني كويتي، أن الدولة لا تضمن أذى النفس إلا في الحالة التي لا يعرف فيها المسئول أو الضامن، أما في الحالة التي يكون فيها المسئول غير ملئ فلا تضمن الدولة التعويض عن أذى النفس، لأنه وكما عرضنا، فإن ضمان الدولة هو ضمان احتياطي فقط. وبالتالي، تظل هناك منطفة مكشوفة، ألا وهي تعويض أذى النفس في الحالة التي يعرف فيها المسئول ويكون الرجوع عليه عديم الجدوى لكونه غير ملئ، بل وأيضاً في الحالة التي يكون فيها المسئول أو الضامن ملئ ولكن يخشى المضرور خطر الانتقام إذا ما رجع عليه.

فضلاً عن ذلك، فإن التعويض الذي تتحمل به الدولة، لا يعطي سوى الأضرار الجسدية دون غيرها من الأضرار. وإن كان المشرع الكويتي قد سمح بمقتضى المادة ٢٤٨ من القانون المدني، والمادة ٢٥٩ مدني من الرجوع بالتعويض عن المضار الأخرى على من يلتزم به وفقاً لأحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع.

### **ثالثاً : الوضع في القانون الفرنسي**

يمكن القول أن تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب، في فرنسا، قد مر بتطورات كثيرة. بيد أنه يمكن تقسيم هذا التطور إلى مرحلتين: مرحلة ما قبل ٣ يناير ١٩٧٧، ومرحلة ما بعد ٣ يناير ١٩٧٧.

**أولاً: مرحلة ما قبل ٣ يناير ١٩٧٧ :**

في هذه المرحلة اجتهد الفقه والقضاء في البحث عن ملتزم بتعويض الأضرار الناشئة عن أفعال الإرهاب. فذهب رأي إلى القول بإلقاء عبء الإلتزام بتعويض تلك الأضرار على صاحب المنشأة أو

المشروع إذا ما أو المشروع اعتماداً على نص المادة ١٩٥٣ مدني فرنسي<sup>(٣)</sup>. بيد أن هذا الاتجاه منتقد ولا يمكن الأخذ به.

وذهب البعض الآخر إلى القول بأن الملتزم بتعويض الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب هو المؤمن، طبقاً لقواعد التأمين من المخاطر، وذلك إستناداً إلى نص المادة ١٢ من قانون التأمين الفرنسي التي تجيز التأمين على الخسائر أو الأضرار الناشئة عن القوة القاهرة، على إعتبار أن جرائم الإرهاب بمثابة قوة القاهرة.

بيد أن هذا الرأي منتقد أيضاً ولا يمكن الأخذ به، وذلك لعدم وجود تأمين إجباري بخصوص هذه المسألة، مما يجوز للمؤمن، أي شركات التأمين، استبعاد التأمين على الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب.

وأخيراً، ولقصور القواعد العامة في المسؤولية المدنية عن الفعل الضار في تغطية الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب، حاول الفقه والقضاء إلقاء عبء تعويض تلك الأضرار على عاتق المجتمع متمثلاً في الدولة بناء على التطور الذي حدث في تبرير المسؤولية، حيث أمست مسؤولية اجتماعية ولم تعد مسؤولية فردية فحسب.

وإذا كان الاتجاه الأخير اتجاه محمود، إلا أن الفقه والقضاء قد اختلفا حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية الدولة في تعويض المضرور<sup>(٤)</sup> هل هو الخطأ أم المخاطر؟ ويمكن القول بأنه إذا كان المضرور يمكنه رفع دعوى التعويض على المسئول، شريطة التعرف عليه، عن الفعل الإرهابي، على أساس الخطأ، بيد أنه لا يمكنه مطالبة الدولة بالتعويض إلا على أساس الخطأ الجسيم الذي ترتكبه الإدارة، وفق ما إنتهى إليه مجلس الدولة الفرنسي. وكذلك الحال، يتجه القضاء الفرنسي إلى رفض قيام مسؤولية الدولة، كأصل عام، على أساس المخاطر، وأن كان يجوز ذلك بصفة إستثنائية، وبشرط أن يكون الضرر الناجم عن أعمال الإدارة وخصوصاً.

ثانياً : مرحلة ما بعد ٣ يناير ١٩٧٧ :

(٣) - انظر المادتان ٧٢٧ مدني مصري و٧٣٣ مدني كويتي.

(٤) - انظر أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الإلتزام بضمان أذى النفس، ودور الدولة فيه في ظل القانون المدني الكويتي مجلة المحامي، السنة ٨ ع يوليو ١٩٨٣ رقم ١٣ ص ٢١ وما بعدها. وأنظر محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، دار النهضة العربية ١٩٧٨ رقم ٤٤٣ وما بعده.



أصدر المشرع الفرنسي ابتداء من ٣ يناير ١٩٧٧ عدة تشريعات أمست الدولة بمقتضاها ملزمة بتعويض الأضرار الناتجة عن جرائم العنف، ومنها :

القانون الصادر في ٣ يناير ١٩٧٧<sup>(٥)</sup>، والقانون الصادر في ٧ يناير ١٩٨٣<sup>(٦)</sup>.

ولقد حاول **الفقه والقضاء** تطويع هذه النصوص لتشمل فيما تشمل تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب. بيد أن تلك المحاولة لم تكن صائبة، وذلك لأن مضمون هذه القوانين تدور حول مسؤولية الدولة عن تعويض الخسائر، والأضرار الناشئة عن جرائم العنف التي ترتكب بواسطة التجمهر أو التجمعات، وسواء أكانت مسلحة، أو غير مسلحة. وإن كان التعويض عن هذه الجرائم، وفقاً لتلك القوانين، يشمل تعويض الأضرار الجسدية أو المالية<sup>(٧)</sup>، بينما أعمال الإرهاب يتم الإعداد لها وتنفيذها في سرية تامة حتى تحقق المفاجأة التامة ويترتب عليها الفرع والترويع، مما يخل بأمن المجتمع ونظامه.

حقيقة أن هذه القوانين قد أقرت صراحة إلتزام الدولة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن جرائم العنف إذا ما توافرت الشروط التي نصت عليها، وأهمها - أن يتمخض العنف الذي يرتكب عن طريق التجمع أو التجمهر عن جريمة، سواء كانت، هذه الأخيرة، جناية أم جنحة، وسواء كان محلها شخص أم مال. وحقيقة أن هذه القوانين قد جعلت من المسؤولية عن تعويض الأضرار الناشئة عن جرائم العنف مسألة اجتماعية، وتتمثل في تحمل الدولة بالتعويض، بعد أن كانت المسؤولية فردية تقوم على الخطأ الشخصي. وحقيقة أن جعل الدولة مسؤولة عن التعويض يتفق والإلتجاه المعاصر، الذي لا يرى غضاضة في تعدد المدين بالتعويض (المسئول المتسبب في الضرر، والدولة). وحقيقة أن التعويض الذي تتحمل به الدولة يستمد مصدره من نص القانون مباشر، وبالتالي يبتعد عن المشكلات التي تثيرها مسؤولية الدولة، لدى فقهاء القانون الإداري، عن تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب، وفي نفس الوقت يمثل نوعاً من الضمان إذا ما وسعنا في معنى العنف ليشمل أعمال الفرع والترويع (أي الإرهاب)، أخذاً بما يناهز به البعض من وجوب توحيد أحكام التعويض عن الأضرار الناشئة عن الجرائم عموماً.

---

(٥) - انظر الجريدة الرسمية ٤ يناير ١٩٧٧، دالوز ١٩٧٧ ج ٣ ص ٧٦ وقد أضيفت إليه بعض الأحكام بالقانون الصادر في ٢ فبراير ١٩٨١، دالوز ١٩٨١ ج ٣ ص ٨٥، كما عدل بالقانون الصادر في ٨ يوليو ١٩٨٣، دالوز ١٩٨٣ ص ٣٥١.

(٦) - أنظر الجريدة الرسمية ٩ يناير ١٩٨٣.

(٧) - أنظر المادة ٩٢ من القانون الصادر في ٧ يناير ١٩٨٣.

ومع ذلك يظل هناك فرق بين جرائم العنف، وجرائم الإرهاب للأسباب التي ذكرناها سابقاً، وإن كان يمكن القول أن إصدار المشرع لتلك القوانين يمثل بداية صحيحة. وهي بداية غير موجودة في القانون المصري، كما سنرى.

بيد أنه في تطور آخر أصدر المشرع الفرنسي قانون ٩ سبتمبر ١٩٨٦<sup>(٨)</sup> أنشأ بمقتضاه صندوقاً للضمان **Ad - Hoc** يستمد موارده من رسم يضاف إلى عقود التأمين، ويقوم على أساس فكرة الضمان، الاجتماعي، الذي بدأه المشرع الفرنسي من قبل بإلقاءه عبء التعويض على المجتمع في حالات أهمها: تعويض الأضرار الناشئة عن المخاطر النووية بالقانون الصادر عام ١٩٦٨، ولجنة تعويض الأضرار الناشئة عن جرائم العنف بالقانون الصادر في ٣ يناير ١٩٧٧، وإلتزام الدولة، مديناً، بتعويض الأضرار الناشئة عن جرائم العنف أثناء التجمهر أو التجمع في القانون الصادر في ٧ يناير ١٩٨٣؛ وصندوق تعويض الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب بالقانون الصادر في ٩ سبتمبر ١٩٨٦<sup>(٩)</sup> وكذلك القانون الصادر في ٢٣ يناير ١٩٩٠ الذي منح المضرور من أفعال الإرهاب الحق في الحصول على المساعدات المالية التي تقدمها الدولة إلى ضحايا الحرب، فضلاً عن المزايا التي تتعلق بالوظائف العمومية والضمان الاجتماعي، والصحة، وجميع المزايا التي تمنح لقدامى المحاربين.

هذا، ويلاحظ أنه إذا كان صندوق التعويض الذي نص عليه قانون ٩ سبتمبر ١٩٨٦ يكفل تعويض الأضرار الجسدية الناتجة عن أفعال الإرهاب، فقط، وله حق الحلول محل المضرور في مواجهة المسئول في حالة التعرف عليه، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد اعتبرت المبالغ التي يدفعها الصندوق للمضرورين هي بمثابة مساعدة تقوم بها الدولة تجسيداً لواجب التضامن، وبالتالي لا تعد تعويضاً بالمعنى الدقيق.

ومع ذلك، يمكن القول أن المشرع الفرنسي، بإصداره قانون ٩ سبتمبر ١٩٨٦ كان موفقاً، رغم ما قد يؤخذ على نصوصه، من حيث مدى التعويض أو نطاقه، ومن حيث الإجراءات الواجب إتخاذها للحصول على التعويض.

## رابعاً : الوضع في القانون المصري

(٨) - الجريدة الرسمية ٩ سبتمبر ١٩٨٦، ص ٦، ٩، ١٠.

(٩) - أنظر أحمد الزقرد، تعويض الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب، القسم الثاني، مجلة الحقوق، س ٢١، العدد ٤ ديسمبر ١٩٩٧، ص ٢٤، وأنظر له تفصيلاً موسعاً، نفس المرجع من ص ١٣ حتى ٥٢.

لم يملك المشرع المصري، أمام إنتشار ظاهرة الإرهاب وأزديادها في الفترة الأخيرة، الوقوف مكتوف الأيدي، بل كان عليه أن يتحرك لمواجهةها، وهو ما فعله بالفعل عن طريق ما أصدره من نصوص جزائية:

بيد أنه وإن كان يحمد للمشرع المصري تبني هذه المسألة، إلا أنه لم يشأ مسايرة هذا التطور لنهايته، فهو وإن كان قد أصدر القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ مستحدثاً فيه بعض جرائم الإرهاب، ومشدداً العقوبة وإجراءات التحقيق والمحاكمة على جرائم أخرى، إذا ما ارتكبت بهدف بث الرعب والإحلال بأمن وسلامة المجتمع (المادة الأولى من القانون المذكور)، ومقرراً الإختصاص بنظر هذه الجرائم لمحاكم أمن الدولة، ومانعاً من سقوط الدعوى عن تلك الجرائم بالتقادم، فهو وإن كان قد فعل كل ذلك، إلا أنه لم يوجه إهتمامه شطر تعويض المضرورين مدنياً، بل ترك ذلك لحكم القواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الضار. ناهيك عما تثيره بعض النصوص من لبس في التفسير: كلفظة "الترويع" في المادة ٨٦ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢، وكالتكرار الذي جاء في المادة ٨٦ مكرراً، والمادة ٨٨ وإن كنا نفضل ترك التعقيب على ذلك لأساتذة القانون الجنائي.

ووفقاً لنص المادة ١١ من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ الخاص بحالة الطوارئ يمتنع قبول الإدعاء المدني أمام محاكم أمن الدولة التي تختص بتطبيق أحكام هذا القانون. فضلاً عن ذلك، فقد جعل المشرع، بمقتضى القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢، أختصاص محاكم أمن الدولة معقوداً بالنسبة لصور التجريم المستحدث في الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات المصري (١٠).

ووفقاً للقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ الذي أنشأ محاكم أمن الدولة، لا يجوز قبول الإدعاء بالحق المدني أمام محاكم أمن الدولة بصفة عامة، ولما كانت جرائم الإرهاب يعقد الأختصاص بشأها لمحاكم أمن الدولة، لذا لا يجوز الإدعاء بالحق المدني أمام تلك المحاكم عن الأضرار الناتجة عن هذه الجرائم.

---

(١٠) - يلاحظ أن محاكم أمن الدولة قد أنشئت بمقتضى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠، كما يلاحظ أن هذا القانون الأخير قد نص على أن تختص إحدى محاكم أمن الدولة المنشأة بدائرة محكمة إستئناف القاهرة بنظر هذه الجرائم دون التقيد بقواعد الأختصاص المكاني المنصوص عليه في المادة ٢١٧ من قانون الإجراءات الجنائية، أنظر المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢.

إذاً لا مفر من إلتجاء المضرور إلى المحاكم المدنية للمطالبة بالتعويض، مع ما يصاحب ذلك من صعوبة الإجراءات ، وصعوبة الإثبات، وطول أمد التقاضي، فضلاً عن أن المضرور قد لا يجد من يرفع عليه الدعوى لعدم التعرف على المسئول أو الضامن، أو قد يكون هذا الأخير غير ملىء، وكلها أمور تذهب بحق المضرور إلى اللانتيحة، بل ويجد نفسه في النهاية في موقف أشد سوءاً عند المطالبة بحقه في التعويض، إذا ما قورن بموقف المضرور من جرائم عادية.

ولعل الحسنة الوحيدة التي أقر بها المشرع المصري في القانون الذي يجرم أفعال الإرهاب، هي عدم سقوط حق المضرور في رفع دعوى التعويض عن الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب بمضي المدة، وفي ذلك حماية للمضرور، وهي حماية لا يوجد ما يماثلها لا في القانون الفرنسي ولا في القانون الكويتي.

**تعقيباً على موقف المشرع المصري،** من خلال عرضنا السابق، تتضح لنا حقيقة هامة، ألا وهي أن تجريم أفعال الإرهاب عن طريق ما أستحدثه من جرائم إرهابية إنما هدفه حماية أمن المجتمع وسلامته وعدم المساس بالنظام العام. ومع ذلك، يقف هذا النظام عاجزاً عن حماية المضرورين من الجرائم الإرهابية، بل أن وضع هؤلاء المضرورين يزداد سوءاً إذا ما علمنا أن أحكام المسؤولية المدنية وإن كانت تصلح لمواجهة الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب.

وهنا نتساءل ألا توجد وسيلة نعالج بها مسألة التعويض من الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب، خاصة بعد أن أضحي الإرهاب ظاهرة اجتماعية لا بد من مواجهة آثارها؟ يصلح نظام التأمين الإجباري لمواجهة مسألة التعويض، أم يتعين الأخذ بنظام صندوق التعويض الخاص الذي نص عليه القانون الصادر في ٩ سبتمبر ١٩٨٦؟

### أولاً : مدى صلاحية إقتراح نظام التأمين الإجباري لمواجهة مسألة التعويض (١١)

إذا كان التأمين قد أحتفى وقتاً طويلاً خلف المسؤولية، وأقتصر دوره على تقديم التعويض، بيد أن دوره قد إزداد وضوحاً، وأصبح له تأثيره الفعال على المسؤولية، بل أن تأثير الدور الخفي الذي يقوم به التأمين يقود أحياناً إلى تداخل حقيقي للأفكار الأساسية للمسؤولية دون ضمان التعويض للمضرورين.

(١١) - أنظر للمؤلف، تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال عدم التمييز، مشار إليه ص ٩٨ وما بعدها.

وقد حان الوقت بضرورة الاعتراف للتأمين بإستقلاله وبإمكانية تكليفه بالحضور أمام المحاكم ليضطلع بالمهام التي يكون في مقدوره القيام بها رسمياً، خاصة أن قانون المسؤولية لا يقود إلى حل ملموس وكامل لتعويض الأضرار الناتجة عن أفعال الإرهاب، وبالتالي لا مفر من الإلتجاء إلى التأمين.

ومع ذلك، يذهب البعض إلى مناهضة فكرة حلول التأمين محل المسئول حلولاً كاملاً، وإن كنا نقترح ضرورة الاعتراف الكامل بإستقلال التأمين، ولكن أي نوع من هذا التأمين يصلح، أهو التأمين العادي، أم نوع آخر من التأمين؟.

لا يبدو لنا كافياً، من ناحية، حتى نكفل حماية فعالة لمصلحة المضروبين، أن نعتمد على التطور التلقائي للتأمين الإختياري، بل يتعين أن يتدخل المشرع بالنص على جعل التأمين إجبارياً، وتعريف الخطر الذي يضمن بالتأمين.

حقيقة أن التأمين الإجباري كثيراً ما يثير خفياً، سواء من جانب مستخدميه، أو من جانب المؤمنين، بيد أننا نعتقد، رغم ذلك، أنه ضروري، خاصة لبعض الأوساط غير الراغبة في التأمين لسبب أو لآخر، إما لعدم إقتناعهم به، أو لعدم معرفتهم به، ومع إنه ضروري ولا غنى عنه، لأنه يجنبهم التعرض للأخطار التي لم تكن في الحسبان.

من ناحية أخرى، فإن هناك سبباً آخر، نأمل معه أن يصبح التأمين إجبارياً، وهي الحاجة إلى حماية المضروبين، خاصة، المضروبين من جرائم الإرهاب. بل أن جعل التأمين إجبارياً بالنسبة لحوادث الإرهاب بوصفها قوة قاهرة، يمنع من إستبعاده.

ومع ذلك قد يؤخذ على الإتجاه السابق بيانه أن التأمين الإجباري على حوادث الإرهاب، خاصة في المجتمعات التي تزداد فيها عدد جرائم الإرهاب، وما يصاحبها من تزايد الأضرار الناشئة عنها وضخامة مبالغ التعويضات، سيؤدي حتماً إلى إفلاس شركات التأمين، ما لم تكن أقساط التأمين التي تقع على عاتق المؤمن له باهظة، مما لا يقوى على دفعها. فضلاً عن ذلك، يتسائل البعض عن هو المؤمن له، هل كل أفراد المجتمع، خاصة، وأنه لا يعرف بداية من سيصاب بضرر من جرائم الإرهاب.

ثانياً: من هنا أقترح البعض لمواجهة مسألة تعويض الأضرار الناتجة من أفعال الإرهاب إنشاء صندوق تعويض خاص على غرار ما فعله المشرع الفرنسي بالقانون الصادر في ٩ سبتمبر ١٩٨٦ (١٢).

---

(١٢) - أنظر أحمد الزقرد، بحث مشار إليه، ص ٧٤ وما بعدها.

ومع ذلك، نفضل الأخذ بما ذهب إليه القانون المدني الكويتي من نظام التعويض عن أذى النفس، مع بعض التعديلات ليتمشى الحكم مع قانوننا الوطني وشريعتنا الإسلامية الغراء.

## نحو الفسخ بالإرادة المنفردة قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة

دكتور / محمد حسن قاسم  
أستاذ القانون المدني المساعد  
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

### مقدمة

في العقد الملزم للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما عليه من التزام ناشئ عن هذا العقد، جاز للمتعاقد الآخر - وكما هو معروف - أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فيمتنع عن تنفيذ ما عليه من التزام، إلى أن يقوم الأول بالوفاء بما عليه، وفي هذه الحالة يقف تنفيذ الالتزام مع بقاء العقد قائماً.

لكن قد لا يقنع المتعاقد بمثل هذا الموقف السلبي، فيكون له أن يلجأ إلى طلب التنفيذ العيني؛ لاستيفاء حقه عيناً. غير أن الوصول إلى هذه النتيجة قد يطول أمده، وقد يُحمل طالب التنفيذ ما لا يطيق ولا يرجو، أو لا يراه المتعاقد مجدياً له أو محققاً لما كان يرغبه أصلاً، فيفضل بالتالي، وإزاء عدم التنفيذ - أن يتحلل من العقد ومن الالتزامات التي يرتبها عليه، فيكون طريقه إلى ذلك، الالتجاء إلى الفسخ.

الفسخ - إذا - هو حق للمتعاقد في العقد الملزم للجانبين، إذا ما أخل المتعاقد الآخر بالتزاماته، في حل الرابطة العقدية؛ لكي يتحلل هو من التزاماته. والفسخ على هذا النحو يحمل - أيضاً - معنى الجزاء بالنسبة للمتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزاماته، ويكون هدفه إزالة الرابطة العقدية التي دخلت مرحلة التنفيذ، بعد إبرامها على نحو صحيح، فهو لا يهدف إلى إنجاز هذه الرابطة وترتيب آثارها، وإنما نقض القوة الملزمة لها وإزالة آثارها بعد تمامها على نحو صحيح؛ وذلك نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام الناشئ عنها.

ولا شك أن الفسخ بهذا المعنى - وأياً كان الأساس الفني الذي

يستند إليه<sup>(١)</sup> - يقوم على اعتبارات تملئها العدالة. فالعدالة تأبى أن يلتزم شخص بعقد لم ينفذه المتعاقد معه<sup>(٢)</sup>.

هذا وإذا كان عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، هو الشرط الأساسي لإمكان فسخ العقد، فإنه لا يكفي بذاته - وأياً كانت جسامته عدم التنفيذ - لاعتبار العقد مفسوخاً، بل لابد للدائن الذي يرغب في ذلك، ويختاره، أن يلجأ إلى القضاء بطلب الفسخ، فالقوة الملزمة للعقد لا يمكن نقضها بإرادة أحد المتعاقدين. فالدائن ضحية عدم التنفيذ، والذي لم يحصل على هدفه من وراء إبرام العقد، لا يكون له - إذا ما أراد التحلل من الرابطة العقدية - إلا أن يرفع دعوى أمام القضاء؛ ليستصدر منه حكماً بفسخ العقد، وهذا هو في الواقع ما تقضى به صراحة المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي، وما يتضح بجلاء من نص المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري.

(١) راجع في الأسس الفنية المختلفة التي قيل بها لتبرير نظرية الفسخ، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت (بدون تاريخ) ص ٦٩٤ وما بعدها، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٧٦ ص ٤٠٠ وما بعدها، د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام - ١ - العقد والإرادة المنفردة، مكتبة عبد الله وهبه ١٩٦٦ ص ٣٢٣ وما بعدها، د. عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه ١٩٧٥ ص ٤٨٤ وما بعدها، د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية ١٩٩٩ ص ٥٩٩، د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ٢٠٠٤/٢٠٠٥ ص ٢٩٥ وما بعدها، د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ١٩٨٨ ص ٦ وما بعدها، د. علاء السيد محمود الزاهي، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفاسخ والتفاسخ، دراسة مقارنة، دكتوراه كلية الحقوق جامعة طنطا ٢٠٠٦ ص ٢٨٢ وما بعدها.

(٢) انظر على سبيل المثال: البدر، السابق ص ٤٨٨، السنهوري، السابق ص ٦٩٦، الجارحي، السابق ص ١٢، د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإرادية (العقد - الإرادة المنفردة) (دون ذكر الناشر) ٢٠٠٣ ص ٤١٤، د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام =



ومن هنا كان تأكيد الفقه على الطابع القضائي للفسخ، سواء في القانون المصري، أو القانون الفرنسي، واعتباره هو الأصل في الفسخ<sup>(٧)</sup>، بمعنى أن الفسخ لا يكون أصلاً إلا من خلال حكم يصدر عن القضاء، وذلك - أيضاً - ما تؤكد عليه أحكام القضاء<sup>(٨)</sup>، التي تبين في وضوح تام بأن الفسخ لا يقع إلا بحكم القاضي، وأن الدائن لا يمكنه أن يعتبر العقد مفسوخاً، وإنما عليه - إذا ما رغب في الفسخ - أن يلجأ إلى القضاء لطلبه.

= في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، القاهرة ١٩٦٨ ص ١٨٥، د. محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة ٢٠٠٢ ص ٢٢٩ - ٢٣٠.

(٣) انظر على سبيل المثال، د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام ص ٣٦٢، د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٩٢ ص ٤٣٣، إسماعيل غانم، السابق ص ٣٢٧، د. محمد حسين منصور، الوجيز في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة (بدون تاريخ نشر) ص ٢٤٥، د. مصطفى الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف ١٩٩١ ص ٢٥٥.  
وراجع في القانون الفرنسي:

Th. Genicon, La résolution du contrat pour inexécution, LGDJ 2007, p. 372 et s. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel - Munck, Droit civil, Les obligations, 2<sup>e</sup>éd. Defrénois 2005 p. 443; Ph. Delebecque et F. J. Pansier, Droit des obligations, contrat et quasi - contrat 3<sup>e</sup> éd. Litec 2003 p. 298.

(٤) انظر على سبيل المثال، نقض مدني ١٩٥٧/٢/٢٤ مج س ٨ ص ٩٨، نقض مدني ١٩٦٢/٢/٨ مج س ١٣ ص ١٠، ١٩٨٥/٤/١٩، ١٦ ص ٣٦، ١٩٩٨/٦/٩٦٣، ١٦ ص ٤٩ مج س ٥٢١.

Cass. Com. 25/3/1991, CCC (Contrats, concurrence, consommation) 1991, no 162 note L. Leveneur; Cass. Com. 1/12/1992, RTD Civ. 1993 p. 578 obs. J. Mestre.

وراجع:

S. Amrani - Mekki, La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, Defrénois 2003 p. 369 et s. spéci. p. 372 - 373; C. Jamin, Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat, trois idéologies en concurrence, in L'unilatéralisme et le droit des obligations (sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud) Economica, collection Études Juridiques (9) p. 71 et s. spéci. p. 73 et 74.

ولكن طلب الفسخ شيء، والحصول على حكم يقضى به شيء آخر. فإذا ما لجأ الدائن إلى القضاء بطلب الفسخ، يصبح القاضي هو سيد الموقف فيما يلي هذا الطلب، وذلك بالنظر لما يتمتع به من سلطة تقديرية واسعة إزاء هذا الطلب. فطلب الفسخ لا يعني بالضرورة استجابة القاضي له، والحكم به لا يكون حتمياً، بل الأمر يكون مرجعه لتقدير القاضي<sup>(٥)</sup> وقناعته بملاءمة الفسخ للحالة الحقيقية، التي نتجت عن عدم التنفيذ الذي يستند إليه الدائن في طلبه للفسخ.

فإذا ما طالب الدائن بفسخ العقد، يمكن للقاضي ألا يستجيب لهذا الطلب، ويمنح المدين مهلة للتنفيذ إذا اقتضت الظروف ذلك. وله أن يرفض الحكم بالفسخ، ويقضى بإلزام المدين بالتنفيذ العيني، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية، بالنسبة إلى الالتزام في جملته، وإذا ما اختار القاضي الحكم بالفسخ، فإنه لا يلجأ إلى هذا الجزاء النهائي إلا إذا قدر هو، أن عدم التنفيذ على قدر من الجسامه يبرر "هدم" العقد (أي فسخه). بل وأكثر من ذلك، فإن للمدين أن يتوقى الحكم بالفسخ، وذلك بقيامه بالوفاء بالتزامه قبل صدور حكم نهائي بالفسخ، "ويستوي في ذلك أن يكون حسن النية أو سيء النية، إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام"<sup>(٦)</sup>.

(٥) راجع في ذلك، د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٢ ص ٢٩ وما بعدها، د. حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية (دون ذكر الناشر) ١٩٩٥ ص ٤١٣ وما بعدها، د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام (دون ذكر الناشر أو التاريخ) ص ١٩٩٥ د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٤ ص ٣١١ وما بعدها.

وانظر نقض مندي ١٤/١٠/٢٠٠٦، مجموعة هيئة قضايا الدولة، المكتب الفني، مجموعة القوانين والمبادئ القانونية ١٨ - مجموعة أحكام النقص (٢٠٠٤ - ٢٠٠٦) الجزء الأول، ٢٠٠٧ ص ٦٠٣، نقض مندي ١٩٩٨/٧/٨، مج س ٤٨ ص ١٠٧٥.

F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 10<sup>e</sup> éd. 2009 p. 660 et s.

(٦) حسام الأهواني، السابق ص ٤١٢ - ٤١٣، وإشارته إلى نقض مندي ١٩٨٩/٣/٦ مج س ٤٠ ص ٧٣٥.

إذا كان ذلك هو مذهب القانون المصري والفرنسي، بشأن كيفية إيقاع الفسخ، باعتباره الجزاء النهائي الذي يؤدي إلى هدم العقد وإزالته، واعتبار أن الأصل فيه، أنه لا يكون إلا بمقتضى حكم من القضاء، فالجدير بالملاحظة أنه - من الناحية التاريخية - لم يكن الأمر على هذا النحو في ظل البدايات الأولى للفسخ كجزاء للإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، إضافة إلى ذلك، فإنه إذا كان الفسخ نظاماً قانونياً تعرفه تشريعات الدول المختلفة، فإن كثيراً من هذه التشريعات، اعتمدت كيفية أخرى في إعماله، تختلف عن تلك التي اعتمدها القانون المصري والقانون الفرنسي.

فإذا ما رجعنا إلى القانون الروماني، نجد شراح هذا القانون يؤكدون على عدم معرفة الرومان لفكرة الفسخ، ويرجعون ذلك إلى أن العقد في القانون الروماني، لم يكن ينشئ التزامات متقابلة بين طرفيه، بحيث لم يكن أمام المتعاقد الذي لم يوف المتعاقد الآخر بالتزاماته تجاهه، إلا أن يطالب بالتنفيذ. ولكن - ومع ظهور عقد البيع الرضائي - توصل الرومان إلى فكرة الفسخ، ولكن ليس على النحو الذي تعرفه القوانين الحديثة، وإنما كان الأمر محل تطور، انتهى إلى الاعتياد على أن يُدرج في عقد البيع شرط فاسخ يسمى *Lex Commissoria*، أصبح من الشروط المألوفة في عقد البيع، وكان بمقتضى هذا الشرط، يتم فسخ العقد إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن في الميعاد المتفق عليه<sup>(٧)</sup>.

ويلاحظ أن هذا الشرط لم يكن مقرراً إلا لمصلحة البائع وحده، حيث لم يجز للمشتري أن يدرج شرطاً فاسخاً، يخوله إمكانية عدم دفع الثمن، إذا لم يقدّم البائع بتسليمه الشيء المبيع. وبمقتضى هذا الشرط - وعند عدم قيام المشتري بدفع الثمن - يكون للبائع أن يختار بين فسخ العقد وتنفيذه، ولكن إذا ما أعلن البائع عن اختياره، فليس له بعد ذلك، أن يرجع فيه<sup>(٨)</sup>.

(٧) راجع في ذلك، د. فايز محمد حسين، الشروط المقترنة بعقد البيع، دار المطبوعات الجامعية ٢٠١٠ ص ٢٩ - ٣٠، والمراجع المشار إليها.

(٨) فايز حسين، السابق ص ١٤٥، وراجع أيضاً، د. حسن على الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر، ١٩٤٦ ص ٩.

هذا وإذا كان تحقق الشرط الفاسخ - أي عدم قيام المشتري بدفع الثمن - يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون، فإن إعمال هذا الأثر يتوقف على إرادة البائع وحده.

وفي حدود هذا الإيجاز الشديد، يمكن القول بأنه: في القانون الروماني لم يكن الفسخ قضائياً، وإنما كان يجد سنده في اتفاق المتعاقدين<sup>(٩)</sup>.

وإذا ما انتقلنا إلى الشريعة الإسلامية، نجد البعض يؤكد على أن "... الأصل في الفسخ في الفقه الإسلامي أن يكون شرعياً (قانونياً)، يقع بمجرد إفصاح المتعاقد عن رغبته في فسخ العقد والتحلل من الرابطة التعاقدية، وتوجيه هذه الإرادة إلى المدين؛ ليعلم بها، وفي الحالات القليلة التي يجب رفع الأمر فيها إلى القضاء (وأظهر مثل لها حالة الأعداء في العقود المستمرة)، يلاحظ أن القاضي الشرعي لا يملك تلك السلطة التقديرية الواسعة التي يملكها القاضي المدني؛ وذلك لأن فقهاء المسلمين لم يستلزموا رفع الأمر إلى القضاء، إلا لخفاء سبب الفسخ، فإذا ما وضح هذا الخفاء، فقد تعين على القاضي أن ينطق بفسخ العقد، حتى ولو ثبت لديه أن المتعاقد لا يلحقه ضرر من إلزامه بالتنفيذ العيني، والإبقاء على الرابطة التعاقدية، أو أن الضرر الذي يلحقه من ذلك ضئيل، لا يؤبه له ولا يبرر فسخ العقد"<sup>(١٠)</sup>.

مؤدى هذا القول، أن الفسخ في الشريعة الإسلامية، هو بحسب الأصل فسخ بالإرادة المنفردة للدائن، ولا يكون قضائياً إلا في حالات خفاء سبب الفسخ، حيث إنه في هذه الحالات - فقط - يتعين الالتجاء إلى القاضي لطلب الحكم بالفسخ<sup>(١١)</sup>.

أما بالنسبة للتشريعات الحالية في الدول المختلفة، فالملاحظ أن الكثير منها لا يجعل من الفسخ القضائي أصلاً، ولا يستلزم هذا الطابع القضائي الذي يعتبر تقليداً من تقاليد القانون الفرنسي والمصري، بحيث لا

(٩) مصطفى الجارحي، السابق ص ٧.

(١٠) حسن الذنون، السابق ص ٤١٦.

(١١) حسن الذنون، السابق ص ٢٤١ وما بعدها، وقارن د. أسماوي محمد نعيم نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن ٢٠٠٦ ص ١٧٥ وما بعدها.

يُشترط في تشريعات هذه الدول التدخل القضائي المسبق للحكم بالفسخ، بل يُكتفى فيها بأن يعلن الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، متى قدر توافر الشروط اللازمة لذلك؛ ليكون تدخل القاضي تالياً لهذا الإعلان الإرادي المنفرد، ليراقب مدى صحة الفسخ الذي تم بإرادة الدائن المنفردة؛ وذلك في حال لجوء المدين إليه واعتراضه على الفسخ الذي تم.

في القانون الإنجليزي<sup>(١٢)</sup>، يمكن للدائن أن يقرر بإرادته المنفردة فسخ العقد، إذا لم ينفذ المدين شرطاً *condition* من شروط العقد، وذلك في إطار التقسيم التقليدي في هذا القانون، ضمن بنود العقد بين الشرط *condition* والضمان *warranty*. فللمتعاقد أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة في حالة مخالفة ما يعد شرطاً، أما مخالفة الضمان فهي لا تؤدي إلا إلى انعقاد مسؤولية المتعاقد؛ بسبب عدم احترام العقد، حتى ولو كانت نتائج هذه المخالفة جسيمة. والشرط هو اشتراط عقدي له أهمية حيوية؛ لاتصاله بالغرض الأساسي من العقد، أما الضمان فهو اشتراط عقدي مكمل، ليس له في ذاته إلا أهمية ثانوية.

وفي القانون الأمريكي<sup>(١٣)</sup>، يجوز كذلك للدائن أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة. وكذلك الحال في القانون الألماني، حيث تقر المادة ٣٢٣/٣ من القانون المدني الألماني BGB، للدائن - في حال عدم قيام المدين في عقد

---

(١٢) S. Whittaker, Les sanctions de l'inexécution des contrats, Droit anglais, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé (sous la direction de M. Fontaine et G. Viney) Bibliothèque de la Faculté de droit de l'université Catholique de Louvain, Bruylant - LGDJ. 2001 p. 977 et s. spéci. p. 987 et s.

وانظر في التفرقة بين الشرط والضمان في القانون الإنجليزي، د. خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مكتبة الإشعاع الفنية، الطبعة الأولى ٢٠٠٢ ص ٤٠ - ٤١.

(١٣) راجع، د. محمد لييب شنب، الجحود المبتسر للعقد، دراسة مقارنة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س (٢) (القسم الأول) العدد الثاني يوليو ١٩٦٠ ص ٢٥٧ وما بعدها، خاصة ص ٢٨٥، والقسم الثاني، س (٣) العدد الأول يناير ١٩٦١، ذات المجلة، ص ١٣٩ وما بعدها، خاصة ص ١٥٦.

ملزم للجانبين، بتنفيذ الأداء المستحق، أو تنفيذه بطريقة غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه - أن يفسخ العقد، وذلك بعد أن يكون قد منح المدين مهلة معقولة للتنفيذ، أو للتنفيذ على نحو صحيح، وفوات هذه المهلة دون قيامه بذلك<sup>(١٤)</sup>.

وإضافة إلى القانون الألماني، هناك دول أوروبية أخرى تقرر قوانينها بحق الدائن في الفسخ بالإرادة المنفردة، من ذلك القانون الإيطالي<sup>(١٥)</sup>، والقانون المدني الهولندي الجديد، والذي دخل حيز النفاذ في العام ١٩٩٢<sup>(١٦)</sup>، والذي تولى عن الطابع القضائي للفسخ، لصالح الفسخ بالإرادة المنفردة للدائن، وذلك بعد قيامه بإعذار المدين. وذلك - أيضاً - هو المقرر بمقتضى قانون الالتزامات السويسري<sup>(١٧)</sup>.

---

(١٤) وذلك بمقتضى صياغتها الحالية وفقاً للتعديل الذي أدخل على القانون المدني الألماني والنفاذ اعتباراً من العام ٢٠٠٢.  
راجع في هذا القانون:

C.P. Jäger, La nouvelle législation allemande en vigueur à l'égard du droit des contrats, P.A. (Les Petites Affiches), no 159, 9/8/2002, p. 5 et s.; C. Witz, La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations, D. 2002 p. 3156 et s.

وفي الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون الألماني راجع:

A. Brès, La résolution du contrat par dénonciation unilatérale. Bibliothèque de droit de l'entreprise (80), Litec 2009 p. 5 -6.

(١٥) راجع:

G. Alpa et M. Dasso, La dissolution du lien contractuel dans le code civil italien, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles (dir. Fontaine et Viney) op. cit. p. 871 et s. spéci. p. 878 et s.

(١٦) أنظر، م. ٦ : ٢٦٥ من القانون المدني الهولندي، وراجع في ذلك:

C.B.P. Mahé et E.H. Hondius, Les sanctions de l'inexécution en droit Néerlandais, in les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 837 et s. spéci. p. 851 et s.

(١٧) م. ٢/١٠٧ من القانون المدني السويسري، راجع في ذلك:

P. Wessner, Les sanctions de l'inexécution des contrats: Questions choisis, Exposé du droit suisse et regard comparatif sur les droits belge et français, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 891 et s. spéci. p. 910 et s.

والفسخ بالإرادة المنفردة مقرر - أيضاً - في القانون الكوري (م ١/٥٤٣ مدني)

وفي هذا الاتجاه - أيضاً - ذهب القانون المدني الجديد لمقاطعة الكيبك<sup>(١٨)</sup>، فبعد أن كان هذا القانون يسير في اتجاه القانون الفرنسي، ويعتبر الأصل في الفسخ أنه قضائي، أصبحت المادة ١٦٠٥ من القانون المذكور تكرر مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وتطلق عليه مسمى الفسخ غير القضائي *résolution extrajudiciaire*. وبحسب هذه المادة فإن فسخ العقد أو إنهاءه يمكن أن يتم دون اللجوء إلى القضاء، وذلك حين يكون المدين قادراً - بحسب القانون - على تنفيذ التزامه، أو عند عدم قيامه بالتنفيذ خلال المدة المحددة له في الإعذار.

ذلك - أيضاً - هو الوضع في القانون الصيني<sup>(١٩)</sup>، الذي يعتبر الفسخ بالإرادة المنفردة في حال عدم التنفيذ، تقليداً من تقاليده، وهو ما أكده القانون الحالي بشأن العقود الصادر في العام ١٩٩٩. فبحسب نص المادة ٩٦ من هذا القانون، يكفي المتعاقد إذا أراد فسخ العقد، وتوافرت الشروط المتطلبية لذلك، أن يقوم بإخطار المتعاقد معه بإرادته في الفسخ. فالفسخ في القانون الصيني لا يتطلب - إذا - اللجوء إلى القضاء، حيث يكفي الدائن أن يخطر المتعاقد معه بإرادته فسخ العقد، متى توافرت شروط هذا الفسخ، بحسب ما تضمنته

---

والقانون الياباني (م ١/٥٤٠ مدني)، راجع: Amrani - Mekki، السابق ص

(١٨) راجع في ذلك:

B. Fauvarque - Cosson, La réforme du droit français des contrats : Perspective comparative, in Colloque : La réforme du droit des contrats : Projet et Perspectives, RDC (Revue des contrats) 2006/1. p. 147 et s. spéci. p. 156.

(١٩) راجع:

M. Pei-Heng Chang, La résolution du contrat pour inexécution. Etude comparative du droit français et du droit chinois, PUAM (Presses Universitaires d'Aix-Marseille) 2005, spéci. p.134 et s.

وقد جاء بالمادة ٩٦ من القانون الصيني المشار إليه بالمتن:

"Lorsqu' une partie demande l'anéantissement du contrat. .... elle doit la notifier au cocontractant, le contrat est anéanti dès que le cocontractant reçoit la notification ....."

وردت نصوص هذا القانون بمحلق المرجع المشار إليه ص ٢٨٩ وما بعدها.

نصوص هذا القانون.

إذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة نظام تعرفه - على النحو السابق بيانه - التشريعات الوطنية لكثير من الدول، فهو - أيضاً - نظام تركزه الاتفاقيات الدولية. فذلك هو شأن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، والمعروفة باتفاقية فينيا لعام ١٩٨٠.

فمراعاة لظروف التجارة الدولية ومتطلباتها، لم تستلزم هذه الاتفاقية اللجوء إلى القضاء للحكم بالفسخ، وإنما جعلت الفسخ يتم دون تدخل من القضاء، بمجرد إخطار يوجهه المتعاقد، الذي يرغب في إعلانه إلى المتعاقد الآخر<sup>(٢٠)</sup>.

كما تضمنت قواعد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص Unidroit، في مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي تبناها عام ١٩٩٤، حكماً مماثلاً حيث نصت المادة ٣/٧-١/٢ على أن "الفسخ يتم بإخطار يوجه إلى المدين"<sup>(٢١)</sup>.

(٢٠) راجع في ذلك، د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) دار النهضة العربية ١٩٨٨ ص ١٨٢، د. محمود سمير الشراقي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢ ص ١٥٧ وما بعدها، د. محمد شكري سرور، موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينيا ١٩٨٠، مجلة الحقوق (تصدرها كلية الحقوق - جامعة الكويت) العدد (٣) ١٩٩٤ ص ١١٧ وما بعدها، خاصة ص ١٤٦ - ١٤٧، و ص ١٥٠ - ١٥٢، د. عصام أنور سليم، خصائص البيع الدولي (وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فينيا سنة ١٩٨٠) منشأة المعارف ٢٠٠٤ ص ٧٨، خالد أحمد عبد الحميد، السابق ص ٣١٨ وما بعدها.

"La résolution du contrat s'opère par notification au débiteur"<sup>(٢١)</sup>.

وفي الترجمة العربية لنصوص هذه المبادئ، راجع ملحق مؤلف د. حسام لطفي، سابق الإشارة إليه ص ٤٣٥ وما بعدها.  
وراجع - أيضاً - في ترجمة هذه المبادئ لعام ٢٠٠٤، يو نيدر، مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية ٢٠٠٤، الطبعة الثانية، الترجمة العربية، روما ٢٠٠٨، وقام بهذه الترجمة، د. أمية علوان، د. محي الدين إسماعيل علم الدين، د. محمد حسام لطفي.

(٢١) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠.



وذلك - أيضاً - ما كرسته مبادئ القانون الأوروبي للعقود  
Principes du Droit Européen des Contrats<sup>(٢٢)</sup>، والتي ورد  
بالفصل التاسع منها والمعنون: الوسائل المختلفة في حال عدم التنفيذ، المادة  
٣٠١-٩ بعنوان الحق في فسخ العقد، والتي نص البند الأول منها على أنه:  
"يجوز لأحد الأطراف أن يفسخ العقد في حال عدم التنفيذ الجوهري من قبل  
المتعاقد معه". وأضافت بعد ذلك المادة ٩-٣٠٣، الواردة بعنوان: الإخطار  
بالفسخ، أن "فسخ العقد يتم من خلال إخطار يوجه إلى المدين"<sup>(٢٣)</sup>.

هذا - أيضاً - ما أكدته المشروع التمهيدي للتقنين الأوروبي  
للعقود<sup>(٢٤)</sup>، Avant Projet de Code Européen des Contrats، حيث  
أجازت المادة ١١٤ من هذا المشروع للدائن - في حال عدم التنفيذ واضح  
الأهمية d'importance notable - أن ينذر المدين بالتنفيذ خلال مهلة  
معقولة، لا تقل عن خمسة عشر يوماً، وإخطاره بأنه في حال عدم التنفيذ

---

(٢٢) تم إعداد هذه المبادئ بمعرفة مجموعة من أساتذة القانون بالدول الأوربية المختلفة؛  
يهدف وضع القواعد العامة لقانون العقود في دول الاتحاد الأوروبي.  
شكل هؤلاء الأساتذة "لجنة القانون الأوروبي للعقود"

Commission pour le droit européen des contrats.

وترأس هذه اللجنة الأستاذ الدنماركي OLÉ Lando وبدأت اللجنة أعمالها منذ  
العام ١٩٨٠.

راجع في سير أعمال اللجنة المذكورة، Brès السابق ص ٧.

Art.: 9:301 : Droit de résoudre le contrat

(٢٣)

(1) Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution  
essentielle de la part du cocontractant.....

Art. 9: 303: Notification de la résolution

(1) La résolution du contrat s'opère par notification au débiteur.

(2) Le créancier est déchu du droit de résoudre le contrat s'il  
n'adresse pas notification dans un délai raisonnable à partir  
du moment où il a eu, ou aurait dû avoir connaissance de  
l'inexécution.

(٢٤) تم إعداد هذا المشروع بمعرفة أكاديمية أساتذة القانون الخاص الأوروبيين والتي  
بدأت أعمالها منذ عام ١٩٨٩، برئاسة الأستاذ الإيطالي G. Gandolfi، بقصد إعداد  
قانون أوروبي موحد للعقود، راجع في ذلك Brès السابق ص ١٠، Genicon السابق  
ص ٤٣٢.

خلال هذه المهلة، يعتبر العقد مفسوخاً<sup>(٢٥)</sup>.

إذا كانت التجارب التشريعية المذكورة، تؤكد أن النموذج الفرنسي، والمصري - فيما يتعلق بكيفية أعمال الفسخ - ليس هو النموذج الوحيد في هذا الصدد، فلا شك أن وراء اعتماد هذه التجارب الفسخ بالإرادة المنفردة، كطريق - بديل، أو مواز، للفسخ القضائي، وما يتضمنه هذا النوع من الفسخ من مزايا مقارنة بالفسخ القضائي، واستجابته لضروريات عملية هامة - على نحو ما سنرى فيما بعد - يصعب على الفسخ القضائي مراعاتها.

يبدو أن هذه المزايا، كانت هي الدافع الرئيسي وراء التحولات الأساسية التي شهدتها القضاء الفرنسي الحديث، وعلى رأسه محكمة النقض، بشأن كيفية إيقاع الفسخ، والتي وصفها البعض بأنها "ثورة ثقافية صغرى" *Petite révolution culturelle*<sup>(٢٦)</sup> في هذا المجال.

فعلى الرغم من صراحة نص المادة ١١٨٤ في ضرورة اللجوء إلى القضاء بطلب الفسخ، أقرت محكمة النقض الفرنسية بحكم هام صادر عن غرفتها المدنية الأولى بتاريخ ١٣/١٠/١٩٩٨<sup>(٢٧)</sup>، أن لأحد المتعاقدين أن

---

Ph. Rémy, Réviser le titre III du livre troisième du code civil. in Colloque: Faut - il réformer le titre III du Livre III du code civil?. RDC 2004/4, p. 1169 et s. spéci. p. 1186.

Art. 114: Droit à la résolution.

(٢٥)

1- S'il se produit une inexécution d'importance notable, au sens où l'entend l'article 107, le créancier a le droit de procéder à la résolution du contrat, en sommant le débiteur de l'exécuter dans un délai raisonnable, et quoi qu'il en soit pas inférieur à quinze jours. et en lui notifiant que si le délai s'écoule inutilement, le contrat sera considéré comme résolu de droit ....".

D. Mazeaud, Durées et ruptures, in Colloque: Durées et contrats. (٢٦)  
RDC 2004/1, p. 129 et s. spéci. p. 141.

Cass. Civ. 13/10/1998, B. Civ. I no 30.

(٢٧)

يوصف هذا الحكم الآن، بالنظر لأهمية آثاره، بأنه من الأحكام القضائية الكبرى،  
انظر:

ينهي العقد بإرادته المنفردة، وذلك في حالة جسامته سلوك المتعاقد معه، حيث قضت بصياغة مبدئية، بأن جسامته سلوك أحد المتعاقدين تبرر للمتعاقد الآخر أن ينهي العقد، على مسنوليته، بإرادته المنفردة<sup>(٢٨)</sup>.

ولا شك أن القضاء - وبصفة خاصة الفرنسي، وكما سنرى لاحقاً - كان قد أقر قبل هذا التاريخ بكثير بحق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة في حالات متعددة، ولكن هذه الحالات بقيت في إطار الاستثناء الذي يؤكد قاعدة أن الأصل في الفسخ، أنه قضائي، بل وأكدت هذه الحالات الاستثنائية حالات أخرى - سنتناولها فيما بعد - أقرت فيها نصوص القانون، مثل هذا الحق للدائن، متى توافرت شروط معينة.

لكن الملاحظ، أن قضاء محكمة النقض الفرنسية الجديد، المشار إليه، لم يأت في إطار استثناء، بل يؤكد الفقه الذي تناول هذا القضاء بالتعليق - وكما سنرى فيما بعد - أن صياغة هذا القضاء جاءت صياغة عامة تؤكد تكريس مبدأ جديد، وتخرج عن مضمون الاستثناءات السابق إقرارها، والمعروفة منذ زمن ليس بالقريب. وقد تأكد هذا المبدأ، بعد أن توالى أحكام محكمة النقض الفرنسية المؤكدة لقضائها، الصادر في العام ١٩٩٨. وإذا كان البعض من الفقه قد تردد في التأكيد على أن هذا القضاء قد أرسى مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، على أساس أن ما صدر من أحكام من محكمة النقض في هذا الصدد، كان صادراً عن غرفتها المدنية الأولى فقط، فلا شك أن هذا الاعتراض لم يعد جانزاً القول به الآن؛ بعد أن تأكد هذا القضاء من خلال أحكام الغرفة المدنية الثالثة والغرفة التجارية لهذه المحكمة، وحيث بات

---

H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T.2, 12<sup>e</sup> éd. Dalloz 2008, p. 266 et s.

ونظراً لأن هذا الحكم، كان محلاً لتعليقات كثيرة من جانب الفقه نكتفي، في هذا الموضوع من البحث، بالإشارة إليه على هذا النحو، وذلك لحين تناوله بالتفصيل فيما بعد.

(٢٨) وقد جاء النص الفرنسي لما قضت به المحكمة على النحو التالي:

"La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls".

قضاء الموضوع الحديث، يردد ذات الصياغة التي أقرتها محكمة النقض في هذا الصدد، على نحو بات من المحتم معه عدم جواز الادعاء، بأن إقرار حق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة، يعبر عن توجه لدى إحدى غرف محكمة النقض الفرنسية، دون غرفها الأخرى، أو اعتباره قضاءً خاصاً بظروف الدعاوى، التي صدر بشأنها وبالنظر لملاساتها.

لا شك أن هذا القضاء جدير بالتوقف عنده، والبحث في كيفية التوصل إليه، وبصفة خاصة، من ناحية ما يثيره من تساؤلات، تفرضها مبادئ أساسية راسخة في قانون العقود، سواء في مصر أو فرنسا، ونقصد بذلك على وجه الخصوص، مبدأ القوة الملزمة للعقد، الذي يجعل من العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، بحسب المادة ١/١٤٧ مدني مصري، والمادة ٢/١١٣٤ مدني فرنسي<sup>(٢٩)</sup>.

كما أن هذا القضاء، يبدو - أيضاً وللهولة الأولى - خروجاً واضحاً على نصوص القانون الصريحة، التي تعتبر أن الأصل في الفسخ أنه قضائي، وهو الأصل الذي يرى فيه بعض الفقه امتداداً طبيعياً للقوة الملزمة للعقد وضمناً لها<sup>(٣٠)</sup>.

كيف يمكن - إذاً - تبرير هذا القضاء إزاء مبدأ القوة الملزمة للعقد، وكيف يمكن - أيضاً - تبريره في ظل القواعد التي تجعل الأصل في الفسخ، أنه لا يكون إلا بحكم من القضاء.

إضافة إلى ذلك، فإنه - وفي ظل غياب تنظيم تشريعي مباشر لمثل هذا الفسخ بالإرادة المنفردة، والذي أقره القضاء الحديث - يثور التساؤل عن كيفية مواجهة احتمالات قوية للتحكم من قبل الدائن، وتعسفه في اتخاذ قراره بالفسخ، مستنداً في ذلك إلى إخلال من قبل المدين في تنفيذ التزاماته - أياً

(٢٩) مع مراعاة أن نص المادة ٢/١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي لا يتناول إلا مسألة عدم جواز نقض العقد.

(٣٠) S.Amrani - Mekki السابق ص ٣٨٥، وقارب د. أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن، المكتبة العصرية ٢٠٠٧ ص ١٧ هامش رقم ٣٧.

كان قدر الجسامة - في عدم التنفيذ، ما هي ضوابط أعمال هذا النوع الجديد من أنواع الفسخ، وما هو دور القاضي في هذا الصدد، هل يتغير هذا الدور، بحيث لم يعد القاضي هو سيد الموقف بالنسبة لقرار فسخ العقد، وبحيث يقتصر دوره على مجرد الرقابة اللاحقة لفسخ تم بعيداً عنه، وذلك في حال ما إذا قرر المدين اللجوء إليه شكياً، أن الفسخ الذي وقع لم يكن له ما يبرره. هل تتغير طبيعة دور القاضي في حال الفسخ بالإرادة المنفردة، أم الذي يتغير هو زمن قيمه بهذا الدور، بحيث تصبح رقابته لاحقة، بعد أن كانت رقابة سابقة على الفسخ، يخضع فيها الدائن لإرادة القاضي، حيث كان الدائن يطلب الفسخ والقاضي هو الذي يقرر<sup>(٣١)</sup>، وكيف يمكن حماية المدين في مواجهة قرار الدائن بالفسخ، أو بعبارة أخرى، كيف يمكن التوفيق بين مصالح الطرفين المتعارضة.

هذا، وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية، قد استطاعت التوصل إلى إقرار حق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة - على الرغم من المبادئ المشار إليه - فلا شك أن ذلك يستتبع التساؤل، عن مدى إمكانية التوصل إلى ذات الحل في ظل القانون المصري، الذي انتهج ذات نهج القانون الفرنسي، في اعتبار الفسخ القضائي هو الأصل، والذي يتضمن - أيضاً - المبادئ ذاتها، التي تعد عقبات في سبيل إقرار حق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة.

تساؤلات وهاجس عديدة، يثيرها هذا القضاء الجديد، تجعله جديراً بالدراسة في محاولة لاستجلاء أبعاده المختلفة.

والواقع أن أهمية دراسة هذا القضاء، المُقرّر لهذا النوع من الفسخ، تبدو كذلك، من ناحية تعاصره مع توجهات تشريعية حديثة في القانون الفرنسي، نحو الإقرار التشريعي الصريح لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، على نحو يمكن معه النظر إلى هذا القضاء، باعتباره خطوة استباقية لتكريس تشريعي قادم وربما وشيك، في القانون الفرنسي، للفسخ بالإرادة

(٣١) Genicon السابق ص ٣٥٤ - ٣٥٥.

هذه التوجهات التشريعية الحديثة، نحو إقرار الفسخ بالإرادة المنفردة تعبر عنها - في الواقع - مشروعات القوانين المطروحة الآن على الساحة القانونية في فرنسا؛ لتعديل القانون المدني الفرنسي. ونقصد بها على وجه التحديد، المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات، وقانون التقادم، الذي أعده فريق العمل المكون من مجموعة من أساتذة القانون الفرنسي، قاده الأستاذ Pierre Catala، والمعروف الآن بمشروع Catala، والذي تم إيداعه لدى وزير العدل الفرنسي في العام ٢٠٠٥<sup>(٣٢)</sup>، والمشروع الآخر هو مشروع تعديل قانون العقود الذي أعدته وزارة العدل، وتم توزيعه وتداوله بمعرفتها في آخر يوليو ٢٠٠٨<sup>(٣٣)</sup>.

(٣٢) بدأ العمل في إعداد هذا المشروع في خريف عام ٢٠٠٣، وتم إيداعه لدى وزير العدل الفرنسي، كما ذكر بالمتن، في ٢٢/٩/٢٠٠٥. في دراسة لهذا المشروع ومواده المختلفة راجع:

Colloque : La réforme du droit des contrats, Projet et perspectives, RDC 2006/1.

وفي تفاصيل المراحل المختلفة لإعداد هذا المشروع والمشاركين في إعداده راجع:

P. Catala, La genèse et le dessein du projet.

ذات المرجع ص ١١ وما بعدها.

وراجع في هذا المشروع أيضاً:

Rapport du groupe de travail de la cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription.

متاح على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض الفرنسية <http://www.courdecassation.fr> تم زيارة الموقع بتاريخ ١١/٩/٢٠٠٧.

D. Mazeaud, L'avant-projet français de la réforme du droit des obligations et de la prescription, Aspects de droit des contrats.

العدل، مجلة تصدرها نقابة المحامين، بيروت، العدد الأول، السنة (٤١) ٢٠٠٧ ص ٦٩ وما بعدها.

(٣٣) راجع في هذا المشروع ومواده المختلفة:

J. Ghestin (sous la direction de ....), Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, P.A. (Les Petites - Affiches) Numéro spécial, 12/2/2009.

وفيما يتعلق بالفسخ بالإرادة المنفردة، راجع على وجه التحديد، في ذات المرجع:

Observations de Th. Genicon, p. 81 et s.

أما من حيث مشروع Catala، فقد كرس مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة في المادة ١١٥٨ منه، والتي جاء بها أنه: "في كل عقد يحق للطرف الذي لم ينفذ التعهد المعقود لصالحه، أو نفذ بشكل منقوص، أن يختار بين متابعة تنفيذ التعهد، أو أن يعمل على فسخ العقد، أو أن يطالب بالتعويض، الذي يمكن إضافته، عند الاقتضاء، إلى التنفيذ أو الفسخ.

عندما يختار الدائن الفسخ، يمكنه إما طلب ذلك من القاضي، وإما إعدار المدين المتخلف عن التنفيذ، بأن يوفي تعهده خلال مدة معقولة، وإلا حق له فسخ العقد.

وعندما يستمر عدم التنفيذ، يخطر الدائن المدين بفسخ العقد، والأسباب التي تبرره. ويصبح هذا الفسخ نافذاً، عند استلام الطرف الآخر الإخطار المذكور<sup>(٣٤)</sup>.

وفي مشروع وزارة العدل، فقد نصت المادة ١٥٩ منه على أنه

وراجع - أيضاً - في هذا المشروع:

Colloque : La réforme du droit français des contrats en droit positif, RDC 2009/1, p. 265 et s.

M. Fabre - Magnan, Réforme du droit des contrats : "Un très bon projet, JCP 2008 - I - 199; p. Ancel, Ph. Brun, V. Forray, O. Gout, G. Pignorre et s. Pimot, R. Cabrillac, Le projet de réforme du droit des contrats, premières impressions, JCP 2008 - I - 190; Ph. Malaurie, Petite note sur le projet de réforme du droit, JCP 2008 - I - 240; Moderniser notre droit des contrats permettra de le rendre plus compétitif, Entretien avec la directrice des Affaires civiles et du Sceau, Pascale Fombeur, Droit et Patrimoine (Dr. et Pat.) no 171, Juin 2008, p. 6 et s.

D. Mainguy, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, D. 2009, chronique, p. 308 et s.

(٣٤) وقد جاء النص الفرنسي للمادة ١١٥٨ من مشروع Catala على النحو التالي:  
"Dans tout contrat, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'été imparfaitement, a le choix ou de poursuivre l'exécution de l'engagement ou de provoquer la résolution du contrat ou de réclamer des dommages intérêts, lesquels peuvent, le cas échéant, s'ajouter à l'exécution ou à la résolution. =

"الطرف الذي لم يُنفذ التعهد المعقود لصالحه، أو نُفذ بشكل منقوص، يمكنه إما متابعة التنفيذ الإجباري، أو العمل على فسخ العقد، أو أن يطالب بالتعويض، الذي يمكن إضافته، عند الاقتضاء، إلى التنفيذ أو الفسخ".

ثم أضافت المادة ١٦٥ من هذا المشروع، أن "فسخ العقد يمكن أن يتم نتيجة أعمال الشرط الفاسخ، وإخطار من الدائن إلى المدين، أو طلب قضائي".

وبحسب المادة ١٦٨ من ذات المشروع فإنه: "عندما يترتب على عدم التنفيذ حرمان الدائن من مصلحته في العقد، يمكنه إعدار المدين المقصر لينفذ تعهده خلال مهلة معقولة.

الإعذار لا يكون فاعلاً إلا إذا ورد به - بطريقة ظاهرة - أن عدم قيام المدين بتنفيذ تعهده، يخول الدائن الحق في فسخ العقد، على مسؤوليته.

// يمكن للمدين خلال مهلة الإعذار الالتجاء إلى قاض الأمور المستعجلة للمنازعة في الفسخ، هذا الإجراء يترتب عليه وقف الفسخ.

إذا استمر عدم التنفيذ، وفي حال عدم اللجوء إلى القاضي، يقوم الدائن بإخطار المدين بفسخ العقد، والأسباب التي تبرره. ويصبح الفسخ نافذاً، عند استلام الطرف الآخر الإخطار المذكور"<sup>(٣٥)</sup>.

= Quand il opte pour la résolution, le créancier peut soit la demander au juge, soit, de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution de contrat et les raisons qui la motivent. Celle-ci prend effet lors de la réception de la notification par l'autre".

(٣٥) ويجرى النص الفرنسي للمادة ١٥٩ من المشروع المذكور على النحو التالي:

"La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut, soit poursuivre l'exécution forcée de l'engagement, soit provoquer la résolution du contrat, soit réclamer des dommages intérêts, lesquels peuvent, le cas échéant, s'ajouter à l'exécution ou à la résolution.

والنص الفرنسي للمادة ١٦٥ هو على النحو التالي:



هذه النصوص المقترحة تعبر عن توجه قوي في طريق اعتماد الفسخ بالإرادة المنفردة وتؤكد في ذات الوقت - وبالإضافة إلى ما سبق - أهمية دراسة هذا النوع من أنواع الفسخ، الذي يتضمن تغييراً أساسياً في المفهوم التقليدي للفسخ والمستقر منذ زمن طويل.

وللإحاطة بالتساؤلات العديدة التي يثيرها الفسخ بالإرادة المنفردة والتوجه نحو إقراره، رأينا أن نقسم هذا البحث إلى مبحثين، نتناول في أولهما قبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، ونعرض في ثانيهما لضوابط أعمال هذا الفسخ، وذلك على النحو التالي:

**المبحث الأول: قبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة.**

**المبحث الثاني: ضوابط أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة.**

---

"La résolution d'un contrat peut résulter de l'application d'une clause résolutoire, d'une notification du créancier au débiteur, ou d'une demande en justice".

وجاء النص الفرنسي للمادة ١٦٨ على النحو التالي:

"Lorsque l'inexécution prive le créancier de son intérêt au contrat, il peut mettre en demeure le créancier défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure n'est efficace que si elle mentionne de manière apparente qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat, à ses risques et périls.

Le débiteur peut pendant le délai de la mise en demeure saisir le juge des référés pour contester la résolution. Cette procédure suspend la résolution.

Lorsque l'inexécution persiste et en l'absence de saisine du juge, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Celle - ci prend effet lors de la réception de la notification par l'autre partie".

## المبحث الأول

### قبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة

لا شك أن القول بقبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، بما يعنيه من أن لأحد الأطراف، أن يتحلل من العقد بإرادته المنفردة - أي دون تقديم طلب مسبق للقضاء والحصول على حكم بذلك، ودون اتفاق مسبق على إمكانية ذلك، يبدو - للوهلة الأولى - قولاً يتعارض ومبدأ القوة الملزمة للعقد من ناحية، وضرورة الالتجاء إلى القضاء لطلب الفسخ، باعتبار أن الأصل في الفسخ، أن يكون بحكم قضائي، من ناحية أخرى.

فوفقاً للمفاهيم المستقرة، فإن زوال العلاقة العقدية لا يكون إلا من خلال الحصول على حكم قضائي بذلك، أي من خلال الفسخ القضائي، أو من خلال الاتفاق بين أطراف العقد، لحظة إبرامه، على شرط فاسخ صريح، أو في لحظة إنهاء العقد، أي من خلال التنازل.

هذه النظرة التقليدية، هي في الواقع التي يطالها التطور الأساسي، بقبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك من خلال القضاء الحديث لمحكمة النقض الفرنسية، والذي عبر في صياغته عن مبدأ جديد، تقر بمقتضاه لأحد المتعاقدين، أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة.

إذا كان مثل هذه القضاء يمثل - بحسب المفاهيم التقليدية في قانون العقود - مساساً بالقوة الملزمة للعقد، وامتداده الطبيعي المتمثل في الطابع القضائي للفسخ، فربما يكون مؤداه، أن يقول قائل إن العقد لم يعد شريعة المتعاقدين، وإنما هو كذلك لمن يرغب في بقاءه.

لكن هذا القول ربما يخفف من حدته، أن القضاء الذي أقر بحق الدائن في فسخ العقد بإرادته وحده، في حال إخلال المتعاقد معه بالتزاماته - وكما سنرى فيما بعد - وضع شروطاً محددة لإمكان اللجوء إلى هذا الفسخ، وإضافة إلى ذلك، فإن من يقدم على هذا الفسخ، إنما يخضع لرقابة لاحقة من قبل القضاء، إذا ما لجأ إليه المدين منازعاً في الفسخ الذي وقع بإرادة الدائن، غير أن ذلك، لا يكفي في الواقع لقبول مبدأ الفسخ

بالإرادة المنفردة، وإنما كان لابد من محاولة تبريره، في مواجهة مبدأ القوة الملزمة للعقد، والطابع القضائي للفسخ.

لذلك، رأينا أن نعرض في صدد تناول قبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، لمحاولات تبريره (المطلب الأول)، لننتقل بعد ذلك للتكريس القضائي له (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### محاولات تبرير مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة

إن قبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، بما يعنيه - كما سبق القول - من أنه يكون لأحد الأطراف، إذا ما توافرت شروط معينة، أن يضع حداً للعقد، ويتحلل منه بإرادته وحده، يواجهه عقبات أساسية تتمثل - كما أشرنا فيما سلف - في مبدأ القوة الملزمة للعقد من ناحية، والطابع القضائي للفسخ من ناحية أخرى، لذلك كان لابد من تناول مدى إمكانية تبرير المبدأ محل الدراسة، في مواجهة هاتين العقبتين.

وهذا ما نتناوله فيما يلي، حيث نعرض لمحاولات تبرير مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، في مواجهة القوة الملزمة للعقد، ثم محاولات تبريره في مواجهة الطابع القضائي للفسخ.

## الفرع الأول

### القوة الملزمة للعقد ومبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة

تفترض القوة الملزمة للعقد، أن المتعاقد لا يمكنه التخلص من العقد بإرادته المنفردة، وتفرض هذه القوة - في حال ما إذا صادف العقد صعوبات في تنفيذه، أو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين ما يرتبه العقد عليه من التزامات - اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالفسخ، ومن هنا كان الطابع القضائي للفسخ.

والسؤال بالتالي، في مواجهة ما يبدو من تناقض بين مبدأ القوة الملزمة للعقد، والفسخ بالإرادة المنفردة، هو مدى إمكانية التوفيق بين شقي هذا التناقض.

ويقتضي هذا منا، أن نعرض لمضمون مبدأ القوة الملزمة للعقد، والاستثناءات التي ترد عليه، ثم للبحث في الأساس الذي يقوم عليه، بما يسمح بالتوفيق بينه وبين الفسخ بالإرادة المنفردة.

## أولاً - مضمون المبدأ والاستثناءات

### (١) مضمون القوة الملزمة للعقد

يعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد تقليدياً. أحد المكونات الثلاثة لمبدأ سلطان الإرادة، بجانب الحرية التعاقدية، ومبدأ الأثر النسبي للعقد<sup>(٣٦)</sup>. مؤدى القوة الملزمة للعقد، أنه إذا كان المتعاقدان قد عبرا عن إرادتهما بالارتباط من خلال العقد، فيجب عليهما احترام هذا العقد، وما ينشأ عنه من التزامات. وإرادة الارتباط هذه، لا تعني إمكانية التخلص من العقد، فعدم جواز نقض العقد هو من جوهر العقد - كما يقول بعض الفقه<sup>(٣٧)</sup> - وهو تطبيق لمبدأ

(٣٦) انظر بصفة خاصة:

J. Ghestin, Traité de droit civil (sous la dir. de ....) La formation du contrat, 3<sup>e</sup> éd. LGDJ 1993, par J. Ghestin, p. 36; Terré, Simler et Lequette, op. cit. p. 31; Ch. Larroumet, Droit civil (sous la dir. de ...) T. III 6<sup>e</sup> éd. Les obligations, Le contrat 1<sup>er</sup> partie. Conditions de formation, par Larroumet, Economica - Delta 2008, p. 96.

وراجع أيضاً، د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة) الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، المجلد الثاني، دراسة وظائف عناصر العقد - الإرادة المنفردة، باعتماد د. محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢ ص ٦٨٧ وما بعدها، الأستاذ، حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوزي، القاهرة ١٩٤٦ ص ٢٧٣. وانظر في الموضوع بصفة عامة، د. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديد ٢٠٠٩.

J. Folur et J.L. Aubert, Les obligations, I. L'acte juridique, 3<sup>e</sup> éd. (٣٧) par Aubert, A. Colin, 1998 p. 281.

أخترام العهد، الذي قطعه المتعاقد على نفسه.

فالحرية التعاقدية- كما يقول أحد الفقهاء- توجد لحظة الدخول في العلاقة العقدية، وقبول الارتباط بها، وليس عند الرغبة في التخلص منها، فإذا كان المرء لا يلزم بإرادة غيره، فإنه يلزم بإرادته، متى تم التعبير عنها<sup>(٣٨)</sup>.

إذا كان مبدأ القوة الملزمة للعقد يجد - على هذا النحو - أساسه التقليدي، في مبدأ سلطان الإرادة، فلا شك أن مثل هذا التفسير الإرادي المحض للقوة الملزمة للعقد - وإن كان قابلاً للنقاش - بحيث يمكن إسناد هذه القوة لنصوص القانون، أو غيره من الأسس - كما سنرى فيما بعد - فإن مقتضى هذا المبدأ - فيما نحن بصدد بحثه - التقييد بأحكام العقد، بحيث لا يجوز لأحد أطرافه أن يستقل بنقضه، وإذا ما أراد التحلل من العقد، فليس له إلا العمل على فسخ العقد قضائياً، أو الاتفاق مع المتعاقد الآخر على ذلك.

● فالفسخ القضائي هو الطريق الأول لحل الرابطة العقدية والتخلص منها، في حال عدم تنفيذ المتعاقد مع لالتزاماته، وهو يؤدي إلى ذلك، من خلال دعوى يرفعها الدائن أمام القضاء، بطلب استصدار حكم بفسخ العقد، وذلك بعد إعدار المدين.

واللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ، هو - بحسب نصوص القانون (المادة ٣/١١٨٤ مدني فرنسي والمادة ١/١٥٧ مدني مصري) - التزام يقع على عاتق الدائن الراغب في فسخ العقد، وليس مجرد رخصه له.

الهدف من وراء هذا التدخل القضائي هو - بنظر البعض<sup>(٣٩)</sup> - حماية العقد. ففسخ العقد، أو هدمه، لا يقرره القاضي إلا بعد تحققه من أن جسامته الإخلال بالالتزامات العقدية تبرر أن يحكم بهذا الفسخ، والقاضي في هذا الصدد - وكما رأينا فيما تقدم - يتمتع بسلطة تقديرية واسعة، تمكنه ألا يقضي

(٣٨) G. Morin, La désagrégation de la théorie du code, p. 7.

نقلا عن Amrani - Mekki، السابق ص ٣٧٢.

(٣٩) Ch. Jamin, Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat, précité, p. 73-74.

وانظر - أيضا - في ذلك، أحمد الزقرد، المرجع السابق ص ٩٣ وما بعدها.

بالفسخ، ويمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه، أو تنفيذه على النحو المتفق عليه.  
فالفسخ القضائي يعبر - على هذا النحو - عن فلسفة مناهضة للفلسفة  
الفردية individualiste، فلسفة تفضل أن يُحتفظ للقاضي بقرار فسخ العقد،  
وتنطوي على اعتبارات إنسانية، تراعي جانب المدين الذي تحول الظروف  
دون قيامه بالتنفيذ على النحو المطلوب، فيكون معذوراً، مما يقتضي مراعاته  
بإعطائه فرصة أخيرة لقيامه بما التزم به<sup>(٤٠)</sup>.

السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي إزاء طلب الفسخ، تضي  
قدراً كبيراً من المرونة على هذا الجراء النهائي، الذي بالقضاء به تزول القوة  
الملزمة للعقد.

• الطريق الثاني لنقض العقد أو إزالته هو التنازل mutuus  
dissensus، وهو اتفاق بين طرفي العقد - بعد إبرامه - على نقضه  
والرجوع عنه<sup>(٤١)</sup>، أو هو اتفاق على وضع حد للعقد وإلغائه. فالتنازل، أو  
التفاسخ، هو عقد يتم بين المتعاقدين بقصد إزالة عقدهما السابق.

والأصل أن هذا الاتفاق لا يؤدي إلى إزالة العقد بأثر رجعي<sup>(٤٢)</sup>، إلا  
إذا اتفق الطرفان على ترتيب هذا الأثر، بشرط ألا يخل هذا الاتفاق بحقوق  
الغير، التي كسبها بمقتضى العقد محل التنازل<sup>(٤٣)</sup>.

Ch. Jamin, Les conditions de le résolution du contrat, vers un (٤٠)  
modèle unique? Rapport français in, Les sanctions de  
l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p.451 et s.  
spéci. p. 482.

(٤١) حسام الأهواني، السابق ص ٣٧٤، وانظر نقض مدني الطعن رقم ٥٠٢٣ س ٧٣  
ق في ٢٧/١٢/٢٠٠٤، أورده المستشاران محمد محمود المصري، ومحمد  
عابدين، الفسخ والإنفاسخ والتفاسخ، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧ ص ٣١٤.  
(٤٢) رمضان أبو السعود، السابق ص ٢٧٦، وانظر، نقض مدني ١٩٦٦/٤/٧ مج س  
١٧ ص ٨٢٥.

Ch. Larroumet, Droit civil (sous la de dir. de ...) T. III. 6<sup>e</sup> éd. (٤٣).  
Les obligations, Le contrat, 2<sup>e</sup> partie, Effets, par Larroumet.  
Economica - Delta 2008 p. 615.

هذا ويلاحظ أن هناك جانباً من الفقه المصري، يرى أن التنازل يعتبر عقداً جديداً،  
موضوعه إلغاء العقد القائم، في العلاقة بين طرفيه، ولكن يمكن لهؤلاء الاتفاق على ألا

الاتفاق على نقض العقد وإزالته، هو في الواقع، ما تشير إليه المادة ١/١٤٧ من القانون المدني المصري، والتي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين (م ٢/١١٣٤ مدني فرنسي).

وفق هذا النص لا يجوز - إذا - لأحد المتعاقدين، وبإرادته المنفردة أن يستقل بإنهاء العقد.

لذلك، ذهب بعض الفقه<sup>(٤٤)</sup> الفرنسي إلى تبرير بعض أحكام القضاء، التي قبلت فسخ العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، في بعض الحالات الخاصة، من خلال فكرة التقايل، وذلك بالقول أن عدم التنفيذ من قبل أحد المتعاقدين، أو مسلكه المعيب، يعتبر إيجاباً بإنهاء العقد، يتم التعبير عن قبوله من خلال قيام المتعاقد الآخر بفسخ العقد، فتكون إزالة العقد - بالتالي - قد تمت من خلال اتفاق المتعاقدين، أي بحسب هذا الفقه، من خلال تقايل افتراضي.

• إلى جانب ذلك، أجاز القانون الفسخ بحكم الاتفاق، أو الشرط الفاسخ الصريح<sup>(٤٥)</sup>، والذي بمقتضاه يتفق المتعاقدان، على اعتبار العقد مفسوخاً "..... من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي، عند عدم الوفاء

---

يكون للتقايل أثر رجعي كامل. أما بالنسبة للغير، فلا يجوز أن يمس التقايل بالحقوق، التي يكون هذا الغير قد كسبها على العين موضوع التعاقد (حمدي عبد الرحمن، السابق ص ٥٩٢).

ويذهب البعض الآخر إلى أن: التقايل فسخاً للعقد فيما بين المتعاقدين، وهذا يستتبع حتماً أعمال فكرة الأثر الرجعي في الفسخ، ويعد التقايل عقداً جديداً بالنسبة لغير المتعاقدين (على نجده، السابق ص ٢٨٨ وانظر - أيضاً محمد منصور، الوجيز في مصادر الائتزام، سابق الإشارة إليه ص ٢٤١).

على الرغم من الاختلاف حول تكييف التقايل، فالجدير بالملاحظة اتفاق الفقه على عدم جواز أن يكون لهذا الاتفاق أثر في الإضرار بحقوق الغير.

راجع في ذلك محمد محمود المصري ومحمد عابدين، السابق ص ٩٩ (٤٤) راجع في الفقه الذي ذهب إلى ذلك، Amrani - Mekki السابق ص ٣٧٣ هامش رقم (٢٣).

(٤٥) راجع في تفاصيل هذا الموضوع، محمد حسين منصور، دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، منشأة المعارف ١٩٩٣.

بالاتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق يعفي من الإعدار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (م ١٥٨ من القانون المدني المصري).

فهنا - أيضاً - اتفاق على إزالة العقد، بمقتضاه يكون للدائن في الالتزام الذي لم ينفذ، فسخ العقد بإرادته المنفردة "بواسطة تعبير عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر"<sup>(٤٦)</sup>، دون حاجة للجوء إلى القضاء للحكم بالفسخ، بل دون إعدار إذا اتفق على ذلك.

هذا وإذا كان لأحد المتعاقدين - بإرادته المنفردة - في هذا الفرض أن يضع نهاية للعقد في حال عدم التنفيذ، فيبقى أن مصدر هذا الحق هو اتفاق المتعاقدين على ذلك.

يتبين مما تقدم، أن الفسخ بالإرادة المنفردة غير جائز بحسب الأصل، سواء في القانون المصري أو الفرنسي، وبالتالي يبدو أن القول بقبول إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، يعد خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

وعلى الرغم من ذلك فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد - فيما نحن بصدد بحثه - ليس مبدأ مطلقاً، بل هناك استثناءات عديدة أدخلها عليه المشرع، وكذلك القضاء.

## (٢) الاستثناءات

إذا كان مقتضى مبدأ القوة الملزمة للعقد، أنه لا يجوز أن ينفرد أحد المتعاقدين بنقضه، فإن المشرع أجاز على سبيل الاستثناء، الخروج على هذا المبدأ، حيث نص على إمكان نقض العقد بالإرادة المنفردة في عدة حالات، وإضافة إلى ذلك، فقد أجاز القضاء في حالات أخرى لأحد المتعاقدين فسخ العقد بإرادته المنفردة.

### • الاستثناءات بنص القانون

إذا كان القضاء الفرنسي الحديث - وكما أشرنا فيما تقدم - قد

(٤٦) الأهواني، السابق ص ٤١٥.



قبل إمكانية فسخ أحد المتعاقدين للعقد بإرادته المنفردة، فالملاحظ أن إمكانية التحلل من العقد بالإرادة المنفردة، ليست في ذاتها بالأمر الجديد، فالقانون ذاته، يقبل في حالات استثنائية عديدة، الخروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد، من ناحية إمكان إنهاءه بالإرادة المنفردة، من هذه الحالات نذكر الآتي:

**في عقد الوكالة يجوز للموكل في أي وقت، أن ينهي الوكالة، (م ٧١٥ مدني مصري، م ٢٠٠٤ مدني مصري، م ٢٠٠٧ مدني فرنسي) فكل من الموكل والوكيل يمكنه - إذا - أن ينهي الوكالة بإرادته المنفردة<sup>(٤٧)</sup>، على خلاف مبدأ القوة الملزمة للعقد، والذي بمقتضاه لا يجوز نقض العقد إلا باتفاق الطرفين.**

**وفي العارية يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء العارية (م ٣/٦٤٣ مدني مصري)، ومؤدى ذلك، أنه يجوز للمستفيد بإرادته المنفردة إنهاء العارية، ولو قبل الأجل المتفق عليه، ورد الشيء المعار إلى المعير في أي وقت شاء<sup>(٤٨)</sup>.**

**وفي الوديعة توجب المادة ٧٢٢ من القانون المدني على المودع عنده، أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه. ومؤدى ذلك أنه للمودع أن**

---

(٤٧) أما إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، فلا يجوز للموكل أن ينهيه دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه (م ٢/٧١٥ مدني)، وإذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبي، فلا يجوز للوكيل أن ينزل عنها إلا لأسباب جدية تبرر ذلك على أن يخطر الأجنبي بهذا التنازل، وأن يمهله وقتاً كافياً ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه (م ٢/٧١٦ مدني).

راجع في ذلك، د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، إلغاء التصرف القانوني، دار النهضة العربية ١٩٩٥ ص ١٨ وما بعدها، المستشار حسين عامر، إلغاء العقد، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة ١٩٥٣ ص ٢٠٣ وما بعدها، وليد صلاح مرسي رمضان، السابق ص ٥٢٢ وما بعدها.  
وراجع أيضاً:

B. Houin, La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, Thèse Paris II, 1973 p. 259 et s.

(٤٨) ويجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء الإعارة في الأحوال الآتية: أ- إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة ب- إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه ج- إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية، أو كان معسراً قبل ذلك دون علم المعير.

يطلب رد الشيء ولو قبل الأجل المحدد لرده، أي ينهي العقد بإرادته إلا إذا كان الأجل قد عين لمصلحة المودع عنده. كما أن للمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء في أي وقت، ولو قبل الأجل المتفق عليه، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل لمصلحة المودع<sup>(٤٩)</sup>.

وكما منح المشرع المودع الحق في استرداد الوديعة في أي وقت - أي إنهاء العقد بإرادته المنفردة في أي وقت - فقد منح - أيضاً - المودع لديه الحق في رد الشيء في أي وقت، وذلك في الأحوال التي يكون الأجل فيها لمصلحته هو، وليس لمصلحة المودع. وقد عبرت عن ذلك المادة ٢/٧٢٢ مدني مصري، بالنص على أنه "وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء في أي وقت، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع"، وعلى ذلك، فقد منح المشرع المودع لديه الحق في أن يلغي الوديعة بإرادته المنفردة قبل حلول الأجل المتفق عليه، طالما أن هذا الأجل قد عين لمصلحته<sup>(٥٠)</sup>.

وفي عقد التأمين قرر المشرع الفرنسي لكل من المؤمن له والمؤمن، الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة وبطريقة دورية، كلما مرت مدة معينة.

هذه المدة حددها هذا القانون الآن بسنة مع مراعاة مهلة إخطار، مدتها شهران على الأقل<sup>(٥١)</sup>.

---

(٤٩) راجع، حسين عامر، السابق ص ٢٥١. وانظر المادة ١٩٤٤ من التقنين المدني الفرنسي في حق المودع في إنهاء الوديعة في أي وقت، وراجع في ذلك:

C. Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ 2002 p. 104.

(٥٠) ياسر الصيرفي، السابق ص ٤١.

(٥١) المادة ل ١١٣ - ١٢ من تقنين التأمين الفرنسي، وراجع:

J. Bigot, *Traité de droit des assurances*, T. 3 *Le contrat d'assurance* (sous la dir de ...) avec la collaboration de J. Beauchard. V. Heuzé.

J. Kullmann, L. Mayaux et V. Nicolas LGDJ - Dalta 2002 p. 538.

وراجع أيضاً في هذا الموضوع، د. جلال إبراهيم، الحماية القانونية لمدة عقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي والقانون الفرنسي، ص ٧، وله أيضاً، التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٤ ص ٨٩٥.

وبذلك فقد منح المشرع الفرنسي للمؤمن له، وكذلك المؤمن، حقاً في الإنهاء الدوري للعقد بإرادته المنفردة، على أن يخطر الطرف الآخر بذلك قبل انقضاء السنة بشهرين على الأقل.

أما في القانون المصري، فالملاحظ أن النصوص الخاصة بعقد التأمين، والواردة ضمن التقنين المدني، لم تتضمن نصاً مماثلاً لما ورد بالقانون الفرنسي، يعطي لطرفي العقد الحق في إنهائه بعد مرور فترة زمنية معينة. وذلك بالرغم من أن المادة ١٠٦٠ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني، كانت تنص على حق الطرفين في هذا الإنهاء، بعد مرور فترة عشر سنوات، ومع مراعاة مهلة إخطار مقدارها ستة أشهر، غير أن هذه المادة حذفت في لجنة المراجعة. بالإضافة إلى ذلك فإن المشروع الذي أعدته الحكومة بشأن عقد التأمين، يتضمن في المادة ٣٤ منه النص على حق الطرفين في إنهاء عقد التأمين في نهاية كل خمس سنوات، من مدة التأمين، مع مراعاة مهلة إخطار مدتها ستة أشهر قبل انقضاء هذه المدة، وعلى الرغم من أن هذا المشروع لم ير النور حتى الآن، فإن الفقه يذهب إلى أن هذا النص يقرر عرفاً تأمينياً، وأحكامه تدرج عادة في وثائق التأمين فتصبح ملزمة، باعتبارها داخلة في شروط العقد "فنعبر النص - إذا - هو العرف المتبع في مصر، ويكون ملزماً على هذا الاعتبار"<sup>(٥٢)</sup>.

وبالإضافة إلى ذلك فقد أعطت المادة ل ١١٣ - ١٦ من قانون التأمين الفرنسي، لكل من طرفي عقد التأمين، الحق في إنهائه بإرادته المنفردة، في بعض الحالات الخاصة التي تناولها النص المذكور وهي: تغيير محل الإقامة، أو الوضع العائلي، أو النظام المالي للزواج، أو تغيير المهنة، أو التقاعد المهني، أو التوقف النهائي عن ممارسة النشاط المهني<sup>(٥٣)</sup>.

وفي عقد التأمين على الحياة، نصت المادة ٧٥٩ من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل

(٥٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء (٧) المجلد الثاني، عقود الغرر، دار إحياء التراث العربي بيروت ١٩٦٤ ص ١٣٥٢.

(٥٣) راجع Bigot السابق ص ٥٤٤.

في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية، وفي هذه الحالة تبرأ نمته من الأقساط اللاحقة"، وبمقتضى هذا النص يكون للمؤمن له في عقد التأمين على الحياة، إنهاء العقد بإرادته المنفردة، في أي وقت، على أن يخطر المؤمن بذلك قبل انتهاء الفترة الجارية.

وفي عقد القرض إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت سنة أشهر على القرض، أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد في أجل، لا يجاوز سنة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفي هذه الحالة، يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن السنة التالية للإعلان (م ٥٤٤ مدني مصري).

فقد القرض بفائدة، يكون في الغالب منعقداً لمصلحة كل من المقرض والمقترض، فهو عقد معاوضة ملزم للجائين، والأصل أنه لا يجوز لأحدهما أن ينقضه بإرادته المنفردة، ومع ذلك فقد سمح القانون المدني، بموجب المادة المشار إليها، للمقترض أن ينهي بإرادته المنفردة<sup>(٥٤)</sup>.

والنص المذكور يفترض أن عقد القرض بفائدة قد عُيّن له أجل يزيد على سنة، حيث يشترط انقضاء سنة أشهر من وقت انعقاد القرض، وستة أشهر أخرى من وقت إعلان المقترض رغبته في إلغاء العقد. مثل هذا العقد يجوز للمقترض أن ينهي بإرادته المنفردة قبل انقضاء مدته. أما إذا كانت مدة العقد أقل من سنة فإنه لا يمكن للمقترض أن ينهي بإرادته المنفردة، ويكون عليه الالتزام بالعقد حتى نهاية المدة المتفق عليها<sup>(٥٥)</sup>.

وفي القانون الفرنسي، أجاز المشرع بمقتضى المادة ل ٣١١ - ٢٩ من تقنين الاستهلاك للمستهلك المقترض رد القرض، كلياً أو جزئياً، بمبادرة

(٥٤) راجع السنهوري، الوسيط ج (٥) العقود التي تقع على الملكية، الهيئة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، الطبعة الثانية، بتقريح المستشار مصطفى الفقي، دار النهضة العربية ١٩٨٧ ص ٥٩٦، وراجع، الصيرفي، السابق ص ٨٤.

(٥٥) الصيرفي، السابق ص ٨٥.

منه، ودون تعويض، قبل حلول الأجل المتفق عليه<sup>(٥٦)</sup>.

وفي مجال الائتمان العقاري *crédit immobilier*، أجازت المادة ٣١٢ - ٢١ من التقنين المذكور، للمقترض رد مبلغ القرض، كلياً أو جزئياً، قبل حلول الأجل المتفق عليه. إلا إذا كان عقد القرض ذاته يمنع الرد المبجل، لمبلغ يساوي أو يقل عن ١٠ ٪ من المبلغ الأصلي للقرض<sup>(٥٧)</sup>.

**وفي عقد المقاولاة** أجاز المشرع لرب العمل إنهاء العقد بإرادته المنفردة، حيث نصت المادة ١/٦٦٣ مدني مصري على أنه: "الرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفق من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه، لو أنه أتم العمل" (م ١٧٩٤ من التقنين المدني الفرنسي).

هذا، ويلاحظ أنه - بحسب بعض الفقه - فإن نص المادة ١/٦٦٣ مدني مصري الذي يسمح لرب العمل بإنهاء المقاولاة، لا يعد خروجاً على القواعد العامة في تنفيذ العقود؛ وذلك لأنه إذا كان الأصل أن يتم تنفيذ العقد عيناً بإتمام العمل محل المقاولاة، فإنه يمكن أن يتم التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض. فلو أن النص المذكور لم يكن موجوداً وأوقف رب العمل تنفيذ المقاولاة لسبب قام به، لكانت القواعد العامة تقتضي، أن يكون للمقاول الحق في طلب التنفيذ العيني والمضي في تنفيذ العمل، فيتقاضى الأجر كاملاً، ويجوز كذلك - بدلاً من التنفيذ العيني - أن يطلب التنفيذ بطريق التعويض،

---

(٥٦) مع مراعاة أنه لا يجوز للمقرض رفض الرد الجزئي لمبلغ القرض، إذا قل عن المبلغ الذي يحدد بمقتضى المراسيم الصادرة في هذا الشأن

Art. L. 311-29 "L'emprunteur peut toujours à son initiative. rembourser par anticipation sans indemnité, en partie ou en totalité. le crédit qui lui a été consenti. Toutefois le prêteur peut refuser un remboursement partiel anticipé inférieur à un montant fixé par décret".

وراجع في هذا الموضوع:

C. Corgas – Bernard, La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, PUAM (Presses Universitaires d'Aix-Marseille) 2006. p. 81.

(٥٧) راجع Corgas – Beranard السابق ذات الموضوع.

عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب. ولكن لما كانت طبيعة المقابلة تأبى على المفاوض أن يتمسك بطلب التنفيذ العيني، إذ لا مصلحة له في أن يتم العمل حتماً، والمصلحة في ذلك إنما لرب العمل، ومصلحة المفاوض في أن يتقاضى التعويض كاملاً، فقد أغلق القانون في وجهه باب التنفيذ العيني، إذ لا مصلحة له فيه، وأبقى باب التعويض مفتوحاً، يدخل منه إلى تنفيذ العقد على الوجه الذي يتفق مع مصلحته. بحسب هذا الفقه، نص المادة ١/٦٦٣ يؤول في النهاية، إلى أنه تطبيق للقواعد العامة في تنفيذ العقد بما يتفق وطبيعة عقد المقابلة<sup>(٥٨)</sup>.

ومن جانبنا، نؤيد رأياً آخر، يرى أن الرأي السابق، علاوة على أنه يجعل نص المادة ١/٦٦٣ مدني لا قيمة له، "فإنه يعتبر قيام رب العمل بإلغاء المقابلة بمثابة امتناع من جانبه عن تنفيذ العقد. وفي ذلك خلط بين الإلغاء والامتناع عن التنفيذ"<sup>(٥٩)</sup>. فوفقاً للقواعد العامة، إذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه كان للمتعاقد معه، أن يلجأ إلى القضاء لطلب التنفيذ العيني، فإذا كان ذلك غير ممكن، كان له أن يطلب التنفيذ بمقابل، أي التعويض.

فالتعويض هو جزاء يقع على المدين الذي يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا استحال تنفيذ هذا الالتزام عينياً. فالأصل هو التنفيذ العيني، وليس للدائن أن يختار بين التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل، كما أنه ليس للمدين أن يعرض التعويض بدلاً من التنفيذ العيني. أما عندما يمنح المشرع أحد المتعاقدين الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، ويمارس هذا المتعاقد حقه فلا يعتبر ممتنعاً عن التنفيذ، ولا يكون للمتعاقد الآخر أن يلجأ إلى القضاء لطلب التنفيذ العيني أو يطلب تعويضاً عند الإنهاء؛ لأن الإنهاء ليس امتناعاً عن التنفيذ يثير المسؤولية المدنية لمن قام به<sup>(٦٠)</sup>.

هذا، وإذا كان المشرع، قد أقر بحق المفاوض في التعويض في حال

(٥٨) السنهوري، ج (٧) المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقابلة، والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثانية، تنقيح مصطفى الفقي، دار النهضة العربية ١٩٨٩ ص ٣٠٥.

(٥٩) الصيرفي، السابق ص ٩١.

(٦٠) الصيرفي، السابق ص ٢١٣.

ممارسة رب العمل لحقه في إنهاء المقاولة، فإن هذا التعويض لا يمكن إسناده إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية؛ لانتفاء عنصر الخطأ، ولذلك فهذا التعويض لا يخضع للقواعد العامة، وإنما للنص الذي يقرره، ولذلك حرص المشرع على تضمين نص المادة ٦٣٣، عناصر تقدير التعويض في حالة إنهاء العقد، فلو كان الأمر خاضعاً للقواعد العامة، ما كان المشرع بحاجة إلى النص تفصيلاً على عناصر تقدير التعويض في هذه الحالة<sup>(٦١)</sup>.

**وفي عقد العمل منح المشرع (م ٢/٦٧٨ مدني) العامل الحق في إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة، إذا كان عقد العمل لمدة حياته أو حياة رب العمل، أو لأكثر من خمس سنوات، حيث يجوز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن "يفسخ" العقد، دون تعويض على أن ينذر رب العمل إلى ستة أشهر.**

وبحسب المادة ٢/١٠٤ من قانون العمل الجديد (رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣) إذا أبرم العقد لمدة تزيد على خمس سنوات، يمكن للعامل إنهاؤه بإرادته المنفردة، دون تعويض، عند انقضاء خمس سنوات، بعد إخطار العامل قبل الإنهاء بثلاثة أشهر.

وبحسب المادة ل ١٢٤٣ - ٢ من تقنين العمل الفرنسي، يجوز للعامل إنهاء عقد العمل محدد المدة، إذا كان مبرر ذلك إبرامه عقد عمل غير محدد المدة.

إضافة إلى ما تقدم، فإن المبدأ في العقود غير محددة المدة أنها قابلة للإنهاء بالإرادة المنفردة. وإذا كان المشرع - سواء في مصر أو فرنسا - لم ينص صراحة، على حق المتعاقد في إنهاء العقد غير المحدد المدة بالإرادة المنفردة، إلا أن هذا المبدأ، هو ما يمكن استخلاصه من النصوص القانونية، التي نصت عليه، في حالات خاصة صراحة أو ضمناً<sup>(٦٢)</sup>.

(٦١) الصيرفي، السابق ص ٢١٤ - ٢٥١.

(٦٢) عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر و الدوري التنفيذ، رسالة دكتوراة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٥٠ ص ٦١، وانظر أيضاً، Houin، السابق ص ١١٥ - ١١٦.

ويرجع هذا المبدأ، إلى عدم جواز الالتزام المؤبد، أو بصفة عامة إلى ضرورة احترام الحرية الفردية، فالالتزام الشخص بالقيام بعمل معين يجب أن يكون مؤقتاً، لأن الالتزام هو قيد على حرية الشخص، فلا يجوز أن يكون مؤبداً، لأن التأييد يعنى النزول عن الحرية<sup>(٦٣)</sup>، وهو أمر غير جائز لمخالفته النظام العام، فالالتزام المؤبد - إذا - غير جائز قانوناً، "فحماية الحرية الفردية، والملكية الخاصة تقتضي في مواد القانون الخاص، تحريم تأييد الالتزامات"<sup>(٦٤)</sup>.

لذلك - وكما ذكرنا - إذا كان العقد غير محدد المدة، فإنه يكون لكلا المتعاقدين الحق في إنهائه بإرادته المنفردة. وكما تقول محكمة النقض الفرنسية، فإن رخصة الإنهاء بالإرادة المنفردة ملازمة لكل ارتباط غير محدد من الناحية الزمنية، وليس من الضروري أن ينص عليها صراحة في العقد<sup>(٦٥)</sup>.

وأكثر من ذلك، فقد أضفى المجلس الدستوري الفرنسي، قيمة دستورية، على مبدأ إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة، وكان ذلك بمناسبة فحصه لدستورية القانون الخاص "باتفاق التضامن المدني"<sup>(٦٦)</sup>،

---

Ch. Larroumet, Le contrat, 1<sup>er</sup> partie, Conditions de formation, op. cit. 2008, p. 177 – 179.

حيث يقول:

... "La faculté de résiliation unilatérale est exceptionnelle dans les contrats à durée déterminée, alors qu'elle constitue le droit commun dans les contrats à durée indéterminée".

(٦٣) عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون ١٩٦٥ رقم ٢١٦، وراجع أيضاً: Houin السابق ص ١١٨، حيث تقول في هذا الصدد

La jurisprudence "admet qu'il est un principe supérieur à celui de la force obligatoire des contrats, celui de la liberté individuelle".

(٦٤) حجازي، السابق ص ٦٢.

Cass. Civ. 13/5/1997, RJDA (Revue de jurisprudence de droit des affaires) 1997, no 871. (٦٥)

Pacte civil de solidarité et du concubinage (PACS). (٦٦)



حيث أكد على أنه "إذا كان العقد هو القانون المشترك للمتعاقدين، فإن الحرية التي تضمنتها المادة (٤) من إعلان عام ١٧٨٩ تبرر أن يكون عقد القانون الخاص غير محدد المدة، قابلاً للإلغاء بالإرادة المنفردة"<sup>(٦٧)</sup>.

من الحالات التي نص فيها القانون صراحة على الحق في إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة، ما نصت عليه المادة ٥٢٩ مدني مصري، بشأن عقد الشركة غير محدد المدة، حيث نصت على أنه "تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء، إذا كانت مدتها غير معينه، على أن يعلن الشريك إرادته في الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله، وألا يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير لائق" (ويقابله نص المادة ١٨٦٩ مدني فرنسي).

فالعقد الشركة الذي يعقد لمدة غير معينة يكون لكل متعاقد الحق في إنهائه بإرادته المنفردة.

ومن ذلك - أيضاً - المادة ٥٦٣ مدني مصري، بشأن عقد الإيجار غير محدد المدة والتي تنص على أنه "إذا عُقد الإيجار دون اتفاق على مدة، أو عقد لمدة غير معينة، أو تعذر إثبات المدة المدعاة، اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة، وينتهي بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين، إذا هو نبه على المتعاقد الآخر في المواعيد الآتي بيانها ...".

وهذا النص، وإن كان قد اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة، فليس معنى ذلك أنه جعل العقد محدد المدة؛ لأن المقصود هنا أن تكون "مدة الإيجار هي مدد دفع الأجرة متتالية؛ حتى يحصل التنبيه

---

"Si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui <sup>(٦٧)</sup> découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement" Con. Const. décision 99 - 419 du 9/11/1999. RJDA (Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires) 2000. no 29 p. 31; RTD Civ. 2000 p. 109 obs. J. Mestre et B. Fages.

بالإخلاء، ومن ثم كانت المدة غير معينة<sup>(٦٨)</sup>.

وفي القانون الفرنسي، نصت المادة ١٧٣٦ مدني، على أن الإيجار غير معين المدة، ينتهي بالتبني بالإخلاء في الميعاد الذي يعينه العرف.

ومن الحالات التي نص عليها القانون - أيضاً - بشأن إنهاء العقد غير المحدد المدة بالإرادة المنفردة، ما جاء بالمادة ٢/٦٩٤ مدني مصري الواردة بشأن عقد العمل غير محدد المدة، حيث نصت على أنه إذا "لم تعين مدة العقد بالاتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه، جاز لكل من المتعاقدين، أن يضع حداً لعلاقته مع المتعاقد الآخر. ويجب في استعمال هذا الحق أن يسبقه إخطار. وطريقة الإخطار ومدته تبينها القوانين الخاصة"، وبحسب المادة ١٢٠ من قانون العمل، إذا كان عقد العمل غير محدد المدة، جاز لكل من طرفيه إنهاؤه، بشرط أن يخطر الطرف الآخر كتابة قبل الإنهاء<sup>(٦٩)</sup>.

وهذا - أيضاً - ما يقضي به نص المادة ٢/١٧٨٠ من القانون المدني الفرنسي، والذي يؤكد مضمونه الآن نص المادة ل ١٢٣١ -<sup>(٧٠)</sup> من تقنين العمل، والتي تقضي بأن عقد العمل غير محدد المدة، يمكن إنهاؤه بمبادرة من صاحب العمل، أو العامل، أو باتفاقهما وفق الضوابط المنصوص عليها قانوناً.

هذه الحالات وغيرها، تؤكد - في الواقع - مبدأ عاماً مقتضاه أنه في العقود غير المحددة المدة، يجوز لكلا المتعاقدين الحق في إنهائه بالإرادة المنفردة، هي - إذا - ليست حالات خاصة بشأن ما وردت بخصوصه، وهذا في الواقع ما يؤكد الفقه وأحكام القضاء، بل ويؤكد الفقه على أن حق المتعاقد في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، وبالنظر إلى غايته - وهي حماية الحرية

(٦٨) الصيرفي، السابق ص ١١٨، حجازي، السابق ص ٨٠.

(٦٩) راجع في تفاصيل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة وقيود وضوابط هذا الإنهاء، د. همام محمد محمود زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩ ص ٧١٣ وما بعدها، د. السيد عيد نايل، شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية ٢٠٠٩ - ٢٠١٠ ص ٤٢١ وما بعدها.

(٧٠) نص معدل بمقتضى القانون رقم ٢٠٠٨ - ٥٩٦ بتاريخ ٢٥/٦/٢٠٠٨.

الفردية - هو من النظام العام<sup>(٧١)</sup> وبالتالي فلا يجوز النزول عنه مسبقاً<sup>(٧٢)</sup>.

لا شك أن الحالات السابق بيانها، والتي يكون فيها لأحد المتعاقدين، أو كلاهما، الحق في إنهاء العلاقة العقدية بإرادته المنفردة، لا تعتبر من قبيل الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث لا يتعلق الأمر بجزء يوقع على أحد المتعاقدين نتيجة عدم تنفيذه لالتزاماته، ولكن هذه الحالات تؤكد ما يقوله بعض الفقه، تعبيراً عن أن القوة الملزمة للعقد ليست مطلقة، من أن هذه القوة "ليست سجنًا يحتفظ القاضي وحده بمفاتيحه"<sup>(٧٣)</sup>، ففي مثل هذه الحالات يجوز نقض العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين. وعلى الرغم من ذلك فإن هذه الحالات - وأياً كانت الاعتبارات التي تكمن وراء إقرارها<sup>(٧٤)</sup> - تبقى حالات مقررة بنص القانون، وتعد - بالتالي - إعمالاً للنصوص ذاتها المقررة للقوة الملزمة للعقد، والتي تجيز نقض العقد للأسباب التي يقرها القانون، فهذه النصوص لم تجعل من القوة الملزمة للعقد أمراً مطلقاً، بل أجازت نقض العقد باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون (م ٤٧/١ مدني مصري، م ٢/١١٣٤ مدني فرنسي).

إذا كانت الحالات السابقة - وكما ذكرنا فيما تقدم - هي حالات إنهاء للعقد بالإرادة المنفردة، وليست فسخاً له، فالملاحظ أن المشرع أجاز في حالات أخرى للمتعاقد، أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة - أي دون حاجة للجوء إلى القضاء - في حال إخلال المتعاقد معه بالتزاماته.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٤٦١ من القانون المدني المصري

---

J. Ghestin, *Traité de droit civil* (sous la dir. de....) Les effets du (٧١) contrat, 2<sup>e</sup> éd. par J.Ghestin, Jamin et Billiau, LGDJ 1994,p.280  
C.A. Douai 5/7/1951, G.P. 1951, 2, p. 244. (٧٢)

L. Aynès, *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et* (٧٣) *perspectives*, Dr. et Pat. no 126 - Mai 2004, p. 64 et s. spéci. p. 65.

(٧٤) راجع في تفاصيل هذه الاعتبارات ومبررات الإنهاء بالإرادة المنفردة في الحالات التي تم تناولها هنا، وغيرها، الصيرفي، السابق، Corgas - Bernard، السابق، وكذلك، حسين عامر، السابق.

من أنه: "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد، إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره".

يعد هذا الحكم خروجاً على القواعد العامة في الفسخ، فالأصل - كما ذكر فيما سلف - أن الفسخ لا يقع إلا بحكم قضائي، وذلك فيما عدا حالة الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى حكم. ورغم هذا الاتفاق، فإنه يجب لإعماله أن يقوم المتعاقد المتمسك بالفسخ، بإعدار المتعاقد معه، ما لم يكن قد اتفق على اعتبار العقد مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إعدار.

وقد خرج المشرع، بمقتضى المادة ٤٦١، على حكم هذه القواعد العامة فيما قرره من أن عدم الوفاء بالثمن في حالة بيع المنقول قد يؤدي إلى اعتبار البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم أو إعدار، ودون أن يتضمن العقد شرطاً باعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه.

ويبرر هذا الاستثناء باعتبارات عملية، فالمنقولات وعروض التجارة، عرضة لكثرة تقلب الأسعار، كما أن الكثير منها يسرع إليه التلف، ولهذا فإن التيسير على البائع يستوجب أن يكون له فسخ البيع بإرادته المنفردة دون التقيد بإعدار المشتري، والالتجاء إلى القضاء، بحيث يكون له حرية التصرف في المنقول، بمجرد عدم قيام المشتري بدفع الثمن<sup>(٧٥)</sup>.

وحتى يكون للبائع التمسك بهذا الحكم، يجب أن تتوافر الشروط التي تضمنها النص المشار إليه. فيجب أن يكون المبيع منقولاً، مادياً أو معنوياً، كالأسهم والسندات، وسواء كان منقولاً بطبيعته أم بحسب المأل<sup>(٧٦)</sup>. كما يجب

(٧٥) راجع على سبيل المثال، د. نبيل سعد، العقود المسماة، الجزء الأول، البيع، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٩٧ ص ٤٥١.

(٧٦) ويذهب بعض الفقه إلى أن حكم المادة ٤٦١ لا ينصرف إلى المحل التجاري ولو أنه يعتبر منقولاً معنوياً، لأن الحكمة التي توخاها المشرع من وضع هذا الحكم لا تتوافر بالنسبة له، انظر في ذلك د. السنهوري، الوسيط ج (٤) العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الطبعة الثانية، تنقيح مصطفى الفقي، دار النهضة

أن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد لدفع الثمن وتسلم المبيع. ويلحق بهذه الحالة، أن يتفق على ميعاد معين لتسلم المبيع دون أن يتفق على ميعاد دفع الثمن، حيث يكون الثمن في هذه الحالة مستحق الوفاء، في الوقت الذي يسلم فيه المبيع طبقاً للمادة ١/٤٥٧. وأخيراً، يجب أن يتأخر المشتري في دفع الثمن عن الميعاد المتفق عليه.

متى توافرت الشروط السابقة، كان للبائع أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار أو حكم قضائي، وذلك بمجرد تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن في الميعاد المحدد.

ويعتبر ذلك فسخاً للعقد بالإرادة المنفردة للبائع، فالحكم مقرر لمصلحته، وبالتالي يتوقف إعماله على إرادته وحده، فيكون له عدم التمسك بالفسخ، ويعتبر العقد نهائياً ويطالب المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن، وبالعكس يمكن التمسك بالفسخ إذا قرر ذلك.

وقريب من هذا الحكم، ما قضت به المادة ١٦٥٧ من القانون المدني الفرنسي، من أنه في حال بيع العروض والمنقولات، يعتبر البيع مفسوخاً بقوة القانون ودون إنذار لصالح البائع، بعد انقضاء الأجل المحدد للتسليم.

فالبائع - بحسب نص المادة المذكورة - يمكنه اعتبار عقد البيع مفسوخاً، إذا أحل المشتري بالتزامه بتسليم المبيع المنقول في الأجل المحدد، وذلك دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء أو إعدار المشتري، وذلك بطبيعة الحال، ما لم يكن عدم قيام المشتري بتسليم المبيع، راجعاً لفعل البائع، كما لو كان لم يقم بتسليم المبيع، أو سلم مبيعاً معيباً أو غير مطابق لما تم الاتفاق

---

العربية، بدون تاريخ ص ١٧٠٢ هامش رقم (٤) ص ٨٣٩، د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، القاهرة ١٩٥٦/١٩٥٧ ص ٢٣٠. بينما يذهب البعض الآخر - ونؤيده في ذلك - إلى أنه "لا محل لتخصيص عبارة النص، فالمنقولات تشمل المنقولات المادية والمعنوية، ولا يصح البحث عن الحكمة من النص، إلا إذا كان النص غامضاً وهو ما لا يتوافر، كما أن المعاملات التجارية بطبيعتها تستلزم السرعة وتتميز بتقلبها السريعة..."، حسام الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٩ ص ٨٣٣.

فالأمر هنا - أيضاً - يتعلق بفسخ بالإرادة المنفردة للبايع (٧٨)، وذلك في حال عدم قيام المشتري بتسلم المبيع في الميعاد المنفق عليه.

فإذا كان للبايع في الحالات السابقة، فسخ العقد بإرادته المنفردة، في حال عدم دفع المشتري الثمن في القانون المصري، أو في حال عدم تسلمه المبيع في القانون الفرنسي، فإن ذلك يقابل من ناحية المشتري بما يعرف في مجال القانون التجاري "بمكنة الاستبدال" "faculté de remplacement" (٧٩).

حيث إنه بمقتضى العادات التجارية يكون للمشتري - في حال عدم قيام البائع بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع - أن يقوم باخطاره بالتنفيذ خلال مدة

(٧٧) انظر:

Cass. Civ. 25/5/1992, RTD Civ. 1993, p. 376 obs. Gautier.

(٧٨) راجع في ذلك:

Y.M. Laithier, Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ 2004, p. 265; P. Puig, Contrats spéciaux. Dalloz 2005. p. 303; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.Y. Gautier, Les contrats spéciaux, 2<sup>e</sup> éd. Defrénois 2005, p. 266; P.H. Antonmattei et J. Raynard, Droit civil, Les contrats spéciaux, 4<sup>e</sup> éd. Litec 2004, p. 183.

جدير بالذكر أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، كان يتضمن حكماً قريباً لحكم المادة ١٦٥٧ مدني فرنسي، حيث كانت المادة ٦١٢ من هذا المشروع تنص على أنه "في بيع العروض وغيرها من المنقولات، إذا لم يتقدم المشتري لتسلم المبيع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه، أو تقدم ولكنه لم يعرض الثمن، كان البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى إعدار، وذلك لمصلحة البائع، إلا إذا كان المشتري في الحالة الأخيرة، قد اتفق مع البائع على أجل أطول لوفاء الثمن".

غير أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، رأت قصر الجزاء على حالة عدم دفع الثمن في الميعاد، دون حالة عدم التقدم لتسلم المبيع، إذ قد يحول دون تسلم المشتري المبيع ظروف لا يدل له فيها، ووافق المجلس على هذا التعديل.

راجع، مج الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٤ ص ١٥٦.

(٧٩) راجع، د. على البارودي ود. فريد العريني، القانون التجاري، العقود التجارية - عمليات البنوك، وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦ ص ٣٧، وانظر أيضاً:

Ph. Le Tourneau (et autres), Droit de la responsabilité et des contrats, 7<sup>e</sup> éd. Dalloz - Action 2008, p. 127 et s.

مناسبة، فإذا ظل البائع على امتناعه عن التنفيذ خلال هذه المدة، يكون له أن يحصل على شئى مماثل للمبيع، من بائع آخر على حساب البائع الأول. وعلى البائع في هذه الحالة أن يرد للمشتري ما يكون قد حصل عليه منه، وكذلك تعويضه عن الضرر الذي أصابه نتيجة عدم التنفيذ، ولذلك رأى جانب كبير من الفقه، أن مكنة الاستبدال هي - في الواقع - فسخ للعقد المبرم بين البائع والمشتري بالإرادة المنفردة لهذا الأخير<sup>(٨٠)</sup>.

هذه الممارسة التجارية، قننها المشرع التجاري المصري بنص المادة ٩٦ من القانون التجاري الجديد حيث جاء بها "إذا لم يقم البائع بتسليم المبيع في الميعاد المحدد في العقد، فللمشتري أن يخطره بالتنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها. فإذا لم يسلم المبيع خلال تلك المدة، جاز للمشتري أن يحصل على شئى مماثل للمبيع، على حساب البائع، وأن يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه، وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشئى. وإذا كان للمبيع سعر معلوم في السوق جاز للمشتري - وإن لم يشتري فعلاً شيئاً مماثلاً له - أن يطالب البائع بالفرق بين الثمن، المتفق عليه وسعر السوق في اليوم المحدد للتسليم. وللمشتري - بدلاً من ذلك - أن يخطر البائع، بأن عدم التسليم خلال المدة المعينة في الإخطار، يترتب عليه اعتبار العقد مفسوخاً، وله في هذه الحالة أن يطلب التعويض، إن كان له مقتض".

هذا ويلاحظ، أنه إذا كان بمقتضى المادة ٢/٢٠٥ من القانون المدني المصري (تقابلها المادة ١١٤٤ من القانون المدني الفرنسي)، وفي حال كان المبيع وراداً على شئى معين بالنوع ولم يقم البائع بالإفراز والتسليم، يكون للمشتري أن يحصل على شئى من نفس نوع المبيع على نفقة البائع. والجدير بالذكر هنا أن لجوء المشتري لذلك لا يكون - بحسب الأصل - إلا بعد استئذان القضاء، على نحو يخالف بالتالي ما تجري عليه ممارسة مكنة

(٨٠) راجع على سبيل المثال:

Malaurie, Aynès et Gautier, op. cit. p. 210; Laithier, ibid; Ph. Lc Toueneau et L. Cadiet, Droit de la responsabilité et des contrats. Dalloz - Action 2000/2001, p. 992.

الاستبدال، وبالتالي لا يمكن اعتبار المكنة الأخيرة تطبيقاً<sup>(٨١)</sup> لنص المادة ٢/٢٠٥ من القانون المدني.

فإذا كانت مكنة الاستبدال، تعطى للمشتري في نهاية الأمر إمكانية فسخ العقد بإرادته المنفردة، فإن ممارسة تجارية أخرى، يمكن أن تؤدي إلى ذات النتيجة، تعرف بترك المبيع لحساب البائع (أو الناقل) *le laissé pour compte*. وهذه الممارسة تخول المشتري رفض تسلم المبيع غير المطابق لما اتفق عليه، أو في حال التأخير في التسليم عن الميعاد المحدد<sup>(٨٢)</sup>.

وفي تحليل هذا الترك، أو الرفض، من الناحية القانونية، ذهب البعض إلى إمكان النظر إليه كألية مؤقتة، بمعنى: النظر في رفض المشتري التسلم، كإيجاب مشروط بمعاودة الحياة التعاقدية، إذا ما قام البائع بتنفيذ التزامه على النحو المتفق عليه<sup>(٨٣)</sup>. أو النظر إلى هذا الرفض كتطبيق للدفع بعدم التنفيذ<sup>(٨٤)</sup>. في هذه الحالة تكون المبادرة فقط هي الانفرادية *unilatérale*، بمعنى أن الفسخ - في نهاية الأمر - لا يكون إلا عن طريق

(٨١) راجع في ذلك بشأن المادة ١١٤٤ مدني فرنسي (مقابلة للمادة ٢/٢٠٥ مدني مصري) Malaurie, Aynès et Gautier، السابق ص ٢١٠، Amrani - Mekki، السابق ص ٣٧٦، Terré, Simler et Lequette، السابق ص ٦٦٩. وقرن Antonmattei et Raynard، السابق ص ١٤٥.

(٨٢) راجع، Le Tourneau (et autres)، السابق ص ١٢٧١.

A. Bénabent, Droit civil, Les contrats spéciaux, 2<sup>e</sup> éd. 1995. Montchrestien, p. 122.

د. محمد شهاب، التزامات البائع وفقاً لاتفاقية فيينا للبيع الدولية للبضائع، مقارنة مع القانونين اللبناني والفرنسي، صادر، بيروت ٢٠٠٧ ص ١١٩ وما بعدها. ويلاحظ في هذا الصدد أنه بحسب ما يؤدي إليه نص المادة ١٠١ من القانون التجاري المصري إذا ما تبين للمشتري بعد تسلمه المبيع أن كميته أو صفته أقل مما هو متفق عليه أو أن به عيباً أو أنه غير مطابق لما اتفق عليه، أو غير مطابق للعينة التي تم التعاقد بمقتضاها، فلا يكون له إلا طلب الفسخ القضائي، والفسخ لا يُقضي به إلا إذا نشأ عن النقص أو العيب أو عدم المطابقة، أو عدم صلاحية المبيع للغرض الذي أعده له المشتري أو صعوبة تصريفه، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بوجود الفسخ. وفي حال رفض طلب الفسخ، لا يكون للمشتري إلا الحق في إنقاص الثمن والتعويض إن كان له مقتضى.

(٨٣) Le Toutneau (et autres)، السابق ص ١٢٧١.

(٨٤) راجع مثلاً، Puig، السابق ص ٢٣٥.



القضاء، ويبقى التنفيذ ممكناً، ما دامت المدة المتفق عليها لا تزال سارية<sup>(٨٥)</sup>.  
وفي المقابل ينظر البعض إلى رخصة الترك، باعتبارها آلية نهائية،  
واعتبارها بالتالي فسخاً بالإرادة المنفردة للعقد من جانب المشتري، وبالتالي  
خروجاً على القوة الملزمة للعقد، وضرورة إعمال الفسخ عن طريق  
القضاء<sup>(٨٦)</sup>.

ويذهب رأي آخر، إلى أن مكنة الرفض لا يمكن اختصارها في آلية  
دون أخرى من السابق ذكرهما، حيث يمكن اعتبارها دعفاً بعدم التنفيذ، إذا  
كان تنفيذ العقد يمثل مصلحة للدائن، ما لم يصدر عنه ما يخالف ذلك، وهي  
بالعكس تعود إلى الفسخ بالإرادة المنفردة، إذا كان قصد الدائن من هذا  
الرفض نقض العقد بصفة نهائية<sup>(٨٧)</sup>.

مؤدى هذا الرأي الأخير، أن مكنة الترك، أو الرفض، المتاحة  
للمشتري يمكن أن تؤدي إلى فسخ العقد بالإرادة المنفردة، وهو هنا - وكما  
سنرى فيما بعد - يكون على مسئولية المشتري، بمعنى أنه يكون على البائع  
- إذا أراد - أن ينازع في هذا الفسخ أمام القضاء، إذا ما رآه غير مبرر.

وفي هذا الصدد يمكن - أيضاً - الإشارة إلى البيع المبرم بين المهني  
والمستهلك حيث أجازت المادة ل ١١٤ - ٢/١ من تقنين الاستهلاك الفرنسي  
للمستهلك نقض عقد بيع المنقول، أو أداء الخدمة، في حال تجاوز المدة  
المحددة لتسليم المبيع، أو أداء الخدمة، بسبعة أيام، وذلك من خلال إخطاره  
البائع بذلك، بخطاب مسجل يعلم الوصول، ما لم يكن التأخير عائداً لقوة  
قاهرة.

فهنا - أيضاً - أجاز المشرع للمستهلك، أن يفسخ العقد بإرادته

(٨٥) Le Toutneau، السابق ذات الموضوع.

(٨٦) من ذلك، Terré، Simler et Lequette، السابق ص ٦٩٩، Antonmattei و  
Raynard، السابق ص ١٤٥.

(٨٧) J. Ghestin. Conformité et garantie dans la vente, LGDJ 1983 p. 140.

المنفردة<sup>(٨٨)</sup> في حال تأخر المحترف في تنفيذ التزامه بتسليم المبيع، أو أداء الخدمة، وتجاوز المدة المحددة بالنص المذكور.

في هذا الصدد - أيضاً - تجيز المادة ل ١١٣ - ٢/٣ من تقنين التأمين الفرنسي للمؤمن - في حال عدم وفاء المؤمن له بقسط التأمين، أو جزء منه - أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة<sup>(٨٩)</sup>. هذا مع مراعاة الشروط التي وضعها القانون في هذا الصدد؛ حماية لمصالح المؤمن له، وتتمثل هذه الشروط، أو الإجراءات، في ضرورة إعداز المدين، وبعد انقضاء ثلاثين يوماً على الإعداز، يتم وقف الضمان، فإذا لم يقم المؤمن له بدفع القسط المستحق، يكون للمؤمن فسخ العقد بإرادته المنفردة، بعد انقضاء مدة عشرة أيام، هذا مع مراعاة، أن الإعداز يتم بعد مرور عشرة أيام، على استحقاق القسط.

#### • الاستثناءات القضائية

في غير الحالات الاستثنائية، التي ورد النص عليها في القانون، ورغم عدم وجود اتفاق، يجيز الفسخ بإرادة الدائن في حال عدم التنفيذ من قبل المدين، لم يتردد القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد في قبول الفسخ بالإرادة المنفردة، في حالات لم يكن متصوراً فيها إلزام المتعاقد بالالتجاء إلى

(٨٨) راجع:

J. Fischer, Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français, PUAM 2004 p. 163.

(٨٩) راجع في تفصيل ذلك Bigot (وآخرون) سابق الإشارة إليه ص ٦٤٨ وما بعدها. ويراعى بشأن هذه الحالة، أنه رغم حذف نص المادة ١٠٧٤ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري، والتي كانت تتضمن حكماً مماثلاً لما ورد بالقانون الفرنسي، فإن وثائق التأمين جرت على الأخذ بالجزاء المذكور، ونقصد به إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، بعد إعداز المؤمن له ومرور فترة معينة بعد الإعداز، ويرى الفقه العمل بهذا الجزاء متى اتفق على العمل به. راجع في ذلك: د. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٣ ص ٤٠٣، د. نزيه المهدي، عقد التأمين، دار النهضة العربية (بدون تاريخ) ص ٣٠٨، عبد المنعم البدرأوي التأمين ١٩٦٣ ص ٢٠٩، محمد حسام لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الثالثة، القاهرة ٢٠٠١ ص ٢٤٩، د. برهام عطا الله، التأمين، الفتح للطباعة والنشر ٢٠٠٩ ص ٧٩.

القضاء؛ لطلب فسخ العقد، وانتظار صدور حكم يقضي بفسخ العقد. فالقضاء الفرنسي لم يتردد - كما يقول البعض - في تجنيب المتمسك بإعمال نص المادة ١١٨٤، حينما يكون إعمال الحكم الوارد بها، والذي يقضي بوجوب الالتجاء إلى القضاء لطلب الفسخ، وبالنظر إلى الظروف والملابسات، مفقداً كل منطق<sup>(٩٠)</sup>.

ويلاحظ في هذا الصدد، أن إجراء المقابلة بين مبدأ الفسخ القضائي، ومثل هذه الحالات الاستثنائية، بات تقليداً في كل كتابات الشراح التي تتناول موضوع الفسخ، حيث يذكر دائماً أن القضاء يقبل أن يقوم أحد المتعاقدين بفسخ العقد بإرادته المنفردة، بالنظر إلى الظروف الخاصة التي تحيط هذا الفسخ، وحيث لا يوجد اتفاق على شرط فاسخ صريح، أو نص خاص يسمح له بذلك<sup>(٩١)</sup>.

وقبول الفسخ بالإرادة المنفردة للدائن، في حالات استثنائية تبررها الظروف، دفع ببعض الفقه إلى القول، بشأن نظام الفسخ في القانون الفرنسي. وكونه أصلاً فسخاً قضائياً، أن الفرنسيين انطلقوا من نظام جامد.... ولكن بفضل مرونة قضائهم، أمكنهم مواجهة الضرورات التي يفرضها الواقع العملي<sup>(٩٢)</sup>.

أما عن الحالات التي يقبل فيها القضاء الفسخ بالإرادة المنفردة، فيمكن حصرها - بحسب ما يراه الفقه - في ثلاث: الخطر الداهم، وسؤنية المدين، والحالة الأخيرة هي حالة ما إذا كان عدم التنفيذ باتاً ونهائياً.

أما بالنسبة للحالة الأولى، أي حالة الخطر الداهم، فموادها أن الفسخ

(٩٠) Laithier، السابق ص ٢٦٧.

(٩١) راجع على سبيل المثال Genicon، السابق ص ٥٥٨.

R. Cassin، Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution، RTD Civ. 1945، p. 159 et s.

وراجع في الفقه المصري على سبيل المثال، الجارحي، السابق ص ١١٨ وما بعدها. د. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة حمادة الحديثة بقويسنا، الطبعة الأولى ١٩٩٦ ص ٢٤٨ وما بعدها.

(٩٢) R. Cassin، السابق ص ١٧٨.

بالإرادة المنفردة يكون جائزاً، في الحالة التي يكون فيها انتظار صدور حكم من القضاء بالفسخ، من شأنه أن يؤدي إلى إلحاق ضرر بالغ بالدائن، لا يمكن تداركه بعد ذلك<sup>(٩٣)</sup>.

الفسخ الاستثنائي بالإرادة المنفردة، يبرره في هذه الحالة، حالة الضرورة<sup>(٩٤)</sup>، فعدم التنفيذ من قبل أحد المتعاقدين، يجعل من الضروري فسخ العقد من قبل المتعاقد الآخر؛ ليتفادى بذلك الضرر البالغ الذي لا يمكن تداركه بعد ذلك، ليمارس هذا الأخير، بذلك - وكما يقول بعض الفقه - نوعاً من الدفاع الشرعي<sup>(٩٥)</sup>.

وتتعدد التطبيقات القضائية لهذه الحالة، منها ما هو قديم ومنها ما هو الحديث<sup>(٩٦)</sup>.

من القديم نذكر مثلاً: حالة الممثل التجاري، ضحية الوسائل الاحتيالية، من جانب من يمثله، بهدف محاولة التعرف على زبائنه والاستغناء عنه فيما بعد، حيث أقر له بالحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة فوراً<sup>(٩٧)</sup>. ومن ذلك - أيضاً - ما قضي به من حق فنان في التعاقد مع مدير مسرح آخر، غير الذي تعاقد معه، نظراً لعدم قيام الأخير باحترام التزاماته المالية تجاه الفنان، وحاجة هذا الأخير الماسة لمرتبته بقصد تلبية حاجته

---

(٩٣) راجع على سبيل المثال، البدراوي، السابق ص ٥٠١، إسماعيل غانم، السابق ص ٣٣١.

Terré, Simler et Lequette, op. cit. p. 669.

(٩٤) د. لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، سابق الإشارة إليه، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثالثة، العدد الأول، يناير ١٩٦١ ص ١٣٩ وما بعدها، خاصة ص ١٥٧.

(٩٥) Chabas، السابق ص ١٥٨.

(٩٦) راجع في تفاصيل هذه التطبيقات القضائية Genicon، السابق ص ٣٩٨ وما بعدها.

(٩٧) Cass. Req. 1/5/1889, S. 1902, 1, p. 372.

مشار إليه في Genicon، السابق، ذات الموضوع هامش رقم (١٣٥).

(١٠٤) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠.

للطعام<sup>(٩٨)</sup>، ومن ذلك - أيضاً - ما قُضي به من أنه في حال عدم قيام من تعاقد على نقل شحنة من بضاعة من خلال قارب، بتنفيذ ما تعهد به، يكون مسموحاً للمتعاقد معه أن ينقل هذه البضاعة من خلال السكك الحديدية، أي يكون له فسخ العقد الأول بإرادته المنفردة<sup>(٩٩)</sup>. ومن ذلك - أيضاً - ما قضت به أنه: لمدير مسرح أن يقوم بطرد أحد المشاهدين للعرض فوراً في حال قيامه بشغب، من شأنه تعطيل العرض أو مضايقة المشاهدين<sup>(١٠٠)</sup>.

وحديثاً، وفي هذا الاتجاه - أيضاً - قُضي بأنه لرب العمل الذي لحقه ضرر مالي مباشر وهام؛ بسبب عدم تنفيذ المقاول الذي تعاقد معه بما تعهد به، أن يتعاقد فوراً مع مقاول آخر لتنفيذ هذه الأعمال، دون الحصول مسبقاً على حكم قضائي بالفسخ<sup>(١٠١)</sup>.

كما قُضي - أيضاً - بصحة الفسخ بالإرادة المنفردة لعقد مراقبة surveillance وحراسة أحد المحال الكبرى بسبب التفتيش والانذفاع المبالغ فيه من قبل القائمين على أداء خدمات المراقبة، وما ترتب على مسلكهم هذا

---

Rouen, 23/1/1867, D. 1867, 2, p. 212.

(٩٨) مشار إليه في Genicon، السابق، ذات الموضوع هامش ١٣٧، وانظر أيضاً، لبيب شنب، السابق ص ١٥٨.

(٩٩) Trib.Com.Nancy, 8/12/1913, RTD Civ. 1914 obs. R. Demogue. ويقول الفقيه الكبير تأييداً لهذا الحكم:

"C'est très juste, il faut aller vite en affaire, on n'a pas le temps d'agir en résolution ...."

ويضيف:

"Cette décision montre une fois de plus combine l'article 1184 est une solution mal commode en exigeant en cas d'inexécution une demande en justice. En pratique on tend à s'en dispenser. à résoudre le contrat par sa seule volonté, puis à plaider quand on a le temps".

Trib. Corr., Nice 2/1/1893, S. 1893, 2, p. 193 note

(١٠٠)

Labléc.

أشار إليه Amrani - Mekki، السابق هامش رقم ٤٨ وراجع في ذلك أيضاً، البدر اوي، السابق ص ٥٠٢.

(١٠١) Nancy, 24/6/2003.

غير منشور، أورده Genicon، السابق ص ٣٩٨ هامش رقم ١٤٠.

من انعقاد المسؤولية المدنية للمحل، وفقدان جزء من زبائنه، وتدهور علاقته مع التجار الآخرين<sup>(١٠٢)</sup>.

والملاحظ أنه في الأمثلة القضائية السابقة، كان مبرر القضاء في تأكيد صحة الفسخ بالإرادة المنفردة، هو تفادي الإضرار بالدائن ضرراً بالغاً، فإخلال المدين في مثل هذه الأمثلة، كان من نتيجته خطر محقق بمصالح الدائن، فكان له - بحسب هذا القضاء - أن يعتبر العقد مفسوخاً. وبمعنى آخر يكون الدائن، في مثل هذه الحالات "في حالة ضرورة تبرر له أن يعتبر العقد مفسوخاً، وأن يكيف مركزه على هذا الأساس، دفعا لما يكتنفه من أخطار"<sup>(١٠٣)</sup>.

ويبرر بعض الفقه، الفسخ بالإرادة المنفردة في الحالات السابقة، بفكرة الاستعجال، ذلك أنه من شأن الإبقاء على العقد في مثلها، إلى حين صدور حكم قضائي بفسخه، أن يصاب الدائن بضرر، لا يمكن تداركه بعد ذلك.

فحالة الاستعجال - كما يقول بعض الفقه<sup>(١٠٤)</sup> - تسمح للمتعاقد الذي يهدد مصالحه خطر داهم، التحرر من المتطلبات القانونية اللازمة لرعاية مصالحه.

أما الحالة الثانية التي أقر فيها القضاء بصحة الفسخ بالإرادة المنفردة فهي - كما ذكرنا فيما تقدم - حالة إخلال المتعاقد بالتزامه بحسن النية في تنفيذ التزاماته العقدية، وما يوجب من أمانه في هذا التنفيذ.

Rouen, 23/2/2006, Juris- data no. 2006 – 296767. (١٠٢)

أشار إليه Genicon، السابق، ذات الموضوع، هامش رقم ١٤١.

(١٠٣) لبيب شنب، السابق ص ١٠٣، والمراجع المشار إليها.

M.Vasseur, Urgence et droit civil, RTD Civ. 1954, p. (١٠٤)

403 et s.

وراجع أيضاً:

Larruomet, Le contrat, 2<sup>e</sup> partie, Effets, op. cit. p. 820.

وراجع تعليق Demogué، السابق الإشارة إليه، Chabas، السابق ص ١٦٩ والمراجع المشار إليها.

في هذه احالة، يكون خطأ المدين قد بلغ حداً من الجسامه، لا يتصور معه بقاء العلاقة العقدية، بحيث يكون للدائن أن يتحلل من هذه العلاقة فوراً، أي دون حاجة للالتجاء إلى القضاء لطلب الفسخ.

من الأمثلة القضائية التي يمكن ذكرها في هذا الصدد: إقرار صاحب العمل على قيامه بفسخ العقد بإرادته المنفردة، في حال تبينه نوم العامل المكلف بالحراسة ليلاً في مكان العمل<sup>(١٠٥)</sup>، أو بسبب دخوله المستشفى الذي يعمل به وهو في حالة سُكر<sup>(١٠٦)</sup>.

بحسب محكمة النقض الفرنسية، الإخلال البين بحسن النية يجعل من غير المقبول الإبقاء على العلاقة العقدية<sup>(١٠٧)</sup>، بحيث يكون مسموحاً للمحكمة أن تقضي بأنه لا يكون للمتعاقد - الذي بسبب سوء نيته في التحلل من العقد - التمسك بنص المادة ١١٨٤ من القانون المدني. سوء نية المتعاقد لا يسمح له بأن يتذرع بالالتزام باللجوء إلى القضاء؛ لإمكان الحصول على حكم بفسخ العقد.

هذا ويلاحظ بعض الفقه على هذا القضاء، الذي يبرر الفسخ بالإرادة المنفردة في حالة الإخلال بحسن النية والأمانة في تنفيذ الالتزامات العقدية أنه قضاء صالح للامتداد إلى كل العقود التي تقوم على الثقة بين المتعاقدين، بحيث لا يكون مقبولاً بقاء علاقة عقدية مبناها وقوامها الثقة في حال انتفاء مثل هذه الثقة، وبالتالي يكون من المسموح به التخلص فوراً من قبل هذه العلاقة التي فقدت قوامها<sup>(١٠٨)</sup>.

(١٠٥) Cass. Soc. 18/5/1978, B. civ. V, no 281.

مشار إليه في Genicon، السابق ص ٣٣٩، هامش رقم ١٥٠.  
(١٠٦) C.A. Paris, 14/10/1982, D. 1983, IR, p. 494.

(١٠٧) Cass. Civ. 4/10/1910, S. 1911, 1, p. 195.

وراجع في هذا الحكم - أيضاً - لبيب شنب، السابق ص ١٥٩، Genicon السابق، ذات الموضوع.

(١٠٨) Genicon، السابق ذات الموضوع.

ويلاحظ جانب آخر من الفقه أنه مقارنة بالحالة الأولى، التي يتم فيها إقرار الفسخ بإرادة الدائن المستقلة؛ لتفادي الأضرار البالغة التي يمكن أن تلحق به نتيجة انتظار صدور حكم بالفسخ، فإن الفسخ في الحالة الثانية يكون بمثابة رد فعل من قبل الدائن، على مسلك غير متسامح فيه من قبل المدين، مما يجعل القضاء الذي يقر الدائن على قيامه بالفسخ، بإرادته المستقلة متضمناً - أيضاً - إمكانية امتداده إلى غير الحالات، التي صدر بشأنها، فأحكام الصادرة في هذا الشأن، مفادها أن العدالة لا تأتي رد فعل فوري من قبل الدائن، على مسلك غير مغتفر من قبل المدين<sup>(١٠٩)</sup>.

أما الحالة الثالثة: التي يرى الفقه فيها إمكانية قبول الفسخ بالإرادة المنفردة، أي دون طلب قضائي بالفسخ، فهي الحالة التي يصبح فيها إخلال المدين بالتزامه باتاً ونهائياً<sup>(١١٠)</sup>، على نحو يصبح معه، من غير الممكن، إزالة أثر هذا الإخلال.

ومن ذلك - مثلاً - أن يكون المدين قد التزم "بالامتناع عن عمل فعل معين ثم آتاه، أو تعهد بالقيام بعمل في خلال مدة معينة، ومضت هذه المدة دون أن ينجز ما تعهد به، كالمقاول الذي يتعهد ببناء منصة لاستعمالها في الاحتفال بعيد عام، فيمضى العيد والمقاول لم يبن المنصة"<sup>(١١١)</sup>.

من الواضح أنه في هذه الحالة الأخيرة، لسنا بالضرورة إزاء خطر داهم يهدد الدائن بأضرار بالغة لا يمكن تداركها إذا ما ألزم باللجوء إلى القضاء، كما أن حالة الاستعجال لا تبرر بالضرورة الفسخ بالإرادة المنفردة في مثل هذه الحالة، حيث أصبح عدم التنفيذ باتاً ونهائياً؛ وذلك لأن انتظار الدائن حكماً بالفسخ من القضاء لن يكون دائماً، في مثل هذه الحالة، ضاراً به؛

وراجع أيضاً:

R. Savatier, note sous Poitiers, 9/6/1913, 12/6 et 23/12, 1918. D. 1920, 2, 9. 41.

(١٠٩) راجع في ذلك Cassin، السابق ص ١٧٨.  
(١١٠) انظر، لبيب شنب، السابق ص ١٥٧، بهجت بدوي، السابق ص ٤٨٦،

Genicon، السابق ص ٤٠٠.

(١١١) لبيب شنب، السابق ذات الموضوع.



لذلك فإن السماح للدائن بالفسخ بالإرادة المنفردة، في مثل هذه الحالة - أي دون إلزامه باللجوء إلى القضاء - يبرره أن تدخل القاضي للحكم بالفسخ أصبح غير مجد؛ ذلك أن طلب الفسخ لو عرض على القضاء فلا يمكنه - بداهة - أن يرفضه، أو أن يمهل المدين في الوفاء، لذلك، ذهب بعض الفقه حديثاً إلى أن البداهة هي مبرر الفسخ بالإرادة المنفردة في هذه الحالة<sup>(١١٢)</sup>.

وهذا في الواقع ما يمكن تلمسه، من خلال الأحكام التي تقضي بأن يكون لأحد المتعاقدين فسخ العقد بإرادته المنفردة، دون حكم قضائي، حينما يكون المتعاقد الآخر، قد جعل هذا الفسخ ضرورياً؛ نتيجة إخلاله بالجسم بالالتزامات الواقعة على عاتقه، ويبرر هذا الفسخ الفوري، الذي ما كان للقاضي إلا أن يقضي به، دون مهلة، لو عرض عليه يوم حدوثه<sup>(١١٣)</sup>.

من خلال عرض الحالات السابق بيانها، والتي قبل فيها القضاء الخروج على الأصل العام في الفسخ، وأقر فيها للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

أولاً: أنه رغم المحاولات الفقهية، لتصنيف الحالات الاستثنائية التي قبل فيها القضاء الفسخ بالإرادة المنفردة، فالواضح بعد عرض هذه الحالات أنه يصعب، من الناحية العملية، وضع حدود فاصلة بينها، فتصنيف هذه الحالات ليس في الواقع تصنيفاً جامداً، فهو لا يمنع التداخل بين هذه الحالات. فالفسخ بالإرادة المنفردة لتفادي إلحاق ضرر بالغ، لا يمكن تداركه، مثلاً، يعود غالباً لسوء نية المدين في تنفيذ التزاماته.

ثانياً: الواضح أن حالة الاستعجال، هي الفكرة الأساسية التي تدور حولها غالبية التطبيقات القضائية، التي تسمح فيها للدائن بالفسخ بالإرادة المنفردة. فهذه الحالة تتسع لتشمل التطبيقات التي يبررها الخطر الداهم، الذي يهدد الدائن، حيث يجب وقايته من ضرر مرجح تفاقمه، في حال انتظار

(١١٢) Genicon، السابق ذات الموضوع.

(١١٣) C.A. Colmar, 7/2/1975, D.1978, JP, p.169 note P.

Ortscheidt.

وراجع Larroumet، السابق ص ٨٢٠.

صدور قرار بالفسخ من القضاء. كما تتسع حالة الاستعجال من ناحية أخرى لشمول التطبيقات القضائية، التي تبرر الفسخ بالإرادة المنفردة، في حال الإخلال الواضح بحسن النية، من قبل المدين في تنفيذ التزاماته العقدية، حيث إنه في مثل هذه الحالة، يجب أن يكون رد الفعل فورياً من قبل الدائن؛ ضماناً لفعالية الجزاء، وعدم تفاقم النتائج المترتبة على مسلك المدين<sup>(١١٤)</sup>.

لكن الجدير، بالذكر أن حالة الاستعجال، لا تفسر بالضرورة حالة الفسخ بالإرادة المنفردة، المستند إلى الإخلال البات والنهائي من قبل المدين في تنفيذ التزاماته العقدية؛ لأن انتظار صدور حكم بالفسخ في هذه الحالة لن يكون دائماً ضاراً بالدائن، فإذا ما سمح للدائن بالفسخ بإرادته المنفردة، فمبرر ذلك - وكما سبق القول - أن طلب الفسخ لو عرض على القاضي، ما كان له أن يرفضه.

ثالثاً: من خلال الملاحظتين السابقتين، يمكن القول بأن: قبول الفسخ بالإرادة المنفردة في الحالات السابق بيانها، إنما كان لأن لمصلحة التي قصدها<sup>(١١٥)</sup> من وراء تعاقدته قد فاتت، وخاب توقعه المشروع من وراء العلاقة العقدية التي التزم بها، فهو لم يقصد من وراء تعاقدته أن يترتب عليه أضرار بالغة تصيبه، أو أن يتعاقد مع غريم له، لا يتحلى بحسن النية والأمانة في تنفيذ التزاماته، وهذا واضح - أيضاً - في الحالة التي يصبح فيها إخلال المدين بالتزاماته باتاً ونهائياً. وفي جميع هذه الحالات، فالجدير بالملاحظة، أن وراءها دائماً إخلالاً جسيماً بالالتزامات، التي أنشأها العقد ورتبها على عاتق المدين.

هذا، وإذا كان القضاء السابق، الذي أقر المتعاقد في فسخه للعقد بإرادته المنفردة كان بشأن حالات، وضع فيها وجه الخصوصية الذي يبرر هذا الفسخ، فإنه في المقابل، أقر القضاء مثل هذا الفسخ في حالات لم تظهر فيها مثل هذه الخصوصية، من ذلك - مثلاً - إقراره البائع على فسخه العقد

(١١٤) راجع في ذلك، Genicon، السابق ذات الموضوع.  
(١١٥) Amrani - Mekki، السابق، وقارب بهجت بدوي، السابق ص ٤٨٦.

(١١٦) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، للعدد الأول، ٢٠١٠.

إرادته المنفردة، في حال عدم وفاء المشتري بالتزاماته نحوه<sup>(١١٦)</sup>، مما ترك انطباعاً بإمكانية التوسع في حالات الفسخ بالإرادة المنفردة<sup>(١١٧)</sup>.

ولكن - وعلى الرغم من ذلك - بقيت أحكام قضائية أخرى على تأكيدها، أن الأصل في الفسخ أنه قضائي، يتم من خلال دعوى يرفعها الدائن أمام القضاء، ليقتضي هو بالفسخ بعد إعماله لسلطته التقديرية، إزاء طلب الفسخ<sup>(١١٨)</sup>.

هذا وإذا كان القضاء الفرنسي الحديث - وكما أشرنا فيما سبق - قد أكد مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، على نحو ما سنعرضه تفصيلاً فيما بعد، فلا شك أن قبول هذا القضاء للحالات الاستثنائية السابق عرضها، والتي أقر فيها المتعاقد في فسخه للعقد بالإرادة المنفردة، كانت تعبيراً عن إرهاصات مبدأ بدأت في بداية القرن العشرين، اكتملت ملامحه في نهاية هذا القرن، وتؤكد بقوة مع بداية القرن الواحد والعشرين.

وإذا ما بقينا في إطار هذه الحالات الاستثنائية، فيمكن القول: بأن هذه الحالات، تؤكد أن مبدأ القوة الملزمة للعقد، لم يحل في مثلها دون إمكانية نقضه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، على الرغم من التناقض الواضح بين مضمون هذا المبدأ، ومثل هذه الحالات؛ لذلك كان من الضروري البحث في أساس هذا المبدأ؛ لمعرفة مدى إمكانية استيعابه لمثل هذه الحالات. وهذا ما ننتقل لبيانها فيما يلي.

ثانياً - أساس القوة الملزمة للعقد وحالات الفسخ بالإرادة المنفردة:

### محاولات التوفيق

البحث في أساس القوة الملزمة للعقد بحث قديم متجدد، فمنذ زمن بعيد يبحث الفقه عن أساس للقوة الملزمة للعقد، وقد قيل في هذا الصدد

(١١٦) راجع حكم محكمة استئناف Colmar، سابق الإشارة إليه.  
(١١٧) انظر تعليق Ortscheidt على الحكم المشار إليه بالهامش السابق.  
(١١٨) انظر: مثلاً:

Cass. Com. 1/12/1992, RTD Civ. 1993, p. 578 obs. J. Mestre.

بنظريات متعددة. وربما كانت النظرية الأكثر شهرة في هذا الخصوص، هي نظرية سلطان الإرادة. وقد راجت هذه النظرية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وكانت نتاجاً للفلسفة الفردية والحرية الاقتصادية. فوفق هذه النظرية، يستمد العقد قوته الملزمة من إرادة المتعاقدين، فالعقد يكون ملزماً؛ لأن أطرافه أرادوا ذلك بمحض مشيئتهم، وبمعنى آخر، يكون العقد ملزماً؛ لأن ذلك هو ما أراده أطرافه، وهو يكون ملزماً لهم في الحدود، وفي المضمون، الذي أرادوه.

لكن تأسيس القوة الملزمة للعقد، استناداً إلى الإرادة الفردية للمتعاقدين كان محلاً لمعارضة جانب كبير من الفقه، سواء من حيث الدقة التاريخية، أو النظرية<sup>(١١٩)</sup>. كما أن التدخلات التشريعية المتلاحقة، والهادفة إلى تحديد المضمون الإلزامي لكثير من العقود، ونبوع عقود الإذعان، وتشريعات حماية المستهلك، ودور القاضي في تحديد مضمون الكثير من العقود وسلطته في تعديلها، كل ذلك أدى في الواقع إلى تراجع هذا التفسير للقوة الملزمة للعقد. مما حدا ببعض الفقه إلى القول: بأن العقد لم يعد يستند في أساسه إلى إرادة المتعاقدين فقط<sup>(١٢٠)</sup>. إضافة إلى ذلك فقد لاحظ البعض، أن نظرية سلطان الإرادة لا تفسر السبب في أن الإرادة السابقة *la volonté passé* تقيد الإرادة الحاضرة *la volonté présente*، فإذا كان المدين يلتزم بالعقد لأنه أراد ذلك، فكيف يمكن استمرار التزامه إذا ما تغيرت

(١١٩) راجع في ذلك على سبيل المثال،

G. Rouhette, La force obligation du contrat, Rapport français. in Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco anglaises (sous la dir. de D. Tallon et D. Harris) LGDJ 1987, p. 27 et s. spéci. no 8 et S; V. Ranouil, L'autonomie de la volonté naissance et évolution d'un concept, PUF 1980, p. 133 et s.

وراجع أيضاً، حسام الأهواني، مصادر الالتزام، سابق الإشارة إليه ص ٣٧ وما بعدها، نبيل سعد، السابق ص ٣٧ وما بعدها.

p. Hébraud, Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, in Mélanges J. Maury, T. 2. Dalloz - Sirey 1960, p. 419 et s. (١٢٠)

إرادته، ألا يجب أن تتقدم الإرادة الحالية الحية، *vivante* على الإرادة السابقة الميتة *morte*؟<sup>(١٢١)</sup> هذه النظرية - كما يلاحظ بعض الفقه - لا تقدم تفسيراً لعدم قدرة الإرادة - مادامت هي أساس القوة الملزمة للعقد - على التحلل مما أنشأته، نتيجة لذلك؛ فإرادة التعاقد، ولو كانت إرادة مشتركة للمتعاقدين، لا تكفي بذاتها. فهي لا تقترح إلا برنامجاً لا يربط بين المتعاقدين، إذا لم يكن محددًا، يؤكد يوم العقد سلطة خارجية عن إرادة هؤلاء. القوة الملزمة للعقد لا تتأتى - إذا - بحسب هذا الفقه، "من الوعد، وإنما من القيمة التي يضيفها القانون على هذا الوعد"<sup>(١٢٢)</sup>.

من هنا ظهرت نظرية أخرى، تسمح بقراءة أكثر مرونة لمبدأ القوة الملزمة للعقد. وبحسب هذه النظرية، يعتبر العقد ملزماً لأن القانون يمنحه هذه القوة<sup>(١٢٣)</sup>، فالإرادة وحدها لا تكفي لإلزام المتعاقد معه، فهي لا تملك - في هذا الصدد - إلا تفويضاً يحدد القانون مداه<sup>(١٢٤)</sup>.

إذا كانت هذه النظرة لأساس القوة الملزمة للعقد، يؤيدها جانب من الفقه<sup>(١٢٥)</sup>، فإن مؤيديها لا ينكرون دور الإرادة في العقد، وإنما يعارضون

(١٢١) راجع في ذلك Terré, Simler et Lequette، السابق ص ٣٣.

(١٢٢) المرجع المشار إليه بالهامش السابق، ذات الموضوع.

(١٢٣) راجع في ذلك:

J. Ghestin, La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables, in *La relativité du contrat, Rapport de synthèse. Travaux de l'association H. Capitant*, 1999, LGDJ 2000, p. 223 et s. spéci. p. 241.

H. Kelsen, La théorie juridique de la convention, in *Archives de philosophie du droit* T. 13 Sirey 1940 p. 33 et s.

مشار إليه في Corgas - Bernard، السابق ص ٢١٤ هامش ١٠٤٥.  
(١٢٥) على سبيل المثال:

Ch. Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel. in *Le contrat au début du XXIe siècle: Études offertes à J. Ghestin*. LGDJ, 2001. p. 441 et s. spéci. p. 447; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel - Munck, *Les obligations*, op. cit. p. 358, Terré, Simler et Lequette. op. cit. p. 33.

فقط اعتبارها صاحبة الدور الحصري.

مؤدى هذه القراءة لأساس القوة الملزمة للعقد، أن العقد يبقى من عمل المتعاقدين، ولكن في حدود احترام القانون الوضعي.

القانون الوضعي *droit positif* هو - إذا، بحسب هذه النظرية - مصدر النصوص المقررة للقوة الملزمة للعقد، أي مصدر المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي، المادة ١٤٧ مدني مصري، ومن هنا فإن مدى هذه النصوص، ونطاقها يتحدد في ضوء الغايات التي يهدف إليها القانون الوضعي، بما مؤداه أن القوة الملزمة للعقد تتحدد هي - أيضاً - في ضوء الغايات العليا لهذا القانون.

يتضح مما تقدم، أنه إذا كان مقتضى نظرية سلطان الإرادة في تفسير القوة الملزمة للعقد، أن تكون هذه القوة مطلقة *absolue*، فإن التحليل الآخر المستند إلى القانون الوضعي، كأساس لهذه القوة، إنما يضفي عليها نطاقاً، أو مدى نسبياً، حيث ترتبط هذه القوة بهذه المصالح العليا، التي تكمن وراء هذا القانون<sup>(١٢٦)</sup>.

لا شك أن تحديد هذه الغايات، والمصالح العليا إنما يتم في ضوء السياسة التشريعية التي ينتهجها المشرع، مما يجعل مثل هذه الغايات النهائية قابلة للاختلاف، من زمان إلى آخر، والتنوع بحسب الاتجاهات الفلسفية السائدة في المجتمع<sup>(١٢٧)</sup>.

السعي نحو الفائدة الاجتماعية، التي تتجسد بصفة خاصة من خلال استقرار المعاملات وتحقيق العدل، الذي يقتضي حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، تشكل اليوم - كما يرى بعض الفقه - هذه القيم المحركة

(١٢٦) راجع، Terré, Simler et Lequette، السابق ص ٤٥٤.

D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité, La nouvelle devise contractuelle? in L'avenir de droit, Mélanges. F. Terré. 1999, p. 603 et s. spéci. p. 631.

(١٢٧) Corgas - Bernard السابق ص ٢١٥.

(١١٤) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠.

للقانون الوضعي<sup>(١٢٨)</sup>، والعقد - كما يرى البعض - يكون ملزماً لأطرافه؛ لأنه بذلك يحقق استقرار المعاملات بما يتضمنه ذلك من أهمية للمجتمع من ناحية، وفي حدود ما يكون عادلاً من ناحية أخرى. ومن هنا فإنه - بحسب هذا التحليل الأخير - يشكل العدل *La justice* والفائدة *L'utilité* حدوداً طبيعية للقوة الملزمة للعقد، ولاعتبار العقد قانوناً، أو شريعة للمتعاقدين، أو بمعنى آخر، يكون العقد ملزماً، في حدود ما يحققه من فائدة وعدل<sup>(١٢٩)</sup>.

العدل والفائدة يمثلان - إذا - الحدود الطبيعية لمبدأ القوة الملزمة للعقد، أو لمبدأ اعتبار العقد قانوناً للمتعاقدين *La convention - loi*، أو شريعة لهم، ويرى بعض الفقه<sup>(١٣٠)</sup>: أن نص الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤، والمادة ١١٣٥ من القانون المدني الفرنسي (ويقابلهما نص المادة ١٤٨ بفقرتها الأولى والثانية من القانون المدني المصري) يؤيد مثل هذا التحليل، فحسن النية والعدالة، هي وسائل يمكن من خلالها إدخال القاعدة الخلقية ضمن القانون الوضعي، وإضفاء قدر من المرونة على القوة الملزمة للعقد، استجابة للاعتبارات التي تمليها فكرة العدل.

لا شك أن مظاهر التدخل المختلفة، سواء من قبل المشرع أو القاضي، في الروابط العقدية، يمكن - في الواقع - تفسيرها من خلال هذه القراءة لأساس القوة الملزمة للعقد، وهو الأمر الذي يمكن من خلاله النظر إلى حالات الفسخ بالإرادة المنفردة.

فعدالة العقد والفائدة منه، يضيفان على القوة الملزمة للعقد طابعاً

---

Ch. Jamin, Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, D. 2002, chronique p. 901. (١٢٨)

J. Chestin, L'utile et le juste dans les contrats, D. 1982, (١٢٩) chronique, p. 1; La notion du contrat, D. 1990, chronique, p. 147; Traité de droit civil (sous la dir. de J. Chestin) La formation du contrat, op. cit. 1993, p. 200 et s.

، Terré, Simler et Lequette، السابق ص ٢١٦، Corgas - Bernard (١٣٠) السابق ص ٤٥٤.

نسبياً، وتبرران - بالتالي - ما قد يبدو خروجاً على هذه القوة. فإذا كان العقد يتمتع بالقوة الملزمة؛ لأنه يحقق الفائدة والعدل، فإن ما يهدف إلى تحقيق ذلك، لا يتعين النظر إليه باعتباره إضعافاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، بل يمكن اعتباره في حقيقة الأمر، تأكيداً لهذا المبدأ. ومن هنا يمكن القول: بأن الفسخ بالإرادة المنفردة - في الحالات السابق تناولها - يندرج في سياق هذا التحليل.

فالواقع، أنه في الحالات التي أقر فيها القضاء الدائن على فسخه العقد بالإرادة المنفردة، يلاحظ أن وراءها دائماً رعاية لمصلحة الدائن وحمايتها، سواء نُظر إلى هذه المصلحة من ناحية ما يحققه له هذا الفسخ من اقتضاء لحقه بنفسه، فيتحقق بذلك العدل من خلال نقض الرابطة العقدية، دون انتظار حكم القاضي، أم نُظر إلى مصلحة الدائن من ناحية ما يتيح له الفسخ بالإرادة المنفردة، من التخلص من عقد لم يعد يحقق له المصلحة التي قصدتها.

لذلك فإن تحليل النصوص المقررة للقوة الملزمة للعقد، على هدى من تأسيس هذه القوة على فكريتي الفائدة والعدل، يسمح باستيعابها لحالات الفسخ بالإرادة المنفردة، إذا ما نظر إليها باعتبار تحقيقها للعدل، أم من ناحية تمكينها الدائن التخلص من عقد فانتت مصلحته فيه.

وفي هذا الصدد قد يُقال: إن نصوص القانون التي تقر مبدأ القوة الملزمة للعقد، أجازت نقض هذه القوة في الحالات التي يقرها القانون، أو بمقتضى الاتفاق، بما مؤداه عدم جواز الفسخ بالإرادة المنفردة، خارج هذه الحالات المقررة قانوناً.

على الرغم من ذلك، فقد ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي<sup>(١٣١)</sup>، إلى النظر إلى مصطلح "القانون" الوارد بنص المادة ١٣٤/٢ (المقابلة لنص المادة ١٤٧/١ مدني مصري)، باعتبار أن له معنى أكثر عمومية وشمولاً من المعنى الاصطلاحي لهذا المصطلح. ذهب صاحب هذا الرأي

J. p. Chazal, De la signification du mot loi dans l'article 1134 (١٣١) alinéa 1<sup>er</sup> du code civil, TRD Civ. 2001, p. 265 et s

<sup>(١٣١)</sup> مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠.



إلى البحث في المعنى الأصلي لألفاظ المادة ١/١١٣٤ مدني فرنسي، والتي بمقتضاها تعتبر "الاتفاقات المبرمة على الوجه القانوني تقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافها". ولاحظ في هذا الشأن أن الفقيه Domat - الذي أخذت عنه العبارة المذكورة بهذه المادة - اعتمد مفهوماً لمصطلح القانون مختلف عن معناه الحديث الذي يعطى له، ويلاحظ بصفة خاصة أن Domat حين استخدم مصطلح القانون، كان يشير بصفة أساسية إلى فكرة العدل Justice والعدالة <sup>(١٣٢)</sup> équité، ويخلص إلى أن القانون يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعدالة، التي هو تعبير عنها، ووظيفته الكشف عنها <sup>(١٣٣)</sup>.

اتباع هذا التفسير لمعنى القانون الوارد بنص الفقرة الأولى من المادة ١١٣٤ مدني فرنسي، مؤداه القول بأن العقد لا يكون ملزماً، إلا في حدود كونه عادلاً، "فالعقد يفترض أن يجسد العدالة الطبيعية إلى حين إثبات أنه يخفي عدم عدالة واضح غير مغتفر"، يقول الفقه الذي نحن بصدد عرضه، وبالنتيجة - بحسب هذا الفقه - "الاتفاقات تكون ملزمة، ليس لأنها تعبير عن إرادة أطرافها، وإنما لأنها عادلة أو يفترض أنها كذلك" <sup>(١٣٤)</sup>.

هذا المعنى لمصطلح "القانون" يمكن - بحسب البعض الآخر من الفقه الفرنسي <sup>(١٣٥)</sup> - اعتماده بالنسبة للفقرة الثانية من المادة ١١٣٤ (المقابلة لنص المادة ١/١٤٧ مدني مصري)، التي تقضي بأن العقد لا يجوز نقضه إلا للأسباب التي يقرها القانون. ذلك أنه من المستبعد أن تكون المادة ١١٣٤ متضمنة لفلسفتين مختلفتين، فهذه المادة تعود في أصلها إلى كتابات Domat، الذي عرف عنه التناغم والتناسق في الأفكار <sup>(١٣٦)</sup>، ومن هنا، يقول بعض الفقه الفرنسي، <sup>(١٣٧)</sup> يمكن الاعتقاد بأن عبارة "الأسباب التي يقرها القانون" "les causes que la loi autorise"، لا تعني فقط الحالات التي

(١٣٢) السابق ص ٢٧٤.

(١٣٣) السابق ص ٢٧٦.

(١٣٤) السابق ص ٢٨٢.

(١٣٥) Corgas - Bernard، السابق ص ٢١٧.

(١٣٦) Chazal، السابق ص ٢٧٦.

(١٣٧) Corgas - Bernard، السابق ص ٢١٨.

نص عليها القانون، ولكن - أيضاً - تلك التي يفرضها العدل والعدالة والأخلاق.

مؤدى هذا التحليل لمعنى العبارة الواردة بالمادة ١١٣٤/٢ من القانون المدني الفرنسي، أنه يمكن قراءة نص المادة المذكورة باعتباره يجيز فسخ العقد بالإرادة المنفردة، متى كان ذلك ما يوجبه العدل.

مما تقدم يتبين - إذا - أن القوة الملزمة للعقد، مع بقائها هي الأصل فإن ذلك الأصل، الذي يؤسس - بحسب التحليل السابق - على فكرة العدل، يمكنه أن يستوعب - في حالات معينة - إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، متى كان ذلك هو ما يقتضيه العدل، حماية للدائن في مواجهة مدين لم ينفذ التزاماته على النحو المتفق عليه، أو أخل بها إخلالاً على قدر كبير من الجسامة.

من ناحية أخرى، فإنه إذا كانت القوة الملزمة للعقد، وبحسب التحليل الحديث للأساس الذي تقوم عليه، تستند - أيضاً - إلى فكرة الفائدة من العقد، فهذه الفائدة يمكن - في الواقع - النظر إليها من زاويتين، الأولى هي زاوية فائدة المجتمع التي تتحقق من خلال احترام العقد، فالعقد محرك أساسي للاقتصاد، ووسيلة ضرورية لتداول الأموال والثروات، والقوة الملزمة للعقد ضرورة لاستقرار العلاقات العقدية الأمر الذي يحتاجه المجتمع لما فيه من فائدة<sup>(١٣٨)</sup>. هذا المفهوم للفائدة يلزمه اليوم مفهوم آخر، يُنظر من خلاله إلى الفائدة المرجوة من العقد نظرة واقعية أو عملية، فالعقد وفقاً لمفهوم الفائدة هذا، هو أداة لتبادل الثروات والخدمات، يتحقق من خلاله منافع ملموسة ومتبادلة بالنسبة لطرفيه، ومن هنا، فإن قوته الملزمة، تتجه اليوم لأن تتحدد انطلاقاً من مصلحة الدائن<sup>(١٣٩)</sup>.

مقاربة القوة الملزمة للعقد من خلال مصلحة الدائن، أدى - في الواقع

Ghestin, L'utile et le juste, précité, p.4. (١٣٨)

C. Thibierge - Gelfucci, Libre propos sur la transformation (١٣٩)

du droit des contrats, RTD Civ. 1997, p. 357 et s. spéci. p.

- إلى تحليلين مختلفين للقوة الملزمة للعقد. ففي تحليل أول اعتبرت الثقة التي يضعها أحد المتعاقدين في الآخر، هي أساس القوة الملزمة للعقد<sup>(١٤٠)</sup>. وقد أخذ على هذا التحليل، أن اعتباره الثقة كأساس للقوة الملزمة للعقد، من شأنه إضعاف العقد، حيث يجعله عرضة للتخلص منه، كلما طرأ ما يؤثر في الثقة بين المتعاقدين، كما أخذ عليه - أيضاً - أن الثقة مفهوم غير منضبط، كما أن ترجمته من هذه الناحية تبدو أمراً يصعب إدراكه<sup>(١٤١)</sup>. لذلك ظهر تحليل آخر يذهب - في هذا الصدد - إلى أن أساس القوة الملزمة للعقد، هو توقع الدائن l'attente du créancier، الذي يجب ألا يخيب<sup>(١٤٢)</sup>. العقد يكون ملزماً؛ لأنه يسمح بإشباع حاجات الدائن.

هذا التحليل الأخير لأساس القوة الملزمة للعقد، يقترب من النظرية ذات الأصل الأنجلو أمريكي، المعروفة بنظرية التوقعات المعقولة (reasonable expectations) (أو بالفرنسية attentes raisonnables)<sup>(١٤٣)</sup>.

فبحسب هذه النظرية الأخيرة، يكمن أساس القوة الملزمة للعقد، في التوقعات المعقولة والمشروعة للدائن من تنفيذ المدين للترامه. ويلزم ذلك أن المدين لا يكون ملزماً، إلا في حدود هذا التوقع المعقول من قبل الدائن<sup>(١٤٤)</sup>.

(١٤٠) راجع في عرض هذه التحليل:

J. Carbonnier, Introduction, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. Savatier, PUF 1986, p. 29 et s. spéci. p. 34.

(١٤١) Carbonnier، السابق ص ٣٥.

(١٤٢) Carbonnier، السابق ذات الموضوع.

(١٤٣) في عرض هذه النظرية راجع، Carbonnier، السابق ذات الموضوع.

H. Lecuyer, Redéfinir de la force obligatoire du contrat, P.A. no 45, 6/5/1998, p. 44 et s.

د. عابد فايد عبد الفتاح، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، دار النهضة العربية ٢٠٠٥، ص ٣٩ وما بعدها.

(١٤٤) عابد فايد عبد الفتاح، السابق ص ٤٨.

ما يهمننا من هذه النظرية - وفي حدود ما نحن بصدد بحثه - هو ذلك التجديد، الذي تأتي به في مجال أساس القوة الملزمة للعقد، وهو - وعلى ما يتضح من الإيجاز السابق بشأن هذه النظرية - النظر إلى هذه القوة الملزمة، من ناحية الدائن أكثر من ناحية المدين، فأساس القوة الملزمة في هذه النظرية - وكما رأينا فيما تقدم - هو توقع الدائن المعقول والمشروع. والملاحظ في هذا الصدد، أن بعض الفقه الفرنسي المؤيد لهذه النظرية يتحفظ بشأن كيفية تقدير ما يتوقعه الدائن، ويرى أن هذا التوقع لا يجب أن يتم تقديره بطريقة مجردة، وفق التوقع المعقول أو المنطقي، كما لا يجب ترك تقدير ذلك التوقع للقاضي، كما تقتضي نظرية التوقعات المعقولة، وإنما يجب استخلاصه من إرادة المتعاقدين. فالمصلحة المتوقعة من قبل الدائن، يجب أن يتم تقديرها في ضوء تلك القائمة وقت تبادل الرضاء بين الطرفين، فهي - بحسب هذا البعض من الفقه - المصلحة الداخلة في نطاق العقد، بحسب طبيعته، وفقاً للقانون والعرف<sup>(١٤٥)</sup>.

وإذا كانت القوة الملزمة للعقد تكمن - بحسب هذا التحليل الأخير - في المصلحة المتوقعة حصول الدائن عليها، فإن مؤدى ذلك، ونتيجته، أن العقد لا يجب أن تبقى له مثل هذه القوة من الإلزام، إلا بقدر احتفاظه بهذه الفائدة<sup>(١٤٦)</sup>.

الأخذ بمثل هذا المفهوم للقوة الملزمة للعقد، والسير في منطقه، مؤداه الإقرار للدائن، بإمكانية التخلص من العقد بإرادته المنفردة في حال إخلال المتعاقد معه بالتزاماته إخلالاً جسيماً، يفوت مصلحته في العقد، حيث إنه في مثل هذه الحالة لم يعد للعقد قوته الملزمة، فيجوز للدائن - بالتالي - التخلص منه بإرادته المنفردة.

إجمالاً لما تقدم يمكن القول: بأن النصوص المقررة للقوة الملزمة للعقد تحتمل أكثر من تفسير، والقوة الملزمة تسمح بقراءات متعددة لما يعتبر أساساً لها، فوفقاً لتفسير تقليدي، يكون العقد ملزماً لأطرافه، فلا يمكن

(١٤٥) Corgas - Bernard، السابق ص ٢٢٠.  
(١٤٦) Corgas - Bernard، السابق ذات الموضوع.

لأحدهما أن يفسخه بإرادته المنفردة. ووفقاً لمفهوم مجدد لأساس القوة الملزمة للعقد، يبدو أن الأمر ليس على هذا النحو من الإطلاق الذي يقدمه المفهوم التقليدي، فالعقد الذي يقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافه، أو يعد شريعة لهم، يسمح بالخروج على هذا المبدأ، إذا كان لذلك ما يبرره من ناحية عدالة العقد، أو الفائدة المرجوة منه. في ظل هذا المفهوم الأخير، يمكن تبرير الحالات التي أقرت فيها المحاكم للدائن التحلل من الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة.

لكن ينبغي في هذا الصدد، الإشارة إلى بقاء مبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك أياً كان التفسير والأساس الذي يستند إليه، وأن حالات الخروج عليه - والسابق تناولها - ما هي - وبحسب القضاء الذي أقر هذه الحالات - إلا حالات استثنائية، بقيت في إطار الاستثناء الذي له ما يبرره، ضمن حدود هذا المبدأ.

هذا وإذا كانت حالات الفسخ بالإرادة المنفردة السابق بيانها تؤكد أن القوة الملزمة للعقد ليست - كما يقول بعض الفقه - "سجناً" (١٤٧) يحتفظ القاضي وحده - ودائماً - بمفاتيحه، وإنما هناك حالات استثنائية، تكون هذه المفاتيح بيد أحد المتعاقدين، حيث يكون له الخروج منه بإرادته المنفردة، فالسؤال الآن هو كيف يمكن تبرير هذه الحالات، في مواجهة الأصل العام في الفسخ، وكونه لا يتم إلا بحكم من القضاء. هذا ما تنتقل لتناوله فيما يلي.

## الفرع الثاني

### الفسخ بالإرادة المنفردة والأصل القضائي للفسخ

لا شك أن القول بإمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة يبدو للوهلة الأولى متعارضاً مع النصوص القانونية (م ١٥٧ مدني مصري، والمادة ٣/١١٨٤ مدني فرنسي) الموجبة لأن يكون الفسخ قضائياً، أي بحكم يصدر عن القاضي. فالانسحاب من العقد - وفقاً للنصوص المشار إليها - هو إجراء قضائي، بحسب الأصل، فإذا ما أراد المتعاقد مثل هذا

(١٤٧) L. Aynès، سابق الإشارة إليه.

الانسحاب، ولو في حال عدم قيام المتعاقد معه بتنفيذ التزاماته، فلا يكون له ذلك إلا من خلال القضاء.

التساؤل الذي يطرح هنا، هو معرفة إذا كان ما تقدم ذكره يعني تناقضاً بين الفسخ بالإرادة المنفردة، والأصل القضائي للفسخ، على نحو يصعب معه إمكانية التوفيق بينهما، أم أن الأمر على خلاف ذلك، بمعنى أن الأصل القضائي للفسخ، لا يحول دون احتواء إجراء الفسخ بالإرادة المنفردة.

يلاحظ أنه في الإجابة على هذا التساؤل تفرقت كلمة الفقه، ويمكن أن نرصد في هذا الشأن ثلاثة اتجاهات: اتجاه ينفي إمكانية حدوث التناقض بين الأصل القضائي للفسخ والفسخ بالإرادة المنفردة، واتجاه ثان يذهب إلى أن الفسخ بالإرادة المنفردة، هو عودة بالفسخ إلى أصوله التاريخية، في حين يذهب الاتجاه الثالث إلى أن الفسخ بالإرادة المنفردة يتكامل والفسخ القضائي.

ونعرض فيما يلي لهذه الاتجاهات الثلاثة.

#### أولاً - الاتجاه المُستبعد لإمكانية حصول التناقض

لاستبعاد إمكانية حصول تناقض بين الفسخ بالإرادة المنفردة، والأصل القضائي للفسخ، والذي تقرره النصوص القانونية، ذهب البعض إلى نفي وجود الفسخ بالإرادة المنفردة، وأن الفسخ يحتفظ دائماً بطابعه القضائي، وذلك باعتبار أن الفسخ بالإرادة المنفردة هو تصرف قانوني بالإرادة المنفردة، تفترض فعاليته، وترتيبه لأثره، أن من قام به له الحق قانوناً في نقض العقد بإرادته وحده، وحيث إن الأمر ليس كذلك فإنه يمكن النظر إلى هذا الفسخ - والذي تم بعيداً عن القضاء - باعتباره من الوقائع القانونية الإرادية *faits juridiques volontaires*، وهي بحسب طبيعتها لا ترتب الآثار القانونية التي يريدها من يأتيها<sup>(١٤٨)</sup>. فإذا كان الدائن ليس له الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة؛ لأن القانون يتطلب في الفسخ أن يكون

(١٤٨) Houin، الرسالة سابق الإشارة إليها ص ١٦.

(١٤٩) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠.

قضائياً، فإن تحلله من العقد بإرادته المنفردة يجب اعتباره منعماً<sup>(١٤٩)</sup>.  
فالدائن في هذه الحالة يكون قد تصرف على مسؤوليته، وليس سنداً لحق يقره  
له القانون، في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، فلا يتحقق بالتالي أي خرق  
للنصوص القانونية الموجبة للفسخ عن طريق القضاء، بمعنى أن الفسخ  
بالإرادة المنفردة يبقى عديم الأثر، ويكون للقاضي وحده عند اللجوء إليه أن  
يقرر بقاء العقد أو فسخه<sup>(١٥٠)</sup>.

وقد عبر بعض الفقه عن عدم اقتناعه بمثل هذا التحليل؛ أولاً: لأنه لا  
يوجد في القانون، ما يفرض حصر مفهوم الإنهاء بالإرادة المنفردة، على  
الفرض الذي يكون لمن يتمسك به حق في نقض العقد. بصفة عامة - وبحسب  
هذا الجانب من الفقه - فإن دراسة التصرف الانفرادي يمكن أن تتم دون  
اعتبار مسبق لوجود حق يستند إليه مثل هذا التصرف؛ وثانياً: لأن مبدأ  
التدخل القضائي اللاحق، لا يستبعد إمكان وجود حق في فسخ العقد بالإرادة  
المنفردة، فتدخل القاضي اللاحق - سواء بناء على طلب الدائن بقصد  
استرداد ما سبق له أداءه، أو من جانب المدين الذي يعتبر أنه ضحية لفسخ  
غير مبرر - لا يكون إلا بقصد التحقق من صحة القيام بهذا الفسخ، أي  
التحقق من كونه مبرراً ومستجعماً شروط أعماله<sup>(١٥١)</sup>.

إضافة إلى المحاولة السابقة، لاستبعاد إمكانية حدوث تناقض بين  
الفسخ القضائي والفسخ بالإرادة المنفردة كانت محاولة أخرى من خلال الدفع  
بعدم التنفيذ. فوفقاً لأنصار هذه المحاولة، يجب تجاوز النظرة التقليدية لهذا  
الدفع، والتي ترى فيه جزءاً مؤقتاً *temporaire* ودفاعي *défensive*.  
وبحسب هذا الجانب من الفقه، فإن النظرة التقليدية للدفع بعدم التنفيذ لم  
توضح على نحو كاف أنه يمكن من خلال هذا الدفع التوصل عملياً إلى هدم  
نهائي للعقد، وذلك حين تمر فترة معينة على التمسك به، حيث يصبح عدم  
تنفيذ الالتزام نهائياً وباتاً ويزول كل أمل في إمكانية التنفيذ. إضافة إلى

(١٤٩) Houin، السابق ص ٢٠.

(١٥٠) المرجع السابق ص ٣٥.

(١٥١) Laithier، السابق ص ٢٦١ - ٢٧٢.

الوظيفة السلبية passive للدفع بعدم التنفيذ، تصبح له - بحسب هذا الفقه - وظيفة إيجابية active ، تسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة للعقد<sup>(١٥٢)</sup> .

إذا كانت هذه المحاولة، تهدف إلى تفادي حصول تناقض بين الفسخ بالإرادة المنفردة، والأصل القضائي له، والذي تقرره النصوص القانونية، فإنها محاولة لا تخلو من نقد. فالدفع بعدم التنفيذ لا يعني زوال العقد، فالعقد يبقى، بحيث إنه إذا ما استجاب المدين، وقام بتنفيذ التزامه كما تم الاتفاق عليه، يكون على الدائن أن ينفذ ما عليه من التزامات<sup>(١٥٣)</sup> . فالدفع بعدم التنفيذ لا يسمح لمن يتمسك به بأن يهدم العقد، وإنما بأن يوقف تنفيذه، فالدائن لا يمكنه أن يهدم العقد ويتعاقد مع آخر، وإذا ما أراد ذلك، فلا مفر أمامه من طلب الفسخ<sup>(١٥٤)</sup> .

يتبين مما تقدم أن محاولة إنكار إمكانية حدوث تناقض بين الفسخ بإرادة الدائن المنفردة والطابع القضائي للفسخ، من خلال البحث في إدراج الفسخ بالإرادة المنفردة ضمن آليات قانونية أخرى، تبدو محاولة غير مجدية في تبرير الفسخ بالإرادة المنفردة، إزاء أصله القضائي الذي تقرره النصوص القانونية.

لذلك برز اتجاه آخر، يرى تبرير هذه الحالات، من خلال العودة إلى الأصول الأولى للفسخ، للقول بأن الأصل في الفسخ أنه يقع بالإرادة المنفردة.

ثانياً - الاتجاه القائل بأن الفسخ بالإرادة المنفردة عودة للأصول الأولى للفسخ

يبدأ هذا الاتجاه، بالتأكيد على أنه لا شيء يبرر "من الناحية

---

J. Roche - Dahan, L'exception d'inexécution, une forme de (١٥٢) résolution unilatérale du contrat synallagmatique, D. 1994, chronique, p. 255, spéci no 9 et s.

Malaurie, Aynès et Terré, Simler et Lequette (١٥٣) السابق ص ٦٥٠، Stoffel - Munck ، السابق ص ٤٤١ .  
(١٥٤) الأهواني، السابق ص ٤٠٣ .

(١٢٤) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠ .



المنطقية"، أن يختص القاضي وحده بسلطة إنهاء العقد<sup>(١٥٥)</sup>. وللتدليل على ذلك يقول أنصار هذا الاتجاه: إنه يكفي قراءة نص المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي، للتحقق مما يتضمنه من تناقض.

فالنص المذكور يتضمن ثلاث فقرات، الأولى تشير إلى آلية الشرط الفاسخ الضمني *La lex commissoria*، والثانية تتعلق بتطور آلية الفسخ وتؤسس لخيار الدائن بين طلب الفسخ أو التنفيذ العيني، والفقرة الثالثة تبدو - بحسب هذا الاتجاه - كما لو كانت أمراً عارضاً، وتقضي بأن الفسخ يجب أن يطلب من القاضي. ولذلك يؤكد هذا الفقه، على أن النص المذكور يتضمن تناقضاً واضحاً بين الفقرة الأولى والفقرة الثالثة، حيث إن الأولى - ووفقاً لمنطق الشرط الفاسخ الضمني - مؤداها وقوع الفسخ تلقائياً بمجرد إخلال المدين بالتزاماته، بينما الفقرة الثالثة تتضمن عكس هذا المنطق وتوجب أن يُطلب الفسخ من القضاء، فالنص يتضمن الشيء وعكسه<sup>(١٥٦)</sup>.

بحسب هذا الاتجاه فإن تاريخ النص المذكور يوضح هذا التناقض. فهذا النص، وفي فقرته الأولى، تبرز التقاليد الرومانية في مجال عقد البيع، باعتباره العقد الملزم للجانبين الذي من خلاله تم تصور الحلول التي تضمنها القانون المدني الفرنسي. وإلى جانب ذلك فإن هذا النص يحوي تقاليد القانون الكنسي، التي تؤكد على أنسنة العلاقات القانونية، والتي وفقاً لها، يجب منح المدين الذي لم ينفذ التزامه مهلة لتدارك أمره. وهذا ما يفسر الهيئة التي عليها نص المادة ١١٨٤، والذي اجتمعت به التقاليد المشار إليها.

في مقابل هذه التقاليد - دائماً بحسب الاتجاه الذي نعرض له - يختلف الأمر بشأن منح القاضي سلطة تقدير مدى ملاءمة الفسخ ذاته، حيث يتسول الفسخ إلى جزاء، وعقاب، أو عقوبة، حيث يكون للقاضي وحده توقيع هذه العقوبة، وذلك في حال عدم وجود اتفاق صريح على الفسخ في حال عدم

L. Aynès, *Le droit de rompre unilatéralement*, (١٥٥) précité, p. 65.

(١٥٦) Aynès، السابق ص ٦٦.

إن فهم هذه السلطة الممنوحة للقاضي يقتضي - بحسب هذا الاتجاه - العودة إلى المعنى الأصلي لنص المادة ١١٨٤، والتساؤل عما إذا كان المشرع في عام ١٨٠٤ قد قصد بالفعل أن يجعل قرار الفسخ لعدم التنفيذ راجعاً إلى سلطة القاضي التقديرية وعلى نحو حصري<sup>(١٥٨)</sup>.

في الإجابة على هذا التساؤل، يؤيد صاحب الاتجاه الذي نحن بصدده ما ذهب إليه البعض<sup>(١٥٩)</sup> من أن الالتجاء المسبق إلى القاضي - بحسب المادة ١١٨٤ مدني فرنسي - لم يكن مقصوداً به أن يكون للقاضي ممارسة سلطة تقديرية إزاء طلب الدائن فسخ العقد، وإنما قصد بذلك فقط أن يسمح للقاضي بمنح مهلة للمدين للوفاء بالتزاماته، وذلك في حال رفض الدائن منحه مثل هذه المهلة، وأنه في خلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر، فقط بدأ التطور القضائي في سبيل منح القاضي السلطة التقديرية إزاء طلب الفسخ، هذه السلطة لا تتضمنها المادة ١١٨٤، ولم يشر إليها مطلقاً هذا النص، ولم تكن في فكر المشرع عند وضع القانون المدني.

مؤدى ما تقدم، وبحسب الاتجاه محل التحليل، أنه بالعودة إلى المعنى الأصلي لنص المادة ١١٨٤، فإن الالتجاء المسبق للقاضي لا يكون مبرراً إلا بشأن منح مهلة للمدين للوفاء بالتزاماته، أي حين لا تكون المهلة قد منحت من الدائن للمدين، فيتم اللجوء إلى القاضي لمنحها إذا كان منحها مجدياً. وبالتالي فإنه إذا لم يكن أمر هذه المهلة مطروحاً - أي حين يكون منحها مستحيلاً - حسب ظروف الواقع، أو غير مجد، ويكون ذلك بصفة خاصة حين يكون مسلك المدين على قدر من الجسامه، ففي مثل هذه الحالة لا يكون من العدل أن يفرض على الدائن أن يخضع للسلطة التقديرية. بمعنى آخر

(١٥٧) السابق، ذات الموضوع.

(١٥٨) السابق، ذات الموضوع.

(١٥٩) S. Stijns, La résolution pour inexécution en droit belge: conditions et mise en oeuvre, Rapport belge, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 511 et s. spéci. p. 562 et s.

فإنه، بحسب الاتجاه محل البحث، فإن سلطة القاضي في مجال الفسخ، لا تكون إلا بشأن منح مهلة للمدين لتنفيذ التزاماته، إذا كان لهذه المهلة ما يبررها، أما فيما عدا ذلك، فليس للقاضي سلطة تقديرية في هذا المجال.

وبالإجمال فإن الاتجاه الذي نحن بصدد، يجرّد القاضي من سلطة تقدير مدى ملاءمة الحكم بالفسخ في ذاته، فهذه السلطة - بحسب هذا الاتجاه - لم تظهر إلا نتيجة تطور قضائي في فترة متأخرة على وضع نص المادة ١١٨٤، وأن سلطة القاضي - بحسب النص المذكور - تختصر في منح مهلة للمدين، لكن الفسخ في ذاته هو شأن المتعاقدين<sup>(١٦٠)</sup>.

خلاصة هذا الاتجاه - إذاً - أن المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي، في معناها الأصلي، لا تتعارض مع الفسخ بالإرادة المنفردة. بل هو مقصودها الأصلي.

هذا الاتجاه لم يسلم من النقد، فقد أخذ عليه، أولاً: أنه لا أحد يجادل الآن في سلطة القاضي في تقدير مدى ملاءمة الحكم بالفسخ؛ في ضوء تقديره لأهمية الإخلال الذي حدث من جانب المدين، وهي السلطة التقديرية المستقرة منذ أكثر من قرن ونصف من الزمان<sup>(١٦١)</sup>.

كما أخذ على هذا الاتجاه - أيضاً - صعوبة التمييز بين تقدير ملاءمة منح مهلة للمدين للوفاء بالتزاماته، وتقدير مدى ملاءمة الحكم بالفسخ؛ ذلك لأن منح مهلة للمدين لا يعني إلا تقدير القاضي، أن العقد يستحق الإبقاء عليه، على الأقل خلال هذه المهلة، رغم عدم التنفيذ<sup>(١٦٢)</sup>.

هذا ويلاحظ أن الاتجاه الذي تناولناه هنا، لا يصلح للقول به في ظل نصوص القانون المصري، فلا شك أن نص المادة ١٥٧ من القانون المدني، قد تفادى ما قد يقال به من تناقض، تضمنته المادة ١١٨٤ مدني فرنسي بين فقرتها الأولى - التي تتناول الشرط الفاسخ الضمني - وفقرتها الثالثة التي

(١٦٠) Aynès، السابق ص ٦٧.

(١٦١) Genicon، السابق ص ٣٨٠.

(١٦٢) المرجع السابق ذات الموضوع.

توجب طلب الفسخ من القضاء. إضافة إلى ذلك فإن نص المادة ١٥٧، وبصفة خاصة فقرتها الثانية، واضح في مدى ما يتمتع به القاضي من سلطة، ليس فقط في منح مهلة للمدين، وإنما كذلك سلطته الواسعة في تقدير مدى ملاءمة الحكم بالفسخ في ضوء أهمية الإخلال الذي وقع من قبل المدين.

### ثالثاً - الاتجاه المؤكد للتكامل بين الأصل القضائي للفسخ والفسخ بالإرادة المنفردة

يفضل هذا الاتجاه، قراءة جديدة أكثر واقعية للنصوص الموجبة للاتجاه إلى القضاء للحكم بفسخ العقد، واعتبار الفسخ القضائي هو الأصل<sup>(١٦٣)</sup>.

يقر هذا الاتجاه، بأن هناك تعارضاً واضحاً بين نص المادة ١١٨٤ مدني فرنسي (المقابلة للمادة ١٥٧ مدني مصري) والفسخ بالإرادة المنفردة، ولكنه يؤكد في ذات الوقت، على أن عقبة النصوص هذه يمكن تجاوزها.

في سبيل تجاوز عقبة النصوص، والقول بإمكانية التوفيق بين الأصل القضائي للفسخ، والفسخ بالإرادة المنفردة، والقول بتكاملها، وعدم التناظر بينهما. يبدأ هذا الاتجاه بالبحث عن الأسباب التي تحتم الاتجاه مسبقاً إلى القضاء، إذا ما اختار الدائن فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ من قبل المدين. فلماذا يتعين على الدائن، ضحية عدم التنفيذ، الذي يكون على قدر من الجسامة، أن يلجأ إلى القاضي لطلب الفسخ، بحيث لا يمكنه أن يتخلص فوراً بإرادته المنفردة من الرابطة العقدية؟

تختلف إجابات الشراح على هذا التساؤل. فالبعض من الفقه الفرنسي يرى أن التطور القضائي الذي حدث منذ القرن السابع عشر هو الذي يفسر ذلك، حيث إنه ابتداءً من هذا القرن، بدأ تطلب ضرورة الدعوى القضائية، ليس فقط بقصد استرداد الدائن لما يكون قد قام بالوفاء به، وإنما بقصد السماح للقاضي بتقدير مدى أهمية الإخلال الذي يدعيه الدائن بشأن

(١٦٣) وهو الاتجاه الذي تبناه بصفة أساسية Laithier في المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٢٧٤ وما بعدها.

تنفيذ المدين لالتزاماته<sup>(١٦٤)</sup>. ولكن يرد بعض الفقه على هذا التفسير، بالتأكيد على أن الفسخ بالإرادة المنفردة لم يكن غير معروف في القانون الفرنسي القديم<sup>(١٦٥)</sup>.

ويذهب البعض الآخر من الفقه، إلى أن ضرورة الالتجاء المسبق إلى القاضي من قبل الدائن للحكم بالفسخ، تفرضها العدالة وضرورة الحماية الواجبة للمدين، الذي يهدده الفسخ الذي يعتبر حلاً نهائياً وجزاء لا يجب تركه بيد الدائن<sup>(١٦٦)</sup>. ويعترض بعض الفقه على ذلك، بأن مثل هذا القول يمثل انحيازاً أيديولوجياً، أكثر منه تعبيراً عن حكم القانون ذاته، فالفسخ - بحسب هذا البعض - ليس فقط جزاء، أو عقاباً، يوقع على المدين، بل هو أكثر من ذلك، حيث يمثل أداة لتحقيق العدل التعاقدى، في حال عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد<sup>(١٦٧)</sup>.

إزاء عدم كفاية الإجابات السابقة، لتبريز تطلب أن يكون الفسخ من خلال القاضي، ذهب البعض من الفقه إلى القول: بأن الطابع القضائي للفسخ الذي تقرره النصوص التشريعية هو في الواقع آلية تشريعية تهدف إلى تأمين بقاء العقد، وإنقاذه، وهذا ما يؤكد قضاء محكمة النقض الفرنسية، بتأييده سلطة قضاة الموضوع، في رفض طلب الدائن الحكم بالفسخ، إذا ما تبين لهم أن عدم التنفيذ من قبل المدين ليس على درجة كافية من الجسامة، أو ضئيل الأهمية، ثم بعد ذلك تأييد دور القاضي وسلطته، المقررة بنص القانون، في منح مهلة للمدين للقيام بالتنفيذ، أي تأجيل الفسخ، وإعطاء فرصة أخيرة

Cassin, Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats en (١٦٤) droit français, précité, p. 170.

G. Boyer, Recherches historiques sur la résolution des contrats (١٦٥) (origines de l'article 1184 C. Civ.) Paris, PUE 1924 p. 258 et 400.

مشار إليه في Laithier، السابق ص ٢٧٥.

L. Josserand. Cours de droit civil positif français, T. II, (١٦٦) Théorie générale des obligations, 3<sup>e</sup> éd. Paris, Sirey 1939 p. 209.

(١٦٧) Laithier، السابق ذات الموضوع.

للمدين للقيام بتنفيذ التزاماته<sup>(١٦٨)</sup>.

مؤدى ما تقدم أن منح مهلة للمدين للقيام بالتنفيذ، ليس هو السبب الوحيد لتطلب تدخل القاضي المسبق، بشأن الحكم بالفسخ. فالآلية التي وضعها المشرع الفرنسي وضمنها نص المادة ١١٨٤ من القانون المدني، إنما تهدف إلى المحافظة على علاقة عقدية مجدية، بصرف النظر عن وسيلة هذه الحماية، أي سواء كانت وسيلة مؤقتة - من خلال منح مهلة للمدين للقيام بالتنفيذ - أم وسيلة نهائية، أي رفض طلب الفسخ<sup>(١٦٩)</sup>.

وانطلاقاً من هذا التحليل للآلية التي وضعها المشرع، للتدخل المسبق للقاضي، بشأن طلب فسخ العقد، ذهب الاتجاه الذي نعرض له هنا، إلى أن الفسخ بالإرادة المنفردة " يتوافق تماماً مع السياسة التشريعية التي تفضل الإبقاء على العقد في حال عدم التنفيذ". ويكفي لتحقيق ذلك، تحديد شروط إعمال هذا الفسخ، وهي أن يكون الإخلال بالتزام المدين على قدر من الجسامه، وإعذار المدين، ومنح مهلة أخيرة للمدين للقيام بالتنفيذ، على سبيل المثال<sup>(١٧٠)</sup>.

من هنا يرى هذا الاتجاه أن الفسخ بالإرادة المنفردة هو جزاء يدعم السياسة التشريعية، التي يقوم عليها نص المادة ١١٨٤ مدني فرنسي، فهو بطبيعته لا يهدد استقرار العلاقة العقدية، ويكفي لذلك، النظر إلى هذا الفسخ باعتباره استباقاً anticipation للفسخ القضائي، وبالتالي تجريد الدائن من حق نقض العقد بإرادته المنفردة، في حال ما إذا كان عدم التنفيذ من قبل المدين قليل الأهمية<sup>(١٧١)</sup>.

على ذلك - ودائماً بحسب الاتجاه الذي نعرض له - إذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة هو الوجه الآخر للفسخ القضائي، وأن الانفرادية l'unilatéralisme، ليست فرصة للتخفيف من الشروط الموضوعية للفسخ،

(١٦٨) انظر الفقه المشار إليه في Laithier السابق ص ٢٧٥ هامش ٣٥٩ و ٣٦٠.

(١٦٩) Laithier السابق ص ٢٧٦.

(١٧٠) المرجع السابق ٢٧٦ - ٢٧٧.

(١٧١) السابق ص ٢٧٧.

"فلم يعد هناك من سبب ليفرض على الدائن الالتجاء إلى القضاء بطلب الفسخ، إذا كان عدم التنفيذ قد بلغ حداً من الجسامة، يفترض معه أنه لو رفع أمره إلى القاضي، ما كان إلا ليحكم بهذا الجزاء<sup>(١٧٢)</sup> .

وبحسب هذا الاتجاه، فلا مخالفة - إذا - للسياسة التشريعية التي تقوم عليها المادة ١١٨٤ مدني فرنسي، إلا إذا منح للدائن الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة، أياً كانت قلة أهمية عدم التنفيذ من قبل المدين، والأمر على خلاف ذلك إذا كان التنفيذ قد بلغ حداً من الجسامة تزول معه بوضوح، وبصفة نهائية مصلحة الدائن في تنفيذ العقد. ففي هذه الحالة الأخيرة يصبح إجبار الدائن على الالتجاء إلى القضاء لطلب الفسخ أمراً غير مجد من ناحية، حيث إن الفرض، أن الإبقاء على العلاقة العقدية لم يعد ممكناً؛ نظراً لجسامة الإخلال الذي حدث، وغير فاعل من ناحية أخرى، لأن تأخير الدائن، جبراً عنه، من خلال إلزامه برفع دعوى أمام القضاء، يؤدي إلى تحمله تكلفة كان من الممكن - بل والمأمول - تخفيضها<sup>(١٧٣)</sup> .

هذا الاتجاه محل البحث ينتهي - إذا - إلى نفي أي تناقض بين الفسخ في مفهومه التقليدي - أي باعتبار أنه قضائي بحسب الأصل - يمارس القاضي بشأنه رقابة مسبقة، والفسخ بالإرادة المنفردة، بل وتأكيد التوافق بينهما.

لا شك أن هذا الاتجاه الأخير يستند إلى منطوق قوى في محاولته التوفيق بين الفسخ القضائي والفسخ بالإرادة المنفردة، ومحاولة استيلاء هذا الأخير من رحم الفسخ القضائي، واعتباره الفسخ بالإرادة المنفردة صورة أو امتداداً للفسخ القضائي، حيث لا مبرر لفرض الالتجاء إلى القضاء، وانتظار صدور حكم بالفسخ، في حالة لا بد فيها من الحكم به، فمن المؤكد أن في ذلك إضاعة للوقت والجهد والمال يأباه المنطق، وترفضه الفعالية الاقتصادية التي ترمي إليها الروابط التعاقدية.

(١٧٢) Laithier، السابق ذات الموضوع.

(١٧٣) (السابق ذات الموضوع).

على الرغم من ذلك، فقد تعرض هذا الاتجاه - كسابقيه - لنقد شديد من جانب بعض من الفقه الفرنسي.

فقد أخذ على هذا الاتجاه، أنه يصطدم بما هو مستقر قضاء، وما استخلص منذ زمن بعيد من نصوص القانون، التي لا يمكن تجاوزها، والتي تجعل الفسخ القضائي هو الأصل، وتقوم - بحسب ما استقر عليه أعمالها - على أساس قيام القاضي بفحص للحالة الواقعية التي نشأت عن عدم التنفيذ، الذي من شأنه أن يؤدي إلى أعمال جزاء الفسخ. فما دام أن الفسخ يجب طلبه من القاضي - بحسب ما تؤكد نصوص القانون - وحيث إن هذه النصوص لم تتضمن تعريفاً للإخلال الذي يؤدي إلى فسخ العقد، فلا بد أن يكون من نتيجة ذلك، الاعتراف بأن الإخلال بالالتزامات الذي يؤدي إلى فسخ العقد، هو الإخلال الذي يراه القاضي مبرراً لإعمال هذا الجزاء<sup>(١٧٤)</sup>. فللحصول على حكم بالفسخ يجب - إذا - إقناع القاضي بأن الإخلال الذي حدث يوجب هدم العقد. والقاضي يقوم - عملياً - بالتحقق من نتائج عدم التنفيذ الذي تم، على العلاقة العقدية. سواء من حيث مضمونها الاقتصادي، أم من ناحية المتعاقدين، وتقدير الأضرار التي سببها هذا الإخلال<sup>(١٧٥)</sup>. مؤدى ذلك أن القاضي وفقاً للنظام المستقر، هو الذي يسيطر على شروط إعمال الفسخ في حال عدم التنفيذ، وهذه النصوص تركز إليه تماماً في إعمال هذا الجزاء<sup>(١٧٦)</sup>. والقول بإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، يذهب عكس كل ذلك تماماً، فهو يجعل قرار الفسخ بيد الدائن، بعيداً عن القضاء، وهو بذلك يحقق مصلحة للدائن، بعيداً عن الاعتبارات الأخرى التي يراعيها القاضي عند اتخاذ قرار الفسخ، والتي منها بطبيعة الحال اعتبارات إنسانية، يراعى بخصوصها مصلحة المدين، وربما كذلك مصلحة الغير<sup>(١٧٧)</sup>.

إضافة إلى ما تقدم، فقد أخذ على هذا الاتجاه الأخير، أن الفسخ بالإرادة المنفردة ينطلق من مفترض، أساس مفاده أنه في حال عدم التنفيذ

(١٧٤) Gencion السابق ص ٣٠٥.

(١٧٥) Gencion السابق ص ٣١٣.

(١٧٦) Gencion السابق ص ٣٧٢.

(١٧٧) Gencion السابق ص ٤٣٦.



يجب منح الفرصة للدائن، في أن يفدر هو مدى ملاءمة إنهاء العلاقة العقدية أو الإبقاء عليها. وما من شك في أن ذلك يعني تحولا من فسخ ينظر إليه باعتباره علاجاً يختاره القاضي، وهو الفسخ القضائي، إلى فسخ يعتبر ميزة تمنح للدائن، فكيف - إذا - يمكن التوفيق بينهما<sup>(١٧٨)</sup>. فالفسخ بالإرادة المنفردة - حسب الفقه المعارض للاتجاه محل البحث - يقوم على فلسفة مغايرة لتلك التي يقوم عليها الفسخ عن طريق القاضي، ويعبر عن توجه جديد، ترجح فيه مصلحة الدائن على مصلحة المدين<sup>(١٧٩)</sup>.

والملاحظ أنه وإن كانت الانتقادات السابقة هي في الواقع تعبيراً صريحاً عن موقف فقهي معن، من قبل القائل بها بشأن تفضيله للفسخ القضائي، مقارنة بالفسخ بالإرادة المنفردة<sup>(١٨٠)</sup>، وهي تستند في مجملها على ما تعبر عنه صراحة النصوص القانونية بشأن الفسخ، وهي في ذات الوقت تعبر عن خشية مشروعة على مصالح المدين، في مواجهة دائن يصبح مضير العلاقة العقدية بيده، بعد أن كان الأمر منوطاً بالقاضي.

هذا وبعد عرض المحاولات الفقهية لتبرير حالات الفسخ بالإرادة المنفردة، في مواجهة النصوص القانونية المقررة للأصل القضائي للفسخ، والتحقق من اتساع مضمونها، على النحو السابق بيانه، لا يسعنا إلا القول بأنها محاولات تعبر عن رغبة في تطور مفهوم الفسخ، والتأسيس لنوع آخر من الفسخ يقوم إلى جوار الفسخ القضائي، ويوازيه، يكون القرار بشأنه بيد الدائن، ضحية عدم التنفيذ.

هذه المحاولات لم تبق في الواقع مجرد اجتهاد فقهي، فقد كرس القضاء الحديث - وبخاصة القضاء المقارن - مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، متجاوزاً بذلك عقبة النصوص القانونية، وهذا ما ننتقل لبيانه في المطلب التالي.

(١٧٨) السابق ص ٤٣٧

(١٧٩) السابق ص ٤٤٦

(١٨٠) Gencion، السابق ص ٧٧٦، حيث يقول:

"pour notre part ....le système de la résolution judiciaire a notre préférence."

## المطلب الثاني

### التكريس القضائي لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة

رأينا فيما تقدم، أنه على الرغم من النصوص القانونية المقررة لوجوب الالتجاء إلى القضاء؛ للحصول على الحكم بفسخ العقد، في حال عدم التنفيذ، فقد قبل القضاء في حالات معينة - مؤيداً في ذلك من الفقه - فسخ العقد بإرادة الدائن المنفردة، أي دون تدخل مسبق من جانب القضاء.

والملاحظ، أنه في السنوات الأخيرة تراجع تطلب اللجوء المسبق إلى القضاء؛ للحصول على حكم بفسخ العقد، حيث أجاز القضاء المقارن - ونقصد بذلك بصفة خاصة القضاء الفرنسي - لأعد أطراف العقد أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، وذلك في غير الحالات الاستثنائية السابق تناولها.

هذا التطور الهام في مفهوم الفسخ، وكيفية إعماله، كان محلاً لتعليقات فقهية كثيرة. ولكن الملاحظ أن معظم هذه التعليقات، كان يتعلق بالفسخ بالإرادة المنفردة، الذي أيدته الغرفة المدنية الأولى لدى محكمة النقض الفرنسية، مما ترك قدراً من الشك والتردد لدى بعض الفقه حول حقيقة تكريس القضاء الفرنسي لمبدأ جديد، يقضي بإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة. لكن سرعان ما تأكد قضاء الغرفة المذكورة، بأحكام في ذات اتجاهه، صادرة عن الغرف الأخرى لذات المحكمة، وبذلك فقد زال ما أبداه البعض من تردد وشك، حول تكريس محكمة النقض الفرنسية لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، خارج نطاق الحالات الاستثنائية السابق تناولها، ولتتضح في ذات الوقت جوانب كثيرة بشأن هذا الفسخ، كانت لا تزال، يحيط بها الغموض.

لذلك، رأينا أن نعرض في هذا الموضوع من البحث، للتكريس القضائي لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، من خلال عرض هذا القضاء ودلالاته، لننتقل بعد ذلك لبيان الأسباب، التي دعت غالبية الفقه لتأييد الفسخ بالإرادة المنفردة، ومدى إمكانية إعمال هذا الفسخ، في ظل أحكام القانون المصري.

## الفرع الأول

### القضاء المقرر

#### لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة ودلالاته

ذكرنا فيما تقدم، أن مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، أى دون تدخل من سبق من قبل القضاء، لم تعتمده فقط إحدى غرف محكمة النقض الفرنسية، بل امتد من غرفتها المدنية الأولى إلى الغرفة المدنية الثالثة، وكذلك غرفتها التجارية، ليتأكد بذلك هذا المبدأ الجديد، ويزول - بالتالي - التردد الذي عبر عنه بعض الفقه، الذي كان ينتظر مثل هذا التأكيد للقبول بالمبدأ؛ استناداً إلى احتمال كون ما صدر من الغرفة المدنية الأولى، حكماً منفرداً، أو اقتضه ظروف الدعوى التي صدر بشأنها.

ونعرض فيما يلي لقضاء هذه الغرف الثلاث، لنتناول بعد ذلك دلالات هذا القضاء.

#### أولاً - عرض القضاء المقرر لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة

##### (١) قضاء الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية

الواقع، أن قضاء هذه الغرفة كان هو البداية الحقيقية في صياغة مبدأ إمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة في حال عدم التنفيذ، وباتت صياغتها في هذا الصدد هي التي تتردد في أحكام محكمة النقض اللاحقة.

كان ذلك بمقتضى حكم صادر عن الغرفة المذكورة، بتاريخ ١٣/١٠/١٩٩٨<sup>(١٨١)</sup>، يعرف الآن بحكم Tocqueville. ففي الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم كان الأمر يتعلق بعقد بين إحدى المستشفيات الخاصة وطبيب تخدير، التزم بمقتضاه الأخير بالعمل حصرياً لدى المستشفى، وكانت مدة العقد ثلاثين عاماً. وبعد فترة من أداء عمل الطبيب أصبح

(١٨١) سابق الإشارة إليه.

أداؤه محل شكوى متكررة، من قبل الأطباء الآخرين العاملين بذات المستشفى، ومن قبل المرضى، حيث كان يؤخذ عليه عدم التعاون الصادق في أداء العمل، والانفعال الدائم، والإلغاء المتكرر للمواعيد المقررة سلفاً مع المرضى، بل و- أيضاً - فقدان الضمير المهني. على إثر ذلك قامت المستشفى بإنهاء تعاقدتها مع الطبيب دون منحه أية مهلة، بمعنى أنها قامت بفسخ عقدها معه بإرادتها المنفردة، أي دون اللجوء إلى القضاء.

رفع الطبيب دعوى أمام المحكمة المختصة، فاعتبرت قرار المستشفى مبرراً. في طعنه بالنقض على حكم محكمة الاستئناف - الذي أيد حكم محكمة الدرجة الأولى - استند الطبيب على الطابع القضائي للفسخ طبقاً للمادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي، طالباً نقض الحكم الذي أيد قرار الفسخ دون الرجوع إلى القضاء. وطبقاً لطقن الطبيب، فإن المادة المذكورة، توجب طلب الفسخ من القضاء، وأن اعتبار محكمة الموضوع قرار المستشفى بالفسخ، لهذا العقد المحدد المدة، مبرراً ومشروعاً، دون حكم قضائي مسبق بذلك، مخالفة للنص المذكور.

عند نظر الطعن، لم تقتنع الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بالحجة التي استند إليها الطاعن، وقضت بأن جسامه مسلك أحد المتعاقدين، تبرر للمتعاقد الآخر، أن يضع حداً للعقد بطريقة منفردة وعلى مسؤوليته.

بهذه الصياغة العامة والواضحة تكون الغرفة المذكورة، وبحسب ما يؤكدّه الفقه الفرنسي<sup>(١٨٢)</sup>، قد ابتعدت عن القضاء التقليدي، الذي يستند إلى قراءة أخرى لنص المادة ١١٨٤/٣ من القانون المدني، والتي تلزم الدائن بالالتجاء إلى القضاء، بقصد أن يعلن هو فسخ العقد، وذلك فيما عدا بعض الحالات الاستثنائية، والتي يكون - غالباً، وليس حصرياً - طابعها الاستعجال، أو وجود علاقة ثقة، يصبح بقاؤها مستحيلاً، لتعترف بهكذا

V. Dai Do et M. Chang, La résolution unilatérale du contrat (١٨٢) en droit français: Vers une harmonisation au sein de la cour de cassation, P. A. no 72, 9/4/2004, p. 3 et s. spéci. p. 3.

قضاء، بإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة. فجسامة مسلك المدين في تنفيذ العقد تكون - بحسب هذا القضاء - مبرراً للدائن، أن يضع حداً بإرادته المنفردة للرابطة العقدية.

ورأى البعض في هذا القضاء، تكريساً للانفرادية unilatéralisme في المسائل العقدية<sup>(١٨٣)</sup>، كما اعتبره البعض الآخر<sup>(١٨٤)</sup> خطوة أولى في سبيل إعادة النظر، في مبدأ الطابع القضائي للفسخ بسبب عدم التنفيذ.

لم يبق هذا الحكم وحيداً، فقد عادت ذات الغرفة في ٢٠٠١/٢/٢٠<sup>(١٨٥)</sup>، لتذكر بقضائها السابق، بل وتضيف إليه - وذلك بقضائها - أن: جسامة مسلك أحد المتعاقدين، تكون مبرراً للطرف الآخر أن ينهي العقد بإرادته المنفردة، وعلى مسؤوليته، سواء كان العقد محددًا أو غير محدد المدة.

وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها. هذا الحكم، في أن عقداً قد أبرم بتاريخ ١٩٩٥/٩/٢٥ بين شركة Europe Expertise، وأحد الخبراء في مجال صناعة السيارات، كانت مدة العقد ثلاث سنوات، عُهد بمقتضى هذا العقد إلى الخبير القيام بأعمال الخبرة اللازمة، بشأن مجموعة من السيارات، تم التعاقد عليها لصالح شركة تعمل في مجال تأجير السيارات، وبعد شهر واحد من إبرام العقد، قامت شركة Europe Expertise بإنهاء تعاقدتها مع الخبير؛ لما أخذته عليه من عدم قيامه شخصياً بأعمال الخبرة اللازمة، بالمخالفة للقواعد والأصول المتبعة في هذا المجال. على إثر ذلك قام الخبير

D. Mazeaud, note sous Cass. Civ. 28/10/2003, RDC 2004, p. (١٨٣)  
277 et s.

L. Aynès, note sous Cass. Civ. 28/10/2003, RDC 2004, p. (١٨٤)  
273.

Le Dalloz 2001 p. 3239 note D. Mazeaud; RTD Civ. 2001 obs. (١٨٥)  
J. Mestre et B. Fages. p. 364.

وراجع:

Ch. Jamin, L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée, Le Dalloz 2001, p. 1568 et s.

بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة هذا الإنهاء، الذي اعتبره خاطئاً. رفضت محكمة الموضوع طلبه؛ استناداً إلى أنه، بالرغم من أن العقد محدد المدة لا يمكن إنهاؤه إلا باتفاق الطرفين، فإن إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية يمكن أن يؤدي إلى الإنهاء المبسر للعلاقة العقدية.

طعن الخبير على حكم الاستئناف أمام محكمة النقض، التي أكدت قضاءها السابق لعام ١٩٩٨، بقولها: إن جسامه مسلك أحد المتعاقدين، يمكن أن يبرر للمتعاقد الآخر إنهاء العقد بإرادته المنفردة، على مسؤوليته، وأضافت إلى ذلك، "سواء كان العقد محدد أو غير محدد المدة". إلا أن المحكمة نقضت الحكم المطعون عليه؛ استناداً إلى خطأ محكمة الاستئناف بقضائها على النحو السابق، دون بيان مدى جسامه مسلك Fanara (الخبير)، التي تبرر إنهاء العقد، من قبل الشركة المتعاقدة معه.

لا شك أن العقد الذي ربط بين الطرفين، يقوم على الثقة، ولكن الثقة هنا - كما يؤكد بعض الفقه<sup>(١٨٦)</sup> - ليست بأكثر من تلك التي تقوم عليها كافة العقود التي تتضمن أداءً لخدمة، كما أنه لا شيء في هذه الدعوى، يوحي بأن الأمر كان يتعلق بحالة استعجال. وعبارات الحكم لا يتضح فيها أن الأمر كان يتعلق بعلاقة ثقة زالت، أو حالة استعجال. فالغرفة المدنية قد أخذت في هذا الحكم على محكمة الاستئناف، رفض طلب Fanara بالتعويض عن الإنهاء بالإرادة المنفردة من قبل الشركة، دون بيان أن مسلكه، كان على قدر من الخطورة والجسامه؛ ليبرر هذا الإنهاء.

وإذا كانت محكمة النقض، بهذا الحكم، قد أخذت على محكمة الاستئناف، عدم بحثها الجسامه الكافية للإخلال المنسوب إلى الخبير، دون إشارة إلى حالة من الحالات الاستثنائية المعروفة، والتي تبرر الفسخ بالإرادة المنفردة تقليدياً، فذلك يؤكد ويظهر بوضوح، أن قضاء الغرفة المدنية في حكمها - وكما في سابقه - لا يتعلق باستثناء، بل هو يخرج عن نطاق الحالات الاستثنائية السابق تناولها، ليضع مبدأ "إزياً للفسخ القضائي"،

(١٨٦) Amrani - Mekki، السابق ص ٣٨٠.  
Capitant, Terré et Lequelle, Les grands arrêts, op. cit. p. 273.

أي ذلك الذي يتم إيقاعه من خلال حكم قضائي<sup>(١٨٧)</sup>.

هنا - أيضاً - تؤكد المحكمة على قضائها لعام ١٩٩٨، رغم نقض حكم الاستئناف، وذلك من خلال، إيضاحها للشرط الأساسي المبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، والتأكيد على ضرورة تحقق محكمة الموضوع من توافره.

وقد تأكد قضاء هذه الغرفة بعد ذلك، بحكم آخر بتاريخ ٢٠٠٢/٧/٩<sup>(١٨٨)</sup>، حيث قضت المحكمة، بأن الامتناع المتكرر من قبل إحدى السيدات، المتعاقدة مع شركة غاز وكهرباء فرنسا، عن الوفاء بقيمة الفواتير المستحقة عليها، يعتبر مبرراً لإنهاء الشركة بإرادتها المنفردة عقد توريد الكهرباء المبرم بين الطرفين.

وكان قد ورد في الطعن المقدم للمحكمة، أنه في حال عدم تضمن العقد شرطاً فاسخاً صريحاً - وفيما عدا حالة الاستعجال - فإن فسخ العقد الملزم للجانبين، لا يتم بقوة القانون في حال عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، وإنما يجب طلب الفسخ من القضاء، وأن تعاضى محكمة الإستئناف عن التحقق من تضمن عقد الاشتراك في خدمة الإمداد بالكهرباء والغاز شرطاً فاسخاً، أو البحث عن حالة استعجال تسمح للشركة بالفسخ بإرادتها المنفردة للعقد دون تدخل القضاء، يجعل حكم المحكمة مفتقداً للسند القانوني، ومخالفاً لنص المادة ١١٨٤. ولكن محكمة النقض لم تقتنع بما استندت إليه الطاعن، وأيدت حكم الاستئناف على النحو السابق بيانه.

وبتاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٨<sup>(١٨٩)</sup>، عادت ذات المحكمة لتؤكد قضاءها السابق، بذات الصياغة التي وردت بحكم عام ١٩٩٨. كان الأمر هنا يتعلق بعقد أطلق عليه المتعاقدان عقد "مساعدة ومشورة"، وكانت مدة العقد ثمانية

(١٨٧) Jamin، السابق ص ١٥٦٩.

JCP 2003 - II - 629, note Ch. Lachieze.

(١٨٨)

RDC 2004, p. 273, note L. Aynès; RDC 2004, p. 277 note (١٨٩) Mazeaud; Ch. Lachieze, Notion de comportement grave de nature à justifier la rupture unilatérale du contrat, JCP 2004 - II - 10108.

عشر شهراً. وبعد فترة من إبرام العقد، ودخوله حيز التنفيذ، برزت بعض الإشكالات بين الطرفين، على إثرها، قامت الشركة المتلقية للمساعدة والنصح، باتخاذ قرار بإنهاء العقد. قامت الشركة الأخرى - مقدمة الخدمة - بمقاضاة الشركة الأولى، طالبة اعتبار هذا الإنهاء تعسفياً، والحكم لها بالتعويض. رفضت محكمة الاستئناف هذا الطلب، معتبرة أن فسخ العقد كان مبرراً، بالنظر إلى عدم قيام الشركة المقدمة للخدمة، بتنفيذ التزاماتها خلال الشهرين السابقين على قرار إنهاء العلاقة العقدية، وأن ذلك كان كافياً، ليجعل الفسخ بالإرادة المنفردة مبرراً.

عند نظر الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض، الطعن على حكم محكمة الاستئناف، أكدت المحكمة على حق المتعاقد، في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، في حال جسامته مسلك المتعاقد معه، سواء كان العقد محدداً أو غير محدد المدة، ولكنها نقضت حكم محكمة الاستئناف، على أساس، عدم قيام هذه المحكمة بالبحث فيما إذا كان مسلك الشركة مقدمة الخدمة، كان على قدر من الجسامته، والأهمية الكافية التي تجعل قرار الفسخ مبرراً.

وبذلك - أيضاً - تؤكد المحكمة على إقرارها الحق في الفسخ بالإرادة المنفردة متى توافر شرط إعماله، وما نقضها لحكم الاستئناف إلا بسبب عدم التحقق من توافر هذا الشرط.

وتستمر أحكام الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في تأكيدها لقضاء عام ١٩٩٨، من خلال حكم آخر لها بتاريخ ٢٠٠٧/٣/١٣<sup>(١٩٠)</sup>. وتتخلص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، في الآتي: في العقد المبرم بين إحدى المستشفيات وأحد الجراحين لديها، اتفقا على إمكان قيام الجراح بعمليات جراحية لحسابه الخاص، مع قيام المستشفى بالحصول على نسبة معينة من الأتعاب المستحقة، له نظير قيامه بهذه العمليات، ونظير ما يقدم له من خدمات للقيام بها. بعد فترة من الزمن، حاولت المستشفى تعديل نسبة ما يستقطع من الأتعاب، وذلك بامخالفة



لما تم الاتفاق عليه. وعلى الرغم من معارضة الطبيب وتمسكه بما اتفق عليه استمرت المستشفى في إرسال مطالبتها له، إضافة إلى مطالبته بغرامات، عن تأخره في سداد ما هو مستحق عليه وفق التقدير الجديد للمستشفى، مما أدى بالطبيب إلى إنهاء علاقته العقدية بها. اعتبرت المستشفى قرار الطبيب إنهاء خاطئاً للعلاقة العقدية. وقرار صادر من محكمة الاستئناف، اعتبرت هذه المحكمة، المستشفى مسنولة عن إنهاء العلاقة العقدية، لما سببته من إرباك مستمر للطبيب؛ نتيجة مطالبتها له بغير ما تم الاتفاق عليه، مما ترتب عليه تعكير صفو البيئة اللازمة، لأداء عمله كطبيب جراح.

وفي طعنها أمام محكمة النقض، أخذت المستشفى على محكمة الاستئناف، اعتبارها المستشفى مسنولة عن إنهاء العلاقة العقدية، باقتصارها على اعتبارها مرتكبة لإخلال بالتزاماتها العقدية، فيما المسلك الذي يكون على قدر من الجسامة من قبل أحد المتعاقدين، هو وحده الذي يبرر للمتعاقد الآخر، أن ينهي العقد بإرادته المنفردة. وهذا ما لم تقتنع به محكمة النقض، حيث قضت برفض الطعن؛ مستندة إلى أن محكمة الاستئناف، قد أوضحت أن تصميم المستشفى، على أن ترسل بصفة دورية للطبيب الجراح، الفواتير المنازعة فيها، والمجسدة لقرارها تعديل بند أساسي من بنود تعاقدها معه بإرادتها المنفردة، ترتب عليه حالة من الإرباك لعمل الجراح، وتعكير صفو الأجواء التي يعمل بها، والتي لم تعد تتناسب وعمله، وخلصت من ذلك، إلى أن ما قامت به المستشفى يعد إخلالاً على قدر من الجسامة يسمح للطبيب أن ينهي عقده مع المستشفى، دون الالتجاء المسبق إلى القضاء.

بهذا الحكم تؤكد الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض، مرة أخرى، على حق المتعاقد في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، في حال الإخلال الجسيم بالعقد من قبل المتعاقد معه، دون حاجة للحصول على حكم بالفسخ من قبل القضاء، وذلك خلافاً للأصل في الفسخ، وأن الفسخ لا يقع إلا من خلال حكم قضائي.

إضافة إلى الأحكام السابقة فقد شهد العام ٢٠٠٨ تأكيداً آخر

للقضاء السابق، وذلك بحكم صادر عن ذات الغرفة بتاريخ  
٢٠٠٨/١١/٥ (١٩١)

ففي الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، كان الأمر يتعلق بعقد أبرمه أحد أصحاب الخيول، مع مدرب ليتولى تدريب أحد الخيول المملوكة له، على نفقة المدرب، مقابل اقتسام الأرباح المأمول تحقيقها من السباقات التي يجتازها الخيل، وذلك بنسبة ٧٠٪ للمدرب و ٣٠٪ للمالك. بعد فترة، وقبل نهاية مدة العقد، قام المالك بإنهاء العقد مع المدرب، فقام الأخير برفع دعوى مدعياً أن هذا الإنهاء تعسفي، ومطالباً بالتعويض عن الضرر الذي أصابه. رفضت محكمة الاستئناف طلب المدرب، فقام بالطعن على الحكم أمام محكمة النقض، فأيدت حكم الاستئناف، مقررة أن هذه المحكمة، خلصت إلى أن مسلك المدرب كان على درجة من الجسامه، جعله مبرراً لإنهاء العقد محدد المدة، وذلك من خلال مقارنة النتائج المتحققة، قبل عقد الشراكة بين مالك الخيل والمدرب، وأثناء تنفيذ العقد، ولاحقاً على إنهاء العقد، إضافة إلى الشهادة المقدمة من قبل شخص من الغير، تؤكد أن المدرب كان عاجزاً عن تطوير أداء الخيل التي تولى تدريبها وقيادتها، مما أحدث ضرراً بقدرات وإمكانيات هذا الحيوان ومصالح المالك.

لا شك أن تعدد الأحكام السابق تناولها فيما تقدم، والصادرة عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، واستقرارها على مدى مساحة زمنية ليست بالقصيرة، يؤكد قبول هذه الغرفة لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة بالعقد.

هذا المبدأ يؤكد - أيضاً - القضاء الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة، مما يعني: أن ما تقدم من أحكام، لا يعبر عن توجه لدى إحدى غرف محكمة

RTD. Civ. 2009, p. 119 obs. B. Fages.

(١٩١)

وسبق هذا الحكم حكم آخر صادر، عن ذات الغرفة في ٢٠٠٨/٢/٢٨ راجع فيه:  
J. P. Gridel et Y. M. Laithier, Les sanctions de l'inexécution  
du contrat imputable au débiteur: état des lieux, JCP 2008 - I  
143 spéci. no 47.

النقض دون الأخرى.

## (٢) قضاء الغرفة المدنية الثالثة

قبول هذه الغرفة لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، كان بمقتضى حكم صادر عنها بتاريخ ٢٢/١٠/٢٠٠٢<sup>(١٩٢)</sup>. وكان الأمر يتعلق بعقد مقاوله بناء أبرم بين السيد El Hachoumi وزوجته (رب العمل) من ناحية، وشركة Gete contruction (المقاول) من ناحية أخرى. لم يلتزم المقاول ببدء الأعمال في التاريخ المتفق عليه، وإنما بدأ بعد هذا التاريخ بثلاثة أشهر. واستناداً إلى هذا التأخير، قام رب العمل بفسخ العقد بإرادته المنفردة. قضت محكمة الاستئناف باعتبار هذا الفسخ مبرراً، وألزمت المقاول برد مبلغ العربون الذي سبق له قبضه. أمام محكمة النقض اعتبر المقاول أن محكمة الاستئناف قد خالفت المادة ١١٣٤، والمادة ١١٨٤، من القانون المدني الفرنسي، وجاء بطعنه أن إنهاء العقد لعدم التنفيذ من قبل أحد المتعاقدين لأحد التزاماته التبعية، هو بالضرورة قضائي، إلا إذا كانا متفقين على شرط فاسخ صريح، وأن اعتبار محكمة الاستئناف، إنهاء العقد من قبل رب العمل مبرراً ومشروعاً، رغم عدم الاتفاق على مثل هذا الشرط، يخالف النصين المذكورين. ولكن الغرفة المدنية الثالثة لم تقنع بما أبداه الطاعن، وقضت بتأييد حكم الاستئناف، وجاء بحكمها أن محكمة الاستئناف، وحيث تبين لها أن شركة البناء، بدأت أعمالها بتأخير جاوز ثلاثة أشهر، عما تم الاتفاق عليه، خلصت إلى وجود إخلال جسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، اعتبرته مبرراً لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، من قبل رب العمل.

مؤدى ذلك، أنه بالنسبة للغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية أيضاً، فإن فسخ العقد بالإرادة المنفردة يكون جائزاً، في حال الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد من قبل المدين.

(١٩٢) أورده Dai Do و Chang، السابق ص ٤.

### (٣) قضاء الغرفة التجارية

على الرغم من القضاء الواضح للغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، وما تلاه من أحكام صادرة عن غرفتها الثالثة، والمؤيدة لإمكان فسخ العقد، في حال الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، أو في حال جسامته وخطورة مسلك المتعاقد، فقد ظل بعض الفقه<sup>(١٩٣)</sup> - وكما أشرنا فيما تقدم - متردداً في الإقرار بوجود مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، معتبراً أن ما تم هو خطوة أولى، ينقصها موقف معلن من قبل الغرفة التجارية لمحكمة النقض؛ لإمكان تأكيد وجود مثل هذا المبدأ أو نفي وجوده.

ربما كان لهذا الرأي ما يبرره، بالنظر إلى موقف الغرفة التجارية، المعلن بصراحة ووضوح في أحكام عديدة لها، من ناحية تمسكها بحرفية نص المادة ١١٨٤ والأصل القضائي للفسخ، ولو كان الإخلال المنسوب إلى المدين في تنفيذ التزاماته جسيماً<sup>(١٩٤)</sup>.

ولكن الملاحظ، أن تأكيد الغرفة التجارية على الطابع القضائي للفسخ، ورفضها الفسخ بالإرادة المنفردة في حال الإخلال الجسيم بالعقد من قبل المدين، إنما كان بمقتضى أحكام سابقة على تاريخ حكم الغرفة المدنية في العام ١٩٩٨. لذلك كان من المتعين، للتعرف على موقف الغرفة التجارية من هذا القضاء انتظاراً، أحكام هذه الغرفة اللاحقة على هذا التاريخ، لإمكان تبين موقفها من إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة.

وكانت البداية في هذا الصدد بحكم صادر عن الغرفة المذكورة بتاريخ ٢٠٠٤/٢/٤<sup>(١٩٥)</sup>، حيث تبين من هذا الحكم بوادر تحول في قضاء

(١٩٣) من هؤلاء Lachieze تعليقه السابق الإشارة إليه في JCP ٢٠٠٤ خاصة ص ١٢٨١.

(١٩٤) من ذلك مثلاً:

Cass. Com. 25/3/1991, C.C.C. 1991, 162 obs. L. Leveneur;

Cass. Com. 1/12/1992, RTD Civ. 1993, p. 578 obs. J. Mestre.

Cass. Com. 4/2/2004, JCP 2004 - I- 149, note J. Roschfeld; (١٩٥)

RTD Civ. 2004, p. 731 obs. J. Mestre et B. Fages.

الغرفة التجارية، واقترباً من قضاء الغرفتين المدينتين الأولى والثالثة.

في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، تلتخص الوقائع في أن عقداً أبرم بين شركة Esso وبنك Crédit agricole بمقتضاه التزم الأخير بإعداد بطاقات دفع لصالح عملاء الشركة المذكورة؛ لاستخدامها في دفع فواتير تزودهم بالوقود من محطات الخدمة التابعة للشركة، وكانت مدة العقد سنة واحدة. بعد فترة وجيزة من بداية تنفيذ العقد، لاحظت الشركة وقوع أخطاء عديدة في استخدام البطاقات، خشيت معها التأثيرات السلبية على عملاتها، وسمعتها في مجال عملها، فقامت بإخطار البنك بضرورة إصلاح هذه الأخطاء، لم يستجب البنك، فقامت الشركة بإخطار البنك بإنهاء تعاقدتها معه.

اعتبرت المحكمة التجارية المختصة، وكذا محكمة الاستئناف قرار Esso في فسخ العقد بإرادتها المنفردة مبرراً ومشروعاً. وعند الطعن من قبل البنك أمام محكمة النقض، رفض الطعن وتأييد حكم الاستئناف.

لكن الملاحظ أن الغرفة التجارية في رفضها للطعن، وتأييدها حكم الاستئناف، استندت إلى حالة الاستعجال l'urgence من ناحية، وجسامة الإخلال بالالتزامات العقدية من ناحية أخرى، وإذا كان الاستناد إلى حالة الاستعجال كمبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، هو تطبيق تقليدي لحالة من الحالات الاستثنائية لهذا النوع من الفسخ<sup>(١٩٦)</sup>، فإن الاستناد إلى جسامة الإخلال في تنفيذ الالتزامات العقدية هو - كما يرى بحق بعض الفقه<sup>(١٩٧)</sup> - الجديد في قضاء هذه الغرفة.

لذلك، ذهب بعض الفقه إلى أن هذا الحكم يعني، تمايز قضاء الغرفة التجارية عن قضاء الغرفتين المدينتين الأولى والثالثة، وربما يتضمن رفضاً

J. Ghestin, Le future: exemples étrangers, Le code civil en (١٩٦) France aujourd'hui, in Faut - il réformer le titre III du livre III du code civil, op. cit. p. 1152 et s. spéci. p. 1155.

(١٩٧) Ghestin، السابق ذات الموضوع.

ضمنياً لاتجاه الغريقتين<sup>(١٩٨)</sup>، فيما ذهب البعض الأخير، إلى أن هذا القضاء يخمل ملامح التحول في قضاء هذه الغرفة نحو إقرار مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة ويعد تمهيداً له<sup>(١٩٩)</sup>، في حين رأى جانب آخر من الفقه، أن استناد الغرفة التجارية إلى حالة الاستعجال؛ كمبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، إلى جانب الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، كان نتيجة ظروف وملايسات الدعوى، التي كانت واضحة فيها حالة الاستعجال المبررة للفسخ بالإرادة المنفردة، وليس هناك ما يمنع من الاستناد إلى الفكرتين لتبرير هذا الفسخ<sup>(٢٠٠)</sup>.

على أية حال، فإن الوقت لم يتأخر كثيراً، لتعلن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، عن انضمامها للموقف الذي اعتمدهت الغرفة المدنية الأولى والثالثة، وكان ذلك بمقتضى حكم صادر عنها بتاريخ ٢٠٠٨/٩/٢٣<sup>(٢٠١)</sup>. ففي الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم كانت شركة Temaco قد التزمت بمقتضى عقد توزيع حصري، مدته ثلاث سنوات، ببيع حاويات من ماركة City منتجة بمعرفة المتعاقد الآخر، شركة Teixagol. بعد فترة من تنفيذ العقد صدر حكم ضد الشركة الأخيرة، يقضى بمنع تصنيع وبيع هذه الحاويات بسبب ارتكاب جريمة التقليد، فعرضت هذه الشركة على شركة Temaco منتجاً آخر بديل، على إثر ذلك، قامت الشركة الأخيرة بوقف تعاملها مع المنتج وأنهت التعاقد معه بإرادتها المنفردة. رفع المنتج دعوى على الشركة، مطالباً بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، نتيجة هذا الإنهاء التعسفي - بحسب إدعائه - ، رفضت محكمة الاستئناف هذا الطلب، فتم الطعن أمام محكمة النقض، فأيدت الغرفة التجارية لهذه المحكمة، حكم محكمة الاستئناف فيما خلص إليه من أن جسامته الإخلال بحسن النية التعاقدية، من قبل شركة Teixagol، سواء عند إبرام العلاقة العقدية - بعدم إعلام الشركة المتعاقدة معها بدعوى التقليد، بشأن المنتج موضوع التعاقد -

(١٩٨) Genicon، السابق ص ٣٩٥.

(١٩٩) Mestre و Fages الملاحظات سابق الإشارة إليها.

(٢٠٠) Roschfeld، الملاحظات السابق الإشارة إليها.

RTD Civ. 2009, p. 320 obs. B. Fages.

(٢٠١)

أو أثناء تنفيذها، إضافة إلى إخلالها بتسليم المنتج البديل عن المقلد، مبرراً لتقطع هذه العلاقة.

ولا شك أن هذا القضاء واضح في إقراره مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة في حال الإخلال لجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، وهنا - أيضاً - يمكن القول: بأن الاستناد إلى مخالفة حسن النية لتبرير الفسخ بالإرادة المنفردة، لا يعني في - اعتقادنا - تصميماً من هذه الغرفة على إبقاء الفسخ بالإرادة المنفردة ضمن حالاته الاستثنائية التقليدية، حيث لو كان الأمر كذلك، فما كان لهذه الغرفة إلا الاستناد إلى هذا المبرر، دون ما حاجة إلى إبرازها الإخلال الجسيم من قبل المتعاقد، في تنفيذ التزاماته بتسليم المنتج البديل، لذلك يرى المعلق على الحكم المذكور<sup>(٢٠٢)</sup>، أن هذا الاستناد، إلى مخالفة حسن النية، لا يحول دون القول بانحياز الغرفة التجارية لمحكمة النقض - بقضائها السابق - إلى إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة في حال الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد.

وقد تأكد ذلك بحكمين حديثين صادرين عن ذات الغرفة في العام ٢٠٠٩، صدر أولهما في ١٠/٢/٢٠٠٩<sup>(٢٠٣)</sup>، والثاني في ٣١/٣/٢٠٠٩<sup>(٢٠٤)</sup>.

ففي الحكم الأول، لم تقتصر الغرفة التجارية على تأييد مبدأ "أن جسامه الإخلال بالالتزامات العقدية من قبل أحد المتعاقدين يبرر للأخر أن ينهي العقد بإرادته المنفردة"، بل أضافت أن ذلك ممكن - أيضاً - أي كانت الإجراءات المتفق عليها لإنهاء العقد.

وفي الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، كان الأمر يتعلق بعقد إيجار وصيانة معدات، خاصة بصناعة النسيج مدته ثلاث سنوات. وبعد سنة تقريباً من إبرام العقد، قامت الشركة المستأجرة بفسخ العقد بإرادتها المنفردة، فقامت الشركة المؤجرة برفع دعوى للمطالبة بالتعويض، فتمسكت الشركة الأولى بالإخلال الجسيم من قبل الشركة المؤجرة في تنفيذ التزاماتها العقدية،

(٢٠٢) Fages، السابق ذات الموضوع.

RTD Civ. 2009, p. 319 obs. Fages.

(٢٠٣)

RTD Civ. 2009, p. 320 obs. Fages.

(٢٠٤)

غير أن محكمة الاستئناف - وبعد أن أوضحت أن العقد يتضمن بنداً بمقتضاه أن إنهاء العقد قبل انتهاء مدته، يجب أن يسبقه ثلاثة خطابات موسى عليها بعلم الوصول، ومتضمنة أسباب الإنهاء، وأن الشركة المستأجرة لم تحترم هذا الإجراء - انتهت إلى عدم اعتبار العقد مفسوخاً، وقضت ببقائه إلى نهاية مدته المتفق عليها. طعنَت الشركة المستأجرة على هذا الحكم أمام محكمة النقض، فنقضت غرفتها التجارية حكم الاستئناف، معتبرة أن قرار الشركة المستأجرة بفسخ العقد بإرادتها المنفردة مبرر؛ استناداً إلى الإخلال الجسيم بالالتزامات العقدية، من قبل الشركة المؤجرة.

ويرى المعلق على هذا الحكم<sup>(٢٠٥)</sup> - وبحق - أن هذا القضاء يتفق تماماً مع منطق الفسخ بالإرادة المنفردة. فإذا كانت جسامه مسلك أحد المتعاقدين تبرر للآخر - وعلى مسنوليته - فسخ العقد دون الرجوع إلى القضاء، فيمكن بالتالي، تفهم أن جسامه هذا المسلك تكون مبرراً - أيضاً - لإعفاء الدائن من اتباع الإجراءات المتفق عليها لإنهاء العقد، قبل مدته المتفق عليها.

وفي الحكم الثاني، تؤكد الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، موقفها السابق، رغم نقضها لحكم محكمة الاستئناف التي اعتبرت فسخ عقد ضيانه، مبرم لمدة سنتين، بالإرادة المنفردة للدائن، قد تم على نحو صحيح، حيث أوضحت هذه الغرفة، أن سبب نقض الحكم، هو ما أخذته على محكمة الاستئناف، من عدم بيانها أن ما اقترفه المدين يمثل مسلكاً على قدر من الجسامه الكافية يبرر للدائن إنهاء العقد بإرادته المنفردة.

ولا شك أن تعدد أحكام محكمة النقض الفرنسية، الصادرة عن غرفها المختلفة، إنما يؤكد دون لبس اعتماد هذه المحكمة لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة. وهذه الأحكام تحمل الكثير من الدلالات نحاول بيانها فيما يلي.

(٢٠٥) RTD Civ, Fages. ٢٠٠٩ ص ٣١٩.

(١٤٨) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠.



## ثانياً – دلالات القضاء المقرر لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة

ذكرنا فيما تقدم، أن تعدد الأحكام القضائية المؤيدة لقرار الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، ودون اللجوء إلى القضاء، إنما يعنى تأكيد وجود مبدأ عام للفسخ بالإرادة المنفردة في القانون الفرنسي. فتعدد هذه الأحكام والصياغة العامة التي ترددها إنما يؤكد هذا المبدأ، وهذا ما يؤكد - أيضاً - الفقه الفرنسي<sup>(٢٠٦)</sup>. ومؤدى ذلك - بحسب ما يؤكد الفقه أيضاً - أن هذا القضاء الحديث، قد تجاوز حدود الحالات الاستثنائية<sup>(٢٠٧)</sup> المعروفة تقليدياً - والسابق تناولها - والتي تجيز الفسخ بالإرادة المنفردة.

والقول بتكريس هذا القضاء لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، إنما يعنى أن دور القاضي لم يعد هو ما يقرره صراحة نص المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي. فالقاضي - بحسب هذا النص - هو الذي يملك قرار فسخ العقد، وإلى حين تدخله يبقى العقد قائماً. ولا شك أنه يقبل مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة يصبح قرار فسخ العقد، بيد الدائن لا بيد القاضي.

وإذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة يعنى أن قرار الفسخ، ومصير العقد، أصبح بيد الدائن، فإن ذلك لا يعنى إقصاء دور القاضي في هذا المجال، وإنما يعنى تغيير توقيت أعمال هذا الدور. فالقضاء الذي أقر مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة يؤكد على أن ذلك يتم على مسؤولية الدائن، بما مؤداه، أنه يمكن للمدين أن يلجأ بعد ذلك - أي بعد اتخاذ قرار الفسخ - إلى القاضي للمطالبة باعتبار هذا الفسخ كأن لم يكن؛ لعدم توافر شروط أعماله، وفي هذه الحالة تصبح رقابة القاضي بشأن الفسخ رقابة لاحقه، بعد أن كانت

(٢٠٦) راجع على سبيل المثال:

Ch.Jamin, L'admission d'un principe de résolution unilatérale  
..., précité, spéci. p. 1569.

RTD Civ. ملاحظات Fages، السابق ص ١١٧، Corgas - Bernard  
٢٠٠٩ ص ٣١٩، سابق الإشارة إليه، Mazeaud، ملاحظات على نقض مدني  
٢٠٠١/٢/٢٠ سابق الإشارة إليه.

Ch. Jamin, note sous C. A. Douai, 6/7/1998. JCP 1999 - I - (٢٠٧)  
191; Amrani - Mekki, précité, p. 380.

هذا وإذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة يبقى خاضعاً لرقابة القاضي - وإن كانت رقابته لاحقاً - فمؤدى ذلك، أنه لا يمكن القول بأن الفسخ بالإرادة المنفردة، يتعارض وقاعدة عدم جواز اقتضاء الشخص حقه بنفسه<sup>(٢٠٩)</sup>.

وإذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة يعني أن يكون للدائن أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة دون لجوء إلى القضاء، فليس من شأن ذلك إلغاء إمكانية لجوئه إلى الفسخ القضائي، فالفسخ بالإرادة المنفردة يعتبر بديلاً متاحاً للدائن. فأقرار مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة مؤداه - إذاً - أن الفسخ القضائي، لم يعد هو الطريق الوحيد المتاح لفسخ العقد، بل ربما - كما يقول بعض الفقه - يصبح هو الطريق الاحتياطي للفسخ<sup>(٢١٠)</sup>.

إضافة إلى ما تقدم من دلالات للقضاء المقرر لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، فإن هذا النوع الجديد من الفسخ، من شأنه تغيير أدوار الأطراف المتعاقدة بشأن فسخ العقد. فلم يعد على الدائن الراغب في فسخ العقد، في حال عدم التنفيذ من قبل المدين، أن يلجأ أولاً إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ، وإنما يكون على المدين أن يلجأ إلى القضاء، للمنازعة في قرار الفسخ. فاللجوء إلى القضاء يتوقف - إذاً - على موقف المدين من قرار الفسخ<sup>(٢١١)</sup>.

كذلك، فإن إقرار مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، يعبر عن توجه جديد

---

Ph. Stoffel – Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation (٢٠٨) unilatérale, Dr. et Pat. no. 126, 5/2004, p. 73 et s.; B. Fauvarque – Cosson, La réforme du droit français des contrats: Perspectives comparative, précité, p. 156; Ph Le Tourneau et (autres) Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit. p. 1270.

M. Stork, Résolution judiciaire in, Juris – classeur civil, art. (٢٠٩) 1184 fasc. 10, no 72; C. Chabas, L'inexécution licite du contrat, op. cit. p. 157.

Fauvarque – Cosson (٢١٠)، السابق ذات الموضوع.

Amrani – Mekki (٢١١)، السابق ص ٣٨٠.

في مفهوم الفسخ، يختلف عن ذلك الذي يؤسس عليه الفسخ القضائي. فالفسخ القضائي في حال عدم التنفيذ، تكمن وراءه أبعاد أخلاقية وإنسانية. ويتمثل البعد الأخلاقي في أنه بمقتضى مبدأ القوة الملزمة للعقد، يكون تدخل القاضي ودوره في مجال الفسخ ضرورياً للمحافظة على العقد، والتمكين من تنفيذه، وتفادي أن يستغل الدائن بقرار التحلل من العقد، وربما استغلاله أي قدر من الإخلال من جانب المدين؛ لينقض العقد بإرادته المنفردة. والبعد الإنساني - من ناحية أخرى - يتجسد في أن القاضي بما يملكه من سلطة في منح المدين مهلة للتنفيذ، يأخذ في اعتباره - عند منح هذه المهلة - الصعوبات التي يواجهها هذا المدين، فيمنحه فرصة أخيرة للتنفيذ<sup>(٢١٢)</sup>. في المقابل فإن الفسخ بالإرادة المنفردة، ينطلق من ترجيح اعتبارات أخرى، تقوم على تغليب المنطق الاقتصادي، على ذلك الأخلاقي والإنساني الذي يقوم عليه الفسخ القضائي<sup>(٢١٣)</sup>، وذلك بتمكين الدائن من تصفية حالة عقدية لا يمكن الاستمرار فيها.

الفسخ بالإرادة المنفردة، أي دون تدخل مسبق من القاضي، يندرج تماماً في أفق التوجه الفقهي الذي يرى ضرورة مراعاة الفعالية الاقتصادية للقانون، ويستند - كما يقول بعض الفقه - إلى أنه بفضل استبعاد التدخل القضائي، يكون للدائن ضحية عدم التنفيذ، وبدلاً من انتظار قرار القاضي الذي لا تعرف نتائجه، وتحمل مصاريف هذا التدخل، على نحو يضر بمصالحه، يمكن لهذا الدائن فوراً، أو خلال مدة معقولة، أن يبرم مع شخص من الغير عقداً جديداً، مما يؤدي إلى تجنيبه ضياع الوقت والمال<sup>(٢١٤)</sup>.

(٢١٢) راجع في ذلك:

Ch. Jamin, Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat: trois idéologies en concurrence, précité, p. 72.

(٢١٣) Jamin السابق ص ٧٦، وراجع أيضاً:

J. Rochfeld, La rupture efficace, in Droit et économie des contrats (sous la dir. de Ch. Jamin) LGDJ - Alpha 2009, p. 169 et s. spéci. p. 172.

D. Mazeaud, Durées et ruptures, précité, p. 141.

(٢١٤)

دلالات كثيرة - إذا - يحملها إقرار مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، يجعله يختلف، على نحو واضح، عن مفهوم الفسخ الذي ألفناه تقليدياً.

هذا المبدأ الجديد يحظى الآن بتأييد غالبية الفقه الفرنسي، ولا شك أن وراء ذلك أسباباً تدعو لهذا التأييد، بعد بيانها، نحاول التعرف على إمكانية الأخذ بهذا المبدأ في ظل أحكام القانون المصري.

## الفرع الثاني

### الأسباب الداعية لتأييد الفسخ بالإرادة المنفردة

#### وموقف القانون المصري

ونعرض في هذا الصدد، للأسباب التي تجعل الفسخ بالإرادة المنفردة جديراً بالتأييد، ثم بعد ذلك نتناول إمكانية أعمال هذا الفسخ في القانون المصري.

#### أولاً - أسباب تأييد الفسخ بالإرادة المنفردة

لا شك أن وراء إقرار محكمة النقض الفرنسية، بغرفها المختلفة لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، في حال عدم التنفيذ وتأييد الفقه لذلك، وتزايد أعداد الدول التي تقر تشريعاتها هذا النوع من الفسخ، والتوجه التشريعي في فرنسا نحو إقرار هذا المبدأ في التعديل المرتقب للقانون المدني، ما يؤكد أن لهذا الفسخ من المزايا ما لا يوفرها الفسخ في صورته التقليدية، أي ذلك الفسخ الذي يقع أصلاً بحكم من القاضي<sup>(٢١٥)</sup>.

ومن الأسباب الداعية لتأييد الفسخ بالإرادة المنفردة، يمكن أن نذكر

---

(٢١٥) ربما ذلك ما دعا الفقيه البلجيكي الكبير M. Fontaine للقول بأن "Le contrôle judiciaire a priori de la résolution pour inexécution s'avère très souvent peu compatible avec la gestion efficace d'une crise contractuelle" Rapport de synthèse in, Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 1017 et s. spéci. p. 1058.

ما يلي:

الفسخ بالإرادة المنفردة يساهم في الحد من كثرة الدعاوى القضائية (٢١٦) ، بما يعود بالنفع المؤكد على مرفق العدالة ذاته، فتتحقق بالتالي، من خلال هذا الفسخ، المصلحة العامة.

والملاحظ أن بعض الفقه الفرنسي<sup>(٢١٧)</sup> يعترض على ذلك، ويرى أن الفسخ بالإرادة المنفردة ليس له مثل هذا الأثر؛ ذلك أن رقابة القضاء في هذه الحالة باقية، وإن أصبحت رقابة لاحقة. وبحسب هذا الجانب من الفقه، القول بأن الفسخ بالإرادة المنفردة من شأنه تقليل عدد الدعاوى القضائية، وتخليص القضاء - بالتالي - من كثير من الدعاوى التي لا طائل من ورائها، أمر لم يتم التحقق منه، ويضيف أنه: أياً كان نظام الفسخ المتبع لإنهاء الرابطة العقدية، فإنه يعود دائماً إلى القاضي متى كان الفسخ محلاً للمنازعة، وأن الفرق الوحيد يبدو في، أن تدخل القاضي يكون سابقاً على إنهاء الرابطة في حالة، ولاحقاً على ذلك في حالة أخرى.

الواقع أن محاولة نفي الميزة التي نتناولها هنا عن الفسخ بالإرادة المنفردة يبدو غير مقنع. فلا شك أن الفسخ بالإرادة المنفردة لا يعني إلغاء إمكانية الرجوع إلى القضاء، بقصد المنازعة في الفسخ الذي تم، ولكن من المؤكد أنه يؤدي إلى تخفيض عدد الدعاوى القضائية، مقارنة بالفسخ القضائي. فإذا ما افترضنا - مثلاً - أن عدداً معيناً من الدائنين، يريد فسخ عقودهم لعدم قيام مدينيهم بتنفيذ التزاماتهم، في ظل نظام الفسخ القضائي - وبالفرص - بطبيعة الحال - عدم الاتفاق على شرط فاسخ صريح - يتعين على جميع هؤلاء الدائنين رفع دعاوى قضائية، بعدد هؤلاء الدائنين للمطالبة بالفسخ، في المقابل فإنه في ظل نظام يسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة فقط، فإن المدينيين الذي ينازعون في صحة الفسخ الذي تم، هم الذين سيلجأون إلى القضاء، ولا شك أن هناك فرصة مؤكدة، في أن عدداً غير قليل من المدينيين لن ينازع في الفسخ الذي تم، وتكون المحصلة النهائية - بالتالي -

(٢١٦) Chang، السابق ص ١٤٢.

(٢١٧) Genicon، السابق ص ٤٣٣.

تخفيض عدد الدعاوى، في ظل نظام الفسخ بالإرادة المنفردة عنه في حال  
الفسخ القضائي<sup>(٢١٨)</sup>.

إضافة إلى ما سبق، فإن الفسخ بالإرادة المنفردة يبدو أكثر عدالة،  
بالنسبة للدائن، مقارنة بنظام الفسخ القضائي.

لا شك أن الدائن، إنما يدخل في العلاقة العقدية مع المدين؛ بقصد  
الحصول على مزايا معينة من وراء تعاقد، وإشباع مصالح معينة له من  
وراء هذا التعاقد، وهو لا يتعاقد إلا على أساس توقعه المشروع، بأن ما قطعه  
المدين على نفسه سوف يتم تنفيذه. وبالتالي فإنه حين لا يتم تنفيذ عقد تم  
إبرامه على نحو صحيح، فإن توقع الدائن المشروع، يكون قد خاب،  
وبالتالي، يمكن القول: إنه مما ينافي العدالة أن يلقي على الدائن- وهو ضحية  
لعدم تنفيذ العقد - عبء أن يلجأ إلى القاضي بطلب فسخ العقد، وانتظار  
صدور حكم بالفسخ. لتجنب الدائن مزيداً من الضرر، ولوضع المدين أمام  
مسئوليته، يكون الأولى، والأكثر عدالة، أن يلقي بعبء اللجوء إلى القضاء  
على عاتق المدين، فهو الذي ارتكب الإخلال بالعقد، والذي يسمح بتحقيق هذه  
العدالة هو الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث يكون على المدين أن يلجأ هو إلى  
القضاء، إذا نازع في صحة الفسخ من قبل الدائن. لا شك أن الدائن العادي لا  
يلجأ إلى فسخ العقد إلا إذا كان حصوله على ما يأمله من العقد قد فات بسبب  
عدم التنفيذ من قبل المدين، وبالتالي فإنه إذا كان المدين يرغب في تفادي هذا  
الفسخ، واللجوء إلى القضاء، فما عليه إلا أن ينفذ العقد تنفيذاً صحيحاً، أي  
بحسب ما تم الاتفاق عليه<sup>(٢١٩)</sup>.

وقيل - أيضاً - في مزايا الفسخ بالإرادة المنفردة، أنه يأخذ في  
الاعتبار الواقع العملي، أكثر من الفسخ القضائي، ذلك أن كثيراً من العقود يتم  
فسخها من الناحية العملية من قبل الدائن؛ بسبب عدم قيام المدين بتنفيذ  
التزاماته، ودون تدخل مسبق من القضاء، وإذا كان القضاء في بعض أحكامه  
يُذكر بأن الفسخ يجب أن يطلب من القضاء، فلا يمنع ذلك من أن الفسخ

(٢١٨) راجع في ذلك Chang السابق ذات الموضوع.

(٢١٩) Chang السابق ١٤٣.

القضائي يبقى نادراً، مقارنة بالعدد الهام من حالات الفسخ بالإرادة المنفردة، التي تتم عملياً دون تدخل مسبق من القضاء، ودون إثارة أية صعوبات في الواقع العملي<sup>(٢٢٠)</sup>.

الفسخ بالإرادة المنفردة، هو كذلك أكثر فعالية من الناحية الاقتصادية<sup>(٢٢١)</sup> - مقارنة بالفسخ القضائي. فالدائن في ظل الفسخ القضائي عليه، في حال عدم التنفيذ من قبل المدين، أن يتحلى بقدر هائل من الصبر<sup>(٢٢٢)</sup>، فعليه أن يلجأ إلى القاضي بطلب الحكم بالفسخ، والبقاء فترة - تطول عادة - من الترقب والشك، من الناحية الاقتصادية، فيما يتعلق بمصير العقد الذي لم يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، وذلك إلى أن يصدر حكم القاضي. أما فيما يتعلق بالفسخ بالإرادة المنفردة، فإنه يكون للدائن أن يتخذ قراره فوراً، ومن هذه اللحظة يكون له أن يتعاقد معه آخر، يحقق له الأهداف الاقتصادية، التي أخفق في تحقيقها، من خلال العقد الذي فسخه بإرادته<sup>(٢٢٣)</sup>، إضافة إلى ما يعنيه ذلك من اقتصاد في الوقت والجهد والمال، وهي اعتبارات توجب العلاقات الاقتصادية الآن مراعاتها، وتفرض احترامها مقتضيات النظام الاقتصادي السائد<sup>(٢٢٤)</sup>.

هذا، وعلى الرغم من هذه المزايا التي يحققها الفسخ بالإرادة المنفردة، في حال عدم التنفيذ، فإن بعض الفقه لا يزال يعبر عن تفضيله نظام الفسخ القضائي<sup>(٢٢٥)</sup>، ويرى أن الفسخ بالإرادة المنفردة، ليس له ميزة سوى أنه يراعي في حقيقته مصالح الدائن وحده<sup>(٢٢٦)</sup>. فالفسخ بالإرادة المنفردة،

J. Fischer, Le pouvoir modérateur du juge en droit civil (٢٢٠)  
français, op. cit. p. 166.

- (٢٢١) D. M. zeaud، السابق ذات الموضوع.  
(٢٢٢) Fischer، السابق ذات الموضوع.  
(٢٢٣) Amrani - Mekki السابق ص ٣٨٧.  
(٢٢٤) Fischer، السابق ذات الموضوع.  
(٢٢٥) Genicon، السابق ص ٧٧٦.  
(٢٢٦) السابق ص ٤٢٦ وما بعدها.

بحسب هذا الجانب من الفقه، يتضمن ميزة أساسية تتمثل في تدعيم مصالح الدائن، مقارنة بحالة الفسخ القضائي، حيث يضع، هذا الفسخ، الدائن في مركز قوة، في مواجهة المدين، حال منازعة الأخير في الفسخ الذي تحقق. فالفسخ بالإرادة المنفردة - دائماً بحسب هذا الفقه - يجعل الدائن في مركز متميز، من الناحية القانونية، والناحية الواقعية.

أما من الناحية القانونية، فلأن الفسخ يعتبر قد تم، منذ تاريخ اتخاذ الدائن قرار الفسخ، وليس من تاريخ حكم القاضي، في حال ما إذا نازع المدين في قرار الدائن بالفسخ، بما يترتب على ذلك من نتائج قانونية هامة، أبرزها، أنه يكون للدائن حق استرداد ما قد يكون أداه، تنفيذاً، للعقد منذ تاريخ قراره الفسخ، وكذلك يكون هذا التاريخ هو المعتمد، فيما يتعلق بحقه في الثمار (٢٢٧).

أما من الناحية الواقعية، فإن تمييز الدائن ومراعاة مصالحه يتأتى من أنه في حال منازعة المدين في الفسخ الذي أوقعه الدائن بإرادته المنفردة، يصبح الدائن في مركز قوة في مواجهة القاضي. فالفسخ يكون قد وقع بالفعل، وغالباً ما يكون الدائن قد رتب أوضاعه، على نحو يصعب معه إعادة الحال إلى ما كان عليه، قبل قرار الفسخ، إذا ما رغب القاضي في اعتبار الفسخ كأن لم يكن، والحكم باستمرار العلاقة العقدية نتيجة ما ارتأه من أن الفسخ الذي أوقعه الدائن لم يكن مبرراً، وبالتالي فلن يكون أمام القاضي إلا الرضوخ للأمر الواقع، الذي أنشأه الدائن بإرادته. فلن يحكم إلا بالتعويض، وبمعنى آخر، يقول الفقه الذي نعرض له، يكون الدائن بقرار الفسخ، قد حدد هو مصير العلاقة العقدية بصفة نهائية (٢٢٨).

لذلك يرى هذا الجانب من الفقه أن الحديث عن الفعالية الاقتصادية للفسخ بالإرادة المنفردة ليس حقيقياً، فلا يزال للقاضي دور يمارسه - وإن

(٢٢٧) Genicon، السابق ص ٤٣٦ - ٤٣٧.  
(٢٢٨) وقد سبق الرد على ذلك، وراجع ماسيلي بشأن جزاء الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر.



كان لاحقاً للفسخ - والدعوى يترتب عليها مصروفات<sup>(٢٢٩)</sup>، وبالتالي فإن الفرق الحقيقي بين الفسخ القضائي، والفسخ بالإرادة المنفردة، لا يكون إلا في مزاعة مصلحة الدائن في النوع الأخير من الفسخ، وتغليب مصلحته على مصلحة المدين<sup>(٢٣٠)</sup>.

ونعتقد أن ما يأخذه هذا الجانب من الفقه، على نظام الفسخ بالإرادة المنفردة من أنه يحقق مصلحة الدائن وحده، هو في الواقع تعبير عن تخوف من هذا الفسخ، وما قد يتضمنه من احتمال التعسف من قبل الدائن، في اتخاذ قراره بفسخ العقد، وانتهاز فرصة أي تقصير من قبل المدين؛ لإنهاء العلاقة العقدية، أكثر من كونه انتقاداً لنظام الفسخ بالإرادة المنفردة في ذاته. فإذا كان احتمال التعسف من قبل الدائن فرضاً لا يمكن إنكاره، فإن معالجة ذلك، إنما تكون من خلال وضع ضوابط مُحكّمة لإعمال هذا الفسخ. ولكن هذه مسألة أخرى، تتعدى الفسخ بالإرادة المنفردة في ذاته إلى ضوابط إعماله. من خلال ضوابط إعمال هذا الفسخ، يمكن في الواقع التوصل إلى التوفيق بين مصلحة الدائن من ناحية، ومصلحة المدين من ناحية أخرى، وبالتالي يكون من الصعب الأخذ على هذا النظام، أنه يحقق مصلحة الدائن وحده، فهو لا شك يرعى مصلحة الدائن، وربما يتفادى بعض ما يأخذ على الفسخ القضائي من هذه الناحية، ولكن هذا الفسخ لا يهمل جانب المدين، فهو يرى مصالحه - أيضاً - من خلال الشروط المتطلبة لإعماله، وضوابط هذا الإعمال، وهذا في الواقع، ما سنحاول إيضاحه من خلال تناولنا لاحقاً لهذه الضوابط.

ولعله قد اتضح مما تقدم، انحيازنا لتأييد الفسخ بالإرادة المنفردة لما له من مزايا لا تتحقق من خلال الفسخ القضائي، وهذا ما يقتضى منا أن نعرض لإمكانية هذا الفسخ، في ظل أحكام القانون المصري. وهذا ما ننتقل لمعالجته فيما يلي.

(٢٢٩) السابق ص ٤٣٧.

(٢٣٠) السابق ذات الموضوع.

## ثانياً - موقف القانون المصري

إذا كانت المزايا التي يحققها الفسخ بالإرادة المنفردة، تدفعنا للتساؤل عن فرص أعمال هذا الفسخ، في ظل أحكام القانون المصري، فما يدفعنا لطرح هذا التساؤل - أيضاً - هو الزيادة الواضحة في عدد الدول، التي تبنت تشريعاتها هذا الفسخ، وكذا التوجه التشريعي نحو إقرار هذا الفسخ في القانون الفرنسي، كل ذلك يبرر التساؤل المطروح، لمعرفة مدى إمكانية تطويع أحكام القانون بشأن الفسخ؛ لتتوافق مع هذا التطور الجديد في نظام فسخ العقد، في حال الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد.

التساؤل المطروح له مقترضات بديهية، فلا شك أن القانون المصري في تنظيمه لأحكام الفسخ، التزم منهج المشرع الفرنسي، من ناحية اعتباره أن الأصل في الفسخ، أنه لا يكون إلا بحكم من القضاء.

كما أن العقوبات التي يمكن أن تثار في مواجهة الفسخ بالإرادة المنفردة، هي ذاتها في القانون المصري، ونقصد بذلك بصفة خاصة مبدأ القوة الملزمة للعقد، وقد رأينا فيما سبق القراءات الجديدة لهذا المبدأ ومحاولات تطويعه، على نحو يسمح باستيعاب إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة. إضافة إلى ذلك، فإنه في كلا القانونين، المصري والفرنسي، فإن فسخ العقد عن طريق القضاء، يستلزم أن يكون الإخلال الذي وقع من المدين، على قدر كاف من الجسامه.

من هنا يبدو طبيعياً، التساؤل عن إمكانية تقبل التطور الذي انتهى إليه القضاء الفرنسي، في ظل أحكام القانون المصري.

الواقع أن محاولة الإجابة على هذا التساؤل تبدو أمراً ليس باليسير، في ظل ندرة أحكام القضاء المتاحة في هذا الخصوص. ولكن - وعلى الرغم من ذلك - يمكننا تلمس عناصر الإجابة على التساؤل المطروح، من خلال المتاح من أحكام القضاء، وآراء الفقه التي تناولت هذا

الموضوع، وربما في نصوص القانون المدني - أيضاً - ما يعين على الإجابة على تساؤلنا.

أما من ناحية الفقه فالملاحظ تأييده للحالات الاستثنائية، التي قبل فيها القضاء الفرنسي الفسخ بالإرادة المنفردة، في ظل الأصل القضائي للفسخ. بمعنى آخر، فإن الفقه المصري يعرض للفسخ القضائي باعتباره هو الأصل، ويرى أن هذا الأصل يرد عليه استثناءات، يكون فيها للدائن أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة.

وفي هذا يقول بعض الفقه<sup>(٢٣١)</sup>: إنه وإذا كان الأصل أن الفسخ لا يقع إلا بحكم القضاء .... فإنه" في العقود التي تنشئ علاقات شخصية بين المتعاقدين، كعقد العمل، يجوز للمتعاقد اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى الرجوع إلى القضاء؛ لمجرد إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه ... "ويضيف أن القضاء يجيز - أيضاً - فسخ العقد دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، في الحالات التي يكون من شأن الإخلال بالتزام وقوع ضرر يصعب تعويضه أو تداركه ..... ومن البديهي أنه لا يعقل إلزام المدين في هذه الحالة بالالتجاء إلى القضاء لفسخ العقد".

وبالنسبة للبعض الآخر<sup>(٢٣٢)</sup> "يمكن القول بوجه عام، إنه في حالات الاستعجال، إذا كان من شأن استبقاء العقد إلى حين صدور حكم قضائي بفسخه، أن يصاب الدائن بضرر لا يمكن تداركه بعد ذلك يكون للدائن أن يستقل بالفسخ".

وعند البعض الآخر، فإنه إذا كان الأصل أن الفسخ لا يقع بقوة القانون لمجرد حصول الإخلال بالتزام العقدي، بل لا بد أن يتفق عليه

---

(٢٣١) البدر اوي، السابق ص ٥٠٠ - ٥٠٢، وانظر أيضاً في هذا المعنى، رمضان أبو السعود، السابق ص ٢٩٤، د. مصطفى عدوى، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، سابق الإشارة إليه ص ٤٢٩، الجارحي، السابق ص ١١٩.

(٢٣٢) إسماعيل غانم، السابق ص ٣٣١، وانظر - أيضاً - الأهواني، مصادر الالتزام، ص ٤٢١، محمد حسين منصور، الوجيز في مصادر الالتزام، سابق الإشارة إليه ص ٢٤٠، د. أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف ٢٠٠٤ ص ٢٦٠، مصطفى الجمال السابق ص ٢٥٧.

المتعاقدان أو أن يصدر به حكم من القاضي، فإن هناك حالات يكون فيها للمتعاقد الحق في اعتبار العقد مفسوخاً، دون أن يستصدر حكماً بالفسخ "على أساس أنه حيث لا تتوافر الحكمة من ضرورة استصدار حكم بالفسخ، فإنه لا يكون هناك مبرر للتمسك بهذا الحكم"<sup>(٢٣٣)</sup>.

أما عن الحالات التي يمكن فيها للدائن أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، فهي - بحسب هذا الجانب من الفقه<sup>(٢٣٤)</sup> - ثلاث، الأولى: إذا كان إخلال المدين بالتزامه باتاً ونهائياً، بحيث ترتب عليه تخلف الغرض المقصود من العقد، وأصبح غير ممكن إزالة أثر المخالفة. والثانية: إذا كان انتظار صدور حكم بالفسخ، من شأنه أن يلحق بالدائن ضرراً بالغاً<sup>(٢٣٥)</sup>، والثالثة: هي حالة إخلال المتعاقد بالتزامه بوجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد. وفي تبرير هذه الحالات التي يكون فيها للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة - أي دون رجوع إلى القضاء لاستصدار حكم منه بالفسخ - يرى هذا الجانب من الفقه أنه في الحالة الأولى، إذا ما طلب الفسخ من القاضي فلا يمكنه رفضه، أو إهمال المدين للوفاء، وأن قيام المدين بالتنفيذ من تلقاء نفسه غير مجد؛ لعدم إمكان إزالة المخالفة التي وقعت بالفعل، أما الحالة الثانية، فيبررها حالة الضرورة التي تستدعي التجاوز عن الحصول على حكم، والسماح للدائن باقتضاء حقه بنفسه، والحالة الثالثة، تجد مبررها في أن التمسك بضرورة استصدار حكم بالفسخ من القضاء هو نوع "من الحماية القضائية لا يفرضها المشرع إلا على المتعاقد حسن النية، بحيث إنه إذا أخل أحد المتعاقدين بمبدأ حسن النية، لم يكن له أن يتمسك في مواجهة الآخر، بضرورة استصدار حكم بالفسخ، بل يكون لهذا الأخير، اعتبار العقد مفسوخاً دون حاجة إلى حكم ....."<sup>(٢٣٦)</sup>.

من خلال ما تقدم من كتابات لشراح القانون المدني المصري يمكن

ملاحظة الآتي:

(٢٣٣) لبيب شنب، السابق ص ١٥٧.

(٢٣٤) لبيب شنب، السابق ص ١٥٧ وما بعدها.

(٢٣٥) حمدي عبد الرحمن، السابق ص ٦٢٩، بهجت بدوي، السابق ص ٤٨٦.

(٢٣٦) لبيب شنب، السابق ص ١٦١، وما بعدها.

أولاً: أن القاضي لا يحتكر قرار فسخ العقد في حال عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية، بل إن هناك حالات يمكن للدائن فيها أن يتخذ قرار الفسخ، دون أن يعتبر ذلك خطأ من جانبه.

ثانياً: إن الحالات التي يعرض لها الفقه، إنما يتناولها باعتبارها استثناءات من الأصل العام، وهو الفسخ القضائي.

ثالثاً: إنه على الرغم من تأكيد الفقه على إبراز الطابع الاستثنائي لهذه الحالات، التي يستقل فيها الدائن بفسخ العقد، دون رجوع إلى القضاء، فالملاحظ على هذه الحالات، أنها من سعة في المضمون، بحيث يصعب القول بأنها مجرد حالات استثنائية، بل تُرجح الاعتقاد باعتبارها تتدرج ضمن مبدأ عام - يوازي مبدأ الفسخ القضائي - يخول الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، دون انتظار استصدار حكم من القضاء بالفسخ، متى تبين أن الإخلال بالالتزامات العقدية من قبل المدين، قد بلغ حداً لا يجعل هناك من مبرر لأن يُستصدر حكم من القضاء بالفسخ، ذلك أن إلزام الدائن باللجوء إلى القاضي، في مثل هذه الحالات، يكون من أجل هذا اللجوء فقط، بمعنى أنه في مثل هذه الحالات - وكما يؤكد بحق بعض الفقه<sup>(٢٣٧)</sup> - تنتقي الحكمة من ضرورة استصدار حكم بالفسخ.

رابعاً: ومن خلال ما تقدم، يمكن القول كذلك، بأن الحالات التي يؤدي فيها الفقه المصري، إمكان فسخ العقد بالإرادة المنفردة للدائن، تتسع في مجملها، لتشمل تلك التي أقر فيها القضاء الفرنسي الحديث للدائن، أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، والذي أكد الفقه هناك أنه يكرس مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة. فهذه الحالات، رغم تنوع صياغاتها، يربط بينها أن عدم تنفيذ موصوف، أي على قدر من الجسامة، يبرر مثل هذا الفسخ، وذلك سواء تم التعبير عن ذلك، بفوات غرض الدائن من التعاقد، أو من خلال القول بأن انتظار حكم من القاضي بالفسخ، من شأنه إلحاق ضرر بالغ بالدائن، أو القول - أيضاً - بإخلال المتعاقد بالتزامه، بوجوب مراعاة حسن النية، فهذه الحالات هي - وبحسب اعتقادنا - ما عبر عنه القضاء الفرنسي الحديث

(٢٣٧) لبيب شنب، السابق ص ١٥٧.

- والسابق تناوله - بالإخلال الجسيم الناشئ عن العقد manquement grave aux obligations nées du contrat أو جسامة مسلك المتعاقد ' gravité du comportement يعكس بالضرورة، إخلالاً جسيماً بالالتزامات الناشئة عن العقد.

إذا كان ما سبق من أقوال شراح القانون المدني المصري، يجعلنا نميل إلى ترجيح، أنه في هذه الأقوال، ما يؤدي إلى استيعاب المبدأ الذي أقره القضاء الفرنسي الحديث، بشأن الفسخ بالإرادة المنفردة، فإن في أحكام القضاء المصري - رغم ندرتها - ما يمكن - أيضاً - أن يرجح ما نعتقده.

في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٣٩/١٢/٢١<sup>(٢٣٨)</sup>، قضت هذه المحكمة، بأنه: إذا لم يقدّم أحد العاقدين بالتزامه، كان للأخر ألا يوفي بالتزامه، من غير حاجة إلى تنبيه رسمي، أو إلى حكم بالفسخ، إذا كان التزام كل منهما مقابل التزام الآخر.

كان الأمر في هذه الدعوى، وعلى ما يتبين مما هو منشور منه، يتعلق بعقد تم بين بنك التسليف (الدائن) ومدين له، تعهد بمقتضاه الأخير بأن يسدد إلى البنك مطلوبه على أقسام، وبأن يقدم له عقاراً بصفة رهن، تأميناً للسداد، وذلك مقابل تعهد البنك برفع الحجزين السابق توقيعهما على منقولات المدين وعقاراته، متى تبين بعد حصول الرهن، وقيده، واستخراج الشهادات العقارية، عدم وجود أي حق عيني مقدم.

وعلى ما يتبين مما نشر من هذا الحكم، فإن المدين لم يقدم التأمين المتفق عليه، بالشروط المنصوص عليها في العقد المبرم بينه وبين البنك، وقد تبينت محكمة الموضوع عدم نية المدين في تقديم التأمين من خطاب صادر منه، فقضت بعدم ارتباط البنك بالتقسيط، وبأحققته في الاستمرار في التنفيذ بدينه على المنقولات والعقارات، دون أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء.

(٢٣٨) نقض مدني ١٩٣٩/١٢/٢١، مجموعة عمر، الجزء الثالث ص ٣٦، أورده أيضاً، لبيب شنب، السابق ص ١٥٩ - ١٦٠.

(١٦٢) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠.

اعتبرت محكمة النقض ما قضت به المحكمة غير مخالف للقانون، وقضت بقضائها السابق ذكره.

هنا - في الواقع - تكون محكمة النقض قد أقرت الدائن (البنك) على فسخه العقد المبرم بينه وبين عميله (المدين) بإرادته المنفردة، وذلك نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الأساسي، الناشئ عن العقد المبرم بين الطرفين. فإخلال المدين بالتزامه كان - إذا - إخلالاً جسيماً وذلك - حسب ما نعتقه صواباً - هو الذي جعل المحكمة، تقر الدائن على قيامه بفسخ العقد بإرادته المنفردة.

وفي حكم آخر قضت نفس المحكمة، بأنه إذا كان البائع قد تصرف في جزء من الأطنان المبيعة، أثناء نظر دعوى الفسخ التي أقامها لعدم وفاء المشتري بالثمن، وتمسك المشتري في دفع الدعوى، بأن البائع لا يحق له طلب الفسخ، بعد أن تصرف في جزء من الأطنان المبيعة، وكانت المحكمة إذ قضت بالفسخ، أقامت قضاءها على أن البائع كان معذوراً في التصرف في بعض الأطنان، بعد أن ينس من وفاء المشتري بالتزاماته فإنها لا تكون بذلك قد خالفت القانون، إذا اعتبرت أن المتسبب في فسخ العقد، هو المشتري دون البائع<sup>(٢٣٩)</sup>.

واضح من هذا الحكم، أنه إذا كانت المحكمة قد أقرت تصرف البائع في جزء من المبيع، أثناء نظر دعوى الفسخ التي رفعها على المشتري، فإنها بذلك تكون قد أقرت الفسخ الذي أوقعه بإرادته المنفردة، واعتبرت ذلك مبرراً من ناحيته؛ نتيجة مسلك المشتري الذي أدى إلى يأس البائع من حصوله على الثمن. لا شك أن مسلك المشتري هنا كان على قدر من الجسامه انعكس - بطبيعة الحال - إخلالاً جسيماً بالتزامه تجاه الدائن. كان المحكمة هنا تريد القول بأن: جسامه مسلك المدين - الذي يكون من نتيجته إخلال جسيم بالتزاماته - يكون مبرراً للدائن لفسخ العقد بإرادته المنفردة. وهنا نكاد نلمح

(٢٣٩) نقض مدني ١٩٥٢/٣/٦ مج ٣ ص ٦٤٠، أورده - أيضاً - لبيب شنب، السابق ص ١٦٠، المستشار السيد خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار الفكر القانوني، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠ ص ٧٨٦.

ما جاء بحكم محكمة النقض الفرنسية لعام ١٩٩٨، الذي افتتحت به أحكامها، التي أقرت مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك حين قضت بأن جسامة مسلك أحد المتعاقدين، تبرر للمتعاقد الآخر فسخ العقد بإرادته المنفردة؛ لذلك نعتقد أن أحكام محكمة النقض المصرية - على ندرتها فيما يتعلق بموضوع البحث هنا - تساير في مضمونها ذات ما اعتبرته محكمة النقض الفرنسية - حديثاً - مبدأ عاماً.

هذا وإذا كان قضاء محكمة النقض الفرنسية، في إقراره مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة للدائن، في حال عدم التنفيذ، ليس بغريب عن منطق قضاء محكمة النقض المصرية، وأنه يلتقي - أيضاً - مع آراء جانب هام من الفقه المصري، فيبقى لنا في هذا الصدد، محاولة تلمس موقف القانون المصري، من خلال نصوص القانون المدني ذات الصلة.

ونقصد من هذه النصوص بصفة خاصة، نص المادة ١٥٩ من القانون المدني، والتي جاء بها أنه "في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه".

وبحسب هذا النص، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا، فإن هذه الاستحالة تؤدي إلى انقضائه، ويؤدي ذلك إلى انقضاء الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد تلقائياً وبقوة القانون.

ويرى غالبية الفقهاء<sup>(٢٤٠)</sup>، أن المقصود بالاستحالة التي تؤدي إلى انفساخ العقد تلقائياً هي الاستحالة الراجعة إلى سبب أجنبي، لا يد للمدين فيه.

في المقابل ذهب بعض الفقه<sup>(٢٤١)</sup> إلى أن الاستحالة في هذا الصدد لا تقتصر في معناها على استحالة التنفيذ بسبب أجنبي، بل تشمل - أيضاً - استحالة تنفيذ الالتزام، على النحو الذي يحقق غرض الدائن الذي حفزه على

(٢٤٠) انظر على سبيل المثال، السنهوري الجزء الأول، سابق الإشارة إليه، ص ٧٢٤، البدرأوي، مصادر الالتزام، سابق الإشارة إليه، ص ٥١٠، حمدي عبد الرحمن، السابق ص ٦٣٠، الصده، مصادر الالتزام، سابق الإشارة إليه، ص ٤٤٠.  
(٢٤١) بهجت بدوي، السابق ص ٤٨٣.



التعاقد، واستحالة تنفيذ الالتزام عيناً بحسب هذا الفقه" ليست تتحقق فقط في حال عدم إمكان القيام به مطلقاً، بل تتحقق متى لوحظ في الالتزام أن ينفذه المدين بشخصه، وامتنع المدين عن التنفيذ مع قدرته عليه، بل هي تتحقق حتى ولو أمكن قيام المدين بتنفيذ الالتزام، ولكن بعد الميعاد أو على خلاف الوجه المتفق عليه، أو بجزء منه دون الجزء الآخر، متى تبين أن القيام به متأخراً، أو على غير الوجه الدقيق المتفق عليه، أو بجزئه دون كله، لا تحقق غرض المتعاقد" (٢٤٢).

ويضيف هذا الجانب من الفقه، أن "العبرة باستحالة تنفيذ التزام المدين. وليس بذي شأن، أن تكون هذه الاستحالة بسبب تقصير المدين، أو بسبب قوة قاهرة. في الحالتين المفروض انقضاء الالتزام المقابل، وفسخ العقد. أما الفرق بين الصورتين، فقد يكون في حق الدائن في التعويض الذي لا يتقرر، إلا عندما تكون استحالة الوفاء بتقصير المدين" (٢٤٣).

بحسب هذا الفقه - إذا - لا فرق من حيث الطبيعة، بين الفسخ لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبي، والفسخ لعدم التنفيذ ... "كلاهما في الحقيقة، فسخ لاستحالة التنفيذ ...." (٢٤٤).

السير في منطق هذا الرأي - الذي نؤيده - وأخذاً بمفهومه الموسع للاستحالة، يؤدي - في اعتقادنا - إلى جواز القياس على حكم المادة ١٥٩ مدني، في حال ما إذا كان عدم تنفيذ الالتزام من قبل المدين يعد إخلالاً جسيماً بالتزاماته، وذلك من ناحية الأثر المترتب على الاستحالة، أي من ناحية عدم الحاجة إلى حكم القاضي بالفسخ، وبالتالي يكون جائزاً للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة.

إذا كان الأمر كذلك، فإن من شأن التفسير السابق أن يؤدي بنا إلى القول بأن: في بعض نصوص القانون المدني المصري ما يؤيد - أيضاً -

---

(٢٤٢) السابق ص ٤٨٢ (مع مراعاة أن ما قيل به في هذا الصدد كان في ظل أحكام القانون المدني القديم).  
(٢٤٣) السابق ذات الموضوع.  
(٢٤٤) السابق ص ٤٨٣.

إمكانية أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، ويكفي في ذلك الأخذ بمفهوم موسع لاستحالة التنفيذ، وبالتالي أعمال القياس على حكم المادة ١٥٩ من القانون المدني المصري.

هذا وإذا كان قضاء محكمة النقض الفرنسية الحديث، في إقراره مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، ليس بغريب عن منطق قضاء محكمة النقض المصرية، وفي نصوص القانون المصري ما يمكن أن يؤدي إلى اعتماد هذا القضاء، إذا ما تم تفسير هذه النصوص على نحو ما سبق، وحاولنا بيانه فيما تقدم، فلا شك أن مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، لا يخلو من مخاطر، تتمثل بصفة أساسية في إمكانية التعسف، الذي يمكن أن يأتي من ناحية الدائن في اتخاذه قرار الفسخ، على نحو يؤدي إلى التضحية بمصالح المدين. لذلك فإنه إذا كان الاعتراف بوجود مبدأ حقيقي للفسخ بالإرادة المنفردة له من المزايا العديد - على نحو ما سبق بيانه - فإنه من الضروري البحث عن ضوابط أعماله، والتي من خلالها يمكن الأخذ بعين الاعتبار مصالح المدين، عند أعمال هذا الفسخ، وتحول دون إمكانية التعسف من قبل الدائن، ليتحقق من خلال هذه الضوابط، التوفيق بين مصالح أطراف العلاقة العقدية.

دراسة هذه الضوابط هي موضوع المبحث الثاني من هذا البحث.

## المبحث الثاني

### ضوابط أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة

رأينا في المبحث الأول من هذه الدراسة، أن مبدأ جديداً يقر بإمكانية فسخ العقد بإرادة الدائن المنفردة، كرسه القضاء الفرنسي، متجاوزاً بذلك الحالات الاستثنائية، التي قبل فيها الفقه والقضاء - سابقاً - بإمكانية إيقاع الفسخ بإرادة الدائن المنفردة، في حال عدم التنفيذ من قبل المدين.

هذا المبدأ لم يقتصر قبوله على القضاء الفرنسي، وإنما رأينا اتساع دائرة التشريعات الوطنية التي أخذت به، وكذلك الاتفاقيات الدولية، كما لاحظنا - أيضاً - إمكانية أعمال هذا المبدأ في ظل أحكام

القانون المصري، وذلك من خلال اعتماد تفسير معين لنصوص القانون المدني ذات الصلة.

وقد لاحظنا، فيما سبق - أيضاً - أنه على الرغم من المزايا العديدة التي يوفرها الفسخ بالإرادة المنفردة، والتي تكمن وراء ذبوعه الآن، فإن هناك مخاوفاً وهواجساً كثيرة يثيرها هذا النوع من الفسخ، يجمع بينها أن هذا الطريق للفسخ، قد يفتح باباً واسعاً أمام الدائن للتعسف في اتخاذ قراره بالفسخ متعللاً في ذلك بأي إخلال من قبل المدين، مهما كان ضئيلاً، أو قليل الأهمية، وما يترتب على ذلك من الإضرار بمصالح المدين.

لكن ذكرنا فيما سلف، أن الأمر فيما يتعلق بهذه المخاوف، إنما يعني ضرورة البحث عن ضوابط أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، والتي من خلالها يمكن التوفيق بين المصالح المتعارضة، مصالح الدائن في التخلص من عقد لم يحقق له ما كان يرغب فيه من ناحية، ومصالح المدين في الإبقاء على العقد، واستمرار الرابطة العقدية من ناحية أخرى.

من خلال بيان ضوابط أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، يمكن أن يتضح النظام القانوني للفسخ بالإرادة المنفردة، والذي من خلاله يمكن تحقيق التوفيق بين المصالح المذكورة، والتوصل إلى نقطة التوازن بين مصالح الطرفين في العلاقة العقدية.

والواقع، أنه إذا كان القضاء الفرنسي قد أقر إمكانية قيام الدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة في حال عدم تنفيذ العقد، فالملاحظ أن هذا الفسخ لم يتم تنظيمه تشريعياً، سواء في القانون الفرنسي أو المصري، لذلك فإن محاولة البحث عن ضوابط أعمال هذا الفسخ، ستنبص بصفة أساسية على ما يمكن استخلاصه في هذا الشأن، من أحكام القضاء السابق بينها، والتي كرسنا مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وفي ضوء التجارب التشريعية التي سبقت إلى تكريس هذا المبدأ، وكذلك، وبطبيعة الحال، على هدى من القواعد العامة، والنصوص المقترحة لتعديل القانون المدني الفرنسي.

على ضوء ذلك كله، يمكن تناول ضوابط أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، من خلال بيان شروط الفسخ بالإرادة المنفردة

(المطلب الأول)، والرقابة القضائية على هذا الفسخ (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### شروط الفسخ بالإرادة المنفردة

بحسب ما اتضح لنا، من خلال عرض قضاء محكمة النقض الفرنسية، الذي أقر بمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وبصفة خاصة القضاء الصادر عن غرفتها المدنية في العام ١٩٩٨، فإن إمكانية هذا الفسخ تقتضي توافر شرط هام، عبرت عنه المحكمة في قضائها الصادر عنها في العام المذكور بقولها: إن المسلك الجسيم *comportement grave* لأحد المتعاقدين، يبرر للأخر أن ينهي العقد. ومؤدى ذلك أنه - بحسب هذا القضاء - يشترط حتى يكون مبرراً للدائن، أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، أي دون حاجة للالتجاء إلى القضاء، أن يكون هناك مسلك جسيم من قبل المدين.

هذا، وإذا كانت الصياغة المستخدمة من قبل محكمة النقض الفرنسية بشأن إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، قد تغيرت في أحكامها اللاحقة، فالواضح - وفيما يخص ما نحن بصدده هنا - أن جميع هذه الأحكام قد اكتفت بتحديد شرط واحد، للسماح بفسخ العقد بالإرادة المنفردة، هو شرط موضوعي، عبرت عنه المحكمة، في حكمها الصادر في العام ١٩٩٨، بأنه المسلك الجسيم من قبل المدين.

إذا كانت أحكام القضاء السابقة لم تصرح بغير هذا الشرط، لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة في حال عدم التنفيذ، فإنه استلهاماً لما جاء بالتشريعات الأجنبية، التي أقرت مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وكذلك ما جاء بالتشريعات الدولية في هذا الصدد، ذهب الفقه إلى ضرورة أن يحاط إعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، بمجموعة أخرى من الشروط الإجرائية أو الشكلية؛ وذلك بهدف توفير القدر اللازم من الحماية لمصالح المدين، في مواجهة قرار الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، دون اللجوء إلى القضاء، وهذا في الواقع، ما أكدت عليه كذلك مشروعات القوانين المطروحة الآن، لتعديل القانون المدني الفرنسي.

على هدى ما تقدم، فإن تناولنا لشروط الفسخ بالإرادة المنفردة، سيكون من خلال عرض شروطه الموضوعية من ناحية، والقيود الإجرائية لممارسته من ناحية أخرى.

## الفرع الأول

### الشروط الموضوعية للفسخ بالإرادة المنفردة

من خلال العرض السابق لقضاء محكمة النقض الفرنسية، تبين لنا أن هذا القضاء، وبصفة خاصة الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لهذه المحكمة - وكما أسلفنا - أن هناك شرطاً موضوعياً واحداً فرضه هذا القضاء، لإمكان قيام الدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة، يتمثل في مسلك جسيم *comportement grave* من قبل المدين. بحسب هذا القضاء - إذا - يكفي هذا المسلك الجسيم الذي يقترفه المدين؛ ليكون للدائن حق في فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء.

وقد رأينا من خلال عرض هذا القضاء - أيضاً - أن محكمة النقض تراقب توافر هذا الشرط، لدى قضاة الموضوع، حيث نقضت هذه المحكمة الكثير من أحكام الاستئناف لتخالف السند القانوني، وذلك من ناحية عدم قيام قضاء الموضوع، ببيان ما يعتبر مسلكاً على قدر من الجسامه من قبل المدين، يبرر للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة<sup>(٢٤٥)</sup>.

وعلى الرغم من الأهمية القانونية لمصطلح المسلك الجسيم، ورقابة محكمة النقض لمدى توافره، باعتباره شرطاً للفسخ بالإرادة المنفردة، فالملاحظ، أن هذا المصطلح أثار تساؤلاً هاماً، حول حقيقة المقصود به، وكيفية تقديره. فهل يتم تقدير هذا المسلك تقديراً شخصياً، أم يؤخذ في هذا الصدد بالتقدير الموضوعي؟ كان ذلك محلاً لاختلاف الفقه. فالمصطلح الذي استخدمته محكمة النقض، يمكن في الواقع النظر إليه من خلال مفهوم أو تفسير شخصي، ويحتمل - أيضاً - أن ينظر إليه من منظور

(٢٤٥) انظر على سبيل المثال نقض مدني فرنسي ٢٠٠١/٢/٢٠ سابق الإشارة إليه.

موضوعي. وبمعنى آخر، فإن هذا المصطلح يمكن فهمه على أنه يقصد به تقييم مسلك المدين، كما يمكن النظر إليه، باعتبار أنه يهدف إلى تقييم الجسامة الموضوعية للخطر أو الضرر، الذي يلحقه هذا المسلك بحسن تنفيذ العلاقة العقدية.

على الرغم من هذا الاختلاف، فالملاحظ أن عدم ملاءمة التقدير الشخصي في هذا الصدد، أدى إلى ترجيح الفقه للتقدير الموضوعي، وإضافة إلى ذلك، يمكن القول بأن هذا التقدير الموضوعي تتضمن الأحكام القضائية الحديثة ما يبرحه، كما أن ذلك - أيضاً - هو ما تفصح عنه التشريعات التي اعتمدت الفسخ بالإرادة المنفردة، وكذلك توجهات المشرع الفرنسي، التي تم التعبير عنها من خلال مشروعات القوانين المعدة حالياً؛ تمهيداً لتعديل القانون المدني.

وعلى ذلك نعرض فيما يلي للخلاف الفقهي حول جسامة مسلك المدين بين التقدير الشخصي، والتقدير الموضوعي، ثم ترجيح التقدير الموضوعي، لتبيين بعد ذلك، موقف مشروع كاتالا، ومشروع وزارة العدل الفرنسية، في هذا الخصوص.

### أولاً - جسامة مسلك المدين بين التقدير الشخصي والتقدير الموضوعي

أشرنا فيما تقدم، إلى أن المصطلح الذي استخدم من قبل محكمة النقض الفرنسية، والذي يعتبر الشرط الوحيد الذي وضعت هذه المحكمة، لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة، يحتمل النظر إليه من خلال مقارنة شخصية، مفادها أن مسلك المدين، إذا بلغ حداً من الجسامة، يكفي في ذاته لتوافر شرط الفسخ بالإرادة المنفردة، بما يعني أن ينصب البحث في هذا المسلك في ذاته، دون النظر في نتائجه. وفي المقابل فإن هذا الشرط يمكن تناوله من خلال مقارنة موضوعية، بحيث ينظر إلى جسامة النتائج المترتبة على هذا المسلك.

والمواقع، أن التقدير الشخصي للشرط الذي وضعت المحكمة، وبخاصة في حكمها المبدئي، الصادر عن غرفتها المدنية في العام ١٩٩٨، يبدو له ما يبرره. فلا شك أن قول محكمة النقض بالمسلك

الجسيم للمدين، وليس الإخلال الجسيم *manquement grave* يرجح هذا التقدير الشخصي<sup>(٢٤٦)</sup>

إضافة إلى ذلك، فإن المصطلح المستخدم من قبل المحكمة، يوحي بأن ما يؤخذ في الاعتبار هو خطأ المدين، وبالتالي يمكن القول بأن المسلك الجسيم لأحد المتعاقدين، ما هو إلا خطأ جسيم ارتكبه المدين يجعل الفسخ بإرادة الدائن أمراً مبرراً<sup>(٢٤٧)</sup>، بحيث يمكن القول بأن: الفسخ بالإرادة المنفردة يكون هنا جزءاً مسلك أحد المتعاقدين، بصرف النظر عن نتائج هذا المسلك، بشأن الالتزامات الناشئة عن العقد، مما يعني أن عمل القاضي - في حال تدخله بشأن الفسخ الذي وقع بإرادة الدائن - ينصب بصفة أساسية على تقدير مسلك المدين، وليس النتيجة التي يمكن أن تترتب على هذا المسلك<sup>(٢٤٨)</sup>

إضافة إلى ما تقدم - أيضاً - فالملاحظ أن القضاء التقليدي، الذي سمح بالفسخ بالإرادة المنفردة في إطاره الاستثنائي السابق بيانه، ليس ببعيد عن هذا التقييم لمسلك المدين، فطرد المشاهد الذي أثار الشغب أثناء العرض المسرحي، كان مبرره حالة الاستعجال، وضرورة تفادي الخطر الداهم الذي يمكن أن يترتب على ذلك، ولكن هنا - أيضاً - مسلك خاطئ في ذاته من قبل

(٢٤٦) راجع في ذلك Amrani - Mekki السابق ص ٣٨٣.  
Ph. Stoffel - Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation,<sup>(٢٤٧)</sup>  
unilatérale précité, spéci p. 72.

Ch. Lachieze, Notion de comportement grave de nature à justifier la rupture unilatérale du contrat, précité, spéci p. 1279.

حيث يقول:

"En fixant comme critère "la gravité du comportement" et non "la gravité du manquement" comme dans la résolution judiciaire, la cour de cassation semble bien inviter à une appréciation subjective. La référence au comportement renvoie à un manquement de nature morale, c'est à dire à la mauvaise foi ou à la déloyauté du débiteur".

كما أن الإنهاء الفوري لعقد الطبيب، الذي دخل المستشفى التي يعمل بها في حالة سكر، كان مبرره ضرراً محتملاً، وليس بالضرورة حالة الاستعجال التي تبرر هذا الإنهاء، ولكن من المؤكد أن هناك خطأ جسيماً ارتكبه هذا الطبيب، وإخلاقاً بأخلاقيات مهنته<sup>(٢٥٠)</sup>.

وفي حكم الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية لعام ١٩٩٨ (حكم Tocqueville)، فقد أخذ على الطبيب - وكما رأينا فيما تقدم - مسلكه تجاه بعض المرضى، وما اتسم به من حدة وانفعال، فذلك - أيضاً - مسلك خاطئ من قبل الطبيب.

لذلك اتجه رأي في الفقه، إلى أن المسلك الجسيم الذي ينسب إلى المدين، والذي اعتبره قضاء محكمة النقض شرطاً موضوعياً؛ للسماح بالفسخ بالإرادة المنفردة، يتم استخلاصه من تقييم للمسلك الأخلاقي للمدين، فبحسب هذا الفقه، فالجسامة التي تؤخذ في الاعتبار لا تتعلق دائماً بالصفة الأساسية، أو الجوهرية للالتزام الذي لم يتم تنفيذه، والنتائج المادية المترتبة عليه بالنسبة للدائن، وإنما يكفي أن تتعلق بتصرفات شخصية من قبل المدين، ترتبط - مثلاً - بعدم الأمانة الواضح من ناحية هذا المدين<sup>(٢٥١)</sup>.

بل وذهب البعض الآخر من الفقه، إلى التأكيد على أن جسامة المسلك إنما يقصد بها الإخلال الجسيم بالقاعدة الأخلاقية، بما معناه أن ما تتطلبه محكمة النقض للسماح بالفسخ بالإرادة المنفردة، هو الإخلال الأخلاقي، وليس الإخلال الموضوعي في تنفيذ العقد<sup>(٢٥٢)</sup>.

في هذا السياق - أيضاً - ذهب بعض الفقه، إلى أن المسلك الجسيم

T. Corr. Nice, 2/1/1893, précité. (٢٤٩)

C.A. Paris, 14/10/1982, D. 1983, IR, p. 494 obs. J. Penneau. (٢٥٠)

J. Mestre et Fages, obs. RTD Civ. 2001, p. 364. (٢٥١)

Lachize (٢٥٢)، السابق، ذات الموضوع.

<sup>(١٧٢)</sup> مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠.



من قبل المدین، والذي یسمح للدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة، إنما یعني إمكانية هذا الفسخ، حينما یكون مسلك المتعاقد متضمناً إخلالاً جسیماً بحسن النية. وبحسب هذا الجانب من الفقه، فإن مقتضیات حسن النية والأمانة هي التزامات عقدية حقيقية تُفرض على المتعاقدين في جميع أنواع العقود، وبالتالي فإن الإخلال بها یسمح للدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة<sup>(٢٥٣)</sup>.

إضافة إلى ما سبق، فقد استقى بعض الفقه<sup>(٢٥٤)</sup> حجة أخرى لصالح المفهوم الشخصي للمسلك الجسیم للمدين، من خلال القیاس على ما ورد بالمادة ل. ١٢٤٣ - ١ من قانون العمل الفرنسي، التي تجیز إنهاء عقد العمل محدد المدة، في حال الخطأ الجسیم أو القوة القاهرة، حيث یبدو أن تقدير هذا الخطأ، يتم وفقاً لمعیار شخصي، یراعى بشأنه سن العامل وعدم خبرته.

لكن هذه الحجة الأخيرة - وكما یقول البعض<sup>(٢٥٥)</sup> - تظهر غموض المسألة المطروحة هنا، أي معیار تقدير مسلك المدین، حيث یبدو أنه في مجال علاقات العمل، یكون تقدير الخطأ الجسیم شخصياً وموضوعياً في أن واحد، فهو الخطأ الجسیم المسلكي، الذي يتم انطلاقاً من تقييم لمسلك العامل من ناحية، ویضاف إليه تقييم آخر لهذا الخطأ الجسیم، ينظر إلى العلاقة العقدية في ذاتها، والمخاطر التي یمكن أن تلحق المشروع؛ جراء استمرار هذه العلاقة من ناحية أخرى، بحيث يتجه التحليل في النهاية من مجرد النظر إلى المسلك الشخصي، إلى التقييم الموضوعي لنتائج استمرار العلاقة العقدية وما یمثله من مخاطر بالنسبة للمشروع، أي يتم الانتقال من التقييم الشخصي، إلى التقييم الموضوعي.

والواقع أن التقدير الشخصي للمسلك الجسیم، یصادفه كثير من

---

A. Brès, La résolution du contrat par dénonciation unilatérale, (٢٥٣)  
op. cit. p. 397.

والمراجع المشار إليها هامش رقم ١٣٥٩، ١٣٦٠.

Jamin, note sous Cass. Civ. 13/10/1998, D. 1999, JP, p. 197, (٢٥٤)  
spéci. no 4.

Stoffel - Munck (٢٥٥)، السابق ذات الموضع.

على الرغم مما يقول به بعض الفقه، من أن المفهوم الشخصي للمسلك الجسيم للمدين - الذي يعد شرطاً لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة - من أن هذا المفهوم يسمح باستيعاب الفروض المختلفة، التي تتطوي تحت فكرة عدم الأمانة أو الإخلاص في تنفيذ الالتزامات العقدية من قبل المدين، ومساهمته بالتالي في الإبقاء على الأبعاد الأخلاقية للروابط العقدية<sup>(٢٥٦)</sup>، فقد أخذ على هذا المفهوم الشخصي، أنه يؤدي إلى مزيد من عدم الاستقرار في الروابط العقدية، وذلك باعتباره أوسع نطاقاً من مفهوم الإخلال بالالتزامات العقدية، والذي يواجه على نحو محدد عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد<sup>(٢٥٧)</sup>.

إضافة إلى ما تقدم فقد أخذ على التقدير الشخصي لجسامة مسلك المدين، وما يؤدي إليه من أن يؤخذ في الاعتبار فقط مواصفات هذا المسلك، استقلالاً عن تأثيره على العقد والالتزامات الناشئة عنه، أن من شأنه أن يؤدي في نهاية المطاف، إلى الابتعاد عن الهدف المقصود أساساً من الفسخ، باعتباره جزاء عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، ويجعل الفسخ مستنداً إلى اعتبارات بعيدة عن العقد ومضمونه، كعلاقة ذات مضمون

(٢٥٦) راجع في ذلك:

J. Mestre et Fages, ibid.

(٢٥٧) Amrani - Mekki، السابق ٣٨٣.

وبحسب البعض:

"Si l'appréciation de la résolution peut être justifiée lorsqu'elle est conduite par un juge, organe neutre et impartial au contrat mais aussi représentant de l'autorité et de la force publique, elle l'est beaucoup moins lorsqu'elle appartient à une des parties au contrat, en l'occurrence le créancier. Ce dernier n'est pas forcément le mieux placé pour juger de l'inexécution selon un critère subjectif".

C. Popineau Dehaillon, Les remèdes de justice privé à l'inexécution du contrat, étude comparative, LGDJ 2008, p. 335.

مشار إليه في Brès، السابق ص ٤٠٧ هامش ١٤٠٣.

اقتصادي<sup>(٢٥٨)</sup>، ويؤدي إلى أن يكون الفسخ جزاء لمسلك أحد المتعاقدين، حتى وإن كان هذا المسلك دون تأثير على الالتزامات الناشئة عن العقد.

والمُضي في اعتماد التقدير الشخصي للمسلك الجسيم للمدين، قد يؤدي - كما يرى البعض - إلى جعل الفسخ مستنداً إلى اعتبارات لا شأن لها بالعلاقة العقدية، كالاختبارات المتعلقة بحياة المدين الخاصة، رغم أنه من غير المتصور، أن تكون مثل هذه الاعتبارات مبرراً لفسخ العقد بالإرادة المنفردة، ما لم يكن لها من تأثير وانعكاس على العقد ذاته، وهو ما يعني الدائن. فمسلك المدين في ذاته لا يمكن - بحسب هذا الفقه - أن يكون مبرراً لفسخ العقد بالإرادة المنفردة، ما لم يكن لهذا المسلك تأثير على العقد والالتزامات الناشئة عنه، وفي ضوء المخاطر التي يمكن أن تنتج عنه بالنسبة للالتزامات العقدية وحسن تنفيذها<sup>(٢٥٩)</sup>.

إضافة إلى ما تقدم، فإن اعتماد مسلك المدين وجسامته - وحده - يبدو غير كاف لتبرير الفسخ، ولبيان ذلك، يرى البعض<sup>(٢٦٠)</sup> إمكان الاستهزاء بكيفية أعمال الشرط الصريح الفاسخ، حيث إنه في حال الاتفاق على مثل هذا الشرط يتم - أيضاً - أعمال الفسخ دون تدخل القضاء، كما هو الحال في الفسخ بالإرادة المنفردة. فالملاحظ أن أعمال هذا الشرط، لا يرتبط بصفة أساسية بحسن، أو سوء نية المدين<sup>(٢٦١)</sup>، بما مؤداه أن الفسخ غير القضائي، لا

---

(٢٥٨) Stoffel - Munck، السابق ص ٧٣.  
وراجع له أيضاً:

L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ 2000 p. 151  
et s.

(٢٥٩) Stoffel - Munck، المقالة سابق الإشارة إليها، ذات الموضوع.

(٢٦٠) Stoffel - Munck، السابق ذات الموضوع.

(٢٦١) راجع في ذلك:

Ch. Jamin, Les conditions de la résolution du contrat, vers un modèle unique, précité, spéci. p. 507 et s.  
وانظر أيضاً:

Larroumet, Le contrat, 2<sup>e</sup> partie, op. cit. p. 832. Malurie.

Aynès et Stoffel - Munck, Les obligations, op. cit. p. 457.

".... La bonne ou mauvaise foi du débiteur sont indifférent; le seul

يعتمد بصفة أساسية على اعتبارات تعود إلى مسلك المدين. إلى جانب ذلك، وبموازاته، فإن الفسخ القضائي يفترض عدم تنفيذ الالتزام، ويرتبط تقليدياً، لدى كثير من الفقهاء بفكرة السبب<sup>(٢٦٢)</sup>، بمعنى: أنه يعود بصفة أساسية إلى النظر إلى العقد باعتبار مضمونه الاقتصادي، أو يظهر باعتباره علاجاً لما يهدد التوازن في العلاقة العقدية<sup>(٢٦٣)</sup>.

هذا، وحيث إن الفسخ بالإرادة المنفردة، يبقى فسخاً في جميع الأحوال، وهو وإن كان شكلاً جديداً للفسخ، فإنه يظل تعبيراً عن الآلية العامة في الفسخ، فمؤدى ذلك، أن يبقى أعماله مرتبطاً بصفة أساسية بمدى تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، وليس بحسن أو سوء نية المتعاقد، وإن كان ذلك لا يعني إهمال هذه النية، متى كان لها انعكاس واضح على تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد.

بهذا المعنى يجب - إذاً - تفسير مفهوم المسلك الجسيم المبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، وبالتالي يجب القول بأن: المعيار هنا هو معيار موضوعي وليس معياراً شخصياً. وهذا المعيار الموضوعي يبدو أن له الغلبة الآن.

---

fait de l'inexécution suffit".

Cass. Civ. 24/9/2008, RDC 2004, p. 646 obs. D. Mazeaud.

وقد جاء به:

"en cas d'inexécution de son engagement par le débiteur, sa bonne foi est sans incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire".

وقارن، محمد منصور، دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، سابق الإشارة إليه، ص ١٢٨ وما بعدها.

(٢٦٢) راجع في ذلك، Terré, Simler et Lequette، السابق ص ٦٤٥.

وإن كان ذلك - بطبيعة الحال - لا ينفي الاعتبارات الأخلاقية التي يقوم عليها الفسخ، وتوجب الوفاء بالعهد. ولكن يبقى أن هذا العهد محله الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد.

(٢٦٣) وهذا ما يفسر، اشتراط أن يكون الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد على قدر كاف من الجسامة للحكم بالفسخ.

راجع Stoffel - Munck، السابق ص ٧٣ حيث يقول في هذا الصدد:

"Si la morale était le fondement essentiel de la résolution, tout manquement à la parole donnée l'entraînerait".

(١٧٦) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠.

بالنظر إلى الاعتبارات المختلفة المبررة للفسخ بالإرادة المنفردة، يبدو أن الأكثر ملاءمة في تقدير جسامته مسلك المدين، أن يتم هذا التقدير في ضوء تأثير هذا المسلك على العلاقة العقدية، بحيث يكون المعيار هنا معياراً موضوعياً.

في هذا الصدد، يلاحظ أن المبرر الأساسي للفسخ بالإرادة المنفردة يستند وبصفة أساسية، على تحليل اقتصادي، قوامه السماح للدائن بسرعة التصرف، في استخدام أمثل لثروته، ودون انتظار قرار من القاضي بالفسخ، بحيث يكون للدائن، أن ينسحب فوراً من علاقة عقدية مصيرها الفشل. من هذه الناحية فإن الفسخ بالإرادة المنفردة، يكون مبرره الأساسي الفشل الذي يهدد الرابطة العقدية. لذلك، ومن هذه الزاوية فقط، يمكن وصف مسلك المدين بالجسيم، أي باعتبار آثار هذا المسلك الموضوعية.

إضافة إلى ذلك، فإن مثل هذا التقدير الموضوعي، هو في الواقع ما يمكن ملاحظته في أحكام عدة لمحكمة النقض الفرنسية، تالية لحكمها المبدئي لعام ١٩٩٨، حيث يتبين من هذه الأحكام، اتجاه المحكمة إلى إبراز جسامته الإخلال *manquement grave* بالالتزامات العقدية، وتراجع استخدام مصطلح المسلك الجسيم *comportement grave*، كمبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، في دلالة واضحة على تغليب التقدير الموضوعي.

هذا ما يمكن تبيينه، من خلال حكم الغرفة المدنية الأولى، الصادر في ٢٠٠٧/٣/١٣<sup>(٢٦٤)</sup>، في هذا الحكم - وكما رأينا فيما سلف - أيدت هذه الغرفة حكم محكمة الاستئناف الذي اعتُبر مبرراً لفسخ العقد من قبل الطبيب، بالنظر لما صدر من تصرفات من قبل المستشفى المتعاقد معها، نتيجة لمخالفة المستشفى لما تم الاتفاق عليه. في هذا الحكم أيدت محكمة النقض - ممثلة بغرفتها المذكورة - حكم محكمة الاستئناف، فيما اعتبرته إخلالاً على قدر كبير من الجسامته من قبل المستشفى، كان مبرراً للفسخ

(٢٦٤) سابق الإشارة إليه.

بالإرادة المنفردة من جانب الطبيب.

الملاحظ، أن المحكمة هنا، لم تشر إلى جسامه مسلك المدين gravité du comportement، وإنما اعتمدت تعبير جسامه الإخلال، gravité du manquement، بما يعنيه ذلك من ترجيح المعيار الموضوعي المبرر للفسخ بالإرادة المنفردة<sup>(٢٦٥)</sup>.

هذا ما يمكن ملاحظته - أيضاً - في حكم الغرفة المدنية الأولى الصادر في ٢٠٠٨/٢/٢٨<sup>(٢٦٦)</sup>. في هذا الحكم - وكما رأينا فيما سلف - أيدت المحكمة حكم محكمة الاستئناف، الذي استند لاعتبار فسخ المستشفى العقد المبرم مع الطبيب مبرراً، بالنظر إلى إخلاله بالنزاهة المطلوبة في أداء مهنته، وعدم تبريره لغيابه المتكرر، وممارسته المهنة، رغم القرار الصادر عن النقابة بوقفه مدة معينة عن ممارسة المهنة.

إذ كان الواضح من خلال هذا الحكم، أن ما أخذ على الطبيب - وكان مبرراً للفسخ بالإرادة المنفردة من قبل المستشفى - هو مسلك جسيم، فالمؤكد أن هذا المسلك الجسيم، هو في ذات الوقت يمثل إخلالاً جسيماً بالتزامات الطبيب العقدية، بما مؤداه أن المحكمة، وإن لم تصرح بأن مبرر الفسخ بالإرادة المنفردة هو الإخلال الجسيم بالتزامات العقدية، فإن تأييدها لحكم الاستئناف فيما استند إليه لاعتبار هذا الفسخ مشروعاً، يستخلص منه ضمناً - وبالنظر لخصوصية عمل الطبيب، وما صدر منه من تصرفات - أن الفسخ بالإرادة المنفردة، كان مبرره إخلالاً جسيماً من قبل الطبيب بالتزاماته العقدية.

كان ذلك أكثر وضوحاً في حكم ذات الغرفة الصادر في ٢٠٠٨/١١/٥<sup>(٢٦٧)</sup> والمتعلق بفسخ العقد الذي أبرم مع مدرب الخيول. فالملاحظ، أنه في هذا الحكم، أيدت الغرفة المذكورة حكم محكمة الاستئناف،

(٢٦٥) راجع في ذلك:

Capitant, Terré et Lequette, Les grands arrêts, op. cit. p. 276.

(٢٦٦) سابق الإشارة إليه.

(٢٦٧) سابق الإشارة إليه.

فيما خلص إليه، من أن مسلك المدرب كان على قدر من الجسامه، يبرر هذا الفسخ، وقد استندت الأخيرة في تبرير جسامه هذا المسلك على اعتبارات موضوعية واضحة، تمثلت في مقارنة النتائج المتحققة قبل إبرام عقد الشراكة مع المدرب، وأثناء تنفيذ العقد وبعد فسخه، وقد خلصت من ذلك إلى ثبوت عجز المدرب عن تطوير أداء الخيل، وعدم مقدرته على تولي تدريبها وقيادتها، مما ترتب عليه الإضرار بقدرات الخيل وإمكاناتها، وبالتالي الإضرار بمصالح مالكيها.

وكما يتضح من هذا الحكم فإن المسلك الجسيم المنسوب إلى المدرب، ارتبط على نحو واضح بعدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد المبرم بين الطرفين، والذي تبين من خلال النتائج المتحققة قبل وأثناء وبعد العقد<sup>(٢٦٨)</sup>

الانحياز إلى التقدير الموضوعي كان واضحاً - أيضاً - مع حكم الغرفة الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية، في حكمها الصادر في ٢٢/١٠/٢٠٠٢<sup>(٢٦٩)</sup>، حيث أبدت حكم الاستئناف الذي اعتبر الفسخ بالإرادة المنفردة مشروعاً؛ نظراً لما خلص إليه هذا الحكم من إخلال جسيم *manquement grave* بالالتزامات الناشئة عن العقد من قبل المدين.

الملاحظ بشأن هذا الحكم، أن المحكمة لم تستخدم المصطلح الذي استخدمته الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض في العام ١٩٩٨<sup>(٢٧٠)</sup>، وإنما استعاضت عنه، بمصطلح الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، بما مؤداه تالياً واضحاً للتقدير الموضوعي، كمعيار مبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، أي من خلال النظر، إلى أن مبرر هذا الفسخ يكمن في الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد.

هذا التقدير الموضوعي، هو - أيضاً - ما يمكن استخلاصه من أحكام

(٢٦٨) راجع في ذلك، ملاحظات Fages على الحكم المشار إليه RTD Civ. ٢٠٠٩ ص ١٢٠، سابق الإشارة إليها.

(٢٦٩) سابق الإشارة إليه.

(٢٧٠) Chang و Dai Do، السابق ص ٦.

الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية.

ففي حكمها، الذي أخذت فيه هذه الغرفة بإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، والصادر عنها في ٢٠٠٤/٢/٢٤<sup>(٢٧١)</sup>. أيدت حكم محكمة الاستئناف، والذي استند في تبرير الفسخ بالإرادة المنفردة، إلى جسامته الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد.

وكما رأينا فيما سبق - أيضاً - بشأن حكم ذات الغرفة، الصادر عنها بتاريخ ٢٠٠٨/٩/٢٣<sup>(٢٧٢)</sup>، فإن الغرفة التجارية في هذا الحكم لم تكثف بالاستناد إلى مخالفة المدين للالتزامه بحسن النية، وإنما أردفت ذلك بما نسب إليه من إخلال جسيم، بالتزاماته الناشئة عن العقد، باعتباره المبرر الأساسي للفسخ بالإرادة المنفردة. ومعنى ذلك، أن هذا القضاء لم يقتصر على تقدير شخصي لمسلك المدين، وإنما أوضح - أيضاً - انعكاس هذا المسلك على التزاماته العقدية. ولذلك ذهب بعض الفقه الفرنسي<sup>(٢٧٣)</sup> في تعليقه على هذا الحكم، إلى وصفه بأنه نموذجي *exemplaire* لأنه يكشف، ما سبق ملاحظته أكثر من مرة من خلال أحكام القضاء، من أن معيار الفسخ غير القضائي، يمكن البحث عنه - أيضاً - في الإخلال بالالتزامات العقدية.

تغليب التقدير الموضوعي للمسلك، الذي يجعل الفسخ بالإرادة المنفردة مبرراً، أو بمعنى آخر، اعتماد المعيار الموضوعي في هذا الصدد، هو في الواقع ما يؤيده غالبية الفقه الفرنسي<sup>(٢٧٤)</sup>، وهذا ما دفع البعض من هذا الفقه إلى القول: بأن الجسامته المبررة للفسخ بالإرادة المنفردة هي ذاتها التي تبرر الفسخ القضائي<sup>(٢٧٥)</sup>.

(٢٧١) سابق الإشارة إليه.

(٢٧٢) سابق الإشارة إليه.

(٢٧٣) Fages، ملاحظاته سابق الإشارة إليها في RTD. Civ. ٢٠٠٩ ص ٣٢١.

(٢٧٤) انظر على سبيل المثال، Chang و Dai Do، السابق ذات الموضوع، Mazeaud ملاحظاته في RDC ٢٠٠٤ ص ٢٧٨، سابق الإشارة إليها،

Stoffel - Munck، السابق ص ٧٤.

(٢٧٥) Chang و Dai Do، السابق ذات الموضوع.



وفي هذا الصدد، يقول البعض<sup>(٢٧٦)</sup>: لا نرى مبرراً لأن يجازي القاضي متعاقداً، أقدم على فسخ العقد بإرادته المنفردة، في ظروف كان سيقضى فيها هو حتماً بالفسخ.

ويؤكد البعض الآخر على ذلك بقوله: لا يمكن قبول أن يجازي القاضي متعاقداً لإقدامه على فسخ العقد بإرادته المنفردة، لعقد في حالة لا يملك هو فيها إلا أن يقضي بالفسخ. وبحسب هذا الجانب من الفقه فإن جسامه مسلك المدين المقصر، يجب أن يتم تقديرها، في الحالتين - حالة الفسخ بالإرادة المنفردة، وحالة الفسخ القضائي - بذات الطريقة، أي وفقاً للمعيار الموضوعي، وبحيث يشترط في تبرير الفسخ بالإرادة المنفردة، أن يكون الإخلال جسيماً، كما هو الحال في الفسخ القضائي<sup>(٢٧٧)</sup>.

وبحسب هذا الفقه الغالب، فإن الشرط الموضوعي للفسخ بالإرادة المنفردة، هو ذاته المتطلب في حالة الفسخ القضائي، بمعنى أن يكون هناك إخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، على قدر من الجسامه الكافية لتبرير الفسخ في الحالتين. مؤدى هذا الفقه - إذا - تغليب المعيار الموضوعي في أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، كما هو الحال في الفسخ القضائي<sup>(٢٧٨)</sup>، وحيث إن هذا الأخير يفترض للنطق به ليس فقط عدم التنفيذ، وإنما - أيضاً - عدم تنفيذ على قدر من الجسامه.

يتبين مما تقدم - إذا - أنه إذا كانت محكمة النقض الفرنسية، في قضائها المبدي، الذي أقر بالسماح للدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة، في حال عدم التنفيذ من قبل المدين، قد اشترطت لذلك جسامه مسلك المدين، فإن قضاءها الحديث انحاز إلى التقدير الموضوعي، كمعيار للفسخ بالإرادة المنفردة، بحيث بات واضحاً أن هذا الفسخ مشروط بالإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، الأمر الذي دفع جانباً كبيراً من الفقه إلى القول

E. Savaux, note sous Cass. Civ. 20/2/2001, Defrénois. 2001 p. (٢٧٦)  
705 et s.

D. (٢٧٧) Terré, Simler et Lequette، السابق ص ٦٧١، وانظر - أيضاً -  
Mazeaud ملاحظاته سابق الإشارة إليها في RDC ٢٠٠٤، ذات الموضوع.  
D. Mazeaud (٢٧٨)، السابق ص ٢٧٨.

بأن: مبرر الفسخ بالإرادة المنفردة هو ذاته مبرر الفسخ القضائي، بمعنى أن الشرط في الحالتين، أن يكون هناك إخلال على قدر من الجسامة الكافية بالالتزامات الناشئة عن العقد.

إذا كان ذلك هو الاتجاه الغالب فقهاً وقضاءً في القانون الفرنسي، فالملاحظ أن ذلك هو - أيضاً - اتجاه التشريعات التي أقرت مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث يتضح من هذه التشريعات، أن الفسخ بالإرادة المنفردة يستند إلى معايير موضوعية، قوامها عدم التنفيذ الذي يبلغ حداً كافياً من الجسامة، والذي يعتبر الشرط اللازم توافره؛ لإمكان إيقاع هذا الفسخ.

هذا الاتجاه، هو ما يمكن ملاحظته في اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبيضائع. فبحسب نص المادة ٤٩ من هذه الاتفاقية يجوز للمشتري فسخ العقد، إذا كان عدم تنفيذ البائع لالتزام من الالتزامات، التي يرتبها عليه العقد، أو هذه الاتفاقية، تشكل مخالفة جوهرية للعقد.

وبحسب المادة ٢٥ من هذه الاتفاقية: تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين جوهرية، إذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الآخر، من شأنه أن يجرمه - بشكل أساسي - مما كان يحق له، أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، إلا إذا كان الطرف المخالف لم يتوقع مثل هذه النتيجة، وما كان ليتوقعها أي شخص، سوى الإدراك من صفة الطرف المخالف، إذا وجد في نفس الظروف.

فالشرط الأساسي لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة بحسب هذه الاتفاقية أن يكون هناك مخالفة جوهرية، من قبل أحد المتعاقدين، بشأن تنفيذ التزاماته العقدية. والمقصود بهذه المخالفة، كما تبين من نص المادة ٢٥ المذكورة، أنها تلك التي يترتب عليها إلحاق ضرر بالطرف الآخر يتمثل في حرمانه بشكل أساسي، مما كان يحق له أن يتوقع حصوله عليه بموجب العقد. ولا شك أن المخالفة التي من شأنها، أن تسمح بفسخ العقد بالإرادة المنفردة بهذا المعنى، تشكل إخلالاً جسيماً بالالتزامات المترتبة على العقد<sup>(٢٧٩)</sup>،

(٢٧٩) راجع في ذلك على سبيل المثال، عصام سليم، السابق ص ٦٦، خالد أحمد عبد الحميد، السابق ص ٨٩.

بما ترتبه من حرمان الطرف المضرور بشكل أساسي من المنفعة، التي كان يحق له توقع الحصول عليها من العقد.

هذا - أيضاً - ما أخذت به مبادئ عقود التجارة الدولية Unidroit، حيث أجازت المادة ٧/٣-١ الفسخ بالإرادة المنفردة في حال عدم التنفيذ الجوهري من قبل المتعاقد معه، واعتبرت عدم التنفيذ جوهرياً - بصفة خاصة - إذا ترتب عليه حرمان الدائن - بصفة أساسية - مما كان يتوقعه من العقد.

وبذلك - أيضاً - أخذت مبادئ القانون الأوروبي للعقود Les Principes du Droit Européen des contrats<sup>(٢٨٠)</sup> حيث إنه بمقتضى المادة ٩: ٣٠١ من هذه المبادئ، للمتعاقد أن يفسخ العقد في حال عدم التنفيذ الجوهري من قبل المتعاقد معه. ويعتبر عدم التنفيذ جوهرياً - بصفة خاصة - إذا ترتب عليه حرمان الدائن - بصفة أساسية - مما كان يحق له أن يتوقعه من العقد<sup>(٢٨١)</sup>.

هنا - أيضاً - من الواضح أن الفسخ بالإرادة المنفردة، يكون جائزاً حين يترتب على عدم تنفيذ الالتزامات العقدية، حرمان الدائن من المنفعة المقصودة من العقد، وذلك كما هو الحال في حكم اتفاقية فيينا<sup>(٢٨٢)</sup>.

وعلى المستوى الأوروبي - أيضاً - فإنه وفقاً للمشروع التمهيدي

وراجع أيضاً:

Fauvarque - Cosson, La réforme du droit français des contrats, précité, p. 155; L. Aynès, note précité, RDC 2004, p. 275.

(٢٨٠) سابق الإشارة إليها.

(٢٨١) وذلك وفقاً لنص المادة ١٠٣: ٨ من هذه المبادئ، راجع في ذلك:

Brès, La résolution unilatérale du contrat, op. cit. p. 486; D. Mazeaud, note précité, RDC 2004, p. 278.

(٢٨٢) راجع في التأثير الواضح لاتفاقية فيينا على عمل اللجنة القائمة بإعداد مبادئ القانون الأوروبي للعقود.

J. Raynard, Les principes du droit européen des contrats: une lex mercatoria à la mode européenne, RTD Civ. 1998, p. 1006.

للتقنين الأوروبي للعقود، فإن الفسخ بالإرادة المنفردة يفترض بحسب نص المادة ١١٤ - ١، عدم تنفيذ واضح الأهمية *inexécution d'une importance notable* ويكون عدم التنفيذ على هذا النحو حيث يكون موضوعه أحد الالتزامات الأساسية الناشئة عن العقد، أو حين يترتب عليه إلحاق ضرر بالدائن، يؤدي إلى حرمانه بصفة أساسية، مما يحق له أن يتوقعه من العقد (المادة ١٠٧-١)، وهو ما يتحقق بصفة خاصة حين يكون عدم التنفيذ كاملاً أو جزئياً ولكن مصلحة الدائن في الحصول على ما تبقى، تكون - موضوعياً - قد فاتت (المادة ١٠٧-٢) <sup>(٢٨٣)</sup>.

من خلال نصوص هذا التقنين، يتبين بوضوح أن الفسخ بالإرادة المنفردة، يكون مسموحاً به في حال الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، بما يترتب عليه من حرمان المتعاقد، مما كان يتوقع الحصول عليه من العقد. والفسخ بالإرادة المنفردة، يستند هنا - أيضاً - إلى اعتبارات موضوعية <sup>(٢٨٤)</sup>.

(٢٨٣) وقد جاء النص الفرنسي للمادة ١١٤ من المشروع التمهيدي للتقنين الأوروبي للعقود على النحو التالي:

#### Article 114: Droit à la résolution

- 1- S'il se produit une inexécution d'importance notable, au sens où l'entend l'article 107, le créancier a le droit de procéder à la résolution du contrat, en sommant le débiteur de l'exécuter dans un délai raisonnable, et quoi qu'il en soit pas inférieur à quinze jour, et en lui notifiant que si le délai s'écoule inutilement, le contrat sera considéré comme résolu de droit".

أما المادة ١٠٧ من هذا المشروع فجاءت بنصها الفرنسي كالتالي:

#### Article 107: inexécution d'importance notable

- 1- Dans le sens où on l'entend ci - dessous, une inexécution a une importance notable si elle concerne une des obligations principales (et non secondaires) du contrat, et en outre, quand, compte tenu de la qualité des personnes et de la nature de la prestation, l'inexécution comporte pour le créancier un préjudice tel qu'elle le prive substantiellement de ce qu'il est en droit d'attendre du contrat.
- 2- On considéra, en particulier, qu l'inexécution est d'une

<sup>(١٨٤)</sup> مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية. العدد الأول، ٢٠١٠.

إذا كانت النصوص الأوروبية السابقة، واضحة في تغليب استناد الفسخ بالإرادة المنفردة، على اعتبارات موضوعية، مضمونها جسامة الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، فلا شك أن مثل هذه النصوص قد تصبح في مستقبل قريب، هي القواعد المعمول بها في قوانين الدول الأوروبية، أو هي على الأقل مؤشر لتوجه التشريعات المستقبلية بهذه الدول. وهذا يقتضي - في الواقع - أن نبحث ما نحن بصدده هنا، في ظل ما هو مطروح من مشروعات قوانين؛ لتعديل القانون المدني الفرنسي.

### ثالثاً - موقف مشروع كاتالا ومشروع وزارة العدل

رأينا فيما سبق، أن المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات وقانون التقادم، المعروف بمشروع كاتالا<sup>(٢٨٥)</sup> قد كرس مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة في المادة ١١٥٨ منه<sup>(٢٨٦)</sup>.

فبحسب نص هذه المادة، يحق للمتعاقد الذي لم ينفذ التعهد المعقود لصالحه، أو نفذه بشكل منقوص، إذا ما اختار فسخ العقد، أن يطلب ذلك من القضاء أو أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، وقد حددت الفقرة الثالثة من هذه المادة - وعلى نحو ما سنعود إليه فيما بعد - إجراءات إيقاع هذا الفسخ.

ولكن - وفيما نحن بصدده هنا، أي من ناحية الشرط الموضوعي للفسخ بالإرادة المنفردة - فالملاحظ أن نص المادة ١١٥٨ المذكور لم يحدد

---

importance notable quand celui - ci:

- Est Totale;
- Est partielle mais que l'intérêt du créancier à obtenir le restant a objectivement disparu.
- Les obligations secondaires sont celles dont l'inexécution est d'une importance minime eu égard à l'économie du rapport contractuel et à l'intérêt du créancier.

Mazeaud (٢٨٤)، ملاحظاته السابقة في RDC ٢٠٠٤، ص ٢٨٠.

(٢٨٥) سابق الإشارة إليه.

(٢٨٦) سبق ذكر نصها.

أي شرط يتعلق بجسامة الإخلال المنسوب إلى المدين، والذي يبرر أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، وإنما اكتفى نص هذه المادة بإعطاء المتعاقد الحق، في فسخ العقد بإرادته المنفردة، في حال عدم تنفيذ التعهد المعقود لصالحه، أو حال تنفيذه على نحو منقوص.

الملاحظ أن النص المذكور - على هذا النحو - يختلف عن قضاء محكمة النقض الفرنسية، سواء فيما كان يشترطه من جسامة مسلك المدين، أم فيما رجح بعد ذلك، من اشتراط جسامة الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد.

النص المذكور يختلف في هذا الصدد - أيضاً - عما ورد في هذا الخصوص، في تشريعات كثير من الدول التي اعتمدت الفسخ بالإرادة المنفردة، والتي حرصت على أن يكون الفسخ بالإرادة المنفردة، مشروطاً بعدم تنفيذ على قدر من الجسامة.

من ذلك مثلاً، القانون المدني الجديد لمقاطعة الكيبك، الذي يشترط للفسخ بالإرادة المنفردة، ليس فقط أن يكون المدين قد أخطأ، وإنما - أيضاً - أن يكون عدم التنفيذ على قدر من الأهمية، وحيث يتضح من المادة ١٦٠٤ الفقرة الثانية والثالثة من هذا القانون، أنه إذا كان الإخلال بالعقد قليل الأهمية يكون على الدائن أن يقنع بالمطالبة بالتعويض عن الإخلال الذي تم<sup>(٢٨٧)</sup>.

ويختلف مشروع كاتالا في هذا الصدد - أيضاً - عن القانون المدني الهولندي الجديد، حيث يتبين من نص المادة ٦ : ٢٦٥ من هذا القانون أن الفسخ بالإرادة المنفردة، لا يكون مبرراً إلا في حالة الإخلال الجسيم بالعقد، وهذا ما يتضح مما ورد بالنص المذكور، والذي بعد أن أجاز للمتعاقد فسخ العقد بإرادته المنفردة، في حال حصول أي إخلال من قبل المتعاقد معه بالتزام ناشئ عن العقد، أضاف: ما لم يكن الإخلال - وبالنظر إلى طبيعته الخاصة أو أهميته الضئيلة - لا يبرر هذا الفسخ والآثار التي تترتب

(٢٨٧) راجع في ذلك:

Fauvarque - Cosson, La réforme du droit français des contrats, précité. p. 157.

عليه<sup>(٢٨٨)</sup>، وهذا ما دفع الفقه الهولندي للقول: بأن الفسخ بالإرادة المنفردة يحكمه مبدأ التناسب *proportionnalité*، بحيث يكون مقصوراً على الحالات التي يكون فيها الإخلال بالالتزامات العقدية، على قدر من الجسامة تبرر الآثار التي تترتب على الفسخ، أو تجعل الفسخ هو الجزاء الملائم للإخلال الذي حدث<sup>(٢٨٩)</sup>.

وفي هذا السياق - أيضاً - يتضح اختلاف مشروع كاتالا، في عدم اشتراطه حداً معيناً من الجسامة، لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة، مع القانون الصيني. فإذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة هو - وكما أسلفنا فيما تقدم - من تقاليد هذا القانون، فإن هذا الفسخ، وعلى ما يتضح من نصوص القانون، مشروط بأن يكون على قدر من الجسامة التي تبرره.

فبحسب المادة ٩٤ - من قانون العقود الصيني، الصادر في العام ١٩٩٩، يمكن للمتعاقد فسخ العقد في إحدى الحالات التالية ..... ٣- إذا تأخر أحد المتعاقدين في تنفيذ التزام أساسي، وعدم قيامه بتنفيذه خلال مدة معقولة بعد إذاره ٤- إذا كان التأخير في عدم تنفيذ الالتزامات، أو أي مسلك آخر يخل بالعقد، من شأنه أن يجعل من المستحيل تحقيق الهدف من العقد<sup>(٢٩٠)</sup>.

(٢٨٨) جاء نص هذه المادة بالفرنسية على النحو التالي:

"Tout manquement d'une partie dans l'exécution d'une de ses obligations rend l'autre compétente pour résoudre le contrat en tout ou en partie, à moins que le manquement, vu sa nature particulière ou son importance minime, ne justifie pas cette résolution avec ses effets".

أنظر:

Mahé et Hondius, Les sanctions de l'inexécution en droit néerlandais, précité, p. 852.

(٢٨٩) Mahé و Hondius، السابق ص ٨٥٤.

(٢٩٠) جاء نص المادة المشار إليها بالفرنسية على النحو التالي:

Les parties peuvent résoudre le contrat dans l'une des cas suivants: ....

3- lorsque l'une des parties tarde à exécuter l'obligation principale et qu'elle ne l'a pas exécutée même dans un délai raisonnable après la mise en demeure;

ويتضح من هذا النص - أيضاً - أن الفسخ بالإرادة المنفردة يتطلب - أيضاً - قدراً من الجسامة، حددها النص المذكور، بالتأخير في تنفيذ التزام أساسي ناشئ عن العقد، أو التأخير في التنفيذ، أو أي مسلك آخر يخل بالعقد، ويفوت المقصود منه.

وذلك - أيضاً - ما يمكن ملاحظته بشأن قانون آخر حديث، هو القانون المدني لجمهورية ليتوانيا الصادر في ٢٠٠٠/٧/١٨، والذي بدأ العمل به اعتباراً من ٢٠٠١/٧/١. فوفقاً لنص المادة ٦: ٢١٧ من هذا القانون، لا يجوز للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة إلا في حال الإخلال الواضح الجسامة بالعقد، ويكون الفسخ عن طريق القضاء في الحالات الأخرى<sup>(٢٩١)</sup>.

هذا وإذا كان نص المادة ١١٥٨ من مشروع كاتالا يختلف عن التشريعات السابق ذكرها، من ناحية عدم اشتراطه جسامة معينة في الإخلال، الذي يسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة، فهو - أيضاً - جاء على خلاف التشريعات الدولية، والنصوص الأوربية التي اشترطت عدم تنفيذ جوهري أو أساسي لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة<sup>(٢٩٢)</sup>.

والجدير بالذكر، في هذا الصدد، إذا كان النص المذكور لم يشترط جسامة معينة في الإخلال بالعقد، للسماح بالفسخ بالإرادة المنفردة، فإن صياغته الأولى كانت مسايرة لتوجهات التشريعات، والنصوص السابق بيانها، حيث كان الفسخ بالإرادة المنفردة، قاصراً على حالة عدم التنفيذ التام، الذي يؤدي إلى زوال كل مصلحة من العقد، *inexécution totale*, *faisant perdre tout intérêt au contrat*، بما مؤداه - كما يرى بعض

---

4- Lorsque le retard dans l'exécution des obligations ou d'autre comportement violent le contrat rendent impossible la réalisation du but de contrat.

أورده Chang، السابق ص ٢٩٧.

(٢٩١) راجع في ذلك:

Genicon, La résolution du contrat pour inexécution, op. cit. p. 468.

(٢٩٢) راجع ما سبق في هذا الصدد بشأن اتفاقية فيينا، ومشروع التقنين الأوربي للعقود.



الفقه<sup>(٢٩٣)</sup> - أن الفسخ بالإرادة المنفردة، كان مشروطاً فيه الإخلال الواضح *manquement évident*، الذي لا يترك مجالاً للمنازعة، في التحقق منه.

لا شك أن عدم اعتماد هذه الصياغة يؤكد رغبة واضعي المشروع في عدم اشتراط قدر معين من الجسامة لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة<sup>(٢٩٤)</sup>، بمعنى أن الفسخ بالإرادة المنفردة يكون - بحسب نص المادة ١١٥٨ من مشروع كاتالا - جائزاً عند عدم التنفيذ من قبل المدين، أياً كان قدر الجسامة في هذا الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد.

لذلك ذهب البعض<sup>(٢٩٥)</sup> إلى أن النص المذكور - يقترب على هذا النحو - من القانون المدني الألماني في وضعه الحالي، والذي يقبل - من حيث المبدأ - الفسخ بالإرادة المنفردة، دون تمييز بين عدم تنفيذ التزام أصلي *principale* أو تبعية *accessoire*. بحسب المادة ٣٢٣ الجديدة من القانون المدني الألماني (BGB)، والمعنونة "Résolution pour cause d'inexécution ou d'inexécution non conforme" في العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم المدين بتنفيذ الأداء المستحق، أو قام بتنفيذه على نحو غير مطابق لما اتفق عليه، يكون للدائن فسخ العقد بعد أن يكون قد منح المدين - دون جدوى - مهلة معقولة للتنفيذ أو التنفيذ على نحو صحيح.

مع ملاحظة أنه بحسب الفقرة (٥) من المادة المذكورة، فإنه في حال

---

J. Rochfeld, Remarques sur les propositions relatives à (٢٩٣) l'exécution et à l'inexécution du contrat : La subjectivation du droit de l'exécution, in Colloque : La réforme du droit des contrats .... RDC 2006/1, op. cit. p. 113 et s. spéci. p. 119.

(٢٩٤) راجع في ذلك:

D. Mazeaud, Observations conclusives, in Colloque: La réforme du droit des contrats, RDC 2006/1, op. cit. p. 177 et s. spéci. p. 191; Rochfeld, précité, p.127, O. Lando, L'avant - projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat : analyse de certaines différences, in Colloque: La réforme du droit des contrats, RDC 2006/1, op. cit. p. 167 et s. spéci. p. 174.

(٢٩٥) Fauvarque - Cosson، السابق ص ١٥٧.

عدم التنفيذ الجزئي، لا يسمح للدائن بالفسخ بإرادته المنفردة، إلا إذا كان هذا التنفيذ الجزئي عديم الفائدة sans intérêt بالنسبة له، بالإضافة إلى أنه في حال التنفيذ غير المطابق لما اتفق عليه، لا يمكن للدائن فسخ العقد، إذا كان الإخلال بالالتزام غير مؤثر insignifiante<sup>(٢٩٦)</sup>.

إذا كان مشروع كاتالا لم يحدد طبيعة الإخلال، الذي يسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة، أو درجة الإخلال الذي يسمح بذلك، فقد كان ذلك محل نقد من جانب الفقه الفرنسي<sup>(٢٩٧)</sup>؛ خشية أن يؤدي ذلك إلى الإضرار بالاستقرار الواجب للعلاقات التعاقدية، حيث يمكن للدائن الاستناد إلى أي إخلال من قبل المدين، ولو كان قليل الأهمية؛ ليمارس حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة. وقد ذهب البعض في هذا الصدد، إلى أن جسامته الإخلال تعتبر متطلباً أساسياً للفسخ بالإرادة المنفردة، وشرطاً مشروعاً للمحافظة على استقرار العلاقات العقدية، ومهما اختلفت طرق التعبير عن هذا المتطلب، فهو شرط أساسي لا بد منه لإمكان الفسخ بإرادة الدائن وحده<sup>(٢٩٨)</sup>.

لذلك ذهب البعض<sup>(٢٩٩)</sup> إلى تفسير نص المادة ١١٥٨ من مشروع كاتالا، من ناحية عدم تضمنه شرط الإخلال الجسيم، لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة، بالقول ببقاء هذا الشرط على الرغم من عدم إفصاح النص عنه، وإن كان ظهوره يتم في مرحلة لاحقة، من خلال الرقابة القضائية لمشروعية الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث سيبقى هذا الشرط - بحسب هذا الفقه - بالنسبة للقاضي، هو المبرر المشروع للفيسخ بالإرادة المنفردة من جانب الدائن، وذلك عند ممارسة القاضي دوره في الرقابة على هذا الفسخ، عند منازعة المدين في مشروعيته.

هذا التفسير الأخير، من شأنه أن يقرب بين الفسخ بالإرادة المنفردة والفسخ في صورته التقليدية أي الفسخ القضائي، من حيث ما يشترط بالنسبة

(٢٩٦) Fauvarque - Cosson، السابق ذات الموضوع.

(٢٩٧) Genicon، السابق ص ٤٦٩ وما بعدها، Fauvarque - Cosson، السابق ص ١٥٨.

(٢٩٨) Laithier، السابق ص ٢٨٠.

(٢٩٩) Fauvarque - Cosson، السابق ذات الموضوع، Lando، السابق ص ١٧٤.

لهذا الأخير، من ضرورة الإخلال الجسيم بالالتزام العقدي حتى يمكن الحكم به. فلا شك أن الفسخ بالإرادة المنفردة - وإن كان يتم دون تدخل من القضاء - فهو يبقى فسخاً، ويعتبر جزءاً لمخالفة المدين للالتزامات الناشئة عن العقد، إلا إذا كان القصد من تكريس الفسخ بالإرادة المنفردة - كما يقول بعض الفقه<sup>(٣٠٠)</sup> - الفصل التام بينه وبين مفهوم الفسخ بصفة عامة، وهذا ما لم يقل به أحد؛ لذا يبقى من المناسب الإبقاء على الفسخ بالإرادة المنفردة في سياق المفهوم العام للفسخ، وإن اختلفت آلية إعماله. فضلاً عن أن اشتراط جسامته الإخلال، من شأنه أن يؤدي إلى التناغم مع الكثير من التشريعات، التي كرست حق الدائن في فسخ العقد بإرادته وحده.

لكن يبقى مثل التفسير السابق، الذي يرى أن جسامته الإخلال متطلب في الفسخ بالإرادة المنفردة، يظهر في مرحلة الرقابة التي يمكن أن يمارسها القاضي على هذا الفسخ، هو - في اعتقادنا وإزاء صراحة نص المادة ١١٥٨ من مشروع كاتالا - من قبيل المأمول في أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، الذي يؤيده غالبية الفقه الفرنسي<sup>(٣٠١)</sup>.

وربما كان هذا المأمول وراء النهج الآخر الذي اتبعه مشروع وزارة العدل الفرنسية<sup>(٣٠٢)</sup>، بشأن تعديل قانون العقود، بخصوص الشرط الموضوعي، لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة.

رأينا فيما سبق، أن المشروع المذكور كرس إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك بمقتضى نص المادة ١٦٨<sup>(٣٠٣)</sup>. وذلك إذا ما ترتب على عدم التنفيذ حرمان الدائن من مصلحته في العقد lorsque l'inexécution prive le créancier de son intérêt au contrat.

(٣٠٠) D. Mazeaud ملاحظات في RDC ٢٠٠٤، سابق الإشارة إليه ص ٢٧٨.  
(٣٠١) انظر على سبيل المثال:

D. Mazeaud, obs. sous Cass. Civ. 20/2/2001, précité. Ch. Jamin: L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat, .... précité, p. 1569.

(٣٠٢) سابق الإشارة إليه.

(٣٠٣) سبق ذكر نص هذه المادة.

لا شك أن الصياغة التي وردت بالنص المذكور، تختلف عن تلك التي وردت بمشروع بالمادة ١١٥٨ من مشروع كاتالا. فنص المادة ١٦٨ من مشروع وزارة العدل، يشترط لإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة أن يؤدي عدم التنفيذ، إلى حرمان الدائن من مصلحته في العقد.

والجدير بالذكر أن هذا الشرط الموضوعي، الذي يسمح للدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة، جاء بناء على اقتراح غرفة التجارة والصناعة بباريس، والتي اعترضت على عدم تضمن مشروع كاتالا اشتراط قدر معين من الجسامة في عدم التنفيذ، الذي يمكن أن يؤدي إلى الفسخ بالإرادة المنفردة. ولكن الغرفة المذكورة، كانت قد اقترحت أن يكون هذا الفسخ مشروطاً بعدم التنفيذ الجوهري *inexécution essentielle* (٣٠٤).

لا شك أن السؤال الأساسي الذي يطرح في هذا الصدد، هو معرفة المقصود بهذا الشرط الجديد. فهل المقصود بعدم التنفيذ الذي يحرّم الدائن من مصلحته في العقد، هو عدم التنفيذ الجوهري، كما كانت ترغب غرفة التجارة والصناعة، أم هو المخالفة الجوهرية، بحسب مفهوم اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع (٣٠٥)، أم هو عدم التنفيذ الجوهري، بمفهوم مبادئ القانون الأوربي للعقود (٣٠٦)، والذي يترتب عليه حرمان الدائن بصفة أساسية، مما كان يحق له أن يتوقعه من العقد، أو بالمفهوم المطابق بحسب مبادئ عقود التجارة الدولية *Unidroit* (٣٠٧).

هل يجب اعتبار المقصود بعدم التنفيذ، الذي يؤدي إلى حرمان الدائن من مصلحته في العقد هو، كما يرى البعض (٣٠٨)، عدم تنفيذ جسيم.

(٣٠٤) راجع في ذلك:

Ph. Stoffel - Munck, *Exécution et inexécution du contrat*, in *La réforme du droit français des contrats en droit positif*, RDC 2009/1, op. cit. p. 333 et s. spéci. p. 342.

(٣٠٥) راجع ما سبق بشأن مفهوم المخالفة الجوهرية في هذه الاتفاقية.

(٣٠٦) بحسب المادة ٩ : ٣٠١ من هذه المبادئ، والسابق ذكرها.

(٣٠٧) المادة ٣/٧-١.

J. F. Guillemin, *La résolution unilatérale*, *Le regard des* (٣٠٨)

أم يجب ألا نتهلئ باختلاف الصياغة - كما يرى البعض الآخر من الفقه<sup>(٣٠٩)</sup> - والقول بأن الفسخ بالإرادة المنفردة شرطه الأساسي هو إخلال على قدر من الجسامة الكافية بالالتزامات الناشئة عن العقد.

إذا كان الوقت لا يزال مبكراً للقول بإجابة حاسمة على التساؤلات المثارة، فإنه يمكن القول بصفة عامة: إن اعتماد الفسخ بالإرادة المنفردة كآلية لحل الرابطة التعاقدية، يقتضي تحديد الأسباب التي تؤدي إلى إمكانية إيقاعه، فلا شك أن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى حسن أعمال هذا الفسخ، وضمان الاستقرار المنشود دائماً للعلاقات القانونية<sup>(٣١٠)</sup>.

هذا وإذا كانت المادة ١٦٨ من مشروع وزارة العدل، قد أحسنت صنفاً ببيان عدم التنفيذ، الذي يعتبر سبباً للفسخ بالإرادة المنفردة، وتعريفه بأنه هو الذي يؤدي إلى حرمان الدائن من مصلحته في العقد، فإن فكرة المصلحة في هذا الصدد تبقى في حاجة إلى توضيح، ومزيد من التحديد.

فقد لاحظ بعض الفقه<sup>(٣١١)</sup> - وبحق - أنه رغم تحديد المادة ١٦٨ من المشروع المذكور، لعدم التنفيذ الذي يسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة، إلا أن شرط المصلحة في هذا الخصوص، وعلى نحو ما جاء به النص المذكور يؤخذ عليه: أنه إذا كان المتفق عليه أن الحرمان التام من المصلحة في العقد ليس شرطاً للفسخ، فإن النص المشار إليه، يمكن أن يفهم منه، أن الفسخ بالإرادة المنفردة، لا يكون مسموحاً به للدائن، إلا في حال عدم التنفيذ، الذي يؤدي إلى زوال كل مصلحة للدائن في العقد.

---

professionnels, in Colloque La réforme du droit français des contrats en droit positif, : RDC 2009/1 op. cit. p. 368.

D. Mazeaud, Durées et Ruptures, in Colloque: Durées et (٣٠٩) contrats, RDC 2004/1, précité, spéci. p. 142.

(٣١٠) راجع في ذلك، Guillemin، السابق ذات الموضوع.

(٣١١) Genicon في:

Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, Petites Affiches, 12/2/2009, op. cit. p. 89.

إضافة إلى ذلك، فإن مفهوم المصلحة، ينطوي على مخاطر هامة، إذا ما أخذ في تقدير هذه المصلحة بالمعيار الشخصي، أي بالنظر إلى المصلحة التي يتوقعها الدائن نفسه من العقد، وما يترتب عليه من إضعاف للعقد، وإخلال باستقرار الروابط العقدية<sup>(٣١٢)</sup>، وليس بالمعيار الموضوعي، أي بالنظر إلى المصلحة التي تحدد موضوعياً بمقتضى العقد. فالملاحظ أن نص المادة ١٦٨، المقترح على النحو الذي أتى به في المشروع، يحتمل القول بالمعيارين، وذلك على خلاف نصوص أخرى رجحت صياغتها المعيار الموضوعي في تقدير مصلحة الدائن. من ذلك مثلاً: ما تضمنه نص المادة ٢٥ من اتفاقية فيينا، في تعريفه للمخالفة الجوهرية: بأنها تلك التي تتسبب في إلحاق ضرر بالطرف الآخر، من شأنه أن يجرمه بشكل أساسي، مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه، بموجب العقد، إلا إذا كان الطرف المخالف، لم يتوقع مثل هذه النتيجة، وما كان ليتوقعها أي شخص سوى الإدراك من صفة، الطرف المخالف إذا وجد في نفس الظروف. فالواضح من خلال هذا النص - وذلك هو ما يؤكد الفقه - حرص الاتفاقية المذكورة، على الأخذ بالتقدير الموضوعي، وذلك بالنص على ما كان يحق للدائن أن يتوقع الحصول عليه، بموجب العقد. بمعنى أن النص المشار إليه لم يتوقف عند ما كان يتوقع الدائن شخصياً الحصول عليه، وإنما أوضح النص، من خلال صياغته، أن المقصود الحرمان مما كان يتوقع الحصول عليه، بموجب العقد. وتأكيداً لذلك فقد أضاف هذا النص من الاتفاقية، لاعتبار المخالفة جوهرية، أن يكون الضرر الذي ينتج عن المخالفة متوقعاً، أي يتوقعه الطرف المخالف، وكذلك كل شخص عاقل من صفته إذا وجد في نفس الظروف<sup>(٣١٣)</sup>.

(٣١٢) Guillemin، السابق ذات الموضوع.

(٣١٣) راجع في ذلك، شفيق شحاته، السابق ص ١٢٠، عصام سليم، السابق ص ٦٧،

خالد أحمد عبد الحميد، السابق ص ٥٨.

وقد جاء نص المادة ٢٥ من الاتفاقية على النحو التالي:

"Une contravention au contrat commise par l'une de parties est essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle - ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait

هذا التقدير الموضوعي لمصلحة الدائن في العقد، هو ما اعتمده مبادئ ال Unidroit، فبعد أن اعتبر نص المادة ٣/٧-١ من هذه المبادئ عدم تنفيذ جوهرى، يخول الدائن الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك الذي يترتب عليه حرمان الدائن - بصفة أساسية - مما كان يتوقعه من العقد، أشار النص المذكور إلى توقع المدين، أو أي شخص عاقل لمثل هذه النتيجة.

ومثل هذا التقدير هو - أيضاً - ما يستفاد من نصوص المشروع التمهيدي للتقنين الأوروبي للعقود، حيث اعتبر عدم التنفيذ الواضح الأهمية، والذي يخول الدائن الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة، متحققاً حين يترتب عليه حرمان الدائن - بصفة أساسية - مما يحق له أن يتوقعه من العقد، الأمر الذي يتحقق بصفة خاصة، حين يكون عدم التنفيذ كاملاً، أو جزئياً، ولكن مصلحة الدائن في الحصول على ما تبقى تكون، من الناحية الموضوعية، قد فاتت<sup>(٣١٤)</sup>.

من خلال النصوص السابقة يتبين - إذا - أن اعتبار حرمان الدائن من مصلحته المتوقعة في العقد مبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، يقتضى إحاطته بضوابط موضوعية تؤدي إلى تحديد مفهوم المصلحة، حرصاً على استقرار الرابطة العقدية، وعدم ترك مصيرها لاعتبارات شخصية، يتحكم الدائن وحده في تقديرها.

وهذا في الواقع ما يفترقه نص المادة ١٦٨، من مشروع وزارة العدل الفرنسية، حيث إن النص المذكور جاء صياغته خالية، مما يمكن أن يضبط موضوعياً فكرة مصلحة الدائن في العقد، مما يؤدي إلى احتمال تفسير هذه المصلحة من منظور شخصي.

مثل هذا الاحتمال يجب العمل على استبعاده، من خلال صياغة واضحة محددة، لأسباب الفسخ بالإرادة المنفردة. فغياب الوضوح والتحديد

---

pas prévue un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus.

(٣١٤) راجع نص المادة ١٠٧ من هذا المشروع، سبق ذكره.

عن مثل هذه الصياغة، يثير القلق بشأن استقرار الرابطة العقدية ومصيرها؛ لأن من شأن ذلك أن يجعل بإمكان الدائن أن يتحجج بأي إخلال كان من قبل المدين، وأياً كانت أهميته، للقول بزوال مصلحته في العقد؛ ليتمكن بذلك من فسخ العقد من جانبه. صحيح أن هناك - وكما سنرى فيما بعد - دوراً للفاضي في مراقبة صحة إعمال هذا الفسخ، ويمكنه، من الناحية النظرية، اعتبار الفسخ الذي وقع غير صحيح، ويأمر بالاستمرار في تنفيذ العقد، ولكن يبقى أن ذلك قد لا يكون ممكناً - من الناحية العملية - في الكثير من الحالات - فيكون الدائن - بالتالي - قد حقق هدفه في الخروج من العلاقة العقدية، استناداً إلى فوات مصلحته من العقد، فهذه الفكرة - على الإطلاق الذي جاءت به بنص المادة ١٦٨ المذكور - لا شك أنها تغري كل دائن راغب في التخلص من العقد. ومن هنا كانت أهمية الضوابط الموضوعية، التي يجب أن نحيط بها.

الواقع، أنه من خلال ما تقدم، يمكن القول بصعوبة التحديد الدقيق لدرجة معينة من عدم التنفيذ، الذي من شأنه أن يؤدي إلى الفسخ بالإرادة المنفردة، ولعل ذلك ما يفسر اختلاف الاصطلاحات المستخدمة، في التشريعات السابق تناولها، وتلك المقترحة بشأن التعبير عن عدم التنفيذ الذي يبرر الفسخ بالإرادة المنفردة.

ولكن الملاحظ، أن ذلك ليس فقط شأن عدم التنفيذ المبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، بل هو - أيضاً - حال الفسخ في صورته التقليدية، أي الفسخ القضائي، فالملاحظ أنه في هذا الأخير، إذا كان المتفق عليه أن إعماله مشروط دائماً بالإخلال الجسيم بالالتزامات العقدية، فإنه في المقابل ليس هناك تعريف محدد، لما يعتبر إخلالاً جسيماً بالالتزامات الناشئة عن العقد، بل ويؤكد بعض الفقهاء<sup>(٣١٥)</sup>، على إخفاق كل محاولة لوضع تعريف محدد لهذا الإخلال الجسيم، وأن هذا التعبير يمكن فهمه باعتباره توجيهها مزدوجاً

Gencion, La résolution du contrat pour inexécution, op. cit. p. (٣١٥) 284 et s, p. 775.



double directive<sup>(٣١٦)</sup>. فهو يعنى، أولاً: أنه ليس كل عدم تنفيذ يؤدي إلى الفسخ، ويعنى ثانياً أن للقاضي سلطة تقديرية، بشأن تحديد ما إذا كان الإخلال الذي حدث يستوجب الفسخ.

لذلك، رأينا فيما سبق، ما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي<sup>(٣١٧)</sup> من ضرورة عدم التلهي باختلاف المصطلحات المستخدمة، كمبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، فهي جميعاً - بحسب هذا الفقه - تعنى عدم تنفيذ على قدر من الجسامة الكافية. مؤدى هذا الرأي - وكما ذكرنا فيما سبق - تماثل الشرط الموضوعي للفسخ بالإرادة المنفردة مع ذلك المتطلب للفسخ القضائي، وبمعنى آخر: فإن عدم التنفيذ - بحسب هذا الجانب من الفقه - هو ذاته في حالتي الفسخ.

وقد وجد هذا الرأي صدى له، بمناسبة التعليق على نص المادة ١٦٨ من مشروع وزارة العدل الفرنسية، وما أخذ عليه من ملاحظات سبق تناولها، حيث ذهب بعض الفقه<sup>(٣١٨)</sup>، إلى أن تفادي الغموض الذي يحيط بفكرة مصلحة الدائن في العقد، كشرط لعدم التنفيذ المبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، وعدم التحديد الذي يلزم فكرة المصلحة هذه، وبالنظر إلى أن الفسخ يبقى فسخاً، سواء كان قضائياً أم بالإرادة المنفردة، يقتضى الأخذ بمفهوم واحد لعدم التنفيذ الذي يؤدي إلى الفسخ بصورتيه، أي سواء كان فسخاً عن طريق القضاء، أم من قبل الدائن وبارادته المنفردة.

وفي هذا الصدد، يقترح هذا الرأي أن يكون النص المتعلق بعدم التنفيذ، متضمناً معياراً عاماً لعدم التنفيذ المؤدي إلى الفسخ، أكثر من مجرد تعريف محدد له - وذلك بالنظر إلى صعوبة وضع مثل هذا التعريف من ناحية، وإمكان تجاوز الحالات الواقعية له من ناحية أخرى - على أن يتضمن ذلك مجموعة من العناصر، التي تؤخذ في الاعتبار، عند تقدير عدم

(٣١٦) Gencion، السابق ص ٢٩٦.

(٣١٧) Mazeaud، Durées et ruptures، précité، p. 142؛ Laithier op. cit. p. 278.

(٣١٨) Gencion ملاحظاته سابق الإشارة إليها في Petites Affiches ٢٠٠٩ ص ٨٩.

التنفيذ الذي يسمح بالفسخ، ويمكن أن تكون مصلحة الدائن واحدة من ضمن هذه العناصر<sup>(٣١٩)</sup>.

في ضوء ذلك، يقترح الرأي الذي نعرض له، أن يكون نص المادة ١٦٨ من المشروع الذي نحن بصددده، على النحو التالي: في حال عدم الاتفاق على شرط فاسخ، لا يكون الفسخ مبرراً، إلا إذا كان عدم التنفيذ على قدر من الأهمية الكافية، وكان زوال العقد هو الجزء الأكثر ملاءمة، وذلك بالنظر إلى نتائج هذا الإخلال على مصلحة الدائن في العقد، والضرر الذي يترتب عليه، ومسلك المدين.

ويجب أن يؤخذ في الاعتبار كل ظروف الواقع وبصفة خاصة، أسباب عدم التنفيذ، فرص التنفيذ المستقبل، صفة ومزايا الأطراف، طبيعة ومدة الرابطة التعاقدية، وكذلك النتائج الضارة لزوال العقد بالنسبة للمدين والغير<sup>(٣٢٠)</sup>.

(٣١٩) Gencion السابق ذات الموضوع.  
(٣٢٠) والنص الفرنسي للمادة ١٦٨ المقترح، تعديلاً لنص المادة ١٦٨ من مشروع وزارة العدل يجرى على النحو الآتي:

"En l'absence de clause résolutoire, la résolution n'est justifiée que si l'inexécution est d'une importance suffisante est que l'anéantissement du contrat en constitue la sanction la plus appropriée, eu égard aux conséquences de ce manquement sur l'intérêt du créancier au contrat, au préjudice qui peut en résulter et au comportement du débiteur.

Il doit être tenu compte de toutes les circonstances de fait et notamment, des causes de l'inexécution, des chances d'exécution future, de la qualité et des mérites respectifs des parties, de la nature et de la durée de la relation contractuelle, mais aussi des conséquences dommageables de la disparition du contrat pour le débiteur ou pour le tiers".

(Gencion، السابق ص ٩٠).

هذا ويلاحظ أن النص المقترح تعديلاً لنص المادة ١٦٨ من مشروع وزارة العدل الفرنسية قد استبعد من نطاقه حالة الاتفاق على شرط فاسخ، ولا شك أن لذلك مبرره، من حيث إن الفسخ في هذه الحالة يقع إعمالاً لاتفاق الطرفين، وبحسب مضمون هذا الاتفاق. وقد أفرد مشروع وزارة العدل الفرنسية نص المادة ١٦٧ لهذا الشرط، مضمناً إياه أحكاماً تفصيلية وجديدة في هذا الشأن، حيث جاء هذا النص على النحو التالي:

والملاحظ على هذا التعديل المقترح لنص المادة ١٦٨ من مشروع وزارة العدل الفرنسية أنه قد اشترط للفسخ - سواء كان قضائياً أم بالإرادة المنفردة - أن يكون عدم التنفيذ على قدر كاف من الأهمية، وهو وإن - وبما يتفق مع ما سبق قوله، في صعوبة تحديد درجة معينة من عدم التنفيذ الذي يؤدي إلى الفسخ، وبما يتفق مع ما قاله - أيضاً - صاحب هذا الاقتراح، لم يضع تعريفاً محدداً لما يعتبر عدم تنفيذ على قدر كاف من الأهمية، فإنه قد حرص على تضمين اقتراحه عديداً من العناصر التي تؤخذ في الاعتبار لتقدير أهمية عدم التنفيذ، الذي يسمح بالفسخ، بحيث يكون الفسخ - وأخذاً في الاعتبار لهذه العناصر - هو الجزء الأكثر ملاءمة، بالنظر إلى ما يترتب على الإخلال الذي حدث من قبل المدين، على مصلحة الدائن في العقد، وما يترتب عليه من نتائج، وكذلك بالنظر إلى مسلك المدين.

وجدير بالذكر، أن النهج الذي اتبعه صاحب الاقتراح المشار إليه، لم

---

"La clause résolutoire doit expressément désigner les engagements dont l'inexécution entraîner la résolution du contrat.

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu qu'elle résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure n'est efficace que si elle mentionne de manière apprenante la clause résolutoire. Elle prend effet par la notification qui en est faite au débiteur est à la date de sa réception".

وقد اقترح Genicon (ملاحظاته السابق الإشارة إليها، على النصوص المتعلقة بالفسخ في مشروع وزارة العدل، ص ٨٨) تعديل النص المقترح للمادة ١٦٧ ليكون على النحو التالي:

"La clause résolutoire est celle par laquelle les parties conviennent expressément que l'inexécution par l'une d'elles d'une obligation déterminée permettra à l'autre de décider seule de la résolution, par voie de notification.

Elle doit désigner précisément les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat mais elle fait obstacle à toute appréciation judiciaire du bien - fondé de la résolution.

S'il n'a pas été convenu que le créancier pourrait décider sans sommation de la résolution, elle est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, mentionnant de manière apprenante la clause résolutoire, le manquement =

يكن بالأمر الجديد، فقد أتى هذا النص على غرار ما جاء بنصوص أخرى، منها مثلاً: ما جاء بقواعد ال Unidroit. فالمادة ١-٣/٧ من هذه القواعد - وكما سبق الإشارة إلى ذلك - أجازت لأحد المتعاقدين فسخ العقد بإرادته المنفردة، في حالة عدم التنفيذ الجوهرية من قبل المتعاقد معه، ولكنها لم تتضمن تعريفاً محدداً، لما يعد عدم تنفيذ جوهرية، وإنما تضمنت موجبات لما يعتبر عدم تنفيذ جوهرية، ذكرت منها على سبيل المثال: أن يؤدي عدم التنفيذ إلى حرمان الدائن بصفة أساسية، مما كان يتوقعه من العقد<sup>(٣٢١)</sup>.

وإذا كان الاقتراح المذكور قد قُصد به التغلب على الغموض الذي يحيط بفكرة مصلحة الدائن من العقد التي يترتب على عدم التنفيذ، حرمانه منها، وعدم تحديدها، فالملاحظ أن هذا الاقتراح لا يستبعد هذه الفكرة، وإنما اعتبرها ضمن العناصر التي تؤخذ في الاعتبار لتقدير، الأهمية الكافية لعدم التنفيذ الذي يسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة، بمعنى أن زوال المصلحة المذكورة نتيجة عدم التنفيذ وإن لم يعتبر شرطاً للفسخ بالإرادة المنفردة - كما هو الحال في نص المادة ١٦٨، من مشروع وزارة العدل - فإنها، بحسب الاقتراح، محل البحث هنا، عنصر من عناصر تقدير أهمية عدم التنفيذ، الذي يسمح بهذا الفسخ.

هذا، ويلاحظ بشأن اقتراح تعديل نص المادة ١٦٨ من مشروع

---

= reproché au débiteur et un délai raisonnable pour lui permettre d'y remédier.

Dans tous les cas, la résolution ne prend effet que par la notification qui en est faite au débiteur et à la date de sa réception".

(٣٢١) جاء النص الفرنسي للمادة ١-٣/٧ من ال Unidroit على النحو التالي:

- 1- Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie.
  - 2- Pour déterminer ce qui constitue une inexécution essentielle, on prend notamment en considération les circonstances suivantes :
    - a. L'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas prévu ou n'ait pu raisonnablement prévoir ce résultat ...
- وقريب من ذلك - أيضاً - ما ورد بالمادة ١٠٧ (سبق ذكر نصها) من المشروع التمهيدي للتقنين الأوربي للعقود.

وزارة العدل الفرنسية - وعلى النحو السابق بيانه - أنه إذا كان قد أسهب في بيان العناصر التي يمكن الاستناد إليها؛ لتقدير أهمية عدم التنفيذ الذي يمكن أن يؤدي إلى الفسخ بالإرادة المنفردة، فإنه لم يخرج عما سبق من تعبيرات مختلفة، وردت بالنصوص المتعددة السابق تناولها، بشأن الشرط الموضوعي، الذي يسمح للمتعاقدين بفسخ العقد بإرادته المنفردة، فهذا الشرط - بحسب هذا التعديل - هو أن يكون عدم التنفيذ على قدر من الجسامة، وإن تم التعبير عنه بالصيغة المقترحة، وهي أن يكون عدم التنفيذ على قدر كاف من الأهمية *d'une importance suffisante*.

يبقى - على الرغم من ذلك - التأكيد على أهمية هذه العناصر، في ظل نظام يسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة، فلا شك أن السماح للدائن بفسخ العقد بالإرادة المنفردة، يقتضي أن تتوافر لديه مؤشرات، تمكنه من معرفة مدى صوابية قراره لفسخ العقد، وتقليل فرص إنكاره عليه بعد ذلك، فمنطق الفسخ بالإرادة المنفردة يقتضي ذلك - كما يقول بعض الفقه<sup>(٣٢٢)</sup>. وهذا في الواقع ما تؤكد نصوص كثيرة، من تلك التي اعتمدت الفسخ بالإرادة المنفردة<sup>(٣٢٣)</sup>، فهذه العناصر تبدو أهميتها - أيضاً - من ناحية أنها تعتبر أداة أساسية في يد القاضي، عند ممارسته لرقابته اللاحقة على الفسخ الذي تم بإرادة الدائن، وذلك عند منازعة المدين في هذا الفسخ، فهذه العناصر تُعين القاضي على تقديره، لمدى صحة الفسخ الذي أجراه الدائن.

هذا، وإذا كان الاقتراح الذي عرضنا له فيما تقدم، بشأن تعديل المادة ١٦٨ من المشروع التمهيدي، لتعديل قانون العقود الفرنسي، يبقى اقتراحاً لا ندري مدى إمكان الأخذ به، فإنه يؤكد ما سبق أن قال به بعض الفقه<sup>(٣٢٤)</sup>، من أن جسامة الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، هي الشرط الأساسي لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة، وأياً كان التعبير المستخدم للدلالة على مثل هذا الإخلال.

(٣٢٢) Gencion، السابق ص ٨٨.  
(٣٢٣) من تلك مثلاً، نص المادة ٧-١/٣ من ال Unidroit، والمادة ١٠٧ من المشروع التمهيدي للتقنين الأوربي للعقود.  
(٣٢٤) Lathier، السابق ص ٢٨٠.

فجسامة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، هي - إذا - الشرط الموضوعي لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة. ولا شك أنه من خلال اشتراط هذه الجسامة يمكن حماية مصالح المدين من ناحية، والمحافظة على الاستقرار اللازم للروابط التعاقدية من ناحية أخرى، بحيث لا يكون جائزاً للدائن، التذرع بأي قدر من الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، وأياً كانت ضآلة أهميته، للتخلص من العلاقة التي تربطه بالمدين.

هذه الحماية لا تتحقق فقط من خلال هذا الشرط الموضوعي، وإنما - أيضاً - من خلال الشروط الإجرائية المفروضة، على استعمال الدائن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة. وهذا ما ننتقل لبيانه فيما يلي.

## الفرع الثاني

### الشروط الإجرائية لممارسة الحق في الفسخ بالإرادة المنفردة

رأينا، فيما سبق، أن القضاء الذي اعتمد مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، اشترط لذلك أن يكون هناك إخلال على قدر كاف من الجسامة، بالالتزامات الناشئة عن العقد منسوب إلى المدين، وهذا ما تناولناه باعتباره الشرط الموضوعي لإمكان إيقاع هذا الفسخ. والملاحظ في هذا الصدد أنه لم يتبين من خلال هذا القضاء، ما إذا كان هناك مسار إجرائي معين، يتعين على الدائن إتباعه؛ لإيقاع هذا الفسخ الذي يتم بعيداً عن القضاء، ولم يسبق الاتفاق عليه، من خلال شرط فاسخ صريح، يمكن من خلاله اعتبار العقد مفسوخاً، في حال عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه.

على الرغم من ذلك، فقد أجمع الفقه الفرنسي على ضرورة وجود هذا المسار الإجرائي، الذي يجب أن يتقيد به الدائن لإيقاع الفسخ بإرادته المنفردة، ليكون هذا المسار بديلاً عن الدعوى القضائية للمطالبة بالفسخ - وكما هو الأصل - أي باعتبار أن الأصل في الفسخ أن يكون قضائياً - يحكم به القاضي - وذلك بقصد حماية مصالح المدين، والحيلولة دون احتمال التعسف من قبل الدائن؛ ليتحقق - بالتالي -

التوازن بين مصالح الدائن في سرعة التخلص من العقد، نتيجة الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عنه، ومصالح المدين، في مواجهة فسخ يتم دون رقابة قضائية سابقة على أعماله، وكذلك دون اتفاق مسبق على إمكانيةه.

واستلهاماً لما ورد بالتشريعات التي أقرت بإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، سواء على المستوى الوطني أو الدولي، وكذلك القواعد العامة بشأن الفسخ القضائي، وطبيعة الفسخ بالإرادة المنفردة، كتصرف قانوني منفرد، حدد الفقه الفرنسي عناصر هذا المسار الإجرائي، الذي يجب على الدائن اتباعه في أعمال الفسخ من جانبه.

هذه العناصر تتمثل في: ضرورة إعدار المدين من ناحية، ثم إخطاره بالفسخ من ناحية ثانية، وتسبب قرار الفسخ من ناحية ثالثة.

### أولاً - الإعدار

وفقاً للقواعد العامة، لا يجوز للدائن طلب الفسخ لمجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد، وإنما يجب أن يقوم الدائن قبل ذلك بإعدار المدين<sup>(٣٢٥)</sup>

هذا الإجراء متطلب ضروري إذا كان الفسخ عن طريق القضاء، وإن كان من المقرر أن إعلان صحيفة دعوى الفسخ، مشتملة على تكليف

---

(٣٢٥) انظر المادة ١/١٥٧ من القانون المدني المصري، حيث جاء بها: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر - بعد إعداره - المدين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى".

ويلاحظ أنه على الرغم من أن المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي، لم تشترط الإعدار قبل المطالبة بالفسخ، فإن الفقه يؤكد على ضرورته، راجع في ذلك على سبيل المثال:

Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, Les obligations, op. cit. p. 448; Terré, Simler et Lequette, op. cit. p. 1076, Ph. Delebecque et F. J. Pansier, Droit des obligations, contrat et quasi-contrat, op. cit. p. 298.

بالوفاء تقوم مقام الإعذار<sup>(٣٢٦)</sup>، وهو - أيضاً - متطلب، ولو كان الفسخ نتيجة أعمال الشرط الفاسخ الصريح، إلا إذا كان هناك اتفاق على الإعفاء منه<sup>(٣٢٧)</sup>.  
من خلال هذا الإجراء، يتم تكليف المدين بالوفاء بالتزامه الذي تخلف عن تنفيذه، أي دعوته إلى الوفاء بالتزامه وتسجيل التأخير في تنفيذه<sup>(٣٢٨)</sup>.  
ولا محل للإعذار، في الأحوال التي يعفى فيها الدائن من هذا الإجراء، ومنها تصريح المدين كتابة بعدم تنفيذ التزامه<sup>(٣٢٩)</sup>، وكذلك في حال الاتفاق، صراحة أو ضمناً بين الطرفين، على عدم لزوم الإعذار، وأن مجرد حلول الأجل يعتبر إعداراً<sup>(٣٣٠)</sup>، وحين يصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن، أو غير مجد بفعل المدين.

إذا كان الإعذار، وعلى نحو ما تقدم، هو تسجيل تقصير المدين عليه، ودعوته للتنفيذ، فإن من لزمه منح مهلة أخيرة للمدين، للقيام بتنفيذ

---

(٣٢٦) راجع على سبيل المثال، الجارحي، السابق ص ٦٨، الأهواني، السابق ص ٤١٠، رمضان أبو السعود، السابق ص ٢٨٧.

وانظر نقض مدني ١٩٧٩/١/٢٥ مج س ٣٠ ص ٣٧٥، ١٩٨٤/٤/٣ د.

Larroumet, Le contrat, 2<sup>e</sup> partie, op. cit. p. 833; Terré, Simler et Lequette, op. cit. p. 659.

Cass. Civ. 23/1/2001, RJDA, 2001 no 848.

(٣٢٧) راجع، محمد منصور السابق ص ٣٩، Larroumet، السابق ص ٨٣٣ د. محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية (بدون تاريخ) ص ٣٦٠.

(٣٢٨) انظر في أن الإعذار هو وضع المدين قانوناً موضع المتأخر في التنفيذ، وأن التأخر الفعلي في التنفيذ لا يكفي لاعتبار المدين متأخراً، وترتيب مسؤوليته العقدية، نقض ١٩٩٨/٤/١٢ مج س ٤٩ ص ٣٠٩.

(٣٢٩) راجع المادة ٢٢٠ مدني مصري، وانظر نقض مدني ١٩٥٦/٥/٣١ مج س ٧ ص ٦٣١، ويلاحظ أنه لا يشترط في القانون الفرنسي، أن يكون التصريح كتابة وإنما يكفي أن يعبر المدين عن إرادته في عدم التنفيذ، انظر في ذلك، Terré, Simler et Lequette، السابق ص ١٠٨٢.

(٣٣٠) راجع المادة ٢١٩ مدني مصري، م ١١٣٩ مدني فرنسي. وانظر نقض مدني ١٩٦٦/٤/٥ مج س ١٧ ص ٧٩٧، وراجع، د. محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام، دار الفكر العربي ١٩٨٥/٨٤ ص ٤٠ وما بعدها.



التزامه، خلال مهلة الإعذار، أو خلال مهلة معقولة<sup>(٣٣١)</sup>، فإن مؤدى ذلك أن هذا الإجراء المتطلب في حالة الفسخ القضائي، بل وعند الاتفاق على شرط فاسخ صريح، ما لم يتفق على الإعفاء منه، يكون متطلباً - ومن باب أولى - في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة؛ ليعوض بذلك الرقابة القضائية المسبقة على فسخ العقد<sup>(٣٣٢)</sup>، وهذا - في الواقع - ما جعل الفقه الفرنسي يجمع على ضرورة الإعذار، كإجراء لازم يسبق فسخ العقد، من قبل الدائن<sup>(٣٣٣)</sup>.

ومن خلال هذا الإجراء، يتأكد من ناحية حسن نية الدائن<sup>(٣٣٤)</sup>، وذلك بمنحه المدين هذه المهلة الأخيرة للتنفيذ. ولا شك أن لذلك أثره عند إجراء القاضي مراقبته اللاحقة على الفسخ، الذي وقع بعيداً عنه، وذلك عند منازعة المدين في مشروعية قرار الدائن. وبهذا الإجراء - ومن ناحية أخرى - يتم تعويض المدين عن المهلة، التي كان من الممكن أن يمنحها القاضي له - بحسب سلطته التقديرية - إذا ما عرض عليه أمر فسخ العقد<sup>(٣٣٥)</sup>.

والواقع أن ما ينادي به الفقه الفرنسي، من قيد إجرائي على ممارسة الدائن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة، متمثلاً في إعذار المدين، هو ما اعتمده التشريعات التي أقرت للدائن بهذا الحق، وإن كان ذلك - في البعض منها - جاء بطريقة غير مباشرة، ومن خلال إخطار الدائن للمدين بقراره

---

(٣٣١) راجع د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الأولى، العدد الأول، يناير ١٩٥٩، ص ١٣٩ وما بعدها، خاصة ص ١٥٣، والعدد الثاني من ذات المجلة، يوليو ١٩٥٩، ص ٤٤٣ وما بعدها، خاصة ص ٢٤٧.  
وراجع في ذلك أيضاً:

Ch. Jamin, Les conditions de la résolution du contrat .... précité, p. 460; S. Stijns, La résolution pour inexécution en droit belge, précité, p. 450 et 545.

(٣٣٢) Laithier، السابق ص ٢٨٧.

(٣٣٣) انظر على سبيل المثال:

D. Mazeaud, Durées et ruptures, précité, p. 143; L. Aynès, Le droit de rompre unilatéralement, précité, p. 67.

(٣٣٤) Jamin، السابق ص ٤٦٢.

(٣٣٥) Stijns، السابق ص ٥٧٦.

وفي القانون المدني الجديد لمقاطعة الكيبك يجب - وقبل إقدام الدائن على فسخ العقد - إعدار المدين، وأن يتضمن هذا الإعدار مهلة معقولة لقيام المدين خلالها بالتنفيذ، فإذا ما فاتت هذه المهلة دون قيام المدين بالتنفيذ، كان للدائن أن يعتبر العقد مفسوخاً، ودون التزام عليه بإخطار المدين بأن العقد قد فسخ<sup>(٣٣٦)</sup>.

وفي القانون المدني الهولندي الجديد - وبحسب ما أشرنا فيما سلف - إذا كان للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، من خلال إعلان مكتوب *déclaration écrite* يوجه إلى المدين، فإنه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٦: ٢٥٦ من هذا القانون، إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً، لا يكون للدائن سلطة إعلان العقد مفسوخاً، إلا بعد إعدار المدين<sup>(٣٣٧)</sup>.

وفي القانون المدني الألماني، وبحسب المادة ٣٢٣، المعدلة بمقتضى القانون النافذ اعتباراً من العام ٢٠٠٢، فإنه إذا كان الفسخ يتم بإعلان موجه من الدائن إلى المدين، فإن هذا الأثر لا يترتب - وبحسب النص المذكور - إلا بعد فوات مهلة معقولة، يتضمنها هذا الإعلان<sup>(٣٣٨)</sup>، وهذا ما يعتبر تطبيقاً للنظام الألماني المعروف باسم *Nachfrist*، والذي يقضى بأنه في حال تخلف أحد أطراف العقد عن تنفيذ التزامه، يجوز للطرف الآخر، أن يحدد له مهلة معقولة للتنفيذ، مع إخطاره بأنه لن يقبل منه التنفيذ بعد فوات تلك المهلة<sup>(٣٣٩)</sup>. فإذا كان - بحسب هذا القانون - الفسخ يتم من خلال الإعلان،

(٣٣٦) راجع في ذلك، Fauvarque - Cosson، السابق ص ١٥٩.

هذا وقد تضمنت المادة ١٦٠٥ من هذا القانون، حالات الإعفاء من الإعدار، وهي تشمل حالة الاستعجال، التي توجب التنفيذ الفوري للالتزام، عدم تنفيذ الالتزام خلال المدة التي تجعل تنفيذه مفيداً للدائن، عدم تنفيذ الالتزام بالامتناع عن العمل (راجع Fauvarque-Cosson، السابق ص ١٦٠).

(٣٣٧) راجع، Mahé و Hondius، السابق ص ٨٥٤.

(٣٣٨) راجع، Fauvarque - Cosson، السابق ص ١٥٩.

(٣٣٩) راجع في ذلك:

F. Ranieri, Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand, in Les sanctions de l'inexécution des obligations

الموجه من الدائن إلى المدين، فإن هذا الإعلان يتضمن في الواقع إذاراً للمدين، بالمعنى السابق بيانه، أو على الأقل، يتضمن الأثر الأهم الذي يترتب على الإذار، وهو منح مهلة أخيرة للمدين ليقوم بالتنفيذ<sup>(٣٤٠)</sup>.

هذا النهج هو ما اتبعه - أيضاً - المشروع التمهيدي للتقنين الأوروبي للعقود، فوفقاً للمادة ١١٤<sup>(٣٤١)</sup>، من هذا المشروع، وإذا ما كان عدم التنفيذ على قدر واضح من الأهمية، يكون للدائن العمل على فسخ العقد، من خلال التنبيه على المدين بالتنفيذ خلال مهلة معقولة، لا تقل عن خمسة عشر يوماً، وإخطاره بأنه في حال فوات هذه المهلة دون تنفيذ، يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون.

فالملاحظ هنا - أيضاً - أن النص المذكور وإن لم يجعل الإذار إجراءً مستقلاً عن الإخطار بالفسخ، فإنه حرص على أن يتضمن الإخطار مضمون الإذار، أو هدفه، وذلك بترك مهلة للمدين يستطيع التنفيذ خلالها، وبفواتها يمكن أن يقع الفسخ.

إذا كان إذار المدين، يبدو في نظر الفقه الفرنسي - وبحق - إجراءً ضرورياً و لازماً، متى سمح للدائن بأن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، وبعيداً عن تدخل مسبق من قبل القضاء، هو ما تؤكد التجارب التشريعية السابقة تناولها، فإن ذلك ما تؤكد التوجهات التشريعية الحديثة في القانون الفرنسي، والتي تتضح من خلال مشروع كاتالا، وكذلك مشروع وزارة العدل

---

contractuelles, op. cit. p. 881 et s., spéci. p. 823.

A. Brès, La résolution du contrat par dénonciation unilatérale, (٣٤٠) op. cit. p.6.

هذا مع مراعاة، أن المهلة التي يجب أن يتضمنها الإعلان الموجه إلى المدين يتم الإعفاء منها في حالات معينة، حددتها الفقرة الثانية من المادة ٣٢٣، وهي حالة رفض المدين بطريقة جدية ونهائية تنفيذ الأداء *la prestation*، عدم قيام المدين بالتنفيذ خلال المدة المحددة لذلك بمقتضى العقد، حيث يكون الدائن قد ربط مصلحته في تنفيذ الأداء بتمام التنفيذ خلال هذه المدة، وكذلك في حال توافر ظروف أخرى تبرر أعمال الفسخ فوراً، دون منح المدين مهلة معينة. راجع في ذلك، Fauvarque - Cosson، السابق ص ١٥٩.

(٣٤١) سبق ذكر نصها.

فوفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١١٥٨<sup>(٣٤٢)</sup> من مشروع كاتالا، عندما يختار الدائن فسخ العقد؛ نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، يمكنه ذلك من خلال إعدار المدين، بأن يوفى تعهده خلال مهلة معقولة، وإلا كان له حق فسخ العقد.

فبحسب هذا النص فإن أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة يقتضي -أولاً - قيام الدائن بإعدار المدين، بأن يقوم بالتنفيذ خلال مهلة معقولة.

والملاحظ على هذا النص، أنه لم يحدد قدر المهلة، التي يجب أن تترك للمدين بعد إعداره للقيام بالتنفيذ، وإنما اشترط فيها أن تكون مهلة معقولة، وإذا كان لذلك فائدة، من حيث ترك هذه المهلة المعقولة، لتحديد وفق ظروف الحال، وطبيعة الالتزام المقصود تنفيذه، فإنها من ناحية أخرى قد تفتح مجالاً للمنازعة، والخلاف حول مدى ملاءمة المهلة التي أتيحت للمدين للقيام بتنفيذ التزامه. إضافة إلى ذلك فإنه لم يرد في هذا المشروع، ذكر للحالات التي يمكن فيها الإعفاء من الإعدار، بما موداه أن الإعدار يبقى واجباً، في جميع الحالات التي يختار فيها الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة.

لا شك أنه كان من الأفضل، واتساقاً مع الفلسفة التي يقوم عليها الفسخ بالإرادة المنفردة، أن يرد ضمن النص المقترح تحديد للمهلة التي تمنح للمدين للقيام بالتنفيذ خلالها، واعتبار هذه المهلة هي الحد الأدنى، كما ورد في المشروع التمهيدي للتقنين الأوربي، للعقود - على سبيل المثال - إضافة إلى بيان الحالات، التي يعفى فيها الدائن من إعدار المدين، كما ورد بقانون مقاطعة الكيبك، على سبيل المثال - أيضاً - أو وفقاً لما تقضي به القواعد العامة، وبحيث يكون للدائن فسخ العقد فوراً، وإخطار المدين بذلك. ذلك أنه في مثل هذه الحالات، ليس هناك ما يدعو للإعدار، والتمسك به يعني التمسك بإجراء لا لزوم له، بما يتنافى ومبدأ الاقتصاد في الإجراءات، الذي يعتبر من مقترضات الفسخ بالإرادة المنفردة.

(٣٤٢) سبق ذكر نصها.

لكن الملاحظ أن ما تقدم، قد فات - أيضاً - على واضعي مشروع وزارة العدل الفرنسية التنبيه إليه.

فبحسب هذا المشروع الأخير - وكما رأينا فيما تقدم - إذا ترتب على عدم التنفيذ حرمان الدائن من مصلحته في العقد، يكون له فسخ العقد بإرادته المنفردة، ولكن عليه في هذا السبيل أن يقوم بإعذار المدين، المقصر لينفذ تعهده خلال مهلة معقولة<sup>(٣٤٣)</sup>

الإعذار في هذا المشروع - أيضاً - هو القيد الإجرائي الأول، في ممارسة الدائن حقه في فسخ العقد. وبمقتضى هذا الإعذار يمهل الدائن المدين لمدة معقولة لإزالة المخالفة، أي قيامه بالتنفيذ. وكما هو واضح لم يحدد المشروع - وكما أشرنا - قدراً معيناً لهذه المهلة.

لكن الملاحظ أنه بحسب هذا المشروع الأخير، فقد اشترط في الإعذار، أن يتضمن إلى جانب تكليف المدين بالوفاء خلال مهلة معقولة - وبطريقة ظاهرة - أن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه خلال هذه المهلة، يخول الدائن الحق في فسخ العقد على مسنوليته<sup>(٣٤٤)</sup>

إذا كان مضمون الإعذار، يجب أن يكون على هذا النحو، فلا شك أن ذلك يعبر عن حرص، على ضرورة إعلام المدين بالجزاء الذي ينتظره، في حال عدم قيامه بالتنفيذ خلال المهلة الأخيرة التي أعطيت له، وهو جزء هام، حيث ينفرد الدائن بفسخ العقد، دون رجوع إلى القضاء، وهذا في الواقع، ما يفسر حرص النص المقترح، على أن يأتي ذكر هذا الجزاء متضمناً في الإعذار بطريقة ظاهرة، أي بما يميزه عن غيره مما يرد في الإعذار من بيانات، وذلك بقصد لفت نظر المدين إلى الجزاء الذي ينتظره، في حال عدم قيامه بالتنفيذ. وكنا نتمنى لو أن النص المقترح، قد استلزم أن يتضمن الإعذار بياناً، بما يأخذه الدائن على المدين من أوجه إخلال بالتزامات - كما اقترح البعض<sup>(٣٤٥)</sup> إثباتاً لحسن نية الدائن، وتسهيلاً لرقابة القضاء اللاحقة.

(٣٤٣) راجع نص المادة ١/١٦٨ من المشروع، والسابق ذكره.

(٣٤٤) الفقرة الثانية من المادة ١٦٨ من المشروع المذكور.

(٣٤٥) Laithier، السابق ص ٢٨٨.

هذا وقد أوضحت الفقرة الثانية من المادة ١٦٨ من المشروع المذكور، أن عدم توافر هذا الشرط في الإعذار يجعله غير فاعل ( n'est efficace بحسب النص المشار إليه) ، بما مؤداه اعتبار الإعذار كأن لم يكن، وبالتالي تخلف الشرط الإجرائي الأول، لإيقاع الفسخ بإرادة الدائن المنفردة.

ويتبين مما تقدم، أن الإعذار هو شرط إجرائي ضروري لإيقاع الفسخ بالإرادة المنفردة، يؤكدته الفقه، كما تؤكدته التوجهات التشريعية المنتظرة في القانون الفرنسي. وإذا كان هذا الإجراء يبرز في القانون الفرنسي كإجراء مستقل، فإنه في تشريعات أخرى - وكما سبق بيانه - جاء متضمناً في الإخطار، الذي يوجه من الدائن إلى المدين.

هذا وإذا كان بعض الفقه، قد أخذ على التوجه التشريعي في فرنسا، من ناحية ضرورة إعذار المدين ومنحه مهلة معقولة للتنفيذ، أنه يفرض على من لم ينفذ التعهد المعقود لصالحه، أن يتحلى بقدر من الصبر يثير الدهشة<sup>(٣٤٦)</sup>، وأنه يفضل على ذلك، أن يكون لهذا الدائن أن يتخلص من العقد بإرادته المنفردة فوراً، فالواقع أن الموقف الذي عبر عنه الفقه الفرنسي، وأكدته التوجه التشريعي المرتقب، هو - في اعتقادنا - جدير بالتأييد؛ لما أشرنا إليه فيما سبق، من أن المسار الإجرائي للفسخ بالإرادة المنفردة، والذي يبدأ بإعذار المدين، على النحو السابق بيانه، يتحقق من خلاله حماية مشروعة للمدين، وبالتالي يتحقق توازن مصالح الأطراف المعنية بالفسخ بالإرادة المنفردة، أي الدائن والمدين، ويكفي في هذا الصدد أن تتحدد الحالات، التي يعفى فيها الدائن من إعذار المدين، على نحو ما سبق بيانه، ليبقى "صبر" الدائن في حدود لا تثير أية "دهشة"، وبحيث يقتصر الأمر في هذه الحالة، على إلزام الدائن بإخطار المدين بقرار الفسخ.

(٣٤٦) Lando، السابق ص ١٧٥، حيث يقول في هذا الصدد:

"Je suis surpris par la patience qui est exigée de la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté ...".

## ثانياً - الإخطار

لا يكفي، في نظر الفقه الفرنسي، لإيقاع الفسخ بالإرادة المنفردة، أن يقوم الدائن بإعذار المدين، على النحو السابق بيانه، وإنما يشترط، فوق ذلك، أن يقوم الدائن بإخطار المدين بقراره<sup>(٣٤٧)</sup>.

مؤدى هذا الاشتراط، أن الفسخ بالإرادة المنفردة لا يقع بانتهاء المهلة المحددة في الإعذار، ليقوم المدين بالوفاء بالتزامه، وإنما لا بد من إخطار المدين بإيقاع هذا الفسخ، بمعنى: أن انتهاء المهلة المحددة بمقتضى الإعذار لا يعني أن العقد قد تم فسخه، فالفسخ لا يقع تلقائياً بمجرد فوات هذه المهلة، بل يبقى العقد قائماً، إلى أن يتم إخطار المدين، من قبل الدائن، بفسخ العقد؛ ليبقى بالتالي مصير العقد بيد الدائن.

والإخطار la notification بصفة عامة، هو الإجراء الذي يهدف إلى إبلاغ أمر ما إلى شخص معين<sup>(٣٤٨)</sup>. هذا الأمر - فيما نحن بخصوصه - هو إرادة فسخ العقد، والشخص المقصود إبلاغه بهذه الإرادة هو المدين.

لا يكفي - إذا - أن يعبر الدائن عن إرادته في فسخ العقد، ليقع هذا الفسخ، وإنما لا بد أن يوجه هذا التعبير إلى المعني به، وهو المدين.

الإخطار بالمعنى السابق هو متطلب مشترك لكل تصرف قانوني من جانب واحد، يترتب عليه إنهاء العقد<sup>(٣٤٩)</sup>، فهو عنصر يساهم في آلية هذا التصرف، الذي - وإن لم يشترط لتكوينه رضاء المتعاقد معه - فإن من شأنه تعديل مركزه القانوني؛ ولذلك يكون واجباً إخطار هذا الأخير به، ويكون هذا

---

(٣٤٧) راجع على سبيل المثال، Chang و Dai Do، السابق ص ٧.  
Ch. Jamin, obs. sous C.À. Douai, 6/7/1999, JCP. 1999 - 1 - 191.

J. Martin de la Moutte, L'acte juridique unilatérale, Thèse. (٣٤٨)  
Toulouse 1949, p. 188.

أشار إليه Corgas-Bernard، السابق ص ٣٥١.  
Corgas-Bernard، السابق ص ٣٥٢، Houin، السابق ص ٤٧ وما بعدها. (٣٤٩)

الإخطار واجباً في جميع الحالات، ولو لم يوجد نص يوجبه<sup>(٣٥٠)</sup>.

إذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة، تصرفاً قانونياً من جانب واحد، فإنه يجب - بحسب ما تقدم - أن يُخطَر به المدين. فهذا الفسخ لا يرتب أثره في مواجهة المدين، إذا بقي عند حد تعبير الدائن عن إرادته في الفسخ، بل لا بد لكي ينتج هذا التعبير عن الإرادة أثره، أن يوجه إلى الطرف الآخر، فهو تعبير عن الإرادة واجب التسلم<sup>(٣٥١)</sup>، بمعنى أنه ينتج أثره من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه<sup>(٣٥٢)</sup>.

ولا شك أن الإخطار بالمعنى السابق هو، إجراء مقرر لمصلحة المدين، وذلك بتجنيبه مصروفات تنفيذ أداء، أصبح من حق الدائن رفضه<sup>(٣٥٣)</sup>. وهو من ناحية أخرى يمنع الدائن من المضاربة، على ارتفاع أو انخفاض قيمة التنفيذ إضراراً بالمدين<sup>(٣٥٤)</sup>.

إذا كان مفاد ما تقدم، أن القواعد العامة بشأن التصرف القانوني من جانب واحد، توجب إخطار المدين بقرار الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، فهذا في الواقع ما أكدته النصوص المقترحة، لتعديل القانون المدني الفرنسي، والواردة بشأن هذا النوع من الفسخ.

فبحسب الفقرة الثانية من المادة ١١٥٨ من مشروع كاتالا، إذا استمر عدم التنفيذ من قبل المدين بعد إعداره، وفوات مهلة الإعدار المعقولة، يكون على الدائن - إذا ما اختار فسخ العقد - أن يخطر المدين بفسخ العقد، ويصبح الفسخ نافذاً، عند استلام المدين الإخطار المذكور.

وهذا - أيضاً - ما قضت به المادة ١٦٨ من مشروع وزارة العدل،

(٣٥٠) Corgas-Bernard، السابق ذات الموضوع.

(٣٥١) Houin، السابق ص ٤٩.

(٣٥٢) عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثانية، العدد الأول، يناير ١٩٦٠ ص ١٧.

(٣٥٣) Laithier، السابق ص ٣٥١.

(٣٥٤) خالد أحمد عبد الحميد، السابق ص ٣٢٠ (في بيان أهمية الإخطار بالفسخ وفقاً لأحكام اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع).



والتي وفقاً لفقرتها الرابعة، إذا استمر عدم التنفيذ - بعد إعدار المدين وفوات مهلة الإعدار - يقوم الدائن بإخطار المدين بفسخ العقد، ويصبح الفسخ نافذاً، عند استلام الطرف الآخر الإخطار المذكور.

وفقاً لهذه النصوص المقترحة يجب - إذا - على الدائن إذا أراد فسخ العقد، أن يوجه إخطاراً بذلك إلى الطرف الآخر.

هذا الإخطار، لا يحدث أثره في فسخ العقد - وعلى ما يتبين من النصوص المقترحة السابقة - إلا عند استلام المدين له، بمعنى أن الإخطار بالفسخ لا يحدث أثره بمجرد إرساله إلى المدين، وإنما في لحظة تسلم المدين لهذا الإخطار.

### ثالثاً - تسبيب قرار الفسخ

في سبيل حماية المدين في مواجهة قرار الدائن بفسخ العقد، اشتراط الفقه الفرنسي إلى جانب ضرورة حصول الإعدار، ثم الإخطار بالفسخ، أن يكون هذا القرار مسبباً<sup>(٣٥٥)</sup>. وتسبب قرار الفسخ من ناحية الدائن يقصد به،

(٣٥٥) راجع في ذلك على سبيل المثال، Amrani - Mekki، السابق ص ٣٩٣ وما بعدها، Brès، السابق ص ٤٩٥.

لا شك أن التسبب motivation فكرة راسخة من أفكار القانون الإجمالي. فتسبب الأحكام في هذا القانون "مبدأ إجرائي عام" (راجع في تفاصيل هذا الموضوع د. عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية الطبعة الأولى، دار الفكر العربي ١٩٨٣)، وانظر في هذا الموضوع أيضاً، د. نبيل عمر، تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠١.

ومع ذلك فهذه الفكرة ليست حكراً على القانون الإجمالي، فالقانون الموضوعي يعرفها أيضاً. وهي وإن اختلف مدلولها وضاق نطاقها فيه، فإن المفهوم العام للتسبب يبقى واحداً، من ناحية ما يعنيه من أن يكون القرار مسبباً، سواء كان القرار المقصود هو قرار القاضي، أم كان قراراً من أحد المتعاقدين في الرابطة العقدية.

والتسبب في مجال التصرف القانوني له تطبيقاته التشريعية، وبصفة خاصة إذا كان تصرفاً منهيماً للعلاقة العقدية. من ذلك مثلاً: ما ورد بالمادة ١١٠ من قانون العمل المصري، بشأن إنهاء عقد العمل غير محدد المدة، حيث إنه بمقتضى هذه المادة، يجب أن يستند الإنهاء إلى مبرر مشروع وكاف (راجع في تفاصيل هذا

ألا يقتصر الدائن في فسخه للعقد بأن يخطر المدين بذلك، وإنما أن يبين الأسباب التي دفعته إلى هذا القرار ومبرراته، وذلك ببيان الإخلال في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، الذي يأخذه على المدين، وكذلك تبرير جسامته<sup>(٣٥٦)</sup>.

تسبب قرار الفسخ بهذا المعنى، له أهمية تبدو من عدة نواح: فالإزام الدائن ببيان مبررات قراره بالفسخ، مؤداه إلزامه بالتروي في اتخاذ هذا القرار، والبحث في جدية أسبابه<sup>(٣٥٧)</sup>، مما يؤدي إلى الحد من فرص أن

---

الموضوع، د. همام محمد محمود زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردي، سابق الإشارة إليه ص ٧٠٣ وما بعدها، د. السيد عيد نايل، شرح قانون العمل الجديد، سابق الإشارة إليه ص ٤٣١ وما بعدها) والمادة 1-1232 L. من تقنين العمل الفرنسي، (بشأن ضرورة استناد صاحب العمل، في إنهائه لعقد العمل غير محدد المدة، لمبرر حقيقي وجدوي). راجع في ذلك:

F. Gaudu, L'exigence de motivation en droit du travail, in Colloque: Obligation de motivation et droit des contrats, RDC 2004/2, p. 566 et s.

ومن ذلك أيضاً، ما جاء بالمادة ١٦٣ من قانون التجارة المصري الجديد بشأن إنهاء عقد الوكالة التجارية المعين المدة، حيث يجب أن يستند إنهاؤه إلى سبب جدي ومقبول، وإلا التزم من أنهى العقد بدفع تعويض للطرف الآخر. وجدير بالذكر أنه إذا كان تسبب التصرف القانوني لا يزال في إطار الاستثناء

(L.Aynès, Motivation et justification, in Obligation de motivation ..., op. cit. p. 555 et S. spéci. p. 556)

فإن فكرة التسبب في هذا المجال، باتت محل اهتمام كبير من جانب الفقه الفرنسي، الذي يتحدث البعض منه صراحة، عن الالتزام بالتسبب في قانون العقود

(M. Fabre – Magnan, Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique, in Obligation de motivation ..., op. cit. p. 573 et s.)

ولها أيضاً:

L'obligation de motivation en droit des contrats, in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle: Études offertes à J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 301 et s.

Brès (٣٥٦)، السابق ص ٤٩٦.

L. Aynès, Motivation et justification, précité, p. 557; D. (٣٥٧)

يكون قراراً تحكيمياً، هذا من ناحية الدائن، أما من ناحية المدين فإبراز مبررات قرار الفسخ، هو وسيلة إقناعه بالفسخ الذي وقع مما يقلل -بالتالي - فرص المنازعة فيه<sup>(٣٥٨)</sup>.

وتسبب قرار الفسخ، يؤدي - عند المنازعة فيه من قبل المدين - إلى تسهيل دور القاضي، في أعمال رقابته القضائية اللاحقة على قرار الفسخ، وعند تقديره لجسامة الإخلال المبرر للفسخ من جانب الدائن<sup>(٣٥٩)</sup>.

الالتزام بتسبب قرار الفسخ له تأثيره - أيضاً - من ناحية نظام الإثبات، وذلك بما يؤدي إليه من نقل عبء الإثبات، في حال لجوء المدين إلى القضاء للمنازعة في الفسخ، حيث سيقصر دور القاضي في هذه الحالة، على تقدير جسامة الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، من خلال المبررات المقدمة من قبل الدائن، بما مؤداه، من الناحية العملية، نقل عبء الإثبات من المدين (المدعي)، إلى الدائن (المدعى عليه)<sup>(٣٦٠)</sup>.

تسبب قرار الفسخ هو - إذا - إجراء يقصد به حماية المدين، من خلال تقييد حق الدائن في إجراء الفسخ بإرادته وحده، فلا يعود هذا حقاً مطلقاً، وإنما هو حق مقيد بالغاية منه، لا يمكن استعماله إلا لهدف معين، وبالتالي عند توافر أسباب معينة يجب بيانها<sup>(٣٦١)</sup>.

فإذا كان ذلك، هو الهدف من اشتراط الفسخ، تسبب قرار الفسخ، فلم يعد هذا الاشتراط مجرد اجتهاد فقهي، وإنما بدأ يأخذ طريقه نحو التكريس التشريعي، فقد اشترطت المادة ٤/١٥٨ من مشروع كاتالافى الإخطار

---

Ferrier, Une obligation de motiver? in Obligation de motivation... op. cit. p. 558 et s. spéci. p. 561.

(٣٥٨) Corgas-Bernard، السابق ص ٢٦٣.

(٣٥٩) Corgas-Bernard، السابق ٣٥٧٨.

(٣٦٠) Amrani - Mekki، السابق ص ٣٩٥.

(٣٦١) Fabre - Magnan, L'obligation de motivation en droit des contrats, précité. p. 307.

الذي يوجه إلى المدين، بفسخ العقد أن يتضمن الأسباب التي تبرر الفسخ. كما تؤكد ذلك - أيضاً - بمقتضى المادة ٥/١٦٨ من مشروع وزارة العدل، وبصياغة مطابقة لما ورد بالنص المشار إليه من مشروع كاتالان.

لا شك أن الفسخ بالإرادة المنفردة، يحقق مصلحة للدائن، ولكن من خلال الشروط الإجرائية التي ينادي بها الفقه، والتي تؤكد النصوص المقترحة في هذا الصدد، يتبين أن إقرار هذا الحق للدائن، لا يعني إهدار مصلحة المدين.

من خلال ما تقدم يتبين - إذاً - أن استعمال الدائن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة مشروط - من الناحية الموضوعية - بتحقق إخلال على قدر من الجسامة بالالتزامات الناشئة عن العقد، ومن الناحية الإجرائية، بإعذار المدين وإمهاله فترة معقولة للقيام بالتنفيذ، ثم إخطاره بالفسخ، إذا ما انقضت المهلة المذكورة دون تنفيذ، وأن يكون قرار الفسخ الذي يتضمنه الإخطار مسيياً.

جدير بالذكر في هذا الصدد، أن توافر الشرط الموضوعي لإعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، لا يعني - وعلى نحو ما تبين فيما تقدم - وقوع الفسخ تلقائياً، وإنما تحقق هذا الشرط مؤداه أن يكون للدائن الخيار بين، التمسك بفسخ العقد أو طلب تنفيذه، وذلك ما لم يكن هناك اتفاق مسبق، على تنازل الدائن عن الفسخ بالإرادة المنفردة<sup>(٣٦٢)</sup>.

فالفسخ بالإرادة المنفردة، لا يقع إلا من وقت تعبير الدائن عن إرادته في ذلك وفقاً للمسار الإجرائي السابق بيانه<sup>(٣٦٣)</sup>، بمعنى: أن هذا الفسخ، لا يفرض على الدائن بمجرد الإخلال الجسيم، من قبل المدين بالتزاماته

---

(٣٦٢) ولا خلاف على صحة هذا التنازل، ويبقى للدائن في هذه الحالة المطالبة بالفسخ القضائي، راجع في ذلك، Laithier، السابق ٢٨٢.

(٣٦٣) راجع في القول بذلك في حالة الشرط الفاسخ الصريح، محمد منصور، السابق ص ٩٧.

وما يقال بشأن الشرط الفاسخ الصريح، يصلح للقول به في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة، ذلك أن الفسخ في الحالتين يقع بإرادة الدائن وحده، وإن كان مصدر ذلك في حالة الشرط الفاسخ، هو الاتفاق المسبق للمتعاقدين.

إذا كان الإخلال من قبل المدين بالتزاماته، يجعل للدائن الخيار بين طلب التنفيذ أو فسخ العقد بإرادته المنفردة، فإن ممارسة هذا الخيار تؤدي، في الواقع إلى طرح التساؤل عن المدى الزمني، الذي يستطيع الدائن من خلاله ممارسة خياره من ناحية، وعن إمكانية رجوع الدائن، عن اختياره بالفسخ، بعد تمسكه به من ناحية أخرى.

أما من حيث التساؤل الأول، فقد يحدث أن يعلم الدائن بالإخلال بالعقد فلا يبادر إلى التعبير عن إرادته في فسخ العقد، فهل يستتبع هذا التراخي من قبل الدائن، إلى سقوط حقه في التمسك بالفسخ<sup>(٣٦٥)</sup>؟

الواقع أن عدم مبادرة الدائن إلى التعبير عن إرادة الفسخ، قد يفسر على أنه تمسك من جانبه بالدفع بعدم التنفيذ، وذلك إذا ما كانت هناك التزامات مستحقة عليه هو.

كما أن تأخر الدائن في التعبير عن إرادته في الفسخ، قد يكون عن رغبة منه في تمكين المدين من تدارك أمره، وإزالة الإخلال المنسوب إليه<sup>(٣٦٦)</sup>.

وفي المقابل قد يقال: إن انقضاء مدة طويلة من وقت الإخلال، دون تعبير الدائن عن إرادة الفسخ، يعد نزولاً من جانبه عن حقه في التمسك بالفسخ. لكن القول بذلك مؤداه اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة، رغم أن المسلم، أن السكوت لا يعتبر طريقاً للتعبير عن الإرادة، إلا إذا أحاطت به ظروف تعطي له معنى معيناً، "لذلك لا يجوز اعتبار سكوت الدائن - بصفة

(٣٦٤) Laithier، السابق ذات الموضع.

(٣٦٥) راجع في هذا التساؤل Laithier، السابق ص ٢٨٢، وانظر - أيضاً - في هذا التساؤل بخصوص الفسخ إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح، عبد الحي حجازي، السابق، ص ١٨.

(٣٦٦) حجازي، السابق ص ١٩، وقال سيادته بذلك، في معرض الإجابة عن التساؤل بشأن الشرط الفاسخ، وهو ما يصلح - كما أشرنا فيما تقدم - للقول به بشأن إعمال الفسخ بالإرادة المنفردة الذي نقصد في هذا البحث.

عامة - نزولاً عن التمسك بالحق في الفسخ" (٣٦٧).

وقد يقال - أيضاً - إن حماية المدين تقتضي أنه، إذا انقضت مدة طويلة دون أن يبادر الدائن إلى استعمال حقه في الفسخ، يجب إسقاط حقه في ذلك جزاء موقفه السلبي، ولكن يمكن الرد على ذلك، بأن مؤداه أن يكون "للمدين أن يحتج لمصلحة نفسه بواقعة قد أسهم في وجودها" (٣٦٨). فلا يجوز أن يستمر المدين في عدم التنفيذ، ثم يحتج في مواجهة الدائن بسقوط حقه في الفسخ.

لكن يبقى أن موقف المدين السلبي، وعدم استعماله حقه في الفسخ مدة طويلة، قد يعتبر نزولاً ضمنياً عن هذا الحق، إلا أن إرادة الدائن في النزول يجب أن تكون مؤكدة، فالنزول لا يفترض، بل يجب أن يستخلص من وقائع أو أفعال تؤكد نية النزول لدى من صدرت عنه (٣٦٩).

أما عن السؤال الثاني، والمتعلق بإمكانية رجوع الدائن عن اختياره فسخ العقد بعد تمسكه به، ومطالبتة بالتنفيذ، فالحقيقة أن هذا السؤال قد سبق أن طرحه الفقه (٣٧٠) بخصوص أعمال الشرط الصريح الفاسخ، هذا ولما كنا نعتقد أن ما يقال به بصدد أعمال هذا الشرط، يصلح في هذا الخصوص - كما أشرنا لذلك من قبل - للقول به في مجال أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة،

(٣٦٧) حجازي، السابق ص ٢٠.

(٣٦٨) حجازي، السابق ذات الموضوع، وانظر - أيضاً - محمد منصور، السابق ص ١٠٠.

وقد قضت محكمة النقض المصرية، في خصوص السكوت عن استعمال الحق طلب الفسخ بصفة عامة، بأنه "إذا كان مجرد السكوت عن استعمال الحق في طلب الفسخ فترة من الزمن رغم العلم بقيام موجب، لا يعتبر نزولاً عن الحق، إلا أنه إذا اتخذ صاحب الحق من سكوته موقفاً، لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على قصد النزول، كان هذا تعبيراً ضمنياً، عن إرادة النزول عن الحق عملاً بالمادة ٩٠ من القانون المدني" الطعن رقم ٦٩١ س ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٨، مجموعة المكتب الفني، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية لمحكمة النقض من أول أكتوبر ٢٠٠٠ حتى ٢٠ سبتمبر ٢٠٠١، ص ٢١٧.

(٣٦٩) راجع، حجازي، السابق ص ٢٠، محمد منصور، السابق ص ١٠٠.  
(٣٧٠) ونقصد بذلك بصفة خاصة د. عبد الحي حجازي، في البحث سابق الإشارة إليه ص ٢٠ وما بعدها.

وذلك باعتبار أن ما يجمع بينهما أن الفسخ فيهما يقع بإرادة الدائن وحده، لذلك فإننا نستلهم للإجابة على السؤال المطروح هنا، ما قال به الفقه بشأن الشرط الصريح الفاسخ.

في ضوء ما تقدم، وفي الإجابة على سؤالنا نقول: إنه من الجائز الاعتقاد بأن للدائن الرجوع عن قراره بالفسخ، وذلك قياساً على حالة الفسخ القضائي، ففي حالة المطالبة القضائية بالفسخ يجوز للدائن أن يعدل عن طلبه إلى المطالبة بالتنفيذ<sup>(٣٧١)</sup>، ومن هنا يمكن القول بجواز ذلك - أيضاً - بشأن الفسخ بإرادة الدائن وحده، وبحيث يكون له بعد إعلان رغبته في التمسك بالفسخ أن يعدل عن ذلك ويطلب بالتنفيذ.

وقد يقال في هذا الصدد - أيضاً - أن الفسخ بالإرادة المنفردة قد تقرر لمصلحة الدائن، وبالتالي "فلا يجوز أن ينقلب عليه"، ومن ثم يجوز له إن قدر بعد تمسكه به، أنه في غير صالحه أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ<sup>(٣٧٢)</sup>.

ويمكن القول - أيضاً - في هذا الصدد، بأن رجوع الدائن عن التمسك بالفسخ هو عودة إلى الأصل، وهو التنفيذ العيني، الذي يمكن المطالبة به ما دام ممكناً.

والواقع أن الحجج السابقة، والتي يمكن القول بها؛ تأييداً لإمكانية رجوع الدائن عن قراره بالفسخ، بعد التمسك به ليست بمنأى عن النقد.

فأولاً: القول بإمكان هذا الرجوع قياساً على ما يحدث في حال المطالبة القضائية بالفسخ، غير صحيح، وذلك لاختلاف أثر التمسك بالفسخ في حالة الفسخ القضائي، عنه في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة. ففي الفسخ القضائي، تمسك الدائن بالفسخ من خلال الدعوى، لا يعني أن العقد قد تم فسخه، بل لا يؤدي ذلك إلى اكتساب الدائن حقاً في أن يحكم القاضي بالفسخ، ومؤدى ذلك بقاء العقد، إلى حين حكم القاضي بالفسخ، بل وإلى أن يصير هذا

(٣٧١) راجع في إمكان ذلك على سبيل المثال، الأهواني، السابق ص ٤١٢، أحمد الزقرد

السابق ص ١١٧، Terré, Simler et Lequette، السابق ص ٦٥٩.

(٣٧٢) راجع حجازي، السابق ص ٢١، (وذلك بخصوص الشرط الفاسخ الصريح).

الحكم نهائياً<sup>(٣٧٣)</sup>، ولهذا يبقى للدائن - إلى حين ذلك - إمكانية العدول عن طلب الفسخ، إلى طلب تنفيذ العقد. والحال ليس كذلك في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث يفسخ العقد بمجرد إعلان الدائن رغبته فيه، وبالتالي، فلا يتصور أن يعود ليتمسك بعد ذلك بتنفيذ العقد؛ لأن طلبه بالتنفيذ في هذه الحالة لا يصادف محلاً يرد عليه، فالفسخ قد وقع وزال العقد، فكيف يمكن طلب تنفيذ عقد لم يعد موجوداً<sup>(٣٧٤)</sup>.

أما ما قد يقال، من أن الفسخ بالإرادة المنفردة مقرر لمصلحة الدائن، يمكنه بالتالي أن يرجع فيه، ليطالب بالتنفيذ إذا ما رأى أن مصلحته في هذا التنفيذ، فيمكن الرد عليه بأنه، إذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة مقررًا بالفعل لمصلحة الدائن، فإن ذلك لا يعني أن يبقى المدين تحت "رحمة الدائن"، "إن شاء ظل مصراً على الفسخ وإن شاء رجع فيه، مع ما يترتب على ذلك من وضع المدين في حالة من القلق، وعدم الاستقرار لا يستسيغها أحد"<sup>(٣٧٥)</sup>. فمصلحة المدين يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار، فالمفترض أن يقوم المدين بترتيب أوضاعه، نتيجة تمسك الدائن بالفسخ، ثم يفاجأ بعد ذلك برجوع الدائن في قراره بالفسخ، والمطالبة بالتنفيذ، لا شك أن ذلك من شأنه إلحاق الضرر بالمدين، وإخلال واضح بالاستقرار الواجب للمعاملات، يجعل من غير الجائز، قبول رجوع الدائن عن تمسكه بالفسخ.

وأخيراً، فإنه إذا كان صحيحاً أن الأصل هو التنفيذ العيني، فالصحيح - أيضاً - أن المطالبة به تفترض بدهاثة بقاء العقد المطالب بتنفيذه، والأمر ليس كذلك، حين يكون الدائن قد تمسك بالفسخ بإرادته المنفردة، حيث - وكما سبق القول - يكون العقد قد زال، فلا يتصور بالتالي إمكان المطالبة بالتنفيذ.

لذلك ننتهي في الإجابة على السؤال المطروح، إلى ترجيح عدم جواز رجوع الدائن في الفسخ الذي أوقعه بإرادته المنفردة، وذلك متى وصل

---

(٣٧٣) راجع، أحمد الزقرد، السابق ص ١١٧ وما بعدها، الجارحي، السابق ص ٨٨ وما بعدها.

(٣٧٤) راجع، حجازي، السابق ص ٢٢.

(٣٧٥) حجازي، السابق ص ٢٤، وإشارته إلى بوريكان، الشرط الفاسخ في العقود، المجلة الفصلية ١٩٥٧ ص ٤٥.



التعبير عن إرادته في ذلك إلى علم المدين.

هذا ويلاحظ أنه بحسب القيود الإجرائية المقترحة، في ظل القانون الفرنسي، لإيقاع الفسخ بالإرادة المنفردة - والسابق بيانها رأينا أن هذا الفسخ يتم من خلال مسار إجرائي، يبدأ أولاً، بإعذار المدين وإمهاله فترة معينة، ثم إخطاره بقرار الفسخ.

بحسب هذا المسار الإجرائي، لا يقع الفسخ إلا بإخطار المدين بالفسخ وتسلمه هذا الإخطار، ومؤدى ذلك، أن الفسخ لا يقع بإعذار المدين، فالإعذار - وبحسب القواعد العامة - هو تكليف المدين بالتنفيذ، فهو - إذا - مطالبة بالتنفيذ وتمسكاً به، وليس تمسكاً بالفسخ - وإن انطوى - أيضاً - على تهديد بإمكان التمسك بالفسخ - أو تعبيراً عن إرادة الدائن بالفسخ، ولذلك - وفي ضوء ما تقدم - يمكن القول بأنه في ظل النصوص المقترحة، في مشروعى كاتالا ووزارة العدل الفرنسية، يبقى للدائن - وحتى فوات مهلة الإعذار - المطالبة بالتنفيذ، دون أن يعد ذلك منه رجوعاً في تمسكه بالفسخ، فالفسخ لم يتم التمسك به بعد. أما إذا ما انتهت مهلة الإعذار، دون قيام المدين بالتنفيذ، واختار الدائن فسخ العقد فعليه - بحسب نص المادة ١١٥٨/٢ من مشروع كاتالا، والمادة ١٦٨/٤ من مشروع وزارة العدل - أن يخطر المدين بالفسخ، فيصبح الفسخ في هذه الحالة واقعاً عند استلام المدين للإخطار، هنا يكون الفسخ قد وقع، ولا يجوز للدائن الرجوع فيه<sup>(٢٧٦)</sup>.

وإجمالاً لما تقدم يمكن القول - إذا - أنه إذا كان أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة يقتضي توافر شرطه الموضوعي، الذي يتجسد في الإخلال بالالتزامات العقدية، إخلالاً على قدر كاف من الجسامة، فإنه من خلال ما يراه الفقه الفرنسي، وما تؤكد التشريعات المقارنة التي تناولناها، وكذلك ما

(٢٧٦) هذا ما يستفاد - أيضاً - مما جاء بنص المادة ١١٤-٣ من المشروع التمهيدي للتقنين الأوروبي للعقود، حيث ورد به:

Après que s'est écoulé le délai indiqué au premier alinéa du présent article ou que le débiteur a reçu la notification mentionné au deuxième alinéa du présent article, le créancier ne peut plus prétendre à l'exécution du contrat et peut la refuser et le débiteur n'est plus tenue à s'en acquitter...".

هو مرتقب في القانون الفرنسي، رأينا أن هذا الفسخ لا يتم إلا وفق شروط إجرائية معينة، تهدف في نهاية الأمر إلى توفير، القدر المعقول من الحماية الواجبة للمدين في مواجهة هذا الفسخ، الذي يقع بعيداً عن تدخل قضائي مسبق، دون اتفاق سابق عليه، ولا شك أن في ذلك ما يقلل في ذات الوقت، من فرص التحكم من قبل الدائن، في اتخاذ قراره بالفسخ، ولكن هذا لا يغني عن أن يكون للقضاء دور في رقابة هذا الفسخ، الذي تم دون تدخل منه، وإن كانت الرقابة هنا لاحقة، على هذا الجزاء الذي أوقعه الدائن. وهذه الرقابة ننتقل لمعالجتها في المطلب التالي.

## المطلب الثاني

### الرقابة القضائية اللاحقة على الفسخ بالإرادة المنفردة

الإقرار بحق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة، لا يستبعد إمكانية تدخل القاضي بشأن هذا الفسخ، الذي وقع بعيداً عنه ودون تدخله، وهذا في الواقع ما يتضح من العبارة التي استخدمتها محكمة النقض الفرنسية، حين إقرارها لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك بقولها: إن هذا الفسخ يقع على مسؤولية الدائن *à ses risques et périls*<sup>(٣٧٧)</sup> وهذا - أيضاً - ما أكدته النصوص المقترحة، بشأن تعديل القانون المدني الفرنسي، والتي سنتناولها فيما بعد.

فقد يلجأ المدين إلى القاضي، منكرأ على الدائن حقه في إيقاع الفسخ بإرادته المنفردة، ومنازعا في صحة الفسخ الذي أوقعه، لعدم توافر شروط أعمال هذا الفسخ. فيكون على القاضي في هذه الحالة التحقق من توافر هذه الشروط، فتكون رقابة القاضي في هذه الحالة رقابة لاحقة على الفسخ الذي

(٣٧٧) راجع على سبيل المثال حكمها المبني في ١٣/١٠/١٩٩٨، وحكمها في ٢٠/٢/٢٠٠١، سابق الإشارة إليهما.

وراجع في الدلالات المختلفة لعبارة *à ses risques et périls* :

Ch. Atias, Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (Limites de la description normative) Le Dalloz 2003, chronique, p. 1103 et s.

تم دون تدخله، وذلك خلافاً لرقابته السابقة، التي يمارسها على الفسخ حين طلبه منه، أي في حالة الفسخ القضائي. والواقع - وكما ذكرنا فيما تقدم - أنه إذا كان أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة يتم دون تدخل من قبل القاضي، فإن ذلك لا يعني استبعاداً تاماً لدور القاضي، ولا يعني كذلك أنه لم يعد له دور في رقابة هذا الفسخ، فهذه الرقابة تغير وقت إعمالهما، فهي لم تعد رقابة مسبقة، وإنما باتت رقابة لاحقة.

الرقابة اللاحقة على الفسخ بالإرادة المنفردة ليست، بطبيعة الحال، رقابة تلقائية، وإنما هي رقابة يحركها المدين، الذي ينازع في صحة الفسخ الذي وقع. وكما ذكرنا فيما سلف، فإن الفسخ بالإرادة المنفردة - وإن كان يستتبع تغييراً زمنياً في رقابة القاضي، ويجعلها رقابة لاحقة - فهو - أيضاً - يؤدي إلى تغيير في دور أطراف العلاقة العقدية فيما خص الفسخ، فإذا كان الدائن يوقع الفسخ دون لجوء إلى القضاء، فإن المدين هو الذي يتحمل عبء اللجوء إلى القاضي، وذلك إذا لم يقتنع بصحة الفسخ الذي وقع، وقدر أن جسامته الإخلال الذي حدث لا يلائمها مثل هذا الجزاء.

فإذا كانت رقابة القاضي على الفسخ بالإرادة المنفردة، هي رقابة لاحقة على النحو السابق بيانه، وموقوفة على مدى قناعة المدين بالفسخ الذي حصل، فإن القاضي في ممارسته هذه الرقابة، لا يخرج أمره عن احتمالين، الأول: أن يتبين صحة الفسخ الذي حصل، وفي هذه الحالة لن يبقى إلا البحث في آثار هذا الفسخ، والاحتمال الثاني، أن يتأكد القاضي من أن الفسخ الذي أوقعه الدائن لم يكن صحيحاً، أو غير مبرر، لعدم توافر شروطه، وفي هذه الحالة ينبغي أعمال الجزاء المناسب.

هذا وإذا كان الجزاء الأكثر ملاءمة لحالة الفسخ غير المبرر، وكما سنرى فيما بعد، هو اعتبار هذا الفسخ كأن لم يكن، أي اعتبار العقد لا يزال قائماً، وإعادة الحال إلى ما كان عليه، أي الاستمرار في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذي فسخ بغير سند، فقد يصبح ذلك - نتيجة تأخر اتصال القاضي بالدعوى، والوقت الذي يستغرقه الفصل فيها، من الناحية العملية - أمراً غير ممكن. لذلك يثور التساؤل عن إمكانية

التوصل إلى إيقاف قرار الدائن بفسخ العقد، إلى حين أن يفصل القاضي في النزاع المعروض عليه، وذلك من خلال اللجوء إلى القضاء المستعجل.

هذه المسائل الثلاث، هي التي يدور حولها رقابة القضاء للفسخ بالإرادة المنفردة، ونعرض لها تباعاً فيما يلي.

## الفرع الأول

### آثار الفسخ بالإرادة المنفردة

إذا ما نازع المدين في الفسخ الذي أوقعه الدائن بإرادته المنفردة، وقدر أنه ضحية لفسخ لم تتوافر شروطه، فقد يتبين القاضي الذي يُدعى للفصل في ذلك، أن هذا الفسخ وقع على نحو صحيح، وفي هذه الحالة يعلن القاضي - في حكم مقرر - أن العقد قد فسخ، وهو - على هذا النحو - يؤيد الفسخ الذي حصل دون تدخل من جانبه.

فالقاضي في هذه الحالة لا يحكم بالفسخ، والحكم الذي يصدره ليس إلا حكماً مقررأ، وليس منشئاً للفسخ، فهو لا يفعل أكثر من تكريس فسخ نافذ بذاته.

ومؤدى ذلك، اعتبار الفسخ حاصلأ من تاريخ إيقاعه بمعرفة الدائن، وليس من تاريخ صدور حكم القاضي<sup>(٣٧٨)</sup>.

الفرض - إذا - أن الفسخ كان مشروعاً، ونتيجة ذلك أن تترتب آثار الفسخ.

وكما هو معروف، وبحسب القواعد العامة في الفسخ، فإن الفسخ يترتب عليه أن يتوقف العقد عن إنتاج آثاره القانونية، أي أنه لا يترتب أي أثر بالنسبة للمستقبل. وإضافة إلى ذلك يتعين إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وذلك بإلزام كل متعاقد بأن يرد إلى الآخر ما تلقاه منه، بحيث يعتبر العقد وكأنه لم يوجد أصلاً.

(٣٧٨) Amrani - Mekki، السابق ص ٨١ - ٨٢.

(٣٢٤) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٠.

فالفسخ بحسب القواعد العامة لا يقتصر أثره على المستقبل فقط، بل يشمل الماضي أيضاً، ولذلك يقال إن للفسخ أثراً رجعياً<sup>(٣٧٩)</sup>.

هذا، وإذا كان بديهياً أن الفسخ بالإرادة المنفردة، يترتب عليه أن يتوقف العقد عن إنتاج آثاره القانونية، بالنسبة للمستقبل، وشأنه في ذلك شأن أي فسخ آخر، فالملاحظ أن أثر هذا الفسخ بالنسبة للماضي، أي أثره الرجعي ليس محل إجماع من قبل الفقه.

يعود الخلاف حول الأثر الرجعي للفسخ بالإرادة المنفردة، إلى العبارة التي وردت في أحكام محكمة النقض الفرنسية، وبخاصة في حكمها المبدئي<sup>(٣٨٠)</sup>، الذي قرر إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث عبرت عن هذه الإمكانية بقولها: إن للمتعاقد أن يضع حداً للعقد:

La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale ...."

في تفسير هذه العبارة، ذهب بعض الفقه<sup>(٣٨١)</sup> إلى أن مسألة الأثر الرجعي للفسخ بالإرادة المنفردة أصبحت موضع تساؤل؛ نتيجة العبارة المحايدة neutre التي استخدمتها محكمة النقض.

وقد عاد هذا البعض من الفقه في تعليقه على حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية، إلى القول بأن: التعبير المستخدم من قبل هذه المحكمة، يؤدي إلى الاعتقاد بأن الفسخ بالإرادة المنفردة، لا يؤدي إلى فسخ العقد بأثر رجعي<sup>(٣٨٢)</sup>، منضماً في ذلك إلى جانب آخر من الفقه<sup>(٣٨٣)</sup>، يرى أنه بالنظر

(٣٧٩) راجع نص المادة ١٦٠ من القانون المدني المصري.

(٣٨٠) ونقصد بذلك حكم الغرفة المدنية الأولى بتاريخ ١٣/١٠/١٩٩٨ سابق الإشارة.

(٣٨١) Ch. Jamin, note sous Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 13/10/1998, D. 1999, JP, p. 197.

(٣٨٢) Ch. Jamin, note sous Cass. Civ. 20/2/2001, D. 2001, p. 1568.

(٣٨٣) D. Mazeaud, note sous Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 20/2/2001, D. 2001, p. 3239, spéci. p. 3240.

إلى الشك حول حقيقة المقصود بالعبارة التي استخدمتها محكمة النقض، يُفضل - وبالنظر إلى اعتبارات الملاءمة - اعتبار أن الفسخ بالإرادة المنفردة، يؤدي إلى زوال آثار العقد بالنسبة للمستقبل فقط.

في مقابل هذا الرأي ذهب فريق آخر من الفقه، إلى التأكيد على أن العبارة المستخدمة من قبل محكمة النقض، لا تعني استبعاد الأثر الرجعي للفسخ بالإرادة المنفردة، بمعنى زوال آثاره بالنسبة للمستقبل، ومحو آثاره الماضية أيضاً، فهذه العبارة - بحسب هذا الجانب من الفقه - من الاتساع من حيث المضمون، بحيث تشمل زوال العقد بأثر رجعي<sup>(٣٨٤)</sup>.

أما عن موقف القضاء، فيلاحظ أنه إذا كانت مسألة الأثر الرجعي للفسخ بالإرادة المنفردة، لم تطرح لديه على نحو صريح فإن ما يمكن استخلاصه من حكم محكمة النقض الفرنسية، الصادر عن غرفتها المدنية الثالثة، بتاريخ ٢٢/١٠/٢٠٠٢<sup>(٣٨٥)</sup>، أن هذا الفسخ يؤدي إلى زوال آثار العقد بأثر رجعي، ذلك أنه وفقاً لهذا الحكم، قضت بإلزام المقاول بأن يرد إلى رب العمل، مبلغ العربون الذي دفعه الأخير، على الرغم من أن الأعمال التي التزم بها المقاول كانت قد بدأت بالفعل، بما مؤداه زوال الآثار التي كانت ترتب على هذا العقد الذي فسخه رب العمل بإرادته المنفردة<sup>(٣٨٦)</sup>.

هذا ويلاحظ في هذا الصدد، أن الأثر الرجعي للفسخ بالإرادة المنفردة، هو ما أخذت به مبادئ Unidroit، وهي التي أقرت - كما رأينا فيما سبق - الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث إنه بحسب نص المادة ٧-٣-١/٦، بعد فسخ العقد لأي من الأطراف المطالبة باسترداد ما ورده، على أن يقوم بصورة متزامنة، برد ما حصل عليه<sup>(٣٨٧)</sup>. وهذا - أيضاً - ما أخذ به القانون

---

E. Savaux, note sous Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 20/2/2001, Defrénois. (٣٨٤)  
2001, p. 705 et s.

(٣٨٥) سابق الإشارة إليه.

(٣٨٦) راجع في ذلك Dai Do و Chang، السابق ص ٨.

Art. 7-3-6/1 Unidroit:

(٣٨٧)

"Après résolution du contrat, chaque partie peut demander la

المدني الألماني في نص المادة ٣٤٦ منه، حيث قضت هذه المادة بأنه: عند تحقق الفسخ يُلزم الأطراف برد الأداءات التي حصلوا عليها<sup>(٣٨٨)</sup>.

مفاد ما تقدم، أنه لا يوجد ما يستدعي استبعاد الفسخ بالإرادة المنفردة من الأثر الرجعي، الذي يترتب على الفسخ بصفة عامة.

ولكن يبقى على الرغم من ذلك، أنه إذا كان الأصل أن انحلال العقد نتيجة للفسخ، يكون له أثر رجعي، فإن هذا الأصل يرد عليه استثناء يتعلق بالعقود المستمرة، حيث إنه بحسب الرأي الغالب في الفقه، مؤيداً بأحكام القضاء<sup>(٣٨٩)</sup>، لا يكون للفسخ أثر بالنسبة لهذه العقود، إلا بالنسبة للمستقبل، بمعنى: أن الفسخ لا يمس ما تم من أثار، ترتبت على مثل هذه العقود في الماضي<sup>(٣٩٠)</sup>.

---

restitution de ce qu'elle a fourni, pourvu qu'elle procède simultanément à restitution de ce qu'elle a reçu".

(٣٨٨) وجاء بنص هذه المادة:

"Si la résolution a lieu, les parties sont tenues de se restituer réciproquement les prestations reçues".

نقلاً عن Chang و Dai Do، السابق ص ٨.

(٣٨٩) راجع على سبيل المثال في الفقه المصري، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - ٢ - في الالتزامات، المجلد الأول، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة ١٩٨٧ (بدون ناشر) ص ٦٧٩، د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٤ (بدون ناشر) ص ٦٤٠ وراجع في الفقه الفرنسي على سبيل المثال:

Terré, Simler et Lequette, op. cit. p. 665; Larroumet, Le contrat, 2<sup>e</sup> partie, op. cit. p. 826,

وانظر من أحكام القضاء المصري على سبيل المثال، نقض ١٩٨١/٢/١٠ مج س ٣٢ ص ٤٦٨، ١٩٨٩/٣/٦، مج س. ٤ ص ٧٣٥.

ومن أحكام القضاء الفرنسي راجع على سبيل المثال:

Cass. Civ. 1/10/1996, D. 1996, IR, p. 232; C.A. Colmar, 21/1/1998, JCP, 2000-IV-1140.

(٣٩٠) هذا مع مراعاة أن قاعدة الأثر الرجعي للفسخ، ليست محل إجماع من الفقه، فالبعض، مثلاً (الجارحي، السابق ص ١٢٤ وما بعدها) يرى ضرورة ترك قاعدة الأثر الرجعي، ويوصى (السابق ص ١٤٠) بالغاء الأثر الرجعي للفسخ، ويرى البعض الآخر (محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، سابق الإشارة إليه، ص ١٩٥) أن للفسخ كما للبطلان، أثراً رجعياً في كل الأحوال،

وهذا في الواقع ما أكدت عليه مشروعات القوانين المقترحة، لتعديل القانون المدني الفرنسي.

فبعد أن قضت المادة ١١٦٠ - ١ من مشروع كاتالا - سابق الإشارة إليه - بأن الفسخ يحرر الأطراف من التزاماتهم، أضافت أنه في العقود المتتابعة أو المُقسطة يكون للفسخ آثار الإنهاء، وينتهي تعهد الأطراف بالنسبة للمستقبل، اعتباراً من تاريخ رفع دعوى الفسخ، أو الإخطار بالفسخ المنفرد. وأضافت الفقرة الأخيرة من هذه المادة: أنه في العقود الفورية يكون للفسخ أثر رجعي، وعلى كل طرف أن يرد للآخر ما تسلمه منه<sup>(٣٩١)</sup>.

يتعين إعماله في جميع العقود، دون تمييز بين فوري منها ومستمر) ومن هذا الرأي أيضاً، د. ياسر الصيرفي، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، دار النهضة العربية ١٩٩٨ خاصة ص ٣٨ وما بعدها. إضافة إلى ذلك، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها الحديثة، وبشأن مسألة الأثر الرجعي بخصوص العقد المستمر، إلى التمييز بين ما إذا كان العقد قابلاً للانقسام، أم غير قابل لذلك، بحسب قصد المتعاقدين. فبحسب هذه المحكمة، إذا كان المتعاقدان قد قصدا أن يكون العقد قابلاً للانقسام divisible فإن الفسخ يمكن أن يقتصر على بعض أجزائه فقط، وبحيث لا يطل ما تم تنفيذه منه، أما إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى النظر إلى العقد باعتباره كلاً لا يتجزأ، فإن الفسخ يؤدي إلى انحلال العقد بكامله، أي بآثر رجعي، راجع في تطور قضاء محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد:

= Terré, Simler et Lequette, op. cit. p. 665 et s.; Malaurie, Aynès et Stoffel - Munck, op. cit. p. 449 et s.

ياسر الصيرفي، السابق، خاصة ص ٧٤ وما بعدها. وحينئذ ذهب البعض (Gencion, La résolution pour inexécution, op. cit. p. 606 et s.) إلى اقتراح رؤية جديدة للأثر الرجعي للفسخ، تقوم على أساس تقسيم العقود إلى عقود ذات منفعة مستمرة Contrat à utilité continue، لا يكون للفسخ فيها أثر رجعي، وعقود ذات منفعة شاملة Contrat à utilité globale، يترتب على فسخها هذا الأثر. ويقول في ختام دراسته في هذا الصدد (ص ٧٧٧)

"Lorsque le contrat est à utilité globale, la résolution doit alors produire un plein effet rétroactif pour détruire tous les effets juridique autrefois produit par le contrat ... lorsque le contrat est à utilité continue, il peut sembler suffisant de supprimer la force obligatoire du contrat pour l'avenir seulement".

(٣٩١) جاء النص الفرنسي للمادة ١١٦٠ - ١ من مشروع كاتالا على النحو التالي:

"La résolution du contrat libère les parties de leurs obligations.



وقد تأكدت القاعدة السابقة كذلك في مشروع وزارة العدل الفرنسية، حيث أوضحت المادة ١٦٦ من هذا المشروع أن الفسخ في العقود الفورية يعنى انحلاله بأثر رجعي، وتضيف بعد ذلك أنه في العقود المتتابعة أو المُقسّطة تنتهي تعهدات الأطراف، بالنسبة للمستقبل من تاريخ رفع الدعوى، أو من تاريخ الإخطار بالفسخ الذي يقع بالإرادة المنفردة<sup>(٣٩٢)</sup>.

مفاد هذه النصوص المقترحة، أن الفسخ بالإرادة المنفردة يخضع من حيث آثاره للقاعدة العامة في الفسخ، والتي تجعل لانحلال العقد، نتيجة الفسخ، أثراً رجعياً في العقود الفورية، بالإضافة إلى أثره المستقبل، والتي تستبعد الأثر الرجعي في العقود المستمرة، بحيث يقتصر أثر الفسخ بالإرادة المنفردة لمثل هذه العقود على المستقبل، دون مساس بما يترتب عليها من آثار بالنسبة للماضي.

---

Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, la résolution vaut résiliation; l'engagement des parties prend fin pour l'avenir, à compter de l'assignation en résolution ou de la notification de la résolution unilatérale.

Si le contrat a été partiellement exécuté, les prestations échangées ne donnent pas lieu à restitution ni indemnité lorsque leur exécution a été conforme aux obligations respectives des parties.

Dans les contrats à exécution instantanée, elle est rétroactive; chaque partie restituée à l'autre ce qu'elle en a reçu ...".

(٣٩٢) ويجرى النص الفرنسي للمادة ١٦٦ من مشروع وزارة العدل على النحو التالي:

"Dans les contrats à exécution instantanée, la résolution s'entend de l'anéantissement rétroactive d'un contrat en raison de son inexécution.

Elle libère les parties de leurs engagements.

Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, l'engagement des parties prend fin pour l'avenir, à compter de l'assignation ou de la notification de la résolution unilatérale".

وراجع في هذا المعنى - أيضاً - المادة ١١٤ - ٥ من مشروع التقنين الأوروبي للعقود، حيث جاء بها:

"Si l'inexécution intervient en cours de déroulement d'un contrats à exécution continue ou périodique, l'effet de la résolution ne concerne pas les prestations exécutées précédemment".

## الفرع الثاني

### جزاء الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر

إذا ما تبين القاضي، الذي نازع أمامه المدين في الفسخ الذي قرره الدائن، أن هذا الفسخ غير مبرر لعدم توافر شروط إعماله، كما لو تبين أنه لم يكن متناسباً مع جسامته الإخلال بالعقد، فهنا يثور التساؤل عن الجزاء الذي يمكن للقاضي إعماله في هذه الحالة، فهل يكفي بالحكم بالتعويض على الدائن، أم أن بإمكانه أن يقضى باعتبار الفسخ الذي تم، كأن لم يكن وبالتالي، استمرار العلاقة العقدية في ترتيب آثارها.

اختلف الفقه الفرنسي في هذا الصدد اختلافاً واضحاً.

فقد ذهب البعض<sup>(٣٩٣)</sup>، إلى التأكيد على أن الجزاء الوحيد المتصور في مثل هذه الحالة، هو الحكم بالتعويض لضحية الفسخ الغير مبرر، الذي قرره الدائن.

ويؤيد البعض<sup>(٣٩٤)</sup> هذا الرأي بقوله إن استمرار العقد - في هذه الحالة - هو بحسب الفرض، أمر مستحيل، والقاضي يمكنه فقط أن يحكم بالتعويض لصالح المتعاقد.

وبحسب البعض الآخر<sup>(٣٩٥)</sup>، وفي هذا السياق أيضاً، إذا ما قدر القاضي أن الإخلال بالعقد الذي يدعيه الدائن، ليس على قدر كاف من الجسامته لتبرير الفسخ بالإرادة المنفردة، فعليه أن يجازي هذا الفسخ. والصعوبة تكمن، في طبيعة هذا الجزاء. ولكن أمام الأمر الواقع، قد لا يمكن

E. Bazin, La résolution unilatérale du contrat, RRJ, 2000 - 4, (٣٩٣) p. 1381 et s. no. 29.

أشار إليه Dai Do و Chang، السابق ص ٧.  
Ch. Lachieze, note sous Cass.Civ. 9/7/2002, JCP 2003-II-629. (٣٩٤)

Ch. Jamin, note sous Cass. Civ. 13/10/1998, D. 1999, JP, (٣٩٥) précité, p. 179.

للقاضي أن يعيد الرابطة العقدية التي تم حلها، فيكون عليه في هذه الحالة، أن يفتح بالحكم بالتعويض لصالح المدين<sup>(٣٩٦)</sup>.

الملاحظ على هذا الاتجاه الفقهي، الذي يقصر سلطة القاضي في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر، على الحكم بالتعويض لصالح ضحية هذا الفسخ، أنه ينظر إلى هذا الفسخ باعتباره أمراً واقعاً لا يمكن التخلص منه، ولذلك فهو يرى أن جزاء هذا الفسخ لا يكون إلا التعويض، بمعنى أنه ينفي إمكانية أن تستأنف الرابطة العقدية بين أطرافها، وتعود إلى ترتيب آثارها. بمعنى آخر، ينظر هذا الجانب من الفقه إلى الفسخ بالإرادة المنفردة باعتباره يؤدي إلى انحلال العقد بصورة نهائية، فلا يمكن الرجوع عنها، حتى لو كان هذا الفسخ غير مبرر، ولا يبقى في مثل هذه الحالة إلا الحكم بالتعويض، لصالح ضحية هذا الفسخ.

لكن على الرغم من الآراء السابقة، فالملاحظ أن اتجاه الغالبية من الفقه الفرنسي تؤكد على أن للقاضي أن يأمر باستمرار العلاقة العقدية التي تم فسخها على نحو غير صحيح من قبل أحد المتعاقدين.

فبحسب البعض من هذه الغالبية<sup>(٣٩٧)</sup>: لردع الدائن من أن يلجأ بطريقة تلقائية إلى اقتضاء حقه بنفسه، يبدو من الملائم أن يكون للقاضي - وحين لا يكون ذلك مخالفاً لمصلحة المدين، وأخذاً في الاعتبار الظروف الواقعية، التي لا يجوز للقاضي إغفالها - الحق في أن يحكم، وكما هو الحال عند ممارسة سلطته على أعمال الشرط الفاسخ الصريح، باستمرار العقد الذي تم فسخه على نحو مقضي، وليس فقط الاعتراف له بسلطة تعويض الضرر الذي يلحق بالمدين.

ووفقاً للبعض الآخر<sup>(٣٩٨)</sup>، لا يجب أن يعتبر القاضي الفسخ الذي

(٣٩٦) Ch. Jamin، السابق ذات الموضوع

(٣٩٧) D. Mazeaud، note sous Cass. Civ. 20/2/2001، D. 2001، p. 3239، précité، spéci. p. 3240.

J. Mestre et B. Fages، obs. sous Cass. Civ. 20/2/2001. RTD (٣٩٨)

قرره الدائن أمراً مكتسباً، حيث يعود إليه التحقق من أن الذي قرر هذا الفسخ كان محققاً فيما قام به، وعند الإقتضاء، مجازاته بشدة إذا لم يقدم ما يثبت أن هناك مسلكاً على قدر كاف من الجسامة، اقتصره المتعاقد معه، ولذلك إذا تبين للقاضي أن فسخ العقد محدد المدة كان غير مبرر، فيمكنه - والحال هكذا - أن يحكم على المتعاقد المخطئ ليس فقط بالتعويض وإنما - أيضاً - باستمرار العقد وتنفيذه إلى حين حلول أجله المتفق عليه.

مفاد هذا الاتجاه الفقهي الغالب أن الجزاء الملازم للفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر، هو الحكم باستمرار العقد، أي - كما يقول البعض<sup>(٣٩٩)</sup> - تجريد التعبير عن الإرادة الذي أوقع هذا الفسخ من كل أثر، واعتبار هذا الفسخ كأن لم يوجد أبداً.

والمواقع، أن هذا التيار الفقهي الغالب: في الفقه الفرنسي، الذي يرى أن سلطة القاضي إزاء الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر، يجب أن تشمل إمكانية اعتبار هذا الفسخ كأن لم يكن، والقضاء - بالتالي - باستمرار العقد وتنفيذه، تبدو أهميته - مقارنة بالرأي السابق عليه - من ناحية أن التأكيد على إمكانية الحكم باستمرار العلاقة العقدية له أهمية، من حيث مفهوم العقد ذاته والإبقاء على الأبعاد الأخلاقية، والدينية للقوة الملزمة له. فلا شك أن قوة الإلزام في العقد، تستند إلى اعتبارات أخلاقية ودينية، تتمثل في ضرورة الوفاء بالعهد واحترامه، وبالتالي فإنه إذا قيل - كما يرى بعض الفقه، وكما رأينا فيما تقدم - بأن دور القاضي، في رقابته اللاحقة للفسخ بالإرادة المنفردة، يقتصر على الحكم للمدين بالتعويض، إذا تبين له أن هذا الفسخ غير مبرر، فإن ذلك من شأنه - وكما يرى بحق بعض الفقه<sup>(٤٠٠)</sup> - أن يؤدي إلى

---

Civ. 2001, p. 363, spéci. p. 365.

وفي هذا المعنى أيضاً، Terré, Simler et Lequette، السابق ص ٦٧٢،  
C. Chabas, L'inexécution licite du contrat, op. cit. p. 133.

Amrani - Mekki، السابق ص ٣٨٨.

Ph. Stoffel - Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation (٤٠٠) unilatérale, précité, p. 75.

التشجيع على ارتكاب الخطأ المربح *faute lucrative*، وذلك بأن يقدم الدائن على فسخ العقد بإرادته المنفردة، دون أن يكون له سند في ذلك، مقابل دفع التعويض، إذا ما كان له مصلحة في ذلك تفوق تلك التي يمكنه الحصول عليها من العقد الذي تحلل منه بإرادته المنفردة، والتعويض الذي يمكن الحكم به عليه<sup>(٤٠١)</sup>. مؤدى ذلك تمكين الدائن من أن يتحلل من عهده مقابل دفع التعويض. إذا كان ذلك يبدو أكثر جدوى من الناحية الاقتصادية، فلا شك أنه يتنافى، والاعتبارات الأخلاقية، والدينية التي يقوم عليها العقد، وتؤسس عليها قوته الملزمة.

ويرى بعض الفقه<sup>(٤٠٢)</sup>، أنه إذا كان ذلك مقبولاً في القانون الأنجلو سكسوني، إعمالاً لنظرية الإخلال الفاعل بالعقد *efficient breach of contract* (وتسمى بالفرنسية *théorie de la violation efficace du contrat*) حيث يجوز للمتعاقد أن ينهي العقد؛ بقصد استخدام أمواله الناتجة عن ذلك على نحو أفضل اقتصادياً، في علاقة أخرى، مقابل تعويض المتعاقد معه، فإن هذه النظرية غريبة تماماً عن اهتمامات الفقه الفرنسي المشبعة ثقافته التعاقدية بالأخلاق.

---

وراجع في فكرة الخطأ المربح، أو المكسب، د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر مؤسسة الثقافة الجامعية (بدون تاريخ) ص ٣٨٧ وما بعدها.

(٤٠١) ويعرف البعض الأخطاء المربحة بأنها تلك:

"que leur auteur a cependant intérêt à commettre parce qu'il tire de l'activité dommageable un profit supérieur aux condamnations encourues".

Ch. Larroumet, Droit civil (sous la dir. de ...) T.V, 1<sup>re</sup> éd. Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, par M. Bacache – Gibeili, Economica – Delta, 2008 p. 553.

Ch. Jamin, Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil, Dr. et Pat. Mars 1998, no 58, p. 49 note 38.

نقلاً عن Chabas، السابق ص ١٣٤.

(٤٠٢) راجع في هذه النظرية، Laithier، السابق ص ٤٨٦ وما بعدها.

S. Le Gac - Pech, Rompre son contrat, RTD Civ. 2005 p. 223 et s. spéci. p. 248 et s.

ولا شك أن السير في منطق الرأي الذي يستبعد سلطة القاضي في أن يحكم باستمرار العلاقة العقدية التي تم إنهاؤها على نحو غير مبرر، من شأنه أن يؤدي في نهاية الأمر، إلى جعل القوة الملزمة للعقد ترتبط بصفة أساسية بالاعتبارات الاقتصادية القائمة، على حسابات الربح والخسارة، وتجريدها بالتالي من مقوماتها الدينية، والأخلاقية التي توجب احترام العهد المقطوع والوفاء به<sup>(٤٠٤)</sup>.

إضافة إلى ما سبق، فإن التأكيد على سلطة القاضي، باعتبار الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر كأن لم يكن، وبالتالي الإبقاء على العقد، والاستمرار في تنفيذه جبراً عن الدائن، هو أمر يقتضيه الاحترام الواجب لتوقعات الأطراف من العلاقة العقدية، وبالتالي هو أمر تمليه ضرورات استقرار المعاملات القانونية. فلا شك أن أطراف العلاقة العقدية يقومون بترتيب أوضاعهم انطلاقاً من هذه التوقعات، وقد يقومون انطلاقاً من ذلك بالدخول في علاقات أخرى، وكذلك التخلي عن غيرها، وهذا في الواقع يقتضي احترام توقعاتهم الأصلية، التي بنيت على أساسها هذه الترتيبات<sup>(٤٠٥)</sup>، ولن يتأتى ذلك، إلا بأن يكون للقاضي سلطة الأمر بتنفيذ العقد الذي تم فسخه على نحو خاطئ، ولا يمكن الاكتفاء في هذا الصدد بالتعويض، عن هذا الفسخ غير المبرر، فهو وحده لا يحقق الاستقرار المطلوب للعلاقات القانونية.

إلى ذلك - أيضاً - وكما يقول أستاذنا، Jacques Mestre<sup>(٤٠٦)</sup> فإن إمكانية الحكم باستمرار العلاقة التعاقدية، تبدو أمراً ضرورياً في نظام يعتمد الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك إذا ما أردنا ألا تكون هذه الرخصة باباً

(٤٠٤) Stoffel - Munck، السابق ص ٧٥، وراجع أيضاً:

J. Rochfeld, La rupture efficace, in Droit et économie des contrats, précité, p. 169 et s.

J. Mestre, Rupture abusive et maintien du contrat, in Colloque: (٤٠٥) Exécution du contrat en nature ou par équivalent, RDC2005/1, p. 99 et s. spéci. p. 105.

(٤٠٦) J. Mestre، السابق ذات الموضوع.

مُشرعاً، لهروب مبكر غير مبرر من هذه العلاقة. فهذا النظام يقتضي تدعيم الجزاء القضائي، الذي يمكن توقيعه في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة متى تبين للقاضي، عند نظر دعوى المنازعة فيه أنه غير مبرر.

الفقه الغالب يؤكد - إذا - من الناحية المبدئية، على أن يكون للقاضي سلطة أن يقضي باستمرار العلاقة العقدية، وتنفيذها جبراً عن الدائن الذي قرر فسخ هذه العلاقة بإرادته المنفردة، دون مبرر مشروع، ودون أن تقتصر هذه السلطة على الحكم بالتعويض لصالح المدين، وذلك احتراماً للقوة الملزمة للعقد، واستقراراً للمعاملات.

والواقع، أن رأي الغالبية من الفقه، يؤيده ما يجري عليه العمل القضائي في مجال آخر قريب مما نحن بصدد، ونقصد بذلك مجال أعمال الشرط الفاسخ الصريح، وذلك حين يمارس القاضي رقبته بشأن أعمال هذا الشرط. حيث إنه عند ممارسة القاضي هذه الرقابة، إذا ما تبين له عدم توافر مبررات أعمال هذا الشرط، فإنه يقضي بوقف أعمال الفسخ - الذي وقع بإرادة الدائن - رغم الشرط الفاسخ الصريح لعدم توافر شروط أعماله، فيمتنع بذلك وقوع الفسخ، ويكون للمدين أن ينفذ التزامه ما دام أن العقد - وبمقتضى حكم القاضي - لا يزال قائماً<sup>(٤٠٧)</sup>.

وهذا لا يوجد - في اعتقادنا - ما يمنع من أعماله في مجال الفسخ بالإرادة المنفردة، الذي نقصده في هذا البحث، إذا ما تبين أنه لم يكن مبرراً من ناحية شروط أعماله، وذلك من ناحية - وكما ذكرنا فيما سلف - ما يربط بين الفسخ بالإرادة المنفردة موضوع دراستنا، والفسخ الذي يقع عملاً للشرط الصريح الفاسخ، من أن كليهما يتقرر بإرادة الدائن وحده، ودون تدخل مسبق من القضاء، وإن بقي أنه في حالة الشرط المذكور، يكون ذلك عملاً لاتفاق الطرفين.

على الرغم من ذلك، فإن ما يستفاد من أحكام القضاء في مجال

(٤٠٧) راجع في ذلك، عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، (مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الأولى، العدد الثاني، يولييه ١٩٥٩) سابق الإشارة إليه، ص ٤٤٧ - ٤٤٨، أحمد السعيد الزقرد، السابق، ص ١٤٨ وبعدها.

الفسخ بالإرادة المنفردة الذي نقصده هنا، يدعو إلى التردد في تأكيد ما سبق، فإذا كان من هذه الأحكام ما يقبل، اعتبار الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر كأن لم يكن، ويقضي باستمرار العقد وتنفيذه، فمنها - أيضاً - ما يرفض اعتبار ذلك، ويكتفي بالحكم بالتعويض لصالح ضحية هذا الفسخ غير المبرر (٤٠٨).

فعلی سبيل المثال، فإنه في دعوى كانت وقائعها تتمثل في اتفاق على قيام الناقل بالقيام بعدد خمسين رحلة، مقابل مبلغ إجمالي تم الاتفاق عليه. تم فسخ العقد من قبل المتعاقد معه بعد الرحلة الخامسة. طالب الناقل بالوفاء بما يقابل عدد الرحلات المتبقية بحسب الاتفاق. أيدت محكمة الموضوع طلبه وقضت له به. ولكن محكمة النقض رفضت ما استندت إليه محكمة الموضوع - فيما اعتبرته تنفيذاً جبرياً للعقد المبرم بين الطرفين - وذلك على أساس نص المادة ١١٨٤ مدني فرنسي، وحيث اعتبرت أن المقابل المنفق عليه، لا يكون واجباً، إلا مقابل تنفيذ عدد الرحلات المحددة بالاتفاق، وهو ما لا يمكن القضاء به لصالح الناقل، بالنظر إلى فسخ العقد (٤٠٩).

ما يستفاد من هذا الحكم أن محكمة النقض تعتبر الفسخ الذي أوقعه الدائن نهائياً، بحيث لا يمكن تنفيذ العقد بعد فسخه على هذا النحو. وهذا في الواقع ما جعل بعض الفقه، في تعليقه على هذا الحكم يتساءل عن مصير هذا القضاء بعد تكريس مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة (٤١٠).

(٤٠٨) انظر في ذلك B. Berlioz - Houin، الرسالة سابق الإشارة إليها ص ٤، حيث تقول:

"Si les tribunaux estiment mal fondée l'interruption de la convention, ils n'en admettent pas moins, fréquemment, les effets, en ne condamnant pas son responsable à exécuter, mais en l'obligent seulement à indemniser le contractant".

Cass. Com. 22/10/1996, RTD Civ. 1997, p. 123 obs. J. (٤٠٩)  
Mestre.

A. Marais, Le maintien forcé du contrat par le juge; P.A. (٤١٠)  
2/10/2002, no 197, p.7 et s.



تردد هذا القضاء في حكم آخر، حيث قُضي<sup>(٤١١)</sup> بأن الثمن لا يكون واجب الأداء إلا في حالة تنفيذ الاتفاق، ويضيف الحكم الذي قضى بذلك أنه: من قام بإنهاء العقد محدد المدة، دون مراعاة لمدته المتفق عليها، لا يمكن الحكم عليه بدفع الجزء المتبقي من الثمن، فهذا الإنهاء لا يخول إلا الحق في التعويض.

إذا كانت الأحكام السابقة واضحة، في أن الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر لا يخول ضحيته إلا حقاً في التعويض، فإنه - في المقابل - هناك من الأحكام ما يؤكد، أن هذا الفسخ لا تقتصر سلطة القاضي إزاءه على ذلك، وإنما يمكنه أن يقضي بتنفيذ العقد جبراً عن الدائن، الذي اتخذ قرار الفسخ، الذي تبين أنه غير مبرر.

من هذه الأحكام، نذكر ما قُضي به بشأن فسخ العقد الذي يربط بين طبيب التخدير والمستشفى التي يعمل بها. في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم كان هذا الطبيب - وبعد ترك زميل له في ذات التخصص العمل - قد وجد نفسه وحيداً للقيام بالعمل المنوط به، واستمر في القيام بالعمل والتواجد الدائم بالمستشفى، إلى أن أصيب بمرض أقعده عن العمل مدة ثلاثة أسابيع. قامت المستشفى بإنهاء تعاقدتها مع الطبيب؛ مستندة في ذلك - بصفة خاصة - إلى عدم قيام الطبيب بإيجاد بديل لزميله الذي ترك العمل، أو على الأقل عدم قيامه بالبحث عن مثل هذا البديل. قام الطبيب باللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة، حيث قضى الأخير باستمرار العلاقة العقدية جبراً عن المستشفى؛ استناداً إلى أن اتفاق الطبيب والمستشفى لم يتضمن التزاماً على الطبيب بإيجاد بديل لزميله الذي ترك العمل، مما يعنى عدم إمكان اعتباره مخطئاً؛ لممارسته عمله منفرداً. وقد أيدت محكمة النقض هذا القرار<sup>(٤١٢)</sup>.

وقد تأكد هذا القضاء حديثاً، بموجب حكم صادر عن محكمة استئناف

(٤١١) C.A. Lyon, 13/2/2003، أورده Stoffel - Munck، السابق ص ٧٦.  
(٤١٢) Cass. Civ. 29/5/2001، RTD Civ. 2001، p. 590 et s. obs. J. Mestre et B. Fages.

باريس بتاريخ ٢٨/١/٢٠٠٩<sup>(٤١٣)</sup>، وهو إن لم يتعلق بفسخ بالإرادة المنفردة، فهو يؤكد القضاء الأخير، كما سوف نرى. وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، في أن شركة متخصصة في تصنيع معدات وتجهيزات السيارات (Defi Group)، كانت قد تعاقدت مع شركة New Steel، على أن تقوم الأخيرة بتزويدها بالصلب اللازم لها خلال مدة سنة، وفقاً للكميات التي تحتاج إليها، وبالأسعار المحددة بمقتضى الاتفاق. أبرم العقد في ٢٤/١/٢٠٠٨، وخلال شهر يونيو ٢٠٠٨ قامت الشركة الموردة بإبلاغ Defi Group بأنه بالنظر إلى ارتفاع أسعار الصلب؛ فإنها ستقوم برفع الأسعار المتفق عليها بنسبة ٣٠٪ اعتباراً من أول يوليو ٢٠٠٨. عارضت Defi Group ذلك، باعتباره تعديلاً من جانب واحد للعقد المبرم بين الشركتين، وفي الأثناء حاولت التفاهم مع عملاتها؛ بقصد تحميلهم هذه الزيادة، ولكن واجه ذلك رفض من جانب هؤلاء، فأبلغت الشركة الموردة برفض زيادة الأسعار، وطالبتها بالاستمرار في التوريد وفق الأسعار المتفق عليها أصلاً. قامت الشركة الموردة بإبلاغ Defi Group بأنها ستتوقف عن توريد الصلب المتفق عليه، ولن تعاود توريده إلا بعد الموافقة على الأسعار الجديدة المقترحة من جانبها.

على إثر ذلك، لجأت شركة Defi Group إلى قاضي الأسور المستعجلة، طالبة أن يأمر شركة New Steel بتسليمها - وفق الشروط المتفق عليها - كميات الصلب التي هي في حاجة إليها المدة المتبقية من العام ٢٠٠٨، وقد أيدت محكمة استئناف باريس الاستجابة لهذا الطلب.

الملاحظ بشأن هذا الحكم أنه - وكما أشرنا فيما تقدم - لم يكن متعلقاً بفسخ العقد بالإرادة المنفردة، فشرية New Steel لم تتخذ مثل هذا القرار، وإنما كان الأمر يتعلق بوقف تنفيذ العقد من قبل هذه الشركة، لحين الاستجابة لما طالبت به من تعديل في الأسعار المتفق عليها، فجاء الحكم لينكر عليها ذلك، ويقضي بإلزامها بالاستمرار في تنفيذ العقد، وعلى الرغم من

C.A. Paris, 28/1/2009, RTD Civ. 2009, p. 529 et s. obs. B. (٤١٣)  
Pages.

ذلك، فليس هناك ما يمنع - بطبيعة الحال - من امتداد هذا الحكم لمجال الفسخ بالإرادة المنفردة، وهذا في الواقع ما يؤكده المُعلق على هذا الحكم، بقوله: إن هذا الحكم يؤكد أن قاضي الأمور المستعجلة، يمكنه أن يلزم أحد الأطراف بالاستمرار - وفق الشروط المتفق عليها - في تنفيذ عقد تم إنهاؤه، أو وقفه بطريقة واضحة عدم مشروعيتها<sup>(٤١٤)</sup>.

إذا كان القضاء الحديث يؤكد - على النحو السابق بيانه - أنه ليس هناك ما يمنع من أن يحكم القاضي - عند ممارسة رقابته على الفسخ بالإرادة المنفردة، وحين يتبين له أن هذا الفسخ غير مبرر - بإلزام الدائن بالاستمرار في تنفيذ العقد جبراً عنه، فذلك هو - في اعتقادنا - ما يجب أن يكون، فالواقع - وكما يقول بعض الفقه<sup>(٤١٥)</sup> - أن القول بأن الجزاء الوحيد للفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر هو التعويض، قول يخالف القانون.

والتأكد من ذلك يقتضى - في الحقيقة - أن نسترجع الفرض الذي نحن بصدده. فالملاحظ أننا في هذا الفرض، أمام متعاقد قام بفسخ العقد بإرادته المنفردة دون أن يكون هذا الفسخ مبرراً، وامتنع بالتالي عن تنفيذ التزاماته، معتبراً أن العقد قد انحل. الأمر - إذا - يتعلق بمتعاقد لا يقوم بتنفيذ التزاماته دون سبب مشروع، أي أمام مدين أخل بتنفيذ التزاماته. في مواجهة هذا المدين، وشأنه في ذلك، شأن أي مدين لا يقوم بتنفيذ التزاماته، توجد القواعد العامة بما تتضمنه من وسائل لمواجهة امتناع المدين عن تنفيذ التزاماته، ويأتي في مقدمة هذه الوسائل، إلزام المدين بتنفيذ التزامه جبراً عليه<sup>(٤١٦)</sup>. وبالتالي فإن القاضي إذا ما حكم بذلك، بعد أن تبين أن الفسخ بإرادة الدائن المنفردة لم يكن مبرراً، إنما يكون ممارساً لسلطاته التي تخولها له القواعد العامة. وذلك باعتبار أن التنفيذ العيني هو الأصل<sup>(٤١٧)</sup>، الذي لا يتم

(٤١٤) B. Fages، السابق ص ٥٢٩.

(٤١٥) Amrani-Mekki، السابق ص ٣٨٩.

(٤١٦) راجع في هذا التحليل، Stoffel - Munck، السابق ص ٧٦.

(٤١٧) وهذا ما يؤكد نص المادة ١/٢٠٣ مدني مصري، وراجع في أن التنفيذ العيني هو الأصل، على سبيل المثال، إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٦٧ ص ٩، رمضان أبو

العدول عنه، إلا إذا لم تتوافر شروط إعماله، بمعنى ألا تكون هناك استحالة قانونية، أو واقعية تحول دون هذا التنفيذ.

القواعد العامة في قانون العقود تؤيد - إذا - أن يكون للقاضي في حال تبينه، أن الفسخ بالإرادة المنفردة غير مبرر أن يلزم الدائن - وقد أصبح مديناً مخرلاً بتنفيذ التزاماته - بالاستمرار في العلاقة العقدية، وتنفيذ ما يجب عليه بمقتضاه، وذلك متى كان هذا التنفيذ ممكناً. أما إذا تبين أن هذا التنفيذ مستحيل، فلن يكون أمام القاضي، إلا أن يقتنع بالحكم على هذا المدين بالتعويض لصالح المتعاقد معه.

وهذا في الواقع، ما أكدته مشروعات القوانين المطروحة في فرنسا، لتعديل القانون المدني الفرنسي.

كان ذلك أولاً، بمقتضى المادة ١١٥٨-١ من مشروع كاتالا، فهذه المادة أعطت للمدين، في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة من قبل الدائن، أن يعترض على قرار الدائن أمام القضاء؛ استناداً إلى أن عدم التنفيذ الذي ينسب إليه، لا يبرر فسخ العقد.

وبحسب الفقرة الثانية من هذه المادة، يكون للقاضي - عند اعتراض المدين أمامه على قرار الفسخ - وبحسب الظروف - أن يصدق على الفسخ الذي أوقعه الدائن، وذلك إذا ما تبين له أن هذا الفسخ مبرر، بالنظر لجسامة عدم التنفيذ الذي ينسب إلى المدين، أو أن يأمر - في الحالة العكسية - بتنفيذ العقد. وفي هذا الحالة الأخيرة يجوز له - وبحسب الظروف - أن يمنح المدين مهلة لتنفيذ التزاماته.

---

السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٨ ص ٣٧، حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام (دون ناشر) ١٩٩٦ ص ١٩.  
وراجع:

Ch. Larroumet, Le contrat, 2<sup>e</sup> partie, op. cit. p. 625; Ph. Delebecque, L'exécution forcée, in Colloque : La réforme du droit des contrats, Projet et perspectives, op. cit. p. 99 et s. spéci. p. 100.  
وراجع في تأكيد هذا الأصل، حكماً حديثاً لمحكمة النقض الفرنسية، صادر في ٢٠٠٧/١/١٦، JCP 2007-I-161 no 6, obs. Amrani-Mekki، وجاء به:

"La partie envers laquelle un engagement n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible".

ثم بهذا الحكم - أيضاً - قضت المادة ١٧٠ من مشروع وزارة العدل، حيث إنه - بحسب هذه المادة - يمكن المنازعة دائماً أمام القضاء في قرار الدائن، بفسخ العقد بإرادته المنفردة، ويكون للقاضي إما التصديق على هذا الفسخ إذا ما رآه مبرراً، وإما الأمر بتنفيذ العقد ومنح المدين مهلة للتنفيذ، إذا ما تبين له أن قرار الدائن لم يكن له ما يبرره<sup>(٤١٨)</sup>.

إجمالاً لما تقدم، يمكن القول بأن صحيح القانون بشأن جزاء الفسخ بالإرادة المنفردة، متى كان غير مبرر، يتمثل في إلزام الدائن بالاستمرار في العلاقة العقدية، أي إجباره على تنفيذ التزامه عيناً، متى كان ذلك ممكناً، وطلبه الدائن بطبيعة الحال، ولا يجوز القول بأن الجزاء الوحيد المقصود في هذه الحالة هو التعويض، فالتعويض ليس إلا طريقاً احتياطياً، لا يجوز اللجوء إليه، إلا إذا امتنع الأصل وهو التنفيذ العيني.

إذا تبين - إذا - أن هناك استحالة في استمرار العلاقة التعاقدية، أي أصبح التنفيذ العيني غير ممكن، وكان ذلك - وبحسب الفرض الذي نحن بصده - نتيجة خطأ الدائن، والمتمثل في فسخه العقد بإرادته المنفردة، دون توافر الشروط اللازمة لذلك، يصبح هذا الدائن مسئولاً عن تعويض الضرر، الذي أصاب المتعاقد معه<sup>(٤١٩)</sup>؛ نتيجة هذا الفسخ غير المبرر، أي نتيجة عدم تنفيذه الخاطئ لالتزاماته التعاقدية.

(٤١٨) وجاء النص الفرنسي للمادة ١١٥٨-١ من مشروع كاتالا على النحو التالي:

"Il est loisible au débiteur de contester en justice la décision du créancier en alléguant que le manquement qui lui est imputé ne justifie pas la résolution du contrat.

Le juge peut, selon les circonstances, valider la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en octroyant éventuellement un délai au débiteur".

أما المادة ١٧٠ من مشروع وزارة العدل فجاء نصها كما يلي:

"En toute hypothèse, la résolution peut être poursuivie ou contestée en justice.

Le juge peut, selon les circonstances, valider la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en octroyant éventuellement un délai au débiteur".

(٤١٩) راجع نص المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري.

وهنا في الواقع، يثور التساؤل عن الضرر الذي يؤخذ في الاعتبار، عند تقدير التعويض الواجب لضحية الفسخ بالإرادة المنفردة.

الواقع، أن قيام الدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة دون مبرر، مؤداه - وفي ضوء ما حاولنا بيانه فيما تقدم- اعتباره متعمداً عدم تنفيذ التزامه، أي مرتكباً لغش، وهذا يقتضى بحسب القواعد العامة في تقدير التعويض، استبعاد القيد الوارد بشأن الضرر الواجب التعويض، في مجال المسؤولية العقدية، وقصره على الضرر المتوقع فقط<sup>(٤٢٠)</sup>، بحيث يصبح الدائن، في الحالة محل البحث، مسئولاً عن تعويض الضرر المتوقع، والضرر غير المتوقع.

ووفقاً للقواعد العامة، فإن التعويض المستحق في هذه الحالة يشمل ما لحق المتعاقد، ضحية الفسخ غير المبرر، من خسارة وما فاتته من كسب، بما في ذلك التعويض عما فاتته من فرصة. مع التقيد في كل ذلك بأن التعويض، لا يكون إلا عن الضرر المباشر، بمعنى استبعاد ما قد يلحق هذا المتعاقد من أضرار غير مباشرة؛ نتيجة الفسخ الذي وقع دون مبرر

إذا كان تحديد عناصر التعويض على النحو السابق يبدو - من الناحية النظرية - أمراً واضحاً، فإنه إعماله - وكما يؤكد الفقه<sup>(٤٢١)</sup> - من

(٤٢٠) انظر نص المادة ٢/٢٢١ من القانون المدني المصري، والمادة ١١٥٠ من القانون المدني الفرنسي.

وراجع نقض مدني مصري، ١٩٦٥/١١/١١ مج ١٦ ص ١٠١٨، حيث قضى بأنه "لئن كان أساس التعويض الذي يستحقه المستأجر، في حالة تعرض المؤجر له بما يخل بانتفاعه بالعين المؤجرة، هو المسؤولية العقدية التي تقضي قواعدها بتعويض الضرر المباشر المتوقع الحصول، إلا أنه إذا كان المؤجر قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، فيعوض المستأجر عندئذ عن جميع الأضرار المباشرة ولو كانت غير متوقعة الحصول".  
وراجع:

Ch. Larroumet, Le contrat, op. cit. p. 677 et s.

والأحكام العديدة المشار إليها.  
محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨ ص ٨٤ وما بعدها، وراجع أيضاً، محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، سابق الإشارة إليه، خاصة ص ٣٥٦ وما بعدها، ص ٤٤٦ وما بعدها.  
(٤٢١) راجع في ذلك على سبيل المثال، إسماعيل غانم، أحكام الالتزام، سابق الإشارة

الناحية العلمية يبدو في الكثير من الحالات ليس بالأمر الهين، حيث يصعب التمييز بدقة بين ما يعتبر ضرراً متوقعاً، أو غير متوقع، وكذلك ما يعتبر ضرراً مباشراً، أو غير مباشر.

ويضرب بعض الفقه<sup>(٤٢٢)</sup> مثلاً حديثاً يوضح ذلك، وعلى غرار ما فعله الفقيه الفرنسي Pothier في مثالة التقليدي، بشأن البقرة المريضة التي نقلت العدوى إلى سائر أبقار مزرعة المشتري، وترتب على ذلك في نهاية الأمر، الانهيار المالي للمزارع المشتري. في هذا المثال الحديث كان أحد رجال الصناعة ضحية فسخ بالإرادة المنفردة من قبل المتعاقد معه، الذي كان قد تعهد بأن يورد له المواد الكيماوية اللازمة لحاجات صناعته. لم يتمكن

---

إليه ٦٧، الهامش رقم (١)، Larroumet، السابق ص ٧٤١ وما بعدها.  
بل ويذهب بعض الفقه في هذا الصدد إلى أبعد من ذلك، وينفى وجود "ما يسمى" بالمسئولية العقدية، وذلك بمناسبة تبريره قصر التعويض على الضرر المتوقع ويقول في ذلك:

" ... La justification fondamentale de la disposition de l'article 1150 est, =

= nous semble - t - il qu'il n'existe pas à proprement parler de "responsabilité contractuelle". Ce que l'usage nomme faussement ainsi est, en cas de défaillance du débiteur, un exécution différente et souvent différée, cette exécution a forcément pour mesure celle qui était prévue .."

Ph. Le Tourneau et L: Cadiet, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz - Action, 2000-2001, p. 255.

وراجع في نفي فكرة المسئولية العقدية أيضاً، والقول بأن المسئولية المدنية هي دائماً مسئولية تقصيرية، وأنه إذا ترتب على عدم تنفيذ الالتزام العقدي، إلحاق الضرر بالدائن، فإن تعويض هذا الضرر، يتم وفق قواعد المسئولية التقصيرية،

Ph. Rémy, La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept, RTD Civ. 1997, p. 323 et s. ; E. Savaux, La fin de la responsabilité contractuelle, RTD Civ. 1999 p. 1 et s.

وراجع في تفصيلات هذا الموضوع، د. خالد مصطفى الخطيب، المسئولية العقدية بين الإبقاء والإلغاء، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠٥. حيث ينتهي في ختام دراسته (ص ٤٢٤) إلى القول بأنه: لا يوجد "شيء اسمه المسئولية العقدية كجزء على الإخلال بالالتزام العقدي. كما لا يوجد شيء اسمه المسئولية العقدية عن فعل الغير وعن فعل الشيء".

(٤٢٢) Stoffel - Munck، السابق ص ٧٧.

رجل الصناعة - رغم منازعته في الفسخ الذي وقع دون مبرر - من إلزام هذا المورد بتنفيذ التزامه عيناً، جبراً عليه، وترتب على ذلك أنه لم يتمكن من تنفيذ أوامر الشراء التي تعهد بها - والتي لم يكن المورد على علم بها - ونتيجة لذلك طالبه زبائنه بالشروط الجزائية المتفق عليها، كما اضطر - نتيجة لذلك - إلى فصل عدد من عماله، وتأثرت ميزانيته على نحو واضح، وكذلك استثماراته، التي أعد لها على أمل القيام بتصنيع المنتجات التي كان يرغب في تصنيعها، اعتماداً على المواد الكيماوية التي تعاقد على التزود بها.

إضافة إلى ذلك، فإن المتعاقد ضحية هذا الفسخ، قام في الأثناء بتعبئة فريق من العاملين لديه؛ لمحاولة حل هذا الإشكال، مما أضاع عليهم الكثير من ساعات العمل، وأخيراً، اضطر إلى الاستعانة بفريق من المحامين لتولي الأمر، مقابل أتعاب معتبرة.

يتساءل ضارب المثال، عن التعويض الذي يمكن لضحية الفسخ بالإرادة المنفردة - في هذه الحالة - أن يطالب به. ويتساءل: هل يترك الأمر للتحكم الذي يشوب تحديد ما يعتبر ضرراً مباشراً، وما يعد ضرراً غير مباشر، والغموض الذي يحيط بتقدير التعويض عن فوات الفرصة، ويجب على ذلك بأن هذا ما تؤدي إليه القواعد العامة، وذلك في صياغة تعبر، من خلال سياقها، عن عدم الاقتناع بالحلول التي تفرضها هذه القواعد.

ويبدو أن هذا الجانب من الفقه، يعبر عن عدم ملاءمة القواعد العامة، السابق الإشارة إليها، لنظام الفسخ بالإرادة المنفردة، ويتمنى لو أن هناك طريقة أخرى لتقدير التعويض، في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر.

وهذا في الواقع ما يتبين من خلال قوله<sup>(٤٢٣)</sup>: إن هناك طرقاً أخرى في هذا الصدد، يمكن الاستعانة بها، ويشير في هذا الخصوص إلى التفرقة التي قال بها الفقيه بوتيه بين التعويضات الداخلية *dommages et intérêts intrinsèques*، والتعويضات الخارجية *dommages et intérêts extrinsèques*.

(٤٢٣) السابق ذات الموضوع.



intérêts extrinsèques<sup>(٤٢٤)</sup>. والأولى تشمل الخسارة التي تلحق بالدائن، وما يفوته من كسب، بالنظر إلى الشيء ذاته الذي يكون محل الالتزام، الذي لم يتم تنفيذه. والأخرى تتمثل في الخسائر، التي تلحق بأموال الدائن الأخرى؛ نتيجة عدم التنفيذ.

استناداً إلى هذه التفرقة؛ فإن بوتبيه يحصر التعويضات المستحقة للدائن نتيجة عدم تنفيذ الالتزام، في الأضرار المسماة الداخلية، دون الأضرار الخارجية، التي لا يجب التعويض عنها، ويقول في ذلك: إنه عادة، لا يكون الطرفان قد توقعوا سوى التعويضات التي يمكن أن يتكبدها الدائن، بالنسبة للشيء ذاته الذي يمثل محل الالتزام، وليس تلك التي يسببها عدم تنفيذ الالتزام في أمواله الأخرى، لذلك - في هذه الحالة - لا يكون المدين ملزماً بهذه الأخيرة، وإنما فقط بتلك التي تعرض لها بالنسبة للشيء الذي يشكل محل الالتزام.

ويوضح بوتبيه هذه التفرقة بأمثله منها، أنه إذا "قمت بتأجير منزل لمدة ثمانية عشر عاماً معتقداً بحسن نية أنه ملكي، وإنه بعد عشر أو اثني عشر عاماً، تم طرد المستأجر من قبل المالك، سأكون ملزماً بتعويض المستأجر مني عن المصروفات التي كان مجبراً على دفعها؛ بسبب طرده من المنزل، وكذلك عن المصروفات الناتجة عن زيادة أسعار الإيجار، التي حدثت منذ الإيجار؛ لأنه كان مجبراً على استئجار منزل بسعر أعلى؛ حتى نهاية مدة الإيجار.

لكن إذا كان المستأجر، قد قام - منذ الاستئجار - باستغلال المنزل الذي أجرته له في نشاط تجاري، وكان طرده قد تسبب له في خسائر لتجارته، فلن أكون ملزماً بذلك الضرر... " (٤٢٥).

(٤٢٤) في عرض تقسيم بوتبيه، راجع:

G. Viney, La responsabilité contractuelle en question, in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Études offertes à J. Ghetin, LGD 2001, p. 921 et s. spéci. p. 927.

وراجع في ذلك أيضاً، خالد مصطفى الخطيب، السابق ص ٢١٠ وما بعدها. (٤٢٥) نقلاً عن Viney، السابق ذات الموضوع، هامش رقم (١٨)، - أيضاً - خالد

هذا، وإذا كان الأصل عند بوتيه هو التعويض عن الأضرار الداخلية، فإنه أجاز التعويض عن الأضرار الخارجية، في حالات منها: أن يكون المدين حرفي professionnel<sup>(٤٢٦)</sup>، كما يلزم بها كذلك عندما يكون غشه هو الذي أوجب هذه التعويضات؛ لأن من يرتكب غشاً يلزم بتعويض كل الضرر، الذي ينتج عن هذا الغش<sup>(٤٢٧)</sup>.

وهنا، وبالعودة إلى موضوعنا، وتلميح بعض الفقه إلى تقدير مدى التعويض المستحق، في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة، بطريقة مغايرة لتلك التي تملئها القواعد العامة، يتبين أن هذا الجانب من الفقه يريد، بالإحالة إلى تقسيم بوتيه، القول إن هذا التعويض يشمل كل الضرر الذي تسبب فيه الدائن نتيجة فسخه غير المبرر للعقد، أي - وكما سبق بيانه - نتيجة امتناعه العمدي عن تنفيذ التزامه.

إذا كان هذا الرأي الفقهي، يعبر ضمناً عن رغبة في أن يكون التعويض المستحق - في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة - متضمناً معنى الردع، بالنسبة للدائن الراغب في فسخ العقد بإرادته المنفردة، فإنه في المقابل ذهب البعض<sup>(٤٢٨)</sup> إلى أن مبدأ الجبر الكامل للضرر Principe de la réparation intégrale يحول دون الأخذ بفكرة التعويض الجزائي<sup>(٤٢٩)</sup> dommages - intérêts punitif، فالتعويض يكون على قدر الضرر، دون أن يؤخذ في تقديره مدى جسامة الخطأ؛ حتى لا تتحول المسؤولية المدنية إلى نوع من العقوبة الخاصة، وتبتعد عن هدفها الأصلي وهو إزالة الضرر الذي يلحق بالمضرور<sup>(٤٣٠)</sup>.

---

مصطفى الخطيب، السابق ص ٢١٣.

(٤٢٦) انظر Viney، السابق ٩٢٨.

(٤٢٧) راجع، خالد مصطفى الخطيب، السابق ص ٤٠٨.

(٤٢٨) Amrani - Mekki، السابق ص ٣٩٠.

(٤٢٩) وراجع في مفهوم التعويض الجزائي، حسام الأهواني، الحق في احترام الحياة

الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٧٨،

ص ٤٤٩ وما بعدها.

Ch. Larroumet, Droit civil (sous la dir. de ...) T.V, 1<sup>re</sup> éd. Les obligations, La responsabilité civil extracontractuelle, par M. Bacache - Gibeili, op. cit. p. 551 et s.

(٤٣٠) حسام الأهواني، أحكام الالتزام، سابق الإشارة إليه ص ٦٧، وراجع في ذلك

أيضاً:

P. Jourdain, Les dommages - intérêts alloués par le juge, in Les

على الرغم من ذلك فقد اتجهت المادة ١٣٧١ من مشروع كاتالا إلى فتح المجال لإمكانية التعويض الجزائي، وذلك في حالة الخطأ العمدي، وبخاصة في حالة الخطأ المربح، حيث أجازت هذه المادة الحكم على مرتكب هذا الخطأ، إضافة إلى التعويض عن الأضرار التي سببها، بتعويض جزائي، يمكن للقاضي أن يفيد الخزانة العامة بجزء منه، على أن يكون قرار القاضي الذي يمنح بموجبه مثل هذا التعويض، مسبباً بشكل خاص من هذه الناحية، وأن تكون قيمته متميزة عن التعويض الذي يمنح للمضروور<sup>(٤٣١)</sup>.

ويبدو أن هذه الفكرة، لم ترق لواسعي مشروع وزارة العدل الفرنسية، حيث لم يرد لها ذكر، في مواد هذا المشروع المتعلقة بالمسئولية العقدية، والتي لم تخرج في مجملها عن القواعد العامة المعروفة.

مؤدى ذلك - فيما يخص موضوع بحثنا - أن يبقى تقدير التعويض

---

sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 263 et s. spéci. p. 267.

هذا ويلاحظ أنه على الرغم من عدم الأخذ رسمياً بفكرة التعويض الجزائي، فإن بعض الفقه الفرنسي، يؤكد على أن هذه الفكرة ليست مستبعدة تماماً من أعمال القضاء، وإن كان ذلك بطريقة غير ظاهرة. بل ويذهب البعض إلى أن هذه الفكرة هي وحدها التي تبرر التعويض عن الضرر الأدبي الناتج عن الاعتداء على الحياة الخاصة. كما يشير الفقه إلى تطور غير معلن عنه لفكرة التعويض الجزائي، وذلك بالنظر إلى أن تقدير التعويض يعود في نهاية الأمر إلى تقدير القاضي، وهو في ذلك، يمكنه - وتحت غطاء التعويض الكامل للضرر - أن يأخذ في الاعتبار، عند تقدير مدى التعويض الذي يحكم به، مدى جسامه خطأ المسئول، والربح الذي يحققه من وراء ذلك.

راجع في تفاصيل ذلك:

M. Bacache - Gibeili, Les obligations, la responsabilité extracontractuelle, op. cit. p. 551 et s.

(٤٣١) وجاء النص الفرنسي للمادة ١٣٧١ من مشروع كاتالا على النحو التالي:

"l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages - intérêts compensatoires, à des dommages- intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages - intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages - intérêts accordés à la victime. Les dommages - intérêts punitifs ne sont pas assurables".

المستحق - في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر - خاضعاً للضوابط السابق بيانها، وهي في الواقع، لا تشكل رادعاً كافياً للدائن الذي قد يرى أن مصلحته هي في اللجوء إلى هذا الفسخ، ولو كلفه ذلك التعويض عما يلحق المتعاقد معه من ضرر. ومن هنا كان البحث عن وسيلة أخرى، يمكن من خلالها وقف قرار الدائن بفسخ العقد، على نحو يمكن معه تفادي الوصول إلى مرحلة التعويض، بما يحيط به من صعوبات في التقدير، وتمهيداً لإمكانية إلزام الدائن بالاستمرار في العلاقة التعاقدية، وبتنفيذ التزاماته.

### الفرع الثالث

#### دور القضاء المستعجل إزاء قرار

#### الفسخ بالإرادة المنفردة

رأينا فيما تقدم أنه حين يكون قرار الفسخ بالإرادة المنفردة غير مبرر، فإن الجزاء الملائم - ولا اعتبارات متعددة سبق بيانها - هو أن يعود العقد لمتابعة مسيرته، وترتيب آثاره، وذلك من خلال منح القاضي سلطة الإلزام بالإبقاء على العقد والاستمرار في تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه.

ولكن من الناحية العملية، فإنه بين اللحظة التي يقوم فيها الدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة، وتلك التي تتصل فيها المحكمة المختصة موضوعياً بمنازعة المدين في الفسخ، وصدور حكمها في هذا الشأن، لا شك أنه تمضي فترة طويلة، من شأنها أن تجعل مثل هذا الجزاء غير ممكن. فالفسخ قد تم، وقد يكون الدائن - رغبة في تأكيده لهذا الفسخ - قد سارع إلى الارتباط بعقد جديد، مع متعاقد آخر بشأن ذات موضوع العقد الذي قام بفسخه. فإذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة قد تم الاعتراف به لصالح الدائن - كما سبق ورأينا - فليس هناك - إذا - ما يمنح الدائن من الاستناد إلى الفسخ الذي قام به ليتعاقد مع آخر، مما يؤدي إلى عرقلة تنفيذ العقد الأول.

لذلك ذهب تيار في الفقه الفرنسي<sup>(٤٣٢)</sup>، إلى أن ضرورات

(٤٣٢) راجع على سبيل المثال:

Ch. Jamin, L'admission d'un principe de résolution unilatérale du

حماية المدين في مواجهة قرار الدائن فسخ العقد بالإرادة المنفردة، تقتضي أن يكون لقاضي الأمور المستعجلة دور في هذا الصدد، باعتباره الوسيلة الإجرائية الملائمة في مواجهة قرار الدائن، والذي يمكنه، بحسب طبيعة اختصاصه وسرعة إجراءاته، أن يتخذ من الإجراءات ما يحول دون أن يصبح قرار الفسخ غير المبرر نهائياً، لا يمكن تدارك آثاره الضارة بالنسبة للمدين.

ولا شك أن اختصاص القضاء المستعجل بنظر المنازعة من قبل المدين، في الفسخ الذي أوقعه الدائن يقتضي توافر شروطه. وهذا الاختصاص ينعقد إما بنص القانون في حالة معينة، وإما استناداً إلى القواعد بشأن اختصاص هذا القضاء.

ووفقاً للقاعدة العامة في اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، والتي تستخلص من نص المادة ٤٥ من قانون المرافعات المدنية، والتجارية المصري، يتبين أن اختصاص هذا القضاء منوط بتوافر شرطين هما، توافر الاستعجال في المنازعة المطروحة عليه، وأن يكون المطلوب هو إجراء وقتي، لا يمس بأصل الحق.

أما الاستعجال فهو يتوافر - بحسب المشرع - في الحالات التي يخشى عليها من فوات الوقت، ويحدده الفقه الغالب والقضاء بأنه: "الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه عنه بسرعة، لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيدته"<sup>(٤٣٣)</sup>.

contrat indépendant de sa durée, D. 2001 JP, p. 1568 et s. spéci. p. 1569.

وراجع له أيضاً:

Note sous C.A. Nancy, 20/11/2000, JCP 2002, II-10113; J. Mestre, Rupture abusive et maintien du contrat, précité, p. 107; Ch. Bourgeon, Rupture abusive et maintien du contrat: observation d'un praticien, in: Colloque: Exécution du contrat en nature ou par équivalent, RDC 2005/1, op. cit. p. 109 et s.

(٤٣٣) د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩ ص ١٠٣، وراجع أيضاً الأساتذة، محمد علي راتب، محمد نصر الدين كامل، محمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة السادسة، عالم الكتب، ص

وأما الشرط الثاني لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة، وهو أن يكون المطلوب إجراء وقتياً، لا يمس أصل الحق، فيقصد به "ألا يكون لحكمه تأثير في الموضوع أو أصل الحق، أي يكون الحكم وقتياً" لا يقضى في "أصل الحقوق والالتزامات والاتفاقات، مهما أحاط بها من استعجال، أو ترتب على امتناعه عن القضاء فيها من ضرر بالخصوم، بل يجب عليه تركها لقاضي الموضوع، المختص وحده بالحكم فيها"<sup>(٤٣٤)</sup>.

ويبدو - في اعتقادنا - أن الشرطين السابقين يتوافران بالنسبة للمدين، في حالة قيام دائنه بفسخ العقد الذي يربط بينهما بإرادته المنفردة، وذلك إذا ما طالب المدين بوقف قرار الدائن بالفسخ، فلا شك أن حالة المدين إزاء هذا القرار هي حالة استعجال، يخشى عليها من فوات الوقت، وذلك بالنظر إلى النتائج الضارة التي يمكن أن تلحق به نتيجة الفسخ، الذي أوقعه الدائن، والتي لا يمكن تداركها إذا لم يتم مواجهتها على وجه السرعة. كما نعتقد - أيضاً - أن تدخل قاضي الأمور المستعجلة في هذه الحالة، وحكمه بوقف قرار الفسخ لا يعد مساساً بأصل الحق، متى تبين له من ظاهر الأوراق أن الفسخ الذي قرره الدائن لا يوجد ما يبرره، فهو في هذه الحالة لم يعدل في مركز الخصوم القانوني، ولم يمس بحق الدائن في الفسخ، حيث يبقى للأخير إمكانية اللجوء إلى المحكمة المختصة موضوعياً؛ لطلب الفسخ القضائي.

وهذا في الواقع ما يمكن تلمسه - مما قضت به محكمة النقض من أنه: "متى كانت محكمة الأمور المستعجلة، قد استخلصت من ظاهر نصوص عقد اشتراك التيار الكهربائي، والأوراق المقدمة في الدعوى، أن قيمة استهلاك المطعون عليه الشهري للكهرباء، قد قفزت إلى مبلغ باهظ في الفترة الأخيرة، وهو أضعاف أضعاف ما كان يدفعه قبل ذلك، مما رجحت معه احتمال صحة قوله، بأن ذلك الارتفاع راجع إلى خلل في العداد، وكان

٣٠، د. سيد أحمد محمود، القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة

العربية ٢٠٠٧ ص ٩.

(٤٣٤) محمد علي راتب، (وآخرون) السابق ص ٤٠، وراجع - أيضاً - د. أمينة النمر،

مناط الاختصاص والحكم في الدعاوي المستعجلة، منشأة المعارف، ١٩٦٧ ص

١٢٦ وما بعدها.

العقد قد نص في أحد بنوده على أنه في حالة وجود خلل في العداد، يؤخذ متوسط الاستهلاك في الأشهر الثلاثة السابقة فقط، وهو ما يقل كثيراً عن المبلغ الذي طالبت به الطاعنة المطعون عليه، وقطعت عنه التيار الكهربائي؛ لامتناعه عن دفعه، وكان الإجراء المقضي به، وهو إعادة توصيل التيار الكهربائي إلى محل المطعون عليه، لا يمس حق الطاعنة، في اقتضاء ما يحتمل أن يكون لها في ذمته، من مقابل استهلاك التيار الكهربائي، بعد أن تبين حقيقته لدى محكمة الموضوع، فإن الحكم لا يكون فيما قضى به من إجراء ماساً بأصل الحق" (٤٣٥).

وعلى ما يتضح من هذا الحكم، فإن الأمر كان يتعلق بعقد اشتراك في التيار الكهربائي، تم فسخه بإرادة الدائن، أي مورد التيار الكهربائي؛ استناداً إلى عدم قيام المستهلك بالوفاء بمقابل استهلاك التيار، فلجأ الأخير إلى محكمة الأمور المستعجلة، يطلب إعادة توصيل التيار الكهربائي، وهذا - على ما يتبين مما ذكر من الحكم - ما أمرت به هذه المحكمة، حين تبين لها - من خلال ظاهر نصوص العقد والأوراق المقدمة في الدعوى - أن الفسخ لم يكن مبرراً، بما مفاده أن المحكمة من خلال الإجراء الذي أمرت به، قد حكمت بوقف الفسخ الذي قرره الدائن، بل وأكثر من ذلك بالاستمرار في تنفيذ العقد، ولم تعتبر ذلك ماساً بأصل حق الدائن، وقد أيدت محكمة النقض ذلك؛ استناداً إلى أن هذا الإجراء لا يمس بأصل حق الدائن.

مفاد هذا القضاء - إذاً، وبحسب ما نعتقده صواباً - أن قاضي الأمور المستعجلة، يكون مختصاً ليفرض متابعة العقد الذي تم فسخه دون مبرر مشروع.

وهذا في الواقع ما يؤكد - أيضاً - الفقه والقضاء الفرنسي؛ استناداً إلى النصوص المحددة لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة، في قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد، وهي نصوص، وإن كانت تتفق من حيث المبدأ مع نصوص القانون المصري الوارد في هذا الشأن، فهي - أيضاً

---

(٤٣٥) نقض ١٩٥٣/١٢/١٧ أورده، راتب (وآخرون) سابق الإشارة إليه ص ٤٣ بالهامش رقم (١٠٤).

- تتضمن قدراً من التمايز.

فبحسب المادة ٨٠٨ من القانون المذكور، يشترط لانعقاد اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، توافر حالة الاستعجال من ناحية، وعدم وجود منازعة جديدة، تتعلق بأصل الحق<sup>(٤٣٦)</sup> من ناحية أخرى.

ولكن إضافة إلى ذلك، فإنه بحسب نص المادة ٨٠٩ من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد، ينعقد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة، في حالة وجود ضرر محقق dommage imminent أو مضار واضح عدم مشروعيةها trouble manifestement illicite<sup>(٤٣٧)</sup>.

(٤٣٦) جاء بنص المادة ٨٠٨ من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد أنه:

"Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend".

ويرى الفقه الفرنسي أن حالة الاستعجال تتوافر

"... quand un retard de quelques jours, peut-être même quelques heures, peut devenir préjudiciable à l'une des parties".

ويقصد بالمنازعة الجدية contestation sérieuse، بحسب هذا الفقه

"... celle que le juge ne peut sans hésitation rejeter en quelques mots. Son absence résulte de l'évidence ou de ce que le juge des référés ne tranche aucune question relevant du fond du litige ...".

راجع في ذلك:

S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, Procédure civile, 29<sup>e</sup> éd. Précis Dalloz 2008, p. 313 et 314.

(٤٣٧) جاء بنص المادة ٨٠٩ من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد أنه:

"Le président peut toujours "même en présence d'une contestation sérieuse", prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite".

ويعرف الفقه الفرنسي الضرر المحقق بأنه:

"Le dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente droit se perpétuer".

S. Guinchard, Droit pratique de la procédure civile, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz - Action 2002/2003, p. 202.

نقلا عن Corgas - Beranard ، السابق ص ٣٩٠.



هذا، ويلاحظ أنه إذا كان مفهوم الضرر المحقق، والمضار الواضح  
عدم مشروعيتها، يقترب من مفهوم الاستعجال، ويمكن بالتالي أن يستوعبه  
معنى الاستعجال، كما يراه المشرع والفقهاء، في ظل القانون المصري،  
باعتبارهما من الحالات التي يخشى عليها من فوات الوقت، فجدير بالذكر أنه  
- بحسب القضاء الفرنسي - يفترض توافر الاستعجال في الحالتين  
المذكورتين، بحيث ينعقد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة فيهما، دون  
وجوب إثبات الاستعجال<sup>(٤٣٨)</sup>. إضافة إلى ذلك، فإنه - بحسب نص المادة  
٨٠٩ المشار إليه - ينعقد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة في الحالتين  
المذكورتين، حتى في حالة وجود منازعة جديدة بشأن أصل الحق<sup>(٤٣٩)</sup>؛ لأن  
الهدف من اختصاصه في مثل هذه الحالات هو دفع الضرر المحقق، أو وقف  
المضار الواضح عدم مشروعيتها<sup>(٤٤٠)</sup>.

واستناداً إلى النصوص السابقة، يؤكد الفقه الفرنسي<sup>(٤٤١)</sup> على أن

أما المضار غير المشروعة، فيقصد بها الأضرار التي بدأ تحققها بالفعل وحيث  
يكون مطلوباً من قاضي الأمور المستعجلة،

"... à prendre une mesure répressive destinée à mettre fin à une  
situation provoquant une atteinte dommageable et actuelle aux  
droits ou intérêts légitimes du demandeur"

مشار إليه في Guinchard، السابق ص ٢٠٣، نقلاً عن Corgas - Bernard،  
السابق ذات الموضوع.

Cass. Civ. 26/10/1982, RTD Civ. 1983 obs J. (٤٣٨)

Normand.

وراجع في ذلك Guinchard, Ferrand et Chainais، السابق ص ٣١٧.  
(٤٣٩) انظر في ذلك:

Cas. Com. 27/10/1992, D. 1992, JP, 505 note Bénabent; JCP,  
1994-II-22214 note Levy.

وراجع، Amrani - Mekki، السابق ص ٣٩١.

A. Brès, La résolution du contrat par dénonciation unilatérale, op.  
cit. p. 512.

(٤٤٠) Amrani - Mekki، السابق ذات الموضوع.

(٤٤١) راجع على سبيل المثال J. Mestre، السابق خاصة ١٠٧، -Corgas-  
Bernard، السابق ص ٣٩١.

Ch. Jamin et M. Billiaux, note sous Cass. Civ. 7/11/2000, D.  
2001, JP, p. 256 et s.

للمدين الذي ينازع في صحة الفسخ، الذي قرره الدائن بإرادته المنفردة، أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة، إما على أساس ما ورد بالمادة ٨٠٨ من قانون المرافعات المدنية، وإما على أساس ما تضمنته المادة ٨٠٩، لطلب اتخاذ الإجراء اللازم لرقابته، من الضرر المحدق أو المضار غير المشروعة، التي تلحقه من جراء هذا الفسخ.

وهذا - أيضاً - ما تؤكدُه أحكام القضاء الفرنسي. ففي حكم صادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، بتاريخ ١١/٧/٢٠٠٠<sup>(٤٤٢)</sup> قضت المحكمة على نحو واضح، باختصاص قاضي الأمور المستعجلة، أن يأمر بالإبقاء على العقد كإجراء تحفظي، للوقاية من الضرر المحدق، المترتب على إنهاء العقد، وما يترتب عليه من نتائج ضارة بالنسبة للمتعاقد. وكان الأمر يتعلق في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، بعقد تأمين أنهته شركة التأمين على نحو صحيح، ولكن تعاصر هذا الإنهاء مع المشكلة المعروفة في المجال المعلوماتي آنذاك، بمشكلة الانتقال إلى العام ٢٠٠٠، والتي أثّرت بشأن كيفية توفيق المعدات، والبرامج المعلوماتية مع هذا التاريخ الجديد، مما ترتب عليه أن أصبح المؤمن له بغير غطاء تأميني. لذلك أقرت محكمة البنقض الإجراء الذي أمر به قاضي الأمور المستعجلة، ومضمونه الإبقاء على عقد التأمين، رغم أن الإنهاء من قبل المؤمن، كان قد تم على نحو صحيح، وإنما كان هدف القاضي من ذلك، تجنيب المؤمن له هذا الضرر المحدق المترتب على مثل هذا الإنهاء، واعتبرت محكمة النقض أن ما أمر به قاضي الأمور المستعجلة على هذا النحو، لا يتجاوز حدود اختصاصه، وإن كانت قد نقضت حكم محكمة الاستئناف، المؤيد لما قام به قاضي الأمور المستعجلة، فكان ذلك على أساس عدم تحديد القاضي أجلاً معيناً للإجراء الذي أمر به<sup>(٤٤٣)</sup>.

Cass. Civ. 7/11/2000, D. 2001, JP, p. 256 et s. note Ch. Jamin (٤٤٢) et M. Billiaux, précité; RTD Civ. p. 135, obs. J. Mestre et B.

Fages.

(٤٤٣) ورد بحكم المحكمة في هذا الصدد أنه

"en statuant ainsi, sans fixer un terme certain à la mesure qu'elle ordonne, la cour d'appel a, sur ce point, excédé ses

فإذا كان - بحسب هذا الحكم - لقاضي الأمور المستعجلة، أن يأمر باستمرار عقد رغم إنهائه على نحو صحيح، فقد رأى بعض الفقه<sup>(٤٤٤)</sup> - وبحق - أن مؤدى ذلك - ومن باب أولى - أن يكون له أن يفرض الإبقاء على عقد تم فسخه على نحو غير صحيح.

وهذا في الواقع، ما تأكد بعد ذلك في حكم ذات المحكمة بتاريخ ٢٠٠١/٥/٢٩<sup>(٤٤٥)</sup>، والذي أيدت فيه اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بأن يأمر - وتحت طائلة الغرامة التهديدية<sup>(٤٤٦)</sup> - الاستمرار في تنفيذ العقد بين المستشفى وطبيب التخدير، والذي تبين أنه فُسخ من قبل المستشفى على نحو غير مبرر.

ورأينا فيما تقدم أن ذلك - أيضاً - هو اتجاه قضاة الموضوع، حيث رأينا في حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ ٢٠٠٩/١/٢٨<sup>(٤٤٧)</sup>، تأكيد على أنه لقاضي الأمور المستعجلة، أن يأمر المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد الذي قام بوقفه، أو فسخه على نحو غير مشروع، وبذات الشروط المتفق عليها.

pouvoirs".

(٤٤٤) Fages و Mestre ، السابق ذات الموضوع.  
(٤٤٥) Cass. Civ. 29/5/2001, RTD Civ. 2001, p. 509, obs. Mestre et précité.  
Fages,

(٤٤٦) في القول بأن لقاضي الأمور المستعجلة أن يحكم بالغرامة التهديدية، راجع أمينة النمر، السابق ص ١٩٧ وما بعدها، وقارن عكس ذلك، راتب (وأخرون) سابق الإشارة إليه ص ١٢٤.  
(٤٤٧) سابق الإشارة إليه.

صدر هذا الحكم استناداً إلى نص المادة ١/٨٧٣ من قانون المرافعات المدنية الفرنسية الجديد، الوارد بشأن سلطات رئيس المحكمة التجارية، بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة، والذي له بهذه الصفة، وفي حدود اختصاصات المحكمة المذكورة:

"et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé, les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite".

هذا وإذا كان اللجوء إلى القضاء المستعجل يبدو - على النحو السابق بيانه - علاجاً فاعلاً في مواجهة الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر، فيجب ملاحظة أن هذا العلاج يبقى محدوداً<sup>(٤٤٨)</sup>، فالأحكام المستعجلة - وإن كانت مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون<sup>(٤٤٩)</sup> - هي دائماً أحكام وقائية، لا تحوز حجية أمام محكمة الموضوع التي تفصل في أساس الحق المتنازع عليه، فهي لا تنقيد بما انتهى إليه قاضي الأمور المستعجلة<sup>(٤٥٠)</sup>.

لذلك يبقى وضع المتعاقدين، في الحالة التي نحن بصددنا وضعاً قلقاً، ومع ذلك تبدو أهمية إمكانية اللجوء إلى القضاء المستعجل، واختصاصه بنظر منازعة المدين، في قرار الدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة، من ناحية أنه يعتبر وسيلة إجرائية لإعادة التوازن في العلاقة بين الطرفين، وذلك من ناحية أنه إذا ما تُضي بالإبقاء على العقد، يكون على الدائن - إذا - إذا ما أراد فسخ العقد، أن يلجأ إلى قاضي الموضوع، بمعنى أن اللجوء إلى القضاء المستعجل، من شأنه أن يؤدي إلى أعمال الأصل، أي الفسخ القضائي. ولا شك أن في ذلك حماية للمدين في مواجهة قرار الفسخ بالإرادة المنفردة، ولكن الحماية هنا مشروطة بقدرة المدين على إقناع قاضي الأمور المستعجلة، بأن الفسخ لا مبرر له.

هذا، وقد انتصر مشروع وزارة العدل الفرنسية بشأن تعديل قانون العقود<sup>(٤٥١)</sup>، لاتجاه الفقه والقضاء في فرنسا، في التأكيد على اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، بنظر منازعة المدين في قرار الفسخ بالإرادة المنفردة، باعتبار أن ذلك يمثل الوسيلة الملائمة لحماية المدين، في مواجهة الفسخ غير المبرر.

بحسب الفقرة الثالثة من المادة ١٦٨ من المشروع المذكور، يمكن للمدين خلال مهلة الإعذار الذي يوجه إليه من الدائن، أن يلجأ إلى قاضي

(٤٤٨) Amrani - Mekki، السابق ص ٣٩٢.

(٤٤٩) راجع، أمينة النمر، السابق ص ٣٩٣.

(٤٥٠) أحمد هندي، السابق ص ١٠٨، القضاء المشار إليه.

(٤٥١) سابق الإشارة إليه.

الأمر المستعجلة للمنازعة في الفسخ، ويترتب على هذا الإجراء وقف الفسخ الذي أوقفه الدائن (٤٥٢).

يلاحظ أن هذا النص المقترح لم يضع شروطاً معينة، يجب توافرها لإمكان اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة.

لذلك، يتساءل بعض الفقه (٤٥٣) عما إذا كان اللجوء إلى هذا القاضي يكون متاحاً للمدين في جميع الحالات، وجميع العقود، أم أنه يجب توافر الشروط المتطلبية وفقاً للقواعد العامة، بشأن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة. ويرى هذا الجانب من الفقه أنه إذا كان الأمر كذلك فليس هناك ما يدعو إلى هذا النص المقترح، أما إذا كان القصد من وراء هذا النص أن يكون قاضي الأمور المستعجلة، مختصاً بالمنازعة الناشئة عن الفسخ بالإرادة المنفردة، بصرف النظر عن توافر شروط اختصاصه وفقاً للقواعد العامة، فإنه يخشى من ذلك أن يكون اللجوء إليه من قبل المدينين تلقائياً؛ مما يؤدي إلى كثرة الدعاوى المعروضة عليه، وتراكمها إلى حد يخشى معه أن يؤدي إلى إعاقة قيامه بمهمته، التي تقوم بحسب أصل نشأته على السرعة في اتخاذ الإجراء المطلوب.

ونعتقد من جانبنا أن النص المقترح له أهميته، من ناحية أن تأكيداً على اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالمنازعة، في قرار الفسخ بالإرادة المنفردة، يحول دون إمكانية الخلاف حول ذلك. أما من ناحية الخشية من كثرة الدعاوى أمام قاضي الأمور المستعجلة، فلا شك أن هذا احتمال قائم، ولكن يبقى من المؤكد أنه ليس كل مدين سيختار هذا الطريق، فلا شك أنه لن يلجأ إليه، في الغالب من الحالات، إلا من يُقدر أنه ضحية فسخ غير مبرر، وهو في جميع الحالات يستحق تمكينه من هذه الوسيلة الفاعلة لحماية مصالحه، أما كثرة الدعاوى وما يمكن أن تؤدي إليه من بطء في إجراءات التقاضي أمام قاضي الأمور المستعجلة، فلا يكون علاجه بالحرمان من

(٤٥٢) سبق ذكر نص هذه الفقرة.

(٤٥٣) Genicon، ملاحظاته، سابق الإشارة إليها، Petites Affiches ٢٠٠٩/٢/١٢، ص ٩١.

سلوك طريق هذه الحماية، بل بالبحث عن وسائل أخرى لمواجهة.

أما من حيث سلطة قاضي الأمور المستعجلة وفق النص المقترح، فيتساءل الرأي الذي نعرض له هنا<sup>(٤٥٤)</sup>، حول ما إذا كانت هي سلطة وقف الفسخ، والإحالة إلى المحكمة المختصة موضوعياً - وهو ما يعني عملياً تحويل الفسخ بالإرادة المنفردة إلى فسخ قضائي - أم أن للقاضي أن يعتبر الفسخ غير مبرر - إذا قدر أنه كذلك - ويأمر بتنفيذ العقد بصفة نهائية، أو يقضي، في حال ثبوت العكس، بالفسخ.

ما من شك في أن هذه التساؤلات محقة، يبررها حداثة التوجه نحو التكريس التشريعي، للحق في الفسخ بالإرادة المنفردة، ونعتقد من جانبنا - رداً على هذه التساؤلات - أن النص المقترح بقوله: إن اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة يؤدي إلى وقف الفسخ، إنما أراد بذلك الأخذ بما رآه الفقه، وأكده القضاء، وعلى نحو ما سبق بيانه، من أن ذلك مؤداه استمرار تنفيذ العقد، وبالتالي، يكون على الدائن إذا ما أصر على الفسخ أن يلجأ إلى المحكمة المختصة موضوعياً لتقضي بذلك<sup>(٤٥٥)</sup>.

على أية حال فإن نص الفقرة الثالثة من المادة ١٦٨ من المشروع المذكور، يؤكد الحرص على إيجاد وسيلة إجرائية فاعلة لحماية المدين في مواجهة الفسخ بالإرادة المنفردة، تحقق التوازن الضروري بين مصالح الدائن في التخلص من علاقة يرى عدم جدواها من ناحية، ومصالح المدين في الإبقاء عليها من ناحية أخرى، لتكون هذه الوسيلة حلقة ضمن حلقات أخرى، تشكل في مجموعها ضوابط إعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، فإذا كان لهذا الفسخ من المزايا ما يدعو لتأييده، فلا شك أنه - أيضاً - بحاجة إلى ضوابط لإعماله، تحقق هذا التوازن المنشود.

(٤٥٤) Genicon، السابق ذات الموضوع.

(٤٥٥) قارب:

Ph. Stoffel - Munck, Exécution et inexécution du contrat, in Colloque: la réforme du droit français des contrats en droit positif, RDC 2009/1, op. cit. p. 333 et s. spéci. p. 344; D. Mazeaud, Rapport de synthèse, in Colloque la réforme du droit français des contrats, en droit positif, op. cit. p. 397 et s. spéci..p. 417.

## الخاتمة

في ختام هذا البحث، الذي خصصناه لدراسة التوجه نحو إقرار الفسخ بالإرادة المنفردة، يتبين لنا أن ما كان يتناوله شراح القانون المدني - في مصر وفرنسا - وكذلك أحكام القضاء، باعتباره استثناء بات الآن مبدأ عاماً، تؤكد أحكام القضاء، ويؤيده الفقه في مجموعه، وتبشر به مشروعات القوانين المطروحة بشأن تعديل القانون المدني الفرنسي، تأثراً بذيوع هذا النوع من الفسخ، سواء على مستوى التشريعات الوطنية أو الدولية.

وقد لاحظنا خلال هذه الدراسة، أن القول بوجود مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وإن كان يبدو أمراً منطوياً على قدر من التناقض، في القانون الفرنسي أو القانون المصري - بالنظر إلى المبادئ القانونية الراسخة في هذين القانونين - فإنه على العكس تماماً، يعتبر أمراً مسلماً به منذ زمن بعيد، في تشريعات دول أخرى كثيرة.

وقد استمر هذا الوضع - الذي بدا غريباً على مفاهيم القانون الفرنسي والمصري - إلى أن أكدت محكمة النقض الفرنسية - حديثاً مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، مما جعل بعض الفقه يصف هذا التطور بأنه "ثورة ثقافية صغرى" في مجال قانون العقود.

واقترضت دراسة هذا التطور الأساسي، والإحاطة بأبعاده المختلفة، أن نعرض لقبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وضوابط أعماله.

فيما يتعلق بقبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، كان من الضروري أن نعرض لكيفية تبريره، في مواجهة مبدأ القوة الملزمة للعقد، والطابع القضائي للفسخ، قبل تناول التكريس القضائي له.

فمن حيث محاولات تبرير الفسخ بالإرادة المنفردة، في مواجهة مبدأ القوة الملزمة للعقد، رأينا أنه إذا كان مضمون هذا المبدأ يقضي بوجود احترام العقد، وعدم نقضه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، فإن مؤدى ذلك أنه على الدائن الراغب في التخلص من العقد إما طلب الفسخ من القضاء، أو الاتفاق مع المتعاقد على التحلل من هذا العقد،

وذلك ما لم يكن هناك اتفاق على شرط فاسخ صريح، يعطى له الحق في فسخ العقد دون لجوء إلى القضاء.

وعلى الرغم من ذلك فقد لاحظنا أن القوة الملزمة للعقد - وكما رأى بعض الفقه - ليست "سجنا يحتفظ القاضي وحده بمفاتيحه"، فهناك حالات أجاز فيها القانون، لأحد المتعاقدين إنهاء العقد بإرادته المنفردة. وإذا كانت هذه الحالات ليست فسخاً للعقد بالمعنى الدقيق، فإنها تؤكد أن القوة الملزمة للعقد ليست بالأمر المطلق، فهي - وبحسب ما تؤكدته نصوص القانون - يمكن الخروج عليها باتفاق المتعاقدين، أو للأسباب التي يقرها القانون.

إضافة إلى ذلك، فقد تبين لنا أن هناك حالات استثنائية أقر فيها المشرع ذاته لأحد المتعاقدين فسخ العقد بإرادته المنفردة، كما أجاز القضاء مثل هذا الفسخ في حالات أخرى.

من هنا، كانت ضرورة البحث في الأساس الذي يقوم عليه مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ لمعرفة مدى إمكانية استيعاب هذا المبدأ لحالات الخروج عليه، والتي تقرر فيها الفسخ بالإرادة المنفردة استثناءً. وقد رأينا في هذا الصدد، أن هذا الأساس يحتمل قراءات مختلفة. فمن تأسيس القوة الملزمة للعقد على إرادة المتعاقدين، رأينا قراءة أخرى جديدة تنتهي إلى تأسيس القوة الملزمة للعقد على الفائدة من العقد وعدالته، على نحو يسمح باستيعاب القوة الملزمة للعقد، واستناداً إلى فكرتي الفائدة والعدل، لحالات الفسخ بالإرادة المنفردة، إذا ما نظر إليها باعتبار ما تحققه هذه الحالات من عدالة، أو من ناحية تمكينها الدائن التخلص من عقد لم يحقق له الفائدة المرجوة منه.

إذا كانت القراءة الأخيرة لأساس القوة الملزمة للعقد، تسمح بالخروج الاستثنائي على هذه القوة الملزمة، مع بقاء المبدأ ذاته، فكان ضرورياً - أيضاً - البحث في تبرير مثل هذا الخروج الاستثنائي، في مواجهة عقبة أخرى تتمثل في الطابع القضائي للفسخ، والذي تقرر صراحة النصوص القانونية، والتي يبدو الفسخ بالإرادة المنفردة متناقضاً معها.

وهنا - أيضاً - كانت محاولات عدة، للتوفيق بين ما توجبه النصوص من ضرورة طلب الفسخ من القضاء، وإمكانية الفسخ



بالإرادة المنفردة، منها ما ذهب إلى استبعاد حصول التناقض بين الأمرين، من خلال إدراج الفسخ بالإرادة المنفردة ضمن آليات قانونية أخرى، ومنها ما رأى في الفسخ بالإرادة المنفردة عودة للأصول الأولى للفسخ، أي باعتبار أن الفسخ يقع أصلاً بالإرادة المنفردة، ومن هذه المحاولات ما ذهب إلى النظر إلى الفسخ بالإرادة المنفردة، باعتباره الوجه الآخر للفسخ القضائي، للقول بأن بين الفسخين تلاقٍ وليس تناقض.

هذه المحاولات، كانت في الواقع تعبيراً عن ملاحظة تطور مفهوم الفسخ والكشف عن نوع آخر من الفسخ مواز للفسخ القضائي، ولكنها لم تكن كأفنية إزاء حقيقة النصوص وصراحتها، في تطلب أن يكون الفسخ بحسب الأصل، على يد القضاء وبحكم صادر منه.

وعلى الرغم من ذلك، لم تبق هذه المحاولات مجرد اجتهاد فقهي، فقد كرس القضاء الحديث - وبصفة خاصة المقارن - وبقوة، مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، فأصبح للدائن، في حال عدم تنفيذ العقد من قبل المدين، أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، أي دون حاجة لطلب الفسخ من القضاء وانتظار حكمه، بحيث لم يعد الأمر متعلقاً بالحالات الاستثنائية التي قبل فيها القضاء الفسخ بالإرادة المنفردة، ولم يعد هناك مجال للتشكيك في وجود هذا المبدأ، الذي يؤيده الفقه في مجموعته.

كان لهذا المبدأ الكثير من الدلالات، منها أن فسخ العقد لم يعد سلطة "يحتكرها" القضاء، فقد أصبح قرار الفسخ بيد الدائن أيضاً. من هذه الدلالات - أيضاً - إمكانية تحول الفسخ القضائي - الذي يعد الأصل في الفسخ - إلى طريق احتياطي للفسخ، ومنها - أيضاً - تغيير دور الأطراف بشأن فسخ العقد، فلم يعد الدائن هو الذي عليه اللجوء إلى القضاء بطلب الفسخ، بل أصبح على المدين، إذا أراد المنازعة في صحة الفسخ، أن يلجأ هو إلى القضاء، ومنها كذلك تغليب الاعتبارات الاقتصادية على الأبعاد الأخلاقية والإنسانية التي يقوم عليها الفسخ القضائي.

وواقع أن وراء ذبوع الفسخ بالإرادة المنفردة، وتأكيد القضاء - وبخاصة المقارن - اعتباره طريقاً موازاً للفسخ القضائي، العديد من

المزايا التي لا يحققها هذا الأخير، ومنها الحد من كثرة الدعاوى القضائية، والمساهمة بالتالي في حل مشكلة بطء إجراءات التقاضي، وأنه أكثر عدالة بالنسبة للدائن، في الكثير من الحالات، كما أنه أكثر فعالية من الناحية الاقتصادية.

هذه المزايا، جعلتنا نتساءل عن موقف القانون المصري من هذا الفسخ. وقد خالصنا في هذا الصدد، إلى أن هذا الفسخ ليس بغريب عن منطق القانون المصري، فقهاً وقضاءً، بل ونصوصاً أيضاً.

ولكن على الرغم من المزايا العديدة للفسخ بالإرادة المنفردة، فقد أثار هذا الفسخ الكثير من المخاوف والهواجس، يجمع بينها الخشية من أن يكون هذا الفسخ باباً واسعاً أمام الدائن، يمكنه من خلاله التخلص من العقد الذي يريد، متعللاً في ذلك بأي قدر من الإخلال بالتزامات العقدية من قبل المدين، وأياً كان قدر ضآلته، بما يترتب على ذلك من الإضرار بمصالح هذا الأخير، و- أيضاً - النيل من الاستقرار اللازم للعلاقات العقدية.

ورأينا في هذا الصدد أن هذه المخاوف - وإن كانت لا تنال من المزايا العديدة للفسخ بالإرادة المنفردة - فهي بالأحرى دعوة إلى ضرورة البحث عن ضوابط أعمال الفسخ، والتي من خلالها يمكن التوصل إلى قدر من التوازن المعقول، بين مصالح الدائن من ناحية، ومصالح المدين وضرورات حمايته من ناحية أخرى.

لذلك تناولنا دراسة هذه الضوابط، من خلال ما توصل إليه القضاء الفرنسي الحديث، وكذلك من خلال بعض التجارب التشريعية، الوطنية والدولية، التي أقرت الفسخ بالإرادة المنفردة، وكذلك على هدى من مشروعات القوانين المطروحة لتعديل القانون المدني الفرنسي.

عرضنا في هذا الصدد الشروط الموضوعية للفسخ بالإرادة المنفردة، وكذلك شروطه الإجرائية، وذلك قبل الانتقال إلى البحث في رقابة القضاء لهذا الفسخ.

فمن حيث الشروط الموضوعية للفسخ بالإرادة المنفردة، انتهينا

في هذا الخصوص إلى أنها - وعلى الرغم من اختلاف الصياغات المستخدمة في هذا الشأن - تتمثل في ضرورة أن يكون الإخلال المنسوب إلى المدين في تنفيذ التزاماته على قدر كاف من الجسامة. هذا وقد لاحظنا في هذا الصدد صعوبة وضع تعريف محدد، لما يعد إخلالاً على قدر كاف من الجسامة، ومن هنا، رأينا أهمية أن يحاط هذا الشرط الموضوعي للفسخ بالإرادة المنفردة، لمجموعة من الموجهات التي تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير جسامة الإخلال، والتي من شأنها إعانة الدائن على اتخاذ قراره بالفسخ، ومساعدة القاضي، عند ممارسته لرقابته اللاحقة على هذا الفسخ.

وقد خلصنا في هذا الصدد، أن اشتراط جسامة الإخلال بالالتزامات العقدية، يحقق حماية مصالح المدين من ناحية، ويحافظ على استقرار المعاملات من ناحية أخرى، ذلك أن مثل هذا الشرط إنما يعني عدم جواز تذرع الدائن بأي إخلال من قبل المدين؛ للتخلص من العقد الذي يربطه بالمدين.

حماية المدين لا تقتصر على تطلب هذا الشرط الموضوعي فقط، فهناك - أيضاً - شروط إجرائية، لا بد من اتباعها لإيقاع هذا الفسخ.

فقد رأينا أن إيقاع هذا الفسخ، يتم من خلال مسار إجرائي يبدأ بإعذار المدين. ويعتبر هذا الإعذار متطلباً أساسياً في كافة التشريعات التي عرضنا لها، والتي اعتمدت الفسخ بالإرادة المنفردة، وإن كان ذلك قد جاء بطريقة غير مباشرة في البعض منها. من خلال هذا الإعذار، يمكن تعويض الرقابة القضائية التي تمارس في حال الفسخ القضائي، وذلك باعتبار أن من لزوم الإعذار ترك مهلة للمدين للقيام بالتنفيذ. كما أنه بهذا الإجراء يتأكد حسن نية الدائن، ومن خلاله - أيضاً - يعوض المدين عن المهلة التي من الممكن أن يمنحها له القاضي، لو كان قد طلب منه الفسخ. وقد أكد مشروع كاتالان، وكذلك مشروع وزارة العدل الفرنسية، على تطلب الإعذار كشرط لإيقاع الفسخ بالإرادة المنفردة.

وإلى جانب الإعذار، رأينا أنه يشترط للفسخ بالإرادة المنفردة، أن يقوم الدائن، وبعد انقضاء مهلة الإعذار، دون تنفيذ من قبل المدين،

بإخطار الأخير بالفسخ. وهذا - أيضاً - ما أكدته المشروعات المذكوران،  
واللذان اعتبروا الفسخ نافذاً منذ تسلم المدين لهذا الإخطار.

إضافة إلى ذلك، فقد رأينا أن الفقه الفرنسي يرى ضرورة أن يكون  
قرار الدائن بالفسخ مسيئاً، أي متضمناً بيان الإخلال الذي ينسب إلى المدين  
في تنفيذ التزاماته، وتبرير جسامته. وقد أكد مشروع كاتالا، ومشروع وزارة  
العدل على ذلك أيضاً. ولا شك أن في ذلك تدعيم للشفاقية في العلاقة العقدية،  
والتأكيد على أن الفسخ بالإرادة المنفردة ليس حقاً مطلقاً للدائن، بل هو حق  
مقيد بالغاية منه، لا يمكن اللجوء إليه إلا لهدف معين، وبالتالي عند توافر  
أسباب معينة يجب بيانها.

هذا، وإذا كان الفسخ الذي نحن بصدده يقع بإرادة الدائن وحده،  
ضمن الشروط السابقة، فهذا الفسخ ليس بمنأى عن رقابة القضاء. ولا شك  
أنه يقع دون تدخل مسبق منه. ولكن يبقى لهذا القضاء دوره في الرقابة  
اللاحقة على إجراء هذا الفسخ، وذلك عند منازعة المدين في صحة هذا  
الفسخ.

للمدين - إذا - أن يعترض على هذا الفسخ أمام القضاء. وفي هذه  
الحالة قد يتبين للقاضي أن الفسخ قد تم على نحو صحيح، فيعلن ذلك بحكم  
مقرر منه، فتنترتب على الفسخ آثاره وفقاً للقواعد العامة.

أما في حالة ما إذا تبين للقاضي، أن الفسخ لم يكن مبرراً، أي لم  
تتوافر شروطه، فقد خلصنا إلى أن الجزاء الملائم لذلك، هو اعتبار الفسخ  
كأن لم يكن، أي اعتبار العقد قائماً، وإلزام المدين بتنفيذه، متى كان ذلك  
ممكناً، بطبيعة الحال. وقد خلصنا إلى أن ذلك هو ما يتفق وصحيح القانون،  
إضافة إلى ما يحققه من استقرار للمعاملات، واحترام لتوقعات الأطراف.  
وذلك - أيضاً - هو ما يحفظ للعقد مفهومه، باعتباره رابطة ملزمة، تستند في  
إلزامها إلى اعتبارات أخلاقية ودينية لا يمكن إنكارها، وذلك بخلاف الرأي  
الذي يرى اقتصار سلطة القاضي - في حالة الفسخ غير المبرر - على  
الحكم بالتعويض لصالح المدين، فقد خلصنا إلى أن القول بذلك من  
شأنه أن يؤدي إلى طغيان الاعتبارات الاقتصادية، وتشجيع الدائن على

ارتكاب الخطأ المربح، أو المكسب، وربما في نهاية الأمر، تجريد العقد من مقوماته الأخلاقية والدينية.

وهذا في الواقع ما أكدت عليه النصوص المقترحة لتعديل القانون المدني الفرنسي، حيث أجازت للقاضي، عند المنازعة أمامه في صحة الفسخ، وإذا ما تبين له أنه غير مبرر، أن يأمر الدائن بتنفيذ العقد.

ولكن إذا كان ذلك هو الجزاء الملائم، فقد لاحظنا أن ذلك قد يصبح غير ممكن من الناحية العملية، وذلك إذا ما سارع الدائن، بعد فسخه العقد، إلى الارتباط بعقد آخر، موضوعه ذات العقد الذي تم فسخه. بحيث لا يصبح أمام القاضي في هذه الحالة، إلا أن يقنع بالحكم بالتعويض على هذا الدائن المخطئ، وقد خالصنا في هذا الصدد، إلى أن التعويض الذي يمكن أن يُحكم به وفقاً للقواعد العامة، لا يمكن أن يكون رادعاً للدائن من الإقدام على الفسخ على الرغم من عدم توافر شروطه، فيتحقق بالتالي قصده من التخلص من العقد بإرادته المنفردة بطريقة غير مشروعة، مقابل دفع ثمن خطئه، متى رأى أن في ذلك مصلحة له.

لذلك رأينا أهمية ما نادى به الفقه الفرنسي، من ضرورة أن يكون للقضاء المستعجل دور إزاء قرار الدائن بفسخ العقد، وهو الأمر الذي أكده القضاء - أيضاً - باعتباره قاضي الأمور المستعجلة مختصاً بنظر منازعة المدين في الفسخ الذي يوقعه الدائن بإرادته المنفردة، وأنه لهذا القاضي أن يأمر بوقف الفسخ، والاستمرار في تنفيذ العقد. وقد تأكدت هذه الأهمية بمقتضى المشروع التمهيدي لتعديل قانون العقود الفرنسي، الذي أعدته وزارة العدل، والذي أجاز بمقتضى المادة ١٦٨ منه، للمدين أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة للمنازعة في الفسخ، وذلك خلال مهلة الإعذار الذي يوجه إليه من الدائن، بما يترتب على ذلك من وقف للفسخ الذي شرع فيه الدائن.

من خلال الضوابط السابقة يمكن القول بأن اعتماد الفسخ بالإرادة المنفردة لا يعني "خصخصة للفسخ" (إن جاز مثل هذا التعبير)، فهذا الفسخ لم يترك أمره لمحض إرادة ومشيئة المدين، بل

تحيط بإعماله الكثير من الضوابط، كما أنه يخضع لرقابة القضاء، وإن كانت رقابة لاحقة على أعماله.

و الواقع، أن هذا الفسخ يبدو أنه الأكثر ملاءمة للظروف الاقتصادية الراهنة، بالنظر للسرعة التي تتطلبها، وبما يحققه من فعالية اقتصادية، من خلال ما يسمح به من استخدام أفضل للثروة، أي دون تعطيلها في علاقة عقدية لا تحقق المرجو منها، وهو - أيضاً - أكثر عدالة بالنسبة للدائن. كما أنه، وبما يؤدي إليه من الحد من كثرة الدعاوى، يساهم في تحقيق مصلحة عامة، بمساهمته في مواجهة مشكلة بطء إجراءات التقاضي.

وإذا كان هذا الفسخ يحقق مصلحة أكيدة للدائن، فلا شك - أنه بما يحيط به من ضوابط - لا يهدر مصلحة المدين، فمن خلال هذه الضوابط يتحقق قدر معقول من التوازن بين مصالح الطرفين.

هذا وإذا كنا نؤيد اعتماد هذا الفسخ في ظل قانوننا المصري؛ ليوافق بذلك التطورات التشريعية والقضائية الحديثة في مجال الفسخ كجزء للإخلال بالالتزامات العقدية، فإننا نأمل أن يكون لمحكمة النقض لدينا خطوة تؤكد من خلالها التطور، الذي انتهت إليه نظيرتها الفرنسية.

ويبقى دائماً الأمل معقوداً على تدخل تشريعي مباشر، يُكرس من خلاله مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، كفسخ مواز للفسخ القضائي. ونعتقد أن دراستنا هذه، قد تضمنت عرض كثير من التجارب التشريعية التي يمكن استلهاها في وضع قواعد هذا الفسخ. ونميل من جانبنا في هذا الصدد إلى الاهتداء بما تضمنه مشروع الفقيه الفرنسي كاتالا، والمشروع المعد من قبل وزارة العدل الفرنسية، بشأن هذا الفسخ، لما تتضمنه النصوص الواردة بهما، في هذا الخصوص، من توازن معقول بين مصالح الدائن في الفسخ بالإرادة المنفردة من ناحية، ومصالح المدين وضرورات حمايته في مواجهة هذا الفسخ من ناحية أخرى.

وعلى ذلك، وفي ضوء ما سبق من ملاحظات خلال هذه الدراسة، يمكن إجمال أهم نقاط هذا التنظيم المرجو للفسخ بالإرادة المنفردة فيما يلي:

- النص على حق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة في حال الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد من قبل المدين. على أن يراعى تضمن النص على ذلك مجموعة من العناصر التي تؤخذ في الاعتبار عند تقدير هذا الإخلال، منها - مثلاً - حسن نية المدين، ما تم تنفيذه من العقد، الظروف المحيطة بعدم التنفيذ.

- بيان الإجراءات الواجب مراعاتها من قبل الدائن عند اختياره الفسخ بإرادته المنفردة، والتي تبدأ بإعذار المدين للقيام بالتنفيذ خلال مهلة معينة، يُحدد حدها الأدنى، ويكون للدائن - بانقضائها دون تنفيذ - فسخ العقد من خلال إخطار يوجه إلى المدين، وأن يكون هذا الإخطار مسبباً، بالمعنى السابق بيانه، بحيث يصبح الفسخ نافذاً من تاريخ تسلم المدين لهذا الإخطار.

- النص على أن يكون للمدين المنازعة في الفسخ أمام القضاء، الذي يكون له إما إقرار الفسخ، إذا كان مبرراً، وإما الأمر بالإبقاء على العقد، وإلزام الدائن بتنفيذه، إذا ما تبين له أن الأخير فسخ العقد دون مبرر مشروع.

- وأخيراً، النص على أن يكون للمدين أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة خلال مهلة الإعذار الموجه إليه من الدائن؛ للمنازعة في الفسخ الذي شرع فيه الدائن، وأنه يترتب على ذلك وقف هذا الفسخ.

تلك أهم النقاط التي نعتقد، في ختام هذه الدراسة، أنها تصلح إطاراً لتنظيم الفسخ بالإرادة المنفردة، على نحو يواكب التطورات الحديثة في هذا المجال، ومن خلالها يمكن تحقيق حماية مصالح المدين، دون حرمان الدائن من إمكانية التخلص - من جانبه - من علاقة عقديّة خابت توقعاته المرجوة منها.

## مراجع البحث

أولاً: باللغة العربية

### المراجع العامة

- أحمد شرف الدين:  
- أحكام التأمين في القانون والقضاء، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٣.
- نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإرادية (العقد - الإرادة المنفردة) (دون ذكر الناشر) ٢٠٠٣ .
- أحمد شوقي عبد الرحمن:  
- النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف ٢٠٠٤.
- أحمد هندي:  
- قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩ .
- إسماعيل غانم:  
- في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة عبد الله وهبه ١٩٦٧.
- في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام - ١- العقد والإرادة المنفردة، مكتبة عبد الله وهبه ١٩٦٦.
- برهام عطا الله:  
- التأمين، الفتح للطباعة والنشر ٢٠٠٩.
- جلال إبراهيم:  
- التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٤.
- جميل الشرفاوي:  
- النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٧٦.



## حسام الأهواني:

- النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام (دون ذكر الناشر) ١٩٩٦.
- النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية (دون ذكر الناشر) ١٩٩٥.

- عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٩.

## حمدي عبد الرحمن:

- الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية ١٩٩٩.

## حلمي بهجت بدوي:

- أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة ١٩٤٦.

## رمضان أبو السعود:

- أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٨.
- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٢.

## سليمان مرقس:

- الوافي في شرح القانون المدني - ٢ - في الالتزامات، المجلد الأول، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة (بدون ذكر الناشر) ١٩٨٧.

## السيد خلف محمد:

- عقدا البيع في ضوء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الثانية، دار الفكر القانوني ٢٠٠٠.

## السيد عيد نايل:

- شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية ٢٠٠٩ - ٢٠١٠.

## عبد الحي حجازي:

- النظرية العامة للالتزام، وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة) الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، المجلد الثاني، دراسة وظائف عناصر العقد - الإرادة المنفردة، باعتماد د. محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢.

- النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، دون ذكر الناشر أو التاريخ.

#### عبد الرزاق السنهوري:

- الوسيط في شرح القانون المدني ج (٤) العقود التي تقع على الملكية والبيع والمقايضة، الطبعة الثانية، تنقيح مصطفى الفقي، دار النهضة العربية (دون ذكر التاريخ).

- الوسيط في شرح القانون المدني ج (٥) العقود التي تقع على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، الطبعة الثانية، تنقيح مصطفى الفقي، دار النهضة العربية ١٩٨٧.

- الوسيط في شرح القانون المدني ج (٧) المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثانية، تنقيح مصطفى الفقي، دار النهضة العربية ١٩٨٩.

- الوسيط في شرح القانون المدني ج (٧) المجلد الثاني، عقود الغرر، دار إحياء التراث العربي بيروت ١٩٦٤.

- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ.

#### عبد الفتاح عيد الباقي:

- موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، (بدون ذكر الناشر) ١٩٨٤.

#### عبد المنعم البدر اوي:

- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه ١٩٧٥.

- التأمين، ١٩٦٣.

#### عبد المنعم فرج الصده:

- أصول القانون (دون ذكر الناشر) ١٩٦٥.

- مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٩٢.

عبد الناصر العطار:

- مصادر الالتزام (دون ذكر الناشر أو التاريخ).

على البارودي وفريد العريني:

- القانون التجاري، العقود التجارية - عمليات البنوك، وفقاً لأحكام قانون

التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦.

على نجيده:

- النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة

العربية ٢٠٠٤ / ٢٠٠٥.

محمد حسام لطفي:

- الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري

والفرنسي، الطبعة الثالثة، القاهرة ٢٠٠١.

- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة ٢٠٠٢.

محمد حسين منصور:

- الوجيز في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة (بدون تاريخ).

محمد شكري سرور:

- موجز الأحكام العامة للالتزام، دار الفكر العربي ١٩٨٥/٨٤.

محمود جمال الدين زكي:

- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول،

مصادر الالتزام، القاهرة ١٩٦٨.

محمود عبد الرحمن محمد:

- النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية (بدون ذكر التاريخ).

مصطفى الجمال:

- شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف ١٩٩١.

مصطفى عبد الحميد عبوي:

- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة حمادة

الحديثة بقويسنا ١٩٩٦.

منصور مصطفى منصور:

- مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة

والإيجار. القاهرة ١٩٥٦/١٩٥٧.

نبيل سعد:

- العقود المسماة، الجزء الأول، البيع، دار النهضة العربية، بيروت  
١٩٩٧.

- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٤.

نزيه المهدي:

- عقد التأمين، دار النهضة العربية (بدون تاريخ).

همام محمد محمود زهران:

- قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩.

### المراجع الخاصة، الرسائل، البحوث والمقالات

أحمد السعيد الزقرد

- محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن،  
المكتبة العصرية ٢٠٠٧.

أسماوي محمد نعيم:

- نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن ٢٠٠٦.

أمينة النمر:

- مناهج الاختصاص والحكم في الدعاوي المستعجلة، منشأة المعارف،  
١٩٦٧.

جلال إبراهيم:

- الحماية القانونية لمدة عقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري  
والكويتي والقانون الفرنسي (دون ذكر الناشر أو التاريخ).

حسام الأهواني:

- الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة  
مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.

## حسن على الذنون:

- النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر ١٩٤٦.

## حسين عامر:

- إلغاء العقد، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة ١٩٥٣.

## خالد أحمد عبد الحميد:

- فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، الطبعة الأولى، مكتبة الإشعاع الفنية ٢٠٠٢.

## خالد مصطفى الخطيب:

- المسؤولية العقدية بين الإبقاء والإلغاء، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة عين شمس ٢٠٠٥.

## سيد أحمد محمود:

- القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية ٢٠٠٧.

## عابد فايد عبد الفتاح:

- تعديل العقد بالإرادة المنفردة، دار النهضة العربية ٢٠٠٥.

## عبد الحي حجازي:

- عقد المدة أو العقد المستمر و الدوري التنفيذ، رسالة دكتوراة، مطبعة جامعة فؤاد الأول ١٩٥٠.

- مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الأولى، العدد الأول، يناير ١٩٥٩، ص ١٣٩ وما بعدها، والعدد الثاني من ذات المجلة، يوليو ١٩٥٩، ص ٤٤٣ وما بعدها، السنة الثانية، العدد الأول، يناير ١٩٦٠ ص ١ وما بعدها، العدد الثاني، يوليو ١٩٦٠ ص ٢٠٥ وما بعدها.

## عزمي عبد الفتاح:

- تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية الطبعة الأولى، دار الفكر العربي ١٩٨٣.

عصام أنور سليم:

- خصائص البيع الدولي (وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا سنة ١٩٨٠) منشأة المعارف ٢٠٠٤ .

علاء السيد محمود الزاهي:

- انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ، دراسة مقارنة، دكتوراه كلية الحقوق - جامعة طنطا ٢٠٠٦ .

فايز محمد حسين:

- الشروط المقترنة بعقد البيع، دار المطبوعات الجامعية ٢٠١٠ .

محسن شفيق:

- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) دار النهضة العربية ١٩٨٨ .

محمد إبراهيم دسوقي:

- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية (بدون ذكر التاريخ) .

محمد حسين منصور:

- دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، منشأة المعارف ١٩٩٣ .

محمد شكري سرور:

- موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا ١٩٨٠، مجلة الحقوق (تصدرها كلية الحقوق - جامعة الكويت) العدد (٣) ١٩٩٤ ص ١١٧ وما بعدها .

محمد شهاب:

- التزامات البائع وفقاً لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية للبضائع، مقارنة مع القانونين اللبناني والفرنسي، صادر، بيروت ٢٠٠٧ .

محمد علي راتب، محمد نصر الدين كامل، محمد فاروق راتب:

- قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة السادسة، عالم الكتب (بدون التاريخ) .

محمد لبيب شنب:

- الجحود المبتسر للعقد، دراسة مقارنة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية

س (٢) (القسم الأول) العدد الثاني يوليو ١٩٦٠ ص ٢٥٧ وما بعدها،  
والقسم الثاني، العدد الأول يناير ١٩٦١، ذات المجلة، ص ١٣٩ وما  
بعدها.

محمد محمود المصري و محمد عابدين:

- الفسخ والانسفاخ والتفاسخ، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧.

محمود جمال الدين زكي:

- مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة  
١٩٧٨.

محمود سمير الشرفاوي:

- العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع،  
الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢.

مصطفى عبد السيد الجارحي:

- فسخ العقد دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة  
الأولى، دار النهضة العربية ١٩٨٨.

نبيل عمر:

- تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار  
الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠١.

وليد صلاح مرسي رمضان:

- القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي  
والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديد ٢٠٠٩.

ياسر أحمد كامل الصيرفي:

- الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، دار النهضة العربية ١٩٩٨.  
- إلغاء التصرف القانوني، دار النهضة العربية ١٩٩٥.

ثانياً: باللغة الفرنسية

## OUVRAGES GÉNÉRAUX:

Antonmattei (P.H.) et Raynard (J.):

- Droit civil, Contrats spéciaux, 4<sup>e</sup> éd. Litec 2004.

**Bénabent (A.):**

- Droit civil, Les contrats spéciaux, 2<sup>e</sup> éd. Montchrestien 1995.

**Bigot (J.):**

- Traité de droit des assurances, T. 3 Le contrat d'assurance (sous la dir. de ...) avec la collaboration de Beauchard, Heuzé, Kullmann, Mayaux et Nicolas, LGDJ – Delta 2002.

**Delebecque (Ph.) et Pansier (F.J.):**

- Droit des obligations, 3<sup>e</sup> éd. Litec 2004.

**Flour (J.) et Aubert (J. L.):**

- Les obligations, 1. L'acte Juridique, 8<sup>e</sup> éd. par Auber, A. Colin 1998.

**Ghestin (J.):**

- Traité de droit civil (sous la dir. de ....) La formation du contrat, 3<sup>e</sup> éd. par J. Ghestin, LGDJ 1993.
- Traité de droit civil (sous la dir. de ....) Les effets du contrat, 2<sup>e</sup> éd. par J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiaux, LGDJ 1994.

**Guinchard (S.) Ferrand (F.) et Chainais (C.):**

- Procédure civile, 29<sup>e</sup> éd. Précis Dalloz 2008.

**Josserand (L.):**

- Cours de droit civil positif français, T. II, Théorie générale des obligations, 3<sup>e</sup> éd. Paris, Sirey 1939.

**Larroumet (Ch.):**

- Droit Civil (sous la dir. de...) T. III, 6<sup>e</sup> éd. Les obligations, Le contrat 1<sup>er</sup> partie, Conditions de



- formation, par Larroumet, Economica – Delta 2008.
- Droit civil (sous la dir. de...) T. III, 6<sup>e</sup> éd., Les obligations, Le contrat, 2<sup>e</sup> partie, Effets, par Larroumet, Economica – Delta 2008.
  - Droit civil (sous la dir. de...) T. V, 1<sup>re</sup> éd. Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, par M. Bacache - Gibeili, Economica - Delta 2008.

**Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Gautier (P.Y.):**

- Droit civil, Les contrats spéciaux, 2<sup>e</sup> éd. Defrénois 2005.

**Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Stoffel-Munck (Ph):**

- Droit civil, Les obligations, 2<sup>e</sup> éd. Defrénois 2005.

**Puig (P.):**

- Contrats spéciaux, Dalloz 2005.

**Terré (F.), Simler (Ph.) et Lequette (Y.):**

- Droit civil, Les obligations, 10<sup>e</sup> éd. Précis Dalloz, 2009.

**OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, ARTICLES et CHRONIQUES:**

**Alpa (G.) et Dasso (M.):**

- La dissolution du lien contractuel dans le code civil italien, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé (sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney) Bruylant – LGDJ 2001, p. 871 et s.

**Amrani – Mekki (S.):**

- La résiliation unilatérale des contrats à durée

déterminée, Deférnois 2003 p. 369 et s.

**Ancel (P.), Brun (Ph.), Forray (V.), Gout(O.), Pignorre (G.), Pimot (S.) et Cabrillac (R.):**

- Le projet de réforme du droit des contrats, premières impressions, JCP 2008 – I – 190.

**Atias (Ch.):**

- Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (Limites de la description normative) Le Dalloz 2003, chronique, p. 1103 et s.

**Aynès (L.):**

- Le droit de rompre unilatéralement: fondement et perspectives, Dr. et Pat. no 126 – Mai 2004 p. 64 et s.
- Motivation et justification, in Colloque : Obligation de motivation et droit des contrats, RDC 2004/2, p. 555 et s.

**Bourgeon (Ch.):**

- Rupture abusive et maintien du contrat: observation d'un praticien, in: Colloque: Exécution du contrat en nature ou par équivalent, RDC 2005/1, p. 109 et s.

**Brès (A.):**

- La résolution du contrat par dénonciation unilatérale, Bibliothèque de droit de l'entreprise (80) Litec 2009.

**Capitant (H.), Terré (F.) et Lequette (y.):**

- Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T.2, 12<sup>e</sup> éd. Dalloz 2008.

**Carbonnier (J.):**

- Introduction, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R.Savtner, PUF 1986,

p. 29 et s.

**Cassin (R.):**

- Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution, RTD Civ. 1945, p. 159 et s.

**Catala (P.):**

- La genèse et le dessein du projet, in Colloque: La réforme du droit des contrats, Projet et perspectives, RDC 2006/1 p. 11 et s.

**Chabas (C.):**

- L'inexécution licite du contrat, LGDJ 2002.

**Chang (M. P.-H.):**

- La résolution du contrat pour inexécution, Étude comparative du droit français et du droit chinois, PUAM 2005.

**Chazal (J. P.):**

- De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du code civil, RTD Civ. 2001 p. 265 et s.

**Corgas – Bernard (C.):**

- La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, PUAM 2006.

**Dai Do (V.) et Chang (M.):**

- La résolution unilatérale du contrat en droit français : Vers une harmonisation au sein de la cour de cassation, P. A. no 72, 9/4/2004, p. 3 et s.

**Delebecque (Ph.):**

- L'exécution forcée, in Colloque : La réforme du droit des contrats, Projet et perspectives, RDC 2006/1, p. 99 et s.

**Fabre – magnan (M.):**

- L'obligation de motivation en droit des contrats, in le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle : Études offertes à J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 301 et s.
- Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique, in Colloque : Obligation de motivation ... RDC 2004/2, p. 573 et S.
- Réforme du droit des contrats : "Un très bon projet", JCP 2008 – I – 199.

**Fauvarque – Cosson (B.):**

- La réforme du droit français des contrats: Perspective comparative, in Colloque: La réforme du droit des contrats: Projet et Perspectives, RDC 2006/1, p. 147 et s.

**Fischer (J.):**

- Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français, PUAM 2004.

**Fontaine (M.):**

- Rapport de synthèse in, Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 1017 et s.

**Gaudu (F.):**

- L'exigence de motivation en droit du travail, in Colloque: Obligation de motivation et droit des contrat, RDC 2004/2, p. 566 et s.

**Genicon (Th.):**

- La résolution du contrat pour inexécution, LGDJ 2007.
- Observations de ....in, Observations sur le projet

de réforme du droit des contrats, sous la direction de J. Ghestin, P. A. Numéro spécial 12/2/2009, p. 81 et s.

**Ghestin (J.):**

- Conformité et garantie dans la vente, LGDJ 1983.
- La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables, in La relativité du contrat, Rapport de synthèse, T. de l'association H. Capitant, 1999, LGDJ 2000, p. 223 et s.
- La notion du contrat, D. 1990, chronique, p. 147 et s.
- Le future: exemples étrangers, Le code civil en France aujourd'hui, in Colloque: faut – il réformer le titre III du livre III du code civil?, RDC 2004/4 p. 1152 et s.
- L'utile et le juste dans les contrats, D. 1982, Chronique, p. 1 et s.

**Gridel (J. P.) et. Laitier (Y. M):**

- Les sanctions de l'inexécution du contrat imputable au débiteur: état des lieux, JCP 2008 – I – 143.

**Guillemin (J. F.):**

- La résolution unilatérale, le regard des professionnels, in Colloque: La réforme du droit français des contrats en droit positifs, RDC 2009/1. p. 368.

**Hébraud (P.):**

- Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, in Mélanges J. Maury, T. 2, Droit comparé, Théorie générale du droit et droit privé, Dalloz- Sirey 1960 p. 419 et s.

**Houin (B.):**

- La rupture unilatérale des contrats

synallagmatiques, Thèse Paris II, 1973.

**Jamin (Ch.):**

- L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée, Le Dalloz 2001, p. 1568 et s.
- Les conditions de la résolution du contrat, vers un modèle unique? Rapport français, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 451 et s.
- Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat: Trois idéologies en concurrence, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, (sous la dir. de Ch. Jamin et D. Mazeaud) Economica, collection Etudes Juridiques (9) p. 71 et s.
- Plaidoyer pour la solidarisme contractuel, in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle: Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001 p. 441 et s.
- Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, D. 2002, chronique p. 901 et s.

**Jäger (C.P.):**

- La nouvelle législation allemande en vigueur à l'égard du droit des contrats, P. A. no 159, 9/8/2002, p. 5 et s.

**Jourdain (P.):**

- Les dommages – intérêts alloués par le juge, in, Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 263 et s.

**Lachieze (Ch.):**

- Notion de comportement grave de nature à justifier la rupture unilatérale du contrat, JCP 2004 – II – 10108.

**Laithier (Y. M.):**

- Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ 2004.

**Lando (O.):**

- L'avant- projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat: analyse de certaines différences, in Colloque: La réforme du droit des contrats, RDC 2006/1, p. 167 et s.

**Le Gac - Pech (S.):**

- Rompre son contrat, RTD Civ. 2005, p. 223 et s.
- **Le Tourneau (Ph.) et (autres):**
  - Droit de la responsabilité et des contrats, 7<sup>e</sup>ed. Dalloz
  - Action 2008.

**Lecuyer (H.):**

- Redéfinir de la force obligatoire du contrat, P. A. no 45, 6/5/1998, p. 44 et s.

**Mahé (C.B.P.) et Hondius (E.H.):**

- Les sanctions de l'inexécution en droit Néerlandais, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. 837 et s.

**Mainguy (D.):**

- Défense, critique et illustration de certains point du projet de réforme du droit des contrats, D. 2009, chronique p. 308 et s.

**Malaurie (Ph.):**

- Petite note sur le projet de réforme du droit des

contrats, JCP 2008 – I – 240.

**Marais (A.):**

- Le maintien forcé du contrat par le juge, P.A. no 197, 2/10/2002 p.7 et s.

**Mestre (J.):**

- Rupture abusive et maintien du contrat, in Colloque: Exécution du contrat en nature ou par équivalent, RDC 2005/1, p. 99 et s.

**Mazeaud (D.):**

- Durées et ruptures, in Colloque: Durées et contrats, RDC 2004/1, p. 129 et s.
- Loyauté, solidarité, fraternité, La nouvelle devise contractuelle? in L'avenir de droit, Mélanges F. Terré, 1999 p. 603 et s.
- Observations conclusives, in Colloque: La réforme du droit des contrats, RDC 2006/1, op. cit. p. 177 et s.
- Rapport de synthèse, in Colloque: La réforme du droit français des contrats en droit positif, RDC 2009/1, op. cit. p. 397 et s.

**Ranieri (F.):**

- Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 881 et s.

**Ranouil (V.):**

- L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, PUF 1980.

**Raynard (J.):**

- Les principes du droit européen des contrats: une



lex mercatoria à la mode européenne, RTD Civ. 1998, p. 1006.

**Rémy (Ph.):**

- La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept, RTD Civ. 1997, p. 323 et s.
- Réviser le titre III du livre troisième du code civil, in Colloque Faut – il réformer le titre III du Livre III du code civil? RDC 2004/4, p. 1169 et S.

**Roche – Dahan ( J.):**

- L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique, D. 1994, chronique, p. 255 et s.

**Rochfeld (J.):**

- La rupture efficace, in Droit et économie des contrats (sous la dir. de Ch. Jamin) LGDJ – Alpha 2009, p. 169 et s.
- Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat: La subjectivation du droit de l'exécution, in Colloque: La réforme du droit des contrats .... RDC 2006/1, op. cit. p. 113 et s. spéci. p.119.

**Rouhette (G.):**

- La force obligatoire du contrat, Rapport français, in Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco anglaises (sous la dir de D. Tallon et D. Harris) LGDJ 1987 p. 27 et s.

**Stijns (S.):**

- La résolution pour inexécution en droit belge:

Conditions et mise en oeuvre, Rapport belge, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p.511 et s.

**Stoffel - Munck (Ph):**

- Exécution et inexécution du contrat, in Colloque: La réforme du droit français des contrats en droit positif, RDC 2009/1, op. cit. p. 333 et s.
- Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale, Dr. et Pat. no 126, 5/2004 p. 73 et s.
- L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ 2000.

**Stork (M.):**

- Résolution judiciaire in, Juris – classeur civil, art. 1184 fasc. 10.

**Savaux (E.):**

- La fin de la responsabilité contractuelle, RTD Civ. 1999 , p. 1 et s.

**Thibierge – Gelfucci (C.):**

- Libre propos sur la transformation du droit des contrats, RTD Civ. 1997, p. 357 et s.

**Vasseur (M.):**

- Urgence et droit civil, RTD Civ. 1954, p. 403 et sS.

**Viney (G.):**

- La responsabilité contractuelle en question, in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Études offertes à J. Ghetin, LGD 2001, p. 921 et s.

**Wessner (P.):**

- Les sanctions de l'inexécution des contrats: Questions choisies, Exposé du droit suisse et regard comparatif sur les droits belge et français, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 891 et s.

**Whittaker (S.):**

- Les sanctions de l'inexécution des contrats, Droit anglais, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 977. et s.

**Witz (C.):**

- La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations, D. 2002 p. 3156 et s.



# إجازة الحج في قانون العمل الأردني (دراسة موازنة في تشريعات العمل العربية)

الدكتور / هيثم حامد المصاروة  
كلية الحقوق - جامعة العلوم التطبيقية

## مقدمة

تعد بلاد المشرق العربي مهبط الديانات السماوية الثلاث وموطن الرسل والأنبياء - عليهم السلام، لذلك لم يكن غريبا أن يعتقد اغلب سكان هذه البلاد تلك الديانات، ولا سيما الديانة الإسلامية بوصفه خاتمتها ومتمماتها، وهي إذ تفرض على معتقيها الحج وأداء مناسك معينة في أماكن محددة وأيام معدودات، فإنما تفرضه لمرة واحدة -غالبا، لذلك لم يكن غريبا أن يحرص الأشخاص حرصا شديدا على أداء هذه الفريضة على الوجه المحدد والمطلوب، وسواء أكان هؤلاء الأشخاص من الموظفين أم العمال أم التجار وأرباب المهن أم غيرهم.

وقد أدرك المشرع في الدول العربية المختلفة أهمية مراعاة هذه الاعتبارات الدينية فقررت اغلبها في القوانين المتعلقة بالعمل تمكين العامل من أداء هذه الفريضة ومنحه إجازة الحج، وهو ما فعل مثله المشرع الأردني في قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦، وكذلك المشرع المصري والسعودي، حيث خصصت هذه التشريعات لهذه الإجازة بعض الأحكام المتعلقة بها، وعيّنت بتوفيرها للعامل بما يلائم ظروف العامل والحاجة إليها، وبما لا يبتعد عن مراعاة مقتضيات العمل ومصالح صاحب العمل، فطلبت لاستحقاقها توافر شروط معينة، وحددت المدة والحقوق المترتبة بموجبها.

وبالرغم من تنظيم ومعالجة العديد من المسائل المتعلقة بإجازة الحج، إلا أنه مع ذلك يثير جملة من التساؤلات، قد يتعلق بعضها بنطاق هذه الإجازة، وإمكانية التمتع بها من غير المسلمين؟ بالإضافة إلى مدى إمكانية

تكرارها من قبل العمل، فهل يجوز له الحصول عليها لأكثر من مرة أو لاسباب شبيهة بالحج كأداء العمرة مثلا أم لا؟

كما قد تثار تساؤلات عدة حول مدى ملائمة الشروط والمدة التي حددها المشرع لهذه الإجازة؟ وعن الحقوق والالتزامات التي تترتب على هذه الإجازة أثناء التمتع بها أو عقب الانتهاء منها، فهل يجوز للعامل أداء عمل خلالها أم يحظر عليه ذلك؟ وماذا لو انتهت مدة الإجازة ولم يكن العامل قد حضر إلى العمل، أو على العكس ما مصير المدة المتبقية من الإجازة لو أن العامل أنهى فريضة الحج قبل انقضاء إجازته، هل يرجع إلى العمل أم يستكمل الإجازة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في هذه الدراسة. وبناء عليه، فإن دراستنا لإجازة الحج ستكون من خلال التطرق للجوانب المختلفة المتعلقة بها، ولا سيما من حيث مفهومها وشروطها ومدتها وانتهائها، إذ يمكن لهذا الغرض توزيع الدراسة على المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: مضمون إجازة الحج.

المبحث الثاني: أحكام إجازة الحج.

### المبحث الأول

#### مضمون إجازة الحج

لقد نظم المشرع الأردني الأحكام الخاصة بهذه الإجازة من خلال إحدى فقرات المادة (٦٦/أ) من قانون العمل الأردني، والتي جاء فيها ما يأتي: (لكل عامل الحق في إجازة مدتها أربعة عشر يوماً في السنة مدفوعة الأجر في أي من الحالات التالية: ... لأداء فريضة الحج ويشترط لمنح هذه الإجازة أن يكون العامل قد عمل مدة خمس سنوات متواصلة على الأقل

لدى صاحب العمل، ولا تعطى هذه الإجازة إلا لمرة واحدة خلال مدة الخدمة<sup>(١)</sup>.

ونستطيع من خلال هذا النص الوقوف على جانب من مضمون هذه الإجازة، إذ يمكن تحديد الشروط الواجب توافرها لاستحقاقها، على أنه يجدر بنا قبل ذلك التعرف على مفهومها.

وعليه، فإن البحث في مضمون إجازة الحج يمكن أن يتم من خلال توزيع الدراسة على المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم إجازة الحج.

المطلب الثاني: شروط استحقاق إجازة الحج.

## المطلب الأول مفهوم إجازة الحج

يعد الحج أحد الفرائض الأساسية في الشريعة الإسلامية، فهو أحد أركان الإسلام، ويجب على كل فرد مسلم أدائه حال تمكنه من ذلك<sup>(٢)</sup>، إذ

---

(١) تقابل: المادة (٥٣) من قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣. المادة (١١٤) من نظام العمل السعودي لسنة ٢٠٠٥. والنص على هذه الإجازة هو ما فعلته أغلب القوانين العربية كما سيبين.

وعلى نحو مغاير لما سبق، فقد سكت بعض المشرعين عن مثل هذه الإجازة، كما هو الحال في قانون العمل الكويتي. انظر: د. جمال فاخر النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٣، ص ١٤٢.

(٢) لقد ثبتت فرضية الحج على كل مسلم بالكتاب والسنة والإجماع. للمزيد من التفصيل انظر: عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، دار صلاح الدين، القاهرة، ١٩٩٩، الجزء الأول، ص ٥٠٧. ومن الأدلة عليه في السنة النبوية قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (بني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، والحج، وصوم رمضان). محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري (مع فتح الباري لابن حجر العسقلاني)، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ٢٠٠٠، الجزء الأول، ص ٥٤.

يقول الله عز وجل: (وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ) (3).

ويقول أيضا: (وَأْتِمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ) (4). كما ويقول: (وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ) (5). والملاحظ بشأن تعريف إجازة الحج أن المشرع الأردني والمصري والسعودي لم يورد تعريفا لها، وحسن فعل لأن ذلك يعد من مهام الفقه. أما الفقه فلم نعثر فيه على تعريف لهذه الإجازة.

ويمكن تعريف هذه الإجازة على أنها: إجازة مأجورة يستحقها العامل الذي يمضي مدة معينة في الخدمة لاداء فريضة الحج. وما يجب الالتفات إليه هنا هو أن مفهوم هذه الإجازة وفكرتها غير قاصر على الديانة الإسلامية فحسب، بل أنها توافق الديانات السماوية المختلفة، لذا فهي تستحق لجميع العمال وبغض النظر عن أي اعتبار آخر، ولا سيما الدين أو المذهب، فيستحقها العامل مهما كانت ديانتته أو مذهبه الذي يعتنقه (6)، الأمر الذي يمكن أن يستشف مثله من موقف قانون العمل المصري، فقد جاء في المادة (٥٣) منها نصه: (للعامل الذي أمضي في خدمة صاحب العمل خمس سنوات متصلة الحق في إجازة بأجر كامل لمدة شهر لأداء فريضة الحج أو زيارة بيت المقدس...). وما يستفاد من هذا النص هو أن هذه الإجازة تمنح لاداء فريضة الحج أو زيارة بيت المقدس، ومعروف بأن زيارة بيت المقدس لأغراض العبادة غير قاصرة على

(3) سورة ال عمران، الآية (٩٧).

(4) سورة البقرة، الآية (١٩٦).

(5) سورة الحج، الآية (٢٧).

(6) تذهب بعض تشريعات العمل العربية إلى قصر إجازة الحج على العامل المسلم صراحة، ومن قبيل ذلك تنص عليه المادة (٨٨) من قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني على الآتي: (للعامل المسلم أن يحصل على إجازة بدون اجر لمدة لا تتجاوز أربعة أسابيع لاداء فريضة الحج...). الأمر الذي فعل مثله المشرع القطري أيضا، إذ نصت المادة (٨٣) من قانون العمل ما نصه: (يمنح العامل المسلم إجازة خاصة بدون اجر لا تزيد على عشرين يوما لاداء فريضة الحج...).



المسلمين فقط<sup>(7)</sup>، لا بل أنه قد لا يجانب الصواب القول بأن المقصود من النص السابق هو أن التمتع بالإجازة القول بأن أداء فريضة الحج يكون للمسلمين، فيما تكون الإجازة لزيارة بيت المقدس لغير المسلمين، بدليل أن هناك من الأماكن ما تعد زيارته أولى بالنسبة للمسلمين، ونقصد من ذلك زيارة بين الله الحرام في غير مواقيت الحج، وزيارة المسجد النبوي في المدينة المنورة<sup>(8)</sup>.

## المطلب الثاني شروط استحقاق إجازة الحج

لم يكن المشرع الأردني يمنح مثل هذه الإجازة في قانون العمل الملغي، وبالتالي فإن العمال لم يكونوا يستحقونها<sup>(9)</sup>، وكان التمتع بها يتطلب منهم الاتفاق بشأنها مع صاحب العمل. بيد أن الأمر بات مختلفا في القانون النافذ، إذ قرر المشرع منح العمال إجازة الحج وفق شروط محددة، فأصبحت هذه الإجازة من الإجازات القانونية بعد أن كانت من الإجازات الاتفاقية، أما الشروط التي يتطلب المشرع توافرها فهي على النحو الآتي:

(7) يلاحظ بأن مصطلح "بيت المقدس" يعد من المصطلحات المستخدمة في الشريعة الإسلامية. انظر: صحيح البخاري (مع فتح الباري لابن حجر العسقلاني)، المرجع السابق، ج ٣، ص ٨٥.

(8) ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث عدة تبين المساجد التي يشد الرحال إليها وفضائلها، ومن قبيل ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد: المسجد الحرام، ومسجد الرسول صلى الله عليه وسلم، ومسجد الأقصى). كما قال عليه الصلاة والسلام: (صرّة في مسجدي هذا خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام). صحيح البخاري، المرجع السابق، ج ٣، ص ٧٧.

(9) انظر: تمييز حقوق (١٩٩٧/١٨٨٠). المجلة القضائية، المعهد القضائي الأردني، عمان، ١٩٩٧، ص ٢١٢.

أولاً. أن يكون العامل قد أمضى في خدمة صاحب العمل خمس سنوات متصلة

إن ابرز ما يسترعي الانتباه في هذا الشرط هو أن المشرع الأردني<sup>(10)</sup> والمصري<sup>(11)</sup> يتطلب أن تكون الخمس سنوات التي يمضيها العامل في خدمة صاحب العمل متصلة غير منقطعة<sup>(12)</sup>، مما يثير التساؤل عن الحكمة المتوخاة من ذلك، أهى حث العامل على الاستمرار لدى صاحب العمل والحرص على استقرار علاقات العمل، أم أنها تمنح مكافئة للعامل الذي يستمر لدى صاحب العمل دون انقطاع، أم لأجل ذلك كله، أم غيره من الأسباب!

أما نظام العمل السعودي فاشتراط إمضاء مدة متصلة لاستحقاق هذه الإجازة، ولكنها أقصر مما هو مقرر في القانون الأردني والمصري، إذ نصت المادة (١١٤) من هذا النظام بجعلها سنتين فنصت على الآتي: (...يشترط لاستحقاق هذه الإجازة أن يكون العامل قد أمضى في العمل لدى صاحب العمل سنتين متصلتين على الأقل...).

وعلى أية حال فإن رفع القيد المتعلق بإمضاء خدمة متصلة من النص أولى لأنه لا يخلو من تشدد مع العامل، بل أنه في رأي البعض تشدد بلا مبرر<sup>(13)</sup>.

(10) انظر: المادة (٦٦) من قانون العمل الأردني.

(11) انظر: المادة (٥٣) من قانون العمل المصري.

(12) تذهب التشريعات العربية المناظرة إلى تحديد مدد مختلفة عما هو مقرر في القانون الأردني، فقد اشترطت المادة (٦٧) من قانون العمل العماني رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٣ إمضاء سنة متصلة، فيما حددتها المادة (٤٩) من قانون العمل السوداني لسنة ١٩٩٧ بثلاث سنوات متصلة.

وعلى نحو مغاير لم تشترط تشريعات أخرى إمضاء مدة ما لاستحقاق هذه الإجازة، ومن قبيل ذلك قانون العمل البحريني والقطري وقانون تنظيم علاقات العمل الجزائري رقم ٩٠-١١ لسنة ١٩٩٠.

(13) تذهب بعض التشريعات العربية إلى النص على مدة مماثلة لما ورد في القانون الأردني والمصري مع عدم اشتراط أن تكون المدة متصلة، فقد نصت المادة (٧٧) من قانون العمل الفلسطيني رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ على ما يأتي: (يستحق العامل الذي أمضى

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الشرط يقتضي إمضاء الخدمة لدى صاحب العمل نفسه<sup>(14)</sup>، على أنه لا يؤثر على ذلك تغيير صاحب العمل في المنشأة نفسها، إذ تبقى حقوق العمال ثابتة حتى لو انتقلت ملكية المنشأة إلى شخص آخر<sup>(15)</sup>.

### ثانياً. أن تكون هذه الإجازة لأداء فريضة الحج

ومؤدى ذلك أن العامل لا يستحق هذه الإجازة إن كان أداء للحج غير مفروض عليه بموجب ديانته، وسواء أكان مسلم أم غير مسلم، فالمهم أن تكون ديانة ذلك العامل تفرض عليه أداء الحج.

ومؤدى ذلك أيضاً أنه يحظر على العامل طلب هذه الإجازة أو التمتع بها لأغراض أخرى غير الحج، حتى ولو اتصلت بأمور تتعلق بالعبادة كأداء العمرة مثلاً.

---

خمس سنوات في المنشأة إجازة مدفوعة الأجر لا تقل عن أسبوعين لأداء فريضة الحج تمنح له لمرة واحدة).

انظر كذلك: د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، الطبعة الأولى - الإصدار الرابع، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٣، ص ٢٤٦.

(14) تذهب بعض التشريعات إلى اشتراط إمضاء سنوات في الخدمة دون التصريح باشتراط البقاء لدى صاحب العمل نفسه، ومن ذلك ما جاء في قانون العمل البحريني، إذ نصت المادة (٨٨) على الآتي: (للعامل المسلم أن يحصل على إجازة بدون اجر لمدة لا تتجاوز أربعة أسابيع لأداء فريضة الحج مرة واحدة طوال مدة خدمته. ويحدد صاحب العمل عدد العمال الذين يمنحون هذه الإجازة سنوياً وفقاً لمقتضيات العمل مع مراعاة منح الأولوية للعامل الذي أمضى أطول مدة مستمرة في الخدمة كلما سمحت الظروف بذلك). وهو ما كررت مثله المادة (٨٣) من قانون العمل القطري. وما يلاحظ من خلال هذا النص أنه أعطى الأولوية في استحقاق الإجازة للعمال الأقدم، ولكن مع مراعاة مصلحة العمل.

(15) لقد كفل المشرع الأردني حقوق العامل في حال تغيير صاحب العمل من خلال المادة (١٦) من قانون العمل، والتي نصت على الآتي: (يبقى عقد العمل معمولاً به بغض النظر عن تغيير صاحب العمل بسبب بيع المشروع أو انتقاله بطريق الإرث أو دمج المؤسسة أو لأي سبب آخر ويظل صاحب العمل الأصلي والجديد مسؤولين بالتضامن مدة ستة أشهر عن تنفيذ الالتزامات الناجمة عن عقد العمل مستحقة الأداء قبل تاريخ التغيير) وأما بعد انقضاء تلك المدة فيتحمل صاحب العمل الجديد المسؤولية وحده).

وهو ما يعني أيضا أن هذه الإجازة مستقلة عن الإجازات الأخرى وبخاصة الإجازة السنوية، وبالتالي لا تخصم منها<sup>(16)</sup>.

ثالثاً. ألا ينتفع العامل من هذه الإجازة لأكثر من مرة واحدة طوال عمره فهذه الإجازة لا تستحق سوى مرة واحدة للعامل المسلم، حتى وأن غير المنشأة التي يعمل بها أو صاحب العمل الذي يعمل لديه<sup>(17)</sup>، فالحج لدى المسلمين يكون فريضة لمرة واحدة فقط، أما ما جاوز ذلك فيكون نافلة وتطوع<sup>(18)</sup>.

الأمر الذي يمكن استنباط مثله من موقف المشرع الأردني، إذ قضى بأن هذه الإجازة تستحق لمرة واحدة خلال مدة الخدمة دون الإشارة إلى أن المقصود من ذلك الخدمة لدى صاحب عمل معين، أي جعل النص مطلقاً بحيث يحمل على مجمل خدمة الشخص بوصفه عاملاً، فقد جاء في المادة (١/٦٦) من قانون العمل ما نصه: (... ولا تعطى هذه الإجازة إلا لمرة واحدة خلال مدة الخدمة). أمر الذي فعل مثله المشرع المصري والسعودي<sup>(19)</sup>. وانسجاماً مع ما سبق فإنه لا يجوز للعامل أيضاً المطالبة بهذه الإجازة إذا ما سبق له أداء هذه الفريضة.

(16) انظر: د. السيد عيد نايل، شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٣١٥.

(17) لقد ذهب المشرع في بعض الدول إلى التصريح بمنح هذه الإجازة لمرة واحدة فقط طوال عمر العامل، فقد جاء في المادة (٤١) من قانون العمل الليبي رقم (٥٨) لسنة ١٩٧٠ ما نصه: (... ولا ينتفع العامل بهذه الإجازة إلا مرة واحدة في العمر).

(18) انظر: عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص ٥٠٧.

(19) انظر: المادة (٥٣) من قانون العمل المصري. أما المادة (١١٤) من نظام العمل السعودي، فقد أكدت على سبق عدم أداء الحج لاستحقاق الإجازة، حيث نصت على الآتي: (... وذلك لأداء فريضة الحج لمرة واحدة طوال مدة خدمته إذا لم يكن قد أداها من قبل...).

وعلى غرار مماثل ذلك تقضي المادة (٥٤) من قانون تنظيم علاقات العمل الجزائري بأن للعامل أداء الحج لمرة واحدة، إذ نصت على ما يأتي: (... يمكن العامل أن يتغيب، دون فقدان الأجر، إذا اعلم المستخدم بذلك وقدم له تبريرات، مسبقة، للأسباب التالية: ... تأدية فريضة الحج إلى البقاع المقدسة، مرة واحدة خلال الحياة المهنية للعامل).

ويشار هنا إلى أن المشرع السعودي يصرح بضرورة إضافة شرط آخر لإستحقاق هذه الإجازة، وهو مراعاة مقتضيات العمل، إذ يبقى أمر منح الإجازة منوطاً بتقدير صاحب العمل لهذه المقتضيات، فقد جاء في المادة (١١٤) من نظام العمل السعودي على ما يأتي: (...ولصاحب العمل أن يحدد عدد العمال الذين يمنحون هذه الإجازة سنوياً وفقاً لمقتضيات العمل). وهو ما يمكن التوصل لمثله في قانون العمل الأردني، إذ لم تنص المادة (١/٦٦) منه على جعل استحقاق الإجازة فورياً بمجرد إكمال خمس سنوات متصلة، وإنما جعلت المدة المذكورة بوصفها الحد الأدنى التي يجوز عقبها المطالبة بالإجازة، حيث جاء فيها ما نصه: (ويشترط لمنح هذه الإجازة أن يكون العامل قد عمل مدة خمس سنوات متواصلة على الأقل...). وبناء على ما سبق نقترح إيراد النص الآتي بعد حذف الجزء المتعلق بإجازة الحج من نص المادة (١/٦٦) من قانون العمل الأردني: يستحق العامل إجازة باجر مدفوع لاداء فريضة الحج إذا كان قد أمضى في الخدمة خمس سنوات على الأقل لدى صاحب العمل نفسه.

## المبحث الثاني أحكام إجازة الحج

يترتب على توافر الشروط المحددة لاستحقاق إجازة الحج تمتعه بها وللمدة التي حددها المشرع لهذه الإجازة، إذ يترتب له بعض الحقوق خلالها، فإذا ما انتهت فإنه يتوجب عليه العودة إلى عمله. غير ان التساؤل قد يثار عن اثر انتهاء علاقة العمل إذا ما كانت شروط استحقاق إجازة الحج متوافرة، وما إذا كان يثبت بموجب ذلك حقوقاً للعامل في مواجهة صاحب العمل؟ لذلك، فإن التعرض للأحكام المتعلقة بإجازة الحج يمكن ان يتم من خلال المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: حقوق العامل والتزاماته أثناء إجازة الحج.  
المطلب الثاني: انتهاء إجازة الحج.  
المطلب الثالث: اثر انقضاء علاقة العمل على إجازة الحج.

## المطلب الأول الحقوق والالتزامات المترتبة إثناء إجازة الحج

لقد حدد المشرع الأردني المدة التي يستحقها العامل لاداء إجازة الحج بأربعة عشر يوماً فقط<sup>(20)</sup>.

ولا ريب في أنه يجوز الاتفاق بين الطرفين على مدة أطول لهذه الإجازة، كما لو جعلت شهراً، وسواء أكانت المدة الزائدة باجر أو دون أجر، لان ذلك يعد تطبيقاً للشرط الأكثر منفعة للعامل الذي نص عليه المشرع<sup>(21)</sup>.

إلا أن ما قد يطرح من تساؤل هنا يدور حول جواز الاتفاق على مدة أقصر لهذه الإجازة، كما لو جعلت أسبوعاً أو عشرة أيام، فهل يكون هذا الاتفاق صحيحاً؟

نعتقد بأن الإجابة على مثل هذا التساؤل ترتبط بتحديد ما إذا كانت مدة هذه الإجازة موضوعة بوصفها حداً أقصى لهذه الإجازة بحيث يكون الاتفاق على ما دونه صحيحاً مادام أنه يؤدي الغرض المقصود من الإجازة، أم بوصف تلك المدة موضوعة بشكل حدي، تولى المشرع تحديدها بوصفها المدة الدنيا والملائمة لهذه الإجازة، بحيث يجوز الاتفاق على إطالتها دون تقصيرها!

نعتقد بتأييد الرأي الأخير، أي أنه لا يجوز الاتفاق على تقصيرها، ومؤدى ذلك أن العامل يستحق مدة الأربعة عشر يوماً كاملة حتى وإن أنهى شعيرة الحج في مدة أقصر، إذ يكون من حقه التمتع بباقي الإجازة إلى

(20) انظر المادة (٤) من قانون العمل الأردني. وتحدد بعض التشريعات العربية مدة إجازة الحج على نحو مماثل لما ورد في القانون الأردني، فقد حددتها المادة (٧٧) من قانون العمل الفلسطيني لمدة لا تقل عن أسبوعين لأداء فريضة الحج تمنح له لمرة، فيما جعلت المادة (٦٧) من قانون العمل العماني مدتها خمسة عشر يوماً. وعلى نحو مغاير لما سبق لم تتطرق بعض التشريعات إلى مدة هذه الإجازة، كما هي الحال بالنسبة للمادة (٥٤) من قانون تنظيم علاقات العمل الجزائري.

(21) انظر المادة (٤) من قانون العمل الأردني.

نهايتها، خصوصاً وأنه قد يحتاج إلى استعادة نشاطه، لأنه لاقي من سفره نصيباً.

وجدير بالإشارة هنا، أن هذه المدة تعد قصيرة وقد لا تكفي لإداء فريضة الحج واخذ قسط من الراحة عقب العودة منها، لذلك فإنه من الأحرى بالمشرع الأردني مد هذه الإجازة إلى فترة أطول، أو على الأقل التفريق بين العمال بحسب الوسيلة التي يتم استخدامها لأداء هذه الفريضة، بحيث تزداد المدة أسبوعاً آخر إن كان الحج براً، فلا شك في أن مقدار المشقة التي تواجه العامل هنا أكبر من نظيرتها فيما لو كان الحج جواً. إذ يمكن لهذه الغاية إيراد النص الآتي في قانون العمل الأردني:

تكون مدة الإجازة أربعة عشر يوماً إذا كان سفر العامل لأداء فريضة الحج جواً، على أن تزداد هذه المدة أسبوعاً آخر إذا كان سفر العامل لأداء فريضة الحج براً أو بحراً.

ولعل مما يعزز من وجهة النظر هذه هو أن بعض التشريعات المقارنة تقرر مدة أطول لهذه الإجازة<sup>(22)</sup>، فقد ذهب المشرع المصري إلى جعلها لمدة شهر، إذ جاء في المادة (٥٣) من قانون العمل المصري الآتي: (للعامل الذي أمضى في خدمة صاحب العمل خمس سنوات متصلة الحق في إجازة بأجر كامل لمدة شهر لأداء فريضة الحج).

أما نظام العمل السعودي فنص على مدة قريبة من تلك المقررة في القانون الأردني، حيث جعل لها حددين، أدنى وأقصى، فقد نصت المادة (١١٤) منه على الآتي: (للعامل الحق في الحصول على إجازة بأجر لا تقل مدتها عن عشرة أيام ولا تزيد على خمسة عشر يوماً بما فيها إجازة عيد الأضحى؛ وذلك لأداء فريضة الحج...).

(22) لقد منحت التشريعات العربية مدد أطول لإجازة الحج عما هو مقرر في القانون الأردني، حيث جعلتها المادة (٨٨) من قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني لمدة لا تتجاوز أربعة أسابيع، وحددت المادة (٤١) قانون العمل الليبي لمدة لا تتجاوز خمسة وعشرين يوماً، فيما جعلتها المادة (٨٣) من قانون العمل القطري رقم لمدة لا تزيد على عشرين يوماً.

ويلاحظ هنا بشأن نظام العمل السعودي أن السبب في جعل هذه المدة قصيرة نسبياً يرجع إلى عدم حاجة العامل الراغب بالحج إلى عبور الحدود وما قد يتطلبه ذلك من إجراءات.

أما مرد هذه الطريقة في تحديد مدة الإجازة وجعلها محددة بين مدة دنيا وقصى، فيتمثل في تفاوت المسافات بين مناطق المملكة العربية السعودية والحرم المكي.

وتعد إجازة الحج في كل من القانون الأردني والمصري والسعودي إجازة مأجورة، إذ صرح بذلك المشرع مباشرة<sup>(23)</sup>، ومن ثم فإن العامل يستحق خلالها أجره الأساسي بالإضافة إلى توابعه المختلفة التي كان يستحقها وهو على رأس عمله.

ومن جهة أخرى فإن حصول العامل على إجازة الحج يتطلب منه القيام بأداء هذه الفريضة فعلاً، أما إذا تبين لصاحب العمل عدم قيام العامل بها، فإنه يستطيع استرداد الأجرة التي منحت للعامل دون وجه حق، بالإضافة إلى إيقاع العقوبة التأديبية الملائمة على العامل، هذا طبعاً إن كان تخلف العامل عن أداء الحج لأسباب غير مقبولة، أما إذا كان تخلفه عن أدائها لعذر مقبول كالمرض أو وقوع حادث سير أو عدم سماح السلطات الأمنية له باستكمال رحلة الحج، ففي مثل هذه الحالات يتوجب على العامل العودة والالتحاق بعمله في أقرب فرصة ممكنة، ولا يجوز لصاحب العمل مسائلة العامل عن عدم قيامه باستغلال إجازته وفقاً لغايتها، غير أن التساؤل قد يثار حول أجر العامل في فترة انقطاعه عن العمل إذا لم يكن أدى فريضة الحج، فضلاً عن مدى استحقاقه لإجازة الحج مرة أخرى، فهل يستحق

(23) انظر: المادة (٤) من قانون العمل الأردني. المادة (٥٣) من قانون العمل المصري. المادة (١١٤) من نظام العمل السعودي. ويلاحظ بأن ثمة جانب من القوانين العربية تذهب إلى جعل هذه الإجازة غير مأجورة. انظر: المادة (٨٢) من قانون العمل القطري. المادة (٨٨) من قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني.



العامل أجرا إذا تعذر عليه القيام بالحج؟ وهل يستحق هذه الإجازة في العام القادم أم أن حقه في الاستفادة منها يكون قد انقضى؟  
نعتمد في مثل هذه الحالة أن أحد شروط استحقاق إجازة الحج قد تخلف، وبالتالي فإن العامل لا يستحق عن تلك المدة أجرا، على أن ذلك لا يمس حق العامل بالتمتع بهذه الإجازة في الأعوام القادمة، وعلى أن تكون مأجورة طبعاً.

ويجدر الالتفات هنا إلى أن المشرع وبغية ضمان حسن تمتع العامل بإجازته قضى صراحة على حظر قيام صاحب العمل بفصل العامل خلالها، حيث نصت المادة (٢٧) من قانون العمل على الآتي:

(أ. مع مراعاة أحكام الفقرة (ب) من هذه المادة لا يجوز لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل أو توجيه إشعار إليه لإنهاء خدمته في أي من الحالات التالية... العامل في أثناء إجازته السنوية أو المرضية أو الإجازة الممنوحة له لأغراض الثقافة العمالية أو الحج...

ب. يصبح صاحب العمل في حل من أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة إذا استخدم العامل لدى صاحب عمل آخر خلال أي من المدد المنصوص عليها في تلك الفقرة<sup>(24)</sup>.

إن فجزاء العمل أثناء إجازة الحج هو الفصل من العمل، وسواء أكان العمل أثناء رحلة الحج أم في مكان آخر، الأمر الذي لا نعتقد بتأييده،

---

(24) تقابل المادة (٥٠) من قانون العمل المصري والتي حددت صلاحية صاحب العمل بحرمان العامل من أجره لا الفصل، حيث نصت على الآتي: (لصاحب العمل ان يحرم العامل من أجره مدة الإجازة، أو يسترد ما أداه من أجر عنها، إذا ثبت اشتغاله خلالها لدى صاحب عمل آخر، وذلك دون إخلال بالجزاء التأديبي).

وتقابل المادة (١١٨) من نظام العمل السعودي والتي جاءت بأجراء مماثل لما هو وارد في نظيره المصري، حيث نصت على أنه: (لا يجوز للعامل أثناء تمتعه بأي من إجازاته المنصوص عليها في هذا الفصل أن يعمل لدى صاحب عمل آخر. فإذا أثبت صاحب العمل أن العامل قد خالف ذلك فله أن يجرمه من أجره عن مدة الإجازة أو يسترد ما سبق أن أداه إليه من ذلك الأجر). ويلاحظ على النص الأخير أنه يطبق صراحة بصدد جميع الإجازات، إذ لم يرد بمناسبة تنظيم أحكام الإجازة السنوية على نحو ما فعل المشرع المصري.

إذ لا يخلو هذا الجزاء من تشدد بحق العامل، والأولى التخفيف منه بجعل الجزاء عليه قاصرا على الحرمان من الأجر مثلا، إذ تقترح لهذا الغرض إدراج فقرة خاصة بإجازة الحج في المادة (٢٧) من قانون العمل، وذلك على النحو الآتي:

ج. على الرغم مما ورد في الفقرة (أ) و(ب) يجوز لصاحب العمل حرمان العامل من أجره إذا ثبت أنه كان يعمل لدى صاحب عمل آخر أثناء إجازة الحج).

## المطلب الثاني انتهاء إجازة الحج

يترتب على العامل عند انقضاء المدة المحددة لإجازة الحج العودة إلى استئناف عمله دون تأخير.

غير أن تساؤلا قد يثار هنا حول مدى إمكانية احتساب عطلة عيد الأضحى من ضمن إجازة الحج، خصوصا وان العامل كان سيستحقها في الأحوال الاعتيادية لو لم يحصل على إجازة الحج مثله، كمثل كباقي العمال، فهل تحتسب هذه العطلة من إجازة الحج أم لا؟

لم يصرح المشرع الأردني بموقفه من هذه المسألة، لذلك قد يظن البعض بإمكانية القياس على الحكم المناظر لهذه المسألة في الإجازة السنوية، والذي يقضي بعدم احتساب أيام العطل الرسمية والأعياد الدينية من الإجازة إلا إذا تخللتها<sup>(25)</sup>؛ الأمر الذي يتكشف عدم دقته بالنظر إلى الهدف من منح العامل هذه الإجازة وهو أداء فريضة الحج، ومعلوم بأن أداء هذه الفريضة يمتد خلال أيام عيد الأضحى، لذلك تحتسب هذه الأيام من ضمن إجازة الحج ولا يجوز للعامل المطالبة بأيام أخرى بدلا عنها، الأمر الذي كان نظام العمل السعودي قد صرح به مباشرة، إذ جاء في المادة (١١٤) منه الآتي: (للعامل الحق في الحصول على إجازة بأجر لا تقل مدتها

(25) جاء في المادة (٦١) من قانون العمل الأردني ما نصه: (...ولا تحسب أيام العطل الرسمية والأعياد الدينية وأيام العطل الأسبوعية من الإجازة السنوية إلا إذا وقعت خلالها). تقابل المادة (٤٧) من قانون العمل المصري.

عن عشرة أيام ولا تزيد على خمسة عشر يوماً بما فيها إجازة عيد الأضحى).

أما إذا تجاوز العامل مدة الإجازة الممنوحة له بسبب ظروف قهرية، كعطب واسطة النقل التي نقله أثناء سفره، فإن ذلك يفضي إلى قيام صاحب العمل بعدم احتساب اجر العامل عن تلك المدة.

على انه يجوز لصاحب العمل والعامل اللجوء إلى الرصيد المتجمد للعامل من الإجازات السنوية، فيتم تعويض الأيام الزائدة منها، الأمر الذي يفضله إعطاء العامل الحق في المطالبة بذلك من خلال نص صريح في قانون العمل.

أما إذا كان سبب تجاوز العامل للمدة المضروبة لإجازته هو أصابته بمرض ما أو لحوق إصابة به بسبب حادث سير وقع له، فإن مانع لا يحول دون استفادته من رصيده من الإجازة المرضية إذا ما توافرت شروطها. كما ويقع على عاتق العامل تزويد صاحب العمل بالوثائق الدالة على قيامه بأداء هذه الفريضة خلال الإجازة الممنوحة له لهذا الغرض، متى ما طلب منه ذلك، إذ يمكن لهذا الغرض تقديم جواز السفر أو ما يقوم مقامه لصاحب العمل.

### المطلب الثالث

#### اثر انقضاء علاقة العمل على إجازة الحج

لا يستحق العامل شيئاً في مواجهة صاحب العمل إذا ما انتهت علاقة العمل بينهما ولم يكن قد مضى عليها خمس سنوات، الأمر الذي ينطبق على الحالة التي يمضي فيها العامل خمس سنوات في الخدمة ولا يطالب فيها بإجازة الحج.

بيد أن الأمر يبدو مختلفاً حال توافر شروط استحقاق إجازة الحج لدى العامل إذا ما قام فعلاً بالمطالبة بها ولم يجبه صاحب العمل لطلبه، إذ قد يرى البعض بأن العامل لا يستحق شيئاً، لأن نص المادة (٢/٦٦) سابق

الذكر لا يمنح العامل الحق في الإجازة مباشرة بمجرد إمضائه خمس سنوات في الخدمة، بل أن النص أشار صراحة إلى أن تلك المدة هي الدنيا التي يستطيع العامل بعدها المطالبة بهذه الإجازة، فقد ورد في النص عبارة: (خمس سنوات متواصلة على الأقل).

ومع ذلك نعتقد بأن العامل يكون قد اكتسب الحق في هذه الإجازة ويستحق عنها أجرا حتى ولو لم يؤدها إذا كان امتناع صاحب العمل عن منحه الإجازة دون مسوغ مقبول، أي أن للعامل تقاضي اجر أربعة عشر يوما، ولكن بشرط أن يكون انقضاء العلاقة بينهما قد تم في وقت يمكن أداء فريضة الحج خلاله، أما إذا تعذر ذلك، كما لو استحققت الإجازة وانقضت العلاقة قبل موسم الحج، فإن العامل لا يستحق عنها أجرا. كما لا مانع أيضا من أن يطالب العامل بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي أصابته من جراء امتناع صاحب العمل عن منح العامل هذه الإجازة، كما لو كان امتناع صاحب العمل يرجع لاسباب تتصل بالتمييز بين العمال بحسب الديانة لما يتضمنه ذلك من مساس بحق كفله الدستور (26).

### الخاتمة

لقد توصلت الدراسة في أحكام إجازة الحج إلى نتائج وتوصيات عدة، نعرض لأهمها.

#### \* النتائج

١. يمنح المشرع للعمال كافة الحق في إجازة لاداء فريضة لحج، ويقطع النظر عن الديانة التي يعتنقها العامل أو مذهبه.

(26) لقد كفل المشرع الأردني المساواة بين المواطنين وعدم التمييز بينهم بسبب الدين صراحة، حيث نصت المادة (1/6) منه على الآتي: (الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين). الأمر الذي كان المشرع المصري قد نص عليه مباشرة في قانون العمل، إذ نصت المادة (35) منه على انه: (يحظر التمييز في الأجور بسبب اختلاف الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة). فعلى الرغم من أن هذه المادة وردت بسبب التمييز في الأجور، إلا انه يمكن مد حكمها إلى سائر حقوق العمال كتلك المتعلقة بالإجازات.

٢. يشترط لاستحقاق هذه الإجازة إمضاء العامل في الخدمة لدى صاحب العمل خمس سنوات في القانون الأردني والمصري، وستتان في نظام العمل السعودي، غير انه يجب فيها جميعا أن تكون الخدمة متصلة غير منقطعة، وهو ما قد يضر بمصالح العامل لغير مبرر مقبول.
٣. تستحق إجازة أداء فريضة الحج للعامل المسلم مرة واحدة فقط طوال عمره، ذلك أنها لا تعد فريضة عليه سوى مرة واحدة.
٤. يمنح المشرع الأردني هذه الإجازة لمدة قصيرة نسبيا هي أربعة عشرة يوما، إذ لا يفرق بشأنها بين من يقوم بالحج جوا أو برا على الرغم من اختلاف درجة المشقة بينهما.
٥. تكون هذه الإجازة مأجورة إذا قام بها العمل فعلا، فإن تعذر عليه ذلك كان من حقه الحصول عليها في سنة أخرى، كما يترتب على امتناع صاحب العمل عن منحها لغير أسباب متعلقة بمصلحة العمل انعقاد مسؤوليته في مواجهة العامل، إذ يستحق أجرا وتعويضا عنها إذا ما أنتهت العلاقة بينهما.
٦. يجوز فصل العامل إذا ما ثبت التحاقه بصاحب عمل آخر أثناء إجازة الحج وفي ذلك تشدد كبير مع العامل، الأولى حرمانه من الأجر فقط.

#### \* التوصيات

- لقد توصلت الدراسة إلى أهمية إعادة النظر في الأحكام المتعلقة بإجازة الحج، واقترحت لهذه الغاية ما يأتي:
- أولاً.** تبني النص الآتي بدلا من الأحكام المتعلقة بإجازة الحج الواردة في المادة (٦٦/أ) من قانون العمل الأردني:
- أ. يستحق العامل إجازة باجر مدفوع لأداء فريضة الحج إذا كان قد أمضى في الخدمة خمس سنوات على الأقل لدى صاحب العمل نفسه.
  - ب. تكون مدة الإجازة أربعة عشر يوما إذا كان سفر العامل لأداء فريضة الحج جوا، على أن تزداد هذه المدة أسبوعا آخر إذا كان سفر العامل لأداء فريضة الحج برا أو بحرا.
- ثانياً.** إضافة فقرة خاصة بإجازة الحج إلى المادة (٢٧) من قانون العمل الأردني، وهي على النحو الآتي:
- ج. على الرغم مما ورد في الفقرة (أ) و(ب) يجوز لصاحب العمل حرمان العامل من أجره إذا ثبت انه كان يعمل لدى صاحب عمل آخر أثناء إجازة (الحج).

## قائمة المراجع

١. د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، الطبعة الأولى-الإصدار الرابع، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٣.
٢. د. السيد عيد نايل، شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٣. د. جمال فاخر النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٣.
٤. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، دار صلاح الدين، القاهرة، ١٩٩٩.
٥. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري (مع فتح الباري لابن حجر العسقلاني)، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ٢٠٠٠.

### \* التشريعات

١. الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢.
٢. قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.
٣. قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣.
٤. قانون العمل الليبي رقم (٥٨) لسنة ١٩٧٠.
٥. قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٦.
٦. قانون العمل القطري رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٤.
٧. قانون العمل العماني رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣.
٨. قانون العمل الفلسطيني رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠.
٩. قانون تنظيم علاقات العمل الجزائري رقم (٩٠-١١) لسنة ١٩٩٠.
١٠. قانون العمل السوداني لسنة ١٩٩٧.
١١. نظام العمل السعودي لسنة ٢٠٠٥.

### \* القرارات القضائية

- تمييز حقوق (١٩٩٧/١٨٨٠). المجلة القضائية، المعهد القضائي الأردني، عمان، ١٩٩٧.

حجية الرسائل الإلكترونية المرسلة من خلال الهاتف النقال في إثبات  
التعاقد دراسة في التشريع الإماراتي مع الإشارة إلى  
التشريعات المقارنة  
الدكتور / زيد محمود العقيلة

أستاذ القانون المدني المشارك - قسم القانون الخاص  
كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - العين

مقدمة

إن المفهوم الشمولي لتكنولوجيا المعلومات والذي أدى إلى الدمج والتزاوج بين الحوسبة والاتصال قد قام على فكرة توفير وسائط وبيئات لمعالجة البيانات وتبادلها، وكانت شبكات المعلومات وفي مقدمتها الإنترنت العنوان الجديد لعصر المعلومات، الذي أتاح التبادل الواسع لمختلف أنماط المعلومات بما في ذلك التراسل الفوري، وأدى في الوقت ذاته إلى تنامي سوق التجارة الإلكترونية<sup>١</sup>. وفي تجلٍ جديد للوصول إلى الزبون برزت ظاهرة الهواتف النقالة أو المحمولة أو الخلوية التي تتيح تلقي المعلومات واستعراض مواقع مؤسسات الأعمال الإنتاجية والخدمية على شبكة الإنترنت بفضل بروتوكولات إتصالية متعددة مثل: الواب Wab والبلوتوث Bluetooth والبلوزوليل Bluesoleil وغيرها<sup>٢</sup>. ويعد أوسع تطبيق للأعمال الإلكترونية بواسطة الهواتف النقالة أو الخلوية - كأهم وسيلة اتصال لاسلكية في الوقت الحاضر - الأعمال المصرفية الإلكترونية الخلوية أو ما يعرف ببنوك الخليوي M-Banking. هذا بالإضافة إلى عقد الإتفاقات أو إبرام العقود من خلال الهاتف النقال أو الخليوي M- Contracts<sup>٣</sup>.

في هذا البحث سنناقش حجية الرسائل الإلكترونية المرسلة عن طريق الهاتف النقال في إثبات التعاقد وذلك في مبحث تمهيدي نعرف فيه الهاتف النقال ونبين أهم استخداماته ومبحث أول نبين فيه مدى إجازة التعبير عن الإرادة من

خلال الهاتف النقال، ومبحث ثاني نتحدث فيه عن إثبات التعاقد عن طريق الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف النقال.

### المبحث التمهيدي: تعريف الهاتف النقال وبيان استخداماته

لم يورد المشرع الإماراتي في القانون الاتحادي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ تعريفاً للهاتف النقال مكتفياً بتعريف كلمة إلكتروني بقوله "ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة ويكون ذات قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو مؤتمتة أو ضوئية أو ما شابه ذلك" (المادة ١). ولكننا نعتقد أن هذا التعريف يشمل الهاتف النقال الذي هو عبارة عن وسيلة اتصال لاسلكية.

هذا وقد تم تعريف الهاتف النقال أو الهاتف الخليوي على أنه أحد أشكال أدوات الإتصال التي تعتمد على الإتصال اللاسلكي عن طريق شبكة من أبراج البث الموزعة ضمن مساحة معينة، وهو يتألف من دائرة استقبال وإرسال عن طريق إشارات ذبذبة عبر محطات إرسال أرضية وفضائية. وقد أجريت أول مكالمة به في ٣ نيسان عام ١٩٧٣ من قبل العالم الأمريكي Martin Copper الباحث في شركة موتورولا للاتصالات في شيكاغو والذي استفاد من خبرات وأبحاث شركة Lost Technologies في هذا المجال.

أما عن استخدامات الهاتف النقال أو الخليوي فأوضحت كثيرة ولا حصر لها. ولكن من أهمها إمكانية الدخول على موقع الحكومة الإلكترونية والتفاعل معه. على أن مفهوم الحكومة الإلكترونية يقوم أساساً على أنها شبكة متطورة من النظم الكمبيوترية التي تمكن الجمهور من الوصول إلى عدد كبير من الخدمات والمعاملات الحكومية بأنواعها بشكل آلي ومؤتمت، عبر الإنترنت أو عبر الهاتف النقال، هذا بالإضافة إلى إنجاز الحكومة ذاتها مختلف أنشطتها باعتماد شبكات الإتصال والمعلومات لخفض التكلفة وتحسين الأداء وضمان



سرعة الإنجاز<sup>٦</sup>. وفي هذا الإطار تعرف الحكومة الإلكترونية بأنها الاستخدام التكاملي الفعال لجميع تقنيات المعلومات والاتصالات بهدف تسهيل العمليات الإدارية اليومية للقطاعات الحكومية بحيث تمثل البيئة التي تتحقق فيها خدمات المواطنين واستعلاماتهم وتتحقق فيها الأنشطة الحكومية للدائرة المعنية من دوائر الحكومة بذاتها أو فيما بين الدوائر المختلفة باستخدام شبكات المعلومات والاتصال عن بعد كالإتصال عبر الهاتف النقال في إطار مفهوم متكامل لعناصر ومتطلبات الإدارة والأداء والإنتاج والتفاعل في المجتمع<sup>٧</sup>. ويعد من تطبيقات الحكومة الإلكترونية للهاتف النقال التبليغ عن طريق دوائر التنفيذ حيث بدأت هذه الدوائر في بعض الدول انعريية مثل الأردن باستخدام هذه التقنية وتبليغ المعنيين<sup>٨</sup>. على أن التبليغات القضائية ما زالت في بعض الدول مستثناة من نطاق تطبيق المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت أو الهاتف النقال<sup>٩</sup>.

كما يعد التعامل بالبنوك عن طريق الهاتف النقال Mobile-Banking أحد تطبيقات استخدام الهواتف النقالة، وكذلك الحال تجارة الخليوي-Mobile Commerce<sup>١٠</sup>، والتعامل مع الأسواق المالية والعملات والأسهم والبورصة<sup>١١</sup>، والتعامل مع الخطوط الجوية وخدمات الطيران، وإمكانية معرفة مقدار الضرائب والرسوم ودفعها، ومعرفة أحوال الطقس، ومعرفة مخالقات السير، والتبرع لحمات الإغاثة، والتصويت في الانتخابات أو في المسابقات، وخدمات التجول في المكتبات الإلكترونية وقراءة المجلات E-Journals، ومشاهدة القنوات الفضائية والأخبار والمباريات الرياضية، واستخدامه لدفع رسوم اصطاف السيارات Car-Parking<sup>١٢</sup>، واستخدامه كوسيلة إعلان، وغير ذلك ومنها التعاقد الذي هو موضوع بحثنا.

## المبحث الأول

### مدى إجازة التعبير عن الإرادة من خلال الهاتف النقال

سنناقش هنا التعبير عن الإرادة من خلال الهاتف النقال بشكل عام ثم التعبير عن الإرادة من خلال الرسالة الإلكترونية وذلك في مطلبين:

#### المطلب الأول

##### التعبير عن الإرادة من خلال الهاتف النقال

كما هو معلوم فإن الرضا يتحقق والعقد ينعقد بارتباط القبول بالإيجاب؛ أي بتوافق إرادتي العاقدين (القابل والموجب). وبهذا المعنى فإن الإرادة تعدُّ مسألة نفسية ينعقد بها عزم الأطراف التي ترغب بالتعاقد على إجراء العملية القانونية محل التعاقد بقصد إحداث أثر قانوني معين<sup>١٣</sup>؛ أي بقصد الارتباط بحكم من أحكام القانون<sup>١٤</sup>. ولما كانت الإرادة مسألة نفسية لا يعلم بها سوى صاحبها كان من اللازم التعبير عنها لإظهارها إلى الواقع الخارجي المحسوس<sup>١٥</sup>. والإرادة التي يُعتد بها هنا ليست الإرادة الباطنة (أي الإرادة الحقيقية للمتعاقدين) - والتي هي أمر نفسي داخلي لا يعلم به إلا الله سبحانه وتعالى - وإنما الإرادة الظاهرة (أي الإرادة في مظهرها المادي كما عبر عنها أطراف التعاقد).

وينهض للأخذ بالإرادة الظاهرة اعتبار عملي هو وجوب استقرار التعامل وبت روح الثقة بين أفراد المجتمع ومراعاة ما اطمئن إليه المتعاقدان حيث أن كلا منهما يعول على تعبير المتعاقد الآخر ويعتبره كاشفاً عن إرادته لأنه لا يعلم غير هذه الإرادة الظاهرة<sup>١٦</sup>.

والأصل أنه لا يشترط في التعبير عن الإرادة أن يكون في شكل خاص أو في صورة معينة<sup>١٧</sup>، فللشخص أن يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يراها

مناسبة له بشرط أن يكون لها مدلول يفهمه الآخرون<sup>١٨</sup>. وقد وردت نصوص قانونية عامة تدل على التعبير عن الإرادة وطرق هذا التعبير، فقد نصت المادة ١٣٢ من قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ على أن "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة ويجوز أن يكونا بصيغة الماضي كما يكونان بصيغة المضارع أو الأمر إذا أريد بهما الحال أو بالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي". وكذلك فقد نظمت المادة ١٤٣ من القانون ذاته التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بقولها "يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس"<sup>١٩</sup>.

يستدل من العبارات التي استخدمها المشرع الإماراتي وبالتحديد من عبارة "باللفظ والكتابة وبتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي"، وعبارة "بالهاتف أو بأية طريق مماثلة" الواردين في النصوص أعلاه أن القواعد العامة أجازت التعاقد بالهاتف النقال أو الخليوي سواء تم التعاقد بالتخاطب على نحو يسمع فيه كل من الطرفين كلام الآخر أم بالتراسل حيث يستطيع المتعاقد أن يرسل عبر جهازه النقال رسالة إلكترونية إلى المتعاقد الآخر فتصل هذه الرسالة مستنسخة طبقاً لأصلها الذي يبقى لدى المرسل<sup>٢٠</sup>.

وعلاوة على ما ورد في القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية، فإننا نجد أن المادة ١/١١ من القانون الإتحادي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ قد عدت رسالة المعلومات وسيلة من الوسائل المقبولة قانوناً للتعبير عن الإرادة؛ أي لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي. حيث جاء النص على

النحو التالي "الأغراض السائدة يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية" ونصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها على أنه "لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة الكترونية واحدة أو أكثر". وهذا ما أكدته أيضاً المادة ١/٤ من القانون ذاته بقولها "لا تفقد الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل الكتروني"<sup>٢١</sup>.

على أن العقد الإلكتروني لم يرد له تعريف في القانون الإتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ إلا أن المادة ١ من القانون عرفت المعاملة الإلكترونية بأنها "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية". وعلى هذا النهج سار مشرع إمارة دبي في المادة ٢ حيث عرف المعاملة الإلكترونية تعريفاً مماثلاً. هذا وقد أوردت بعض القوانين العربية تعريفاً للعقد الإلكتروني، فقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ عرفه في المادة ٢ على أنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية، كلياً أو جزئياً". وقانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧ عرفت السجل الإلكتروني في المادة ٢ بأنه "التقيد أو العقد أو رسالة البيانات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينه بوسائل إلكترونية". كما أن جانباً من الفقه عرفه على أنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة مفتوحة للإتصال عن بعد وذلك بوسيلة مرئية أو مسموعة بفضل إمكانية التبادل بين مستعمل نظام المعلومات والآلة"<sup>٢٢</sup>.

نخلص مما سبق أن المشرع الإماراتي - كباقي المشرعين - أجاز التعاقد باستخدام الهاتف النقال سواءً بالمخاطبة الهاتفية أو بواسطة الرسائل الإلكترونية وذلك من أجل مواكبة المستجدات التقنية والتقدم في وسائل الإتصال والنهضة المعلوماتية والتكنولوجية.

## المطلب الثاني

### التعبير عن الإرادة من خلال الرسالة الإلكترونية

بداية نشير إلى أن المشرع الإماراتي لم يورد في القانون الاتحادي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ تعريفاً لرسالة الهاتف النقال ولكنه عرف الرسالة الإلكترونية - بشكل عام - في المادة ١ بأنها "معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية". وهذا التعريف جاء عاماً للرسائل الإلكترونية وبالتالي فهو ينسحب على الرسائل الإلكترونية المرسلة عن طريق الهاتف النقال. وعليه، فإنّ تعبير "الرسالة الإلكترونية" يعني المعلومات المدخلة أو المرسلة أو المستلمة أو المخزنة بالوسائل الإلكترونية، ويشمل هذا - بشكل غير حصري - البيانات الإلكترونية المتبادلة، والبريد الإلكتروني، ورسالة الهاتف النقال. وعلى هذا النهج سار مشرع إمارة دبي في القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات، والتجارة الإلكترونية حيث عرف الرسالة الإلكترونية في المادة ٢ بأنها "معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيًا كانت وسيلة استخراجها من المكان المستلمة فيه". أما قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧ فعرف رسالة البيانات في المادة ٢ بأنها "المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية أو وسائل تقنية بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي". ونعتقد أن هذا التعريف جاء أشمل وأوضح من التعريفين السابقين.

هذا وقد يتم التعبير عن الإيجاب والقبول بهدف التعاقد من خلال الرسائل المرسلة عبر الهاتف النقال حيث يتسم استخدام هذه الوسيلة للتعاقد بانخفاض تكلفته وبأنه يتم بسهولة من خلال استخدام لوحة المفاتيح في الجهاز النقال فضلاً عن السرعة الفائقة جداً في إرسال الرسالة واستلامها من قبل الطرف الآخر<sup>٢٣</sup>. وهذا يعني أنه - وبفضل التكنولوجيا الحديثة - أضحى الضغط

على أحد الأزرار في لوحة مفاتيح الجهاز النقال وسيلة للتعبير عن الإرادة<sup>٢٤</sup>.  
على أنه يمكن إدراج التعبير عن الإرادة بواسطة الرسائل المرسلة عبر الهاتف  
النقال ضمن وسائل التعبير عن الإرادة الكتابة<sup>٢٥</sup>، وهي بالطبع كتابة حديثة  
تختلف عن الكتابة التقليدية أو الإعتيادية التي تتم بخط اليد أو بالآلة الكاتبة  
العادية، فهي كتابة إلكترونية ذات طابع خاص تستلزم وجود وسيلة اتصال  
مماثلة لدى أطراف التعاقد.

ولا نريد أن نبحث هنا في الإيجاب والقبول عبر الهاتف النقال فهذا أمر  
اتفقنا على - نحو ما أوضحنا سابقاً - أن القوانين أجازت ذلك، ولكن سنبحث في  
مسألة إثبات التعاقد عن طريق رسائل الهاتف النقال ومدى حجية ذلك في  
الإثبات وذلك في المبحث التالي.

### المبحث الثاني

#### إثبات التعاقد عن طريق رسائل الهاتف النقال

يعرّف الإثبات لغة على أنه إقامة الحجة والبرهان والدليل<sup>٢٦</sup> أما  
اصطلاحاً فيعرّف على أنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها  
القانون على حقيقة أمر مدع به أو على صحة واقعة قانونية متنازع فيها بقصد  
الوصول إلى نتائج قانونية معينة<sup>٢٧</sup>. كما تم تعريف الإثبات من قبل القضاء  
الإتحادي الإماراتي على أنه "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها  
القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها، وكان إثبات تلك الواقعة مصدر  
الحق المدعى به"<sup>٢٨</sup>.

ويعد الإثبات الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من  
الوقائع المطروحة في الدعوى، والوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأشخاص  
في صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع. فبغير إقامة الدليل على وجود  
الحق فإن الشخص لن يستطيع الحصول على هذه الحماية فيتعرض بذلك إلى

فقدان كل ما يتضمنه حقه من مزايا ومنافع؛ وذلك لأن ادعاء وجود حق محل نزاع من شخص ما أمام القضاء إذا لم يصاحبه دليل أو بينة يقيّمها المدعي لإثبات صحة دعواه فقل يكون القاضي ملزماً بتصديق هذا الإدعاء بل إنه لا يستطيع أن يسلم بصدق هذا الإدعاء من الأساس. وعليه فإن الحق والدليل عليه مرتبطان مع بعضهما وجوداً وعدمياً ولذلك قيل أن الحق المجرد من الدليل يصبح عند المنازعة فيه من الناحية العملية هو والعدم سواء<sup>٢٩</sup>.

هذا وقد نصت المادة ١ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ على أن "على المدعي أن يثبت حقه وللمدعى عليه نفيه" وعلى أنه "لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي". ويستفاد من ذلك أن أطراف الدعوى لا يمكنهم أن يثبتوا إدعاءهم إلا عن طريق الأدلة المتضمنة في هذا القانون وأن القاضي ملزم بها في بناء حكمه حيث لا يمكن له أن يحكم بناءً على علمه الشخصي مهما بلغ به علمه بموضوع الدعوى التي ينظرها.

يتبين مما سبق أن الإثبات القضائي إنما ينصب على وجود أو صحة الواقعة قانونية المتنازع فيها، ذلك أن الإثبات ليس محله الحق المدعى به، أو أي أثر قانوني آخر يتمسك بها المدعي في دعواه، وإنما محله الواقعة القانونية مصدر هذا الحق أو هذا الأثر. ويقصد بالواقعة القانونية في هذا الصدد الواقعة بمعناها العام التي تنصرف إلى كل واقعة مادية أو إلى كل تصرف قانوني يرتب عليه القانون أثراً معيناً<sup>٣٠</sup>.

أما عن إثبات التعاقد عن طريق الهاتف النقال فنقصد به القوة القانونية الملزمة للمكالمة الهاتفية أو للرسالة الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف النقال في إثبات التعاقد الذي يجري عن طريقها. ولا شك أن المشكلة الأساسية في مجال التعاقد بوسائل الإتصال المستحدثة عامة والهاتف النقال خاصة هي مشكلة

إثبات في المقام الأول<sup>٣١</sup>. على أن ما يعيننا في هذه البحث هو إثبات التعاقد عن طريق الرسالة الإلكترونية حيث يعد نظام الرسائل الإلكترونية النقالة أو المحمولة أو الخلوية ثورة حقيقية في مجال الإتصالات حيث يمكن لرسالة النقال أن تصل للشخص أينما كان بسرعة فائقة جداً وبتكلفة زهيدة أيضاً<sup>٣٢</sup>.

هذا وتختلف أنواع الرسائل التي يمكن أن ترسل عبر الهاتف النقال فمنها: رسائل (sms) التي تعد أشهر الأنواع وأقلها تكلفة والتي تتسم بقصرها إلا أنه وبالرغم من ذلك فقد أثبتت كفاءتها عالمياً، وهناك أيضاً رسائل (message service multimedia) التي تعد أكثر الأنواع تقدماً وأكثرها تكلفة إذ تتيح إرسال رسائل حية بالصوت والصورة. وهذا النوع من الرسائل يقتضي توافر نوعيات معينة من أجهزة الهاتف النقال فضلاً عن تكاليفه المرتفعة. وتوجد أنواع أخرى من الرسائل مثل تلك التي تعتمد على الـ (browser) وتعني التسوق باستخدام (mobile internal) والتسوق من خلال الخطوط الصوتية (voice based) وهذه الأنواع من الرسائل نادرة الاستخدام في التسوق بالنقال نظراً لارتفاع تكاليفها مقارنة بالأنواع السابقين<sup>٣٣</sup>.

وبخصوص الإثبات في المعاملات التجارية فإن المبدأ هو حرية الإثبات<sup>٣٤</sup> وبموجب هذا المبدأ الذي تبناه المشرع الإماراتي في شأن المعاملات التجارية فإنه يجوز إثبات العقود التجارية بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الإثبات من خلال رسائل الهاتف النقال<sup>٣٥</sup>، غير أن المشكلة تدق في المعاملات المدنية حيث أن القاعدة هي أنه لا بد من الدليل الكتابي إذا زادت قيمة التصرف على ٥٠٠٠ درهم<sup>٣٦</sup>. ولما كان التعاقد عبر الرسائل الإلكترونية المرسلة عن طريق الهاتف النقال يعد تعاقداً كتابياً لأن طبيعة إجراءات التعاقد عن طريق الرسائل المرسلة عبر الهاتف النقال تستدعي الكتابة فإن السؤال المطروح هو: هل تحقق الرسالة المرسلة عن طريق الهاتف النقال شروط الكتابة؟



إنَّ الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا البحث في معنى الكتابة وشروطها ومدى توافرها في الرسائل الإلكترونية الخلوية وهو ما سنعالجه في الفرعين التاليين:

### الفرع الأول: المقصود بالكتابة

تعد الكتابة من أقوى طرق الإثبات حيث أن القاضي ملزم بالحكم بها وطبقاً لما تؤدي إليه دون أن يتوقف ذلك على تقديره. وتتميز الكتابة كدليل بما يلي: أ- أنها حجة قبل الكافة. ب- أنها دليل يمكن تهيئته مقدماً للاحتجاج به فيما بعد. ت- أنها لا تتأثر بمضي الزمن مثل الشهادة التي تتأثر بقدرة ذاكرة الشاهد على التذكر<sup>٣٧</sup>.

على أن كلمة الكتابة في اللغة العربية مشتقة من الفعل الثلاثي كتب بمعنى خط، فيقال: كتب الشيء أي خطه والكتابة ما كتب فيه، وكتبه: أي خطه، وكتبته: إذا استملاه، واستكتبته الشيء: أي سأله أن يكتبه له، والكتاب: الصحيحه يكتب فيها، وقد قال الله تعالى: "كتب عليكم القصص"، وقال تعالى: "كتب عليكم الصيام"، والكتابة هي حرفة الكتاب<sup>٣٨</sup>، وكتابة الرسالة تعني تسطيرها وترقيمها ورقشها وتثمينها وتحريرها وزخرفتها<sup>٣٩</sup>، وتأتي أيضاً بمعنى الإثبات، وبذلك يكون معنى الكتابة ما يخطه الإنسان ليثبت به أمراً له أو عليه<sup>٤٠</sup>.

أما تعريف الكتابة قانونياً فقد سكتت أغلب قوانين الإثبات العربية عن تعريفها - كقانون البيّنات الأردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته وقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وتعديلاته - ولم تعرف الكتابة واكتفت ببيان أشكالها وهي إما أن تكون رسمية أو عادية أو عبارة عن رسائل وبرقيات. وعلى هذا المنحى سار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ في دولة الإمارات العربية المتحدة<sup>٤١</sup>.

إلا أن الفقه يعرف الكتابة بأنها نقوش أو رموز تعبر عن الفكر والقول، ويعني ذلك أنه لا يشترط في الكتابة أن تكون في شكل معين فكل ما يكتب ويؤدي المعنى يعتبر كافياً<sup>٤٢</sup>. وبهذا المفهوم فإن الكتابة قد تكون على الورق أو الجلد أو الحجر أو الخشب أو القماش أو أي مادة أخرى وسواء أكانت الكتابة باللغة العربية أم بغيرها<sup>٤٣</sup> وهذا يشمل بعض مخرجات الحاسب الآلي كالبطاقات والأشرطة المثقبة. كما يشمل الميكروفيلم الذي يكتب على مادة بلاستيكية وكذلك الحال الأشرطة المغنطة وما تحتويه رقاقة الهاتف النقال أو المحمول ( sim card )<sup>٤٤</sup>. وقد تأكد هذا المعنى في مرجع LAMY في قانون المعلوماتية حيث أشار إلى أن المشرع لم يشر إلى وسيط أو وسيلة من نوعية محددة<sup>٤٥</sup>.

هذا وقد تطور مفهوم الكتابة تطوراً مطوراً ملموساً في ضوء المستجدات العلمية والتكنولوجية الجديدة وظهرت الكتابة الإلكترونية لتغير من مفهوم الكتابة التقليدية الذي عرفناه<sup>٤٦</sup>. وبغية مواكبة معطيات التطورات التكنولوجية فقد أخذت العديد من التشريعات بالمفهوم الواسع للفظ الكتابة، ومن ذلك على سبيل المثال ما نصت عليه المادة ١/٨٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته بقولها "يدون كاتب الضبط محضر المحاكمة بخط اليد أو بوساطة أجهزة الحاسب الآلي أو الأجهزة الإلكترونية". وكذلك ما نصت عليه المادة ٢ من القانون الإتحادي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ التي عرفت المعلومات الإلكترونية بأنها "بيانات ومعلومات ذات خصائص إلكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو برامج الحاسب الآلي أو غيرها"، والتي عرفت أيضاً المعاملة الإلكترونية بأنها "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية".

إلا أن قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المصري رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٤ الذي ينظم التجارة والمعاملات الإلكترونية قد عرف الكتابة الإلكترونية في المادة ٤/أ بأنها "كل

حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك<sup>٤٧</sup>. ونعتقد أن هذا التعريف جاء شاملاً لكل لوسائل التقنية المعروفة في الوقت الحاضر، علاوةً على أن المشرع المصري من بين المشرعين القلائل الذين عرفوا الكتابة الإلكترونية، علماً أن التعريف ليس من مهمة المشرع في بعض الأحيان.

كما أوردت المادة ٢ من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ تعريفاً لرسالة المعلومات بأنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي". كما أن المادة ٢ من القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات الإلكترونية في مملكة البحرين أوردت تعريفاً لرسالة المعلومات بأنها "البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وبرامج الحاسب والبرمجيات وقواعد البيانات والكلام وما شابه ذلك". وهذان التعريفان متشابهان إلى حد كبير.

وجدير بالإشارة هنا إلى أن القانون المدني الفرنسي وفقاً لآخر التعديلات كان أكثر القوانين تطوراً ووضوحاً في تحديد معنى الكتابة إذ عرفت المادة ١٣١٦ من هذا القانون الكتابة على أنها "كل تتابع أو تدوين للحروف أو الرموز أو الأرقام أو أي إشارات أخرى تدل على المقصود منها ويستطيع الغير أن يفهمها أياً كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها والوسيط الذي تنتقل عبره"<sup>٤٨</sup>. وبناءً على هذا النص يكون المشرع الفرنسي قد تبني تعريفاً موسعاً للكتابة ليضمن صلاحية كل أشكال الكتابة للإثبات بما فيها الكتابة الإلكترونية.

إلا أن القول بوجود الكتابة أو صحتها يحتاج لتوافر بعض الشروط وهو ما سنعالجه في الفرع التالي لبيان مدى توافر الشروط التقليدية للكتابة في الرسائل المرسلة عبر الهاتف النقال أو الخليوي.

الفرع الثاني: شروط الكتابة اليدوية ومدى توافرها في الرسالة الإلكترونية

حتى تحقق الكتابة وظيفتها في الإثبات يجب أن تتوفر فيها بعض الشروط:

أولاً: أن تكون الكتابة الإلكترونية مقروءة أو من الممكن قراءتها وأن تتحقق نسبتها إلى صاحبها:

يتطلب تحقق الكتابة لوظيفتها في الإثبات أن تكون مقروءة وأن يكون مضمونها واضح وأن تدون بشكل مفهوم سواءً أكانت بحروف أم برموز معروفة<sup>٤٦</sup>، أو أن تكون قابلة للقراءة كما لو كانت مشفرة وتم فك الشيفرة. فإذا ما رجعنا للرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف النقال فإننا نلاحظ أنه يمكن قراءتها في جميع الأحوال باستخدام الجهاز النقال، الأمر الذي يعني استيفاءها لهذا الشرط المتعلق بإمكانية قراءتها وفهم محتواها طالما أن اللغة التي تظهر بها على شاشة الهاتف النقال هي لغة مفهومة ومقروءة لأطراف التعاقد.

أما فيما يتعلق بنسبة الرسالة إلى صاحبها، فقد عالجت المادة ١٣ من القانون الاتحادي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ التي نصت على أنه "١- تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشيء إذا كان هو الذي أصدرها بنفسه ٢- في العلاقة بين المنشيء والمرسل إليه، تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشيء إذا أرسلت: أ- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشيء فيما يتعلق بالرسالة الإلكترونية ب- من نظام معلومات مؤتمت ومبرمج للعمل تلقائياً من قبل المنشيء أو نيابة عنه"<sup>٤٧</sup>.

يتضح من ذلك أن المشرع الإماراتي يقر بأن رسالة المعلومات قد صدرت عن المنشيء في حالتين: إذا كانت الرسالة الإلكترونية قد صدرت عن المنشيء ولحسابه، وإذا كانت قد صدرت بوساطة وسيط إلكتروني معد للعمل بشكل تلقائي أو أوتوماتيكي بوساطة المنشيء أو بالنيابة عنه<sup>٤٨</sup>.

هذا وقد أوردت الفقرة الثالثة من المادة ١٣ من القانون ذاته حالتين يحق فيهما للمرسل إليه أن يعتبر أن الرسالة الإلكترونية قد صدرت عن المنشيء وأن يتصرف على أساس ذلك، وهاتان الحالتان هما<sup>٤٩</sup>:

أ- إذا طبق المرسل إليه تطبيقاً صحيحاً إجراءً سبق أن وافق عليه  
المنشيء من أجل التأكد من أن الرسالة الإلكترونية قد صدرت عن  
المنشيء لهذا الغرض.

ب- إذا كانت الرسالة الإلكترونية كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن  
تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشيء أو بأي وكيل للمنشيء  
من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشيء لإثبات أن الرسالة  
الإلكترونية صادرة عنه.

أما الفقرة الرابعة من المادة ١٣ من القانون ذاته فقد أوردت  
استثناءين مفادهما أنه لا يحق للمرسل إليه أن يفترض أن الرسالة الإلكترونية قد  
صدرت عن المنشيء في ثلاث حالات هي: أ- اعتباراً من الوقت الذي تسلم فيه  
إخطاراً من المنشيء يفيد بأن الرسالة الإلكترونية لم تصدر عنه، ويشترط في  
هذه الحالة أن يكون قد أتيح للمرسل إليه وقت كاف للتصرف على أساس ما  
ورد في الإخطار ب- إذا علم المرسل إليه أو كان يفترض فيه أن يعلم أن  
الرسالة الإلكترونية لم تصدر عن المنشيء، وذلك إذا ما بذل عناية معقولة أو  
استخدم أي إجراء منطوق عليه مع المنشيء ج- إذا كان من غير المعقول للمرسل  
إليه أن يعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشيء أو أن يتصرف على  
أساس هذا الافتراض<sup>٥٣</sup>.

جدير بالإشارة إلى أن المادة ١٥/ب من قانون المعاملات الإلكترونية  
الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ نصت على أنه "لا تسري أحكام الفقرة (أ) من  
هذه المادة على أي من الحالتين التاليتين: ١- إذا استلم المرسل إليه إشعاراً من  
المنشيء يبلغه فيها أن الرسالة غير صادرة عنه فعليه أن يتصرف على أساس  
عدم صدورها عن المنشيء ويبقى المنشيء مسؤولاً عن أي نتائج قبل الإشعار ٢-  
إذا علم المرسل إليه أو كان بوسعه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشيء".

ونعتقد أن المشرع الإماراتي كان موفقاً في إيراد هذه الاستثناءات على عكس المشرع الأردني مثلاً الذي لم يستثن الحالة التي يتحقق فيها المرسل إليه من أن الرسالة صادرة عن المنشيء وعن طريق استخدامه لنظام معالجة معلومات اتفق مع المنشيء على استخدامه لهذا الغرض إلا أنه وعلى نحو مناقض لما ذكره هنا جاء وقرر أنه يجب على المرسل إليه أن يعد الرسالة غير صادرة عن المنشيء بمجرد تسلمه إشعاراً منه يفيد بذلك وحتى بعد التثبت من أن الرسالة صادرة عن المنشيء، ويمكننا القول أن إيراد هذا الاستثناء من قبل المشرع الأردني يفسح المجال أمام منشيء الرسالة سيء النية في أن يتراجع عن أية رسالة أرسلها هو بأن يقوم فقط بإرسال مثل هذا الإشعار للمرسل إليه. كذلك الحال فإن المشرع الإماراتي وضع معياراً محدداً لمعرفة كيف يكون بوسع المرسل إليه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشيء وحدد المعيار إما ببذل جهد معقول أو باستخدام أي إجراء متفق عليه مع المنشيء. وهذا هو بالضبط موقف قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦<sup>٥٤</sup> وهو على خلاف موقف المشرع الأردني الذي لم يضع أي معيار محدد بهذا الخصوص.

#### ثانياً: الديمومة:

وتعني إمكانية حفظ محتوى المحرر والرجوع إليه عند الحاجة حيث يشترط للإعتداد بالكتابة في الإثبات حفظها وإمكانية الرجوع إليها عند الضرورة<sup>٥٥</sup>، وقد أشارت إلى هذا المعنى المادة ١/٦ قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦ بقولها "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً"<sup>٥٦</sup>. ومفاد ذلك أن الكتابة يجب أن تكون على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها بحيث يمكن الرجوع إلى المحرر كلما كان ذلك لازماً لمراجعة بنود العقد أو لعرضه على القضاء عند حدوث خلاف بين أطرافه<sup>٥٧</sup>.

وتأكيداً لذلك فإن منظمة المواصفات العالمية (الـ ISO) وبخصوص المواصفات الخاصة بالمحركات أكدت أن المحرر هو "مجموعة المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية يسهل قراءتها عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك"<sup>٥٨</sup>.

كذلك فإن المشرع الإماراتي في المادة ٧ من القانون الاتحادي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ نص على أنه "إذا اشترط القانون في أي بيان أو مستند أو سجل أو معادلة أو بيينة أن يكون مكتوباً أو نص على ترتيب نتائج معينه على عدم الكتابة فإن المستند أو السجل الإلكتروني يستوفي هذا الشرط إذا تم الإلتزام بأحكام الفقرة ١ من المادة ٥ من هذا القانون". هذا وقد نصت الفقرة ١ من المادة ٥ من القانون ذاته على أنه "إذا اشترط القانون حفظ مستند أو سجل أو معلومات لأي سبب فإن هذا الشرط يكون متحققاً إذا تم حفظ ذلك المستند أو السجل أو المعلومات في شكل سجل الكتروني شريطة مراعاة ما يأتي: أ- حفظ السجل الإلكتروني بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو استلم به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت في الأصل. ب- بقاء المعلومات محفوظة على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليها فيما بعد. ج- حفظ المعلومات - إن وجدت - التي تمكن من تحديد منشأ الرسالة الإلكترونية وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها".

كذلك الحال فقد أشار إلى هذا الشرط قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ والقانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات الإلكترونية في مملكة البحرين عندما اشترطاً في الكتابة الإلكترونية أن تحقق الوظيفة التقليدية وهي حفظ الكتابة وإمكانية الرجوع إليها عند الحاجة. فقد نصت المادة ٩/أ من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه "إذا اتفقت الأطراف على إجراء معاملة بوسائل الكترونية يقتضي التشريع الخاص بهذه المعاملة تقديم المعلومات المتعلقة بها أو إرسالها أو تسليمها إلى الغير بوسائل خطية فيجوز لهذه الغاية اعتبار إجرائها بوسائل إلكترونية متفقاً مع متطلبات

تلك التشريعات إذا كان المرسل إليه قادراً على طباعة تلك المعلومات وتخزينها والرجوع إليها في وقت لاحق بالوسائل المتوافرة لديه". كذلك فقد نصت المادة ١/٩ من القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات الإلكترونية في مملكة البحرين على أنه "إذا أوجب القانون حفظ أية مستندات أو سجلات أو معلومات تم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها، سواء في شكل إلكتروني أو ورقي، فإن حفظها في شكل سجل إلكتروني يفي بهذا الغرض إذا توفرت الشروط الآتية: أ- أن يتم حفظ السجل الإلكتروني بالصيغة التي تم بها إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه، أو أن يتم حفظه في صيغة يثبت أنها تمثل بدقة المعلومات الأصلية التي تم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها ب- أن تكون المعلومات التي تضمنها السجل الإلكتروني الذي تم حفظه قابلة لأن يتم لاحقاً الدخول عليها وعرضها واستخراجها بشكل قابل للفهم ج- بيان المعلومات - إن وجدت - التي تحدد مصدر المستند والجهة المرسل إليها وتاريخ ووقت إرساله أو تسلمه، وذلك إذا كان المستند المحفوظ قد أرسل أو تم تسلمه إلكترونياً د- موافقة الجهة العامة التي يخضع النشاط لإشرافها - إن وجدت - على أن يتم الحفظ في شكل سجل إلكتروني واستيفاء أية اشتراطات تحددها هذه الجهة". ونعتقد أن نص القانون البحريني جاء أكثر شمولاً ووضوحاً من النصين الإماراتي والأردني.

من ذلك كله يمكن القول أن هذا الشرط يتحقق في الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف النقال؛ وذلك لأن هذه الرسائل يتم حفظ محتواها في الشكل المرسلة به والمعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها، وكذلك تاريخ ومكان إرسالها أو استلامها.

هذا ولم يرد في القانون الإماراتي أو القانون البحريني نص مشابه للنص الأردني الذي جاء في المادة ٩/ب ونص على أنه إذا حال المرسل دون إمكانية قيام المرسل إليه بطباعة السجل الإلكتروني وتخزينه والإحتفاظ به يصبح هذا السجل غير ملزم للمرسل إليه. وعليه نقترح إدخال مثل هذا النص القانون الإماراتي وذلك حماية للطرف المرسل إليه الرسالة.



### ثالثاً: ثبات الكتابة وعدم قابليتها للتعديل:

يشترط في الكتابة لكي يمكن الاحتجاج بها أن تكون خالية من العيوب المادية التي تؤثر في صحتها كالكشط والمحو والتحشية. وعليه فإن صحة الكتابة التقليدية مرهونة بعدم وجود عيوب مادية من شأنها أن تقلل من قيمتها من خلال الكشط والمحو والتحشية. أما الرسالة الإلكترونية فتتميز بقدرة المرسل على تعديلها بالإضافة أو بالإلغاء لبعض مضمونها أو بإعادة تنسيقها قبل إرسالها دون وجود أي علامة تدل على الإلغاء أو الإضافة أو التعديل، كما أن تعديلها من المرسل إليه أمر غير ممكن حيث لا يستطيع المرسل إليه أن يضيف أو يلغي أو يعدل لبعض مضمونها، ويمكن إجراء مطابقة بين الرسالتين بحيث تكون الرسالة التي وصلت إليه هي الرسالة العائدة للمرسل دون تعديل أو تغيير<sup>٩٠</sup>، وهو ما يعني استيفائها لهذا الشرط المتعلق بعدم وجود عيوب مادية من شأنها أن تقلل من قيمتها من خلال الكشط أو المحو أو التحشية.

من ذلك كله يمكن لنا أن نلاحظ أن الكتابة التقليدية القائمة على وسيط ورقي أو ما شابه ذلك والكتابة المستحدثة القائمة على وسيط الكتروني تحققان الوظيفة ذاتها في الإثبات وأن شروط الكتابة التقليدية متوافرة في الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف النقال أو الخليوي.

وفي ضوء ما سبق ومن أجل الاعتراف بحجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات ومن أجل استقرار المعاملات التي تتم على الوسائط الإلكترونية ومن أجل مواكبة المستجدات التكنولوجية وثورة الاتصالات ومتطلبات العولمة والعصرنة ونظراً لأن اشتراط وجود مستندات ورقية هو أمر لا يتفق وطبيعة التجارة الإلكترونية تحديداً<sup>٩١</sup> والتي تهدف إلى التخلص من أكوام المستندات الورقية والاستعاضة عنها بوثائق الكترونية محفوظة على أجهزة الحاسوب أو على أقراص تخزين أو غير ذلك، فقد أجاز المشرع الإماراتي التعبير عن الإرادة في التعاقد عن طريق الهاتف النقال، كما اتجه إلى تبني المنظور الوظيفي للرسائل الإلكترونية في الإثبات بما يسمح لها باستيعاب الرسائل المرسلة عبر البريد الإلكتروني والرسائل المرسلة عن طريق الهاتف النقال.

ومن هذا المنطلق فقد أصدر المشرع الإماراتي القانون الاتحادي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ ليسمح بقبول الرسالة الإلكترونية في الإثبات حيث نص في المادة ٤ من هذا القانون على أنه "١- لا تفقد الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ بمجرد أنها جاءت في شكل إلكتروني ٢- لا تفقد المعلومات المثبتة في الرسالة الإلكترونية حجيتها القانونية حتى وإن وردت موجزة متى كان الإطلاع على تفاصيل تلك المعلومات متاحاً ضمن النظام الإلكتروني الخاص بمنشئها، وتمت الإشارة في الرسالة إلى كيفية الإطلاع عليها". كما نصت المادة ١٠/١ من القانون ذاته على أنه "لا يحول دون قبول الرسالة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات أن تكون الرسالة أو التوقيع قد جاء في شكل إلكتروني". والمادة ١١/٢ من القانون ذاته التي نصت على أنه "لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه جاء بواسطة مراسلة إلكترونية"<sup>١١</sup>.

وبناءً على ذلك فقد جعل المشرع الإماراتي للرسالة الإلكترونية المتبادلة بين الأطراف حجية في الإثبات. على أن المشرع الإماراتي وفي المادة ١٠/٢ من القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ نص على عدة عناصر يجب مراعاتها في تقدير حجية المعلومات الإلكترونية في الإثبات وهذه العناصر هي: أ- مدى إمكانية الإعتداد بالطريقة التي تم بها تنفيذ واحدة أو أكثر من عمليات إدخال المعلومات أو إنشائها أو تجهيزها أو تخزينها أو تقديمها أو إرسالها ب- مدى إمكانية الإعتداد بالطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات ج- مدى إمكانية الإعتداد بمصدر المعلومات إذا كان معروفاً د- مدى إمكانية الإعتداد بالطريقة التي تم بها التأكد من هوية المنشئ هـ أي عنصر آخر يتصل بالموضوع"<sup>١٢</sup>. ونلاحظ أن المشرع في إيراده للفقرة هـ من هذه المادة قد وسع وبشكل كبير من سلطة القاضي في تقدير حجية المعلومة الإلكترونية الأمر الذي قد يعطي القاضي سلطة رحبة وغير مقيدة وهذا أمر نعتقد أنه منتقد.

كذلك الحال فقد سمحت بعض القوانين الأخرى في دولة الإمارات العربية المتحدة بقبول الرسالة الإلكترونية في الإثبات ومن ذلك مثلاً ما نصت عليه الفقرة ١ من المادة ١٤ من القانون الاتحادي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ في شأن الأحوال الشخصية بقولها "يعلم شخص المدعى عليه أو المراد إعلانه بصورة الإعلان في موطنه أو محل إقامته أو محل عمله أو الموطن المختار أو أينما وجد فإذا تعذر إعلانه جاز للمحكمة إعلانه بالفاكس أو البريد الإلكتروني أو البريد المسجل بعلم الوصول أو ما يقوم مقامها". كما نصت الفقرة ٧ من ذات المادة على أنه "يعتبر الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تبليغ الصورة أو من تاريخ إرسال الفاكس أو البريد الإلكتروني أو من تاريخ وصول البريد المسجل بعلم الوصول أو من تاريخ النشر وفقاً للأحكام السابقة". ونعتقد أن عبارة "البريد الإلكتروني" الواردة في هذه المادة تشمل الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر جهاز الحاسوب كما تشمل الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف النقال أو حتى تلك المرسلة عبر أية وسيلة إلكترونية أخرى.

أما قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ فلم ينص تحديداً على حجية الرسالة الإلكترونية في الإثبات في ضوء الشروط التقليدية التي اشترطها والتي ذكرناها سابقاً وربما يعود ذلك إلى أن هذا القانون صدر عام ١٩٩٢ في الوقت الذي لم يكن فيه التعاقد عبر الهاتف النقال أو الوسائط الإلكترونية الحديثة قد انتشر إلا أنه وبموجب التعديل الذي تم بموجب القانون الاتحادي رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٦ فقد نصت الفقرة ٤ من المادة ١٧ مكرر على أن "للكتاب الإلكترونية والمحركات الإلكترونية والسجلات والمستندات الإلكترونية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام هذا القانون متى استوفت الشروط والأحكام المقررة في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية".

## الخاتمة (النتائج والتوصيات)

إن المشرع الإماراتي في قانون الإثبات الإتحادي والقانون الإتحادي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية قد جعل للرسالة الإلكترونية المرسلة عن طريق الهاتف النقال حجية في الإثبات وأنه وبتعديل قانون الإثبات الإتحادي أضحي هناك تناغم وانسجام بين نصوص هذا القانون وبين نصوص والقانون الإتحادي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية بما يسمح بالإعتراف بحجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات.

على أننا نوصي بأن يحذو المشرع الإماراتي عند تعديله للقانون الإتحادي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ حذو: - المشرع البحريني: من حيث اشتراط الأمور الواجب توافرها في حفظ السجل الإلكتروني حتى يعتد به.

- المشرع الأردني: بالنص على أنه إذا حال المرسل دون إمكانية قيام المرسل إليه بطباعة السجل الإلكتروني وتخزينه والاحتفاظ به يصبح هذا السجل غير ملزم للمرسل إليه، وذلك لما في هذا النص من حماية للطرف المرسل إليه الرسالة.

- المشرع السوداني: في التوسع في تعريف الرسالة الإلكترونية.

## الحاشية

١ انظر: د. عادل حسن علي، حجية رسائل البيانات الإلكترونية في المواد المدنية، الطبعة الأولى، مكتبة زهراء الشرق، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٥٦؛ د. محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٦٩؛ سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٧؛ Ford, Warwick & Baum, Secure Electronic Commerce, Third Edition, Prentice-Hall Inc., New Jersey, ٢٠٠٥, p. ٥٦.

٢ د. هيثم سامر الحموري، تكنولوجيا الإتصال الخليوي، مكتبة أسعد، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٣١-٣٢.

٣ د. عبد الله مسفر الحيان & د. حسن عبد الله عباس، التوقيع الإلكتروني: دراسة نقدية لمشروع وزارة التجارة والصناعة الكويتية، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد التاسع عشر، العدد الأول، يونيه ٢٠٠٣، ص ٤٢؛ د. محمد مطالقة، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٥؛ غسان حسوني، نظم الإتصالات في الهواتف المتنقلة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ١٧-١٨.

٤ لقد تبنى مشروع إمارة دبي في المادة ٢ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية نفس التعريف. كذلك أورد المشرع البحريني في المادة ١ من القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات الإلكترونية تعريفاً مماثلاً تقريباً حيث عرف كلمة "إلكتروني" بأنها تقنية استعمال وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو كهرومغناطيسية أو بصرية أو بايومترية أو فوتونية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة.  
٥ انظر الموقع الإلكتروني:

http://www.only4arab.com/vb/showthread.php?t=186

٦ Susan Landau, Designing Cryptography for the New Century, Communications of the ACM, Vol. ٤٣, No. ٥, May ٢٠٠٨, pp. ١١٥-١٢٠.

٧ انظر: المحامي يونس عرب، الحكومة الإلكترونية بين الأصالة والإستسناخ، بحث منشور عبر الموقع الإلكتروني [abhatoo.net.ma/IMG/doc/dro44.doc](http://abhatoo.net.ma/IMG/doc/dro44.doc).  
٨ صحيفة الرأي الأردنية (صحيفة رسمية يومية)، الثلاثاء، ٣ شباط ٢٠٠٩، القسم الثاني (الأخبار المحلية)، المؤسسة الصحفية الأردنية، عمان، ص ١٨: حيث أشارت إلى أن نسبة الأشخاص المعنيين والذين تم تبليغهم من قبل دائرة التنفيذ القضائي بلغ ٧٥ و٣٢% من مجموع المبلّغين.

٩ انظر المادة ٦/١/٦ من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ التي نصت على أنه "لا تسري أحكام هذا القانون على لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم". جدير بالإشارة إلى أن محاكم دبي بدأت ومنذ شهر آذار ٢٠٠٩ باستخدام نظام إلكتروني جديد خاص بقضايا الجزاء والمرور ومن المتوقع أن يساهم هذا النظام بشكل كبير في خفض نسبة الأخطاء المالية المرتبطة بآلية التسجيل اليدوي المستخدمة سابقاً بالإضافة إلى توفير الكثير من الوقت والجهد المتعلق بالتسجيل كما أنه سيضمن متابعة التدفقات المالية من وإلى ملفات القضايا بصورة دقيقة (نقلاً عن صحيفة الفجر الإماراتية، العدد ٩٥١٥، الخميس، ١٥ ربيع الأول ١٤٣٠ - ١٢ مارس ٢٠٠٩، الصفحة ٢).

١٠ في دراسة حديثة أجرتها مؤسسة Ipsos-Stat العالمية تبين أن ما نسبته ٦٥% من العينة المأخوذة مارسوا نوعاً ما من أعمال التجارة الخلوية، وأن ١٤,٥% من بينهم قاموا بإجراء حوالات مالية عبر أجهزتهم (انظر <http://www.wirelessnewsfactor.com>).

١١ انظر: يونس عرب، التجارة الإلكترونية، مجلة البنوك في الأردن، مجلد ١٨، العدد ٨ تشرين الأول، ١٩٩٠؛ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية - الكتاب الأول: نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مديناً، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠٠٢.

١٢ انظر غسان حسوني، نظم الاتصالات في الهواتف المتنقلة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٣١ وما بعدها.

١٣ د. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٨٧، ص ٤٣؛ د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء ١، دون دار نشر، القاهرة، طبعة ١٩٨٧، ص ١٧٤.

١٤ أما إذا توافقت إرادتان على إحداث أمر آخر غير إحداث أثر قانوني كالاتفاق على الذهاب في رحلة أو تلبية الدعوة إلى حفلة فلا يعد هذا عقداً بالمعنى القانوني وإنما يعد مجرد إتفاق؛ وذلك لأن القانون لا يلزم طرفيه بشيء. ويستفاد من ذلك أن معنى الاتفاق أوسع من معنى العقد. للمزيد راجع: د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الإلتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٩٩٧، ص ١٩-٢٠.

١٥ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول: نظرية الإلتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة ١٩٦٨، ص ١٨٠.

١٦ انظر: د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١، ص ٥٦. ومع ذلك فإن المشرع الإماراتي متأثراً بالفقه الإسلامي لم يهمل الإرادة الباطنة بل أخذ بها في بعض الحالات كما هو الحال في الصورية وعند تفسير العقد حيث لا بد هنا من البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين ولو خالفت النصوص الظاهرة: انظر نص المادة ٣٩٥ ونص المادة ٢/٢٦٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

١٧ د. عبد الخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول: مصادر الإلتزام، ص ٣٤-٣٥؛ د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للإلتزامات، الكتاب الأول: مصادر الإلتزام، دار عابدين، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٥٩؛ سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص ٢٣-٢٤.

١٨ مع مراعاة أن القانون إذا اشترط شكلاً خاصاً للتراضي فلا بد من مراعاة هذا الشكل كأن يشترط القانون أن يكون العقد مكتوباً كما في عقد الشركة والعقد الخاص بإنشاء ملكية الأسرة (المادة ٦٥٦ والمادة ١١٨٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥).

١٩ هذان النصان مطابقان تماماً لنص المادتين ٩٣ و ١٠٢ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ الأصل الذي أخذ عنه قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

٢٠ انظر: د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري وحجيتها في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ٤٢ وما بعدها.

<sup>٢١</sup> تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة في معظم القوانين العربية. انظر مثلاً نص المادة ١٣ من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ والذي جاء على النحو التالي "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي". وكذلك نص المادة ٧/ب من القانون ذاته والتي صرحت بأنه "لا يجوز إغفال الأثر القانوني للسجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني لمجرد أنها أجريت بوسائل الكترونية شريطة اتفاقها مع أحكام هذا القانون". وانظر نص المادة ١٠ من القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات الإلكترونية في مملكة البحرين الذي جاء على النحو التالي "في سياق إبرام العقود يجوز التعبير، كلياً أو جزئياً، عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه، بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول، عن طريق السجلات الإلكترونية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك". وكذلك نص المادة ١/٥ من القانون ذاته والتي صرحت بأنه "لا ينكر الأثر القانوني للمعلومات الواردة في السجلات الإلكترونية من حيث صحتها وإمكان العمل بمقتضاها لمجرد ورودها - كلياً أو جزئياً - في شكل سجل إلكتروني". وانظر نص المادة ١٣ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في إمارة دبي الذي جاء على النحو التالي "١- لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية ٢- ولا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة الكترونية واحدة أو أكثر". وانظر نص المادة ٣/ب من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧ الذي جاء على النحو التالي "تعد رسالة البيانات وسيلة للتعبير كلياً أو جزئياً عن الإرادة لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي" ونص المادة ١/٤ من القانون ذاته الذي جاء على النحو التالي "تكون العقود الإلكترونية صحيحة ونافذة عند ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة البيانات التي يتبادل فيها المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين".

<sup>٢٢</sup> د. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٩. وحسبما نرى فإن العقد - بشكل عام - هو ارتباط القبول بالإيجاب وليس العكس؛ وذلك لأن الذي يصدر أولاً هو الإيجاب ويأتي القبول مطابقاً له.

<sup>٢٣</sup> د. أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص ٣٣-٣٤.

<sup>٢٤</sup> انظر: د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

<sup>٢٥</sup> انظر: د. عادل حسن علي، مرجع سابق، ص ١١١.

<sup>٢٦</sup> د. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مكتبة دار البيان، دمشق، ١٩٨٢، ص ٢٢؛ د. محمد مصاروه، الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦، ص ١١.

<sup>٢٧</sup> انظر في ذلك: د. محمد المرسي زهرة، أحكام الإثبات في ضوء قانون الإثبات الإتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ في المعاملات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٥، ص ٣؛ د. مفلح عواد القضاة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لقانون الإثبات رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ لدولة الإمارات العربية المتحدة: دراسة

مقارنة، المعهد العالي للعلوم القانونية والقضائية، دبي، ص ١٨؛ د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، الجزء الأول، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١، ص ١١؛ د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٧.

<sup>٢٨</sup> مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة ١٥، العدد الثاني، رقم المجلد ١٦٣، الحكم الصادر في ١٥ يونيو ١٩٩٣، ص ١٠٣٩. <sup>٢٩</sup> د. مفلح عواد القضاة، البيئات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٣، ص ٢٢.

<sup>٣٠</sup> د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ٣٠؛ د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٧٩؛ د. مفلح عواد القضاة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لقانون الإثبات رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢، مرجع سابق، ص ٣٠-٣١.

<sup>٣١</sup> المحامي نزيه نعيم شلالا، الإثبات بواسطة الفاكس - البرقيات - الشريط المغناطيسي - الأقرص المدمجة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٧.

<sup>٣٢</sup> انظر الموقع الإلكتروني: [www.bab.com/articles/full-article.cfm?id=٥٤٩٨](http://www.bab.com/articles/full-article.cfm?id=٥٤٩٨). <sup>٣٣</sup> سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ٢٦؛ انظر كذلك:

<http://www.ibm.com/products/us>

<sup>٣٤</sup> انظر حول ذلك: د. عبد الحميد الشواربي، الإثبات بشهادة الشهود، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٢٢٨؛ د. مفلح عواد القضاة، البيئات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٢٦؛ القاضي وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٥٤.

<sup>٣٥</sup> نصت المادة ٩٤ من قانون المعاملات التجارية رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ في دولة الإمارات العربية المتحدة على أنه "يجوز إثبات الإلتزامات التجارية أياً كانت قيمتها بجميع طرق الإثبات ما لم ينص القانون أو يقض الإتفاق بغير ذلك".

<sup>٣٦</sup> نصت المادة ١/٣٥ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ في دولة الإمارات العربية المتحدة على أنه "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف تزيد قيمته على خمسة آلاف درهم أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

<sup>٣٧</sup> د. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١٣٩؛ د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ١٠٢؛ د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ١٢٢.

<sup>٣٨</sup> مرتضى الزبيدي، تاج العروس، مطبعة الجيل، بيروت، دون سنة نشر، باب الكاف.

<sup>٣٩</sup> الفيروز آبادي الشهير بـ مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشيرازي، القاموس المحيط، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٣، باب الكاف.



٤٠ جمال الدين بن محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، لسان العرب، الطبعة الأولى، المجلد الأول، دار صادر، بيروت، ١٩٨٠، ص ٣٨١٦-٣٨١٨.

٤١ انظر المواد ٧-١٦ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ في دولة الإمارات العربية المتحدة.

٤٢ انظر في ذلك: د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ٢٦٩.

٤٣ هذا ما لم ينص القانون على غير ذلك، ومثال ذلك ما نص عليه قانون تنظيم علاقات العمل رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ في دولة الإمارات العربية المتحدة بقوله "اللغة العربية هي اللغة الواجبة في الاستعمال بالنسبة إلى جميع السجلات والعقود والملفات والبيانات وغيرها مما هو منصوص عليه في هذا القانون أو في أي قرار أو لائحة تصدر تطبيقاً لأحكامه، كما تكون اللغة العربية واجبة الاستعمال في التعليمات والتعميمات التي يصدرها صاحب العمل لعماله وفي حالة استعمال صاحب العمل لغة أجنبية إلى جانب اللغة العربية يعتبر النص العربي هو النص المعتمد" (المادة ٢).

٤٤ انظر: القاضي وسيم شفيق الحجار، مرجع سابق، ص ١٩؛ د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، الجزء الأول، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٩٢؛ Bell McHugbo, Rules of Evidence, Routledge, London, ٢٠٠٦, p. ٢٣٤.

٤٥ أشار إلى ذلك: د. هيثم سامر الحموري، مرجع سابق، ص ٨٩.

٤٦ عُرِّفت الكتابة الإلكترونية على أنها كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك" (د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٢٨٣). انظر كذلك: القاضي وسيم شفيق الحجار، مرجع سابق، ص ١٩؛ د. عادل حسن علي، مرجع سابق، ص ١١٠.

٤٧ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية المصرية، العدد ١٧ تابع (د)، تاريخ ٢٢ نيسان ٢٠٠٤، صفحة ١٧.

٤٨ د. عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٠.

٤٩ انظر: القاضي وسيم شفيق الحجار، مرجع سابق، ص ١٨-١٩؛ د. عبد الباسط الجمعي، مرجع سابق، ص ٢٠.

٥٠ المادة ٢ من القانون الاتحادي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ عرفت الوسيط الإلكتروني المؤتمت بأنه "برنامج أو نظام الكتروني لوسيلة تقنية المعلومات التي تعمل تلقائياً بشكل مستقل كلياً أو جزئياً دون إشراف من أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه العمل أو الإستجابة له".

٥١ نصت المادة ١٤ من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ على أنه "تعد رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه، أم بواسطة وسيط الكتروني معد للعمل أوتوماتيكياً بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه".

<sup>٥٢</sup> هذا النص مطابق لنص المادة ٣/١٥ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في إمارة دبي. هذا وقد نصت المادة ١/١٥ من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ على أنه "للمرسل إليه أن يعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ وأن يتصرف على هذا الأساس في أي من الحالات التالية: ١- إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة معلومات سبق أن اتفق مع المنشئ على استخدامه لهذا الغرض للتحقق من أن الرسالة صادرة عن المنشئ ٢- إذا كانت الرسالة التي وصلت للمرسل إليه ناتجة من إجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ أو من ينوب عنه ومخول بالدخول إلى الوسيلة الإلكترونية المستخدمة من أي منهما لتحديد هوية المنشئ".

<sup>٥٣</sup> هذا النص مطابق لنص المادة ٤/١٥ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في إمارة دبي.

<sup>٥٤</sup> المادة ٤/١٣ من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦

(انظر: United Nations General Assembly, Fifty-First Session, Agenda Item ١٤٨, A/RES/٥١/١٦٢, Model Law on Electronic Commerce Adopted by the United Nations Commission on International Trade Law, p.٧.)

<sup>٥٥</sup> د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ١٣٠؛ القاضي وسيم شفيق الحجار، مرجع سابق، ص ٢٠.

<sup>٥٦</sup> النص الإنجليزي لهذه المادة جاء على النحو التالي: where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.

<sup>٥٧</sup> انظر: د. عادل حسن علي، مرجع سابق، ص ١١١.

<sup>٥٨</sup> انظر: سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص ١٥٧؛ وانظر كذلك الموقع الإلكتروني <http://www.iso.org/iso/home.htm>.

<sup>٥٩</sup> انظر: عايض المري، مدى حجية التكنولوجيا الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٨٦.

<sup>٦٠</sup> انظر: سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص ٩؛ د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

<sup>٦١</sup> وقد سار على نفس النهج مشرع إمارة دبي في القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية فنص في المادة ١/٧ على أنه "لا تفقد الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد إنها جاءت في شكل الكتروني" والمادة ١٢ من القانون ذاته بقولها "لا يحول دون قبول الرسالة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات لمجرد أن الرسالة أو التوقيع قد جاء في شكل الكتروني". كذلك المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ حيث نص في المادة ٧ على أنه "أ- يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للأثار

القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات ب- لا يجوز إغفال الأثر القانوني لأي مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة لأنها أجريت بوسائل الكترونية شريطة اتفاقها مع أحكام هذا القانون". وقانون اليونسسترال النموذجي لعام ١٩٩٦ الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي التابع للأمم المتحدة (CNUDCI) حيث نص في المادة ٥ على أنه "لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات". كما تشير نص المادة ١/٨ من القانون المذكور أعلاه على أنه "عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا: أ- وجود ما يعود عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشأت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، بوصفها رسالة بيانات أو غير ذلك ب- كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه وذلك عندما يشترط عرض تلك المعلومات". والقانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات الإلكترونية في مملكة البحرين حيث نص في المادة ١/٥ على أنه "لا ينكر الأثر القانوني للمعلومات الواردة في السجلات الإلكترونية من حيث صحتها وإمكان العمل بمقتضاها لمجرد ورودها - كلياً أو جزئياً - في شكل سجل إلكتروني". وقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المصري رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٤ حيث نص في المادة ١٥ على أن "للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون". وقانون المعاملات الإلكترونية السودانية لسنة ٢٠٠٧ حيث نص في المادة ١/١٠ على أنه "لا ينكر الأثر القانوني للمعلومات الواردة في السجل الإلكتروني من حيث صحتها وإمكان العمل بمقتضاها لمجرد ورودها كلياً أو جزئياً في شكل سجل إلكتروني أو الإشارة إليها في هذا السجل".<sup>٦٢</sup> لم ينص المشرع الأردني على مثل هذه العناصر بينما نص عليها المشرع البحريني في المادة ٤/٥ من القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢ بقوله "يراعى في تقدير حجية السجل الإلكتروني في الإثبات عند النزاع في سلامته ما يلي: أ- مدى الثقة في الطريقة التي تم بها إنشاء أو حفظ أو بث السجل الإلكتروني ب- مدى الثقة في الطريقة التي تم بها توقيع السجل الإلكتروني ج- مدى الثقة في الطريقة التي استعملت في المحافظة على سلامة المعلومات التي تضمنها السجل الإلكتروني د- أية أمور أخرى ذات علاقة".

---

---

**The Owner's Rights and Obligations with regard to  
the Individually Owned Unit and the Common Areas  
in the UAE Federal Legislations with Particular  
Emphasis on the Emirate of Dubai Law No. 17 of  
2007 Concerning Ownership of Jointly Owned  
Properties**

**Dr / Zaid Muhmoud Al-Aqaileh**  
**Associate Professor of Civil Law**  
**College of Law-United Arab Emirates University**

---

---

### **Introduction**

The bulk of this chapter is devoted to discuss the owner's rights and obligations with regard to the individually owned unit and the common areas in the UAE Federal legislations with particular emphasis on Dubai Law No. 17 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties, and the legal transactions that can be made over the individually owned unit. It is divided into five sections: section one throws light on the concept of ownership. Section two discusses the rights and obligations of the co-owner with regard to the individually owned unit. Section three discusses the rights and obligations of the co-owner with regard to the commonly-owned parts. Section four discusses the legal transactions that can be made over the individually owned unit. Section five evaluates the provisions of the laws relating to the subjects discussed and presents the main conclusions and recommendations.

## 1. The concept of ownership

Four points need to be illustrated here as follows: ownership and possession, joint ownership, the dogmatic contents of the ownership of the individually owned unit, and the legal nature of the ownership of common areas.

### 1.1 Ownership and possession

At the beginning, it is appropriate to indicate that the UAE Civil Transactions Act No.5 of 1985<sup>1</sup> is the main legislation in the area of private law in general and the law of contracts and obligations in particular<sup>2</sup>. It is the general law in the UAE that governs matters relating to real property rights, personal rights, sources of obligations, effect of obligations, etc<sup>3</sup>.

This Act was enacted on 15 December 1985 as a Federal Act to be applied all over the State. It was published in the Official Gazette No.158 on page 11 and it came into force on 29 March 1986. Unlike some Arab civil codes, which have adopted the Egyptian Civil Code<sup>4</sup> as a model, the UAE

---

<sup>1</sup> This Act will be referred to in the text as CTA 1985.

<sup>2</sup> Al-Attar M, 1997, Sources of Obligations in the UAE Civil Transactions Act, UAE University Press, p.15.

<sup>3</sup> Ballantyne W.M, 1985-86, 'The New Civil Code of the United Arab Emirates', Arab Law Review, November, Vol.1, p.247; Al-Jammal M, 1995, Explanation of the United Arab Emirates Civil Transactions Act: A Comparative Study with Islamic and Western Jurisprudence, UAE Press, p.21.

<sup>4</sup> In drafting and forming this code, a great deal of emphasis was placed on the enrichment of this code from European laws as well as from

Civil Transactions Act incorporates many shari'a principles, particularly in the field of property, contracts, and obligations<sup>1</sup>.

According to section 2 of the Act, when a judge is presented with a case, he has to decide it according to the provisions of the Act. Absent any relevant provision in the Act, a judge has to decide in accordance with the rules of Islamic jurisprudence, particularly those found in the Imam Malik and Imam Ahmed Ibn Hanbal Doctrines, and, if there is none, from the rules found in the Imam Shafe'i and Imam Abu Hanifah Doctrines. In the absence of such principles, a judge has to apply custom on the condition that such custom does not contravene the rules of public order and decency and, if the custom is related to a certain Emirate, it is applied to this Emirate.

---

Shari'a (for details, see Al-Sanhuri A, 1952, *Al-Waseet in the Expanation of the Civil Law: Sources of Obligation*, Vol.1, Cairo: Dar Al Nahdhah A-Arabeyyeh, p.2&p.49; Anderson J.N, 1971, 'Modern Trends in Islam: Legal Reform and Modernization in the Middle East', *International and Comparative Law Quarterly*, January, Vol.20, pp.1-21; Ballantyne, Op.Cit, p.247; Edge I, 1985-86, 'Comparative Commercial Law of Egypt and the Arabian Gulf', *Cleveland State Law Review*, 34(1), pp.129-44; Siwar M, 1993, *Property Rights in Jordanian Civil Law*, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution, p.13).

<sup>1</sup> Al-Attar M, 1997, Op. Cit, p.18; Anwer Sultan, 2002, *Sources of Obligations in Jordanian Law: A Comparative Study with the Rules of Islamic Doctrine*, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution, p.45.

UAE Civil Transactions Act distinguishes between ownership and possession. Ownership is an exclusive right to own a thing and to enjoy all privileges of ownership to the exclusion of everyone, whilst possession is only a right to possess or to hold a thing without the right to enjoy all privileges of ownership<sup>1</sup>. In addition, ownership is a lasting right, whilst possession is tentative<sup>2</sup>.

Possession is either original or derivative. Original possession occurs through occupancy of things that have no owner, e.g. through adverse possession or prescription, whilst derivative possession occurs through the transactions where possession is taken but ownership is not transferred, e.g. bailment<sup>3</sup>. Possession of land ordinarily involves two elements. First, the physical relation to the land that gives control over the land possessed. Secondly, the intent to exclude other persons in general from the physical occupation of the land<sup>4</sup>.

Ownership is governed by three main principles. First, the exercise of ownership rights may be subject to restrictions

---

<sup>1</sup> Zu'bi M, 1992, 'Acquisition of Property by the Passage of Time', University of Jordan Studies Journal, Vol.20, Appendix No.1, pp.465.

<sup>2</sup> Qusous W, 1993, Administration and Division of Common Property, Amman: University of Jordan, p.24.

<sup>3</sup> Siwar M, Op. Cit, p.40.

<sup>4</sup> Thompson M, 1995, Land Law, First Edition, London: Sweet & Maxwell, p.216; Al-Mursi M.Z, 1999, Real Property Rights in the UAE Civil Transactions Act, Second Book, UAEU Press, p.427; Zu'bi, Op. Cit, p.465.

concerning the public interest in that ownership is not absolute but subject to certain rules that aim to benefit society at large<sup>1</sup>. Secondly, a person may be the owner of land although he is not the full owner or his rights of ownership are, for the moment, incomplete, such as in the case where the person has a right of an easement, or a right of drinking, i.e. taking water through another person's land<sup>2</sup>.

Thirdly, ownership is not just about rights, or benefits, but also about burdens such as the case where the owner is required to comply with restrictions imposed by the law, or regulations laid down by the Council regarding planning, or where the owner is under a duty not to commit trespass, or any harm like nuisance, which, if it occurs, will affect the rights of others<sup>3</sup>. In other words, the owner is free to use and dispose of his property as he pleases except in so far as he does not infringe his duties to respect the rights of other owners<sup>4</sup>.

The popular means of the acquisition of ownership of property is contract, and that ownership can be set up against third parties if certain conditions are fulfilled, enabling those third parties to know of the transfer<sup>5</sup>. As such, proprietary rights in immovables cannot be acquired or created, unless registered in the land register (s. 1277 CTA 1985).

---

<sup>1</sup> Obaidi A, 2000, Real Property Rights, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution, p.12; Siwar M, Op. Cit, p.29.

<sup>2</sup> Qusous W, Op.Cit, p.19.

<sup>3</sup> Al-Mursi M.Z, 1999, Real Property Rights in the UAE Civil Transactions Act, First Book, UAEU Press, pp.87-88.

<sup>4</sup> Siwar M, Op. Cit, p.79; Qusous W, Op.Cit, p.41.

<sup>5</sup> Ball M, 2002, Contract Law, First Edition, Leicester: Torsh Ltd, p.8; Al-Attar M, Op. Cit, pp,20-21.



The registration system in UAE is based on the estate itself. Accordingly, any legal transactions concerning this estate must be registered in its register and not in any other register so as to bind the parties to the transaction and any third parties. Thus, for movables, a special significance is attached to the overt possession of the thing, whilst for immovables; it is attached to the act of public registration (s.1277 CTA 1985)<sup>1</sup>.

## 1.2 Joint ownership (co-ownership)

One of the predominant features of the ownership system in UAE is the joint ownership, which means the ownership of the same property at the same time by a number of persons<sup>2</sup>. Joint owners are owners of a separate share of the property. Each joint owner holds his share under a separate title and the share may be separately alienated and inherited (see sections 1152-1153 CTA 1985).

Any joint owner is entitled to demand the division of the property, which is held in joint ownership, unless it is indivisible, such as the common parts of a building, which are owned by all co-owners and the nature of which makes them so, or if the ownership deeds prescribe them as common parts. The other joint owners are precluded from refusing to abide by such a request, unless a previous agreement is concluded otherwise<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Section 3 of the Law No.27 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai states "lands owned by developers and used as jointly owned properties and the units sold by said developers shall be registered in the land department".

<sup>2</sup> Obaidi A, Op.Cit, p,47.

<sup>3</sup> Adul-Khaleq H, 1990, Al-Wajeez in the Explanation of the United Arab

Under section 1166 CTA 1985, if the property is of such a nature that it could not be divided, or if the benefit derived from the property would be destroyed by division, then, such property will be sold by public auction, and the proceeds will be divided among the joint owners, with the co-owners having a priority right to buy the shares of the others according to the doctrine of first refusal<sup>1</sup>.

UAE law only recognizes one form of co-ownership, that is the tenancy in common. Thus, when a co-owner dies, his share passes under a will or inheritance and does not transfer to the other co-owner who is still alive. In addition, the shares of the parties can be of whatever size they wish them to be<sup>2</sup>.

### **1.3 The dogmatic contents of the ownership**

As for the dogmatic contents of the ownership or the scope of ownership, it is important to say that the UAE law

---

Emirates Civil Transactions Act: Real Property Rights, First Edition, Dubai: Police College, p.138; Qusous W, Op.Cit, p.107.

<sup>1</sup> See sections 12-14 of the Law No.27 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai.

<sup>2</sup> Under English law, co-ownership has the form of joint tenancy. The essence of this form is the existence of the principle of survivorship, which means that when one joint tenant dies, any interest he enjoys over the land, under the joint tenancy, automatically passes to the remaining joint tenant (Gray K, 2001, Elements of Land Law, Third Edition, London: Butterworths, p.832).

regards property as an individual asset<sup>1</sup>. This means that the owner is entitled to use his land as he chooses or indeed to fail to use it, no matter how little benefit this may bring to others or how much more effectively the property could be used. The owner is entitled to assert his rights in relation to his property and to restrain others from disturbing his enjoyment. In addition, he can transfer it to whoever he wishes, and on death, he can leave it to whoever he wants subject to the limits of law<sup>2</sup>.

The owner of property or land owns what is over and beneath it to the extent that it is advantageous to him (s.1134 CTA 1985). He cannot, however, claim that he has the right to protect the space over his property to an unlimited attitude, or the unlimited depth beneath his land, if this causes hardship to the public, such as in the cases where telephone wires, or electricity cables pass over his land, or where water, or sewerage pipes pass beneath his land<sup>3</sup>.

At the same time as emphasizing individual ownership as a cardinal principle, UAE law aims to facilitate the use of property or land by enabling the owner to create subsidiary interests, which will benefit him and others. If he does not wish to inhibit the property himself, he may wish to grant a

---

<sup>1</sup> Qusous W, Op.Cit, p.87.

<sup>2</sup> Zu'bi M, 1994, 'Rights of Property and Rights of Disposal', Yarmouk University Social Sciences and Law Journal, 10(2), p.103.

<sup>3</sup> Al-Mursi M.Z, First Book, Op.Cit, p.105; Zu'bi M, 1994, Op.Cit, p.103.

lease to someone else, entitling another to the benefit of occupation and himself to the benefit of the rent. Similarly, if a neighbouring landowner needs access or passage through his lands, he will be able to grant such access (i.e. easement) in return for compensation<sup>1</sup>.

As any other owner, the owner of the individual unit enjoys all elements of ownership over his residential unit, which is defined by section 2 of the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai<sup>2</sup> as “any flat, floor, a part of land or house (villa) connected or not connected with another house being part of a jointly owned property”. These elements are also available with some restrictions over the common areas, which are defined by section 2 of the Law No.7 of 2007 as “those common parts of property designated for common use by unit owners and occupiers and shown in the site plan”. (See below).

#### **1.4 The legal nature of the ownership of common areas**

Section 1182 of the UAE Civil Transactions Act No.5 of 1985 and its amendments has explicitly stated “...co-owners of common property shall not be entitled to apply for its division if its discovered from the object to which that property was allotted that it should remain common”. This

---

<sup>1</sup> Obaidi A, Op.Cit, p.306.

<sup>2</sup> This Law was published in the Official Gazette No. 326, Year 41, on 31 December 2007 and became effective after three months as of the date of its publication (s.33 of the Law).

indicates that ownership of common areas is a compulsory ownership in the sense that all owners are required not to apply for division of it as it is dedicated to the benefit of all co-owners and not for the sole benefit of any individual owner exclusively<sup>1</sup>. This type of co-ownership includes family ownership, ownership of properties that cannot be divided due to its nature, such as cemeteries, but most notably, it includes the ownership of the jointly owned property.

Some law jurists, argue that the ownership of the jointly owned property is a system that is similar to or a kind or a form of servitudes, which means that each owner has the right to use and get benefit of all common parts without the exclusion of others, and they see that compulsory co-ownership can be considered as a mutual servitude to the benefit of other owners. In other words, it is an easement in an immovable property for the benefit of another immovable property owned by another<sup>2</sup>. However, we believe that this is unacceptable argument, this is because servitudes represent the normal situation of ownership and they are decided to the benefit of the neighbouring properties within certain conditions and certain circumstances, whereas the jointly owned property is a property that is owned by more than one owner and each owner has rights and bears obligations in the aim of achieving the benefit of both of them.

---

<sup>1</sup> Siwar M, Op.Cit, p.54; Obaidi A, Op.Cit, p.92.

<sup>2</sup> Mansour M.M, 1965, Property Right, First Edition, Cairo, p.129; Shahatah Sh, 1988, Real Property Rights, Cairo: Dar Al-Fajr, p.325; Obaidi A, Op.Cit, p.92, see Adul-Khaleq H, Op.Cit, pp.93-94.

Other law jurists<sup>1</sup> argue that the rules applied on the ordinary neighbourly damage or, in other words, contiguity rights, are applied on the ownership of the jointly owned property, and they rely, in this concern, on section 144 CTA 1985 which states “the owner shall not exaggerate in the exercise of his right to the extents of causing damage to the neighbour’s property, and the neighbour may not have recourse against his neighbour for the ordinary neighbourly damage which is unavoidable, but he may request the abatement of the damage if it exceeds custom limit...”. However, we believe that it is difficult to base ownership of the jointly owned property on the ordinary neighbourly damage system, simply because this system applied both on the individually owned units and on the commonly owned units, and it is regarded as a restriction on the owners rights and this restriction comes to the benefit of the public or, the whole society.

Other law jurists argue that the ownership of the jointly owned property confers on the co-owners merely a personal right in the sense that it entitles them to get use and benefit of these parts without and real rights as these parts are owned by all co-owners<sup>2</sup>. In deed, it is difficult to imagine how a jointly owned property confers on the co-owners only a personal right (see below).

---

<sup>1</sup> See Lafi M, 2004, Property Rights in Land in the Arab World, Beirut: Al-Muntada, pp.25-27.

<sup>2</sup> See Abdul Muhesan T, 1998, Real Property Rights, Cairo: Iman Printing, p.14.

The majority of the law jurists<sup>1</sup>, however, see that the co-owner's right in the ownership of the jointly owned properties is a genuine property right the matter which means that each co-owner has all the rights of the owner over his property and enjoys all privileges of the ownership but, in the meantime, he is subjected to all obligations as specified by law.

From our side, we believe that this is the true argument and add that this right is a property right that confers on the owner all legal rights, which are the right of use, the right of exploitation and the right of disposal. This is envisaged from section 1152 of the Civil Transaction Act No.5 of 1985 which states "subject to the provisions relating to the shares of every heir in the estate, if two or more persons own a thing ...". In clear words, the word "own" which is used by the UAE legislator indicates that the co-owner's right in the ownership of the jointly owned properties is a genuine property right and nothing else.

So, a question rises: is the ownership of the jointly owned property a genuine ownership?

The answer is: yes, and the owner enjoys all rights over his property and, in the meantime, he is subject to all obligations and restrictions as will be seen below.

---

<sup>1</sup> Al-Saddah F, 1982, *Original Property Rights: A Comparative Study of Lebanese and Egyptian Law*, Beirut: Dar Al-Nahdah. Pp.161-162; Abu Allail I, 1995, *Real property Rights in the Kuwaiti Law*, University of Kuwait Press, p.157; Adul-Khaleq H, *Op.Cit*, p.94.

## **2. Rights and obligations of the co-owner with regard to the individually owned unit**

It is necessary, here, to indicate that the owner of the individual unit enjoys the full rights conferred on the owner of any other property. Under this heading, we will discuss property and property rights, characters of the property right, restrictions imposed on the property right, and the rights and obligations of the co-owner with regard to his exclusively owned unit.

### **2.1 Property and property rights in the UAE law**

Property has been given different definitions by law jurists. According to one jurist, property is “the capacity of the owner to dispose of what he owns or a relationship between a person and a thing whether a tangible or an intangible”<sup>1</sup>. According to another jurist, it is “a right by nature of which a thing belongs to the owner in such a way that he can use it and dispose of it to the exclusion of all others”<sup>2</sup>. Furthermore, some law jurists define it as being “a relationship which one has with a thing or a word used to describe particular concentrations of power over things and resources”<sup>3</sup>. However, one can lay down a strict definition of property by saying that property is “the power of use, enjoyment and disposition of owned things”.

---

<sup>1</sup> Siwar M, Op.Cit, p.26.

<sup>2</sup> Zu’bi M, 1994, Op.Cit, p.87.

<sup>3</sup> Obaidi A, Op.Cit, p.15; Qusous W, Op.Cit, p.18.



Section 1133 CTA 1985 defines property as “the power of the owner to use, exploit and dispose of what he owns (his property) in an absolute manner and to take benefit from its products and to carry out all transactions legally permissible”. This means that property rights in the UAE law consist of three elements; namely: the right of use (isti'mal), the right of exploitation (istighlal) and the right of disposal (tassaruf) whether for value or gratuitously.

Property is either real (aqar) or chattel (manqool) (s.101 CTA 1985). Aqar includes land, houses, buildings, etc, and includes less powerful collections of incidents that do not rise to the level of ownership, e.g. easements and mortgages. A manqool is divided into two categories; namely: (i) tangibles, which can be physically possessed, e.g. books, and (ii) intangibles, which cannot be physically possessed and which depend for their existence on enforcement by the courts, e.g. debts, trademarks, patents, business names and the rights to literary and artistic property (copyrights).

For the purpose of ascertaining the competent court, all actions concerning aqar or manqool are estimated in accordance with the monetary value of the aqar or manqool in question at the time of bringing the action before the court. However, a special court in Dubai is established in June 2008 in order to try cases or disputes relating to immovable properties. This court is called “the Real Estates Court”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> This Court was established by the Decree No.57/2008 on 1/6/2008 (for details, see Dubai Courts, 2008, Annual Report, Government of Dubai

There are many subject-matters, which are not recognized by UAE law as individual property:

(a)- Things the sale of which is null, e.g. animals not ritually slaughtered, narcotics<sup>1</sup>.

(b)- Things in which there is, in fact, no ownership, that is to say (i) things which are public property, such as air, water and streets; (ii) waqf properties; and (iii) things that are 'not known', such as birds in the air, to which are assimilated things which are not in actual possession<sup>2</sup>.

(c)- Things which are not in actual possession and the recovery of which cannot be expected, such as things that have been lost, usurped, or confiscated<sup>3</sup>.

## **2.2 Characters of the property right**

A property right has three distinguishing characters:

(a)- A comprehensive right:

The property owner has all the powers, which entitle him to use, exploit and take benefits of what he owns without interference from anybody, unless this interference is

---

Publications, p.15).

<sup>1</sup> Al-Attar M, Op.Cit, p.167; Fadel M & Fatalawi S, 1996, Explanation of the Named Contracts in Jordanian Civil Law, Revised Edition, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution, p.73.

<sup>2</sup> Obaidi A, Op.Cit, p.18.

<sup>3</sup> Zu'bi M, 2004, Explanation of the Contract of Sale in the Jordanian Civil Law, First Edition, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution, p.150.

permitted in law or by agreement<sup>1</sup>. This means; namely: (i) the property owner is the owner of all powers and there are no fetters or limitations on his ownership and (ii) all rights derived from the property right are tentative in nature and they will be returned to the property owner after the expiry of their period, e.g. beneficial rights.

Liability for damage, however, shall be due from the person who exercises his right unlawfully. Under section 106(2) CTA 1985, the exercise of the right is considered as unlawful in these cases: (i)- if there is an intent to aggress; (ii)- if the interest to be achieved from the act is unlawful; (iii)- if the benefit therefrom is disproportionate with the damage inflicted on others; and (iv)- if it exceeds custom and usage.

**(b)- An exclusive right:**

The property owner has the right to exclude anyone from sharing his power even though this sharing does not cause any harm to the property with exception to the cases stated by the law or decided by an agreement<sup>2</sup>. Section 1133(2) CTA 1985 states that “the property owner only himself has the right to enjoy his property in accordance with provisions of the law”.

**(c)- A lasting right:**

A property right continues as long as the property exists<sup>3</sup>. It does not come to an end or cease, unless by destruction of the property, e.g. by an earthquake, while on death it passes

---

<sup>1</sup> Siwar M, Op.Cit, p.36; Al-Mursi M.Z, First Book, Op.Cit, p.61.

<sup>2</sup> Zu'bi M, 1994, Op.Cit, p.96.

<sup>3</sup> Mansour M.M, Op.Cit, pp.11-12; Obaidi A, Op.Cit, p.17.

to the heirs. A property right cannot be terminated by failing to use it on the part of the landowner<sup>1</sup>. It does not come to an end, unless it is acquired by another person according to the law, e.g. adverse possession or prescription.

### **2.3 Restrictions on the property right**

Under sections 130 & 528 CTA 1985, all transactions creating interests in an immovable property must be made by deed and according to the provisions of the law. Such transactions must be registered in the land registry concerned otherwise they are void<sup>2</sup>. UAE Constitution of 1972, as amended in 1996, guarantees the protection of property and property rights and states that “no property of any person may be expropriated except for purposes of public utility and in consideration of just compensation, as may be prescribed by the provisions of the law”<sup>3</sup>. This means that the Constitution of 1972 imposes some fetters on property rights. These fetters are:

#### **(a)- Legal fetters:**

Section 1136 CTA 1985 provides that “the property owner has the right to use it in whatever way he likes, unless this use causes harm to others, or is against the provisions of the law”. Examples of legal fetters are the division of city areas

---

<sup>1</sup> Adul-Khaleq H, Op.Cit, p.18; Qusous W, Op.Cit, p.28.

<sup>2</sup> Section 3 of the Law No.27 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai states “the land department shall prepare and remain special registers for the jointly owned properties and their owners and shall issue appropriate title deeds and regulate the sale, mortgage (or any other disposal) of said jointly owned properties ...”

<sup>3</sup> See also section 1135 CTA 1985, which provides the same.

into industrial, residential and commercial, the stipulation as to the size and character of any buildings to be erected, and the distance between neighbouring buildings, airports, bus stations and railways.

(b) Fetters to achieve public interests:

An example of these fetters is the compulsory possession, i.e. the case where the state or any of its governmental bodies requires the immovable property or the land to establish schools, universities, hospitals, etc, or the case where the state requires it to carry out excavation for ruins, oil or other minerals<sup>1</sup>. In this case, the state is required to reimburse the property owner. Section 1135 CTA 1985 provides that “no property can be expropriated without a legal reason and no property can be expropriated, unless for public benefit and in return for just compensation”.

#### **2.4 Rights and obligations of the co-owner with regard to the unit**

At the outset, it is important to mention that ownership of floors and flats embodies two kinds of ownership; namely: separate or individual ownership of the unit itself, and joint or common ownership of the common parts of the whole building<sup>2</sup>. These two kinds of ownership are governed by two systems: the first is the floors and flats system whose

---

<sup>1</sup> Al-Sanhuri A, 1967, *Al-Wasseet in the Explanation of the New Civil Law: Property Right*, Vol.8, Cairo: Dar Al Nahdhah Al Arabeyyeh, p.575; Adul-Khaleq H, *Op.Cit*, pp.32-33;

<sup>2</sup> Obaidi A, *Op.Cit*, p.93. Siwar M, *Op.Cit*, p.182.

rules are embodied in the Civil Transactions Act No.5 of 1985 and the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai, and the second system is the upper part and lower part system whose rules are embodied in the Civil Transactions Act No.5 of 1985<sup>1</sup>, which has borrowed these rules from the Jordanian Civil Code No.43 of 1976<sup>2</sup> which is, in turn, has borrowed the majority of its rules and principles, including these rules, from the Ottoman Journal of Equity (Majallah)<sup>3</sup>, which is derived from the rules of Islamic jurisprudence<sup>4</sup>.

#### **2.4.1 The upper part and the lower part system**

In this system, the UAE legislator deals with only with the obligations of both the owner of the lower part and the owner of the upper part. It does not deal with the rights of the owners of these parts. This is may be because these rights are same as the rights of the owner of the individual

---

<sup>1</sup> This is similar to the position in the Jordanian law (See Obaidi A, Op.Cit, p.93).

<sup>2</sup> Ballantyne W.M, Op.Cit, p.247-248.

<sup>3</sup> Al-Far A, 1996, Sources of Obligations in the Jordanian Civil Law, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution, p.9.

<sup>4</sup> Khater N & Sirhan A, 2005, Sources of Personal Rights (Obligations), Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution, p.7. It should be noted that in Jordanian law, the Majallah has been repealed and its rules become only applicable in matters where there is no contradiction with the provisions of the Civil Code No.43 of 1976. In this concern, section 1448(1) of this Code provides "the provisions of the Majallah shall to the extent they are repugnant to the provisions of this code be hereby repealed". This means that section 1448 has expressly abolished only those provisions of the Majallah which are in conflict with the provisions of the civil code (see Khater N & Sirhan A, Op.Cit, p.11).

unit and they embody the same elements and factors of ownership as stated above, the matter which means that the UAE legislator tries to avoid redundancy.

Thus, the owner of the upper part and the owner of the lower part each is the owner of his storey or strata as an individual and a separate ownership, and this includes its floor, roof, walls, windows, doors, etc<sup>1</sup>. The owner of the lower part, however, owns the land over which the building is established along with the roof (ceiling), whilst the owner of the upper part owns the right to be continuously and perpetually over the lower part (the settlement right)<sup>2</sup>.

As such, each of the upper part and lower part owner owns its storey fully and independently, and he enjoys all rights of the owner, i.e. the right of disposal, the right of use, and the right of exploitation. In addition, he is subject to the same obligations and restrictions, as stated above. However, due to the exceptional nature of this kind of ownership, the law imposes some restrictions or obligations as follows:

#### **(A)- Obligations of the owner of the lower part**

The owner of the lower part is in under an obligation to:

a) Carry out the works and repairs required to preclude the

---

<sup>1</sup> Obaidi A, Op.Cit, p.94.

<sup>2</sup> Zuhaili W, 1987, Named Contracts in the Civil Law of Jordan and the United Arab Emirates: A Comparative Study, Damascus: Dar Al-Fikr, p.608; Al-Shalabi M, 1983, Introduction to the Islamic Doctrine, Beirut: Dar Al Nahdhah, p.364.

falling down of the upper part (s.1194(1) CTA 1985). Examples are to maintain the ceiling and to strengthen the lower part piers. If he refuses to carry out the said works or repairs, however, the court may upon the application of the person suffering the damage order the execution of the required repairs and the said person may have recourse against the owner of the lower part for his share of the costs (see s.1194 (2) CTA 1985).

b) Rebuild the lower part as it was before if the building has fallen down, and if he refrains therefrom and the owner of the upper part builds it with his permission or that of the court he shall be entitled to recourse for the latter's share in the costs he incurred. But, if the lower part owner refrains therefrom and the upper part owner builds it without permission of the court or that of the lower part owner he may have recourse against the owner of the lower part for his share of the value of reconstruction at the time of building. However, the upper part owner may stop the lower part owner from disposition and use until he pays him his dues and he may also lease<sup>1</sup> it with permission of the court and deduct his dues from the rent (see s.1195 CTA 1985).

### **(B) Obligations of the owner of the upper part**

Section 1196 CTA 1985 provides that "the owner of the upper part shall not be entitled to increase the height of the building and thereby cause damage to the lower part

---

<sup>1</sup> For more information about lease see (4.3).



owner". This also includes an obligation not to put or store heavy things over the floor of his part, which at the same time, forms the ceiling of the lower part, to the extent that it might harm the building or endanger the piers of the whole building, and consequently may cause its collapse<sup>1</sup>.

Besides, one can say that the rights of contiguity can apply therein in away that no owner is entitled to cause harm to the other owner as a neighbour<sup>2</sup>.

#### **2.4.2 Floors and flats system**

According to section 1188 CTA 1985, if the owners of the various floors and flats of a building are several they shall be considered as co-owners of the land and the parts of the building allotted for their common use or any other part registered under such description or the nature of which prescribes its being common and these shall specifically include the following, unless there is a contrary provision in the ownership deed or special law:

- 1- Foundations and main walls;
- 2- Common partition walls and walls allotted for chimneys and ceiling support;
- 3- Ventilation ducts for bathrooms and kitchens;
- 4- Supports for ceilings, arches, entrances, ducts,

---

<sup>1</sup> Adul-Khaleq H, Op.Cit, p.244; Mansour M.M, Op.Cit, p.269; Al-Saddah F, Op.Cit, p.283.

<sup>2</sup> See Ali Haider, 1979, Explanation of the Majallah, Beirut: Dar Al-Nahdah, p.92.

roofs, stairs and staircases, passages and foundations for floorings, lifts and porter's room;

5- Heating and cooling equipment and all types of pipes, gargoyles, sewage and common networks and installation like lighting and water equipment and their accessories and all that may be annexed to the building except for what exists thereof inside the floor or flat.

This is unless there are provisions stated otherwise, whether these provisions are stated in ownership deeds, or in any private law.

It is envisaged from this that the common parts in the ownership of floors and flats include the land on which the building is erected, and every part the nature of which prescribes its being common and any other part registered under such description.

However, we can conclude from this the followings:

a)- Some common parts may be common between some owners and not necessarily between the all owners of the building, such as the party walls that separate two neighbouring flats or units<sup>1</sup>. These walls are considered common between these two flats only and not between all flats, unless there are registered so<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Section 8(4) of the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai states "dividing walls between adjoining units shall be shared by both owners if they are part of the common areas".

<sup>2</sup> Section 1190 CTA 1985 states "common walls between two flats shall

- b)- Specification or definition of common parts is not a matter that is related to the public order in the sense that no one can contract against or agreed to the contrary. Thus, it is valid to agree or contract outside of in the ownership deeds.
- c)- The parts which are separately and individually owned by the unit owner only include those parts which are existed inside his flat or unit and cannot extend to include parts outside that, as these parts are commonly owned.

Section 7(1) of the Law No.27 of 2007 in the Emirate of Dubai provides that unless otherwise indicated on the site plan, the common areas of jointly owned property include, without limitation:

- (a)- Structural elements of jointly owned property including the main supports, foundations, columns, beams, structural walls, steps, ceilings, ceiling joists, hallways, staircases, stairwell, emergency exists, entrances, windows located on exterior walls, facades and roofs.
- (b)- Parking areas, watchman rooms, recreational facilities and equipment, swimming pools, gardens, storage facilities, places designated for use by the owners association or whomever it assigns or contracts to manage the jointly owned property.
- (c)- Main utility equipment and systems including electricity generators, lighting systems, gas systems

---

be commonly owned by the owners of these two flats if they are not included in the common parts”.

and equipment, water systems, heating and cooling systems, air conditioning systems and waste storage and treatment facilities.

(d)- Lifts, tanks, pipes, generators, suction fan, air compressor, units, mechanical ventilation systems.

(e)- Water mains, sewer pipes, ventilation shafts, gas pipes and flues and electrical wiring and conduits serving more than one unit.

(f)- All fittings, connections, equipment and facilities used by more than one unit owner.

(g)- and devise for measuring the reticulation of supply utilities.

(h)- All other parts, which are not located within the boundaries of a unit, that are necessary and required for the existence, maintenance or safety of the property.

Section 7(2) of the same Law provides that unless otherwise indicated in the site plan, the common area of jointly owned property comprising land, other than a building and part of a building, include, without limitation:

(a)- Roads, roundabouts, intersections, pathways, pavement sides, drainage ways curbs, gutters, median strips, bridges, viaducts.

(b)- Lakes, ponds, canals, promenades, fountains, water features and other waterways, including all equipment associated with them.

(c)- Landscaping, open space areas, and playgrounds.

(d)- Wires, cables, pipes, sewers, drains, ducts,

devices and equipment by which units or common areas are supplied with utility services.

(e)- Measuring or utility service supply devices designated for common use by the owners and occupiers of the units.

In addition, section 8 of the same Law explicitly states: (1)- Unless otherwise indicated on the site plan, each unit situated in a building shall include, without limitation, the following:

(a)- Floors, floor materials and components down to the base of the joists and other structures supporting the floor of the unit.

(b)- Plaster ceilings and all other type of ceilings, additions that form part of the internal area of the unit and spaces between the ceilings, ceilings above the support walls and structures inside the unit and walls separating the unit from the rest of the jointly owned property and any adjacent units or common areas.

(c)- All non-load bearing walls and non-support walls inside the unit.

(d)- Windows, glass and fixtures that form part of the interior windows, lighting systems for the unit, doors, door frames and all equipment and fixtures serving the unit.

(e)- All internal connections serving the unit.

(f)- All fixtures and fittings installed by the unit owner or occupier.

(g)- All additions, modifications and improvements made to the unit from time to time.

(2)- Unless otherwise indicated on the site plan, each unit associated with jointly owned property comprising of land, other than a building or part of a building, shall include, without limitation, everything situated within the boundaries of the unit, other than the utility service that serves the common area or another unit.

(3)- Each unit is entitled to appropriate support and shelter from the other units and the common areas.

(4)- Dividing walls between adjoining units shall be shared by both owners if they are part of the common areas.

From all of that mentioned above one can see that the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai was more clear in defining the thing which are commonly owned and the things which are individually owned than the Civil Transactions Act of 1985 which was brief in defining these things. Despite that, however, there are many things, which can be commonly owned, and these thing may be specified in the site plan or in the ownership deeds. This is clearly envisaged from the concept of “without limitation” which the law has used and repeated many times, and we believe that the legislator of Dubai was prudent by mentioning this.

Under section 10 of the Law No.7 of 2007, the unit owner has the right to sell or dispose of his individually owned unit by any kind of dispositions. Also, he is entitled to

mortgage his unit in favour of a bank, or any other financial institution, providing that disposition conveys the whole of his interest in the unit and common parts. This is important, because, as said before, the owner cannot sell his share in the common parts in isolation of his own unit, and vice versa, he cannot sell in unit in isolation of the commonly owned parts in the building as a whole<sup>1</sup>.

The Law No.7 of 2007 provides a mechanism by which the co-owner(s) has/have the right to buy the share of the other co-owner once he intends to sell it to another party who is not one of the co-owners. This mechanism is "right of the first refusal" which is regulated by section 12 & 13 of the Law. In this concern, section 12 of the Law No.7 of 2007 provides that each co-owner of a unit has the right of first refusal to purchase another co-owner's share in a unit offered to sale to a non partner, and if more than one co-owner's possesses this right, then they shall be entitled to purchase proportionally to their existing interests. However, the right of first refusal does not apply to any sale between spouses, lineal ascendants, lineal descendants, brothers and sisters, or their descendents<sup>2</sup>.

This means that the right of shufa'a (preemption) which is introduced by the provisions of the UAE Civil Transactions Act No.5 of 1985<sup>3</sup> and which applies to lands in general does not apply to floors and flats<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> This is similar to the position in the Jordanian law (See Obaidi A, Op.Cit, p.9).

<sup>2</sup> See Al-Mursi M.Z, Second Book, Op.Cit, pp.301-304.

<sup>3</sup> See sections 1279-1306 CTA 1985.

<sup>4</sup> See section 10 of the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of

For this right to be used by the co-owner, however, certain conditions and requirement must be fulfilled: (i)- the co-owner's share must be a joint share in a flat or floor; (ii)- the buyer must be a third party (any one who is not a co-owner) that has a share in the flat or floor; (iii)- the sale must not be compulsory, such as the case in which there is an execution order from the court in order to sell the co-owner's movables and immovables and to pay his debts; (iv)- the sale must not be for the whole flat or floor, but only for a share of it; (v)- the right of first refusal must be practiced over the whole share and not over a part of it (it cannot be divided).

Section 13 of the Law No.7 of 2007 states "1- the right of first refusal cannot be divided, so it cannot be used or abandoned unless in whole, and in case of multiple owners of this right each shall use his right according to his share, and if one or some of them abandoned his right then this right shall be transferred proportionally to their existing interests; 2- the right of first refusal shall lapse should the selling co-owner notify the other co-owners, through a

---

Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai. It should be indicated, here, that the right of pre-emption arises when the landowner sells the whole or part of his land to a person other than the purchaser (s.1279 CTA 1985). As a result of arising by operation of law, the right of pre-emption does not need to be registered in order to bind third parties (Jundi M, 1985, The Right of Pre-emption in the Civil Law of Jordan and the United Arab Emirates: A Comparative Study, The Law Journal, March, Vol.1, p.174). In addition, it is never lost if the pre-emptor dies before he has succeeded in obtaining a judicial decree (Al-Saddah F, Op.Cit, p.475).



notary public, of the name and address of the third party purchaser and the conditions of sale, and the co-owners fail to agree to the said conditions within a period of one month after receiving the said notice; 3- in the event of a co-owner agrees to buy he must notify the selling co-owner through the notary public of his intention with fifteen days of receiving notice of the sale and complete the sale procedures at the land department within ten working days from finishing this period; 4- if it is approved that the sale was done with better terms to the benefit of the purchaser from the mentioned terms in the notification sent to the owners of the right of the first refusal; they have the right to claim for compensation for the damage suffered to them before the competent court”.

In fact, one can say that this section comes to the benefit of both parties; the selling co-owner and the buying co-owner. In setting a limited period of time, the legislator seeks to discover the seriousness of both parties to accomplish this legal transactions, and to save the time of both parties, and consequently to cut off any possible litigation.

### **3. Rights and obligations of the co-owners with regard to the common parts**

There are two subject matters for the rights and obligations here: rights and obligations over the individually owned unit, and rights and obligations over the commonly owned

parts<sup>1</sup>. Rights and obligations over the individually owned unit are same rights and obligations of the ownership in general and these rights include the right of disposal, the right of use and the right of exploitation. Besides, they are subject to the same obligations and restrictions as stated above.

Accordingly, this part of study will focus on the rights and obligations of the co-owners over the commonly owned parts:

#### **(A) The right to use the commonly owned parts**

Section 1191 CTA 1985 states that “every owner shall be entitled to use (benefit from) the common parts for the purpose for which they are allotted provided that the exercise by the remaining partners of their rights is not thereby precluded”.

In specific terms, this means that the co-owner’s right to use the common parts is subjected to two restrictions: (i)- his use must confine to the purpose for which the common part is allocated; (ii)- other co-owners must not be harmed or precluded from using these common parts. Thus, for example, no co-owner has the right to park his car in the garden, which is allocated to the benefit of the whole co-owners. Similarly, no one is allowed to store his spare parts in the lift, which is allocated for the use of all co-owners.

---

<sup>1</sup> See Obaidi A, Op.Cit, p.97; Siwar M, Op. Cit, pp.186-187; Adul-Khaleq H, Op.Cit, p.239.

Section 24 of the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai provides that subject to the association constitution, unit owners and occupiers and their guests must use the common areas as designated for, and in a way that does not compromise the rights of others to use those areas or disturb others or put their safety or the safety of the jointly owned property at risk.

**(B) The right to make alternations in the common parts**

Under section 1193 CTA 1985, no owner is entitled to effect any alterations in the common parts even at the time of reconstruction without the consent of the all co-owners, unless the alteration affected by him will benefit those parts without any change in allotment or damage to the other owners.

This means that each owner has the right to carry out alterations in the common parts without the consent of other owners if the following requirements are satisfied: (i)- the alteration will be of benefit for those common parts; (ii)- the alteration should not result in making changes to the allotment of these common parts; and (iii)- the alteration should not harm or cause damage to the other owners<sup>1</sup>.

Under section 23(1) of the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of

---

<sup>1</sup> See Siwar M, Op.Cit, p.192. This is similar to section 857(2) of the Egyptian Civil Code No.131 of 1948, which adds another requirement, i.e. the costs of such alteration should be borne by the co-owner who has carried out these alterations.

Dubai, the unit owner is not allowed to make any alterations or modifications to the structure or external appearances of his unit or any part of the jointly owned property that would materially affect the unit or jointly owned property or its external appearance. This is save for what is authorized or permitted by the owners' association.

If the unit owner makes such alterations or modifications without being authorized or permitted by the owners' association, however, he becomes liable to repair the resulting damage at his own expenses and in the manner requested by the owners' association. But, if the unit owner fails to do so, the owners' association can repair the damage and recover the repair costs from the owner (s.23(2) of the Law No.7 of 2007).

#### **(C)- The right to dispose of the common parts**

Each owner has a share in the common parts according to the percentage he owns in the building, but he is not allowed to dispose of his share in isolation of his separately and individually owned unit. This is simply because his share in these parts is regarded as an appurtenant to the unit (see s. 1192 CTA 1985).

#### **(D) Division of common parts**

The nature of these parts and the purpose for which they are allocated make them indivisible. Therefore, section 1189 CTA 1985 clearly states "the common part of the building shall not be divisible and the share of every owner therein shall be proportionate to his share in the building and no owner shall be entitled to dispose of his share independently of the part he owns".

The principle of the indivisibility of the common parts is adopted again by section 16 of the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai, which provides that “under no circumstances can common areas be divided or disposed of, in whole or in part, separately from the units to which they appertain”.

### **(E) Payment of the common parts maintenance costs**

Section 1192 CTA 1985 provides that “every owner shall share in the costs of the preservation, maintenance and management of the common parts and his share in the costs shall be to the value of his ownership in the building as shown in the management regulation of the building and every owner who causes an increase of the costs of the building shall be liable therefore. And no owner shall be entitled to disown his share in the common parts in order to get ride of the participation in the costs”.

In the same context, section 22(1) of the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai provides that each unit owner shall pay the owners’ association his share of the annual service fee to cover the cost of management, operation, maintenance and repair of the common areas. Such fee must be calculated in correspondence with the space of unit of the total space of the jointly owned property. In addition, section 22(2) of the Law provides that the unit owner is not allowed to relinquish his share in the common areas in order to avoid paying his share of the annual service fee.

If the unit owner refuses or fails to pay his share of the annual service then the owners' association shall have a lien on every unit for unpaired service fee and any other obligations levied against the unit owner in accordance with the provisions of this law or the association constitution. This right shall exist even when ownership of the unit has conveyed to a new owner<sup>1</sup>.

Section 25(2) of the Law No.7 of 2007 has laid down a strict process by which the unit owner can be forced by law to pay his share of the annual service fee. It provides that if the unit owner does not pay his share of service fees, or defaults on any of his obligations, the decision of the manager of the association taken against the unit owner shall be, after three months of being notified to him through the notary public, enforceable by the execution judge at any competent court, and in all cases the suffered person may object on this decision within that period at the competent court, and the execution must be held till taking a decision in the subject of the objection.

#### **(F) Payment of the insurance premiums**

This obligation is not explicitly stated in the law; it is impliedly embodied in its provisions. This is inferred from the wording of section 30 of the of the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai, which states "the insurance premiums

---

<sup>1</sup> Section 25(1) of the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai.

payable by each unit owner shall be covered by the annual fees paid to the owners' association according to the provisions of this law”.

In addition, section 28 of the Law states “the owners' association must maintain comprehensive insurance in an amount equal to the repair or replacement value of the joined owned property in case of its destruction for any reason and the association shall be the beneficiary of the said insurance”.

### **(G) Management of common parts**

Section 1197 CTA 1985 provides “1- wherever there is common ownership of a building divided into floors or flats the owners may form a union to administer it and secure its better use; 2- the object of the union may be the reconstruction or purchase of buildings for the distribution of their parts among its members; 3- the union shall in respect of its formation, regulation, administration, powers and what relates to it, shall be subject to the provisions of legislations relating thereto”<sup>1</sup>.

It is clear from this section that formation of a union is not compulsory, i.e. it is optional. However, if such a union is

---

<sup>1</sup> Section 6 of the Law No.27 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai states “each unit owner has an obligation in favour of other unit owners, occupiers and Owners' Association to comply with the master community declaration and the association constitution”.

formed, it shall be subject to the provisions of the legislations relating thereto. But, if such a union is not formed, then the management of the common parts will continue to be governed by the general rules relating to the management of the common property. These general rules are as follows:

Basically, the management of the common property is a matter that is primarily related to the consensus of all owners. Thus, section 1155 CTA 1985 provides that the management of the common property shall be the joint right of the co-owners, unless otherwise agreed, but if one of the co-owners undertakes the management without objection from the others he shall be considered as their agent.

The UAE Federal Legislator, however, distinguishes between normal and abnormal management. The first kind of management does not seek to make a radical change in the purpose for which the common part is allocated, whilst the second kind of management seeks to make such a change, such as changing the purpose of the building from residential to commercial<sup>1</sup>. Besides, in the normal management regard is given to the opinion or the decision of the majority of the co-owners, whereas in the abnormal management regard is given to the opinion or the decision of the co-owners who owns at least three quarters of the common property.

---

<sup>1</sup> See Al-Mursi M.Z, First Book, Op.Cit, p.377 & p.380.



However, the law stipulates that the decision of the majority should be communicated to the other co-owners by notarial notice, and dissident co-owners shall have the right to refer to the court within two months of the date of notification. The court may on reference decide on the measures it deems proper if it agrees to the decision of the said majority, and it may particularly decide to grant the dissident co-owner a guarantee to secure the payment of the compensation that may become due (ss.1156-1157 CTA 1985).

As for the co-owner's right to preserve and keep up the co-owned property, section 1158 CTA 1985 provides that "any co-owner shall be entitled to take measures for the preservation of common property even if that be without the consent of the remaining co-owners".

Accordingly, the legislator gives the co-owner a right to take all necessary precautions and actions in order to keep and preserve the common property without need of the consent of other co-owners, as these precautions and actions aim to achieve the benefit of all co-owners<sup>1</sup>. Given that, the co-owner can bring an action in order to cutoff prescription period from running against all owners or to bring an action of recovery on intruders, etc.

---

<sup>1</sup> See Obaidi A, *op.Cit*, p.57.

As regards the co-owner's obligation to pay the cost of the management and protection of the co-owned property, section 1159 CTA 1985 provides "the management costs of the common property and its preservation, the taxes due thereon and all other costs resulting from the common nature of the property or prescribed thereon shall be borne by all the co-owners each according to his share". This section refers to two kinds of costs; namely: (i)- the management costs which must be borne by all co-owners according to their shares; and (ii)- the preservation costs, which is spent for the purpose of keeping the co-owned property in good condition and protecting it from intrusion. This again must be borne by each owner according to his share<sup>1</sup>.

However, one question arises here and needs to be answered: what is the legal foundation based on which the co-owner who carried out preservation can claim the costs from other owners each according to his share?

In fact, some law jurists argue that the co-owner who spends money and incurs expenses can go back on the other co-owners and recover the cost according to each share on the basis of officiousness, which is regarded as one of the forms of unjust enrichment. They argue that the co-owner is regarded as a volunteer<sup>2</sup>. However, the majority of law

---

<sup>1</sup> Al-Saddah F, Op.Cit, p.149; Obaidi A, op.Cit, p.58.

<sup>2</sup> See Nabeel I, 1995, Theory of Obligations, Vol.1, Cairo: Dar Al-Nahdah Al-Arabeyyeh, p.49; The Explanatory Memorandum of Jordanian Civil Code, 1992, Part II, Amman: Al-Tawfeeg Press, p.456.

jurists base this upon the legal agency in the sense that the co-owner who spends money and incurs expenses is regarded as a legal agent for all other co-owners<sup>1</sup>.

As regards the co-owners right to dispose of his share, section 1153 CTA 1985 has provided that every co-owner may dispose of his share without permission of other co-owners provided that he shall not inflict damage on the rights of those co-owners.

Section 16 of the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai, however, provides that “under no circumstances can common areas be divided or disposed of, in whole or in part, separately from the units to which they appertain”.

It should be added that upon the registration of the first sale of a unit in a jointly owned property in the land registration department, an owners’ association will be legal formed automatically (by force of law)<sup>2</sup>. In this concern, it should be kept in mind that the owners’ association is a non-profit institution or establishment and it has its own legal entity that is separated from its members. In addition, it has the right to sue in this capacity and to own movable assets<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Mubarak S, 1996, Summary of the Civil Law Rules: Real Property Rights, First Edition, Cairo: Dar Al-Nahdha, p.31; Siwar M, Op.Cit, p.125; Maxoni A, 2007, Real Property Rights, Beirut: Al-Jeel Press, p.73.

<sup>2</sup> Section 17(1) of the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai.

<sup>3</sup> Section 18(1) of the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly

#### **4. The legal transactions that can be made over the individually owned unit and the common areas**

As said above, the co-owner has the right to dispose of his share along with his individually owned unit, i.e. he is not allowed to dispose of his share in isolation of his individually owned unit, and providing this does not harm or cause damage to the other owners.

Thus, the owner can dispose of his own unit as he wishes providing he observes the statutory provisions in this concern. He can enter into any agreement and conclude any contract that is recognized by law; most notably he can sell his own unit, or lease it, or mortgage it, or make it subject to a servitude or an easement (e.g. right of way), etc. The most important legal transactions, however, are sale and lease of the owned unit.

It is proposed, here, to discuss how a contract is concluded and then to shed light on the sale contract and the lease contract as models of the legal transactions that can be made over the unit.

### **4.1 Concluding a contract in the UAE Law**

#### **4.1.1 General**

A contract may be defined as a legally enforceable agreement giving rise to rights and obligations for and on

---

Owned Properties in the Emirate of Dubai.

the parties involved. It is concluded by offer and acceptance; one party makes the offer and the other accepts it<sup>1</sup>.

Section 125 of the UAE Civil Transactions Act No.5 of 1985 defines a contract as "the coincidence and meeting of the offer issued from one of the contracting parties with the acceptance issued from the other in such a manner that gives the effect thereof on the object of the contract and on the obligation of each party towards the other".

By virtue of section 130 of the UAE Civil Transactions Act No.5 of 1985, a contract is made as soon as an offer coincides with an acceptance, subject to any additional conditions, which the law may prescribe. Section 131 of the Act indicates that offer and acceptance are expressions used by custom to make the contract. The prior expression is the offer and the second is the acceptance<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Treitel G.H, 1999, *The Law of Contract*, Tenth Edition, London: Sweet & Maxwell, p.8; Koffman L & Macdonald E, 1998, *The Law of Contract*, Third Edition, Surrey: Tolley Publishing Company, p.1. Also, see Al-Shamisi J, 1998, *Sale Contract in the UAE Civil Transactions Act: A Comparative Study with Islamic Fiqh*, UAEU Press, pp.3-5.

<sup>2</sup> Unlike the UAE Civil Transactions Act of, English law neither puts a general theory of contract nor provides detailed rules and principles for contracts. Thus, the matter is left to the case law as well as to the principles of equity. In other words, the bulk of the English contract law is judge-made. This law is basically concerned with whether or not an agreement has been reached, and how it can be enforced, and what remedies are available to the injured party when a contract is broken (see Beale HG; Bishop WD and Furmston MP, 1995, *Contract: Cases and*

#### 4.1.2 Expressing and communicating the will in contracting under the UAE Civil Transactions Act

As said above, contract is an agreement that arises from offer and acceptance. One person makes the offer and another person accepts it<sup>1</sup>. In other words, it is the establishment of a legal tie between concurring offer and acceptance that is aimed at bringing about a legal action or transaction<sup>2</sup>.

As a general rule, offer and acceptance must be made by legally competent persons having full capacity; i.e., persons who have reached the age of majority, which is twenty one lunar years (s.85(2) CTA 1985) and have a certain level of mental ability (see ss.86-88 CTA 1985)<sup>3</sup>.

---

Materials, London: Butterworths, p.3; Lewis J.R & Holland J.A, 1988. Landlord and Tenant Law, Fourth Edition, Durham: Casdec Ltd, pp.31-32).

<sup>1</sup> Abu Zahrah M, 1980, Property and the Theory of Contract, Damascus: Dar Al-Fikr, p.173; Cunningham A; Stoebeck B & Whitman A, 1984, The Law of Property, Minnesota: West Publishing Co, p.265; Al Far, Op.Cit, p.31.

<sup>2</sup> Abu Zahrah M, Op.Cit, p.265. It is to be mentioned, here, that Islamic jurists define a contract as "a legally sound combination between offer and acceptance in such a manner that its effect leaves its mark on its subject matter" (Al-Zarqa M, 1959, Introduction to Fiqh, Sixth Edition, Vol.1, p.274; Mahmasani S, 1955, 'Transactions in the Shari'a' in Khaddouri M & Liebesny H (eds), Law of the Middle East, Vol.1, Virginia: William Byrd Press, p.179; Abu Zahrah M, Op.Cit, p.171).

<sup>3</sup> For details see Anwer Sultan, Op.Cit, pp.53-58

Besides offer and acceptance, three necessary requirements must be available in order for a contract to be legally binding. These requirements are the subject-matter, the cause and the formality if the subject matter is immovable (real property) or a movable thing which has special records, e.g., cars, buses, motorcycles<sup>1</sup>.

Under the UAE Civil Transactions Act, the rule is that parties enjoy the right to conclude any contract they wish, provided this contract is not contrary to the rules of shari'a or law<sup>2</sup>. Similarly, section 206 CTA 1985 provides that a contract may be made subject to a condition, unless the condition is prohibited by the legislator, or it is contrary to the public order or morals; otherwise the condition shall be null and the contract shall be valid, unless the condition is the motive behind the contract in which case the contract shall also be void.

Section 280 CTA 1985 validates a promise to conclude a contract. It provides that a legal promise exists when a person binds himself with a future obligation towards another but not by way of a financial obligation, and it may relate to a contract or work<sup>3</sup>. It also provides that the promise shall bind its maker (the promisor), unless he dies or becomes bankrupt.

---

<sup>1</sup> See Obaidi A, Op.Cit, p.165.

<sup>2</sup> Ibn Taymeyah, 1383 H, Fatawa Ibn Taymeyah, Riyadh: Dar Al Fikr, pp.326-343; Al-Far A, Op.Cit, p.89; Khater N & Sirhan A, Op.Cit, p.33.

<sup>3</sup> Section 280 CTA 1985 specifically deals with a unilateral act, which is by section 277 CTA 1985 subject to the same rules governing contracts, with an exception of the existence of two identical wills.

It is to be said that there are two theories that explain the expression of the will in contracting. The first is called the subjective theory and the second is called the objective theory<sup>1</sup>. Each of these two theories explains concluding of a contract in a different way. According to the first theory, a contract is concluded by matching of the hidden, or the latent, will of the parties, i.e., it ascribes creating of a contract to the psychological will of the parties. According to the second theory, a contract is concluded by matching of the apparent, or the patent, will of the parties, i.e., it ascribes creating of a contract to the physical will of the parties<sup>2</sup>.

Influencing by the Islamic legal jurisprudence, the UAE Civil Transactions Act No.5 of 1985 has adopted the second theory (the objective theory)<sup>3</sup>. It can be argued, here, that by adopting the objective theory the legislator has protected the bona fide party who has relied on the offer forwarded to him by the other party and, accepted it with the intention to create an enforceable agreement.

#### **4.1.3 The importance of offer and acceptance in forming a contract**

At the outset, it must be mentioned that the classical jurists

---

<sup>1</sup> Adams J & Brownsword R, 2000, Understanding Contract Law, Third Edition, London: Sweet & Maxwell, p.35; Ball M, Op.Cit, p.65; Al-Attar A, Op.Cit, p.9.

<sup>2</sup> Abdul-Baqi A, 1984, The Theory of Contract and Unilateral Act, Cairo: Dar Al-Fikr Al-Arabi, p.21&p.94.

<sup>3</sup> See Munzer F, 2007, Sources of Obligations, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution, p.112.



of Islamic law did not attempt to develop a general theory of contract<sup>1</sup>. The word *aqd* has been used by the Islamic jurists to describe unlimited transactions<sup>2</sup>. Moreover, the same word is continued to be in use in the laws of Arab countries<sup>3</sup>. The lack of a general theory of a contract in Islamic law, however, led the early jurists of Islam to treat the contract of sale as a prototype to which other contracts should conform<sup>4</sup>.

The efforts of Islamic law jurists were concentrated on the detailed and individual treatment of each contract<sup>5</sup>. But, the UAE Civil Transactions Act of 1985 has put a very comprehensive theory of contract and laid down detailed rules and principles concerning all types of contracts that the legal culture of society knows and recognizes.

---

<sup>1</sup> Fadli J, 1997, *Al-Wajeez in the Civil Contracts: Sale, Lease and An Independent Work*, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution, p.11; Zahraa M, 1993, 'Negotiating Contracts in Islamic and Middle Eastern Laws', *Arab Law Quarterly*, January-December, Vol.13, p.265.

<sup>2</sup> Abu Zahrah M, *Op.Cit.*, p.175; Anwer Sultan, *Op.Cit.*, p.11.

<sup>3</sup> McKendrick E, 2000, *Contract Law*, Fourth Edition, London: Macmillan, p.8; Khater N & Sirhan A, *Op.Cit.*, p.29. See, for example, section 87 of the Jordanian Civil Code No.43 of 1976, section 73 of the Iraqi Civil Code No.40 of 1950, section 31 of the Kuwait Civil Code of 1980, section 140 of the Yemeni Civil Code of 1992, and section 125 of the UAE Civil Transactions Act No.5 of 1985).

<sup>4</sup> See Al-Shalabi M, *Op.Cit.*, p.419. This approach has been adopted by the UAE Civil Transactions Act (see for example s.366 & s.611 CTA 1985).

<sup>5</sup> Al-Kasani, *Badae' Al-Sanae'*, Vol.5, Cairo, p.259; Al-Shalabi M, *Op.Cit.*, p.414; Saleh N, 1998, 'Origins of the Sanctity of Contracts in Islamic Law', *Arab Law Quarterly*, January-December, Vol.13, p.263.

The contract of sale forms the core of the UAE law of contract and it is considered as a model for all bilateral contracts<sup>1</sup>. It is essential for the validity of this contract that: (1)- the subject matter (mahal) should be: (i)- a lawful property of value (mal mutaqawwim) (s.95 & s.200 CTA 1985); (ii)- in existence at the time of sale (s.201 CTA 1985); (iii)- a specific thing, which is ascertained or capable of ascertainment (s.203 CTA 1985); and (iv)- capable of delivery (s.199 CTA 1985); (2)- the price must be ascertained at the time of contracting (s.556 CTA 1985); and (3)- the contract of sale, as any other legal transaction, has to be registered in the land records at the land registration department if its subject matter is land or any other movables of which the transfer of title depends upon registration (s.1277 CTA 1985).

UAE Civil Transactions Act No.5 of 1985 recognizes the freedom of contract and provides an applicable measure of freedom within certain fixed rules<sup>2</sup>. Freedom of contract has to be compatible with ethical rules of legal transactions, and custom plays an important role in this regard<sup>3</sup>. In addition,

---

<sup>1</sup> Naddawi A, 1999, Explanation of Jordanian Civil Law, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution, p.18; Zu'bi M, 2004, Op.Cit, p.16.

<sup>2</sup> Al-Attar A, Op.Cit, p.22; Khater N & Sirhan A, Op.Cit, p.33; Munzer F, Op.Cit, p.44.

<sup>3</sup> Mansour A, 2001, The General Theory of Obligations, First Edition, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution, pp.32-33; Thannoun H & Raho M, 2002, Sources of Obligations: A Comparative

contracts are governed by the rule that a person is permitted to make all the transactions he desires, unless these transactions are forbidden by the law or are contrary to the rules of public order or morality, i.e., the principle of freedom to contract (s.126(d) CTA 1985)<sup>1</sup>.

It should be noted that in Islamic law<sup>2</sup>, which has major influence on the UAE law, the general rule is that all contracts are pacts which must be observed since Allah is a witness to any contract entered into by individuals or by collectivities, and any valid contract is obligatory in accordance with shari'a rules (be faithful to your pledge to Allah when you enter into a pact)<sup>3</sup> & (Ye who believe fulfill all contract)<sup>4</sup>. In addition, it is reported that the Prophet (PBUH) has said "Muslims are committed to the terms of their agreements, unless a term that legalizes something forbidden or prohibits something allowed"<sup>5</sup>.

---

Study of Islamic and Comparative Law, First Edition, Amman: Dar Wael, p.42.

<sup>1</sup> See Abdul-Baqi A, Op.Cit, pp.47-49; Abu Zahrah M, Op.Cit, pp.223-227.

<sup>2</sup> In Islamic law, the sole source of law is the Quran, which is the word of Allah that was transmitted to the Prophet Muhammad (PBUH) through the Angel Gubrai'i; and Sunna is the supplement of the Quran. The latter is the record of the collected traditions of the Prophet (PBUH). It embraces the Prophet's statement, orders, acts of worship, and approvals (Al-Shalabi M, Op.Cit, p.98; Abu Zahrah M, Op.Cit, p.7&p.13).

<sup>3</sup> The Holy Quran, Surat Al-Nahil, verse 91.

<sup>4</sup> The Holy Quran, Surat Al-Māedah, verse 1.

<sup>5</sup> Abdul-Baqi A, op.Cit, p.84. See The Explanatory Memorandum of Jordanian Civil Code, 1992, Part I, p.93.

The subject-matter of a contract may be: (i)- property, movable or immovable, material or immaterial; (ii)- benefits of property; (iii)- certain work or service; (iv)- any other thing not prohibited by a legal provision or not contrary to the rules of public order or morals (s.126 CTA 1985).

Under the UAE Civil Transactions Act, contract is of three main types; namely: valid, void and fasid<sup>1</sup>. A valid contract is that one whose conditions and their respective qualifications are lawful by being made by capable persons, relating to an object that can be subject to its provisions, having an existing, valid and lawful purpose, the legal qualifications of each condition are met, and not subject to a vitiating defect (s.209 CTA 1985). A void contract is that one whose conditions and qualifications are unlawful in respect of its base, subject-matter, purpose or the form prescribed by the law; it has no effect and cannot be rectified (s.210 CTA 1985). A fasid contract is that which is lawful essentially but not in the qualifications of its conditions. But, if the reason for its invalidity is rectified it becomes valid (s.212 CTA 1985).

As said before, the two main components of a contract are offer and acceptance. Each of these components can be in the past tense, in the present or in the mandatory tense if the immediate effect is intended (s.132 CTA 1985). Below, is a discussion of offer and acceptance.

---

<sup>1</sup> See Al-Attar M, 1997, Op. Cit, p.187; Al-Far A, Op.Cit, pp.98-124.

### 4.1.3.1 Offer

An offer is a proposition put by one person (offeror) to another person (offeree) coupled with an indication that the proposer is willing to be held to that proposition<sup>1</sup>. The expression of the will must be by word, in writing, the customary sign even from a person who is not dumb, the actual exchange denoting consent, or by any other conduct which in the normal circumstances leaves no doubt about its indication of consent (s.132 CTA 1985).

In other words, an offer may be made in writing, speech or by conduct<sup>2</sup>. It may be made through an electronic message, i.e., an e-mail via internet, mobile, etc. To this effect, section 11 of the Federal Law No.1 of 2006 Concerning Electronic Transactions and Commerce in the United Arab Emirates<sup>3</sup> states that "for the purpose of entering into a contractual relationship, the offer and the acceptance may be expressed, wholly or partially, by the electronic means and the contract shall not lose its validity or the possibility of its execution due to the fact it is made by one or more electronic means".

---

<sup>1</sup> Al-Ahawani H, 1992, Sources of Obligation, Cairo: Dar Al-Nahdhah, p.50.

<sup>2</sup> Al-Sharqawi J, 1991, The General Theory of Obligations, Cairo: Dar Al Nahdhah, p.89; Abu Zahrah M, Op.Cit, p.206; Thannoun & Raho, Op.Cit, pp 45-48; Khater N & Sirhan A, Op.Cit, p.57.

<sup>3</sup> This Act was published in the Official Gazette No.442, on 30 January 2006.

This indicates that the message of information is regarded as a means of expression of a will, and for the purpose of creating a binding contractual obligation, this message is legally accepted as a valid offer or as a valid acceptance.

A mere statement of a person's intention, or a declaration of his willingness to enter into negotiations is not an offer and cannot be accepted so as to form a valid contract<sup>1</sup>. The offeror may make the offer to a particular person, or to a group of persons, or to the world<sup>2</sup>.

An offer is different from an invitation to treat or to negotiate in that an offer is a statement by one party of his willingness to enter into a contract on stated terms, provided that these terms are, in turn, accepted by the party or the parties to whom the offer is addressed, whilst an invitation to negotiate is simply an expression of willingness to enter into negotiations, which may finally lead to the conclusion of a contract at a later date<sup>3</sup>.

The process leading to an agreement may be long. It may consist of mutual requests of information and a series of negotiations. When negotiations have reached the point

---

<sup>1</sup> Thannoun & Raho, Op.Cit, p.64; Khater N & Sirhan A, Op.Cit, p.62.

<sup>2</sup> See Ramadan A, 1990, Sources of Obligations in the Lebanese and Egyptian Law, Beirut: Al-Dar Al-Jamee'yyeh, p.16; Al-Dasouqi I, 1995, The Theory of Obligation, Kuwait: Kuwait University Press, p.48.

<sup>3</sup> Al-Far A, Op.Cit, pp.42-43; Mansour A, Op.Cit, p.69; Thannoun & Raho, Op.Cit, p.64; Anwer Sultan, Op.Cit, p.54.

where one of the parties makes it clear that he is willing to contract on specific terms and all that it is required is acceptance by the other party, then it can be said that an offer has been made<sup>1</sup>. Indeed, there are many cases where offer is distinguished from an invitation to treat or to negotiate. Below, are some examples of these cases:

(a)- Display of goods for sale in stores

In this simple everyday practice, the rules of offer and acceptance simply do not demand that a particular conclusion be reached. Nor can the intention of the parties provide a useful guideline. Section 134(1) CTA 1985, however, distinguishes between two cases; namely: the display of goods with their prices, and the display of goods without showing their prices. The first is considered as an offer, but the second is an invitation to negotiate. This applies to the display of goods by advertising in catalogues<sup>2</sup>.

(b)- Advertisement

The general rule is that (in case of ambiguity) a newspaper advertisement is not an offer but an invitation to negotiate<sup>3</sup>. Section 134(2) CTA 1985 states that "publication, advertisement, statement of market prices and any other

---

<sup>1</sup> Anwer Sultan, Op.Cit, p.53; Khater N & Sirhan A, Op.Cit, pp.64 & p.92.

<sup>2</sup> Zraiqaed A, 2001, 'Towards a General Theory in Framing Contracts', University of Kuwait Journal of Law, Issue No.3, p.201; Al-Attar A, Op.Cit, p.53; Munzer F, Op.Cit, p.114.

<sup>3</sup> Mansour A, Op.Cit, p.69; Khater N & Sirhan A, Op.Cit, p.58.

statement relating to an offer or orders directed to the public or to individuals shall not in the case of ambiguity be considered as offers, but as an invitation to negotiate".

It should be noted, however, that there are many situations where an advertisement can be held to be an offer, not a mere invitation to negotiate. An example is where an advertisement offers a reward for the return of a lost property<sup>1</sup>. If the finder returns the property, knowing of the reward offer, he is entitled to the reward. It is not open to the owner to say that he was not making an offer, but an invitation to negotiate<sup>2</sup>.

### (c)- Auction sales

The general rule is that an auctioneer, by inviting bids to be made, makes an invitation to negotiate<sup>3</sup>. The offer is made by the bidder which, in turn, is accepted when the auctioneer strikes the table with his hammer. The problem of identifying the highest bid remains outstanding because, until the hammer is brought down, there is always the possibility of a last minute bid being made<sup>4</sup>. Section 144 CTA 1985 states that "subject to the provisions of other laws, the contract in auctions shall not be completed except by the falling down of the hammer, and an offer shall be superseded by a bigger offer even if the latter was void, or by closing down of the auction without any acceptance"<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> This is one of the applications of the unilateral act. It can be applied to a bilateral contract, however, if there is a previous dealing between the parties.

<sup>2</sup> Al-Attar A, Op.Cit, p.64.

<sup>3</sup> Munzer F, Op.Cit, p.115.

<sup>4</sup> Al-Far A, Op.Cit, p.49.

<sup>5</sup> Section 279 of the UAE Civil Procedures Act No.11 of 1992 provides



(d)- Tenders

Where a person (corporate or incorporate) calls for tenders for a particular project, the general rule is that the invitation to tender is an invitation to negotiate. The offer is made by the person who submits the tender and the acceptance is made when the person calling for tenders accepts one of them<sup>1</sup>.

(e)- Bus timetables

Concerning transport, one could say that a bus timetable and the running of the bus are an offer by the bus company, which is accepted by boarding the bus by a passenger. Alternatively, it could be said that the bus timetable is an invitation to negotiate; the offer is made by a passenger when boarding the bus and the acceptance takes place when a bus conductor, or driver, accepts the money and issues a ticket.

Under the UAE Civil Transactions Act, however, there are the so called contracts of compulsion or adhesion, which are: (i) related to necessary commodities, e.g., electricity, water, transport; (ii) monopolized by the providing companies; and (iii) directed to the public on identical

---

that an advertisement of the auction sale must be made in any daily newspaper. The advertisement must define the time of sale, the place where the goods are existed, and the place where the auction sale will take place.

<sup>1</sup> Al-Far A, Op.Cit, p.49.

terms<sup>1</sup>. In these contracts, acceptance is confined to a mere acceptance of the already stated terms. This is envisaged in section 145 CTA 1985, which states that "acceptance in contracts of adhesion shall be limited to mere acceptance of predetermined conditions made by the offeror who does not agree to negotiate them"<sup>2</sup>.

Accordingly, it can be argued that since the contract of transport by a bus is a contract of adhesion, an offer is a contract of adhesion made by the bus company by making the bus available for the public and an acceptance is made by the passenger by boarding a bus and reserving a seat.

#### **4.1.3.2 Acceptance:**

An acceptance is an unqualified expression of assent to the terms proposed by the offeror<sup>3</sup>. There is no rule that acceptance must be made in writing<sup>4</sup>. Thus, it can be made orally or by conduct. It can be made by an electronic message as well, i.e., a message via the internet, mobile,

---

<sup>1</sup> Mansour A, Op.Cit, p.47; Al-Far A, Op.Cit, p.50.

<sup>2</sup> It should be indicated, here, that section 284 CTA 1985 provides "if the contract is entered into by adhesion and includes oppressive terms, the court may amend those terms or exempt the adhering party from them in accordance with the prescriptions of equity, and every agreement to a contrary effect shall be void". This means that the court can intervene and amend the terms of an offer as well an acceptance. The purpose of this intervention is to do justice to both parties of the contract.

<sup>3</sup> Thannoun & Raho, Op.Cit, p.67; Munzer F, Op.Cit, p.127.

<sup>4</sup> Anwer Sultan, Op.Cit, p.56.

etc<sup>1</sup>. In this concern, section 11 of the Federal Law No.1 of 2006 in respect of Electronic Transactions and Commerce in the United Arab Emirates states that "for the purpose of entering into a contractual relationship, the offer and the acceptance may be expressed, wholly or partially, by the electronic means and the contract shall not lose its validity or the possibility of its execution due to the fact it is made by one or more electronic means".

Accordingly, the message of information is regarded as a means of expression of the will, and for the purpose of creating a binding contractual obligation, this message is legally accepted as an offer or as an acceptance.

A response of the offeree which does not accept all the terms and conditions proposed by the offeror but which, in fact, introduces new terms is not an acceptance; it is a counter-offer, which is then treated as a new offer capable of acceptance or rejection<sup>2</sup>. The effect of a counter-offer is to terminate the original offer so that it cannot subsequently be accepted by the offeree<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Mansour A, Op.Cit, p.82.

<sup>2</sup> For details, see Winfield P.H, 1939, 'Some Aspects of Offer and Acceptance, Law Quarterly Review, Vol.55, pp.499-520.

<sup>3</sup> Morqos S, 1987, Al-Wafi in the Explanation of the Civil Law, Part I, Cairo, p.617; Khater N & Sirhan A, Op.Cit, p.71; Al-Attar A, Op.Cit, pp.66-67.

This means that a reply to an offer is only effective as an acceptance if it accepts all the terms of the offer without any qualification or addition. In other words, acceptance shall be identical with the offer (s.140(1) CTA 1985). In short, if the offeree puts forward an addition, restriction or amendment of the offer, this shall be considered as rejecting the offer while making a new one.

An acceptance must be clear, unequivocal, unconditional, and made by the person to whom the offer is intended<sup>1</sup>. It must be communicated to the offeror, i.e., it must be brought to his attention. The general rule that acceptance, to be effective, must be communicated, stems from the basic principle that contract is based on agreement. If acceptance is not communicated the agreement is not concluded<sup>2</sup>. However, the offeror who wishes to state that he will be bound only if the offer is accepted in a particular way must use clear words to achieve this purpose<sup>3</sup>.

To sum up, it can be said that the validity of an acceptance is governed by four principal rules; namely: (i)- it must take place while the offer is still in force, i.e., before it has lapsed or been revoked; (ii)- it must be on the same terms of the offer, i.e., it must match all offer terms; (iii)- it must be unconditional; and (iv)- it must be communicated to the offeror.

---

<sup>1</sup> Munzer F, Op.Cit, p.127.

<sup>2</sup> Mansour A, Op.Cit, pp.72-73.

<sup>3</sup> Anwer Sultan, Op.Cit, p.57.

Acceptance of an offer will not be implied from mere silence on the part of the offeree, and the offeror cannot impose a contractual obligation upon the offeree by stating that, unless the latter expressly rejects the offer, he will be held to have accepted it<sup>1</sup>. It should be added, here, that if the time for acceptance is fixed the offeror shall remain obliged by his offer until that time expires (s.139 (1) CTA 1985).

It is a maxim in the UAE law that no words shall be attributed to a silent person, but silence, where necessity requires, amounts to an expression and can be considered as acceptance (s.135 (1) CTA 1985). However, silence shall be especially considered as acceptance if there was a previous dealing between the two contracting parties and the offer had connection with that dealing, or if the offer was merely to the benefit of the offeree (s.135 (2) CTA 1985)<sup>2</sup>.

This means that the offeree's silence does not amount to an acceptance and cannot have the effect of forcing a person to a contract without the requisite of positive acceptance, delivered to the offeror, either by words or conduct<sup>3</sup>. If a judge were called upon to assess whether an offeree's conduct amounts to acceptance, the judge would not apply a

---

<sup>1</sup> See Khater N & Sirhan A, Op.Cit, pp.69-71; Thannoun & Raho, Op.Cit, p.69.

<sup>2</sup> See The Explanatory Memorandum of Jordanian Civil Code, 1992, Part I, p.103; Al-Far A, Op.Cit, pp.43-44; Mansour A, Op.Cit, pp.53-54; Thannoun & Raho, Op.Cit, p.70.

<sup>3</sup> NuppLegal, Offer and Proposal Forms, <http://www.nupplegal.com/ofandac.html>, Sunday, 12 April 2009.

subjective test. Rather, a judge would apply an objective test to decide if a reasonable person would have inferred acceptance from the conduct in question<sup>1</sup>.

If at the time of contracting the two contracting parties are not dealing face to face (not in the same meeting place (majlis al-aqd))<sup>2</sup>, the contract shall be deemed to have been made in the place and at the time of acceptance, unless there is an agreement, or a legal provision, to a different effect (s.136 CTA 1985). This simply means that, unless stated or agreed otherwise, the general rule which UAE law adopts is that acceptance takes place when the offeree declares that he has accepted the terms of the offer without any variation, and that this declaration comes to the knowledge of the offeror<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Khater N & Sirhan A, Op.Cit, p.70. Under the Islamic law of contract, the rule is that the deeds of the parties are judged subjectively. This rule stems the Prophet's Tradition, which says "all deeds shall be judged according to intentions".

<sup>2</sup> Majlis al-aqd (meeting place) is the place where the parties to the contract meet, discuss the terms and conditions of the contract, and finally agree.

<sup>3</sup> In determining the time and place of concluding a contract between two parties, who are not present, resort may be made to one of the following theories: the declaration of the acceptance theory, the post of the acceptance theory, the reception of the acceptance theory, and the knowledge of the acceptance theory. The UAE legislator has adopted the last theory (see Munzer F, Op.Cit, p.138; Anwer Sultan, Op.Cit, p.70; The Explanatory Memorandum of Jordanian Civil Code, 1992, Part I, 110; Al-Far A, Op.Cit, p.47).

An interesting matter that has surfaced in contract law is the use of modern technology in the communication of acceptance which leads to an exception to the general rule that acceptance must be personally delivered to the offeree and directed to his attention in the same meeting place. Unless agreed otherwise, a person may mail an acceptance to the offeror and the contract is said to be perfected when the offeror receives the acceptance and declares that he accepts it<sup>1</sup>.

#### **4.1.4 Termination of offer**

As said before, offer is an indication of willingness to do or refrain from doing something that is capable of being converted by acceptance into a legally binding contract. An offer must be a clear, unequivocal and direct approach to another party to contract with<sup>2</sup>. Once made, an offer cannot be revoked before the offeree makes his decision, unless it is under seal.

However, an offer may be terminated by the will of the offeror, or because of a reason beyond the offeror's control<sup>3</sup>. There are five principal methods by which an offer may be terminated:

---

<sup>1</sup> Anwer Sultan, Op.Cit, p.57 & p.70; Khater N & Sirhan A, Op.Cit, p.78.

<sup>2</sup> See Duhaime's Law Centre, Offer and Acceptance, [www.duhaime.org/contract/ca-con4.aspx](http://www.duhaime.org/contract/ca-con4.aspx), Sunday, 12 April 2009.

<sup>3</sup> Yazeed A.N, 2003, 'Offer and Acceptance in Jordanian and Comparative Law', University of Jordan Dirasat Journal, Vol.30, p.232.

(i)- The first is that the offer can be revoked by the offeror at any time before it has been accepted by the offeree<sup>1</sup>. To be effective, revocation of the offer requires that a notice of revocation to be actually brought to the attention of the offeree. Revocation, however, needs not to be communicated by the party himself. It is sufficient if the offeree learns from a third party that the offer has been revoked<sup>2</sup>.

Declaration of revocation is necessary so as to protect the bona fide offeree who has relied on the offer and who is looking forward to entering into an agreement with the offeror<sup>3</sup>. The general rule is that an offeror cannot withdraw his offer once it has been accepted and that withdrawal of an offer is not effective until communicated to the offeree<sup>4</sup>.

It should be noted that the two contracting parties continue to have the choice of withdrawing until the end of their meeting (majlis al-aqd). So, if the offeror withdraws after the offer has been made but before acceptance, or if there shall be a word or a deed from either party denoting rejection, the offer shall become void and acceptance thereafter shall have no effect (s.137 CTA 1985). In addition, the repetition of the offer in the meeting place but before acceptance is made renders the first offer void and effect shall be given to the second offer (s.138 CTA 1985).

---

<sup>1</sup> Mansour A, Op.Cit, p.71.

<sup>2</sup> See the French Court of Cassation Decision on Cass, civ, 13/1/1984, Bull. civ 1, n 193, p.164.

<sup>3</sup> Khater N & Sirhan A, Op.Cit, p.61.

<sup>4</sup> Mansour A, Op.Cit, p.71; Thannoun & Raho, Op.Cit, p.65.



However, the UAE Civil Transactions Act of 1985 prohibits revocation of the offer by the offeror if it is limited to a specific period of time. Section 139(1) of this Act explicitly provides that "if the term for acceptance is fixed the offeror shall remain obliged by his offer until that term expires"<sup>1</sup>.

(ii)- Secondly, an offer can be terminated by the rejection thereof by the offeree. No agreement will arise if the offeree rejects the offeror's terms, or purports to accept them subject to conditions<sup>2</sup>.

(iii)- Thirdly, an offer may be terminated for lapse of time. An offer which is expressly stated to last only for a specific period of time cannot be accepted after that time has passed<sup>3</sup>. An offer which specifies no time limit is deemed to last for a reasonable period of time. A reasonable time is a question of fact. It depends on the means by which the offer has been made, its subject-matter, etc. For example, an offer to sell something that fluctuates rapidly in market value, e.g., a bloc of shares, would come to an end in a short time. For perishable goods, e.g., food, a reasonable time would likely be a matter of hours or days. The reasonable time would be longer where the subject matter of the contract is a

---

<sup>1</sup> See the French case: Cass.civ 1, 2 Juillet 1979, D, Inf. Rap, p.225, obs. Audit.

<sup>2</sup> The Explanatory Memorandum of Jordanian Civil Code, 1992, Part I, 107; Khater N & Sirhan A, Op.Cit, p.64.

<sup>3</sup> The Explanatory Memorandum of Jordanian Civil Code, 1992, Part I, 105; Khater N & Sirhan A, Op.Cit, p.62.

building for instance<sup>1</sup>. Therefore, the whole circumstances of the offer must be looked at.

(iv)- Fourthly, an offer which is stated to come to an end if a certain event occurs cannot be accepted after that event has actually taken place. An offer is also terminated in the case of non-occurrence of a required condition. Thus, an offer which is expressly made subject to a certain condition cannot be accepted if that condition fails<sup>2</sup>.

(v)- Finally, an offer may be terminated by the death of the offeror, or if the offeror loses his legal capacity<sup>3</sup>. This is because the legal personality of the offeror comes to an end upon death or deteriorates for lack of capacity<sup>4</sup>.

There is no rule governing the case where it is the offeree who dies, but the generally accepted view is that on the offeree's death the offer comes to an end by operation of the law<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> See Duhaime's Law Centre, Offer and Acceptance, <http://www.duhaime.org/contract/ca-con4.aspx>, Sunday, 12 April 2009.

<sup>2</sup> Gilmore A, 1974, The Death of Contract, Columbus, p.56.

<sup>3</sup> A person may lose his legal capacity in many cases; he may become mad, idiot, etc. Section 86(1) CTA 1985 states "whoever lacks discernment for minority, idiocy or lunacy shall lack capacity to exercise his civil rights".

<sup>4</sup> Mansour A, Op.Cit, p.74; Anwer Sultan, Op.Cit, p.59; Khater N & Sirhan A, Op.Cit, p.107. It is to be added that the rule that the offer is terminated by the death of the offeror finds its roots in the Islamic jurisprudence, which is considered as an original source of the UAE Civil Transactions Act No.5 of 1985 (see Al-Attar A, Op.Cit, pp.86-87).

<sup>5</sup> Abdul-Baqi A, Op.Cit, p.138; Mansour A, Op.Cit, p.74.

## 4.2 Sale contract

Sale contract is a contract whereby the seller transfers the property of a thing, be it movable or immovable, to the buyer for a price. It is concluded by offer and acceptance.

Sale contract forms the core of the UAE law of contracts and it is considered as a model for all bilateral contracts<sup>1</sup>. It is essential for the validity of this contract that:

(1)- The subject matter should be:

(i)- A legally property of value (mal mutaqqawwem) (s.95-96 CTA 1985). Thus, pigs and wine cannot be the subject matter for a sale contract between Muslims, but it is a valid subject matter between non-Muslims as far as their religions permit the dealing with them<sup>2</sup>.

(ii)- In existence at the time of the sale (s.490 CTA 1985). However, an agreement for the sale of future thing is valid in the absence of deceit (s.569 CTA 1985).

(iii)- A specific thing, which is ascertained or capable of ascertainment (s.490 CTA 1985). Thus, a sale of unspecified thing from a specified mass is invalid, i.e. a sheep from a specified herd.

---

<sup>1</sup> Naddawi A, Op.Cit, p.18; Zu'bi M, Op.Cit, p.15.

<sup>2</sup> See Zuhaili W, Op.Cit, p.24.

(iv)- Capable of delivery (s.514 CTA 1985). Thus, a sale of a bird in sky, or a fish in water, is void. The delivery of the bought property does not necessarily have to be physical. Hence, delivery can be affected by the removal of all restrictions between the sold goods and the purchaser, so that the latter can obtain delivery with no impediment<sup>1</sup>.

(2)- The price must be ascertained at the time of contracting (s.503 CTA 1985). The price may be paid by installments and its payment may be deferred (s.508 CTA 1985). If the payment of the price is deferred, it must be for a fixed time. If no time for payment is fixed, the contract is invalid.

(3)- The contract of sale must be registered in the land records at the land registration department if its subject matter is an immovable property, e.g. building, flat, land, or any movables of which the transfer of property is dependent upon registration (s.528 CTA 1985).

Once the contract of sale is validly created, the property in the subject matter passes by virtue of the contract to the buyer and the property in price passes to the seller, unless the law or the agreement says otherwise (s.528, s.511 & s.514 CTA 1985).

This means that as soon as the sale is concluded, the ownership of the sold property is transferred to the

---

<sup>1</sup> See Adnan S, 2005, Explanation of Named Contracts in the United Arab Emirates Civil Transactions Act, Amman: Dar Wael, p.105.

purchaser who becomes indebted for the price and under an obligation to pay it, unless it is agreed to delay payment or to pay by installments. If the purchaser fails to pay the price when it is due, he is considered to have failed to perform his obligation.

Concerning the contract of sale, there are some relevant statutory rights. These rights are the right of rescission (khayar al-shart), the right of observation (khayar al-ru'yah), the right of specification (khayar al-ta'yeen) and the right to annul for defect (khayar al-ayb)<sup>1</sup>.

#### Other forms of the contract of sale

Under the UAE Civil Transactions Act of 1985, there are many forms of sale under different names and sometimes subject to different conditions and limitations, examples are:

##### (i)- Al-tawliyah:

This is a resale at the price at which the seller bought the goods (the original price) (s.506 CTA 1985).

##### (ii)- Al-murabahah:

Which is a resale at the original price plus an additional sum as a profit (s.506 CTA 1985).

---

<sup>1</sup> For details, see Al-Shamisi J, Op.Cit, p.306 onwards; Anwer Sultan, Op.Cit, pp.212-226.

(iii)- Al-wadheea'h:

This is a resale for less than the original price (s.506 CTA 1985).

(iv)- Bay' al-wafa':

This is a contract in which the seller accepts anything offered by the buyer instead or in return for the price that the latter has contracted to pay.

(v)- Assalam:

This is a sale in which the price is to be paid immediately and the subject matter to be delivered at a fixed future date, i.e. it is a sale with advance payment for future delivery (s.568 CTA 1985). All conditions essential for the validity of the contract of sale are also essential for the validity of this contract with the exception that the subject matter should be in existence at the time of the contract (s.569(1) CTA 1985).

This sale has been treated by Islamic jurists as a valid contract, because it is necessary for the life of people who have no money at the moment to offer in return for what they intend to buy, and because it was customary used since past time ago<sup>1</sup>.

In addition to the satisfaction of the conditions essential for a valid sale, the following conditions are essential for the

---

<sup>1</sup> See Al-Shamisi J, Op.Cit, pp.146-147; Zu'bi M, Op.Cit, p.488.

validity of the contract of salam: (i)- the price should be paid in the meeting place (majlis al-aqd), i.e. the place where the parties meet and agree, and (ii)- the subject matter should be delivered at a fixed future date. If it has not been delivered, the injured party has the right to choose between waiting its existence or rescission<sup>1</sup>.

(vi)- Al-muqayadhah (barter):

The contract of muqayadhah is a contract of the exchange of commodities, i.e. lentils for lentils, corn for corn or either for another<sup>2</sup>. The rules governing this contract are the same as those governing sale, as long as they do not contradict its nature (s.611 CTA 1985)<sup>3</sup>.

(vii)- Assarf (Exchange):

This is a contract of the exchange of money and all precious metals<sup>4</sup>. The essential terms required for the validity of this contract are designed to ensure that no transaction will become usurious. Thus, it is essential for the validity of this contract that the things exchanged should be equal in weight if they are of the same kind, i.e. gold for gold or silver for silver. If one precious metal is exchanged for one of a different kind, i.e. gold for silver, the equality in weight is not necessary, but it is essential that delivery should be made in the meeting place.

---

<sup>1</sup> See Zuhaili W, Op.Cit, pp.23-26.

<sup>2</sup> Al-Sanhuri A, 1952, Al-Waset in the Expanation of the Civil Law: Sources of Obligation, Vol.4, Cairo: Dar Al Nahdhah A-Arabeyyeh, p.856.

<sup>3</sup> See Zu'bi M, Op.Cit, pp.541-547

<sup>4</sup> Zu'bi M, Op.Cit, p.18.

### 4.3 Lease contract

A lease contract is similar to a sale contract in that it is a sale of the benefit in return for money or money worth<sup>1</sup>. It is the benefit not the property that constitutes the subject matter of a lease contract, which is concluded by offer and acceptance<sup>2</sup>.

A lease contract passes the property in the benefit to the lessee and the property in the rent to the lessor<sup>3</sup>. According to section 750 CTA 1985, the rent dues when the benefit is enjoyed. However, the parties may agree that it should be paid in advance, or in arrears<sup>4</sup>. It is essential for the validity of this contract that both the rent and the term for which the thing is leased should be capable of fulfillment<sup>5</sup>. Thus a runaway animal, for example, cannot be the subject matter of a lease contract.

A lease (a tenancy) is mentioned in the Qūran. In a narration about one of Prophet Jacob's daughters, Allah, the Almighty, said "one of them said: Oh my (dear) father! Engage him on wages: truly the best of men for thee to

---

<sup>1</sup> Naddawi A, Op.Cit, p.162.

<sup>2</sup> Pawlowski M & Brown J, 1995, A Casebook on Landlord and Tenant Law, London: Sweet & Maxwell, p.3; Brown J, 1995, Law Q&A: Landlord and Tenant, London: Blackstone Press Ltd, p.5.

<sup>3</sup> Zuhdi Y, 1975, Lease Contract, Sidon: The Modern Press, p.6.

<sup>4</sup> Brown J, Op.Cit, pp.20-21.

<sup>5</sup> Pawlowski & Brown, Op.Cit, p.6.



employ is the (man) who is strong and trusty"<sup>1</sup>. In addition, a rent as the consideration for the possession of the benefit of the leased property is mentioned in the Sunnah. The Prophet Muhammad (PBUH) is reported to have said "give the worker his rent before his sweat dries"<sup>2</sup>.

It should be noted, here, that in its first era, the human society did not know the lease contract. This is because it contained only two classes of people; the first class was consisted of landlords, who owned their own properties and used to live on their production, and the second class was consisted of servants, or slaves, who lived with their masters<sup>3</sup>.

As a result of the development, which had taken place in the human society, new circumstances arose and encouraged the existence of a new class; that is the middle class. The members of this class consisted of small farmers, and slaves who became free. Those people were in need to find places to live<sup>4</sup>. Therefore, negotiations were carried out between those people and the property owners. Eventually, these negotiations resulted in the creation of what became known as tenancy agreements or lease contracts<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> The Holy Quran, Surat Al-Qassass, verse 26.

<sup>2</sup> Abu Abdullah Muhammad, Sunan Ibn Majeh: Ahkam Al-Ojaraa, Beirut. Tradition Nö.2434.

<sup>3</sup> Fadel & Fatalawi, Op.Cit, p.161.

<sup>4</sup> Naddawi A, Op.Cit, p.125.

<sup>5</sup> Fadel & Fatalawi, Op.Cit, p.161.

The first class (landlords) started to build houses on their own lands for the purpose of renting and the third class (farmers and workers) started to obtain the benefit of the houses in return for agreed sum of money (thereafter called a rent)<sup>1</sup>. This allowed the landlords to exploit their properties through tenancy agreements and allowed the farmers to get residence and to take the benefit of the estates, which they did not own<sup>2</sup>.

A lease contract came into existence after the advent of the sale contract. This is because the existence of such leases was an outcome of the pressing need of residence to the people of the middle class, which arose in a subsequent period to the existence of the sale and exchange contracts<sup>3</sup>.

The subject matter of the lease contract is not required to be a residential or a commercial property; it may be an agricultural land. The lease contract whose subject matter is agricultural land has three forms:

---

<sup>1</sup> Fadli J, Op.Cit, p.192.

<sup>2</sup> Fadel & Fatalawi, Op.Cit, pp.161-162.

<sup>3</sup> Roman law knew the lease contract as one of the formal contracts, which could not be executed, unless it had been made according to some ritual ceremonies. This contract was restricted only to slaves and animals throughout the primitive era of Rome. However, lease contracts, which their subject-matter were land or houses began to be granted at the beginning of the second century BC (see Fadli J, Op.Cit, p.192; Zuhaili W, 1987, Op.Cit, pp.14-15).

(i)- Al-muzara'ah:

This is an investment contract between a landowner and a cultivator. The landowner hires his land to the cultivator who has to invest and exploit it with a view to sharing its product in the ratio, which they agree in the lease contract (s.809 CTA 1985). It is essential for the validity of this contract that the land must be suitable for cultivation and must be handed over to the cultivator at the time of the contract or at any agreed time (s.810(1) CTA 1985). It is, also, essential that the cultivator's share in the product should be known at the time of the conclusion of the contract (s.810(2) CTA 1985).

(ii)- Al-musaqah:

This is similar to the contract of muzara'ah, but the only difference is that instead of land to be cultivated, it is here trees and plantations to be served for a share in their fruits and products (s.822 CTA 1985). It is essential for the validity of this contract that the trees to be served should be ascertained, and the contract must be for a definite term<sup>1</sup>.

(iii)- A-mugaraseh:

This contract is a partnership between a landowner and another person who contracts to plant the hired land for a definite term. The products will be shared according to their agreement (s.835 CTA 1985).

---

<sup>1</sup> See Zuhaili W, Op.Cit, p.248.

As regards the co-owner's right to lease his unit, section 15 of the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai has stated that "a unit owner may lease his unit on condition the unit owner and the tenant remain obliged to comply with the association institution and the master community declaration towards the other unit owners, occupiers and the other owners association".

#### **4.3.1 The essential requirements of the lease**

In order to create a valid lease contract, certain requirements must be fulfilled besides offer and acceptance. These requirements include a deed, two different parties, rent, definite term, subject matter and exclusive possession.

##### **(a)- A deed**

A lease must be made by a deed. The deed must set out the terms, which include the parties, the property, the length of the lease, the rent, and other covenants, particularly concerning repairs and insurance. Certain covenants are implied in all leases (though the deed may vary or exclude them). In the case of the landlord, the usual implied covenants are (i) to enable the tenant to enjoy the property peacefully (i.e. quiet enjoyment); and (ii) not to derogate from his grant. In the case of the tenant, the usual implied covenants are (i) to pay the rent (including service charges); and (ii) to use the property for the purpose it is let for.

### (b)-Two parties

The general rule is that a person cannot grant a lease for himself or play the role of a landlord and a tenant at the same time (s.743 & s.761 CTA 1985). Thus, there should be a landlord and a tenant.

### (c)- Rent

Rent is the stead which has been agreed upon between landlord and tenant and stated in the lease. It does not need to be a sum of money; it may be fungible things like goods or non-fungible things like the performance of manual services (s.749 CTA 1985). If there is no rent mentioned or agreed upon in the contract, the lease is rescindable (s.748(2) CTA 1985). Rent may include service charges, but does not include tax, which is attached to the personality of the landlord<sup>1</sup>. It may be paid in advance or in installments (s.751 CTA 1985). It is envisaged from section 742 CTA 1985 that the Civil Transactions Act considers rent to be the price of the benefit of the leased premises and it does not impose any obligation on the landlord to provide the tenant with a rent book.

### (d)- Definite term

The term for which the lease is to run must be clearly laid down (s.751 CTA 1985)<sup>2</sup>. A lease cannot run indefinitely or

---

<sup>1</sup> Mustafa M.H, 1996, The Practical Problems in the Rescission of the Lease Contract: Non-Payment of Rent, Cairo: the Law Library, p.76.

<sup>2</sup> See Naddawi A, Op.Cit, p.140.

be forever since a lease for perpetuity contradicts the essential nature of a tenancy<sup>1</sup>.

(e)- Subject matter

Section 745 CTA 1985 provides that the subject matter of a tenancy is the benefit of the leased premises. Such benefit must be certain, i.e. the manner in which it is going to be obtained must be defined (s.746 CTA 1985). It must be legal, i.e. the leased premises must not be used in a manner which contradicts the rules of law, public order or morals, e.g. as a brothel, a place for gambling or storing narcotics<sup>2</sup>.

(f)- Exclusive possession

This is the right to control the property or land and to exclude all other persons, such as strangers or trespassers, from it. Where a person is granted the right to use the property without the right of exclusive possession, the grant is not a lease but a licence.

#### **4.3.2 The characteristics of the lease:**

For a lease, there are eight distinguishing characteristics:

(a)- It is a named contract:

A lease is a contract named in law. The rules that it is governed by are stated in different laws, such as the Civil Transactions Act of 1985 and other laws.

---

<sup>1</sup> Fadel & Fatalawi, Op.Cit, p.216.

<sup>2</sup> See Zuhaili W, Op.Cit, p.233.

(b)- It is a consensual contract:

In theory, only offer and acceptance are required for the conclusion of the lease<sup>1</sup>. This means that the lease contract is in principle not formal and it can be concluded orally, in writing, or by indication<sup>2</sup>. This rule, however, is a complementary rule so that the parties to the contract may agree otherwise.

(c)- It is a binding contract:

A lease generates rights and obligations on both of its parties. Each of the parties enjoys rights and is subject to obligations<sup>3</sup>.

(d)- It is a reciprocal contract:

Each of the parties is entitled to receive a benefit in return for what he forwards. The tenant is liable to pay the agreed rent in return for his use and enjoyment of the leased premises and the landlord is liable to enable the tenant to enjoy peacefully and quietly the leased premises in return for rent.

(e)- It is a time contract:

A lease is a contract for a definite term and cannot be concluded forever. If it is concluded forever, or for an indefinite period, it is void, even though it may be considered as a sale contract if it satisfies the conditions required for a valid sale<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Fadel & Fatalawi, Op.Cit, p.165.

<sup>2</sup> Zuhdi Y, Op.Cit, p.6.

<sup>3</sup> Lutfi M.H, 1990, Rules of Sale and Lease Contracts, Cairo: University of Cairo Press, p.135.

<sup>4</sup> Lutfi M.H, Op.Cit, p.136.

(f)- It is a managerial contract:

A lease is not a contract of disposal like a sale contract, but it is a contract of management by which a landlord can exploit his property by letting<sup>1</sup>. Therefore, the parties to the lease are not required to be of full legal capacity of disposal. It is sufficient if they enjoy managerial capacity.

(g)- It is of a variable nature:

The nature of the lease varies according to the nature of the use of the leased premises. It is residential if the property is leased for residential purposes and commercial if it is leased for commercial purposes<sup>2</sup>.

## **5. Evaluation**

From the above discussion, we have seen that the Civil Transactions Act No.5 of 1985 is the main legislation that governs matters relating to real property rights in the UAE.

UAE Civil Transactions Act distinguishes between ownership and possession in that ownership is an exclusive right to own a thing and to enjoy all privileges of ownership to the exclusion of everyone, whilst possession is only a right to possess or to hold a thing without the right to enjoy all privileges of ownership.

---

<sup>1</sup> Zuhdi Y, Op.Cit, p.6.

<sup>2</sup> Muhammad H.M, 1990, Principles of the Sale and Lease Contract, Cairo: University of Cairo Press, p.136.



One of the forms of ownership in the UAE law is the joint ownership, which means that each co-owner has his own share of the property, and this share may be separately alienated and inherited. Any joint owner is entitled to demand the division of the property, which is held in joint ownership, unless it is indivisible, such as the commonly owned parts in a building.

According to the majority of the law jurists, the co-owner's right in the ownership of the commonly owned properties is a genuine property right, which means that each co-owner has all the rights of the owner over his property (i.e. the right of use, the right of exploitation, and the right of disposal) and he enjoys all privileges of the ownership but, in the meantime, he is subject to all obligations as specified by law.

It is found that the concept of property in UAE law is so ample in that one cannot find a specific definition for it. It is, also, found that section 1133 CTA 1985 defines property in a way that is not in harmony with the Islamic jurisprudence as well as with the modern trend that recognizes the social function of property rights. Accordingly, section 1133 should be amended to the effect that it should state "property is a direct power that entitles the owner, within the limits of the law, to use, exploit and dispose of what he owns".

A property right has three distinguishing characters: it is a comprehensive right, an exclusive right, and a lasting right. It is subject to many legal restriction and other restrictions that aim to achieve the public benefit of the whole society.

It is seen that the rights and obligations of the co-owner with regard to the unit are governed by two systems; namely: the upper part and the lower part system, and the floors and flats system.

It is seen that each co-owner in the joint ownership of commonly owned parts enjoys many rights over these parts. These rights include the right to use the commonly owned parts, the right to make alternations to the common parts with some limitations, and the right to dispose of the common parts along with the individually owned unit. On the other side, it is seen that each co-owner is subject to many restrictions and obligations that include payment of the common parts maintenance costs, payment of the insurance premiums, not to relinquish his share in the commonly owned parts.

It is found that there are many legal transactions that can be made over the individually owned unit and the commonly owned parts; most notably sale and lease contracts. Each of these contracts is a bilateral transaction that essentially requires an offer and an acceptance of that offer. Offer is an indication of willingness to enter into a legally binding agreement and acceptance is an agreement to the terms of the offer. However, for an offer to be converted into a legally binding agreement or contract it must coincide with an acceptance that mirrors the whole terms of that offer. In specific words, the acceptance of the offer must be made in response to that offer and must correspond to its terms.

UAE Civil Transaction Act recognizes the freedom of the parties to conclude their agreements on their own terms and accept that their agreement should be enforceable by the courts, unless they come against the rules of law.

In the UAE Civil Transaction Act, the general rule is that the test for the existence of an agreement is an objective one. In other words, UAE Civil Transaction Act is often concerned with the objective appearance, rather than with the actual intention of the parties. It has tried to find a reliable objective criterion for determining the existence of mutual assent. such a criterion is represented in the developing of the concept of majlis al-aqd and in adopting the objective theory.

However, section 125 CTA 1985, which defines contract, needs a technical amendment. It should state "contract is the joining and consistence of the acceptance made by the offeree with the offer made by the offeror in a manner which proves the effect thereof on the object of the contract". This is because offer is the first expression that is launched by the offeror and acceptance is the following expression that is given by the acceptor in response to the first expression.

As for the Law No.7 of 2007 Concerning Ownership of Jointly Owned Properties in the Emirate of Dubai, it is revealed that there are many point of strength and many

points of weakness in this Law. These are illustrated below:

(i)- The Law has clearly defined the parts that come under the common areas. It provides examples of these parts in sections 7 & 8 of the Law. However, it has stated that these parts are just examples the matter which means that there may be other parts not stated by these sections and this is a matter that is left to be decided by the co-owners themselves or that can be stated by the site plan itself. This envisaged from the concept of “without limitation” which is used by the Law in sections 7 & 8. (See ss.7-8 of the Law).

(ii)- The Law gives the co-owner a right to sell or dispose of his own unit as he pleases. The word “dispose” includes all kinds of depositions, whether these dispositions are unilateral dispositions, e.g. grant, waqf endowment, or bilateral dispositions, e.g. sale, lease, mortgage, etc. This means that the legislator does not deny the co-owner’s right of ownership or confine the co-owner to limited disposition or dispositions. (See for example s.10 & s.15 of the Law).

For the benefit of the whole co-owners, however, the Law prevents the co-owner from disposing of the commonly owned parts, whether in whole or in part, separately from the unit, which he individually owns. (See s.16 of the Law).

(iii)- The law has introduced a legal mechanism by virtue of which each co-owner is given the right to purchase another co-owner’s share in a unit offered for sale, providing certain

procedures are to be followed and certain requirements are to be met. In fact, this helps avoid ambiguity, reduces litigation, and saves the time of courts. In addition, by introducing this mechanism, the legislator has excluded buildings and flats from the sphere of the application of preemption, which is a legal mechanism that is introduced by the Civil Transaction Act in order to furnish the owner of a share in land to purchase the other partner's share in the land which is offered for sale, and which is governed by long procedures. (See ss.12-14 of the Law).

(iv)- The Law provides for the establishment of the owners' association once the first sale of any unit is made. In fact, this achieves the benefit of all co-owners who can find a certain body that can represent them and litigate on their behalf. However, the Law does not provide for the establishment of such association before sale. This means that before sale the building owner can litigate under his own name. (See ss.17-18 of the Law).

This is different from what the position is under some Arab laws, such as the Jordanian Ownership of Floors and Flats Law No.25 of 1968 and its Amendments, which provides that such association is established by force of law when the number of floors and flats in the building reaches four or more. From our part, we may argue that in this issue the Jordanian legislator was more specific than the legislator of Dubai even though the Jordanian legislator does not require any sale as a pre-condition for the establishment of the association. (See s.3 & s.12 of the Jordanian Law).

(v)- The Law has stipulated that the owners' association is a non-profit establishment. It, also, provides that it has a separate legal entity from its members. As we believe, this will help achieve the purpose behind its establishment and will be beneficial for the whole co-owners (See s.18 of the Law).

(vi)- The Law imposes many obligations on the co-owners. These obligations include the obligation to pay the service fees. In case of default to pay such fees by any co-owner, the Law provides a mechanism and strict procedures that aim to force the co-owners to pay his share in the service fees. This comes to the benefit of the whole co-owners as well as to the benefit of the building and helps keep it in a good condition. (See s.25 of the Law).

(vii)- The Law imposes an obligation on each co-owner to pay his share in the service fees, which includes the premium insurance fee. In fact, this is very important especially in the case of the demolition of the building as a result of storm or fire or any other cause, so the owners' association can demand the insurance company to pay the insurance sum and this may help reestablish the building. The stand of the legislator of Dubai, in this concern, is better than the stand of the Jordanian legislator, for example, which does not provide for a similar provision or even does not impose any obligation on the co-owners to pay such a premium.

## **Bibliography**

### **(A)- Arabic Bibliography**

The Holy Quran.

1. Abdul-Baqi A, 1984, The Theory of Contract and Unilateral Act, Cairo: Dar Al-Fikr Al-Arabi.
- 2..Adul-Khaleq H, 1990, Al-Wajeez in the Explanation of the United Arab Emirates Civil Transactions Act: Real Property Rights, First Edition, Dubai: Police College.
3. Abdul Muhesan T, 1998, Real Property Rights, Cairo: Iman Printing.
4. Abu Zahrah M, 1996, Property and the Theory of Contract, Damascus: Dar Al-Fikr.
5. Adnan S, 2005, Explanation of Named Contracts in the United Arab Emirates Civil Transactions Act, Amman: Dar Wael.
6. Al-Ahawani H, 1992, Sources of Obligation, Cairo: Dar-Al-Nahdhah.
7. Al-Attar M, 1997, Sources of Obligations in the UAE Civil Transactions Act, UAE University Press.
8. Al-Dasouqi I, 1995, The Theory of Obligation, Kuwait: Kuwait University Press.
9. Al-Far A, 1996, Sources of Obligations in the Jordanian Civil Law, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution.

10. Ali Haider, 1979, Explanation of the Majallah, Beirut: Dar Al-Nahdah.
11. Al-Jammal M, 1995, Explanation of the United Arab Emirates Civil Transactions Act: A Comparative Study with Islamic and Western Jurisprudence, UAE Press.
12. Al-Kasani, Badae' Al-Sanae', Vol.5, Cairo.
13. Al-Mursi M.Z, 1999, Real Property Rights in the UAE Civil Transactions Act, First Book & Second Book, UAEU Press.
14. Al-Sanhuri A, 1952, Al-Waseet in the Expansion of the Civil Law: Sources of Obligation, Vol.4, Cairo: Dar Al Nahdhah A-Arabeyyeh.
15. Al-Sanhuri A, 1967, Al-Wasseet in the Explanation of the New Civil Law: Property Right, Vol.8, Cairo: Dar Al Nahdhah Al Arabeyyeh.
16. Al-Shalabi M, 1983, Introduction to the Islamic Doctrine, Beirut: Dar Al Nahdhah.
17. Al-Shamisi J, 1998, Sale Contract in the UAE Civil Transactions Act: A Comparative Study with Islamic Fiqh, UAEU Press.
18. Al-Sharqawi J, 1991, The General Theory of Obligations, Cairo: Dar Al Nahdhah.
19. Al-Zarqa M, 1959, Introduction to Fiqh, Sixth Edition, Vol.1.



20. Al-Zarqa M, 1980, The Theory of Obligations in the Syrian Civil Law, Damascus: Dar Al-Adeeb Press.
21. Anwer Sultan, 2002, Sources of Obligations in Jordanian Law: A Comparative Study with the Rules of Islamic Doctrine, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution.
22. Fadli J, 1997, Al-Wajeez in the Civil Contracts: Sale, Lease and An Independent Work, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution.
23. Ibn Taymeyah, 1383 H, Fatawa Ibn Taymeyah, Riyadh: Dar Al Fikr.
24. Jundi M, 1985, 'The Right of Pre-emption in the Civil Law of Jordan and the United Arab Emirates: A Comparative Study', The Law Journal, March, Vol.1, pp.171-235.
25. Khater N & Sirhan A, 2005, Sources of Personal Rights (Obligations), Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution.
26. Lafi M, 2004, Property Rights in Land in the Arab World, Beirut: Al-Muntada.
27. Lutfi M.H, 1990, Rules of Sale and Lease Contracts, Cairo: University of Cairo Press.
28. Mansour A, 2001, The General Theory of Obligations, First Edition, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution.

29. Mansour M.M, 1965, Property Right, First Edition, Cairo.
30. Maxoni A, 2007, Real Property Rights, Beirut: Al-Jeel Press.
31. Morqos S, 1987, Al-Wafi in the Explanation of the Civil Law, Part I, Cairo.
32. Mubarak S, 1996, Summary of the Civil Law Rules: Real Property Rights, First Edition, Cairo: Dar Al-Nahdha.
33. Munzer F, 2007, Sources of Obligations, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution.
34. Mustafa M.H, 1996, The Practical Problems in the Rescission of the Lease Contract: Non-Payment of Rent, Cairo: the Law Library.
35. Nabeel I, 1995, Theory of Obligations, Vol.1, Cairo, Dar Al-Nahdah Al-Arabeyeh.
36. Naddawi A, 1999, Explanation of Named Contract in the Jordanian Civil Law: Sale & Lease, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution
37. Obaidi A, 2000, Real Property Rights, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution.
38. Qusous W, 1993, Administration and Division of Common Property, Amman: University of Jordan.
39. Ramadan A, 1990, Sources of Obligations in the Lebanese and Egyptian Law, Beirut: Al-Dar Al-

Jameéyyeh.

40. Saddah F, 1982, Original Property Rights: A Comparative Study of Lebanese and Egyptian Law, Beirut: Dar Al-Nahdah.
41. Shahatah Sh, 1988, Real Property Rights, Cairo: Dar Al-Fajr.
42. Siwar M, 1993, Property Rights in Jordanian Civil Law, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution.
43. Abu Abdullah Muhammad, Sunan Ibn Majeh: Ahkam Al-Ojar□, Beirut.
44. Thannoun H & Raho M, 2002, Sources of Obligations: A Comparative Study of Islamic and Comparative Law, First Edition, Amman: Dar Wael.
45. The Explanatory Memorandum of Jordanian Civil Code, 1992, Parts I & II, Amman: Al-Tawfeeg Press.
46. Yazeed A.N, 2003, 'Offer and Acceptance in Jordanian and Comparative Law', University of Jordan Dirasat Journal, Vol.30.
47. Zraiheed A, 2001, 'Towards a General Theory in Framing Contracts', University of Kuwait Journal of Law, Issue No.3.
48. Zu'bi M, 1992, 'Acquisition of Property by the Passage of Time', University of Jordan Studies Journal, Vol.20, Appendix No.1, pp.462-516.

49. Zu'bi M, 1994, 'Rights of Property and Rights of Disposal', Yarmouk University Social Sciences and Law Journal, 10(2), pp.85-147.
50. Zu'bi M, 2004, Explanation of the Contract of Sale in the Jordanian Civil Law, First Edition, Amman: Dar Al-Thaqafah for Publishing and Distribution.
51. Zuhaili W, 1987, Named Contracts in the Civil Law of Jordan and the United Arab Emirates: A Comparative Study, Damascus: Dar Al-Fikr.

**(B)- English Bibliography**

1. Adams J & Brownsword R, 2000, Understanding Contract Law, Third Edition, London: Sweet & Maxwell.
2. Anderson J.N, 1971, 'Modern Trends in Islam: Legal Reform and Modernization in the Middle East', International and Comparative Law Quarterly, January, Vol.20, pp.1-21.
3. Anderson J.N, 1975, Islamic Law in the Modern World, Westport: Greenwood Press.
4. Ball M, 2002, Contract Law, First Edition, Leicester: Torsh Ltd.
5. Ballantyne W.M, 1985-86, 'The New Civil Code of the United Arab Emirates', Arab Law Review, November, Vol.1, p.247.
6. Beale HG; Bishop WD and Furmston MP, 1995,

7. Brown J, 1995, Law Q&A: Landlord and Tenant, London: Blackstone Press Ltd.
8. Brown-J, 1997, 'Relationship of Landlord and Tenant in the Residential Context', in Driscoll J (ed.), Butterworths Residential Landlord and Tenant Guide, London: Butterworths.
9. Cunningham A; Stoebuck B & Whitman A, 1984, The Law of Property, Minnesota: West Publishing Co.
10. Duhaime's Law Centre, Offer and Acceptance, [www.duhaime.org/contract/ca-con4.aspx](http://www.duhaime.org/contract/ca-con4.aspx), Sunday, 12 April 2009.
11. Edge I, 1985-86, 'Comparative Commercial Law of Egypt and the Arabian Gulf', Cleveland State Law Review, 34(1), pp.129-44.
12. Fried, 1981, Contract as Promise, Harvard: Harvard University Press.
13. Gilmore A, 1974, The Death of Contract, Columbus.
14. Gray K, 2001, Elements of Land Law, Third Edition, London: Butterworths
15. Lewis J.R & Holland J.A, 1988, Landlord and Tenant Law, Fourth Edition, Durham: Casdec Ltd.
16. Mahmasani S, 1955, 'Transactions in the Shari'a' in

Khaddouri M & Liebesny H (eds), Law of the Middle East, Vol.1, Virginia: William Byrd Press.

17. McKendrick E, 2000, Contract Law, Fourth Edition. London: Macmillan.
18. NuppLegal, Offer and Proposal Forms, <http://www.nupplegal.com/ofandac.html>, Sunday, 12 April 2009.
19. Pawlowski M & Brown J, 1995, A Casebook on Landlord and Tenant Law, London: Sweet & Maxwell.
20. Saleh N, 1998, 'Origins of the Sanctity of Contracts in Islamic Law', Arab Law Quarterly, January-December, Vol.13, pp.252-264.
21. Thompson M, 1995, Land Law, First Edition, London: Sweet & Maxwell.
22. Winfield P.H, 1939, 'Some Aspects of Offer and Acceptance, Law Quarterly Review, Vol.55, pp.499-520.
23. Zahraa M, 1993, 'Negotiating Contracts in Islamic and Middle Eastern Laws', Arab Law Quarterly, January-December, Vol.13, pp.265-77.

# المحاكم الإقتصادية

دكتور / أحمد السيد الصاوى

عميد كلية الحقوق - جامعة القاهرة

## المطلب الأول

الهدف من إنشاء المحاكم الإقتصادية و ملاحظتها على قانون إنشائها

### ٢٥٩- الهدف من إنشاء المحاكم الإقتصادية

بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨ صدر القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ (١) بإنشاء المحاكم الإقتصادية و بدأ العمل به من أول أكتوبر ٢٠٠٨، و إستهدف المشرع بإنشائها كما ورد بمذكرة القانون الإيضاحية إرساء القواعد العامة لنظام قضائى متخصص، يضمن سرعة الفصل فى المنازعات المنصوص عليها فى القانون بواسطة قضاة مؤهلين و متخصصون يتفهمون دقة المسائل الإقتصادية و تعقيداتها فى ظل نظام العولمة و تحرير التجارة - محلياً و عالمياً - الأمر الذى يحقق وصول الحقوق لأصحابها على نحو ناجز مع كفاءة حقوق الدفاع كاملة.

و لا شك أن إنشاء المحاكم الإقتصادية خطوة هامة و محمودة لتفعيل مبدأ تخصص القضاة الذى نصت عليه المادة ١٢ من قانون السلطة القضائية سبقتها خطوة هامة فى ذات الإتجاه بإنشاء محاكم الأسرة بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤.

<sup>١</sup> الجريدة الرسمية السنة ٥١ العدد ٢١ تابع.

٢٦٠- المحاكم الإقتصادية و إن كانت خطوة هامة نحو القضاء المتخصص إلا أن قانون إنشائها يثير الكثير من اللبس و لا تحقق نصوصه الغاية المرجوة من إنشاء هذه المحاكم فضلاً عن شبهة عدم عدم دستورية بعض أحكامه و ذلك على التفصيل التالي:

٢٦١-١- دوائر إبتدائية و دوائر إستئنافية أم محاكم:

ذلك أن المادة الأولى من قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية تنص على أنه تنشأ بدائرة إختصاص كل محكمة إستئناف محكمة تسمى "المحكمة الإقتصادية".

و تشكل المحكمة الإقتصادية من دوائر إبتدائية و دوائر إستئنافية .

و طبقاً للمادة الثانية من هذا القانون تشكل كل دائرة من الدوائر الإبتدائية الإقتصادية من ثلاثة من الرؤساء بالمحاكم الإبتدائية. و تشكل كل دائرة من الدوائر الإستئنافية من ثلاثة قضاة محاكم الإستئناف يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بمحكمة الإستئناف.

و تختص الدائرة الإبتدائية دون غيرها بنظر المنازعات و الدعاوى التى لا تجاوز قيمتها خمسة ملايين جنيه، بينما تختص الدوائر الإستئنافية دون غيرها بما جاوزت قيمته خمسة ملايين جنيه من هذه الدعاوى و المنازعات و ما كان غير مقدر القيمة منها (م ٦ من قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية).<sup>(١)</sup>

و هنا يثار التساؤل؟ هل نحن أمام دوائر للمحكمة الإقتصادية؟ أم أننا أمام محاكم إقتصادية؟

<sup>٢</sup> و ذلك فى الدعاوى و المنازعات المتعلقة بالقوانين التى حددتها لمادة ٦ من قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية.



هل قصد المشرع من إصطلاح دائرة إبتدائية بالمحكمة الإقتصادية و دائرة إستئنافية بالمكمة، مفهوم الدائرة أم أنه يقصد في حقيقة الأمر بهذا التعبير محاكم إبتدائية إقتصادية و محاكم إستئناف إقتصادية؟

ذلك أن المسلم به أن الدوائر بالمحكمة لا تعتبر محاكم مستقلة<sup>(٢)</sup>، حتى و لو تم تخصيص دوائر بعينها بنظر منازعات عينة، لأن ذلك لا يعدو أن يكون تنظيماً للعمل فُصد به توزيع القضايا المتجانسة على دوائر المحكمة تيسيراً للعمل من ناحية؛ و سرعة الفصل من ناحية أخرى، الأمر الذي يترتب عليه نتيجة هامة و هي أنه لا يجوز الدفع أمام الدائرة بعدم الإختصاص النوعي أو القيمي و إنما تحال الدعوى إدارياً إلى الدائرة المختصة، بل ذهبت محكمة النقض (٤) إلى عدم جواز هذا الدفع حتى و لو كان خصيص الدائرة قد تم بنص القانون، و هو ما يمكن أن يستند إليه بشأن دوائر المحاكم الإقتصادية.

إلا أنه يصعب القول بأن المشرع حين إستخدم تعبير دائرة بالمحكمة الإقتصادية قصد به المعنى الفنى الدقيق لإصلاح الدائرة؛ ذلك أن تشكيل الدائرة الإبتدائية كما أشرنا يختلف عن تشكيل الدائرة الإستئنافية؛ فالدائرة الإبتدائية تشكل من ثلاثة من الرؤساء بالمحاكم الإبتدائية، بينما تشكل الدائرة الإستئنافية من ثلاثة من قضاة محاكم الإستئناف أحدهم على الأقل بدرجة رئيس محكمة الإستئناف.

و الأمر ليس فقط مسألة إختلاف عضوى فى التشكيل يحتم توافر خبرة معينة للقضاء و إنما أيضاً فى الإختصاص؛ فالمشرع حينما حدد إختصاص الدائرة الإبتدائية بالمنازعات و الدعاوى التى تدخل فى إختصاصها؛ إستخدم تعبير إختصاصها دون غيرها، و كذلك فعل حينما تحدث عن إختصاص الدائرة الإستئنافية، أى أن المشرع حدد لكل دائرة إختصاصاً قيمياً لا تتجاوزه، و من المسلم به؛ أن الإختصاص القيمي من النظام العام.

<sup>٢</sup> انظر ما سبق بند ٢١٢؟

<sup>٤</sup> نقض مدنى ١٢ فبراير ١٩٧٥ مجموعة النقض السن ٣١٤ قاعدة رقم ٧٧.

و الأهم من ذلك:

أن الأحكام الصادرة من الدائرة الابتدائية تستأنف أمام الدائرة الإستئنافية(م ١٠ من قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية).

فكيف يتصور إنن على ضوء هذه النصوص القول بأننا أمام دوائر لحكمة واحدة؟

هذا فضلا عن أنه لو صح القول بأننا أمام دوائر لمحكمة واحدة فلا يجوز الدفع أمام الدائرة الإستئنافية بعدم الإختصاص إذا ما نظرت دعوى تدخل فى الإختصاص القيمى للدائرة الابتدائية؛ و أن فصلها فى هذه الدعوى يكون فضلا صحيحاً(٥)، لترتب على ذلك عدم إمكانية الطعن فى هذا الحكم بالإستئناف، الأمر الذى يترتب عليه ضياع درجة من درجات التقاضى على الخصم.

و لا يقدح فى ذلك؛ القول بأنه يمكن الطعن بالنقض طبقاً لقانون المحاكم الإقتصادية على الحكم الصادر من الدائرة الإستئنافية بالمحكمة الإقتصادية (م ١١)، ذلك أن الطعن بالإستئناف يطرح على المحكمة الدعوى من حيث الواقع و القانون على عكس الطعن بالنقض الذى يبنى فقط على مخالفة الحكم المطعون عليه بالحكم.

٢٦٢- لذا؛ فإننا نعتقد أننا أمام محاكم ابتدائية إقتصادية و محاكم إستئناف إقتصادية و لسنا أمام دوائر بذات المحكمة الإقتصادية ؛ إذ لو صح ذلك لما جاز أن تستأنف الأحكام الصادرة من إحدى دوائر المحكمة أمام دائرة أخرى بذات المحكمة، باعتبارها جميعاً تعتبر محكمة واحدة.

<sup>٥</sup>فتحى والى: المرجع السابق صفحة ١١.

و لسنا مع القول (٦) بجواز ذلك طالما نص القانون على أن الطعن يكون أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم - كما هو الحال في إلتماس إعادة النظر؛ لأن هذا القياس؛ قياس مع الفارق؛ ذلك أن إلتماس إعادة النظر لا يعد كالإستئناف محاكمة للحكم المطعون عليه يتعين أن تنتظره محكمة أعلى درجة، فهو في حقيقته ليس طريق طعن يستهدف إلغاء الحكم، و إنما إلتماس يقدم لذات المحكمة التي أصدرت الحكم بقصد سحبه لسبب لم يكن في وسع الملتمس العلم به أو جَد بعد صدور الحكم لو كان تحت نظر القاضى لما أصدر الحكم محل الإلتماس.

و من ثم؛ فإنه يتعين فهم إصطلاح الدائرة الذى إستخدمه المشرع على أنه يقصد به إصطلاح المحكمة، و من ثم؛ لا يجوز لأى منهما تجاوز قواعد الإختصاص القيمى و إلا تعين عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم الإختصاص و الإحالة حتى و لو لم يدفع بذلك أحد الخصوم (٧) طبقاً للمادة ١١٠ من قانون المرافعات. و هو ما قضت به - إنتصاراً لرأينا - محكمة القاهرة الإقتصادية. (٨)

و لا شك أنه يتعين إعادة النظر فى النصوص المتقدمة إحكاماً لها و منعاً من هذا اللبس الذى يبعث فى النهاية على التناقض و إضطراب النصوص.

و كان من الممكن دفعاً لهذا اللبس أن يكون النص: "تنشأ بدائرة إختصاص كل محكمة إستئناف محاكم إقتصادية إبتدائية و محاكم إستئناف إقتصادية" بدلاً "من محكمة إقتصادية تشكل من دوائر إبتدائية و دوائر إستئنافية".

٦ دويدار: المرجع السابق صفحة ٤٤ - ٤٥.

٧ عكس ذلك: د. فتحي والى: كتاب الأهرام الإقتصادى العدد ٢٥٤ أول نوفمبر ٢٠٠٨ صفحة ١٠ و ١١.

طلعت محمد دويدار: المحاكم الإقتصادية ط ٢٠٠٩ صفحة ٤٤.

٨ جلسة ٢٠٠٩/١٢/٢٩ الدائرة الثانية الدعوى رقم ٣٥١٩ لسنة ٢٠٠٩.

٢٠٢٣-٢- قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية يجهز الهدف الذى تغياه المشرع بإنشاء قضاء متخصص:

أشارت المذكرة الإيضاحية لقانون إنشاء المحاكم الإقتصادية كما أسلفنا إلى أن إنشاء هذه المحاكم يُفعل مبدأ تخصص القضاء الذى نصت عليه المادة ١٢ من قانون السلطة القضائية.

أشارت المذكرة الإيضاحية لقانون إنشاء المحاكم الإقتصادية كما أسلفنا إلى أن إنشاء هذه المحاكم يُفعل مبدأ تخصص القضاء الذى نصت عليه المادة ١٢ من قانون السلطة القضائية.

و لاشك أنه لا جدوى من إنشاء محاكم كتخصصة تخصصاً نوعياً ما لم يكن قضائتها من المخصصين<sup>(٩)</sup> ، فالتخصص النوعى للمحاكم لابد أن يواكبه تخصص القضاء و إضاعت الحكمة من تخصص المحكمة بالنظر فى نوع معين من الدعاوى.

إلا أن قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية يعصف بالعرض الذى إستهدفه.

ذلك أنه جعل تشكيل المحكمة الإقتصادية من دوائر إبتدائية و دوائر إستئنافية (م ١). و جعل الدوائر الإبتدائية و الإستئنافية تختص نوعياً و قيمياً دون غيرها بالدعاوى الجنائية و الدعاوى ذات الطابع الإقتصادى التى أشارت إليها المادتان ٤ و ٦ من قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية.

أى أن الدائرة الإبتدائية بالمحكمة الإقتصادية و بذات التشكيل تنص بالفصل فى ذات الوقت بالدعاوى الإقتصادية على السواء.

و كذلك الأمر بالنسبة للدائرة الإستئنافية.

<sup>٩</sup> أنظر ما سبق بند ٢٠٩ مكرراً.

و لا شك أن تكوين عقيدة القاضى الجنائى طليقة بينما ينتقد القاضى المدنى بقواعد الإثبات التى نص عليها القانون و هو ما ينعكس بالضرورة على الحكم الذى يصدره.

و لا يقدر فى ذلك أن نظامنا القانونى يعرف تحريك الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية ، ذلك الخطأ الموجب للمساءلة المدنية يثبت حتماً بثبوت الخطأ الجنائى، إلا أن الفصل فى الدعوى المدنية يتم بعد ذلك من المحاكم المدنية و هو أمر تحكمه قواعد على ضوئها يتحدد حجم هذه المسئولية و نطاقها.

و من هنا يثار التساؤل ألم يكن من الأفضل أن تخصص محاكم إقتصادية للمسائل الجنائية و أخرى للمسائل الإقتصادية (١)، لإختلاف طبيعة القواعد التى تحكم عمل القاضى الجنائى عن تلك التى تحكم عمل القاضى المدنى.

و يزداد الأمر صعوبة بمطالعة القوانين العديدة التى أشار قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية إلى إختصاص هذه المحاكم بما تثيره من مسائل جنائية و إقتصادية مع دقتها و تباينها و تنوعها تنوعاً شديداً يقضى فضلاً عن الإحاطة بأحكام قانون العقوبات و الإجراءات الجنائية دقة الإحاطة بالقواعد التى تحكم المنازعات ذات الطابع المالى و الإقتصادى التى تثيرها هذه القوانين و هو أمر يتنافى مع مبدأ تخصص القضاء فضلاً عما يترتب على ذلك من تأخر الفصل فى القضايا توجهاً لدقة الحكم و ذلك على عكس ما توخاه المشرع بإنشاء هذه المحاكم من الرغبة فى سرعة الفصل فى هذا النوع من القضايا.

لذا تم مؤخراً تفادياً لهذه الإنتقادات تخصيص دوائر للفصل فى المسائل المدنية و أخرى للفصل فى المسائل الجنائية.

<sup>١</sup> دويدار: المرجع السابق صفحة ١٩.

نصت المادة الرابعة من قانون المحاكم الإقتصادية على إختصاص الدوائر الإبتدائية و الإستئنافية بالمحاكم الإقتصادية دون غيرها، نوعياً و مكانياً، بنظر الدعاوى الجنائية الناشئة عن الجرائم المنصوص عليها على سبيل الحصر فى سبعة عشر قانوناً حددتها.

بينما نصت المادة السادسة من القانون على إختصاص الدوائر الإبتدائية و الإستئنافية بالمحاكم الإقتصادية بنظر المنازعات و الدعاوى الناشئة عن تطبيق ثلاثة عشر قانوناً حددتها على سبيل الحصر عدا ما يدخل منها فى إختصاص مجلس الدولة.

و عليه؛ فإن تحديد نطاق إختصاص المحاكم الإقتصادية ليس أساسه نوع ما يعرض على المحاكم الإقتصادية من قضايا و إنما أساسه القوانين التى تثير هذا النوع من القضايا.

و هو أمر يثير الكثير من الجدل حول ما يعد من إختصاص هذه المحاكم و ما لا يعد من إختصاصها؛ ذلك أن القوانين العديدة التى أشارت إليها المادتان الرابعة و السادسة من قانون المحاكم الإقتصادية يمكن أن تنشأ عن مخالفة أحكامها دعاوى جنائية و مدنية و إقتصادية، كما يمكن أن تنشأ عنها دعاوى إدارية، أى أن إختصاص المحاكم الإقتصادية ليس معروفاً سلفاً، و إنما يتوقف الأمر أولاً على بحث كل قضية على حده و تكييف ما تثيره من مسائل قانونية لمعرفة ما إذا كانت تدخل فى إختصاص المحكمة الإقتصادية أم لا. و قد ينتهى البحث إلى الحكم بعدن الإختصاص و هو أمر ينطوى على مضيعة الوقت بالنسبة للقاضى و المتقاضى على السواء.<sup>١١</sup>

فخلاصة القول أن إختصاص المحاكم الإقتصادية غير معلوم سلفاً لا للمدعى و لا للمحكمة.

<sup>١١</sup>فتحى والى: المرجع السابق صفحة ٧ و ٨.

يزداد الأمر صعوبة في تكييف ما يعد من إختصاص المحاكم الإقتصادية و تلك التي تختص بها الدوائر التجارية بالمحاكم الإبتدائية؛ ذلك أنه و إن صح القول بأنه ليست كل دعوى تتعلق بالإقتصاد تعتبر دعوى تجارية فإن كل دعوى تجارية تنعكس بالضرورة على الإقتصاد.

و مما يزيد من هذه الصعوبة أن الكثير من المنازعات و الدعاوى التي تنشأ عن تطبيق القوانين التي تختص بها حصرياً المحاكم الإقتصادية يصدق عليها وصف المنازعات التجارية.

الأمر الذي يزيد نطاق إختصاص المحاكم الإقتصادية إبهاماً و غموضاً.

و عليه يمكن القول أن مظلة إختصاص المحاكم الإقتصادية و إن كانت تتسع لتشمل الدعاوى التجارية و الدعاوى الإقتصادية الناتجة عن تطبيق القوانين التي حددتها المادتان ٤ و ٦ ، فإنه ليست كل دعوى مدنية و كل دعوى تجارية و كل دعوى إقتصادية تدخل في إختصاصها.

و لكن كيف يمكن تحديد هذا الإختصاص؟ الإجابة أن الأمر مسبقاً غير ممكن و يتوقف في كل دعوى على تكييف ما تثيره من مشكلات قانونية.

و معيار كهذا لا يصلح لتحديد إختصاص المحكمة الإقتصادية. و النتيجة أن المتقاضى لا يدري أى محكمة يرفع أمامها دعواه، و القاضى لا يعرف ما إذا كان مختصاً بها أم لا بعد تكييفها ، و فى الحالين يضيع وقت القاضى و المقاضى على السواء.

٢٦٥-٤- النصوص المتعلقة بالطعن فى أحكام المحاكم الإقتصادية تثير شبهة عدم الدستورية:

ذلك أن المشرع لم يحدد للدوائر الإبتدائية للمحاكم الإقتصادية نصاً إنتهائياً (٦م) فجعل حكمها يقبل بالطعن بالإستئناف أمام الدائرة الإستئنافية بالمحكمة

الإقتصادية أياً كانت قيمة الدعوى (م ١٠/١) مع عدم جواز الطعن بالنقض في الحكم الصادر في الاستئناف (م ١١)، بينما جعل المشرع في قانون المرافعات حكم المحكمة الابتدائية إنتهائياً إذا صدر في دعوى لا تزيد قيمتها عن أربعين ألف جنيه، و أجاز إستئناف الحكم إذا زادت قيمة الدعوى عن ذلك. كما أجاز الطعن بالنقض بعد ذلك إذا زادت قيمة الدعوى محل حكم الإستئناف عن مائة ألف جنيه؛ إذ جعل المشرع للطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف نصاً يتعين مراعاته لقبول الطعن بالنقض.

و لا شك أن الطعن في الحكم سواء بالاستئناف أو بالنقض من أهم ضمانات المتقاضى في مواجهة القاضى، و حرمان الخصم منه رغم تماثل طبيعة الدعوى، و كونها تتعلق - أياً كان مسماها - بحق مدنى، وإن اختلفت المحكمة المختصة بها، يخل بمبدأ المساواة بين الخصوم أمام القانون، الأمر الذى يثير شبهة عدم دستورية النصوص المنظمة للطعن فى أحكام المحاكم الإقتصادية.

#### ٢٦٦-٥- إرهاب المتقاضين بالاتجاه إلى محاكم بعيدة عن موطنهم:

ذلك أنه طبقاً للمادة الأولى من قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية يكون مقر المحكمة الإقتصادية بدانيتها الابتدائية و الأسبنتافية بدائرة اخصاص كل محكمة استئناف على.

و لا شك فيما ينطوى عليه ذلك من عنت بالمتقاضين و عدم تيسير التجاهم إلى القضاء.

و لا يخفف من شقاء المتقاضين ما نصت عليه المادة الأولى من أنه يجوز عند الضرورة أن تتعد المحكمة الإقتصادية فى أى مكان آخر بقرار من وزير العدل بناء على طلب رئيس المحكمة الإقتصادية؛ لأن تحقق ذلك يتوقف على إمكانية توفير المكان المناسب، و الأهم من ذلك توفير العدد الازم من القضاء من ذوى الخبرة للعمل بهذه المحاكم، فضلاً عن أنها رخصة لا تقضى على المشكلة و إنما تعالجها جزئياً.



## ٢٦٧-٦- تعطيل الفصل فى القضايا (هيئة التحضير):

و مرجع ذلك أن المشرع أنشأ هيئة لتحضير المنازعات و الدعاوى التى تختص بها المحاكم الإقتصادية بدائلتها الإبتدائية و الإستئناف ابتداءً. (م ٨)

و لا شك أنه مع نبيل المقصد الذى توخاه المشرع من إنشاء هيئة التحضير و رغم تحديده مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً لإنجاز مهمتها يجوز لرئيس الدائرة مدها لمدة مماثلة (م ٣/٨) إلا أن التجربة العملية أثبتت أن نظام تحضير الدعاوى يتمخض فى النهاية عن تعطيل الفصل فيها، و هو أمر أكثر توقعاً من هيئة التحضير بالمحاكم الإقتصادية منذ إنشائها الناتجة عن تطبيق القوانين العديدة التى حددها قانون إنشائها.

و ما يؤكد ذلك أن المشرع نفسه تحسب لهذا الاحتمال فاستدرك فى ذات المادة الثامنة بإنشاء هيئة التحضير، فنص فى فقرتها الثالثة على أنه إذا لم تنجز هيئة التحضير عملها فى خلال المدة المحددة تولت المحكمة الإقتصادية نظر الدعوى، و هو ما يترتب عليه مضيعة الوقت على المتقاضين و تأخير الفصل فى أفضيتهم.

لذا؛ نأمل إلغاء هذا النظام و الاكتفاء بإلزام الخصوم بتقديم كافة مستنداتهم المتاحة عند قيد الدعوى مع إعطاء المحكمة سلطة الحكم برفض الدعوى بحالتها إذا تبين لها تقصير المدعى فى القيام بهذا الإلتزام مع تغريمه الغرامة التى تقدرها التى تقدرها بحد أقصى يقرره المشرع صوتاً لوقت القضاء.

## المطلب الثانى

المحاكم الإقتصادية جزء من القضاء العادى و ليست جهة قضاء مستقلة رغم التنظيم القانونى الخاص الشامل لعملها

٢٦٨-١- المحاكم الإقتصادية محاكم متخصصة نوعياً لا يخرجها التنظيم الخاص والشامل لعملها من مظلة القضاء العادى:

عنى قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية بمواده الإثنى عشر بتنظيم عملها بشكل خاص شامل ، فلم يقتصر على بيان التشكيل الخاص لهذه المحاكم و مقارها ، و الدعاوى الموضوعية التى تختص بها دون غيرها ، و إنما خولها سلطة إصدار الأحكام و مقارها، و مقارها الدعاوى الموضوعية التى تختص بها دون غيرها، و إنما خولها سلطة إصدار الأحكام المستعجلة و الأوامر الوقتية المتعلقة بالدعاوى التى تختص بها، و إصدار الأوامر على العرائض ، و أوامر الأداء فى المسائل التى تدخل فى إختصاصها، و الفصل فى منازعات التنفيذ الوقتية و الموضوعية عن الأحكام الصادرة منها، و إصدار القرارات و الأوامر المتعلقة بالتنفيذ و التظلم منها، و إختصاصها بقواعد خاصة للطعن فى أحكامها بالإستئناف و النقض و إستحداث دائرة خاصة بالنقض للنظر فيما يعرض عليها من طعون فى أحكام المحاكم الإقتصادية و أعان المحاكم الإقتصادية على عملها بإستحداث هيئة لتحضير المنازعات و الدعاوى التى تختص بها، و إختصاصها بجداول خاصة من الخبراء المتخصصين ممن تتوافر فيه الخبرة بموضوع الدعاوى التى تختص بها.

و قد يوحى هذا التنظيم الخاص و الشامل للمحاكم الإقتصادية، بإعتبارها جهة قضاء مستقلة عن القضاء العادى، غير أن هذا التصور غير صحيح؛ ذلك أنها رغم البناء القانونى الخاص و الشامل لعملها لا تعدو أن تكون محاكم متخصصة تخصصاً نوعياً و جزءاً من القضاء العادى، شأنها فى ذلك شأن محاكم الأسرة تفعيلاً - كما قدمنا- لمبدأ تخصص القضاة، تخضع فى

عملها فيما لم يرد به نص في قانون إنشائها للقوانين التي تحكم عمل محاكم القضاء العادى.

و سوف نعرض فيما يلى لمقار و تشكيل المحكمة الإقتصادية و نطاق اختصاصها و إجراءات الخصومة أمامها و سبل الطعن على أحكامها.

## الفرع الأول

### مقار المحاكم الإقتصادية و تشكيلها و نطاق اختصاصها

#### ٢٦٩ مقار المحاكم الإقتصادية:

تنص المادة الأولى من قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية على أنه: "تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة إستئناف محكمة تسمى "المحكمة الإقتصادية". و يصدر بتعيين مقار المحاكم الإقتصادية قرار من وزير العدل بعد أخذ رأى مجلس القضاء الأعلى".

و قد حدد وزير العدل مقار<sup>(١٢)</sup> المحاكم الإقتصادية على النحو التالى:

مقر محكمة القاهرة الإقتصادية بمركز الدراسات القضائية بجوار محكمة شمال القاهرة الإبتدائية بالعباسية.

مقر محكمة الإسكندرية الإقتصادية بالمبنى الملحق بقمر محكمة الدخيلة الجزئية.

مقر محكمة طنطا الإقتصادية بمجمع محاكم طنطا بمدينة طنطا.

<sup>١٢</sup> قرار وزير العدل رقم ٨٦٠٣ لسنة ٢٠٠٨ المنشور بالوقائع المصرية العدد ٢٤٢ فى ٢٠٠٨/١٠/٢١

مقر محكمة المنصورة الاقتصادية بمقر محكمة إستئناف امنصورة بمدينة المنصورة.

مقر محكمة الإسماعيلية الاقتصادية بمجمع المصالح الحكومية بمدينة بورسعيد.

مقر محكمة بنى سويف الاقتصادية بمقر مجمع محاكم أهناسيا الجزئية بمدينة أهناسيا - محافظة بنى سويف.

مقر محكمة أسيوط الاقتصادية بمجمع محاكم أسيوط.

مقر محكمة قنا الاقتصادية بمدينة قنا.

و يجوز أن تنعقد المحكمة الاقتصادية عند الضرورة فى أى مكان آخر و ذلك بقرار وزير العدل بناء على طلب رئيس المحكمة الاقتصادية (م ٢/١).

و لا يخفى ما ينطوى عليه بُعد مقرار المحاكم الاقتصادية عن المتقاضين من إرهاق لهم، و هو ما يتناقض مع إتجاه المشرع التيسير على للمتقاضين.

#### ٢٧٠ - التشكيل الخاص للمحكمة الاقتصادية:

تتشكل المحكمة الاقتصادية من دوائر ابتدائية و دوائر إستئنافية (م ٢/١ من قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية).

و قد حرص المشرع فى قانون المحاكم الاقتصادية على تشكيلها تشكيلا خاصاً يختلف عن سائر محاكم القضاء العادى؛ فاستلزم فى من يتولى رئاستها و فى قضائها توافر خبرة معينة نظراً لأهمية و دقة ما تثيره القضايا التى تدخل فى إختصاصها من مشكلات قانونية، فجعل رئاسة المحكمة لرئيس الإستئناف العالى (م ١/١)، و أوجب تشكيل الدائرة الابتدائية من ثلاثة من الرؤساء فى المحاكم الابتدائية، فلا يجوز أن يلى القضاء فى هذه الدائرة إلا قاضى بدرجة رئيس بالمحكمة الابتدائية، بينما أوجب تشكيل الدائرة الإستئنافية من ثلاثة من

قضاة محاكم الاستئناف أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بمحكمة الاستئناف. سواء نظرت الدعوى ابتداءً أو نظرتها كمحكمة استئناف (م ٢).

٢٧١- إختصاص المحكمة الاقتصادية<sup>١٢</sup> إختصاص بالدعاوى الجنائية و الإختصاص بالدعاوى الاقتصادية<sup>١٣</sup>:

للمحكمة الاقتصادية بدوائرها الابتدائية و الاستئنافية إختصاصات تنفرد بها دون غيرها من المحاكم: إختصاص جنائي و إختصاص بالدعاوى ذات الطابع الإقتصادي، و هو إختصاص نوعي يتعلق بالنظام العام و مؤدى ذلك أنه لا يجوز لغير المحاكم الاقتصادية الفصل في ما جعله القانون من إختصاصها و إلا كان الحكم باطلاً، و في ذات الوقت لا يجوز للمحكمة الاقتصادية الفصل في غير ما جعله القانون من إختصاصها و إلا كان حكمها باطلاً. و لأن إختصاص المحاكم الاقتصادية إختصاص حصري فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه.

و قد ورد تحديد هذا الإختصاص بالمادتين ٤ و ٦ م قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية.

و جدير بالذكر ملاحظة أن الدائرة الابتدائية و الدائرة الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية وبذات التشكيل تفصل على السواء في الدعاوى الجنائية و الدعاوى الاقتصادية أى ذات الطابع الإقتصادي؛ و هو ما يخل كما سبق نوهنا<sup>(١٢)</sup>- بمبدأ تخصيص القضاء الذى إستهدفه قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية.

٢٧٢- أولاً: الإختصاص الجنائي للمحاكم الاقتصادية:

حددت المادة رابعاً من قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية هذا الإختصاص فنصت على أن:

<sup>١٢</sup> بند ٢٥٩.

"تختص الدوائر الابتدائية و الإستئنافية بالمحاكم الإقتصادية، دون غيرها، نوعياً و مكانياً بنظر الدعاوى الجنائية الناشئة عن الجرائم المنصوص عليها في القوانين الآتية:

- ١- قانون العقوبات فى شأن جرائم التنفالس.
- ٢- قانون الإشراف و الرقابة على التأمين فى مصر.
- ٣- قانون شركات المساهمة و شركات التوصية بالأسهم و الشركات ذات المسئولية المحدودة.
- ٤- قانون سوق رأس المال.
- ٥- قانون ضمانات و حوافز الإستثمار.
- ٦- قانون التأجير التمويلى.
- ٧- قانون الإيداع و القيد المركزى للأوراق المالية.
- ٨- قانون التمويل العقارى.
- ٩- قانون حماية الملكية الفكرية.
- ١٠- قانون البنك المركزى زو الجهاز المصرفى و النقد.
- ١١- قانون الشركات العاملة فى مجال تلقى الأموال لإستثمارها.
- ١٢- قانون التجارة فى شأن جرائم الصلح الواقى من الإفلاس.
- ١٣- قانون حماية الإقتصاد القومى من الآثار الناجمة عن الممارست الضارة فى التجارة الدولية.
- ١٤- قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الإحتكارية.

١٥- قانون حماية المستهلك.

١٦- قانون تنظيم الاتصالات.

١٧- قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني و إنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات".

و قد قسم الشرع البدعوى الجنائية التى تختص بها الدوائر الابتدائية و الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية إلى جنح و'جنايات و أخرج من إختصاصها المخالفات تجنباً لتكدس القضايا.(١٤)

فجعل قضايا الجنح الناشئة عن تطبيق القوانين سالفه البيان من إختصاص الدوائر الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية، و يكون إستئنافها أمام الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية (م١/٥). على أن تسرى على الطعون فى الأحكام الصادرة من الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية فى مواد الجنح؛ المواعيد و الإجراءات و أحكام النفاذ المعجل المقررة فى قانون الإجراءات الجنائية (م ١/٥)؛ لعدم إشمال قانون المحاكم الاقتصادية على النصوص المنظمة لذلك.

أما الدوائر الإستئنافية بالمحاكم الاقتصادية فتختص فضلاً عن إختصاصها السابق؛ بالنظر ابتداءً فى قضايا الجنايات المنصوص عليها فى القوانين سالفه البيان (م٢/٥)، أى أنها تعمل كمحكمة جنح مستأنفة و كمحكمة جنايات.

و جدير بالذكر؛ أنه إذا تم تعديل أى من القوانين سالفه البيان أو صدر قانون جديد محل إحداها؛ فإن ذلك لا يؤثر على إختصاص المحكمة الاقتصادية بما ينتج عن ذلك التغيير من دعوى جنائية.(١٥)

<sup>١٤</sup> د. أسامة حسنين عبيد: المسئولية الجنائية المصرفية، ط ٢٠٠٨ ص ١٣٩.

<sup>١٥</sup> فتحى والى: المرجع السابق، ص ٨.

و قد إختص المشرع المحاكم الإقتصادية بالفصل فى هذه الجرائم لما تمثله من أثر بالغ على الإقتصاد، على أنه يتعين أن يؤخذ فى الإعتبار طبيعة هذه الجرائم و كونها ذات طابع إقتصادى تقتضى المرونة تارة و الشدة تارة أخرى بما يحقق التوازن بين عدم الإسراف فى العقاب؛ حتى لا يؤثر ذلك بالسلب على عجلة الإقتصاد، و بين ضرورة حماية الإقتصاد الوطنى من أثار المحترفين.

و جدير بالذكر؛ أن إختصاص المحاكم الإقتصادية بالفصل فى هذه الجرائم إختصاص حصرى لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، كما أن النصوص المنظمة لهذا الإختصاص تعتبر نصوصاً خاصة تقيد الأحكام العامة الواردة فى قانون العقوبات.

على أن إختصاص المحاكم الإقتصادية بالجرائم المنصوص عليها فى القوانين سالفة البيان يثير العديد من الصعوبات، كما إذا إرتبطت جريمة من الجرائم التى تدخل فى إختصاص المحكمة الإقتصادية إرتباطاً لا يقبل التجزئة بجريمة ذات وصف و عقوبة أشد تدخل فى إختصاص محاكم الجنايات العادية؛ فهل يجوز الدفع بعدم إختصاص المحكمة الإقتصادية فى هذه الحالة بالفصل فى الجريمة المعروضة عليها إعمالاً لقواعد الإرتباط التى تنص عليها المادة ٣٢ من قانون العقوبات أم تظل مختصة بالفصل فى الجريمة التى أمامها دون غيرها مطبقة الوصف الأخف و العقوبة الأقل إستناداً إلى نص المادة الرابعة من قانن إنشائها و إعمالاً لقاعدة أن الخاص يقيد العام؟

لا شك أن الأمر يقتضى تدخلاً تشريعياً لصياغة معيار يتم على ضوئه تحديد إختصاص المحاكم الإقتصادية بالمسائل الجنائية يتحسب لمثل هذه الصعوبات.

فلا يكفى النص على إختصاصها بالجرائم المنصوص عليها فى القوانين سالفة البيان التى أشارت إليها المادة ٤ ، لأن ذلك لا يعدو أن يكون بياناً بهذه الجرائم و ليس معياراً يحسم نطاق إختصاص المحاكم الإقتصادية و الفصل فيها.



و تلك لامسائل تخرج عن نطاق دراستنا يختص ببحثها فقهاء القانون الجنائي.

٢٧٤- ثانياً: إختصاص المحاكم الإقتصادية بالدعاوى ذات الطابع الإقتصادي:

حددت هذا الإختصاص المادة السادسة من قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية فنصت على أنه:

" فيما عدا المنازعات و الدعاوى التى يختص بها مجلس الدولة؛ تختص الدوائر الإبتدائية بالمحاكم الإقتصادية - دون غيرها- بنظر المنازعات و الدعاوى التى لا تجاوز قيمتها خمسة ملايين جنيه؛ و التى تنشأ عن تطبيق القوانين الآتية:

- ١- قانون الشركات العاملة فى مجال تلقى الأموال لإستثمارها.
- ٢- قانون سوق رأس المال.
- ٣- قانون ضمانات و حوافز الإستثمار.
- ٤- قانون التأجير التمويلى.
- ٥- قانون حماية الإقتصاد القومى من الآثار الناجمة عن الممارسات الضارة فى التجارة الدولية.
- ٦- قانون التجارة فى شأن نقل التكنولوجيا و الوكالة التجارية و عمليات البنوك و الإفلاس و الصلح الواقى منها.
- ٧- قانون التمويل العقارى.
- ٨- قانون حماية الملكية الفكرية.
- ٩- قانون تنظيم الإتصالات.

١٠- قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني و إنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

١١- قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية.

١٢- قانون شركات المساهمة و شركات التوصية بالأسهم و الشركات ذات المسؤولية المحدودة.

١٣- قانون البنك المركزي و الجهاز المصرفي و النقد.

و تختص الدوائر الإستئنافية فى المحاكم الإقتصادية - دون غيرها - بالنظر ابتداءً فى كافة المنازعات و الدعاوى المنصوص عليها فى الفقرة السابقة إذا جاوزت قيمتها خمسة ملايين جنيه أو كانت غير مقدرة القيمة " أى الغير قابلة لتقدير قيمتها".

٢٧٥- وتجدر ملاحظة:

أ- أن المشرع إستبعد المنازعات الإدارية التى يختص بها مجلس الدولة من إختصاص المحاكم الإقتصادية؛ فإذا عُرِضَتْ عليها منازعة إدارية تعين عليها الحكم بعدم إختصاصها ولانياً بنظر الدعوى و إحالتها إلى المحكمة المختصة بجهة القضاء الإدارى، على أن ذلك يتوقف على تكييف ما يعد منازعة إدارية فلا يدخل فى إختصاصها وما لا يعد كذلك فتختص بالفصل فيها.

كما تجدر ملاحظة أيضاً - ما سبق أن أشرنا إليه<sup>(١٦)</sup> - أن هذه القوانين يمكن أن ينتج عنها العديد من الدعاوى الإقتصادية و المدنية و التجارية الأمر الذى يصعب معه تحديد إختصاص المحكمة الإقتصادية لإنعدام المعيار الذى أساسه يتحدد إختصاصها النوعى.

<sup>١٦</sup> بند ٢٦٤.

ب- أن إلغاء قانون من القوانين السابقة و حلول قانون آخر مكانه أو تعديله لا يخل بإختصاص المحكمة بما ينتج عن ذلك م دعاوى.

ج- أن المشرع لم يحدد نصاباً إنتهائياً للمحاكم الإقتصادية كما هو الحال بالنسبة لمحاكم القضاء العادى الجزئية و الابتدائية، فأحكامها أياً كانت قيمة الدعوى الصادرة فيها تقبل الطعن بالإستئناف.

د- إنه يتعين - فى إعتقادنا - كما سبق أن أوضحنا مراعاة قواعد الإختصاص القيمى لتعلقها بالنظام العام، فلا يجوز للدائرة الإبتدائية الفصل فيما زاد عن إختصاصها القيمى، كما لا يجوز للدائرة الإستئنافية الفصل فى دعوى لا تدخل فى إختصاصها القيمى، بإعتبارها فى الواقع محاكم و ليست مجرد دوائر لمحكمة واحدة على التفصيل السابق بيانه.<sup>(١٧)</sup>

و عليه؛ يتعين على الدائرة فى مثل هذه الأحوال أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم إختصاصها و إحالة الدعوى إلى الدائرة المختصة و لو لم يدفع الخصم بذلك إعمالاً للمادة ١١٠ من قانون المرافعات.

هـ - أن مخالفة قواعد الإختصاص المحلى للمحاكم الإقتصادية بشأن الدعوى و المنازعات الإقتصادية ليست من النظام العام، تطبيقاً للقواعد العامة فى قانون المرافعات.

و- أن تقدير قيمة الدعوى أمام المحاكم الإقتصادية يخضع للقواعد العامة لتقدير قيمة الدعوى فى قانون المرافعات.

و ذلك لعدم وجود نص خاص فى هذا الشأن بقانون المحاكم الإقتصادية (م ٤ من قانون إصدار قانون المحاكم الإقتصادية).

## ٢٧٦- مدى إختصاص المحكمة الإقتصادية بالطلبات العارضة و الدعاوى المرتبطة و المسائل الأولية:

سبق أن ذكرنا<sup>(١٨)</sup> أن دوائر المحكمة الإقتصادية هي في واقع الأمر محاكم ذات تشكيل خاص و إختصاص قيمي محدد و ليست مجرد دوائر في محكمة واحدة. و من ثم؛ تطبق قواعد قانون المرافعات التي تحكم الطلبات العارضة و الدعاوى المرتبطة و الدفع بمسألة أولية على ما يثار منها أمام المحاكم الإقتصادية لعدم وجود نص بشأنها في قانون إنشائها، و ذلك إعمالاً لنص المادة الرابعة من قانون إصدار قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية و التي تنص على سريان قانون المرافعات المدنية و التجارية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية، مع مراعاة أن المحاكم الإقتصادية يحكمها قانون خاص يتعين مراعاة أحكامه (م ١ من قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية)، و هو ما نعرض له فيما يلي:

### ٢٧٧- أ- الطلبات العارضة:

إذا قُدم طلب عارض أمام الدائرة الابتدائية بالمحكمة الإقتصادية فإنها تختص بالفصل فيه إذا كان هذا الطلب يدخل في إختصاصها النوعي و القيمي، و إلا فصلت في الدعوى الأصلية و أحالت الطلب العارض إلى المحكمة المختصة به، سواء كانت هذه المحكمة المختصة المحكمة الابتدائية في جهة المحاكم أو الدائرة الإستئنافية بالمحكمة الإقتصادية.

فإذا ترتب على هذه الحالة الإضرار بسير العدالة؛ و جب عليها أن تحيل الدعوى الأصلية و الطلب العارض معاً إلى المحكمة المختصة، و يكون حكمها بالإحالة غير قابل للطعن (م ٤٦ مرافعات)، و الأمر لا يثير مشكلة إذا كانت المحكمة المختصة في هذه الحالة الدائرة الإستئنافية بالمحكمة الإقتصادية، أما إذا كانت الإحالة إلى المحكمة الابتدائية بجهة المحاكم فإنه يتعين إحالة الطلب

<sup>١٨</sup> بند ٢٦٢.

العارض فقط دون الدعوى الأصلية، لكونها لا تدخل في الإختصاص النوعي لها، حتى ولو كانت قيمتها تدخل في إختصاصها، إعمالاً للمادة السادسة من قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية الذي ينص على إختصاص الدائرة الإبتدائية بالمحكمة الإقتصادية دون غيرها بالفصل في الدعوى.

أما إذا قُدم الطلب العارض إلى الدائرة الإستئنافية بالمحكمة الإقتصادية؛ فإنها تختص بالفصل فيه أيضاً كانت قيمته (م ٣/٤٧ مرافعات)، بشرط إختصاصها بموضوعه إختصاصاً نوعياً إعمالاً للمادة ٤ من قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية، و إلا أحالت الطلب العارض إلى المحكمة المختصة به في جهة المحاكم.

فإذا كانت قواعد المرافعات تقضى بإختصاص المحكمة الإبتدائية بالطلب العارض أيضاً كانت قيمته أو نوعه بإعتبارها صاحبة الإختصاص العام (م ٤٧/٣)، فإنه يتعين مراعاة قواعد الإختصاص النوعي في قانون المحاكم الإقتصادية، أى أنه يتعين تطبيق قواعد قانون المرافعات فيما لم يرد بشأنه نص في قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية طبقاً للمادة الأولى من قانون إصدار المحاكم الإقتصادية وعليه؛ فإن مراعاة قواعد الإختصاص للدائرة الإستئنافية؛ لا تجيز لها الفصل في طلب عارض لا يدخل في إختصاصها، فإن فصلت خطأ كان حكمها باطلاً.

٢٧٨ - ب- الإرتباط:

قد يحدث أن ترفع دعوى أمام الدائرة الإبتدائية بالمحكمة الإقتصادية و ترفع إبتداءً دعوى مختلفة أمام الدائرة الإستئنافية بالمحكمة الإقتصادية بينهما إرتباط، وقد يحدث هذا الإرتباط بين دعوى رفعت أمام إحدى الدوائر بالمحكمة الإقتصادية، و أخرى مختلفة منظورة أمام إحدى محاكم القضاء العادي جزئية أو إبتدائية.

لاشك أن الارتباط بين دعويين يجعل من حسن سير القضاء و تجنباً لإحتمال تناقض الأحكام جمعهما أمام محكمة واحدة لنفصل فيهما معاً بحكم واحد، و ذلك بإحالة إحدى الدعويين إلى أى من المحكمتين طبقاً للمادة ٢٢/٣ من قانون المرافعات. فما مدى إتفاق ذلك مع قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية؟

من المسلم به أنه يتعين مراعاة أن المحاكم الإقتصادية محاكم ذات اختصاص خاص تفصل دون غيرها فيما جعله القانون من اختصاصها و لا تفصل فى غيره (المادتان ٤ و ٦ من قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية).

و عليه فإنه يتعين أن يراعى عند الدفع بالإحالة للإرتباط أنه لا يجوز أن يدفع أمام المحكمة الإقتصادية بإحالة دعوى منظورة أمامها إلى محكمة غير مختصة بها نوعياً لإرتباطها بدعوى تنظرها هذه المحكمة، كما لا يجوز أن تحال إليها دعوى لا تدخل فى اختصاصها و لو كانت مرتبطة بدعوى تنظرها.

و من ثم؛ فإنه لا يجوز للمحكمة الإقتصادية أن تحيل الدعوى المنظورة أمامها و التى تدخل فى اختصاصها إلى إحدى محاكم القضاء العادى جزئية أو ابتدائية لعدم اختصاصها بنظرها، كما لا يجوز أن تحال إلى المحكمة الإقتصادية دعوى من إحدى محاكم القضاء العادى لا تدخل فى اختصاصها و لو كانت مرتبطة بالدعوى التى تنظرها إرتباطاً لا يقبل التجزئة لعدم اختصاصها بنظرها.

إلا أنه من المتصور تتم إحالة دعوى تنظرها الدائرة الابتدائية بالمحكمة الإقتصادية إلى الدائرة الإستئنافية بالمحكمة الإقتصادية لإرتباطها بدعوى تنظرها و بحساباتها المحكمة ذات الاختصاص القيمى الأكبر فمن يختص بالأكثر يختص بالأقل. و على العكس فإنه لا يجوز الإحالة للإرتباط من الدائرة الإستئنافية بالمحكمة الإقتصادية إلى الدائرة الابتدائية بها لمخالفة ذلك لقواعد الاختصاص القيمى.

على أنه تجدر ملاحظة أنه لا يشترط لصحة الإحالة للإرتباط أن تكون المحكمة المحال إليها مختصة بالدعوى محلياً، و ذلك تغليباً لقواعد الإرتباط على قواعد الإختصاص المحلى التى ليست من النظام العام.

## ٢٧٩ - ج - المسائل الأولية:

المسألة الأولية هى التى تثار أمام المحكمة التى تنظر الدعوى و يتوقف الفصل فى موضوع الدعوى على الفصل فيها أولاً، و قد تدخل هذه المسألة فى إختصاص المحكمة التى تنظر الدعوى، و قد لا يكون من إختصاصها الفصل فيها . فما هو الحكم إذا أثبت مثل هذه المسألة أمام إحدى المحاكم الإقتصادية؟

لاشك أنه إذا أثبت أمام إحدى المحاكم الإقتصادية مسألة أولية تخرج عن إختصاصها، و تدخل فى إختصاص محكمة أخرى من المحاكم غير الإقتصادية: كالمحكمة الجزئية أو الابتدائية أو إحدى محاكم القضاء الإدارى، أو تعلقت المسألة بعدم دستورية النص سند الدعوى، مما يدخل فى إختصاص المحكمة الدستورية، فإنه يجوز للمحكمة الإقتصادية وقف السير فى الدعوى التى تنظرها إلى حين الفصل فى المسألة الأولية من المحكمة المختصة بها تطبيقاً للمادة ١٢٩ من قانون المرافعات.

أما إذا كانت المسألة الأولية المثارة تدخل فى إختصاص المحاكم الإقتصادية؛ ففي الأمر تفصيل:

إذا أثبتت المسألة الأولية بمناسبة دعوى منظورة أمام دائرة ابتدائية إقتصادية أخرى، فإنها تختص بالفصل فيها حتى ولو كانت هذه الدائرة تابعة لمحكمة إقتصادية أخرى؛ لأنها ملزمة بتصفية كل نزاع يقوم على أى عنصر من عناصر الدعوى يتوقف الحكم فيها على الفصل فيه<sup>(١)</sup>.

<sup>١٩</sup> نقض مدنى ٦ يناير ١٩٤٩ مجموعة النقض فى ٢٥ عاماً ج ١ صفحة ٦٣٠ ق ٤٩ :  
نقض مدنى ١٢ إبريل ١٩٦٣ مجموعة أبو شادى صفحة ٥٣٩ ق ٩١٥ .

أما إذا كانت المسألة الأولية المثارة أمام الدائرة الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية تدخل في إختصاص الدائرة الإستئنافية الاقتصادية بمحكمة أخرى. فإنه يمتنع عليها الفصل في هذه المسألة، وإنما يجوز لها وقف الفصل في الدعوى إلى حين الفصل في المسألة الأولية من الدائرة الإستئنافية الاقتصادية المختصة.

و على العكس؛ إذا أثرت المسألة الأولية أمام دائرة إستئنافية اقتصادية، وكانت هذه المسألة تدخل إختصاص دائرة ابتدائية اقتصادية أخرى بذات المحكمة أو بمحكمة اقتصادية أخرى، فإنه يجوز لها الفصل فيها لأن من يختص بالأكثر يختص بالأقل. و من باب أولى يجوز للدائرة الإستئنافية الاقتصادية الفصل في المسألة الأولية، و لو كانت تدخل في إختصاص دائرة إستئنافية اقتصادية تابعة لمحكمة اقتصادية أخرى.

#### ٢٨٠- إختصاص المحاكم الاقتصادية بالدعوى المستعجلة:

سبق أن ذكرنا أن المشرع أقام بقانون إنشاء المحاكم الاقتصادية بناء قانونياً كاملاً و شاملاً فلم يقتصر على بيان إختصاصها الموضوعي؛ و إنما خولها سلطة الفصل في المسائل المستعجلة التي تتعلق بدعوى تدخل في إختصاصها، أى أنه نظم إلى جانب القضاء الموضوعي الإقتصادي قضاءً مستعجلاً اقتصادياً؛ أى محكمة أمور مستعجلة اقتصادياً توفيراً لحماية عاجلة للمسائل الاقتصادية.

حيث نصت المادة الثالثة منه على أن "تعين الجمعية العامة للمحكمة الاقتصادية، في بداية كل عام قضائي، قاضياً أو أكثر من قضاتها بدرجة رئيس بالمحاكم الابتدائية من الفئة (أ) على الأقل، ليحكم بصفة مؤقتة، و مع عدم المساس بأصل الحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت و التي تختص بها تلك المحكمة".



و يتضح من هذا النص؛ أن المشرع حرص على اشتراط توافر كفاءة و خبرة قانونية في من يتولى مهمة القاضى المستعجل بالمحاكم الإقتصادية المستعجلة؛ لأهمية ما تثيره هذه الدعاوى من ناحية، و خطورة الحكم الصادر منها سلبا أو إيجابا من ناحية أخرى، فإشترط ألا تقل درجة من يلى هذا الأمر عن درجة رئيس بالمحاكم الابتدائية من الفئة (أ) على الأقل، و هذا لا يمنع من أن تعين الجمعية العامة للمحكمة الإقتصادية من هو فى درجة أعلى.

وتجدر ملاحظة ؛ أن إختصاص محكمة الأمور المستعجلة الإقتصادية إختصاص حصرى. ينبى على ذلك؛ أنها هى المختصة دون غيرها بالفصل فى الدعاوى المستعجلة الإقتصادية، فلا يجوز لمحكمة الأمور المستعجلة بجهة محاكم القضاء العادى أن تفصل فيها، و يتعين عليها إحداها أن تحكم بعدم الإختصاص و إحالتها إلى المحاكم المستعجلة الإقتصادية و إلا كان حكمها باطلا.

كما ينبغى على ذلك أيضا؛ أنه لا يجوز لغير القاضى المعين من قبل الجمعية العامة للمحكمة الإقتصادية الفصل فى المسائل الإقتصادية المستعجلة؛ فلا يجوز أن يطلب ذلك من رئيس الدائرة الابتدائية الإقتصادية أو رئيس الدائرة الإستئنافية بطريق التبعية لموضوع الدعوى التى ينظرها (٢٠)، ذلك أن نص المادة الثالثة نص خاص قاطع الدلالة لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه.

<sup>٢٠</sup> عكس ذلك فتحى والى: المرجع السابق ص ١٣ .

٢٨١- إختصاص المحاكم الإقتصادية بإصدار الأوامر الوقتية و الأوامر على العرائض<sup>(١)</sup>:

لم يكف المشرع فى قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية بتوفير الحماية العاجلة للحقوق التى يمكن أن تكون موضوعاً للدعوى الإقتصادية، توكيماً للسرعة، و إنما يُسر سبيلاً أسرع وقتاً لتحقيق هذه الحماية؛ فحول بالمادة التالية لمن تُعيّنه الجمعية الإمة للمحكمة الإقتصادية من بين قضاتها من لا تقل درجته عن درجة رئيس المحكمة الإبتدائية من الفئة (أ) سلطة إصدار الأوامر الوقتية و إصدار الأوامر على العرائض المتعلقة بالحقوق التى تدخل فى إختصاص المحكمة الإقتصادية.

و جدير بالذكر؛ أنه لا يجوز الإلتجاء طبقاً للمادة ٣/٤٥ من قانون المرافعات إلى رئيس الدائرة الإقتصادية الإبتدائية أو الإستئنافية التى تنظر الدعوى يطلب إصدار الأمر الوقتى أو الأمر<sup>(٢)</sup> على عريضة؛ لأن ذلك يخالف صريح نص المادة الثالثة من قانون المحاكم الإقتصادية الذى يقصر الإختصاص بذلك على من تعينه الجمعية العامة للمحكمة الإقتصادية.

## ٢٨٢- إختصاص المحاكم الإقتصادية بأوامر الأداء:

راعى المشرع فى قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية أن حماية الإقتصاد و سرعة تداول الأموال و تشجيع الإستثمار يقتضى كما نوهنا؛ سرعة إستقرار الحقوق؛ الأمر الذى يقتضى سرعة إقتضائها و تجنب بطء العدالة. لذا؛ وفر للمتقاضين إلى جانب الدعوى الكوضوعية التى ترفع إبتداءً، و يتولى الفصل فيها قضاة من المتخصصين و من ذوى الخبرة، طريقاً ميسراً، و هو إقتضاء

<sup>١</sup> الأوامر على العرائض هى القرارات التى يصدرها القاضى على الطلبات التى يقدم بها ذوى الشأن فى صورة عريضة بقصد الحصول على إذن القضاء بعمل أو إجراء قانونى معين، كالأمر بإتقااص ميعاد المسافة لمن يكون موطنه فى الخارج (م ١٧ مرافعات) و الإذن بتوقيع الحجز التحفظى (م ٣١٩ / ٢ مرافعات)، و الإذن ببيع الأشياء المحجوزة إذا كانت عرضه للتلف أو لتقلب الأسعار (م ٣٧٦ مرافعات).  
<sup>٢</sup> عكس ذلك فتحتى والى : المرجع السابق ص ١٣.

الحق أياً كانت قيمته بطريق أمر الأداء بدلاً من رفع دعوى به، و هو أمر يصدر على العريضة التي يتقدم بها الدائن أو وكيله من القاضى الذى تعينه الجمعية العامة للمحكمة الإقتصادية من بين قضااتها، ممن لا تقل درجته عن رئيس بالمحاكم الابتدائية من الفئة (أ) على الأقل (م ٣).

و قد حددت شروط إصدار هذا الأمر و إجراءاته المواد ( ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٨ من قانون المرافعات التي يتعين العمل بها أمام القاضى المختص بإصدار أمر الأداء بالمحاكم الإقتصادية لعدم وجود نصوص خاصة بذلك فى قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية).

و جدير بالذكر أنه لا يجوز لغير القاضى المعين من قبل الجمعية العامة للمحكمة الإقتصادية إصدار الأمر.

فإذا امتنع القاضى المنوط به إصدار أمر الأداء بالمحكمة الإقتصادية عن إصدار الأمر؛ لرفضه إجابة الطالب إلى كل طلباته أو بعضها ، تعين عليه أن يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام إحدى الدوائر الابتدائية أو الاستئنافية بالمحكمة الإقتصادية بحسب قيمة الطلب (م ٣/٣).

**٢٨٣- إختصاص المحاكم الإقتصادية بمنازعات التنفيذ و القرارات و الأوامر المتعلقة به:**

تتمتع للبناء القانونى الشامل و الواسع للمحاكم الإقتصادية أثرها المشرع فى قانون إنشائها بسلطة الفصل فى منازعات التنفيذ ، و كذلك سلطة إصدار القرارات و الأوامر المتعلقة بالتنفيذ ، دون قاضى التنفيذ المنصوص عليه فى قانون المرافعات (م ٢٧٥) أو إدارة التنفيذ (م ٢٧٤) التى إستحدثها التعديل الأخير لقانون المرافعات الصادر بالقانون رق ٧٦ لسنة ٢٠٠٧.

حيث نصت المادة السابعة من قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية على أن تختص الدوائر الابتدائية بالحكم فى منازعات التنفيذ الوقائية و الموضوعية عن الأحكام الصادرة من المحاكم الإقتصادية .

و يختص رؤساء الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية بإصدار القرارات و الأوامر المتعلقة بالتنفيذ.

و جدير بالذكر؛ أن هذا الإختصاص يتعلق بالنظام العام لا تجوز مخالفته.

إلا أنه تجدر ملاحظة؛ أن المشرع جعل الإختصاص للدوائر الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية، الأمر الذى يفهم منه أن الدائرة الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية التى تنظر الدعوى ابتداءً هى ذاتها التى تنظر منازعات التنفيذ، على أن هذا الفهم و إن إتفق مع ظاهر النص؛ إلا أنه لا يتفق و الحكمة التى توخاها المشرع بإصدار قانون المحاكم الخاصة و هى إيجاد قضاء متخصص، الأمر يقتضى تخصيص دائرة بعينها بكل محكمة اقتصادية للنظر فى منازعات التنفيذ إعمالاً لقاعدة تخصص القضاة و حتى يتفرغ قضاة الموضوع للقضاء الموضوعى تحقيقاً لسرعة الفصل فى القضايا الاقتصادية، و هو الهدف الذى سعى إليه المشرع بإصدار قانون المحاكم الاقتصادية.

## الفرع الثانى

### إجراءات الخصومة أمام المحاكم الاقتصادية

٢٨٤ - تُتبع أمام المحاكم الاقتصادية الإجراءات العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص:

إعمالاً للمادة الرابعة من قانون إصدار قانون المحاكم الاقتصادية تطبيق بشأن الإجراءات أمام المحاكم الاقتصادية أحكام قوانين الإجراءات الجنائية؛ و حالات و إجراءات الطعن أمام محكمة النقض و المرافعات المدنية و التجارية و الإثبات فى المواد المدنية و التجارية؛ و ذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى

قانون المحاكم الاقتصادية، فإذا ورد مثل هذا النص تعين العمل به دون غيره من النصوص الإجرائية.

و سوف تقتصر دراستنا على ما نص عليه قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية من إجراءات خاصة تتعلق بالدعوى ذات الطابع الإقتصادي التي ننظرها الماحكم الاقتصادية، دون حاجة تكرار ما يتعلق بالقواعد الإجرائية العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات أو قانون الإثبات أو حالات و إجراءات الطعن بالنقض. كما يخرج عن نطاق دراستنا الإجراءات المتعلقة بالدعوى الجنائية.

٢٨٥- أما القواعد الخاصة التي تتعلق بإجراءات الخصومة ذات الطابع الإقتصادي أمام المحاكم الاقتصادية التي خرج بها قانون المحاكم الاقتصادية عن القواعد الإجرائية العامة، فتمثل في إستحداث نظام هيئة لتحضير الدعوى ، و جدول خاص لقيّد الخبراء ، و بعض الأحكام الخاصة بالطعن في أحكام المحاكم الاقتصادية الصادرة في الدعوى ذات الطابع الإقتصادي بالإستئناف و النقض؛ و ذلك على التفصيل الآتي:

٢٨٦- أولاً: لتحضير الدعوى أمام المحكمة الاقتصادية:

٢٨٧- تحضير الدعوى أمام المحكمة الاقتصادية عودة إلى النظام أكد المشرع من قبل فشله:

أصر المشرع على الأخذ بنظام تحضير الدعوى أمام المحاكم الاقتصادية (م ٨ من قانون المحاكم الاقتصادية) رغم سبق إلغاء هذا النظام بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢؛ حيث ثبت كما ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون فشله في تحقيق الغاية المرجوة منه و هي سرعة تهيئة الدعوى للمرافعة، بل على العكس من ذلك عطل سيرها؛ إذ تبين أن الكثير من الإجراءات التي تتم أمام قاضي التخصير تعاد في الغالب أمام المحكمة بكامل هيئتها أو يقضى ببطلانها لعدم عرضها عليه أو بسبب عدم كفاية تقريره أو عدم تلاوته. و قد تم الإعتراض

على العودة إلى هذا النظام لذات الأسباب عند قانون المرافعات بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧.

إلا أن المشرع - رغم هذا - ما زال يؤمل في إمكانية الاستفادة من نظام تحضير الدعوى تصوراً منه - على خلاف الواقع الذي أكدته التجربة - أنه سيسهم في سرعة الفصل في القضايا المعروضة على المحاكم الاقتصادية.

و لاشك أن التجربة هي التي سوف تحكم على نجاح هذا النظام أو فشله في تحقيقه الغاي المرجوة منه.

**٢٨٨ - تحضير الدعوى إجراء وجوبى يقتصر نطاقه على الدعاوى التي حددها المشرع دون توسع في تطبيقه:**

تنص المادة الثامنة من قانون المحاكم الاقتصادية على أن "تنشأ بكل محكمة إقتصادية هيئة لتحضير المنازعات و الدعاوى التي تختص بها هذه المحكمة، و ذلك فيما عدا الدعاوى الجنائية و الدعاوى المستأنفة و الدعاوى والأوامر المنصوص عليها في المادتين ٣ و ٧ من هذا القانون".

وعليه؛ فقد جعل المشرع تحضير الدعوى إجراءً وجوبياً بالنسبة للدعاوى التي تنص عليها بحيث لا يجوز عرض الدعوى على محكمة الموضوع دون أن تمر بمرحلة التحضير و إلا كان حكمها باطلاً لمخالفتها إجراءً جوهرياً يتعلق بالنظام العام.

وقد حدد لامشرع الدعاوى التي تخضع لنظام التحضير بالدعاوى التي تختص بها ابتداءً المحاكم الاقتصادية باعتبارها محكمة أول درجة، سواء كانت دوائر ابتدائية أو إستئنافية.

و إستثنى من نظام التحضير الدعاوى و الأوامر التي لا يتفق هذا النظام مع طبيعتها، أو لأنها لا تحتاج إلى تحضير لبساطتها و هذه الدعاوى و الأوامر هي: المسائل الجنائية؛ إذ يجرى قبل الفصل فيها تحقيقاً من النيابة العامة، و

كذلك الدعاوى الاستئنافية؛ توخياً لسرعة الفصل في الطعن من ناحية، فضلاً عن أن الإقتصاد في الإجراءات يقتضى الإكتفاء بتحضير الدعوى أمام محكمة أول درجة.

كما إستثنى المشرع الدعاوى التى نصت عليها المادة ٣ من قانون المحاكم الإقتصادية، و هى الدعاوى المستعجلة بطبيعتها، التى تقتضى سرعة الفصل فى الدعوى، و كذلك الأوامر الوقائية و الأوامر على العرائض و أوامر الأداء دون التظلم منها (٢٣) إذ حرص المشرع على تبسيط إجراء الذى يصدر به الأمر؛ فلم يشأ أن يقضى على ذلك بتعقيد صدور الأمر بمرور طلب إستصداره بمرحلة التحضير.

و كذلك يستثنى من نظام التحضير ما نصت عليه المادة ٧ من قانون المحاكم الإقتصادية و هى؛ منازعات التنفيذ الوقائية و الموضوعية؛ مراعاة لسرعة إستقرار الحقوق و المراكز القانونية.

#### ٢٨٩- تشكيل هيئة التحضير و نظام عملها:

تشكل هيئة التحضير برئاسة قاض من بين قضاة الدوائر الإستئنافية بالمحكمة الإقتصادية على الأقل، و عضوية عدد كاف من قضاتها بدرجة رئيس محكمة أو قاض بالمحكمة الإبتدائية تختارهم جمعيتها العامة فى بداية كل عام قضائى، و يلحق بها العدد اللازم من الإداريين و الكتابيين (م ٢/٨).

ويلاحظ أن المشرع إشتراط فى من يلى مهمة تحضير الدعوى توافر خبرة معينة تضمن حسن تحضير الدعوى؛ فأشترط أن يكون من بين قضاة المحكمة الإقتصادية ممن هم بدرجة رئيس محكمة، على أن المشرع أتاح

---

<sup>٢٣</sup> ذلك أن الإستثناء قاصر على الأوامر دون التظلم منها، كما أنه إذا تم التظلم نكون بصدد دعوى تعرض إبتداءً على الدائرة الإبتدائية طبقاً للمادة ٢/١٠؛ فيتعين قبل نظرها تحضيرها طبقاً للمادة الثامنة. (فتحى والى: سابقة الإشارة إليه ص ٢١)

إمكانية الاستعانة بأحد قضاة الماحكم الابتدائية من غير قضاة المحكمة الاقتصادية تختاره جمعيتها العامة.

و لايجوز لعضو هيئة التحضير أن يكون عضواً في الدائرة التي تنظر موضوع الدعوى (م ٩). فهئية التحضير هينة مستقلة عن الهيئة التي تتولى الفصل في الدعوى.

٢٩٠- وقد أوكلت المادة الثامنة لوزير العدل سلطة تحديد نظام العمل في هذه الهيئة و إجراءات و مواعيد إخطار الخصوم بجلسات التحضير و إثبات وقائع هذه الجلسات (م ٦/٨). وقد أصدر وزير العدل القرار رقم ٦٩٢٩ لسنة ٢٠٠٨ (٢٤) في هذا الشأن؛ فأوجب على قلم كتاب المحكمة الاقتصادية أن يعرض المنازعات و الدعاوى التي تختص بها هيئة التحضير على رئيسها في ذات يوم قيد صحيفتها، كما أوجب على رئيسها في اليوم التالي على الأكثر أن يعين عضواً أو أكثر من بين أعضائها و يحيل إليه ملف الدعوى لمباشرة إجراءات التحضير.

ومعنى ذلك أن تحضير الدعوى قد ينفرد به قاض، وقد يتولاه أكثر من قاض، و لم يحدد القرار الوزارى عددهم.

وأناط بمن يلى مهمة تحضير الدعوى تهيئتها لنظر موضوعها على وجه السرعة، و خوله في سبيل ذلك القيام بما يلى:

أ- دراسة موضوع الدعوى و مستنداتها.

ب- إستيفاء المستندات اللازمة للفصل في المنازعات و الدعاوى طبقاً لطبيعة المنازعة أو الدعوى المقامة أمام المحكمة، على أن يتم الإستيفاء بمعرفة الخصوم خلال مدة زمنية يحددها عضو أو هيئة التحضير، مع جواز التصريح لهم بالحصول على ما يلزم تقديمه من مستندات من الجهات الحكومية.

<sup>٢٤</sup> نشر بالوقائع المصرية العدد ١٩٤ في ٣١/٨/٢٠٠٨.



ج - استدعاء الخصوم لعقد الجلسات للإستماع لوجهات نظرهم و مناقشتهم فى الوقائع الواجب إيضاحها فى المنازعات أو الدعاوى و أوجه الإتفاق و الإختلاف بينهم فيها، و تحديد مواعيد جلسات الإستماع و يكون حضور الجلسات للخصوم بأشخاصهم و من يمثلهم قانوناً (م٥).

د- تكليف الخصوم بتقديم طلباتهم و أسانيدهم خلال جلسات الإستماع، بما فى ذلك طلباتهم المتعلقة بإدخال خصوم جدد، و أسباب هذا الإدخال، و إبداء الطلبات العارضة و أسانيدهم.

هـ- إعداد مذكرة موجزة للدائرة المختصة بنظر النزاع أو الدعوى تتضمن ما إتخذته الهيئة من إجراءات تحضير، و ما عقدته من جلسات ، ووجهة نظر كل طرف و أسانيد، و المستندات المقدمة منه و طلباته فى النزاع أو الدعوى و أوجه الإختلاف و الإتفاق بين الخصوم.

وقد أجازت المادة الثامنة من قانون إنشاء المحاكم الإقتصادية لهيئة التحضير أن تستعين فى سبيل أداء عملها بمن ترى الإستعانة بهم من الخبراء و المتخصصين<sup>(٢٥)</sup>، على أن يتم ذلك طبقاً للقرار الوزارى سالف البيان بقرار مكتوب يعين فيه الخبير و تحدد مهمته و الجلسة المحددة لحضوره. و قد تكفى الهيئة بإبداء الخبير رأيه شفاهاً أو بمذكرة مختصرة.

و تعقد جلسات التحضير فى غير علانية، و يجب على عضو الهيئة أن يستعين بكاتب ليثبت حضور الخصوم أو من يمثلهم قانوناً و يدون وقائع الجلسات فى محاضر تعد لذلك وفقاً للقواعد العامة.

وقد توسع القرار الوزارى فى تيسير إبلاغ الخصوم بجلسات الإستماع و غيرها التى تصدرها هيئة التحضير ؛ فأجاز أن يكون إخطار قلم الكتاب لهم بكتاب مسجل يعلم الوصول أو ببرقية أو توكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الإتصال التى تكون لها حجية فى الإثبات.

<sup>٢٥</sup> الفقرة الخامسة.

وقد حث المشرع هيئة التحضير على سرعة إنجاز عملها ، فأوجبت المادة الثامنة على هيئة التحضير أن تنتهي من عملها خلال مدة لا تجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ قيد الدعوى، إلا أنها أجازت لرئيس الدائرة المختصة أن يمنح الهيئة بناء على طلب رئيسها مدة جديدة للتحضير لا تجاوز ثلاثين يوماً.

و على رئيس الهيئة فى حالة إنقضاء الأجل الممنوح دون إنتهاء الهيئة من التحضير إرسال ملف الدعوى فى اليوم التالى لإنتهاء المدة إلى الدائرة المختصة لنظرها و لو لم ينته تحضيرها، مشفوعاً بمذكرة تتضمن بيان ما تم من إجراءات التحضير و ما لم يتم منها و أسباب ذلك.

وهنا تتحقق خشيتنا من ضياع وقت المتقاضين دون طائل ، خاصة مع إزدحام المحاكم الإقتصادية بألاف القضايا و عدم كفاية المدة اللازمة لتحضير الدعوى.

#### ٢٩٠ - مكرراً- طبيعة عمل هيئة التحضير:

يتسم عمل هيئة التحضير بطبيعة قضائية يؤكد ذلك على نحو ما قدمنا تشكيلها و نظام عملها الذى لا يقتصر على دراسة موضوع الدعوى و مستنداتها و إستيفاء المستندات اللازمة للفصل فى الدعوى و إنما يشمل مناقشة الخصوم و تكليفهم بتقديم طلباتهم و أسانيدهم خلال جلسات الإستماع، بما فى ذلك طلباتهم المتعلقة بإدخال خصوم جدد، و أسباب هذا الإدخال، و إبداء ما يعن للخصوم تقديمه من طلبات عارضة، و أسانيدها، و الإستعانة بمن ترى الإستعانة به من الخبراء.

الأمر الذى يترتب عليه؛ أن الحضور أمام هيئة التحضير تتعقد به الخصومة، و يتحقق العلم بها و ما يترتب على ذلك من آثار.

كما تسقط الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام، إذا لم يتم التمسك بها أمام هيئة التحضير.

و القول بغير ذلك، فضلاً عن كونه يُجافى الطبيعة القضائية لعمل هيئة التحضير، يُجهض نظام التحضير و يجعله لغواً.

٢٩١- محاولة هيئة التحضير الصلح بين الخصوم:

إلى جانب عمل هيئة التحضير تهيئة الدعوى و إستيفاء ملفها و أطرافها قبل عرضها على قاضى الموضوع، أناط قانون المحاكم الإقتصادية بهيئة التحضير صلاحية بذل محاولات الصلح بين الخصوم (م ٤/٨).

و قد فصل القرار الوزارى بشأن عمل هيئة التحضير صلاحياته، فأوضح أن على عضو هيئة التحضير أن يبذل محاولات الصلح بين الخصوم و يعرضه عليهم لتسوية النزاع ودياً، و لا يجوز له إبداء الرأى القانونى لصالح طرف ضد آخر.

و له فى سبيل حث اخصوم على الصلح أن يعقد جلسات مشتركة معهم أو منفردة مع كل خصم على حدة لتبصيرهم بموضوع النزاع، و أن يناقش ما يقدمونه من حلول فيه و يطورها وصولاً إلى صيغة توافقية بينهم، على أن يراعى منحهم فرصاً متساوية لعرض وجهات نظرهم، و أن يحافظ على سرية ما يوضحون به من معلومات فى جلساتهم الإفرادية و يطلبون عدم الإفصاح عنها (م ٩).

فإذا تم الصلح على كافة عناصر الدعوى؛ أثبت ذلك فى محضر خاص يوقع عليه الخصوم، و يرفعه رئيس هيئة التحضير للدائرة المختصة.

وفى حالة إنتهاء محاولات الصلح إلى إتفاق على التصالح فى بعض نقاط النزاع دون البعض الآخر، يقوم عضو الهيئة بإعداد مذكرة بذلك يرفقها بملف التحضير و بالمذكرة التى يرفعها للدائرة المختصة بنظر النزاع بطلب إلحاق الصلح بمحضر الجلسة و جعله فى قوة السند التنفيذى.

و إذا لم يتم الصلح و أحيل ملف الدعوى للدائرة المختصة، فلا يجوز الإعتداد بالأوراق أو المستندات أو المكاتبات أو التنازلات المقدمة أو المستخدمة من أى طرف فى شأن الصلح كدليل أو مستند أمام المحكمة أو أى جهة قضائية أخرى، ما لم يتمسك بها مقدمها.

## ٢٩٢ - ثانياً: إعداد جدول خاص بخبراء المحاكم الإقتصادية:

حرص قانون المحاكم الإقتصادية تنمة للتنظيم الخاص بها ألا يقتصر التخصص على القضاة الذين يتولون الفصل فى الدعاوى الإقتصادية، و إنما أفرده أيضاً جداول خاصة بالخبراء أمامها بحيث يكونوا من المتخصصين فى المسائل التى تختص بها، و ذلك وفقاً للقواعد و الإجراءات التى يصدرها وزير العدل (٩م).

ووفقاً لقرار وزير العدل رقم ٦٩٢٨ لسنة ٢٠٠٨ (٢٦) بشأن شروط و إجراءات القيد فى جدول خبراء المحاكم الإقتصادية و قواعد الإستعانة بهم، فإنه يتم إختيار هؤلاء الخبراء من بين المتقدمين للقيد أو ممن ترشحهم الغرف أو الإتحادات أو الجمعيات أو غيرها من الجهات المعاونة المعنية بشئون المال و التجارة و الصناعة و الإقتصاد.

ويشترط فى من يقيد بجدول خبراء المحاكم الإقتصادية: أن يكون حاصلًا على مؤهل عال مناسب من إحدى الجامعات أو المعاهد فى إحدى المجالات المتعلقة بأحكام القوانين إلى تدخل فى إختصاص المحاكم الإقتصادية. و يفضل الحاصلون على الدراسات العليا فى تخصصاتهم، و أن يكون محمود السيرة حسن السمعة، و ألا تقل مدة خبرته عن سبع سنوات بعد حصوله على المؤهل الدراسى، و ألا يكون المشتغلين بمهمة المحاماة؛ و ذلك ضماناً لحياده كخبير، و ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة سالية للحرية فى إحدى الجرائم

<sup>٢٦</sup> الوقائع المصرية العدد ١٩٣ فى ٢٠/٨/٢٠٠٨.

المخلة بالشرف و الأمانة/ أو حكم عليه من مجلس تأديب لأمر يُخل بواجبات عمله أو سبق شهر إفلاسه، و ألا يكون قد فصل من وظيفة عامة أو تم محو إسمه من سجل إحدى المهن التى ينظمها القانون.

ويؤدى الخبراء الختارون - لمرّة واحدة - قبل مزاوله عملهم يميناً بأن يؤدوا عملهم بالصدق و الأمانة و ذلك أمام إحدى الدوائر الإستئنافية للمحكمة الإقتصادية بدائرة محكمة إستئناف القاهرة.

و تكون الإستعانة بخبراء المحاكم الإقتصادية بموجب قرار من هيئة التحضير أو حكم من المحكمة المختصة، و ذلك وفقاً للإجراءات المنصوص عليها بقانون الإثبات فى المواد المدنية و التجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

و على الخبير أن يؤدى مهمته التى تكلفه بها المحكمة أو هيئة التحضير على وجه السرعة التى تستلزمها طبيعة عمله كخبير بالمحاكم الإقتصادية، وفقاً لقواعد عمل الخبراء المقررة بقانون الإثبات و المبادئ و الأصول الفنية التى تحكم تخصصه.

و للمحكمة أو لهيئة التحضير أن تستعين برأى الخبير شفاهاً بجلسة المرافعة أو التحضير أو الجلسات التى تعقدها الهيئة لعرض الصلح على الخصوم دون أن يقدم تقريراً مكتوباً على أن يثبت رأيه فى محضر الجلسة و يوقع عليه.

٢٩٤- ثالثاً: الأحكام الخاصة بالطعن فى أحكام المحاكم الإقتصادية بالإستئناف و النقص:

٢٩٥- أ- الطعن بالإستئناف فى أحكام المحاكم الإقتصادية نطاقه و مواعيده:

جعل قانون المحاكم الإقتصادية الطعن بالإستئناف فى الأحكام الصادرة من الدوائر الإبتدائية بالمحاكم الإقتصادية أمام الدوائر الإستهتافية بتلك المحاكم<sup>(٢٧)</sup> دون غيرها (م ١/٥ و م ١٠ / ١).

أى أن إستئناف الحكم الصادر من الدائرة الإبتدائية بالمحكمة الإقتصادية لا يجوز إلا أمام الدائرة الإستهتافية بالمحكمة التى تتبعها الدائرة الإبتدائية دون غيرها، فلا يجوز الطعن على الحكم بالإستهتاف أمام دائرة إستهتافية لمحكمة إقتصادية غير تلك التى تتبعها الدائرة الإبتدائية و إلا كان الحكم صادراً من محكمة غير مختصة.

و تجدر ملاحظة ما سبق أن ذكرناه<sup>(٢٨)</sup> من أن قانون المحاكم الإقتصادية لم يجعل للدوائر الإبتدائية نصاباً إنتهائياً شأن المحاكم الإبتدائية بالقضاء العادى، و من ثم فإن الحكم الصادر من الدائرة الإبتدائية يقبل الطعن فيه بالإستهتاف أياً كانت قيمته و هو أمر - كما أسلفنا - يثير شبهة عدم الدستورية.

وقد جعل المشرع ميعاد الطعن بالإستهتاف فى الأحكام الصادرة فى الدعاوى ذات الطابع الإقتصادى التى تختص بها المحاكم الإقتصادية أربعين يوماً من تاريخ صدور الحكم، و ذلك فيما عدا الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة و الطعون المقامة من النيابة العامة (م ٣/١٠)؛ إذ تخضع مواعيد الطعن فى هذه الأحكام لما نص عليه قانون المرافعات، و هى خمسة عشر يوماً

<sup>٢٧</sup> و ينطبق ذلك على الأحكام الصادرة فى الجنح و كذلك فى الدعاوى الإقتصادية التى تدخل فى إختصاص المحاكم الإقتصادية.

<sup>٢٨</sup> بند ٢٧٥.

بالنسبة للأحكام المستعجلة وستين يوماً بالنسبة للنائب العام ( م ٢٧٧ مرافعات).

أما الطعون فى الأحكام الصادرة من الدوائر الابتدائية بالمحكمة الإقتصادية فى مواد الجرح فتسرى عليها المواعيد المقررة فى قانون الإجراءات الجنائية.

و يلاحظ على مواعيد الطعن فى الأحكام الصادرة فى لادعاوى ذات الطابع الإقتصادى أن قانون المحاكم الإقتصادية تكلم عن سريان ميعاد الطعن فى الحكم بالإستئناف من تاريخ صدور الحكم، و أغفل الحالات الأخرى التى يفرض فيها قانون المرافعات بدء سريان ميعاد الطعن من وقت آخر غير صدور الحكم، كبدء الميعاد من وقت إعلان الحكم المحكوم ضده لعدم علمه بقيام الخصومة (م ٢١٣ مرافعات) أو من وقت ظهور الواقعة الموجبة للطعن ( م ٢٢٨ مرافعات).

ورغم أن نصوص قانون المحاكم الإقتصادية - كما أسلفنا - نصوص خاصة لا يجوز التوسع فى تفسيرها أو القياس عليها؛ إلا أننا فى هذه الحالة لسنا بصدد تفسير للنص أو القياس عليه، و إنما بصدد إغفال و قصور يترتب على عدم معالجته تعطيل حق التقاضى. و لذا؛ فإنه ينطبق على ما غفل عنه قانون المحاكم الإقتصادية ما ورد بشأنه فى قانون المرافعات. يزكى ذلك نصت عليه المادة الرابعة من قانون إصدار قانون المحاكم الإقتصادية من أنه تطبق أحكام قانون المرافعات المدنية و التجارية فيما لم يرد شأنه نص خاص فى قانون المحاكم الإقتصادية.

و من ثم؛ يسرى على بدء ميعاد الطعن بالإستئناف فى أحكام المحاكم الإقتصادية بالنسبة لما لم يرد به نص فى قانون المحاكم الإقتصادية؛ قواعد قانون المرافعات.

و إتساقاً مع هذا المبدأ تطبق كذلك نصوص قانون المرافعات المتعلقة بالقواعد العامة للطعن في الأحكام، و تلك التي تحكم الطعن بالإستئناف من حيث إجراءات و نطاق الطعن و سلطة المحكمة التي تنتظره؛ حيث لم يرد بشأنها نصوص خاصة في قانون المحاكم الإقتصادية.

٢٩٦- ب- الطعن بالنقض في أحكام المحاكم الإقتصادية وما تضمنه من أحكام خاصة:

أفرد قانون المحاكم الإقتصادية نصوصاً خاصة للطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من المحاكم الإقتصادية خرج بها عن قواعد الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محاكم القضاء العادى، سواء من حيث نطاق الطعن بالنقض؛ و أفراد دائرة متخصصة بمحكمة النقض للنظر في هذه الطعون؛ و إنشاء دائرة خاصة لفحص الطعن بالنقض؛ و سلطة متميزة للدائرة التي تنتظر الطعن، و ذلك على التفصيل الآتى:

٢٩٧- ١- نطاق الطعن بالنقض:

سبق أن ذكرنا (٢٩) أن قانون المحاكم الإقتصادية نص في المادة الحادية عشرة على أنه فيما عدا الأحكام الصادرة في الأحكام الصادرة ابتداءً من الدوائر الإستئنافية بالمحاكم الإقتصادية، لا يجوز اطعن في الأحكام الصادرة من المحكمة الإقتصادية بطريق النقض، و ذلك مع عدم الإخلال بما تنص عليه المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات من حق النائب العام في الطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الإنتهائية أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم إذا كان مبنياً على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو فى تأويله، و ذلك فى الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها أو تلك التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن.

٢٩٠ بند ٢٦٥.



ومعنى ذلك؛ أن النص يقصر من ناحية؛ نطاق الطعن بالنقض على الأحكام الصادرة ابتداءً من الدوائر الإستئنافية دون الأحكام الصادرة من الدوائر الإستئنافية في الطعون عن الأحكام الصادرة من الدوائر الابتدائية، وذلك على عكس ما يقضى به قانون المرافعات بالنسبة لمحاكم القضاء العادى؛ حيث يجيز الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من محاكم الإستئناف عن الطعون الصادرة فى أحكام المحاكم الابتدائية.

و من ناحية أخرى؛ يجيز قانون الماكن الإقتصادية الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة ابتداءً من الدائرة الإستئنافية أياً كانت قيمة الدعوى، فلم يقيد قانون المحاكم الإقتصادية الطعن بالنقض بنصاب معين، كما هو الشأن فى الطعن بالنقض فى أحكام محاكم القضاء العادى؛ حيث لم يجز الطعن بالنقض إلا إذا كانت قيمة الدعوى التى صدر فيها الحكم تزيد عن مائة ألف جنيه.

ولاشك أنه فى الحالين يتسم النص بعدم الدستورية لمخالفته قاعدة المساواة بين المتقاضين أمام القانون، رغم أن مركزهم القانونى واحد، ذلك أن الدعوى الإقتصادية لا تخرج فى النهاية من كونها دعوى متعلقة بحقوق مدنية.

٢٩٨-٢ - إنشاء دائرة إقتصادية متخصصة بالفصل فى الطعن بالنقض فى أحكام المحاكم الإقتصادية:

سبق أن ذكرنا (٣٠) أن المشرع فى قانون المحاكم الإقتصادية على صياغة تنظيم شامل و متكامل و مستقل للمحاكم الإقتصادية يميزها عن محاكم القضاء العادى، و تنمة لذلك نصت المادة الثانية عشرة على ان تشكل بحكمة النقض دائرة أو أكثر تختص دون غيرها بالفصل فى الطعون بالنقض فى الأحكام الصادرة من المحاكم الإقتصادية.

٣٠ بند ٢٦٨.

و رغم أن المشرع لم يشترط في أعضائها شروطاً خاصة، إلا أنه من البدهي أن يختار من بين مستشاري محكمة النقض أياً كانت درجته، المشهود له بالخبرة في المسائل الاقتصادية.

و من المسلم به؛ أن إختصاص هذه الدائرة إختصاص نوعي إستشاري دون غيرها من دوائر محكمة النقض، فإن عرض الطعن بالنقض على دائرة من دوائر محكمة النقض تعين عليها أن تمتنع عن الفصل فيه و أن تحيل الطعن داخلياً إلى الدائرة المختصة.

وإنما يثار التساؤل؛ ما هو الحكم لو أن الطعن عرض على دائرة أخرى من دوائر محكمة النقض فلم يحله و فصلت فيه، لا شك أن الدائرة المتخصصة بالطعون الاقتصادية - لا تعدو رغم إختصاصها الإستشاري - أن تكون إحدى دوائر محكمة النقض و ليست محكمة نقض مستقلة، و من ثم؛ فإنه لا يتصور القول في هذه الحالة ببطلان الحكم لصدوره من محكمة غير مختصة، لأن ذلك يصطدم فضلاً عن أن محكمة النقض محكمة واحدة بنص المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات التي تنص على أنه لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن.

وهنا يبرز دور المكتب الفني لمحكمة النقض في الوقاية من هذا المأزق بضرورة مراعاة ألا تحال مثل هذه الطعون إلا للدائرة الاقتصادية بمحكمة النقض.

#### ٢٩٩-٢- إنشاء دائرة خاصة لفحص الطعون في أحكام المحاكم الاقتصادية:

لم يكتف قانون المحاكم الاقتصادية بإفراد دائرة متخصصة دون غيرها من دوائر محكمة النقض بنظر الطعون في الأحكام الصادرة من محكمة النقض، و إنما نص على أن تنشأ دائرة أو أكثر مشكلة تشكيلاً خاصاً، مستقلة عن الدائرة التي تنتظر الطعن لفحص تلك الطعون؛ فإشترط أن تكون كل منها من ثلاثة من قضاة محكمة النقض بدرجة نائب رئيس على الأقل لتفصل منعقدة في

غرفة المشورة ، فيما يفصح من الطعون عن عدم جوازه أو عن عدم قبوله لسقوطه أو لبطلان إجراءاته ( م ١٢/٢).

ولو كان الطعن لأول مرة، و ذلك إستثناء من حكم المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات المدنية و التجارية.

أى أن للدائرة الإقتصادية بمحكمة النقض خروجاً على الأصل العام سلطة الفصل فى موضوع الطعن، سواء كان صالحاً للفصل فيه أو غي صالح للفصل فيه ، و قد قصد المشرع بذلك سرعة الفصل فى الطعن بالنقض.

٣٠١- و جدير بالذكر؛ أنه فيما عدا ما نص عليه قانون المحاكم الإقتصادية من أحكام خاصة بالطعن بالنقض فى أحكام المحاكم الإقتصادية، تطبق على الطعن بالنقض فى هذه الأحكام القواعد المتعلقة بحالات و إجراءات الطعن بالنقض المنصوص عليها فى قانون المرافعات، و كذلك ما نص عليه قانون السلطة القضائية(م ٤ من قانون إصدار المحاكم الإقتصادية)، سواء ما تعلق بميعاد الطعن، قيده و إعلانه، و أسباب الطعن بالنقض، و عدم جواز إبداء أسباب جديدة لأول مرة أمام محكمة النقض، و شروط طلب وقف تنفيذ الحكم من محكمة النقض، و أثر العدول عن حكم سابق للدائرة الإقتصادية بمحكمة النقض أو لدائرة أخرى بها سواء كانت دائرة إقتصادية أو دائرة جنائية، و غير ذلك مما لم يرد بشأنه نص خاص فى قانون المحاكم الإقتصادية.



## أمر الأداء في قانون انمرافعات الليبي والمشروع الجديد

دكتور/ أبو جعفر عمر المنصوري

عميد كلية القانون - جامعة الفاتح

### مقدمة

تتضمن دراسة موضوع الأمر بالأداء أهمية كبرى. سواء من الناحية النظرية أم من الناحية العملية. فمن الناحية النظرية نجد أن إجراءات الأمر بالأداء تخلت عن المبادئ العامة في التقاضي من حيث حق الدفاع والتوجيهية أو المواجهة بين الخصوم، وتشكيل المحكمة، ومبدأ التقاضي على درجتين. أما من الناحية العملية فهذا الأمر يطرح عدة مشكلات، منها ما يرجع إلى صياغة النصوص القانونية، وطريقة صدور الأمر من القاضي المختص، والصياغة القانونية الواجب إصدار الأمر بها، وأيضا في طريقة الطعن فيه، وكيفية تنفيذه؛ ولهذا لم يكن من بد أن نتناول هذا الموضوع، والدخول في مشكلاته المطروحة على ساحة القضاء من جهة، ومن خلال النصوص التشريعية والحلول التي وضعها الفقه من جهة أخرى، وذلك من خلال الدراسات السابقة.

هذا ولما كانت إجراءات إصدار أمر الأداء تتميز ببسرها، ولعل هذا يتجلى من خلال بساطة تلك الإجراءات التي تطلبها المشرع في الحصول على الأمر بالأداء. فالأمر بالأداء يصدر في غيبة الخصوم أي دون حضورهم، كما أن هذا الأمر يصدر ببساطة، خلافا لإجراءات التقاضي العادية أمام المحاكم، ويصدر من غير تسبب أيضا؛ لأنه استثناء من القواعد العامة<sup>(١)</sup>. هذا ويتميز الأمر بالأداء بقلّة الرسوم القضائية، حيث نص قانون الرسوم القضائية في ليبيا على أن الأوامر تحصل عليها مبالغ بسيطة<sup>(٢)</sup> وزهيدة نظرا لطبيعة يسر إجراءاتها. إضافة إلى إختلاف الفقه على تحديد الأمر بالأداء، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أنه حكم؛ لأنه لا يستند إلى سلطة القاضي الولائية، بل إلى سلطته القضائية الممنوحة له بموجب القانون، ولعل

<sup>١</sup> - د./ الكوني، عبودة، قانون عام القضاء، الجزء الثاني، منشورات جامعة ناصر، ط ١٩٩٨ ص ٤٠٤.

<sup>٢</sup> - د./ أحمد عمر أبو زقية، قانون المرافعات، الجزء الأول، منشورات جامعة قاريونس، ص ٤٩.

السبب في ذلك أن الأمر يقرر حقا لمن صدر لصالحه، إضافة إلى أنه يصدر بصيغة الإلزام، وهو الحال نفسه المنطبق على الأحكام القضائية. فالأمر بالأداء يحسم نزاعا ويفصل في أصل الحق، أو يقرر التزاما أو ينشئه.

أما الاتجاه الآخر من الفقه يرى أن أمر الأداء يصدر كونه أمرا على عريضة، على الرغم من أنه يفصل في حق متنازع عليه، والسبب في ذلك أن الأمر لم يتطلب المشرع فيه ضرورة توافر بيانات الحكم المطلوبة طبقا لقانون المرافعات.

وهناك رأي ثالث في هذا الموضوع، هو ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور الكوني اعبودة، عندما عد الأمر ذو طبيعة مزدوجة باعتباره يشمل قضاء قطعيًا وملزما، بالرغم من أن إجراءاته تتم على شكل عريضة<sup>(١)</sup>. أما القانون الليبي لم يرد فيه نص صريح جامع ومانع يعد الأمر بالأداء حكما، إلا أن النص على تنفيذه بعد مرور أجل التظلم أو الاستئناف يجعله في مصاف الأحكام القضائية.

مع هذا الاختلاف الأتف فإننا نتجه إلى الرأي القائل أن أمر الأداء بمثابة أمر على عريضة. إلا أنه ذو طبيعة خاصة أي طريق استثنائي نص عليه المشرع في أداء بعض الالتزامات المستحقة الأداء، ودون الدخول إلى ساحة القضاء العادية التي قد تتطلب وقتا وإجراءات أطول لحسم أي نزاع. إضافة إلى أنه يصدر دون تواجبه أو تسبب، وهكذا اختلف أيضا عن الأحكام العادية، من حيث ضرورة توافر شروط النطق بها في جلسة علنية<sup>(٢)</sup>. وعليه سوف تكون هذه الدراسة شاملة لموضوع أثرت بشأنه عدة مشكلات في التطبيق العملي.

كما أن هذه الدراسة سوف تحتوي قراءات في مشروع قانون المرافعات الجديد، والتعديلات التي جاء بها في بعض النصوص القانونية؛ ولهذا اقتضى الحال تقسيم هذا البحث المتواضع إلى مبحثين بحيث نتناول في الأول إجراءات أمر الأداء قبل صدوره. أما الثاني فيخصص لإجراءات الأمر بعد صدوره.

١ - انظر الكوني اعبودة ١ مرجع سابق.

٢ - عبد العزيز الحضري، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الأول، يونيو ٢٠٠٠، ص ٤٧ وما بعدها.

## المبحث الأول إجراءات أمر الأداء قبل صدوره

تطلب المشرع الليبي عدة إجراءات قبل صدور الأمر بالأداء، وعدها ضرورية للحصول عليه من القاضي المختص، وإلا ترتب عليه الامتناع عن البت في ذلك الطلب. وهذه الإجراءات تتمثل في الالتزام ببعض الأمور الملزمة حتى تتم الاستجابة إلى الطلب المقدم من الدائن.

### المطلب الأول إجراءات أمر الأداء

باستقراء نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية المتعلقة باستصدار أمر الأداء، نجد أن المشرع بلور عديدا من قواعد إجرائية ملزمة مرتبا على مخالفتها في غالب الأحيان جزاء<sup>(١)</sup>، وهو الامتناع عن البت في الطلب؛ ولهذا وجب على الأفراد الذين يرغبون في الحصول على أمر بالأداء من القاضي ضرورة اتباع الإجراءات التي سنها المشرع وفقا للآتي:

#### ■ الفقرة الأولى: التكليف بالوفاء وميعاده:

إمكانية الحصول على استصدار أمر بالأداء، تطلب المشرع ضرورة تكليف المدين بالوفاء أولا في موعد لا يقل عن ثلاثة أيام قبل تقديم عريضة الأمر.

والحكمة مؤداها هو عدم مفاجأة المدين بأمر صادر ضده بالدفع دون علمه. إضافة إلى أن هذا الأخير قد يكون مستعدا لتسوية وضعه المالي مع الدائن بسداد ما عليه عن طريق الوفاء الاختياري المحض.

كما أن هذا الأمر قد يجنب المدين موضوع المصاريف القضائية الباهظة التكليف<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> - عبد اللطيف نجاتي، الأمر بالأداء في القانون المغربي، مطبعة النجاح، ط ٢٠٠٠.  
<sup>٢</sup> - تنص المادة ٧٩٩ مرافعات على أنه: "على الدائن أن يكلف المدين أولا بوفاء الدين بميعاد لا يقل عن ثلاثة أيام".

ومن الملاحظ أن مشروع قانون المرافعات الجديد أشار في نص مادته ٣١٢ على أن مدة التكليف بالوفاء هي خمسة أيام على الأقل، وبذلك خالف ما هو منصوص عليه في قانون المرافعات المطبق حالياً.

ورغم أن المشرع الليبي لم يحدد الطريقة للتبليغ بالوفاء، إلا أن الأمر يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة في إعلان الأوراق القضائية، وهو إعلان عن طريق محضر مختص.

ولكن المشكلة تثور حالة بطلان ورقة التكليف أو وجود عيب بها، فهل اعتبار هذا الإجراء باطلاً يمكن أن يؤثر على الإجراءات التالية؟

في هذه الحالة نرى إنه لا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة، والتي تقضى بأن ما بُني على باطل فهو باطل، فسواء أكان إعلان أمر التكليف باطلاً أم كان معيباً، فإنه يبطل الإجراء باعتبار أن أحد شروط صدور الأمر بالأداء هو تنبيه المدين إلى الوفاء اختيارياً وتقديرياً المفاجأة عند صدوره<sup>(١)</sup>.

#### ▪ الفقرة الثانية: كتابة عريضة الأمر بالأداء وشروطها:

بعد أن يتم إعلان المدين بأمر التكليف بالوفاء عملاً بنص المادة ٧٧٩ مرافعات. ومع ذلك يتراخى المدين في الوفاء بالالتزام الواقع عليه، هنا يبدأ الدائن في تقديم طلب العريضة إلى الجهة المختصة قانوناً، وهذه العريضة استوجب المشرع لها عدة شروط حتى تكون مكتملة<sup>(٢)</sup>:

- أولاً: البيانات التي يتعين تضمينها في العريضة:

تنص المادة ٨١ مرافعات على ما يلي: (يجب أن تشمل صحيفة افتتاح الدعوى على جميع البيانات الواجب ذكرها في أوراق المحضرين ... إلخ). كما تنص المادة ١٠٠ مرافعات على ما يلي: (اسم الطالب ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه، فإن لم يكن له موطن معلوم وقت الإعلان فأخر موطن كان له ...). ومن خلال هذين النصين القانونيين نرى ضرورة تحليلهما وفقاً للآتي:

١ - عبد العزيز الحضري، مرجع سابق، ص ٤٦.

٢ - لا يجوز الإعلان عن طريق البريد لما سوف يترتب من مخاطر في حالة عدم وصوله.

- انظر: الكوني اعبوده، مرجع سابق، ص ٤١١.



## (١) الاسم الشخصي والعائلي للأطراف:

يقصد بالأطراف الدائن والمدين بحيث يجب تحديد أسمائهما ولقبهما في العريضة، وأن يكونا نافرين للجهالة. وهكذا ألزم المشرع ضرورة التقيد بهذا الإجراء وإلا ترتب عنه بطلان العريضة<sup>(١)</sup>.

## (٢) المهنة:

وهي العمل أو الوظيفة التي يمتنها أطراف العريضة، حيث تعتبر المهنة من البيانات التي تمكن من تحديد هوية الشخص. كما أنها تساعد في معرفة الشخص المبلغ أو المطلوب تبليغه إذا ما وجد اسم آخر يضاهيه في المجتمع. ولكن ما هو الحل في حالة عدم وجود مهنة لأحد أطراف العريضة؟ إن الأمر لا يشكل أي إشكال فالمهنة سواء أوجدت أم لم توجد لا يترتب عليها بطلان الإجراءات، أي لا ينتج أي أثر.

## (٣) موطن الأطراف (الموطن الأصلي - الموطن القانوني - الموطن المختار):

موطن الشخص هو محل سكنه العادي أو مركز أعماله أو مصالحه. أما الموطن القانوني فهو الموطن الذي يحدده القانون، ولا دخل لإرادة الأشخاص فيه.

فالموطن القانوني لفاقد الأهلية هو موطن حازره، والموطن القانوني للموظف العمومي هو الذي يمارس فيه وظيفته. ويقصد بالموطن البلدة التي بها مقر المحكمة التي يسكن في نطاقها أحد الخصوم (العارض والمعرض ضده).

وقد اشترط المشرع ضرورة التقيد بهذا الإجراء حتى يسهل الأمر عند التبليغ أو التظلم من الأمر بالنسبة للمدين إذا ما صدره ضده.

ومن المعلوم أن الموطن الحقيقي يختلف عن الموطن المختار، فهذا الأخير هو الموطن الذي يختاره الشخص لكي يبلغ فيه مثل مكتب المحامي.

<sup>١</sup> - الاسم الشخصي: هو الاسم الذي يختاره الوالدين لهوية الشخص. أما اللقب العائلي: هو الذي يميز عائلة عن أخرى.

وعليه يتجه الفقه إلى أن الإعلان يجب أن يتم في الموطن الحقيقي، وليس في الموطن المختار. حيث إن الإعلان في هذا الأخير لا ينتج أثراً إذا كان للمعروض ضده موطن حقيقي ومعروف؛ وذلك لتفادي بعض الأمور مثل أن الإعلان قد يسلم إلى من يسكن مع المحكوم عليه بأمر الأداء إذا لم يجده المحضر.

أما الموطن المختار فهو الموطن الذي يختاره الشخص لإتمام إجراءات الإعلان فيه في حالة عدم وجود موطن أصلي له مثل تحديد مكتب محامي. وفي رأينا بالرغم من أن النص القانوني لم يتحدث عن موطن مختار للعارض (الدائن) إلا أننا نرى ضرورة اتباع هذا العمل الإجرائي، ولكن ما هو الحل إذا لم يعين الأطراف الأمر موطناً لهم؟

أجابت المادة ١٣ مرافعات على هذا السؤال بقولها إن الإعلان يجوز أن يقدم في قلم كتاب المحكمة لأي شخص لم يقر بتعيين موطن مختار له، وهو النهج نفسه الذي انتهجته محكمتنا العليا من خلال الأحكام العديدة بالخصوص<sup>(١)</sup>.

#### ٤) تدوين المبلغ المطلوب أدائه:

تنص المادة ٧٨٠ مرافعات على ما يلي: (يجب أن يبين في أمر الأداء ما يجب تسليمه من أصل وفوائد ومصاريف).

من خلال هذا النص يتعين بيان المبلغ المطلوب أدائه بياناً دقيقاً من طرف الدائن في عريضته<sup>(٢)</sup>، وإلا ترتب على ذلك عدم قبول الطلب، وهذا المبلغ يشمل الدين الأصلي وملحقاته<sup>(٣)</sup>. فالقاضي لا يحكم دون طلب محدد لأنه إذا ما قضى وحكم بأي مبلغ غير محدد في طلب العريضة، يكون قد قضى بغير ما يطلبه الخصوم، ومن ثم يكون حكمه مشوباً بعييب الأمر الذي يجعله قابلاً للتظلم منه.

<sup>١</sup> - تنص المادة ١٣ مرافعات على أن: "من يلزمه القانون ببيان موطن مختار له فلا يفعل أو يكون بيانه ناقصاً أو غير صحيح يجوز إعلانه في قلم الكتاب بجميع الأوراق التي كان يصح إعلانه بها في الموطن المختار".

<sup>٢</sup> - راجع نص المادة ٨٠ مرافعات التي توجب ضرورة تقديم صحيفة الدعوى لأية مخاصمة تطرح أمام ساحة القضاء.

<sup>٣</sup> - تنص المادة ٢/٧٧٩ مرافعات على ما يلي: (ويصدر الأمر بالأداء بناء على عريضة من الدائن أو وكيله يرفقها سند الحق).

## ٥) التوقيع أو البصم على العريضة:

استوجب المشرع لكل طلب ضرورة توقيعه من مقدمه حتى يعبر عن إرادته في الحصول على مبتغاه الذي كتبه في العريضة المعروضة؛ ولهذا اختلف الرأي حول هذا الموضوع، فهل يمكن مثلا للقاضي أن يصدر أمره على عريضة دون توقيعه من صاحبها؟

نحن نرى أن الأمر يستوجب مساءلة صاحب التوقيع على العريضة حتى يبقى الشخص مسؤولا عن طلباته، وتتحدد بذلك المسؤوليات إذا ما يتبين عدم صحة ما يدعيه الطالب.

وأیضا حتى نقادى الأمور التزويرية والكيدية في هذه الطلبات؛ ولهذا نؤید الاتجاه الذي يذهب إلى عدم الاستجابة لأي طلب لم يوقع من صاحبه.

## ٦) المرافعات:

نقصد بالمرافعات تقديم المستندات الدالة، والمدعمة للطلب المقدم إلى القاضي، حيث أوجب المشرع ضرورة إرفاق مستند أصل الحق، أي تلك الورقة التي تؤكد علاقة المديونية بين الدائن والمدين.

كما استوجب المشرع أن يكون هذا الدين مكتوبا نافيا للجهالة، سواء أفي ورقة رسمية أم غيرها، إضافة إلى أن أصل الدين يجب أن يكون محدد المقدار<sup>(١)</sup>، بحيث لا يترك للقاضي مسألة التخمين.

وأیضا ضرورة أن يكون الدين حال الأداء، أما إذا كان مؤجلا أو معلقا على شرط فلا مجال لاستصدار أمر أداء.

وأخيرا أوجب المشرع ضرورة تقديم نسختين من العريضة بحيث تكون إحداها وسيلة للتنفيذ بها إذا ما صدر الأمر وأصبح محصنا من الطعن منه، وتبقى الأخرى لدى قلم كتاب المحكمة كوثيقة يمكن الرجوع إليها في حالة حصول أي تزوير أو ضياع للنسخة الأولى أي عند الضرورة أو الحاجة إليها<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> - تنص المادة ٢/٧٧٨ مرافعات على ما يلي: (أن يستصدر مر الأداء بالدفع متى كان الدين معين المقدار حال الأجل).

<sup>٢</sup> - أجاز المشرع لليبي أن يكون طلب أمر الأداء ناتجا عن عمل معين أو محدد بشرط مسبق، كما أجاز فيه مسألة الالتزام التخيري والالتزام البلي.

- راجع: الكوني اعبوده، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ٤٠٥.

## (٧) الرسم القضائي:

تنص المادة ٧٨٤ مرافعات على ما يلي: (يخضع طلب أمر الأداء إلى تأدية الرسم القضائي أسوة بكافة الطلبات القضائية). كما حدد المشرع الليبي في قانون الرسوم القضائية الجديد المبلغ الواجب أدائه عند تقديم الطلب، ومن الملاحظ أن هذا الرسم عادة ما يكون منخفضا لبساطة الإجراءات.

ولكن ما الحل إذا لم يقيم المستفيد من أمر الأداء بأداء الرسم القضائي المطلوب أو أداه ناقصا؟ في هذه الحالة على القاضي المختص أن يندره بضرورة أداء الرسوم القضائية، وإلا تعين عدم الاستجابة إلى الطلب لعدم توافر الشروط القانونية لاستصدار هذا الأمر؛ لأن عدم أداء الرسوم أو عدم تكملتها لا يمكن تأجيله خاصة وأن هذه الأوامر لها صفة الاستعجال.

أما في حالة إغفال القاضي مراقبة الرسم القضائي وإصدار أمره دون استيفاء هذا الرسم أو كان غير كاف، ففي هذه الحالة يذهب التشريع ورجال الفقه (١) بأن يقوم قلم المحكمة باستيفائه.

ومن الملاحظ أن مشروع قانون المرافعات الجديد أشار في نص مادته ٣١٧ إلى أنه لا يقبل من الدائن طلب الأمر بالأداء إذا كانت عريضته غير مصحوبة بما يدل على أداء الرسوم المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى. وهكذا نجد أن هذا المشروع حسم ذلك الأمر واعتبر أن قبول استصدار أمر الأداء مشروع بأداء الرسوم المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى.

## (٨) توكيل محام:

نظرا لبساطة إجراءات الحصول على أمر الأداء، وأيضا توفر الدائن على سند الدين، وبغية التيسير عليه لاستيفاء حقه، لم يلزم المشرع الليبي ضرورة توكيل محام عند تقديم طلب أمر الأداء إلى القاضي المختص.

إلا أن ذلك لا يمنع الخصم من اتباع هذا الإجراء، ولكن في حالة توكيل محام بالخصوص فعلى هذا الأخير أن يرفق سند الوكالة وإلا تعذر قبوله منه.

١ - عبد اللطيف نجاتي، مرجع سابق، ص ٩.

## المطلب الثاني جهة إصدار أمر الأداء

الفقرة الأولى: ممن يصدر أمر الأداء:

يصدر أمر الأداء من طرف قاضي المحكمة الجزئية أو القاضي المختص بالمحكمة الابتدائية التابع لها موطن المدين، وبحسب قيمة الطلب أي بحسب قيمة الدين.

فإذا كان الدين مما يدخل بحسب قيمته في اختصاص المحكمة الجزئية اختص قاضيها به، وإلا كان الاختصاص لقاضي المحكمة الابتدائية، وعلى القاضي المختص أن يحص الطلب المقدم من الدائن، ويدقق في الوقائع والأدلة والبراهين الواردة به، من أجل التوصل إلى الحقيقة الموضوعية<sup>(١)</sup>.

والملاحظ هنا أن المشرع أخرج هذا الاختصاص من قاضي الأمور الوقئية -رئيس المحكمة الابتدائية- كما فعل بالنسبة للأوامر على العرائض.

ولكن هل يمكن الاتفاق على تقديم الطلب دون مراعاة قواعد الاختصاص المحلي، أي تقديم الطلب إلى غير موقع موطن محكمة المدين؟

القاعدة هي أن المحكمة المختصة محليا التي يختص قاضيها بإصدار الأمر هي المحكمة التي يقع بدانرتها موطن المدين.

فالاختصاص المحلي بإصدار أوامر الأداء تحكمه القواعد العامة في الاختصاص المحلي عند تقديم الدعاوى.

ومن المعروف أن قواعد الاختصاص المحلي ليست من النظام العام، ومن ثم لا بطلان في حالة مخالفة قواعد الاختصاص تلك، وعليه يجوز الاتفاق على مخالفتها<sup>(٢)</sup>.

والجدير بالذكر أن مشروع قانون المرافعات الجديد نص في مادته ٣١٢ على أن قواعد الاختصاص المحلي يجب اتباعها، أي يجب تقديم طلب العريضة إلى المحكمة التابع لها موطن المدين بحسب قيمة الدين المطلوب وذلك ما لم

<sup>١</sup> - مع ضرورة مراعاة القواعد العامة في الاختصاص. راجع نص المادتين ٧٦، ٧٧ مرافعات.

<sup>٢</sup> - سحر عبد الستار، دو القاضي في الإثبات (دراسة مقارنة) دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٧، ص ٦٥.

يكن المدين قد قبل اختصاص محكمة أخرى بالفصل في النزاع، أي أن الأمر لا يتعلق بالنظام العام، ويمكن الاتفاق على مخالفة ذلك.  
إلا أن قواعد هذا الأخير قد تصبح من النظام العام في حالة الاتفاق على تعديل الاختصاص أمام محاكم الدرجة الثانية عند التظلم. فمثلا لا يجوز أن يتفق أطراف الخصومة على التظلم من أمر الأداء أمام محكمة الزاوية الابتدائية إذا كان قد صدر من أحد قضاة محكمة جنوب طرابلس.

#### الفقرة الثانية: سلطات قاضي أمر الأداء:

تنص المادة ٧٧٩ من قانون المرافعات على ما يلي: (يستصدر أمر الأداء من قاضي المحكمة الجزئية أو القاضي المختص بالمحكمة الابتدائية).  
من المعلوم أن القاضي في هذه الحالة يقوم بإصدار أمر الأداء ليس لكونه قاضيا للأمر الوقتية بل لكونه قاضيا في المحكمة الجزئية أو الابتدائية، أي بحسب قيمة الدعوى. وقد أوجب المشرع ضرورة أن يفصل القاضي المختص في طلب أمر الأداء في اليوم التالي لتقديم الطلب على الأكثر<sup>(١)</sup>.  
ولكن هل يمكن القول إن هذا الميعاد من النظام العام؟ إن الإجابة على هذا السؤال تستوجب الغوص في نص المادة المذكورة، والبحث عما إذا كان كذلك من عدمه.

إن التأخر في إصدار أمر الأداء لا يترتب عنه أي بطلان؛ لأن صيغة النص القانوني لم تأت بصيغة الوجوب أو ببطلان الإجراء، وعليه تعد الصيغة الواردة به<sup>(٢)</sup> تتعلق بإجراءات تنظيمية، وهكذا فإن أمر الأداء يمكن أن يصدر في اليوم الثالث أو الرابع.... إلخ.  
بقي ما هي سلطات القاضي عند نظر طلب أمر الأداء؟

١ - رمزي سيف، نظام أوامر الأداء في التشريعات العربية، محاضرات بجامعة القاهرة - كلية الحقوق، ١٩٦٩، ص ٤١.

٢ - أشار مشروع قانون المرافعات الجديد في مادته ٣٠٧ على أنه: (يجب على القاضي أن يصدر أمره بالكتابة على نسختي العريضة في اليوم التالي لتقديمها على الأكثر).

- صحيح أن القاضي استنادا على نص المواد ٧٧٩ و ٧٨٠ و ٧٨١ مرافعات لا يملك سوى أمرين، أولها الاستجابة للطلب، ومن ثم إصدار أمر الأداء أو الامتناع عن ذلك<sup>(١)</sup>.

ففي الحالة الأولى على القاضي المختص وبعد أن يتأكد من توافر كافة الشروط أن يبين ما يجب على المدين أداءه للدائن، ويتضمن أصل الدين وفوائده ومصاريفه.

كما يجب على القاضي أن يدون تاريخ إصدار الأمر واسمه وتوقيعه لما له من أهمية في حساب المواعيد بالسقوط. ولكن هل ينبغي على القاضي المختص الذي أصدر أمر الأداء أن يقوم بتسبيبه؟

وإجابة ذلك أن أمر الأداء هو طريق استثنائي للحصول على الحقوق ومن ثم يوصف بأنه ذو سرعة في استصداره.

وعليه لم يلزم المشرع الليبي القاضي المختص تسبب أمر الأداء، ويكفي ذكر تلك الوقائع والأسانيد في الطلب الذي يؤشر عليه القاضي<sup>(٢)</sup>.

أما بالنسبة للحالة الثانية، وهي الامتناع عن استصدار الأمر، فعلى القاضي أن يحدد جلسة لنظر ذلك الطلب<sup>(٣)</sup> أمام المحكمة المختصة، مع تكليف مقدم الطلب بإعلان خصمه للحضور أمام تلك المحكمة.

ولكن متى يجوز للقاضي الامتناع عن استصدار أمر الأداء؟ إن الأمر لا يخرج عن حالتي عدم توافر الشروط الشكلية لاستصداره، أو الشروط الموضوعية المتعلقة بعدم وجود الحق أصلا. فهنا يمكن للقاضي عدم الاستجابة لطلب أمر الأداء، أي يمتنع عن ذلك.

<sup>١</sup> - تنص المادة ٧٨١٠ مرافعات المطبق على ما يلي: (إذا رأى القاضي ألا يجب الطالب إلى كل طلباته كان عليه أن يمتنع عن إصدار الأمر وأن يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة مع تكليف الطالب بإعلان خصمه الحضور إليه).

<sup>٢</sup> - من الملاحظ أن مشروع قانون المرافعات الجديد أشار إلى عدم ذكر الأسباب التي بني عليها الأمر إلا إذا كان مخالفا لأمر سبق صدوره. فعندئذ يجب ذكر الأسباب التي اقتضت إصدار الأمر الجديد. وإلا كان باطلا.

- راجع نص المادة ٣٠٧ منه.

<sup>٣</sup> - سحر عبد الستار، دو القاضي في الإثبات (دراسة مقارنة) دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٧، ص ٦٥.

على أنه لا يجوز للقاضي أن يصدر أمراً برفض استصدار أمر الأداء؛ لأن ذلك يعد فصلاً في الطلب بشكل نهائي.

وأخيراً ضمن هذا المبحث تظهر لنا إشكالية أخرى، وهي عدم النص على تحديد المبلغ المجاز فيه للقاضي استصدار أمر الأداء بعد أن أصبحت المطالبة بالديون تبلغ الملايين نتيجة لتطور الظروف الاقتصادية، حيث نرى أن مثل هذه المبالغ يجب طرحها أمام ساحة القضاء بطريقة عادية، بحيث تتحقق التوجيهية والمرافعات؛ لتحقيق العدالة، ولضمان عدم التلاعب في الإعلانات بهذا الخصوص، وحتى لا يجد المعروض ضده أمراً واجب النفاذ لم يعلم به مسبقاً.

## المبحث الثاني

### إجراءات أمر الأداء بعد صدوره

تناولنا سابقاً أن أمر الأداء يصدر دون مواجهة بين الخصوم، وقد كان للمشرع حكمة في ذلك، وهي سرعة اتباع هذه المسطرة للحصول على الحقوق المدعى بها. إلا أن الأمر يختلف بعد أن يصدر أمر الأداء من القاضي المختص، حيث أوجب المشرع ضرورة إعلان أو إبلاغ المعروض ضده بمحتويات الأمر، حتى يستطيع أن يقرر ما يشاء بشأنه، فإما أن يقبله، وينفذ ما جاء به، أو يتظلم منه طبقاً للشروط المقررة قانوناً.

## المطلب الأول

### إجراءات تنفيذ أمر الأداء

#### • الفقرة الأولى: تبليغ أمر الأداء:

الصحيح أن ذلك يتم وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات<sup>(١)</sup>. وهي وجوب إعلان المعروض ضده بورقة من أوراق المحضرين.

<sup>١</sup> - راجع نصوص المواد: ١٢ و ١٣ و ١٤ مرافعات ليبي.



كما استوجب المشرع أن تتوافر بها كافة البيانات الجوهرية، وإلا ترتب على تخلفها بطلان ورقة الإعلان<sup>(١)</sup>.

ومن المعلوم أن المشرع نص على شكليات خاصة لتبليغ الأمر بالأداء تختلف عن شكليات تبليغ الحكم. فهذا الأخير يتم تبليغه مرفقا فقط بنسخة منه مصادق على مطابقتها لهذا الحكم بصفة قانونية، حيث لا حاجة من تبليغ نسخة من صحيفة الطلب، ولا سند الدين.

إذن لماذا قرر المشرع تبليغ الصادر ضده الأمر بهذه الأمور؟

إن الأمر لا يخرج عن كون أن إجراءات الأمر بالأداء تصدر في غيبة الخصوم، ودون مواجهة. إلا أنه في حالة صدور هذا الأمر فعلى من صدر ضده أن يعلم أساسه وأسانيده، حتى يستطيع أن يتظلم منه أمام الجهة المختصة بنظر الأمر المتظلم منه، ويعد دفاعه ومستنداته يوم المثول أمام المحكمة التي تنتظر التظلم.

### الفقرة الثانية: شكليات تبليغ أمر الأداء:

يصدر أمر الأداء في غيبة الأطراف، فالمحكوم ضده لم تتح له الفرصة في أن يبدي دفوعه حول ما قدم ضده من المدعي؛ لذا اقتضت الحكمة أن تشمل ورقة الإعلان جملة من البيانات والشكليات حتى تكون صحيحة وتنتج أثرها. وعليه سوف نتناول هذه الشكليات وفقا للآتي:

#### ١- تبليغ نسخة الطلب:

أوجب المشرع في أمر الأداء ضرورة تبليغ نسخة الطلب المؤشر عليه من القاضي للمعروض ضده -أي يجب أن يكون هذا التبليغ كاملا بنسخة الطلب حتى يتمكن المحكوم ضده من الاطلاع بتفصيل على محل ما ذكره الدائن في طلبه من وقائع ومرفقات وغيرها- وذلك باعتبار أن ورقة الإعلان المنجزة من أمانة العدل هي مختصرة في محتوياتها. ومن ثم لا حاجة للاختصار أكثر حتى لا يذهب قصد المشرع من توفير الحماية الكافية للمدين دون جدوى. على اعتبار أن الدين مطلوباً وليس محمولاً.

<sup>١</sup> - أشار مشروع قانون المرافعات الجديد في نص المادة ٣١٥ على ما يلي: (يعن المدين لشخصه أو في موطنه بالعريضة وبالأمر الصادر ضده بالأداء...).

## ٢- تبليغ سند الدين:

سند الدين هو الورقة الأساسية التي يجب الاحتفاظ بها في الملف وعدم تمكين أي من كان منها إلا ليطلع عليها خشية ضياعها وبالتالي ضياع الحق المضمون بها.

إلا أن الفقه اختلف حول ضرورة تبليغ المعروض ضده بسند الدين، فمنهم من يلزم المحكوم له بهذا الإجراء، وبعضهم الآخر يرفض ذلك خوفا من ضياع السند الرسمي المتعلق بالحق المطالب به.

ونرى أن الاتجاه الذي يقول بضرورة إعلان المحكوم ضده بسند الدين هو الأقرب للصواب، حتى يطلع عليه من حيث الخط أو التوقيع أو تاريخ صدور هذا السند، خاصة وأن الأمر بالأداء يصدر في غيبة الخصوم، وذلك كي يستطيع أن يقرر ما إذا كان يرغب في التظلم منه أو يقبل به، وهو الاتجاه نفسه الذي سلكه القضاء في المغرب<sup>(١)</sup>، حيث يستوجب في العديد من أحكامه أن الأمر يجب أن يبلغ للمعني أو للمدين رقيقة سند الدين.

وجدير بالذكر أن ما جرى عليه العمل القضائي في ليبيا أن نسخة الدين الأصلية لا يتم إبلاغها رقيقة الإعلان، رغم أنه يتضمن كامل المعلومات والتعريف بالسند.

## ٣- أساسيات ورقة التبليغ:

من الملاحظ أن أصل الأمر بالأداء لا يكون إلا واحد، ويحتفظ به ضمن أصول الأحكام والأوامر بالمحكمة المختصة ليتم الرجوع إليه عند الحاجة، حيث إن الذي يتم تبليغه نسخة من الأمر بالأداء، ويتم الإشهاد بمطابقتها للأصل من طرف كبير الكتاب بالمحكمة أو من ينوب عنه.

والتبليغ حتى يكون صحيحا يتعين أن يتضمن إنذار المدين بوجوب أداء مجموع مبلغ الدين وملحقاته، مع الإشارة إلى حق المدين في أن يتظلم من هذا

١ - قرار المجلس الأعلى بالمغرب، عدد: ٢٧٨، ملف منني: ٣٤/١٣٧٥، منشور بمجلة ق م.

الأمر خلال ثمانية أيام من إعلانه حتى يصبح بعدها بمثابة حكم نهائي واجب التنفيذ<sup>(١)</sup>.

فإذا خلا التبليغ من هذا البيان اعتبر باطلا، ولا يترتب عنه سقوط أجل التظلم من هذا الأمر، باعتبار أن العمل الإجرائي الخاص بالتبليغ كان باطلا<sup>(٢)</sup>. وفي جميع الأحوال أوجب المشرع ضرورة أن يتم تنفيذه خلال مدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ صدور الأمر بالأداء، وإلا عد كأن لم يكن. وهذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم، وعلى الطالب أن يتقدم بإجراءات جديدة إذا ما رغب في ذلك.

فإذا مر على أمر الأداء مدة ستة أشهر ولم يتم تنفيذه يصبح بعد ذلك كأن لم يكن، وتنتهي كل آثاره<sup>(٣)</sup>.

ومن الملاحظ أن مشروع قانون المرافعات الجديد أشار في مادته ٣١٥ إلى اعتبار أمر الأداء كأن لم يكن إذا لم يتم إعلانه للمدين خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الأمر. وهذه المدة مدة سقوط للأمر الصادر ضد المعروض ضده.

وبهذا خالف ما هو منصوص عليه في قانون المرافعات المطبق من حيث مدة سقوط الأمر.

وهذا الجزاء المقرر لعدم الإعلان هو لمصلحة المدين؛ لذا يجب عليه التمسك به أمام المحكمة، حيث إنه لا يتعلق بالنظام العام. كما شدد المشرع ضرورة أن يكون التبليغ في الموطن الحقيقي أو المختار له كما سلفت الإشارة إليه آنفاً.

١ - تنص المادة ٢/٧٩٢ مرافعات على ما يلي: (ويجب أن يشمل الإعلان على أنه إذا لم يتظلم منه خلال ثمانية أيام من إعلانه به يصبح الأمر بمثابة حكم نهائي واجب التنفيذ).

٢ - أشار مشروع قانون المرافعات الجديد إلى اتباع طريق الطعن العادي بالاستئناف من أمر الأداء بدلا من التظلم منه. وذلك خلال مدة أقصاها خمسة عشر يوما من تاريخ الإعلان. راجع نص المادة ٣١٦ منه.

٣ - تنص المادة ٧٨٢ مرافعات على ما يلي: (ويعتبر الأمر كأن لم يكن إذا لم يعلن خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره).

## المطلب الثاني الطعن في أمر الأداء

الطعن في أمر الأداء وتقصده به التظلم من هذا الأمر طالما أنه يعد جائز الاعتراض عليه.

فالأمر بالأداء أحاطه المشرع بمجموعة من الشكليات والضوابط حفاظاً على حقوق المعروض ضده، فإذا لم تحترم هذه الشكليات والضوابط أصبح التبليغ غير قانوني، وبحق لهذا الأخير الطعن فيه - أي التظلم منه؛ - ولهذا سوف ننظر في ماهية الجهة المؤهلة للنظر في التظلم أو الطعن مع الإشارة إلى ما ورد بمشروع قانون المرافعات الجديد.

### • الفقرة الأولى: الجهة المؤهلة لنظر التظلم بداية وطريقة الطعن فيه: - أولاً: الجهة المؤهلة لنظر التظلم بداية:

تنص المادة ٧٨٢ مرافعات على ما يلي: (يحصل التظلم بتكليف الدائن بالحضور أمام المحكمة الجزئية أو الابتدائية حسب الأحوال، وتعلن ورقة التكليف بالحضور في الموطن المختار للدائن، ويقيد قلم المحضرين دعوى التظلم من تلقاء نفسه، وتحكم فيها المحكمة على وجه السرعة).

فأمر الأداء الصادر عن القاضي الجزئي يتظلم منه أمام المحكمة الجزئية التابع لها القاضي، الذي أصدر ذلك الأمر. أما إذا صدر هذا الأخير من قاضي المحكمة الابتدائية، فمن البديهي أن تنتظر المحكمة الابتدائية هذا التظلم.

ومن المعروف أن أمر الأداء يصدر من القاضي المختص دون مواجهة بين الخصوم، إلا أنه وبعد التظلم من الأمر الصادر بتغيير هذا الأمر. حيث أشار المشرع إلى أنه بالتظلم تبدأ انطلاق الخصومة بطريقة عادية، بحيث تقوم على مبدأ التواجهية بين الخصوم، ويجري تحقيق كامل بحضورهم عما ما صدر بشأنه أمر الأداء حيث تبدأ إجراءات المرافعة بإيداع الطلبات لكل خصم والدفع في مواجهة بعضهم بعضاً إلى أن تقتنع المحكمة باستكمال كافة متطلبات الخصومة. عندها تصدر أمراً بحجز التظلم للحكم. وتستمر الخصومة بطريقة عادية إذا ما أراد الخصوم استئناف الحكم.

ومن الإشكاليات في قانون نظام القضاء الجديد رقم ٢٠٠٦/٦ الذي حدد تشكيل المحاكم الجزئية وأيضا المحاكم الابتدائية من حيث توفير أكثر الضمانات للمتقاضين. حيث نجد أن التظلم أمام المحكم الجزئية ينظره قاضي فرد، بينما نجد أن التظلم بالمحكمة الابتدائية ينظره ثلاثة قضاة.

ولهذا نرى أن الأمر يتطلب تدخلا من المشرع لتسوية مراكز المتقاضين، وتوفير أكثر الضمانات لهم، حتى تتحقق العدالة بين الخصوم في ساحة القضاء؛ لأن الأمر لو ظل هكذا سوف يثير العديد من الإشكاليات على مستوى الفكر القانوني من حيث النزاهة في ساحة القضاء وتوفير كامل الضمانات.

ولهذا اتجه مشروع قانون المرافعات الجديد اتجاهاً آخرًا مساريةً لبعض التشريعات في البلاد المجاورة وهو أن أمر الأداء يمكن الطعن فيه بالاستئناف مباشرة أمام محكمة الدرجة الثانية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإعلان<sup>(١)</sup>.

ومع احترامنا لهذا الاتجاه في هذا المشروع إلا أننا نرى أن النظام المنصوص عليه في قانون المرافعات الحالي هو أضمن وأسلم للعدالة.

فمن جهة نضمن استمرار فكرة العدالة السريعة في تحصيل الديون عن طريق أمر الأداء، وبعيدا عن المرافعات والتواجهية وتسبب الأحكام، فإذا أراد المعروض ضده الأمر أن يطعن فله حق التظلم أمام المحكمة التي أصدر قاضيها ذلك الأمر. ومن ثم تتطرق الخصومة بطريقة عادية، ويمكن استئناف تلك الدعوى إذا ما اعترض خصومها على الحكم الصادر فيها.

ومن جهة أخرى فإنه لا يعقل لمحكمة الدرجة الثانية أن تنظر أمرا صادرا بالأداء دون أن يكون مسببا. فكيف لها أن تظهر مطاعن أسباب الاستئناف؟ وكيف تتحقق من شرعية ما ذكر في العريضة المقدمة من الدائن أو شرعية قرار القاضي بأمر الأداء. والقول بغير ذلك يجافي المنطق القانوني، أو كان على المشرع حل هذا الإشكال بأن ينص على أن أمر الأداء يجب أن يكون مسببا حتى يتم الطعن فيه بطريق الاستئناف.

<sup>١</sup> - راجع مقتضيات مشروع قانون المرافعات الجديد.

## - ثانياً: طريقة الطعن في أمر الأداء:

إذا انقضى ميعاد التظلم من الأمر دون رفضه أو اعتبار التظلم كأن لم يكن، ولم يكن الأمر يقبل الطعن فيه بالاستئناف أو انقضى ميعاد الطعن فيه بالاستئناف دون طعن فيه، فإن أمر الأداء يحوز القوة التنفيذية شأنه شأن الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي<sup>(١)</sup>.

وقد ذكرنا آنفاً أن الأمر الصادر بالأداء إذا ما تم الاعتراض عليه فإن الخصم المعني بذلك له حق التظلم منه أمام المحكمة التي يتبعها القاضي مصدر ذلك الأمر. من ثم تصبح هذه الأخيرة مختصة بنظره حيث تتعقد الخصومة بشكل عادي.

ولكن إذا ما كان التظلم يقبل الطعن بالاستئناف أي بعد ما نظرته المحكمة المختصة (الجزئية أو الابتدائية) فإن الأمر يتطلب اتخاذ بعض الإجراءات القضائية التي نص عليها المشرع في قانون المرافعات وفقاً للآتي:

### الفقرة الثانية: الطعن بالاستئناف بعد التظلم من أمر الأداء:

#### أولاً: الطعن بالاستئناف في أمر الأداء بعد أن تم التظلم منه:

اختار المشرع الليبي الطبيعة غير الولائية لأمر الأداء أي إنه اختار الطبيعة القضائية. وذلك عند الطعن فيه بالاستئناف، حيث خول المدين من مواجهة خصمه والإدلاء بدفوعه للمحكمة. ومعلوم أن الاستئناف له مفعولان. الأول تعليلي والثاني انتقالي<sup>(٢)</sup> وهما يخولان للمحكمة إعادة النظر في الدعوى والبت فيها، سواء أكان بالتأييد أم التعديل أم الإلغاء.

أما المفعول التعليلي فيقصد به أن الاستئناف للأحكام الابتدائية يعطل تنفيذها<sup>(٣)</sup> إلا ما استثناه القانون.

وهكذا يتبين أنه بمجرد استئناف أمر الأداء فإن تنفيذه يوقف تلقائياً إلى حين البت في موضوع الاستئناف، باعتبار أن المشرع الليبي لم يخضع أوامر الأداء

١ - إبراهيم أمين النيفاوي، منازعات التنفيذ الجبري، ط ١، دار النهضة العربية، ص ٤٧.  
٢ - أحمد الجندوبي وحسين بن سليمة، أصول قانون المرافعات، تونس، ٢٠٠٥، ص ١٧١.  
٣ - أ.د./ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ٢٠٠٣، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٩٧٩.

لخاصية النفاذ المعجل التي أسبغها على الأوامر على العرائض وفقا لما جاء في المادة ٣٧٨ مرافعات<sup>(١)</sup>.

أما المفعول الانتقالي<sup>(٢)</sup> فنعني به انتقال الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم الاستئنافي وذلك في حدود ما تسلط عليه الاستئناف. ومؤدى ذلك أن محكمة الاستئناف تعيد النظر في الطلبات التي كان قد قدمها الدائن التي شملها الطعن وإلا في خصوص ما تضمنه طعن المدين. واستنادا على ذلك حرم المشرع تقديم طلبات جديدة أمام محاكم الدرجة الثانية من ذات خصوم الدعوى.

فالمحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية بعد أن تصدر حكمها في التظلم المعروف عليها أجاز المشرع الطعن في هذا الحكم وفقا لطرق الطعن العادية التي حددها قانون المرافعات.

ومن المعلوم أن قانون المرافعات الجديد قد اتجه اتجاهها مغايرا على ما هو منصوص عليه في قانون المرافعات الحالي، حيث لم يشر إلى موضوع التظلم من أمر الأداء، بل حدد ميعاد الطعن بالاستئناف مباشرة على أمر الأداء أمام محكمة الدرجة الثانية خلال مدة خمسة عشر يوما من تاريخ الإعلان. وهكذا نجد أن هذا المشروع سلك الاتجاه نفسه الذي سلكته بعض القوانين في البلاد المجاورة<sup>(٣)</sup>.

### ثانيا: آثار الطعن بالاستئناف:

عادة ما يكون منطوق الحكم الابتدائي مشمولاً إما بإلغاء الأمر أو تأييده أو تعديله. ففي الحالة الأولى يكون الطاعن هو المدين لسبب شكلي معين أو أن

١ - د. الكوني عبوده، التنفيذ الجبري، ٢٠٠٣، ص ١٨٦.  
- تنص المادة ٣٧٨ مرافعات على ما يلي: (لا يجوز تنفيذ الأحكام جبرا مادام الطعن فيها جائزا حسب أحكام هذا القانون إلا إذا كان النفاذ المعجل منصوصا عليه في القانون أو أمورا به في الحكم وإنما يجوز بمقتضاها اتخاذ الإجراءات التحفظية).  
٢ - تنص المادة ٣١٩ مرافعات على ما يلي: (الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط).  
٣ - تنص المادة ٣١٦ من مشروع قانون المرافعات الجديد على أنه: (يجوز للمدين خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلان الأمر إليه أن يطعن بالاستئناف أمام المحكمة المختصة بحسب قيمة الدين المطلوب وذلك بصحيفة تراعي فيها الأوضاع المعتادة لصحيفة افتتاح الدعوى (...)).

الدين لا تتوفر فيه أحد الشروط المقررة قانونا (عدم حلول الأجل - غير معين المقدار - تم الوفاء به) - ومن ثم تقضي محكمة الدرجة الثانية بإلغاء أمر الأداء والقضاء مجددا برفض المطلب.

أما إذا كان الأمر مطابقا للقانون فما على المحكمة إلا أن تؤيد الأمر، وهو ما يعرف في سلك القضاء بتأييد الأمر المطعون فيه. ويترتب على ذلك نهائية الحكم، ويدمج أو يكسى بالصيغة التنفيذية ليصبح سندا تنفيذيا. ونظرا<sup>(١)</sup> لأن أمر الأداء هو عمل قضائي من ناحية الموضوع، فإنه يأخذ حكم الأحكام القضائية من ناحية قابليتها للتنفيذ الجبري؛ لأنه يتمتع بالقوة التنفيذية ذاتها التي تتمتع بها الأحكام القضائية، وهكذا فإنه ينفذ بطريقة عادية<sup>(٢)</sup>.

والمشرع الليبي<sup>(٣)</sup> لم يخضع أوامر الأداء لميزة النفاذ المعجل، كما هو الحال في الأوامر على العرائض - كما سبق التنويه إليه -، حيث لم يرد أي إشارة بالنفاذ المعجل لأوامر الأداء في الباب الخامس من قانون المرافعات، وهو بخلاف ما نص عليه المشرع المصري<sup>(٤)</sup> الذي أشار إلى أن أمر الأداء يمكن أن ينفذ نفاذا عاديا وقد ينفذ نفاذا عاجلا. وهكذا نجد أن أمر الأداء في القانون الليبي يخضع للقاعدة العامة المذكورة في نص المادة ٣٧٨ مرافعات، أي إنه لا يقبل التنفيذ بحسب الأصل إلا إذا لم يتظلم منه رغم تنبيه وإعلان من صدر ضده - المدين - خلال المدة المقررة قانونا، وهي خلال مدة الثمانية أيام أو تنازل المدين صراحة عن حقه في التظلم بعد صدور الأمر، أو برفض التظلم، أو الاستئناف، أو فوات الميعاد. فهنا يصبح أمر الأداء نهائيا، وبالتالي يقبل التنفيذ الجبري نفاذا عاديا، خاصة وأنه يصدر دائما بالزام<sup>(٥)</sup>.

١ - د./ نبيل عمر ود./ أحمد هندي، التنفيذ الجبري قواعده وإجراءاته، ٢٠٠٣، دار الجامعة، ص ١٦١.

٢ - د./ أبو الوفا - أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، ١٩٨٤، ص ١٧٦.

٣ - سبقت الإشارة لهذه النقطة.

- راجع نص المواد ٣٩٧، ٣٨٠، ٣٨١، ٣٨٢ من قانون المرافعات.

٤ - تنص المادة ٢٠٩ مرافعات مصري على ما يلي: (تسري على أوامر الأداء وعلى الحكم الصادر في التظلم من الأحكام الخاصة بالنفاذ والمعمول بهما حسب الأحوال التي بينها القانون).

٥ - د./ الكوني عبوده، التنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص ١٨٦.



أما في حالة التعديل فإن الأمر لا يثير أية إشكال في حالة تخفيض قيمة المبلغ. ولكن الإشكال قد يثار عندما يتم التعديل بزيادة المبلغ ويكون ذلك إذا ما كان هناك فوائد أو ملحقات على الدين المطلوب، واستحق بعد صدور الأمر بالأداء.

ففي هذه الحالة يذهب جانب من الفقه<sup>(١)</sup> إلى القول إن الدائن له حق القيام باستئناف عرضي والمطالبة بالفوائد المستحقة بعد صدور أمر الأداء. أما إذا كانت طلبات عادية فهي أصلا غير مقبولة.

إلا أننا نرى أنه يمتنع إضافة طلبات جديدة أمام محاكم الدرجة الثانية. وإذا كان الأمر يتعلق بفوائد أو مصاريف وفقا لما ذكر أنفا، فلا يوجد ما يمنع أن يطالب بها الدائن بناء على عريضة جديدة تقدم إلى القاضي المختص بإصدار تلك الأوامر.

بقي الإشارة إلى أنه إذا ألغت محكمة الطعن أمر الأداء؛ لأن التنفيذ لم يتم بفعل التظلم، فإن العبرة هنا تكون لهذا الحكم. فمثلا إذا كان الحكم صادر في دعوى التظلم لا يقبل الاستئناف، ففي هذه الحالة جاز تنفيذه جبرا بطريقة عادية فور صدوره<sup>(٢)</sup>.

أما إذا كان غير ذلك ولم تحصل الأمور المشار إليها أنفا فإن الأمر يخضع عند تنفيذه جبرا إلى القواعد المتعلقة بالأحكام القابلة للطعن. أي قابلا للتنفيذ بالقوة الجبرية إن اقتضى الأمر، أو لم يدع المدين من تلقاء نفسه لتنفيذ الحكم الصادر ضده.

### الخاتمة

القاعدة العامة أن القانون يوجب على صاحب الحق غير الثابت في سند تنفيذي أن يلتجئ إلى القضاء بقصد الوصول إلى حقه جبرا من المدين بعد أن يتحصل على حكم يؤيد حقه المدعى به، وبعد أن يكون قد رفع دعوى قضائية رسم لها القانون إجراءات معينة بالخصوص.

١ - أحمد الجندي وحسين بن سليمة، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، تونس، ٢٠٠٥، ص ٨١.

٢ - رؤوف النجار، استئناف الأمر بالدفع، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد الرابع، تونس، ١٩٩٣، ص ٨١.

إلا أن المشرع -تقريبا وتسهيلا للخدمة القضائية- وعن طريق اتباع إجراءات بسيطة يمكن بواسطتها الوصول إلى الحق المدعى به. وهو ما سماه المشرع بأمر الأداء من خلال نص المواد ٧٧٨ إلى ٧٨٥ في الباب الخامس من الكتاب الثالث من قانون المرافعات المدنية والتجارية. حيث أصبح الالتجاء إلى هذا الطريق أفضل بكثير من الطريق العادي في تحصيل تلك الديون مهما كانت قيمتها. وهكذا تطلب المشرع بعض الإجراءات قبل صدور أمر الأداء، وأيضا بعد صدوره، حتى يتحصل الطالب أو العارض على مبنغاه.

ومن خلال بحثنا المتواضع نرى أن هذا الطريق هو أفضل بكثير من الولوج إلى ساحة القضاء بالطريق العادي. كما نرى أن قانون نظام القضاء الجديد الذي نظم فيه تشكيل المحاكم الليبية لم يكن منصفا عند التظلم من هذا الأمر. حيث نجد أن الأمر الصادر عن القاضي الجزئي يطعن فيه أمام المحكمة الجزئية بقاضي فرد بينما نجد أن أمر الأداء الصادر عن قاضي المحكمة الابتدائية يطعن فيه أمام محكمة ابتدائية مشكلة من ثلاثة قضاة. وهذا يرتب عدم تسوية مراكز الخصوم أمام القضاء، وأيضا عدم تحقيق العدالة. وعليه لا مناص من تدخل المشرع في معالجة هذه المشكلات.

كما أن عدم تحديد المبالغ المطالب بها في أوامر الأداء التي أصبحت بالملايين يثير بعض الصعوبات في المجال العملي، الأمر الذي يثير المخاوف والشكوك أحيانا في المطالبة بهذه المبالغ الكبيرة، خاصة وأن هذه الأوامر تصدر دون مواجهة. إضافة إلى أن ما جاء به مشروع قانون المرافعات الجديد من تعديل في المواعيد.

وأیضا استئناف أمر الأداء مباشرة أمام محكمة الدرجة الثانية يثير بعض الإشكاليات. منها معرفة كيف يتم الطعن أمام محكمة الاستئناف في أمر غير مسبب. وكيف يمكن لهذه الأخيرة أن تتلمس أوجه الطعن وفقا لما نص عليه قانون المرافعات. كما أن تبليغ سند الدين مع الأمر الصادر بالأداء للمعروض ضده من شأنه أن يقلل من التظلمات المرفوعة على هذه الأوامر وهكذا؛ ولذا نرى ضرورة تدخل المشرع في حل هذه المشكلات التي من شأنها أن تمس مبادئ العدالة والمساواة أمام جهاز قضائي، يفترض فيه إعطاء الحقوق لمطالبتيها.

## المراجع(\*)

- ١) إبراهيم أمين النفيراوي: منازعات التنفيذ الجبري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.
- ٢) أبو الوفا: أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ الجبري، ١٩٨٤.
- ٣) أحمد الجندي وحسين بن سليمة: أصول المحاكمات المدنية والتجارية، تونس، ٢٠٠٥.
- ٤) أحمد عمر أبو زاقية: قانون المرافعات، الجزء الأول، منشورات جامعة قار يونس، الطبعة الأولى.
- ٥) أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٣.
- ٦) رؤوف النجار: استئناف الأمر بالدفع، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد ٤، تونس، ١٩٩٣.
- ٧) رشيد مشقاقة: معنى إرفاق وثيقة تبليغ الأمر بالأداء بأصل سند الدين، مقال منشور بجريدة العلم في: ١٩٩٧/١٠/٢٥.
- ٨) رمزي سيف:  
أ- نظام أوامر الأداء في التشريعات الحديثة، محاضرات بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٩.  
ب- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة.
- ٩) سحر عبد الستار إمام يوسف: دور القاضي في الإثبات "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
- ١٠) عبد العزيز حضري: مسطرة الأمر في مادة الكراء، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الأول، يونيو ٢٠٠٠، مكتبة عالم الفكر.
- ١١) عبد اللطيف تجاتي: الأمر بالأداء في القانون المغربي، مطبعة النجاح، ٢٠٠٠.
- ١٢) الكوني علي اعبودة:  
ت- التواعد العامة للتنفيذ الجبري، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية.  
ث- قانون علم القضاء - الجزء الثاني، منشورات جامعة ناصر، ١٩٩٨.
- ١٣) نبيل إسماعيل عمر وأحمد هندي: التنفيذ الجبري - قواعد وإجراءاته-، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣.

\* - راعينا في ترتيب المراجع الترتيب الأبجدي الخليلي الحديث -أبتحج- وذلك حسب اسم المؤلف. باعتبار اسم العائلة أو اللقبى إن كانت أكثر شهرة مع إغفال "ال" التعريف والاعتداد بـ"أبو".



# الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي

دكتور / يوسف بن عبد الله بن محمد الخضير  
قسم السياسة الشرعية - المعهد العالي للقضاء  
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

## مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

تقوم المعاملات التجارية على عاملي السرعة والائتمان، فالتاجر يتخذ قراراته بالبيع والشراء بسرعة فائقة، عاقداً آماله في الحصول على أكبر قدر من الأرباح، وقواعد المعاملات المدنية لا تسير وفق هذه المعاني؛ نظراً لما تنسم به من بطء، لأن المشتري لا يتغيا من وراء شرائه إلا استهلاك ما اشتراه في الغالب، كما وأن التاجر محتاج إلى السرعة في إنجاز معاملاته، كذلك هو محتاج للائتمان، إذ في كثير من الأحوال تعوزه القدرة المالية على إبرام الصفقات التجارية، ومن ثم فإنه إما أن يلجأ للاقتراض، وهذه الذريعة تعرضه لمخاطر كثيرة، تتمثل في عدم وجود من يقرضه، أو من لا يقرضه إلا بفائدة، وغير ذلك، وإما أن يلجأ التاجر إلى من يمنحه أجلاً للوفاء بالثمن، وهي الطريقة السائدة بين التجار، إذ من تاجر ألا ويكون دائناً ومديناً في نفس الوقت. هذه الطريقة ثبت من خلال المعاملات التجارية أنها الطريقة المثلى في سد ضائقة التاجر، لذلك بدأ التجار يبحثون عن أنجع الطرائق لتعزيز هذا الائتمان وبث الطمأنينة به في قلوب التجار، فكانت الأوراق التجارية من أهم الوسائل التي تحقق المقصد.

وقد حظيت الأوراق التجارية بأهمية بالغة؛ نظراً لما تحققه من فوائد عظيمة للتاجر وللحركة الاقتصادية بشكل عام.

تتبع أهمية الضمان الاحتياطي من أهمية الأوراق التجارية ذاتها، حيث أضحي الضمان الاحتياطي كثير الوقوع في الوقت الحاضر، وذلك لما يفضي إليه من تسهيل تداول الأوراق التجارية، نظراً لما يضيفي من زيادة الضمانات التي يمنحها النظام للأوراق التجارية، حتى وصل في بعض الأحوال إلى مرتبة تداول النقود الورقية.

من أجل ذلك وقع اختياري على هذا الموضوع ووسمته بـ (الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي).  
هذه الدراسة ستبين أحكام الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، من خلال نظام الأوراق التجارية، وآراء الشراح، ومقارنة كل ما يقتضي مقارنته بالفقه الإسلامي، وذلك وفق مناهج البحث العلمي المعروفة.

## المبحث الأول التعريف بالأوراق التجارية

لم يضع نظام الأوراق التجارية السعودي تعريفاً محدداً للأوراق التجارية، كما أن قوانين الأوراق التجارية المماثلة في دول العالم لم تقدم هي الأخرى تعريفاً لها، بل إن اتفاقية جنيف للأوراق التجارية التي عقدت سنتي ١٩٣٠ و ١٩٤١م، والتي تُعد النبع الذي شربت منه أنظمة الأوراق التجارية في العالم لم يرد فيها تعريف للأوراق التجارية.

لا شك أن هذا نهج حسن ومحمود حتى يفتح باب الاجتهاد أمام الفقه والقضاء؛ لوضع تعريف ملائم، يمكنه من احتواء الوقائع والنوازل الجديدة، التي تحدث في عالم التجارة، وانضوائها تحت لوائه.  
أورد شراح الأنظمة للأوراق التجارية تعريفات كثيرة بالفاظ وعبارات مختلفة، والناظر المتأمل يلمح أنها وإن جاءت مختلفة المباني إلا أنها متقاربة المعاني.

وليس من وظائف هذه الدراسة تتبع هذه التعريفات والموازنة بينها، إذ المقصود هو بيان المعنى المراد، دون الخوض في نزاعات الألفاظ.  
لذلك يمكن أن نعرف الأوراق التجارية بأنها: محررات شكلية، تتضمن بيانات معينة حددها النظام، قابلة للتداول بالطرق التجارية، تمثل حقا موضوعه مبلغ من النقود، واجب الدفع وقت الاطلاع، أو بعد أجل معين، ويمكن تحويلها إلى نقود<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر: الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي للدكتور إلياس حداد ص(٩)، والقانون التجاري السعودي للدكتور محمد الجبر ص(٥٦)، والأوراق التجارية في النظام السعودي للدكتور عبدالله العمران ص(١٠).

ومن خلال هذا التعريف يمكن إبراز خصائص الأوراق التجارية فيما

يلي:

- ١- صك محرر وفق بيانات محددة.
- ٢- تمثل حقًا بمبلغ من النقود.
- ٣- أنها مستحقة الوفاء حالاً، أو بعد فترة قصيرة.
- ٤- تقبل التداول بالطرق التجارية.
- ٥- ألزم النظام قبولها مقام النقود.

### أنواع الأوراق التجارية:

الناظر في نظام الأوراق التجارية السعودي يجد أن النظام أشار إلى أن أنواع الأوراق التجارية ثلاثة هي: الكمبيالة، والسند لأمر، والشيك. ولذلك ذهب بعض الشراح إلى أن هذا التعداد إنما جاء على سبيل الحصر، ولا يمكن قبول غير هذه الأنواع (١). ويذهب أغلب الشراح إلى أن هذه الأنواع إنما جاءت في سياق التمثيل وليس الحصر (٢).

غير أن النظام عالج تلك الأنواع الثلاثة، ولم يتطرق لغيرها، الأمر الذي يؤيد ما ذهب إليه أنصار الرأي الأول. وعلى ذلك يمكن أن أبين أنواع الأوراق التجارية الثلاثة، سالكا في ذلك سبيل الاختصار.

### الكمبيالة:

تعد الكمبيالة أقدم الأوراق التجارية، وأكثرها أهمية، إذ إن أحكامها هي الأساس الذي يقوم عليه قانون الصرف، فالنظام جعلها الأصل، وتسج كل ما يتعلق بها من أحكام، من إنشائها، وتداولها، وضمانات الوفاء بها، وطرائق

---

(١) انظر: الأوراق التجارية في التشريع العراقي للدكتور علي العبيدي ص (١٠).  
(٢) انظر: الأوراق التجارية للدكتور إلياس حداد ص (٩)، والأوراق التجارية للدكتور عبد الله العمران ص (٢٨).

الوفاء والمعارضة فيه، ثم ذهب يحيل إليها عند تنظيمه للسند لأمر والشيك(١).  
تعرف الكمبيالة بأنها: صك محرر وفقاً لشكل معين حدده النظام،  
يتضمن أمراً من الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه، بأن يدفع  
مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين لشخص ثالث الذي هو المستفيد(٢).

#### السند لأمر:

يعرف السند لأمر بأنه: صك محرر وفق شكل معين، يتضمن تعهد  
شخص يسمى المحرر بالوفاء بمبلغ من النقود في تاريخ معين لشخص آخر(٣).

#### الشيك:

زادت أهمية الشيك في السنوات الأخيرة نظراً لما يؤديه من خدمات  
اقتصادية بالغة لا يستغني عنها أكثر أفراد المجتمع، ولم يقتصر استعماله على  
التجار فيما بينهم، بل انتشر التعامل به بين الأفراد، حتى أمكن القول بأنه أكثر  
الأوراق التجارية ذيوغاً وانتشاراً(٤).

يعرف الشيك بأنه: صك مكتوب وفق شكل حدده النظام، يتضمن أمراً  
من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه وهو  
مصرف معين، بأن يدفع مبلغاً من النقود بمجرد الاطلاع لشخص ثالث يسمى  
المستفيد(٥).

---

(١) وهو بذلك يكون قد اقتفى أثر قانون جنيف للأوراق التجارية، حيث أحاط الكمبيالة أهمية  
خاصة، فنظم جميع أحكامها، ثم جعل يحيل إليها فيما يتعلق بالورقتين الأخيرتين،  
والسبب في ذلك يعود إلى كثرة استعمال الكمبيالة في مجال التجارة الخارجية بين البلاد  
المختلفة، بينما السند لأمر والشيك فإن التعامل بينهما ينحصر في الغالب في التجارة  
الداخلية.

انظر: التاجر وقانون التجارة بالمغرب للدكتور محمد لفروجي ص(٢٥٠)، والأوراق  
التجارية للدكتور إلياس حداد ص(٨٥).

(٢) انظر: الوجيز في النظام التجاري السعودي للدكتور سعيد يحيى ص(٢٥٨)، والأوراق  
التجارية للدكتور عبدالله العمران ص(٢٩).

(٣) انظر: دروس في القانون التجاري السعودي للدكتور أكثم الخولي ص(٢٨)، والتاجر  
وقانون التجارة بالمغرب للدكتور محمد لفروجي ص(٢٥٠).

(٤) انظر: الأوراق التجارية للدكتور إلياس حداد ص(٤٠٤).

(٥) انظر: الأوراق التجارية للدكتور عبدالله العمران ص(٣٠)، والوجيز في النظام التجاري



مصطلح الأوراق التجارية وكذلك مصطلح الكمبيالة والسند لأمر والشيك لم يرد لها ذكر في مراجع الشريعة الإسلامية، ولم يستخدم أحد من الفقهاء -فيما أعلم- هذه المصطلحات، لكن معانيها حاضرة في خطاب الفقهاء بوضوح، وذلك في عقد الحوالة والسفجة.

فالحوالة في اصطلاح الفقهاء هي: نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى(١).

**والسفجة هي:** كتاب يكتبه المستقرض للمقرض إلى نائبه ببلد آخر؛ ليعطيه ما أقرضه(٢).

وبهذا يمكن القول إن الفقه الإسلامي عرف انتقال الحقوق والالتزامات بين الأحياء، التي هي معنى الأوراق التجارية قبل أن تعرفها القوانين الغربية بقرون عديدة(٣).

غير أن القوانين الغربية طورت هذه الأحكام. وأجادت في الترتيب والتبويب وحسن العرض بما يناسب العصر.

## المبحث الثاني

### مفهوم الضمان الاحتياطي

أزمة الثقة فاشية في المعاملات المالية، فكثير من الناس لا يطمئن قلبه من وفاء الشخص الآخر بالدين وفي مواعده المحدد إلا إذا قدم ما يعزز ذلك بإبرام عقود مصاحبة للعقد الأصلي.

ففي أكثر الأحيان يقوم الشخص بتحرير ورقة تجارية إلى شخص آخر غير أن المستفيد يرفض قبول استلام هذه الورقة، مصيرًا منه إلى انعدام، أو ضعف الثقة المالية في هذا الشخص الذي حرر هذه الورقة، ولذلك فإنه يطلب

---

السعودي للدكتور سعيد يحيى ص(٢٥٩).

(١) انظر: الكافي لابن قدامة (٢٨٧/٣)، وحاشية الروض المربع لابن قاسم (١١٥/٥).

(٢) انظر: حاشية رد المحتار لابن عابدين (٣٥٠/٥)، والتعريفات للرجزاني ص(٧٠)، وتهذيب الأسماء واللغات للنووي (١٤٩/٣).

(٣) انظر: الوسيط للسهنوري (٤١٦/٣).

منه تأمينا لكي يقبلها، ويضمن إلى وفاء الورقة التجارية، وهذا التأمين يمكن أن يكون رهنا أو كفالة شخصية. هذه الكفالة أطلق عليها الضمان الاحتياطي، وبعض القوانين سمتها كفالة الأمثال، وبعضها الكفالة الخارجية، وبعضها تكفل الأداء.

ومهما تباينت المسميات فالمعنى واحد(١).

نظام الأوراق التجاري انتقى من هذه المصطلحات المصطلح الأول وهو الضمان الاحتياطي(٢)، حيث جاء عنوان الفصل الخامس من الباب الأول من النظام « الضمان الاحتياطي » وجاء في صدر المادة (٣٦) ما نصه: « يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة ذاتها... » كما وردت هذه التسمية في الأحكام الخاصة بالشيك(٣).

لم يرد في النظام تحديد لمفهوم الضمان الاحتياطي، لذلك اختلف الشراح في تعريفه، وأنا أذكر أهم هذه التعريفات، ثم أذكر التعريف الذي أراه أقرب إلى المعنى المنشود.

فقد عُرف بأنه: « عقد يلتزم بموجبه شخص من الغير بدفع قيمة السند في ميعاد الاستحقاق في حالة عدم الوفاء من الملتزم المضمون »(٤).

---

(١) انظر: موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية (١١/٦٩٦)، وأحكام الصكوك التجارية لياسل جنادري ص(١٦٨).

(٢) هاجم بعض الباحثين تسمية هذا الضمان « بالاحتياطي » لأن الضمان هنا كما يقول- أصليا وليس احتياطيا، فالالتزام في الورقة التجارية الذي قام بسبب هذا الضمان يشاكل التزام سائر الموقعين، وللحامل حق الرجوع عليه وحده أو مع بقية الموقعين أو بعضهم، لذلك يرى أن الأولى تسميته بـ الضمان الإضافي عوضا عن الضمان الاحتياطي.

انظر: دروس في القانون التجاري لفاروق أزهر (١٠٠/١) وهذا النقد غير صحيح؛ لأن هذه التسمية بالاحتياطي لم تجيء بسبب أن الرجوع على الضامن لا يكون إلا عند تعذر الرجوع على الموقعين الآخرين، وإنما سمي بذلك لكونه لا ينشأ أصلا إلا في حالة الشك في ملاءة الموقع على الورقة التجارية، فهو ينشأ باتفاق بين الضامن وحامل الورقة، بخلاف الضمانات الأخرى فهي ناشئة بقوة النظام.

انظر: أحكام الأوراق التجاري للدكتور سعد الختلان ص(٣٧٨).

(٣) انظر: الفصل الرابع من الباب الثالث من النظام، والمادة (١٠١).

(٤) القانون التجاري (الأوراق التجارية) للدكتور/ محمد الكيلاني ص(٢٥٠).

وعرف بأنه: « كفالة التزام ثابت في ورقة تجارية »(١).  
وعرف: « العهد الذي يلتزم بموجبه شخص بالوفاء بقيمة سند السحب عند استحقاقه إذا امتنع عن ذلك أحد الموقعين عليه، وذلك على وجه التضامن مع من صدر الضامن لصالحه »(٢).

كما عرف بأنه: « كفالة الدين الثابت في الورقة التجارية »(٣).  
وقيل غير ذلك.

وهذه التعريفات وإن كانت مختلفة الألفاظ والعبارات إلا أن المتأمل يلمح تقارب المعنى الذي يسعى إليه كل تعريف.  
أرجح هذه التعريفات التعريف الأخير، غير أنه لما كانت الكفالة الواردة على الورقة التجارية من نوع خاص كما سيأتي بيانه- فمن الأجدر صياغة التعريف وفق ذلك، وعليه يمكن أن نعرف الضمان الاحتياطي بأنه: كفالة خاصة للدين الثابت في الورقة التجارية.

### المبحث الثالث

#### تكييف الضمان الاحتياطي

الضمان من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي، وقد أورد الفقهاء تعريفات متعددة للضمان أذكر بعضها منها:  
١- عرفه الحنفية: (ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً)(٤).  
وعرفه المالكية: (شغل ذمة أخرى بالحق)(٥).  
وعرفه الشافعية: (يقال: لالتزام حق ثابت في ذمة الغير)(٦).

- 
- (١) الأوراق التجارية في التشريع المصري للدكتور أمين بدر ص(٢٠٩).
  - (٢) الوسيط في شرح القاتون التجاري الأوراق التجارية للدكتور/ عبدالقادر العطير ص(٢٨٠).
  - (٣) الأوراق التجارية والإفلاس للدكتور/ مصطفى طه ص(١٢٢).
  - (٤) رد المختار على الدر المختار لابن عابدين (٢٨١/٥).
  - (٥) حاشية الدسوقي (٢٨٩، ٢٨٨/٣).
  - (٦) مغني المحتاج للشريبي (١٩٨/٢).

و عرفه الحنابلة: (ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق) (١).  
ويطلق على الضمان لفظ الكفالة، وهما بمعنى واحد عند أكثر  
الفقهاء (٢) وعند القانونيين (٣).

إن الناظر في تعريفات الضمان الاحتياطي السالف ذكرها يجد أنه لا  
يخرج عن عقد الضمان عند الفقهاء، لكن المنظم أحاطه بطائفة من الشروط  
والقيود، وهي في الجملة لا تخرج عن قاعدة الشروط في العقود، لكن هذه  
الشروط منشؤها النظام، وليس المتعاقدين أو أحدهما.  
وبناء على ذلك أمكن القول إن هذا الضمان الاحتياطي يكتف على أنه  
ضمان من نوع خاص.

### المبحث الرابع حكم الضمان الاحتياطي

الضمان الاحتياطي عقد لا يخرج عن مفهوم الضمان المعروف في  
الفقه الإسلامي، والضمان عقد مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.  
أما الكتاب فقولته تعالى: ﴿فَؤُوقَ قُؤُوجٍ﴾ (٤).  
جاء في أحكام القرآن: «قال علماؤنا: هذا نص في جواز الكفالة؛ وذلك  
لأن الزعيم هو الحميل والكفيل والضامن. فإذا قال أحد: وأنا زعيم بكذا، فمعناه  
أنه ملتزم به» (٥).  
من السنة:

١- عن سلمة بن الأكوع -٣- (أن النبي ﷺ أتى بجنابة ليصلي عليها، فقال:

- 
- (١) المغني لابن قدامة (٧١/٧)، والشرح الكبير لعبد الرحمن ابن قدامة (٥/١٣).  
(٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢٩٥/٢)، والشرح الكبير لابن قدامة (٦/١٣)،  
والإنصاف للمرداوي (٧/١٣)، هذا وذهب بعض الفقهاء إلى التفريق بين الضمان  
والكفالة، فجعلوا الضمان خاصاً بالأموال، والكفالة بالأبدان.  
انظر: المقنع لابن قدامة (٦١/١٣).  
(٣) انظر: الوسيط للسنة (١٧/١٠).  
(٤) سورة يوسف، آية (٧٢).  
(٥) أحكام القرآن لابن العربي (١٠٩٥/٣-١٠٩٦).

« هل عليه دين؟ » قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتى بجنابة أخرى، فقال:  
« هل عليه دين؟ » قالوا: نعم، قال: « فصلوا على صاحبكم »، قال  
أبو قتادة: عليّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه (١).

٢- حديث أبي أمامة « العارية مردودة والدين مقضي والزعيم غارم » (٢).  
من الإجماع:

أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة، وإن وجد خلاف في  
بعض الفروع فلا ينال من قيام الإجماع (٣).  
وتأسيساً على ما تقدم نقول: إن الضمان الاحتياطي في الأوراق  
التجارية مشروع من حيث الأصل.

## الفصل الأول

### أركان الضمان الاحتياطي وشروطه

يلزم لقيام الضمان الاحتياطي أن تتوفر أركانه، التي لا يتصور له  
وجود إلا بها، وهي الضامن، والمضمون، والمضمون له (الحامل)، كما يلزم  
لانعقاد الضمان الاحتياطي صحيحاً توافر طائفة من الشروط الموضوعية،  
والشروط الشكلية.

وبناء على ذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، أخصص المبحث الأول  
لأركان الضمان الاحتياطي، والمبحث الثاني لشروط الضمان الاحتياطي.

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الكفالة، باب من تكفل عن ميت دنيا فليس له أن يرجع  
(٢٠٥/٣).

(٢) أخرجه ابن ماجه في كتاب الصدقات، باب الكفالة (٨٠٤/٢)، والترمذي في كتاب  
اليوم، باب ما جاء أن العارية مؤداة وقال عنه: « وحديث أبي أمامة حسن » سنن  
الترمذي (٣٤/٣)، وصححه الألباني.

انظر: صحيح الجامع حديث رقم (٣٩٩٥) (٨٥/٤).

(٣) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢٩٥/٢)، والمغني لابن قدامة (٧٢/٧).

## المبحث الأول أركان الضمان الاحتياطي

أركان الضمان الاحتياطي هم:

### ١- الضامن الاحتياطي:

الضامن الاحتياطي هو الشخص الذي يكفل وفاء قيمة الورقة التجارية على وجه التضامن مع من ضمنه، إذا امتنع المدين الأصلي عن الوفاء في تاريخ استحقاق الورقة<sup>(١)</sup>.

والأصل أن يكون الضامن الاحتياطي شخصاً أجنبياً عن الورقة التجارية؛ لأنه يضيف ضماناً جديدة لهذه الورقة ويسهل تداولها.

لكن نظام الأوراق التجارية السعودي كغيره من الأنظمة- أباح أن يكون الضامن أحد الأشخاص الذين وقعوا على الورقة التجارية حيث نصت المادة (٣٥) من النظام بقولها: « ويكون هذا الضامن من أي شخص، ولو كان ممن وقعوا الكميالة » هذا ما يتعلق بالكميالة أما الشيك فقد نصت المادة (١٠١) على أنه: «يكون هذا الضامن من الغير عدا المسحوب عليه، كما يجوز أن يكون من أحد الموقعين على الشيك».

يبدو لأول وهلة أنه لا فائدة عملية ترجى من كون الضامن الاحتياطي أحد الملتزمين بالورقة، لأنه ملتزم أصلاً بسداد قيمة الورقة تجاه الحامل والموقعين الآخرين، و هو ما يعرف بتضامن الموقعين<sup>(٢)</sup>.

لكن يصبح لضمانه أثر واضح في حالة إذا رام أحد المظهرين تقديم ضمان إضافي لحامل الورقة؛ لزيادة اطمئنانه، ومن ثم يكون لهذا المظهر ضامناً احتياطياً للساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، أو للمسحوب عليه القابل، ذلك أن المظهر يستطيع التمسك بسقوط حق الحامل المهمل، بينما لا يجوز للساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء أو المسحوب عليه القابل التمسك بإهمال الحامل، يضاف إلى ذلك أن المظهر يمكنه أن يضمن المظهر السابق عليه

(١) انظر: الأوراق التجارية للدكتور إلياس حداد ص(٢٦٤).

(٢) انظر: القانون التجاري الأوراق التجارية للدكتور محمود الكيلاني ص(٢٥٢)، والوسيط في شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية) للدكتور عبدالقادر العطير ص(٢٨٣).

ضمانًا احتياطيًا، ومن ثم فإن هذا الضمان يشمل المظهر المضمون والموقعين اللاحقين عليه(١).

يمكن أن يكون الضامن شخصًا طبيعيًا أو معنويًا. والغالب أن يكون الضامن واحدًا، ويجوز أن يتعدد الضامنون، فيدخل لضمان الورقة التجارية أكثر من واحد(٢).

ومسألة تعدد الضامين قد تكلم عنها فقهاء الشريعة وأوردوها في كتبهم مورد الجواز.

جاء في المبسوط: «إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عن ثلاثة نفر، وبعضهم كفيل عن بعض، وكلهم ضامنون ذلك فهو جائز؛ لأن كل واحد منهم كفيل عن الأصل بجميع المال، وذلك جائز، فإن الكفالة للتوثق بالحق وهو يحتمل التعدد»(٣).

وفي مختصر المزني: «ولو ضمن عن الأول بأمره ضامن، ثم ضمن عن الضامن ضامن بأمره فجائز...»(٤).

وجاء في المغني: «وإن ضمن عن الضامن ضامن آخر صح...»(٥). والضامن الاحتياطي يكون التزامه فيما يتعلق بالكميالة تجاريًا، حتى ولو كان غير تاجر، حيث فرضت الفقرة (ج) من المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٢) في ١٥/١/١٣٥٠ هـ تجارية: «كل ما يتعلق بسندات الحوالة بأنواعها».

أما الضامن الاحتياطي فيما يتعلق بالسند لأمر والشيك فموضع خلاف بين الشرح، والراجح سريان أحكام الكميالة عليها في هذا الخصوص(٦).

- 
- (١) انظر: المرجع السابق، والأوراق التجارية للدكتور مصطفى كمال طه ص(١٢٢).
  - (٢) انظر: الوسيط في شرح القانون التجاري للدكتور عبدالقادر العطير ص(٢٨٤).
  - (٣) المبسوط للكاساني (٣٤/٢٠).
  - (٤) مختصر المزني (٢٢٨/٢).
  - (٥) المغني لابن قدامة (٨٧/٧).
  - (٦) انظر: القانون التجاري للدكتور/ أحمد محرز ص(١٣٠).

## ٢- المضمون ضمناً احتياطياً (المضمون عنه):

يجوز إعطاء الضمان الاحتياطي لأي ملتزم بالورقة التجارية، كالساحب أو المسحوب عليه أو المظهر، أو القابل الاحتياطي أو أي ضامن احتياطي آخر (١).

الغالب أن يقع الضمان الاحتياطي لمصلحة الساحب الذي أنشأ الورقة التجارية، ويطلب من الغير ضمانه احتياطياً إذا لم يوافق المسحوب عليه على إعطاء القبول، وذلك لتقديم مزيد من الثقة في الورقة وتيسير تداولها، وتشجيع المستفيد على قبول الورقة، لكي يستوفي الدين الذي في ذمته للساحب. هذا وتلزم المادة (٣٦) من النظام ذكر اسم المضمون، وإذا خلا الضمان من اسم المضمون فإن هذه المادة صيرته حاصلًا لمصلحة الساحب، وينطوي على ذلك أن الضامن يكون ضمناً لجميع الملتزمين بالورقة التجارية، وذلك لأن الساحب يكون مسؤولاً تجاه جميع الموقعين على الورقة التجارية اللذين يأتون من بعده (٢).

## ٣- الحامل (المضمون له):

وهو الشخص الذي صدر الضمان الاحتياطي لمصلحته، فهو المستفيد منه، لأن الحامل الأخير هو الذي يسعى إلى استيفاء مبلغ الورقة التجارية، وعند حلول ميعاد الاستحقاق فإنه يستفيد من كل الضمانات التي تمكنه من مقابل الوفاء، وهنا يسعى إلى الضامن الاحتياطي لإلزامه بالوفاء.

- 
- (١) ذهب البعض إلى عدم جواز ضمان الضامن الاحتياطي، مستنداً على الصفة التبعية للضامن الاحتياطي، والذي يبدو أنه يجوز ضمان الضامن الاحتياطي، حيث إنه داخل في ولاية نص المادة (٣٦) من نظام الأوراق التجارية، والتي نصت على أنه يذكر في الضمان اسم المضمون، وهذا نص عام يشمل الضامن الاحتياطي أيضاً.
  - (٢) انظر: الوسيط في شرح القانون التجاري للدكتور عبدالقادر العطير (٢٨٤-٢٨٥)، والأوراق التجارية في النظام السعودي للدكتور عبدالله العمران ص (١٨١).



## المبحث الثاني شروط (١) الضمان الاحتياطي

### المطلب الأول الشروط الموضوعية للضمان الاحتياطي

يلزم أن تتوفر في الضمان الاحتياطي طائفة من الشرائط الموضوعية، لكي ينشأ صحيحاً، وأكثر هذه الشروط لم يتعرض لها نظام الأوراق التجارية، باعتبار أنها مندرجة ضمن القواعد العامة في الفقه الإسلامي والأنظمة، والتي تخضع لها كافة العقود.

وحسن أن نقسم هذه الشروط على الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: الأهلية:

المراد بالأهلية أن يكون الشخص -الضامن- عاقلاً بالغاً، فلا يصح ضمان المجنون والمعتوه والصبي غير المميز (٢)، وقد ورد في المادة (٨) من نظام الأوراق التجارية ما نصه: «التزامات القصر... وعديمي الأهلية الناشئة عن توقيعاتهم على الكمبيالة تكون باطلة...».

وهذا النص باسط ولايته على السند لأمر والشيك.

كما يلزم أن يكون الضامن بالغاً، وقد حسم المنظم الخلاف الفقهي في تحديد سن البلوغ، حينما نطقت المادة (٧) من النظام بتحديدده ببلوغ الشخص سن الثامنة عشرة.

كما يلزم أن يكون الضامن -علاوة على العقل والبلوغ- رشيداً وهو البصيرة وحسن التصرف في المال (٣).

والرشد لم يتطرق له نظام الأوراق التجارية لكن نظام المحكمة

---

(١) يستخدم بعض الشراح مصطلح الأركان، وبعضهم مصطلح الشرط، وطبيعة تقسيم البحث فرضت علي أن أستخدم المصطلح الثاني.

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٥/١٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/٦)، بداية المجتهد لابن رشد (٢٧٩/٢)، كشف القناع لليهوتي (٤٤٥/٣).



واستدلوا:

بحديث أبي قتادة، حيث ضمن من غير رضا المضمون، فأجازَه النبي ﷺ (١).  
ولأنه ضمان دين فأشبهه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب (٢).

### القول الثاني:

إن رضا المضمون شرط لصحة الضمان، وإليه ذهب أبو حنيفة (٣) وبعض الفقهاء، ودليلهم.  
قالوا: لأنه إثبات مال لأدمي فلم يثبت إلا برضاه، أو رضا من ينوب عنه، كالبيع والشراء (٤).

والراجح هو القول الأول؛ لقول الأدلة التي استدلوا بها.  
أما ما استدل به أصحاب القول الثاني فغير صحيح، لأن عقد الضمان ليس من عقود المعاوضة.

وقد أخذت القوانين بالقول الأول، ولم تشترط سوى رضا الضامن (٥).  
أما المضمون عنه فلا يشترط رضاه بالاتفاق، قال ابن قدامة: «ولا يعتبر رضا المضمون عنه لا نعلم فيه خلافاً» (٦).

وذلك لأنه لو قضى عنه الدين بغير إذنه ورضاه صح، فكذلك إذا ضمن عنه، كما دل عليه حديث أبي قتادة أيضاً (٧).

وهذا الذي سارت عليه القوانين المدنية، فقد نصت المادة (٨١١) من القانون المدني الإماراتي بقولها: «تجوز كفالة المدين بغير علمه، كما تجوز رغم معارضة».

وتأسيساً على ما تقدم فيجب أن يتحقق رضا الضامن الاحتياطي، أما المضمون عنه والمضمون له فلا يلزم ذلك.

(١) سبق تخريجه ص (١١) من هذا البحث.

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٢/٦).

(٤) انظر: المرجع السابق، والمغني لابن قدامة (٧٢/٧).

(٥) انظر: المادة (٧٤٦) من القانون المدني الكويتي.

(٦) المغني لابن قدامة (٧٢/٧).

(٧) انظر: المرجع السابق.

### الفرع الثالث: المحل.

المحل هو ما ينعقد عليه العقد، ومحل الالتزام في الأوراق التجارية - دائماً- مبلغ من النقود، وعلى ذلك فإن محل الضمان الاحتياطي هو المبلغ المالي الثابت في الورقة التجارية.

ويجب أن يكون المحل مشروعاً، أي غير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية وإلا كان الضمان باطلاً<sup>(١)</sup>، لكن لما كان محله مبلغاً من النقود فإنه يفترض أن يكون مشروعاً دائماً<sup>(٢)</sup>.

الأصل أن يرد الضمان الاحتياطي على جميع المحل، أي على جميع مبلغ الورقة التجارية إلا أن النظام أجاز أن يرد على بعض مبلغ الورقة التجارية، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٥) من النظام، لكن إذا خلت عبارة الضمان الاحتياطي من تحديد المبلغ المراد ضمانه عُذَّ الضمان شاملاً كامل قيمة الورقة التجارية<sup>(٣)</sup>.

### الفرع الرابع: السبب.

السبب: هو الباعث الدافع الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء الضمان الاحتياطي للشخص المضمون<sup>(٤)</sup>.

ويجب أن يكون السبب موجوداً ومشروعاً، فإذا لم يكن السبب موجوداً في العقد فإنه لا يمنع من افتراض كونه موجوداً، ويقع عبء إثبات عدم وجود السبب على عاتق الشخص الذي يطعن في الضمان، أما إذا ذكر السبب في العقد فإنه يعد السبب الحقيقي الذي رضي الضامن أن يلتزم من أجله، والقرينة قابلة لإثبات العكس، فإذا استطاع الشخص إثبات أن السبب المذكور في العقد ليس هو السبب الحقيقي، بل هو سبب صوري وأن السبب الحقيقي غير موجود فإنه يصار إلى قوله<sup>(٥)</sup>. ويحكم ببطلان الضمان الاحتياطي.

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/٧٩)، الوسيط للسنهوري (١/٤٣٢-٤٣٣).

(٢) انظر: الأوراق التجارية وفقاً لنظام الأوراق التجارية السعودي واتفاقية جنيف لعبد الفضيل أحمد ص (٢٢).

(٣) انظر: موسوعة الحقوق التجارية للدكتور/ رزق الله أنطاكي (٤/٣٩١).

(٤) انظر: الوسيط للسنهوري (١/٤٩٧).

(٥) المرجع السابق (١/٥٣٠).

كذلك يشترط أن يكون السبب مشروعاً غير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة والقواعد العامة (١).  
هذا السبب لا يلزم أن يذكر في صيغة الضمان وإنما يجب أن يكون مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك.  
غني عن البيان أن سبب الضمان يستمد حكمه من سبب الورقة أمر سبب الإلتزام الصرفي الناشئ عن التوقيع الضامن ذاتها، فإن كان سببها مشروعاً كان سبب الضمان مشروعاً، وإلا فلا، فسبب الضمان لا يستقل بحكم.

### المطلب الثاني الشروط الشكلية للضمان الاحتياطي

الورقة التجارية عبارة عن محرر مكتوب مشتمل على بيانات معينة، والضمان الاحتياطي إنما يرد على المبلغ الثابت في هذه الورقة، وبالتالي فإنه يلزم أن تتوفر في هذا الضمان شروط معينة، وهذه الشروط هي:  
الشرط الأول: كتابة الضمان الاحتياطي على الورقة التجارية، أو الورقة المتصلة بها.

نصت المادة (٣٩) من نظام الأوراق التجارية بقوله: « يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة ذاتها أو على الورقة المتصلة بها ».  
يستفاد من هذا النص أن الضمان الاحتياطي يجب أن يقع كتابة، شأنه في ذلك شأن سائر التصرفات التي ترد على الورقة التجارية، فالكتابة شرط انعقاد الضمان، وليست شرط إثبات فقط، فجميع وسائل الإثبات الأخرى كالإقرار واليمين والشهادة لا تعني عن الكتابة شيئاً، لكن ذلك لا يعني تجريد الضمان الاحتياطي من أي أثر إذا ثبت بغير الكتابة، لأن الضمان بذلك يكون كفالة مدنية يخضع للقواعد العامة في النظم المدنية (٢) (١).

---

(١) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف ص (٢٤٩)  
(٢) انظر: الأوراق التجارية للدكتور مصطفى كمال طه ص (١٢٤)، القانون التجاري للدكتور محمود الكيلاني ص (٢٥٢-٢٥٣)، والوسيط في شرح القانون التجاري

## الحكم الفقهي للكتابة:

اختلف الفقهاء في حكم كتابة العقود على قولين:

القول الأول: أنه مستحب وإلى ذلك ذهب جمهور الفقهاء (٢).

القول الثاني: أنه واجب، وبه قال ابن جرير الطبري (٣)، والظاهرية (٤)، لكن هذا القول لم يرتب البطلان حالة عدم الكتابة، أي لم يجعل الكتابة شرطًا للانعقاد (٥)، وليس هذا مكأنًا لبسط الخلاف وعرض الأدلة، لكن الذي يبدو لي راجحًا أن الكتابة أمر مندوب إليه لحفظ الحقوق، غير أن النظام لو ألزم بها، وجعلها شرطًا للانعقاد، كما هو حال الضمان الاحتياطي لعد ذلك بابًا من أبواب السياسة الشرعية التي يجب الأخذ بها.

والضمان الاحتياطي يكتب على الورقة التجارية ذاتها، أو الورقة المتصلة بها ويجوز إعطاء الضمان الاحتياطي في ورقة مستقلة، وبناء على ذلك سنبحث الضمان الاحتياطي الوارد على ذات الورقة أو الورقة المتصلة بها، ثم نبحث الضمان الاحتياطي الذي يقع على ورقة مستقلة.

## الضمان الاحتياطي الذي يقع على الورقة التجارية أو على ورقة

متصلة بها:

الأصل أن يقع الضمان الاحتياطي على ذات الورقة التجارية، أو على ورقة متصلة بها؛ لأنه مظهر من مظاهر مبدأ الكفاية الذاتية الذي يقتضي ورود جميع التصرفات المصرفية على ذات الورقة.

=

للدكتور/ عبدالقادر العطير ص (٢٨٧).

(١) انظر: قرار اللجنة القانونية لمكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية رقم ٣١/٨٥،

وتاريخ ١٤٣١/١/١٨هـ.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص (٤٨١/١)، تبصرة الحكام لابن فرحون (٢٠٩/٢)،

والمغني لابن قدامة (٣٨٣/٦).

(٣) انظر: جامع البيان للطبري (٤٧/٦).

(٤) انظر: المحلى لابن حزم (٣٤٥/٨).

(٥) انظر: المرجع السابق (٣٥٠/٨).

يدل على إقرار هذا الأصل ورود هذا الوجوب في صدر المادة (٣٦) من النظام، التي نصت بقوله: « يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة ذاتها أو على الورقة المتصلة بها ».

كما نصت على أن ذلك - هو الأصل - المذكرة التفسيرية للنظام (١).  
والورقة المتصلة وتسمى (الوصلة) أعطها النظام نفس أحكام الورقة التجارية ذاتها (٢).

نظام الأوراق التجارية - شأنه في ذلك شأن بقية الأنظمة - لم يشترط كتابة تاريخ وقوع الضمان الاحتياطي، ولم يرتب على تخلفه أي أثر، فإذا ثار نزاع بين الأطراف حول تاريخ وقوع الضمان الاحتياطي جاز لصاحب المصلحة أن يثبت التاريخ بكافة طرائق الإثبات، كما لو أراد أن يثبت أن الضامن لم يكن متمتعاً بالأهلية اللازمة لصحة ضمانه.

### الضمان الاحتياطي بورقة مستقلة:

كان الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة مثار جدل عميق في مؤتمر جنيف عام ١٩٣٠م، وانتهى الأمر بما جاء في المادة الرابعة من الملحق الثاني لقانون جنيف الموحد من أنه يجوز للدول الأعضاء أن تضمن قوانينها نصاً يجيز إعطاء الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة.  
وبناء على ذلك أجاز نظام الأوراق التجارية السعودي في عجز المادة (٣٦) أن يكتب الضمان على ورقة مستقلة (٣)، والحكمة التي تقف وراء هذا الجواز هي رفع الحرج عن المضمونين بالضمان الاحتياطي لما يوحيه للغير بعدم ملاءمتهم المالية (٤).

- 
- (١) انظر: المذكرة التفسيرية للنظام ص(٥٩)، عند شرح المادة (٣٦).
  - (٢) انظر: المادة (١٤) من النظام، والأوراق التجارية للدكتور/ عبدالله العمران ص(٨٠)، والأوراق التجارية في مدونة التجارة للدكتور محمد الشافعي ص(٩٢).
  - (٣) ذهب بعض الشراح إلى أن الضمان الاحتياطي المعطى بورقة مستقلة لا يشكل ضماناً احتياطياً، ولا يكون إلا كفالة عادية. ولا مكان لهذا الرأي، إذ إن النظام عدّه التزاماً صريحاً. الأمر الذي يحتم عدم الخوض في هذا الخلاف الذي لا ينتج فائدة.
  - (٤) انظر: الأوراق التجارية للدكتور مصطفى طه ص(١٢٤)، الوسيط في شرح القانون التجاري للدكتور عبدالقادر العطير ص(٢٨٨-٢٨٩).

ودفعاً لوقوع هذا الحرج يتفق الضامن مع المضمون على أن يوقع ضمانه الاحتياطي على ورقة مستقلة.  
وهذا الجواز -ولا شك- يعد استثناءً من مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية، وهذه الورقة قد تكون خطاب بريدي أو الكتروني، أو دفتر أو أي ورقة رسمية أو عرفية، ونحو ذلك (١).  
ويشترط لصحة الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة أن يبين الضامن المكان الذي تم فيه الضمان (٢)؛ لمعرفة النظام الذي يدخل الضمان في ولايته، حسماً لتنازع القوانين.  
ويلزم أن يذكر في الضمان الاحتياطي البيانات الكافية لتحديد الورقة التجارية الواقع عليها الضمان، وخاصة مبلغ الورقة والموقعين عليه.

### الوقت الذي يقع فيه الضمان الاحتياطي:

سبق أن ذكرنا أن النظام لم يشترط كتابة تاريخ وقوع الضمان، لكن القاعدة في ذلك أنه يمتد من تاريخ إنشاء الورقة التجارية إلى ميعاد استحقاقها.  
أما إعطاء الضمان قبل إنشاء الورقة التجارية فهذه مسألة اختلف شرح الأنظمة حولها، فذهب بعضهم إلى عدم صحة الضمان الاحتياطي قبل إنشاء الورقة التجارية؛ لأن الضمان يجب أن يشمل على بيانات معينة ومحددة نص عليها النظام، وهذه أمور لا يمكن أن تتحقق في مثل هذا الضمان، الأمر الذي يفضي إلى عدم جوازه.

وذهب آخرون إلى جواز إعطاء مثل هذا الضمان، على أن يشتمل صك الضمان على مقدار المبلغ المراد ضمانه، وتاريخه، ونوع الأوراق المراد ضمانها، وقالوا: إن هذا الضمان معلق على شرط يتحقق بمجرد إصدار الأوراق التجارية، وأضافوا أن هذا الضمان لا يتعارض مع طبيعة الضمان الاحتياطي، وكما يجوز الكفالة عن دين مستقبل فكذلك يجوز إعطاء الضمان الاحتياطي عن أوراق لم تصدر بعد (٣).

هذه مسألة لم يتعرض لها نظام الأوراق التجارية السعودي، لكن الناظر

(١) انظر: المرجع السابق ص (٢٩٠).

(٢) انظر: المادة (٣٦) من النظام.

(٣) انظر: السندات الإنشائية للدكتور محمد راتب ص (٢٢٥-٢٢٦)، الأوراق التجارية في قوانين الدول العربية للدكتور بيار الصفا ص (٥١).



المتأمل لنصوص النظام عامة، والنصوص المتعلقة بالضمان الاحتياطي خاصة يلمح أن الضمان الاحتياطي إنما يجري على الأوراق التجارية بعد نشوئها، كما أن الأوراق التجارية وما يجري عليها من تصرفات، كالضمان الاحتياطي، تخضع لقواعد شكلية نص عليها النظام، وهذه لا يمكن أن تتحقق في الضمان الاحتياطي لورقة تجارية لم تنشأ بعد.

وعلى ذلك إذا وقع الضمان الاحتياطي قبل إنشاء الورقة التجارية أضحي ضماناً عادياً يخضع لعقد الضمان المدني، ولا يدخل في سلطان الالتزام المصرفي.

### الحكم الفقهي:

هذه المسألة يبحثها الفقهاء تحت عنوان ضمان ما لم يجب، وهي مسألة مختلف فيها على قولين:

القول الأول: صحة ضمان ما لم يجب، وبذلك قال جمهور الفقهاء (١).  
القول الثاني: عدم صحة ضمان ما لم يجب، وبه قال الشافعية (٢) والظاهرية (٣).  
الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿فَؤُوقَ فُؤَادِهِ﴾ (٤).  
وجه الدلالة:

أن الضامن هنا قد ضمن شيئاً لم يجب ولم يتحقق بعد (٥).  
٢- قوله ~~تعالى~~: «الزعيم غارم» (٦).

### وجه الدلالة:

دل هذا الحديث بعمومه على جواز ضمان ما لم يجب (٧).

- 
- (١) انظر: حاشية ابن عابدين (٣٠١/٥)، بداية المجتهد لابن رشد (٢٩٨/٢)، والقوانين الفقهية لابن جزي ص (٢١٤)، المغني لابن قدامة (٧٣/٧).  
(٢) انظر: روضة الطالبين للنووي (٢٤٤/٤).  
(٣) انظر: المحلى لابن حزم (١١٧/٨).  
(٤) سورة يوسف، آية (٧٢).  
(٥) انظر: الكافي لابن قدامة (٣٠١/٣).  
(٦) سبق تخريجه ص (١١) من هذا البحث.  
(٧) انظر: المغني لابن قدامة (٧٣/٧).

٣- ولأنه التزام حق في الذمة من غير معارضة فصح، كالنذر والإقرار (١).  
دليل القول الثاني:

قالوا: إن الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين، فإذا لم يكن على المضمون عنه شيئاً، لم يوجد ضم، فلا يكون ضامناً (٢).  
والجواب:

أن الضامن قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه، وأن ما يثبت في ذمة مضمونه يثبت في ذمته (٣).

### القول الراجح:

الراجح هو القول الأول، وذلك لقوة أدلته، ولأن فيه تسهيلاً وتيسيراً لأمر الناس ومعاملاتهم، والأصل في المعاملات الحل والإباحة إلا ما قام الدليل على منعه.

وبناء على ما تقدم فإن إعطاء الضمان الاحتياطي قبل إنشاء الورقة التجارية جائز من الناحية الفقهية، وفي القانون المدني كذلك (٤) لكن لا يسعنا القول بدخول هذا الضمان في ولاية الالتزام المصرفي، نظراً للشكلية التي أحاط المنظم بها هذا الالتزام.

### الشرط الثاني: الصيغة:

يجب أن يكتب الضمان الاحتياطي بصيغة تقود إلى معناه، ولم يفرض النظام صيغة معينة، بل ذكر على سبيل المثال عبارة (مقبول كضمان احتياطي)، وعلى ذلك فيجوز أن يرد الضمان الاحتياطي بأي صيغة تدل عليه، مثل (أضمن فلان في دفع المبلغ) أو (للضمان) ونحو ذلك من العبارات (٥)، وحتى ولو ورد هذا الضمان بعبارة أكفل أو كفالة فلان، خلافاً للبعض (٦).

(١) انظر: المرجع السابق.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم (١١٧/٨).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧٣/٧).

(٤) انظر: المادة ٧٧٨ فقرة (١) من القانون المدني المصري، والوسيط للسنيهوري (٤٢/١٠).

(٥) انظر: المادة (٣٦) من النظام، الأوراق التجارية للدكتور مصطفى طه ص (١٢٤)، الوسيط في شرح القانون التجاري للدكتور عبدالقادر العطير ص (٢٨٨).

(٦) ذهب البعض إلى أن عبارة « كفيل » تعني أن الأمر لا يتعلق بضمان احتياطي بل

كما أن مجرد توقيع الضامن على صدر الورقة التجارية يعد ضماناً احتياطياً، حتى ولو لم يذكر صيغة الضمان، بشرط ألا يصدر التوقيع من الساحب أو المسحوب عليه؛ لأن الساحب ملزم بوضع توقيعه أصلاً على صدر الورقة، بوصفه الذي أنشأ الورقة، فهو أول الملتزمين بها، فتوقيعه على الورقة يجعله مديناً أصلياً، وليس مجرد ضامن احتياطي.

أما المسحوب عليه فإن توقيعه على صدر الكمبيالة يعد قبولاً لها، ويمسي بذلك التوقيع المدين الأصلي في الوفاء بقيمتها، وليس مجرد ضامن احتياطي<sup>(١)</sup>.

يجب على الضامن أن يذكر المبلغ في ضمانه، وله أن يضمن كل أو بعض المبلغ<sup>(٢)</sup>، فإذا جاءت الصيغة مرسلة من تحديد المبلغ، فإن ذلك يعني أن الضمان يشمل كامل مبلغ الورقة<sup>(٣)</sup>.

### الشرط الثالث: توقيع الضامن:

سبق القول أن الأوراق التجارية تخضع لقواعد شكلية يتعين على المتعاملين الالتزام بها، ومن هذه القواعد أنه يجب على الضامن أن يضع توقيعه على الورقة بعد كتابة صيغة الضامن.

جاء في المادة (٣٦) من النظام ما نصه: « يكتب الضامن الاحتياطي على الكمبيالة ذاتها... ويؤدي بصيغة (مقبول كضمان احتياطي)... ويوقعه (الضامن) ويضع توقيعه المعتاد، الذي ارتضاه توقيعاً خاصاً به، ويجوز أن

---

كفالة عادية تخضع للقواعد العامة، وتعد مندية ولو كان الكفيل تاجرًا؛ لأن الضامن الاحتياطي كما يقول- لا يفترض، بل يجب النص عليه صراحة.

انظر: الأوراق التجارية وفقاً لنظام الأوراق التجارية السعودي واتفاقية جنيف للدكتور/ عبدالفضيل أحمد ص(١١٧)، وهذا القول بعيد عن الصواب؛ إذ من أدق ألفاظ الضمان التي تحمل معناه كما سلف- الكفالة والكفيل ونحوها.

(١) انظر: المادة (٣٦) من النظام، والوسيط في شرح القانون التجاري للدكتور/ عبدالقادر العطير ص(٢٨٨-٢٨٩)، وأحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي للدكتور سعد الخثلان ص(٣٨٠-٣٨١).

(٢) انظر: المادة (٣٥) من النظام.

(٣) انظر: الوسيط في شرح القانون التجاري للدكتور عبدالقادر العطير ص(٢٨٩).

يضع بصمة إبهامه إذا كان أمياً.

**الشرط الرابع: اسم المضمون:**

يتعين على الضامن الاحتياطي أن يذكر اسم المضمون، ويجوز كما أسلفنا- أن يكون المضمون أي شخص من المدينين بالورقة، كالساحب أو المسحوب عليه أو أحد المظهرين.

وإذا لم يذكر اسم المضمون فلا ينطوي على ذلك بطلان التزام الضامن، بل يفترض أن الضمان قد تم لمصلحة الساحب، وقد نطقت بهذا المعنى المادة (٣٦) من النظام.

ولتحديد اسم المضمون أهمية كبرى تتمثل في تحديد حقوق الضامن الاحتياطي وواجباته، ذلك أن التزام الضامن تابع لالتزام مضمونه، وإذا أوفى الضامن قيمة الورقة، فليس له الرجوع بما أوفاه إلا على مضمونه(١).

## **الفصل الثاني**

### **آثار الضمان الاحتياطي وانقضاؤه**

تنطوي على الضمان الاحتياطي آثار متعددة تختلف حسب علاقة الضامن الاحتياطي بالحامل، وعلاقته بالمدين المضمون، وعلاقته بالملتزمين الآخرين الموقعين على الورقة التجارية.

فآثار هذا الضمان مأخوذة من الآثار المترتبة على عقد الضمان المعروف في الفقه الإسلامي والقانون المدني، لكن لما كان هذا الضمان يشكل التزاماً صرفياً مستقلاً عن الالتزامات الأخرى في الورقة استناداً إلى قاعدة استقلال التوقعات، كانت آثار هذا الضمان خليطاً من هذا وذاك، وأضحى له آثار خاصة يلزم بيانها.

وبناء على ما سبق نبحت آثار الضمان الاحتياطي في إطار العلائق القائمة بين الضامن والحامل، وبين الضامن والمضمون، وكذلك بين الضامن وسائر الموقعين على الورقة، ثم نختم هذا الفصل بانقضاء الضمان الاحتياطي.

---

(١) انظر: الأوراق التجارية للدكتور علي جمال الدين عوض ص(٩٥).

## المبحث الأول علاقة الضامن الاحتياطي بالحامل

ينترتب على الضمان الاحتياطي التزام الضامن بمجرد توقيعه بقبول الورقة التجارية الوفاء بقيمتها في ميعاد الاستحقاق تجاه كل حامل لها، وليس له أن يتصل من ذلك بأية حال من الأحوال، بل يلزمه الوفاء بقيمة الورقة التجارية، وله حق الرجوع بعد ذلك على المضمون بما أوفاه.

إن التزام الضامن الاحتياطي هو التزام تابع لالتزام المضمون، وذلك لأن الضمان الاحتياطي يخضع لأحكام عقد الضمان المعروف في الفقه الإسلامي والقانون المدني، وعلى ذلك فإن كل الصفات التي يتحلى بها الدين الأصلي تنسحب على دين الضامن، وبما أن التزام الشخص المضمون يكون دائماً تجارياً فإن التزام الضامن الاحتياطي يكون تجارياً في كل الأحوال (١).

الضامن ملتزم تجاه الحامل بنفس الطريقة التي يلتزم بها المضمون (٢)، ومع أن الضامن الاحتياطي متضامن مع الشخص المضمون وبقية الموقعين على الورقة التجارية إلا أنه لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة الحامل بحق التجريد، أي بمطالبة باقتضاء الدين أولاً من المضمون ولو كان موسراً قادراً على الوفاء، ويسري هذا الحكم على سائر الموقعين على الورقة (٣)، نصت المادة (٥٨) من نظام الأوراق التجارية بقولها: (ساحب الكمبيالة (٤) وقابلها ومظهرها وضامنها الاحتياطي مسئولون جميعاً بالتضامن نحو حاملها، وللحامل مطالبته منفرداً أو مجتمعين، دون مراعاة أي ترتيب (...).

- 
- (١) انظر: الأوراق التجارية للدكتور عبدالله العمران ص (١٨٢).
  - (٢) انظر: المادة (٣٧) من نظام الأوراق التجارية، والأوراق التجارية للدكتور عبدالله العمران ص (١٨٢).
  - (٣) انظر: المرجع السابق، والأوراق التجارية في مدونة التجارة للدكتور محمد الشافعي ص (١٧٧).
  - (٤) هذا الحكم يسري كذلك على السند لأمر والشيك. انظر: المادة (٨٩، ١١٧) من نظام الأوراق التجارية.

## حكم ذلك في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء (١) إلى أن للدائن (الحامل) مطالبة من شاء من الضامن أو المضمون عنه.  
القول الثاني: ذهب المالكية (٢) إلى أن الدائن ليس له أن يطالب الضامن إلا إذا تعذر مطالبة المضمون.

### الأدلة:

#### دليل أصحاب القول الأول:

قالوا: إن الحق ثابت في ذمة كل من المضمون والضامن، فملك مطالبة من شاء منهما (٣).

#### دليل أصحاب القول الثاني:

قالوا: إن الدين وثيقة فلا يستوفى الحق منها إلا إذا تعذر استيفائه من الأصل، كالرهن (٤).

### الجواب:

أجاب على ذلك ابن قدامة بقوله: « ولا يشبه الرهن؛ لأنه مال من عليه الحق، وليس بذئمة يطالب، إنما يطالب من عليه الدين؛ ليقضي عنه أو من غيره » (٥).

### الراجع:

هو القول الأول، وبذلك يكون ما سارت عليه نظم الأوراق التجارية في هذا الصدد متوافقاً على قول الجمهور.  
كذلك ليس بمقدور الضامن الاحتياطي أن يتمسك في مواجهة الحامل بحق التقسيم عند تعدد الضامين، أي لا يؤدي من الدين إلا ما كان بقدر حصته؛ لأن التزام الضامن الاحتياطي التزام صرفي مستقل (٦).

- 
- (١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٠/٦)، بداية المجتهد لابن رشد (٢/٢٩٦)، مغني المحتاج للشربيني (٢/٢٠٨)، المغني لابن قدامة (٧/٨٦).
  - (٢) هذا هو القول المعتمد عن المالكية. انظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٢/٧٩٥)، وبداية المجتهد لابن رشد (٢/٢٩٦).
  - (٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧/٨٦).
  - (٤) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٢/٧٩٥)، والمغني لابن قدامة (٧/٨٦).
  - (٥) المغني لابن قدامة (٧/٨٦).
  - (٦) انظر: الأوراق التجارية للدكتور عبدالله العمران ص (١٨٢).

وهذه المسألة لا تخرج عن حكم المسألة السابقة.  
يجوز للضامن الاحتياطي أن يتمسك في مواجهة حامل بالدفع التي  
تكون للمضمون، والمستمدة من علاقة المضمون بالحامل، مثل المقاصة أو  
الإبراء أو التمسك بالسقوط، لعدم مراعاة الإجراءات والمواعيد الخاصة  
بالرجوع وعمل الاحتجاج (١).

يقع التزام الضامن صحيحاً حتى ولو كان التزام المدين المكفول باطلاً  
لأي سبب، كانهام الرضا أو نقص الأهلية، وذلك تطبيقاً لمبدأ استقلال  
التوقيعات، ولا يستثنى من ذلك غير الحالة التي يكون فيها التزام المضمون  
باطلاً لعيب في الشكل، كنقص أحد البيانات الإلزامية، ففي هذه الحالات بمقدور  
الضامن الاحتياطي التمسك بالبطان في مواجهة الحامل (٢).

سبق القول أن الضمان الاحتياطي يجوز إعطاؤه في ورقة مستقلة  
وعلى ذلك فإن الضامن لا يلتزم إلا تجاه من صدر الضمان لصالحه؛ لأن  
الضمان صدر بهذه الوسيلة بغية إخفائه عن الأشخاص الآخرين وكذلك من أجل  
الحفاظ على السمعة المالية للشخص المضمون.

إن الضامن الاحتياطي لا يستطيع أن يتمسك تجاه الحامل حسن النية  
بالدفع التي كان يمكن أن يتمسك بها شخصياً تجاه المضمون، وذلك استناداً  
لقاعدة تطهير الدفع (٣).

## المبحث الثاني

### علاقة الضامن الاحتياطي بالمضمون

الضامن الاحتياطي كفيل للمضمون، ومتضامن معه بحكم النظام،  
ولذلك فإن الضامن الاحتياطي يلتزم على الوجه الذي يلتزم به المضمون (٤)،

- 
- (١) انظر: أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي للدكتور، سعد الخثلان ص (٣٨٢).
  - (٢) انظر: المادة (٣٧)، من نظام الأوراق التجارية، والأوراق التجارية للدكتور عبدالله العمران ص (١٨٢).
  - (٣) انظر: الكامل في قانون التجارة للدكتور إلياس ناصيف ص (١٨٩).
  - (٤) انظر: المادة (٣٧) من نظام الأوراق التجارية.

ويتمتع بنفس حقوقه، وعلى ذلك فإن الضامن الاحتياطي يضمن الموقعين اللاحقين على المضمون، وفي نفس الوقت يكون مضموناً من قبل الموقعين السابقين على توقيع المضمون على الورقة.

إذا أوفى الضامن الاحتياطي مبلغ الورقة التجارية آلت إليه (١) الحقوق الناشئة عن الورقة تجاه مضمونه، وتجاه كل ملتزم نحو هذا المضمون (٢)، أي أن مركز الضامن الاحتياطي هو نفس المركز الذي يتمتع به كل من قام بالوفاء بقيمة الورقة التجارية. وأهم أثر هو حق الضامن بالرجوع على المضمون بكل ما أوفى من مبلغ الورقة. وبمقدوره أن يرجع عليه بدعوى الصرف بوصفه حاملاً للورقة التجارية اكتسب الحقوق الناشئة عنها بعد الوفاء بقيمتها، وكذلك بمقدوره أن يرجع عليه بدعوى الكفالة الشخصية (الكفالة المدنية) التي تقررها القواعد العامة لكل ضامن عن المدين الأصلي، ولا يلجأ الضامن إلى هذه الدعوى إلا في حالة سقوط دعوى الصرف، وذلك لأن الدعوى الصرف تتميز بمناقب و ضمانات قوية مثل استقلال التوقيعات وملكية مقابل الوفاء، وتطهير الدفع ولا ينصرف عنها الضامن إلا لسبب يقتضي ذلك (٣).

### حكم رجوع الضامن على المدين في الفقه الإسلامي:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الضامن إذا أدى ما على المضمون متبرعاً به غير نادر للرجوع به فلا حق له بالرجوع عليه، لأنه تطوع بذلك، أشبه الصدقة (٤).

أما إذا أدى الضامن حق الدائن بنية الرجوع، وكان الضمان بإذن المضمون عنه، ففي هذه الحالة يحق للضامن الرجوع على المضمون باتفاق الفقهاء (٥)؛ لأنه قضى دينه بإذنه، فهو كوكيله.

(١) انظر: الأوراق التجارية والإفلاس للدكتور مصطفى طه ص (١٢٦).

(٢) انظر: المادة (٣٧) من نظام الأوراق التجارية.

(٣) انظر: الوسيط في شرح القانون التجاري للدكتور عبدالقادر العطير ص (٢٩٣).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٨٩/٧).

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٣/٦)، بداية المجتهد لابن رشد (٢٩٨/٢)، مغني المحتاج للشربيني (٢٠٩/٢)، المغني لابن قدامة (٨٩/٧)، والكافي لابن قدامة (٣٠٢/٣).



وإن كان الضمان بغير إذن المضمون فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين  
مس:

القول الأول: أنه لا يرجع على المضمون بشيء، وبذلك قال الحنفية  
(١٦) والشافعية (٢)، ورواية في مذهب الحنابلة (٣).

ودليلهم:

١- حديث أبي قتادة فإنه لو كان يستحق الرجوع على الميت صار الدين له،  
فكانت ذمة الميت مشغولة بدينه، كاشتغالها بدين المضمون عنه، ولم يصل  
عليه النبي ﷺ (٤).

ويجاب عن هذا الاستدلال:

بأن ضمان أبي قتادة لم يكن بنية الرجوع، بل كان تبرعاً محضاً منه -٣- ،  
فلا يدخل محل النزاع (٥).  
٢- أنه متبرع بذلك، أشبه ما لو علف دوابه، أو بنى داره بغير إذنه (٦).

ويجاب عن ذلك:

يقال: بأن رجوع الضامن على المضمون ومطالبته بالوفاء بما أوفاه دليل  
على انتفاء نية التبرع.  
القول الثاني: أنه يحق له الرجوع على المضمون بما أوفاه، وبذلك قال  
المالكية (٧) ورواية في مذهب الحنابلة (٨).

دليلهم:

أنه وفاء مبرئ من دين واجب، فكان من ضمان من هو عليه، فيرجع عليه.  
وهذا هو القول الراجح وهو الذي أخذت به أنظمة الأوراق التجارية،  
لكن الفقه الإسلامي لا يفرق بين الدعوى المدنية والدعوى الصرفية، ولم يجعل

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٣/٦).

(٢) انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢٠٩/٢).

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة (٣٠٢/٣).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٩٠/٧).

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: المرجع السابق، والكافي لابن قدامة (٣٠٢/٣).

(٧) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢٩٨/٢).

(٨) انظر: المغني لابن قدامة (٩٠/٧).

لكل دعوى أحكامًا خاصة بها، ولم يفرد لكل منها محاكم خاصة، كما هو صنيع القانون التجاري، ولا تثريب في ذلك فالدعوى الصرفية تحتوي على شروط وقيود فرضها ولي الأمر من باب السياسة الشرعية، تحقيقًا لمصالح كثيرة تعود على المتعاملين بالأوراق التجارية.

هذا وننبه إلى أن رجوع الضامن الاحتياطي على المضمون إنما يكون بقدر المبلغ الذي أداه إلى الحامل؛ إذ قد يكون الضمان بجزء من مبلغ الورقة التجارية، وعلى ذلك فإن الضامن يرجع على المضمون بذلك الجزء المضمون الذي أوفاه إلى الحامل، يقول ابن قدامة -رحمه الله-: «ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضي أو قدر الدين؛ لأنه إن كان الأقل الدين، فالزائد لم يكن واجبًا، فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضي أقل، فإنما يرجع بما غرم...» (١).

فإن لحق الضامن خسائر جراء استيفاء حق مثل أتعاب المحامي أو غير ذلك. فإنها يرجع بها على المضمون (٢).

من الآثار المهمة كذلك إن التزم الضامن الاحتياطي يبقى صحيحًا حتى ولو كان التزام المضمون باطلا، كنفص الأهلية أو عدم الرضا، حاشا العيب في الشكل، حيث يبطل الورقة التجارية، وما بني عليها وهو الضمان الاحتياطي، حيث إنه خاص بالأوراق التجارية (٣).

كذلك لا يجوز للضامن الاحتياطي أن يتمسك بحق التجريد والتقسيم، على نحو ما سلف بيانه (٤).

### المبحث الثالث

#### علاقة الضامن الاحتياطي بالموقعين الآخرين

إذا أوفى الضامن الاحتياطي مبلغ الورقة التجارية للحامل كان له حق الرجوع على الموقعين الذين يسوغ للمضمون الرجوع عليهم، فإذا كان الضامن

- 
- (١) المرجع السابق (٩١/٧).
  - (٢) تنص المادة (٥٦١) من نظام المحكمة التجارية بقولها: «يضمن المحكوم عليه للمحكوم له جميع المصاريف والرسوم المتعلقة بالمحكمة... وأجرة وكيل المحكوم له...».
  - (٣) انظر: المادة (٣٧) من نظام الأوراق التجارية.
  - (٤) انظر: ص (٣١) من البحث.

واقعا لمصلحة أحد المظهرين، فإن للضامن الاحتياطي أن يرجع على الموقعين السابقين عليه، وعلى المسحوب عليه القابل، وعلى الساحب (١).  
أما إذا كان الضمان حاصلًا لمصلحة الساحب فليس له الرجوع إلا على الساحب والمسحوب عليه، الذي تلقى مقابل الوفاء من الساحب، أما غيرهما من الموقعين فلا يجوز له الرجوع عليهم.  
أما إذا كان الضمان للمسحوب عليه فليس له إلا أن يرجع على الساحب في حالة انتفاء مقابل الوفاء (٢).

إن التضامن في الأوراق التجارية مائل دون النص عليه، فكل موقع على الورقة التجارية أو القابل يكون ملزمًا بأداء قيمتها، وإن أي من الضامنين في الورقة التجارية ملزم بالوفاء بقيمتها، وإذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء وأوفى أحد المظهرين قيمتها فإن المظهرين السابقين والساحب والضامن الاحتياطي يبقون كفلاء للمظهر الذي دفع قيمة الورقة التجارية، وعلى وجه التضامن، وإن كل الملتزمين بالورقة التجارية مدينون أصليون وكفلاء.

فالفرق بين ضمان الملتزمين بالورقة التجارية وضمن الضامن الاحتياطي هو أن الملتزمين يُعدون مدينين في الأساس بمبلغ الورقة التجارية، وكفالتهم لا تكون إلا لاحقة، إما الضامن الاحتياطي، فإن الضامن لا يكون مدينًا في الأصل، وإنما قام ضمانه بوصفه كفيلاً لأحد الملتزمين بالورقة التجارية.

إذا قام المظهر بالوفاء بمبلغ الورقة التجارية فله أن يرجع على ضامنيه، وهم المظهرون السابقون وضامنوهم الاحتياطيون، وكذلك له الرجوع على الساحب وضامنه الاحتياطي، والمسحوب عليه، وللمظهر أن يطالب هؤلاء مجتمعين أو منفردين (٣).

هذا وإذا ورد الضامن الاحتياطي على ورقة تجارية مشوبة بأحد شوائب البطلان كورقة تجارية فقد اختلف الشراح في ذلك في حكم هذا الضامن: فذهب البعض إلى أن هذا الضامن يتحول إلى كفالة عادية تخضع للقواعد العامة، سواء أكانت مدنية أم تجارية، حسب طبيعة التزام الضامن،

---

(١) انظر: عجز المادة (٣٧) من نظام الأوراق التجارية.

(٢) انظر: الأوراق التجارية للدكتور مصطفى طه ص(١٢٦)، الأوراق التجارية للدكتور علي جمال الدين عوض ص(٩٧).

(٣) انظر: المادة (٥٨) من نظام الأوراق التجارية.

ولكنها لا تدخل في ولاية قانون الصرف.  
وذهب آخرون إلى أن بطلان الورقة التجارية يلقي بظلاله على

الضمان الاحتياطي ويهوي به في دركات البطلان(١).

والذي يلوح لي من خلال النظر في المادة الثانية من نظام الأوراق التجارية أن البطلان إذا اعتور الورقة التجارية بسبب تخلف أي بيان من البيانات الإلزامية تكون باطلة كورقة تجارية، غير أنها قد تكون صحيحة كتصرف قانوني آخر يخضع للقواعد الخاصة به(٢).

وبناء على ذلك فإن بطلان الورقة التجارية لا يعني بطلان الضمان الاحتياطي كتصرف قانوني آخر.

بقي أن أشير إلى أن الضمان الاحتياطي وآثاره المرقومة في الصفحات السابقة لا تحملها نصوص أمرة لا سلطان لإرادة الأفراد تجاهها، بل هي أحكام مكملة أو مفسرة، يجوز للطرفين، الضامن والمضمون أن يعدلا من شروطه، فسائغ للضامن أن يقصر ضمانه على جزء من مبلغ الورقة، وجائز له أن يشترط تجريد المدين قبل الرجوع عليه، أو عدم التضامن مع الموقعين الآخرين، أو غير ذلك، شريطة أن لا يفضي ذلك إلى إفراغ الضمان الاحتياطي من معانيه الأساسية.

وإذا لم يتضمن الضمان الاحتياطي أيًا من الشروط سرت آثار الضمان الاحتياطي سالفة البيان، وصارت أحكامه أمرة، ليس بوسع أحد من الملتزمين التصل منها(٣).

### المبحث الرابع انقضاء الضمان الاحتياطي

سبق القول أن الضمان الاحتياطي يعد ضربًا من ضروب الكفالة غير أنه مقرون بشروط وقيود صيرته كفالة من نوع خاص، وعلى ذلك فإن انقضاء الضمان الاحتياطي يؤخذ من أحكام الضمان الاحتياطي، المنتورة في أنظمة

- 
- (١) انظر: الأوراق التجارية في مدونة التجارة للدكتور محمد الشافعي ص(١٨٠).
  - (٢) انظر: الأوراق التجارية في النظام السعودي للدكتور عبدالله العمران ص(٥٦-٥٧).
  - (٣) انظر: الأوراق التجارية للدكتور/ مصطفى طه ص(١٢٦)، الوسيط في شرح القانون التجاري للدكتور عبدالقادر العطير ص(٢٩٤)، الأوراق التجارية للدكتور عبدالله العمران ص(١٨١-١٨٢).

الأوراق التجارية ومراجعتها التي دونها الشراح، ومن أحكام الضمان المعروفة في الفقه الإسلامي في كل ما لم يرد فيه نص أو بيان في قانون الالتزام الصرفي، وعلى ذلك فإن التزام الضامن الاحتياطي لينقضي في الأحوال الآتية:

#### ١- انقضاء الضمان الاحتياطي بالوفاء.

إذا قام المضمون بالوفاء بقيمة الورقة التجارية أو قام بالوفاء بمقابل أو بعوض، فإن التزامه ينقضي، وينقضي تبعاً له التزام الضامن الاحتياطي، وكذلك ينقضي الضمان الاحتياطي إذا قام الضامن الاحتياطي بالوفاء بمبلغ الورقة التجارية للدائن، أي أن الوفاء بمبلغ الورقة مؤذن بانقضاء الضمان الاحتياطي جاء في بدائع الصنائع: «أما الكفيل بالمال فإنما يخرج عن الكفالة... بأداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الأداء، سواء كان الأداء من الكفيل أو من الأصيل» (١).

ويجب أن يكون الوفاء شاملاً لجميع مبلغ الضمان، فإن حدث أن أوفى بجزء من الدين فإن الضمان لا ينقضي إلا في حدود ما تم الوفاء به، أي بمقدار ما أوفاه من الدين.

#### ٢- انقضاء الضمان الاحتياطي بالإبراء:

إذا أبرأ الحامل المضمون من الدين، انقضت الدين المضمون بالإبراء، وانقضت تبعاً لانقضائه الضمان الاحتياطي، جاء في المغني: «وإن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه، برئت ذمة الضامن. لا نعلم فيه خلافاً» (٢). وإنما تبرأ ذمة الضامن لأنه تبع، فإذا زال الأصل زال تابعه (٣) وإذا أبرأ الدائن الضامن الاحتياطي برئت ذمته، وانقضت الضمان الاحتياطي (٤)، أما إذا تعدد الضامنون الاحتياطيون، وأبرأ الدائن أحدهم، برئ وحده، ولا يترتب عليه انقضاء الضمان الاحتياطي (٥).

(١) بدائع الصنائع للكاساني (١١/٦)، وانظر: الوسيط للسنهوري (١٠/١٧٦).

(٢) المغني لابن قدامة (٨٧/٧).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: المرجع السابق (٨٨/٧)، والأوراق التجارية للدكتور عبدالله العمران ص (١٨٦).

(٥) انظر: المرجع السابق (٨٨/٧)، والأوراق التجارية للدكتور عبدالله العمران ص (١٨٦).

### ٣- انقضاء الضمان الاحتياطي بالتجديد:

التجديد هو: اتفاق يتضمن استبدال الالتزام الأول بالالتزام آخر يحل محله ويختلف عنه في محله ومصدره(١).

وتجديد الالتزام لا يفترض بل يجب الاتفاق عليه صراحة، أو يستخلص بوضوح من الظروف، ويجب أن يغاير الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة، كالحالة أو تغيير محل الدين(٢).

ويقع التجديد عادة عند حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية ويعجز المسحوب عليه عن الوفاء بقيمتها، فيعرض على الحامل قبول ورقة مسحوبة على الغير أو مسحوبة عليه شخصياً؛ بقصد مدّ مدة الاستحقاق، حتى يتمكن من الوفاء في الميعاد الجديد، وقد يعرض المسحوب عليه على الحامل أن يقدم له خدمة معينة مقابل مبلغ الورقة، ففي كل هذه الحالات ينقضي الالتزام الثابت بالورقة، ويحل محله التزام جديد ناشئ عن الورقة الجديدة.

إن انقضاء الالتزام بالورقة الأصلية يعني انقضاء التزام الضامن الاحتياطي(٣).

### ٤- انقضاء الضمان الاحتياطي باتحاد الذمة:

اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد، فإذا تحقق ذلك انقضى الدين، وانقضى الضمان الاحتياطي تبعاً لذلك(٤).

وذلك كما لو ورث المضمون الدائن ولم يكن من ورثته غير الحامل(٥)، وكذلك إذا ظهر المسحوب عليه القابل للورقة لصالحه(٦).

---

(١) انظر: الوسيط للمنهوري (١٨٣/١٠)، والوسيط في شرح القانون التجاري للدكتور عبدالقادر العطير ص(٣٤٧).

(٢) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف ص(٢٩٥).

(٣) انظر: الوسيط في شرح القانون التجاري للدكتور عبدالقادر العطير ص(٣٤٧).

(٤) انظر: المرجع السابق (٣٤٩).

(٥) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف ص(٢٩٥).

(٦) انظر: الوسيط في شرح القانون التجاري للدكتور العطير ص(٣٤٩).

٥- انقضاء الضمان الاحتياطي بالمقاصة:  
إذا كان في ذمة الدائن (الحامل) دين للمضمون يصلح للمقاصة ففي هذه الحالة ينقضي الدين وينقضي معه الضمان الاحتياطي (١).

### الخاتمة

وتتضمن أهم النتائج التي وصلت إليها من خلال بحث هذا الموضوع وذلك فيما يلي:

- ١- لم يراد ذكر لمصطلح الأوراق التجارية وما تحته من مصطلحات، وهي الكمبيالة والسند لأمر والشيك في مراجع الشريعة الإسلامية، ولم يستخدم أحد من الفقهاء هذه المصطلحات، لكن معانيها حاضرة في خطاب الفقهاء بوضوح، وذلك في الحوالة والسفتجة.
- ٢- يعرف الضمان الاحتياطي بأنه: كفالة خاصة للدين الثابت في الورقة التجارية.
- ٣- الضمان الاحتياطي ضرب من ضروب عقد الضمان المعروف في الفقه الإسلامي، لكن لا يصح إلا إذا كان مرتبطاً بالأوراق التجارية وفق شكلية محددة.
- ٤- الضمان الاحتياطي يعد عملاً تجاريًا، حتى ولو كان الضامن غير تاجر.
- ٥- الضمان الاحتياطي مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.
- ٦- أركان الضمان الاحتياطي ثلاثة هي: الضامن، والمضمون، والمضمون له (الحامل).
- ٧- الأصل أن يكون الضامن الاحتياطي شخصًا أجنبيًا عن الورقة التجارية، حتى يضيف ضمانًا جديدة لها، لكن نظام الأوراق التجارية أجاز أن يكون الضامن أحد أشخاص الورقة التجارية.
- ٨- يجب أن يذكر في الضمان اسم المضمون، وإذا خلا من الاسم عُد الضمان حاصلًا لمصلحة الساحب.
- ٩- إذا حصل الضمان لمصلحة الساحب صار الضامن ضامنًا لجميع الملتزمين بالورقة التجارية، لأن الساحب مسؤول تجاه جميع الموقعين على الورقة الذين يأتون من بعده.
- ١٠- يجب أن يكون الضامن عاقلًا بالغًا، ولا يصح ضمان المجنون والمعتوه

(١) انظر: المرجع السابق، والوسيط للسنهوري (١٨٢/١٠).

- والصبي غير المميز وهذا باتفاق الفقهاء والقانونيين.
- ١١- حدد نظام الأوراق التجارية سن البلوغ بثمانية عشر عاماً، ويدخل في ولاية هذا النص الضامن الاحتياطي.
- ١٢- يلزم أن يكون الضامن رشيداً، وهو البصيرة وحسن التصرف في المال.
- ١٣- أهلية الضامن الاحتياطي الأجنبي تتحدد وفق نظام موطنه، لكن إذا وقع ضمانه في المملكة العربية السعودية، وهو قد بلغ سن الثامنة عشرة فإن ضمانه يكون صحيحاً، حتى ولو كان قاصراً طبقاً لنظام موطنه.
- ١٤- يجب أن يتحقق رضا الضامن الاحتياطي وهذا أمر متفق عليه عند الفقهاء والقانونيين.
- ١٥- يتمثل رضا الضامن بالتوقيع على الورقة التجارية، بوصفه ضامناً احتياطياً.
- ١٦- إذا انعدم رضا الضامن أو شابه عيب من عيوب الرضا كان الضامن باطلاً.
- ١٧- لا يلزم تحقق رضا المضمون له على القول الراجح، وهو القول الذي أخذت به القوانين.
- ١٨- لا يشترط رضا المضمون عنه باتفاق الفقهاء، وكذلك عند القانونيين.
- ١٩- محل الالتزام في الضمان الاحتياطي هو المبلغ الثابت في الورقة التجارية ويفترض أن يكون مشروعاً.
- ٢٠- الأصل أن يرد الضمان على كل مبلغ الورقة التجارية، ويجوز أن يرد على جزء منه.
- ٢١- إذا خلت عبارة الضمان الاحتياطي من تحديد المبلغ المراد ضمانه عُذَّ الضمان شاملاً كامل مبلغ الورقة التجارية.
- ٢٢- يلزم أن يكون سبب الضمان الاحتياطي موجوداً ومشروعاً.
- ٢٣- يجب أن يكون الضمان الاحتياطي مكتوباً، وتكون الكتابة على الورقة التجارية ذاتها، أو على الورقة المتصلة بها، أو في ورقة مستقلة، فالكتابة شرط للانعقاد وليست شرط إثبات فقط.
- ٢٤- إذا وقع الضمان الاحتياطي بغير الكتابة كان كفالة عادية لا تخضع لقانون الصرف.
- ٢٥- إذا كان الضمان الاحتياطي في ورقة مستقلة وجب بيان المكان الذي تم فيه.
- ٢٦- الأصل أن وقت الضمان الاحتياطي يمتد من تاريخ إنشاء الورقة التجارية إلى ميعاد استحقاقها!
- ٢٧- اختلف سراح الأنظمة في صحة إعطاء الضمان الاحتياطي قبل إنشاء الورقة التجارية فمنهم من أجازته ومنهم من منعه، ونصوص نظام الأوراق التجارية توحى بعدم صحته، لكن لا يعني ذلك تجريده من كل



- أثر قانوني، بل يتحول إلى عقد ضمان يخضع للقواعد العامة.
- ٢٨- القول الراجح صحة ضمان ما لم يجب، وهو يقابل إعطاء الضمان الاحتياطي قبل إنشاء الورقة إذا تحول إلى عقد ضمان يخضع للقانون المدني.
- ٢٩- يكتب الضمان الاحتياطي بصيغة (مقبول كضمان احتياطي) أو أي عبارة تقود إلى معنى الضمان الاحتياطي.
- ٣٠- مجرد توقيع الضامن على صدر الورقة التجارية يعد ضمانًا احتياطيًا، حتى ولو لم يذكر صيغة الضمان، بشرط ألا يصدر التوقيع من الساحب أو المسحوب عليه.
- ٣١- يترتب على الضمان الاحتياطي التزام الضامن بالوفاء بمبلغ الورقة التجارية للحامل.
- ٣٢- الضامن الاحتياطي ملتزم تجاه الحامل بنفس الطريقة التي يلتزم بها المضمون.
- ٣٣- لا يحق للضامن الاحتياطي أن يتمسك في مواجهة الحامل بحقي التجريد والتقسيم، وهو القول الذي أخذ به جمهور الفقهاء، حيث ذهبوا إلى جواز مطالبة الدائن لمن شاء، الضامن أو المضمون.
- ٣٤- يجوز للضامن الاحتياطي أن يتمسك في مواجهة الحامل بالدفع التي تكون للمضمون مثل المقاصة والإبراء أو التمسك بالسقوط لعدم الإجراءات النظامية.
- ٣٥- يقع التزام الضامن الاحتياطي صحيحًا ولو كان التزام المضمون باطلا لأي سبب حاشا العيب في الشكل.
- ٣٦- إذا وقع الضمان الاحتياطي في ورقة مستقلة فإن الضامن لا يلتزم إلا تجاه من صدر الضمان لصالحه.
- ٣٧- الضامن الاحتياطي يضمن الموقعين اللاحقين على المضمون، ويكون مضمونا من قبل الموقعين السابقين على توقيع المضمون على الورقة.
- ٣٨- إذا أوفى الضامن الاحتياطي مبلغ الورقة التجارية آلت إليه الحقوق الناشئة عن الورقة التجارية، وله حق الرجوع على المضمون بكل ما أوفى من مبلغ الورقة.
- ٣٩- للضامن الاحتياطي حق الرجوع على المضمون بدعوى الصرف وله حق الرجوع بالدعوى المدنية.
- ٤٠- لا خلاف بين الفقهاء أن الضامن إذا أدى ما على المضمون متبرعًا فلا حق له بالرجوع عليه، وإن أدى الضامن حق الدائن بنية الرجوع وكان الضامن بإذن المضمون فقد اتفق الفقهاء على أن للضامن حق الرجوع على المضمون، وإن كان بغير إذنه فالراجح أن له حق الرجوع كذلك.

- ٤١- الفقه الإسلامي لا يفرق بين الدعوى الصرفية والدعوى المدنية، كما هو صنيع النظم التجارية، ولا جناح في ذلك، فإن لولي الأمر أن يخصص بعض الدعاوى بمحاكم خاصة.
- ٤٢- إذا أوفى الضامن الاحتياطي مبلغ الورقة التجارية للحامل، كان له حق الرجوع على الموقعين الذين يسوغ للمضمون الرجوع عليهم، لأن التضامن في الأوراق التجارية واجب دون النص عليه.
- ٤٣- إذا ورد الضمان الاحتياطي على ورقة تجارية باطلة فالراجح أن الضمان الاحتياطي يتحول إلى كفالة، سواء كانت مدنية أو تجارية.
- ٤٤- أحكام الضمان الاحتياطي ليست أمره، يجوز الاتفاق على مخالفتها باتفاق الأطراف، ما لم يفضي إلى مخالفة مقتضى عقد الضمان، وإذا لم يتفق الأطراف على اشتراط ما يخالف أحكامه صارت أحكامه أمره لا يسوغ مخالفتها.
- ٤٥- ينقضي الضمان الاحتياطي بالوفاء بمبلغ الورقة التجارية بالنقود أو بعوض، كما ينقضي الإبراء، والتجديد، وبتأحاد الذمة، وبالمقاصة.

## فهرس المصادر والمراجع

- ١- أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، للدكتور/ سعد الختلان - دار ابن الجوزي - الدمام - الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.
- ٢- أحكام الصكوك التجارية، لباسيل حناوي - مطبعة العرب - مصر.
- ٣- أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبدالله بن العربي (ت ٥٤٣هـ) تحقيق: علي محمد البجاري، طبع عيسى الحلبي - الطبعة الثالثة ١٣٩٢هـ.
- ٤- أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص (ت ٣٧٠هـ) - دار الفكر.
- ٥- الأوراق التجارية في التشريع العراقي، للدكتور/ علي العبيدي - مطبعة دار السلام - بغداد - الطبعة الأولى .
- ٦- الأوراق التجارية في التشريع المصري، لأمين محمد بدر، الناشر مكتب النهضة المصرية - القاهرة - الطبعة الثانية ١٩٥٤م.
- ٧- الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، للدكتور/ إلياس حداد - معهد الإدارة العامة - إدارة البحوث ١٤٠٧هـ.
- ٨- الأوراق التجارية في النظام السعودي، للدكتور/ عبدالله العمران - معهد الإدارة العامة - الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.
- ٩- الأوراق التجارية في قوانين الدول العربية، للدكتور/ بيار الصفا - طبع سنة ١٩٦٥م.
- ١٠- الأوراق التجارية في مدونة التجارة، للدكتور/ محمد الشافعي ، طبع المطبعة والوراقة الوطنية الحي المحمدي - مراكش - الطبعة الثالثة.
- ١١- الأوراق التجارية والإفلاس، للدكتور/ مصطفى كمال طه - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية سنة ١٩٩٧م.
- ١٢- الأوراق التجارية وفقاً لنظام الأوراق التجارية السعودي واتفاقية جنيف، للدكتور/ عبدالفضيل محمد أحمد، الناشر: مكتبة الجلاء بالمنصورة - مصر.
- ١٣- الأوراق التجارية، للدكتور/ علي جمال الدين عوض، مطبعة جامعة القاهرة.
- ١٤- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني (ت ٥٨٧هـ) - دار الكتب العلمية - بيروت.

- ١٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن رشد (ت ٥٩٥هـ) - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة العاشرة سنة ١٤٠٨هـ.ت.
- ١٦- التاجر وقانون التجارة بالمغرب، للدكتور/ محمد لفروجي - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - نشر سنة ١٩٩٩م.
- ١٧- تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام، لإبراهيم بن فرحون (ت ٨٩٧هـ) دار الكتب العلمية - بيروت.
- ١٨- التعريفات، لعلي بن محمد الجرجاني - طبع ونشر دار الشؤون الثقافية العامة - العراق - بغداد.
- ١٩- تهذيب الأسماء واللغات، لأبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٢٠- جامع البيان عن تأويل آي القرآن، لأبي جعفر الطبري (ت ٣١٠هـ) دار المعارف بمصر.
- ٢١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن عرفة الدسوقي - المطبعة الخيرية - مصر، الطبعة الأولى ١٣٢٣هـ.
- ٢٢- حاشية الروض المربع لعبدالرحمن بن قاسم - الناشر: المطابع الأهلية - الرياض - الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
- ٢٣- دروس في القانون التجاري السعودي، للدكتور/ أكثم الخولي - معهد الإدارة العامة بالرياض - عام ١٣٩٣هـ.
- ٢٤- دروس في القانون التجاري المصري، لفاروق أحمد أزهر - الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٥م.
- ٢٥- رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، لمحمد أمين بن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) - شركة مكتبة مصطفى البيبي الحلبي وأولاده بمصر - الطبعة الثانية سنة ١٣٨٦هـ.
- ٢٦- روضة الطالبين، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) - المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثالثة سنة ١٤١٢هـ.
- ٢٧- السندات الإذنية، للدكتور/ محمد راتب - الطبعة الأولى - القاهرة - ١٩٤٨م.
- ٢٨- سنن ابن ماجه، لمحمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٣هـ) تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي - دار الفكر.

- ٢٩- سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى بن سورة (ت ٢٧٩هـ) دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت - ١٤١٤هـ.
- ٣٠- الشرح الكبير، لأبي الفرج عبدالرحمن بن قدامة (ت ٦٨٢هـ) - تحقيق الدكتور/ عبدالله التركي، مطبوع معه المقنع والإنصاف - هجر للطباعة والنشر - الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.
- ٣١- صحيح البخاري، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ) - دار القلم - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ.
- ٣٢- صحيح الجامع الصغير وزيادته، لمحمد ناصر الدين الألباني - المكتب الإسلامي - الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ.
- ٣٣- الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ علي الخفيف - دار الفكر العربي - القاهرة - سنة ٢٠٠٠م.
- ٣٤- القانون التجاري (الأوراق التجارية) دراسة مقارنة للدكتور/ محمود الكيلاني - طبع جمعية عمال المطابع التعاونية - عمان - سنة ١٤١١هـ.
- ٣٥- القانون التجاري السعودي، للدكتور/ محمد الجبر - الناشر الدار الوطنية الجديدة للنشر والتوزيع - الخبز - الطبعة الثانية - ١٤٠٨هـ.
- ٣٦- القانون التجاري، للدكتور/ أحمد محمد محرز - النسر الذهبي للطباعة - مصر - عام ١٩٩٨م.
- ٣٧- القوانين الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزي (ت ٧٤١هـ) دار القلم - بيروت.
- ٣٨- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ليوسف بن عبدالبر (ت ٤٦٣هـ) تحقيق الدكتور/ محمد أحميد الموريتاني - مكتبة الرياض الحديثة - الرياض - الطبعة الأولى سنة ١٣٩٨هـ.
- ٣٩- الكافي لموفق الدين محمد بن قدامة (ت ٦٢٠هـ) تحقيق: الدكتور عبدالله التركي، هجر للطباعة والنشر - الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.
- ٤٠- الكامل في قانون التجارة، للدكتور/ إلياس ناصيف - بيروت.
- ٤١- كشاف القناع عن متن الإقناع، المنصور البهوتي (ت ١٠٥١هـ) تعليق: هلال مصيلحي - الناشر: مكتبة النصر الحديثة - الرياض.
- ٤٢- المبسوط، لأبي بكر محمد السرخسي (ت ٤٩٠هـ) دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - الطبعة الثانية.

- ٤٣- المحلى، لعلي بن أحمد بن حزم (ت٤٥٦هـ) تحقيق: أحمد شاکر - دار التراث - القاهرة.
- ٤٤- مختصر المزني، لإبراهيم بن إسماعيل المزني (ت٢٦٤هـ) مطبوع بهامش الأم للشافعي - دار الشعب.
- ٤٥- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد الخطيب الشربيني (ت٩٧٧هـ) المكتبة التجارية الكبرى - مطبعة الاستقامة - القاهرة ١٣٧٤هـ.
- ٤٦- المغني، لموفق الدين عبدالله بن قدامة (ت٦٢٠هـ) تحقيق: الدكتور/ عبدالله التركي، والدكتور/ عبدالفتاح الطو - هجر للنشر والتوزيع - القاهرة، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ.
- ٤٧- المقنع، لموفق الدين عبدالله بن قدامة (ت٦٢٠هـ) تحقيق الدكتور/ عبدالله التركي، مطبوع معه الشرح الكبير والإنصاف - هجر للنشر والتوزيع - القاهرة - الطبعة والأولى ١٤٠٦هـ.
- ٤٨- موسوعة الحقوق التجارية، للدكتور/ رزق الله أنطاكي، والدكتور/ نهاد السباعي - مطبعة الجامعة السورية سنة ١٩٥٧م.
- ٤٩- موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية - نشر سنة ١٩٧٦م.
- ٥٠- نظام الأوراق التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٧)، وتاريخ ١٣٨٣/١٠/١١هـ.
- ٥١- نظام المحكمة التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١٣٥٠/١/١٥هـ.
- ٥٢- الوجيز في النظام التجاري السعودي، للدكتور/ سعيد يحيى - شركة مكنتات عكاظ للنشر والتوزيع - الطبعة الرابعة ١٤٠٣هـ.
- ٥٣- الوسيط في شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية) للدكتور/ عبدالقادر العطير، مكتبة دار الثقافة - عمان، ١٩٩٨م.
- ٥٤- الوسيط في شرح القانون المدني، للدكتور/ عبدالرزاق أحمد السنهوري - الناشر: منشأة المعارف - الإسكندرية.

# الإدارة الإلكترونية وإمكانية تطبيقها في رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني

دكتور / موسى شحادة  
أستاذ القانون العام المشارك  
كلية القانون- جامعة الشارقة

## مقدمة

١ - أهمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات للدولة والمواطنين:  
لا غرو أن تطور الخدمات العامة عن بعد (Les téléservices  
(Publics)، وكذلك الإجراءات الإدارية عن بعد (Les téléprocédures  
administratives) في فرنسا يستجيب لإرادة سياسية وحكومية حازمة،  
كما ويرتبط ارتباطاً وثيقاً مع طموح ورغبة الدولة في الإصلاح  
والتطوير الإداري.

وقد ظهر هذا التوجه جلياً في برنامج النشاط الحكومي الذي اعتمده الحكومة  
الفرنسية سنة ١٩٩٨ بهدف إدخال فرنسا في عالم المعلوماتية<sup>(١)</sup>، وكذلك عبّر  
التصريحات الصادرة عن الوزراء الفرنسيين في مناسبات مختلفة، ومن خلال  
قرارات اللجان البيوزارية لإصلاح الدولة<sup>(٢)</sup>، وحديثاً عبر المقترحات الواردة  
في تقرير النائب Thierry Carcenac تحت عنوان "من أجل إدارة  
إلكترونية مواطنة: المناهج والوسائل"<sup>(٣)</sup>.

من المفيد في البداية أن نبين المقصود بـ "نظرية الخدمات العامة عن بعد"  
و "نظرية الإجراءات الإدارية عن بعد" أو ما يمكن تسميته بـ "تألية أو تقنية  
الخدمات العامة والإجراءات الإدارية".

<sup>1</sup>- Le programme d'action gouvernemental pour l'entrée de la France dans La société de l'information (PAGSI).

<sup>2</sup>- Les Comité interministériels pour la Réforme de L'Etat (CIRE).

<sup>3</sup> - Pour une administration électronique citoyenne: methodes et moyens.

فمن جهة يمكن تعريف "الخدمات العامة عن بعد" بأنها "أداءات أو (أعمال) ذات قيمة مضافة تقوم بين الكيانات القانونية المتميزة، وذلك باستخدام وسائل أو (أدوات) الاتصالات عن بعد" (٤). وفي نفس المعنى عرف البعض الخدمات العامة عن بعد بأنها "خدمات ذات قيمة إضافية مقترحة من قبل الإدارة إلى المتعاملين معها (المنتفعين ومستعملي المرافق العامة"، وذلك باستخدام وسائل أو أدوات الاتصالات عن بعد" (٥).

من جهة أخرى، يمكن تعريف الإجراءات الإدارية عن بعد: بأنها "التبادل غير المادي للإجراءات التي تقوم بين السلطات العامة، (كالوزارات والمرافق العامة والإدارات المركزية واللامركزية، والمؤسسات والهيئات العامة...) والمتعاملين معها (المراجعين والمنتفعين ومستخدمي المرافق العامة...) (٦).

من الملاحظ، أن "نظرية" الخدمات العامة عن بعد" أكثر اتساعاً من نظرية (الإجراءات الإدارية عن بعد" لأنها تشمل مجموعة أو (حزمة) من الإداءات أو الخدمات بما في ذلك التبادل غير المادي للإجراءات الإدارية (La dématérialisation des procédures administratives) (٧) بين المرافق العامة ومستعملي هذه المرافق، ومثال

٤- "Prestations à valeurs ajoutées entre entites juridiques distinctes, utilisant les outils de télécommunication", BRETON Thierry, Les téléservices en France: quels marchés pour Les autoroutes de l'information?, La documentation français, 1994.

٥- "Services à valeur ajoutées propose par une administration à ses partenaires et usagers, utilisant les outils de télécommunication", SCHNABETE Philippe et BEAUVAIS François, Reforme de L'Etat et téléprocédures, Actualité Juridique, droit administratif (AJDA), juillet et août 2001 P. 608- 617.

٦- l'échange dématérialisé de formalité entre les autorités publiques (ministères, services publics, établissements publics...) et leurs partenaires et usagers", Source: WWW.internet.gouv. Fr.

٧- La dématérialisation peut être définie, comme la suppression du support papier et, de manière un peu plus large, comme un processus



ذلك: الحسابات أو المحاكاة **Calcul ou simulation**، والمساعدة عبر الشبكة (الإنترنت)، ومتابعة الملفات الشخصية من خلال استخدام الإنترنت ... بمعنى أكثر دقة أن نظرية "الخدمات العامة عن بعد" تستوعب في تطبيقاتها نظرية الإجراءات عن بعد".

قد أكدت فيرونيك بلولو Véronique Beloulou رئيسة لجنة تبسيط الإجراءات في مقالها المعنون بـ "الإجراءات عن بعد: رهان هام للمواطنين والدولة"<sup>(٨)</sup> بأنه "منذ القرن التاسع عشر كانت الإجراءات الإدارية تعتمد على الأوراق كوسيلة أساسية لما تصدره الإدارة من قرارات أو أعمال مدنية أم إدارية في علاقاتها مع المواطنين، إلا أن التطورات التكنولوجية التي برزت وخاصة في نهاية القرن العشرين قلبت الأوضاع في مجال الإجراءات، وخاصة في نطاق معالجة ونقل المعطيات، حيث أصبحت "الإجراءات الإدارية عن بعد" رهان هام للدولة وللمواطنين، وبهذا بدأ الصراع بين ثقافية الأوراق وثقافة الإنترنت، وريداً وريداً أصبح اللجوء إلى نظرية "الخدمات العامة عن بعد" يغطي على نظرية "الإجراءات الإدارية عن بعد" وذلك لشمول نظرية الخدمات العامة عن بعد، مجموعة الخدمات والأداءات التي تنشأ بين الإدارة والمواطنين من مستخدمي المرافق العامة"<sup>(٩)</sup>.

## ٢ - موضوع البحث:

ينصب موضوع هذا البحث على دراسة الإدارة الإلكترونية وإمكانية تطبيقها في رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني. وتركز

---

d'échanges non matérialisés se traduisant en particulier par le développement des "téléprocédure", Pontier J.M., la marche vers la dématérialisation, AJDA, 2004. P. 233.

<sup>8</sup> - BELOULOU Véronique, les téléprocédures: un enjeu essentiel pour les citoyens et pour l'Etat, AJDA, .), juillet et août 2001 P. 624 - 627.

<sup>9</sup> - Ibid.

هذه الدراسة على إبراز أهمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات (الإدارة الإلكترونية) في سياسة تطوير "الخدمات العامة عن بعد" "والإجراءات الإدارية عن بعد" وبالتالي تطبيقها على مرفق القضاء وخاصة القضاء الإداري وانعكاساتها الإيجابية على الدولة والمواطنين، وخاصة في نطاق رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني.

### ٣- أهمية البحث:

لموضوع هذا البحث أهمية نظرية وعملية لأسباب عدة أهمها:

- أ- حاجة مكتبة القانون العامة العربية إلى مثل هذه الدراسات، المتخصصة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.
- ب- تكمن أهمية هذا البحث كذلك في دراسة ملامح ومقومات وموقع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في سياسة إصلاح القضاء الإداري.
- ج- إبراز أهمية الإدارة الإلكترونية في تطور القضاء بالنسبة للدولة والمواطنين وخاصة في نطاق رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني.

### ٤ - أهداف البحث:

يسعى هذا البحث إلى تحقيق الأهداف التالية:

- أ- تحديد أهمية الإدارة الإلكترونية في تطور القضاء بالنسبة للدولة والمواطنين
- ب- أهمية رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني.
- ج- تحديد شروط رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني وإثبات رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني

### ٥- منهج البحث:

تم اتباع المنهج النظري والتطبيقي والتحليلي في دراسة الإدارة الإلكترونية وإمكانية تطبيقها في رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد

الإلكتروني. وخاصة ما يتعلق بشروط رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني وإثباتها، ومشروع اختبار الإجراءات عن بعد أمام القضاء الإداري.

## المبحث الأول أهمية الإدارة الإلكترونية للإدارة والمواطنين

في نطاق المبادئ الأساسية التي نادى بها نابليون، وتمشياً مع النظام الإداري الفرنسي السائد منذ القرن التاسع عشر، كانت الإجراءات الإدارية تعتمد على الأوراق كداعم أساس (**Les Papiers se sont imposés comme support...**) لما تصدره الإدارة من قرارات أو أعمال مدنية أم إدارية في علاقاتها مع المواطنين، إلا أن التطورات التكنولوجية التي برزت في نهاية القرن العشرين قلبت الأوضاع في مجال الإجراءات، وخاصة في نطاق معالجة ونقل المعطيات، حيث أصبحت "الإجراءات الإدارية عن بعد" رهان هام للدولة وللمواطنين، وبهذا بدأ الصراع بين ثقافة الأوراق وثقافة الإنترنت، ورويداً رويداً أصبح اللجوء إلى نظرية "الخدمات العامة عن بعد" يطغى على نظرية "الإجراءات الإدارية عن بعد" وذلك لشمول نظرية الخدمات العامة عن بعد مجموعة الخدمات والأداءات التي تنشأ بين الإدارة والمواطنين من مستخدمى ومستغلي المرافق العامة<sup>(10)</sup>.

في هذا السياق ظهرت نظرية "الإجراءات عن بعد" وهي "التبادل غير المادي للإجراءات بين المرافق العامة وشركائها ومستخدميها. وهي تجمع ما بين المعالجة الآلية للمعطيات ونقلها إلى المرافق العامة ذات العلاقة بواسطة الإنترنت **Via Internet**"<sup>(11)</sup>.

10- BELOULOU Véronique, Les téléprocédures: un enjeu essentiel pour les citoyens et pour L'Etat, Actualité juridique. Droit administratif (AJDA.), juillet et août 2001, PP. 624- 627

11- Ibid.

ومما لا شك فيه، فإن اللجوء إلى "الإجراءات الإدارية عن بعد" وإلى "الخدمات العامة عن بعد"، أو بمعنى آخر إلى الإدارة الإلكترونية أدى إلى التزام الدولة بتوسيع عمليات تحديث المسارات والإجراءات الإدارية، وخاصة ما يتعلق بالوزارات والتجمعات الإقليمية والمحلية. وهكذا فإن الإجراءات عن بعد تمثل أهمية كبيرة في تطوير وتحسين العلاقات بين المرافق العامة ومستخدميها من المواطنين أو الشركات أو الجمعيات أو المؤسسات حيث تقدم لهم خدمات جديدة غير معروفة لهم من قبل، كما تمثل من جهة أخرى أهمية في تحديث عمل الدولة.

### المطلب الأول

#### أهمية الإدارة الإلكترونية للمواطنين

إن اللجوء إلى الإدارة الإلكترونية (**L'administration électronique**) أو ما يُسمى بـ "الإدارة دون أوراق (**L'administration sans Papiers**) بغية تسهيل حصول المواطنين على المعلومات جاء نتيجة حتمية ومنطقية لثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وأجهزة الحاسوب والإنترنت والألياف البصرية وغيرها من الأجهزة الإلكترونية. ولقد حدد برنامج النشاط الحكومي لإدخال فرنسا في عالم المعلوماتية **Le Programme d'action gouvernementale pour la société de L'information (PAGSI)** الذي أعلنته الحكومة الفرنسية في يناير ١٩٩٨ من بين أولوياته "لامادية الإجراءات (أو الشكليات) الإدارية (**La dématérialisation des formalités administratives**)".<sup>(١٢)</sup>

ومما يجدر ذكره أن الانطلاقة الحقيقية للإدارة الإلكترونية في فرنسا بدأت في أغسطس ١٩٩٧م حيث قام رئيس الوزراء الفرنسي السيد **Hourtin**

<sup>12</sup>- Le Site du PAGSI est: [WWW.internet.gouv.fr](http://WWW.internet.gouv.fr).

بافتتاح برنامج النشاط الحكومي لمجتمع المعلوماتية **Le Programme d'action Gouvernementale pour la Societé de L'information ( PAGSI )** . وفي يناير ١٩٩٨م خصصت الحكومة الفرنسية مبلغ تسعة مليارات فرنك فرنسي ( أي ما يُعادل ١,٤ مليار يورو ) لتنفيذ هذا البرنامج خلال أربع سنوات<sup>(١٣)</sup> . والهدف من هذا البرنامج هو تحديث عمل الدولة وبصفة خاصة تسهيل وصول المواطنين إلى إدارات الدولة وإلى المعلومات العامة ، إضافة إلى التخفيف من الخدمات الورقية وغيرها لصالح خدمات الإنترنت . وفي هذا السياق يتوجب على كل وزير إعداد خطة إحصائية لإدارات وفروع وزارته وأعمالها ووضع المعطيات العامة لهذه الأعمال على موقعها في الإنترنت ( **Mise en Ligne** )<sup>(١٤)</sup> .

وقد أكدت الحكومة من خلال هذا البرنامج رغبتها في تطوير العلاقات الإدارية غير المادية بين المرافق العامة والمواطنين، وذلك بتطبيق "الإدارة الإلكترونية **Administration électronique**" .

إن تطور "الإجراءات الإدارية عن بعد" ، ووضعها موضع التطبيق والتنفيذ مرّ في أربعة مراحل أساسية على النحو التالي<sup>(١٥)</sup> :

#### - المرحلة الأولى:

تمكين مستخدمي ومستعملي المرافق العامة الحصول على النماذج أو الاستمارات الإدارية ( **Les formulaires administratifs** ) من شبكة الإنترنت . ويستطيع مستعمل المرفق العام حينئذ تنزيل الاستمارة على

(13) AURELIT Robineau-Israel, Administration électronique et accès à L'information administrative, A.J.D.A., Juillet 2003, PP. 1325 et suiv.

(14) حتى ١ مايو ٢٠٠٣م عرفت فرنسا حوالي ٥٥٠٠ موقع عام على الإنترنت ( للإدارات المركزية والمحلية والمؤسسات العامة .. ) ( وفقاً لجدول ( LADAE ) : [www.adae.pm.gouv.fr](http://www.adae.pm.gouv.fr) ) . وهناك حوالي (٣٠٠٠) موقع على الإنترنت بعدد البلديات ، التي يبلغ عدد سكانها أكثر من (١٠٠) ألف نسمة ( ذكر ذلك . ( AURELIE Robineau-Israel., Op., Cit.,1326 .

15 - BELOULOU V., OP. cit., PP. 624- 625.

حاسوبه ثم سحب نسخة من الاستثمارة وتعبئتها وإرسالها إلى الإدارة المعنية بالبريد العادي. بمعنى أن مستعمل المرفق العام لا يستطيع طباعة الاستثمارة على شاشة الحاسوب. وتشكل هذه المرحلة ٨٠% من الاستثمارات المستخدمة.

#### - المرحلة الثانية :

تمكين مستعمل المرفق العام من تعبئة الاستثمارة الإدارية مباشرة على شاشة الحاسوب. ويستطيع مستعمل المرفق العام ملء الاستثمارة الإدارية المتعلقة بطلبه مباشرة على الحاسوب بواسطة طابعته، ثم إرسال الاستثمارة إلى الإدارة بواسطة البريد العادي. وتشكل هذه المرحلة ٢٠% من الاستثمارات المستخدمة.

#### - المرحلة الثالثة:

تمكين مستخدمي المرافق العامة من إرسال استثماراتهم المعالجة آلياً عن بعد بالبريد الإلكتروني. يستطيع مستعمل المرفق العام تعبئة الاستثمارة الإدارية بواسطة طابعته على الحاسوب وإرسالها مباشرة إلى الإدارة بالبريد الإلكتروني من خلال شبكة الإنترنت، ولمستخدم المرفق العام أن يحتفظ بنسخة من الاستثمارة.

#### - المرحلة الرابعة:

تمكين مستعمل المرفق العام من استخدام تطبيق تبادلي (Une **application interactive**) تتميز هذه المرحلة بالتحويل إلى "إلمادية الإجراءات بصورة مطلقة". يستطيع مستعمل المرفق العام من إعطاء المعلومات التي تتعلق بطلباته من خلال الاستثمارة الموجودة على شبكة الإنترنت، ويتلقى من الإدارة رسالة مع علم الوصول **un accusé de réception** ورقم يتعلق بملفه الشخصي وذلك لمتابعة حالة ملفه من خلال الشبكة. ويجب على الإدارة المعنية النظر في طلباته ومعالجتها آلياً.

في هذا الخصوص، فقد شجع المرسوم رقم ٦٨ - ٩٩ الصادر بتاريخ ٢ فبراير ١٩٩٩ في شأن نشر الاستثمارات الإدارية على شبكة الإنترنت، والأمر الوزاري الصادر في ٧ أكتوبر ١٩٩٩ في شأن مواقع إنترنت المرافق العامة والمؤسسات العامة، وكذلك الأمر الوزاري الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٩٩ في شأن الإجراءات الإدارية على الإنترنت، الإدارات الفرنسية بنشر استثماراتها الإدارية على شبكة الإنترنت بغية تسهيل الدخول إليها واستخدامها من قبل مستعملي المرافق العامة.

في هذا السياق، فإن أي استثمار جديدة أو استثمار قديمة تحتاج إلى تنقيح من قبل المركز المختص بذلك -وهو مركز تسجيل ومراجعة الاستثمارات الإدارية (**Centre d'enregistrement et de révision des formulaires administratifs (CERFA)**) - يتم تبليغها إلى لجنة تبسيط الإجراءات الإدارية (**La commission pour les simplifications administratives (COSA)**)، التي تقوم بدورها بترقيم الاستثمار الجديدة أو المنقحة ونشرها على بوابة الموقع (مرافق عامة **Service-Public.fr**)، أو على موقع الوزارة المعنية<sup>(١٦)</sup>.

من جهتها، فقد اعتبرت اللجنة البيوزارية (الوزارات المتعددة) لإصلاح الدولة (**Le Comité interministériel Pour La réforme de L'Etat (CIRE)**) إن مصطلح "الإجراءات الإدارية عن بعد" يقتصر فقط على الخدمات التبادلية بين المرافق العامة ومستخدمي هذه المرافق، وقامت اللجنة في ١٢ أكتوبر ٢٠٠٠ بإطلاق ونشر عشرين خدمة على شبكة الإنترنت<sup>(١٧)</sup>. وتشمل هذه الخدمات بصفة أساسية الاستثمارات المتعلقة ب: تحديد الدخول الخاضعة للاقتطاعات الضريبية، والتسجيل للدخول

<sup>16</sup> - في سنة ٢٠٠١ (١٠٦٢) استثمار إدارية تم معالجتها من خلال شبكة الإنترنت من أصل (١٦٥٠) استثمار سارية المفعول أي بنسبة (٦٤%)، منها ٣٨٢ استثمار تتعلق بالأفراد بنسبة (٣٦%) و (٦٨٠) تتعلق بالشركات بنسبة ٦٤%، انظر **BELOULOU V., OP. cit., p. 625**.

<sup>17</sup> - **Le Site du CIRE est: www.fonction-publique.gouv.fr/ lactualite.**

في المسابقات المتعلقة بوظائف المعلمين، وطلبات المنح الدراسية للطلاب، والتسجيل للثانوية العامة، والطلبات المتعلقة بالحصول على رخص البناء، والتسجيل للدخول في المسابقات المتعلقة بالوظيفة العامة، وإثبات الحالة المدنية (زواج، طلاق، وفاة...).

ومن خلال مواقع الإنترنت العامة، ( على سبيل المثال:- موقع المرفق العام [www.service-public.fr](http://www.service-public.fr). وموقع مركز تسجيل ومراجعة الاستمارات الإدارية [www.cerfa.fr](http://www.cerfa.fr) يستطيع الأفراد والشركات والجمعيات والمؤسسات، وبصفة عامة مستعملي المرافق العامة، تعبئة نماذج الاستمارات الإدارية مباشرة وإرسالها بالبريد الإلكتروني إلى الجهة المعنية.

وتتمحور الخدمات العامة عن بعد المخصصة للأفراد من خلال تعبئة الاستمارات الإدارية على شبكة الإنترنت حول ما يلي:

- الإقرارات المتعلقة بالاقطاعات الضريبية على الدخل.
- التسجيل للدخول إلى المسابقات الخاصة بوظائف المعلمين.
- الطلبات المتعلقة بالحصول على وثائق عدم المحكومية (صحيفة الخلو من السوابق).
- الطلبات المتعلقة بالملف الاجتماعي للطلاب (منح دراسية، مساعدات سكن..).
- الطلبات المتعلقة بالحصول على الوثائق الرسمية (رخص قيادة السيارات، جوازات السفر، شهادات الميلاد، شهادات الوفاة، شهادات تتعلق بالحالة المدنية (زواج، طلاق)، شهادات تتعلق بالخدمة العسكرية...).

أما الخدمات العامة عن بعد المخصصة للشركات والمشروعات

فتتمحور حول ما يلي:

- الإقرارات الضريبية.



- الإقرارات السنوية للمنح الاجتماعية، والاقتطاعات الاجتماعية، والإقرارات المتعلقة باستخدام العمال والعمال الزراعيين... .
  - الإعلان عن العطاءات وإبرام العقود الإدارية.
  - الطلبات المخصصة للحصول على التراخيص المسبقة (كالتراخيص المتعلقة بالتجارة الدولية في أصناف من الحيوانات والنباتات المهدة بالانقراض، والتراخيص المتعلقة بالنقل الاستثنائي).
- وعلى الرغم من أن لجوء الأفراد أو الشركات أو بصفة عامة مستخدمي المرافق العامة- إلى "الإجراءات الإدارية عن بعد" اختياري (Facultative، (حيث يستطيع هؤلاء اللجوء إلى الاستمارات الورقية التقليدية)، إلا أن الإجراءات عن بعد تعتبر طريقاً حديثاً يمتاز الديناميكية والفاعلية والإنتاجية والمرونة، حيث يتم معالجة طلبات مستخدمي المرافق العامة آلياً وبأسرع وقت ممكن ودون حاجة إلى وقوف الأفراد في طوابير أمام الإدارات.
- بقي أن نشير إلى أن "الإجراءات الإدارية عن بعد" تعد عاملاً أساسياً في تبسيط الإجراءات وتحسين العلاقات بين الإدارة والمواطنين، والابتعاد عن الروتين والتعقيد والبيروقراطية، ويمكن تلخيص أهم الفوائد المترتبة على اللجوء إلى هذا الطريق الحديث (الطريق الإلكتروني) ما يلي (١٨):
١. تحسين الخدمة المقدمة لمستخدمي المرافق العامة من خلال سرعة التبادل غير المادي بين الإدارة والمواطنين. حيث توفر هذه الطريقة الجهد والوقت، وتخفف من التفاصيل الكثيرة التي تتميز بها الطريقة التقليدية (الاستمارات الورقية) وما يسبقها وما يتبعها من إجراءات طويلة ومعقدة.
  ٢. تمثل "الإجراءات الإدارية عن بعد" لمستخدمي المرافق العامة ضماناً أساسية لمزيد من تبسيط الإجراءات الإدارية، وذلك بالتخفيف من الأعباء والشكليات، وتبادل الوثائق والمستندات.

18- BELOULOU V.,  
OP. cit., PP. 625 et 626

٣. تؤدي "الإجراءات الإدارية عن بعد" إلى تقليل النفقات بسبب الاقتصاد في الأوراق وصور الوثائق.

٤. تسمح "الإجراءات الإدارية عن بعد" لمستخدمي المرافق العامة إنجاز معاملاتهم دون تحمل أعباء وعناء مراجعة الدوائر والإدارات المستمر إضافة إلى بعد الإدارات من مكان إقامة الأفراد، حيث يستطيع مستعمل المرفق متابعة ملفه بالطريق الإلكتروني من مكان إقامته أو مكان عمله.

وخلاصة القول، إن "الإجراءات الإدارية عن بعد" طورت وحسنت

من نوعية الخدمة المقدمة للمواطنين". وهذا ما أكدّه النائب Thierry CARCENAC في تقريره الذي حمل عنوان "من أجل إدارة إلكترونية مواطنة: المناهج والوسائل" (١٩) الذي قدمه إلى رئيس الوزراء بعد ثلاث سنوات من بدء تطبيق برنامج النشاط الحكومي لإدخال فرنسا في عالم المعلوماتية (٢٠). وقد ركز هذا التقرير على أهمية اللجوء إلى الطريق الإلكتروني لتعزيز العلاقات بين الإدارة والمواطنين بغية الوصول إلى "إدارة - مواطن (Administration-citoyon)". وأضاف التقرير بأن الإدارة الإلكترونية يجب أن توجه نحو المواطنين للتعاون فيما بينهم للوصول إلى تعريف وتحديد للخدمات العامة عن بعد ومدى فاعليتها وإنتاجيتها وتقسيماها وتقييمها المستمر (٢١).

---

<sup>19</sup> - "Pour une administration électronique citoyenne: méthodes et moyens.

<sup>20</sup> - Site [www.service-public.fr](http://www.service-public.fr) et la rubrique "Textex et rapports".

<sup>21</sup> - Le site [www.service-public.fr](http://www.service-public.fr). Rubrique "téléservices pour les particuliers" et rubrique "téléservices pour les professionnels".

## المطلب الثاني أهمية الإدارة الإلكترونية للإدارة

لقد صدرت العديد من التشريعات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني ومدى قانونيته في الإثبات، ومن أهم هذه التشريعات:

١. القانون رقم ٢٣٠-٢٠٠٠ الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠ في شأن قانون الإثبات على تكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني.

وقد اعترف هذا القانون-إذا ما توافرت شروط معينة- بصفة الإثبات على الإجراءات الإدارية عن بعد. كما اعترف هذا القانون بالشرعية القانونية للتوقيع الإلكتروني بنفس درجة اعترافه بالشرعية القانونية للتوقيع الخطي<sup>(٢٢)</sup>. كما شيد هذا القانون نظرية القرانن الظرفية لصالح التوقيع الإلكتروني<sup>(٢٣)</sup>.

٢. المرسوم رقم ٢٧٢-٢٠٠١ الصادر في ٣٠ مارس ٢٠٠١ في شأن تطبيق المادة رقم ٤-١٣١٦ من القانون المدني والخاص بالتوقيع الإلكتروني.

وقد بين هذا المرسوم بصفة أساسية بعض المفاهيم ومنها "النص الآمن لإنشاء التوقيع الإلكتروني"، "والنص الخاص بفحص أو تدقيق التوقيع الإلكتروني"، "ودور الخاضعين للمرافق العامة في التصديق الإلكتروني"<sup>(٢٤)</sup>. إضافة إلى أن هذا المرسوم ساعد على تطوير العقود أو المعاملات الإلكترونية وزرع الثقة المتبادلة بين الإدارة ومستخدمي المرافق العامة وخاصة المستهلكين. كما سهل تطوير العديد من التطبيقات التي تعتمد

22- La signature électronique au même titre que la signature manuscrite.

23 - Une Presomption de fiabilité en faveur des signatures électroniques.

24- "Le dispositif sécurise de création de signature électronique", et "Le dispositif de vérification de signature électronique", et "Le rôle des prestataires de services de certification électronique".

على خدمات التصديق الإلكتروني، ومثال ذلك الإقرارات الضريبية عن الدخل والضرائب والاقتطاعات الأخرى باستخدام شبكة الإنترنت، وكذلك الإجراءات الإدارية بين مرافق الدولة العامة والسلطات الإقليمية والمحلية.

في هذا السياق، فإن التوقيع الإلكتروني يحقق هدفين أساسيين (٢٥) :

• ضمان أن المعلومات قد تم إرسالها عبر شبكة الإنترنت من قبل المرسل (مستخدمي المرافق العامة)، وهذا ما يسمى (التوثيق الرسمي

### **(L'authentification de L'origine**

• ضمان أن المعلومات التي أرسلت عبر شبكة الإنترنت لم يجر عليها أية تعديلات أثناء نقلها عبر الشبكة، وهذا ما يسمى (كمال المحتوى

### **(L'intégrité du contenu**

٣. المرسوم الأوروبي رقم 2000/31/CE الصادر في ٨ يونيو ٢٠٠٠ في شأن بعض الأوجه القانونية لخدمات مجتمع المعلوماتية وخاصة التجارة الدولية في العقود الداخلية.

وتتمثل الأهداف الأساسية لهذا المرسوم في: تشجيع الثقة في التبادلات الإلكترونية وفي استخدام الشبكات **Les réseaux**، والمساهمة في تعميم ونشر ديمقراطية استخدام شبكة الإنترنت، والوسائل الحديثة في المعلومات والاتصالات والتبادلات الممكنة.

من الملاحظ أن جميع هذه التشريعات الحديثة وسعت من نطاق استخدام "الإجراءات الإدارية عن بعد" على مستوى أجهزة وأدوات الدولة وعلى مستوى التجمعات الإقليمية والمحلية.

إن النجاح والارتقاء في استخدام "الإجراءات الإدارية عن بعد" يقتضي تضافر جهود جميع الوزارات والإدارات والشركات والمشروعات والأفراد والتجمعات الإقليمية والمحلية، وذلك بهدف توسيع نطاق استخدام الإدارة الإلكترونية، وبالتالي تعزيز التبادلات الإلكترونية بين الإدارات ومستخدمي المرافق العامة. ومن أهم الجهود في هذا الخصوص: جهود وزارة الوظيفة

25- BELOULOU V., OP. cit., P. 627.

العامة وإصلاح الدولة، والمفوضية البيوزارية لإصلاح الدولة، والبعثة البيوزارية للدعم الفني لتطوير تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ولجنة تبسيط الإجراءات الإدارية.

كل جهة من هذه الجهات قد ساهمت في دور فاعل في تطور "الإجراءات عن بعد" وتسهيل استخدامها عبر شبكة الإنترنت.

بقي أن نشير إلى أن تطبيق الإجراءات عن بعد قد ارتبط بوضع خدمات الدولة وإداراتها ومؤسساتها العامة المركزية واللامركزية على شبكة الإنترنت (٢٦) :

- على المستوى المركزي:

أول إنترنت بين الإدارات **administration en réseaux AdER** تم تشغيله منذ نهاية شهر مايو ٢٠٠١. هذه الخدمة تتعلق بالبنية التحتية للاتصالات بين الإدارات بقصد إزالة الحواجز وتدعيم التعاون والتنسيق بين مرافق الدولة عبر وسيلة أكيدة وسريعة.

- أما على المستوى اللامركزي:

فقد بدأ تطبيق "أنظمة المعلومات الإقليمية **des systèmes d'information territoriaux (SIT)**" (٢٧) من قبل المقاطعات والمحافظات والمناطق. والهدف الأساسي من هذه الأنظمة هو تشجيع تبادل وتقاسم المعلومات بين مرافق الدولة وشركائها من المقاطعات والمناطق والمحافظات.

---

26- "Le Ministère de la Fonction Publique et de la Réforme de L'Etat", et "La Délégation interministérielle à La Réforme de L'Etat (DIRE)", et "La Mission interministérielle de soutien technique au développement des technologies de l'information et de la communication (MTIC)", et "La Commission pour les simplification administratives (COSA)".

27 - لمزيد من التفاصيل انظر موقع:

[www.mtic.pm.gouv.fr/programmes/ader](http://www.mtic.pm.gouv.fr/programmes/ader)

• إضافة إلى ذلك فقد تم إنشاء موقع بيوزاري للعمل التعاوني تحت مسمى Vit@min يسمح للإدارات المركزية والإدارات اللامركزية بتقاسم المعلومات والعمل على وضع بعض الموضوعات على شبكة الإنترنت. في هذا السياق، فإنه يتوجب على الدولة وإداراتها المركزية واللامركزية إكساب العاملين في مجال الإدارة الإلكترونية مهارات متواصلة، وذلك بإخضاعهم لدورات تدريبية وورش العمل المتقدمة في هذا المجال، وكذلك تزويدهم بالأجهزة المتطورة (الحواسيب) (٢٨).

أما فيما يتعلق بمستخدمي المرافق العامة، فقد وضعت الدولة بين أيديهم مواقع إنترنت عامة ليتمكنوا من الدخول إليها واستخدام الاستثمارات الإدارية المنشورة عليها. يكفي أن نذكر في هذا المقام بأن الدولة أنشأت ٧٠٠٠ موقع إنترنت عام حتى سنة ٢٠٠٣، والهدف من ذلك هو تعميم ثقافة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بين مستخدمي المرافق العامة، وخاصة ما يتعلق بطلبات التوظيف، وطلبات المساعدات كالمناح الدراسية ومساعدات السكن، وطلبات التسجيل في المدارس والجامعات والمعاهد ... إلخ.

**وخلاصة القول، إن نشر ثقافة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وإحلالها محل ثقافة الأوراق يحتاج إلى إنشاء أكبر عدد ممكن من مواقع الإنترنت من قبل الدولة وإداراتها المركزية واللامركزية، واستكمال نشر النماذج أو الاستثمارات الإدارية على هذه المواقع لتلبي كل طلبات الأفراد والشركات والجمعيات والمؤسسات وغيرها.**

إن نجاح "الإجراءات الإدارية عن بعد" لدى مستعملي المرافق العامة يعتمد بدرجة كبيرة على بساطة الاستثمارات الإدارية، وأمن المعطيات المرسلة إلى الإدارات من خلال شبكة الإنترنت، وعلى الشروط المناسبة لتشغيل هذه المواقع. كما ويجب أن ينظر إلى نجاح "الإجراءات الإدارية عن بعد" من خلال التزايد الدولي لاستخدام الإجراءات الإدارية عن بعد، وخاصة من المنظور الأوروبي.

28 - في يناير ٢٠٠٠، وصلت نسبة الحواسيب في نطاق الوظيفة العامة ٨٦%، و ٧٨% من مرافق الدولة تملك مواقع على الإنترنت.

## المبحث الثاني

### رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني

منذ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Despujol سنة ١٩٣٠<sup>(٢٩)</sup>، فإن القرارات الإدارية التي تصدر عن السلطات الإدارية في الدولة (مركزية أم لامركزية) ما زالت تتكيف مع تغيرات الظروف، القانونية أو الواقعية (de droit ou de fait).

من جهة أخرى، فإنه يتوجب على القاضي الإداري أن يتأقلم ويتكيف مع التطورات الفنية والتكنولوجية. فبعد وصول التلفون والتلفزيون والفاكس والتلكس والتلغراف جاء الإنترنت بخدماته المتعددة وخاصة خدمة البريد الإلكتروني (le service de couriers électroniques)<sup>(٣٠)</sup>، ليقب الأوضاع المألوفة وخاصة في مجال الإجراءات الإدارية القضائية.

وعبر البريد الإلكتروني غالباً ما تجد السلطات الإدارية نفسها محاطة بستار غير شخصي **un voile impersonnel**، فمن جهة يجب أن يكون لها مسمى محدد تعرف به، ومن جهة أخرى يجب أن تسهل دخول الأفراد إلى الاستفادة من خدماتها، وقد يكون ذلك عن طريق بريدها الإلكتروني. وهذا ما ينطبق على القضاء حيث يتوجب عليه أن يواكب التطورات والتغيرات، وخاصة التطورات التكنولوجية، واستيعابها، ولا يتأتى هذا إلا بالسماح للأفراد بالاطعن أمامه بالطرق الحديثة وخاصة بالطريق الإلكتروني (Par voie électronique).

في هذا الخصوص، فقد قبلت المحكمة الإدارية لمدينة نانت في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠١ أول طعن بواسطة البريد الإلكتروني في فرنسا<sup>(٣١)</sup>. وتعتبر

<sup>29</sup>- Conseil d'Etat Français (CE), Section, 10 janvier 1930, Despujol, Recueil Lebon (Rec., Leb.) P.30. in raif.org.

<sup>30</sup>- Le téléphone, la télévision, La télécopie, Le télex, Le télégraphe, et L'internet.

<sup>31</sup>- Tribunal administratif de Nantes, 28 décembre 2001.

[WWW.Perso.hol.fr](http://WWW.Perso.hol.fr) .

محكمة نانت الإدارية أول محكمة في نطاق القضاء الإداري في فرنسا قبلت الطعن المقدم من أحد الأشخاص بالطريق الإلكتروني عن طريق الإنترنت ومباشرة على عنوان البريد الإلكتروني للمحكمة، واشترطت المحكمة لقبول الدعوى بالطريق الإلكتروني أن يقوم الطاعن بتأكيد طعنه بواسطة البريد العادي، أي وفق الشروط المحددة لقبول الدعوى التي يتم رفعها أمام القضاء الإداري بواسطة الفاكس (الناسخ) **Le télécopie**. والسؤال الذي يثور فوراً يتعلق بالشروط الواجب توافرها في الطعن أمام القاضي الإداري بالبريد الإلكتروني، وقانونية الإثبات بالطعن بالطريق الإلكتروني ...

### المطلب الأول

#### شروط رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني

إن استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مجال الطعون أمام القضاء الإداري قد وُلد بصفة أساسية في نطاق المنازعات المتعلقة بالأجانب (أو ما يسمى بقضاء الأجانب **Le contentieux des étrangers**)، ومثال ذلك (الإبعاد الإداري، الترحيل، ورفض الدخول إلى الدولة، رفض الإقامة أو رفض تمديدھا...)، وكذلك في نطاق المنازعات المتعلقة بالانتخابات المستندة إلى اللوائح (أو ما يسمى بقضاء الانتخابات **Le contentieux des élections**)<sup>(٣٢)</sup>.

في هذا الخصوص نصت المادة رقم R. ١١٩ من قانون الانتخابات الفرنسي على ما يلي: "إن الاعتراضات ضد العمليات الانتخابية، يجب أن تودع - تحت طائلة البطلان- خلال خمسة أيام التالية ليوم إعلان نتائج الانتخابات لدى سكرتارية البلدية أو لدى المقاطعات الفرعية، وترسل هذه الاعتراضات فوراً إلى مدير المقاطعة، والذي يقوم بدوره بتسجيلها لدى قلم

32 - TABAK Benoit, La saisine du juge administratif par courrier électronique, juriscom.net 7 juin 2002 P. 1-6.



كتاب المحكمة الإدارية. ويجوز إيداع هذه الاعتراضات مباشرة لدى ديوان قلم كتاب المحكمة الإدارية".

يستفاد من هذا النص أن مدة الطعن ضد نتائج الانتخابات قصيرة جداً (وهي خمسة أيام من اليوم التالي لإعلان نتائج الانتخابات)، ولهذا فإن اللجوء إلى الطعن بالبريد الإلكتروني **Par courrier électronique** يعد من أفضل طرق الطعن وأكثرها سهولة وبساطة ومرونة، إذ يكفي أن يرسل الطاعن اعتراضه مباشرة إلى العنوان الإلكتروني **L'adresse mél** للجهة المحددة في النص (سكرتارية البلدية **au secrétariat de mairie**، أو المقاطعة - الفرعية **au sous-préfecture**، أو مباشرة إلى قلم كتاب المحكمة الإدارية المختصة **au bureau central du greffe du tribunal administratif**).

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه عن مدى الصحة أو الشرعية القانونية **La valabilité juridique** لهذا الإجراء؟

- في مجال المنازعات الانتخابية لم تشترط المادة 119 R. من قانون الانتخابات أي شكلية معينة تتعلق بدعوى الطعن الانتخابي.
- في مجال المنازعات الإدارية بالمعنى الواسع (**au sens large**) نصت المادة 413.1 R. من تقنين القضاء الإداري على ما يلي "يجب أن تودع عريضة الدعوى أو ترسل إلى قلم كتاب المحكمة الإدارية المختصة، إلا إذا تم النص على غير ذلك في قانون خاص. ويجب أن تكون العريضة مكتوبة باللغة الفرنسية، وتتضمن معلومات أساسية عن شخص الطاعن، وموقعة منه".

يستفاد من هذا النص ما يلي:

1. القاعدة: أن عريضة الدعوى في المنازعات الإدارية يجب أن تودع أو ترسل إلى قلم كتاب المحكمة المختصة **La requête doit être déposée ou adressée au greffe**. من الملاحظ أن المشرع لم يشترط شكلية معينة في عريضة الدعوى سوى أن

تكون مكتوبة باللغة الفرنسية وتتضمن معلومات أساسية عن شخص الطاعن (الاسم، والعمر ومكان الإقامة، والوظيفة ...).

٢. الاستثناء: أن ينص قانون خاص على إجراءات أو تشكيلات غير الشكليات التي اقتضتها الفقرة الأولى من هذا النص (1. R. 413. Sauf disposition contraire الإداري (contenue dans un texte spécial).

وهذا يعني أن القاضي الإداري له الحق في قبول طلبات الدعاوى الإدارية ولو قدمت بغير الطريق المألوف (العريضة المكتوبة والموقعة من المدعى). في هذا الخصوص قضى مجلس الدولة الفرنسي (أعلى سلطة قضائية في مجال المنازعات الإدارية) في ٢ أكتوبر ١٩٨١ (٣٣) بما يلي: "يستطيع الطاعن رفع دعواه أمام المحكمة الإدارية لمدينة نيس بواسطة التلغراف **Par la voie d'un télégramme**، شريطة أن يتضمن هذا التلغراف عرضاً موجزاً لوقائع الدعوى وأوجه الإلغاء، على أن يلتزم الطاعن بأن يؤكد دعواه مكتوبة وموقعة منه أثناء سير الدعوى وقبل الفصل فيها". وفي حكم آخر قضى مجلس الدولة بقبول لائحة الدعوى المقدمة بواسطة التلكس (**Par la voie d'un télex**) شريطة أن يقوم المدعى بتأكيد دعواه مكتوبة وموقعة منه أثناء سير الدعوى ولو انتهت مدة الطعن (٣٤)، وقضى كذلك بقبول الدعوى المقدمة بواسطة الفاكس (الناسوخ) (**par la voie d'un télécopie**)، شريطة أن يؤكد المدعى دعواه مكتوبة وموقعة منه أثناء سير الدعوى (٣٥).

يتضح من هذه الأحكام أن القضاء الإداري يقبل من حيث المبدأ الدعوى المرفوعة أمامه بغير الطريق المألوف، وقد يكون ذلك عن طريق التلغراف

33- C.E., 2 octobre 1981, N° 18809, M. Tomasi, juriscome.net 7 juin 2002.

34- C.E., 8 juillet 1988, N° 88665, M. Bertarand Dietschi, in raif.org.

35- C.E., 13 Mars 1996, N° 112949, Diraison, in raif.org.

أو التلكس أو الفاكس ولكن شريطة أن يقدم المدعى بتأييد دعواه في لائحة مكتوبة وموقعة منه أثناء سير الدعوى وقبل الفصل فيها، حتى ولو انتهت مدة الطعن.

وخلاصة القول، فقد أجاز القضاء الإداري الطعن في المنازعات الإدارية بطرق متعددة:

- بواسطة عريضة مكتوبة وموقعة من الطاعن.
- بواسطة التلغراف **Le télégramme**، والتلكس **Le télex**، والفاكس (الناسوخ) **Le télécopie**، ولكن مع التزام الطاعن بأن يدعم أو يؤكد طعنه بعريضة مكتوبة وموقعة منه تقدم للمحكمة أثناء سير الدعوى **au cours de l'instance**، حتى لو قدمت بعد انتهاء مدة الطعن.

ولكن هل يجوز الطعن أمام القضاء الإداري بواسطة البريد الإلكتروني **Par voie électronique**، أي برسالة إلكترونية مرسلة على العنوان الإلكتروني للمحكمة المختصة **à l'adresse mél**.

لقد أجابت المادة رقم (١٦) من القانون رقم ٣٢١-٢٠٠٠ الصادر في ١٢ إبريل ٢٠٠٠ في شأن حقوق المواطنين في علاقاتهم مع الإدارات<sup>(٣٦)</sup>، حيث نصت على ما يلي: "يقتضي على كل شخص احترام التاريخ المحدد أو المدة المعينة لتقديم طلباته، أو إيداع إقراراته، أو تنفيذ التزاماته المالية، أو تقديم وثيقة أمام إحدى السلطات الإدارية سواء تم ذلك بطريق البريد **Par voi postale**، ويكون في هذه الحالة خاتم البريد الممهور على الرسالة حجة **faisant foi** على الإدارة، أو تم ذلك بطريق التليماتك **Le Lélématique** (التلغراف، التلكس، والفاكس)، أو تم ذلك

<sup>36</sup>- يعتبر هذا القانون التشريع الأكثر أهمية وفاعلية وشفافية لحقوق المواطنين أثناء تعاملاتهم مع الإدارات المختلفة.

بطريق المعالجة المعلوماتية Informatique، شريطة أن تسمح هذه الطرق بإثبات تاريخ الإرسال "La date d'envoi" (٣٧)

يستفاد من هذا النص ما يلي:

١. إن إثبات تاريخ إرسال بريد إلى الإدارة من قبل الأفراد لا يكون إلا من خلال خاتم البريد **Le cachet de la poste** الممهور على الرسائل التي تحمل هذه الطلبات. وإن الالتزام بمدة محددة أو ميعاد محدد لا يكون حجة **faisant foi** على الإدارة إلا من خلال التاريخ المثبت على خاتم البريد.
  ٢. أجاز النص تقديم الطلبات أو الإقرارات وغيرها عن طريق التلغراف والفاكس والتلكس.
  ٣. كما أجاز النص تقديم الطلبات والإقرارات وغيرها عن طريق المعالجة المعلوماتية أي المعالجة الآلية عن طريق الإنترنت أو بالطريق الإلكتروني.
- وفي الحالتين السابقتين (٢، ٣) يجب أن تسمح هذه الطرق بإثبات تاريخ الإرسال.

٤. استثنى نص المادة (١٦) سאלفة الذكر من التطبيق (٣٨):

أ. الإجراءات المنصوص عليها في تقنين الأشغال العامة **Code**

**.des marchés publics**

ب. الإجراءات التي تستوجب حضور الشخص صاحب الطلب شخصياً إلى الإدارة المختصة بمقتضى نصوص خاصة.

---

37 - المعدلة بمقتضى القانون رقم ١١٦٨ - ٢٠٠١ الصادر في ١٢ نوفمبر ٢٠٠١ المادة (٥).

38 - "Ces dispositions ne sont applicables ni aux procedures regies per le code des marchés publics, ni à celles pour lesquelles la présence personnelle du demandeur est exigée en applications d'une disposition particuliere".

تطبيقاً لما جاء في نص المادة (١٦) فقد قضى مجلس الدولة بقبول الطعن المقدم بالطريق الإلكتروني في قراره الصادر في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠١<sup>(٣٩)</sup>. وجاء في حيثيات هذا الحكم ما يلي: "... وحيث أن الاعتراض قد أرسل إلى مدير مقاطعة **du Jura** بالبريد الإلكتروني في ١٦ مارس ٢٠٠١، وحيث أن الطاعن قد دعم وأكد طعنه برسالة مكتوبة وموقعة منه إلى قلم كتاب المحكمة الإدارية لمدينة **Besancon**، فإن الدعوى في هذه الحالة تكون مقبولة".

من الواضح أن مجلس الدولة أكد على قبول الدعاوى أمام المحاكم الإدارية بالبريد الإلكتروني، شريطة أن يقوم الطاعن بتأكيد ودعم طعنه برسالة بريدية موقعة منه تودع لدى قلم كتاب المحكمة. أثناء سير الدعوى حتى لو انتهت مدة الطعن (وهي خمسة أيام في هذه الدعوى ضد النتائج الانتخابية البلدية).

وقد صدر حكم آخر عن المحكمة الإدارية لمدينة Nantes في ٧ يونيو ٢٠٠١<sup>(٤٠)</sup> أكد هذا المنحى، أي جواز الطعن بالبريد الإلكتروني ولكن شريطة أن يلتزم الطاعن بدعم وتأييد طعنه لاحقاً برسالة تحمل توقيع تودع قلم كتاب المحكمة أثناء سير الدعوى. وقد أكد مفوض الحكومة لدى مجلس الدولة **Sebastien Degommier** في هذا الحكم على أن قبول الطعن أمام المحكمة بالطريق الإلكتروني يشابه الطعن أمام المحكمة بطريق الفاكس، حيث يلتزم الطاعن في الحالتين بالتصديق على طعنه برسالة (تتضمن وقائع الدعوى وأوجه الطعن) تودع قلم الكتاب أثناء سير الدعوى. مما سبق، فإنه يشترط لقبول الطعون في المنازعات الإدارية أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني ما يلي:

39- C.E., 28 décembre 2001, N° 235784, Election municipale d'Entre- Deux- Monts, in raif.org.

40- Tribunal administratif de Nantes, 7 juin 2001 N° 01-1367 Eléctions municipales de Maison –sur- sevre, in Les petites affiches, 10 août 2001 P. 25- 27 avec les conclusions de Sébaasten Degommier, Commissaire du gouvernement.

١. يجب أن يتضمن البريد الإلكتروني جميع العناصر القانونية والواقعية  
ومثال ذلك التعريف بالطاعن (الاسم واللقب، والعمر والعنوان ومكان  
الإقامة ومكان العمل ...) وكذلك أوجه الطعن القانونية على شرعية  
القرار الطعين (عيب المحل، عيب الشكل، عيب السبب، عيب  
الاختصاص، عيب الانحراف بالسلطة عن المصلحة العامة ..).

٢. على الطاعن أن يرسل بريده الإلكتروني متضمناً العناصر الأساسية  
للدعوى في ميعاد الطعن المقرر (dans le délai déterminé)،  
بمعنى آخر يجب أن يصل البريد الإلكتروني إلى المحكمة المختصة قبل  
انتهاء مدة الطعن. وهذا ما أكدته مفوض الحكومة لدى مجلس الدولة في  
حيثياته حول حكم مجلس الدولة الصادر في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠١، "لا  
تقبل الدعوى الإدارية بالبريد الإلكتروني إلا في حالة وصول هذا  
البريد قبل انتهاء مدة الطعن المقررة."

ولكن مفصل المشكلة التي تثور في هذا الصدد تتلخص في إثبات أن الطعن  
قدم في الميعاد المحدد أي قبل انتهاء المدة، أي عدم فوات ميعاد الطعن،  
وكيف يتم إثبات ذلك أمام القاضي.

### المطلب الثاني

إثبات رفع الدعوى أمام القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني  
كقاعدة عامة

فإن مرحلتين أساسيتين يجب بحثهما في نطاق إثبات رفع الدعوى أمام  
القضاء الإداري بالبريد الإلكتروني :

المرحلة الأولى: تتمثل في إثبات إيداع عريضة الدعوى لدى قلم كتاب  
المحكمة المختصة، وبمعنى أكثر دقة إثبات وصول الرسالة الإلكترونية

المتضمنة لائحة الدعوى إلى قلم كتاب المحكمة المختصة بواسطة البريد الإلكتروني .

المرحلة الثانية : تتمثل في إثبات مضمون (محتوى) عريضة الدعوى المرفوعة بالبريد الإلكتروني إلى المحكمة المختصة بما في ذلك أوجه الطعن (أو الإلغاء) في القرار الإداري الطعين .

سنركز في هذا الإطار على المرحلة الأولى فقط , لأن المرحلة الثانية يتم اثباتها من خلال الكتابة المشفرة ( المرموزة ) **cryptographie** المنشورة عبر شبكة الأنترنت .

إذا السؤال الذي يطرح نفسه هو: كيف يستطيع المدعي إثبات وصول بريده الإلكتروني المتضمن عريضة الدعوى إلى المحكمة المختصة ؟

أجاب على هذا السؤال بصورة مقتضبة مفوض الحكومة لدى مجلس الدولة الفرنسي **Sébastien Degommier** حيث أشار إلى أن مجرد وجود رسالة إلكترونية مرسله من قبل المدعي ومثبتة في خانة " الرسائل المرسله " **Messages envoyés** في صندوق الرسائل الإلكترونية للمدعي تثبت أن المدعي قد قام بإرسال بريده الإلكتروني إلى قلم كتاب المحكمة المختصة وأن رسالته قد تم إرسالها عبر شبكة الأنترنت (١٤) . غير أنه لم يتكلم عن كيفية استلام البريد الإلكتروني , خاصة وأن صورة عن البريد الإلكتروني لا تمثل ضمانه حقيقية للمطلوب , لأنه من السهل تزويرها , إضافة أن المثل المأثور يقول " لا يمكن إجبار أحد على أن يقدم دليلا على نفسه **nul ne peut se faire de preuve à soi même** " . ويرفض القاضي الإداري بكل بساطة الإثبات الذي يعتمد فقط على مجرد تقديم صورة عن الرسالة المرسله .  
هذه المسألة منطقية لسببين :

أ- كون المدعي يسيطر كلياً على الإجراءات فإن القاضي الإداري يجد نفسه مضطراً لرفض الإثبات الذي يعتمد فقط على مجرد تقديم صورة عن الرسالة المرسلّة لأنه من السهل إعداد رسالة إلكترونية بمساعدة برنامج يعالج النصوص ويسمح بعمليات تسجيل تعديلات على هذه النصوص وعلى تاريخ إرسال الرسالة الإلكترونية وحتى على محتواها .

ب- كون القاضي الإداري يلزم المدعي بتقديم الأدلة التي تدعم دعواه في مدة محددة, فإن مجرد تقديم صورة عن الرسالة المرسلّة للقاضي لا تكفي كدليل<sup>(٢)</sup> . وفي دعوى مشابهة قضت المحكمة الإدارية الإستئنافية في مدينة نانسي بأن إرسال لائحة الدعوى إلى المحكمة بالفاكس لا يكفي كدليل على وصولها إلى قلم كتاب المحكمة , وجاء في حيثيات هذا الحكم " ماذا لو لم يتم استلام الفاكس من قبل الجهاز المستقبل بسبب نقص في الأوراق , فإنه في هذه الحالة لا يكفي كدليل مجرد الإشعار المقدم من قبل جهاز الإرسال"<sup>(٣)</sup> .

وبتطبيق هذا الوضع على رفع الدعوى بالبريد الإلكتروني , فإن مجرد إشعار بالاستلام يرسل بواسطة الحاسوب المستقبل لا يكفي كدليل على أن الدعوى قد رفعت , وأن قلم كتاب المحكمة قد استلم لائحة الدعوى , وذلك لوجود العديد من المشاكل الفنية التي يمكن أن تتور في هذا الإطار ومثال ذلك , قد يقوم الجهاز المستقبل بإرسال رسائل إلى كل مرسل بطريقة أوتوماتيكية .

لذلك , فإنه يقتضي من أجل ضمان شرعية الدعوى المرفوعة بواسطة شبكة الانترنت أن يقدم الطاعن دليلاً بتسجيله الدعوى لدى قلم كتاب المحكمة

42 - TABAK Benoit,op.cit., p.3.

43 - Cour administratif d'appel de Nancy, 8 avril 1993 N° 92NC  
0122 ,Ministre des postes et télécommunication c/ Entreprise RCFC  
,Rec. Leb. ,1994 ,P.87 .



المختصة , وهذا لا يتحقق إلا بحصول المدعي على رسالة بالبريد العادي تفيد أن لائحة الدعوى قد تم استلامها من قبل قلم كتاب المحكمة المختصة . أما حصول الطاعن على رسالة إلكترونية من قبل القضاء المختص فلا يكفي كدليل لأنه من السهل تحريفها أو تزويرها أو انتحال شخصية مرسلها, مما يصعب معه إقناع القاضي بأن لائحة الدعوى قد تم استلامها من قبل قلم كتاب المحكمة المختصة .

هذا الحل قد تم تبنيه من قبل مجموعة العمل المختصة " بتنظيم المنازعات والإدارة الإلكترونية " التي انبثقت عن ملتقى الحقوق من خلال الأنترنت – والذي أصبح فيما بعد وبتوصية من رئيس الوزراء جهازاً يتكون من عدد من الجمعيات والنقابات والخبراء والمختصين ذوي الإهتمام في مجال الأنترنت , وذلك لدراسة مدى ملائمة تطبيقات المبادئ القانونية التقليدية على الأنترنت , في تقريرها الذي نشرته في ٩ ابريل ٢٠٠٢ . " أن الإجراء العادي لفتح ملف الدعوى بالبريد الإلكتروني يجب أن يكمل بإرسال بريد عادي في أسرع وقت ممكن بلائحة الدعوى وموقعة من قبل المدعي , حيث يعد هذا البريد العادي إشعاراً برفع الدعوى وتأكيداً على اللائحة المرسلة بالبريد الإلكتروني "

### المطلب الثالث

#### مشروع اختبار الإجراءات عن بعد أمام القضاء الإداري

إن انفتاح القضاء الإداري في فرنسا على التكنولوجيا الجديدة أو بصفة خاصة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بدأ منذ عشرات السنين، ولكنه عرّف

تطوراً ملحوظاً وحازماً في السنوات الأخيرة، وخاصة مع الطرح المتزامن لمشروعين هامين في مجال القضاء الإداري(٤٤) .

- برنامج البريد الإلكتروني (البصير E-sagace)
- اختبار الإجراءات عن بعد أمام القضاء الإداري .

أولاً : برنامج البريد الإلكتروني ( البصير E-sagace )

لفهم برنامج البريد الإلكتروني ( البصير E-sagace ) الذي طرح سنة ١٩٩٩ لخدمة اطراف الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الإداري الفرنسي، يجب العودة إلى سنة ١٩٩٤ حيث كان يطبق في ذلك الوقت برنامج إدارة الملفات أمام مجلس الدولة الفرنسي من خلال جهاز المنيتل Le Minitel. وفي البداية كان يسمح فقط للمحامين لدى مجلس الدولة من متابعة حالة ملفات الدعاوى المرفوعة أمام المجلس.

وفي مرحلة تالية، أصبح باستطاعة أطراف الدعاوى المرفوعة أمام مجلس الدولة من متابعة قضاياهم من خلال جهاز المنيتل.

غير أنه في سنة ١٩٩٩ طرح برنامج جديد (برنامج البريد الإلكتروني E-Sagace) على الإنترنت SW internet ليحل محل خدمة المنيتل لخدمة أطراف الدعاوى المرفوعة أمام مجلس الدولة الفرنسي، حيث يستطيع هؤلاء من خلال رقم تعريفى ورقم لملف القضية يتم تزويدهم بها بمقتضى رسالة بالبريد العادي- متابعة حالة قضاياهم في جميع مراحل الدعوى منذ رفعها وحتى الفصل فيها.

وفي ٢ مارس ٢٠٠٤ بدأت مرحلة اختبار لهذا النظام Phase d'expérimentation أمام أربع محاكم إدارية وهي (المحكمة الإدارية

---

BRONDEL Séverine, Les juridictions administratives - 44

vont expérimenter les téléprocédures, AJDA, avril 2004, pp.844 et 845

لمدينة باريس والمحكمة الإدارية لمدينة ليون والمحكمة الإدارية الإستئنافية لمدينة بوردو والمحكمة الإدارية الإستئنافية لمدينة دوية) (٤٥).  
تطبيقاً لهذه المرحلة فإن جميع أطراف الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم الإدارية الأربعة المشار إليها أعلاه يزودون بالبريد العادي ومنذ لحظة تسجيل دعاوهم لدى قلم كتاب هذه المحاكم بثلاثة أرقام:  
● رقم يتعلق بالمحكمة الإدارية المختصة:

## Le code de la jurisdiction

● رقم ملف القضية :

## Le numéro de L`affaire

● رقم شخصي :

## Un Code Personnel

من خلال البريد الإلكتروني E-sagace يستطيع كل طرف من أطراف الدعوى الدخول إلى الدعوى عبر الإنترنت منذ لحظة تسجيلها لدى المحكمة وتتبع مجرى سيرها ومراحلها المختلفة حتى الفصل فيها. وعلى سبيل المثال ومن خلال تبويب معين على الإنترنت يستطيع كل طرف من أطراف الدعوى متابعتها أثناء المحاكمة ومراحلها المختلفة، ولانحة الدعوى والردود عليها، وأية مذكرات إضافية تقدم بعد السير في الدعوى، والمستندات المقدمة وكل ما يتعلق بالدعوى إضافة إلى موعد جلسة الفصل فيها(٤٦).

---

Les tribunaux administratifs de Lyon et de Paris, Les cours - 45  
administratives d'appel de Douai et de Bordeaux.

46- أشار Joseph Ohayon مدير أنظمة المعلومات في مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه منذ ٢ مارس ٢٠٠٤ تم تسجيل ١٢١١١ قضية أمام المحاكم الأربعة محل الاختبار (المحكمة الإدارية في باريس والمحكمة الإدارية في ليون، والمحكمة الإدارية في بوردو)

لقد تم تحديد مدة ثلاث سنوات لاختبار هذه التجربة قبل تعميمها على باقي المحاكم الإدارية في فرنسا. وخلال هذه السنوات الثلاث القابلة للتجديد حسب مقتضيات الحاجة، ستعقد اجتماعات لتقييم التجربة وتلقي المقترحات التي سيقدّمها المحامون أو القضاة أو المختصون في هذا المجال.

ثانياً: اختبار الإجراءات عن بعد أمام القضاء الإداري:

بناء على طلب من مجلس الدولة الفرنسي أصدر **Thierry SOMMA** المستشار الأول لدى محكمة إدارية فرساي تقريره في نوفمبر ٢٠٠٣ تحت عنوان "تطبيق الإجراءات عن بعد أمام القضاء الإداري"<sup>(٧)</sup>. مبيّناً أهمية الانتقال خطوة إلى الأمام نحو لامادية الإجراءات القضائية (**un pas vers La dématérialisation procédure contentieuses**). وقد أوضح التقرير أهمية استخدام التكنولوجيا لأطراف الدعوى وبالنسبة لتطوير عمل المحاكم الإدارية على الرغم من بعض المخاوف والصعوبات التي قد تعترض استخدام التكنولوجيا وخاصة في مجال سريان مدة الطعن، والتوقيع الإلكتروني لإطراف الدعوى، وأمن وسرية المعلومات عبر الأنترنت، وكثرة وازدحام العمل أمام قلم كتاب المحاكم الإدارية....

من جهتها، فقد وافقت لجنة إدارة المعلومات لدى مجلس الدولة الفرنسي على تشكيل لجنّتين لإدارة مشروع اختبار الإجراءات عن بعد أمام القضاء الإداري: لجنة إطلاق المشروع **le comité de pilotage** ولجنة المستفيدين من المشروع **le comité d'usagers**. وقد بين التقرير الأهداف الأساسية للمشروع والتي تتمثل بصفة أساسية في:

---

والمحكمة الإدارية في دوية). وتم الدخول إلى ٥٩٨٢ قضية من مجموع القضايا باستخدام البريد الإلكتروني E-sagace.

47- BRONDEL Séverine, Les juridictions administratives vont expérimenter les - téléprocédures, AJDA, avril 2004, pp.844 et 845

• تقديم أفضل خدمة لمستعملي أو مستخدمي مرفق القضاء الإداري من خلال استخدام البريد الإلكتروني E-sagace عبر شبكة الإنترنت.

• تطوير العمل الداخلي لمحاكم القضاء الإداري والاقتصاد في النفقات من خلال استخدام شبكة الإنترنت واستبعاد استخدام الأوراق في هذا المجال.

غير أن هذا النظام يواجه في التطبيق العديد من المعوقات والمشكلات القانونية والفنية **Juridiques et Techniques**.

في الوقت الحالي فإن لجنة إطلاق المشروع وضعت تحت الاختيار مشروعين:

- المشروع الأول: يتعلق بالقضايا الخاصة التي تعرض على مجلس الدولة الفرنسي باعتباره قضاء نقض، وينصب فقط على تبادل المذكرات القانونية بين المحامين. وهذا الأمر يتوقع أن يشمل من ٢٥٠-٣٠٠ مذكرة قانونية يتم تبادلها بين المحامين بالطريق الإلكتروني.
  - المشروع الثاني: يتعلق ببعض القضايا المتبادلة بين المحافظة والمحاكم الإدارية وخاصة ما يتعلق بقضايا الأجانب.
- وفي سبيل تحقيق هذه المشاريع لابد من تعديل بعض النصوص المتعلقة بتقنين القضاء الإداري وذلك لتمكين الأفراد من اللجوء إلى الطريق الإلكتروني وإعنائهم من استخدام طرق الطعن الورقية. إضافة إلى إيجاد بعض الحلول الفنية وخاصة ما يتعلق بوصول البريد الإلكتروني المتعلق بالطعن في الدعوى إلى قلم كتاب المحكمة المختصة أن يرسل رسالة مع علم الوصول **Un accusé de réception** إلى الطاعن يعلمه فيها بوصول طعنه بالبريد الإلكتروني. إضافة إلى بعض المشاكل الفنية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني حيث يجب أن يتم ذلك بمقتضى رقم شخصي يتزود به الطاعن يختلف عن الرقم الخاص بكلمة المرور إلى القضية أمام المحكمة له أهمية كبيرة وحيوية بالنسبة للعمل الداخلي للمحامين.

## الخاتمة

أن التطورات التكنولوجية التي برزت وخاصة في نهاية القرن العشرين قلبت الأوضاع في مجال الإجراءات، وخاصة في نطاق معالجة ونقل المعطيات، حيث أصبحت "الخدمات العامة عن بعد" "والإجراءات الإدارية عن بعد" رهان هام للدولة وللمواطنين، وبهذا بدأ الصراع بين ثقافة الأوراق وثقافة الإنترنت، ورويدا رويدا أصبح اللجوء إلى هذه النظريات يمثل أهمية حيوية في تطوير وتحسين العلاقات بين المرافق العامة ومستخدميها من المواطنين أو الشركات أو الجمعيات أو المؤسسات حيث تقدم لهم خدمات جديدة غير معروفة لهم من قبل، كما تمثل من جهة أخرى أهمية في تحديث عمل الدولة والابتعاد عن الروتين والتعقيد والبيروقراطية. وتعد كذلك عاملا أساسياً في تبسيط الإجراءات وتحسين العلاقات بين الإدارة والمواطنين من مستخدمي المرافق العامة".

ويمكن تلخيص أهم الفوائد المترتبة على اللجوء إلى هذا الطريق الحديث (الطريق الإلكتروني) ما يلي :

- ١- تحسين الخدمة المقدمة لمستخدمي المرافق العامة من خلال سرعة التبادل غير المادي بين الإدارة والمواطنين. حيث توفر هذه الطريقة الجهد والوقت، وتخفف من التفاصيل الكثيرة التي تتميز بها الطريقة التقليدية (الاستمارات الورقية) وما يسبقها وما يتبعها من إجراءات طويلة ومعقدة.
- ٢- تمثل "الإجراءات الإدارية عن بعد" لمستخدمي المرافق العامة ضمانة أساسية لمزيد من تبسيط الإجراءات الإدارية، وذلك بالتخفيف من الأعباء والشكليات، وتبادل الوثائق والمستندات.
- ٣- تؤدي "الإجراءات الإدارية عن بعد" إلى تقليل النفقات بسبب الاقتصاد في الأوراق وصور الوثائق.
- ٤- تسمح "الإجراءات الإدارية عن بعد" لمستخدمي المرافق العامة بإنجاز معاملاتهم دون تحمل أعباء وعناء مراجعة الدوائر والإدارات المستمر

إضافة إلى بعد الإدارات من مكان إقامة الأفراد، حيث يستطيع مستعمل المرفق متابعة ملفه بالطريق الإلكتروني من مكان إقامته أو مكان عمله. وعلى الرغم من الفوائد العديدة المترتبة على استخدام الخدمات العامة عن بعد والإجراءات الإدارية عن بعد، فإن ذلك لا يمنع من وجود بعض المعوقات والصعوبات أهمها:

١. بعض المخاوف المتعلقة والمرتبطة بأمن الإجراءات، سواء من جانب مستخدمي المرافق العامة، أو من جانب الموظفين العموميين الذين يعملون في إدارات الدولة المختلفة.

٢. بعض المخاوف المرتبطة بضعف الجوانب الفنية في نظام استخدام مواقع الإنترنت العامة مما قد يؤدي إلى مخاطر في وضع هذه المواقع واستخدامها من قبل الأفراد.

٣. بعض المخاوف المرتبطة بالجوانب القانونية، وخاصة ما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني وقانونيته في الإثبات.

٤. بعض المخاوف المرتبطة بسرية المعطيات المعالجة والمعلومات المتداولة بين الإدارة والأفراد.

٥. بعض المخاوف المتعلقة بنقص المعلومات الواجب توافرها في النماذج أو الاستمارات المتداولة بالطريق الإلكتروني.

إن أهمية الخدمات العامة عن بعد والإجراءات الإدارية عن بعد للدولة والمواطنين، أو بمعنى أكثر دقة للإدارة الإلكترونية يستوجب منا مضاعفة الجهود لتذليل الصعوبات والمعوقات التي تعترض تطور الإدارة الإلكترونية وإيجاد الحلول المناسبة والملائمة في كل مرة تثور بعض الصعوبات، ويمكن تلخيص أهم الموجهات المقترحة في هذا الخصوص فيما يلي:

١. التأكيد الدائم على الإرادة السياسية في تطوير الخدمات العامة عن بعد والإجراءات الإدارية عن بعد. هذه الإرادة التي يجب أن تنصب بصفة أساسية على وضع الإدارة الإلكترونية في خدمة المواطنين من مستخدمي المرافق العامة والشركات والمؤسسات والجمعيات،

٢. العمل على تنفيذ فكرة إيجاد قيادة مركزية للإدارة الإلكترونية لدى أحد الوزارات، حيث يتولاها المتخصصون والخبراء في المجالات المتعددة التقنية والإدارية والفنية.
٣. تقديم المساعدة الضرورية للعاملين في مجال الإدارة الإلكترونية في الإدارات المختلفة. ويكون ذلك بإيجاد كادر خاص بهم يتناسب مع المهمة الموكولة إليهم، وتقدير خبراتهم وتخصصاتهم المختلفة
٤. العمل على إيجاد بيئة من الثقة بين المواطنين والإدارات المختلفة لإنجاح الإدارة الإلكترونية وتشجيع الأفراد والشركات والجمعيات اللجوء إلى هذا الطريق الحديث. هذه البيئة من الثقة تتمثل في ضمان: بيئة قانونية من خلال تقنين موضوع التوقيع الإلكتروني واعتباره طريقة للإثبات، وتوثيق العمليات الجارية بين مرافق الدولة وبين هذه المرافق ومستخدميها من الأفراد والشركات والمشروعات.
٥. إيجاد التشريعات الضرورية لضمان سرية أمن المعلومات وكما لها في عملية التبادل الإلكتروني بين الدولة والمواطنين.
٦. العمل على تطوير الخدمات عن بعد والإجراءات عن بعد لتصبح أداة إلكترونية فعالة ومؤثرة في علاقات الدولة مع مواطنيها.
٧. العمل على الارتقاء بالإدارة الإلكترونية لتصبح امتيازاً *un privilège* للمواطنين ومستخدمي المرافق العامة.
٨. العمل على تطوير الخدمات العامة عن بعد والإجراءات العامة عن بعد الإقليمية والمحلية لتكون امتيازاً لمستخدمي المرافق العامة الإقليمية والمحلية.
٩. العمل على تحسين شروط اللجوء إلى الإدارة الإلكترونية بشكل تدريجي ومنظم لنصل إلى إدارة إلكترونية فعالة ومنتجة.
١٠. إن نشر ثقافة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وإحلالها محل ثقافة الأوراق يحتاج إلى إنشاء أكبر عدد ممكن من مواقع الإنترنت من قبل الدولة وإداراتها المركزية واللامركزية، واستكمال نشر النماذج أو



الاستثمارات الإدارية على هذه المواقع لتلبي كل طلبات الأفراد والشركات والجمعيات والمؤسسات وغيرها.

من جهة أخرى فقد أجاز القضاء الإداري الطعن في المنازعات الإدارية بطرق متعددة:

- بواسطة لائحة مكتوبة وموقعة من الطاعن.
- بواسطة التلغراف Le télégramme، والتلكس Le télex، والفاكس (الناسوخ) Le télécopie، ولكن مع التزام الطاعن بأن يدعم أو يؤكد طعنه بلائحة مكتوبة وموقعة منه تقدم للمحكمة أثناء سير الدعوى au cours de l'instance، حتى لو قدمت بعد انتهاء مدة الطعن.
- بالبريد الإلكتروني ولكن ضمن الشروط التالية:

أ - يجب أن يتضمن البريد الإلكتروني جميع العناصر القانونية والواقعية ذلك التعريف بالطاعن (الاسم واللقب، والعمر والعنوان ومكان الإقامة ومكان العمل ...) وكذلك أوجه الطعن القانونية على شرعية القرار الطعين (عيب المحل، عيب الشكل، عيب السبب، عيب الاختصاص، عيب الانحراف بالسلطة عن المصلحة العامة ..).

ب - على الطاعن أن يرسل بريده الإلكتروني متضمناً العناصر الأساسية للدعوى في ميعاد الطعن المقرر (dans le délai déterminé)، بمعنى آخر يجب أن يصل البريد الإلكتروني إلى المحكمة المختصة قبل انتهاء مدة الطعن.

ومن أجل ضمان شرعية الدعوى المرفوعة بواسطة شبكة الانترنت فإنه يقتضي أن يقدم الطاعن دليلاً بتسجيله الدعوى لدى قلم كتاب المحكمة المختصة، وهذا لا يتحقق إلا بحصول المدعي على رسالة بالبريد العادي تفيد أن لائحة الدعوى قد تم استلامها من قبل قلم كتاب المحكمة المختصة. أما حصول الطاعن على رسالة إلكترونية من قبل القضاء المختص فلا يكفي كدليل لأنه من السهل تحريفها أو تزويرها أو انتحال شخصية مرسلها .. مما

يصعب معه إقناع القاضي بأن لائحة الدعوى قد تم استلامها من قبل قلم كتاب المحكمة المختصة .

ومن خلال البريد الإلكتروني E-sagace يستطيع كل طرف من أطراف الدعوى الدخول إلى الدعوى عبر الإنترنت منذ لحظة تسجيلها لدى المحكمة وتتبع مجرى سيرها ومرآتها المختلفة حتى الفصل فيها. وعلى سبيل المثال ومن خلال تبويب معين على الإنترنت يستطيع كل طرف من أطراف الدعوى متابعتها أثناء المحاكمة ومرآتها المختلفة، ولائحة الدعوى والردود عليها، وأية مذكرات إضافية تقدم بعد السير في الدعوى، والمستندات المقدمة وكل ما يتعلق بالدعوى إضافة إلى موعد جلسة الفصل فيها.

وهنا لا بد من تسجيل بعض المخاوف والصعوبات القانونية والفنية التي قد تعترض استخدام التكنولوجيا وخاصة في مجال (سريان مدة الطعن ، والتوقيع الإلكتروني لإطراف الدعوى ، وأمن وسرية المعلومات عبر الأنترنت ، وكثرة ازدحام العمل أمام قلم كتاب المحاكم الإدارية ...) . ويمكن تلافى هذه المخاوف من خلال :

أ- تعديل بعض النصوص المتعلقة بتقنين القضاء الإداري لتمكين الأفراد من اللجوء إلى الطريق الإلكتروني وإعفائهم من استخدام طرق الطعن الورقية بهدف الاقتصاد في النفقات

ب- إيجاد بعض الحلول الفنية وخاصة ما يتعلق بوصول البريد الإلكتروني المتعلق بالطعن في الدعوى إلى قلم كتاب المحكمة المختصة بأن يرسل رسالة مع علم الوصول **Un accusi de reception** إلى الطاعن يعلمه فيها بوصول طعنه بالبريد الإلكتروني.

ج- إضافة إلى تلافى بعض المشاكل الفنية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني حيث يجب أن يتم ذلك بمقتضى رقم شخصي يتزود به الطاعن يختلف عن الرقم الخاص بكلمة المرور إلى القضية.

## المراجع

1. **BRETON Thierry**, Les téléservices en France: quels marchés pour Les autoroutes de l'information?, La documentation française, 1994.
2. **SCHNABETE Philippe et BEAUVAIS François**, Réforme de L'Etat et téléprocédures, Actualité Juridique, droit administratif (AJDA), juillet et août 2001 .
3. **Pontier J.M.**, la marche vers la dématérialisation, AJDA, 2004. P. 233.
4. **BELOULOU Véronique**, les téléprocédures: un enjeu essentiel pour les citoyens et pour l'Etat, AJDA, juillet 2000 .
5. **TABAK Benoit**, La saisine du juge administratif par courrier électronique, juriscom.net 7 juin 2002.
6. **BRONDEL Séverine**, Les juridictions administratives vont expérimenter les téléprocédures, AJDA, avril 2004.
7. **AURELIT Robineau-Israel**, Administration électronique et accès à L'information administrative, A.J.D.A., Juillet 2003.



جنسية الأشخاص الطبيعيين وخلافة الدول دراسة لمشروع المواد  
الذى أعدته لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة والخاص بأثر خلافة  
الدول على جنسية الأشخاص الطبيعيين

دكتور/ أحمد محمد الهوارى  
كلية القانون - جامعة الشارقة

مقدمة

اهتمام المجتمع الدولي بحل مشاكل الجنسية فى حالة خلافة الدول:  
١- شهد المجتمع الدولي فى الآونة الأخيرة تغيرا فى خريطة السياسية ،  
بفعل رياح الديمقراطية التى وصلت إلى العديد من أعضائه من الدول وأدت  
إلى اختفاء بعض الدول وقيام دول أخرى على أنقاضها. وقد دفع هذا التطور  
بالمشاكل المترتبة على خلافة الدول فى مجال الجنسية إلى بؤرة الاهتمام ،  
وجعل عدد من الهيئات الدولية تعكف على معالجة هذه المسألة.  
وقد سبق للفقهاء أن أشار، فى وقت مبكر يعود إلى عام ١٩٥٦، إلى أن أثر  
تغير السيادة على جنسية سكان الإقليم المتأثر بالخلافة يعد من أصعب  
المشاكل فى قانون خلافة الدول وأكد أن ثمة حاجة ملحة فى هذا الموضوع،  
ربما أكثر من أى موضوع آخر من موضوعات قانون خلافة الدول، إلى  
تدوين أو تشريع دولي<sup>(١)</sup>.

وقد أعتد مجلس أوروبا الاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية التى تتضمن ، بين  
أحكامها، أحكاماً تتعلق بفقدان وأكتساب الجنسية فى حالات خلافة الدول.  
واعتمد جهاز آخر من أجهزة مجلس أوروبا ، هو اللجنة الأوروبية للديمقراطية

(1) "the effect of change of sovereignty upon the nationality of the [territory affected by the succession] is one of the most difficult problems in the law of state succession"... "upon this subject, perhaps more than any other in the law of state succession, codification or international legislation is urgently demanded" D.P.O' Connell, The Law of state Succession (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 1956), pp.245 and 258.

عن طريق القانون (لجنة البنديقية) ، في سبتمبر ١٩٩٦ إعلاناً بشأن آثار خلافة الدول على جنسية الأشخاص الطبيعيين (إعلان البنديقية)<sup>(١)</sup> .  
وعلى صعيد منظمة الأمم المتحدة أعدت لجنة القانون الدولي مشروع مواد بشأن جنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول<sup>(٢)</sup> بناءً على طلب وجهته الجمعية العامة إلى هذه اللجنة في الفقرة ٨ من قرارها ١٦٠/٥١ ، وكما يستدل من العنوان ، فإن نطاق تطبيق مشروع المواد هذا يقتصر ، من حيث الأشخاص على جنسية الأفراد فهو لا يمتد إلى جنسية الأشخاص الاعتباريين ، ومن حيث الموضوع ، يشمل مشروع المواد فقدان الجنسية واكتسابها ، فضلاً عن حق الخيار ، بقدر ما تتعلق هذه المسائل بحالات خلافة الدول . ولا ينطبق مشروع المواد هذا إلا على آثار خلافة الدول التي تحدث طبقاً للقانون الدولي ، وخاصة طبقاً لمبادئ القانون الدولي المجسدة في ميثاق الأمم المتحدة<sup>(٤)</sup> .

### ضبط المصطلحات المستخدمة :

٢- يقصد بمصطلح "خلافة الدول Succession of States حلول دولة محل دولة أخرى في المسؤولية عن العلاقات الدولية لإقليم من الأقاليم، وذلك بغض النظر عن أي دلالة تفيد توارث الحقوق والواجبات بحصول ذلك

---

(٢) مجلس أوروبا ، ستراسبورج ، ١٠ فبراير ١٩٩٧ ، الوثيق (1) CDL-INF (97) . أما مشكلة انعدام الجنسية ، بما في ذلك انعدام الجنسية الناتج عن خلافة الدول ، فيبدو أنها أصبحت موضع اهتمام متزايد لدى مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين . وللإطلاع على أنشطة مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين في هذا المجال انظر C.A.Batchelor, "UNHCR and issues related to nationality", Refugee Survey Quarterly, Vol.14, No.3(Autumn1995),pp.91-112. تقرير مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة الخامسة الملحق رقم ١٢ ألف (A /50/12/Add) ، الفقرة ٢٠ ، وتقرير اللجنة الفرعية المعنية بالحماية الدولية (Report to the Subcommittee of the Whole on International Protection) الفقرات ٢١-٢٧ ، وكذلك قرار الجمعية العامة ٥٧/٥١ .

(٣) الكتاب السنوي ١٩٩٩ المجلد الثاني (الجزء الثاني) ص ١٢ - ٧٦ . الوثيقة

A/54/10

(٤) أنظر التعليق على المادة ٣ من المشروع ، الكتاب السنوي ٢٠٠١ ، المرجع السابق

ص ٣٠

الحدث"<sup>(٥)</sup> وهذا هو نفس التعريف الذي اعتمده لجنة القانون الدولي في مشروع المواد الذي وضعته في هذا الصدد، وقد نهجت بذلك نفس نهج اتفاقية فيينا لخلافة الدول في المعاهدات لعام ١٩٧٨<sup>(٦)</sup> واتفاقية فيينا لخلافة الدول في ممتلكات الدول و محفظاتها وديونها لعام ١٩٨٣<sup>(٧)</sup>.

٣- والدول المعنية بالخلافة state concerned وهى الدول الداخلة فى حالة معينة من "خلافة الدول" وهى الدولة السلف والدولة الخلف فى حالة نقل جزء من الإقليم، والدولة الخلف وحدها فى حالة توحيد الدول، وأتتبان أو أكثر من الدول الخلف فى حالة انحلال الدولة، والدولة السلف وواحدة أو أكثر من الدول الخلف فى حالة انفصال جزء من الإقليم. والمقصود "بالدولة السلف" Predecessor هو الدولة التى حلت محلها دولة أخرى لدى حدوث خلافة دول، أما "الدولة الخلف" Successor State فهى الدولة التى حلت محل دولة أخرى لدى حدوث هذه الخلافة. ويراد بمصطلح دولة ثالثة Third state أية دولة غير الدولة السلف أو الدولة الخلف<sup>(٨)</sup>.

٤- ونقصد بالشخص المعنى "بالخلافة" "Person concerned" كل فرد كان فى تاريخ خلافة الدول، يحمل جنسية الدولة السلف ويمكن ان تتأثر جنسيته بهذه الخلافة. بعبارة أخرى وعلى وجه التحديد كل فرد يمكن أن يفقد جنسية الدولة السلف، أو يكتسب جنسية الدولة الخلف، حسب نوع خلافة الدول. وبناء على ذلك، فإن مصطلح "الشخص المعنى" لايشمل

---

(٥) الكتاب السنوى ١٩٧٤، المجلد الثانى (الجزء الأول)، ص ١٧٥ من النص الانجليزى، الوثيقة A/9610/Rev.1 الفقرة (٣) من التعليق على المادة ٢ من مشروع المواد المتعلقة بخلافة الدول فى المعاهدات.

(٦) انظر الكتاب السنوى ١٩٨١، المجلد الثانى (الجزء الثانى)، ص ٢٢ من النص الانجليزى، الوثيقة A/36/10، الفقرة (٤) من التعليق على المادة ٢ من مشروع المواد بشأن خلافة الدول فى ممتلكات الدولة ومحفظاتها وديونها.

(٧) الكتاب السنوى ١٩٧٤، المجلد الثانى (الجزء الأول)، ص ١٧٥ من النص الانجليزى، الوثيقة A/9610/Rev.1 الفقرة (٣) من التعليق على المادة ٢ من مشروع المواد المتعلقة بخلافة الدول فى المعاهدات

(٨) انظر الفقرات ٣ و ٤ و ٥ من التعليق على المادة ٢ من المشروع، المرجع السابق ص ٢٨

الأشخاص الذين ليسوا إلا مواطنين لدول ثالثة ولا الأشخاص عديمي الجنسية الذين كانوا موجودين في إقليم أى من "الدول المعنية" (٩).

ويسهل تحديد فئة الأفراد المضارين من جراء فقدان جنسية الدولة السلف في حالة الخلافة الكلية للدول ، عندما تختفى الدولة أو الدول السلف نتيجة لتغيير السيادة (توحيد الدول ، إنحلال الدولة) : فجميع الأفراد الذين يحملون جنسية الدولة السلف يفقدون هذه الجنسية كنتيجة تلقائية لإختفاء الدولة . ولكن يصبح تحديد فئة الأفراد المعرضين لفقدان جنسية الدولة السلف أمراً شديداً التعقيد في حالة الخلافة الجزئية للدول ، عندما تبقى الدولة السلف قائمة رغم التغيير (نقل جزء من الأقليم ، انفصال جزء أو أجزاء من الأقليم). وفي الحالة الأخيرة ، يمكن التمييز بين فئتين رئيسيتين على الأقل من الافراد الذين يحملون جنسية الدولة السلف : أولئك الذين يقيمون في الأقليم المتأثر بتغيير السيادة في تاريخ خلافة الدولة (وهم فئة تشمل أولئك الذين ولدوا في الأقليم و الأشخاص الذين ولدوا في مكان آخر غير أنهم اكتسبوا جنسية الدولة السلف بالميلاد أو التجنس)، و أولئك الذين ولدوا في الأقليم المتأثر بالتغيير أو تربطهم به صلة مناسبة أخرى ولكنهم لم يكونا يقيمون فيه في تاريخ التغيير . وفي نطاق الفئة الأخيرة يتعين التمييز بين الأفراد المقيمين في الأقليم الذى ظل جزءاً من الدولة السلف والأفراد المقيمين في دولة ثالثة .

وتحديد فئات الأشخاص الذين يمكن ان يكتسبوا جنسية الدولة الخلف له أيضا أكثر من جانب ففي حالة الخلافة الكاملة للدول ، مثل إستيعاب إحدى الدولة لدولة أخرى أو توحيد الدول ، وعندما تصبح الدولة أو الدول السلف على التوالي غير قائمة ، يكون جميع مواطني الدولة أو الدول السلف مرشحون لاكتساب جنسية الدولة الخلف . وفي حالة إنحلال الدولة ، يصبح هذا التحديد أكثر تعقيداً نظراً لخروج دولتين خلف أو أكثر إلى الوجود و أنه يتعين أن تحدد بصورة منفصلة فئة الأفراد الذين يمكن أن يكتسبوا جنسية كل دولة خلف على

---

(٩) أنظر الفقرة ٧ من التعليق على المادة ٢ من المشروع ، المرجع السابق ص ٢٩



حدة. ومن الجلى أنه يمكن وجود حالات تداخل بين فئات الأفراد الذين يمكن أن يكتسبوا جنسية كل دولة خلف على حدة. والغالب أنه سيكون هناك حالات تداخل بين فئات الأفراد الذين يمكن أن يكتسبوا جنسية الدول الخلف المختلفة. وتظهر صعوبات مماثلة عند تحديد فئات الأفراد الذين يمكن ان يكتسبوا جنسية الدول الخلف في حالة الخلافة أو انفصال جزء أو أجزاء من الإقليم أو نقلها وهذا ناجم عن تعقد الحالات وعن ضرورة مراعاة الأشخاص المعنيين<sup>(١٠)</sup>.

٥- خطة الدراسة : على غرار التقسيم الذي أتبعته لجنة القانون الدولي بالأمم المتحدة في مشروع المواد الذي أعدته، سوف نقسم هذه الدراسة إلى قسمين: نتناول في الأول الأحكام العامة التي يجب أن تهيمن على تنظيم الجنسية عند حدوث خلافة الدول، بمعنى أنها تنطبق على جميع فئات خلافة الدول. أما المبحث الثاني فنتناول فيه الأحكام الخاصة بشأن إعطاء الجنسية وسحبها وبشأن حق الخيار والتي لا تنطبق إلا في حالات معينة من حالات خلافة الدول. وسوف نولى طوال دراستنا عناية خاصة بالتقارير المختلفة التي صاحبت الصيغ المختلفة لمشروع المواد حتى صيغته الحالية موضوع الدراسة، وكذلك التعليق الذي أعدته اللجنة الذي يتناول بالشرح الأحكام التي اشتمل عليها مشروع المواد والأسباب التي دفعتها لتبنى هذه الحلول ومدى أتساقها مع ما جرى عليه عمل الدول في هذا الصدد.

### المبحث الأول

#### الأحكام العامة لتنظيم الجنسية في حالة خلافة الدول

٦- يمكن أن نقسم هذه الأحكام من حيث موضوعها إلى أحكام تهدف إلى حماية حقوق الأشخاص المعنيين بخلافة الدولة ولا سيما الحق في الجنسية (المطلب الأول). كذلك قد تتعلق هذه الاحكام بمعيار أو أساس الجنسية وهو وجوب توافر رابطة حقيقية بين الشخص والدولة المعنية بالخلافة (المطلب الثاني). وقد تهدف إلى تلافى مشكلتي تعدد وانعدام الجنسية (المطلب الثالث). وهناك

(١٠) أنظر الفقرتين ٩ و ٢ من التعليق على المادة ٢ من المشروع المرجع السابق ص ٢٩-٣٠

الأحكام المتعلقة بسلامة الإجراءات المتبعة في تنظيم الجنسية وقابلية هذه الإجراءات للمراجعة (المطلب الرابع)، والتي تفرض التزاما بالتعاون بين الدول المعنية بالخلافة بقصد الحد من الآثار الضارة للخلافة على جنسية الأشخاص الطبيعيين (المطلب الخامس).

## المطلب الأول

الأحكام التي تهدف إلى حماية الحقوق الأساسية للأشخاص المعنيين

٧- يعد الحق في الجنسية من أهم حقوق الإنسان. ومع ذلك فهو أكثر الحقوق التي قد تتعرض للخطر على نطاق واسع في سياق خلافة الدول، ومن ثم يجب كفالة هذا الحق في ذلك السياق. ويرتبط بالحق في الجنسية ويتفرع منه حق الشخص المعنى في استمرار تمتعه بالجنسية دون انقطاع بسبب ظرف الخلافة. كذلك يجب إحترام حق الأشخاص المعنيين في اختيار الجنسية عندما يكون مؤهلا لاكتساب أكثر من واحدة، وبما يعمل جمع شمل عائلته. وحقه في المساواة أمام القانون. وأخيرا يجب عدم المساس بحق الأشخاص المعنية في الإقامة المكتسب قبل حدوث الاستخلاف الدولي.

## الفرع الأول

### الحق في الجنسية

٨- تكريس حق الأشخاص المعنيين في الجنسية كأحد أهم حقوق الإنسان. يعد الحق في الجنسية المبدأ الرئيسي الذي يجب أن يهيمن على تنظيم الجنسية بوجه عام وفي سياق خلافة الدول على وجه الخصوص. وقد كرسته لجنة القانون الدولي في المادة الأولى من مشروعها سالف الذكر والتي تنص على أنه " لكل فرد كان، في تاريخ خلافة الدول يتمتع بجنسية الدولة السلف، بصرف النظر عن طريقة اكتسابه لتلك الجنسية، الحق في ان يحصل على جنسية دولة واحدة على الأقل من الدول المعنية....." (١١)

(١١) Every individual who, on the date of the succession of States, had the nationality of predecessor State, irrespective of the mode of acquisition of that nationality, has the right to the nationality of at least one of the states concerned, in accordance with the present draft articles.

وقد ورد هذا المبدأ بوجه عام في المادة ١٥ من الاعلان العالمي لحقوق  
الإنسان<sup>(١٢)</sup>، وهو أول صك دولي يشير إلى "حق كل فرد في التمتع بجنسية".  
كما كرسته الاتفاقية المتعلقة بالإقلال من حالات انعدام الجنسية لسنة  
١٩٦١<sup>(١٣)</sup> وكذلك الاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز<sup>(١٤)</sup>  
والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وللحقوق لعام ١٩٦٦<sup>(١٥)</sup> وايضا  
اتفاقية حقوق الطفل لعام<sup>(١٦)</sup> ١٩٩٠

ولا نتجاوز الحقيقة اذا قلنا بأن هذه المواثيق الدولية لم تمنح حقاً جديداً  
للإنسان وإنما سجلت حقاً لا تستقيم حياة الفرد بدونه داخل البولة أو خارجها،  
فهو نقطة البداية الحتمية للحياة القانونية للفرد والتي لا كيان له بدونها ، ومن ثم  
يجب ان يثبت له هذا الحق بمجرد ميلاده .<sup>(١٧)</sup>

٩- وإذا كان تحديد المدين بالالتزام المقابل للحق الذي تقرره المادة ١٥  
محل خلاف في الفقه<sup>(١٨)</sup> الذي يشير على وجه الخصوص أنه لا يمكن تحديد  
الدولة التي يحق للشخص أن يتقدم إليها بطلب للحصول على جنسية<sup>(١٩)</sup> إلا انه  
في حالة خلافة الدول ، يمكن تحديد هذه الدولة ، فهي إما ان تكون الدولة الخلف  
، أو إحدى الدول الخلف إن كانت هناك أكثر من دولة ، أو أن تكون الدولة  
السلف ، تبعاً للحالة .

---

(١٢) قرار الجمعية العامة ٢١٧ ألف (د-٣) الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨  
(١٣) - راجع المادة الأولى والعاشرة من الاتفاقية التي دخلت حيز النفاذ في ١٣ ديسمبر  
١٩٧٥- 989 United Nation Treaty Series 175-  
(١٤) راجع المادة ٥ (d) (iii) من الاتفاقية التي تم تبنيها في ٢٠ نوفمبر ١٩٦٣ بالقرار  
رقم ١٩٠٤ XVIII للجمعية العامة  
International Legal Materials (1964), Yearbook of the United Nations  
(1963) p. 330

(١٥) المادة ٢٤ (٣) من قرار الجمعية العامة رقم ٢٢٠٠ (XXI)  
UN.Doc,A/6316(1966),999United Nation Treaty Series171.

(١٦) المادة ٧ من ملحق قرار الجمعية العامة  
A/4449(1989) 1577,UnitedNations Treaty Series3  
(١٧) أستاذنا الدكتور فواد رياض ،مبادئ القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول الجنسية  
ومركز الأجانب ، دار النهضة العربية ١٩٩٦ ص ٣٣ .  
(١٨) أنظر

J.M.M.. Chan,"The right to a nationality as human right : The current  
trend towards recognition " , Human rights Law Journal , Vol. 12, Nos  
.1-2 (1991) ,pp.1-14

وتحديد الدولة التي يقع عليها التزام منح جنسيتها يتوقف بصورة رئيسية على نوع خلافة الدول وطبيعة الصلات التي قد تربط الأشخاص المعنيين بدولة أو أكثر من الدول المعنية بالخلافة. والملاحظ في معظم الحالات، أنه لا تكون لهؤلاء الأشخاص صلات إلا بواحدة من الدول المعنية بالخلافة. ففي حالة توحيد الدول تكون دولة واحدة - وهي الدولة الخلف - هي الملزمة بمنح جنسيتها لهؤلاء الأشخاص. وفي الأنواع الأخرى من خلافة الدول، مثل الانحلال أو انفصال إقليم أو نقله، تكون معظم صلات غالبية

السكان إن لم تكن كل هذه الصلات، بإحدى الدول المعنية بالتغيير الإقليمي. وقد تكون هذه الدولة هي تلك التي يقيم بها الأشخاص المعنيون وولدوا بها أو تربطهم بها صلات أخرى بما في ذلك الصلات الأسرية والمهنية.

وقد يحدث في حالات معينة أن تكون للأشخاص صلات بدولتين، أو حتى أكثر، من الدول المعنية بالخلافة وفي هذه الحالة، قد ينتهي الأمر بحصول الشخص على جنسية دولتين أو أكثر من هذه الدول أو بحصوله، بعد اختيار، على جنسية دولة واحدة فقط منها. أي أن هناك إمكانية تعدد الجنسيات نتيجة لخلافة الدول، غير أن الخشية من هذا التعدد لا يجب أن تؤدي بأي حال من الأحوال إلى حرمان الشخص من الحق في اكتساب جنسية واحدة على الأقل من هذه الجنسيات. وفي جميع الأحوال فإن هناك وسائل تتيح للدول المعنية بالخلافة والتي تحبذ إتباع سياسة الجنسية الواحدة ما يمكنها من تطبيق هذه السياسة (٢٠).

١٠- ويثبت الحق في الجنسية للأشخاص المعنيين في مواجهة الدول المعنية بالخلافة بصرف النظر عن طريقة اكتساب الجنسية الدولة السلف، ولا أهمية في

---

(١٩) أنظر Rezek الذي يرى ان المادة ١٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تضع " قاعدة تلقى تعاطفاً عالمياً ولكن تنقصها الفعالية لعدم تحديدها المخاطب بها، J.F.Rezek, "LE droit international de la nationalite", Rec. Des Cours de l' Académie de droit International, 1986-111 (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987), vol 198, pp .333 - 400, spc. p.354

(٢٠)- أنظر الفقرة ٥ من التعليق على المادة الأولى من المشروع، المرجع السابق ص

هذا الشأن لكونهم قد اكتسبوا جنسية الدولة السلف بالميلاد ، طبقاً لحق الإقليم Jus soli أو حق الدم jus sanguinis أو بالتجنس أو حتى نتيجة لخلافة سابقة للدول<sup>(٢١)</sup> فهم جميعهم سواء في الحق في التمتع بجنسية<sup>(٢٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### الحق في استمرارية الجنسية

١١- يثبت الحق في الجنسية للأشخاص عموماً ، ومنهم الأشخاص المعنيين بخلافة الدول ، طوال تمتعهم بالشخصية القانونية ، أي منذ بداية هذه الشخصية بالميلاد وحتى نهايتها بالوفاة ، وهذا ما يعتبره بعض الفقهاء أحد مبادئ القانون الدولي التي يجب على الدول إحترامه عند تنظيمها لجنسيتها<sup>(٢٣)</sup> .  
ولما كان الملاحظ من تجارب خلافة الدول أنه غالباً ما تكون هناك فجوة زمنية ما بين تاريخ خلافة الدول وإعتماد تشريع<sup>(٢٤)</sup> أو حسبما يكون الحال ، عقد معاهدة بين الدول المعنية بشأن جنسية الأشخاص المعنيين عقب الخلافة.

---

(٢١)- جاء في التعليق على المادة ١٨ من مشروع الاتفاقية بشأن الجنسية ، الذي أعدته كلية الحقوق في جامعة هارفارد ، " أنه ليس هناك ما يدعو على الإطلاق إلى التمييز بين الأشخاص الذين إكتسبوا الجنسية عند الميلاد و الأشخاص الذين إكتسبوا عن طريق التجنس السابق للخلافة . أنظر

Harvard Law ("Comments to the 1929 Harvard Draft Convention on Nationality" , School , Research in International Law.1. Nationality, Supplement to the 63 American Journal of International Law vol .23 (Cambridge, Mass.1929)..

(٢٢)- أنظر الفقرة ٦ من التعليق على المادة الأولى من المشروع ، المرجع السابق ص ٢٧ (٢٣) د . فزاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(٢٤) قد تتعمد الدولة المعنية بالخلافة التأخير في سن تشريع جنسيتها لأهداف سياسية . والمثال الواضح على ذلك قدمته دولة اسرائيل والتي لم تسن تشريعها للجنسية إلا عام ١٩٥٢ وبعد مرور أربعة سنوات على قيامها استقبلت خلالها ملايين اليهود ودعمت بذلك وضعها الديموجرافي . وقد كان من شأن ذلك أن أصبح الفلسطينيين المقيمين بإقليم دولة إسرائيل حسب قرار التقسيم رقم ١٩٤ لسنة ١٩٤٨ عديمي الجنسية خلال هذه الفترة .  
انظر :

Victor kattan : The Nationality of Denationalized Palestinians ,  
Nordic Journal of International law 74 : 67 – 102 , 2005 . p.86.

ولما كان مثل هؤلاء الأشخاص معرضين لخطر أن يعاملوا كأشخاص عديمي الجنسية في أثناء هذه الفترة ، وكان من المهم البحث عن وسيلة لسد هذه الفجوة الزمنية ، وتكفل إحترام مبدأ إستمرارية الجنسية .

١٢- وقد وجدت لجنة القانون الدولي هذه الوسيلة في القرينة التي افترضت بمقتضاها أن اكتساب الأشخاص المعنيين لجنسية الدولة الخلف يتم وقت حدوث الخلافة . وفي هذا الصدد تنص المادة السادسة من مشروع المواد على أنه "رهنأ بأحكام مشروع المواد هذا ، يفترض أن يكتسب الأشخاص المعنيون الذين يقيمون بصفة معتادة في الإقليم المتأثر بخلافة الدول جنسية الدولة الخلف في تاريخ حدوث هذه الخلافة "

وعلى ذلك، وفقا لهذا الافتراض ، تعطى الدولة الخلف، في تاريخ خلافة الدول جنسيتها للأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصفة معتادة في الإقليم المتأثر بهذه الخلافة. وسوف نرى فيما بعد أن الافتراض المذكور في المادة ٥ يشكل أيضا أساس كثير من الحلول التي تضمنها المشروع بشأن أنواع مختلفة من خلافة الدول.

١٣- إلا أن هذا الافتراض قابل لإثبات العكس ، وهذا ما يعبر عنه صدر المادة "رهنأ بأحكام مشروع المواد هذا " ، التي تدل بوضوح على أن أعمال هذا الافتراض يقتضي أن يتسق وينسجم مع بقية الأحكام التي تضمنتها المواد الأخرى للمشروع. وبناءً على ذلك ، عندما يؤدي تطبيق هذه الأحكام إلى نتيجة مختلفة ، كما قد يحدث ، مثلا عندما يختار الشخص المعني جنسية الدولة السلف أو جنسية دولة خلف عدا الدولة التي يقيم فيها بصفة معتادة ، يكف المبدأ عن الأنطباق وبالمثل ، عندما تنظم معاهدة معقودة بين الدول المعنية مسائل الجنسية ، فإن أحكام مثل هذه المعاهدة يمكن أيضا أن تنقض إفتراض اكتساب جنسية دولة الإقامة الاعتيادية .

١٤- ويستند هذا الافتراض إلى مبدأ الجنسية الفعلية - والذي يعد تطبيقاً لمبدأ الواقعية الأكثر عمومية<sup>(٢٥)</sup> - عندما يتم إعماله في خلافة الدول . وكما أكد

---

(٢٥) انظر د . أحمد عبد الكريم سلامة : مبدأ الواقعية والقانون الدولي العام ، تأملات على ضوء أحكام القضاء الدولي ، القاهرة ، ١٩٨٩ . وانظر أيضاً: *Touscoz Le principe de effectivite dans l'ordre international, L.G.D.J , 1964, p. 210.* وانظر في تكريس هذا المبدأ في الفقه الفرنسي والبلجيكي :

الفقه "فإن رابطة الجنسية لا ينبغي أن تكون قائمة على شكلية أو وسيلة يُحتال

بها ، بل على صلة حقيقية بين الفرد والدولة . والإقامة بصفة معتادة هي المعيار الذي يستعمل في أغلب الأحيان من الواقع العملي لتحديد مجموعة الرعايا الأساسية للدولة الخلف ، حتى ولو تكن المجموعة الوحيدة<sup>(٢٦)</sup> ، وهذه الصلة الجدية المادية ، توضح حقيقة أن " للسكان مركزاً " متعلقاً بالإقليم ، وأن هذا المركز لا يتأثر بخلافة الدول سواء الاستخلاف شاملاً أو جزئياً أو كان هناك تخلي ، أي نقل السيادة ، أو تنازل يتبعه تصرف من قبل سلطة دولية<sup>(٢٧)</sup> في رأي خبراء مفوضية الأمم المتحدة لشئون اللاجئين أيضاً أن " هناك صلة كبيرة بالأرض المعنية عن طريق الإقامة نفسها<sup>(٢٨)</sup> .

---

v Batiffol et Lagarde , op .cit, no.82,p.84 ; Lagarde , la nationalité , Rep Dalloz . no 39.

Mayer , Précis de droit international privé 1987 , no . 827 ;  
Makarov , Régles générales du droit de la nationalité , Rec des  
cours 1949 . T. 74 . pp. 358-359 ; Maury . Rep. de droit  
international par La Pradelle et Niboyet , Paris .  
Sirey , 1931 . T. LX , no 110 ; Laborde , La pluralité du point de  
rattachement dans l'application de la règle de conflits , thèse  
.Bordeaux , 1981 , no 803. De Burlet , Effectivité et la nationalité  
des personnes physiques , rev. belge de dr. international . 1936. t.  
1 .pp.75 -98 .

وانظر في تكريس هذا المبدأ في الفقه العربي د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ،  
الجزء الأول في الجنسية ومركز الأجانب ، ١٩٨٦ ص ٢٥٠ . د. فؤاد رياض ، الوسيط  
في الجنسية ومركز الأجانب ، الطبعة الخامسة ١٩٨٨ ص ٩٣ ، ولنفس المؤلف الاتجاهات  
المعاصرة في الجنسية ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٥٩ ، ص ٦٧٧ ، د شمس الدين  
الوكيل ، الجنسية ومركز الأجانب الطبعة الثانية ، ص ١٥٩ ، د . أحمد مسلم ، القانون الدولي  
الخاص ، الجزء الأول ١٩٥٦ ، ص ١٣٩ أستاذنا الدكتور قسمت الجداوى ، الوجيز فى  
القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ١٩٧٩ ص ٢٤٠ ، د. عصام الدين القصيبي ، دروس  
في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول في الجنسية ومركز الأجانب ، المنصورة ١٩٨٤  
- ١٩٨٥ ، ص ٢٢٥

وأنظر في تكريس مبدأ الجنسية الفعلية تشريعياً مؤلف الأستاذ الدكتور عكاشة عبدالعال ،  
أحكام الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب، الدار الجامعية بيروت ١٩٩٩ ص ٣٦٠

(٢٦) على العكس من ذلك أنكرت المحكمة العليا لدولة إسرائيل جنسية هذه الدولة على عرب فلسطين المقيمين في أرض فلسطين التاريخية والتي أصبحت إقليم لدولة إسرائيل بعد قرار التقسيم رقم ١٩٤ لعام ١٩٤٨ بمقولة أن الجنسية الإسرائيلية لم تكن موجودة قبل إقرار قانون الجنسية الإسرائيلية لسنة ١٩٥٢ ( Hussein v. Governor of Acre Prison ) ، مشار إليه في دراسة هنري قطان (هامش ٢٤ ) ص ٨٤ ، وبذلك ألغت الحكم الصادر من محكمة قضاء تل أبيب والذي جاء به :

" the point of view according to which there are no Israeli nationals is not compatible with public international law . The prevailing view (based on Oppenheim , Schwarzenberger , and Lauterpacht ) is that , in the case of transfer of a portion of the territory of a State to another State , every individual and inhabitants of the ceding State becomes automatically a national of the receiving State ... If this is the case , is it possible to say that the inhabitants of part of a State which is transformed into an independent State are not ipso facto transformed into the nationals of that State ? So long as no law has been enacted providing otherwise, my view is that every individual who, on the date of the establishment of the State of Israel was resident in the territory which today constitute the State of Israel, is also a national of Israel. Any other view must lead to the absurd result of a State without nationals – a phenomenon the existence of which has not yet been observed

وهكذا فإن هذا الحكم يقر أنه مادام لم يسن أي قانون ينص على خلاف فإن أي فرد كان يقطن ، في تاريخ إنشاء دولة إسرائيل ، في الإقليم الذي يشكل دولة إسرائيل ، هو أيضاً من رعايا إسرائيل . وأن القول بغير ذلك لا بد وأن يؤدي إلى نتيجة غير معقولة هي وجود دولة بلا رعايا . مشار إليه في ذلك : I.Brownlie, "The relations of nationality in public international law. The British Year Book of international law, 1963 (London) vol 39, p.318

(٢٧) انظر:

Brownlie , principles of public International Law , 4<sup>th</sup> ed. Oxford Clarendon press , 1990 ) , p.665; W. O'Sullivan Molony, nationality and the Peace Treaties ( George Allen and Unwin , London, 1934 ) p. 85 . " in the post – war Peace Treaties the principle of domicile or



١٥- كذلك يمكن كفالة مبدأ استمرارية الجنسية من خلال تطبيق تشريعات الجنسية في الدول المعنية بالخلافة ، أو ما قد يبرم بينهم من اتفاقيات ، بأثر رجعي فبالرغم من أن مبدأ عم رجعية القوانين يعد من المبادئ العامة للقانون التي يتحدد في ضوئها نشوء المراكز القانونية المرتبطة بالجنسية أو زوالها ، إلا أن فوائد الأثر الرجعي ، في حالة خلافة الدول على وجه التحديد ، تبرز وجود استثناء للمبدأ العام اعلاه ، رغم حقيقة أن ممارسة الدول غير حاسمة في هذا الشأن<sup>(٢٩)</sup>. وهذا هو النهج الذي سارت عليه لجنة القانون الدولي في مشروع المواد الذي أعدته بخصوص جنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول. فبعد أن نصت المادة السادسة للمشروع على أنه " ينبغي أن تقوم كل دولة معنية ، دون تأخير لا مبرر له ، بسن تشريع بشأن الجنسية وما يرتبط بها من مسائل أخرى تنشأ في حالة خلافة الدول بما يتفق وأحكام مشروع المواد هذا . وينبغي أن تتخذ كل دولة معنية جميع التدابير المناسبة لضمان إبلاغ الأشخاص

---

habitual residence is the criterion most favored for the acquisition of nationality " ... the population has a " territorial " or local status , and this is unaffected whether there is a universal or partial successor and whether there is a cession , I .e., a " transfer " of sovereignty , or a relinquishment by one State followed by a disposition by international authority " .

(٢٨) قوانين الجنسية التشيكية والسلوفاكية ومشكلة انعدام الجنسية :

The Czech and Slovak Citizenship laws and the problem of statelessness " (UNHCR , Regional Bureau of Europe , Citizenship in the Context of Dissolution of Czechoslovakia , European Series , Vol.2, No.4, September 1996 ) , part 1 , p.10 .

" من مصلحة الدولة الخلف ... أن تقترب أكبر قدر ممكن ، عند تحديدها للمجموعة الأولى من رعاياها ، من تحديد الأشخاص الذين لهم صلة حقيقية بالدولة ، فإذا اعتبر عدد من الأشخاص " أجنب في بلدهم " فإن من الواضح أن ذلك ليس من مصلحة الدولة نفسها " (الفقرة ١٤٤ Report of Council of Europe)

(٢٩) انظر التعليق المصاحب للمادة ٧ من مشروع المواد ، المرجع السابق ص ٢٧ .

"... the Commission considers that , in the particular case of a succession of States , the benefits of retroactivity justify an exception to the above general principle , notwithstanding the fact that the practice of States is inconclusive in this respect ."

المعنيين ، في غضون فترة زمنية معقولة ، بأثر تشريعها على جنسيتهم ، وبأية خيارات قد تكون متاحة لهم بموجبها ، فضلاً عن إبلاغهم بعواقب ممارسة هذه الخيارات على مركزهم" جاءت المادة السابعة لتقرر الأثر الرجعي لتشريعات الجنسية :

" يصبح إعطاء الجنسية في حالة خلافة الدول ، وكذلك اكتساب الجنسية الناجم عن ممارسة خيار ، نافذين من تاريخ حدوث هذه الخلافة ، إذا كان هناك احتمال لأن يصبح الأشخاص المعنيون ، لولا ذلك ، عديمي الجنسية خلال الفترة الفاصلة بين تاريخ خلافة الدول وإعطاء الجنسية أو اكتسابها على هذا النحو(٣٠)" وتتصل المادة ٧ من المشروع اتصالاً وثيقاً بالمسألة التي تعالجها المادة ٦ إلا أن لها نطاق تطبيق أوسع ، ذلك لأنها تشمل إعطاء الجنسية لا استناداً إلى التشريع فحسب ، ولكن استناداً إلى معاهدة أيضاً . وإذا لم يكن لمنح الجنسية بعد تاريخ خلافة الدول أثر رجعي ، فمن الممكن أن يؤدي ذلك إلى انعدام الجنسية، ولو خلال فترة زمنية مؤقتة . وبموجب أحكام المادة ٧ ، يمتد الأثر الرجعي ليشمل كلاً من إعطاء الجنسية التلقائي واكتساب الجنسية عقب ممارسة خيار ، إذا كان الأشخاص المعنيون سيصبحون ، لولا ذلك ، عديمي الجنسية خلال الفترة ما بين تاريخ خلافة الدول وتاريخ ممارسة ذلك الخيار .

١٦- ويلاحظ في هذا الصدد أن المادة السادسة من مشروع المواد قد تم صياغتها في صورة توصية ، وهذا يعكس إدراك لجنة القانون الدولي أنه ليس من الواقعي في الكثير من الحالات أن ينتظر من الدول المعنية إصدار مثل هذا التشريع فور حدوث الخلافة . مثال ذلك الحالة التي تنشأ فيها دول جديدة في أعقاب صراعات مسلحة وتكون حدودها الإقليمية غير واضحة . وبناء على ذلك ، تتضمن المادة ٦ توصية تدعو الدول المعنية إلى إصدار التشريع

---

The attribution of nationality in relation to the succession of (٣٠) States

as well as the acquisition of nationality following the exercise of an option, shall take effect on the date of such succession , if persons concerned would otherwise be stateless during the period between the date of the succession of States and such attribution or acquisition of nationality .

المتعلق بالجنسية وما يتصل بها من مسائل تنشأ فيما يتعلق بخلافة الدول " دون تأخير لا مبرر له " وقد تختلف الفترة التي تفي بهذا المعيار بالنسبة إلى كل دولة معنية ، حتى وإن كان الأمر يتعلق بحالة الخلافة نفسها ، والواقع أن حالة الدولة السلف والدولة الخلف الناشئة نتيجة للانفصال قد تكون شديدة الاختلاف في هذا الصدد . فعلى سبيل المثال ، قد يكون التشريع الموجود قبل الخلافة قد نظم بشكل كاف مسألة فقدان جنسية الدولة السلف . من ناحية أخرى لا يقتصر التشريع الذي تلزم الدولة المعنية بسنّه بموجب المادة ٦ على مسألتي إعطاء أو سحب الجنسية بالمعنى الضيق ، وعلى مسألة حق الخيار ، بحسب الاقتضاء ، إذ ينبغي أن يعالج أيضاً " ما يرتبط بها من مسائل أخرى " ، أي المسائل التي تنشأ كنتيجة حتمية لتغيير الجنسية بناء على خلافة للدول مثل الحق في الإقامة ، وجمع شمل الأسر ، وأداء الخدمة العسكرية ، والمعاشات التقاعدية وغيرها من إعانات الضمان الاجتماعي ، وغير ذلك . وقد ترى الدول المعنية أن من الأفضل تنظيم هذه المسائل عن طريق معاهدة ، وهو احتمال لا تستبعده المادة ٦ بأي حال من الأحوال (٣١).

وعلى خلاف المادة السادسة ، فإن المادة السابعة تفرض التزامات تقع على عاتق الدولة المعنية ، وذلك بصفة خاصة لكفالة الاتساق مع التزامات هذه الدول فيما يتعلق بمنع حدوث انعدام الجنسية بموجب المادة ٤ .

١٧- ويلاحظ على المادة السابعة أنها تستخدم مصطلح " إعطاء الجنسية " attribution of nationality بدلاً من مصطلح " منح " granting والذي يستخدم للإشارة إلى الفعل الذي " تنعم " به الدولة بجنسيتها على الفرد ، ولاشك أن لجنة القانون الدولي قصدت من استخدام مصطلح " attribution " أن تؤكد أن اكتساب الجنسية في حالة خلافة الدول يختلف عن عملية اكتساب الجنسية بالتجنس ، وأن الدولة المعنية لا تتمتع في حالة الإعطاء بنفس حرية التصرف التي تتمتع بها في حالة التجنس (٣٢).

(٣١) أنظر فقرة ٤ من التعليق المصاحب للمادة ٦ من مشروع المواد، المرجع السابق ص ٣٦-٣٧

(٣٢) أنظر الفقرة ٣ من التعليق على المادة ٧ من المشروع :

"It was felt that the term "attribution" best conveyed the point that the acquisition of nationality upon a succession of States is distinct from the process of acquisition of nationality by naturalization. It also indicates that the State does not have the same freedom of action with regard to cases of attribution as it has in cases involving naturalization. Where a provision is drafted

## الفرع الثالث احترام إرادة الأشخاص المعنيين في اختيار الجنسية

١٨- يعد احترام إرادة الأفراد المعنيين أحد المبادئ الهامة التي يجب أن تهيمن على تنظيم مسائل الجنسية في سياق خلافة الدول . وقد اختلف الفقه بشأن الوظيفة التي يسندها القانون الدولي لإرادة الأفراد في المسائل المتعلقة باكتساب أو فقدان الجنسية في حالات خلافة الدول (٣٣) ، فبينما يرى البعض أن هذا الحق ليس مطلقاً وإنما يستند في وجوده حتماً إلى اتفاقية دولية ، يؤكد البعض الآخر وجود حق مستقل للخيار باعتباره إحدى سمات مبدأ تقرير المصير (٣٤) . ولكن يلاحظ أن احترام إرادة الفرد لا يعني أن كل اكتساب لجنسية في حالة خلافة الدول يجب أن يكون له أساس رضائي ، وإنما يكون لحق الخيار دوراً يؤديه بشكل خاص في " حل مشاكل إعطاء الجنسية للأشخاص المعنيين الموجودين ضمن " المنطقة الرمادية " حيث تتداخل اختصاصات الدول المعنية ، ويمكن أن يؤدي ذلك إلى أن تراكم أكثر من جنسية عليهم نتيجة اختلاف الأسس التي تستند إليها هذه الدول لمنح جنسيتها (٣٥) .

---

from the perspective of the individual, the Commission has used the expression " acquisition of nationality " .

(٣٣) يرى جانب كبير من الفقهاء أنه يحق للدولة الخلف أن تمنح جنسيتها للأفراد الذين يجوز لهم اكتساب هذه الجنسية من جراء تغيير السيادة بغض النظر عن إرادة الأفراد . انظر ... O'Connell , The law of State ، ص ٢٥٠ . (٣٤) انظر :

C.Rousseau ,D'internationalpublic, 11<sup>th</sup>ed.(Paris,Dalloz,1987)P.174-175

J.L. Kunz , " L'option de nationalité " , Recueil des course ... 1930

-1

( Paris , Sirey ) , vol. 31 , pp. 111-17; & " Nationality and option clauses in the Italian Peace Treaty of 1947 " , American Journal of International law ( Washington , D.C. ) , vol.41, No.3 ( July 1947 ) , pp . 622-631 .

(٣٥) أنظر فقرة ٦ من التعليق المصاحب للمادة ١١ من مشروع المواد ، المرجع السابق ص ٤٥ :

١٩- وتنص العديد من المعاهدات التي تنظم مسائل الجنسية في حالات خلافة الدول ، وكذلك القوانين الوطنية ذات الصلة ، على حق الخيار أو على إجراء مماثل يسمح للأفراد المعنيين بتحديد جنسيتهم عن طريق الاختيار إما بين جنسية الدولة السلف و جنسية الدول الخلف ، أو بين جنسيات دولتين أو أكثر من الدول الخلف . مثال معاهدة السلام والصداقة والحدود والتسوية بين المكسيك والولايات المتحدة الأمريكية عام ١٨٤٨<sup>(٣٦)</sup> ومعاهدة تعيين الحدود بين المكسيك وجواتيمالا لعام ١٨٨٢<sup>(٣٧)</sup> . وتنص معاهدات السلام المعقودة بعد نهاية الحرب العالمية الأولى على حق الخيار وذلك بصفة رئيسية باعتباره وسيلة لتصحيح أثار أحكامها الأخرى على الاكتساب التلقائي لجنسية الدولة الخلف وفقدان جنسية الدولة السلف من جانب الأشخاص المقيمين عادة في الأقاليم المشمولة بخلافة الدول<sup>(٣٨)</sup> .

كذلك مُنح أيضاً حق الخيار في المادة ١٩ من معاهدة السلام مع إيطاليا لعام ١٩٤٧ . كذلك فقد تضمنت بعض الوثائق المتعلقة بمسائل الجنسية في سياق تصفية الاستعمار أحكاماً تتعلق بحق الخيار . مثال ذلك قانون استقلال بورما لعام ١٩٤٧<sup>(٣٩)</sup> . فبعد اشتراط سقوط الجنسية البريطانية

(٣٦) انظر

Treaties and Conventions concluded between the United States of America and Other Powers , revised edition( Washington , D.C., U.S. Government printing Office , 1873 ) , p.562 ; The consolidated treaty Series ( Dobbs Ferry , New York , Oceana Publications , 1969 ) . vol . 102, p .29.

British and Foreign State Papers, 1881 – 1882, vol. LXXIII, p. 273<sup>(٣٧)</sup>  
(٣٨) أنظر المواد ٣٧ و ٨٥ و ٩١ و ١٠٦ و ١١٣ من معاهدة السلام الموقعة بين القوى الحليفة والشريكة وألمانيا ( معاهدة فرساي ) ، والمواد ٧٨-٨٢ من معاهدة السلام الموقعة بين القوى الحليفة والشريكة والنمسا ( معاهدة سان جرمان – أن – لي ) والمادتين ٣ و ٤ في كل من المعاهدة الموقعة بين القوى الحليفة والشريكة وبولندا ، والمعاهدة بين القوى الحليفة ولشريكة وتشيكوسلوفاكيا ، والمعاهدة بين القوى الحليفة والشريكة والدولة الصربية – الكرواتية – السلوفينية ، وكذلك معاهدة باريس بين القوى الحليفة والشريكة ورومانيا ؛ والمادتين ٤٠ و ٤٥ من معاهدة السلام الموقعة بين القوى الحليفة والشريكة وبلغاريا ؛ والمادة ٦٤ من معاهدة السلام الموقعة بين القوى الحليفة والشريكة والمجر ( معاهدة تريانون للسلام ) والمادة ٩ من معاهدة السلام الموقعة بين فنلندا وحكومة روسيا السوفيتية ( معاهدة تارتو ) بشأن تنازل روسيا عن منطقة بتسامو ( بتشينغا ) لفنلندا والمواد ٢١ و ٣١ - ٣٦ من معاهدة السلام ( معاهدة لوزان ) ، لعام ١٩٢٣ .

(39)United Nations , Legislative Series , Materials on Succession of States in Respect of Matters Other Than Treaties(ST / LEG / SER. B /17 ) ( No. E/F .77 .V.9 ) , p .145

بصورة تلقائية عن فئات الأشخاص المنصوص عليها في الملحق الأول من ذلك القانون ، نصت المادة ٢/٢ منه على أنه لأي شخص كان في الفترة التي سبقت الاستقلال مباشرة يقطن أو يقيم بصفة معتادة في أي مكان خارج بورما، يملك التاج البريطاني فيه ولاية على الرعايا البريطانيين ، الحق في اختيار أن يظل من الرعايا البريطانيين بموجب إعلان يقدمه قبل انقضاء عامين على الاستقلال (٤٠) . كذلك كفلت المادة ٤ من الاتفاق بين الهند وفرنسا بشأن تسوية مسألة مستقبل المؤسسات الفرنسية في الهند ، الموقع في نيودلهي في ٢١ أكتوبر ١٩٥٤ حرية اختيار الجنسية (٤١) . وأيضاً فإن معاهدة التنازل عن المؤسسات الفرنسية في بونديشيري وكاريكال وماهي ويانام الموقعة في نيودلهي في ٢٨ مايو ١٩٥٦ بين الهند وفرنسا ، تضمنت أحكاماً تتعلق بحق الخيار (٤٢) .

وقد تضمنت التشريعات الوطنية للدول المعنية ، في حالات حديثة العهد لخلافة الدول في أوروبا الشرقية والوسطى ، لم تسوى فيها مسائل الجنسية بواسطة المعاهدات ، نصوصاً تقرر للأشخاص المعنيين إمكانية الاختيار . وهكذا فإن قانون الجنسية في الجمهورية السلوفاكية ، الصادر في ١٩ يناير ١٩٩٣ (٤٣) ، تضمن أحكاماً " تحررية " بشأن الاكتساب الاختياري لجنسيتها . فالفقرة ١ من المادة ٣ تجيز لمن كانوا في ٣١ ديسمبر ١٩٩٢ مواطنين للجمهورية الاتحادية التشيكية والسلوفاكية ولم يكتسبوا جنسية سلوفاكيا تلقائياً ، أن يختاروا جنسية جمهورية سلوفاكيا ، ولم يفرض أي شرط آخر ، مثل الإقامة الدائمة في إقليم سلوفاكيا ، من أجل اكتساب مواطني تشيكوسلوفاكيا السابقين بصورة اختيارية جنسية سلوفاكيا .

(٤٠) - المرجع السابق ص ١٤٦

(٤١) - المرجع السابق ص ٨٠ .

(٤٢) المرجع السابق ص ٨٦ .

(٤٣) مجموعة قوانين الجمهورية السلوفاكية ، القانون رقم ١٩٩٣/٤٠ . للإطلاع على الترجمة الإنجليزية ، انظر ( Central and Eastern European legal materials ( Hunter , New York , Juris Publishing New York , 1997 ) Binder 2

A .

٢٠- وقد نهج مشروع المواد محل الدراسة نهجاً يكفل احترام إرادة الأشخاص المعنيين المؤهلين لاكتساب أكثر من جنسية من جنسيات الدول المعنية ، وذلك من خلال منحهم حق الخيار ، وفي هذا الصدد تنص المادة الحادية عشر على أنه :

١- تراعي الدول المعنية إرادة الأشخاص المعنيين متى كان هؤلاء الأشخاص مؤهلين لاكتساب جنسية دولتين أو أكثر من الدول المعنية .

٢- تمنح كل دولة معنية الأشخاص المعنيين الذين لهم صلة مناسبة بتلك الدول الحق في اختيار جنسيتها إذا كان هؤلاء الأشخاص سيصبحون ، لولا ذلك، عديمي الجنسية نتيجة لخلافة الدول .

٣- إذا قام الأشخاص الذين لهم حق الخيار بممارسة هذا الحق، يكون على الدولة التي أختار أولئك الأشخاص جنسيتها أن تعطيهم هذه الجنسية.

٤ - إذا قام الأشخاص الذين لهم حق الخيار بممارسة هذا الحق ، يكون على الدولة التي تخلي أولئك الأشخاص عن جنسيتها أن تسحب هذه الجنسية منهم ، إلا إذا كانوا سيصبحون بذلك عديمي الجنسية .

٥ - ينبغي للدول المعنية أن تتيح مهلة معقولة لممارسة حق الخيار " .

٢١- ويلاحظ إن مصطلح " حق الخيار " *right of option* المستخدم في مشروع المواد لا يعني فقط الاختيار من بين الجنسيات ، ولكنه مستخدم بمعناه الواسع ، إذ يشمل أيضاً إجراءات " خيار القبول " أي الاكتساب الطوعي للجنسية عن طريق الإعلان ، " و خيار عدم القبول " ، أي التخلي عن جنسية مكتسبة بقوة القانون . ويمكن لحق الخيار هذا أن تنص عليه التشريعات الوطنية حتى دون أن يكون هناك اتفاق يبين الدول المعنية<sup>(٤٤)</sup> .

---

(٤٤) انظر فقرة ٧ من التعليق المصاحب للمادة ١١ من مشروع المواد ، المرجع السابق

".....a choice between nationalities.....is used in a broader sense, covering also the procedures of "opting in", i.e. the voluntary acquisition of nationality by declaration and "opting out", i.e. the renunciation of a nationality acquires *ex lege*. Such right of option may be provided under national legislation even without agreement between States concerned".

٢٢- وتنص الفقرة ١ من المادة ١١ على شرط احترام إرادة الشخص المعني عندما يكون مؤهلاً لاكتساب جنسية دولتين أو عدة دول من الدول المعنية. وتوحي عبارة " تراعي " عدم وجود التزام قاطع بمنح حق الخيار لهذه الفئة من الأشخاص المعنيين. ومن ناحية أخرى يرد تأكيد هذا المبدأ، بمزيد من التفصيل في المواد ٢٠ و ٢٣ و ٢٦، المتعلقة بفئات محددة من خلافة الدول<sup>(٤٥)</sup>، التي يكرس فيها الالتزام بمنح حق الخيار ويحدد فيها أيضاً الأشخاص الذين لهم حق الخيار، ولا تخل الفقرة ١ بسياسة وحدة أو ازدواج الجنسية التي قد تتبعها كل دولة من الدول المعنية<sup>(٤٦)</sup>.

وتبرز الفقرة ٢ الوظيفة التي يؤديها حق الخيار بوصفه واحداً من الوسائل التي تستهدف تجنب خطر انعدام الجنسية في حالات خلافة الدول لذلك سنرجى دراستها لحين التعرض للمبادئ التي تهدف لتجنب مشاكل الجنسية ومنها مشكلة انعدام الجنسية.

٢٣- وتبين الفقرتان ٣ و ٤ الآثار المترتبة على ممارسة شخص معني لحق الخيار فيما يتعلق بالتزامات الدول المعنية المشار إليها فيهما. ويمكن تنفيذ التزامات مختلف الدول الداخلة في خلافة معينة للدول بصورة مشتركة عندما يكون حق الخيار مستنداً إلى معاهدة بين هذه الدول، ولكن يمكن تنفيذها أيضاً بصورة مستقلة، وعندما يقرر حق الخيار ( في صورة خيار القبول أو خيار عدم القبول) بموجب تشريعات تلك بعض الدول دون غيرها.

وهكذا فإن اكتساب جنسية دولة من الدول المعنية بموجب خيار لا يعني بالضرورة أنه يقع على عاتق الدول المعنية الأخرى التزاماً بسحب جنسيتها، فمثل هذا الالتزام لا يوجد إلا إذا نصت عليه معاهدة معقودة بين الدولة المعنية أو إذا تخلى الشخص الذي يختار جنسية دولة واحدة أيضاً عن جنسية الدولة الأخرى وفقاً لأحكام تشريعات الدولة الأخيرة<sup>(٤٧)</sup>.

(٤٥)- انظر ما بعده المبحث الثاني

(٤٦) انظر فقرة ٨ من التعليق المصاحب للمادة ١١ من مشروع المواد المرجع السابق ص ٤٥

(٤٧) انظر فقرة ١٢ من التعليق المصاحب للمادة ١١ من مشروع المواد المرجع السابق ص ٤٦.



٢٤ - وتنص الفقرة ٥ على الشرط العام لإعطاء مهلة زمنية من أجل ممارسة حق الخيار ، بصرف النظر عما إذا كان ذلك الحق منصوصاً عليه في معاهدة بين الدول المعنية أو في تشريع إحدى الدول المعنية . وتدل ممارسات الدول على أن تحديد المدة التي يمنح فيها الأشخاص المعنيون حق الخيار يختلف إختلافاً كبيراً. فمثلاً، بموجب معاهدة التنازل عن إقليم مدينة شاندر ناغور الحرة في عام ١٩٥١ المعقودة بين الهند وفرنسا ، أعطى حق الخيار خلال ستة أشهر<sup>(٤٨)</sup>، بينما نصت المعاهدة المعقودة بين أسبانيا والمغرب بشأن إعادة اسبانيا إقليم سيدي إفنى إلى المغرب على فترة ثلاثة أشهر . وفي بعض الحالات منح حق الخيار فترة طويلة من الزمن . وقد يعتمد ما يشكل فترة زمنية "معقولة" على ظروف خلافة الدول ، ولكنه يعتمد أيضاً على الفئات التي ينتمي إليها الأشخاص المعنيون الذين لهم حق الخيار، وفي جميع الأحوال فإن " الفترة الزمنية المعقولة" هي الفترة الزمنية الضرورية لكفالة الممارسة الفعالة لحق الخيار .

#### الفرع الرابع

#### الحق في التجمع العائلي (وحدة الأسرة)

٢٥ - يعد إعتبار وحدة الأسرة أحد أهم الاعتبارات التي يجب أن تهيمن على تنظيم الجنسية في سياق خلافة الدول . وهناك عدد من الأمثلة المستمدة من ممارسات الدول تظهر إهتمامها - عند تنظيم جنسيتها - بعلاج مشكلة المصير المشترك للأسرة عند حدوث خلافة للدول . وقد تمثل النهج العام في المعاهدات التي تم إبرامها بعد الحرب العالمية الأولى في ضمان حصول أفراد الأسرة على نفس جنسية رب الأسرة ، سواء كان قد إكتسبها تلقائياً أو بإختياره . على العكس من ذلك ، لم تنص المادة ١٩ من معاهدة السلام مع إيطاليا لعام ١٩٤٧ على

---

United Nations, Treaty Series . Vol. 203 , No. 2744, p.155 - (٤٨)

تزامن حصول الزوجة على جنسية زوجها بعد أن يكون قد حدد إختياره ،  
على أن الأطفال القصر يحصلون تلقائياً على الجنسية التي يختارها رب  
الأسرة<sup>(٤٩)</sup> .

وقد تم أيضاً التركيز على مبدأ جمع شمل الأسرة ، وإن كان ذلك على  
نطاق أوسع ، فى التعليق على المادة ١٩ من مشروع إتفاقية الجنسية الذى  
أعدته كلية الحقوق بجامعة هارفارد ، حيث جاء أن "من المستحسن بقدر  
الإمكان ان يكون لأفراد الأسرة جنسية واحدة ويعتبر مبدأ جمع شمل الأسرة ،  
فى بلدان عديدة ، اساساً كافياً لتطبيق هذا الحل البسيط <sup>(٥٠)</sup> " .

وتمثل النهج المتبع عادة لتحقيق هذا الهدف فى سياق عملية إنهاء  
الأستعمار فى تمكين الزوجة من إكتساب جنسية زوجها بنقديم طلب بذلك ، وهو  
ما توضحه النصوص القانونية ذات الصلة لبربادوس ، وبوتسوانا ، وبورما ،  
وجيانا ، وجامايكا وملاوى ، وموريشيوس ، وسيراليون ، وترينيداد و  
توبتاجو <sup>(٥١)</sup> أو بموجب عدة أحكام معاهدات ، مثل المعاهدة المتعلقة بإنشاء  
جمهورية قبرص المؤرخة ١٦ أغسطس ١٩٦٠ <sup>(٥٢)</sup> والمادة ٦ من معاهدة

---

(٤٩) - Materials on Succession of States . ص ٥٩ .

" it is desirable in some measure that members of family should <sup>(٥٠)</sup>  
have the same nationality, and the principle of family unity is  
regarded in many countries as a sufficient basis for the application of  
this simple solution" .

... Research in International Law ، ص 69 والعبء الأساسى فى الأحكام التى  
تنص على التغيير المتزامن لجنسية جميع أفراد الأسرة عقب تغيير جنسية رب الأسرة كان  
يتمثل فى أن هذه الأحكام كانت تضع المرأة فى موضع التبعية لعدم الأعتداد بإرادتها . وفى  
محاولة للتغلب على هذه المشكلة ، نصت المادة ٤ من القرار الذى أتخذه معهد القانون الدولى  
فى ٢٩ ستمبر ١٨٩٦ على أنه:

" ما لم ينص صراحة على خلاف ذلك وقت النجس ، فإن تغيير جنسية رب الأسرة يؤدى  
إلى تغيير جنسية زوجته إذا لم تكن منفصلة عنه ، وجنسية أولاده القصر ، مع الأحتفاظ  
للزوجة بحق إستعادة جنسيتها السابقة عن طريق إعلان بسيط ، وكذلك حق الأطفال فى  
إختيار جنسيتهم السابقة . إما فى السنة التى تلى بلوغهم سن الرشد أو عند تحررهم من سلطة  
الأب ، بموافقة من ينوب عنهم قانوناً (ورد هذا النص فى المرجع نفسه Research in  
International Law ، ص ٧٥

Materials on Succession of States .....<sup>(٥١)</sup> ص ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٣٧-١٣٨ و  
١٤٥-١٤٦ و ٢٠٤-٢٠٣ و ٣٠٨-٣٠٧ و ٣٥٣-٣٥٤ و ٣٨٩-٣٩٠ و ٤٢٩ على التوالى .

التنازل عن المؤسسات الفرنسية في بونديشيري وكاريكال وماهى ويانام بين الهند وفرنسا ، الموقعة في نيودلهي في ٢٨ مايو ١٩٥٦<sup>(٥٣)</sup>. كما يتجلى الأهتمام بالمحافظة على جمع شمل الأسرة في بعض التشريعات الوطنية للدول الخلف التي عن حالات حديثة لإنحلال الدول في أوربا الشرقية والوسطى<sup>(٥٤)</sup>.

٢٦- و قد تبني مشروع المواد الذي أعدته لجنة القانون الدولي هذا المبدأ . وفي هذا الصدد تنص المادة ١٣ منه على " حيثما يكون من شأن اكتساب الجنسية أو فقدانها في حالة خلافة الدول أن ينال من الأسرة ، يكون على الدول المعنية أن تتخذ جميع التدابير المناسبة التي تسمح للأسرة بالبقاء معا أو تسمح بإعادة جمع شملها "

٢٧- وقد رأت لجنة القانون الدولي أن مسألة ضمان وحدة الأسرة ، والتي عالجتها المادة ١٢ ، وثيقة الصلة بمسائل الجنسية في حالة خلافة الدول ، ذلك أن مشكلة تشتت الأسرة يمكن أن تنشأ في هذا السياق على نطاق واسع ، وقد جاء في التعليق المصاحب لهذه المادة أنه مع تأكيد الأهمية الفائقة لتمكين أفراد الأسرة من الحصول على جنسية واحدة عند حدوث خلافة للدول ، فإنه ليس من الضروري وضع قاعدة مشددة لهذا الغرض مادام حصول أفراد الأسرة على جنسيات مختلفة لا يحول دون بقائهم معا أو إعادة جمع شملهم. ومن هنا جاء الطابع العام للإلتزام الوارد في المادة ١٢<sup>(٥٥)</sup> . فمثلا عندما تواجه الأسرة صعوبات في العيش معا كوحدة واحدة نتيجة لأحكام قوانين الجنسية في حالة خلافة الدول ، فإن الدول المعنية تكون ملزمة بإزاحة مثل، هذه العراقيل التشريعية، ومع ذلك فإن عبارة " التدابير المناسبة " مقصود بها إستبعاد الطلبات غير المعقولة التي يتقدم بها الأشخاص المعنيون في هذا الشأن.

---

(٥٢) المرجع السابق ، ص ١٧٢ - ١٧٨ .

(٥٣) المرجع السابق ، ص ٨٧ .

(٥٤) للأطلاع على أمثلة ذلك ، أنظر الفقرتين (٢٠) و (٢١) من التعليق على مشروع المادة ٩ والذي يقترح المقرر الخاص في تقريره الثالث ، الكتاب السنوي ١٩٩٧ . المجلد

الثاني (الجزء الأول) ، الوثيقة . Add.I,A/CN.4/480

(٥٥) انظر فقرة ٥ من التعليق المصاحب للمادة ١٢ من مشروع المواد، المرجع السابق ص ٤٨-٤٩ .

٢٨- يبقى أن مفهوم الأسرة يختلف فى النظم القانونية الوطنية تبعاً لأختلاف ثقافتها القانونية وقيمها الاجتماعية ، وقد يكون ذلك سبباً لتفسير هذا المفهوم " بطرق مختلفة فى شتى مناطق العالم . ومع ذلك يقلل من احتمال نشوء هذه المشكلة حقيقة أن خلافة الدول تشمل فى العادة دولاً تتجاور فى منطقة جغرافية واحدة ، ومن ثم فالغالب أنها تشترك فى تفسير واحد أو متماثل لهذا المفهوم<sup>(٥٦)</sup> .

### الفرع الخامس

#### الحق فى المساواة وعدم التمييز

٢٩- أدى الأهتمام بمناهضة التمييز فيما يتعلق بمسائل الجنسية فى حالة خلافة الدول إلى إدراج بعض الأحكام ذات الصلة فى عدد من المعاهدات التى تم إبرامها بعد الحرب العالمية الأولى . كذلك كرس القضاء الدولى مبدأ عدم التمييز عند تنظيم الجنسية فى سياق خلافة الدول . وهذا ما يتضح من فتوى محكمة العدل الدولية الدائمة بشأن مسألة إكتساب الجنسية البولندية التى أعلنت فيها المحكمة أن " من أهم المشاكل التى نشأت فيما يتعلق بحماية الأقليات مشكلة منع .... الدول الجديدة ... التى توسع إقليمها توسعاً كبيراً نتيجة للحرب والتى لا يعرف سكانها بالتالى تعريفاً واضحاً من زاوية الولاء السياسى ... من رفض منح جنسيتها لفئات معينة من الأشخاص لإعتبارات عرقية أو دينية أو لغوية ، رغم الرابطة الفعلية التى تربطهم بالإقليم المخصص إلى دولة أو أخرى من هذه الدول<sup>(٥٧)</sup> " .

كما تم تناول مشكلة التمييز فى مسائل الجنسية ، فى سياق أعم ، فى المادة ٩ من إتفاقية خفض حالات إنعدام الجنسية ، وهى المادة التى تحظر الحرمان من الجنسية لأسباب عرقية أو دينية أو سياسية ، وفى المادة ٥ من الإتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصرى التى تشترط على

---

(٥٦) أنظر الفقرة ٦ من التعليق المصاحب للمادة ١٢ من مشروع المواد ، المرجع السابق ص ٤٩ .

(٥٧) 1923,P.C.I.J.,Series B,No.P.15

الدول أن تكفل حق كل إنسان ، دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل القومي ، في المساواة أمام القانون وفي التمتع بالحق في الجنسية<sup>(٥٨)</sup> .  
كما تتضمن الإتفاقية الأوربية المتعلقة بالجنسية حظراً عاماً للتمييز في مسائل الجنسية : فالفقرة ١ من المادة ٥ تنص على أنه " يجب ألا تتضمن قواعد الجنسية في أي دولة طرف أي تفرقة أو تشتمل على أية ممارسة تشكل تمييزاً بسبب الجنس أو الدين أو العرق أو اللون أو الأصل القومي<sup>(٥٩)</sup> .

(٥٨) - يعد تشريع الجنسية الإسرائيلية لسنة ١٩٥٢ وكذلك التشريع الصادر سنة ١٩٥٠ الذي كلفت بموجبه اسرائيل لأى يهودى فى العالم الحق فى العودة لإسرائيل مثالان صارخان للتمييز فى منح الجنسية بسبب إختلاف الدين والأصل القومى . فوفقاً للفصل الثالث من تشريع الجنسية يكتسب كل يهودى جنسية دولة إسرائيل إستناداً لحق العودة ، بينما لا يسمح القانون للفلسطينيين باكتساب الجنسية الأسرائيلية إلا بشروط صارمة عملت إسرائيل على ضمان عدم تحققها من خلال طردها وتهجيرها الفلسطينيين بالقوة المسلحة وبصفة منهجية منذ إنشائها عام ١٩٤٨ (عام النكبة ) وحتى عام ١٩٦٧ (عام النكسة ) . فوفقاً للفصل الثالث من تشريع الجنسية الإسرائيلى لعام ١٩٥٢ كمقيم فى دولة إسرائيل وفقاً لقانون التسجيل الصادر ١٩٤٩ . بموجب هذا القانون يتعين على كل عربى فلسطينى بلغ السادسة عشر من عمره ويقوم فى إقليم دولة إسرائيل أن يسجل إقامته وذويه خلال مدة قصيرة نسبياً وهى شهر من تاريخ سريان قانون التسجيل . بالإضافة لذلك أن يكون العربى الفلسطينى مقيماً فى دولة إسرائيل بصفة مستمرة منذ إنشائها فى ١٤ مايو ١٩٤٩ وحتى دخول تشريع الجنسية حيز النفاذ فى ١٤ يوليو ١٩٥٢ . وهى شروط لم تتحقق سوى للنزر اليسير من الفلسطينيين الذين أصروا على البقاء فى وطنهم غير عابئين بإرهاب العصابات الصهيونية . وقد هدفت إسرائيل فى حينه من وضع هذه الشروط إلى إنشاء وطن قومى يكون غالبية السكان فيه من اليهود . والواقع أن تشريع الجنسية الإسرائيلية يعد الوحيد الذى يتعارض مع مبدأ علمانية الجنسية الذى يعتبره بعض الفقهاء " إحدى قواعد القانون الدولى التى تستند إلى العرف الدولى ، إذ التزمت به سائر الدول فى تشريعات الجنسية التى أصدرتها ، حيث أغفلت ترتيب أى أثر قانونى لديانة الأفراد فى تنظيم جنسيتها ، أى فى تحديد مواطنتها " ( راجع أستاذنا الدكتور أحمد قسمت الجداوى : الجنسية ومركز الأجانب ، ١٨٣/١٩٨٢ ، بند ٥١ وما بعده ص ٦٥ . وانظر أيضاً لنفس المؤلف :

"Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé, thèse Paris. Dalloz, 1971 nos 53 et ss. :

( راجع تشريعات الجنسية الإسرائيلية منشورة باللغة الأنجليزية فى )

J.Badi (ed.), Fundamental Laws of States of Israel ( Twayne New York 1961 ) وراجع بصدد قانون العودة من حيث اتفاقه مع أساس الجنسية: Nancy Caren Richmond , 'Israel's Law of Return : Analysis of Its Evolution and present Application , 12 Dickinson Journal of International Law (1993-1994) pp. 95-133. It is submitted that the Law of return confuses the laws of immigration with the laws of nationality . Immigration laws concern the entry of foreign nationals

٣٠- وقد كرست المادة ١٥ من مشروع المواد مبدأ عدم التمييز بنصها على أنه: "على الدولة المعنية ألا تحرم الأشخاص المعنيين من حق الاحتفاظ بجنسية أو اكتسابها أو من حق الخيار عند خلافة الدول وذلك بممارسة تمييز لأي سبب من الأسباب." وفي حين أن التمييز يستند في الغالب إلى الأسباب التي ذكرناها ، فقد تكون هناك أسباب أخرى للتمييز عند تنظيم مسائل الجنسية في حالة الدول (١٠). ولذلك قررت اللجنة ألا تدرج في المادة ١٥ الإشارة لأية أسباب معينة ، واختارت اعتماد صيغة عامة تحظر التمييز " لأى سبب من الأسباب " متجنبة بذلك إحتمال أى تفسير مخالف .

والمادة ١٥ تحظر التمييز الذى يؤدي إلى حرمان الشخص المعنى من حقه فى جنسيته معينة أو حسبما يكون عليه الحال ، من ممارسة حق الاختيار . وهى لا تعالج مسألة ما إذا كان يمكن لدولة معينة أن تستخدم أى معيار من المعايير السابقة أو معايير مماثلة من أجل توسيع دائرة الأفراد الذين يحق لهم إكتساب جنسيتها (١١) .

to and from a particular State , whereas nationality is the link between individual and the State . The Law of Return is effectively a blend of immigration and nationality law for it confers nationality automatically on foreign immigrants . It also confers Israeli nationality on the children of Israeli parents regardless of where they are born and irrespective of whether or not they desire Israeli nationality . in this respect the Law of Return is inconsistent with the doctrine of the real and effective link established by the International Court of Justice in the Nottebohm Judgement.

(٥٩) - تنص المادة ١٨ من الاتفاقية صراحة على أن هذا الحكم ينطبق أيضاً على حالات خلافة الدول .

(٦٠) - أنظر، مثلاً ، المناقشات التي جدرت حديثاً بشأن تطبيق شرط عدم وجود سوابق جنائية لأغراض منح الجنسية عند إختيارها . وقد ذكر خبراء مجلس أوروبا فى هذا الصدد أنه: " إذا كان شرط خلو السوابق الجنائية فى سياق التجنس شرطاً مألوفاً وعادياً وينجسم مع المعايير الأوروبية فى هذا المجال .. فإن المشكلة تختلف فى سياق خلافة الدول حيث إنه من المشكوك فيه ... بموجب القانون الدولى أن يستبعد من الحصول على الجنسية مواطنون عاشوا لعقود فى الإقليم ، وقد يكونوا ولدو فيه ، لمجرد أن لهم سوابق جنائية " .

(Report of the experts of the Council of Europe...) (الفقرتان، ٧٣ و٧٦) . وأعرب خبراء مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين عن رأى مماثل مفاده أن " تعليق منح الجنسية على هذا الشرط فى سياق خلافة الدول غير مبرر (و) يبدو تمييزياً تجاه قطاع من السكان لهم صلة حقيقية وفعلية بالدولة الخلف " (قوانين الجنسية التشكيكية والسلوفاكية ومشكلة إنعدام الجنسية " ، المرجع السابق، ص ٢٥) .

٣١- وإلى جانب إنتزام الدول المعنية بالخلافة بعدم التمييز عند تنظيم جنسيتها ، فإن مشروع المواد يحظر عليها إتخاذ قرارات تعسفية بشأن مسائل الجنسية . وفي هذا الصدد تنص المادة ١٦ على أنه " لا يجوز تجريد الأشخاص المعنيين تجريداً تعسفياً من جنسية الدول السلف أو حرمانهم تعسفاً من حق إكتساب جنسية الدولة الخلف أو من أى حق فى الخيار ، إذا كانت تلك الحقوق مخولة لهم فى حالة خلافة الدول "

وتعمل المادة ١٦ على حالة خلافة الدول المبدأ الذى ورد فى المادة ٢/١٥ من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان التى تنص على أنه "لا يجوز حرمان أى شخص تعسفاً من جنسيته ولا من حقه فى تغيير جنسيته " . وقد أعيد تأكيد حظر الحرمان التعسفى من الجنسية فى عدد من الصكوك الأخرى مثل اتفاقية خفض حالات إنعدام الجنسية (المادة ٨، الفقرة ٤)، واتفاقية حقوق الطفل(المادة ٨)،، والاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالجنسية ( المادة ٤ ، الفقرة (ج) والمادة ١٨).

٣٢- وتتضمن المادة ١٦ حظراً مزدوجاً : الأول هو قيام الدولة السلف تعسفاً بسحب جنسيتها من الأشخاص المعنيين الذين يحق لهم الاحتفاظ بهذه الجنسية بعد حدوث خلافة الدول وحظر قيام الدولة الخلف تعسفاً برفض إعطاء جنسيتها للأشخاص المعنيين الذين يحق لهم إكتساب هذه الجنسية إما بقوة القانون أو من خلال ممارسة حق الخيار . والثانى هو حظر حرمان الشخص تعسفاً من حقه فى الخيار الذى يشكل تعبيراً عن حق الشخص فى تغيير جنسيته فى سياق خلافة الدول . وتهدف المادة إلى منع التجاوزات التى قد تحدث عند تطبيق أية قوانين أو معاهدات تتفق فى حد ذاتها مع أحكام مشروع المواد . وتشير عبارة " إذا كانت مخولة لهم " إلى الحق الذاتى لأى شخص معنى إستناداً إلى هذه الأحكام .

---

(٦١) – أنظر فتوى محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان المؤرخة فى ١٩ يناير ١٩٨٤ فى القضية المتعلقة بإدخال تعديلات على أحكام التجنس فى دستور كوستاريكا :

Proposed Amendments to the naturalization Provisions of the  
Constitution of Costa Rica Inter – American Court of Human Rights,  
Advisory Opinion OC-4/84of 19 January 1984 ,Series A,  
No.4,P.International Law Reports (Cambridge) Vol  
79(1989),p.94,para.32.

## الفرع السادس

### عدم المساس بمركز المقيمين بصفة معتادة

٣٣- لا ينبغي أن يكون لخلافة الدول آثار سلبية على مركز الأشخاص المعنيين بوصفهم مقيمين بصفة معتادة على الأقليم الذي تغيرت عليه السيادة ، أى أن الأشخاص المعنيين الذين يكونون مقيمين بصفة معتادة فى إقليم ما فى تاريخ حدوث الخلافة يحتفظون بهذا المركز . وقد أظهرت تجارب التاريخ ، فى ضوء ما حدث فى فلسطين عند قيام دولة إسرائيل وفى ضوء التجربة الحديثة لأوروبا الشرقية ، أن إهدار حق الإقامة المكتسب يفضى إلى تشريد جزء كبير من السكان و إلى معاناتهم ، ويلقى بعينهم على عاتق دول لا تتحمل بهذا العبء وفقاً لقواعد القانون الدولى .

وهذا الصدد تنص المادة ١٤ من مشروع المواد أنه :

"١- لا تؤثر خلافة الدول فى مركز الأشخاص المعنيين كمقيمين بصفة اعتيادية.

٢- تتخذ الدولة المعنية جميع التدابير الضرورية لتمكين الأشخاص المعنيين الذين اضطروا ، بسبب وقوع أحداث تتصل بخلافة الدول ، إلى مغادرة مكان إقامتهم الاعتيادى فى إقليمها من العودة إليه".

وتكرس الفقرة ١ من المادة ١٤ القاعدة التى تقضى بان خلافة الدول ، بوصفها هذا ، لا تؤثر على مركز المقيمين بصف معتادة فى إقليم ما فى تاريخ حدوث الخلافة . وهذه المسألة تختلف عن مسألة ما إذا كان يمكن أو لا يمكن لهؤلاء الأشخاص أن يحتفظوا بحق الإقامة المعتادة فى دولة معينة إذا ما اكتسبوا ، بعد حدوث خلافة الدول جنسية دولة أخرى من الدول المعنية . وتتناول الفقرة ٢ مشكلة الإقامة المعتادة فى الحالة ١ التى تؤدى فيها خلافة الدول إلى تشريد جزء كبير من السكان . والغرض من هذا الحكم هو ضمان الأسترداد الفعلى لمركز المقيمين المحمى بمقتضى الفقرة ١ .



## المطلب الثانى

### المبادئ المتعلقة بأساس الجنسية

#### إستناد الجنسية إلى رابطة فعلية بين الشخص المعنى والدولة المعنية

٣٤- من المبادئ المستقرة فى إطار القانون الدولى العام ، و الذى يشكل قيد على حرية الدولة فى تنظيم جنسيته ، ذلك المبدأ الذى يقضى بوجوب قيام رابطة الجنسية على وجود صلات حقيقية بين الفرد والدولة (٦٧) .

ومؤدى هذا المبدأ أنه يجب على الدولة عند وضع تشريعها المنظم للجنسية أن تراعى بناء جنسيته على وجود صلات حقيقية وجدية بين الأفراد والدولة .  
وبعبارة أخرى ، يجب على الدولة ألا تقوم بوضع القواعد المنظمة لجنسيته على النحو الذى يؤدى إلى ضم أفراد إلى مجتمعها الوطنى لا توجد بينهم وبينه أية رابطة حقيقية .

وقد كشفت عن هذا القيد محكمة العدل الدولية فى حكمها الصادر فى ١٦ إبريل عام ١٩٥٥ فى قضية نوتيبوم Nottebhm قد أكدت المحكمة فى هذا الحكم على أن تمسك الدولة بإنتماء الفرد لها بجنسيته لا يحتج به فى مواجهة الدولة الأجنبية التى تدعى هى الأخرى إنتماء نفس الشخص لمجتمعها الوطنى إلا إذا إستند هذا الأنتماء على رابطة واقعية وفعلية . ذلك أن حرية الدولة فى تنظيم جنسيته لاتعنى أن يكون لها سلطان مطلق فى إضفاء جنسيته على الفرد ولو لم تتوافر صلة حقيقية تكشف عن إرتباطه بالجماعة الوطنية فى تلك الدولة .

(٦٧) أنظر : فى إعتبار هذه الصلة الجدية قيماً يفرضه العرف الدولى على مبدأحرية الدولة فى تنظيم جنسيته ، Rezek المرجع السابق ، ص٣٧١ و P.Lagarde, La nationalité Française (Paris ,Dalloz, 1975),

P.11;J.de Burlet, "De l'importance d'un 'droit international coutumier de la nationalité

Revue critique de droit international privé (Paris , Sirey , 1978)Vol .67, No 2, pp.304-327. انظر أيضاً

Holleaux , foyer et De la pradelle, Droit international privé ,1987.:<<Le principe de la nationalité effective devrait constituer une règle de conduite pour les Etats tenus de n'accorder leur nationalité qu'a ceux qui ont des liens de fait certains avec eux >> (No 54,p.37)

R.Jennings &Watts, eds., Oppenheim's International Law 9<sup>th</sup> ed ., Vol.1.peace ( London, Longman, 1992),P.852

وقد اشارت المحكمة ، فى ذلك الحكم إلى بعض العناصر التى يمكن أن تستند إليها الجنسية الفعلية فقالت : " (يجب) وضع عوامل مختلفة فى الاعتبار ، وتختلف أهمية هذه العوامل من حالة لأخرى : فمكان الإقامة الاعتيادية للفرد المعنى عامل مهم ، ولكن هناك عوامل أخرى مثل مركز إهتماماته ، وروابطه الأسرية و مشاركته فى الحياة العامة ، و ما يظهر من تعلق ببلد معين و غرسه ذلك التعلق فى نفوس أطفاله و ما إلى ذلك "

ومع ذلك يلاحظ أن عدم الاعتراف بالجنسية التى لا تستند إلى صلات حقيقية و فعلية على النحو السابق بيانه، يكون مقصوراً على ما ترتبه هذه الجنسية من آثار على الصعيد الدولى<sup>(٦٣)</sup> أما الآثار المترتبة على الجنسية فى المجال الداخلى ، أى داخل إقليم الدولة التى منحها فتظل نافذة. إذ أن إختصاص الدولة بالتشريع داخل حدود إقليمها يعد من صميم سيادتها<sup>(٦٤)</sup>.

والواقع أن اشتراط وجود رابطة حقيقية - مادية كانت أو معنوية - بين الدولة والشخص الذى تمنحه جنسيتها ليس مجرد قيد على حرية الدولة فى هذا المجال ، بل يمكن التول بأنه يعد بحق الأساس الفعلى الذى يمكن أن ترد إليه جميع القواعد التى تضعها الدولة عند تحديدها للأفراد الداخلين فى جنسيتها. وأن جميع الأسس التى تبنى عليها الدولة منح جنسيتها ماهى فى الواقع إلا قرانن على قيام هذه الرابطة .

(٦٣) أنظر : C.Santuli, *irregularité interne et efficacité internationale de la nationalité*, L.G.J., 1995 p.63 et ss.

مع ذلك يجدر بالملاحظة أن لجنة التوفيق الإيطالية الأمريكية ، خلصت فى قضية Flegenheimer الى انه ليس من صلاحيتها أن تنفى ما يكون من أثر على الصعيد الدولى للجنسية التى تمنحها دولة ما حتى بدون سند الفعلية ، إلا فى حالة النش أو الإهمال أو الخطأ الجسيم . القرار الصادر فى ٢٠ ستمبر 1965.V.4 UNRAA, vol.XIV Sales No.1965.V.4 p.327

(٦٤) أنظر د. محمد عبد المنعم رياض ، مبادئ القانون الدول الخاص ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ٢٩٠ ، د. عز الدين عبد الله ، القانون الدول الخاص ، الجزء الأول ١٩٨٦ ، ص ١٣٨ ، د. أحمد مسلم ، القانون الدول الخاص ، الجزء الأول ١٩٥٦ ، ص ٨٦ ، د. محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثانية ١٩٨٥ ، ص ٨٤ وما بعدها ، د. جابر عبد الرحمن ، القانون الدولى الخاص العربى ، المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعدها ، أستاذنا الدكتور هشام صادق ، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب ، المجلد الأول فى الجنسية والمواطن ، ١٩٧٧ ، الأسكندرية ، ص ٧٥ ، د. أحمد عبد الكريم سلامه ، المبسوط فى شرح نظام الجنسية ، الطبعة الأولى ١٩٩٣ ، ص ١٠٨ وما بعدها ، د. عنايت عبد الحميد ثابت ، مبتدأ القول فى أصول تنظيم علاقة الرعية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ١٩٩٩/١٩٩٨ ، ص ١٤٣ ، د. عكاشة محمد عبد العال ، الجنسية المصرية: دراسة تأصيلية ، الأسكندرية ، ١٩٩١ ، ص ٦١ . د. أشرف وفا ، المبادئ العامة للجنسية ومركز الأجانب فى القانون المقارن والقانون المصرى ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ١٩٨٨

٣٥- وفي ضوء هذا يرى عدد من الكتاب<sup>(٦٥)</sup> الذين تناولوا موضوع خلافة الدول بأنه " يجب أن تكون هناك صلة كافية بين الدول الخلف والأشخاص الذي تعتبرهم من رعاياهم بحكم الخلافة ، وبالتالي تكون سلطتها التقديرية مقيدة عند منح جنسيتها للأشخاص الذين يفتقرون إلى صلة حقيقية بها ، وأن هذه الصلة تتأتى في المقام الأول من صلتهم بالأقليم المعنى . ويمكن إختبار مدى كفاية هذه الصلة إذا حاولت الدولة الخلف أن تمارس ولايتها على هؤلاء الأشخاص في ظروف لا يؤيدها القانون الدولي ، أو حاولت أن حمايتهم دبلوماسياً في ظل إعداء دولة أخرى بأحقيتها في ممارسة هذه الحماية<sup>(٦٦)</sup> وهم يستندون في ذلك إلى حكم محكمة العدل الدولية في قضية نوتيبوم (Nottebohm) سالف الذكر .

٣٦- وقد كرس مشروع المواد الذي أعدته لجنة القانون الدولي هذا الفهم في المادة ١٩ منه والتي تنص على أنه :

" ١- ليس في مشروع المواد هذا ما يقتضى أن تعامل الدول الأشخاص المعنيين الذين لا تربطهم بدولة من الدول المعنية صلة فعلية ، كرعايا لتلك الدول ، ما لم يؤد ذلك إلى معاملة أولئك الأشخاص كما لو كانوا عديمي الجنسية .

٢ - ليس في مشروع المواد هذا ما يمنع الدول من معاملة الأشخاص المعنيين، اللذين أصبحوا عديمي الجنسية نتيجة لخلافة الدول ، كرعايا للدولة المعنية التي يحق لهم اكتساب جنسيتها أو الاحتفاظ بها إذا كانت هذه المعاملة تعود بالنفع على أولئك الأشخاص "

---

(٦٥) أنظر : R.Donner, The Regulation of Nationality in International Law 2<sup>nd</sup> ed (Irvington, on -Hudson , New York , Transnational Publishers, 1994), p 260, K. Zemanek , " State Succussion after decolonization" , Recueil des cours ..., 1965- III (Leiden, Sijthoff , 1965), vol . 116, p. 272

(٦٦) انظر :

O'Connell, State Succussion in Municipal Law and International Law, vol 1 (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press. 1967) , p 499. " There muste be a sufficient link between the successor State and the persons it claims as its nationals in virtue of the succession , and the sufficiency of the link might be tested if the successor State attempted to exercise a jurisdiction over those persons in circumstances disapproved of by international Law , or attempted to represent them

٣٧- ومن حيث الممارسة الواقعية ، تستند الدولة الخلف في إعطاء جنسيتها لأشخاص معينين إلى معايير عدة منها محل الإقامة المعتادة أو محل الميلاد . وهي معايير أستخدمت إليها ، على سبيل المثال ، معاهدات السلام التي أعقبت الحرب العالمية الأولى (٦٧) . وعلى الرغم من أن مكان الإقامة المعتادة هو أفضل معيار يمكن للدولة الخلف أن تستند إليه في فرض جنسيتها على أشخاص معينين ، فهو ليس المعيار الوحيد المقبول في القانون الدولي (٦٨) . ويفضل بعض الكتاب معيار محل الميلاد (٦٩) في الأقليم المتأثر بالخلافة كإثبات للصلة الفعلية بالدولة الخلف . وفي حالات إنحلال الدول التي حدثت مؤخراً في أوروبا الشرقية تم الأستعانة بمعيار " مواطنة " أو "رعوية " الوحدات المكونة للدولة الأتحادية التي تفككت ، والتي كانت قائمة إلى جانب الجنسية الأتحادية .

٣٨ – ويلاحظ أن لجنة القانون الدولي تعمدت أن تصف مصطلح " صلة " الوارد في الفقرة ١ من المادة ١٩ بالصفة " فعلية " ، والقصد هو إستخدام نفس المصطلحات التي إستخدمتها محكمة العدل الدولية (٧٠) في قضية نوتيبوم (٧١) . وبالرغم أن مسألة عدم إمكانية الأحتجاج بالجنسية غير المستندة إلى صلة فعلية مسألة أعم ، فإن نطاق تطبيق الفقرة ١ يقتصر على عدم إمكانية الأحتجاج بجنسية أكتسبت أو أستبقيت عقب خلافة الدول .

(٦٧) إلا أن معاهدة سان جرمان – أن- لى ( معاهدة السلام بين القوى الحليفة والشريكة والنمسا والمعاهدة المعقودة بين القوى الحليفة والشريكة الرئيسية و تشيكوسلوفاكيا ، والمعاهدة المعقودة بين القوى الحليفة والشريكة الرئيسية والدولة الصربية – الكرواتية – السلوفينية ) ومعاهدة تريانون ( معاهدة السلام بين القوى الحليفة والشريكة وهنغاريا ) ، قد أعمدت معيار التبعية أو الرعوية indigenat وهذا لا يتفق بالضرورة مع معنى الإقامة المعتادة .

(٦٨) O'Connell , State Succession in Municipal Law... المرجع السابق

ص ٥١٨

(٦٩) في قضية رومانو ضد كوما ( Romano V. Comma ) في عام ١٩٢٥ أعمدت محكمة الأستئناف المختلطة المصرية على هذا المبدأ عندما قررت أن الشخص المولود في روما والمقيم في مصر أصبح نتيجة لضم روما في عام ١٨٧٠ ، من رعايا إيطاليا- (Annual Digest of public International Law Cases, 1925- 1926 (London, 1929), vol. 3, p. 265, case No .195)

(٧٠) انظر فقرة ٥ من التعليق على المادة ١٩ من المشروع ، المرجع السابق ص ٥٩ .

(٧١) يوجب ملاحظة أن المحكمة أستخدمت أيضاً في الصيغة الأنجليزية للحكم

عبارة " genuine connection " ( الصلة الحقيقية ) ، التي تقابلها في الصيغة

الفرنسية عبارة " reattachement effectif "

٣٩- وتعالج الفقرة ٢ المشكلة التي تنشأ عندما تتكرر دولة معينة حق شخص معنى فى الإحتفاظ بجنسيتها أو إكتسابها بواسطة تشريع تمييزى أو قرار تعسفى ، فيصبح ذلك الشخص ، نتيجة لذلك ، عديم الجنسية . وكما سبق أن ذكرنا ، لا يمكن للقانون الدولى إصلاح ما يعترى التشريع الداخلى لدولة معينة من قصور ، حتى ولو أدى ذلك إلى إنعدام الجنسية فى المجال الداخلى ، بيد أن هذا لا يعنى أن الدول الأخرى تكون مغلوطة الأيدى إزاء هذا التشريع ويكتب عليها ألا تؤدى سوى دور سلبي . وتظهر تجارب التاريخ أنه كانت هناك حالات لم تعترف فيها الدول - على الصعيد الدولى - بأى أثر لتشريع دولة أخرى يهدف إلى حرمان فئات معينة من الأشخاص من جنسيتها ، وإن كان ذلك فى إطار غير إطار خلافة الدول . مثال ذلك موقف الدول الحلفاء من المرسوم الصادر فى ٢٥ نوفمبر ١٩٤١ ، عملاً بقانون حماية الدم الألمانى والشرف الألمانى ( قانون المواطنة الذى سنه الرايخ ) والذى جرد اليهود الألمان من الصفة الوطنية<sup>(٧٢)</sup> .

(٧٢) فيما يتعلق بالحجج التى ساقها الفقه فى الفترة ما بين الحربين العالميتين بالنسبة لمدى شرعية التجريد أنظر :

H. Lauterpacht, "The nationality denationalized persons", The Jewish yearbook of International Law, 1948 (Jerusalem 1949), p.168  
أيضاً لنفس الفقيه

H. Lauterpacht, The Function of Law in the International community (Clarendon Press, Oxford, 1933) p. 301." there is no clear rule of international law at present which limits the freedom of action of States in the respect

but it is submitted that the indiscriminate exercise by a State of the right of denationalizing its subjects, when coupled with the refusal to receive them when deported from a foreign country , constitutes an abuse of rights which could hardly be countenanced by an international tribunal"

وأنظر أيضاً: Oppenheim's International Law , eighth edition , edited by H . ( Longmans, Green and Co , London ,1955 ) p. 658 . "in so far as Lauterpacht such deprivation of nationality results in statelessness, it must be regarded as retrogressive. That it is not dictated by any vital national interest may be seen from the fact that , subject to certain insignificant exceptions, it finds no place in the laws of other States  
".... وأنظر أيضاً

G Schwarzenberger, A Manual of International Law (Professional Book Limited, Milton, 1976) p. 113. " for purposes of his own

٤٠- غير ان الحكم الوارد فى الفقرة ٢ ليس مقصوراً على الحالة التى يسفر فيها فعل دولة معنية عن إنعدام الجنسية . فهو ينطبق أيضاً حيثما يسهم شخص معنى ،من جراء إهماله ، فى قيام مثل هذا الوضع . والغرض من الفقرة ٢ هو تخفيف وطأة مشكلة إنعدام الجنسية بالنسبة للأشخاص عديمى الجنسية بدلاً من زيادة تعقيدها . وبالتالي فإن هذا الحكم يخضع لشرط أن تكون معاملة هؤلاء الأشخاص بوصفهم من رعايا دولة معنية معينة ، لصالحهم لا على حسابهم . ومن ناحية عملية ، فإن هذا يعنى أنه يجوز للدول الأخرى أن تشمل هؤلاء الأشخاص بمثل ما يُمنحه رعايا تلك الدولة من معاملة مواتية . غير أنه ليس لها ، مثلاً ، أن تبعد هؤلاء الأشخاص إلى تلك الدولة كما تستطيع أن تفعل بالنسبة لرعاياها الفعليين عندما تكون هناك أسباب مشروعة لمثل هذا الأجراء<sup>(٧٣)</sup>

### المطلب الثالث

#### الأحكام الرامية لتجنب مشاكل الجنسية

٤١ - تضمن مشروع المواد العديد من الأحكام التى تهدف لتجنب مشكلة إنعدام الجنسية وبالرغم من حيده المشروع فيما يتعلق بموقف الدول المعنية بالخلافة من تعدد الجنسية فإنه أشتمل على بعض الأحكام التى يودى تطبيقها إلى الحد من هذه الظاهرة.

---

municipal law , a territorial sovereign may deny groups of inhabitants , such as aborigines , or gypsies , all or most rights of citizenship , yet still consider himself entitled to protect them in relation to other subjects of international law . If other States accept this claim , the meaning of nationality in international law and municipal law need not be the same" .

(٧٣) - انظر فقرة ٨ من التعليق على المادة ١٩ من المشروع ، المرجع السابق ص ٦٠

## الفرع الأول

### الالتزام بحماية الأشخاص المعنيين من إنعدام الجنسية

٤٢- ويرتبط بالحق في الجنسية الذي يجب ان تكفله الدولة المعنية بالخلافة للأشخاص المعنيين بها أن تلتزم هذه الدول باتخاذ جميع التدابير الضرورية لتفادي حدوث إنعدام الجنسية. وكما جاء في تقرير خبراء مجلس أوروبا، " فإن هناك التزاماً دولياً على عاتق الدول المعنية بالخلافة بتفادي إنعدام الجنسية<sup>(٧٤)</sup> وكان هذا الالتزام هو إحدى الركائز الرئيسية التي أسستوا إليها في دراستهم لقوانين الجنسية في حالات خلافة الدول التي حدثت مؤخراً في أوروبا. وقد أدى تزايد الوعي بين الدول للحاجة الملحة إلى مكافحة محنة إنعدام الجنسية إلى إقرار عدد من المعاهدات المتعددة الأطراف المتعلقة بهذه المشكلة منذ عام ١٩٣٠، مثل اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠، وبروتوكولها المتعلق بحالة محددة لانعدام الجنسية، وبروتوكولها الخاص المتعلق بإنعدام الجنسية، والاتفاقية المتصلة بمركز الأشخاص عديمي الجنسية، واتفاقية خفض حالات إنعدام الجنسية. والواقع أن عدداً قليلاً جداً فقط من أحكام الاتفاقيات الأنفة الذكر يعالج مباشرة مسألة الجنسية في سياق خلافة الدول، بيد أنها توفر توجيهاً مفيداً للدول المعنية من خلال ما تضمنته من اقتراحات لحلول يمكن أن يستخدمها المشرعون الوطنيون، مع إجراء ما يلزم من تعديل، في سعيهم لحل المشاكل الناجمة عن التغيير الإقليمي.

٤٣- من أهم هذه الحلول أن تعتمد الدولة المعنية تشريعاً يكفل عدم إستبعاد أي فرد تربطه صلة ملائمة بها من دائرة الأشخاص الذين تمنحهم جنسيتها<sup>(٧٥)</sup>. كذلك فإن هدف تفادي حالات إنعدام الجنسية يجب أن يظهر جلياً في تنظيم

(٧٤) - أنظر

Report of the Experts of the council of Europe on the citizenship laws of the Czech Republic and Slovakia and their implementation Council of Europe ( Strasbourg , 2 April 1996 ), document DIR/ JUR (96) 4 para .54.

الشروط المتعلقة بفقدان جنسية الدولة السلف. وهو ما يتفق مع ما يشير إليه الفقه من أن التخلي عن الجنسية غير المشترط باكتساب جنسية أخرى قد عفا عليه الزمن<sup>(٧٦)</sup>.

٤٤- وهناك نهج آخر يستخدمه مشرعو الدول المعنية في حالة خلافة الدول، وهو يتمثل في توسيع نطاق الأشخاص الذين يحق لهم اكتساب جنسيتها. ويتحقق هذا بمنح حق اختيار هذه الجنسية للمعرضين لأن يصبحوا عديمي الجنسية إذا لم يمنحوا هذا الحق. ونستطيع أن نجد تطبيقاً لهذا النهج في المادة ٣/٢ من قانون إستقلال بورما<sup>(٧٧)</sup> والمادة ٦ من القانون رقم ١٩٩٣/٤٠ المؤرخ في ٢٩ ديسمبر ١٩٩٢ المتعلق باكتساب جنسية الجمهورية التشيكية وفقدان تلك الجنسية<sup>(٧٨)</sup> والمادة ٤٧ من قانون الجنسية اليوغوسلافية (رقم ٣٣/٩٦/٣٣)<sup>(٧٩)</sup>

بيد أن فعالية التشريعات الوطنية في تفضي حالات إنعدام الجنسية محدودة، ولزيادة هذه الفعالية يمكن أن تلجأ الدول المعنية إلى إبرام إتفاق يمنع حدوث إنعدام الجنسية، وهذه أيضاً هي الفلسفة التي تركز عليها المادة ١٠ من إتفاقية خفض حالات إنعدام الجنسية<sup>(٨٠)</sup>.

٤٥- وقد ألزم مشروع المواد الخاص بجنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول، والذي أعدته لجنة القانون الدولي، في مادته الرابعة، الدول

---

(٧٥) أنظر فقرة ٤ من التعليق على المادة ٤ من المشروع، المرجع السابق ص ٣٢.  
(٧٦) أنظر:

H.Batiffol and P. Legarde *Traité de droit international privé*, vol. 1, 8ème ed. Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence (1993), pp.126-127.

(٧٧) أنظر:

United Nations, Legislative Series, Materials on Succession of States in Respect of Matters Other than Treaties (ST/LEG/SER.B/17) (Sales No.E/F.77.V.9), p.145.

(٧٨) أنظر

Report of the experts of the Council of Europe..., appendix IV

(هامش ٩ أعلاه)

(٧٩) أنظر الفقرة ٦، ٧، ٨، من التعليق على المادة ٢ الذي أقرحه المقرر الخاص في تقريره الثالث عن الجنسية في حالة خلافة الدول.



المعنية بأن" تتخذ جميع التدابير المناسبة للحيلولة دون أن يصبح الأشخاص الذين كانوا فى تاريخ خلافة الدول يتمتعون بجنسية الدول السلف عديمى الجنسية نتيجة لهذه الخلافة " وتطبيقاً لذلك تنص الفقرة الثانية للمادة ١١ من المشروع على أنه:

٢- تمنح كل دولة معنية الأشخاص المعنيين الذين لهم صلة مناسبة بتلك الدولة الحق فى اختيار جنسيتها إذا كان هؤلاء الأشخاص سيصبحون ، لولا ذلك ، عديمى الجنسية نتيجة لخلافة الدول .

٤٦- وتبرز الفقرة ٢ للمادة ١١ من المشروع الوظيفة التى يؤدىها حق الخيار بوصفه واحداً من الوسائل التى تهدف إلى تجنب خطر إنعدام الجنسية فى حالات خلافة الدول. وقد تم اعتماد هذا النهج مثلاً فى قانون إستقلال بورما لعام ١٩٤٧، وفى المادة ٦ من القانون رقم ٤٠/١٩٩٣ المؤرخ فى ٢٩ ديسمبر ١٩٩٢ التشيكي بشأن إكتساب وفقدان جنسية الجمهورية التشيكية<sup>(٨١)</sup>.

٤٧- والصلة التى يمكن أن تكون قائمة بين الأشخاص المعنيين ودولة معنية معينة، ويكون لهم بموجبها حق اختيار جنسية الأخيرة هى "الصلة المناسبة" appropriate connection . ومما لاشك فيه أن مفهوم "الصلة المناسبة" أقل شدة أو صرامة من مفهوم الجنسية الفعلية ، والتى كان يمكن للجنة القانون الدولى أن تستند إليها لتحديد مفترض ممارسة حق الخيار . ويمكن فهم هذا الاختيار من جانب اللجنة فى ضوء الأهمية الكبرى التى توليها لهدف تجنب انعدام الجنسية الذى يمكن أن يحدث فى ظرف خلافة الدول ، وهو ما حدا بها، فى هذه الحالة بصفة خاصة ، إلى عدم التمسك " بالشروط الصارم للجنسية الفعلية"<sup>(٨٢)</sup>.

(٨٠) تنص المادة ١٠ على ما يلى :

"١- يجب أن تتضمن أية معاهدة تعقد بين دول متعاقدة وتنص على نقل إقليم ما أحكاماً تستهدف ضمان عدم تعرض أى شخص لأن يصبح عديم الجنسية بفعل هذا النقل . وعلى الدولة المتعاقدة أن تبذل أقصى ماتملك من جهد لضمان إيراد هذه الأحكام فى أية معاهدة تعقدها مع دولة ليست طرفاً فى هذه الاتفاقية. "

"٢- فى حالة عدم إيراد هذه الأحكام ، يكون على الدولة المتعاقدة التى نقل إليها إقليم ما ، أو اكتسبت إقليماً على نحو آخر ، أن تمنح جنسيتها للأشخاص الذين سيكونون لولا ذلك عديمى الجنسية بفعل هذا النقل أو الأكتساب ."

(٨١) أنظر:

Report of the experts of the council of Europe ... appendix

وقد تضمن الباب الثاني للمشروع بعض المعايير التي يمكن إستخدامها لتحديد مدى توافر هذه " الصلة المناسبة " مثل الرعية السابقة لأحدى الوحدات المكونة للدولة السلف أو الميلاد في الأقليم الذي يبقى جزءاً من إقليم الدولة المعنية ، وذلك بقصد تحديد فئات الأشخاص الذين يحق لهم إكتساب جنسية دولة معينة بناء على إرادتهم . غير أنه في غياب هذه الصلات بين الشخص المعنى والدولة المعنية يمكن أن تؤخذ بعين الاعتبار معايير أخرى كأن يكون الشخص المعنى خلفاً لشخص يكون من رعايا الدولة المعنية أو يكون قد أقام في وقت ما بالإقليم الذي هو جزء من الدولة المعنية .

وكما يتضح من قراءة الفقرة ٢ ، فقد تم صياغتها بعبارات تفيد الألتزام ، كي تكفل الاتساق مع الألتزام بمنع حدوث إنعدام الجنسية بموجب المادة ٤ (٨٣) .

٤٨- كذلك يتطلب هدف تجنب إنعدام الجنسية - أحياناً - الأستناد لحق الأقليم كأساس لمنح الجنسية للأطفال الذين يولدون لأشخاص معينين بعد تاريخ خلافة الدول . وتفصيل ذلك أن جنسية الأطفال تتوقف في عدد كبير من النظم القانونية ، وهي تلك التي تأخذ بحق الدم ، على جنسية أبويهما ، لذلك فإن عدم اليقين الذي قد يحيط بجنسية الأبوين يمكن أن يكون له أثر مباشر على جنسية الطفل ، وتتحدد هذه الجنسية عادة بعد الحل النهائي لمشكلة جنسية الأبوين ، إن كان يمكن في حالات إستثنائية أن تظل هذه المشكلة بلا تحديد إذا توفى أحد الأبوين مثلاً في هذه الأثناء . لذلك كان اللجوء لحق الإقليم والحال كذلك وسيلة فعالة لحماية هؤلاء الأطفال من خطر إنعدام الجنسية.

---

(٨٢) أنظر الفقرة ٩ من التعليق المصاحب للمادة ١١ من مشروع المواد ، المرجع السابق ص ٤٥-٤٦

"The Commission chooses to describe the link which must exist between the persons concerned and particular State concerned by expressions "appropriate connection" , which should be means of the interpreted in a broader sense than the nation of "genuine link". The reason for this terminological choice is the paramount importance Commission to the prevention of statelessness, which, attached by the in this particular

case, supersedes the strict requirement of an effective nationality

(٨٣) أنظر الفقرة ١١ من التعليق المصاحب للمادة ١١ من مشروع المواد ، المرجع السابق ص ٤٦

٤٩- وقد تبنى مشروع المواد محل الدراسة هذه الوسيلة . وفي هذا الشأن تنص المادة ١٣ منه على أنه " للطفل الذي وُلد لشخص معني بعد تاريخ خلافة الدول ، ولم يكتسب أى جنسية ، الحق فى الحصول على جنسية الدول المعنية التى وُلد فى إقليمها " .

وإدراج المادة ١٣ فى المشروع يجسد حق الطفل فى الجنسية كأحد أهم حقوقه التى كرستها عدة صكوك دولية . من ذلك ما ينص عليه المبدأ ٣ من إعلان حقوق الطفل<sup>(٨٤)</sup> من أن " يتمتع الطفل منذ مولده بحق فى الأسم والجنسية " . وتكفل الفقرة ٣ من المادة ٢٤ من العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لكل طفل الحق فى الحصول على جنسية ، وتنص الفقرة ١ من المادة ٧ من إتفاقية حقوق الطفل<sup>(٨٥)</sup>

على أن " يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له ... الحق فى إكتساب جنسية . ويستخلص من قراءة هذا الحكم مقترناً بالحكم الوارد فى الفقرة ١ من المادة ٢ من الإتفاقية ، التى تقضى بأن " تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة فى هذه الإتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أى نوع من أنواع التمييز " ، أنه مالم يكتسب الطفل جنسية دولة أخرى ، يكون له فى نهاية الأمر الحق فى إكتساب جنسية الدولة التى وُلد فى إقليمها .

جدير بالذكر ان المادة ٩ من مشروع إتفاقية الجنسية الذى أعدته كلية الحقوق بجامعة هارفارد تنص على أن " تمنح الدول جنسيتها عند الميلاد لأى شخص وُلد داخل إقليمها إذا لم يكتسب ذلك الشخص جنسية أخرى عند الميلاد<sup>(٨٦)</sup> . كذلك تنص المادة ٢٠ من الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان (" ميثاق جان جوزيه ، كوستاريكا") على أن "لكل شخص الحق فى إكتساب جنسية الدولة التى وُلد فى إقليمها ، ما لم يكن له الحق فى إكتساب جنسية أخرى " . ومما لاشك فيه أنه إذا كانت الدولة السلف طرفاً فى إتفاقية حقوق الطفل أو العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، فإن يمكن تطبيق أحكامهما ، بحكم قواعد الخلافة فى المعاهدات ، على الدولة الخلف ، بما فى ذلك ما يتصل بالحكم الوارد فى المادة ١٣ .

---

(٨٤)- قرار الجمعية العامة ١٣٨٦ (د-١٤) الصادر فى ٢٠ نوفمبر ١٩٥٩ .  
(٨٥)- تنص الفقرة من نفس المادة علاوة على ذلك ، على أن تكفل الدول الأطراف أعمال هذه الحقوق ..... لاسيماً حيثما يصبح الطفل عديم الجنسية فى حال عدم القيام بذلك "

٥٠- ويقتصر حكم المادة ١٣ على حل مشكلة جنسية الأطفال المولودين في إقليم الدولة المعنية ، ولا يمتد إلى الحالة التي يولد فيها طفل لشخص مشار إليه في المادة ١٣ في دولة ثالثة . فتوسيع نطاق تطبيق القاعدة المبينة في المادة ١٣ لتشمل الحالات التي يكون فيها الطفل ولد في دولة ثالثة معناه فرض واجب على دول غير معنية بالخلافة وبالتالي لاتلتزم بما ترتبه هذه الخلافة من واجبات<sup>(٨٧)</sup> . وإذا كان من الممكن أن تتحمل هذه الدولة الثالثة بهذا الإلتزام - أى بمنح جنسيتها لأبناء الأشخاص المعنيين الذين يولدون على إقليمها - إذا كانت إحدى الأطراف في إتفاقية حقوق الطفل . وعلى أى حال ، فإن هذه المشكلة تتجاوز نطاق مشروع المواد الذي أعدته لجنة القانون الدولي ، الذي يقتصر على مشاكل الجنسية المترتبة على خلافة الدول . ولذلك فى العلاقة التى يكون فيها " الشخص المعنى " أحد طرفيها و " الدولة المعنية " طرفها الأخر .

٥١- وفى حين أن تطبيق تطبيق المادة ١٣ يقتصر ، من حيث الزمان ، على حالات الأطفال الذين يولدون بعد تاريخ خلافة الدول ، فإنه لا يوجد أى قيد زمنى آخر لاحق عليه . ومما لاشك فيه مثل هذا التطبيق غير المحدود يبرره الغرض الرئيسى من هذه المادة ، ألا وهو تفادى إنعدام الجنسية ، ويبرره كون القاعدة الواردة فى المادة ١٣ هى نفس القاعدة الموجودة فى عدة صكوك دولية أخرى تنطبق على الأطفال المولودين فى إقليم دولة ما ، وذلك حتى خارج سياق خلافة الدول<sup>(٨٨)</sup> .

(٨٦) - Research in International Law ، المرجع السابق ص ١٤ .

(٨٧) - أنظر فقرة ٥ من التعليق على المادة ١٣ من المشروع ، المرجع السابق ص ٥٠ .

(٨٨) - أنظر فقرة ٦ من التعليق على المادة ١٣ من المشروع ، المرجع السابق ص ٥١ .

"While the application *ratione temporis* of article 13 is limited to the cases of children born after the date of the succession of the States, there is no further limitation in time The Commission is of the view that such as unlimited application is justified by the main purpose of this article, that is, , avoidance of statelessness, and by the fact that the rule contained in article 13 is the same as the rule found in several other international instruments applicable to children born on the territory of a State , even outside of the context of State succession

٥٢- ويثور التساؤل هنا عن طبيعة الالتزام الذى تفرضه المادة سالفة الذكر وما إذا كان التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً بسلوك ؟ . وفقاً للتعليق المصاحب لهذه المادة يجب التفرقة بين حالة الاستخلاف الدولى الناشئ عن إتحاد الدول وبين بقية الحالات الأخرى . ففى حالة توحيد الدول يكون هذا الإلتزام بتحقيق نتيجة ، " لأن الإلتزام بإتخاذ جميع التدابير الضرورية لكى لا يصبح الأشخاص المعنيون عديمى الجنسية يعنى فى الواقع التزام الدولة الخلف ، من حيث المبدأ بمنح جنسيتها لجميع أولئك الأشخاص " (٨٩)

غير أن هذا الإلتزام يصبح إلتزاماً بعناية أو بسلوك فى الحالات الأخرى لخلافة الدول حيث تكون هناك دولتان معنيتان على الأقل . فمن الواضح أن أحداً لا يستطيع أن يعتبر كل دولة من الدول المعنية مسنولة عن جميع حالات إنعدام الجنسية الناشئة عن خلافة الدول . والمعقول هو ألا يُطلب من الدول إلا إتخاذ ما يلزم من تدابير فى نطاق اختصاصها المحدد بموجب القانون الدولى . وبناء على ذلك ، عندما يكون هناك أكثر من دولة خلف واحدة لا تكون واحدة من هذه الدول ملزمة بمنح جنسيتها لكل شخص معنى . وبالمثل ، لا تكون الدولة السلف ملزمة بالأحتفاظ بجميع الأشخاص المعنيين كرعايا لها ، والقول بغير ذلك . يودى الى نتائج غير مقبولة وهى ازدواجية الجنسية أو تعددها على نطاق واسع ، وكذلك منح جنسية الدولة ، على نطاق واسع أيضاً ، لأشخاص لا يرتبطون بها بصلات حقيقية . ومن ثم ، وكما جاء بالتعليق المصاحب للمادة فإن المبدأ الوارد فى المادة ٤ ليس سوى "إطار عام general framework ترتكز عليه التزامات أخرى أكثر تحديداً . والقضاء على إنعدام الجنسية هو نتيجة نهائية ينبغى تحقيقها بتطبيق مجمل مشروع المواد ، وبخاصة بالعمل المنسق للدول المعنية (٩٠) ."

---

(٨٩) - انظر فقرة ٦ من التعليق على المادة ٤ من المشروع ، المرجع السابق ص ٣٣ .  
" ... In the case of unification of State , this distinction has no practical significance , for the obligation to take all appropriate measures to prevent persons concerned from becoming stateless means, in fact the obligation of the successor State to attribute in principle its nationality to all such persons"

(٩٠) انظر فقرة ٧ من التعليق على المادة ٤ من المشروع ، المرجع السابق ص ٣٣ .

إلا أن الالتزام بتجنب إنعدام الجنسية الذي تشير إليه المادة ٤ لا يشمل الأشخاص المقيمين في إقليم الدولة الخلف ممن كانوا عديمي الجنسية في عهد الدولة السلف . ولكن يظل من المؤكد أن للدولة الخلف أن تمنح جنسيتها لهؤلاء الأشخاص عديمي الجنسية حسبما يترأى لها ووفقاً لمطلق إرادتها ، لكن هذه المسألة تخرج عن نطاق مشروع المواد المشار إليه كما جاء بالتعليق المصاحب له .

### الفرع الثاني تجنب تعدد الجنسية

٥٣ - يترتب على مبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها إستقلال كل دولة في وضع القواعد الخاصة باكتساب جنسيتها وفقدانها بما يتمشى مع مصالحها الوطنية ، وذلك دون الأعتداد بمقتضيات الحياة المشتركة في المجتمع الدولي . ويترتب على إستقلال كل دولة معنية بالخلافة في تحديد طرق إكتساب وفقد جنسيتها إمكان تمتع الفرد بجنسية أكثر من دولة في وقت واحد ، وهو ما يعرف بظاهرة إزدواج أو تعدد الجنسية . ونظراً لما تسببه هذه الظاهرة من مشاكل للفرد وللدولة وللمجتمع الدولي بأسره يكون من المتعين - أو على الأقل من الملائم - تنظيم الجنسية في سياق خلافة الدول بما يؤدي إلى تجنبها . وبالرغم من أن مشروع المواد يتسم بحيده بالنسبة للسياسة التي يتعين على الدول المعنية إتباعها في هذا الشأن<sup>(٩١)</sup> ، فإنه يقترح حلاً لا تؤدي ، إذا ما أخذت هذه الدول بها، إلى الحيلولة دون تعدد الجنسية .

" ... the principle stated in article 4 cannot be more than a general framework upon which other , more specific, obligations are based. The elimination of statelessness is a final result to be achieved by means of the application of the entire set of draft articles, in particular through coordinated action of States concerned "

(٩١) أنظر فقرة ٢ من التعليق المصاحب للمادة ٩ من مشروع المواد ، المرجع السابق ص ٤٠

" The recognition of possibility of multiple nationality resulting from a succession of States does not mean that the commission intended to encourage a policy of dual or multiple nationality. the draft articles in their entirety are completely neutral on this question , leaving it to the discretion of each and every State."

٥٤- ومن هذه الحلول التخلي عن جنسية دولة أخرى كشرط لإعطاء الجنسية .  
وفى هذا المعنى تنص المادة ٩ على أنه " إذا كان الشخص المعنى الذى يكون  
موهلاً لإكتساب جنسية دولة خلف يحمل جنسية دولة معنية أخرى ، جاز لتلك  
الدولة الخلف أن تجعل إعطاء جنسيتها لذلك الشخص متوقفاً على تخليه عن  
جنسية الدولة المعنية الأخرى ، على أنه لا يجوز تطبيق هذا الشرط على نحو  
يؤدى إلى جعل الشخص المعنى عديم الجنسية ولو مؤقتاً " .

من المسلم به بوجه عام ، أنه يجوز للدولة طلب التخلي عن جنسية دولة  
أخرى كشرط لمنح جنسيتها ، كوسيلة للحد من ازدواج وتعدد الجنسية أو  
للقضاء عليهما . ويمكن أن نجد هذا الشرط فى بعض تشريعات الدول الخلف  
فيما يتعلق بالإكتساب الطوعى لجنسياتها عند الخلافة .

وتشير ممارسات الدول إلى أنه ، فيما يتعلق بخلافة الدول ، لا ينطبق شرط  
التخلي إلا فيما يتعلق بجنسية دولة معنية أخرى ، لا بجنسية "دولة ثالثة" . وقد  
جاءت صياغة المادة ٩ متسقة وهذه الممارسات (٩٢) .

وتؤكد الجملة الأولى حرية كل دولة خلف فى تقرير ما إذا كانت تريد أن  
تجعل إكتساب جنسيتها مشروطاً بتخلي الشخص المعنى عن جنسية دولة معنية  
أخرى ، وهذا ما يستشف من إستعمال كلمة "جاز" "may" . وتعالج الجملة  
الثانية مشكلة إنعدام الجنسية . وهى لا تقترح إستخدام أسلوب تشريعى معين ، بل  
تكفى بالنص على عدم تطبيق شرط التخلي بطريقة تؤدى إلى جعل الشخص  
المعنى عديم الجنسية ولو مؤقتاً (٩٣) .

وعبارة " الدولة المعنية الأخرى " يمكن أن تشير إلى الدولة السلف أو ، حسب  
الحالة ، إلى دولة خلف أخرى . فالقاعدة الواردة فى المادة ٩ تنطبق على جميع  
حالات خلافة الدول ، فيما عدا التوحيد بالطبع ، حيث تظل الدولة الخلف هى  
وحدها " الدولة المعنية " .

---

(٩٢) أنظر فقرة ٤ من التعليق المصاحب للمادة ٩ من مشروع المواد ، المرجع السابق  
ص ٤٠ .

(٩٣) لمواجهة خطر إنعدام الجنسية المترتبة على شرط التخلي خلص خبراء مجلس  
أوربا إلى أن: " الدولة التى تعطى وعداً غير مشروط بمنح جنسيتها تكون مسؤولة على  
الصعيد الدولى عن انعدام الجنسية بحكم القانون الذى ينشأ عنه حرمان أى شخص من  
جنسيته السابقة ، بالاستناد إلى هذا الوعد "

٥٥- ومن الحلول التي تؤدي إلى تجنب تعدد الجنسية في ظرف خلافة الدول ترتيب فقدان جنسية الدولة السلف كأثر للأكتساب الطوعي لجنسية دولة معنية أخرى . وقد أخذت به المادة ١٠ من المشروع بنصها على أنه " ١- للدولة السلف أن تشترط أن يفقد جنسيتها الأشخاص المعنيون الذين يكونون ، في حالة خلافة الدول ، قد أكتسبوا طواعية جنسية دولة خلف .

٢- للدولة الخلف أن تشترط أن يفقد جنسيتها المكتسبة في حالة خلافة الدول الأشخاص المعنيون الذين يكونون ، في حالة خلافة الدول ، قد أكتسبوا طواعية جنسية دولة خلف أخرى أو احتفظوا بجنسية الدولة السلف، حسب الحالة " .

٥٦- وتتضمن المادة ١٠ ، على غرار المادة السابقة ، حكماً مستمداً من قاعدة أوسع نطاقاً من حيث التطبيق ثم صياغتها بحيث تتلائم مع حالة خلافة الدول . ويعتبر فقدان جنسية دولة عند اكتساب جنسية دولة أخرى طواعية قاعدة ثابتة في تشريعات الدول التي تتبع سياسة ترمى إلى تفادي ازدواج الجنسية أو تعددها . وفي السياق ذاته ، تنص الاتفاقية المتعلقة بالجنسية لعام ١٩٣٣ على أن أى تجنس اختياري للفرد بجنسية دولة موقعة يحمل في طياته فقدان جنسيته الأصلية ( المادة ١ ) . وبالمثل ، وطبقاً للاتفاقية المتعلقة بخفض حالات تعدد الجنسيات والتزامات الخدمة العسكرية في حالة تعدد الجنسيات ، الموقعة في إطار مجلس أوروبا ، فإن الأشخاص الذين يكتسبون بإرادتهم الحرة جنسية أخرى ، عن طريق التجنس أو الخيار أو الاسترداد يفقدون جنسيتهم السابقة<sup>(٩٤)</sup> ويمكن أن نجد أحكام من هذا القبيل في التشريعات الصادرة بشأن خلافة الدول . فالمادة ٢٠ من قانون جنسية جمهورية روسيا البيضاء المؤرخ ١٨ أكتوبر ١٩٩١ تنص على أن " يفقد الشخص المعنى جنسية جمهورية روسيا البيضاء ... لدى إكتسابه جنسية دولة أخرى ،مالم تنص معاهدة ملزمة لجمهورية بيلاروس على خلاف ذلك ....

---

(٩٤) انظر في شأن هذه الاتفاقية ، Lagarde, La nationalité française, 1989, Guiho, L' incidence de la convention du no 29 et ss, pp. 31 et ss, Conseil de 6 mai 1963 a l' égard de la nationalité française, Mélanges Pelloux, Lyon 1980 , p. 157 et ss.

كذلك فإن إمكانية سحب الدولة لجنسيتها ، نتيجة للأكتساب الطوعي لجنسية أخرى ، يعترف بها أيضاً بموجب الفقرة ١ من المادة ٧ (أ) من الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالجنسية.



ويصبح فقدان الجنسية نافذاً اعتباراً من لحظة تسجيل السلطات المختصة للواقعة ذات الصلة<sup>(٩٥)</sup>.

٥٧- وتنطبق المادة ١٠ على جميع أنواع خلافة الدول ، بإستثناء التوحيد ، حيث تظل الدولة الخلف وحدها هي "الدولة المعنية" . وتعترف هذه المادة بأن من حق أى دولة خلف أو سلف ، حسب الحالة ، سحب جنسيتها من الأشخاص المعنيين الذين يكتسبون طواعية ، فى حالة خلافة الدول ، جنسية دولة معنية آخر . ولا تتعرض هذه المادة لمسألة الأكتساب الطوعى لجنسية دولة ثالثة لأنها تتجاوز نطاق هذا موضوع مشروع المواد<sup>(٩٦)</sup> .

وقد تم النص على حقوق الدولة السلف ( الفقرة ١ ) وحقوق الدولة الخلف ( الفقرة ٢ ) بشكل منفصل لأغراض التوضيح وسهولة العرض . وفيما يتعلق بالفقرة ٢ ، وبحسب نوع خلافة الدول ، يفترض الأكتساب الطوعى لجنسية دولة خلف أخرى ( فى حالة الأنحلال ) ، أو الأحتفاظ الطوعى بجنسية الدول السلف ( فى حالة إنفصال أو نقل جزء من الأقليم ) ، أو حتى كلاهما ( فى حالة إنشاء عدة دول خلف عن طريق إنفصال أجزاء من الأقليم عن الدولة السلف التى تظل قائمة ) .

٥٨ - ولا تعالج المادة ١٠ مسألة تحديد وقت فقد الجنسية . ولكن لما كانت الدولة المعنية ذاتها هى التى يحق لها أن ترتب فقد جنسيتها كأثر لأكتساب الشخص المعنى بإختياره جنسية دولة أخرى ، فإن من حق هذه الدولة ايضاً أن تقررتى يصبح فقد الجنسية هذا سارياً<sup>(٩٧)</sup> . ويمكن أن يحدث هذا عند إكتساب جنسية دولة أخرى أو بعد إكتسابها ، أى بعد أن يكون الشخص المعنى قد نقل بالفعل إقامته العادية خارج إقليم الدولة التى سيفقد جنسيتها<sup>(٩٨)</sup> . وعلى أى حال لا تسحب الدولة المعنية جنسيتها من الأشخاص المعنيين الذين يكونون قد شرعوا فى إتخاذ إجراءات بهدف إكتساب جنسية دولة معنية أخرى قبل أن يكون هؤلاء الأشخاص قد أكتسبوا جنسية هذه الدولة بالفعل .

---

(٩٥) القانون رقم XII . 1181 المؤرخ فى ١٨ أكتوبر ١٩٩١ الذى تم تعديله بموجب القانون رقم ٢٤١٠ - XII المؤرخ فى ١٥ يونية ١٩٩٣ .  
(٩٦) - انظر فقرة ٣ من التعليق المصاحب للمادة ١٠ من مشروع المواد ، المرجع السابق ص ٤١ .

## المطلب الرابع سلامة الإجراءات وقابليتها للمراجعة

٥٩- حرصت لجنة القانون الدولي على منع التمييز الذي قد يصاحب تنظيم الدولة لجنسيتها في سياق خلافة الدول ، فقد تطلبت أن يستند التنظيم إلى إجراءات سليمة يمكن مراجعتها . وفي هذا الصدد تنص المادة ١٧ من مشروع المواد على أنه :

" يتم دون تأخير لا مبرر له ، البت في الطلبات المتعلقة بإكتساب الجنسية أو الاحتفاظ بها أو التخلي عنها أو المتعلقة بممارسة حق الخيار في حالة خلافة الدول . وتصدر القرارات ذات الصلة كتابة ، وتكون قابلة للمراجعة الإدارية أو القضائية الفعالة "

٦٠- تهدف المادة ١٧ إلى ضمان أن يكون الإجراء المتبع فيما يتعلق بمسائل الجنسية في حالات خلافة الدول إجراء سليماً أو صحيحاً نظراً إلى ما يمكن أن يترتب عليه من أثر واسع النطاق (٩٩) ، وما شرطي الكتابة والقابلية للمراجعة المشار إليهما سوى الحد الأدنى من الشروط التي يجب أن تتوافر في هذا الإجراء . وبالتالي ، وعلى سبيل المثال ، فإن شرط تسبب أية قرارات سلبية تتخذ بشأن الجنسية يجب اعتباره شرطاً ضمنياً من الشروط الأساسية للمراجعة الإدارية أو القضائية الفعالة . كذلك يجب ألا يخضع إعطاء الجنسية - من حيث المبدأ - لدفع أية رسوم بحسبان أن منح الجنسية في حالة خلافة الدول يتم على نطاق واسع ولا يمكن قياسه على منح الجنسية في إطار حالات التجنس الفردي<sup>(١٠٠)</sup>

---

(٩٧)- أنظر الفقرة ٥ من التعليق المصاحب للمادة ١٠ من مشروع المواد ، المرجع السابق .٤٢

(٩٨) كانت هذه الحالة فيما يتعلق (بتنازل فلندا عن جزء من إقليمها للاتحاد السوفيتي في عام ١٩٤٧ بروتوكول إتفاق الهدنة المبرم بين إتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وإيرلندا الشمالية من جهة وفلندا من جهة أخرى ، ومعاهدة السلام مع فلندا) . أنظر الفقرة ٨٩ من التقرير الثاني ، الكتاب السنوي للجنة ، ١٩٩٦ ، المجلد الثاني ، الجزء الأول ، الوثيقة A/CN.4/474 .

وتستند مراجعة القرارات التي تتناول الجنسية في حالة خلافة الدول في الواقع العملي إلى أحكام القانون الداخلي التي تنظم مراجعة القرارات الإدارية بصفة عامة . ويمكن أن يباط الأختصاص بهذه المراجعة إلى أية جهة ذات طابع إدارى أو قضائى ، وفقاً للقانون الداخلى لكل دولة (١٠١) وإلحاق وصف "الفعالة" بالمراجعة قصد منه التأكيد على ضرورة إتاحة وسيلة تسمح بالقيام بمراجعة جدية للمسائل الموضوعية ذات الصلة.

وبالتالى يمكن أن يفهم المصطلح بنفس المعنى الذى ورد به فى الفقرة ٣ (أ) من المادة ٢ من العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التى أستخدمت فيها الكلمة نفسها . و كما جاء بالتعليق المصاحب للمادة ليس المقصود بعبارة " المراجعة الإدارية أو القضائية " المستخدمة فى هذه المادة الإيحاء بأن هذين النوعين من الإجراءات يستبعد أحدهما الآخر (١٠٢) . كذلك ، يجب أن تفهم كلمة " القضائية " على أنها تشمل الهيئات القضائية المختصة المدنية منها والإدارية على حد السواء (١٠٣)

## المطلب الخامس

### التعاون الدولى

٦١- تنص المادة ١٨ من مشروع المواد على أنه:

- ١- " تتبادل الدول المعنية المعلومات وتتشاور من أجل تحديد ما قد ينجم عن خلافة الدول من آثار تضر بالأشخاص المعنيين فيما يتعلق بجنسيتهم وغير ذلك من المسائل ذات الصلة المتعلقة بمركزهم .
- ٢- تسعى الدول المعنية عند الضرورة ، إلى الوصول إلى حل لإزالة أو تخفيف هذه الآثار الضارة عن طريق التفاوض وكذلك ، حسبما يكون مناسباً ، عن طريق الاتفاق."

---

(٩٩) - فيما يتعلق بحالات خلافة الدول التى حدثت مؤخراً ، شددت اللجنة التنفيذية لمفوضية الأمم المتحدة لشئون اللاجئين على أهمية الإجراءات العادلة والسريعة فيما يتعلق بمسائل الجنسية وذلك عندما أكدت على أن " عدم قدرة الشخص على إثبات جنسيته .... قد يؤدى إلى التشرد " . (الإضافة إلى تقرير اللجنة التنفيذية لبرنامج مفوضية الأمم المتحدة السامى لشئون اللاجئين ( أنظر هامش ١ أعلاه) .

(١٠٠) أنظر فقرة ٣ من التعليق المصاحب للمادة ١٧ من مشروع المواد المرجع السابق ص ٥٥

٦٢- وفقاً لهذا النص تلتزم الدول المعنية بالتعاون فيما بينهما بهدف الحد من الآثار السلبية لأية حالة معينة من حالات خلافة الدول على جنسية الأشخاص المعنيين . ومما لاشك فيه أن تبادل المعلومات وإجراء المشاورات بين الدول المعنية يشكلان عنصرين أساسيين لأية دراسة دقيقة لآثار خلافة لدول على الأشخاص المعنيين ، وكذلك لأية دراسة يكون موضوعها المسائل الأخرى المرتبطة بالجنسية ارتباطاً وثيقاً .

- وتنص الفقرة ١ على التزامات الدول المعنية فى هذا الصدد بصيغة عامة ، دون أن تحدد المسائل التى يتعين أن تكون موضوعاً للمشاورات بين الدول المعنية ، ومما لاشك فيه أن من أهم هذه المسائل مسألة إنعدام الجنسية . إلا أنه يجب على الدول المعنية أيضاً أن تعالج مسائل أخرى من قبيل ازدواج الجنسية ، وفصل الأسر ، والتزامات الخدمة العسكرية ، والمعاشات التقاعدية وغيرها من مستحقات الضمان الاجتماعى ، وحق الإقامة ، وما إلى ذلك (١٠٤)

٦٣ - وهناك ملاحظتان يجدر الإشارة إليهما فيما يتعلق بالفقرة ٢ ، الأولى هى أن الالتزام بالتفاوض من أجل السعى إلى إيجاد حل هو التزام لا يوجد بشكل مجرد : فليس على الدول أن تتفاوض إذا لم تكن قد حددت أية آثار ضارة بالأشخاص المعنيين فيما يتعلق بهذه المسائل . والثانية هى أنه ليس من الضرورى أن يودى كل تفاوض إلى عقد إتفاق . فهذه الغاية يمكن أن تتحقق مثلاً من خلال مجرد مواءمة التشريعات الوطنية أو القرارات الإدارية . غير أن الدول المعنية قد تفضل عقد إتفاق من أجل حق المشاكل التى تكون قد حددتها (١٠٥)

---

(١٠١) انظر "Nationalité minoritiés et succession d'Etats dans les pays d'Europe centrale et orientale," CEDIN université Paris X- Nanterre, Table ronde ديسمبر ١٩٩٣ ، ردود على الاستبيان بخصوص هذه المسألة مشار إليها فى الفقرة ٢ من التعليق على المادة ١٧ من المشروع ، المرجع السابق ص ٥٤ .

(١٠٢) وبالمثل ، فإن المادة ١٢ من الاتفاقية الأوربية المتعلقة بالجنسية تقضى بأن تكون القرارات المتعلقة بالجنسية " قابلة للمراجعة الإدارية أو القضائية " وتتضمن الاتفاقية كذلك الاشتراطات التالية فيما يتعلق بالأجراءات المتصلة بالجنسية : تحديد أجل معقول لمعالجة الطلبات المتصلة بمسائل الجنسية ، وتسبب القرارات المتعلقة بهذه المسائل كتابة ، وفرض رسوم معقولة ( المواد ١٠ و١١ و١٣ على التوالى ) .

(١٠٣) -انظر الفقرة ٢ من التعليق المصاحب للمادة ١٧ من مشروع المواد، المرجع السابق ص ٥٤ .

ومما لا شك فيه أن هناك صلة وثيقة بين الالتزامات المحددة في المادة ١٨ والحق في الجنسية في سياق خلافة الدول ، وهو الحق الذي كرسته المادة الأولى من مشروع المواد ، ذلك لأن الغرض من المادة الأولى هو ضمان أن يكون الحق في الجنسية حقاً فعلياً . كما أن المادة ١٨ تستند إلى المبدأ العام لقانون خلافة الدول الذي ينص على تسوية بعض المسائل المعينة المتصلة بالخلافة عن طريق الاتفاق بين الدول المعنية ، وهو المبدأ الذي جسده إتفاقية فيينا لعام ١٩٨٣ .

٦٤- ولا تبين المادة ١٨ حل المشكلة التي تنشأ عندما لا تنصرف دولة من الدول المعنية وفقاً لأحكامها أو عندما تخفق المفاوضات بين الدول المعنية . إلا أنه حتى في مثل هذه الحالات يجب أن يستند هذا الحل إلى ما تضمنه مشروع المواد من التزامات محددة أخرى تقع على عاتق الدول المعنية ، وفي جميع الأحوال فإن رفض أحد الأطراف للتشاور والتفاوض لا يستتبع إطلاق حرية التصرف الكاملة للطرف الآخر (١٠٦) .

---

(١٠٤)- أنظر فقرة ٢ من التعليق المصاحب للمادة ١٨ من مشروع المواد، المرجع السابق ص ٥٥ .

(١٠٥)- ومن ذلك مثلاً أن الجمهورية التشيكية وسلوفاكيا قد عقدتا عدة اتفاقات تنسم بهذا الطابع ، مثل معاهدة تحويل الأشخاص الطبيعيين والأعتباريين مؤقتاً حق ممارسة الأنشطة المدرة للربح في إقليم الجمهورية الأخرى ، ومعاهدة التوظيف المتبادل لمواطني البلدين ، ومعاهدة نقل الحقوق والالتزامات المترتبة على عقود عمل الأشخاص المستخدمين في هيئات ومؤسسات الجمهورية الاتحادية التشيكية والسلوفاكية ، ومعاهدة نقل حقوق والتزامات رجال الشرطة العاملين في الشرطة الاتحادية وأفراد القوات المسلحة لوزارة الداخلية ، ومعاهدة الضمان الاجتماعي ، والترتيبات الإدارية المتصلة بتلك المعاهدة ، ومعاهدة الخدمات الصحية العامة ، ومعاهدة الوثائق الشخصية ووثائق السفر ورخص القيادة وتسجيل السيارات ، ومعاهدة الاعتراف بالوثائق المثبتة للشهادات التعليمية والأكاديمية وإتفاق حماية الأستثمار ، وعدد من الاتفاقات الأخرى المتصلة بالمسائل المالية والمسائل الضريبية والمساعدة القضائية المتبادلة والتعاون في المسائل الإدارية ، إلخ .

(١٠٦) أنظر فقرة ٥ من التعليق المصاحب للمادة ١٨ من مشروع المواد ، المرجع السابق ص ٥٦ .

"... the refusal of one party to consult and negotiate does not entail complete freedom of action for the other party .

## المبحث الثاني أحكام الجنسية الخاصة بحالات محددة لخلافة الدولة

٦٥- إذا كانت المبادئ التي تعرضنا لها في المبحث الأول يجب مراعتها عند تنظيم جنسية الدول المعنية بخلافة الدول بوجه عام وبصرف النظر عن طبيعة التغيير القليمي ، فإن أحكام أو قواعد هذا التنظيم تتأثر بدرجة كبيرة بنوع أو طبيعة التغيير الإقليمي الذي أدى إلى حدوث الأستخلاف الدولي . فهذا الأستخلاف يمكن أن ينشأ عن " نقل جزء من الأقليم " ، أو عن " توحيد الدول " أو " أنحلال الدولة " أو " انفصال جزء أو أجزاء من الأقليم " . ومما لا شك فيه أن القواعد التي تنظم توزيع الافراد بين الدول المعنية في كل حالة محددة من حالات الخلافة ستختلف عن القواعد التي تنظم نفس المسألة في الحالات الأخرى ، وذلك بالرغم من إستناد جميع هذه القواعد إلى فكرة الجنسية الفعلية .

وقد تضمن مشروع المواد الخاص بجنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول ، الذي وضعته لجنة القانون الدولي بالأأم المتحدة ، في الباب الثاني منه ، القواعد التي تنظم جنسية الدول المعنية في كل حالة من هذه الحالات المحددة للخلافة ، والتي تتعلق بإعطاء جنسية الدولة الخلف ، وسحب جنسية الدولة السلف ، و الأعتراف بحق الخيار .

وفيما يتعلق بالمعايير المستخدمة في ضوء وضع هذه القواعد ، فقد أولى المشروع ، استناداً إلى ما جرى عليه عمل الدولة المعنية ، أهمية خاصة للأقامة المعتادة<sup>(١٠٧)</sup> . إلا أن المعايير الأخرى مثل ميلاد الشخص المعنى في إحدى الوحدات المكونة للدولة الخلف أو إرتباطه بها برعوية محلية ، تصبح ذات أهمية في تحديد جنسية الأشخاص المعنيين الذين يفيمون بصفة معتادة خارج إقليم دولة خلف ، وخاصة عندما يفقدون جنسية الدولة السلف نتيجة لزوال تلك الدولة .

---

(١٠٧) أنظر الفقرات ٥٠-٨١ من التقرير الثاني للمقرر الخاص الذي عينته اللجنة لدراسة الموضوع . الكتاب السنوي للجنة ١٩٩٦ ، المجلد الثاني ( الجزء الأول ) ( الوثيقة . أنظر أيضاً الفقرة (٤) من التعليق على المادة ٥ أعلاه . وفيما يتعلق A/CN.4/474 بقوانين الجنسية في الدول الحديثة الأستقلال ، يجب ملاحظة أنه في حين أتخذت بعض البلدان الإقامة كمعيار أساسي ، استخدمت أخرى معايير مثل معيار محل الميلاد ، وحق الدم والعرق Y.Onuma ، " nationality and territorial change : In seach of the state of the Law " , The Yale Journal of World Public order , vol.8,No.1 (Fall 1981 ) , p.1 at pp. 15-16, J. De Burlet, nationalité des personnes physiques et decolonisation: Essai de contribution á la théorie de la succession d'Etats, Bibliothèque de la Faculté de droit de

**المطلب الأول**  
**الأحكام الخاصة بالجنسية في حالة خلافة الدول الناشئة**  
**عن نقل جزء من الإقليم**

٦٦- تنص المادة ٢٠ من مشروع المواد على أنه " عندما تنتقل دولة جزءاً من إقليمها إلى دولة أخرى ، يكون على الدولة الخلف أن تعطى جنسيتها للأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصفة عادية في الإقليم المنقول ، ويكون على الدولة السلف أن تسحب جنسيتها منهم ، مالم يتبين خلاف ذلك من ممارسة حق الخيار الذي يتعين منحه لهؤلاء الأشخاص. بيد أنه لا يجوز للدولة السلف أن تسحب جنسيتها قبل أن يكتسب هؤلاء الأشخاص جنسية الدولة الخلف ."

٦٧- وتستند القاعدة الواردة في المادة ٢٠ على الممارسة السائدة بين الدول (١٠٨) :

فالأشخاص المعنيون الذين يقيمون بصفة معتادة في الإقليم المنقول يكتسبون جنسية الدولة الخلف ويفقدون بالتالي جنسية الدولة السلف ، مالم يعبروا عن إرادتهم في الاحتفاظ بجنسية الدولة الأخيرة (١٠٩)

وبالرغم من أن هذه القاعدة تنظم الجنسية في حال التنازلات الإقليمية بين دولتين بناء على إتفاق بينهما ، فإنها يمكن أن تطبق أيضاً ، بعد إجراء التعديلات اللازمة ، على الحالة التي يصبح فيها أحد الأقاليم التابعة جزءاً من إقليم دولة أخرى عدا الدولة التي كانت مسؤولة عن علاقاته الدولية ، أي حالة إقليم لا يتمتع بالحكم الذاتي يحقق تخلصه من الاستعمار بالاندماج مع دولة أخرى عدا الدولة المستعمرة (١١٠) .

٦٨- فيما يتعلق بالتاريخ الفعلي الذي يصبح فيه الأشخاص المعنيون الذين لم يمارسوا حق الخيار من مواطني الدولة الخلف ، فإنه يتوقف - وكما جاء بالتعليق المصاحب للمادة - على عدد الأشخاص المعنيون .

---

"Université catholique de Louvain vol .X (Brusseles, Bruyland, 1975), pp. 144-180

(١٠٨)-أنظر الفقرات من (١) إلى (٢٧) من التعليق على مشروع المادة ١٧ الذي أقره المقرر الخاص في تقريره الثالث . الكتاب السنوي للجنة ١٩٩٧ ، المجلد الثاني ( الجزء الأول) الوثيقة Add.I,A/CN.4/480

وهكذا، عندما يكون عدد السكان في الأقليم الذي تغيرت السيادة عليه عدداً كبيراً، ينبغي أن يبدأ نفاذ تغيير الجنسية من تاريخ الخلافة، وبالعكس في حالات تغير السيادة على إقليم لا يقيم عليه سوى عدداً صغيراً نسبياً من السكان، قد يكون من الملائم، أو من الأفضل عملياً أن يتم تغيير الجنسية عند إنقضاء الفترة المحددة لممارسة الخيار<sup>(١١١)</sup>.

ولا يتعارض هذا الحل الأخير مع ما تفرضه المادة ٥ من تغيير تلقائي للجنسية في تاريخ الخلافة، نظراً لأن هذا الافتراض قابل للنقض كما سبق بيانه.

وأيما كان تاريخ إكتساب جنسية الدولة الخلف، ينبغي أن تمثل الدولة السلف لألتزامها بمنع إنعدام الجنسية بموجب المادة ٤، وينبغي لها بالتالي عدم سحب جنسيتها قبل هذا التاريخ<sup>(١١٢)</sup>.

وإزاء ما يظهر في الواقع الدولي من وجود عدد من حالات التي لم يمنح فيها حق اختيار الاحتفاظ بجنسية الدولة السلف إلا لفئات معينة من الأشخاص الذين يقيمون في الأقليم المنقول، فقد حرصت اللجنة على تأكيد " أنه ينبغي منح هذا الحق لجميع هؤلاء الأشخاص، حتى ولو كان سيترتب على ذلك بوضوح تطور تدريجي للقانون الدولي<sup>(١١٣)</sup>. وتعنى اللجنة بذلك أن النهج التقليدي القائم على أساس رجحان مصالح الدول على مصالح الأفراد قد تم تجاوزه وأنه يجب، في المسائل المتعلقة بالجنسية، أن توضع المصالح المشروعة لكل من الدول والأفراد في الاعتبار، وهذا ما يستوجب إعطاء دور أكبر لإرادة الأفراد في تنظيم الجنسية. ولا يدخل في نطاق تطبيق المادة ٢٠ مسألة ما إذا كان ينبغي منح حق الخيار لإكتساب جنسية الدولة الخلف لأية فئات

---

(١٠٩) أنظر أيضاً الفقرة (ب) من المادة ١٨ من مشروع الاتفاقية المتعلقة بالجنسية الذي أعدته كلية الحقوق بجامعة هارفارد التي تنص على أنه " عندما تحوز دولة جزءاً من إقليم دولة أخرى (...)، يفقد مواطنوا هذه الأخيرة الذين يواصلون إقامتهم المعتادة في ذلك الإقليم جنسية تلك الدولة ويصبحون مواطنون للدولة الخلف، وذلك في حال عدم وجود معاهدة تنص أحكامها على خلاف ذلك، ما لم يرفض هؤلاء، عملاً بقانون الدولة الخلف، جنسيتها " ( ... Research in International Law ص ١٥ )

(١١٠) انظر فقرة ١ من التعليق المصاحب للمادة ٢٠ من مشروع المواد، المرجع السابق ص ٦١

(١١١) - انظر فقرة ٣ من التعليق المصاحب للمادة ٢٠ من مشروع المواد، المرجع السابق ص ٦٢

(١١٢) - بالمفهوم نفسه، تنص المادة ١٢ من إعلان البندقية ( انظر هامش ١ أعلاه ) على أن " لاسحب الدولة السلف جنسيتها من مواطنيها الذين لم يتمكنوا من إكتساب جنسية دولة خلف "



من مواطني الدولة السلف الذين يقيمون بصفة عادية خارج الأقليم المنقول ، وبالطبع تظل للدولة الخلف رهناً بأحكام المادة ٨ ، حرية عرض جنسيتها على هؤلاء الأشخاص عندما تكون لهم صلة مناسبة بالإقليم المنقول (١١٤) .  
تجدد أخيراً الإشارة إلى أن الأشخاص المعنيين الذين يختارون جنسية الدولة السلف بموجب أحكام المادة ٢٠ وينقضون بذلك الأقتراض المنصوص عليه في المادة ٥ ، ينبغي إعتبار أنهم احتفظوا بهذه الجنسية من تاريخ الخلافة ، وهكذا ، لن يحدث إنقطاع في إستمرارية التمتع بجنسية الدولة السلف (١١٥) .

### المطلب الثاني

#### الأحكام الخاصة بالجنسية في حالة خلافة الدول الناشئة عن توحيد الدول

٦٩- تنص المادة ٢١ من مشروع المواد الخاص بجنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول على التزام الدولة الخلف ، التي نشأت من اتحاد الدول السلف، بإعطاء جنسيتها لجميع الأشخاص الذين كانوا يتمتعون ، في تاريخ خلافة الدول، بجنسية دولة سلف : "رهناً بأحكام المادة ٨ ، متى أتحدت دولتان أو أكثر وتشكلت من ذلك دولة خلف واحدة ، بصرف النظر عما إذا كانت الدولة الخلف دولة جديدة أو كانت شخصيتها مطابقة لشخصية إحدى الدول التي أتحدت، أعطت الدولة الخلف جنسيتها لجميع الأشخاص الذين كانوا يتمتعون، في تاريخ خلافة الدول ، بجنسية دولة سلف".

---

أما إتفاقية خفض حالات إنعدام الجنسية ، فتعالج مشكلة إنعدام الجنسية في حالة نقل الإقليم من زاوية مختلفة إذا تنص الفقرة ٢ من المادة ١٠ على أنه إذا أصبح الشخص المعنى عديم الجنسية نتيجة للنقل ، تعين على الدولة الخلف ، في حالة عدم وجود أحكام ذات صلة في المعاهدات ، أن تعطي جنسيتها لهذا الشخص .

(١١٣) أنظر فقرة ٥ من التعليق المصاحب للمادة ٢٠ من مشروع المواد ، المرجع السابق ص ٦٢

(١١٤) أنظر فقرة ٥ من التعليق المصاحب للمادة ٢٠ من مشروع المواد، المرجع السابق ص ٦٢.

(١١٥) أنظر فقرة ٦ من التعليق المصاحب للمادة ٢٠ من مشروع المواد المرجع السابق ص ٦٢

٧٠- وعلى صعيد النظم الساسية قد يؤدي توحيد الدول المشار اليه فى المادة ٢١ إلى قيام دولة بسيطة تأخذ بنظام المركزية السياسية أو إلى دولة مركبة تتوزع فيها السلطات أو إلى أى شكل آخر من الاشكال الدستورية . بيد أن طبيعه الدولة الخلف الناشئة عن التوحيد، ومدى استقلال شخصيتها القانونية عن شخصيات الدول السلف، طبقا لدستور الدولة الخلف له تأثير على أعمال الحكم المنصوص عليه فى هذه المادة<sup>(١١٦)</sup> ، بمعنى أنه لا يمكن تطبيق المادة ٢١ على أى اتحاد بين الدول لا يؤدي انتهاء الشخصية القانونية للدول السلف<sup>(١١٧)</sup>

ولما كان فقدان جنسية الدولة أو الدول السلف هو نتيجة تلقائية للتغيرات الإقليمية التى أدت إلى اختفاء الشخصية القانونية الدولية لهذه الدولة أو الدول، فإن المشكلة الرئيسية التى تعالجها هذه المادة هى مشكلة إعطاء جنسية الدولة الخلف للأشخاص المعنيين. وفى هذه الحالة ، تعنى عبارة " الأشخاص المعنيين" جميع مواطنى الدولة أو الدول السلف ، بصرف النظر عن المكان الذى يقيمون فيه بصفة معتادة .

وبناء على ذلك ، تنص المادة ٢١ على أن الدولة الخلف ملزمة، من حيث المبدأ ، بإعطاء جنسيتها لجميع الأشخاص المعنيين، أما الشخص المعنى الذى يقيم بصفة اعتيادية خارج إقليم الدولة الخلف والذى يتمتع أيضاً بجنسية أخرى ، سواء كانت جنسية دولة محلل إقامته أو جنسية أى دولة ثالثة ، فليس للدولة الخلف أن تعطيه جنسيتها رغم ارادته. وقد روعى هذا الاستثناء بإدراج عبارة " رهنأ بأحكام المادة ٨".

٧١- ويعكس الحكم الوارد فى المادة ٢١ ما يجرى عليه عمل الدول. فحيثما انطوى التوحيد على إنشاء دولة جديدة ، قامت هذه الدولة بإعطاء جنسيتها للمواطنين لسابقين لجميع الدول التى أندمجت ، كما حدث مثلاً بالنسبة

---

<sup>(١١٦)</sup> كان هذا هو الرأى الذى أعربت عنه اللجنة أيضاً فيما يتعلق بمشاريع المواد من ٣٠ إلى ٣٢ بشأن خلافة الدول فى المعاهدات انظر الفقرة(٢) من التعليق على تلك المواد( حولية ١٩٧٤ ، المجلد الثانى الجزء الأول ، ص ٢٥٣-٢٦٠ من النص الانجليزى ، الوثيقة A/9610 Rev. I )

<sup>(١١٧)</sup> هذه هى مثلاً حالة الاتحاد الأوروبى ، بالرغم من أن المعاهدة بشأن الاتحاد الأوروبى ( معاهدة ماسترخت) أنشأت " مواطنة الاتحاد" فبموجب أحكام المادة ٨ ، " كل شخص يحمل جنسية إحدى الدول الأعضاء يكون مواطناً للاتحاد" . فإنه يلاحظ أن مفهوم مواطنة الإتحاد الاوروبى لا يطابق مفهوم الجنسية ، كما هو سائد فى فقه القانون الدولى.

للجمهورية العربية المتحدة فى عام ١٩٥٨<sup>(١١٨)</sup> ولليمن فى عام ١٩٩٢ وبالنسبة لتزانيا فى عام ١٩٦٤<sup>(١١٩)</sup>.

وعندما يحدث الإتحاد باندماج دولة فى دولة أخرى احتفظت بشخصيتها الدولية ، قامت الدولة الأخيرة بمنح جنسيتها لجميع مواطنى الدولة الأولى<sup>(١٢٠)</sup> وكان هذا هو الحال ، مثلا عندما انضمت سنغافورة إلى اتحاد ماليزيا فى عام ١٩٦٣<sup>(١٢١)</sup> فالقاعدة المنصوص عليها فى المادة ٢١ ، وهى قاعدة من قواعد القانون الدولى العرفى ، على قدر من الأتساع يكفى لتشمل التزامات الدولة الخلف فى كل من هاتين الحالتين<sup>(١٢٢)</sup>.

---

(١١٨) نصت المادة ٢ من الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة المؤرخ فى ٥ مارس ١٩٥٨ على أنه " يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة كل من يحمل الجنسية السورية أو المصرية ، أو له الحق فى أى منهما بموجب القوانين والأحكام السارية فى سوريا ومصر عند العمل بهذا الدستور " E. Cotran, " some legal aspects of the formation of the United Arab Republic and the United Arab States", The International and Comparative Law Quarterly, vol.8 (1959), p. 374) وأعيد النص على هذا الحكم فى المادة ١ من قانون جنسية الجمهورية العربية المتحدة رقم ٨٢ لعام ١٩٥٨ (bid., p. 381)

(١١٩) وفقا لفرع ٤- (١) و(٢) و(٣) من الباب الثانى من قانون مواطنة تزانيا لعام ١٩٩٥: الرامى إلى تعزيز قانون الجنسية ، فإن " كل شخص يكون ..... قبل يوم الوحدة مباشرة مواطنا .... من مواطنى الجمهورية المتحدة " وتشمل هذه الأحكام الأشخاص الذين أصبحوا من مواطنى إحدى الدولتين السلف بموجب المولد ، أو التسجيل أو التجنس أو النسب (١٢٠) لم يعالج مشروع الاتفاقية المتعلقة بالجنسية الذى أعدته كلية الحقوق بجامعة هارفارد إلا حالة التوحيد بالاندماج ونصت الفقرة (أ) من المادة ١٨ على أنه

" عندما تحوز دولة ما كامل إقليم دولة أخرى ، يصبح الأشخاص الذين يحملون جنسية هذه الدولة الأخرى مواطنين فى الدولة الخلف ، ما لم يتنازلوا عن جنسية الدولة الخلف بموجب أحكام قوانينها" (Research in International Law ، ص ١٥) وأكد التعليق على هذا الحكم أن هذه القاعدة "تنطبق على الأشخاص المتجنسين مثلما تنطبق على أولئك الذين حصلوا على الجنسية بالميلاد" (المرجع نفسه ، ص ٦١).

(١٢١) عند التوحيد ، اكتسب الأشخاص الذين كانوا من مواطنى سنغافورة مواطنة الإتحاد ولكنهم احتفظوا أيضا بمركز المواطنين فى سنغافورة كوحدة من الوحدات التى يتكون منها الإتحاد

### المطلب الثالث

## الأحكام الخاصة بالجنسية في حالة خلافة الدول الناشئة عن انحلال الدولة

٧٢- جاء مشروع المواد محل الدراسة بالأحكام التي تنظم الجنسية في سياق خلافة الدول الناشئة عن انحلال الدولة في مادتيه الثانية والعشرين والثالثة والعشرين. وتنص المادة الأولى على أنه: "عندما تنحل الدولة وتزول من الوجود، وتتشكل من مختلف أجزاء إقليم الدولة السلف دولتان خلف أو أكثر، يكون على كل دولة من الدول الخلف، ما لم يتبين خلاف ذلك من ممارسة حق الخيار، أن تعطي جنسيتها لـ:

(أ) الأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصفة معتادة في إقليمها؛

(ب) ورهنا بأحكام المادة ٨:

١- الأشخاص المعنيين غير المشمولين بالفقرة (أ) الذين تربطهم صلة قانونية مناسبة بإحدى الوحدات المكونة للدولة السلف والتي أصبحت جزءاً من الدولة الخلف.

٢- الأشخاص المعنيين الذين لا يحق لهم الحصول على جنسية أية دولة معنية، بموجب الفقرتين (أ) و (ب) "١" والذين يقيمون بصفة اعتيادية في دولة ثالثة، وكان مسقط رأسهم في إقليم أصبح إقليماً لتلك الدولة الخلف، أو كان فيه آخر مكان لإقامتهم المعتادة قبل تركهم الدولة السلف، أو كانت تربطهم بتلك الدولة الخلف أية صلة مناسبة أخرى." وتنص المادة ٢٣ على أنه:

(١) تمنح الدولة الخلف حق الخيار للأشخاص المعنيين المشمولين بأحكام المادة ٢٢ والمؤهلين لاكتساب جنسية دولتين أو أكثر من الدول الخلف.

---

(Goh Phai Chang. Citizenship Laws of Singapore(Singapore Educational Publications,1970) p.7-9), وفيما يتعلق بالحالتين الأخريين للإتحاد بالاندماج، وهما اندماج هاواي في الولايات المتحدة الأمريكية وإعادة توحيد ألمانيا، انظر الفقرات (٢) و (٥) و (٦) على التوالي، من التعليق على مشروع المادة ١٨ الذي اقترحه المقرر الخاص في تقريره الثالث. (١٢٢) انظر فقرة ٦ من التعليق المصاحب للمادة ٢١ من مشروع المواد، المرجع السابق ص ٦٤-٦٥.

(٢) تمنح كل دولة من الدول الخلف حق اختيار جنسيتها للأشخاص المعنيين الذين لا تشملهم أحكام المادة ٢٢"

٧٣ - تختلف حالة انحلال الدول ، عن حالة انفصال جزء أو أجزاء من الإقليم. وعلى الرغم من أنه ليس من السهل دائماً في الواقع العملي التمييز بوضوح بين هاتين الحالتين ، فإن مثل هذا التمييز يكون ضرورياً. فعندما تزول دولة من الدول بالانحلال فإن جنسيتها تزول أيضاً ، أما في حالة انفصال جزء من الإقليم فإن الدولة السلف تظل قائمة وتظل جنسيتها موجودة أيضاً<sup>(١٢٣)</sup> ولما كان فقدان جنسية الدولة السلف نتيجة تلقائية للانحلال ، فإن تنظيم الجنسية في مثل هذه الحالة للخلافة يستند إلى دعامين : الأولى هي إعطاء جنسية الدول الخلف للأشخاص المعنيين ، والثانية منح فئات معينة من الأشخاص المعنيين حق الخيار.

ويمكن تطبيق الأحكام التي وردت بالمادتين ٢٢ و ٢٣ ، مع إجراء التعديل الذي يقتضيه اختلاف الحال ، عندما لا تصبح مختلف أجزاء إقليم الدولة السلف دولا مستقلة إثر الانحلال وإنما تدمج في دول أخرى قائمة من قبل ، وفي مثل هذه الحالة ، تصبح الالتزامات المبينة في المادتين ٢٢ و ٢٣ على عاتق تلك الدول<sup>(١٢٤)</sup>.

٧٤ - وقد حددت الفقرة (أ) مجموعة الرعايا الأساسية لكل دولة خلف أستاناداً إلى معيار الإقامة المعتادة *habitual residence* ، الذي يتفق مع الافتراض الوارد في المادة ٤ وهو المعيار ، الذي يؤيده معظم خبراء القانون الدولي<sup>(١٢٥)</sup> ، وتم استخدامه على نطاق واسع ، بوجه خاص ، لتنظيم مسألة

---

<sup>(١٢٣)</sup> - لأسباب مماثلة ، ميزت اللجنة أيضاً بين "الانحلال" و "الانفصال" عندما تناولت مسألة خلافة الدول فيما يتصل بمسائل غير المعاهدات ، انظر الكتاب السنوي ١٩٨١ ، المجلد الثاني (الجزء الثاني) ص ٤٥ من النص الإنجليزي ، الوثيقة A/36/10 الفقرة (٣) من التعليق على مشروعى المادتين ١٦ و ١٧ من مشروع المواد بشأن خلافة الدول فيما يتعلق بامتلاكات الدولة ومحفوظاتها وديونها.

(١٢٤) انظر فقرة ٢ من التعليق المصاحب للمادة ٢٢ من مشروع المواد، المرجع السابق ص ٦٦.

إعطاء الجنسية بعد انحلال المملكة النمساوية - المجرية (١٢٦). مع ذلك استخدمت بعض الدول الخلف ، فى الحالات المتعلقة بانحلال يوغوسلافيا وتشيكوسلوفاكيا، معيار "رعوية" الجمهوريات التى يتكون منها الاتحاد (١٢٧) كمعيار رئيسى لتحديد رعاياها ، بصرف النظر عن مكان اقامتهم العادية (١٢٨)

(١٢٥) انظر Onuma المرجع هامش ٥ الذى يشير الى العديد من فقهاء القانون الدولى المؤيدين لهذا المعيار.

(١٢٦) تم تنظيم آثار تفكك المملكة النمساوية - الهنغارية على الجنسية - وهو تفكك ينطوى كذلك على انحلال جوهر المملكة الثنائية - بطريقة موحدة نسبيا فقد نصت المادة ٦٤ من معاهدة سان جرمان- أن - لى على أن " تقبل النمسا وتعلن أن جميع الأشخاص الذين يتمتعون بحقوق المواطنة (Pertinenenza) وقت بدء نفاذ هذه المعاهدة ، والذين ليسو من مواطنى أية دولة أخرى ، هم فعليا مواطنون نمساويون دون اشتراط القيام بأى إجراء شكلى ( Law concerning nationality ص ٥٨٦). وقد وردت أحكام مماثلة فى المادة ٥٦ من معاهدة نريانون للسلام بشأن أكتساب الجنسية الهنغارية.

(١٢٧) كما أشار Rezek" هناك اتحادات تتعايش فيها الجنسية الاتحادية مع ولاء إقليمى أو رعوية محلية ، وتخول الوحدات الإقليمية أحيانا حق التشريع فى هذه المسألة .... فلا تظهر الجنسية الاتحادية إلا نتيجة للرعوية المحلية المحددة وفقا للقواعد التى تملئها مختلف الهيئات التشريعية الإقليمية. ( المرجع السابق (هامش ١٩) ص ٣٤٢-٣٤٣)

(١٢٨) انظر المادة ٣٩ من قانون الجنسية لجمهورية سلوفينيا المؤرخ فى ٥ يونيه ١٩٩١ Uradni list Republike Solvenije (الجريدة الرسمية لجمهورية سلوفينيا) رقم ١٩٩١/١

( الترجمة الإنجليزية لقانون جمهورية سلوفينيا المتعلق بالمواطنة والصادر فى ٥ يونيو ١٩٩١ (النشرة ٢٧ ، نوفمبر ١٩٩٤) منشور فى Central and Eastern European Legal materials( New York, Huntington, New York, Juris Publishing, Binder 2 A), 1997, وأنظر المادتين ٣٥ و ٣٧ من قانون المواطنة الكرواتية المؤرخ فى ٢٦ يونيه ١٩٩١ ، والمادة ( Materials on Succession of states... ) انظر الفقرات (٦) إلى (٨) من التعليق على المادة ٢ الذى اقترحه المقرر الخاص فى تقريره الثالث عن الجنسية فى حالة خلافة الدول) والمادة ١ من القانون رقم ١٩٣/٤٠ الصادر فى ٢٩ ديسمبر ١٩٩٢ والمتعلق باكتساب وفقدان جنسية الجمهورية التشيكية ( Report of the experts of the Council of Europe..., appendix IV) من المادة ٢٦ من قانون الجنسية لجمهورية مقدونيا اليوغوسلافية السابقة المؤرخ فى أكتوبر ١٩٩٢

Sluzben Vesnik na Republika Makedonija (الجريدة الرسمية لجمهورية جمهورية مقدونيا) رقم ١٩٩٢/٧٦ ( انظر ايضا) C.Batchelor, P. Leclerc, and B. Schack, Citizenship and prevention of statelessness linked to the Disintegration of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (UNHCR, 3 April 1997), p.21) والمادة ٢٧ من المرسوم بقانون رقم ١٩٩٢/١٨ والمعدل بمرسوم رقم ١٩٩٣/١١ بشأن مواطنة جمهورية البوسنة والهرسك الصادر فى ٧ أكتوبر ١٩٩٢: ( Sluzbeni list Republik Bosne I Hercegovine ) الجريدة الرسمية لجمهورية البوسنة والهرسك) ( المرجع نفسه ص ٢٧)

ونتيجة لذلك، فإن بعض مواطني الدولة السلف الذين كانوا يقيمون بصورة اعتيادية في إقليم دولة خلف معينة لم يمنحو جنسية هذه الدولة الأخيرة لذلك تضمن تشريع الدول الخلف أحكاماً تتعلق بحق الخيار بهدف تمكين مثل هؤلاء الأشخاص من اكتساب جنسيتها<sup>(١٢٩)</sup> وقد أظهرت التجربة أنه في الحالات التي عرضت عليهم فيها إمكانية اكتساب جنسية الدولة التي كانوا يقيمون فيها، قبلوا جميعهم تقريباً هذا الخيار<sup>(١٣٠)</sup>. وعندما كانت هذه الإمكانيات محدودة إلى حد كبير، نشأت مصاعب كبيرة في الواقع العملي<sup>(١٣١)</sup>. لذلك وبعد أن قامت لجنة القانون الدولي بدراسة ممارسات الدول الخلف، بما فيها تلك التي تمت

(١٢٩) وهكذا نصت المادة ٤٠ من قانون الجنسية في جمهورية سلوفينيا، المؤرخ في ٥ يونيو ١٩٩١ على ما يلي:

"يجوز لمواطن من مواطني جمهورية أخرى [من جمهورية الاتحاد اليوغوسلافي] كان مقيماً إقامة دائمة في جمهورية سلوفينيا يوم الاستفتاء على استقلال جمهورية سلوفينيا وحكمها الذاتي الذي جرى في ٢٣ ديسمبر ١٩٩٠. والذي يقطن هناك بالفعل أن يكتسب جنسية جمهورية سلوفينيا، شريطة أن يقدم ذلك الشخص طلباً للجهاز الإداري المختص بالشؤون الداخلية للمنطقة التي يقيم فيها".

وتنص الفقرة ٢ من المادة ٣٠ من قانون الجنسية الكرواتية المؤرخ في ٢٦ يونيو ١٩٩١ على أن كل من ينتمي إلى الشعب الكرواتي ولم يكن من جمهورية كرواتيا بصورة مشروعة لفترة لا تقل عن عشر سنوات يعتبر مواطناً كرواتياً إذا قدم بياناً خطياً يعلن فيه أنه يعتبر نفسه مواطناً كرواتياً وتنص المادة ٢٩ من المرسوم الذي له قوة القانون بشأن جنسية جمهورية البوسنة والهرسك، والمؤرخ في ٧ أكتوبر ١٩٩٢، بصيغته المعدلة إبريل ١٩٩٣، على أن جميع مواطني جمهورية يوغوسلافيا الاتحادية الاشتراكية السابقة الذين كانوا يقيمون في أراضي البوسنة والهرسك في تاريخ ٦ أبريل ١٩٩٢ أصبحوا تلقائياً مواطنين للبوسنة والهرسك (انظر Batchelor, Lecterc & Schack المرجع السابق) (المرجع نفسه، ص ٢٧).

(١٣٠) على سبيل المثال، تبين تجربة الجمهورية التشيكية أن جميع الأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصفة اعتيادية في إقليمها والذين لم يحصلوا على الجنسية التشيكية بقوة القانون استناداً إلى معيار "مواطنة" الوحدة التي يتكون منها الإتحاد قد اكتسبوا كلهم تقريباً هذه الجنسية عن طريق تطبيق حق الخيار. وهكذا حصل ما يقرب من ٣٧٦٠٠٠ مواطن سلوفاكي على الجنسية التشيكية في الفترة من الأول من يناير ١٩٩٣ إلى ٣٠ يونيو ١٩٩٤، غالباً عن طريق الخيار المنصوص عليه بموجب المادة ١٨ من القانون رقم ١٩٩٣/٤٠ الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٩٩٢ والمتعلق باكتساب وفقدان جنسية الجمهورية التشيكية Report of the experts of the council of Europe ...., appendix IV) ومن ثم، فإن نتيجة تطبيق هذا المعيار لم تختلف اختلافاً كبيراً عن الحالة التي كانت ستنتج عن استخدام معيار الإقامة الدائمة. (نفس المرجع فقرة ٢٢ هامش ٧).

(١٣١) Batchelor, Lecterc & Schack، المرجع السابق ص ٤ وما يليها.

في أحدث حالات لخلافة الدول ، أكدت من جديد أهمية معيار الإقامة العادية وقررت ألا تأخذ بمعيار " الرعية المحلية " لإحدى الوحدات المكونة للدولة إلا فيما يتصل بالأشخاص الذين يقيمون خارج إقليم دولة خلف معين . وعلى نفس المنوال سار إعلان البندقية الذي أكدت الفقرة (أ) من المادة ٨ منه أنه : " في جميع حالات خلافة الدول ، تمنح الدولة الخلف جنسيتها لجميع مواطني الدولة السلف الذين يقيمون بصورة دائمة في إقليمها (١٢٢) .

٧٥ - وتبين الفقرة (ب) من المادة ٢٢ قواعد إعطاء جنسية الدولة الخلف للأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصورة معتادة خارج إقليمها . والتزام الدولة انخلف بإعطاء جنسيتها لهؤلاء الأشخاص ، وكذلك حقها في ذلك ، تقيدهما بطبيعة الحال أحكام المادة ٨ ، كما هو مبين في صدر الفقرة ١ (ب). وتتناول الفقرة (ب) " ١ " الأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصورة معتادة إما في دولة ثالثة أو في دولة خلف أخرى. والمعيار المستخدم هو وجود " صلة قانونية مناسبة بإحدى الوحدات المكونة للدولة السلف " والتي أصبحت جزء من دولة خلف معينة. وغنى عن البيان إن هذا المعيار لا يمكن أن يستخدم إلا عندما توجد رابطة ذات طبيعة قانونية بين الوحدات المكونة للدولة السلف والأشخاص المعنيين بموجب القانون الداخلي لتلك الدولة ، وكانت هذه على الأغلب حال دول بعض الدول الاتحادية على النحو السابق بيانه (١٢٣).

وحيثما تنطبق الفقرة الفرعية ١ ، فإن غالبية الأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصورة معتادة خارج إقليم دولة خلف معينة سيندرجون تحت هذه الفئة ، وإن الفقرة الفرعية " ٢ " لن تطبق إلا بصورة استثنائية ، أي فيما يتصل بالأشخاص الذين لا تشملهم الفقرة الفرعية " ١ " بالفعل.

---

(١٢٢) انظر ما قبله هامش ١

(١٢٣) انظر هامش ١٩ أعلاه



٧٦- وتتناول الفقرة الفرعية "٢" فقط الأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصورة معتادة فى دولة ثالثة، أى الذين يكونون فى تاريخ خلافة الدول ، مقيمين بصورة معتادة خارج الدولة السلف . والمعياران المستخدمان فى الفقرة الفرعية "٢" هما المعياران المستخدمان غالباً فى ممارسات الدول ، وهما محل الميلاد ومكان آخر إقامة عادية فى إقليم الدولة السلف . غير أن لجنة القانون الدولى لم تشأ استبعاد استخدام معايير أخرى ، كما تدل على ذلك عبارة " أو كانت تربطهم بتلك الدول الخلف أية صلة مناسبة أخرى" وقد أكدت ، فى الوقت ذاته ، أن استخدام معايير أخرى ، كما تدل على ذلك عبارة " أو كانت تربطهم بتلك الدول الخلف أية صلة مناسبة أخرى " وقد أكدت ، فى الوقت ذاته ، أن استخدام أى معايير من هذا القبيل يجب أن يكون متمشياً مع الالتزام العام بعدم التمييز بمقتضى المادة ١٥ (١٣٤).

٧٧- ولا تبين المادة ٢٢ طريقة إعطاء الدولة الخلف جنسيتها فيجوز للدولة أن تفى بالترامها المنصوص عليه بموجب هذا الحكم إما عن طريق إعطائها جنسيتها تلقائياً للأشخاص المعنيين أو من خلال النص على حق هؤلاء الأشخاص فى الحصول على جنسيتها بطريق الاختيار.

٧٨ - وتطبق المعايير التى نضمنها المادة ٢٢ قد يودى إلى جعل الشخص المعنى مستوفيا الشروط اللازمة لاكتساب جنسية أكثر من دولة خلف واحدة ، وفى مثل هذه الحالة فإن إعطاء الجنسية يتوقف على الخيار الذى يمارسه هذا الشخص، كما هو مبين فى صدر المادة ٢٢ . علاوة على ذلك ، تخضع الفقرة (ب) لأحكام المادة ٨ التى تحظر على الدولة إعطاء الأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصورة معتادة خارج إقليمها جنسيتها رغم إرادتهم. وبناء على ذلك ، فإن التزام الدولة بمقتضى الفقرة (ب) يمكن أن ينفذ إما من خلال إجراءات " خيار القبول " أو من خلال إعطاء جنسيتها بقسوة القانون مع خيار بالرفض (" إجراءات خيار الرفض").

---

(١٣٤) انظر فقرة ١٠ من التعليق المصاحب للمادة ٢٢ من مشروع المواد ، المرجع السابق ص ٦٩٠

٧٩ - وتنص الفقرة ١ من المادة ٢٣ على منح حق الخيار للأشخاص المعنيين الذين يستوفون الشروط اللازمة لاكتساب جنسية دولتين أو أكثر من الدول الخلف ، وهذا ما يحدث مثلاً إذا كان الشخص المعنى الذى يقيم بصورة عادية فى واحدة من الدول الخلف يتمتع ، قبل الانحلال " برعوية" أو " بمواطنة" وحدة من الوحدات المكونة للدولة السلف أصبحت جزءاً من دولة خلف أخرى ، وهناك عدة أمثلة حديثة على ممارسات الدول التى تم فيها منح حق خيار فى مثل هذه الظروف (١٣٥).

وقد يحدث هذا أيضا عندما يكون الشخص المعنى الذى يقيم بصورة معنادة فى دولة ثالثة قد ولد فى الإقليم الذى أصبح جزءاً من إحدى الدول الخلف ولكن تربطه أيضا صلة مناسبة ، كالروابط العائلية ، بدولة خلف أخرى. ولا تنفيد الفقرة ١ من المادة ٢٣ حرية الدول الخلف فى منح حق الخيار لفئات إضافية من الأشخاص المعنيين.

---

(١٣٥) تنص الفقرة ١ من المادة ٣ من قانون جنسية الدولة فى الجمهورية السلوفاكية الصادر فى ١٩ يناير ١٩٩٣ (١٩٩٣/٤٠) على أنه يحق لكل فرد كان فى ٣١ ديسمبر ١٩٩٢ مواطناً من مواطنى الجمهورية الاتحادية التشيكية والسلوفاكية ولم يكتسب جنسية سلوفاكيا فعليا أن يختار جنسية سلوفاكيا وقد أستهدفت الفقرة بصورة رئيسية أولئك الأشخاص الذين أصبحوا بمقتضى القانون التشيكي ، مواطنون تشيكيين بقوة القانون ولكنهم كانوا يقيمون بصورة اعتيادية فى سلوفاكيا وبالمثل ، حددت المادة ١٨ من القانون رقم ١٩٩٣/٤٠ الصادر فى ٢٩ ديسمبر ١٩٩٢ والمتعلق باكتساب وفقدان جنسية الجمهورية التشيكية الشروط الواجب استيفائها لإعطاء الجنسية التشيكية بصورة اختيارية للأشخاص الذين يقيمون بصورة اعتيادية فى الجمهورية التشيكية والذين حصلوا بقوة القانون على الجنسية السلوفاكية ( انظر Report of the experts of the Council of Europe ... appendix IV ) وهناك مثال آخر هو قانون الجنسية اليوغوسلافى (رقم ٩٦/٢٣) بالإضافة إلى الأحكام الأساسية المتعلقة باكتساب الجنسية بقوة القانون ، تنص المادة ٤٧ على أنه " يمكن لأى مواطن من مواطنى جمهورية يوغوسلافيا الاتحادية الاشتراكية كان مواطناً لجمهورية أخرى ... من جمهوريات الاتحاد ] ... وكان يقيم فى إقليم يوغوسلافيا فى تاريخ إعلان الدستور أن يكتسب الجنسية اليوغوسلافية . ( انظر الفقرات (٦) إلى (٨) من التعليق على المادة ٢ الذى أقرحه المقرر الخاص فى تقريره الثالث عن الجنسية فى حالة خلافة الدول ) ما قبل هامش ١٠٨

٨٠- وتتناول الفقرة ٢ الأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصفة معتادة في دولة  
ثالثة والذين لا تشملهم أحكام الفقرة الفرعية (ب) من المادة ٢٢ ، مثل  
الأشخاص الذين اكتسبوا جنسية الدولة السلف بالنسب أو التجنس ولم يقيموا أبدا  
فيها . فهؤلاء الأشخاص سيصبحون عديمي الجنسية ، ما لم يكونوا يتمتعون  
بجنسية دولة ثالثة بيد أن الغرض من الخيار المنصوص عليه في الفقرة ٢  
لا يقتصر على تفضي أنعدام الجنسية ، وهو ما يمكن تحقيقه بالاستناد إلى الفقرة  
٢ من المادة ١١ ، ولكنه يتمثل ، علاوة على ذلك ، في تمكين مثل هؤلاء  
الأشخاص من اكتساب جنسية دولة خلف واحدة على الأقل ، وبذلك إعمال الحق  
في التمتع بجنسية ، المبين في المادة الأولى .

### المطلب الرابع

#### الأحكام الخاصة بالجنسية في حال خلافة الدول الناشئة عن انفصال جزء أو أجزاء من الإقليم

- ٨١- تنظم مسائل الجنسية في هذه الحالة من حالات خلافة الدول المواد ٢٤ ،  
٢٥ ، ٢٦ من المشروع . وفي هذا الصدد تنص المادة ٢٤ على أنه:  
" عندما يفصل جزء أو أجزاء من إقليم دولة عن تلك الدولة وتتشكل من ذلك  
دولة خلف أو أكثر ، معه استمرار الدولة السلف في الوجود ، يكون على الدولة  
الخلف ، ما لم يتبين خلاف ذلك من ممارسة حق الخيار ، أن تعطى جنسيته لـ :  
أ- الأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصفة معتادة في إقليمها .  
ب- ورهنا بأحكام المادة ٨ :
- ١- الأشخاص المعنيين غير المشمولين بالفقرة (أ) الذين تربطهم صلة قانونية  
مناسبة بإحدى الوحدات المكونة للدولة السلف والتي أصبحت جزءا من تلك  
الدولة الخلف .

٢- الأشخاص المعنيين الذين لا يحق لهم الحصول على جنسية أية دولة معنية  
بموجب الفقرتين (أ) و(ب/٢) والذين يقيمون بصفة معتادة في دولة ثالثة ،  
وكان محل ميلادهم في إقليم أصبح إقليما لتلك الدولة الخلف ، أو كان فيه آخر

مكان لإقامتهم الاعتيادية قبل تركهم الدولة السلف ، أو كانت تربطهم بتلك الدولة الخلف أية صلة مناسبة أخرى".

وإذا كانت المادة ٢٤ تنظم إعطاء جنسية الدولة الخلف فإن المادة ٢٥ تنظم

مسألة سحب جنسية الدولة السلف:

١ - تسحب الدولة السلف جنسيتها من الأشخاص المعنيين الذين يكونون مؤهلين لاكتساب جنسية الدولة الخلف وفقا للمادة ٢٤ على أنه لا يجوز لها أن تسحب جنسيتها قبل أن يكتسب هؤلاء الأشخاص جنسية الدولة الخلف .

٢- إلا أنه لا يجوز للدولة السلف ، ما لم يتبين خلاف ذلك من ممارسة حق الخيار ، أن تسحب جنسيتها من الأشخاص المشار إليهم في الفقرة ١ الذين:

أ- يقيمون بصفة اعتيادية في إقليمها .

ب- لا تشملهم الفقرة (أ) والذين تربطهم صلة قانونية مناسبة بإحدى الوحدات المكونة للدولة السلف والتي بقيت جزءا من الدولة السلف .

ج- يقيمون إقامة عادية في دولة ثالثة ، وكان مسقط رأسهم في مكان بقى جزءا من إقليم الدولة السلف ، أو كان ذلك المكان هو آخر مكان لإقامتهم المعتادة قبل تركهم الدولة السلف ، أو كانت تربطهم بتلك الدولة السلف أية صلة مناسبة أخرى .

أما المادة ٢٦ فهي تنظم قيام كل من الدولة السلف والدولة الخلف بمنح حق الخيار:

" تمنح الدولة السلف والدولة الخلف حق الخيار لجميع الأشخاص المعنيين المشمولين بأحكام المادة ٢٤ و ٢/٢٥ الذين يكونون مؤهلين لاكتساب جنسية كل من الدولة السلف و الدولة الخلف أو جنسية دولتين أو أكثر من الدول الخلف"

٨٢ - سبق أن بينا الفرق بين هذه الحالة لخلافة الدول وتلك الناشئة عن انحلال الدولة . ويجب أيضا التمييز بين حالة انفصال جزء أو أجزاء من إقليم دولة من الدول وحالة نشوء دول مستقلة حديثا كان لإقليمها ، قبل تاريخ الخلافة ، " مركز مستقل ومتميز عن إقليم الدولة التي تديره" (١٣١).

ومع ذلك ، فإن القواعد الجوهرية الواردة في المواد ٢٤ إلى ٢٦ يمكن أن تطبق ، مع إجراء التعديل الذي يقتضيه اختلاف الحال ، في أية حالة تنشأ فيها دولة مستقلة في سياق تصفية الاستعمار .

ولما كان يصعب أحيانا فى الواقع العملى التمييز بين الانحلال والانفصال، فقد رأت لجنة القانون الدولى أنه من الهام أن تكون القواعد المنطبقة فى الحالتين المذكورتين واحدة. وعليه، صيغت المادة ٢٤ على نسق المادة ٢٢ السابق الإشارة إليها<sup>(١٣٧)</sup>.

٨٣ - وتتضمن الفقرة (أ) من المادة ٢٤ قاعدة أساسية هى أن على الدولة الخلف أن تعطى جنسيتها للأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصورة عادية فى إقليمها، ومن الجدير بالذكر أنه تم إدراج حكم مشابه بشأن حالة الانفصال فى الفقرة (ب) من المادة ١٨ من مشروع الاتفاقية الخاصة بالجنسية الذى أعدته كلية الحقوق بجامعة هارفارد<sup>(١٣٨)</sup>.

وقد طبقت هذه القاعدة عمليا بعد الحرب العالمية الأولى فى حالة إنشاء مدينة دانزيغ الحرة<sup>(١٣٩)</sup> وتفكيك المملكة النمساوية - المجرية<sup>(١٤٠)</sup>. وطبقت فى الأونة الأخيرة فى حالة انفصال بنجلاديش عن باكستان فى عام ١٩٧١<sup>(١٤١)</sup>. وكذلك عندما أصبحت أوكرانيا<sup>(١٤٢)</sup> وروسيا البيضاء<sup>(١٤٣)</sup> مستقلتين عقب تفكك اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية. وجدير بالذكر أيضاً أن بعض الدول المستقلة حديثاً طبقت بصورة عملية معيار الإقامة العادية<sup>(١٤٤)</sup> وقد تم استخدام معيار مختلف فى حالة انفصال سنغافورة عن اتحاد ماليزيا فى عام

---

(١٣٦) انظر إعلان مبادئ القانون الدولى المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون فيما بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة (قرار الجمعية العامة ٢٦٢٥ (د-٢٥) المؤرخ فى ٢٤ أكتوبر ١٩٧٠).

(١٣٧) انظر فقرة ٣ من التعليق المصاحب للمادة ٢٦ من مشروع المواد، المرجع السابق ص ٧٢.

(١٣٨) انظر أيضاً الفقرة (ب) من المادة ١٨ من مشروع الاتفاقية المتعلقة بالجنسية الذى أعدته كلية الحقوق بجامعة هارفارد التى تنص على أنه: "عندما تحوز دولة جزءاً من إقليم دولة أخرى، يفقد مواطنوا هذه الأخيرة الذين يواصلون إقامتهم المعتادة فى ذلك الإقليم جنسية تلك الدولة ويصبحون مواطنون للدولة الخلف، وذلك فى حال عدم وجود معاهدة تنص أحكامها على خلاف ذلك، ما لم يرفض هؤلاء عملاً بقانون الدولة الخلف، جنسيتها" (Research in International Law) المرجع السابق ص ١٥.

(١٣٩) انظر المادة ١٠٥ من معاهدة فرساي

(١٤٠) انظر المادة ٧٠ من معاهدة سان جرمان - أن - لى. وقد طبقت المادة على حد سواء على الدول الناشئة عن الانفصال وتلك الناشئة عن الانحلال. وأدرجت أيضاً فى صلب المادة ٣ من كل من المعاهدة المعقودة بين القوى الحليفة والشريكة الرئيسية وبولندا، والمعاهدة المعقودة بين القوى الحليفة والشريكة الرئيسية وتشيكوسلوفاكيا، والمعاهدة المعقودة بين القوى الحليفة والشريكة الرئيسية والدولة الصربية- الكرواتية - السلوفينية، والمعاهدة المعقودة بين القوى الحليفة والشريكة الرئيسية ورومانيا.

١٩٦٥، وهو معيار " مواطنة" سنغافورة بوصفها إحدى الوحدات المكونة للاتحاد ، التي كانت قائمة بصورة موازية لجنسية الاتحاد<sup>(١٤٥)</sup>. إلا أنه تم تطبيق معيار آخر ، هو محل الميلاد في حالة انفصال إريتريا عن إثيوبيا عام ١٩٩٣<sup>(١٤٦)</sup>، ويحتمل أن يكون هذا المعيار قد أستوحى من الممارسات السابقة لعدد من الدول المستقلة حديثاً<sup>(١٤٧)</sup>. وقررت لجنة القانون الدولي ، على غرار ما فعلته في المادة ٢٢ فيما يتعلق بحالة الانحلال ، أن تستخدم معيار الإقامة المعتادة لتحديد مجموعة السكان " الأساسية" للدولة الخلف . وبذا ، أخذت في الاعتبار الممارسات السائدة من جهة ، ومساوىء استخدام معايير أخرى لهذه الغاية من جهة أخرى ، ومنها جعل قسم كبير من السكان أجنب في وطنهم<sup>(١٤٨)</sup> أما الفقرة (ب) ، فقد أدرجت في المادة ٢٤ لأسباب مماثلة لتلك التي أفضت إلى إدراج الفقرة (ب) في المادة ٢<sup>(١٤٩)</sup>.

---

(١٤١) اعتبرت الإقامة في إقليم بنجلاديش المعيار الأول لإعطاء جنسية بنجلاديش ، بصرف النظر عن أية اعتبارات أخرى . غير أنه اشترط على سكان الإقليم من غير البنغاليين الإدلاء بإعلان بسيط للاعتراف بهم كمواطنين لبنجلاديش كما كان بإمكانهم اختيار الاحتفاظ بالجنسية الباكستانية ( انظر M.Rafiqul Islam , " The nationality law and practice of Bangladesh", Nationality and International Law in Asian Perspective, Ko Swan Sik, ed. (Dordrech/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1990, pp.5-8)

(١٤٢) المادة ٢ من قانون الجنسية الأوكرانية الصادر في ٨ أكتوبر ١٩٩١ ( انظر Pravda Ukrainy ١٤ نوفمبر ١٩٩١)

(١٤٣) المادة ٢ من قانون الجنسية لجمهورية بيلاروس الصادر في ١٨ أكتوبر ١٩٩١

( انظر الحاشية ٥٨ أعلاه) كما عدل بالقانون الصادر في ١٥ يونية ١٩٩٣

وإعلان مجلس السوفيت الأعلى لجمهورية بيلاروس المؤرخ في ١٥ يونية ١٩٩٣

(١٤٤) أنظر Onuma المرجع السابق ، ص ١٥

(١٤٥) Goh Phai Cheng المرجع السابق ( هامش ١٠٨) ص ٩ واستخدمت أيضاً

بعض الدول المستقلة حديثاً معايير مشابهة لتحديد مجموعة رعاياها الأساسية خلال عملية

تصفية الاستعمار . أنظر De Burllet, nationalité des personnes physiques ...

ما قبله هامش ٩٤) ، ص ١٢٠ ، الذي يشير إلى " جنسيات خاصة" أنشئت توجهاً لاستقلال

مقبل ولم يكن مقدرًا لها أن تزدهر تماماً إلا مع هذا الاستقلال ، أنظر أيضاً ص ١٢٤ ، ١٢٩

من المرجع نفسه أنظر كذلك مثال الفلبين المذكور في Onuma المرجع السابق ، الملاحظة ٩٦

٨٤- وتتناول الفقرة ١ من المادة ٢٥ سحب جنسية الدولة السلف كنتيجة طبيعية لاكتساب جنسية الدولة الخلف. ويستند هذا الحكم على ممارسات الدول التي تبين ، رغم بعض الاختلاف ، أن هذا السحب كان إلى حد كبير نتيجة تلقائية لاكتساب الأشخاص المعنيين جنسية الدولة الخلف<sup>(١٥٠)</sup> . ويخضع سحب جنسية الدولة السلف لشروطين . الشرط الأول أن يكون الأشخاص الذين يستوفون الشروط اللازمة لاكتساب جنسية الدولة الخلف لم يؤثر الاحتفاظ بجنسية الدولة السلف وهذا الشرط مبين في صدر المادة ٢٤ ، التي تشير إليها الفقرة ١ من المادة ٢٥ . والشرط الثاني ألا يتم هذا السحب قبل الاكتساب الفعلي لجنسية الدولة الخلف . والغرض من هذا الشرط هو تجنب حالة انعدام الجنسية ، ولو مؤقتاً ، وهو حالة قد تنجم عن سحب الجنسية قبل الأوان<sup>(١٥١)</sup> . وتعدد الفقرة ٢ من المادة ٢٥ فئات الأشخاص المعنيين الذين يحق لهم اكتساب جنسية الدولة الخلف ولكن الذين يجب على الدولة السلف ألا تسحب منهم جنسيتها ، إلا إذا اختاروا جنسية الدولة الخلف . والمعايير المستخدمة لتحديد هذه الفئات من الأشخاص هي نفس المعايير المستخدمة في المادة ٢٤ .

(١٤٦) أنظر إعلان الجنسية الإريترية رقم ١٩٩٢/٢١ المؤرخ في ٦ ابريل ١٩٩٢ (Gazette of Eritrean Laws, vol.2 (1992), No. 3) (١٤٧) للإطلاع على أمثلة على مثل هذه الممارسات ، أنظر Onuma ، المرجع السابق ص ١٣ - ١٤ ، والفقرات من (١٥) إلى (١٨) من التعليق على مشروع المادة ٢٣ الذي اقترحه المقرر الخاص في تقريره الثالث ( هامش ٩٥) أعلاه . (١٤٨) أنظر Onuma المرجع السابق، ص ٢٩ . أنظر فقرة ٧ من التعليق المصاحب للمادة ٢٤ من مشروع المواد ، المرجع السابق ص ٧٤ . (١٤٩) أنظر الفقرات من (٧) إلى (١٠) من التعليق على الفرع ٣ أعلاه وللإطلاع على الممارسات المتعلقة باستخدام المعيار المشار إليه في الفقرة الفرعية (ب) "١" من المادة ٢٤ ، انظر الحاشية ١٤٥ أعلاه ، وللإطلاع على استخدام معيار مكان الولادة الوارد في الفقرة الفرعية (ب) "٢" ، انظر الفقرتين (٥) و (٦) من التعليق على مشروع المادة ٢٣ الذي اقترحه المقرر الخاص في تقريره الثالث ، وانظر أيضا الفقرة (٢) من المادة ٢ من قانون الجنسية الأوكرانية الصادر في ٨ أكتوبر ١٩٩١ التي تنص على أن الأشخاص المذكورين فيما يلي هم من مواطني أوكرانيا:

" الأشخاص الذين ... يقيمون بصورة دائمة في بلد آخر شريطة أن يكونوا قد ولدوا في أوكرانيا أو أن يكونوا قد أُنبتوا قبل مغادرتهم إلى الخارج أنهم كانوا يقيمون بصورة دائمة في أوكرانيا ، وليسوا من مواطني دول أخرى ، وأن يعلنوا في موعد لا يتجاوز خمس سنوات من تاريخ سن هذا القانون عن رغبتهم في أن يصبحوا مواطنين لأوكرانيا . (١٥٠) للإطلاع على أمثلة على ممارسات الدول ، انظر الفقرات (١) إلى (٨) من التعليق على مشروع المادة ٢٤ الذي اقترحه المقرر الخاص في تقريره الثالث . (١٥١) أنظر أيضا الحكم ١٢ من إعلان البندقية ، الذي يحظر على الدولة السلف سحب جنسيتها من مواطنيها الذين لم يتمكنوا من الحصول على جنسية الدولة الخلف .

٨٥- وتتناول المادة ٢٦ حق الخيار . وهناك حالات عديدة فى ممارسات الدول منح فيها حق خيار فى حالة انفصال جزء أو أجزاء من الإقليم (١٥٢) وتشمل المادة ٢٦ كلا من الاختيار بين جنسية الدولة السلف و جنسية الدولة الخلف والاختيار بين جنسية دولتين أو أكثر من الدول الخلف . وعلى عكس ما تنص عليه المادة ٢٠ فيما يتصل بنقل إقليم ، فإن حق اختيار الاحتفاظ بجنسية الدولة السلف ، فى حالة انفصال جزء أو أجزاء من الإقليم ، لا يمنح لجميع الأشخاص المعنيين المؤهلين لاكتساب جنسية الدولة الخلف . فهذا الحق يقتصر على الأشخاص الذين يستوفون ، فى آن واحد ، أحد المعايير الواردة فى المادة ٢٤ وأحد المعايير الواردة فى الفقرة ٢ من المادة ٢٥ . وهذه هى مثلاً حالة شخص معنى يقيم بصورة عادية فى دولة ثالثة وولد فى الإقليم الذى أصبح دولة خلفاً ولكن كان مكان إقامته العادية قبل أن يغادر إلى الخارج موجوداً فى الإقليم الذى بقى جزءاً من الدولة السلف . وبطريقة مماثلة ، لا يجب منح حق الاختيار بين جنسية دولتين أو أكثر من الدول الخلف إلا للأشخاص المعنيين الذين يستوفون ، بموجب معايير المادة ٢٤ ، الشروط اللازمة لاكتساب جنسية أكثر من دولة خلف واحدة . وإذا تركت جانباً الحالة التى ينطبق فيها المعيار المشار إليه فى الفقرة (ب) "١" ، فإن حق الخيار لم ينص عليه إلا لبعض الأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصورة اعتيادية فى دولة ثالثة .

وكما هو الحال بالنسبة للمادة ٢٣ ، لا يقصد بالمادة ٢٦ أن تقيد حرية الدولة المعنية فى منح حق الاختيار لفئات أخرى من الأشخاص المعنيين (١٥٣) .

---

(١٥٢) انظر الفقرات من (١) إلى (٥) من التعليق على مشروع المادة ٢٥ الذى اقترحه المقرر الخاص فى تقريره الثالث .  
(١٥٣) انظر فقرة ١٤ من التعليق المصاحب للمادة ٢٦ من مشروع المواد ، المرجع السابق ص ٧٦ .



## خاتمة

٨٦ - يتضح من دراسة مشروع المواد الذى أعدته لجنة القانون الدولى بالأمم المتحدة أن التنظيم الذى تضمنه للجنسية فى سياق خلافة الدول يقوم على ثلاث ركائز أساسية :

أما الركيزة الأولى فهى كفالة حق كل شخص معنى بالخلافة فى أن تكون له جنسية إحدى الدول المعنية بهذه الخلافة ، وما هذا سوى تطبيق خاص ، فى حالة خلافة الدول ، للمبدأ العام الذى كرسته العديد من الصكوك الدولية وهو حق كل فرد فى الجنسية كحق من أهم حقوق الإنسان التى لا تستقيم حياته بدونها . ولا نبالغ إذا قلنا أن هذا الحق الذى كفلته المادة الأولى من المشروع هو سبب وجود وغاية تطبيق معظم المواد التى تضمنها المشروع ، فهو يصم المشروع فى جملته ويتجسد فى معظم مواده . فهو سبب افتراض كسب جنسية الدولة الخلف التى يقيم على إقليمها الأشخاص المعنيين وقت حدوث الخلافة ، وهو سبب التطبيق الرجعى لتشريعات الجنسية ، لضمان استمرار التمتع بهذا الحق دون انقطاع بسبب ظرف الخلافة ، وهو سبب الاستناد لحق الإقليم لمنح الجنسية للأطفال المولودين لآباء تأثرت جنسيتهم بهذا الظرف . كذلك فهو الهدف من التزام الدول المعنية بالخلافة بالحيولة دون تعرض الأشخاص المعنيين لانعدام الجنسية وبالتعاون فيما بينهم لتحقيق هذا الهدف .

٨٧ - أما الركيزة الثانية فهو المبدأ الذى أكده القضاء الدولى من عدم جواز الاعتداد فى المجال الدولى بالجنسية إلا إذا كانت تستند على أساس واقعى أو اجتماعى أو بعبارة أخرى تستند إلى رابطة فعلية بين الفرد والدولة . فإذا كانت الدولة لها حرية منح جنسيتها داخل حدود إقليمها فإنه يجب لنفاذ هذه الجنسية خارج هذه الحدود أن يكون الفرد عضوا فعليا بالجماعة الوطنية للدولة مانحة الجنسية . وإذا كان هذا المبدأ قد تم استخدامه من قبل القضاء فى بادىء الأمر كمعيار لفض التنازع بين الجنسيات التى تتمسك بها دولتان أو أكثر بالنسبة لنفس الشخص فقد تطور إعماله على يد الفقه والقضاء ليصبح الأساس العام الذى تقوم عليه الجنسية وليس مجرد معيار للمفاضلة . وهذا المفهوم المعاصر هو الذى اعتنقته لجنة القانون الدولى . ومما لا شك فيه أن اعتبار مبدأ واقعية أو فعلية الجنسية كأساس أو معيار عام للجنسية يمثل أحد

ملاحح تطور القانون الدولي العام فى مجال الجنسية الذى أرادت اللجنة تكريسه وضعبا حال صيرورة مشروعها اتفاقية دولية .

وقد أعمل مشروع المواد محل الدراسة المبدأين السابقين معا - مبدأ حق كل شخص معنى فى الجنسية ، ومبدأ واقعية الجنسية ووجوب قيامها على رابطة فعلية بين هذا الشخص والدولة المعنية بالخلافة - عند تنظيمه لأحكام الجنسية فى سياق خلافة الدول ، ورتب على ذلك التزام كل دولة معنى بالخلافة بإعطاء جنسيتها لكل شخص معنى طالما كان منتميا إلى مجتمعها ومرتبطا به ارتباطا فعليا . وقد قدرت لجنة القانون الدولي، فى ضوء ما جرى عليه عمل الدول المعنية بالخلافة ، أن وجود محل الإقامة المعتادة للشخص المعنى بإقليم الدولة الخلف الذى تغيرت على السيادة يثبت إرتباطه الفعلى بها ، ومن ثم يعد أفضل معيار يمكن أن تستند إليه لإعطائه جنسيتها . وهذه القاعدة الرئيسة التى يستند إليها مشروع المواد ووردت كمبدأ عام فى المادة الرابعة ، تم إعادة تقريرها بخصوص جميع حالات الخلافة المختلفة التى تؤدى إلى وجود أكثر من دولة خلف .

ونظرا لأن الحق فى الجنسية هو أهم ركائز مشروع المواد ، كان لا بد من الأخذ بمعايير أخرى عند تحديد جنسية الأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصفة معتادة خارج إقليم دولة خلف ، وخاصة عندما يفقدون جنسية الدولة السلف نتيجة لزوال تلك الدولة . وهذه المعايير قد تتمثل فى وجود صلة قانونية مناسبة بإحدى الوحدات المكونة للدولة السلف التى أصبحت جزء من الدولة الخلف مثل إرتباط الشخص المعنى برعية محلية بإحدى الوحدات المكونة للدولة السلف التى أصبحت جزء من دولة خلف معينة . وقد تتمثل هذه المعايير فى وجود أية صلة مناسبة أخرى مثل ميلاد الشخص المعنى فى إقليم أصبح إقليما للدولة الخلف ، أو كانت فيه آخر محل إقامة معتادة قبل تركه للدولة السلف ، أو أية صلة أخرى تقدر الدولة الخلف مناسبتها .

٨٨- أما الركيزة الثالثة لمشروع المواد فهو احترام إرادة الأشخاص المعنيين المؤهلين لاكتساب أكثر من جنسية من جنسيات الدول المعنية ، وذلك من خلال منحهم حق الخيار . ومما لاشك فيه أن هذا النهج يستند إلى الأساس الاجتماعى للجنسية ومع ضرورة تجاوبها مع شعور الفرد ورغبته الحقيقية .

إذا كانت إرادة الأفراد في اختيار جنسيتهم محلاً للاعتبار في الماضي ، فقد كان ذلك في نطاق محدود ، يتم التعبير فيه عن الإرادة بطريقة فردية ، إذا توافرت شروط معينة . ومما لا شك فيه أن هذا يختلف عن الاعتداد بإرادة الأفراد عند ممارسة حق الخيار في سياق خلافة الدولة الذي يحدث على نطاق واسع ، على نحو يقارب بينه وبين حق تقرير المصير .

ومن جماع ما سبق يمكن القول بأن القانون الدولي لحقوق الإنسان بات يمارس دوراً بالغ الأهمية عند تنظيم الجنسية في إطار سياق خلافة الدول . وأية ذلك أن مشروع المواد الذي أعدته لجنة القانون الدولي نقل في مجال الجنسية – الذي تهيمن عليه فكرة سيادة الدولة ومصحتها- ما لحق بهذه الحقوق من تطور ، وتجاوز بذلك النهج التقليدي القائم على رجحان مصلحة الدول على مصلحة الأفراد أخذاً في الاعتبار المصالح المشروعة للأفراد . فحرية الدولة المعنية في تنظيم جنسيتها ، في الحالة الراهنة لتطور العلاقات الدولية أصبحت مقيدة بالاحترام الكامل لحقوق الإنسان .

### ملحق

## مشروع المواد الذي أعدته لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة بشأن جنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول

### الدباجة

إن الجمعية العامة إذ تضع في اعتبارها أن مشاكل الجنسية الناشئة عن خلافة الدول تهم المجتمع الدولي، وإذ تشدد على أن الجنسية تخضع أساساً للقانون الداخلي ضمن ما يضعه القانون الدولي من حدود .

وإذا تسلّم بأنه ينبغي أن تراعى على النحو الواجب ، في المسائل المتعلقة بالجنسية ، المصالح المشروعة للدول والأفراد على السواء ،

وإذ تذكر بأن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ قد نص على حق كل شخص في أن يتمتع بجنسية ،

وإذا تذكر أيضاً بأن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ واتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ يعترفان بحق كل طفل في أن يكتسب

جنسية ، وإذ تشدد على وجوب احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للأشخاص الذين قد تتأثر جنسيتهم بخلافة الدول احتراماً كاملاً .  
وإذا توضع في اعتبارها أحكام اتفاقية خفض حالات انعدام الجنسية لعام ١٩٦١ ، واتفاقية فيينا فيما يتعلق بخلافة الدول في المعاهدات لعام ١٩٧٨ ، واتفاقية فيينا بشأن خلافة الدول فيما يتعلق بممتلكات الدولة ومحفوظاتها وديونها لعام ١٩٨٣ .  
وأقتناعاً منها بالحاجة إلى تدوين قواعد القانون الدولي المتعلقة بالجنسية في حالة خلافة الدول وإلى تطويرها تدريجياً ، وذلك كوسيلة لضمان أمن قضائي أكبر للدول والأفراد . تعلن ما يلي:

## الباب الأول أحكام عامة

### المادة ١ - الحق في التمتع بجنسية

كل فرد كان ، في تاريخ خلافة الدول يتمتع بجنسية الدولة السلف ، بصرف النظر عن طريقة إكتسابه لتلك الجنسية ، الحق في أن يحصل على جنسية دولة واحدة على الأقل من الدول المعنية ، وفقاً لمشروع المواد هذا .

### المادة ٢ - المصطلحات المستخدمة

لأغراض مشروع المواد هذا :

- أ- يراد بمصطلح " خلافة الدول " حلول دولة محل دولة أخرى في المسؤولية عن العلاقات الدولية لإقليم من الأقاليم .
- ب- يراد بمصطلح " الدولة السلف " الدولة التي حلت محلها دولة أخرى لدى حدوث خلافة دول .
- ج- يراد بمصطلح " الدولة الخلف " الدولة التي حلت محل دولة أخرى لدى حدوث خلافة دول .
- د- يراد بمصطلح " الدولة المعنية " الدولة السلف أو الدولة الخلف ، حسب الحالة

هـ- يراد بمصطلح " دولة ثالثة " أية دولة غير الدولة السلف أو الدولة الخلف .  
و- يراد بمصطلح " الشخص المعنى " كل فرد كان فى تاريخ خلافة الدول ،  
يحمل جنسية الدولة السلف ويمكن أن تتأثر جنسيته بهذه الخلافة .  
ز- يراد بمصطلح " تاريخ خلافة الدول " التاريخ الذى حلت فيه الدولة الخلف  
محل الدولة السلف فى المسؤولية عن العلاقات الدولية للأقليم الذى تتعلق به  
خلافة الدول .

المادة ٣- حالات خلافة الدول التى يشملها مشروع المواد هذا  
لا ينطبق مشروع المواد هذا إلا على آثار خلافة الدول التى تحدث طبقاً للقانون  
الدولى ، وخاصة طبقاً لمبادئ القانون الدولى المجسدة فى ميثاق الأمم المتحدة .

المادة ٤ - الحيلولة دون إنعدام الجنسية  
تتخذ الدول المعنية جميع التدابير المناسبة للحيلولة دون أن يصبح  
الأشخاص الذين كانوا فى تاريخ خلافة الدول يتمتعون بجنسية الدولة السلف  
عديمى الجنسية نتيجة لهذه الخلافة .

المادة ٥- إفتراض إكتساب الجنسية  
ر هنا بأحكام مشروع المواد هذا ، يفترض أن يكتسب الأشخاص المعنيون  
الذين يقيمون بصفة إعتيادية فى الإقليم المتأثر بخلافة الدول جنسية الدولة  
الخلف فى تاريخ حدوث هذه الخلافة .

المادة ٦- التشريع المتعلق بالجنسية وما يرتبط بها من مسائل أخرى  
ينبغى أن تقوم كل دولة معنية ، دون تأخير لا مبرر له ، بسن تشريع بشأن  
الجنسية وما يرتبط بها من مسائل أخرى تنشأ فى حالة خلافة الدول بما يتفق  
وأحكام مشروع المواد هذا . وينبغى أن تتخذ كل دولة معنية جميع التدابير  
المناسبة لضمان إبلاغ الأشخاص المعنيين ، فى غضون فترة زمنية معقولة ،  
بأثر تشريعها على جنسيتهم، وبأية خيارات قد تكون متاحة لهم بموجبها ،  
فضلاً عن إبلاغهم بعواقب ممارسة هذه الخيارات على مركزهم .

## المادة ٧- تاريخ النفاذ

يصبح إعطاء الجنسية في حالة خلافة الدول ، وكذلك إكتساب الجنسية الناجم عن ممارسة خيار ، نافذين من تاريخ حدوث هذه الخلافة الدول ، إذا كان هناك احتمال لأن يصبح الأشخاص المعنيون ، فلولا ذلك ، عديمي الجنسية خلال الفترة الفاصلة بين تاريخ خلافة الدول وإعطاء الجنسية أو إكتسابها على هذا النحو.

## المادة ٨-الأشخاص المعنيون الذين يقيمون بصفة إعتيادية في دولة أخرى

١- على عاتق الدولة الخلف التزام بإعطاء جنسيتها للأشخاص المعنيين إذا كانوا يقيمون بصفة إعتيادية في دولة أخرى وكانوا يتمتعون أيضاً بجنسية تلك الدولة أو أية دولة أخرى .

٢- تعطى الدولة الخلف الأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصفة إعتيادية في دولة أخرى جنسيتها رغم إرادتهم إلا إذا كانوا سيصبحون ، لولا ذلك ، عديمي الجنسية.

## المادة ٩- التخلي عن جنسية دولة أخرى كشرط لإعطاء الجنسية

إذا كان الشخص المعنى الذى يكون مؤهلاً لاكتساب جنسية دولة خلف يحمل جنسية دولة معنية أخرى ، جاز لتلك الدولة الخلف أن تجعل إعطاء جنسيتها لذلك الشخص متوقفاً على تخليه عن جنسية الدولة المعنية الأخرى ، على أنه لا يجوز تطبيق هذا الشرط على نحو يؤدي إلى جعل الشخص المعنى عديم الجنسية ولو مؤقتاً .

## المادة ١٠- فقدان الجنسية بالاكتساب الطوعي لجنسية دولة أخرى

١- للدولة السلف أن تشترط أن يفقد جنسيتها الأشخاص المعنيون الذين يكونون، في حالة خلافة الدول ، قد اكتسبوا طواعية جنسية دولة خلف .

٢- للدولة الخلف أن تشترط أن يفقد جنسيتها المكتسبة في حالة خلافة الدول ، قد اكتسبوا طواعية جنسية دولة خلف أخرى أو احتفظوا بجنسية الدولة السلف ، حسب الحالة .

## المادة ١١- إحترام إرادة الأشخاص المعنيين

- ١- تراعى الدول المعنية إرادة الأشخاص المعنيين متى كان هؤلاء الأشخاص مؤهلين لأكتساب جنسية دولتين أو أكثر من الدول المعنية .
- ٢- تمنح كل دولة معنية الأشخاص المعنيين الذين لهم صلة مناسبة بتلك الدولة الحق فى إختيار جنسيتها إذا كان هؤلاء الأشخاص سيصبحون ، لولا ذلك، عديمى الجنسية نتيجة لخلافة الدول .
- ٣- إذا قام الأشخاص الذين لهم حق الخيار بممارسة هذا الحق ، يكون على الدولة التى أختار أولئك الأشخاص جنسيتها أن تعطيههم هذه الجنسية .
- ٤- إذا قام الأشخاص الذين لهم حق الخيار بممارسة هذا الحق ، يكون على الدولة التى تخلى أولئك الأشخاص عن جنسيتها أن تسحب هذه الجنسية منهم، إلا إذا كانوا سيصبحون بذلك عديمى الجنسية .
- ١- ينبغى للدولة المعنية أن تتيح مهلة معقولة لممارسة حق الخيار .

## المادة ١٢- وحدة الأسرة (١)

حيثما يكون من شأن إكتساب الجنسية أو فقدانها فى حالة خلافة الدول أن ينال من وحدة الأسرة ، يكون على الدول المعنية أن تتخذ جميع التدابير المناسبة التى تسمح للأسرة بالبقاء معاً أو تسمح بإعادة جمع شملها .

## المادة ١٣- الأطفال الذين يولدون بعد خلافة الدول

للطفل الذى وُلد لشخص معنى بعد تاريخ خلافة الدول ، ولم يكتسب أى جنسية، الحق فى الحصول على جنسية الدول المعنية التى وُلد فى إقليمها .

## المادة ١٤- مركز المقيمين بصفة إعتيادية

- ١- لا تؤثر خلافة الدول فى مركز الأشخاص المعنيين كمقيمين بصفة معتادة
- ٢- خذ الدولة المعنية جميع التدابير الضرورية لتمكين الأشخاص المعنيين الذين اضطروا ، بسبب وقوع أحداث تتصل بخلافة الدول ، إلى مغادرة مكان إقامتهم المعتاد فى إقليمها من العودة إليه .

## المادة ١٥ - عديم التمييز

على الدولة المعنية ألا تحرم الأشخاص المعنيين من حق الاحتفاظ بجنسية أو إكتسابها أو من حق الخيار عند خلافة الدول وذلك بممارسة تمييز لأى سبب من الأسباب .

## المادة ١٦ - حظر إتخاذ قرارات تعسفية بشأن مسائل الجنسية

لايجوز تجريد الأشخاص المعنيين تجريداً تعسفياً من جنسية الدولة السلف أو حرمانهم تعسفاً من حق إكتساب جنسية الدولة الخلف أو من أى حق فى الخيار ، إذا كانت تلك الحقوق مخولة لهم فى حالة خلافة الدول .

## المادة ١٧ - الإجراءات المتعلقة بمسائل الجنسية

يتم ، دون تأخير لا مبرر له ، البت فى الطلبات المتعلقة بإكتساب الجنسية أو الاحتفاظ بها أو التخلي عنها أو المتعلقة بممارسة حق الخيار فى حالة خلافة الدول . وتصدر القرارات ذات الصلة كتابة ، وتكون قابلة للمراجعة الإدارية أو القضائية الفعالة .

## المادة ١٨ - تبادل المعلومات والتشاور والتفاوض

١- تتبادل الدول المعنية المعلومات وتتشاور من أجل تحديد ما قد ينجم عن خلافة الدول من آثار تضر بالأشخاص المعنيين فيما يتعلق بجنسيتهم وغير ذلك من المسائل ذات الصلة المتعلقة بمركزه .

٢- تسعى الدول المعنية ، عند الضرورة ، إلى الوصول إلى حل لإزالة أو تخفيف هذه الآثار الضارة عن طريق التفاوض وكذلك ، حسبما يكون مناسباً، عن طريق الاتفاق

## المادة ١٩ - الدول الأخرى

١- ليس فى مشروع المواد هذا ما يقتضى أن تعامل الدول الأشخاص المعنيين الذين لا تربطهم بدولة من الدول المعنية صلة فعلية ، كرعايا لتلك الدولة ، ما لم يؤد ذلك إلى معاملة أولئك الأشخاص كما لو كانوا عديمي الجنسية .

٢- ليس فى مشروع المواد هذا ما يمنع الدول من معاملة الأشخاص المعنيين ، الذين أصبحوا عديمي الجنسية نتيجة لخلافة الدول ، كرعايا للدولة المعنية التى



يحق لهم اكتساب جنسيتها أو الاحتفاظ بها إذا كانت هذه المعاملة تعود بالنفع على أولئك الأشخاص .

## الباب الثاني

### أحكام تتصل بفئات محددة من خلافة الدولة

#### الفرع (١)

#### نقل جزئ من الأقليم

المادة ٢٠ - إعطاء جنسية الدولة الخلف وسحب جنسية الدولة السلف عندما تنتقل دولة جزءاً من إقليمها إلى دولة أخرى ، يكون على الدولة الخلف أن تعطي جنسيتها للأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصفة معتادة فى الأقليم المنقول، ويكون على الدولة السلف أن تسحب جنسيتها منهم، ما لم يتبين خلاف ذلك من ممارسة حق الخيار الذى يتعين منحه لهؤلاء الأشخاص . بيد أنه لا يجوز للدولة السلف أن تسحب جنسيتها قبل أن يكتسب هؤلاء الأشخاص جنسية الدولة الخلف .

#### الفرع (٢)

#### توحيد الدول

#### المادة ٢١ - إعطاء جنسية الدولة الخلف

رهنأ بأحكام المادة ٨ ، متى اتحدت دولتان أو أكثر وتشكلت من ذلك دولة خلف واحدة ، بصرف النظر عما إذا كانت الدولة الخلف دولة جديد أو أو كانت شخصيتها مطابقة لشخصية إحدى الدول التى أتحدت ، أعطت الدولة الخلف جنسيتها لجميع الأشخاص الذين كانوا يتمتعون ، فى تاريخ خلافة الدول، بجنسية دولة سلف .

#### الفرع (٣)

#### إنحلال الدولة

#### المادة ٢٢ - إعطاء جنسية الدولة الخلف

" عندما تنحل الدولة وتزول من الوجود ، وتتشكل من مختلف أجزاء إقليم الدولة السلف دولتان خلف أو أكثر ، يكون على كل دولة من الدول الخلف ، ما لم يتبين خلاف ذلك من ممارسة حق الخيار ، أن تعطي جنسيتها لـ:  
(١) الأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصفة معتادة فى إقليمها .

(ب) ورهناً بأحكام المادة ٨ :

- ١- الأشخاص المعنيين غير المشمولين بالفقرة الفرعية (أ) الذين تربطهم صلة قانونية مناسبة بإحدى الوحدات المكونة للدولة السلف والتي أصبحت جزءاً من الدولة الخلف
- ٢- الأشخاص المعنيين الذين لا يحق لهم الحصول على جنسية أية دولة معنية ، بموجب الفقرتين الفرعيتين (أ) ، (ب) "١" والذين يقيمون بصفة معتادة في دولة ثالثة ، وكان مسقط رأسهم في إقليم أصبح إقليمياً لتلك الدولة الخلف ، أو كان فيه آخر مكان لإقامتهم المعتادة قبل تركهم الدولة السلف ، أو كانت تربطهم بتلك الدولة الخلف أية صلة مناسبة أخرى .

المادة ٢٣- قيام الدول الخلف بمنح حق الخيار

- ١- تمنح الدولة الخلف حق الخيار للأشخاص المعنيين المشمولين بأحكام المادة ٢٢ والمؤهلين لإكتساب جنسية دولتين أو أكثر من الدول الخلف .
- ٢- تمنح كل دولة من الدول الخلف حق اختيار جنسيتها للأشخاص المعنيين الذين لا تشملهم أحكام المادة ٢٢ .

#### الفرع (٤)

#### انفصال جزء أو أجزاء من الإقليم

المادة ٢٤- إعطاء جنسية الدولة الخلف

- عندما انفصل جزء أو أجزاء من إقليم دولة عن تلك الدولة وتتشكل من ذلك دولة خلف أو أكثر ، مع إستمرار الدولة السلف في الوجود ، يكون على الدولة الخلف، ما لم يتبين خلاف ذلك من ممارسة حق الخيار، أن تعطي جنسيتها لـ :
- أ- الأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصفة معتادة في إقليمها .
  - ب- ورهناً بأحكام المادة ٨ :

- ١- الأشخاص المعنيين غير المشمولين بالفقرة الفرعية (أ) اللذين تربطهم صلة قانونية مناسبة بإحدى الوحدات المكونة للدولة السلف والتي أصبحت جزءاً من تلك الدولة الخلف

٢- إقليم أصبح إقليمًا لتلك الدولة الخلف ، أو كان فيه آخر مكان لإقامتهم المعتادة قبل تركهم الدولة السلف ، أو كانت تربطهم بتلك الدولة الخلف أية صلة مناسبة أخرى .

#### المادة ٢٥- سحب جنسية الدولة السلف

١- تسحب الدولة السلف جنسيتها من الأشخاص المعنيين الذين يكونون مؤهلين لإكتساب جنسية الدولة الخلف وفقًا للمادة ٢٤ على أنه لا يجوز لها أن تسحب جنسيتها قبل أن يكتسب هؤلاء الأشخاص جنسية الدولة الخلف..

٢- إلا أنه لا يجوز للدولة السلف ، ما لم يتبين خلاف ذلك من ممارسة حق الخيار ، أن تسحب جنسيتها من الأشخاص المشار إليهم في الفقرة ١ الذين :

أ- يقيمون بصفة معتادة فى إقليمها

ب- لاتشملهم الفقرة الفرعية (أ) والذين تربطهم صلة قانونية مناسبة بإحدى الوحدات المكونة للدولة السلف .

ج- يقيمون بصفة معتادة فى دولة ثالثة ، وكان مسقط رأسهم فى مكان بقى

جزءاً من إقليم الدولة السلف ، أو كان ذلك المكان هو آخر مكان لإقامتهم

المعتادة قبل تركهم الدولة السلف ، أو كانت تربطهم بتلك الدولة السلف أية صلة مناسبة أخرى.

#### المادة ٢٦- قيام الدولة السلف والدولة الخلف بمنح حق الخيار

تمنح الدولة السلف والدولة الخلف حق الخيار لجميع الأشخاص المعنيين المشمولين بأحكام المادة ٢٤ و ٢/٢٥ الذين يكونون مؤهلين لإكتساب جنسية كل من الدولة السلف والدولة الخلف أو جنسية دولتين أو أكثر من الدول الخلف .

## قائمة المراجع

باللغة العربية :

- د. احمد عبد الكريم سلامة : المبسوط فى شرح نظام الجنسية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ١٩٩٣ .
- : فكرة القانون الدولى الخاص فى الفقه الإسلامى المقارن ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٩ .
- : مبادئ الواقعية والقانون الدولى العام . تأملات على ضوء احكام القضاء الدولى ، ١٩٨٩ .
- د. أحمد قسّم الجداوى : الوجيز فى القانون الدولى الخاص ، الجزء الأول ، ١٩٧٩ .
- د. أحمد مسلم : القانون الدولى الخاص ، الجزء الأول ، دار النهضة المصرية ، ١٩٥٦ .
- د. أشرف وفا : المبادئ العامة للجنسية ومركز الأجنب فى القانون المقارن والقانون المصرى ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ١٩٨٨ .
- د. جابر عبد الرحمن : القانون الدولى الخاص العربى ، الجزء الأول ، معهد الدراسات العربية ١٩٥٨ .
- د. شمس الدين الوكيل : الجنسية ومركز الأجنب ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٠ - ١٩٦١ .
- د. عز الدين عبد الله : القانون الدولى الخاص ، الجزء الأول فى الجنسية ومركز الأجنب ، الطبعة الحادية عشر ، الهيئة العامة للكتاب ، ١٩٨٦ .
- د. عصام الدين القصبى : دروس فى القانون الدولى الخاص ، الكتاب الأول فى الجنسية ومركز الأجنب ، المنصورة ١٩٨٤ - ١٩٨٥ .
- د. عكاشة محمد عبد العال ، الجنسية المصرية : دراسة تأصيلية ، الإسكندرية ، ١٩٩١ .
- د. عنایت عبد الحميد ثابت : مبتدأ القول فى أصول تنظيم علاقة الرعية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ١٩٩٨/١٩٩٩ .
- د. فؤاد رياض : الوسيط فى الجنسية ومركز الأجنب ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية ١٩٨٨ .
- الاتجاهات المعاصرة فى الجنسية مجلة القانون والاقتصاد ، ٩٥٩ ، ص ٦٧٧ د. محمد عبد المنعم رياض : مبادئ القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثانية ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٤٣ .
- د. محمد كمال فهمى : أصول القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية . ١٩٨٥ .

- د. هشام صادق : الجنسية والمواطن ومركز الأجنبي ، المجلد الأول في الجنسية والمواطن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٧٧ .

باللغة الفرنسية:

- **Batiffol (H) and Legarde (P).** Traité de droit international privé, vol.1, 8ème ed. Paris, Libraire générale de droit et de jurisprudence, 1993
- **Burlet (J,De)**"De l'importance d'un droit international coutumier de la nationalité ", Revue critique de droit international privé (Paris, Sirey, 1978), vol.67, No. 2 pp. 304 – 327.
- Nationalité des personnes physiques et décolonisation : Essai de contribution `a la théorie de la succession d'Etats, Bibliothèque de la Faculté de droit de Université catholique de Louvain, vol X (Bruxelles, 1975
- Effectivité et la nationalité des personnes physiques, rev. Belge de dr. international .1986 t.1. pp. 75 – 98.
- **El Gedawi(A )** " Relations entre systèmes confessionnal et laïque en droit international privé, thèse Paris. Dalloz, 1971
- **Guiho,** L' incidence de la convention du Conseil de l'Europe de 6 mai 1963 à l'égard de la nationalité française, Mélanges Pelloux, Lyon, 980, pp.157 et ss.
- **Holleaux (D), Foyer (J) et De la Pradelle(G),** Droit international privé, Paris, 1987
- **Kunz (J.L)** " L'option de nationalité", Recueil des cours ...1930 -1, Vol.31
- **Laborde,** La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflits, thèse, Bordeaux, 1981
- **Lagarde (P),** La nationalité française (Paris, Dalloz, 1975).
- **Makarov,** Règles générales du droit de la nationalité, Recueil des cours 1949, t.74.

- **Maury**, Rep. de droit international par La Pradelle et Niboyet, Paris Sirey. 1931, T.LX
- **Mayer (P)**: Précis de droit international privé, Paris, éd. Domat, 1977.
- **Rezek (J.F)**," Le droit international de la nationalité Recueil des cours, 1986- 111 ( Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987), vol.198.
- **Rousseau (Ch.)**, Droit international public, 11 lème éd. ( Paris, Dalloz, 1987).
- **Santuli (C)** irregularite interne et officacite international de la nationalité, L.G.D.J, 1995.
- **Touscoz (V)**, Le principe de effectivite dans l'order international, L.G.D.J, 1964

باللغة الانجليزية :

- **Badi(J.)**, Fundamental Laws of the State of Israel (Twayne, New York, 1961)
- **Batchelor (C.A.)** " UNHCR and issues related to nationality" , Refugee Survey Quarterly, Vol. 14, No.3( Autumn 1995),  
- pp. 91 – 112
- **Batchelor (C), Leclerc(P), and Schack (B)**,Citizenship and Prevention of Statelessness Linked to the Disintegration of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (UNHCR, 3 April 1997)
- **Brownile (I)**, The relations of nationality in public international law"; The British year book of International Law, 1963(London), vol.39.
- **Brownile (I)** Principles of Public International Law, 4<sup>th</sup> ed. (Oxford, Clarendon Press, 1990)
- **Central and Eastern European Legal Materials**  
- (New York, Huntington, New York, Juris Publishing,  
- 1997, Binder 2A)

- **Chan (J.M.M)**, " The right to a nationality as a human right: The current trend towards recognition", Human Rights Law Journal, vol.12, Nos. 1-2, (1991), pp. 1-14
- **Cotran (E)**, " Some legal aspects of the formation of the United Arab Republic and the United Arab States", The International and Comparative Law Quarterly, vol. 8 (1959),pp. 374
- **Donner (R.)** The regulation of Nationality in International Law,  
- 2<sup>nd</sup> ed. (Irvington, on Hudson, New York, Transnational Publishers, 1994)
- **Goh Phai Cheng**, Citizenship Laws of Singapore (Singapore, Educational Publications, 1970)
- **Harvard Law School** , Research in International Law. I. Nationality, Supplement to the American Journal of International Law. vol 23 ( Cambridge, Mass., 1929)..<sup>63</sup>
- **Kattan (V)**: The Nationality of Denationalized Palestinians, Nordic Journal of International Law 74: 67-102, 2005 pp. 86.
- **Jennings (R.) & Watts**, ed., Oppenheim's International Law, 9<sup>th</sup> ed., vol. 1, Peace (London, Longman, 1992), pp. 852.
- **Lauterpacht (H)** , - "The nationality of denationalized persons", The Jewish Yearbook of International Law, 1948 (Jerusalem, 1949) , pp.168.
- **Lauterpacht (H)** ,The Function of Law in the International Community (Clarendon press, Oxford, 1933)
- **O'Connell (D.P.)**, State Succession in Municipal Law and International Law, vol. 1(Cambridge, United Kingdom, Cambridge University press 1967)
- **Onuma (Y)**," Nationality and territorial change: In search of the state of the law", The Yale Journal of World Public order, vol.8, No. 1 (fall 1981), p.1.

- **O' Sullivan Molony (W)**, Nationality and the Peace Treaties (George Allen and Unwin London, 1934).
- **Rafiqul Islam (M)**, " The nationality law and Practice of Bangladesh", Nationality and International Law in Asian Perspective, Ko Swan Sik, ed.( Dordrecht/ Boston/ London, Martinus Nijhoff, 1990).
- **Report of the Experts** of the council of Europe on the citizenship laws of the Czech Republic and Slovakia and their implementation (council of Europe) (Strasbourg, 2 April 1996), document DIR/JUR (96)
- **Richmond (N.C.)**, ' Israel' Law of Return : Analysis of Its Evolution and Present Application , 12 Dickinson Journal of International Law (1993- 1994) pp.95-133
- **Schwarzenberger (G)**, A Manual of International Law (Professional Book Limited, Milton, 1976).
- United Nations, Legislative Series, Materials on Succession of States in Respect of Matters Other than Treaties (ST/LEG.B/17) (Sales No.E/F.77.V.9),<sup>146</sup>



تشريح جثة الإنسان بين الحظر والإباحة دراسة مقارنة بين الفقه  
الإسلامي والقانون الوضعي  
دكتور / جمال مهدي محمود الأكشة  
مدرس الفقه المقارن  
بكلية الشريعة والقانون - جامعة طنطا

افتتاحية البحث

الحمد لله الهادي إلى طريق الرشاد الأمر بالمعروف والنهي عن  
المنكر وطرق الفساد ، نحمده ونستعينه ونستغفبه ونستغفره ، ونعوذ بالله  
من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فهو المهتدي ، ومن  
يضلل فلن تجد له وليا مرشدا .

وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له ، فضل الإنسان على كثير  
من المخلوقات وكرمه ، فقال تعالى: ( ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر  
والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا )<sup>١</sup> .  
وأشهد أن سيدنا ونبينا محمدا عبده ورسوله ، أكد على حرمة  
الإنسان بعد موته فلا يجوز التمثيل بجثته حتى ولو كان كافرا ، فقال صلى  
الله عليه وسلم: " اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله ، أغزوا  
ولا تغلوا ، ولا تغدروا ، ولا تمثّلوا . . . " <sup>٢</sup> .

فصل اللهم وسلم صلاة وسلاما أتمام أكملان على إمام المرسلين ،  
وسيد المتقين والمبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه والتابعين لهم  
بإحسان إلى يوم الدين .

أهمية الموضوع وسبب اختياره :

أن البحث في القضايا الطبية المعاصرة له أهمية كبيرة تتمثل في  
معالجة الفقه الإسلامي للقضايا المستجدة على الواقع العملي ، خاصة بعد  
التطور الهائل في مجالات الطب المختلفة .

<sup>١</sup> سورة الإسراء آية ( ٧٠ ) .

<sup>٢</sup> صحيح مسلم بشرح النووي ج-١٢ ص ٣٩٢ وما بعدها رقم ( ١٧٣١ )  
كتاب الجهاد والسير - باب تأمير الإمام الأمراء على البعث ووضيته  
إياهم بأداب الغزو وغيرها ط : دار المنار ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م ، تحقيق :  
صلاح عويضة - محمد شحاته .

فعلم الطب فن عظيم الفائدة ، لا يستغني عنه الإنسان مادام على وجه البسيطة ، فهو من أجل العلوم وأنفحها<sup>٣</sup> ، وتبرز أهميته في المحافظة على النفس البشرية باعتبارها أحد الضروريات الخمس التي أوجب الشارع حمايتها وصيانتها وسن من التشريعات ما يكفل لها السلامة والاستقرار<sup>٤</sup> . ولما كان تشريح جثة الإنسان أحد المسائل الطبية المعاصرة كان في حاجة إلى بيان حكمه من الوجهة الشرعية شأنه في ذلك شأن باقي القضايا المستجدة على الساحة الطبية . خاصة وأن للتشريح أهمية كبيرة في عالمنا المعاصر ، إذ يكاد لا يخلو مجتمع من المجتمعات المعاصرة من إجراء إحدى صور التشريح على الإنسان<sup>٥</sup> .

وبما أن موضوع تشريح جثة الإنسان من النوازل فإن الفقهاء القدامى لم يبحثوا فيه ، وإن كانوا قد تعرضوا لبعض التطبيقات التي تجرى على جثة الميت وقاموا ببيان الحكم الشرعي فيها ، مثل مسألة شق بطن

<sup>٣</sup> شفاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء: الشيخ إبراهيم اليعقوبي - ط: مطبعة خالد بن الوليد - دمشق - الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م ، توزيع مكتبة الغزالي - دمشق ص ٩ .

<sup>٤</sup> الأحكام الشرعية للأعمال الطبية : د / أحمد شرف الدين - تصدير - د / محمد سيد طنطاوي - د / حسان تحوت ، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ص ٢٣ . قال الشاطبي في بيان معنى المقاصد الشرعية الضرورية : " فأما الضرورية فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا ، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهاجر وفوت حياة ، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم ، والرجوع بالخسران المبين . والحفظ لها يكون بأمرين : أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود .

والثاني : ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب عدم . . . ومجموع الضروريات خمسة ، وهي : حفظ الدين ، والنفس ، والنسل ، والمال ، والعقل . وقد قالوا إنها مراعاة في كل ملة . " الموافقات في أصول الشريعة : لأبي إسحاق الشاطبي - تحقيق : محمد عبد القادر الفاضلي ط : المكتبة العصرية - صيدا - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م ، ج٢ ص ٧ - ص ٨ .

<sup>٥</sup> حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون د / عبد العزيز خليفة القصار ط : دار ابن خزم - الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م ص ٧ - ص ٨ .

الميتة الحامل من أجل إخراج جنينها الذي ترجى حياته ، ومسألة شق بطن الميت لإخراج ما ابتلعه من مال حال حياته .

وإن كنا قد استأنسنا بأراء الفقهاء القدامى فى هاتين المسألتين لبيان الحكم الشرعي للتشريح إلا أن الاعتماد الأكبر كان على أقوال الفقهاء المعاصرين وفتاواهم فى هذه المسألة .

كما قمت ببيان موقف القانون الوضعي المصري من تشريح جثث الموتى إتماماً للفائدة .  
خطة البحث :

وقد قسمت هذا البحث إلى

- المبحث الأول : بيان حرمة المسلم ووجوب تكريمه حياً وميتاً .
- المبحث الثاني : مفهوم التشريح ، وأقسامه .
- المبحث الثالث : علم التشريح فى ضوء التاريخ .
- المبحث الرابع : موقف الفقه الإسلامى من تشريح جثث الموتى . ويشتمل على ثلاثة مطالب :
- المطلب الأول : حكم شق بطن الميتة الحامل لإخراج جنينها الحي .
- المطلب الثانى : حكم شق بطن الميت لإخراج ما ابتلعه من مال حال حياته .
- المطلب الثالث : حكم تشريح جثث الموتى فى الفقه الإسلامى .
- المبحث الخامس : ضوابط التشريح .
- المبحث السادس : موقف القانون الوضعى من تشريح جثث الموتى .
- المبحث السابع : موازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تشريح جثث الموتى .

## المبحث الأول

### بيان حرمة المسلم ووجوب تكريمه حياً وميتاً

ثبت بالكتاب والسنة والإجماع أن دم المسلم معصوم فلا يحل لأحد أن يسفك دمه أو يجنى على بشرته أو عضو من أعضائه إلا إذا ارتكب من الجرائم ما يبيح ذلك منه ، كأن يقتل مؤمناً عمداً عدواناً ، أو يزنى وهو

في الأرض فسادا أو نحو ذلك مما أوجبت فيه الشريعة قصاصا أو حدا أو تعزيرا<sup>٦</sup>.

( ١ ) من الكتاب :

يقول المولى عز وجل: {ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل إنه كان منصورا}<sup>٧</sup>.

كما قال تعالى : { وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا } إلى قوله تعالى : { ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما }<sup>٨</sup> . وقال تعالى: { إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم جزى في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم }<sup>٩</sup>.

كما جعل المولى عز وجل في قتل النفس الإنسانية بغير سبب ولا جناية قتل للناس جميعا ، فقال تعالى : { من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فسادا في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا }<sup>١٠</sup>.

يقول ابن كثير في تفسير هذه الآية : " أي من قتل نفسا بغير نفس أو فسادا في الأرض واستحل قتلها بلا سبب ولا جناية فكأنما قتل الناس

<sup>٦</sup> أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ط : الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد - الإدارة العامة للطبع والترجمة - الرياض - المملكة العربية السعودية - الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م - المجلد الثاني - بحث بعنوان : حكم تشريح جثة المعلم ص ٩ .

<sup>٧</sup> سورة الإسراء آية ( ٣٣ ) .

<sup>٨</sup> سورة النساء آية ( ٩٢ ، ٩٣ ) .

<sup>٩</sup> سورة المائدة آية ( ٣٣ ) .

<sup>١٠</sup> سورة المائدة من الآية ( ٣٢ ) .

جميعاً ؛ لأنه لا فرق عنده بين نفس ونفس ومن أحيائها أي حرم قتلها واعتقد ذلك فقد سلم الناس كلهم منه بهذا الاعتبار " ١١ .

## ( ٢ ) من السنة :

( ١ ) ما رواه البخاري ومسلم عن عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث : النفس بالنفس ، والثيب الزاني ، والمفارق لدينه التارك للجماعة " ١٢ .

( ٢ ) ما رواه البخاري ومسلم عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبي بكرة - رضى الله عنه - قال : " خطبنا النبي - صلى الله عليه وسلم - يوم النحر قال : أتدرون أي يوم هذا ؟ قلنا : الله ورسوله أعلم : فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه . قال : أليس يوم النحر ؟ قلنا : بلى . قال : أي شهر هذا ؟ قلنا : الله ورسوله أعلم . فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه . فقال : أليس ذو الحجة ؟ قلنا : بلى . قال : أي بلد هذا ؟ قلنا : الله ورسوله أعلم . فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه قال : أليست بالبلدة الحرام ؟ قلنا : بلى . قال : فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا إلى يوم تلقون ربكم ، ألا هل بلغت ؟ قالوا

<sup>١١</sup> تفسير القرآن العظيم للإمام إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤هـ ط : دار الغد العربي ١٤١١هـ - ١٩٩١م ج٢ ص ٤٨ .  
وفي نفس المعنى : تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن : لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفى سنة ٦٧١هـ ط : دار الريان للتراث - طبعة خاصة من دار الشعب ج٣ ص ٢١٤٢ - ٢١٤٤ ، صفوة التفاسير : د / محمد على الصابوني ط : دار الرشد - سوريا - حلب ج٣ ص ٣٣٩ ، جامع البيان عن تأويل أي القرآن : لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠هـ - ضبط وتوثيق وتخريج : صدقي جميل العطار ط : دار الفكر - بيروت ١٤١٥هـ ج٦ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٤ .

<sup>١٢</sup> الحديث متفق عليه . رواه البخاري ومسلم واللفظ للبخاري . = صحيح البخاري بشرح فتح الباري ط : دار الريان للتراث - المكتبة السلفية - الطبعة الثالثة ١٤٠٧هـ - تحقيق : محب الدين الخطيب - محمد فؤاد عبد الباقي - ج٢ ص ١٢٩ ، كتاب الديات - باب قول الله تعالى : { إن النفس بالنفس والعين بالعين } رقم ( ٦٨٧٨ ) صحيح مسلم بشرح النووي ج١١ ص ٣١٣ - كتاب القسامة - باب إثبات القصاص في الأسنان وما في معناها - رقم ( ١٦٧٦ / ٢٥ ) .

نعم . قال : اللهم اشهد ، فليبلغ الشاهد الغائب ، فرب مبلغ أوعى من سامع ، فلا ترجعوا بعدي كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض " ١٣ .

( ٣ ) كما روى البخاري عن أنس بن مالك - رضى الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " أكبر الكبائر : الإشراف بالله ، وقتل النفس ، وعقوق الوالدين ، وقول الزور أو قال وشهادة الزور " ١٤ .

كما جاءت نصوص كثيرة تدعو إلى تكريم الميت ومراعاة حرمة بعد موته ، ومن ذلك ما روى عن عائشة - رضى الله عنها - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " كسر عظم الميت ككسره حيا " ١٥ وزاد ابن ماجه من حديث أم سلمة - رضى الله عنها - " فى المأثم " ١٦ .  
وفى هذا الحديث دلالة على إثبات حرمة الإنسان حيا وميتا ، حيث ساوى النبي - صلى الله عليه وسلم - بين حرمة كسر عظام الميت وكسر عظام الحي .

١٣ الحديث متفق عليه . رواه البخاري ومسلم واللفظ للبخاري .  
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج٣ ص ٦٧٠ كتاب الحج - باب الخطبة أيام منى رقم ( ١٧٤١ ) ، صحيح مسلم بشرح النووي ج١١ ص ٣١٦ - ص ٣١٧ ، كتاب القسامة - باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال - رقم ( ١٦٧٩ / ٢٩ ) .  
١٤ صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج١٢ ص ١٩٩ كتاب الديات - باب قول الله تعالى ( ومن أحيائها ٠٠٠ ) رقم ( ٦٨٧١ ) .  
١٥ الحديث أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه والبيهقي والدارقطني . وقال عنه الألباني: حديث عائشة مرفوعا : كسر عظم الميت ككسر عظم الحي صحيح . سنن أبي داود ج٢ ص ٦٩ كتاب الجنائز - باب الحفار يجد العظم هل يتنكب ذلك المكان ، سنن ابن ماجه ج١ ص ٥١٦ ، كتاب الجنائز - باب النهي عن كسر عظام الميت ، السنن الكبرى للبيهقي ج٤ ص ٥٨١ كتاب الجنائز - باب من كره أن يحفر له قبره غيره إذا كان بتوهم بقاء شيئا منه مخافة أن يكسر له عظم ، سنن الدارقطني ج٣ ص ١٨٩ كتاب الحدود والديات وغيره ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أنلة الأحكام : الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعائي المتوفى سنة ١١٨٢ هـ تحقيق : عصام الدين الصبابطي - عماد السيد ط : دار الحديث القاهرة ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م ، ج٢ ص ١٥٦ رقم ( ٥٤٠ ) الترغيب والترهيب من الحديث الشريف : الإمام الحافظ زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوى المنذري المتوفى ٦٥٦ هـ ضبط وتعليق : مصطفى محمد عمارة ط : دار الحديث القاهرة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م ج٤ ص ٣٧٥ ، إرواء الغليل فى تخريج أحاديث منار السبيل : محمد ناصر الدين الألباني - تحقيق : زهير الشاويش ط : المكتب الإسلامى - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ج٣ ص ٢١٣ - ص ٢١٤ رقم ( ٧٦٣ ) .  
١٦ سبل السلام ج٢ ص ١٥٦ .

قال الصنعاني في الاستدلال بهذا الحديث : " فيه بيان للمثلية ودلالة على وجوب احترام الميت كما يحترم الحي ولكن بزيادة ( في الإثم ) أنبأت أنه يفارقه من حيث أنه لا يجب الضمان وهو يحتمل أن الميت يتألم كما يتألم الحي " ١٧ .

كما ثبت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن الجلوس على القبور فقد روى مسلم عن أبي هريرة - رضى الله عنه - قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم - : " لأن يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه فتخلص إلى جلده خير من أن يجلس على قبر " ١٨ .

وهذا يدل على عصمة دم المسلم ووجوب تكريمه حياً وميتاً . ويلحق بالمسلم في عصمة دمه وحرمة من كان معاهداً سواء كان عهده عن صلح أو أمان أو اتفاق على جزية ، فلا يحل دمه ولا الاعتداء عليه مادام في عهده ، ولا يجوز إهانته بعد وفاته<sup>١٩</sup> ، لعموم قوله تعالى : { وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسنولاً } ٢٠ .

وقوله تعالى : { وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً إن الله يعلم ما تفعلون } ٢١ . قال ابن كثير في تفسير قوله تعالى : { وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسنولاً } ٢٢ أي الذي تعاهدون عليه الناس والعقود التي تعاملونهم بها فإن العهد والعقد كل منهما يسأل صاحبه عنه<sup>٢٣</sup> .

ومن ذلك ما رواه البخاري عن عبد الله بن عمرو - رضى الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " من قتل نفساً معاهداً لم يرح رائحة الجنة ، وإن ريحها ليوجد من مسيرة أربعين عاماً " ٢٤ .

١٧ المرجع السابق نفس الموضوع .

١٨ صحيح مسلم بشرح النووي ج٧ ص ٣٣ كتاب الجنائز - باب النهي عن تخصيص القبور والبناء عليه والجلوس عليه رقم ( ٩٦ / ٩٧١ ) .

١٩ أبحاث هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية ( حكم تشريح جثة المسلم ) المجلد الثاني ص ١٠ - ص ١١ مرجع سابق .

٢٠ سورة الإسراء من الآية ( ٣٤ ) .

٢١ سورة النحل آية ( ٩١ ) .

٢٢ سورة الإسراء من الآية ( ٣٤ ) .

٢٣ تفسير ابن كثير ج٢ ص ٤٠ .

٢٤ صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج١٢ ص ٢٧٠ كتاب الديات - باب إثم من قتل ذمياً بغير جرم رقم ( ٦٩١٤ ) .

قال ابن حجر : المعاهد : المراد به من له عهد مع المسلمين سواء كان بعقد جزية أو هدنة من سلطان أو أمان من مسلم<sup>٢٥</sup> .  
 وأيضاً ما روى عن علي - رضى الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " المؤمنون تتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم ، ألا لا يقتل مؤمن بكافر ، ولا ذو عهد فى عهده"<sup>٢٦</sup> .  
 ومما تقدم يتبين لنا أن الإسلام قد أحترم الإنسان حيا وميتا ، وجعل له كرامة يجب المحافظة عليها فى جميع الأحوال<sup>٢٧</sup> ، وقال تعالى : { ولقد كرمتنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا }<sup>٢٨</sup> .

وقد أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بالقيام للجنائز احتراماً للميت فقد روى نافع عن عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - عن عامر بن ربيعة - رضى الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " إذا رأى أحدكم جنازة فإن لم يكن ماشياً معها فليقم حتى يخلفها أو تخلفه أو توضع من قبل أن تخلفه "<sup>٢٩</sup> .

كما وقف النبي - صلى الله عليه وسلم - حينما مرت به جنازة يهودي ، فقال له أحد الصحابة متعجبا : إنها جنازة يهودي . فقال صلى الله عليه وسلم : " أليست نفسا " وهذا الحديث قد رواه البخاري عن عمرو بن مرة قال : سمعت عبد الرحمن بن أبي ليلى قال : " كان سهل بن حنيف

٢٥ فتح الباري : ابن حجر العسقلاني المتوفى ٨٥٢هـ ج٢ ص ٢٧١ .  
 ٢٦ الحديث رواه أحمد وأبو داود والنسائي . وذكر الشوكاني والصنعاني أن الحاكم صححه فى المستدرک .  
 مسند أحمد ج١ ص ١١٩ ، سنن أبي داود ج٢ ص ٣٧٤ - ص ٣٧٥ - كتاب النيات - باب إيقاد المسلم بالكافر رقم ( ٤٥٣٠ ) ، سنن النسائي ج٨ ص ١٩ - ص ٢٠ ت باب القود - باب القود بين الأحرار والمماليك فى النفس ، فتح الباري ج٢ ص ٢٧٢ ، نيل الأوطار : الشوكاني ط دار الحديث القاهرة ، الطبعة الخامسة ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م ، تحقيق : عصام الدين الصبايطي ج٧ ص ١٤ ، سبل السلام ج٣ ص ٣١٥ .  
 ٢٧ الطبيب أدبه وفقهه : د / زهير أحمد السباعي - د / محمد على البار - ط : دار القلم دمشق - دار الشامية - بيروت - الطبعة الثانية ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م ص ١٦١ .  
 ٢٨ سورة الإسراء آية ( ٧٠ ) .  
 ٢٩ صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج٣ ص ٢١٢ كتاب الجنائز - باب متى يقعد إذا قام للجنائز رقم ( ١٣٠٨ ) .



وقيس بن سعد قاعدين بالقادسية ، فمروا عليهما بجنزة فقاما ، فقيل لهما :  
إنها من أهل الأرض - أي من أهل الذمة - فقالا : إن النبي - صلى الله  
عليه وسلم - مرت به جنزة فقام . فقيل له : إنها جنزة يهودي ، فقال :  
أليست نفسا " ٣٠ .

قال ابن حجر : ومقتضى التعليل بقوله - صلى الله عليه وسلم - " أليست نفسا " أن ذلك يستحب لكل جنزة " ٣١ .

وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن المثلة ٣٢ بالميت ، فقد  
روى مسلم عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال : " كان رسول الله - صلى الله  
عليه وسلم - إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله  
ومن معه من المسلمين خيرا ، ثم قال : " اغزوا باسم الله في سبيل الله ، قاتلوا  
من كفر بالله ، اغزوا ولا تغلوا ، ولا تغدروا ، ولا تمثلوا . الحديث ( ٣٣ ) .

كما روى البخاري عن عدي بن ثابت قال سمعت عبد الله بن  
زيد الأنصاري قال : نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن النهبي  
والمثلة ( ٣٤ ) .

<sup>30</sup> صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج ٣ ص ٢١٤ كتاب الجنائز - باب من قام  
لجنزة يهودي رقم ( ١٣١٢ ) .  
<sup>31</sup> فتح الباري ج ٣ ص ٢١٦ .

<sup>32</sup> المثلة : هي العبث بجسم الميت بقطع ونحوه . جاء في المصباح المنير : مثلت  
بالقتيل مثلا من بابي قتل وضرب : إذا جدعته وأظهرت آثار فعلك عليه تنكيلا ،  
والتشديد مبالغة ، والاسم المثلة . المصباح المنير للفيومي ص ٣٣٥ ط : دار الحديث  
الطبعة الأولى ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م ، وفي هذا المعنى : مختار الصحاح للرازي ص  
٣٣١ ط : دار الحديث الطبعة الأولى ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م ، وجاء في الشرح الكبير  
للدردير : المثلة بضم الميم وسكون المثلثة : العقوبة الشنيعة كرض الرأس وقطع الأذن أو  
الأنف . الشرح الكبير على مختصر خليل ( بهامش حاشية السوقي ) ج ٢ ص ١٧٩ ط :  
دار إحياء الكتب العربية ط : عيسى الحلبي وشركاه - بدون تاريخ طبع .

<sup>33</sup> صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٢ ص ٣٩٢ وما بعدها رقم ( ١٧٣١ ) كتاب الجهاد  
والسير - باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته إياهم بأداب الغزو وغيرها .  
<sup>34</sup> صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج ٥ ص ١٤٢ - ص ١٤٣ كتاب المظالم - باب  
النهبى بغير إذن صاحبه رقم ( ٢٤٧٤ ) ج ٩ ص ٥٥٩ كتاب الذبائح والصيد - باب ما  
يكره من المثلة والمصبورة والمجمثة رقم ( ٥٥١٦ ) .

## المبحث الثاني مفهوم التشريع وأقسامه

أولاً : مفهوم التشريع :

أ - مفهوم التشريع في عرف أهل اللغة (٣٥) :

- التشريع مصدر من شرح بتشديد الراء .
- يقال : شرح اللحم : أي قطعة قطعاً طوالاً رفاقاً .
- وشرح الجثة : فصل بعضها عن بعض للفحص العلمي .
- والتشريع وعلم التشريع : علم يبحث في تركيب الأجسام العضوية بتقطيعها وفحصها .
- والشريحة : القطعة المرفقة من اللحم وغيره . وكل سمين من اللحم ممتد فهو شريحة . والجمع : شرائح .
- والمشرح : منضدة تهيأ للتشريح ، أو غرفة كبيرة تعد لتشريح الأجسام بعد موتها .

ب - مفهوم التشريع في الاصطلاح (٣٦) :

- التشريع : هو العلم الذي يدرس تركيب أجسام المخلوقات الحية عامة من نبات أو حيوان أو إنسان .
- كما عرف بأنه : علم تعرف به أعضاء الإنسان بأعيانها وأشكالها وأقذارها وأعدادها وأصنافها وأوضاعها ومنافعها .
- كما عرف أيضاً بأنه (٣٧) : علم باحث عن كيفية معرفة أجزاء البدن وترتيبها من العروق والأعصاب والغضاريف والعظام واللحم وغير ذلك من أحوال كل عضو .
- والعلم بكيفية مباشرة التشريع يسمى ( علم التشريع ) (٣٨) .

35 المصباح المنير ص ١٨٦ ، مختار الصحاح ص ١٨٩ ، المعجم الوجيز : مجمع اللغة العربية ط : وزارة التربية والتعليم ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م ص ٣٣٩ .

36 الموسوعة الطبية الفقهية ( موسوعة جامعة لأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية ) د / أحمد محمد كنعان - تقديم : د / محمد هيثم الخياط ط : دار النفائس - بيروت الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م ص ١٩٩ .

37 مسئولية الطب الشرعي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي : د / خالد محمد شعبان - ط : دار الفكر الجامعي - ٣٠ شارع سوتير - الإسكندرية الطبعة الأولى ٢٠٠٨ ص ٧٦ .

## ثانيا : أقسام التشريع :

ينقسم التشريع من حيث الغرض منه إلى أربعة أقسام :

### القسم الأول : التشريع الجنائي :

وفيه يقوم الطبيب الشرعي بتشريح الجثة عند الاشتباه في وجود جريمة، ليعرف ما إذا كانت الوفاة نتيجة اعتداء بخنق أو وخز أو ضرب بألة حادة أو سقى سم أو غير ذلك من ألوان الاعتداء ، فإذا تبين وجود جريمة يتم البحث في المتهم عن أمارات قد تصله بالجريمة أو تنتهي إلى اعترافه بها . وفي هذا إثبات للحق وردع لمن تسول له نفسه أن يقتل خفية ظنا منه أنه لن يضبط ومن ثم يمضي بجريمته دون عقاب ، وبهذا تحقن الدماء وتحفظ النفوس ويعم الأمن .

وقد ينتهي التشريع إلى إثبات أن الوفاة قد تمت بلا اعتداء أو باعتداء الشخص على نفسه ( وهو ما يسمى بالانتحار ) وبذلك يخلى سبيل المتهم (٣٩) .

فالهدف الأساسي من التشريع الجنائي هو الوقوف على أسباب الوفاة ، وتحديد نوعية الوفاة لكشف ملابسات واقعة معينة حتى يمكن الوقوف على الحقيقة (٤٠) .

---

38 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون . د / عبد العزيز خليفة القصار ص ١٢ مرجع سابق .  
39 أبحاث هيئة كبار العلماء ( بحث حكم تشريح جثة المسلم ) المجلد الثاني ص ١٢ - ص ١٣ .

40 الأحكام الشرعية للأعمال الطبية : د / أحمد شرف الدين - تصدير : د / محمد سيد طنطاوي - د / حسان تحوت - الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ص ٦١ - ص ٦٢ ، علم التشريح عند المسلمين : د / محمد علي البار - بالكتاب ملاحق تجمع فتاوى أكابر العلماء والمجامع الفقهية في موضوع التشريح - وهو بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي - رابطة العالم الإسلامي - مكة المكرمة الدورة التاسعة ١٤٠٧هـ ط : الدار السعودية للنشر والتوزيع جدة - الدمام - الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م ص ١٠ ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ١٣ ، مرجع سابق . يقول الدكتور / محمد علي البار في بحثه : ( علم التشريح عند المسلمين ص ١٠ - ص ١١ ) : " قد يحتاج القاضي إلى إجراء التشريح ( الطب الشرعي ) والفحوصات اللازمة في الحالات التالية : أ - حالات القتل العمد أو شبه العمد .

ب - الوفيات المجهولة والمشكوك فيها . ومثالها : وجود جثة على شط البحر أو النهر وتبدو أنها حالة غرق وقد بدأت في التحلل . وهنا يتبادر إلى الذهن عدة أسئلة : ما هو سبب الوفاة ؟ هل هو الغرق ؟ وهل كان الشخص مثلا يجهل السباحة أم أنه ألقى في

ومن ثم فالطبيب الشرعي يساعد في التعرف على سبب الجريمة أو نفيها كما يساعد في معرفة سبب الوفاة المجهول، إضافة إلى مساعدته لرجال الأمن والقضاء في معرفة الجثث المجهولة أو التي لم يبق منها إلا عظام قليلة، أو تلك التي لم يبق منها إلا بعض الأجزاء السليمة بعد إحراقها<sup>(٤١)</sup>.

كما قد توجد أكثر من جثة اختلطت عظامها وبقية أجزاؤها فيقوم الطبيب الشرعي بالتعرف على أجزاء كل جثة وذلك من خلال معرفة أوصاف ومميزات كل جزء من حيث السن والذكورة والأنوثة، وطول العظام وقصرها، وخواص الجلد، وما إلى ذلك من الأوصاف المميزة . وبمعرفة أجزاء كل جثة يردها إلى صاحبها، وبذلك تتبين المعالم ويزول كثير من الغموض والملابسات التي أحاطت بالجريمة<sup>(٤٢)</sup>.

### القسم الثاني : التشريح المرضي :

ويهدف هذا النوع من التشريح إلى معرفة الأمراض وأنواعها ومدى تأثيرها على حياة الإنسان، وما إذا كان هذا المرض المسبب للوفاة يعد وباء يخشى انتشاره بين أفراد المجتمع، ومن ثم يقوم الطبيب بإبلاغ الجهات المختصة ليقوموا بما يلزم للحد من انتشار هذا المرض والقضاء عليه<sup>(٤٣)</sup>.

---

البحر بعد قتله ؟ وهل كانت الوفاة نتيجة الانتحار أو أن المصاب كان مخمورا أو تناول عقاقير مخدرة . . . الخ ، ويقوم الطبيب الشرعي بالإجابة على هذه الأسئلة وكثير غيرها . . . مثل المدة التي كانت الضحية فيها في الماء ، وهل كانت على قيد الحياة قبل إلقائها في الماء . . . الخ . وقد يوجد هيكل عظمي مبعر الأطراف فيكون على الطبيب الشرعي أن يجمع هذه الأجزاء . ويعرف هل هي لذكر أو أنثى وتقدير العمر . . . واكتشاف بعض المواد السامة التي تترسب في العظام والبحث عن آثار الاعتداء بالضرب أو الرصاص . . . الخ " .

41 علم التشريح عند المسلمين : د / محمد علي البار ص ١١ مرجع سابق .

42 انظر المرجع السابق نفس الموضوع ، أبحاث هيئة كبار العلماء ( بحث حكم تشريح جثة المسلم ) المجلد الثاني ص ١٣ مرجع سابق .

43 الطبيب أدبه وفقهه : د / زهير أحمد السباعي - د / محمد علي البار ص ١٦٦ مرجع سابق ، أبحاث هيئة كبار العلماء المجلد الثاني ص ١٣ .

ولا يمكن معرفة الأمراض وأنواعها إلا بعد تشريح جثة المتوفى للوصول إلى سبب الوفاة وما يفعله المرض المعين بمختلف أعضاء وأجهزة جسم الإنسان ، وهذه المعرفة لازمة للتعرف على الأمراض وكيفية سيرها والطريقة المثلى لمعالجتها قبل أن تؤدي إلى الوفاة ، وهذا بالضرورة سوف يؤدي إلى تقدم علم الطب (٤٤) .

### القسم الثالث : التشريح التعليمي :

يقوم طلاب الطب في مرحلة الدراسة الأولى بتشريح أجسام الموتى تحت إشراف الأطباء ، بهدف الوقوف على تركيب جسم الإنسان وأعضائه الظاهرة ، ومعرفة أجهزته ، ومكان كل جهاز منها ، ووظيفته وحجمه وقياسه صحيحا أو مريضا ، وعلامات مرضه ، وكيفية علاجه ، وذلك حتى يستطيع القيام بإجراء العمليات الجراحية وهو على بينة من أمره . وتزداد معرفة الطبيب في هذه النواحي إذا قام بنفسه بعملية التشريح ، إضافة إلى الاهتمام بقراءة علم التشريح ، مما يساعد على النهوض بطلاب الطب علميا وعمليا (٤٥) .

### القسم الرابع : التشريح بغرض زرع الأعضاء :

وذلك حينما يتبرع شخص حال حياته بأجزاء من جسمه بعد وفاته ، فيسمح للأطباء باستقطاع هذه الأجزاء المتبرع بها من جسمه حال وفاته

---

44 علم التشريح عند المسلمين د / محمد على البار ص ١٠ ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية د / أحمد شرف الدين ص ٦١ مرجع سابق .  
45 المسائل الطبية المعاصرة وموقف الإسلام منها : د / على داود الجفال - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٨٠م ص ٢١ ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية د / أحمد شرف الدين ص ٦١ مرجع سابق ، أبحاث هيئة كبار العلماء ( حكم تشريح جثة المسلم ) المجلد الثاني ص ١٣ مرجع سابق ، علم التشريح عند المسلمين د / محمد على البار ص ٩ مرجع سابق ، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ( رسالة دكتوراه ) د / سميرة عايد الديات ط : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى ١٩٩٩م ص ٢٢٧ .

لمن يحتاج إليها • وهذا النوع من التشريح منتشر في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية ، حيث يحمل الشخص المتبرع بطاقة تبين تبرعه بأعضاء جسمه لمن يحتاج إليها أو لأغراض التشريح ، كما قد يتبرع أهل الميت بجثة ميتهم أو أعضائه حال وفاته إذا لم يكن الميت قد تبرع بذلك قبل وفاته (٤٦) .

### المبحث الثالث علم التشريح في ضوء التاريخ

لاشك أن علم الطب من أقدم العلوم التي عرفها الإنسان ؛ لأن له ارتباط وثيق بصحة الإنسان وسلامته طوال حياته • وبما أن تشريح جثة الموتى يعتبر أحد فروع الطب فإن البشرية قد عرفت منذ زمن بعيد ، فقد عرفه المصريون القدماء عندما كانوا يشرحون جثث الموتى ، ويقومون بإزالة الأمعاء من أجل تحنيط تلك الجثث ، وبذلك استطاعت المومياء المصرية البقاء رغم عاديات الزمن (٤٧) .

كما قام اليونان وخاصة أبقراط (٤٨) ، وجالينوس (٤٩) ، بتشريح جثث الموتى من البشر ، مع مقارنة ذلك بما لديهم من معلومات عن الحيوانات •

---

46 علم التشريح عند المسلمين د/ محمد علي البار ص ١١ مرجع سابق •  
47 الطبيب أدبه وفقهه ص ١٦١ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ١٩ مرجع سابق •  
48 أبقراط : هو بقراط بن إيراقليس، كان طبيبا فيلسوفا مشهورا ، وهو أول من زاول مهنة تدريس الطب ، عاش خمسا وتسعين سنة ، قضى تسعا وسبعين منها في تدريس الطب • الفهرست : لأبي الفرج محمد بن أبي يعقوب إسحاق المعروف بالنديم المتوفى سنة ٣٨٠هـ ط : دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م ص ٤٥٥ .

49 جالينوس : هو من كبار الأطباء المعلمين ، حيث لم يكن يدانيه أحد في صناعة الطب وله مؤلفات عديدة في الطب ، ظهر جالينوس بعد ٦٦٥ سنة من وفاة بقراط ، ولد جالينوس بعد زمان المسيح عليه السلام بتسع وخمسين سنة •  
عيون الأنبياء في طبقات الأطباء : لموفق الدين أبي العباس أحمد بن القاسم بن خليفة يونس السعدي المعروف بابن أبي أصيبعة المتوفى سنة ٦٦٨هـ ط : دار مكتبة الحياة - بيروت ص ١١٠ ، الفهرست ص ٤٥٧ •

وقد ادعى الغربيون أن المسلمين لم يعرفوا التشريح ولم يمارسوه بسبب ما يوجبه الإسلام من احترام جثث الموتى ، كما جاء فى حديث عائشة - رضى الله عنها - أن النبي- صلى الله عليه وسلم - قال : " كسر عظم الميت ككسره حيا " (٥٠) .

ولكن رغم أن الإسلام قد احترم الإنسان حيا وميتا ، ومنع العبث بجثته بعد موته أو التمثيل بها ، فإن تعلم الطب يعد من الأهداف النبيلة التى تخدم الإنسانية . لذلك فإن علماء الطب من المسلمين قد اتجهوا إلى علم التشريح ، ومارسوه فى الإنسان والحيوان ، من أجل تعلم الطب . والإمام الشافعي يقول: " العلم علمان: علم الأديان، وعلم الأبدان (٥١) ولا يقوم علم الأبدان إلا بمعرفة التشريح ووظائف الأعضاء .

ويقول الفقيه الفيلسوف الطبيب المالكي أبو الوليد محمد بن رشد : " من اشتغل بالتشريح إزداد إيمانا بالله " (٥٢) .

وليس صحيحا ما ادعاه بول غليونجي من أن الأطباء المسلمين كانوا لا يمارسون التشريح خوفا من محاكم التفتيش ، ومن بطش الفقهاء ، وهو فى ذلك يقول : " إنى أرجح أن ابن النفيس قام بصفات تشريحه فى الحيوان ، إن لم يجرها فى جثث آدمية ، وكان عليه إجرائها فى جو من السرية التامة ، كما فعل زملاؤه فى الغرب فى عصر النهضة . . . . فإنما فعل هذا لإسكات رجال الدين، كما فعل بعده جاليليو وكبلر وكوبرنيكس خوفا من محاكم التفتيش " .

ومن خلال النظر فى هذا الكلام يتضح أنه متناقض ومضطرب ومجاف للحقيقة ؛ لأن بول غليونجي تارة يدعي أن ابن النفيس لم يشرح إلا الحيوانات ، ثم يدعي أنه مارس التشريح سرا خوفا من رجال الدين ، فإذا كان ابن النفيس لم يشرح إلا الحيوان فلماذا السرية ؟ ثم ادعى أن هناك

<sup>50</sup> الحديث سبق تخريجه .

<sup>51</sup> الأم : للإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ - برواية الربيع بن سليمان المرادي عنه ط : دار المعرفة - بيروت - لبنان- الطبعة الثالثة ١٩٩٧م ج٥ ص ٣٣٤ ، جماع العلم : للإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ ط : دار الفكر - بيروت الطبعة الأولى ١٩٨٨م ص ١٩٤ .

<sup>52</sup> الكليات فى الطب لمحمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد المتوفى سنة ٥٩٥هـ ط : دار القلم - الطبعة السابعة ١٩٨٤م ج٣ ص ١٢٩٧ .

محاكم تفتيش وقيل للعلماء كما حدث في أوروبا، وهذا كذب وافتراء ، فابن النفيس فقيه شافعي وابن رشد فقيه مالكي ، وكل الأطباء المسلمين كانت لهم ثقافة دينية واسعة ، وكان بعضهم - كما سيأتي - من أساطين الطب والفقه والحديث ، ولم يكن هناك فصام بين علوم الدين وعلوم الدنيا - ولم يتعرض العلماء المسلمون للتعذيب من أجل بحثوهم الطبية أو الفلكية أو الفيزيائية . . . الخ بل نالوا كل التشجيع والتكريم من العامة والخلفاء (٥٣) .

وسوف أوضح فيما يلي أن الأطباء المسلمين قد مارسوا التشريح ، وأسهموا فيه بإسهامات عظيمة ، قد أتاحت للبشرية التقدم في علم التشريح وعلوم الطب الأخرى . ويمكن القول بأن الأطباء المسلمين قد أضافوا الكثير إلى علم التشريح من خلال أمرين :

### الأمر الأول : ترجمة كتب التشريح القديمة :

لقد نشطت حركة الترجمة في العصر العباسي خاصة في عهد الخليفة المأمون (٥٤) ، حيث ترجمت كتب كثيرة من اللغة السريانية والفارسية إلى العربية في مختلف العلوم ومن بينها علم التشريح . ومن أشهر مترجمي العلوم الطبية في هذا العصر هو حنين بن إسحاق (٥٥) ، حيث ترجم ما لا يقل عن (١٢٩) مؤلفاً من مؤلفات جالينوس ، وأهم ما كتبه جالينوس عن التشريح هو ( كتاب التشريح ) ( Peri )

53 الطبيب أدبه وفقهه ص ١٦٢ - ص ١٦٣ مرجع سابق .

54 هو عبد الله المأمون بن هارون الرشيد بن محمد المهدي ولد سنة ١٧٠هـ . من خلفاء بني العباس ، استمرت خلافته عشرين سنة وخمسة أشهر ، وكان عهده من أرقى عهود العلم في العصر العباسي ، توفي سنة ٢١٨هـ ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب : لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي المتوفى سنة ١٠٨٩هـ ط : دار الكتب العلمية - بيروت ج ١ ص ٣٩ .

55 هو حنين بن إسحاق العبادي ، يكنى أبا زيد والعباد نصاري الحيرة ، كان عالماً في الطب ، فصيحاً باللغة اليونانية والسريانية والعربية ، طاف البلاد في جمع الكتب القديمة ، وله عدة مؤلفات بخلاف ما ترجم ، توفي سنة ٢٦٠هـ ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان : لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن خلكان المتوفى سنة ٦٨١هـ ط : دار صادر - بيروت ج ٢ ص ٢١٧ ، الفهرست ص ٤٦٤ .



العربية ، وهو محفوظ في أكسفورد في مكتبة بودليان (٥٦) .  
فقد ترجمه حنين بن إسحاق إلى

### الأمر الثاني : الابتكار والإبداع :

لقد مارس الأطباء المسلمون التشريح دون شك كما نصوا على ذلك في كتبهم . ولكن هل كان هذا التشريح لجثث الموتى أم كان تشريحا للحيونات ؟

لم ينص الأطباء المسلمون على ذلك ، ولكن يتضح من حديثهم عن الجسم الإنساني وتشريحه أن ذلك كان لأجسام إنسانية (٥٧) .

وقد انتعشت العلوم الطبية في القرن العاشر الميلادي بفضل ما أضافه كبار علماء المسلمين في الطب كأبي بكر محمد بن زكريا الرازي (٥٨) ، وأبي علي الحسن بن عبد الله بن سينا (٥٩) ، وعلاء الدين أبو الحسن علي بن الحزم القرشي بن النفيس (٦٠) ، وعلي بن العباس المجوسي (٦١) ، وغير هؤلاء كثير (٦٢) .

56 التشريح بين اللغة والطب : د / محمد عيسى صالحية - بحث مقدم للمؤتمر الأول للطب الإسلامي - العدد الأول ص ١٨٧ - ص ١٨٩ ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٢١ - ص ٢٢ .

57 علم التشريح عند المسلمين : د / محمد علي البار ص ١٥ .

58 هو أبو بكر محمد بن زكريا الرازي من أهل الري فريد عصره، جمع المعرفة بعلوم القدماء، خاصة علم الطب، له مؤلفات كثيرة منها الموسوعة الطبية المعروفة باسم (الحاوي)، توفي سنة ٣١١ هـ . عيون الأنباء في طبقات الأطباء ص ٤١٤ مرجع سابق، الفهرست ص ٤٦٩ ، مرجع سابق ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ج٥ ص ١٥٧ مرجع سابق، علم التشريح عند المسلمين، د / محمد علي البار ص ١٥ مرجع سابق .

59 هو الشيخ الرئيس أبو علي الحسن بن عبد الله بن سينا ، من أشهر أطباء المسلمين ، ظل كتابه ( القانون في الطب ) المرجع الأول للأطباء في العالم الإسلامي والغربي لمدة سبعة قرون ، وكان يدرس في جامعات أوروبا ، ولد ابن سينا في بخاري ( جمهورية أوزبكستان السوفياتية حاليا ) وتوفي في همدان بإيران سنة ٤٢٨ هـ .

شذرات الذهب ج٢ ص ٢٣٤ ، علم التشريح عند المسلمين ص١٧ هامش ٢ .

60 هو علاء الدين أبو الحسن علي بن حزم القرشي ولد بدمشق سنة ٦٠٧ هـ - ١٢١٠م ، اشتهر بالطب في دمشق والقاهرة وعمل بمستشفى قلاوون ، وتوفي سنة ٦٨٧ هـ - ١٢٨٨م وقيل سنة ٦٩٦ هـ - ١٢٩٦م ، بعد أن ترك ثروة ضخمة من الكتب أهداها للمستشفى ، وله عشرات الكتب في الطب والفقہ أشهرها ( شرح كتاب التشريح من قانون ابن سينا ) .

وسوف أتعرض بإيجاز لإسهامات بعض هؤلاء العلماء في مجال التشريح ، على النحو التالي :

( ١ ) إسهامات أبو بكر الرازي ( ٢٥١ - ٣١١ هـ ) في علم التشريح :

يعد الرازي أحد أعلام الطب في الإسلام ، نبغ في الطب والكيمياء والفلسفة ، ومن إسهاماته في علم التشريح أنه أول من وصف الفرع الحنجري الراجع للعصب الصاعد ( Recurrent Laryngean ) (١٣) ، ومما يدل على ممارسته للتشريح وصفه للأعصاب المغذية لأصابع اليد بدقة حيث قال في كتابه ( الحاوي ) : " رجل سقط عن دابته فذهب حس الخنصر والبنصر ونصف الوسطى من يديه ، فلما علمت أنه سقط على آخر فقار في الرقبة ، علمت أنه مخرج العصب الذي بعده الفقرة السابعة ، أصابها في أول مخرجها ؛ لأنني كنت أعلم من التشريح أن الجزء الأسفل من أجزاء العصبية الأخيرة النابت من العنق يصير إلى الأصبعين الخنصر والبنصر ويتفرق في الجلد المحيط بهما وفي النصف من جلد الوسطى ) (١٤) .

ويذكر الأستاذ الدكتور / محمد علي البار: أن هذا الكلام يتضح منه أمرين:

الأمر الأول : أن الرازي قد مارس التشريح .

والثاني : أن معلومات الرازي عن تشريح الأعصاب كانت دقيقة ، وذلك أن العصب العنقي الثامن يخرج من تحت الفقرة العنقية السابعة ويغذي الخنصر والبنصر .

---

التشريح بين اللغة والطب : محمد عيسى صالحية ص ١٩٠ مرجع سابق ، علم التشريح عند المسلمين د / محمد علي البار ص ١٩ هامش ( ١ ) مرجع سابق .

61 هو علي بن العباس المجوسي ، اشتهر باسم المملوكي ، وهو أول من أشار إلى الدورة الدموية في الأوعية الشعرية ، أصله فارسي ، من علماء الطب المميزين ، صاحب كتاب ( الكامل في الصناعة الطبية ) الذي يعد من أشهر الكتب التي درست حتى ظهر كتاب ( القانون ) لابن سينا . توفي سنة ٣٢٨ هـ . الأعلام: لخير الدين الزركلي ط: دار العلم للملايين - الطبعة العاشرة ١٩٩٢م ج٤ ص ٢٩٧ .

62 الطبيب أدبه وفقهه ص ١٧١ - ص ١٧٤ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٢٢ - ص ٢٣ مرجع سابق .

63 الطبيب أدبه وفقهه: د / زهير أحمد السباعي- د / محمد علي البار ص ١٧١ مرجع سابق .

64 علم التشريح عند المسلمين: د / محمد علي البار ص ١٥ - ص ١٦ ، نقلا عن د / محمود الحاج قاسم : الموجز لما أضافه العرب في الطب والعلوم ، الطبيب أدبه وفقهه ص ١٧١ - ص ١٧٢ ، مرجع سابق .

كما ذكر أن كلام الرازي لا يزال يدرس في جميع كليات الطب<sup>(٦٥)</sup>.  
ويقول الرازي مبينا أهمية التشريح: "يحتاج في استدراك علل  
الأعضاء الباطنة إلى العلم بجوهرها أولا بأن تكون قد شوهدت بالتشريح"  
(٦٦).

وقد ذكر الأستاذ الدكتور/ محمد على البار في كتابه (علم التشريح  
عند المسلمين) أن الرازي قد اعترف بأنه لم يستطع تشريح أرحام النساء  
(٦٧) . ثم ذكر بعد ذلك في كتابه (الطبيب أدبه وفقهه) أن الرازي قد وصف  
تشريح الرحم قائلا: "الرحم موضوع فيما بين المثانة والمعاء المستقيم إلا  
أنه يفضل على المثانة إلى ناحية فوق ٠٠ وهو مربوط برباطات سلسلية  
٠٠ وله بطنان ينتهيان إلى فم واحد، وزائدتان تسميان قرني الرحم،  
وخلف هاتين الزائدتين بيضتا المرأة، وهما أصغر من التي للرجل، وأشد  
تفرطحا، وينصب منهما منى المرأة (أي إفراز البيضتان) إلى تجويف  
الرحم" (٦٨) .

ويفهم من ذلك أن الرازي قد تمكن من تشريح رحم المرأة بعدما  
كان متعذرا عليه ذلك .

وجدير بالذكر أن الأطباء المسلمين قد مارسوا تشريح الحيوانات  
إلى جانب تشريح الإنسان، فقد ذكر الرازي أن الحيوان قد ينزع قلبه منه  
ويظل مع ذلك يتحرك حتى يموت<sup>(٦٩)</sup> .

وقد أفرد الرازي في كتبه فصولا خاصة للتشريح، بل إن كتابه  
(المنصوري) الذي كتبه للأمير المنصور بن إسحاق حاكم خراسان، هو  
كتاب كامل في التشريح؛ لأن الرازي قد استوعب فيه جميع مسائل

٦٥ علم التشريح عند المسلمين ص ١٦ مرجع سابق .

٦٦ علم التشريح عند المسلمين د/ محمد على البار ص ١٦، نقلا عن د/ محمود الحاج  
قاسم: الطب عند العرب والمسلمين، تاريخ ومساهمات ط: الدار السعودية للنشر جدة  
١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م فصل علم التشريح ص ٩٩ - ص ١٠٣ .

٦٧ علم التشريح عند المسلمين ص ١٦ مرجع سابق .

٦٨ الطبيب أدبه وفقهه ص ١٧٢ مرجع سابق .

٦٩ وقد طلب يوحنا بن ماسويه من الخليفة العباسي المعتصم أن يكتب إلى واليه في بلاد  
النوبة في مصر في طلب بعض القرود من أجل تشريحها .

علم التشريح عند المسلمين ص ١٧ مرجع سابق .

التشريح. وصدرة بمقابلة في شكل الأعضاء وهيئتها وخلقتها. وقد ترجم هذا الكتاب في أوروبا من قبل المهتمين بالتشريح نظرا لمكانته العلمية<sup>(٧٠)</sup>.

## ( ٢ ) إسهامات ابن سينا ( ٣٧٠ - ٤٢٨ هـ ) في علم التشريح :

يعد ابن سينا من أشهر الأطباء المسلمين ، وقد ظل كتابه الموسوعي الطبي ( القانون ) المرجع الأول لتدريس الطب في العالم الإسلامي وفي أوروبا لعدة قرون .

وقد تحدث ابن سينا في هذا الكتاب عن التشريح ، وجاء ما كتبه عن التشريح موزعا بين مختلف فصول هذا الكتاب .

فقد تحدث عن تشريح العظام بتفصيل دقيق يدل على أنه درس الهيكل العظمي دراسة وافية . ثم تحدث عن المفاصل وأنواعها ، ثم شرح العضلات وعرف كل عضلة من عضلات الجسم . ثم تحدث عن تشريح الأعصاب ، وتشريح العصب الدماغي ومسالكه ، وعصب نخاع العنق ، وعصب فقار الصدر ، وعصب فقار القطن ، وتشريح العصب العجزي والعصعصي . وهو في ذلك لا يختلف عما يدرسه الطلبة اليوم في كليات الطب ، مما يدل على أن ابن سينا قد مارس تشريح جسم الإنسان بطريقة دقيقة ماهرة .

ثم تحدث ابن سينا عن الشرايين ثم عن الأوردة ، وهو في ذلك كان قريبا مما يدرس اليوم في كليات الطب مع وجود بعض الأخطاء البسيطة . ثم تحدث عن تشريح القلب والرئتين والكبد والطحال والكلية والمثانة والرحم . الخ . ويعتبر ما كتبه ابن سينا في التشريح مفرقا في كتابه ( القانون ) ثروة علمية كبيرة ومفخرة بالنسبة لعصره وزمانه ، رغم ما فيه من بعض الأخطاء العلمية البسيطة<sup>(٧١)</sup> .

70 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٢٣ مرجع سابق .  
71 الطبيب أدبه وفقهه ص ١٧٢ - ١٧٣ ص ١٧٣ مرجع سابق ، علم التشريح عند المسلمين ص ١٧ - ١٨ ص ١٨ مرجع سابق ، التشريح بين اللغة والطب ص ١١٨ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٢٤ مرجع سابق .

( ٣ ) إسهامات ابن النفيس ( ٦٠٧ - ٦٨٧ هـ ) في علم التشريح :

يعتبر ابن النفيس هو أول من أفرد التشريح بكتاب مستقل ، وقد جمع فيه ما كتبه ابن سينا في كتاب ( القانون ) مفرقا ، وسماه ( شرح كتاب التشريح من قانون ابن سينا ) (٧٢) .

وقد قسم ابن النفيس التشريح إلى قسمين : الأول : التشريح العام ، والثاني : التشريح الخاص ، أي تشريح كل عضو على حدة . وعرض الأعضاء بصورة دقيقة مما يرجح أنه قد قام فعلا بالتشريح (٧٣) .

ويعتبر ابن النفيس بحق مكتشف الدورة الدموية الصغرى قبل أن يكشفها ويليام هارفي بعدة قرون . والواقع أن ويليام هارفي درس ذلك على يد من درس كتب ابن النفيس كما حققه البعض (٧٤) ، خلافا لما يحاوله الغرب من طمس فضل ابن النفيس على الطب والتشريح بصفة خاصة (٧٥) .

وقد قام ابن النفيس بتشريح القلب تشريحا دقيقا ، ورد على قول ابن سينا وجالينوس وغيرهم من علماء الطب: " بأن في القلب ثلاثة بطون " وقال: " هذا كلام لا يصح فإن القلب له بطنان فقط . والتشريح يكذب ما قالوه " (٧٦) .

ويعتبر ابن النفيس هو أول من فطن إلى وجود أوعية دموية تغذي القلب وهي التي تسمى اليوم بالشرابين التاجية ( الإكليلية ) وكان ابن النفيس أول من بين أن القلب يتغذى منها ، وانتقد في ذلك ابن سينا الذي لم يفطن

72 علم التشريح عند المسلمين ص ١٨ مرجع سابق ، الطبيب أدبه وفقهه ص ١٧٢ مرجع سابق ، التشريح بين اللغة والطب ص ١٩٠ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٢٤ مرجع سابق .

73 وإن كان هذا الموضوع محل خلاف ، فالبعض يرى : أن ابن النفيس لم يقم بأي عمل تشريحي . والبعض الآخر يرى : أن ابن النفيس شرح الحيوان فقط . في حين يرى آخرون : أن ابن النفيس شرح الإنسان فعلا . انظر : حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٢٤ مرجع سابق .

74 وهذا ما حققه الدكتور / محي الدين القطاوي في رسالة الدكتوراة التي حصل عليها من برلين بعنوان: ( الدورة الدموية للقرشي ) ثم حقق ذلك الدكتور / بول غليونجي في كتابه ( ابن النفيس ) ، والدكتور / سامي حمارنة ، والدكتورة / إنجريد هونكه في كتابها ( شمس العرب تسطع على الغرب ) . علم التشريح عند المسلمين ص ١٩ مرجع سابق ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية: د / أحمد شرف الدين ص ٦٢ مرجع سابق .

75 الطبيب أدبه وفقهه ص ١٧٣ مرجع سابق .

76 انظر: المرجع السابق نفس الموضوع، علم التشريح عند المسلمين ص ١٩ مرجع سابق .

لذلك وظن أن القلب يتغذى من الدم الموجود فى تجويفه مباشرة . قال ابن النفيس فى كتابه ( شرح كتاب التشريح من قانون ابن سينا ) : " وقوله ( أي ابن سينا ) : ( والذي فى البطن الأيمن يغذى القلب ) ، لا يصح فغذاؤه من العروق المارة فى جسمه " كما وصف ابن النفيس الدورة الدموية الصغرى ( الدورة الرئوية ) بدقة ، حيث قال : " إذا لطف الدم فى التجويف الأيمن ( من القلب ) فلا بد من نفوذه إلى التجويف الأيسر حيث تولد الروح . وليس بين التجويفين منفذ فإن جرم القلب هناك سميك وليس فيه منفذ ظاهر كما ظن جماعة ( يقصد ابن سينا ) ، ولا غير ظاهر يصلح لنفوذ هذا الدم كما ظن جالينوس ، فإن مسام القلب هناك مستحصنة جرمه غليظ . . فلا بد وأن يكون هذا الدم إذا لطف نفذ فى الوريد الشرياني ( يسمى الآن الشريان الرئوي ) إلى الرئة لينبث فى جرمها ، ويخالط الهواء ، ويتصف ما فيه ( أي يخرج ثاني أكسيد الكربون ويتلقى الأكسجين ) وينفذ إلى الشريان الوريدي ( تسمى الآن الأوردة الرئوية وهي أربعة تصب فى الأذين الأيسر ) ليوصله إلى التجويف الأيسر من القلب " (٧٧) .

ووصف ابن النفيس الدقيق للقلب وللدورة الدموية الصغرى يدل

دلالة قطعية على أنه مارس التشريح .

ولم يكتف ابن النفيس بذلك بل أهتم أيضا بالتشريح لمعرفة الأمراض ذاكرة ما يراه من ملاحظات عن العروق الصغيرة حيث يقول : " إن العروق الصغيرة فى الجلد يعسر فى الأحياء ( ملاحظتها ) لتألمهم ، وكذلك فى الموتى الذين ماتوا من أمراض تقلل الدم كالإسهال والذق والزف ، وأنه يسهل فيمس مات بالخنق ، لأن الخنق يحرك الروح والدم إلى الخارج فتنتفخ العروق ، على أن هذا التشريح ينبغى أن يعقب الموت مباشرة لتجنب تجمد الدم " (٧٨) .

<sup>77</sup> علم التشريح عند المسلمين ص ٢٠ - ص ٢١ مرجع سابق ، الطبيب أدبه وفقهه ص

١٧٣ - ص ١٧٤ مرجع سابق .

<sup>78</sup> علم التشريح عند المسلمين ص ٢١ - ص ٢٤ نقلا عن الدكتور / محمود الحاج قاسم:

الطب عند العرب والمسلمين تاريخ ومساهمات ص ٩٩ - ١٠٣ .

( ٤ ) إسهامات على بن العباس المجوسي ( المتوفى سنة ٣٢٨ هـ ) فى علم التشريح :

يعتبر المجوسي أول من أشار إلى الدورة الدموية فى الأوعية الشعرية حيث قال : " إن العروق غير الضوارب فيها منافذ إلى العروق الضوارب <sup>(٧٩)</sup> . والدليل على ذلك أن العرق الضارب إذا انقطع استفرغ منه الدم من العروق غير الضوارب " <sup>(٨٠)</sup> وهو صاحب كتاب ( الكامل فى الصناعة الطبية ) ، وكان هذا الكتاب هو المرجع فى الطب إلى أن حل محله كتاب ( القانون ) لابن سينا <sup>(٨١)</sup> .

وقد أظهر كتابه هذا درايته الواسعة بتشريح القلب والدورة الدموية ، حيث وصف فيه القلب وصفا دقيقا لا يختلف كثيرا عما نجده اليوم فى أي كتاب عن التشريح أو عن وظائف الأعضاء <sup>(٨٢)</sup> .  
ونظرا لأهمية هذا الكتاب فقد تنافس على ترجمته وطبعه إلى اللغة السريانية واللاتينية عدة هيئات ، كما أجريت عليه العديد من الدراسات الطبية <sup>(٨٣)</sup> .

( ٥ ) إسهامات عبد اللطيف البغدادي ( المتوفى سنة ٦٢٩ هـ ) فى علم التشريح :

كان البغدادي من أعلام الطب والحديث والفقہ واللغة ، وكان أول من اكتشف أن الفلك الأسفل مكون من عظم واحد وليس عظمين بينهما درز كما زعم ذلك جالينوس وغيره . وقد توصل البغدادي إلى ذلك من خلال فحصه لأكثر من عشرة آلاف جثة أخرجت من تل بالقاهرة سنة ٥٩٧ هـ . وقد ذكر ذلك فى كتابه ( الإفادة والاعتبار فى الأمور المشاهدة بأرض

<sup>79</sup> العرق الضارب هو الشريان ، والعرق غير الضارب هو الوريد .

الطبيب أدبه وفقهه ص ٣٧١ مرجع سابق .

<sup>80</sup> انظر : المرجع السابق ص ١٧٤ ، علم التشريح عند المسلمين ص ٢٩ مرجع سابق .

<sup>81</sup> التشريح بين اللغة والطب ص ١٨٨ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٢٣ مرجع سابق ، علم التشريح عند المسلمين ص ٢٩ مرجع سابق .

<sup>82</sup> أثر الطب الإسلامي فى علوم التشريح : د / محمد كريم - بحث مقدم للمؤتمر الثاني للطب الإسلامي - العدد الثاني - المجلد الثاني ص ٢٥٠ ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٢٣ - مرجع سابق .

<sup>83</sup> حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٢٤ .

مصر ) حيث قال : " والذي شاهدناه من حال هذا العضو أنه عظم واحد وليس فيه مفصل ولا درز أصلاً " (٨٤) .

( ٦ ) إسهامات الحسن بن الهيثم المتوفى سنة ٤٣٠ هـ فى علم التشريح: يعتبر الحسن بن الهيثم رائد علم البصريات وهو أول من بين خطأ جالينوس فى القول بأن الإبصار نتيجة مادة شعاعية تخرج من العين . وذكر ابن الهيثم أن العين تتعكس فيها المرئيات بسبب وجود الأجسام المشفة ، وهي القرنية والرطوبة الجليدية ( العدسة ) وأن هذه المرئيات تنطبع على الشبكية ، ثم تنتقل إلى الدماغ بواسطة العصب البصري (٨٥) . كما وصف ابن الهيثم تشريح العين وأعصابها بطريقة دقيقة (٨٦) . وممن ساهم فى علم تشريح العين ابن رشد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ فى كتابه ( الكليات فى الطب ) (٨٧) وكذلك الفخر الرازي المتوفى سنة ٦٠٦ هـ فى كتابه ( المباحث المشرقية ) (٨٨) .

٨٤ انظر: المرجع السابق نفس الموضوع ، علم التشريح عند المسلمين ص ٢٤ ، الطبيب أديه وفقهه ص ١٧٤ .

٨٥ وقد وصف ذلك قائلا: " إن المرئيات تنتقل إلى الدماغ بواسطة عصب البصر، وإن حدة النظر بين الباصرتين عائد إلى تماثل الصور على الشبكتين ، وهو كلام دقيق كما ذكر الأستاذ الدكتور/ محمد على البار - الطبيب أديه وفقهه ص ١٧٥ مرجع سابق ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية د / أحمد شرف الدين ص ٦٢ مرجع سابق .

٨٦ فقال : " تنشأ فى قرنى الدماغ عصبتان ، ثم تتجه كل واحدة منها نحو الأخرى فتلتقيان فى وسط الدماغ ، بعدئذ تعودان فتتفرقان ، وتذهب كل عصبية إلى المحجر الخاص بها . وفى المحجر ثقب تدخل منه العصبية ، ثم تنتشر وتتسع حتى تصبح كالقمع ، وتتصل حينئذ بالشحمة البيضاء " الطبيب أديه وفقهه ص ١٧٥ ، علم التشريح عند المسلمين ص ٢٨ ، ص ٢٩ .

(١) ٨٧ فقال فى كتابه ( الكليات فى الطب ) ج ٤ ص ٤٤: ليس الإبصار لشيء يخرج من العين على ما يرى ذلك جالينوس بل العين تقبل الألوان بالأجسام المشفة التى فيها ، على الجهة التى تقبلها المرأة ، إذا انطبعت الألوان فيها أدركتها القوة الباصرة . كما قال أيضا فى نفس الكتاب ج ٤ ص ٥٩ : " العين مركبة فى سبع طبقات وثلاث رطوبات : فأولها مما يلي القحف طبقة غشائية تنشأ من الغشاء الغليظ من أغشية الدماغ ، وتسمى الصلبة ، ثم يليها إلى خارج طبقة أخرى غشائية تنشأ من الغشاء الرقيق من أغشية الدماغ ، وتسمى هذه الطبقة المشيمة ، ثم يلي هذه طبقة شبيهة بالشبكة تنشأ من نفس العصبية الخارجة من الدماغ ، ثم فى وسط هذه الطبقة جسم لين تسمى الرطوبة الزجاجية ، وفى وسط هذا الجسم جسم كرى إلا أن فيه أدنى تفرطح شبيه بالجليد فى صفائه ، وتسمى هذه الرطوبة الجليدية ( تسمى الآن العدسة ٠٠٠٠ ) .



ويتضح مما تقدم أن العلماء والأطباء المسلمين كانوا يتمتعون بقدر كبير من المعرفة والدراية بالعلوم التشريحية ، بل كان لهم اليد العليا في هذا الفن خاصة بعد ما انفتح المسلمون على الحضارات الأخرى في العصور المتأخرة (٨٩) .

ويرجع اهتمام علماء المسلمين بعلم التشريح إلى اعتقادهم بأنه من العلوم الضرورية للطب والفقهاء على السواء ، فالطبيب لا يستغني عنه في طبه وذلك من أجل مصلحة المرضى ، وكذلك الفقيه كان يرجع إليه لتحقيق ما يفتى به ، كما أن القاضي في حاجة إلى علم التشريح ؛ لأنه يبنى حكمه ببراءة المتهم أو بإدانته بجريمة قتل على ما يقوله الطبيب المشرح ( الطبيب الشرعي ) .

كما أن الدعاة إلى الله يستخدمون علم التشريح لتوضيح القدرة الإلهية وعجائبها ، فيكون علم التشريح أحد الأدلة الداعية إلى تعميق الإيمان بالله سبحانه وتعالى .

وجدير بالذكر أن ما كتبه الأطباء والفقهاء في علم التشريح كثير جدا بحيث يضيق المقام عن استيعابه (٩٠) .

---

وهذا وصف دقيق من ابن رشد مع معرفة كاملة بكيفية تكون هذه الطبقات ، وأن لها ارتباط بالدماغ وأغشيته .

الطبيب أدبه وفقهه ص ١٧٤ - ص ١٧٥ مرجع سابق .  
88 تحدث الفخر الرازي في كتابه ( المباحث الشرقية ) عن البصر والإبصار ، فقال : " البصر هو قوة مرتبة في العصب المجوفة ، تدرك صورة ما ينطبع ( ينعكس ) = في الرطوبة الجليدية ( العدسة ) من الأجسام ذوات اللون المتأدية في الأجسام الشفافة بالفعل إلى سطوح الأجسام الصقيلة .

ثم ذكر كلاما دقيقا في فسيولوجيا الإبصار ، فقال : " والقول الصحيح هو أن الإبصار إنما يحصل بانطباع أشباح المرئيات ( Images ) بتوسط الهواء المشف في الرطوبة الجليدية ( العدسة ) ومنها ينتقل إلى عصب الإبصار " .  
وهذا الكلام قد علق به الفخر الرازي على أقوال جالينوس وغيره ، كما أنه مطابق تقريبا لما عليه الطب في العصر الحالي .

الطبيب أدبه وفقهه ص ١٧٦ مرجع سابق .

89 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٢٥ مرجع سابق .

90 علم التشريح عند المسلمين ص ٣٣ - ص ٣٧ مرجع سابق .

## المبحث الرابع

### موقف الفقه الإسلامي من تشريح جنث الموتى

لم يرد نص صريح في القرآن الكريم أو السنة النبوية المطهرة ، يفيد إباحة تشريح جنث الميت أو تحريمه ، ولكن بالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي نجد أن هناك تطبيقات لأعمال تجرى على جنث الميت قام الفقهاء ببيان الحكم الشرعي فيها ، ويمكن الأخذ بهذا الحكم فيما يخص التشريح ؛ لأن هذا الحكم لا يخرج عن كونه تطبيقاً لقواعد كلية تخضع لها كافة الأعمال التي تجري على جنث الميت .

ومن أهم هذه التطبيقات مسألة شق بطن الأم الميتة لإخراج جنينها الحي ، ومسألة شق بطن الميت لإخراج ما ابتلعه من مال غيره في أثناء حياته<sup>(٩١)</sup> .

وسوف أتناول هاتين المسألتين في مطلبين مستقلين قبل الحديث عن الحكم الشرعي للتشريح ، نظراً لارتباطهما بهذا الحكم ، وبذلك ينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، على النحو التالي :

- **المطلب الأول:** حكم شق بطن الميتة الحامل لإخراج جنينها الحي .
- **المطلب الثاني:** حكم شق بطن الميت لإخراج ما ابتلعه من مال أثناء حياته .
- **المطلب الثالث :** حكم تشريح جنث الموتى في الفقه الإسلامي .

### المطلب الأول

#### حكم شق بطن الميتة الحامل لإخراج جنينها الحي

لاشك أن شق بطن الميتة الحامل من أجل إخراج ولدها الحي فيه انتهاك لحرمتها ومخالفة للأدلة التي توجب تكريم الميت وتحريم إيذاؤه ، لكن فيه - أي في شق بطنها - المحافظة على حياة الجنين المعصوم . وعدم شق بطنها فيه المحافظة على حرمتها وتكريمها ، لكن يلزم منه - أي من

<sup>٩١</sup> الأحكام الشرعية للأعمال الطبية : د/ أحمد شرف الدين ص ٦٤ مرجع سابق ، الطبيب أدبه وفقهه ص ١٦٣ ، ص ١٦٤ .

عدم شق بطنها - القضاء على حياة الجنين وفي ذلك مخالفة للأدلة الدالة على وجوب المحافظة على النفس المعصومة .

فكان هذا التعارض هو منشأ الخلاف بين الفقهاء : فمنهم من أجاز أو أوجب شق بطنها إذا تعذر إخراج الولد منها حيا إلا بذلك ، إثارا لجانب الحي على جانب الميت . ومنهم من منع شق بطنها رعاية لحرمتها ورأى أنها لا تهان لمصلحة غيرها (٩٢) .

وسوف أعرض فيما يلي أقوال الفقهاء في هذه المسألة :

### ( ١ ) مذهب الحنفية :

جاء في كتاب الدر المختار للحصكفي : " حامل ماتت وولدها حي يضطرب شق بطنها من الأيسر ويخرج ولدها . ولو بالعكس وخيف على الأم قطع وأخرج ولو ميتا وإلا لا " (٩٣) . أي لا يجوز تقطيعه إذا كان حيا ؛ لأنه لا يجوز قتل آدمي حي حتى ولو كان في ذلك إنقاذ لآدمي آخر ، كما أن تقطيعه وقتله لا يقتضي إنقاذ حياة الأم . فكيف يقتل ويقطع من أجل مصلحة موهومة (٩٤) .

وجاء في شرح فتح القدير : " امرأة حامل ماتت واضطرب في بطنها شيء وكان رأيهم أنه ولد حي شق بطنها . . . ، لأن في - هذه المسألة - إبطال حرمة الميت لصيانة حرمة الحي فيجوز " (٩٥) .

٩٢ الأحكام الشرعية للأعمال الطبية : د / أحمد شرف الدين ص ٦٤ مرجع سابق ، أبحاث هيئة كبار العلماء ( حكم تشريح جثة المسلم ) ص ٢٧ مرجع سابق .  
٩٣ الدر المختار للحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ ط : دار الفكر ١٤١٥ هـ ج ٢ ص ٢٥٨ ، وأيضا في نفس المعنى : مجمع الأنهر لماما أفندي ط : دار إحياء التراث العربي ج ١ ص ١٨٧ .

٩٤ علم التشريح عند المسلمين د / محمد علي البار ص ٤٢ مرجع سابق .  
٩٥ شرح فتح القدير : كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٦٨١ هـ ط : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان ، بدون تاريخ طبع ج ٢ ص ١٠٢ ، وانظر في نفس المعنى : بدائع الصنائع : علاء الدين الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ط : دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الثانية ١٩٨٢ م ج ٥ ص ١٣٠ ، البحر الرائق : زين الدين بن نجيم الحنفي المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ط : دار المعرفة ، بيروت - بدون تاريخ طبع ج ٨ ص ٢٣٣ .

## ( ٢ ) مذهب المالكية :

جاء في الشرح الكبير لمختصر خليل : و (بقر) أي شق بطن ميت (عن مال) له أو لغيره ابتلعه حيا (كثير) بأن كان نصابا (ولو) ثبت (بشاهد ويمين) ومحل التقييد بالكثير إذا ابتلعه لخوف عليه أو لمداواة ، أما لقصد حرمان الوارث فيبقر ولو قل (لا) يبقر (عن جنين) رجي لإخراجه ولا تدفن به إلا بعد تحقق موته ولو تغيرت (وتؤولت أيضا على البقر) وهو قول سحنون وقد تأولها عبد الوهاب (إن رجي) خلاصة حيا وكان في السابع أو التاسع فأكثر (وإن قدر على إخراجه من محله) بحيلة (فعل) اللخمي وهو مما لا يستطاع أهـ<sup>(٩٦)</sup> .

وجاء في شرح المواق على مختصر خليل : " قال مالك : لا يبقر بطن الميتة إذا كان جنينها يضطرب في بطنها . وقال سحنون : إن كملت حياته ورجى خلاصة بقر . وقال ابن عبد الحكم : رأيت رجلا مقورا على ناقة مقورة ، قال سند : وإذا بقر فمن خاضرتها اليسرى ، وقال ابن يونس : الصواب عندي البقر؛ لأن الميت لا يؤلمه وقد رأي أهل العلم قطع الصلاة خوف وقوع صبي أو أعمى في بئر ، وقطع الصلاة فيه إثم ولكن أبيع لإحياء نفس فكذلك يباح بقر الميتة لإحياء ولدها الذي يتحقق موته إن ترك ، والواقع في البئر قد يحيا فكان البقر أولى ، ويحمل قول عائشة : كسر عظام الميت ككسرها حيا : إذا فعل ذلك عبثا ، وأما لأمر هو واجب فلا ، ألا ترى الحي لو أصابه أمر في جوفه يتحقق أن حياته باستخراجه لبقر عليه ولم يكن أثما في فعل ذلك بنفسه أو بولده أو عبده مع أن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت ؟ قال اللخمي : إن كان الجنين في وقت لو أسقطته وهي حية لم يعيش لم يبقر ، وإن كان في شهر يعيش فيه الولد إذا وضعت كالتى دخلت في السابع أو التاسع أو العاشر وكان متى بقر عليه رجيت حياته ، فقال مالك : لا يبقر عليه ، وقال أشهب وسحنون : يبقر عليه وهو أحسن ، وإحياء النفس أولى من صيانة ميت (وتؤولت أيضا على البقر إن رجي) .

<sup>٩٦</sup> الشرح الكبير لمختصر خليل: لأبي البركات سيدي أحمد الدردير ط: دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي وشركاه بدون تاريخ طبع ج١ ص ٤٢٩ ، وفي نفس المعنى: شرح الخرشي ط: دار الفكر- بيروت ج٢ ص ١٤ ، بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ/ أحمد الصاوي ، على الشرح الصغير ط: المكتبة التجارية الكبرى ج١ ص ٢٠٥ .

أما اللخمي وابن يونس فقد اختارا البقر كما تقدم مصرحين بأنه خلاف قول مالك ، وذكر ابن عرفة في المسألة ثلاثة أقوال ( وإن قدر على إخراجها من محله فعل ) قال مالك : إن قدر على أن يستخرج الولد من حيث يخرج في الحياة فعل " اهـ (٩٧) .

ومن خلال هذا النص نجد أن للمالكية في هذه المسألة ثلاثة أقوال : الأول : أنه لا يشق عن جنين يضرب في بطن أمة الميتة ، وهو ما قال به الإمام مالك ، والثاني : أنه يجوز الشق عن الجنين إن كملت حياته ورجى خلاصه ، وهو ما قال به سحنون . والثالث : قيد جواز الشق بكونه في شهر يعيش فيه الولد إذا وضعته الأم كالتى دخلت في الشهر السابع أو التاسع أو العاشر وكان متى شق عنه رجيت حياته ، وهو ما قال به اللخمي .

### ( ٣ ) مذهب الشافعية :

جاء في مغني المحتاج : " لو دفنت امرأة في بطنها جنين ترجى حياته بأن يكون له ستة أشهر فأكثر ، نبشت - أي قبرها - وشق جوفها وأخرج تداركا للواجب ؛ لأنه يجب شق جوفها قبل الدفن ، وإن لم ترج حياته لم تنبش " (٩٨) .

وجاء في المجموع : " وإن ماتت امرأة وفي جوفها جنين حي شق جوفها ، لأنه استبقاء حي بإتلاف جزء من الميت فأشبه إذا اضطر إلى أكل جزء من الميت (٩٩) ويشترط لذلك أن ترجى حياة الولد بأن يكون له ستة أشهر فأكثر . فإن كان لا ترجى حياته بأن يكون له دون ستة أشهر لم تشق بطن الأم ؛ لأنه لا معنى لانتهاك حرمتها فيما لا فائدة فيه (١٠٠) .

٩٧ التاج والإكليل لمختصر خليل: لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بأموافق والمتوفى في رجب سنة ٨٩٧هـ مطبوع بهامش مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ ط: دار الفكر - الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ج٢ ص ٢٥٤ .

٩٨ مغني المحتاج : محمد الشربيني الخطيب ط : مصطفى الحلبي ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م ج١ ص ٣٦٧ .

٩٩ المجموع شرح المذهب : محي الدين النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ ط : دار الفكر ، بدون تاريخ طبع ج٥ ص ٣٠١ .

١٠٠ هذا هو الأصح في المذهب، وفي المسألة وجهين آخرين: أحدهما : تشق بطن الأم ويخرج الولد . والثاني : يتقل بطنها بشيء ليموت الولد ، وهو غلط . انظر : المرجع

#### ( ٤ ) مذهب الحنابلة :

جاء في المغني لابن قدامة : قال : ( والمرأة إذا ماتت وفي بطنها ولد يتحرك فلا يشق بطنها ويسطو عليه القوابل فيخرجنه ) معنى يسطو القوابل أن يدخلن أيديهن في فرجها فيخرجن الولد من مخرجه ، والمذهب أنه لا يشق بطن الميتة لإخراج ولدها مسلمة كانت أو ذمية ، وتخرجه القوابل إن علمت حياته بحركة ، وإن لم يوجد نساء لم يسלט الرجال عليه وتترك أمه حتى يتيقن موته ثم تدفن ، ومذهب مالك وإسحاق قريب من هذا ، ويحتمل أن يشق بطن الأم إن غلب على الظن أن الجنين يحيا وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه إتلاف جزء من الميت لإبقاء حي فجاز كما لو خرج بعضه حيا ولم يمكن خروج بقيته إلا يشق؛ ولأنه يشق لإخراج المال منه فلا يبقاء الحي أولى " (١٠١) .

وجاء في الإنصاف للمرداوي : " قوله : ( وإن ماتت حامل لم يشق بطنها ) وهذا المذهب نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب ، قال الزركشي : هذا المنصوص ، وعليه الأصحاب وقوله ( ويحتمل أن يشق بطنها إذا غلب على الظن أنه يحيا ) وهو وجه في ابن تميم وغيره . فعلى المذهب ( تسطو عليه القوابل فيخرجنه ) إذا احتمل حياته على الصحيح من المذهب ، وقال القاضي في الخلاف إن لم يوجد إمارات الظهور بانتفاخ المخارج وقوة الحركة فلا تسطو القوابل .

فعلى الأول: إن تعذر إخرجه بالقوابل فالمذهب: أنه لا يشق بطنها،  
قاله في المغني والشرح والفروع وغيرهم . وعليه أكثر الأصحاب .  
واختار ابن هبيرة : أنه يشق ويخرج الولد . قلت: وهو أولى . فعلى

---

السابق ج ٥ ص ٣٠١ - ٣٠٢ ، وفي نفس المعنى : أسنى المطالب : الشيخ زكريا الأنصاري الناشر : دار الكتاب الإسلامي ج ١ ص ٣٣٢ ، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ط : دار إحياء التراث العربي ج ٣ ص ٢٠٥ .  
101 المغني والشرح الكبير : لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ تحقيق د/ محمد شرف الدين خطاب - د / السيد محمد السيد أ / سيد إبراهيم صادق ط : دار الحديث القاهرة ، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م ، ج ٣ ص ٣٥١ - ٣٥٢ ، وفي نفس المعنى : الشرح الكبير على متن المقنع : لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ مطبوع مع المغني لابن قدامة ج ٣ ص ٣٦٠ - ص ٣٦٢ .

المذهب: يترك ولا تدفن حتى يموت. قال في الفروع : هذا الأشهر ... " (١٠٢)

### ( ٥ ) مذهب الظاهرية :

جاء في المحلى لابن حزم : " مسألة : ولو ماتت امرأة حامل والولد حي يتحرك قد تجاوز ستة أشهر فإنه يشق بطنها طولا ويخرج الولد ، لقوله تعالى: (ومن أحيائها فكأنما أحياء الناس جميعا ) . ومم تركه عمدا حتى يموت فهو قاتل نفس ، ولا معنى لقول أحمد رحمه الله : تدخل القابلة يدها فتخرجه، لوجهين: أحدهما : أنه محال لا يمكن ولو فعل ذلك لمات الجنين بيقين قبل أن يخرج، ولولا دفع الطبيعية المخلوقة المقدره له وجر ليخرج لهلك بلا شك، والثاني: أن مس فرجها لغير ضرورة حرام ١٠هـ " (١٠٣) .

### ( ٦ ) مذهب الشيعة الزيدية :

جاء في السيل الجرار: " قوله " ويشق أيسره لاستخراج حمل تحرك أو مال علم بقاؤه غالبا، أقول : لم يرد في الشق لواحد من الأمرين شيء يعتمد عليه ، لكن قد علم بتحريك الحمل أنه حي فدفعه إهلاكا له، وقد ورد في حفظ النفوس واحترامها ما هو أشهر من ضوء النهار فإن كان مثلا ذلك الحمل المتحرك مما يظن حياته إذا خرج من البطن فإنقاذه واجب، ولا يعارض هذا ما ورد من أن الميت يتألم كما يتألم الحي وأن كسر عظمه ميتا ككسره حيا؛ لأن حرمة الحي والحظر في إهلاكه أبلغ من ذلك وأشد " (١٠٤) .

<sup>102</sup> الإنصاف للمرادوي ج٢ ص ٥٥٦ ط: دار إحياء التراث العربي - بيروت - تحقيق محمد حاد الفقي، وفي نفس المعنى: كشاف القناع لمنصور بن يونس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ ط: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - الناشر: محمد علي بيضون ج٢ ص ١٧٠ .

<sup>103</sup> المحلى : لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ تحقيق أحمد محمد شاكر : ط دار التراث ، القاهرة بدون تاريخ طبع ج ٥ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ مسألة ( ٦٠٧ ) قال الشيخ أحمد محمد شاكر - محقق هذا الكتاب - في تعليقه على هذا النص : " أما إخراج الولد الحي من بطن الحامل إذا ماتت فإنه واجب ، وأما كيف يخرج ؟. فهذا من شأن أهل هذه الصناعة من الأطباء والقوابل . انظر المرجع السابق ج٥ ص ١٦٧ هامش ( ١٠٢ ) .

<sup>104</sup> السيل الجرار المتدقق على حدائق الأزهار : محمد بن علي الشوكاني ( ١١٧٣ - ١٢٥٠هـ ) تحقيق : قاسم غالب أحمد - محمود أمين النواوي - محمود إبراهيم زايد -

## ( ٧ ) مذهب الشيعة الإمامية :

جاء في مفتاح الكرامة تحت عنوان : ( في ما لو ماتت الحامل والولد حي أو بالعكس ) قوله قدس الله تعالى روحه : ( ويشق بطن الميتة لإخراج الولد الحي ) ولا أعرف فيه خلافا ٠٠ ولا عبرة بكونه مما يعيش عادة ٠٠٠ وإن علم إمكان إخراجه بلا شق تعين ٠٠ ثم يخاط موضع الشق .  
قوله قدس الله تعالى روحه : ( ولو انعكس أدخلت القابلة يدها وقطعته وأخرجته ) ٠٠٠ والوجه أنه إن أمكن التوصل إلى إسقاطه صحيحا بشيء من العلاجات وإلا توصل إلى إخراجه بالأرفق فالأرفق ، ويتولى ذلك النساء فالرجال المحارم فإن تعذر فغيرهم " (١٠٥) .  
وجاء في شرائع الإسلام: " وإن مات ولد الحامل قطع وأخرج، وإن ماتت هي دونة شق جوفها من الجانب الأيسر وانتزع، وخيط الموضوع " (١٠٦) .

## ( ٨ ) مذهب الإباضية :

جاء في شرح النبل وشفاء العليل : " ولا يخرق بطن المرأة إلى جنبين في بطنها حي ، وفي ( الأثر ) إن فعل لزمته دية الجنابة وتاب ، وذلك أن الجنين لا يدري حاله في البطن ، ولا حاله لو خرج ٠٠٠ " (١٠٧) .

---

بسيوني رسلان ط : وزارة الأوقاف - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - لجنة إحياء التراث الإسلامي الطبعة الثانية - القاهرة ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م ج١ ص ٣٣٦ ، وانظر أيضا : الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير: شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين بن أحمد بن علي بن محمد بن سليمان بن صالح السياغي الصنعاني ط: دار الجيل ج٢ ص ٣٧٩ .

<sup>105</sup> مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة: محمد جواد بن محمد الحسيني العاملي المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ تحقيق: محمد باقر الخالصي ط : مؤسسة النشر الإسلامي - الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ ج٤ ص ٣٠١ - ص ٣٠٤ .

<sup>106</sup> شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ تحقيق : السيد صادق الشيرازي - الناشر : انتشارات الاستقلال طهران الطبعة الثانية ١٤٠٩ هـ - مطبعة أمير قم ج١ ص ٣٦ .

وانظر المختصر النافع لأبي القاسم الحلبي ط : دار الأضواء ص ١٥ .  
<sup>107</sup> شرح النبل وشفاء العليل : محمد بن يوسف أطفيش ط : مكتبة الإرشاد - جدة - المملكة العربية السعودية - الطبعة الثانية ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م - الطبعة الثالثة - ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ج٢ ص ٦٧٩ - ص ٦٨٠ .



بعد عرض أقوال الفقهاء فى حكم شق بطن الأم الميتة من أجل

إخراج ولدها الحي يتبين لنا أن الفقهاء قد اختلفوا فى هذه المسألة على مذهبين ، على النحو التالي :

**المذهب الأول :** يجوز شق بطن الحامل بعد وفاتها من أجل

استخراج ولدها الحي بشرط أن ترجى حياته بأن يكون له ستة أشهر فأكثر وهذا ما ذهب إليه الحنفية<sup>(١٠٨)</sup> وبعض المالكية<sup>(١٠٩)</sup> ، والشافعية<sup>(١١٠)</sup> ، ومقابل المذهب عند الحنابلة<sup>(١١١)</sup> ، وهو مذهب والظاهرية<sup>(١١٢)</sup> ، والزيدية<sup>(١١٣)</sup> ، والإمامية<sup>(١١٤)</sup> .

**المذهب الثانى :** لا يجوز شق بطن الحامل بعد وفاتها من أجل

إخراج جنينها الحي حتى ولو كانت ترجى حياته . وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك<sup>(١١٥)</sup> والحنابلة فى المذهب<sup>(١١٦)</sup> وإليه ذهب الإباضية<sup>(١١٧)</sup> .

<sup>108</sup> شرح فتح القدير ج٢ ص ١٠٢ ، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٠ ، البحر الرائق ج٨ ص ٢٣٣ .

<sup>109</sup> الشرح الكبير لمختصر خليل ج١ ص ٤٢٩ ، شرح الخرشي ج٢ ص ١٤٥ ، التاج والإكليل للمواق ج٢ ص ٢٥٤ .

<sup>110</sup> مغني المحتاج ج١ ص ٣٦٧ ، المجموع شرح المهذب ج٥ ص ٣٠١ ، حاشية قلوبى على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووي ط : دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى الحلبي بدون تاريخ طبع ج١ ص ٣٥٢ .

<sup>111</sup> المغني والشرح الكبير ج٣ ص ٣٥١ - ص ٣٥ ، الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي - مطبوع مع المغني - ج٣ ص ٣٦٠ - ص ٣٦٢ ، الإنصاف : للمرداوي ج٢ ص ٥٥٦ ، كشاف القناع ج٢ ص ١٧٠ .

<sup>112</sup> المحلى لابن حزم الظاهري ج٥ ص ١٦٦ ، ص ١٦٧ مسألة ( ٦٠٧ ) .

<sup>113</sup> السيل الجرار ج١ ص ٣٣٦ ، الروض النضير ج٢ ص ٣٧٩ .

<sup>114</sup> مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة ج٤ ص ٣٠١ - ٣٠٤ ، المختصر النافع ص ١٥ .

<sup>115</sup> انظر مراجع المالكية السابق الإشارة إليها .

<sup>116</sup> انظر : مراجع الحنابلة السابق الإشارة إليها .

<sup>117</sup> شرح النيل وشفاء العليل ج٢ ص ٦٧٩ - ص ٦٨٠ .

## الأدلة والمناقشة

أولا : أدلة أصحاب المذهب الأول :

استدل جمهور الفقهاء على القول بجواز شق بطن الحامل بعد وفاتها من أجل إخراج جنينها الحي ، بالكتاب ، والمعقول ، والقياس ، على النحو التالي :

( ١ ) من الكتاب :

استدلوا بقوله تعالى: { ومن أحياءها فكأنما أحياء الناس جميعا }<sup>(١١٨)</sup>.

وجه الاستدلال بالآية الكريمة :

أن في شق بطن الحامل الميتة لاستخراج ولدها الذي ترجى حياته فيه الإبقاء على حياة الحمل المعصوم ، وفي ذلك إحياء للنفس الإنسانية كما أن فيه إيثار لجانب الحي على جانب الميت<sup>(١١٩)</sup> .  
يقول ابن كثير في تفسيره لهذه الآية الكريمة :

( ومن أحياءها ) أي حرم قتلها واعتقد ذلك فقد سلم الناس كلهم منه بهذا الاعتبار ، ولهذا قال ( فكأنما أحياء الناس جميعا ) . . . . . وإحيائها ألا يقتل نفسا حرمها الله فذلك الذي أحياء الناس جميعا<sup>(١٢٠)</sup> .  
( ٢ ) من المعقول :

أ - أن شق بطن الحامل الميتة لاستخراج جنينها الذي ترجى حياته فيه إحياء للنفس المعصومة ، وإحياء النفس أولى من صيانة الميت<sup>(١٢١)</sup> وفي

<sup>118</sup> سورة المائدة من الآية ( ٣٢ ) .

<sup>119</sup> أبحاث هيئة كبار العلماء ( حكم تشريح جثة المسلم ) المجلد الثاني ص ٢٧ مرجع

سابق.

<sup>120</sup> تفسير ابن كثير ج٢ ص ٤٨ . وفي نفس المعنى : معاني القرآن : لأبي جعفر النحاس المتوفى سنة ٣٣٨هـ تحقيق : الشيخ محمد علي الصابوني - الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ - الناشر : جامعة أم القرى - المملكة العربية السعودية ج٢ ص ٢٩٨ وما بعدها .

<sup>121</sup> شرح المواق على مختصر خليل ج٢ ص ٢٥٤ ، السيل الجرار ج١ ص ٣٣٦ ، أبحاث هيئة كبار العلماء ( حكم تشريح جثة المسلم ) ص ٢٧ .

هذا المعنى يقول العز بن عبد السلام: " لأن حفظ حياته أعظم من مفسدة انتهاك حرمة أمه " (١٢٢) .

وهذا القول مبنى على أنه إذا اجتمعت مصلحة ومفسدة قدم أعظمهما ، وحفظ حياة الجنين مصلحة أعظم من درء مفسدة انتهاك حرمة الأم الميتة فقدم تحصيل الحياة (١٢٣) . وجاء في كتاب الأشباه والنظائر للسيوطي : " وقد يراعي المصلحة ، لغلبتها على المفسدة " (١٢٤) .

ب - أن فى ذلك إتلاف جزء من الميت لإبقاء حي فجاز كما لو خرج بعضه حيا ولم يمكن خروج بقيته إلا بشق ، ولأن الميت يشق لإخراج المال منه فلا يبقاء الحي أولى (١٢٥) .

### ويناقش هذا الدليل :

بأن إحياء النفس المعصومة ليس بأولى من صيانة حرمة الميت ؛ لأن الميت يتألم كما يتألم الحي ، وأن كسر عظمه ميتا ككسره حيا (١٢٦) .

122 قواعد الأحكام فى مصالح الأنام : لأبي محمد عز الدين عبد العزيز عبد السلام السلمى المتوفى سنة ٦٦٠ هـ ط : دار الجيل - الطبعة الثانية ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م مراجعة وعلق عليه : طه عبد الرؤوف سعد ج١ ص ١٠٢ .

123 حكم بقر بطن الأمي الميت - بحث فقهي مقارن لأستاذنا الدكتور/ مصباح المتولى حماد - منشور ضمن كتاب قضايا فقهية معاصرة تأليف لجنة من أساتذة الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ج١ ص ٥٠٥ ط : ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م .

124 الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٩ ط : المكتبة التوفيقية .

125 المغني مع الشرح الكبير ج٢ ص ٣٥١ - ٣٥٢ ، الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي ج٣ ص ٣٦١ - ٣٦٢ ، وفى هذا المعنى جاء فى المذهب للشيرازي " وإن ماتت امرأة وفى جوفها جنين حي شق جوفها ؛ لأنه استبقاء حي بإتلاف جزء من الميت ، فأشبهه إذا اضطر إلى أكل جزء من الميت " المذهب فى فقه الإمام الشافعي : لأبي إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ، وبهامشة انظم المستعذب بشرح غريب المذهب لابن بطال ط : مصطفى البابي الحلبي - الطبعة الثالثة ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م ج١ ص ١٨٩ . ومعنى ذلك : أن الإنسان إذا كان فى مخمصة ولم يجد إلا لحم إنسان ميت أكل منه ما يسد به رمقه أى بالقدر الذى يحفظ حياته .

حكم بقر بطن الأمي الميت- بحث فقهي مقارن لأستاذنا الدكتور/ مصباح المتولى حماد - ج١ ص ٥٠٦ .

وفى هذا يقول السيوطي فى الأشباه والنظائر ص ١٧٤ تحت قاعدة " ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها " ومن فروعها : " المضطر : لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق " .  
126 السيل الجرار ج١ ص ٣٣٦ .

وأجيب عن هذه المناقشة :

بأن حرمة الحي والحظر فى إهلاكه أبلغ وأشد من حرمة الميت (١٢٧) ويحمل حديث : " كسر عظم الميت ككسره حيا " على ما إذا فعل ذلك عبثا (١٢٨) .

( ٣ ) من القياس :

أنه يجوز قطع الصلاة إذا خيف وقوع صبي أو أعمى فى بئر ، و قطع الصلاة فيه إثم ولكن أبيض لإحياء نفس فكذلك يباح بقر الميتة لإحياء ولدها الذى يتحقق موته إن ترك ، والواقع فى البئر قد يحيا فكان شق بطن الميتة أولى (١٢٩) .

ثانيا : أدلة أصحاب المذهب الثانى :

استدل أصحاب هذا المذهب على القول بعدم جواز شق بطن الحامل الميتة من أجل إخراج ولدها الحي حتى ولو كانت ترجى حياته ، بالسنة ، والمعقول ، على النحو التالى :

( ١ ) من السنة :

استدلوا بما روى عن عائشة - رضى الله عنها - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " كسر عظم الميت ككسره حيا " . وزاد ابن ماجه من حديث أم سلمة - رضى الله عنها - " فى المائم " (١٣٠) .

وجه الدلالة من الحديث :

أنه لا يجوز الاعتداء على جثة الميت بكسر للعظم أو شق للبطن أو نحو ذلك ؛ لأنه يتألم كما يتألم الحي (١٣١) .

قال الصنعاني فى الاستدلال بهذا الحديث : " فيه بيان للمثلية ودلالة على وجوب احترام الميت كما يحترم الحي ولكن بزيادة " فى الإثم " أنبأت

127 السيل الجرار ج١ ص ٣٣٦ .

128 شرح المواق على مختصر خليل ج٢ ص ٢٥٤ .

129 انظر المرجع السابق نفس الموضوع .

130 الحديث سبق تخريجه .

131 السيل الجرار ج١ ص ٣٣٦ .

أنه يفارقه من حيث أنه لا يجب الضمان وهو يحتمل أن الميت يتألم كما يتألم الحي " (١٣٢) .

ويناقش الاستدلال بهذا الحديث :

بأنه يحمل على ما إذا فعل ذلك بالميت على سبيل العيث (١٣٣) . كما أن حرمة الحي والحظر في إهلاكه أبلغ وأشد من حرمة الميت (١٣٤) .

## ( ٢ ) من المعقول :

أ - أن المحافظة على حياة النفس المعصومة ( الجنين ) ليس بأولى من صيانة حرمة الميت ( الأم الحامل ) ، لأن الميت يتألم كما يتألم الحي . كما أنه ينبغي ألا يهان الميت لمصلحة غيره (١٣٥) .

## ويناقش هذا الدليل :

بأن رعاية عصمة الدم أكد من رعاية حرمة الميت ؛ فإن الاعتداء على الميت بقطع رقبته أو عضو من أعضائه مثلا لا يوجب قصاصا ولا دية ، وإنما يوجب تعمه تعزيرا بخلاف قتل الحي فإنه يوجب في الجملة قصاصا أو دية (١٣٦) .

ب - أن في شق بطن الميتة هناك حرمة متيقنة لإبقاء حياة موهومة ؛ لأن الغالب أن الجنين لا يعيش . وفي هذا يقول ابن قدامة : " ولنا : أن هذا الولد لا يعيش عادة ولا يتحقق أنه يحيا ، فلا يجوز هناك حرمة متيقنة لأمر موهوم " (١٣٧) .

<sup>132</sup> سبل السلام ج٢ ص ١٥٦ .

<sup>133</sup> شرح المواق على مختصر خليل ج٢ ص ٢٥٤ .

<sup>134</sup> السيل الجرار ج١ ص ٣٣٦ .

<sup>135</sup> انظر : المرجع السابق نفس الموضوع ، أبحاث هيئة كبار العلماء (حكم تشريح جثة

المسلم) المجلد الثاني ص ٢٧ .

<sup>136</sup> أبحاث هيئة كبار العلماء (حكم تشريح جثة المسلم) المجلد الثاني ص ٢٧ .

<sup>137</sup> المغني مع الشرح الكبير ج١ ص ٣٥٢ .

ونوقش هذا الدليل :

بأنه ربما كان هذا في زمانهم أما الآن فمعرفة حياة الجنين متيقنة عن طريق الأطباء وبواسطة الأجهزة الطبية المتخصصة (١٣٨) .

**الرأي الراجح :**

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يتضح أن الرأي الأولي بالقبول هو القائل بجواز شق بطن المرأة الحامل بعد وفاتها من أجل إخراج جنينها الحي بشرط أن ترجى حياته ، ويمكن التأكد من هذا عن طريق الأجهزة الطبية الحديثة ؛ لأن في القول بالجواز إحياء للنفس الإنسانية المعصومة التي أمرنا بالمحافظة عليها ، كما أن الإبقاء على حياة الحمل المعصوم أولى من صيانة حرمة الميت (١٣٩) .

### المطلب الثاني

**حكم شق بطن الميت لإخراج ما ابتلعه من مال حال حياته**

اختلف الفقهاء في حكم شق بطن الميت من أجل إخراج ما ابتلعه من مال حال حياته ، ولبيان آراء الفقهاء في هذه المسألة سوف أعرض فيما يلي بعض أقوالهم على النحو التالي:

( ١ ) **مذهب الحنفية :**

جاء في شرح فتح القدير: " إمراة حامل ماتت واضطرب في بطنها شيء وكان رأيهم أنه ولد حي شق بطنها ، فرق بين هذا وبين ما إذا ابتلع الرجل درة فمات ولم يدع مالا ، عليه القيمة ولا يشق بطنه؛ لأن في المسألة الأولى إبطال حرمة الميت لصيانة حرمة الحي فيجوز أما في المسألة الثانية إبطال حرمة الأعلى وهو الأمي لصيانة حرمة الأدنى وهو المال ولا كذلك في المسألة الأولى. انتهى. وتوضيحه الاتفاق على أن حرمة المسلم ميتا

<sup>138</sup> حكم بقر بطن الأمي الميت - بحث فقهي مقارن لأستاذنا الدكتور / مصباح المتولي حماد ص ٥١٠ مرجع سابق .

<sup>139</sup> انظر في تأييد هذا الرأي : حكم بقر بطن الأمي الميت بحث فقهي مقارن لأستاذنا الدكتور / مصباح المتولي حماد - ص ٥١٠ مرجع سابق .

كحرمته حيا ولا يشق بطنه حيا لو ابتلعها إذا لم يخرج مع الفضلات فكذا  
ميتا " (١٤٠) .

وجاء في الأشباه لابن نجيم : " قالوا بخلاف ما إذا ابتلع لؤلؤه فمات  
فإنه لا يشق بطنه . . . " (١٤١) .

### ( ٢ ) مذهب المالكية :

جاء في الشرح الكبير لمختصر خليل: "و ( بقر ) أي شق بطن  
ميت ( عن مال ) له أو لغيره ابتلعه حيا ( كثر ) بأن كان نصابا ( ولو ) ثبت  
( بشاهد ويمين ) ومحل التقييد بالكثير إذا ابتلعه لخوف عليه أو لمداواة ، أما  
لقصد حرمان الوارث فيبقر ولو قل " (١٤٢) .

### ( ٣ ) مذهب الشافعية :

جاء في المجموع: "وإن بلع الميت جوهرة لغيره وطالب بها  
صاحبها شق جوفه وردت الجوهرة ، وإن كانت الجوهرة له ففيه وجهان:  
أحدهما: يشق؛ لأنها صارت للورثة فهي كجوهرة الأجنبي. والثاني: لا  
يجب؛ لأنه استهلكها في حياته فلم يتعلق بها حق الورثة " (١٤٣) .  
وجاء في مغني المحتاج: " ولو بلع مالا لغيره وطلبه صاحبه كما  
في الروضة ولم يضمن مثله أو قيمته أحد من الورثة أو غيرهم كما في  
الروضة نبش وشق جوفه وأخرج منه ورد لصاحبه . . . إن ابتلع مال نفسه  
فلا ينبش ولا يشق لاستهلاكه ماله في حال حياته " (١٤٤) .

140 شرح فتح القدير ج٢ ص ١٠٢ ونفس المعنى: البحر الرائق ج٨ ص ٢٣٣ ، شرح

الملتقى بؤامش مجمع الأنهر ج١ ص ١٨٧ .

141 الأشباه والنظائر : ابن نجيم الحنفي ص ٨٨ قاعدة : الأشد يزال بالأخف ط : دار

الكتب العلمية - بيروت - لبنان ، الدر المختار ج٢ ص ٢٥٩ .

142 الشرح الكبير لمختصر خليل ج١ ص ٤٢٩ ، وفي نفس المعنى : شرح الخرشي

ج٢ ص ١٤٥ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل : لعبد الباقي الزرقاني ط : دار

الفكر ج٢ ص ١١٤ .

143 المجموع شرح المهذب ج٥ ص ٣٠٠ ، المهذب للشيرازي ج١ ص ١٨٩

144 مغني المحتاج ج١ ص ٣٦٦ ، وفي نفس المعنى: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لشمس

الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب. وهو شرح على متن غاية الاختصار في الفقه على

مذهب الإمام الشافعي للعلامة أبي شجاع أحمد بن الحسين ابن أحمد الأصفهاني الشافعي ط:

الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية ١٤٠١هـ - ١٩٨١م ج١ ص ٣٣١ .

#### ( ٤ ) مذهب الحنابلة :

جاء في المغني لابن قدامة: " وإن بلغ الميت مالا لم يخل من أن يكون له أو لغيره، فإن كان له لم يشق بطنه؛ لأنه استهلكه في حياته، ويحتمل أنه إن كان يسيراً ترك، وإن كثرت قيمته شق بطنه وأخرج ، لأن فيه حفظ المال عن الضياع ونفع الورثة الذين تعلق حقهم بماله بمرضه، وإن كان المال لغيره وابتلعه بإذنه فهو كماله؛ لأن صاحبه أذن في إتلافه، وإن بلعه غصبا ففيه وجهان: أحدهما: لا يشق بطنه ويغرم من تركته ، لأنه لم يشق من أجل الولد المرجو حياته فمن أجل المال أولى . والثاني : يشق إن كان كثيراً؛ لأن فيه دفع الضرر عن المالك برد ماله إليه ، وعن الميت بإبراء ذمته ، وعن الورثة بحفظ التركة لهم " (١٤٥) .

#### ( ٥ ) مذهب الظاهرية :

جاء في المحلى : " مسألة : ومن بلغ درهما أو ديناراً أو لؤلؤة شق بطنه عنها ، لصحة نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن إضاعة المال ، ولا يجوز أن يجبر صاحب المال على أخذ غير عين ماله ، مادام عين ماله ممكناً ؛ لأن كل ذي حق أولى بحقه ، وقد قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام " (١٤٦) . فلو بلعه وهو حي حبس حتى يرميه ، فإن رماه ناقصاً ضمن ما نقص ، فإن لم يرمه ضمن ما بلغ ، ولا يجوز شق بطن الحي لأن فيه قتله ، ولا ضرر في ذلك على الميت . ولا يخل شق بطن الميت بلا معنى ؛ لأنه تعدى ، وقد قال تعالى : ( ولا تعتدوا ) (١٤٧)(١٤٨) .

<sup>145</sup> المغني لابن قدامة ج٢ ص ٣٥٢ - ص ٣٥٣ ، وفي نفس المعنى : الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي ج٢ ص ٣٥٢ - ص ٣٥٣ ، الفروع : لشمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح ط : عالم الكتب ج٢ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣ ، منتهى الإرادات : لنقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي المصري الشهير بابن النجار ط : عالم الكتب ج١ ص ١٦٨ .

<sup>146</sup> الحديث سبق تخريجه .

<sup>147</sup> سورة البقرة جزء من الآية ( ١٩٠ ) .

<sup>148</sup> المحلى لابن حزم الظاهري ج٥ ص ١٦٦ مسألة ( ٦٠٦ ) .



## ( ٦ ) مذهب الشيعة الزيدية :

جاء في السيل الجرار: "قوله : ويشق أيسره لاستخراج حمل تحرك أو مال علم بقاءه غالبا" أقول : ٠٠٠ وأما من ازردد مالا فمات وهو في بطنه فبقاؤه منكر عظيم وإضاعة للمال المنهي عن إضاعته فأخراجه متوجه والميت هو الجاني على نفسه فلا حرج في تأليمه ولا فرق بين قليل المال وكثيرة؛ لأن الكل منكر وإضاعة فلا وجه للاحتراز على مقدار ثلث ماله فإن الله سبحانه إنما جعل له ثلث ماله ليتقرب به إلى الله لا ليدسه في التراب معه " (١٤٩) .

## ( ٧ ) مذهب الشيعة الإمامية :

جاء في مفتاح الكرامة تحت عنوان ( ويحرم نبش القبر ) ٠٠٠ ومنها : ما لو ابتلع ماله قيمة ثم مات . قال الكركي وتلميذه : إن جاز شق جوفه نبش ، ولعل الظاهر العدم خصوصا إذا كان مال نفسه ، ثم يضمن في تركته مال الغير ، انتهى . قلت : الشيخ في الخلاف لم يجوز الشق على مال ، وفي الذكري يحتمل تقييده بعدم ضمان الوارث . قال : ويمكن الفرق بين ماله ومال غيره . قال : وإذا قلنا بعدم النبش يؤخذ من تركته إذا كان لغيره ؛ لأنه أتلفه في حياته ، أما لو بلى جاز النبش ، فإن كان الوارث لم يغرم لصاحبه عاد إليه وإن غرم غرم .

فالأجود التراد . وفي كشف اللثام: قد يفرق بين كونه ماله أو مال غيره وبضمان الوارث من ماله أو من التركة وعدمه " (١٥٠) .

بعد عرض أقوال الفقهاء في حكم شق بطن الميت لإخراج المال الذي ابتلعه حال حياته يتبين لنا أن الفقهاء قد اختلفوا في هذه المسألة على مذهبين ، على النحو التالي :

**المذهب الأول:** يجوز شق بطن الميت لإخراج المال الذي ابتلعه حال حياته، وهذا ما ذهب إليه المالكية<sup>(١٥١)</sup> في المشهور، والظاهرية<sup>(١٥٢)</sup>، والزيدية<sup>(١٥٣)</sup>،

١٤٩ السيل الجرار ج١ ص ٣٣٦ - ٣٣٧ .

١٥٠ مفتاح الكرامة ج٤ ص ٢٩٧ .

١٥١ وذلك متى ابتلع حال حياته مالا له أو لغيره ثم مات فإنه تشق بطنه لإخراج المال بشرط أن يكون لهذا المال قدر ، ويكون كذلك إذا بلغ نصابا ، وهل هو نصاب الزكاة أم

وبعض الحنابلة<sup>(١٥٥)</sup> وبه قال الشافعية<sup>(١٥٦)</sup> إذا كان المال لغير الميت. أما إذا كان المال الذي ابتلعه الميت ملكا له ففيه وجهان عند الشافعية: أحدهما: يشق بطن الميت لإخراج المال؛ لأنه صار للورثة. والثاني: لا يشق بطن الميت؛ لأنه قد استهلك مال نفسه في حياته. وأيضا هناك قول عند الحنفية<sup>(١٥٦)</sup> بجواز الشق.

نصاب السرقة قولان . وعلى هذا القول لا بد من ثبوت ابتلاعه للمال قبل موته لقصد صحيح كخوفه على المال من ظالم ، أو ابتلعه لمداواة ، أما إذا كان القصد من ابتلاعه مذموما كحرمان وارثه فإنه يشق جوفه في هذه الحالة بلا خلاف حتى وإن كان المال قليلا ؛ لأنه كالغاصب . ولا فرق بين أن يثبت ابتلاعه للمال ببينة أو بشاهد ويحلف المدعي لذلك معه .

شرح الخرشي ج٢ ص ١٤٥ الشرح الكبير لمختصر خليل ج١ ص ٤٢٩ ، حكم بقر بطن الأدمي الميت - بحث فقهي مقارن لأستاذنا الدكتور/ مصباح المتولى حماد ص ٥٢٠ - ص ٥٢١ مرجع سابق .

ونصاب الزكاة : مئتا درهم من الفضة ، أو عشرون دينارا من الذهب ، وهي بالوزن الحالي ٥٩٥ جرام فضة ، ومن الذهب ٨٥ جرام .

الشرح الكبير لمختصر خليل ج١ ص ٤٥٥ ، مقارنات في زكاة الأموال الحولية ، لأستاذنا الدكتور/ مصباح المتولى حماد - منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة - العدد الرابع ص ٩٠ ، حكم بقر بطن الأدمي الميت - بحث فقهي مقارن ص ٥٢١ هامش ( ١٥١ ) ونصاب السرقة : ما قيمته ثلاثة دراهم فضة ، أو ربع دينار ذهب .

شرح الخرشي ج٨ ص ٩٤ ، حكم بقر بطن الأدمي الميت - بحث فقهي مقارن ص ٥٢١ هامش ( ١٥١ ) .

١52 المحلى لابن حزم الظاهري ج٥ ص ١٦٦ مسألة ( ٦٠٦ ) .

١53 السيل الجرار ج١ ص ٣٣٦ - ٣٣٧ .

١54 المغني لابن قدامة ج٢ ص ٣٥٢ - ص ٣٥٣ .

١55 المجموع شرح المذهب ج٥ ص ٣٠٠ ، مغني المحتاج ج١ ص ٣٦٦ ، الإقناع ج١ ص ٣٣١ ، روضة الطالبين للنووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ج١ ص ٦٥٩ ، ط : دار الكتب العلمية - بيروت . - لبنان تحقيق/ الشيخ عادل أحمد عبد الموجود- الشيخ على محمد معوض ، المذهب ج١ ص ١٨٩ ، تحفة المحتاج ج٣ ص ٢٠٤ .

١56 هذا القول نقله الجرجاني عن الأصحاب ورجحه البعض كالكمال ابن الهمام .

جاء في شرح فتح القدير ج٢ ص ١٠٢ : " وروى الجرجاني عن أصحابنا أنه يشق لأن حق الأدمي مقدم على حق الله تعالى ومقدم على حق الظالم المتعدي انتهى . وهذا أولى . وجاء في شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر ج١ ص ١٨٧ : " أما لو كان مالا لإنسان فقيل : لا يشق وقيل : يشق . قال ابن الهمام : وهذا أولى " .

وجاء في البحر الرائق ج٨ ص ٢٣٣ : " ونقل الجرجاني شق بطنه للمال " .

وجاء في الدر المختار ج٢ ص ٢٥٩ : " ولو بلغ مال غيره ومات هل يشق ؟ قولان : والأولى نعم " . وجاء في حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين المتوفى سنة ١٢٣٢ هـ ط : دار الفكر ١٤١٥ هـ ج٢ ص ٢٥٩ : " قوله ( والأولى نعم ) لأنه وإن كان حرمة الأدمي أعلى من صيانة المال لكنه أزال احترامه بتعديه كما في الفتح " .

المذهب الثاني : لا يجوز شق بطن الميت لإخراج المال الذي ابتلعه أثناء حياته ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية (١٥٧) في المشهور والإمامية (١٥٨) ، وبه قال الحنابلة إذا كان المال ملكا للميت (١٥٩) ، وكذلك إذا كان ملكا لغيره وابتلعه بإذنه، أما إذا ابتلع مال غيره غصبا ففيه وجهان عند الحنابلة: أحدهما: لا يشق بطنه ويغرم القيمة من تركته . والثاني : يشق بطنه إن كان المال كثيرا (١٦٠) . كما ذهب بعض المالكية (١٦١) والشافعية (١٦٢) في وجه إلى القوم بعدم جواز الشق .

## الأدلة والمناقشة

### أولا : أدلة أصحاب المذهب الأول :

استدل أصحاب هذا المذهب على القول بجواز شق بطن الميت لإخراج المال الذي ابتلعه حال حياته ، بالكتاب ، والسنة ، والمعقول ، على النحو التالي :

### ( ١ ) من الكتاب :

استدلوا بقوله تعالى: { ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل } . (١٦٣) .

- 157 شرح فتح القدير على الهداية ج٢ ص ١٠٢ ، البحر الرائق ج٤ ص ٢٣٣ ، شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر ج١ ص ١٨٧ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٨ ، الدر المختار ج٢ ص ٢٥٩ .
- 158 مفتاح الكرامة ج٤ ص ٢٩٧ .
- 159 قال ابن قدامة: " ويحتمل أنه إن كان يسيرا ترك ، وإن كثرت قيمته شق بطنه وأخرج : لأن فيه حفظ المال عن الضياع ونفع الورثة الذين تعلق حقهم بماله بمرضه " . المغني لابن قدامة ج٣ ص ٣٥٢ .
- 160 انظر : المرجع السابق ج٣ ص ٣٥٢ - ص ٣٥٣ ، الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي ج٣ ص ٣٥٢ - ص ٣٥٢ .
- 161 هذا القول قد نسبته الخرشي إلى ابن حبيب ، لكن ظاهر الخرشي عدم الاعتداد به .
- شرح الخرشي ج٢ ص ١٤٥ .
- 162 انظر مراجع الشافعية السابقة ، التهذيب لأبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي - تحقيق : الشيخ عادل عبد الموجود ، والشيخ علي معوض ط : دار الكتب العلمية ج٢ ص ٤٢٤ .
- 163 سورة البقرة من الآية ( ١٨٨ ) .

## وجه الدلالة من الآية :

نهى المولى عز وجل عن أكل أموال الناس بالباطل ولاشك أن ترك مال الغير في بطن الميت إضاعة لهذا المال خاصة إذا كان هذا المال لشخص يطالب بحقه ، وليس من الورثة أحد يلتزم بدفع قيمة المال أو مثله . (١٦٤)

## ( ٢ ) من السنة :

استدلوا بما رواه البخاري ومسلم عن أبي بكره -رضى الله عنه- أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام ... " (١٦٥) .

## وجه الدلالة من الحديث :

أكد النبي- صلى الله عليه وسلم - في هذا الحديث على تغليظ حرمة الأموال والدماء (١٦٦) ، ومن ثم فلا يجوز إضاعة المال ، فإذا ابتلع شخص مالا أو جوهرة ، ثم مات والمال أو الجوهرة في بطنه وجب شق بطنه وإخراج المال أو الجوهرة ؛ لأن بقاء ذلك في بطنه منكر عظيم وإضاعة للمال المنهي عن إضاعته . والميت هو الجاني على نفسه فلا حرج في تألمه (١٦٧) .

## ( ٣ ) من المعقول :

أ - أن مصلحة عدم إضاعة المال والحفاظ على الحقوق المالية للآخرين أعظم من مفسدة هتك حرمة الميت (١٦٨) . والقاعدة الفقهية تقول : " إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما " (١٦٩) فضياع مال أحد من المسلمين مفسدة أعظم من مفسدة هتك حرمة الميت ، وذلك متى ابتلع شخص مال آخر ثم مات والمال في بطنه (١٧٠) .

164 علم التشريع عند المسلمين : د / محمد على البار ص ٤٥ مرجع سابق .

165 الحديث سبق تخريجه .

166 شرح النووي على صحيح مسلم جـ ١١ ص ٣١٧ .

167 السيل الجرار جـ ١ ص ٣٣٦ .

168 علم التشريع عند المسلمين ص ٤٥ مرجع سابق .

169 الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي ص ١٧٩ .

170 علم التشريع عند المسلمين ص ٤٥ .

ب - يقوم ابن حزم : لا يجوز أن يجبر صاحب المال على أخذ غير عين ماله مادام عين ماله ممكنا ؛ لأن كل ذي حق أولى بحقه ، وقد قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام " (١٧١) ولا ضرر في ذلك على الميت - أي في شق بطنه واستخراج المال منها " (١٧٢) .

ج - إن كان المال ملكا للميت شق بطنه وأخرج ؛ لأن فيه - أي في شق بطنه - حفظ المال عن الضياع ونفع الورثة الذين تعلق حقهم بماله . وإن كان المال لغير الميت شق بطنه أيضا وأخرج المال ؛ لأن فيه دفع الضرر عن المالك برد ماله إليه ، وعن الميت بإبراء ذمته ، وعن الورثة بحفظ التركة لهم (١٧٣) .

د - أن حق الأدمي مقدم على حق الله تعالى ومقدم على حق الظالم المتعدى (١٧٤) .

ثانيا - أدلة المذهب الثاني :

استدل أصحاب هذا المذهب على القول بعدم جواز شق بطن الميت لإخراج المال الذي ابتلعه حال حياته ، بالمعقول على النحو التالي :

١ - لا يجوز شق بطن الأدمي الميت من أجل مال غيره ، بل يغرم قيمة ما ابتلعه في بطنه من تركته ؛ لأن حرمة الأدمي أعظم من حرمة المال (١٧٥) ؛ ولأنه لم تشق بطنه من أجل الولد المرجو حياته - كمن ماتت وجنينها حي في بطنها - فمن أجل المال أولى (١٧٦) .

171 الحديث سبق تخريجه .

172 المحلي لابن حزم ج ٥ ص ١٦٦ مسألة ( ٦٠٦ ) .

173 المغني لابن قدامة ج ٢ ص ٣٥٢ - ص ٣٥٣ .

174 شرح فتح القدير على الهداية ج ٢ ص ١٠٢ . وجاء في البحر الرائق ج ٨ ص ٢٣٣ : " لأن حق الأدمي مقدم على حق الله تعالى إن كانت حرمة الميت حقا لله تعالى ، وإن كان

حق الميت فحق الأدمي الحي مقدم على حق الميت لاحتياج الحي إلى حقه " .

175 شرح فتح القدير ج ٢ ص ١٠٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٨ .

176 المغني لابن قدامة ج ٢ ص ٣٥٣ .

ونوقش هذا الدليل :

أن مفسدة ضياع المال أعظم من مفسدة هتك حرمة الميت<sup>(١٧٧)</sup> ،  
خاصة إذا كان الميت هو الجاني على نفسه فلا حرج في تألمه<sup>(١٧٨)</sup> ،  
والقاعدة الفقهية تقول :

" إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما " <sup>(١٧٩)</sup> ولا  
يجوز أن يجبر صاحب المال على أخذ غير عين ماله مادام عين ماله ممكنا  
؛ لأن كل ذي حق أولى بحقه<sup>(١٨٠)</sup> . كما أن حرمة الميت تزول بتعديده<sup>(١٨١)</sup> .  
( ٢ ) كما لا يجوز شق بطن الأدمي الميت من أجل ماله الذي  
ابتلعه حال حياته ؛ لأنه استهلكه في حياته<sup>(١٨٢)</sup> .

ونوقش هذا الدليل :

بأنه وإن استهلكه في حياته إلا أن ذلك لا يمنع من شق بطنه  
وإخراجه بعد موته ، لأن فيه حفظ المال من الضياع ونفع للورثة الذين تعلق  
حقهم بماله<sup>(١٨٣)</sup> .

الرأي الرابع :

من خلال ما تقدم يتضح أن الرأي الأولي بالقبول هو القائل بجواز  
شق بطن الميت لاستخراج المال الذي ابتلعه حال حياته سواء كان هذا المال  
ملكاً له أو ملكاً للغير ، وذلك لأن المفسدة الناتجة عن ضياع المال والحقوق  
المالية للآخرين أعظم من المفسدة الناتجة عن هتك حرمة الميت ، والقاعدة  
الفقهية تقول: " إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب  
أخفهما " خاصة إذا كان الميت هو الجاني على نفسه بابتلاعه لهذا المال .

177 علم التشريح عند المسلمين ص ٤٥ .

178 السيل الجرار ج١ ص ٣٢٦ .

179 الأشباه والنظائر لجلال الدين السيوطي ص ١٧٩ .

180 المحلى لابن حزم الظاهري ج٥ ص ١٦٦ مسألة ( ٦٠٦ ) .

181 شرح فتح القدير ج٢ ص ١٠٢ ، حاشية ابن عابدين على الدرالمختار ج٢ ص ٢٥٩ .

182 المغني لابن قدامة ج٣ ص ٣٥٢ .

183 المرجع السابق نفس الموضوع .

## المطلب الثالث

### حكم تشريح جثث الموتى فى الفقه الإسلامى

سبق وأن ذكرنا أن الفقهاء القدامى لم يتحدثوا عن تشريح جثث الموتى بالمعنى المعروف الآن فى العصر الحديث ولكنهم قاموا ببيان الحكم الشرعى لبعض الأعمال التى تجرى على جثة الميت والتى تشبه التشريح إلى حد كبير مثل: شق بطن الميتة الحامل لإخراج جنينها إذا كانت ترجى حياته ، وكذلك شق بطن الميت لإخراج ما ابتلعه من مال حال حياته • وقد أجاز جانب كبير من الفقهاء شق بطن الميت فى هاتين الحالتين وهو ما سبق وأن رجحناه •

أما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفوا فى حكم تشريح جثة الإنسان بعد موته على رأيين ، وذلك على النحو التالى :

**الرأى الأول :** يجوز تشريح جثة الإنسان بعد موته عند الضرورة • وقد ذهب إلى هذا الرأى بعض العلماء كالشيخ عبد المجيد سليم (١٨٤) ، والشيخ حسنين مخلوف (١٨٥) ، والشيخ يوسف الدجوي (١٨٦) ، والشيخ

١٨٤ فقد أفتى فضيلته بعد أن استعرض آراء الفقهاء فى «سألة شق بطن الميتة لإخراج جنينها ، ومسألة شق بطن الميت لإخراج المال الذى ابتلعه حال حياته بما يلي: " والذى يقتضيه النظر الدقيق فى قواعد الشريعة وروحها أنه إذا كانت هناك مصلحة راجحة فى شق البطن وتشريح الجثة من إثبات حق القتل قبل المتهم أو تبرئة هذا المتهم من تهمة القتل بالسبب مثلا أنه يجوز الشق والتشريح • ولا يناقى هذا ما جاء فى الحديث الشريف من قوله عليه الصلاة والسلام " كسر عظم الميت ككسره حيا " فإن الظاهر أن معنى هذا الحديث أن للميت حرمة كحرمة الحي فلا يتعدى عليه بكسر عظم أو شق بطن أو غير ذلك لغير مصلحة راجحة أو حاجة ماسة ، ويؤيد ذلك ما نقلناه عن السيوطى فى بيان سبب الحديث ، فإنه ظاهر أن الحفار الذى نهاه النبي - صلى الله عليه وسلم - عن كسر العظم كان يريد الكسر بدون أن تكون هناك مصلحة فى ذلك ولا حاجة ماسة إليه ، وبما نقلناه يتفق معنى الحديث الشريف وقواعد الدين الإسلامى القويم ، فإنها مبنية على رعاية المصالح الراجحة ، وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة تقويتها أشد من هذا الضرر • انظر : نص الفتوى علم التشريح عند المسلمين د / محمد على البار ص ٥٨ - ص ٥٩ ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٨٢ - ص ٨٤ •

١٨٥ بين فضيلته أن التشريح من الأمور التى لا بد منها لمن يزاول مهنة الطب حيث قال : " ومن مقدمات فن الطب بل من مقوماته تشريح الأجسام فلا يمكن الطبيب أن يقوم بطب الأجسام وعلاج الأمراض بأنواعها المختلفة إلا إذا أحاط خبرا بتشريح جسم الإنسان علما وعملا، وعرف أعضائه الداخلية وأجزاءه المكونة لبنيته واتصالاتها ومواقعها

إبراهيم اليعقوبي<sup>(١٨٧)</sup> ، والشيخ جاد الحق على جاد الحق<sup>(١٨٨)</sup> ، والدكتور أحمد شرف الدين<sup>(١٨٩)</sup> ، والدكتور محمد على البار<sup>(١٩٠)</sup> ، وغيرهم من

وغير ذلك، فهو من الأمور التي لا بد منها لمن يزاول الطب حتى يقوم بما أوجب الله عليه من تطبيب المرضى وعلاج الأمراض، ولا يمتري في ذلك أحد، ولا يقال قد كان فيما سلف طب ، ولم يكن هناك تشريح ؛ لأنه كان طبا بدانيا لعل ظاهرة، وكلامنا في الطب وافى لشتى الأمراض والعلل، والعلوم تتزايد، والوسائل تنمو وتكثر" .  
علم التشريح عند المسلمين د / محمد على البار ص ٦٣ مرجع سابق .

186 فقد أفتى فضيلته بأن: "...من نظر إلى أن التشريح قد يكون ضروريا في بعض الظروف، كما إذا اتهم شخص بالجناية على آخر وقد يبرأ من التهمة عندما يظهر التشريح أن ذلك الآخر غير مجني عليه ، وقد يجنى على رجل ثم يلقى بعد الجناية عليه في بئر بقصد إخفاء الجريمة وضياح الجناية ، إلى غير ذلك مما هو معروف، فضلا عما في التشريح من تقدم العلم الذي تنتفع به الإنسانية كلها وينقذ كثيرا ممن أشفى على الهلكة أو أحاطت به الآلام من كل ناحية، فهو يأتيه الموت من كل مكان وما هو بميت إلى غير ذلك مما لا داعي للإطالة فيه - فقول من نظر إلى ذلك الإجمال وما يتبعه من التفصيل لم يسعه إلا أن يفتى بالجواز تقديما للمصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة".  
مجلة الأزهر- المجلد السادس ص ٤٧٢ - عند رجب ١٣٥٤ هـ ، علم التشريح عند المسلمين ص ٦٦ مرجع سابق ، ص ٦٧ .

187 انظر : شفاء التبريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء : الشيخ إبراهيم اليعقوبي - ص ٩٦ - ٩٧ مرجع سابق .

188 حيث قال : وتخريجا على ذلك وبناء عليه يجوز شق بطن الإنسان الميت رعاية للمصلحة الراجحة التي ارتأها الفقهاء القائلون بشق التي ماتت حاملا والجنين يتحرك في أحشائها وترجى حياته بعد إخراجه . انظر مسئولية الطب الشرعي د / خالد محمد شعبان - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ص ٨١ مرجع سابق .

189 فقد ذهب فضيلته إلى القول بالجواز بعد أن استعرض نصوص الفقهاء في مسألتي شق بطن الميتة لإخراج جنينها ، وشق بطن الميت لإخراج المال الذي ابتلعه حال حياته ، حيث قال : " لعله اتضح من استعراض أقوال الفقهاء أنه من الجائز شرعا أن يشق بطن الحامل لاستخراج ولدها الذي ترجى حياته . وهذا الحكم الذي يتأسس في التحليل الأخير ، كما سنرى ، على أن مصلحة إنقاذ الحي أعظم من مفسدة هتك حرمة الميت ، ينطبق بطريق القياس على تشريح جثث الموتى للاستفادة منه في أغراض التعليم الطبي والكشف عن أسباب الأمراض ومعرفة سبب الوفاة في الحوادث الجنائية . . . . " .  
الأحكام الشرعية للأعمال الطبية د / أحمد شرف الدين ص ٦٧ - ص ٦٨ مرجع سابق .

190 بين فضيلته أن أغلب الفقهاء قد أباحوا شق بطن الميت لأمرين :  
١ - إخراج الجنين الحي من بطن أمه الميتة إذا كان له ستة أشهر فما فوق .  
٢ - إخراج المال الذي ابتلعه للشخص حال حياته خاصة إذا طالب صاحب المال بحقه ولم يبق أحد من الورثة يدفع قيمة المال أو مثله .



العلماء<sup>(١٩١)</sup> ، كما صدرت بهذا الرأي العديد من الفتاوى من شتى البلدان الإسلامية<sup>(١٩٢)</sup> ، وهو قول الكثير من المجامع الفقهية<sup>(١٩٣)</sup> .

وذكر فضيلته أن هذا الحكم بناء على ما يلي :

- ١ - أن مصلحة إنقاذ الحي أعظم من مفسدة هتك حرمة الميت .
- ٢ - أن مصلحة عدم إضاعة المال ٠٠ والحفاظ على الحقوق المالية للأخريين أعظم من مفسدة هتك حرمة الميت : " ثم قال : " لهذا بنى الفقهاء المحدثون بإباحتهم للتشريح على أساس أن التشريح فيه مصالح متعددة ويدفع في الوقت نفسه مفسدات متعددة ٠٠٠ " علم التشريح عند المسلمين د / محمد على البار ص ٣٩ - ص ٤٥ مرجع سابق .

١٩١ انظر : حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٣١ مرجع سابق ، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي د / بلحاح العربي - مجلة الحقوق بالكويت - العدد الرابع السنة ٢٣ - رمضان ١٤٢٠ هـ - ديسمبر ١٩٩٩ م - ص ٢٣١ ، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها د / محمد بن محمد المختار بن أحمد الشنقيطي - الطبعة الثانية ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م - الناشر : دار الصحابة - الشارقة - الإمارات ص ١٧٠ :

١٩٢ ومن هذه الفتاوى :

أ - فتوى دار الإفتاء المصرية والتي جاء فيها : " إذا كانت هناك مصلحة راجحة في تشريح الجثة جاز تشريحها . ولا يتنافى هذا مع ما جاء في الحديث الشريف من قوله عليه الصلاة والسلام : " كسر عظم الميت ككسره حيا " . فإن الظاهر أن معنى الحديث أن للميت حرمة كحرمة الحي فلا يعتد به ككسر عظم أو شق أو غير ذلك لغير مصلحة راجحة أو حاجة ماسة ونظرا لأن التشريح من الحاجات التي تمس إليها المصلحة العامة للناس إحياء لنفوسهم وعلاجاً لأمراضهم ومعرفة أسباب الحوادث التي تقع عليهم فإننا نقول بجواز رعاية لهذه المصلحة " .

الفتاوى الإسلامية ج٤ ص ١٣٣١ ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٢١١ مرجع سابق .

ب - فتوى لجنة الفتوى بالأزهر الشريف: وذلك رداً على سؤال جاء فيه : س : ما حكم الإسلام في تشريح جثث الموتى للاستفادة بذلك في دراسة علم الطب ؟

وجاء في الجواب أن دراسة علم الطب عمل ضروري لمصلحة الفرد والمجتمع ، وأنه من فروض الكفاية التي تتعلق بنمّة الأمة كلها حتى يقوم به البعض . ثم جاء في نص الفتوى : " ولا شك أن تعلم الطب يقتضي تعلم علم التشريح لمعرفة الداء وموضع العلة في الجسم ولتشخيص العلاج النافع بالقدر المستطاع في ضوء ما يهتدي إليه الطبيب العارف . وكذلك تشتد الحاجة إلى التشريح في الحوادث الجنائية لمعرفة نوع الجناية وملايساتها والتمكن من إثباتها أو نفيها عن المتهم وذلك تمكين للعدالة أن تأخذ وضعها الحق في الأحكام كما هو أوجب الواجبات . وجملة القول أن التشريح لمثل هذه المقاصد أمر يرتبط كثيراً بحياة الناس فلا بد منه ولا شيء في إقراره " .

انظر : نص الفتوى في الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦ .

ج - فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية : وذلك رداً على سؤال جاء فيه : س : ما رأي الدين في تشريح الميت وفي نقل عضو من أعضاء حي أو ميت إلى إنسان حي ، لحفظ حياته وسلامه أعضائه ، ونقل الدم من إنسان حي إلى آخر ؟

ومما جاء في الجواب أن " الذي تراه لجنة الفتوى في المملكة الأردنية الهاشمية ، أن التشريح ، ونقل الأعضاء ، ونقل الدم بالشكل الوارد في السؤال من الأمور الجائزة شرعا .

وقد جاء في هذه الفتوى بعض الأدلة التي قامت عليها وبعض الشروط التي لا بد من توافرها للعمل بهذه الفتوى .

انظر : نص الفتوى في : حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٨٥ - ص ٨٨ مرجع سابق .

د - فتوى وزارة الأوقاف الكويتية: والتي جاء فيها أنه: "لا يجوز التعرض لجثث المسلمين بالتشريح للغرض التعليمي لطلاب الطب إلا إذا تعذر الحصول على جثث أموات غير معصومين وترى اللجنة أيضا أنه لا بد أن يراعى بقدر الإمكان المحافظة على كرامة الميت وعدم تعريضه للإهانة إلا فيما يستدعيه الغرض الذي شرع من أجله " . انظر نص الفتوى في : حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٩١ مرجع سابق .

ذ - قرار مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم ( ٤٧ ) بتاريخ ٨/٧/١٣٩٦ هـ فقد قرر المجلس بعد استعراضه للبحث المقدم من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء وهو بعنوان ( حكم تشريح جثة المسلم ) أن الموضوع ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

الأول : التشريح لغرض التحقق عن دعوى جنائية .  
والثاني : التشريح لغرض التحقق عن أمراض وبائية لتتخذ على ضوءه الاحتياجات الكافية بالوقاية منها .

والثالث : التشريح للغرض العلمي تعلمًا وتعليمًا .  
وبالنسبة للقسمين الأول والثاني فإن المجلس يرى أي في إجازتهما تحقيقًا لمصالح كثيرة في مجالات الأمن والعدل ووقاية المجتمع من الأمراض الوبائية ، ومفسدة انتهاك كرامة الجثة المشرحة مغمورة في جنب المصالح الكثيرة والعامّة المتحققة بذلك ، وإن المجلس لهذا يقرر بالإجماع إجازة التشريح لهذين الغرضين ، سواء كانت الجثة المشرحة جثة معصوم أم لا .

وأما بالنسبة للقسم الثالث : وهو التشريح للغرض التعليمي فنظرنا إلى أن الشريعة الإسلامية قد جاءت بتحصيل المصالح وتكثيرها ، وبدرء المفسدات وتقليلها ، وبارتكاب أدنى الضررين لتفويت أشدهما ، وأنه إذا تعارضت المصالح أخذ بأرجحها ، وحيث إن تشريح غير الإنسان من الحيوانات لا يغني عن تشريح الإنسان ، وحيث إن في التشريح مصالح كثيرة ظهرت في التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة ، فإن المجلس يرى جواز تشريح جثة الأمي في الجملة " .

أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية المجلد الثاني ص ٦٨ - ص ٦٩ مرجع سابق .

<sup>193</sup> ومنها مشروع قرار المجمع الفقهي الإسلامي - بمكة المكرمة - الدورة العاشرة - صفر ١٤٠٨ هـ حول تشريح الموتى ومن يقوم به : " قرر المجمع :

١ - إن التشريح لجثث الموتى جائز وإنه يعتبر ضرورة لا يمكن الاستغناء عنها في كثير من الأحوال . ومفسدة انتهاك كرامة الجثة المشرحة مغمورة في جنب المصالح الكثيرة والعامّة المتحققة بالتشريح ، ومعلوم أن من القواعد الشرعية تحمل الضرر الأخف قصد جلب مصلحة تفويتها أشد من ذلك الضرر .

الرأي الثاني : لا يجوز تشريح جثة الإنسان بعد موته ، وهو ما ذهب إليه الشيخ محمد بخيت المطيعي<sup>(١٩٤)</sup> ، والشيخ العربي بوعيد الطبخي<sup>(١٩٥)</sup> والشيخ محمد برهان الدين السنبهلي<sup>(١٩٦)</sup> ، وغيرهم من العلماء<sup>(١٩٧)</sup> .

وإذا كان الشارع الحكيم قد أوجب على الأمة تعلم فريق منها الطب وكان ذلك لا يتم إلا بالتشريح فإن هذا يكون مما تقتضيه الضرورة ويباح للأساتذة والطلاب ممارسة هذه الوظيفة على جثث الموتى .

٢ - إن التشريح ينبغي أن يجرى على جثث غير المعصومين فإن تعذر ذلك أجرى على جثث المعصومين سواء أكانت الجثث لمجهولين من الموتى ، أو كانت لمن تنازلوا عن جثثهم قبل موتهم وأذنوا بتشريحها ، أو كانت تلك الجثث لموتى أذن ورتبهم بتسليمها للمشارح .

٣ - إن التشريح ينبغي أن يكون بقدر ما تدعو إليه الضرورة فلا يعبث بجثث الموتى ، وإنه يتعين على القائمين بالتشريح توقيير أجسام الموتى والقيام بدفنها أو دفن ما تبقى منها بعد فراغهم من مهمتهم .

٤ - إن تشريح جثث النساء لا يتولاه غير الطبيبات إلا في حالة عدم وجود من يقوم به منهن " .

انظر نص مشروع القرار في : علم التشريح عند المسلمين د / محمد على البار ص ١٠٢ - ص ١٠٤ مرجع سابق .

<sup>١٩٤</sup> فقد أفتى فضيلته بأن: "... الميت في احترامه ووجوب عدم إهانته كالحى سواء بسواء ، فإذا مات لا تجوز إهانته بعد موته كما لا تجوز إهانته في حياته ، وإن اختلف العلماء في الشق وعدمه في مواضع لكن الذي يؤخذ من كلامهم جميعا وجوب احترام الإنسان ميتا كوجوب احترامه حيا ، وبناء على ذلك فلا يجوز شق بطن الميت ، أما التشريح الذي من لوزامه شق البطن بلا سبب سوى بحث الأعضاء ومعرفة وظائفها وما بها من الأمراض ، فهذا لا يسوغ ولا يجيز فتح بطن الإنسان بعد موته : " مجلة الأزهر عدد المحرم عام ١٣٥٤ هـ المجلد السادس ج١ ص ٣٦١ . وقد اعتبر الشيخ إبراهيم اليعقوبي هذه الفتوى تشدد من الشيخ محمد بخيت الميطعي ثم قام بالرد عليها . انظر في الرد على هذه الفتوى: شفاء التبرايح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء : الشيخ إبراهيم اليعقوبي ص ٩٧ مرجع سابق .

<sup>١٩٥</sup> فقد اعترض الشيخ العربي بوعيد البطحى على فتوى الشيخ يوسف الدجوى بجواز التشريح وقام بالرد عليها ونشر رده ببعض المجلات ، ثم قام الشيخ يوسف الدجوى بالرد عليه بما يؤيد كلامه الأول من جواز التشريح . انظر المرجع السابق نفس الموضوع .

<sup>١٩٦</sup> قضايا فقهية معاصرة : محمد برهان الدين السنبهلي ط : دار القلم دمشق - الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ ص ٦٦ .

<sup>١٩٧</sup> انظر : أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها : محمد بن محمد المختار الشنقيطي ص ١٦٩ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٣٠ مرجع سابق .

## سبب الخلاف في هذه المسألة :

يمكن القول بأن الخلاف الناشئ بين الفقهاء المعاصرين في حكم تشريح الإنسان بعد موته إنما يرجع إلى التعارض بين الآثار المترتبة على التشريح ، فتشريح جثة الإنسان بعد موته فيه انتهاك لحرمة مسلما كان أو ذميا وتمثيل بجثته ، وهذا يتعارض مع ما يترتب على التشريح من مصلحة أولياء الميت والأمة والمتهم عند الاشتباه في الوفاة فقد ينتهي الأمر بالتشريح الجنائي والتحقيق مع المتهم إلى إثبات الجناية عليه ، وفي ذلك حفظ حق أولياء الميت ، وإعانة لولي الأمر على ضبط الأمن ، وردع من تسول له نفسه ارتكاب مثل هذه الجريمة خفية ، وقد ينتهي الأمر بثبوت موته موتا عاديا بلا جريمة ، وفي ذلك براءة للمتهم . كما أن في التشريح المرضى معرفة ما إذا كان هناك وباء ، ومعرفة نوعه ، فيتقى شره بوسائل الوقاية المناسبة ، وفي هذا محافظة على نفوس الأحياء وحد من أسباب الأمراض .

كما أن في تعلم الطلاب لعلم التشريح فائدة عظيمة ، حيث يعرفون تركيب الجسم وأعضائه الظاهرة والأجهزة الباطنة ومواضعها وحجمها صحيحة ومريضة ، وتدريبهم على ذلك عمليا وتعريفهم بإصابتها وطرق علاجها ، وفي هذا وغيره مما تقدم مصالح كثيرة تعود على الأمة بالخير العميم ، فإذا تعارضت مصلحة المحافظة على حرمة الميت مع هذه المصالح نظر العلماء أي المصلحتين أرجح ، فمن رجح مصلحة المحافظة على حرمة الميت قال بحرمة التشريح ، ومن رجح مصلحة المترتبة على مشروعية التشريح ( مثل مصلحة المجتمع وأولياء الميت والمتهم والتي سبق الإشارة إليها ) قال بجواز التشريح (١٩٨) .

198 انظر : أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية المجلد الثاني ص ٦٣ - ص ٦٤ مرجع سابق .

أولا - أدلة أصحاب الرأي الأول :

استدل أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه من القول بجواز تشريح جثة الإنسان بعد موته عند الضرورة ، بالكتاب ، والسنة ، والقياس ، والمعقول ، والقواعد الفقهية ، على النحو التالي :

( ١ ) من الكتاب :

استدلوا بقوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجر منكم شننان قوم على ألا تعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون } (١٩٩) .

وقوله جل شأنه : " إن الله يأمر بالعدل . . . " (٢٠٠) .

وأیضا بقوله تعالى : { وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سمیعا بصیرا } (٢٠١) .

وجه الاستدلال بهذه الآيات :

هذه الآيات الكريمة تدل وبوضوح على وجوب إقامة العدل بين الناس . يقول ابن كثير في تفسير قوله تعالى : { وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل } : أمر منه تعالى بالحكم بالعدل بين الناس (٢٠٢) .

وإذا كان الشارع قد أوجب العدل في الأحكام بين الناس فإنه لا بد وأن يكون قد أوجب الشيء الذي يؤدي إليه ، ومن هذا القبيل التشريح الجنائي ( وهو أحد أنواع التشريح ) فإنه يساعد في إقامة العدل حيث يترتب عليه براءة ساحة متهم بري أو إثبات التهمة على مجرم أثيم وذلك عن طريق معرفة سبب الوفاة (٢٠٣) .

١٩٩ سورة المائدة آية رقم ( ٨ ) .

٢٠٠ سورة النحل من الآية رقم ( ٩٠ ) .

٢٠١ سورة النساء من الآية رقم ( ٥٨ ) .

٢٠٢ تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج١ ص ٥١٦ .

٢٠٣ الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٧١ مرجع سابق . وفي نفس المعنى : قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه

## ( ٢ ) من السنة :

استدلوا بأحاديث كثيرة ، منها :

أ - ما رواه البخاري وغيره عن أبي هريرة - رضى الله عنه -  
عن النبي صلى الله عليه وسلم - قال: "ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء"  
(٢٠٠)

ب - وما رواه البخاري فى الأدب المفرد والترمذي وغيرهما عن  
أسامة بن شريك قال " كنت عند النبي - صلى الله عليه وسلم - وجاءت  
الأعراب: ناس كثير من ههنا وههنا، فسكت الناس لا يتكلمون غيرهم  
فقالوا: يا رسول الله أعلينا حرج فى كذا وكذا - فى أشياء من أمور الناس لا  
بأس بها - فقال: " يا عباد الله وضع الله الحرج إلا امرأ افترض امرأ ظلما  
فذاك الذى حرج وهلك " قالوا: يا رسول الله أنتداوي قال: " يا عباد الله  
تداووا فإن الله - عز وجل - لم يضع داء إلا وضع له شفاء غير داء واحد "  
قالوا: وما هو يا رسول الله ؟ قال: "الهرم" قالوا: يا رسول الله: ما خير ما  
أعطى الإنسان ؟ قال: " خلق حسن " (٢٠٥) .

---

الإسلامي والقانون الوضعي- رسالة دكتوراه - د / أسامة عبد العليم الشيخ ط: دار  
الجامعة الجديدة ٢٠٠٧ ص ٧١٦ .

204 الحديث أخرجه البخاري فى صحيحه وابن ماجه فى سننه والحاكم فى مستدركه ،  
واللفظ للبخاري . وقال عنه الحاكم : حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .  
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج١ ص ١٤١ كتاب الطب . باب ما أنزل الله داء  
إلا أنزل له شفاء رقم ( ٥٦٧٨ ) ، سنن ابن ماجه : محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة  
٢٧٥ هـ الناشر: دار الفكر - بيروت - تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي - ج٢ ص ١١٣٨  
رقم ( ٣٤٣٩ ) كتاب الطب - باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء ، المستدرک على  
الصحيحين : محمد بن محمد الحاكم النيسابوري المتوفى سنة ٤٠٥ هـ - الناشر : دار  
المعرفة بيروت ١٤٠٦ هـ - تحقيق : د / يوسف المرعشلي ج٤ ص ١٩٩ كتاب الطب ،  
كنز العمال : المتقى الهندي المتوفى سنة ٩٧٥ هـ ط : مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان  
، تحقيق : الشيخ بكرى حياتي - الشيخ صفوة السقا ج١٠ ص ٥ رقم ( ٢٨٠٨٠ ) .

205 الحديث أخرجه البخاري فى الأدب المفرد والترمذي وابن ماجه والحاكم ، واللفظ  
للبخاري وقال عند الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . وقال عنه الحاكم : هذا حديث  
أسانيد صحيبه كلها على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، والعلة عندهم فيه أن أسامة بن  
شريك ليس له راو غير زياد بن علاقة ، وقد ثبت فى أول هذا الكتاب بالحجج والبراهين  
والشواهد عنهما أن هذا ليس بعلة وقد بقى من طرق هذا الحديث عن زياد بن علاقة أكثر  
مما ذكرته إذا لم تكن الرواية على شرطهما .

ج - وأيضا ما رواه مسلم وأحمد والحاكم عن جابر - رضي الله عنه -  
عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: " لكل داء دواء ، فإذا  
أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل " (٢٠٦) .

### وجه الاستدلال بهذه الأحاديث :

أكد النبي - صلى الله عليه وسلم - في هذه الأحاديث الشريفة على  
وجوب التداوي ؛ لأن المولى عز وجل لم يضع داء إلا وضع له دواء غير  
داء واحد وهو الهرم . والتداوي لا يكون إلا بتعلم الطب ؛ لذلك فإن الشارع  
قد أوجب على الأمة تعلم فريق منها الطب ومباشرته ، ولاشك أن تعمل  
الطب يقتضي تعلم علم التشريح لمعرفة الداء وموضع العلة في الجسم ،  
وأیضا لتشخيص العلاج النافع بالقدر المستطاع في ضوء ما يهتدي إليه  
الطبيب من خلال عملية التشريح (٢٠٧) .

---

الأدب المفرد : للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري المتوفى سنة ٢٥٦ هـ ط :  
دار الحديث ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م ، تحقيق: فريد عبد العزيز الجندي- باب حسن الخلق إذا  
فقهوا ص ٧٨ رقم ( ٢٩١ ) ، سنن الترمذي : محمد بن عيسى الترمذي المتوفى سنة  
٢٧٩ هـ ط : دار الفكر- بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ - تحقيق عبد الرحمن  
محمد عثمان ج٣ ص ٢٥٨ ، أبواب الطب عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - باب  
ما جاء في الدواء والحث عليه رقم ( ٢١٠٩ ) ، سنن ابن ماجه ج٢ ص ١١٣٧ رقم  
( ٣٤٣٦ ) كتاب الطب - باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء ، المستدرک علی  
الصحيحين للحاكم ج٤ ص ١٩٨ ص ١٩٩ ، كتاب الطب ، كنز العمال ج١٠ ص ٤  
رقم ( ٩٨٠٧٧ ) .

<sup>206</sup> الحديث أخرجه مسلم وأحمد والحاكم ، واللفظ لمسلم . وقال عنه الحاكم : هذا حديث  
صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .  
صحيح مسلم بشرح النووي ج٤ ص ٣٣٥ كتاب السلام- باب لكل داء دواء واستحباب  
التداوي رقم ( ٢٢٠٤ / ٦٩ ) ، مسند أحمد ج٣ ص ٣٣٥ ، المستدرک علی الصحيحين  
للحاكم ج٤ ص ٢٠٠ كتاب الطب، كنز العمال ج١٠ ص ٦ رقم ( ٢٨٠٨٦ ) .

<sup>207</sup> الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٧١ مرجع سابق، فتوى لجنة الفتوى بالأزهر  
الشريف ، انظر نص الفتوى: بالأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦ .

استدلوا بالقياس من وجهين :

**الوجه الأول :** يجوز تشريح جثة الإنسان بعد موته قياسا على جواز شق بطن الميتة لإخراج جنينها الذي يضطرب في بطنها إذا كانت ترجى حياته (٢٠٨) .

فكما يجوز شق بطن الميتة لإخراج الجنين الذي ترجى حياته ، لما فيه من إحياء للنفس وحفظ للحياة الإنسانية ، فكذلك يجوز شق بطن الميت وتشريحه للتعرف على المرض وأثاره ، أو لدواعي الجريمة إذا كانت هناك شبهة جنائية للتعرف على الجاني ، أو لما يمكن أن يضطر إليه في التعلم من التشريح ، وذلك للاستفادة منه في أغراض التعليم الطبي (٢٠٩) .

**الوجه الثاني :** يجوز تشريح جثة الإنسان بعد موته قياسا على جواز شق بطن الميت لإخراج ما ابتلعه من مال حال حياته (٢١٠) .

فكما يجوز شق بطن الميت لإخراج ما ابتلعه من مال أو شيء ثمين حال حياته ، يجوز أيضا تشريح جثته لأغراض معينة تتحقق المصلحة فيها (٢١١) .

ونوقش الاستدلال بهذا القياس بما يلي :

**المناقشة الأولى :** لا نسلم القول بجواز التشريح قياسا على جواز شق بطن الميتة لإخراج جنينها الذي ترجى حياته ؛ لأننا لا نقول بجواز شق

208 وهذا ما ذهب إليه الحنفية وبعض المالكية والشافعية ومقابل المذهب عند الحنابلة ، وهو مذهب الظاهرية والزيدية والإمامية . انظر تفصيل القول في هذه المسألة ص ٤٢ - ص ٤٣ وما بعدها من هذا البحث .

209 سفاء التبايح والأنواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء ص ٨٩ مرجع سابق ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٦٧ - ص ٦٨ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٣٧ - ص ٣٨ مرجع سابق .

210 وهذا ما ذهب إليه المالكية في المشهور ، والظاهرية ، والزيدية ، والشافعية إذا كان المال لغير الميت أما إذا كان المال ملكا للميت ففيه وجهان ، وهو قول عند الحنفية انظر تفصيل القول في هذه المسألة ص ٥٣ - ص ٥٤ وما بعدها من هذا البحث .

211 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٣٨ مرجع سابق .



بطن الميتة في هذه الحالة ؛ لأن هذا الجنين لا يعيش عادة ، ولا يتحقق أنه يحيا ، فلا يجوز هناك حرمة متيقنة لأمر موهوم (٢١٢) .

#### وأجيب عن هذه المناقشة :

بأن القول بعدم جواز شق بطن الميتة لإخراج جنينها الحي قول غير ظاهر وأقل ما يقال فيه أنه قتل للنفس المرجو حياتها حفظا لحرمة الميت (٢١٣) ، ولاشك أن مصلحة إنقاذ الحي أعظم من مفسدة هتك حرمة الميت (٢١٤) .

وربما كان عذر من منع الشق زيادة على حفظ كرامة الإنسان الميت عدم وجود من يحسن شق البطن واستخلاص الولد واستخراجه بصوره سليمة تنقذه من الموت آنذاك ، وأما في عصرنا ربعد أن تقدم الطب وأصبحنا نرى ونشاهد العمليات الجراحية تجرى بنجاح لشق البطن لإخراج الولد وغيره ، لم يعد للقول بالمنع - أي منع شق بطن الميتة - وجهة ؛ لانقضاء هذه العلة ، وعليه فيجوز شق بطن الميتة لإخراج جنينها المرجو حياته ومن ثم يجوز التشريح قياسا عليه (٢١٥) .

**المناقشة الثانية :** أن مسألتي شق بطن الميتة لإخراج جنينها الحي ، وشق بطن الميت لإخراج المال الذي ابتلعه حال حياته محل خلاف بين الفقهاء ، ومن ثم فلا يجوز أن تكونا سندا للحكم .

#### وأجيب عن هذه المناقشة :

بأن الراجح لدى غالبية الفقهاء هو القول بجواز الشق في هاتين الحالتين، حفاظا على نفس الجنين من الهلاك، وعلى المال من الضياع (٢١٦) .

212 انظر فتوى الشيخ محمد بخيت المطيعي: مجلة الأزهر - عدد المحرم عام ١٣٥٤ هـ المجلد السادس ج١ ص ٣٦١، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٤٦ مرجع سابق .

213 شفاء التبريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء ص ٨١ مرجع سابق .

214 الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٦٧ مرجع سابق .

215 شفاء التبريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء ص ٨١ - ص ٨٢ مرجع سابق .

216 قاعدة ( لا ضرر ولا ضرار ) ص ٧١٩ مرجع سابق .

#### ( ٤ ) من المعقول :

استدلوا على جواز التشريح بالمعقول من وجهين :

أ - أن التشريح فن - لا علم فقط - حيث إن الفن يكتسب بالممارسة بعد العلم ، ومن أجل إتقان هذا الفن الذي ربما يتوقف عليه إتقان صنعه الطب فلا بد من ممارسة التشريح عمليا . وقد وجد في التاريخ الإسلامي أطباء أعلام لهم باعهم الطويل في علم التشريح ، فخبرتهم العملية ومهارتهم الفنية دليل واضح على ممارستهم لعمليات التشريح ، ولذا جزم البعض بأنهم قاموا فعلا بعمليات التشريح ، وإن لم يكونوا يجرون على التصريح بذلك (٢١٧) .

٧ - أن من مقدمات فن الطب بل من مقوماته تشريح الأجسام فلا يمكن الطبيب أن يقوم بطب الأجسام وعلاج الأمراض بأنواعها المختلفة إلا إذا أحاط خيرا بتشريح جسم الإنسان علما وعملا ، وعرف أعضاءه الداخلية وأجزاءه المكونة لبنيته واتصالاتها ومواضعها وغير ذلك ، فهو من الأمور التي لا بد منها لمن يزاول الطب حتى يقوم بما أوجب الله عليه من تطبيب المرض وعلاج الأمراض .  
وقد يناقش هذا الدليل :

بأنه قد كان فيما سلف طب ، ولم يكن هناك تشريح ، وهذا دليل على عدم الجواز .

#### ويجاب عن هذه المناقشة :

بأن الطب كان فيما سبق طباً بدائياً لعلل ظاهرة ، والكلام في الطب واف لشتى الأمراض والعلل ، والعلوم تتزايد ، والوسائل تنمو وتكثر (٢١٨) .

#### ( ٥ ) دليلهم من القواعد الفقهية :

استدلوا على جواز التشريح ببعض القواعد الفقهية ، ومنها :

217 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٤١ - ص ٤٢ ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٦٢ مرجع سابق .  
218 هذا الدليل قد ذكره الشيخ حسنين مخلوف ضمن فتواه عن التشريح وقد افترض المناقشة الواردة عليه ثم قام بالرد عليها . الفتاوى الإسلامية ج ١ ص ٣٦٠ ، علم التشريح عند المسلمين د / محمد علي البار ص ٦٣ مرجع سابق .

أ - " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف " (٢١٩) ، " وإذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما " (٢٢٠) .

لاشك أن هاتين القاعدتين هما وجهان لمبدأ واحد يقضي بتقديم المصلحة الأعلى . فقواعد الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية المصالح الراجحة وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يترتب على تقويتها ضررا أشد من هذا الضرر . ونظرا إلى أن التشريح من الحاجات التي تتعلق بها المصلحة العامة للناس ، ففيه إحياء لنفوسهم وعلاج لأمراضهم وتحديد لأسباب الحوادث لإقامة مقتضى العدالة فإن رعاية هذه المصالح تقتضي القول بشرعية التشريح .

ولاشك أن الموازنة بين مفسدة التشريح المتمثلة في هناك حرمة الميت وبين المصالح المترتبة عليه تفيد رجحان هذه المصالح على تلك المفسدة .

وإذا كان التشريح من الحاجات العامة وكانت الحاجة عامة أو خاصة تنزل منزلة الضرورة، وكانت الضرورات تبيح المحظورات (٢٢١)، فينبغي اعتبار التشريح من الأمور المباحة. ويؤيد ذلك أن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام (٢٢٢)، والضرر الذي يلحق الجماعة من عدم القيام بالتشريح أشد من الضرر المترتب على تشريح جثة الميت (٢٢٣) .

219 مجلة الأحكام العدلية المادة (٢٧) ص ١٢ الناشر : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان الأردن - الطبعة الأولى ١٩٩٩م ، القواعد الفقهية : على أحمد النوي - تقديم د / مصطفى الزرقاط : دار القلم - دمشق - الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م ص ٣١٣ ، وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٦ - ص ١٧٨ : " الثالثة (الضرر لا يزال بالضرر) .... قال ابن السبكي : يستثنى من ذلك : ما لو كان أحدهما أعظم ضررا . وعبارة ابن الكتاني : لا بد من النظر لأخفهما وأغلظهما ، ولهذا شرع القصاص ، ... وشق بطن الميت إذا بلغ مالا ، أو كان في بطنها ولد ترجى حياته " .

220 مجلة الأحكام العدلية مادة (٢٨) ص ١٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٩ مرجع سابق .

221 مجلة الأحكام العدلية مادة ( ٢١ ) ص ١٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٣ مرجع سابق .

222 مجلة الأحكام العدلية مادة ( ٢٦ ) ص ١٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٦ مرجع سابق .

223 الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٦٨ - ص ٧٠ مرجع سابق ، شفاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء ص ٤٠ ص ٤١ مرجع سابق ، فتوى دار الإفتاء المصرية المنشورة بالأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٢١١ - ص ٢١٢ .

قال الشيخ إبراهيم اليعقوبي: " ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام كما يتحمل الضرر الأخف لإزالة الضرر الأشد ، فقوله: (الضرر لا يزال بالضرر)، إذا كانا متمثلين، أما إذا كان أحدهما عاما والآخر خاصا فيتحمل حينئذ الضرر الخاص لدفع الضرر العام، وكذلك إذا كان أحدهما أخف من الآخر فإنه يتحمل الأخف لإزالة الأشد، ومن هذا القبيل إذا تعارضت مفسدتان كهتك حرمة الميت مثلا وتلف إنسان حي يمكن تلافي هلاكه بارتكاب هناك حرمة الميت لأنها أخف ، والأولى أعظم والحي أفضل من الميت " (٢٢٤) .

ب - " ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب " : من القواعد الفقهية أن الشارع إذا أوجب شيئا تضمن ذلك إيجاب ما يتوقف عليه ذلك الشيء (٢٢٥) . وتطبيقا لهذه القاعدة فإنه إذا كان الشارع قد أوجب على الأمة تعلم فريق منها الطب ومباشرته، وذلك من أجل تطبيب الناس وتحقيق مصالحهم بصحة أبدانهم، فيجب على مجموع الأمة سد حاجة الناس من هذه العلوم ، ولا بد لمن أراد مزاولة الطب وعلاج الناس وإجراء الجراحات العملية أن يكون على دراية بأعضاء الجسم وأماكنها علميا وعمليا وواقعا ، ولا تتأتى هذه المعرفة إلا بممارسة التشريح ، فإذا كان الطب تعلمًا وتعلِيمًا ومباشرة واجبا على سبيل الكفاية (٢٢٦) ، كان ما لا يتم هذا الواجب إلا به واجبا ، ولا يتم تعلم الطب إلا بالتشريح ، فيكون تعلم التشريح ومزاولته واجبا (٢٢٧) .

<sup>224</sup>شفاء التبريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء ص ٤٠ - ص ٤١ مرجع سابق.

<sup>225</sup> هذه القاعدة متفرعة من قاعدة: (الحريم له حكم ما هو حريم له)، قال السيوطي: "وحریم الواجب : ما لا يتم الواجب إلا به. ومن ثم وجب غسل جزء من الرقبة والرأس مع الوجه ليتحقق غسله... الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٣٨ مرجع سابق ، وانظر: القواعد الفقهية ص ١٠٦ .

<sup>226</sup> فرض الكفاية : لا ياتم تاركه وإن صدق أنه ترك واجبا ، وكذلك الآتي به أت بالواجب مع أنه لو تركه لم ياتم وإنما ياتم إذا حصل الترك المطلق أي منه ومن غيره . نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول للقاضي ناصر الدين البيضاوي المتوفى سنة ٦٨٥ هـ : للشیخ جمال الدین عبد الرحیم بن الحسن الأسنوی الشافعی المتوفى سنة

ونفس الشيء ينطبق على التشريح الجنائي ؛ لأن الشارع إذا أوجب العدل فى الأحكام فإنه يكون قد أوجب الشيء الذى يؤدى إليه ، ومن هذا القبول التشريح الجنائى الذى يترتب عليه براءة ساحة متهم برئى أو إثبات التهمة على مجرم أئيم (٢٢٨) .

### ثانيا - أدلة أصحاب الراى الثانى :

استدل أصحاب هذا الراى على ما ذهبوا إليه من القول بعدم جواز تشريح جثة الإنسان بعد موته ، بالكتاب ، والسنة ، والمعقول ، والقواعد الفقهية ، على النحو التالى :

#### ( ١ ) من الكتاب :

استدلوا بقوله تعالى: {ولقد كرمتنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا} (٢٢٩).

---

٧٧٢ هـ - ومعهم سلم الوصول لشرح نهاية السؤل للشيخ محمد بخيت المطيعي ط : قطاع المعاهد الأزهرية ١٤٢٨ هـ - ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨ م ج١ ص ٧٦ ، الموافقات فى أصول الشريعة: لأبي إسحاق الشاطبي- تحقيق: محمد عبد القادر الفاضلي ط: المكتبة العصرية- صيدا - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م ج١ ص ١٢٠ .

227 الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٧٠ - ص ٧١ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٤١ مرجع سابق ، قوى دار الإفتاء المصرية المنشورة : بالأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٢١١ - ص ٢١٢ ، وقد أثار فضيلة الشيخ حسنين مخلوف إلى هذه القاعدة فى فتواه عن التشريح ، حيث قال : " من القواعد الأصولية أن الشارع إذا أوجب شيئا يتضمن ذلك إيجاب ما يتوقف عليه ذلك الشيء ، فإذا أوجب الصلاة كان ذلك إيجابا للطهارة التى تتوقف الصلاة عليها ، وإذا أوجب بما أوماننا إليه من الأدلة على الأمة تعلم فريق منها الطب وتعليمه ومباشرته فقد أوجب بذلك عليهم تعلم التشريح وتعليمه ومزاولته عملا " .

انظر هذه الفتوى فى : الفتاوى الإسلامية ج١ ص ٣٦٠ ، علم التشريح عند المسلمين ص ٦٣ مرجع سابق .

228 الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٧١ مرجع سابق .

229 سورة الإسراء آية ( ٧٠ ) .

## وجه الدلالة من الآية :

يقول ابن كثير في تفسيره لهذه الآية : يخبر تعالى عن تشريفه لبنى آدم وتكريمه إياهم في خلقه لهم على أحسن الهيئات وأكملها " (٢٣٠) .  
فهذه الآية تدل على تكريم الله تعالى للإنسان حال حياته وكذلك بعد موته وفي تشريح جثة الإنسان إهانة له ، لما يترتب على التشريح من تشويه ، وشق ، وبقر للبطن ، وغيرها من الصور المهينة . وقد نهى المولى عز وجل عن إهانة الإنسان ، فيكون التشريح محرما (٢٣١) .

ونوقش الاستدلال بهذه الآية : بأن المقصود من الآية تكريم الإنسان وعدم إهانتة حيا وميتا أما ما نحن فيه فلا يقصد به إهانة الميت؛ لأن التشريح لا يقصد لذاته كتشويه للميت أو التمثيل به لكن يقصد به الكشف عن جريمة أو تبرئة متهمين أو إدانة جاني هارب من العدالة ، أو الكشف عن وباء ليتمكن الأطباء من تحضير الأمصال المناسبة لعلاجهم أو حتى تعليم الطب ، وكل هذا لا يقصد به إهانة الميت ، بل إنما يحمل معنى التكريم لا الإهانة (٢٣٢) .

## ( ٢ ) من السنة :

أ - استدلوا بما رواه مسلم عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال: " كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم- إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا، ثم قال: "اغزوا باسم الله في سبيل الله ، قاتلوا من كفر بالله ، اغزوا ولا تغلوا ، ولا تغدروا ، ولا تمثلوا ... الحديث " (٢٣٣) .

ب - وأيضا بما رواه البخاري عن عدي بن ثابت قال سمعت عبد الله بن زيد الأنصاري قال: نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن النهبي والمثلة (٢٣٤) .

230 تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج٣ ص ٥٢ .

231 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٣١- ص ٣٢ مرجع سابق .

232 مسنولية الطب الشرعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي د/خالد محمد شعبان ص ٨٩ .

233 الحديث سبق تخريجه

234 الحديث سبق تخريجه

## وجه الدلالة من الحديثين :

أن تشريح الإنسان بعد موته فيه تمثيل بجثته ، وهو ما نهى عنه النبي- صلى الله عليه وسلم- فى الحديثين السابقين، حيث قال- صلى الله عليه وسلم - فى الحديث الأول (لا تمثلوا) ونهى فى الحديث الثانى عن (المثلة)، وعليه فيكون التشريح محرم شرعا ، لما فيه من المثلة المنهى عنها . ونهى النبي- صلى الله عليه وسلم - عن المثلة، يوجب تحريم التمثيل ومنعه، فقوله صلى الله عليه وسلم (لا تمثلوا) أى لا تشوهوا القتلى بقطع الأنوف والأذان وغيرها، وإذا نهينا عن تشويه جثث الأعداء ، فلأن نهى عن تشويه جثة المسلم بالتشريح من باب أولى (٢٣٥) .

## ونوقش الاستدلال بهذين الحديثين بما يلي :

**المناقشة الأولى:** أن القول بجواز التشريح مقيد بعدم التمثيل بالجثة فيما لا يقتضيه التشريح وإعادة دفنها بعد إجرائه، فإذا كانت الحاجة أو الضرورة هي التي أباحت التشريح فإن الضرورة تقدر بقدرها، وعليه فيجب أن يقتصر المساس بالجثة على الحدود التي يستلزمها تحقيق الغرض الذي يجرى التشريح من أجله، كما يجب أن تعامل الجثة باحترام مصداقا لتكريم الشرع للإنسان حيا وميتا، وهذا يقتضي تجميع أجزاء الجثة بعد التشريح ودفنها<sup>(٢٣٦)</sup>. أما أن تهان الجثة أو يمثل بها بعد الحصول على الغرض منها، فهذا أمر لا يقره الشرع؛ لأن للجثة حرمة وكرامة شرعا (٢٣٧)

**المناقشة الثانية :** لاشك أن تشريح الميت مفسدة وهي إهانته بالشق وغيره ، ولكن هذه المفسدة لو قورنت بما يترتب على التشريح من مصالح ، لم يكن التشريح إهانة للميت ولا منافيا لكرامته (٢٣٨) .

235 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٣٢ مرجع سابق ، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها ١٧٥ مرجع سابق .  
236 الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٧٤ مرجع سابق .

237 معصومية الجثة فى الفقه الإسلامى ص ١٢٧ مرجع سابق ، قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) ص ٧٢٢ مرجع سابق .  
238 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٤٣ مرجع سابق .

وفى هذا الشأن يقول الشيخ يوسف الدجوي : " ... فضلا عما فى التشريع من تقدم العلم الذي تنتفع به الإنسانية كلها وينتقد كثيرا ممن أشفى على الهلكة أو أحاطت به الآلام من كل ناحية ، فهو يأتي الموت من كل مكان وما هو بميت ، إلى غير ذلك مما لا داعي للإطالة فيه - فقول من نظر إلى ذلك الإجمال وما يتبعه من التفصيل لم يسعه إلا أن يفتي بالجواز تقديمًا للمصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة . ومتى كان تشريع الميت بهذا التصد لم يكن إهانة له ولا منافيا لإكرامه " (٢٣٩) .

**المناقشة الثالثة:** هناك حالات خاصة تجوز فيها المثلة كما جاء فى آية المحاربين، قال تعالى: (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ... الآية) (٢٤٠) .

ففى هذه الآية إباحة للمثلى كعقوبة قصاصا، وذلك للمصلحة العامة، وهى زجر الظلمة عن الاعتداء على الناس ، والتشريع أيضا فيه مصلحة عامة تعود بالنفع على المجتمع ، فجاز مع أنه فيه مثله (٢٤١) .

ج - كما استدلوا بما روى عن عائشة - رضى الله عنها - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: " كسر عظم الميت ككسره حيا " (٢٤٢) .  
**وجه الدلالة من الحديث :**

يدل هذا الحديث على تحريم كسر عظم الميت ، والتشريع مشتمل على كسر العظام لدواعي الشق وغيرها ، فيكون التشريع محرما لاشتماله على الكسر المنهى عنه بنص الحديث (٢٤٣) .

239 فتوى الشيخ يوسف الدجوي عن التشريع: مجلة الأزهر- المجلد السادس ص ٤٧٢ عدد رجب ١٣٥٤هـ، وأيضا منشورة فى: علم التشريع عند المسلمين ص ٦٦ مرجع سابق.

240 سورة المائدة من الآية ( ٣٣ ) .

241 أحكام الجراحة الطبية ص ١٧٨ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة

والقانون ص ٤٣ مرجع سابق .

242 الحديث سبق تخريجه .

243 أحكام الجراحة الطبية ص ١٧٢ مرجع سابق ، قضايا فقهية معاصرة : محمد برهان

الدين السنهلي - ص ٦٥ مرجع سابق، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص

٣٣ مرجع سابق، فتوى الشيخ محمد بخيت المطيعي بمجلة الأزهر- المجلد السادس

ج ١ ص ٣٦١ وما بعدها .



قال صاحب عون المعبود نقلا عن السيوطي في بيان سبب هذا الحديث: " عن جابر - رضی الله عنه - خرجنا مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في جنازة فجلس النبي- صلى الله عليه وسلم - على شفير القبر وجلسنا معه فأخرج الحفار عظما ، ساقا أو عضدا ، فذهب ليكسره ، فقال النبي- صلى الله عليه وسلم -: " لا تكسرها فإن كسرك إياه ميتا ككسرك إياه حيا ولكن دسه في جانب القبر " . ومعنى ( ككسره حيا ) : يعني في المأتم كما في رواية ، قال الطيبي: إشارة إلى أنه لا يهان ميتا كما لا يهان حيا ، قال ابن الملك وإلى أن الميت يتألم ، قال ابن حجر ومن لازمه أنه يستلذ بما يستلذ به الحي أو هـ (٢٤٤) .

### ونوقش الاستدلال بهذا الحديث :

أن الظاهر من معنى هذا الحديث أن للميت حرمة كحرمة الحي فلا يتعدى عليه بكسر عظم أو شق بطن أو غير ذلك لغير مصلحة راجحة أو حاجة ماسة ، ويؤيد ذلك ما نقله صاحب عون المعبود عن السيوطي في بيان سبب هذا الحديث ، فإنه ظاهر أن الحفار الذي نهاه النبي- صلى الله عليه وسلم - عن كسر العظم ، كان يريد الكسر بدون أن تكون هناك مصلحة في ذلك ولا حاجة ماسة إليه ، وبذلك يتفق معنى الحديث مع قواعد الفقه الإسلامي ، فإنها مبنية على رعاية المصالح الراجحة ، وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة تفويتها أشد من هذا الضرر (٢٤٥) .

### ( ٣ ) دليلهم من المعقول :

أ - لقد كرمت الشريعة الإسلامية الإنسان حيا وميتا ، ومن مظاهر تكريمه وهو ميت أنها أوجبت على المسلمين على سبيل الكفاية ، غسله وتكفينه ودفنه والصلاة عليه إن كان مسلما (٢٤٦) ، كما حرمت الجلوس على

<sup>244</sup> عون المعبود شرح سنن أبي داود : محمد شمس الحق العظيم أبادي المتوفى سنة

١٣٢٩ هـ ط : دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الثانية ١٤١٥ هـ - ج ٩ ص ١٨ .

<sup>245</sup> فتوى الشيخ عبد المجيد سليم مفتي الديار المصرية عن التشريع في ٣١ أكتوبر ١٩٣٧ هـ ، ٢٦

شعبان ١٣٥٦ هـ منشورة في: علم التشريع عند المسلمين ص ٥٨ - ص ٥٩ .

<sup>246</sup> شرح فتح القدير ج ٢ ص ٦٩ ما بعدها ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ١

ص ٤٠٧ وما بعدها ، مغني المحتاج ج ١ ص ٣٣٢ وما بعدها ، الروض المربع شرح

القبر ، فقد روى مسلم عن أبي هريرة - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لأن يجلس أحدكم على جمرة فتحترث ثيابه فتخلص إلى جلده خير من أن يجلس على قبر " (٢٤٧) .

وأیضا من مظاهر تكريم الميت وجوب القيام للجنائز حين مرورها حتى ولو كانت جنازة يهودي ، فقد روى البخاري عن عامر بن ربيعة - رضى الله عنه - عن النبي- صلى الله عليه وسلم - قال: " إذا رأي أحدكم جنازة فإن لم يكن ماشيا معها فليقم حتى يخلفها أو تخلفه أو توضع من قبل أن تخلفه " (٢٤٨) .

كما وقف النبي- صلى الله عليه وسلم - حينما مرت به جنازة يهودي ، فقد روى البخاري عن عمرو بن مرة قال: سمعت عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: كان سهل بن حنيف وقيس ابن سعد قاعدين بالقادسية ، فمروا عليهما بجنازة فقاما ، فقيل لهما : إنها من أهل الأرض - أي من أهل الذمة - فقالا : إن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرت به جنازة فقام . فقيل له : إنها جنازة يهودي ، فقال: أليست نفسا " (٢٤٩) .

قال ابن حجر : ومقتضى التعليل بقوله- صلى الله عليه وسلم- " أليست نفسا " أن ذلك يستحب لكل جنازة (٢٥٠) .

كما نهى النبي- صلى الله عليه وسلم- عن سب الأموات ، فقد روى البخاري عن عائشة - رضى الله عنها - قالت : قال النبي- صلى الله عليه وسلم- " لا تسبوا الأموات ، فإنهم قد أفضوا إلى ما قدموا " (٢٥١) .

فإذا كانت الشريعة الإسلامية تمنع كل ما فيه أذى للميت حتى ولو كان معنويا ، فلأن تمنع تقطيع أجزائه وتشريحه من باب أولى ؛ لأن في ذلك إيذاء للميت وإهانة له ، وهذا يتنافى مع تكريم الشارع له (٢٥٢) .

---

زاد المستنقع ، البيهوتي تحقيق : عماد عامر ط : دار الحديث - القاهرة ١٤٢٥ هـ -

٢٠٠٤م ص ١٢٢ وما بعدها .

247 الحديث سبق تخريجه .

248 الحديث سبق تخريجه .

249 الحديث سبق تخريجه .

250 فتح الباري ج٣ ص ٢١٦ .

251 صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج٣ ص ٣٠٤ - كتاب الجنائز - باب ما ينهى

عن سب الأموات - رقم ( ١٣٩٣ ) .

ب - قالوا : إن من الفقهاء من حرم شق بطن الميتة لإخراج جنينها الذي ترجى حياته (٢٥٣) ، فإذا كان شق بطن الميتة لإخراج الجنين لا يجوز مع أن فيه مصلحة ضرورية لإنقاذ حياة الجنين ، فلأن لا يجوز التشريح المشتمل على الشق وزيادة دون مصلحة راجحة أولى (٢٥٤) .

ج - وقالوا : إن من الفقهاء من حرم شق بطن الميت لاستخراج المال أو الشيء الثمين الذي ابتلعه حال حياته (٢٥٥) ، فإذا كان شق بطن الميت لاستخراج المال الذي هو عنصر الحياة المهم وقوامها لا يجوز فلأن لا يجوز التشريح لغير ذلك من الأسباب التي يمكن الاستعاضة عنها بأخرى من باب أولى (٢٥٦) .

**ونوقش هذا الدليل والذي قبله بما يلي :**

بأن مسألتى شق بطن الميتة لإخراج الجنين ، وشق بطن الميت لاستخراج المال الذي ابتلعه حال حياته ، محل خلاف بين الفقهاء ، وقد نقل عن كثير من الفقهاء القول بجواز شق بطن الميتة لإخراج جنينها الذي ترجى حياته ، وكذلك شق بطن الميت لاستخراج المال الذي ابتلعه حال حياته ، سواء كان قليلا أم كثيرا ، فإذا جاز شق البطن لأجل المال القليل جاز التشريح فى حالة الضرورة، كما فى حالة التعليم ، أو الكشف عن جريمة ، أو اكتشاف مرض معين (٢٥٧) .

252 أحكام الجراحة الطبية ص ١٧٧ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة

والقانون ص ٣٤ مرجع سابق ، مسنولية الطب الشرعي ص ٨٧ - ص ٨٨ مرجع سابق .

253 وهو ما ذهب إليه الإمام مالك والحنابلة فى المذهب والإباضية .

انظر تفصيل القول فى هذه المسألة ص : ٤٣ وما بعدها من هذا البحث .

254 أحكام الجراحة الطبية ص ١٧٦، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص

٣٦ ، مسنولية الطب الشرعي ص ٨٨ .

255 وهو ما ذهب إليه الحنفية فى المشهور والإمامية وبعض المالكية والشافعية فى

وجهه، وبه قال الحنابلة إذا كان المال ملكا للميت، وكذلك إذا كان ملكا لغيره وابتلعه

بإذنه، أما إذا ابتلع مال غيره غصبا ففيه وجهان عند الحنابلة

انظر تفصيل القول فى هذه المسألة ص ٥٤ وما بعدها .

256 أحكام الجراحة الطبية ص ١٧٦ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة

والقانون ص ٣٥ مرجع سابق .

257 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٤٤ ، فتوى الشيخ يوسف الدجوى -

مجلة الأزهر - المجلد السادس ص ٤٧٢ - عند رجب ١٣٥٤ هـ ، قاعدة ( لا ضرر ولا

ضرار ) ص ٧٢٤ - ص ٧٢٥ مرجع سابق .

د - لا توجد ضرورة تلجئ إلى تشريح جثث الموتى مطلقا ؛ لأنه يمكن الاستغناء عن ذلك بتشريح الحيوانات التي تشبه الإنسان في وظائف الأعضاء بعد نزع ما يذبح منها ذبحا شرعيا محافظة على المال . وفي ذلك استغناء عن تشريح جثث بنى آدم وجمع بين مصلحة موتى الأدميين ومصلحة الخدمات الطبية ، كما أن فيه محافظة على حرمة الإنسان (٢٥٨) .  
ونوقش هذا الدليل :

بأن أهل الخبرة من الأطباء قطعوا بعدم كفاية تشريح أي حيوان حتى ولو كان شبيه بالإنسان عن تشريح الإنسان؛ لأن تدريب الطبيب للممارسة الصحيحة للطب والجراحة يستلزم أن يعرف حجم وشكل ومكان وتركيب كل عضو وما يجاوره من الأعضاء الأخرى في الجسم السليم ، إذ يمكنه بعد ذلك أن يعرف ما قد يطرأ من تغييرات على حجم وشكل ومكان وتركيب أي من هذه الأعضاء بسبب المرض . وهذه المعرفة المذكورة معرفة تفصيلية دقيقة يصعب تصورها أو الحصول عليها دون تشريح الأجسام البشرية ، ولا يمكن الاستغناء في هذا المضمار عن الجسم البشري بجسم حيوان آخر، فأقرب الحيوانات إلى شكل الإنسان هي مجموعة الأنواع التي تعرف بنوات الثدي أو الثدييات ، وهي التي تلد وترضع أولادها ، والشبه بينها وبين الإنسان عام ، ولكن هناك الاختلافات الكثيرة ، ولا تفيد دراسة تفاصيل جسم حيوان ثديي في فهم تفاصيل الجسم البشري التي تعين على تشخيص الأمراض في أحوال كثيرة .

فالاتتماد على تشريح الحيوانات الثديية وحدها ، حتى أقربها إلى الإنسان شكلا لا يعطي فكرة صادقة عن تفاصيل الجسم البشري ، وقد يرسخ في ذهن الأطباء صورة غير صادقة عن تركيب الجسم البشري تكون سببا في ارتكاب الأطباء للأخطاء الفنية عند الاحتياج إلى إجراء جراحة للإنسان الحي مما يترتب عليه عدم شفاؤه بل هلاكه ، ومن ثم لا يغني تشريح الحيوان عن تشريح الإنسان (٢٥٩) .

258 أبحاث هيئة كبار العلماء ج٢ ص ٦٥ ، شفاء التبريح والأنواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء ص ٨٩ ، مسئولية الطب الشرعي ص ٨٨ .  
259 أبحاث هيئة كبار العلماء ج٢ ص ٦٥ - ص ٦٦ مرجع سابق ، مسئولية الطب الشرعي ص ٨٨ مرجع سابق ، شفاء التبريح والأنواء في حكم التشريح ونقل

#### ( ٤ ) دليلهم من القواعد الفقهية :

استدلوا على القول بعدم جواز التشريع ببعض القواعد الفقهية ،

ومنها :

أ - قاعدة : " الضرر لا يزال بالضرر " (٢٦٠) .

دللت هذه القاعدة على أن مفسدة الضرر ينبغي ألا تزال بمثلها ، والتشريع فيه إزالة ضرر بمثله ، وذلك لأن التعلم بواسطته موجب لإزالة ضرر الأقسام والأمراض بتعلم طرق مداواتها ، وهذه الإزالة يترتب عليها ضرر آخر يتعلق بالميت الذي شرحت جثته ، وضرر أدبي يتعلق بأهله ، وحينئذ يكون من باب إزالة الضرر بمثله ، وهو الذي دللت القاعدة على عدم جوازه (٢٦١) .

ب - قاعدة : " لا ضرر ولا ضرار " (٢٦٢) .

الأعضاء ص ٨٩ مرجع سابق ، حكم تشريع الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٤٤ مرجع سابق ، علم التشريع عند المسلمين ص ٧٣ - ص ٧٤ مرجع سابق .  
260 مجلة الأحكام العدلية المادة رقم ( ٢٥ ) ص ١٢ مرجع سابق ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٦ مرجع سابق .

261 أحكام الجراحة الطبية ص ١٧٦ - ص ١٧٧ مرجع سابق ، حكم تشريع الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٣٧ مرجع سابق ، مسئولية الطب الشرعي ص ٨٨ مرجع سابق ، شفاء التبايح والأدواء في حكم التشريع ونقل الأعضاء ص ٤٠ مرجع سابق .  
262 مجلة الأحكام العدلية المادة رقم ( ١٩ ) ص ١١ مرجع سابق ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٢ مرجع سابق .

وأصل هذه القاعدة حديث نبوي رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني والحاكم والبيهقي عن أبي سعيد الخدري - رضى الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " لا ضرر ولا ضرار " وهذا الحديث قال عنه الشوكاني : " هو حديث مشهور رواه ابن ماجه والدارقطني والحاكم والبيهقي والطبراني وعبد الرزاق " وقال عنه ابن رجب الحنبلي : " حديث حسن ، رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسندا ، ورواه مالك فى الموطأ مسلا عن عمر بن يحيى عن أبيه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرسلا ، فأسقط - من السنن - أبا سعيد الخدري - راوي الحديث عند الأولين - وله طرق يقوى بعضها بعضا . وقال عنه الحاكم : حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه .

مسند أحمد ج١ ص ٣١٣ ، سنن ابن ماجه ج٢ ص ٧٨٤ ، برقم ( ٢٣٤٠ - ٢٣٤١ ) ، سنن الدارقطني ج٤ ص ٢٢٨ برقم ( ٨٤ ) ، المستدرک على الصحيحين ج٢ ص ٥٨ كتاب البيوع - باب التشديد فى أداء الدين ، السنن الكبرى للبيهقي ج٦ ص ٦٩ ، كتاب الصلح - باب لا ضرر ولا ضرار ، نيل الأوطار للشوكاني ج٥ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠ برقم

دلت هذه القاعدة على حرمة الإضرار بالغير ، والتشريح فيه إضرار بالميت ، فلا يجوز فعله (٢٦٣) .

**ونوقش الاستدلال بهاتين القاعدتين :**

أ - أن الضرر لا يزال بالضرر بشرط أن يكون كلا منهما مساوي للآخر وما نحن بصدده لا ينطبق عليه هذا الشرط ؛ لأن الضرر الناتج عن التشريح ليس مساويا للضرر الناتج عن المرض ، لأن التقصير في ضمان صحة أفضل ، ووقاية أكمل للأحياء أشد ضررا من التشريح ، فضرر ترك التشريح أشد . فالقول بأن الضرر لا يزال بالضرر يتم إذا كانا متماتلين ، أما إذا كان أحدهما أخف من الآخر فإنه يتحمل الأخف لإزالة الأشد . وما نحن فيه هو إزالة ضرر بضرر أخف منه - وكذلك إن كان أحدهما عاما والآخر خاصا فيتحمل حينئذ الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، ومعلوم أن الضرر العام الذي قد ينتج بعدم معرفة علم التشريح له آثار سيئة على سلامة وصحة الأحياء (٢٦٤) .

( ٢ ) أن هناك قواعد كثيرة من القواعد الفقهية التي يندرج تحتها التشريح مثل قاعدة : " ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب " (٢٦٥) . وقاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات" (٢٦٦) وقاعدة: "إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما " (٢٦٧) ، وغيرها من القواعد

---

(٢٣٣٠)، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم: ابن رجب الحنبلي ص ٣٦٧ رقم (٣٢) ط: دار الريان للتراث. الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.

- 263 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٣٧ مرجع سابق .  
264 شفاء التبايح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء ص ٤٠ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٤٥ مرجع سابق ، مسئولية الطب الشرعي ص ٩٠ مرجع سابق .  
265 الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٣٨ مرجع سابق ، القواعد الفقهية : على أحمد الندوي ص ١٠٦ مرجع سابق .  
266 مجلة الأحكام العدلية المادة رقم ( ٢١ ) ص ١٢ مرجع سابق ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٣ مرجع سابق ، القواعد الفقهية ص ٣٠٨ مرجع سابق .  
267 مجلة الأحكام العدلية المادة (٢٨) ص ١٢ مرجع سابق ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٩ مرجع سابق .

الفقهية التي يندرج تحتها أعمال التشريع ومن ثم يبطل استدلالهم بالقواعد على عدم جواز التشريع (٢٦٨) .

الرأي الراجح :

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم وما ورد على هذه الأدلة من مناقشات يتضح أن الرأي الأولي بالقبول والترجيح هو القائل بجواز تشريع جثة الإنسان بعد موته عند الضرورة ، لأن المولى عز وجل وإن كان قد أمر بتكريم الإنسان حال حياته وبعد وفاته بغسله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه وأيضا بعدم المساس بجثته وانتهاك حرمتها إلا أن الضرورة قد تستدعي المساس بهذه الجثة ؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات ، فالتشريع الجنائي جائز لما فيه من مصلحة الفرد والمجتمع ، والتي تتمثل في إظهار الحقيقة بالكشف عن ملابسات الجريمة ومعرفة الجاني من البرئ ، وفي ذلك تحقيق للعدل الذي أمر به المولى سبحانه وتعالى ، ولكن إذا كان التشريع الجنائي قد أجزى في حالة الضرورة فإن هذه الضرورة لا بد وأن تقدر بقدرها ، ومن ثم فيجب على الدولة ألا تفرط فيه ولا تلجأ إليه إلا في الحالات التي لا يستطيع المحقق أن يصل إلى الحقيقة إلا بإجرائه (٢٦٩) .

ويدخل أيضا في حالات الضرورة ( التشريع المرضي ) وهو يهدف إلى معرفة الأمراض وأنواعها ، ومدى تأثيرها على حياة الإنسان ، وما إذا كان هذا المرض المسبب للوفاة وباء يخشى انتشاره بين أفراد المجتمع أم لا (٢٧٠) ، فالتشريع في هذه الحالة جائز لما فيه من مصلحة عامة راجحة ، وهي حفظ نفوس الأحياء خشية أن تكون تلك الوفاة بسبب أمراض وبائية، فالمصلحة تقتضي التشريع، للوقوف على حقيقة ذلك الوباء بما يساعد على تحديد العقاقير اللازمة للقضاء عليه واتخاذ التدابير الوقائية والاحتياطات اللازمة لمنع انتشاره، وهذا مقدم على المصلحة الخاصة في عدم تشريع الميت، ولكن لا بد أن يتم ذلك وفق ضوابط وإجراءات محددة

268 مسئولية الطب الشرعي ص ٩١ مرجع سابق .

269 انظر : المرجع السابق ص ٩٢ .

270 الطبيب أبه وفقهه ص ١٦٦ مرجع سابق ، أبحاث هيئة كبار العلماء المجلد الثاني

ص ١٣ مرجع سابق .

تحفظ للميت حرمة وكرامته، ومن ثم يتعرض من يخالف هذه الضوابط أو يتخطى هذه الإجراءات للمساءلة القانونية (٢٧١) .

أما بالنسبة للتشريح التعليمي: وهو ما يهدف إلى الوقوف على تركيب جسم الإنسان وأعضائه الظاهرة، ومعرفة أجهزته، ومكان كل جهاز، ووظيفته وحجمه وقياسه صحيحا أو مريضا، وعلامات مرضه، وكيفية علاجه، وذلك حتى يستطيع الطبيب القيام بإجراء العمليات الجراحية وهو على بينة من أمره (٢٧٢) .

فهذا النوع من التشريح نجد أن ممن قال بجوازه قد وضع له ضوابط منها: ألا يلجأ إلى تشريح جثة المسلم إذا وجدت جثة غير المعصوم كالمترد (٢٧٣) والحربي (٢٧٤)(٢٧٥)؛ لأن تشريحه ليس فيه إهانة؛ لأنه ليس بعد الكفر إهانة، وهو قد أهان نفسه بالكفر بالله تعالى .

271 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٤٨ مرجع سابق ، مسئولية الطب

الشرعي ص ٩٢ مرجع سابق .

272 الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٦١ مرجع سابق ، أبحاث هيئة كبار العلماء المجلد الثاني ١٣ مرجع سابق ، علم التشريح عند المسلمين ص ٩ مرجع سابق ، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ص ٢٢٧ مرجع سابق .

273 المترد : الارتداد : الرجوع عن الدين ، والأسم الردة ، ورد عن الشيء : رجع عنه النظم المستعذب في شرح غريب المهذب: لمحمد بن بطلال الركني- مطبوع بهامش المهذب ط : مصطفى الحلبي ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م ج ٢ ص ٢٨٤ .

والمترد : هو الراجع عن دين الإسلام ، أو هو الذي كفر بعد الإيمان . معجم غريب الفقه والأصول، ومعه إعراب الكلمات الغريبة : لأستاذنا الدكتور/ محمد إبراهيم الحفناوي ط : دار الحديث القاهرة ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م ص ٥٦٤ .

274 الحربي : الحرب : المقاتلة والمنازلة ، ودار الحرب : بلاد الكفر الذين لا صلح لهم مع المسلمين .

وعليه فالحربي : هو الكافر الذي يعيش في بلاد الكفر الذين لا صلح لهم مع المسلمين . المصباح المنير ص ٧٩ كتاب الحاء .

275 وهو ما ذهب إليه مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في دورته التاسعة المنعقدة في مدينة الطائف في شهر شعبان عام ١٣٩٦ هـ ، حيث جاء في نص قراره رقم ( ٤٧ ) : " ٠٠٠٠ . وحيث إن في التشريح مصالح كثيرة ظهرت في التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة فإن المجلس يرى جواز تشريح جثة الأسمي في الجملة إلا أنه نظرا إلى غناية الشريعة الإسلامية بكرامة المسلم ميتا كعنايتها بكرامته حيا وذلك لما روى أحمد وأبو داود وابن ماجه عن عائشة رضى الله عنها أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " كسر عظم الميت ككسره حيا " . ونظرا إلى أن التشريح فيه امتهان لكرامته ، وحيث إن الضرورة إلى ذلك متفنية بتيسر الحصول على جثث



قال تعالى: { ومن يهن الله فما له من مكرم } (٢٧٦). كما أن تشريح جثته ليس فيه تعطيل لحقوق واجبة مثل جثة المسلم ، إذ أن تشريح جثة المسلم فيه تعطيل لحقوق كثيرة، منها: الغسل والتكفين والصلاة عليه وغير ذلك، أما الكافر فلا يجب علينا شيء من ذلك في حقه. فإذا تعذر الحصول على جثته غير المعصوم فإنه يجوز في هذه الحالة تشريح جثة المعصوم للضرورة، ولكن ينبغي أن تقدر هذه الضرورة بقدرها فلا يعيثر بجثث الموتى، ويتعين على القائمين بالتشريح توقيف أجسام الموتى والقيام بدفنها بعد فراغهم من مهمتهم، كما لا يقوم بتشريح جثث النساء غير الطبيبات إلا في حالة عدم وجود من يقوم به منهن (٢٧٧) .

وفي هذا يقول الشيخ يوسف النجوى بعد فتواه بجواز التشريح: "غير أنا نرى أنه لا بد من الاحتياط في ذلك حتى لا يتوسع فيه الناس بلا مبالاة فليقتصر فيه على قدر الضرورة، وليثق الله الأطباء وأولوا الأمر الذين يتولون ذلك وليعلموا أن الناقد بصير والمهيمن قدير والله يتولى هدى الجميع والله أعلم" (٢٧٨) .

كما يقول الشيخ إبراهيم اليعقوبي: "...وكلامنا مع الأطباء والأساتذة والطلاب فالكل مسؤول أمام الله تعالى عن مثل هذه التصرفات، ونخص

---

أموات غير معصومة فإن المجلس يرى الاكتفاء بتشريح مثل هذه الجثث وعدم التعرض لجثث أموات معصومين والحال ما ذكر " .

علم التشريح عند المسلمين ص ٧٩ مرجع سابق .

كما جاء في مشروع قرار المجمع الفقهي الإسلامي حول تشريح الموتى ومن يقوم به ( الدورة العاشرة ) صفر ١٤٠٨ هـ :

" ٢ - إن التشريح ينبغي أن يجرى على جثث غير المعصومين فإن تعذر ذلك أجرى على جثث المعصومين سواء أكانت الجثث لمجهولين من الموتى ، أو كانت لمن تنازلوا عن جثتهم قبل موتهم وأنوا بتشريحها ، أو كانت تلك الجثث لموتى أذن ورثتهم بتسليمها للمشارح : " علم التشريح عند المسلمين ص ١٠٢ - ص ١٠٤ مرجع سابق .

276 سورة الحج من الآية ( ١٨ ) .

277 مشروع قرار المجمع الفقهي الإسلامي حول تشريح الموتى ومن يقوم به ( الدورة العاشرة ) صفر ١٤٠٨ هـ - منشور في: علم التشريح عند المسلمين ص ١٠٢ - ص ١٠٤ مرجع سابق، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٤٨ - ص ٥٠ مرجع سابق، مسئولية الطب الشرعي ص ٩٢ - ص ٩٣ مرجع سابق .

278 علم التشريح عند المسلمين ص ٦٧ مرجع سابق .

بالذكر الأطباء المشرحين والطلاب الذين يتعلمون منهم ونأمرهم بتقوى الله عزوجل وباحترام الإنسان الأدمي الذي كرمه الله تعالى وفضله على كل من سواه ونأمرهم بأن لا يتخذوه هدفا للعبث أو آلة للعب، بل يضعون نصب أعينهم مخافة الله عز وجل وحرمة الأدمي، ويقصدون بهذا العمل تقديم النفع والعلم الصحيح لطلابهم، ويقصد الطلاب من ذلك أيضا وجه الله تعالى بهذا التعلم وخدمة الإنسانية واضعين نصب أعينهم خوف الله تعالى وحرمة الإنسان وكرامته<sup>(٢٧٩)</sup> إلى غير ذلك من الضوابط والآداب التي سوف نتحدث عنها - بمشيئة الله تعالى - عند الحديث عن ضوابط التشريح في المبحث القادم .

### المبحث الخامس ضوابط التشريح

يتوقف الحكم بشرعية التشريح - على التفصيل السابق- على توافر عدة شروط ، أهمها ما يلي :

( ١ ) التحقق من موت الشخص الذي سيجري التشريح على جثته؛ لأن تشريح الإنسان قبل موته فيه إيذاء وتمثيل بالحي، وهو محرم شرعا وإن كان الشخص كافرا ما لم يكن هناك مسوغ لذلك، ويرجع في أمر الموت إلى الطبيب المختص.

( ٢ ) موافقة ذوي الشأن على التشريح: أي موافقة الميت قبل وفاته على تشريح جثته بعد موته، بأن يصدر عنه حال حياته ما يدل على هذه الموافقة فإذا عرف عنه أثناء حياته أنه يرفض تشريح جثته بعد موته، أو أوصى ألا يشرح بعد موته فلا يجوز التعرض لجثته وإن كان كافرا أو حربيا أو مرتدا. ومن أهل الشأن أيضا ورثة المتوفى ، فلا بد من موافقتهم على تشريح جثة ميتهم إذا لم يكن قد أعطى الموافقة قبل موته ؛ لأن للورثة الحق في الدفاع عن حرمة ميتهم ، كما أنهم هم النواب الطبيعيون - إن جاز التعبير- للميت وهم الأقدر على تحديد موقف الميت لو طلب منه رأيه قبل

279 شفاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء ص ١٠٧ مرجع سابق .

موته فى تشريح جثته ، هذا بالنسبة للتشريح التعليمى أو المرضى ، أما بالنسبة للتشريح الجنائى ، فلا حاجة لرضاء المتوفى قبل موته ، ولا لرضاء أهله بعد موته ؛ لأن هذا النوع من التشريح يتعلق به ظهور الحق ، وتحقيق العدالة ، وانتظام حياة المجتمع ، وهذا كله لا يمكن أن يتوقف على رضاء المتوفى أو ورثته (٢٨٠) .

( ٣ ) أن تكون هناك ضرورة تتطلب التشريح : وهذه الضرورة يعتبرها البعض بمثابة علة الحكم بإباحة التشريح فيدور معها وجودا وعمدا ، ويتوافر هذا الشرط فى كل من التشريح المرضى والتشريح الجنائى والتشريح التعليمى ، فى كل نوع من هذه الأنواع يتعلق التشريح بحاجات الناس التى تنزل منزلة الضرورة ، وتطبيقا لهذا الشرط فإنه يجب أن تكون المصلحة التى يجرى التشريح لأجل رعايتها جدية ، حيث إن رعاية مصلحة معينة وتقديمها على مفسدة تقابلها مشروط بكون تلك المصلحة راجحة وأعظم من هذه المفسدة (٢٨١) .

280 الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٧١ - ص ٧٣ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٥٤ مرجع سابق. ونكر الدكتور أحمد شرف الدين أن البعض يرى أنه لا حاجة لرضاء الميت أو أهله حتى فى التشريح المرضى. ثم علق قائلا : " ولا نعتقد أن المستوى الثقافى فى بلادنا قد وصل إلى مستوى يستطيع الناس به فهم متطلبات الطب . ولا داعى للدخول فى إشكالات قانونية مع أهل الميت إذا رفضوا إجراء التشريح . ولقد طعن فى دستورية النصوص التى تضمنتها قوانين بعض الدول كفرنسا وأمريكا ، التى تبيح للجراح إجراء التشريح حتى بدون موافقة الأسرة... لذلك اشترط القانون المصرى رقم (١٣٠) لسنة ١٩٤٦م الخاص بالمواليد والوفيات (م ٢٦) موافقة أهل الميت على تشريح الجثة " .  
انظر : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية : د / أحمد شرف الدين ص ٧٢ هامش (١٨٧) مرجع سابق .

وبالنسبة للجنث المجهولة التى لم يمكن التعرف عليها ولا على نوبها ، فإنه يسمح بتشريحها لأغراض التعليم والبحث الطبى . . . . . وذلك لتعذر الحصول على موافقة أهل الميت ، ويعتبر ولي الأمر فى هذه الحالة ولما للميت ؛ لأن ولي الأمر ولي من لا ولي له ، فإذا أذن ولي الأمر جاز تشريح الجثة . انظر : المرجع السابق ص ٧٢ علم التشريح عند المسلمين ص ٤٨ مرجع سابق .

281 الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٧٣ - ص ٧٤ مرجع سابق .

كما أن الضرورة لا بد أن تقدر بقدرها ، فلا يجوز أن يتجاوز العمل في التشريع حدود الحاجة اللازمة (٢٨٢) .

( ٤ ) توفير الجثة وعدم المساس بها فيما لا تقتضيه ضرورة التشريع: فإذا كانت الحاجة أو الضرورة هي التي تبيح التشريع فإنه لا بد وأن تقدر بقدرها، فلا يجوز أن يتجاوز التشريع الحدود التي تبرر إباحته، فيجب أن يقتصر المساس بالجثة على الحدود التي يستلزمها تحقيق الغرض الذي يجزى التشريع من أجله، ويجب أن تعامل الجثة باحترام (٢٨٣)، بأن تراعي آداب تكريم الميت، فلا يساء التصرف في جسده بما لا يخدم البحث العلمي ، ولا تلقى الجثة مقطعة الأجزاء على منصات التشريح تتقاذفها أيادي الطلبة دون رادع أو زاجر، بل لا بد من احترام إنسانية الميت (٢٨٤).

( ٥ ) ينبغي إعادة دفن الجثة وجميع ما تبقى من أعضائها وأنسجتها: وذلك تطبيقاً لمبدأ توفير الجثة والتعامل معها باحترام، فيجب تجميع أجزاء الجثة بعد التشريح ودفنها؛ لأن الأصل هو وجوب دفن

---

282 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٥٣ - ص ٥٤ مرجع سابق ، مشروع قرار المجمع الفقهي الإسلامي حول تشريح الموتى ومن يقوم به ( الدورة العاشرة ) صفر ١٤٠٨ هـ - وهو منشور في : علم التشريح عند المسلمين ص ١٠٤ مرجع سابق .

283 الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٧٤ مرجع سابق ، علم التشريح عند المسلمين ص ٤٩ مرجع سابق .

284 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٥٥ مرجع سابق .  
هذا وقد أورد الدكتور/ محمد علي البار مثالا واضحا لعدم توفير الجثة والإساءة إليها أثناء الترشيح ، وذلك حينما كان طالبا في كلية الطب في القصر العيني بالقاهرة ، حيث قال : " كان بعض الطلبة يقيسون طول الأمعاء وذلك بوضعها على الأرض ثم قياسها بأقدامهم . . . وهو أمر في منتهى الوقاحة وامتهان الجثة . . . ولا حاجة تدعو إليه . . . ويمكن قياسها بشريط .

وثانيها: أن بعض الطلبة كان يطفئ سيجارته بالجثة . . . وهو أمر في منتهى الوقاحة والفجور . . . وثالثها: أن بعض الطلبة كان يأكل السندوتش أو يشرب الكازوزة بيد ويشرح الجثة بالأخرى . وهي صورة أقرب ما تكون لصورة هند بنت عتبة في ميدان المعركة في يوم أحد وبإلها من صورة بشعة" . علم التشريح عند المسلمين ص ٤٩ مرجع سابق .

الموتى، فإذا أجل رعاية لمصلحة مشروعة فيلزم التعجيل به متى تحققت هذه المصلحة (٢٨٥) .

(٦) عدم نبش القبر وإخراج الجثة لأجل تشريحها : لأن للجثة بعد دفنها حرمة فلا يجوز نبش القبر وإخراجها لما في ذلك من إهانة للجثة وتشويه لها بعد استقرارها بالدفن ، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الجلوس على القبور ، فقد روى مسلم عن أبي هريرة - رضى الله عنه - قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لأن يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه فتخلص إلى جلدته خير من أن يجلس على قبر " (٢٨٦) .

فإذا كان الجلوس على القبور محرماً فالنبش من باب أولى . إلا إذا كان هناك شبهة جنائية فى الوفاة ، فيجوز حينئذ نبش القبر وإخراج الجثة لمعرفة سبب الوفاة ، لأننا فى هذه الحالة قد نكون بصدد جريمة ، والتشريح الجنائي لا يتوقف على موافقة أحد (٢٨٧) .

(٧) ألا يكون الحصول على الجثث المراد تشريحها بواسطة بيع أو شراء : لأن جثة الميت لا يجوز أن تكون محلاً لعقد البيع ، إذ من شروط المبيع فى عقد البيع أن يكون مملوكاً للبايع ، إما أصالة أو نيابة ، لما روى عن حكيم ابن حزام قال : سألت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقلت : يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي ، أبتاع له من السوق ثم أيبعه؟ قال صلى الله عليه وسلم : ( لا تبع ما ليس عندك ) (٢٨٨) .

285 الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص ٧٤ مرجع سابق ، علم التشريح عند المسلمين ص ٤٩ مرجع سابق ، مشروع قرار المجمع الفقهي الإسلامي حول تشريح الموتى ومن يقوم به ( الدورة العاشرة ) صفر ١٤٠٨ هـ - ٠٠ وهو منشور فى : علم التشريح عند المسلمين ص ١٠٤ مرجع سابق .

286 الحديث سبق تخريجه .

287 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٥٥ مرجع سابق .

288 الحديث أخرجه أحمد والترمذي والنسائي وابن ماجه ، واللفظ للترمذي .

وقال عنه الترمذي : حديث حسن صحيح .

مسند أحمد ج٣ ص ٤٠٢ ، سنن الترمذي ج٢ ص ٣٥١ رقم ( ١٢٥٠ ، ١٢٥١ ) أبواب البيوع ، باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عنده ، سنن النسائي ج٧ ص ٢٨٨ - ص ٢٨٩ كتاب البيوع - باب بيع ما ليس عند البايع ، سنن ابن ماجه ج٢ ص ٢٣٧ رقم ( ٢١٨٧ ) كتاب التجارات - باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن ، نيل الأوطار ج٥ ص ١٨٤ .

وأيضاً لما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : ( لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك ) (٢٨٩) .  
قال الشوكاني : أي ما ليس في ملكك وقدرتك (٢٩٠) .

والجثة ليست ملكاً للبايع ، سواء كان البايع هو الميت قبل موته ، أو أولياؤه من بعده ، فالإنسان لا يملك نفسه ، بل هو مملوك لله تعالى .  
لذا فلا يجوز أن يكون الميت محلاً لعقد البيع ، كما لا يجوز لأقارب الميت الذي يراد تشريحه أن يأخذوا مالا في مقابلة جثة ميتهم ؛ لأنه - كما سبق - لا يجوز بيع جثة الميت وكذلك لا يجوز بيع الهيكل العظمي لأجل التعلم والتعليم (٢٩١) .

ويرى البعض أنه يمكن أن يكون هناك بديل عن المال الذي يدفع في مقابلة الجثة ، وهو أن تكون هناك هبة ممن ينتفع بذلك التشريح أو من أوليائه ، لأقارب وأولياء صاحب الجثة ، ولا تكون هذه الأموال ثمناً للجثة .  
فإذا كان الحصول على الجثث عن طريق مؤسسات مختصة بذلك ، فإن هذه الأموال لا ينبغي أن تكون ثمناً لهذه الجثث ، وإنما هي أجور وتكاليف تقدمها تلك المؤسسات لعمالها الذين يقومون بهذه الخدمات أو تقدمها كمصاريف للنقل والحفظ وغيرها ، فهو في الحقيقة جزء مما تستحقه تلك المؤسسات لقيامها بهذه الخدمة الإنسانية ، وليس ثمناً للجثة (٢٩٢) .

---

289 الحديث أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه ، واللفظ للترمذي ، وقال عنه الترمذي: حديث حسن صحيح .

سنن الترمذي ج٢ ص ٢٥١ رقم ( ١٢٥٢ ) أبواب البيوع - باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده ، سنن النسائي ج٧ ص ٢٨٩ ، كتاب البيوع - باب بيع ما ليس عند البايع ، سنن ابن ماجه ج٢ ص ٧٣٧ - ص ٧٣٨ رقم ( ٢١٨٨ ) كتاب التجارات - باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن ، نيل الأوطار ج٥ ص ١٨٤ .

290 نيل الأوطار ج٥ ص ١٨٤ .

291 شفاء التبايح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء ص ١٠٧ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٥٥ - ص ٥٦ مرجع سابق ، علم التشريح عند المسلمين ص ٤٨ مرجع سابق .

292 شفاء التبايح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء ص ١٠٧ - ص ١٠٨ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٥٦ مرجع سابق .

( ٨ ) أن تكون الجثة لغير معصوم الدم، كأن يكون حربياً؛ لأنه مهدور الدم، أو يكون محكوماً عليه بالقتل رده، فلا يجوز تشريح جثث أموات معصومين إلا عند عدم توافر جثث أموات غير معصومة (٢٩٣).

وجدير بالذكر أن الفقهاء المعاصرين الذين أباحوا التشريح بهذه الضوابط لم يفرقوا بين تشريح جثة الذكر وجثة الأنثى، ولم يشترطوا أن يقوم بتشريح جثة الأنثى امرأة وأن يقوم بتشريح جثة الذكر رجل بل أباحوا ذلك دون قيد ونظروا فقط إلى الضرورة (٢٩٤)، خصوصاً في التشريح الجنائي والمرضى، حيث لا يوجد فرق؛ لأن دواعي التشريح في هذين النوعين خاصة، ولا يغني تشريح جثة أخرى لمعرفة سبب الوفاة أو الجريمة أو الداء الوبائي.

أما في التشريح التعليمي فالأمر يختلف، إذ لا بد من التفريق بين تشريح الرجل وتشريح المرأة؛ لأن تركيب جسد المرأة يختلف عن تركيب جسد الرجل من حيث الأعضاء، ووظائفها، وإن كانا يشتركان في أشياء كثيرة، وعليه فلا يغني تشريح الرجل عن تشريح المرأة لوجود الفارق التكويني والخلقي (٢٩٥).

لذلك فقد ذهب البعض (٢٩٦) إلى أن تشريح جثة المرأة يحتاج إلى إضافة بعض الضوابط والقيود، على النحو التالي:

أ - في حالتي التشريح الجنائي والمرضى: لا يتولى الرجال تشريح جثث النساء، بل يتولى ذلك نساء طبيبات، وذلك لحرمة المرأة على الرجال الأجانب، وما في التشريح من لمس المرأة المتوفاة الأجنبية وهو محرم (٢٩٧).

293 شفاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء ص ١٠٨ مرجع سابق،

حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٥٣ مرجع سابق، قرار هيئة كبار

العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم ( ٤٧ ) بتاريخ ١٣٩٦ / ٨ / ٢٠ هـ - انظر نص

القرار في - علم التشريح عند المسلمين ص ٧٨ - ص ٧٩ مرجع سابق - حكم تشريح

الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٨٠ - ص ٨١ مرجع سابق، مشروع قرار المجمع

الفقهي الإسلامي حول تشريح الموتى ومن يقوم به ( الدورة العاشرة ) صفر ١٤٠٨ هـ -

وهو منشور في : علم التشريح عند المسلمين ص ١٠٤ مرجع سابق .

294 علم التشريح عند المسلمين ص ٤٩ مرجع سابق، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة

والقانون ص ٥٧ مرجع سابق .

295 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٥٧ مرجع سابق .

296 المرجع السابق ص ٥٧ .

فقد ذهب الشافعية في وجهه (٢٩٨) والحنابلة (٢٩٩) إلى أن المرأة إذا ماتت بين الرجال الأجانب وليس هناك زوج ولا محرم فإنها تيمم ولا يجوز أن يتولى الرجال الأجانب غسلها .

وهذا ما قال به الحنفية (٣٠٠) والمالكية ، وأجاز المالكية مسحها للضرورة (٣٠١) . ذلك أن العورة لا يسقط حكمها بالموت (٣٠٢) .

فإن لم يوجد طبيبات جراحات فلا مانع من إجراء التشريح من قبل الرجال الأطباء للضرورة مع مراعاة ما سيأتي من الضوابط في تشريح الرجال للنساء في التشريح التعليمي .

297 حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٥٧ - ص ٥٨ مرجع سابق ، مشروع قرار المجمع الفقهي الإسلامي حول التشريح ( الدورة العاشرة ) صفر ١٤٠٨ هـ - وهو منشور في علم التشريح عند المسلمين ص ١٠٤ .

298 والوجه الثاني عند الشافعية : تستر المرأة بثوب ويجعل الغاسل الأجنبي على يديه خرقة ثم يغسلها . فقد جاء في المذهب ما نصه : " وإن مات رجل وليس هناك إلا امرأة أجنبية أو ماتت امرأة وليس هناك إلا رجل أجنبي ففيه وجهان : أحدهما : ييمم والثاني : يستر بثوب ويجعل الغاسل على يديه خرقة ثم يغسله " . المذهب جـ ١ ص ١٧٦ مرجع سابق، مغني المحتاج جـ ١ ص ٣٣١ - ص ٣٣٢ مرجع سابق، الإقناع جـ ١ ص ٣١١ - ص ٣١٢ مرجع سابق .

299 جاء في الروض المربع شرح زاد المستتقع ص ١٢٢ - ص ١٢٣ ما نصه : " وإن مات رجل بين نسوة ) ليس فيهن زوجه ولا أمة مباحة له ييمم ، ( أو عكسه ) بأن ماتت امرأة بين رجال ليس فيهم زوج ولا سيد لها ( ييمم كخنتي مشكل ) لم تحضره أمة له فيمهم ؛ لأنه لا يحصل بالغسل من غير مس تنظيف ولا إزالة نجاسة بل ربما كثرت " .

300 جاء في شرح فتح القدير جـ ٢ ص ٧١ ما نصه : " لا يجوز تغسيل الرجل المرأة وبالعكس ... إذا ماتت امرأة ولا امرأة تغسلها أن يممسها رجل ويلف على يده خرقة لذلك " .

301 جاء في الشرح الكبير لأبي البركات الدردير جـ ١ ص ٤١٠ - ص ٤١١ ما نصه : " ( والمرأة ) إن لم يكن لها زوج أو سيد أو تعذر تغسيله لها أو لم يباشره تغسلها ( أقرب امرأة ) ... ( ثم ) إن لم توجد أقرب امرأة غسلتها ( أجنبية ) فلا تباشر عورتها بيدها ... ( ثم ) إن لم تكن أجنبية غسلها ( محرم ) نسبا أو صهرا أو رضاعا ويلف على يديه خرقة غليظة لنلا يباشر جسدها ويجعل بينه وبينها حائلا كتوب بعلق بالسقف بينه وبينها وهو معنى قوله ( فوق ثوب ) يمنع النظر إليها ( ثم ) إن لم يوجد محرم وليس إلا رجال أجانب ( ييمم ) أي يممسها واحد منهم ( لكوعها ) فقط وجاز مسحها للضرورة مع ضعف اللذة بالموت " . وفي نفس المعنى : التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق .-

بهامش مواهب الجليل جـ ٢ ص ٢١٢ .

302 شرح فتح القدير جـ ٢ ص ٧٠ مرجع سابق .



ب - فى حالة التشريح التعليمي: لابد من تعلم النساء الطب ، حتى يتمكن النساء من الذهاب إلى طبيبات ، وعليه فلا يضطرن إلى كشف عوراتهن أمام الأطباء الرجال، كما ينبغي على الطبيبات من النساء أن يتعلمن علم تشريح جنث النساء ؛ لأن نظر المرأة إلى المرأة أخف من نظر الرجل إلى المرأة ، وإن كان لابد من قيام الأطباء من الرجال بتشريح جنث النساء فينبغي مراعاة ما يلي :

١ - عدم الخلوة بجنثة المرأة ، لوجود النهي عن ذلك حال الحياة ، ويبقى الحكم لما بعد الموت .

فلابد من وجود جمع من الطالبات وبحضرة نساء أو طبيبات أخريات حتى تنتفي الخلوة (٢٠٣) .

٢ - أن يقتصر نظر طالب الطب أو الطبيب ومسه لجنثة المرأة على مواضع الحاجة والضرورة فقط، ويستر ما عداها ، ولا يمسه بدون ضرورة، فإذا أراد المس لبس فى يديه قفازين حتى يكون حائلا بين بشرته ورجثة المرأة (٢٠٤) .

فهذه الضوابط لابد أن يلتزم بها الأطباء وطلبة الطب ، حتى لا يتجاوزوا الحد المشروع فى التشريح (٢٠٥) ، ويقتصروا فيه على قدر الحاجة والضرورة ؛ لأن التشريح إنما أجاز للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها .

وفى هذا الشأن يقول الشيخ يوسف الدجوي: " غير أنا نرى أنه لابد من الاحتياط فى ذلك حتى لا يتوسع فيه الناس بلا مبالاة، فليقتصر فيه على

<sup>303</sup> حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٥٨ - ص ٥٩ مرجع سابق .

<sup>304</sup> انظر المرجع السابق ص ٥٩ . وجاء فى الشرح الكبير للردير : " ويلف على يديه خرقة غليظة لنلا يياشر جسدها ويجعل بينه وبينها حائلا ، كثوب يعلق بالسقف بينه وبينها وهو معنى قوله ( فوق ثوب ) يمنع النظر إليها : " الشرح الكبير لأبي البركات الردير ج١ ص ٤١١ ، وفى نفس المعنى : مواهب الجليل للحطاب ج٢ ص ٢١٢ .  
وجاء فى الإقناع : " ويحتاط الغاسل فى غض البصر والمس : " الإقناع فى حل ألفاظ أبي شجاع ج١ ص ٣١٢ مرجع سابق . وفى نفس المعنى : شرح فتح القدير ج٢ ص ٧١ ، مغني المحتاج ج١ ص ٣٣١ - ص ٣٣٢ ، الروض المربع بشرح زاد المستنقع ص ١٢٢ - ص ١٢٣ .

<sup>305</sup> حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٥٩ مرجع سابق .

قدر الضرورة، وليتق الله الأطباء وأولوا الأمر الذي يتولون ذلك وليعلموا أن الناقد بصير والمهيمن قدير والله يتولى هدى الجميع... والله أعلم<sup>(٣٠٦)</sup> .  
 وأيضا يقول الشيخ إبراهيم اليعقوبي : " وكلامنا مع الأطباء والأساتذة والطلاب فالكل مسؤول أمام الله تعالى عن مثل هذه التصرفات ، ونخص بالذكر الأطباء المشرحين والطلاب الذين يتعلمون منهم ونأمرهم بتقوى الله عز وجل وباحترام الإنسان الأدمي الذي كرمه الله تعالى وفضله على كل من سواه ، ونأمرهم بأن لا يتخذوه هدفا للعبث أو آلة للعب ، بل يضعون نصب أعينهم مخافة الله عز وجل وحرمة الأدمي ، ويقصدون بهذا العمل تقديم النفع والعلم الصحيح لطلابهم ، ويقصد الطلاب من ذلك أيضا وجه الله تعالى بهذا التعلم وخدمة الإنسانية واضعين نصب أعينهم خوف الله تعالى وحرمة الإنسان وكرامته " <sup>(٣٠٧)</sup> .

### المبحث السادس

#### موقف القانون الوضعي من تشريح جنث الموتى

نصت المادة ( ١٦٠ ) من قانون العقوبات المصري على أنه :  
 يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة ، أو بغرامة لا تتجاوز الخمسين جنيها كل من انتهك حرمة القبور أو الجبانات أو نكسها " .  
 فنص هذه المادة صريح في أن المساس بجثة الإنسان جريمة يعاقب عليها القانون ، لما لها من تكريم ، ولكن هذا المبدأ قد دخل عليه العديد من الاستثناءات من أجل مصلحة المجتمع والبشرية <sup>(٣٠٨)</sup> .

<sup>306</sup> مجلة الأزهر المجلد السادس ص ٤٧٢ - عدد رجب ١٣٥٤ هـ ، علم التشريح عند المسلمين ص ٦٧ مرجع سابق .  
<sup>307</sup> نفاة التبريح والأبواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء ص ١٠٧ مرجع سابق .

<sup>308</sup> وقد ساد مبدأ الحرمة المطلقة لجثة الميت في القانون الفرنسي، ثم دخل عليه العديد من الاستثناءات من أجل مصلحة البشرية . كما ظهر مبدأ حرمة المساس بالجثة في القانون الإنجليزي حيث منع أن تكون جثة الميت موضوعا لحق الملكية ، ومن ثم فلا تدخل في تركة الشخص ، وبالتالي لا يستطيع أن يتصرف فيها ، فالشخص لا يملك جسمه ، وبالتالي لا يملك الإذن بالتصرف فيه بعد وفاته ، والاستثناء الذي أجاز القانون هو حق الشخص في طريقة دفنه ، وفي مرحلة تالية سمح بتشريح جثته ، أما ما عدا ذلك فليس للشخص على جثته أية سلطة .

ومن هذه الاستثناءات ما نصت عليه المادة ( ٢٦ ) من القانون رقم ( ١٣٠ ) لسنة ١٩٤٦م الخاص بالمواليد والوفيات من أنه " يجوز لمفتش الصحة أن يأذن بعدم دفن الجثة بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية للاحتفاظ بها لأغراض علمية ، بعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفى " .

وبناء على هذا النص نجد أن القانون يسمح صراحة بالمساس بجثة المتوفى، من أجل المصلحة العلمية أو لإجراء التجارب عليها ، بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية ، شريطة أن يكون ذلك للأغراض العلمية وبعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفى هذا بالنسبة للتشريح المرضى والتعليمي (٣٠٩) .

أما بالنسبة للتشريح الجنائي فإنه لا يجوز إلا في حالات الضرورة وهي وجود شبهة جنائية لذلك نجد المادة ( ٤٤٥ ) من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أن : " تشريح الجثث إذا لم يكن في الأمر شبهة جنائية أمر يتأذى له الشعور وخاصة أهل المتوفى فضلا عن إرهاب الشرعيين بالعمل دون مبرر . فيجب على أعضاء النيابة العامة ألا يأمروا بالتشريح إلا حيث لا يكون هناك مناص من إجرائه مع مراعاة تقدير كل حالة على حدة ، وبعد الإطلاع على ما تم فيها من تحقيقات أو استدلالات " .

كما تنص الفقرة الثانية من المادة ( ٤٢٩ ) من نفس القانون على أن: " ينتدب الأطباء الشرعيين في الأعمال الآتية : تشريح جثث المتوفين في القضايا الجنائية ، وفي حالات الاشتباه في الوفاة ، لمعرفة سبب الوفاة ، وكيفية حدوثها ، ومدى علاقة الوفاة بالإصابات التي توجد بالجثة " .

---

المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية: د / حسام الدين كامل الأهواني- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة ( ١٧ ) يناير عام ١٩٧٥م - العدد الأول ص ١٥٢ وما بعدها ، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون د / سميرة عابد الديبات ص ٢٣٤ - ص ٢٣٥ مرجع سابق .  
٣٠٩ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ص ٢٣٤ مرجع سابق ، قاعدة ( لا ضرار ولا ضرار ) ص ٧٢٩ ، ص ٧٣٠ مرجع سابق .

ومن خلال هذين النصين نجد أن النيابة العامة لا تستطيع أن تأمر بالتشريح إلا في القضايا الجنائية ، وحالات الاشتباه الجنائي فإذا وجد ذلك كان لها الحق في أن تنتدب الأطباء الشرعيين لإجراء عملية التشريح (٣١٠) .  
كما نصت المادة ( ٤٤٢ ) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه :  
" لا يجوز تشريح جثث الأشخاص المشتبه في وفاتهم ولا التصريح بدفنهم إلا إذا أذنت النيابة المختصة بذلك " .

فلا يحق لأي جهة أن تطلب تشريح أي جثة إلا أعضاء النيابة العامة ، باعتبارها الجهة التي خصها القانون بهذا الحق (٣١١) .

ولكن في حالات الانتحار والحوادث العارضة لم يعطي القانون النيابة العامة الحق في طلب التشريح بل أعطاها فقط الحق في طلب توقيع الكشف الظاهر على الجثة (٣١٢) ، كما منع سلطة التحقيق من طلب التشريح في الحوادث الجنائية إذا استطاعت الوصول إلى الحقيقة المبتغاة بوسيلة أخرى كاعتراف المتهم أو معرفة الوفاة بالكشف الظاهر على الجثة . كما أن الطبيب الشرعي المنتدب للتشريح لا بد وأن يكون مقتنعا بمدى فاعلية التشريح من الوجهة العلمية، فقد تكون الجثة قد وصلت إلى مرحلة من التعفن والتحلل بشكل لا يسمح معها بإجراء التشريح رغم الجهل بالحقيقة لدى سلطة التحقيق (٣١٣) .

310 الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية أ / معوض عبد التواب - د / سنوي حليم دوس - الناشر : منشأة المعارف عام ١٩٨٧م ص ٣٤٦ ، مسنولية الطب الشرعي ص ١٠٣ مرجع سابق .

311 الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية ص ٣٤٦ مرجع سابق ، مسنولية الطب الشرعي ص ١٠٣ مرجع سابق .  
312 مسنولية الطب الشرعي ص ١٠٣ مرجع سابق ، الطب الشرعي وجرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال : د / سالم حسين الدميري - د / عبد الحكيم فودة - الناشر : دار المطبوعات ٣٠ من سوتوير الإسكندرية ط ١٩٩٣ ص ١٢٨ .

313 انظر المادة (٤٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية ، مسنولية الطب الشرعي ص ١٠٣ مرجع سابق ، الطب الشرعي وجرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ص ١٤٤ مرجع سابق .

## الحالات التي يجب فيها تشريح الجثث :

نصت الفقرة الثانية من المادة ( ٤٤٥ ) من القانون السابق على الحالات التي يلزم فيها التشريح ، حيث جاء فيها : " ثانيا : يؤمر بالتشريح في الحالات الآتية :

أ - حالات المتوفين في حادث جنائي سواء كانت الجريمة عمدية أو غير عمدية إلا إذا أمكن في هذه الحالة الأخيرة القطع بسبب الوفاة من مجرد الكشف الظاهري .

ب - الحالات التي يعثر فيها على جثث طافية في الماء سواء كانت مجهولة الشخصية أو معروفة ، إلا إذا دل التحقيق على عدم وجود شبهة جنائية في الوفاة ، وأيد الكشف الظاهري ذلك .

ج - حالات المتوفين حرقا ، إلا إذا ثبت من التحقيق أن الحادث كان انتحارا أو قضاء وقدرًا ولم يدل الكشف على الجثة ظاهريا عن وجود شبهة جنائية في الوفاة .

د - جميع الحالات التي يظهر فيها من التحقيق أو من الكشف على الجثة ظاهريا وجود شبهة جنائية في الوفاة ، وكذلك كل حالة ترى النيابة العامة من ظروفها تشريح الجثة لمعرفة سبب الوفاة أو لبيان أي أمر آخر حتى ولو قدر الطبيب الكشاة ، عدم لزوم التشريح " (٣١٤) .

الحالات التي لا يجوز فيها إجراء التشريح :

نصت الفقرة الأولى من المادة ( ٤٤٥ ) من قانون الإجراءات الجنائية على الحالات التي لا يجوز إجراء التشريح فيها ، وهي :

( ١ ) حالات الأشخاص الذين يدخلون المستشفيات - خصوصية كانت أو عمومية - أو ينقلون إليها لإسعافهم أو لعلاجهم أو لإجراء جراحة لهم فيتوفون بالمستشفى طالت مدة وجودهم بها أو قصرت ولم يكن هناك شبهة جنائية .

( ٢ ) حالات السقوط من علو ونحوها مثل حالات القضاء والقدر.

( ٣ ) حالات تصدع المنازل وتهدمها وسقوطها على المتوفى .

314 الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية ص ٣٤٦ وما بعدها مرجع سابق ، الطب الشرعي وجرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ص ١٤٣ مرجع سابق ، مسنولية الطب الشرعي ص ١٠٤ مرجع سابق .

( ٤ ) حالات لدغ العقارب والثعابين وعقر الكلاب وغيرها من الحيوانات وذلك كله ما لم تكن هناك شبهة جنائية جديدة في الوفاة أو اشتبه في وفاة المريض بالمستشفى نتيجة إهمال في العلاج أو خطأ في عملية جراحية أجريت له أو أي سبب آخر أو كانت هناك شبهة في حدوث الوفاة نتيجة خطأ من صاحب الحيوان أو مالك المنزل أو كان ذوي المتوفى قد ادعوا شيئاً من ذلك" (٣١٥) .

ويلاحظ أنه متى أمكن القطع بسبب الوفاة من مجرد الكشف الظاهري كما هو الحال في حوادث الغرق أو اصطدام سيارة بأخرى ، ووفاة بعض الركاب نتيجة ما حدث بهم من إصابات انقلاب قطار سكة حديد أو سقوط طائرة بركابها ، فإنه لا داعي للتشريح في هذه الحالات (٣١٦) .  
كذلك الحال إذا لم يكشف التحقيق أو الكشف الظاهري عن وجود شبهة جنائية في الوفاة فلا محل لإجراء التشريح حتى ولو قرر الطبيب الكشاف أنه لا يستطيع معرفة سبب الوفاة إلا به ، حيث لا موجب لمعرفة سبب الوفاة في هذه الحالة (٣١٧) .

وينبغي على المحقق أن يأذن في أقرب وقت ممكن بدفن الجثة حتى لا يتأخر الدفن عن وقته دون مبرر ، كما يجب على المحقق عندما يندب الطبيب الشرعي لتشريح الجثة أن يشفع أمر الندب بتصريح الدفن بعد إتمام التشريح ما لم يكن هناك ما يدعو لخلاف ذلك .

وفي هذا الشأن تنص المادة (٤٤٦) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه: "على أعضاء النيابة أن يأذنوا بدفن الجثة في أقرب وقت مستطاع حتى لا يتأخر وقتها بغير مبرر، ويجب عليهم حين يندبون الطبيب الشرعي لتشريح جثث المتوفين أن يشفعوا أمر الندب بتصريح بالدفن بعد إتمام التشريح ما لم يكن هناك ما يدعو لخلاف ذلك حتى لا يتأخرون في الدفن" (٣١٨)

315 انظر المراجع السابقة نفس المواضيع ، مسؤولية الطب الشرعي ص ١٠٤-١٠٥ ص مرجع سابق .

316 الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية ص ٣٤٦ مرجع سابق ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار ) ص ٧٣١ مرجع سابق .

317 مسؤولية الطب الشرعي ص ١٠٥ مرجع سابق .

318 الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية ص ٣٤٧ مرجع سابق، قاعدة لا ضرر ولا ضرار ) ص ٧٣١ مرجع سابق .

**المبحث السابع**  
**موازنة بين موقف الفقه الإسلامي**  
**والقانون الوضعي من تشريح جثث الموتى**

بعد بيان موقف كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من تشريح جثث الموتى يتضح ما يلي :

أن الفقهاء القدامى لم يتحدثوا عن تشريح جثث الموتى بالمعنى المعروف في زماننا المعاصر، بل قاموا ببيان الحكم الشرعي لبعض الأعمال التي تجرى على جثة الميت، والتي تشبه التشريح إلى حد كبير مثل: شق بطن الميتة الحامل لإخراج جنينها الذي ترجى حياته، وكذلك شق بطن الميت لإخراج ما ابتلعه من مال حال حياته.

وقد سبق وأن عرضنا اختلاف الفقهاء القدامى في هاتين المسألتين ثم رجحنا الرأي القائل بالجواز فيهما .

أما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفوا في حكم تشريح جثة الإنسان بعد موته على رأيين، ففريق يرى جواز تشريح جثة الإنسان بعد موته عند الضرورة، وفريق آخر يرى عدم الجواز والسبب في هذا الخلاف هو التعارض بين ما يترتب على التشريح من آثار، فتشريح جثة الإنسان بعد موته فيه انتهاك لحرمة وتمثيل بجثته، وهذا يتعارض مع ما يترتب على التشريح من المصلحة في حفظ حق أولياء الميت والأمة والمتمم عند الاشتباه في الوفاة، وكذلك ما يترتب على التشريح المرضي من المحافظة على نفوس الأحياء والحد من أسباب الأمراض، إضافة إلى التشريح التعليمي وما يترتب عليه من فوائد عظيمة تتمثل في التعرف على الأمراض المختلفة وكيفية علاجها خاصة منها ما يحتاج إلى جراحة، وفي هذا وغيره مصالح كثيرة تعود على الأمة بالخير العظيم، فإذا تعارضت مصلحة المحافظة على حرمة الميت مع هذه المصالح نظر العلماء إلى أي المصلحتين أرجح، فمن رجح مصلحة المحافظة على حرمة الميت قال

بحرمة التشريح، ومن رجع المصلحة المترتبة على مشروعية التشريح قال بجوازه (٣١٩) .

هذا وقد رجحنا الرأي القائل بجواز التشريح عند الضرورة .  
ويدخل في حالات الضرورة التشريح الجنائي والمرضى والتعليمي .  
أما بالنسبة للقانون الوضعي فإنه قد سلك مسلك أصحاب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي حيث أجاز تشريح جثة الإنسان بعد موته للإغراض التعليمية والعلاجية بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية وبعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفى، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦) من القانون رقم (١٣٠) لسنة ١٩٤٦م الخاص بالمواليد والوفيات. كما أجاز القانون التشريح الجنائي إذا كانت هناك شبهة جنائية ، ولكن لا يجوز التشريح بدون إذن النيابة العامة ، فهي التي تنتدب الأطباء الشرعيين لإجراء عملية التشريح، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٤٥) والمادة (٤٢٩) من قانون الإجراءات الجنائية كما نص القانون على أنه ينبغي على النيابة العامة أن تأذن بدفن الجثة في أقرب وقت ممكن حتى لا يتأخر دفنها دون مبرر، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٤٦) من قانون الإجراءات الجنائية .

ومما تقدم يتبين أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القانون الوضعي في إرساء مبدأ حرمة جثة الإنسان وأنه لا يجوز المساس بها إلا في حالات الضرورة وللصلحة الراجحة التي يرجى منها إزالة الضرر الأشد بالضرر الأخف ، وعملاً بأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت . كما أن الشريعة الإسلامية ليست شريعة عقيدة فقط ، بل معاملات أيضاً ، ترسم للإنسان كيفية التصرف في شئون حياته ، ومنها كيفية التصرف في الجثة ومدى حرمة المساس بها (٣٢٠) .

كما يتضح أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قد أجازوا التشريح ترجيحاً للمصلحة العامة التي تعود على المجتمع من القول بمشروعية التشريح والتي تفوق إلى حد كبير ما يترتب على المساس بالجثة من ضرر

319 أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية - المجلد الثاني ص ٦٣ - ص ٦٤ مرجع سابق .  
320 عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون د / سميرة عابد الديات ص ٢٣٥ مرجع سابق .



انتهاك حرمتها ، فقدموا المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عملاً  
بالقاعدة الفقهية التي تقضي " بتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام " (٣٢١)

لأنه يوجد في هذه المسألة ضررين ، أحدهما ضرر خاص بالميت  
وهو المساس بالجثة وانتهاك حرمتها • والآخر ضرر عام بالمجتمع وهو  
ما يترتب على ترك التشريح من آثار سنية تضر بسلامة وصحة الأحياء •  
لذا فيتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، كما يتحمل الضرر الأخف  
لدفع الضرر الأشد (٣٢٢)(٣٢٣) كما هو الحال في مسألتنا •

### الخاتمة

وبعد، فقد تبين لنا من خلال عرضنا لموضوع "تشريح جثة  
الإنسان بين الحظر والإباحة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي  
والقانون الوضعي" أن تشريح جثث الموتى يعتبر أحد فروع الطب الذي  
عرفته البشرية منذ زمن بعيد، فقد عرّفه المصريون القدماء عندما كانوا  
يشرحون جثث الموتى، ويقومون بإزالة الأمعاء من أجل تحنيط تلك الجثث.  
كما اتجه علماء الطب من المسلمين إلى علم التشريح ومارسوه في الإنسان  
والحيوان من أجل تعلم الطب، وأسهموا فيه بإسهامات عظيمة أتاحت  
للبيئية التقدم في علم التشريح وعلوم الطب الأخرى •

وقد توصلت في نهاية هذا البحث إلى عدة نتائج منها :

أولاً : أن علم التشريح هو علم تعرف به أعضاء الإنسان بأعيانها  
وأشكالها وأقذارها وأعدادها وأصنافها وأوضاعها ومنافعها •

321 مجلة الأحكام العدلية المادة رقم (٢٦) ص ١٢ مرجع سابق •  
322 أصل القاعدة: "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف". مجلة الأحكام العدلية المادة رقم  
(٢٧) ص ١٢ مرجع سابق •  
323 شفاء التبايح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء ص ٤٠ مرجع سابق ،  
مسئولية الطب الشرعي ص ٩٠ مرجع سابق ، قاعدة ( لا ضرر ولا ضرار ) ص ٧٣٢  
- ص ٧٣٣ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٤٥ مرجع  
سابق •

وهو على أربعة أقسام : التشريح الجنائي ، والتشريح المرضي ،  
والتشريح التعليمي ، والتشريح بغرض زرع الأعضاء .  
ثانيا : لم يرد نص صريح في الكتاب أو السنة يبين حكم التشريح ،  
ولكن بالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي تبين أن هناك تطبيقات تجرى على  
جثة الميت قام الفقهاء ببيان الحكم الشرعي فيها ، ويمكن الأخذ بهذا الحكم  
فيما يخص التشريح ، ومن أهم هذه التطبيقات :

أ - شق بطن المرأة الحامل بعد وفاتها من أجل إخراج جنينها الذي  
ترجى حياته ، وقد رجحنا في هذه المسألة الرأي القائل بجواز الشق بشرط  
أن ترجى حياة الجنين ، لأن في القول بجواز الشق إحياء للنفس الإنسانية  
المعصومة التي أمرنا بالمحافظة عليها كما أن الإبقاء على حياة الحمل  
المعصوم أولى من صيانة حرمة الميت .

ب - شق بطن الميت لإخراج ما ابتلعه من مال حال حياته ، وقد  
رجحنا في هذه المسألة الرأي القائل بجواز الشق من أجل استخراج المال  
الذي ابتلعه حال حياته ، سواء كان هذا المال ملكا له أو ملكا لغيره ؛ لأن  
المفسدة الناتجة عن ضياع المال والحقوق المالية للأخريين أعظم من المفسدة  
الناتجة عن هتك حرمة الميت ، خاصة إذا كان الميت هو الجاني على نفسه  
بابتلاعه لهذا المال .

ثالثا: أما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفوا في حكم تشريح جثة  
الإنسان بعد موته على رأيين :

الأول: يرى جواز التشريح عند الضرورة. الثاني: يرى عدم الجواز.  
ويرجع اختلافهم في هذه المسألة إلى التعارض بين الآثار المترتبة  
على التشريح ، فتشريح جثة الإنسان بعد موته فيه انتهاك لحرمة وتمثيل  
بجنته ، وهذا يتعارض مع ما يترتب على التشريح الجنائي من مصلحة  
أولياء الميت والأمة والمتهم وذلك عند الاشتباه في الوفاة . كما يتعارض  
مع ما يترتب على التشريح المرضي من معرفة ما إذا كان هناك وباء ،  
ومعرفة نوعه ، فيتقي شره بوسائل الوقاية المناسبة . كما يتعارض مع ما  
يترتب على التشريح التعليمي من معرفة تركيب جسم الإنسان وأعضائه  
الظاهرة والأجهزة الباطنة ومواضعها وحجمها صحيحة ومريضة وتدريبهم

على ذلك عمليا وتعريفهم بإصابتها وطرق علاجها . وفى هذا وغيره مما تقدم مصالح كثيرة تعود على الأمة بالخير العميم .

فإذا تعارضت مصلحة المحافظة على حرمة الميت مع هذه المصالح نظر العلماء المعاصرون أي المصلحتين أرجح، فمن رجح مصلحة المحافظة على حرمة الميت قال بحرمة التشريح، ومن رجح المصلحة المترتبة على مشروعية التشريح قال بجواز التشريح .

رابعاً: والذي أراه راجحاً هو الرأي القائل بجواز تشريح جثة الإنسان بعد موته عند الضرورة ؛ لأن المولى عز وجل وإن كان قد أمر بتكريم الإنسان حال حياته وبعد وفاته إلا أن الضرورة قد تستدعي المساس بهذه الجثة، فالتشريح الجنائي يدخل فى حالات الضرورة؛ لما فيه من مصلحة الفرد والمجتمع ، والتي تتمثل فى إظهار الحقيقة بالكشف عن ملابسات الجريمة ومعرفة الجاني من البرئ ، وفى ذلك تحقيق للعدل الذي أمر الله سبحانه وتعالى به .

كما يدخل التشريح المرضى فى حالات الضرورة؛ لأنه يهدف إلى معرفة الأمراض وأنواعها ، ومدى تأثيرها على حياة الإنسان ، وما إذا كان هذا المرض المسبب للوفاة وباء يخشى انتشاره بين أفراد المجتمع أم لا . وإذا كان وباء فالتشريح يساعد على تحديد العقاقير اللازمة للقضاء عليه ، واتخاذ التدابير الوقائية والاحتياطات اللازمة لمنع انتشاره .

كما يدخل التشريح التعليمي فى حالات الضرورة ؛ لأنه يهدف إلى الوقوف على تركيب جسم الإنسان وأعضائه ووظيفة كل عضو ، وعلامات مرضة وكيفية علاجه ، وذلك حتى يستطيع الطبيب القيام بإجراء العمليات الجراحية وهو على بينة من أمره .

ولكن هذا النوع من التشريح لا يلجأ فيه إلى تشريح جثة المسلم إلا إذا تعذر الحصول على جثة غير معصوم الدم كالمترد والحربي .

خامساً: إذا كان التشريح قد أجزى للضرورة، فإن هذه الضرورة ينبغي أن تقدر بقدرها ، فلا يعبث بجثث الموتى، ويتعين على القائمين بالتشريح توقيف أجسام الموتى والقيام بدفنها بعد فراغهم من عملية التشريح. سادساً: يتوقف الحكم بشرعية التشريح على توافر مجموعة من الضوابط، منها: التحقق من موت الإنسان الذي سيجرى التشريح على جثته،

موافقة ذوي الشأن على التشريح، أن تكون هناك ضرورة فعلية تتطلب التشريح ووجوب توقيف الجثة وعدم المساس بها فيما لا تقتضيه ضرورة التشريح، كما ينبغي إعادة دفن الجثة وجميع ما تبقى من أعضائها وأنسجتها، كما يجب عدم نبش القبر وإخراج الجثة لأجل تشريحها، وألا يكون الحصول على الجثة بواسطة بيع أو شراء، كما لا يجوز تشريح جثة معصوم الدم إلا في حالة عدم توافر جثة غير معصوم الدم .

سابعاً : وهناك ضوابط إضافية خاصة بتشريح جثث النساء منها : أن يقتصر تشريح جثث النساء على الطبيبات من النساء ، فإن تعذر ذلك وكان لابد من قيام الأطباء من الرجال بتشريح جثث النساء فيجب عدم الخلوة بجثة المرأة ، كما يجب أن يقتصر نظر طالب الطب أو الطبيب ومسه لجثة المرأة على مواضع الحاجة والضرورة فقط ، ويستز ما عداها ، ولا يمسه بدون ضرورة ، فإذا أراد المس لبس في يديه قفازين حتى يكون حائلاً بين بشرته وجثة المرأة .

ثامناً : أما بالنسبة للقانون الوضعي المصري فنجد أنه قد سلك مسلك أصحاب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي ، حيث أجاز تشريح جثة الإنسان بعد موته للأغراض التعليمية والعلاجية بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية ، وبعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفى ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦) من القانون رقم (١٣٠) لسنة ١٩٤٦م الخاص بالمواليد والوفيات .

كما أجاز القانون التشريح الجنائي إذا كانت هناك شبهة جنائية، ولكن لا يجوز التشريح بدون إذن النيابة العامة، فهي التي تنتدب الأطباء الشرعيين لإجراء عملية التشريح، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٤٥) والمادة (٤٢٩) من قانون الإجراءات الجنائية، كما نص القانون على أنه ينبغي على النيابة العامة أن تأذن في دفن الجثة في أقرب وقت ممكن حتى لا يتأخر دفنها دون مبرر، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٤٦) من قانون الإجراءات الجنائية .

## الملاحق

وتشتمل على ما يلي :

- (١) فتوى الشيخ عبد المجيد سليم ( مفتى الديار المصرية ) حول التشريع فى ٣١ أكتوبر ١٩٣٧هـ / ٢٦ شعبان ١٣٥٦هـ .
- (٢) فتوى الشيخ يوسف الدجوى فى حكم تشريع الميت فى الشريعة الإسلامية .
- (٣) فتوى الشيخ حسنين مخلوف ( مفتى الديار المصرية ) فى موضوع التشريع سنة ١٩٥١م .
- (٤) فتوى لجنة الفتوى بالأزهر الشريف بخصوص تشريع جثث الموتى .
- (٥) قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية . قرار رقم (٤٧) بتاريخ ٢٠ / ٨ / ١٣٩٦هـ - الدورة التاسعة المنعقدة فى مدينة الطائف فى شهر شعبان عام ١٣٩٦هـ .
- (٦) مشروع قرار المجمع الفقهي المنعقد بمكة المكرمة حول تشريع الموتى ومن يقوم به ( الدورة العاشرة ) صفر ١٤٠٨هـ .
- (٧) فتوى وزارة الأوقاف الكويتية حول تشريع جثث الموتى بعد الوفاة .
- (٨) فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية حول حكم تشريع جثة الميت ونقل الأعضاء (٢٠ جمادى الأولى سنة ١٣٩٧هـ) الموافق (١٨/٥/١٩٧٧م) .

### ملحق رقم ( ١ )

#### فتوى دار الإفتاء المصرية

الموضوع ( ٦٣٩ ) تشريع جثة الميت :

سئل : فضيلة الشيخ عبد المجيد سليم :

إذا كانت الوفاة بالسهم . فهل يجوز تشريع الجثة بعد الوفاة بمعرفة

إدارة التحقيق فى حالة الوفاة المشكوك فيها والتي ليست طبيعية ؟

أجاب :

أطلعنا على الترجمة العربية لخطاب حضرة سكرتير مجلس بوبال

بالهند المؤرخ فى ١٧ أغسطس سنة ١٩٣٧هـ الوارد إلينا بكتاب وزارة

الحقانية رقم ( ٤٢٤٦ ) المؤرخ في ٥ سبتمبر سنة ١٩٣٧م بشأن الاستفتاء عن تشريح جثة الميت في حالة الوفاة غير العادية ، مثل الوفاة بالسهم، ونفيد: أننا لم نجد بعد البحث في كتب الفقهاء تعرضا لهذا الموضوع ، وما وجدناه لهم هو موضوع شق بطن من ماتت وولدها حي أو بالعكس، وموضوع شق البطن لإخراج ما يكون قد ابتلعه الميت من مال قبل وفاته. فقال علماء الحنفية في الموضوع الأول: أنه إذا ماتت امرأة حامل واضطرب في بطنها شيء وكان رأيهم أنه ولد حي شق بطنها؛ لأن هذا وإن كان فيه إبطال لحرمة الميت ففيه صيانة لحرمة الحي وهو الولد فيجوز. وإذا مات الولد في بطن أمة وهي حية فإن خيف على الأم قطع وأخرج بأن تدخل القابلة يدها وتقطعه بألة بعد تحقيق موته. أما لو كان الولد حيا فلا يجوز تقطيعه؛ لأن موت الأم به موهوم فلا يجوز قتل آدمي حي لأمر موهوم . والمأخوذ من كلامهم في الموضوع الثاني: أن المال إما أن يكون للميت أو لغيره ، فإن كان له فلا يشق بطنه لاستخراجه؛ لأن حرمة الأدمي – وإن كان ميتا – أعلى من حرمة المال . ولا يجوز إبطال حرمة الأعلى لصيانة حرمة الأدنى . وكذلك الحكم فيما إذا كان المال لغيره وقد ترك الميت مالا فإنه لا يشق بطنه في هذه الحالة أيضا بل تدفع قيمة المال مما تركه الميت إلى صاحبه، أما إذا كان المال لغيره ولم يترك الميت مالا فإنه يشق؛ لأن حق الأدمي مقدم على حق الله تعالى، ومقدم على حق الظالم المعتدي وقد زالت حرمة هذا الظالم بتعديه على مال غيره .

هذا مذهب الحنفية في الموضوعين . وأما مذهب الشافعي ، فخلاصته في المسألة الأولى ، أنه إذا ماتت امرأة وفي جوفها جنين حي شق جوفها وأخرج إن كان يرجى حياته بعد الإخراج ، بأن يكون له ستة أشهر فصاعدا . أما إذا كان لا يرجى حياته بعد الإخراج فالأصح أنه لا يشق بطنها . وخلاصة مذهبه في المسألة الثانية ، أن المشهور للأصحاب إطلاق الشق حينئذ من غير تفصيل إذا كان المال لغيره وطلبه ، وقال بعضهم : إنه يشق جوفه إذا كان لم يضمن الورثة مثله أو قيمته . أما إذا بلغ جوهرة لنفسه ففيه وجهان مشهوران : الأول: أنه يشق ، والثاني : أنه لا يشق . والخلاصة : أن عند الشافعية رأيا بالشق مطلقا لاستخراج المال من الجوف . هذه خلاصة ما نقله الإمام النووي في شرح المهذب ، وقد نقل فيه عن

أبي حنيفة وسحنون المالكي : أنه يشق مطلقا في مسألة المال . وقد علمت مذهب الحنفية في ذلك ، ونقل عن أحمد وابن حبيب المالكي أنه لا يشق . والذي وجدنا في كتب السنة ما جاء في السنن الكبرى للبيهقي وسنن أبي داود وسنن ابن ماجة عن عائشة أنها قالت : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "كسر عظم الميت ككسره حيا" قال السيوطي في بيان سبب الحديث ما نصه: " عن جابر خرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة فجلس النبي صلى الله عليه وسلم على شفير القبر وجلسنا معه فأخرج الحفار عظما ساقا أو عضدا فذهب ليكسرها . فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - " لا تكسرها ، فإن كسرك إياه ميتا ككسرك إياه حيا ، ولكن دسه في جانب" وبهذا الحديث استدل من قال من الفقهاء بعدم جواز شق بطن الميت لاستخراج ما فيه من مال مطلقا . والذي يقتضيه النظر الدقيق في قواعد الشريعة وروحها أنه إذا كان هناك مصلحة راجحة في شق البطن وتشريح الجثة من إثبات حق القتل قبل المتهم أو تبرئة هذا المتهم من تهمة القتل بالسلم مثلا أنه يجوز الشق والتشريح . ولا ينافي هذا ما جاء في الحديث الشريف من قوله عليه الصلاة والسلام : " كسر عظم الميت ككسره حيا " فإن الظاهر أن معنى هذا الحديث أن للميت حرمة كحرمة الحي فلا يتعدى عليه بكسر عظم أو شق بطن أو غير ذلك لغير مصلحة راجحة أو حاجة ماسة ، ويؤيد ذلك ما نقلناه عن السيوطي في بيان سبب الحديث ، فإنه ظاهر أن الحفار الذي نهاه النبي - صلى الله عليه وسلم - عن كسر العظم كان يريد الكسر بدون أن تكون هناك مصلحة في ذلك ولا حاجة ماسة إليه ، وبما قلناه يتفق معني الحديث الشريف وقواعد الدين الإسلامي القويم ، فإنها مبنية على رعاية المصالح الراجحة، وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة تقويتها أشد من هذا الضرر، على أن الظاهر الآن أنه يجوز شق بطن الحي إذا ظن أنه لا يموت بهذا الشق وكان فيه مصلحة له، ولعل الفقهاء لم ينصوا على مثل هذا ، بل أطلقوا القول في تحريم شق بطن الحي؛ لأن فن الجراحة لم يكن قد تقدم في زمنهم كما هو الآن. وبهذا علم الجواب عن السؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم (٢٧٤) .

## ملحق رقم ( ٢ )

فتوى الشيخ يوسف الدجوي في حكم تشريح الميت في الشريعة الإسلامية

ورد إدارة المجلة سؤال من سعادة رؤوف باشا سكرتير الجمعية الإسلامية الهندية بسيلان ملخصه استفتاء العلماء عن تشريح الميت، وقد قال فيه:

هل يسمح قانون شريعتنا الإسلامية بتشريح جثماننا أم لا ؟ ثم رجاء إدارة المجلة أن تجيبه على عجل. وقد أجاب فضيلة الأستاذ الشيخ الدجوي بما يأتي:

**الجواب :**

ليس عندنا في كتب الفقه نصوص شافية في هذا الموضوع . وقد يظن ظان أن ذلك محرم لا تجيزه الشريعة التي كرمت الأدمي وحثت على إكرامه وأمرت بعدم إيدانه، ولكن العارف بروح الشريعة وما تتوخاه من المصالح وترمي إليه من الغايات يعلم أنها توازن دائما بين المصلحة والمفسدة، فتجعل الحكم لأرجحهما على ما تقتضيه الحكمة ويوجبه النظر الصحيح. فيجب إذا أن يكون نظرنا بعيدا متمشيا مع المصلحة الراجعة التي تتفق وروح الشريعة الصالحة لكل زمان ومكان، الكفيلة بسعادة الدنيا والآخرة ، وإذن نقول :

من نظر إلى أن التشريح قد يكون ضروريا في بعض الظروف كما إذا اتهم شخص بالجناية على آخر وقد يبرأ من التهمة عندما يظهر التشريح أن ذلك الآخر غير مجني عليه .

وقد يجني على رجل ثم يلقي بعد الجناية عليه في بئر بقصد إخفاء الجريمة وضياع الجناية ، إلى غير ذلك مما هو معروف ، فضلا عما في التشريح من تقدم العلم الذي تنتفع به الإنسانية كلها ، وينفذ كثيرا ممن أسفى على الهلكة أو أحاطت به الآلام من كل نواحيه ، فهو يأتيه الموت من كل مكان وما هو بميت ، إلى غير ذلك مما لا داعي للإطالة فيه. نقول: من نظر

---

علم التشريح عند المسلمين : د / محمد علي البار ص ٥٦ - ص ٥٩ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة القانون د / عبد العزيز القصار ص ٨٢ - ص ٨٤ مرجع سابق .



إلى ذلك الإجمال وما يتبعه من التفصيل لم يسعه إلا أن يفتي بالجواز تقديمًا للمصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة ، ومتى كان تشريح الميت بهذا القصد لم يكن إهانة له ولا منافيا لإكرامه. على أن هذا أولى بكثير فيما نراه مما قرره الفقهاء ونصوا عليه في كتبهم من أن الميت إذا ابتلع مالا شق بطنه لإخراجه منه ولو كان مالا قليلا، ويقدره بعض المالكية بنصاب السرقة أي ربع دينار أو ثلاثة دراهم. وكلام الشافعية قريب من هذا. وربما كان الأمر عندهم أهون وأوسع في تقدير المال الذي يبتلعه. فإذا قسنا ذلك المال الضئيل على ما ذكرنا من الفوائد والمصالح ، وجدنا الجواز لدرء تلك المفساد وتحصيل تلك المصالح أولى من الجواز لإخراج ذلك المال القليل . فهو قياس أولى فيما نراه .

استدراك لا بد منه :

غير أنا نرى أنه لا بد من الاحتياط في ذلك حتى لا يتوسع فيه الناس بلا مبالاة . فليقتصر فيه على قدر الضرورة ، وليتق الله الأطباء وأولوا الأمر الذين يتولون ذلك ، وليعلموا أن الناقد بصير والمهيمن قدير، والله يتولى هدى الجميع (٣٢٥) .

### ملحق رقم ( ٣ )

فتوى الشيخ حسنين مخلوف ( مفتي الديار المصرية ) في

موضوع التشريح سنة ١٩٥١م

سئل فضيلة الشيخ حسنين محمد مخلوف عن حكم إحراق جثث الموتى وتشريحهم فأجاب جوابا مستفيضا فيه بين المصالح التي تدعو إلى التشريح وتبرره ، وفيما يلي نص السؤال والجواب .

325 انظر نص الفتوى :

مجلة الأزهر- المجلد السادس ص ٤٧٢ - عدد رجب ١٣٥٤هـ ، علم التشريح عند المسلمين ص ٦٦ - ص ٦٧ مرجع سابق ، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٨٩ - ص ٩٠ مرجع سابق .

السؤال: طلبت إحدى المصالح الحكومية بيان حكم الشريعة الغراء فى إحراق جثث الموتى من المسلمين فى زمن الأوبئة وفى حالة الوصية بذلك من المتوفى؟

الجواب:

أعلم أن تطبيب الأجسام وعلاج الأمراض أمر مشروع حفظا للنوع الإنسانى حتى يبقى إلى الأمد المقدر له . وقد تداوى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فى نفسه ، وأمر به من أصابه مرض من أهله وأصحابه ، وقال : " تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء " وقال عليه الصلاة والسلام : " إن الله عز وجل لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء علمه من علمه وجهله من جهله " ودرج بعده أصحابه على هديه فى التداوى والعلاج .

فكان الطب تعلما وتعلما مشروعا بقول الرسول وفعله ، بل بدلالة الآيات الواردة بالترخيص للمريض بالفطر تمكينا له من العلاج وبعدا عما يوجب تفاقم العلة أو الهلاك ، والترخيص لمن به أذى فى رأسه بحلق رأسه فى الإحرام وهو علاج للعلة وسبب للبرء ، والترخيص للمريض بالعدول عن الماء إلى التراب الطاهر حمية له أن يصيب جسده فى ذلك كله تنبيه على حرص الشارع على التداوى وإزالة العطل والحمية من كل ما يؤذى الإنسان من الداخل أو الخارج كما أشار إليه الإمام ابن القيم فى زاد المعاد ، فكان فى الطب علما وعملا من فروض الكفاية التى يجب على الأمة قيام طائفة منها بها ، وتأمم الأمة جميعها بتركه وعدم النهوض به ، كما أن جميع ما تحتاج إليه الأمة من العلوم والصناعات فى تكوينها وبقائها من فروض الكفاية التى أمر بها الشارع ، وحث عليها ، وحذر من التهاون فيها .

ومن مقدمات فن الطب بل من مقوماته تشريح الأجسام فلا يمكن الطبيب أن يقوم بطب الأجسام وعلاج الأمراض بأنواعها المختلفة إلا إذا أحاط خبرا بتشريح جسم الإنسان علما وعملا ، وعرف أعضائه الداخلية وأجزاءه المكونة لبنيته واتصالاتها ومواقعها وغير ذلك ، فهو من الأمور التى لا بد منها لمن يزاول الطب حتى يقوم بما أوجب الله عليه من تطبيب المرضى وعلاج الأمراض . ولا يمتري فى ذلك أحد ، ولا يقال قد كان فيما سلف طب ، ولم يكن هناك تشريح ؛ لأنه كان طبيا بدائيا لعل ظاهرة ،

وكلامنا في الطب واف لشئى الأمراض والعلل ، والعلوم تتزايد ، والوسائل تنمو وتكثر .

وإذا كان شأن التشريح ما ذكر كان واجبا بالأدلة التى أوجبت تعلم الطب وتعليمه ، ومباشرته بالعمل على الأمة لتقوم طائفة منها به ، فإن من القواعد الأصولية أن الشارع إذا أوجب شيئا يتضمن ذلك إيجاب ما يتوقف عليه ذلك الشيء ، فإذا أوجب الصلاة كان ذلك إيجابا للطهارة التى تتوقف الصلاة عليها ، وإذا أوجب بما أومأنا إليه من الأدلة على الأمة تعلم فريق منها الطب وتعليمه ومباشرته فقد أوجب بذلك تعلم التشريح وتعليمه ومزاولته عملا .

هذا دليل جواز التشريح من حيث كونه علما يدرس وعملا يمارس ، بل دليل وجوبه على من تخصص فى مهنة الطب البشري وعلاج الأمراض . أما التشريح لأغراض أخرى كتشريح جنث القتلى لمعرفة سبب الوفاة وتحقيق ظروفها وملابساتها ، والاستدلال به على ثبوت الجناية على القاتل أو نفيها عن متهم ، فلا شبهة فى جوازه أيضا إذا توقف عليه الوصول إلى الحق فى أمر الجناية للأدلة الدالة على وجوب العدل فى الأحكام حتى لا يظلم برئ ولا يفلت من العقاب مجرم أثيم .

وكم كان التشريح فيصلا بين محق وباطل ، وعدل وظلم ، فقد يتهم إنسان يقتل آخر بسبب دس السم له فى الطعام ، ويشهد شهود الزور بذلك ، فيثبت التشريح أنه لا أثر للسم فى الجسم وإنما مات الميت بسبب طبيعى فيبرأ المتهم ، ولولا ذلك لكان فى عداد القاتلين أو المسجونين ، وقد يزعم مجرم ارتكب جريمة القتل ثم أحرق الجثة أن الموت بسبب الحرق لا غير ، فيثبت التشريح أن الموت جنائى والإحراق إنما كان ستارا أسدل على الجريمة فيقتص من المجرم ولولا ذلك لأفلت من العقاب وبقي بين الناس جرثومة فساد. وهنا قد يثار حديث كرامة جسم الإنسان ، وما فى كشفه وتشريحه من هوان فيظن جاهل أنه لا يجوز مهما كانت بواعثه ، ولكن بقليل من التأمل فى قواعد الشريعة يعلم أن مدار الأحكام الشرعية على رعاية المصالح والمفاسد فما كان فيه مصلحة راجحة يؤمر به وما كان فيه مفسدة راجحة ينهى عنه، فلا شك أن الموازنة بين ما فى التشريح من هتك حرمة الجثة وما له من مصلحة فى التطبيب والعلاج وتحقيق العدالة وإنقاذ

البرئ من العقاب وإثبات التهمة على المجرم الجاني تنادي برجحان هذه المصالح على تلك المفسدة (٣٢٦) .

#### ملحق رقم ( ٤ )

فتوى لجنة الفتوى بالأزهر الشريف بخصوص تشريح جثث الموتى

السؤال: ما حكم الإسلام في تشريح جثث الموتى للاستفادة بذلك في دراسة علم الطب ؟

الجواب:

" إن دراسة علم الطب عمل ضروري لمصلحة الفرد والمجتمع لما يتوقف عليه في المحافظة على الجميع من عوامل الضعف التي تعوق عن النشاط في مجال الدين والدنيا ، وهذا يخالف ما أمر الله تعالى به في قوله : " وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله " يعني سيكون عملكم للدين والدنيا مشهودا عند الله ومشهودا عند الرسول، وسيجزىكم الله عملكم بما يراه خير جزاء .

ولذلك يعتبر تدريس علم الطب من فروض الكفاية التي تتعلق بزمة الأمة كلها إذا قام به البعض سقط وجوبه وإذا لم يقم به البعض أثمت الأمة كلها .

وقد ورد عن النبي- صلى الله عليه وسلم - أنه كان يتداوى وكان يأمر بالتداوى ومن أحاديثه في ذلك " تداؤوا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له دواء " ولاشك أن علم الطب يقتضي تعلم التشريح لمعرفة الداء وموضع العلة في الجسم ولتشخيص العلاج النافع بالقدر المستطاع في ضوء ما يهتدي إليه الطبيب العارف .

وكذلك تشتد الحاجة إلى التشريح في الحوادث الجنائية لمعرفة نوع الجناية وملابساتها والتمكن من إثباتها أو نفيها عن المتهم وذلك تمكين للعدالة أن تأخذ وضعها الحق في الأحكام كما هو أوجب الواجبات .

326 انظر نص الفتوى :

الفتاوى الإسلامية ج١ ص ٣٦٠، علم التشريح عند المسلمين ص ٦٢ - ص ٦٤ مرجع سابق .

وجملة القول أن التشريع لمثل هذه المقاصد أمر يرتبط كثيرا بحياة الناس فلا بد منه ولا شيء في إقراره. ولا يقال أن المسلمين في أول زمنهم لم يكونوا يعولون على التشريع ولو كان جائزا لفظوا ، فجواب ذلك أن المتقدمين لم يكونوا قد عرفوا التشريع بل كانت وسائل العلاج عندهم محدودة ويقدر تجاربهم في مجتمعهم الخاص. ثم أن العلم يتقدم بتقدم الزمن ويتسع أفقه بمواصلة البحوث الجديدة ويظهر من أسراره مع الأيام ما لم يكن معهودا من قبل، والدين يحضنا على التوسع في العلم النافع للأخذ بكافة أنواعه المفيدة ، فإذا توصلنا إلى جديد كتعليم التشريع كان العمل به تجاوزيا مع دعوة الدين إلى العلم ، والله تعالى أعلم " (٣٢٧) .

### ملحق رقم ( ٥ )

قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية - قرار رقم ( ٤٧ )  
بتاريخ ١٣٩٦ / ٨ / ٢٠ هـ الدورة التاسعة المنعقدة في مدينة الطائف في  
شهر شعبان عام ١٣٩٦ هـ

الحمد لله وحده وصلى الله وسلم على من لا نبي بعده محمد وعلى  
آله وصحبه ، وبعد :

ففي الدورة التاسعة لمجلس هيئة كبار العلماء المنعقدة في مدينة  
الطائف في شهر شعبان عام ١٣٩٦ هـ . جرى الإطلاع على خطاب معالي  
وزير العدل رقم ( ٣ / ٢ / ٣٢٣١ / خ ) المبني على خطاب وكيل وزارة الخارجية  
رقم ( ٣٤ / ٢ / ١ / ٣٤٤٦ / ٣ / ١ ) وتاريخ ( ٦ / ٨ / ١٣٩٥ هـ ) المشفوع به صورة  
مذكرة السفارة الماليزية بجدة المتضمنة استفسارها عن رأي موقف المملكة  
العربية السعودية من إجراء عملية جراحية طبية على ميت مسلم وذلك  
لأغراض مصالح الخدمات الطبية .

كما جرى استعراض البحث المقدم في ذلك من اللجنة الدائمة  
للبحوث العلمية والإفتاء ، وظهر أن الموضوع ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

327 انظر نص الفتوى :

الأحكام الشرعية للأعمال الطبية د / أحمد شرف الدين ص ٢٠٥ - ص ٢٠٧ مرجع  
سابق .

الأول : التشريع لغرض التحقيق عن دعوى جنائية .  
الثاني : التشريع لغرض التحقيق عن أمراض وبائية لتتخذ على ضوءه  
الاحتياطات الكفيلة بالوقاية منها .

الثالث : التشريع للغرض العلمي تعلمًا وتعليمًا .  
وبعد تداول الرأي والمناقشة ودراسة البحث المقدم من اللجنة  
المشار إليه أعلاه قرر المجلس ما يلي :

بالنسبة للقسمين الأول والثاني فإن المجلس يرى أن في إجازتهما  
تحقيقًا لمصالح كثيرة في مجالات الأمن والعدل ووقاية المجتمع من  
الأمراض الوبائية. ومفسدة انتهاك كرامة الجثة المشرحة مغمورة في جنب  
المصالح الكثيرة والعامة المتحققة بذلك، وأن المجلس لهذا يقرر بالإجماع  
إجازة التشريع لهذين الغرضين سواء كانت الجثة المشرحة جثة معصوم أم  
لا .

وأما بالنسبة للقسم الثالث وهو التشريع للغرض التعليمي فنظرًا إلى  
أن الشريعة الإسلامية قد جاءت بتحصيل المصالح وتكثيرها، وبدرء المفساد  
وتقليلها، وبارتكاب أدنى الضررين لتفويت أشدهما ، وأنه إذا تعارضت  
المصالح أخذ بأرجحهما وحيث إن تشريح غير الإنسان من الحيوانات لا  
يغني عن تشريح الإنسان، وحيث إن في التشريح مصالح كثيرة ظهرت في  
التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة .

فإن المجلس يرى جواز تشريح جثة الأدمي في الجملة إلا أنه نظرًا  
إلى عناية الشريعة الإسلامية بكرامة المسلم ميتًا كعنايتها بكرامته حيا وذلك  
لما روى أحمد وأبو داود وابن ماجه عن عائشة - رضى الله عنها - أن  
النبي- صلى الله عليه وسلم - قال : " كسر عظم الميت ككسره حيا " .  
ونظرًا إلى أن التشريح فيه امتهان لكرامته ، وحيث إن الضرورة إلى ذلك  
منقضية بتيسر الحصول على جثث أموات غير معصومة . فإن المجلس يرى  
الاكتفاء بتشريح مثل هذه الجثث وعدم التعرض لجثث أموات معصومين  
والحال ما ذكر . والله الموفق وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه  
وسلم . . . . (٣٢٨) .

328 علم التشريح عند المسلمين ص ٧٨ - ص ٧٩ مرجع سابق ، حكم  
تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٨٠ - ص ٨١ مرجع سابق .

ملحق رقم ( ٦ )

مشروع قرار المجمع الفقهي الإسلامي حول تشريح الموتى

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله  
وصحبه وسلم .

مشروع قرار المجمع :

حول تشريح الموتى ومن يقوم به ( الدورة العاشرة ) صفر

١٤٠٨ هـ .

وبعد فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في دورته التاسعة  
بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة ما بين يوم السبت  
١٤٠٦/٧/١٢ هـ الموافق ١٩٨٦/٣/٢٢م إلى يوم السبت ١٤٠٦/٧/١٩ هـ  
الموافق ١٩٨٦ /٣/٢٩م بدخول الغاية قد نظر في جلسته السادسة صباح  
يوم الخميس ١٤٠٦ /٧/١٧ هـ الموافق ١٩٨٦/٣/٢٧م في موضوع تشريح  
الموتى ومن يتولى القيام به من الأطباء .

وبعد الاستماع إلى الدراستين اللتين أعدهما في هذا الغرض فضيلة  
الشيخ محمد الحبيب بن الخوجة وسعادة الطبيب الدكتور/ محمد على البار ،  
وتداول الرأي بين الأعضاء بشأن هذه القضية ، ومراجعة القرار الصادر  
بشأن جزء من هذا الموضوع من مجلس هيئة كبار العلماء المنعقد في مدينة  
الطائف في شهر شعبان ١٣٩٦ هـ تبين لأعضاء مجلس المجمع أن تشريح  
الموتى يكون لأحد أغراض ثلاثة :

أما لغرض التحقق من دعوى جنائية ويقوم الطبيب الشرعي  
بالتشريح في هذه الحالة بناء على طلب من المحكمة وذلك من أجل تحديد  
أسباب الموت في حالات التسمم وجنايات القتل ونحوها .  
وإما بقصد التحقق من أمراض وبائية فتتخذ على ضوء التشريح  
والاختبارات الاحتياجات الكفيلة بالوقاية من تلك الأمراض .

وإما لغرض علمي تعلمًا وتعليمًا كالذي يجري بالمشارح في كليات الطب.

وبناء على ما في الصورة الأولى من التشريح من تحقق مصالح كثيرة في مجالات الأمن والعدل وذلك بما يوفره التشريح من دلائل قطعية وبراهين علمية ترفع التهم عن الأبرياء وتثبت إدانة المجرمين في ما يشكل على القاضي التوصل إليه عند اختلاط الأمر والتباس الأحوال .

وبناء على ما في الصورة الثانية من تحقيق وقاية المجتمع من الأمراض الوبائية .

وعلى ما في الصورة الثالثة من تمكين الأساتذة والطلاب في الجامعات بكليات الطب من الدراسة الدقيقة لعلمي التشريح والأمراض اللذين لا يمكن فيهما أبدا الاستعاضة عن جنث الموتى بأجساد الحيوانات أو غيرها من الوسائل التعليمية مثل البلاستيك ونحوه .

### قرر المجمع :

١ - إن التشريح لجثث الموتى جائز وإنه يعتبر ضرورة لا يمكن الاستغناء عنها في كثير من الأحوال . ومفسدة انتهاك كرامة الجثة المشرحة مغمورة في جنب المصالح الكثيرة والعامّة المتحققة بالتشريح ، ومعلوم أن من القواعد الشرعية تحمل الضرر الأخف قصد جلب مصلحة تفويتها أشد من ذلك الضرر . وإذا كان الشارع الحكيم قد أوجب على الأمة تعلم فريق منها الطب وكان ذلك لا يتم إلا بالتشريح فإن هذا يكون مما تقتضيه الضرورة ويباح للأساتذة والطلاب ممارسة هذه الوظيفة على جثث الموتى .

٢ - إن التشريح ينبغي أن يجري على جثث غير المعصومين فإن تعذر ذلك أجرى على جثث المعصومين سواء أكانت الجثث لمجهولين من الموتى ، أو كانت لمن تنازلوا عن جثثهم قبل موتهم وأذنوا بتشريحها ، أو كانت تلك الجثث لموتى أذن ورثتهم بتسليمها للمشارح .



٣ - إن التشريع ينبغي أن يكون بقدر ما تدعو إليه الضرورة فلا يعيب بحث الموتى • وإنه يتعين على القائمين بالتشريع توقيف أجسام الموتى والقيام بدفنها أو دفن ما تبقى منها بعد فراغهم من مهمتهم •

٤ - إن تشريع جنث النساء لا تتولاه غير الطبيبات إلا في حالة عدم وجود من يقوم به منهن •

والمجمع إذ يبيح التشريع في الصور المذكورة أعلاه يوصي بما

يلي :

أولاً: أن تصاغ آداب مهنة الطب في كليات الطب على أسس مبادئ الإسلام وأن ترتبط مواد الدراسة الطبية بما هو موجود في كتاب الله وسنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - بحيث يتخرج الطبيب مدعماً بالعلوم الطبية الحديثة ومسلحاً بالإيمان والفهم الصحيح لما يحل له وما يحرم عليه من ممارساته •

ثانياً: الحرص على فصل الطلاب عن الطالبات في جميع مراحل الدراسة.

ثالثاً: إيجاد العدد الكافي من النساء في عامة فروع التشريع وذلك ليضمن بتشريع جنث النساء •

رابعاً: أن تقام كلية خاصة بأمراض النساء والولادة وذلك لتخريج العدد الكافي من الطبيبات المسلمات المختصات بأمراض النساء والولادة بحيث تنتفي الحاجة لانكشاف عورات النساء المسلمات للرجال •

خامساً: أن يقتصر تمرير المرضي من الرجال على الممرضين الذكور وأن يقتصر تمرير المرضيات على الممرضات وذلك بإعداد مدارس التمريض المستقلة للبنين والبنات. وأن يشمل ذلك ما يسمى بالتمريض العالي وكليات العلوم الطبية (وينبغي على القائمين على المستشفيات في البلاد الإسلامية إيجاد ممرضين ذكور في أقسام الرجال وممرضات إناث في أقسام النساء) (٣٢٩) •

329 مشروع قرار المجمع الفقهي الإسلامي حول تشريع الموتى ومن يقوم به ( الدورة العاشرة ) صفر ١٤٠٨ هـ - وهو منشور في : علم التشريع عند المسلمين ص ١٠٢ - ص ١٠٥ مرجع سابق •

## ملحق رقم ( ٧ )

فتوى وزارة الأوقاف الكويتية حول تشريح جثث الموتى بعد الوفاة

رقم ( ١ / ٤٢٣ / ٨٤ ) .

السؤال :

بالرغم من معرفتنا أن تشريح الجسد بعد الوفاة يؤدي إلى تشويه الجثة تشويها كبيرا ولكن مع ذلك قد يكون التشريح مفيدا ومهما جدا إذ أنه قد يكشف من المعلومات التي قد يستفاد منها لإنقاذ حياة الآخرين ، ماذا يجب أن يكون عليه موقفنا بالنسبة لتشريح الجثث بعد الوفاة ؟ سواء كان التشريح لطلاب كليات الطب أو لمريض مات ولم يعرف سبب موته .

الجواب :

أجابت اللجنة بما يلي : لا يجوز التعرض لجثث أموات المسلمين بالتشريح للغرض التعليمي لطلاب الطب إلا إذا تعذر الحصول على جثث أموات غير معصومين وترى اللجنة أيضا أنه لا بد أن يراعى بقدر الإمكان المحافظة على كرامة الميت وعدم تعريضه للإهانة إلا فيما يستدعيه الغرض الذي شرح من أجله والله أعلم (٣٣٠) .

## ملحق رقم ( ٨ )

فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية

حول حكم تشريح جثة الميت ونقل الأعضاء (٣٣١) .

السؤال : ما رأي الدين في تشريح الميت وفي نقل عضو من أعضاء حي أو ميت ، إلى إنسان حي ، لحفظ حياته أو سلامة أعضائه ، ونقل الدم من إنسان حي إلى آخر ؟

330 انظر: نص الفتوى في: حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٩١ مرجع سابق .

331 هذه الفتوى صدرت بتاريخ ٢٠ جمادى الأولى سنة ١٣٩٧ هـ الموافق ١٨/٥/١٩٧٧ م.

## الجواب :

هذه المسألة من الحوادث المستجدة التي لم تكن معروفة في عهد النبي- صلى الله عليه وسلم - ومن بعده من سلفنا الصالح . ولذا لم ينقل عنهم لها ولا أمثالها حكم خاص بها ، فليس هناك نص خاص من كتاب أو سنة يجيز نقل أعضاء الميت إلى شخص آخر حي لينتفع بذلك أو يمنع منه ، وإنما يؤخذ حكمها من عموميات القواعد والأدلة الشرعية .

والذي تراه لجنة الفتوى في المملكة الأردنية الهاشمية ، أن التشريح ونقل الأعضاء ونقل الدم بالشكل الوارد في السؤال من الأمور الجائزة شرعا ، ويستدل على هذا :

أولا : أن حفظ الكليات الخمس واجب شرعا عن العلماء ومن ذلك حفظ النفس بإنقاذ حياة مسلم أو سلامة عضو من أعضائه بنقله من حي أو ميت .  
ثانيا: ويستدل بروح الشريعة وقواعدها العامة التي تقول(الضرورات تبيح المحظورات)،(والضرورة تقدر بقدرها)،(وللضرورة أحكام)،(وإذا ضاق الأمر اتسع)،(والمشقة توجب التيسير)،(ولا ينكر ارتكاب أخف الضررين).  
ثالثا: ويستدل كذلك بما كتبه الفقهاء المتقدمون والمتأخرون في إجازتهم تشريح الميت للكشف عن جريمة قتل. أو لمعرفة أسباب مرض ما ليتمكن الأطباء من معالجة ذلك المرض في الأحياء أو ما إلى ذلك من الصور والأمثلة التي يتحقق فيها الصالح العام أو الخاص للمسلمين ، فقد أفتى فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة بإجازة تشريح امرأة ميتة لإخراج مولودها الحي من بطنها أو لإخراج مال ابتلعه الميت إلى غير ذلك من المسائل التي ذكروها في كتبهم المعتمدة . فإذا أجاز العلماء التشريح لإخراج مال ابتلعه الميت وقدر هذا المال بمقدار نصاب قطع يد السارق وهو ربع دينار أي ثلاثة دراهم . فمن باب أولى أن يجاز التشريح هنا لصيانة نفس أو لإنقاذ حياة أو لسلامة عضو أو كشف جريمة.

ولا يقال إن هناك أدلة تعارض جواز تشريح جثة الميت أو نقل عضو من أعضائه لحي ينتفع به بحجة أن الشريعة الإسلامية كرمت الأدمي وحثت على إكرامه وأمرت بعدم إيذائه . لقوله تعالى: { ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن

**خلقنا تفضيلاً** { (٣٣٢) وقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو داود علي شرط مسلم والنسائي عن عائشة أم المؤمنين - رضى الله عنها - بسند صحيح: " كسر عظم الميت ككسر عظم الحي" يعني فى الحرمة • وقوله - صلى الله عليه وسلم - أيضا فيما أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن مسعود - رضى الله نه - قال : " أذى المؤمن فى موته كأذاه فى حياته ". إذ أن المقصود من الآية والحديثين هو تكريم الميت وعدم إهانته أو التمثيل به • كما يدل على ذلك سبب ورود حديث النبي- صلى الله عليه وسلم - عن كسر عظم الميت ، فإن النبي- صلى الله عليه وسلم - رأى حفارا يكسر عظما لميت بلا سبب مشروع فقال له (كسر عظم الميت ككسر عظم الحي) أما ما نحن بصده فلا يقصد به الإهانة وإنما يقصد به إنقاذ حياة إنسان أو سلامة عضوه • وهذا المقصود يحمل معنى تكريم الإنسان لا إهانته وبهذا الفهم الوافي أجاز العلماء السابقون تشريح جثة الميت لغرض مشروع كإخراج مال ابتلعه الميت أو إخراج مولود حي من جوف امرأة ماتت •

هذا وإن لجنة الفتوى تنبه أن جواز النقل أو التشريح يجب أن يكون مقيدا بالشروط الآتية ، وذلك لحفظ كرامة الميت ولئلا يتخذ للعبث والإهانة:

(١) أن تكون هناك موافقة خطية من المتبرع فى حياته ثم موافقة أحد أبويه أو وليه بعد وفاته أو موافقة ولي أمر المسلم إذا كان المتوفى مجهول الهوية •

(٢) أن يكون المتبرع له محتاجا أو مضطرا إلى العضو المتبرع به وأن تتوقف حياة المنقول له على ذلك العضو أو تتوقف سلامة أحد أجهزة الجسم عليه وذلك بتقرير من لجنة طبية موثوقة فى دينها وعلمها وخبرتها •

(٣) إن كان المنقول منه العضو أو الدم حيا فيشترط ألا يقع النقل على عضو أساسي للحياة إذا كان هذا النقل قد يؤدي لوفاة المتبرع ولو كان ذلك بموافقة •

(٤) ألا يحدث النقل تشويها فى جثة المتبرع •

(٥) لا يجوز أن يتم التبرع مقابل بدل مادي أو بقصد الربح •

وهذا وإن اللجنة تذكر بأنه لا بد من الاحتياط والحذر فى ذلك ( أى فى التشريح أو نقل الأعضاء من حي إلى حي أو من ميت إلى حي أو نقل الدم من حي إلى آخر) حتى يتوسع فيه الناس بلا مبالاة . وليقتصر فيه على قدر الضرورة إذ هي علة الحكم الذي يدور معها وجودا وعدما وليتق الله الأطباء الذين يتولون ذلك وليعلموا أن الناقد بصير والمهيمن قدير والله يتولى هداية الجميع (٢٣٣) .

### لجنة الإفتاء

---

<sup>333</sup> انظر نص الفتوى فى: حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون ص ٨٥ - ٨٨ مرجع سابق.

## أهم المراجع والمصادر

أولاً - القرآن الكريم وعلومه :

- ١- القرآن الكريم .
- ٢- تفسير القرآن العظيم : للإمام إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤هـ ط : دار الغد العربي ١٤١١هـ - ١٩٩١م .
- ٣- تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن : لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفى سنة ٦٧١هـ ط : دار الريان للتراث - طبعة خاصة من دار الشعب - بدون تاريخ طبع .
- ٤- جامع البيان عن تأويل أي القرآن : لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠هـ - ضبط وتوثيق وتخريج : صدقي جميل العطار ط : دار الفكر - بيروت ١٤١٥هـ .
- ٥- صفوة التفاسير : د / محمد علي الصابوني ط : دار الرشيد - سوريا - حلب - بدون تاريخ طبع .
- ٦- معاني القرآن : لأبي جعفر النحاس المتوفى سنة ٣٣٨هـ تحقيق : الشيخ محمد علي الصابوني الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ - الناشر : جامعة أم القرى - المملكة العربية السعودية ج٢ ص ٢٩٨ وما بعدها .

ثانياً : كتب السنة وشروحها مرتبة ترتيباً أبجدياً :

- ١- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل : محمد ناصر الدين الألباني تحقيق: زهير الشاويش ط : المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .
- ٢- الأدب المفرد : للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري المتوفى سنة ٢٥٦هـ - تحقيق : فريد عبد العزيز الجندي ط : دار الحديث - القاهرة ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م .
- ٣- الترغيب والترهيب من الحديث الشريف: للإمام الحافظ زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي المنذري المتوفى سنة ٦٥٦هـ - ضبط وتعليق: مصطفى محمد عمارة ط : دار الحديث القاهرة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .

- ٤- السنن الكبرى للبيهقي : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨هـ ط : دار الفكر - بيروت - لبنان - بدون تاريخ طبع .
- ٥- المستدرک على الصحيحين : محمد بن محمد الحاكم النيسابوري المتوفى سنة ٤٠٥هـ تحقيق : يوسف المرعشلي - الناشر : دار المعرفة - بيروت ١٤٠٦هـ .
- ٦- جامع العلوم والحكم فى شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم : لابن رجب الحنبلي ط : دار الريان للتراث - الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .
- ٧- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام : للإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليماني الصنعاني المتوفى سنة ١١٨٢هـ - تحقيق : عصام الدين الصبابطي- عماد السيد ط : دار الحديث - القاهرة ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م .
- ٨- سنن ابن ماجة : لأبي عبد الله يزيد القزويني المعروف بابن ماجة المتوفى سنة ٢٧٣هـ - تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ط : دار الفكر بيروت - لبنان - بدون تاريخ طبع .
- ٩- سنن أبي داود : لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي انسجستاني المتوفى سنة ٢٧٥هـ - تحقيق : سعيد محمد اللحام ط : دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م .
- ١٠- سنن الترمذي: لمحمد بن عيسى الترمذي المتوفى سنة ٢٧٩هـ تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان ط : دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ .
- ١١- سنن الدارقطني: لعلي بن عمر بن أحمد بن مهدي أبي الحسن الدارقطني المتوفى سنة ٣٨٦هـ - تحقيق: مجدي بن منصور بن سيد الشورى ط: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .
- ١٢- سنن النسائي: لأحمد بن علي بن شعيب بن علي بن سنان بن حجر بن دينار أبي عبد الرحمن النسائي المتوفى سنة

٢٠٣ هـ ط : دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى  
١٣٤٨ هـ - ١٩٣٠ م .

١٣- شرح النووي على صحيح مسلم : للإمام أبي زكريا محي الدين  
النوري المتوفى سنة ٦٧٦ هـ تحقيق: صلاح عويضة - محمد شحاته ط:  
دار المنار ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م .

١٤- صحيح البخاري بشرح فتح الباري: لأبي عبد الله محمد بن  
إسماعيل البخاري المتوفى سنة ٢٥٦ هـ تحقيق: محب الدين الخطيب -  
محمد فؤاد عبد الباقي ط: دار الريان للتراث- المكتبة السلفية الطبعة  
الثالثة ١٤٠٧ هـ .

١٥- صحيح مسلم بشرح النووي : للإمام الحافظ مسلم بن الحجاج بن  
مسلم القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١ هـ - تحقيق : صلاح  
عويضة محمد شحاته ط: دار المنار ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م .

١٦- عون المعبود شرح سنن أبي داود : لمحمد شمس الحق العظيم  
أبادي المتوفى سنة ١٣٢٩ هـ ط: دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة  
الثانية ١٤١٥ هـ .

١٧- فتح الباري شرح صحيح البخاري : للإمام الحافظ أحمد بن حجر  
العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ - تحقيق : محب الدين الخطيب - محمد  
فؤاد عبد الباقي ط : دار الريان للتراث - المكتبة السلفية - الطبعة  
الثالثة ١٤٠٧ هـ .

١٨- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال : لعلي الدين المتقى بن حسام  
الدين الهندي البرهان فوري المتوفى سنة ٩٧٥ هـ - تحقيق : الشيخ  
بكري حياني - الشيخ صفوة السقاظ : مؤسسة الرسالة - بيروت -  
لبنان - بدون تاريخ طبع .

١٩- مسند أحمد: للإمام أحمد بن حنبل الشيباني الموفى سنة ٢٤١ هـ ط:  
دار صادر - بيروت لبنان - بدون تاريخ طبع .

٢٠- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار : للإمام  
محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ - تحقيق:  
عصام الدين الصبايطي ط: دار الحديث القاهرة - الطبعة الخامسة  
١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م .



ثالثاً - كتب الفقه الإسلامي وقواعده :

أ - كتب الفقه الحنفي :

- ١- الأشباه والنظائر : لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي المتوفى سنة ٩٧٠هـ ط : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - بدون تاريخ طبع
- ٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق : لزين الدين إبراهيم بن نجيم الحنفي المتوفى سنة ٩٧٠هـ دار المعرفة - بيروت - لبنان - بدون تاريخ طبع .
- ٣- التعريفات : لعلي بن محمد بن علي الجرجاني المتوفى سنة ٨١٦هـ - حقه وقدم له : إبراهيم الإبياري ط : دار الريان للتراث - بدون تاريخ طبع .
- ٤- الدر المختار شرح تنوير الأبصار : لمحمد بن علي بن محمد الحصري الحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨هـ ط : دار الفكر ١٤١٥هـ .
- ٥- الشرح المسمى بدر المتقى فى شرح الملتقى : لمحمد بن علي بن محمد ابن علي الملقب بعلاء الدين الحصكفي الدمشقي المتوفى سنة ١٠٨٨هـ مطبوع بهامش مجمع الأنهر ط : دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - بدون تاريخ طبع .
- ٦- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : للإمام علي الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧هـ ط : دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الثانية ١٩٨٢م .
- ٧- حاشية رد المحتار على الدر المختار: لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ ط: دار افكر ١٤١٥هـ .
- ٨- شرح فتح القدير: لكمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواس السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٦٨١هـ ط: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - بدون تاريخ طبع .
- ٩- مجلة الأحكام العدلية: الناشر: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان- الأردن - الطبعة الأولى ١٩٩٩م .

- ١٠- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : لعبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بدامادا أفندي المتوفى سنة ١٠٧٨هـ ط : دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - بدون تاريخ طبع .
- ب - كتب الفقه المالكي :
  - ١- التاج والإكليل لمختصر خليل : لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق والمتوفى فى رجب سنة ٨٩٧هـ - مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب - ط : دار الفكر الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م .
  - ٢- الشرح الكبير على مختصر خليل : لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١هـ - مطبوع بهامش حاشية الدسوقي ط : دار إحياء الكتب العربية - عيسى الحلبي - بدون تاريخ طبع .
  - ٣- الكليات فى الطب : لمحمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد المتوفى سنة ٥٩٥هـ ط : دار القلم - الطبعة السابعة ١٩٨٤م .
  - ٤- بلغة السالك لأقرب المسالك : للشيخ أحمد الصاوي ، على الشرح الصغير ط : المكتبة التجارية الكبرى .
  - ٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : لشمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠هـ ط : دار إحياء الكتب العربية - عيسى الحلبي - بدون تاريخ طبع .
  - ٦- شرح الخرشي على مختصر خليل : لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي المتوفى سنة ١١٠١هـ - ط : دار الفكر - بيروت - بدون تاريخ طبع .
  - ٧- شرح الزرقاني على مختصر خليل : للإمام محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني البصري المتوفى سنة ١١٢٢هـ - .
  - ٨- مواهب الجليل شرح مختصر خليل : لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ ط : دار الفكر - الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م .

## ج - كتب الفقه الشافعي :

- ١- أسنى المطالب : الشيخ زكريا الأنصاري - الناشر : دار الكتاب الإسلامي - بدون تاريخ طبع .
- ٢- الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية: للإمام جلال الدين بن عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ - تحقيق: طه عبد الرؤوف - عماد البارودي ط: المكتبة التوفيقية - بدون تاريخ طبع.
- ٣- الإقناع فى حل ألفاظ أبي شجاع : لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب - وهو شرح على متن غاية الاختصار فى الفقه على مذهب الإمام الشافعي للعلامة أبي شجاع أحمد بن الحسين بن أحمد الأصفهاني الشافعي ط : الإدارة المركزية للمعاهد الأزهرية ١٤١٠ هـ - ١٩٨٩ م .
- ٤- الأم : للإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤ هـ - برواية الربيع بن سليمان المرادي عنه - ط : دار المعرفة - بيروت - لبنان - الطبعة الثالثة ١٩٩٧ م .
- ٥- التهذيب: لأبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي - تحقيق: الشيخ عادل عبد الموجود - الشيخ على معوض - ط : دار الكتب العلمية .
- ٦- المجموع شرح المذهب: للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ط: دار الفكر - بدون تاريخ طبع .
- ٧- المذهب فى فقه الإمام الشافعي: لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي - المتوفى سنة ٤٧٦ هـ - وبهامشه النظم المستعذب بشرح غريب المذهب لابن بطلال - ط: مصطفى البابي الحلبي - الطبعة الثالثة ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م .
- ٨- تحفة المحتاج: للإمام أحمد بن حنبل الهيثمي ط: دار إحياء التراث العربي .
- ٩- جماع العلم: للإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤ هـ ط: دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى ١٩٨٨ م .

- ١٠- حاشية عميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين  
للنووي : الشيخ عميرة ط : دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى  
الخطيب .
- ١١- حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين  
للنووي : شهاب الدين القليوبي ط : دار إحياء الكتب العربية - فيصل  
عيسى الخطيب .
- ١٢- روضة الطالبين وعمدة المفتين : لأبي زكريا يحيى بن شرف  
النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ تحقيق : الشيخ عادل أحمد عبد الموجود -  
الشيخ على محمد معوض ط : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .
- ١٣- شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنووي بهامش  
حاشيتي قليوبي وعميرة : لجلال الدين المحلي ط : دار إحياء الكتب  
العربية - فيصل عيسى الخطيب .
- ١٤- قواعد الأحكام فى مصالح الأنام : لعز الدين بن عبد السلام السلمى  
الدمشقي الشافعي المتوفى سنة ٦٦٠هـ - راجعة وعلق عليه : طه عبد  
الرؤوف سعد ط : دار الجيل - بيروت - لبنان الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ  
١٩٨٠م .
- ١٥- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : للشيخ محمد الشربيني  
الخطيب ط : مصطفى الخطيب ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م .

#### د - كتب الفقه الحنبلي :

- ١- الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف : لعلاء الدين أبي الحسن علي  
ابن سليمان المرادوي المتوفى سنة ٨٨٥هـ - تحقيق : محمد حامد الفقي  
ط : دار إحياء التراث العربي - بيروت .
- ٢- الروض المربع شرح زاد المستنقع مختصر المقنع : لمنصور بن يونس  
البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ تحقيق : عماد عامر ط : دار الحديث -  
القاهرة ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م .
- ٣- الشرح الكبير على متن المقنع : لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن  
أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢هـ -  
مطبوع بهامش المغني لابن قدامة - تحقيق د / محمد شرف الدين

- خطاب - د / السيد محمد السيد - أ / سيد إبراهيم صادق ط : دار الحديث - القاهرة الطبعة الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م .
- ٤- الفروع : لشمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح ط : عالم الكتب .
- ٥- المعني والشرح الكبير : لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠هـ تحقيق د / محمد شرف الدين خطاب - د / السيد محمد السيد - أ / سيد إبراهيم صادق ط : دار الحديث - القاهرة الطبعة الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م .
- ٦- كشف القناع عن متن الإقناع : لمنصور بن يونس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ ط : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان الطبعة الأولى ١٤١٨هـ الناشر : محمد على بيضون .
- ٧- منتهى الإرادات : لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي المصري الشهير بابن النجار ط : عالم الكتب .

#### ذ - كتب الفقه الظاهري :

- ١- المحلي: لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ تحقيق: أحمد محمد شاكر ط: دار التراث - القاهرة - بدون تاريخ طبع .

#### ر - كتب فقه الشيعة الزيدية :

- ١- الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير : لشرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين بن أحمد بن علي بن محمد بن سليمان بن صالح الدياغي الصنعاني المتوفى سنة ١٢٢١هـ ط : دار الجيل - بيروت .
- ٢- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار : لمحمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ تحقيق : قاسم غالب أحمد - محمود أمين النواوي - محمود إبراهيم زايد - بسيوني رسلان - ط : وزارة الأوقاف - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - لجنة إحياء التراث الإسلامي - الطبعة الثانية القاهرة ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .

## ز - كتب فقه الشيعة الإمامية :

- ١- المختصر النافع في فقه الإمامية : لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ط : دار الأضواء - بيروت - لبنان - بدون تاريخ طبع .
- ٢- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : لأبي القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن الحلي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ تحقيق : السيد صادق الشيرازي الناشر : انتشارات الاستقلال طهران - . الطبعة الثانية ١٤٠٩ هـ - مطبعة أمير - قم .
- ٣- مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة : لمحمد جواد بن محمد الحسيني العاملي المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ تحقيق : محمد باقر الخالص ط : مؤسسة النشر الإسلامي - الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ .

## س - كتب فقه الإباضية :

- ١- شرح النيل وشفاء العليل : لمحمد بن يوسف أطفيش المتوفى سنة ١٣٣٢ هـ ط : مكتبة الإرشاد جده - المملكة العربية السعودية - الطبعة الثانية ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م الطبعة الثالثة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

## رابعا : كتب أصول الفقه :

- ١- الموافقات في أصول الشريعة : لأبي إسحاق الشاطبي - تحقيق : محمد عبد القادر الفاضلي ط : المكتبة العصرية - صيدا - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م .
- ٢- سلم الوصول لشرح نهاية السؤل : للشيخ محمد بخيت المطيعي مطبوع مع نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول - ط : قطاع المعاهد الأزهرية ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨ م .
- ٣- نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول للقاظمي ناصر الدين البيضاوي المتوفى سنة ٦٨٥ هـ للشيخ جمال الدين بن عبد الرحيم الحسن الأسنوي

الشافعي المتوفى سنة ٧٧٢هـ ط : قطاع المعاهد الأزهرية ١٤٢٨هـ -  
٢٠٠٧-٢٠٠٨ م .

#### خامسا : كتب اللغة والمصطلحات :

- ١- التعريفات : لعلي بن محمد بن علي الجرجاني المتوفى سنة ٨١٦هـ  
تحقيق : إبراهيم الإيباري ط : دار الريان للتراث .
- ٢- المصباح المنير : لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ المتوفى سنة  
٧٧٠هـ ط : دار الحديث - القاهرة الطبعة الأولى ١٤٢١هـ -  
٢٠٠٠ م .
- ٣- المعجم الوجيز : مجمع اللغة العربية ط : وزارة التربية والتعليم  
١٤١٩هـ - ١٩٩٨ م .
- ٤- النظم المستعذب في شرح غريب المهذب : لمحمد بن أحمد بن بطال  
الركبي المتوفى سنة ٦٣٣هـ - مطبوع بهامش المهذب - ط : مصطفى  
الحلبي - الطبعة الثالثة ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦ م .
- ٥- مختار الصحاح : محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي المتوفى سنة  
٦٦٦هـ - ط : دار الحديث - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤٢١هـ -  
٢٠٠٠ م .
- ٦- معجم غريب الفقه والأصول - ومعه إعراب الكلمات الغريبة : لأستاذنا  
الدكتور/ محمد إبراهيم الحفناوي - ط : دار الحديث - القاهرة  
١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩ م .

#### سادسا : كتب التاريخ والتراجم :

- ١- الأعلام : لخير الدين الزركلي المتوفى سنة ١٩٧٢م ط : دار العلم  
للملايين - الطبعة العاشرة ١٩٩٢م .
- ٢- الطب عند العرب والمسلمين تاريخ ومساهمات : د / محمود الحاج قاسم  
ط : الدار السعودية للنشر - جدة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧ م .
- ٣- الفهرست : لأبي الفرج محمد بن أبي يعقوب إسحاق المعروف بالنديم  
المتوفى سنة ٣٨٠هـ ط : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة  
الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٦ م .

- ٤- شذرات الذهب فى أخبار من ذهب: لأبى الفلاح عبد الحى بن العماد الحنبلى المتوفى سنة ١٠٨٩هـ ط: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ٥- عيون الأنباء فى طبقات الأطباء : لموفق الدين أبى العباس أحمد بن القاسم بن خليفة يونس السعدي المعروف بابن أبى أصيبعة المتوفى سنة ١٦٨هـ ط: دار مكتبة الحياة - بيروت - لبنان .
- ٦- ونيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان : لأبى العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن خلكان المتوفى سنة ٦٨١هـ ط: دار صادر بيروت - لبنان .

#### سابعاً : الأبحاث الفقهية المعاصرة :

- ١- أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ط: الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد - الإدارة العامة للطبع والترجمة - الرياض - المملكة العربية السعودية - الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م - المجلد الثاني - بحث بعنوان : ( حكم تشريح جثة المسلم ) .
- ٢- أثر الطب الإسلامى فى علوم التشريح : د / محمد كريم - بحث مقدم للمؤتمر الثانى للطب الإسلامى - العدد الثانى - المجلد الثانى .
- ٣- أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها : د / محمد بن محمد المختار بن أحمد الشنقيطى - الطبعة الثانية ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م الناشر: دار الصحابة - الشارقة - الإمارات .
- ٤- الأحكام الشرعية للأعمال الطبية : د / أحمد شرف الدين - تصدير : د/ محمد سيد طنطاوى - د / حسان حتوت - الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .
- ٥- التشريح بين اللغة والطب : د/ محمد عيسى صالحية - بحث مقدم للمؤتمر الأول للطب الإسلامى - العدد الأول .
- ٦- الطبيب أدبه وفقهه : د / زهير أحمد السباعى - د / محمد على البار - ط : دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية - بيروت - الطبعة الثانية ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- ٧- القواعد الفقهية : على أحمد الندوي - تقديم : د / مصطفى الزرقا ط : دار القلم - دمشق الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .



٨- الموسوعة الطبية الفقهية ( موسوعة جامعة لأحكام الفقهية فى الصحة والمرض والممارسات الطبية ) د / أحمد محمد كنعان - تقديم : د / محمد هيثم الخياط ط : دار النفائس بيروت - الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م .

٩- حكم بقر بطن الأمي الميت - بحث فقهي مقارن : لأستاذنا الدكتور/ مصباح المتولى حماد - بحث منشور ضمن كتاب قضايا فقهية معاصرة تأليف لجنة من أساتذة الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة - الجزء الأول ط : ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م .

١٠- حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون د / عبد العزيز خليفة القصار - ط : دار ابن حزم - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .

١١- شفاء التبريح والأدواء فى حكم التشريح ونقل الأعضاء : الشيخ إبراهيم اليعقوبى ط : مطبعة خالد بن الوليد - دمشق - الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م - توزيع مكتبة الغزالي - دمشق .

١٢- علم التشريح عند المسلمين د / محمد على البار - بالكتاب ملاحق تجمع فتاوى أكابر العلماء والمجامع الفقهية فى موضوع التشريح - وهو بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامى - رابطة العالم الإسلامى - مكة المكرمة - الدورة التاسعة ١٤٠٧هـ ط : دار السعودية للنشر والتوزيع جدة - الدمام - الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م .

١٣- قضايا فقهية معاصرة - محمد برهان الدين السنبهلى ط : دار القلم - دمشق - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ .

١٤- معصومية الجنة فى الفقه الإسلامى - د / بلحاج العربى - مجلة الحقوق بالكويت - العدد الرابع - السنة ٢٣ - رمضان ١٤٢٠هـ - ديسمبر ١٩٩٩م .

١٥- مقارنات فى زكاة الأموال الحولية : لأستاذنا الدكتور/ مصباح المتولى حمد - بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون بالقاهرة - العدد الرابع .

## ثامنا : الرسائل العلمية :

- ١- المسائل الطبية المعاصرة وموقف الإسلام منها د / على داود الجفال - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة القانون بالقاهرة سنة ١٩٨٠ م .
- ٢- عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ( رسالة دكتوراه ) د / سميرة عايد الديات ط : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى ١٩٩٩ م .
- ٣- قاعدة ( لا ضرر ولا ضرار ) فى نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بطنطا د / أسامة عبد العليم الشيخ - ط : دار الجامعة الجديدة ٢٨ شارع سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية ٢٠٠٧ م .
- ٤- مسئولية الطب الشرعى - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ( رسالة دكتوراه ) د / خالد محمد شعبان ط : دار الفكر الجامعى ٣٠ شارع سوتير الأزاريطة - الإسكندرية - الطبعة الأولى ٢٠٠٨ م .

## تاسعا : كتب القانون :

- ١- الطب الشرعى والتحقيق الجنائى والأدلة الجنائية أ / معوض عبد التواب - د / سنيوت سليم دوس - الناشر - منشأة المعارف عام ١٩٨٧ م .
- ٢- الطب الشرعى وجرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال د / سالم حسين الدميري - د / عبد الحكيم فودة - الناشر : دار المطبوعات - ٣٠ شارع سوتير - الإسكندرية ط : ١٩٩٣ م .
- ٣- المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية د / حسام الدين كامل الأهوانى - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة (١٧) يناير عام ١٩٧٥م - العدد الأول .
- ٤- مسئولية الطب الشرعى - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى د / خالد محمد شعبان ط : دار الفكر الجامعى ٣٠ شارع سوتير الأزاريطة - الإسكندرية - الطبعة الأولى ٢٠٠٨ م .

# تحليل مدى كفاءة السوق المالي في الدول النامية في القيام

## بوظيفته المالية<sup>1</sup>

الأستاذ الدكتور / أحمد أبو الفتوح الناقة  
أستاذ الاقتصاد كلية التجارة - جامعة الإسكندرية

### مقدمة :

السوق المالي هي آلية هامة لتعبئة الموارد المالية من الوحدات الاقتصادية ذات الفائض المالي (التي تتميز بأن دخلها الدوري يزيد عن إنفاقها الدوري) وتوجيهها إلى الوحدات الاقتصادية ذات العجز المالي (التي تتميز بأن الإنفاق الدوري يزيد عن الدخل الدوري)، والهدف الرئيسي لإنشاء الأسواق المالية هو توجيه الموارد التمويلية للوحدات ذات الفائض المالي إلى الوحدات التي تنفذ مشروعات استثمارية (أي تقوم بعملية تكوين رأسمالي) تحظى بالأولوية priority من وجهة نظر المخطط الاقتصادي بصفة خاصة ، والمجتمع بصفة عامة ، وفي مجتمع إسلامي تتوافق مع المعايير الشرعية الأساسية.

ومن المتفق عليه اقتصاديا أنه كلما كانت السوق المالية أكثر عمقا واتساعا ، أي كلما تميزت بما يسمى العمق المالي financial deepening ، كلما زادت قدرتها وكفاءتها في تعبئة الموارد التمويلية وضخها لأكثر المشروعات الاستثمارية كفاءة وأولوية من المنظور الاجتماعي، على عكس السوق المالية التي تتميز بالضحالة المالية financial shallow – بتعبير Edward Shaw- والتي لا يوجد بها إلا عددا ضئيلا من الأصول المالية مضمونة القيمة

<sup>1</sup> يود الباحث أن يعرب عن شكره لسعادة أ.د. رفيق المصري الذي اقترح فكرة هذا البحث على الباحث ، ولقت نظرة إلى كثير من الجوانب الأخلاقية التي تحكم عمل الأسواق المالية وتؤثر على كفاءة أدائها ، والشكر أيضا لكل الذين ساهموا بالمناقشة والتوجيه في لقاء الأربعاء بمركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي الذي أقيمت خلاله محاضرة هذا البحث وفي مقدمتهم سعادة د. محمد حسن الزهراني الذي شجعتني على إنجاز هذا العمل ، ولسعادة أ. د. احمد بامخرمة أستاذ الاقتصاد بجامعة الملك عبد العزيز بجدة ود. سعد اللحاني وكيل كلية الشريعة بجامعة أم القرى ، د. أحمد الإسلامبولي الباحث بالبنك الإسلامي للتنمية، د. عبد العظيم إصلاحي، د. بلعباس الباحثان بمركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز على نظرتهم الانتقادية ومقترحاتهم البناءة .

من الحكومة، وعدد قليل من المؤسسات المالية متمثلة في عدد قليل من المصارف الحكومية، وتتميز بالكبت المالي والتجزئة المالية وقصور المعرفة المالية، على نحو ما سيتم عرضه في خصائص السوق المالية في الدول النامية.

و هذه الدراسة تحاول تحلياً مدى كفاءة سوق المال في الدول النامية في تحقيق الهدف التي أنشأت من أجلها من خلال المباحث الأربعة التالية:

المبحث الأول: الفروض الأساسية التي تربط بين الأسواق المالية وعملية التنمية الاقتصادية

المبحث الثاني: وظائف سوق المال ومدى فاعلية القيام بها.

المبحث الثالث: الخصائص الأساسية لأسواق المال في الدول النامية.

المبحث الرابع: الدور المالي لسوق الأوراق المالية في الدول النامية.

## المبحث الأول

الفروض الأساسية التي تربط بين الأسواق المالية وعملية التنمية الاقتصادية

يمكننا مبدئياً تصور ثلاثة فروض اقتصادية تحكم العلاقة بين الأسواق المالية والقطاعات الحقيقية في الاقتصاد القومي، وتتمثل تلك العلاقات فيما يلي:

### ١- الفرض الأول: العرض يقود النمو:

#### The supply-leading hypothesis

ومضمون هذا الفرض أن عرض الخدمات المالية التي تقدمها المؤسسات والأسواق المالية يساهم مساهمة فعالة في تعبئة المدخرات من أفراد القطاع العائلي وضخها لأفضل المشروعات الاستثمارية كفاءة وأولوية من المنظور الاقتصادي والاجتماعي، مما يساهم في رفع نطاق الاختيار أمام أفراد القطاع العائلي لاستثمار مدخراتهم الحقيقية بين الأصول الحقيقية والمالية بحيث يتم تنويع محفظة الأصول للقطاع العائلي بين الأصول المالية والحقيقية وبما يحقق لهم أعلى عائد ممكن في ظل مستوى معين من المخاطر ومستوى معين من السيولة ومستويات معينة لمعدلات العائد على الأصول البديلة، وفي ظل

هذا السلوك الرشيد ، من المتوقع أن يترتب على عرض الخدمات المالية رفع معدل النمو الاقتصادي للنتائج المحلى الحقيقي عن المعدل الممكن تحقيقه في غياب تلك الخدمات.

## ٢- الفرض الثاني : الطلب يعقب النمو:

### The demand –following hypothesis

ومضمون هذا الفرض أن الطلب على خدمات المؤسسات والأسواق المالية يعقب النمو الاقتصادي ، فمع النمو يزيد مستوى الدخل الفردي الحقيقي ، ومن ثم يزيد مستوى الادخار الفردي ، ويزيد الطلب على الأصول كافة ومن ضمنها الأصول المالية التي تصدرها المؤسسات المالية ، ويزيد الطلب على التمويل من قبل المشروعات الاستثمارية الجديدة والتي تتوسع ، ومع زيادة الطلب على الخدمات المالية تتوسع المؤسسات والأسواق المالية في إنتاج خدماتها ، وتتنوع الخدمات التي تعرضها ، فتميل تكلفة الوحدة المنتجة منها للانخفاض نتيجة لاقتصاديات الحجم Economics of scale واقتصاديات المجال Economics of scope الناجمة عن تنويع المنتجات المالية ، واتساع نطاق تقديم كل منها.

٣- الفرض الثالث : فرض التفاعل المشترك interaction effect بين القطاع الحقيقي والقطاع المالي ، فنمو قطاع يحفز بما يقدمه من خدمات نمو القطاع الآخر .

ولقد قدم الاقتصاديون فروض أساسية تحكم آلية تأثير سوق المال على التنمية الاقتصادية ، وتلك الفروض هي :

[أ] فرض التكاملية complementarity hypothesis أو فرض دور النفق conduit role hypothesis والذي قدمه Roland McKinnon في كتابة رأس المال والنقود في عملية التنمية الاقتصادية<sup>١</sup>

[٢] فرض الوساطة المالية من خلال الدين Debt-Intermediation View والذي قدمه Edward Shaw في كتابه الشهير العمق المالي في التنمية الاقتصادية<sup>٢</sup>

[٣] فرض أثر الوساطة المالية على الادخار والاستثمار والنمو والذي قدمه Maxwell Fry في كتابه النقود والفائدة والمصارف في التنمية الاقتصادية<sup>٣</sup>.

[٤] فرض ترشيد الائتمان credit rationing والذي قدمه كل J. Stiglitz و Weiss في مقالة ترشيد الائتمان وقصور توافر المعرفة في سوق الائتمان<sup>٤</sup>.

ونتناول مضمون كل فرض على النحو التالي:

١- فرض التكاملية أو فرض دور النفق:  
ومضمون هذا الفرض " أن معدل العائد على الودائع له تأثير موجب على الاستثمار والنمو"

ويرتكز فرض التكاملية على افتراضين:  
الافتراض الأول: أن كل الوحدات الاقتصادية تقوم بتمويل مشروعاتها الاستثمارية تمويلاً ذاتياً self-finance.

الافتراض الثاني: أن الإنفاق الاستثماري الذي تنفذه الوحدات الاقتصادية لا يقبل التجزئة ، وهنا بقر McKinnon أن هناك علاقة تكامل بين الودائع ورأس المال المالي (أو بين الأصول المالية) وبين رأس المال العيني في ظل افتراض التمويل الذاتي.

ولقد صاغ McKinnon فرض التكاملية من خلال دالة الطلب على النقود على الصورة التالية:

$$\left(\frac{M}{P}\right) = f_1\left(y, \frac{i}{y}, r - \pi^e\right) \quad (1)$$

<sup>1</sup> R. McKinnon , " Money and Capital in Economic Development" Washington D.C., Brookings Institute: 1973

<sup>2</sup>-E., Shaw, " Financial Deepening in Economic Development" New York: Oxford University Press: 1873

<sup>3</sup>M. Fry " Money, Interest and Banking in Economic Development" Baltimore : The John Hopkins University Press: 1988.

<sup>4</sup>Stiglitz, J., and Weiss A., " Credit Rationing in Markets with Imperfect Information " The American Economic Review, VOL. 3, No. 2, June:1981, p393

حيث  $M$  الرصيد النقدي الاسمي  $\text{nominal money stock}$  بالمفهوم الواسع والذي يشتمل على العملة المتداولة والودائع تحت الطلب والودائع الآجلة ، فهي  $M2$  ،  $p$  : المستوى العام للأسعار ،  $\frac{M}{p}$  : هي الأرصدة النقدية الحقيقية ،  $y$  : الناتج القومي الحقيقي ،  $z$  : الاستثمار الحقيقي ،  $r$  : معدل العائد الاسمي على الودائع ،  $\pi^e$  : معدل التضخم المتوقع ، ومن ثم فإن  $r - \pi^e$  : معدل العائد الحقيقي على الودائع.

والدالة (1) تعبير عن العلاقة بين الطلب على الأرصدة النقدية الحقيقية (أو الطلب على الودائع بقيم حقيقية) كدالة في الدخل الحقيقي، ونسبة الاستثمار الحقيقي من الدخل، ومعدل العائد الحقيقي. ويمكن التعبير عن فرض التكاملية عند McKinnon في صيغة دالة الاستثمار التالية :

$$\left(\frac{z}{y}\right) = f_2(R, r - \pi^e) \quad (2)$$

حيث  $R$  : متوسط معدل العائد الحقيقي المتوقع على كل وحدة من وحدات رأس المال العيني.

ويظهر التكامل في المشتقات الجزئية التالية :

$$(3) \frac{\partial (M/P)}{\partial (r - \pi^e)} > 0$$

$$(4) \frac{\partial (I/Y)}{\partial (M/P)} > 0$$

$$(5) \frac{\partial (I/Y)}{\partial (r - \pi^e)} > 0$$

فلمشتقة (3) تقرر أن ارتفاع معدل العائد الحقيقي على الودائع كأصل مالي يزيد الطلب على الودائع ، والمشتقة (4) تقرر أن تركيز الأفراد للودائع يمكنهم من تمويل حجما أكبر للإنفاق الاستثماري الحقيقي ، والمشتقة (5) هي التفاضل غير المباشر (دالة الدالة) ، تقرر أن ارتفاع معدل العائد الحقيقي على الودائع ، من خلال مساهمته في زيادة الطلب على الودائع ، يساهم في إمكانية تمويل وتنفيذ حجما أكبر من الاستثمار الحقيقي غير القابل للتجزئة .

فارتفاع معدل العائد الحقيقي على الودائع يزيد الطلب على الودائع كأصل مالي يتراكم من خلاله الموارد التمويلية (أي هي نفق تتراكم من خلاله الموارد التمويلية) حتى تصل إلى حجم معين وهو الحجم اللازم لتنفيذ الاستثمار الذي

لابد من تنفيذه بحد أدنى معين، وهو الحد الأدنى لتنفيذ المشروع الاستثماري الذي لا يمكن تنفيذه بأصغر من هذا الحجم (غير القابل للتجزئة).  
فكأن الودائع المتراكمة تمثل النفق الذي توجه من خلاله الموارد التمويلية لتمويل الاستثمار في رأس المال العيني غير القابل للتجزئة لأن هناك حد أدنى لحجم المشروع الاستثماري.

## ٢- فرض الوساطة المالية من خلال الدين:

قدم هذا الفرض Edward Shaw ومضمون هذا الفرض " أن معدل العائد على الودائع له تأثير موجب على حجم الموارد التمويلية التي يمكن أن تعبأها المؤسسات المالية من الجمهور غير المصرفي وضخها إلى تمويل الاستثمار في رأس المال العيني".

والتفسير الذي يقدمه Shaw لهذا الفرض يتمثل في أن عملية الوساطة المالية يترتب عليها تحقيقي معدل عائد أعلى على الودائع التي تصدرها المؤسسات المالية ، مما يقدم حافزا اكبر للمدخرين على طلب الأصول المالية التي تصدرها تلك المؤسسات ، فتتراكم الموارد التمويلية لدى المؤسسات المالية ، ومن ثم تستطيع تخفيض معدل تكلفة الاقتراض ، فيزيد الطلب على التمويل بالدين لتمويل المشروعات الاستثمارية.

فعندما تقضي عملية الوساطة المالية إلى رفع معدل العائد الحقيقي على الأصول المالية للمدخرين إلى مستواه التوازني ، تنخفض التكلفة الحقيقية لتمويل الاستثمار الثابت ، فيزيد الطلب على الائتمان لتمويل الاستثمار في رأس المال الثابت ، فالوساطة المالية تخفض تكلفة التمويل من خلال قدرتها على إشباع تفضيلات السيولة للمدخرين وتخفيض المخاطر من خلال تنويع محافظ أصول المدخرين والمؤسسات المالية ، وجني وفورات الحجم في الإقراض، وتخفيض تكلفة المعلومات والمعرفة لكل من المدخرين والمستثمرين من خلال التخصص ، وينتهي فرض Shaw إلى نفس النتيجة التي انتهى إليها McKinnon ولكن آلية التأثير مختلفة.



ولقد قدم Molho Lazaros توفيقاً بين وجهتي نظر McKinnon و Shaw ومضمون هذا التوفيق<sup>5</sup> أن ارتفاع معدل العائد الحقيقي على الودائع كأصل مالي يجعل الودائع أصلاً أكثر جاذبية بالنسبة لرأس المال العيني فيزيد الطلب على الودائع ويقل الطلب على رأس المال العيني في نفس الفترة (t) ، وفي الفترة التالية يترتب على تركيب الودائع من الفترة (t) تمكين المودع من استخدام تلك الودائع في تمويل حجم أكبر من رأس المال الثابت في الفترة (t+1) في حالة التمويل الذاتي ، وهذه هي وجهة نظر McKinnon ، كما أن المستوى المرتفع من الودائع المتراكمة من الفترة (t) يمثل النفق الذي من خلاله تمر الموارد التمويلية لزيادة عرض الائتمان الذي يستخدم في تمويل حجم أكبر من رأس المال الثابت في الفترة (t+1) في حالة التمويل بالدين وهذه هي وجهة نظر Shaw.

### ٣- فرض أثر الوساطة المالية على الادخار والاستثمار والنمو :

قدم هذا الفرض Maxwell Fry ، ومضمون هذا الفرض أنه في ظل الكبت المالي فإن سعر الفائدة السوقي يكون تحت مستواه التوازني ، ويكون معدل العائد الحقيقي على الأصول المالية سالبا، والنتيجة هي انخفاض حجم الموارد المالية التي يمكن أن تعبئها المؤسسات المالية نظراً لانخفاض طلب أفراد القطاع العائلي على الأصول المالية ، كما أن المشروعات الاستثمارية منخفضة الكفاءة ستتمكن من الحصول على التمويل بتكلفة منخفضة مما يخفض معدل النمو الاقتصادي .

ولكن رفع سعر الفائدة على الأصول المالية بحيث يقترب من مستواه التوازني ، سيساعد على زيادة الطلب على الأصول المالية التي تصدرها المؤسسات المالية ، ويزداد لديها حجم الموارد التمويلية ، في نفس الوقت يساهم رفع سعر الفائدة في استبعاد وترشيد المشروعات الاستثمارية منخفضة الكفاءة ، لأنها لن تستطيع دفع سعر الفائدة المرتفع ، وهذا الترشيح يرفع الكفاءة الاقتصادية ومن ثم معدل النمو الاقتصادي ، وبالتالي الدخل الفردي الحقيقي ،

---

<sup>5</sup>Molho, L. "Interest rate , Savings and Investment in Developing Countries : A Re-examination of the McKinnon-Shaw Hypothesis" IMF Staff Papers , 33(1): 1986

فيزيد مستوى الادخار ، ويزيد عرض الموارد التمويلية الممكن استخدامها في تمويل حجم اكبر من الاستثمار في كل من رأس المال الثابت والعامل ، مما يرفع النمو الاقتصادي وهكذا ، يترتب على الوساطة المالية زيادة حجم الادخار والاستثمار والنمو<sup>٦</sup>.

#### ٤- نموذج ترشيد الائتمان :

قدم هذا النموذج Stiglitz and Weiss وهو نموذج يحلل اثر قصور المعرفة على ترشيد الائتمان الذي تقدمه المؤسسات المالية ، ويوضح النموذج الحدود التي يمكن أن يرتفع إليها سعر الفائدة كنتيجة مباشرة للمعرفة غير الكاملة ونقص المعلومات وعدم تماثلها بين المقرضين والمقترضين . ومنطق الفرض الأساسي لنموذج ترشيد الائتمان كنتيجة للمعرفة غير المتماثلة هو أن زيادة معتدلة في سعر الفائدة على القروض سيترتب عليها حجما اكبر للإقراض ولكن زيادة إضافية في سعر الفائدة بعد مستوى معين ستفضي إلى انخفاض النشاط الإقراضي بتغيير توليفة المقترضين لصالح المجموعة ذات المخاطر المرتفعة ، والسبب في أن رفع سعر الفائدة بعد حد معين سيخفض معدل العائد الكلي للبنك ناتج من أثرين : الأثر الأول : هو أثر الاختيار العكسي adverse selection والذي يعني أن رفع سعر الفائدة بعد حد معين لن يشجع مقترضين مأمونين safe borrowers والذين يتميزون بارتفاع جدارتهم الائتمانية ، ومن ثم يتم إسقاط هؤلاء المقترضين من سوق الائتمان ، بمعنى ستزيد المخاطر المقترنة بمنح الائتمان. والأثر الثاني : لرفع سعر الفائدة بعد حد معين هو أثر الحافز العكسي adverse incentive effect ، فرفع سعر الفائدة بعد حد معين هو تحفيز مقترضين محتملين أن يختاروا مشروعات استثمارية ذات احتمال مرتفع لمخاطر عدم السداد default risk ، حيث تقترن تلك المشروعات ذات المخاطر المرتفعة بارتفاع معدلات الأرباح.

---

<sup>٦</sup>M. Fry " Money, Interest and Banking in Economic Development"  
op. cit. ch.1



الفائدة حدوث أثر الاختيار العكسي وأثر الحافز العكسي ، والذان من خلال تفاعلها ينخفض معدل العائد للبنك من وراء الإقراض ، ومن ثم تخفيض عرض الائتمان مع ارتفاع سعر الفائدة فيما يلي المستوى  $r^*$  ، ومن ثم يصبح منحني عرض الائتمان سالب الميل.

في الربع الثاني: منحني معدل العائد RR كدالة لسعر الفائدة  $r$ ، بحيث تكون علاقة معدل العائد  $p$  مع سعر الفائدة  $r$  طردية حتي المستوى  $r^*$ ، حيث يصل معدل العائد  $p$  أقصاه عند  $r^*$  ، ثم ينخفض معدل العائد بعد ذلك مع ارتفاع  $r$  كما يتضح من الجزء الهابط، وتصبح العلاقة بين معدل العائد  $p$  وسعر الفائدة  $r$  عكسية، حيث ترتفع مخاطر عدم السداد نتيجة تفاعل أثر الاختيار العكسي وأثر الحافز العكسي، حيث ينخفض احتمال إعادة السداد بدرجة أكبر من ارتفاع سعر الفائدة.

في الربع الثالث : العلاقة بين عرض الأرصد القابلة للإقراض  $Ls$  ومعدل العائد  $p$  ، حيث تزيد  $Ls$  مع زيادة  $p$ .

وفي الربع الرابع: خط  $45^\circ$  الذي يوضح التساوي بين عرض القروض  $Ls$  وحجم القروض  $L$  في سوق الائتمان .

ويحدث توازن ترشيد الائتمان عند سعر الفائدة  $r^*$  ، حيث يكون معدل العائد المتوقع للبنك عند أقصاه، ولكن عند  $r^*$  فإن الطلب على الائتمان  $Ld$  أكبر من عرض الائتمان  $Ls$  بمقدار المسافة  $Z$ ، بينما سعر الفائدة الذي يصفي السوق هو  $r_m$  وهو أكبر من سعر فائدة ترشيد الائتمان  $r^*$ ، ومعدل الفائدة  $r_m$  غير كفاء لأن عنده سيتم إسقاط المقترضين أصحاب الاحتمالات المرتفعة لإعادة السداد، ويتم إحلال محلهم مقترضين أصحاب مخاطر مرتفعة لعدم السداد، فمعدل الفائدة  $r^*$  هو معدل أمثل وكفاء لأن أرباح البنك تصل عنده أقصاها، ويتم ترشيد المقترضين أصحاب مخاطر عدم السداد العالية .

وعلى هذا ففي ظل المعلومات غير المتماثلة ونقص المعرفة imperfect information، تكون معدلات الفائدة عند مستويات أقل من المستوى الذي يصفي السوق، والذي يتحقق في سوق مصرفية تنافسية، ومن ثم فإن نموذج Stiglitz-Weiss يفسر ترشيد بعض المشروعات من سوق

الائتمان، نتيجة نقص معرفة البنوك بتلك الفئة من المقترضين (المشروعات الاستثمارية) مما قد يرفع مخاطر الإقراض.

## المبحث الثاني

### الوظائف الأساسية لسوق المال ومدى فاعلية القيام بها

تقع تلك الوظائف تحت ما يمكن تسميته الدور المالي للأسواق والمؤسسات المالية، وهذا الدور يتكون من وظيفتين: الوظيفة الأولى: الوظيفة التعبوية mobilization function، والوظيفة الثانية: financing function، وفيما يلي نتعرض لهاتين الوظيفتين على النحو التالي:

١- الوظيفة التعبوية: تتمثل تلك الوظيفة بصفة أساسية في قيام مؤسسات سوق المال بتعبئة مدخرات أفراد القطاع العائلي، وهذا يتم من خلال حفز أفراد القطاع العائلي على حيازة الأصول المالية التي تصدرها مؤسسات سوق المال، وهذا الحافز يأخذ بصفة أساسية صورة معدل عائد حقيقي موجب وتنافسي على تلك الأصول.

إذا هذه الوظيفة تبدأ من أفراد القطاع العائلي الذين لديهم مدخرات حقيقية مطلوب منهم تحويلها إلى صورة مدخرات مالية (أي استثمار المدخرات الحقيقية في أصول مالية)، ونظرا لأن مدخرات القطاع العائلي في أي مجتمع تمثل المصدر الرئيسي للمدخرات، وهي أهم مصدر للأرصدة التمويلية، وهذا يفترض أن مؤسسات سوق المال تتبع سياسات تجعل الأصول المالية منافسا كفنا للأصول المقاومة للتضخم، مثل الذهب والعقارات وحيازة العملات الأجنبية، وفي هذه الحالة نتوقع وجود علاقة طردية وموجبة بين الطلب على الأصول المالية ومعدل العائد الحقيقي على تلك الأصول التي يحتفظ بها الأفراد في محافظ أصولهم سواء اتخذت شكل ودائع طويلة الأجل أو شهادات إيداع، وقد يفضل الأفراد في الحالات العكسية الاحتفاظ بمدخراتهم في صورة أصول أخرى: شراء آلات زراعية، وتربية المواشي أو بناء منزل أو حيازة الذهب أو العملات الأجنبية، إذا وجدوا أن معدل العائد النسبي الحقيقي على الأصول

الأخرى - مع ثبات العوامل الأخرى على حالها- أكبر من معدل العائد الحقيقي على الأصول المالية.

إذا قام الأفراد باستثمار كل مدخراتهم في أصول مالية فإن الاستثمار الحقيقي الذي يقومون بتنفيذه بأنفسهم = صفر ، وهذا يحدث إذا كانت سياسة تسويق الأصول المالية المصدرة بواسطة المؤسسات المالية ووحدات العجز المالي سياسة تامة الفعالية .

أما إذا فشلت سياسة تسويق الأصول المالية لأفراد القطاع العائلي، فإن كل مدخرات القطاع العائلي أو معظمها ستستثمر في أصول غير مالية ، وهذا يحدث إذا كانت الأصول المالية التي يتم طرحها في الأسواق المالية لا تتوافق مع تفضيلات ورغبات وقيم الجمهور غير المصرفي. ومن الجدير بالذكر أنه في مجتمع إسلامي لن تنجح مؤسسات سوق المال في القيام بالوظيفة التعبوية إلا إذا توافر شرطان:

الأول: إصدار أصول مالية تتوافق مع قيم المجتمع الإسلامي ، وهي قيم نابغة من القرآن الكريم والسنة المطهرة ، والتي تشترط أن يكون دخل المسام طاهرا من الرجس والإثم والربا ، ولذلك فالأصل ألا يقبل أفراد المجتمع الإسلامي طلب الأصول المالية التي تطرحها المؤسسات المالية إلا إذا كانت الأصول المعروضة في السوق المالي تم إصدارها وفقا لشروط شرعية حقيقية مستندة في ذلك إلى الشفافية واستبعاد صريحا وضمانا للربا .

الثاني : أن يكون معدل العائد الحقيقي على الأصول المالية معدل عائد حقيقي تنافسي يجعلها في مركز تنافسي قوي في مواجهة الأصول الحقيقية المقاومة للتضخم، وهذا الشرط نابع من حقيقة أن الأفراد كمسلمين مثلهم مثل غيرهم ، معظمين لدولهم الهدفية (أي معظمين لمعدل العائد الحقيقي على الأصول المالية في ظل مستويات معينة للمخاطر والسيولة لتلك الأصول مقارنة بخصائص الأصول البديلة التي يمكن أن تدخل محافظ أصولهم)

٢- الوظيفة التمويلية : يقصد بالوظيفة التمويلية أن تقوم المؤسسات المالية بضخ الموارد المالية المعبأة لتمويل المشروعات الاستثمارية للقطاعات التي تحظى بالأولوية من المنظور الاقتصادي والاجتماعي، بمعنى أن الوظيفة التمويلية ستتركز على تمويل تكوين رأس المال الثابت ثم رأس المال العامل

لتلك المشروعات ، ولكي تتجح المؤسسات المالية في القيام بالوظيفة التمويلية يجب أن تقوم بخطوتين : الأولى :ترتيب المشروعات الاستثمارية طبقا لمساهمتها النسبية في تحقيق أهداف المجتمع الاقتصادية والاجتماعية في النمو والاستقرار الاقتصادي وعدالة توزيع الدخل ، ثم يقدم التمويل وفقا للترتيب التي تم التوصل إليه،والخطوة الثانية: اقتران تقديم التمويل إلى المشروعات الاستثمارية بتقديم المساعدات الفنية لتلك المشروعات سواء في مجال تسويق الإنتاج أو التخطيط المالي أو اختيار الأسلوب الفني للإنتاج أو اختيار أفضل أساليب تمويل التكوين الرأسمالي الثابت.

وهذا يعني أن الوظيفة التمويلية بمعناها الحقيقي ليست سهلة الأداء ، لأنها تتطلب من المؤسسة المالية تقديم العديد من الخدمات غير المالية المحيطة بالمشروع الاستثماري، وربما يعتقد أن هذه تعقيدات تعطل المؤسسات المالية عن أداء وظيفتها التمويلية ، وهذا الاعتقاد ربما دفع كثير من المؤسسات المالية في الدول النامية على استثمار معظم مواردها التمويلية في تقديم الائتمان قصير الأجل للقطاعات التي لا تتمتع بالأولوية من المنظور الاجتماعي ، سواء في القطاع الإنتاجي أو تقديم ائتمان للقطاع العائلي ، لأن المؤسسات المالية تنفقر إلى الكفاءات التي يمكنها تقديم المشورة الفنية إلى المشروعات الاستثمارية ، وهذا ربما لا يتوافق مع المنهج الإسلامي في التمويل الذي يستهدف بناء اقتصاد حقيقي مستندا إلى قطاع إنتاجي يحظى بالأولوية ، كما يفترض الرشد في تقديم التمويل للمشروعات الاستثمارية ، وهذا الرشد هدفه في مجال التمويل تدفق الموارد التمويلية والائتمان إلى المشروعات الاستثمارية للقطاع ذات الأولوية في المجتمع.

### المبحث الثالث

#### الخصائص الأساسية لأسواق المال في الدول النامية

في هذا الجزء سنبحث الخصائص الأساسية لأسواق المال في الدول النامية، مع تحليل آثار تلك الخصائص على كفاءة السوق المالي في القيام

بالوظيفة المالية. و الأسواق المالية في الدول النامية لها خصائص ثلاثة هي:

١. الكبت المالي: Financial Repression
٢. قصور المعرفة المالية Financial imperfection
٣. التجزئة المالية (التبعثر المالي): Financial Fragmentation

### أولا الكبت المالي: Financial Repression:

الكبت المالي هو الوضع الذي ينشأ عن التدخل الحكومي في تحديد الأسعار المالية عند مستوى يختلف عن مستواها التوازني ، بحيث تفقد الأصول المالية قدرتها على المنافسة أمام الأصول الحقيقية والأصول المقاومة للتضخم inflation hedges (مثل الذهب والعقارات ... الخ).

والصورة الأبرز للكبت المالي هو تحديد معدل العائد على الأصول المالية تحت مستواها التوازني ، وفي ظل معدل للتضخم متقلب ومتزايد ويفوق معدل العائد الاسمي على الأصول المالية ، فإن معدل العائد الحقيقي على الأصول المالية يصبح سالبا، مما يفقد الأصول المالية مقدرتها التنافسية في مواجهة الأصول المقاومة للتضخم مثل العقارات والمعادن النفيسة والعملات الأجنبية مما قد يفضي إلى توجيه مدخرات القطاع العائلي إلى : شراء العقارات والذهب أو حدوث إحلال نقدي للعملات الأجنبية محل العملة المحلية في محافظ أصول الأفراد.

أي أن الكبت المالي يضعف قدرة المؤسسات المالية على تعبئة مدخرات القطاع العائلي ، ومن ثم يخفض قدرة تلك المؤسسات على تمويل الاستثمار الحقيقي.

ويبنى فرض الكبت المالي على فرض أساسي مضمونه " أن العلاقة بين الطلب على الأصول المالية ومعدل العائد الحقيقي على تلك الأصول هي علاقة طردية " ، فمع ثبات العوامل الأخرى على حالها ، من المتوقع أن يترتب على زيادة معدل العائد الحقيقي على الأصول المالية ، زيادة طلب القطاع العائلي على تلك الأصول ، والزيادة في الطلب على الأصول المالية يزيد من تراكم الموارد المالية لدى المؤسسات المالية ، ومن ثم تزيد قدرة المؤسسات المالية على تمويل الاستثمار الحقيقي .



ومن أنصار فرض الكبت المالي Edward Shaw ، Ronald McKinnon، حيث يقررون أن إستراتيجية التنمية التي تعتمد على المدخرات المالية (المتاحة لدى المؤسسات المالية) تحتاج إلى حوافز سعرية تحفز أفراد القطاع العائلي على حيازة الأصول المالية التي تصدرها المؤسسات المالية. وقد سبق وأوضحنا الفرق بين تحليل Shaw وتحليل McKinnon، عند تحليل الفروض التي تحكم عمل آلية سوق المال في التأثير على معدل النمو. وفي معظم الدول النامية ، فإن معدل العائد الحقيقي على حيازة الأصول المالية سالب ، مما يدفع أفراد القطاع العائلي إلى توجيه مدخراتهم للاستثمار في الأصول المقاومة للتضخم.

### ثانيا: قصور المعرفة في أسواق المال :

تتميز الأسواق المالية في الدول النامية بندرة المعلومات المتاحة أمام الوحدات الاقتصادية التي تتخذ قرارات سواء شراء أصول مالية أو تقديم التمويل للمشروعات الاستثمارية ، ونتيجة لعد توافر القدر الضروري من المعلومات أمام المؤسسات المالية فإنها تصبح غير قادرة على تقييم الجدارة الائتمانية للمشروعات الاستثمارية تقييما حقيقيا مما قد يفضي إلى توجيه الموارد التمويلية لأقل المشروعات جدارة ائتمانية ، بحيث أن معدل العائد المحقق على الموارد التمويلية في تلك المشروعات قد يقل عن معدل تكلفة الفرصة البديلة الاجتماعية لتلك الموارد .

ونتيجة عدم الكمال في سوق المال فإن المؤسسات المالية قد توجه نسبة صغيرة من الائتمان الذي تقدمه إلى أكثر المشروعات ربحية من وجهة نظر المجتمع ، ويرجع ذلك لثلاثة أسباب هي :

أ- إن تلك المؤسسات تقدر الجدارة الائتمانية للمشروعات الاستثمارية بأقل من قيمتها الحقيقية.

ب-أن المؤسسات المالية تبالغ في تقدير المخاطر المرتبطة بتلك المشروعات ، وتبالغ في تقدير التكاليف الإدارية وتجميع المعلومات الخاصة بتقدير الجدارة الائتمانية لتلك المشروعات.

ج- أن المؤسسات المالية لا تأخذ في اعتبارها عند تقييم الجدارة الائتمانية،

المنافع والوفورات الخارجية التي تنجم عن التوسع في المشروعات الاستثمارية للقطاع ذات الأولوية والتي تساعد في دعم بقية قطاعات الاقتصاد القومي. وينتج عن قصور المعلومات في سوق المال في الدول النامية صورتين أساسيتين هما:

**الصورة الأولى :** التقييم غير الملائم لكل من الربحية الخاصة والربحية الاجتماعية المرتبطة بالمشروعات الاستثمارية: فهناك فرق بين الربحية التي تنظر إليها وتتوقعها مؤسسات سوق المال والربحية الاجتماعية المرتبطة بمختلف المشروعات الاستثمارية ، وهذا الفرق يمكن تفسيره بثلاث أسباب:

**السبب الأول :** يتطلب التقييم الحقيقي للجدارة الائتمانية للمشروع الاستثماري أن تقوم المؤسسة التي تقدم التمويل بإنفاق لتجميع المعلومات وتقييمها وتحليلها، ولكن قد تعتبر المؤسسة المالية أن العائد المحقق من وراء هذا الإنفاق على تقييم الجدارة الائتمانية للمشروعات الاستثمارية ذات الأولوية هو عائد منخفض أو غير مؤكد أو لا يستحق القيام به، بالإضافة على أن تلك المؤسسات قد لا تجد لها مصلحة مباشرة في تقييم الجدارة الائتمانية للمشروعات الاستثمارية ، ونتيجة لذلك قد تقوم مؤسسات سوق المال بتوجيه التمويل لبعض المشروعات الاستثمارية ذات معدل العائد الخاص المنخفض ، فالمؤسسات المالية قد تعاق من تقديم التمويل نتيجة التكلفة المرتفعة التي ستتحملها في عملية تقييم الجدارة الائتمانية للمقترضين المحتملين ، كما أن تلك المؤسسات قد تبالغ - نتيجة قصور المعلومات المتاحة - في تقدير المخاطر الحقيقية المرتبطة بتقديم وخدمة وتخصيص الائتمان المقدم إلى القطاع ذات الأولوية.

**السبب الثاني :** لعدم التقييم الملائم للجدارة الائتمانية للمشروعات ذات الأولوية هو وجود فرق محتمل بين معدل العائد المرغوب من قبل تلك المؤسسات على قروضها وبين تكلفة الفرصة البديلة لتلك الموارد المالية للمجتمع.

وهذه المؤسسات قد تبالغ في تقدير معدل العائد المرغوب والذي قد يعتبر مرتفعاً بالمقارنة بتكلفة الفرصة البديلة للموارد التمويلية من المنظور الاجتماعي، والسبب في تلك المبالغة قد يعزى إلى أن الوحدات الاقتصادية في القطاع الثانوي (غير المهم اجتماعياً) قد تكون مستعدة لأن تدفع أسعار فائدة

مرتفعة على القروض التي تحصل عليها مقارنة بمعدل العائد على الاستثمار في القطاع ذات الأولوية ، وسبب قدرة المشروعات الثانوية على دفع أسعار فائدة مرتفعة هو قدرتها على تحقيق أرباح نقدية مرتفعة ، كما أن الوفورات التي تحققها مشروعات القطاع ذات الأولوية ، قد لا تؤخذ في الاعتبار نظرا لعدم القدرة على ترجمة تلك المنافع غير المباشرة والوفورات إلى قيم نقدية، ولهذا تفضل المؤسسات المالية في غالب الحالات تقديم الائتمان إلى تمويل القطاع الثانوي (من المنظور الاجتماعي).

وفي تلك الحالات قد تقوم المؤسسات المالية باستخدام معدل خصم مرتفع لتقييم ربحية المشروعات الاستثمارية للقطاع ذات الأولوية، ونتيجة هذا التقييم ستعطي انطبعا للمؤسسات المالية أن تلك المشروعات ليست جديرة ائتمانيا ، ومن ناحية أخرى فإن مؤسسات سوق الائتمان إذا استخدمت معدل خصم يعكس تكلفة الفرصة البديلة للموارد التمويلية في تقييم المشروعات ذات الأولوية ، فإن تلك المشروعات قد تصبح جديرة ائتمانيا بل وتحتاج مزيدا من التمويل.

ولكن حتى لو استخدم سعر الخصم الاجتماعي لتقييم استثمارات القطاع ذات الأولوية ، فلا يوجد ضمان أن تلك المؤسسات ستغير من سياستها الائتمانية اتجاه المشروعات الاستثمارية للقطاع الثانوي ومشروعات القطاع ذات الأولوية.

السبب الثالث للتقييم غير المناسب للجدارة الائتمانية لاستثمار القطاع ذات الأولوية بواسطة المؤسسات المالية هو أن الأثر طويل الأجل والأثر بعيد المدى لتلك الاستثمارات قد لا يكون له علاقة بمصالح المؤسسات المالية ، ولاسيما عندما تركز تلك المؤسسات اهتمامها على العائد بالمفهوم الخاص والربحية التجارية .

والنتيجة المنطقية هي أن المؤسسات المالية سوف لا تأخذ الآثار غير المباشرة للاستثمارات ذات الأولوية ، مما يفضي إلى توجيه قدر اقل من الموارد التمويلية إلى تلك المشروعات.

الصورة الثانية لقصور المعرفة في أسواق المال في الدول النامية هي القيود الهيكلية: فمن خصائص الدول النامية وجود قيود ومخاطر مفروضة

على المنظم المحلي ، وتتمثل تلك المخاطر في مخاطر التضخم وتقلب أسعار الصرف والمخاطر التكنولوجية، بالإضافة إلى العقوبات البيروقراطية والتعقيدات القانونية والتي تظهر أمام المنظم وبالتحديد عند الموافقة على المشروع الاستثماري الذي ينوى تنفيذه، والمخاطر التي تواجه المنظم لها وجهان:

**الوجه الأول :** يتمثل في قدرة المنظم على تدنيه تلك المخاطر وهذا يتوقف على درجة الكمال التي تتميز بها الأسواق التي يتعامل معها المنظم مثل أسواق العمل والسلع وأسواق الائتمن والأوراق المالية وسوق الصرف الأجنبي وأسواق السلع الرأسمالية وأسواق التصدير في الخارج.

**الوجه الثاني :** ضعف المركز النسبي للمنظم المحلي في مواجهة المنظم الأجنبي ، وهذا الوجه هو الأخطر ، لأن المنظم المحلي يكون في موقف أصعب من حيث عدم قدرته على الوصول لمصادر المعلومات الضرورية لاتخاذ قراراته، وعدم قدرته على الوصول إلى مصادر التكنولوجيا الجديدة والخبرة الفنية والخبراء ، وهو في تلك المجالات في مركز أقل بكثير جدا من المنظم الأجنبي ، وهذا يعني أن المنظم الأجنبي يواجه مستويات مخاطر تقل بكثير جدا عن المنظم المحلي.

وتلك الظروف تجعل المنظم المحلي أشد تحفظا في اختياراته من المنظم الأجنبي ، وينعكس هذا التحفظ في إعطائه وزنا نسبيا أقل للأرباح الممكنة مقارنة بالخسائر المحتملة ، مما قد يعوق المنظم من اختيار مشروعات ذات معدلات أرباح مرتفعة منسوبة إلى الخسائر المحتملة.

وتلك الظروف قد تجعل المنظم المحلي أقل قدرة على تلبية متطلبات المؤسسات المالية التي تقدم الائتمان : مثل القدرة على تقديم ضمان جيد للقروض ، لأنه ببساطة لا يمتلك إلا صافي حقوق ملكية صغير وعدم قدرته على تقديم ما يضمن قابلية منتج للتسويق.

كما تقف العقوبات الإدارية عائقا في وجه المنظم الجديد حيث عليه أن يستوفي كثير من الإجراءات الشكلية الموزعة على إدارات مختلفة تنتمي إلى وزارات مختلفة في أماكن متباينة ، وقد تصل تلك العقوبات نروتها عندما تطلب المؤسسات المالية موافقة سلطة معينة على منح المنظم الترخيص اللازم

لممارسة النشاط قبل منح الائتمان ، وفي نفس الوقت تطلب منه السلطات المختصة موافقة المؤسسة المالية على التمويل قبل منح الترخيص.

وهناك صعوبة أخرى تواجه المنظم الجديد الذي يريد الدخول إلى سوق المال وتتمثل في أن تكلفة الحصول على الائتمان أعلى في المتوسط من تكلفة نفس الائتمان إذا ما قدم للمؤسسات القائمة ، مما يضع المنظم الجديد في وضع أسوأ مقارنة بالمؤسسات الكبيرة والراسخة في مجال النشاط.

### الإجراءات المقترحة للحد من آثار قصور المعرفة في سوق الائتمان:

يقترح برنامج له شقين: برنامج المساعدة الفنية التي تقدم للمشروعات الاستثمارية ، وبرنامج ضمان المخاطر.

بالنسبة لبرنامج المساعدة الفنية: يمكن للمؤسسات المالية استخدام برامج المساعدة الفنية للمشروعات الاستثمارية أن تخفض المخاطر المرتبطة بتلك المشروعات ، لأن مخاطر التشغيل قد تعزي إلى قصور في الدراسة التسويقية أو الاستخدام غير الفعال للطاقة الإنتاجية أو قصور في التخطيط للمشروع ، وفي ظل هذا القصور فإن المشروع إذا تقدم بطلب للحصول على التمويل سيرفض ، فالمشكلة هي أن المشروع يحتاج إلى التمويل لتكوين رأس المال الجديد ، وهذا التمويل موجود لدى المؤسسات المالية ، ولكنها لن تقدم التمويل المطلوب لقصور المعرفة السائد في سوق الائتمان ، فالتمويل متاح أمام المشروع يصبح نادرا رغم وفرته لدى المؤسسات المالية ، وهذه هي "ظاهرة نقص رأس المال الخادع"، بمعنى أن المؤسسات المالية قد تعبئ الموارد التمويلية (مدخرات أفراد القطاع العائلي بكفاءة)، ولكن الاستخدام الفعال لتلك الموارد التمويلية لتمويل المشروعات الاستثمارية يقتصر بتقديم المساعدات الفنية للمشروع الاستثماري وهو الأمر الذي لا تقوم به المؤسسات المالية في الدول النامية.

أما بالنسبة لبرنامج ضمان المخاطر : فهذا البرنامج هدفه تقليل المخاطر التي تواجه المؤسسات المالية عند تقديمها الائتمان للمشروعات الاستثمارية الجديدة ، ويبنى هذا البرنامج على افتراضين : الافتراض الأول هو أن المؤسسة المالية في البداية لديها خبرة محدودة في تقديم التمويل طويل الأجل اللازم للتكوين الرأسمالي الثابت ، ومن ثم ستلحق بها خسائر إذا قدمت

هذا التمويل، ولكن بعد مرور فترة تكتسب خلالها الخبرة اللازمة في عملية التمويل وتتناقص خسائرها وتتحول بعد ذلك إلى أرباح.

الافتراض الثاني: أن القائمين على أمر المؤسسات المالية تتوافر لديهم الإرادة لئلا أقصى جهد ممكن لتخفيض الخسائر الناجمة عن تقديم الائتمان طويل الأجل ، فالمؤسسات المالية قد تساعد في تقديم المساعدات الفنية إلى المشروعات الاستثمارية ، بحيث تتأكد من أن تخصيص الموارد التمويلية على استخداماتها المختلفة داخل المشروع هي أفضل الاستخدامات الممكنة، فإذا قدمت المؤسسات تلك المساعدات فيمكن توقع تحسنا في شروط منح الائتمان.

ويقترح برنامج ضمان المخاطر أن يتم تعويض المؤسسات المالية عن الخسائر التي تتكبدها جراء تقديم الائتمان بمبلغ ثابت خلال فترة محددة ، وهذا المبلغ يمثل نسبة معينة من خسائرها في سنة معينة، وهذه السنة وقد تكون السنة الأولى لخطة المشروع ، ومع مرور الوقت فإن خسائر المؤسسة المالية تميل إلى التناقص بالتدرج ، ومع كون التعويض يمثل مبلغا ثابتا ، فإن المؤسسة تحقق أرباحا ، وهذه الأرباح ستسمح للمؤسسة بأن تصدر أصول مالية جذابة للقطاع العائلي مما يسمح لها بتعبئة مدخرات إضافية ، وهذه الموارد الإضافية ستحفز المؤسسة على تحسين شروط الإقراض للمشروعات الاستثمارية.

### ثالثا: التجزئة أو البعثة المالية :

يقصد بالتجزئة المالية لسوق المال انقسام سوق المال إلى مؤسسات مالية منظمة بواسطة القانون Organized financial institutions ومؤسسات مالية تعمل من وراء ظهر القانون ، وتأخذ أشكالا متعددة : مثل السماسرة وبيوت الائتمان وبيوت الإقراض في مراكز الأعمال وشركات الاستثمار التي يطلق عليها شركات توظيف الأموال التي تقوم بتلقي ودائع من الأفراد وتقوم بتوظيفها دون أن تأخذ صفة مصرفية أو شركة استثمار مرخص لها بمزاولة النشاط.

ويمكن إرجاع تجزئة سوق المال في الدول النامية إلى عدة أسباب تتمثل في:

(أ) سياسة تحديد معدل العائد الاسمي (ولاسيما سعر الفائدة) تحت مستواه التوازني في ظل معدل تضخم متزايد ومتقلب ، مما يجعل معدل العائد

الحقيقي(معدل العائد الاسمي - معدل التضخم) على الأصول المالية للسوق المالي المنظم سالباً، وفي نفس الوقت الذي تعرض فيه مؤسسات السوق غير المنظم معدل عائد أعلى بأضعاف ربما ما تعرضه المؤسسات المالية المنظمة ، ومن ثم تفقد الأصول المالية للسوق المالي المنظم قدرتها التنافسية أمام الأصول المالية للسوق المالي غير المنظم ، مما يساهم في زيادة طلب أفراد القطاع العائلي على الأصول المالية للسوق غير المنظم ، ومن ثم تفقد المؤسسات المالية المنظمة قدرتها على تعبئة الموارد المالية للسوق المنظم.

(ب)سياسية ترشيد الائتمان : credit rationing : ففي ظل تلك

السياسة تقوم المؤسسات المالية المنظمة بالتمييز غير الموضوعي بين المشروعات الاستثمارية في عملية منح الائتمان ، فتمنح الائتمان لبعض المشروعات وفقاً لأسس غير موضوعية مثل العلاقات الشخصية وشهرة المشروع ، بينما تتمتع لأسباب غير اقتصادية وغير منطقية في نفس الوقت عن منح الائتمان لمشروعات أخرى، هي في الحقيقية تتمتع بجدارة ائتمانية ، والنتيجة هي اتجاه المشروعات التي تم حجب الائتمان عنها إلى الحصول على الائتمان من السوق المالي غير المنظم .

(ج) إقبال أفراد القطاع العائلي على حيازة الأصول المالية التي

تصدرها المؤسسات المالية للسوق غير المنظم لأن تلك الأصول تعطي معدل عائد حقيقي أعلى من معدل العائد الذي تغله أصول المؤسسات المالية المنظمة.

(د)هيكل اقتصاد الدول النامية : الذي يسوده المشروعات الصغيرة

والصناعات الخفيفة والحرفية والتجارة صغيرة الحجم ، وفي تلك الحالات فإن غالبية المقترضين هي مؤسسات صغيرة تطلب ائتمانا قصير الأجل وبمبالغ صغيرة ، وتلجأ إلى المؤسسات المالية للسوق غير المنظم التي تكون أكثر ملائمة لإشباع طلب تلك المؤسسات صغيرة الحجم على التمويل.

ويترتب على تجزئة سوق الائتمان أثارا سلبية على كفاءة السوق المالي المنظم من عدة جوانب أهمها:

الأثر الأول: انخفاض كفاءة مؤسسات السوق المالي المنظم على تعبئة

مدخرات القطاع العائلي: فمدخرات القطاع العائلي أصبحت في ظل التجزئة توزع بين المؤسسات المالية المنظمة والمؤسسات المالية غير المنظمة، طبقا

لمعدل العائد النسبي على الأصول المالية التي يصدرها كل منهما ، وحيث أن مؤسسات السوق غير المنظم لا تخضع لسياسة تحديد سعر الفائدة فهي في مركز تنافسي أفضل لأنها تستطيع دفع معدل عائد أكبر للمدخرين مقارنة بمعدل العائد الذي تدفعه المؤسسات المنظمة ، مما يجعل المدخرات تتدفق إلى المؤسسات غير المنظمة ، تاركة المؤسسات المنظمة بحجم ضئيل من المدخرات.

الأثر الثاني: أن معظم المدخرات المعبئة بواسطة المؤسسات غير المنظمة توجه لتقديم انتمان قصير الأجل والأنشطة سريعة الربح وإلى تمويل استثمارات لا تتمتع بالأولوية من المنظور الاجتماعي ، فمعظم الأنشطة التمويلية هي تمويل تجارة السلع الكمالية والأنشطة التجارية ، والتي تحقق معدل عائد مرتفع ، ومنه يتم دفع معدل عائد أعلى للمدخرين .

الأثر الثالث: إن معظم المعاملات المالية في السوق المالي غير المنظم لا تخضع لمراقبة السياسات النقدية والائتمانية للسلطات النقدية والمالية وسلطات مراقبة النقد وأسعار الصرف ، رغم أن حجم المدخرات الموجهة للاستثمار في أصولها هو حجم كبير ، مما يخفض فعالية السياسات النقدية والائتمانية وسياسات الصرف الأجنبي التي تديرها السلطات النقدية وعلى رأسها البنك المركزي.

## المبحث الرابع

### الدور المالي لسوق الأوراق المالية

يعتبر سوق الأوراق المالية من الآليات الهامة في تعبئة مدخرات الأفراد والوحدات الاقتصادية التي لديها فائض مالي ، وضخها إلى المشروعات الاستثمارية ، ويمكن تقسيم الدور المالي لسوق الأوراق المالية في الدول النامية إلى العناصر التالية :

- ١- وظيفة السوق المالي في زيادة فاعلية مدخرات أفراد القطاع العائلي.
- ٢- وظيفة سوق الأوراق المالية في تخصيص الموارد المالية بين المشروعات الاستثمارية .
- ٣- عرض الأوراق المالية.



### ١- وظيفة سوق الأوراق المالية في زيادة فاعلية مدخرات أفراد القطاع العائلي:

ليس من المتوقع أن يترتب على مجرد إتاحة الأوراق المالية حفز أفراد القطاع العائلي إلى استخدام مدخراتهم لشراء الأوراق المالية ، ولكن من المعقول أن نفترض أن تلك المدخرات ستكون أكثر فاعلية في الاستثمار في الأوراق المالية تدريجيا مع تنمية سوق الأوراق المالية وزيادة عمقها وتنوع ما يعرض بها من أوراق تتناسب مع تفضيلات الجمهور غير المصرفي ، و زيادة الوعي المالي لدى أفراد المجتمع، حيث تصبح هناك أوراق مالية ملائمة ومتوافقة مع تفضيلات صغار المدخرين، مما يفتح المجال أمامهم لحيازة الأسهم.

وحيث أن الطلب على الأوراق المالية مشتق من الطلب على العائد الذي تعطيه تلك الأوراق سواء في شكل توزيعات أو مكسب رأسمالي ، فإن الطلب على تلك الأوراق سيتحدد بمعدل العائد ودرجة سيولة تلك الأوراق ومستوى المخاطر التي يقترن بها الاستثمار في تلك الأوراق ، ومع ثبات العوامل الأخرى على حالها فإننا نتوقع علاقة طردية بين الطلب على الأوراق المالية ومعدل العائد عليها (معدل التوزيعات+ معدل المكسب الرأسمالي) في ظل مستوي معين للسيولة (الذي يتوقف على سرعة ونطاق تبادل الأوراق في السوق الثانوي) ومستوى معين لمخاطر الاستثمار في تلك الأوراق(والتي تقاس بدرجة التقلب النسبي لمعدل العائد على تلك الأوراق متمثل في معامل الاختلاف).

وعندما يكون معدل العائد على الأوراق المالية منافسا كفا لمعدل العائد على الأصول البديلة الممكن أن تدخل محافظ أصول الأفراد ، ولاسيما الأصول المقاومة للتضخم ، فإننا نتوقع ارتفاع تكلفة الفرصة البديلة للاستهلاك الحالي من الدخل الجاري للأفراد ومن ثم نتوقع أن يقوم أفراد القطاع العائلي بتخفيض مستوى استهلاكهم الحالي من الدخل الجاري ، ومن ثم إحلال الادخار محل الاستهلاك بغرض استخدام الادخار في شراء الأوراق المالية بهدف رفع مستوى الاستهلاك في المستقبل، أي أن وجود أوراق مالية تعطي معدل عائد

تنافسي وكفاء على تلك الأوراق مقارنة بمعدل العائد على الأصول البديلة ، ومع ثبات العوامل الأخرى المؤثرة على طلب الأصول (كمستوى السيولة والمخاطر والتفضيل الزمني بين الاستهلاك الحاضر والاستهلاك المستقبلي) ، من المتوقع أن يخلق حوافز لحيازة الأوراق المالية بغرض الحصول على عائد دوري ومكاسب رأسمالية متوقعة من وراء حيازة تلك الأوراق.

كما أن إصدار تلك الأوراق بفئات وأنماط تتوافق مع التفاصيل والقدرة الشرائية للفئات المختلفة من المدخرين والتي لديها فوائض مالية لفترات زمنية قصيرة (ثلاثة أو ستة أشهر) من شأنه أن يتيح الفرصة لأكثر عدد ممكن من المدخرين لدخول سوق الأوراق المالية ، ومن ثم يميل نطاق تلك السوق للاتساع ، واستخدام مدخرات كانت ستترك عاطلة لولا وجود تلك السوق ، مما يزيد فاعلية مدخرات الوحدات الاقتصادية المختلفة في تمويل المشروعات الاستثمارية للمجتمع.

وتؤيد بعض الدراسات التي أجريت على بعض دول شرق آسيا الفرض القائل "بأن نسبة الادخار إلى الناتج القومي الإجمالي ترتبط طرديا مع نسبة الأصول المالية إلى الأصول غير المالية في محافظ أصول الأفراد" ( M. Fry 1988, CH.2)، وهذا الفرض يعني انه كلما زادت النسبة من المدخرات التي يتم حيازتها في شكل أصول مالية كلما زادت نسبة الإدخار من الناتج القومي ، بمعنى أن إتاحة أدوات جديدة تستثمر فيها مدخرات الأفراد ولها مميزات تتوافق مع تفضيلات ورغبات الجمهور غير المصرفي والقيم التي يتمسك بها ، يفضي إلى تحسن ظروف إحلال الادخار الحالي محل الاستهلاك الحالي من الدخل الجاري مما يساهم في تنشيط سوق الأوراق المالية.

ولكن هذه الفروض دائما محل جدل والأساليب القياسية المستخدمة في التقدير تعاني من أخطاء في قياس المتغيرات وما يسمى بالانحدار الزائف وغيرها ، كما ينبغي أن نلاحظ أن العلاقة بين مستوى الادخار الحالي ونسبة المدخرات في شكل مالي قد تكون ناتجة عن ارتفاع معدل النمو الاقتصادي ، بالإضافة إلى وجود بعض الشك حول أثر معدل العائد المرتفع على الأوراق المالية على مستوى الاستهلاك الحاضر في الدول النامية ، بسبب انخفاض الدخل الفردي الحقيقي ، والذي يوجه الجزء الأعظم منه بصفة أساسية لإشباع الاستهلاك الحالي.

وعلى هذا فقد يكون مطلباً أساسياً من السلطات الاقتصادية أن تتبع سياسة مالية Financial policy تجعل الأوراق المالية منافساً كفاً للأصول الحقيقية المقاومة للتضخم وتحسن درجة الأمان ومستوى السيولة (من خلال إجراءات تتبع لتنشيط وسلامة تشغيل السوق الثانوي) التي تتمتع بها تلك الأصول ، وأن يكون معدل العائد الحقيقي عليها موجبا ، وأن تتخذ إجراءات تمنع المضاربة (التي هي في الواقع ليست مضاربة لا بالمعنى الشرعي ولا بالمعنى الاقتصادي) الضارة التي تنصب على مجرد تجارة الأوراق المالية والتي يترتب عليها تقلبات سعرية لا يمكن تفسيرها بعوامل اقتصادية ، ولكن من خلال تحكم مجموعات صغيرة من الأفراد في السوق والتلاعب بالأسعار ، وهؤلاء يطلق عليهم خطأ صناع السوق ، ولكنهم في الواقع هم المتلاعبون بطريقة غير شرعية وغير أخلاقية بالسوق ، مما يجعلهم يكسبون باستمرار وتقع الخسائر على صغار المستثمرين .

## ٢- دور سوق الأوراق المالية في تخصيص الموارد التمويلية :

تقدم نظرية الاقتصاد المالي فرضاً أساسياً مضمونها " إن إيجاد وتطوير سوق الأوراق المالية في الدول النامية يؤدي إلى تنوع في الأوراق المالية أمام المدخرين ، مما يخلق فرصاً استثمارية أمام المدخرين المهمين باستثمار مدخراتهم في أوراق مالية ، وحيث أن هؤلاء المدخرين يتمتعون بالرشد الاقتصادي ، ومعظمهم معتمدين لدوالهم الهدفية ، فإنهم سوف يختارون أفضل الأوراق المالية لاستثمار مدخراتهم فيها ، حيث يستثمرون مدخراتهم في تشكيلة من الأوراق المالية التي تعطيهم أكبر عائد ممكن ، في ظل مستوى معين من المخاطر والسيولة ومستوى معين من الدخل والثروة المتاحة للأفراد في وقت اتخاذ القرار ، ومن ثم تتوقع نظرية الاقتصاد المالي أن : يستثمر هؤلاء المدخرون أرصدهم المالية في أكثر الأوراق المالية نجاحاً في سوق الأوراق المالية ، وحيث أن سوق الأوراق المالية هو سوق كفاء efficient ، وتعكس أسعار الأوراق المتداولة فيه كل المعلومات المتاحة عن الشركات التي أصدرت تلك الأوراق ، وهي معلومات تكون متاحة أمام المدخر كي يختار بحرية كاملة ، وفقاً لتعظيم قيمة دالته الهدفية ، تشكيلة من أكثر الأوراق المتداولة نجاحاً ،

وحيث أن كل المدخرين الذين يستثمرون في أوراق مالية يتميزون بمثل هذا السلوك ، فإننا نتوقع أن يوجه سوق الأوراق المالية الموارد التمويلية في أكثر الأوراق المالية نجاحا ، وحيث أن نجاح تلك الأوراق هو مؤشر للكفاءة الاقتصادية للمشروعات التي أصدرتها ، فإن سوق الأوراق المالية يوجه الموارد التمويلية إلى أكثر المشروعات كفاءة ونجاحا من منظور الكفاءة الاقتصادية".

وبينني على هذا التحليل أن أي شركة ترغب في الحصول على التمويل من سوق الأوراق المالية ، عليها أن تحقق حدا أدنى من الكفاءة في الإنتاج والتسويق والتوزيع من منظور الكفاءة الاقتصادية، لكي يمكنها أن تصدر الأوراق المالية الخاصة بها بنجاح.

فإذا كان هذا هو السلوك الذي يميز الشركات التي تطلب التمويل من سوق الأوراق المالية ، فإن تخصيص الموارد المالية من خلال سوق الأوراق المالية يكون أفضل تخصيص ممكن بين الفرص الاستثمارية الممكنة والبديلة لبعضها البعض.

ومن ثم فإن المدخرات الموجهة لتمويل استثمارات أفضل المشروعات الاستثمارية كفاءة من خلال سوق الأوراق المالية تصبح أفضل وظائف الدور المالي لسوق الأوراق المالية، وهذه النتيجة هي ما يترتب على السلوك الرشيد أو السلوك الأمثل لتشغيل سوق الأوراق المالية، وفي هذه الحالة فإن سوق الأوراق المالية يحقق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية من وراء إنشاء وإدارة وتشغيل سوق الأوراق المالية، ويمكن القول أن هذا هو المنظور القيمي والأخلاقي لإقامة تلك السوق في أي مجتمع.

فماذا يقول الواقع الفعلي لتشغيل هذا السوق ؟

في الواقع العملي تقاس كفاءة المشروعات الاستثمارية التي لها أوراق معروضة ومتداولة في نطاق سوق الأوراق المالية ، وطبقا لآلية تشغيل هذا السوق ، تقاس تلك الكفاءة بحجم الأرباح التي تحققها تلك المشروعات ، حيث يمكن لتلك المشروعات أن تصدر أوراقا وتبيعها بسهولة والحصول على أعلى سعر سوقي لأوراقها ، وحيث يفترض أن معدلات العائد النسبية على أوراق الشركات المختلفة يجب - من المنظور الاقتصادي- أن تعكس الاختلافات في الكفاءات النسبية بين الأداء الاقتصادي لتلك الشركات ،ومن ثم فإن توزيع

الموارد المالية بين استخداماتها البديلة من خلال سوق الأوراق المالية يتم وفقا لمعدلات العائد النسبية .

ولكن طالما هناك قصور في المعلومات المتوافرة عن الشركات التي تتداول أوراقها في السوق وقصور في المعلومات عن أدائها الاقتصادي ومؤشرات كفاءتها ، بل هناك في كثير من الحالات حجب متعمد للبيانات الجوهرية اللازمة لاتخاذ قرار بالاستثمار في الأوراق المالية ، بل وتعمد اقتصار معرفة تلك المعلومات على فئة صغيرة من أصحاب النفوذ وربما مسئولين متخفين وراء آخرين يتاجرون لحسابهم على أن تقسم الأرباح الناتجة بينهما في النهاية، كل هذا يجعل هناك قصور في آلية تخصيص الموارد التمويلية من خلال سوق الأوراق المالية ، ومن ثم فإن الاختلاف في معدلات العائد النسبية على رأس المال العيني لن تتعكس بالضرورة في صورة اختلافات في درجات الكفاءة النسبية للشركات ولا في مؤشرات أدائها المتوافرة في سوق الأوراق المالية ، وفي تلك الحالة لن تعكس الأسعار النسبية للأوراق المتداولة المعلومات الحقيقية عن الأداء الاقتصادي للشركات ، وفي تلك الحالة أيضا فإن المدخرين الذين يبنون قراراتهم باستثمار مدخراتهم في الأوراق المالية بناء على اختلاف معدلات الأرباح النسبية للشركات ، سوف يوجهون مواردهم التمويلية إلى أكثر المشروعات ربحية ، ولكن القصور المعلومات المتوافرة وعدم كفايتها سيجعل من الصعب على المدخر أن يقوم بعمل تقييم تقريبي سليم للشركات التي يستثمر فيها مدخراته في أوراقها المالية وبالتالي نخلص إلى النتيجة التالية:

" لن يساهم سوق الأوراق المالية في توجيه الموارد التمويلية على أكثر المشروعات الاستثمارية كفاءة من المنظور الاقتصادي"

والأثر الثاني لقصور المعلومات والمعرفة في سوق الأوراق المالية على تخصيص الموارد التمويلية يتمثل في أن بعض المشروعات قد تحقق أرباحا نتيجة تمتعها بمركز احتكاري أو بسبب عوامل سوقية مختلفة كأن تتخصص في إنتاج سلعة عليها طلب كبير ، وهكذا تحقق أرباحا نقدية مرتفعه رغم انخفاض كفاءتها الاقتصادية ، وهنا سوف يوجه سوق الأوراق المالية إلى تلك الشركات حجما كبيرا من الموارد المالية ، بينما تحرم مشروعات أخرى

رغم كفاءتها وجدارتها الاقتصادية التي لم تنعكس بالضرورة في تحقيق أرباح نقدية مرتفعة.

والأثر الثالث للتصور في سوق الأوراق المالية، يتمثل في أن سوق الأوراق المالية يتميز بنوع من التحيز لصالح المشروعات الكبيرة وضد المشروعات الصغيرة، ولصالح المشروعات المشهورة ولغير صالح المشروعات المغمورة، ولكن قد يجادل بأن هناك عزوف من جانب المشروعات الصغيرة عن الدخول في سوق الأوراق المالية، نتيجة عدة أسباب منها:

[١] ليس لدى الشركات الصغيرة صورة واضحة عن المكاسب التي يمكن أن تحققها من وراء إصدار أسهم في سوق الأوراق المالية .

[٢] لا تعرف الشركات الصغيرة كيف ترتب التمويل من خلال إصدار أسهم .

[٣] خوف المشروعات الصغيرة من فقد السيطرة على إدارة المشروع إن هي أقدمت على إصدار أسهم في سوق الأوراق المالية.

[٤] الاعتقاد بأن المشروع صغير جدا بحيث لا يستطيع تحمل مخاطر لإصدار أسهم للجمهور.

[٥] لا تعرف المشروعات الصغيرة كيف تجعل أوراقها جذابة للجمهور .

[٦] لا تفهم المشروعات الصغيرة دور الوسطاء والسماسة وغيرهم من المؤسسات الوسيطة التي تعمل في سوق الأوراق المالية.

[٧] معظم المشروعات الصغيرة عائلية يديرها أفراد العائلة ولا يرغبون أن يتدخل الغير في إدارة مشروعهم.

وعلى هذا فإن مشكلة التمويل الخارجي للشركات الصغيرة من خلال سوق الأوراق المالية قد لا ترجع بصفة أساسية إلى تحيز سوق الأوراق المالية ضد المشروعات الصغيرة ، بقدر ما ترجع إلى عزوف الشركات الصغيرة عن استخدام التسهيلات التي تقدمها سوق الأوراق المالية.

أي أن التمويل الخارجي من خلال سوق الأوراق المالية للمشروعات الصغيرة يواجه مشكلة مزدوجة: فمن ناحية: هناك عزوف من قبل المشروعات الصغيرة عن تعبئة الموارد التمويلية من خلال سوق الأوراق المالية، ومن ناحية أخرى أن التمويل الخارجي الذي يقدمه هذا السوق هو وسيلة غير معروفة للمشروعات الصغيرة .

كما يلاحظ أن سوق الأوراق المالية لا يقدم تمويلا للمشروعات الزراعية وخاصة الصغيرة منها، وهذا يعني أن هذا السوق يتحيز لصالح المشروعات التجارية والصناعية الكبرى.

خلاصة ما تقدم: هناك العديد من العوامل التي تخل بالتخصيص الأمثل للموارد من خلال سوق الأوراق المالية، بعض تلك العوامل يعزى إلى قصور في الأداء الفعلي لسوق الأوراق المالية، والبعض الآخر يعزى إلى عزوف بعض المشروعات عن الدخول لطلب التمويل من خلال طرح أوراق مالية في السوق المفتوحة للجمهور غير المصرفي وبعضها أخلاقي يرجع للممارسات غير الشفافة التي يمارسها كبار المتعاملين في هذا السوق وحجب المعلومات الضرورية وعدم أبحاثها للمستثمرين الصغار، وانحراف السوق عن غايته الأساسية التي أقيم من أجلها وهي توفير التمويل للمشروعات الاستثمارية التي تتمتع بالكفاءة والأولوية من المنظور الاجتماعي وتوزيع فرص الاستثمار المالي للمدخر الصغير، بطريقة تتناسب مع القيم والتفصيلات المختلفة وتخفيض درجة المخاطر التي يتعرض لها هؤلاء المستثمرون بإتاحة المعلومات الضرورية لهم، وانحرف السوق إلى سوق أصبحت تجارة الأوراق هدف في حد ذاته والمضاربة على أسعارها السوقية بطريقة غير اقتصادية هدفها جني مكاسب نقدية ولو على حساب خسارة المستثمر المالي الصغير، بالإضافة إلى عدم قدرة السلطات المالية والاقتصادية على الرقابة والسيطرة على السوق، بل وتصل الدرجة لتواطؤ كثير من المسؤولين في الدول النامية (وكذلك في الدول المتقدمة) ومشاركتهم للمضاربيين في تجارة الأوراق المالية بأسماء أولادهم أو زوجاتهم أو من ينوب عنهم ، حتي أصبحت الأرصدة المتداولة في سوق الأوراق المالية لا تساهم في تمويل تكوين رأس المال العيني الثابت ولكن تساهم فقط في رفع أسعار الأوراق والمضاربة عليها وتحولت تجارة الأوراق المالية لتحقيق المكاسب النقدية إلى هدف في حد ذاتها وليس وسيلة لتمويل تكوين رأس المال الثابت في المجتمع .

كان عرض الأوراق المالية في الدول النامية يأتي غالبا من القطاع الحكومي ومن السندات التي تطرحها مؤسسات قطاع الأعمال ، ولكن كانت السندات الحكومية هي المسيطرة على سوق الأوراق المالية .

وعرض الأوراق المالية يأتي من طلب المشروعات للتمويل الخارجي لتمويل مشروعاتها الاستثمارية سواء من القروض أو طرح سندات أو أسهم ، وفي معظم الدول النامية كانت السندات الحكومية تشكل نسبة في حدود ٦٠% إلى ٨٠% من إجمالي عرض الأوراق المالية، والسيطرة الحكومية على عرض الأوراق المالية كان ناجما عن التوسع في خطط التنمية الاقتصادية ، حيث كانت الحكومة تلعب الدور الرئيسي في عملية التنمية .

ولكن هذا الوضع تغير بعد إتباع الخصخصة وتحرير القطاعات الاقتصادية من السيطرة الحكومية، وقيام العديد من المشروعات بطرح أسهمها في سوق الأوراق المالية، وهذا خلق طفرة كبيرة في عرض الأوراق المالية، كما هو الحال في دول الخليج ومصر والمغرب والأردن، حيث تشهد أسواق الأوراق المالية في تلك البلاد مضاربات عنيفة تخرج السوق من كونها أداة لتمويل المشروعات الاستثمارية وتحويلها إلى مجرد سوق للمتاجرة في الأوراق في حد ذاتها، مما عرض أسعار الأوراق المالية إلى تقلبات سعرية عنيفة، وتسببت في حدوث خسائر شديدة لصغار المستثمرين في الأوراق المالية، وأصبحنا نشاهد مثلا سهم يتم إصداره بقيمة اسمية بمبلغ ٥٠ ريال ويصل سعره بعد الإصدار بأسبوعين وقبل أن يتم إنشاء المشروع الاستثماري الذي سيموله السهم إلى حوالي ٧٠٠ ريال، فهل الفرق بين السعريين يمثل مبلغ ساهم في تمويل المشروع الاستثماري ؟ بالطبع لا فهو يمثل مكسبا رأسماليا وهميا نتج عن المضاربة على الصعود للورقة قبل أن تكون هناك أي مؤشرات اقتصادية تدعم هذا الارتفاع السعري وليس لهذا الارتفاع أي علاقة بما يحدث في القطاع الحقيقي، بمعنى أن سوق الأوراق المالية أصبح سوقا يعمل باستقلال عما يحدث في الاقتصاد الحقيقي، مع أن الأصل أن سوق الأوراق المالية أنشأ كوسيلة لتدبير التمويل لتمويل المشروعات التي تتمتع بالكفاءة والجدوى الاقتصادية، فالطلب على خدمات السوق المالي طلب مشتق من الطلب على



تمويل الاستثمار في رأس المال العيني، وأن أسعار الأوراق المالية المتداولة يجب أن تعكس الأداء الحقيقي للمشروعات الاستثمارية التي أصدرت تلك الأوراق ولكن هذا لا يحدث غالباً.

ورغم ذلك فإن عرض الأوراق المالية محدود في أسواق الأوراق المالية للدول النامية نتيجة عدة أسباب تتمثل في :

[١] **طبيعة اقتصاد الدول النامية:** فالطابع الغالب هو اقتصاد زراعي تسيطر عليه الوحدات الإنتاجية الصغيرة التي لا يمكنها إصدار أسهم لأسباب سبق ذكرها، وأما القطاع الصناعي فيتميز بالازدواجية حيث توجد وحدات إنتاجية كبيرة، وفي نفس الوقت توجد صناعات حرفية شديدة الصغر، والقطاع الصناعي الكبير يستأثر بالتمويل من البنوك ومن أسواق الأوراق المالية.

[٢] **العديد من الأنشطة التعدينية والتجارية والصناعية الكبرى والتي تمتلك إمكانيات لإصدار أسهم هي أنشطة مملوكة لشركات أجنبية، تلك الشركات لا ترغب في تعبئة أرصدة من السوق المحلي، وربما يعزى ذلك إلى رغبة تلك الشركات في المحافظة على السيطرة الكاملة على الشركة وإدارتها، وإن كانت السلطات الاقتصادية المحلية يمكنها أن تصر على مساهمة رأس المال المحلي بأكثر من ٥٠% من مجموع رأس المال المطلوب للمشروع الاستثماري، وذلك من خلال طرح أسهم يكتتب فيها المواطنين .**

[٣] **الشركات التي تسيطر عليها عائلات family-controlled companies** تخشى تلك العائلات من فقد السيطرة على المشروع إن أصدرت أسهم وأصبح للغرباء عن العائلة حق في التدخل في أي مسألة تتعلق بالمشروع، كما أن كثير من ملاك تلك المشروعات يعتقدون أنهم قد بلغوا الحجم الأمثل وليس هناك حافز أو دافع للتوسع، ومن ثم تستخدم الأرباح الناتجة من الأنشطة الصناعية للاستثمار في أنشطة غير صناعية ، ربما يرجع ذلك إلى عدم الاستقرار السياسي وإلى محاولة تجنب المخاطر قدر الإمكان، وهذه ظاهرة في الشركات التي تسيطر عليها عائلات، حيث لا تنفصل الملكية عن

الإدارة، فملاك تلك المشروعات يعتقدون أن التوسع سوف يفقدهم السيطرة على إدارة المشروع.

[٤] قد يتم تمويل التوسع من خلال التمويل الذاتي أو الائتمان المصرفي، وفي تلك الحالات لا توجد حاجة إلى إصدار أوراق مالية .

[٥] ارتفاع نسبة الدين إلى حقوق الملكية، وارتفاع تلك النسبة يرفع نسبة الرفع المالي financial leverage ويزيد درجة مخاطر الإفلاس التي قد يتعرض لها المشروع ، وقد تحاول الشركة تخفيض تلك النسبة من خلال طرح أسهم، إلا أن المدخرين سوف يمتنعون عن شراء الأسهم في شركات تتميز بارتفاع نسبة الرفع المالي (الديون إلى حقوق الملكية) لأن حاملي أدوات الدين لهم حق الأولوية في الحصول على الفوائد وأصل الدين، وتوزيعات الأسهم هي المتبقي بعد سداد الفوائد، وطبقا لنظرية التمويل الحديثة فإن اقتراب نسبة الرفع المالي من واحد إلى واحد ونصف من إجمالي القيمة السوقية للشركة، يجعل احتمال إفلاس الشركة كبيرا، ومن ثم يواجه حملة الأسهم مخاطر هبوط السعر السوقي للسهم، وهذا يعني أن ارتفاع نسبة الدين إلى حقوق الملكية هي احد الأسباب الرئيسية التي تحد من إصدار أوراق مالية جديدة ومن ثم تحد من عرض الأوراق المالية .

#### [٤] الطلب على الأوراق المالية:

في الماضي وفي ظل سيطرة الحكومة على المؤسسات المالية كان الطلب على الأوراق المالية يأتي أساسا من البنوك التجارية وشركات التأمين حيث كان القانون يلزمها بأن تحتفظ بنسبة معينة من محافظ أصولها في شكل سندات حكومية وأذون الخزانة ، وكان الطلب على السندات الحكومية يمثل حوالي ٩٠% من الطلب على الأوراق الحكومية في بعض الدول النامية<sup>٧</sup>.

<sup>7</sup>Porter , p., " Narrow securities markets and monetary policy : lessons from Pakistan" Economic Development and Cultural Change , Vol: XIV, 1965, PP. 48-56

ومعظم الأوراق المالية كان يتم حيازتها بواسطة المصارف وشركات التأمين، وكان المستثمرون الماليون من الجمهور غير المصرفي لا يهتمون بالأوراق المالية بسبب الكبت المالي الذي يميز أسواق المال في الدول النامية، حيث يكون معدل العائد الحقيقي سالب غالبا.

وهناك أسباب عديدة تحد من الطلب على الأوراق المالية في أسواق الأوراق المالية في الدول النامية ومنها:

[١] في معظم الدول النامية تتكون النسبة الكبرى من المدخرات من مدخرات القطاع العائلي، وأفراد القطاع العائلي لا يملكون معلومات كافية عن أدوات ومؤسسات وآليات سوق الأوراق المالية والمعلومات المطلوب معرفتها للاستثمار في الأوراق المالية هي معلومات جوهرية تؤثر على أسعار الأسهم.

[٢] مشكلة التاجر الداخلي Insider trader ، وهو ليس تاجرا بالمعنى الحرفي للكلمة ولكن يقصد به الشخص الذي يكون داخل الشركة بحكم وظيفة أو منصب فيها ويكون على معرفة بالمعلومات التي تؤثر على أسعار أسهم الشركة في السوق ، ويمكن من خلال أفراد آخرين تابعين له أن يقوم بالبيع أو الشراء وبما يحقق له مكسبا رأسماليا، وفي نفس الوقت يعمل هذا الشخص على إعاقة تدفق المعلومات إلى الأشخاص الآخرين بطريقة تتميز بالشفافية والدقة الواجبة سواء إلى حملة أسهم الشركة أو مشترين أو بانعين محتملين، فالمعلومات المتاحة للتاجر الداخلي هي إذا معلومات غير متاحة للآخرين من الجمهور الذي يهتم بالاستثمار في الأوراق المالية، مما يعوق الآخرين من طلب الأوراق المالية ولهذا فإن جميع الدول قد أصدرت تشريعات هدفها أن تتيح كل شركة تصدر أوراقا مالية أو لها أوراق مالية المعلومات المطلوبة عن حجم نشاطها ومبيعاتها ومعدل أرباحها وغيرها من المعلومات اللازمة لاتخاذ قرار بيع أو شراء الأسهم، وفي نفس الوقت تحرم على التاجر الداخلي بيع وشراء الأسهم والسندات حتي يستوعب الجمهور المعلومات التي تم نشرها<sup>٨</sup>.

ولكن هذا قد يكون صحيحا نظريا، وعمليا فإن التاجر الداخلي موجود ويعمل من وراء الستار ويؤثر على أسعار الأوراق المالية، وربما يكون هناك تواطؤ

<sup>8</sup> Herne, S, " Inside information : definition in Australia , Canada, and the UK and the USA" Journal of comparative business and capital market law, VOL. 8, North Holland : Amsterdam:1986, pp.1-19

من مسئولين في الدول النامية يستفيدون منه، مما يوجد حالة من الشك وعدم اليقين في نفس الجمهور العام من المستثمرين في الأوراق المالية، ويؤثر على قرارات بيع وشراء الأوراق المالية.

[٣] وجود قنوات تقليدية للاستثمار المالي مثل الودائع المصرفية وشهادات الإيداع بكافة أنواعها والإقراض المباشر، وقنوات للاستثمار في الأصول المقاومة للتضخم مثل العقارات والذهب والعملات الأجنبية، وهذه الأشكال تبدو أكثر جاذبية وأكثر أمانا ومن ثم تتوافق مع تفضيلات المستثمرين الذين لديهم فوائض مالية لأنها ببساطة أبسط أشكال الاستثمار وغالبا لها سوق تبايع فيه بسهولة وأكثر ملائمة للأذواق والتفضيلات وتتميز بانخفاض درجة المخاطر المقترنة بها<sup>٩</sup>.

ويمكن القول أن سلوك معظم المدخرين في الدول النامية موجه نحو الاستثمار في أنماط تقليدية من الثروة، وقد تكون أشكال أكثر تطورا من الأصول المالية مثل شهادات الإيداع وأشكال أكثر رقيا مثل الأسهم العادية بعد التطورات التي طرأت على أسواق المال في الدول النامية.

ولكن هناك أسباب لتفضيل نمط الثروة التقليدي منها:

(أ) تفضيل المدخرين لأنماط من الاستثمار تقع تحت سيطرتهم بالكامل، وهذا الأمر ينطبق على الأشكال التقليدية للثروة مثل الذهب والعقارات.

(ب) التقلبات العنيفة وغير المبررة في أسعار الأسهم في فترات قصيرة ومتعاقبة، في بورصات معظم الدول النامية وضعف الرقابة والتنظيم الحكومي على سوق الأسهم، والنتيجة خضوع أسعار الأسهم لموجات من الصعود والهبوط غير المبررة اقتصاديا، وتفضي إلى إلحاق خسائر كبيرة بصغار المستثمرين في الأسهم، لدرجة يفقد معها كثير من هؤلاء المستثمرين الصغار كل مدخراتهم تقريبا، مما جعل كثير من الأفراد يفضلون الابتعاد عن الاستثمار في الأسهم تفاديا للمخاطر الكبيرة المقترنة بالاستثمار فيها بالإضافة إلى فقدان الثقة في آلية عمل السوق ووجود كثير من العناصر الطفيلية هدفها جني

---

<sup>٩</sup>Catt, T., " A portrait of New Zealand share investor", ( Washington: New Zealand Institute for Economic Research) 1966, pp36-59.

المكاسب النقدية بالتواطؤ وإخفاء المعلومات بالإضافة إلى مقدره الشركات التي تطرح أسهمها على تزييف ما تنشره من معلومات دون أن يكتشف أمرها في معظم الحالات.

#### [٤] يخضع الاستثمار في الأسهم للعديد من المخاطر<sup>١٠</sup>:

فالسهم معرضة للعديد من المخاطر مثل مخاطر السوق والمخاطر الخاصة بشركة معينة ومرتبطة بتشغيلها والطلب على إنتاجها والإضرابات فيها أو التسويق غير الملائم لمنتجاتها ومعدلات الأرباح التي تحققها، وهناك مخاطر التضخم الذي يؤثر على معدل العائد الحقيقي على الأوراق المالية عموماً والأسهم بصفة خاصة، وهي مخاطر معروفة في نظرية التمويل.

### الخاتمة

في هذه الدراسة المختصرة تم تقديم تحليل اقتصادي لمعظم جوانب سوق المال في الدول النامية، حيث تم عرض الفروض الأساسية التي حاولت تفسير دور سوق المال في عملية التنمية الاقتصادية، من خلال تعبئة مدخرات القطاع العائلي وتوجيهها إلى تمويل المشروعات الاستثمارية التي لها أولوية اقتصادية واجتماعية، سواء من خلال تركيب الأرصدة للتمويل الذاتي واستخدامها لتقديم الائتمان، وتم إيضاح أن أهم شروط نجاح مؤسسات سوق المال في تعبئة مدخرات القطاع العائلي هي إصدار أصول مالية تتوافق مع تفضيلات وقيم ورغبات الجمهور غير المصرفي، وأن تعطي له معدل عائد حقيقي موجب بالإضافة إلى تحقيق رغباته في السيولة وتدنيه المخاطر نتيجة عملية تنويع الاستثمار المالي في محافظ أصول الأفراد.

ولقد أوضحت الدراسة أن قصور ونقص المعرفة في أسواق الائتمان يترتب عليه ترشيد الائتمان والذي قد ينتج عنه ترشيد مؤسسات جديرة ائتمانيا من الحصول على الائتمان، كما أن قصور المعرفة قد يكون ناتجا من تصرفات

---

<sup>10</sup>Smart S, and Megginson " Introduction to Financial Management"  
2<sup>nd</sup>., edit., United states SOUTHER-WESTERN: 2009, CH.6, 234

متعمدة في أسواق الأوراق المالية سواء من خلال التاجر الداخلي أو من خلال تواطؤ مجموعة من المسؤولين في الشركات التي تعتمد نشر معلومات غير كافية أو نشر معلومات غير صحيحة.

وتحليل خصائص سوق الأوراق المالية في الدول النامية يكشف عن محدودية الطلب على الأوراق المالية وعرضها، مما يعرض أسعار تلك الأوراق إلى تقلبات عنيفة يقودها قلة من المضاربين، ولذلك فإن سوق الأوراق المالية في معظم الدول النامية قد انحرفت عن أداء دورها في تعبئة مدخرات صغار المدخرين وكبارهم لتمويل الاستثمار الحقيقي إلى سوق يسودها مضاربات غير مبررة على أسعار الأوراق، بحيث أصبحت تجارة الأسهم كأوراق هدفا في حد ذاته وخصصت لها مليارات من الأرصدة، مع ندرة الأرصدة التي تخصص من خلال هذا السوق لتمويل الاستثمار الحقيقي، فالغش والتلاعب والسعي إلى المكسب النقدي جعل كثير من أفراد المجتمع يكرسون جهودهم للسعي بكل الطرق وراء هذا المكسب دون أي إضافة حقيقية للنشاط الإنتاجي من وراء هذا الجهد مما يمثل ضياعا اقتصاديا لجزء من القوة العاملة التي كرست كل جهدها لتجارة الأسهم فقط، وضياع اقتصادي لأرصدة تخصص لتجارة السهم وكان من المفترض أن تستخدم في تمويل تكوين رأس المال العامل والثابت في الاقتصاد المحلي.

ولهذا فإن كفاءة سوق المال في الدول النامية منخفضة في مجال تعبئة مدخرات الجمهور وفي مجال تمويل مشروعات الاستثمار الحقيقي والأمر يتطلب وقفة جادة وصادق وإمينة للإصلاح ونقد الذات وإصلاح الانحرافات في أداء المؤسسات المالية والأسواق المالية.

## المراجع

- 1- Catt, T., " A portrait of New Zealand share investor", (Washington: New Zealand Institute for Economic Research) 1966, pp36-59
- 2- Herne, S, " Inside information: definition in Australia, Canada, and the UK and the USA" Journal of comparative business and capital market law, VOL. 8, North Holland: Amsterdam: 1986, pp.1-19
- 3- M. Fry "Money, Interest and Banking in Economic Development" Baltimore: The John Hopkins University Press: 1988.
- 4-R.McKinnon,"Money and Capital in Economic Development" Washington D.C., Brookings Institute: 1973
- 5-Molho, L. "Interest rate, Savings and Investment in Developing Countries: A Re-examination of the McKinnon-Shaw Hypothesis" IMF Staff Papers, 33(1): 1986
- 6- Porter, p., " Narrow securities markets and monetary policy: lessons from Pakistan" Economic Development and Cultural Change, Vol: XIV, 1965, PP. 48-56
- 7- E., Shaw, " Financial Deepening in Economic Development" New York: Oxford University Press: 1973
- 8- Stiglitz, J., and Weiss A., " Credit Rationing in Markets with Imperfect Information " The American Economic Review, VOL. 3, No. 2, June:1981, p393
- 9-Smart S, and Megginson "Introduction to Financial Management" 2<sup>nd</sup>, edit., United States SOUTHERN-WESTERN: 2009, CH.6, 234.

