

جامعة الإسكندرية
ALEXANDRIA
UNIVERSITY



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الثاني ٢٠٠٩



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الثاني 2009



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

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 الابعد 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 الشاطبى - الإسكندرية - جمهوريه مصر العربية.

محتويات العدد

أبحاث في قانون المرافعات:

- ٤٤-١١ دعوى الخلع وسيلة لتحقيق التوازن بين حقوق الرجل والمرأة في اجراءات التقاضى فى مسائل الاحوال الشخصية
أ د / احمد عوض هندی
- ٦٥-٤٥ حكم التحكيم الالكتروني
أ د / احمد عوض هندی
أبحاث في حقوق الانسان:
- ١٢٧-٦٧ ميتافيزيقية حقوق الانسان بين النظرية و التطبيق نظرة مبتدأة
د/ عبدالمنعم درويش
- ١٤٣-١٢٩ الحماية القانونية لحق المرأة فى الانجاب أ د / فتوح عبد الله الشاذلى
أبحاث في القانون الجنائى:
- ٢١٧-١٤٥ تباين الآراء بشأن القصد الجنائى الابدائى د/فتيحة قورارى
- ٢٧٠-٢١٩ اساس وشروط المسؤولية الجنائية للشخص المعنوى دراسة مقارنة
د/ مسعود بو صنوبرة
أبحاث في القانون المدنى:
- ٣٨٨-٢٧١ الالتزام ببذل العناية ةالالتزام بتحقيق نتيجة بين المسئولين الشخصية و الموضوعية دراسة تحليلية قضائية فى القانون الفرنسى والمصرى
د/ اسامة احمد بدر
أبحاث في العلوم المالية والاقتصادية:
- ٤٢٤-٣٨٩ الكفاءة الانتاجية ووسائل تحسينها فى مزارع الارز بمركز ابو حمص
بمحافظة البحيرة
د/ احمد الفيل

دعوى الخلع وسيلة لتحقيق التوازن بين حقوق الرجل والمرأة في إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية

الأستاذ الدكتور / أحمد عوض هندي

أستاذ قانون المرافعات وعميد كلية حقوق الإسكندرية

١- مفهوم دعوى الخلع وأهميتها:

لما كانت الأسرة هي أساس المجتمع ، ولما كان من الضروري حماية الأمومة والطفولة والتوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها في المجتمع ومساواتها بالرجل دون الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية ، فإن المشرع المصري قام بتجميع القواعد الإجرائية في مسائل الأحوال الشخصية في قانون واحد (القانون رقم السنة ٢٠٠٠ بشأن إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية علي هيئة قواعد تقرب القضاء إلى المتقاضين وتقلل نفقاته بصورة تحقق العدالة السريعة ، كما أنه قام بتجميع كافة دعاوى الأحوال الشخصية أمام محكمة واحدة متخصصة هي محكمة الأسرة (القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإنشاء محاكم الأسرة) .

ومن أهم الدعاوى التي استحدثها المشرع - في قانون السنة ٢٠٠٠ دعوى الخلع ، التي يحاول بها المشرع تحقيق التوازن بين حقوق الرجل والمرأة . فإذا كان للزوج أن يطلق زوجته بمحض إرادته ، إن شاء ، فإن الشرع - والقانون - لم يجرم الزوجة أن تفك علاقة الزوجية بإرادتها ، مع تقديم عوض مالي يجب عليها دفعه ويحل للزوج أخذه ، وهو ما يطلق علي الخلع

" والخلع - بضم الخاء - لغة يعنى النزع والإزالة ، وفقها يفيد إزالة عقد الزوج ، أو هو فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع . وجاءت مشروعيته بالقرآن (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) ^١ وبالسنّة ، بالحديث المشهور للبخاري (جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما نقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أنى أخاف الله ، فقال صلى الله عليه وسلم افتردين عليه حديقته ؟ قالت نعم ، فردت عليه فأمره تفارقها " . وكذلك بالإجماع - حيث أجمع العلماء على مشروعية الخلع ^(٢) .

والخلع قانونا دعوى ترفعها الزوجة ضد زوجها إذا بغضت الحياة معه وانه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا يقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، فتفدي نفسها بان تتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وترد عليه الصداق الذي أعطاه لها (على ما يستفاد من نص المادة ٢٠ من القانون رقم ١ السنة ٢٠٠٠) . وبالخلع تقع طلاقه بائنة (المادة ٤/٢٠) بينونة صغرى أي يرفع قيد الزواج في الحال رغما عن الزوج ، ولا نستأنف الحياة الزوجية بعده إلا بعقد جديد ومهر جديد ورضاء جديد ، أي أنه يترتب عليه نقصان عدد الطلاقات ولا يحق للزوج أن يرد زوجته إلى عصمته بمحض إرادته ، فليس له أن يراجعها، ونغدو الزوجة أجنبية عن

^١ من الآية ٢٢٩ سورة البقرة

^٢ إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور - كما أورد ابن حجر في فتح الباري - لدى محمد كمال امام - أحكام الأسرة في الاسلام - دراسة فقهية تشريعية وقضائية - الطلاق والخلع وآثار الفرقة - ٢٠٠٣ - دار الجامعة الجديدة ص ١٧١ ، ١٧٢ .

الزوج، فليس لهما الاستمتاع أو الخلوة ولو في العدة ويمتنع التوارث بينهما حتى لو مات أحدهما في العدة^١.

ويجب ، حتى يقع الخلع ، أن تكون صيغته بلفظ الخلع أو بلفظ متفق معه أو باللفظ الذي يؤدي معناه مثل المباراة أو الفدية^(٢) . وقد يشتهر أمر الخلع على الطلاق على مال ولكنهما يختلفان في أن الخلع يقع بناء على طلب الزوجة بحكم نهائي للقاضي جبرا على الزوج ، أما الطلاق على مال فيقع في جميع الحالات بتراضي الزوجين بحكم يجوز الطعن عليه ، وحكم الخلع يتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على إسقاط حق الزوجة فيه . كما أن التطليق للخلع يختلف عن التطليق للضرر في أن الزوجة ترد لزوجها مقدم الصداق ويسقط حقها في مؤخره، بينما في التطليق للضرر لا تقوم برد المقدم ولا يسقط حقها في مؤخر الصداق، كما أن التطليق للخلع لا تشكو الزوجة ضررا وبالتالي لا تلتزم بإثبات أن الزوج أضر بها عكس التطليق للضرر. وإن كان للزوجة التي أقامت دعوى تطليق للضرر أن تعدل عن طلبها إلى طلب تطليق للخلع على أساس أن ذلك تغيير لسبب الدعوى^(٣) .

^١ انظر محمد كمال امام - أحكام الأسرة في الإسلام - ٢٠٠٣ ، ص ٨٩ ، ٩٠ .

^٢ انظر محمد كمال امام، ص ١٧٦ .

^٣ كما يختلف الخلع عن طلاق المرأة التي بيدها العصمة ، حيث انه في الحالة الأخيرة تقوم المرأة بتطليق نفسها ولا ترد للزوج الصداق ولها الا تنازل عن شيء من حقوقها المالية والشرعية (انظر في ذلك عدلى أمير خالد - الجامع لأحكام وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية ٢٠٠٢ - منشأة المعارف ٢٥٣ ، ٢٥٤ .

ولدعوى الخلع أهمية كبيرة ، ذلك أن أساس الزواج المودة والرحمة ، فإن كره الزوج زوجته كان له أن يطلقها ، أما أن كرهته فلا وتستطيع منه فكأكا - خاصة إذا لم تستطع اثبات أن الزوج أضر بها- وهو ما يجعل الحياة الزوجية جحيما لا يطاق ، وقد لا تأتي محاولات الصلح بينهما بنتيجة ، فيصبح إمساكه للزوجة أضرارا خالصا بها والقاعدة الشرعية أنه لا ضرر ولا ضرار ، لذلك أعطى الشرع - والقانون - للمرأة مكنة الخلع (أن تفتدى نفسها وخلصها بأن ترد للزوج ما دفعه ويرفع عن كاهله عبء أداء أي من الحقوق المالية الشرعية للزوجة من بعد ذلك فيزول عنه بذلك أي ضرر) . ففي الخلع حفظ وصيانة للكرامة المرأة وآدميتها ، وفيه موازنة بين حقوق الزوجين ، وفيه تخفيف شديد عن المرأة ، إذ به تحصل المرأة على حكم نهائي بتطليقها في فترة وجيزة ودون أي صعوبة أو مشقة ، ولا حاجة لإثبات تضررها من زوجها أو إساءة معاملته لها، حيث يكفي أن تقف أمام الماضي وتقرر صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأن لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، مع تنازها عن جميع حقوقها المالية الشرعية (حسب عبارات المادة ٢٠ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠).

على أنه قد تبدو أضرارا للخلع في بعض الحالات، حيث أن أثره يمتد إلى الأطفال، وإذا كان المشرع قد قرر صراحة في المادة ٣/٢٠ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ - أنه لا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم، إلا أن آثار الخلع

تتعدى هذه الأمور المالية، حيث تنهار الأسرة وتنفك مما يضر في الغالب بمصالح الصغار، كما قد يتضرر الزوج أيضا، ذلك أنه إذا كان لا يتضرر ماليا إلا أنه يتضرر عادة - ادبيا واسريا، حيث تنهار أسرته ويتعد عنه أولاده ويفتقد زوجته، لسبب قد لا يكون له يد فيه، خاصة مع سهولة حصول المرأة على الحكم بالخلع، وهو ما يشهد به العمل؛ حيث زادت دعاوى الخلع بدرجة كبيرة ، وهو ما يقتضي أن تبذل المحكمة التي تنظر دعاوى الخلع جهدا كبيرا في محاولة الصلح بين الزوجين (١)'.^١

ومن ناحية أخرى ، فإن الخلع إذا كان مضرا بالرجل، من ناحية الاستقرار الأسري ، فإن المرأة تنظر إلى الخلع - رغم أنه ميزة كبيرة لها - على أنه مضر بها، فهي تتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية مع رد الصداق للزوج - وهو ما تراه المرأة يحقق ضررا شديدا لها ، خاصة إذا لم تكن لها موارد مالية تستطيع أن ترد منها ما أخذته من زوجها ، أو لا تستطيع تحمل فقدان مؤخر الصداق . أو فقدان نفقة الزوجية أو العدة أو المتعة . وهو ما يعنى أيضا أن المرأة التي تكره زوجها لا تستطيع أن تخلعه إذا لم يكن لديها المال الذي يجب عليها رده إلى زوجها.

٢- الاختصاص بدعوى الخلع وإجراءات رفعها:

تختص بنظر دعاوى الخلع محاكم الأسرة التي تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية (المادة ١ من قانون محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤) ، ذلك أن هذه المحاكم تختص ، بصريح نص

^١ تشير الإحصاءات الى ان عدد دعاوى الخلع التي رفعت خلال السنوات الخمس الاولى لتطبيق القانون ٢٠٠٠ - ٢٠٠٤ - بلغت ٦٧٠٠ قضية خلع - تم حل أكثر من ثلثها بطريق الصلح .

المادة ٣ من هذا القانون، دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الاختصاص لها للمحاكم الجزئية والابتدائية وفقا لقانونه ١ لسنة ٢٠٠٠ . فدعاوى الخلع من الاختصاص النوعي لمحاكم الأسرة^١ ، فلا يجوز رفعها أمام أي محكمة أخرى ، ابتدائية أو جزئية ، وإلا وجب على المحكمة أن تحكم بعدم الاختصاص بدعوى الخلع وإحالتها إلى محكمة الأسرة المختصة محليا ، بموجب نص المادة ١١٠ مرافعات، وإلا كان حكمها باطلا، ذلك أن اختصاص محاكم الأسرة بدعاوى الخلع - وبسائر مسائل الأحوال الشخصية - هو اختصاص نوعي مطلق أي يتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفته ولو باتفاق الخصوم.

أما الاختصاص المحلي بدعاوى الخلع فإنه ينعقد لمحكمة الأسرة التي تقع في دائرتها موطن الزوج (المدعى عليه) بموجب المادة ٤٩ مرافعات ، الذي يرسى قاعدة عامة تحكم الاختصاص المحلي بجميع الدعاوى المدنية والتجارية ودعاوى الأحوال الشخصية^(٢). هذا إذا كانت دعوى الخلع هي أول دعوى ترفعها الزوجة على زوجها، أما إذا كانت هناك دعوى مرفوعة بين الزوجين في

^١ تؤلف محكمة الأسرة من دوائر ابتدائية ودوائر استئنافية ، وتشكل الدائرة الابتدائية من ثلاثة قضاة يكون احدهم على الاقل بدرجة رئيس بالمحكمة الابتدائية ويعاون المحكمة خبيران احدهما من الاخصائيين الاجتماعيين والآخر من الاخصائيين النفسيين على ان يكون احدهما على الاقل من النساء ، وتؤلف الدائرة الاستئنافية من ثلاثة مستشارين يكون احدهم على الاقل بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف .

^٢ وبموجب المادة الاولى من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ فإنه بتعيين اعمال احكام قانون المرافعات على مسائل الاحوال الشخصية فيما لم يرد بشأنه نص خالص . وهو ما يعنى خضوع دعوى الخلع لأحكام قانون المرافعات في الاختصاص والاجراءات.

أي مسألة من مسائل الأحوال الشخصية - مثل دعوى الطاعة أو النفقة أو الحضانة، فإن محكمة الأسرة المرفوعة أمامها هذه الدعوى هي التي تختص بنظر دعوى الخلع، ذلك أن المادة ١٢ من قانون محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ تقرر أن محكمة الأسرة المختصة محليا بنظر أول دعوى ترفع إليها من أحد الزوجين تكون مختصة محليا دون غيرها بنظر جميع الدعاوى التي ترفع بعد ذلك من أيهما . ولكن ليس معنى ذلك أن اختصاص محكمة الأسرة التي رفعت أمامها أول دعوى بين الزوجين، بنظر دعوى الخلع من النظام العام، فهذا الاختصاص هو اختصاص محلي، نسبي.

أما إجراءات رفع دعوى الخلع، وذلك في حاله عدم تراضى الزوجين فيما بينهما على الخلع، وحيث تستوفي الدعوى شروط قبولها، فإنها ترفع وفقا للإجراءات التي حددها قانون المرافعات، ذلك أن قانون الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ لم ينص على إجراءات خاصة بدعوى الخلع. والمادة ١ من هذا القانون توجب اعمال أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد بشأنه نص خاص. وبالتالي فإن دعوى الخلع ترفع بإيداع صحيفة قلم كتاب محكمة الأسرة وقيدها. ويجب أن يوقع على صحيفة دعوى الخلع محام ابتدائي، حيث أن المادة ٥٨/٢ من قانون المحاماة توجب توقيع صحف الدعاوى وأوامر الأداء للمحاكم الابتدائية (ومحاكم الأسرة تعد في طبقة المحاكم الابتدائية بالنظر إلى تشكيلها) وبالتالي يلزم توقيع صحف الدعاوى المرفوعة إليها، ومنها دعوى الخلع، من محام إعمالا لحكم المادة ٥٨/٢ محاماة^١. فإذا لم توقع صحيفة دعوى

^١ ويراعى ان المشروع اورد استثناء على هذه القاعدة العامة حيث نص في المادة ١٣ من قانون ١٠ لسنة ٢٠٠٤ على انه

الخلع من محام معتمد امام المحاكم الابتدائية كانت باطلة بطلانا مطلقا، متعلقا بالنظام العام ، وتقضى به محكمة الأسرة من تلقاء نفسها ، وإلا كان حكمها باطلا.

ويجب عند إيداع صحيفة دعوى الخلع قلم كتاب محكمة الأسرة أن تؤدي الزوجة كامل الرسوم المقررة قانونا على دعوى الخلع وان تقدم المستند الدال على ذلك إلى قلم الكتاب حتى يتم قيد الصحيفة، بموجب المادة ٦٥ مرافعات ، ولا يسرى على دعوى الخلع الإعفاء الذي جاء به قانون السنة ٢٠٠٠ وأكده قانون ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بشأن محاكم الأسرة ، بخصوص إعفاء دعاوى النفقات وما في حكمها من الرسوم القضائية ، ذلك أن هذا الإعفاء قاصر على دعاوى النفقات ، وما في حكمها، ودعوى الخلع ليست من ضمن هذه الدعاوى.

وبالنسبة لأهلية الزوجة المطلوبة لرفع دعوى الخلع، فالأصل أنه يجب أن يكون الشخص كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، أى أن يكون بالغاً سن الرشد (وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة) متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه (المادة ٤٤ مدني) وانه لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون (المادة ٤٥) مما يعنى أن الزوجة يجب أن تكون بالغة سن الرشد حتى ترفع دعوى الخلع وألا رفعها عنها الوصي عليها (ولى أمرها) ، إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل، حيث نص في المادة ٢ من قانون ١

يسرى امام محاكم الاسرة فى شأن صحف الدعاوى التى تختص بها المحاكم الجزئية احكام المادة ٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ ، اى انه لا يلزم توقيع محام على صحف الدعاوى التى ترفع الى محاكم الاسرة والتى كانت من اختصاص المحاكم الجزئية ودعوى الخلع لم تكن من الاختصاص الضى للمحاكم الجزئية.

لسنة ٢٠٠٠ أن أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس (منها دعوى التطليق للخلع) تثبت لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعاً بقواه العقلية، (أما التقاضي في مسائل الولاية على المال، فتبقى خاضعة للقاعدة العامة وهي بلوغ سن الرشد). فبلوغ الزوجة - أو الزوج - خمس عشرة سنة يترتب عليه زوال الولاية على النفس ويكون له أن يخاصم بشخصه فيما يتعلق بشئون نفسه^١.

معنى ذلك أن للزوجة التي هي دون سن الرشد، أن ترفع دعوى الخلع وتكون دعواها مقبولة وإجراءاتها صحيحة، ولا يقدر في ذلك أن في الخلع معنى التبرع وبالتالي يجب أن تكون الزوجة أهلاً للتبرع، ذلك أن الخلع هو في حقيقته بالنسبة للمرأة معاوضة، وإن كان فيها شبهة التبرعات، ذلك أن المرأة تلتزم هي أو غيرها بدفع عوض أو هي حقيقة ترد ما أخذته ولا تدفع شيئاً إضافياً أو مبلغاً زائداً على ما أخذته، أما النفقة - بأنواعها الثلاثة - فيسقط حقها فيها بإرادتها، وعلى أي الأحوال لا يشترط أن يكون التعويض نقوداً وإنما كل مال متقوم يصح أن يكون بدلاً للخلع^٢. أما إذا كانت الزوجة محجوراً عليها لسفه أو مرض، فإن دعوى الخلع ترفع من الوصي عليها أو القيم، أي من الممثل القانوني عليها.

^١ نقض ١٩٩١/٢/٥ صعن ١٠٤ لسنة ٥٩ ق الأحوال شخصية، ونقض ١٩٨٢/٢/١٦ طعن ١ لسنة ٥١ ق الأحوال شخصية، وهو ما يتفق مع الراجح من المذهب الحنفي - أبو يوسف و محمد.

^٢ انظر كمال امام - احكام الاسرة في الاسلام - ٢٠٠٣ ص ١٧٢.

ويجب أن تتضمن صحيفة دعوى الخلع بيانات معينة، وهي البيانات التي تطلبها المادة ٦٣ مرافعات . فيجب ذكر اسم الزوجة- المدعية بالخلع - ولقبها ومهنتها وموطنها الأصلي والمختار، وإلا كانت الصحيفة باطلة. كما يجب ذكر اسم الزوج المدعى عليه في دعوى الخلع ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه (الذي هو عادة موطن الزوجة) وإلا كانت صحيفة دعوى الخلع باطلة . فالزوج والزوجة (بالإضافة إلى بدل الخلع وصيغة الخلع) من أركان الخلع الأربعة، ويشترط في الزوج أن يكون ممن يصح طلاقه أي أهلا لإيقاع الطلاق، وإلا رفعت الدعوى ضد ممثله القانوني. ويجب كذلك أن تتضمن صحيفة دعوى الخلع تاريخ إيداعها قلم كتاب محكمة الأسرة وقيدتها بالجدول، وتبدو أهمية الإيداع في أن شروط قيام العلاقة الزوجية يجب أن متحققة في هذا التاريخ ، إذ لا يصح الحكم بالخلع لزوج مرتد، أو لمطلقة طلاق بائن. كذلك من بيانات صحيفة دعوى الخلع بيان تاريخ رفعها ، على أن عدم ذكر التاريخ لا يبطل الدعوى . كذلك من بيانات صحيفة دعوى الخلع بيان المحكمة المرفوع أمامها الدعوى ، ولا يجب تحديد رقم الدائرة التي تنظر الدعوى^١.

وبالإضافة إلى هذه البيانات ، الشكلية التقليدية ، يجب أن تتضمن صحيفة دعوى الخلع وقائع دعوى الخلع وطلبات الزوجة وأسانيدها . ويقصد بوقائع دعوى الخلع العناصر والظروف الواقعة التي دعت الزوج إلى رفع دعوى الخلع ، ولا يشترط لطلب الزوجة التطليق خلعا أن

^١ انظر هشام زوين - دعوى الخلع - ٢٠٠٥ ، ص ٣٢ وما بعدها .

يحدث بها الزوج ضرراً ما ، فلا تلتزم الزوجة ببيان الضرر - إن وجد - في صحيفة دعواها ، فيكفي أن تقرر صراحة- بصحيفة الدعوى ثم أمام المحكمة - أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وأنها تخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، فالدفع بانعدام الضرر الحاصل من جانب الزوج المدعى عليه لا تدفع به دعوى الخلع (١) فالخلع ليس قريناً لخطأ الزوج وسوء معاشرته الزوجية وإنما هو حاصل البغض النفسي الذي تكنه الزوجة^٢ ولا تلتزم الزوجة بتوضيح سبب هذا البغض (سواء كان سببه عدم التوافق العاطفي أو الجسدي أو خلافات مالية أو عائلية أو عدم ارتياح الزوجة لزوجها لأي سبب تراه) فسبب دعوى الخلع الذي تلزم الزوجة بذكره في صحيفة دعواها وتصر عليه أمام المحكمة مجرد بغضها الحياة مع زوجها مما يخشى معه ألا تقيم حدود الله (٣) فمحكمة الخلع لا تبحث في أسباب قانونية أو مشروعية معينة أو أضرار محددة وإنما ينحصر دورها في محاولة الصلح بين الزوجين فإن أخفقت وتوافرت شروط الخلع حكمت به(٤).

^١ محكمة المنصورة الكلية - ثان - في ٢٤ / ١٢ / ٢٠٠٠ - في الدعوى رقم ١٨٧٢ لسنة ٢٠٠٠ وكلية شمال الجيزة في ٢٠٠١/١١/١ في الدعوى ٩١٥ لسنة ٢٠٠١ . وكذلك كلية قليب في ٢٠٠١/١٢/٢ في الدعوى ٤٩٢ لسنة ٢٠٠١ . وكلية شمال الجيزة ٤/٤/٢٠٠٢ - في الدعوى رقم ٥٤٥ لسنة ٢٠٠١ وكذلك في ٢٢/٥/٢٠٠٠ في الدعوى رقم ٧٧٥٦ لدى هشام زوين ، ص ٤٥ وبعدها..

^٢ كلية الجنوب القاهرة في ٢٦/١/٢٠٠٢ - في الدعوى رقم ١٤٩٢ لسنة ٢٠٠٠ .

^٣ كما ان الزوجة غير ملزمة ببيان سبب هذا البغض أمام مكتب تسوية المنازعات الاسرية ولا للمحكمين .

^٤ كلية جنوب الجيزة في ٢٤ / ٤ / ٢٠٠٢ في الدعوى رقم ١١٩١ لسنة ٢٠٠١ .

٣- شروط قبول دعوى الخلع:

يشترط لقبول دعوى الخلع ، مثل سائر الدعاوى ، أن يكون لرفعها مصلحة من وراء رفعها وان يكون ذا صفة ؛ على ما يستفاد من المادة ٣ مرافعات، باعتبار أن شرطا المصلحة والصفة هما الشروط العامة المطلوبة لقبول أي دعوى، فيجب أن تعود على الزوجة منفعة من رفعها دعوى الخلع.

وتتمثل المصلحة أو المنفعة في أن الزوجة بطلبها الخلع تدفع عنها ضرر ، ضرر بغضها لزوجها وضرر خشيه الوقوع في المعصية ، فالزوجة نحصل على حكم بتطليقها خلعا لأنها تبغض الحياة مع زوجها وتحشى بسبب هذا البغض ألا تقيم حدود الله ، فيجب على الزوجة أن تصرح بذلك في صحيفة الدعوى وأمام القاضي ، بصريح نص المادة ٢٠ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ وإلا كانت دعواها غير مقبولة . كما يجب أن تكون ذات صفة في رفع الدعوى ، أي يجب أن ترفع الدعوى من الزوجة ذاتها أن كانت كاملة الأهلية أو اتمت خمس عشرة سنة ميلاديه كاملة (المادة ٢ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠) ، وإلا رفع الدعوى عنها يمثلها القانوني ، الوصي أو القيم. أما غير هؤلاء فلا تقبل منه دعوى خلع زوجة.

وبجانب هذه الشروط العامة لقبول دعوى الخلع ، يجب أن تعرض دعوى التطليق خلعا أولا على مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختص، على ما أوضحت المادة ٦ من قانون محاكم الأسرة (رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤) ، فيتعين على الزوجة ، قبل رفع دعوى الخلع ، أن تتقدم بطلب

لتسوية النزاع بينها وبين زوجها إلى مكتب التسوية المختص وان تثبت أنها قامت بذلك في صحيفة دعوى الخلع وإلا كانت دعواها بالخلع غير مقبولة ، وإذا قدمت الزوجة أثناء نظر دعوى الخلع أي طلب أو اقامت أي دعوى فرعية وجب عليها أن تطرح هذا الطلب أو تلك الدعوى الفرعية أولاً على مكتب تسوية المنازعات الأسرية وإلا كانت غير مقبولة أمام محكمة الأسرة ، على أنه إذا رفعت الدعوى مباشرة إلى محكمة الأسرة فإن للمحكمة بدلاً من الحكم بعدم قبولها أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المكتب المختص للقيام بمهمة التسوية بصريح نص المادة ٦ ، وذلك لسرعة الفصل في النزاع بين الزوجين واختصار الوقت والتسهيل على المتقاضين ، على أن الإحالة إلى مكتب التسوية بدلاً من الحكم بعدم قبول دعوى الخلع هو أمر جوازي لمحكمة الأسرة . ولكن إذا قضت المحكمة بعدم قبول دعوى الخلع ، فإن للزوجة رفعها مرة ثانية أمام المحكمة وذلك إذا كانت قد تقدمت بطلب لتسوية النزاع إلى مكتب التسوية المختص .

ومكتب تسوية المنازعات الأسرية ، الذي يتبع وزارة العدل ويشكل بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية ، بشكل من عدد كاف من الإخصائيين القانونيين والاجتماعيين والنفسيين ، ويرأسه أحد ذوى الخبرة من القانونيين أو من غيرهم من المتخصصين في شئون الأسرة ، ومهمة المكتب الأساسية بذل مساعي التوفيق بين الزوجين بهدف الوصول إلى الصلح أن أمكن ، وذلك في مرحلة سابقة على رفع دعوى الخلع . وتقوم هيئة المكتب بالاجتماع بالزوجين وسماع أقوالهم وتقريب وجهات النظر المتعارضة وفي هذه المرحلة للزوجة أن تفصح عن السبب الحقيقي

لدعوى الخلع ولها أن تكتفي بالسبب العام (بغض الزوج وخشية ألا تقيم حدود الله). ويقوم المكتب بتبصرة الزوجين بجوانب النزاع المختلفة وآثاره على علاقتهم وبيان عواقب التمادي في النزاع على الزوجين وما بينهما من أولاد ومحاولة تسوية النزاع صلحا بينهما^(١)، مما يحافظ على كيان الأسرة ويخفف العبء عن محاكم الأسرة. ويجب على مكتب التسوية أن ينتهي من مهمته خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم الطلب إليه ولا يجوز تجاوز هذه المدة إلا باتفاق الخصوم، وان كان هذا الميعاد يعتبر ميعادا تنظيميا لان المشرع لم يرتب جزاء على مخالفته. وإذا انتهى المكتب إلى تسوية النزاع بين الزوجين صلحا تولى رئيسته إثبات الصلح في محضر يوقعه اطراف النزاع ويلحق بمحضر الجلسة التي تم فيها ويكون لهذا المحضر قوة السندات التنفيذية وينتهي به النزاع في حدود ما تم يصلح فيه ولا يعد من حاجة للجوء إلى محكمة الأسرة.

أما إذا فشل المكتب في مهمته فإنه يتم تحرير محضر بما تم أمام المكتب يوقعه أطراف النزاع أو الحاضرين عنهم، ويرفق به تقارير الإخصائين وتقرير من رئيس المكتب بالطلب وما تم بشأنه والنتيجة التي تم التوصل إليها وترسل هذه الأوراق إلى قلم كتاب محكمة الأسرة المختصة التي ترفع إليها الدعوى للسير في إجراءات دعوى الخلع.

وإذا كان قانون محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ أوجب عرض النزاع أولا على مكتب تسوية المنازعات الأسرية وإلا كانت دعوى الخلع غير مقبولة، وذلك بمحاولة تسوية الخلاف

^١ انظر سحر عبد الستار، محكمة الاسرة، ٢٠٠٥، دار النهضة، ص ١٢٦ وبعبءها.

بين الزوجين صلحا، ، فإن القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أوجب على محكمة الأسرة أن -
تواصل مساعي الصلح بين الزوجين قبل الحكم في دعوى الخلع، فالمادة ٢/٢٠ تقرر صراحة أن
المحكمة لا تحكم بالتطبيق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين . فليس معنى فشل
مساعي مكتب تسوية المنازعات في التوفيق بين الزوجين أن تتوقف محكمة الأسرة عن محاولة
الصلح بينهما ، إنما يجب عليها أن تعاود محاولة الصلح على أمل تسوية النزاع وديا . وعدم
محاولة محكمة الأسرة الصلح بين الزوجين يعنى بطلان حكمها ، ولا يعنى عدم قبول دعوى
الخلع . على أنه يكفي محاولتها الصلح بين الزوجين ، ذلك أن دور محكمة الأسرة ينحصر في
هذه المحاولة ويجب أن تقوم المحكمة بنفسها بمحاولة الصلح ولا يجوز لها أن توكل تلك المهمة
إلى جهة أخرى ، مثل النيابة ، وإن جاز لها أن تكلف النيابة بسماع الشهود أو إجراء تحقيق
في مسائل الأحوال الشخصية ، وتستكمل هي باقي الإجراءات وتتابع الصلح بنفسها . فإن
أخفقت المحكمة وتوافرت شروط الخلع حكمت به دون أي بحث في أسباب قانونية أو
مشروعية معينة أو أضرار محددة^(١)،

ويتعين على المحكمة اثبات الدور الذي قامت به في محضر الجلسة في أسباب الحكم باعتبار
أن هذا الأجراء ، أي التدخل لإنهاء النزاع صلحا ، هو إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق

^١ كلي قلوب ٢/١٢/٢٠٠١ في الدعوى رقم ٤٩٢ لسنة ٢٠٠١ .

بالنظام العام وان مخالفة ذلك يترتب عليه بطلان الحكم^(١) ، ويجب على المحكمة أن تبذل جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك ، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد عن ستين يوما ، على ما أوضحت المادة ٢/١٨ التي أحالت اليه المادة ٢/٢٠ . وان كان العمل يشهد بأن محاولات المحكمة الصلح بين الزوجين هي في الغالب محاولات صورية ، استيفاء للشكل فقط.

ولا يقتصر دور المحكمة على محاولة الصلح ، ببذل الجهد مرة أو مرتين ، وإنما يجب عليها كذلك أن تندب حكمين لموالاته مساعي الصلح بين الزوجين، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر - على ما قررت المادة ٢/٢٠ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠، ويجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكما من أهله - قدر الإمكان- في الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عنيت المحكمة حكما عنه. وعلى الحكمين المثلث أمام المحكمة الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلاصا إليه معا، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر عنهما بعد حلف اليمين (المادة ١/١٩ ، ٢ التي أحالت إليها المادة ٢/٢٠) ، ويراعي أن رأى الحكمين لا يلزم محكمة الأسرة ، على ما أشارت المادة ٣/١٩ - (للمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو أقوال

^١ نقض ٢٠٠٠/٢/٢٢ طعن رقم ٤٦١ لسنة ٦٤ ق " احوال شخصية "

أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى للحكم في الدعوى (خاصة في دعوى التطلق والطلاق ، أما في دعوى الخلع، فإن للمحكمة أن تأخذ برأيا الحكّمين أو لا تأخذ به، في محاولة الصلح بين الزوجين ، وليس في الحكم في دعوى الخلع ، ذلك أنه إيا كان رأى الحكّمين أو قناعة المحكمة فإنها يجب أن تقضى بالخلع طالما أصرت عليه الزوجة واستوفت دعوها شروطها. فسلطة المحكمة تقف عند التحقق من شروط دعوى الخلع ، وعند محاولة الصلح بين الزوجين بنفسها، ومن خلال حكّمين ، ويبقى الرأى النهائى للزوجة ، أن شاءت تصالحت مع زوجها ، وان شاءت أصرت علي خلعه ، فتحكم لها المحكمة بذلك.

٤ - إجراءات نظر دعوى الخلع والفصل فيها:

بعد عرض النزاع في مكتب تسوية المنازعات دون جدوى ، وبعد رفع دعوى الخلع وتحديد جلسة لنظرها، وبعد أن تحاول محكمة الاسرة بذاتها إجراء الصلح بين الزوجين ، ثم موالاة مساعي الصلح عن طريق حكّمين منتدبين ، ومع إصرار الزوجة على دعواها بالخلع، تحدد المحكمة جلسة لنظر الدعوى ، وذلك في مقر محكمة الأسرة ، الذي يكون في مكان منفصل عن أماكن انعقاد جلسات المحاكم الأخرى بعيدا عن أجواء تلك المحاكم ، بحيث، يغلب على مقر محكمة الأسرة الراحة والهدوء للحفاظ على كيان الأسرة وتجنب انعكاس الآثار السيئة والسلبية على الصغار، على ما أوضحت المادة ١٠ من قانون ١٠ لسنة ٢٠٠٤. وتعقد الجلسات سرية ، فلمحكمة الأسرة أن تقرر نظر المسائل المتعلقة بالأموال الشخصية مراعاة

لاعتبرات النظام العام أو الآداب في غرفة المشورة وبحضور أحد أعضاء النيابة العامة متى كانت ممثلة في الدعوى (المادة ٥ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠) سواء جميع الجلسات أو بعضها ، أي أن المشرع جعل الأمر خاضعا لتقدير المحكمة ، فسرية جلسات دعاوى الأحوال الشخصية - ومنها دعوى الخلع - أصبحت جوازيه لمحكمة الأسرة وخاضعة لسلطاتها التقديرية^(١) وتتحقق السرية بنظر الدعوى في غرفة مشورة ، فيجب نظرها في حجرة المداولة بحضور الخصوم ومحاميهم فقط^(٢) ويمكن أن تقرر سرية الجلسة عند نظر الدعوى المبتداه أو عند نظر الطعن^(٣) . وإذا كانت دعوى الخلع يمكن أن تنظر - أو تنظر عادة في جلسات سرية- إلا أن النطق بالحكم فيها يجب أن يكون في جلسة علنية بصريح نص المادة ٥ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ .

ويراعى أن محكمة الأسرة تنظر الدعوى وفقا للإجراءات والقواعد التي تضمنها قانون المرافعات ، ذلك أن أحكام قانون المرافعات تطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص. في قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية (المادة ١/١ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠) . وبالتالي تنظر دعوى الخلع في جلسات سرية عادة ، وبعد محاولات الصلح بمعرفة المحكمة وبمعرفة الحكمين ، ويمكن تأجيل الدعوى لجلسات تالية لأي سبب تراه المحكمة أو يتمسك به

١ نقض ٢٠٠٣/٣/٨ طعن ٣٤٥ لسنة ٧١ ق " احوال شخصية " .

٢ نقض ١٩٩١/١/٢٢ طعن ١٤٦ لسنة ٦٠ ق .

٣ نقض ١٩٩٤/٥/٣١ طعن ٢١١ لسنة ٦٠ ق " احوال شخصية " ، سحر عبد الستار ، محكمة الاسرة ، ٢٠٠٥ ص

الخصوم ، أو ينص عليه المشرع ، وللخصوم الاستعانة بمحام ، وإذا تغيب الخصوم جميعا كان للمحكمة شطب دعوى الخلع ، ويمكن وقف دعوى الخلع بإتفاق الخصوم أو للفصل في مسألة أولية أو وقفا جزائيا أو قانونيا، كما تنقطع دعوى الخلع بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهليته أو بزوال تمثيله القانوني ، وتحسب المواعيد على النحو الذي أوضحه قانون المرافعات ، ويضاف إليها ميعاد مسافة ، وتمتد للعطلة الرسمية.

وبالإضافة إلى ذلك فإن المشروع نص على قواعد خاصة في نظر دعاوى الأحوال الشخصية ومنها دعوى الخلع (بجانب جواز نظرها بطريقة سرية ، وضرورة محاولة الصلح والاستعانة بحكمين) . ولعل من أهم هذه القواعد أن لمحكمة الأسرة الاستعانة بخبيرين اجتماعي ونفسي يكون أحدهما على الأقل من النساء ، على ما يستفاد من المادة ١١ ، ١ ، ٢ من قانون ١٠ لسنة ٢٠٠٤ ، وذلك حتى تتمكن من الوقوف على أساس وطبيعة الخلاف وحل أطراف الخصومة فيكون حكمها نابعا من الواقع الفعلي لا ما يصوره الخصوم لها ، ومن ثم يجيء حكمها عنوانا للحقيقة الواقعية والقانونية^(١).

كذلك فإن المشرع استحدث مفهوما جديدا لدور القاضي في خصومه الأحوال الشخصية ، حيث حرص على تعزيز دور القاضي، فقرر في المادة ٤ / ١ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ أن يكون للمحكمة في إطار تهيئة الدعوى للحكم تبصره الخصوم في مواجعتهم بما يتطلبه

^١ المذكرة الايضاحية للقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ .

حسن سير الدعوى ، ومنحهم أجلا لتقديم دفاعهم . وهو ما يعنى أن محكمة الأسرة وهي تنظر دعوى الخلع تمارس دورا إيجابيا يتمثل في تبصرة الخصوم في مواجهتهم بما تراه متعلقا بالمسألة المطروحة من تكييف أو مواد القانون التي لم يتناولها الخصوم في دفاعهم ويتطلبها في نفس الوقت حسن سير الدعوى ، فللقاضى تكييف الدعوى على أنها تطليق للضرر وليست دعوى خلع ، أو العكس ، إذا وجد ما يبرر ذلك، لان التكييف هو عمل قانوني من مهمة القاضي ، كما أن له لفت نظر الخصوم إلى نص لم يتناوله في دفاعهم ويحتل تأسيس الحكم عليه، ولكن يجب عليه هنا تمكينهم من إعادة تنظيم دفاعهم على أساسه ويجب عليه أن يعطيهم أجلا مناسباً ، بناء على طلبهم ، لتقديم ملاحظاتهم، حتى لا يفاجيء الخصوم بحل لم تتح لهم فرصة مناقشته مسبقاً^(١).

وبعد نظر دعوى الخلع على ضوء كل ذلك، تنتهي المحكمة إلى إصدار حكمها في الدعوى، مع مراعاة أن سلطتها مقيدة، وأنها يجب أن تقضي بالخلع طالما أن الزوجة أصرت عليه وقررت صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله، بسبب هذا البغض على ما قررت المادة ٢٠ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠، وذلك دون التزام عليها بأن تثبت أي ضرر لحق بها^(٢) (ودون حاجة لمواقفه الزوج)

^١ انظر احمد خليل - خصوصيات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية ٢٠٠٠ ، دار المطبوعات الجامعية - ص ١٤٠ - ١٤٣ .

^٢ كل الجيزة في ٢٤/٤/٢٠٠٢ في الدعوة رقم ١١٩١ لسنة ٢٠٠١ .

ودون أي التزام عليها ببيان الأسباب التي أدت إلى بغضها للحياة مع زوجها^(١) كما لا تلتزم بأن تأتي بأى شهود على أقوالها ، فيكفي إصرارها على الخلع ورفضها لمحاولات الصلح التي تقوم بها المحكمة والحكمان .

٥- الحكم في دعوى الخلع وأثارة والطعن فيه:

إذا تحققت شروط الخلع ، وكانت الزوجة^(٢) - قبل رفع دعوى الخلع - قد قدمت طلبا إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية ، فلم تسفر جهود المكتب عن تسوية النزاع مع زوجها وديا ، وأصررت على استكمال السير في النزاع أمام محكمة الأسرة ، التي حاولت الصلح بين الزوجين ، واستعانت بحكمين ، ولم تفلح في التسوية الودية، وأصررت الزوجة على طلب التطليق خلعا،

^١ كلى المنصورة ثان في ٢٤/١٢/٢٠٠٠ في الدعوى رقم ١٨٧٢ لسنة ٢٠٠٠

^٢ يستوى ان تكون الزوجة مدخولا بها او غير مدخول بها ، اذ التطليق خلعا هو حق للمرأة المتزوج سواء دخل بها او لا ، فالنص صريح عام مطلق واستحالة العشرة لا يشترط الدخول فهو متصور قبل الدخول او بعده (هشام زوين ص ٨٨ ، ٧٨) . اما المتزوجة عرفيا فيجوز لها طلب التطليق خلعا اذا لم ينكر الزوج المدعى عليه قيام العلاقة الزوجية ، فذلك ما يفهم من عبارة المادة ٢/١٧ من قانون لسنة ٢٠٠٠ (لا تقبل عند الانكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية) اى انه في حالة عدم انكار الزوج للزواج العرفي تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج ، ومنها دعوى التطليق خلعا ، واذا اعلن الزوج بدعوى زوجة عرفية ، فلم يحضر . فإن ذلك لا يعتبر انكارا يحول دون سماع دعوى الخلع ، اذ الانكار يقتضى الحضور . ولا ينسب لساكت قول . اما اذا كان الزواج العرفي ثابتا بأى كتابة وأنكر الزوج قيام العلاقة الزوجية ودفع بعدم سماع دعوى الخلع ، فإنه استنادا الى نهاية الفقرة الثانية من المادة ١٧ (تقبل دعوى التطليق او الفسخ بحسب الاحوال دون غيرهما اذا كان الزواج ثابتا بأى كتابة) فيمكن القول ان دعوى التطليق خلعا تقبل من المتزوجة عرفيا رغم انكار الزوج للعلاقة الزوجية لان الخلع في نهاية المطاف تطليق ، ولما كانت دعوى التطليق مقبولة ، رغم انكار الزوج للعلاقة الزوجية وانه يكفي لقبولها- لسماعها - ان يكون الزواج ثابتا بأية كتابة (انظر هشام زوين ، ص ٩٧-٩٩)

بأن قررت صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وانه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، فإن المحكمة تلتزم بأن تقضى بالتطليق خلعا بشرط أن تتنازل الزوجة عن جميع حقوقها المالية الشرعية وترد على زوجها الصداق الذي أعصاه لها، كما يستفاد من المادة ١/٢٠ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠.

فحتى تحكم المحكمة بالخلع يجب على الزوجة أن تتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية - فلا يكون لها أن تطالب بنفقة زوجية أو نفقة عدة أو نفقة متعة^(١) كما يجب عليها أن ترد الصداق .الذي أعطاه الزوج لها ، فهي - بعبارة المشرع - تفتدى نفسها (المادة ١/٢٠) .. مع مراعاة أن الخلع لا يسقط إلا حقوق الزوجة المالية فهو لا يسقط حقها في حضانة الصغار، كما لا يسقط أي حق من حقوق الصغار أو نفقتهم (بصريح نص المادة ٣/٢٠) ، فهي تفتدى نفسها بالتنازل عن حقوقها هي فقط ، الحقوق المالية ، أما حقوق الصغار فلا يجب المساس بها، حرصا على مصالحهم وصونا لحقوقهم . ويجب أن يتم تنازل الزوجة عن حقوقها المالية أما في صحيفة الدعوى أو بالإقرار الصريح أمام محكمة الأسرة ويثبت في محضر الجلسة، أي بناء على أقرار من تلقاء نفس الزوجة أو بناء على سؤال من المحكمة إلى الزوجة وهي ماثلة أمامها عن إقرارها بتنازلها عن جميع حقوقها المالية والشرعية . أي أن هذا التنازل يجب أن يتم دائما قبل صدور الحكم بالخلع ، وعن جميع هذه الحقوق وإلا قضى برفض دعوى الخلع.

١ محمد مكال امام - احكام الاسرة في الاسلام ، ٢٠٠٣ ، ص ١٧٣ .

وتشمل حقوق الزوجة التي يجب أن تتنازل عنها بجانب نفقة الزوجية أو العدة أو المتعة ،
تنازلها كذلك عن مؤخر الصداق ، وليس لها أن تطالب بعد ذلك بأى من هذه الحقوق المالية
أما مقدم الصداق أو المهر فيجب على الزوجة رده قبل الحكم بالخلع ، فرد مقدم المهر الذي
قبضته الزوجة أحد شروط الحكم بالتطليق خلعا ، فالمهر جزء من الافتداء الذي تقدمه للزوج
وإلا رفضت المحكمة الحكم لها بالخلع.، ويقصد بالمهر الذي يجب على الزوجة رده المهر
الحقيقي ،، الذى دفعه. الزوج فعلا لزوجته ، أيا كانت طبيعته (نقدا أو عينا) وأيا كانت حلته
(دفع بالكامل أو قسم لمقدم ومؤخر، فهنا تعيد المقدم وتتنازل عن المؤخر) .

وإذا كان الثابت بوثيقه الزواج اقل من المهر الحقيقي - كما هو شائع : فإنه إذا كانت
الزوجة تلتزم أصلا برد المهر الثابت بوثيقة الزواج ، وان كان مهرا صوريا، فإن للزوج أن يدفع
بصورية المهر (لأنه يدعى خلاف الثابت أصلا) ويطلب إحالة الدعوى التحقيق لإثبات المهر
الحقيقي الذي قبضته الزوجة ، فهذا هو الراجح في المذهب الحنفي (الذي يعمل به فيما لم يرد
في شأنه نص في قوانين الأحوال الشخصية) ، وهو ما تتجه إليه المحاكم عملا ، حيث تحيل
الموضوع للتحقيق ليثبت الزوج بكافة طرق الاثبات بما فيها البيئة وشهادة الشهود حقيقة المهر
المدفوع للزوجة^(١).

^١ ولا يعتد هنا بما ذهبت اليه المذكرة الايضاحية من انه (اذا كان الصداق - المهر - مسمى فى العقد ولكن الزوج ادعى
انه دفع اكثرمنه الزمت المحكمة الزوجة برد القدر المسمى والثابت بوثيقة الزواج ، وانفتح الطريق للزوج ان يطالب بما
يدعيه بدعوى مستقلة اما المحكمة المختصة) ، انظر هشام زوين - دعوى الخلع ، ٢٠٠٥ ، ص ٦٢-٦٤ وكذلك
انظر ص ٧٨ وبعدها.

ويعتبر رد الزوجة لمقدم الصداق (المهر) شرطا للحكم بالخلع، فيجب على الزوجة قبل صدور الحكم أن ترد لزوجها المهر أما بعرضه عرضا قانونيا أمام المحكمة - بالجلسة ويثبت في محضرها - أو بإنذار على يد محضر ، فذلك شرط للحكم بالخلع ، ولكنه ليس شرطا لقبول دعوى الخلع . والأصل أن الزوجة تلتزم برد المهر فقط دون منقولات الزوجية ، فالمهر هو المال الذي يدفعه الزوج حقا خالصا للمرأة بمقتضى عقد الزواج لقاء حل الاستمتاع ، والمنقولات ملك المرأة وحدها فلا حق للزوج في شيء منها وله فقط الانتفاع بإذنها ورضاها، فالزوج هو الذي يعد هذه المنقولات بحسب الأصل ليس باعتبارها جزءا من المهر والزوجة لا تلتزم بردها ، وكل ما للزوج أن يطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت أن المنقولات هي المهر وبالادنى جزء منه، حتى تلتزم الزوجة بردها ، ويقع عبء إثبات طبيعة المنقولات وهل كانت جزءا من المهر أم لا ، على عاتق الزوج وفقا لارجح الأقوال في مذهب أبو حنيفة ^(١) أما الشبكة أو هدايا الخطبة أو الهبات فليست جزءا من المهر حيث لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية وإنما تعد من قبيل الهبات وتخضع لأحكام الهبة المنصوص عليها في القانون المدني - المادة ٥٠٠ وبعدها ^(٢) ، فهي ليست جزءا من المهر ^(١) ، وبالتالي لا تلتزم الزوجة بردها.

^١ انظر هشام زوين - دعوى الخلع ، ص ٨١ ، ٨٢ .

^٢ قررت المادة ٥٠٠ مدني انه اذا لم يقبل الموهوب له الرجوع في الهبة جواز للواجب ان يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك الى عذر مقبول ان يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع . ووضحت المادة ٥٠٢ انه يرفض طلب الرجوع في الهبة اذا وجد مانع من الموانع الآتية : اذا كانت الهبة من احد الزوجين للاخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية .

وإذا قضت محكمة الأسرة بتطليق الزوجة خلعا فإنه تترتب على هذا الحكم عدة آثار :

أهمها أنه تقع به طلاقه بائنة، بصريح نص المادة ٤/٢٠ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠، وبالتالي يرفع قيد الزواج في الحال ولا تستأنف الحياة الزوجية بعده إلا بعقد جديد ومهر جديد ورضاء جديد ، وهي بينونة صغرى ، إذ هو طلاق يزيل عقد الزواج ولا يرفع حل المرأة ، حيث يجوز للزوج أن يعود لزوجته في العدة وبعدها ولكن ليس له أن يردّها ، فلا بد من عقد جديد بكل شروط انعقاده وصحته ولزومه ونفاذه ، والمطلقة بائنا تعد أجنبية عن المطلق فليس لهما الاستمتاع أو الخلوة ولو في العدة^(٢) ويجب على الزوجة المخلوعة أن تغادر منزل الزوجية، لأنها لم تعد زوجة، ولكن إذا كانت حاضنة فأنها تبقى بمنزل الزوجية بصفتها حاضنة للصغار لا أكثر، أي تطبق الأحكام الخاصة بحضانة الصغار ومسكن الحضانة^(٣) ذلك أن مسكن الحضانة هو جزء من النفقة المستحقة للصغار ، وهذه النفقة لا تسقط نتيجة الخلع ، لأنها حق للصغار لا للزوجة ، كما أن حق الزوجة في حضانة الصغار لا يسقط بالخلع ، بصريح نص المادة ٣/٢٠ . كذلك من آثار الحكم بالخلع سقوط كل الحقوق المالية الشرعية للزوجة ، فيسقط حقها في المهر ، كما تسقط النفقة المستحقة لها على الزوج سواء كانت نفقة زوجية أو

١ انظر نقض ١٩٨٩/١١/١٦ طعن ١١٩٤ لسنة ٥٩ق - وكذلك نقض ١٩٧٤/٥/٢٦ طعن ٦٢ لسنة ٣٩ ق -

هشام زوين ص ٨٢ .

٢ محمد كمال امام - احكام الاسرة في الاسلام - ٢٠٠٣ ص ٨٩ .

٣ هشام زوين - دعوى الخلع ، ٢٠٠٥ ، ص ٨٨ ، ٨٩ .

نفقة عدة (نفقه سنة من تاريخ الطلاق ما لم تتزوج قبل ذلك) أو نفقة متعة (نفقه سنتين على أكثر وبمراعاة حالة المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق)^(١) فلم يعد لها أي حق من هذه الحقوق . كذلك يسقط حقها في مؤخر الصداق، ويجب عليها أن تعيد مقدمه على النحو الذي أوضحناه سلفا . وبالتالي ليس للزوجة أن تطالب بأي من هذه الحقوق المالية الشرعية بعد ذلك ، وان رفعت دعوى بأي منها ترفض دعواها لسبق تنازلها عن هذه الحقوق ، فهي قد افتدت . نفسها بهذا التنازل.

أما من ناحية الطعن في حكم الخلع ، فإننا المشرع نص صراحة على أن الحكم في جميع الأحوال يكون غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن (المادة ٥/٢٠) ، ذلك أنه كان من المنطقي وقد قام الحكم في شأن الخلع على أنه لا يقضى به إلا بعد أن تبذل المحكمة غاية جهدها في الصلح بين الزوجين فلا توفق في إتمامه ثم يكون رد الزوجة لمقدم الصداق الذي دفعه لها زوجها وتنازلها عن حقوقها الشرعية المالية ، ثم بعد ذلك تقرر ببغضها الحياة معه وخشيته ألا تقيم حدود الله ، كان من المنطقي بعد ذلك كله أن يكون الحكم الصادر بالتطبيق غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن ، لأن فتح باب الطعن في هذه الحالة لا يفيد إلا في تمكين من يريد الكيد لزوجته من إبقائها معلقة أثناء مراحل التقاضي التالية لسنوات طويلة دون مسئولية عليه حياها بعد أن رفع عنه أي عبء مالي كاتر لتطليقها، وهذا التقرير في

^١ انظر محمد كمال امام ، ص ١٩٥ وبعدها ، ص ١٩٩ وبعدها.

قصر التقاضي في هذه الحالة على درجة واحدة يستند إلى ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا من أن قصر التقاضي على درجة واحدة هو ما يستقل به المشرع ويرد النص به موافقا أحكام الدستور^(١). وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في حكمها بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/١٧ ، حيث قررت دستورية نص المادة ٥/٢٠.

وبذلك جعل المشرع التقاضي في دعاوى الخلع على درجة واحدة فقط، أمام الدوائر الابتدائية بمحاكم الأسرة ، وبالتالي لا يجوز الطعن في الحكم الصادر في دعوى الخلع ، سواء بالخلع أو برفضه، بأي طريق من طرق الطعن ، فلا استئناف أمام الدوائر الاستئنافية بمحاكم الأسرة ولا أمام غيرها من محاكم الاستئناف، كما لا طعن بالتماس إعادة النظر ولا طعن بالنقض.

على أنه يجب مراعاة أنه إذا كان المشرع قد حظر الطعن في الأحكام الصادرة في دعوى الخلع بالاستئناف وبالالتماس والنقض ، كأصل عام ، فإن ذلك لا يعنى أن الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع لا يجوز الطعن فيها لأي سبب ومهما كانت مخالفة للقانون أو للنظام العام ، ذلك أن هذه الأحكام - وسائر الأحكام الصادرة بصفه انتهائية من محاكم الدرجة الأولى - يجوز الطعن فيها بالاستئناف استثناء إذا قامت حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة ١/٢٢١ مرافعات : أي إذا كان حكم الخلع مخالفا لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام أو

^١ المذكرة الايضاحية لقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ تعليقا على نص المادة ٥/٢٠ .

لوقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ، وكذلك (على ما أضافت المادة ٢٢٢) إذا كان الحكم صادرا على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضي . ففي هذه الحالات الثلاثة يجوز الطعن في الأحكام الصادرة في دعوى الخلع استثناء ، لان هذا الطعن الاستثنائي بالاستئناف أجازته المشرع ضد جميع الأحكام النهائية الصادرة من أول درجة ، سواء كانت نهائيتها راجعة إلى أن المشرع منع الطعن فيها بالاستناد لتدني قيمتها (صادرة في دعاوى في حدود خمسة آلاف جنيه جزئيه أو في دعاوى لا تزيد قيمتها على أربعين ألف جنيه ابتدائيا) وهو ما سمى بالمنع القيمي، أو منع الطعن فيها بالاستئناف منعا نوعيا ، أي قرر منع الطعن في أنواع معينة من الأحكام الصادرة من أول درجة مثل الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع مفاد ذلك أنه إذا كان الحكم الصادر في دعوى الخلع باطلا. أمكن الطعن فيه بالاستئناف استثناء (خلال أربعين يوما من تاريخ صدوره) ، كما إذا رفضت المحكمة الحكم بالخلع رغم توافر جميع شروطه وصحة جميع إجراءاته ، حيث يفتح باب الطعن في هذا الحكم والاستئناف استثناء لأنه حكم باطل ومخالف للقانون ، وبقائه يعني ضياع حق الزوجة حيث لا يجوز لها رفع دعوى أخرى بالخلع (لحجية حكم الرفض) ولا يكون من سبيل سوى الطعن بالاستئناف لإلغائه . كذلك إذا بنى الحكم على إجراءات باطلة كما إذا قضت المحكمة بالخلع رغم عدم عرض النزاع أولا على مكتب تسوية المنازعات الأسرية أو عدم قيامها بمحاولة الصلح بين الزوجين أو عدم ندب الحكمين ، للحكم هذا يكون باطلا لبنائه على إجراءات باطلة ، كذلك الحال إذا صدر

الحكم في دعوى الخلع مخالفا لقواعد الاختصاص المطلقة ، كما إذا صدر من غير محكمة الأسرة ، التي تختص وحدها نوعيا بجميع دعاوى الأحوال الشخصية ومنها دعوى الخلع ، فيصبح حكمها واجب الإلغاء ، من خلال الطعن بالاستئناف استثناء . أيضا إذا كان الحكم في دعوى الخلع قد صدر مخالفا لحكم سابق بين الزوجين ، فهنا لمنع تناقض الأحكام يجب فتح باب الطعن عليه . على أن الحكم الصادر من الدوائر الاستئنافية في الطعن الاستثنائي بالاستئناف لا يطعن عليه بالنقض لأنه لا يجوز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من الدوائر الاستئنافية بمحاكم الأسرة (المادة ١٤ من قانون محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤)

ويراعى في النهاية أن الحكم الصادر بالخلع يرتب آثاره بمجرد صدوره ، بقوة القانون ، فتعتبر الزوجة مطلقة من لحظة النطق بالحكم وتحسب عدتها من هذا التاريخ ، ويحق لها الزواج بعد انتهاء هذه العدة ، وان منطوق هذا الحكم لا يحتاج إلى تنفيذ جبري ، وإنما هو نفاذ للحكم ، أي ترتيب آثاره بقوة القانون . كذلك يسقط حق الزوجة بقوة القانون في المطالبة بأي حق مالي شرعي . .

الخاتمة

إذا كان المشرع لم يأت بتنظيم متكامل للخلع ، واكتفى بمادة واحدة في القانون الإجرائي (المادة ٢٠ من قانون السنة ٢٠٠٠ بشأن إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية) إلا أننا نعتقد أن المشرع قد أحسن صنعا ، إذ أنه أتى بفكره من الفقه الإسلامي ، مستقاة من السنة وتتفق مع أحكام القران ، وأجمع العلماء على شرعيتها ، وهي فكرة تعيد التوازن بين حقوق الزوجين ، فإذا كان للزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة ، ودون الرجوع للقاضي ، فإن المشرع آي للزوجة مكنة الخلع ، بإرادتها المنفردة ودون حاجة لموافقة الزوج ، ولكنها تحتاج إلى إقرار من القاضي لهذه الإرادة ، وهذا الإقرار يبدو صوريا أو استكمالا للشكل في غالب الأحوال ، فالقاضي لا يتمتع بسلطة تقديرية، إذ لا دليل في دعوى الخلع ينظره القاضي ليقدر مدى صحته أو عدم صحته سوى إقرار صريح من الزوجة أنها تبغض الحياة مع زوجها وانه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وأنها تخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، وهذه الخشية هي الدليل وهي أقوى من الشهادة ، وهذا الإقرار لا يجعل أمام المحكمة دعوى تحقق فيها لذلك يجب عليها أن تحكم لها بالخلع ، وهو ما يتفق مع الشريعة الإسلامية التي هي أصل فكره الخلع. بذلك منح المشرع للزوجة حق التطبيق خلعا ، بمعزل عن زوجها ، ودون موافقته ، وحتى دون أي خطأ من جانبه ، ولا تحتاج إلى شهود على أقوالها ، ولا إثبات لتضررها من زوجها ، وإنما مجرد إقرارها الصريح بأنها تبغض الحياة معه ، فلا حاجة لرضاء الزوج ولا سلطة

للقاضي ، فكأن الأمر يعود لمطلق إرادتها أو رغبتها ، أن هي أصرت عليها ، وهو ما يقيم قدرا من التوازن بين الزوجين في الانفصال والابتعاد ، فالخلع لا يعنى أن المرأة يجب أن تدفع ثمن حريتها ، وان تدفع لزوجها حتى تحصل على حريتها ، فواقع الأمر أن الزواج عقد رضائي ينشأ بإرادة الطرفين ويجب أن ينتهي كذلك ، فإن انتهى من جانب أحد الطرفين ، بإرادته المنفردة تحمل تبعاته المالية، يستوي في ذلك الزوج والزوجة ، فإن جاء من جانب الزوج وإرادته (بالطلاق) تحمل نفقة المتعة ونفقة العدة ومؤخر الصداق ، وان جاء من جانب الزوجة (بالخلع) تحملت هذه النفقات جميعا ، بأن فقدتها ، فالخلع وان كان يضر بالمرأة ماليا، إلا أن ذلك أمر مبرر لأنها هي التي فضلت الانفصال ، ويعامل الزوج ذات المعاملة ، حيث أنه إذا أراد هو الانفصال تحمل كافة الأعباء المالية.

تبقى الإشارة إلى أن حتى تنطبق أحكام الخلع ، يجب ألا يكون الزوج قد دفع زوجته تعسفا وظلما لطلب الخلع ، فإذا قام الزوج بضرب زوجته أو منعها حقها طمعا في أن تخالعه على شيء من مالها لم يجز لقوله عز وجل (وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ) ^(١). فإذا طلق الزوج زوجته في هذه الحالة على عوض لم يستحق العوض لأنه عقد معاوضة أكرهت عليه بغير حق فلم يستحق فيه العوض كالبيع ، فإن كان ذلك بعد

^١ سورة النساء ، الآية ١٩ .

الدخول فله أن يراجعها، لان الرجعة إنما تسقط بالعوض، وقد سقط العوض فثبت الرجعة فيه
(١).

وإذا كانت الخسارة المالية قد تعد ضابطا لتسرع الزوجة في طلب الخلع ، لخطورة آثاره على
الأسرة واستقرارها وحق الصغار ، فإن المشرع حاول استنفاد كل الطرق الودية لتجنبه ، من
ضرورة عرض الحكم أولا على مكتب تسوية المنازعات الأسرية، ثم ضرورة قيام المحكمة بمحاولة
الصلح بين الزوجين ، تم موالاة الصلح من خلال الحكمين ، ولا يبقى سوى أن تبذل المحكمة
غاية جهدها في محاولات الصلح وتبصرة الزوجين بخطورة الخلع. تم بحمد الله. يناير ٢٠١٠

^١ انظر دراسة تفصيلية لأيمن ابو العيال - الخلع في القانون المصرى رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ - مجلة اتحاد الجامعات العربية
للدراستات والبحوث القانونية - العدد ٢٤ أكتوبر ٢٠٠٦ ص ١٩ وبعدها .

صيغه صحيفة دعوى خلع

أنه في يوم الموافق /

بناء على طلب السيدة /

..... وتقيم بشارع

قسم شرطة

ومحلها المختار مكتب الأستاذ /

الكائن بشارع

قسم شرطة

قد انتقلت أنا محضر محكمة

في التاريخ المذكور عاليه إلى محل اقامة السيد/.....

..... ووظيفته

مخاطبا مع

الموضوع

الطالبة زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعي ودخل بها ولا تزال في عصمته وطاعته حتى

الآن . وقد أقرت صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية

بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، وتقر أنها تفتدى نفسها بأنها تتنازل عن

جميع حقوقها المالية الشرعية مع رد مقدم الصداق ، وقد تم تقديم طلب تسوية لمكتب

المنازعات الأسرية برقم ولم يتم تسوية النزاع وديا.

لذلك

تطلب الحكم لها عليه بتطليقها خلعا طلقة بائنة مع أمره بعدم التعرض لها في الأمور الزوجية

بينهما مع إلزامه بالمصاريف والأتعاب

بناء عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد أعلنت المعلن إليه بصورة من هذا

وكلفته الحضور أمام محكمة والكائن مقرها بشارع

بجلستها التي ستعقد علنا يوم الموافق / /

ابتداء من الساعة الثامنة صباحا وما بعدها لسماع الحكم بالتطليق خلعا.

حكم التحكيم الإلكتروني

الأستاذ الدكتور / أحمد عوض هندي

استاذ قانون المرافعات وعميد كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

١- ذىوع التحكيم:

يعترف التنظيم القانوني بإمكان تحقيق الحماية القضائية للمصالح المعتدى عليها، وبالتالي تطبيق القاعدة القانونية المخالفة، بوسيلة أخرى غير الالتجاء الى قضاء الدولة هي التحكيم Arbitrage/ Arbitration فالتحكيم هو أهم وسيلة بمقتضاها بمستغنى الاطراف عن قضاء الدولة، فيه يتفق الاطراف على عرض منازعاتهم على شخص أو أشخاص يختارونهم او يحددون وسيلة اختيارهم، لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة. ويمكن تعريفه بأنه نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص او اشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق اطراف النزاع^(١).

ونظراً لأنه أداة اتفاقية للتحقيق العدالة بواسطة قاض من غير قضاة الدولة يرتضيه الخصوم يثقون فيه ونظراً لما يتوافر في هذا القاضي الخاص (المحكم) من خبرة بموضوع النزاع ونظراً كذلك لما يحيط التحكيم من سرية في الاجراءات وفي النطق بالحكم التحكيمي، وما يحيطه من مودة يحرص الخصوم على استمرارها حيث أنه يخفف من حدة النزاع بينهم حفاظاً على مصالحهم المشتركة والمتبادلة، بالإضافة الى ما يحققه من سرعة الفصل في المنازعات، وتبسيط الاجراءات، فقد انتشر التحكيم في العقود الاخيرة واصبح اهم طريق لتسوية المنازعات، خاصة منازعات التجارية الدولية، وهو ما استلزم اصدار تشريعات وطنية حديثة في

(١) الدكتور فتحي والي - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ٢٠٠٧ ص ١٣ - منشأة المعارف الاسكندرية.

اغلب الدول لمواكبة اهميته المتزايدة، ومنها قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، كما صاغت الامم المتحدة قواعد وارست مبادئ هامة، حرصت اغلب الدول على اتباعها، واهمها قواعد اليونسترال لسنة ١٩٧٦ والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعتمد من اليونسترال لسنة ١٩٨٥، بالإضافة الى اتفاقيات تحكيمية عديدة. كما انتشرت هيئات التحكيم الدولية وتزايدت اعدادها حتى فاقت الاربعة آلاف ما بين لجنة أو غرفة أو هيئة أو منظمة أو مركز تحكيم.

٢- نشأة التحكيم الإلكتروني مع ازدهار التجارة الإلكترونية :

من اهم صور التجارة الحديثة النجارة الإلكترونية Electronic commerce، وهي تعبير جديد دخل حياتنا بقوة واصبح متداولاً في الاستخدام العادي ليعبر عن العديد من الانشطة الانسانية المرتبطة بثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. ويمكن القول ان التجارة الإلكترونية يقصد بها تنفيذ كل ما يتصل بعمليات شراء وبيع البضائع والخدمات والمعلومات عبر شبكة الانترنت والشبكات التجارية العالمية الاخرى، فهي تنفيذ لبعض او كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين مشروع تجاري ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وهي بذلك تشمل تبادل المعلومات والمعاملات المتعلقة بالمعدات والمنتجات وايضاً تشمل الخدمات مثل خدمات المعلومات والخدمات المالية والقانونية، فالتجارة الإلكترونية هي كل معاملة تتم عن بعد باستخدام وسيلة الكترونية وذلك حتى اتمام العقد^(١). مع مراعاة أن

وانظر الدكتور نبيل عمر - التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولة ٢٠٠٤ ص٣- دار الجامعة الجديدة للنشر.

(١) وبذلك تشمل التجارة الإلكترونية الاعلانات عن السلع والبضائع والخدمات، المعلومات عن السلع والبضائع والخدمات، علاقات العملاء التي تدعم عمليات الشراء والبيع وخدمات ما بعد البيع، التفاعل والتفاوض بين البائع والمشتري، عقد الصفقات و ابرام العقود، سداد الالتزامات المالية ودفعها، عمليات توزيع وتسليم السلع ومتابعة الاجراءات، الدعم الفني للسلع التي يشتريها الزبائن، تبادل البيانات الكترونياً EDI، كتالوجات الاسعار، المراسلات الآلية المرتبطة بعمليات الشراء والبيع، الاستعلام عن السلع، الفواتير الإلكترونية والتعاملات المصرفية. لمزيد من التفصيل، أنظر الدكتورة ايناس الخالدي - التحكيم الإلكتروني ٢٠٠٩ - ص ٧٥ وبعدها - دار النهضة العربية.

المعاملات في التجارة الالكترونية تنوع تنوعاً شديداً وهي إن كانت يتم تجسيدها عبر الاساليب التعاقدية، إلا أنها تتفاوت في صورها وتنوع في طبيعتها وتتطور في احكامها على نحو يضيف عليها الكثير من الخصوصية^(١).

وللتجارة الالكترونية عدد من الخصائص تميزها عن التجارة التقليدية فهي تتسم بسرعة وسهولة الاتصالات واختفاء الوثائق الورقية في المعاملات التجارية، وغياب العلاقة المباشرة بين الاطراف المتعاقدة مع صعوبة تحديد هوية المتعاقدين وإمكانية التفاعل الجماعي بين عدة اطراف، بالإضافة الى وجود الوسيط الالكتروني وتسليم المنتجات الالكترونية^(٢).

ولما كانت التجارة الالكترونية، بما لها من خصائص مميزة، قد ازدهرت في العقود الاخيرة، وزاد معدل الخلافات الناجمة عنها، وجب البحث عن وسيلة أكثر سرعة لبعض المنازعات الالكترونية ويمكن القول أن منازعات التجارة الالكترونية تعرض - بحسب الاصل - على القضاء، وتخضع للقاعدة العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم، حيث يمكن رفع الدعوى امام محكمة موطن او محل اقامة المدعى عليه، ما لم يتفق الخصوم على تقرير الاختصاص لمحكمة اخرى، سواء قبل قيام النزاع او بعده^(٣)، على أن اللجوء للقضاء ليس طريقاً مقبولاً لحل هذه المنازعات كما أن التحكيم التقليدي ليس طريقاً سريعاً على درجة كافية، لذلك ظهر التحكيم الالكتروني او التحكيم على الخط On Line Arbitration او التحكيم الشبكي Cyber

(١) وإذا كان من الصعب حصر العقود المرتبطة بالنشاط الالكتروني لتجدد صورها وتعدد اشكالها، إلا ان اهم هذه العقود تتمثل في اربعة طوائف: عقد الكترونية (عقود الدخول الى الشبكة، عقد خدمة المساعدة الفنية، عقد الايواء، عقد انشاء موقع، عقد تقديم خدمة البريد الالكتروني، عقد انشاء المتجر الافتراضي، عقد الاشتراك في بنوك المعلومات، عقد بث مضمون معين على الانترنت) وعقود المعلوماتية (بيع برامج، تأجير برامج المعلومات، الترخيص باستعمال برامج المعلومات، مقالة برامج المعلومات، الايجار التمويلي للبرنامج، تقديم الدراسة والمشورة، تقديم التسهيلات الادارية، تقديم المساعدة الفنية، عقد تسييم مفتاح) وعقود الفضائيات والاعلانات وعقود التليفون المحمول. انظر بالتفصيل الدكتور محمد حسين منصور - المسؤولية الالكترونية ٢٠٠٣ - ص ٢٦ - ٤٣.

(٢) انظر بالتفصيل - الدكتورة ايناس الخالدي - ص ٩٩ وبعدها.

(٣) الدكتور محمد حسين منصور - المسؤولية الالكترونية ٢٠٠٣ - دار الجامعة الجديدة - ص ٤١٦، ٤١٥.

Arbitration، فهو نظام قضائي الكتروني خاص مؤداه تسوية المنازعات التي تنشأ او المحتمل نشوبها الكترونياً بين المتعاملين

في التجارة بموجب اتفاق بينهم يقضي بذلك^(١).

٣- خصائص التحكيم الالكتروني:

بتمتع التحكيم الالكتروني بذات مزايا التحكيم التقليدي (بساطة الاجراءات، السرعة، السرية، ثقة الافراد في

المحكم، خبرة المحكم).

ويمكن القول أن مزايا التحكيم تظهر بشكل واضح في التحكيم الالكتروني فتبدو السهولة الشديدة في اجراءاته

وسرعتها، حيث لا يلتزم اطراف النزاع بالانتقال والحضور المادي امام المحكمين بل يمكن لهم المشاركة في جلسات التحكيم من

خلال الاتصالات الالكترونية والمحادثات الهاتفية، كما تظهر هذه الميزة بوضوح في اصدار الاحكام من جهات التحكيم

الالكتروني حيث تصدر بسرعة نظراً لسهولة الاجراءات التي تعتمد على التبادل الالكتروني للمستندات الخاصة بالنزاع.

كما تبدو ضمانات سرية التحكيم الالكتروني اكثر وضوحاً، ذلك أن استخدام الوسائل الفنية في ادارة التحكيم

الالكتروني من شأنها أن تجعل من الوصول الى هذه الاحكام امراً شبه مستحيل وتقضى على حالات الاهمال المادي التي قد

تؤدي الى الكشف عن مضمون بعض الاحكام، كذلك فإن تحقيق العدالة في التحكيم الالكتروني يبدو اقرب وايسر، حيث

يتحرر هنا التحكيم من القوالب الشكلية التي تتطلبها القوانين الوطنية ويستبدل بها اجراءات اكثر سهولة ويسراً واستجابة

لمقتضيات عنصر السرعة، بالإضافة الى أن القوانين الوطنية (التي يتحرر منها التحكيم الالكتروني) تبدو غير مؤهلة للتعامل مع

منازعات التجارة الالكترونية. وبالإضافة الى ذلك فإن التحكيم الالكتروني يمتاز بأنه يحقق الخبرة المطلوبة في منازعات التجارة

(١) الدكتور إيناس الخالدي - ص ٢٩ وبعدها.

الإلكترونية حيث تنشأ هذه المنازعات مرتبطة في الغالب بأمور تقنية بالغة الدقة ويصعب على أهل القانون فهم تفاصيلها ويبدو من الأنسب أن يحال أمر الفصل فيها إلى من يتمتعون بخبرة كافية في معاملاتها وهو ما يتحقق من خلال فكرة التحكيم الإلكتروني، إذ تفرض صيغة التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية نفسها على القائمين بالتحكيم وتختارهم من بين أولئك الذين لديهم اتصال بعالم الإلكترونيات ويتمتعون بخبرة في مجال التحكيم^(١).

إن ما يميز التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي أنه يتم عبر وسائط إلكترونية وشبكة اتصالات مثل الإنترنت، ولذلك فهو يعنى تسوية المنازعات والخلافات عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية ودون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين^(٢). على أنه إذا كان التحكيم الإلكتروني يتم عبر وسائل إلكترونية إلا أنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم أكمله أو بعض مراحله إلكترونياً وفي مراحل أخرى بالطرق التقليدية التي تتمثل في التواجد المادي لأطراف العملية التحكيمية ويعتبر التحكيم الإلكتروني تطوراً للتحكيم التقليدي إلا أنه مستقل عنه، حيث ولدت قواعد وأعراف جديدة للتحكيم الإلكتروني أعقبه نوع من الاستقلالية عن التحكيم العادي. لذلك توجد ثلاثة أنواع من التحكيم الإلكتروني (خلاف التحكيم العادي) فهناك التحكيم غير الملزم (الذي لا تتمتع فيه القرارات التحكيمية بقوة ملزمة) والتحكيم الملزم المشروط (الذي يتمتع فيه أحد الطرفين أو كليهما بحرية قبول القرار التحكيمي الصادر أو رفضه خلال فترة محددة يصبح الحكم بعدها

١ انظر الدكتور محمد حسين منصور - المسؤولية الإلكترونية ٢٠٠٣ - ص ٤١٧ وبعدها، دار الجامعة الجديدة. والدكتور مختار بري - التحكيم التجاري الدولي ٢٠٠٧ - دار النهضة العربية، ص ١١ وبعدها.

وبالتفصيل الدكتورة ايناس الخالدي - المرجع السابق - ص ٣٦ وبعدها.

٢ الدكتور خالد ممدوح ابراهيم - التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية ٢٠٠٩ - ص ٢٤٨ - دار الفكر الجامعي.

ملزماً إذا لم يتم رفضه من قبل احد الاطراف او إذا اعلن الطرفان قبولهما له) والتحكيم غير الملزم بطبيعته (وهو الذي لا يستهدف اصدار حكم تحكيمي يلزم الطرفين)^(١).

ويظهر الجانب الالكتروني للتحكيم في كون اطراف التحكيم يستخدمون عند ابرام اتفاق التحكيم او اثناء سريان خصومة التحكيم وسائط الكترونية (البريد الالكتروني او الفيديو كونفرانس) وقد يحدث التحكيم الالكتروني بواسطة وسائل تقليدية مثل التليفون او الفاكس، فهو لا يحدث دائماً باستخدام شبكة الانترنت. وبعد تقديم طلبات التحكيم والوثائق والمستندات من خلال مذكرات ترسل عبر البريد الالكتروني، ورغبة الاطراف في مناقشة بعض المسائل فإنه يتم اللقاء بينهم من خلال ما يسمى بطرق المخاطبة والحوار على الانترنت chat- room ، ويعقد في هذه الحالة مؤتمر عن بعد بين جميع الاطراف المختصة - فيديو كونفرانس يتناولون فيه الجوانب المتعلقة بموضوع التحكيم^(٢).

ويحكم وينظم التحكيم الالكتروني والتجارة الالكترونية (التي هي محل التحكيم الالكتروني) مجموعة من الاتفاقيات والقوانين الدولية اهمها، القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لعام ١٩٩٦، القانون النموذجي للتوقيع الالكتروني لعام ٢٠٠١، اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٥، لائحة محكمة التحكيم القضاية، نظام تحكيم القاضي الافتراض (الذي يرمى الى ايجاد وسيلة سريعة ومحيدة واكل تكلفة لحل المنازعات بين مستخدمي شبكات

٣ انظر الدكتور ايناخ الخالدي، ص ٣٩ - ٤٢٠

٤ الدكتور خالد ممدوح - المرجع السابق، ص ٢٥٩، ٢٦٠. وكذلك الدكتور ايناخ الخالدي ص ٣١، ٣٢.

المعلومات وذلك عن طريق اللجوء للتحكيم) ونظام مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الوايو

Wipo^(١).

بعد هذا التوضيح والتحديد للتحكيم الإلكتروني والتجارة الإلكترونية التي هي محل هذا التحكيم، وخصائص التحكيم

الإلكتروني وتنظيمه باتفاقيات و قوانين دولية، نعرض للحكم الصادر في منازعات التجارة الإلكترونية. فنوضح مراحل اصدار

حكم التحكيم الإلكتروني، بدءاً من المداولة ثم اصدار الحكم وبياناته واستخراج صورة منه، ثم آثار حكم التحكيم الإلكتروني

وبعد ذلك لحفظ هذا الحكم وتوثيقه.

٤- المداولة في التحكيم الإلكتروني :

يتم اتفاق الاطراف على التحكيم الإلكتروني بكل وسائل الاتصال الحديثة، مثل الرسائل الإلكترونية التي تتم بأجهزة

الكمبيوتر وتنتقل الى الطرف الاخر في نفس اللحظة عن طريق شبكة الانترنت (بالإضافة الى طرق تبادل الخطابات او البرقيات

او الفاكس).

وإذا كان قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ يشترط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً (المادة ١٢)

كما أن اتفاقية نيويورك لتنفيذ احكام التحكيم لسنة ١٩٥٨ (المادة الثانية) تفترض أن اتفاق التحكيم يجب ان يكون مكتوباً،

وأن اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٥ قررت (في المادة ٢/٩) أنه

حينما يشترط القانون أن يكون الخطاب تو العقد كتابياً أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة فإنه يعتبر ذلك الاشتراط قد

استوفى بالخطاب الإلكتروني اذا كان الوصول الى المعلومات الواردة فيه مستمراً على نحو يتيح استخدامها والرجوع اليها لاحقاً،

١ انظر لمزيد من التفصيل الدكتور خالد ممدوح، ص ٢٥٩ وبعدها، الدكتور ايناكس الخالدي، ص ٥٨ وبعدها

أي أن الاتفاقية قرت امكانية استيفاء الشكلية التي قررها القانون لإبرام العقد او تنفيذه عن طريق المستندات الالكترونية متى روعي فيها الشروط التي حددها القانون^(١). كما أن المادة (١٥) من قانون التوقيع الالكتروني المصري، برقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ تنص على ان الكتابة الالكترونية والمحركات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والادارية تكون لها ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في احكام قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط الموضوعية لها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون. على أنه يجب أن تكون المستندات الالكترونية - التي تتضمن اتفاق التحكيم - قابلة للاستخراج على ورق حتى يمكن تقديمها للمحاكم من اجل طلب تأكيده والمصادقة عليه وتنفيذه وإضفاء الحجية عليه^(٢).

وبعد ابرام اتفاق التحكيم الكترونياً يتم التواصل بين الاطراف والمحكمين عن بعد عبر شبكة الانترنت ويمكن للأطراف تحديد اجراءات التحكيم الالكتروني ضمن اتفاق التحكيم. ويتم التقدم لمركز التحكيم المعين عن طريق كتابة النموذج المبين على موقع الانترنت والمعد سلفاً من قبل مركز التحكيم، الذي يحدد فيه موضوع النزاع، ويقوم كل طرف بتحديد اسماء محكميه في نظر النزاع ووسيلة الاتصال بهم وما إذا كان عن طريق البريد الالكتروني او الفاكس او التلكس، مع تقديم الوثائق والمستندات بالبريد الالكتروني، ويتم اخطار المحكم بالادعاء وبالمستندات حتى يتمكن من تقديم دفاعه وتقديم ادلته ومستنداته.

١ والقضاء الامريكى اقر صراحة بمشروعية شرط التحكيم الموجود في الشروط العامة لعقد التخصيص المبرم الكترونياً وذلك على اساس تماثل شرط التحكيم المبرم الكترونياً مع شرط التحكيم المبرم بالصورة التقليدية التي نصت عليها المادة ٢ من قانون التحكيم الفيدرالي. اما محكمة النقض المصرية فقد اشترطت لقبول شرط التحكيم الالكتروني سهولة وصول المستخدم اليه وعدم اعاقه الطرف الاخر (المورد) هذا الوصول بأية طريقة، الدكتور ايناس الخالدي - التحكيم الالكتروني ٢٠٠٩، ص ٢٤٧، ٢٥٣. وانظر دراسة تفصيلية في الكتابة الالكترونية لدى الدكتور عبد التواب مبارك - الدليل الالكتروني امام القضاء المدني - ٢٠٠٦ ص ٥٨ وبعدها - دار النهضة العربية، ويشير الى انه يجب حتى تكون الكتابة الالكترونية صالحة للإثبات، أن تتوافر فيها شروطاً معينة هي أن تكون مقروءة وأن تكون باقية وان تكون غير قابلة للتعديل.

٢ الدكتور ايناس الخالدي، ص ٤٥٣.

ويتم اجراء التحكيم بمواجهة الكترونية على موقع المركز الالكتروني، ويتم خلال هذه الاجراءات تخزين البيانات والمستندات والوثائق المتعلقة بالقضية^(١).

وبعد ان تتم ادارة جلسات التحكيم الالكتروني بتبادل المستندات والمذكرات بالوسائل التكنولوجية المتاحة عبر شبكة الانترنت، التي تسمح بتبادل النصوص والصور والاصوات بشكل فوري بين الاطراف، بالإضافة الى عقد المؤتمرات المرئية Tele Conference^(٢). مع مراعاة مبدأ المواجهة وحق الدفاع ولا يلزم حضور اطراف النزاع او انتقاهم امام المحكمين، فيمكن سماع الخصوم عبر المحادثات الالكترونية والاتصالات الالكترونية عبر الاقمار الصناعية^(٣)، فإن هيئة التحكيم تباشر عملها، بفحص المستندات والمذكرات، والادلة، ثم يقوم المحكمون بالمداولة فيما بينهم عبر شبكة الانترنت او الوسائل الاخرى^(٤)، ودون حاجة لعقد جلسة وتتم المداولة عن بعد بوسائل الاتصال الحديثة^(٥) فالمداولة وان كانت مهمة لإصدار الحكم التحكيمي ولا يجوز للأطراف الاتفاق على اصدار الحكم دون مداولة^(٦) إلا أن المشرع لم يحدد الوجه الذي تتم به المداولة وتركه لهيئة التحكيم (المادة ٤٠ من قانون التحكيم المصري) وهذه الطريقة الحديثة للمداولة في التحكيم الالكتروني تتمشي مع طبيعة هذا التحكيم وتتم المداولة واخذ الرأي بينهم بهذه الطريقة كل في مكانه او دولته، دون حاجة لاجتماعهم في مكان محدد، ثم يتبع ذلك اصدارهم للحكم التحكيمي وتقوم هيئة التحكيم بالتوقيع على الحكم الكترونياً، ويتم ابلاغ الاطراف بقرار المحكمين عن طريق

١ الدكتور خالد ممدوح - المرجع السابق - ص ٣٠٥، ٣٠٦.

٢ الدكتور خالد ممدوح - ص ٣١٣، ٣١٤.

٣ الدكتور محمد حسين منصور - المسؤولية الالكترونية ٢٠٠٣ ص ٤١٧.

٤ انظر دراسة تفصيلية للمداولة والقواعد التي تحكمها - الدكتور محمد سعيد عبد الرحمن - الحكم القضائي - اركانه وقواعد اصداره ٢٠٠٢ - ص ٢١٤ وبعدها

٥ الدكتور فتحي والي - قانون التحكيم الالكتروني ٢٠٠٧ - منشأة المعارف، ص ٤٣١.

٦ الدكتور فتحي والي - قانون التحكيم ٢٠٠٧، ص ٤٣٠.

البريد الإلكتروني المشفر Engypter E-Mail -، ويجب أن يوضع الحكم على موقع هيئة التحكيم الإلكتروني على شبكة

الانترنت^(١).

٥ - اصدار حكم التحكيم الإلكتروني :

بعد الانتهاء من المداولة، تقوم هيئة التحكيم بإصدار حكمها في النزاع، بدون عقد جلسة. ويعتبر حكم التحكيم

الإلكتروني قد صدر بإبلاغه للأطراف المحكّمين، بعد توقيعه، ذلك أنه بعد اتفاق المحكّمين على الحكم التحكيمي يقوم كل

منهم بالتوقيع عليه بوسيلة التوقيع الإلكتروني (المادة ٥٤ من لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية Wipo وايو). كما يتم

إبلاغه إلى أطراف الخصومة، حيث تتولى السكرتارية نشر الحكم على موقع القضية وتبليغه للأطراف بكل وسيلة ممكنة (المادة

٤/٢٥ من الوايو)، ومن المتصور إبلاغ الحكم إلى الأطراف بأية وسيلة إلكترونية منها البريد الإلكتروني^(٢).

وبصدد تحديد تاريخ صدور الحكم الإلكتروني، فإن حكم التحكيم لا يكون له وجود قبل توقيعه من المحكّمين لذلك

فإن الحكم التحكيمي يعتبر قد صدر من تاريخ التوقيع عليه^(٣) الذي يجب أن يكون خلال ميعاد الحكم (المادة ٤٥ من قانون

التحكيم المصري)^(١). ويجب أن يوقع على حكم التحكيم من هيئة التحكيم بكامل تشكيلها، أي أن يصدر الحكم وبوقع

عليه من جميع المحكّمين والا كان حكماً باطلاً، فليس للأغلبية إصدار الحكم في غيبة الأقلية، مع مراعاة أن الحكم يصدر

١ الدكتور محمد امين الرومي - النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني ٢٠٠٦، ص ١٢٧ - دار الفكر الجامعي.

وقارن الدكتور فتحي والي - قانون التحكيم، ص ٤٣١ (يجب لإصدار الحكم أن يجتمع المحكّمون في مكان واحد فلا يجوز ان يتم اصداره عن طريق توقيع كل محكم في مكان مختلف ذلك أن مكان صدور الحكم ضروري لمعرفة ما اذا كان وطنياً أو اجنبي هو أمر هام بالنسبة لتنفيذ الحكم) ولا نرى ذلك حيث أنه لا يناسب التحكيم الإلكتروني الذي يتميز بالبساطة الشديدة وسرعة الاجراءات والمرونة - وبالنسبة لمكان صدور الحكم يعتبر المكان الذي يوجد به *serveur* الذي بواسطته تجرى اجراءات التحكيم ذلك أن فكرة مكان التحكيم فكرة لا تتلائم مع بيئة التحكيم الإلكتروني.

٢ الدكتور خالد ممدوح - التحكيم الإلكتروني ٢٠٠٩، ص ٣١٧.

٣ الدكتور فتحي والي - قانون التحكيم ص ٤٣١.

بالأغلبية، فلا يشترط أن يصدر بالإجماع ما لم يتفق الاطراف على صدوره كذلك (المادة ٤٠). ويمكن أن تكون رأى الأغلبية على خلاف رأى رئيس الهيئة، كما أن الاغلبية يمكن أن تكون بالنسبة لجزء من الحكم على نحو وتكون بالنسبة لجزء آخر على نحو مختلف^(٢). ويقوم كل محكم بتوقع حكم التحكيم الالكتروني في مكانه أو في مكان مختلف عن غيره، فهذا ما يتفق وطبيعة التحكيم الإلكتروني.

وإذا كان حكم التحكيم الالكتروني يعتبر قد صدر من تاريخ التوقيع عليه الكترونياً، وليس التوقيع اليدوي^(٣) من هيئة التحكم بكامل تشكيلها، إلا أن علم الاطراف بالحكم لا يتحقق إلا بإبلاغهم بقرار المحكمين (عن طريق البريد الالكتروني المشفر) ثم يوضع على موقع هيئة التحكيم الالكتروني على شبكة الانترنت، وهو ما يعنى ان الحكم لا يكون له وجود، تجاه الاطراف، الا من تاريخ ابلاغهم به ووضعه على شبكة الانترنت، أي أنه قيل ذلك هم لا يعلمون عنه شيئاً ولا يرتب أي اثر تجاههم، مما يفيد أنه لهيئة التحكيم أن تعدل في الحكم حتى وقت ابلاغه للأطراف.

فبعد صدور حكم التحكيم وتوقيعه، يتم ابلاغه للأطراف، حيث تتولى السكرتارية نشر الحكم التحكيمي على موقع القضية au site de L affaire وتبليغه للأطراف بكل وسيلة ممكنة (المادة ٢٥ من لائحة المحكمة الالكترونية التي نشأت بجامعه مونتريال بكندا ١٩٩٦)، وهو ما يعنى أنه من المتصور أن يتم ابلاغ الحكم بأية وسيلة الكترونية التي منها البريد

١ قارن الدكتور نبيل عمر - التحكيم ٢٠٠٤ (يعتبر حكم التحكيم قد صدر اذا تمت المداولة فيه وعلم به الاطراف قبل انقضاء ميعاد التحكيم ولكن تم تحريره وكتابته بعد انقضاء هذا الميعاد).

٢ الدكتور فتحي والى - قانون التحكيم ٢٠٠٧، ص ٤٣١، ٤٣٢.

٣ هذا ما قرره صراحة المادة ٥٤ من لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية وايو (يجب أن يمهر الحكم الالكتروني بالتوقيع الالكتروني للحكم او هيئة التحكيم)

الالكتروني^(١). وبتمام هذا التبليغ الالكتروني الى الاطراف يعتبر حكم التحكيم قد اعلن اليهم ويرتب آثاره تجاههم (من وقت ارسال الرسالة وليس من وقت استلام القبول او استلام القرار التحكيمي). وتعتبر الرسالة قد ارسلت وأن الحكم التحكيمي قد بلغ عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشأة او سيطرة الشخص الذي ارسل الرسالة نيابة عن المنشئ ما لم يتفق المنشئ والمرسل اليه على خلاف ذلك (المادة ١٥ من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية ١٩٩٦)^(٢).

٦- بيانات حكم التحكيم الالكتروني واستخراج صورة منه:

باستلام الاطراف حكم التحكيم الالكتروني، فإنه يصبح بأيديهم، ويمكن للمحكوم له طلب تنفيذه وللمحكوم عليه الطعن عليه بالطرق المتاحة، أو تقديم أشكال أثناء تنفيذه عليه جبراً. فحكم التحكيم الالكتروني وان كان لا يعتبر ورقياً وبالتالي لا يكتب في ورقة، مثل سائر الاحكام وإنما يكتب الكترونياً ويتم التوقيع عليه الكترونياً، وهو ما تسمح به طبيعة هذا التحكيم، واجازة القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة ٢٠٠١ (المادة ١/٦) وكذلك اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لسنة ٢٠٠٥ (المادة ٥/٩، ٤، ٣)^(٣)، إلا أن حكم التحكيم الالكتروني وكافة

١ الدكتور خالد ممدوح - التحكيم الالكتروني في عقد التجارة الالكترونية ٢٠٠٩، ص ٣١٧.

٢ اما وقت استلام البيانات فيختلف بحسب ما اذا كان المرسل اليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسالة البيانات (حيث يقع الاستلام هنا وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين أو وقت استخراج المرسل اليه لرسالة البيانات اذا ارسلت رسالة البيانات الى نظام معلومات تابع للمرسل اليه ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه) وما اذا كان المرسل اليه لم يعين نظام معلومات (حيث يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل اليه) - المادة ١٥ من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية (انظر الدكتور ايناكس الخالدي - التحكيم الالكتروني ٢٠٠٩، ص ٤٥٤، ص ٤٥٥).

٣ انظر ذلك بالتفصيل لدى الدكتور ايناكس الخالدي - التحكيم الالكتروني ٢٠٠٩، ص ٤٤٩ وبعدها.

المستندات الورقية يجب أن يكون قابلاً للاستخراج على ورقة وذلك حتى يمكن تقديمها للمحاكم من اجل تأييد الحكم الالكتروني وتنفيذه وإلضفاء الحجية عليه^(١).

مفاد ذلك، أن حكم التحكيم الالكتروني يفرغ في النهاية في ورقة، هذه الورقة يجب أن تتضمن بيانات حكم التحكيم التقليدية، التي نصت عليها المادة ٤٣ من قانون التحكيم المصري، والتي تتمثل في اسماء الخصوم وعناوينهم واسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم (حيث أنها بيانات تقليدية هامة لتحديد شخصية المتنازعين وصاحب الحق والذي يجرى عليه التنفيذ، وتحديد المحكمين واستيفائهم للشروط) بالإضافة الى ملخص لطلبات الخصوم واقوالهم ومستنداتهم (وهي بيانات هامة لتحقيق العدالة ايا كانت وسيلتها، ولضمان احترام حقوق الدفاع). وكذلك منطوق الحكم (لأنه هو الذي يتم تنفيذه جبراً والذي يحدد حقوق الخصوم) ومكان اصدار الحكم (وان كان هذا المكان يصعب تحديده في التحكيم الالكتروني ويمكن الاعتماد بالمكان الذي يوجد به **Serveur** الذي تجرى بواسطته اجراءات التحكيم مع مراعاة ان اغفال هذا البيان لا يؤدي الى بطلان الحكم التحكيمي)^(٢)، وتاريخ الحكم (وهذا البيان وان اثار نوعاً من الجدل في التحكيم الالكتروني إلا أن الراجح أن الحكم الالكتروني يعتبر قد صدر من تاريخ ارساله ووجود ما يفيد الارسال). واسباب الحكم (إذ أن أسباب الحكم من اهم ضمانات التقاضي، حيث يضمن التسبب حسن اداء المحكمين لمهتهم والتحقق من حسن استيعابهم لوقائع النزاع ودفاع الخصوم،

١ ذلك أن المحاكم وان كانت تعترف بالوثائق الالكترونية من الناحية القانونية إلا انها لا تتعامل بها وهو ما يتطلب ضرورة افراغ محتوى المستندات الالكترونية بما في ذلك حكم التحكيم في صورة ورقية عند التعامل بها مع المحاكم (الدكتورة إيناس الخالدي، ص ٤٥٣). وانظر كذلك الدكتور عبد التواب مبارك - الدليل الالكتروني امام القضاء المدني ٢٠٠٦ - ص ٦٢ وبعدها.

٢ الدكتور فتحي والي - قانون التحكيم، ص ٤٤١، ص ٤٤٢.

فيجب أن يشمل حكم التحكيم على الاسباب القانونية والواقعية التي ركنت اليها الهيئة التي اصدرته وكونت منها عقيدتها فيما انتهت اليه^(١).

ويمكن لصاحب الشأن أن يستخرج صورة من حكم التحكيم الالكتروني، بعد توقيعه من المحكمين، حيث يمكن طباعة الحكم الكترونياً بعدد الصور المراد الحصول عليها ثم ارسالها الى الاطراف المعنية وذلك اما من خلال وضع الحكم على موقع القضية على شبكة الانترنت مع تزويد الاطراف بكلمة سر تسمح لهم وحدهم بالدخول عليها او يمكن أن تقوم هيئة التحكيم بإرسال بريد الكتروني للأطراف لإخطارهم بما جاء في الحكم الذي اصدرته. ويتعين العمل على توفير آليات تحول دون العبث بحكم التحكيم او التحريف فيه أثناء نقله الكترونياً وذلك حتى نضمن وصول حكم التحكيم الى الاطراف كما صدر حرفياً من هيئة التحكيم، كما يتعين أيضاً العمل على توفير وسائل فنية تمنع من امكانية اطلاق من ليس له الحق على الحكم وذلك لأن في المساس بهذه الضمانات ما يهدد نظام التحكيم الالكتروني ككل^(٢).

٧- آثار حكم التحكيم الالكتروني:

بصدور الحكم التحكيمي، تترتب عدة آثار، تتشابه مع آثار الاحكام القضائية، فأحكام المحكمين تحوز حجية الامر المقضي (المادة ٥٥ من قانون التحكيم المصري) فيجب الاعتراف بحجية الحكم التحكيمي (المادة ٣ من اتفاقية نيويورك لتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية لسنة ١٩٥٨). فبمجرد صدور الحكم التحكيمي يجوز حجية الامر المقضي وتبقى هذه الحجية ما بقي الحكم قائماً، وتكون له هذه الحجية ولو كان يقبل الدعوى بطلانه او كانت هذه الدعوى قد رفعت بالفعل او كان لم

١ استئناف القاهرة (٩١ تجاري)، في ٢٣/١١/٢٠٠٣، القضية رقم ٤٢ لسنة ١١٩ ق تحكيم لدى الدكتور فتحي والي، ص ٤٤٣.

يصدر امر بتنفيذه، وهذه الحجية تتعلق بالنظام العام، حيث أنها نفس حجية احكام القضاء، فلا يجوز رفع الدعوى مرة اخرى بعد الفصل فيها تحكيمياً، سواء امام محكمة الدولة او امام هيئة تحكيم، كما يجب احترام التأكيد الذي احتوى عليه حكم التحكيم من الخصوم ومن أية محكمة، أو هيئة تحكيم اخرى، وان جاز للأطراف الاتفاق على الالتجاء الى القضاء او التحكيم مرة اخرى بالنسبة لما قضى فيه حكم التحكيم السابق^(١).

وتثبت للحكم الالكتروني هذه الحجية، التي تترتب على جميع الاحكام التحكيمية والقضائية، مع مراعاة أنه توجد بعض الاحكام التحكيمية التي لا تتمتع بحجة الامر المقضي، مثال ذلك التحكيم الذي يجري وفقاً للائحة الموحدة لمنظمة الايكان والتي تقرر تعليق تنفيذ حكم التحكيم على عدم قيام احد الطرفين بالرجوع الى المحاكم الوطنية خلال العشرة ايام التالية لإعلانهم بحكم التحكيم، الامر الذي يعنى عدم تمتع القرار التحكيمي بقوة الزامية في مواجهة اطراف الخصومة. ويأخذ بهذا التوجه القضاء الامريكي الذي يجيز للأطراف ليس فقط تحديد نطاق القوة الملزمة لحكم التحكيم بل استبعادها كلية، فمثلاً يجوز لأطراف عقد تأمين يشمل على شرط تحكيم أن يتفقا على حصر نطاق القوة الملزمة لحكم التحكيم في نطاق مبلغ محدد وما زاد على ذلك يمكن الرجوع بشأنه الى القضاء الوطني، اما بالنسبة لنظام حكم القاضي الافتراضي الذي نشأ سنة ١٩٩٦ (الذي يرمى الى إيجاد وسيلة سريعة ومحيدة وقل تكلفة لحل المنازعات التي تقوم بين مستخدمي شبكات المعلومات عن طريق التحكيم) فإن القرار الصادر من المحكم يكون ملزماً لأطراف التحكيم الذين يتعهدون باحترامه والقيام بتنفيذه^(٢).

٢ ويراعي ان علم الاطراف بصدور الحكم يتضح من تاريخ قبولهم لذلك الحكم كتاريخ تقديم طلبات النظام وطلبات تفسير الحكم وكذلك تاريخ طلب الطعن بالبطان على الحكم. فإمكانية تقديم مثل تلك لطلبات هي السبب الذي من اجله تحدد بوضوح الطريقة على الطريقة التي يتم بها ابلاغ الحكم للاطراف في النصوص الخاصة بالتحكيم الدولي، انظر بالتفصيل الدكتور ايناكس الخالدي - التحكيم الالكتروني ٢٠٠٩، ص ٤٥٦ وكذلك ص ٤٥٧ وبعدها.

١ الدكتور فتحي والي - قانون التحكيم ٢٠٠٧، ص ٤٦٠، ٤٦١، رقم ٢٦٤.

١ انظر الدكتور ايناكس الخالدي، ص ٤٥٩، ٤٦١.

٢ الدكتور فتحي والي - قانون التحكيم ٢٠٠٧، ص ٤٦٢، ٤٦٣، ٢٦٥.

ومن الآثار التي تترتب كذلك على حكم التحكيم الالكتروني، استنفاد ولاية هيئة التحكيم، فإذا فصلت هيئة التحكيم فيما قدم لها من طلبات او دفوع فإنها تستنفد سلطتها بشأنها فلا يكون لها ولاية نظرها او الفصل فيها وبالتالي ليس لها العدول عن قرارها فيها او تعديله، وليس للخصوم إثارة نفس المسألة التي حكم فيها من جديد في نفس الخصومة ولو باتفاقهم إذ ان استنفاد الولاية يتعلق بالنظام العام، وتستنفد هيئة التحكيم ولايتها في كل مسألة فصلت فيها سواء كانت هذه المسألة اجرائية او موضوعية، فإذا اصدرت هيئة التحكيم حكماً منهيّاً للخصومة فاصلاً في كل ما قدم لها من طلبات فإنها تستنفد ولايتها بالنسبة للقضية التحكيمية برمتها^(٢). مع مراعاة أن هذا الاثر يترتب من وقت صدور الحكم التحكيمي، وابلague للأطراف بالطريق الالكتروني، فقبل هذا الابلاغ يمكن للمحكّمين العدول عن قرارهم او تعديله حيث أن وجوده القانوني لم يكتمل، فهو مجرد مشروع قرار لم يصل لعلم الخصوم ولم يخرج من ولاية المحكمين.

ولا يتعارض مع مبدأ استنفاد ولاية المحكمين قيامهم بتفسير حكمهم، حيث يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسليمه حكم التحكيم، تفسير ما وقع في منطوقة من غموض، ويجب على طالب التفسير اعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم، ويصدر التفسير كتابه خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى اذا رات ضرورة لذلك، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه احكامه (المادة ٤٩ من قانون التحكيم المصري).

ويسرى ذلك على حكم التحكيم الالكتروني، فتفسيره يسند لذات هيئة التحكيم التي اصدرته، ويقدم طلب التفسير بالوسائل الالكترونية، التي تقدم بها الطلبات والمذكرات في خصومة التحكم الالكتروني، وتفصل هيئة التحكيم الكترونياً في طلب

التفسير بذات الطريقة التي فصلت بها في النزاع التحكيمي. وإذا تعذر انعقاد هيئة التحكم الإلكترونياً لأي سبب أو إذا انتهى الميعاد الذي حدده المشرع للتفسير، فإن المحكمة المختصة بالدعوى وفقاً للقواعد العامة تتولى تفسير حكم التحكيم الإلكتروني أو المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ما لم يتفق الاطراف على اختصاص محكمة ابتدائية أخرى أو على اختصاص هيئة تحكيم بنظرها.

ولا يترتب على رفع دعوى بطلان حكم التحكيم أو طلب الامر بتنفيذه سلب اختصاص هيئة التحكيم بتفسير حكمها^(١).

كما لا يتعارض مع استنفاد الولاية، ان تقوم هيئة التحكيم بتصحيح ما قد وقع في حكمها من اخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية، بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب احد الخصوم، وتجري هيئة التحكيم التصحيح خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ صدور الحكم أو تقديم طلب التصحيح بحسب الاحوال ولها أن تمد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى اذا رأت ضرورة لذلك، ويعلن قرار التصحيح الى الاطراف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، واذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح جار التمسك ببطلان القرار بدعوى بطلان (على ما نظمت المادة ٥٠ من قانون التحكيم المصري) وهذه التصحيح يسرى على تصحيح الاخطاء المادية في حكم التحكيم الإلكتروني، مع مراعاة مرونة الاجراءات في هذا التحكيم وبساطتها.

كذلك لا يتعارض مع مبدأ استنفاد ولاية هيئة التحكيم، سلطتها في استكمال ما اغفلت الفصل فيه، حيث يجوز لكل من طرفي التحكيم، ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم، ان يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم

١ انظر الدكتور فتحي الوالي - قانون التحكيم ص ٤٦٦ - ٤٦٨ رقم ٢٦٧.

التحكيم اصدار حكم تحكيمي اضافي في طلبات قدمت خلال الاجراءات واغفلها حكم التحكيم، ويجب اعلان هذا الطلب الى الطرف الآخر قبل تقديمه، وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب ويجوز لها مد الميعاد ثلاثين يوماً اخرى اذا رأت ضرورة لذلك (المادة ٥١ من قانون التحكيم المصري). فلهيئة التحكيم اصدار حكم اضافي فيما اغفلت الفصل فيه من طلبات موضوعية طرحت عليها، وذلك على سبيل السهو او الخطأ، وكان الاغفال كلياً بعدم البت في عنصر من عناصر الطلب سواء تعلق هذا العنصر بأطراف الطلب أو بمحلله أو بسببه.

ولكن يلاحظ أنه يجوز للأطراف بدلاً من طلب حكم اضافي من هيئة التحكيم فيما اغفلت الفصل فيه، أو في حالة فوات الميعاد الذي حدده المشرع، طرح هذا الطلب امام المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع وفقاً للقواعد العامة، كما يجوز طرح هذا الطلب على هيئة تحكيم جديدة أو في خصومة تحكيم جديدة اذا كان اتفاق التحكيم لازال باقياً^(١) وتمتع هيئة التحكيم الالكتروني بذات هذه السلطة، مع مراعاة أن اجراءات الفصل فيه اغفلته انما يتم وفقاً لإجراءات الخصومة الالكترونية^(٢).

٨- حفظ حكم التحكيم الالكتروني وتوثيقه:

إن التطور التكنولوجي الذي لحق وسائل الاتصال الحديثة وتقنيات المعلومات اتاح التعامل بنوع جديد من الكتابة والتوقيع الالكتروني حيث يتم تبادل رسائل البيانات عبر شبكة الانترنت وتحميلها على دعائم الكترونية لتحل محل الدعائم الورقية، وهو يستلزم البحث عن تقنيات فنية متطورة تؤدي وظيفة التوقيع الخطى في البيئة الالكترونية وأن تؤدي هذه التقنيات

١ انظر الدكتور فتحي والي - قانون التحكيم ٢٠٠٧، ص ٤٧٥ وبعدها رقم ٢٧٤ - ٢٧٦.

٢ انظر بالتفصيل سير اجراءات التحكيم الالكتروني - الدكتورة ايناس الخالدي - التحكيم الالكتروني ٢٠٠٩، ص ٣١٣ وبعدها. وكذلك الدكتور خالد ممدوح - التحكيم الالكتروني ٢٠٠٩، ص ٣٠٤ وبعدها، حيث تمر خصومة التحكيم الالكتروني بعده مراحل تتمثل في تقديم طلب التحكيم ثم الاخطار به، وانشاء موقع الكتروني خاص بكل قضية، ثم تبادل الحجج والادلة بين اطراف التحكيم الالكتروني، ثم ادارة جلسات التحكيم الالكتروني.

بدورها الى توثيق الرسالة الالكترونية والغالب أنه يتم وضع الرسائل الالكترونية في سجل إلكتروني Electronic Record

بهدف حفظها والرجوع اليها عند الحاجة. والسجل الإلكتروني هو السجل الذي يتم انشاؤه او تكوينه او ارساله او استلامه او

تخزينه بوسائل الكترونية (المادة ٢٧ من القانون الأمريكي الموحد للتجارة الالكترونية) فهو يشتمل على اي حامل او وسيط او

دعامة معدة لإنشاء البيانات والمعلومات او حفظها او ارسالها او استلامها الكترونياً. وللسجل الإلكتروني مزايا عديدة حيث

يحتاج الى حيز مكاني اقل مقارنة بالسجلات الورقية، ويصعب تزوير او تغيير او تحريف سجلات الكمبيوتر مقارنة بالسجلات

الورقية، بالإضافة الى تقليل المشاكل الناجمة عن مساوئ الحفظ التقليدية الناجمة عن استخدام السجلات الورقية ولقد أهتم

المشرع المصري بالسجل الإلكتروني ونظمه في القوانين الحديثة، في قانون التوثيق الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤، وقانون

الاحوال المدنية رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٤ وقانون مكافحة غسل الاموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢^(١).

ويتم حفظ السجل الإلكتروني على اوعية الكترونية من خلال الحاسب الآلي ذاته وبشكل لا يقبل الغاءه الا من خلال

احدى مخرجاته. ويمثل الهدف من استخدام السجل الإلكتروني في توثيق المعلومات بطريقة تضمن سلامتها واسترجاعها كاملة

عند اللزوم لأطراف التعاقد او للأشخاص المرخص لهم بذلك، وهو ما يقتضي تهيئة بيئة تحمي السجل من كافة المؤثرات السلبية

الطبيعية او البشرية وتوفير الصيانة المستمرة والمنتظمة^(٢).

ولقد نظم القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر ١٩٩٦ مسألة الحفظ في السجل الإلكتروني لحكم التحكيم

الإلكتروني، بأنه يتعين عند حفظ حكم التحكيم الإلكتروني مراعاة ضوابط معينة تتمثل في سهولة الاطلاع على المعلومات التي

تتضمنها هذه الوثائق في وقت لاحق، الاحتفاظ برسائل البيانات بالشكل الذي نشأت او ارسلت او تم استلامها به، الاحتفاظ

١ انظر بالتفصيل الدكتور خالد ممدوح - التحكيم الإلكتروني ٢٠٠٩، ص ٣٧٤، ٣٧٦، و٣٨٠ وبعدها.

بالمعلومات التي تتعلق بمنشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت ارسالها واستلامها. ولاشك أن مراعاة كل هذه الضوابط مرجعه اجهزة التحكيم باعتبار ان احدى مهامها حفظ الحكم وضمنا كماله. ومن هنا تبدو اهمية اختيار اطراف التحكيم لمؤسسة التحكيم باعتبارهم اصحاب المصلحة في تفضيل مؤسسة هامة ذات خبرة تملك افضل الوسائل لحفظ الحكم وتأكيد سريته واقامة الدليل على محتواه دون منازعة كلما كان نلك ممكناً^(١).

الخاتمة

لقد اصبحت التجارة الالكترونية حقيقة واقعية، وليس بمقدور العاملين بمجال المعاملات الاقتصادية تجاهلها ويجب على الدول توفير بيئة قانونية مناسبة للتجارة الالكترونية وإلا فإنها ستكون على الهامش في ذلك الاقتصاد الرقمي او الشبكي، والحاجة الى تأمين شبكات الاتصال يهدف الى اجراء تقنية لا تستتبع بالضرورة إحداث تغيير جذري في النظم القانونية القائمة. ونظراً للصعوبات والمشاكل الذي يحتمل ان يفرزها اختصاص محاكم الدول بمنازعات المعاملات على شبكات الاتصال الالكترونية نشأ التحكيم الالكتروني، الذي يعتبر الانسب والامثل لحل هذه المنازعات، ولا يجب اخضاع هذا التحكيم للقواعد والنصوص التي تنظم التحكيم العادي او التقليدي، وذلك لما يتمتع به التحكيم الالكتروني من مرونة وبساطة وسرعة في الاجراءات ونظراً لأنه يتم بطريقة حديثة تستعصي على الاجراءات التقليدية التي تنظم التحكيم التقليدي مع ضرورة احترام التحكيم الالكتروني للمبادئ الاجرائية الاساسية.

٢ الدكتور خالد ممدوح، ص ٣٧٦ و ص ٣٨٤.

^١ الدكتورة ايناس الخالدي - التحكيم الالكتروني ٢٠٠٩، ص ٤٧٧، ٤٨٧.

ولكن حتى يزدهر التحكيم الإلكتروني ويؤدي دوره في خدمة التجارة الإلكترونية يجب ان تتولى ادارته جهات موثوق بها يكون لها القدرة على تسيير اجراءاته بطريقة سليمة، كما يجب على المشرع في مختلف الدول، وفي الاتفاقيات الدولية، أن ينظم ضوابطاً للاعتراف بالأحكام الصادرة من هيئات تحكيم الكترونية من خلال وضع آلية تضمن امثال الاطراف للضوابط التحكيمية، وان يأتي بنص يتضمن تحديد مكان التحكيم الإلكتروني بالمكان الذي يوجد به **Serveur** الذي بواسطته تجري اجراءات التحكيم، ذلك أن فكرة مكان التحكيم فكرة قانونية لا تتلائم مع طبيعة البيئة الإلكترونية^(١).

لقد انتشر التحكيم وذاع واصبح افضل الوسائل لحل منازعات التجارة الدولية، ومن المتوقع أن ينتشر التحكيم الإلكتروني ويسود منازعات التجارة الإلكترونية، وذلك لأنه انسب الطرق وافضلها حل هذه المنازعات، فهو صورة متطورة للتحكيم، وسيلة سريعة مرنة تناسب التقدم العلمي والتكنولوجي الهائل الذي تشهده البشرية في العصر الحديث، ويحاول المشرع في مختلف الدول، ومنها مصر، والهيئات الدولية تنظيم هذا التحكيم بصورة تتلاءم مع طبيعته وتفهم اسسه، فالمستقبل للتحكيم الإلكتروني

تم بحمد الله تعالى

١ انظر الدكتورة ايناس الخالدي - التحكيم الإلكتروني - ص ٤٨٢ وبعدها.

ميتافيزيقية حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق

”نظرة مبتدأه“

دكتور / عبد المنعم درويش

مقدمة

تعد فكرة حقوق الإنسان باعتبارها تجسيداً (لتلك الحقوق التي يتمتع بها البشر لأنهم بشر)^(١) فكرة ذات مضمون عالمي من المنظور النظري إلا أن تطبيقها على أرض الواقع يرتبط في حقيقة الأمر بخصوصية وظروف كل مجتمع السياسية والاجتماعية والثقافية^(٢).

ويعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن هيئة الأمم المتحدة سنة ١٩٤٨ الإطار الأساسي الذي ينظم جوهر فكرة حقوق الإنسان في الوقت الحاضر^(٣). إلا أن ذلك الإعلان لا يعدو إلا أن يكون تنويجاً لتطور تاريخي وفلسفي قد يكون من

(١) عادل بسيوني، الأصول التاريخية والفلسفية لحقوق الإنسان، طبعة ١٩٩٥ - ١٩٩٦، ص ٣.

(٢) ويؤكد ذلك أنه لا يمكن حصر ما يمكن أن يطلق عليه بحقوق الإنسان أي أنه لا يمكن تعديد هذه الحقوق بطريقة مجردة. فهذا التعداد لا يكون إلا على ضوء تنوع احتياجات الإنسان والجماعات الإنسانية. ففكرة الحقوق تختلف باختلاف الأجناس البشرية.

V. Bourgeois (B.); Philosophie et droits de l'homme de kante à Marx, Puf. 1995, p.7.
Il faut s'employer à établir un catalogue des droits de l'homme. Mais le contenu de ceux-ci ne peut être déterminé qu'en relation avec la variété des hommes ou des groupes humains.

الأفضل الوقوف عليه هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن موقف الكتب السماوية من مسألة حقوق الإنسان أمر لا يخلوا الاطلاع عليه من الأهمية.

وعليه فسوف نقسم هذا البحث إلى:

[١] الجذور التاريخية لفكرة حقوق الإنسان.

[2] الأساس الفلسفي لفكرة حقوق الإنسان.

[٣] حقوق الإنسان والكتب السماوية.

[١] الجذور التاريخية لفكرة حقوق الانسان

سوف تقتصر دراستنا للجذور التاريخية لفكرة حقوق الإنسان على القانون اليوناني والروماني والإنجليزي.

(أ) إرهاصات فكرة حقوق الإنسان في القانون اليوناني:

تجسد أفكار أرسطو [٢٨٤ - ٣٢٢ ق.م] المتعلقة بفكرة القانون بصفة عامة والقانون الطبيعي بصفة خاصة موقف

القانون اليوناني من فكرة حقوق الإنسان.

(٢) بل يمكن القول بأن الصعوبة تكمن في هلامية وعدم تحديد مضمون الحقوق الأساسية باعتبارها وعاء حقوق الإنسان - كما سنرى - ويمكن تبرير ذلك بغياب المعايير التي يمكن اللجوء إليها لتحديد القواعد التي تحكم هذه الحقوق وتحديد مرتبتها من حيث الأهمية.

V. Labrusse - Riou (C.); Droits des personnes et le droit de la famille, in libertés et droits fondamentaux, 2eme éd. 2002, P. 325.

فالقانون من وجهة نظر أرسطو يُعد الوسيلة التي يمكن للمجتمع أن يحقق من خلالها الفضيلة لأنه لا مجتمع بدون فضيلة^(٤).

والقانون في منظور أرسطو هو القانون الطبيعي باعتباره التعبير الحقيقي عن طبيعة الإنسان وعلاقته بالدولة.

ويرى أرسطو أنه لا تناقض بين قيام الإنسان بصياغة القانون وبين صفه القانون الطبيعية "لأن صياغة القانون فن والفن لا

ينال من الطبيعة.

فالإنسان عن طريق الفن يستطيع إضفاء الكمال على الطبيعة. والإنسان عند أرسطو هو من تخضع قواه العقلية لقوى

أخرى وتسيطر عليها"^(٥).

غير أنه يلاحظ أنه إذا كان لا يوجد تناقض بين صياغة الإنسان للقانون "القانون الوضعي" وبين طبيعته "القانون الطبيعي"

إلا أن الأخير يتميز عن الأول بثباته وصلاحيته للتطبيق في كل زمان ومكان، فهو قانون سرمدى. وذلك على عكس

القانون الوضعي الذي يختلف باختلاف الزمان والمكان.

وإذا كان أرسطو ينطلق من فكرة الفضيلة فإن زينون (٣٢٢-٢٦٤ ق. م) زعيم المدرسة الرواقية فينطلق من فكرة مؤداها أن

العمل الذي يخالف القانون يخالف في ذات الوقت الطبيعة. فالقانون الطبيعي يلزم الحاكم والمشرع باحترام قواعده فيما

يصدره من قرارات وقوانين.

(4) V. Del Vecchio(0.), philosophie du droit, Dalloz 2004 P.45.

Le Souverain ... est le fruit de la vertu. L'Etat est une nécessité [...] ayant pour fin la vertu et le bonheur de tous.

(٥) عادل بسيوني، سابق، ص ٢٤.

وفضلاً عن إلزامية القانون الطبيعي، فإن أنصار المدرسة الرواقية ينادون بفكرة العالم الواحد. فالبشر جميعاً أخوة في الإنسانية. ومن ثم فلا فرق بين اليوناني والأجنبي ولا فرق كذلك بين الحر والعبد^(٦).

وإذا كان ما نادى به الرواقين من أنه لا فرق بين الحر والعبد لم يطبق عملياً نظراً لأنهم أُبعدوا عن السياسة، فإن صولون استطاع أن يجعل هذا المبدأ عملياً بإلغائه نظام الرق بسبب الدين^(٧).

(ب) جذور فكرة حقوق الإنسان في القانون الروماني:

يقوم الأساس الفلسفي لفكرة حقوق الإنسان على أساس من المساواة بين بشر. فالبشر جميعاً متساوون في الحقوق والواجبات. ومن هذه الزاوية يعد قانون الألواح الإثني عشر أنموذجاً للتشريع الذي حقق المساواة بين العوام و الأشراف، فضلاً عن تقريره لبعض المبادئ التي جاء بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مثل تقرير ضرورة إجراء محاكمة عادلة وعلنيه للمتهم. وعدم تقرير العقوبة بلا دليل على ارتكابها "الإثبات"، وأن الأحكام لا تصدر إلا بالأغلبية^(٨).

(٦) ويختلف موقف المدرسة الرواقية من هذه الزاوية عن موقف أرسطو حيث يرى أن للعبودية مزايا عملية وأن الدولة في حاجة إلى نظام العبودية حتى تخلص الصفوة للحياة العامة.

L'esclavage était considéré comme une nécessité pour l'Etat. L'Etat a besoin d'une classe d'hommes adonnés aux occupations matérielles, qui entretienne les autres classes de condition privilégiée et leur permette de se vouer aux formes supérieures d'activité, et, en particulier à la vie publique. V. Del Vecchio op cit., p. 48.

(٧) انظر كتابنا مقدمة في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٩٧، ص ١٣٢، وكذلك:

Martin (V.); selon et l'esprit de sa législation, in grandes figures Genève, 1948.

(٨) ضرورة إجراء محاكمة عادلة تعكس فكرة أو حق أو مبدأ المساواة أمام القضاء الذي يعد وبحق من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام القضائي، أنظر، مصطفى قنديل، الحق في التقاضي وحقوق الإنسان، ضمن كتاب حقوق الإنسان الذي قام بإعداده أعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق - جامعة طنطا، بدون تاريخ، ص ٨٧ وما

ويُعد تشريع الإمبراطور كراكلا [١٨٨ - ...] الذي بموجبه مُنحت الجنسية الرومانية لجميع سكانى الإمبراطورية بعد أن كان منحها قاصراً فقط على الرومان، خطوة للمساواة بين الأجانب والرومان^(٩). ومن النافلة ذكر أن المساواة بين الأفراد يُعد أحد مظاهر حقوق الإنسان.

ويُعد قانون الشعوب أى القانون الذي يحكم العلاقات المالية فيما بين الأجانب بعضهم والبعض الآخر وكذلك العلاقات التي تنشأ بين الأجانب والرومان إحدى مظاهر معرفة القانون الروماني لمبادئ حقوق الإنسان. فمن المسلم به أن حق كل فرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي^(١٠). وبالتالي تطبيق القانون الوطني عليه يعد إحدى مظاهر حقوق الإنسان الأساسية. وما لا شك فيه أن عدم فرض الرومان قانونهم على غير الرومانيين لدليل على معرفتهم لمبادئ حقوق الإنسان.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن القانون الطبيعي هو أساس قانون الشعوب. والقانون الطبيعي يقصد به "أن الطبيعة أو الكون المادي بما يحتويه من الأجرام والكواكب والمخلوقات، تسير على نظام ثابت محدود يوحى بأن قوة القاهرة توجه حركاتها،

بعدها. وأن عدم تقرير عقوبة بلا دليل يتضمن مبدأ أو حق الدفاع أمام القضاء الذي يعد من النظام العام. أنظر المادة ٦٩ من الدستور المصري التي تنص على أن "حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول".

(٩) أنظر في تطور التفرقة بين الأجنبي والروماني كتابنا، ماهية الأجنبي، دراسة في فلسفة الجنسية، دار النهضة العربية، ص ٣٤ وما بعدها.

ومن النافلة ذكر أن العامل الاقتصادي واحتياج الخزينة الرومانية للأموال اللازمة لمواجهة النفقات العسكرية كانت من أهم أسباب التساهل في منح - صفة المواطنة أي الجنسية للأجانب. أنظر كتابنا السالف، ص ٤٠ هامش (٥).

(١٠) أنظر المادة ٦٨ من الدستور المصري حيث تنص على أن "... لكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي". ويمكن تعريف القاضي الطبيعي بأنه "كل قضاء ينشأ ويحدد اختصاصه بقانون في وقت سابق على نشوء الدعوى، وبصفة دائمة، ومشكل من قضاة متخصصين في القانون، وتتحقق فيهم كافة الشروط والضمانات القانونية وعلى الأحص الاستقلال المحصن بعدم القابلية للعزل، ويطبق القانون العادي على إجراءات الدعوى وموضوعها وتكفل أمامه كافة حقوق الدفاع وضماناته". أنظر صلاح سالم جوده، القاضي الطبيعي، الضمانات الأساسية لعدالة الحكم والمحكمة، ١٩٩٧، دار النهضة العربية، ص ٣٥.

وتتحكم في ظاهراتها، ومعنى هذا أن الطبيعة تخضع لناموس أو قانون خاص ينظمها" ^(١١) فهو أي القانون الطبيعي هو القانون "الذي تمليه الطبيعة على جميع المخلوقات" ^(١٢). وهو من الناحية المعنوية مجموعة "المبادئ التي توحى بها الطبيعة أو خالق الطبيعة إلى أبنائها من النوع الإنساني" ^(١٣).

وقد أدى انتشار قانون الشعوب أو إذا شئنا الدقة القانون الطبيعي إلى تبسيط الإجراءات الشكلية التي كان يتسم بها القانون الروماني.

علاوة على ذلك فقد كان من أثر تطبيق القانون الطبيعي التخفيف من غلواء السلطة التي كان يتمتع بها رب الأسرة وما ترتب عليه من تحقيق المساواة بين الذكور والإناث. فقد ذكر الفقيه البيانوس ما نصه "أن القانون الطبيعي يرى ظاهرة اتحاد الذكر والأنثى وظاهرة التناسل وتربية الأولاد" ^(١٤). ومما لا شك فيه أن مبدأ المساواة من أهم الحقوق الإنسانية.

فمحمل القول وزيدته "أن الكثير من الضمانات الذي تقررت ضد القهر والظلم والتي تضمنها إعلان حقوق الإنسان كانت مقررة في القانون الروماني كمبادئ عامة أو أقوال ماثورة. فالقول المأثور أن منزل الرجل هو قلعته يأتي مباشرة من القانون الروماني وليس من خصائص الإنجليز وحدهم والذي عبر عنه التعديل الرابع لدستور الولايات المتحدة الأمريكية" ^(١٥).

(١١) أنظر علي بدوي، أبحاث في التاريخ العام للقانون، ج (١) تاريخ الشرائع، طبعة ١٩٤٧، ص ٦٧.

(١٢) عمر ممدوح، أصول تاريخ القانون (تكوين الشرائع وتاريخ القانون المصري)، الطبعة الثانية، سنة ١٩٥٢، ص ٩٩.

(١٣) علي بدوي، سابق، ص ٦٧.

(١٤) مشار إليه لدى عادل بسيوني، سابق، ص ٣٧.

(ج) المشروع الإنجليزي وحقوق الإنسان:

يُعد القانون الإنجليزي وبحق من أهم التشريعات ^(١٦) التي احترمت مبادئ حقوق الإنسان. وتجدر الإشارة هنا أن القانون الطبيعي يعد أساساً كذلك لفكرة حقوق الإنسان.

وتجدر الإشارة إلى أن فكرة القانون الطبيعي كأساس لحقوق الإنسان لم يُشر إليها صراحة ولكن بطريق غير مباشر عن طريق ما كان يسمى "ضمير الملك"^(١٧).

وقد ترتب علي اللجوء إلي فكرة "ضمير الملك" تبسيط إجراءات التقاضي الذي يُعد إحدى حقوق الإنسان حالياً من ناحية وتحقيق المساواة بين الأفراد من ناحية أخرى.

علاوة على ذلك، فقد صدرت العديد من التشريعات التي كان من مفادها التأكيد على الحقوق والحريات الأساسية.

عادل بسيوني، سابق، ص ٣٨.

^(١٦) هناك ثلاث نظم قانونية أساسية: النظام الأنجلوسكسوني، النظام اللاتيني والنظام الجرمني. وينتمي القانون الإنجليزي إلى النظام الأول بل يعد عمده هذا النظام وهو يعرف بنظم الشريعة العامة **Common law systems** وذلك بالمقابلة لنظم القانون المدني **Civil Law systems** (القانون الفرنسي والقانون الألماني) أنظر في ذلك: محمد محمد بدران، القانون الإنجليزي: دراسة في تطوره التاريخي ومصادره القانونية، وانعكاساتها على التفرقة بين القانونين العام والخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٣. ومن الجدير بالذكر أنه منذ مؤتمر لاهاي سنة ١٩٣٥ أصبحت الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً له ذاتيته الخاصة به.

^(١٧) تعكس فكرة ضمير الملك **Conscience de Roi** فكرة العدالة **La justice**. فالملك كان يُعد مصدراً للعدالة **The king is the fountain of justice**. ويبدو أن هذه الفكرة تتناقض مع فكرة الفصل بين السلطات باعتبارها أحد دعائم حقوق الإنسان الأساسية. "إلا أن الفكر القانوني الإنجليزي [...] كان يجمع هذه الوظائف الثلاثة بيد الملك في مجلسه **King's council**". أنظر محمد بدران، سابق، ص ١٨.

ففي القرن الثالث عشر الميلادي تم التوقيع على الماجنا كارتا Magna Carta والذي كان يُعد بمفهوم ذلك العصر ثورة دستورية. فقد تمكن البارونات في أن يقيدوا سلطات الملك التي كانت تقوم على أساس ديني وذلك بإجباره على التوقيع على العهد الأعظم^(١٨).

ففي حقيقة الواقع، فقد وقع الملك جون على العهد الأعظم عام ١٢١٥.

ومن الأهمية بمكان ذكر أن وثيقة العهد الأعظم تُعد أساس حرية الأفراد ضد سلطة الحاكم المستبد. فالمادة (٢٩) من العهد تهدف إلى حماية حرية الأفراد.

وقد أدى صدور وثيقة العهد الأعظم إلى تحقيق حق من أهم حقوق الإنسان على الإطلاق ألا وهو مساواة الجميع أمام القانون^(١٩).

ويمكن القول أنه بفضل الماجنا كارتا أمكن تغليب فكرة القانون الطبيعي على القانون العربي. وقد كان من آثار ذلك أن خضع كل من البرلمان والعرش للقانون. وهو الأمر الذي أمكن إلى تحقيق نوع من التوازن بينهما. أي ما يطلق عليه حديثاً الفصل ما بين السلطات الذي يعد إحدى ضمانات حقوق الإنسان في الوقت الحالي.

وتُعد قاعدة إحضار جسم السجين من أهم القواعد التي قررت حماية الحرية الفردية للإنسان ضد ظلم وتعسف السلطة^(٢٠).

(١٨) عادل بسيوني، سابق، ص ٧٢ وما بعدها.

فوفقاً لهذه القاعدة أنه لا يجوز أن يجلس أو يحجز شخص بدون سبب قانوني. بمعنى آخر فإنه لا بد أن يكون الحبس بناءً على محاكمة عادلة.

[٢] الأساس الفلسفي لفكرة حقوق الإنسان

لا يمكن الوقوف في حقيقة الواقع على الجذور الفلسفية لفكرة حقوق الإنسان إلا من خلال دراسة المصادر الفقهية لنظرية الحقوق والحريات الأساسية؛ نظراً لأن هذه النظرية تعد جوهر حقوق الإنسان.

ودراسة نظرية الحقوق والحريات الأساسية له جوانب متعددة. ولكننا سنقتصر على دراسة هذه النظرية من جانبين: الجانب الشكلي للحقوق والحريات الأساسية والجانب المادي لتلك الحقوق والحريات. فضلاً عن ذلك فإن تحديد طبيعة ووعاء الحقوق والحريات الأساسية تعد من المسائل التي لم يجتمع عليها الفقه.

(١٦) وقد تحقق ذلك في الحقيقة بطريق غير مباشر. إذ ترتب على صدور وثيقة العهد الأعظم أن أصبحت لفكرة المحكمة الثابتة حماية دستورية. أنظر محمد بدران، سابق، ص ٢٤. ومن النافلة ذكر أن مبدأ المساواة أمام القانون يُعد إحدى المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية إعمالاً لقول الرسول الكريم "لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها".

(٢٠) وتقابل قاعدة إحضار جسم السجين حالياً مكنة التظلم من قرارات الاعتقال. وهي المكنة التي كانت من اختصاص مجلس الدولة ثم سلب منه هذا الاختصاص بموجب القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٨ الذي تم تعديله بموجب القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ ليصبح التظلم من اختصاص محكمة أمن الدولة العليا. ومما لاشك فيه أن هذا السلب من شأنه أن يقيد من نطاق حماية الحرية الفردية للإنسان، ولا يدحض في ذلك ما ذهب إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٩٧٢/٥/٣٠

وعليه فسوف نعالج على التوالي:

(أ) جوانب نظرية الحقوق والحريات الأساسية.

(ب) طبيعة ووعاء الحقوق والحريات الأساسية.

(أ) جوانب نظرية الحقوق والحريات الأساسية

يمكن دراسة الجانب الشكلي للحقوق والحريات الأساسية من زاوية فلسفية كما يمكن دراسة ذات الجانب من زاوية سياسية

(٢١).

والزاوية الفلسفية للحقوق والحريات الأساسية جسدها في فرنسا كتابات جاك جان روسو (١٧١٢ - ١٧٧٨)، وبصفة خاصة

كتابه الشهير العقد الاجتماعي^(٢٢)؛ كما عكستها كذلك كتابات الموسوعيين Encyclopédistes وبصفة خاصة كتابات

WILLAM BLACKSTONE في المجلتر^(٢٣).

(لم أطلع عليه ولكن مشار إليه لدى فتحي فكري، الاعتقال، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٢، ص ١٤٨) من أن التظلم أمام محكمة أمن الدولة العليا في قرارات الاعتقال يعد "مقابلاً لطريق الطعن فيها بالإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري لأن كلا الطريقين يحقق الغاية ذاتها".

(٢١) ومن المسلم به أن الحقوق والحريات الأساسية تعد إطاراً يبين الحدود التي لا يمكن تجاوزها أو الاتجاه الذي يجب اتباعه أكثر من كونها جنس خاص للحقوق. أنظر:

Portalis, Discours préliminaire ou projet de code civil- Naissance du code civil, Flammarion, 1989, P.49: Les libertés de_ droits fondamentaux sont moins une espèce particulière de droits que des bornes indiquant à tous et en tous domaines les limites a ne pas franchir, et parfois la direction où s'engager.

(٢٢) يعد كتاب العقد الاجتماعي من وجهة نظر فقه القانون العام والسياسي الفرنسي السائد في بدايات القرن المنصرم الأصل الذهني les origines intellectuelles لإعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي. أنظر في ذلك:

Dufour (AL); Droits de l'homme, Droit naturel et histoire, 1er éd, puf. 1991. p.16.

أما في ألمانيا فإن محاولات CHRISTAN WOLFF (١٦٧٩ - ١٧٥٤)، للتوفيق بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي

واعتبار الأخير جزءاً من الأول، تعد وبحق تجسيدا لمحاولة تأصيل نظرية الحقوق والحريات الأساسية على أساس فلسفي^(٢٤).

وفي المقابل للجانب الفلسفي، نجد محاولة لتأصيل الحقوق والحريات الأساسية على أساس سياسي. فالحقوق والحريات الأساسية

تجد أساسها في رغبة الجماعة في الوقوف ضد الحاكم الظالم. وتعد كتابات JAMES OTIS (١٧٢٥ - ١٧٨٣) و^(٢٥)

SAMUEL ADAMS (١٧٢٢ - ١٨٠٣)^(٢٦) في الولايات المتحدة الأمريكية تجسيدا لهذا الأصل السياسي Origine

.politique

ويجسد التيار الفكري السياسي والاجتماعي الذي كان سائداً خلال عنصر النهضة - في نظر البعض - الجانب المادي لنظرية

الحقوق والحريات الأساسية.

ويعد جون لوك (١٦٣٢ - ١٨٠٤) في إنجلترا، ومونتسكيه (١٦٨٩ - ١٧٥٥)، وفولتير (١٦٩٤ - ١٧٧٨) في فرنسا من

ناحية، وسموئيل بوفون دورف PUFENDORF (١٦٣٢ - ١٧٩٤) في ألمانيا رواد هذا الاتجاه^(٢٧).

(23)V. Blackstone (W.); Commentaries on the laws of England [1762-1769], London, 1781.

(24)V. Dufour (Al.); Le mariage dans l'Ecole allemande du Droit naturel moderne au 18^{ème} siècle, Paris, 1972, p. 168-197.

(25)V. Otis (J.); The rights of the British colonies asserted and proved, éd. 1929, N° 3, p. 45-91.

(26)V. Adams (S.); Passim et Political writings, éd. G.A. Peek, New York 1954, p. 3-39.

(27)V. Dufour (Al.); Droits ..., op. cit., p. 18.

أما GEORG JELLINEK (١٨٥١ - ١٩١١) فقد أسس الجانب المادي للحقوق والحريات الأساسية على أساس

ديني. فالحقوق للصيقة بالإنسان كإنسان تعد حقوقاً ذات جذور دينية Origine Religieuse^(٢٨).

وعلاوة على هذين التيارين، فإن كل من D.VOSSLER و G. RITTER يرون في الحقوق التاريخية للشعوب أساس

الحقوق والحريات الأساسية، ومن ثم أساس لحقوق الإنسان باعتبار أن الحقين ذات صلة وثيقة^(٢٩).

(ب) طبيعة ووعاء الحقوق والحريات الأساسية

ارتبطت دراسة المصادر الفقهية Sources doctrinelles للحقوق والحريات الأساسية التي يتمتع بها الإنسان بمسألة

تحديد طبيعة ووعاء assis هذه الحقوق والحريات.

وفي هذا الصدد، فإنه يمكن التمييز بين تيارين. أولهما لجأ إلى فكرة القانون الطبيعي - وهي فكرة ميتافيزيقية - لمحاولة

استخلاص طبيعة ووعاء الحقوق والحريات الأساسية التي يتمتع بها الإنسان كإنسان، والتيار الثاني وجد في التاريخ Histor

معينا له.

^(٢٨) يعد انتشار الفكر البروتستانتي المعدل reformée وبصفة خاصة الأجلوسكسوني في العالم الجديد "الولايات المتحدة الأمريكية"، والفصل ما بين الدولة والكنيسة la Séparation de l'Eglise et de l'Etat وما ترتب عليه من تأكيد حرية العقيدة الفردية في مواجهة النظام السياسي القائم أساس الاتجاه الذي يرى أن حقوق الإنسان ذات جذور دينية.

«L'idée de consigner législativement des droits inaliénables, innés et sacrés de l'individu, n'est pas d'origine politique, mais d'origine religieuse».

ملحوظة: لم أطلع على كتاب Jellinek لأنه منشور باللغة الألمانية. غير أنه مشار إليه لدى Dufour حقوق، سابق، ص ١٥ و ص ١٩.

(29)V. Dufour, Droits op. cit., p. 19.

تُعد الحقوق والحريات الأساسية في نظر أنصار مدرسة القانون الطبيعي L'Ecole du droit naturel moderne (لوك الإنجليزي وبوفون دروف الألماني) حقوقاً طبيعية Droits naturels. فهي حقوق ذات طبيعة ميتافيزيقية. فهي حقوق لصيقة بالصفة الإنسانية أي بصفة الإنسان كإنسان بغض النظر عن مركزه الاجتماعي ووضعه السياسي. فهي حقوق منحها الله للإنسان بغض النظر عن عرقه ولونه وعقيدته non qua, christiani, sed qua homines، ومن ثم فإن وعاء assis هذه الحقوق والحريات الأساسية هو كل ما يؤدي إلى رفعة الإنسان كإنسان بطريقة مجردة عن المعطيات التاريخية والاجتماعية، وبالتالي فإن هذه الحقوق والحريات الأساسية تُعد عالمية Universelle لأنها تهم الإنسانية منذ الأزل Il'humanité tout entière pour la totalité des temps (٣٠).

هذا المفهوم الميتافيزيقي لطبيعة ووعاء الحقوق والحريات الأساسية جسده على أرض الواقع إعلان الاستقلال الأمريكي الصادر سنة ١٧٧٦، وكذلك الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩.

(٣٠) وانطلاقاً من تلك الفكرة فقد أعلن Duport أحد أعضاء الجمعية التأسيسية الفرنسية عشية إصدار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الآتي:

«Vous avez voulu enfin une déclaration convenable à tous les hommes, à toutes les nations. Voilà l'engagement que vous avez pris à la face de l'Europe; il ne faut craindre ici de dire des vérités de tous les temps et de tous les pays». V. Archives parlementaires, T.3, p. 451.

مشار إليه لدى دي فور، سابق.

ومن النافلة ذكر أن محاولة تأسيس فكرة حقوق الإنسان على أساس ميتافيزيقي لم تكن محل إجماع الفقه. ففي فرنسا وعلى

الرغم من أن واضعي إعلان حقوق الإنسان والمواطنة قد استندوا على فكرة القانون الطبيعي إلا أن ذلك لم يمنع من انتقاد ذلك

الاتجاه.

فقد انتقد كل من BURKE وكارل ماركس CARL MARX الأساس الميتافيزيقي لحقوق الإنسان. فقد كتب الأول في

كتابه المَعْنُون "إنعكاسات حول الثورة الفرنسية" أنه لا يعد دقيقاً من المنظور الأخلاقي والسياسي تأسيس الحقوق الأساسية

للإنسان على أساس ميتافيزيقي لأنه لو أمكن تصور هذه الحقوق من الناحية الذهنية إلا أنه من الصعب تعريفها^(٣١).

أما ماركس في كتابه "المسألة اليهودية" فإنه نظر إلى مسألة ميتافيزيقية حقوق الإنسان أو إذا شئنا الدقة إلى فكرة حقوق الإنسان

ذاتها من زاوية أيديولوجية. فهو يرى أن فكرة حقوق الإنسان فكرة برجوازية تعكس أنانية الإنسان البرجوازي الذي لا يهتم إلا

بمصالحه الشخصية. وانطلاقاً من ذلك ينتقد ماركس الحقوق الأساسية الأربعة [الحرية - التملك - المساواة - الأمان] والواردة

في الدستور الفرنسي الصادر سنة ١٧٩٣ وذلك على الرغم من اعترافه بأن هذا الدستور يعد من الدساتير الأكثر شعبية. لأن

هذه الحقوق تتعلق - من وجهة نظر كارل ماركس على الأقل - بالإنسان الأناني المنفصل عن قرينه وعن جماعته^(٣٢).

(٣١)V. Burke (E.); Réflexions sur la Révolution de France, 3éd. Tr.fr. P. Andler, Paris 1989, p. 78.

«Tous les droits prétendus [...] sont Vrais métaphysique-ment [...]. Les Droits de l'Homme sont dans une sorte de milieu qu'il est impossible de définir, mais qu' il n'est pas impossible d'apercevoir.

(32)Marx (K); La question Juive, Tr. fr. J.M. Palmier, Paris 1968, p. 171-172.

وتجدر الإشارة أن موقف ماركس من هذه الحقوق كان موقفاً سلبياً؛ فقد نظر إلى جانبها السلبي فقام بتعريفها تعريفاً سلبياً

.négativement

فالحرية وإن كانت الحق في عمل كل ما لا يضر بالآخرين. وهو ما يترتب عليه تضيق حرية الإنسان باعتباره جزءاً منعزلاً منضوباً

على نفسه

Le droit de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui [...] comme limitation réciproque

rapetissant la liberté de l'homme en tant que nomade isolée et repliée sur elle meme⁽³³⁾

أما حق الملكية - منظوراً إليه من جانبه الشيئي le côté chosiste - فهو حق الإنسان في التمتع بما يملك وفقاً لرغبته دون

الاهتمام بشئون الآخرين. فالمملكية - من وجهة نظر ماركس - تعكس فكرة الحق في الأنانية

(Le droit á l'égoïsme)⁽³⁴⁾.

أما المساواة L'égalité فهي لا تعنى إلا القطيعة الأفقية la non- relation horizontale المباشرة بين الأفراد؛ أما الأمان

Sûreté فهو لا يعدو إلا أن يكون العلاقات الرأسية بين أفراد المجتمع. وبالتالي فإن حقوق الإنسان المزعومة تعد قاصرة على

نطاق الإنسان الأناني.

(33)Marx (K.); op. cit., p. 37-38.

وقد عبر عن ذلك كله ماركس في كتابه المذكور آنفاً بالقول :

Aucun des prétendu Droits de l'Homme ne dépasse donc l'homme égoïste, l'homme en tant que membre de la société bourgeoise, c.à. d. un individu, séparé de la communauté, réplié sur lui-même uniquement préoccupé de son intérêt personnel et obéissant à son arbitraire privé [...]. L'homme est loin d'y être considéré comme un être générique; tout au contraire, la vie générique elle-même, la société, apparaît comme un cadre extérieur à l'individu, Comme une limitation de son indépendance originelle » (35)

لا يمكن في حقيقة الأمر - من تفهم موقف ماركس إلا من خلال الوقوف على التفرقة التي أجراها بين حقوق الإنسان Le Droits du citoyen. وحقوق المواطن. فإذا كانت حقوق الإنسان تعكس أو تجسد فكرة الإنسان الأناني فإن حقوق المواطن - على العكس من ذلك - فإنها لا تمارس إلا من خلال المشاركة مع الغير:

"Le Droits du citoyen ne peuvent être exercés qu'en association avec autrui" (36).

يترتب على المقابلة بين حقوق الإنسان وحقوق المواطن نتيجة مفادها أن ممارسة حقوق المواطن يترتب عليها إنكار حقوق الإنسان باعتبارها حقوق الخاصة المحددة بذاتها.

(34)V. Marx (K.); op. cit. p. 37-38 «droit de jouir de sa fortune et d'en disposer à son gré, sans se soucier des autres hommes [...] le droit à l'égoïsme».

(35) ماركس، المسألة اليهودية، سابق، ص 39 هامش.

(36) ماركس، المسألة اليهودية، سابق، ذات الموضوع.

[Les Droits du citoyen] nient donc directement en leur exercice les droits de l'homme
comme droits de la particularité fixée á elle même ^(٣٧).

وبعض النظر عن دقة ما ذهب إليه صاحب كتاب رأس المال، فإن منطلقه الأيديولوجي يجد أساسه في رفضه للتفسير الذي
أعطى للوظيفة التاريخية لإعلان حقوق الإنسان ^(٣٨). فإعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي أصدرته الثورة الفرنسية كان له
غرض سياسي وبالتالي أيديولوجي. ويدل على ذلك أن حقوق الإنسان تم التعبير عنها من خلال إعلان *déclaration* الذي
يعد في حد ذاته عملاً سياسياً *acte politique* معبراً عن موقف سياسي صادر عن دولة ^(٣٩).

غير أن هذه مسألة لا محل لمناقشتها لدحضها أو لتأييدها، فإن الذي يعيننا بعد هذا العرض الموجز هو عرض أفكار أنصار
المدرسة التاريخية بطريقة مجردة.

^(٣٧) ماركس، المسألة اليهودية، سابق، ذات الموضوع.

^(٣٨) أنظر في الجذور التاريخية لإعلان حقوق الإنسان والمواطن:

Doumergue (E.); Les origines historiques de la Déclaration de Droits de l'Homme et du citoyen, in R.D.P.
T.21, P.673-733.

(39)V. Bourgeois (B.), op. cit., p. 102.

٢- الاتجاه التاريخي وحقوق الإنسان:

يرى أنصار الاتجاه التاريخي (كوك وبلاك ستون في إنجلترا و REYSCHER و J.GRIMM في ألمانيا) أن طبيعة الحقوق والحريات الأساسية تتجسد تاريخياً كامتياز خاص لأعضاء جماعة محددة "شعب أو طبقة اجتماعية"، وأن وعاء هذه الحقوق والحريات الأساسية يتمثل في رفعة أعضاء الشعب المعنى أو الطبقة الاجتماعية المعنية. ولا يمكن لهذه الحقوق والحريات بحسب طبيعتها أن تمتد لأعضاء شعب آخر أو جماعة أخرى (١٠).

نخلص من مقارنة هذين الاتجاهين إلى أن أنصار مدرسة القانون الطبيعي يرون في الحقوق والحريات الأساسية أنها ذات طبيعة ميتافيزيقية وغير قابلة للتنازل وأنها لا تتقدم وأنها عالمية لأنها تخص الإنسانية جمعاء.

في حين أن أنصار الاتجاه التاريخي يرون في ذات الحقوق والحريات أنها حقوق خاصة وقاصرة على شعب محدد أو جماعة محددة.

غير أنه وعلى الرغم من الاختلاف في المضمون بين أنصار المدرسة الطبيعية وأنصار المدرسة التاريخية، فإن أنصار المدرستين يتفقان بأن الأولوية المعطاة لمضمون ووعاء هذه الحقوق يختلف باختلاف المنظور السياسي والاجتماعي السائد في المجتمع. ويجسد

ذلك المقابلة بين ما يطلق عليه الحرية الشكلية *liberté formelle* والحرية الفعلية *liberté réelle*.

(40) Dufour (Al.); Droits ... op. cit., p. 23.

وقد عبر عن ذلك بلاستون في كتابه سابق الإشارة إليه، ج١، ص ١٢٧ - ١٢٩ بالقول:

The absolute rights of every Englishman [...] as they are founded on nature and reason, so they are coeval with our form of government [...] In most other countries of the world being now more or less debased and destroyed, they at present may be said to remain, in a peculiar and emphatic manner, the rights of the people of England.

وهي مقابلة تعكس اختلافاً أيديولوجياً بين المفهوم الليبرالي Libéralisme والمفهوم الإشتراكي Socialisme لحقوق

الإنسان^(٤١). وتأكيداً لذلك فإن الحقوق السياسية المدنية لها الأولوية في المنظور الغربي، على حين أن مفكري العالم الثالث

يرون أن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية يجب أن يكون لها الأولوية على الحقوق المدنية والسياسية. غير أنه الأدق - من وجهة

المنظور الفلسفي الجرد على الأقل - هو عدم التمييز بين الحقوق والحريات الأساسية. فهي ترتبط بعضها ببعض في بوتقة

واحدة أياً كانت طبيعتها.

فهي حقوق مرتبطة ولا تقبل التجزئة. فالحقوق جميعاً تعد شروطاً لتحقيق الحرية

Tous les droits sont des conditions de le réalisation de la liberté^(٤٢).

ذلك الخلاف الفقهي حول طبيعة وأساس هذه الحقوق. وهل هي متساوية في الدرجة أم أن هناك تبايناً بينها يعكس في حقيقة

الأمر - الإيديولوجية السياسية والفلسفية السائدة في المجتمع. ففكرة حقوق الإنسان وإن كانت فكرة عالمية المضمون إلا أنها

واقعية التطبيق. هذه الواقعية تنعكس بجلاء في موقف الكتب السماوية من حقوق الإنسان.

[٣] حقوق الإنسان والكتب السماوية

دراستنا لحقوق الإنسان في الكتب السماوية ستكون من ناحية دراسة وثائقية بمعنى أننا سنذكر الآية التي تشير إلى حق من

حقوق الإنسان دون تعليق من جانبنا، وستكون الدراسة من ناحية أخرى قاصرة على بعض الحقوق دون البعض الآخر.

(41) V. Bourgeois (B.), Op. cit., p. 100 .

(أ) الكتاب المقدس و حقوق الإنسان (٤٣)

أ- إقرار العدالة والحقوق :

سفر عاموس ٥ : ٢٤ :

"وليجر الحق كالمياة والبر كنهر دائم".

ب- المحاربة ضد الظلم الاجتماعي :

سفر عاموس ٨ : ٤ - ٧ :

"اسمعوا هذا أيها المتهمون المساكين لكي تبيدوا بائسي الأرض [.....] لتشتري الضعفاء بفضة والبائس بنعلين [.....]".

سفر اشعيا ٥٨ : ٧ - ١٠ :

"ليس أن تكسر للجائع خبزك وأن تدخل المساكين التائهين إلى بيتك.

إذا رأيت عرياناً أن تكسوه [.....]. وأنفقت نفسك للجائع وأشبعت النفس الذليلة....".

وبالتالي فقد حارب الكتاب المقدس الظالمين والباغيين.

(42) V. Bourgeois (B.), Op. cit., p. 15 .

(٤٣) يقصد بالكتاب المقدس العهد القديم "التوراة" والعهد الجديد (الإنجيل) معاً.

سفر اشعيا ٥٩ : ٦ - ٨ :

خيوطهم لا تصير ثوباً ولا يكتسون بأعمالهم [...] . كل من يسير فيها لا يعرف سلاماً.

ج - تحقيق المساواة بين الناس وإقامة العدل لأن الله خلق الإنسان على صورته.

تكوين ١ : ٢٦ - ٢٧ : فخلق الله الإنسان على صورتنا كشبهنا [...] فخلق الله الإنسان على صورته. على صورة الله خلقه

ذكراً وأنثى خلقهم.

رسالة بولس الرسول إلى أهل روميا : ١٠ : ١٢ لا فرق بين اليهودي و اليوناني.

سفر إرميا ٧ : ١ - ١١ :

"[...] إن أجزيتم عدلاً بين الإنسان وصاحبه. إن لم تظلموا الغريب واليتيم والأرملة [...]" .

رسالة بولس الرسول إلى أهل غلاطيه ٣ : ٢٨ :

ليس يهودي ولا يوناني.

د - تحقيق التضامن الاجتماعي والحث على حب الغير :

سفر أيوب ٣١ : ١٦ - ١٩ :

"[...] إن كنت رأيت هالكاً لعدم اللبس أو فقيراً بلا كسوة إن لم تباركني حقواه [...]" .

سفر لوقا ١٠ : ٢٧ ... تحب الرب إلهك من كل قلبك [....] وقريبك مثل نفسك.

أعمال الرسل ٢ : ٤٥ : كما يكون لكل واحد احتياج.

قدسية حقوق الإنسان لأن الاعتداء عليها يعد اعتداء على الله:

إنجيل متى ٢٥ : ٤١ : بما أنكم فعلتموه بأحد إخوتي. هؤلاء الأصاغر في فعلتم.

حرمة الحياة الخاصة:

سفر تثنية ٢٤ : ١٠ :

"إذا أقرضت صاحبكم قرضاً ما فلا تدخل بيته لكي ترهن رهناً منه [....]."

هـ - نصرة المظلوم أي تحقيق العدل:

سفر مزامير ٧١ : ٥ :

"أما أنا فمسكين وفقير اللهم أسرع إليّ. مُعيني ومنقذي أنت. يارب لا تبطو."

و - نصرة الضعفاء "الأيتام والأرامل":

سفر التثنية ١٠ - ١٨ :

"الصانع حق اليتيم والأرملة والمحب الغريب ليعطيه طعاماً ولباساً".

سفر لوقا ٤ : ٨ - ٢٢ [....]: أرسلني لأشفي المنكسرى القلوب لأنادي للمأسورين بالإطلاق وللعمى بالبصر وأرسل

المنسحقين في الحرية [....].

ز- الحث على العدل باعتباره أساس السلام:

سفر التكوين ١ : ٢٨ - ٢٩ :

"[....] فقالوا إننا قد رأينا أن الرب كان معك. فقلنا ليكن بيننا حلق بيننا وبينك ونقطع معك عهداً. أن لا تصنع بنا شراً.

كما لم نمسك وكما لم نصنع بك إلا خيراً وصرفناك بسلام...."

ح - ملكية ثروت العالم ملكية مشتركة وبالتالي للإنسانية جمعاء حقاً فيها:

أعمال الرسل : ٢ : ٤٤-٤٥ : [....] وكان عندهم كل شيء مشتركاً.

والأملاك والمقتنيات كانوا يبيعونها ويقسمونها بين الجميع.

(ب) القرآن الكريم و حقوق الإنسان

أولاً- الحقوق الإنسانية:

أي الحقوق اللصيقة بالإنسان لكونه إنساناً:

حق الإنسان في الحياة وحماية الحق في الحياة باعتبار أن للحياة قدسية لا يجوز الاعتداء عليها:

قال تعالى: (مَنْ أَجَلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعَدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ) (٤٤).

قال تعالى: (قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبِّيَ عَلَيَّكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكَمْ وَصَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ) (٤٥).

قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ

كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا) (٤٦) و (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا)

(٤٥).

قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ

كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا) (٤٦) و (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا)

(٤٧).

(٤٤) سورة: المائدة آية ٣٢ - ٣٥.

(٤٥) سورة: الأنعام - الآية: ١٥١.

في حالة القتل الخطأ:

قال تعالى: (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يُقْتَلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ

يَصَدَّقُوا.....) (٤٨).

احترام العقيدة الدينية للإنسان:

قال تعالى: (لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِن بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لَا

انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) (٤٩).

(وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ إِنَّا أَعْتَدْنَا لِلظَّالِمِينَ نَارًا أَحَاطَ بِهِمْ سُرَادِقُهَا وَإِنْ يَسْتَعِثُوا يُعَاثُوا بِمَاءٍ

كَالْمُهْلِ يَشْوِي الْوُجُوهَ بِمَسِّ الشَّرَابِ وَسَاءَتْ مُرْتَفَقًا) (٥٠).

(لَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ) (٥١).

(٤٦) سورة: النساء - الآية: ٢٩.

(٤٧) سورة: النساء - الآية: ٩٣.

(٤٨) سورة: النساء - الآية: ٩٢.

(٤٩) سورة: البقرة - الآية: ٢٥٦.

(٥٠) سورة: الكهف - الآية: ٢٩.

الحق في حرية العقيدة الدينية:

قال تعالى : (لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ) (٥٢).

قال تعالى : (لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنْ بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لَا

انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) (٥٣).

احترام الشعور الديني للآخرين:

قال تعالى: (وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ

فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ) (٥٤)، (٥٥).

(٥١) سورة: يونس – الآية: ٩٩.

(٥٢) سورة: الكافرون – الآية: ٦.

(٥٣) سورة: البقرة – الآية: ٢٥٦.

(٥٤) سورة: الأنعام – الآية: ١٠٨.

(٥٥) لا يجوز للمسلم أن يطعن في دين غير المسلم. كما لا يجوز لغير المسلم أن يطعن في الدين الإسلامي. ومما لاشك فيه أن أكبر مظهر من مظاهر احترام الإسلام للعقيدة هو السماح لغير المسلمين بممارسة شعائرهم الدينية. وتجدر الملاحظة أن السماح بممارسة الشعائر الدينية يكون وفقاً للنظم القانونية السائدة.

ويلاحظ أن مشروع حقوق الإنسان الصادر عن منظمة المؤتمر الإسلامي سنة ١٩٨١ قد نص على حرية كل فرد في اعتناق ما يشاء من المذاهب rites ولم ينص على حرية العقيدة croyance (المادة ١٢) وقد حظرت بصفة عامة ممارسة أي ضغط أو استغلال الضعف النفسي والمالي للإنسان لحمله على تغيير عقيدته.

ويلاحظ أن مشروع إعلان حقوق وواجبات الإنسان الأساسية في الإسلام والصادر عن ذات المنظمة سنة ١٩٧٩ لم يتضمن أدنى إشارة لحرية العقيدة. أنظر إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام ١٩٩٠ – منظمة المؤتمر الإسلامي حيث قرر في المادة (١٠) أن الإسلام هو الدين الطبيعي للإنسان La religion naturelle de l'homme.

التسامح الديني كمظهر من مظاهر احترام العقيدة الدينية:

قال تعالى: (ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ) (٥٦).

قال تعالى: (وَلَا تُجَادِلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ وَقُولُوا آمَنَّا بِالَّذِي أُنزِلَ إِلَيْنَا وَأُنزِلَ إِلَيْكُمْ وَإِهْنَأْ وَإِهْنَأْكُمْ وَاحِدٌ وَنَحْنُ لَهُ مُسْلِمُونَ) (٥٧).

السلام حق من حقوق الإنسان :

حق الإنسان في أن يعيش ويعيش في سلام:

قال تعالى: (وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَاصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَعَثَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَاصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ) (٥٨).

الدعوة إلى السلام والحرص على التعايش بين الأفراد:

قال تعالى: (وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى دَارِ السَّلَامِ وَيَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ) (٥٩).

(٥٦) سورة: النحل - الآية: ١٢٥.

(٥٧) سورة: العنكبوت - الآية: ٤٦.

(٥٨) سورة: الحجرات - الآية: ٩.

قال تعالى: (وَإِنَّ امْرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ

الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ مُحْسِنًا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا) (٦٠).

وقال تعالى: (وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ) (٦١).

المساواة بين الأفراد بغض النظر عن العرق والجنسية والجنس:

قال تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاهُمْ إِنَّ اللَّهَ

عَلِيمٌ خَبِيرٌ) (٦٢).

بل إن المساواة بين الناس وصلت إلى حد جعل للأرقاء سهم في أموال الزكاة :

قال تعالى : (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ

فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) (٦٣).

(٥٩) سورة: يونس - الآية: ٢٥.

(٦٠) سورة: النساء - الآية: ١٢٨.

(٦١) سورة: الأنفال - الآية: ٦١.

(٦٢) سورة: الحجرات - الآية: ١٣.

(٦٣) سورة: التوبة - الآية: ٦٠.

فالناس جميعاً متساوون والتميز بينهم بحسب أعمالهم:

قال تعالى : (وَلِكُلِّ دَرَجَاتٌ مِّمَّا عَمِلُوا وَلِيُوَفِّيَهُمْ أَعْمَالَهُمْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ) (٦٤).

الحرية صفة لصيقة بالإنسان :

حرص الإسلام على تأكيد الحرية الشخصية للإنسان. فقال تعالى (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ

الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً) (٦٥).

ومما لا شك فيه أن من مظاهر هذا التكريم تمتع الإنسان بالحرية الشخصية. وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن هذا الحق مقرر

للإنسان بصفته إنساناً وبغض النظر عن دينه فقال تعالى (لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ

دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ) (٦٦).

فمن حق الإنسان أن يعيش مطمئناً على سلامته وكرامته من أى اعتداء. فالناس قد ولدتهم أمهاتهم أحراراً (٦٧).

وقد انبثق عن كون الحرية صفة لصيقة بالإنسان حق الشعوب في الدفاع عن مقدساتها وأوطانها.

(٦٤) سورة: الاحقاف - الآية: ١٩.

(٦٥) سورة: الإسراء - الآية: ٧٠.

(٦٦) سورة: الممتحنة - الآية: ٨، وتنص المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على "يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق وقد وهبوا عقلاً وضميراً، وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الإخاء".

(٦٧) أنظر: زكي زكي زيدان، حق الإنسان في الشريعة الإسلامية، ضمن كتاب حقوق الإنسان، سابق الإشارة إليه، ص ٥٩.

قال تعالى : (وَلَمَنْ أَنْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ) ^(٦٨).

بل إن الدفاع عن الحرية واجب لا يمكن التنازل عنه.

قال تعالى : (الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ) ^(٦٩).

ومن ثم فقد حرص القرآن الكريم على تخفيف منابع الرق.

وسوف نذكر بعض الآيات الدالة على ذلك ^(٧٠):

تشجيع الزواج من الإماء :

قال تعالى : (وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ...) ^(٧١).

قال تعالى : (... أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا) ^(٧٢).

وقال تعالى : (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ...) ^(٧٣).

^(٦٨) سورة: الشورى - الآية: ٤١.

^(٦٩) سورة: الحج - الآية: ٤١.

^(٧٠) وتنص المادة (٤) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨ على إنه " لا يجوز استرقاق أو استعباد أي شخص ويحظر الاسترقاق وتجارة الرقيق بكافة أوضاعها".

^(٧١) سورة: البقرة - الآية: ٢٢١.

^(٧٢) سورة: النساء - الآية: ٣.

وقال تعالى: (...فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ...) (٧٤).

الحث على شراء الإماء بهدف عتقهن وترك لمن حرية اختيار أزواجهن:

قال تعالى: (وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْزِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) (٧٥)،

(... وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ بِمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ...) (٧٦).

الحث على حسن معاملة الأرقاء:

قال تعالى: (... وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ

السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ...) (٧٧).

(٧٢) سورة: النساء - الآية: ٢٤.

(٧٤) سورة: النساء - الآية: ٢٥.

(٧٥) سورة: النور - الآية: ٣٢.

(٧٦) سورة: النور - الآية: ٣٣.

(٧٧) سورة: النساء - الآية: ٣٦.

الحث على تحرير العبيد عن طريق جعل فك رقبة كفارة للعديد من الذنوب :

ففي كفارة القتل قال تعالى : (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى

أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ

مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا) (٧٨).

وفي كفارة الظهار قال تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَم تُوَعِّظُونَ

بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ) (٧٩).

أما عن كفارة الحنث باليمين قال تعالى : (لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّعْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ

عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا

حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ) (٨٠).

(٧٨) سورة: النساء - الآية: ٩٢.

(٧٩) سورة: المجادلة - الآية: ٣.

(٨٠) سورة: المائدة - الآية: ٨٩.

ثانياً: الحقوق الإنسانية ذات الطابع الاجتماعي:

الحق في تكوين أسرة :

حق مقدس من حقوق الإنسان. وهو الوسيلة الوحيدة للمحافظة على النسل والفضيلة.

قال تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا

اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا)^(٨١).

وللزوجين في إطار علاقة الزواج الشرعية حقوق متبادلة ومتساوية.

قال تعالى : (... وَهَلُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...)^(٨٢).

منها حق الاحترام المتبادل والمودة والرحمة.

قال تعالى: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ

يَتَفَكَّرُونَ)^(٨٣).

ومنها حق الزوجة في المعاشة مع زوجها حيث يوجد.

(٨١) سورة: النساء - الآية: ١ .

(٨٢) سورة: البقرة - الآية: ٢٢٨ .

قال تعالى : (أَسْكِنُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ...)^(٨٤).

الحق في حماية الحياة الخاصة (حرمة الحياة الخاصة للإنسان).

قال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا بَحْسَسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا...)^(٨٥)،

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ)^(٨٦).

الحق في حماية السمعة والشرف :

الأمر الذي يتضمن تحريم التجسس على الحياة الخاصة والسخرية والتنازير والتلامز بالقول والفعل.

قال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ عَسَى أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الإِسْمُ الفُسُوقُ بَعْدَ الإِيمَانِ وَمَنْ لَمْ يَتُبْ فَأُولَئِكَ هُم الظَّالِمُونَ # يَا أَيُّهَا

الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا بَحْسَسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَجِبْتُ أَحَدَكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ

مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ)^(٨٧).

^(٨٢) سورة: الروم - الآية: ٢١.

^(٨٤) سورة: الطلاق - الآية: ٦.

^(٨٥) سورة: الحجرات - الآية: ١٢.

^(٨٦) سورة: النور - الآية: ٢٧.

^(٨٧) سورة: الحجرات - الآية: ١١ - ١٢.

المحافظة على الحياة الخاصة للزوجة وستر عيوبها الجسدية خصوصاً بعد الطلاق.

قال تعالى: (... وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ) ^(٨٨).

ثانياً: الحقوق الاقتصادية والاجتماعية:

ا- الحقوق الاقتصادية:

حماية الممتلكات الفردية التي اكتسبها الإنسان نتيجة عمله.

قال تعالى: (وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى) ^(٨٩).

يخلص من ذلك شرعية حق الملكية سواء الفردية أو الجماعية المترتبة على العمل.

قال تعالى: (وَأَنَّهُ هُوَ أَعْنَى وَأَقْنَى) ^(٩٠).

قال تعالى: (أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَامًا فَهُمْ لَهَا مَالِكُونَ) ^(٩١).

وبالتالي لا يجوز الاستيلاء على ما يمتلكه الآخريين (الملكية الخاصة) إلا إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة.

^(٨٨) سورة: البقرة - الآية: ٢٣٧.

^(٨٩) سورة: النجم - الآية: ٣٩.

^(٩٠) سورة: النجم - الآية: ٤٨.

^(٩١) سورة: يس - الآية: ٧١.

قال تعالى: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (٩٢).

غير أن الملكية العامة تعد مقدسة.

قال تعالى: (مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ

دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ) (٩٣).

وذلك لأن الطبيعة بما فيها من خيرات تعد ملكاً لله.

قال تعالى: (لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ) (٩٤).

ومن ثم فإن الإنسان يعد خليفة لله فيما يملكه. ويقتصر هذا الاستخلاف على حق الاستخدام.

قال تعالى: (وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) (٩٥).

وبالتالي فمن واجب الإنسان المحافظة على هذه الثروات الطبيعية.

قال تعالى: (...وَلَا تَعْنُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ) (٩٦).

(٩٢) سورة: البقرة - الآية: ١٨٨.

(٩٣) سورة: الحشر - الآية: ٧.

(٩٤) سورة: المائدة - الآية: ١٢٠.

(٩٥) سورة: الجاثية - الآية: ١٣.

(٩٦) سورة: الشعراء - الآية: ١٨٣.

وبالتالي فليس من حق أحد أن يحرم الآخرين من حقهم في الاستفادة من خيرات وثروات الأرض.

قال تعالى: (كُلًّا نُمِدُّ هَهُوَاءً وَهَهُوَاءً مِنْ عَطَاءِ رَبِّكَ وَمَا كَانَ عَطَاءُ رَبِّكَ مَحْظُورًا) ^(٩٧).

وقد ترتب على ذلك أن أصبح للفقراء حق معلوم في أموال الأغنياء:

فالفقراء حق في أموال الأغنياء "الزكاة":

قال تعالى: (وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ لِلْسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ) ^(٩٨).

ومن الحقوق الاقتصادية كذلك تحريم الغش والاستغلال في العمليات التجارية.

قال تعالى: (وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ) ^(٩٩).

واتساقاً مع منهج تحريم الغش والاستغلال حرم الله سبحانه وتعالى الربا.

قال تعالى: (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا

وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ

فِيهَا خَالِدُونَ) ^(١٠٠).

^(٩٧) سورة: الإسراء - الآية: ٢٠.

^(٩٨) سورة: المعارج - الآية: ٢٤ - ٢٥.

^(٩٩) سورة: المطففين - الآية: ١ - ٣.

وقد حث القرآن على التعاون الاقتصادي الدولي وذلك من أجل رفعة الإنسانية (فكرة التعاون الدولي).

قال تعالى: (... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ...) (١٠١).

٢- الحقوق المالية ذات الصلة بنظام الزواج :

واجب الإنفاق يقع على الزوج تجاه الزوجة والأبناء.

قال تعالى : (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ

عُسْرٍ يُسْرًا) (١٠٢).

وواجب رعاية الزوجة أثناء فترة الحمل من الناحية المالية تقع على عاتق الزوج.

قال تعالى : (... وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...) (١٠٣).

(١٠١) سورة: البقرة - الآية: ٢٧٥.

(١٠١) سورة: المائدة - الآية: ٢.

(١٠٢) سورة: الطلاق - الآية: ٧.

(١٠٢) سورة: الطلاق - الآية: ٦.

وَقَوْلُهُ لِلزَّوْجَيْنِ:

قال تعالى: (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَالِأَلَّةِ أَوْ امْرَأَةٌ وَهِيَ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ) (١٠٤).

ونفقة الأولاد بعد الطلاق تقع كذلك على الأب.

قال تعالى: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَمْرُهُمْ بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَسْرُوعٌ لَهُ الْآخَرَى) (١٠٥).

(١٠٤) سورة: النساء - الآية: ١٢.

٣- الحقوق الاجتماعية :

أ - حق العمل :

العمل واجب مقدس.

قال تعالى : (وَقُلْ اَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالَمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ)

(١٠٦).

فهو يسمح للإنسان بتحسين مستوى معيشته.

قال تعالى : (وَلِكُلِّ دَرَجَاتٍ مِّمَّا عَمِلُوا وَلِيُوَفِّيَهُمْ أَعْمَالَهُمْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ) (١٠٧).

ويسمح للإنسان كذلك باكتساب احترام الآخرين والمجتمع الذي يعيش فيه.

(١٠٥) سورة: الطلاق - الآية: ٦.

(١٠٦) سورة: التوبة - الآية: ١٠٥.

(١٠٧) سورة: الأحقاف - الآية: ١٩.

قال تعالى: (وَقُلْ اَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللّٰهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ اِلَى عَالَمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ)

(١٠٨)

وإذا كان الرزق يقع على الله إلا أنه يجب العمل من أجل تحصيله، فحق العمل من أجل الرزق حق معترف به للجميع.

قال تعالى: (وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا وَيَعْلَمُ مُسْتَقَرَّهَا وَمُسْتَوْدَعَهَا كُلٌّ فِي كِتَابٍ مُّبِينٍ) (١٠٩).

قال تعالى: (هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ) (١١٠).

والعمل هو أساس المساواة بين الرجل والمرأة.

قال تعالى: (فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِنْكُمْ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ فَالذَّيْنِ هَاجَرُوا وَأُخْرِجُوا

مِنْ دِيَارِهِمْ وَأُودُوا فِي سَبِيلِي وَقَاتَلُوا وَقُتِلُوا لَأُكَفِّرَنَّ عَنْهُمْ سَيِّئَاتِهِمْ وَلَأُدْخِلَنَّهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ ثَوَابًا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ

(١٠٨) سورة: التوبة - الآية: ١٠٥.

(١٠٩) سورة: هود - الآية: ٦.

(١١٠) سورة: الملك - الآية: ١٥.

وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الثَّوَابِ) (١١١)، (وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْتَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ

نَقِيرًا) (١١٢).

وبالتالي فمن حق الأفراد سواء أكانوا رجالاً أم نساءً في الحصول أجور متساوية طالما أن العمل المقدم والمجهود المبذول متساو من حيث الدرجة والكيفية.

قال تعالى : (فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ # وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ) (١١٣).

ب- الضمان الاجتماعي:

حق الحصول على المساعدات الاجتماعية.

قال تعالى : (أَرَأَيْتَ الَّذِي يُكَذِّبُ بِالذِّينِ فَذَلِكَ الَّذِي يَدْعُ الْيَتِيمَ وَلَا يَحْضُ عَلَى طَعَامِ الْمَسْكِينِ) (١١٤).

(١١١) سورة: آل عمران - الآية: ١٩٥.

(١١٢) سورة: النساء - الآية: ١٢٤.

(١١٣) سورة: الزلزلة - الآية: ٧-٨.

(١١٤) سورة: الماعون - الآية: ١-٣.

قال تعالى : (لَيْسَ الْبِرَّ أَنْ تُولُوا وَجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ
وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ
وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ) (١١٥).

ويلاحظ أن الأمر يشمل الجانب المادي والمعنوي معاً.

قال تعالى : (النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ
وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا) (١١٦).

حق الضعفاء الذين لا يجدون عملاً في التضامن الاجتماعي.

قال تعالى : (وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ. لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ) (١١٧).

(١١٥) سورة: البقرة - الآية: ١٧٧.

(١١٦) سورة: الأحزاب - الآية: ٦.

(١١٧) سورة: المعارج - الآية: ٢٤، ٢٥.

ج - الحق في التعليم:

من حقوق الإنسان الأساسية. ونظراً لأهمية هذا الحق أوجب الله سبحانه وتعالى على الوالدين تعليم أولادهم. كما أن التعليم حق للجميع. فغير المتعلم من حقه أن يلزم المتعلم بتعليمه.

قال تعالى : (وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ فَنَبَذُوهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ وَاشْتَرَوْا بِهِ ثَمَنًا قَلِيلًا فَبُغِضَ مَا يَشْتَرُونَ) (١١٨).

قال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قِيلَ لَكُمْ تَفَسَّحُوا فِي الْمَجَالِسِ فَافْسَحُوا يَفْسَحِ اللَّهُ لَكُمْ وَإِذَا قِيلَ انشُرُوا فَانشُرُوا يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ) (١١٩).

(شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ) (١٢٠).

(وَمِنَ النَّاسِ وَالذَّوَابِّ وَالْأَنْعَامِ مُخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ كَذَلِكَ إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ) (١٢١). (١٢٢).

(١١٨) سورة: آل عمران - الآية: ١٨٧.

(١١٩) سورة: المجادلة - الآية: ١١.

(١٢٠) سورة: آل عمران - الآية: ١٨.

(١٢١) سورة: فاطر - الآية: ٢٨.

(١٢٢) أنظر: زكي زيدان، ص ٦٨.

ونظراً لأهمية التعليم فإن من حق الأبناء تجاه الآباء نعليمهم وحسن تربيتهم.

قال تعالى : (وَإِخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا) (١٢٣).

وفي نشر العلم وعدم حجبته:

قال تعالى : (إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ

اللَّاعِنُونَ) (١٢٤).

(وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ فَنَبَذُوهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ وَاشْتَرَوْا بِهِ ثَمَنًا قَلِيلًا فَبُخْسَ مَا يَشْتَرُونَ)

(١٢٥)

(١٢٣) سورة: الإسراء - الآية: ٢٤.

(١٢٤) سورة: البقرة - الآية: ١٥٩.

د- الحقوق الاجتماعية ذات الصلة بمسائل الأحوال الشخصية:

القاعدة إن هذه المسائل تكون محكمة بقوانين الأقليات الدينية أخذًا بقاعدة مبدأ شخصية القوانين.

قال تعالى : (وَكَيْفَ يُحْكُمُونَكَ وَعِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُولَئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ) ^(١٢٦).

قال تعالى : (وَلِيُحْكُمَ أَهْلَ الْإِنجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) ^(١٢٧).

إلا إذا رغبوا في الخضوع لقواعد الدين الإسلامي:

قال تعالى : (سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا

وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ) ^(١٢٨).

وللزوجة الحق في أن تطلب من زوجها تطليقها بمقابل (الخلع).

^(١٢٥) سورة: آل عمران - الآية: ١٨٧.

^(١٢٦) سورة: المائدة - الآية: ٤٣.

^(١٢٧) سورة: المائدة - الآية: ٤٧.

^(١٢٨) سورة: المائدة - الآية: ٤٢.

قال تعالى: (... فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ

الظَّالِمُونَ)^(١٢٩).

هـ- الحق في العدالة:

العدالة بالمفهوم المجرد :

قال تعالى: (... لَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ)^(١٣٠).

العدالة (القضاء) :

الحق في الحصول على محاكمة عادلة:

لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

قال تعالى: (... وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا)^(١٣١).

(١٢٩) سورة: البقرة - الآية: ٢٢٩.

(١٣٠) سورة: المائدة - الآية: ٨.

(١٣١) سورة: الإسراء - الآية: ١٥.

ومن حق كل فرد أن يطالب بأن يحاكم وفقاً للتشريع الإسلامي.

قال تعالى: (...فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا) (١٣٢).

قال تعالى: (وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ...) (١٣٣).

انقضاء مسؤولية الشخص عن أفعاله فقط:

قال تعالى: (وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَمَا أَلَتْنَاهُمْ مِنْ عَمَلِهِمْ مِنْ شَيْءٍ كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينًا) (١٣٤).

وبالتالي لا يمكن تحميل الآخرين نتائج الأفعال التي لم يرتكبوها.

قال تعالى: (قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ إِنَّا إِذًا لَظَالِمُونَ) (١٣٥).

(١٣٢) سورة: النساء - الآية: ٥٩.

(١٣٣) سورة: المائدة - الآية: ٤٩.

(١٣٤) سورة: الطور - الآية: ٢١.

(١٣٥) سورة: يوسف - الآية: ٧٩.

فالمسئولية مسئولية شخصية، قال تعالى (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ جِمْلَتِهَا لَا يُجْمَلُ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ

إِنَّمَا تُنذِرُ الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُم بِالْغَيْبِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَمَنْ تَزَكَّىٰ فَإِنَّمَا يَتَزَكَّىٰ لِنَفْسِهِ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ) (١٣٦).

وبالتالي فإن من حق كل فرد أن يدفع الظلم عن نفسه.

قال تعالى: (لَا يُجِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا) (١٣٧).

العقوبة:

يجب توقيع العقوبة المنصوص عليها في جرائم الحدود إذا ثبت ارتكاب الجرم المنسوب إلى المتهم.

قال تعالى: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ..... تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا....) (١٣٨).

قال تعالى: (مَنْ اهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ

رَسُولًا) (١٣٩).

(١٣٦) سورة: فاطر - الآية: ١٨.

(١٣٧) سورة: النساء - الآية: ١٤٨.

(١٣٨) سورة: البقرة - الآية: ٢٢٩.

(١٣٩) سورة: الإسراء - الآية: ١٥.

غير أن القرآن يحث على تلمس سبل عدم توقيع العقوبة.

قال تعالى: (...وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا) (١٤٠).

الإثبات: الأصل في الإنسان البراءة إلا إذا ثبت ارتكابه الجرم المنسوب إليه وبالتالي عدم الأخذ بالإشاعة.

قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ) (١٤١).

الإثبات يجب أن يكون مستنداً على أدلة قوية، الأمر الذي يستلزم استبعاد الظنون.

قال تعالى: (وَمَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا) (١٤٢).

(١٤٠) سورة: الأحزاب - الآية: ٥.

(١٤١) سورة: الحجرات - الآية: ٦.

ثالثاً: الحقوق السياسية:

الحق في ممارسة الحقوق السياسية "المشاركة في الحياة العامة".

قال تعالى: (وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا) (١٤٣).

وتكون المشاركة في الحياة العامة عن طريق الديمقراطية.

قال تعالى: (... وَأْمُرْهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ...) (١٤٤).

قال تعالى : (... وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ) (١٤٥).

ولا يتصور أن يكون هناك ديمقراطية دون تداول المعلومات (الحق في تداول المعلومات):

قال تعالى: (وَلَا تَلْبَسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (١٤٦).

(١٤٢) سورة: النجم - الآية: ٣٨.

(١٤٣) سورة: الفرقان - الآية: ٧٤.

(١٤٤) سورة: الشورى - الآية: ٣٨.

(١٤٥) سورة: آل عمران - الآية: ١٥٩.

(١٤٦) سورة: البقرة - الآية: ٤٢.

غير أنه يشترط ألا يترتب على تداول المعلومات ضررٌ بالأمة الإسلامية.

قال تعالى: (وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ

مِنْهُمْ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا)^(١٤٧).

ولا تكون هناك ديمقراطية دون حرية التفكير والاعتقاد والكلام في الحدود التي ينظمها القانون الإسلامي.

قال تعالى: (لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ.....)^(١٤٨)،

(لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ)^(١٤٩).

قال تعالى: (لَئِن لَّمْ يَنْتَهِ الْمُنافِقُونَ وَالَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ مَّرَضٌ وَالْمُرْجِفُونَ فِي الْمَدِينَةِ لَنُغْرِبَنَّكَ بِهِمْ ثُمَّ لَا يُجَاوِزُونَكَ فِيهَا إِلَّا قَلِيلًا #

مَلْعُونِينَ أَيْنَمَا ثُقِفُوا أُخِذُوا وَقُتِلُوا نَفْتِيلًا)^(١٥٠)

^(١٤٧) سورة: النساء - الآية: ٨٣.

^(١٤٨) سورة: البقرة - الآية: ٢٥٦.

^(١٤٩) سورة: الكافرون - الآية: ٦.

^(١٥٠) سورة: الأحزاب - الآية: ٦٠-٦١.

وحرية التفكير للبحث عن الحقيقة لاتعد فقط حقاً ولكن كذلك واجب:

قال تعالى: (قُلْ إِنَّمَا أَعِظُكُمْ بِوَاحِدَةٍ أَنْ تَقُومُوا لِلَّهِ مَشَىٰ وَفُرَادَىٰ ثُمَّ تَتَفَكَّرُوا مَا بِصَاحِبِكُمْ مِنْ جِنَّةٍ إِنْ هُوَ إِلَّا نَذِيرٌ لَكُمْ بَيْنَ يَدَيْ عَذَابٍ شَدِيدٍ)^(١٥١)

الحق في الحماية ضد تعسف السلطة:

قال تعالى: (وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَعِيرٍ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا)^(١٥٢).

الحق في التنقل والهجرة :

قال تعالى: (هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ)^(١٥٣)

قال تعالى: (قُلْ سِيرُوا فِي الْأَرْضِ ثُمَّ انظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُكْذِبِينَ)^(١٥٤)

(١٥١) سورة: سبأ - الآية: ٤٦ .

(١٥٢) سورة: الأحزاب - الآية: ٥٨ .

(١٥٣) سورة: الملك - الآية: ١٥ .

(١٥٤) سورة: الأنعام - الآية: ١١ .

قال تعالى : (إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ

اللَّهِ وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا فَأُولَئِكَ مَأْوَاهُمْ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا) (١٥٥).

وليس من حق أحد أن يجبر الآخر على ترك وطنه "الهجرة القسرية".

قال تعالى : (وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ) (١٥٦).

ومن حق كل مسلم أن يقيم في أي بلد مسلم حسبما يرغب انطلاقاً من مبدأ وحدة دار الإسلام.

قال تعالى : (وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَيُؤْتُونَ عَلَى

أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ) (١٥٧).

(١٥٥) سورة: النساء - الآية: ٩٧.

(١٥٦) سورة: البقرة - الآية: ٢١٧.

الحق في اللجوء السياسي كحق سياسي أصيل:

يعد الحق في اللجوء السياسي هرباً من التعذيب أحد الحقوق الأساسية التي أقرها المولى في قوله تعالى:

(وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ)^(١٥٨).

وتعد الكعبة ملاذاً لجميع الإنسانية.

قال تعالى (فِيهِ آيَاتٌ بَيِّنَاتٌ مَّقَامُ إِبْرَاهِيمَ وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَنْ كَفَرَ

فَإِنَّ اللَّهَ عَنِّي عَنِّي عَنِ الْعَالَمِينَ)^(١٥٩).

(وَإِذْ جَعَلْنَا الْبَيْتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ وَأَمْنَاً وَاتَّخِذُوا مِن مَّقَامِ إِبْرَاهِيمَ مُصَلًّى وَعَهِدْنَا إِلَى إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ أَنَّ طَهِّرَا بَيْتِيَ لِلطَّائِفِينَ

وَالْعَاكِفِينَ وَالرُّكَّعِ السُّجُودِ)^(١٦٠).

^(١٥٧) سورة:الحشر- الآية: ٩.

^(١٥٨) سورة:التوبة- الآية: ٦.

^(١٥٩) سورة: آل عمران- الآية: ٩٧.

^(١٦٠) سورة: البقرة- الآية: ١٢٥.

(إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا وَيَصُدُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ الَّذِي جَعَلْنَاهُ لِلنَّاسِ سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ وَمَن يُرِدْ فِيهِ بِالْحَادِ بِظُلْمٍ

نُدْفَهُ مِّنْ عَذَابِ أَلِيمٍ) (١٦١).

الحق في الدعوة إلى الإسلام (١٦٢):

قال تعالى : (قُلْ هَذِهِ سَبِيلِي أَدْعُو إِلَى اللَّهِ عَلَى بَصِيرَةٍ أَنَا وَمَنِ اتَّبَعَنِي وَسُبْحَانَ اللَّهِ وَمَا أَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ) (١٦٣).

وقال تعالى : (ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِهِمْ بِالنَّبِيِّ هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَن ضَلَّ عَن سَبِيلِهِ

وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ) (١٦٤).

وهو الأمر الذي يستلزم إنشاء المؤسسات التي تساعد على نشر الدعوة إلى الإسلام والحض على التعاون.

قال تعالى : (وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ) (١٦٥).

(١٦١) سورة: الحج- الآية: ٢٥

(١٦٢) تنفرد حقوق الإنسان في القرآن الكريم بحق فريد هو الحق في الدعوة إلى الإسلام. وهذا الحق لا يمكن فهم طبيعته ومعرفة مده إلا من خلال الوقوف على أن الإسلام هو دين الحق- على الأقل- من وجهة نظر المسلمين. وقد ذكرت على الأقل من وجهة نظر المسلمين لأنني مسلم وأعتقد اعتقاداً جازماً لا يداخله أدنى شك بأن الإسلام دين الحق، ولكن غير المسلم لا يعتقد كذلك لأنه لو اعتقد كذلك أي أن الإسلام دين الحق وكان سليم الفطرة لاعتنق الإسلام. ولو أعتقد أنا أن الإسلام ليس دين الحق لكنت غير سليم الفطرة.

١٦٣ سورة: يوسف- الآية ١٠٨.

١٦٤ سورة : النحل- الآية ١٢٥.

قال تعالى : (.....وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ)(١٦٦).

خاتمة

يخلص مما تقدم أن فكرة حقوق الإنسان وان كانت عالمية المضمون إلا أنها واقعية التطبيق، وهو الأمر الذي يجسد ميتافيزيقيتها.

الأمر الذي مؤداه بالتالي صعوبة تطبيق ذات المضمون الخاص بحق من الحقوق دون الأخذ في الاعتبار الواقع الاجتماعي

والثقافي والاقتصادي والعقائدي السائد في المجتمع المعنى(١٦٧).

(١٦٥) سورة: آل عمران- الآية: ١٠٤.

(١٦٦) سورة : المائدة- الآية: ٢.

(١٦٧) ويمكن القول تأكيداً لما ذهبنا إليه من أن مضمون حقوق الإنسان يختلف باختلاف الفلسفة العقائدية السائدة في المجتمع المعني، الإشارة إلى ذلك الاختلاف الجوهرية بين موقف القرآن الكريم من حماية الحق في الحياة. وموقف التشريع الفرنسي فيما يتعلق بحق الإجهاض.

فمن المسلم به أن الجنين إذا دبت فيه الروح يكون له الحق في حماية حقه في الحياة ولا يجوز من ثم للأُم إجهاض نفسها وذلك على عكس الوضع في القانون الفرنسي حيث أن المادة (١٦) من القانون المدني بموجب تشريع ١٩٩٤/٧/١٩ والتي تقر حق الإنسان في حماية جسده لم يمتد أثره ليشمل حالة الجنين. الأمر الذي ترتب عليه تغليب حق الأم في الإجهاض على حق الجنين في الحياة وذلك على الرغم من أن الحق في الحياة يعد أحد حقوق الإنسان الرئيسية.

V. Labrusse - Riou (C.); op. cit., p. 332: «[...] La logique des droits fondamentaux en matière d'interruption de grossesse met en présence deux droits de même rang et de même nature entre lesquels la loi arbitre au profit de la personne actuelle c. à d. la mère».

وهو الأمر الذي مفاده عدم تطبيق المادة (١٦) من ق مدني فرنسي على الجنين.

وهو الأمر الذي أكدده المجلس الدستوري الفرنسي عندما قرر دستورية المادة المعنية.

Le C.C. [a] rejeté la critique de violation de la dignité humaine adressée aux lois du 19/7/1994 et [a admis] que l'art. 16 du C.C [qui] pose ie principe de respect de tout être humain dès le commencement de sa vie n'était pa applicable aux embryons.

وهو الأمر الذي ترتب عليه أن الحق في الكرامة الإنسانية *dignité humaine* لا ينطبق على حالة الجنين.

غير إنه يلاحظ أنه لا يكفي تعداد حقوق الإنسان الأساسية بل لابد من تطويع - إذا أمكن القول كذلك - الآلة التشريعية لتفعيل هذه الحقوق^(١٦٨).

هذا التفعيل يحتاج إلى وعى وحس يعكسان درجة الاعتقاد بأهمية فكرة حقوق الإنسان على الرغم من ميتافيزيقيتها. وهو أمر يختلف من مجتمع لآخر.

قائمة المراجع

ملحوظة هامة:

تنقسم المراجع التي اطلعت عليها لكتابة هذه النظرة المبتدأ إلى قسمين:

مراجع تم الاطلاع فيها لتكوين عقيدة وفكرة عامة عن الموضوع، وهي مراجع لم يتم الإشارة إليها أو الاقتباس منها؛

Le respect de la dignité humaine ne puisse être opposé à la réduction des embryons humains à du matériel de laboratoire V. labrusse. Riou. loc. cit.

^(١٦٨) فالمشروع الفرنسي على سبيل المثال لا الحصر بموجب التشريع الصادر سنة ١٩٧٠ أضاف المادة التاسعة للقانون المدني بمهدف حماية الحياة الخاصة. وبمهدف حماية الإنسان من المخاطر التي ينشأ عنها التقدم التكنولوجي. وحماية اعتبار الإنسان كإنسان تحقق كذلك بموجب تشريع ١٩٩٤/٧/٢٩ الخاص بحماية جسم الإنسان (المادة ١٦ من ق المدني) وذلك بمهدف حمايته من سوء المعاملة. وقد ترتب على التدخل التشريعي أن أصبحت حماية اعتبار وكرامة الإنسان فكرة قانونية بعد أن كانت مجرد قيمة معنوية *Valeur moral*. وهو الأمر الذي ترتب عليه أن تعريف الإنسان لم يعد يقتصر على قدرته على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ولكن أصبح يشمل كذلك إنسانيته أي ذلك الجانب الذي يوجد في كل إنسان ويجعل منه إنساناً جديراً بالحماية. والمشروع المصري بدوره أنشأ مجلساً خاصاً لحقوق الإنسان (المجلس القومي لحقوق الإنسان) وهو مجلس غير مستقل بحسب طريقة اختيار أعضائه إلا أن ذلك يُعد خطوة حميدة.

ومراجع تم الاطلاع عليها والرجوع إليها. وهذه الأخيرة تم الإشارة إليها.

وعليه فسوف تقتصر قائمة المراجع على النوع الثاني دون الأول.

أولاً: المراجع باللغة الأجنبية:

- 1- Adams (S.), *Passim et Political writings*, éd. G.A. Peek, New York, 1954.
- 2- Blackstone (W.); *commentaries on the laws of England [1762-1769]*, London, ed. 1781.
- 3- Bourgeois (B.); *Philosophie et droits de l’homme de Kante à Marx*, puf., 1995.
- 4- Burke (E.); *Réflexions sur la Révolution de France*, 3^{eme} éd. Tr. fr. Andler, Paris, 1989.
- 5- Del Vecchio (O.); *Philosophie du droit*, Dalloz, 2004.
- 6- Doumergue (E.); *Les origines historiques de la Déclaration de droits de l’Homme et du citoyen*, in R.D.P. T. 21.
- 7- Dufour (AL); *Droits de l’homme, Droit naturel et histoire*, I^{er} éd. puf. 1991. *Le marri âge dans l’Ecole allemande du Droit naturel moderne au 18^{eme} siècle*, Paris 1972.

- 8- Labrusse - Riou (C.); Droits des personnes et le droit de la famille, in Libertés et droits fondamentaux, 2^{eme} éd. Paris, 2002.
- 9- Martin (V.), selon et l'esprit de sa législation, in grandes figures, Genève, 1948.
- 10- Marx (K.); La question juive, Tr. fr. J. M. Palmier, Paris, 1968.
- 11- Otis (J.); The rights of the British colonies asserted and proved, éd. 1929.
- 12- Portais, Discours préliminaire ou Projet de code civil Naissance du code civil, Flammarion, 1989.

ثانياً: المراجع باللغة العربية:

- ١- زكى زكى زيدان : حق الإنسان في الشريعة الإسلامية، كتاب حقوق الإنسان الذي قام بإعداده أعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق - جامعة طنطا، بدون تاريخ.
- ٢- صلاح سالم جودة : القاضي الطبيعي، الضمانات الأساسية لعدالة الحكم والمحكمة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- ٣- عادل بسيوني : الأصول التاريخية والفلسفية لحقوق الإنسان، طبعة ١٩٩٥ - ١٩٩٦.
- ٤- عبد المنعم درويش : مقدمة في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٩٧.

- ماهية الأجنبي، دراسة في فلسفة الجنسية، دار النهضة العربية.

٥- عمر ممدوح : أصول تاريخ القانون (تكوين الشرائع وتاريخ القانون المصري)، الطبعة الثانية، ١٩٥٢.

٦- على بدوي : أبحاث في التاريخ العام للقانون، ج١، تاريخ الشرائع، طبعة ١٩٤٧.

٧- فتحي فكري : الاعتقال، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٢.

٨- محمد محمد بدران: القانون الإنجليزي، دراسة في تطوره التاريخي ومصادره القانونية، دار النهضة

العربية، ١٩٩٨.

٩- مصطفى قنديل : الحق في التقاضي وحقوق الإنسان، كتاب حقوق

الإنسان الذي قام بإعداده أعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق - جامعة طنطا، بدون تاريخ.

الحماية القانونية لحق المرأة في الإنجاب

الدكتور/ فتوح الشاذلي

أستاذ القانون الجنائي

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مقدمة

حق المرأة في الإنجاب أحد أهم مظاهر حقوق الإنسان. هذه الحقوق تتمتع بحماية على المستوى الدولي حيث تحظى منذ عدة سنوات باهتمام بالغ ، وصل إلى ذروة سنامه في السنوات الأولى من القرن الحادي والعشرين ففي هذه السنوات لجأت الدول الكبرى إلى استعمال حقوق الإنسان كوسيلة لتوجيه سياسات الدول الصغرى عن طريق الضغط عليها أو احتلالها إذا لم تتمكن من توجيه سياستها على النحو الذي تريده .

وتحظى حقوق الانسان بحماية قانونية على المستوى الوطني . لكن مفهوم هذه الحقوق ليس واحدا في الدول كافة، ويصدق على حقوق الإنسان أنها فكرة نسبية تتفاوت حمايتها القانونية من تشريع إلى آخر، وتناثر هذه الحماية باعتباريات عدة ، بعضها اقتصادي واجتماعي و ثقافي ، وأغلبها عقائدي سياسي .

ونظرا للطبيعة الدولية لحقوق الإنسان التي يراد فرضها على الدول كافة في السنوات الأخيرة من منظور غربي، يتجاهل أو ينكر الخصوصيات الثقافية والحضارية لكل دولة ، يكون من الملائم أن نشير إلى الأصل الدولي لحقوق الإنسان، التي تشمل كما قلنا حق المرأة في الإنجاب ويجب أن يكون و أضحا في الأذهان منذ البداية أن تدويل حقوق الإنسان ليس معناه فحسب إصدار وثائق دولية ، تكون بمثابة موجّهات

للدول أعضاء الجماعة الدولية ، كيما تتوافق معها إذا رغبت في ذلك وفقا لظروف وتقاليد كل دولة، بل إن الأمر يتعدى هذا المنظور الأخلاقي الطوعي ، ليكون التزاما قانونيا على الدولة الذي تصدق على هذه الوثائق الدولية، فهي تلتزم بسن التشريعات الوطنية اللازمة لحماية هذه الحقوق، كما تلتزم في الوقت ذاته بتنقية أو إلغاء تشريعاتها الوطنية التي تنطوي على خرق لأحد حقوق الانسان من المنظور الدولي، وإلا انعقدت مسؤولية الدولة عن عدم احترام وتفعيل هذه الحقوق، ومنها بطبيعة الحال ما يعنينا الآن وهو حق المرأة في الصحة الإنجابية وما يتفرع عنه من حقوق ترتبط أو تدعم حقوقها الإنجابية.

ونحاول في السطور التالية أن نعرض لمصادر الحماية الدولية للحقوق الإنجابية للمرأة، ثم نعرض لموقف التشريع المصري الراهن من الحماية القانونية لهذه الحقوق

المبحث الأول

الحماية القانونية الدولية

أولاً - الحماية الواردة في إعلاننا الحقوق:

بدأت حماية حقوق المرأة بصفة عامة دولياً وعلى نحو منظم مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨. فمع هذا الإعلان أخذت حماية حقوق المرأة أسلوباً منهجياً، كان فاتحة لعدد من المواثيق الدولية التي فصلت هذه الحقوق .

فالمادة الثانية من الإعلان تقرر لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في الإعلان دون أي تمييز بسبب " الجنس " ودون أي تفرقه بين الرجل والنساء. ونصت المادة الخامسة والعشرون على أن " للامومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين ، وينعم كل الأطفال بذات الحماية الاجتماعية ... " .

وفي إطار حماية حق المرأة في الإنجاب وحماية حق الجنين في الحياة، أكدت الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦^١ على حظر تنفيذ حكم الإعدام في امرأة حامل ، فيؤجل تنفيذ الإعدام إلى أن تضع المرأة حملها.

كما نصت الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة ١٩٦٦^٢ تدعيماً لحق المرأة في الإنجاب وتشجيعاً على استعماله والتمتع به دون عائق ، على " وجوب منح الأمهات

^١ وقعت مصر على هذه الاتفاقية بتاريخ ١٩٦٧/٨/٤ وصدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٣٦ لسنة ١٩٨١ بالموافقة عليها

^٢ وقعت عليها مصر في سنة ١٩٦٧ وصدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٣٧ لسنة ١٩٨١ بالموافقة عليها

حماية خاصة خلال فترة معقولة قبل الولادة وبعدها، وفي خلال هذه الفترة يجب منح الأمهات
العاملات إجازة مدفوعة أو إجازة مقرونة بمنافع مناسبة من الضمان الاجتماعي^١. ومما يرتبط بتدعيم
حق المرأة في الإنجاب ما قرره الاتفاقية من إلزام الدول الأطراف في الاتفاقية بضمان حق كل فرد في التمتع
بأعلى مستوى ممكن من الصحة البدنية و (الإنجابية) و العقلية. وتشمل الخطوات التي تتخذها الدول
الأطراف للوصول إلى تحقيق كلي لهذا الحق ما هو ضروري من أجل العمل على خفض نسبة الوفيات في
المواليد وفي وفيات الأطفال ومن أجل التنمية الصحية للطفل....^٢

يتضح مما تقدم أن إعلانات الحقوق تضمنت بصوره مباشرة أو غير مباشرة تقرير حق المرأة في
الإنجاب، وحقها في حماية نسلها بحسبان ذلك من أهم حقوق الإنسان لكن حق المرأة في الإنجاب تؤكد
بصورة أكثر تحديدا في المواثيق الدولية الخاصة بحقوق المرأة.

ثانيا - الحماية المقررة في المواثيق المتعلقة بحقوق المرأة :

أ- المتحدة في ٧ نوفمبر ١٩٦٧ ١ باكورة الوثائق الدولية التي أكدت حقوق المرأة وناشدت الدول من أجل
اتخاذ جميع إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة :

كان إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة الذي أعتمد بقرار الجمعية العامة للأمم التدابير المناسبة
لإلغاء القوانين والأعراف والأنظمة والممارسات القائمة التي تشكل تمييزا ضد المرأة أو تنطوي على
إهدار الأحد حقوقها الانسانية، وكفالة تمتع المرأة بحقوق مساوية لحقوق الرجل أثناء قيام رابطة الزوجية.

^١ م ٢/١٠ من الاتفاقية.

^٢ م ٢٠١/١٢ من الاتفاقية.

وقرر الإعلان في المادة ٢/١٠ منع التمييز ضد المرأة بسبب الزواج أو الحمل في مجال العمل حتي لا يكون هذا التمييز سببا في مصادرة حقها في الإنجاب خشية فقد العمل . من أجل ذلك أوجب الإعلان ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لمنع فصل المرأة من عملها في حالة الزواج أو الحمل ، وإعطائها أجازة أمومة مأجورة مع ضمان عودتها إلى عملها السابق ، ولتوفير الخدمات الاجتماعية اللازمة لها بما في ذلك خدمات الحضانه.

ب-اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة :

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الاتفاقية بقرارها ١٨٠/٣٤ المؤرخ في ١٨ ديسمبر ١٩٧٩ ، وبدأ نفاذها في ٣ سبتمبر ١٩٨١ . وقررت المادة ٦ من الاتفاقية ضرورة اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية ، وبوجه خاص تضمن الدول ، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة :

نفس الحقوق في أن تقرر المرأة ، بحرية وبإدراك للنتائج ، عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه ، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق (بما في ذلك المعلومات والإرشادات التي تتناول تنظيم الأسرة م ١٠ ح) .

ومن أجل دراسة التقدم المحرز في تنفيذ هذه الاتفاقية، قررت المادة ١٧ / ١ إنشاء لجنة للقضاء على التمييز ضد المرأة، تتألف من ثلاثة وعشرين خبيرا من ذوي المكانة الخلقية الرفيعة والكفاءة العالية في الميدان الذي تطبق عليه الاتفاقية. وتنظر اللجنة في التقارير المقدمة من الدول الأطراف عما اتخذته من تدابير تشريعية وقضائية وإدارية وغيرها من أجل إنفاذ أحكام هذه الاتفاقية وعن التقدم المحرز في هذا الصدد .

وتقدم اللجنة تقريراً سنوياً عن أعمالها إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، ولها أن تقدم مقترحات وتوصيات عامة مبنية على دراسة التقارير والمعلومات الواردة من الدول الأطراف (م ٢١) .

وتعقد اللجنة اجتماعات سنوية لمدة أسبوعين على الأكثر وقد أصدرت توصيات عامة لتجنب التمييز ضد المرأة أو الإخلال بحقوقها نذكر من هذه التوصيات العامة :

١ - التوصية العامة رقم ١٥ في الدورة التاسعة المنعقدة سنة ١٩٩٠، بضرورة الاهتمام الخاص بحقوق وحاجات النساء والأطفال في مجال مكافحة مرض الإيدز ، وبالعوامل المتصلة بالدور الإنجابي للمرأة الحاملة لفيروس الإيدز .

٢- التوصية العامة رقم ١٩ في الدورة الحادية عشرة المنعقدة سنة ١٩٩٢ بخصوص العنف ضد المرأة. وفي هذه التوصية اقترحت اللجنة على الدول الأطراف أن تراعى لدى مراجعة قوانينها وسياساتها تعليقات اللجنة بخصوص العنف القائم على أساس نوع الجنس ، ومنها التعليق رقم ٢٢ الخاص بالمادتين ٥ ، ١٦ من الاتفاقية ، ونصه:

" أن للتعميم أو الإجهاض القسريين أثراً سيئاً على الصحة الجسدية والنفسية للمرأة ، وفيهما إنتهاك لحقوقها في أن تقرر عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر "

وفي ضوء هذا التعليق ، أوصت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بعدة أمور ، منها ما يتعلق بموضوع حق المرأة في الإنجاب الآمن (رقم ٢٤ م) ، أي التزام الدول الأطراف بأن تكفل اتخاذ تدابير لمنع الإكراه فيما يتعلق بالخصوبة والإنجاب ، وأن تكفل عدم اضطراب المرأة إلى اللجوء للإجراءات الطبية غير المأمونة مثل الإجهاض غير المشروع بسبب الافتقار إلى الخدمات المناسبة فيما يتعلق بالتحكم في الخصوبة.

٣- التوصية العامة رقم ١٢ في الدورة الثالثة عشرة المنعقدة سنة ١٩٩٤ تحت عنوان المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية في ضوء المواد ٩ ، ١٦ ، ١٥ من الاتفاقية . وقد ورد فيها تعليقاً على المادة ١٦ ما يلي:

تؤثر مسؤوليات المرأة المتعلقة بالحمل وتربية الاطفال على حقها في الحصول على التعليم والعمل وغير ذلك من الأنشطة المتصلة بتطورها الشخصي . كما أن تلك المسؤوليات تلقي على عاتق المرأة أعباءً مجحفة من العمل . وعدد الأطفال والفترة بين إنجاب طفل وآخر لهما أثر مماثل على حياة المرأة ويؤثران أيضاً على صحتها البدنية والعقلية ، وكذلك على صحة أطفالها . ولهذا الأسباب يحق للمرأة أن تقرر عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر.

وتكشف بضع التقارير عن ممارسات قسرية تترك في المرأة آثاراً خطيرة، مثل الحمل أو الإجهاض أو التعقيم الإجباري . ولئن كان يفضل اتخاذ قرار إنجاب الأطفال من عدمه بالتشاور مع الزوج أو الشريك ، فيجب مع ذلك ألا يقيد الزوج أو الوالد أو الشريك أو الحكومة الحق في اتخاذ هذا القرار . وكما تتخذ المرأة قراراً مستنيراً بشأن وسائل منع الحمل المأمونة والموثوق فيها، يجب أن تتوفر لها معلومات عن وسائل منع الحمل وعن استخدامها، وأن يكفل لها الحصول على الثقافة الجنسية وخدمات تنظيم الأسرة.

وثمة اتفاق عام على أنه حيثما توافرت دون قيود الوسائل الملائمة لتنظيم النسل الطوعي ، تحسنت صحة ونماء ورفاه جميع أفراد الأسرة. وفضلاً عن ذلك، فإن تلك الخدمات تؤدي إلى تحسن نوعية حياة السكان وصحتهم بوجه عام، كما أن التنظيم الطوعي لنمو السكان يساعد على صون البيئة وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية المستدامة.

وفي ضوء هذه الحماية الدولية للحقوق الإنجابية للمرأة. تتحدد ملامح الحماية القانونية التي يجب أن تضمنها التشريعات الوطنية في كل دولة لحقوق المرأة بصفة عامة، ولحقوقها الإنجابية على وجه الخصوص .

المبحث الثاني

الحماية القانونية الوطنية

الحماية الدولية للحقوق الإنجابية للمرأة تنشئ التزاما يثقل كاهل الدول الأطراف في المواثيق الدولية المقررة للصور المختلفة لهذه الحقوق ، مقتضاه ضرورة سن التشريعات التي تضمن للمرأة ممارسة هذه الحقوق ، بالإضافة إلى تنقيح التشريعات القائمة فعلا من كل ما يعوق هذه الممارسة.

وطبقا للمادة ١٥١ من الدستور المصري، يكون للمعاهدات والاتفاقيات الدولية قوة القانون الداخلي بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا لأوضاع المقررة. ومصر من الدول التي وافقت على الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، والاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة مع بعض التحفظات التي لا علاقة لها بالحقوق الإنجابية.

وفي ضوء هذه الايضاحات نتساءل عن واقع ومستقبل الحماية القانونية للحقوق الإنجابية للمرأة في التشريع المصري، فنعرض بعض مظاهر الحماية القانونية في مصر بعد أن نحدد الطبيعة القانونية لهذه الحقوق.

أولاً- الطبيعة القانونية لحق المرأة في الإنجاب :

حق المرأة في الإنجاب من الحقوق الدستورية للإنسان، المتعلقة بالنظام العام ، وهو من الحقوق الفردية ذات الطابع الاجتماعي ، ومن الحقوق التي لا تقبل " الإسقاط " في التشريع المصري . ويترتب على تحديد طبيعة الحق في الإنجاب النتائج التالية:

أ- تقرر المادة ١٠ من الدستور المصري كفالة الدولة لحماية الأمومة والطفولة.

هذه الكفالة تضمني طبيعة دستورية على حق المرأة في الإنجاب ، فهذا الحق ثابت للمرأة بحيث لا يكون للمشرع ذاته حرمان المرأة من هذا الحق أو فرض القيود عليه.

وكل حرمان أو تقييد لحق المرأة في الإنجاب بمقتضى نص تشريعي يكون مخالفا لدستور الدولة . ومع ذلك يجوز للدولة أن تقرر التدابير القانونية التي تراها ملائمة لتشجيع الأسرة على تنظيم النسل وتوفير الوسائل التي تضمن للمرأة فاعليه ونجاح هذا التنظيم.

ب- يبطل كل اتفاق على حرمان المرأة من حقها في الإنجاب حرمانا مطلقا.

فإذا اتفق الزوج مع زوجته أثناء عقد الزواج على عدم الإنجاب، كان هذا الاتفاق باطلا. وإذا ادرج في عقد الزواج شرطا أو تعهدا من المرأة أو وليها بعدم الإنجاب ، بطل الشرط وصح عقد الزواج . فمثل هذا الاتفاق أو التعهد أو الشرط يتضمن إلغاء لمقصد من المقاصد الشرعية المبتغاة من الزواج . لكن يصح الاتفاق بين الزوجين عند عقد الزواج على تنظيم النسل ، كما يجوز الاتفاق بينهما على تأجيل الإنجاب أو تحديده بعدد معين من الأبناء مراعاة لظروف الأسرة أو حاله المجتمع وموارده . فحق المرأة في الإنجاب إن كان حقا فرديا ، فله كذلك طبيعة اجتماعية لما يترتب على التعسف في استعماله من أضرار تصيب المجتمع بأسره .

ج- يحظر الألتجاء الى التعقيم الإجباري أو الإجهاض القسري أو أى تدبير من التدابير أو الممارسات القسرية الرامية إلى منع المرأة من الإنجاب أو تحديد عدد الأطفال في الأسرة . وتحظر هذه التدابير سواء لمنع الإنجاب الطبيعي أو الإنجاب المساعد في الحدود ووفقا للضوابط التي يقرها القانون .

د- ليس للمرأة أن تتصرف في حقها الإنجابي بإرادتها المنفردة عن طريق الإجهاض الإرادي في غير الأحوال التي تهدد حياتها أو صحتها بخطر جسيم إذا أستمرت حالة الحمل . ويعاقب القانون المصري المرأة التي تجهض نفسها بإرادتها دونما ضرورة طبية . فحق المرأة في الإنجاب يميز لها أن تلجأ إلى الوسائل المتاحة لمنع الحمل ، لكنه لا يصل إلى حد إباحة الإجهاض ، لما في الإجهاض من اعتداء على حياة الجنين ، ومع ذلك تنبغي الإشارة إلى أن بعض التشريعات الأجنبية تميز الإجهاض الإرادي إذا كان عمر الجنين لم يتجاوز مدة معينة.

ثانيا - المظاهر القانونية لحماية حق المرأة في الإنجاب :

نشير فيما يلي إلى أهم مظاهر الحماية القانونية لحق المرأة في الإنجاب في التشريعات المصرية ، مع التركيز على الحماية الجنائية لهذا الحق.

أ- في قانون العمل:

أ- تقرير إجازة وضع للعاملة. أيا كانت مده خدمتها، مدتها ثلاثة أشهر بعد الوضع بأجر كامل (م ١/٧٠ من قانون الطفل معدلا بالقانون ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨) ^١.

^١ كان قانون العمل لسنة ٢٠٠٣ يتطلب للحصول على الاجازة مضي عشرة اشهر على العاملة في خدمة رب العمل ، ويقصر الاجازة على مرتين فقط طوال مدة خدمة العاملة (م ٩١ من قانون العمل)

ولا يجوز تشغيل العاملة خلال الخمسة والأربعين يوما التالية للوضع . ولا تستحق إجازة الوضع لأكثر من ثلاث مرات طوال مدة خدمة العاملة (١/٧٠ من قانون الطفل)^١ و الحكم الأخير يتضمن قيودا على حق المرأة في الإنجاب وفي تحديد عدد أطفالها ، ويتعارض لذلك مع أحكام اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة .

٢- تخفيض ساعات العمل اليومية للمرأة الحامل ساعة على الأقل اعتبارا من الشهر السادس للحمل ، ولا يجوز تشغيلها ساعات إضافية طوال مدة الحمل وحتى نهاية ستة أشهر من تاريخ الولادة (م ٢/٧٠ من قانون الطفل).

٣- حظر فصل العاملة أو إنهاء خدمتها أثناء إجازة الوضع (م ٩٢ من قانونت العمل).

٤- يكون للعاملة التي ترضع طفلها في خلال الستين التاليتين لتاريخ الوضع الحق في فترتين إضافيتين للرضاعة لا تقل كل منهما عن نصف ساعة ، فضلا عن مدة الراحة المقرر، والعاملة الحق في ضم هاتين الفترتين.

وتحسب هاتان الفترتان الإضافيتان من ساعات العمل ولا يترتب عليهما أى تخفيض في الأجر^٢ .

٥- تقرير إجازة بدون أجر لرعاية الطفل للعاملة في المنشأة التي تستخدم خمسين عاملا فأكثر، وتكون

^١ وتنص على الحكم ذاته المادة ٧٠ من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بالنسبة للعاملة في الدولة وقطاع العام وقطاع الاعمال العام ، ةتكون عدد مرات الاجازة ثلاث مرات طوال مدة الخدمة .

^٢ ورد الحكم ذاته بالنسبة للعاملة في الدولة ووحدات الجهاز الادارى وقطاع الاعمال العام في المادة ٧١ من قانون الطفل .

الإجازة لمدة سنتين ، ولثلاث مرات فقط طوال مدة خدمه العاملة^١ . (م ٢/٧٠ من قانون الطفل) .

٦- يلتزم صاحب العمل الذي يستخدم مائة عاملة فأكثر في مكان واحد أن ينشئ دارا للحضانة أو يعهد إلى دار للحضانة برعاية أطفال العاملات كما تلتزم المنشآت التي تقع في منطقة واحدة و تستخدم أقل من مائه عاملة في منطقته واحدة أن تشترك في توفير دار للحضانة لرعاية أطفال العاملات بها بالشروط والأوضاع التي تحدد بقرار من الوزير المختص (م ٧٣ من قانون الطفل) . وقد ورد الحكم الخاص بتوفير وسائل الحضانة لأطفال العاملات في الدولة والقطاع العام وقطاع الأعمال العام كذلك في المادة ٧٣ من قانون الطفل.

من هذه الأحكام يتضح حرص المشرع على توفير الظروف الملائمة للمرأة العاملة كي تمارس حقها المشروع في الإنجاب، وتذليل الصعوبات العملية التي قد تدفع المرأة العاملة إلى التضحية بحقها الإنجابي من أجل الإبقاء على فرصة العمل الذي تزاوله .

ب - في مرحلة التنفيذ العقابي :

تبدو مظاهر الحماية القانونية لحق المرأة في الإنجاب من عدة قواعد ، نذكر منها:

أ- تقرر المادة ٤٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية وقف تنفيذ عقوبة الإعدام على المرأة الحامل والى ما بعد شهرين من وضعها. وتقرر الحكم ذاته في المادة ٦٨ من قانون تنظيم السجون . هذا الحكم إن كان مقررا لإنقاذ الجنين ، إلا أنه يتضمن في الوقت ذاته حماية لحق المرأة في الإنجاب وحقها في رعاية وليدها في بداية حياته لحاجته إليها في هذه الفترة التي قدرها القانون بشهرين ، وهي مدة غير كافية في تقديرنا .

^١ وتستحق العاملة في الدولة وما يتبعها الاجازة ذاتها ، لثلاث مرات طوال مدة الخدمة لكن بمزايا لا تتمتع به العامله في القطاع الخاص (م ٧٢ من قانون الطفل) .

ووقف تنفيذ عقوبة الإعدام على الحامل حتى تضع حملها مقرر في الشريعة الإسلامية ويظل الوقف قائماً إلى أن تجد الوالدة لولدها مرضعة. ويرى الإمام أحمد أن الحامل لا تقتل حتى تضع حملها وتسقيه اللبن ، ثم إن وجدت له مرضعة نفذت العقوبة ، وإن لم يكن له من ترضعه ، تركت حتى ترضعه حولين ثم تفتطمه .

٢- تقرر المادة ١/٤٨٥ من قانون الإجراءات الجنائية جواز تأجيل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية على المحكوم عليها الحامل في شهرها السادس حتى تضع حملها وتمضي مدة شهرين على الوضع . ولا يخفى التلازم بين حماية حق المرأة في الإنجاب الأمن وحماية الجنين من كل صور الاعتداء عليه أو تعريضه للخطر أثناء فترة الحمل .

٣- يقرر قانون تنظيم السجون في مصر رعاية خاصة للحامل المحكوم عليها بعقوبة سالبة للحرية إذا رؤى تنفيذ العقوبة عليها أثناء الحمل وتشمل هذه الرعاية الغذاء الخاص والراحة والإشراف الطبي أثناء الحمل وعند الولادة على النحو المنصوص عليه في القانون ولائحته التنفيذية

ج - تنظيم عمليات الإنجاب المساعد :

من أهم مظاهر الحماية القانونية لحق المرأة في الإنجاب تنظيم عمليات الإنجاب المساعد بقواعد قانونية لا تصادر الحق كلية ، بل تضع له ضوابط قانونية وأخلاقية ، تراعى في المقام الأول مصلحة الأسرة وقيم المجتمع الدينية والثقافية.

وفي هذا الخصوص قررت لائحة أداب مهنة الطب الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣ في ٢٠٠٣/٩/٥ أهم الضوابط المنظمة لحق المرأة في الالتجاء إلى عمليات " الأخصاب " المساعد على النحو التالي :

١- تخضع عمليات الإخصاب المساعد للضوابط الأخلاقية التي تستهدف المحافظة على النسل البشري وعلاج العقم ، مع الحرص على نقاء الأنساب وعلى المعايير القانونية الصادرة عن جهات الاختصاص (م ٤٤ من اللائحة).

٢ - لا يجوز إجراء عمليات الإخصاب المساعد داخل أو خارج جسم الزوجة إلا باستخدام نطفه زوجها

حال قيام العلاقة الزوجية الشرعية بينهما. كما لا يجوز نقل بويضات مخصبة لزرعها في أرحام نساء غير الأمهات الشرعيات لهذه البويضات(م ٤٥).

٣ - يحظر ممارسة عمليات الإخصاب المساعد إلا في المراكز المجهزة والمرخص لها بممارسة تلك العمليات (م ٤٧).

د - الحماية الجنائية للحق في الانجاب :

قرر المشرع المصري حماية جنائية لحق المرأة في الإنجاب عندما جرم " إسقاط الحوامل " في الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون العقوبات ، ويتضمن المواد ٢٦٠ إلى ٢٦٤ . ويمكن إجمال أحكام الحماية الجنائية المقررة في هذا الصدد فيما يلي :

١ - يجرم المشرع الإجهاض ولو كان الحمل في ساعاته الأولى ، فلا يشترط مرور مدة معينة على الإخصاب .

٢- لا يميز القانون المصري الإجهاض الإرادي إذا كان عمر الجنين لم يتجاوز مدة معينه . وقد رفضت محكمة النقض إباحة إجهاض الجنين الذي لم يتجاوز عمره أربعة أشهر بحجة أن الشريعة الإسلامية تبيح ذلك، وقررت أن ما ورد عن الشريعة في هذا الخصوص ليس أصلا ثابتا في أدلتها المتفق عليها ، وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأي فيما بينهم.

٣ - توسع المشرع في الافعال التي جرمها إذا كان من شأنها إسقاط المرأة ، سواء كانت كيميائية أو ميكانيكية ، طبية ، مادية أو نفسية، إيجابية أو سلبية ، متى أدت إلى خروج الجنين من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته ، سواء خرج ميتا أو خرج حيا ولكنه غير قابل للحياة .

٤ - لا عبرة بالبواعث على الإجهاض. ولا يباح الإجهاض إلا إذا كان استمرار الحمل يهدد حياة الحامل أو صحتها بخطر جسيم، وكان الإجهاض هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر، وقام به طبيب أو جراح باعتباره عملا من الأعمال الطبية .

٥ - يعاقب القانون على الإجهاض ، سواء قامت به المرأة الحامل أو غيرها . ويعتبر القانون المصري مجرد دلالة المرأة الحامل على وسيلة الإجهاض عملا تنفيذيا للجريمة ، ويكون من دله على الوسيلة التي استعملتها بنفسها فاعلا للجريمة الإجهاض مع المرأة وليس مجرد شريك لها في الجريمة.

٦ - يقرر القانون المصري عقاب المرأة الحامل على جريمة الإجهاض إذا اسقطت نفسها بنفسها دون تدخل من أحد ، أو إذا رضيت باستعمال وسيلة الإسقاط التي دله عليها الغير، أو رضيت بأن يسقطها الغير . ويساوى القانون في العقاب بين المرأة التي تسقط نفسها وبين من قام بإسقاطها إذا كان المسقط ليس طبيبا ولم يستعمل وسيلة عنيفة في الإسقاط . وتكون الجريمة جنحة يعاقب عليها بالحبس في الحالتين.

٧- يكون الإجهاض خيانة يعاقب عليها بالسجن المشدد إذا كان من أجهض المرأة الحامل قد استعمل

وسيلة عنيفة ، أي بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء ، سواء حدث هذا الإسقاط برضاء المرأة أو دونه رضاء منها. وسبب التشديد أن استعمال وسيلة العنف .في الإجهاض يشكل خطرا على سلامة جسم المرأة الحامل أو على حياتها ، فضلا عن كونه اعتداء على حياة الجنين.

٨- يكون الإجهاض جنائية كذلك إذا توافرت في المسقط صفة معينة فإذا كان المسقط طبييا أو جراحا أو صيدلية أو قابلة ، كانت عقوبة الإجهاض هي السجن المشدد ، بشرط أن يكون المسقط غير المرأة الحامل وفي هذه الحالة لا يلزم لاعتبار الجريمة جنائية أن يكون من تتوافر فيه الصفة الطبية قد أعتاد ممارسة عمليات الإجهاض ، بل يكفي أن يكون قد قام بالفعل للمرة الأولى ويعتبر القانون الفرنسي الاعتياد على ممارسة الإجهاض ظرفا مشددا لعقاب الجريمة، ولو لم يكن المتهم من أصحاب المهن الطبية . ولا يشترط لقيام جنائية الإجهاض أن يكون الطبيب أو من في حكمه قد تقاضى أجراً عن عملية الإجهاض ، فتقوم الجنابة في حقه ولو قام بالإجهاض على سبيل المجاملة .

خاتمة

نشير في الختام إلى أن التشدد في عقاب الإجهاض قد يدفع المرأة إلى اللجوء للإجراءات الطبية غير المأمونة العواقب مثل الإجهاض غير المشروع ، وما يمكن أن يؤدي إليه من عواقب وخيمة على صحة المرأة وحياتها . لذلك قد يكون من الملائم أعاده النظر في أسباب إجازة الإجهاض بغية التوسع فيها مع الإبقاء على تجريم الإجهاض . وفي هذا الخصوص نقترح بحث إجازة الإجهاض لأسباب علاجية ، ويمكن الالتجاء إليه في أي لحظة من لحظات الحمل ، إذا قرر اثنان من الأطباء أن متابعة الحمل إلى نهايته يهدد صحة الام بضرر جسيم يتعذر تداركه (مريضة القلب مثلا) ، أو أن هناك احتمالا قويا أن الطفل سيولد مشوها أو مصابا بمرض على درجه عاليه من الخطورة وغير قابل للشفاء وقت إجراء التشخيص.

تباين الآراء بشأن القصد الجنائي الإباضي

دراسة تحليلية تأصيلية في القضاء المتعلق بالحاكم الجنائية

الدولية الخاصة ومحكمة العدل الدولية

الدكتورة/ فتيحة محمد قوراري

أستاذ القانون الجنائي المشارك

كلية القانون - جامعة الشارقة

مقدمة

لما كان الإنسان يمثل نواة المجتمع و عصب وجوده و سبب نمائه و تطوره، فقد حرصت التشريعات القانونية الوطنية و المواثيق الدولية على سن القواعد اللازمة لحماية حقوقه الأساسية كإنسان، ومنها على سبيل الخصوص حقه في الحياة و الوجود الذي يعد أسمى حقوق الإنسان على الإطلاق، وقد كرسته المادة (٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ التي نصت على أن " لكل فرد الحق في الحياة و الحرية و سلامة شخصه "، كما أكدته المادة (٦) من العهد الخاص بالحقوق المدنية و السياسية لعام ١٩٦٦.

وعلى الرغم من التطور الذي شهدته الإنسانية ولامس كافة جوانب الحياة المتعلقة بها، و الذي يفترض أن يواكبه سمو و رقى في المفاهيم و القيم السائدة فيها، و منها موضوع حقوق الإنسان و حمايتها في وقت السلم و وقت النزاعات المسلحة، فإن العالم و حتى هذه اللحظة مازال

يسجل انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني^١، بأفعال تجرمها المواثيق الدولية، و ذلك بسبب تشابك بل و تناقض المصالح السياسية و الاقتصادية للمجموعات الإنسانية المختلفة.

و يأتي على رأس الانتهاكات المذكورة التي شهدتها العالم و لا يزال في بقع مختلفة من جغرافيته صورة " الإبادة الجماعية " التي تستهدف القضاء على جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية، وبالنظر إلى خطورتها ووحشيتها اعتبرت جريمة الجرائم^٢

أولاً- الإبادة الجماعية: الأصول والتطور التاريخي

الإبادة الجماعية Genocide تعبير حديث نسبياً لممارسات قديمة العهد، استحدثه الفقيه الأمريكي من أصل بولوني Raphael Lemkin، وذلك بجمع العبارة اليونانية "genos" التي تعني العرق أو القبيلة، والعبارة اللاتينية "cide" المشتقة من الفعل "caedere" والتي تعني قتل^(٣). وقد بين هذا الفقيه منذ عام ١٩٣٣ خطورة أعمال الإبادة الموجهة ضد جماعات إثنية، مهنية أو اجتماعية^(٤) ودعا إلى تجريمها.

وقد ظهرت جريمة الإبادة الجماعية بمفهومها القانوني بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، حيث يعتبر القرار الاتهامي الصادر بتاريخ ١٠/١٠/١٩٤٥ ضد مجرمي الحرب النازيين الذين أحيلوا إلى

^١ القانون الدولي الإنساني هو مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى الحد من آثار النزاعات المسلحة، ويتكون من إتفاقيات جنيف ١٩٤٩ والبروتوكولين الملحقين بها ١٩٧٧

(١) د. على عبد القادر القهوجي: القانون الدولي الجنائي أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠١، ص ١٢٧.

(٢) د. دوللي حمد: جريمة الإبادة الجماعية - المفهوم والأركان، المنشورات الحقوقية صادر، ٢٠٠٣، ص ٩.

(3) " Acions exterminatrices dirigees contre les collectivites ethniques, professionnelles ou sociaux", C.LOMBOIS: Droit penal international , Dolloz, 1971 , p 64.

محكمة Nuremberg الوثيقة الرسمية الأولى ذات الطابع الدولي التي تناولت جريمة الإبادة الجماعية، دون أن ترد هذه العبارة صراحة في نصوص المحاكمات.

وبعد ذلك وردت عبارة الإبادة الجماعية في العديد من محاكمات مجرمي الحرب النازيين أمام المحاكم الداخلية التابعة للحلفاء^(٢).

ويسجل للأمم المتحدة موقفها الحازم ضد جريمة الإبادة الجماعية، حيث كان موضوع مكافحة هذه الجريمة والعقاب عليها ضمن الموضوعات التي تناولتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الأولى، وقد نص قرارها رقم ١/٩٦ المؤرخ في ١١/١٢/١٩٤٦ على أن الإبادة الجماعية جريمة بموجب القانون الدولي يدينها العالم ويستحق مرتكبوها العقاب، سواء كانوا رجال دولة أم موظفين أم أفراد.. "وكلفت اللجنة الاقتصادية والاجتماعية بصياغة مشروع إتفاقية خاصة بجريمة الإبادة الجماعية.

وأعقب ذلك اتخاذ الجمعية العامة قرارا اعتمدت بموجبه "اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها" وذلك بتاريخ ٩/١٢/١٩٤٨، وفي ١٢/١/١٩٥١ دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ لتكرس الإبادة الجماعية كجريمة دولية^(٣).

وبعد انتهاء الحرب الباردة نشبت صراعات عنيفة بين جماعات عرقية، خاصة في يوغوسلافيا السابقة التي شهدت انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني تمثلت في أعمال القتل الجماعية، والتطهير العرقي

(٤) أنشئت محكمة عسكرية دولية بموجب اتفاق لندن بتاريخ ٨/٨/١٩٤٥، من أجل ملاحقة ومعاقبة كبار مجرمي حرب دول المحور، وقد عرفت هذه المحكمة باسم Nuremberg .

(5) Les nations Unies et les droits de l'homme 1945- 1995, serie Livres blues des Nu, Volume VII, department de l'information des NU, NY, p 19.

^٣ بلغ عدد الدول الأطراف ١٤٠ دولة، من بينها دولة الإمارات العربية المتحدة التي انضمت حديثا في نوفمبر ٢٠٠٥.

أوالتطهير الاثني^(١). وترتب على ذلك قيام مجلس الأمن بإنشاء محكمة جنائية دولية خاصة لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني التي ارتكبت في يوغوسلافيا السابقة منذ عام ١٩٩١^(٢).

وفي ذات السياق وبالنظر إلى نتائج الحرب الأهلية في رواندا التي أسفرت عن مقتل حوالي مليون شخص من قبيلتي التوتسي والهوتو علي أيدي ميليشيات الهوتو والجيش بقياده الهوتو، فقد شكل مجلس الأمن بقراره رقم ٩٣٥ المؤرخ في ١٩٩٤/٧/١ لجنة من الخبراء للتحقيق في الانتهاكات الواقعة على حقوق الإنسان، وخاصة الأفعال المرتكبة لإبادة الأجناس. وقد انتهت إلى ارتكاب عناصر من الهوتو لأفعال الإبادة الجماعية بحق جماعات التوتسي.

وإزاء ذلك قرر مجلس الأمن استنادا إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة إنشاء محكمة جنائية دولية^(٣) لغرض محاكمة الأشخاص الذين ارتكبوا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني ومنها أعمال إبادة الأجناس في إقليم رواندا وأراضي الدول المجاورة في الفترة من ١/١/١٩٩٤ حتى ٣١/١٢/١٩٩٤.

وبمناسبة العيد الخمسين لاتفاقيتين بارزتين لحقوق الإنسان أقرتهما الأمم المتحدة عام ١٩٤٨هما: اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والعقاب عليها، و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، انعقد مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين في روما بتاريخ ١٧/٧/١٩٩٨، تم

(٢) أوردت وثائق الأمم المتحدة الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة هذين التعبيرين، حيث جاءت عبارة التطهير الأثني في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة ٢٥٧٠٤/س بتاريخ ١٩٩٣/٥/٣ فقرة ١١، وتضمنت الفقرة ٩ من ذات التقرير عبارة التطهير العرقي.

(٣) قرار مجلس الأمن رقم ٨٠٨ المؤرخ في ١٩٩٣/٢/٢٢، ويقع مقر المحكمة في لاهاي بهولندا.

(١) بمقتضى قرار مجلس الأمن ٩٥٥ المؤرخ في ١٩٩٤/١١/٨، ويقع مقر المحكمة في أروشا بتنزانيا.

خلاله اعتماد نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(١). وبمقتضى المادة (٥) تخص المحكمة بنظر جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب، وجريمة العدوان.

ثانياً- جريمة الإبادة الجماعية: المفهوم والأركان

عرفت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإبادة الجماعية بمقتضى القرار ٩٦ / المؤرخ في

١١/١٢/١٩٤٦ بأنها " إنكار حق الوجود لجماعات إنسانية بأكملها"^(١).

كما عرفت الإبادة الجماعية المادة (٢) من اتفاقية الإبادة الجماعية لعام ١٩٤٨، وتبنى

هذا التعريف كل من نظام المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة (المادة ٤)، ونظام

المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا (المادة ٢)، وكذلك نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية

الدولية (المادة ٦). وبمقتضى المادة (٢) من اتفاقية الإبادة الجماعية تعني الإبادة الجماعية أيا من

الأفعال التالية المرتكبة بقصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية

بصفتها هذه:

أ- قتل أعضاء من الجماعة،

ب- إلحاق أذى جسدي أو ذهني خطير بأعضاء الجماعة،

ج- إخضاع الجماعة عمد لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً،

د- فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة،

(٢) بدأ نفاذ نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بتاريخ ١/٧/٢٠٠٢، وذلك بعد إيداع الصك الستين للتصديق أو الموافقة على الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة إعمالاً لنص المادة ١٢٦ من النظام، وبلغ عدد الدول الأطراف ١٠٨ من بينها الأردن، جيبوتي وجزر القمر

هـ- نقل أطفال الجماعة عنود إلى جماعة أخرى".

وفي هذا الشأن فقد اعتمد المشرع الفرنسي ذات التعريف السابق في المادة ١/٢١١ من قانون العقوبات مع بعض الفروق في الصياغة وذلك بقوله " يشكل إبادة جماعية كل فعل يرتكب تبعاً لمخطط مسبق بقصد القضاء كلياً أو جزئياً على جماعة وطنية، إثنية، عرقية، أو دينية، أو جماعة معينة وفقاً لأي معيار تحكيمي، وهذه الأفعال هي: القتل العمد، المساس الجسيم بالسلامة الجسدية أو النفسية، إخضاع الجماعة لأحوال معيشية يقصد بها القضاء عليها كلياً أو جزئياً، فرض تدابير تهدف إلى منع الإنجاب، نقل الأطفال قسراً^(٢).

وباعتبار الإبادة الجماعية جريمة من الجرائم ضد الإنسانية، فإنه يتعين لقيامها توافر أركانها، والتي يمكن تحديدها من تعريف الجريمة السابق ذكره في: الشرط المسبق وهو محل الجريمة الذي يتمثل في جماعة قومية أو إثنية. أو عرقية أو دينية^(٣) والتي يرد عليها النشاط الجرمي، الركن المادي والذي يتكون من النشاط الإجرامي والذي حددته النصوص القانونية السالفة الذكر في أفعال محددة

(1) "Refus du droit a l'existence a des groups humains entiers."

(1) " Constitue un genocide , le fait en execution d'un plan concerté tendant a la destruction totale ou partielle d'un group national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un group determine a partir de tout autre critere arbitraire , de commettre ou de faire commettre , a l'encontre de membres de ce group , l'un des actes suivants: atteinte Volontaire a la vie , atteinte grave a l'integrite physique ou psychique , Sonmission a des condition d'existence de nature a entrainer la destruction totale ou partielle du group , mesures visant a entraver les naissances , transfert force d'enfants.

(2) "PIERRE TRUCHE et PIERRE BOURETZ: Crimes de guerre , crimes contre l'hummanite , repertoire penal Dallez, Aout 1993, p 7 ,et JACQUES FRANCILLON: Crimes de guerre , crimes contre l'hummanite , Jurisclasseur de droite international Voume VI, Fascicule 410, 1993 , p 27

وفي هذا الشأن ذهب البعض إلى أن هذه الجريمة تتكون من ركنين فقط المادى والمعنوى معتبرين الشرط المسبق يمثل الضحية الذى لا يدخل فى بناء الجريمة، والواقع انه يمثل صفة فى المحنى عليه أنظر: د. دوللى حمد " المرجع السابق ص ٧١

فعلى سبيل الحصر، والنتيجة الإجرامية المتمثلة في القضاء على الجماعة كليا أو جزئيا وذلك وفقا لصورة النشاط المجرم المرتكبة. ولما كانت هذه الجريمة عمدية فهي تتطلب قصدا جنائيا سوف، يكون محلا لدراستنا هذه.

وقد أكدت على هذه الأركان المحكمة الجنائية الدولية لروندا حيث قضت بأنه " لتحقيق جريمة الإبادة الجماعية يجب:

١- أن يرتكب فعل من الأفعال التي وردت في المادة (٢) من نظام المحكمة (المأخوذ حرفيا من المادة (٢) من اتفاقية الإبادة الجماعية).

٢- أن يرتكب الفعل ضد جماعة وطنية أو اثنية أو عرقية أو دينية مستهدفة بذاتها بصفتها هذه.

٣- أن يرتكب الفعل بقصد تدمير الجماعة المستهدفة كليا أو جزئيا"^(١).

ثالثاً - أهمية الدراسة وتحديد نطاقها

تمحضت عن انتهاء الحرب الباردة واندثار الثنائية القطبية آمال كبيرة بدخول العالم مرحلة جديدة يسودها السلام العالمي، غير أن هذه الآمال ما لبثت أن تبددت وتلاشت جراء ظهور بؤر يسودها التوتر الدائم، مثل شبه الجزيرة الكورية، منطقتي الهند-باكستان، الشرق الأوسط، منطقة الخليج العربي وسباق إيران مع الغرب لاكتساب قدرات نووية، ومناطق أخرى عديدة في أفريقيا منها خاصة دارفور في السودان.

وتتميز هذه المرحلة بالسباق نحو التسليح، وخطر انتشار أسلحة الدمار الشامل، والأسلحة الكيميائية والبيولوجية. وقد تسفر هذه التوجهات عن ظهور صراعات تستهدف القضاء على جماعات بذاتها وصفاتها على غرار ما تم في يوغوسلافيا السابقة ورواندا.

وللحد من هذه المخاطر، والتصدي بالفاعلية المطلوبة لمرتكبي جريمة الإبادة الجماعية، فإنه يتعين فهم النصوص الدولية المتعلقة بهذا الموضوع. على نحو صحيح، لیتسنى تطبيقها على نحو سليم، خاصة في ضوء الأشكاليات التي أثارها المحاكمات التي جرت وماتزال أمام المحاكم الجنائية الدولية ومنها طبيعة ونطاق القصد الجنائي في جريمة الإبادة الجماعية.

وتزداد أهمية هذه الدراسة بسبب طرح موضوع جريمة الإبادة الجماعية أمام المحكمة الجنائية الدولية، حيث أنها بصدد الفصل في أربع قضايا مطروحة أمامها موضوعها الإبادة الجماعية، ثلاثة منها تم تحويلها من دول أطراف في معاهدة روما المتعلقة بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية وهي

(1) TPIR, ch. Iere instance, jugement Rutaganda, 6 decembre 1999, parag.49.

أوغندا، جمهورية الكونغو وإفريقيا الوسطى، أما قضية دارفور/ السودان فقد تم تحويلها إلى المحكمة من قبل مجلس الأمن^(١).

بناء على ما تقدم فقد حرصنا على طرق موضوع جريمة الإبادة الجماعية في هذه الدراسة لأهميته، وعلى أن نقصر البحث فيه على الركن المعنوي لهذه الجريمة بسبب اختلاف الرأي بشأنه بين الفقه والقضاء من جهة، وجهات القضاء ذاته من جهة أخرى في نطاق القانون الدولي الجنائي، ولعل ما يزيد من أهمية هذا البحث أننا سنتعرض فيه للحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية المؤرخ في ٢٠٠٧/ ٢/٢٧ بشأن هذا الموضوع^(٢) بالتوازي مع أحكام المحاكم الجنائية "الدولية الخاصة ليوغوسلافيا السابقة ورواندا.

لذلك سوف نقسم هذه الدراسة إلى فصلين نخصص الأول لنطاق القصد الجنائي في جريمة الإبادة الجماعية، وعلى أن نتناول في الفصل الثاني أحكام القصد الخاص في جريمة الإبادة الجماعية.

الفصل الأول

نطاق القصد الجنائي في جريمة الإبادة الجماعية

يستخدم في نطاق القانون الجنائي الدولي اصطلاح القصد الخاص *Intention spécifique* أو القصد الإبادة *Intention genocidaire* لوصف القصد الجنائي في جريمة الإبادة الجماعية. على أن الرأي اختلف بين الفقه والقضاء في تحديد نطاق هذا القصد، حيث اتجهت

(١) انظر أطراف وتفصيلات هذه القضايا على الموقع الإلكتروني

<http://www.Icc-cpi.Int/Menu/icc/situations>

المحاكم الجنائية الدولية إلى أن القصد الخاص يتمثل في اتجاه الإرادة إلى تدمير كل أو جزء من جماعة محمية، في حين قدر الفقه أن هذا التفسير تكتنفه بعض المشاكل واقترح حلولاً بديلة. لذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نخصص الأول لاتجاهات القضاء الدولي والقصد الجنائي بشأن جريمة الإبادة الجماعية، أما المبحث الثاني فسوف نتناول فيه القصد الإبادي من منظور فقهي.

المبحث الأول

اتجاهات القضاء الجنائي الدولي ونطاق القصد الإبادي

أدلى القضاء الجنائي الدولي بدلوه في تحديد طبيعة ونطاق القصد الجنائي في جريمة الإبادة الجماعية، وذلك من خلال المحكمتين الدوليتين الخاصتين بيوغوسلافيا السابقة ورواندا، كما تسنى لمحكمة العدل الدولية أن تفصح عن رأيها في هذا الموضوع وذلك بمناسبة حكمها الذي أصدرته عام ٢٠٠٧ على النحو الذي سيلبي بيانه.

لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول لقضاء المحاكم الجنائية الدولية الخاصة، ونتعرض في الثاني لموقف محكمة العدل الدولية.

(٢) سوف نتعرض لمضمون هذا الحكم في المواضع الملائمة من هذه الدراسة.

المطلب الأول

القصد الإبادي في قضاء المحاكم الجنائية الدولية الخاصة

الواقع أن تعريف جريمة الإبادة الجماعية كما ورد في اتفاقية عام ١٩٤٨ ويميز بين القصد الجنائي المتصل بالأفعال المحددة في الفقرات من (أ) إلى (هـ) من التعريف الوارد في المادة (٢) من الاتفاقية المذكورة^(١). وبين القصد الذي يميز الإبادة الجماعية عن غيرها من الجرائم الدولية، أي قصد تدمير كل أو جزء من جماعة وطنية، أو إثنية، عرقية أو دينية^(٢).

وفي هذا السياق علقت لجنة القانون الدولي على المادة (١٧) - المتعلقة بجريمة الإبادة الجماعية - من مشروع قانون الجرائم ضد سلم وأمن الإنسانية^(٣)، حيث أوردت "تعد الأفعال الخاضعة للعقاب والواردة في الفقرات من (أ) إلى (هـ) أفعالاً عمدية أو إرادية بطبيعتها، والتي لا يمكن عادة ارتكابها دون علم بنتائجها المحتملة.

وأفعال من هذا النوع لا تترتب عموماً عن خطأ أو مجرد إهمال. على كل فإن القصد العام المتعلق بارتكاب أحد الأفعال المحددة، القائم على العلم بالنتائج المحتملة للفعل الإجرامي بالنسبة

(١) سبق لنا عرض هذا التعريف بفقراته الخمس في مقدمة هذه الدراسة.

(2) V.O. TRIFFTERER: Genocide, its particulare intent to destroy in Whole or in par the group as such 14 Leiden journal of international law, 2001, p 400.

(١) يعود هذا المشروع إلى عام ١٩٤٧ حيث طلبت الجمعية العامة للأمم المتحدة من لجنة القانون الدولي إعداد مشروع قانون الجرائم ضد سلم وأمن الإنسانية وذلك بمقتضى القرار رقم ١٧٧ / II بتاريخ ١١/٢١/١٩٤٧. وقد اعتمدت لجنة القانون الدولي في دورتها الثامنة والأربعين بتاريخ ١٩٩٦/٧/٥ نصوص المواد من (١) إلى (٢٠) من المشروع المذكور.

للمحني عليه أو المجني عليهم الحاليين، لا يكفي لقيام جريمة الإبادة الجماعية. إن تعريف هذه الجريمة يتطلب حاله ذهنية أو قصدا خاصا يتعلق بالنتائج العامة للفعل الإجرامي"^(١).

كما عبرت اللجنة الدولية للتحقيق في دارفور(السودان) المشكلة من مجلس الأمن عن القصد الجنائي الإبادي، وتطلبت القصد الخاص في تقريرها المسلم للأمين العام للأمم المتحدة حيث أوردت: " الركن المعنوي (العنصر الشخصي) قسمان هما:

أ- القصد الجنائي الذي تتطلبه الجريمة المعنية (القتل، ارتكاب الإيذاء البدني أو الذهني.... إلخ).

ب- قصد تدمير كل أو جزء من الجماعة المحددة. وهذا القصد يمثل قصدا جنائيا مشددا، أو قصدا خاصا ومفاده أن الجاني يريد ارتكاب الأفعال المجرمة لتحقيق تدمير كل أو جزء من الجماعة المحددة، وهو يعلم أن هذه الأفعال سوف تدمر كل أو جزء من الجماعة المعنية"^(٢).

(2) les actes prohibes enumeres dans les alines a) a e) sont par nature meme des actes conscients, intentionnels ou deliberes, qu'on ne peut habituellement commettre sans avoir connaissance de leurs consequences proables. Des actes de ce genre ne resultant generalement pas d'un accident ni meme de la la simple negligence. Toutefois , l'intention generale de commettre l'un des actes enumeres assoicee a une conscience diffuse des consequences probable de cet acte pour la victime ou les victimes immediates, ne suffit pas pour qu'il y ait crime de genocide. La definition de ce crime exige une disposition d'esprit ou une intention specifique concernant les consquences les globales de l'acle prohibe "

Projet de code des crimes contre la paix et la securite de l'humanite , 51 eme session,rapport 1996 de la CDI ,supplement no 10, A/51/10, p108

(1) The subjective element is twofold: a) the criminal intent required for the underlying offence (Killing, causing bodily or mental harm , etc) and (b) the intent to destroy in Whole or in part, the group as such. This second element is an aggravated criminal intent , or dolus specialis, it implies that The destruction in whole in part the group as such ". Rapport de la C.I. d'enquete sur le Darfour au secretaire general , etabli en application de la resolution 1564/2004. Conseil de securite. 18/09/2004, 5/2005/60 parag.431

وعليه فإن جريمة الإبادة الجماعية تتطلب قصدا مزدوجا **Double intention** يتمثل

القصد الأول في علم الفاعل بارتكابه أحد الأفعال المحددة في تعريف الإبادة الجماعية، بينما يتمثل

الثاني في قصد تدمير جماعة معينة. وهذا القصد الأخير هو الذي عرف باسم القصد الخاص أمام

المحاكم الجنائية الدولية الخاصة (يوغوسلافيا السابقة ورواندا).

ويتعين الإشارة هنا إلى أن اصطلاح القصد الخاص كمفهوم يرجع إلى القانون الجنائي

الفرنسي^(١). وهو يقابل القصد العام. وفي تحديد مضمونه فإن القصد أيا كان يعني العلم **la**

connaissance بالأمر غير المشروع، وإرادة ارتكابه **la volonte de transgresser**

1' interd. وأما القصد العام فيتمثل في الإرادة الواعية لخرق القانون الجنائي^(٢). أي ارتكاب

السلوك المجرم ويتوافر هذا العلم وهذه الإرادة في كل الجرائم العمدية، وتقوم بهما العديد منها دون

تطلب القانون لقصد أكثر تحديدا^(٣).

وفي مقابل ذلك إذا تطلب القانون ركنا معنويا أكثر دقة بحيث يتجاوز الاكتفاء بمجرد

الإرادة الإجرامية لقيام الجريمة، عندئذ نكون بصدد القصد الخاص، أي قصد الوصول إلى تحقيق

نتيجة محددة يجرمها القانون.

قد استلهم قضاة المحكمة الجنائية الدولية لرواندا هذا المفهوم لأول مرة في حكم

Akayesu حيث ورد فيه " أن جريمة الإبادة الجماعية تتميز عن الجرائم الأخرى بتوافر القصد

(2) HADI AZARI: Regards croises sur l'intention genocidaire. revue de sciences criminelles, N04 octobre – Decembre 2007 , p 742.

(1) la volonte consciente de violer la loi penale ", BERNARD BOULOC Droite penal general , Dalloz , 2007 , p 244.

(2) FREDERIC DEPORTES et FRANCIS LE GUNEHEC: Droite penal general , Economica , 2006 , p 452

الخاص. ويتمثل القصد الخاص في القصد المحدد كركن يدخل في تكوين الجريمة، يتطلب اتجاه الجاني لتحقيق النتيجة المجرمة وعليه يكمن القصد الخاص في جريمة الإبادة الجماعية في نية تدمير كل أو جزء من جماعة وقومية، إثنية، عرقية أو دينية محددة^(١).

وقضت ذلك المحكمة في موضع آخر بأن " القصد الخاص يقتضي أن يتوافر لدى الجاني نية تحقيق النتيجة الإجرامية. ومن ثم فإن القصد الخاص يدخل في تكوين جريمة عمدية، جريمة تتميز بوجود علاقة نفسية بين النتيجة المادية والحالة الذهنية للجاني"^(٢).

وتتمثل النتيجة الإجرامية في الإبادة الجماعية في تدمير مجموعة، وقد استقرت المحاكم الجنائية الدولية الخاصة على ذلك في قضائها حيث انتهت في العديد من أحكامها إلى أن " بالنسبة لجريمة الإبادة الجماعية، فإن الجاني لا يخضع للعقاب إلا إذا ارتكب أحد الأفعال المجرمة في الفقرة (٢) من المادة (٢) من النظام بقصد الوصول صراحة إلى نتيجة تدمير كلي أو جزئي لمجموعة محددة^(٣).

(3) le genocide se distingue d'autres crimes en ce qu'il comporte un dol special , le dol special d'un crime est l'intention precise , requise comme element constitutif du crime , qui exige que le criminel ait nettement cherche a provoquer le resultat incrimine. Des lors le dol special du crime de genocide reside dans l'intention de detruite en tout ou en partie un groupe national, ethnique , racial ou religieux comme tel ". Le procureur c/jean paul Akayesu , ICTR- 96 – 4- T , chambre de premiere instance I. jugement , 2/ 9 /1998 , parag. 497

(1) le doi special exige que l'auteur de l'infraction ait eu nettement l'intention de provoquer le resultat incrimine. En ce sens le dol special est constitutif d'une infraction intentionnelle , infraction caracterisee par une relation psychologique entre le resultat materiel et l'intelligence de l'auteur." Jugement Akayesu , op. Cite., parag. 518.

(2) Pour le crime de genocide , l'agent n'est reprchensible que s'il a commis l'un des actes incrimines au paragraphe (2) de l'article (2) du statut avec l'intention d'obtenir expressement comme resultat la destruction totale ou

ومن ذلك أيضا أن قضت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا في حكم Kambunda بأن " جريمة الإبادة الجماعية تنفرد بقصدها الخاص، الذي يطلب أن تكون الجريمة قد ارتكبت بنيه تدمير كل أو جزء من جماعة قومية، إثنية، عرقية أو دينية محددة" (١).

وأما المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة فقد أكدت ذات القضاء في حكم Jelisic حيث قضت بأن " القصد الخاص يقتضي أن يهدف مرتكب الجريمة إلى تدمير كل أو جزء من مجموعة وطنية، اثنية، عرقية أو دينية محددة" (٢).

بناء على ما تقدم نستخلص أن التفسير الذي تبنته المحاكم الجنائية الدولية الخاصة للقصد الخاص يتمثل في إرادة تدمير جماعة محددة. وقد أطلق على هذا الرأي

" الاتجاه القائم على الهدف " purpose – based approache " على أساس أنه يحدد القصد الخاص بتلك الذي يستهدف تحقيق نتيجة مادية.

partielle d'un groupe spécifique " . Le procureur c/goran Jelisic no II- 95- 10 – I , Jugement, 14/12/1999 parag.98 , le procureur/ Clement Kayishema et obed Ruzindana , no ICTR-95-1 , Jugement 21/5/1999 , parag. 89 , et le procureur c/Radislav Krstic , no IT-98-33-T , Jugement , 2/8/2001 , parag. 571.

(3) Le crime de genocide se singularise par son dol special , qui requiert que le crime ait ete commis dans l'intention de detruire en tout ou en partie un groupe national , ethniques , racial ou religieux comme tel" le procureur c/ Jean Kambande no ICTR-97-235 , 4/9/1998 , parag -16.

(1) " L'intention spécifique exige que l'auteur du crime souhaite detruire en tout ou en partie , un groupe national , ethnique , racial ou religieux , comme tel". L'arret jelisic, op.cit , parag. 46.

(2) HADI AZARI: op. cit , p. 743

المطلب الثاني

موقف محكمة العدل الدولية من القصد الإباضي

تبنت محكمة العدل الدولية رأي المحاكم الجنائية الدولية الخاصة، حيث أكدت عام ١٩٩٦
بمناسبة إبداء رأيها الاستشاري *son avis consultatif* حول استخدام السلاح النووي
على أن القصد الخاص المتعلق بتدمير جماعة يعد ضروريا وأوردت أنه: " سوف يكون منع الإبادة
الجماعية قاعدة ملائمة في هذه الحالة إذا ثبت أن اللجوء إلى الأسلحة النووية يتضمن فعليا عنصر
القصد، وموجهها ضد جماعة محددة، على النحو الذي تتطلبه القاعدة المثارة"^(١).

وقد أتيح لمحكمة العدل الدولية أن تفحص الركن المعنوي في جريمة الإبادة الجماعية بمناسبة
الدعوى المرفوعة أمامها عام ١٩٩٥ من جمهورية البوسنة والهرسك ضد جمهوريتي صربيا والجبل
الأسود، للنظر في المجازر والأعمال الوحشية المرتكبة من قبل الصرب أثناء النزاع الذي ترتب على
انهيار يوغوسلافيا السابقة^(٢).

(1) " L'interdiction genocide serait une regle pertinente en l'occurrence s'il etait
etabli que le recours aux armes nucleaires comporte effectivement l'element
d'intentionalite , dirige contre un groupe comme tel , que requiert la disposition
suscitée ". Recueil de la cour international de Justice 1996 , p 240.

(٢) استغرقت محكمة العدل الدولية في نظر هذه الدعوى إثني عشرة سنة، حيث أصدرت حكمها فيها بتاريخ
٢٠٠٧/٢/٢٧، وبذلك تعد هذه المدة الأطول في تاريخ المحكمة منذ إنشائها للفصل في نزاع مطروح عليها. أنظر في ذلك
= ANNE- LISE TEANI: L'arret de la cour international de justice du 26
fevrier 2007 , application de la convention pour la prevention et la repression
du crime de genocide , vecteur d'unite ou de fragmentation du droit
intarnational? revue de science criminelles , no 4, 2007 , p 765.

وقد بدأت محكمة العدل الدولية تحليلها في هذه القضية بإقرار التفرقة التي أقامتها لجنة

القانون الدولي بين القصد المتعلق بأفعال الإبادة، والقصد الإضافي "Intention

supplementaire" والمتمثل في تدمير الجماعات المحمية وبذلك تكون قد اعتنقت موقف

المحاكم الجنائية الدولية الخاصة (ad hoc) الذي يقتضي في جريمة الإبادة الجماعية القصد الخاص

"Intention spécifique".

وفي هذا الخصوص يمكن الاستناد إلى أمرين لإجلاء موقف محكمة العدل الدولية

بشأن دور القصد الخاص في تكييف جريمة الإبادة الجماعية هما كالآتي:

١ - مطالبة المحكمة بوجود التمييز بين القصد الخاص والأسباب أو البواعث التي قد تتوافر لدى

الفاعل وذلك على النحو التالي:

- فالقصد يتمثل في إرادة الجاني تحقيق نتيجة إجرامية، أما البواعث فهي في العموم أسباب

شخصية تقود العمل الإجرامي مثل الحقد والغيرة.

- القصد شرط ضروري للمسئولية والإدانة، في الوقت الذي ينعدم دور البواعث في تكييف السلوك

الإجرامي.

- ويبدو الخلاف بين المفهومين جلياً فيما يتعلق بالإبادة الجماعية، خاصة عندما تتخذ الإبادة طابع العمل الجماعي *action collective*، حيث قد تتعدد البواعث بتعدد المشاركين في الجريمة، أما القصد الخاص فهو ذاته بالنسبة للجميع ويتمثل في تدمير المجموعة^(١).

وفي هذا السياق نجد مناسبا الإشارة إلى أنه في قضية *Jelisic* خلصت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا إلى أنه "من الضروري التمييز بين القصد الخاص والباعث *Le mobile*، فالباعث الشخصي لمرتكب الإبادة يمكن أن يتمثل في المكاسب الاقتصادية الخاصة، امتيازات سياسية، أو شكل للسلطة. ولا يحول وجود الباعث الشخصي من أن يكون للفاعل قصد خاص يدفعه لارتكاب الإبادة الجماعية"^(٢).

وأكدت محكمة الاستئناف في قضية *stakic* على أن "في حالة الإبادة الجماعية، فإن الباعث الذي يدفع المتهم لتدمير مجموعة معينة يتميز بقدر قليل من الأهمية فيما يتعلق بإدانتته"^(٣). وبناء على ذلك فإن موقف محكمة العدل الدولية الداعي لتبني ذات التفرقة يبدو كاشفا وجليا أكثر، على الرغم من أنها لم تقدم أي إيضاح مكتفية بالتلميح حيث أوردت في ذلك: "... أحد

(1) Pour l'opinion contraire, voir CECLLE TOURNAYE: Genocidal intent before the ICTY, international and comparative Law quarterly, Volume 52, no 2, April 2003, p 452.

(2) " Il est necessaire de distinguer entre l'intention specifique et le mobile. le mobile personnel du genocidaire peut par exemple, etre la perspective d'un profit economique personnel, d'avantages politiques, ou d'une certaine forme de pouvoir. l'existence d'un mobile personnel n'empêche pas que l'auteur soit également anime de l'intention specifique de perpetrer un genocide". Arrêt Jelisic, op. cit, parag.89.

(1) " Dans le cas de genocide, la raison qui pousse un accuse a detruire le groupe vise importe peu pour ce qui est de sa culpabilite ". le procureur c/Milomir stakic, la chambre d'appel, no IT-97-24-A arrêt, 22/3/2006, parag. 45.

البواعث الأساسية للعديد من قادة الصرب في البوسنة، إقامة دولة صربية أكثر اتساعاً، بحرب توسعية إذا لزم الأمر، الأمر الذي لم يقتض بالضرورة تدمير مسلمي البوسنة أو مجموعات أخرى بل طردهم" (١).

٢- وأما الأمر الثاني فيتعلق بتحليلها لقضية التطهير الإثني، ويبدو من الأهمية ابتداء الإشارة إلى إنه، أثناء الأعمال التحضيرية لاتفاقية الإبادة الجماعية، تم رفض اقتراح سوريا المتعلق بشمول تعريف الإبادة الجماعية للأعمال الوحشية بقصد إرغام شعب على مغادرة إقليم معين. وبعد خمسة وأربعين سنة ظهرت هذه الفكرة من جديد باسم التنقية العرقية *epuration ethnique* والتي تعد شكلاً من أشكال الإبادة الجماعية (٢).

وفي هذا الخصوص فقد عرف المدعى أمام المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة التطهير العرقي في قضية *Karadzic et Meladic* بأنه: " ممارسة تستهدف في إقليم معين القضاء على أعضاء جماعة إثنية، لكي يصبح الإقليم المحدد نقياً إثنياً، أي لا يضم سوى أعضاء المجموعة الإثنية التي بادرت بالتطهير" (٣).

(2) " L'un des principaux mobiles de nombreux dirigeants serbes de Bosnie , creer un etat serbe plus vaste , si necessaire par une guerre de conquete , n'exigeait pas necessairement la destruction des musulmans de Bosnie ni d'autres communautes , mais leur expulsion ". arret de la CIJ , 27/2/2007 , parag 37

(3) W.SCHABAS: Le genocide , in H.Ascencio , EDecaux. et A pellet (eds) , Droit international penal , Cedin , Paris x , pedonne , p 323.

(1) " Une pratique que consiste a faire en sorte que dans un territoire donne , les membres de tel ou tel groupe ethnique soient elimines , qui tend a ce que tel out tel territoire devienne ethniquement pur , c'est adire qu'il ne contienne plus que des membres du groupe ethnique qui a pris l'initiative de ce nettoyage". Le procureur c/Karadzic et Miladic , no IT 95-5-R 61 et IT 95-18- R61 , parag. 128- g.

وأكد المدعي في قضية **Nicolic** على أن " السياسة التي تسمى بالتطهير الإثني أخذت في هذا الشأن شكل أعمال التمييز التي تتسم بالخطورة القصوى، وتستهدف التأكيد على طابعها الإباضي" ^(١).

وفي قضية **Krstic** أوردت غرفة الدرجة الأولى أنه " يوجد تماثل واضح بين سياسة الإبادة الجماعية وما يعرف بسياسة التطهير الإثني" ^(٢).

وفي هذا الخصوص فقد أورد القاضي المؤقت **Elihu lauterpacht** - المعين من قبل البوسنة والهرسك - في رأيه المنفرد أن " الانتقال الجبري للمدنيين، والمعروف عموماً بعبارة التطهير الإثني، يشكل في الحقيقة جزءاً من حملة إرادية من قبل الصرب، للقضاء على سيطرة ووجود المسلمين في مناطق واسعة من البوسنة والهرسك. وإذ كان الأمر كذلك، فإنه يبدو من الصعب عدم تكييف ممارسات الصرب بأعمال إبادة جماعية، على النحو الذي يدخل بوضوح في الفقرات أ، ب، و ج من تعريف الإبادة الجماعية" ^(٣).

(2) " La politique dite de nettoyage ethnique a pris en l'espece la forme d'actes discriminatoires d'une gravite extreme qui tendrait a mettre en evidence son caractere genocidaire ". Le procureur c/Dragan Nikolic , no IT-94-2-R61 , 20/10/1995 , parag. 645.

(3) " IL y a donc d'evidentes similitudes entre une politiques genocidaire et ce qui est communement appele une politiques de nettoyage ethnique ". L'arret Krstic , op. cit., parag. 562.

(1) " Les deplacements forces de civils , plus couramment designes par l'expression nettoyage ethnique , font en verite partie d'une champagne deliberee de la part des serbes pour eliminer le controle , voire la presence , des musulmans dans de vastes regions de vastes regions de la Bosnie Her zegovine les choses etant ainsi , il est difficile de ne pas voir dans les agissements des serbes des actes de genocide , dans la mesure ou ils rentrent nettement dans les categories a,b,et c de la definition genocide ". Opinion du Juge Lauterpacht , ordonnance de mesures conservatoires , Recueil de la cour international de Justice , 1996 , 431.

غير أن محكمة العدل الدولية لا تؤيد هذا الاتجاه الذي يعتبر سياسة التطهير الإثني شكلا من أشكال الإبادة الجماعية، وتستند في ذلك إلى الاختلاف الذي يوجد بينهما من حيث الغاية المستهدفة *L'objectif recherche* حيث أوردت " أن القصد الذي يميز الإبادة الجماعية يهدف إلى مجموعة، حتى وإن تم بالقوة لا يعادل بالضرورة تدمير المجموعة المذكورة، وهذا التدمير لا يترتب تلقائيا من النقل الجبري " .

وأردفت قائلة أن " الأفعال الموصوفة بالتطهير الإثني قد تشكل إبادة جماعية إذا اتخذت صورة أحد الأفعال المحددة في المادة (٢) من إتفاقية الإبادة الجماعية، بشرط أن تتم هذه العملية بقصد خاص ضروري، أي قصد تدمير المجموعة، وليس فقط طردها من الإقليم"^(١).

ونخلص مما تقدم إلى أن محكمة العدل الدولية وكذلك المحاكم الجنائية الدولية الخاصة تتطلب القصد الخاص للقضاء بتوافر الإبادة الجماعية، ويتمثل القصد الخاص في تقديرها في قصد تحقيق النتيجة الجرمية، وهي تدمير جماعة قومية، أو إثنية، أو عرقية أو دينية محددة.

(2) " Les actes que son t decrits comme etant du nettoyage ethnique sauront constituer un genocide s'ils reventent la forme de l'un des actes enumeres dans l'intention de detruirte le groupe et non pas seulement de l'expulser de la region" L'arret de la cour internationale de justice , parag. 190.

المبحث الثاني

موقف الفقه الجنائي الدولي من القصد الإباضي

وجه إلى التفسير القضائي للقصد الجنائي الخاص في جريمة الإبادة الجماعية انتقادان يتمثلان في الآتي^(١):

١ - صعوبة إثبات القضاء توافر القصد الخاص لدى المتهم، ولقد تفتن قضاة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة لذلك، حيث أوردت غرفة الدرجة الأولى لمحكمة رواندا في حكم Akayesu أن: "القصد عنصر ذو طبيعة نفسية يصعب بل ويستحيل ضبطه"^(٢).

كما خلصت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة إلى ذات النتيجة حيث أوردت في حكمها الصادر في قضية Jelusic أنه: "سيكون من الصعب جدا في الواقع إثبات القصد الإباضي... إذا كان السلوك الإجرامي غير مدعم من منظمة أو نظام"^(٣).

٢- أن التفسير القضائي السائد للقصد الإباضي لا يتفق مع الحقائق الواقعية للمؤسسة الإبادية وأتباعها الذين يساهمون إراديا في المشروع الإباضي، في ظل التدرج القيادي دون أن يتوافر لديهم القصد الخاص الشخصي على نحو لازم.

(1) HADI AZARI: op. cit., p. 743

(2) L'arret Akayesu ,op. cit., parag. 523.

(3) " IL sera en pratique tres difficile d'apporter la prevue de l'intention genocidaire ... si l'acte criminel reproche n'est pas soutenu par une organization ou un systeme " L'arret jelisic , op. cit., parag. 101

وسعيًا لتلافي هذه المشاكل اتجه جانب من الفقه^(١) إلى توسيع مفهوم الإبادة الجماعية على نحو يمكنها من أن تشمل الأفعال التي تكون نتيجتها المتوقعة **previsible** أو المحتملة **probable** التدمير الكلي أو الجزئي لمجموعه معينة.

المطلب الأول

نظرية GREENAWALT

سعيًا لتوسيع القصد الإبادي ظهر أول تصور من الفقيه الأمريكي GREENAWALT الذي أستند على الأعمال التحضيرية لاتفاقية الإبادة الجماعية، وقد عرف هذا الحل باسم "الاتجاه القائم على العلم Knowledge based approach"^(٢)، والذي استهدف نسبة الفعل الإجرامي إلى الشخص الذي تعذر إثبات القصد الخاص لديه، غير أن مسؤليته تكون ثابتة على أساس أنه كان من واجبه توقع النتائج التدميرية لأفعاله على مصير المجموعة المعنية.

وقد عبر GREENAWALT على ذلك بقوله: " في الحالات التي يكون فيها الجاني مسئولًا عن فعل إبادي، فإن القصد الإبادي يتوافر إذا كان الجاني يقترف نشاطه ضمن حملة

(1) ERIC DAVID: Droit des conflits armes , Bruxelles , Bruylant , p 615.

(1) ALEXANDER K.A GREENAWALT: Rethinking Genocidal intent: the case for a Knowledge – based interpretation, Columbia Law Review , 1999 , 2259 , to 2294.

تستهدف أعضاء مجموعة مشمولة بالحماية، وكان يعلم أن الهدف أو الأثر المعلن للحملة كان تدمير مجموعة كلياً أو جزئياً^(١).

على أن هذا المفهوم للقصد الإبادي الذي يستند إلى الأثر التدميري للفعل الإبادي، أكثر من الأسباب الخاصة التي تدفع الجناة لارتكاب هذه الأفعال يبدو أنه لم يقدم الحل للمشاكل المذكورة التي ارتبطت بفكرة القصد الخاص. ذلك أن أنصار GREENAWALT لم يتفقوا على مفهوم موحد للعلم "Knowledge". فالمسألة الخلافية تمحورت حول ما إذا كان العلم Knowledge يراد به العلم الأكيد اليقيني للمتهم، أو أن القصد الاحتمالي يكفي لإدانته؟ في هذا الشأن ذهب البعض^(٢) إلى أنه يكفي لقيام جريمة الإبادة الجماعية توافر القصد الاحتمالي وذهب رأي آخر^(٣) يتسم بالدقة إلى التمييز بين المشروع الإبادي والأثر التدميري فتطلب العلم اليقيني بالنسبة للأول، والقصد الاحتمالي بالنسبة للثاني. فالقصد الإبادي الشخصي يقتضي ما يلي:

١ - العلم بالمهجوم الجماعي الموجه لتدمير جزء من مجموعة محمية على الأقل.

٢ - القصد الاحتمالي فيما يتعلق بواقعة التدمير.

(2) " In cases where a perpetrator is otherwise liable for a genocide act , the requirement of genocidal intent should be satisfied if the perpetrator acted in furtherance of a campaign targeting members of a protected group and knew that the goal or manifest effect of the campaign was the destruction of the group in whole or in part ". A.GREENAWALT, op, cit., 2280.

(1) GIL GIL: Derecho penal internacional , especial consideracion del delito de genocidio , Madrid , Tecnos , 1999 , p259

(2) CLAUS KRESS: The Darfur report and Genocidal intent , Journal of international criminal justice vol. 3 , 2005 , p577

المطلب الثاني

نظرية WILT

وإن قدر الفقيه VANDER WILT مقترح GREENAWALT، فقد رأى أنه تكتنفه بعض المشاكل. فقد تساءل كيف يمكن القول بأن هدف المشروع الإبادي هو تدمير مجموعة، وفي ذات الوقت يتم إنكار كلياً شرط القصد الخاص؟

لذلك رأى WILT بأن عدم اشتراط القصد الإبادي بالنسبة لكل المشاركين في المشروع الإبادي أمر، وتجاوزه كلياً أمر آخر. لهذه الأسباب اقترح تصوراً أسماه " اتجاه الفوارق Differential approach" يقوم على التمييز بين الركن المعنوي (القصد الجنائي) الواجب توافره لدى القادة الموجودين في قمة التدرج السياسي والعسكري، وذلك المطلوب توافره لدى الأشخاص الموجودين في مستوى أدنى. وعبر عن ذلك بقوله " أولئك الذين خططوا أو جهزوا للإبادة الجماعية يجب مساءلتهم قانوناً بأعلى المعايير عما إذا كانوا يستهدفون تحقيق تدمير المجموعة المحمية"⁽¹⁾.

وفي ضوء ذلك يتضح أن نظرية الفوارق تقوم على وجوب توافر القصد الخاص الذي يمثل المعايير العليا في الركن المعنوي بالنسبة لقادة الإبادة الجماعية أي علمهم أن أفعال الإبادة تحقق نتيجة تدمير المجموعة المحمية كلياً أو جزئياً.

(1) Those who have in fact concocted or prepared the genocide should legally be measured by the higher standard of whether they harboured the purpose to destroy the protected group " HARMEN G. VANDER WILT: Genocide , complicity in genocide and international v. Domestic Jurisdiction. Journal of international criminal Justice 4 , 2006 , p. 243

وفي ذات الوقت يتعين توافر قصد جنائي أقل في مضمونه من ذلك لدى بقية الجناة من غير القادة. الغرض من هذا الاجتهاد عدم إفلات مرتكبي أفعال الإبادة من العقاب بسبب انتفاء القصد الخاص.

المطلب الثالث

تقدير الاتجاهات الموسعة لمفهوم الفصل الإبادي

اتجه عدد من الفقهاء كما رأينا بدافع خشية إفلات مرتكبي الإبادة الجماعية من العقاب بسبب انتفاء القصد الخاص إلى تبني التفسير الواسع لمفهوم الإبادة الجماعية، بحيث يسمح بمساءلة الأشخاص الذين شاركوا في مشروع الإبادة الذي قد يرتب تدمير المجموعة المحمية، ودون أن يتوافر لديهم القصد الخاص.

وعلى هذا النحو فإن هذا الاتجاه يحذف عنصرا من عناصر مفهوم الإبادة الجماعية المتمثل في القصد الخاص، ويضيف إليه عنصرا آخر وهو وجود مخطط الإبادة.

وعليه فإنه يترتب على هذا الاتجاه عدد من المشاكل يمكن إجمالها في الآتي^(١).

١- إن هذا التفسير يعرض مفهوم الإبادة الجماعية للتشويه، ومن ثم تشويه تعريفها الإتفاقي،

وذلك من منطلق أن القصد الخاص هو الذي يميز الإبادة الجماعية، ويشكل عنصرها

الفارق^(٢).

(1) HADI AZARI, op, cit., p. 744.

(٢) يمثل هذا العنصر بالفعل معيارا استحدث من قبل غرفة الإستئناف في قضية celebic أمام المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا، لكي يتسنى قيام المسؤولية عن جرائم متعددة في نطاق الجرائم الدولية، فالفعل الإجرامي قد يرتب المسؤولية عن

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠٠٩ (١٧٠)

٢- لا يوجد ما يسمح بالجزم بأن إثبات المخطط الإباضي أيسر من إثبات القصد الخاص، فسوف نرى تاليا كيف أن المحكمة تقتضي استخلاص القصد الخاص ابتداء من خطة عامة *plan global* أو مخطط أفعال ارتكبت ضمن إطار مؤسس منظم *Un cadre "institutionnel organize"*.

٣- إن مبادئ القانون الجنائي التي تقوم على أساس التفسير الضيق لأحكام التجريم والعقاب، وأن الشك يفسر لمصلحة المتهم، تتعارض مع التوسع في تفسير مدلول القصد. ولعل ما يدعم هذا التقدير أن الأحكام الحديثة^(١) الصادرة عن المحاكم الجنائية الدولية الخاصة تكشف عن وعيها وفطنتها لهذه العناصر، وعدم استعدادها للتنازل عن شرط القصد الخاص في بناء جريمة الإبادة الجماعية، ويدعم هذا التوجه حكم محكمة العدل الدولية لعام ٢٠٠٧ الصادر في هذا الشأن.

جرائم متعددة في نطاق الجرائم الدولية، فالفعل الإجرامي قد يرتب المسؤولية عن جرائم متعددة، على أساس اختلاف الجرائم الدولية (الإبادة الجماعية، جريمة حرب...) وذلك إذا كانت كل جريمة منها تشمل على عنصر مميز لها وينتفي في الجريمة الأخرى. انظر في تفصيل هذا المعيار:

HADI AZARI: Le critere celebic de cumal des declarations de culpabilite en droit penal international , revue de sciences criminelles , 2007 , no 1 , p. 14.

(1) L'arret kristic , op , cit., parag. 572 , et le procureur c/Vidoje Blagojevic , Dragan Jokic , no IT-02-60-T , Janvier 2005, parag.656

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠٠٩ (١٧١)

الفصل الثاني

أحكام القصد الخاص الإبادي

أما وقد استقر القضاء الجنائي الدولي على اشتراط القصد الخاص لقيام جريمة الإبادة الجماعية، فإنه يبقى لنا استعراض أحكامه من حيث مضمونه، إسناده، وكيفية استخلاصه، وهذا ما ارتأينا تكريس الفصل الثاني من هذه الدراسة له، على أن نقسمه إلى مبحثين، نخصص الأول لمضمون القصد الخاص، والثاني لإسناده واستخلاصه.

المبحث الأول

مضمون القصد الخاص الإبادي

وفقاً للتعريف الإتفاقي للإبادة الجماعية، والتفسير اللاحق لها الصادر عن قضاء المحاكم الجنائية الدولية الخاصة، فإن توافر القصد الخاص الإبادي يقتضي توافر شرطين هما: نية تدمير كل أو بعض مجموعة محمية، ونية تدمير الجماعة المحددة. ولذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول بيان نية التدمير، ونخصص الثاني لدراسة محل التدمير.

المطلب الأول

مضمون نية التدمير

سوف نخصص هذا المطلب لتحديد التدمير الذى تنصرف إليه النية لتوافر الإبادة الجماعية

طبقا للمادة(٢) من إتفاقية ١٩٤٨، ثم تحديد نطاق ذلك التدمير لتوافر القصد الخاص الإبادي.

الفرع الأول

مدلول التدمير محل النية

يتعين هنا الإشارة إلى أنه أثناء الأعمال التحضيرية لإتفاقية الإبادة الجماعية، واستنادا إلى

الأبحاث^(١) التى قادها الفقيه الأمريكى RAPHAEL LEMKIN المستحدث لمصطلح

Genocide(الإبادة الجماعية)، وقد تم تصور ثلاثة أشكال للإبادة^(٢):

١- الإبادة المادية Le genocide physique: ويراد به تدمير المجموعة بالقضاء على

أعضائها عن طريق القتل، أو المساس بتكاملهم الجسدي.

(1) R.LEMKLN: Axis Rule in occupied Europe , Washington DC, Carnegie Endowment for World peace , p79

(٢) فى هذا الشأن تصور LEMKIN إبادة المعنوية وأخرى اقتصادية، غير أن الصور المشار إليها اعتبرها أشكالا أساسية

للإبادة. أنظر LEMIN: Ibid

٢- الإبادة البيولوجية Le genocide biologique : عبارة عن تدابير تستهدف انقراض المجموعة extinction du groupe، وذلك بوضع معوقات للتكاثر، أي بأفعال من شأنها إعاقة استمرار وامتداد وجود المجموعة بيولوجيا.

٣- الإبادة الثقافية Le genocide culturel : وهي التي ترمس بالسمات المميزة للمجموعة بأساليب وحشية^(١) وفي النهاية وبسبب معارضة بعض الدول تم شطب الإبادة الثقافية و السياسية في نطاق اللجنة التحضيرية. ولذلك فإن تعريف الإبادة الجماعية في المادة (٢) من الإتفاقية هو تعريف مادي بيولوجي. وهذا ما حدا بلجنة القانون الدولي لتعلق على هذا الأمر بقولها: "يتضح بجلاء من الأعمال التحضيرية للإتفاقية أن التدمير المقصود هو التدمير المادي للمجموعة المحددة، بوسائل مادية أو بيولوجية"، وليس تدمير الهوية الوطنية، اللغوية، الدينية، الثقافية أو غيرها لهذه المجموعة. فالعنصر الوطني أو الديني لم يؤخذ بعين الاعتبار في تحديد لفظ "تدمير" وكذلك العنصر العرقي أو الإثني. فالتدمير يراد به فقط معناه المادي، الفيزيائي أو البيولوجي^(٢).

(1) V.AMLA ROSA et. VLLIAPANDO: Le crime de genocide revisite , nouveau regad sur la definition la convention de 1948 , a J'heare de son 50 anniversaire et K.BOUSTANY et D.DORMOY: Genocide , edition l'universite de Bruxelles , 1999, p. 73.

(2) "IL ressort clairement des travaux preparations de la convention que la destruction don't il s'agit est la destruction materielle d'un groupe determine par des moyens soit physiques , soit biololques , et non pas la destruction de l'idertite nationale , linguistique religieuse , culturelle ou autre de ce groupe. L'element nationale n'est pas pris en consideration dans la definition du mot "destruction" non plus que l'element racial ou ethnique , La destruction doit s'entenddre seulement dans son sens materiel , son sens physique ou biologique".Rapport 1996 , de La CDL , supplement no 10 , A/51/10 p. 111

ولذلك ذهب البعض^(١) إلى أن " تاريخ تحرير الإتفاقية لا يسمح بتفسير القصد الإبادة على نحو يتجاوز ارتكاب التدمير المادي "

وقد أخذت بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم الجنائية الدولية الخاصة بهذا التفسير، من ذلك أن أوردت غرفة الدرجة الأولى للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا في حكم **Krstic** أن " القانون الدولي العرفي يقصر مفهوم الإبادة على الأفعال التي تستهدف التدمير المادي أو البيولوجي لكل أو بعض المجموعة.... ولا يندرج ضمن مفهوم الإبادة الجماعية ذلك المشروع الذي يستهدف تدمير السمات الثقافية والاجتماعية لمجموعة إنسانية، وكذلك جوانب هويتها"^(٢).

وأكدت هذه النتيجة غرفة الاستئناف حيث أوردت في حكمها " إن إتفاقية الإبادة الجماعية والقانون الدولي العرفي عموما، يحظران التدمير المادي أو البيولوجي لمجموعة إنسانية"^(٣).
على أنه في مقابل ذلك ذهب القاضي شهاب الدين في رأيه المخالف المرفق بحكم غرفه الاستئناف في قضية **Kristic** إلى معارضة هذا التفسير ويرى أن " الأفعال المحددة في التعريف يجب بالفعل أن تأخذ شكلا ماديا أو بيولوجيا، ولكن لا يلزم أن يرتب القصد المتعلق بها(تدمير المجموعة كلها أو بعضها)، تدميرا ماديا أو بيولوجيا".

مستندا في ذلك على أساس أن الإبادة الجماعية ليست موجهة ضد أفراد ولكن ضد مجموعات إنسانية. ومن ثم خلص القاضي شهاب الدين إلى: " إن الجماعة هي التي تتمتع بالحماية، والذي

(3) WILLIAM SCHABAS: Genocide in international Law , Cambridge university press, 2000 , p 229

(1) L'arret Kristic , op , cit., parag. 580

(2) L'arret Kristic , op , cit , parag. 25

ينشئ المجموعة هي السمات **Les traits** - غالبا لا يمكن المساس بها- والتي تذيب مجموعة من الأشخاص في وحدة اجتماعية. هذه السمات تزول بسبب أحد الأفعال المحددة ذات الطبيعة المادية أو البيولوجية، ولا يتسم بالإقناع القول بأن زوال تلك السمات وإن ترافقت مع أفعال تدمير المجموعة، لا تشكل إبادة جماعية لأن التدمير ليس ماديا أو بيولوجيا، لذلك يبدو أن الأمر يتعلق بالقصد".

وقد أثر تحليل القاضي شهاب الدين على غرفة الاستئناف في محكمة يوغوسلافيا في قضية **Blagojevic et Jokic**، حيث أوردت غرفة الدرجة الأولى أنه "إن المراد أصلا استثناءه من تعريف الجريمة هي الإبادة الثقافية، وهذا لا يحول في ذاته من تجاوز الإبادة المادية أو البيولوجية لقتل أفراد المجموعة وقد اعترفت غرفة المحاكمة بوجود محاولات لتفسير مفهوم التدمير المادي أو البيولوجي بهذه الطريقة"^(١).

فضلاً على ذلك فقد أشارت الغرفة إلى قضاء المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية الذي أكد أن "قصد تدمير المجموعة يتجاوز إبادتها المادية والبيولوجية"^(٢). وأيضا أحكام محكمة رواندا

(1) What was originally intended to be excluded from the definition of the crime was cultural genocide , and that this does not in itself prevent that physical or biological genocide could extend beyond killings of the members of the group. The trial chamber acknowledges that there have been attempts ... to interpret the concept of physical or biological destruction in this way". L'arret Blagojevic et Jokic , op, cit., parag. 658.

(2) Cour constitutionnelle federale , 2BVR 1290/99 , 12.12/2000 , et l'arret Blagojevic et Jokic , op ,cit., parag. 664

التي اعتبرت الاعتداءات الجنسية والأشكال الأخرى للإذلال المعنوي والمادي أفعالاً أبادية، وذلك لتوضيح معنى التدمير المادي أو البيولوجي وليس الإعتراف بالإبادة الثقافية.

بناءً على ما تقدم يمكننا القول أن قضاء المحاكم الجنائية الدولية الخاصة يبدو متذبذباً وغير مستقر بشأن مضمون التدمير المادي أو البيولوجي الذي يرد عليه القصد الإبادي.

وأما عن موقف محكمة العدل الدولية فقد أكدت " أن تدمير الموروث التاريخي، الديني والثقافي لا يمكن اعتباره فعل إبادة وفق مفهوم المادة (٢) من اتفاقية الإبادة ".

وفي ذلك قضت بأن " ترحيل أو نقل أعضاء المجموعة وإن تم بالقوة، لا يعتبر بالضرورة تدميراً لتلك المجموعة، وأن مثل هذا التدمير لا يترتب تلقائياً من الترحيل الجبري " (١).

وقد انتقدت مواقف القضاء الدولي على النحو التالي (٢)

١- فيما يتعلق بمحكمة يوغوسلافيا، في الوقت الذي سكتت فيه المعاهدة والأنظمة المتعلقة بالمحاكم الجنائية الدولية الخاصة عن تحديد معنى عبارة "التدمير" فكيف تسنى حصره في ذلك الذي يتحقق بالوسائل المادية أو البيولوجية؟

- لم تدعم هذه المحكمة اتجاهها في حكم **Krstic** بأية ممارسة متجانسة يدعمها رأى قضائي، واكتفت بإيراد تقرير لجنة القانون الدولي. وهذا التقرير على الرغم من أهميته في توضيح القواعد العرفية، فإنه يجب أخذه في ضوء ممارسات الدول، وكل الأدوات الأخرى التي يمكن أن تبرهن على قبول المجتمع الدولي بحصر نطاق التدمير في المادي والبيولوجي.

(1) L'arret de la cour international de justice ,op , cit., parag. 190

(2) HADI AZARI: Regards croises sur l'intention genocide , op , cit., p755

فضل ذلك فإن ذات اللجنة أوردت في تقريرها لعام ١٩٦٦ أن الإبادة الجماعية تقابل المجموعة الثانية من الجرائم ضد الإنسانية المحددة في المادة (٦) من نظام محكمة نورمبرج وتحديدا جريمة الاضطهاد La persecution^(١).

ولا تقتصر جريمة الاضطهاد المذكورة على التدمير المادي للمجموعة، ذلك أن اللفظ يشمل كل الأفعال التي تستهدف تدمير الهوية الاجتماعية، والثقافية للمجموعة^(٢).

٢- وفيما يتعلق بمحكمة العدل الدولية، فإن تفسيرها للتدمير يتسم بالضيق، فضلا على أنها أضافت شرطا آخر لنتيجة الإبادة وهو التدمير التلقائي. وإضافة هذا الشرط للمفهوم الضيق للإبادة الجماعية لا يتماشى مع طبيعة بعض الأفعال الواردة في تعريف الاتفاقية للإبادة. كما لا يتلاءم مع روح وهدف الاتفاقية والمتمثل في تجريم الأفعال المرتكبة ضد سلامة جماعة إنسانية.

بناء على ذلك يبدو أن مسلك غرفة الدرجة الأولى في محكمة يوغوسلافيا بشأن قضية Blagojevic et Jokic الذي يوسع مفهوم الإبادة ليشمل التدمير المادي، البيولوجي والثقافي أكثر ملاءمة ويوفر قدرا أكبر من الحماية للجماعات الإنسانية المستهدفة.

(1) Le rapport de la CDI , op , cit., p 106

(2) L'arret Krstic , op ,cit., parag. 572.

الفرع الثاني

نطاق التدمير في القصد الإبادي

يتضح من عبارة "كل أو جزء" أن إتفاكية الإبادة الجماعية لا تشترط التدمير الكلي للمجموعة المستهدفة. وهذا ما أقرت به لجنة القانون الدولي حيث بينت أن هدف الإبادة الجماعية ليس بالضرورة القضاء الكلي على المجموعة في العالم كله"^(١).

ومن ذلك أن قضت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا في حكم Akayesu أن " الإبادة الجماعية لا تتوقف على القضاء الكلي للمجموعة، وإنما يراد به ارتكاب أحد الأفعال المحددة.. بنية خاصة هي تدمير كل أو بعض المجموعة القومية، أو الإثنية، أو العرقية أو الدينية"^(٢).
ومن هذا المنطلق فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو ماهي النسبة من المجموعة التي يتعين اتجاه إرادة الجناة لتدميرها حتى يتوافر القصد الإبادي؟

الثابت لدى الفقه وقضاء المحاكم الجنائية الدولية الخاصة ad hoc أنه يتعين أن يتوافر لدى مرتكب الإبادة الجماعية نية تدمير على الأقل جزء جوهري une partie substantielle من المجموعة.

(1) " Ne doit pas necessairement etre l'aneantissement complet du groupe , dans le monde entier". Rapport de la CDI , op, cit., parag. 108. et PHILLIPE GRECIANO: Genocide rwandais: rupture de confiance , Recueil dalloz , 2008 , no 37 , p 2641.

(2) " Le genocide n'est pas subordonne a l'aneantissement de fair du groupe tout entire , mais s'entend des lors que l'un des actes vises a ete commis dans l'intention specifique de detruire " tout ou partie " d'un groupe national , ethnique, racial, ou religieux ". L'arret Akayesu , op , cit., parag. 497.

وقد أكد هذا المضمون RAPHAEL LEMKIN عندما خاطب مجلس الشيوخ

الأمريكي في إطار مناقشات التصديق على اتفاقية الإبادة الجماعية، وذلك بقوله أنه يتعين تفسير

نية تدمير جزء " بإرادة تدمير جزء جوهري من المجموعة ... بحيث أن هذا التدمير يؤثر على كامل

المجموعة^(١).

وفي هذا الشأن أيضا أوردت لجنة القانون الدولي أن " جريمة الإبادة الجماعية تقتضى

بطبيعتها قصد تدمير في الأقل جزء جوهري من المجموعة المعنية"^(٢).

كما قضت غرفة الدرجة الأولى لمحكمة رواندا في قضية Semanza بأن قصد التدمير

يجب أن يستهدف علي الأقل جزءا جوهريا من الجماعة^(٣).

وذات المبدأ أوردته محكمة يوغوسلافيا في حكم elisic بقولها " أن قصد التدمير يجب أن

يستهدف على الأقل جزءا جوهريا من المجموعة، على اعتبار أن هدف الاتفاقية هو مكافحة

جرائم الحشود "Les crimes de masse"^(٤).

(1) " L'intention de detruire " en partie" devait s'interpreter comme une volonte de detruire " une partie substancielle du groupe.. et telle que cette destruction affecte l'ensemble du groupe ". RAPHAEL LEMKIN , in Executive sessions of the senate foreign relations committee , Historical series , 1976 , p 370 , cit dans l'arret Jelisic, op , cit., parag. 12

(2) " Le crime de genocide , de part sa nature implique l'intention de detruire au moins une partie substancielle du groupe vise". Rapport de la CDI , op , cit., p109

(3) Le procureur / Laurent Semanza , no TPIR-97-20-T , Jugement et sentence , 15 mai 2003 , parag. 316, et L'arret Kayishema , op , cit., parag 97

(4) L'arret Jelisic , op , cit., parag. 82 , L'arret Blagojevic et Jokic, op , cit., parag. 668.

في الواقع ولغرض تحديد ما إذا كان جزء المجموعة المستهدف كافيا بحيث يمكن اعتباره جوهريا، فإنه يمكن الاعتداد بجملة من العوامل، من ذلك: الأهمية الرقمية لجزء المجموعة المستهدف، أثر تدمير الجزء المستهدف من المجموعة على بقاء كل المجموعة، المنطقة الخاضعة لرقابة الجناة والتي يرتكبون في نطاقها نشاطهم، وقدرة الجناة على المبادرة (النشاط) *Leur pouvoir d'action*^(١).

ومن الناحية الكمية فإن التدمير يجب أن يأخذ طابع الأعداد الضخمة *Massif* ففي قضية *Kayishema* اشترطت محكمة رواندا " أن يتوافر لدى المتهمين نية تدمير عدد " *Considerable* " من أفراد المجموعة المحددة"^(٢).

ومن ثم لا يتعين تقدير عدد الأشخاص المستهدف بالمطلق *dans l'absolu* ولكن أيضا اعتدادا بمقدار المجموعة وقياسها ككل^(٣). وفي هذا رفض القضاء التفسير القاضي باشتراط حد أدنى على أساسه يتم استخلاص توافر الإبادة الجماعية^(٤).

كما لا يلزم تحديد أعداد الضحايا في أي مشروع إبادي، فالأمر يتعلق بمؤشر *Un indice* يؤخذ بعين الاعتبار لتقدير توافر القصد الخاص لدى الجاني، متى توافرت بقية العناصر المتطلبية قانونا. وفي ذلك يرى الفقيه *SCHABAS* أنه " يمكن تكيف قتل شخص واحد بالإبادة الجماعية، إذا كان القصد هو تدمير المجموعة كلها أو بعضها، ولكن في غياب دلائل أخرى، فإنه

(١) أوردت غرفة الاستئناف لمحكمة يوغوسلافيا أن " مثل هذه الاعتبارات ليست بالتأكيد شاملة ولا حاسمة. بل يتعلق الأمر فقط بخطوط موجّهة مفيدة. وإن تطبيق قيمة هذه العناصر يتم في نطاق الظروف المتعلقة بالموضوع". أنظر *L'arret Krstic op, cit., parag. 8-14.*

(2) *L'arret Kayishema , op ,cit., parag. 97.*

(3) *L'arret Krislic , op, cit., parag. 12*

من الصعب الوصول إلى مثل هذه النتيجة. في المقابل عندما يتجاوز عدد الضحايا مئات الآلاف، فإننا نستخلص دون تردد توافر قصد ارتكاب الإبادة الجماعية"^(٢)

ويكون التدمير جوهرياً إذا كان تحقيقه يؤثر على بقاء المجموعة بكاملها. وفي ذلك قضت محكمة يوغوسلافيا في حكم "Jelusic" يعد الجزء المستهدف من المجموعة جوهرياً إما لأنه يمثل النسبة الكبيرة من المجموعة المعنية، أو لأنه يستهدف الوصول إلى الأعضاء الأكثر تمثيلاً للجماعة المعنية ... فالقصد الإبادي إذن يمكن أن يقوم في صورتين. فقد يتمثل في إرادة القضاء على عدد كبير من أعضاء المجموعة، وعندها نكون أمام فرضية إرادة "تدمير ضخمة" للمجموعة. ويمكن أن يتمثل في إرادة تدمير عدد محدد من الأشخاص، يتم اختيارهم بسبب تأثير وفاتهم على حياة المجموعة ككل. وهنا يتعلق الأمر بفرضية إرادة تدمير انتقائي (نوعي) للمجموعة"^(٣).

وفي هذا السياق أيضاً إذا اتجهت الإرادة إلى تدمير جزء من المجموعة الذي يمثل الكل، أو يعد أساسياً لبقائها، عندئذ يمكن استخلاص أن الجزء جوهري قد توافر، وبذلك يتوافر القصد الإبادي"^(١).

وفيما يتعلق بأثر معيار الجغرافيا على شرط "الجزء الجوهري" فإن قضاء المحاكم الجنائية الدولية الخاصة أقر بإمكان ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية في نطاق منطقة جغرافية محدودة. فقد

(4) L'arret Semanza, op, cit., parag. 316

(1) " on peut qualifier un seul meurtre de genocide si l'intention est de detruire un groupe en tout ou en partie , mais en l'absence d'autres indicateurs , il est difficile de faire une telle deduction. En revanche , lorsque le nombre de victimes depasse des centaines de milliers des personnes , on conclut sans hesitation a une intention de commettre un genocide. "W.SCHABAS. op, cit., p321

(2) et (3) L'arret Jelusic , op , cit., parag. 82 et 83

نصت غرفة الدرجة الأولى في محكمة يوغوسلافيا بأن " التدمير المادي يمكن أن يستهدف جزءا جغرافيا محدودا لمجموعة كبيرة، لأن مرتكبي الإبادة يعتبرون أن التدمير المراد يكفي للقضاء على المجموعة ككيان مميز في المنطقة الجغرافية المعنية" (٢).

ويترتب على ذلك أن تقدير القصد الخاص لدى الجاني يتعين أن يتم في إطار الدرجة التي يشغلها في التدرج الإداري والعسكري وقت ارتكاب الإبادة الجماعية، وفي حدود الإمكانيات المتاحة له. فمثلا في نطاق الإبادة الرواندية فإن التدمير الذي تحقق من العملية التي قادها Akayesu وهو مجرد عمدة، لم يكن بذات الحجم الذي ترتب عن العملية التي قادها Rutaganda رئيس الوزراء آنذاك (٣).

وتفحص محكمة العدل الدولية تباعا العناصر الثلاثة التي أثارها المحاكم الجنائية الدولية الخاصة وهي: الطابع الجوهري للتدمير، العوامل الجغرافية المؤثرة والإمكانيات التي تتيحها للجنة، وكذلك العناصر الرمزية أو النوعية. وهي تعتبر في ذات الوقت أن عنصر الجوهرية la substantialite هو عنصر مهم يمثل نقطة البداية الأساسية، ولكن يفحص إلى جانب العاملين الآخرين.

وفي ذلك اختلف موقف محكمة العدل الدولية عن اتجاه غرفة الإستئناف في محكمة يوغوسلافيا فلا بمناسبة فصلها في قضية Krstic، حيث اعتبرت الجوهرية سمة للتدمير المترتب عن

(3) L'arret Krstic, op , cit., parag. 590 .

(2) HADI AZARI: Regards croises sur l'intention genocidaire , op , cit., p.758

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠٠٩ (١٨٣)

عمليات الإبادة. واستندت إلى بعض العناصر الأخرى لاستخلاص ما إذا كان التدمير جوهريا وفق المطلوب.

غير أنه رغم هذا التباين في الرؤى، فقد اتفقت الجهتان القضائيتان: غرفة استئناف محكمة يوغوسلافيا ومحكمة العدل الدولية حول نتيجة تطبيقها لتلك المبادئ على الوقائع، وهي أن الأفعال المرتكبة من الصرب في سربرينشا Srebrenica (وهي منطقة جغرافية محدودة) تمثل بالتأكيد إبادة جماعية، على اعتبار أن أكثر من سبعة آلاف شخص من طائفة المسلمين (وهي جزء من المجموعة المستهدفة: مجموعة مسلمي البوسنة) قتلوا بقصد تدمير المجموعة الوطنية لمسلمي البوسنة. والتدمير هنا يعد جوهريا، وان لم يكن عدد الضحايا من الناحية الرقمية معتبرا بالمطلق (انتفاء العنصر الرقمي)، فإنه يتعين الأخذ بعين الاعتبار أهمية المجموعة المستهدفة، وأثر القضاء عليها على بقاء واستمرار مسلمي البوسنة (الاعتداد بالعنصر النوعي).⁽¹⁾Qualitatif.

المطلب الثاني

محل التدمير

إن الجني عليه في جريمة الإبادة الجماعية هو الجماعة ذاتها، وليس الأفراد الذين يشكلونها، وإذا كانت أفعال الإبادة تقع على الأفراد، فذلك بسبب انتمائهم للمجموعة المحمية بالاتفاقية، سواء كانت جماعة قومية، أو عرقية، أو إثنية، أو دينية.

(1) HADI AZARI: Regards croises sur l'intention genocidaire, op , cit., p. 759

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠٠٩ (١٨٤)

وفي هذا الشأن فقد عرفت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإبادة الجماعية بأنها: " رفض حق الوجود لمجموعات إنسانية كاملة"^(١).

وأوردت لجنة القانون الدولي في تعليقها أن " المجموعة في النهاية هي الهدف المحدد، وهي المستهدفة بأن تكون المخني عليه لهذا النوع من التصرف الإجرامي الضخم....

فالقصد يجب أن يتجه لتدمير المجموعة كما هي، أي ككيان قائم ومميز"^(٢).

وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر عام ٢٠٠٧ بشأن البوسنة

والهرسك حيث أوردت فيه " أن القصد يجب أن يرد على المجموعة المعنية، هذا يعني أن الجريمة يجب

أن تستلهم من قصد تدمير مجموعة أشخاص يتمتعون بهوية جماعية خاصة"^(٣).

(1) " Le refus du droit a l'existence de groupe humains entrees ". Resloution 96 , doc. ONU A/96 (1) , 11/12/1946

(2) "... L'intention doit etre de detruire le groupe " comme tel " , c'est adire comme entite separee distincte".

(3) " L'intention doit aussi concerner le groupe " comme tel " cela signifie que le crime doit etre inspire par l'intention de detruire un ensemble de personne possedant une identite collective particuliere ". L'arret de la cour du 27/2/2007. Op. cit., parag. 193

الفرع الأول

معيار تحديد المجموعة في القضاء الجنائي الدولي

تعد قائمة المجموعات المشمولة بالحماية بمقتضى الاتفاقية شاملة ومحددة، وبذلك يقتصر نطاق تطبيق الاتفاقية على المجموعات الوطنية، العرقية، الإثنية، والدينية. وعليه لا تتمتع بالحماية المجموعات السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية، وذلك على اعتبار أنها لا تتمتع بسمة الثبات و الديمومة^(١).

وفي هذا الشأن فقد خلت الاتفاقية المتعلقة بالإبادة الجماعية من تحديد مدلول المجموعة الوطنية، العرقية، الإثنية أو الدينية. وأمام ذلك فقد وضع القضاء الدولي بعض المبادئ المشتركة المطبقة على كل المجموعات المحمية. ومن ذلك أن قضت غرفة الدرجة الأولى في محكمة رواندا بأن " المعيار المشترك للمجموعات الأربعة المحمية باتفاقية الإبادة الجماعية، هو أن الانتماء لهذه المجموعات لا يمكن إعادة طرحه من قبل الأعضاء الذين ينتمون رسمياً للمجموعة بالولادة، بصفة مستمرة وغالبا على نحو لا يمكن الرجوع عنه **"irremediable"**^(٢) .

ولقد عملت المحاكم الدولية الجنائية الخاصة على تقدير انتماء الأفراد لمجموعة محددة وذلك باستخدام معايير شتى. فتحدد المجموعة بمعيار شخصي **Subjectif** يعني الاعتراف بفكرة أن

(1) ".... Puisqu'ils n'ont pas le caractere d'une groupe "stable" et "permanent".
L'arret Jelisic , op , cit., parag. 69

(2) L'arret Akayesu , op , cit., parag. 511.

المجموعات المجني عليها يمكن أن تقوم في فكر جلاديتها"^(١). فشعور الإلتواء سواء لدى الجاني أو لدى المجني عليه هو الذي يعتد به.

وفي مقابل ذلك فإن التقدير الموضوعي يعني تحديد المجموعة على أساس معايير موضوعية، دون الإعتداد برأي الجاني، أو رأي الأشخاص الذين ينتمون للمجموعة.

وفي ضوء ذلك فقد استخدمت المحاكم المذكورة المعيار الشخصي تارة، والمعيار الموضوعي تارة أخرى، وفي أحيان أخرى استخدمت معيارا مختلطا^(٢). ومن ذلك أن قضت غرفة الدرجة الأولى في محكمة يوغوسلافيا بأن "التحديد السليم للمجموعة محل الحماية يتعين أن يتم على أساس كل قضية على حدة، وباستخدام كلا المعيارين الموضوعي والشخصي. ذلك أن المعيار الشخصي لوحده قد لا يكفي لتحديد المجموعة المحددة محل التدمير والحماية بإتفاقية الإبادة الجماعية"^(٣).

عموما إن استنتاج الإبادة الجماعية من معيار شخصي بحت، قد لا يتوافق مع اتفاقية الإبادة الجماعية، ولكن من المفيد إيلاؤه اهتماما خاصا على اعتبار أن في المجال الجنائي التقدير الشخصي يتسم دوما بالخطورة^(٤).

(1) "Les groupes victimises peuvent n'exister que dans la tete de leurs bourreaux". HADI AZZARI: intention genocidaire, op, cit., p760.

(2) Pour une application du critere subjectif voir Jelisic op, cit., parag. 70 et Rutuganda op, cit., 56. Et pour l'application du critere objectif voir TPIR, le procureur c/Ignace Bagilishema , no ICTR95-IA-T Jugement 7/6/2001

(3) TPIY , Le procureur c/Radoslav Brdjanin , no IT99-36-T, Jugement 1/9/2004 , parag. 684, et TPIr le procureur c/Laurent Semanza , no ICTR 97-20-T, Jugement 15/5/2003 , parag. 317.

(4) V.F. HARHOFF: Le tribunal international pour le Rwanda: Presentation de certains aspects Juridiques , revue international e de la croix rouge , no 828 , p711

وأما محكمة العدل الدولية فقد قضت بأن الأطراف متفقين على تبني القضاء الدولي لاتجاه محتلط شخصي وموضوعي، وأن هذه المسألة ليست ذات أهمية بالنسبة للوقائع المطروحة. كما أنها حلتل بعطق مسألة اسلخلاص الإبادة الجماعية من معيار سلبي للاحديد الجني عليهم.

الفرع الثاني

الاحجاه السلبي للاحديد المجموعة

ابنت غرفة الدرجة الأولى في محكمة يوغوسلافيا في قضية Jelisic احجاها عرف بالسلبي Approche negative للاحديد انماء الأشخاص للمجموعة، فأوردت:

" إن احديد المجموعة قد تم بمعايير إيجابية أو سلبية. فالاحجاه الإيجابي يقوم على أساس أن الجناة يميزون المجموعة على أساس ما يعتبرونه سمات وطنية، إثنية، عرقية أو دينية خاصة بالمجموعة. أما الاحجاه السلبي يقوم على أساس احديد الأشخاص الذين لا ينتمون للمجموعة التي تتميز وفقا للجنةا بسمات وطنية، إثنية، عرقية أو دينية خاصة بها.

ومجموعة الأشخاص الذين تم إسابعادهم وإقصابهم يشكلون مجموعة خاصة groupe "un distinct"^(١).

(1) L'arret Jelisic , op , cit., parag. 71

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠٠٩ (١٨٨)

ولقد فصل القضاء اللاحق الإستناد إلى المفهوم الإيجابي لتحديد المجموعة محل الحماية، حال تعدد المجموعات المستهدفة، وتطلب توافر عناصر الإبادة الجماعية بالنسبة لكل مجموعة على حدة.

وفي هذا الخصوص واجهت غرفة الاستئناف في محكمة يوغوسلافيا لأول مرة في قضية stakic مسألة تحديد مفهوم المجموعة المستهدفة بالإبادة بمعيار سلبي. حيث طعن في حكم الدرجة الأولى على أساس الخطأ في القانون على اعتبار أنه رفض تحديد المجموعة المعنية على أنها مجموعة غير الصرب.

فقضت غرفه الاستئناف بأن " الإبادة الجماعية هي ارتكاب أحد الأفعال بقصد تدمير كل أو جزء من مجموعته وطنية، إثنية، عرقية أو دينية محددة. ولفظ محددة مهم للغاية، لأنه يبين أن الإبادة الجماعية تقتضي نية تدمير مجموعة من الأشخاص لهم هوية خاصة. ومن ثم عندما يستهدف شخص مجموعة أشخاص بسبب عدم توافر بعض السمات الوطنية، الاثنية، العرقية أو الدينية، فإن القصد لديه لا يتمثل في تدمير مجموعة لها هوية خاصة، ولكن مجرد أشخاص انتفت لديهم بعض السمات الوطنية. الإثنية، العرقية أو الدينية" (1).

وقد انتهت محكمة العدل الدولية إلى ذات النتيجة، حيث استند المدعي في قضية البوسنة والهرسك إلى المفهوم السلبي في تحديد المجموعة، وطلب من المحكمة القضاء بأن جمهوريتي الصرب والجبل الأسود قد خرقتا التزاماتهما المترتبة على اتفاقية حظر الإبادة الجماعية بتدمير جزء وعلى نحو

(1) L'arret Stakic, op, cit., parag. 20.

عمدي لمجموعة وطنية، إثنية، عرقية أو دينية غير صربية non Serbe خاصة وليس حصرا في إقليم البوسنة والمهرسك، وبصفة خاصة الطائفة المسلمة.

إلا أن المحكمة رفضت هذا الادعاء وانتهت إلى أنه " يتمثل القصد أساسا في تدمير مجموعة محمية محددة على نحو كلي أو جزئي. ويجب أن تتميز المجموعة بخصائص إيجابية خاصة وطنية، إثنية، عرقية أو دينية، وليس انتفاء تلك الخصائص. ويتعلق أن ينصرف القصد إلى مجموعة محددة، وهذا يعني أن يتم ارتكاب الجريمة بقصد تدمير مجموعته أشخاص يمتلكون هوية جماعية خاصة المهم هو ما يمثله هؤلاء الأشخاص، وليس ما لا يمثله" (1).

وتتمثل الحجج التي استندت إليها محكمة العدل الدولية وغرفه الاستئناف لمحكمة يوغوسلافيا في رفض المفهوم السلبي للمجموعة في الآتي:

١- عبارة "محددة Comme tel" تمثل في تعريف الإبادة الجماعية عنصر الإشتقاق L'ety mologie في لفظ genocide هذا اللفظ يتكون من شقين: genos وتعني باليونانية العرق أو القبيلة، و cide وتعني باللاتينية قتل، أي أن القتل يستند لأسباب قد تتعلق بالعرق أو الانتماء.

(1) " L'intention est essentiellement de detruire le groupe protégé , en tout ou en partie , comme tel , Ce groupe doit presenter des caracteristiques positives particulieres nationales, ethniques , raciales , ou religieuses, et non pas une absence de telles caraceristiques. L'intention doit aussi concerner le groupe " comme tel". Cela Signifie que le crime doit etre inspire par L'intention de detruire un ensemble de personnes possedant une identite collective particuliere. Ce qui import c'est ce que ces personnes Sont , et non ce qu'elles ne sont pas". L'arret de la cour international de Justice, op, cit., parag. 193

٢- أوضحت الأعمال التحضيرية لاتفاقية الإبادة الجماعية أن الإبادة هي جريمة ترد على مجموعة وليس على أشخاص، ويؤيد ذلك أن قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٩٦(١) لعام ١٩٤٦ عرف الإبادة الجماعية بأنها " رفض حق الوجود لمجموعات إنسانية كاملة ". في حين أن القتل العمد هو " رفض حق الوجود لشخص " .

٣- استبعاد المجموعات السياسية والثقافية من نطاق تطبيق الاتفاقية.

٤- الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية لعام ١٩٥١ بشأن التحفظ على إتفاقية الإبادة الجماعية حيث أعلنت أن الاتفاقية تستهدف بصفة خاصة إنقاذ" وجود بعض المجموعات الإنسانية"^(١).

٥- ورد في وثيقة الاتهام أمام محكمة نورمبرج أن المتهمين " ارتكبوا إبادة جماعية عمدية منهجية، أي القضاء على مجموعات عرقية ووطنية، بهدف تدمير أعراق أو طبقات محددة من السكان، ومجموعات وطنية، عرقية أو دينية"^(٢).

ويرى البعض^(٣) أن هذه الأسباب لا تنفي في الواقع المفهوم السلبي للمجموعة، بل أظهرت أن موضوع جريمة الإبادة الجماعية هو المجموعة وليس الأشخاص وهذا لا يعني بالضرورة أن المجموعة المعنية يجب أن يكون محددًا بالمفهوم الإيجابي.

(1) " La convention visait notamment a sauvegarder L'existence de certains groups humains". Rec. CIJ, 1951, 23

(2) Proces des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international, acte d'accusation , dowments officiels, lome 1, p46 et 47 , and GARYJ. BASS: Stay the hand of vengeance , the politic of war crimes tribunals , Princeton University press, 2000.

(3) HADI AZARI: L'intention genocidaire, op , cit., p. 762

وبالنسبة لإقصاء المجموعات السياسية والثقافية من نطاق حماية إتفاقية الإبادة الجماعية، فقد أبرزت المحاكم الجنائية الدولية الخاصة مرات عديدة أن واضعي الاتفاقية استهدفوا توفير الحماية للمجموعات المستقرة **Permanents** فضلا على ذلك فإن المدعي (جمهورية البوسنة والهرسك) أمام محكمة العدل الدولية لم يتوقف عن التأكيد أنه في هذه القضية، فإن المجني عليه في العملية الإبادية للصرب هم مسلمي البوسنة كمجموعة محمية.

وقد يكون ذلك هو الذي حدا بمحكمة العدل الدولية إلى استخلاص أن المدعي لم يشير إلا نادرا إلى السكان غير الصرب في البوسنة والهرسك من غير المسلمين، الكروات مثلا.

ويبدو أن هذه الإتجاه يعكس رأي غرفه الدرجة الأولى في قضية **Stakic**⁽¹⁾ الذي ذهب فيه إلى أنه في حالة تعدد المجموعات المستهدفة، فإنه يتعين توافر الأركان المكونة لكل جريمة إبادة جماعية.

وقد كان هذا الرأي محل انتقاد على اعتبار أنه يرتب نتائج غير مقبولة، وقد عبر عن ذلك القاضي **Shahabeddeen** في رأيه المخالف المرفق بحكم **Stakic** حيث قال " على المدعي إثبات كل أركان الإبادة الجماعية بالنسبة لكروات البوسنة، ثم نفس الأركان بالنسبة لمسلمي البوسنة، كما لو كان الأمر يتعلق باتهامين مختلفين"⁽²⁾.

(1) L'arret Stakic , op, cit., parag. 512

(2)" Le demandeur devait etablir tous les elements constitutifs du genocide pour les Croates de Bosnie , puis ces memes elements pour les Musulmans de Bosnie , comme S'il S'agissat de deux accusations distinetes " L'opinion dissidente du Juge Shahabeddeen Jointe a l'arret Sakic , parag. 8

ويترتب على رأي محكمة العدل الدولية فشل جهة الإتهام في إثبات التهم التي تسندها، حيث أنه إذا تناولت المجموعات منفردة كل على حدة، فلا يمكنها إثبات أحد أركان الإبادة الجماعية بالنسبة لإحدى هذه المجموعات⁽¹⁾.

وفي هذا السياق جاء الرأي المخالف للقاضي Mahiou، والذي خالف بمقتضاه ما انتهت إليه محكمة العدل الدولية، وأرفق هذا الرأي بحكمها وأورد فيه " كون الكروات كانوا أيضا ضحايا للجرائم، فذلك لا ينفي عن المشروع الإجرامي طابعه الإبادي. في كل جرائم الإبادة المرتكبة والمعترف بها (ضد اليهود، التوتسي)، فإن أشخاصا من مجموعات أخرى غير المجموعة المستهدفة ابتداء كانوا ضحايا، دون أن يؤثر ذلك على حقيقة وتكييف الإبادة الجماعية.

والواقع أنه يتعين التساؤل حول ما إذا كان مبررا الاستناد فقط على المفهوم الإيجابي للمجموعة المستهدفة، واستثناء كل مفهوم سلبي، مثل هذا الموقف يفرط في التقييد، ويجعل من تفسير الأعمال التحضيرية لإتفاقية الإبادة الجماعية والرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية لعام ١٩٥١، لا يستندان إلى قواعد مقنعة"⁽¹⁾.

ويبدو مناسباً القول أنه على الرغم من أن المفهوم السلبي للمجموعة سيؤدي إلى توسيع مفهوم الإبادة الجماعية، فإن حماية المجموعة المحددة على نحو سلبي تتفق مع موضوع وهدف إتفاقية الإبادة الجماعية. فضل ذلك فإن التحليل الذي أورده القاضي Shahabeddeen في هذا الشأن يتسم بالمنطق والإقناع والفاعلية في التطبيق والكفاية في نطاق الحماية، فقد اقترح في حالة عملية إبادة جماعية تقودها مجموعته (أ) مثلا، ضد كل المجموعات الموجودة في منطقة معينة، " فبدلا

(1) HADI AZARI: L'intention genocidaire op , cit., p 763.

من إثبات أركان جريمة الإبادة الجماعية بالنسبة لكل مجموعة مستهدفة، سيكون من المقبول والمنطق إثباتها مرة واحدة بالنسبة لكل الضحايا من غير المجموعة (أ) والذين يشكلون مجموعة محددة بالنسبة للمجموعة (أ)"^(٢).

بناءً على ما تقدم فإن القصد الإبادي يتعين أن تنصرف نية التدمير فيه إلى المجموعة بمفهومها السلبي، أي إلى الأشخاص الذين تنصرف إليهم أعمال الإبادة والذين يخرجون بكيانهم أيا كان عن المجموعة التي تقود الإبادة الجماعية.

المبحث الثاني

استخلاص القصد الإبادي في القضاء الجنائي الدولي

إذا كان قيام جريمة الإبادة الجماعية يقتضى توافر القصد الخاص على النحو السالف بيانه، فمن الأهمية بيان طريقه استخلاص ذلك القصد من حيث إسناده بالنسبة للجانبي وكيفية استنتاج توافره. لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول نتعرض فيه لإسناد القصد الإبادي، والثاني لكيفية استخلاص توافره.

(2) L'opinion dissidente du Juge Mahiou Joint a l'arret de la CIJ, parag. 74
(1) " Au lieu d'etablir les elements constitutifs d'un genocide pour chacun des groupe Visés , il serait concevable et logique de les etabir une bonne l'ois pour tous les victimes non A, qui constituent un groupe define par rapport au groupe A." L'opinion dissidente du Juge Shahabeddeen, op, cit., parag. 13.

المطلب الأول

إسناد القصد الإبادي

لا يمثل إسناد القصد الجنائي في جريمة الإبادة الجماعية أية مشاكل أمام المحاكم الجنائية الدولية الخاصة، على اعتبار أن مهمتها تتمثل في محاكمة أشخاص طبيعيين^(١)، وإقامة المسؤولية الجنائية الشخصية للمتهم.

على أن هذه المسألة تدق أمام محكمة العدل الدولية، حيث اختصت بنظر نزاع يتعلق بدولتين ذات سيادة، ويتصل بتطبيق إنفاذية دولية، أي اتفاقية الإبادة الجماعية، والتي يترتب عليها التزامات ومسئوليات تقع على عاتق الدول، وهي تتعلق بالقانون الدولي، وينتفي عنها الطابع الجنائي^(٢). ومن ثم يتم إدانة دولة بارتكاب الإبادة الجماعية وفقا لقواعد القانون الدولي المتعلقة بالمسؤولية الدولية، عندما يرتكب الأشخاص أو الأجهزة - الذين تسند إليها تصرفاتهم - أحد الأفعال الواردة في المادة (٢) من اتفاقية الإبادة، وذلك بنية تدمير مجموعة محمية^(٣). وقد عبرت محكمة العدل الدولية علي ذلك بقولها: "تلتزم الأطراف المتعاقدة بعدم ارتكاب عن طريق أجهزتها، أو الأشخاص أو مجموعات الأشخاص الذين تستند تصرفاتهم إليها، جريمة الإبادة الجماعية، وأي فعل من الأفعال الأخرى المحددة في المادة (٣). نتيجة لذلك إذا جهاز تابع للدولة أو شخص أو

(1) L'art(6) du statut du TPIY, L'art(5) du statut du TPIR, et l'art (25/1) du statut de Rome

(2) L'arret de La CIJ,op , cit., parag. 170 et 178

(3) MARKO MILANOVIC, State responsibility for genocide , European Journal of international law, Vol.17, 2006,p567

مجموعة أشخاص الذين تنسب أفعالهم قانونا للدولة المعنية، ارتكب أحد الأفعال المجرمة في المادة (٣) من الاتفاقية، تقوم المسؤولية الدولية المتعلقة بها^(١).

ويترتب على ذلك أنه لإقامة مسؤولية الطرف المدعي عليه جراء إخلاله بالتزامه بعدم ارتكاب الإبادة الجماعية، يتعين على محكمة العدل الدولية التأكد ابتداءً من ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، ومن نسبة أفعال الإبادة إلى الطرف المدعي عليه.

وعليه وفي نطاق هذا التصور تفحص القصد الخاص، والقصد الخاص الواجب توافره ليس: "قصد الدولة"، ولكن القصد القائم لدى الوحدات التي عمل لحسابها. وهذا لا يعني أنه يلزم قيام مسؤولية دولة بسبب فعل إبادة جماعية أن تتوصل محكمة جنائية إلى قيام جريمة الإبادة الجماعية.

وفي هذا الخصوص فقد تمسك المدعى عليه بأن ((شرط قيام مسؤولية الدولة، وطبقا لقواعد القانون الجنائي، هو أن مسؤولية الفاعل الفردي يمكن أن تؤدي إلى مسؤولية الدولة^(٢))

غير أن محكمة العدل الدولية رفضت هذه الحجة وقضت بأنه "إن الاختلاف بين المحكمة والمحاكم القائمة لمقاضاة الأشخاص المتهمين بجرائم جنائية، على مستوى الإجراءات والصلاحيات المخولة لها، لا تعني بذاتها منع المحكمة من الحكم بارتكاب الإبادة الجماعية..."^(١).

(١) بالنظر إلى الطابع العرفي للالتزامات المترتبة عن المعاهدة، فمن المؤسف ان تقصر المحكمة الالتزام بعدم ارتكاب الإبادة الجماعية على الأطراف المتعاقدة. فضلا عن ذلك، فقد ذكرت المحكمة في الجزء الأول من استنتاجها: الإبادة الجماعية وأى فعل من الأفعال المحددة في المادة (٣) من الاتفاقية، وفي الجزء الثاني اقتضت على ذكر أحد الأفعال المحددة في المادة (٣) من الاتفاقية فقط ولا يفهم سبب إغفال الإبادة الجماعية فيه. على أن ما كان الجزء الثاني من العبارة نتيجة للجزء الأول فإن هذا HADI AZARI: L'intention genocidaire , p. 747. الإغفال ليس له كبير الأثر. انظر

(2) L'arret de la CIJ, op, cit., parag. 157 et 179

وبناء على ذلك " يمكن قيام مسؤولية دولة بمقتضى إتفاقية الإبادة الجماعية والاشتراك فيها،

دون إدانة شخص بهذه الجريمة أو الجريمة المرتبطة.. "(٢)

وفكرة انتهاء محكمة إلى قيام الإبادة الجماعية دون الوقوف سلفاً على توافر القصد الخاص

لدى الجناة، تتوافق مع اتجاهات المحاكم الجنائية الدولية الخاصة ففي قضية **Krstic** قضت غرفة

الدرجة الأولى في محكمة يوغوسلافيا بوجود التمييز بين القصد الشخصي للمتهم، وقصد

الشخص الذي ترأس المشروع الإجرامي وتنفيذه "(٣).

في هذا الخصوص وبعد أن بينت غرفة الدرجة الأولى بأن مسلمي البوسنة في

Serbrenica كانوا هدفاً لعملية إبادة جماعية، خلصت إلى أن " قصد قتل كل الرجال المسلمين

في البوسنة الموجودين في **serbrenica** الذين كانوا في سن حمل السلاح تشكل فعلاً قصد

تدمير جزء من مجموعة مسلمي البوسنة. وأن الإتهام أثبت دون شك بأن إبادة جماعية ارتكبت في

serbrenica في يوليو ١٩٩٠ ضد مسلمي البوسنة "(٤).

وفيما يتعلق بالقصد الشخصي للجنرال **Krstic** كلها فقد قضت الغرفة بأن الجنرال

Krstic شارك في مشروع إجرامي مشترك يهدف إلى قتل كل رجال المسلمين في

(1) Les differences entre la cour et les juridictions appeles a juger des personnes accuses d'infraction penales, sur le plan de la procedure et des pouvoirs que leur sont conferes, ne signifient pas en elles memes que la cour soit empechee de conclure qu'il a eu commission du genocide..." Larret de la CIJ, op, cit., parag. 181.

(2) " Un etat peut voir sa responsabilite engagee en vertu de la convention pour genocide et complicité de genocide , sans qu'un individu ait ete reconnu coupable de ce crime... " L'arret de la CIJ. Op, cit., parag 182

(3) Et(4)L'arret Krstic , op, cit., parag 549 et 598.

Serbrenica في سن حمل السلاح، مع العلم بأن هذه المذبحة تؤدي إلى القضاء على الطائفة المسلمة بكاملها في Serbrenica. قصده بقتل الرجال يشكل أيضا قصدا إبديا، قصد تدمير جزء من المجموعة" (١).

وقد أيدت غرفة الاستئناف قضاء غرفة الدرجة الأولى من حيث " أن جسامة الإعدامات، وعلم القيادة العامة الرئيسية كان لها نتائج كارثية بالنسبة للطائفة المسلمة في serbrenica و الإجراءات الأخرى المتخذة من القيادة العامة الرئيسية، لغرض التدمير المادي لهذه الطائفة، تكفي لإثبات توافر القصد الخاص" (٢).

وتؤكد أن " باستهداف القضاء على جزء من مسلمي البوسنة، فإن القوات الصربية في البوسنة ارتكبت إبادة جماعية" (٣).

غير أن ذات المحكمة لم تؤيد قضاء غرفة الدرجة الأولى بتوافر القصد الإبدي لدى الجنرال Krstic حيث قضت بأن " وسائل الإثبات المتاحة تسمح فقط بإثبات أن krstic كان يعلم بنية الإبادة التي توافرت لدى بعض أعضاء القيادة العامة الرئيسية ... وأن العلم بنية الإبادة لا يكفي لوحده للقول بتوافره لديه. وأن المتهم لا يمكن إدانته بالإبادة الجماعية، إلا إذا توافر لديه هذا القصد بوضوح" (١).

وبناء على ما تقدم فإن الإبادة الجماعية قد توافرت، ومع ذلك ينتفي القصد الإبدي الشخصي، أي القصد الخاص لدى المتهم، فالتلازم بينهما ليس حتميا.

(1) L'arret Krstic , op, cit., parag 644

(2) Chambre d'appel , l'arret Krstic , parag 35et 37

(3) Chambre d'appel , l'arret Krstic , parag 35et 37

وفي مقابل ذلك قد تنتفي الإبادة الجماعية، ويصار إلى البحث عن مدى توافر القصد الخاص لدى المتهم. ومن ذلك في قضية Jelisic فقد انكبت غرفة الدرجة الأولى ابتداءً لبحث مسألة ارتكاب إبادة جماعية في Brcko المكان الذي كان يتواجد فيه معسكر Luka الذي كان يقوده المتهم. وانتهت إلى عدم توافر الإبادة الجماعية حيث قضت بأن "النائب العام لم يوفر الأدلة الكافية التي تسمح بالحكم دون شك بتوافر مشروع لتدمير المجموعة المسلمة في Brcko". وعكفت بعد ذلك على بحث مدى توافر القصد الخاص الإبادي لدى المتهم لإدانته بالإبادة الجماعية. وقدرت أن "مثل هذه الفرضية نظرياً ممكنة، فواضعوا الإتفاقية لم يستبعدوا فرضية شخص يسعى منفرداً لتدمير مجموعة محددة"^(٢).

وانطلاقاً من هذه الفكرة واستناداً على شهادات الشهود والظروف المحيطة انتهت إلى "أنه على الرغم من أن المتهم استهدف بوضوح المسلمين، فإنه يكون قد قتل على نحو تحكّمي، وليس على أساس نية واضحة لتدمير مجموعة... فلم يثبت أن المتهم قد توافر لديه القصد الخاص"^(٣). وبناءً على ما تقدم نخلص إلى وجود نوعين من القصد الخاص يمكن استخلاصهما، القصد المتعلق بالمتهم والذي يتمثل في إرادة القضاء على أعضاء مجموعة محمية، والقصد الذي يقود مشروع الإبادة الجماعية، وكل منهما مستقل عن الآخر. وعليه يمكن للمحكمة أن تنتهي إلى وجود إبادة جماعية، دون أن تلتزم بإثبات الأشخاص الذين يتوافر لديهم القصد الخاص. وهذا ما خلصت إليه محكمة العدل الدولية في قضية البوسنة والهرسك. ويمكن لمحكمة أن تبحث توافر القصد الخاص لدى

(4) L'arret Krstic , op, cit., parag 134

(1) L'arret Jelisic. parags.100 et 108

(2) L'arret Jelisic. parags.100 et 108

المتهم على الرغم من اقتناعها بعدم توافر الإبادة الجماعية، وهذا ما قامت به محكمة يوغوسلافيا في قضية Jelisic.

المطلب الثاني

كيفية استخلاص القصد الإبادي

من البدهة أنه يتعذر الحصول على دليل للقصد الخاص لمرتكب الإبادة الجماعية من خلال تصريحات تدعو إلى تدمير مجموعة محددة^(١). كما يتعذر غالبا صدور اعترافات من الجاني بإرادته القضاء على مجموعة أشخاص مجرد انتمائهم لمجموعة معينة.

لذلك اتجهت المحاكم الجنائية الدولية الخاصة ومحكمة العدل الدولية إلى استخلاص القصد الخاص في جريمة الإبادة الجماعية من الوقائع، والظروف ومجموعة عناصر الإثبات التي تم تقديمها إليها^(٢).

وتتمثل دلائل القصد الإبادي أمام المحاكم الجنائية الدولية الخاصة في أقوال وتصريحات المتهم، عدد الضحايا، ممارسة التطهير الإثني، وجسامة الأفعال المرتكبة، وكذلك الإطار العام للأفعال المجرمة المرتكبة.

(١) في هذا الشأن أورد الأستاذ pellet في مرافعته أمام محكمة العدل الدولية أن " هتلر ذاته حاول إخفاء جرائمه تحت جنح الليل والضباب".

في ذلك أنظر في

Plaidoirie orale de M.pellet, CR2006/3/1, audience publique. 18/4/2006 , p28

(2) ATILLA BOUGDAN: Cumulative charges , Conviction and scntencing at the ad-hoc international law, 2002 , p33 and G.VERDIRAME: The genocide definition in the Jurisprudence of the ad hoc tribunals, 49 international and comparative Law quarterly , 2000,p585

وفي هذا الخصوص أعلنت المحكمة الجنائية لرواندا في حكم Akayesu امتناعها من دون أي شك، واستنادا على جميع عناصر الإثبات التي اطلعت عليها من خلال سير الدعوى أن (المتهم Akayesu) أدلى مرات عديدة بتصريحات تدعو صراحة لارتكاب الإبادة الجماعية^(١). وأردفت في ذات الحكم قائلة: " جسامة المذابح المرتكبة، طابعها العام، في منطقة أو دولة، وكذلك أيضا الإختيار الإرادي والمنهجي للضحايا بسبب انتمائهم لمجموعة خاصة، مع استبعاد أعضاء المجموعات الأخرى، يسمح ذلك للغرفة باستخلاص القصد الإبادي"^(٢).

وفي هذا السياق قضت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا في قضية Krstic أن " قتل الرجال في سن حمل السلاح والقتال، كان دون شك تدميرا ماديا، وبالنظر إلى جسامة جرائم القتل، كان بإمكان غرفة الدرجة الأولى أن تستلخص قانونا أن القضاء عليهم يشكل قصدا إباديا"^(٣).

وفي ذات الشأن قضت غرفة الاستئناف في ذات المحكمة في قضية Blagojevic et

Jokic بانتفاء الإبادة الجماعية لعدم توافر القصد الإبادي، وأوردت في حكمها: "... أن الترحيل

(1) L'arret Akayesu , op, cit., parag729.

(2) L'echelle des atrocities commises leur caractere general , dans une region ou un pays, ou encore le fait de deliberement et systematiquement choisir les vicitimes en raison de leur appurtenance a un groupe particulier , tout en excluant les membres des autres groups , peuvent egalement permettre a la chamber de deuire une intention genocidaire ". L'arret Akayesu, op, cit., parag. 523

(3) Le procureur C/Radislav Krstic , La chamber d'appel, noIT 98-33 –A, 19/4/2004 , parag. 27

وقد أورد القاضي Mahiou في رأيه المخالف المرفق بحكم محكمة العدل الدولية أنه " عندما يتجاوز عدد الضحايا عشرات الآلاف من الأشخاص الذين ينتمون إلى ذات المجموعة، ويمتد ذلك إلى مناطق جغرافية متعددة، فذلك يكشف عن عنصر أساسي لقصد الإبادة الجماعية "

القسرى لا يشكل في ذاته فعل إبادة جماعية، ويتعين أخذه في إطار التقدير العام للوقائع... وأن جرائم القتل العمدية المعروفة بالانتهازية لا تسمح حقيقة بإستخلاص القصد الإبادى"^(١).

وفي ذات السياق تجدر الإشارة إلى أن المدعي أمام محكمة العدل الدولية قد كشف بأن الأعمال الوحشية المرتكبة في يوغوسلافيا السابقة تمثل وقائع تقتزن بالقصد الإبادى الخاص. وفي سبيل إثباتها قدم للمحكمة العديد من الوثائق تشتمل على: تقارير، وقرارات ونتائج خلصت إليها العديد من أجهزة الأمم المتحدة، أدلة إثبات وأحكام للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا، وكذلك عددا من الشهود لإثبات القصد الإبادى لدى المدعي عليه. كما بين للمحكمة بأن القصد الإبادى يستخلص من التصريحات النارية لقادة القوات الصربية، ومن جسامة وشمولية أعمال الإبادة الجماعية المرتكبة على كامل إقليم البوسنة والهرسك الخاضع للسيطرة الصربية، وكذلك "التدمير النوعي" للأعضاء الأكثر تأثرا في المجموعة غير الصربية أو المسلمين الموجودين على الإقليم، أو "التدمير المنهجي" لكل الرموز edifices الدينية أو الثقافية لهذه المجموعات"^(٢)، وأشار المدعي أيضا إلى إن القصد الخاص يستنتج من الوقائع المرتكبة التي تمثل مجموعة منظمة من الأفعال تعبر عن ذاتها"^(٣).

وبناء على ذلك فإن مهمة محكمة العدل الدولية تضمنت مراحل ثلاثة تتمثل في الآتى^(٤):

Voir l'opinion dissidente du juge Mahiou Jointe a L'arret de la C I J, op, cit., parag. 82.

(1) L'arret de la chambre d'appel , Le procureur c/Vidoje Blagojevic et Dragan Jokic ,9/5/2007 , publie Sur <http://www.un.org/city>

(1) CR2006/31, op,cit., p 29

(2) " L'intention specifique se deduit a partir de faits etablis ... un ensemble organise d'actes que parlent d'eux memes". CR2006/33, Audience publique, plaidoirie orale de MFRANCK. 20/4/2006, 36

(3) HADI AZARI: L'intention genocidaire, op, cit., p. 750

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠٠٩ (٢٠٢)

- التأكد من أن الأعمال الوحشية التي تمسك بها المدعي قد ارتكبت.

- التأكد من هذه الأفعال الوحشية تندرج ضمن الأفعال التي عددها المادة (٢) من إتفاقية الإبادة الجماعية، وما إذا كانت تسمح بتوافر القصد الإبادي الخاص لدى مرتكبيها المتمثل في إرادة تدمير مجموعة محددة كلها أو بعضها.

- فحص ادعاء الطرف المدعي المتمثل في إمكان استخلاص القصد الإبادي الخاص من مسلسل الأفعال المرتكبة طيلة مدة النزاع.

أولا - دراسة جرائم قتل أعضاء المجموعة

بدأت محكمة العدل الدولية بفحص وقائع قتل أعضاء المجموعة محل الحماية، وفي سبيل ذلك قامت بدراسة العناصر التي تدلل على أن جرائم قتل أعضاء المجموعة المحمية ارتكبت في مناطق رئيسية من البوسنة، وفي معسكرات احتجاز مختلفة، وقدرت بعد ذلك وجود أدلة تكشف عن توافر القصد الإبادي الخاص في حالة أو أكثر.

وبعد أن حللت المحكمة بعناية جرائم القتل المرتكبة في البوسنة على أساس عناصر الإثبات المقدمة إليها، وبصفه خاصة التقرير الدوري الخامس للمقرر الرسمي لمنظمة الأمم المتحدة السيد MAZOWIECKI، أهم القرارات الصادرة عن مجلس الأمن والجمعية العامة للأمم المتحدة، أحكام المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا، تقرير لجنة الخبراء المتضمن شهادات عدد من الشهود. ومن ثم قضت المحكمة بأنه " ثبت بأدلة حاسمة ارتكاب جرائم قتل لأعضاء المجموعة

المحمية على نحو كثيف وضخم، وأن الركن المادي على النحو المحدد في البند (أ) من المادة (٢) من الاتفاقية قد تحقق" (١).

غير أن المحكمة لم تقتنع " على نحو أكيد بأن جرائم القدر الكثيف لأعضاء المجموعة المحمية قد ارتكبت بنية خاصه لمرتكبيها هي تدمير كل أو بعض المجموعة المحددة". وخلصت إلى " أن المدعي لم يثبت أن جرائم القتل هذه تشكل أفعال إبادة جماعية تحظرها الاتفاقية".

ثانيا - دراسة مذابح Srebrenica:

انتهت محكمة العدل الدولية بشأن المذابح المرتكبة من القوات الصربية في منطقة Srebrenica إلى ذات نتائج المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا في قضية Krstic و Blagojevic والمتمثلة في " قتل القوات الصربية في البوسنة لأكثر من سبعة آلاف مسلم بوسني بعد استيلائها على Srebrenica في يوليو ١٩٩٥، وبذلك يتحقق الركن المادي للقتل الوارد في البند (أ) من المادة (٢) من الاتفاقية... وأن أفعال القوات الصربية في البوسنة تشكل الركن المادي في جريمة الاعتداء الجسيم على السلامة الجسدية أو العقلية على النحو المحدد في البند (ب) من المادة (٢) من الاتفاقية وذلك بالنسبة للأشخاص الذين كانوا على حافة تنفيذ الإعدام فيهم، والأشخاص الذين تم فصلهم عن هؤلاء بسبب الترحيل القسري، وبالنسبة لبعض الناجين" (٢).

(1) "Il a ete demontre par des elements de prevue concluants que des meurtres de membres du groupe protégé ont ete commis de facon massive et que l'element materiel tel que defini au litte a) de l'article II de la convention, est par consequent etabli". L'arret de la CIJ., op, cit., parag 276

(1) L'arret de la CIJ,op, cit., parag 278 et 290

وفي سبيل إثبات القصد الإباضي الخاص بالنسبة لهذه الأفعال، أشار المدعي إلى التقرير المؤرخ في ١٩٩٤/٧/٤ المعد من قائد كتيبة Bratunac الذي حدد الهدف النهائي لجيش جمهورية srpska (كيان صربي بحت)، وإلى توجيهين صادرين عن الرئيس Karadzic اللذين استهدفا خلق حالة لا أمن بحيث ينتفي فيها كل أمل للنجاة أو الحياة لسكان المنطقتين.

غير أن المحكمة رفضت الدليلين المذكورين على سند من أن التقرير المذكور لا يتعلق بتدمير المسلمين في Srebrenica بل برحيلهم، وبالنسبة للتوجيهين أشارت إلى أن طرد السكان كان سيسمح بتحقيق هدف العملية.

ويمكن فهم هذا القضاء في ضوء تمييز المحكمة بين التطهير الإثني والإبادة الجماعية، فهدف الأول هو الترحيل الجغرافي للضحايا، وأما هدف الإبادة فهو تدمير المجموعة المحددة^(١).

وأخذت المحكمة بعين الاعتبار أن هذين العنصرين لم يدللا على توافر القصد الخاص أمام المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا في قضيتي Krstic و Blagojevic^(٢)، ومع ذلك فقد اتفقت محكمة العدل الدولية مع غرفتي الدرجة الأولى لمحكمة يوغوسلافيا في القضيتين المذكورتين، حول القصد الخاص للقوات الصربية الذي يظهر من خلال بعض الوقائع من ذلك تغيير هدف جيش جمهورية Srpska أثناء العملية من "تقليص الجيب L' enclave في المنطقة الحضرية"^(٣) إلى الاستيلاء على مدينة Srebrenica والجيب بكامله، ثم فصل الرجال من سن

(2) HADI AZARI: L'intention genocidaire , op , cit., p751

(1) L'arret de la C I J, parag ,279 et 281

(2) " reduire l'enclave a la zone urbaine "l'objectif indique par le corps de la Drina dans un order du 2/7/1995

١٦ إلى ٦٠ سنة عن عائلاتهم^(١)، ومشروع إعدام الرجال من مسلمي البوسنة ذوي سن حمل السلاح سواء كانوا مدنيين أم عسكريين^(٢)، طابع التنظيم والتخطيط للمذابح، وترحيل النساء والأطفال^(٣).

وقد أعطت محكمة العدل الدولية أهمية خاصة لتأييد غرفة الإستئناف لتناجج غرفتي الدرجة الأولى التي قضت بارتكاب القوات الصربية للبوسنة للإبادة الجماعية.

وأوردت فقرة من حكم غرفة الإستئناف تنص على "سعيًا للقضاء على جزء من مسلمي البوسنة، ارتكبت القوات الصربية للبوسنة الإبادة الجماعية. فقد عملت على القضاء على ٤٠ ألف مسلم بوسني كانوا يعيشون في Srbbrenica مجموعة كانت تمثل مسلمي البوسنة في مجموعهم. كما جردوا كل الرجال المسلمين الأسرى، الجنود، المدنيين، العجزة والأطفال من حاجاتهم الشخصية وأوراقهم الثبوتية، وقاموا بقتلهم على نحو عمدي ومنهجي بسبب هويتهم. وقد أدركت القوات الصربية عندما بدأت هذه العملية الإبادية، أن الأذى الذي تسببه يصيب عموم مسلمي البوسنة. وتؤكد غرفة الاستئناف بوضوح أن القانون يدين صراحة الآلام العميقة والأبدية التي تحققت، وتعطي للمذبحة في Srbbrenica الإسم المناسب وهو الإبادة الجماعية"^(٤).

(3) L'arret de la C I J, parag. 288 et 292 , voir aussi l'arret Krstic , parag 546

(4) L'arret de la C I J, parag. 288 et 292 , voir aussi l'arret Krstic , parag 546

(5) L'arret de la C I J, parag 293 et L'arret Krstic. parag 37 et 38

(1) " En cherchant a eliminer une partie des musulmans de Bosnie , les forces Serbes de Bosnie ont commis un genocide. Elles ont oeuvre a l;extinction des 40000 musulmans de Bosnie qui Vivaient a Serbbrenica , un groupe qui etait represementatif des musulmans de Bosnie dans leur ensemble. Elles ont depouille tous les hommes musulmans fait prisonniers , les soldats, les civils ,les vieillards et les enfants de leurs effets personnels et de leurs papiers d'identite, et les ont tues de maniere deliberee et methodique du seul fait de leur identite. Les forces serbes de Bosnie savaient quand ells se sont lancees

وخلصت محكمة العدل الدولية إلى أن " القصد الجنائي لم يتوافر إلا بعد تغيير الهدف العسكري، والإستيلاء على Srebrenica ، أي في الفترة بين ١٢ إلى ١٣ يوليو... وبذلك لم تجد المحكمة أي سبب للنأي عن نتيجة محكمة يوغوسلافيا التي تقضي بتوافر القصد الخاص إلا في هذا الوقت وهذا الوقت فقط" (١).

فضلا على ما تقدم فقد استند المدعي على الأحداث الخاصة التي شهدتها البوسنة والهرسك، وركز بصفة خاصة على " المخطط الشامل plan global " أو مخطط الأعمال المرتكبة في إطار مؤسسي منظم dans un cadre institutionnel organise ، لغرض إثبات القصد الخاص لدى المدعي عليه (٢).

وقد حاول المدعي عليه الاستفادة من خبرة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة، حيث توافر المخطط أو الطابع المنظم والمنهجي للمذابح المرتكبة، وقد تم التمسك به، ويمثل دليلا لا يمكن دحضه على توافر القصد الإباضي الخاص. من ذلك قضاء محكمة يوغوسلافيا في قضية Jelusic حيث أوردت: " سوف يكون من الصعب في الواقع إقامة الدليل على توافر القصد الإباضي لشخص، إذا لم يكن للأعمال المرتكبة طابعا ضخما un caractere massif، وإذا لم يكن الفعل الإجرامي مدعوما بمنظمة أو نظام" (٣).

dans cette entreprise genocidaire , que le mal qu'elles causeraient marquerait a jamais l'ensemble des musulmans de Bosnie la chambre d'appel affirme clairement que le droit condamne expressément les souffrances profondes et durables infligees , et elle donne au massacre. de Srebrenica le nom qu'il merite: Un genocide " . Larret Krstic , parag 37 et 38

(2) L'arret de la C I J ,op ,cit., parag. 295

(1) CR 2006/3, op, cit., p.24

(2) " II sera en pratique tres difficile d'apporter la prevue de l'intention genocidaire d'un individu si les exactions commises n'ont pas un caractere

وفي هذا الشأن أيضاً وضعت اللجنة التحضيرية المكلفة بتحديد عناصر الجرائم التي تدخل في نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، الشرط التالي كعنصر في جريمة الإبادة الجماعية: " أن يندرج الفعل ضمن سلسلة واضحة لأفعال مماثلة موجهة ضد مجموعته، والذي يستطيع بذاته تحقيق التدمير"^(١).

وقد أراد المدعي بهذه الحجة إثبات أن الأفعال المرتكبة تمت بقصد إبادي خاص، وأيضاً تورط المدعي عليه في اقترافها. ولذلك أشار إلى تصريحات karadzic الذي ألمح إلى أن الهدف هو " طرد أعدائهم - الكروات والمسلمين - من ديارهم بقوة السلاح " .

غير أن المحكمة رفضت هذا الادعاء استناداً إلى سببين هما:

- إن تحقيق الأهداف المعلنة لا يقتضي بالضرورة تدمير مسلمي البوسنة أو طوائف أخرى ولكن طردهم leur expulsion .

- في المرافعات التي أثبتت فيها الأهداف الإستراتيجية من النائب العام، فإن المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا لم تكيفها "بالإبادة"^(٢). وبالنسبة لحجة المدعي التي تقوم على أن مخطط

massif et si l'acte criminel reproche n'est pas soutenu par une organisation ou un système". L'arrêt ješić , op, cit., parag 100 – 101, Voir aussi le procureur c/Musema. ICTR – 96 – 13 A L'arrêt du 27/1/2000 ,parag 167

(3) “ Le comportement s'est inscrit dans le cadre d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre ce groupe , ou pouvait en lui même produire une telle destruction”. CPI, éléments des crimes, Nations unies , doc. PCNICC/2000/I/add.2,2000

(١) وقد أشارت محكمة العدل الدولية في هذا الشأن إلى ;

Affaires Brdanin , no IT -99 – 36 – T chambre de première instance , jugement du 1/9/2004. parag. 303 , et Stakić , chambre de première instance , jugement du 31/7/2003. parag.546 – 561.

المذابح المرتكبة خلال مدة طويلة، ضد عدد من الطوائف مستهدفة المسلمين وأيضاً الكروات في البوسنة، يكشف القصد اللازم. فقد قضت محكمة العدل الدولية بأنها لا تستطيع الإنضمام إلى هذا المقترح الواسع، فالقصد الخاص لتدمير مجموعة كلها أو بعضها، يجب أن يقوم على ظروف دقيقة، إلا إذا كان بالإمكان إثبات المخطط العام الذي يستهدف تحقيق هذه الغاية بطريقه مقنعة، ولكي يتم قبول مسلك كدليل على مثل هذا القصد، يجب أن يكون على النحو الذي يكشف توافره^(١).

وفي هذا الشأن يتعين الإشارة إلى أن القاضي الحصاونة قد انتقد موقف المحكمة من "المخطط" كدليل على القصد الإباضي الخاص وذلك في رأيه المخالف المرفق بحكم المحكمة. فقد انتقد ابتداء موقف المحكمة المتعلق " بالأهداف الاستراتيجية المؤرخة في ١٢/٥/١٩٩٢ " وذلك بقوله أن " المحكمة تجهل أساسا الوقائع، وتغير تقييمها الذاتي حول كيفية استطاعة صرب البوسنة تحقيق أهدافهم الإستراتيجية المحزنة"^(٢).

واستطرد القاضي المذكور انتقاده للمحكمة بالتذكير بالفرق على المستوى الإجرائي بين محكمة العدل الدولية والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا بقوله: " أن المحكمة الجنائية

(2) La cour ne peut se rallier a une proposition aussi large. Le dolus specialis, l'intention specifique de detruire le groupe en tout ou en partit , doit etre etabli en reference a des circonstances précises , a moins que l'existence d'un plan general tendant a cette fin puisse etre demontree de maniere convaincante , pour qu'un ligne de conduite puisse etre admise en tant que prevue d'une telle intention , elle devraite etre telle qu'elle ne puisse qu'on denoter l'existence". L'arret de la C I J ,op,cit., parag. 373.

(1) " The court essentially ignores the facts and substitutes its own assessment of how the Bosnian serbs could have hypothetically best achieved their macabre strategic goals ". L'opinion dissident du juge A L Khasawneh, parag. 41

الدولية الخاصة تختص فقط بنظر المسؤولية الجنائية الشخصية للأفراد المتهمين، والدليل المتصل سوف يقتصر على محيط أفعال المتهم^(١).

ومن الواضح أن قضاء محكمة العدل الدولية على هذا النحو قد ابتعد عن قضاء المحاكم الجنائية الدولية الخاصة، التي كانت تعتد بإجراءات التطهير الإثني كأدلة إثبات ذات أهمية على توافر القصد الإبادي الخاص.

(2) “The tribunal only has jurisdiction to judge the individual criminal liability of particular persons accused before it, and the relevant evidence Will therefore be limited to the sphere og operations of the accused “L’apinion, op,cit., parag. 42.

الخاتمة

بفضل ومنة من الله سبحانه وتعالى انتهينا من دراسة موضوع "تباين الآراء بشأن القصد

الجنائي الإباضي **L' intention genocidaire** دراسة تحليلية تأصيلية في القضاء

المتعلق بالمحاكم الجنائية الدولية الخاصة ومحكمة العدل الدولية "

وقد قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين: تعرضنا في الأول لنطاق القصد الجنائي في جريمة

الإبادة الجماعية، حيث تناولنا فيه خلاف الرأي بين الفقه والقضاء الجنائيين الدوليين في تحديد

نطاق القصد الإباضي.

ولذلك قسمنا هذا الفصل إلى بحثين، خصصنا الأول لموقف القضاء الجنائي الدولي في

هذا الخصوص، وذلك من خلال التعرض لأحكام محكمتي يوغوسلافيا ورواندا، وكذلك حكم

محكمة العدل الدولية الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٢٧ بشأن نزاع البوسنة والهرسك، والذي أنهى إلى

أن القصد الجنائي الإباضي قصد خاص قوامه علم الفاعل بارتكاب أحد الأفعال المحددة في تعريف

الإبادة الجماعية، وذلك بنية تدمير جماعة محددة كلياً أو جزئياً.

وأما المبحث الثاني فقد استعرضنا فيه الإتجاهات الفقهية التي وسعت من نطاق القصد

الإباضي ليشمل الأفعال التي يرتكبها الجناة وتكون نتيجتها المتوقعة أو المحتملة التدمير الكلي أو

الجزئي لمجموعة معينة.

و في الفصل الثاني فقد تناولنا أحكام القصد الإباضي، وقسمناه إلى بحثين تعرضنا في

الأول لمضمون القصد الإباضي وذلك بدراسة شرطي القصد الخاص وهما نية التدمير، ومحل هذه النية

وهي المجموعة المحددة. وأما المبحث الثاني فقد تطرقنا فيه لإسناد القصد الإبادي وكيفية استخلاصه في ضوء أحكام القضاء الجنائي الدولي.

وقد انتهينا في خاتمة هذه الدراسة إلى تسجيل جملة من النتائج نجملها نجملها فيما يلي:

أولاً- على الرغم من صعوبة إثبات توافر القصد الجنائي الخاص، فإنه يرجح لدينا ما اتجه إليه القضاء الجنائي الدولي المتمثل في تطلب القصد الخاص في جريمة الإبادة الجماعية، وهو ارتكاب أفعال الإبادة بقصد تدمير مجموعة محددة، خاصة في ظل مبادئ القانوني الجنائي التي تتعارض مع التوسع في تفسير العناصر التي يشملها القصد.

ثانياً- أن التدمير محل التجريم والعقاب هو التدمير المادي للمجموعة المحددة بوسائل مادية أو بيولوجية، وليس تدمير الهوية الوطنية اللغوية، الدينية، الثقافية أو غيرها للمجموعة. لذلك من الملائم للتوسع في نطاق الحماية الجنائية للمجموعة بجعل التدمير الذي يستهدفها يشمل التدمير المادي البيولوجي، وكذلك التدمير الثقافي.

ثالثاً- إذا كان قضاء المحاكم الجنائية الدولية الخاصة قد درج على اشتراط الطابع الجوهري للتدمير لتوافر القصد الإبادي الخاص، أي أن يستهدف التدمير جزءاً جوهرياً من المجموعة، وذلك يقتضي الاعتداد بالأهمية الرقمية للجزء المستهدف من المجموعة، وأثر تدمير الجزء المستهدف على بقاء المجموعة ككل.

وأن محكمة العدل الدولية أعتدت بعنصر الجوهري إلى جانب العوامل الجغرافية المؤثرة في عملية التدمير، وكذلك العناصر الرمزية أو النوعية المستهدفة في التدمير.

في ضوء ذلك يبدو مناسباً تأييد القضاء الذي يعتد بالطابع الجوهري للتدمير، دون الاستغراق في تطلب عناصر أخرى، وذلك لضمان توافر الحماية اللازمة وفعاليتها بالنسبة للمجموعات المستهدفة، وعلى أن يتم تقدير السمة الجوهريّة للتدمير في نطاق الظروف التي وقع فيها.

رابعاً- بالنسبة للاتجاه السلبي المحدد للمجموعة محل نية التدمير والذي يقوم على أساس تحديد الأشخاص الذين تنصرف إليهم أعمال الإبادة، والذين يخرجون بكيانهم أياً كان عن المجموعة الذي تقود الإبادة الجماعية. فإنه يبدو ملائماً تدعيم هذا الاتجاه، على اعتبار كفايته في توفير الحماية لعناصر المجموعة المستهدفة بالإبادة، فضلاً عن فاعليته في التطبيق، خاصة إذا تعددت المجموعات المستهدفة بالإبادة في منطقة جغرافية محددة، حيث يسهل تحديد المجموعة المستهدفة، إذ تتشكل المجموعات المتعددة كيانا واحداً يخرج عن المجموعة التي تقود الإبادة الجماعية. وعندئذ يتم إثبات أركان الإبادة الجماعية مرة واحدة بالنسبة لكل أعضاء هذا الكيان، بدلا من إثباتها بالنسبة لكل مجموعة على حدة.

تم بحمد الله تعالى

قائمة المراجع

أولا - المراجع باللغة العربية:

- ١ - د. دوللي حمد: جريمة الإبادة الجماعية، المفهوم والأركان، المنشورات الحقوقية، صادر ٢٠٠٣.
- ٢-د. علي عبدالقادر القهوجي: القانون الدولي الجنائي، أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠١.

ثانيا - المراجع باللغة الأجنبية

- 1- ALEXANDER K.A. GREENWALT: Rethinking Genocidal intent: the cases for a knowledge – based interpretation, Columbia Law Review, 1999.
- 2-BERNARD BOULOC: Droit penal general , Dalloz, 2007.
- 3-CLAUS KRESS: the Darfur report and Genocidal intent, Journal of international criminal justice 3 ,2005.
- 4-C.LOMBOIS: Droit penal international, DALLOZ, 1971.
- 5-CECILE TOURNAYE: Genocidal intent before the ICTY , international and comparative Law quarterly Volume 52 ,noz, April 2003.
- 6-ERIC DAVID: Droit des conflits armes ,Bruxelles , Bruylant.

- 7-FREDERIC DEPORTES et FREDERIC Le GUNEHEC: Droit penal general , economica ,2006.
- 8-GARY J. BASS: stay the hand of vengeance , the politics of war crimes tribunals , Princeton University press, 2000.
- 9-GIL GIL: Derecho penal internacional , especial consideracion del delito de genocidio, Madrid , Technos, 1999.
- 10-HADI AZARI: le critere celebic du cumul des declarations de culpabilite en droit penal international , revue de sciences criminelles, no 1 , 2007.
- 11- HADI AZARI: Regards croises sur l'intention genocidaire , revue de Sciences criminelles et de droit penal compare, No4, 2007.
- 12-HARMEN G. VANDER WILT: Genocide complicity in genocide and international V. Domestic Jurisdiction. Journal of international criminal Justice 4, 2006.
- 13-JACQUES FRANCILION: Crimes de guerre, crimes contre l'humanite , Jurisclasseur de droit international , Volume VI, Fascicule 410 , 1993.
- 14-K. BOUSTANY et D.DORMOY: Genocide, edition de l'universite de l'universite de Brxelles , 1999.
- 15-Les nations Unies et les droits d'homme 1945 – 1995 , serie Livres bleus des N.u., volume VII, departement de l'information des N.u. NewYork.

16-M.LAROSA et S VILIANO: le crime de genocide revisite , l'heure de Son 50 anniversaire.

17-MARKO MILANOVIC: state responsibility for genocide , European Journal of international law , Volume 17, 2006

18-Opinion du juge LAUTERPACHT,ordonnance des mesures conservatoires recueil de la cour international de justice , 1993.

19- PHILLIPE GRECIANO: Genocide rwandais , rupture de confiance , recueil dalloz , 2008 , no 37.

20-PIERRE TRUCHE et PIERRE BOURETZ: Crimes de guerre, crimes contre l'humanite , repertoire penal Dalloz , Aout 1993.

21-R.LEMKIN: 4xis Rule in occupied Europe, Washington DC, Carnegie Endowment for world peace.

22-RAPHAEL LEMPKIN: in executive sessions of the senate foreign relations committee, historical series, 1976.

23-V.F HARHOFE: le tribunal international pour le Rwanda: presentation de certains aspects juridiques , revue interanationale de la croix rouge , no 828.

24-V.O. TRIFFTERER: Genocide its particulare intent to destroy in Whole or in part the group as Such , 14 Leiden Journal of international Law , 2001.

25- W. SCHABAS: Genocide in international law, Cambridge University press, 2000.

26 - W.SCHABAS: le genocide , in H. Ascencio, E Decaux et A pellet editions , droit international penal, cedin , paris x , predonne.

أساس وشروط المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

دراسة مقارنة

دكتور/ مسعود بو صنوبرة

كلية الحقوق والآداب والعلوم الاجتماعية

جامعة ٨ ماي ١٩٤٥ قالة

المقدمة

بعد إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي من قبل أغلب الفقهاء، إما اعتمادا على أن المشرع نفسه أقر بالمسؤولية المدنية لهذه الأشخاص بعد أن اعترف بوجودها قانونا، وأما اعتمادا على فكرة الضرورة الاجتماعية حماية لكيان المجتمع، وتنظيم العلاقات بين أشخاصه، أقر كلا من المشرعين الفرنسي بموجب المادة ١٢١ من القانون الصادر بتاريخ ٢٢-٧-١٩٩٢ والمصري بموجب نصوص خاصة متفرقة، والجزائري بموجب المادة ٥٣ مكرر من القانون رقم ١٥-٠٤ الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١١/١٠، غير أن أساس تلك المسؤولية وشروطها ما تزال محل اختلاف بين الفقهاء، وبين الفقهاء من جهة وتشريعات الدول من جهة ثانية، وبالتالي فدراسة أساس وشروط المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لها مبررات نظرية وعملية وعلمية، لذا طرحت إشكالية هي :

ما مدى تحميل الشخص المعنوي المسؤولية الجزائية، وللإجابة على هذه الإشكالية قسمت البحث إلى مطلبين هما : أساس المسؤولية ضمن المطلب الأول، وشروط المسؤولية ضمن المطلب الثاني،

مستعينا بمنهج البحث العلمي المتداول في الدراسات القانونية والاجتماعية، ومنها منهج تحليل النصوص، والمنهج التاريخي، والمنهج المقارن والاستنباط والاستدلال.

المطلب الأول أساس المسؤولية

أساس تجريم وعقاب الشخص الاعتباري مثار خلاف بين الفقه من جهة والقضاء من جهة ثانية، ومثار جدل بين الفقهاء أنفسهم، ومثار اختلاف بين التشريعات للدول المختلفة، بل بين نصوص تشريع الدولة الواحدة من زمن إلى زمن آخر، لذا فتحديد الأساس الذي اعتمد لتحميل الشخص المعنوي المسؤولية الجزائرية يتطلب مناقشة وجهات النظر المختلفة، بهدف الوصول إلى تكوين رأي يحدد على الأقل في الوقت الحاضر حدود ونطاق مسؤولية الشخص المعنوي الجزائرية، بعد أن أصبح ثابتا بالإقرار بهذه المسؤولية المقيدة في أغلب التشريعات، ومن بينها قانون العقوبات الجزائري، ويتم تحديد ذلك الأساس وفقا لمفهوم الفقه ضمن " الفرع الأول " والتشريعات المقارنة ضمن " الفرع الثاني " والتشريع الجزائري ضمن " الفرع الثالث "

الفرع الأول في الفقه

إذا كانت المسؤولية الجزائرية للأشخاص المعنوية أقيمت قديما على أسس هي الخطأ القائم على إتيان الشخص فعلا مجرما، والإدراك القائم على علم الفاعل بأن فعله خطأ، وانه يضر بمصلحة الغير، وبالتالي فهو مجرم لتعارض ذلك مع النموذج الذي رسمته القاعدة القانونية الجزائرية، وأن الشرع والمشرع يعاقب عليه اعتمادا على فكره التمييز والاختيار القائم على توجيه الفاعل لإرادته

نحو إتيان الفعل المأمور بتركه أو ترك أمر مأمور بإتيانه أي " أن يأتي الإنسان أو الشخص فعلا مجرماً وأن يكون مختاراً فيما أتى واعياً لما فعل (١)

فالأفعال المجرمة يؤمر بها أو ينهى عنها، لأنّ في إتيانها أو تركها ضرر بنظام الجماعة، وعقائدها أو بحياة أفرادها، أو بوجود الأشخاص، أو بأموالهم أو بأعراضهم أو بمشاعرهم، أو بغير ذلك من الاعتبارات التي تمس مصالح الأشخاص، ومصالح الجماعة ونظامها... فالأفعال التي تحرم لا تحرم لذاتها لأن من هذه الأفعال ما قد يستفيد منه الفاعل ويعود عليه بالنفع، كالسرقة وخيانة الأمانة والرشوة... فهنالك فوائد تعود على الجانب من ارتكاب الجريمة... وتؤدي إلى إفساد الجماعة والإضرار بها " (٢)

وإذا كانت الأفعال التي تصدر عن الأشخاص، سواء كانت إيجابية أو سلبية تجرم لمصلحة الجماعة والعقوبة هي الأثر الملموس للتحريم، وهي الوسيلة الأمثل لحماية مصلحة الجماعة، لذا فالعقوبة أو ما يقوم مقامها دعت إليها الضرورة الاجتماعية، وعليه يجب أن تقدر حالة الضرورة بقدرها، بحيث تكون كافية لتأديب الجاني وزجر الغير، تسري على كل من ارتكب فعلاً مجرماً، تتناسب مع شدة الفعل وأثره على الجماعة والضحية، وشخصية الفاعل وسنه وجنسه وكل ما يحيط بالجريمة والفاعل (٣)

(١) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥ - ص ٣٢٦.

(٢) عودة (عبد القادر) التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنةً بالقانون الوضعي الجزء الأول، القسم العام، الطبعة الخامسة، من غير مكان للطبع، من غير دار للطباعة والنشر ١٩٦٨ - ص ٣٨٣، ٣٨٤.

(٣) عودة (عبد القادر) التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنةً بالقانون الوضعي، الجزء الأول، القسم العام، المرجع السابق، ص ٣٨٥.

لذا فالفقه الإسلامي يأخذ بالمسؤولية المباشرة للفاعل بالنظر إلى اشتراطه الإدراك والاختيار، ومناطهما العقل وحرية الإرادة، وهي مفتقدة في الأشخاص المعنوية، لكن توجد جزاءات تقوم مقام العقوبة، ولها نفس الأثر أو تكاد، ومن ثمة يمكن أن تسلط تلك الجزاءات على الشخص المعنوي متى كانت وسيلة أمثل لحماية مصالح الأشخاص أو مصالح الجماعة ونظامها وكيانها، سواء سميت عقوبة أو تدبير أمن، لأن العبرة بالمعاني وليس بالألفاظ والمباني.

أما الفقه الجنائي فهو أكثر وضوحاً في تحديد أساس المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، لكن وجهات نظر فقهاء تدور بين المسؤولية غير المباشرة القائمة على الخطأ غير المباشر وفقاً لمفهوم نظرية الافتراض أو المجاز، والمسؤولية المباشرة القائمة على الخطأ الشخصي وفقاً لمفهوم نظرية الحقيقة.

فأنصار نظرية الافتراض يرون أن الأشخاص المعنوية مجرد افتراض قانوني دعت إليه الضرورة الاجتماعية والاقتصادية، أنشأها القانون، وبالتالي فمسؤوليته ترتبط بمسؤولية تابعه باعتبار ذلك التابع من الغير^(٤)

لذا فمسؤولية الشخص المعنوي لا تقوم إلا إذا ارتكب أحد ممثليه القانونيين أو التابعين له وبشروط معلومة إحدى الجرائم المنصوص والمعاقب عليها قانوناً، وثبتت تلك الأفعال الإجرامية بحق الشخص الطبيعي و عوقب عليها، ومن ثمة فالمسؤولية الجزائية مبنية على الخطأ الشخصي، أي مسؤولية غير مباشرة سواء كانت مسندة إلى فكرة التبعة أو فكرة الضمان^(٥)

^(٤) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، ودراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

^(٥) مقبل (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٩٤

إذ ما زال الفقه الجنائي يستعير المفاهيم والنظريات التي قيلت بشأن أساس المسؤولية في القانون المدني، فالخطأ غير المباشر مصدره نظرية الخطأ المفترض في جانب الأشخاص المعنوية، وهذا خطأ في الاختيار أو الرقابة أو التوجيه، وهو خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس^(٦)

فحين يرتكب العامل وهو التابع جريمة، تنسب هذه الجريمة إلى المتبوع بافتراض أن المتبوع وهو الشخص المعنوي أخطأ، كما يقوم هذا الخطأ غير المباشر، ويسأل الشخص المعنوي تأسيساً على فكرة الضمان، باعتبار الشخص المعنوي له سلطه الرقابة والتوجيه، فإذا ارتكب التابع الجريمة أثناء تأدية العمل أو بمناسبةها تقع المسؤولية على المتبوع وهو الشخص المعنوي، وقد تفسر نظرية النيابة في جزء منها على أنها أساس خطأ غير مباشر للشخص المعنوي اعتماداً على عنصر التمثيل^(٧)

أما أنصار نظرية الحقيقة فيرون وجود تماثل بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي من الناحية المادية والمعنوية والقانونية، ومن ثمة فالشخص المعنوي يسأل مسئوليه مباشرة، ومبناها الخطأ الشخصي الحقيقي، لأن الشخص المعنوي له إرادة حقيقية تختلف عن إرادة أعضائه، وهو مثل الشخص الطبيعي قادر على توجيه إرادته وفقاً لما يأمر به القانون، أو خلافاً لما يأمر به، وبالتالي يرتكب الجريمة ويتحمل المسؤولية الجزائية، وهذه هي نظرية حرية الاختيار، تقابلها نظرية العضو التي قال بها توفون جيرك والتي تقوم على أن الشخص المعنوي يمتلك إرادة تماماً مثل الشخص

(٦) السنهوري (عبد الرازق أحمد) الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٩٥٢ - ص ١٠٤١ + الحاج (القاضي طلال) مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، طرابلس لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٣ - ص ٨٨

(٧) السنهوري (عبد الرازق أحمد) الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١٠٤٦، ١٠٤٧ + الحاج (قاضي طلال)، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، المرجع السابق، ص ٩١، ٩٢، ٩٣. مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

الطبيعي، وهي إرادة حقيقية تدوب بعد التداول، وينتج عنها إرادة جديدة حقيقية تتميز عن بقية الإرادات^(٨)

بخلاف نظرية التشخيص التي تفرق بين طائفتين من التابعين، إذ يتحمل الشخص المعنوي المسؤولية الجزائية متى كانت الجريمة واقعة من القيادات العليا المسيرة، المجسدة له والمعبرة عن إرادته، بينما لا يسأل جزائيا عن الأفعال التي تقع من المنفذين وهم صغار التابعين لهذا الشخص المعنوي^(٩)

فالمسؤولية مباشرة بالنسبة للشخص المعنوي وفقا لنظرية الحقيقة بمختلف صورها، وتحقق هذه المسؤولية متى وقعت الجريمة من قبل الممثل القانوني لهذا الشخص المعنوي، ولا يشترط فيها متابعة أو إدانة الشخص الطبيعي بالجريمة، بل تقوم هذه المسؤولية متى ارتكبت الجريمة باسمه ولصالحه أو أثناء تأدية المهام، أي بمناسبة العمل من قبل أحد ممثليه أو أجهزته^(١٠)

ويمكن إرجاع هذا الأساس إلى نظرية تحمل التبعة، فالشخص المعنوي يسأل شخصا عن أفعال ذاتية، وهي تحمل تبعة الجرائم التي ترتكب من ممثله أو أحد أجهزته، باعتبار الممثل تابعا له، والشخص المعنوي يستفيد من عائدات نشاط الممثل القانوني، ومن ثمة عليه تحمل تبعة هذا النشاط، على أساس مبدأ الغنم بالغرم^(١١)

ويمكن إرجاع ذلك إلى نظرية الحقيقة ونظرية الحلول في القانون المدني، فالتابع يحل محل المتبوع ويندمجان بحيث يصبحان شخصا واحدا، فإذا ارتكب التابع جريمة اعتبرت أنها ارتكبت من قبل

^(٨) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ٣٣١.

^(٩) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ٣٣٢.

^(١٠) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص ١٠٩.

^(١١) الحاج (قاضي طلال) مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، المرجع السابق - ص ٨٩+.

المتبوع وهو الشخص المعنوي، باعتبار الشخص الطبيعي وهو الممثل القانوني للشخص المعنوي امتداداً لهذا الشخص المعنوي.

إن النتيجة المنبثقة عن هذا التحليل، هي أن الاعتراف بوجود الشخص المعنوي ومنحه الشخصية القانونية دعت إليها الضرورة، فتلك الضرورة هي التي دعت إلى الإقرار لهذا الشخص بالشخصية القانونية المستقلة، والاعتراف بالشخصية المستقلة لمجموعة الأشخاص أو الأموال يخولها القيام بالتصرفات والأهلية الكاملة^(١٢)

لذا فالقانون نفسه حملها المسؤولية الجزائية

الفرع الثاني في التشريعات المقارنة

الإحاطة بكل التشريعات العقابية لكل الدول والمجتمعات في مجال المسؤولية الجزائية غير مستساغ، بالنظر إلى طبيعة البحث الموجزة، لذا اكتفيت بدراسة أساس وشروط المسؤولية الجزائية بإيجاز، أولاً في القانون المصري، وثانياً في القانون الفرنسي، وثالثاً في بعض التشريعات العربية.

أولاً : في القانون المصري

إذ كانت القاعدة العامة في قانون العقوبات المصري هي عدم جواز مساءلة الأشخاص المعنوية عن الجرائم التي ترتكب من قبل أجهزته أو ممثليه القانونيين، ويستفاد ذلك من خلو قانون العقوبات المصري من نص واضح يحمل الشخص المعنوي المسؤولية الجزائية، والاستثناء هو أن يتحمل الشخص المعنوي المسؤولية بموجب قوانين خاصة، وشروط مخصوصة، وحتى الحالات التي اعترف فيها المشرع المصري بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي تردد بين المسؤولية غير المباشرة المبنية على

السنهوري (عبد الرازق أحمد) الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ١٠٤٥

الخطأ غير المباشر، إذ لا يتحمل هذا الشخص المسؤولية إلا بعد أن يرتكب ممثله القانوني هذه الجريمة، وتثبت بحقه، لذا فمعاقبة الشخص المعنوي مقيدة بضرورة معاقبة الشخص الطبيعي الذي يمثله، ومن تلك اللصوص المادة ٢٠٠ من قانون العقوبات المصري التي تنص على "إذ حكم على رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسئول أو الناشر أو صاحب الجريدة في جنابة ارتكب بواسطة الجريدة المذكورة أو في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادتين ١٧٩، ٣٠٨ قضى الحكم بتعطيل الجريدة عدة أشهر بالنسبة للجرائد التي تصدر ثلاث مرات في الأسبوع أو أكثر ولمده ثلاثة أشهر للجرائد الأسبوعية ولمدة سنة في الأحوال الأخرى..."

فهذا النص يؤكد تحميل الجريدة وهي شخص معنوي المسؤولية الجزائية، ومعاقبتها بتعطيلها لمدة معلومة، سواء بشكل وجوبي أو جوازي وفقا للحالات المحددة بنص المادة ٢٠٠ من قانون العقوبات المصري، ومن تلك النصوص كذلك المادة ٢٨ من القانون ٩٠ لسنة ١٩٩٦ المتعلق بتنظيم الصحافة التي نصت على "... إذا لم يتم التصحيح في المدة المحددة..." والمراد من التصحيح نشر الجريدة لتصحيح خبر أوردته، فإذا لم يتم بهذا التصحيح، فالجريدة وهي شخص معنوي تسأل جزائيا مسؤولية غير مباشرة، ونص المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ المتعلق بالتسعير الجبري وتحديد الأرباح التي نصت على " يكون صاحب المحل مسئولا مع مديره أو القائم على إدارته عن كل ما يقع في المحل من مخالفات لأحكام هذا المرسوم ويعاقب بالعقوبات المقررة لها..." وصاحب المحل إما أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا، وبالتالي فالشخص المعنوي يسأل جزائيا مسؤولية غير مباشرة^(١٢)

(١٢) فرج (توفيق حسن) المدخل للعلوم القانونية، بيروت، الدار الجامعية، الطبعة الأولى، ١٩٨٨، ص ٧٤٢، ٧٤٣.

(١٣) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص ٩٨، ٩٩.

لكن هذه المسئولية غير المباشرة في النصوص السابقة تتضمن فكرة ارتباط المسئولية الجزائية والعقوبة بضرورة ثبوت المسئولية الجزائية أولاً بحق الشخص الطبيعي، حتى يمكن نسبها للشخص المعنوي، فهي غير مستقلة، بل مسئولية الشخص المعنوي تابعة لمسئولية الشخص الطبيعي، غير أن هذه المسئولية غير المباشرة يمكن أن يحكم بها على الشخص المعنوي باعتباره ضامناً، وذلك ما نصت عليه المادة ٩٦ من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ في شأن البيئة التي تعاقب المنشآت التجارية والصناعية والسياحية والخدمية بتحميلها المسئولية بالتضامن مع الشخص الطبيعي، والمادة ١١ من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٤ المتعلق بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبي التي نصت على " يكون المسئول عن الجريمة في حالة وقوعها من شخص اعتباري أو إحدى الجهات الحكومية أو وحدات القطاع العام أو وحدات قطاع الأعمال هو مرتكب الجريمة من العاملين لدى الشخص أو الجهة أو الوحدة مع مسئوليته القضائية معه في العقوبات المالية التي يحكم بها (١٤)

كما نصت المادة ٦٨ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المتعلقة بإصدار قانون سوق رأس المال... وتكون أموال الشركة ضامنة في جميع الأحوال للوفاء بما حكم به من غرامات مالية " ذلك حينما يعاقب المسئول عن الإدارة بسبب مخالفته لأحكام هذا القانون، ونصت المادة ١٦ من القانون رقم ٢٠٠٢/٨٠ المتعلق بإصدار قانون مكافحة غسيل الأموال على " في الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بواسطة شخص اعتباري... ويكون الشخص الاعتباري مسئولا بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة التي وقعت بالمخالفة لأحكام هذا القانون قد ارتكبت من أحد العاملين باسمه ولصالحه "

(١٤) لعبودي (محمد عبد القادر) المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص ١٠٢.

فكل القوانين المشار إلى نصوصها سابقا إنما هي قوانين خاصة تجرم بعض الأفعال والأنشطة الخاصة، لذلك فهي نعتبر استثناء من القاعدة العامة، وإن كانت هذه النصوص تحمل الشخص الاعتباري المسؤولية غير المباشرة، فإن نصوصا أخرى تضمنتها قوانين أخرى وعلى سبيل الاستثناء كذلك، لكنها تحمل الأشخاص المعنوية المسؤولية المباشرة، وتحقق هذه المسؤولية عند قيام ممثله القانوني بارتكاب جريمة باسم أو لصالح هذا الشخص المعنوي، سواء صدر حكم ضد هذا الشخص المعنوي أم لم يصدر حكم يدينه، فمسئولية الشخص المعنوي مستقلة عن مسؤولية الشخص الطبيعي، سواء نصت تلك القوانين الخاصة على مسؤولية الشخص المعنوي يصفه عامة، مثل المادة الأولى من القانون ١٣٧ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون العمل، لما عرف قانون العمل المستخدم الذي يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا إذ نصت على " ... صاحب العمل كل شخص طبيعي أو اعتباري يستخدم عاملا أو أكثر لقاء أجر " فصاحب العمل المعرف بنص المادة الأولى يمكن أن يكون محل عقوبة جزائية، وبالتالي يتحمل المسؤولية الجزائية، فقد نصت المواد من ١٦٥ إلى ١٧٤ على معاقبة صاحب العمل على الجرائم التي يصدق عليها النموذج القانوني المحدد بهذه النصوص، وتؤكد ذلك لما صدر القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ المعدل بالقانون رقم ٩٠ لسنة ٢٠٠٥ بموجب المواد من ٢٣٧ إلى ٢٥٧ لاسيما المادة ٢٥٧ التي نصت على " يعاقب صاحب العمل أو من يمثله عن المنشأة الذي يخالف أيا من أحكام المادتين ٢٣٤، ٢٣٥ ... " والمادة ٢٣٤ جاء فيها " على أصحاب الأعمال أو من ينوب عنهم أن يستهلوا مهمة المكلفين بمراقبة تنفيذ أحكام هذا القانون... " والمادة ٢٣٥ جاء فيها " على أصحاب الأعمال أو من ينوب عنهم الاستجابة لطلبات الحضور التي توجه إليهم... " .

فالعقوبات المنصوص عليها في قانون العمل المصري تحمل المستخدم المسؤولية المباشرة على أساس الخطأ الشخصي المباشر، وهو نفس الأساس المعتمد بموجب المواد ٤١، ٤٣، ٤٤ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون الضريبة العامة على المبيعات، والمادتان ١٠، ١١ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٢ في شأن مجال بيع العاديات والسلع السياحية، والمادة ٤٦ من القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٩٢ بإنشاء الإتحاد المصري لمقاولي التشييد والبناء، والمواد ١٣١، ١٣٣، ١٣٥، ١٣٦ من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بإصدار قانون الضريبة على الدخل، إذ الشخص الخاضع للضريبة عرف بالمادة الأولى من نفس القانون بأنه "... الممول : الشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري الخاضع للضريبة".

فهذه النصوص كلها تخاطب الشخص المعنوي بصفه عامة، وتحمله المسؤولية المباشرة، بينما توجد نصوص أخرى تخاطب الشخص المعنوي خاصة، وتحمله المسؤولية المباشرة، ومنها المادة ١٠٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن شركات المساهمة، وشركات التوصية بالأسهم، والشركات ذات المسؤولية المحدودة التي نصت على " مع عدم الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في القوانين الأخرى يعاقب بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه كل شركه تخالف الأحكام المقررة... ".

والمادة الأولى من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٧ بتنظيم شركات السياحة التي نصت على " تسري أحكام هذا القانون على الشركات السياحية... التي تقوم بكل أو بعض الأعمال الآتية... ".

ومتى تحققت صفة الشركة السياحية وفقا لمفهوم هذه المادة، وارتكبت جريمة معاقب عليها طبقا لنص المادة ٢٨ من نفس القانون، وهذا يؤكد المسؤولية المباشرة للشخص المعنوي مثلما

أكدتها المادة ٦ مكرر أ من القانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ المتعلق بقمع الغش والتدليس التي نصت على "... يسأل الشخص المعنوي جنائياً عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون إذا وقعت لحسابه أو باسمه بواسطة أحد أجهزته أو ممثليه أو أحد العاملين لديه...".

فهذا النص يؤكد بشكل جلي وواضح مسؤولية الشخص المعنوي الجزائية المباشرة^(١٥)

عند البعض، غير أن مجمل هذه النصوص لا تقر توقيع العقوبة على الشخص المعنوي نفسه، بل حملته المسؤولية فقط.

ثانياً : في القانون الفرنسي

توجد وجهات نظر مختلفة حول حقيقة اعتراف أو عدم اعتراف المشرع الفرنسي بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، فالفقهاء الذين ينكرون على المشرع الفرنسي اعترافه بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، يستندون إلى مدونة نابليون أي قانون العقوبات الفرنسي الصادر ١٨١٠ الذي لم يشر إلى المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، وبذلك فهو لم يقر هذه المسؤولية، ولم ينكرها، والنتيجة أنه لا يعترف بها^(١٦) رغم أن فرنسا استمدت قوانينها من القانون الروماني، غير أنها في مجال المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية تخلت عن هذا القانون^(١٧).

بينما ذهب فريق من الفقهاء إلى القول بأن المشرع الفرنسي اعترف بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، غير أنهم اختلفوا في تحديد بداية هذا الاعتراف.

^(١٥) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص ١٢٠.

^(١٦) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص ٥٥.

^(١٧) صمودي (سليم) المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، عين مليلة، دار الهدى، ٢٠٠٦، ص ١٦.

فقد رأى فريق منهم أن المشرع الفرنسي اعترف بهذه المسؤولية منذ صدور الأمر الملكي عام ١٦٧٠ الذي نصت المادة الأولى منه على "... ترفع الدعوى الجزائية على مجالس أحياء المدن والمراكز والقرى التي ترتكب عصيانا أو هياجا أو تقوم بأعمال العنف أو بارتكاب أي جريمة أخرى...".

ولإقامة الدليل على اعتراف المشرع الفرنسي بهذه المسؤولية يذكر نص المادة ٤٢٨ من قانون العقوبات الفرنسي التي نصت على "كل جمعية أو جماعة من الفنانين تقدم على مسرحها أعمالا درامية على خلاف ما تقضي به القوانين واللوائح في شأن ملكية المؤلفين تعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف فرنك ولا يتجاوز ثلاثة وعشرون ألف فرنك فضلا عن مصادرة الإيرادات"

وساير الفقه هذا الرأي إلى غاية ١٨٩٩ لما اعتنق ARESTER للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي^(١٨)

ورأى فريق آخر أن المشرع الفرنسي لم يعترف بهذه المسؤولية إلا من تاريخ صدور القانون الجديد بتاريخ ٢٢-٧-١٩٩٢ المطبق ابتداء من أول مارس ١٩٩٤ مغلبا حجج المؤيدين لمسؤولية الشخص المعنوي الجزائية على حجج المنكرين لها.

فالمنكرون لهذه المسؤولية كانوا يرون أن المسؤولية الجزائية لا يمكن إقرارها إلا بموجب نص صريح، وبالرجوع إلى قانون نابليون لعام ١٨١٠ لم يرد أي نص يعترف أو يقرر هذه المسؤولية، وبالتالي لا يسأل الشخص المعنوي جزائيا لعدم النص على ذلك من قبل المشرع، ويضيفون أن الشخص المعنوي مجرد فرض نظري وخيال لا إرادة له، ومن شروط المسؤولية الجزائية الإرادة، ومتى انعدمت الإرادة فلا مسؤولية، ويؤكدون أن أساس المسؤولية هو الخطأ الشخصي، ومن غير الممكن

(١٨) عقيدة (محمد أبو العلام)، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، من غير مكان للطبع، دار الفكر العربي، ١٩٩٧، ص ٤٣.

إسناد الأفعال إلى الشخص المعنوي لانعدام الإرادة، ولكونه غير موجود حقيقة، وبالتالي لا يسأل هذا الشخص، زيادة على استحالة توقيع بعض العقوبات عليه، وتضرر الأعضاء المكونين له في حال معاقبته، وفي ذلك مخالفة لمبدأ شخصية العقوبة وعدم تحقيق العقوبات لأغراضها^(١٩)

أما المؤيدون لهذه المسؤولية، فقد أكدوا أن الأشخاص المعنوية حقيقة قانونية، اعترف بها القانون، وحقيقة واقعية إذ أصبح مؤكد ارتكاب الأشخاص المعنوية لجرائم خطيرة تفوق أحياناً الجرائم المرتكبة من الشخص الطبيعي، مثل جرائم المنافسة غير المشروعة، وجرائم النقد وتزوير العلامات التجارية، مخالفة القوانين الاقتصادية، مخالفة قانون العمل، و أن الشخص المعنوي له إرادة مستقلة تشكل من إرادات الأعضاء المكونين له، وهي إرادة حقيقية يعبر عنها عند الاجتماع والمداومات والتصديق في مجلس الإدارة، وعند انعقاد الجمعية العمومية، وهذه الإرادة بإمكانها ارتكاب الجرائم، ويخضع هذا الشخص لعقوبات تتلاءم مع طبيعته، وإذا لم يتم الإقرار بهذه المسؤولية يقع التناقض مع اعتراف القانون المدني بها.

ورغم استبعاد القانون الفرنسي الصادر عام ١٨١٠ مسؤولية الأشخاص المعنوية من خلال عدم النص عليها، لكنه أقر بتوقيع تدابير احترازية وعقوبات يجوز توقيعها على الشخص المعنوي، والمرسوم الصادر بتاريخ ١٩٤٥/٠٥/٠٥ الذي أقر معاقبة الصحف التي تتعاون مع أعداء فرنسا، والمرسوم الصادر بتاريخ ٣٠ جوان ١٩٤٥ الذي أقر عقوبة الحل بالنسبة للشخص المعنوي إذا ما

لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٥٥
(^{١٩}) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٤٣، ٤٤

ارتكبت الجريمة لحسابه، والقانون الصادر بتاريخ ١٠ / ١ / ١٩٩١ الذي أقر بأن الشخص

المعنوي يسأل بالتضامن عن دفع الغرامات ومصاريف التقاضي المحكوم بها على ممثله أو تابعيه (٢٠)

فهذه النصوص المتفرقة تحمل الشخص المعنوي المسؤولية الجزائية، وهي تتماشى مع ما

استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا الفرنسية التي اعتمدت مبدأ يتضمن أن " الأشخاص المعنوية لا

تتحمل أي مسؤولية جزائية حتى ولو كانت مالية... " (٢١)

لكنها استثنت من ذلك إمكانية تحميل الشخص المعنوي المسؤولية عن دفع الغرامة المحكوم

بها على الممثل القانوني أو التابع في الجرائم المادية، واعترفت بالمسؤولية الجزائية عن فعل الغير وهذا

الاتجاه مهد لصدور حكم دستوري في فرنسا بتاريخ ٣٠ / ٠٧ / ١٩٨٢ يقضي بأنه " لا يوجد

أي مبدأ دستوري يعارض توقيع الغرامة على الشخص المعنوي " (٢٢) وتؤكد هذا المبدأ وتقرر

بمقتضى الحكم الصادر عن المحكمة الأوروبية الصادر بتاريخ ٠٢ / ١٠ / ١٩٩١ الذي تضمن " لا

تمنع المادة ٥ من الاتفاقية الأوروبية ولا المادة ١٧ من اللائحة رقم ٣٨٢ - ٨٥ من قيام أي دولة

عضو في الوحدة الأوروبية من إقرار مبدأ المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية في قانونها الوطني "

(٢٣)

وهذا القرار يتماشى مع السياسة الجزائية المعتمدة من الدول الأعضاء التي تضمنتها

التوصية المعتمدة رقم ١٨ (٨٨) R الصادرة عن اللجنة الوزارية للدول الأعضاء إذ نصت المادة

(٢٠) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٤٧

(٢١) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٤٦

(٢٢) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٤٦

(٢٣) عقيدة (محمد أبو العلام)، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٤٩.

الثالثة منها على " لأجل جعل المشروعات مسئولة، يجب اتخاذ بعض الإجراءات منها على وجه الخصوص.

أ - أعمال المسئولية وتطبيق الجزاءات الجنائية على المشروعات حينما تكون طبيعية الجريمة وجسامة الخطأ الصادر عن المشروع وفداحة النتائج بالنسبة للمجتمع وضرورة منع جرائم أخرى مما يقتضي هذه المسئولية وتلك الجزاءات " (٢٤).

هذه الآراء الفقهية والأحكام القضائية مهدت كلها لتوجيه السياسة الجنائية الفرنسية، نقترح مشروع قانون يتضمن تحميل المسئولية الجزائية للأشخاص المعنوية ابتداء من سنة ١٩٧٦، وعرض على البرلمان الفرنسي سنة ١٩٨٩ إذ عبر وزير العدل الفرنسي BADINTER عن رغبة الحكومة الفرنسية في إصدار قانون عقوبات جديد بقوله " لقد حان الوقت ليكون لدى الأمة الفرنسية قانون عقوبات حديث يعبر عن القيم المعاصرة لحضارتنا " (٢٥).

هذه الرغبة لم تكن وليدة اللحظة، بل جرت عدة محاولات لتعديل قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٨١٠ منها المحاولة الأولى التي جرت عام ١٨٨٦، وتم بموجبها اقتراح قانون عقوبات جديد قدم إلى وزير العدل عام ١٨٩٢، وأعيدت المحاولة سنة ١٩٣٠ وقدم. المشروع إلى البرلمان سنة ١٩٣٤، وفي هذا المشروع تم اقتراح المسئولية الجزائية للأشخاص المعنوية، ولم يتم إصدار هذا القانون، وفي عام ١٩٧٤ أصدر وزير العدل الفرنسي مرسوماً أنشأ بموجبه لجنة أسند إليها مهمة مراجعة قانون نابليون، وإعداد مشروع قانون عقوبات فرنسي جديد، وأُنجز الجزء العام من هذا المشروع بعد أن تلقت اللجنة آراء الجهات التي لها علاقة، وهي المحاكم، المدرسة الوطنية

(٢٤) عقيدة (محمد أبو العلام)، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٤٩.

(٢٥) عقيدة (محمد أبو العلام)، لاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٩.

للقضاة، نقابة المحامين، المنظمات الممثلة للمعاهد القضائية، الجامعات، الهيئات الوزارية ذات العلاقة بالدراسات القانونية، المنظمات الدولية، و قدم لوزير العدل بتاريخ ١٩٧٨/٠١/٠٢، وفي عام ١٩٧٩ قدمت اللجنة إلى وزير العدل الجزء الثاني المتعلق بجرائم الاعتداء على الأشخاص، وبتاريخ ١٩٨١/١٠/٢١ أصدر وزير العدل BADINTER مرسوما يعتمد تشكيل هذه اللجنة التي أدخلت بعض التعديلات على المشروع الأول، وفي شهر فيفري من سنة ١٩٨٦ قدم وزير العدل مشروع القانون في ثلاثة كتب إلى مجلس الشيوخ الفرنسي، ولم تبدأ مناقشة هذا القانون إلا خلال سنة ١٩٨٩، وتمت القراءة الأولى، وفي سنة ١٩٩٠ جرت القراءة الثانية ومناقشه المشروع من قبل مجلس الشيوخ الفرنسي، واختلفت وجهات النظر حوله.

ومن بين النقاط المختلف بشأنها المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، مما أدى إلى تشكيل لجنة من المجلس أسندت إليها مهمة دراسة نقاط الاختلاف، وخلال عامي ١٩٩١، ١٩٩٢ أعيدت قراءه مشروع القانون من قبل البرلمان، وأقر هذا المشروع نهائيا بتاريخ ١٩٩٢/٠٧/٢٢ وأصدر بتاريخ ١٩٩٢/٠٧/٢٢، على أن يبدأ سريانه من تاريخ ١٩٩٤/٠٣/٠١^(٢٦) وقد حسم المشروع الفرنسي الجدال الدائر حول المسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية، فأقر هذه المسؤولية وأصبحت تسأل جنائيا جميع الأشخاص المعنوية ما عدا الدولة، إذ نصت المادة ١٢١ / ٣ علي "الأشخاص المعنوية ما عدا الدولة تسأل جزائيا وفقا لما تشير إليه المواد ١٢١ / ٤ إلى ١٢١ / ٧ وفي الحالات

عقيدة (محمد أبو العلاء) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق ص ١٥، ١٦، ١٨، ١٨⁽²⁶⁾
Li n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre, "toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibéré de la personne d'autrui."

المنصوص عليها في التشريع أو اللائحة عن الجرائم التي ترتكب لحسابها بواسطة أعضائها أو ممثليها ومع ذلك لا تسأل الجماعات المحلية ولا تجمعاتها جزائيا إلا عن الجرائم التي تقع أثناء ممارسة أنشطة قابلة لأن تكون موضوع اتفاقيات تفويض للخدمة العامة "

المسئولية الجزائية للأشخاص المعنوية لا تحول دون مسئولية الشخص الطبيعي فاعل أو شريك على نفس الوقائع مع التحفظ لما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة ١٢١ / ٣ (٢٧).

فمن خلال هذا النص والنصوص المتفرقة في مجال علاقة العمل، والقوانين الاقتصادية والضريبية وجرائم الأموال عموما، فإن مسئولية الشخص المعنوي لا يشترط لقيامها ثبوت التهمة بالنسبة للشخص الطبيعي أولا، مثلما هو الحال في بعض النصوص القانونية المصرية، بل يمكن أن تقع المسئولية الجزائية على الشخص المعنوي مستقلة عن الشخص الطبيعي الذي يمثله قانونا، غير أن هذا لا يمنع حسب البروفسور إيف مايود YVES MAYAUD من مساءلة كلا من الشخص المعنوي والطبيعي على نفس الوقائع سواء بصفته فاعلا أصليا أو شريكا، وقيام مسئولية الشخص المعنوي لا تحول دون مسئولية الشخص الطبيعي، ولا تحجبها (٢٨).

“ii y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence ou de négligence ou de manquement une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est (27) établit que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, les cas échéant de la nature de mission ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens don't il disposait. Yves mayaud, code penal , tom I , imprimer (itv) italie , librairie dalloz , 10 I edition , 2004 p 76

(٢٨) لبعودي (محمد عبد القادر) المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص ٦٣

ومع ذلك فهذه المسؤولية نطاقها محدود مقارنة بمسئولية الشخص الطبيعي الجزائية، إذ مسئولية الشخص الطبيعي مطلقة تنشأ عن كل الجرائم التي تقع من قبل كل الأفراد و الأشخاص إلا ما نصت عليه قواعد موانع المسؤولية الجزائية والدفاع الشرعي وما يأذن به القانون، بينما مسئولية الشخص المعنوي مقيدة من حيث الأشخاص، فلا تسأل الدولة مع أنها أهم شخص اعتباري، ولا تسأل الجماعات المحلية وهي الهيئات الإدارية التي تعتبر امتدادا للدولة مثل المقاطعات والولايات والبلديات، إلا عن الجرائم التي تقع عند ممارستها لنشاطات مرفقية يخول القانون إمكانية التنازل عن تسييرها إتفاقيا إلى الغير، وهي مقيدة كذلك من حيث الجرائم، فلا يسأل الشخص المعنوي إلا عن الجرائم التي نص المشرع صراحة على معاقبه الشخص المعنوي عليها، متى ارتكبت من قبل أجهزته أو ممثله القانوني، وليس هذا فحسب بل هذه المسؤولية مقيدة بضرورة توافر عدة شروط :

منها أن ترتكب لحساب هذا الشخص المعنوي، وبواسطة ممثله أو أحد أجهزته، وما عدا هذه القيود فالشخص المعنوي يسأل جزائيا سواء كان من أشخاص القانون العام أم من أشخاص القانون الخاص، وسواء كان الهدف من إنشاء هذا الشخص المعنوي الربح ام لا يهدف إلى تحقيق الربح، وسواء كان الشخص المعنوي يحمل الجنسية الفرنسية ام الأجنبية، متى ارتكب الجريمة على الإقليم الفرنسي تغليبا لمبدأ الإقليمية (٢٩)

وهذه المسؤولية الجزائية في فرنسا تدور بين الخطأ الشخصي والمسئولية عن فعل الغير، وبالتالي المسئولية المباشرة وغير المباشرة التي يستعير فيها الشخص المعنوي جرمته من الشخص الطبيعي وفقا لمفهوم استعارة التحريم. فإذا كان القانون الفرنسي القديم لا يعترف بهذه المسئولية إلا في حالات

(٢٩) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٥٢.

استثنائية محدودة على رأي من يذهب إلى ذلك، مبنها الخطأ المفترض، فهي في قانون العقوبات الجديد ما تزال محل نقاش حسب نوع الجريمة التي يسأل عنها.

فهي في جرائم العمد التي يتطلب فيها لقانون القصد الجنائي، سواء كان قصدا عاما أو قصدا خاصا قائم على الإرادة الآتمة، تختلف عن الجرائم المالية التي لا تتطلب تدخلا إيجابيا للإرادة، وبالتالي فالمسؤولية عن جرائم العمل هي الأخرى محل نقاش، لكون بعض تلك الجرائم إيجابية ذات نتيجة، وبعضها جرائم سلبية، وهي أغلب الجرائم، وبعضها جنح وبعضها مخالفات. فإذا كان مقدمه مشروع قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٧٨ تضمنت الإشارة إلى المسؤولية الشخصية للجماعة أي الشخص المعنوي، فإن القانون الجديد الصادر بتاريخ ٢٢ / ٠٧ / ١٩٩٢ يشترط صراحة لكي تقوم مسؤولية الشخص المعنوي، أن ترتكب الجريمة من قبل ممثل هذا الشخص أو أحد أجهزته، وهذا برأي أخذ بنظرية الخطأ غير المباشر، وهي المسؤولية عن فعل الغير، من خلال عبارة الممثل القانوني، وأخذا بنظرية الخطأ الشخصي والمسؤولية المباشرة من خلال إمكانية ارتكاب الجريمة من قبل الجهاز، والجهاز هو الشخص المعنوي نفسه.

لذا فالقانون الفرنسي يؤسس المسؤولية على الخطأ الحقيقي والشخصي في جرائم الإهمال والجرائم المادية التي لا يشترط فيها عادة النية الآتمة التي تتطلب تدخل الإرادة، والجرائم السلبية وهي أغلب جرائم العمل، والخطأ غير المباشر في الجرائم التي يشترط لقيامها ثبوت التهمة أولا بحق الممثل القانوني لهذا الشخص، وذلك خلافا للتحليل القائل بأن مسؤولية الشخص المعنوي مفترضة بالنسبة للشخص المعنوي، سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا في الجرائم ذات القصد، والخطأ الشخصي في الجرائم المادية، وخلافا لمن يرى أن مسؤولية الشخص المعنوي الجزائية وفي جميع أنواع الجرائم مسؤولية

شخصية، مبنية على الخطأ الذي ترتكبه إرادة الشخص المعنوي نفسه، هذه الإرادة القادرة على ارتكاب خطأ عن علم ودراية، وبالتالي في أي شخص معنوي قادر على ارتكاب خطأ جنائي بفعل إرادته، فخطأه الشخصي يستلزم مسؤوليته الخاصة " (٣٠)

وخلافا لمن يرى أن مسؤولية الشخص المعنوي الجزائية هي مسؤولية تضامنية مع الأشخاص الطبيعيين اللذين يرتكبون هذه الجرائم (٣١)

والنتيجة المتوصل إليها بعد هذه المناقشة هي أن المسؤولية الجزائية في القانون الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٢ / ٠٧ / ١٩٩٢ المطبق ابتداء من ٠١ / ٠٣ / ١٩٩٤ مبنها وأساسها الخطأ الشخصي الحقيقي في الجرائم المادية والجرائم التي لا تتطلب النية الآثمة، وجرائم الإهمال متى ارتكبت من قبل الممثل القانوني، وجميع الجرائم المرتكبة من قبل الجهاز سواء كانت إيجابية أم سلبية مادية أم ذات نتيجة، تتطلب القصد الجنائي وأساسها الخطأ المفترض سواء كان على سبيل التضامن مع الشخص الطبيعي أم لا في الجرائم التي ترتكب. من قبل الشخص الطبيعي لصالح الشخص المعنوي، وفي غير الجرائم المادية وجرائم الإهمال.

ثالثاً: في بعض القوانين العربية

أقدم التشريعات العربية التي أخذت بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، سواء كان عامة أو خاصة، تهدف إلى الريح أم لا، بما في ذلك الدولة، هو التشريع اللبناني بموجب المادة ٢١٠ من قانون العقوبات الصادر في عام ١٩٤٣، وعنه نقلت المادة ٢٠٨ من قانون العقوبات السوري

(٣٠) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة المرجع السابق، ص ٣٣٤، ٣٣٥.

الصادر سنة ١٩٤٩، والمادة ٧٤٨ من قانون العقوبات الأردني الصادر سنة ١٩٥١، إذ نصت المادة ٢١٠ من قانون العقوبات اللب ناني على " الهيئات المعنية مسئولة جزائيا عن أعمال مديرها وأعضاء إدارتها وممثلها وعمالها عندما يأتون هذه الأعمال باسم الهيئات المذكورة أو بإحدى وسائلها (٣٢)

فكلا من التشريع اللبناني والسوري والأردني يقر بالمسؤولية الجزائية لجميع الأشخاص المعنية، عن جميع الجرائم التي تتطابق مع النموذج القانوني، مع استبعاد توقيع بعض العقوبات عليها مثل الوقف والحل، وذلك بموجب المواد ٢٠٨، ٢٠٩ من قانون العقوبات اللبناني المقابلة لأحكام للمواد ٢٠٨، ٢٠٩ من قانون العقوبات السوري، و ٣٦، ٣٧، من قانون العقوبات الأردني (٣٣).

كما اعترف جزئيا كلا من قانون العقوبات العراقي بموجب المادة ٨٠ من القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩، وقانون العقوبات الإماراتي بموجب المادة ٦٥ من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٧، بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنية، والنصين لهما نفس الأحكام مع اختلاف طفيف في الصياغة، فقد نصت المادة ٨٠ من قانون العقوبات العراقي على " الأشخاص المعنية (٣٤) فيما عدا مصالح

(٣١) صمودي (سليم) المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٦.

(٣٢) متن مادة ٢١٠ من قانون العقوبات اللبناني هو نفسه متن المادة ٢٠٩ من قانون العقوبات السوري مع استبدال عبارة المعنية في التشريع اللبناني بعبارة الاعتبارية في التشريع السوري ومطابق حرفيا لعبارة المشروع الأردني في المادة ٧٤.

(٣٣) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنية في التشريع المصري - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص

٧٨، ٧٣

(٣٤) أستعمل لفظ الاعتبارية في القانون الإماراتي

الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية (٣٥) مسؤولة جزائياً عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها أو مديروها أو وكلاؤها لحسابها وباسمها (٣٦)

فإذا كان كلا من القانون اللبناني والسوري والأردني أقر بالمسؤولية الجزائية لجميع الأشخاص المعنوية، عن جميع الجرائم التي ترتكب من قبل الممثلين القانونيين، لصالحهم أو باسمهم أو بإحدى وسائلهم، فإن مساءلة هذا الشخص لا تمنع من مساءلة الشخص الطبيعي في تلك القوانين، وإن العقوبات التي يمكن توقيعها فعلاً هي الغرامة والمصادرة والوقف والحل، لغير الدولة والمؤسسات الرسمية وشبه الرسمية في العراق والإمارات، وهي المقابلة للهيئات ذات الطابع الإداري في الجزائر، كما أن العقوبات هذه متطابقة في التشريعات الثلاثة، ما عدا عقوبة النشر التي لم ينص عليها المشرع الأردني، ومتطابقة في التشريع العراقي والإماراتي ولا يختلفان إلا في مقدار الغرامة. (٣٧)

والتشريع العراقي والإماراتي واللبناني والسوري والأردني يربطون قيام المسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية بثبوت التهمة بحق الشخص الطبيعي، سواء كان مديراً، أو عضو مجلس الإدارة، أو ممثل قانوني، أو عامل، ليس هذا فحسب بل يجب أن ترتكب هذه الجريمة إما باسم ولصالح هذا الشخص المعنوي، وإما بإحدى وسائله، وبذلك فأساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض القائم على سوء الاختيار، أو الخطأ في التوجيه والرقابة، وبالتالي فالمسؤولية الجزائية في هذه التشريعات

(٣٥) استعملت عبارة الهيئات والمؤسسات العامة في التشريع الإماراتي بدل شبه الرسمية في قانون العقوبات العراقي

(٣٦) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٧٩،

٨٠

(٣٧) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص ٧٨ إلى ٨١.

مسئولية غير مباشرة، يستعير فيها الشخص المعنوي التحريم من الأفعال التي تقع من الشخص الطبيعي الذي يمثله.

الفرع الثالث في التشريع الجزائري

إذا كان المشرع الجزائري نص أخيرا بموجب المادة ٥١ مكرر من القانون ٠٤ / ١٥ المؤرخ في ١٠ / ١١ / ٢٠٠٤ المعدل والمتمم لقانون العقوبات على أنه " باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسئولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك

إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تتمتع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال "

فهذا النص يقرر المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية كأصل عام وليس كاستثناء، مثلما كان الوضع قبل هذا التاريخ، لأن المشرع أدرج النص ضمن المبادئ العامة لقانون العقوبات، وكان من قبل يشير إلى الشخص المعنوي عرضا عند تنظيمه لأوضاع الشخص الطبيعي في مجال المسؤولية الجزائية، والعقوبات التبعية أو التكميلية، وصحيفة السوابق القضائية وفي بعض القوانين الخاصة.

فقد استنتج بعض الباحثين من المادة ٩ الفقرة الخامسة من قانون العقوبات التي نصت على أن من بين العقوبات التكميلية حل الشخص الاعتباري، والمادة ٢٠ من نفس القانون التي نصت على أن من بين تدابير الأمن العينية مصادره الأموال وإغلاق المؤسسة، والمادة ١٩ الفقرة الثالثة التي نصت

على أن من بين تدابير الأمن الشخصية المنع من ممارسة مهنة أو نشاط أو فن " والمادة ٦٤٧ من

قانون الإجراءات الجزائية التي نصت على

يجب تحرير بطاقة عامة لـ...

١ - كل عقوبة ضريبية صادرة ضد الشركة، ٢- كل عقوبة جنائية في الأحوال الاستثنائية التي يصدر فيها ممثلها على شركة، ٣- كل إجراء أمن أو إغلاق ولو جزئيا أو مؤقتا وكل مصادرة محكوم بها على شركة ولو نتيجة جزاء موقع على شخص طبيعي، ٤ - أحكام إشهار الإفلاس أو التسوية القضائية.

فقد استخلص البعض من مجمل هذه النصوص رأيا مفاده أن المشرع الجزائري اعترف بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية استثناء (٣٨)

بينما رأى البعض الآخر أن المادة ٦٤٧ من قانون الإجراءات الجزائية قطعت بأن المشرع الجزائري احتاط للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي (٣٩) غير أنني أرى بأن المشرع الجزائري لم يقر بالمسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية قبل صدور القانون ١٥/٠٤ المؤرخ في ١٠ / ١١ / ٢٠٠٤ المعدل والمتمم لقانون العقوبات (٤٠) لعدة أسباب منها :

(٣٨) فرج (رضا) شرح قانون العقوبات الجزائري، الكتاب الأول، قانون العقوبات، القسم العام، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، من غير سنة، ص ٣٩٥

(٣٩) صمودي (سليم) المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة المرجع السابق، ٢٠٠٦، ص ٢٢

(٤٠) بوسقيعة (أحسن) الوجيز في القانون الجزائري العام، الجزائر، دار همة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٦ ص

١ / أن قانون العقوبات الجزائري ليس امتداد لقانون العقوبات الفرنسي، وإن كان قانون العقوبات الفرنسي هو المصدر التاريخي لقانون العقوبات الجزائري، لذا فالأمر الملكي الصادر عام ١٦٧٠ الذي أجازت المادة الأولى منه أن " ترفع الدعوى الجنائية على مجالس أحياء المدن والمراكز والقرى التي ترتكب عصيانا أو هيجانا، أو تقوم بأعمال العنف، أو بارتكاب أي جريمة أخرى، لا يجوز الاستناد إليه للقول بأن المشرع الجزائري أعترف بهذه المسؤولية، كما لا يجوز الاستناد إلى المادة ٤٢٨ من قانون العقوبات الفرنسي قبل تعديله، والتي كانت تنص على أن كل جمعية أو جماعه من الفنانين تقدم على مسرحها أعمالا درامية على خلاف ما تقضي به القوانين. واللوائح في شأن ملكية المؤلفين تعاقب... " ولا المادة ٨٢ من قانون العقوبات، والمادتان ١٣٢، ١٣٣ من قانون المناجم، والمادة ١٩٠ من القانون المؤرخ في ١٢ / ٠٧ / ١٩٧٥ الذي أقر المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، وأساسها عن أنها مسئولية عن الغير، والمادة التاسعة من القانون المؤرخ في ٢١ / ٥ / ١٩٨٤ المعدلة بالمادة ٣ من القانون الصادر بتاريخ ١٢ / ٠٣ / ١٩٢٠ التي تحيز حل النقابات، والمادتان ٣، ٧ من القانون المؤرخ في ١ / ٧ / ١٩٠١ الذي يتضمن حل الجمعيات التي تنشأ لغرض غير مشروع، والمادة ٨ من المرسوم رقم ١٢ لسنة ١٩٣٨ المتعلق بالتهرب الضريبي^(٤١) ولا مشروع قانون العقوبات لسنة ١٩٣٤ الذي اقترح توقيع تدابير احترازية وبعض العقوبات على الشخص المعنوي، ولا المرسوم الصادر في ٥ / ٥ / ١٩٤٥ الذي تضمن عقوبات توقع على الصحف التي تتعامل مع الأعداء، ومنها الحل والمصادرة، ولا المرسوم المؤرخ في ٣٠ / ٦ / ١٩٤٥ الذي تضمن إمكانية معاقبة الشخص المعنوي الخاص بجرمانه من النشاط، إذا ما ارتكبت الجريمة باسمه أو

(٤١) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص ٥٦،

لحسابه، ولا القانون الصادر بتاريخ ١٠/٠١/١٩٩١ الذي اعتبر الشخص المعنوي مسئولا بالتضامن مع الشخص الطبيعي عن الغرامة والمصاريف التي يحكم بها القضاء على الممثل القانوني (٤٢).

فتلك القوانين لا يمكن أن تكون دليلا على إقرار المشرع الجزائري للمسئولية الجزائية للشخص المعنوي، بل أن بعض النصوص القانونية الفرنسية ومن بينها المرسوم الصادر بتاريخ ٣١/١٠/١٨٤٥، والقرار الصادر بتاريخ ١٧/٠٧/١٨٧١، والقانون الصادر بتاريخ ١٥/٧/١٨٧٨ كانت تعتبر مجرد معارضة الاحتلال من قبل الأهالي جريمة وتعاقب العشائر والقبائل بوضع الحراسة على أموالهم ومصادرهم، وتسليط الغرامة على القبيلة والعشيرة والأسرة، لا يمكن أن تقوم سندا للقول بالمسئولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري، لسبب بسيط هو أن القبيلة والعشيرة والأسرة لم يعترف بها القانون الفرنسي كشخص معنوي، بل هي مجرد عقوبات جماعية تصدر بموجب أوامر فردية، ليست لها حتى صفة القرارات الإدارية المشروعة، لافتقادها ركن المشروعية، كما أن العقوبات التكميلية المنصوص عليها بالمادة ٩ من قانون العقوبات الجزائري، ومن بينها الفقرة الخامسة التي تتضمن حل الشخص الاعتباري، والفقرة الرابعة التي تتضمن المصادرة الجزئية للأموال، والمنصوص عليها بالمادة ١٧ من نفس القانون والتي تتضمن منع الشخص الاعتباري من الاستمرار في ممارسة نشاطه حتى لو كان تحت اسم آخر، أو مع مديرين أو أعضاء مجلس إدارة أو مسيرين آخرين"

(٤٢) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٤٧

والمنع من ممارسة مهنة أو نشاط أو فن المنصوص عليها بالمادة ١٩ / ٣ من نفس القانون، وتدابير الأمن العينية المقررة بموجب المادة ٢٠ من قانون الإجراءات الجزائية، ومنها مصادرة الأموال، وفقا لما تنص عليه المادة ٢٥، وإغلاق المؤسسة نهائيا أو مؤقتا وفقا للمادة ٢٦ لا يمكن أن يستخلص منها على أن المشرع الجزائري آخذ بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي كقاعدة عامة، خلافا لمن يرى أن المشرع الجزائري جمع بين تدابير الأمن والعقوبة الجزائية بالمادة ١٩ الفقرة ٣ التي تقرر المنع من مزاوله نشاط معين أو فن وهو من التدابير، وما نصت عليه المادة ٩ الفقرة ٥ المتضمنة حل الشخص الاعتباري وهو إجراء من العقوبات التكميلية، ولا يسوغ الجمع بين هذين النصين وتطبيق المادة ١٧ من قانون الإجراءات الجزائية المتضمن منع الشخص المعنوي من الاستمرار إلا بالقول أن المشرع الجزائري أعترف بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي^(٤٣) لكن لا أدمع هذا الرأي، بل أدمع الراي القائل بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي إلا استثناء وبشروط معلومة، وفي جرائم محددة نص المشرع عليها صراحة بنصوص تحمل الشخص المعنوي هذه المسؤولية وتجزئ متابعته، وان المنع من ممارسة مهنة أو نشاط أو فن تم النص عليه ضمن المادة ١٩ المدرجة ضمن تدابير الأمن الشخصية وتفسيرها يصدق على الإنسان، أي الشخص الطبيعي، وليس الشخص المعنوي، ومن ثمة فالمحاكم حين تقضي بهذه العقوبة ضد الشخص الطبيعي تقرر هذه العقوبة كأثر لعقوبة الجنابة أو الجنحة، و أما ما نصت عليه المادة ١٧ من قانون الإجراءات الجزائية المتضمنة منع الشخص المعنوي من الاستمرار، فهي تشير إلى أن المشرع الجزائري توقع

(٤٣) فرج (رضا) شرح قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص ٣٩٨ + صمودي (سليم) المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٢٣. +
بوسقيعة (أحسن) الوجيز في القانون الجزائري العام، الجزائر، دار همة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٦، ص ١٨٩، ١٩٠

إمكانية أن يجرم بعض الأفعال التي يقوم بها الشخص المعنوي مستقبلا، ومن ثمة احتاط لذلك، ونص على هذه العقوبة التكميلية مثلما نص على عقوبة تكميلية أخرى هي عقوبة الحل بالمادة ٩.

لكن هذا التعليل برأي غير موفق لأن المشرع الجزائري يفرق بين العقوبات وتدابير الأمن، إذ اعتبر بنص المادة ٤ من قانون العقوبات، أن جزاء الجرائم يكون بتطبيق القانون وتكون الوقاية منها بتدابير الأمن، وفرق بين العقوبات الأصلية والتبعية والتكميلية بنفس النص، مؤكدا على أن العقوبة التبعية تابعه لعقوبة أصلية وتطبق تلقائيا بعد ثبوت إدانة المتهم، والعقوبات التكميلية لا يحكم بها مستقلة عن العقوبة الأصلية، ومن ثقة فالتشريع الجزائري وبما أنه لم يكن يتضمن نصا يعاقب الشخص المعنوي، وأن العقوبات مقررّة للشخص الطبيعي، وأن العقوبات التبعية والتكميلية مرتبطة بالعقوبات الأصلية، " لذا لا نمكن توقيعها على الشخص المعنوي مستقلة، وبالتالي فهي إن سلطة على الشخص المعنوي إنما يتم ذلك باعتبارها عقوبة تكميلية أو تبعية لعقوبة الشخص الطبيعي، ويتأكد صواب هذا الرأي من خلال توجه المشرع الجزائري نفسه عندما عدل قانون العقوبات بموجب القانون ١٥/٠٤ المؤرخ في ١٠/١١/٢٠٠٤ فنص صراحة على العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي بالمادة ١٨ مكرر التي نصت على " العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجناح هي ا- الغرامة

٢- واحدة أكثر من العقوبات التالية - حل الشخص المعنوي - غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز ٥ سنوات - الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس ٥ سنوات - المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا أو لمدة

لا تتجاوز خمس ٥ سنوات - مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها -

نشر وتعليق حكم الإدانة - الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس ٥ سنوات ..."

كما نص بالمادة ١٨ مكرر ١ على العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد المخالفات، وحددها بالغرامة، والمصادرة للشيء الذي استعمل في ارتكاب الجرائم أو نتج عنها.

فهذا دليل على أن المشرع الجزائري لم يكن مراده من نص المواد ٩، ١٦، ١٧، ١٩، ٢٣، ٢٦ من قانون الإجراءات الجزائية معاقبة الشخص المعنوي، بل هي مجرد عقوبات تبعية أو تكميلية تطبق بعد ثبوت التهمة، أو بعد الحكم بها قضاء، وبعد الحكم بمعاقبة الشخص الطبيعي، ولو كانت تلك المواد تتضمن معاقبة الشخص المعنوي لكان أشار إليها النص أو على الأقل أشار إلى تعديلها بالقانون الجديد، وتؤكد ذلك من خلال النص أخيرا ضمن قانون العقوبات بموجب المادة ٥١ مكرر التي نصت على " باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسئولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك "

والعقوبات التي تطبق على هذا الشخص بموجب المادة ١٨ مكرر من نفس القانون، منها عقوبات أصلية لم تكن واردة في القانون القديم، مثل الإقصاء من الصفقات، نشر و تعليق حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية، الغرامة، واعتبر الحل والمنع من مزاوله النشاط والمصادرة وإغلاق عقوبات أصلية، يحكم بها القاضي مباشرة على الشخص المعنوي، مع بقاء محتوى ومفهوم ومتن النصوص المخصصة لتدابير الأمن الشخصية أو العينية دون تغيير أو تعديل، فدل ذلك على أن المشرع الجزائري لم يقر بالمسئولية الجزائية للشخص الاعتباري قبل صدور القانون

١٥/٠٤، ومع ذلك وحتى بعد صدور نص المادة ٥١ مكرر من قانون العقوبات الجزائري، فإن
المشروع الجزائري استبعد معاقبة الدولة والبلدية والولاية، باعتبار البلدية والولاية مكونا الجماعات
المحلية و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، مثلما هو الأمر في العراق والإمارات العربية
المتحدة التي استعمل مشرعيها مصطلح مصالح الحكومة بدل الدولة، ودوائرها الرسمية بدل
الجماعات المحلية، والهيئات والمؤسسات العامة بدل الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام،
بخلاف المشروع الفرنسي الذي وفر الحماية للدولة فقط، والجماعات المحلية فيما إذا كانت التصرفات
التي تقوم بها مرتبطة بامتياز السلطة العامة، ولا يجوز التنازل عنها لمؤسسات أو أشخاص آخرين،
وبخلاف المشروع اللبناني والسوري اللذين كانا أكثر تطورا حتى من التشريع الفرنسي الحديث لسنة
١٩٩٢ الذي ما يزال مترددا في معاقبة كل الأشخاص المعنوية، فقد حملا هذين المشرعين المسؤولية
الجزائية لكل الأشخاص المعنوية، مع استبعاد تطبيق العقوبات التي يمكن أن تعطل نشاط الدولة،
أو البلدية، أو المرافق العامة، تجنباً للانتقادات القائلة بأن معاقبة الشخص المعنوي تصيب
أشخاصا ضعفاء أنشئ المرفق العام لخدمتهم، بل لا علم لهم بهذه الجرائم، وكان يفترض أن المشروع
الجزائري يكون أكثر تطورا من التشريع اللبناني والسوري والأردني الصادرين على التوالي سنة
١٩٤٣، ١٩٤٩، ١٩٥١ - (٤٤) وأكثر تطورا من التشريع الفرنسي الصادر عام ١٩٩٢ باعتبار
تعديل القانون الجزائري صدر حديثا بتاريخ ١٠/١٠/٢٠٠٤.

لكن المشروع الجزائري مازال غير قادر على التخلص من حماية الأشخاص الطبيعيين القائمين على
تمثيل الشخص المعنوي، وهو السبب الذي حمل المشروع الجزائري لأن يحجم على تحميل الشخص

(٤٤) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص ٧٣، ٧٥، ٧٦.

الاعتباري التابع للقطاع العام، أو الخاضع للقانون العام بحسب تعبيره، لأن معاقبة الشخص المعنوي تؤدي إلى معاقبة الممثل القانوني له، وإن تم التذرع بحماية المجتمع من خلال حماية مؤسساته، أو حماية المرفق العام بدعوى وجوب استمراره في تقديم الخدمات لأفراد المجتمع. لذا فالمشرع الجزائري متأخر جدا مقارنة بالتشريع اللبناني والسوري والأردني، وحتى التشريع الفرنسي الصادر عام ١٩٩٢، وحتى الجرائم التي يعاقب عليها مقيدة بضرورة النص عليها صراحة، وذلك ما ورد بنص المادة ٥١ مكرر من قانون العقوبات التي نصت على "... ويكون الشخص المعنوي مسئولا جزائيا عن الجرائم ... عندما ينص القانون على ذلك "

وذلك ما تؤكد لما نصت بالمادة ١٧٧ مكرر ١ من قانون العقوبات على " يكون الشخص المعنوي مسئولا جزائيا وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة ١٧٦ من هذا القانون... والمادة ٣٨٩ مكرر ٧ التي نصت على " يعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب الجريمة المنصوص عليها في المادتين ٣٨٩ مكرر ١ و ٣٨٩ مكرر ٢ " والمادة ٣٨٩ مكرر ١ تحدد النموذج القانوني لجريمة تبيض الأموال، بينما المادة ٣٨٩ مكرر ٢ من نفس القانون تحدد النموذج القانوني لجريمة تبيض الأموال على سبيل الاعتياد أو باستعمال التسهيلات التي يمنحها نشاط مهني أو في إطار جماعة إجرامية، والمادة ٣٩٤ مكرر ٤ التي نصت على " يعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم... "

والقسم المشار إليه بهذه المادة هو القسم السابع مكرر المنضم لإحكام المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، فالمادة ٣٩٤ مكرر تعاقب على من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك " والمادة ٣٩٩ مكرر ١ " تعاقب كل

من أدخل بطرق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها... "المادة ٣٩٤ مكرر ٢ التي نصت على " يعاقب... كل من يقوم عمدا وعن طريق الغش بما يلي : تصميم أو بث أو تجميع أو توفير أو نشر ا و الاتجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مرسله عن طريق منظومة معلوماتية يمكن أن ترتكب بها الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم ٢- حيازة أو إفشاء أو نشر أو استعمال لأي غرض كان المعطيات المتحصل عليها من إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم"

وإذا كان المشرع الجزائري أقر صراحة بمسئولية الشخص المعنوي الجزائية بالقانون ٠٤-١٥ فإنه أشار إلى أن تلك المسئولية يمكن أن تكون غير مباشرة، متى ارتكبت الجريمة من قبل ممثليه الشرعيين، ولكنها تكون مباشرة متى ارتكبت من قبل أجهزته، والأجهزة المعبرة عنها في هذه المادة ما هي إلا الشخص المعنوي نفسه، وذلك ما أكدته المادتان ٣٨٩ مكرر و ٣٩٤ مكرر ٤ اللتان استعمل المشرع في صياغتهما نفس الألفاظ وهي " يعاقب الشخص المعنوي الذي ترتكب جرائم... " وذلك دليل على أن جريمة الشخص المعنوي أساسها الخطأ الشخصي، وبالتالي فهي مسئولية مباشرة يتحملها الشخص المعنوي، سواء عوقب الشخص الطبيعي الذي يمثله قانونا أم لا، وهو ما يستفاد كذلك من الفقرة الثانية من المادة ٥١ مكرر من قانون العقوبات التي نصت على "...إن المسئولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال..."

وحيثما يصف المشرع الشخص الطبيعي بأنه يمكن أن يكون في مركز الشريك فذلك دليل على أن الشخص المعنوي هو الفاعل الأصلي، وأصبح المشرع الجزائري وفيها لفكرة المسئولية المباشرة التي

قوامها الخطأ الشخصي، لما نص بالمادة ٣٢ من القانون ٠١/٠٥ المؤرخ في ٠٦/٠٢/٢٠٠٥ المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها على " يعاقب كل خاضع يمتنع عمدا وسابق معرفة عن تحرير أو إرسال الأخطار بالشبهة المنصوص عليه في هذا القانون... " وعرف الخاضع في هذا القانون من خلال المادة ٤ " يقصد في مفهوم هذا القانون.. " خاضع " الأشخاص الطبيعيون والمعنويين الذين يجب عليهم القيام بالإخطار بالشبهة... "

وهو نفس النهج الذي أخذ به في القانون ٠١/٠٦ المؤرخ في ٢٠/٠٢/٢٠٠٦ المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته إذ نصت المواد من ٢٥ إلى ٤٧ منه على عدة جرائم يعتبر الشخص المعنوي مسئولا عنها جزائيا وفقا للمادة ٥٣ التي نصت على " يكون الشخص الاعتباري مسئولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات... " وهي خصوصا المادة ٥١ مكرر، وأكد توجهه هذا بنص المادة ٢/٢٦ التي نصت على " يعاقب...١... "

٢- كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص أو بصفة عامه كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام... "

فالمشروع في هذا القانون وغيره من النصوص العامة أو الخاصة، يجمع بين نوعين من المسؤولية المباشرة القائمة على الخطأ الشخصي، باعتبار الشخص المعنوي له قدرة على ارتكاب الجرائم مثله مثل الشخص الطبيعي، لأنه يتمتع بإرادة حقيقية هي إرادة مثله، عندما تتخذ القرارات فرديا فهذا الشخص يعتبر هو الجهاز، وعند التداول بإرادة هيئة المداولة المشكلة من الأعضاء الذين خولهم

القانون سلطة التداول، سوا صدر القرار بالإجماع أو بالأغلبية هو تعبير عن إرادة الشخص المعنوي، وهي إرادة حقيقية تختلف عن إرادة الأعضاء المكونين له وعن إرادة الممثل القانوني.

لذا فالمسئولية شخصية مباشرة وليست عن فعل الغير، أو بالتضامن مع الغير، وهو نفس ما نسب إلى القانون الفرنسي الجديد الصادر عام ١٩٩٢ على خلاف في ذلك، إذ تعتبر المسئولية الجزائية للشخص المعنوي، سواء كان فاعلا أو شريكا مفترضه إلا في جرائم الامتناع أو الجرائم المادية وجرائم الإهمال (٤٥).

وذلك خلافا لمن يرى أن المسئولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون الفرنسي القديم مفترضه عند من يقر ذلك، وهي قائمة على أساسا الخطأ الحقيقي ومسئولية شخصية مبنية على الخطأ الذي ترتبته إرادة الشخص المعنوي نفسه، هذه الإرادة القادرة على ارتكاب خطأ عن علم " ٤٦"، خلافا لمن يؤسسها على أنها مسئولية مفترضة وليست مسئولية عن الغير، أو الاعتراف به كأحد أشخاص القانون الجنائي يملك القدرة والاختيار، مثل الشخص الطبيعي، أو هي فرع من فروع المسئولية عن فعل الغير، أو هي مسئولية مادية تقوم على تجريم شكلي لأفعال مجردة من الركن المعنوي (٤٧).

غير أني أراها تدور بين الخطأ الحقيقي أحيانا والمفترض أحيانا أخرى، المباشر وغير المباشر، مثلما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري حينما ترتكب الجرائم من قبل الممثل الشرعي، فأساس المسئولية

(٤٥) مقبل (أحمد محمد قائد) المسئولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٣٣٤

(٤٦) مقبل (أحمد محمد قائد) المسئولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٣٣٥

(٤٧) إمام (محمد كمال الدين) المسئولية الجنائية أساسها وتطورها، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤، ص ٢٨٢، ٢٨٣

في هذه الحال مبنها يتردد بين نظرية الافتراض، بمعنى أن الخطأ المرتكب من قبل الممثل الشرعي يفترض فيه خطأ الشخص المعنوي في الاختيار أو الإشراف أو الرقابة، ونظرية التشخيص المعتمدة من قبل القضاء الإنجليزي، القائمة على أساس أن مقاصد وأفكار الممثل الشرعي للشخص المعنوي هي نفسها أفكار ومقاصد الشخص المعنوي، وقد علل أحد القضاة هذه الفكرة في حكم أصدره في قضية، بما يلي " إن الشخص المعنوي فكرة مجردة فهو لا عقل له مثلما لا جسد له يجب النظر إلى نشاطه وإرادته من خلال الشخص الذي قد يقال له الوكيل عنه، بينما هو في الحقيقة العقل المباشر والإرادة المباشرة للكائن المعنوي، فهو ذات الشخص المعنوي ومركز شخصيته...^(٤٨) وعبر عنها حكم آخر " ...أن النية الآتية لاثنين من مديري الشخص المعنوي... " ^(٤٩)

فإرادة الشخص المعنوي المتداولة المعبر عنها من قبل الممثل الشرعي هي إرادة حقيقية واعية مدركة للخطأ والصواب للمباح والمجرم وإرادتها تتجه إلى ارتكاب الفعل مع إدراكها أنها تخالف قاعدة قانونية في قانون العقوبات وبالتالي ينطبق عليها النموذج القانوني للجرائم، ويتحقق الإثم الجنائي، وتثبت المسؤولية الجزائية، ويسلط الجزاء المناسب على الفاعل، وهذا ما يتوافق تماما مع نظرية التشخيص، وهي نفسها إرادة الممثل القانوني للشخص المعنوي ذو العضو الوحيد، وأما الجرائم المادية وجرائم الإهمال فأساسها الخطأ الحقيقي الشخصي المباشر للشخص المعنوي.

^(٤٨) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة المرجع السابق، ص ٣٣٦

المطلب الثاني شروط المسؤولية

إذا كانت شروط المسؤولية الجزائية للشخص الطبيعي مرتبطة بالأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية عند الفقهاء، فمن كان أساس المسؤولية أخلاقي في نظره مبنى على حرية الاختيار فالشروط هو الأذنب، مناطه الإدراك القائم على التمييز والشعور، وإذا كان أساس المسؤولية الجزائية هو الحتمية أو الجبرية فيشترط لقيام المسؤولية توافر حالة الخطورة الإجرامية.^(٥٠)

فهذه الشروط يجب توافرها فيمن يقوم بالأفعال المادية، سواء كان القائم بالفعل الشخص المعتدي نفسه باعتباره يتمتع بالقدرة على الإدراك والتمييز، أو من خلال أجهزته، أو من خلال الممثل القانوني لهذا الشخص المعنوي، عند من يشترط صفه التمثيل، أو من قبل أي شخص طبيعي حين يتم الفعل لصالح الشخص المعنوي أو باسمه، زيادة على شروط خاصة يجب توافرها لقيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، وهي شروط إما أن تتعلق بالفاعل "الفرع الأول" أو بالأفعال الإجرامية "الفرع الثاني"

الفرع الأول شروط في الفاعل

لم تتفق النصوص التشريعية على تحديد هوية الشخص المعنوي الذي يمكن أن يرتكب الأفعال المادية للجرائم، ونتج عنه اختلاف الباحثين، إذ بعد أن استقر رأي المشرع على مساءلة الشخص الاعتباري كقاعدة عامة، ثار النقاش حول الأفعال الإجرامية، هل بإمكان الشخص المعنوي القيام

^(٤٩) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة المرجع السابق، ص ٣٣٧
^(٥٠) القهوجي (علي عبد القادر) شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص ٦٢٧

بها أم هو عاجز عن إتيان ذلك، ولا بد أن يقوم بها من يمثله وذلك حسب عدة مفاهيم منها المفهوم الضيق الذي درسته أولاً، والمفهوم الموسع ثانياً.

أولاً: المفهوم الضيق

يرى البعض أن الشخص الاعتباري له قدرة على الإدراك والتمييز، وبالتالي وفقاً لهذا الرأي فالشخص المعنوي بإمكانه أن يقوم بهذه الأفعال، ويذهب البعض الآخر إلى التفريق بين الجرائم التي تتطلب القصد الجنائي لقيامها وهو الإثم الجنائي فيشترط فيها وفقاً لوجهة النظر هذه أن تقع من قبل الممثل الشرعي أو القانوني، والجرائم التي لا يشترط فيها القصد الجنائي وهي الجرائم المادية أو جرائم الإهمال والأفعال المادية لهذه الجرائم يمكن أن تقع من الشخص المعنوي مباشرة، ويرى آخرون أن الشخص المعنوي ليس له عقل ولا أطراف ولا يد، وبالتالي لا يستطيع أن يدرك، بل إدراكه إن نسب إليه إدراك فهو إدراك ممثله الشرعي المعتبر كأنه إدراك منه، وهذا مبني على استعارة التحريم، أو باعتباره إدراكاً يتحد مع إدراك الشخص المعنوي، بمعنى أن إدراك الشخص المعنوي مرتبط بإدراك الشخص الطبيعي، فإدراك الشخص الطبيعي كأنه إدراك الشخص المعنوي، أو أن إدراك الشخص الطبيعي هو نفسه إدراك الشخص المعنوي.

وبغض النظر عن الخلاف فيمن تصدر عنه الأفعال المادية، فإن المشرعين اختلفوا في تحديد صفة الشخص الطبيعي الذي يمكن أن تنسب أفعاله إلى الشخص المعنوي، فالمشرع الجزائري نص بالمادة ٥١ مكرر من قانون العقوبات على "... يكون الشخص المعنوي مسئولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين..."

والمشرع الفرنسي نص بالمادة ٢/١٢١ على "...تسأل الأشخاص المعنوية جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابها بواسطة أجهزتها أو ممثليها (٥١)... (٥٢)

و المشرع اللبناني نص بالمادة ٢١٠ من قانون العقوبات الصادر عام ١٩٤٣ على "... الهيئات المعنوية مسئولة جزائياً عن أعمال مديريها وأعضاء إدارتها وعمالها عندما يأتون هذه الأعمال باسم الهيئات المذكورة أو إحدى وسائلها" (٥٣) وهو نفس نص المادة ٢٠٩ من قانون العقوبات السوري الصادر عام ١٩٤٩ ما عدا استبدال عبارة المعنوية بالاعتبارية، وكذلك هو نفس متن المادة ٧٤٨ من قانون العقوبات الأردني مع اختلاف بسيط هو إضافة عبارة... بصفتها شخصاً معنوياً... " (٥٤)

والمشرع العراقي نص بالمادة ٨٠ على "...الأشخاص المعنوية... مسئولة جزائياً عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها أو مديروها أو وكلاؤها لحسابها وباسمها (٥٥) وهو نفس متن المادة ٦٥ من قانون العقوبات الإماراتي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ (٥٦) أما القانون الإنجليزي فقد أوجه إلى تحديد الأشخاص

(^{٥١}) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٦٢
(^{٥٢}) Yves may aud , code penal , dalloz , imprimer (itv) italie , 101 édition , edition 2004 , p67

Les personnes morales , á l'exclusion de l'état , sont responsables penalment, selon les distinctions des articles S121-4 a 121 – 7 et dans les cas de prévus par la loi ou le règlement , des infraction commises, pour leur compte , par leur organes ou representants.

Touts fois les collectivites et territoriales et leurs groupements ne sont responsableles pénalement que des infractions de delegation de service public.

(^{٥٣}) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص ٧٣

(^{٥٤}) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص ٧٧

(^{٥٥}) جعفر (صباح صادق) قانون العقوبات العراقي، بغداد، المكتبة الوطنية، الطبعة السابعة - بغداد، ٢٠٠٤، ص ٢٣

(^{٥٦}) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٨٠

الذين تسند تصرفاتهم وجرائمهم إلى الشخص المعنوي، والذي يحددون إرادته، بأنهم الأعضاء المنوط بهم اتخاذ القرارات باسمه (٥٧).

من خلال استعراض بعض النصوص التي تتضمن شروط المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي تأكد وجود عدة اتجاهات لتحديد تلك الشروط، ولكن عموماً يمكن حصرها في اتجاهين: أحدهما ضيق، يحصر المسؤولية في أشخاص طبيعيين تتوفر فيهم شروط محددة. واتجاه موسع يحصر كذلك مسؤولية الشخص المعنوي الجزائية عن جرائم معينة متى قام بها أشخاص طبيعيين تتوافر فيهم شروط محددة.

ولكن الأوصاف والشروط أوسع نطاقاً داخل كل اتجاه بحيث يختلف نطاق أعمال هذه الشروط فالمرجع الجزائري اشترط لقيام مسؤولية الشخص المعنوي أن ترتكب الجريمة من قبل أجهزته أو ممثله الشرعيين، فاشترط صفة الشرعية في الممثل القانوني، عكس المرجع الفرنسي الذي اكتفى عند تحرير متن المادة ٢/١٢١ تحميل المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي متى ارتكبت الجريمة بواسطة أجهزته أو ممثليه *par leurs organes ou representants*، وفهم الجهاز بأنه أعضاء الشخص المعنوي ويقصد به "الأشخاص المؤهلون قانوناً أو في القانون الأساسي للتكلم والتصرف أو التعاقد باسمه" (٥٨) بمعنى هم "الأشخاص المؤهلون وفقاً للقانون أو وفقاً للنظام الأساسي للشخص المعنوي كي يتحدثوا أو يتصرفوا باسمه" (٥٩).

(٥٧) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٣٤٦

(٥٨) صمودي (سليم) المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، ٢٠٠٦، ص ٤٢

(٥٩) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٥٤ +

غير أنني أرى أن مفهوم الجهاز يشتمل على الأعضاء المكونين للشخص المعنوي، وكذا فروع هذا الشخص المعنوي، وأن المراد بالعضو هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يخوله القانون أو القانون الأساسي المنشئ لهذا الشخص التصرف باسمه، سواء قام بهذا التصرف شخصيا أو فوض الغير القيام به، لكن من هو هذا العضو.

تفصيلا يذهب البعض إلى تحديد أعضاء الشخص المعنوي بأنها الهياكل أو الهيئات الجماعية، مثل مجلس الإدارة - جمعية المساهمين - المكتب الجماعي للإدارة - الرئيس المدير PDG^(٦٠) ويذهب البعض إلى أن الأعضاء هم مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية للمساهمين أو للأعضاء، والمجلس المحلي أو الإقليمي، ويفهم من هذا أن الرئيس المدير العام أو المدير العام DG لا يدخل ضمن مفهوم العضو، وهذا هو الرأي الصائب لأن الرئيس المدير العام PDG والمدير العام DG ورئيس البلدية أو الوالي، ما هم إلا ممثلون قانونيون للشخص المعنوي^(٦١) مثله مثل المصفي الذي يعين لتصفية أموال الشخص المعنوي خلال فترة استمرار بقاء هذا الشخص للضرورة، ومفهوم الجهاز والعضو في التشريعين الفرنسي والجزائري متقارب، إلا فيما يخص تخصيص الممثل القانوني في التشريع الجزائري بوصف الممثل الشرعي، ويفهم منه أنه استبعد صراحة مسؤولية الشخص المعنوي الجزائرية عن الجرائم التي يرتكبها الموظف الفعلي، بينما يبقى على مسؤولية الموظف البسيط متى اكتسب الصفة التمثيلية، سواء بموجب المنصب، أو بموجب تقسيم العمل، أو بموجب تفويض خاص، متى كان بإمكان هذا الموظف اتخاذ قرار إيجابي أو سلبي يكون أحد عناصر الجريمة، عكس

مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ٣٤٨

(٦٠) صمودي (سليم) المسؤولية الجزائرية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ٤٢

(٦١) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٥٤

القانون الفرنسي الذي لا يسأل فيه الشخص المعنوي عن أفعال الموظف البسيط^(٦٢) والخلاف قائم في الفقه الفرنسي بشأن مفهوم مسؤولية الشخص المعنوي عن تصرفات الموظف الفعلي، إذ يرى الأساتذة مارل و فيتو أن الشخص المعنوي غير مسئول جزائيا عن الجرائم المرتكبة من طرف المسيرين الفعليين، لأن الشخص المعنوي يعتبر ضحية لا متهما، وهو نفس ما أخذ به الفقيه برادل BRADEL^(٦٣) بينما تري السيدة MATY DELMAS أنه من غير تحميل المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بسبب الجرائم المرتكبة من قبل ممثله الفعلي، فلا جدوى من المسؤولية الجزائية لهذا الشخص^(٦٤) مثلما نص على ذلك المرسوم بقانون بتاريخ ١٩٤٥/٥/٥ المتعلق بالصحافة^(٦٥)، وبين هذا الرأي وذلك نشأ رأي آخر مفاده أن الشخص المعنوي لا يسأل جزائيا عن الجرائم المرتكبة من المدير أو المسير أو الموظف الفعلي إلا بشروط^(٦٦) هي أن يكون هذا المسير الفعلي شبه رسمي QUASI OFFICIEL يعلم به جميع المسيرين القانونيين - الشركاء - الأجراء - الشركاء الاجتماعيين القانونيين - الشركاء الأجراء - الشركاء الاجتماعيين والتجارين^(٦٧) وهي عند البعض وجوب أن يتم التصرف باسم الشخص المعنوي وحسابه^(٦٨).

^(٦٢) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٥٤

^(٦٣) صمودي (سليم) المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ٢٠٠٦، ص ٤٢

^(٦٤) صمودي (سليم) المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ٤٣

^(٦٥) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ٣٥٣

^(٦٦) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٥٥.

صمودي (سليم) المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، المرجع السابق ص ٤٣.

^(٦٧) صمودي (سليم) المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي المرجع السابق، ص ٤٣.

^(٦٨) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٥٥.

مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

لكن هذه الشروط مفترضة فقط مبنية على الاستنتاج أو اعتمد من مفهوم فكرة الموظف الفعلي في مجال القانون الإداري، ولا يسوغ استعارتها أو الأخذ بها في مجال قانون العقوبات، الذي يحكمه مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ومبدأ التفسير الضيق لقواعد قانون العقوبات، ومن ثمة فالشخص المعنوي برأي لا يسأل عن الجرائم المرتكبة من قبل المسير الفعلي لانعدام الصفة في هذا الشخص، وهي التي عبر عنها المشرع الجزائري من خلال المادة ٥١ مكرر بعبارة الشرعية، لكن إذا تجاوز الممثل الشرعي للشخص المعنوي حدود اختصاصاته، يسأل جزائيا الشخص المعنوي لأنه معين من قبله^(٦٩)، مثلما يسأل الشخص المعنوي الذي يفوض السلطات وذلك ما أشار إليه حكمان صادران بفرنسا الأول بتاريخ ٨ / ١ / ٢٠٠٠ الذي قضى بنقض الحكم الذي لم يبين صفة مرتكب الجريمة، ما إذا كان عضوا أو ممثلا قانونيا، والثاني بتاريخ ٠٩ / ١١ / ١٩٩٩ لما طرح تساؤل هل ثبتت للمفوض صفة ممثل وأجاب عند ذلك بالإيجاب^(٧٠)

وكان القضاء الإنجليزي أكثر وضوحا في الأخذ بالاتجاه الضيق لمسألة الشخص المعنوي عن الجرائم المرتكبة من قبل الشخص الطبيعي الذي يمثله، فقد تضمن أحد الأحكام القضائية " أنه ليس كل مسئول سواء كان وكيلا أو من الفئة العليا للمديرين أو الوكلاء اللذين يعملون لحساب الشركة ترتب أفعالهم مسؤولية الشركة، بل إنه يلزم أيضا أن تتعد لهم الصفة بحسب اللوائح الأساسية للشركة والاختصاصات التي تسمح باعتبار الفعل وكأنه صادر عن الشركة ذاتها حتى يعد هذا الشخص الطبيعي بمثابة الشركة ذاتها"^(٧١).

^(٦٩) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي، الجديد، المرجع السابق، ص ٥٥

^(٧٠) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ٣٤٩.

^(٧١) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

ثانيا : المفهوم الموسع

من التشريعات التي أخذت بالمفهوم الموسع لتحديد شروط مسئولية الشخص المعنوي عن الجرائم المرتكبة من قبل ممثله الشخص الطبيعي، القانون اللبناني لعام ١٩٤٣، والسوري لعام ١٩٤٩، والأردني لعام ١٩٥١، بموجب المواد ٢١٠، ٢٠٩، ٧٤ على التوالي.

إذ يسأل الشخص المعنوي عن جميع الجرائم التي ترتكب من المديرين والمسيرين وأعضاء مجلس الإدارة، وهو ما يقابل أعضاء الجهاز في التشريع الجزائري والفرنسي، وعن جرائم الممثلين القانونيين، سواء كانوا معينين أو فعليين، وعن أفعال العمال، بل يسأل عن الجرائم التي ترتكب بوسائله حتى لو كانت مرتكبة من قبل الغير^(٧٢)

وقريبا من هذا الاتجاه سار المشرع الهولندي من خلال المادة ٥١ من قانون العقوبات، لكنه لم يحدد الأشخاص الطبيعيين الذين يسأل الشخص المعنوي عن أفعالهم، بينما القضاء والفقهاء الهولندي أخذ بمسئولية الشخص المعنوي حتى عن الجرائم التي يرتكبها أحد العاملين لديه ولو كان موظفا بسيطا " اعتمادا على معيار السلطة والقبول بهذا العامل، فطالما قبل تعيينه ليعمل لديه فعليه تحمل تبعه ذلك، وهذا قريب من مفهوم قاعدة الغرم بالغنم^(٧٣)

وأخذ بالمفهوم الموسع القانون الأمريكي الصادر عام ١٩٦٢ لما نص على "... يسأل الشخص المعنوي إذا ارتكب الجريمة أحد ممثلوه وموظفوه أو العاملون لديه إذا تمت في إطار مباشرة

^(٧٢) مقبل (أحمد محمد قائد) المسئولية الجنائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ٣٥١.

لعبودي (محمد عبد القادر) المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٧٧

^(٧٣) مقبل (أحمد محمد قائد) المسئولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

الاختصاص الوظيفي وحساب الشركة أو إذا كانت الجريمة امتناعاً عن التزام فرض المشرع القيام به على الشخص المعنوي " (٧٤) شرط أن يكون ارتكاب الفعل قد رخص به، أو طلب، أو نفذ نتيجة أمر المدير الأعلى (٧٥)

ويعتبر البعض أن القانون المصري يأخذ بالمفهوم الموسع عن مسؤولية الشخص المعنوي عن سلوك الشخص الطبيعي، مع تأكيد أغلبية الباحثين بأن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في قانون العقوبات المصري غير معترف بها، اكتفاء بالمسؤولية المدنية والإدارية ومسؤولية ممثله الجزائية (٧٦) وعند من يقر بهذه المسؤولية فالأغلبية ترى أن المشرع المصري لم يعترف بهذه المسؤولية كقاعدة عامة، بل أعترف بها استثناء في قوانين خاصة ومقيدة بشروط عديدة (٧٧) خلافاً لمن يرى أن المشرع المصري لاسيما في القانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ الذي يفيد وفقاً للمادة ٦ مكرر ١ إنه "... لكي يسأل الشخص المعنوي عن أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أن تكون الجرائم قد وقعت لحسابه أو باسمه - بواسطة أحد أجهزته أو ممثليه أو أحد العاملين لديه" (٧٨)

وفهم من هذا النص أن تحمل الشخص المعنوي المسؤولية عن الأفعال المرتكبة حتى من الموظف البسيط عن جميع الأفعال دون اشتراط دخول تلك الأفعال المشكلة للجرائم ضمن المهام وطبيعة

(٧٤) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ١٥٠.

(٧٥) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ٣٥٤.

(٧٦) إمام (محمد كمال الدين) المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية المرجع السابق ص ٢٨٣.

(٧٧) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٧٨) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ٣٥١.

الوظيفة التي يقوم بها هذا الموظف أو المسير أو الممثل أو العامل لدى الشخص المعنوي، ودون اشتراط قدرة الشخص الطبيعي القانونية على التعبير عن إرادة الشخص المعنوي (٧٩).

إن النتيجة التي يمكن تأكيدها هي أن مفهوم الجهاز الذي تضمنه كلا من القانون الجزائري والفرنسي والمصري في بعض نصوصهم، يقصد به الأعضاء المكونين لهذا الشخص المعنوي، سواء كانوا طبيعيين أو اعتباريين من جهة، ومن جهة ثانية يقصد به مجموع الهيئات الفرعية التي تكون امتدادا للمؤسسة الأم، فهي تعتبر كذلك من الأجهزة ذات التمثيل القانوني لهذا الشخص المعنوي، يتم تحديدها أما بموجب القانون أو القانون الأساسي، أي عند إنشاء هذا الشخص المعنوي، أو من خلال تقسيم العمل، أو التفويض المباشر من خلال الأوامر المهمة التي يتخذها الشخص المعنوي في إطار ممارسته العادية لصلاحياته في التعاقد، ولا يهم بعد ذلك تسمية هذا الشخص الطبيعي، سواء سمي بالرئيس المدير العام PDG أو المدير العام DG أو المدير المسئول DGR، أو مجرد عامل كلف بعمل نتج عن القيام أو عدم القيام به جريمة، ففي جميع هذه الصور تتحقق المسئولية الجزائية للشخص المعنوي، حتى لو خرج عن حدود وظيفته

أما إذا كان مجرد مسير فعلي فلا يسأل الشخص المعنوي عن ذلك، لأن الشخص المعنوي ضحية، ولأن أغراض العقاب لا تتحقق، ولأن الفاعل لا صفة له ولا علاقة له بالشخص المعنوي، ومن ثمة تنعدم علاقة السببية بين الفعل والنتيجة، وهي عنصر أساسي في نسبة الفعل إلى الفاعل، سواء نسبة حقيقية أو علي سبيل الاستعارة، أو التضامن، وهو نفس اتجاه التشريع الفرنسي واللبناني والسوري والأردني والإنجليزي والهولندي وغيرهم، وبالتالي المفهوم الوحيد لشروط المسئولية الجزائية

(٧٩) مقبل (أحمد محمد قائد) المسئولية الجنائية للشخص المعنوي، المرجع السابق، ص ٣٥١، ٣٥٢.

للشخص المعنوي عن الجرائم المرتكبة من قبل الأشخاص الطبيعيين، هو روح التشريع التي تتجه إلى حرمان الشخص المعنوي من التملص من المسؤولية الجزائية عن الجرائم المرتكبة من قبل ممثليه الأشخاص الطبيعيين، فمتى كانت لمصلحته أو بسبب الوظيفة أو عادت عليه بالفائدة من غير رفض لها، أو فيها استغلال للوظيفة فالشخص المعنوي يسأل جزائيا.

الفرع الثاني شروط في الفعل

لا يكفي أن ترتكب الجريمة من قبل الممثل القانوني للشخص المعنوي لكي يسأل جزائيا عن تلك الجرائم، بل يشترط عدة شروط في الفعل حتى ينسب ذلك الفعل إلى الشخص المعنوي وفقا للمادة ٣٦٤ من قانون الإجراءات الجزائية، ومفهوم تلك الشروط ونطاقها مختلف بشأنه بين التشريعات المختلفة، وبين الفقهاء، وبين التشريع والفقهاء بين مفهومين أولهما المفهوم الضيق وثانيهما الموسع.

أولا : المفهوم الضيق

من بين التشريعات التي أخذت بالمفهوم الضيق لتحديد الشروط التي يجب توفرها في الأفعال الإجرامية حتى يسأل الشخص المعنوي جزائيا عنها، قانون لعقوبات الجزائري المؤرخ في ٢٠٠٤/١١/١٠ من خلال المادة ٥١ مكرر التي نصت على " ... يكون الشخص المعنوي مسئولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه ... " وقانون العقوبات الفرنسي من خلال المادة ٢/١٢١ التي استعملت في صياغتها عبارة ^(٨٠) " POUR LEUR COMPTE " لما نصت " يسأل الشخص

(⁸⁰) yves mayaud – code penal – dallez 101 édition imprimer (itv) italie édition 2004 p67

المعنوي عن ... الجرائم التي ترتكب لحسابه " (٨١) وحتى تكون الجريمة ارتكبت لمصلحة الشخص المعنوي ويسأل عنها جزائيا، يجب أن يتم التصرف باسم ولفائدة هذا الشخص، بمعنى أن يكون الهدف من هذا التصرف تحصيل منافع لهذا الشخص المعنوي مثلما عبر عنها مشروع التعديل الفرنسي المقدم سنة ١٩٧٦ بأنها تلك الجرائم التي ترتكب عمدا بواسطة ممثليه ولمصلحة مجموع أعضائه (٨٢).

ومصلحة الشخص المعنوي أما أن يكون مادية أو معنوية أدبية، حالة أو مستقبلية، مباشرة أو غير مباشرة (٨٣)

ومفهوم المخالفة يسأل الشخص المعنوي عن الجرائم التي يرتكبها ممثله القانوني الشرعي عند من يشترط صفة الشرعية مثل المشرع الجزائري، والممثل القانوني المعين أو الفعلي، مثلما هو الأمر حسب رأي بعض الفقه الفرنسي فيما يخص القانون الفرنسي عن الجرائم المرتكبة إذا لم يكن الهدف من التصرف مصلحة الشخص المعنوي، بل كانت الغاية منها الصالح الشخصي، ولحساب هذا الممثل أو لحساب شخص آخر (٨٤) طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص، بل حتى لو ارتكب من قبل شركة فرعية لصالح الشركة الأصلية الأم، سواء كانت الشركة الأم تسيطر بشكل تام على الفرع أم لا، طالما أنها تتصرف باسمها ولحسابها، خلافا لمن يفرق بين الجرائم التي ترتكب حال كون

(٨١) صمودي (سليم) المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٤٠

(٨٢) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٥٦

(٨٣) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٥٥

(٨٤) عقيدة (محمد أبو العلام) الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٥٥

الشركة الأم مسيطرة فتسأل جزائيا، وإذا ارتكب الفعل حال كون الشركة الأم غير مسيطرة فعليا على الفرع^(٨٥) فلا يسأل جزائيا لعدم دقة مثل هذا المعيار

كما أن المسؤولية الجزائية تتحقق سواء سئل الشخص الطبيعي عن هذه الأفعال أم لم يسأل، وذلك ما عبرت عنه المادة ٥١ مكرر من قانون العقوبات الجزائري بعبارة واضحة وهي " أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك عن نفس الأفعال

ثانيا : المفهوم الموسع

من النصوص التشريعية أنتي أخذت بالمفهوم الموسع لمساءلة الشخص المعنوي جزائيا قانون العقوبات اللبناني الصادر عام ١٩٤٣ من خلال المادة ٢١٠، وقانون العقوبة السوري لعام ١٩٤٩ من خلال المادة ٢٠٩، وقانون العقوبات الأردني لعام ١٩٥١ من خلال المادة ٧٤، فهذه النصوص متطابقة تماما فيما يخص شروط المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، فالمادة ٢١٠ الفقرة الثانية نصت على أن " الهيئات المعنوية مسئولة جزائيا عن أعمال مديريها وممثليها وعمالها عندما يأتون هذه الأعمال باسم الهيئة المذكورة أو بإحدى وسائلها "^(٨٦) فهذه القوانين لا تشترط أن تكون الغاية من الأفعال هي مصلحة الشخص المعنوي، بل مجرد أن يتم الفعل باسم هذا الشخص حتى لو كان الغرض مصلحة الشخص الطبيعي أو الغير تتحقق هذه المسؤولية.

^(٨٥) صمودي (سليم) المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص ٤١

^(٨٦) لعبودي (محمد عبد القادر) المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريع المصري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٧٣

وارى أن كلا من القانون اللبناني والسوري والأردني توسع أكثر. من غيرهم لما أخذوا بمسئولية الشخص المعنوي عن الجرائم التي ترتكب من قبل ممثليه أو مديره أو عماله، وأعتبرها قائمة بمجرد أن تستعمل وسائل ذلك الشخص المعنوي، وأقل توسعا ما ورد بالمادة ٨٠ من قانون العقوبات العراقي ١١١ لعام ١٩٦٩، والمادة ٦٥ من قانون العقوبات الإماراتي رقم ٣ لعام ١٩٨٧ اللذان حملا الشخص المعنوي المسؤولية حينما ترتكب الأفعال الإجرامية من قبل الشخص الطبيعي باسمه وحساب الشخص المعنوي أي لمصلحة هذا الشخص، أو ارتكبت في إطار الوظيفة المسندة لهذا الشخص الطبيعي، لكنهما استبعدا المسؤولية عندما تقع بوسائل هذا الشخص، معنى ذلك أنهما يشترطان لقيام المسؤولية الجزائية أن ترتكب الجريمة لصالح الشخص المعنوي، سواء كانت المصالح مادية أو معنوية، مباشرة أو غير مباشرة، وباسم الشخص المعنوي، سواء كانت لمصلحته أو لمصلحة الفاعل أو الغير، منى ارتكبت في إطار الوظيفة، وهو نفس المعنى الذي ذهب إليه المشرع الأمريكي من خلال المادة ١٥ من مشروع قانون العقوبات التي يفهم منها " ... أن المسؤولية- الجزائية - للشركة لا يثور بحثها إلا إذا كانت الجريمة واردة في نص تشريعي يعبر بوضوح عن قصد المشرع تقرير هذه المسؤولية وتقوم هذه المسؤولية إذا ارتكب الجريمة أحد ممثليها أو موظفيها أو عاملها إذا تم في إطار مباشرة الاختصاص، الوظيفي وحساب الشركة " وأضاف المشرع الأمريكي مفهومًا أوسع من المشرع العراقي والإماراتي من خلال " ... أو إذا كانت الجريمة تتضمن امتناعا عن التزام فرض المشرع القيام به على الشخص المعنوي " (٨٧) مثلما هو الأمر في جرائم العمل سواء الجرائم المرتكبة من المستخدم أو العامل.

(٨٧) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٣٥٦.

الخاتمة

إن الخلاصة التي توصلت إليها هذه المناقشة هي أن أغلب التشريعات في مجال قانون العقوبات تشترط لقيام مسؤولية الشخص المعنوي عن الجرائم التي يرتكبها الممثل القانوني له وهو الشخص الطبيعي أن ترتكب هذه الأفعال لحساب الشخص المعنوي وتكون لحساب الشخص المعنوي إذا كانت الغاية منها تحقيق مصلحة له مثل الحصول على أرباح أو رد مفسدة، أو تجنب الإضرار بمصلحة، يستوي في ذلك أن تكون المصلحة مادية أو معنوية "أدبية" مباشرة، أو غير مباشرة، محققة أو اجتماعية مستقبلية^(٨٨) وبمفهوم المخالفة، فإن الشخص المعنوي لا يسأل عن الجرائم التي يرتكبها الشخص المعنوي لحسابه الشخصي أو لحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص أو ارتكبت أضرارا بالشخص المعنوي نفسه^(٨٩).

لكن توجد حالات مختلف بشأنها وهي ارتكاب الفعل باسم الشخص المعنوي فقط من غير جلب للمصلحة أو درء لمفسدة، وحالة ما إذا ارتكبت في إطار الوظيفة أي أثناء أداء العمل أو بمناسبةه ويأخذ وسائل الشخص المعنوي والمصلحة الفاعل سواء سهلت له الوظيفة ذلك أم لا.

فالمشرع الجزائري والفرنسي استعمالا عبارة لحسابه، وهي عامه يمكن أن تشمل الجرائم المرتكبة باسمه لافتران عبارة باسمه دوما بعبارة لحسابه وتشمل الجرائم المرتكبة في إطار الوظيفة أو بمناسبةها لأنه لولا الوظيفة لما ارتكب هذه الجريمة، وتشمل الجرائم الواقعة بوسائل الشخص المعنوي لأن الشخص المعنوي مسئول على تلك الوسائل زيادة على إنه مسئول على اختيار العاملين لديه

^(٨٨) مقبل (أحمد محمد قائد) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٣٥٥.

^(٨٩) عقيدة " محمد أبو العلا " - الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص ٥٥.

لاختلاف مصلحة الممثل القانوني مع مصلحة الشخص المعنوي، ومن غير الميسر إيجاد معيار فاصل بين المصلحتين، لذا فضرورة حماية المجتمع التي كانت مبررا لمساءلة الشخص المعنوي هي المبرر الواقعي والحقيقي لمساءلته عن هذه الجرائم.

الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسئوليتين الشخصية والموضوعية دراسة تحليلية قضائية في القانونين الفرنسي والمصري

الدكتور/ أسامة أحمد بدر

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة طنطا

مقدمة

موضوع البحث ومشكلاته:

الالتزام في الاصطلاح الفقهي رابطة قانونية بين شخصين، دائن ومدين، يلتزم بمقتضاها المدين بأن يقوم بأداء مالي معين لمصلحه الدائن، ويكون المدين مسئولا عن دينه - كقاعدة عامة - في كافة أمواله^(١).

-
- (١) راجع: د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، سنة ١٩٦٨، فقرة ١٦، ص ٣٠ - استأذنا الدكتور /نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٧، ص ٥
وانظر المراجع التالية :
- د. حسام الدين كامل الأهواني ، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بدون ناشر، سنة ١٩٩٧ - ١٩٩٨ م
- د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، بدون ناشر سنة ١٩٩٠ م
- د. محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام- مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة - بدون تاريخ نشر.
- د. نزيه محمد الصادق المهدي ، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩ م

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وكأثر لتعدد وتنوع الالتزامات درج الفقه على تصنيفها في تقسيمات عدة وفقا للمنطق الذي يتم على أساسه النفاذ إلى الالتزام^(٢).
ومن أهم هذه التقسيمات تلك التي أنشأها الفقه (٣)، وسلم بها القضاء، والمتمثلة في الالتزام ببذل عناية، والالتزام بتحقيق نتيجة، لما يرتبط بهذا التقسيم من تحديد لخطأ المدين، وتعيين من سيتحمل عبء إثباته، وصولا إلى، تحقق مسؤولية المدين الشخصية، أو الموضوعية على الترتيب، في حالة قصوره في تنفيذ ما التزم به أو عدم التنفيذ

وتثار تساؤلات في غاية الدقة عن كيفية تحديد الوصف القانوني للالتزام؟، وما هو الأساس القانوني للفرقة بين هذين النوعين من الالتزامات؟ وهل تعد التطبيقات القضائية آيات عملية ناطقة البيان عن معيار محدد لهذه الفرقة؟
وتستند هذه التساؤلات في الحقيقة إلى مبررات معقولة، ذلك أن القانون- كما يقرر البعض - لا يحدد الوصف القانوني للالتزام إلا نادرا (٤)

(٢) انظر في تقسيمات الالتزام-على سبيل المثال د.محمود جمال الدين زكي-الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري. الطبعة الثالثة. مطبعة جامعة القاهرة، سنة ١٩٧٨، بند رقم ٩٦ وما بعده، ص ١٦٩ وما بعدها.

استأذنا الدكتور/نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ١١.

(٣) وتم ذلك لأول مرة في كتابات الفقيه الفرنسي: DEMOGUE حيث يقرر الأستاذ starck هذه الحقيقة التاريخية ويشير الى مراجع التالي DEMOGUE

Traité des obligations, V.n °1237, vI.n°599
.v.STARCK(B);Droit,civil,obligations
,2contrat,3 e éd Par;ROLAND(H)et boyer(I.),litec,1989,n° 966,p.403.

(٤)راجع:

V.BÈNABENT(A.):Droit,civil,les obligations,8eéd.
MONTCHRESTIEN,2001,N°411 P.282

ومن ذلك في القانون الفرنسي: قانون ١٣ يوليو سنة ١٩٩٢ الذي نظم التزامات وكالات السفر ونصت المادة رقم (٢٣) منه على مسؤوليه الوكالة تجاه الزبون "بقوة القانون" مسؤولة موضوعية "عن حسن تنفيذ الالتزامات

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

فضلا عن أن الفقه في جانب منه قد اقترح معيارا للتفرقة بين هذين النوعين من الالتزامات يكمن في مدى اتصال الأداء الذي التزم به المدين بالغاية المرجوة من إنشاء الالتزام^(٥)

غير أن التطبيقات القضائية لا تلتزم بحرفية هذا المعيار، وترد الأمر إلى معيار الغرر، وما إذا كانت النتيجة تخضع إلى حد ما لغرر خارجي أم لا؟ فإن تغلبت فكره الغرر، وزالت درجه احتمالات عدم تحقق النتيجة فلن يكون الالتزام عندئذ آلا التزاما بمجرد. بذل عناية، لأنه يتعذر أن ينسب إلى المدين به بشكل منطقي معقول جميع الأسباب المحتملة لعدم تحقق النتيجة، أما إن كانت هذه الأسباب لا تؤثر من قريب أو بعيد في عدم تحقق النتيجة، لأن من شأنها عدم وجود غرر بشأن النتيجة المرجوة من إنشاء الإلزام، فالكل في دائرة الاستطاعة بالنسبة للمدين بدون ادبي مؤثرات خارجية فيكون التزامه عندئذ التزاما بتحقيق نتيجة^(٦).

الناشئة عن العقد بينها وبين "الزبون" أو العميل "سواء قامت هي بتنفيذ هذه الالتزامات، أو قام بتنفيذها آخرون قد اتفقت معهم على تنفيذ هذه الالتزامات وتقديم الخدمات، من غير مساس بحقها في الرجوع عليهم ولن يمكنها إن تتخلص من مسؤليتها كليا وحزبيا إلا بإثبات إن عدم تنفيذ العقد سواء تنفيذه يرجع إلى فعل المضرور (الزبون) أو إلى فعل الغير الأجنبي من التقديمات المطلوبة والذي يكون غير متوقع ولا يمكن تلافيه أو إلى القوة القاهرة

ويكون هذا القانون قد أكد بذلك على إن الالتزام الذي يقع على عاتق منظم السفر "الوكالة" وهو بدون شك التزام بتحقيق نتيجة

^(٥) وعند تطابق مضمون أداء المدين مع الغاية المرجوة من إنشاء الالتزام يكون الالتزام بتحقيق نتيجة، وعند عدم التطابق يكون الالتزام التزاما ببذل عناية.

راجع: د. إسماعيل غانم، مرجع سابق، فقرة ١٩، ٣٣.

- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ١٦.

^(٦) انظر تحليلنا لكل التطبيقات القضائية الواردة في هذه الدراسة، والتي يبدو منها أنها غير ثابتة ويكتنفها الغموض كثيرا مما يصعب معه الحكم بوجود معيار واحد ومحدد، بل يمكن مناقشة أكثر من معيار في هذا الصدد.

منهج وخطة الدراسة:

آثرنا المنهج التحليلي لدراسة هذه المشكلات التي تتعلق بتطبيقات القضاء في ضوء نصوص القانون للمسئولية العقدية سواء كانت الشخصية أو الموضوعية في ضوء التزامات المدينين التي قد تكون التزامات ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة وفقاً للخطة التالية:

الفصل الأول : الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين

نصوص القانون وتطبيقات القضاء.

المبحث الأول: الالتزام ببذل عناية.

المبحث الثاني: الالتزام بتحقيق نتيجة.

الفصل الثاني: معايير التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة.

المبحث الأول: أثر التمييز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق

نتيجة على مسئولية المدين.

المبحث الثاني: الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين الواقع

والمأمول.

الفصل الأول

الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة

بين نصوص القانون وتطبيقات القضاء

تقديم وتقسيم:

اقترح الأستاذ : DEMOGUE مسألة وجوب التمييز بين الالتزام ببذل

عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، كتقسيم إنشائي للمرة الأولى لهذين النوعين من

الالتزامات، مما كان محل تقدير من جانب غالبية الفقه الفرنسي، واستخدمه القضاء

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

الفرنسي، كثيرا بعد ذلك، بأن تم توظيف هذا التنوع فيما يتعلق بمسألة هامة في المسؤولية العقدية، وهي مسألة إثبات الخطأ العقدي LA PREUVE de la Faute contractuelle وأكثر تحديدا مسألة عبء إثبات هذا الخطأ la fardeau de cette preuve، وظهرت عندئذ فائدة هذا التميز ما بين هذين النوعين من التزامات في علاقتهما بعملية تلخص المدين من مسؤوليته العقدية (٧)، وكيف يتسنى له ذلك فيما بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، أي فيما بين مسؤوليته الشخصية ومسؤوليته الموضوعية؟

وبدأة من هذه الرؤية الفقهية والقضائية للتمييز ما بين هذين النوعين من الالتزامات بدأت مشكلات التطبيق؟

ولم يكون أمام القضاء إلا التفسير للنصوص القانونية الخاصة ببعض العقود عقد نقل الأشخاص وعقد المقاولة وعقد الوديعة وعقد القرض أو العارية... الخ... وقد أسفر هذا الاجتهاد القضائي في فرنسا عن إشكالية أساسية تمثلت في إثارة أظنون الفقهية - وبحق - حول أصل المسألة المتمثل في الحيرة والتردد بصدد تساؤل مفاده: هل يوجد معيار محدد للتمييز بين هذين النوعين من الالتزامات؟ مما أوجد صعوبات عديدة أسفرت عن تساؤل آخر مفاده: ما هي حقيقة معايير التمييز بين هذين النوعين من الالتزامات؟

وبدا سبب التساؤل. مبررا على سند الواقع التطبيقي الذي يكشف دون عناء يذكر عن إنشاء القضاء لفئة وسطى ما بين هذين النوعين من الالتزامات، ومما زاد الأمر صعوبة أن هذه الفئة الوسطية. تشمل في داخلها.

(٧) راجع:

V.TERRÈ (F.),SIMILER(PH)et LEQUETTE(Y.)
;DROIT CIVIL,Les obligations ,5^e éd. précis Dalloz,1993 n° 553, p418

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

فئات أخرى تتصارع مع تخوم كل من هذين النوعين من الالتزامات مما أفقدهما ذاتيتهما، وأضحت المسألة في حاجة إلى التحليل القانوني في محاولة لإيجاد الحلول الممكنة؟

وما بين النصوص القانونية وتطبيقات القضاء لها سنحاول استجلاء

أصل المشكلة وفقا للتقسيم التالي:

المبحث الأول: الالتزام ببذل عناية.

المبحث الثاني: الالتزام بتحقيق نتيجة.

المبحث الأول

الالتزام ببذل عناية

يعد الالتزام ببذل عناية أو بوسيلة من الالتزامات التي يلتزم المدين بمقتضاها بالقيام بالعناية الواجبة عليه قانونا أو اتفاقا، وان يبذل ما في وسعه لأجل تنفيذ التزامه دونما أن يتعهد بتحقيق غاية، فهو ملزم باستخدام جميع الوسائل الممكنة لإرضاء دائنة غير أنه لا يضمن تحقق النتيجة، ومثل ذلك الطبيب والمحامي حيث يتعهدان ببذل كل الجهد والعناية وفي اتخاذ الوسائل الممكنة والمتاحة لأجل تنفيذ التزامهما الذي لن يكون مطلقا ضمان الشفاء أو ربح القضية^(٨).

^٨ راجع:

V. BÈNABENT (A.): Droit civil , Les obligations ,⁸ éd MONTCHRESTIEN 2001 , N° 407. p. 280.

; TALLON (D.): " L' in exécution du contract: pour une autre présentation " Rev. tr. Dr. civ. 1994 , p. 223.

; SAVAUX (E.): " La Fin de la responsabilité contractuelle ? " Rev. Trim. Dr. civ. 1999, 1.

; ATIS (CH.): Droit civil , précis élémentaire de contentieux contractuel, presses univ. d' Aix - MARSEILLE - PUAM , 2001 , n ° 210 178.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وفي سبيلنا إلى تحليل الالتزام ببذل عناية ما بين الرؤية التقليدية له وما أسفر عنه التطبيق القضائي من مشكلات، نقسم هذا المبحث كما يلي:

المطلب الأول: الالتزام ببذل عناية في تطبيقات القضاء

المطلب الثاني: مشكلات عبء الإثبات.

المطلب الثالث: نحو تأصيل الالتزام ببذل عناية.

المطلب الأول

الالتزام ببذل عناية في تطبيقات القضاء

إن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم^(١)، وأنه في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته، أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفي بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الرجل العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم بنص القانون أو الاتفاق على غير ذلك^(٢) وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم^(٣) وعلى هدى من ذلك وفي ضوء نص المادة ١١٣٧ مدني فرنسي كذلك، يوجد الالتزام ببذل عناية في صور عديدة من العقود التي تنشئ صلي عاتق المدين بمقتضاها التزاما بعمل.

والمبدأ العام في القانونيين المصري والفرنسي هو أن الالتزام بالمحافظة على الشيء هو التزام ببذل عناية، وهو يتنقل كاهل المدني في ضوء النصوص القانونية التي تقره

(١) راجع نص المادة (٢٠٦) مدني مصري

(٢) راجع نص المادة (٢١١) مدني مصري في فقرتها الأولى

(٣) راجع نص المادة (٢١١) مدني مصري في فقرتها الثانية

سواء في مصر أو في فرنسا، في صور عقدية مختلفة كما هو الأمر في عقد الوديعة (١٢) وعقد الرهن الحيازي (١٣) وعقد الإيجار (١٤) وعقد العارية (١٥) وعقد البيع (١٦).

فماذا عن تطبيقات القضاء بصدد الالتزام بالمحافظة على الشيء في العقود السابقة؟ وهل التزم القضاء بالمبدأ القاضي بأن هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية؟ وإن كان قد التزم ذلك فهل تم إعمال الآثار التي تترتب على طبيعة هذا الالتزام؟

^{١٢} راجع نص المادة (٧٢٠) مدني مصري، والمادتين ١٩٢٧ و ١٩٢٨ مدني فرنسي

^{١٣} راجع نص المادة (١١٠٣) مدني مصري التي تقرر انه "إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه إن يبذل في حفضة وصيانتها من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت إن ذلك يرجع لسبب اجتنبي لا يد فيه" وكذلك المادة ٢٠٨٠ مدني فرنسي.

^{١٤} راجع نص المادة رقم (١٧٣٢) مدني فرنسي وكذلك المادة رقم (٥٨٣) مدني مصري التي تقضي بأنه (١) - يجب على المستأجر إن يبذل من العناية في استعمال العين الموجزة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد ٢- وهو مسئول عما يصيب العين إثناء انتفاعه بها من تلف أو هلك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً"

^{١٥} راجع نص المادة رقم (١٨٨٠) مدني فرنسي وكذلك المادة رقم (٦٤١) مدني مصري التي تفرضان على المستعير L, emprunteur إن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون إن ينزل في ذلك عن عناية الشخص المعتاد .

ومن الجدير بالذكر إن مسؤولية المستعير تتعد في حالة هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت انه قد بذل العناية المطلوبة، إما إذا ضاع الشيء فلن يعفى من مسؤوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي.

وقضى في فرنسا بان"

(" En cas de perte d' une chose ayant fait l' objet d' un prêt á usage l' emprunteur peut s' exonérer en rapportant la preuve de l' absence de faute de sa part ou d' un cas fortuit.")

V. Cass. Civ. ¹ ^{re}, 5 Févr 1996, Bull. Civ. n° 68.

^{١٦} راجع نصوص المواد (٤٣١) (٢٠٦) و(٤٣٧) مدني مصري وكذلك نص المادتين (١١٣٦) و(١١٣٧) مدني فرنسي.

بداية يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع (١٧) بصرف النظر عن انتقال الملكية أم لا، ومن المعلوم أن الالتزام بالتسليم يعد من مقتضيات عقد البيع بحسبانه من العقود الناقلة للحق العيني ذلك أن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم (١٨).

وأن كان التزام البائع بتسليم المبيع التزاما بتحقيق نتيجة، في التزامه بالمحافظة عليه حتى التسليم يعتبر التزاما ببذل عناية (١٩).

ومن ثم فإن الالتزام بالمحافظة على المبيع إلى أن يتم تسليمه للمشتري التزام ببذل عناية، وفي القانون الفرنسي فإن المادة رقم ١١٣٧ مدني فرنسي تلزم المدين به ببذل عناية الرجل المعتاد، ومن ثم لا يتحمل البائع أحكام تبعه هلاكه التي ترجع إلى حالة القوة القاهرة، وإنما يسأله البائع هنا عن أخطائه فقط لأنه يلتزم بوسيلة، ومن المعلوم أن مناط تبعه الهلاك في القانون الفرنسي هو انتقال الملكية، على خلاف ما تقرره

^{١٧} راجع نص المادة (٤٣١) مدني مصري

^{١٨} راجع نص المادة (٢٠٦) مدني مصري، وكذلك المادة (١١٣٦) مدني فرنسي التي تقضى بان "الالتزام بإعطاء شيء يتضمن تسليم هذا الشيء والمحافظة له حتى التسليم.... الخ....".

L, obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu' á la livraisonete.....

^{١٩} وعلى خلاف ما يقتضيه المنطق القانوني من ضرورة التفرقة بين هذين الالتزامين المستقلين تماما عن بعضهما البعض، ذهب البعض إلى الربط بينهما وتخويلهما نفس الطبيعة من حيث إن "التزام البائع بالمحافظة على المبيع وتسليمه بالحالة التي كان عليه وقت البيع التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية" راجع: المستشار عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر، ص ٤٠٨.

المادة ٤٣٧ مدني مصري من أن تبعه هلاك المبيع بسبب قوة القاهرة قبل التسليم تقع على البائع بحسبانه المدين بالتسليم وبصرف النظر عن انتقال الملكية أم لا (٢٠).

وبالنسبة لقد الإيجار:

يفرض القانون على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقي على الحالة التي سلمت بها (٢١) وان يقوم في أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات "التأجيرية" (٢٢).

والتزام المؤجر بالصيانة هو التزام ببذل عناية، وإن كانت المادة ٥٦٤ مدني مصري و المادة ١٧١٩ مدني فرنسي في البند الأول منها تجعله. ملتزما بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بتسليم الشيء المؤجر (٢٣)، وبضمان العيوب الخفية (٢٤).

٢٠ حيث يعد البائع -في القانون المصري- مدينا بنقل الملكية بالتسليم معا ،ولن يتم نقل الملكية بالفعل للمشتري إلا بالتسليم ،ومن ثم كان الهلاك على البائع مع مراعاة نص المادة(٤٣٥)مدني مصري. إما إذا كان الالتزام بالتسليم يستقل قانونا بذاته ،وليس متفرعا عن اى التزام كما هو شان التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر ،والالتزام المستأجر بردها للمؤجر،فغندئذ يكون هلاك الشيء الواجب التسليم على مالكة حتى ولو هلك قبل التسليم،وعلى ذلك إذا هلكت العين المؤجرة بقوة القاهرة قبل إن يرددها المستأجر للمؤجر فإنها تملك على مالكةا وهو بالضرورة المؤجر،فالأصل في هلاك الشئ إن يتحمل تبعته مالكة بصرف النظر عن وجود تسليم أو رد وفق مقتضيات العقد المعنى ،وهو عقد الإيجار هنا في هذا المثال.

٢١ راجع نص المادة (٥٦٧)مدني مصري وكذلك نص المادة(2°-1719)مدني فرنسي

٢٢ راجع نص المادة (٥٦٧)مدني مصري وكذلك نص المادة(1720)مدني فرنسي في فقرتها الثانية.

٢٣ والتي جاء بها:

(Le bailleur est obligé par la nature du contrat, et sans qu' soit besoin d' aucune stipulation particulière: 1° - De délivrer au preneur la chose louée [L. n°2000 - 1208 du 13dé.2000art. 187-1]...etc.

٢٤

(Il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou oéfauts de la chose louée qui en empêchent l' usage.... Etc.... ") V. Art 1721 du code civil frans.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وما بين التزام المؤجر بالصيانة " التزم ببذل عناية " والتزامه بضمان العيوب الخفية "التزام بتحقيق نتيجة" حدث نوع من الغموض Confusion في قضاء Versailles الذي أسس مسؤولية المؤجر وفقاً لنص المادة ١٧٢١ مدني فرنسي على سند من وجود قصور في أداء المؤجر لالتزامه بالصيانة في دعوى كان المستأجر فيها مضروراً بسبب المؤجر (٢٥) رغم أن المادة المذكورة تتحدث عن ضمان العيوب الخفية وهو التزم بتحقيق نتيجة.

وقضى كذلك بأن الضرر الذي يصيب المستأجر بسبب الشيء المؤجر ستوجب إثبات أحد أمرين، إما القصور في الصيانة وأما العيب الكامن فيه، وقضاء الاستئناف الذي عقد مسؤولية المؤجر بسبب الأضرار التي لحقت بالمستأجر الذي حاول فتح خزانة قائمة في الشقة المعدة للسكنى فتهافت عليه ليس مبرراً، ذلك أن الدعوى خالية من أي إثبات لوجود أحد الأمرين سألفي الذكر (٢٦).

وانظر نص المادة (٥٧٦) مدني مصري والتي تلزم المؤجر بان يضمن للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، أو تنقص من هذا الانتفاع إنقاصاً كبيراً..... الخ (٢٥): راجع:

V. Versailles 28 septembre 1990, J.C.P. 1991.IV. 123 qui en fondant la responsabilité sur l' article 1721 du code civil , décide qu' il y a manquement á l' obligation d' entretien).

(٢٦)

V. cass. Civ. 3^e, 29 avril 1987 , J.C.P. 1987. Iv. 221 , qui, á propos d' une location d' un appartement meublé , casse l' arrêt d' une cour d' appel ayant retenu la responsabilité du bailleur , á l' occasion de la chute sur le preneur d' une armoire que celui-ci voulait ouvrir , les juges n' pas constaté un vice de la chose louée ou un manquement du bailleur á son obligation d' entretien. ")

ويراجع كذلك

v.cass. civ^e 21 novembre 1990, j.C.P. IV.23

وقضي بأن من يعهد إليه بشيء ما لإصلاحه أو تنظيفه يقع على عاتقه
التزام تكميلي بحفظ هذا الشيء^(٢٧).

وعلى سند من نص المادة رقم ١١٣٧ مدني فرنسي - وما لم ينص القانون أو
الاتفاق على غير ذلك - فإن هذا الالتزام بالحفظ لن يكون إلا التزام ببذل عناية^(٢٨).

ويجد الالتزام بالحفظ وهو التزام ببذل عناية مجالا واسعا للتطبيق بخصوص ما
تقرره المادة ١٧٨٩ مدني فرنسي بالنسبة للصانع أو الحرفي L'ouvrier^(٢٩)،
وقضى تطبيقا لذلك بأن ثمة التزاما تكميليا بالحفظ يقع على عاتق متعهد الإصلاح أو
الترميم^(٣٠)، ومن يتعهد بتنظيف الثياب والكواء^(٣١) وصاحب الجراح^(٣٢).
وبناء عليه فإن الالتزام بالمحافظة على الشيء في ضوء نص المادتين
١١٣٧ و ١١٨٩ و مدني فرنسي لن يكون سوى التزام ببذل عناية، أما ما يتعلق

⁽²⁷⁾V.C.A Paris 23 septemre 1987. IR.221.

^{٢٨} وهذا ما يمكن لنا استنتاجه أيضا من نص المادة ٢١١ مدني مصري وراجع في تطبيق النص الفرنسي ما يلي :
V.cassCiv.1, ^{RE}24 MARS 1993, J.C.P.1991.IV 1354

^{٢٩} النص الفرنسي:

(" Dans le cas où ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie.
si la chose vient á périr. l' ouvrier n' est tenu que de sa fauteArt.
1789.

٣٠

Á propos d' un entrepreneur -réparteur" " V. cass. Civ. 3^e 10 Janvier
1979 , D. 1979. 1R. 248.

٣١

" á propos d'
unteinturier" V.cass.Civ. ^{1re};24mars 1987.J.C.P. 1987.1V. 191.

٣٢

" á propos d' un garagiste" V. cass. Civ. ^{1 re} , 9 juin 1993 J.C.P. 1993.
IV. 2029 , Rev. trim. Dr. civ. 1993. 828. obs Jourdain.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

بالالتزام بتنفيذ العمل المطلوب من المدين الوفاء به فيجب أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة (٣٣).

وعلى الرغم من الوضوح النظري وأحيانا التطبيقي سابق الذكر ما بين الالتزام بالمحافظة على الشيء "التزام ببذل عناية" والالتزام بتنفيذ العمل المطلوب "التزام بتحقيق نتيجة" فإن التداخل بينهما يبدو محتملا، ويصعب كثيرا على القضاء أن يضع الحدود الفاصلة بين. نطاق كل من الالتزامين ولاسيما الأشخاص الذين يعهد إليهم بإصلاح أو بصيانة سيارة أو جهاز تليفزيون أو ساعة أو هاتف نقال "موبايل".....الخ.... (٣٤).

^{٣٣} وتراجع التطبيقات القضائية التالية في هذه المسألة:

V. cass. Civ. ^{1re}, 3 novembre 1970, D. 1971. 226 et ?? ersailles 4 mars 1993 , D. 1993. 1R. 147. á propos d' un garagiste
; Paris, 10 avril 1987, D. 1987 JR. 132, á propos d' un teinturier
Et V. toute fois: cass. Civ. ^{1re} 2 février 1994, R.J.D.A. 1994, n° 285 ,
contrats, conc. Consom. 1994, n° 70, obs.leveneur J.C.P, 1994.11.
22294 note. Delebecque, Rev. trim. Dr. civ. 1994.513 obs.
Jourdain.
Et V. toute fois: cass. Civ. ^{1re} 2 fevrier 1994, R.J.D.A. 1994, n* 285 ,
contrats, conc. Consom. 1994, n* 70, obs.leveneur,[?] J.C.P,
1994.11. 22294 note. Delcbecque, Rev. trim. Dr. civ. 1994.513
obs. Jourdain.

^{٣٤} وآيات هذا الخلط القضائي بين الالتزامين المذكورين ما يلي :

V. cass. Com. 20 mars 1985 , Bull. Civ. 4 , Rev. trim. dr. civ. 1986, 362
, obs. Huet.
; Cass. Com. 13 mars 1990 , J.C.P. 1990 IV. 185 , á propos d' un
réparatuer.
; Cass. Civ. ^{1re} 7 févrir 1978 , J.C.P. 1978 IV. 118 , Bull. Civ. 1, n° 46 ,
civ. ^{1re}, 20 décembre 1993 , Bull. Civ. 1, n° 376, d.
1994. 1R. 28, Rev. trim. dr. civ. 1994. 611, obs. Jourdain.
; Cass. Civ. ^{1re}, 17 novembre 1993 , contrats, conc. Consommé. 1994 m
n° 83 , obs. Raymond, Rev. trim. dr. civ. 1999. 611, obs. Jourdain,
á propos d' un teinturier.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وتتداخل أيضا الحدود الفاصلة بين الطبيعة القانونية لكل من الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة في عقد المقاولة، وربما لا يكون مبررا إن يقع على عاتق المقاولة التزام بتحقيق نتيجة. ذلك أنه يتعهد بتنفيذ العمل الذي عهد به إليه وفقاً لشروط العقد، وان يعني بالتنفيذ عناية الرجل المعتاد "père de famille bon"، ومن ثم فإن صفة هذا الالتزام تتوافق مع ما يقدمه هذا المقاول من عمل يراعي فيه الأصول المعتبرة، ولا سيما عندها يكون صاحب العمل هو الذي قدم المادة له، ويقال هنا بأن التزامه المذكور يتداخل مع التزامه بصدد المادة أو الشيء الذي عهد به إليه، والذي يتعهد بالضرورة بالمحافظة عليه، غدر أن حالة الهلاك اللي قد تصيب مادة العمل يجعل التزام المقاول بالتسليم مستحيلاً تنفيذه، وان كانت هذه الاستحالة بسبب أجنبي فإن التزامه ينقضي بالضرورة (٣٥).

إلا أن المشرع جعل الهلاك قبل التسليم على المقاول (٣٦)، رغم أن المادة التي سلمها صاحب العمل للمقاول تظل مملوكة له، ويكون المقاول هنا بمثابة مودع لديه، مع التزامه بإصلاح الشيء أو ترميمه أو إعادة هيكلته من جديد، وهو يتعهد بالمحافظة على هذا الشيء وهو التزام ببذل عناية.

^{٣٥} راجع نص المادة (٣٧٣) مدني مصري، والتي تؤكد انقضاء الالتزام الواقع على عاتق المقاول ومن ثم يستلزم ذلك انقضاء الالتزام المقابل، وهو الالتزام صاحب العمل بدفع الأجر، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه تطبيقاً نص المادة ١٥٩ مدني مصري

^{٣٦} "إذا هلك الشئ بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول إن يطالب بثمن عملة ولا يرد نفقاته" (م/١/٦٦٥ مدني مصري)

الأمر الذي استنتج منه البعض التزام المقاول هنا بالمحافظة على الشئ !!؟

راجع: المستشار: عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق ص ٤٠٨ وفي تقديري انه بمثابة فرض قسري لهذا الالتزام بلا مبرر، رغم إن الأمر ما زال في دائرة القواعد القانونية المكتملة. فلم يتم فرض الالتزام لا وجه له؟؟ ولم يتم فرض هذا الالتزام دونما ضرورة تدعوا إليه وليس من مبرر قانوني مستساغ؟

وفي القانون الفرنسي

فإن المقاول وقتما يتعهد فضلا عن العمل بتقديم مادة العمل كذلك، فيظل إذن مالكا لها لغاية وقت التسليم^(٣٧) أما إن كان صاحب العمل هو الذي قدم مادة العمل له، فعندئذ يكون المقاول بمثابة مودع لديه، ويحصل التسليم برد الوديعة، وعلى سند من نص المادة ١٧٨٩ مدني فرنسي فان التزامه بالمحافظة عليها لن يكون إلا ببذل عناية^(٣٨).

وفي كل الحالات فان الوصف القانوني للالتزام لا ينبغي أن يتم فرضه من جانب القضاء بالنسبة لكل ما يتعلق بالالتزام بالمحافظة على الشيء بحسبانه يتدخل أحيانا مع الالتزام بالتسليم أو تنفيذ العمل، ومن ثم يقال أنه من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة لاسيما وأن جوهر الالتزام بالمحافظة على الشيء يندرج في دائرة القواعد القانونية المكتملة، ذلك أن نص المادة ٢١١ مدني مصري وكذلك ١١٣٧ مدني فرنسي تنطويان على تحفظ مفاده ما لم يوجد نص قانوني أمر أو اتفاق مخالف، ومن ثم فإن الوصف القانوني للالتزام يفرض نفسه، كما الأمر في نص المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي والتي تتعلق بمسائلة كل مهندس أو مشيد بناء بقوة القانون^(٣٩)، أي مسؤولة موضوعة تستند بالضرورة إلى عدم تحقق نتيجة ما. وهكذا الأمر في نص المادة ٦٥١ مدني مصري^(٤٠).

^(٣٧) راجع نص المادة (١٧٨٨) مدني فرنسي

^(٣٨) راجع نص المادة (١٧٨٩) مدني فرنسي وقضى بان

(" il résulte de l' art. 1789 que le locateur d'ouvrage débiteur des objets qui lui ont été confiés, n'est libéré qu'en établissant que ceux-ci ont péri sans sa faute ")

V. cass. Civ. 3^e, 17 févr 1999 Bull. Civ. 111, n° 41 Rev. trim. dr. civ. 1999.629, obs. JOURDAIN.

^(٣٩) راجع نص المادة (١٧٩٢) مدني فرنسي

^(٤٠) راجع نص المادة (٦٥١) مدني مصري

المطلب الثاني

مشكلات عبء الإثبات

الشيعة العامة:

إن عبء إثبات الخطأ بصدد تنفيذ التزام ما ببذل عناية يعد مسألة جوهرية، وعلى سند من أن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه (٤١)، لا يتوافر الخطأ في جانب المدين ببذل عناية إلا إذا قصر عن بذل العناية المطلوبة منه في اتخاذ الوسيلة التي تقود إلى النتيجة التي أَرادها العاقدان.

فذلك القصور، لا عدم تحقق النتيجة هو عدم تنفيذ الالتزام الذي يتكون منه الخطأ، ذلك الخطأ الذي لا يظهر إلا بتقدير سلوك المدين في ضوء سلوك " الرجل العادي" الذي جعل القانون قدر عنايته (٤٢) معيارا للوفاء بهذا الالتزام مما يستوجب إثبات قصوره عن عناية هذا الرجل المعتاد، وهذا هو وجه الخطأ الحقيقي.

وإذا ما كان واجبا على المدعى أثبات ما يدعيه، فان الدائن في الالتزام ببذل عناية سيكون واجبا عليه هذا الإثبات في كل الحالات التي تفتقر إلى السند القانوني بوجود تقصير أو خطأ في جانب المدين في ظل الظروف التي تحيط بعدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب.

فلن يقوم الخطأ في جانب الطبيب - على سبيل المثال - بمجرد عدم تحقق النتيجة، كعدم شفاء المريض في التزام هذا الطبيب بعلاجه، فيكون واجبا على المريض

ومن الجدير بالذكر إن هذه المسؤولية العقدية قررها القانونين الفرنسي والمصري لكل عقد مقاولة على البناء، سواء تم النص عليهما في العقد أم لا، وكأنها بذلك مسؤولة

تترتب قانونا على عقد المقاوله الصحيح.

٤١) راجع نص المادة (٣٨٩) مدني مصري.

٤٢) راجع نص المادة (٢١١) مدني مصري.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

أو من يمثله قانونا في الدعوى "أي على الدائن" إثبات وجود إهمال أو عدم احتياط في حق هذا الطبيب وآيته عدم بذل العناية في اتخاذ الوسائل المؤدية إلى ذلك، مما يستلزم تقدير سلوك هذا الطبيب وفق معيار الطبيب المعتاد.

ومن الجدير بالذكر أن الخطأ في تنفيذ الالتزام العقدي لا يتوافق ولا يتمثل مع الخطأ التقصيري بعدم الاحتياط أو الإهمال. وهكذا الأمر فيما يتعلق بالخطأ الجنائي (٤٣).

وإذا كان المدين ببذل عناية يمكنه أن ينفي الخطأ في جانبه بإقامة الدليل على أنه بذل وعمل ما في وسعه لتنفيذ التزامه، أو أنه لم يرتكب إهمالا، أو عدم احتياط، أدى إلى عدم تنفيذه، فإن المدين بتحقيق نتيجة ليس له أن يقيم الدليل على انعدام الخطأ في جانبه، ولن يتخلص من مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي.

ومن ثم، لا ينبغي الخلط بين افتراض الخطأ والالتزام بتحقيق نتيجة ذلك أن افتراض الخطأ لا يكون إلا في نطاق الالتزام ببذل عناية، وعندئذ سيكون على المدين الذي تم افتراض الخطأ في جانبه أن يدحض هذه القرينة فيما لو كانت بسيطة بإثبات عكسها، أي بإثبات أنه قد عمل ما في وسعه لتنفيذ التزامه، أو أنه لم يرتكب إهمالا أو عدم احتياط... الخ... أي ينفي الخطأ عن نفسه.

^{٤٣} (رغم إن القضاء الفرنسي الحديث نسبيا قد اثر تفعيل قوة الأمر المقضي الجنائي على المسؤولية.

المدنية العقدية التي تؤسس على الخطأ، مقررًا إن القضاء بالبراءة جنائيا مانع من الأخذ بالمسؤولية العقدية الخطئية.

V. cass. Civ.^{1 re}. 9juim 1993 , D. 1993. 1R. 178 á propos d' une Décision de relaxe interdisant de retenir la responsabilité contractuelle pour faut.

وإثبات المدين للسبب الأجنبي في الالتزام بتحقيق نتيجة يعني عدم رابطة السببية بين فعله والضرر الذي لحق بالدائن، أو يعني في حالات معينة بأن المدين لم يرتكب أي خطأ، ومن ثم، يتعلق الإثبات هنا برابطة السببية، وينصب مباشرة عليها، وليس على العناصر التي من شأنها أن تقود القاضي إلى قراره من طريق أية قيمة يمكن أن تستمد من سلوك أو تصرف المدين،..... لماذا؟ لأنه في الالتزام بتحقيق نتيجة يتوافر الخطأ في جانب المدين به بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة.

ومن الممكن القول بان إثبات السبب الأجنبي يعني إثبات إيجابي لسبب الضرر الذي لحق بالدائن، والذي ينبغي في ذات الوقت أن يكون أجنبيا عن نشاط المدين. ومهما يكن من أمر فإن على الدائن إثبات خطأ المدين، وبرهانه عدم تنفيذ المدين لالتزامه " *actorie incumbit probation* " وهذا ما ألتمته التطبيقات القضائية فيما يتعلق بالالتزام ببذل عناية، حيث أوجبت وتطلبت من الدائن إثبات خطأ المدين (٤٤).

٤٤ راجع في ذلك على سبيل المثال ما يلي :

v. Cass. Civ. ^{1re}. 19 juillet 1988 J.C.P. 1998. IV. 349.
; Cass. Civ. ^{1re}, 18 décembre 1990 , J.C.P. 1991. IV. 68 á propos d' un louage d' ouvrage ; Cass. Civ. ^{1re}. 16 mars 1994. R.J.D.A. 1994, n° 909

افتراض الخطأ

Présomption de Faute

يلتزم الناقل الجوي Le transporteur aérien على خلاف الناقل البري Le transporteur terrestre ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بسلامة المسافرين (٤٥).

ومن ثم فإن المخاطر الملازمة للملاحة الجوية لا يسأل الناقل الجوي عن الأضرار التي يمكن أن تنتج عنها إلا إذا قصر عن بذل العناية المطلوبة منه في اتخاذ الوسائل التي تؤدي إلى الغاية التي أرادها العاقدان.

وبالنسبة للنقل الجوي الداخلي في القانون الفرنسي فان المادة رقم 3-322.L من تقنين الملاحة الجوية المدني تقرر بان نظام اتفاقية Varsovie هو الواجب التطبيق دون استثناء مما يجعل نظام مسؤولية الناقل الجوي موحدًا بالنسبة لكل من النقل الداخلي والنقل الدولي.

وعلى ذلك ووفقا لنص المادة ٢٠ من الاتفاقية المذكورة لا يكون الناقل الجوي مسئولا إذا ما تم إثبات أنه وتابعيه قد اتخذوا كل الاحتياطات الضرورية لأجل تجنب الضرر، أو كان مستحيلا بالنسبة لهم أن يتخذوها (٤٦).

(٤٥) ومن الجدير بالذكر أنه وقتما ظهر النقل الجوي تم إبرام اتفاقية Varsovie . الخاصة به في سنة ١٩٢٩ ورؤي فيها بان التزام الناقل الجوي هو بذل العناية وليس تحقيق نتيجة بخصوص سلامة المسافرين، وظل الأمر هكذا. ورغم تعديل هذه الاتفاقية بمقتضى بروتوكول La Haye في سنة ١٩٥٥، ثم بر وتوكيل Guatemala في سنة ١٩٧١ والذي يستفاد منه أن التزام الناقل الجوي هو تحقيق نتيجة فيما يتعلق بسلامة المسافرين إلا أن هذا التعديل لم يدخل مطلقا حيز التنفيذ إلى يومنا هذا فمازال التزام الناقل الجوي هو بذل عناية وليس تحقيق نتيجة، ومن ثم تؤسس مسعوليته على الخطأ.

(٤٦)

Le transporteur n'est pas responsable s'il prouve que lui et ses préposés ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage ou qu' il leur était impossible de les prendre ")

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وينبغي على ذلك أن المضرور بسبب أي من المخاطر التي قد تلازم الملاحة الجوية الداخلية لا يلتزم بإثبات خطأ الناقل الجوي، لأن خطئه مفترض، ويكون على الناقل نفسه إثبات أنه لم يرتكب خطأ، ذلك أن افتراض الخطأ يكون بالضرورة لمصلحة الدائن ضد الناقل الجوي في تنفيذه لالتزامه ببذل عناية، ولسنا بصدد مسؤولية بقوة القانون، لأن التزام هذا الناقل الجوي لا يكون بتحقيق نتيجة (٤٧).

ويكون الناقل الجوي موفيا بالتزامه متى ثبت أنه قد بذل القدر المطلوب من العناية أي أنه لم يرتكب أي خطأ، بمعنى عدم وجود خطأ في جانبه، وهذا لا يعد سببا أجنبيا.

ومن الجدير بالملاحظة أن الناقل البحري للأفراد المسافرين يلتزم أيضا بسلامة هؤلاء المسافرين من كل ضرر مادي قد يلحق بهم شخصيا، وهو التزم ببذل عناية، غير أن خطأ هذا الناقل البحري لا يكون مفترضا دائما ذلك أن قانون ١٨ من يونيو سنة ١٩٦٦ والذي يحكم العقود الخاصة باستئجار السفن والنقل البحري قرر بأن خطأ الناقل البحري واجب الإثبات من جانب المضرور. غير أن المسافر إذا ما أثبت وجود الضرر المادي وكان هذا الضرر راجعا إلى كارثة فادحة كما الحريق *L' incendie* والغرق *L' naufrage* والانفجار *L' explosion*، فإن المادة رقم ٣٨ من القانون

V. Art. 20 de la convention de varsovie.

(٤٧) وقضى بان(مسئولية الناقل الجوي عن الضرر في حالة وفاة أو إصابة الراكب عن متن الطائرة أو إثناء عمليات الصعود والهبوط. أساسها الخطأ المفترض. انتفاء المسؤولية. شرطه ثبوت اتخاذه وتابعيه كافة التدابير اللازمة لتفادي وقوع ذلك الضرر أو استحالة اتخاذه أو أن الحادث وقع بسبب اجنبي بغير خطأ منهم أو كان من المستحيل عليه تفاديه، المواد ١٧، ٢٢، ٢٠ من اتفاقية فارسوفيا بيروتوكول لاهاي.

انظر: الطعن ١٩٨٦/١/٢٢، الطعن ٧٥٥ لسنة ٥٠، نقض ١٩٨٥/٣/٢٠ والطعن ٧٤٩ لسنة ٥٠، نقض ١٩٨٥/٣/١٣ للطعن رقم ١٩٦٥ لسنة ٥٠ ومشار إليه في مرجع "

المسئولية المدنية "للأستاذ/ إبراهيم سيد احمد، التعويض في المسئوليتين التقديرية والعقدية، دار الكتب القانونية سنة ٢٠٠٦، قاعدة رقم ٦٦٦، ص ٩٢٠ و٩٢١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

المذكور تقرر عندئذ افتراض الخطأ ضد الناقل البحري، كما هو الأمر بالنسبة الناقل الجوي، مما يفرض علي عاتق هذا الناقل أو ذاك للتخلص من هذه القرينة إثبات عدم وجود خطأ في جانب كل منهما، ومن ثم لا يكون التزام كل منهما وفق هذا التصور القانوني بتحقيق نتيجة، لأنه لو كان الأمر كذلك لما تمكن أي منهما من دفع المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

وإذا كان الأمر كذلك فإن المتعهد بتنظيم الرحلة البحرية يلتزم بتحقيق نتيجة في حين أن الناقل البحري نفسه يلتزم ببذل عناية فقط (٤٨).

وإذا كان الأمر على هذا النحو بالنسبة لنقل الأفراد، فإن القانون الذي يحكم مسؤليه الناقل، الجوي في فرنسا لا يميز في هذا الصدد بين نقل الأفراد ونقل البضائع، بمعنى أن الناقل يتعهد دائما ببذل عناية. أما في النقل البحري فإن لقانون ١٨ يونيو سنة ١٩٦٦ يعتبر أن الناقل البحري للبضائع ملتزم من حيث المبدأ بتحقيق نتيجة، ومن ثم فلن يعفي من مسؤوليته إلا إذا استطاع إثبات السبب الأجنبي (٤٩).

وقضى بأن: ("عقد النقل البحري - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة" أي محكمة النقض المصرية" - لا ينقضي وتنتهي معه مسؤولية الناقل البحري عن البضاعة المشحونة آلا بتسليمها للمرسل إليه تسليما فعليا، ذلك أن التزام الناقل التزام

^{٤٨} راجع نص المادتين ٤٨ و٤٩ من القانون الفرنسي ١٨ من يونيو سنة ١٩٦٦.

^{٤٩} وهي حالة استثنائية من الحالات الواردة على سبيل التحديد والحصص في نص المادة رقم ٢٧ من القانون المذكور، وفي نفس المعنى قضى كذلك بان ("عقد النقل البحري يلقي على عاتق الناقل التزاما بضمان دخول البضاعة للمرسل إليه سلمية، وهو التزام بتحقيق غاية، فيكفي لإخلال أمين النقل بالتزامه وترتيب آثار المسؤولية في حقه إثبات إن البضاعة هلكت أو تلفت أثناء تنفيذ عقد النقل، وبغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه، ولا ترتفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت الناقل إن التلف أو الهلاك نشأ عن عيب في البضاعة ذاتها أو بسبب قوة القاهرة، أو خطأ الغير")

راجع: نقض جلسة ١٩٧٧/٦/٢٧ س ٢٨، ع ١٤، ص ١٤٥٢، ومشار إليه في مرجع: "المسؤولية المدنية للأستاذ/

إبراهيم سيد احمد، مرجع سابق ص ١٠٨٥ و١٠٨٦

بتحقيق غاية هي تسليم الرسالة كاملة وسليمة إلى المرسل إليه. ويظل الناقل البحري مسؤولاً عن البضاعة المشحونة وسلامتها حتى يتم تسليمها لأصحاب الحق فيها، ولا ترتفع مسؤوليته إلا إذا أثبت إن العجز أو التلف كان بسبب أجنبي لا يد له فيه أو بقوه قاهرة طبقاً لنص المادة ١٦٥ من التقنين المدني (٥٠)

افتراض الخطأ في التطبيقات القضائية فيما يتعلق بالالتزام ببذل عناية:

الوديعة عقد رضائي من عقود التبرع بحسب الأصل، وقد تكون من عقود المعارضة إذا اشترط فيها الأجر (٥١)، ويلزم المودع عنده بحفظ الشيء المودع وهو الالتزام الأساسي الذي يترتب على هذا العقد سواء كانت الوديعة بغير أجر (٥٢) أو بأجر (٥٣) وهو التزام ببذل عناية.

وتعد مسؤولية المودع عنده "أو الوديع" هي الإشكالية التي واجهت القضاء الفرنسي فيما يتعلق بمدى التزامه بالتعويض وقتما لا يكون في وسعه تقديم الشيء ورده في نهاية الإيداع، أو لا يتمكن من رده إلا وقد أصابه التلف ومن ثم يرده تالفاً، ويكمن السبب في طبيعة التزام المودع عنده وهل يلتزم ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟ مع الأخذ في الحسبان بأن المحافظة على الشيء ورده مسألتان لا يمكن فصلهما. وكما جرت العادة في وجوب التفريق بين الوديعة بغير أجر والوديعة بأجر إلا أن التزام المودع عنده دائماً هو التزام ببذل عناية.

^{٥٠} (راجع: نقض جلسة ١٩٧٧/٦/٢٧ س ٢٨، ١٤، ص ١٤٥٢، ومشار إليه في مرجع: "المسؤولية المدنية للأستاذ/ إبراهيم سيد احمد، مرجع سابق ص ١٠٨٣ و١٠٨٤.

^{٥١} (راجع نص المادة (٧١٨) مدني مصري. التي تقرر إن "الوديعة عقد يلتزم به شخص إن يتسلم شيئاً من آخر على إن يتولى حفظ هذا الشيء، وعلى إن يرده عينا" وترجع المادة ١٩٥١ مدني فرنسي

^{٥٢} انظر إلى الوديعة بأجر نص المادة رقم ١٩٢٨-٢ مدني فرنسي والمادة رقم (١/٧٢٠) مدني مصري

^{٥٣} (راجع في الوديعة باجر نص المادة ١٩٢٨-٢ مدني فرنسي والفقرة الثانية من المادة ٧٢٠ مدني مصري. التي تقرر إنه إذا كانت الوديعة باجر فيجب على المودع عنده إن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد.

إلا أن القضاء الفرنسي وكأنه أوجد فئة وسطية بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، بمعنى أنه عالج مسؤولية المودع عنده وكأنه يلتزم بتحقيق نتيجة بطريقة مخففة.

أو عالجها من طريق افتراض الخطأ في حق المودع عنده وهو المدين بمجرد بذل عناية، بمعنى أن القضاء الفرنسي لا يتطلب من المودع إثبات خطأ المودع عنده، فهو خطأ مفترض، ومن ثم يكون على عاتق المودع عنده أن يثبت عدم وجود خطأ في جانبه فيما يتعلق بالمحافظة على الشيء المودع الذي عهد به إليه (°).

وتم افتراض خطأ المدين ببذل عناية في تطبيقات القضاء الفرنسي كذلك بالنسبة لصاحب الجراج، فهو يلتزم ببذل عناية فيما يتعلق بالشيء المودع عنده في المحافظة عليه، ويكون خطؤه مفترضا فيما لو أثبتت مسؤوليته المدنية °.

° (وثمة تطبيقات قضائية عديدة في هذه المسألة ونذكر منها على سبيل المثال ما يلي :

- V.Cass.Civ., 1^{re} 28 mai 1984, J.C.P. 1984. IV.252. "
- ; Cass.civ 1^{re}, 2 octobre 1980 J.C.P. 1980, 1V.404, D. 1981IR. 68 Rev. trim. Dr. civ. 1981.405, obs. CORNU.
- V. Cass.civ. 1^{re}, 2 octobre 1980 J.C.P. 1980, IV. 404, D. 1981 IR 68 Rev. trim. Dr. civ. 1981.405, obs. CORNU.
- ;v.Cass. Civ. 1^{re}, 24 juin 1981, D. 1981 1R. 394 J.C.P. 1981.1V. 328 D. 1982 1R.363, obs. LARROUMET. Rev.trim. civ.1982, 340 obs. CORNU.
- ; Cass. Com.22 novembre 1988 J.C.P. 1989. IV. 29, Bull. Civ 4 n 316, Rev. trim. dr. civ. 1989.328, obs. JOURDAIN.
- ; Cassl. Civ. 1^{re}, 4 octobre 1989, d. 1989 1R. 262, J.C.P. 1989. IV. 385.
- ;Cass.Civ. 1^{re}, 10 janvier 1990 D. 1990. 1R.262,J.C.P. 1990. IV 93, Bull.Civ., 1,n6 Rev .trim. Dr. civ. 1990.517,obs.REMY.
- ; Cass.Civ. 1^{re}, 24 Fevrier 1993, contrats. conc. consom. 1993, n 89 obs. LEVENEUR.
- ; Cassl. Civ. 1^{re}, 20 juillet 1994 D. 1994. 1R. 225, J.C.P. 1994. iv. 2342.

(°) راجع:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وكذلك بالنسبة للمستعير، حيث يجب عليه إثبات عدم وجود خطأ من جانبه ذلك الخطأ الذي يعد مفترضا في حقه^(٥٦).

ونلاحظ أن القضاء الفرنسي لم يستند إلى "أي من نصوص القانون فيما يتعلق بالتطبيقات القضائية السابقة، بمعنى أن فكرة افتراض خطأ المدين ببذل عناية لا يوجد لها سند من نصوص القانون، فهي مجرد اجتهاد قضائي فما هي مبررات هذا الاجتهاد القضائي؟ وما هو تقديرنا له؟

يقرر البعض بان افتراض خطأ المدين ببذل عناية في التطبيقات القضائية يجد تبريره في التدقيق في الالتزامات المفروضة على الأطراف المتعاقدة في الفروض سابقة الذكر.

حيث يلتزم المدين فيها بالتزامين أساسيين وليس التزام واحد، فيلتزم بداءة برد الشيء وإرجاعه إلى صاحبه، وهذا الالتزام بالرد ليس هو الالتزام بالتسليم، ولكنه يتجاوز معه لدرجة التلاصق بينهما والانصهار وعلى أقل تقدير فإن هذا الالتزام بالرد ينتمي إلى الالتزام بالتسليم وإن كان لا يعد التزاما بالتسليم من حيث ذاتيته، ومن ثم حرى بالقضاء ولا مشاحة عليه إذا ما اعتبره التزام بتحقيق نتيجة، أو كما الالتزام بتحقيق نتيجة هذا من جانب.

ومن جانب آخر يتعهد المدين برد الشيء في حالة جيدة، وهذا يقتضي التزامه بالمحافظة على هذا الشيء في ذات الوقت، وهو من هذه الزاوية يتوافق كلية مع ما نصت عليه المادة ١١٣٧ مديني فرنسي، ومن ثم فلن يكون الالتزام ببذل عناية.

V. Cass. civ. ^{1 re}, 29avril 1985 J.C.P. 1985, IV. 23.

(^{٥٦}) راجع :

;V. Cass. Civ. ^{1 re}, 11 avril 1995 contrats. conc. Consomm. 1995 n* 113, obs. RAYMOND.

وهذا ما دفع القضاء إلى إيجاد مرحلة وسطية ما بين الالتزامين وكانت وسيلته في ذلك هي افتراض الخطأ في جانب المدين ببذل عناية (٥٧).

وفي رأينا أن الالتزام بالرد في حد ذاته والالتزام بالرد في حالة حسنة في حد ذاته لا يمكن على مستوى تنفيذ المدين بهما لهما إلا أن يكونا التزامين معاصرين تعاصراً زمنياً.

والالتزام الأول لن يكون المدين موفياً به بمجرد الرد، في حين إن الثاني لن يكون المدين موفياً به في حالة وجود الشيء في حالة غير حسنة، ومن ثم، فإن ادعاء الدائن بوجود الأول دون الثاني مسألة في غاية الأهمية، لأن التحليل الدقيق يجعل الالتزام الأول التزم بتحقيق نتيجة، في حين إن الالتزام الثاني لن يكون إلا التزاماً ببذل عناية، وبسبب التعاصر الزمني بين تنفيذ المدين للالتزامين يبدو منطقياً أن يميل القضاء إلى اعتباره التزاماً ببذل عناية، وعدالة يعد الخطأ مفترضاً في حق المدين في مجمل الالتزامين معاً وهما على مستوى النص القانوني التزم واحد، وهذا ما يفسر لنا أنه لم يتم رد الشيء بسبب اختفائه، أو عدم وجوده لخطأ المدين الذي قصر في التزمه بالمحافظة عليه فإن هذا الخطأ ينبغي أن يكون في دائرة الافتراض.

وبسبب الترابط المنطقي بين الالتزامين يكون مبرراً أن يقع على عاتق المدين إثبات أن الشيء قد فقد بدون خطأ من جانبه، دونما أن يكون ملتزماً بإثبات السبب الأجنبي كمنخرج وحيد للتخلص من مسؤوليته فيما لو مال القضاء إلى اعتبار التزمه التزم بتحقيق نتيجة.

فهو أذن التزم ببذل عناية في نطاق افتراض خطأ المدين به فيما لو قصر في تنفيذه للالتزامه.

^{٥٧} راجع في هذا التحليل الفقهي للموقف القضائي

أما في حالة رد المدين للشيء في حالة سيئة، فهو وإن كان قد التزم بالرد إلا أن تنفيذه تضمن رد للشيء وهو في حالة سيئة، وعندئذ لا يوجد لأي من الالتزامين السابقين.....وجود لماذا؟

لأن المدين قد نفذ التزامه، ويجود مجال للتساؤل عن وجود علاقة ما بين التزامه بالمحافظة على الشيء ورده في آن واحد، ويبدو أن الأمر هنا يتعلق فقط بمدى بذله العناية الواجبة للمحافظة على الشيء، ولا مجال لإثارة الالتزام بالرد، ذلك الالتزام الذي تم تنفيذه، وتتساءل هنا عن المنطق الذي يوجب العودة إلى وجوب إثبات الخطأ في جانب المدين؟

ربما يبدو غير ملائم أن يقع على عاتق الدائن إثبات خطأ المدين، ولكنه يكون معقولاً الإدراك أن يميز القضاء هنا أيضاً مسألة افتراض خطأ المدين (٥٨) ومهما يكن من أمر فإن مسلك القضاء الفرنسي فيما يتعلق بافتراض خطأ المدين ببذل عناية وإن كان يجد تبريره في بعض التطبيقات القضائية سالفه البيان، والتي لا يوجد فيها مؤشر يدل على أن عبء الإثبات ينبغي أن يقع على عاتق أحد بعينه، إلا أن مسألة افتراض الخطأ في حق المدين ببذل عناية ليس صواباً بالكلية، فثمة افتراض للخطأ يبدو عسيراً تبريره، لاسيما وأنا في نطاق وسط ما بين الالتزام ببذل عناية، والالتزام بتحقيق نتيجة، أوجدته التطبيقات القضائية بصدد تفسيرها لعقود مبعثرة في المدونة المدنية.

^{٥٨} (قريب من هذا المعنى):

V.LARROUMETT(CH),OP.CIT ,P460,qui disait:

('pour la eme raison qu,en ce qui concerne le depot le ,prêt a usage devrait permettre de presume la fautr le I emprunteur

ومع الأخذ في الحسبان بان القضاء الفرنسي سمح بافتراض الخطأ في حق المستعير (محكمة استئناف باريس سفي ١٩٨٩/١٠/٢٥) ذلك الافتراض الذي يبدو متوقفاً بالكلية مع منطوق عبء الإثبات بمعنى انه سيكون يسيراً على المدين إن ثبت عدم وجود خطأ في جانبه، من إن تكلف ونلزم الدائن بإثبات خطأ المدين.

المطلب الثالث

نحو تأصيل الالتزام ببذل عناية

من منطلق أن لكل التزام هدفا معيناً يرنو الدائن إلى تحقيقه من جانب المدين فإن الالتزام الذي يترتب بمقتضى العقد في ذمة المدين قد يكون التزاما ببذل عناية الذي يقال له كذلك الالتزام بوسيلة *Obligation de moyen* وعندئذ لا يعد هذا المدين مخطئاً إلا إذا ثبت في حقه التقصير عن بذل العناية المطلوبة منه قانوناً أو اتفاقاً كما هو شأن الطبيب الذي لم يبذل العناية الواجبة عليه في علاج المريض مما يعني أنه قصر في اتخاذ الوسيلة التي تؤدي إلى هذا العلاج كما إرادته الإيرادات المتعاقدة. ذلك أنه لا يلتزم بالشفاء بل بالعلاج.

ومن ثم فإن خطأ هذا المدين يتمثل في عدم تنفيذه للالتزامه، وآيته القصور في اتخاذ الوسيلة لا عدم تحقق الغاية، وعلى الوجه الآخر يكون هذا المدين موفياً بالتزامه متى ثبت أنه بذل القدر المطلوب من العناية، ولو لم تتحقق الغاية أي الشفاء^(٥٩) ومسئولية المدين بسبب القصور في أداء هذا الالتزام قد تكون أكثر أو أقل تشدداً من منظور مدى جسامته أو عدم جسامته خطأً هذا المدين، مما دفع البعض إلى تصور ثلاث مشكلات رئيسية تتعلق بنظام المسؤولية المدنية بصدد هذا الالتزام وبقما لا يتم تنفيذه وهي تتعلق على الترتيب، أولاً بمضمون ومحتوى هذا الالتزام، ثم مسألة من يقع على عاتقه عبء إثبات عدم التنفيذ الذي يعد خطأً،

^{٥٩} انظر في الالتزام ببذل عناية على سبيل المثال :

د. محمود جمال الدين زكى :الوجيز في النظريات العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ،الطبعة الثالثة ،مطبعة

جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٨م ،فقرة رقم ١٧٩، ص ٣٣٣

د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠٠٧، ص ١٦ وما بعدها

وأخيرا ما يتعلق بالنتائج التي تؤخذ في الحسبان بسبب جسامه خطأ المدين (٦٠).

بادئ ذي بدء ينبغي التفرقة بين عدم قيام المدين بأداء العمل المطلوب منه وقيامه بأداء هذا العمل مع وجود نزاع حول مقدار بذله للعناية الواجبة في القيام بذلك العمل.

. ففي **الفرض الأول** تتحقق مسؤوليته على سند من نص المادة ٢١٥ مدني مصري على أساس عدم فعل المدين، أي تخلفه عن القيام بذلك العمل، ومن ثم يلزم بالتعويض ما لم يتم بإثبات السبب الأجنبي الذي جعل القيام بالعمل المطلوب مستحيلا.

إما في الفرض الثاني فلا مجال للبحث في إثبات السبب الأجنبي لأنه لا محل لتطبيق المادة ٢١٥ مدني مصري عليه، لأن عدم التنفيذ للعمل المطلوب هنا لا يتمثل في عدم تحقق الغاية المقصودة من الالتزام، وإنما يتحدد في عدم بذل المدين العناية الواجبة، أي في تقصير أو إهمال معين ينسب إليه فيعود إلى الانحراف عن السلوك الواجب، ومن ثم لا يتصور عدم التنفيذ إلا راجعا إلى فعل المدين.

ويستنتج البعض من الفرض الأول بأن مركز المدين بالالتزام ببذل عناية كمركز المدين بالالتزام بتحقيق نتيجة (٦١).

(٦٠) راجع في هذه الفكرة :

V.LARROUMET (CH)op.cit.625et 626

- وتنص المادة (٣٨٩) مدني مصري بأن (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه)
- وتنص المادة ٢١١ مدني مصري بانه(١- في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو إن يحافظ على الشئ أو إن يقوم بإدارته ا وان يتولى الحيطه في تنفيذ التزامه ،فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.٢- وفي كل حالة يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

غير أننا نعتقد أن عدم القيام بالعمل المطلوب بحسب الأصل لا يمكن أن يتمثل مع عدم رضا الدائن عما تحقق من جانب المدين، بمعنى أن المدين في الالتزام ببذل عناية لم يصدر عنه أي فعل ولم يتخذ أية وسيلة لبلوغ الغاية المرجوة من الالتزام في حين أن المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة قد صدر عنه فعل لبلوغ هذه النتيجة غير أن النتيجة التي تحققت لم تتطابق مع الغاية المبتغاة من هذا الالتزام في منظور الدائن، أي أنه ليس راضيا عما تحقق من هذا المدين، ومبنى عدم رضاه أن النتيجة لم تتحقق أو أنها لا ترضيه، وعندئذ يتحقق مبدأ مسؤولية المدين، والذي يكون سرايا مسألة الإعفاء منها إلا إذا اثبت هذا المدين السبب الأجنبي بشرط أن يكون التزامه غير متضمن للضمان^(٦٢).

وتتمثل صعوبات جمة فيما يتعلق بالفرض الثاني ذلك أن عدم تنفيذ الالتزام ببذل عناية وآيته هنا عدم بذل المدين العناية الواجبة لا يمكنه أن يقود إلى مسؤوليه هذا المدين إلا إذا كان عدم التنفيذ يشكل خطأ، ومعرفة ما إذا كان هذا الخطأ قائما ومتحققا أم لا يقتضي تحديد المحتوى الدقيق لهذا الالتزام. ومن ثم نستحسن ما قرره قضاء الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية وقتما قرر بأن إلزام المدين ببذل عناية بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذه.

^(٦١) راجع: المستشار: عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص ٣٩٩

^(٦٢) ذلك الضمان أو التامين الذي يجوز وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ مدني مصري ومبناه الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة. وعندئذ يظل المدين مسؤل عن عدم تحقق النتيجة ولو كان ذلك لراجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

الالتزام بعمل يقتضي إثبات الخطأ في جانب هذا المدين وهذا يستوجب إثبات مضمون ومحتوى التزامه لإمكانية تحديد ما هو منسوب إليه أو ما يمكن نسبته إليه من تقصير أو إهمال (٦٣) هذا من جانب.

ومن جانب آخر لا يمكن قبول ما قرره القضاء السابق من إلزامه للدائن فوق ما تقدم بإثبات " طبيعة الالتزام nature d l'obligation " ذلك أن معرفة ما إذا كان هذا الالتزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة وإن كانت مسألة ضرورية وتعلق بالدائن إلا أن منطوق مضمون عبارات هذا القضاء لا تستقيم مطلقاً مع الالتزام بتحقيق نتيجة، ذلك الالتزام الذي يكون جزاء عدم تنفيذه المسؤولية التي لا علاقة لها بالخطأ ولا يؤثر في ذاتيتها إثبات أو عدم إثبات هذا الخطأ، حيث يتوافر الخطأ في جانب المدين بتحقيق نتيجة بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة، ولا يجوز قانوناً أن يقيم هذا المدين الدليل على انعدام الخطأ في جانبه، فذلك هو شأن الملتزم ببذل عناية فقط.

بالملتزم بتحقيق نتيجة لا يحتمل التزامه الزيادة أو النقصان، فالعمل الذي يتعهد به إما أن يقود إلى تحقيق النتيجة أو لا تتحقق هذه النتيجة، أما المدين ببذل عناية، فيوجد - على النقيض - مجال لأن تزيد درجة التزامه أو تنقص على حسب درجة العناية المتفق عليها مع الدائن.

فيتصور وجود درجات للالتزام بعمل ما وفقاً لدرجة العناية المتفق عليها والتي تتباين عقدياً من حاله إلى أخرى، ومن ثم تقاس درجة العناية الواجبة وفقاً لكل حاله على حده.

(٦٣)

(" Celui qui reclame la reparation du dommage resultant de l' inexecution d' une obligation de faire doit, pour prouver la faute du debiteur, etablir le contenu de l' obligation a laquelle il lui reproche d' avoir manque ")

V. Cass. Com. 15janvier 1991 J.C.P. 1991. IV. 95

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وعندئذ يعد المدين مخطئاً وقتما لا يفعل ما هو واجب عليه فعله، وبعبارة أخرى لا وجود للخطأ في جانب المدين إلا إذا تصرف بطريقة مختلفة وتغاير الطريقة التي كان واجبا عليه أن يتصرف بمقتضاها كمدین طبيعى معتاد من آحاد الناس (٦٤).

وينبغي تحديد الخطأ سواء في النطاق العقدي أو النطاق التصيري " بطريقه مجردة " In "abstracto" من طريق قياس السلوك الذي تم على النموذج المجرد للفرد الطبيعي المعتاد من آحاد الناس وذلك بمناسبة تحديد الأخطاء اللاإرادية، أما في الأخطاء الإرادية أي وقتما يكون هذا الخطأ عمدياً أو يتضمن غشا أو تدليسا فينبغي تعيين الحالة المعنوية للإنسان كي يكون آثماً أو مذنباً "Coupable" مع مراعاة أن هذا التحديد يتم بطريقه جامدة IN concreto .

ورغم ذلك فإن ثمة محلاً لتعيين الخطأ بطريقة مجردة من خلال تعيين آخر لمحتوى الالتزام الذي يقع على عاتق المدين وهنا يوجد مجال لمغالاة الإنسان في التقدير وقتما يتعامل بطريقة مجردة وجامدة مع هذا المحتوى.

وآيات ذلك، ما تقرره - على سبيل المثال - المادة رقم ١٩٢٧ مدني فرنسي و ١/٧٢٠ مدني مصري من أنه إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد (٦٥)

^{٦٤} (راجع في هذا المعنى:

(" il n' ya faute que si on a agi d' une facon difterente de celle dont aurait agi un debiteur normalement diligent.")

V. LARROUMET (CH.): op. cit. n* 617, d. 626.

^{٦٥} والنص الفرنسي يقرر:

(Le depositaire doit apporter , dans la garde de la chose depose. les mSmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartient.

وعن تطبيقات القضاء لالتزام المودع عنده ببذل عناية راجع"

ونستنتج من ذلك أن خطأ المودع عنده محدد ومعين بطريقة جامدة " In concreto حيث أنه تم تقديره وفق هذين النصين القانونيين من طريق قياسه على ما يجب فعله من جانب المودع عنده وفقاً لسلوكه، وفي الحقيقة إن هذا القياس لن يفضي إلى شيء، وليس صائبا بالكلية ما ينطوي عليه هذا المنطق الذي تبناه القانون... لماذا؟

لأن المودع عنده ولو لم يكن يبذل أية عناية في حفظ الأشياء التي يمتلكها أو الخاصة به فهو يعد مخطئا إذا ما فعل نفس الشيء بالنسبة للأشياء المودعة عنده. وإن كنا نتصور قيمة قانونية لهذين النصين فلا نجدها إلا الإعلام عن تحديد محتوى الالتزام الذي يقع على عاتق المودع عنده في عنايته بحفظ الأشياء المودعة، أي محتوى الالتزام ببذل العناية ومن ثم فلسنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة وأن مضمون الخطاب التشريعي لا يضيف شيئا فيما وراء ذلك.

أما بالنسبة " للوديعة بأجر " " Dépôt salarié " فنجد المشرع سواء في مصر أو فرنسا يوجب على المودع عنده أن يبذل في حفظ الشيء عناية الرجل المعتاد (٦٦)، مما يعني التزامه بأن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد على الأقل، فلا

v. Cass. Civ. ^{1re}. 7 oct. 1997 RCA 1997. 367 [exoneration d'un garagiste corse victime d'un attentat].
; Cass. Civ. ^{1re}, 28 mai 1984 •: Bull. Civ. 1, n* 173 [exoneration par une absence de faute ou de negligence].
; Cass. Com. 22 nov. 1988 ibid. 1V. n* 316 , RTD civ. 1989. 328 obs. JOURDAIN.

(٦٦) هذا ما عبر عنه صراحة المشرع المصري في نص الفقرة الثانية من المادة رقم ٧٢٠ مدي مصري بقوله ("إما إذا كانت الوديعة باجر فيجب إن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد") م ٢/٧٢٠ مدي مصري. وفي القانون الفرنسي: نجد إن المشرع قد عبر عن ذلك بان العناية التي يجب إن تبذل في الوديعة بأجر ستكون أكثر قوة مما يبذله للعناية وحفظ أمواله الخاصة، وهي بالضرورة لن تكون أكثر من عناية الرجل المعتاد وليست عناية المودع لديه نفسه كما يلي :

(" La disposition de P article precedent doit etre appliquee

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

يغتفر له إلا التقصير اليسير، أما ما زاد عن ذلك فيحاسب عليه دائماً، حتى ولو كان قد اعتاده في شئونه الخاصة، مما يؤكد أن تحديد الخطأ هنا يتم بطريقة جامدة بدلا من طريقه التحديد المجرد، ومن ثم سيتعاير الحكم من حالة إلى أخرى وفقاً لمحتوى الالتزام المفروض على عاتق المودع عنده، ويقع دائماً على عاتقه عبء إثبات نفي الخطأ عن نفسه إذا لم يؤد العناية التي بذلها إلى حفظ الشيء فعلاً. (٦٧)

avec plus de rigueur: 1°.....)..... 2.....⁰ s'il a
stipulé un
salaire pour la garde du depot. 3⁰ etc ".....)

(٦٧) وقد التزم القانون على نفس المنهج فيما يتعلق بعقد الوكالة، سواء أكانت وكالة تبرعية أم بأجر، راجع على سبيل المثال نص المادة ١٩٩٢ مدني فرنسي والخاصة بمسئولية الوكيل.

(....." Neanmoins la responsabilite relative aux fautes est applique moins rigoureusement a celui [le mandataire] don' t le mandate est gratuit qu' a celui qui recoit un salaire ")

وفي القانون المصري :

(١- إذا كانت الوكالة بلا اجر وجب على الوكيل ان يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في

اعماله الخاصة، دون ان يكلف في ذلك ازيد من عناية الرجل المعتاد.

٢- فان كانت بأجر وجب على الوكيل ان يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد")

ونستنتج من هذين النصين ان :

تصرفات الوكيل لن تصنف كأخطاء فيما لو كانت "الوكالة تبرعية " mandataire gratuit " في حين ان نفس التصرفات تعد من قبيل الاخطاء فيما لو كانت الوكالة بأجر " mandataire salarie " ولا يصادف هذا الحكم وجه الصواب في رايها ذلك ان خطأ الوكيل التبرعي لن يكون محمدا بنفس الطريقة فيما لوكان يعمل بأجر ذلك لان محتوى التزام الاول ليس كمضمون التزام الثاني، فذلك الأخير يوجب عليه القانون ان يبذل عناية في اداء عمله أكثر من الاول لأجل نيل رضا الموكل !!؟

المبحث الثاني

الالتزام بتحقيق نتيجة

إن الالتزام بتحقيق نتيجة أو كما يسمى أيضا الالتزام بتحقيق غاية يتحدد مضمونه في تطابق الهدف الذي يرمي الدائن إلى تحقيقه مع مضمون التزام المدين، فالالتزام بالبائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه يتطابق - على سبيل المثال - مع الهدف الذي يسعى إليه الدائن (المشتري) من هذا الالتزام، فيكون عندئذ التزام البائع في هذا الفرض التزاما بتحقيق نتيجة (٦٨).

ومن ثم فإن عدم تحقق النتيجة يفسح المجال - كما يقرر البعض - لافتراض خطأ المدين، بحسبانه قد تخلف عن أداء التزامه (٦٩).

ولكن كان الالتزام بإعطاء والالتزام بالامتناع عن عمل، هما التزامان بتحقيق نتيجة دائما، فإن نطاق التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية يتحدد فقط في حالات الالتزام بعمل. المادة (١١٤٧) مدني فرنسي (الشريعة العامة للالتزام بتحقيق نتيجة):

النص القانوني:

"يلتزم المدين بالتعويض بسبب عدم تنفيذه لالتزامه، أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ.. ولو لم يكن ثمة سوء نية من جانبه - مادام لم يثبت أن عدم التنفيذ إنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه " (٧٠).

(٦٨) راجع: أستاذنا الدكتور/ نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٧، ص ١٥ و ١٦

(٦٩) راجع

"V.BENABENT (A.):OP.CIT.N 408,P.281

(٧٠) راجع نص المادة (١١٤٧) مدني فرنسي والمادة ٢١٥ مدني مصري وكذلك ٢١٦ مدني مصري.

التطبيق القضائي:

قررت الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية في ٢٨ من فبراير سنة ١٩٩٥ بان إثبات تحقق السبب الأجنبي من جانب المدين بالالتزام بنتيجة هو السبب الوحيد الذي يسمح بعدم انعقاد مسؤوليته (٧١).

ويرى : BÉNABENT أن التدبير في واقع القضاء الفرنسي بصدد الالتزام بتحقيق نتيجة يلاحظ أن بعض الأحكام تقيم قرينه الخطأ، وقرينة رابطة السببية بين الخطأ والضرر بمجرد عدم توصل المدين إلى تحقيق النتيجة، وعليه أن يعفى نفسه من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي (٧٢).

ويستفاد من التطبيق القضائي أن على المدين بتحقيق نتيجة إثبات الفعل الإنساني du fait humain (أي فعل المضرور أو فعل الغير)، وحالة القوة القاهرة (حالات السبب الأجنبي)، وكل ذلك يتم بمعزل عن نشاط أو سلوك أو تصرف المدين (٧٣).

ومن المعلوم قانوناً أنه توجد ثلاثة أنواع للسبب الأجنبي، لا يمكن إن تكون منسوبة إلى المدين:

- القوة القاهرة La force majeure

- فعل الغير وفعل المضرور

(٧١) راجع: V. Cass. Civ. 1^{re}, 28 fevrier R.J.D.A. 1995 , n'542

(٧٢) راجع V.BEANBENT(A.):OP.CIT.N408,P,281

(٧٣) ".... Qui est etranger a l' activite du debiteur"

وهذه الحالة النوعية " Le fait d' un tiers et celui de la victime " بمقتضاه يمكن الذي La cause unique للسبب الأجنبي تعد هي السبب الوحيد تحقق النتيجة إعفاء كاملا عدم عن مسؤوليته من المدين أداء يتم أن

(74) UNE exonération totale de la responsabilité du débiteur

أما وقتما تساهم حاله من حالات السبب الأجنبي مع نشاط المدين حتى ما لم يوصف بالخطأ، وإثبات أن ذلك كان هو مصدر الضرر الذي لحق بالدائن، فإن

المدين هنا لا يجد لنفسه مكانا سوى الإعفاء الجزئي Une exonération partielle من المسؤولية وفقاً للتفصيل التالي:

لو كان سبيل التصرف قد تحدد وفقاً لوجود خطأ من جانب المضرور، فإن هذا الإعفاء الجزئي من المسؤولية بالنسبة للمدين سيتخذ مظهرًا يتجسد في تقليل أو إنقاص الإضرار بالمصالح الخاصة بالدائن، وهذا يعني قسمه المسؤولية بين الدائن والمدين

"Un partage de responsabilité "

أما لو كان سبيل التصرف قد تحدد وفقاً لوجود خطأ من الغير الذي ثبت أنه كان مصدراً جزئياً للضرر الذي أصاب الدائن فإن القضاء عندئذ لا يجيز الإعفاء الجزئي لمسؤولية المدين العقدية على سند من أن كل من المسؤولين متعاونان في المسؤولية عن الضرر.

ويكون كل منهما ملتزماً بإصلاح الضرر كله، على أن يقوم من أصلح هذا الضرر بالرجوع بعد ذلك على المسئول معه عن هذا الإصلاح بما يخصه منه، مادام أنه

V. LARROUMET (CH.): op. cit n 610 p. 611 (٧٤)

V. LARROUMET (CH.): op. cit

قد نفذ التعويض كاملاً. وهذا هو المبدأ الذي يقال له الالتزام التضامني للمشاركين في المسؤولية *l'obligation in solidum des responsables* " " وهو المبدأ الذي يتم تطبيقه في النطاق العقدي بطريقه أفضل من النطاق التقصيري.

أما لو كان سبيل التصرف قد تحدد وفقاً لتوافر حالة القوة القاهرة :

فيتوافر الشروط التي تفرضها حاله القوة القاهرة، فليس من مجال سوى الإعفاء الكلي للمدين من مسؤوليته.

ويمكننا التصدي للمشكلات القانونية التي يثيرها الالتزام بتحقيق نتيجة على مستوى التطبيق من خلال الأفكار القانونية التالية: -

المطلب الأول: التردد القضائي ما بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة.

المطلب الثاني: مناقشة الإخلال بالالتزام بنتيجة من منظور قرينة الخطأ ضد مصلحة المدين.

المطلب الثالث: إنشاء القضاء للالتزام بتحقيق نتيجة في بعض العقود.

المطلب الأول

التردد القضائي ما بين الالتزام ببذل عناية

و الالتزام بتحقيق نتيجة

ثار تردد في القضاء الفرنسي بصدد الأشياء التي يستعملها الطبيب في إنشاء

تنفيذه للالتزامات التي يفرضها على عاتقه العقد الطبي *La contrat medical*

وهل التزام الطبيب بصددها يعد التزاما ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟

قضى بداءة برفض ما قرره قضاء الاستئناف وقتما ألقى عاتق الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة بسبب مجرد تدخل شيء أو توسطه في إثناء تنفيذ الطبيب لالتزامه بعلاج المريض، وكان هذا الشيء لا يمثل أية خطورة^(٧٥) ولا ينبغي أن يفهم مما سبق أن العقد الطبي لا يمكنه أن يولد التزاما بتحقيق نتيجة^(٧٦)، حيث أن المعول عليه في بذل العناية هو ما يتعلق بمراعاة الطبيب لفن وأصول مهنته، ومن ثم، قضي بمسئولية الطبيب الموضوعية أو بدون خطأ بسبب موت المريض على إثر انفجار جهاز التخدير^(٧٧). وفي دعوي أخرى تمت مساءلة الطبيب مسئولية موضوعية على سند من أن الأشياء (الأجهزة) التي تساعد في العلاج يقوم هو بنفسه باستعمالها نحو مريضه^(٧٨). وأثيرت أيضا مسئولية ومتعهد توريد هذه الأجهزة والأدوات الطبية وصيانتها ومن ثم حراستها التي لم تنتقل إلى الطبيب^(٧٩).

^(٧٥) راجع:

V. D.P. 1936. 1. 83 , conclusions Matter et rapport josserand , S. 1937.
1. 321 , note. Breton cite par: LARROUMET (CH.) , op. cit. p. 629
v.l arroumet (ch.):op,cit,n618,p,629 ^(٧٦) انظر في هذا الرأي :

V.CASS.CIV avril 1968, D. 1968. 653 , note: SAVATIER ^(٧٧) راجع:

:J.C.P.1968.11,15547,NOTE RABUT

^(٧٨) لان التزامه يصددها التزام بتحقيق نتيجة:

" on doit pouvoir envisage une obligation de resultat du medecin envers son
client quant aux appareils qu' il utilise" V. J.G.I. pontoise , 28
novembre 1986 , D. 1987. 317 , note: LARROUMET.

ويرجع في نفس المعني:

V.C.A.paris 12 janvier 1989. D. 1989. somm. 317. obs PENNEAU.

^(٧٩) راجع:

V. Cass. Civ. 1^{re}, 22 novembre 1994. Bull. Civ. 1, n' 340. Rev. trim. Dr.
civ. 1995.375 obs. JOURDAIN.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وقضي بالتزام البيطار Vétérinaire ببذل عناية فيما يتعلق بممارسته لفن مهنته^(٨٠) وهكذا الأمر فيما يتعلق بالالتزام بالعلاج الذي يقع على عاتق المراكز الطبية Cliniques وبالنسبة لمراكز نقل الدم وحفظه أي بنوك الدم فقد انعقدت مسؤوليتها على أساس من الخطأ بحسبان أنها تلتزم ببذل عناية على سند من أن لديها من الإمكانيات المعملية والأجهزة التي تمكنها من مراقبة جودة ونقاء الدم الذي يتم نقله للمراكز الطبية وخلوه من أي تلوث^(٨١) وعلى النقيض من ذلك قضي بأن مراكز نقل الدم تلتزم بتوريد دم غير معيب SANG non vicé، وهو التزام بتحقيق نتيجة^(٨٢).

وعلى سند من نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي فرض القضاء الفرنسي على عاتق المدينين جملة من الالتزامات ببذل عناية، ومنها على سبيل المثال الالتزام بالأعلام وبالنصح وبالتبصير وبالتحذير.. الخ... مما يستوجب التحقق من إثبات خطأ المدين بما لانعقاد مسؤوليته الشخصية عند إخلاله بتنفيذ أي من هذه الالتزامات. ومن الجدير بالبيان أن تحديد خطأ المدين يستوجب التثبت من مضمون ونطاق الالتزام المذكور، وهو مضمون لا يتسم بالثبات بل يتغير من التزام إلى آخر، ومن مهني إلى آخر بالنسبة لذات الالتزام وهذا ما يفسر تباين التطبيقات القضائية من دعوى إلى أخرى على حسب تغاير ظروف كل دعوى عن الأخرى، مما يقتضي دراسة

^(٨٠) راجع:

V. Cass. Civ. 1^{er} janvier 1989. D. 1989. 1R. 45 J.C.P. 1989 IV, 120.

^(٨١) راجع:

V. Cass. Civ. 1^{er}, 2mar. 1994, R. J. D. A. 1994, n 821

^(٨٢) راجع:

V. Lass. Civ 1^{er}, 12 avril . 1995 C.P 1995 J.C.P. 1995.11.22467 note :

وتحليل منطوق كل حكم في ضوء أسبابه بحيث تؤدي الأسباب إلى المنطوق بطريقة سائغة ومنطقية ليصدق القول بأن استخلاص القضاء يكون سائغا ومبررا^(٨٣).
وما بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة نجد أن القضاء قد اعتبر أن التزام مستثمر الروضة التي يلهو بها الأطفال مستخدمين الألعاب الموجودة فيها التزام ببذل عناية^(٨٤) في حين أننا أشرنا سابقا إلى أن مستثمر مجرد لعبة من ألعاب الأطفال وهي لعبة الخيول الخشبية المتحركة يلتزم - في تطبيقات القضاء - بتحقيق نتيجة وهي ضمان سلامة الأطفال^(٨٥).

^(٨٣) يرجع في ذلك :

V. Cass. Civ. I^{er} , 7 octobre 1981 J.C.P. 1981 , IV. 401. D. 1982. 1R. 88.
; Cass. Civ. 1 er , 2 juin 1982 J.C.P. 1982. IV. 287.
; Cass. Civ. 1 er , 19 juillet 1983 J.C.P. 1983.IV. 317.
Rev. trim. dr. civ. 1984. 729 obs. HUET.
; Cass. Civ. 1 , 29 janvier 1985 , J.C.P. 1985. IV. 138 ; Cass. Civ. 1 er , 14 mai 1995 R.J.D.A. 1995, n[#] 930

ويراجع كذلك:

V. Cass. Civ, I^{er}, 2 juin 1981, D. 1981. 1R. 406, J.C.P. 1982. II. 19911.
Note: DEJEAN de la batie , en ce concerne L' obligation du restaurateur de mettre a la disposition de ses clients des sieges suffisamment solides.

^(٨٤)

(" l' exploitant d' un pare de jeux pour enfants n' est tenu que d' une (obligation de moyens.") Cass. Civ. I^{er}, 8 novembre 1976 , J.C.P. 1976. 1V.395. d. 1971 1R. 31

^(٨٥) مما دفع البعض إلى القول بان الالتزام بضمان السلامة قد يكون بتحقيق نتيجة في تطبيقات القضاء ، ولكن في عقود أحرى فانه لا يكون إلا ببذل عناية.

(" Certes, certaines obligations de securite sont de resultat d'apres la jurisprudence mais dans d'autres contrats , l' obligation de securite n' est que de moyens.")

V. LARROUMET (CH.): op. cit n° 518, p. 830.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وقضي بأن المسئول عن نادي الفروسية Club hippique كما المتعهد بتنظيم رحلات التنزه والسير بالخيول لا يلتزم إلا ببذل عناية فيما يتعلق بسلامة الأفراد المتعاقدين معه.^(٨٦)

وبان مؤجر الخيل يتعهد بالتزام ببذل عناية بدرجة تقل كثيرا عما يفرض من عناية على عاتق المتعهد بتنظيم رحلات التنزه والسير بالخيول^(٨٧) في حين إن من يتعهد بإصلاح شيء بمقتضى وظيفته كما هو الأمر بالنسبة لصاحب وكالة إصلاح السيارات يلتزم بتحقيق نتيجة بالنسبة لحالة الشئ الذي عهد به إليه لإصلاحه، حيث يجب عليه إعادته بعد إصلاحه أو تحسين حالته بما يحقق السلامة المرجوة منه^(٨٨)

ويبدو معقولا وقابلا للإدراك ما يستلزمه القضاء بالنسبة لمتعهد تنظيم رحلات التنزه والسير بالخيول من درجات للعناية تفوق بكثير ما هو متطلب

^(٨٦) راجع:

V. Cass. Civ. ¹rc, 12 fevrier 1980, J.C.P. 1980. IV. 168.

وفي نفس المعنى راجع:

V. cass. Civ. ^{re}, 4 mars 1980, J.C.P. 1980. 17. 197, Rev. trim. Trim. dr. civ. 1980. 769, obs. DURRY.

; Versailler, 10 novembre 1988, D. 1989 1R. 24.

; Cass. Civ. ¹re, 29 Juin 1994, R.J.D.A. 1994, n° 1107.

^(٨٧) راجع:

V. Cass. Civ. ^{1re}, 27 mars 1985, J.C.P. 1985. IV. 208

وفي نفس المعنى راجع:

V. Cass. Civ. ^{re}, 11 mars 1986. Rev., trim. Dr. civ. 1986. 608, obs. REMY 768 obs. HUET.

^(٨٨) راجع:

V. Cass. Civ. ¹re, 9 juin 1993, D. 1993. 1R. 178, a propos d' un garagiste.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وبالنسبة لمجرد مؤجر الخيول، وهكذا. يكون الشأن فيما يتعلق بالالتزام ببذل عناية حيث نلاحظ تباين درجات العناية من حالة إلى أخرى، - وهذا كله يتعلق بضمان سلامه الأفراد المتعاقدة، في حين أن ثمة أحكاما قضائية أخرى - وقد عرضناها سابقا فيما يتعلق بالالتزام بضمان السلامة - لجعل هذا الالتزام من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة لا مجرد بذل عناية.

وتساءل البعض عن السبب الذي من أجله يتراوح الالتزام بالسلامة ما بين بذل العناية وفق درجات متباينة والالتزام بتحقيق نتيجة، ويقترح أن السبب يكمن في اقتصاد العقد ويتصل به (٨٩).

واعتقد أن التدبر في تطبيقات القضاء بصدد الالتزام بالسلامة يجد أنه قد يكون ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة وفقا لمدى استقلاله عن فكرة تنفيذ العمل المطلوب، ولا توحى لنا هذه التطبيقات بأكثر من ذلك، وبرهان ذلك ما قرره قضاء الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية وقررت اعتبار مؤجر العمل يلتزم ببذل عناية لمصلحة المتعاقد معه رغم أنه يساهم معه في تنفيذ العمل الذي تمثل في رفع "مركب" أو "قارب" صغير بواسطة شاحنه رفع (٩٠).

^{٨٩} راجع:

V. T. G. I. Laon 29 novembre 1977 D. 1979. 1R. 208 , obs. LARROUMET qui disait: (" on peut se demander si une obligation de securite implicite, qu' elle soit de moyens ou de resultat correspond a l' economie du contract.")

(٩٠)

(La cour de cassation a aussi mis une obligation de securite , qui n' est que de moyens , a la charge du locateur d' ouvrage au profit de son cocontractant qui participe a l' operation ")

V. Cass. Civ.^{1 re} , 24 novembre 1993 , D. 1994. 1R. 11, a propos du levage d' un bateau par un camion.")

المطلب الثاني

مناقشة الإخلال بالالتزام بنتيجة من منظور

قرينة الخطأ ضد مصلحة المدين

يرى : LARROUMET أن من الفوائد الجوهرية للالتزام بتحقيق نتيجة يكمن في إجازة السماح بافتراض أن الضرر الذي أصاب الدائن قد نتج عن نشاط المدين " à l' activite du débiteur)^(٩١).

وعندئذ لا يجب أن توجد أية حالة يمكن أن يبدو منها وكأنها خارجة عن نشاط المدين بتحقيق نتيجة، بمعنى أنه وكأن على الدائن أن يثبت أن فعل المدين هو مصدر الضرر لأنه كان واجبا عليه أن يأخذ على عاتقه التصدي لكل الحالات غير المؤكدة والمشكوك فيها والتي من شأنها إن تحول دون تحقيق النتيجة.

ووقتما يثبت الدائن أن الالتزام لم يتم تنفيذه أو لأن التنفيذ الذي تم لا يرضيه، فإن عدم التنفيذ هنا يكون مفترضا أن يكون مسندا إلى فعل المدين بهذا الالتزام. أي أن ثمة افتراضا لرابطة السببية^(٩٢) وهكذا الأمر في المسؤولية التقصيرية.

(^{٩١}) راجع:

V. LARROUMET (CH.): op. cit. n*610 , p.

Qui disait: (" un des interest essentiels de l' obligation de resultat est de permettre de presumer que la dommage subi par le creancier est du a l' activite du debiteur.")

(^{٩٢}) راجع في تطبيقات القضاء الفرنسي لافتراض خطأ المدين بتحقيق نتيجة لافتراض رابطة السببية ما يلي:

V. Cass. Civ.^{1 re} 16 fevrier 1988, J.C.P. 1998. IV. 156 m Bull. Civ. 1, n°42

, Rev. trim. dr. civ. 1988 767, obs. JOURDAIN

; Cass. Caiv.^{1 re} 5 mars 1991. Rev. trim. dr. civ. 1991. 576, obs. JOURDAIN.

; Cass. civ.^{1 re} 2 fevrier 1994 , D. 1994. 1R. 55.

; Cass.civ.^{1 re} 20 iuin 1995 , J.C.P. 1995. IV.2010..

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وهذا الافتراض لخطا المدين كان مبعثه أن يتخلص من مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي، غير أنه في الواقع وعن طريق هذا الإثبات يقيم الدليل على أن حدوث الضرر كان أجنبياً عن نشاطه، في حين أن إثبات السبب الأجنبي ليس من شأنه من حيث محله السماح مطلقاً باحتمالية إسناد الضرر إلى فعل المدين، فالأمر يتعلق بعدم التنفيذ للالتزام وهو بالضرورة لا علاقة له من قريب أو بعيد بفعل المدين ويبعث على الاعتقاد بأن عدم التنفيذ غير مسند إليه.

ومن ثم فإن إثبات السبب الأجنبي ينفي افتراض رابطة السببية.

ويؤكد القضاء الفرنسي هذا التصور. ففي قضية تتعلق بعقد نقل الأشخاص برا والذي بمقتضاه يتعهد الناقل بضمان سلامة المسافر بأن يقوم بتوصيله سليماً معافى بالكلية، بحيث يكون عدم تنفيذه هذا الالتزام - الذي هو التزام بتحقيق نتيجة - يبعث بالضرورة على افتراض أنه غير ذي صلة بالناقل ولا يكون مستنداً إلى فعله، وعلى النقيض يكون المسموح به قانوناً هو إثباته للسبب الأجنبي^(٩٣).

ويتأكد من القضاء السابق أن فعل الناقل لا يفترض فيه الخطأ، فالمسألة تتعلق بالالتزام بتحقيق نتيجة وهي ضمان سلامة المسافر، ولا علاقة لذلك من قريب أو بعيد بفعل الملتزم، وبرهان ذلك أن المسافر بالقطار والذي أصيب بجرح بسبب " حجر "

^{٩٣} راجع:

V. Cass. Civ.¹ * 27 avril 1976 , J.C.P. 1976. 11. 18477, note: RodliERE.
Rev. trim. dr. civ. 1977.139 obs: Durry.

ـوجاءت عبارات القضاء كما يلي:

(" En ce qui concerne le contract de transport terrestre de personnes , le transporter est tenu d' une obligation de scurite quant & I' integrite corporelle du passager. dont I' inexécution est presumee etc imputable a son fait, le contraire ne pouvant etre admis que par la preuve d' une cause étrangere")

ويرجع في نفس المعنى:

v. paris 30 novembre 1994 P.J.D.A. 1995, n* 252.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

متحصل من الخارج ونفذ إلى داخل القطار من طريق ارتطام عجلة القطار به بسبب الجليد وأصاب هذا "الحجر" المسافرين هنا، تحققت مسؤولية الناقل، وقد استبعد القضاء يصدها إثارة فكرة السبب الأجنبي^(٩٤)

وقضى بان من تعهد بتجهيز وتركيب نظام التدفئة كله لن يعفي من مسؤوليته عن الأضرار التي أصابت السكان لعدم وجود سبب أجنبي^(٩٥).

وبان مراكز نقل الدم لا يمكنها أن تتخلص من مسؤوليتها في حالة وجود عيب في الدم بدعوي وجود سبب أجنبي ذلك أن العيب La vice لا يمكن أن يعد سببا أجنبيا^(٩٦).

" OBLIGATION DE DONNER " "الالتزام بإعطاء"

الالتزام بإعطاء التزام بتحقيق نتيجة دائما، ومحلله قد يكون شيئا معينا بالذات أو شيئا معينا بالنوع.

فنسيج البنیان الداخلي لهذا الالتزام هو تحقيق نتيجة ولا يمكن تصوره غير ذلك.

^(٩٤) راجع:

V. Cass. Civ. ^{re} 29 novembre 1960 D. 1961.75.

ويراجع كذلك:

V. Cass. Civ. ^{1re} 26 juin 1990, D. 1990. 1R. 193.

^(٩٥) راجع:

V. Cass. com. 17 novembre 1992 R.J.D.A. 1993 , n° 310

^(٩٦) راجع:

(Un centre de transfusion sanguine ne peut échapper à sa responsabilité en cas de vice du sang que s'il prouve une cause étrangère qui ne lui est pas imputable, le vice ne pouvant constituer une cause étrangère.")

V. Cass. civ. ^{1re}, 12 avril 1995 D. 1995. 1R. 130 et 131, J.C.P 1995. 11.22467, note: JOURDAIN.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

فإذا ما كان محله "شيئاً معيناً بالذات" (٩٧) فلن يكون المدين به مسئولاً إذا ما تمكن من إثبات السبب الأجنبي الذي حال بينه وبين تنفيذه للالتزام وفقاً للشرعية العامة الخاصة بالالتزام بتحقيق نتيجة.

أما وقتما يكون محله "شيئاً معيناً بالنوع" (٩٨) فعندئذ يعد هذا الالتزام جسيماً على عاتق المدين به، بحسبان أن هذا المدين لن يمكنه أن يتخلص من مسؤوليته مطلقاً، حتى ولو تمكن من إثبات السبب الأجنبي.

ذلك أن الشيء المعين بالنوع يكون في دائرة الإمكان الحصول على شيء من نفس نوعه يماثله من حيث الصنف والجودة والكيل أو الوزن أو العدد، وهذا ما يبرر المبدأ القاضي بأن "المثليات لا تهلك *genera non pereunt* . وفضلاً عن ذلك إذا كان التزام المدين يتمثل في دفع مبلغ من النقود، فليس من محل للقول بأن المدين قد نفذ التزامه بالتزام معادل أو مماثل أو مساو، حيث أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه عندئذ يوجد المجال للتنفيذ الجبري بطبيعته، ذلك أن تنفيذ هذا الالتزام عينياً يعد ممكناً دائماً ولا سبيل إلى اعتباره مستحيلاً. ويتحقق ذلك من طريق الحجز الذي يمارسه الدائن على أموال المدين من طريق السند التنفيذي مما يجبر الدائن في بعض الحالات على الحصول على حكم نهائي من القضاء ضد المدين، وهذا الحكم القضائي أي السند التنفيذي يعد من حيث محله متضمناً قوة تنفيذية بطبيعته ولا مجال للقول بأن التنفيذ قد تم بشيء يعادل أو يساوي الشيء المعين بالنوع" (٩٩).

" Un corps certain " ٩٧

" Un chose de genre " ٩٨

٩٩ Lorsqu' il s' agit de l' obligation de payer une somme d' argent, il n' y a pas lieu de neluctabl qu' elle est neluct par neluctabl. Elle fera l' objet d' une neluctab nelu en nature (.....) ce q u i , dans certains cas oblige le créancier à obtenir une condamnation en justice du débiteur. Mais, cette neluctable a pour objet une neluctab nelu en nature et non pas une

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

لا يكون انعقاد المسؤولية المدنية العقدية بسبب عدم تحقق النتيجة في كل الحالات مسألة حتمية ولا مفر منها "Une responsabilité " "neluctable □ كما إذا تعلق التزام المدين بإعطاء شيء معين بالنوع l' obligation de donner un chose de genere، فضلاً عن أنه بإمكان المدين - وفقاً لنص المادة ١١٤٧ مدني فرنسي و ٢١٥ مدني مصري - أن يتخلص من مسؤوليته إذا ما استطاع إثبات السبب الأجنبي (une cause étrangère) (١٠٠).

والسبب الأجنبي ينفي رابطة السببية في حالة عدم تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة، وإثبات هذا السبب الأجنبي يعني الإعراض عن كل رأي أو تقدير لسلوك المدين، والمدين لا يمكنه أن يتصرف بحسابه المدين الذي لم يرتكب خطأ بإثبات السبب

Dneluctab par D neluctabl. ")

V. LARROUMET (CH.): op. cit n° 614, p. 523 et 524.

١٠٠ راجع:

V. cass. Com. 30 juin 1992, R.J.D.A. 1993 , n° 202 , D. 1994. 454. obs. Bénabent.... Qui après avoir rappelé le principe de l'exécution par équivalent énoncé à l' article (1142) du code civil, décidé que le débiteur est cbligé à réparation meme s' il n' a point commis de faute, alors que l' inexécution de l' obligation ne lui était pas imputable en raison de ce qu' elle relevait d' un fait du prince, constitutif cause étrangère.

تعقيب :-

من الجدير بالذكر إن مسؤولية المدين لا تؤسس على الخطأ، وأن عدم التنفيذ نفسه لا يعد خطأ NON fautive يلزم بإصلاح الضرر الناجم عنه.

فالأمر يتعلق إذن بإسناد الضرر إلى فعل المدين، ففي كل الحالات، وحتى لو كانت المسؤولية لا تركز على الخطأ أو على عدم تنفيذ الالتزام . فمن المؤكد ضرورة إسناد الضرر إلى فعل المدين. ومن ثم إلزام بالتعويض وقتما يكون الضرر ناجماً عن السبب الأجنبي.

وهذا هو المنطق الذي من أجله كان الحل الذي تبناه قضاء الغرفة التجارية بمحكمة النقض (السابق) غير مبرر.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

الأجنبي، ذلك أنه في الالتزام بتحقيق نتيجة لا يكون ثمة افتراض بأن سلوك أو تصرف المدين يعد في دائرة الخطأ أم لا، فلا علاقة لذلك بالضرر، فهو ليس سببا له.

فإثبات السبب الأجنبي لا يتعلق إلا بنفي رابطة السببية.

فضلا عن أن أثبت عدم وجود خطأ كإثبات الخطأ، بمعنى أن التحليل وفقا

للحالتين يستند على التصور العقلي لسلوك أو لصرف المدين المسئول (١١)

وبعبارة أكثر تحديدا فإن إثبات المدين للسبب الأجنبي بحسبانه سبب الضرر لا

يتصور أن يكون معزوا إلى فعل المدين أو عدم فعله، فلا يوجد خطأ في جانبه، وفي

ذات الوقت لا يحول القانون بينه وبين إثبات هذا السبب الأجنبي الذي لا علاقة له

عقلا ومنطقا بفكره عدم وجود خطأ في جانب هذا المدين.

ومن ثم لا يصح قانونا الادعاء بأن الالتزام بتحقيق نتيجة يؤدي إلى افتراض

الخطأ.

وفي عبارة واحدة، توجد حدود قانونية فاصلة بين عدم وجود الخطأ والسبب

الأجنبي.

" La preuve de l'absence de faute , comme la preuve de la faute ,^{١١} suppose un jugement porté sur la conduit du responsable désigné en l'occurrence le débiteur contractuel. Au contraire la prevue d' une cause étrangèr se passé de tout jugement sur la conduite du débiteur." V. LARROUMET (CH.): op. cit. n 607 , p. 509.

المطلب الثالث

إنشاء القضاء للالتزام بتحقيق نتيجة

في بعض العقود

منذ الحكم القضائي الفرنسي الصادر في ٢١ من أبريل سنة ١٩١٣ م والذي يطلق عليه في الفقه الفرنسي قضاء المبدأ، وبمقتضاه فرضت محكمة النقض الفرنسية على عاتق الناقل للأشخاص التزاما بتحقيق نتيجة وهي توصيل المسافر سليما معافى إلى جهة الوصول، وهو ما يطلق عليه الالتزام بضمان السلامة للمسافر أثناء السفر^(١٠٢)، والقضاء الفرنسي يفرض هذا الالتزام على عاتق الناقل البري للأشخاص، وهو بالضرورة في رأينا من مستلزمات العقد، حيث يكمل به القاضي عقد النقل على سند من أن الالتزام الأساسي في عقد النقل يقتضيه، لأنه يتفق مع طبيعته ويحقق الفائدة المرجوة منه. مما يبرر إلزام الناقل في ذلك أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما رد فيه، بل تناول أيضا ما هو من مستلزماته بحسب طبيعة الالتزام وفي ضوء أحكام القانون المكمل والعرف والعدالة^(١٠٣).

ومن ثم، فإن عدم تنفيذ المدين (الناقل) لالتزامه، هو عدم تحقق النتيجة مما يفتح المجال لمسئوليته الموضوعية على سند من أنه لم ينجز ما التزم به ولا يجوز له أن

(١٠٢)

(^{١٠٢} Depuis un arrêt de principe du 21 avril 1913 (D.P. 1913.1 5 , note: Lyon - caen) la cour de cassation met à la charge du transporteur de personnes l' obligation de résultat de conduire le passager sain et sauf à destination ")

V. LARROUMET (CH.): op. cit. n° 612, p. 617.

(١٠٣) راجع: نص المادة ١١٣٥ مدني فرنسي وكذلك المادة ١٤٨ مدني مصري في فقرتها الثانية

يقيم الدليل على انعدام الخطأ في جانبه، لأن هذا الخطأ قد وقع فعلا بعدم تنفيذه لالتزامه.

ومنذ صدور لقانون ٥ يوليو سنة ١٩٨٥ في فرنسا، فإن هذا الالتزام تحقيق نتيجة المعزو إلى مجرد عدم تنفيذ الناقل لالتزامه لم يعد له النطاق الواسع بل مجرد نطاق محدود وقاصر على الناقل الأرضي بوسيلة القطارات ولا يفهم من هذا أن ناقل الأشخاص أرضا لم يعد متعهدا بتحقيق نتيجة، ذلك أن عدم تنفيذ الناقل الأرضي لهذا الالتزام يفسح المجال لمسئوليته بطريقة جسيمة وهكذا الأمر في النقل بالشاحنات، وكل ما في الأمر أن القانون المذكور يفترض أن السيارة قد تدخلت في الحادث *impliqué dans l' accident* مما جعل نطاق الإعفاء من المسؤولية بإثبات تحقق السبب الأجنبي لم يعد دائما مسموحا به (١٠٤).

والواقع، أن التعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث المرور " السيارات " يعد وفقا لقانون ٥ يوليو سنة ١٩٨٥ يتماثل بالنسبة لكل المسافرين بالسيارات سواء أكانوا برفقه ناقلين بمقتضى عقد أم يستخدمون سيارتهم الخاصة، وكذلك الأمر بالنسبة للغير المترجلين من المشاة على سبيل المثال.

".... En vertu de la loi du 5 juillet 1985 , son inexécution donne lieu à ^{١٠٤} une responsabilité encore plus sévère du transporteur routier, celle - ci supposant simplement que le véhicule a été " **impliqué dans l'accident** " l'exonération par la preuve d'une cause étranger n'étant pas toujours admise. ") V. LARROUMET: op. cit.

".... En vertu de la loi du 5 juillet 1985 , son in execution donne lieu a une responsabilite encore plus severe du transporteur routier, celle - ci supposant simplement que le vehicule a etc " impliqué dans l'accident " l'exoneration per la preuve d'une cause Stranger n'étant pas toujours admise. ") V. LARROUMET: op. cit.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

فهذا القانون قد وحد أنظمة التعويض ما بين النظامين العقدي والتقصيري (١٠٥).

غير أن التزام الناقل بمقتضى عقد النقل البري للأشخاص بتحقيق نتيجة لم يخلو من فائدة قانونية رغم صدور قانون ٥ يوليو سنة ١٩٨٥، ذلك أن هذا الالتزام يثير مسؤولية الناقل الموضوعية في الحالات التي لا يكون فيها الضرر الذي أصاب المسافر يمكن نسبته إلى تدخل السيارة أو (المركبة)، وآية ذلك ما قضت به محكمة استئناف باريس في دعوى تمثلت وقائعها في جرح مسافر بواسطة شيء كان يحمله مسافر آخر، وهذا الفعل بالضرورة لا يعد سببا أجنبيا يعفي الناقل من مسؤوليته الموضوعية (١٠٦).
إما عقد نقل الأشخاص من طريق البحر (١٠٧) أو من طريق الجو (١٠٨)، فإن الناقل يكون ملتزما بمقتضاه من حيث المبدأ بمجرد بذل عناية، حيث لا يتوافر الخطأ في جانبه إلا إذا قصر عن بذل العناية المطلوبة منه قانونا أو اتفاقا في اتخاذ الوسائل التي تقود إلى الغاية التي أرادها المتعاقدان (١٠٩).

^{١٠٥} انظر في نفس المعنى:

(" En ce qui concerne les dommages résultant d' un accident de la circulation automobile, la loi du 5 juillet 1985 admet un régime de réparation identique pour les passagers d' un véhicule, qu' ils soient ou non transportés en vertu d' un contrat, et pour les tiers tels que des piétons par exemple. cette loi a unifié les régimes de réparations en matière extracontractuelle et en matière contractuelle." V.LARROUMET (CH.): op. cit.

V. C.A paris , 10 janvier 1989 , D. 1989. 1R. 44 " en ce qui (١٠٦) concerne un passger blessé par une chose d' un autre passager, ce fait ne constituent pas nécessairement une cause étrangère exonératoire de la responsabilité du transporteur. ").

" par voie maritime" (١٠٧)

" par voie adrienne" (١٠٨)

^{١٠٩} حيث يلتزم ببذل عناية.

وقد طبق القضاء الفرنسي الالتزام بتحقيق نتيجة على عاتق الناقل في عقد "النقل البرى البضائع Transport terrestre de marchandises" وفقا لما قرره المادة رقم ١٠٣ من تقنين التجارة الفرنسي.

ويراعي أن الالتزام بتحقيق نتيجة مصدره القانون في هذه الحالة (١١٠) غير أننا نلاحظ أن التطبيقات القضائية فيما يتعلق بالنقل الخاص بأمتعة وحقائب المسافرين بالقطارات، قد مالت إلى عدم الاعتداد هنا بالالتزام بتحقيق نتيجة، واعتبرت الناقل مسئول مسؤولية عقدية بسبب التنفيذ الخاطى لالتزامه المتمثل في بذل عناية.

وهذا الاتجاه القضائي لا يمكن تبريره. ذلك أن المجال الوحيد لأن توجد احتمالية لمساءلة الناقل هو النطاق التقصيري، أما الحقائب والأمتعة المصاحبة للمسافر فتظل في حراسته هو، ولا تكون محلا لأي التزام بصدها على عاتق الناقل (١١١).

إما في حالة نقل البضائع من طريق البحر فيوجد عندئذ نظام للمسؤولية الموضوعية وثمة حالات يعفى فيها الناقل من مسؤوليته وهى حالات استثنائية منصوص عليها قانونا على سبيل الحصر، ما لم يتمكن الشاحن أو المصدر من إثبات إن خطأ الناقل هو أصل الضرر الذي أصاب البضائع المنقولة بحرا
راجع
:V.LARROUMET(CH),OP.CIT.517

(١١٠) راجع

V. Art. 103 , al. 3 c. com. Dans sa redaction par une loi du 17 mars 1905.

(١١١) راجع:

V. Cass. Com. 22 juin 1954 , Bull. Civ. 3 , n 229.
; Cass. Civ. 2^e. 22 avril 1994, Bull. Civ. 2, n° 122 , Rev. trim. dr. civ. 1994 859. note: JOURDAIN.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

صفوه القول:

يعد الناقل البري للبضائع ملتزماً بتحقيق نتيجة كالناقل البري للأشخاص، ومن ثم لا يمكن لأي منهما أن يتخلص من مسؤوليته الموضوعية إلا بإثبات السبب الأجنبي^(١٢).

^{١٢} راجع التطبيقات القضائية التالية:

V. Cass. Civ.^{1 re}, 19 fevrier 1991 D. 1991. 1R.81.

; paris 15 mars 1991. D. 1991.1R. 106.

: Cass, civ.^{1 re} 7 mars 1989 D. 1991. 1, note: MALAURIE Rev. trim. dr. civ. 1989. 548,, obs. JOURDAIN.

: Cass. Civ.^{1 re}, 21 juillet 1970 , J.C.P. 1970 11. 16488. D. 1970 , 767, note: ABADIR.

; Versailles 28 octobre 1988 D. 1989. 234 , note: ESTOUP

وقضي بأن: التزام الناقل بضمان وصول الأشياء المراد نقلها سليمة إلى المرسل إليه التزام بتحقيق غاية. ثبوت تلف هذه الأشياء أو هلاكها أثناء تنفيذ عقد النقل.. كفاية ذلك إثبات عدم قيام الناقل بالتزامه قيام مسؤوليته عن الضرر بغير حاجة لإثبات وقوع الخطأ من جانبه... عدم ارتفاع هذه المسؤولية إلا إذا اثبت أن الضرر يرجع إلى سبب في ذات الأشياء المنقولة أو القوة القاهرة أو خطأ الغير "

راجع: نقض ١٣/١/١٩٨٦ الطعن رقم ١٩٤٣ لسنة ٥٠ ق " أنظر المبادئ القضائية في مرجع أ/ إبراهيم سيد احمد، المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، سنة ٢٠٠٦، ص ٦٢١ وما بعدها.

وبالنسبة للناقل البحري فقد:

وقضي بأن: (" التزام الناقل البحري هو التزام بتحقيق غاية هي تسليم البضاعة المشحونة كاملة وسليمة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول أيا كانت الطريقة المتفق عليها في العقد لهذا التسليم، وعدم تنفيذه هذا الالتزام، يعد خطأ يرتب مسؤوليته التي لا يدرؤها عنه إلا إثبات السبب الأجنبي الذي تنتهي به علاقة السببية ").

راجع: الطعن رقم ٦٢٧٨ لسنة ٦٣ ق - جلسة ٢٧/١١/١٩٩٥ م.

و قضي بان: (" شرط إعفاء الناقل من المسؤولية عن التلف بسبب مخاطر البحر، أثره.. إعفاء الناقل من المسؤولية عند وقع هذه المخاطر ما لم يثبت صاحب البضاعة خطأ الناقل ")

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

الالتزام بالضمان OBLIGATION DE GARANTIE

الوضع القانوني:-

يقع على عاتق المدين في بعض العقود الالتزام بالضمان، ويكون واجبا على المدين هذا الالتزام بصرف النظر عن مصدر هذا الوجوب، الذي قد يكون القانون بقواعده الآمرة، أو القضاء، أو الإرادات المتعاقدة. وهو التزام بتحقيق نتيجة، ومن ثم فإن عدم تنفيذه يفسح المجال لانعقاد مسؤولية المدين الموضوعية دونما أن يكون في مكنته أن يتخلص منها بإثبات السبب الأجنبي على خلاف ما تقضي به الشريعة العامة في الالتزام بتحقيق نتيجة^(١١٣).

. راجع: الطعن رقم ٢٧٢ لسنة ٣١ ق - جلسة ١٩٦٦/٥/٦٧ م. وكذلك بأن: (" عقد النقل البحري. عدم انقضائه إلا بتسليم البضاعة للمرسل إليه تسليما فعليا.. انتفاء مسؤولية الناقل إذا أثبت أن العجز أو التلف راجع إلى قوه قاهرة أو إلى سبب أجنبي.. تفرغ المرسل إليه للبضاعة من السفينة لا يدل يناله على تسليمه البضاعة، ولا ينفي مسؤولية الناقل "). راجع: ("الطعن رقم ٢١٤٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦ م. ونقض الناقل ١٢/٧/١٩٨١ م، س ٣٢ ص ٢٢٤٣)

و قضتي بان: (التزام الناقل البحري هو التزام بتحقيق غاية هي تسليم الشحنة كاملة وسليمة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول أيا كانت الطريقة المتفق عليها في العقد لهذا التسليم. ومن ثم، فإن عقد الناقل لا ينقضي ولا تنتهي معه مسؤوليه الناقل في جميع الأحوال إلا بتسليم البضاعة المشحونة إلى المرسل إليه، أو نائبه، تسليما فعليا بالقدر والحالة التي وصفت بها في سند الشحن، إلا إذا أثبت الناقل أن العجز أو التلف يرجع إلى قوه قاهرة أو بسبب لا يد له فيه الخ.....)

راجع: الطعن رقم ٣٢٦ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٥/١٢/١٤ م.
^(١١٣) راجع في هذا الرأي:

V. LARROUMET (CH.): op. cit. 11" 615 , p. 624

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وهكذا يمكن أن يقبل المدين أن يتحمل تبعات القوة القاهرة.

غير أن إثبات خطأ الدائن بحسبانه أصل الضرر قد يسمح بإعفاء كلي أو جزئي للمدين من مسؤوليته وفقاً لعدم تحققها كلية أو لتحقيقها الجزئي. وضمان العيوب الخفية في عقد البيع من أهم تطبيقات الالتزام بالضمان^(١٤)، ذلك النوع من الضمان الذي يفرضه القانون على عاتق البائع بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني مصري^(١٥)، والمادة ١٦٤١ مدني فرنسي ما لم يتفق المتعاقدان على إسقاط هذا

^{١٤} وفي القانون المصري: ("يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل المشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو منفعة بحسب الغاية المقصودة مستفاده مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن علماً بوجوده") م١/٤٤٧م مدني مصري.

وفي القانون الفرنسي:

(" LE vendeur est tenue de la garantie à raison des défauts caches de la chose vendue qui la rendent impropres à l'usage auquel on la destine , ou qui diminuent tellement cet usage , que l'acheteur ne l'aurait pas acquise , ou n' en aurait donné qu' un moindre prix, s'il les avait connus. " (" V. Art. 1641 du code civil ")

^{١٥} وقضى بان ("لئن كان المشرع قد الحق حالة تخلف الصفة التي كلفها البائع للمشتري بالعيب الخفي - وهو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع والذي تنطبق إحكامه النصوص عليها في المواد من ٤٤٧-٤٥٥ من القانون المدني المصري على عقد المقاولة إذا كان مختلطاً بالبيع -إلا انه لم يشترط في حالة فوات الصفة ما اشترطه في العيب الذي يضمنه البائع من وجوب كونه موثراً وخفياً بل انه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجبا لضمان البائع متى قام المشتري بإخطارها سواء كان يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم، وسواء كان يستطيع إن يتبين فواتها وكان لا يستطيع وللمشتري في هذه الحالة الرجوع إما بدعوى الضمان لفوات الصفة، أو بدعوى الفسخ، جزاء على عدم قيامه بتنفيذ التزامه العقدي بالوفاء بالشيء المستحق، والذي لا يتحقق الوفاء إلا به، عملاً بنص المادة ٣٤١ من القانون المدني بصرف النظر عن إمكان تبين فوات لأصفه من عدمه)

راجع الطعن رقم ٩٨٨ لسنة ٥٣ ق، جلسة ١٩٨٩/٣٠ م١٠١٩٨٩/٣٠) راجع نص المادة ٤٥٣ مدني مصري

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

الضمان (١١٦). وجزاء عدم تنفيذ هذا الالتزام يختلف بحسب ما إذا كان البائع يعلم بالعيب الخفي في لحظة البيع au moment de la vente أم يجهله (١١٧). والمبدأ أن البائع يتعهد بضمان العيوب التي يجهلها (١١٨).

وقراءة نص المادة ١٦٣٤ مدني فرنسي (١١٩) تقود إلى القول بان البائع يلتزم بتحقيق نتيجة، فليس من الضروري أن يكون سي النية ولا يكون المشتري بحاجة إلى إثبات خطئه.

غير أن التزام المبالغ بتعويض المشتري يزيد أو ينقص تبعا لما إذا كان البائع سي النية أي يعلم بالعيب أم حسن النية أي غير عالم به.

ففي حالة سوء نيته يلتزم بتعويض المشتري عن كل الضرر المباشر ولو كان غير متوقع، أما في حالة حسن نيته فلا يلتزم إلا بتعويض الضرر المباشر المتوقع فقط (١٢٠).

(١١٦) (.....) على إن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه"

(١١٧) مع وجوب التذكير بضرورة الأخذ في الحسبان بالمقارنة بين نص المادة ١٦٤٥ مدني فرنسي والمادة ١٦٤٦ مدني فرنسي

(" Le principe est que le vendeur doit garantir même pour (' les vices qu' il ignore. ")

V. LARROUMET (CH.) op. cit. n 515 , p. 524

تعقيب :

يضمن البائع العيب سواء أكان عالما به أم يجهله مادامت تتوافر في حقه الشروط الواجبة توافرها للضمان ،غير إن مسألة العلم من عدمه تؤثر في الإثبات من حيث وجوب إثبات العيب من جانب المشتري في حالة عدم احتراف البائع أو عدم إئثار كاهلة بعبء الإثبات إذا ما كان البائع محترفا مع الأخذ في الحسبان بأن افتراض علم البائع المحترف بالعيب تعد قرينه قانونية قاطعة في ضوء المادة ١٦٤٥ مدني فرنسي .

(" il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas P ' a٤) (١١٩)

connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie.") " Art. 1643 du code civil Français".

وقد تشدد القضاء الفرنسي بصدد هذا الضمان بالنسبة للبائع المحترف في علاقته مع المشتري غير المحترف، بحيث لا يسمح بالاشتراط العقدي بينهما والذي بمقتضاه يكون الضمان محددًا، أو يتم إسقاطه بالكلية هذا من جانب. ومن جانب آخر فإن افتراض علم هذا البائع المحترف بالعيب تعد قريبة قانونية قاطعه (١٢١).

وإذا كان البائع المحترف Le vendeur professionnel كما الصانع Lefabricant يجب عليهما تعويض كل الأضرار المباشرة حتي ولو لم تكن متوقعة مادامت راجعة إلى العيب الذي يتضمنه الشيء المبيع إلا أن قضاء الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية قرر بأنهما لا يلتزمان بتحقيق نتيجة متى تسبب الشيء المبيع في الإضرار بالمشتري (١٢٢)، غير أن هذا النظام الذي يلائم مصالح المشتري ظهرت فعاليته بصورة أوضح في منع أي بائع مهني من الاحتماء وراء شرط عقدي يعفيه من

^{١٢٠} (وغنى عن البيان إن الأصل هو حسن النية البائع فلا يعتبر سيء النية إلا إذا أثبت المشتري ذلك... راجع د/سليمان مرقس ود/محمد على إمام، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ١٩٥٢-١٩٥٣ ن مطبعة نخضة مصر، ص ٣٧٨ وما بعدها فقرة ٢٢٢.

وكذلك د. محمد كامل مرسى، العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضة. الجزء السادس سنة ١٩٥٣م المطبعة العالمية، ص ٣٣٧ و٣٣٨ وحواشي الصفحتين.

^{١٢١} (حيث جاء في تفسير القضاء لنص المادة ١٦٤٥ مدني فرنسي بان التطبيق نص هذه المادة بالنسبة للبائع المحترف أو الصانع تعني إلزامه بمعرفة العيب الموثر في الشيء المبيع..... وقضى بان :

(" Application de l'art. 1645 au vendeur professionnel, comme fabricant tenu de connaître les vices affectant la chose vendue V. Cass. Civ. ^{1re}, 16 avr. 1996: ibid. 1, n 188.

^{١٢٢} راجع:

(" mais si le vendeur professionnel doit réparer l'intégralité du préjudice provoqué par le vice affectant la chose vendue, il n'est pas tenu d'une obligation de résultat quant aux dommages causés par la chose vendue à l'acquéreur. ") V. Cass. Civ. ^{1re}, 16 mai 1984: Bull. Civ. 1, n°165.

المسئولية (١٢٣). مما يرر القول بأن التزام البائع بالضمان وفق هذا التفسير يكون أشد صرامة من التزامه بتحقيق نتيجة وفقاً للشريعة العامة في القانون المدني (١٢٤).

وقد تطور الالتزام بالضمان بمناسبة التطرق لمسألة التعويض عن الأضرار التي يسببها الشيء وتم فرض المسئولية بقوة القانون على عاتق البائع مع التفريق بين البائع المهني وغير المهني، وقد كان تجديد نصوص القانون المدني الفرنسي حول ضمان العيوب الخفية أهم أهداف اللجنة التي تم تكليفها في عام ١٩٨٥ حول موضوع المسئولية عن فعل المنتجات المعيبة.

وفي " عقد التمويل العقاري "

" (١٢٥) " contrat de promotion immobilière "

فرض القضاء على عاتق الممول Le promoteur التزاما بتحقيق نتيجة لمصلحة صاحب العمل Le maître، وهي وجوب أن يقوم بتسليم البناء أو ما تم تشييده خال من العيوب exempte de vices أو أي خلل (malfaçons) (١٢٦).

(١٢٣) فلا يمكن للبائع أو الصانع المحترفين استبعاد تطبيق نص المادة ١١٥٠ مدني فرنسي عليهما ذلك إن افتراض علمهما بالعيوب على وجه قاطع يعني إتهما في نطاق سوء النية وان علمهما بالعيوب يعني إمكانية نسبة الغش " DOL إليهما من طريق عدم تنفيذها للالتزام الملقى على عاتقهما ومن ثم يلتزمان بتعويض كل الإضرار المباشرة حتى غير المتوقعة.

(١٢٤) ("L'obligation de garantie du vendeur est plus sévère

que l'obligation du résultat du droit commun)

V. LARROUMET: op. cil. n° 615 , p. 625

(" L'obligation de garantie du vendeur est plus sévère ('U) que F obligation du résultat du droit commun)

V. LARROUMET: op. cil. n° 615 , p. 625

V. Art. 1831 - 1

١٢٥ راجع:

du code civi

١٢٦ راجع:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وكذلك يتعهد المقاول من الباطن sous - traitant بالالتزام بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بالعمل أي البناء الذي يلتزم بتشييده، تنفيذًا لتعهدده قبالة الشركة الأساسية التي تعد بمثابة الدائن في هذا الالتزام، وذلك بأن يسلمها العمل بعد تمامه خاليًا من كل نقص أو قصور أو عيب^(١٢٧).

وفرضه القضاء كذلك على عاتق الممرضة التي تمارس عملها فيما يتعلق بالحقن العضلي حيث تلزم بتحقيق نتيجة^(١٢٨).

V. Cass. Civ. 3 e , 13 octobre 1976 J.C.P, 1976. IV. 345.
Cass. Civ. 3 e, 13 decembre 1977. J.C.P. 1978. IV. 50.

^{١٢٧} راجع:

V. Cass. Civ. 3 e, 24 fevrier 1983 , D. 1982. 1R. 240 Rev. trim. dr. civ. 1983. 150 , obs. REMY.

• Cass. Civ. 3 e, 22 novmbre 1983 , J.C.P. 1984. IV.38
; Cass. Civ. 3 e, 8 juin 1987 , D. 1989. 1R. 147.

وقضي بأن ("مفاد نص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري" ان التزام المقاول هو التزام بنتيجة، هي بقاء البناء الذي يشيده سليماً ومتميناً لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، وان الاخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة، دون حاجة لإثبات خطأ ما، وان الضمان الذي يرجع إلي تنفيذ المقاول أعمال البناء يتحقق إذا ظهر وجود عيب في البناء خلال عشر سنوات من وقت التسليم، ولو لم تنكشف آثار العيب وتتفاقم أو يقوم التهدم بالفعل إلا بعد انقضاء هذه المدة")

راجع(نقض ١٩٧٠/٦/٢٣س١٩٧٠ص٢١٨٠٦٨)

(نقض/١٠/٦/١٩٦٥س١٦ص٧٣٦)

(نقض ١٩٧٣/١١/٢٧ الطعن رقم ١٤٩ س٣٣٨ق")

منشور في مرجع أ/إبراهيم سيد احمد، المسؤولية المدنية، التعويض في المسئوليتين التقديرية والعقدية، دار الكتب القانونية، سنة ٢٠٠٦م، قاعدة رقم ٦٦٦، ص ٩٢٠ و٩٢١

^{١٢٨} راجع:

V. Cass. Civ.^{1 re}, 17 juin 1980 Bull. Civ. 1, n' 187,, Rev. trim. dr. civ. 1981. 165 , obs. DURRY.

وعلى عاتق المسؤولين عن "المختبر الصيدلاني" "un " laboratoire pharmaceutique أو "مركز نقل الدم" "un centre sanguine حيث يتعهدون بتوريد منتجات خالية تماما من كل قصور أو عيب إلى عملائهم، وان تتضمن كل الصفات والخصائص التي يكون للعملاء الحق في استلزام توافرها (١٢٩).

وقضي بأن المتعهد بتركيب جهاز إنذار ضد السرقات يلتزم بتحقيق نتيجة، وهي عمل الجهاز بأمان ويسر لتحقيق الأمن ضد السرقات (١٣٠).

تعقيب:

نلاحظ أن القضاء الفرنسي قد فرض الالتزام بتحقيق نتيجة في نطاقات متعددة ومتنوعة، وذلك لأجل التيسير على المضرور، وضمان حصوله على التعويض، ذلك أن هذا الالتزام يستتبع عدم تنفيذه انعقاد المسؤولية الموضوعية للمدين به، ولن يمكنه التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي.

وبدا هذا المنطق واضحا في فرضه لهذا الالتزام على عاتق صاحب المطعم Restaurateur بضمان سلامة رواده فيما يتعلق بالطعام والشراب المقدم لهم، من حيث وجوب كونه غير ضار، ولا يسبب المتاعب الصحية لهم (١٣١).

^{١٢٩} راجع:

V. T.G.I. paris 1 er juillet 1991 , J.C.P. 1991. 11. 21762 وتعلقت وقائع هذه (sang contamined) الدعوي بتسليم دم ملوث

بفيروس الايدز (Le Virus du sida)

(١٣٠)

(" l' installateur d' un systeme d' alarme contre le vol est tenu d' un obligations de resultat quant au fonctionnement du systeme ")

V. T.G.I. saumut, 22 mars 1968 J.C.P. 1979. IV. 348.

^{١٣١} راجع

; Cass. Civ. ^{re}, 2 juin 1981 D. 1981. 1R. 406, J.C.P.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

ويرى DURRY في تعليقه على هذا القضاء، أن الحل الذي اتبعه قضاء النقض في هذه الدعوى يجد نطاقه في الحالات التي يكون عسيروا فيها وإن يكون مستحيلا إثبات الخطأ في جانب المدين العقدي (١٣٢).

أنه لأمر طبيعي أن يقع على عاتق الأشخاص أو المؤسسات التزام ببذل عناية وقتما يعهد إليهم بأطفال يتعهدون برقابتهم، غير أن محكمة النقض الفرنسية قد ألتقت على عاتقهم الالتزام بتحقيق نتيجة على سند من احترافهم القيام بهذه المهمة titre á professionnel ويتقاضون أجورهم لقاء ذلك (١٣٣).

وأوجد القضاء أيضا الالتزام بتحقيق نتيجة بفرضه على عاتق المؤسسات التعليمية Les établissements d' enseignement، مراعاة للواقع العملي بمناسبة الأضرار التي يمكن أن تصيبهم بسبب فعل الأشياء la fait des choses الخاصة بهذه المؤسسات في سبيل تنفيذهم لالتزاماتهم العقدية بتعليم التلاميذ عديمي التمييز والقصر (١٣٤).

وفي ١٩ من فبراير سنة ١٩٩٧ (١٣٥) أكدت محكمة النقض الفرنسية على مبدأ المسؤولية الموضوعية في ضوء نص المادة ١٣٨٤ / ٤ مدني فرنسي وفرضتها على عاتق الوالدين بقوة القانون عن الأضرار التي يسببها أبناءهم (١٣٦).

1981IV.299.

١٣٢ راجع:

V. DURRY et sa note sur: Cass. Civ. ^{1re}, 2 juin 1981 , Rev. trim, dr civ. 1982,770

١٣٣ راجع:

v. Cass. Civ. ^{1re}, 13 janvier 1982 Bull. Civ. I,n°24,D. 1982 1R. 3639 obs. LARROUMET.
, Rev. trim. dr. civ. 1982. 699 obs. DURRY

١٣٤ راجع :

V. Cass. Civ. ^{1re}, 17 janvier 1995 J.C.P. 1995. 1V. 702.

١٣٥

ولا غرابة إذن أن يمتد نطاق هذا الالتزام بتحقيق نتيجة، والذي يرتب بالضرورة المسؤولية بقوة القانون أو الموضوعية على عاتق كل من يملك سلطه الرقابة والتنظيم والتوجيه في حياة القاصر (١٣٧)

ومن ثم يبدو هذا الاتجاه القضائي منطقيًا وضروريًا (١٣٨).

وفرض القضاء كذلك الالتزام بتحقيق نتيجة على عاتق كل من:

الشخص الذي يتعهد بتركيب جهاز التدفئة في المكان المخصص لتربية الطيور المنزلية (١٣٩).

V. Cass. Civ. 2 e , 19 Févr 1997 Bull. Civ. 11, n* 56 ; J.C.P. -
G. m 1997, 11, 22848 concl. KESSOUS, note. VINEY.
; petites affiches 1997, n° 111, p. 12 et 1998, n° 6, p. 29 obs. DUMONT (F.)

(١٣٦)

(" Les parents sont responsables de plein droit des dommages cause par leur mineur")

انظر المراجع السابقة:

(١٣٧) أنظر: المراجع السابقة

" La responsabilité reconnue à la personne qui a le pouvoir"
" d' organiser, de diriger et de contrôler le mode de vie d' un mineur. ")
V. Cass. Crim. 26 mars 1997 Bull. Crim. n° 124 ; J.C.P - G.
1997,11,22868 rapp. DESPORTES, et obs. VINEY (G.), chronique
Responsabilité civile, J.C.P - G. 1997, 1 4070.

(١٣٨) ويراجع في ذلك:

V. Cass. Ass. Plen. 29 mars 1991, D. 1991, p. 324 note.
LARROUMET.
; Gaz. CHABAS
; D. 1991, chron. P. 157 note. VINEY.

(١٣٩) راجع:

V. Cass. Civ. 1^{re}, 16 juin 1982 , d. 1982 IR. 459, J.C.p., 1982. IV. 309.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وشركة توزيع الكهرباء "E . D. F" حيث يجب عليها ضمان سلامة
الوصلات التي تتعهد بتركيبها (١٤٠).

ومتعهد توريد المياه، بأن يضع في حوزة المستخدم عدادا لقياس حجم الماء
الذي يتم استعماله في حاله صالحة للعمل بكفاءة (١٤١).

ومستثمر المكان الذي تم تخصيصه له كجراح لوقوف السيارات (١٤٢). وبقما
قضي بمسائلته عقديا مسؤوليه موضوعية بسبب الأضرار التي لحقت بإحدى السيارات
على إثر انهيار مفاجئ للحواجز القائمة في المكان (١٤٣).

تعقيب:

تضمن مبررات فرض الالتزام بتحقيق نتيجة في التطبيقات القضائية السابقة في
مراعاة جانب الدائن بسبب الآثار التي تترتب سطح هذا الالتزام.

وتمثل الفائدة الأولى من فرض هذا الالتزام على عاتق المدين عقديا في إن الدائن
لا يتحمل كاهله بعبء إثبات خطأ المدين، فيكفي عدم تحقيق النتيجة، كصنوان لعدم
تنفيذ المدين لالتزامه ومن ثم تحقق مسؤولية بقوة القانون أو الموضوعية عن الضرر الذي
أصاب الدائن.

١٤٠ راجع:

V. Cass. Civ.^{1re}, 9 décembre 1986 J.C.P. 1987.11.
20190, note: GRIDEL

١٤١ راجع:

V. Cass. Civ.^{1re}, 4 janvier 1995, J.C.P. 1995 IV. 528

١٤٢ راجع:

V. Cass. Civ.^{1re}, 29 janvier 1995, J.C.P.A 1995 n 34

١٤٣ راجع:

V. Cass. Civ.^{1re}, 23 février 1994 D. 1995, 214, note :
DION
; Rev. trim, Dr. civ. 1994. 616, obs. JOURDAIN.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وفضلا عن ذلك فإن ثمة ترابطا قانونيا بين سلوك أو تصرف المدين بهذا الالتزام وعدم تنفيذه للالتزام، وبين حدوث الضرر الذي أصاب الدائن، وهذا الترابط بمثابة الحتمية القانونية وبقا لا يكون ممكنا بالنسبة للمدين إثبات وجود حقيقة السبب الأجنبي^(١٤٤).

وهذا ما يفسر عدم وجود وسيلة للنيل من مسؤولية المدين المفروضة على عاتقه بقوة القانون "مسؤولية موضوعية" من طريق الطعن على الحكم بالنقض، إذا ما كان باديا بجلاء أن المدين لم يرتكب أي خطأ، وهو في ذات الوقت ليس في إمكانه الاستفادة من أي من أسباب إعفائه من المسؤولية^(١٤٥).

ويبدو مبررا عندئذ عدم تمكن المدين بتحقيق نتيجة من الاستفادة بإعفاء من مسؤوليته في حاله الشك حول أصل تحقق الضرر، وآية ذلك ما قرره قضاء الغرفة المدنية الثالثة بمحكمة النقض الفرنسية من الحكم بمسؤولية المستأجر عن الأضرار التي لحقت بالمبنى المؤجر بسبب الحريق، تطبيقا لنص المادة ١٧٣٣ مدني فرنسي، ولم يكن ثابتا بطريقة يقينية في هذه الدعوى أن النار قد بدأ شبوها من العقار المؤجر، وقضي بمسؤولية المستأجر وعدم إمكانه الإعفاء من هذه المسؤولية على سند من أن مجرد الشك أو التردد حول أصل الحريق لا يعد من قبيل الأسباب التي تعفيه من مسؤوليته^(١٤٦)

^{١٤٤} في نفس المعنى راجع:

V. LARROUMET (CH.): op. cit n° 612, p. 522

^{١٤٥} راجع في هذا المعنى:

V.Cass. civ. 2 e, 24 Fevrier 1983 , J.C.P. 1983.IV. 148

^{١٤٦}

(" Lorsque le débiteur est tenu d'une obligation de résultat, il ne saurait être exonéré de sa responsabilité en cas de doute sur l'origin du dommage à propos de la responsabilité d'un preneur à bail en cas d' incendie en application de l'article (1733) du code civil, l'exonération de sa responsabilité ne

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

الفصل الثاني

معايير التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام

بتحقيق نتيجة

الالتزام رابطة أو علاقة قانونية بين شخصين، هما المدين والدائن، ومحملها أن يقوم المدين بأداء prestation مالي معلن لمصلحة الدائن.
غير أن مصطلح " أداء مالي " يتضمن سعة كبيرة جدا ويتسم بالإبهام والغموض مما يجعله شاملا لرؤى واقعية متنوعة ومتعددة (١٤٧).

pouvant être admise sur le seul Fondement d'une incertitude quant à l'origine de l' incendie ")

V. Cass. Civ. 3e, 16 mars 1988. J.C.P. 1988. IV. 190.

("مسئولية المستأجر عن احتراق العين المؤجرة. مفترضة، مؤداة. عدم انتفاؤها إلا إذا أثبت ان الحريق لسبب أجنبي لا يد له فيه م ١/٥٨٤ مدني")

الطعن رقم ٤٣٨٠ لسنة ٦٢ ق. جلسة ١٩٩٨/١١/٢٢

وبالنسبة لمسئولية المؤجر عن هلاك العين المؤجرة بغير خطأ المستأجر فقد قضى: بعد مسئوليته عما يحدثه هذا الهلاك من ضرر بالمستأجر إلا إذا ثبت وقوع خطأ منه، فلا محل لتطبيق مسئولية المستأجر المفترضة عن حريق العين المؤجرة المنصوص عليها في المادة ٥٨٤ مدني على المؤجر بطريق القياس إذا حدث الحريق أثناء وجود العين المؤجرة في حيازته قبل تسليمها للمستأجر. علة ذلك. هذا النص إنما أورد حكما خاصا بمسئولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة. ("

راجع؛ نقض مدني ١٩٨٥/٥/١٣ طعن رقم ٧٦٠ لسنة ٥٠ ق ٠ ومشار إليه في مراجع: "المسئولية المدنية" ٠

للأستاذ إبراهيم سيد احمد مرجع سابق، ص ١١٥٣

(١٤٧) انظر في نفس المعني:

V. STARCK (B.) Droit civil, obligations , 2. contrat, 3 éd. BOYER (L.) et ROLAND (H.), litce , 1989 , n 953 , p. 400 qui disaient: (" toute obligation a pour objet une prestation qu le débiteur doit au créancier, mais ce terme prestation est très large et très vague. ")

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وإن يبدو مستحيلا وفي دائرة عدم الإمكان تحديد عددي واضح للأداءات المختلفة المتنوعة التي يمكن أن تنتج عن تعاقدات الأشخاص يكون ممكنا ومختملا وضروريا محاولة تصنيف هذه الأداءات وفي معايير مختلفة ومتنوعة (١٤٨).

ولئن كانت الالتزامات تنقسم إلى التزامات مدنية وأخرى طبيعية، والتزامات شخصية وأخرى عينية والتزام بإعطاء والتزام بعمل أو الامتناع عن عمل.... الخ... (١٤٩) فإن ما يعيننا في هذه الدراسة هي تقسيم الالتزامات إلى التزامات بتحقيق نتيجة والتزامات ببذل عناية.

ويقرر البعض بأن تصنيف الالتزامات إلى التزامات بتحقيق نتيجة والتزامات ببذل عناية يتم وفقا لضمنا تنفيذها (١٥٠).

وبدءة فإن تقسيم الالتزامات إلى التزامات بتحقيق نتيجة obligations de résultat والتزامات بوسيلة obligations de moyens كما يعبر عنها الفقه

(١٤٨) ويمكن تصور ثلاثة معايير في رأي جانب من الفقه الفرنسي هي:

١- طبيعة موضوع الأداء ومحل "La nature de leur objet"

٢- ضمان تنفيذ هذا الأداء "La garantie d'exécution"

٣- نماذج نتائج الأداء أو تنفيذه"

" Leurs modalites de conclusion ou d'exécution V. STARCK (B.): op. cit

(١٤٩) " والتزامات بأنه وأخرى معلقة علي شرط والتزم منجزه وأخرى مضافة إلي اجل، والتزامات بسيطة وأخرى تضامنية، وتضامية، والتزم تخيرية وأخرى بدليه، والتزم أصلية وأخرى تبعية، والتزامات قابلة الانقسام وأخرى غير قابلة للانقسام والتزامات متتابعة و أخرى غير متتابعة" نقلا عن استأذنا الدكتور: نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ١١ و١٢.

(١٥٠)

" selon leur garantie d'exécution " V. STARCK (B.): op. cit. n° 966, p. 403.

الفرنسي أو ببذل عناية، هو تصنيف أو تقسيم قد اقترحه الفقه لأول مرة (١٥١) واعتمده القضاء الفرنسي بعد ذلك، وأصبح مستقرا في الفقه والقضاء، ومن ثم فإن مصدر هذا التقسيم ليس التقنين المدني.

ونقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: أثر التمييز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة " على مسؤوليه المدين. المبحث الثاني: الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين الواقع والمأمول.

المبحث الأول

أثر التمييز بين الالتزام ببذل عناية

والالتزام بتحقيق نتيجة على مسؤولية المدين

رغم وجود حدود فاصلة على المستوى النظري ما بين المسؤوليتين الشخصية والموضوعية للمدين عقديا، إلا أن التطبيقات القضائية الفرنسية لهما في حاجة إلى بيان.

وفي سبيلنا لذلك نقسم الدراسة في هذا المبحث كما يلي:

المطلب الأول: "الروية التقليدية للالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق

نتيجة".

(١٥١) ويشير الأستاذ STARCK إلى ان الأستاذ هو DEMOGUE أول من ناصر ودعم هذا التقسيم في فرنسا،

V.Starck (B.): op. cit. n° 966, p. 403

ويشير سيادته في هامش رقم (٢) من نفس الصفحة إلى :

V. DEMOGUE: Traite des obligations , v, n° 1237. VI , n° 599.

المطلب الثاني: "المسئولية الموضوعية كتطبيق للالتزام بتحقيق نتيجة".

المطلب الثالث: "الخلط القضائي بين المسئوليتين الشخصية

والموضوعية"

المطلب الأول

الرؤية التقليدية للالتزام ببذل عناية

والالتزام بتحقيق نتيجة

الالتزام ببذل عناية:

من شأن بعض العقود أن تضع على عاتق المدين الالتزام بعمل ما، كعلاج المريض كما هو الأمر في العقد الطبي ما بين الطبيب والمريض، ويكون على الطبيب أن يتخذ كل الوسائل الممكنة، ويبذل ما في وسعه لأجل علاج هذا المريض (١٥٢)، ولن يتوافر الخطأ في جانب هذا الطبيب إلا إذا قصر عن بذل العناية المطلوبة منه بمقتضى العقد في اتخاذ الوسائل التي تؤدي إلى الغاية التي أرادها العاقدان. فعدم تحقق الغاية وهي الشفاء guérison لا تقود إلى قيام خطأ الطبيب، لأن الطبيب يلتزم بالعلاج لا بالشفاء.

(١٥٢) وقضي بان: ".....مسئولية الطبيب، وان كانت لا تقوم في الأصل علي انه ملتزم بتحقيق غاية هي شفاء المريض، إلا انه يلتزم ببذل العناية الصادقة في سبيل شفائه، ولما كان واجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية في الظروف المحيط به إنشاء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصر النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها، وكان انحراف الطبيب عن أداء واجبه وإخلاله بالتزامه المحدد (علي النحو الوارد في الدعوي) يعد خطأ يستوجب مسؤليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج ما دام هذا الخطأ قد تداخل بما يؤدي إلي ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب.....الخ..."

راجع(نقض مدني ١٩٦٦/٣/٢٢ ألسنة ١٧، العدد الثاني، ص٦٣٦)

أ.إبراهيم سيد احمد، المسئولية المدنية، دار الكتب القانونية، سنة ٢٠٠٦م، ١٥٣٧ و١٥٣٨

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

ويكون الطبيب قد وفى بالتزامه متى بذل القدر المطلوب من العناية ولو لم تتحقق تلك الغاية.

ويكون الطبيب مقصراً إذا ما ثبت وجود إهمال، أو عدم احتياط من جانبه في بذل العناية في. اتخذ كل الوسائل الفنية المرعية في علم الطب والتي تؤدي إلى الوصول إلى الغاية التي أرادها العاقدان (١٥٣).

وفي سبيل ضبط نطاق خطأ المدين ببذل عناية وهو الطبيب في هذا المثال، فإن كل الأخطاء الواردة في التشخيص *diagnostic* أو في العلاج *thérapeutique* لا تؤدي بذاتها إلى انعقاد مسئولية الطبيب. لماذا؟ لأنه يلتزم فقط بأن يعمل ما وسعه وما هو ممكن في علم الطب، وكل ما يمكن فعله لأجل اكتشاف المرض *découvrir la maladie* غير أن وسائل العلم الطبي المتاحة قد لا تسمح له بذلك، أو أن الأدوية المعروفة في الأوساط العلمية *les médicaments connus* قد لا تقود إلى الشفاء أو العلاج (١٥٤).

وفي هذا الإطار يجب على الدائن أن يثبت خطأ المدين ببذل عناية، وخطأ الطبيب هنا ككل الأخطاء، بمعنى أن على الدائن " المريض " إثبات الخطأ في سلوك وتصرفات الطبيب، ليتسنى تقدير سلوك الطبيب هنا، ومقارنته بسلوك الطيب العادي ريثما يبدو فيه القصور في اتخاذ الوسائل وفي بذل العناية، فثمة إذن قصور في بذل

(١٥٣) راجع في هذا المعنى:

V. STARCK (B.): op. cit. n° 971 , p. 404: qui disait: " Quand dir-t-on le médecin n'a pas exécuté son obligation? Ext- ce en cas de non-guérison? Non , car il n' avait pas proms cela, ce n'est que si la prevue peut être apportée d'un défaut de diligence dans les soins , d'une erreur de jugement dans le diagnostic , qu'il n'aurait pas dû commettre , ou d' une erreur de traitement qu'il n'aurait pas dû faire. ")

(١٥٤) راجع:

V. STARCK (B.): op. cit. n° 973 , pp. 404 et 405

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

العناية التي كان للطبيب العادي في تخصصه ومستواه المهني أن يبذلها، وعندئذ يثبت خطأ الطبيب "المدين" (١٥).

١٥ وقضى بأن: ".....ولئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاما ببذل عناية خاصة، ان المريض اذ أنكر علي الطبيب بذل العناية الواجبة، فان عبء الإثبات ذلك يقع علي عاتق المريض، إلا انه إذا ثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت ان التوقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضوع الجرح والذي نتج عنه تشوه ظاهر بجسمه لم يكون يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرة، فان المريض يكون بذلك قد أقام قرينه قضائية علي عدم تنفيذ الطبيب التزامه، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلي الطبيب، ويتعين عليه لكي يدرا المسؤولية عن نفسه ان يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء التوقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال.....الخ....."

راجع"نقض مدني ١٩٦٩/٦/٢٦ م السنة ٢٠ العدد الثاني ص١٠٧٥" ومشار إليه في مرجع: "المسؤولية المدنية" التعويض في المسؤوليتين التقديرية العقدية للأستاذ/إبراهيم سيد احمد، المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، سنة ٢٠٠٦ م، و١٥٣٦ وما بعدها.

و قضى بان: "..... وحيث ان مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجيه هي مسؤولية عقدية، والطبيب وان كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضة بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وانما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي ان يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق - في غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤل، وجراح التجميل وان كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، الا ان العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى . اعتبارا بان جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه. وإنما إصلاح تشويهه لا يعرض حياته لأي خطر.

الالتزام بتحقيق نتيجة:

من شأن بعض العقود أن تضع على عاتق المدين الالتزام بعمل معين على وجه الدقة، بحيث يكون هذا العمل هو محل التزامه، ولن يكون موفيا بهذا الالتزام إلا بتنفيذه أي بتحقيق النتيجة، وهذا ما قرره القضاء الفرنسي فيما يتعلق بعقد نقل الأشخاص، حيث أنه بمقتضى هذا العقد يلتزم الناقل بإيصال المسافر إلى مكان الوصول المحدد في العقد سليما معافى، ولن تبرأ ذمه الناقل من التزامه إلا بتحقيق النتيجة المذكورة وإذا ما وقعت حادثة ما أدت إلى إصابة هذا المسافر، فعندئذ لم تتحقق النتيجة، ولا يكون المدين "الناقل" بذلك منفذا لالتزامه، مما يثير مباشرة مسؤولية. هذا المدين "الناقل هنا" العقدية.

وليس على المسافر "الدائن" ألا أن يثبت الالتزام بالنقل، وأن النتيجة لم تتحقق، ولا يلزم بإثبات أسباب الحادث وبصفه خاصة خطأ المدين "الناقل" ولا يجوز لهذا المدين أن يقيم الدليل على انعدام الخطأ في جانبه، لأن هذا الخطأ قد وقع فعلا بعدم تنفيذه لالتزامه.

ولن يتمكن المدين من التخلص من مسؤوليته العقدية إلا إذا استطاع إثبات أن عدم تنفيذه لالتزامه يرجع إلى سبب أجنبي *une cause étrangère*.^(١٥٦)

ومن الملاحظ إذن أن المسألة في الالتزام بتحقيق نتيجة تتعلق بمن يقع على عاتقه عبء الإثبات *la charge la preuve* فالدائن يجب عليه ببساطة إثبات مجرد وجود الالتزام الذي يقرره العقد لمصلحته، وعدم تنفيذه، و من السهولة بمكان إثبات ذلك، أما المدين فلن يمكنه الخلاص من مسؤوليته إلا إذا أستطاع إرجاع السبب

^{١٥٦} ("وهذا السبب الأجنبي قد يكون حادث فماجي CAS FORTUIT أو قوة القاهرة Force majeure أو فعل الغير fait d, un tiers أو المضرور victim بتوافر خصائص القوة القاهرة ayant les caracteres de

V. STARCK (B.): op. cit. n° 968 , p. 404. (" la force majeure

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

الحقيقي للحادث إلى حالات السبب الأجنبي مما يعني إثقال كاهله بعبء هذا الإثبات.

واستنتج الأستاذ STARCK من ذلك إن الالتزام بتحقيق نتيجة ينشي - وي حق - ضمانا حقيقيا لمصلحه الدائن في تنفيذ المدين لالتزامه، ولن يخرج الدائن من غطاء هذا الضمان إلا إذا تمكن المدين من إثبات السبب الأجنبي كسبب لعدم تنفيذه لالتزامه (١٥٧).

تعقيب:-

يبدو لنا مما سبق أن التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة تتلخص في مسألة الإثبات، ولا شك أن هذه التفرقة التقليدية لن يكون من شأنها أن تقود إلى نتائج صائبة لاسيما وأن المتدبر للتطبيقات القضائية لا يجد أن الحدود واضحة - وفق المعاني التي ذكرناها عن كل من الالتزامين المذكورين - بين كل منهما. مما يبعث على التساؤل عن معايير التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية فيما وراء تقليدية العرض السابق؟

(١٥٧) راجع:

V. STARCK (B.): op. cit n 970 , p. 404 , qui disait:
(" Les obligations de rdsultat creent ainsi une veritable garantie d'execution que le debiteur assume k l'egard de son creancier.")

المطلب الثاني

المسئولية الموضوعية

كتطبيق للالتزام بتحقيق نتيجة

يمكن تبيان مبدأ المسئولية الموضوعية فيما يتعلق بعدم تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة، وعندئذ لا يستطيع المدين بهذا الالتزام أن يتخلص من مسؤليته الموضوعية إلا إذا تمكن من إثبات السبب الأجنبي وذلك في حالات أوجدها النصوص القانونية، وقام القضاء بتطبيقها.

ومن ذلك مسئولية مشيدي البناء - التي تعد من أهم التطبيقات لمبدأ المسئولية الموضوعية في نصوص القانون المدني الفرنسي - في حالة عدم تنفيذهم للالتزامات الملقاة على عاتقهم بمقتضى عقد المقاولة فيما يتعلق بالعقارات التي يعهد إليهم بتشبيدها.

يكون كل مشيد بناء "مسئولا بقوة القانون" "tout" "plein droit" constructeur d' un ouvrage est responsable de أمام مالك acquéreur أو صاحب العمل maître de l'ouvrage عن الأضرار التي تنتج عن عيب في الأرض التي سيقام عليها البناء.... الخ.... ما لم يقيم بإثبات السبب الأجنبي (١٥٨).

158 " une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'un caus étranger" (Art. 1792 du code civil frans.)

تاريخ النص القانوني (١٧٩٢م مدني فرنسي)

تم اضافة هذا النص الذي يقرر المسئولية بقوة القانون -بدلا من النص القديم الذي كان مقررا بمقتضى قانون ٣ يناير سنة ١٩٦٧- بمقتضى القانون ٤ يناير سنة ١٩٧٨.

وفي القانون المصري :

وفي تطبيقات القضاء الفرنسي لنص المادة (١٧٩٢ مدني فرنسي) قضي بان هذا النص القانوني لا يقتصر على افتراض الخطأ على عاتق مشيد البناء، بل يحمله بعبء جسيم يتماثل في المسؤولية الموضوعية (١٥٩).

وليس من لبس أو غموض في عبارات المشرع فهي ناطقة البيان بإقرار مبدأ المسؤولية بقوة القانون على عاتق مشيد البناء.

والمسؤولية بقوة القانون ليست إلا مسؤولية بدون خطأ، ولا تحتل تفسيراً آخر، مما يؤيد القول بمبدأ المسؤولية الموضوعية (١٦٠).

وفي القانون المصري يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة (١٦١).

فان عقد المقاولة هو "عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الأخر" (٦٤٦م مدني مصري).

(١٥٩)

V. Cass. Civ. 3 e , 25 janvier 1989 , D. 1989. 1R. 43, J.C.P. 1989. IV. 122.

Bull. Civ. 3 , n° 18, Rep. not. 1990 , 761 , obs. SOULEAU.

(" En effet, l'article 1792 énonce le principe d' une responsabilité (١٦١ de plein droit or, la responsabilité de plein droit n'est rien d'autre qu'une responsabilité sans faute, c ' est -à-drie la responsabilité **objective.**")

V. LARROUMET (CH.): op. cit. n° 611, p. 614.

(" En effet, Particle 1792 enonce le principe d' une responsabilite de plein droit or, la responsabilite de plein droit n'est rien d'autre qu'une responsabilite sans faute , c ' est - 4 - drie la responsabilite objective.")

V. LARROUMET (CH.): op. cit. n° 611 , p. 614.

(١٦١) -١ " ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا ان تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

ومن ثم فإن مسؤولية المقاول أو مشيد البناء لا تنتهي بمجرد تسلم صاحب العمل البناء، فقد أبقاها المشرع مسئولين بعد انتهاء العمل وتسليمه على سند من أن صاحب العمل قد لا يستطيع - وبحق - إدراك عيوب البناء واكتشافها وقت التسليم، وقد تظهر بعد حين، وقدر المشرع ذلك بإبائهما مسئولين بالتضامن لمدة عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم العمل (١٦٢).

ونستج من نص المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي أن عدم تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة يعد بمثابة تقرير لثبوت المسؤولية الموضوعية بما لا يدع مجال للشك.

٢ - ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

٣ - وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل.

٤- - ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن " (المادة رقم "٦٥١" مدني مصري) .

و قضى بان (" المشرع وقد نظم عقد المقاولة بالمادة ٦٤٦ مدني مصري وما بعدها، فقد أورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري باعتبار عمله في وضع التصميم والمقاييس وفي مراقبة التنفيذ، من نوع الأعمال المادية للمقاولات يدرج في صورها، وجعل قواعد المسؤولية عن تهم البناء وسلامته تشمل المهندس المعماري والمقاول على سواء ما لم يقتصر المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسؤولا إلا عن العيوب التي أتت منه، ومن ثم، فإن ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يبرم بينه وبين صاحب العمل يستوجب مسؤوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ.

راجع: الطعن رقم ٦٧٠ لسنة ٢٤ ق، جلسة ١١/٢٧/١٩٧٣م، السنة ٤٠، ص ١١٤٦.

(١٦٢) وجاء في المادة (٦٥٣) مدني مصري بانه: (" يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه ")

و قضى بان؛ (" ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء للعيوب التي تهدد سلامته أساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين ٦٥١ و ٦٢٥ من القانون المدني . فهو ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه صاحب العمل إلى المهندس المعماري القيام بعمل لقاء أجر، فإذا تخلف عقد المقاولة فلا يلتزم المهندس المعماري قبل صاحب العمل بهذا الضمان . وإنما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية "

(١٦٢) راجع ؛ نقض مدني ١٢/٥/١٩٧٥م لسنة ٢٦ العدد الأول ١٠٤٨ ومشار إليه في مرجع ؛ "المستولية

المدنية" الأستاذ / إبراهيم سيد احمد، مرجع سابق، ص ١١٤٢ و ١١٤٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

ووفقا لتفسير البعض لنص المادة ٦٥١ مدني مصري فإن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاوله على البناء، سواء نص عليها العقد أم لم ينص (^{١٦٣}).

يسال المستأجر في القانونين المصري والفرنسي (^{١٦٤}) عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق قد نشأ عن سبب لا يد له فيه (^{١٦٥}).

ووفقا للقانون المصري يجب على المستأجر كي يتخلص من المسؤولية أن يثبت السبب الأجنبي الذي نتج عنه الحريق، فهو ملتزم بتحقيق نتيجة في هذا الفرض بالتحديد (^{١٦٦}).

وقد أفرد النص التشريعي الفرنسي الحالات التي يجب على المستأجر إثبات إحداها كي يتخلص من مسؤوليته عن الحريق وهي:

أثبت حاله القوة القاهرة أو أن سبب الحريق ناتج عن عيب في تشييد البناء أو أن السبب راجع إلى أن عقاره متصل بالعقار المجاور الذي ثبت إن الحريق قد انتقل منه

^{١٦٣} راجع: د. محمد كامل مرسي، العقود المسماة، الجزء الرابع، عقد العمل . وعقد المقاولة، والتزام المرافق العامة . الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات المصرية، سنة ١٩٥٣. بند ٥٩٤، ص ٩٧

^{١٦٤} راجع نص الفقرة الأولى من المادة رقم (٨٥٤) مدني مصري.

وكذلك ما قرره المادة (١٧٣٣) مدني فرنسي كما يلي :

(" il ' Le preneur ' répond de l' incendie , à moins qu' il prouve: Que l' incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction. Ou que le feu a été communiqué par une maison voisine")

^{١٦٥} (" فإذا تعدد المستأجرون لعقار واحد . كان كل منهم مسؤولا عن الحريق بنسبة الجزء الذي يشغله، ويتناول ذلك المؤجر إن كان مقيما في العقار، هذا ما لم يثبت أن النار ابتداء شيوها في الجزء الذي يشغله احد المستأجرين فيكون وحده مسؤولا عن الحريق . " ٢/٥٨٤ مدني مصري ."

^{١٦٦} لأن الثابت قانونا وفقها وقضاء أن التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة وتسليمها خالية من الهلاك او التلف هو التزام ببذل عناية . وأن المشرع قد جعل من الهلاك او التلف قرينة على أن المستأجر لم يبذل العناية الواجبة، فيقع عليه عبء إثبات العكس. " راجع نص المادة ٥٨٣ مدني مصري.

إلى مسكن المستأجر. وجاء في نهاية الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ مدني مصري كذلك، إذا ثبت أن النار قد ابتدأ شوبها في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين ويكون وحده مسؤولاً عن الحريق.

ومن الجدير بالذكر أنه لا مجال لإثبات عدم وجود خطأ من جانب المستأجر، لأنه ملتزم بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية.

ومسألة هذا المنطق القانوني توجب القول بأن مسؤولية المستأجر مسؤولية بقوة القانون أو مسؤولية موضوعيه في حالة حريق العين المؤجرة غير أن قضاء النفس الفرنسي قد أركز على نص المادة (١٧٣٣) مدني فرنسي ليقرر فكرة " افتراض المسؤولية " أي أن مسؤولية المستأجر الفرنسي عن الحريق "مسؤولية مفترضة ".^{٦٧} **responsabilité. " présomption de**

ما يبعث على الاستنتاج بأن محكمة النقض الفرنسية تستخدم مصطلح " افتراض المسؤولية " كما لو كان مرادفاً " synonyme " . لمصطلح " مسؤوليه بقوة القانون " أو " مسؤولية موضوعية "^{٦٨}.

الواقع أن مصطلح " افتراض المسؤولية " غير دقيق. ذلك أن النطاق القانوني للافتراض وإن كان يبنى على الغالب الراجح من الحالات كقرينة، إلا أنه ينقسم إلى افتراض قاطع لا يقبل إثبات العكس إلا بإثبات السبب الأجنبي، وافتراض بسيط يقبل بإثبات العكس، ويفهم من النص القانوني أن المراد هنا هو الافتراض القاطع مسارية للمنطق الذي اتخذته القضاء هذا من جانب.

^{٦٧} راجع:

V. Cass. Civ. 3e,9 Février 1977; D. 1. 977;R. 233. ; Cas. Civ. 3e,24 avril 1981 Bull. Civ. 3,n°81.

^{٦٨} راجع في نفس المعنى :

V. LARROUMET (CH.): op. cit .,n°61I. p. 616.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

ومن جانب آخر كيف يتسنى اليقين من افتراض المسؤولية إلا وبقوة يتأكد الوضع القانوني بثبوت شروط تحقق مسؤولية المستأجر، وهذا أمر يدخل في دائرة الاحتمال فقد يكون واحدا من هذه الشروط غير متحقق في الواقع ومن ثم، فالأمر في نطاق عدم التيقن من تحققه، فقد يصدق الواقعة الخاص بكل دعوى على حده وقد يكذبه، مما يعني عدم دقة القول بافتراض المسؤولية، وربما يستساغ قانونا القول بافتراض السببية، ورغم ذلك فلا ينبغي أن يقود ذلك إلى القول بافتراض المسؤولية ذاتها.

ويبدو صوابا القول بأن مسؤولية المستأجر مسؤولية بدون خطأ *responsabilité sans faute* أو مسؤولية موضوعية أو مسؤوليه بقوة القانون.^(١٦٩)

مجل القول :-

أن المستأجر يلتزم بتحقيق نتيجة وهي عدم التسبب في حريق العين المؤجرة، ولن يتمكن من درا مسؤوليته عن الحريق - وهي مسؤوليه موضوعية أو بقوة القانون - إلا بإيجاد الدلائل التي تسمح عقلا ومنطقا بإسناد الحريق إلى سبب لا يمكن نسبته إليه أي لأيد له فيه.

وأنه سيكون مسئولا عن الجزء الذي يشغله إذا ما تعدد المستأجرون لعقار واحد وثبت مسؤولية كل منهم عن الحريق الذي شب في العقار كله، ما لم يثبت أن النار قد

^{١٦٩} راجع:

V. LARROUMET (CH.): op. cit. ٩٧٤ disait: (" En effet ce que r on peut presumer ce son، les conditions de la responsabilite (par exemple, la presumption de causalite mais non pas la responsabilit6 elle - meme. ")

ابتدأ شبوبها في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين، فيكون وحده مسئولا عن الحريق^(١٧٠).

المطلب الثالث

الخط القضائي بين المسئوليتين الشخصية والموضوعية

مسئولية أصحاب الفنادق La responsabilité des hôteliers

تعد مسؤولية أصحاب الفنادق الكبرى أو الصغرى Les aubergistes من أهم تطبيقات المسؤولية بقوة القانون أو المسؤولية الموضوعية في التقنين المدني الفرنسي. حيث يعد صاحب الفندق وعلى سند من مديونيته بمقتضى عقد الإيواء مسئولا بقوة القانون "مسئولية موضوعية" عن سرقة du vol أموال النزيل - أي حاجاته وأمتعته وكل الأشياء التي يجلبها معه إلى مكانه المحجوز له في الفندق بمقتضى عقد الإيواء - أو الأضرار التي يمكن أن تلحق بها بفعل مستخدمة sa domestique أو تابعه sa préposé أو أي شخص أجنبي^(١٧١).

^{١٧٠} راجع:

V. Cass. Civ. 30 octobre 1975, J.C.P. 1976. IV. 364

^{١٧١} راجع: راجع: نص المادتين (١٩٥٢) و(١٩٥٣) مدني فرنسي في الصياغة الجديدة لهما بمقتضى قانون ٢٤

ديسمبر سنة ١٩٧٣ 1973.L. n° 73-1141 du 24 dec

حيث يعتبر التقنين المدني الفرنسي صاحب الفندق كالوديع، ويفرض على عاتقه تطبيقا لنص المادة ١٩٥٢ مدني فرنسي وما يليها مسؤولية خاصة "مسئولية بقوة القانون أو موضوعية"، بحسبانه ملتزم بمجاسة أموال ومتعلقات النزيل في الفندق، على سند من وجود إيداع ضروري une depot nécessaire وهي مسؤولية بقوة القانون ولكن يوجد تحديد قانوني لمبلغ التعويض. ومن الواضح وفقا لعبارات نص المادة ١٩٥٣ مدني فرنسي أن مسؤولية الفندق فيما يتعلق بأمته زبائنه لا تنعقد بقوة القانون عن السرقة أو الضرر الذي يمكن إسناده إلى فعل مستخدميه وتابعيه فقط، بل تمتد كذلك إلى فعل الأجانب الذين يأتون إلى مؤسسته الفندقية ويغادرونها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وعلى ذلك يضمن صاحب الفندق الأضرار التي تلحق بأموال وأمتعه نزلائه -
على سند من التزامه بجراستها - ما لم يثبت وجود السبب الأجنبي، ولا تعد السرقة -
وفقاً لنص المادة ١٩٥٣ - سبباً أجنبياً.

ومن ثم فإن التزام صاحب الفندق وفق هذا التصور التزام بتحقيق نتيجة فيما
يتعلق بحراسه أمتعه وأموال نزلائه مما يبرر بمسأئله مسؤولية عقدية موضوعية وهو ما تم
التعبير عنه كذلك بمسؤولية بقوة القانون مما يجعلها تتميز عن المسؤولية وفقاً للشريعة
العامة (١٧٢)

ومن الجدير بالذكر أن الأمر لا يتعلق بمسؤوليته عن حراسة امتعة النزلاء فقط وإنما يلتزم أيضاً بضمان سلامتهم
الشخصية وتعدّد مسؤوليته عن أي ضرر يلحق بشخص النزيل في الفندق، وهو وإن كان التزاماً ببدل عناية
فيما يتعلق بسلامة هؤلاء الأشخاص الجسدية إلا أن الاجتهاد الفقهي والقضائي يميل إلى إتحال تبعاته على
عائق صاحب الفندق لدرجة توحى بانه التزام بتحقيق نتيجة وليس مجرد بذل عناية (مسألة خلافية فقها
وقضاء)

راجع في هذا الرأي:

٧. HUET (J.): Traite de droit civil, les principaux contrats spéciaux, 2e
ed. L.G.D.J. 2001 ١١٠ 32488 ٠٢. 1517.

(١٧٢) ويختلف بذلك المركز القانوني لصاحب الفندق عن المركز القانوني المؤجر. فليس صاحب الفندق مجرد مؤجر
لمكان، فهو يلتزم بمقتضى عقده مع النزيل بالإيواء، والإيواء في حد ذاته التزام بتحقيق نتيجة ويختلف
بالضرورة عن مجرد الإسكان، حيث يجب على صاحب الفندق تأمين حجز المكان للنزيل، فضلاً عن التزامه
خلال مدة الإقامة المحددة للنزيل بتوفير كل التقديرات المتفق عليها، والتي وردت في مستنداته الدعائية،
ويقع على عاتقه ضمان الهدوء اللازم له، وعدم التعرض لخصوصيته هذا من جانب.

ومن جانب آخر فإن المادة (٥/٢١٠٢) مدني فرنسي تخول صاحب الفندق امتيازاً على امتعة المسافر ضمناً
للوفاة بالأجرة المتفق عليها.

وفضلاً عن ذلك - في ضوء قانون ٣١ اغسطس ١٨٩٦ - يمكن له أن يبيع الأشياء التي يتخلى عنه زبائنه على أن
يتم ذلك بمزاد العلني الذي يجيزه القاضي، ما لم يعارضه المالك لهذه الأشياء، ومهما يكن من أمر فإن
لصاحب الفندق بحسبانه دائناً بالأجرة الحق في استخدام وسيلة البيع.

راجع:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

. ويرى HUET أن الالتزام بضمان سلامة النزلاء يقع على عاتق صاحب الفندق،، فضلا عن التزامه بحراسه أمتعتهم، والتساؤل المثار في ضوء التطبيقات القضائية هل يعد صاحب الفندق ملتزما ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟ (١٧٣).

ويكمن سبب التساؤل في أن قضاء النقص الفرنسي قد قرر مسؤولية صاحب الفندق استنادا إلى تقصيره في أداء الالتزام بالحيلة والحذر الأمر الذي أدى إلى حدوث حريق مجهول المصدر في الأماكن المخصصة للنزلاء مما أسفر عنه حدوث إضرار جسيمة بأمتعة هؤلاء النزلاء (١٧٤).

ومن الصعوبة بمكان في مثل هذه الحالة - كما يقرر Huet - الاعتقاد بأن ثمة خطأ حقيقيا يمكن نسبته إلى صاحب الفندق.

ولما كان القضاء في جانب من تطبيقاته لا يعتد بمجرد تحقق النتيجة وما يستتبعه ذلك من وجوب إثبات السبب الأجنبي من جانب صاحب الفندق ليتخلص من مسؤوليته وفي ذات الوقت لا يلقي على عاتق صاحب الفندق عبء إثبات - وجود خطأ من جانبه، أو أن الخطأ مفترض في جانبه ويقع على عاتقه عبء إثبات عدم وجود هذا الخطأ.

مما يقود إلى تصور أننا بصدد فئة وسطى من الالتزام ما بين الالتزام ببذل عناية، والالتزام بتحقيق نتيجة.

V. HUET (J.): Traité de droit civil. les principaux contrats spéciaux. 2
.e. L.G.D.J. 2001 n° 32485 , p. 1515 et 1516

V. HUET(0: op. cit. n • 32488 p. راجع^{١٧٣}
:1715

^{١٧٤} راجع قضاء الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقص الفرنسية. كما يلي ؛ -
. v.Cass. Civ. ", 29-12-1985 , Bull. Civ. 1, n° 40

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

أو كما يقرر Huet هل نحن بصدد التزام ببذل عناية في أقصى درجات تعزيزه من جانب القضاء أم بصدد التزام بتحقيق نتيجة في أدنى درجات تخفيفه على عاتق المسئول (١٧٥).

ويرى BÈNABENT أن واقع التطبيقات القضائية المعاصر يكشف عن وجود فئة وسطية من الالتزامات ما بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، وأن الاجتهاد يقبل بصددها أن يكون خطأ المدين بها مفترضا ومن ثم، لن يكون للمدين أن يتخلص من مسؤوليته بصددها إلا إذا أثبت لعدم وجود خطأ في جانبه (١٧٦).

ويمكن ملاحظة هذا الاتجاه فيما يتعلق بالتزام الوديع والمقاول والمقترض، وأن محكمة النقض الفرنسية قد طبقت ذلك لأول مرة فيما يتعلق بالالتزام بضمان السلامة (١٧٧).

ويرى LARROUMET أن المادة ١٩٥٣ مدني فرنسي تقرر صراحة بأن مسؤولية صاحب الفندق مسؤولية بقوة القانون أو موضوعية، كل ما في الأمر أن ثمة تحديدا لها وقتما تكون أمتعة النزيل قد تم وضعها من قبل صاحبها في غير المكان المخصص لذلك، وعندئذ يتم افتراض الخطأ في جانب صاحب الفندق. أما وقتما يعهد بها إلى المسئول عن نقلها، من مستخدمي صاحب الفندق وتابعيه ويتم وضعها

(١٧٥) راجع

V. HUET (J.): 0000 op. cit n' 32488 , p. 1517.

(١٧٦) راجع:

V. BENABENT (A.): Droit civil, les obligations , 8 e ed. MONTCHRESTIEN 2001 ,no 409,p. 281.

(١٧٧) راجع:

V. Cass. Civ. ^{1 re}, 21-6-1996 , Bull. Civ. I , n° 219.
; Rev. trim. dr. civ 1996, p. 913 , note: JOURDAIN

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

في المكان المخصص لذلك، فعندئذ ليس من سبيل إلى افتراض خطأ صاحب الفندق، حيث تنعقد مسؤوليته بقوة القانون ولن يعفيه منها إلا بإثبات السبب الأجنبي. غير أن الإشكالية تتمثل في أن السرقة يمكن أن تستبعد خطأ صاحب الفندق، فعلى أي أساس يمكن انعقاد مسؤوليته عن ضياع أو فقد الأمتعة وقتما يعهد بها صاحبها إلى من هو غير مسئول عن نقلها أو يقوم من تلقاء نفسه بوضعها في غير الأماكن المخصصة لذلك !!؟ (١٧٨).

ورغم ذلك مازالت محكمة النقض الفرنسية مستمرة في إبداء التمييز بين المسؤولية الخطئية لصاحب الفندق، ومسؤوليته بقوه القانون (١٧٩).

وقضي بأن التزام صاحب الفندق فيما يتعلق بحراسة الأمتعة الخاصة بالنزلاء التزام بتحقيق نتيجة (١٨٠)، وان التزامه بضمان الهدوء والحفاظ على خصوصيتهم من قبيل بذل العناية (١٨١)

وقضي بالنسبة لصاحب المطعم الذي يترافق تقديمه للطعام بشكل مستقل مع الإيواء الذي قد يضمه بان :

التزام صاحب المطعم الفندقية فيما يتعلق بسلامة الزبائن في الأماكن التي يتم استقبالهم فيها هو التزام ببذل عناية (١٨٢)، أما ما يتعلق بضمان سلامة الغذاء المقدم

١٧٨ راجع:

V. LARROUMET (CH.): op. cit. n° 611.p. 614 qui disait: ("... L' hotelier ne peut etre exonerd de la responsabilite en cas de vol alors que le vol peut exclure la faute.")

١٧٩ انظر التطبيقات القضائية التالية :

V. Cass. Civ. 1^{re}, 27-1-1982, Bull. Civ. 1, 49. D. 1982. 1R. 359 , obs. LARROUMET.

١٨٠ راجع:

V. Cass. Civ. 1^{re}, 22 mai 1991, D. 1991, 1R. 171, Rev. trim. dr. civ. obs. JOURDAIN.

١٨١ راجع :الحكم السابق وتعليق الأستاذ : jourdain عليه.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

فالتزامه بصدده التزام بتحقيق نتيجة ويسأل عن ذلك مسؤولية بقوه القانون أو موضوعية عن الأضرار التي يمكن أن تصيب النزلاء أو مرتادي المطعم بسبب وجود عيوب في الطعام المقدم (١٨٢).

مسئولية ممثلي وكالات السفر:

La responsabilité des agents de voyages

يرتبط تقديم الإيواء بعروض تتضمن العديد من الأنشطة المختلفة كالألعاب، والزيارات، والرياضة، والعروض السينمائية والمسرحية، وكل ذلك يرتبط بالنقل المنظم، وتتعهد وكالات السفر بذلك، ويثور تساؤل عن طبيعة التزامات هذه الوكالات وهي هي من قبيل الالتزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟
تتعهد هذه الوكالات على وجه العموم بالتزامات بتحقيق نتيجة وأخري ببذل عناية.

ففيما يتعلق بحجز تذاكر السفر والإقامة في الفنادق لتلزم هذه الوكالات بتحقيق نتيجة بحيث تضمن فعاليتها (١٨٤) وقد أكد قانون ١٣ يوليو سنة ١٩٩٢

١٨٢) راجع :

V. Cass. Civ.^{1 re}, 6. mai 1994, cite par: HUET (J.), op. cit. n° 32489 p. 1518.

١٨٣ انظر قضاء المحكمة المدنية في سيد ١٧ من يونيو سنة ١٩٥٩، وتمثلت وقائع الدعوى في وجود حصة في الطبق ادي الي كسر سن الزبون، وكذلك حكم المحكمة بواتييه في ٧ من يناير ١٩٦٩، وتمثلت وقائع الدعوي في حدوث تسمم بسبب وجود بكتيريا في السمك.

Cite par: HUET (J.): op. cit n° 32489, p. 1518.

١٨٤) راجع:

V. Cass. Civ.^{1 re}, 31-8-1978, D. 1978, 1R. 171

وكانت الدعوى تتعلق بأحد المتعاقدين مع وكالة السفر بسبب انه لم يتمكن من السفر لعدم فاعلية الحجز الذي أجرته له الوكالة فقضت الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض بمسئولية وكالة السفر لأنها تعهدت بإعطاء المسافر سند النقل، وهي بذلك تعاقدت معه على تحقيق هذه النتيجة وهو الأمر الذي لم يتحقق بسبب

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

- المتعلق بتنظيم السفر وتقديم الخدمة أو الإقامة - ذلك، بان فرضت المادة ٢٣ منه مسؤولية بقوة القانون، أي مسؤولية موضوعيه على عاتق من يتعهدون بتقديم هذه الخدمات وقتما لا تتحقق النتيجة، ولن يتخلص ممثلو هذه الوكالات من مسؤوليتهم إلا بإثبات السبب الأجنبي^(١٨٥).

وبسبب تعدد الواجبات الذي تقع على عاتق وكالات السفر، فإن ضمان حسن تنفيذها لهذه الواجبات يرتبط بالأشخاص الذي تتعاقد معهم الوكالات. بخصوص النقل والإيواء في الفندق وما يرتبط به من خدمات، فضلا عن وجود مرشد مع الأشخاص المتعاقدين.

ولذلك فإن الوكالات تلزم قانونا من حيث المبدأ بمجرد بذل عناية، بحدث يجب على المضرور أن يثبت خطأ وكالة السفر كي يحصل على التعويض^(١٨٦).

غير أن نص المادة ٢٣ من قانون ١٣ يوليو سنة ١٩٩٢ م أكد بما لا يدع مجال للشك بان وكالات السفر تسأل بقوة القانون أي مسؤولية موضوعية عن حسن تنفيذ التزاماتها مع المتعاقدين معها بخصوص الرحلات السياحية المنظمة، ويستوي أن يتم تنفيذ هذه الالتزامات من جانبها أو يقوم بتنفيذها أشخاص عهدت هي إليهم بمثل هذا التنفيذ، مع الاحتفاظ بحقها القانوني في الرجوع على هؤلاء الآخرين، وعلى ذلك، فهي تلزم بتحقيق نتيجة، ولن يمكنها التخلص من مسؤوليتها إلا بإثبات السبب الأجنبي^(١٨٧).

عدم فعالية السند المعطى على هذا النحو، مما يوجب انعقاد مسؤوليتها، ولا يمكنها التخلص من هذه المسؤولية إلا بإثبات توافر السبب الأجنبي.
راجع: ^{١٨٥}

V. HUET (J.): op. ct, n° 32492 pps. 1519 et s.

^{١٨٦} كما جاء في قضاء الغرفة المدنية الاولى بمحكمة النقض الفرنسية، انظر :

V. Cass. Civ. ^{1 re}, 20-11-1984 , Bull. Civ. 1, n* 315

^{١٨٧} راجع في هذا المعنى

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

المبحث الثاني

الالتزام ببذل عناية والالتزام

بتحقيق نتيجة بين الواقع والمأمول

إن التدبر في واقع التطبيقات القضائية لكل من الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة ينبئ عن عدم وجود حدود فاصلة ما بين الالتزامين أسفر عن عدم خصوصية كل من المسئوليتين الشخصية والموضوعية مما يقتضي البحث عن إيجاد حلول ممكنة من طريق تقييم فكره التفرقة ما بين هذين النوعين من الالتزامات.

. ونقسم الدراسة كما يلي:

المطلب الأول : محاولة تحليل التطبيقات القضائية.

المطلب الثاني : تقييم التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة.

المطلب الأول

محاولة تحليل التطبيقات القضائية

يذهب JOURDAIN (١٨٨) و(١٨٩) و DELEBECQUE و(١٩٠) LEVENEUR إلى أن "الالتزام بتحقيق نتيجة يؤدي إلى افتراض الخطأ".

V. HUET (J.): op. cit. 11" 32494 , p. 1523 et 1524.

١٨٨ راجع:

" JOURDAIN " et sa note sous Cass. Civ. 1^{re}, 16 février 1988 Bull. Civ. 1, n * 42 ;J.C.P. 1988. IV. 156.

; Rev. trim. dr. civ. 1988, 767.... Qui considère que :

(" P obligation de résultat emporte présomption de faute ")

١٨٩ راجع:

V. Cass. Civ.. 2 fevrier 1994 J.C.P 1994.11. 22294. note.

١٩٠ وكذلك تعليق الاستاذ LEVENEUR علي نفس القضاء السابق كما يلي:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

ولئن كان خطأ المدين *La faute débiteur* ينبغي أن يتحقق في المسؤولية العقدية عند إخلاله بالالتزام المستمد من العقد، سواء كان التزاما بتحقيق غاية أو التزاما ببذل عناية، إلا أن الركون إلى فكرة التمييز بين نوعي الالتزام في سبيل بيان الأنظمة المختلفة للمسؤولية العقدية التي تؤسس دائما على خطأ المدين ينطوي على تعميم لا يتوافق مع نصوص القانون (١٩١) لماذا؟.

لأن خطأ المدين يتمثل في عدم تنفيذه للالتزام المستمد من العقد أو التأخر فيه (١٩٢)، ويقاس هذا الخطأ بمعيار مادي هو معيار عناية الرجل المعتاد (١٩٣). غير أن المسألة الهامة تتعلق بكيفية تحديد الخطأ العقدي للمدين؟.

V. contrats, conc., consomm. 1994, n° 70, obs. LEVENEUR

١٩١ ومبناه - كما يقرر البعض وبحق - هو تلك الاحكام القضائية ذاتها التي لا يمكن ان يكون مضمونها مستندا الي تفسير لنصوص القانون بطريقة دقيقة.

(" Cette attitude ne correspond pas au droit positif, encore que celui-ci ne soit pas toujours bien exprime en jurisprudence.")

V. LARRAUMET (CH.): Droit civil , les obligations, le contrat 3 e 6d. 1996, n' 607, p. 608.

١٩٢ "وأثبت الخطأ الموجب للمسؤولية العقدية علي احد العقدين هو تقدير موضوعي تستقل به محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية مادام استخلاصها سائغا"

راجع نقض ٣٠/٤/١٩٧٠ - الطعن ٣٠ لسنة ٣٦ ق.

وقضي كذلك بان "استظهار خطأ المؤجر الذي ترتب عليه نقص انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة هو تقدير موضوعي تستقل به محكمة الموضوع، في حدود سلطتها التقديرية ولا معقب عليها في ذلك مادام استقلالها سائغا"

راجع: نقض ٨/٤/١٩٧٥ - الطعن ٥٨ لسنة ٣٩ ق"

١٩٣ ("وفي القانون المصري") راجع نص المادة ٢١١ مدني التي جاء تفي فقرتها الاولى بانه: ("في الالتزام بالعمل، اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ علي الشيء، أو أن يقوم بإدارته ا وان يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفي بالتزامه اذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي. ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون او الاتفاق علي غير ذلك ")

فأوجب القانون المصري في كافة العقود ان تكون العناية هي عناية الرجل المعتاد، ومن ذلك ايضا المواد (١/٥٨٣) (٦٨٥) (٧٠٤) ("وفي بعض الحالات قد ينص القانون علي عناية الرجل المعتاد")

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

لكن كان تحديد الخطأ العقدي في جانب المدين يقتضي إثباته فان الاستفسار ينصب عندئذ على مضمون هذا الإثبات، بمعنى ماذا يثبت الدائن؟ هل يتعلق الأمر فقط بمجرد إثبات عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به؟ إن النص القانوني يقرر صراحة بأن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الرجل العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود (١٩٤). وإذا كان الأمر على هذا النحو في الالتزام بعمل في صورة الالتزام ببذل عناية، فماذا يكون الأمر إذا ما كان المدين ملتزماً بتحقيق نتيجة؟ لا يمكن أن تكون مسؤولية المدين - كما يقرر البعض وبحق - عند إخلاله بالالتزام ببذل عناية إلا مسؤولية شخصيته، غير أنه من المؤكد أنه لا يمكن أن نصل إلى ذات الحكم فيما لو كان الالتزام هو الالتزام بتحقيق نتيجة (١٩٥).

وكذلك الامر في القانون الفرنسي، حيث يكون المعيار هو عناية الرجل المعتاد والذي عبرت عن نص المادة ١١٣٧ مدني فرنسي بالعناية التي يبذلها " tous les soins d'un bon père de famille etc " وان هذا الالتزام ببذل العناية قد يزيد مضمونها او يقل في بعض العقود بطريقة نسبية مع تقتضيه اثارها كمبرر يفسر هذه الزيادة أو النقصان "..... Cette obligation est plus ou moins dtendue relativement & certains contrats, dont les effets, a cet 6gard, sont expliqués tous les titres qui les concemcnt") V. Art. (1137) du code civil Fran.

(١٩٤) وفي القانون الفرنسي:

(" L'obligation de veiller a la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'unilite de l'un des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utility commune, soumet celui qui en est charge a y apporter tous les soins d' un bon pere de famille etc ") Art. 1137 du code civil.

وفي القانون المصري:

(" في الالتزام بعمل، اذا كان المطلوب من المدين هو ان يحافظ علي الشيء وان يقوم بإدارته أو ان يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود..... الخ.....") المادة ١/٢١١ مدني مصري).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

فإذا كان سلوك المدين محلاً للحكم عليه وتكوين الرأي بصدده فيما يتعلق بالالتزام ببذل العناية، فإنه بمنأى عن أي تقدير أو حكم فيما لو كان الالتزام هو الالتزام بتحقيق نتيجة.

فلن نكون بصدد إقامة الدليل على أن سلوك المدين كان سلوكاً حسناً أم أنه غير ذلك، ولن نقيس ما فعله بمقياس ما كان يجب عليه أن يفعله وما كان ممكناً بالنسبة له لبلوغ أو إدراك تحقيق النتيجة.

ذلك أن سلوك أو تصرف المدين بتحقيق نتيجة بمنأى عن أي تقدير أو حكم، ومن ثم لا تؤسس مسؤوليته عندئذ على الخطأ، فمجرد عدم تنفيذه لالتزامه يقود إلى تحقق المسؤولية بدون خطأ "Une responsabilité sans faute" أو "الموضوعية" (objective) (١٩٦).

السبب المنشئ للمشكلة:

يكمن مصدر المشكلة في عدم وجود تحديد قانوني واضح لمسألة عبء الإثبات فيما يتعلق بعدم تنفيذ المدين لالتزامه أو للتأخير في الوفاء به، ويرجع ذلك إلى التناقض الظاهري ما بين نص المادة (١١٣٧) مدني فرنسي والمادة (١١٤٧) مدني فرنسي (١٩٧).

^{١٩٥} (انظر في هذا الرأي:

V. LARROUMET (CH.) op. cit qui disait: (" si l'obligation est de moyens, il est incontestable qu' on procede de la sorte est que la responsabilite du debitur ne peut etre qu' une responsabilite subjective, mais il n' en va pas de meme si l'obligation est de resultat

^{١٩٦} (راجع:

V. Cass. Com. 17 novembre 1993, R.J.D.A., n° 310 (un louage d'ouvrage).

^{١٩٧} (راجع:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

فرغم أن نص المادة (١١٣٧) مدني فرنسي^(١٩٨) يتعلق بالالتزام الذي يقع على عاتق المدين بأن يحافظ على الشيء وهو التزام لعمل، ومن ثم، لا يكون المدين موفيا به إلا إذا بذل من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، ويكون معيار التقدير على هذا النحو معيارا عاما مجردا مفاده ألا يطلب " من هذا المدين إلا درجه العناية الوسطى بصرف النظر عن مبلغ تشدده أو اعتداله أو تساهله في العناية بشئون نفسه.

إلا أنه يبدو أن النص المذكور يفرض على من يدعى وجود الخطأ العقدي أن يثبت أن المدين به لم يبذل في أدائه لالتزامه العناية الكافية.

في حين أن المادة (١١٤٧) مدني فرنسي، بعد إن تحدد الخطأ العقدي بعدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بالتأخير في الوفاء به تقيد ذلك بأنه يكون في كل الحالات التي لا يستطيع هذا المدين فيها إثبات أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، ولا يشترط في هذا أي سوء نية من جانب هذا المدين، بمعنى أن مجرد عدم تنفيذه لالتزامه يرتب الخطأ العقدي مادام أنه غير راجع إلى سبب أجنبي.

ويرى: BÉNABENT أنه لم يتم العدول من جانب الفقه الفرنسي عن محاولة التوفيق بين هذين النصين المتعارضين إلا خلال القرن التاسع عشر وقتما تم إعمال فكرة التمييز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، إلا أن بعضا من آثاره مازال قائما^(١٩٩)

V. BENABENT (A.): Droit civil, les obligations, 8 e ed.
MONTCHRESTIEN , 2001 n° 406, p. 280.

^(١٩٨) وهي تقابل نص المادة (٢١١) مدني مصري.

^(١٩٩)

(" Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommage et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu' il n' y ait aucune mauvaise foi de sa part. ")

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

تعقيب:

تقرر المادة ١١٤٧ مديني فرنسي المبدأ العام في دفع المسؤولية المدنية العقديّة بأن المدين يلتزم بالتعويض بسبب عدم تنفيذه لالتزامه، أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ - ولو لم يكن ثمة سوء نية من جانبه - مادام لم يثبت أن عدم التنفيذ إنما يرجع إلى سبب أجنبي لأيد له فيه، وهذا هو نفس الحكم الذي قرره المادة ٢١٥ مديني مصري (٢٠٠).

ومن ثم فإن خطأ المدين في المسؤولية العقدية (٢٠١) تختلف كيفية إثباته بحسب نوع الالتزام الذي وقع الإخلال به، فإذا كان هذا التزام ببذل عناية، فإن القانون يفترض عدم خطئه إلى أن يثبت الدائن أن المدين قد قصر في بذل القدر اللازم من العناية الواجبة.

أما إذا كان هذا الالتزام بنتيجة، فعندئذ يعد المدين مخطئاً لمجرد تحقق النتيجة، ما لم يقدّم هو الدليل على أن عدم تحققها إنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. ومن ثم فإن الفقه الذي قال بان الالتزام بتحقيق النتيجة يؤدي إلى افتراض الخطأ لا يمكن التسليم بمنطقه، وإلا استطاع هذا المدين أن ينفي عن نفسه هذا الخطأ المفترض بإثبات أنه قد بذل العناية الواجبة ولم يقصر ورغم ذلك خابت النتيجة، وهذا ينطوي على خلط بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة.

راجع:

V. BENABENT (A.): op. cit.

٢٠٠ "إذا استحال علي المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه" (٢١٥م مديني مصري)

٢٠١ راجع في هذا الرأي :

V. LARROUMET (CH.): op. cit. n° 609, p. 610.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فإن خطأ المدين يكون مفترضا، ولا يمكنه أن يدحض هذا الافتراض، أو ينفي هذه القرينة إلا بإثبات السبب الأجنبي. أما إذا كان الالتزام ببذل عناية فيكون طبيعيا أن يقوم الدائن بإثبات خطأ المدين فيما عدا تلك الحالات التي يسمح فيها التزام المدين بافتراض الخطأ في جانبه، وسيكون هذا الافتراض بسيطا بمعنى إمكانية دحضه من جانب المدين، ولكن ليس فقط من طريق إثباته للسبب الأجنبي بل من طريق إثبات سلوك أو تصرف المدين نفسه، بأنه كان سلوكا يتوافق كلية مع درجة العناية الواجبة عليه بمقتضى العقد. ويذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أن الفائدة التي تترتب على التمييز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بنظام مسؤوليه المدين تكمن في مسألة "عبء إثبات الخطأ"

La charge de la preuve de la Faute

والإثبات العكسي لعدم وجود هذا الخطأ

la preuve contraire l' absence de faute (1)

نتائج التمييز بين الالتزام ببذل

عناية والالتزام بتحقيق نتيجة:

إن مبدأ التمييز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة يؤدي أثره في طبيعة مسؤولية المدين العقدية.

مما يوجب التصدي بحكم المجرى العادي للأمر إلى النظام القانوني للمسؤولية في حالة عدم تنفيذ الالتزام، سواء تعلق الأمر بالالتزام ببذل عناية أو الالتزام بتحقيق نتيجة.

غير إن التسلسل المنطقي السابق لا ينبغي أن يقود إلى إهمال مسألة في غاية الدقة، وهي ماهية المعيار الخاص بالتمييز بين نوعي الالتزام.

ويتصل بذلك مسألة تعديل قواعد المسؤولية العقدية من طريق الاتفاق الذي تحدد بنوده أحكام هذه المسؤولية لدرجه إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه العقدي.

والمسئولية الموضوعية سواء في النطاق العقدي أو التقصيري تلزم المسئول بالتعويض عن الضرر. وترتكز فقط على رابطة السببية بين نشاط المسئول والضرر الذي سببه لأخر. ومن هنا يقال لها "المسئولية السببية" *La responsabilité causale* كبرهان على أن رابطة السببية لا توصف قانونا من زاوية الخطأ. فليس ثمة وجود لركن الخطأ سواء أكان عقديا أم تقصيريا، بل تكفي رابطة السببية بمفردها لتأسيس هذه المسئولية الموضوعية.

والمسئولية بسبب عدم تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة تتوافق كلية مع هذا التصور. وأن عدم تنفيذ المدين لالتزامه حتى وإن كان مسندا إلى المدين فهو لا يكون في حد ذاته مكونا للخطأ.

فالخطأ ينتج عن تقدير سلوك المدين، وإن كان من ضرورة لإثبات فهي لإثبات ما يسفر عنه تقدير هذا السلوك وذلك أمر يتعلق بالمسئولية الشخصية. أما في المسئولية الموضوعية فلن يكون ضروريا مثل هذا الإثبات (٢٠٢). وليس من سبيل للتخلص من هذه المسئولية الموضوعية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

^{٢٠٢} وعن وضع المسئولية الموضوعية في القانون المدني المصري وافاق انظر: د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله دراسات في المسئولية التقصيرية (نحو مسئولية موضوعية)، منشأة المعارف، ٢٠٠٥، من ص(٤١) الى ص(٧١).

أما عن فكرة السبب الأجنبي في مجال المسؤولية الشخصية، فيمكن تصورهما من طريق قيام المدين بإثبات أن الخطأ الذي وقع منه، أو الذي أثبتته الدائن في حقه لم يكن هو سبب الضرر الذي أصاب هذا الدائن.

ولن يتخلص من المسؤولية عندئذ إلا بإثبات أنه لم يرتكب أي خطأ.

ويثار التساؤل : على من يقع عبء إثبات الخطأ؟

وهل يكون هذا الخطأ مفترضا ما لم يوجد اتفاق مخالف ؟ أم يجب إثباته من

جانب الدائن؟

خطأ المدين الملتزم بتحقيق نتيجة:

La Faute du débiteur d' une
obligation de résultat

على الرغم من أن خطأ المدين الملتزم بتحقيق نتيجة يتوافر في جانبه بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة، إلا أن احتماليه تقصيره بحسبان ما بدر عنه من سلوك أو تصرف كان سببا في إخلاله بالتعهد الذي أخذه في العقد على نفسه، وآيته عدم تحقيق ما التزم به مما يعد خطأ مسألة تحتاج إلى بيان.

بداءة لا يجوز للمدين أن يقيم الدليل على انعدام الخطأ في جانبه، لأن هذا الخطأ قد وقع فعلا بعدم تنفيذه لالتزامه.

فيقوم الخطأ في جانب البائع، إذا لم ينفذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري،

وفي جانب المؤجر إذا لم ينفذ التزامه بتسليم العين المؤجرة.... الخ

إلا أن خطأ هذا المدين الملتزم بتحقيق نتيجة، وإن كان غير فاعل من الوجهة القانونية فيما يتعلق بهذا النوع من الالتزامات، إلا أن الدائن-. وهذا شأنه - إن تمكن بسهولة من إثباته فلا يوجد ما يمنع قانونا من الاستناد إليه لإدانة هذا المدين، ومن ثم انعقاد مسؤوليته عن الأضرار التي تحققت ولحقت بهذا الدائن.

وربما يثور التساؤل عن مبررات هذا الاجتهاد الفقهي؟

والإجابة أن هذه الروية الفقهية تفسر في الواقع جانبا من التطبيقات القضائية التي ورد في أسباب أحكامها الاستفسار عن خطأ المدين، رغم أن هذا الخطأ غير ضروري لمساءلة المدين ومن ذلك: خطأ الناقل البري الذي كان محلا للاعتداد به في العديد من الدعاوي التي نظرها القضاء والذي تمثل - على سبيل المثال لا الحصر - فيما يتعلق بالقصور الذي نسب إلى الناقل، ومبناه عدم الاحتياط اللازم اتخاذه وآيته عدم إغلاق أبواب القطار (٢٠٣).

ووقتما يكون ثمة شك في أن متعهد توريد الغاز ملتزما بتحقيق نتيجة (٢٠٤).
أو أن متعهد توصيل التيار الكهربائي لا يوجد يقين يحدد نطاق التزامه بتحقيق نتيجة (٢٠٥).
وقضي بأن خطأ متعهد توريد الغاز يكمن في طريقة تنفيذه لالتزامه (٢٠٦).

٢٠٣ راجع:

(" La faute du transporteur terrestre a pu être admise dans plusieurs situations.... en ce qui concerne le manque de précaution à prendre pour la fermeture des portes d' un train ").
V. Cass. Civ. ^{1re}, 11 janvier 1983 , J.C.P. 1984. IV. 959.

٢٠٤ راجع:

V. Cass. Civ. ^{1re}, 9 décembre 1986 J.C.P. 1987. 11. 20790 Note: GR1DEL.
; Cass. Civ. ^{1re}, 17 novembre 1987. 1R. 244, J.C.P 1988. IV. 30

٢٠٥ راجع:

v. cass. Civ. 3 e, 16 decembre 1987, J.C.p. 1988
IV. 79.

٢٠٦ راجع:

” a propos du fournisseur de gaz.... Sa faute peut être constatée dans l' execution de son obligation ").

V. Cass. Civ. ^{1re}, 23 octobre 1984 J.C.P 1985. IV. 7.
; Cass. civ. ^{1re}, 8 janvier 1985, J.C.P 1985. IV. 113.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

الالتزام بتحقيق نتيجة من منظور فعل الدائن أو عدم فعله:

لا تتفق مع الفقه القانوني الذي قرر بأن عدم تنفيذ المدين بتحقيق نتيجة لالتزامه قرينة على خطئه، أو أن تحقق المسؤولية الموضوعية أو المسؤولية بقوة القانون قرينة على خطأ المدين على سند من أن محل التزامه العقدي هو تحقيق نتيجة، ومن ثم يتوافر الخطأ في جانبه بمجرد عدم تحقيق هذه النتيجة، وهذا يعني أن هذا الخطأ قد وقع فعلا بعدم تنفيذه لالتزامه.

أما القول بافتراض الخطأ في جانبه بمجرد انعقاد مسؤوليته الموضوعية، فلا يمكن التسليم به، لأن ذلك من شأنه السماح له بأن يقيم الدليل على انعدام الخطأ في جانبه، وهذا لا يتوافق مع المنطق القانوني الخاص بالالتزام بتحقيق نتيجة هذا من جانب.

ومن جانب آخر فإن عدم تحقق النتيجة لا شأن له بتقدير سلوك المدين بها، فهذا هو شأن الالتزام ببذل عناية.

وقد قضى بأن المستثمر للمصعد الذي يوجد في أماكن التزلج "remonte pente"، أو للعربات التي تعلق بسلك واحد (والتي تسمى بالتليفريك (télésiège) والتي توجد هي الأخرى في أماكن التزلج وتقوم بنقل الركاب الذين يمارسون رياضة التزلج أو يستمتعون بالمشاهدة، بعد ملتزما بتحقيق نتيجة، تتمثل في ضمان سلامة هؤلاء الركاب، بوصولهم من مكان إلى مكان آخر سالمين ومعافين. (٢٠٧).

; V. NIMES 8 mars 1990 J.C.P. 1990.11. 21573 Note: PAISANT

٢٠٧ راجع:

V. Cass. Civ. !^{re}, 8 octobre 1968 D. 1969.157, note::
MA2EAUD J.C.P. 1969.11. 15745.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وهكذا شبه القضاء هذا المستثمر بالناقل سواء بسواء، في حين أن من يستعمل "المصعد" أو "التليفريك" غير المسافر، فهو على العكس من المسافر يملك دورا نشطا وفعالا أثناء تنفيذ المستثمر لعملية الانتقال.

وهذا هو المنطق الذي اعتمده فيما بعد قضاء النقض الفرنسي، بأن آخذ في حسبانته نشاط الدائن، ومن ثم، قضي بان المستثمر يلتزم ببذل عناية، ولا يمكن أن يكون ملتزما بتحقيق نتيجة، فهو ليس كالناقل فيما يتعلق بطبيعة عمله، بحيث أن المتزلج يملك دورا إيجابيا فعالا في أثناء عملية صعوده ونزوله من المصعد الخاص بالترليج (٢٠٨).

ومن المثير للتناقض في رأينا أن قضاء النقض الفرنسي ذاته لم يتعرض من قريب أو بعيد لمناقشة فكرة أن المسافر بالقطار المتطور هو الأخير يملك دورا فعالا، بحث يمكنه التحرك بيسر من مكانه إلى عربه الطعام أو التسلية والعكس، ولم يشأ القضاء أن يجب نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة بالنسبة للناقل يتحدد فقط لمصلحة المسافر الذي يجلس في مكانه (٢٠٩).

^{٢٠٨} وهذا هو المنطق الذي تم تأسيس قضاء النقض عليه.....ووفقا لعبارات محكمة النقض هو :

("... Le rôle actif du skieur pendant les opérations d' embarquement et de débarquement d'un télésiège pour ne faire peser sur l'exploitant à ce moment- là qu' une obligations de moyens ")

V. Cass. Civ.¹re, 11 mars 1986 D. 1986. 1R. 210 ; Rev. trim. dr. civ. 1986. 767 obs. HUET.

^{٢٠٩} بمعنى انه لماذا تم فرض الالتزام بتحقيق نتيجة علي عاتق الناقل بالنسبة لكل المسافرين بالقطارات، بصرف النظر عن طبيعة الرحلة ذاتها والتي تختلف من قطار الي اخر ومن مسافر إلى آخر؟!.

راجع

V. Cass. Civ. , 23 Juillet 1979. J.C.P 1970 I v w.32

وعاد قضاء الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية ليؤكد على أن مستثمر المصعد الخاص بالتزلج لا يلتزم إلا ببذل عناية (٢١٠).

وبذلك يضع القضاء على عاتقة التزاما بسيطا، بحيث لن يتوافر الخطأ في جانبه إلا إذا قصر عن بذل العناية المطلوبة منه قانونا أو اتفاقا في اتخاذ الوسائل التي تقود إلى الغاية التي أرادها المتعاقدان، ويكون قد وفى بالتزامه متى بذل القدر المطلوب من العناية، ولو لم تتحقق تلك الغاية.

ثم عدل عن موقفه بمناسبة المستثمر لرياضة التزلج على الجليد من حيث إعداده لمضمار أو ميدان السباق "une piste de bob- luge" حيث فرض على عاتقة الالتزام بتحقيق نتيجة على سند من أن المتسابقين لا يمكنهم الاختيار بحرية لمساراتهم حيث أن ثمة تحديدات لما ينبغي أن تكون عليه تحركاتهم (٢١١).

وفي تقديري، أن مساهمات المتسابقين في الفرض السابق ليست سلبية كلية، فهم بالضرورة ليسوا كخشب مسنده.

في حين إنه في حكم آخر، قضى بأن مستثمر إحدى ألعاب الأطفال - وهي اللعبة التي تتكون من خيول خشبية وعربات مصفوفة على أرضية دواره دائرية الشكل manège pour enfants - يلتزم بتحقيق نتيجة هي ضمان سلامة المستخدمين لهذه اللعبة (٢١٢).

^{٢١٠} راجع هذا القضاء الهام كما يلي :

V. Cass. Civ. 1^{re}, 4 novembre 1992. D. 1992, D. 1994 45 not:BRUN ; J.C.P. 1993.11.22058 note: SARRAZ - BOURNET ; Contrats, conc. Consomm. 1993 n° 104, obs. LE VENEUR ; D. 1994. somm. 15, obs. FORTIS ; Rev. trim. dr. civ. 1993. 364 obs. JOURDAIN

^{٢١١} راجع :

V. Cass. Civ. 1^{re}, 17 mars 1993 R.J.D.A. 1993 , n 775 '

D. 1995 . somm. 66 , obs. MOUÏY

^{٢١٢} راجع :

ولئن كان الخطأ العقدي هو الإخلال بتنفيذ الالتزام ومن ثم يتحقق في الالتزام تحقيق نتيجة بمجرد عدم تحقيق هذه النتيجة، فإن نعت هذا الخطأ بالجسامة لا أثر له على قيام المسؤولية العقدية من حيث المبدأ غير أن هذه الجسامة ترتب نتائج هامة في تحديد نطاق هذه المسؤولية، وفي إبطال الاتفاق على الإعفاء منها.

وتنصرف جسامة الخطأ العقدي إلى الخطأ الفادح " أو الجسيم " (٢١٣) والغش (٢١٤)، ويترتب على هذين المظهرين القانونيين لجسامته الخطأ العقدي ذات النتائج - كما يقرر البعض وبحق - التي تثبت في حالة المسؤولية التي تفترض وجود الخطأ (٢١٥) وفي الالتزام بتحقيق نتيجة يتحقق الخطأ العقدي بمجرد عدم تحقق النتيجة، وجسامة هذا الخطأ أو عدم جسامته لا تنال من حقيقة وجوده، ولا يساهم من قريب أو بعيد من الناحية القانونية في عدم تحقق النتيجة، حيث لا عبرة بالبواعث أو

V. Cass. Civ. ^{1re}, 13 novembre 1974 J.C.P. 1976. :
11.18444 , note. Critique de: RODIERE

- وفي نفس الاتجاه راجع التطبيقات القضائية التالية :

Cass. Civ. ^{1re} 18 février 1986 J.C.P. 1986. IV. 121 ; Bulle. Civ. 1 , n' 32 ; Rev. trim. dr. civ. 1986.770, obs. HUET ; Cas. Civ. ^{1re}, 28 octobre 1991 Bull. Civ. 1, n 289, D. 1992 somm. 271 , obs. FORTIS

٢١٣ الخطأ "الفادح " Faute lourde " أو " الجسيم " faute grave

٢١٤ الغش أو التدليس " Dolosive " غير أن لفظ الغش يعني "fraude" وهو يرادف الاصطلاح الفرنسي "DOL" أي الغش أو تدليس.

ويستحسن أن يستخدم مصطلح " DOL " لدلاله علي التدليس كعيب من عيوب الرضاء في العقد، في حين يقتصر لفظ " fraude " علي الغش فقط.

٢١٥

(" Bien mieux, lorsque la faute est constatée et qu' il s' agit d' une faute grave , c' est-a - dire dolosive ou lourde , elle entrainera les memes consequences que celles qui sont admises lorsque la responsabilité suppose la faute. ").

V. LARROUMET (CH.): op. cit. n ' 613 , p. 623.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

الأسباب التي أدت إلى الإخلال بتنفيذ الالتزام بنتيجة، ومن ذلك لا شأن لجسامة هذا الخطأ في عدم اكتمال تحقيق النتيجة (٢١٦).

ومن ثم يبدو غير مبرر في تقديري ما قضت به الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية من أن الإخلال بتنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة الناتج عن خطأ جسيم يؤدي إلى استبعاد تطبيق الأسباب المحددة للمسئولية (٢١٧).

المطلب الثاني

تقييم التفرقة بين الالتزام ببذل

عناية والالتزام بتحقيق نتيجة

بدء من مبدأ التفرقة بين الالتزام ببذل وعناية والالتزام بتحقيق نتيجة كما افترضه الفقه (٢١٨) وإجازة القضاء (٢١٩) يقتصر هذا التقسيم فقط على الالتزام بعمل، ذلك أن الالتزام بإعطاء والالتزام بامتناع عن عمل هما دائما التزام بتحقيق نتيجة.

^{٢١٦} فسواء كنا بصدد عدم تنفيذ كلي او عدم تنفيذ جزائي او تنفيذ متأخر أو معيب، فنحن بصدد عدم تحقق للنتيجة، ومن ثم يكون المدين بهذا الالتزام مسؤولا دائما قبل الدائن بصرف النظر عن العلل والاسباب فيما عدا حالة اثبات السبب الأجنبي.

^{٢١٧} راجع:

V. Cass. Civ. ¹, 8 Juin 1994, contrats, cone, consommé
1994, n° 216.

^{٢١٨} بدء من الاستاذ : DEMOGUE في فرنسا بحسبانه اول من ناصر ودعم هذا التقسيم.

^{٢١٩} (" وحيث من المقرر في قضاء هذه المحكمة -اي محكمة النقض المصرية- ان عقد نقل الاشخاص يلقي علي عاتق الناقل التزاما بضممان سلامة الراكب وهو التزام بتحقيق غاية، فاذا اصيب الراكب بضرر اثناء تنفيذ عقد النقل تقوم مسؤولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة الي اثبات وقوع خطأ من جانبه، ولا ترتفع هذه المسؤولية الا اذا اثبت هو ان الحادث نشأ عن قوة قاهرة او عن خطأ من الراكب المضور او خطأ من الغير..... الخ.....")

ويقترح جانب من الفقه معيارا للتفرقة بين النوعين من الالتزامات يكمن في مدى اتصال الأداء الذي التزم به المدين بالغاية المرجوة من إنشاء الالتزام، فعند تطابق مضمون أداء المدين مع الغاية المرجوة من الالتزام لكون الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة، وعند عدم التطابق يكون الالتزام التزاما ببذل عناية (٢٢٠).

ويقرر الأستاذ: LARROUMET بان الفقه والقضاء الفرنسيين لم يصلا إلى إيجاد معيار محدد ومبرر للتمييز بين هذين النوعين من الالتزامات، وهذا هو السبب الذي من أجله وجد الظن وأثير حول الأساس الصحيح لهذه التفرقة (٢٢١). مما يثير ويعزز مسألة البحث عن الصعوبة الحقيقية التي تكمن في إيجاد هذا المعيار؟

راجع نقض مدني مصري ١٩٧٩/٣/٧ سنة ٣٠ العدد الاول ن ص ٧٤٢ ومشار اليه في مرجع "المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء للمستشار: عز الدين الدناصوري و/د/عبد الحميد الشواربي، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص١٤٥٢.

وعن الالتزام ببذل عناية قضى كذلك بان: ("التزام صاحب الفندق بالمحافظة علي سلامة النزيل التزم ببذل عناية وهو امر تفرضه طبيعة عقد الايواء ويصادف صحيح القانون في اشارة الي الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدني مصري..... ويتمثل هذا الالتزام في اتخاذ صاحب الفندق.... الاحتياطات المتعارف عليها التي تكفل المحافظة علي سلامة النزلاء... ويقع علي عاتق المدين به اثبات انه بذل عناية الرجل العادي بان اتخذ كافة الوسائل المألوفة التي تكفل امن النزيل.... ولا يكون الحكم قد خالف قواعد الاثبات إذ عاجل عبء الإثبات الخطأ العقدي ونفيه علي اساس من طبيعة الالتزام الذي اخل به المدين فيه، ويكون قد صادف في الامرين صحيح القانون")

راجع: نقض مدني مصري ١٩٨٠/١/٢٣ سنة ٣٠ الجزء الأول، ص ٢٥٥ ومشار إليه في مرجع: المسؤولية المدنية في الفقه والقضاء، مرجع سابق للمستشار عز الدين الدناصوري و د/ عبد الحميد الشواربي، ص ١٥٩١ و١٥٩٢.

٢٢٠ انظر: د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام سنة ١٩٦٨، الفقرة ١٩ ص٣٣.

واستاذنا الدكتور: نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص١٦ (٢٢١) مما دفعه الي القول باننا اوشكنا ان نقر بأن بحث هذه المسألة قد اصبح امرا مهجورا، تم تراجع الفقه عنه، وكان القضاء قد استسلم بدوره لهذه الفكرة رغم اهمية البحث بصدها عن مصدر هذه الصعوبة، لاسيما وان

وفي رأينا أن مسألة البحث عن الصعوبات الحقيقية في إيجاد معيار محدد للتمييز بين هذين النوعين من الالتزامات أمر في غاية الأهمية، ذلك أننا بصدد مسؤولية شخصية وقتما يكون المدين ملتزما ببذل عناية، في حين أن إثارة المسؤولية الموضوعية أو المسؤولية بقوة القانون أو اللاخطئية ترتبط بعدم تنفيذ المدين لالتزامه بتحقيق نتيجة هذا من جانب.

ومن جانب آخر فإن ثمة درجات متباينة ما بين هذين النوعين من الالتزامات ظهرت في تطبيقات القضاء الفرنسي ما بين التزام بنتيجة مخفف والتزام ببذل عناية متشدد، وفي هذا خلط ما بين طبيعتين قانونيتين تتميزان بالضرورة عن بعضهما البعض، وينبغي أن تكون نقطة البدء في البحث عن هذه الصعوبات في إيجاد تمييز واضح بين هذين النوعين من الالتزامات، هي أن كلا من هذين النوعين ينطلق من زاوية واحدة وهي ("الالتزام بعمل").

ولكن ما هو كنه هذا العمل؟

إن التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري فضلا عن التزامه بتسليم الشيء المبيع، يقتضي تنفيذهما تحقق النتيجة، بمعنى انتقال الملكية بالفعل، فليس ثمة احتمالا آخر (٢٢٢).

التطبيقات القضاء الفرنسي تخط ما بين هذين النوعين من الالتزامات واوشكت ان توجد تقسيمات أخرى علي حدود كل نوع من هذين النوعين من الالتزامات.

(" Les auterus pas plus que la jurisprudence ne sont arrivés à trouver un critère satisfaisant de la distincjtion entre les deux sortes d'obligationsetc.....")

V. LARROUMET (CH.): op. cit. n° 628 , p. 653.

^{٢٢٢} وإذا كان المبيع من المنقولات القيمة فان تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية إلى المشتري يتعاصر مع نشأته. أما إذا كان المبيع من المنقولات المتلية فان تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية لا يتعاصر مع نشأته إلا بعد ما يتم فراز هذا المبيع.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

والالتزام في تصور الفقه له قد يكون التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل، في حين أن ما يقال له الالتزام بإعطاء هو في حقيقته التزام بعمل. ومن ثم، إذا تمثل الالتزام بعمل في نقل حق عيني على عقار أو منقول كما هو شأن التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، فهو إذن التزام لا يتصور أن يكون إلا بتحقيق نتيجة.

والتزام المشتري بدفع الثمن النقدي للبائع، أو التزام المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر لا يتصور أن يكون إلا التزاما بتحقيق نتيجة حيث يتعهد هذا المشتري أو المستأجر بعمل ألا وهو فعله الخالص في دفع مبلغ من النقود في عقد البيع أو أية تقدمه أخرى في عقد الإيجار.

أما في الالتزام بامتناع عن عمل فهو بسبب محله لا يتصور أن يكون إلا التزاما بتحقيق نتيجة.

وعند تحليل الالتزامات بعمل نلاحظ أن بعضها مما سبق ذكره تكون بالضرورة التزامات بتحقيق نتيجة بسبب محلها الذي لا يقبل فكرة الاحتمال، كما سبق البيان في الالتزام بسليم شيء معين بالذات.

غير أن الإشكالية تبدو وقتما لا ينفذ المدين التزامه بالتسليم في الميعاد المحدد لذلك، عندئذ نكون بصدد عدم تنفيذ لالتزام بتحقيق نتيجة، في حين أن عدم تنفيذه هنا في حالة التأخير اليسير عن الميعاد المحدد هو بمثابة عدم تنفيذ جزئي لاسيما إذا ما قام بتنفيذ التزامه بعد الميعاد.

في حين انه في البيع الوارد علي العقار فان الملكية لا تنتقل فيه الا بالتسجيل وعندئذ يتراخي تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية عن نشأته، وفي كل فان عقد البيع لا ينقل الملكية بذاته وانما ينشئ التزاما علي عاتق البائع بنقل هذه الملكية.

"وانتقال هذه الملكية" هي الغاية او النتيجة التي يجب ان تتحقق والا كان البائع مقصرا في تنفيذ التزامه. راجع مؤلفنا

الأحكام العامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، سنة ٢٠٠٢م

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

ولماذا لا نجد هنا مجالاً لفكره الالتزام ببذل غاية فيما يتعلق بالالتزام بالتسليم في الوقت المحدد، وقتما يتم الاتفاق بين الدائن والمدين على عمل ما، ويكون هذا العمل في نطاق الإمكان، وذلك لأجل احترام وقت التسليم، لاسيما وأنا لسنا بصدد نص قانوني أمر.

ألا يبعث هذا على التساؤل عن النطاق الكمي والكيفي لمضمون الالتزام بعمل؟

إن العمل كمحل للالتزام يمكن النظر إليه كحالة تحتمل الزيادة والنقصان، لا يمكن أن يكون معياراً كافياً للتمييز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة. ذلك أن الالتزام بالحفظ مثلاً أو بتقديم خدمات معينة، وإن كان يركز على فكرة الالتزام بعمل إلا أن هذا العمل قد يحتمل الزيادة أو النقصان، ومن ثم فلن يكون هنا إلا التزاماً ببذل عناية، وأحياناً يتدخل القانون كما هو نص المادة ١١٣٧ مدني فرنسي التي قررت المبدأ القاضي بأن الخطأ شرط لمسئولية الملتزم بالمحافظة على الشيء في حاله عدم التنفيذ أو التنفيذ السيء.

ورغم ذلك فإن تطبيقات القضاء كما سبق وان عرضنا لها لا تستبعد اعتبار هذه الالتزامات، التزامات بتحقيق نتيجة كما الأمر في مسؤولية مشيد البناء في عقد إيجار الخدمات، أو كما هو الشأن بالنسبة لالتزام الذي يقع على عاتق الناقل البري بمقتضى عقد النقل.

مما يقود إلى استخلاص ما يلي: أنه لا يمكن النظر إلى الالتزام بعمل من منظور كمي أو كيفي للأداء المطلوب من المدين به، والذي يؤثر في تحديد مضمونه بحسبان أنه يؤدي بطريقه منطقية إلى القول بأنه التزام ببذل عناية ذلك أن النقصان في المضمون من حيث الكمية أو الكيفية يتوافق بالضرورة مع الالتزام ببذل عناية.

في حين أن الزيادة في المضمون من حيث الكم أو الكيف يتوافق مع مضمون الالتزام بتحقيق نتيجة، حيث لن يوجد هنا مجال لتغير محتمل بالنسبة لمضمون الالتزام. يبدو غير كاف إطلاق القول بأن كلا التزام بعمل إما أن يكون التزاماً ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، ذلك أن كل من هذين النوعين من الالتزامات قد يندرج تحت لوائه فئات متنوعة (٢٢٣).

وآيات ذلك ما يقرره STARCK من أنه في الالتزام بتحقيق نتيجة يمكن تصور وجود طائفتين من نفس النوع كما يلي:-

ففي حالات معينة يلتزم المدين بتحديد نتيجة، ذلك الالتزام الذي ينقضي بتوافر حاله القوة القاهرة كما الأمر في عقد النقل حيث لا يمكن عندئذ مساءلة المدين الناقل.

أما في حالات أخرى نجد أن التزام المدين بتحقيق نتيجة يكون أكثر تشدداً. وتنعقد مسؤولية المدين عند عدم تحقق النتيجة ولا يؤثر في مسؤوليته لدرجة التخلص منها توافر حالة القوة القاهرة، وعندئذ يستفيد الدائن بضمان مطلق *une garantie absolue* ويندرج تحت هذه الطائفة العديد من الالتزامات وقتما يكون الدين فيها مبلغاً من النقود.

ومن ثم توجد طائفتان من الالتزامات بتحقيق نتيجة هي:
التزامات عادية بتحقيق نتيجة، حيث يمكن للمدين أن يتخلص من مسؤوليته بصدها، إذا ما استطاع إثبات السبب الأجنبي.

^{٢٢٣} انظر في هذا التصور:

V. STARCK (B.): op. cit. p. 405 qui disait: (" Dire que toute obligation est de moyens ou de résultat est insuffisant. En réalité les distinctions sont plus nombreuses.")

الالتزامات بتحقيق نتيجة مطلقة obligations de résultat absolues
ليس من خلاص للمدين بها من مسؤوليته حيث أنها لا تستجيب لتوافر السبب الأجنبي
من عدمه (٢٢٤).

وما بين هاتين الطائفتين من الالتزامات بتحقيق نتيجة توجد درجات من
الالتزامات بتحقيق نتيجة بينهما، إما أن يكون مصدرها العقد أو القانون (٢٢٥).
إما بالنسبة للالتزام ببذل عناية فيمكن تصور التزامات لا تقع تحت حصر وفقاً
لتباين درجات العناية التي يمكن أن يتم الاتفاق عليها مع المدين بهذا الالتزام، أو وفق
ما يتطلبه القانون في حالات معينة من عناية الرجل المعتاد، حتى أن ذلك الرجل المعتاد
قد يكون على سبيل المثال طبيباً عادياً أو طبيباً متخصصاً أو أستاذاً في علمه...
الخ... مما يقود إلى أن مصطلح العناية الواجبة يتغير بالضرورة تقديره من حاله إلى
أخرى وفق معيار موضوعي مجرد، غير أن تجريد هذا المعيار الموضوعي يتم في نطاق كل
حالة على حده، بمعنى أن هذا المعيار سيتغير من حالة الطبيب العادي عنه في حالة
الأستاذ في علمه... وهكذا (٢٢٦).

٢٢٤ راجع :

V. STARCK (B.): op. cit, n 957, pp. 405 et 406.

٢٢٥ ويشير ال نص المادتين ١٧٧٢ و١٧٧٣ مدني فرنسي ن وكذلك ما توجه نص المادة ١٩٥٣ مدني فرنسي.

V. STARCK (b.): op. cit, n 975 , p. 406

٢٢٦ وقريب من هذا المعنى انظر:

V. STARCK (B.): op. cit. n° 976 , p. 406 , qui disait: (" Les obligations de moyens sont susceptibles d'innombrables degrés. Pour reprendre l'exemple du médecin , il est évident que les soins promis ne sont pas les memes selon qu'il s'agit du grand spécialiste , médecin des hôpitaux ou du médecin de campagne.")

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

وينبني علي ذلك إن الخطأ في التشخيص *erreur de diagnostic* يمكن أن يعد خطأ عقديا بالنسبة لطبيب ما، ولا يمكن أن يشكل خطأ بالنسبة لطبيب آخر (٢٢٧).

فالالتزام ببذل عناية يفترض إذن تحليل واقعي لكل حالة على حده ولا يكون هذا بالضرورة ضروريا فيما لو كان الالتزام بتحقيق نتيجة.

ويبدو من التطبيقات القضائية المعاصرة - كما يرى الأستاذ BÈNABENT - أنها في حالة إنشاء لفئة من الالتزامات ببذل عناية والالتزامات بتحقيق نتيجة وهذه الفئة يكون علي المدين فيها أن يثبت مجرد غياب خطئه ليتخلص من مسؤوليته (٢٢٨). ويقترح الأستاذ BÈNABENT لتحليل ازدواجية الالتزامات ما بين بذل العناية وتحقيق النتيجة، والتي باتت في رأيه ثلاثية، بمعنى، إما أن نكون بصدد التزام ببذل عناية، أو التزام بتحقيق نتيجة، أو التزام بالضمان، ذلك أن التدبر في مجمل التطبيقات القضائية يقود في رأيه إلى وجود الأنواع التالية من الالتزامات وهي:

٢٢٧ راجع:

V. STARCK (B.): op. cit. n° 976, p. 406.

(٢٢٨) ويضرب الامثال علي ذلك بالمادة ١٧٨٩ مدني فرنسي الخاصة بعقد المقاولة، والتي منها ان المقاول لا يكون مسؤولا عن الشيء الذي عهد به اليه الا ان يكون الضرر الذي اصاب هذا الشيء راجعا الي خطئه، غير ان الاجتهاد القضائي يقبل منذ مده طويلة ان يكون هذا الخطأ مفترضا، ومن ثم يكون واجبا علي المقاول ان يثبت عدم وجود الخطأ في جانبه ليتخلص من مسؤوليته، وهكذا الأمر بالنسبة للوديع والمقترض. وهذا الوضع قد طبقتة محكمة النقض الفرنسية للمرة الاولي فيما يتعلق بالالتزام بالسلامة رغم ان التدبر في الأحكام القضائية يجدها تتحدث عن الالتزام ببذل عناية. ويتساءل، هل نحن بصدد التزام بتحقيق نتيجة مخفف ؟!!! وما لاشك فيه ان إثبات المدين لغياب خطئه، اسهل عليه من البرهنة علي توافر حالة القوة القاهرة.

V. BÉNABENT (A.): Droit civil ' les obligations , 8 éd. MONTCHRESTIEN. 2001 n° 409, p. 281.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

أولاً: التزامات ببذل عناية، حيث يجب إثبات خطأ المدين بها.
ثانياً: التزامات بتحقيق نتيجة مخففة، حيث توجد دائماً فيها قرينة الخطأ.
لمصلحة الدائن، ويكون على المدين دحض هذه القرينة، أي إثبات عدم وجود خطأ في جانبه.

ثالثاً: التزامات بتحقيق نتيجة تقليدية، لا يمكن للمدين أن يتخلص من مسؤوليته بصدها إلا بالإثبات السبب الأجنبي.

رابعاً: التزامات بالضمان، وهي حالة المسؤولية بقوة القانون حتى مع وجود حالة من حالات السبب الأجنبي (٢٢٩).

وينتهي **BÉNABENT** في تحليله إلى وجوب الاستفسار عن الالتزامات بتحقيق نتيجة التي تعد بطريقة صارمة مؤدية إلى مساءلة المدين، الذي لا يمكنه أن يتخلص من مسؤوليته بصدها إلا بالإثبات السبب الأجنبي، ولأنها لا تقبل إثبات عدم وجود خطأ في جانب المدين كوسيلة للتخلص من مسؤوليته عند عدم تحقق النتيجة.

ويستطرد قائلاً بأن حالة السبب الأجنبي ليست سوى وسيلة لإثبات عدم وجود خطأ من جانبه، غير أن مفكري القرن التاسع عشر انطلقا من نص المادة ١١٤٧ مدني فرنسي تكونت عقيدتهم في أن السبب الأجنبي يبدأ بالتحديد وبقا لا يوجد خطأ.

ولا يحتمل الموقف القانوني وفق هذا التصور إلا حلا من اثنين لا ثالث لهما.

^{٢٢٩} راجع :

V. BENABENT (A.): op. cit. n° 410 , p. 282.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

إما أن يكون واجبا على المدين أن يسأل عن أخطائه التي يستطيع الدائن بالضرورة إثباتها، أو تكون هذه الأخطاء في دائرة الافتراض على حسب الأحوال. وعندئذ يستوي أن نكون بصدد التزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة مخفف.

وإما أن يتعهد المدين بالضمان أي بضمان تحقق النتيجة مع تحمله لكافة المخاطر وعندئذ نكون بصدد الالتزام بالضمان (٢٣٠).

نتيجة البحث

من الصعوبة بمكان تصور تفرقة حاسمة متوازنة بين نوعين مختلفين من الالتزامات هما الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، ذلك أن تحليل التطبيقات القضائية في ضوء اجتهادات الفقه ونصوص القانون سواء في فرنسا أو مصر يسفر عن الخلط بين أحكام كل من هذين الالتزامين أدى إلى عدم وضوح محددات كل من المسئوليتين الشخصية والموضوعية ويكمن سبب ذلك في أصل المسألة المتمثل في الإقرار بصعوبة إيجاد معيار حاسم ومحدد للتمييز بين هذين النوعين من الالتزامات.

فبدء من معيار التمييز الكامن في مدى اتصال الأداء الذي التزم به المدين بالغاية المرجوة من إنشاء الالتزام، يحدث يكون الالتزام التزما ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة وفقاً لعدم تطابق مضمون أداء المدين مع الغاية المرجوة من الالتزام أو تحقق هذا التطابق على الترتيب، بان لنا أن التطبيقات القضائية ليست آيات عملية ناطقة البيان به. حيث رصدنا بالتحليل درجات متباينة ما بين هذين النوعين من الالتزامات، فلسنا بصدد فواصل حدية بينهما.

وأسندنا السبب في ذلك إلى أن كلا من هذين النوعين من الالتزامات يصدر عن بوتقة واحدة مضمونها الالتزام بعمل، مما يثير تفسيرات وتأويلات شتى بصدد كنه هذا العمل

^{٢٣٠} راجع :

V. BENABENT (A.): op. cit. n° 410, p. 382.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

في ظل تطبيقات القضاء لعقود كثيرة ومتباينة توحيدها نصوص قانونية متفرقة في المدونة المدنية الفرنسية والمصرية.

وبناء عليه أسفر تحليلنا للتطبيقات القضائية عن وجود طائفتين من الالتزامات بتحقيق نتيجة، فضلا عن طوائف أخرى في نطاق الالتزام ببذل عناية مما يقود بالضرورة إلى عدم اليقين بأننا بصدد تقسيم ثنائي للالتزامات ما بين بذل العناية وتحقيق النتيجة، وان هذه الازدواجية أصبحت ثلاثية تتمثل في التزام ببذل عناية، والالتزام بتحقيق نتيجة، والالتزام بالضمان بحسبان الأنواع التالية من الالتزامات:-

أولاً: التزامات ببذل غاية حيث يجب على الدائن إثبات خطأ المدين بصدها لتحقيق مسؤوليته الشخصية.

ثانياً: التزامات بتحقيق نتيجة مخففة، حيث أوجدت التطبيقات القضائية بصدها قرينة الخطأ لمصلحه الدائن، ومن ثم يكون على المدين دحض هذه القرينة بإثبات عدم وجود خطأ في جانبه ليتخلص من مسؤوليته، مما يوحي بأننا بصدد مسؤولية شخصية أخذت مكانا في

الواقع التطبيقي القضائي في نطاق مخفف للالتزام بتحقيق نتيجة!!!
ثالثاً: التزامات بتحقيق نتيجة تقليدية لا يمكن للمدين أن يتخلص من مسؤوليته الموضوعية بصدها إلا بإثبات السبب الأجنبي.

رابعاً : التزامات بالضمان وهي حالات المسؤولية بقوة القانون حتى مع وجود

حالة من حالات السبب الأجنبي!؟

وتبقى كلمة:

رغم المشكلات القانونية الجسيمة التي تتصل بدراسة موضوع البحث " الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤوليتين الشخصية والموضوعية" إلا أننا اجتهدنا في تحليل التطبيقات القضائية في سبيل رد المسألة إلى أصولها، تلك المسألة التي مازالت موضعاً للسؤال رغم ما توصلنا إليه من رأي بصدد كل مسألة تم تحليلها في حده، والتي نحيل القاري إليها، وحسبي أنني مهدت الطريق لمزيد من الدراسات في هذه المسألة الشائكة،

وليس ثمة حلولاً مجردة تصادف محض الحقيقة الخالصة، وآخر دعوانا
إن الحمد لله رب العالمين.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
" الحمد لله الذي بنعمة تتم الصالحات "
و " الحمد لله على كل حال "
" صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم "

” قائمة المراجع ”

" BIBLIOGRAPHIE "

أولاً : مراجع عامة ومتخصصة باللغة العربية:

أ. إبراهيم سيد أحمد:

- " المسؤولية المدنية"، التعويض في المسئوليتين التقصيرية والعقدية، دار الكتب القانونية، سنة ٢٠٠٦.

د. أحمد شوقي عبد الرحمن:

- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بدون ناشر، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٨ م.

- الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، المجلد الأول، المسؤولية المدنية الشخصية، منشأه المعارف بالإسكندرية، سنة ٢٠٠٧ م.

د. إسماعيل غانم:

- النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، سنة ١٩٦٨، بدون ناشر.

د. حسام الدين كامل الأهواي:

- النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بدون ناشر، سنة ١٩٧٧ -
١٩٩٨ م

د. حسن عبد الباسط جمعي:

- مسئوليته المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية،
سنة ٢٠٠٠ م

د. سليمان مرقص و د. محمد علي أمام:

- عقد البيع في التقنين المدني الجديد، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٢ - ١٩٥٣ م.

د. عبد الناصر توفيق العطار:

- مصادر الالتزام، بدون ناشر، مهنة ١٩٩٠ م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،

-
- المستشار : عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي:
- المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، بدون ناشر، بدون تاريخ
د. فتحي عبد الرحيم عبد الله:
- دراسات في المسؤولية التقصيرية، نحو مسئوليته موضوعية، منشأة المعارف
بالإسكندرية، سنة ٢٠٠٥ م.
د. محمد كامل مرسى.
- العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضة، الجزء السادس، المطبعة العالمية،
١٩٥٣ م.
- العقود المسماة، الجزء الرابع، عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة،
الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات المصرية، سنة ١٩٥٣ م.
د. محمود جمال الدين زكي:
- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة،
مطبعة جامعة القاهرة، سنة ١٩٧٨ م.
د. نبيل إبراهيم سعد:
- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٧ م.
د. نبيلة إسماعيل رسلان:
- عقد البيع، مطبعة جامعه طنطا، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٨ م.
- المسؤولية المدنية في مجال المعلوماتية والشبكات، دار الجامعة الجديدة، سنة
٢٠٠٧ م.
د. نزيه محمد الصادق المهدي:
- النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنة
١٩٩٩ م
-

ثانياً: "مراجع عامة ومتخصصة باللغة الفرنسية"

1. OUVRAGES généraux et spéciaux :

ANTONMATTEI (P. - H.) et RAYNARD (J.) :

- Droit civil, contrats spéciaux, deuxième édition , LITBC , 2000

ATIS (CH.) :

Droit civil précis élémentaire de contentieux contractuel, presses univ.'d' Aix - MARSEILLE- PUAM ,2001.

BENABET (A):

Droit civil,"Les'obligations,"⁸éd.MONTCHRESTIEN 2001.

CARBONNIER (J.) :

-droit civil, thémis , P.U.F., T.4 , les obligations.20^{EME} 1996.

V. HUET (J.):

IV. Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, 2^e éd. L.G.D.J.2001.

LARROUMET (CH.):

V. Droit civil, Economica, T. 11, les obligations, 2^{eme} éd. 1990.

LE TOURNEAU (P.H) et CADIET (L.):

VI. Droit civil, Les responsabilités, Dalloz action, 1996.

SA VAUX (E.) :

" La Fin de la responsabilité contractuelle ? " Rev.Trim. Dr. civ. 1999,1.

; TALLON (D.) :

" L'inexécution du contrat :

pour une autre présentation " Rev. tr. Dr. civ. 1994 , p.223.

VINEY (G.) :

VII. introduction à La responsabilité , 2^eme éd., L.G.D.J., 1995.

2 - Notes de jurisprudence :

ABADIR :

VIII. note S. Cass. Civ. 21 juillet 1970, D. 1970, 767.

CORNU:

IX. note S. Cass.civ., 2 octobre 1980, Rev. Trim. dr. civ. 198

X. note S. Cass.civ., 24 juin 1981, Rev. trim. dr. civ. 1982,

DELEBECQUE:

XI. note S. Cass. Civ. , 2 février 1994, J.C.P 1994.11. 22294.

DION :

XII. note S. Cass. Civ. , 23 Février 1994 D. 1995, 214.

DUMONT :

XIII. note S. Cass. Civ. 2 e, 19 Février 1997, petites affiches 1997, n 111, p. 12. et 1998, n° 6, p. 29.

DURRY

XIV. note S. Cass. Civ., 4 mars 1980, Rev. trim. dr. civ. 1980. 769.

XV. note S. Cass. Civ. 27 avril 1976, Rev. trim dr.civ. 1977 , 139.

XVI. note S. Cass. Civ. 17 juin 1980, Rev. trim dr.civ. 1981 , 165.

XVII. note S. Cass. Civ. 13 janvier 1982, Rev. trim, dr. civ. 1982 ,699.

XVIII. note S. Cass. Civ. 2 juin 1981 , Rev. trim, dr. civ. 1982, 770.

ESTOUP:

XIX. note S. Versailles 28 octobre 1988, D. 1989.234.

FORTIS :

XX. note S. Cass. Civ. 4 novembre 1992, D. 1992, D. 1994,45.

XXI. Note S. Cass. Civ. 28 octobre 1991, D. 1992 , somm. ,271.

GRIDEL :

XXII. note S. Cass. Civ. 9 décembre 1986, J.C.p. 1987.11.20790.

HUET :

XXIII. note S. Cass. Com. 20 mars 1985, Rev. trim. dr. civ. 1986 , 362.

XXIV. note S. Cass. Com. 19 juillet 1983 , Rev. trim. dr. civ. 1984 , 729.

XXV. note S. Cass. Com. 11 mars 1986, Rev. trim. dr. civ. 1986 , 608.

JOURDAIN :

XXVI. note S. Cass. Civ., 9 juin 1993, Rev. trim. dr. civ.1993. 828.

XXVII. note S. Cass. Civ., 2 février 1994 , Rev. trim. dr. civ. 1994. 513.

XXVIII. note S. Cass. Civ., 7 février 1978 , Rev. trim. dr. civ. 1994. 611.

XXIX. note S. Cass. Civ., 17 février 1999, Rev. trim.dr.civ. 1999.629.

XXX. note S. Cass. Civ., 22 NOVEMBRE 1988 Rev.trim.dr.civ. 1995.375.

XXXI. note S. Cass. Civ., 12 AVRIL 1995 j.c.p. 1995.11. 22467.

XXXII. note S. Cass. Civ., 16 février 1988 , Rev. trim. dr. civ. 1988. 767.

XXXIII. note S. Cass. Civ., 5 mars 1991 , Rev. trim. dr. civ. 1991. 576.

XXXIV. note S. Cass. Civ., 7 mars 1989, Rev. trim. dr. civ. 1989. 548.

XXXV. note S. Cass. Civ., 23 février 1994 , Rev. trim. dr. civ. 1994. 616.

XXXVI. note S. Cass. Civ., 21 juin 1996 , Rev. trim. dr. civ. 1996. 913.

XXXVII. note S. Cass. Civ., 22 mai 1991 , Rev. trim. dr. civ.1991.

LARROUMÈT :

XXXVIII. note S. Cass. Civ. 24 juin 1981 , D. 1982 , 1R. 363.

XXXIX. note S. Cass. T.G.I LAON 29 novembre 1977, D. 1977 D 1979 1R. 208.

XL. note S. Cass. 13 janvier 1982, D. 1982. 1R. 3639.

XLI. note S. Cass. ASS. Plén. 29 mars 1991, D. 1991 , p. 324.

XLII. note S. Cass. 27 janvier 1982 D. 1982. 1R. 359.

LEVENEUR

XLIII. note S. Cass. Civ. 2 février 1994 contrats, conc. Consom.1994 n° 70.

XLIV. note S. Cass.Civ. 24 février 1993 contrats, conc. Consom. 1993n°89.

XLV. note S. Cass. Civ. 8 juin 1994 contrats, conc. Consom n°15 **MALAURIE :**

XLVI. note S. Cass. 7 mars 1989, D. 1991. 1.

MAZEAUD :

XLVII. note S. Cass. Civ. 8 octobre 1968 , D. 1968. 157

MOUIY :

XLVIII. note S. Cass. Civ. 17 mars 1993, R.J.D.A. 1993 , n° 775 , D. 1995. somm. 66.

PAISANT :

XLIX. note S. NIMES , 8 mas, 1990, J.C.P. 1990.11 . 21573.

RAYMOND :

L. note S. Cass. Civ. 11 avril 1995, contrats.Conc.Consomm.1995 n° 113.

REMY :

LI. note S. Cass. Civ. 10 janvier 1990 , Rev. trim. dr. civ. 1990 ,517.

LII. note S. Cass. Civ. 24 fevrier 1983, Rev. trim. dr. civ. 1983 , 150.

RODIERE :

LIII. note S. Cass. Civ. 27 avril 1976, J.C.P. 1976.11. 18477.

SARRAZ - BOURNET:

LIV. note S. Cass. Civ. 4 novembre 1992, J.C.P. 1993. 11. 22058.

VINEY:

-
- LV. note S. Cass. Civ. 19 fevrier 1997, J.C.P. - G - m 1997, 11, 22848.
- LVI. note S. Cass. Civ. crim. 26 mars 1997, J.C.P. -G 1997, 11, 22848.
- LVII. note S. Cass. Civ. ASS. Plen. 29 mars 1991, D. 1991 chron. p. 157.

الكفاءة الإنتاجية ووسائل تحسينها في مزارع الأرز بمركز أبو حمص بمحافظة البحيرة

دكتور/ أحمد محمد توفيق الفيل

قسم الاقتصاد الزراعي - كلية الزراعة (الشاطبي) - جامعة الإسكندرية

ملخص

يعتبر الأرز محصول التصدير الثاني والطلب الخارجي عليه بلا حدود. وتشهد زراعة الأرز في الفترة الراهنة مرحلة انتقالية من الزراعة التقليدية إلى ما يسمى بالزراعة المطورة. وهذا الانتقال يصاحبه تطبيق بعض الأساليب التكنولوجية الحديثة، كما أثرت سياسات الإصلاح الاقتصادي والتكيف الهيكلي على قرارات المنتجين الزراعيين بشأن استخدام الموارد الاقتصادية الأرزية. الأمر الذي يتطلب دراسة الكفاءة الإنتاجية والاقتصادية للموارد المستخدمة في النشاط الإنتاجي المزرعي الأرزى والعمل على زيادة مستوياتها حتى يمكن زيادة الإنتاج دون الحاجة إلى إضافة موارد جديدة.

وفي سبيل تحقيق هذا الهدف تم: (١) قياس الكفاءات التكنيكية والتوليفية والاقتصادية (التكاليفية) والسعوية في ظل ثبات وتغير العائد إلى السعة، (٢) تحديد مقدار الموارد الاقتصادية المحققة للكفاءة الاقتصادية في ظل ثبات وتغير العائد للسعة وبالتالي تقدير حجم الفائض أو العجز في الموارد الاقتصادية المستخدمة في إنتاج الأرز.

وقد اعتمدت هذه الدراسة على البيانات الميدانية التي تم تجميعها من عينة عشوائية طبقية من زراع

الأرز بمركز أبو حمص بمحافظة البحيرة باعتبارها أقرب المحافظات الزراعية لجامعة الإسكندرية قوامها ١٦٠
مزرعة. واعتمد البحث على التحليل الكمي المتمثل في نموذج تحليل مغلفات البيانات DEA. وهو أحد
أساليب البرمجة الخطية غير المعلمية وذلك لإنشاء مغلف أو مجال يحوي البيانات الأولية لمزارع الأرز بمركز
أبو حمص بمحافظة البحيرة.

وقد أسفرت هذه الدراسة عن مجموعة من النتائج أهمها: (١) تستطيع المزارع الأرزية ذات الفئة الأولى
(أقل من ٣ طن للفدان) وذات الفئة الثانية (٣-٤ طن للفدان) وذات الفئة الثالثة (٤ طن فأكثر للفدان)
زيادة إنتاجها بنسبه ٢ %، ٢.٦%، ٢% على التوالي حتى تصل كفاءة السعة لكل منها إلى الواحد
الصحيح عند حجم الناتج الأمثل، (٢) تزداد الكفاءات التكنيكية والتوليفية و التكاليفية (الاقتصادية)
للفئات الثلاثة في ظل تغير العائد إلى السعة عن نظيرتها في ظل ثبات العائد إلى السعة بنسب تبلغ في
المتوسط ٢%، ٤%، ٦% لكل منها على التوالي مما يؤكد حقيقة وفورات السعة في مزارع الأرز بمحافظة
البحيرة، (٣) إعادة توليف الموارد الاقتصادية المزرعية الأرزية واستخدام الكميات المثلى منها التي تحقق أدنى
مستوى للتكاليف الإنتاجية والتي حددتها الدراسة من شأنه توفير ١٤%، ٢١%، ٢١% من تكاليف
إنتاج الأرز في المزارع ذات الفئة الأولى والثانية والثالثة على التوالي وفي ظل تغير العائد إلى السعة، (٤)
تستطلع مزارع الأرز ذات الفئة الثانية والثالثة زيادة إنتاجها بنسبة ٣%، ١% لكل منها على التوالي في

ظل تغير العائد إلى السعة دون زيادة في كمية أو مقدار الموارد الاقتصادية المستخدمة في إنتاج الأرز، (٥) تستطيع مزارع الأرز ذات الفئة الأولى والثانية والثالثة تحقيق نفس المستوى من الإنتاج في ظل تخفيض تكاليف الإنتاج واستخدام الكميات المثلى من الموارد الاقتصادية المزرعية الأرزية- التي حددتها الدراسة بنسبه ١٤%، ٢٤%، ٢٢% من التكاليف الإنتاجية الراهنة. كما أن تكاليف إنتاج الأرز تزيد عن أدنى نقطة على منحنى التكاليف المتوسطة بما يعادل ١٦.٧%، ١٧%، ١٧% لكل منها على التوالي في ظل تغير العائد إلى السعة، (٦) توصى الدراسة بإمكانية رفع الكفاءات الإنتاجية والاقتصادية لمزارع الأرز بمحافظة البحيرة من خلال تطبيق عدة استراتيجيات أهمها استراتيجية الاستخدام الأمثل للموارد الاقتصادية المزرعية الأرزية وفقا لما حددته الدراسة والتوسع في استخدام الأساليب التكنولوجية التي من شأنها زيادة الإنتاج والإنتاجية الأرزية.

الكلمات الدالة على البحث

البرمجة الخطية غير المعلمية - المنحنى المغلف للبيانات - منحنى الناتج المتماثل - منحنى التكاليف المتماثل - ثبات العائد إلى السعة -تغير العائد إلى السعة - الكفاءة التكنيكية - الكفاءة التوليفية - الكفاءة التكاليفية (الاقتصادية) - الكفاءة السعوية- الكميات المثلى من الموارد الاقتصادية.

١. المشكلة البحثية

يشغل الأرز المرتبة الثانية بين محاصيل التصدير الرئيسية في ج.م.ع والطلب الخارجية عليه يستوعب أية كميات متاحة للتصدير وتشهد زراعة الأرز في الفترة الراهنة مرحلة انتقالية من الزراعة التقليدية إلى ما يسمى بالزراعة المطورة وهذا الانتقال يصاحبه تطبيق بعض الأساليب التكنولوجية الحديثة. الأمر الذي كان من شأنه ازدياد التكاليف الإنتاجية الأرزية من حوالي ٥٢٢ جنيه للفدان عام ١٩٩٠ إلى حوالي ٢٦٥٨ جنيه للفدان عام ٢٠٠٦ أي أنها تضاعفت ٥ مرات - (جدول رقم الملحق رقم ١).

كما أثرت سياسات الإصلاح الاقتصادي والتكيف الهيكلي على قرارات المنتجين بشأن استخدام الموارد الاقتصادية المزرعية. الأمر الذي يتطلب دراسة الكفاءة الإنتاجية والاقتصادية للموارد المستخدمة في النشاط الإنتاجي المزرعي الأرزى والعمل على زيادة مستواها حتى يمكن زيادة الإنتاج دون الحاجة إلى إضافة موارد جديدة في ظل محدودية الموارد الاقتصادية الزراعية المصرية.

٢. الأهداف البحثية

ويستهدف هذا البحث: (١) قياس الكفاءة الإنتاجية من خلال قياس الكفاءات التكنيكية^(١) (التقنية) والتوليفية^(٢) والتكاليفية^(٣) (الاقتصادية) وكفاءة السعة^(٤) في ظل ثبات وتغير العائد للسعة في عينة

(١) Technical Efficiency

(2) Allocative Efficiency

(3) Cost (Economic) Efficiency

(4) Scale Efficiency

عشوائية من مزارع الأرز بمركز أبو حمص بمحافظة البحيرة باعتبارها أقرب المحافظات المنتجة للأرز للجامعة الإسكندرية، (٢) اقتراح الوسائل التي من شأنها رفع الكفاءات الإنتاجية الأرزية.

٣. الأسلوب البحثي

يستند هذا البحث في قياس الكفاءة الإنتاجية على نموذج تحليل مغلف البيانات^(١) وهو أحد أساليب البرمجة الخطية وذلك في ظل ثبات العائد إلى السعة وفي ظل تغير العائد إلى السعة^(٢). ويعتمد نموذج تحليل مغلف البيانات DEA على استخدام البرمجة الخطية لإنشاء مغلف أو مجال يحوي البيانات. بحيث يمكن تقدير كفاءة الإنتاج في مختلف المزارع وفقا لتوليفية الموارد المستخدمة في هذا المغلف (المجال) الذي يمثل منحني الناتج المتماثل.

هناك ثلاث اتجاهات في تحليل هذا النوع من البيانات:

- ١- استخدام أسلوب DEA وفقا لمفهومي ثبات العائد للسعة وتغير العائد للسعة بما يسمح بتقدير الكفاءة التكنيكية والكفاءة السعوية لإنتاج الأرز في مزارع العينة البحثية
- ٢- باستخدام أسعار الموارد الإنتاجية الأرزية والناتج الأرزى يمكن بتطبيق نفس الأسلوب تقدير الكفاءة التوليفية الأرزية والكفاءة التكاليفية (الاقتصادية) الأرزية.

(1) Date Envelopment Analysis (DEA).

(2) Farrell, M. J., The Measurement of productive Efficiency. J. Roy. Statist. Soc., Series A (General) 1957., and: Lovell, C.A.K, Linear Programming Approaches to Measurement and Analysis of Productive Efficiency, 1994 Top2:175-48

٣- الاتجاه الجديد لتطوير أسلوب DEA باستخدام بيانات فترتين زمنيتين أو أكثر مما يعطي

الفرصة للمقارنة بين الفترات الزمنية على أساس معايير الكفاءة المختلفة للمزرعة.

٣. المفاهيم البحثية

٣-١. الكفاءة التكنيكية

وهي مقياس لمدى قدرة الوحدة الإنتاجية علي تحقيق أقصى إنتاج ممكن بالقدر المتاح من الموارد^(١). وتنحصر قيمة الكفاءة التكنيكية بين الصفر الواحد الصحيح. ويمكن للوحدة الإنتاجية تحقيق الكفاءة التكنيكية الكاملة عندما يصل معامل الكفاءة إلى الواحد الصحيح. كما ويمكن تعريفها على أنها الحالة التشغيلية للوحدة الإنتاجية مقارنة بالحدود القصوى للإنتاج حيث تتسم الوحدة التي تنتج في مستوى الحدود القصوى بأنها كفؤة تكنيكاليا.

٣-٢. الحدود القصوى للإنتاج^(٢)

هي أعلي مستويات الإنتاج التي يمكن تحقيقها لمحصول معين في مزرعة معينة من مقادير معينة من المدخلات (عناصر الإنتاج).

(٣) وهذا يعني أنه إذا كانت الكفاءة التكنيكية تساوي ٠.٧ مثلاً فإنه يمكن زيادة الناتج من محصول معين في المزرعة بنسبة ٣٠% دون أية زيادة في مقدار الموارد الاقتصادية المستخدمة. وبذلك فإن المزرعة تفقد قدرًا من مواردها الاقتصادية المستخدمة مما يترتب عليه زيادة تكاليف إنتاج المحصول بنسبة ٣٠%.

(4) Production Frontier

٣-٣. الكفاءة التوليفية

وهي تمثل قدرة المنشأة على استخدام التوليفة المثلى من الموارد الاقتصادية المتاحة لإنتاج ناتج معين مع الأخذ في الاعتبار أسعار هذه الموارد. وهذا يعني أن الكفاءة التوليفية يقصد بها اختيار توليفية المدخلات الإنتاجية بحيث تكون التكلفة الكلية لمقدار معين من الناتج أقل ما يمكن^(١).

٣-٤. الكفاءة الاقتصادية (التكاليفية)

تشمل الكفاءة الاقتصادية كلاً من الكفاءة التكنيكية والكفاءة التوليفية. وهي تعبر عن قدرة المنشأة على تعبئة عناصر الإنتاج بأفضل النسب التي تحقق أكبر قدر من الأنتجة الزراعية بقدر معين من التكاليف الإنتاجية لتحقيق أكبر قدر ممكن من صافي الدخل المزرعي. وهي تتراوح بين الصفر والواحد الصحيح. والفرق بين الواحد الصحيح والنسبة التي تمثل الكفاءة الاقتصادية يُعبر عن مقدار الخفض في التكاليف الإنتاجية دون أن يتأثر مقدار الناتج^(٢) ويمكن الحصول على الكفاءة الاقتصادية عن طريق حاصل ضرب النسبة التي تمثل الكفاءة التكنيكية في النسبة التي تمثل الكفاءة التوليفية.

(١) و هذا يعني انه إذا كانت الكفاءة التوليفية لمحصول معين في مزرعة معينة تساوي ٠.٧ مثلاً فإن إعادة توليف الموارد الاقتصادية المستخدمة وفقاً لكميات الموارد التي تحقق تدنيه التكاليف سوف يوفر ٣٠% من التكاليف الإنتاجية للمحصول.

(٢) فإذا كانت الكفاءة الاقتصادية لمحصول معين في مزرعة معينة تساوي ٠.٧ مثلاً فهذا يعني أن الوحدة الإنتاجية يمكنها تحقيق نفس المستوي من الناتج في ظل تخفيض تكاليف الإنتاج الحالية بمقدار ٣٠% وهذا يعني أيضاً أن تكاليف أنتاج هذا المحصول تزيد عن أدنى نقطة علي منحنى التكاليف المتوسط بما يعادل حوالي ٤٣%.

٣-٥. كفاءة السعة^(١)

من المعروف أن اقتصاديات الحجم يمكن أن تحدد مباشرة الوحدة الإنتاجية الكفؤة وغير الكفؤة. ويتم قياس كفاءة الحجم من خلال قياس الكفاءة التكنولوجية في ظل ثبات العائد إلى السعة وفي ظل تغير العائد إلى السعة.

ومن ثم فإن درجة الكفاءة التكنولوجية التي تم الحصول عليها باستخدام تحليل المنحنى المغلف للبيانات (DEA) تنقسم إلى قسمين أحدهما يمكن إرجاعه لعدم كفاءة السعة والآخر يمكن إرجاعه لعدم الكفاءة التكنولوجية. وفي حالة وجود فرق بين درجة الكفاءة التكنولوجية المتحصل عليها في ظل ثبات العائد إلى السعة والمتحصل عليها في ظل تغير العائد إلى السعة لوحدة إنتاجية مزرعية معينة ولمحصل معين فإن ذلك يعني أن الوحدة الإنتاجية تعاني من عدم كفاءة السعة بما يعادل الفرق بين درجه الكفاءة التكنولوجية في الحالتين.

ويمكن تحديد كفاءة السعة من خلال المعادلة التالية^(٢):

كفاءة السعة = الكفاءة التكنولوجية في ظل ثبات العائد إلى السعة

الكفاءة التكنولوجية في ظل تغير العائد إلى السعة

وتمثل كفاءة السعة مقدار البعد عن الحجم الأمثل للناتج من محصول معين في وحدة إنتاجية مزرعية

معينة^(١).

(3) Scale Efficiency

(4) Banker, R.D.& W.W. Cooper. Some Models for Estimating Technical and Scale Inefficiency in Data Envelopment Analysis, Management Science 30, 1984, 1078-92.

٦-٣. ثبات العائد إلي السعة

يفترض في هذه الحالة أن المزرعة تعمل عند مستوى السعة المثلى للناتج^(١). أي أن منحني التكاليف المتوسطة في المدى الطويل يكون أفقياً وبتزايد عناصر الإنتاج بنسبة معينة فإنها تؤدي إلى زيادة الناتج بنفس النسبة.

٧-٣. تغير العائد للسعة.

يفترض أن المزرعة لا تعمل عند مستوى السعة المثلى للناتج ويتضمن هذا المفهوم كلا من تزايد العائد للسعة وتناقص العائد للسعة (يقصد به إذا زاد عنصر الإنتاج بنسبة معينة فإن ذلك يؤدي إلى تناقص الناتج بنسبه أكبر) وكما أن تغير العائد للسعة يسمح بالفصل بين الكفاءة التكنيكية للإنتاج وكفاءة السعة لكل مزرعة.

٤. مصادر البيانات البحثية

اعتمدت هذه الدراسة بصفة أساسية على البيانات الميدانية التي تم تجميعها بطريقة العينة العشوائية الطبقيّة من خلال إعداد استمارة الاستبيان لمزارع الأرز بمركز أبو حمص بمحافظة البحيرة. وقد اشتملت الاستمارة على الموارد الاقتصادية المزرعية المستغلة في إنتاج الأرز وعلى كمية وقيمة الناتج المزرعي الأرزى. هذا وقد بلغ عدد المزارع التي ضمتها العينة البحثية ١٦٠ مزرعة تم تقسيمها إلى ثلاث فئات وفقاً لمستوى الغلة الفدانوية الأرزية. وتشمل الفئة الأولى المزارع التي غلتها الفدانوية الأرزية أقل من ٣ طن وقد بلغ عددها

(٥) فإذا كانت الكفاءة السعوية لمحصول معين في مزرعة معينة تساوي ٠.٧ فهذا يعني أن هذه المزرعة يمكنها زيادة إنتاجها من هذا المحصول بنسبة ٣٠% من خلال العمل على الإنتاج عند الحجم الأمثل لهذا المحصول.

(1) Optimal Scale

سبعة مزارع بنسبة بلغت ٤.٤% من إجمالي عدد مزارع العينة البحثية وتشمل الفئة الثانية المزارع التي غلتها الفدانبة تتراوح بين ٣ - ٤ طن وقد بلغ عددها ٨٩ مزرعة بنسبة بلغت ٥٥.٦% منه وتشمل الفئة الثالثة المزارع التي غلتها الفدانبة أكثر من ٤ طن وقد بلغ عددها ٦٤ مزرعة بنسبة بلغت ٤٠% منه.

٥. النتائج البحثية

٥-١. مزارع الفئة الأولى للعينة البحثية

٥-١-١. الكفاءة الإنتاجية التكنيكالية للموارد المستخدمة في إنتاج الأرز

تمهيد: تم تقدير الكفاءة التكنيكالية للموارد المستخدمة في إنتاج الأرز في ظل ثبات العائد للسعة وفي ظل تغير العائد للسعة.

أولاً: الكفاءة الإنتاجية التكنيكالية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة

يتبين من خلال- جدول رقم (١) أنه باستعراض مقدار الكفاءة التكنيكالية لإنتاج الأرز في ظل ثبات العائد للسعة لعينة الدراسة في محافظة البحيرة أنها تراوحت بين حد أدنى بلغ ٠.٨٦ للمزرعة رقم (١) وحد أعلى بلغ ١.٠ صحيح للمزارع (من ٢ إلى ٧) بمتوسط يبلغ ٠.٩٨. وهذا يعنى أن مزارع هذه الفئة يمكنها زيادة إنتاجها بنسبة تقدر بحوالي ٢% دون أي زيادة في كمية أو مقدار الموارد المستخدمة. وذلك من خلال استخدام الأساليب الحديثة في إنتاج الأرز ومنها استخدام أصناف جيدة ذات إنتاجية أعلى وذات مقاومة أعلى للأمراض الشائعة في البيئية المصرية الأمر الذي من شأنه زيادة الناتج الأرزى وتخفيض التكاليف الإنتاجية الأرزية.

ثانياً: الكفاءة الإنتاجية التكنيكية لمزارع إنتاج الأرز في ظل تغير العائد

للسعة

يتبين من خلال استعراض مقدار الكفاءة التكنيكية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة – جدول رقم (١) أن الكفاءة الإنتاجية التكنيكية لإنتاج الأرز لعينة الدراسة في محافظة البحيرة تبلغ حوالي ١.٠٠ وهذا يعني أن مزارع هذه الفئة تنتج بكفاءة تكنيكية مثلى. وبذلك فإن مزارع إنتاج الأرز في هذه الفئة لا تفقد أي قدر من مواردها المستخدمة في ظل تغير العائد للسعة.

١-٥-٢. الكفاءة التوليفية للموارد المستخدمة في إنتاج الأرز لمزارع الفئة

الأولى بالعينة البحثية

تمهيد: تتضمن الكفاءة التوليفية للموارد المستخدمة في إنتاج الأرز الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة والكفاءة التوليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة.

أولاً: الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة

يتبين من خلال جدول رقم (١) باستعراض مقدار الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة لعينة الدراسة في محافظة البحيرة أنها تتراوح بين حد أدنى بلغ ٠.٦٢ للمزرعة رقم (١) وحد أعلى بلغ ١.٠ صحيح للمزرعة رقم (٥) بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٧٨. وهذا يعني أن إعادة توليف الموارد الاقتصادية المزرعية واستخدام الكميات المتلى منها التي تحقق تدنيه التكاليف سوف يوفر حوالي ٢٢ % من التكاليف الإنتاجية الأرزية.

ثانياً: الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة

يتبين من خلال استعراض جدول رقم (١) أن مقدار الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة لمزارع الفئة الأولى بعينة الدراسة في محافظة البحيرة يتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.٧١ للمزرعة رقم (١) وحد أعلى يبلغ ١.٠ للمزرعة رقم (٥) بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٨٦. وهذا يعني أن إعادة توليف الموارد الاقتصادية المزرعية واستخدام الكميات المثلى منها يمكن أن توفر حوالي ٤٠.٠% من تكلفة إنتاج الأرز بمزارع هذه الفئة من العينة البحثية.

٣-١-٥. الكفاءة الاقتصادية (التكاليفية) لإنتاج الأرز بمزارع الفئة الأولى

بالعينة البحثية

تمهيد: تتضمن الكفاءة التكاليفية أي الاقتصادية للموارد المستخدمة في إنتاج الأرز الكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة والكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة.

أولاً: الكفاءة التكاليفية لإنتاج الأرز في ظل ثبات العائد للسعة

يتبين من خلال استعراض مقدار الكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة الواردة بالجدول رقم (١) أن الكفاءة التكاليفية الأرزية لمزارع الفئة الأولى بعينة الدراسة في محافظة البحيرة تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.٥٤ للمزرعة رقم (١) وحد أعلى يبلغ ١.٠ للمزرعة رقم (٥) بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٧٦. وهذا يعني أن مزارع الفئة الأولى تستطيع أن تحقق نفس المستوى من إنتاج الأرز في ظل تخفيض تكاليف

إنتاج الأرز بنسبه تبلغ حوالي ٢٤%^(١) من التكاليف الحالية لمزارع هذه الفئة وذلك من خلال زراعة أصناف جيدة ذات إنتاجية مرتفعة وذات مقاومة أعلى للأمراض الشائعة في البيئية المصرية ومن خلال استخدام الكميات المثلى من الموارد الاقتصادية التي تحقق أدنى مستوى للتكاليف الإنتاجية.

ثانياً: الكفاءة التكاليفية لإنتاج الأرز في ظل تغير العائد للسعة

يتبين من خلال استعراض مقدار الكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة الواردة بالجدول رقم (١) أن الكفاءة التكاليفية الأرزية لمزارع الفئة الأولى بعينة الدراسة في محافظة البحيرة تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.٥٤ للمزرعة رقم (١) وحد أعلى يبلغ ١.٠ صحيح للمزرعتين رقم (٥)، (٧) بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٨٦ وهذا يعني أن مزارع الفئة الأولى تستطيع أن تحقق نفس المستوى من إنتاج الأرز في ظل تخفيض تكاليف الإنتاج بنسبة تبلغ حوالي ١٤%^(٢) من التكاليف الحالية لإنتاج الأرز لمزارع هذه الفئة وذلك من خلال استخدام الكميات المثلى من الموارد الاقتصادية التي تحقق أدنى مستوى للتكاليف الإنتاجية ومن خلال زراعة أصناف جيدة عالية الإنتاجية وذات مقاومة أعلى للأمراض الأرزية.

٥-١-٤. كفاءة السعة لمزارع الفئة الأولى لإنتاج الأرز في العينة البحثية

يتبين من خلال استعراض مقدار كفاءة السعة لمزارع الفئة الأولى بعينة الدراسة الواردة بالجدول رقم (١) أن كفاءة السعة تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.٨٦ للمزرعة رقم (١) وحد أعلى يبلغ ١.٠ صحيح لبقية مزارع الفئة الأولى بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٩٨٠ وهذا يعني أن بعض مزارع هذه الفئة لم تصل إلى

(١) وهذا يعني أن تكاليف إنتاج الأرز تزيد عن أدنى نقطة لمتوسط التكاليف علي منحنى التكاليف المتوسط بما يعادل حوالي ٣١%.

(١) وهذا يعني أن تكاليف إنتاج الأرز تزيد عن أدنى نقطة لمتوسط التكاليف علي منحنى التكاليف المتوسط بما يعادل حوالي ١٦%.

كفاءة السعة المثلى و يمكنها الوصول إليها من خلال زيادة إنتاجها بنسبه تقدر بحوالي ٢% وذلك من خلال العمل على الإنتاج عند حجمه الأمثل عند أدنى نقطة على منحنى التكاليف الإنتاجية المتوسطة^(١).

٥-١-٥ التحليل الاقتصادي المقارن للكفاءات الإنتاجية الأرزية لمزارع الفئة

الأولى

يتبين من إجراء التحليل الاقتصادي المقارن للكفاءات الإنتاجية الأرزية بأنواعها المختلفة على مستوى مزارع الفئة الأولى أن الكفاءة التكنولوجية ازدادت من حوالي ٠.٩٨ في ظل ثبات العائد للسعة إلى حوالي ١.٠٠ في ظل تغير العائد للسعة. كما ازدادت الكفاءة التوليفية من حوالي ٠.٧٨ في ظل ثبات العائد للسعة إلى حوالي ٠.٨٦ في ظل تغير العائد للسعة. كما ازدادت الكفاءة التكاليفية (الاقتصادية) من حوالي ٠.٧٦ في ظل ثبات العائد للسعة إلى حوالي ٠.٨٦ في ظل تغير العائد للسعة. مما يؤكد حقيقة وجود وفورات السعة في مزارع إنتاج الأرز بمركز أبو حمص بمحافظة البحيرة.

(٢) يتساوي عند هذه النقطة التكاليف الحدية مع التكاليف المتوسطة.

جدول (١) تقديرات الكفاءة التكنيكية والتوليفية والتكاليفية (الاقتصادية) الأرزية لمزارع

الفئة الأولى.

المزرعة	الكفاءة في ظل ثبات العائد للسعة			الكفاءة في ظل تغير العائد للسعة		
	التكاليفية	التوليفية	التكنيكية	التكاليفية	التوليفية	التكنيكية
١	٠.٧١	٠.٧١	١.٠٠	٠.٥٤	٠.٦٢	٠.٨٦
٢	٠.٨٧	٠.٨٧	١.٠٠	٠.٦٧	٠.٦٧	١
٣	٠.٨٢	٠.٨٢	١.٠٠	٠.٧٦	٠.٧٦	١
٤	٠.٧٣	٠.٧٣	١.٠٠	٠.٧٢	٠.٧٢	١
٥	١.٠٠	١.٠٠	١.٠٠	١	١	١
٦	٠.٨٨	٠.٨٨	١.٠٠	٠.٨٥	٠.٨٥	١
٧	١.٠٠	١.٠٠	١.٠٠	٠.٨٢	٠.٨٢	١
متوسط	٠.٨٦	٠.٨٦	١.٠٠	٠.٧٦	٠.٧٨	٠.٩٨

المصدر: جمعت وحسبت من بيانات العينة البحثية.

٢-٥ مزارع الفئة الثانية للعينه البحثية

١-٢-٥ الكفاءة الإنتاجية التكنيكية للموارد المستخدمة في إنتاج الأرز

تتضمن الكفاءة الإنتاجية التكنيكية للموارد المستخدمة في إنتاج الأرز الكفاءة التكنيكية لإنتاج الأرز في ظل ثبات العائد للسعة و الكفاءة التكنيكية لإنتاج الأرز في ظل تغير العائد للسعة.

أولاً: الكفاءة التكنيكية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة

يتبين من خلال جدول رقم (٢) باستعراض مقدار الكفاءة التكنيكية لإنتاج الأرز في ظل ثبات العائد للسعة أن الكفاءة التكنيكية لإنتاج الأرز لعينة الدراسة في محافظة البحيرة تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.٦٣ للمزرعة رقم ١٣ وحد أعلى يبلغ ١.٠ صحيح للمزارع رقم ٧، ٨، ١٠، ٢٢، ٢٦، ٣١، ٣٣، ٣٧، ٤٣، ٥١-٥٤، ٥٦، ٥٧، ٦٢، ٦٣، ٦٥-٦٨، ٧٠، ٧١، ٧٣-٧٥، ٧٨، ٨٠، ٨٥-٨٧، ٨٩ بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٩٥. وهذا يعني أن مزارع هذه الفئة يمكنها زيادة إنتاجها بنسبه تقدر بحوالي ٥ % دون أي زيادة في كمية أو مقدار الموارد المستخدمة. وذلك من خلال استخدام الأساليب الحديثة في إنتاج الأرز ومن خلال استخدام أصناف جيدة ذات إنتاجية أعلى من الموجودة وذات مقاومة أعلى للأمراض في البيئية المصرية.

ثانياً: الكفاءة التكنيكية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة

يتبين من- جدول رقم (٢) باستعراض مقدار الكفاءة التكنيكية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة أن أنها تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.٧٢ للمزرعة رقم ١٣ وحد أعلى يبلغ واحد صحيح لأكثر من نصف عدد مزارع هذه الفئة البالغ ٨٩ مزرعة بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٩٧. وهذا يعني أن مزارع هذه الفئة يمكنها زيادة إنتاجها بنسبة تقدر بحوالي ٣ % دون أي زيادة في كمية أو مقدار الموارد المستخدمة. وذلك من خلال استخدام الأساليب الحديثة في الإنتاج ومن خلال استخدام أصناف جيدة ذات إنتاجية اعلي وذات مقاومة أعلى للأمراض في البيئية المصرية.

٢-٢-٥ الكفاءة التوليفية للموارد المستخدمة في إنتاج الأرز في مزارع الفئة

الثانية بالعينه البحثية

تتضمن الكفاءة التوليفية للموارد المستخدمة في إنتاج الأرز الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة و الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة.

أولاً: الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة

يتبين من جدول رقم (٢) باستعراض مقدار الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة أنها تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.١٢٦ في الموزعة رقم ٦٠ وحد أعلى يبلغ ٠.٩٣٤ في المزرعة رقم ٨٤ بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٧٦٩. وهذا يعني أن إعادة توليف الموارد الاقتصادية المزرعية الأرزية باستخدام الكميات المثلى يمكن أن توفر حوالي ٢٣% من التكاليف الإنتاجية الأرزية.

ثانياً: الكفاءة التوليفية لإنتاج الأرز في ظل تغير العائد للسعة

يتبين من - جدول رقم (٢) باستعراض مقدار الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة أن الكفاءة التوليفية الأرزية لمزارع الفئة الثانية بعينة الدراسة في محافظه البحيرة تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.١٢ في المزرعة رقم ٦٠ وحد أعلى يبلغ ١.٠ صحيح في المزارع رقم ٧، ٨٧، ٨٩ بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٧٩. وهذا يعني أن إعادة توليف الموارد الاقتصادية الأرزية باستخدام الكميات المثلى التي تدنى التكاليف الإنتاجية يمكن أن توفر حوالي ٢١.٥% من تكلفة إنتاج الأرز في مزارع الفئة الثانية.

٢-٥-٣. الكفاءة التكاليفية (الاقتصادية) الأرزية لمزارع الفئة الثانية بالعينة

البحثية

تتضمن الكفاءة التكاليفية للموارد المستخدمة في إنتاج الأرز الكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة والكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة.

أولاً: الكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة

يتبين من - جدول رقم (٢) باستعراض مقدار الكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة أنها تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.١١٢ في المزرعة رقم ٦٠ وحد أعلى يبلغ ٠.٨٩٣ في المزرعة رقم ٦٥ بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٧٢٥. وهذا يعني أن مزارع الفئة الثانية تستطيع أن تحقق نفس المستوى من إنتاج الأرز في ظل تخفيض تكاليف إنتاج الأرز بنسبة تبلغ حوالي ٢٧.٥%^(١) من التكاليف الإنتاجية الأرزية مزارع هذه الفئة وذلك من خلال زراعة أصناف جيدة ذات إنتاجية مرتفعة واستخدام الكميات المثلى من الموارد الاقتصادية التي تحقق أدنى مستوى للتكاليف الإنتاجية.

(١) وهذا يوضح أن تكاليف إنتاج الأرز تزيد عن أدنى نقطة لمتوسط التكاليف علي منحنى التكاليف المتوسطة بما يعادل حوالي ٣٨%.

ثانياً: الكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة

يتبين من جدول رقم (٢) باستعراض مقدار الكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة أنها تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.١١ للمزرعة رقم ٦٠ وحد أعلى يبلغ ١.٠ صحيح للمزارع رقم ٨٧، ٨٩ بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٧٦. وهذا يعني أن مزارع الفئة الثانية تستطيع أن تحقق نفس المستوى من إنتاج الأرز في ظل تخفيض تكاليف الإنتاج الأرزية بنسبة تبلغ حوالي ٢٤%^(١) من خلال استخدام الكميات المثلى من الموارد الاقتصادية التي تحقق أدنى مستوى للتكاليف الإنتاجية الأرزية.

٤-٢-٥. كفاءة السعة لمزارع الفئة الثانية لإنتاج الأرز في العينة البحثية

يتضمن هذا القسم من الدراسة كفاءة السعة لمزارع إنتاج الأرز لمزارع الفئة الثانية لعينة الدراسة بمركز أبو حمص بمحافظة البحيرة.

يتبين من جدول رقم (٢) باستعراض مقدار كفاءة السعة لمزارع الفئة الثانية لإنتاج الأرز بعينة الدراسة أن الكفاءة السعوية لمزارع الفئة الثانية تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.٨١٧ في المزرعة رقم ٣ وحد أعلى يبلغ ١.٠ صحيح في حوالي ثلث عدد مزارع الفئة الثانية بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٩٧٤ وهذا يعني أن بعض مزارع هذه الفئة لم تصل إلى الكفاءة السعوية المثلى ويمكنها الوصول إليها من خلال زيادة إنتاجها بنسبة تقدر بحوالي ٢.٦% وذلك من خلال العمل على الإنتاج عند حجمه الأمثل عند أدنى نقطة على منحنى متوسط التكاليف الإنتاجية المتوسطة. وهذا يوضح أن تكاليف إنتاج الأرز تزيد عن أدنى نقطة لمتوسط التكاليف على منحنى التكاليف المتوسطة بما يعادل حوالي ٢٦.٧%^(٢)

٥-٢-٥. التحليل الاقتصادي المقارن للكفاءات الإنتاجية والاقتصادية الأرزية

يتبين من إجراء التحليل الاقتصادي المقارن للكفاءات الإنتاجية الأرزية بأنواعها المختلفة على مستوى مزارع الفئة الثانية أن الكفاءة التكنيكية ازدادت من حوالي ٠.٩٥ في ظل ثبات العائد للسعة إلى حوالي ٠.٩٧ في ظل تغير العائد للسعة. كما ازدادت الكفاءة التوليفية من حوالي ٠.٧٦٩ في ظل ثبات العائد للسعة إلى حوالي ٠.٧٩ في ظل تغير العائد للسعة. كما ازدادت الكفاءة التكاليفية (الاقتصادية) من

(٢) وهذا يوضح أن تكاليف إنتاج الأرز تزيد عن أدنى نقطة لمتوسط التكاليف على منحنى التكاليف المتوسطة بما يعادل حوالي ٣١.٦%

(٣) يتساوي عند هذه النقطة التكاليف الحدية مع التكاليف المتوسطة.

حوالي ٠٠.٧٢٥ . في ظل ثبات العائد للسعة إلى حوالي ٠.٧٦ في ظل تغير العائد للسعة. مما يؤكد حقيقة وفورات السعة في مزارع إنتاج الأرز في العينة البحثية بمركز أبو حمص بمحافظة البحيرة.

جدول (٢)

تقديرات الكفاءة التكنيكية والتوليفية والتكيفية (الاقتصادية) الأريزية لمزارع الفئة الثانية

المزرعة	الكفاءة الإنتاجية في ظل ثبات العائد للسعة			الكفاءة الإنتاجية في ظل تغير العائد للسعة		
	التكيفية	التوليفية	التكنيكية	التكيفية	التوليفية	التكنيكية
١	٠.٨٥٨	٠.٦١٧	٠.٥٢٩	١.٠٠٠	٠.٦	٠.٨٥٨
٢	١.٠٠٠	٠.٦٩٦	٠.٦٩٦	١.٠٠٠	٠.٧٨	١.٠٠٠
٣	٠.٨١٧	٠.٧٧٨	٠.٦٣٥	١.٠٠٠	٠.٧٢	٠.٨١٧
٤	٠.٨١٩	٠.٧١٦	٠.٥٨٧	١.٠٠٠	٠.٦٦	٠.٨١٩
٥	١.٠٠٠	٠.٦٣٩	٠.٦٣٩	١.٠٠٠	٠.٧١	١.٠٠٠
٦	٠.٨٤٢	٠.٦٣٤	٠.٥٢٤	٠.٩٨	٠.٥٨	٠.٨٢٧
٧	١.٠٠٠	٠.٩٠٨	٠.٩٠٨	١.٠٠٠	١.٠٠	١.٠٠٠
٨	١.٠٠٠	٠.٦٦٢	٠.٦٦٢	١.٠٠٠	٠.٧٣	١.٠٠٠
٩	٠.٩٣٠	٠.٦٥٩	٠.٦١٣	١.٠٠٠	٠.٦٧	٠.٩٣٠
١٠	١.٠٠٠	٠.٥٤٠	٠.٥٤٠	١.٠٠٠	٠.٥٩	١.٠٠٠
١١	٠.٨٤٠	٠.٨٠١	٠.٦٤١	٠.٩٥	٠.٧٠	٠.٨٠٠
١٢	٠.٩٣٥	٠.٨٤٤	٠.٧٨٩	١.٠٠٠	٠.٨٦	٠.٩٣٥
١٣	٠.٨٧٩	٠.٨٨٤	٠.٥٥٧	٠.٧٣	٠.٦١	٠.٦٣٠
١٤	٠.٩٣٢	٠.٧٤٠	٠.٦٩٠	١.٠٠٠	٠.٧٥	٠.٩٣٢
١٥	١.٠٠٠	٠.٦٤٠	٠.٦٤٠	١.٠٠٠	٠.٦٩	١.٠٠٠
١٦	٠.٨٦٠	٠.٨٣٩	٠.٦٣٤	٠.٨٨	٠.٦٨	٠.٧٥٦
١٧	٠.٩٩٥	٠.٧٤٧	٠.٧٤٤	١.٠٠٠	٠.٨	٠.٩٩٥
١٨	٠.٩٩٨	٠.٨٣٤	٠.٧٩٨	٠.٩٦	٠.٨٦	٠.٩٥٧
١٩	٠.٩٩٧	٠.٨٠٨	٠.٨٠٦	١.٠٠٠	٠.٨٧	٠.٩٩٧
٢٠	٠.٩٠٨	٠.٧٦١	٠.٦٥١	٠.٩٤	٠.٧	٠.٨٥٦
٢١	٠.٩٢٣	٠.٨٢٠	٠.٧٥٧	١.٠٠٠	٠.٨١	٠.٩٢٣
٢٢	١.٠٠٠	٠.٥٥٠	٠.٥٥٠	١.٠٠٠	٠.٥٩	١.٠٠٠

تابع جدول (٢) تكملة

المزرعة	الكفاءة الإنتاجية في ظل ثبات العائد للسعة			الكفاءة الإنتاجية في ظل تغير العائد للسعة		
	التكيفية	التوليفية	التكنيكية	التكيفية	التوليفية	التكيفية
٢٣	٠.٩٥٥	٠.٥٨٣	٠.٥٥٧	١.٠٠٠	٠.٦	٠.٩٥٥
٢٤	٠.٨٩٩	٠.٧٨٣	٠.٧٠٤	٠.٩٦	٠.٧٥	٠.٩٣٨
٢٥	٠.٨٩١	٠.٨١٦	٠.٧٢٧	١.٠٠٠	٠.٧٨	٠.٨٩١
٢٦	١.٠٠٠	٠.٦٢٥	٠.٦٢٥	١.٠٠٠	٠.٦٧	١.٠٠٠
٢٧	٠.٩٥٦	٠.٨٥٨	٠.٨٢٠	٠.٩٨	٠.٨٨	٠.٩٨٠
٢٨	١.٠٠٠	٠.٦٧٢	٠.٦٧٢	١.٠٠٠	٠.٧٢	١.٠٠٠
٢٩	٠.٨٧٤	٠.٧٣٩	٠.٦٤٥	٠.٩	٠.٦٩	٠.٩٧٤
٣٠	٠.٨٥٥	٠.٨٦٦	٠.٧٤١	٠.٨٩	٠.٧٩	٠.٩٦٢
٣١	١.٠٠٠	٠.٧٦٦	٠.٧٦٦	١.٠٠٠	٠.٨١	١.٠٠٠
٣٢	٠.٩٠٦	٠.٨٥٣	٠.٧٧٢	٠.٩٣	٠.٨٢	٠.٩٧١
٣٣	١.٠٠٠	٠.٨١١	٠.٨١١	١.٠٠٠	٠.٨٦	١.٠٠٠
٣٤	٠.٩٢٠	٠.٨٧٤	٠.٨٠٤	١.٠٠٠	٠.٨٥	٠.٩٢٠
٣٥	٠.٨٣٢	٠.٨٤٣	٠.٧٠١	٠.٨٤	٠.٧٤	٠.٩٩٦
٣٦	٠.٨١٧	٠.٧٠٩	٠.٥٧٩	٠.٨٧	٠.٦١	٠.٩٣٨
٣٧	١.٠٠٠	٠.٦٦٨	٠.٦٦٨	١.٠٠٠	٠.٧	١.٠٠٠
٣٨	٠.٨٣١	٠.٨٥٠	٠.٧٠٧	٠.٨٤	٠.٧٤	٠.٩٨٨
٣٩	٠.٨٠٦	٠.٨٠٦	٠.٦٤٩	٠.٨٤	٠.٦٨	٠.٩٥٧
٤٠	٠.٩٨٠	٠.٧٨٢	٠.٧٦٦	٠.٩٩	٠.٨	٠.٩٨٨
٤١	٠.٩٨٤	٠.٦٦٢	٠.٦٥١	١.٠٠٠	٠.٦٨	٠.٩٨٤
٤٢	٠.٩٧٤	٠.٧٦٩	٠.٧٤٩	١	٠.٧٨	٠.٩٧٨
٤٣	١.٠٠٠	٠.٦٥٩	٠.٦٥٩	١.٠٠٠	٠.٦٩	١.٠٠٠
٤٤	٠.٩٥٤	٠.٦٨٤	٠.٦٥٣	٠.٩٦	٠.٦٨	٠.٩٩٥
٤٥	٠.٨٢٨	٠.٨٢٦	٠.٦٨٤	٠.٨٣	٠.٧١	٠.٩٩٣
٤٦	٠.٨٩٩	٠.٨٤٢	٠.٧٥٧	٠.٩٣	٠.٧٩	٠.٩٧١

٠.٩٨٢	٠.٨١	٠.٨٧	٠.٩٣	٠.٧٧٧	٠.٨٤٨	٠.٩١٧	٤٧
٠.٩٨٤	٠.٧٥	٠.٧٥	١.٠٠	٠.٧٢٧	٠.٧٣٩	٠.٩٨٤	٤٨
٠.٩٨٩	٠.٦٩	٠.٧٢	٠.٩٧	٠.٦٦٦	٠.٦٩٩	٠.٩٥٤	٤٩
٠.٩٧٠	٠.٨٣	٠.٨٩	٠.٩٣	٠.٨٠٥	٠.٨٨٩	٠.٩٠٦	٥٠
١.٠٠٠	٠.٧٩	٠.٧٩	١.٠٠	٠.٧٦٣	٠.٧٦٣	١.٠٠٠	٥١
١.٠٠٠	٠.٧٣	٠.٧٣	١.٠٠	٠.٧٠٧	٠.٧٠٧	١.٠٠٠	٥٢
١.٠٠٠	٠.٧٢	٠.٧٢	١.٠٠	٠.٦٩٧	٠.٦٩٧	١.٠٠٠	٥٣
١.٠٠٠	٠.٨٩	٠.٨٩	١.٠٠	٠.٨٦١	٠.٨٦١	١.٠٠٠	٥٤
٠.٩٨٢	٠.٧٢	٠.٧٢	٠.٩٩	٠.٦٩٥	٠.٧١٤	٠.٩٧٣	٥٥
١.٠٠٠	٠.٧١	٠.٧١	١.٠٠	٠.٦٨٥	٠.٦٨٥	١.٠٠٠	٥٦
١.٠٠٠	٠.٧٨	٠.٧٨	١.٠٠	٠.٧٦١	٠.٧٦١	١.٠٠٠	٥٧
٠.٩٩٤	٠.٧٤	٠.٨٤	٠.٨٨	٠.٧١٩	٠.٨٢٢	٠.٨٧٥	٥٨
٠.٩٧٥	٠.٨٤	٠.٩١	٠.٩٢	٠.٨١٥	٠.٩١٣	٠.٨٩٢	٥٩
٠.٩٥٢	٠.١١	٠.١٢	٠.٩٤	٠.١١٢	٠.١٢٦	٠.٨٩٢	٦٠
٠.٩٩٢	٠.٧١	٠.٧٨	٠.٩١	٠.٧٠٠	٠.٧٧٥	٠.٩٠٢	٦١
١.٠٠٠	٠.٨٢	٠.٨٢	١.٠٠	٠.٨٠٤	٠.٨٠٤	١.٠٠٠	٦٢
١.٠٠٠	٠.٩١	٠.٩١	١.٠٠	٠.٨٦٩	٠.٨٦٩	١.٠٠٠	٦٣
٠.٩٩٣	٠.٨٥	٠.٨٥	١.٠٠	٠.٨٣٨	٠.٨٤٤	٠.٩٩٣	٦٤
١.٠٠٠	٠.٩١	٠.٩١	١.٠٠	٠.٨٩٦	٠.٨٩٦	١.٠٠٠	٦٥
١.٠٠٠	٠.٦٩	٠.٦٩	١.٠٠	٠.٦٧٩	٠.٦٧٩	١.٠٠٠	٦٦
١.٠٠٠	٠.٨٨	٠.٨٨	١.٠٠	٠.٨٦٥	٠.٨٦٥	١.٠٠٠	٦٧
١.٠٠٠	٠.٩	٠.٩	١.٠٠	٠.٨٣٣	٠.٨٣٣	١.٠٠٠	٦٨

تابع جدول (٢) تكملة

المزرعة	الكفاءة الإنتاجية في ظل ثبات العائد للسعة			الكفاءة الإنتاجية في ظل تغير العائد للسعة		
	التكاليفية	التوليفية	التكنيكية	التكاليفية	التوليفية	التكنيكية
٦٩	٠.٩٨٤	٠.٧٣	٠.٠٨	٠.٩٢	٠.٧٢٣	٠.٧٩٩
٧٠	١.٠٠٠	٠.٨٥	٠.٨٥	١.٠٠٠	٠.٨٣٨	٠.٨٣٨
٧١	١.٠٠٠	٠.٧٩	٠.٧٩	١.٠٠٠	٠.٧٨٣	٠.٧٨٣
٧٢	٠.٩٨٩	٠.٩٠٠	٠.٩١	٠.٩٩	٠.٨٩٠	٠.٩٠٥
٧٣	١.٠٠٠	٠.٧٧	٠.٧٧	١.٠٠٠	٠.٧٦٥	٠.٧٦٥
٧٤	١.٠٠٠	٠.٧٢	٠.٧٢	١.٠٠٠	٠.٧١٣	٠.٧١٣
٧٥	١.٠٠٠	٠.٦٨	٠.٦٨	١.٠٠٠	٠.٦٧٦	٠.٦٧٦
٧٦	٠.٩٩٢	٠.٧٩	٠.٨٦	٠.٩٢	٠.٧٨٥	٠.٨٥٨
٧٧	٠.٩٩٩	٠.٧٩	٠.٨٩	٠.٩	٠.٧٨٧	٠.٨٨٠
٧٨	١.٠٠٠	٠.٨٤	٠.٨٤	١.٠٠٠	٠.٨٣٥	٠.٨٣٥
٧٩	٠.٩٨٥	٠.٧٥	٠.٠٨	٠.٩٤	٠.٧٥١	٠.٨١٢
٨٠	١.٠٠٠	٠.٧٢	٠.٧٢	١.٠٠٠	٠.٧٢١	٠.٧٢١
٨١	١.٠٠٠	٠.٧٤	٠.٧٤	١.٠٠٠	٠.٧٤٣	٠.٧٤٣
٨٢	١.٠٠٠	٠.٨٣	٠.٨٣	١.٠٠٠	٠.٨٣٣	٠.٨٣٣
٨٣	١.٠٠٠	٠.٨٥	٠.٨٥	١.٠٠٠	٠.٨٥١	٠.٨٥١
٨٤	١.٠٠٠	٠.٩٣	٠.٩٣	١.٠٠٠	٠.٩٣٤	٠.٩٣٤
٨٥	١.٠٠٠	٠.٧٥	٠.٧٥	١.٠٠٠	٠.٧٥٤	٠.٧٥٤
٨٦	٠.٩٧٧	٠.٧٦	٠.٧٨	٠.٩٨	٠.٧٦٤	٠.٧٩٩
٨٧	١.٠٠٠	١.٠٠٠	١.٠٠٠	١.٠٠٠	١.٠٠٠	١.٠٠٠
٨٨	١.٠٠٠	٠.٩٣	٠.٩٣	١.٠٠٠	٠.٧٥٦	٠.٧٥٦
٨٩	١.٠٠٠	١.٠٠٠	١.٠٠٠	١.٠٠٠	٠.٨١٧	٠.٨١٧
متوسط	٠.٩٧٤	٠.٧٦	٠.٧٩	٠.٩٧	٠.٧٢٥	٠.٧٦٩

المصدر: جمعت وحسبت من بيانات العينة البحثية.

٣-٥. مزارع الفئة الثالثة للعينة البحثية

١-٥-٣. الكفاءة الإنتاجية التكنيكية للموارد الاقتصادية المستخدمة في

إنتاج الأرز

تتضمن الكفاءة التكنيكية للموارد المستخدمة في إنتاج الأرز الكفاءة التكنيكية لإنتاج الأرز في ظل ثبات العائد للسعة والكفاءة التكنيكية لإنتاج الأرز في ظل تغير العائد للسعة.

أولاً: الكفاءة التكنيكية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة

يتبين من جدول رقم (٣) باستعراض مقدار الكفاءة التكنيكية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة لعينة الدراسة في محافظة البحيرة أنها تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.٨٨٣ وفي المزرعة رقم ٤ وحد أعلى يبلغ ١.٠ صحيح في حوالي ثلث مزارع هذه الفئة بمتوسط تبلغ حوالي ٠.٩٧ وهذا يعني أن مزارع هذه الفئة يمكنها زيادة إنتاجها بنسبه تقدر بحوالي ٣% دون أي زيادة في كمية أو مقدار الموارد الاقتصادية المستخدمة. وذلك من خلال استخدام الأساليب الحديثة في الإنتاج ومن خلال استخدام أصناف جيدة ذات إنتاجية أعلى وذات مقاومة أعلى للأمراض في البيئة المصرية.

ثانياً: الكفاءة التكنيكية لمزارع إنتاج الأرز في ظل تغير العائد للسعة

يتبين من جدول رقم (٣) أنه باستعراض مقدار الكفاءة التكنيكية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة أنها تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.٨٥٧ في المزرعة رقم ١٩ وحد أعلى يبلغ ١.٠ صحيح في حوالي نصف عدد مزارع هذه الفئة بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٩٩. وهذا يعني أن مزارع هذه الفئة يمكنها زيادة إنتاجها بنسبة تقدر بحوالي ١% دون أي زيادة في كمية أو مقدار الموارد المستخدمة. وذلك من خلال استخدام

الأساليب الحديثة في الإنتاج ومن خلال استخدام أصناف جيدة ذات إنتاجية أعلى من الموجودة وذات مقاومة أعلى للأمراض في البيئية المصرية.

٢-٣-٥ الكفاءة التوليفية للموارد المستخدمة في إنتاج الأرز لمزارع الفئة

الثالثة بالعينة البحثية

تتضمن الكفاءة الإنتاجية التوليفية للموارد المستخدمة في إنتاج الأرز الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة والكفاءة التوليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة

أولاً: الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة

يتبين من جدول رقم (٣) باستعراض مقدار الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة أنها تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.٦٤٠ في المزرعة رقم ٢٧ وحد أعلى يبلغ ١.٠٠ صحيح في المزرعة رقم ٦٢ بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٧٧. وهذا يعني أن إعادة توليف الموارد الاقتصادية الأرزية باستخدام الكميات المثلي منها التي تدني التكاليف الإنتاجية يمكن أن توفر حوالي ٢٣ % من التكاليف الإنتاجية الأرزية.

ثانياً: الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة

يتبين من جدول رقم (٣) باستعراض مقدار الكفاءة التوليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة أنها تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.٦٧٥ في المزرعة رقم (٢) وحد أعلى يبلغ ١.٠٠ صحيح في المزارع أرقام ٤٨، ٦٢، ٦٤ بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٧٩. وهذا يعني إعادة توليف الموارد الاقتصادية الأرزية باستخدام الكميات المثلي التي تدني التكاليف الإنتاجية يمكن أن توفر حوالي ٢١ % من تكلفة إنتاج الأرز في مزارع هذه الفئة.

٣-٣-٥. الكفاءة التكاليفية (الاقتصادية) الأرزية لمزارع الفئة الثالثة

بالعينة البحثية

تتضمن الكفاءة التكاليفية للموارد المستخدمة في إنتاج الأرز الكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة والكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة.

أولاً: الكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة

يتبين من جدول رقم (٣) باستعراض مقدار الكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل ثبات العائد للسعة أن الكفاءة التكاليفية الأرزية لمزارع الفئة الثالثة بعينة الدراسة في محافظة البحيرة تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.٦٢ في المزرعة رقم ٢ وحد أعلى يبلغ ١.٠ صحيح في المزرعة رقم ٦٢ بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٧٥ وهذا يعني أن مزارع الفئة الثالثة تستطيع أن تحقق نفس المستوى من إنتاج الأرز في ظل تخفيض تكاليف إنتاج الأرز بنسبة تبلغ حوالي ٢٥%^(١) من التكاليف الحالية لإنتاج الأرز بمزارع هذه الفئة وذلك من خلال استخدام الكميات المثلي من الموارد الاقتصادية التي تحقق أدنى مستوى للتكاليف الإنتاجية ومن خلال زراعة أصناف جيدة ذات إنتاجية مرتفعة أيضاً.

ثانياً: الكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة

يتبين من جدول رقم (٣) باستعراض مقدار الكفاءة التكاليفية الأرزية في ظل تغير العائد للسعة أن الكفاءة التكاليفية الأرزية لمزارع الفئة الثالثة بعينة الدراسة في محافظة البحيرة تتراوح بين حد أدنى ٠.٦٧٥ في المزرعة رقم (٢) وحد أعلى يبلغ ١.٠ صحيح في المزارع أرقام ٤٨، ٦٢، ٦٤ بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٧٩. وهذا يعني أن مزارع الفئة الثالثة تستطيع أن تحقق نفس المستوى من إنتاج الأرز في ظل تخفيض

(١) وهذا يوضح أن تكاليف إنتاج الأرز تزيد عن أدنى نقطة لمتوسط التكاليف علي منحنى التكاليف المتوسطة بما يعادل حوالي ٣٣.٣%.

تكاليف الإنتاج الأرز بنسبه تبلغ حوالي ٢١%^(١) من التكاليف الحالية لإنتاج الأرز لمزارع هذه الفئة وذلك من خلال استخدام الكميات المثلى من الموارد الاقتصادية التي تحقق أدنى مستوى للتكاليف الإنتاجية ومن خلال زراعة أصناف جيدة مرتفعة الإنتاجية ومقاومة للأمراض من البيئة المصرية.

٤-٣-٥. الكفاءة السعوية لمزارع الفئة الثالثة لإنتاج الأرز في العينة البحثية

يتضمن هذا القسم من الدراسة كفاءة السعة لمزارع إنتاج الأرز لمزارع الفئة الثالثة في عينة الدراسة بمحافظة البحيرة.

يتبين من جدول رقم (٣) باستعراض مقدار كفاءة السعة لمزارع الفئة الثالثة لإنتاج الأرز بعينة الدراسة أن الكفاءة السعوية لمزارع الفئة الثالثة تتراوح بين حد أدنى يبلغ ٠.٠٨٨. في المزرعة رقم ٤ وحد أعلى يبلغ ١.٠ صحيح في حوالي ثلث عدد مزارع هذه الفئة بمتوسط يبلغ حوالي ٠.٩٨. وهذا يعنى أن بعض مزارع هذه الفئة لم تصل إلى الكفاءة السعوية المثلى ويمكنها الوصول إليها من خلال زيادة إنتاجها بنسبة تقدر بـ حوالي ٢% وذلك من خلال العمل على الإنتاج عند حجمه الأمثل عند أدنى نقطة على منحنى متوسط التكاليف الإنتاجية المتوسطة^(٢).

٥-٣-٥. التحليل الاقتصادي المقارن للكفاءات الإنتاجية الأرزية

ويتبين من إجراء التحليل الاقتصادي المقارن للكفاءات الإنتاجية بأنواعها المختلفة على مستوى مزارع الفئة الثالثة أن الكفاءة التكنيكية ازداد من حوالي ٩٧% في ظل ثبات العائد للسعة إلى حوالي ٩٩% في ظل تغير العائد للسعة. كما ازدادت الكفاءة التوليفية من حوالي ٧٧% في ظل ثبات العائد للسعة إلى حوالي ٧٩% في ظل تغير العائد للسعة. كما ازدادت الكفاءة التكاليفية من حوالي ٧٥% في ظل ثبات العائد للسعة إلى حوالي ٧٨.٥% في ظل تغير العائد للسعة مما يؤكد حقيقة وفورات السعة في مزارع الفئة الثالثة لإنتاج الأرز بمركز أبو حمص بمحافظة البحيرة.

(٢) وهذا يوضح أن تكاليف إنتاج الأرز تزيد عن أدنى نقطة لمتوسط التكاليف على منحنى التكاليف المتوسطة بما يعادل حوالي ٢٦.٦%

(١) وهذا يوضح أن تكاليف إنتاج الأرز تزيد عن أدنى نقطة لمتوسط التكاليف على منحنى التكاليف المتوسطة بما يعادل حوالي ٢%.

جدول رقم (٣)

– تقديرات الكفاءة التكنولوجية و التوليفية و التكاليفية (الاقتصادية) لمزارع الفئة الثالثة

المزرعة	الكفاءة الإنتاجية في ظل تغير العائد للسعة			الكفاءة الإنتاجية في ظل ثبات العائد للسعة		
	التكاليفية	التوليفية	التكنولوجية	التكاليفية	التوليفية	التكنولوجية
١	٠.٩١٤	٠.٩١٤	١.٠٠٠	٠.٨٣٩	٠.٨٣٩	١.٠٠٠
٠.٩٥	٠.٦٧٥	٠.٦٧٥	١.٠٠٠	٠.٦٢٠	٠.٦٥٣	٠.٩٤٩
١	٠.٩١٢	٠.٩١٢	١.٠٠٠	٠.٨٣٧	٠.٨٣٧	١.٠٠٠
٠.٨٨	٠.٨٩٦	٠.٨٩٦	١.٠٠٠	٠.٨٢٢	٠.٩٣١	٠.٨٨٣
١	٠.٧١٤	٠.٧١٤	١.٠٠٠	٠.٦٥٦	٠.٦٥٦	١.٠٠٠
٠.٩٣	٠.٧٦١	٠.٧٦١	١.٠٠٠	٠.٦٩٨	٠.٧٤٨	٠.٩٣٤
٠.٩٣	٠.٧٢٠	٠.٧٤٩	٠.٩٦٠	٠.٦٦٠	٠.٧٣٦	٠.٨٩٧
٠.٩٦	٠.٨٦٠	٠.٨٦٠	١.٠٠٠	٠.٧٨٩	٠.٨٢٠	٠.٩٦٢
٠.٩٢	٠.٧٩١	٠.٧٧٩	٠.٩٧٧	٠.٦٩٩	٠.٧٧٨	٠.٨٩٨
١	٠.٨٧٢	٠.٨٧٢	١.٠٠٠	٠.٨٠٠	٠.٨٠٠	١.٠٠٠
٠.٩٤	٠.٧٨٤	٠.٧٨٤	١.٠٠٠	٠.٧١٩	٠.٧٦٥	٠.٩٤٠
١	٠.٨٤٣	٠.٨٤٣	١.٠٠٠	٠.٧٧٣	٠.٧٧٣	١.٠٠٠
٠.٩٢	٠.٨٨٠	٠.٨٨٠	١.٠٠٠	٠.٨٠٨	٠.٨٨١	٠.٩١٧
٠.٩١	٠.٧٠٦	٠.٧٣٩	٠.٩٥٤	٠.٦٤٨	٠.٧٤٩	٠.٨٦٤
٠.٩٣	٠.٧٤٩	٠.٧٤٩	١.٠٠٠	٠.٦٨٨	٠.٧٤٠	٠.٩٢٩
٠.٩٩	٠.٧٢٤	٠.٧٢٤	١.٠٠٠	٠.٦٦٥	٠.٦٧٣	٠.٩٨٨
٠.٩٤	٠.٧٧٨	٠.٨٨١	٠.٨٨٣	٠.٧١٤	٠.٨٦٣	٠.٨٢٨
٠.٩٥	٠.٧٨٩	٠.٧٨٩	١.٠٠٠	٠.٧٢٤	٠.٧٥٩	٠.٩٥٤
٠.٩٨	٠.٧١٣	٠.٨٣١	٠.٨٥٧	٠.٦٥٤	٠.٧٨٠	٠.٨٣٩
١	٠.٩١٣	٠.٩١٣	١.٠٠٠	٠.٨٤٠	٠.٨٤٠	١.٠٠٠
٠.٩٩	٠.٦٩٦	٠.٦٩٦	١.٠٠٠	٠.٦٤٧	٠.٦٥١	٠.٩٩٤

جدول رقم (٣) - تكملة

المزرعة	الكفاءة الإنتاجية في ظل ثبات العائد للسعة			الكفاءة الإنتاجية في ظل تغير العائد للسعة			الكفاءة السعوية
	التكاليفية	التوليفية	التكنيكية	التكاليفية	التوليفية	التكنيكية	
٢٢	١.٠٠٠	٠.٦٥٣	٠.٧٠٢	٠.٧٠٢	٠.٦٥٣	١.٠٠٠	١
٢٣	٠.٩٧٧	٠.٧٠٩	٠.٦٩٣	٠.٧٤٢	٠.٧٤٢	١.٠٠٠	٠.٩٨
٢٤	١.٠٠٠	٠.٧٢١	٠.٧٢١	٠.٧٧١	٠.٧٧١	١.٠٠٠	١
٢٥	٠.٩٧١	٠.٨٥٨	٠.٨٣٣	٠.٨٨٨	٠.٨٨٨	١.٠٠٠	٠.٩٧
٢٦	٠.٩٦٤	٠.٧٠٣	٠.٦٧٨	٠.٧٢٢	٠.٧٢٢	١.٠٠٠	٠.٩٦
٢٧	١.٠٠٠	٠.٦٤٠	٠.٦٤٠	٠.٦٨٠	٠.٦٨٠	١.٠٠٠	١
٢٨	٠.٨٨٨	٠.٨٤٦	٠.٧٥٢	٠.٧٩٩	٠.٨٥١	٠.٩٣٩	٠.٩٥
٢٩	١.٠٠٠	٠.٧٦٩	٠.٧٦٩	٠.٨١٨	٠.٨١٨	١.٠٠٠	١
٣٠	١.٠٠٠	٠.٦٤٧	٠.٦٤٧	٠.٦٨٨	٠.٦٨٨	١.٠٠٠	١
٣١	١.٠٠٠	٠.٦٧٠	٠.٦٧٠	٠.٧٠٧	٠.٧٠٧	١.٠٠٠	١
٣٢	٠.٩٦٤	٠.٩٣٣	٠.٩٠٠	٠.٩٥٠	٠.٩٥٠	١.٠٠٠	٠.٩٦
٣٣	١.٠٠٠	٠.٦٦٦	٠.٦٦٦	٠.٦٩٩	٠.٦٩٩	١.٠٠٠	١
٣٤	١.٠٠٠	٠.٦٨٣	٠.٦٨٣	٠.٧١٦	٠.٧١٦	١.٠٠٠	١
٣٥	١.٠٠٠	٠.٦٩٦	٠.٦٩٦	٠.٧٢٨	٠.٧٢٨	١.٠٠٠	١
٣٦	١.٠٠٠	٠.٦٧٧	٠.٦٧٧	٠.٧٠٨	٠.٧٠٨	١.٠٠٠	١
٣٧	٠.٨٨٩	٠.٨١٤	٠.٧٢٤	٠.٧٠٨	٠.٨١٤	٠.٩٢٩	٠.٩٦
٣٨	٠.٩٧٥	٠.٦٧٢	٠.٦٦٤	٠.٧٠٧	٠.٦٩٤	٠.٩٨٢	٠.٩٩
٣٩	٠.٩٩٨	٠.٦٥٨	٠.٦٥٧	٠.٦٨٥	٠.٦٨٥	١.٠٠٠	١
٤٠	١.٠٠٠	٠.٨٤٨	٠.٨٤٨	٠.٨٨٢	٠.٨٨٢	١.٠٠٠	١
٤١	٠.٩٥٣	٠.٨٥٥	٠.٨١٥	٠.٨٤٦	٠.٨٧٦	٠.٩٦٥	٠.٩٩
٤٢	١.٠٠٠	٠.٧٧٦	٠.٧٧٦	٠.٨٠٥	٠.٨٠٥	١.٠٠٠	١
٤٣	١.٠٠٠	٠.٨٠٥	٠.٨٠٥	٠.٨٣٢	٠.٨٣٢	١.٠٠٠	١
٤٤	١.٠٠٠	٠.٧٢٠	٠.٧٢٠	٠.٧٤٢	٠.٧٤٢	١.٠٠٠	١

جدول رقم (٣) - تكملة

المزرعة	الكفاءة الإنتاجية في ظل ثبات العائد للسعة			الكفاءة الإنتاجية في ظل تغير العائد للسعة		
	التكاليفية	التوليفية	التكنيكية	التكاليفية	التوليفية	التكنيكية
٤٥	٠.٦٩٢	٠.٦٩٩	٠.٩٩٠	٠.٦٧٥	٠.٦٨٧	٠.٩٨٢
٤٦	٠.٦٦٩	٠.٦٦٩	١.٠٠٠	٠.٦٥٧	٠.٦٥٧	١.٠٠٠
٤٧	٠.٦٨٧	٠.٦٨٧	١.٠٠٠	٠.٦٧٧	٠.٦٧٧	١.٠٠٠
٤٨	١.٠٠٠	١.٠٠٠	١.٠٠٠	٠.٩٩٦	٠.٩٩٦	١.٠٠٠
٤٩	٠.٨٤٨	٠.٨٤٨	١.٠٠٠	٠.٨٤٤	٠.٨٤٤	١.٠٠٠
٥٠	٠.٧٨٤	٠.٧٨٤	١.٠٠٠	٠.٧٨٠	٠.٨٠٠	٠.٩٧٥
٥١	٠.٧٥٩	٠.٧٦٩	٠.٩٨٧	٠.٧٥٦	٠.٧٦٨	٠.٩٨٤
٥٢	٠.٧٥١	٠.٧٥١	١.٠٠٠	٠.٧٤٩	٠.٧٤٩	١.٠٠٠
٥٣	٠.٧٧٤	٠.٧٧٤	١.٠٠٠	٠.٧٧٢	٠.٧٧٢	١.٠٠٠
٥٥	٠.٨٣٦	٠.٨٣٦	١.٠٠٠	٠.٨٣٤	٠.٨٣٤	١.٠٠٠
٥٦	٠.٧٤٠	٠.٧٤٠	١.٠٠٠	٠.٧٣٨	٠.٧٣٨	١.٠٠٠
٥٧	٠.٧١٦	٠.٧١٦	١.٠٠٠	٠.٧١٤	٠.٧١٤	١.٠٠٠
٥٨	٠.٨٨٧	٠.٨٨٧	١.٠٠٠	٠.٨٨٦	٠.٨٨٦	١.٠٠٠
٥٩	٠.٨٠٥	٠.٨٠٥	١.٠٠٠	٠.٨٠٤	٠.٨٠٤	١.٠٠٠
٦٠	٠.٧٦٩	٠.٧٦٩	١.٠٠٠	٠.٧٦٩	٠.٧٦٩	١.٠٠٠
٦١	٠.٨٢١	٠.٨٢١	١.٠٠٠	٠.٨٢١	٠.٨٢١	١.٠٠٠
٦٢	١.٠٠٠	١.٠٠٠	١.٠٠٠	١.٠٠٠	١.٠٠٠	١.٠٠٠
٦٣	٠.٨٠٤	٠.٨٠٤	١.٠٠٠	٠.٧٦٩	٠.٧٦٩	١.٠٠٠
٦٤	١.٠٠٠	١.٠٠٠	١.٠٠٠	٠.٩١١	٠.٩١١	١.٠٠٠
متوسط	٠.٧٨٥	٠.٧٩	٠.٩٩	٠.٧٥	٠.٧٧	٠.٩٧

المصدر: جمعت وحسبت من بيانات العينة البحثية.

ملحق رقم (١)

جدول رقم ١ - تطور التكاليف الإنتاجية الأرزية المتغيرة والثابتة والكلية*

في الفترة ١٩٩٠ - ٢٠٠٦، بالجنيه للفدان

الرقم القياسي ١٠٠=١٩٩٠	إجمالي التكاليف جنية/فدان (ص)	التكاليف الثابتة جنية/فدان	التكاليف المتغيرة جنية/فدان	السنوات (س)
١٠٠	٥٢٢	٧٢.١٠	٤٤٩.٩	١٩٩٠
١٣٣.٠٣	٦٩٤.٤	٩١.١	٦٠٣.٣	١٩٩١
١٦٠.٠	٨٣٨.١	٩١.٤	٧٤٧.٠	١٩٩٢
٢١٣.٣	١١١٣.٢	٢٧٤.٢	٨٣٩.٠	١٩٩٣
٢٢٤.٧	١١٧٣.٣	٢٧٤.٥	٨٩٨.٨	١٩٩٤
٢٤٠.٩	١٢٥٧.٦	٢٧٤.٣	٩٨٣.٣	١٩٩٥
٢٥٠.٤	١٣٠٧.٤	٢٨٠.٠	١٠٢٧.٤	١٩٩٦
٢٧٣.٣	١٤٢٦.٨	٣٦٩.٣	١٠٥٧.٥	١٩٩٧
٣٢٦.٤	١٧٠٣.٩	٦٢٣.١	١٠٨٠.٨	١٩٩٨
٣٣٥.٤	١٧٥٠.٧	٦٧٩.٢	١٠٧١.٥	١٩٩٩
٣٢٤.٢	١٦٩٢.٣	٦٦١.٥	١٠٣٠.٨	٢٠٠٠
٣٢٢.٨	١٦٨٥.٣	٦٣١.١	١٠٥٤.١	٢٠٠١
٣٣٧.٢	١٧٦٠.٠	٦٦٤.٠	١٠٩١.٠	٢٠٠٢
٣٩٤.٤	٢٠٩٥.٠	٧٩٠.٠	١٢٦٩.٠	٢٠٠٣
٤٣٥.٤	٢٢٧٣.٠	٩١٣.٠	١٤١٠.٠	٢٠٠٤
٤٧٠.٣	٢٤٥٥.٠	٩٧٩.٠	١٤٧٦.٠	٢٠٠٥
٥٠٩.٢	٢٦٥٨.٠	١١٠٠.٠	١٥٥٨.٠	٢٠٠٦

(* معادلة الاتجاه العام ص^١ = ٤٤٠.١ + ٦٩.٩ س^٢)

(٣.٤) (١٩.٨)

المصدر: وزارة الزراعة واستصلاح الأراضي - قطاع الشؤون الاقتصادية - الإدارة المركزية للاقتصاد الزراعي

- نشرة الاقتصاد الزراعي - القاهرة - إعداد متفرقة.

المراجع العربية

١- أحمد محمد توفيق الفيل وآخرون - أساليب قياس الجدارة الإنتاجية للموارد الاقتصادية الزراعية - مجلة

البحوث الزراعية - جامعة طنطا - مجلد ٣ - العدد ٢ - سبتمبر ١٩٧٧.

٢- مصطفى بابكر - مفاهيم الإنتاجية وطرق قياسها - تحليل الكفاءة والإنتاجية - المعهد القومي

للتخطيط - الكويت ٢٠٠٦.

٣- خالد بن نهار الرويس & فرانسيس إبلى - الكفاءة التقنية والتوزيعية والاقتصادية لمزارع الدجاج

Date Envelopment اللاحم في المنطقة الوسطى من المملكة العربية السعودية باستخدام

Analysis - مجلة الجمعية السعودية للعلوم الزراعية - المجلد الثاني - العدد الأول ٢٠٠٣.

المراجع الإنجليزية

- 1-Battese, G.E and Hassan S. – Technical Efficiency of Cotton Farmers in Vehari District of Punjab, Pakistan- (CEPA) Working Paper 98/08 – Department of Econometrics, University of New England – Armidale, Australia, 1998.
- 2- Coelli T.J., A Guide to Deap Version 2.1: A data Envelopment Analysis Computer Program – Center for Efficiency and Productivity Analysis – Department of Econometrics – University of New England – Armidale. Australia 1998.
- 3- Afriat , S.N – Efficiency Estimation of Production – International Economic Review – 1972 , 13, 568-598

English Summary

Rice ranks second between the major export crops in the Egyptian economy. however, the economic reforms and structural adjustment policies , coupled with the modern

transformation of Egyptian agriculture, have affected the producers decisions with regard to economic resource utilization and have resulted in changes in the rice production costs and production efficiencies.

The objectives of this investigation are: (1) measuring the technical , allocative , cost , and scale efficiencies under the situation of constant and variable returns to scale for summer rice , (2) determination of the amounts of economic resources that achieve the economic efficiency under the situation of constant and variable returns to scale, and accordingly the determination of surplus or deficit in economic resources used in production of rice..

The study depended on cross section data , gathered from a stratified random sample of 160 observation, from Abo-homos county , in El-Behera Governorate, being the nearest to Alexandria University.

The quantitative economic analysis and the data envelopment analysis (DEA) approach were used in estimating the different efficiency parameters. The DEA approach depends on the usage of linear programming in establishing an envelop contain the data, so as to estimate the production efficiency in the different rice farms according to the resource mix used in such envelop which represents the production isoquants and isocost curves. In estimating the amount of surplus or deficit in economic resource the amount of surplus or deficit in economic resources , the study depended on the comparison between the amount available or used and its corresponding amount that achieves the economic efficiency. That is, if the difference is positive, it means a

surplus in the amount of the resource, but if it is negative, then the difference represents the amount needed to reach the efficient economic utilization of the resource, under the situation of constant and variable returns of scale.

The most important results of the study were the following: (1) concerning the scale efficiency, the class one rice farms (less than 3 tons per fadden) , class two farms (3-4 tons per fadden) , and class three rice farms (more than 4tons per fadden) can increase their output by 2%, 2.6%, and 2% respectively, so that this scale efficiency reaches unity at the point of optimum level of output., (2) the technical, allocative , and cost (economic) efficiencies increase under the situation of variable returns to scale (VRS) compared with constant returns to scale (CRS) , by 2%, 4%and 6% for each one respectively. This proves the existence of the returns to scale in the rice farms of El Behera Governorate ,. (3) Concerning the allocative efficiency for economic resources used in production of rice , the results indicate that the reallocation of such economic resources and the application of the optimum quantities of each resource determined by the study will save 14%, 21% , 21% of the production costs in the three farm categories respectively , (4) Concerning technical efficiency , the results indicate that class two and three rice farms can increase their output by 3% and 1% respectively , (5) Concerning the economic (cost) efficiency , the results indicate that class one, two, and three rice farms , can realize the same levels of rice production with production costs decreases amounting to 14% , 24% , and 22% of rice production costs respectively , through the use of optimum resources quantities determined by the analysis. these results also mean that the costs of producing rice in the three farm categories , were higher than the minimum average costs by 16.7%, 17% , 17% for each category

respectively, under the situation of variable returns to scale, (6) In light of the analysis results , the researcher recommends: (a) the necessity of expansion in the usage of technologies that increase productivity and production of rice , (b) The necessity of optimal utilization of agricultural resources in a way that achieves complete economic efficiency through the reduction of amounts of resources used to allow the achievement of same rice production levels in El Behera Governorate , (c) Increasing the efficiency of the agricultural cooperatives and the agricultural extension to provide services , solve the rice producers problems , and transmit the research results to them.