

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

علمية، محكمة، ربع سنوية
تعنى بنشر الدراسات والبحوث القانونية والشرعية
صدر العدد الأول منها في مارس 2013

السنة السابعة - العدد 1 - العدد التسلسلي 25
جمادى الآخرة/رجب 1440 هـ - مارس 2019 م

النصوص الكاملة للبحوث متاحة على موقع المجلة على الإنترنت:

Journal.kilaw.edu.kw

ثمن العدد

- الكويت: 750 فلساً.
– دول الخليج: السعودية: 10 ريالات، قطر: 10 ريالات، الإمارات: 10 دراهم
البحرين: 1 دينار، عمان: 1 ريال
– الوطن العربي: ما يعادل دولاراً أمريكياً
– الدول الأجنبية: ثلاثة دولارات

الإشتراكات السنوية

نوع الإشتراك	الكويت	الدول العربية	الدول الأجنبية	سنوات الإشتراك
أفراد	3 دنانير	4 دنانير	15 دولاراً	سنة
	15 ديناراً	15 ديناراً	60 دولاراً	
أفراد	5 دنانير	5 دنانير	25 دولاراً	سنتان
	25 ديناراً	25 ديناراً	100 دولاراً	
أفراد	7 دنانير	10 دنانير	25 دولاراً	3 سنوات
	35 ديناراً	35 ديناراً	140 دولاراً	
أفراد	9 دنانير	13 دنانير	45 دولاراً	4 سنوات
	45 ديناراً	45 ديناراً	180 دولاراً	

تدفع الإشتراكات بإحدى الطرق التالية:

– شيك لأمر كلية القانون الكويتية العالمية على أحد المصارف الكويتية.

– تحويل بنكي لحساب كلية القانون الكويتية العالمية:

رقم الحساب: 012010074824 اسم البنك: بنك الكويت الدولي

IBAN: KW94KWIB0000000000012010074824

العنوان: الكويت – مدينة الدوحة – قطعة 4 – قسيمة 800005

هاتف: (+965)22280222 – مباشر: (+965) 22280181 – فاكس: (+965)22280209

Kilawjournal@kilaw.edu.kw

www.kilaw.edu.kw

جميع الآراء التي تتضمنها هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر كاتبها،
ولا تعبر عن رأي المجلة ولا تعكس رأي كلية القانون الكويتية العالمية

هيئة التحرير

● رئيس التحرير

أ.د. بدرية عبدالله العوضي

● مدير التحرير

د. أحمد حمد الفارسي

● مستشارو التحرير

أ.د. عبد الحميد البعلي

أ.د. يسري العصار

أ.د. سهام الضريح

أ.د. أحمد بلال

أ.د. مجدي شهاب

أ.د. أمين دواس

د. عبدالرسول عبدالرضا

● لجنة المجلة

د. أرديت ميميتي

د. فرح ياسين

د. خالد الحويلة

د. أحمد العتيبي

د. يحيى النمر



تشهد مؤسسة ضمان جودة التعليم العالي في المملكة المتحدة أن

برنامج بكالوريوس القانون

المقدم من

كلية القانون الكويتية العالمية

مضمون الجودة

وقد اجتاز إجراءات مراجعة المناهج الدراسية

بنجاح وبالنتيجة التالية:

يدار البرنامج بشكل جيد، ويمتثل للمعايير والتوجيهات الأوروبية (الجزء الأول) لعام 2015، ويتماشى مع بيان معايرة المقررات الدراسية لوكالة ضمان جودة التعليم العالي في المملكة المتحدة (QAA) بموجب قانون (2016).

أجرت المراجعة

مؤسسة ضمان الجودة

للتعليم العالي (QAA)

دوغلاس بلاكستوك، الرئيس التنفيذي

مؤسسة ضمان الجودة للتعليم العالي، المملكة المتحدة

سارية المفعول حتى 30 سبتمبر 2023



تشهد مؤسسة ضمان جودة التعليم العالي في المملكة المتحدة أن

برنامج ماجستير القانون

المقدم من

كلية القانون الكويتية العالمية

مضمون الجودة

وقد اجتاز إجراءات مراجعة المناهج الدراسية

بنجاح وبالنتيجة التالية:

يدار البرنامج بشكل جيد، ويمتثل للمعايير والتوجيهات الأوروبية (الجزء الأول) لعام 2015، ويتماشى مع بيان معايرة المقررات الدراسية لوكالة ضمان جودة التعليم العالي في المملكة المتحدة (QAA) بموجب قانون (2016).

أجرت المراجعة

مؤسسة ضمان الجودة

للتعليم العالي (QAA)

دوغلاس بلاكستوك، الرئيس التنفيذي

مؤسسة ضمان الجودة للتعليم العالي، المملكة المتحدة

سارية المفعول حتى 30 سبتمبر 2023



تشهد مؤسسة ضمان جودة التعليم العالي في المملكة المتحدة أن

برنامج دبلوم القانون

المقدم من

كلية القانون الكويتية العالمية

مضمون الجودة

وقد اجتاز إجراءات مراجعة المناهج الدراسية

بنجاح وبالنتيجة التالية:

تم تصميم البرنامج بشكل مناسب يتوافق مع المعايير والتوجيهات الأوروبية (الجزء الأول) 2015، ويتماشى مع بيان معايرة المقررات الدراسية لووكالة ضمان جودة التعليم العالي في المملكة المتحدة (QAA) بموجب قانون (2016).

أجرت المراجعة

مؤسسة ضمان الجودة

للتعليم العالي (QAA)

دوغلاس بلاكستوك، الرئيس التنفيذي

مؤسسة ضمان الجودة للتعليم العالي، المملكة المتحدة

سارية المفعول حتى 30 سبتمبر 2023



تشهد مؤسسة ضمان جودة التعليم العالي في المملكة المتحدة أن

**البرنامج التمهيدي للغة الإنجليزية
لبرنامج الماجستير في القانون**

المقدم من

كلية القانون الكويتية العالمية

مضمون الجودة

**وقد اجتاز إجراءات مراجعة المناهج الدراسية
بنجاح وبالنتيجة التالية:**

يدار البرنامج بشكل جيد، ويمثل للمعايير والتوجيهات
الأوروبية (الجزء الأول) لعام 2015.

أجرت المراجعة

مؤسسة ضمان الجودة

للتعليم العالي (QAA)

دوغلاس بلاكستوك، الرئيس التنفيذي

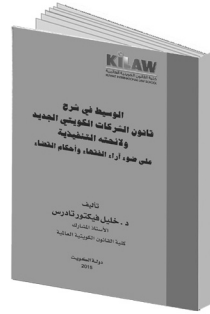
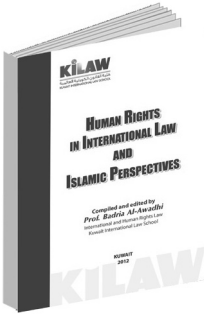
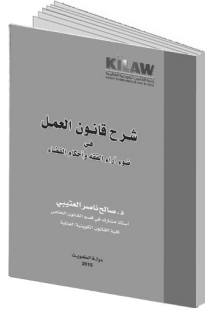
مؤسسة ضمان الجودة للتعليم العالي، المملكة المتحدة

سارية المفعول حتى 30 سبتمبر 2023

KILAW

كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

إصدارات كلية القانون الكويتية العالمية



للحصول على نسخة من أحد الإصدارات يرجى الاتصال:

تلفون: (+965) 22280222 - داخلي: 168 - 487

فاكس: (+965) 22280209 أو البريد الإلكتروني: info@kilaw.edu.kw

قواعد النشر في المجلة

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مجلة قانونية علمية محكمة ربع سنوية، ومنبر علمي يسعى إلى الجودة والجدية والتميز، وهي تُرَجَّب بنشر كل ما يتصل بالموضوعات القانونية محل اهتمامها، باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية،

وذلك في أحد الأبواب التالية:

- البحوث والدراسات
- التعليق على أحكام قضائية
- ملخصات الرسائل الجامعية
- التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات
- عرض الكتب القانونية الجديدة ومراجعتها

على أن تكون في أي من المجالات العلمية، وعلى وجه الخصوص:

- القانون بمختلف فروع
- الشريعة والفقہ الإسلامي
- المالية العامة والاقتصاد والتشريعات الاقتصادية
- العلوم الاجتماعية والطبيعية المرتبطة بالقانون
- الدراسات المقارنة
- التعريب في أي من المجالات السابقة

وذلك وفق السياسات والقواعد التالية:

أولاً- السياسات العامة للنشر:

- تولى إدارة الكلية أهمية كبيرة لدور المجلة العلمية في نشر وتشجيع البحث العلمي، وهي تسعى إلى تعزيز وتعميق دورها ورسالتها، ومراجعتها باستمرار بما يكفل رفع جودة الأبحاث المنشورة وفقاً لأفضل المعايير والممارسات العالمية، ويعزز من تأثيرها وإشعاعها في محيطها.
- تسعى المجلة بعد الخمس سنوات الأولى من عمرها، إلى أن تكون منبرا علميا جادا ومتميزا، وأن تشكل الأبحاث المنشورة فيها قيمة مضافة في مصاف المجلات العلمية العالمية، وذلك في إطار مشروع للتجديد في الفكر والمنهج البحثي.

- تحرص المجلة على أن تقوم الأبحاث المقدمة للنشر فيها على حالات واقعية بألية تستوعب المتغيرات الجارية من النواحي الموضوعية والمنهجية والشكلية.
- تشجع المجلة الدراسات القانونية المقارنة.
- تشجع المجلة أن تعتمد الأبحاث المقدمة للنشر فيها منهج النقد والتحليل وقدح الأفكار بالأفكار من خلال المنهجية والأساليب الحديثة.
- تخضع جميع المواد المقدمة للنشر للتحكيم من قبل متخصصين وحاصلين على درجة علمية أعلى من الباحث أو موازية له.

ثانيا- قواعد النشر:

- بالنسبة للبحوث والدراسات العلمية:
- قواعد عامة:
- ألا يكون البحث أو الدراسة قد سبق نشرها، أو مقدمة للنشر في مجلة أخرى.
- ألا يكون البحث أو الدراسة جزءاً من رسالة دكتوراه أو ماجستير الباحث، أو من كتاب له سبق نشره، إلا إذا كان ذا قيمة أو إضافة جديدة، توافق عليها هيئة تحرير المجلة مسبقاً.
- أن يكون موضوع البحث مستجداً وأصيلاً ومبتكراً.
- أن ينصب التركيز في البحث على الموضوع محل الدراسة دون مقدمات نظرية أو استطراد أو إضافات لا لزوم لها، على أن يكتفي الباحث بالإحالة إلى المراجع التي تناولت ذلك ما دام لازماً.
- أن يستخدم الباحث المنهج النقدي في دراسته، ويناقش بعمق موضوع البحث والإشكالات التي يثيرها.
- أن يتضمن البحث في خاتمته توصيات ومقترحات لمعالجة القضايا المطروحة أو الإشكالات محل الدراسة، أو مقترحات لدراسات مستقبلية.
- أن تكون مراجع البحث أو الدراسة حديثة ومتنوعة، محلية وعالمية، عربية وأجنبية كلما كان ذلك ممكناً، وموثقة بشكل كامل، وذلك على النحو التالي: اسم الكاتب، عنوان الكتاب، الجزء، الطبعة، دار النشر، بلد النشر، وسنة النشر.
- ألا تتجاوز عدد كلمات البحث أو الدراسة خمسة عشر ألف (15000) كلمة، أو ألا

تتجاوز عدد الصفحات (30) صفحة عادية، من حجم A4. (نوعية الخط Times new Roman - حجمه (14) - المسافة بين الأسطر في الصفحة الواحدة 1.15 - الهوامش: نفس نوعية الخط - حجمه (10) - المسافة بين الأسطر 1.0)، متضمنة الملخصين (العربي والإنجليزي والمراجع).

- أن يرفق بالبحث ملخص باللغتين العربية والإنجليزية، يتكون كل واحد منهما من 200 كلمة بحد أقصى (أو صفحة واحدة)، ويتضمن أهداف البحث ومنهجيته وأهم نتائجه وتوصياته، والكلمات المفتاحية، على ألا تزيد على خمس كلمات (غير موجودة في عنوان البحث)، تعبّر عن المجالات التي يتناولها البحث، لاستخدامها في الكشف.
- لا يجوز نشر البحث أو الدراسة في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، إلا بعد إذن كتابي من هيئة التحرير.
- يجب أن تكون البحوث أو الدراسات مطبوعة، من ثلاث نسخ، أو إلكترونية بصيغتي بي دي اف PDF وورد Word، وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.
- لا ترد أصول البحث أو الدراسة بعد الموافقة عليها من هيئة التحرير.
- يجب أن يرفق الباحث ملخصاً للسيرة الذاتية في صفحة واحدة.
- يمنح كل باحث 3 نسخ من العدد المنشور فيه بحثه مع 20 مستلاً من البحث.
- يكون للمجلة الحق في الاحتفاظ بجميع حقوق النشر، ورقياً وإلكترونياً للبحث المجاز، وذلك لمدة 3 سنوات من تاريخ النشر.

قواعد خاصة:

- يجب تخصيص قائمة بالمراجع في آخر البحث أو الدراسة تتضمن المراجع التي أشير إليها في المتن، وتوضع في صفحة مستقلة، على أن ترتب المصادر والمراجع بدءاً بالمراجع العربية، ثم المراجع الأجنبية، من دون ترقيم.
- يشار إلى الهوامش بأرقام متسلسلة على امتداد صفحات البحث أو الدراسة، وتشرح مرقمة بحسب تسلسلها.
- يخضع ترتيب البحوث والدراسات المنشورة في المجلة لاعتبارات فنية.
- يراعى في أولوية النشر:

- البحوث الواردة من أعضاء هيئة التدريس في الكلية.
- البحوث والدراسات التي تعنى بالقوانين الكويتية أو المقارنة بها.
- تاريخ تسليم البحث، وأسبقية تقديم البحوث التي يتم تعديلها.
- تنوع البحوث والدراسات كلما أمكن ذلك.

بالنسبة للتعليق على الأحكام القضائية:

- تنشر المجلة التعليق على أحكام القضاء، إيماناً منها بأهمية آراء الفقه القانوني في تحليل الحكم وتأصيله ونقده، من واقع الربط بين نظرية القانون وعلمه وبين التطبيق العملي، مع مراعاة عدم التعرض للهيئة والقضاة الذين أصدروه.

بالنسبة لعرض ملخصات الرسائل الجامعية:

- تنشر المجلة ملخصات للرسائل الجامعية (الماجستير - الدكتوراه) التي تمت إجازتها، ويراعى فيها أن تكون حديثة، وأن تعد بمعرفة صاحب الرسالة، وأن تمثل إضافة علمية جديدة في أحد مجالات القانون المعروفة، على ألا يزيد العرض على (10) صفحات، مع مراعاة أن يضم الملخص ما يلي:
 - مقدمة لبيان أهمية الرسالة.
 - ملخص لموضوع الرسالة وكيفية تحديده، ويكون ضمن الرسالة.
 - ملخص لمنهج الرسالة وفروضها وعينتها وأدواتها.
 - خاتمة لأهم ما توصل إليه معد الرسالة من نتائج وتوصيات.

بالنسبة لتقارير اللقاءات العلمية:

- تنشر المجلة التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات التي تتصل بموضوعاتها بواحد أو أكثر من مجالات اهتمام المجلة، والتي انعقدت حديثاً في داخل الكويت أو خارجها، ويراعى فيها:
 - أن يغطي التقرير فعاليات الندوة أو المؤتمر، مركزاً على الأبحاث العلمية وأوراق العمل المقدمة ونتائجها، وأهم التوصيات التي توصل إليها.
 - ألا يزيد التقرير عن (5) صفحات.

بالنسبة لعرض الكتب ومراجعتها:

تنشر المجلة المراجعات التقويمية للكتب حديثة النشر، التي تخص أي حقل من حقول القانون والتي تتوافر فيها الشروط الآتية:

- أن يكون الكتاب متميزا ومشملا على إضافة علمية جديدة.
- أن يكون معد المراجعة متخصصا في المجال العلمي نفسه للكتاب.
- ألا يكون قد سبق تقديم العرض للنشر في مطبوعة أخرى.
- أن يعرض المراجع ملخصا وافيا لمحتويات الكتاب، مع بيان أهم أوجه التميز والقصور، على ألا يزيد العرض على (5) صفحات.
- تمنح المجلة مقابلا ماليا لعرض الكتب الذي يتم بتكليف من المجلة فقط.

ترسل البحوث والدراسات إلى:

السيد/ رئيس تحرير مجلة كلية القانون الكويتية العالمية
بإحدى الطرق التالية:

- الموقع الإلكتروني:
ملء البيانات المبينة في الرابط التالي:
- بالنسبة للغة العربية:
<https://goo.gl/JbhQhr>
- بالنسبة للغة الإنجليزية:
<https://goo.gl/8oSJNo>
- ومن ثم إرسال البحث ومرفقاته
(السيرة الذاتية، التعهد والإقرار).

- البريد العادي:
الكويت - مدينة الدوحة - قطعة 4
قسيمة 800005 - ص.ب: 59062
الرمز البريدي: 93151
هاتف: +965 22280222
مباشر +965 60396665
• البريد الإلكتروني:
kilawjournal@kilaw.edu.kw

مع تقديم مكافأة مالية لمن تقبل أبحاثهم وجائزة الإسهام العلمي

إعلان عن الاستعداد لنشر أبحاث طلبة كلية القانون الكويتية العالمية

في إطار سياسة كلية القانون الكويتية العالمية لتشجيع الطلبة على الانخراط في مجالات كتابة الأبحاث العلمية وعلى التفكير العلمي، تعلن إدارة تحرير مجلة الكلية عن استعدادها لنشر أبحاث الطلبة التي تراعي وتلتزم بقواعد النشر العلمي، كما تعلن عن تقديمها مكافأة مالية ومنحها جائزة الإسهام العلمي المرموق للطلبة الذين تقبل أبحاثهم للنشر.

يشترط في الأبحاث أن تكون في أحد الموضوعات القانونية الحيوية وذات الأهمية، وأن تراعي قواعد النشر الواردة في مقدمة أعداد المجلة، وأن تسلم في نسختين إلكترونية ومطبوعة إلى إدارة المجلة.

للاستفسار يمكن التواصل مع إدارة المجلة على الأرقام التالية:

22280222 – داخلي: 168 - 487

البريد الإلكتروني: kilawjournal@kilaw.edu.kw

Announcement to the students of Kuwait International Law School

Within the framework of KiLaw's policy to encourage students to engage in the fields of academic research writing as well as academic thinking, the school's journal would like to announce its willingness to publish students' research which adhere and abide by the rules of academic publishing. It would also like to announce offering monetary rewards as well as granting the Prestigious Academic Contribution Award for students whose research is eligible for publication.

The presented research papers should concern one of the legal issues of vital importance, and should abide by the rules of academic publishing as stated at the introduction of the journal's issues. Two copies, an electronic and a printed copy, of the paper should be submitted to the administration of the journal.

محتويات العدد

الصفحة	الموضوع
كلمة العدد	
17	ضمان الجودة وحماية التعليم أ.د. بدرية عبدالله العوضي
أبحاث ودراسات باللغة العربية	
21	أثر مذهب الإمام مالك على القانون الجزائري الكويتي: دراسة تطبيقية د. ماجد جابر العنزي
55	حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح في سوريا د. فاطمة الطيبري
89	الجوانب الفنية والإجرائية اللازمة لتفعيل تطبيق قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتي رقم 63 لسنة 2015 د. فيصل فراج المطيري
119	التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني .. الممكن والمستبعد! دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية أ.د. محمد عرفان الخطيب
163	إيقاف تنفيذ العقاب: عدالة موقوفة ونظام يتعارض مع أغراض العقوبة وحقوق ضحايا الجريمة - مراجعة تقييمية نقدية أ.د. مؤيد القضاة ود. مأمون أبوزيتون
199	المحل في عقد الصلح الإداري: دراسة مقارنة أ.د. مهند مختار نوح
249	القانون الواجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية: دراسة في القانون الدولي الخاص الإماراتي أ.د. نور الحجايا
285	القواعد الناظمة لسلطة تقدير الدلائل الكافية لاتخاذ الإجراء الجزائي (الجزء الأول) د. أشرف محمد عبد القادر سمحان
329	جريمة الرشوة وفقاً للقوانين السارية في الضفة الغربية - فلسطين د. مصطفى عبدالباقي

357	إشكالية الفوائد على القروض المصرفية في القانون القطري: دراسة تحليلية تطبيقية د. محمد سالم أبوالفرج ود. طارق جمعه السيد راشد
391	أثر الحلول الإجرائي في حجية الحكم القضائي: دراسة مقارنة د. ياسر باسم ذنون السبعراوي
437	السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية د. مصطفى إبراهيم العربي خالد
483	مدى ملاءمة قواعد الإسناد التقليدية لحكم عقود إيجار السفن د. عبدالسلام علي الفضل ود. سليم سمير خصاونة
أبحاث ودراسات باللغة الإنجليزية	
39	العدالة التصالحية: هل حان الوقت لتأسيس مضماتها الواسع في نطاق العدالة الجنائية د. أحمد هياجنه وأ.د. مؤيد القضاة
71	تحليل استكشافي حول قانون التحكيم في البحرين: خطوة مهمة نحو الليبرالية د. قيس خليل سلام المعاينة
95	نشوء الركن المعنوي للجريمة في النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني د. خالد صالح الشمري

ضمان الجودة وحماية التعليم

تشهد المجتمعات العالمية في العقود والسنوات الأخيرة اتجاهاً متنامياً لتعزيز جودة التعليم، باعتبارها شرطاً لازماً لصلاحه أولاً، وضمان كفاءته ثانياً، وتفعيل دوره في جهود تحقيق التنمية المستدامة والنهضة والمساهمة في تقدم الحضارة بمعناها العام ثالثاً، وهو ما نجحت فيه تلك المجتمعات كما تشير إلى ذلك المؤشرات والتقارير الدولية والمحلية.

وغير بعيد عما تعنيه في المجالات الإدارية والاقتصادية والإنتاجية، فإن الجودة في التعليم العام والقانوني تشمل مجموعة النظم والمعايير والإجراءات والمواصفات والخصائص المعتمدة في الأعمال والأنشطة والمناهج العلمية والأكاديمية والبنية التحتية والبيئة والموارد الإدارية والبشرية بالنسبة لمختلف مراحل ومستويات العملية التعليمية، بما ينعكس تميزاً وكفاءة في خريجها والأعمال التي يقومون بها، بالإضافة إلى الخبرات والاستشارات والخدمات التي تقدمها المؤسسات التعليمية والأكاديمية لجهات ومؤسسات حكومية وخاصة، داخلية وخارجية.

وبالنظر إلى السياسات والخطط الحكومية والاجتماعية، وفي ضوء التنافس والدور المتزايد للقطاع الخاص، فقد أصبحت نظم الجودة في التعليم، كما في غيره من المؤسسات، ليس فقط التزاماً مؤسسياً وقانونياً، بل وأيضاً نهجاً للتميز وتقديم القيمة المضافة.

كما انتشرت نظم الجودة التعليمية ووجدت طريقها إلى المؤسسات التعليمية والجامعية العربية والخليجية عامة، والكويتية على وجه الخصوص، حيث تم إنشاء مجلس الجامعات الخاصة بموجب القانون رقم 34 لسنة 2000، كما تم تأسيس «الجهاز الوطني للاعتماد الأكاديمي وضمان جودة التعليم» في العام 2010. وحصلت مؤسسات جامعية كويتية على شهادات محلية وعالمية، في حين تميزت كلية القانون الكويتية العالمية بحصولها على شهادتي جودة من وكالة ضمان الجودة البريطانية (QAA)، الأولى: شهادة الجودة المؤسسية، والثانية لأربعة من برامجها الأكاديمية (بكالوريوس القانون، ماجستير القانون، دبلوم القانون، والبرنامج التمهيدي للغة الإنجليزية في برنامج الماجستير).

ومما لاشك فيه أن هذا النهج والاتجاه في مجال اعتماد وتعزيز وضمان تطبيق نظم الجودة من شأنه أن يعزز قيمة وقيم التعليم عامة والتعليم القانوني على وجه الخصوص، ويحفظ قيمة الشهادات العلمية والأكاديمية ومكانة الخريجين ويساعدهم في الحصول على الوظائف التي يطمحون إليها. كما أن من شأن هذا النهج أيضاً تعزيز فرص توسيع مجالات البحث العلمي، بما ينعكس إيجاباً على القطاعات الأكاديمية والاجتماعية ذات الصلة.

لكن هذه الجهود المتراكمة والاتجاهات الإيجابية تواجه عدة تحديات تتعلق بعضها بضعف إرادة الإصلاح والتطوير ومحدودية الموارد والإمكانيات المخصصة لذلك، خاصة في مجال التعليم العام، كما يتعلق بعضها الآخر بانتشار النزعة التجارية وضعف المستوى العلمي وضعف الرقابة والمسؤولية، ورغبة البعض في نيل الشهادات دون الحصول على التكوين العلمي الضروري لمواجهة متطلبات وظائف المستقبل، وهو الأمر الذي وجد أسوأ تعبير له في ظاهرة تزوير الشهادات.

إن مسؤولية النهوض بمستوى التعليم وإصلاحه وتعزيز نظم الجودة ومواجهة هذه التحديات مجتمعة تقع على عاتق جميع الأطراف؛ فعلى المجتمع بمؤسساته المختلفة نشر وتعزيز قيم الاجتهاد والتحصيل العلمي ونبذ الغش والتزوير، وعلى الدولة بمؤسساتها المختلفة القيام بواجباتها الدستورية والاجتماعية في رعاية ودعم التعليم وتطويره والنهوض به؛ كما على القائمين على المؤسسات التعليمية على اختلاف مستوياتها ضمان الجودة وحماية التعليم.

أ. د. بدرية عبدالله العوضي

رئيس التحرير

أبحاث ودراسات باللغة العربية

أثر مذهب الإمام مالك على القانون الجزائري الكويتي: دراسة تطبيقية

د. ماجد جابر العنزي*

الملخص:

يتناول البحث أثر مذهب الإمام مالك على القانون الجزائري الكويتي من خلال دراسة تطبيقية تتناول نماذج من اتفاق القانون الجزائري مع الفقه المالكي مسلماً وعقوبة ونماذج من ذلك الاتفاق مسلماً لا عقوبة، بالإضافة إلى نماذج من الاختلاف بينهما مسلماً وعقوبة على حد سواء. وتكتسي هذه الدراسة أهميتها من أن كثيراً من التشريعات الكويتية تجد مصدرها في أحكام الشريعة الإسلامية التي تعد بمثابة القانون الذي يتفق مع تقاليد البلاد وعاداتها وأخلاقها، وأن الفقهاء بذلوا جهداً في تنزيل أحكامها مع تحديات الواقع، وهو الأمر الذي لم يكن بعيداً على اجتهادات القانونيين وهم يصوغون القوانين الوضعية. وتهدف هذه الدراسة إلى بيان وتحديد أوجه الاتفاق والاختلاف، حتى يمكن إيجاد حلول لذلك في المستقبل، بما يراعي الأحكام الشرعية ويحقق مصالح الأفراد والمجتمعات.

وقد توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج من بينها أن قليلاً فقط من أحكام القانون الجزائري تتفق مع ما ذهب إليه الفقه المالكي، وأن هناك ابتعاداً في قضايا وأحكام أخرى، موصية بأهمية الاستمرار في بحث أوجه التقارب والاختلاف بين اجتهادات الفقه الإسلامي والأحكام الشرعية والقوانين الوضعية لما في ذلك من مصالح معتبرة.

كلمات دالة: الفقه المالكي، أحكام الشريعة، القانون الوضعي الجزائري، التعزير، الحدود.

* أستاذ الفقه المقارن والدراسات الإسلامية المساعد، كلية القانون الكويتية العالمية.

تمهيد:

إن الله تعالى أكمل بنبيه محمد ﷺ دينه القويم، وهدى به من شاء إلى الصراط المستقيم، وأسس شرعه المطهر على أحسن الطرائق وأجمل القواعد، وشيّد به بالتقوى والعدل، وجلب المصالح ودرء المفاسد، وأيده بالأدلة الموضحة للحق وأسبابه، المرشدة إلى إيصال الحق لأربابه، وحماه بالسياسة الجارية علي سنن الحق وصوابه، ولذلك قال سبحانه وتعالى: ﴿ وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا لَا مُبَدِّلَ لِكَلِمَاتِهِ ﴾⁽¹⁾، فالمراد بالكلمات: القرآن العظيم، تمت دلالته وحججه، وأوامره ونواهيه وأحكامه، وبشارته ونذارته وأمثاله، وقال تعالى: ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾⁽²⁾.

وقد جاءت الشريعة كاملة لا نقص فيها، جامعة تحكم كل حالة، مانعة لا تخرج عن حكمها حالة، شاملة لأموال الأفراد والجماعات والدول، فهي تنظم الأحوال الشخصية والمعاملات وكل ما يتعلق بالأفراد، وتنظم شؤون الحكم والإدارة والسياسة، وغير ذلك مما يتعلق بالجماعة، كما تنظم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر في الحرب والسلام.

ولم تأت الشريعة لوقت دون وقت، أو لعصر دون عصر، أو لزمان دون زمن، وإنما هي شريعة كل وقت، وشريعة كل عصر، وشريعة الزمان كله حتى يرث الله الأرض ومن عليها، وقد صيغت الشريعة بحيث لا يؤثر عليها مرور الزمن، ولا يبلي جدتها، ولا يقتضي تغيير قواعدها العامة ونظرياتها الأساسية، فجاءت نصوصها من العموم والمرونة بحيث تحكم كل حالة جديدة ولو لم يكن في الإمكان توقعها⁽³⁾.

فالشريعة الإسلامية هي القانون الذي يتفق مع تقاليد البلاد وعاداتها وأخلاقها، وما تقتضيه طبائع أهلها، وما تطمئن إليه نفوسهم، وتستريح له ضمائرهم، لذلك كله كان طبيعياً أن يكون المصدر الذي نستمد منه مشروعنا الحضاري هو الشريعة الإسلامية. وإن الفقهاء لم يألوا جهداً في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، بحسب زمانهم ومكانهم وأحوالهم الفكرية والاجتماعية والسياسية وغيرها، وقد تركوا لنا ثروة فقهية رائعة، لا يوجد لها نظير، ولا قريب منها عند أي من الأمم، وهم ماجورون على اجتهاداتهم أصابوا فيها أو أخطأوا، وإنما لكل امرئ ما نوى.

ويرى البعض أن أقوال الشرع واجتهادات الفقهاء واستنباطاتهم لم تكن بعيدة عن نظر القانونيين وهم يصوغون القانون الوضعي الجزائي الخاص بالجرائم التعزيرية، وأن

(1) سورة الأنعام، الآية 115.

(2) سورة المائدة، الآية 3

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت، 2008، (16/1).

القانونيين حاولوا القرب منه، فتأثر القانون الوضعي في بعض البلاد بالفقه الحنفي في جانب الأحوال الشخصية، أو فقه الجنائيات، بينما تأثر في بلد آخر بمذهب آخر، وفي الكويت ظهر تأثر قانون الأحوال الشخصية الكويتي والقانون الجزائي بالفقه المالكي، وإن لم يكن متطابقاً معه في جميع الأحكام، غير أنه اتفق مع آراء الفقه في أكثر العقوبات، وقد حاولت في هذا النموذج أن أبين صحة هذا الادعاء.

أهمية هذه الدراسة:

تكمن الفائدة المرجوة من هذه الدراسة في أن يكون القارئ على علم بأحكام الشريعة ومعرفة ما إذا كان القانونيون الذين صاغوا هذه القوانين حرصوا على التقارب من الشريعة أم ابتعدوا عنها، والوقوف على حقيقة الادعاء بأن مذهب الإمام مالك أثر في القانون الجزائي الكويتي.

أهداف الدراسة:

تسعى الدراسة إلى بيان مدى موافقة القوانين الوضعية في القانون الجزائي للأحكام الشرعية عند المالكية، والوقوف على القوانين الوضعية في القانون الجزائي المخالفة للأحكام الشرعية، ومحاولة إيجاد حلول في المستقبل لتفادي هذا الاختلاف. كما تسعى هذه الدراسة إلى تنبيه واضعي القوانين بضرورة مراعاة الأحكام الشرعية لما في ذلك من رضا الله تعالى، ومصصلحة الفرد والمجتمع.

خطة البحث:

وقد جاءت هذه الدراسة في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نماذج من اتفاق القانون الجزائي مع فقه مالك مسلماً وعقوبة.

المبحث الثاني: نماذج من اتفاق القانون الجزائي الكويتي مع الفقه المالكي مسلماً لا عقوبة.

المبحث الثالث: نماذج من اختلاف القانون الجزائي الكويتي مع الفقه المالكي مسلماً وعقوبة.

المبحث الأول

نماذج من اتفاق القانون الجزائي مع فقه مالك مسلماً وعقوبة

بمطالعة الأحكام الفقهية وما قرره الفقهاء من أحكام في مذهب الإمام مالك ومقارنتها بالقانون الكويتي فيما يتعلق بالأمور العقابية (الجزائية)، يلاحظ أن القانون الجزائي قد استمد بعض أحكامه من مضمون الأحكام الفقهية عند الإمام مالك رحمه الله وأصحابه، وهو ما نعرض له في المطالب التالية:

المطلب الأول

تعدد الجناة في الجريمة عن طريق الاشتراك والمساهمة ووحدة المعاملة

قال الدردير: «إن تعدد المباشر للضرب معاً، أو مترتباً، ففي الممالة على القتل يُقتل الجميع، لا فرق بين الأقوى ضرباً وغيره، بل ولو لم يحصل من أحدهم ضرب كما مر، وهذا إن مات مكانه، أو أنفذ له مقتله، أو رفع مغموراً حتى مات»⁽⁴⁾. وقال خليل: «إن تعدد المباشر، ففي الممالة يُقتل الجميع»⁽⁵⁾. واستدل فقهاء المذهب المالكي على أن الجناة يعاملون معاملة واحدة في القصاص بما روي أن عمر رضي الله عنه قتل نفراً خمسة أو سبعة من أهل صنعاء اشتروا في دم غلام، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً»⁽⁶⁾؛ وهو نص في المسألة، فقد دل على أنه تقتل الجماعة بالواحد إذا قتلوه، كثرت الجماعة أو قلت إذا اشتركت في قتل الواحد⁽⁷⁾. ولأن كل حد وجب للإنسان على غيره إذا انفرد بموجب فإنه يجب عليه إن شارك فيه، أصله حد القذف⁽⁸⁾.

(4) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دمشق، بدون تاريخ. أبو عبد الله محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن شهاب الدين ابن محمد الزرقاني المالكي (المتوفى: 1122هـ)، شرح الزرقاني على المواهب اللدنية بالمنح المحمدية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1417هـ - 1996م. محمد بن أحمد بن محمد عيش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1409هـ - 1989م.

(5) خليل، مختصر خليل (230/1).

(6) الإمام مالك، الموطأ: كتاب الديات، باب النفر يجتمعون على قتل واحد (17/3). الدارقطني، سنن الدارقطني: كتاب الحدود والديات وغيره (279/4). البخاري، صحيح البخاري: كتاب العقول، باب ما جاء في الغيلة والسحر (871/2).

(7) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، الاستذكار، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1421هـ - 2000م (8/157).

(8) القاضي عبد الوهاب، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: 422هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، بدون ناشر، بدون تاريخ، (1304/1).

وعلى نفس الخُطى سار القانون الجزائي الكويتي، فنص على أنه: «يُعد فاعلاً للجريمة: أولاً- من يرتكب وحده أو مع غيره الفعل المكون للجريمة، أو يأتي فعلاً من الأفعال المكونة لها.

ثانياً- من تصدّر منه أفعال مساعدة أثناء ارتكاب الجريمة، أو يكون حاضراً في المكان الذي ترتكب فيه الجريمة أو بقربه، بقصد التغلب على أية مقاومة، أو بقصد تقوية عزم الجاني»⁽⁹⁾. كذلك جاء ما يؤكد أن عقوبة المشاركين في الفعل المؤتمّ قانوناً واحدة حال ارتكابهم جميعاً للجريمة: «يعاقب الفاعل بالعقوبة المقررة للجريمة التي ارتكبها أو ساهم في ارتكابها، وإذا تعدد الفاعلون وكان أحدهم غير معاقب لعدم أهليته للمسؤولية، أو لانتفاء القصد الجزائي لديه، أو قيام مانع من موانع العقاب، وجبت مع ذلك معاقبة الفاعلين الآخرين بالعقوبة المقررة قانوناً. لا تتأثر العقوبة المقررة لأحد الفاعلين بالظروف التي تتوافر لدى غيره، ويكون من شأنها تغيير وصف الجريمة إذا كان غير عالم بهذه الظروف»⁽¹⁰⁾.

ومن هنا يظهر مدى تأثر واضع النظام الجزائي بأقوال المذهب المالكي في صياغة وضبط النصوص القانونية، ليكون هناك ضابط شرعي للنص المستخدم في النظام، والذي يكون مستنداً في تطبيق العقوبة على من يخالفه، وبالتالي كان لا بد من التوافق بين النصوص الشرعية والوضعية قدر المستطاع.

المطلب الثاني

تعريف القتل وحالاته

اتفق القانون الجزائي مع المذهب المالكي بخصوص تعريف حالات القتل، سواء كانت عمداً أو خطأً، أو شبه عمد، فعند المالكية: قال ابن جزّي: «صفة القتل وهو على ثلاثة أنواع؛ اثنان متفق عليهما وهما: العمد والخطأ، وواحد مختلف فيه وهو، شبه العمد، فأما العمد فهو أن يقصد القاتل إلى القتل بضرب محدد أو مثقل أو بإحراق أو تغريق أو خنق أو سم، أو غير ذلك، ويجب فيه القود وهو القصاص... وأما الخطأ فهو ألا يقصد الضرب ولا القتل، مثل لو سقط على غيره فقتله، أو رمى صيداً فأصاب إنساناً فلا قصاص فيه، وإنما فيه الدية وهي العقل، وأما شبه العمد فهو أن يقصد الضرب ولا يقصد القتل، والمشهور أنه كالعمد، وقيل كالخطأ، وقيل تغلظ فيه الدية»⁽¹¹⁾.

(9) المادة (47) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(10) المادة (50) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(11) أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزّي الكلبّي الفرناطي (المتوفى: 741هـ)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، المحقق: ماجد الحموي، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1423 هـ - 2013 م.

وقال اللخمي: «كتاب الجراح القتل ثلاثة: خطأ، وعمد، وشبه الخطأ، والعمد، وهو ما أشكل أمره هل كان عن خطأ أو عمد، والحكم في الخطأ الدية، وفي العمد القصاص، إلا أن يرضى الولي بالدية، واختلف عن مالك في شبه العمد، فقال في المدونة: لا أعرفه وإنما هو عمد أو خطأ. وقال مرة فيه: لا قصاص، وذكر عنه غير واحد من البغداديين أن فيه الدية»⁽¹²⁾.

وجاء تعريف القانون الجزائي لحالات الفعل العمدي على أنه: «يُعد القصد الجزائي متوافراً إذا ثبت اتجاه إرادة الفاعل إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة، وإلى إحداث النتيجة التي يعاقب القانون عليها في هذه الجريمة، ولا عبءة بالباعث الدافع إلى ارتكاب الفعل في توافر القصد الجزائي، إلا إذا قضى القانون بخلاف ذلك»⁽¹³⁾، بينما قرر أن الفعل الخطأ هو أنه: «إذا ارتكب الفعل تحت تأثير غلط في الواقع، تحددت مسؤولية الفاعل على أساس الوقائع التي اعتقد وجودها إذا كان من شأنها أن تعدم مسؤوليته أو أن تخففها، بشرط أن يكون اعتقاده قائماً على أسباب معقولة وعلى أساس من البحث والتحري.

وإذا كان الغلط الذي جعل الفاعل يعتقد عدم مسؤوليته عن فعله ناشئاً عن إهماله وعدم احتياظه، سئل مسؤولية غير عمدية إذا كان القانون يعاقب على الفعل باعتباره جريمة غير عمدية»⁽¹⁴⁾، وتم بيان تصور للخطأ بمعنى آخر «يُعد الخطأ غير العمدي متوافراً إذا تصرف الفاعل، عند ارتكاب الفعل، على نحو لا يأتيه الشخص المعتاد إذا وجد في ظروفه، بأن اتصف فعله بالرعونة أو التفريط أو الإهمال أو عدم الانتباه أو عدم مراعاة اللوائح. ويعد الفاعل متصرفاً على هذا النحو إذا لم يتوقع، عند ارتكاب الفعل، النتائج التي كان في استطاعة الشخص المعتاد أن يتوقعها فلم يحل دون حدوثها من أجل ذلك، أو توقعها ولكنه اعتمد على مهارته ليحول دون حدوثها فحدثت رغم ذلك»⁽¹⁵⁾.

المطلب الثالث

عقوبة الصبي غير المميز حال ارتكابه جناية قتل

استمد قانون الجزاء الكويتي الأحكام الخاصة بالعقوبة المقررة على الأحداث (الصبي غير المميز) من الفقه المالكي، حيث جاء متفقاً معه في توقيع جزاء التأديب، وليس القصاص أو السجن، ولكنه اختلف معه فيما يتعلق بالدية أو الغرامة، فلم يلزم بها وليه كما هي ثابتة في المذهب، ويتضح ذلك من خلال مراجعة أقوال فقهاء المالكية، ومواد قانون الجزاء

(12) علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي (المتوفى: 478هـ)، التبصرة، دراسة وتحقيق: د. أحمد عبد الكريم نجيب، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الدوحة، (1432هـ - 2011م).

(13) المادة (41) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(14) المادة (43) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(15) المادة (44) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

الكويتي حيث: قال المواق: «إن كان الصبي ممن يعقل وهو دون الحلم أدب ولم يقتل، وكان على عاقلة الصبي المأمور الدية»⁽¹⁶⁾.

واستدلوا على عدم القود: بما روي عن النبي ﷺ، قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»⁽¹⁷⁾. فلا قصاص ولا إثم على الصبي لرفع التكليف عنه. قال ابن عبد البر: «وأجمع العلماء أن الغلام والنائم لا يسقط عنهما ما أتلفا من الأموال وإنما يسقط عنهما الإثم»⁽¹⁸⁾، بينما اقتصر قانون الجزاء الكويتي على التأديب وليس على العاقلة أو وليه تحمل الدية، فنص على أنه: «إذا ارتكب الحدث الذي أتم السابعة من عمره ولم يتم أربع عشرة سنة جريمة، أمر القاضي بدلاً من توقيع العقوبة المقررة في القانون، إما بإيداعه مدرسة لإصلاح الأحداث، يبقى فيها مدة يحددها الحكم على أن يفرج عنه حتماً بمجرد بلوغه الثامنة عشرة، وإما بتوبيخه في الجلسة وتسليمه لمن له الولاية على نفسه»⁽¹⁹⁾.

المطلب الرابع

تعدد العقوبة بتعدد ارتكاب أفعال مجرمة قانوناً

اتفق قانون الجزاء الكويتي مع المذهب المالكي فيما يتعلق بتوقيع الجزاء الأشد على من ارتكب أكثر من جريمة لغرض واحد، فكان قانون الجزاء مستمداً مواد النظامية المتعلقة بهذه المسألة من فقهاء المالكية، ويتضح ذلك من خلال مطالعة الآراء المالكية وقانون الجزاء ومقارنتهم، حيث قال ابن عبد البر: «الذي قطع الطريق وأخذ المال ولم يقتل، فإن شاء الإمام قطع يده ورجله من خلاف، وإن شاء قتله، وكذلك الذي أخاف الطريق وإن لم يأخذ المال ولم يقتل، جائز للإمام أن يقتله على ما ذكرنا، بسعيه في الأرض فساداً وجائز له أن يعاقبه بما يرى أنه يردعه ويكون ترشيداً لغيره، وأما الذي قد قتل في إخافة السبيل فلا بد من قتله على ما ذكرنا»⁽²⁰⁾.

(16) محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ - 1994م.

(17) أبوداود، سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً (455/6). الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد (32/4). وقال: حسن غريب. قال ابن الملقن: (حسنه الترمذي، وقال الحاكم صحيح على شرط الشيخين وصححه ابن حبان وأخرجه البخاري موقوفاً معلقاً بصيغة جزم، ورواه الحاكم من رواية أبي قتادة وقال صحيح الإسناد). ابن الملقن، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، خلاصة البدر المنير، ط1، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، 1410هـ - 1989م (91/1).

(18) ابن عبد البر، الاستنكار (50/8).

(19) المادة (19) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(20) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، المحقق: محمد أحمد ولد ماديد الموريتاني، ط1، مكتبة الرياض الحديثة، بدون تاريخ نشر.

وقال اللخمي: «إذا أخذ ولم يخف السبيل ولم يأخذ مالا ولا قتل، يؤخذ فيه بأيسره، قال ابن القاسم: وأيسره وأخفه أن يجلد وينفى ويسجن في الموضع الذي ينفى إليه، وإن كان قد أخاف ولم يأخذ مالا، أو أخذ المال ولم يخف، أو جمع أخذ المال والخوف، كان فيه بالخيار بين القتل والقطع، ولم ير أن يؤخذ فيه بأيسره، وكذلك إذا طال أمره ونصب، إلا أنه لم يأخذ مالا، فهو فيه بالخيار بين القطع أو القتل، ولم ير أن يؤخذ في هؤلاء بأيسره، وإن كان قد طال زمانه، وعلا أمره، فأخذ المال، إلا أنه لم يقتل، فإنه يقتله ولا تخيير له في ذلك»⁽²¹⁾.

قال في المدونة: «قلت: أرأيت الرجل يسرق ويزني وهو محصن، فاجتمع ذلك عليه عند الإمام؟ قال: قال مالك: يرجم ولا تقطع يمينه، لأن القطع يدخل في القتل»⁽²²⁾. قال القرافي: «وإن سرق وقتل بحراية أو عداوة، قتل ولم يُقطع، وإن زنى وحارب أجزأ الرجم في الثيب، أو بكرأ قتل بالسيف إن رأى الإمام قتله للحراية، أو رأى قطعه أو نفيه أقام الحدين، وإن زنى وقتل أجزأ الرجم، ولا مقال للأولياء، وإن كان غير محصن قتل ولم يُجلد للزنا، وإن قتل في الحراية وأخذ في العداوة أو غيلة، قتل للحراية والغيلة، ولم يكن للأولياء مقال في عفو ولا دية، وإن زنى المحصن أو قتل في حراية أو افتري على رجل، حُدَّ للفرية لتندفع المعرة ثم قُتل، وإن قطع يمين رجل، يُقتل للحراية ولم يُقطع، قاله ابن القاسم، قال: وأرى أن يُقطع ثم يُقتل ليُستشفى بالقطع المجني عليه»⁽²³⁾. واستدلوا على تداخل سائر العقوبات في العقوبة المغلظة: بما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: «إِذَا اجْتَمَعَ حَدَّانِ أَحَدُهُمَا الْقَتْلُ أَتَى الْقَتْلُ عَلَى الْآخَرِ»⁽²⁴⁾. وهذه العقوبات تتراد لمجرد الزجر، ومع القتل لا حاجة إلى زجره، ولا فائدة فيه.

وجاء قانون الجزاء الكويتي ليؤكد استمداد بعض مواد القانونية من المذهب المالكي، حيث قرر أنه: «إذا ارتكب شخص جملة جرائم لغرض واحد بحيث ارتبطت بعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، ويجب ألا يحكم بغير العقوبة المقررة لأشدها، وإذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة، وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بهذه العقوبة دون غيرها، وإذا ارتكب شخص جملة جرائم في غير الحالتين السابقتين، تعددت العقوبات التي يحكم بها عليه»⁽²⁵⁾. ومن هنا يتضح أيضاً محاولة واضع النظام الجزائي في وجود

(21) اللخمي، التبصرة للخمي (13/ 6139).

(22) مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، المدونة الكبرى رواية سحنون، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ - 1994م.

(23) أحمد بن إدريس القرافي شهاب الدين، الذخيرة، المحقق: محمد حجي - سعيد أعراب - محمد بوخبزة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، (12/ 83).

(24) ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الحدود، في الرجل يسرق ويشرب الخمر ويقتل (5/ 578).

(25) المادة (84) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

ارتباط بين الأحكام الشرعية المنبثقة من المذهب المالكي، مع المواد النظامية في صورتها الجديدة التي هي عبارة عن مواد مرتبة منظمة للجرائم والعقوبات المقررة لكل جريمة.

المطلب الخامس

التناول على الأنبياء وسب الرسالات السماوية

اتفق قانون الجزاء مع الأحكام الشرعية على تحريم وتجريم سب الرسالات السماوية، وتجريم الاحتقار أو التناول على نبي من الأنبياء، حيث قررا ضرورة وجود عقوبة رادعة لمثل هؤلاء، من أجل الحفاظ على نسيج المجتمع، وسريان روح العقيدة الصحيحة والانتماء والتسامح بين كامل أفراد المجتمع. ويظهر هذا جلياً من خلال مطالعة أقوال فقهاء المالكية في هذا الشأن وبيان التنظيم القانوني لآلية العقاب لمن يخل بهذا الموضوع.

قال القرطبي: «قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ﴾⁽²⁶⁾ نهي، ﴿فَيَسُبُّوا اللَّهَ﴾ جواب النهي. فنهى سبحانه المؤمنين أن يسبوا أو يثامهم، لأنه علم إذا سبوا نفر الكفار وازدادوا كفراً، قال ابن عباس: قالت كفار قريش لأبي طالب: إما أن تنهي محمداً وأصحابه عن سب آلهتنا والغض منها وإما أن نسب إلهه ونهجه، فنزلت الآية. الثانية - قال العلماء: حكمها باق في هذه الأمة على كل حال، فمتى كان الكافر في منعة وخيف أن يسب الإسلام أو النبي عليه السلام أو الله عز وجل، فلا يحل لمسلم أن يسب صلبانهم ولا دينهم ولا كنائسهم، ولا يتعرض إلى ما يؤدي إلى ذلك، لأنه بمنزلة البعث على المعصية وعبر عن الأصنام وهي لا تعقل ب«الذين» على معتقد الكفرة فيها»⁽²⁷⁾.

وقال ابن رشد: «أما من جحد ما نزل على نبي من الأنبياء، مثل أن يقول: إن الله لم ينزل التوراة على موسى بن عمران، أو الإنجيل على عيسى بن مريم، أو جحد نبوة أحد منهم، فقال: إنه لم يكن بنبي، فإنه كفر صريح إن أعلنه استتباب، فإن تاب وإلا قتل، وإن أسره حتى ظهر عليه قتل، ولم يستتب، لأنه حكمه، وحكم من سب رسول الله ﷺ أو أحداً من الأنبياء يقتل بلا استتابة فقوله في الرواية: ومن سب أحداً من الأنبياء والرسول أو جحد ما أنزل إليه، أو جحد منهم أو جحد ما جاء به، فهو بمنزلة من سب رسول الله ﷺ يصنع فيها ما يصنع فيه سواء، معناه في الذي جحد النبي، أو ما أنزل إليه مستسراً بذلك فعثر عليه، وأما إن كان معلناً بذلك غير مستسر به، فالحكم فيه أن يستتاب، فإن تاب وإلا قتل

(26) سورة الأنعام، الآية 108.

(27) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب

المصرية، القاهرة، 1384هـ - 1964م (61/7).

بسبب النبي ﷺ، أو أحد من الأنبياء، وبالله التوفيق»⁽²⁸⁾.

وجاء قانون الجزاء الكويتي ليؤكد هذا المعنى ويضع عقوبة لمرتكب هذا التحريم، حيث نص على أن: «كل من خرب أو أتلف أو دنس مكاناً معداً لإقامة شعائر دينية، أو أتى في داخله عملاً يخل بالاحترام الواجب لهذا الدين، وكان عالماً بدلالة فعله، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة وبغرامة لا تتجاوز ألف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين، يعاقب بنفس العقوبة كل من ارتكب فعلاً أدخل بالهدوء الواجب لاجتماع عقد في حدود القانون لإقامة شعائر دينية، قاصداً بذلك تعطيلها، أو الإخلال بالاحترام الواجب لها، أو تعدى دون حق على أي شخص موجود في هذا الاجتماع»⁽²⁹⁾، وأيضاً جاء مقرراً العقوبة التحريف والنشر لكتب الرسالات السماوية عندما نص على أن: «كل من خرب أو أتلف أو دنس مكاناً معداً لإقامة شعائر دينية، أو أتى في داخله عملاً يخل بالاحترام الواجب لهذا الدين، وكان عالماً بدلالة فعله، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة وبغرامة لا تتجاوز ألف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين، يعاقب بنفس العقوبة كل من ارتكب فعلاً أدخل بالهدوء الواجب لاجتماع عقد في حدود القانون لإقامة شعائر دينية، قاصداً بذلك تعطيلها أو الإخلال بالاحترام الواجب لها، أو تعدى دون حق على أي شخص موجود في هذا الاجتماع»⁽³⁰⁾.

وهنا يتبين مدى ملاءمة نظام الجزاء الكويتي فيما يتعلق بواقعة السخرية أو الاستهزاء بالرسالات السماوية، وكذلك موضوع نشر الكتب المحرفة ومدى توافق هذه العقوبات لنصوص وأحكام المذهب المالكي كما هو موضح عليه.

(28) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د. محمد حجي وآخرون، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1408هـ - 1988م، (16/416).

(29) المادة (109) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(30) المادة (113) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

المبحث الثاني نماذج من اتفاق القانون الجزائي الكويتي مع الفقه المالكي مسلماً لا عقوبة

ونعرض لذلك في المطالب الخمسة التالية:

المطلب الأول جريمة الرشوة

اتفقت النصوص النظامية مع الآراء الفقهية لمذهب الإمام مالك في جريمة الرشوة من حيث اعتبارها جريمة يعاقب عليها فاعلها، ووقع الاختلاف بينها في تفاصيل العقوبة، فالرشوة من الكبائر الملعون صاحبها، ولكن يجوز دفعها لدفع ظلم عند بعض المالكية، وإذا أخذها القاضي فهي سُحْتٌ، بل قال أكثر المالكية: إنه يكفر بذلك. فقال ابن الحاج: «رشوة الحاكم من السُّحْتِ»، وقال ابن مسعود: «من شفع لرجل ليدفع عنه مظلمة، فأهدى إليه هديةً، فقبلها فذلك السُّحْتِ»، فقيل له: كنا نرى أن السُّحْتِ الرشوة في القضاء، فقال⁽³¹⁾: ذلك الكفر، وتلا قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾⁽³²⁾، وإنما أراد أن من أكل الرشوة في القضاء أكل السُّحْتِ وكَفَرَ... فكل مال كسبه ذو الوجهة عند السلطان من ذوي الحوائج إليه بجاهه، فهو عند مالك رحمه الله سُحْتٌ، والقضاء فيه أن يرد إلى أصحابه، فإن لم يعلموا رفعه السلطان إلى بيت مال المسلمين⁽³³⁾، ورُوي أن النبي ﷺ قال: «هدايا العمال من السُّحْتِ»⁽³⁴⁾.

واستدل الإمام مالك وأصحابه على ذلك أيضاً بما ورد عن النبي ﷺ عند أحمد: عن

(31) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب التشديد في أخذ الرشوة، وفي إعطائها على إبطال حق (235/10)، ابن أبي شيبة، المصنف، كتاب البيوع والأقضية، في الوالي والقاضي يهدى إليه (443/4). قال

الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير، ورجاله رجال الصحيح. مجمع الزوائد (200/4).

(32) سورة المائدة، الآية 44.

(33) أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد العبدري الفاسي المالكي الشهير بابن الحاج (المتوفى: 737هـ)، المدخل، دار التراث، بدون طبعة وبدون تاريخ (159/2).

(34) الجرجاني، أبو أحمد بن عدي الجرجاني (المتوفى: 365هـ)، الكامل في ضعفاء الرجال، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، شارك في تحقيقه: عبد الفتاح أبو سنة، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ - 1997م، (458/1). قال ابن الملن: رواه الخطيب البغدادي في تلخيصه من رواية أنس إلا أنه قال السلطان بدل العمال، خلاصة البدر المنير، (431/2).

ثوبان، قال: «لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي والرائش»⁽³⁵⁾. يعني: الذي يمشي بينهما. وأيضاً: «عَنْ أَبِي حُمَيْدٍ السَّاعِدِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «هَذَا يَأِي الْعَمَالَ غُلُولٌ»⁽³⁶⁾.

وفي الأحاديث دليل على أن هدايا العمال والولاية والقضاة سحت، لأنه إنما يهدى إلى العامل ليغمض له في بعض ما يجب عليه أداءه، ويبخس بحق المساكين، ويهدى إلى القاضي ليميل إليه في الحكم، أو لا يؤمن من أن تحمله الهدية عليه⁽³⁷⁾.

وبالنظر في النصوص عند فقهاء المالكية نجد أن بعضهم قد فرّق بين حالة الراشي إن كان يدفع عن نفسه ضراً أو مظلمة، وبين إعطائه الرشوة يريد بها الحصول على حقوق غيره، قال الرعيّني: «قال ابن عيشون: أجاز بعضهم إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم على نفسه وكان محقاً وقال قبله، قال أبو بكر بن أويس: يحرم على القاضي أخذ الرشوة في الأحكام يدفع بها حقاً أو يشهد بها باطلاً، وأما أن يدفع بها عن مالك فلا بأس، ابن عيشون، وإن تبين له الحق فيمتنع من إنفاذه رجاء أن يعطيه صاحبه شيئاً ثم ينفذه له، فإن حكمه مردود غير جائز ويتخرج على أحكام القاضي الفاسدة إذا صادف الحق هل يمضي أم لا»⁽³⁸⁾.

ونذهب البعض الآخر منهم إلى أنه لا فرق في الحكم بين دفع الرشوة لدفع مظلمة، أو الحصول على حقوق الغير، فالحكم لديه مستقر وثابت وهو التحريم، قال أبو القاسم: «الرشوة لا يحل أخذها ولا إعطاؤها»⁽³⁹⁾.

وعلى وفق هذا الدرب نظم قانون الجزاء الكويتي حالات الرشوة، ووضع لها العقوبات اللازمة، لأنها من الأمراض التي تفتت في عضد المجتمع، وتضر بمصالح المواطنين، فكما ذهب فقهاء المالكية إلى أن ما يتحصل عليه المرتشي هو من السُّحت، نص القانون على أن:

(35) أحمد بن حنبل، مسند أحمد، المحقق: أحمد شاكر - حمزة الزين، ط 1، دار الحديث، 1416هـ-1995م. باب

مسند حديث ثوبان (380/45)، الحاكم، المستدرک على الصحيحين، كتاب الأحكام. وأما حديث ثوبان (115/4)، قال المنذري: (رواه الإمام أحمد والبخاري وفيه أبو الخطاب لا يعرف). الترغيب والترهيب (126/3)، وله طرق أخرى صحيحة عن أبي هريرة وعبد الله بن عمرو.

(36) أحمد، مسند أحمد، مسند حديث أبي حُمَيْدٍ السَّاعِدِيِّ (14/39). البيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب لا يقبل منه هدية (233/10). قال ابن الملقن: (رواه أحمد والبيهقي من رواية أبي حميد الساعدي بإسناد حسن). خلاصة البدر المنير (430/2).

(37) البيهقي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البيهقي الشافعي (المتوفى: 516هـ)، شرح السنة، المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الثانية، 1403هـ-1983م (498/5).

(38) محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي الحطاب أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المحقق: محمد يحيى بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي الشنقيطي، ط 1، دار الرضوان، عمان، الأردن، 1431هـ-2010م، (122/6).

(39) أبو القاسم، القوانين الفقهية (216/1).

«كل موظف عام طلب أو قبل، لنفسه أو لغيره، مالاً أو منفعة أو مجرد وعد بشيء من ذلك، مقابل القيام بعمل من أعمال وظيفته ولو كان العمل حقاً، أو الامتناع عن عمل من الأعمال المذكورة ولو كان غير حق، وكذا الامتناع عن عمل لا يدخل في اختصاص وظيفته، ولكنه يزعم أنه داخل فيه، فتعد رشوة الفائدة الخاصة التي تحصل للموظف أو لغيره من بيع متاع أو عقار بثمن أزيد من قيمته، أو شرائه بثمن أنقص منها، أو من أي عقد يتم بين الراشي والمرتشي، فيعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سبع سنوات وبغرامة تساوي ما أعطى أو وعد به، وتنفذ هذه العقوبات ولو ثبت أن الموظف كان عازماً على القيام بالعمل الذي وعد القيام به، أو على الامتناع عن العمل الذي وعد بالامتناع عنه»⁽⁴⁰⁾.

كما نص القانون على أن: «كل موظف عام قبل من شخص، أدى له عملاً من أعمال وظيفته، أو امتنع عن أداء عمل من أعمالها مالاً، أو منفعة بعد أداء العمل أو الامتناع عنه، بصفة مكافأة على ذلك، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة تساوي المال أو المنفعة، يعاقب بالعقوبات نفسها الشخص الذي قدم المال أو المنفعة والشخص الذي توسط في تقديمها»⁽⁴¹⁾، وجاءت بعض مواد لتبين أيضاً عقوبة المرتشي إذا لم يكن موظفاً عاماً، بأن كان في مهنة خاصة أو شركة، فنصت على أنه: «إن كان غير موظف، عوقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة تساوي ما أعطى أو وعد به، ويعد في حكم السلطة العامة كل جهة خاضعة لإشرافها»⁽⁴²⁾.

وجاء قانون الجزاء الكويتي ليضع الراشي في حكم واحد ولا يفصل في حاله إلا إذا قام بإبلاغ الجهات المختصة بالواقعة حيث نص على أنه: «يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة، كل شخص قدم للموظف العام مالاً أو منفعة أو وعداً بذلك، وقبل الموظف ما قدم له أو وعد به، ويعاقب بالعقوبات نفسها من يتوسط بين الراشي والمرتشي، ويعفى من العقوبة الراشي والمتوسط إذا أخبر السلطات العامة بالجريمة»⁽⁴³⁾.

(40) المادة (114) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(41) المادة (118) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(42) المادة (119) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(43) المادة (115) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

المطلب الثاني

الجنائية الخطأ

راعى قانون الجزاء الكويتي اتباع معايير العقوبة المقررة في الفقه المالكي، ولذا فقد قام بتطبيق عقوبات تعزيرية على مرتكب الفعل الخطأ على اختلاف حالاته، حيث إن المستقر عليه لدى فقهاء المالكية القواعد الآتية:

1- جنائية الخطأ لا تكون علماً على القصد، لأنَّ وصفها بكونها خطأ ينافي وصفها بالقصد⁽⁴⁴⁾، وعلى نفس المعنى سار قانون الجزاء الكويتي في تعريف الخطأ حيث قرر أنه: «يعد الخطأ غير العمدي متوافراً إذا تصرف الفاعل عند ارتكاب الفعل، على نحو لا يأتبه الشخص المعتاد إذا وجد في ظروفه، بأن اتصف فعله بالرعونة أو التفريط أو الإهمال أو عدم الانتباه، أو عدم مراعاة اللوائح، ويعد الفاعل متصرفاً على هذا النحو إذا لم يتوقع عند ارتكاب الفعل، النتائج التي كان في استطاعة الشخص المعتاد أن يتوقعها، فلم يحل دون حدوثها من أجل ذلك، أو توقعها ولكنه اعتمد على مهارته ليحول دون حدوثها فحدثت رغم ذلك»⁽⁴⁵⁾.

2- الخطأ والعمد في أموال الناس سواءً يوجب الغرامة⁽⁴⁶⁾.

3- الجنائيات الخطأ قد تقع على النفس أو ما دون النفس، ويكون الخطأ سبباً لتخفيف العقوبة⁽⁴⁷⁾، وفي هذا الصدد تطرق قانون الجزاء الكويتي لبيان العقوبة المقررة حال وجود الخطأ، فنص على أنه: «من قتل نفساً خطأ، أو تسبب في قتلها من غير قصد، بأن كان ذلك ناشئاً عن رعونة أو تفريط أو إهمال أو عدم انتباه، أو عدم مراعاة اللوائح، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تجاوز ثلاثة آلاف روبية، أو بإحدى هاتين العقوبتين»⁽⁴⁸⁾.

قال الرجراجي: «فإن كانت الجنائية خطأً فلا يخلو من أن تكون على النفس أو على الجراح»⁽⁴⁹⁾. وقال ابن عرفة: «وفي الجراح أي جراح الخطأ التي ليس فيها دية مقررة، أو

(44) أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المالكي (المتوفى: 536هـ)، شرح التلقين، المحقق: سماحة الشيخ محمد المختار السلامي، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1997م، (571/2).

(45) المادة (44) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(46) المازري، شرح التلقين، (88/1/3).

(47) ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (250/4).

(48) المادة (154) من قانون الجزاء الكويتي رقم (1960/16).

(49) علي بن سعيد الرجراجي أبو الحسن، مناهج التَّحْصِيلِ ونتائج لطائف التَّأْوِيلِ في شرح المدونة وحلِّ مُشْكَلَاتِهَا، المحقق: أبو الفضل الدمياطي، ط1، مركز التراث الثقافي المغربي، دار ابن حزم، 1428هـ -

م، 2007 (397/6).

العمد التي لا قصاص فيها، وليس فيها شيء مقدر، كعظم الصدر وكسر الفخذ حكماً، أي شيء محكوم به، يحكم به الحاكم العارف، وبينها بقوله بنسبة، أي مصورة بمثل نسبة نقصان الجناية»⁽⁵⁰⁾. ولكن قانون الجزاء الكويتي سلك مسلكاً آخر وهو توقيع عقوبة الحبس على فعله ورعوته، فنص على أن: «كل من أحدث بغيره أذى بليغاً، برمييه بأي نوع من أنواع القذائف، أو بضربه بسكين أو أية آلة خطيرة أخرى، أو بقذفه بسائل كاوي، أو بوضعه هذا السائل، أو أية مادة متفجرة في أي مكان يقصد إيذائه، أو بمناولته مادة مخدرة، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات، ويجوز أن تضاف إليه غرامة»⁽⁵¹⁾.

المطلب الثالث

جريمة الاختلاس والنصب

اتفقت نصوص قانون الجزاء الكويتي مع نصوص أقوال المذهب المالكي في بعض الأحكام، واختلفت معها في بعض الأحكام الأخرى، فمما اتفقت فيه النصوص: نص فقهاء المالكية على عقوبة من يقوم بالحصول على أموال الناس ويتلفها من التجار أو غيرهم، حيث قال ابن بزيمة المالكي: «وقد سئل مالك عن التجار الذين يأخذون أموال الناس ثم يقولون ذهبت منا، ولا يعرف ذلك، فقال: يحبسون حتى يوفوا الناس حقوقهم، أو يتبين أنه لا شيء له، قال: فهذا لا يعرف ولا يجعل سراحهم حتى يستبرأ أمرهم، وفي كتاب محمد، وابن حبيب عن مالك: وأرى أن يخرج هؤلاء من السوق»⁽⁵²⁾.

وجاء في قانون الجزاء الكويتي ما يتفق مع مذهب الإمام مالك، حيث جاء في مواده: «كل من اختلس مالاً منقولاً مملوكاً لغيره، بنية امتلاكه يعد سارقاً، ويعد اختلاساً كل فعل يخرج به الفاعل الشيء من حيازة غيره دون رضائه، ولو عن طريق غلط وقع فيه هذا الغير، ليدخله بعد ذلك في حيازة أخرى، ولا يحول دون وقوع السرقة كون الفاعل شريكاً على الشيوع في ملكية الشيء»⁽⁵³⁾.

وبهذا يتضح مدى الموافقة والملاءمة بين قانون الجزاء الكويتي والأحكام الشرعية عند المالكية فيما يتعلف بإتلاف أموال الغير، وهو توافق يراعي مصلحة الفرد والمجتمع، ويبيّن مدى مسؤولية كل فرد عن تصرفاته وتحمل تبعاتها.

(50) ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (269/4).

(51) المادة (161) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(52) عبد العزيز بن إبراهيم بن بزيمة التونسي، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، المحقق: عبد اللطيف زكاغ، ط1، 1431هـ - 2010م، (1127/2).

(53) المادة (217) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

ومما وقع فيه الاختلاف: اختلاف قول الإمام مالك مع قانون الجزاء الكويتي، فيما يتعلق بمبدأ المصادرة للأموال التي استحصل عليها الشخص جراء فعله المعاقب عليه، فذهب الإمام مالك وأصحابه إلى عدم جواز ذلك على الإطلاق، ولكن يجوز للسلطان حبس ماله عنه لفترة من الزمن حتى يقر أو يرد أموال الغير، فقال مالك: «وأما التعزير بأخذ المال فلا يجوز إجماعاً، وما روي عن الإمام أبي يوسف صاحب أبي حنيفة من جواز التعزير للسلطان بأخذ المال، فمعناه كما قال البرادعي من أئمة الحنفية أن يمسك المال عنده مدة لينزجر ثم يعيده إليه، لا أنه يأخذ لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة، إذ لا يجوز أخذ مال مسلم بغير سبب شرعي، وفي نظم العمليات: ولم تجز عقوبة بالمال... أو فيه عن قول من الأقوال»⁽⁵⁴⁾.

وجاء قانون الجزاء الكويتي ليؤكد مبدأ المصادرة وأن مآلها يكون لوزارة المالية (بيت المال)، حيث نص على أن: «العقوبات التبعية والتكميلية المقررة في هذا القانون هي: 1- الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (68). 2- العزل من الوظائف العامة. 3- الحرمان من مزاولة المهنة. 4- إغلاق المحال العامة. 5- مراقبة الشرطة. 6- المصادرة»⁽⁵⁵⁾.

وبهذا يتضح الاختلاف بين قانون الجزاء الكويتي والأحكام الشرعية عند المالكية في مصادرة الأموال، وقد يكون سبب هذا الاختلاف نظرة كل منهما إلى غير ما نظر إليه الآخر في بناء هذا الحكم، فنظر القانون إلى أن مصادرة الأموال هو عقوبة مناسبة لهذه الجريمة ورادعة للغير من ارتكابها، ونظر فقهاء المالكية إلى أن مال الإنسان معصوم لا يجوز التعدي عليه، قال الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾⁽⁵⁶⁾. وقال النبي ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه»⁽⁵⁷⁾. قال المازري: «والتجارة حلال وأكل المال بالباطل حرام. فقد استثنى الشيء من غير جنسه لكون التجارة مباحة، وليست من أكل المال بالباطل»⁽⁵⁸⁾. ولا شك أن نظرة الشريعة لمصادرة الأموال هي الصواب والأولى.

(54) الشيخ أحمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ضبطه وصححه: محمد عبد السلام شاهين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ - 1995م، (505-504/4).

(55) المادة (66) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(56) سورة النساء، الآية 29.

(57) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم، وخذله، واحتقاره ودمه، وعرضه، وماله (1986/4).

(58) المازري، شرح التلقين (54/2).

المطلب الرابع

جريمة شهادة الزور

توافق قانون الجزاء الكويتي مع مذهب الإمام مالك بخصوص توقيع عقوبة على شاهد الزور والمدعي غير الحقيقة على الغير، ومن النصوص التي دلت على ذلك، قال الدردير: «عزر القاضي وجوباً شاهد زور، وهو من شهد بما لم يعلم، وإن صادف الواقع في الملاء، أي الجماعة من الناس بالضرب الموجه ببناء، أي مع نداء عليه والطواف به في الأسواق والجماعات، وإشهار أمره ليرتدع هو وغيره ولا يخلق رأسه، أو لحيته ولا يسخمه، أي وجهه بنحو سواد، أو طين»⁽⁵⁹⁾.

وقال خليل: «إذا ثبت عليه أنه يشهد بالزور، ويأخذ على شهادته الجعل رأيت أن يطاف به، ويشهر في المجالس والخلق وحيث ما يعرف جماعات الناس، ويضرب ضرباً موجعاً، ولا يخلق له رأس ولا لحية، ويكتب القاضي بشأته وما ثبت عنده كتاباً، وينسخه نسخاً يرفعها عند الثقات،... العقوبة المذكورة في المذهب سواء أخذ جعلاً أم لا، ولعل ابن عبد الحكم ذكر ذلك على الغالب، ونص مالك على أن التأديب بقدر ما يرى القاضي، وكذلك نص مالك على أنه يجلد، ولم يذكر عدداً. ابن الماجشون: بالسوط. ابن كنانة: ويكشف عن ظهره. مالك: ويطاف به في الأسواق والجماعات ويسجن، ولا أرى الحلق والتسخيم. ورأى ابن العربي أن يسود وجهه»⁽⁶⁰⁾.

وجاءت نصوص قانون الجزاء الكويتي لتقرر ضرورة عقوبة شاهد الزور مستندة في تسببها على رأي الإمام مالك، حيث ورد بقانون الجزاء ما نصه: «كل شخص كلف بأداء الشهادة أمام إحدى الجهات القضائية وأقسم اليمين، ثم أدلى ببيانات كاذبة وهو يعلم عدم صحتها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات، وبغرامة لا تجاوز ثلاثة آلاف روبية، أو بإحدى هاتين العقوبتين، ويعد في حكم الشاهد زوراً كل شخص يُكلف القضاء بعمل من أعمال الخبرة أو الترجمة، فيغير الحقيقة عمداً بأية طريقة كانت»⁽⁶¹⁾، كذلك ورد بالقانون: «كل شخص كلف بأداء الشهادة أمام جهة قضائية وأقسم يميناً بالتزام الحقيقة، فأدلى ببيانات كاذبة وهو يعلم عدم صحتها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة، وبغرامة لا تجاوز ألف روبية، أو بإحدى هاتين العقوبتين»⁽⁶²⁾.

(59) الدردير، الشرح الكبير (141/4).

(60) خليل بن إسحاق الجندي المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، المحقق: أبو الفضل الدمياطي، ط1، مركز التراث الثقافي المغربي - دار ابن حزم، الرباط، 1433هـ - 2012م، (419/7).

(61) المادة (136) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(62) المادة (136) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

فيلاحظ أن قانون الجزاء الكويتي استمد هذا القانون من الحكم الشرعي عند فقهاء المالكية، وهذا يبين مدى اعتماد القانون على الشريعة في سن أحكام الجزاء الكويتي.

المطلب الخامس

التزام الأدب في مجلس القضاء

اتفق القانون الجزائي مع الفقه المالكي في ضرورة ضبط أحوال القضاة أثناء عملهم، وضرورة معاقبة من يسئ الأدب معهم؛ حفظاً لكرامة وهيبة القضاء، ومن نصوص الفقه المالكي الدالة على ذلك: قال القرافي: «تأديب الخصوم، ففي الكتاب لا بأس بضرب الخصم إذا تبين لده (الخصومة الشديدة) وظلمه، قال ابن يونس: وكذلك إذا آذى القاضي نفسه لأن حرمة القاضي من حق الله، والأدب في هذا أمثل من العفو... فإن قال للقاضي اتق الله، قال ابن عبد الحكم: لا يضيق عليه في ذلك وليثبت، ويجيبه جواباً لينا، مثل رزقني الله تقواه، أو ما أمرت إلا بخير، ويبيّن له من أين يحكم عليه ولا يظهر غضباً. قال ابن القاسم: فإن قال ظلمتني، فذلك يختلف، فإن أراد بذلك أذى القاضي، والقاضي من أهل الفضل عاقبه؛ لأن حرمة من حرمة الله وحرمة رسوله ﷺ»⁽⁶³⁾.

وقال خليل: «تأديب من أساء عليه إلا في مثل اتق الله في أمري، فليرفق به»⁽⁶⁴⁾، وقال الزرقاني: «ندب له تأديب من أساء عليه، أي على القاضي العدل في مجلسه، وإن لزم منه الحكم لنفسه لانتهاك حرمة الشرع ولو بغير بينة؛ لأن هذه مما يستند فيه لعلمه، والعقوبة في هذا أولى من العفو»⁽⁶⁵⁾.

وقال عليش: «ندب تأديب الشخص الذي أساء، أي تعدى عليه، أي القاضي بمجلس حكمه بقوله له: ظلمتني أو جرت علي، ابن عبد السلام وظاهر كلام الإمام مالك أنه واجب، ويستند فيه لعلمه فيؤدبه، وإن لم تشهد عليه بيّنة، أما من أساء في غير مجلسه، وأراد تأديبه فلا يؤدبه بنفسه، وليرفعه لقاضٍ آخر، ويقيم عليه البيّنة إن أنكرها»⁽⁶⁶⁾.

وجاء قانون الجزاء الكويتي ليتفق مع نصوص المذهب المالكي، حيث قرر أن: «كل من أهان بالقول أو بالإشارة موظفاً أثناء تأدية وظيفته، أو بسبب تأديته لها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تجاوز ثلاثمائة روبية، أو بإحدى هاتين العقوبتين، فإذا وقعت الإهانة على محكمة قضائية، أو على أحد أعضائها أثناء انعقاد الجلسة، كانت

(63) القرافي، الذخيرة (74/10).

(64) خليل، مختصر خليل (218/1).

(65) الزرقاني، شرح الزرقاني (232/7).

(66) عليش، منح الجليل (275/8).

العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة، والغرامة التي لا تجاوز ألف روبية، أو إحدى هاتين العقوبتين»⁽⁶⁷⁾.

ومن هنا يتضح اتفاق مسلك القانون الجزائري باستقراء فقه الإمام مالك ومحاولة استخراج نصوص نظامية متفقة مع فقه الإمام رحمه الله .

(67) المادة (134) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

المبحث الثالث

نماذج من اختلاف القانون الجزائري الكويتي مع الفقه المالكي

نعرض في هذا المبحث لجوانب الاختلاف بين القانون الجزائري الكويتي مع الفقه المالكي، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

حالات العفو عن المتهم

اختلف قانون الجزاء الكويتي مع أقوال فقهاء المالكية فيما يتعلق بموضوع العفو عن المتهم، حيث قام المذهب بتفصيل هذه الجزئية، وبيان الحالات التي يجوز فيها العفو من عدمه، طبقاً لنوع الجريمة وحالاتها، بخلاف قانون الجزاء الذي لم يضع معايير للعفو بل أطلقها على العموم، ويتضح ذلك من خلال استقراء آراء المذهب المالكي التي هي كالتالي:

يجوز للإمام أن يعفو عن المحكوم عليه عند المالكية وذلك بشروط:

1- أن يتجرد الحق المحكوم به عليه من حق الأدمي، فإن تعلق بحق آدمي لزم عفو من له الحق قبل عفو الإمام. قال ابن رشد: «وسئل على المسلم يقتل المسلم عمداً الذي لا ولي له إلا المسلمون، أيجوز للإمام أن يعفو عن القاتل؟ قال: لا ينبغي له أن يهدر دم المسلم»⁽⁶⁸⁾.

2- ألا يكون العفو في حد من الحدود، إذ لا عفو ولا شفاعاة في الحدود. قال الرجراجي: «واختلف في القذف، هل تجوز فيه الشفاعاة أم لا تجوز؟ ولا تخلو الشفاعاة من أن تكون من المقذوف أو من غيره، فإن كانت من غيره، فلا أعرف في المذهب نص خلاف أنه لا تقبل، فإن كانت من المقذوف، فهل يجوز عفو عن القاذف أم لا؟ فالمذهب على أربعة أقوال كلها قائمة من «المدونة»: أحدها: أن العفو لا يجوز فيه جملة - بلغ الإمام أم لا - فظاهر هذا كله أنه حق لله، فلا يجوز فيه العفو جملة. والثاني: أنه يجوز فيه العفو جملة - بلغ الإمام أم لا - وهو ظاهر قوله في «كتاب السرقة»، و«كتاب الرجم» من «المدونة»، لأنه قال: يجوز العفو، وإن بلغ الإمام وسكت. الثالث: أنه يجوز العفو ما لم يبلغ الإمام، فإنه إذا بلغ الإمام، فلا يجوز فيه العفو، وإن أراد سترًا⁽⁶⁹⁾.

(68) ابن رشد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة (7/16).

(69) الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها (102/10).

3- ألا يكون العفو عن المُصْرِين على فسادهم المشتهرين في باطلهم، فلا تجوز الشفاعة لأمثالهم، ولا ترك السلطان عقوبتهم؛ لينزجروا عن ذلك، وليرتدع غيرهم بما يفعل بهم. قال الرعيني: «ويجوز العفو عن التعزير والشفاعة فيها إذا كان الحق لأدمي، فإن تجرد عن حق الأدمي وانفرد به حق السلطنة، كان لولي الأمر مراعاة حكم الأصلح في العفو والتعزير، وله التشفيع فيه إذا انتهى. وقال القاضي عياض في الإكمال في شرح قوله (اشفَعُوا تَوَجَّرُوا)⁽⁷⁰⁾: «والشفاعة لأصحاب الحوائج والرغبات عند السلطان وغيره مشروعة محمودة، مأجور عليها صاحبها، بشهادة هذا الحديث وشهادة كتاب الله بقوله ﴿مَنْ يَشْفَعْ سَفْعَةً حَسَنَةً﴾⁽⁷¹⁾ على أحد التأويلين، وفيه أن معونة المسلم في كل حال لفعل أو قول فيها أجر، وفي عمومها الشفاعة للمذنبين، وهي جائزة فيما لا حد فيه عند السلطان وغيره، وله قبول الشفاعة فيه والعفو إذا رأى ذلك، كما له العفو عنه ابتداءً، وهذا في من كانت منه الفتلة والزلة، وفي أهل الستر والعفاف، أو من طمع بوقوعه عند السلطان، والعفو عنه من العقوبة أن تكون له توبة، وأما المُصْرُونَ على فسادهم المشتهرون في باطلهم فلا تجوز الشفاعة لأمثالهم، ولا ترك السلطان عقوبتهم؛ لينزجروا عن ذلك وليرتدع غيرهم بما يفعل بهم، وقد جاء الوعيد في الشفاعة في الحدود»⁽⁷²⁾.

بينما جاء قانون الجزاء الكويتي مخالفاً للمذهب المالكي فيما يتعلق بالحالات التفصيلية، فقد جاءت مواد القانون تنص على العموم، ومن هذه النصوص: «لا يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام إلا بعد تصديق الأمير، ويحق له من تلقاء نفسه العفو عن هذه العقوبة، أو استبدال غيرها بها»⁽⁷³⁾.

وهنا يتضح الفرق بين مذهب الإمام مالك وقانون الجزاء الكويتي، حيث جاء الأول على التفصيل، وبين ما هي حالات صحة العفو من السلطان، بينما جاء قانون الجزاء ليعطي الحق في العفو للسلطان على العموم بدون قيد، وأرى أن هذا فيه افتيات على حق الأدمي الذي أعطاه الله إياه، وقد يؤدي ذلك إلى انتشار الجريمة في المجتمع، فالقصاص مثلاً شرع من أجل إحياء الناس، فلو شرع العفو من غير أولياء الدم فقد يلجأون إلى أخذ الثأر.

(70) متفق عليه: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب التحريض على الصدقة والشفاعة فيها (113/2)، النسائي، سنن النسائي، كتاب البر والصلة والآداب، باب استحباب الشفاعة فيما ليس بحرام (2026/4).

(71) سورة النساء، الآية 85.

(72) الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (320/6).

(73) المادة (60) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

المطلب الثاني

عقوبة المحرض على الفعل

اختلف قانون الجزاء الكويتي مع الأحكام الفقهية المالكية المتعلقة بعقوبة المحرض على القتل: فالمحرض على القتل عند المالكية لا يأخذ مثل عقاب القاتل، واقتصر العقاب عندهم على أن يضرب مائة سوط ويسجن سنة، ومن النصوص الدالة على ذلك: قال ابن رشد: «لو أن رجلاً حراً أمر رجلاً حراً أن يقتل رجلاً فقتله، قال: يقتل القاتل ويضرب الأمر مائة سوط ويسجن سنة»⁽⁷⁴⁾. وقال الدسوقي: «سواء كان المأمور المكلف ابناً للأمر، أو متعلماً، أو أجنبياً اقتص منه، أي من المأمور فقط؛ إذ لا إكراه حقيقة عند عدم الخوف، وضرب الأمر مائة وحبس سنة»⁽⁷⁵⁾. قال ابن شاس: «أمر من لا خوف على المأمور في مخالفته فإنه لا يلحق بالإكراه، فليقتل المأمور دون الأمر، ويضرب الأمر ويحبس»⁽⁷⁶⁾. وقال عليش: «إن لم يخف المأمور بقتل المعصوم ظمناً من الأمر اقتص بضم الفوقية منه، أي المأمور وحده، وضرب الأمر مائة وحبس سنة»⁽⁷⁷⁾. بينما جاء قانون الجزاء الكويتي ليقرر أنه: «يُعد شريكاً في الجريمة قبل وقوعها من حرّض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة، فوقع بناء على هذا التحريض»⁽⁷⁸⁾. وعلى هذا يتضح الخلاف بين الفقه المالكي وقانون الجزاء الكويتي فيما يتعلق بعقوبة المحرض على القتل.

المطلب الثالث

جريمة الزنا وضوابط ثبوتها

اختلف قانون الجزاء الكويتي مع الآراء الفقهية المالكية في تفصيل جريمة الزنا وضوابط ثبوتها، فقد قررت الأحكام الشرعية وجوب توافر أدوات الإثبات من إقرار أو بيّنة أو حمل لإقامة الحد، ولكن جاء القانون الجزائري ليبيّن أن جريمة الزنا تثبت بوجود حالة تلبس لا غير، وكذلك هناك اختلاف واضح في آلية تعامل الفقه المالكي في تطبيق العقوبة وسير الدعوى وإجراءاتها، وبين قانون الجزاء الكويتي، فالأخير أعطى للزوج حق التنازل عن الدعوى بعد تحريكها في أي وقت، بينما الأحكام الشرعية طبقاً للمذهب المالكي نظرت

(74) ابن رشد، البيان والتحصيل (306/16).

(75) الدسوقي، حاشية الدسوقي (246/4).

(76) ابن شاس، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي (المتوفى: 616هـ)، عقد الجواهر الثمينة، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1423هـ - 2003م، (1094/3).

(77) عليش، منح الجليل (28/9).

(78) المادة (48) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

إلى الواقعة من الناحية الشرعية، فطالما وصل الأمر إلى الحاكم فلا تصالح، ويجب تطبيق الحد، وكذلك ذهب فقهاء المالكية إلى ضرورة وجود زواج فعلي لدرء هذه المفسدة الأخلاقية، التي تضيع بسببها الأنساب وتختلط، فكانت ضوابط ثبوت واقعة الزنا عند المالكية لتطبيق الحد الشرعي ما يلي:

أولاً- أن يقر الزاني على نفسه مرة واحدة:

جاء في المدونة: «قلت أرأيت الإقرار بالزنا، أيقم مالك الحد في إقراره مرة واحدة، أم حتى يبلغ أربع مرات؟ قال: قال مالك: إذا أقر مرة واحدة أقيم عليه الحد، إن ثبت على ذلك ولم يرجع، قلت: والرجم والجلد في ذلك سواء، يقام عليه بإقراره مرة واحدة في قول مالك؟ قال: نعم»⁽⁷⁹⁾. واستدل على ذلك: بأن عموم الآيات والأحاديث في الزنا يقتضي المرة الواحدة، ولأن الإقرار في سائر الحقوق لا يفتقر إلى التكرار، فكذلك الزنا، ولأنه إقرار من مكلف بالزنا على نفسه، فوجب أن يلزمه به الحد، أصله إذا كرره⁽⁸⁰⁾.

ثانياً- البيّنة:

قال الثعلبي: «والأسباب التي يثبت بها الزنا ثلاثة، وهي: الإقرار والبيّنة وظهور الحمل.. وأما البيّنة فشهادة أربعة رجال عدول يشهدون مجتمعين، لا تراخي بين أوقات إقامتهم الشهادة على معاينة الزنا الواحد، ورؤية فرجه في فرجها كالمروء في المكحلة، وما جرى مجرى ذلك، فإن قصر عددهم في الابتداء، أو بوقوف أحدهم على الشهادة، أو برجوعه بعد إقامتها وقبل الحكم بها، لم يحد المشهود عليه، وحد الشهود كلهم، وإن كان ذلك بعد إقامة جميعهم الشهادة حد الراجع وحده»⁽⁸¹⁾.

واستدل على البيّنة بقوله تعالى: ﴿فَأَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِّنكُمْ فَإِن شَهِدُوا﴾⁽⁸²⁾، وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾⁽⁸³⁾.

ثالثاً- ظهور الحمل:

قال الخرشي: «وكذلك يثبت الزنا بظهور الحمل في حق المرأة حرة أو أمة، غير متزوجة، أي: لم يعرف لها زوج، وفي حق أمة سيدها منكر لوطنها، وتحد، قوله: متزوجة، أي:

(79) مالك، المدونة (482/4).

(80) القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة (1383/1).

(81) أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: 422هـ)، التلقين في الفقه المالكي، المحقق: ابي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1425هـ- 2004م، (198-197/2).

(82) سورة النساء، الآية 15.

(83) سورة النور، الآية 4.

بزواج يلحق به الحمل احترازاً مما إذا كان صبيّاً، أو مجبواً، أو ولدته لأقل من ستة أشهر من يوم العقد بكثير، فإنها بمنزلة من لا زوج لها فتحد، ولم يقبل دعواها الغصب بلا قرينة، يعني أن المرأة التي ظهر بها حمل، ولا يعرف لها زوج، أو كانت أمة، ولا سيد لها، أو لها سيد وهو منكر لو طئها، فإنها تحد، ولا يقبل دعواها الغصب على ذلك بلا قرينة تشهد لها بذلك»⁽⁸⁴⁾.

بينما جاء قانون الجزاء الكويتي ليقصص حالات ثبوت واقعة الزنا بحالة التلبس فقط، فنص على أن: «كل شخص متزوج - رجلاً كان أو امرأة - اتصل جنسياً بغير زوجة، وهو راضٍ بذلك، وضبط متلبساً بالجريمة يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات، وبغرامة لا تتجاوز خمسة آلاف روبية، أو بإحدى هاتين العقوبتين»⁽⁸⁵⁾، وجاءت نصوص القانون لتبين ما هي آلية رفع الدعوى، ومن له حق التنازل وكيفية، فقررت: «لا تقام الدعوى الجزائية على الزاني، رجلاً كان أو امرأة، أو على شريكه في الزنا، إلا بناء على طلب الزوج المجني عليه، ولهذا الزوج أن يوقف سير الإجراءات في أية حالة كانت عليها، كما أن له أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي برضائه واستمرار الحياة الزوجية، وإذا لم يطلب الزوج المجني عليه إقامة الدعوى الجزائية، أو أوقف سير الإجراءات، أو أوقف تنفيذ الحكم النهائي، لم تسر أحكام المادة 194»⁽⁸⁶⁾.

وجاءت الأحكام الشرعية لتبين أنه قد تتوافر حالة من حالات الإكراه على الزنا، وفي مثل هذه الحالات لا يعاقب من أكرهه على الزنا بالعقوبة المقدرة شرعاً، وهو نفس الحكم في القانون الجزائي، فقد استمد قانون الجزاء الكويتي هذا الحكم ضمناً، فقرر أنه لا بد من توافر الرضا النفسي لكلا الطرفين؟.

فمن نصوص فقهاء المالكية، قال الرجراجي: «فإن كانت المرأة هي التي أكرهته أن يزني بها ارتفع الحرج عنه في الزنا بها جملة، وإن كان غيرها هو المكره له على الزنا بها، لم يكن عليه إثم إلا من قبلها، ووجب عليه الأدب من أجل ذلك، كما وجب على الذي أكرهه على ذلك»⁽⁸⁷⁾.

(84) محمد بن عبد الله الخرشى المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101هـ)، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة - بيروت، بدون تاريخ (81/8).

(85) المادة (195) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(86) المادة (197) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16. المادة رقم 194: «كل من واقع امرأة بلغت الثامنة عشرة برضاها، ولم تكن ذات رحم محرم منه، وضبط متلبساً بالجريمة، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة واحدة وبغرامة ألف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويحكم بالعقوبة نفسها على المرأة التي رضيت بهذا الفعل».

(87) الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، (85/10).

وقال ابن عرفة: «فإن أكرهته المرأة على الزنا بها، فلا مهر لها، وإن أكرهه غيرها سقط حده، وغرم لها مهرها. قلت: ويرجع هو على الذي أكرهه»⁽⁸⁸⁾. وقال ميارة: «واختلف في الذي أكره غيره على أن يجامع، هل تجب الكفارة على فاعل الإكراه أو لا؟ التوضيح: والأقرب السقوط، لأنه متسبب، والمكره مباشر. فتكلم في التنبيهات على المكره بالفتح، وفي التوضيح على المكره بالكسر، وتكلم ابن الحاجب عليهما معاً في التوضيح»⁽⁸⁹⁾.

قال الزرقاني: «وفي تكفير مكره رجل... إلخ»، قول: فلا كفارة عليه للمكره بالفتح اتفاقاً... إلخ، في الاتفاق نظر، فقد نقل ابن الحاجب في وجوب الكفارة على المكره بالكسر قولين، واستقر ابن عبد السلام والمصنف السقوط، لأنه متسبب، والمكره بالفتح مباشر. لكن قال ابن عرفة: نقل ابن الحاجب وجوب الكفارة على مكره رجل على وطء، لا أعرفه إلا من قول اللخمي ومن قول ابن حبيب. فغاية الأمر أن المعتمد السقوط»⁽⁹⁰⁾.

وجاء قانون الجزاء الكويتي ليؤكد ذلك وأنه لا بد من توافر عنصر الرضا للطرفين لثبوت جريمة الزنا، عندما نص على أن: «كل من واقع امرأة بلغت الثامنة عشرة برضاها، ولم تكن ذات رحم محرم منه، وضبط متلبساً بالجريمة، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة واحدة، وبغرامة ألف روبية، أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويحكم بالعقوبة نفسها على المرأة التي رضيت بهذا الفعل»⁽⁹¹⁾. وتم تأكيد هذا العنصر في مادة أخرى بأن: «كل شخص متزوج - رجلاً كان أو امرأة - اتصل جنسياً بغير زوجته، وهو راضٍ بذلك»⁽⁹²⁾.

المطلب الرابع

تعريف السرقة وضوابط الحرز

اختلف قانون الجزاء الكويتي مع المذهب المالكي في تعريف جريمة السرقة، وبيان ماهية الحرز وطبيعته، وفي العقوبة المنفذة على السارق. ويظهر هذا الاختلاف من خلال مطالعة النصوص التالية، فمن نصوص المذهب المالكي: قال ابن رشد: «أخذ مال الغير

(88) محمد بن عرفة الورغمي التونسي (المتوفى: 803هـ)، المختصر الفقهي، المحقق: حافظ عبد الرحمن محمد الخير، ط1، (10/198).

(89) محمد بن أحمد ميارة المالكي (المتوفى سنة: 1072هـ)، الدر الثمين والمورد المعين، المحقق: عبد الله المنشاوي، ط1، دار الحديث، القاهرة، 1429هـ - 2008م، (475).

(90) عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري - محمد بن الحسن بن مسعود البناني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، المحقق: عبد السلام محمد أمين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ - 2002م، (373/2).

(91) المادة (194) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(92) المادة (195) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

مستتراً من غير أن يؤتمن عليه»⁽⁹³⁾، وجاء في تعريف الحرز: «هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه، فمرابط الدواب عند مالك أحران، وكذلك الأوعية، وما على الإنسان من اللباس، فالإنسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده»⁽⁹⁴⁾.

وجاء نص قانون الجزائي الكويتي في تعريف السارق بأنه: «كل من اختلس مالا منقولاً مملوكاً لغيره بنية امتلاكه يُعد سارقاً»⁽⁹⁵⁾، وجاء في مادة لاحقة لها ليضع تعريفاً أوسع من التعريف السابق حيث قرر بأنه: «يُعد سارقاً من يلتقط شيئاً مفقوداً بنية امتلاكه، سواء توافرت لديه هذه النية وقت الالتقاط أو بعد ذلك»⁽⁹⁶⁾، وهنا يتضح الخلاف بين قانون الجزاء الكويتي، والمذهب المالكي بخصوص تعريف جريمة السرقة، ومن ضمنها تعريف الحرز، فالقانون جعل أن كل ما يلتقطه الشخص سواء في حرز أو غيره، وهو يعلم أنه مملوك للغير وأخذه، ولو بدون نية تملك يعتبر سارقاً، لكن كانت أحكام الشريعة الإسلامية أكثر انضباطاً من أجل الحفاظ على المجتمع، فوضعت ضوابط لجريمة السرقة، ومتى يكون الفعل محرماً شرعاً ومعاقباً عليه ومتى لا يكون؟ فجعلت وصف الحرز من أهم معايير تعريف جريمة السرقة، فلا بد أن يكون المنقول المسروق قد حفظه صاحبه في مكان اعتاد الناس على حفظ هذا المنقول فيه، وليس كل ما يلتقط من الأرض يسمى سرقة.

وكذا هناك اختلاف واضح فيما يتعلق بالعقوبة بين المذهب المالكي وقانون الجزاء الكويتي، فالسرقة من الحدود وليس فيها تعزير بالحبس، بل هناك حد، وهو قطع يد السارق، بينما جاء قانون الجزاء ليبيّن أن عقوبة السارق هي الحبس، مختلفاً في ذلك مع الأحكام الشرعية، فقد روي عن النبي ﷺ في الصحيحين: «لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً»⁽⁹⁷⁾، قال القاضي عياض: «ورد في القرآن أن يقطع السارق، وهو أخذ المال على جهة الاستسراء، وشرع ذلك صيانة للمال، وينظر هاهنا في جنس المسروق وقدره وموضعه وسارقه، فأما جنس المسروق، فكل ما يملك وينتفع به ويحرز، ففيه

(93) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2004م، (756/1).

(94) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (233/4).

(95) المادة (217) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(96) المادة (218) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

(97) متفق عليه: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ (160/8). مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، صحيح مسلم، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، كتاب الحدود باب حد السرقة، (1312/3).

القطع»⁽⁹⁸⁾، بينما جاء قانون الجزاء الكويتي ليبيّن أن عقوبة السرقة هي الحبس، وهذا نصه: «يعاقب بالسرقة بالحبس مدة لا تجاوز سنتين، وبغرامة لا تجاوز ألفي روبية، أو بإحدى هاتين العقوبتين، إلا إذا نص القانون على غير ذلك»⁽⁹⁹⁾.

وفي ختام هذا البحث أود أن أبيّن أن الغرض من هذا البحث هو بيان بعض النقاط التي التقى فيها قانون الجزاء الكويتي، مع الآراء الفقهية للإمام مالك وأصحابه، وكانت نصوص النظام مستمدة من هذه الأحكام، وبالتأكيد هناك حالات أخرى توجد، ولكنها تحتاج إلى بحث أكثر استفاضة وشمولية، ليتسع المجال لبسط كافة أوجه الشبه والاختلاف بين قانون الجزاء الكويتي والآراء الفقهية للإمام مالك وأصحابه، ولعل غيرنا يتسع له مجال البحث بصورة أعم وأشمل لبيان هذه الأوجه .

(98) القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، المحقق: الدكتور يحيى إسماعيل، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر، القاهرة، 1419 هـ - 1998 م، (5/496).

(99) المادة (219) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16.

الخاتمة:

النتائج:

- من خلال النماذج السابقة يتضح أن: الادعاء أن هناك حرصاً من المشرع القانوني على التقارب مع الشريعة الإسلامية أو حتى مع أقوال الفقهاء الاستنباطية الاجتهادية كلام يدعمه بعض النماذج، لكنها لا تقوى على إثبات صحته إلا في القليل من الأحكام.
- ابتعد القانونيون عن ثوابت الشريعة الإسلامية القطعية كما هو في حَدِّي الزنا أو السرقة، ومن ثم فقد ابتعدوا أيضاً في الجرائم التعزيرية عن رأي القانون.

التوصيات:

- يوصي الباحث من بعده من الباحثين بدراسة أوجه التقارب والاختلاف بين القوانين الوضعية والأحكام الفقهية في هذه الجرائم التعزيرية، لما للموضوع من أهمية.

المراجع

أولاً- القرآن الكريم.

ثانياً- كتب الحديث:

- أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (المتوفى: 275)، حققه وضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه، شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي، سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية.

- أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: 385هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، سنن الدارقطني مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424هـ - 2004م.

- أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا المستدرک على الصحيحين، ط1، دار الكتب العلمية - بيروت، 1411هـ - 1990م.

- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي (المتوفى: 303هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، سنن النسائي، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1406هـ - 1986م.

- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، السنن الكبرى، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ - 2003م.

- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، المحقق: بشار عواد معروف محمود خليل، مؤسسة الرسالة، الموطأ، بيروت، 1412هـ.

- محمد بن عيسى بن سَوْرَة بن موسى بن الضحاک، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ)، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض، سنن الترمذي، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1395هـ - 1975م.

- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، صحيح البخاري، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ.

- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- مسند أحمد، باب مسند حديث ثوبان، وباب مسند حديث أبي حميد الساعدي.

ثالثاً- كتب الفقه المالكي:

- أبو الحسن علي بن سعيد الرجرجي، المالكي (المتوفى: 633 هـ)، تحقيق: أبو الفضل الدمياطي - أحمد بن علي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1428هـ.
- أبو عبد الله محمد بن محمد، المالكي (المتوفى: 737هـ)، المدخل، الفاسي، دار التراث.
- مالك بن أنس بن مالك الأصبجي، المالكي (المتوفى: 179هـ)، المدونة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ - 1994م.
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2004م.
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، حقه: د محمد حجي وآخرون، البيان والتحصيل، ابن رشد، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1408هـ - 1988م.
- أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: 422 هـ)، المحقق: حميش عبد الحق، المعونة على مذهب عالم المدينة، المكتبة التجارية.
- أبو محمد عبد الوهاب بن علي الثعلبي، المالكي (المتوفى: 422هـ)، المحقق: أبي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، التلقين في الفقه المالكي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1425هـ - 2004م.
- أبو العباس شهاب الدين أحمد، المالكي (المتوفى: 684هـ)، المحقق: جزء 1، 8، 13: محمد حجي، جزء 2، 6: سعيد أعراب، جزء 3-5، 7، 9-12: محمد بو خبزة الذخيرة، القرافي، ط1، دار الغرب الإسلامي - بيروت، 1994م.
- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي، المالكي (المتوفى: 1241هـ)، السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، القاهرة، بدون تاريخ.
- أبو عبد الله محمد بن علي المازري، المالكي (المتوفى: 536هـ)، المحقق: الشيخ محمد المختار السلامي، شرح التلقين، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 2008.

- حمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المالكي (المتوفى: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون تاريخ نشر.
- حمد بن أحمد بن محمد عيش، (المتوفى: 1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1409هـ-1989م.
- يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، المالكي (المتوفى: 463هـ)، المحقق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، الكافي في فقه أهل المدينة، ط2، مكتبة الرياض الحديثة، 1400هـ/1980م.
- محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، (المتوفى: 671هـ)، المحقق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ-1964م.
- محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي أبو القاسم (المتوفى: 741هـ). القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق ماجد الحموي، دار ابن حزم، 1434هـ، 2013م.
- محمد بن أحمد ميارة، المالكي، المحقق: عبد الله المنشاوي، الدر الثمين والمورد المعين (شرح المرشد المعين على الضروري من علوم الدين)، دار الحديث، القاهرة، 1429هـ-2008م.
- محمد بن محمد بن عرفة (المتوفى: 803هـ)، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، المختصر الفقهي، ط1، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، دبي، 1435هـ-2014م.
- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب الرعيني، المالكي (المتوفى: 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، بيروت، 1412هـ-1992م.
- محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101هـ)، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون تاريخ.
- محمد بن يوسف بن أبي القاسم المواق، المالكي (المتوفى: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ-1994م.
- عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري البناي، (المتوفى: 1099هـ)، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، حاشية البناي مع شرح الزرقاني على مختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ-2002م.
- عبد الله بن نجم بن شاس المالكي (المتوفى: 616هـ)، دراسة وتحقيق: د. حميد بن محمد

- لحمر، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1423هـ - 2013م.
- عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد بن بزيمة، المالكي (المتوفى: 673 هـ)، المحقق: عبد اللطيف زكاغ، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1431هـ - 2010م.
- عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، المالكي (المتوفى: 1099هـ)، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، أمين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ - 2002م.
- علي بن محمد الربيعي اللخمي، المالكي (المتوفى: 478هـ)، تحقيق: د. أحمد عبد الكريم نجيب، التبصرة، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الدوحة، 1432هـ - 2011م.
- خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: 776هـ)، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، التوضيح، ط1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الدار البيضاء، 1429هـ - 2008م.
- خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: 776هـ)، المحقق: أحمد جاد، مختصر خليل، ط1، دار الحديث، القاهرة، 1426هـ / 2005م.

رابعاً- الكتب القانونية:

- د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت، 2010.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
21	الملخص
22	تمهيد
24	المبحث الأول- نماذج من اتفاق القانون الجزائري مع فقه مالك مسلماً وعقوبة
24	المطلب الأول- تعدد الجناة في الجريمة عن طريق الاشتراك والمساهمة ووحدة المعاملة
25	المطلب الثاني- تعريف القتل وحالاته
26	المطلب الثالث- عقوبة الصبي غير المميز حال ارتكابه جنائية قتل
27	المطلب الرابع- تعدد العقوبة بتعدد ارتكاب أفعال مجرمة قانوناً
29	المطلب الخامس- التطاول على الأنبياء وسب الرسالات السماوية
31	المبحث الثاني- نماذج من اتفاق القانون الجزائري الكويتي مع الفقه المالكي لا عقوبة مسلماً
31	المطلب الأول- جريمة الرشوة
34	المطلب الثاني- الجنائية الخطأ
35	المطلب الثالث- جريمة الاختلاس والنصب
37	المطلب الرابع- جريمة شهادة الزور
38	المطلب الخامس- التزام الأدب في مجلس القضاء
40	المبحث الثالث- نماذج من اختلاف القانون الجزائري الكويتي مع الفقه المالكي
40	المطلب الأول- حالات العفو عن المتهم
42	المطلب الثاني- عقوبة المُحرِّض على الفعل
42	المطلب الثالث- جريمة الزنا وضوابط ثبوتها
45	المطلب الرابع- تعريف السرقة وضوابط الحرز
48	الخاتمة
49	المراجع

حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح في سوريا

د. فاطمة الظبيري*

الملخص:

كثيراً ما تتعرض الممتلكات الثقافية لعمليات تدمير ونهب خلال النزاعات المسلحة، وظهر هذا النوع من الجرائم بوضوح أثناء النزاع المسلح في سوريا، والذي استهدفت خلاله الجماعات المتطرفة مواقع تاريخية وأثرية بشكل خطير. يتناول البحث الحماية القانونية للممتلكات الثقافية أثناء الحرب الأهلية في سوريا، والتي تعتبر شكلاً من أشكال النزاعات المسلحة ذات الطابع غير الدولي.

خلال هذا النوع من النزاعات المسلحة، تنور إشكالية حول مدى إمكانية إلزام الجماعات المسلحة غير التابعة للدول باحترام قواعد القانون الدولي بشكل عام، وقواعد حماية الممتلكات الثقافية بشكل خاص. ويقوم البحث بدراسة قواعد القانون الدولي التي تحمي الممتلكات الثقافية خلال النزاعات المسلحة، مع التركيز على مسؤولية أطراف النزاع خلال النزاعات المسلحة ذات الطابع غير الدولي.

يستعرض البحث اتفاقية لاهاي لحماية الملكية الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام 1954 وبروتوكولها للوقوف على مسؤولية أطراف النزاع. كذلك يقوم البحث بدراسة أحكام العرف الدولي التي تقر بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، والذي بدوره يلزم جميع أطراف النزاع حتى تلك التي لا تعتبر طرفاً في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة.

وأخيراً، يتناول البحث قرارات مجلس الأمن التي تدين الانتهاكات الواقعة على الممتلكات الثقافية في سوريا وتفرض التزامات دولية بحماية الممتلكات الثقافية. إن هذه المنظومة من القواعد تؤكد على إصرار المجتمع الدولي على حماية التراث الثقافي الذي يعود للشعوب وللإنسانية جمعاء. ومع ذلك، فإن استمرار العمليات التدميرية الموجهة ضد الممتلكات الثقافية يستلزم المزيد من الحلول.

ويستنتج البحث وجود ثغرات قانونية لا بد من معالجتها من خلال تفعيل القواعد القانونية الموجودة، وكذلك العمل على صياغة قواعد قانونية مفصلة مخصصة للتصدي للعمليات الإرهابية التي تستهدف الممتلكات الثقافية.

كلمات دالة: اتفاقية لاهاي، التطهير الثقافي، العرف الدولي، حرب أهلية، اليونسكو.

* عضو هيئة التدريس، قسم القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة الكويت.

المقدمة:

بدأت الاضطرابات الداخلية في سوريا عام 2011، والتي بدورها أشعلت فتيل حرب أهلية لا تزال تداعياتها قائمة. وكما هي الحروب، فقد خلف النزاع المسلح في سوريا دماراً كبيراً، شمل الممتلكات الثقافية والمواقع الأثرية. لقد تعرضت الممتلكات الثقافية لعمليات تدمير ونهب بشكل غير مسبوق، مما أثار حفيظة المجتمع الدولي، ففي عام 2014 أصدرت منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو) تقريراً يشير إلى الخسائر التي تعرضت لها المنطقة من جراء عمليات التدمير والنهب. ووصفت المدير العام لليونسكو آنذاك إيرينا بوكوفا التدمير الذي وقع على الآثار في العراق وسوريا بوصوله إلى حد «التطهير الثقافي»⁽¹⁾، الأمر الذي يدل على تفاقم الوضع إلى درجة خطيرة.

يتناول هذا البحث القواعد القانونية لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية، مع التركيز على النزاع المسلح في سوريا. إن تركيز البحث على النزاع المسلح في سوريا دون غيرها من الدول التي تعاني ممتلكاتها الثقافية من انتهاكات مشابهة كالعراق يعود إلى تعقيد الوضع السياسي والنزاع المسلح في كل دولة على حدة. فأطراف النزاع تتعدد لكنها تختلف في كل حالة، الأمر الذي يستدعي دراسة تفصيلية عن الدور الفعلي لهذه الأطراف في حماية الممتلكات الثقافية أو إتلافها.

ينظر هذا البحث إلى أطراف النزاع في سوريا، والتي تشمل قوات تابعة لدول وقوات تابعة لجماعات مسلحة. فالقوات التابعة للدول تشمل قوات النظام السوري، وقوات التحالف التي تقودها الولايات المتحدة الأمريكية، وتلك التي تعود لروسيا. في حين أن الجماعات المسلحة تنقسم بشكل رئيسي إلى المعارضة السورية، والجماعات الإرهابية كتنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام الذي يعرف باسم «داعش»، ويسعى البحث إلى تحديد مسؤولية هذه الأطراف وفقاً لقواعد القانون الدولي التي تنظم النزاعات المسلحة.

إن أغلب النزاعات الحالية تتميز بأنها ذات طابع غير دولي، إذ تقع ضمن إطار دولة واحدة. وقد نظمت مجموعة من المعاهدات والقواعد الدولية حماية التراث الثقافي أثناء النزاعات المسلحة، وأهم هذه الاتفاقيات والتي يتناولها البحث بالتفصيل اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام 1954 (اتفاقية لاهاي) والبروتوكولين الملحقين بها. إلى جانب ذلك، يتطرق البحث إلى أهم الأحكام ذات الصلة الواردة في

(1) Heritage and Cultural Diversity at Risk in Iraq and Syria (Dec. 3, 2014) UNESCO, online: <http://www.unesco.org/culture/pdf/iraq-syria/IraqSyriaReport-en.pdf>, p. 3-4 (accessed 1 March 2019).

اتفاقيات جنيف لعام 1949 وكذلك العرف الدولي.

وتشير التجربة في سوريا إلى أن هذه القواعد الدولية لم تتمكن من وضع حد لتدمير الممتلكات الثقافية، خاصة لعمليات التدمير العمدي الواقعة على يد الجماعات الإرهابية. فقد استهدفت هذه الجماعات الممتلكات الثقافية السورية، وشمل هذا الاستهداف تدميراً لمواقع التراث الثقافي، وتخريباً ونهباً للقطع الأثرية والمكتبات ودور المحفوظات، ومن بين هذه العمليات، تدمير الكثير من الآثار الموجودة في تدمر، كالمعابد وقوس النصر وأجزاء من المسرح الروماني⁽²⁾. إن جرائم داعش هي شكل من أشكال تحطيم الأيقونات (Iconoclasm) الذي يستهدف الرموز والآثار ذات الأهمية التاريخية والثقافية لدوافع سياسية كوسيلة للقضاء على كل من يخالف معتقداته أو لا ينتمي إليه⁽³⁾. إن هؤلاء الذين يتعمدون إثارة القلاقل وتشويه الصورة الثقافية للدول والشعوب يصعب تصور التزامهم بقواعد القانون الدولي بشكل عام وقواعد حماية الممتلكات الثقافية بشكل خاص. ولذلك يطرح هذا البحث سؤالاً حول ما إن كانت هناك أوجه قصور تكمن في صعوبة تطبيق القواعد القانونية ذات الصلة، أو ما إن كانت القواعد القانونية الحالية غير كافية لردع جرائم الجماعات المسلحة ضد الممتلكات الثقافية.

يقدم هذا البحث دراسة نقدية للقواعد الدولية التي تحمي التراث الثقافي أثناء النزاعات المسلحة بهدف تطويرها أو تطوير أساليب تطبيقها، وذلك من خلال مبحثين، يتناول المبحث الأول الممتلكات الثقافية والنزاعات المسلحة، في حين يعالج المبحث الثاني النظام القانوني الدولي لحماية الممتلكات الثقافية.

(2) انظر «اليونسكو: تدمير تنظيم الدولة الإسلامية موقعين أثريين في تدمر جريمة حرب»، 20 يناير 2017، بي بي سي، الموقع الإلكتروني: www.bbc.com/arabic/middleeast-38689210، (تاريخ الاطلاع 1 مارس 2019).

Emma Cunliffe, No Longer Lost in the Wilderness: Cultural Property Crimes in Conflict, Journal of Eastern Mediterranean Archaeology & Heritage Studies, Volume 1, 2003, Pp.346

(3) Rebecca Knuth, Burning Books and Leveling Libraries: Extremist Violence and Cultural Destruction, Westport; London: Greenwood Publishing Group, 2006, Pp. 4-5.

المبحث الأول

الممتلكات الثقافية والنزاعات المسلحة

ما أن انتهت الحرب العالمية الثانية حتى سعت دول العالم نحو إضفاء حماية جدية على الممتلكات الثقافية⁽⁴⁾، فكانت أولى هذه الخطوات إنشاء منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو) في عام 1945⁽⁵⁾، التي ينص الميثاق التأسيسي لها على أنه: «لما كانت الحروب تتولد في عقول البشر، ففي عقولهم يجب أن تبنى حصون السلام»⁽⁶⁾. في هذه الجملة إشارة إلى أهمية التأسيس الثقافي كأداة للتغيير. ثم استطراد الميثاق بالإشارة إلى الحرب العالمية الثانية وويلاتها بالنص على أنه: «لما كانت الحرب العظمى المروعة التي انتهت مؤخراً قد نشبت بسبب التنكر للمثل العليا للديمقراطية التي تناهت بالكرامة والمساواة والاحترام للذات الإنسانية... فإن الدول الموقعة على هذا الميثاق... تقرر تنمية العلاقات ومضاعفتها بين الشعوب تحقيقاً لتفاهم أفضل بينها»⁽⁷⁾، وأن هذا المستقبل الأفضل يمكن تحقيقه من خلال تعاون أمم العالم في ميادين التربية والعلوم والثقافة من أجل «بلوغ أهداف السلم الدولي، وتحقيق الصالح المشترك للجنس البشري»⁽⁸⁾. إن الفترة الزمنية التي تم خلالها تبني ميثاق اليونسكو يعبر عن رغبة المجتمع الدولي في نبذ الحروب وإحلال التعاون الثقافي المتبادل بين أمم العالم.

وعلى الرغم من نبذ المجتمع الدولي للحروب، فإن الفترة التي تلت الحرب العالمية الثانية شهدت حروباً متعددة تعرضت خلالها الممتلكات الثقافية من مساجد وكنائس ومدارس إلى تدمير عمدي أو عرضي. ومنذ بداية الألفية الثالثة، فإن الانتهاكات الواقعة على الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة أخذت بالتفاقم، فأثناء العمليات العسكرية التي قادتها الولايات المتحدة الأمريكية في العراق عام 2003، تم فقدان عدد هائل من الممتلكات الثقافية وصل عددها حتى عام 2005 إلى حوالي 600 ألف قطعة أثرية. وعلى الرغم من عدم معرفة السراق على وجه التحديد، فإن الحكومة الأمريكية والتي كانت تسيطر

(4) Kanchana Wangkeo, Monumental Challenges: The Lawfulness of Destroying Cultural Heritage During Peacetime, Yale Journal of International Law, Volume 28, Issue 1, 2003, p.195.

(5) Poul Duedahl, Out of the House: On the Global History of UNESCO 1945-2015, in Poul Duedahl (ed), A History of UNESCO: Global Actions and Impacts, London: Springer, 2016, Pp. 4-6.

(6) ديباجة الميثاق التأسيسي لمنظمة اليونسكو لعام 1945.

(7) المرجع السابق.

(8) المرجع السابق.

سيطرة فعلية على شؤون العراق قد تقاعست عن حماية وصون الممتلكات الثقافية⁽⁹⁾. إن سرقة الممتلكات الثقافية شملت بلداناً أخرى مثل ليبيا وسوريا⁽¹⁰⁾، ولم تقف الجرائم الواقعة على الممتلكات الثقافية عند حد السرقة والنهب، بل امتدت إلى التدمير العمدي، والذي قامت به جماعات متطرفة في كل من العراق وسوريا. ففي هذه المرحلة، اجتمعت الكثير من أشكال الاعتداء المنهجي ضد التراث الثقافي. وتصف المديرية العامة لليونسكو السابقة إيرينا بوكوفا منهج «داعش» بأنه: «جزء من استراتيجية للتطهير الثقافي المتعمد تجري على نحو من العنف غير العادي»⁽¹¹⁾. فالثقافة وما تحويه من ممتلكات ملموسة وغير ملموسة متعلقة بذاكرة وهويات الشعوب تستغلها «داعش» بغرض طمس التعددية الثقافية، بالإضافة إلى استغلالها كأداة للإثارة والزعزعة على المستوى الأمني وخلق جو من الكراهية والحياة العارية⁽¹²⁾، التي تخلو من معان للجمال والمعرفة والترابط⁽¹³⁾.

إن مجموع هذه الجرائم وتحديدًا الواقعة في منطقة بلاد ما بين النهرين أدت إلى وصف المأساة الواقعة على التراث الثقافي بالتطهير الثقافي. يتناول هذا المبحث ثلاثة مواضيع رئيسية مقسمة على ثلاثة مطالب: أهمية التراث الثقافي في القانون الدولي؛ أطراف النزاع المسلح في سوريا؛ وصعوبة إلزام الجماعات المسلحة من غير المحاربين بقواعد القانون الدولي الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية.

(9) د. حيدر أدهم عبد الهادي، سرقة الممتلكات الثقافية العراقية في ضوء قواعد القانون الدولي، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، بغداد، العدد 4، عام 2012، ص 56. انظر كذلك:

Lawrence Rothfield, *The Rape of Mesopotamia*, Chicago: The University of Chicago Press, 2009, p. 137

(10) Laura C. Mallonee, *Why Is No One Talking About Libya's Cultural Destruction?*, 2 February 2015, Hyperallergic, online: <https://hyperallergic.com/179246/why-is-no-one-talking-about-libyas-cultural-destruction/> (accessed 1 March 2019).

(11) انظر: «مؤتمر اليونسكو يدعو إلى إنشاء مناطق ثقافية محمية في سوريا والعراق»، اليونسكو: الموقع الإلكتروني en.unesco.org/node/236066، (تاريخ الاطلاع 15 مارس 2019).

(12) الحياة العارية أو المجردة هو مصطلح يستخدمه الفيلسوف الإيطالي جورجيو أغامبين للإشارة إلى عيش حياة بيولوجية محضة بعيداً عن جودة الحياة وملاءمتها للمقاييس الإنسانية والفلسفية. انظر: Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Rome: Giulio Einaudi, 1995, p. 5

(13) د. علي خليل الحديثي، حماية الممتلكات الثقافية: دراسة تطبيقية ومقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص 7 و 10.

المطلب الأول

أهمية حماية التراث الثقافي في القانون الدولي

يولي القانون الدولي اهتماماً بالغاً لحماية الممتلكات الثقافية. فلهذه الممتلكات أهمية لا تحصر في قيم مادية، إذ تمتد أهميتها لتشمل قيماً روحانية وفكرية يعتز بها كل شعب باعتبارها جزءاً من ماضيه الذي لا ينفك عن حاضره. ففي صون الممتلكات الثقافية حماية للتراث الوطني للشعوب. فالممتلكات الثقافية هي نتاج المطامح الروحية والجمالية للشعوب، والتي في ضوئها تستوجب تعاوناً دولياً لحماية الممتلكات الثقافية⁽¹⁴⁾. ورغم منطقية أهمية صون الممتلكات الثقافية، فإن النزاعات السياسية والاقتصادية، بل والدينية بين شعوب الأرض، أدت إلى تدمير أجزاء من هذه الممتلكات الثقافية بشكل غير مقصود لكن بشكل أرعن كجزء من العمليات العسكرية، أو مقصود بقصد طمس هوية وتاريخ هذا الشعب أو ذلك. وفي الحالتين، فإن التدخل القانوني كان لازماً لصون الممتلكات الثقافية ليس فقط باعتبارها إرثاً وطنياً أو قومياً للشعوب، وإنما باعتبارها إرثاً للحضارة الإنسانية.

وتقوم اليونسكو بتقنين والإشراف على تنفيذ اتفاقيات دولية بشأن حماية الممتلكات الثقافية، فمن ضمن أهداف اليونسكو: «حماية التراث العالمي من الكتب والأعمال الفنية وغيرها من الآثار التي لها أهميتها التاريخية أو العلمية»، و«توصية الشعوب صاحبة الشأن بعقد اتفاقيات دولية»⁽¹⁵⁾. ومن أحد أهم الاتفاقيات التي أشرفت عليها اليونسكو هي اتفاقية لاهاي لحماية الملكية الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام 1954 (اتفاقية لاهاي)، والتي يصل عدد الدول الأعضاء الموقعة عليها 133 دولة⁽¹⁶⁾. وتعتبر اتفاقية لاهاي أولى الاتفاقيات الدولية التي تعنى بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، وقد وضعت هذه الاتفاقية الأساس للمفهوم القانوني للملكية الثقافية، إذ عرّفت المادة (1) من الاتفاقية الممتلكات الثقافية على الوجه التالي: «يقصد من الممتلكات الثقافية، بموجب هذه الاتفاقية، مهما كان أصلها أو مالکها ما يأتي: أ- الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية أو الفنية منها أو التاريخية، الديني منها

(14) المرجع السابق، ص 18.

(15) المادة الأولى الفقرة (2) ج من الميثاق التأسيسي لمنظمة اليونسكو.

(16) Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention, UNESCO, online:

www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13637&language=E&order=alpha, (acceded March 1, 2019).

أو الدنيوي، والأماكن الأثرية، ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية، والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية التاريخية والأثرية، وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة والمحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابق ذكرها».

لقد وضّحت اتفاقية لاهاي بأن الممتلكات الثقافية هي الممتلكات الثابتة والمنقولة التي تعود لـ «تراث الشعوب»، مهما كان أصلها أو مالكاها، ومهما كان الدين أو الحقبة التاريخية التي ترتبط بها. فوفقاً للاتفاقية، الممتلكات الثقافية تعود لجميع الشعوب بتعدد ثقافتها، تاريخها، ودياناتها معبرة بذلك عن إرث إنساني وعالمي مشترك. وقد نصت الاتفاقية بأن: «الأضرار التي تلحق بممتلكات ثقافية يملكها أي شعب كان تمس التراث الثقافي الذي تملكه الإنسانية جمعاء، فكل شعب يساهم بنصيبه في الثقافة العالمية» و«أن في المحافظة على التراث الثقافي فائدة عظيمة لجميع شعوب العالم وأنه ينبغي أن يكفل لهذا التراث حماية دولية»⁽¹⁷⁾. إن هذا التوجه يستوجب جهوداً مشتركة بين الدول والجماعات لحماية التراث الإنساني.

تعقد الدول اتفاقيات دولية طوعاً لحماية الممتلكات الثقافية، ومع ذلك هناك صعوبة في تنفيذ الالتزامات على أرض الواقع، فالدول تبرم الاتفاقيات الدولية بمحض إرادتها، ومع ذلك تكون في بعض الحالات غير قادرة أو غير راغبة في تنفيذ التزاماتها، فكيف هو الحال بالنسبة للجماعات المسلحة التي ليست طرفاً في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة. ففي ظل النزاعات المسلحة غير الدولية التي تسود وقتنا الحالي، فإن التحدي الأكبر يظهر في مدى إمكانية إلزام الجماعات المسلحة باحترام قواعد القانون الدولي التي تنظم النزاعات المسلحة وعلى وجه التحديد المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية.

المطلب الثاني

أطراف النزاع في سوريا

يعتبر النزاع المسلح في سوريا أحد أشكال النزاعات المسلحة غير الدولية، وقد جرى وصف النزاع في سوريا باعتباره حرباً أهلية، والتي تتنازع فيها مجموعات مسلحة ضمن بلد واحد⁽¹⁸⁾. ويوضح د. محمد محمود منطاوي أن: «الحروب الأهلية غالباً ما تُخاض دون مراعاة لقواعد القانون الدولي، وأنها عادة ما تدوم طويلاً. وينعكس ذلك

(17) ديباجة اتفاقية لاهاي لحماية الملكية الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام 1954.

(18) Katie Dicker, The Syrian Civil War, New York: Cavendish Square Publishing, 2018, p. 46.

على الآثار المدمرة التي تخلفها الحرب الأهلية على المدنيين والأعيان المدنية»⁽¹⁹⁾.

وبالنظر إلى النزاع المسلح في سوريا، فإننا نجد تعدد الأطراف المتنازعة، فإلى جانب القوات المسلحة التابعة للحكومة السورية، شاركت مجموعة من الدول بالهجمات العسكرية، أهمها قوات التحالف التي قادت الولايات المتحدة الأمريكية، والقوات الروسية. في المقابل نجد مجموعات مسلحة تابعة للمعارضة السورية كالجيش الحر، ومجموعات جهادية تمردية كتنظيم داعش وجبهة النصرة. وقد دخل النظام السوري في مفاوضات مع الجيش الحر⁽²⁰⁾، مما يمكن أن يُفهم معه الاعتراف للجيش الحر بصفة الثوار المحاربين. هذه الصفة لا يمكن إطلاقها على الجماعات الجهادية كداعش والتي تُصنف باعتبارها جماعات إرهابية متمردة.

يختلف دور كل من هذه الأطراف تبعاً لمشاركتهم بهجمات عسكرية مست عرضاً أو دمرت عمداً الممتلكات الثقافية، وإحدى صور تعريض الممتلكات الثقافية للخطر يتم عن طريق عسكريتها. إن إنشاء قواعد عسكرية أو وضع مقاتلين داخل أو حول الممتلكات الثقافية يؤدي إلى تعريض هذه الممتلكات إلى خطر تفجيرها عمداً أو عرضاً، بالإضافة إلى تحويلها إلى أهداف عسكرية كما سنبين لاحقاً عند عرض أحكام القانون الدولي ذات الصلة.

وفي سوريا، دمر تنظيم داعش العديد من التماثيل والمواقع الأثرية، كما سرق المتاحف والنصب التذكارية. ورغم أن تنظيم داعش هو الأكثر وحشية، إلا أنه ليس الوحيد في سلسلة الأحداث المأساوية ضد الممتلكات الثقافية، إذ تشير الإحصائيات إلى أنه منذ عام 2011 حتى 2016، بلغ عدد الانتهاكات الواقعة على المواقع التراثية مائة وواحداً، وقعت خمس وتسعون منها على أيدي جماعات جهادية متطرفة كداعش وجبهة النصرة⁽²¹⁾. إن أخطر ما تقوم به هذه الجماعات هو الاستهداف المتعمد للممتلكات الثقافية كاستراتيجية

(19) د. محمد محمود منطوي، الحروب الأهلية وآليات التعامل معها وفق القانون الدولي، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015، ص 9. د. بلال علي النصور و د. رضوان محمود المجالي، الوجيز في القانون الدولي الإنساني ما بين الاعتبارات القانونية والسياسية: جوانب نظرية وتطبيقية - دراسة بعض من النماذج الدولية المعاصرة، ط1، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 86-88. Jessica A. Stanton, Violence and Restraint in Civil War: Civilian Targeting in the Shadow of International Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 69

(20) «الجيش السوري الحر لـ CNN: المفاوضات مع روسيا فشلت.. والسبب مطلبهم»، منشور على الموقع الإلكتروني لسبي إن إن: <https://arabic.cnn.com/middle-east/article/2018/05/07/fsa-russia-negotiations-05/07/>، تاريخ الاطلاع 20 مارس 2019.

(21) «Culture Under Threat», The Antiquities Coalition, online: <https://theantiquitiescoalition.org/cultureunderthreat-smart-m-app/>, (accessed 15 March 2019).

للتطهير الثقافي⁽²²⁾، أما بالنسبة للحوادث الستة الأخرى، فإن الجهة التي قامت بها غير معلومة، مع احتمالية وقوعها على أيدي القوات المسلحة التابعة للجيش السوري⁽²³⁾، كذلك فإن الحوادث التي وقعت في السنوات اللاحقة لا تزال غير محددة، مع احتمالية تعدد الفاعلين بين الجماعات المتطرفة، الجيش السوري، وقوات الدول الأخرى كالولايات المتحدة الأمريكية وروسيا.

لقد استخدم الجيش السوري مواقع ثقافية لأغراض عسكرية، إذ تم إنشاء قواعد عسكرية في مدينة تدمر الأثرية وكذلك في قلعة الحصن في حمص وقلعة حلب⁽²⁴⁾. إن استخدام هذه المواقع الأثرية التي تُعد جزءاً من التراث الثقافي الواقع في الأراضي السورية لأغراض عسكرية أدى إلى تضررها بشكل بالغ إلى حد يتعذر إصلاحها في بعض الحالات. كما أن استخدام الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية أو تحويلها لساحة للقتال يتعارض مع أحكام القانون الدولي كما سنرى لاحقاً.

المطلب الثالث

صعوبة إلزام الجماعات المسلحة من غير المحاربين

تقع معظم النزاعات المسلحة في وقتنا الحاضر ضمن إطار النزاعات المسلحة غير الدولية، أي خارج إطار الحرب التقليدية المعلنة بين دولتين أو أكثر. ويوضح د. حازم محمد عتلم بأن هذا النوع من النزاعات يشمل حالات متنوعة يختلف القانون الدولي في التعامل معها، فحالات العنف والعصيان المسلح وغيرها من أشكال التمرد على الدولة تتشابه مع الحروب الأهلية⁽²⁵⁾، وقد أدرج البروتوكول الثاني لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف الأربع حالات النزاعات المسلحة غير الدولية التي تخضع لقواعد القانون الدولي

(22) روجر أوكيف وكاميل بيرون وتوفيق موساييف وآخرون، حماية الممتلكات الثقافية: دليل عسكري،

منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة والمعهد الدولي للقانون الإنساني، 2017، ص 11.
Kristy Campion, Blast through the Past Terrorist Attacks on Art and Antiquities as a Reconquest of the Modern Jihadi Identity, Perspectives on Terrorism is a journal of the Terrorism Research Initiative and the Center for Terrorism and Security Studies, University of Leiden, The Netherlands, February 2017, Volume 1, p.28

(23) Culture Under Threat, Op. Cit.

(24) Andrew E. Kramer and Sewell Chan, When Cultural Heritage is Caught in the Cross Hairs, New York Times, 18 May 2016, online: <https://www.nytimes.com/2016/05/19/world/middleeast/palmyra-russia-ancient-ruins.html>, (accessed 15 March 2019).

انظر أيضاً: "المديرة العامة لليونسكو تدين التواجد العسكري في مواقع التراث العالمي في سوريا وتدميرها"، الموقع الإلكتروني لليونسكو: <https://ar.unesco.org/news>، (تاريخ الاطلاع 19 مارس 2019).

(25) د. حازم محمد عتلم، قانون النزاعات المسلحة غير الدولية - القانون الدولي الإنساني: دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ص 209-211.

الإنساني. فتنص المادة الأولى على أنه:

1- «يسري هذا الملحق "البروتوكول" الذي يُطوّر ويُكمّل المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف المبرمة في 12 آب/أغسطس 1949 دون أن يُعدّل من الشروط الراهنة لتطبيقها على جميع المنازعات المسلحة التي لا تشملها المادة الأولى من الملحق "البروتوكول" الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب/أغسطس 1949، المتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة الملحق "البروتوكول" الأول والتي تدور على إقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة بين قواته المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى وتمارس تحت قيادة مسؤولة على جزء من إقليمه من السيطرة ما يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة، وتستطيع تنفيذ هذا الملحق "البروتوكول".»

2- لا يسري هذا الملحق «البروتوكول» على حالات الاضطرابات والتوتر الداخلية مثل الشغب وأعمال العنف العرضية وغيرها من الأعمال ذات الطبيعة المماثلة التي لا تعدّ منازعات مسلحة».

تنطبق هذه المادة على النزاعات المسلحة غير الدولية التي تنور في إقليم دولة ما بين القوات التابعة لجيشها وبين قوات تابعة لجماعة مسلحة تحت قيادة مسؤولة وأن تتم العمليات بصفة متواصلة ومنسقة. فإن اقتصر الصراع على توترات داخلية من شغب وأعمال عنف عرضية، فلا تنطبق القواعد المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف الأربع والملاحقين التابعين لها، فالاضطرابات الداخلية تخضع للقانون الداخلي للدولة.

وقد استبعدت المادة الأولى من البروتوكول الثاني لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف الأربع صراحة حالات الاضطراب الداخلي من شغب وأعمال عنف غير منظمة، والتي تندرج ضمنها عمليات الإرهاب والعصيان المسلح. وينتقد مجموعة من فقهاء القانون الدولي هذه الجزئية التي تتعلق باستبعاد الاضطرابات والتمرد من حالات النزاع المسلح غير الدولي، فالحروب الأهلية غالباً ما تكون شكلاً من أشكال العصيان والتمرد، ويرى البعض أن هذه الثغرة القانونية تُقلّل من فاعلية الحماية الدولية أثناء النزاعات المسلحة ذات الطابع غير الدولي والتي يكون الجناة فيها عصابات أو جماعات إرهابية⁽²⁶⁾.

(26) د. حازم محمد عتلم، مرجع سابق، ص 223-224.

Louise Arimatsu and Mohbuba Choudhury, Protecting Cultural Property in Non-International Armed Conflicts: Syria and Iraq, International Law Studies, Published by the Stockton Center for the Study of International Law, U.S. Naval War College, Volume 91, (2015), p. 644

Mackenzie Warner, The Last Poor Plunder from a Bleeding Land: The Failure of International Law to Protect Syrian Antiquities», Brooklyn Journal of International Law, Vol. 42, Iss.1, (2016), p. 504

ولأن التمييز بين النزاعات المسلحة الداخلية والتوترات الداخلية غير واضح، فقد قدمت لجنة الصليب الأحمر قائمة بالأفعال والظروف التي إن وقعت، فإنها تشكل نزاعاً مسلحاً ذا طابع غير دولي. ومن هذه الحالات: «أن يكون لدى المتمردين منظمة تدعي أنها تتمتع بخصائص الدولة»⁽²⁷⁾. إن هذه الجزئية تنطبق على تنظيم (داعش) الذي يدعي لنفسه أحقية إنشاء دولة إسلامية، والتي بدورها تسد وجه القصور حول التقليل من فاعلية الحماية الدولية أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية والتي تكون جماعات إرهابية وحشية طرفاً فيها.

مع ذلك تظهر إشكالية عملية تتمثل بصعوبة إلزام الجماعات المسلحة من غير المعترف لعناصرها بصفة المحاربين بأحكام القانون الدولي، وتحديدًا بعدم الإضرار بالمتلكات الثقافية. فعلى الرغم من معالجة القانون الدولي الإنساني لقواعد النزاعات المسلحة غير الدولية، وعلى الرغم من وجود اتفاقيات دولية بشأن حماية الممتلكات الثقافية، نجد أن بعض الجماعات المسلحة تتجاهل الأنظمة الدولية بما في ذلك واجب عدم المساس بالتراث الثقافي.

(27) الترجمة شخصية، وللمزيد حول الحالات التي عيّنتها منظمة الصليب الأحمر، انظر:

Jean S. Pictet (ed.), Commentary on the Third Geneva Convention, (Geneva: ICRC, 1960), p. 35–36.

المبحث الثاني

النظام القانوني الدولي لحماية الممتلكات الثقافية

إن أطراف النزاع في سوريا متعددون، وقد يتذرع بعضهم بأنهم ليسوا طرفاً في هذه الاتفاقية أو تلك. فوفقاً لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، فإن الاتفاقيات الدولية لا تلزم إلا أطرافها. وعلى سبيل المثال، تعد سوريا طرفاً في اتفاقية لاهاي وبروتوكولها الأول دون البروتوكول الثاني، وينطبق هذا الوضع على روسيا، في حين تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية طرفاً في اتفاقية لاهاي دون بروتوكولها، وفي المقابل لا تعتبر المملكة المتحدة طرفاً في أي من هذه الاتفاقيات الدولية⁽²⁸⁾. وعلى الرغم من عدم وجود حالات معلنة حول تورط القوات المسلحة التابعة للدول الأجنبية في تدمير الممتلكات الثقافية في سوريا، فإن الإشارة إلى مركز هذه الدول يظل مهماً في تذكير هذه الأطراف بالتزاماتها بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة.

ولا بد من الإشارة إلى أن عدم دخول بعض هذه الدول التي شاركت قواتها بغارات جوية وغيرها من أشكال استخدام القوة العسكرية لا يعني إعفاءها من الالتزامات الدولية بحماية وصون الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، إذ يأتي دور العرف الدولي الذي تطور بشكل تدريجي حتى وصل إلى مرحلة الإقرار بوجود التزامات دولية على جميع الدول باحترام الممتلكات الثقافية وعدم التعرض لها بالدمار أثناء النزاعات المسلحة، وهو ما سنبينه بالتفصيل.

وكما ذكرنا سابقاً، فإن الصعوبة الأكبر تكمن في مدى إمكانية إلزام الجماعات المسلحة غير الحكومية بأحكام القانون الدولي من اتفاقيات وعرف دولي. إن الكيانات غير الحكومية سواءً الشرعية والمعتزف بها كالنوار المحاربين، أو غير الشرعية كالجماعات الإرهابية، كلها لا ترقى لأن تحظى بالشخصية القانونية التي تتمتع بها الدول. ومع ذلك، فإن عدم الاعتراف الكلي أو الاعتراف النسبي بهذه الجماعات لا يعني انتفاء مسؤوليتها، فوفقاً للمادة (3) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، فإن جميع أطراف النزاع عليهم كحد أدنى الالتزام بالمعاملة الإنسانية. فتنص المادة المذكورة على أنه: «في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام التالية :

(28) State parties of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its two 1954 and 1999 Protocols – Status of ratification, 19 April 2016, UNESCO, online: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Ratification-status-by-region-with-dates-en_20160415_02.pdf, (accessed 20 March 2019).

1- الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، دون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون، أو الدين أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد أو الثروة أو أي معيار مماثل آخر.

ولهذا الغرض، تحظر الأفعال التالية فيما يتعلق بالأشخاص المذكورين أعلاه، وتبقى محظورة في جميع الأوقات والأماكن:

أ- الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية، وبخاصة القتل بجميع أشكاله، والتشويه، والمعاملة القاسية، والتعذيب.

ب- أخذ الرهائن.

ج- الاعتداء على الكرامة الشخصية، وعلى الأخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.

د- إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات دون إجراء محاكمة سابقة أمام محكمة مشكلة تشكياً قانونياً، وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتمدنة».

لم تنص المادة (3) المشتركة من اتفاقيات جنيف على تعريف واضح للنزاعات ذات الطابع غير الدولي، وقد ترك هذا القرار للأطراف أو للمنظمات المعنية، لكن تغير الوضع حينما تم إدراج تعريف مُقيد في البروتوكول الإضافي الثاني المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية لعام 1977، إذ عرفت الفقرة الأولى من المادة (1) النزاعات المسلحة غير الدولية باعتبارها تلك النزاعات: «التي تدور على إقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة بين قواته المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى وتمارس تحت قيادة مسؤولة على جزء من إقليمه من السيطرة ما يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة». واستطردت المادة (1) في الفقرة الثانية باستثناء «حالات الاضطرابات والتوتر الداخلية مثل الشغب وأعمال العنف العرضية النادرة وغيرها من الأعمال ذات الطبيعة المماثلة التي لا تعد منازعات مسلحة». وقد أريد من هذا الاستثناء منع التدخل الدولي في الشؤون الداخلية⁽²⁹⁾.

وعلى الرغم من أن سوريا ليست طرفاً في البروتوكول الثاني، فإن ما يهم موضوع هذا البحث هو تبيان مدى إمكانية إلزام الجماعات المسلحة بقواعد الحرب، وقواعد القانون

(29) Jiri Toman, Protecting Cultural Property in Armed Conflict: An Insight Into the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, UNESCO, Paris, 2009, p. 418.

الدولي الإنساني من عدمه. إن النصوص أعلاه تُبين بوضوح أن الجماعات القتالية، ومنها تنظيم (داعش)، الذي تقوم بعمليات عنف على نطاق واسع يجعلها طرفاً مسؤولاً على الصعيد الدولي وليس فقط الداخلي.

إن الالتزام الوارد في المادة (3) المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربع تقع على عاتق جميع أطراف النزاع، بمن فيها الجماعات المسلحة. ويكون هذا الالتزام أكثر وضوحاً حينما تقوم الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف بالمصادقة عليها، فهذه المصادقة تؤدي إلى إلزام حكوماتها ومواطنيها بالامتثال لأحكام المادة (3) المشتركة⁽³⁰⁾. فالجماعات المسلحة قادرة على تحمل الالتزامات الدولية الأساسية، مما يعني واجب التزامها بقواعد القانون الدولي وإلا تعرضت للمسؤولية⁽³¹⁾. كذلك، فإن مبدأ حظر استعمال القوة ملزم على كل من الدول والجماعات المسلحة غير الحكومية. فعلى سبيل المثال، فقد أقر مجلس الأمن بأن استخدام القوة بين كوريا الشمالية وكوريا الجنوبية قبل انقسامهما كدولتين مستقلتين أيضاً مشمول بالحظر⁽³²⁾. إن هذا الحظر يعني واجب الجماعات المسلحة التي لا ترتقي لأن تكون دولة باستخدام القوة ليس باعتبارها جريمة وفق القوانين الداخلية فقط، وإنما عمل غير مشروع وفق القانون الدولي. ورغم ذلك، تبقى الصعوبة في تنفيذ الالتزام بعدم التعرض للممتلكات الثقافية خاصة في مواجهة الجماعات الإرهابية.

ويأتي دور مجلس الأمن ليتدارك هذه الصعوبة العملية وليعزز من حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية. فعلى إثر التقارير التي نشرتها اليونسكو حول الانتهاكات الخطيرة التي وقعت ضد الممتلكات الثقافية في سوريا⁽³³⁾، قام مجلس الأمن بتبني قرارات تدين (داعش) والأطراف المشاركة في تدمير الآثار التاريخية في سوريا. إن تدخل مجلس الأمن من أجل حماية الممتلكات الثقافية دليل على الاعتراف الدولي بأهمية حماية الممتلكات الثقافية، خاصة وأن معظم هذه القرارات قد صدرت وفق الفصل السابع، مما يعني إلزاميتها.

ينقسم هذا البحث إلى أربعة مطالب، يتم فيها تناول اتفاقية لاهاي لحماية الملكية الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام 1954 وبروتوكولها الأول؛ البروتوكول الإضافي لعام 1977 الملحق باتفاقية لاهاي؛ أحكام العرف الدولي الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية؛ وأخيراً قرارات مجلس الأمن ذات الصلة.

(30) Pictet, idem, p. 36.

(31) William Thomas Worster, Relative International Legal Personality of Non-State Actors, Brooklin Journal of International Law 207 (2016), p. 214.

(32) UN Security Council Resolution regarding Complaint of aggression upon the Republic of Korea 82 (June 25, 1950).

(33) Reports, Observatory of Syrian Cultural Heritage, UNESCO, online: <https://en.unesco.org/syrian-observatory/damage-assessment-reports>, (accessed 15 March 2019).

المطلب الأول

اتفاقية لاهاي لحماية الملكية الثقافية في حالة النزاع المسلح

لعام 1954 وبروتوكولها الأول

تتمتع جميع الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة بحماية من الضربات العسكرية ومن عمليات النهب والتخريب. فقد فرضت اتفاقية لاهاي حماية على الممتلكات الثقافية ليس فقط أثناء النزاعات المسلحة بل وقبل نشوئها. فتوجب المادة (3) من الاتفاقية على أطرافها اتخاذ إجراءات وقائية أثناء السلم تكفل حماية الممتلكات الثقافية الواقعة على أراضيها. وأثناء النزاعات المسلحة، تنص المادة (4) من الاتفاقية على مجموعة من الالتزامات. فعلى الأطراف المتعاقدة الامتناع عن استعمال الممتلكات الثقافية الواقعة في أراضيها أو أراضي أطراف أخرى أو الأماكن المجاورة لها «لأغراض قد تعرضها للتدمير أو التلف في حالة نزاع مسلح». كذلك، على الأطراف المتعاقدة الامتناع عن شن عمليات انتقامية تمس الممتلكات الثقافية.

ورغم أهمية الالتزامات الواردة في المادة (4)، فقد ورد استثناء في الفقرة الثانية من ذات المادة من شأنه التقليل من فاعلية الحماية، ويتمثل بجواز التخلي عن الالتزام بالامتناع عن تعريض الممتلكات الثقافية للتلف في «الحالات التي تستلزمها الضرورات الحربية القهرية». ومبدأ الضرورات العسكرية منصوص عليه في اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949⁽³⁴⁾، وهو مبدأ يشوبه الغموض وعدم الدقة، الأمر الذي قد يتسبب في إساءة استعماله.

ويضع فقهاء القانون الدولي مجموعة من التعريفات التي تسعى للحد من إساءة استعمال هذا الاستثناء، فيوضح د. محمد عبد الواحد الفار المقصود بالضرورات العسكرية بأنها: "الأحوال التي تعرض أثناء سير العمليات العسكرية، ويحتم وجودها ارتكاب أحد أفراد القوات المسلحة أفعالاً بالمخالفة لقوانين وأعراف الحرب"⁽³⁵⁾، فيما يذهب د. رشيد العنزي إلى أن: الضرورة العسكرية تعد استثناء لا بد من تطبيقه في أضيق الحدود، فلا بد أولاً أن

(34) انظر على سبيل المثال المادة (8) من اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان لعام 1949؛ المادة (55) من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام 1949؛ والمادة (8) من البروتوكول الأول والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف لعام 1949.

(35) د. محمد عبد الواحد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 282.

يكون الهدف العسكري ذا طبيعة عسكرية، وأن تسهم بتحقيق ميزة عسكرية⁽³⁶⁾.

ويقع على القوات العسكرية تجنب استخدام الممتلكات الثقافية أو المناطق المحيطة بها حينما لا يكون هناك مبرر فعلي لاستخدامها، كذلك فإنه إذا كان يحتمل تضرر الممتلكات الثقافية من هذا الاستعمال مع انتفاء وجود ميزة عسكرية، فإن مقتضيات الضرورة العسكرية تكون منتفية، لأن الضرورة العسكرية لا تعني المصلحة العسكرية، إذ لا بد من بحث بدائل ممكنة تضمن إلى أقصى حد عدم الإضرار بالممتلكات الثقافية⁽³⁷⁾.

وبالإضافة لعمليات التدمير، حظرت اتفاقية لاهاي وبروتوكولها الأول عمليات السرقة والنهب، فوفقاً للفقرة الثالثة من المادة (4) من اتفاقية لاهاي، فإنه يقع على الأطراف المتعاقدة تحريم عمليات السرقة والإتلاف للممتلكات الثقافية والامتناع عن القيام بها. كذلك ركز البروتوكول الأول الذي تم تبنيه بالتزامن مع اتفاقية لاهاي على حماية الممتلكات الثقافية المنقولة من النهب أثناء النزاعات المسلحة. وتشمل الالتزامات الواردة في البروتوكول منع تصدير الممتلكات الثقافية من إقليم واقع تحت النزاع المسلح، وهذا الالتزام يقع على كل من دولة الإقليم والدول المحتلة⁽³⁸⁾. كما تشمل الالتزامات العمل على إعادة الممتلكات الثقافية إلى الأراضي التي سُرقت منها⁽³⁹⁾. كما أنه على الدول المحتلة التي فشلت بمنع تصدير الممتلكات الثقافية بإعادة هذه الممتلكات حتى وإن صارت هذه الممتلكات تحت حوزة أشخاص حسني النية. وفي هذه الحالة، على الدولة المحتلة بعد انتهاء الأعمال العدائية دفع تعويض لحائزي المنقولات بحسن نية⁽⁴⁰⁾. ورغم أهمية هذه الالتزامات، فقد تقاعست الكثير من الدول الأطراف عن تنفيذ هذه الالتزامات على نحو ثابت ومستمر⁽⁴¹⁾، ويمكن أحد أسباب هذا التقاعس في أن البروتوكول في المادة (9)

(36) د. رشيد العنزي، الأهداف العسكرية المشروعة في القانون الدولي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3، السنة 2007، ص 19-22. انظر أيضاً:
Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, Cambridge University Press, UK, 2006, p. 160.

(37) أوكيف، بيرون، وآخرون، مرجع سابق، ص 55-57.

(38) المواد (1) و(2) من الفصل الأول من البروتوكول الأول الملحق باتفاقية لاهاي الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في حال نزاع مسلح لعام 1954.

(39) المادة (3)، نفس المرجع.

(40) المادة 5، نفس المرجع.

(41) اتفاقية عام 1954 لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح وبروتوكولها، منظمة الصليب الأحمر، منشور ثقافي على الموقع الإلكتروني: <https://www.icrc.org/ar/document/protection-cultural-property>

event-armed-conflict-model-law، بتاريخ 18 ديسمبر 2014، (تاريخ الاطلاع 13 مارس 2019)،

سمح للدول وقت التوقيع أو التصديق أو الانضمام بالإعلان عن عدم التزامها بأحكام القسم الأول أو القسم الثاني من البروتوكول. ولا يوضح البروتوكول السبب من هذه الإجازة التي إلى حد كبير تُفرغه من فاعليته، وربما يعود السبب إلى رغبة الدول في تجنب التعقيد الذي يصاحب سرقة الممتلكات الثقافية المنقولة التي يتم بيعها، والتي قد تتعدد معها سلسلة البائعين والمشتريين ممن يزعمون حيازتهم لهذه الممتلكات الثقافية بحسن نية.

إن الالتزامات أعلاه تقع على الأطراف المتعاقدة في الاتفاقية، والسؤال يثور حول مدى التزام الجماعات المسلحة بأحكام الاتفاقية. تحدد المادتان (18) و(19) من اتفاقية لاهاي نطاق تطبيق الاتفاقية، والذي يتمثل بحالات الحرب أو الاحتلال المعلن، والنزاعات المسلحة غير الدولية. ففي حالات الاحتلال والحرب، فهناك وضوح بشأن أطراف النزاع المتمثلة بالدول، لكن تثار الإشكالية في مدى إمكانية إلزام الجماعات المسلحة غير الحكومية باحترام نصوص الاتفاقية وعدم الإضرار بالممتلكات الثقافية. لا بد أولاً من قراءة المادة (19) التي تنص على أنه: «1 - في حالة نزاع مسلح ليس له طابع دولي ينشب على أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يصبح على كل طرف في النزاع أن يطبق على الأقل الأحكام الخاصة باحترام الممتلكات الثقافية الواردة في هذه الاتفاقية. 2 - على الأطراف المتنازعة أن تحاول، بعقد اتفاقات خاصة، تطبيق باقي أحكام هذه الاتفاقية أو جزء منها...».

إن اتفاقية لاهاي ملزمة للأطراف الموقعة، إلا أن هذه المادة تحث على توسيع نطاق تطبيق الاتفاقية عن طريق عقد اتفاقيات خاصة بين الأطراف المتنازعة، بما فيها الجماعات المسلحة غير الحكومية. وهذا الالتزام على الرغم من أهميته، فإنه يتسم بالمثالية، فمن الناحية العملية، لا يتصور تجاوز جماعات إرهابية مسلحة مع الدول المتضررة لعقد اتفاقيات خاصة، إذ تعتمد مثل هذه الجماعات على عمليات التدمير والتخريب كاستراتيجية لزعة الأمن المحلي وإثارة حفيظة المجتمع الدولي. كما أن معظم الدول من حيث المبدأ ترفض التفاوض مع الإرهابيين، لذلك فإنه في ظل غياب اتفاق خاص بين الدول والجماعات المتنازعة تصبح اتفاقية لاهاي ملزمة بالنسبة لجانب واحد ألا وهو الدول. ولا شك بأن هذا الأمر من شأنه أن يقلل فاعلية حماية الممتلكات الثقافية من خطر الجماعات المسلحة.

المطلب الثاني

البروتوكول الثاني لعام 1999 الملحق باتفاقية لاهاي

بسبب ضعف فاعلية اتفاقية لاهاي وبروتوكولها الأول، تم تبني البروتوكول الثاني في عام 1999، وقد شمل نصوصاً تسد بعض الثغرات التي شابته اتفاقية لاهاي وبروتوكولها الأول. وقبل الخوض بالتفاصيل، فإنه لا بد من الإشارة إلى أن البروتوكول قد نص صراحة على انطباق أحكامه على النزاعات المسلحة غير الدولية التي تقع في أراضي أحد الأطراف⁽⁴²⁾. إن الصياغة اللغوية للالتزام الوارد في البروتوكول الثاني أكثر دقة من تلك الواردة في اتفاقية لاهاي، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (22) من البروتوكول الثاني بأنه: «ينطبق هذا البروتوكول في حالة نزاع مسلح لا يتسم بطابع دولي يقع داخل أراضي أحد الأطراف»، في حين تنص المادة (19) من اتفاقية لاهاي على أنه: «في حالة نزاع مسلح ليس له طابع دولي ينشب على أراضي أحد الأطراف... يصبح على كل طرف في النزاع أن يطبق على الأقل الأحكام الخاصة باحترام الممتلكات الثقافية الواردة في هذه الاتفاقية»، فالنص الوارد في اتفاقية لاهاي يشوبه بعض الإبهام مقارنة بالبروتوكول الثاني.

ورغم التقدم الذي أحرزه البروتوكول الثاني في النص صراحة على انطباق أحكامه على النزاعات المسلحة غير الدولية، إلا أن نطاق تطبيقه لا يزال ضيقاً، فالفقرة الثانية من المادة (22) تنص على عدم انطباق أحكام البروتوكول على «أوضاع الاضطرابات والتوترات الداخلية»، مما يعني عدم تنفيذ أحكام البروتوكول في مواجهة أعمال الإرهاب، والتي قد تشمل التدمير والتفجير المتعمدين.

ويفرض البروتوكول الثاني مجموعة من الاحتياطات أثناء الهجوم العسكري مع الأخذ بعين الاعتبار أي احتياطات أخرى ينص عليها القانون الإنساني الدولي، فوفقاً لنص المادة (7) من البروتوكول الثاني، على كل طرف في النزاع بذل العناية اللازمة للتحقق من عدم استهداف ممتلكات ثقافية محمية بموجب اتفاقية لاهاي؛ كما يجب على أطراف النزاع اتخاذ جميع الاحتياطات المستطاعة لتجنب الإضرار العرضي بممتلكات ثقافية محمية بموجب اتفاقية لاهاي، والامتناع عن شن هجوم يتوقع منه التسبب بأضرار مفرطة تتجاوز الميزة العسكرية المباشرة. إن المادة (7) من البروتوكول الثاني تضيف على الممتلكات الثقافية حماية أكثر فاعلية من خطر الهجمات العسكرية العرضية والعمدية بما

(42) المادة (22) من البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1999.

فيها المفرطة. ورغم أن المادة تشترط على أطراف النزاع بذل عناية دون تحقيق نتيجة، فإن البروتوكول يسعى من خلال هذه المرونة الموازنة بين المقتضيات العسكرية التي قد تخرج عن المخطط العسكري المراد تنفيذه، وبين حماية الممتلكات الثقافية.

وفي ذات التوجه، تُلزم المادة (8) من البروتوكول الثاني أطراف النزاع «إلى أقصى حد مستطاع» بإبعاد الممتلكات الثقافية المنقولة عن أماكن الأهداف العسكرية أو حمايتها في موقعها، وكذلك إبعاد الأهداف العسكرية عن المناطق التي تقع فيها الممتلكات الثقافية. ويؤخذ على الاتفاقية عدم وضع حد معين كحد أدنى لهذه المسافة. وقد نص قانون الآثار السوري على حظر إقامة المنشآت العسكرية على بعد نصف كيلو متر من الممتلكات الأثرية والتاريخية الثابتة⁽⁴³⁾. إن هذه المسافة المتمثلة بخمس مائة متر قد لا تكون كافية أثناء الاشتباكات المسلحة خاصة إذا تم استخدام الأسلحة الثقيلة التي قد تؤدي إلى تدمير عشوائي.

ولا بد من الإشارة إلى أن من أهم الأحكام التي جاء بها البروتوكول الثاني هو تنظيم استخدام مبدأ الضرورات العسكرية، فمبدأ الضرورة العسكرية كما هو وارد في المادة (4) من اتفاقية لاهاي يسمح للدول التخلي عن التزامها بعدم الإضرار بالممتلكات الثقافية. وكما ذكرنا سابقاً، فإن مبدأ الضرورة العسكرية يفترق إلى الوضوح والدقة، مما قد يؤدي إلى إساءة استغلاله، لذلك جاء البروتوكول الثاني ليحدد حالات الضرورة العسكرية كاستثناء على الالتزام بعدم التعرض للممتلكات الثقافية، إذ تنص المادة (6) من البروتوكول الثاني على أنه: «بهدف كفالة احترام الممتلكات الثقافية وفقاً للمادة (4) من الاتفاقية:

أ - لا يجوز التذرع بالضرورات العسكرية القهرية للتخلي عن الالتزامات عملاً بالفقرة 2 من المادة (4) من الاتفاقية من أجل توجيه عمل عدائي ضد ممتلكات ثقافية إلا إذا كانت، وما دامت:

1- تلك الممتلكات الثقافية قد حولت من حيث وظيفتها، إلى هدف عسكري.

2- ولم يوجد بديل عملي لتحقيق ميزة عسكرية مماثلة للميزة التي يتيحها توجيه عمل عدائي ضد ذلك الهدف.

ب - لا يجوز التذرع بالضرورات العسكرية القهرية للتخلي عن الالتزامات عملاً بالفقرة 2 من المادة (4) من الاتفاقية من أجل استخدام ممتلكات ثقافية لأغراض يرجح أن تعرضها لتدمير أو ضرر إلا إذا لم يوجد، ومادام لم يوجد، خيار ممكن

(43) المادة (26) من قانون الآثار السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 222 لعام 1963.

بين ذلك الاستخدام للممتلكات الثقافية وبين أسلوب آخر يمكن اتباعه لتحقيق ميزة عسكرية مماثلة .

ج - لا يتخذ قرار التذرع بالضرورات العسكرية القهرية إلا قائد قوة عسكرية تعادل في حجمها أو تفوق حجم كتبية، أو قوة أصغر إذا لم تسمح الظروف بغير ذلك .

د - في حالة هجوم يقوم بناءً على قرار يتخذ وفقاً للفقرة الفرعية (أ)، يعطى إنذار مسبق فعلي حيثما سمحت الظروف بذلك“ .

فالمادة أعلاه من البروتوكول الثاني تسمح باستثناءات في إطار الضرورة العسكرية هذه الاستثناءات تتمثل بحالات معينة تشمل: تحويل الممتلكات الثقافية «من حيث وظيفتها، إلى هدف عسكري»، فإذا قام أحد أطراف النزاع بتحويل الممتلكات الثقافية إلى معسكر للهجمات الحربية، فإن الطابع المدني للممتلكات الثقافية يتحول إلى طابع عسكري. ومع ذلك، فإنه يجب ألا يتخذ قرار ضرب الممتلكات الثقافية التي تحولت إلى هدف عسكري إلا إذا لم يكن هناك بديل متاح للحصول على ميزة عسكرية مماثلة .

كذلك لا يجوز القيام بضربات عسكرية إذا كان من المرجح أن تُعرض الممتلكات الثقافية إلى الخطر إلا إذا لم يكن هناك خيار متاح بين عدم الإضرار بالممتلكات الثقافية وبين تحقيق ميزة عسكرية مماثلة. وتقدير الميزة العسكرية مقصور على من في رتبة قائد عسكري والذي بيده وحده قرار استخدام القوة بناء على الضرورة العسكرية، على أن استخدام القوة يجب أن يتم قبله إعطاء إنذار مسبق كلما سمحت الظروف. فهذا الإنذار بمثابة فرصة أخيرة للطرف الآخر الذي حوّل الممتلكات الثقافية إلى هدف عسكري لتغيير موقفه العدائي وإخلاء الممتلكات الثقافية، مما يسمح بالتراجع عن قرار الضرب لعدم وجود الميزة العسكرية⁽⁴⁴⁾. ومما سبق يتبين أن البروتوكول الثاني لا يزال يسمح باستثناءات الضرورة العسكرية والتي قد تؤدي إلى الإضرار بالممتلكات الثقافية، إلا أنه ينظم استخدام هذه الاستثناءات بطريقة تحد من آثارها المدمرة.

المطلب الثالث

العرف الدولي

في ظل امتناع بعض الدول عن التصديق على أهم الاتفاقيات المطبقة أثناء النزاعات المسلحة، ولسد ثغرة عدم وجود التزام دولي تعاقدي، تُقرُّ أحكام العرف الدولي مجموعة من الالتزامات على أطراف النزاع والتي تهدف إلى حماية الممتلكات الثقافية.

(44) Warner, idem, p. 505.

ومن أهم هذه الالتزامات ما يُعرف بمبدأ التمييز بين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، ووفقاً لهذا المبدأ، على أطراف النزاع اقتصر الضربات على الأهداف العسكرية دون المدنية⁽⁴⁵⁾. ويُقصد بالأهداف العسكرية: «الأعيان التي تسهم إسهاماً فعالاً في العمل العسكري، سواء بطبيعتها أو موقعها أو غايتها أو استخدامها، والتي يحقق تدميرها كلياً أو جزئياً، أو الاستيلاء عليها، أو تعطيلها في الأحوال السائدة في حينه ميزة عسكرية مؤكدة»⁽⁴⁶⁾.

وبمفهوم المخالفة، فإن الأعيان المدنية هي جميع الأعيان التي ليست أهدافاً عسكرية. وقد ورد هذا التعريف للأعيان المدنية في المادة (52) من البروتوكول الإضافي الأول المتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف والذي ينطبق على النزاعات المسلحة الدولية. كذلك ورد هذا التعريف في المادة (2) من البروتوكول الثاني من الاتفاقية المتعلقة بحظر أو تقييد استعمال الألغام والأشراك الخداعية والنبائط الأخرى المعدل عام 1996، والمادة (1) من البروتوكول الثالث بشأن حظر أو تقييد استعمال الأسلحة المحرقة الملحق بالاتفاقية بشأن أسلحة تقليدية معينة لعام 1980، علماً بأن كلا البروتوكولين ينطبقان على النزاعات المسلحة غير الدولية.

وبناء عليه، تعتبر على سبيل المثال الأبنية والآثار التاريخية جزءاً من الأعيان المدنية التي يحظر استهدافها أثناء النزاعات المسلحة. وتجدر الإشارة إلى أن هذه القاعدة العرفية أيضاً واردة في المادتين (48) و(52) من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربع والمادة (3) من البروتوكول الثاني من الاتفاقية بشأن أسلحة تقليدية معينة، وكذلك البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهي لحماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة غير الدولية.

وهناك قاعدة عرفية أكثر تحديداً، والتي توجب احترام الممتلكات الثقافية بحد ذاتها. فطالما أن المباني مخصصة «لأغراض دينية أو فنية أو علمية أو تربية أو خيرية وبالآثار التاريخية»⁽⁴⁷⁾، وكذلك «الممتلكات ذات الأهمية العظيمة للتراث الثقافي لأي شعب»⁽⁴⁸⁾، فإنها تحظى بحماية قانونية. وهذه القاعدة لها قبول في المحاكم الدولية، إذ أخذ بها نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، معتبراً الخروج عليها جريمة حرب. فوفقاً

(45) القاعدة (7) من القانون الدولي الإنساني العرفي. انظر جون - ماري هنكرتس ولوييز دوزوالد - بك، القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول: القواعد، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2007، ص 23.

(46) القاعدة (8) من القانون الدولي الإنساني العرفي، المرجع السابق، ص 27.

(47) القاعدة 38 (أ) من القانون الدولي الإنساني العرفي، مرجع سابق، ص 114.

(48) القاعدة 38 (ب) من القانون الدولي الإنساني العرفي، مرجع سابق، ص 115.

للمادة (8) من نظام روما الأساسي، تعتبر جريمة حرب «تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية، والآثار التاريخية، والمستشفيات وأماكن تجمع المرضى والجرحى، شريطة ألا تكون أهدافاً عسكرية».

بناء على ما تقدم فإن على أطراف النزاع مجموعة من الالتزامات، تتلخص في التالي:
أولاً، وجوب تجنب الإضرار بالممتلكات الثقافية أثناء العمليات العسكرية⁽⁴⁹⁾، فإثناء العمليات القتالية الموجهة ضد أهداف عسكرية، لا بد من اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتجنب الإضرار بالممتلكات الثقافية.

ثانياً، حظر استخدام الممتلكات الثقافية لأغراض يرحح أن تعرضها للتدمير⁽⁵⁰⁾، ففي هذه الحالة، لا بد من اتخاذ الاحتياطات لتجنب التدمير العرضي.

ثالثاً، حظر الاستيلاء على المؤسسات المخصصة لأغراض ثقافية أو تدميرها عمداً، وحظر سرقة الممتلكات الثقافية أو تبيدها أو تخريبها⁽⁵¹⁾. فوفقاً لهذا الالتزام، تعتبر عمليات التدمير والتخريب العمدي، وكذلك السرقة أعمالاً محظورة وفق قواعد القانون الدولي العرفي.

وهناك استثناء يرد على هذه الالتزامات، والذي يتمثل «بالضرورة العسكرية». فإذا استخدمت الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية، فإنها تفقد صفتها المدنية، وبالتالي يمكن استهدافها وفقاً لمبدأ الضرورة العسكرية، والذي تناولنا مفهومه وحالاته حينما ناقشنا البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي.

ومن السوابق القضائية التي اعترفت بحماية الممتلكات الثقافية باعتبارها مصونة أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية وفق أحكام العرف الدولي قضية (بالسكيتش) المنظورة أمام المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة. فوفقاً لنص الحكم القضائي، فإن النزاعات المسلحة ذات الطابع غير الدولي تحكمها الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي، وإن «التفاعل بين هاتين المجموعتين من القواعد هو أن بعض قواعد المعاهدات أصبحت تدريجياً جزءاً من القانون العرفي. وينطبق هذا على المادة (3) المشتركة بين اتفاقيات جنيف لعام 1949، كما حكمت محكمة العدل الدولية (قضية نيكاراغوا، الفقرة 218)، وتنطبق أيضاً

(49) القاعدة 38 (أ) من القانون الدولي الإنساني العرفي، مرجع سابق، ص 114-115.

(50) القاعدة 39 من القانون الدولي الإنساني العرفي، مرجع سابق، ص 116.

(51) القاعدة 40 (أ) من القانون الدولي الإنساني العرفي، مرجع سابق، ص 118.

على المادة (19) من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية⁽⁵²⁾. فوفقاً لمنطوق الحكم، تعتبر المادة (19) من اتفاقية لاهاي، والتي تلزم جميع أطراف النزاع باحترام القواعد الواردة في الاتفاقية بشأن حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية، جزءاً من العرف الدولي. وعليه على الدول الموقعة وغير الموقعة على اتفاقية لاهاي وكذلك الجماعات المسلحة الالتزام وفق القانون الدولي العرفي باحترام الممتلكات الثقافية.

وتجدر الإشارة بأنه تم بالفعل إدانة عدد من الجناة أمام المحاكم الدولية بسبب الجرائم التي أوقعوها على الممتلكات الثقافية، فقد أدانت محكمة نورمبورغ مجموعة من الجناة بجرائم ضد الإنسانية بسبب سرقة ونهب ممتلكات ثقافية⁽⁵³⁾. كما أدانت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقا الضابط راتكو ملاديتش بجرائم ضد الإنسانية وانتهاك قواعد الحرب بسبب "التدمير المتعمد والوحشي للمباني الدينية والثقافية للمجتمعات البوسنية المسلمة والكرواتية-البوسنية، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، المساجد والكنائس والمكتبات والمباني التعليمية والمراكز الثقافية"⁽⁵⁴⁾. ويأتي مؤخراً حكم المحكمة الجنائية الدولية الذي أدان أحمد الفقي المهدي بجرائم حرب بسبب تدميره لمسجد وأضرحة في مالي⁽⁵⁵⁾. وعلى الرغم من أن أحكام المحاكم تعتبر من المصادر الاحتياطية في القانون الدولي، فإن وجود مثل هذه الأحكام دليل على اهتمام المجتمع الدولي بصون الممتلكات الثقافية.

المطلب الرابع قرارات مجلس الأمن

لقد أدى سوء الأحوال الإنسانية في سوريا إلى تدخل مضاعف لمجلس الأمن، إذ تجدر الإشارة بأنه سبق لمجلس الأمن التدخل في نزاعات سابقة حول الانتهاكات الواقعة على الممتلكات الثقافية، نذكر منها القرار 1483 لعام 2003 حول الحالة بين العراق والكويت، وفيه يطالب مجلس الأمن بـ«ضرورة احترام التراث الأثري والتاريخي والثقافي والديني للعراق»⁽⁵⁶⁾. كما يطالب الدول بإعادة الممتلكات الثقافية التي أخذت بصورة غير قانونية من العراق منذ عام 1990⁽⁵⁷⁾.

(52) الترجمة شخصية. للمزيد حول الحكم، انظر:

Prosecutor v. Dusko Tadić, IT-941--AR72, Appeals Chamber, Decision, ICTY, 2 October 1995, para 98.

(53) أوكيف وبيرون وآخرون، مرجع سابق، ص 20.

(54) الترجمة شخصية. للمزيد، انظر:

Prosecutor v. Slobodan Milošević, IT-0254--T, Amended Indictment, ICTY, 22 November 2002, para 42-C.

(55) Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, 01/12-01/15, Judgement and Sentence, ICC, 27 September 2016, para 11, 52, 61, 63.

(56) ديباجة قرار مجلس الأمن رقم 1483 (2003).

(57) الفقرة 7، المرجع السابق.

فتدخل مجلس الأمن في بداياته لم يرتبط بالارهاب. ومؤخراً، برز دور مجلس الأمن بشكل أكبر بعد استفحال الوضع في منطقة بلاد ما بين النهرين. ففي فبراير 2014، تبنى مجلس الأمن بالإجماع القرار رقم 2139، والذي سلط الضوء على المعاناة الإنسانية في سوريا، والدور السلبي للسلطات السورية في تفاقم الأمر، وهو ما أشارت إليه قرارات سابقة⁽⁵⁸⁾، لكن الجديد في قرار مجلس الأمن رقم 2139 هو التأكيد على حماية التراث والتنوع الثقافي في سوريا، فنص القرار رقم 2139 على دعوة "جميع الأطراف إلى وضع حد فوري لجميع أعمال العنف التي تؤدي إلى المعاناة الإنسانية في سورية، وإنقاذ التنوع الثري للمجتمع السوري وتراث سورية الثقافي الغني، واتخاذ الخطوات المناسبة لضمان حماية مواقع التراث العالمي في سورية"⁽⁵⁹⁾.

واستطرد قرار مجلس الأمن بمطالبة «جميع الأطراف باتخاذ كل الخطوات الملزمة لحماية المدنيين، بمن فيهم أفراد الجماعات العرقية والدينية والطائفية»⁽⁶⁰⁾. ورغم أن القرار قد خلا من فرض جزاءات، إلا أنه يعد خطوة مهمة في الاعتراف بمكانة التراث والتنوع الثقافي أثناء النزاعات المسلحة الداخلية، مع التشديد على دور السلطات المحلية في توفير الحماية.

وتشير الممارسة إلى أن استغلال الجماعات الإرهابية ضعف الأجهزة الأمنية في كل من العراق وسوريا وضعف الرقابة على الحدود البرية والبحرية، حيث أدى هذا الأمر إلى تهريب العديد من الممتلكات الثقافية إلى الخارج⁽⁶¹⁾. وإلى الآن لا يعرف العدد الدقيق لهذه السرقات، إلا أن صوراً مأخوذة عبر الأقمار الصناعية توضح تضائل حجم المواقع الأثرية وتزايد الثقب بها بشكل خطير⁽⁶²⁾. وإزاء هذا الخطر، أصدر مجلس الأمن قراراً لحماية الإرث الثقافي في العراق وسوريا.

(58) انظر قرار مجلس الأمن رقمي 2042 (2012) و2043 (2012).

(59) ديباجة قرار مجلس الأمن رقم 2139 (2014).

(60) المادة 9، المرجع السابق.

(61) رغم توجيه أصابع الاتهام بشكل رئيسي إلى الجماعات الإرهابية، فإن الاتجار غير المشروع بالآثار يعود تاريخه إلى ما قبل ظهور هذه الجماعات المتطرفة، إذ يشير تقرير صادر عن وزارة الثقافة السورية بأنه إلى جانب العصابات، فإن أفراداً عادييين يقومون بتهريب وبيع الآثار، ويوعز التقرير السبب في الانخراط في هذا النوع من الجرائم إلى قلة التوعية، الفقر، وعدم تطبيق القانون بصورة صارمة. انظر: "On the application of the 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property", 1 May 2015, State Part Report to the UNESCO by Syrian Arab Republic, Ministry of Culture - Directorate General of Antiquities and Museums, p. 5.

(62) المرجع السابق. انظر أيضاً:

Nordic Council of Ministers, Illicit trade in cultural artefacts: Stronger together: How can the Nordics join forces to stop the illegal import and export of cultural objects? (Copenhagen: Ministry of Culture, 2017) pp. 24 - 29.

ففي فبراير 2015، وتحت الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، أصدر مجلس الأمن بالإجماع القرار رقم 2199، والذي تناول فيه الهجمات ضد التراث الثقافي. كما يشمل أموراً متعلقة بالإدانة وأخرى بالالتزامات. فتنص المادة (15) منه على إدانة «التدمير الذي تعرّض له التراث الثقافي في العراق وسوريا لا سيما على يد تنظيم داعش وجبهة النصرة، سواء أكان هذا التدمير عرضياً أم متعمداً، ولا سيما فيما يتعلق بالتدمير الذي استهدف المواقع والممتلكات الدينية»، في حين تنص المادة (16) منه على إدانة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية على يد الجماعات الإرهابية التي تقوم بأعمال «نهب وتهريب التراث الثقافي بمختلف أنواعه، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، من مواقع أثرية ومتاحف ومكتبات ومحفوظات وغيرها من المواقع في العراق وسوريا». فالإدانة تشمل عمليات تدمير للمواقع الأثرية خاصة الدينية، وعمليات نهب واتجار بالممتلكات الثقافية من آثار وكتب ومخطوطات، والتي تتم على أيدي الجماعات الإرهابية في العراق وسوريا، وعلى رأسها تنظيم (داعش) و(جبهة النصرة).

ورغم أن مجلس الأمن قد أصدر قرارات سابقة يدين فيها العمليات الإرهابية لاسيما تلك التي تتم على أيدي تنظيم (داعش)⁽⁶³⁾، فإن دلالة القرار رقم 2199 (2015) تكمن في الاعتراف بأهمية حماية الإرث الثقافي والممتلكات الثقافية من أعمال التطرف الإرهابي. وفي هذا الشأن، اعتبر نائب الأمين العام للأمم المتحدة آنذاك يان إلياسون أن قرار مجلس الأمن يمثل خطوة تاريخية تعبر عن جدية المسؤولية في الحفاظ على التراث الثقافي من التطرف العنيف والذي بدوره «يرمي إلى تدمير حاضر الحضارة الإنسانية وماضيها ومستقبلها»⁽⁶⁴⁾. أما الالتزامات فتشمل دعوة جميع الدول الأعضاء لاتخاذ «التدابير المناسبة لمنع الاتجار بالممتلكات الثقافية العراقية والسورية، مما يتيح في نهاية المطاف عودتها الآمنة إلى الشعبين العراقي والسوري»⁽⁶⁵⁾، ونستشف من صياغة القرار أن الإرث الثقافي حق للشعوب تعمل الدول جمعاء على حمايته من جرائم الإتلاف والنهب.

لقد ركز القرار على منع الاتجار بالممتلكات الثقافية العراقية والسورية، وهو أمر حظرته اتفاقية اليونسكو بشأن الوسائل التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية لعام 1970، والتي تعتبر إحدى الاتفاقيات الجماعية واسعة

(63) قرار مجلس الأمن 2161 (2014).

(64) «المديرة العامة ترحب باعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة قرار «إنقاذ التراث الثقافي في العراق»، 29 مايو 2015 (تاريخ الاطلاع 11 مارس 2019)، اليونسكو، ديوان المديرة العامة، الموقع الإلكتروني: <www.unesco.org/new/ar/iraq-office/about-this-office/single-view/news/saving_the_cultural_heritage_of_iraq_director_gener/>.

(65) المادة (17) من قرار مجلس الأمن رقم 2199 (2015).

النطاق. ورغم ذلك، فإن قرار مجلس الأمن يؤكد من جديد على الالتزام بمنع الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية، وعلى العمل بشكل جماعي بين الدول والمنظمات الدولية لإعادة الممتلكات الثقافية إلى الشعبين العراقي والسوري. ولأن قرار مجلس الأمن أعلاه قد صدر تحت البند السابع من ميثاق الأمم المتحدة، فإنه يعد ملزماً⁽⁶⁶⁾.

كما يدعو قرار مجلس الأمن رقم 2199 (2015) في المادة (17) منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، والمنظمة الدولية للشرطة الجنائية، والمنظمات الدولية الأخرى، إلى تقديم المساعدة، حسب الاقتضاء لمنع الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية. وتشير المديرية السابقة لليونسكو على أهمية القرار في التأكيد على «ولاية عمل اليونسكو... في حماية وصون التراث الثقافي في جميع أنحاء العالم ودعم الدول الأعضاء في هذا المسعى»⁽⁶⁷⁾. وبلا شك فإن دور اليونسكو سيكون أكثر فاعلية حينما يتم التعاون الفعلي مع منظمات أخرى كمنظمة الشرطة الجنائية الدولية لملاحقة الجناة وإعادة الممتلكات الثقافية إلى موطنها.

وحول الجهود الفعلية لمنع الاتجار غير المشروع واسترداد الآثار المسروقة، يؤكد تقرير صادر عن وزارة الثقافة السورية في عام 2015 على أهمية التعاون بين الدول المتجاورة في المنطقة للحد من التهريب والاتجار بالممتلكات الثقافية. ويوضح التقرير بأنه منذ عام 2011 وحتى 2015، تمكن لبنان من إفضال حالات عديدة لتهريب الآثار السورية عبر حدودها، إذ صادر أكثر من 1000 قطعة أثرية وأعادها إلى سوريا⁽⁶⁸⁾. ورغم أهمية التعاون الدولي في هذا الشأن، فإن عودة أعداد من الممتلكات الثقافية لا يمكن أن يصلح الضرر الناجم عن الظروف المدمرة لإزالتها⁽⁶⁹⁾. لذلك فإن تشديد الحماية للمواقع الأثرية يتطلب جهوداً محلية ودولية أكثر فاعلية وشمولية لجميع النواحي القانونية، الاقتصادية، والاجتماعية.

وفي عام 2017، تبنى مجلس الأمن القرار رقم 2347، والذي يؤكد فيه من جديد على أهمية حماية التراث الثقافي من الإرهاب، ويُشدد على أن: «التدمير غير المشروع للتراث

(66) "Are UN resolutions binding?", 26 April 2018, UN Dag Hammarskjöld Library, online: <<http://ask.un.org/faq/15010>> (accessed 20 March 2019).

(67) «المديرية العامة ترحب باعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة قرار «إنقاذ التراث الثقافي في العراق»، مرجع سابق.

(68) "On the application of the 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property", Op. Cit.

(69) Neil Brodie, "Syria and its Regional Neighbors: A Case of Cultural Property Protection Policy Failure?", International Journal of Cultural Property, Cambridge University Press, UK, Volume 22, (2015), p. 324.

الثقافي، ونهب وتهريب الممتلكات الثقافية في حالات النزاع المسلح، ولا سيما من جانب الجماعات الإرهابية، ومحاولة حجب الجذور التاريخية ومنع التنوع الثقافي في هذا السياق يمكن أن توجب النزاع وتؤدي إلى تفاقمه وتعرقل المصالحة الوطنية بعد انتهاء النزاع، مما يقوض الأمن والاستقرار والحكم الرشيد والتنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية للدول المتضررة⁽⁷⁰⁾. فقرار مجلس الأمن ينظر إلى المشكلة الحالية المتمثلة بالاعتداء على التراث الثقافي والتنوع الثقافي، مع النظر إلى العواقب المستقبلية لهذه الجرائم التي تؤدي إلى مزيد من التأجيج للمجتمعات المتضررة.

وقد جاء القرار بمجموعة من النصوص التطبيقية لتفعيل حماية التراث الثقافي. فإلى جانب إدانة القرار لعمليات التدمير والنهب للتراث الثقافي⁽⁷¹⁾، فإنه يؤكد على اعتبار الهجمات الموجهة ضد الأعيان الثقافية كالمواقع الدينية والعلمية والتاريخية قد تشكل وفق قواعد القانون الدولي جرائم حرب، والتي يتوجب معها تقديم الجناة إلى المحاكمة⁽⁷²⁾. وتجدر الإشارة أن هذا التأكيد يأتي على خلفية صدور حكم المحكمة الجنائية الدولية في سبتمبر 2016 بإدانة السيد المهدي بارتكاب جريمة حرب متمثلة في الهجوم على مبان تاريخية ودينية في مالي والذي أشار إليه قرار مجلس الأمن 2347 (2017) في مادته الأولى.

وإلى جانب ذلك، يؤكد القرار على أنه يتوجب على الدول الأعضاء تحمل المسؤولية الرئيسية عن حماية تراثها الثقافي⁽⁷³⁾، ويحثها على التصديق على اتفاقية حماية الملكية الثقافية في حالة نشوب نزاع مسلح لعام 1954، وعلى الاتفاقيات الدولية الأخرى ذات الصلة⁽⁷⁴⁾. كما يدعو القرار الدول الأعضاء إلى اتخاذ تدابير وطنية تشريعية وتنفيذية لمكافحة الاتجار بالممتلكات الثقافية⁽⁷⁵⁾، هذا وتجدر الإشارة إلى أن أغلب هذه الالتزامات منصوص عليها في اتفاقيات وقرارات سابقة، مما يعني أن قرار مجلس الأمن رقم 2347 جاء مؤكداً لالتزامات قائمة وليس منشأً لها. ومع ذلك، فإن أهمية هذا القرار تكمن في توجيه اهتمام المجتمع الدولي نحو حماية التراث الثقافي من ويلات الصراعات والتطرف الإرهابي.

(70) ديباجة قرار مجلس الأمن 2347 (2017).

(71) المادة 1 و3 من قرار مجلس الأمن 2347 (2017).

(72) المادة 4، المرجع السابق.

(73) المادة 5، المرجع السابق.

(74) المادة 7، المرجع السابق.

(75) المادة 9، المرجع السابق.

الخاتمة:

إن الخطوات التي اتخذها المجتمع الدولي من معاهدات وقرارات دولية التي تناولها البحث بالتفصيل قد لا تكون كافية على أرض الواقع، ومع ذلك فإن لها أهمية في ترسيخ الالتزام بصون الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة. فالممتلكات الثقافية كانت ومازالت ضحية الهجمات العمدية والعرضية التي تقع أثناء النزاعات المسلحة، ومن شأن استهداف الممتلكات الثقافية أن يُخلف أضراراً قد لا يمكن إصلاحها، إذ إن تدمير مواقع أثرية يصاحبه محو لتاريخ وهوية الشعوب. كما أن الاعتداءات التي وقعت على الممتلكات الثقافية في سوريا وصلت إلى حد خطير يتوجب معه مضاعفة الحماية القانونية.

ولتطوير قواعد القانون الدولي الخاص بحماية الممتلكات الثقافية، لا بد أولاً من الوقوف على أوجه القصور من خلال استعراض قواعد القانون الدولي الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية، وكذلك الانتهاكات الواقعة على الممتلكات الثقافية في سوريا.

وينتهي البحث إلى وجود أوجه قصور تتلخص في أمرين؛ الأول، يتمثل في التوترات الداخلية التي لا ترقى لأن تكون نزاعاً مسلحاً ذا طابع غير دولي، فهناك خلو من نصوص قانونية تفصيلية حول التعامل مع الجماعات الإرهابية التي تستهدف الممتلكات الثقافية أثناء التوترات الداخلية، التي يُفترض مواجهتها وفق القوانين الداخلية للدولة، ومع ذلك، قد تعجز بعض الدول عن التعامل مع عمليات تدميرية واسعة النطاق. وفي هذا الشأن، يقترح البحث تكثيف الجهود بشكل أكثر جدية وفاعلية لتعزيز الحماية أثناء السلم تحسباً للتوترات التي قد تحدث في المستقبل. وتأتي أهمية التعاون بين اليونسكو والدول التي تقع على أراضيها ممتلكات ثقافية ذات قيم تاريخية هامة، وعلى سبيل المثال، فقد قام كل من اليونسكو والاتحاد الأوروبي بإطلاق مشروع الصون الطارئ للتراث السوري عام 2014 ولمدة ثلاث سنوات⁽⁷⁶⁾. ورغم أهمية هذا المشروع الذي أتى بعد نشوب واستفحال النزاع المسلح في سوريا، فإن المطلوب هو مزيد من الحماية الوقائية قبل نشوب النزاعات.

أما الوجه الثاني من القصور فيتمثل في صعوبة إلزام الجماعات الإرهابية بقواعد القانون الدولي الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية، فعلى الرغم من أن القانون الدولي يفرض التزامات على أطراف النزاع كافة، فإن الجماعات الإرهابية تستمر في نهجها

مواجهة الأزمة في سوريا نفسها»، (تاريخ الاطلاع 24 مارس 2019)، اليونسكو، الموقع الإلكتروني: «(157) <http://www.unesco.org/new/ar/syria-crisis-response/regional-response/syria/>.

الدمر متجاهلة أحكام القانون. إن اتفاقيات جنيف لعام 1949 تُوضِّح مركز الجماعات المسلحة غير الحكومية من ثوار محاربين، ميليشيات، ومرترقة. ولعل الأوان قد حان لتحديد قواعد مفصلة للتعامل مع الجماعات الإرهابية، ويقترح البحث تبني بروتوكول إضافي ليلحق باتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة يكون مخصصاً للتصدي للعمليات الإرهابية التي تستهدف الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.

المراجع:

أولاً- باللغة العربية:

أ- الكتب والمجلات العلمية والمؤتمرات:

- د. بلال علي النسور ود. رضوان محمود المجالي، الوجيز في القانون الدولي الإنساني ما بين الاعتبارات القانونية والسياسية: جوانب نظرية وتطبيقية - دراسة بعض من النماذج الدولية المعاصرة، ط1، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
- جون - ماري هنكرتس ولويس دوزوالد - بك، القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول: القواعد، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2007.
- حازم محمد عتلم، قانون النزاعات المسلحة غير الدولية، القانون الدولي الإنساني: دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة.
- حيدر أدهم عبد الهادي، سرقة الممتلكات الثقافية العراقية في ضوء قواعد القانون الدولي، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، بغداد، العدد 4 لسنة 2012.
- د. محمد محمود منطاوي، الحروب الأهلية وآليات التعامل معها وفق القانون الدولي، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015.
- علي خليل الحديثي، حماية الممتلكات الثقافية: دراسة تطبيقية ومقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (1999).
- روجر أوكيف وكاميل بيرون وتوفيق موساييف وآخرون، حماية الممتلكات الثقافية: دليل عسكري، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة والمعهد الدولي للقانون الإنساني، 2017.
- رشيد العنزلي، الأهداف العسكرية المشروعة في القانون الدولي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3، لسنة 2007.

ب- مواقع إلكترونية:

- الجيش السوري الحر لـ CNN: المفاوضات مع روسيا فشلت.. والسبب مطلبهم»، منشور بتاريخ 5 يوليو 2019، على الموقع الإلكتروني لشبكة سي أن أن: <https://arabic.cnn.com/middle-east/article/2018/07/05/fsa-russia-negotiations-faild> تاريخ الاطلاع 20 مارس 2019
- المديرية العامة ترحب باعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة قرار «إنقاذ التراث الثقافي في العراق»، منشور بتاريخ 29 مايو 2015 على الموقع الإلكتروني لليونسكو:

www.unesco.org/new/ar/iraq-office/about-this-office/single-view/news/saving_the_cultural_heritage_of_iraq_director_gener/.

تاريخ الاطلاع 11 مارس 2019.

- اليونسكو: تدمير تنظيم الدولة الإسلامية موقعين أثريين في تدمر جريمة حرب، 20 يناير 2017، (تاريخ الاطلاع 1 مارس 2019)، بي بي سي، الموقع الالكتروني:

(www.bbc.com/arabic/middleeast-38689210)

- مؤتمر اليونسكو يدعو إلى إنشاء مناطق ثقافية محمية في سوريا والعراق» (تاريخ الاطلاع 15 مارس 2019) اليونسكو، الموقع الالكتروني

(en.unesco.org/node/236066).

- مواجهة الأزمة في سوريا نفسها»، (تاريخ الاطلاع 24 مارس 2019)، اليونسكو، الموقع الالكتروني:

(<http://www.unesco.org/new/ar/syria-crisis-response/regional-response/syria/>)

ثانياً - باللغة الانجليزية:

A. State Reports:

- “On the application of the 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property”, 1 May 2015, State Part Report to the UNESCO by Syrian Arab Republic, Ministry of Culture - Directorate General of Antiquities and Museums.

B. Books and Journals:

- Emma Cunliffe, “No Longer Lost in the Wilderness: Cultural Property Crimes in Conflict”, Volume 1, 2003, Journal of Eastern Mediterranean Archaeology & Heritage Studies.

- Giorgio Agamben, Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life (Rome: Giulio Einaudi, 1995).

- Jean S. Pictet (ed.), Commentary on the Third Geneva Convention (Geneva: ICRC, 1960).

- Kanchana Wangkeo, Monumental Challenges: The Lawfulness of Destroying Cultural Heritage During Peacetime, Volume 28, 2003, Issue 1 Yale Journal of International Law.
- Katie Dicker, The Syrian Civil War (New York: Cavendish Square Publishing, 2018).
- Kristy Campion, Blast through the Past Terrorist Attacks on Art and Antiquities as a Reconquest of the Modern Jihadi Identity, Perspectives on Terrorism is a journal of the Terrorism Research Initiative and the Center for Terrorism and Security Studies, University of Leiden, The Netherlands, February 2017, Volume 1.
- Lawrence Rothfield, The Rape of Mesopotamia, (Chicago: The University of Chicago Press, 2009).
- Louise Arimatsu and Mohbuba Choudhury, Protecting Cultural Property in Non-International Armed Conflicts: Syria and Iraq, International Law Studies, Published by the Stockton Center for the Study of International Law, U.S. Naval War College, Volume 91, (2015).
- Mackenzie Warner, "The Last Poor Plunder from a Bleeding Land: The Failure of International Law to Protect Syrian Antiquities", 42 Brooklyn Journal of International Law 481 (2016).
- Neil Brodie, "Syria and its Regional Neighbors: A Case of Cultural Property Protection Policy Failure?", International Journal of Cultural Property, Cambridge University Press, UK, Volume 22, (2015).
- Nordic Council of Ministers, Illicit trade in cultural artefacts: Stronger together: How can the Nordics join forces to stop the illegal import and export of cultural objects? (Copenhagen: Ministry of Culture, 2017).
- Poul Duedahl, "Out of the House: On the Global History of UNESCO 1945-2015" in Poul Duedahl (ed), A History of UNESCO: Global Actions and Impacts (London: Springer, 2016).
- Rebecca Knuth, Burning Books and Leveling Libraries: Extremist Violence and Cultural Destruction (Westport; London: Greenwood Publishing Group, 2006).

- Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).
- William Thomas Worster, Relative International Legal Personality of Non-State Actors, 42 Brooklin Journal of International Law 207 (2016).

C. Online Sources:

- Andrew E. Kramer and Sewell Chan, When Cultural Heritage Is Caught in the Cross Hairs, New York Times, 18 May 2016, online: <https://www.nytimes.com/2016/19/05/world/middleeast/palmyra-russia-ancient-ruins.html>, (accessed 15 March 2019).
- Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention”, UNESCO, online: www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13637&language=E&order=alpha, (accessed March 1, 2019).
- Culture Under Threat Smart Mapp, The Antiquities Coalition, online: <https://theantiquitiescoalition.org/cultureunderthreat-smart-m-app/>, (accessed 15 March 2019).
- Heritage and Cultural Diversity at Risk in Iraq and Syria, 3 December 2014, UNESCO, online: <http://www.unesco.org/culture/pdf/iraq-syria/IraqSyriaReport-en.pdf>, (accessed March 1, 2019).
- Laura C. Mallonee, Why Is No One Talking About Libya’s Cultural Destruction?, 2 February 2015, Hyperallergic, online: <https://hyperallergic.com/179246/why-is-no-one-talking-about-libyas-cultural-destruction/>, (accessed March 1, 2019).
- Reports, Observatory of Syrian Cultural Heritage, UNESCO, online: <https://en.unesco.org/syrian-observatory/damage-assesment-reports>, (accessed 15 March 2019).

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
55	الملخص
56	المقدمة
58	المبحث الأول - الممتلكات الثقافية والنزاعات المسلحة
60	المطلب الأول - أهمية حماية التراث الثقافي في القانون الدولي
61	المطلب الثاني - أطراف النزاع في سوريا
63	المطلب الثالث - صعوبة إلزام الجماعات المسلحة من غير المحاربين
66	المبحث الثاني - النظام القانوني الدولي لحماية الممتلكات الثقافية
69	المطلب الأول - اتفاقية لاهاي لحماية الملكية الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام 1945 وبروتوكولها الأول
72	المطلب الثاني - البروتوكول الثاني لعام 1999 الملحق باتفاقية لاهاي
74	المطلب الثالث - العرف الدولي
77	المطلب الرابع - قرارات مجلس الأمن
82	الخاتمة
84	المراجع

الجوانب الفنية والإجرائية اللازمة لتفعيل تطبيق قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتي رقم 63 لسنة 2015

د. فيصل فراج المطيري*

الملخص:

يتناول هذا البحث بالدراسة والتحليل الجوانب الفنية والإجرائية لتفعيل تطبيق قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتي رقم 63 لسنة 2015، والذي جاء ليسد فراغاً تشريعياً، صنع نوعاً من الاضطراب والإرباك لدى القضاء ورجال تنفيذ القانون على حد سواء. وقد أكدت ذلك المذكرة التفسيرية للقانون التي أشارت إلى أن الاستخدام المتزايد للشبكات والأنشطة المعلوماتية أدى إلى كثير من المخاطر، إذ أفرز أنواعاً جديدة من الجرائم يطلق عليها «الجرائم المعلوماتية» كجرائم الاختلاس والتزوير والجرائم الماسة بالأخلاق والآداب وسرقة المعلومات واختراق النظم السرية.

وإذا كان من المؤكد أن القانون الإجرائي هو الذي ينقل القواعد الموضوعية لمكافحة الجرائم من حالة السكون إلى حالة الحركة وهي مرحلة التطبيق الفعلي أو التنفيذ العملي، فإن النصوص الإجرائية الجزائية التقليدية، المتمثلة في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم 17 لسنة 1960، لا تسعف لمواجهة الجرائم المستحدثة التي يتم ارتكابها باستخدام وسائل التقنية المتطورة، الأمر الذي يقتضي ضرورة مراجعة وتطوير هذه القواعد الإجرائية.

وفي ضوء ذلك فإن أهمية هذه الدراسة تكمن في السعي إلى وضع قواعد إجرائية خاصة تحاكي الواقع الافتراضي للجرائم الإلكترونية بعيداً عن القواعد التقليدية. ولذا فقد كان الهدف من هذه الدراسة هو تسليط الضوء على أن رجال الضبط القضائي والنيابة العامة والمحاكم يواجهون هذه الحرب الإلكترونية بأسلحة إجرائية تقليدية لا تنسجم مع الواقع الافتراضي.

وفي سبيل ذلك، فقد اتبعت الدراسة المنهج التحليلي المقارن بهدف معرفة النماذج الفنية والتجارب التي طرحتها بعض الدول مثل فلندا وسويسرا كنماذج يمكن النسخ على منوالها والاستفادة من تجاربها.

* أستاذ القانون الجنائي المساعد، أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية، الكويت.

وقد خلصت الدراسة إلى عدد من النتائج من بينها ضرورة اهتمام المشرع بتكامل النواحي الموضوعية مع النواحي الإجرائية، كما انتهت إلى عدد من التوصيات من أهمها إنشاء محكمة مختصة بالجرائم الإلكترونية.

كلمات دالة: نظام الحاسب الآلي، جريمة إلكترونية، تفتيش إلكتروني، مختبر جنائي إلكتروني، دليل إلكتروني.

المقدمة:

عندما ينغمس الفرد في مزلق الواقع الافتراضي، فينتقل بين جوانبه ليتلمس النعم والنقم، ويتجول بين صفحاته لينتقل إما إلى نقلة نوعية حضارية وإما إلى نقلة إلى الهاوية وما أدراك ماهي؟ إن الأمر يتعلق بعوالم فوضوية لا تحكمها إدارة مركزية مهيمنة، فقد تهتكت السُتر وتتحرف الأفكار، فتتجافي القيم الدينية، والأخلاقية، والعلمية، وتنصهر الحدود الفاصلة بين الأيديولوجيات التي تخاطب وجدان الإنسان، فينجرف إلى ما يسلبه إرادته أو يبعده عن هويته، وقد تُدمر شخصيته، فيبتعد عن الإبداع ويصير مهزوماً منفلتاً تتقاذفه أمواج الخنوع واليأس والقنوط ليقاسي ويلات الخليط العقائدي المشوه الذي تتصاعد وتيرته لممارسة التشدد أو التحلل ليجد نفسه أمام تركيبات فكرية متناقضة نسيجها الوصائية أو اليقظة المثالية أو السلبية الممزوجة بالتذمر والإهمال⁽¹⁾.

فبعض الأفراد يجهل معاني الخصوصية فلا يدرك خطورة ما يدلى به للشخصيات المجهولة فتغمره نشوة التطلع والفضول فيطرق المجهول، وقد لا يقدر عواقب الأمور⁽²⁾. فواقعية التجريم التي انتهجها المشرع لمكافحة جرائم تقنية المعلومات بمقتضى القانون رقم 63 لسنة 2015 تجاهلت خلق قواعد إجرائية خاصة تكافح الجريمة الافتراضية، وبالتالي فقد تم تحديث القواعد الموضوعية، ومكافحة الجرائم المستحدثة من دون تحديث للقواعد الإجرائية، وهو ما تركها للقواعد العامة التقليدية التي لا تنسجم مع الواقع الافتراضي.

لقد تبنى القانون سالف الذكر القواعد الموضوعية فيما يتعلق بالجرائم والعقوبات، وهي نصوص موضوعية مجردة تحدد الجريمة والعقوبة المقابلة لها، فيما ترك هذه القواعد الموضوعية المستحدثة خاضعة للقواعد الإجرائية التقليدية ممثلة في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية رقم 17 لسنة 1960. وهنا تُطرح عدة تساؤلات من بينها: هل يمكن استجلاء قواعد إجرائية خاصة لكشف هذه الجرائم؟ خصوصاً فيما يتعلق بالمرحلة التمهيديّة، وهي مرحلة التحريات وجمع الاستدلالات، والتي تتطلب إجراءات خاصة تختلف تماماً عن الإجراءات التقليدية لضبط الجناة، وذلك عن طريق أو بواسطة حيل

(1) د. على أسعد وطفة، الطفولة العربية والصراع على المصير في استراتيجية البناء الثقافي للطفل العربي، مجلة شؤون عربية، القاهرة، العدد 119، لسنة 2004، ص 79. د. محمد صديق محمد، الفضائيات والإنترنت مسؤولية مشتركة تجاه أطفالنا وشبابنا، مجلة التربية، الدوحة، السنة 37، العدد 164، مارس 2008، ص 49 وما بعدها.

(2) د. بدر عمر العمر، الإنترنت التربوي: ماذا يجب على الطفل معرفته، مجلة الطفولة العربية، الكويت، المجلد 3، العدد 12، السنة 2002، ص 122. د. علاء الدين يوسف العمري، المراهق والإنترنت: الفوائد والمخاطر، مجلة رسالة التربية، سلطنة عمان، العدد 6، ديسمبر 2004، ص 80 وما بعدها.

مشروعة وسلطات وصلاحيات تكتسبها الفئات المنوط بها كشف هذه الجرائم من خلال الولوج إلى أجهزة الحاسب الآلي، وهل يمكن استخلاص خصوصية أخرى أكثر عمقاً لحماية الأفراد من برائث العقل الإلكتروني المدمر؟، وذلك تحت مظلة واسعة للحماية تستوعب وضع عمليات الرصد والمتابعة، من خلال برامج إلكترونية دفاعية وهجومية مقننة تتيح طرق التعامل مع هذه الجرائم وضبط المجرمين بكل موضوعية ومهنية، مع الموازنة بين حقوق وحرريات الأفراد وبين حق الدولة في العقاب وتغليب الجانب الأجدر بالرعاية والاهتمام حتى لا تدب الفوضى بالمجتمع ويعم الاضطراب في أرجائه، الأمر الذي يؤثر في النهاية على وجود هذه الحقوق والحرريات ذاتها⁽³⁾، وهو ما يقتضي وجود جوانب إجرائية خاصة تُمنح لرجال الشرطة في المرحلة التمهيديّة عن طريق حيل إجرائية مشروعة. كما تنسحب هذه الجوانب الإجرائية إلى مرحلة التحقيق الابتدائي ومرحلة المحاكمة التي تتطلب إجراءات فنية أكثر تخصصاً وعمقاً.

أولاً- الأهمية:

تكمن أهمية هذا الموضوع الذي نحن بصدد بحثه في التالي:

1- إن من شأن وجود علاقة بين علم الاجتماع والعلوم القانونية المساعدة في وضع تصور نموذجي لمكافحة الإجرام الإلكتروني المرتبط بالأفراد نتيجة للتغيرات الرقمية والعولمة المستمرة وتداعياتها.

2- من المهم وجود فلسفة عامة للمعالجة الإجرائية الإلكترونية الفعالة من خلال وسائل الكشف الدفاعية والهجومية عن المجرمين وتبيان حالات انطباق هذا القانون وأغراضه وشروطه وضمائنه وإجراءاته وهيئاته وخطوات استجلاء الدليل الفني والمادي في الواقع الافتراضي وحل مشاكل تنازع الاختصاص وأسس التعاون الدولي وعقوباته في حال الإخلال بأحكامه.

ثانياً- الأهداف:

إن الوصول لمسارات متنوعة واكتشاف الحلقات المفقودة في القوانين التي تكافح الإجرام الإلكتروني وتوسع لإيجاد شبكة حماية تكاملية بين النصوص والبيئة التي تطبق فيها، تستوجب تحقيق الأهداف التالية:

1- تهيئة البيئة المحلية لاستقبال النظم والبرامج والتقنيات التكنولوجية لكشف الجرائم الإلكترونية التي يتم ارتكابها ضد الأفراد وسبل التغيير في موجبات القواعد

(3) Russell G. Smith & Ray Chak-Chung Cheung & Laurie Yiu-Chung Lau: Cybercrime Risks and Responses: Eastern and Western Perspectives, Palgrave Macmillan in the UK is an imprint of Macmillan Publishers Limited, 2015, p.65.

بوضعها الراهن لتتلاءم مع مستحدثات العصر الرقمي ووسائل تفعيل النصوص وفص الإشكاليات التي تنشأ عن التطبيق حال وجوده من خلال مشروع قانون شامل كآلية متكاملة.

2- تحقيق العديد من الضمانات القانونية الإجرائية التي تراعي شرعية الدليل المستمد من الجريمة الإلكترونية، وتحديد هوية الأشخاص المتورطين فيها، في ظل تحقيق الموازنة مع الحقوق والحريات من النواحي القانونية والاجتماعية والأمنية والسياسية، من أجل توفير بيئة إلكترونية يتم ترويضها وتكييف الفرد ليتعامل معها بأمان. كما يتعين ترتيب هذه الضمانات مروراً بالاستحواذ والتحليل حتى التوثيق الفني للدليل ليكون أكثر فعالية⁽⁴⁾.

ثالثاً- خطة الدراسة:

- وعلى ضوء ذلك، فقد تم تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:
- المبحث الأول: مضمون الحيل الإجرائية المشروعة.
- المبحث الثاني: محاولة تأصيلية لصياغة قواعد إجرائية إلكترونية.
- المبحث الثالث: تهيئة البيئة المحلية لاستيعاب الجوانب الإجرائية الإلكترونية.

(4) د. عبدالرحمن محمد خليل أزهرى، جمع وتوثيق وتحليل الأدلة الجنائية الرقمية بطرق أكثر فعالية، المؤتمر الدولي الأول لمكافحة الجرائم المعلوماتية (ICACC)، كلية علوم الحاسب والمعلومات، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2015، ص 89.

المبحث الأول

مضمون الحيل الإجرائية المشروعة

تقتضي معرفة الجانب الفني والإجرائي التطرق إلى الجانب الأكثر أهمية، وهي السلطة الممنوحة لرجال الضبط القضائي للكشف عن هذه الجرائم بطرق مستحدثة تتناغم مع واقعية التجريم الإلكتروني من خلال حيل إلكترونية مشروعة، وسوف نتناولها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

ماهية الحيل الإجرائية المشروعة

إن الحيل الإجرائية المشروعة هي عبارة عن: "مجموعة من الخطوات المترابطة والأدوات التي تهدف لمواكبة الإجرام الحديث وعلى وجه الخصوص لنوعية جرائم الحاسب الآلي لتتلافى بطء الإجراءات الجزائية في صورتها التقليدية"⁽⁵⁾، فهي بمثابة: "أسلحة إجرائية تكتيكية يتعين على السلطة المختصة بكشف الجرائم الإلكترونية منحها للقائم بضبط وإحضار ومعاينة وتفتيش محل الفعل المُجرّم لتشمل حياً دفاعية هدفها المنع وأخرى هجومية هدفها المواجهة والكشف"⁽⁶⁾. كما تتمثل هذه الحيل في صلاحيات وإمكانات ضرورية لإظهار المكونات الخفية داخل الجسم الإلكتروني المعقد المتشابك وتسهيل الخروج من الثغرات الوعرة من أجل استنباط الدليل الجنائي وسرعة التصرف الحكيم والحدق والمهارة في التحفظ على ماديته دون العبث بمفرداته. كما تهدف هذه الحيل إلى ابتكار أساليب جديدة لتحديد الأشخاص المتورطين في استغلال الأفراد وتقديمهم للعدالة. كما لا تهدف هذه الحيل المشروعة مطلقاً إلى خلق جريمة أو إنشاء حالة وهمية احتيالية تتصيد أفعال الناس أو تهتك سترهم تمهيداً للإيقاع بهم في معاناة العقوبة وإيجاد حالة تنذر بخطر دون أن تكون مبنية على أساس واقعي.

(5) يقصد بالحيلة في اللغة: الحدق وجودة النظر والقدرة على التصرف في الأمور، فيقال عن شخص أنه واسع الحيلة أي بارع في الخروج من معضلاته ومشكلاته لسبب أنه عميق وحكيم في تدبر أمره، والعكس أن الرجل قد فقد كل حيلة أي احتار فيما يفعل لعجزه وعدم إمكانيته أو استطاعته الخروج من المأزق الملازم له. وقال تعالى في سورة النساء الآية 98: ﴿لَا يَسْتَطِيعُونَ حِيلَةً وَلَا يَهْتَدُونَ سَبِيلًا﴾ أي استنفذوا كل الوسائل والإمكانات للوصول إلى هدفهم فلم يصلوا إليه. كما قد تستعمل كلمة حيلة في معاني المكر والخداع والدهاء يقال أحرز حيل الأعداء فكيدهم يأتي من كل حذب وصوب. كما قد تستعمل الحيلة في امتلاك الحبكة وتقادي الخديعة والمكيدة وهو المعنى الذي نرمي له. راجع: المعجم الوسيط، ط4، مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، 2004، باب الحيلة، ص 212.

(6) Wayne Graham, Beginning Facebook Game Apps Development: creat the next generation of facebook game and social media apps using html5 and java script, A press and friends of ED books, 2012, p.201.

إن هذه الحيل المشروعة قد تتنوع صورها وأنماطها، فتشمل برامج غاية في التقنية المتطورة ولها من الحداثة ما يجابه المحاذير الإجرامية وقد تتمثل في صلاحيات وإجراءات تقدمية وفنية، ونعرض ذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

الحيل الإجرائية المشروعة كبرامج تقنية

وهي تهدف إلى استعمال البيانات وترجمتها في معلومات تتولاها أجهزة وبرامج غاية في الحداثة تتبع مصدر الخطر المعلوماتي ضد الأفراد، وتخترق مصدره لفك شفراته ومعضلاته الحصينة، وقد تعمل هذه البرامج على شرائح وشبكات مركزية تكون حائط صد دفاعي أو أجهزة لا مركزية للمراقبة تتحرك هجومياً عندما يتطابق النموذج الإجرامي مع التصور المعلوماتي للخطر المنبعث أو الضرر الذي يعرقل فكر وعقل ووجدان الفرد، وهناك برامج عالية الجودة تُطبَّق في بعض الدول لمتابعة مصدر الخطر ومعرفة الجناة، وسوف نتطرق بإيجاز إلى النموذجين الفنلندي والسويسري في هذا الشأن:

أولاً- النموذج الفنلندي (The virus cinch connector):

ونعرض لهذا النموذج من خلال استعراض الجوانب التالية:

- آليات عمل الفايروس:

ينتدب مجلس حماية البيانات الخبراء المتخصصين طبقاً للمادة (38) من القانون 523 لسنة 1999 بشأن البيانات الشخصية - ليضع تقنية أخرى تتكامل مع الفايروس هي تقنية (RFID)، وهذه التقنية تُعد قائدة أجهزة التتبع tracking system. فمن خلالها يتم تلقي الإشارات والتردادات اللاسلكية التي تفيد في ترجمة المحتوى الإلكتروني ونطاقه وملحقاته، بل يمكن أن تعمل هذه التقنية على شرائح ذكية يمكن استخلاص الدلائل بواسطتها، فهي عبارة عن موجات لاسلكية تتعرف أوتوماتيكياً على مصدر الخطر فتتبعه من خلال أوعية ملحقة بهوائي ومجمعة وموحدة تنقل إشارات وخادماً مقترناً لفك الشفرات. ومن هنا يمكن القول أن الفايروس (cinch) يغل يد الجاني عن جريمته الإلكترونية، ثم تأتي تقنية (RFID) لتمثل الجانب التنفيذي والتفتيشي والاستخلاصي عن الدليل في حيز فضائي وعن بعد بحيث تتلافى عجز الضبط والمعاينة والتفتيش التقليدي طبقاً لقواعد الإجراءات العادية. كما يمكن استرجاع المعلومات والبيانات وتحليلها وتوثيقها حتى تتوازن مع شرعية الدليل وتتبع عن محاولات الطمس والإتلاف من الجاني أو من رجال الضبط غير المؤهلين لاحتواء الدليل الفني. كما يمكن

الاعتماد على هذه الخاصية في مكافحة سوء استعمال الهواتف النقالة وتعزيز جودتها وتحسين البيانات من الاختراق طبقاً للقانون رقم (13 لسنة 2003) بشأن رقابة الخدمات الإلكترونية⁽⁷⁾.

- كيفية التعامل مع البيانات الحساسة:

أوجب قانون حماية البيانات رقم 523 لسنة 1999 على المدعي العام إشرافه على استخدام التقنيات في البحث عن جرائم إلكترونية ونص في المادة (9) على مبادئ يلتزم بها، فمنها الدقة والتجهيز والتحوط والخصوصية، كما عليه أن يثبت محتويات الملف وطبيعته واسمه وعنوانه ومحتواه طبقاً للمادة (10) وماهي البيانات التي يتم التحصل عليها من الفايروس أو تقنية (RFID) ويتم تدميرها على الفور أو العكس الاحتفاظ بها في أرشفة تراثية ترعاها السلطات. كما يجب طبقاً للمادة (43) أن يراعي حرمة المنازل وحظر التفتيش في محال أخرى غير المحددة في نطاق الإذن من مجلس إدارة وحماية البيانات مع تفعيل قواعد التشغيل ومعايير البحث والتقصي والتحري عن الدلائل.

ثانياً- النموذج السويسري (Semantic Web):

- دلالات خاصية الويب:

عبارة عن منهجية تتعامل مع المعلومات والبيانات في بيئة معرفية منظمة من خلال مسارين: أولهما، يجعل أدوات جمع وتصنيف وفهرسة واسترجاع ومعالجة البيانات والمعلومات تتم في نطاق بحثي وتفتيشي وفحصي يستند إلى ما تحمله من دلالات ومعان وليس على ما تحتويه من أحرف وألفاظ وكلمات كما هو الوضع الآن، وثانيهما، ترجمة المعلومات داخل أدوات التطبيقات والمتصفحات ببرمجيات مقترنة بإدارة بيانات عالية تنفتح بلا حواجز لتنقل المعلومات ويتم عرضها على أي جهاز حاسوب مركزي مرصود لكشف الجرائم ضد الأشخاص والأموال. كما أنه يُمثل ثورة عالمية في معالجة البيانات فهو عبارة عن نصوص تشعبية صممت ليقراها ويفهمها البشر لتتم عملية التحليل الاستنتاجي المستقبلي مما يجعل منها نسيجاً متكاملًا وتنسيقاً عالمياً مشتركاً لكشف خفايا وهويات محترفي الإجرام الإلكتروني⁽⁸⁾.

(7) Act on Electronic Services and Communication in the Public Sector, 13/2003, Ministry of Justice, Finland.

(8) Liyang Yu: (A Developer's Guide to the Semantic Web) - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2011 - p.no 138. & Michael Schumacher and Heikki Helin: (CASCOM: Intelligent Service Coordination in the Semantic Web) - Birkhäuser - Berlin - 2008 - p.no 71. & John Domingue, Dieter Fensel: (Handbook of semantic web technologies) Vol (1) - Austria - 2011 - p.365.

- مؤشرات نجاحه:

عملت سويسرا على تطويره نظراً للإنجازات التي حققها في كشف الأرقام المجهولة في إحصائيات الجرائم، فأدخلت عليه إضافات جوهرية منها محرك استدلال فرعي بداخله مدعوم بخرائط المفاهيم المعروفة بالأنطولوجيا ونظام مخطط العلاقات التتسقية ما بين المعلومات كمدخلات والبيانات كمخرجات. ولمواكبة الطبيعة الديناميكية لحركة وتطور الإجرام في المجتمع، أصدرت قانوناً يوضح مضمون هذه الخاصية وكيف يمكن أن يتقارب من الأنظمة الشبيهة؛ وما هي آثاره ودلالاته في الإثبات الجنائي ومعايير نجاحه وأغراضه ومسؤوليات القائمين على استخدامه حال الإخلال ببنوده⁽⁹⁾.

الفرع الثاني

الحيل الإجرائية كصلاحيات لرجال الضبط القضائي

تتمثل هذه الحيل الإجرائية الإلكترونية في الخطوات الفنية التي يمتلكها القائم بتحديد هوية الجاني، والتي يهدف من خلالها إلى استجلاء الدليل المادي من الحاسوب، وقد تشمل ترتيبات كشفية وتنقيبية وأدوات كمقومات لتحقيق الأمن المعلوماتي بهدف الخروج على تقليدية القواعد العامة الممنوحة لرجل الضبط القضائي في قانون رقم 17 لسنة 1960 بشأن قانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية الكويتي الراسخة التي لا تتواءم مع مستجدات هذه الجرائم المستحدثة، فتتم مباغثة ومحاصرة المجرم المعلوماتي بمرور في التعامل مع حيطته ونكائه، فالإجرام الذكي لا بد وأن يواجه بصلاحيات ذكية طبقاً لقواعد إجرائية حديثة.

المطلب الثاني

أهمية الاستعانة بالحيل الإجرائية المشروعة

إن اللجوء إلى الحيل الإجرائية المشروعة في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية أصبح أمراً مستحقاً، خاصة في ضوء تجاهل القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتي النص على تنظيم النواحي الإجرائية لتتلاءم مع واقعية التجريم، حيث إنه لم يتم تعديل النصوص الإجرائية لتصطبغ بلون المكافحة المتخصصة لهذا النوع من الإجرام الذي يُسمى بالإجرام الناعم، والذي أصبح يهدد فئات اجتماعية مختلفة وخاصة الأطفال والشباب منهم، إذ يحتاجون إلى حماية خاصة، في مواجهة المواقع الإلكترونية الإباحية وكذا التي تحض على تعاطي المخدرات والمسكرات، وتلك

(9) Jorge Cardoso: (Semantic Web Services, Processes and applications: Semantic Web and beyond ,computing for human experience) - Printed in the United States of Americ – springer – 2006 – p.189.

التي تخصص لبث الكراهية والعنصرية والعدوان ضد الدولة بالدعوة للجهاد ضدها ومناهضة سياستها (داعش على سبيل المثال) تمهيداً للتأثير السلبي على الفكر وزرع النوازع الانتقامية بتصنيع الأسلحة المميتة. هذا وقد اتخذت الحيل المشروعة صورة محركات البحث النوعية ومنها على سبيل المثال (yahooligans)، وهو محرك مخصص للأطفال فقط ويوجد به حائط صد يمنع الولوج إلى مصادر غير آمنة، فلا يُطلب منه الإدلاء بمعلومات عن شخصيته ولا تتم دعوته لتسجيل بياناته للاشتراك في غرف الدردشة⁽¹⁰⁾. هذا وقد هجرت الدول الطرق التقليدية في تحديد الجرائم وكشفها وهوية مرتكبيها، فتواتر آليات وقائية تقليدية مثل الجدار الناري والبرامج المضادة للفيروسات وسجلات المتابعة وتحديثات البرامج⁽¹¹⁾.

ويلاحظ أن صور الانحرافات التي تؤكد ضرورات الحيل تتمثل في:

(أ) انحراف على شبكات التواصل الاجتماعي:

من أهم واجبات الدولة المحافظة على النشء، وهم ثروة الوطن الحقيقية، لذلك فإن الحماية الموضوعية والإجرائية تكون بالنسبة لجميع الأفراد، لكنها تكون بشكل خاص بالنسبة للفئات الأولى بالرعاية، وقد تشدد المشرع في ذلك، حيث نص في المادة (11) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات على أن: «لا تقل عقوبة الحبس أو الغرامة التي يحكم بها عن نصف حدّها الأقصى إذا اقترنت الجريمة بأي من الظروف 1- 2...- .. 3- التغرير بالقصّر ومن في حكمهم من ناقصي الأهلية أو استغلالهم 4- ..). لذلك تكمن الخطورة في اطلاع الطفل على أنماط متنوعة من الشخصيات الإنسانية، ويتواصل مع من يتجاوز عمره الحقيقي، فيستعجل جني ثمار المعرفة ويصطدم بواقع مرير مليء بالتناقضات، فيتربى على السطحية والفراغ المعلوماتي، ثم تتجاوزه أشكال الجريمة في صورة السب والقذف وغيرهما، فيعبر عن سلوكه بالانطواء وكراهية المجتمع ليمارس التخريب والإتلاف في الخفاء كرد فعل للكبت الداخلي والظلم المستمر، ثم يصبح فريسة سهلة لتستقطبه أنواء المجهول⁽¹²⁾.

(10) د. هبة محمد إسماعيل، معايير لتقييم مواقع الأطفال على شبكة الإنترنت، المؤتمر التاسع للاتحاد العربي للمكتبات والمعلومات (الاستراتيجية العربية الموحدة للمعلومات في عصر الإنترنت)، تونس، أكتوبر 1999، ص 19. د. هاجر محمد علي حبة، أثر استخدام الإنترنت على الأطفال، مجلة التنمية البشرية، كلية التنمية البشرية، جامعة أم درمان الإسلامية، الخرطوم، العدد الأول، فبراير 2015، ص 193.

(11) Simone van der Hof and Bibi van den Berg, Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online child safety, Information Technology and Law Series, Vol. 24, assen press, (springer), The Netherlands, 2014, p.58.

(12) د. إيمان عمر فوزي، حماية الأطفال على شبكة الإنترنت من أجل استخدام أكثر أمناً وأكثر متعة، مجلة مكتبات نت، القاهرة، المجلد (4) العدد (4/3)، أبريل 2003، ص 7.

(ب) انحراف يتم بوسائط الميديا:

لقد أصبح من السهل أن يحمل الطفل هاتفه النقال أو حاسوبه المحمول ليسافر بخياله الرحب إلى أبعاد سحيقة يتعلم من خلالها نسيان الزمان والمكان، ويتعلم الشجاعة الهوجاء ومناطحة الفكر. هذا وقد ظهرت برامج عديدة تلعب دور ولي أمر الطفل حال غيابه مثل برنامج (Kaspersky Safe Kids) ليراقب نشاطه الإلكتروني بفعالية مباشرة على أجهزة (ipad أو iphone)، وهو برنامج لا يمكن للطفل أن يحذفه أو يعطله أبداً⁽¹³⁾.

(13) Tom Funk, Advanced Social Media Marketing: How to Lead, Launch and Manage a Successful Social Media Program, Worldwide by Springer Science, Business Media New York, 2013, p.207.

المبحث الثاني

محاولة تأصيلية لصياغة قواعد إجرائية إلكترونية

كما هو معلوم فإن قانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية الكويتي ينقل القواعد الموضوعية في قانون الجزاء أو القوانين المكملة من حالة السكون إلى حالة الحركة، وهي مرحلة التطبيق الفعلي أو التنفيذ العملي حتى تقتضي الدولة حقها بالعقاب من خلال مراحل التحريات وجمع الاستدلالات مروراً بمرحلة التحقيق الابتدائي حتى مرحلة المحاكمة وإصدار الحكم النهائي، وعندما صدر القانون رقم 63 لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات تطرق للنصوص الموضوعية المستحدثة وترك الجانب الإجرائية للقواعد العامة التقليدية، ومن خلال هذا المبحث سوف نقدم تصوراً عن الجانب الإجرائي، وذلك من خلال النقاط التالية:

أولاً- الغرض من القانون الإجرائي:

يتمثل الغرض الرئيسي بالنسبة للقانون الإجرائي في هذا المجال في: «مكافحة جرائم التقنية الحديثة الموجهة ضد المصالح الخاصة والعامة، والتصدي للعقبات القانونية الإجرائية بصورتها التقليدية في مجال التحريات والتحقيقات والمحاکمات، واتخاذ السلطات كافة الترتيبات الوقائية من أجل ترتيب وتجميع وتصنيف وتسجيل المحتوى الفني والمادي من أجل استجلاء الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي، وهو ما يسمح بمتابعة حلقات مشروعية الدليل من خلال نشاط إجرائي سليم يصلح لبناء عقيدة ويقين القاضي الجزائي»⁽¹⁴⁾.

ثانياً- حالات التطبيق ونطاقه:

يجب أن تستوعب مجالات تطبيق القانون الإجرائي المقترح مخاطر هامة ثبت يقيناً تعرضها للضرر، فتمد لها يد العون لتشمل الآتي: «تتحرك الإجراءات الوقائية بما تمثله من حيل هجومية ودفاعية لمواجهة الحالات التالية: (أ) كافة الأفعال الإجرامية التي تتم في الواقع الافتراضي - بغض النظر عن وسيلة الاتصال المستخدمة في نطاقه. (ب) الوقاية من أفعال التهديد أو عقد العزم على التخريب وصولاً إلى هدف إرهابي يمس أمن وسلامة دولة الكويت. (ج) الاعتداء الجسيم على نظم المعلومات العامة في المؤسسات الحكومية والخاصة، مما يجعل الوصول إلى تحريات وتحقيقات قضائية فعالة وناجزة من الأمور المستحيلة لطمس الدليل الفني. (د) كما ينطبق هذا القانون في حالة المساعدة

(14) د. محمد عبيد سيف وعبدالناصر محمد محمود، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية: دراسة تطبيقية مقارنة، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 12 - 14/11/2007، ص 12.

القضائية الدولية المتبادلة بين الكويت وأي بلد آخر إقليمي أو دولي لكشف جريمة إلكترونية ارتكبت ضد المجني عليهم في الكويت».

ثالثاً- ترتيب الإجراءات الكشفية للجرائم الإلكترونية:

يجب أن يهدف هذا القانون إلى وضع تنسيق إجرائي فعال لضمان سرعة الحصول على دليل إلكتروني، فيجب أن يشمل ما يلي: «تتحرك الإجراءات الكشفية في هذا القانون بواسطة النائب العام أو من يُفوضه ليأمر السلطات المختصة بملاحقة من ثبت انتهاكه وخرقه لضوابط المادة (2) من هذا القانون ليتم الآتي: (أ) يجوز للسلطة المنوطة بضبط الجرائم المعلوماتية (الضبط القضائي) التحفظ والحجز والقبض والتفتيش بحثاً على الدليل الإلكتروني ولو عن بعد، وذلك بالدخول إلى أي منظومة معلوماتية إجرامية تنتهك الخصوصية وثبت من خلال متابعة حركة سيرها الافتراضي خروجها عن الطبيعي والمألوف من الأمور وبصفة خاصة ارتكاب جرائم ضد الطفل»⁽¹⁵⁾.

رابعاً- متابعة الإجراءات ضمن النطاق الداخلي والخارجي:

وهي إشكالية لا بد من تدراكها، ومن خلال ذلك يتعين الحكم بجواز: "تمديد القواعد الإجرائية المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا كانت هناك أسباب جدية ومعقولة تؤكد أن المعطيات الإلكترونية المخزنة تستقي مرجعيتها من منظومة رئيسية أخرى وأن ما ثبت كشفه وفحصه هو مجرد منظومة فرعية تابعة، الأمر الذي يستدعي ضرورة أخذ الإذن من السلطة المختصة (النيابة العامة) بالمتابعة ولو عن طريق التراسل الإلكتروني بإشارات أو كتابات نصية تفيد ضرورة استكمال إجراءات البحث والتحري، أما إذا اقتضى التمديد الخروج عن النطاق الجغرافي للإقليم الكويتي فيمكن الاعتماد على أسس المساعدة القضائية التبادلية بين الدول وبشرط المعاملة بالمثل". كما يجب انسجام بروتوكولات اتصالات الإنترنت مع هذه الحيل المشروعة حتى تتم الحماية الفعالة خصوصاً للأطفال كما قررت ذلك اتفاقية بودابست لحماية الأطفال من التعرض للمواد الخادشة للحياة⁽¹⁶⁾. كما يمكن بناء استراتيجية واضحة لها أهداف وآليات لحماية الأطفال من الإهمال وسوء المعاملة لتتكامل الحماية مع الإجراءات الموضوعية⁽¹⁷⁾.

(15) Ammar Rayes and Samer Salam, Internet of Things - From Hype to Reality: The Road to Digitization, Springer International Publishing, AG, 2017, Library of Congress, USA, p. 198.

(16) د. سهير العطار، الجرائم المستحدثة ضد الأطفال عبر النظم المعلوماتية: تحليل نصوص اتفاقية بودابست للمواد الخادشة للحياة، المؤتمر الإقليمي للطفل العربي في ظل المتغيرات المعاصرة، القاهرة، يناير 2004، ص 294.

(17) د. قاسم الصراف، مؤتمر حماية الطفل من سوء المعاملة والإهمال، مجلة الطفولة العربية، الكويت، المجلد 3 العدد 9، لسنة 2001، ص 126.

خامساً- خطوات إظهار الدليل الفني:

وهي تُعد أخطر نقطة على الإطلاق نظراً لمساسها بالحقوق والحريات والضمانات وأيضاً حجية الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي، لاسيما وأن المفتش التقليدي قد يصل إلى المحتوى الفني فيهدره ويتلعم في استجلائه بعكس المتخصص الخبير المزود بالتقنيات والبرامج التي تغوص في عمق الدليل على اعتبار أن الدلائل الإلكترونية لا يجب أن تكون ظنية بل يقينية⁽¹⁸⁾. وعليه يتبلور الآتي: «للسلطات المنوط بها تنفيذ الإجراءات إثبات المعطيات الإجرامية المخزنة من حيث النوع والطبيعة والماهية والآليات التي تباشرها، ولها في ذلك تتبع المعطيات الرئيسية والطرفية المستعملة في الاتصال الإلكتروني أو وسائل التواصل الاجتماعي والخدمات التكميلية لها. ويجب إثبات وقت التنفيذ وتاريخه كاملاً والمدة التي استغرقتها عملية الكشف عن مكوّنات المحتوى الإلكتروني عن بعد أو بوسيلة الضبط المادي بالحرص على الطبيعة لأدوات الجريمة. كما يتعين إثبات صفة الجاني وعنوان الموقع الذي استخدمه في الإيقاع بضحاياه ووسيلته وبرامجه التفاعلية الأخرى». هذا وقد غاب على المشرّع في القانون رقم 63 لسنة 2015 أن يقدم تعريفاً واضحاً للدليل الإلكتروني، ومن جهتنا فإننا نعتقد بأنه يمكن تعريفه بأنه: «مجموعة من البيانات والمعلومات التي يمكن استخلاصها من جهاز حاسوب وبشكل يمكن قراءته وتحليله وذلك بالاستعانة بأشخاص لديهم من الخبرة والمهارة في اكتشاف بواطن هذه المعطيات بواسطة برامج وتطبيقات وتقنيات في كافة المجالات المادية والفنية التي يعتمد عليها القاضي الجزائي في بناء عقيدته»⁽¹⁹⁾.

سادساً- تقنين للحيل المشروعة الدفاعية والهجومية:

يجب أن تتضمن القواعد الإجرائية منح شرعية قانونية لاستخدام هذه الحيل التي تستخدمها الدول لكشف الجرائم الإلكترونية، وذلك من خلال النص على أنه: "على السلطات المختصة بتطبيق هذا القانون كل في موقعه استعمال البرامج الحديثة عالية التقنية واستخدام ذلك في الحيل الإجرائية الهجومية والدفاعية لسرعة التدخل الحاسم لإثبات المحتوى الفني ودليله وماديات الجريمة ولمباغته المجرم ومحاصرته بأفعاله المخلة بالنظام العام والآداب، كما لها وضع الترتيبات الإجرائية التي تتناغم مع سلطاتها التقديرية من أجل تحقيق الأمن والاستقرار المعلوماتي. كما يجب أن لا تخل هذه الحيل أياً كانت صورتها ونمطها وتأثيرها على الحقوق والحريات المكفولة بموجب الدستور

(18) د. محمد محمود عمري، الإثبات الجزائي الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية: دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، بغداد، المجلد 12، العدد 2، لسنة 2016، ص 303.

(19) د. أسامة بن غانم العبيدي، الإثبات بالدليل الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية، مجلة جامعة الملك سعود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الرياض، مجلد (25)، العدد (1)، يناير 2013، ص 57 وما بعدها.

والقانون. ويُعد أي برنامج ينتهك الخصوصية أو يسعى إلى عرقلة الهدوء الذي تنعم به من قبيل الأفعال المجرمة طبقاً لقانون الجرائم الكويتي ويبطل أي دليل يستند إلى برنامج ينتهك الخصوصية للأفراد". كما يجب توعية الأفراد من خلال الإعلام الأمني بما تملكه الدولة من مقومات إلكترونية حديثة لردع كل من تُسوّل له نفسه التلاعب أو الاحتيال في الفضاء الإلكتروني تفعيلاً لمقتضيات الأمن القانوني، وهو ما يسمح بإيجاد شراكات استراتيجية في التعاون الإعلامي كما فعلت عدة دول أوروبية ويمكن أن يتم تطبيقه في البلدان العربية على اعتبار أنه يُحسّن من النظام العام الإجرائي⁽²⁰⁾.

سابعاً- إنشاء محكمة مختصة للجرائم الإلكترونية:

يُعد مقترح إنشاء محكمة مختصة للجرائم الإلكترونية أمراً مهماً وضرورياً من أجل تشجيع التخصص النوعي للملاحقة ومكافحة هذا النوع من الجرائم المتزايد والمتلاحق. ومن شأن هذه المحكمة التي تتمتع بالاستقلالية والفاعلية تطبيق القواعد الإجرائية بمهنية وفنية في عملها لاستخلاص الدليل من ثنايا المجهول الإلكتروني بالنظر لعجز القواعد الإجرائية التقليدية عن مواكبة التطور المتنامي. وفي ضوء ذلك، يجب أن تنشأ محكمة نوعية مختصة على غرار محكمة الأحداث التي تم إنشاؤها بالقانون رقم 111 لسنة 2015، ويكون نص إنشائها مشابهاً لذلك، حيث: "نشأ محكمة متخصصة لمكافحة الجرائم الإلكترونية بكافة صورها وأنماطها، يرأسها قاض ويعاونه أربعة من الخبراء الفنيين، يختارهم الوزير المختص، ويمكن أن تستعين المحكمة بمن تندبه لتحقيق أغراضها. وتهدف المحكمة إلى تحقيق التكامل الموضوعي والإجرائي لحماية المجتمع من مخاطر العالم الافتراضي". ونعتقد بأنه إذا لم يكن إنشاء المحكمة متاحاً، فإنه يجب على أقل تقدير استحداث دائرة جزائية في المحكمة الكلية خاصة بالجرائم الإلكترونية، وذلك لتحقيق التوافق والحماية الإجرائية⁽²¹⁾.

ثامناً- فض إشكالية الاختصاص في حال النزاع:

يجب تبني استراتيجية دولية تتفق عليها الدول عموماً تضمن الملاحقة للجرائم التقنية، بحيث توضح أسس تحدي الاختصاص القضائي والتعاون الدولي بشأن محاكمة المتهمين بارتكاب هذه الفئة من الجرائم، على أن: «تختص المحاكم الكويتية على اختلاف درجاتها بالنظر في الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال والرقمنة، فإذا ارتكب الجاني أنماطها خارج إقليم دولة الكويت قاصداً تعطيل مؤسساتها أو التعرض

(20) George Christou, Cybersecurity in the European Union: Resilience and Adaptability in Governance Policy, Palgrave Macmillan in the UK is an imprint of Macmillan Publishers Limited, 2016, p.164.

(21) Pompeu Casanovas & Ugo Pagallo & Giovanni Sartor & Gianmaria Ajani, Approaches to the Complexity of Legal Systems: Complex Systems, the Semantic Web, Argumentation and Dialogue, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010, p.113.

للمصالح العامة والخاصة»، وبذلك ينهي الجدل الفقهي الحديث فيما يتعلق بما إذا كان القضاء الكويتي مختصاً أم لا إذا كان الجاني خارج الإقليم الكويتي وارتكب فعلاً يُشكل جريمة وفق قانون الجزاء أو القوانين المُكمّلة على سبيل المثال (قانون الوحدة الوطنية) أو عن طريق الإنترنت بأن تعرض لأحد مكونات الشعب الكويتي سواء طائفيّاً أو اجتماعياً، وهذا المكون قد يكون داخل الكويت أو خارجها.

تاسعاً- البطلان كجزاء إجرائي:

يجب أن يتضمن القانون شق الجزاء ليتكامل مع شق التكليف الوارد فيه لضمان الالتزام الطوعي والتلقائي له وتبيان الآثار الجوهرية في حالة مخالفة أحكامه، وذلك بالنص على أنه: «يبطل كل إجراء تتخذه السلطات المنوطة بتنفيذ أحكام هذا القانون، فلا يعتد به كدليل له حجية قانونية أمام القاضي إذا أخل بأحد الركائز والضمانات الجوهرية التي ينص عليها الدستور لاسيما الحق في الخصوصية والأمن والبراءة والسلام الاجتماعي. ومع عدم الإخلال بأي عقوبات أشد قد ترد في أي قانون متى شكلت هذه الأفعال المرتكبة جريمة جزائية أو تأديبية أو حتى التعويض المدني».

عاشرًا- عقوبة جزائية على خرق مبدأ السرية:

لقد تجاهلت القواعد الموضوعية الواردة في المادة (15) من القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات أي عقوبات على من يخرق قدسية وسرية العمل الإجرائي لضمان فاعليته، فالموظفون الذين يحدددهم قرار الوزير المختص بمنح صفة الضبطية القضائية قد يتجاوزون وينحرفون عن مسار العمل القويم فيدلون بمعلومات فما جزاؤهم في هذه الحالة؟ وما حدود واجباتهم وصلاحياتهم ومسؤولياتهم حال ارتكابهم جريمة إفشاء السر أو طمس للدليل وإخفائه؟. ولذلك فإنه يجب معالجة هذا الوضع بصياغة تتماشى مع خصوصية وسرية المهنة من خلال النص على أنه: «يحظر تماماً إفشاء أسرار عمليات وإجراءات الضبط والتفتيش الإلكتروني بواسطة رجال الضبط القضائي أو من الخبراء أو أي موظف يندب لتحقيق غرض الكشف عن الجرائم، ويعاقب بعقوبة الحبس لمدة ثلاث سنوات وبغرامة لا تتجاوز 20 ألف دينار أو بأحدى هاتين العقوبتين».

ونلاحظ أن هناك عقوبة لذات الفكرة الوقائية تلتفها المشرع البحريني لتجريم هذه الأفعال في قانون رقم 60 لسنة 2014 بشأن مكافحة الجرائم الإلكترونية، حيث أورد حظراً على كل من يسند إليه عمل من النيابة العامة بجمع أو حفظ الدليل المعلوماتي ويكشف عنه دون مُسوّغ قانوني بحيث يفتش مكونات السر وبواطنه أو الانتفاع به بأي طريق وذلك بالنص في المادة (18) على عقوبة الحبس لمدة سنة وبالغرامة التي لا تتجاوز ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

المبحث الثالث

تهيئة البيئة المحلية لاستيعاب المعالجة الإجرائية الإلكترونية

تحتاج البلاد إلى نقلة نوعية في فلسفة مكافحة الجرائم الإلكترونية تنطلق في مسارات متنوعة لتشمل الأمني والقانوني والاجتماعي والسياسي، وهنا يجب أن نتخلى عن التمسك بالطرق التقليدية الإجرائية التي تشوه الدليل وتفقد الفعالية وتطوي وتهدر الحقوق والحريات والضمانات وتقتحم الخصوصية. ونرى ضرورة التوسع في فهم بعض النصوص التشريعية لكي تستوعب موجبات ودعائم وركائز هذه المعالجة الإجرائية مع تكامل بعض القوانين والأجهزة بوضعها الحالي ومنها إدارة مكافحة الجرائم الإلكترونية التابعة للإدارة العامة للمباحث الجنائية، وهيئة الاتصالات وتقنية المعلومات، وذلك من خلال القانون رقم 37 لسنة 2014، وأيضاً القانون رقم 9 لسنة 2001 بشأن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الهاتفية والتنصت، وكذلك قانون رقم 61 لسنة 2015 في شأن تنظيم وتركيب كاميرات وأجهزة المراقبة الأمنية، وقبل كل ذلك تعديل نظرة القاضي الجزائي للدليل الإلكتروني. وفي ضوء ذلك، فإننا سنقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول

ضرورة التحول القضائي لفهم متطلبات الدليل الرقمي

ينطلق هذا التحول من تغيير في منظومة العدالة وما يكتنفها من أطر تشريعية على المستوى الجزائي والتكميلي له وهي تشمل الآتي:

أولاً- إنشاء مختبر جنائي متخصص رقمي تابع لوزارة العدل أو للإدارة العامة للأدلة الجنائية:

من شأن هذا المختبر أن يساعد القاضي الجزائي على استلهام بؤادر الدليل، فتكون لهذه المعمل صلاحيات تحليل وتوثيق وحماية الدليل من التلف والتغيير، فيمكن عمل نسخة احتياطية من الأصل واسترجاع المعلومات من خلالها، ويكون تابعاً لوزارة العدل أو تابعاً للإدارة العامة للأدلة الجنائية التابعة لوزارة الداخلية، وتصبح إدارة من إداراتها. وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن هناك مختبراً حالياً ولكنه ليس مختبراً بالمعنى الدقيق، إذ يوجد به فقط تفريغ الأجهزة الإلكترونية فقط من محتواها. كما نود التأكيد في هذا السياق إلى أنه يمكن الاستعانة بشركات القطاع الخاص من أجل إنشاء هذا المختبر. (انظر حكم محكمة الاستئناف العليا رقم 2015/52 الصادر في جلسة 2017/1/19). ويقع

على القاضي الجزائي واجب استخلاص ثبوتية الدلائل ويقينها حتى يُرَجَّح حجيتها أو يهدرها فلا يترك الأمر لذات القواعد الإجرائية في قلبها التقليدي، بل يمكن خلق خصوصيات قضائية من السوابق المتواترة التي يكتسبها القاضي من خبرات هذا المختبر الجنائي المتفرد في طابعه الرقمي.

ثانياً- التكامل الشخصي للدلائل الرقمية:

يقوم هذا الدور على محاور ترتيبات وتنسيقات منتظمة تبدأ خيوطها الأولى عند رجل الشرطة المعلوماتي والمحقق المعلوماتي والخبير المعلوماتي لتنتهي عند القاضي المعلوماتي من أجل إيجاد تخصص وتميز يواكب مستجدات العصر. فلا يجب أن ينفرط عقد هذه السلسلة، بحيث إذا فقدت حلقاتها قد لا تنتج آثارها. فهذه المنظومة تجسد واقعية تهيئة البيئة لاستيعاب نظم وتقنيات تحدد الهويات وتتغلب على غموض الحوادث كما هو التشكيل في فريق (CIRT)⁽²²⁾. والقاضي الحصيف يسعى إلى توسيع مداركه وتنمية تخصصه، فيتكون لديه قدرات وعلاقات ترابطية بمشغلي الحاسب وخبراء البرامج ومديري النظم المعلوماتية ومحلي البيانات ومهندسي الصيانة من أجل ابتكار خطة هادفة يمضي في خطواتها ليستجلي الدليل الفني، فيراجع ويُمحِّص ويبيدي الملاحظات ويؤكد شرعية الإجراءات، فإن بُنيت على دلائل مختلقة أو وهمية انهارت عقيدته وبنى أحكامه على الشك الذي قد يُفسر لصالح المتهم، وهنا تتراجع آليات وسبل المكافحة كلما توارت الأفكار خلف جدران النمطية التقليدية في الإجراءات العادية التي لا بد من أن يعزف عنها القاضي حتى تنتهي البيئة المحلية لاستيعاب تقنيات معقدة.

المطلب الثاني

إدارة مكافحة الجرائم الإلكترونية

حدد القرار الوزاري اختصاصات الإدارة المذكورة أعلاه بحيث لا يقتصر دورها على الإشراف ووضع الخطط اللازمة لكشف الجرائم الإلكترونية ومتابعة التعديلات على حقوق الملكية الفكرية وتشويه وإتلاف المعلومات والقرصنة والاحتيال، بل يشمل دورها توفير المستلزمات الفنية للبرمجيات والأجهزة عالية التقنية التي تحول دون استدراج المواطنين عموماً والأطفال خصوصاً في سلسلة الإجرام الإلكتروني. ونظراً لأنها تتبع المباحث الجنائية بوزارة الداخلية فإنه يظهر عليها التأثير الشديد بالاعتماد على الطرق التقليدية الواردة في قانون المحاكمات الجزائية الكويتي رقم 17 لسنة 1960 بما يشمل

(22) د. حسام الدين مصطفى علي، فريق الاستجابة لحوادث الكمبيوتر Team Response Incident (CIRT) Computer مؤتمر أمن المعلومات والحكومة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، كوالالمبور، أبريل 2009، ص 5.

من ضبط للأشياء المنصوص عليها في المواد من (90 إلى 97) ومعاينة وتفتيش وقبض، وقد لا تتواكب هذه الإجراءات مع طبيعة الجريمة الإلكترونية وصفة مرتكبها نظراً لتمتعته بالحيلة والذكاء⁽²³⁾.

لذلك نرى أن تخصص مبالغ من ميزانية وزارة الداخلية لتغطية مصروفات شراء البرامج التفاعلية واستيرادها من الخارج، بحيث يتم متابعة تحديثها والتدريب على استخدامها من قبل الخبراء والفنيين المتخصصين والمؤهلين من رجال الضبطية القضائية، بحيث يتم الإلمام الكامل بوسائل هذه البرامج تمهيداً لاستخدامها في الأغراض المخصصة لها أصلاً وفي مقدمتها حماية الأفراد من براثن الانقياد للعوامل الافتراضية الفتاكة. كما لا يجب أن تستخدم هذه البرامج في انتهاك الخصوصية أو عرقلة ممارسة الحقوق والحريات لاسيما التعبير عن الرأي والفكر، بحيث لا يمكن أن نعالج جريمة انتهاك الخصوصية والانحراف في محاذير التواصل الاجتماعي بجريمة أخرى أشد قسوة وهي كبت الحرية والتمادي في وأد الفكر الحر المستنير بفزاعة وهمية تعطل القانون.

كما يجب على هذه الإدارة أن تستلهم دورها في كافة المراحل (الاستدلال والتحقيق والمحاكمة) بكتابة تقارير فنية عن الآليات المستخدمة في ضبط الجريمة محل الاتهام وقدرتها على استجلاء الدليل واستنباط معطياته من خلال وسائل الكشف والفحص والحيل المقترنة بذلك. كما يتعين عليها متابعة آليات العمل في المختبر الجنائي التابع للإدارة العامة للمباحث الجنائية بوزارة الداخلية لتصوير المشتبه فيهم والانتقال إلى بؤرة الأحداث لإثبات صورة حية نابضة يستلهم منها القاضي الجزائي عقيدته في إرساء العدالة. كما يجب أن تخضع الأدلة لمبدأ اليقينية وجواز المناقشة الشفوية والحصول عليها بطريق شرعية⁽²⁴⁾.

هذا وقد وسَّعت بعض الدول من النماذج الخاصة لإدارة مكافحة الجرائم الإلكترونية وصنفت نشاطها ضمن إدارات مكافحة الاعتداء على الأمن القومي، ومنها فرنسا وسويسرا وبلجيكا، وهذه الدول تسمى الإدارات لديها بالمجلس القومي لحماية البيانات، ومنحته من الخصوصية والاستقلالية (الفنية والمالية والإدارية) بما يسمح له بأن يكافح بفعالية كافة صور الاعتداءات على البيانات، كما أن هناك أقساماً فرعية داخل المجلس الرئيسي تسعى إلى وضع حماية خاصة للطفل وإحاطته برعاية خاصة من مزلق

(23) د. محمود فتوح سعدات، خصائص الجرائم المعلوماتية وصفات مرتكبها في ظل مجتمع المعلومات، المؤتمر الدولي الأول لمكافحة الجرائم المعلوماتية (ICACC)، كلية علوم الحاسب والمعلومات، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2015، ص 34.

(24) د. راشد بن حمد البلوشي، الدليل في الجريمة المعلوماتية، مجلة الحقوق للعلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد 1، لسنة 2008، ص 27.

الانحراف في الواقع الافتراضي. ومن جهتنا فإننا ندعو إلى تبني إنشاء قسم خاص لحماية الطفل في إدارة مكافحة الجرائم الإلكترونية يكون أكثر نجاعة في الحماية وأكثر تخصصاً⁽²⁵⁾.

المطلب الثالث

التشريعات القانونية ذات العلاقة

هناك محاولات تشريعية سابقة على القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات وهي:

أولاً- قانون إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الهاتفية والتنصت:

تبنى المشرع هذا القانون بعد حدوث طفرة التراسل عبر تقنية البلوتوث ونشر الصور والمقاطع المصورة في بداية الألفية الثانية، وأيضاً يجابه هذا القانون رقم 9 لسنة 2001 إساءة استعمال الاتصالات الهاتفية واستعمال أجهزة التنصت في غير الحالات القانونية، ونرى ضرورة تكامل المادة (2) من هذا القانون والتي تبين مضمون حظر التداول بالبيع والشراء وحالات الاستعمال بواسطة جهة رسمية مختصة منوط بها الحيازة بواسطة إذن مسبق من النيابة العامة طبقاً لقانون المحاكمات الجزائية رقم (17) لسنة 1960، مع تفعيل شبكة معلوماتية حمائية تضمن عدم اختراق الخصوصية، فيجب على الأجهزة التي يناط بها كشف الدليل الإلكتروني أن لا تستخدم وسيلة للتنصت تنتهك الحقوق والحريات. كما ندعو إلى تشديد العقوبة الواردة بالمادة (2) لتصبح ثلاث سنوات وغرامة 20 ألف دينار بدلاً من العقوبة في صورتها الراهنة وهي الحبس لمدة لا تتجاوز سنة وغرامة لا تتجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كلما وظف الجاني انتهاك الخصوصية في التنصت على أجهزة الاتصالات على اعتبار أن العقوبة في صورتها الراهنة ليست محققة للردع العام والخاص لاسيما وأن الجريمة المرتكبة على جانب كبير من الخطورة.

ثانياً- قانون رقم 61 لسنة 2015 في شأن تنظيم وتركيب كاميرات وأجهزة المراقبة الأمنية:

أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون أعلاه إلى أنه: نظراً لما للتدابير الأمنية الوقائية من أثر فعال في الحد من وقوع الجريمة وسرعة الكشف عن مرتكبيها وحفاظاً على سلامة

(25) A.T.Wood and Harrper nimal jayaratna ,Methodologies for Developing and Managing Emerging technology based information systems) - Methodologies 1998, Sixth International Conference on Information Systems Methodologies - Springer-Verlag London 1999 – p.102.

المنشآت، لذلك فتهيئة البيئة المحلية لاستقبال المعالجة الإجرائية من منطلقات هذا القانون، وهي تهدف إلى إحداث نوع من الترابط والتكامل بين كاميرات المراقبة التي تحددها السلطة المختصة (وزارة الداخلية) مع جهاز حاسوب رقمي رسمي حكومي منوط به فحص وتحديد هوية وصورة ومكان الأشخاص المتورطين في ارتكاب جرائم ضد الأفراد، بحيث يطابق ملامح وهيئة المنحرف الإلكتروني الذي يتواجد في بؤرة الأحداث لتلتقطه الكاميرات وتفصح عن هويته بكل بساطة تمهيداً لتقديمه للسلطات، وهو تكامل فني يشبه تطبيق آلية ماندرين الأمريكية (وهي تتكون من دوائر تلفزيونية ممغنطة ومغلقة مرتبطة بكاميرات خفية توضع في الشوارع والميادين وكافة مناطق التنقلات لرصد أي شخص والتي تقوم بإرسال صور إلى جهاز حاسب آلي رقمي للملاحقة المجرمين على الشبكة الافتراضية، ولهذا فإن تهيئة البيئة يحتاج التي حسن توظيف واستخدام الجوانب الرئيسية في هذه المعادلة، وهي تتمثل في: تخصيص مساحة من البث التلفزيوني، ونصب كاميرات ممغنطة خفية في الشوارع والأماكن العامة تتولى التقاط صور ومتابعة تحركات وخط سير الشخص المشتبه به، وارتباط الكاميرات بإشارات البث وبحاسوب إلكتروني مرصود لتحديد أماكن المجرم، وتطابق الصورة محل البث مع الصورة المخزنة في الحاسب العملاق ليتم مراقبة الشخص المتورط تمهيداً للقبض عليه وتقديمه للمحاكمة العادلة.

ثالثاً- قانون إنشاء هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات رقم (37) لسنة 2014:

أشارت المذكرة التفسيرية لهذا القانون بأنه: ”نظراً للتطور السريع الذي يشهده قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات عالمياً والحاجة الماسة إلى تنظيم هذين القطاعين، لذلك باتت الحاجة ملحة إلى صدور قانون بتنظيم الاتصالات وتقنية المعلومات“، ومن خلال هذا القانون تمت إضافة مواد نوعية تتضمن ضرورة فحص القواعد الفنية والمواصفات القياسية لضمان جودة الاتصالات ومنع تأثير التشويش على الترددات الطيفية في البر والبحر والجو، لاسيما وأن ازدياد الهواتف الذكية في الأسواق لا يحكمه تنظيم كامل. كما يجب أن تتبنى الهيئة إعداد برامج توعية لنشر الوعي التقني بمحاذير إساءة استعمال الهواتف ووسائل الاحتيال والتلصص وانتهاك الخصوصية، وسبل تعقب الأشخاص دائمي القرصنة على الحسابات الشخصية للأفراد في شبكة التواصل الاجتماعي. كما يجب أن تتلقى الشكاوى من المواطنين وتعمل على إزالة العقبات الإلكترونية التي يواجهونها عند استخدام الكمبيوتر عموماً وتبيان حالات تعرضهم للخطر والضرر⁽²⁶⁾.

(26) د. أشرف عبدالعزيز يوسف، المواد الإباحية للأطفال جريمة معلوماتية، مجلة الطفولة والتنمية، القاهرة، العدد 20، المجلد (5)، سبتمبر 2013، ص 109.

الخاتمة:

من خلال ما سبق مناقشته في البحث، يتبين لنا أنه يمكن استخدام أدوات تقنية تساعد في تحديد شخصية الأفراد المتورطين في الجرائم الإلكترونية، كما يتبين لنا أن البيئة المحلية صالحة لاستقبال هذا النظام إذا تم تعديل بعض أحكام القوانين الحالية، وأن هذه الصلاحية يمكن أن تؤتي ثمارها إذا ما تعززت ببعض التوصيات في المجالات القانونية والأمنية والسياسية.

وعليه، فقد توصلنا في هذا البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات للحد من مخاطر الجرائم المعلوماتية، نعرض لها على النحو التالي:

أولاً- النتائج:

1- إن اعتماد الحيل الإجرائية المشروعة أصبح اليوم إجراءً ضرورياً لتحديد هوية المجرم الإلكتروني واصطياده في العوالم الافتراضية وملاءمتها في البيئة المحلية إذا انطلقت من مفهوم محدد لتشمل: "مجموعة من الخطوات المترابطة والأدوات التي تهدف لمواكبة الإجرام الحديث وعلى وجه الخصوص نوعية جرائم الحاسب الآلي لتتلافى مساوئ الإجراءات الجزائية في صورتها التقليدية"، فهي عبارة عن: "أسلحة إجرائية تكتيكية يتعين على السلطة المختصة بكشف الجرائم الإلكترونية منحها للقائم بضبط وإحضار ومعاينة وتفتيش محل الفعل المجرم لتشمل حياً دفاعية هدفها المنع وأخرى هجومية هدفها المواجهة والكشف".

2- ثبت يقيناً أن تهيئة البيئة المحلية لاستيعاب المعالجة الإجرائية يتم في عدة محاور منها القضائي، وذلك بضرورة هجر المفهوم التقليدي لنمط الإجراءات الجزائية وإحلال سياسات وقائية ناجعة لها القدرة على استنباط الدليل الرقمي بإنشاء مختبر جنائي متخصص في الرقمنة، كما أن من الضرورات توسيع دائرة الاختصاص في إدارة مكافحة الجرائم الإلكترونية كما فعلت بعض البلدان الأوروبية مع تعديل في أحكام بعض القوانين الموضوعية كقانون إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الهاتفية، وقانون كاميرات المراقبة، وقانون إنشاء هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات.

3- ضرورة تحقيق العديد من الضمانات الحمائية في المجال الإجرائي التي تضفي شرعية على الدليل المستمد من الجريمة الإلكترونية، وتحديد هوية الأشخاص المتورطين فيها وعدم التغول على الحقوق والحريات، وتأهيل الأطفال ليتعاملوا مع العولمة المعلوماتية بأمان. ويتعين ترتيب هذه الضمانات بدءاً بتحصيلها والاستحواذ عليها ومروراً بالتحليل وانتهاءً بالتوثيق الفني للدليل ليكون أكثر فعالية. كما تتأكد ضرورة اهتمام المشرع بتكامل النواحي الموضوعية مع النواحي الإجرائية ليكون

هناك انسجام بين القواعد، فتظهر فعالية وكفاءة الحماية. وبالإضافة إلى ذلك، فقد ثبتت مخاطر إهمال معالجة الأمور الإجرائية ومعضلات تركها للقواعد العامة وأهمية وضع خصوصية إجرائية للجرائم الإلكترونية.

1- ثانياً- التوصيات:

في ضوء نتائج البحث المبينة أعلاه، فإننا نوصي بما يلي:

1- ضرورة أن يتبنى المشرع التجريم في واقعية واضحة لا لبس فيها أو غموض أو تجريم أنماط مطاطة من أنواع السلوك في مجال الجرائم الإلكترونية حتى لا تتخبط أسس الحماية الموضوعية وينتج بالتبعية تنافر بين أسس الحماية الإجرائية ومراعاة المنظور المستقبلي في التجريم لاسيما وأن هذه الأفعال سريعة التطور بشكل متلاحق⁽²⁷⁾.

2- ضرورة وضع قانون إجرائي متخصص لمكافحة الجرائم الإلكترونية والتخلي عن الجوانب التقليدية التي تمنحها النصوص الإجرائية بوضعها الراهن في قانون المحاكمات الجزائية الكويتي رقم (17) لسنة 1960، وذلك بعدما ثبت عدم فعالية وسائل التحري وجمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة في استنباط دليل إلكتروني واضح المعالم، أو يحقق التوازن بين الحقوق والحريات وشرعية الدليل الإجرائي وفعالته. كما يجب الأخذ في الاعتبار ضرورة أن يتضمن القانون الإجرائي المقترح أهدافه وحالاته وشروطه وضماناته، وإنشاء محكمة نوعية مختصة بنظر هذه الجرائم، وإجراءات استجلاء الدليل الفني وحجيته في الإثبات وتقنين واضح لمجموعة من الحيل الإجرائية المشروعة التي تستعين بها السلطة المختصة لتحديد هوية الجناة في الجرائم الإلكترونية عموماً وضد الأطفال بشكل خاص، وتحديد الاختصاص والتنازع فيه، والعقوبات التي تنقرر كلما انتهكت أحكامه سواء بالبطالان أو بالجزاء الأخرى في أي قانون جزائي مكمل.

3- نوصي بضرورة تبني إنشاء مختبر جنائي متكامل فنياً لاستجلاء الدليل الإلكتروني والدعوة إلى إنشاء هذا المختبر المتخصص في مكافحة الجرائم الإلكترونية تُستخدم فيه بالفعل التقنيات الحديثة بما في ذلك البرامج والتطبيقات الجديدة⁽²⁸⁾.

4- تقديم ووضع بعض الضمانات الإجرائية الوظيفية لمن يتولون الكشف عن هوية المجرم الإلكتروني تتمثل في عدم الملاحقة القضائية إذا انصاع في حدود الأمر من

(27) د. عادل يوسف عبدالنبي الشكري، الجريمة المعلوماتية وأزمة الشرعية الجزائية، مجلة مركز دراسات الكوفة، العراق، العدد 2، لسنة 2011، ص 127.

(28) د. عبدالحليم بن بادرة، إجراءات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية: الخصوصية والإشكالات، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان بن عاشور، الجزائر، العدد 23، مايو 2015، ص 97 وما بعدها.

رئيسه المباشر واعتقد بحسن نية (كسبب من أسباب الإباحة كما هو منصوص عليه في قانون الجزاء في المادة رقم (37))، أن هذا الأمر يكتسب الشرعية ما يمكنه من التنفيذ على الوجه الأكمل، مع تحديد نطاق المسؤولية في حال الإخلال بالعملية الإجرائية إذا كان الخطأ جسيماً لا يمكن تداركه.

5- على السلطة المختصة دعم البرمجيات المتخصصة في الحماية بحيث تتكامل مع إنشاء مواقع إلكترونية تعليمية وثقافية عربية جذابة تشجع الأطفال بشكل خاص على الاطلاع على معالمها فلا ينجرفون إلى ثقافات غريبة مستوردة قد يصادمون معها. كما ينبغي عدم تحميل أي برامج ذات دلالات غامضة تنتهك الخصوصية والسلامة من أجل تأمين نظام متكامل يحمي البيانات والمعلومات ويضمن نسخها احتياطياً حتى تكون بمأمن من أي اختراق مستقبلي⁽²⁹⁾.

6- تخصيص ميزانية ودعم مالي للكشف عن هذه الجرائم، تتوجه أوجه الصرف فيها لشراء برامج تفاعلية تضمن تنفيذ الحيل الإجرائية المشروعة داخل المؤسسات الحكومية والخاصة وخارجها ومواجهة الكوارث المعلوماتية لاسيما عند تنفيذ الخطط العادية والاستثنائية. كما يتعين أن يتم الصرف منها في تحفيز الكوادر الفنية ذات الخبرة في اقتفاء أثر الدليل الإلكتروني، وتدريبهم وتوظيفهم في أماكن التشغيل مع منحهم مكافآت مالية ومعنوية كلما نجحوا في فك شفرات التعقيدات الإلكترونية.

7- يجب على رجال الضبط القضائي أثناء التفتيش عن الدليل الإلكتروني التزام نطاقه فلا يتم تجاوز ذلك أو اختراق ضوابطه. ويمكن أن يتحدد هذا النطاق بالمكونات المادية والتي تشمل المزود الآلي والمضيف والملحقات التقنية والقطع الصلبة والبرمجيات والشبكات السلكية وكذلك الشبكة العنكبوتية وملحقاتها من مواقع وملفات ومجلدات مخزنة بشكل مستقل⁽³⁰⁾. وأيضاً يقع على رجال الضبط القضائي واجب الإسراع في الإنجاز حتى لا يتعرض الدليل للتلف والتدمير من الجاني. كما يجب التأكد من نفاذ سلة المهملات لاسترجاع المعلومات بطريقة فنية سليمة حتى تتم آليات عمل الحيل الإجرائية بطريقة سليمة⁽³¹⁾.

(29) عبدالمطلب أحمد د. السمان، الحماية الأمنية من الأخطار المحتملة على شبكة الحاسب الآلي: دراسة مسحية تحليلية في مدينة الرياض، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56، لسنة 2012، ص 247.

(30) د. عادل عبدالله خميس العمري، التفتيش في الجرائم المعلوماتية، مجلة الفكر الشرطي، مركز بحوث الشرطة، الشارقة، الإمارات، المجلد 22، العدد 86، يوليو 2013، ص 261.

(31) Babak Akhgar & Ben Brewster, Combating Cybercrime and Cyber terrorism Challenges: Trends and Priorities, Advanced Sciences and Technologies for Security Applications, Springer International Publishing Switzerland, 2016, p.131.

المراجع:

أولاً- باللغة العربية:

- د. أسامة بن غانم العبيدي، الإثبات بالدليل الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية، مجلة جامعة الملك سعود، كلية الحقوق العلوم السياسية، الرياض، مجلد 25، العدد 1، يناير 2013.
- د. أشرف عبدالعزيز يوسف، المواد الإباحية للأطفال جريمة معلوماتية، مجلة الطفولة والتنمية، القاهرة، العدد 20، المجلد 5، سبتمبر 2013.
- د. إيمان عمر فوزي، حماية الأطفال على شبكة الإنترنت من أجل استخدام أكثر أماناً وأكثر متعة، مجلة مكنتبات نت، القاهرة، المجلد 4، العدد 3/4، أبريل 2003.
- د. بدر عمر العمر، الإنترنت التربوي: ماذا يجب على الطفل معرفته، مجلة الطفولة العربية، الكويت، المجلد 3، العدد 12، لسنة 2002.
- د. هاجر محمد علي حبة: أثر استخدام الإنترنت على الأطفال، مجلة التنمية البشرية، كلية التنمية البشرية، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، العدد 1، فبراير 2015.
- د. هبة محمد إسماعيل، معايير لتقييم مواقع الأطفال على شبكة الإنترنت، المؤتمر التاسع للاتحاد العربي للمكنتبات والمعلومات (الاستراتيجية العربية الموحدة للمعلومات في عصر الإنترنت)، تونس، أكتوبر 1999.
- د. حسام الدين مصطفى علي، فريق الاستجابة لحوادث الكمبيوتر (CIRT Team) (Response Incident Computer)، مؤتمر أمن المعلومات والحكومة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، كوالالمبور، أبريل 2009.
- د. محمد عبيد سيف وعبدالناصر محمد محمود، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية: دراسة تطبيقية مقارنة، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007/11/14-12.
- د. محمد صديق محمد، الفضائيات والإنترنت مسؤولية مشتركة تجاه أطفالنا وشبابنا، مجلة التربية، دولة قطر، السنة 37، العدد 164، مارس 2008.
- د. محمد محمود عمري، الإثبات الجزائي الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية: دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الإستراتيجية، العراق، المجلد 12، العدد 2، لسنة 2016.
- د. محمود فتوح سعادات، خصائص الجرائم المعلوماتية وصفات مرتكبها في ظل مجتمع المعلومات، المؤتمر الدولي الأول لمكافحة الجرائم المعلوماتية (ICACC)، كلية

- علوم الحاسب والمعلومات، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2015.
- المعجم الوسيط، 4، مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، 2004، باب الحيفة.
- د. سهير العطار، الجرائم المستحدثة ضد الأطفال عبر النظم المعلوماتية: تحليل نصوص اتفاقية بودابست للمواد الخادشة للحياء، المؤتمر الإقليمي للطفل العربي في ظل المتغيرات المعاصرة، القاهرة، يناير 2004.
- د. عبدالرحمن محمد خليل أزهرى، جمع وتوثيق وتحليل الأدلة الجنائية الرقمية بطرق أكثر فعالية، المؤتمر الدولي الأول لمكافحة الجرائم المعلوماتية (ICACC)، كلية علوم الحاسب والمعلومات، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2015.
- د. عبدالمطلب أحمد السمانى، الحماية الأمنية من الأخطار المحتملة على شبكة الحاسب الألي: دراسة مسحية تحليلية في مدينة الرياض، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56، لسنة 2012.
- د. عادل يوسف عبدالنبي الشكري، الجريمة المعلوماتية وأزمة الشرعية الجزائية، مجلة مركز دراسات الكوفة، العراق، العدد 2، لسنة 2011.
- د. عادل عبدالله خميس العمري، التفتيش في الجرائم المعلوماتية، مجلة الفكر الشرطي، مركز بحوث الشرطة، الشارقة، الإمارات، المجلد 22، العدد 86، يوليو 2013.
- د. علي أسعد وطفة، الطفولة العربية والصراع على المصير في استراتيجية البناء الثقافي للطفل العربي، مجلة شؤون عربية، القاهرة، العدد 119، لسنة 2004.
- د. علاء الدين يوسف العمري: المراهق والإنترنت: الفوائد والمخاطر، مجلة رسالة التربية، سلطنة عمان، العدد 6، ديسمبر 2004.
- د. عبدالحليم بن بادرة: إجراءات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية: الخصوصية والإشكالات، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان بن عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد 23، مايو 2015.
- د. قاسم الصراف، مؤتمر حماية الطفل من سوء المعاملة والإهمال: دولة البحرين، مجلة الطفولة العربية، الكويت، المجلد 3، العدد 9، لسنة 2001.
- د. راشد بن حمد البلوشي، الدليل في الجريمة المعلوماتية، مجلة الحقوق للعلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد 1، لسنة 2008.

ثانياً - باللغة الأجنبية:

- A.T.Wood and Harrper Nimal Jayaratna: Methodologies for Developing and Managing Emerging Technology Based Information systems, Methodologies 1998, Sixth International Conference on Information Systems Methodologies, Springer-Verlag, London, 1999.
- Ammar Rayes and Samer Salam: Internet of Things - From Hype to Reality: The Road to Digitization, Springer International Publishing AG 2017, Library of Congress, USA.
- Babak Akhgar and Ben Brewster, Combatting Cybercrime and Cyberterrorism Challenges: Trends and Priorities, Advanced Sciences and Technologies for Security Applications, Springer International Publishing, Switzerland, 2016.
- George Christou, Cybersecurity in the European Union: Resilience and Adaptability in Governance Policy, Macmillan Publishers Limited, 2016.
- John Domingue and Dieter Fensel, Handbook of semantic web technologies, Vol.1, Austria, 2011.
- Jorge Cardoso, Semantic Web Services - Processes and Applications: Semantic Web and Beyond Computing for Human Experience, Springer, USA, 2006.
- Liyang Yu: A Developer's Guide to the Semantic Web, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011.
- Luciano Floridi, Protection of Information and the Right to Privacy: A New Equilibrium?, Springer International Publishing, Switzerland, 2014.
- Michael Schumacher and Heikki Helin, Cascom: Intelligent Service Coordination in the Semantic Web, Birkhäuser, Berlin, 2008.
- Pompeu Casanovas and Ugo Pagallo and Giovanni Sartor and Gianmaria Ajani: Approaches to the Complexity of Legal Systems: Complex Systems - the Semantic Web- Argumentation and Dialogue, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2010.
- Russell G. Smith and Ray Chak-Chung Cheung and Laurie Yiu-Chung Lau: Cybercrime Risks and Responses: Eastern and Western Perspectives,

Macmillan Publishers Limited, UK, 2015.

- Saba Bebawi and Diana Bossio: Social Media and the Politics of Reportage - The 'Arab Spring', Palgrave Macmillan in the US is a division of St Martin's Press LLC, - 2014.
- Simone van der Hof and Bibi van den Berg, Minding Minors Wandering the Web- Regulating Online child safety, Information Technology and Law Series, Vol. 24, Springer, The Netherlands, 2014.
- Tom funk, Advanced Social Media Marketing: How to Lead, Launch and Manage a Successful Social Media Program Worldwide, Springer Science Business Media, New York, 2013.
- Wayne Graham, Beginning Facebook Game Apps Development: Create the Next Generation of Facebook Game and Social Media Apps Using html5 and Java Script, ED books, 2012.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
89	الملخص
91	المقدمة
94	المبحث الأول- مضمون الحيل الإجرائية المشروعة
94	المطلب الأول- ماهية الحيل الإجرائية المشروعة
95	الفرع الأول- الحيل الإجرائية المشروعة كبرامج تقنية
97	الفرع الثاني- الحيل الإجرائية كصلاحيات لرجل الضبط القضائي
97	المطلب الثاني- أهمية الاستعانة بالحيل الإجرائية المشروعة
100	المبحث الثاني- محاولة تأصيلية لصياغة قواعد إجرائية إلكترونية
105	المبحث الثالث- تهيئة البيئة المحلية لاستيعاب المعالجة الإجرائية الإلكترونية
105	المطلب الأول- ضرورة التحول القضائي لفهم متطلبات الدليل الرقمي
106	المطلب الثاني- إدارة مكافحة الجرائم الإلكترونية
108	المطلب الثالث- التشريعات القانونية ذات العلاقة
110	الخاتمة
113	المراجع

التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني "الممكن والمستبعد!" دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية

"القانون المدني الفرنسي نموذجاً للتحليل، والقانون المدني الكويتي نموذجاً للإسقاط"

*أ. د. محمد عرفان الخطيب

الملخص:

تتمحور فكرة البحث، في تقديم قراءة قانونية للتحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني، ضمن فلسفة المدرسة اللاتينية، ممثلة بالقانون المدني الفرنسي، مع إسقاط مقارب على القانون المدني الكويتي، سعياً لتوضيح الموقف القانوني من هذه القراءة الاقتصادية، إن اتفاقاً أو اختلافاً، حيث تناولنا في المبحث الأول، إمكانية النظر إلى القاعدة القانونية كمؤشر اقتصادي، لاسيما فيما يتعلق بمرحلتها إبرام العقد وتنفيذه، في حين عرضنا في المبحث الثاني، للحالة التي لا يمكن فيها للقاعدة القانونية أن توزن اقتصادياً، نظراً لبعدها القيمي والأخلاقي، باعتبارها مقياساً للعدالة لا لتعظيم الثروات والمنافع، ونعني بها قضيتي التنفيذ العيني والتعويض.

وقد خلص البحث، إلى أن منهج التحليل الاقتصادي يُمثل اليوم قيمةً مضافةً للفكر القانوني. فالنظرية الاقتصادية في التعاملات القانونية، لها حضورها الرحب في إطار مرحلة انعقاد العقد وتنفيذه، ما يثبت إمكانية ترابط النظرية الاقتصادية مع النظرية القانونية في فهم فلسفة العقد في هاتين المرحلتين، بذات الوقت الذي تنتفي هذه العلاقة التبادلية بين القانون والاقتصاد في قضية التنفيذ العيني للالتزام والتعويض عنه، حيث لا يمكن تكييف عملية التنفيذ العيني للعقد بالتنفيذ بطريق التعويض، وبالتالي الخلط بين البعد القيمي للتنفيذ، والقيمة الاقتصادية للتعويض.

كما أكد البحث على أوجه التقارب بين الفكر القانوني الفرنسي ونظيره الكويتي من قضية التحليل الاقتصادي للعقد، لاسيما فيما يتعلق بموضوع إبرام العقد والتنفيذ، وإن مع بعض التمايزات البينية الطفيفة، بذات الوقت الذي عرض البحث لأوجه الاختلاف القانوني، في النظر لقضية التنفيذ العيني والتعويض عنه، لاسيما لجهة التكييف القانوني لكل منهما، ما بين الفصل بين مفهوم التنفيذ العيني كأصل في الالتزام القانوني، والتعويض كأصل في الجزاء لعدم الالتزام بالتنفيذ في التشريع المدني الفرنسي، ومعالجة التعويض ضمن أحكام التنفيذ، باعتباره شكلاً من أشكال التنفيذ، في التشريع المدني الكويتي.

كلمات دالة: التحليل الاقتصادي للقانون، نظرية العقد، العدالة القانونية، العدالة الاقتصادية، القانون المدني الفرنسي، القانون المدني الكويتي.

* أستاذ القانون المدني، كلية أحمد بن محمد العسكرية، الدوحة؛ وكلية الحقوق، جامعة دمشق.

المقدمة:

أولاً- خلفية البحث والمرجعية:

القانون، بوصفه علماً اجتماعياً يعمل ضمن منظومة اجتماعية واقتصادية متكاملة، يتقاطع مع العديد من العلوم الاجتماعية والاقتصادية الأخرى. وعليه بذلك، أن يأخذ بعين الاعتبار هواجس ومتطلبات هذه العلوم⁽¹⁾. حقيقة لا نقاش فيها، إلا أن النقاش يدور حول طبيعة وحدود هذه العلاقة! وهل يمكن السماح لأي من هذه العلوم بأن يكون له السبق تجاه الآخر، أو أن يكون له الغلبة عليه؛ بمعنى هل العلاقة بين القانون وهذه العلوم، هي علاقة تراتبية أم علاقة تكافئية؟ وإن كانت تكافئية... فهل هي علاقة مساواة أم علاقة تكامل؟

جدلية، أكثر ما تبرز بين علمي القانون والاقتصاد، إن في إطار علاقة: «القانون بالاقتصاد» أو «الاقتصاد بالقانون»⁽²⁾، علماً بأن الإجابة في الفرضيتين ليست واحدة، فالاختلاف في المنطلق يؤدي للاختلاف في النتيجة، بذات الوقت الذي يعكس اختلافاً في المدارس القانونية المؤطرة لهذه العلاقة، بالاستناد لفلسفتها الفكرية والقانونية،

(1) راجع في ذلك، مشاعل عبد العزيز الهاجري، قلاع وجسور: الدراسات البنينة وأثرها في الاتصال بين الحقول المعرفية - دراسة في القانون كحقل معرفي مستقل وعلاقته بعاده من العلوم، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3، السنة 31، 2007، ص 171-240. عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة السادسة، العدد 1، 1933، ص 65 وما بعدها.

(2) لمزيد من المعلومات راجع: فهد علي الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 2، السنة السادسة والثلاثون، 2012، ص 157-222. لذات الكاتب، نظرية العقد من منظور اقتصادي: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3، 2014، ص 147-215. آيت عودة بلخير محمد، التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، الجزائر، العدد الخامس، 2015، ص 328-343. فلوريان فاوست، القانون المقارن والتحليل الاقتصادي للقانون، كتاب أكسفورد للقانون المقارن، المجلد الثاني، تحرير ماتياتس ريمان، رينهارد زيمرمان، أكسفورد، 2008، ص 1259-1296، ترجمة: محمد سراج، سامي شبر، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، الطبعة الثانية، الدار البيضاء، 2016.

Ch. Atias, (dir), L'analyse économique du droit, numéro spécial, Revue de recherche juridique, 1987, Pp. 409785-. B. Deffains, S. Ferey, Théorie du droit et analyse économique, éditions Droits, 2007, n° 45, p. 228. B. Deffains, (dir.), L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Paris, Cujas, 2002. B. Deffains et E. Langlais (Dir.), Analyse économique du droit: Principes - méthodes - résultats, De Boeck Université, Paris, 2010, p 20. B. Deffains, Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques, Revue Economique, 2008, vol. 58, Pp. 11491162-. E. Mackaay, L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes, In B. Deffains, L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, Paris, 2002, Pp. 1135-. R. Encinas de Munagorri, L'analyse économique est-elle une source du droit? Propos sur la doctrine du premier président de la Cour de cassation, RTD civ. 2006, p. 505s.

لاسيما بين المنظومة الأنكلوسكسونية ونظيراتها اللاتينية. فالمطلع على مختلف النظريات القانونية التي تناولت التحليل الاقتصادي للقانون، لاسيما القادمة من الفكر الأنكلوسكسوني - أصل هذا التوجه - يدرك أن ثمة خيطاً خفياً بين مختلف هذه الدراسات، يشير إلى: «أن على القانون أن يكون أكثر «فاعلية» في خدمة الاقتصاد»⁽³⁾. استنتاج بسيط جداً في مقولته، عميق جداً في دلالاته، فهو، إن راق للكثير من منظرّي المدرسة الاقتصادية للقانون في النظام الأنكلوسكسوني، لم يُرقّ لنظرائهم من منظرّي المدرسة الاقتصادية للقانون في النظام اللاتيني، ما عكس تبايناً واضحاً في تحديد طبيعة وحدود هذه العلاقة بين هذين النظامين؛ ليجد أنصار المدرسة اللاتينية، أن في هذه العبارة تغليباً مبطناً لعلم اجتماعي على آخر! الأمر الذي يجب ألا يكون، خاصة في هذه الحالة؛ لاسيما حينما نتعمق في المنظور القيمي لكل علم منهما! دون أن نطعن في أهمية كليهما⁽⁴⁾.

ثانياً - فكرة البحث والإشكالية:

تتمحور فكرة البحث في تقديم قراءة قانونية لنظرية التحليل الاقتصادي من منظور قانوني، وكيف يمكن لنا نحن كقانونيين، قراءة هذه النظرية، لاسيما في منظومة القانون المدني. ولما كان أساس نقطة التلاقي بين القانون والاقتصاد يتمثل في فكرة المنافع التي تؤطرها بشكلها الأعم نظرية العقد، فسيكون محور هذه القراءة الاقتصادية والقانونية، منصباً على نظرية العقد، علماً بأن من يحلل هذه النظرية، يمكنه أن يجد روح التلاقي بين مفهومي القانون والاقتصاد في كل فاصلة ونقطة منها، ما يجعل من المتعذر حقيقة، تناولها في بحث قانوني واحد. لذلك، سيتناول موضوع البحث الجوانب القانونية الأكثر جدلية من هذه النظرية، وفق المنظور الاقتصادي، سعياً لتوضيح الموقف القانوني من القراءة الاقتصادية الخاصة بها، إن اتفاقاً أو اختلافاً.

ومما لا شك فيه، أن مجرد الحديث عن اقحام فكر اقتصادي قائم على المنفعة، على فكر قانوني قائم على القيم، إنما يشير حفيظة الكثير من رجال القانون، ما سيجعل الموضوع عرضة للنقد والنقد المضاد، لاسيما من الزاوية القانونية أو الاقتصادية التي ستقرأ من خلالها الأفكار التي سيتناولها البحث، ما سيضيفي على البحث بعداً جدلياً وتأصيلياً

(3) B. Deffains, Systèmes juridiques et performances économiques: existe-t-il un droit efficace? Gazette du Palais, 2015, n° 242, p. 22. H. Muir-Watt, Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil, In L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil (Dir. B. Deffains), Cujas, 2002, p. 37s., spéc. p. 39 à 42.

(4) J. Sueur, Droit économique et méthodologie du droit, contribution aux Mélanges en l'honneur de G. Farjat, 1999, Éd. Frison-Roche, Paris, Pp. 291-292. Y. Gabuthy, Analyse économique du droit: présentation générale, Économie et prévision, 2013, p. 202.

لا يُستهان به، بذات الوقت الذي سيمنح رجال القانون والفقهاء العرب إضاءة قانونية متواضعة لطبيعة موقف المدرسة المدنية اللاتينية من هذه القضية، ممثلة بالمدرسة الفرنسية، مع إسقاط مقارب لواقع الحال في التشريع المدني الكويتي، على أمل أن يُشكل ذلك حافزاً لغيرنا من رجال الفقه العربي في التعرض لهذه الحثيثة البحثية التي تشكو من قلة الدراسات القانونية التي تتناولها⁽⁵⁾.

ثالثاً- منهجية البحث والمخطط:

في ضوء ما سبق، يتناول البحث طبيعة العلاقة التبادلية بين القانون والاقتصاد، عبر دراسة فكرة التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني نقدي مقارن بين التشريع المدني الفرنسي كنموذج للبحث والتحليل، والكويتي كنموذج للإسقاط، تحديداً فيما يمكن اعتباره نقاط التقاء يمكن فيها لهذين العلمين أن يتوافقا، وما يمكن اعتباره نقطة افتراق، لا تقبل نقاشاً اقتصادياً لها، لتبيان متى يمكن أن يوزن النص القانوني اقتصادياً، ويبحث في كفاءته الاقتصادية، ومتى لا يمكن ذلك، متناولين في المطلب الأول من البحث، إمكانية التوفيق بين الاشتراطات القانونية والاقتصادية، والنظر إلى القاعدة القانونية كمؤشر اقتصادي، لاسيما فيما يتعلق بمرحلتني إبرام العقد وتنفيذه، وعارضين في مطلبه الثاني، للحالة التي لا يمكن فيها للقاعدة القانونية أن توزن اقتصادياً، نظراً لبعدها القيمي والأخلاقي، باعتبارها مقياساً للعدالة، ونعني بها قضيتي التنفيذ العيني والتعويض⁽⁶⁾، مبرزين من خلال هذه الدراسة الحدود الفاصلة بين أن يكون الاقتصاد معيناً للقانون أو أن يكون عبئاً عليه، وإلى أي حد يمكن أن يشكل الاقتصاد هاجساً مقلقاً للقانون؟، على أن يسبق هذين المطلبين، مدخلٌ تعريفيٌّ نبين فيه طبيعة العلاقة بين الاقتصاد والقانون، من حيث توضيح خلفية هذه العلاقة والخصوصية.

(5) بالرغم من أهمية الموضوع البحثي، إلا أننا لم نجد الكثير من الدراسات القانونية العربية حوله، ربما لعدم استشعار أهميته في التشريعات العربية بعد، ما استلزم البحث في حقيقة الإجابة على مختلف التساؤلات البحثية من خلال استعراض العديد من التجارب الغربية، وفي مقدمتها تجربة المشرع المدني الفرنسي. كما حتم علينا الاعتماد على قاعدة مرجعية فقهية غربية، من المدرستين اللاتينية والأنكلوسكسونية، إضافة إلى العديد من البحوث والدراسات القانونية الإلكترونية ذات الصديقة العلمية، لاسيما تلك التابعة للموقع الرسمي للمشرع المدني الفرنسي، الأمر الذي يُعدُّ نقطة للبحث لا عليه، كونها تبرز مدى جدته وأصالته.

(6) مما لا شك فيه أن جوانب التحليل الاقتصادي لنظرية العقد، متعددة ومتشعبة بشكل كبير، ولا يمكن الإحاطة بمختلف جوانبها في بحث قانوني واحد. عليه، فقد قصرنا نقاط بحثنا على الجوانب القانونية الأكثر أهمية وجدلية ضمن هذه النظرية وفق مصطلحي: «الممكن والمستبعد»، ونعني بذلك، ما يتعلق بتكوين العقد وتنفيذه من جهة، والتعويض عن عدم الالتزام بالتنفيذ من جهة أخرى، اللذين سيسكلان المحورين الرئيسيين في هذه الورقة البحثية. ما اقتضى التنويه.

مدخل تعريفي

التحليل الاقتصادي للقانون «الخلفية والخصوصية»

مخطئ من يعتقد أن القانون يتجاهل الاقتصاد أو أن الاقتصاد يمكن له أن يتجاهل القانون، فكلاهما محكومان بالتعايش الثنائي وداً أو كرهاً، وإن كانت لهذا التعايش خصوصية معينة، تختلف بحسب البيئة بين الفكرين الأنكلوسكسوني واللاتيني.

أولاً- خلفية العلاقة، من التعايش... إلى الإنكار... فالتناغم:

التعايش بين الحق كقيمة اقتصادية قابلة للتعامل القانوني، ضمن ضوابط ومحددات تحفظ الحقوق والحريات في المجتمع، هو أصل التعايش بين علمي القانون والاقتصاد. تعايش لم يكن يوماً أقرب للتفهم مما هو عليه اليوم⁽⁷⁾.

1. أصل التعايش الثنائي:

التعايش الثنائي بين القانون والاقتصاد، حقيقة لا خلاف فيها، ولا ينفي وجودها المراحل التي مرت بها بين السكينة والشدة، أو الخفاء والوضوح. حقيقة يمكن أن تختصر في مفهومي الحق والحرية، وفق معادلة بسيطة قوامها: تعامل اقتصادي بين الأفراد كظاهرة اجتماعية، «الحق»؛ ومن ثم تنظيم تشريعي لهذه الممارسة الاقتصادية ضمن ضوابط واضحة مؤطرة لها، «الحرية»؛ رغبة من القانون في الوصول إلى اقتصاد منضبط، يحافظ على حقوق الأفراد وحرياتهم، الأمر الذي يشكل الهم الرئيسي للقانون، دون أن يمثل ذلك، بالضرورة ذات الأمر بالنسبة للاقتصاد. وعليه يغدو الحق كإطار للتعامل ذو قيمة اقتصادية، والحرية في التعامل به وفق مفهومها المنضبط ذات قيمة قانونية. ما يجعل الحق وفق هذا المفهوم، أسبق في الوجود من الحرية، وما يؤكد، بالنسبة للبعض، أسبقية علم الاقتصاد في الوجود منه من القانون⁽⁸⁾.

2. وتيرة التعايش الثنائي:

المطلع على وتيرة التعايش الثنائي بين القانون والاقتصاد، يدرك أن هذه العلاقة لم تنقطع يوماً، وإن كانت قد مرت بمراحل عديدة بين بروز وخفوت.

(7) L. Grynbaum, Le développement de l'analyse économique du droit: vers un néo-positivisme? Revue des contrats, 2005, n° 4, p.1265. Th. Kirat, Economie et droit: De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances? In: Revue économique, volume 49, n°4, 1998. Pp.1057-1087. F. Kiraly, Le droit économique branche indépendante de la science juridique sa nature et son contenu Recueils Geny n°3, Paris Sirey, 1935, Pp.111-123. B. Deffains, Introduction : Le droit comme facteur de développement économique, Mondes en développement 2005/1, n° 129, Pp.7-11.

(8) L. Grynbaum, Le développement de l'analyse économique du droit: vers un néo-positivisme? op, cit, p, 1265.

1.1. مرحلة السكون:

لما كانت وتيرة النمو الاقتصادي في المجتمع تسير بشكل متوازن مع التنظيم القانوني الخاص به، لم يكن ثمة حاجة للبحث في مدى قدرة أي منهما على تعطيل أو تفعيل دور الآخر، فالحصان «الاقتصاد» يسير والعربة «القانون» خلفه، ما شكل أولى مراحل التعايش العفوي بين العلمين⁽⁹⁾، غير أنه ومع تعاظم دور الاقتصاد، وعجز القانون عن مجاراة ذلك، لاسيما بعد الثورة الصناعية، وبروز حالات اقتصادية تقتضي تجاوزاً أكثر فاعلية من القانون، بدأ الحديث عن طبيعة هذه العلاقة، من نواح متعددة، من بينها مدى دور القانون في أن يكون عاملاً معطلاً أو مفعلاً للاقتصاد، ودوره في تعزيز التنافسية الاقتصادية. فكانت بداية عملية القراءة الاقتصادية للقانون. وتعددت الدراسات التي تهدف لتشجيع القانون على أن يتفاعل ويتجاوب مع المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية مع المجتمع، في ضوء ما كان يطلق عليه واقعية العلوم القانونية⁽¹⁰⁾ فالقانون صحيح، أنه ذو بعد تقويمي من خلال قراءته للمستقبل، والبحث فيما يجب أن يكون وليس ما هو كائن ضمن غاية مثلى تتناول مفاهيم قيمة كالحق والعدالة أكثر منها نفعية تقوم على الاقتصاد والمال، إلا أن كل ذلك، يجب أن يكون في إطار فن الممكن، والمتاح، ومن خلال قراءة قانونية واقعية لمختلف الظروف المحيطة به، ما ولد حالة من التوجس بين العلمين.

2.1. مرحلة التوجس:

هذا التواءم الساكن بين العلمين، لم يكن يثير كثير حساسية لرجال القانون، كونه كان يحتفظ للقانون بجانبه المستقل والخاص عن الاقتصاد، مُمكناً إياه من التكيف مع هذه الظروف دون ضغط اقتصادي، أو إحساس بالدونية، غير أن هذا الواقع، ومنذ خمسينيات القرن العشرين قد تبدل بشكل كبير مع بروز نظريات تهدف إلى تطويع القانون للاقتصاد، من خلال إسقاط النظريات الاقتصادية على العلوم القانونية، في إطار مفهوم التحليل الاقتصادي للقانون القائم على اعتماد آليات الفكر الاقتصادي في قراءة القانون، لتحديد مدى كفاءة النص القانوني في خدمة المجتمع من منظور اقتصادي⁽¹¹⁾.

(9) J-A Schumpeter, Histoire de l'analyse économique, T. II: L'âge classique (1790 à 1870). Trad. de l'anglais (États-Unis) par M. Berthold, G-H. Bousquet, et autres, Préface de R. Barre, Collection Bibliothèque des Sciences humaines, Gallimard. 1983. J.-J. Sueur, La "main invisible" ou le droit économique : Retour sur Adam Smith et certaines de ses institutions, Revue internationale de droit économique, 2013, p.491s.

(10) J. Carbonnier, Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd., LGDJ, 2001, p.43s.

(11) للمزيد حول تعريف التحليل الاقتصادي، راجع: فهد علي الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني: بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مرجع سابق، ص 162 وما بعدها. آيت عودة بلخير محمد، التحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص 330 وما بعدها.

Ch. Atias, (dir), L'analyse économique du droit, op, cit. Pp.409-785. Bruno Deffains, et Eric Langlais, Analyse économique du droit : principes – méthodes – résultats, op, cit.

وبرزت مدرستان رئيستان في هذا المجال هما: مدرسة التحليل الوصفي «الوضعي»، والتي تمثل امتداداً حداثياً لطبيعة العلاقة بين القانون والاقتصاد، في دراستها للأثر القانوني للقاعدة القانونية في المجتمع وسلوكيات الأفراد، باعتبارها قاعدة قانونية ذات كلفة اقتصادية⁽¹²⁾، مقرةً بأهميتها القانونية وباحتة عن أهم الطرق لتخفيض الكلف الاقتصادية لهذه القاعدة، إن في الأثر الحالي أو المستقبلي لهذه القاعدة، ومدرسة التحليل المعياري، التي تدرس القاعدة القانونية بمؤشرات اقتصادية تتعلق بالربح والخسارة، كونها أداة لتنمية الثروات بين الأفراد وتوزيعها، باعتبارها ذات قيمة اقتصادية⁽¹³⁾.

هذه النظرية الأخيرة أثارت جدلاً كبيراً في الأوساط القانونية، كونها تفرغ القاعدة القانونية من مضمونها ومحتواها والغاية المرجوة منها، باعتبارها أداة قيمة أخلاقية، وتحويلها لقاعدة نفعية اقتصادية، وازعة القاعدة القانونية رهن فلسفة القاعدة الاقتصادية، نتيجة لقراءة فلسفية قاصرة لفكرة القانون باعتباره علماً خادماً للعلوم ومن بينها الاقتصاد، وليس مكافئاً لها. فالقانون، وفق هذه النظرية، وجد لخدمة غايات العلوم الأخرى الاجتماعية والاقتصادية، بوصفه الأداة القانونية للدولة، وعليه في ذلك أن يخدم باقي أهدافها بما فيها سياستها الاقتصادية. فكينونة القانون المتمثلة بالتشريع «البرلمان»، والعدالة «القضاء»، هما أداتان في يد السلطة السياسية، وعليها أن توجهما في خدمة الاقتصاد، بقوانين تخدم هذا الأخير، وقاض يحكم له، بحيث تغدو مهمة القاضي ليس تطبيق القانون بذاته، وإنما تطبيق السياسة الاقتصادية للقانون، متجاهلين في كل ذلك، فكرة وأصل القانون كعلم عقلائي مستقل ومنفصل عن باقي العلوم كالأخلاق والسياسة، وحتماً للاقتصاد، ليبرز الصراع بين التحليل الاقتصادي والقانوني للقيم الأخلاقية التي تمثل ركائز القانون ودعائمه⁽¹⁴⁾.

(12) B-G. Oren, The Behavioral Economics of Consumer Contracts, Minnesota Law Review, 2008m n° 92(3), Pp.749-802. R. Cass, Behavioral analysis of law, The University of Chicago law review, 1997, p.1182s.

فهد علي الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني: بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مرجع سابق، ص 198. آيت عودة بلخير محمد، التحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص 333 وما بعدها. فلوريان فاوست، القانون المقارن والتحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص 1260 وما بعدها.

(13) B. Frydman, Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice: l'école de l'analyse économique du droit, In Structure système, champ et théories du sujet, éditions L'harmattan, Paris, 1997, p.128s.

فهد علي الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني، بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مرجع سابق، ص 198 وما بعدها. آيت عودة بلخير محمد، التحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص 333 وما بعدها. فلوريان فاوست، القانون المقارن والتحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص 1265 وما بعدها.

(14) Pour plus d'informations voir: E-W Kitch, Chicago School and Law and Economics, The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, T. 1, MacMillan, 1998, p.227s. E. Mackaay, History of Law and Economics: In Encyclopedia of Law and Economics (dir. B. Bouckaert et G. De Geest), Vol. I General Works, History and Methodology, Edward Elgar, 2000, p.66s., spéc. p.72s.

هذا الارتداد المتعاضد للأفكار الاقتصادية المتطرفة، قابلها العديد من الأفكار القانونية المتطرفة، لاسيما تلك التي ذهبت إلى نفي إمكانية الترابط بين العلمين، معتبرة أن العلاقة الثنائية بينهما محكومة بالفشل، لأنها قائمة على التضاد في القيم والمثل⁽¹⁵⁾، فالقانون ذو قيمة أخلاقية قيمية، والاقتصاد ذو قيمة ربحية نفعية، ما شكل قراءة سطحية لطبيعة العلاقة القائمة بين العلمين، فهذه التوجهات الفقهية والتحليلية في كلا الاتجاهين، إنما هي ناجمة عن الفهم الخاطئ لطبيعة هذه العلاقة، وليس للعلاقة بذاتها، ما أفضى لوجود قراءات مختلفة لها، وصل بعضها لحد الغلو من الجانب الاقتصادي، ما شكل إحجاماً من رجال القانون عن هذه النظرية، كونها ستمثل، في بعض حالاتها نفساً للأسس التي تقوم عليها فلسفة القانون. تحليل، ما لبث أن اتضحت عدم صوابيته، لتكثر الأصوات المنادية بضرورة إعادة قراءة هذه العلاقة بعقلانية أكثر، ضماناً للتفاهم القائم بين العلمين.

1.3. مرحلة التفاهم:

هذه الحالة من التوجس ما لبثت - مع توالي الدارسات القانونية والاقتصادية - والقراءة المتأنية لهذين العلمين في ضوء الاحترام المتبادل لثوابت كل منهما - أن تبدلت بشكل كبير، ليصبح كل منهما أكثر التصاقاً وتعاوناً مع الآخر، في سبيل خدمة غاية أسمى هي: «المجتمع»، ما رسم ملامح مرحلة جديدة بين العلمين قوامها التناغم والتكامل، وليعاد رسم عصر جديدة في العلاقة القائمة بينهما، أثبتت خلالها ألا غنى لأي منهما عن الآخر⁽¹⁶⁾، لكن بخصوصية معينة، قوامها التقدير المتبادل لكل منهما لفلسفة الآخر، وتأطير دور الاقتصاد في المساعدة في تحديد التكلفة الاقتصادية للقاعدة القانونية كمفهوم وكمؤسسة، لا في تحويل جيناتها الأخلاقية والحيوية، الأمر الذي كان فقهاء القانون في المدرسة اللاتينية من أكثر المتخوفين منه، ما سجل تمايزاً في قراءة هذه العلاقة الحداثية بين فقهاء هذه المدرسة ونظيرتهم الأنكلوسكسونية.

ثانياً - خصوصية العلاقة، بين الفكر الأنكلوسكسوني واللاتيني:

أصل فكرة التحليل الاقتصادي، القادمة من فكر اقتصادي ليبرالي حر وزن القانون بالاقتصاد، لم يرق لكثير من فقهاء القانون، لاسيما من المدرسة اللاتينية، ما أصل

(15) G. Vedel, Le droit économique existe-t-il? In Mélanges Vigreux, 1981, Pp.767s. G. Canivet, La pertinence de l'analyse économique du droit: Le point de vue du juge, Petites affiches, 2005, n° 99, Pp.23-27. B. Deffains, Le défi de l'analyse économique du droit: le point de vue de l'économiste, Petites affiches 2005, n° spécial Analyse économique du droit: quelques points d'accroche, p. 6s., spéc. p.7 et 8.

(16) L. Grynbaum, Le développement de l'analyse économique du droit: vers un néo-positivisme? op, cit, p.1265. Th. Kirat, Economie et droit: De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances? op, cit, Pp.1057-1087.

فلوريان فاوست، القانون المقارن والتحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص 1268 وما بعدها.

لاعتقاد مفاده أن الاقتصاد بهكذا منظور سيفسد القانون⁽¹⁷⁾. استنتاج ما لبث أن تبدد، نظراً لأن التمايز في النظرة الفلسفية لعملية التحليل الاقتصادي بين الفكر الفلسفي الأنكلوسكسوني واللاتيني لا يلغي وحدة الهدف بين نظاميهما القانونيين.

1. التمايز في النظرة الفلسفية:

من المعلوم أن نظرية التحليل الاقتصادي للقانون، تعود في تأصيلها الفكري للمدرسة الأنكلوسكسونية في بعدها الليبرالي الأكثر تحراً، وتحديدًا في الولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁸⁾، لاسيما مع المقال الشهير: «التحليل الاقتصادي للقانون» للقاضي الأمريكي ر.أ. بوسني R-A. Posner⁽¹⁹⁾ الذي وضع القانون في مبضع الاقتصاد، بقراءة اقتصادية غلبت على مختلف مصطلحاتها اللغة الاقتصادية، بعيداً عن القانونية، عباراتٌ وُزنت اقتصادياً وُعيت قانونياً. وقد سبق هذا المقال مقال آخر أكثر شهرة في تحديد الوزن الاقتصادي للقانون للاقتصادي الأمريكي ر. كواس R. Coase تحت عنوان: «مشكلة التكلفة الاجتماعية»⁽²⁰⁾. فالمقالان، رغم أنهما كانا يتسمان بالعموم، إلا أنهما وضعاً الخطوط العامة لهذه النظرية، كما أسساً لمدراس اقتصادية خاصة في التحليل الاقتصادي للقانون في الفقه القانوني الأنكلوسكسوني، عالجت العديد من الجوانب التشاركية بين القانون والاقتصاد، بعضها معتدل، والآخر متطرف، وفق ما سبق بيانه⁽²¹⁾.

بالمقابل، فقد تمت قراءة فكرة التحليل الاقتصادي للقانون من قبل فقهاء المدرسة اللاتينية، لاسيما رجال القانون المدني، بصورة أكثر تحفظاً، سواء أكان ذلك في إطار أفكار المدرسة الوصفية المتعلقة بحساب التكلفة الاقتصادية للقاعدة القانونية، أم المدرسة المعيارية المتعلقة بدور القاعدة القانونية بزيادة نمو الثروات وتوزيعها. فبالنسبة للعديد من هؤلاء الفقهاء، فإن إسقاط فكرة الاقتصاد على القانون مرفوضةٌ من حيث الأصل، فالوصول للحق يتعلق بقيمة أخلاقية قيمية طالت أو قصرت. كما وجد العديد من هؤلاء

(17) B. Deffains and S. Ferey, L'économie du droit entre révolution cognitive et tournant réaliste, Revue française d'économie, 2012, n° 27, Pp. 45-80. E. Millard, L'analyse économique du droit: un regard empiriste critique, Droit prospectif, 2009, Pp.2523-2528.

(18) H. Hovenkamp, The Economic Analysis of Law In the United States: A Brief interentreprises, PUF, Paris, 1995. L. Grynbaum, Doctrine américaine contemporaine: le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale, Revue des contrats, 2008, n°4, p.1383s.

(19) R-A. Posner, Economic Analysis of the Law, Boston: Little Brown and Co, 1973.

(20) R. Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, vol.3, n°1, 1960, Pp.1-44. B. Élodie, Les théorèmes de Coase: énoncés et critiques microéconomiques, Thèse, Université Paris I, 2003.

(21) R. Cowan R. and M. Rizzo, The Genetic-Causal Tradition and Modern Economic Theory Kyklos, vol.49-fasc 3, 1996, Pp.273-317.

الفهاء في هذا التوجه تحريفاً للمفاهيم القيمة التي يقوم عليها القانون في سبيل خدمة الاقتصاد⁽²²⁾ لاسيما في حال تعارض غايات النفع الاقتصادي مع مقتضيات القانون الأخلاقية، معيدةً بذلك تكييف البعد الأخلاقي للعديد من المفاهيم القيمة للقانون، لاسيما في منظومة القانون المدني، وبشكل أكثر دقة في نظرية الالتزام، ما طرح قضايا جدلية تمس جوهر ومرتكزات هذه النظرية، كالقواعد القانونية المتعلقة بمبدأ حسن النية، والقوة الملزمة للعقد، والتنفيذ العيني، والمسؤولية، والتعويض والعدالة، وغيرها من القضايا الجوهرية، لدرجة أضحت مختلف هذه المرتكزات تقاس كمؤشر اقتصادي لكفاءة القانون في تعزيز التنمية الاقتصادية، وليس كمعيار قيمي أخلاقي في قدرة الأفراد على الوصول إلى حقوقهم وتنفيذ التزاماتهم⁽²³⁾. فبالنسبة إليهم، على سبيل المثال، فإن مفهوم العدالة وفق التحليل الاقتصادي للقانون، سيعدل من جينتها، بحيث أنها لا تقتضي الوصول إلى ذات الحق، وإنما إلى إشباع الحق، زاهيةً إلى جعل الالتزام البديل بمثابة الالتزام الأصل، وأن فكرة العدالة هي إشباع الغايات الاقتصادية للمجتمع والأفراد، وفق مفهوم وفلسفة العائدية الاقتصادية وليس العدالة القانونية، وغيرها من القضايا الجدلية التي أثارَت حفيظة رجال القانون المدني، دافعة إياهم لاتخاذ موقف قانوني مناهض لهذا التفكير، ومختصرة كامل هذه النظرية بأبعادها الإيجابية المتعددة في بعض الجوانب السلبية، الأمر الذي خالفه البعض الآخر، مفضلين العمل على تقديم قراءة حديثة لهذه النظرية، تعيد تكييفها مع مقتضيات القانون عامةً، والقانون المدني خاصةً، وذلك في ضوء التحليل الذي يمكن من خلاله التمييز في التحليل الاقتصادي للقانون بين البعدين الفلسفي والاستراتيجي⁽²⁴⁾.

2. الوحدة في الغاية الفلسفية:

بعيداً عن الخلاف الشكلي بين المدرستين اللاتينية والأنكلوسكسونية، لا نعتقد أن ثمة مشكلة عميقة في العلاقة القائمة بين القانون والاقتصاد بينهما، فالقانون في كلا المدرستين يهدف إلى العدالة وإحقاق الحق بين الأفراد، سواء، أكان قائماً على السوابق

(22) Pour plus d'informations voir: M. Faure et A. Ogus, Économie du droit: le cas français, Éd. Panthéon-Assas, 2002. J-F. Niort, Droit - économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon, Archives de philosophie du droit, 1992, Pp.101-119.

(23) B. Deffains, et F. Samuel, Agir et juger: Comment les économistes pensent le droit, Paris, éditions Panthéon Assas, 2010, p. 17s.

فهد علي الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني: بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مرجع سابق، ص 187 وما بعدها. آيت عودة بلخير محمد، التحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص 334 وما بعدها.

(24) J. Carbonnier, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd., LGDJ, 2001, p. 43s.

القضائية، كالنظام الأنكلوسكسوني أم قائماً على النص كالنظام اللاتيني⁽²⁵⁾، غير أن المشكلة الرئيسية هي في عدم فهم فلسفة القانون، وتطويرها لخدمة الاقتصاد، وبالتالي حرف القواعد القانونية عن غايتها المقررة، من خلال حساب ضيق لقيمة هذه القاعدة في إطار هوامش اقتصادية آتية، غالباً ما تكون ذات دلالات فردية لا جماعية. فالقانون في كلا النظامين يقبل بالاقتصاد رافداً فاعلاً لتحقيق أهدافه القيمة، ويرفضه رفضاً صريحاً مدوياً، في حال انحرافه عن هذه الأهداف⁽²⁶⁾.

عليه، فإنه إن كان من المتفق عليه، في كلا المدرستين أن القانون ليس علماً اقتصادياً، إلا أنه لا شيء يمنع من تطبيق النظريات الاقتصادية عليه، طالما أنها لا تتعارض مع منطوق وفلسفة القانون. وإن كان من الصعب تصور وجود تقارب في الفلسفة الفكرية بين العلمين، إلا أنه يمكن، وهو المطلوب، وجود تقارب منهجي بين العلمين. فالتحليل الاقتصادي للقانون، بالنسبة لنا، هو عملية منهجية وليست بالمطلق، عملية فلسفية، كونها تتعلق بكيفية يمكن أن نتناول العلوم الاقتصادية في خدمة أهداف القانون، وكيف يمكن للقانون أن يكون، ضمن فلسفته ورؤيته في خدمة الاقتصاد، جميع الفرضيات بالنسبة لنا لا ضير فيها، بل هي مطلوبة وضرورية في أي عمل قانوني⁽²⁷⁾. فإن كان ثمة حالات يمكن - بل يجب - أن يقرأ فيها القانون كمؤشر اقتصادي، بوصفه مقياساً

(25) علماً بأن هذا التمييز لم يعد في وقتنا الحالي ذا مصداقية مطلقة لاسيما في ضوء الدور المتنامي والمتعاظم لدور الاجتهاد القضائي في بلورة العديد من القواعد القانونية، وليس النصوص التشريعية، والتي استطاعت وبحق، رغم عديد الانتقادات التي وجهت لها، أن تكمل المنظومة القانونية الفرنسية في هذا المجال. فاليوم لم يعد مقبولاً القول بأن تفاعل الاقتصاد مع القانون هو أكبر في الدول الأنكلوسكسونية منه في الدول اللاتينية، كون الهامش المتاح للقاضي في مواءمة النص القانوني مع الظروف الاقتصادية، هو أكبر منه بالنسبة للقاضي في الأنظمة اللاتينية، فمن يطلع على الدور الفاعل للاجتهاد القضائي في بلورة القاعدة القانونية وليست التشريعية يدرك حقيقة أن دور القضاء في هذه الدول، لا يقل اليوم عن دور القضاء في نظيرتها الأنكلوسكسونية، رغم افتقاده للصفة الرسمية باعتباره من مصادر القاعدة القانونية، لاسيما في بعده الابتكاري لما يسمى بالمبادئ العامة، كما في شرح وتفسير النصوص التي تنطوي على عبارات واضحة ولكن فضفاضة، كمبدأ حسن النية، والحرية التعاقدية، والقوة الملزمة للعقد، أو حتى حالات سكوت النص، وتصدي القاضي للنطق بالحكم وفقاً لمبدأ إلزامية الفصل بالدعوى. فجميع هذه الفرضيات تتيح للقاضي، هامشاً لا يستهان به، لإعادة مواءمة النص مع الواقع المتغير بمختلف صنوفه بما فيها الاقتصادي.

(26) B. Deffains, Introduction à l'analyse des systèmes juridiques, op, cit, Pp.1149-1162. C. Barrère, Les approches économiques du système judiciaire, Revue Internationale de Droit Economique, n° Spécial de l'économie de la justice, 1999, n° 2, Pp.153-199.

(27) R. Libchaber, La pensée économique de Jean Carbonnier: l'exemple de la monnaie, In Hommage à Jean Carbonnier, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, Série Association Henri Capitant, 2007, p. 61s, spéc. p. 62 et 63.

فلوريان فاوست، القانون المقارن والتحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص 1269 وما بعدها.

للتنمية، كما في حال وضوح القانون وكماله، فإن ثمة حالات أخرى بالرغم من دلالتها القانونية، لا يمكن أن نقرأ فيها البعد الاقتصادي للقانون، والاعتبار للفكر الاقتصادي ضمن هذه القواعد. فهي بالرغم من إمكانية قراءتها اقتصادياً، تبقى هذه القراءة مرفوضة بالمطلق، لا لعدم إمكانية وقوعها، ولكن لتنافيها مع البعد القيمي والأخلاقي للقاعدة القانونية. وبالتالي ثمة حالات يمكن فيها أن يوزن القانون بالبعد الاقتصادي بشكل واضح وصريح، وحالات، يمكن فيها البحث عن إمكانية التوفيق بين البعد الاقتصادي والقانوني، مع احترام بعض الاعتبارات، وحالات لا يمكن بالمطلق أخذ القيمة الاقتصادية للقاعدة في الاعتبار. فما يجعل فكرة التحليل الاقتصادي للقانون كمؤشر اقتصادي أمراً مقبولاً في شكل القانون ومنهجيته، طالماً أنه لا يمس جوهر العدالة، يغدو غير مقبول في حال مسه بجوهر القانون ومبادئه. وإن كانت القضية الأولى لا تثير كثير لغط، فإن الثانية هي مكمّن الخلاف بين رجال القانون والاقتصاد، ما يوجب البحث المعمق فيها لاستبيان صحة نظرية التحليل الاقتصادي للقانون بقراءتها وفق منظور قانوني تحديداً فيما يمكن اعتباره نقطة التقاء ونقطة افتراق، وصولاً إلى تنمية «اقتصادية» عادلة.

المطلب الأول

التحليل الاقتصادي لنظرية العقد ... وإمكانية التوفيق

بالرغم من البعد القانوني لبعض مبادئ نظرية العقد في مرحلتي الإبرام والتنفيذ، كمبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة، وحتى مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أن التحليل الاقتصادي لها يبقى ممكناً. كما يبرز وبوضوح أخذ القانون للهاجس الاقتصادي بعين الاعتبار، أثناء صياغته لبعض النصوص الحاكمة لهاتين المرحلتين، ما يجعل من إمكانية التوفيق بين الاشتراطات القانونية والاقتصادية، أمراً وارداً بل ومطلوباً في مثل الفرضيات، وما يجعل إمكانية النظر إليها كمؤشرات اقتصادية لفاعلية وكفاءة القانون أمراً لا ضير فيه.

أولاً- مبدأ الحرية التعاقدية والتحليل الاقتصادي:

إن فهم الحرية التعاقدية من الناحية القانونية والاقتصادية، يقتضي فهم حقيقة دور الحرية في الانخراط في العملية التعاقدية، لاسيما لجهة الدوافع الاقتصادية ومحدداتها القانونية.

1. مبدأ الحرية التعاقدية بالمفهوم القانوني والإسقاط الاقتصادي:

بالمفهوم القانوني، فإن الحرية التعاقدية تتناول القدرة على الالتزام أو التصرف، وبالتالي فهي تتعلق بفكرتي الحق والحرية: الحق في الالتزام أو التصرف، والحرية في نطاق القيام بأي منهما. ففكرتان أصيلتان، موجودتان قبل القانون، وإن كان الاعتراف بأي منهما محكوماً حتماً بالقانون، كما أنهما فكرتان محوريتان في أي تعامل قانوني ضمن القانون المدني. فكل من الالتزام والتصرف يجب أن يتم بشكل قانوني صحيح، ما يقتضي بالضرورة تأطير حريات الأفراد في ذلك، بما ينسجم مع القانون ويحقق غايات الأفراد الاقتصادية من هذه العملية. فإن كانت العملية التعاقدية محكومة بمقياس اقتصادي، هو المنافع المتحصلة للأفراد من ممارستها، فإنها مؤطرة بقيمة أخلاقية وقانونية تتناول، كيفية التعامل في كل منهما. وكلاهما محكوم بالقانون، وإن كانت المنافع هي الدافع لأحدهما، ونعني الحق والالتزام⁽²⁸⁾.

(28) E. Brousseau et J-M. Glachant, Économie des Contrats et Renouvellements de l'Analyse Economique, Revue d'Economie Industrielle, 2000, n° spécial. D. Sindres, Contrat - principe d'autonomie et analyse économique du droit international privé, In R. Sefton-Green et L. Usunier (dir.), Concurrence normative et performance juridique, Société de législation comparée, coll. de l'UMR de droit comparé, 2012, spéc. n° 16s. G. Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, In Mélanges F. Gény, T. II, Sirey, 1934, p.347s.

عليه، فالالتزام الشخصي أو الحق له قيمة اقتصادية يمكن أن يحميها القانون، فهو قابل للوزن بالبعد الاقتصادي. ففي العقود، لاسيما عقود المعاوضة، فإن البحث عن علاقة تعاقدية مستقبلية، هو بالضرورة إنشاء لعلاقة اقتصادية، فكل تصرف قانوني، في إطار المعاملات، هو تصرف بعوض من حيث المبدأ، وبالتالي لكل التزام التزام مقابل⁽²⁹⁾. صحيح أنه يوزن من الناحية القانونية بسبب الالتزام، في إطار قانوني صرف، ولكن لا يمكن بحال من الأحوال إغفال الجانب الاقتصادي منه. فسبب التصرف، ببعديه المباشر وغير المباشر، هو ذو قيمة اقتصادية، سواء أكان يتمثل في المقابل في الالتزام، أو في الدافع للتعاقد⁽³⁰⁾. ففي الحالتين، إنما يمثل المقابل في العملية التعاقدية ذو القيمة الاقتصادية، بل إن من ضمانات تحقق هذه المنفعة الاقتصادية، نظرية الدفع بعدم التنفيذ، التي تُعد وسيلة قانونية لضمان الحق، ذات مدلول قانوني وقيمة اقتصادية، بحيث يتمتع أحد المتعاقدين عن زيادة المنفعة الاقتصادية لنظيره في العقد ما لم يضمن هو الحصول على منفعه من العقد، ما يجعل من غياب أو افتقاد المقابل في العقد وسيلة إما لإنهاء العقد أو إعادة تكيفه مرة جديدة⁽³¹⁾، بل إن فكرة المقابل في العقد والتي توزن سواء في إطار التنفيذ أو التعويض بالنقد هي في أساسها ارتكاز من القانون على الاقتصاد، كما سنرى ذلك في المطلب الثاني من البحث.

2. القبول القانوني لفكرة المنافع الاقتصادية:

المنافع الاقتصادية، رغم اعتباراتها الاقتصادية، إلا أنها لم تكن يوماً مغيبة عن روح النص القانوني الذي طالما أقر بها أولاً، وبأرجحيتها في العملية التعاقدية ثانياً، لكن ضمن ضوابط قانونية محددة.

(29) E. Chevreau, La cause dans le contrat en droit français: une interprétation erronée des sources du droit romain, Revue des contrats, 2013, n° 1, p. 11. X. Lagarde, L'objet et la cause du contrat, entre actualités et principes, Petites affiches, 2007, n° 70, p. 6s.

طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلوأمريكي مع دراسة مقارنة للسبب في القانونين المدنيين المصري والفرنسي، مجلة كلية العلوم الإدارية، جامعة الرياض، مجلد رقم 6، ص 21-62. أحمد رفعت خفاجي، الصورية في التصرف القانوني: دراسة فقهية فلسفية لمحنة معاصرة، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، مجلد 47، العدد 286، 1956، ص 75-78. درماش بن عزوز، نظرية السبب والعدالة العقدية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد رقم 11، تاريخ 2012، ص 400-414. (30) يجدر التنويه إلى أن نظرية السبب في القانون المدني الفرنسي الجديد، قد شهدت تحولاً هاماً، فبالرجوع إلى أركان العقد في التشريع المدني الجديد نلاحظ غياب فكرتي المحل والسبب عن هذه الأركان، والاستعاضة عنهما بفكرة: «محتوى العقد المشروع والمؤكد»، راجع في ذلك:

F. Chénéde, La cause est morte... vive la cause? Contrats, conc. consom. 2016, dossier 4, n° 5, p. 21.

É. Savaux, Le contenu du contrat - Articles 1127, 1161 à 1170. JCP. G, Supplément au n° 21, 2015. p.

20. M. Béhar-Touchais, Le contenu du contrat 1, Revue des contrats, 2013, n° 2, p. 756.

(31) Art. (1219), Art. (1220), «Code Civil français, éd. 2018».

القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (219)

1.2. المبدأ:

في العقد، الالتزام القانوني بتعظيم المنافع الاقتصادية لطرفيه، إنما يتم، بشكل أو بآخر وفق آليات السوق. فالطرفان يبحثان عن هذه العلاقة في إطار عنصرى العقد المتمثلين بمفهومى الإيجاب والقبول قانوناً، المؤشران الرئيسان لتحريك العجلة الاقتصادية في المجتمع، لاسيما ضمن مفهوم الإيجاب في القانون، المكافئ لمفهومى العرض والطلب في الاقتصاد. فهذه الثنائية لفكرتي العرض والطلب، هي أساس التوافق القانوني في المعاملات. فمحور نظرية العقد، إنما تقوم على الإيجاب «المقابل للعرض والطلب» والقبول «المؤشر القانوني لاكتمال العجلة القانونية للعقد ذات الدلالة الاقتصادية»، ذلك أن حركة الاقتصاد لا تتم إلا بدورة عقدية صحيحة مكتملة، بين الإيجاب والقبول، وهو الأمر الذي شدّد عليه كل من القانون المدني الفرنسي بكون العقد توافق الإيرادات بين شخصين أو أكثر لإنشاء أو تعديل أو تحويل أو إطفاء الالتزامات⁽³²⁾، والقانون المدني الكويتي، من خلال الإشارة إلى تعريف العقد بكونه ارتباط الإيجاب بالقبول على أحداث أثر يرتبه القانون⁽³³⁾.

ناهيك عن أن كلا المشرّعين قد شدّدوا على أن كل شيء غير خارج عن التعامل بحكم القانون أو الطبيعة يصح أن يكون محلاً للعقد طالما أن له قيمة مالية⁽³⁴⁾ أو تجارية⁽³⁵⁾، ما يجعل لبناء العقد في الفكر القانوني الفرنسي والكويتي، نظرة اقتصادية لا يُستهان بها، إن من حيث وضوح الإيجاب «العرض أو الطلب» أو من حيث صحة القبول⁽³⁶⁾. فالإنسان يتصرف كإرادة لا كجسد؛ إرادة تنطوي، من حيث المبدأ، على عمل يحقق المنفعة أو يدرأ المضرة، ما يجعل من دراسة فكرة الحق والالتزام من مدلول اقتصادي أمراً مقبولاً ومنطقياً، لكن ليس مطلقاً!

(32) Art. (1101), «Code Civil français, éd. 2018».

(33) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (31).

(34) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (22).

(35) Art. (1128), «Ancien Code Civil français». Art. (1162), «Code Civil français, éd. 2018». V. Forti, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat., op, cit, p. 6s. B. Fages, Autour de l'objet et de la cause, Revue des contrats, 2006, n° 1, p. 37s.

(36) علماً بأن قضية العرض والطلب في المنظومة الاقتصادية يمكن أن تجد لها مقابلاً في نظرية الوعد بالتعاقد، سواء في إطار الوعد بالشراء أو الوعد بالبيع، أو حتى العقود المهددة للتعاقد بما فيها مرحلة المفاوضات، وكما بيّنا سابقاً، فقد كان لغياب هذه الأشكال المختلفة من العقود التمهيديّة عن أحكام نظرية العقد في التشريع المدني السابق، آثار واضحة في المنظور الاقتصادي لمؤسسة العقد في التشريع المدني الفرنسي، بحيث أن هذه النظرية اقتصادياً لم تكن مكتملة، وبالفعل إذا ما نظرنا إلى رؤية رجال الاقتصاد إلى فاعلية نظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي سابقاً لاسيما من خلال التقارير الاقتصادية نجد أن هناك انتقاداً كبيراً لهذه النظرية من الناحية الاقتصادية.

J. Ghestin, Le contrat en tant qu'échange économique, Revue d'Economie Industrielle, N° Spécial, Économie des Contrats: Bilan et Perspective, 2000, n° 92.

2.2. التقييد:

إن القبول بالفكرة كمبدأ لا يعني إطلاقها، ذلك أن آليات ودوافع هذه التصرفات ذات قيمة أخلاقية واجتماعية أكثر منها ذات مدلول اقتصادي، بحيث يغدو تناول مبدأ الحرية في القيام بها من عدمه، وفق مفهوم المنافع الصرفة أمراً فيه نظر. فالشخص، من حيث الأصل له الحرية في التعاقد من عدمه، في التصرف من عدمه، في الالتزام من عدمه، إلا أنه ليس له مطلق الحرية في كل ذلك، بل هو محكوم بما هو متاح قانوناً، وضمن ضوابط قانونية، ما ينظم العملية الاقتصادية في إطارها القانوني الصحيح، وذلك مبدأً ثابتاً تحرص معظم التشريعات على تكريسه وتثبيته في موادها القانونية، وبالتالي فإن فكرة تحديد المنافع الاقتصادية من العملية التعاقدية ليس مطلقاً، وكل تصرف أو إجراء يهدف إلى تعظيم هذه المنافع خارج نطاق القانون يصبح باطلاً.

هذا ما أكدته على سبيل المثال القانون المدني الفرنسي عندما نص بأن: «كل شخص حر في التعاقد أو عدم التعاقد، حر في اختيار نظيره في العملية التعاقدية وتحديد مضمون وشكل العقد ضمن الحدود المقررة قانوناً. وبأن الحرية التعاقدية لا تسمح بالانتقاص من القواعد المرتبطة بالنظام العام»⁽³⁷⁾. وعليه، فإن للشخص المتعاقد الحرية في نقاط ثلاث: الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد، والحرية في تحديد نظيره في العملية التعاقدية، وأخيراً، الحرية في تحديد مضمون وشكل العقد المراد إبرامه، على أن تتم ممارسة هذه الحرية في حدود القانون والنظام العام⁽³⁸⁾. بالمقابل لم يشر القانون المدني الكويتي إلى مثل هذا النص، وإن كان الواقع الفقهي يُمكن من القول بأن هذه الخيارات الثلاث، وفق المفهوم القانوني والاقتصادي، متحققة كذلك في المنظومة القانونية المدنية الكويتية، يضاف إليها ضوابط النظام العام بما فيها، الشريعة الإسلامية والآداب العامة بحسب الحال⁽³⁹⁾.

(37) Art. (1102), «Code Civil français, éd. 2018».

(38) Ibid.

(39) يمكن الإشارة في هذا المجال لنص المادتين (172-175) المتعلقةين بمحل العقد، والمادتين (177-178) المتعلقةين بسبب العقد، من القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980. راجع كذلك: عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 475 وما بعدها. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 19 وما بعدها. سامي عبد الله الدريعي، تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية رقم 1998/453 الخاص بأثر بطلان العقد، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، المجلد 31، العدد الأول، 2007، ص 373 وما بعدها.

وعليه فالهامش الاقتصادي من هذه العملية الاقتصادية ليس متاحاً على مصراعيه، وإنما مُقيّد بضوابط محددة، سواء في إطار محددات القانون المدني أو القانون بوجه عام، والقواعد المتعلقة بالنظام العام في التشريع المدني الفرنسي، مضافاً إليها أحكام الشريعة الإسلامية في التشريع المدني الكويتي، كما في حال تحديد محل العقد، أو موضوع العقد، أو حتى شخص المتعاقد، ففي هذه الأخيرة يجب ألا تكون العملية التعاقدية خاضعة لمعايير تمييزية أو تفضيلية غير مشروعة. فالأصل في التعاقد هو للاعتبار الموضوعي، وليس الشخصي، فالعقود برُمتهَا - بما فيها المدنية - هي عقود موضوعية، لا تقوم على معايير شخصية. كذلك، يجب أن يكون محل العقد من الأشياء التي يجوز التعاقد عليها، والتي يسمح القانون بأن تكون محلاً للتعاقد. كل ذلك بما لا يخالف القانون العام، والقواعد والآداب العامة.

إن مختلف هذه الضوابط لا تجعل المنفعة الاقتصادية هي الحاكم الأُوحد للعقد، وإنما تجد من يُقيدها ويُشدبها، ونعني بذلك قواعد القانون ونظرائه. ومما لا شك فيه أنه كلما زادت الضوابط القانونية، كلما حُجِّمَت المنافع الاقتصادية، كذلك كلما وَصَحَت هذه القيود بشكل أكثر دقة، كلما كان حساب التكاليف الاقتصادية أكثر وضوحاً، في حين أن العكس يبقى صحيحاً. كذلك كلما زادت صلاحية القاضي في العقد، كلما أصبح حساب تكاليفه الاقتصادية أكثر تعقيداً، ذلك أن هذا الأخير سيعيد بناء العقد في إطار ضوابط القانون المبهمه وغير الواضحة، والتي قد لا تكون ضمن التكييف المتوقع لطرف العقد المتضرر⁽⁴⁰⁾. إضافة لمختلف القيود السابقة تبرز القيود الحمائية التي تفرضها القوانين الحمائية الخاصة، كقانون حماية المستهلك، وقانون العمل، وقانون الإيجار، بوصفها قوانين تضع ضوابط حمائية خاصة تُقيّد بشكل كبير من مفهوم الحرية التعاقدية، وبالتالي تعيد تكيف التكلفة الاقتصادية في العديد من العقود، نظراً لأولوية التطبيق القانوني للقواعد الحمائية والإلزامية في مواجهة مفهوم الحرية التعاقدية⁽⁴¹⁾، ما يمنح هذه الأخيرة دوراً متعظماً في إعادة تأطير المفهوم الليبرالي للحرية التعاقدية⁽⁴²⁾. وعلى

(40) N. Molfessis, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, op. cit. O. Deshayes, L'interprétation des contrats - Arts. 1188 à 1193, JCP, Général, Supplément au n° 21, 2015. p.39s.

(41) E. Mackaay, L'analyse économique du droit de la consommation, In Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation, Dir Th. Bourgoignie, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2008, p. 215s. S. Bienenstock, Trois essais sur l'analyse économique du droit de la consommation, Doctorat, 2016. Y. Guyon, Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques, Rev. Sociétés, 2001, p. 503s., spé, n°2.

(42) J. Raynard, Pour une théorie générale des contrats spéciaux: des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial, op. cit. A. Coure et A. Reygrobellet, Le projet de réforme du droit des obligations: incidences sur le régime des cessions de droits sociaux, Bulletin Joly Sociétés, 2015, n°05, p. 247s.

ذلك مخطئ من يعتقد أن هذه الحرية لا تزال تتمتع بهذا الجانب الفردي الليبرالي الرحب، فكل هذه الأمور لها منعكساتها المباشرة على التكلفة الاقتصادية للعقد.

ثانياً- القوة الملزمة للعقد والتحليل الاقتصادي:

إن المدقق في التأصيل الفلسفي لفكرة القوة الملزمة للعقد يدرك أن تأصيلها الاقتصادي، لا يقل أهمية عن تأصيلها القانوني، بل إن التأصيل القانوني فيها، إنما أتى لضمان وخدمة التأصيل الاقتصادي.

1. التأسيس الاقتصادي لفكرة القوة الملزمة للعقد:

نظراً لكون العقد من حيث الأصل، هو عملية تجيير لمنافع اقتصادية متبادلة بين أطرافه، فإن أساس الالتزام القانوني، يجد أصوله وتبريره في ضمان هذه المنافع.

1.1. الخلفية الاقتصادية لفكرة القوة الملزمة للعقد:

يُعد مبدأ القوة الملزمة للعقد من مرتكزات أي عملية قانونية، فالعقود التي تُكوّن بشكل قانوني تأخذ حكم القانون بالنسبة لمن أجراها⁽⁴³⁾، وذلك تطبيقاً للمبدأ القانوني القائم على اعتبار العقد شريعة المتعاقدين⁽⁴⁴⁾. بحيث إنه لا يمكن تعديله أو نقضه إلا بالاتفاق المشترك، أو للأسباب التي يسمح بها القانون⁽⁴⁵⁾، كما أن العقود لا تُلزم فقط، بمنطوقها وإنما بما يشمله مفهوم الإنصاف والعرف أو القانون⁽⁴⁶⁾. لكن حتى تتمتع هذه العقود بالقوة الملزمة، يجب أن تعقد بشكل صحيح، بمعنى أنها تُعبّر عن الإرادة الصادقة والصحيحة لطرفي العقد، هذا من المنظور القانوني. منظوراً، له مقاربة اقتصادية لا تقل أهمية عنه، فالقوة الملزمة للعقد، من المنظور الاقتصادي، إنما تُعبّر عن المقاربة الاقتصادية

= محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل - «أزمة عقد العمل»: دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 25، العدد 47، 2011. وللكتاب ذاته، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم) (التطبيق والإثبات) (الحماية القانونية)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، الأعداد 24-25-26 على التوالي، للأعوام 2008-2010-2009.

(43) Art. (1103), «Code Civil français, éd. 2018».

القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادتان (196 - 197).

(44) G. Rouhette, La force obligatoire du contrat, Rapport français, In Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises, LGDJ, 1987, p.27. J. Ghestin, Traité de droit civil: La formation du contrat, LGDJ. 1993, n° 252s. L. Cadiet, Une justice contractuelle, l'autre, In Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ. 2001, p. 177. J-P. Chazal, De la signification du mot loi dans l'article 1134 al, du Code civil, RTD civ, 2001, p. 265s.

(45) Art. (1193), «Code Civil français, éd. 2018».

راجع في نص مقارب، القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (196).

(46) Art. (1194), «Code Civil français, éd. 2018 ».

راجع في نص مقارب، القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادتان (195-197).

للعقد من قبل طرفيه، في إطار تحديد المنافع المتبادلة من العقد والبناء عليها في التزامات مستقبلية، ذات منافع اقتصادية جديدة. وكلما كانت المنافع الاقتصادية التي تم الاعتماد عليها وفقاً للعقد ثابتة ومستقرة، كلما كانت الموثوقية في البناء الاقتصادي للمنافع المستقبلية أكثر استقراراً وأقل تكلفة.

2.1. التبرير الاقتصادي لفكرة القوة الملزمة للعقد:

تقتضي القوة الملزمة للعقد، قانوناً واقتصاداً، أن يكون الشخص قادراً على تحديد صدقية وحقيقة المنافع التي يسعى إليها والتي يؤدي الالتزام في مقابلها، بمنافع واضحة ودقيقة، ما يجعل من قضية الوعي القانوني مسألة في غاية الأهمية قانوناً واقتصاداً، بحيث إنه فقط الشخص العاقل يستطيع أن يُحدّد مقدار منافع الاقتصادية الحالية والمستقبلية، والمؤكد والاحتمالية من العقد. وهنا تلعب نظرية عيوب الإرادة دورها القوي في التحليل الاقتصادي⁽⁴⁷⁾، فلا يمكن القول بأن المتعاقد الذي يفتقد للإرادة الصحيحة، قد وزن المنافع الاقتصادية للعقد بشكل صحيح، ففي حال الغلط، الذي هو عيب من عيوب الإرادة، لاسيما في الغلط في القيمة أو في صفة جوهرية، يصبح المكافئ الاقتصادي للعقد مفتقداً أو مختلاً اختلالاً فاضحاً، ما يجعل للخلل الاقتصادي للعقد أثر مرتد على القوة الملزمة للعقد، مسقطاً هذه الأخيرة، ومانحاً المتعاقد الذي وقع في هذا الغلط إمكانية المطالبة ببطالان العقد، أو إعادة ضبط المنافع الاقتصادية للعقد وفقاً لظروف العقد المستجدة.

ذات الأمر ينطبق في حال التدليس أو الغبن الاستغلالي، وإن مع بعض الخصوصية بالنسبة لهذا الأخير. وبالتالي، نحن أمام عيب قانوني يتعلق بإرادة غير صحيحة لم تستطع أن تزن خياراتها الاقتصادية بشكل صحيح. هنا يمكن للتحليل الاقتصادي وإن بشكل غير مباشر أن ينعكس سلباً على العقد، فالعيب في مثل هذه الفرضيات يجب أن يستند من حيث المبدأ لقيم اقتصادية، ذات تكاليف مباشرة أو غير مباشرة. ولا يضير ذلك أن يتجاهل المتعاقد الذي عيبت إرادته بأن يرضى بالعقد رغم وجود هذا الخلل، كون ذلك إنما يعد إعادة تقييم للمنافع الاقتصادية بالسماح والرضا بقبول الخسارة فيها على سبيل المثال، بل إن التعاقد المختل اقتصادياً لا قانوناً، بمعنى المبني على مفهوم الحاجة

(47) Vices du Consentement (Arts 1130 à 1144), «Code Civil français, éd. 2018», O. Deshayes, La formation des contrats, Revue des contrats, 2016, n° Hors-série, Pp.21-29.

راجع في القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المواد (147-166). فهد علي الزميع، نظرية العقد من منظور اقتصادي: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي، مرجع سابق، ص 188 وما بعدها.

الاقتصادية، فيما اصطلح الفقه المدني الفرنسي على تسميته بالإكراه الاقتصادي⁽⁴⁸⁾ هو تعاقد كذلك غير صحيح، كون المنافع الاقتصادية للطرفين غير متكافئة وغير متوازنة. وما ينطبق ضمن هذه الفرضية، ينطبق كذلك، في حالات مماثلة، لعل من أوضحها تلك المتعلقة بالشروط التعسفية⁽⁴⁹⁾، أو الشروط المفرغة للالتزام⁽⁵⁰⁾.

2. القوة الملزمة بين العدالة القانونية والعدالة الاقتصادية⁽⁵¹⁾:

إن القوة الملزمة للعقد، ليس ذات دلالة واحدة ومطلقة في جميع العقود، ففي بعض العقود، لاسيما العقود ذات التنفيذ المتراخي، فإنها (أي القوة الملزمة) تقتضي إعادة موازنة هذه القوة مع المتغيرات الاقتصادية التي رافقت عملية التنفيذ، ففي هذه العقود ثمة طرف ثالث، خارج عن إرادة الطرفين، هو الزمن، بمختلف متغيراته الاقتصادية والاجتماعية، يجب أن يوزن في العقد، ما يعرف في الأوساط الفقهية والقانونية بنظرية الظروف الطارئة⁽⁵²⁾. والحقيقة إن التحليل الاقتصادي للعقد ضمن هذه الزاوية تحديداً، ونعني بين مفهوم الكلف الاقتصادية للعقد والتوازن الاقتصادي للعقد في ضوء العدالة العقدية ومبدأ القوة الملزمة، له قراءة قانونية واقتصادية خاصة، كون فكرة ثبات العقد، وبالتالي قوته الملزمة تطرح إشكاليتين مترابطتين بفكرة واحدة هي العدالة الاقتصادية للعقد.

(48) Art. (1143), «Code Civil français, éd. 2018 ». Pour plus d'informations voir : F. Dournaux, La réforme des vices du consentement, op, cit. H. Barbier, La violence par abus de dépendance, op, cit. Voir, J-P. Chazal, Violence économique ou abus de faiblesse, Droit et patrimoine, 2014, n° 240, p. 47s. E. Savaux, Retour sur la violence économique: avant la réforme du droit des contrats, Revue des contrats, 2015, n° 03.

(49) D. Mainguy, Pour une analyse objective et utilitariste des clauses limitatives de réparation et des clauses abusives dans les contrats, Revue des contrats, 2008, n° 3, p. 1030s.

(50) يقصد بهذه الشروط، كل شرط لا يعفي المدين من أداء التزامه، وإنما يعفيه من ضمان تحقق نتيجة هذا الالتزام، لاسيما حينما يكون التزامه بنتيجة، حيث يبقى المدين ملتزماً بتنفيذ التزامه، دون أن يكون ضامناً لنتيجته، رغم وجوب ذلك، كما في الشرط الذي يعفي صاحب المصبغة من ضمان نظافة الملابس التي في عهده، أو صاحب محل الصيانة من ضمان إصلاح العطل الحاصل. كل ذلك رغم بقاء التزام الطرف الآخر قائماً ومستحقاً سواء تحققت النتيجة أم لا.

O. Deshayes, Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution, Revue des contrats, 2008, n° 3, p. 1008s. B. Daille-Duclos, Clauses limitatives de responsabilité: un nouvel avenir? JCPE, 2010, p. 1814s.

(51) Concernant ces deux notions, voir: V. Thireau, L'éthique dans le monde des économistes, Revue Juridique Nîmoise, N°5, 2010. B. Deffains, L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques, Revue Française d'Economie, 1997, n°3, Pp. 57-101. D. D'Ambra, L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, Bibl. Droit Privé, T I. 1994, p. 236.

(52) B. Deffains et S. Ferey, Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, RTD civ, 2010. Th. Kirat, L'allocation des risques dans les contrats: de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs, Revue internationale de droit économique, n° 1, 2003, Pp. 11-46.

2.1. الثبات القانوني، مدخل للعدالة الاقتصادية:

تقتضي العدالة الاقتصادية للعقد أن تكون التكلفة الاقتصادية للعقد واضحة ومستقرة، فهي طالما حددت وفق الإرادة المشتركة للطرفين، فيجب احترام هذه الإرادة والكلف الاقتصادية التي أقرتها في مختلف العقود، وهو الأمر المعبر عنه بالقوة الملزمة للعقد⁽⁵³⁾، غير أن حساب التكلفة الاقتصادية للعملية التعاقدية في العقود الزمنية والمترائية التنفيذ، أمرٌ غير ثابت، كونها تنطوي على عنصر غير منضبط هو الزمن، بحيث تغدو هذه الكلف ذات طابع احتمالي وليس حتمياً. ضمن هذا التحليل الاقتصادي، تخضع القوة الملزمة لإعادة تكييف قانوني واقتصادي في تحديد موضوعيتها ومدى تكييفها مع مختلف هذه المتغيرات، ما يجعل التكلفة الاقتصادية التي بنيت عليها إرادات أطراف العقد غير مستقرة.

وضمن هذه الفرضية وضمن هذا التحليل، كان الفقه الفرنسي يرفض تطبيق هذه النظرية في نصوص القانون المدني الفرنسي، انطلاقاً من أن القوة الملزمة تخدم الكفاءة الاقتصادية للعقد ولا تعطلها. ولذلك لم يكن المشرع الفرنسي ينص عليها كقاعدة، تاركاً أمر تقديرها من حيث الإمكانية والفاعلية للقضاء لا للقانون⁽⁵⁴⁾. فالمشرع الفرنسي لم يكن يقن هذه النظرية باعتبارها حقاً قائماً بذاته لأحد طرفي العقد، وبالتالي لم يكن القضاء ملزماً بالإجابة عليها وفق نص قانوني معين، بل هي تخضع في جُلها، من حيث الحق والنتيجة للاجتهاد القضائي، حيث يتدخل القاضي بوصفه طرفاً ثالثاً في العقد، ليعيد ترتيب هذه الالتزامات والمنافع، وفق إرادة الطرفين الجديدة، لكن تحت الضغط، أو وفق إرادته هو بوصفه المؤتمن على تحقيق العدالة العقدية، ومن خلفها التوازن العقدي القانوني والاقتصادي في حال عدم رضى أحد الطرفين أو كليهما، لما سيقرره من إعادة ترتيب للبيت الداخلي لهذا العقد. ومما لا شك فيه أن الخطورة على التكلفة الاقتصادية لهذا العقد، والمخاطر المحتملة جراء ذلك هي أعلى بكثير من حالة إعادة تكييف القوة الملزمة للعقد طوعاً لا كرهاً. وبالتالي يمكن القول بأنه، وبحسب هذا التوجه، وفي ضوء المتغيرات التي يمكن أن تقع على مبدأ القوة الملزمة للعقد، تختلف التكاليف والمخاطر الاقتصادية للعقد، فكلما زادت القوة الملزمة للعقد ثباتاً كلما تعززت الكفاءة الاقتصادية للعقد، وكلما ضعفت هذه القوة ضعفت الكفاءة الاقتصادية للعقد. وبالتالي الكفاءة الاقتصادية للعقد هي في أوج حالاتها في العقود الفورية كونها - من الناحية القانونية - تُبرم وتنفذ في ذات الوقت، بينما تكون في حالات الضعف في العقود المترائية التنفيذ والعقود الزمنية،

(53) B. Deffains, L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques, op, cit, Pp. 57-101.

(54) B. Deffains et S. Ferey, Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, op, cit. Th.

Kirat, L'allocation des risques dans les contrats: de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs, op, cit.

وضمن هذه الأخيرة تكون في أضعف حالاتها، عندما تتم إعادة التكييف جبراً لا طوعاً، من قبل القاضي.

2.2. المواءمة الاقتصادية مدخل للعدالة القانونية:

بالمقابل، يرى آخرون، أن هذا التشدد في القوة الملزمة للعقد، إنما يخل بالعدالة الاقتصادية، فهذه الأخيرة تقتضي إعادة تكييفها مع الظروف المستجدة، ليس جمودها، فكما بُنيت بإرادة مشتركة توافقية في لحظة زمنية معينة، ووفق ظروف اقتصادية معينة، فإنه من الإنصاف والعدالة إعادة قراءة هذه الإيرادات حال تغير الظروف، وبالتالي تلطيف القوة الملزمة للعقد في حال تحقق هذه الظروف الطارئة، توجهً تميل إليه أغلب الدول في تشريعاتها الحديثة، وهو مستمد من فلسفة أنكلوسكسونية أكثر منها لاتينية⁽⁵⁵⁾.

وقد كانت هذه النقطة من أكثر النقاط انتقاداً في القانون المدني الفرنسي السابق، نظراً لعدم وجود نص تشريعي يتناولها، بذات الوقت التي كانت مؤطرة من قبل القضاء⁽⁵⁶⁾، الذي كان يأخذ بعين الاعتبار هذه التحولات الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد. واقعٌ تغير في القانون المدني الفرنسي الجديد، الذي سجّل تراجعاً في الموقف الفرنسي من هذا التشدد، مؤكداً أنه إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام العقد جعلت من تنفيذه مرهقاً بشكل حاد بالنسبة لأحد طرفيه، فلهذا الأخير الذي لا يقبل تحمل هذه المخاطر، الحق في أن يطالب بإعادة مناقشة بنود العقد مع المتعاقد الآخر، بذات الوقت الذي يستمر فيه في تنفيذ التزاماته خلال هذه المرحلة، وفي حال رفض المتعاقد الآخر أو أفضل هذه المفاوضات، فيمكن لأطراف العقد أن يقوموا بفسخ العقد وفق الشروط والمدة التي يتفقون عليها، أو أن يطلبوا بموجب اتفاق مشترك مع القاضي المباشرة في إعادة تحديث العقد مع الظروف المستجدة. بخلاف ذلك، يمكن لأحد الأطراف أن يطلب من القاضي أن يضع نهاية لهذا العقد، بالتاريخ والشروط التي يحددها القاضي⁽⁵⁷⁾.

(55) G. Deharo-Dalbignat, Rationalité juridique et opportunité économique: la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice?, Petites affiches, 2012, n° 31, p. 3s.

(56) H. Bouthinon-Dumas, Les contrats relationnels et théorie de l'imprévision, Revue Internationale de Droit Economique, 2001, n°3. P. Ancel, La force obligatoire: Jusqu'où faut-il la défendre? Ch. Jamin, D. Mazeaud, La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2012, Pp. 163-179.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 969 وما بعدها. ياسر باسم ذنون ورؤى خليل إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة الثامنة والعشرون، العدد السابع والخمسون، 2014، ص 28-57.

(57) Art. (1195), «Code Civil français, éd. 2018». N. Molfessis, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, op, cit.

ومن الملاحظ أن المشرع الفرنسي، منح الإرادة المنفردة دوراً أكثر فاعلية في تحريك عملية تعديل بنود العقد، سواء في حال الوصول لاتفاق مشترك بالطرق الودية أو القضائية، أو حتى في إنهاء العقد، بحيث جعل هذه العملية تمر بثلاث مراحل، فإما أن يتفق الطرفان ودياً على تعديل بنود العقد، أو أن يلجأ للقاضي للقيام بهذه المهمة، وفي حال فشل المحاولتين السابقتين، فحينها يمكن للطرف المتضرر أن يطلب من القاضي فسخ العقد⁽⁵⁸⁾. وبذلك يكون القانون المدني الفرنسي قد تبنى بصريح النص نظرية الظروف الطارئة بوصفها إحدى الذرائع التي يمكن للمدين أن يتمسك بها لإعادة النظر في تنفيذ الالتزام المترتب عليه تجاه الدائن، ما يُشكّل نقطة دفع اقتصادية لكفاءة القانون في الاستجابة لتغيرات الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد، حيث أصبحت عملية إعادة التكييف مصونة في القانون، بمعنى أنها وبعد أن كانت عبارة عن منحة في نصوص القانون المدني السابق، نظراً لانعدام النص القانوني عليها، أصبحت بعد التعديل، حقاً كون القانون ضمّنها بنصوص قانونية واضحة وصريحة، ما يمثل تراجعاً في الموقف التشريعي الفرنسي حول نظرية القوة الملزمة للعقد لحساب النظرية الأنكلوسكسونية، كما يُعد إقراراً من القانون بأن القوة الملزمة للعقد ليست ثابتة ومطلقة في العقود الزمنية، كون الزمن وتغير الظروف المحيطة بهذا التنفيذ تسجل عامل اختراق لهذه القوة. وعلى ذلك فإن إعادة التكييف هو أمر واقع لا محالة، ولا يمكن الاتفاق على ما يخالفه، كونه سيشكل شرطاً من الشروط التعسفية التي يمكن للقاضي أن يبطلها، أما آلية إعادة التكييف فيه متروكة لإرادة الطرفين، فهي إما أن تتم اختياراً، وفق إرادة مشتركة جديدة، تعيد تقييم الالتزامات، ومن خلفها المنافع المشتركة، وإما جبراً عن طريق القضاء.

في التشريع المدني الكويتي، يمكن القول إن المشرع الكويتي حرص على ذات التوجه، من حيث النص بأنه: «إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يُضيق من مداه أو يزيد في مقابله. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»⁽⁵⁹⁾. ومما لا شك فيه، أن المشرع الكويتي ضمن هذه الفرضية قد حصر هذه المهمة بدور القاضي فقط، دون أن يغلق الباب على إمكانية الاتفاق المشترك بين الطرفين في إعادة التوازن للعقد ضمن اتفاق جديد ضمن العقد.

(58) N. Molfessis, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, Op, Cit. O. De-shayes, L'interprétation des contrats - Arts. 1188 à 1193, JCP, Général, Supplément au n° 21, 2015. p. 39s.

(59) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (198).

بالتالي، يمكن القول، إنه في إطار هذه العلاقة بين التحليل الاقتصادي للعقد ومبدأ القوة الملزمة للعقد، يغدو البحث في إطار الجدوى الاقتصادية أو الكفاءة الاقتصادية، هو ذاته ضمن المدلول القانوني في إطار جدوى العقد أو فاعلية العقد. وعلى ذلك فإن قياس العقد بالمنظور الاقتصادي لا خلاف فيه. ولما كانت هذه النظرية، فإن البحث في الكفاءة الاقتصادية للعقد في إطار فكرة الفاعلية القانونية يغدو أمراً مبرراً بل ومطلوباً. لكن السؤال هل ذات التحليل يمكن الارتكاز إليه في تحديد نوعية التنفيذ، بين تنفيذ ذات الالتزام والتعويض عنه. هنا تغدو الإجابة مختلفة.

المطلب الثاني

التحليل الاقتصادي لنظرية العقد ... وحتمية التباعد

ثمة مبادئ ومرتكزات في القانون، يمكن أن تناقش اقتصادياً، لكن لا يمكن أن توزن اقتصادياً، بل إن قيمتها ومضمونها هي في بعدها الأخلاقي، الجذر التأصيلي لفكرة القانون، ففي القانون المدني فكرتان أصيلتان تحكمان قضيتي التنفيذ والتعويض، من حيث إن الأصل في التنفيذ: التنفيذ العيني، والأصل في التعويض: التعويض النقدي⁽⁶⁰⁾، ما يوجب مراعاتها واحترامها ضماناً لتأمين غاية القانون ومنتهاه: «تحقيق العدالة»، بحيث يغدو البحث في كفاءتها الاقتصادية، بعيداً عن غايتها القانونية أمراً فيه نظر كبير.

أولاً- صدقية الادعاء بحقيقة التنفيذ الاقتصادي:

لئن وجد رجال الاقتصاد في فكرة التنفيذ الاقتصادي للعقد، من حيث إطفاء العقد بدفع التكاليف الاقتصادية الناجمة عن النكول بالتنفيذ العيني للعقد الممكن، شكلاً اقتصادياً مقبولاً في إعادة توزيع الثروات، كما اعتبرها العديد من رجال القانون، شكلاً جديداً من أشكال التنفيذ القانوني المقبول لإنهاء العقد، يخرج منها الجميع راضين اقتصادياً، إلا أنها في المنظور القانوني تبقى موضع نظر كبير، إن للاختلاف القيمي بين هذا «التنفيذ» والتنفيذ بمفهومه القانوني، أو للإشكاليات التي يبرزها هذا الشكل من التنفيذ في المنظومة القانونية العقدية ككل.

1. الاختلاف القيمي:

يكن التمايز في البعد القانوني والاقتصادي في قضية تنفيذ الالتزام التعاقدية، بين الفكرين الاقتصادي والقانوني، في أن النظرية القانونية تقوم على وجوب تنفيذ ذات الالتزام المتفق عليه أصالةً، ومن ثم الانتقال في حال تعذر ذلك إلى التعويض، بينما تذهب النظرية الاقتصادية إلى أن الأصل في التنفيذ ليس الوصول إلى ذات الالتزام، وإنما إلى ذات الكلفة الاقتصادية التي كان يأملها المتعاقد من العقد. هنا يكمن التمايز الواضح بين فكرة تنفيذ العقد بالمفهوم القانوني، وفكرة هذا «التنفيذ» بالمفهوم الاقتصادي. فالأصل في القانون هو الوصول إلى ذات الحق جبراً حال النكول عن التنفيذ طوعاً⁽⁶¹⁾، بينما في

(60) J. Calvo, L'indétermination du prix dans les contrats: d'une indétermination à l'autre, Petites affiches, 17 janvier 1996, p. 20s. F. Haid, Les notions indéterminées dans la loi, Thèse, Aix-en-Provence, 2005, n°183, p. 21s.

(61) M. Mekki, Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, Gazette du Palais, 2015, n° 120, p. 222.

الاقتصاد هو إشباع هذا الحق، من خلال الوصول إلى القيمة الاقتصادية المكافئة للحق، بمعنى أن المدين عليه التزام قانوني بمضمون اقتصادي، وبأن للتنفيذ كلفة اقتصادية، والمدين يعتبر قد أدى ما عليه بدفع هذه الكلفة.

وعليه فالكلفة الاقتصادية للعقد تستوعب القيمة القانونية، في حين أن النظرة القانونية تختلف عن ذلك، باعتبار أن للتنفيذ قيمة قانونية وأخلاقية، تُقَوِّمُ اقتصادياً في حال انتفى هذا الأخير. فالقانون يُمَيِّزُ بين مؤسسة التنفيذ ومؤسسة التعويض، فهو لا يعترف إلا بتنفيذ واحد للعقد، ألا وهو التنفيذ العيني، باعتباره الأصل، وفي حال انتفائه أو استحالته، تنتقل إلى التعويض، بأشكاله المختلفة، بينما النظرية الاقتصادية في التنفيذ، تقوم على أن هناك عدة أشكال للتنفيذ، جميعها متساوية، وخيارات الانتقاء بينها بيد المدين لا الدائن. فهناك التنفيذ العيني، والتنفيذ بمقابل، ومن ثم التنفيذ بطريق التعويض. وفي حال قيام المدين بأي منها فيكون قد أدى الالتزام المفروض عليه بشكل قانوني صحيح وبرئت ذمته⁽⁶²⁾.

بالتالي، فإن التنفيذ في القانون له قيمة أخلاقية تتمثل في تحقق الشيء المتفق عليه، بينما في الاقتصاد له قيمة اقتصادية تتمثل في تمكين المدين من الحصول على العائد الاقتصادي من العقد المتفق عليه، وليس الالتزام المتفق عليه. فالاقتصاد يتناول عملية التنفيذ في بعدها الاقتصادي لا الاخلاقي والقيمي، بخلاف القانون في ذلك.

2. الإشكاليات:

إن فكرة التنفيذ الاقتصادي للعقد، رغم جدواها اقتصادياً إلا أنها غير مقبولة قانوناً، كون التحليل الاقتصادي لعملية التنفيذ تضع العديد من الثوابت القانونية لنظرية العقد في القانون في مهب الريح، لاسيما منها المرتبطة بشكل مباشر بأصل فكرة التنفيذ العيني، من جهة، والعديد من المفاهيم والمبادئ المرتبطة بفكرة التنفيذ العيني بشكل غير مباشر، كمبدأ حسن النية، والقوة الملزمة للعقد، ومبدأ التمييز بين التنفيذ والتعويض، ومبدأ المسؤولية عن الالتزام، وقضية الإثراء غير المبرر... وبين الالتزام الواحد والالتزام البدلي والالتزام التخيري.

1.2. التنفيذ الاقتصادي والحق في التعويض:

إن التحليل الاقتصادي القائم على اعتبار التعويض شكلاً من أشكال التنفيذ، في إطار ما

(62) S. Jamet-Le Gac, De l'utilité de la bonne foi: Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats, Mémoire de DEA, droit des contrats, Lille II, 1998, n°74.

فهد علي الزميع، نظرية العقد من منظور اقتصادي: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي، مرجع سابق، ص 168 وما بعدها، و177 وما بعدها.

يستخدم على تسميته: «التنفيذ بطريق التعويض»، واعتبار أن أحدهما يغني عن الآخر، هو فهم قاصر لمفهوم التنفيذ من جهة والتعويض من جهة أخرى، والمسؤولية المترتبة في حال تحقق كل منهما. فلكل منهما دوره وإطاره في العملية التعاقدية، وفق تراتبية قانونية معتبرة، تبدأ بالتنفيذ لتنتقل بعدها للتعويض، ولا يمكن تجاهل أحدهما إلا بعد انتفاء الآخر. بمعنى أن التنفيذ العيني هو التزام أصلي، والتعويض هو التزام احتياطي. والقول بخلاف ذلك، سيجعل من التنفيذ والتعويض التزامين متساويين، وهو الأمر غير المقبول قانوناً، أو سيجعل من التعويض التزاماً بديلاً أو تخييرياً، وهو كذلك غير مقبول. فالعقود تبرم لتنفيذ لا لتعويض، فالمتعاقدان لم يتعاقدا على التعويض وإنما تعاقدا على التنفيذ، كما أنهما لم يتعاقدا على أن يكون لأي منهما خيار في تنفيذ التزام بدل آخر، بل إن المشرع حتى في حال التصور المسبق لإمكانية نكول أحد الأطراف عن تنفيذ اتفاقه، كما في الشرط الجزائي، الذي يمثل اتفاقاً مبطناً على التعويض، لم يقبل باللجوء إلى التنفيذ المباشر لهذا الشرط، إلا في حال انتفاء إمكانية التنفيذ العيني. وعليه فالمسؤولية المترتبة على هذه العملية التعاقدية هي مسؤولية قانونية وليست مسؤولية اقتصادية، وإن كانت توزن اقتصادياً في حال تم النكول عنها، فإن ذلك لا يطعن في قيمتها القيمية والقانونية⁽⁶³⁾.

كذلك، فإن نكول الشخص عن تنفيذ ذات الالتزام، والانتقال إلى التنفيذ الاقتصادي للعقد، لن يقوم به المدين، من حيث الأصل، إلا في حال كانت هناك منفعة اقتصادية خالصة له، وعدم ضرر اقتصادي، وفق منظوره بالنسبة للدائن، وبالتالي فإن هذه النظرية تختصر فكرة الضرر في الضرر المادي أو القابل للتقييم المادي، ولا تنظر إلى فكرة الضرر المعنوي أو الضرر غير القابل بالتقييم الاقتصادي. فهناك حالات لا يمكن أن يحققها إلا التنفيذ القانوني للالتزام القائم على تنفيذ ذات الالتزام، وليس التنفيذ الاقتصادي، بل إن القبول بالتنفيذ الاقتصادي وإجبار الدائن على القبول به، هو شكل من أشكال الإضرار به. وبالتالي فإن التنفيذ الاقتصادي في حالات عديدة لا يمكن له أن يقوم مقام التنفيذ القانوني، ما يجعله بعيداً عنه، كما أنه لا يضمن فكرة التعويض بالمفهوم القانوني، كون التعويض القانوني له شروط عدة من أهمها انتفاء إمكانية تحقق التنفيذ الأصلي، والتعويض الكامل عن مختلف أنواع الضرر. ثم، هل التعويض في

(63) B. Deffains, L'évaluation des règles juridiques: un bilan de l'analyse économique de la responsabilité civile, Revue d'Economie Politique, n° 6, 2000, Pp. 752-785. E. Mackaay, La responsabilité civile extracontractuelle: une analyse économique, dans Pierre-Claude Lafond (Dir.), Mélanges Claude Masse, Enquête de justice et d'équité, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2003, p. 319-346. G. Maitre, La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, LGDJ, Coll. Droit et économie, 2005. G. Viney, L'analyse économique du droit: la responsabilité, l'appréciation du préjudice, Petites affiches, 2005, n° 99, p. 89s.

القانون المدني لاسيما في إطار المسؤولية العقدية، التي تقوم على أركان ثلاثة، الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، مشروط دوماً بتحقق وجود الضرر فعلاً، أم بافتراض وجود الضرر!؟

في الحقيقة إن الإجابة عن هذه الفرضية ليست مطلقة، ونعتقد أنها للنفي أقرب منها للتأكيد في بعض الحالات. فالتعويض في القانون المدني وتحديدًا في قضايا المسؤولية العقدية، قد يكون جزء النكول عن تنفيذ العقد الذي يفترض فيه وقوع الضرر، لا تحققه، لاسيما في حال الاتفاق المسبق على التعويض في قضايا الشرط الجزائي. فالمدن له الحق دوماً في التعويض سواء، أوقع ضرر أم لم يقع، ودون الحاجة لإثبات هذا الضرر أصلاً، انطلاقاً من أن المشرع المدني يفترض في هذه الحالة وقوع الضرر، ولا يبحث في تحقق الضرر. وبالتالي يغدو الضرر وفق المفهوم القانوني، وكركن من أركان المسؤولية العقدية، التي لا خلاف عليها، عنصراً من عناصر الحق في التعويض سواء تحقق الضرر، وهو الأصل، أو افترض الضرر وهو الاستثناء⁽⁶⁴⁾. وبالتالي يبقى التعويض حقاً للمدن، مع انتفاء تحقق الضرر الفعلي، انطلاقاً من التمييز ما بين وقوع الضرر حقيقةً، وافترض وقوع الضرر دون تحققه فعلاً، بل وربما انتفاؤه⁽⁶⁵⁾. ما يجعل من ربط التعويض بالفكر الاقتصادي للمنافع، أمراً غير مبرر وغير مقبول في هذه الفرضية، ذلك أن التعويض في هذه الحالة، ليس لجبر الضرر، وإنما للنكول عن الوفاء بالالتزام، ما ينفي عن التعويض أي معيار اقتصادي، ويجعله موزوناً وفقاً لمعيار قانوني قيمي بحت.

كل ذلك، يثبت الحدود الفاصلة بين التنفيذ القانوني والتنفيذ الاقتصادي من جهة، والتنفيذ الاقتصادي والتعويض من جهة أخرى. وبالتالي في حال عدم تنفيذ العقد لدينا مفهومان قانونيان أصيلان هما: التنفيذ القانوني والتعويض، ومفهوم دخيل على القانون هو «التنفيذ الاقتصادي»، لا علاقة له بأي منهما.

(64) P. Grosier, Clause pénale et caducité du contrat, JCPG, n°19, 2011, Chro, Droit des contrats, n° 566, Pp. 949 à 956, spéc., n° 17, Pp. 955-956, note à propos de Com. - 22 mars 2011. P. Wery, La clause pénale, In Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles, La Charte, 2001, p. 249 et s.

(65) هذا التحليل يقرب التطور الحاصل لنظرية الضرر أكثر فأكثر من نظيرها الحاصل لنظرية الخطأ. هذه الأخيرة التي انتقلت بمفهوم الخطأ، من مفهوم الخطأ المحقق إلى الخطأ المفترض، ومن ثم إلى الخطأ المحتمل، لاسيما في قضايا المسؤولية البيئية.

D. Tallon, L'inexécution du contrat: pour une autre présentation, RTD. Civ. 1994, p. 223; Pourquoi parler de faute contractuelle? In J. Beauchard et P. Couvrat (Dir.), Droit civil, procédure, linguistique juridique: Écrits en hommage à G. Cornu, Paris, PUF, 1994, p. 429. I. Doussan, Le droit de la responsabilité civile française à l'épreuve de la Responsabilité environnementale instaurée par la Directive du 21 avril 2004, Petites Affiches, 25 août 2005, p.3.

2.2. التنفيذ الاقتصادي وباقي مرتكزات التنفيذ القانوني:

إضافة للإشكالية السابقة، فإن القبول بالتنفيذ الاقتصادي كشكل من أشكال الوفاء بالعقد يطرح إشكاليات قانونية بالنسبة للعديد من مرتكزات العملية التعاقدية، كمبدأ حسن النية، والقوة الملزمة للعقد، ومبدأ المسؤولية عن الالتزام، وقضية الإثراء غير المبرر⁽⁶⁶⁾... وأوصاف الالتزام المتعلقة بالالتزام البدلي والالتزام التخييري.

ففيما يتعلق بمبدأ حسن النية، هذا الشكل من التنفيذ يطيح بهذا المبدأ في نظرية العقد، ذلك أن العقود، قانوناً إنما وضعت لكي تنفذ وفق مقتضيات حسن النية، الذي يوجب تنفيذ ذات الالتزام ما أمكن ذلك، وألا تكون هناك نية مبيتة للتوصل من هذا الالتزام، حالما تسنح الفرصة، فإن كان انعقاد العقد عملية اقتصادية، فإن تنفيذ هذا العقد ليس بذلك⁽⁶⁷⁾. وعليه، فإن تبني المدين لنية الالتفاف على تنفيذ العقد حال الحصول على فرصة أفضل، إنما هو عمل يخالف تنفيذ العقد بحسن نية، وي طرح قضية سوء النية، بل إنه يمكن أن يطل أساس العملية التعاقدية في قضية الإيجاب والقبول في العقد، ومدى تطابق الإرادة بين الطرفين حيال ذلك، وهل كانت نية الطرفين متجهة نحو تنفيذ الالتزام العقدي، أو تحين الفرص الاقتصادية البديلة؟ وهل نحن أمام التزام بتنفيذ عقد أم تحين للانقلاب على العقد؟.

كذلك فإن الإقرار بهذا تحليل، سيضع مبدأ القوة الملزمة للعقد في مركز غير تفضيلي مع مبدأ سلطان الإرادة⁽⁶⁸⁾، بما سيعزز من مكانة هذه الأخيرة على حساب الأولى، ولذلك

(66) يجدر التنويه إلى أنه تم تغيير المسمى القانوني لهذه النظرية في القانون المدني الفرنسي الجديد، من: الإثراء بلا سبب، إلى: الإثراء غير المبرر.

L'enrichissement injustifié. (Articles 1303 à 1303-4) «Code Civil français, éd. 2018».

في حين أن المشرع المدني الكويتي استخدم للدلالة على هذا المفهوم، مصطلح: «الإثراء دون سبب على حساب الغير»، القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادتان (262-263).

(67) S. Jamet-Le Gac, De l'utilité de la bonne foi: Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats op, cit, n° 74, M. Nussenbaum, L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires, Gazette du Palais, 2012, n°145, p. 34s.

محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، 2013، ص 27-54.

(68) L. Leveneur, Le forçage du contrat, In Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat? Droit et patrimoine, 1998, n° 98, p. 69s. B. Fages, Nouveaux pouvoirs, Le contrat est-il encore la «chose» des parties? Op, Cit. C. Pérès, La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie Op, Cit.

حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 10 وما بعدها.

فإن الأمر غير المقبول من الناحية القانونية، ويطعن في إلزامية العقد باعتباره يمثل شريعة المتعاقدين، جاعلاً من إرادة النكول الفردية لأحد المتعاقدين عن التنفيذ العيني للعقد أعلى من إرادتهما المشتركة في الوصول لهذا التنفيذ، لا لمعيار قانوني أو أخلاقي، وإنما لمفهوم العرض والطلب وتبدلات السوق الاقتصادية، ما يضعف بشكل كبير مبدأ الأمان القانوني للعقد، وينعكس سلباً على النظرية الاقتصادية ذاتها، كونها تجعل الكلف الاقتصادية المتوقعة من هذه العملية القانونية غير مؤكدة، وإنما احتمالية الحدوث، ومعلقة على إرادة أحد الطرفين دون الآخر، رغم أننا في إطار اتفاق قانوني ملزم⁽⁶⁹⁾.

كذلك، إن إقرار هذا التنفيذ الاقتصادي ضمن نظرية العقد، كتنفيذ مقبول، حتى في حال إمكانية تنفيذ الالتزام الأصلي، يطرح سؤالاً أكثر عمقاً حول التوصيف القانوني للالتزام المقترب بالتنفيذ الاقتصادي، لكونه التزاماً بسيطاً أو التزاماً موصوفاً، وهل هذا الالتزام التزام تخيري أو بدلي. فالقبول بمبدأ التنفيذ الاقتصادي كشكل من أشكال الوفاء بالعقد، سيجعل كل التزام عقدي هو التزام تخيري، يقوم على محلين كلاهما احتمالين ممكنين الوقوع لا يخالفان القانون، هما التنفيذ القانوني «تنفيذ ذات الالتزام» والآخر اقتصادي «أداء الكلفة الاقتصادية للالتزام»، ما سيلغي من القانون بالمطلق فكرة الالتزام البسيط. كل ذلك ما لم يتفق أطراف العقد على خلاف ذلك، الأمر الذي ستكون له ارتداداته على نظرية أوصاف الالتزام في القانون المدني، جاعلاً الأصل في الالتزام في القانون المدني هو الالتزام الموصوف بشكله التخييري، ذلك أن المدين لديه الحق في تنفيذ ذات الالتزام، أو تقديم التكلفة الاقتصادية المتعلقة بهذا التنفيذ، وليس التعويض، وبأي منهما قام انطفاً التزامه تجاه المدين.

أضف لذلك، فإن المنفعة الاقتصادية للمدين المتأتية من التنفيذ الاقتصادي تتداخل مع مفهوم الإثراء غير المبرر، فهل المنفعة الاقتصادية التي تأتي على حساب النكول عن تنفيذ الالتزام الأصلي للالتزام التخييري هو التنفيذ الاقتصادي، هي منفعة مبررة ومقبولة، أم شكل من أشكال الإثراء غير المبرر. مما لا شك فيه أنه عندما ينكل المدين عن التزامه،

(69) بل من الأمور التي كانت تعاب على الاجتهاد القضائي من قبل الفقه تغليب مبدأ سلطان الإرادة على مبدأ القوة الملزمة للعقد في العقود التمهيديّة في حالات الوعد بالبيع، معتبراً أنه لا يمكن إجبار الواعد على تنفيذ وعده، وأن في هذه الحالة فإن الالتزام ينتقل إلى التعويض، لا عن عدم تنفيذ العقد، وإنما عن عدم تنفيذ التزام بالقيام بعمل هو: المضي بإجراءات التعاقد، وبالتالي لا مجال هنا إلا للتعويض، وليس التنفيذ، ما كان يطعن بشكل كبير في الأمان القانوني لنظرية العقود التمهيديّة في القانون المدني الفرنسي، ويُشكل عيباً في تحديد الكفاءة الاقتصادية لهذه القاعدة، موقف شهد تحولاً لافتاً من قبل المشرع المدني الفرنسي الذي اعتبر أنه يمكن في هذه الفرضية إجبار المدين على تنفيذ وعده، ما يعيد للنظرية الفرنسية الخاصة بالعقود التمهيديّة صفة الأمان القانوني، ويعزز من الكفاءة الاقتصادية للقانون.

المفروض عليه لالتزام آخر أكثر ربحية له، فنحن أمام حالة من حالات الإثراء التي يسعى المدين لتحصيلها، لكنه بالنسبة لنا، إثراءً مطعون في صحته، لا لسببه ولكن لتبريره. فالإثراء هنا له سبب وهو نكول المدين عن تنفيذ التزامه أمام الدائن، السبب المقبول اقتصادياً وغير المشروع وغير المبرر قانوناً، كونه إثراء قائم على النكول عن تنفيذ التزام ممكن التنفيذ، رغبةً في الوصول لربح أكثر من خلال التهرب من تنفيذ الالتزام، ما يجعل من فعل المدين المتمثل بالنكول عن تنفيذ التزامه وسيلة مشروعة ومبررة لإثرائه على حساب الدائن اقتصادياً، وبما يخالف القانون. وبدلاً من معاقبة المدين على تصرفه، باعتباره غير مشروع وغير صحيح قانوناً، فنحن، من خلال فكرة التنفيذ الاقتصادي ننثني عليه ونقر له الأمر الذي قام به.

ثانياً- صدقية القول بحقيقة التنفيذ القانوني:

لمجمل ما سبق، وانطلاقاً من القيمة القانونية والأخلاقية لفكرة العملية التعاقدية من جهة، والتنفيذ من جهة أخرى، فقد هجرت أغلب التشريعات فكرة التنفيذ الاقتصادي، مثبتةً بذات الوقت أن التعويض بشكله القانوني هو البديل الوحيد عن التنفيذ القانوني.

1. هجر فكرة التنفيذ الاقتصادي وتكريس فكرة التنفيذ القانوني:

لمختلف الأسباب السابقة، نجد أن أغلب التنظيمات القانونية ترفض فكرة التنفيذ الاقتصادي، وتؤكد على التنفيذ القانوني، وفي حال استحالة يتم الانتقال للتعويض⁽⁷⁰⁾. كما هو واضح من نصوص القانون المدني الفرنسي الذي شدد على أن للدائن الحق بالمطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام ما لم يصبح هذا التنفيذ مستحيلًا، أو أضحى هناك عدم تناسب واضح بين تكلفة هذا التنفيذ بالنسبة للمدين والنفع الحاصل للدائن⁽⁷¹⁾، واضعاً بذلك مبدأً ثابتاً مفاده: أن الأصل في التنفيذ: «التنفيذ العيني» أو «تنفيذ ذات الالتزام»، الذي يُعد من ثوابت نظرية العقد لديه، وفي حال استحالة ذلك ننتقل للتعويض كوسيلة لجبر الضرر لا التنفيذ⁽⁷²⁾، رافضاً بذلك النظرية الاقتصادية القائمة على التنفيذ الاقتصادي، مؤكداً أنه في حال رفض المدين الامتثال لهذا التنفيذ يمكن للدائن، في إطار مهلة ونفقة معقولة، أن يقوم بالتنفيذ العيني سواء بمفهومه الإيجابي أو السلبي، أي يمكنه أن يقوم هو بذاته بتنفيذ ذات الالتزام المتوجب على المدين الذي امتنع عن تنفيذه،

(70) E. Brousseau, La sanction adéquate en matière contractuelle: une analyse économique, Petites Affiches, n° 99, 2005., p. 43s. B. Deffains, Existe-t-il de bonnes sanctions d'un point de vue économique? In Sanctions et gouvernance des sociétés, 2012, Ed. CREDA, Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris.

(71) Art. (1221), «Code Civil français, éd. 2018».

(72) Art. (1231), «Code Civil français, éd. 2018».

من حيث القيام بالعمل المتفق عليه، أو السلبي من حيث إزالة الفعل الضار والآثار الناجمة عنه، مع احتفاظه في كلتا الحالتين بالحق بمطالبة المدين بالتعويض عن المبالغ التي أنفقت لهذه الغاية، كما يمكنه كذلك، أن يطلب من القضاء بأن يقوم المدين مسبقاً بدفع المبالغ الضرورية للتنفيذ أو الإزالة، مستبعداً اشتراط الإذن المسبق في التنفيذ الإيجابي المرتبط بتنفيذ الالتزام ذاته المترتب على المدين الناكل، فالرقابة القضائية في هذه الفرضية تأتي بصورة لاحقة، لاسيما في حالة مطالبة الدائن بالنفقات المترتبة على هذا التنفيذ ورفض هذا الأخير لتسديد مبالغ التنفيذ أو الاعتراض على ما قام به الدائن، وإنما يشترطه فقط في حال التنفيذ السلبي، من حيث الحصول على الإذن المسبق في حال التدمير أو الإزالة، ذلك لعدم إمكان الرجوع عن مثل هذه التصرفات من جهة والخشية من التعسف الممكن في ارتكابها من قبل الدائن.

في التشريع المدني الكويتي، يمكن لحظ ذات التوجه، وإن مع بعض التعديل، حيث وضع المشرع مبدأ عاماً مفاده أن على المدين الوفاء بالالتزام متى استوفى شروطه القانونية، فإذا امتنع وجب تنفيذه جبراً عليه⁽⁷³⁾، مؤكداً أن الأصل في التنفيذ التنفيذي العيني، ومجبراً المدين على تنفيذ التزامه متى كان ذلك ممكناً. وفي حال لم يقم المدين بالعمل جاز للدائن أن يطلب إذناً من المحكمة بالقيام به، كما يجوز له تنفيذه دون إذن عند الضرورة ويكون التنفيذ في الحالتين على نفقة المدين⁽⁷⁴⁾، ومبقياً على التعويض كأحد أوجه جبر الضرر، من حيث النص، وإذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز للمحكمة بناء على طلب المدين أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً⁽⁷⁵⁾. على أنه لا يلجأ للتعويض إلا إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عيناً⁽⁷⁶⁾.

بالرغم من ذلك فإن ما يسترعي الانتباه في الموقف التشريعي الكويتي، هو التوصيف القانوني الذي منحه للتعويض كأحد أوجه جبر الضرر، معتبراً إياه شكلاً من أشكال التنفيذ، ومعالجاً إياه في صور التنفيذ لا التعويض، تحت توصيف: التنفيذ بطريق التعويض⁽⁷⁷⁾، ما يجعل توصيف التعويض أقرب إلى التنفيذ منه إلى التعويض، وهو أمر نعتقد فيه نظر كبير، لجملة الأسباب التي بيّناها سابقاً، والتي نأمل أن يعالجها المشرع من خلال تدخل تشريعي واضح يعالج فيه مسألة التعويض كأثر من الآثار المترتبة على العقد، وليس ضمن مواضيع التنفيذ كشكل من أشكال التنفيذ.

(73) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (284) الفقرة (1).

(74) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المواد (285-288-291).

(75) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (284) الفقرة (2).

(76) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (284) الفقرة (1)، المادة (293)، المقطع الأول.

(77) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المواد (293-309).

2. إقرار فكرة التعويض كبديل عن التنفيذ القانوني لا الاقتصادي:

بالرغم من ذلك، فإن المشرّعين المدنيين الفرنسي والكويتي، لم يقضيا بالتنفيذ العيني في جميع الفرضيات، وإنما أقرّوا نوعين من التلطيفات إلى جانبهما، وذلك وفق مفهوم الاستحالة: الأولى، ذات دلالة فعلية، من حيث عدم الإمكانية الفعلية للقيام بالتنفيذ، لكون الالتزام الواجب تنفيذه ببساطة لم يعد ممكناً القيام به، لزواله أو لأمر خارج عن إرادة المدين⁽⁷⁸⁾، مدخلين بذلك مفهوم القوة القاهرة لنظرية العقد⁽⁷⁹⁾. والثانية، ذات دلالة مجازية بعدم الإمكانية لكون الالتزام غير ممكن إجبار المدين على القيام به رغم إمكان قيامه به فعلاً، والتي يمكن أن تنطوي تحتها فرضيات عديدة، منها ما هو تقليدي يتعلق بنظرية التعسف في استعمال الحق والموازنة بين المنفعة والمضرة، ومنها ما يتعلق بمفهوم التضارب بين التنفيذ العيني للالتزام والاعتداء على الحريات الشخصية التي توسع الاجتهاد القضائي في توضيح الجوانب التطبيقية لها⁽⁸⁰⁾.

إلا أنه بعيداً عما سبق، فقد أدخل المشرّع المدني الفرنسي الجديد تطبيقاً جديداً لمفهوم الاستحالة المجازية يستند للدلالة الاقتصادية لمفهوم التنفيذ، من حيث المقاربة بين التكلفة الاقتصادية التي سيتحملها المدين في حال إجباره على التنفيذ والمنفعة الاقتصادية التي ستؤول للدائن في حال التنفيذ، بحيث إنّه إذا تبين وجود عدم تناسب مبالغ فيه بين التكلفة والمنفعة، بحيث طغت الأولى على الثانية، حين ذاك يمكن للمدين أن يتمسك بعدم التنفيذ العيني، وينقلب التنفيذ إلى تنفيذ بمقابل بقوة القانون⁽⁸¹⁾. ومن غير الخافي أن التبنّي القانوني لهذا المفهوم الحداثي من الاستحالة المجازية في القانون المدني المعدل، إنّما هو نتاج تأثر المدرسة اللاتينية للعقد بالفكر الأنكلوسكسوني في إطار ما يمكن

(78) Art. (1218), «Code Civil français, éd. 2018». H. Boucard, Article 1218: la force majeure contractuelle, Revue des contrats, 2015, n° 03, p. 112.

القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (293).

(79) Art. (1231-1), «Code Civil français, éd. 2018».

القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (293).

(80) N. Ancel, Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat, RTD civ, 2016/2, p. 408. Ph. Delebecque, L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat, Droit et patrimoine, n° 259, juin 2016, p. 62s.

القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (30). القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (292). راجع: أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام والإثبات في فقه وقضاء النقص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 9 وما بعدها. محمد حسنين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 11 وما بعدها.

(81) Art. (1221), «Code Civil français, éd. 2018». N. Molfessis, Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, Op, Cit. P. Philip, Principes d'égalité et de proportionnalité: vers des solutions plus harmonieuses, Petites affiches, 2008, n° 111, p. 4s.

تسميته ب: «نظرية التحليل الاقتصادي للعقد» التي أخذت رواجاً كبيراً ضمنه، كونها تُرَجِّح المفهوم الاقتصادي للالتزام على المفهوم القانوني⁽⁸²⁾، بحيث توزن الالتزامات القانونية بمعيار اقتصادي لا قانوني! الأمر الذي يعارضه جانب كبير من الفقه والقضاء الفرنسي، ويرى فيه شكلاً من أشكال التحلل من الالتزامات العقدية بالتعويض ذي الدلالة الاقتصادية، الأمر الذي يمكن أن يُساء استخدامه⁽⁸³⁾، ما يطرح السؤال بشكل كبير حول القيمة القانونية للالتزام بالعقد كضمانة قانونية للدائن للوصول إلى التنفيذ العقدي المتفق عليه⁽⁸⁴⁾. لذلك، ورغبة من المشرع المدني الفرنسي للتطيف من الآثار السلبية التي قد تترتب على تطبيق هذه الرخصة للمدين، شدد على أن من يملك تحديد مفهوم عدم التناسب المبالغ فيه بين القيمة الاقتصادية للعقد، «التكلفة» والقيمة القانونية للالتزام «المنفعة» هو القضاء. وبالتالي لا يمكن اللجوء إلى فسخ العقد بصورة منفردة وفقاً لإرادة المدين، بل يتطلب الأمر أن يقول القضاء كلمته في هذا المجال بدايةً، بحيث لا يمكن التذرع بهذا التنفيذ بمقابل ما لم يتحقق شرطان متكاملان: الأول إقرار القاضي أن هناك عدم تناسب بين التكلفة والمنفعة. والثاني، أن هذه الحالة من عدم التناسب بين القيمتين وصلت حدًا من الجسامه يمكن معه الانتقال بالتنفيذ من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل. ومما لا شك فيه أن على القضاء، في قادم الأيام الإجابة على كثير من التساؤلات التي ستنناول التطبيق العملي لهذه الفرضية في التشريع المدني الفرنسي، لاسيما في العقود ذات الطبيعة الاقتصادية، التي تُعدُّ فيها القيمة الاقتصادية للعقد على درجة كبيرة من الأهمية لطرفي العقد، «المدين والدائن».

هذا الموقف الحدائي من المشرع المدني الفرنسي، يمكن أن نسجل موقفاً مقارباً له وليس مماثلاً من قبل المشرع المدني الكويتي، وذلك في إطار تطبيق القواعد العامة للتنفيذ العيني، التي أقر فيها المشرع الكويتي أنه إن كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، جاز للمحكمة

(82) Th. Kirat, Economie du droit, Collection Repères, La Découverte, Paris, 1999, p. 13. A. Zecevic-Duhamel, La notion d'économie du contrat en droit privé, JCP, Général, 2001. I. p. 300. F. Marmoz, note sous Com, 15 février 2000, Cause et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des conventions, Petites affiches, 2000, p. 12s.

(83) D. Mazeaud, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, Petites affiches, n° spécial, 1998, p.12. S. Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, Préf. H. Muir-Watt, Bdp, LGDJ, 2000, p, 16s.

N. Molfessis, Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, op, cit. P. Philip, Principes d'égalité et de proportionnalité: vers des solutions plus harmonieuses, op, cit, p. 4s.

(84) بين البحث وفي أكثر من نقطة بحثية مدى تأثير المدرسة الفرنسية للعقد بالفكر الاقتصادي الأنكلوسكسوني الحديث، لاسيما فيما يتعلق بمفهوم الإكراه المصطلح على تسميته ب: «الإكراه الاقتصادي»، كما في نظرية الأسباب التعسفية، ناهيك عن نظرية الظروف الطارئة، وغيرها من النقاط الأخرى. الرجاء مراجعة الفقرة المعنونة: «القوة الملزمة للعقد والتوازن العقدي»، والفقرة المعنونة: «القوة الملزمة والعدالة العقدية»، ضمن المطلب المتعلق بمبدأ القوة الملزمة للعقد والأمان العقدي من هذا البحث.

بناء على طلبه أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض، إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً⁽⁸⁵⁾. ومما لا شك فيه أن ورود النص على إطلاقه ضمن مفهوم «الإرهاق»، يمكن أن يُفسَّر بالنسبة للبعض ضمن مفهوم الإرهاق الاقتصادي الذي قد يلحق بالمدين جرّاء تنفيذ العقد، مطالباً القاضي الانتقال حينها من التنفيذ العيني إلى التعويض. هذا الموقف قد يكون مقبولاً كونه يفرضي بنا للوصول إلى ذات النتيجة من حيث الانتقال من التنفيذ إلى التعويض بطلب المدين.

ورغم ذلك، يبقى بالنسبة لنا موضع نظر كبير، لاسيما إذ ما علمنا أن النص الوارد في القانون المدني الكويتي لا يناقش البعد الاقتصادي للعقد، بقدر ما يناقش طبيعة الإرهاق في التنفيذ، المرتبط بأسباب أخرى بعيدة عن التكيف الاقتصادي، تدخل في القدرة على التنفيذ من عدمه، لأمر قد ترتبط بمحل التزام العقد، وليس المتعاقد بحد ذاته، وهنا يكمن جانب التباين بين نص الاستحالة المجازية في القانون المدني الفرنسي، وهذه الحالة الواردة في القانون المدني الكويتي، فالنص الفرنسي يتناول حالة قيام المدين «هو» بوزن الالتزام المترتب عليه اقتصادياً بين مفهومي تكلفة التنفيذ والعائد منه، بحيث تتم عملية التقييم الاقتصادي للعقد من قبل المدين في إطار تقييم التزامه، بين مفهومي الغرم والغنم، بينما النص الكويتي إنما يتناول الحالة التي يصبح فيها تنفيذ العقد مرهقاً للمدين، بالاستناد إلى محل الالتزام الواجب القيام، بعيداً عن حساب المنافع الاقتصادية للمدين، ودون الاستناد إلى التحليل الاقتصادي لهذا الالتزام من قبل المدين، ما يجعل النص الكويتي في إطار معالجته لهذه الفرضية، محل نقاش وجدل فقهي متباين الرؤى، بين مؤيد ومعارض، ويجعل من المتوجب عليه توضيح موقفه أكثر من هذه الفرضية، والانتقال في معالجتها، من النص العام، إلى النص الخاص، شأنه في ذلك، شأن المشرع المدني الفرنسي، وفق ما سبق بيانه أعلاه.

(85) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (284).

الخاتمة:

تناول البحث طبيعة العلاقة التبادلية بين القانون والاقتصاد، عبر دراسة فكرة التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني، من خلال توضيح نقاط الالتقاء والافتراق بين كل من الاقتصاد والقانون، في التشريع المدني الفرنسي والكويتي، حيث تناولنا في المبحث الأول إمكانية التوفيق بين الاشتراطات القانونية والاقتصادية، وبالتالي إمكانية النظر إلى القاعدة القانونية كمؤشر اقتصادي، لاسيما فيما يتعلق بمرحلتَي إبرام العقد وتنفيذه، والحالة التي لا يمكن فيها للقاعدة القانونية أن توزن اقتصادياً، نظراً لبعدها القيمي والأخلاقي، باعتبارها مقياساً للعدالة، ونعني بها قضيتي التنفيذ العيني والتعويض.

وقد بينَّ البحث أن النظرية الاقتصادية في التعاملات القانونية لها حضورها الرحب في إطار مرحلة انعقاد العقد وتنفيذه، في إطار مبدأ الحرية التعاقدية والعقود الزمنية المترامية، ما يثبت إمكانية ترابط النظرية الاقتصادية مع النظرية القانونية في فهم فلسفة العقد في هاتين المرحلتين. في حين تنتفي هذه العلاقة التبادلية بين القانون والاقتصاد في قضية التنفيذ العيني للالتزام والتعويض عن هذا الالتزام، إذ لا يمكن تكييف عملية التنفيذ العيني للعقد بالتنفيذ بطريق التعويض، أو الخلط بين البعد القيمي للتنفيذ، والقيمة الاقتصادية للتعويض، فلكل منهما دوره في المنظومة العقدية، بحيث لا يجوز الخلط أو الدمج بينهما.

في ضوء ذلك يمكن القول إنه ثمة نتائج يمكن أن نستخلصها من البحث، إن في الجانب الفلسفي المعمق في العلاقة التبادلية بين القانون والاقتصاد، أو في الجانب المقارن بين المنظومة التشريعية الفرنسية والكويتية من قضية التحليل الاقتصادي للعقد.

1. في الجانب الفلسفي المعمق:

بينَّ البحث أن منهج التحليل الاقتصادي يُمثل اليوم قيمةً مضافةً للفكر القانوني، فمع تمازج العلوم الاجتماعية بمختلف فروعها مع بعضها البعض، يغدو اعتماد منهج التحليل الاقتصادي في صياغة وبلورة القاعدة القانونية أمراً صحيحاً ومطلوباً. فالقاعدة القانونية، في بعدها الاجتماعي هي قاعدة محكمة بالميلول الإنسانية بما فيها ذات الطبيعة النفعية، وعلى واضع النص القانوني أن يراعي هذه الجوانب في معرض وضعه لهذه القاعدة، فالقاعدة القانونية كما توزن تشريعياً من قبل المشرع، توزن اقتصادياً من قبل الملتزمين بها. وكلما كانت الكلف الاقتصادية لهذه القاعدة أكثر دقةً ووضوحاً كلما كان الالتزام بها، أكثر حضوراً. فالتنافسية في عالم القانون، بما فيها المدني، لم تعد

توزن بالرصانة القانونية وحسب، وإنما بالتنافسية الاقتصادية في قدرة القانون على إشباع الحاجات الاقتصادية للأفراد. وغدت هذه المفردات الاقتصادية واضحة البروز في الأعمال التحضيرية للعديد من مشاريع القوانين، لاسيما في الدول الغربية.

وبالرغم من ذلك، فإن اعتماد منهج التحليل الاقتصادي في صياغة النص القانوني، لا يعني بحال من الأحوال تبني فلسفة التحليل الاقتصادي الصرفة، كونها تخرج القاعدة القانونية عن كينونتها القيمة. وعليه لا يجوز النظر إلى القاعدة القانونية كقاعدة اقتصادية صرفة، أو وزنها بالميزان الاقتصادي الصرف. ففي حال التجاذب بين الفلسفة القانونية القيمة، والفلسفة الاقتصادية النفعية، يجب أن تكون الغلبة في هذا المجال للفلسفة القانونية، فالقانون وُضع بالأصل لحماية الحقوق، لا لتعظيم هذه الحقوق، ولم تكن الغاية من القانون يوماً، إعادة توزيع الثروات، وإنما حماية هذه الثروات من كل اعتداء قد يقع عليها والتعويض عن أي ضرر يلحق بها.

2. في الجانب القانوني المقارن:

بيّن البحث أوجه التقارب بين الفكر القانوني الفرنسي والكويتي من قضية التحليل الاقتصادي للعقد، لاسيما فيما يتعلق بموضوع إبرام العقد والتنفيذ، وإن مع بعض التمايزات البينية الطفيفة، لاسيما في جهة الضوابط القانونية للعملية التعاقدية، إلا أن كلا القانونين يقرّان بشكل أو بآخر بالقيمة الاقتصادية للعملية التعاقدية، ولا يعارضان فكرة المنافع الاقتصادية في العقد، وإن كان التقنين القانوني في النص القانوني الفرنسي أكثر حضوراً من نظيره في النص القانوني الكويتي. كما كان القانون المدني الكويتي أكثر استجابة للتحويلات الاقتصادية التي تطرأ على نظرية العقد في إطار نظرية الظروف الطارئة من نظيره الفرنسي، الذي اعتمد هذه النظرية من الناحية التقنية حديثاً في عام 2016، بموجب التعديل القانوني الأخير، وإن كان هامش الإرادة المشتركة في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد في النص الفرنسي الحديث أكثر انفتاحاً من نظيره الكويتي. كذلك بيّن البحث، أوجه الاختلاف في النظر للتعويض بين المشرّع المدني الفرنسي والمشرّع المدني الكويتي؛ ففي حين بقي الأول حريصاً على إبقاء الفصل بين مفهوم التنفيذ العيني كأصل في الالتزام القانوني، والتعويض كأصل في الجزاء لعدم الالتزام بالتنفيذ، نجد أن الثاني، قد عالج التعويض في أحكام التنفيذ، باعتباره شكلاً من أشكال التنفيذ متحدثاً عن التنفيذ العيني أولاً، والتنفيذ بطريق التعويض ثانياً، مضيفاً مصطلح التنفيذ على مفهوم التعويض، وكأن التعويض هو شكل من أشكال التنفيذ، الأمر الذي بيّن رأينا القانوني فيه، وتمنينا على المشرّع الكويتي مراجعة موقفه القانوني حيال ذلك.

المراجع⁽⁸⁶⁾:

أولاً- باللغة العربية:

1- الكتب:

- أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام والإثبات في فقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- محمد حسنين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
- عاطف النقيب، نظرية العقد، ط2، المنشورات الحقوقية «صادر»، بيروت، 1998.
- صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة التعاقدية: دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.
- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

2- الأبحاث:

- آيت عودة بلخير محمد، التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، الجزائر، العدد الخامس، 2015.
- درماش بن عزوز، نظرية السبب والعدالة العقدية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد رقم 11، تاريخ 2012.
- ياسر باسم ذنون ورؤى خليل إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، السنة الثامنة والعشرون، العدد السابع والخمسون، 2014.
- فهد علي الزميع،
- التحليل الاقتصادي القانوني، بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 2، السنة السادسة والثلاثون، 2012.

(86) نظراً لتعدد المراجع القانونية والفقهية في البحث، فقد تم الاكتفاء بذكر أهمها، علماً بأن كافة المراجع مسددة في متن البحث.

- نظرية العقد من منظور اقتصادي، دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3، 2014.
- مشاعل عبد العزيز الهاجري، قلاع وجسور: الدراسات البيئية وأثرها في الاتصال بين الحقوق المعرفية - دراسة في القانون كحقل معرفي مستقل وعلاقته بعده من العلوم، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3 السنة 31، 2007.
- عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة السادسة، العدد 1، 1933.
- فلوريان فاوست، القانون المقارن والتحليل الاقتصادي للقانون، كتاب أكسفورد للقانون المقارن، المجلد الثاني، تحرير ماتياتس ريمان، رينهارد زيمرمان، أكسفورد، 2008، ترجمة: محمد سراج، سامي شبر، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، الطبعة الثانية، الدار البيضاء، 2016.

ثانياً - باللغة الأجنبية:

Français:

I. Articles:

• Spéciaux:

- J.-J. Sueur, La "main invisible" ou le droit économique – Retour sur Adam Smith et certaines de ses institutions, Revue internationale de droit économique, 2013.
- A. Zecevic-Duhamel, La notion d'économie du contrat en droit privé, JCP, Général, 2001. I.
- B. Deffains and S. Ferey, L'économie du droit entre révolution cognitive et tournant réaliste, Revue française d'économie, 2012, n° 27.
- B. Deffains,
- Introduction, Le droit comme facteur de développement économique, Mondes en développement, 2005/1, n°129.
- L'évaluation des règles juridiques: un bilan de l'analyse économique de la responsabilité civile, Revue d'Economie Politique, n°6, 2000.
- Le défi de l'analyse économique du droit: le point de vue de l'économiste, Petites affiches 2005, n° spécial.
- Systèmes juridiques et performances économiques: existe-t-il un droit

efficace? Gazette du Palais, 2015, n° 242.

- D. Sindres, Contrat, principe d'autonomie et analyse économique du droit international privé, In R. Sefton-Green et L. Usunier (dir.), Concurrence normative et performance juridique, Société de législation comparée, coll. de l'UMR de droit comparé, 2012, n° 16.
- E. Mackaay, L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes, In B. Deffains, L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, Paris, 2002.
- E. Mackaay, La responsabilité civile extracontractuelle : une analyse économique, dans Pierre - Claude Lafond (dir.), Mélanges Claude Masse – En quête de justice et d'équité, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2003.
- E. Millard, L'analyse économique du droit: un regard empiriste critique, Droit prospectif, 2009.
- G. Deharo - Dalbignat, Rationalité juridique et opportunité économique: la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice? Petites affiches, 2012, n° 31.
- G. Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, In Mélanges F. Génay, T. II, Sirey, 1934.
- G. Vedel, Le droit économique existe-t-il? In Mélanges Vigreux, 1981.
- H. Muir-Watt, Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil, In L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil (Dir. B. Deffains), Cujas, 2002.
- J. Sueur, Droit économique et méthodologie du droit: contribution aux Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, 1999, Éd. Frison-Roche, Paris.
- L. Grynbaum, Doctrine américaine contemporaine: le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale, Revue des contrats, 2008, n°4.
- M. Nussenbaum, L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires, Gazette du Palais, 2012, n° 145.
- R. Encinas de Munagorri, L'analyse économique est-elle une source du droit? Propos sur la doctrine du premier président de la Cour de cassation, RTD civ. 2006.
- R. Libchaber, La pensée économique de Jean Carbonnier: l'exemple de la monnaie, In Hommage à Jean Carbonnier, Dalloz, Coll. Thèmes et

Commentaires, Série Association Henri Capitant, 2007.

- Th. Kirat,
- L'allocation des risques dans les contrats: de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs, Revue internationale de droit économique, n°1, 2003.
- Economie et droit : De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances? In: Revue économique, volume 49, n°4, 1998.
- **Généraux:**
 - A. Coure et A. Reygrobellet, Le projet de réforme du droit des obligations: incidences sur le régime des cessions de droits sociaux, Bulletin Joly Sociétés, 2015.
 - B. Deffains, Introduction à l'analyse des systèmes juridiques, Revue Economique, 2008, vol. 58..
 - B. Fages, Autour de l'objet et de la cause, Revue des contrats, 2006, n° 1.
 - B. Haftel, La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations: Réponse à la consultation, Gazette du Palais. 2015, n° 120.
 - D. Mainguy, Pour une analyse objective et utilitariste des clauses limitatives de réparation et des clauses abusives dans les contrats, Revue des contrats, 2008, n°3.
 - H. Boucard, Article 1218: la force majeure contractuelle, Revue des contrats, 2015, n° 03.
 - J-P. Chazal,
 - De la signification du mot loi dans l'article 1134 al, du Code civil, RTD civ, 2001.
 - Violence économique ou abus de faiblesse, Droit et patrimoine, 2014, n° 240.
 - N. Ancel, Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat, RTD civ, 2016, n°2.
 - O. Deshayes,
 - L'interprétation des contrats - Arts. 1188 à 1193. JCP, Général, Supplément au n° 21, 2015.
 - La formation des contrats, Revue des contrats. 2016, n° Hors-série.
 - V. Thireau, L'éthique dans le monde des économistes, Revue Juridique

Nîmoise, n°5, 2010.

- X. Lagarde, L'objet et la cause du contrat: entre actualités et principes, Petites affiches, 2007, n° 70.

II. Ouvrages:

▪ Spéciaux:

- B. Deffains (dir.), L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, Paris, 2002.
- B. Deffains et S. Ferey, Théorie du droit et analyse économique, éditions Droits, 2007.
- G. Maitre, La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, LGDJ, Droit et économie, 2005.
- M. Faure, A. Ogus, Économie du droit: le cas français, Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2002.
- S. Bienenstock, Trois Essais sur l'Analyse Économique du Droit de la Consommation, Doctorat, Juin, 2016.
- S. Jamet-Le Gac, De l'utilité de la bonne foi: Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats, Mémoire de DEA, droit des contrats, Lille II, 1998.
- Y. Gabuthy, Analyse économique du droit: présentation générale - Économie et prévision, 2013.
- E. Mackaay, L'analyse économique du droit de la consommation, dans: Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation, Th. Bourgoignie (dir.), Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008.

Généraux

- A. Bénabent, Droit civil- Les obligations, 11e éd., Montchrestien, LGDJ, 2007.
- B. Élodie, Les théorèmes de Coase: Enoncés et critiques microéconomiques, Thèse, Université Paris I, 2003.
- B. Fauvarque-Cosson et S. Patris-Godechot, Le Code civil face à son destin, Documents français, 2006.
- D. D'Ambra, L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, T I. 1994.
- E. Savaux, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité? LGDJ, 1997.

- F. Haid, Les notions indéterminées dans la loi, Thèse, Aix-en-Provence, 2005.
- F. Terré et Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil: Les obligations, 10ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2009.
- J. Carbonnier, Flexible droit: Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd., LGDJ, 2001.
- L. Maurin, Contrat et droits fondamentaux, LGDJ, 2012.
- Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, Droit des obligations, 11ème éd., Litec, 2010.
- Ph. Stoffel-Munck et Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit des obligations, LGDJ, 2015.

English:

- A. Richard Posner, Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law, 1998.
- B-G. Oren, The Behavioral Economics of Consumer Contracts, Minnesota Law Review, 2008, n° 92(3).
- E. Mackaay, History of Law and Economics, In Encyclopedia of Law and Economics (dir. B. Bouckaert et G. De Geest), Vol. I General Works, History and Methodology, Edward Elgar, 2000.
- E-W, Kitch, Chicago School and Law and Economics, The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, T. I, MacMillan, 1998.
- H. Donald and J. Hermann, Review of Economic Analysis of Law, By Richard A. Posner, 1974 Wash. U. L. Q. 1974.
- H. Hovenkamp, The Economic Analysis of Law, In the United States: A Brief interentreprises, PUF, Paris. 1995.
- R. Cass Sunstein, Behavioral Analysis of Law, The University of Chicago Law Review, Vol. 64, n °. 4, 1997.
- R. Cass, Behavioral analysis of law, The University of Chicago law review, 1997.
- R. Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, vol. 3, n° 1, 1960.
- R. Cowan R. and M. Rizzo, The Genetic-Causal Tradition and Modern Economic, Theory Kyklos, vol.49-fasc 3, 1996.
- R-A. Posner, Economic Analysis of the Law, Little Brown and Co, Boston, USA, 1973.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
119	الملخص
120	المقدمة
123	مدخل تعريفي - التحليل الاقتصادي للقانون «الخلفية والخصوصية»
123	أولاً - خلفية العلاقة، من التعايش.. إلى الإنكار.. فالتناغم
126	ثانياً - خصوصية العلاقة، بين الفكر الأنكلوسكسوني واللاتيني
131	المطلب الأول - التحليل الاقتصادي لنظرية العقد.. وإمكانية التوفيق
131	أولاً - مبدأ حرية التعاقد والتحليل الاقتصادي
136	ثانياً - القوة الملزمة للعقد والتحليل الاقتصادي
143	المطلب الثاني - التحليل الاقتصادي لنظرية العقد.. وحتمية التباعد
143	أولاً - صدقية الادعاء بحقيقة التنفيذ الاقتصادي
149	ثانياً - صدقية القول بحقيقة التنفيذ القانوني
154	الخاتمة
156	المراجع

إيقاف تنفيذ العقاب: عدالة موقوفة ونظام يتعارض مع أغراض العقوبة وحقوق ضحايا الجريمة مراجعة تقييمية نقدية مقارنة

أ. د. مؤيد القضاة* ود. مأمون أبو زيتون**

الملخص:

يقدم هذا البحث مراجعة تقييمية نقدية مقارنة لنظام إيقاف تنفيذ العقاب في القانونين الأردني والإماراتي، وذلك لتقدير مدى تجسيده لأغراض العقاب وغاياته، ومدى انسجامه مع توجهات السياسة الجنائية الحديثة الداعية لمزيد من رعاية حقوق ضحايا الجريمة، لا سيما أن تطبيق هذا النظام ينطوي على تعطيل حق المجني عليه في إنفاذ العقاب بالمحكوم عليه رغم استحقاقه إياه قانوناً، استناداً لمبررات خاصة به دون أن يكون للضحية أي قول أو رأي بهذا الشأن، أو أي حق في مخاصمة القرار الصادر بإيقاف إنفاذ العقوبة.

وقد تبين، وانسجماً مع الأطروحة المركزية التي قام عليها البحث، أن نظام إيقاف التنفيذ، بوضعه الحالي، في كلا القانونين يتعارض مع أغراض العقاب الجزائي، وفيه تغليب لمصلحة الجاني على مصلحة الضحية المجني عليه. كما تبين أن القواعد الناظمة لهذا النظام في كلا القانونين تتناقض مع المبررات التي يؤسس عليها؛ إذ إن أقصر العقوبات الجزائية مدة غير مشمولة به، ولا يجوز إيقاف عقوبة الغرامة النسبية في القانون الإماراتي، والغرامة كعقوبة أصلية في القانون الأردني، مع أن المحكوم عليه بها قد يحبس إذا عجز عن الدفع.

ولتفادي هذه الاختلالات التشريعية، فقد تم تقديم بعض الاقتراحات المبررة التي، إن أخذت بعين الاعتبار، من وجهة نظرنا، من شأنها تعزيز دور المجني عليه في المشاركة القانونية عند إيقاف إنفاذ العقوبة، بل واعتبار الإيقاف وجوبياً، خلافاً للوضع القائم في كلا القانونين، وذلك إذا ما تم ربط إمكانية تطبيقه قانونياً بوجود تصالح بين المجني عليه والجاني، أو صفح الأول عن الثاني.

الكلمات الدالة:

ضحايا الجريمة، إيقاف التنفيذ، أغراض العقوبة، الصلح، العقوبة سالبة الحرية قصيرة المدة.

* أستاذ القانون الجنائي، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن.

** أستاذ القانون الجنائي المشارك، كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات، وكلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن.

المقدمة:

تعد السجون، أو كما بات يطلق عليها حديثاً، مراكز الإصلاح والتأهيل المكان المخصص لتنفيذ العقوبات سالبة الحرية، بنوعها طويلة وقصيرة المدة، والتي يفترض أنها ترمي إلى تحقيق أغراض نفعية وأخلاقية تتمثل في ردع الجاني وإعادة إصلاحه وتأهيله، وذلك بانتزاع الرغبة لديه في تكرار الجريمة مرة أخرى، والتأثير على نفسية الكافة حتى لا يسلكوا مسلك الجاني الإجرامي، وتحقيق العدالة التي تلمتها جريمة الجاني بما ألحقته من أذى أصاب المجني عليه بشكل مباشر، وأخل بأمن المجتمع ونظامه، فالجريمة تمثل عدواناً مزدوجاً على المجني عليه، باعتباره الضحية المباشرة لجريمة الجاني⁽¹⁾، وعلى المجتمع باعتباره مجنياً عليه بالتبعية بسببها.

إن الجريمة في الواقع، كما يقول البعض، هي اعتداء على الفرد إذ هو ضحيتها في المقام الأول، وهو بهذه الصفة يستحق أن نعترف له بأن الجريمة وقعت عليه بدلاً من معاملته كشاهد للحق العام⁽²⁾. فالجريمة تلحق ظلماً بالمجني عليه بما أصابه من أذى بحرمانه من حق أو أكثر من حقوقه الشخصية أو المالية، كما أنها تنطوي على اعتداء على الشعور بالأمن والطمأنينة داخل المجتمع، فتأتي العقوبة لتمحو هذا العدوان المزدوج أو تخفف من حدة آثاره على أقل تقدير. فبقدر ما تنطوي عليه العقوبة من إيلا م يصيب الجاني، بقدر ما تعيد التوازن بين المراكز القانونية التي اختلت بسبب الجريمة، وتعيد للقانون هيئته، وأثره في نفوس الأفراد، فيبيت القانون، والحال كذلك، أداة بيد المجتمع لردع كل من تسول له نفسه سلوك طريق الجريمة.

أهمية الدراسة:

ومع ذلك تعرضت العقوبات سالبة الحرية، لا سيما قصيرة المدة منها، لانتقادات شديدة من قبل الفقه، تدور حول التشكيك في جدواها، ومدى كفايتها لتحقيق أغراضها المنشودة؛ فلا هي تكفي لتحقيق الردع العام، ولا تصلح لردع الجاني بإعادة تربيته وتعليمه وتهذيبه بسبب قصر مدتها، إذ لا تسمح بتطبيق برامج الإصلاح وإعادة التأهيل التي غالباً ما تتطلب فترة زمنية أطول من مدة العقوبة، بل قد ترتب عليها آثار سلبية بسبب إبعاد الجاني عن أسرته، وفقده لاعتباره واحترامه لنفسه، وتزعزع ثقة واحترام الآخرين له، كما قد تعرضه لخطر الاختلاط بالمجرمين الخطرين، فتنتقل له

(1) Wemmers, J, Cyr, K, Victims' Perspectives on Restorative Justice: How much involvement are victims looking for?, International Review of Victimology, 2-3 (2004), pp259-274.

(2) Wemmers, J A, Victims' rights are human rights: The importance of recognizing victims as persons, Temida, June (2012), p75.

عدوى الإجرام، فيتلقى منهم ما كان يجهل من أساليب الإجرام وفنونه، هذا فضلاً عن أن الواقع العملي، كما يفيد بعض الباحثين والمشتغلين في مراكز تنفيذ العقاب، يشير إلى أن السجون، لا تستطيع القيام بمهمتها الإصلاحية، والإدماج الاجتماعي للجناة، بل تعد أحد العوامل الدافعة إلى سلوك طريق الجريمة؛ لأنها في الغالب تفسد المبتدئ بدلاً من إصلاحه، وتفشل في إزالة الدوافع الإجرامية لدى المجرمين المعتادين⁽³⁾.

ولعل هذا ما دفع جانباً من الفقه إلى التشكيك في جدوى العقوبات سالبة الحرية قصيرة المدة، والبحث عن بديل عنها، لتجنيب المحكوم عليه المساوئ والمخاطر الناجمة عن تنفيذها. ومن البدائل التي تتبناها التشريعات الجزائية المعاصرة لتفادي الانتقادات التي تعرضت لها هذه العقوبات: إيقاف تنفيذ العقوبة، الوضع تحت الاختبار، المراقبة الإلكترونية، وتجزئة التنفيذ، وتهدف هذه البدائل إما إلى تجنيب المحكوم عليه السجن المغلق، بحيث يترك في بيئته الاجتماعية مع التزامه ببعض القيود مع الإبقاء على صلاته المهنية والأسرية، وتقليل احتكاكه بالوسط الفاسد للسجون.

إشكالية الدراسة وفرضياتها:

إن إيقاف تنفيذ العقوبة، بتقديرنا، ما هو في المقام الأول، إلا نظام تقره التشريعات الجزائية، ومنها القانونان الأردني والإماراتي، لمصلحة الجاني دون مراعاة لحقوق ضحايا الجريمة في القصاص من أولئك الذين انتهكوا حقوقهم ومصالحهم دون وجه حق؛ فالمحاكم إذ تلجأ إلى تطبيق هذا النظام دون الرجوع للمجني عليه، فهي تهدر حقه في تحقيق العدالة وعقاب جانيه، الأمر الذي نراه يتعارض مع فلسفة العقوبة والأغراض الأساسية التي تسعى لتحقيقها، ويدعوننا إلى المطالبة بضرورة مراجعة الضوابط القانونية لهذا النظام بما يسمح بإشراك المجني عليه عند تطبيقه من قبل المحاكم، فالمجني عليه هو ضحية الجريمة المباشرة، وله حق خاص في عقاب الجاني، لا يجوز إهداره دون موافقته. فإزالة العقاب في الجاني عدالة، والدولة تنوب عن المجني عليه في تحقيقها، فالعقاب وإن كان ينطوي على حق عام، إلا أنه مؤسس، في الأصل، على حق خاص للضحية، ليس من المقبول التفريط به تحت أي مبرر دون الرجوع لصاحب الحق الأصيل وقبوله بذلك.

نعم، ربما يكون نظام إيقاف التنفيذ مقررًا لتجنيب الجاني مساوئ العقوبات سالبة الحرية قصيرة المدة، كما يبرر ذلك بعض الفقه، ولكن هذا لا يعني، من وجهة نظرنا، أن يكون الحل على حساب الضحية، فإيجاد السبل والآليات التي تضمن تفادي هذه

(3) Bearup, Sydney Morning Herald, Good Weekend, 19 October, 2002, p21 in Mann S, Economics, Business, Ethic and Law, Law Book Co. NSW, 2003, p 181.

المساوي أو تقليلها واجب يقع على عاتق الدولة، ولا يجوز أن يكمن الحل في إهدار حق الضحية في عقاب الجاني والقصاص منه، فالأصل أن قواعد التجريم والعقاب مقررة لحماية حقوق ضحايا الجريمة، في حين تمثل القواعد الإجرائية طريقه القانوني في تحقيق العدالة، وعقاب الجاني الذي تثبت إدانته بالجرم المسند إليه، ومع ذلك نجد أن نظم العدالة الجنائية تركز بشكل أساسي على المجرم وعلاقته بالدولة مع تهميش حقوق ومصالح ضحايا الجريمة، وما نظام إيقاف تنفيذ العقوبة إلا أحد مظاهر هذه العدالة، فهو مقرر بالدرجة الأولى لمصلحة الجاني، دون أن يكون للمجني عليه أي دور أو قول فيه، فلا تطبيقه موقوف على موافقته، ولا يملك سبيلاً للاعتراض عليه، ومخاصمة القرار الصادر بمنحه من قبل القاضي.

ولذا، فإن الأطروحة المركزية التي تقوم عليها فكرة هذا البحث تتمثل في أن نظام إيقاف التنفيذ هو نظام يتعارض مع أغراض العقوبة والفلسفة التي تقوم عليه لما ينطوي عليه من إغفال لحقوق ضحايا الجريمة، ويحتاج إلى المراجعة والتعديل، وإلا فقد نظام العدالة الجنائية توازنه الحقيقي، وذلك بتحويله ضحايا الجريمة لفئة تعاني الاضطهاد بسبب قوانين ما وجدت أصلاً إلا لحمايتهم⁽⁴⁾.

ومع إدراكنا بأن ما يطرحه هذا البحث من أفكار قد يكون محل جدل واختلاف بين الباحثين، فإننا نقدم هذه الدراسة كإحدى وجهات النظر بهذا الخصوص، إذ يقدم البحث مراجعة تقييمية نقدية مقارنة لنظام إيقاف تنفيذ العقوبة في التشريعين الأردني والإماراتي باعتباره بديلاً للعقوبات سالبة الحرية، وذلك في محاولة لتقدير مدى انسجام هذا النظام وتوافقه مع الأغراض الأساسية للعقوبة الجزائية، ومدى استجابته لتوجهات السياسة الجنائية الحديثة الرامية إلى حماية حقوق ضحايا الجريمة، فهل هو فعلاً نظام ينطوي على تحقيق الردع بنوعيه الخاص والعام، ويصلح لتحقيق العدالة بالنسبة للمجني عليه؟ أم أنه مجرد قناة قانونية يتجنب من خلالها الجاني ما استحقه من عقاب بسبب جريمته؟

إن الفرض الذي نتبناه في هذا البحث يتمثل بأن نظام إيقاف تنفيذ العقوبة، بوضعه الحالي في القانونين محل المقارنة، هو نظام يعكس مصلحة الجاني، ويغفل مصلحة المجني عليه، رغم أنه ضحية الجريمة المباشر، مما يثير التساؤل حول مدى تجسيده، في الواقع، لفكرة العدالة، ورعاية حقوق ضحايا الجريمة، لا سيما أنه ينطوي على تعطيل

(4) President's Task Force on Victims of Crime, Final Report, cited in Paul G C, Nathanael J M and Bradley J E, Crimes Victims' Rights during Criminal Investigation, Journal of Criminal Law and Criminology, Northwestern University School of Law, USA, Vol. 104, No.1, 2014, 59-104, p63.

حق إنفاذ العقاب الجزائي استناداً إلى مبررات ليس من ضمنها ما يتعلق بموقف المجني عليه منه أو موافقته عليه. إن تغيب الضحية عند إصدار قرار إيقاف تنفيذ العقاب يطرح تساؤلاً يتعلق بمدى استجابة هذا النظام لشعور المجني عليه ورغبته في تحقيق العدالة، وإذا كان لا يحققها، فالتساؤل الآخر الذي يثار في هذا المقام هو: ما هي السبل أو الآليات القانونية التي من شأنها تقليل آثاره السلبية بالنسبة للمجني عليه، وتحقيق شفاء غيظه وإرضاء شعوره بتحقيق العدالة؟

تقسيم الدراسة:

وللإجابة عن هذه التساؤلات، وتحقيقاً للغرض من وراء إعداد هذا البحث، فإننا نقسمه إلى مبحثين: نعرض في المبحث الأول ضوابط تطبيق نظام إيقاف تنفيذ العقوبة في القانونين الأردني والإماراتي، باعتبار ذلك مقدمة ضرورية لإمكانية تقييميه ومناقشة علاقته بحق الضحية وأغراض العقوبة وغاياتها، أما المبحث الثاني فنخصه لمناقشة العلاقة بين نظام إيقاف تنفيذ العقوبة وحقوق ضحايا الجريمة، وتجليه مدى انسجامه مع أغراض العقوبة الأساسية وفلسفتها من عدمه.

المبحث الأول

ضوابط نظام إيقاف تنفيذ العقوبة في القانونين الأردني والإماراتي

نظم قانون العقوبات الإماراتي أحكام إيقاف تنفيذ العقوبة في المواد (83-86) منه، ويقابل ذلك المادة (54 مكررة) من قانون العقوبات الأردني، وفيما يلي نعرض لماهية هذا النظام، شروطه وضوابطه، والآثار القانونية التي تترتب عليه في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول

ماهية إيقاف التنفيذ ومبرراته

يراد بنظام إيقاف تنفيذ العقوبة المحكوم بها من قبل المحكمة الجزائية تعليق تنفيذها لمدة معينة حددها القانون بثلاث سنوات لأسباب معينة منها ما يتعلق بالعقوبة المحكوم بها، وذلك بأن تكون من نوع معين أو لا تتجاوز مقداراً محدداً، ومنها ما يتعلق بشخص الجاني، وذلك إنذاراً للمحكمة من أخلاقه أو ماضيه أو سنه ما يحملها على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام في المستقبل. وبعبارة أخرى، يعني إيقاف تنفيذ العقوبة تعليق تنفيذها مؤقتاً على شرط عدم عودة الجاني إلى الإجرام مرة أخرى خلال فترة معينة⁽⁵⁾.

إن نظام إيقاف التنفيذ لا يعد عقوبة جزائية، بل هو أحد مظاهر تفريد العقاب الذي تقررته التشريعات الجزائية، بما فيها القانونان الأردني والإماراتي، ضمن ضوابط معينة، تاركة للقاضي سلطة الأخذ به وتطبيقه من عدمه، وفق ظروف وملابسات كل قضية على حدة. ومن هنا، يجمع نظام إيقاف التنفيذ بين أسلوب تفريد العقاب التشريعي، وأسلوب التفريد القضائي؛ إذ يقرره القانون، ويطبقه القاضي، فهو يختار أو يحدد من يستفيد من هذا النظام من الجناة ومن لا يستفيد ضمن الضوابط التي أرساها القانون⁽⁶⁾. فنظام إيقاف التنفيذ لا يمس الكيان القانوني للجريمة، ولا يعني براءة المتهم، بل يفترض إدانته، والحكم عليه بعقوبة جزائية قبل إفادته من تطبيق هذا النظام؛ فهو، لذلك، وصف يرد على الحكم الجزائي الصادر بإدانته المتهم فيجرده من قوته التنفيذية⁽⁷⁾. ويفترض إيقاف تنفيذ العقوبة عدم البدء في تنفيذها، وترك المحكوم عليه حراً طليقاً، خلال فترة

(5) د. أحمد فاروق زاهر، مبادئ علمي الإجرام والعقاب، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الشارقة، 2013، ص 248. د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 342.

(6) د. أحمد علي الخوالدة، بدائل عقوبة الحبس قصيرة المدة في القانون الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 42 العدد 3، 2015، ص 1012.

(7) د. محمد سعيد نور، أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2016، ص 565.

التجربة، إذا لم يكن محبوساً احتياطياً وقت إصدار الحكم، أو إخلاء سبيله والإفراج عنه إذا كان محبوساً عند صدور الحكم.

وتتمثل علة الأخذ بنظام إيقاف التنفيذ، كما يعلل ذلك جانب من الفقه، في تجنيب المحكوم عليه مساوئ تنفيذ العقوبات سالبة الحرية قصيرة المدة لما لها من آثار سلبية عليه⁽⁸⁾ لا سيما أن الفئة المشمولة بهذا النظام هي في الغالب من المجرمين غير الخطرين أو ممن يمكن تسميتهم بمجرمي الصدفة⁽⁹⁾، ممن اضطرتهم ظروفهم إلى ارتكاب الجريمة، وهم بذلك يعطون فرصة أخرى ليثبتوا فيها صلاحيتهم للعيش في المجتمع بدلاً من التنفيذ عليهم⁽¹⁰⁾، إذ قد يعرضهم تنفيذ العقوبة إلى الاختلاط بمجرمين خطرين مما قد ينقل إليهم عدوى الإجرام، كما أنه يساعد على تخفيف الاكتظاظ داخل السجون بترك المحكوم عليهم أحراراً طلقاء، بالإضافة إلى ذلك، نجد أن المشرع، يقرر أحياناً الأخذ بنظام إيقاف التنفيذ لاعتبارات اجتماعية وإنسانية حفاظاً على الروابط الأسرية كما يتضح من نص المادة (3/83)، كما سنبين تالياً، وذلك بشأن جرائم معينة ترتكب بين أشخاص تربطهم علاقة قرابة كالأصول والفروع أو الأزواج.

ومن جانب آخر، إن عدم تنفيذ العقوبة في حق الجاني المحكوم عليه، وتهديده بتنفيذها إن هو أقدم على ارتكاب جريمة في المستقبل ضمن المدة التي يحددها القانون، ومنحه فرصة التخلص من آثار حكم الإدانة الصادر ضده في حالة عدم مخالفة القانون خلال فترة التجربة، قد يشكل حافزاً يشجعه على حسن السيرة والسلوك، وعدم العودة إلى طريق الجريمة مجدداً⁽¹¹⁾. وهو بذلك يعد نظاماً عقابياً قائماً على تفريد العقاب بحسب ظروف كل محكوم عليه ومقتضيات تأهيله، فنظام إيقاف التنفيذ قد يحقق الردع الخاص، كما يرى البعض، باعتباره أحد أغراض العقوبة دون أن يترتب عليه سلب حرية المحكوم عليه⁽¹²⁾.

وقد عبرت المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية عن هذه الوظيفة العقابية لنظام إيقاف

(8) د. محمود نجيب حسني، دروس في علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص 160؛ د. محمد سعيد نور، وقف التنفيذ نظام نفقده في تشريعاتنا الجزائية في الأردن، مجلة مؤتم للبحوث والدراسات، المجلد 3، عدد 2، جامعة مؤتة، 1988، ص 33.

(9) د. أحمد فتحي بهنسي، نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، ط 5، دار الشروق، بيروت، 1988، ص 164 مشار إليه لدى قويدر العشبي، الموازنة بين العقوبة والعتو: دراسة مقارنة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، 2013، ص 52.

(10) بدر إبراهيم شواهنة، نظام وقف تنفيذ العقوبة وفق التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، الضفة الغربية، فلسطين، 2015، ص 14.

(11) د. نظام المجالي، شرح قانون العقوبات: القسم العام، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2015، ص 502.

(12) د. مصطفى الجوهري، النظرية العامة للجزاء الجنائي: دراسة تحليلية تأصيلية طبقاً لقانون العقوبات الاتحادي مقارنة بقوانين بعض الدول العربية، كلية شرطة دبي، 1997-1998، ص 342-343.

التنفيذ بقولها إن إيقاف تنفيذ العقوبة هو أمر جوازي لمحكمة الموضوع إذا رأّت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو ظروف ارتكابه الجريمة ما يحملها على الاعتقاد أنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة، وتقدير توافر شروط إيقاف التنفيذ وملاءمة الأمر به من شأن قاضي الموضوع؛ لأنه فرع من تقدير العقوبة وهو ما يستقل به، ولا يلتزم بإيقاف التنفيذ حتى لو توافرت شروطه وطلبه المتهم، فذلك متروك لما يصير إليه رأيه، والمناطق في استعماله لهذه السلطة ضوابط مستمدة من الوظيفة العقابية لنظام إيقاف التنفيذ اعتماداً على واقع فحص القاضي لشخصية المحكوم عليه وظروفه المختلفة، ذلك أن وطأة العقوبة على المحكوم عليه لا ترتفع فحسب بنوعها أو مدتها، بل ترتبط كذلك بما إذا كانت تنفذ أو بإيقاف تنفيذها، وقد يكون هذا الاعتبار أهم من نوع العقوبة أو مدتها مما يقتضي أن يخول قاضي الموضوع سلطة تقدير هذه العناصر التي تحدد مدى الشعور بالإيلاء ومن بينها تنفيذ العقوبة أو إيقاف تنفيذها⁽¹³⁾.

المطلب الثاني

شروط تطبيق إيقاف تنفيذ العقوبة

حدّدت المادة (83) من قانون العقوبات الإماراتي، تقابلها المادة (54 مكررة) عقوبات أردني، الشروط الواجب توافرها لإمكانية الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة، وتقسم هذه الشروط إلى شروط يتعلق بعضها بالجريمة، وبعضها يتعلق بالعقوبة، وأخرى تتعلق بالمحكوم عليه وبالجهة صاحبة السلطة في الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة، فتنبص المادة (83) على أنه: «للمحكمة عند الحكم في الجريمة بالغرامة غير النسبية أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة أن تأمر في الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا رأّت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة، وللمحكمة أن تجعل إيقاف التنفيذ شاملاً أية عقوبة فرعية عدا المصادرة. وفي الجرح المنصوص عليها في المواد (328، 329، 330، 339، 372، 373، 374، 394، 395، 403، 404، 405) وفي السرقة والاحتيال وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المتحصلة منها إذا كان المجني عليه زوجاً للجاني أو كان أحد أصوله أو فروعه توقف النيابة العامة تنفيذ العقوبة المقيدة للحرية المقضي بها متى تنازل المجني عليه أو تصالح مع المحكوم عليه».

ويقابل ذلك المادة (54 مكررة) عقوبات أردني التي تنص على أنه: «1- يجوز للمحكمة عند الحكم في جنائية أو جنحة بالسجن أو الحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة أن تأمر

(13) اتحادية عليا، الطعن رقم 8 لسنة 14 جزائي شرعي، جلسة 1992/4/18.

في قرار الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة وفقاً للأحكام والشروط المنصوص عليها في هذا القانون إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون، ويجب أن تبين في الحكم أسباب إيقاف التنفيذ، ويجوز أن تجعل الإيقاف شاملاً لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية الأخرى المترتبة على الحكم».

وباستقراء المادتين السابقتين يتضح أن المشرعين، في كلا القانونين الأردني والإماراتي، تطلباً لغايات جواز إيقاف تنفيذ العقوبة جملة من الشروط، على اختلاف وتباين في الضوابط في بعض الجوانب، منها ما يتعلق بالمحكوم عليه، ومنها ما يتعلق بالجريمة وبالعقوبة المحكوم بها، كما حددا الجهة صاحبة الاختصاص في إصداره، وفيما يلي نوضح هذه الشروط من خلال ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول

الشروط الخاصة بالمحكوم عليه

يشترط كلا القانونين، الأردني والإماراتي، لجواز الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة أن يكون في أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها جريمته ما يكفي لحمل محكمة الموضوع على الاعتقاد -وليس التيقن- بأن الجاني لن يعود إلى ارتكاب جريمة في المستقبل. وقد ترك المشرع أمر تقدير هذه المسألة لفضيلة القاضي، وحسن تقديره، وفق كل قضية على حدة، فالأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة وفق المادة (83) عقوبات إماراتي، تقابلها المادة (54 مكررة) عقوبات أردني، هو أمر جوازي من سلطة قاضي الموضوع، فله أن يأمر بإيقاف التنفيذ إذا رأى من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو ظروف ارتكابه الجريمة أنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة، وله ألا يحكم به متى رأى خلاف ذلك. كما أن لقاضي الموضوع عدم الحكم بإيقاف التنفيذ حتى وإن توافرت شروطه وطلبه المتهم، إذ إن ذلك متروك لما يصير إليه رأيه، ولا معقب عليه في هذا الاختيار؛ لأنه مما يدخل في مطلق تقديره وفق ما قضت به المحكمة الاتحادية⁽¹⁴⁾.

ونظام إيقاف التنفيذ، في كلا القانونين، ليس حكراً على جناة محددين أو جناة لم يسبق لهم ارتكاب أية جريمة، بل ليس هناك ما يمنع قانوناً من تطبيقه في حق الجاني الذي سبق وأن صدرت بحقه أحكام إدانة، أي الجاني صاحب السوابق الإجرامية⁽¹⁵⁾. كما أن

(14) اتحادية عليا، الطعن رقم 81 لسنة 16 القضائية، جزائي شرعي، جلسة 1994/10/22. وانظر أيضاً:

اتحادية عليا، الطعن رقم 8 لسنة 14 جزائي شرعي، جلسة 1992/4/18.

(15) د. غنام غنام، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة: القسم العام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2003، ص 512.

القانون لا يلزم القاضي بإيقاف تنفيذ العقوبة بالنسبة للجاني الذي لم يسبق وأن صدر بحقه أي حكم جزائي بات بالإدانة، فنظام إيقاف التنفيذ، نظام جوازي، وهو من صميم عمل قاضي الموضوع ومن إطلاقاته حيث يملك سلطة إيقاف تنفيذ العقوبة أو عدم وقفها اعتماداً على الظروف الخاصة بكل جاني⁽¹⁶⁾. وعبارة «إذا رأت المحكمة من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه» لا تعني حرمان المحكوم عليه صاحب السوابق من تطبيق هذا النظام إذا تولد لدى القاضي اعتقاد أنه لن يعود للإجرام في المستقبل، لا سيما إذا كانت السابقة من الجرائم غير العمدية⁽¹⁷⁾. فالقانون لم يميز لغايات تطبيق هذا النظام بين مجرم مبتدئ، ومجرم عائد، فالمحكمة عند فحصها لشخصية الجاني وظروفه غير مقيدة بسوابقه، بل يكفي أن يتولد لديها اعتقاد أو انطباع عام مفاده أن الجاني لن يعود إلى ارتكاب جريمة في المستقبل.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة بالجريمة والعقوبة المحكوم بها

يجوز المشرع الإماراتي تطبيق نظام إيقاف التنفيذ، سنداً للمادة (83) عقوبات، بالنسبة للجرائم المعاقب عليها بالغرامة غير النسبية أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة، بينما يتحدد نطاق إيقاف التنفيذ سنداً للمادة (54 مكررة) عقوبات أردني بعقوبة الحبس دون الغرامة ما لم تكن الغرامة عقوبة تبعية، فالغرامة كعقوبة أصلية خارج نطاق إيقاف التنفيذ في القانون الأردني على خلاف الوضع في القانون الإماراتي كما يتضح من المادة المذكورة. وعقوبة الحبس التي يجوز إيقاف تنفيذها، في كلا القانونين، هي العقوبة التي لا تزيد مدتها على سنة أياً كان نوع الجريمة التي صدر الحكم فيها سواء أكانت جنحة أم جناية توافر فيها عذر قانوني مخفف، فحكمت المحكمة بعقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على سنة سنداً للمادة (97) عقوبات إماراتي، تقابلها المادة (97) عقوبات أردني، أو توافر فيها سبب تقديري مخفف، فحكمت المحكمة بالحبس مدة سنة عملاً بالمادة (98) عقوبات إماراتي، تقابلها المادتان (99 و100) عقوبات أردني. فالعبرة لغايات الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة إنما تكون بالعقوبة التي تحكم بها المحكمة، وليس للعقوبة التي يقررها القانون أصلاً للجريمة التي ارتكبها الجاني.

أما إذا كانت العقوبة التي قضت بها المحكمة هي عقوبة السجن المؤبد أو المؤقت أو الحبس الذي تزيد مدته على سنة، فلا يجوز إيقاف تنفيذها، ويكون الأمر بإيقاف التنفيذ في

(16) تمييز دبي، الطعن رقم 267 لسنة 2004 جزاء، جلسة 2004/12/25.

(17) لا يشترط لقيام العود أو التكرار قانوناً بحق الجاني المحكوم عليه أن تكون جرائمه عمدية، بل قد تكون غير عمدية كما يفهم من المواد (101-104) عقوبات أردني، والمواد (106 - 108) عقوبات إماراتي.

هذه الحالة مخالفاً للقانون مما يوجب نقضه⁽¹⁸⁾. كما يجوز إيقاف تنفيذ العقوبة المالية المتمثلة بالغرامة غير النسبية أياً كان مقدارها في القانون الإماراتي، وأياً كانت الجريمة التي صدرت العقوبة من أجلها سواء أكانت جنحة أم مخالفة، أما الغرامة النسبية⁽¹⁹⁾ فلا يجوز الحكم بإيقاف تنفيذها في القانون الإماراتي؛ وذلك لأن الغرامة النسبية تحمل بين طبيعتها معنى التعويض. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة تمييز دبي بأنه: «لما كان ذلك وكان من المقرر أنه بالنسبة لعقوبتي الرد والغرامة فإنه يتعين الحكم بهما ولو تنازل المجني عليه أو أمرت المحكمة بإيقاف تنفيذ العقوبة؛ لأن هذا الإيقاف لا يتناول إلا عقوبة الحبس ولا يمتد إلى عقوبتي الرد والغرامة النسبية عملاً بأحكام المادة (83) عقوبات»⁽²⁰⁾.

أما في القانون الأردني، فلا يجوز إيقاف تنفيذ عقوبة الغرامة إذا كانت عقوبة أصلية، ويجوز ذلك عندما تكون عقوبة تبعية أو باعتبارها أحد الآثار الجنائية المترتبة على الحكم كما يفهم من صياغة المادة (54 مكررة) التي تنص على أنه: «يجوز للمحكمة عند الحكم في جنابة أو جنحة بالسجن أو الحبس مدة لا تزيد على سنة أن تأمر في قرار الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة... ويجوز أن تجعل الإيقاف شاملاً لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية الأخرى المترتبة على الحكم». وإذا صدر الحكم على الجاني بالحبس لمدة أقل من سنة و/ أو بالغرامة غير النسبية، في القانون الإماراتي، فليس هناك ما يمنع من إيقاف تنفيذ كلتا العقوبتين، أو إيقاف تنفيذ إحدهما وتنفيذ الأخرى⁽²¹⁾.

كما يجوز للمحكمة أن تجعل إيقاف التنفيذ، في كلا القانونين، شاملاً لأي عقوبة فرعية (تكميلية أو تبعية) باستثناء المصادرة سناً للفقرة الثانية من المادة (83) عقوبات إماراتي التي تنص على أنه: «... وللمحكمة أن تجعل إيقاف التنفيذ شاملاً أية عقوبة فرعية عدا المصادرة...»، والتي (أي المصادرة) يجوز أن تكون محلاً لقرار إيقاف التنفيذ في القانون الأردني سناً للمادة (1/54) عقوبات ما لم تكن تدبيراً احترازياً. ويتربط على ذلك أن المحكمة التي تقرر إيقاف تنفيذ العقوبة الأصلية يجب أن تقرر وقف العقوبة الفرعية إن هي رأت إيقاف تنفيذها، فإيقاف التنفيذ لا يشمل هذا النوع من العقوبات طالما أن المحكمة لم تقرر ذلك.

ويرى البعض أن الفقرة الثانية من المادة (83) عقوبات إماراتي إنما تعني أنه يجوز أن

(18) اتحادية عليا، الطعن رقم 153 لسنة 14 جزائي، جلسة 1993/6/16. وانظر أيضاً: اتحادية عليا، الطعن رقم 46 لسنة 14 ق جزائي، جلسة 1992/4/29. اتحادية عليا، الطعن رقم 200 لسنة 17، جزائي، جلسة 1995/4/26.

(19) الغرامة النسبية: هي عقوبة فرعية تكميلية جوازية الأصل حسب نص المادة (104)، ووجوبية في الحالات التي تتعلق بالاختلاس والمال العام، والرشوة، والحرق، تتضمن معنى التعويض، ينص عليها القانون دون أن يحدد لها مبلغاً معيناً. ويتحدد مقدارها بنسبة الضرر أو النفع الذي نتج عن الفعل.

(20) تمييز دبي، الطعن رقم 291 لسنة 2000 جزائي، جلسة 2001/2/3.

(21) اتحادية عليا، الطعن رقم 332 لسنة 27 ق شرعي جزائي، جلسة 2006/6/26.

يشمل إيقاف التنفيذ أية عقوبة تكميلية عدا المصادرة، ولا تشمل العقوبات التبعية؛ وذلك لأنها تلحق المحكوم عليه بقوة القانون، أي دون حاجة إلى النص عليها في الحكم، وبالتالي فإن مجال هذه العقوبات يختلف عن مجال إيقاف التنفيذ، فلا تكون مشمولة به⁽²²⁾. ومع احترامنا لهذا الرأي، إلا أننا نرى أن نص المادة (83) قد جاء مطلقاً بجواز إيقاف تنفيذ أية عقوبة فرعية عدا المصادرة، فالمشرع لم يستثن العقوبات التبعية من نظام إيقاف التنفيذ، فيجوز أن تكون مشمولة به. ومن جانب آخر، تقرر المادة (86) عقوبات إماراتي أن انقضاء مدة الثلاث سنوات التي يتم إيقاف تنفيذ العقوبة خلالها دون أن يتم إلغاؤه، يترتب عليها اعتبار حكم الإدانة كأن لم يكن، وزوال كافة آثاره الجنائية، وهذا يعني سقوط الحكم والعقوبات الأصلية التي قضى بها، وما قد تترتب عليها من عقوبات فرعية تبعية أو تكميلية. ومن هذا المنطلق، نرى عدم جواز إنفاذ العقوبة التبعية بحق المحكوم عليه طالما أن عقوبته الأصلية والحكم الصادر بها ما زالوا قلقين ومهددين بالزوال، فالأولى إيقاف تنفيذها لما قد يترتب على إنفاذها من أضرار قد تلحق بالمحكوم عليه بما يتنافى والعلة التي يقوم عليها نظام إيقاف التنفيذ كما أسلفنا.

وإيقاف التنفيذ يكون شاملاً لمدة العقوبة كاملة أو مقدار الغرامة كاملاً، فلا يجوز إيقاف تنفيذ جزء من مدة العقوبة وإنفاذ الجزء الآخر. وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة الاتحادية العليا في أحد أحكامها بأنه: «لما كان الأصل في العقوبات المقررة في القانون هو تنفيذها، وأن الترخيص للمحكمة بإيقاف تنفيذ العقوبة المقضي بها حسب المادة (83) من قانون العقوبات الاتحادي جاء استثناءً من هذا الأصل الأمر الذي يتعين معه لزوم التقيد بأحكام النص القانوني الخاص بهذا الترخيص دون التوسع فيه أو الخروج عن مدلول عبارته، وبإعمال أحكام لم يفصح عنها المشرع صراحة في نصه القانوني، وحيث إن عبارة النص القانوني بالمادة (83) سألقة الذكر جرت على الترخيص للمحكمة بأن تأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة عند الحكم بها وفقاً للشروط الخاصة بذلك، ومؤدى هذا النص أن الشارع إذ خول محكمة الموضوع السلطة في إيقاف تنفيذ العقوبة عند الحكم بها - في حدود شروطه - لم يطلق يد المحكمة في تبييض العقوبة وتجزئتها بين التنفيذ على المحكوم عليه بجزء منها وإيقاف التنفيذ عنه بالجزء الآخر، وحيث إن الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر فإنه يكون معيباً»⁽²³⁾.

ومما يلاحظ في هذا المقام، أن كلا القانونين، الأردني والإماراتي، لم يشملوا المخالفات بنظام إيقاف تنفيذ العقوبة كما يتضح من المادة (83) عقوبات إماراتي، والمادة (54 مكررة) عقوبات أردني، رغم أن العقوبات الصادرة بهذا النوع من الجرائم هي أقصر العقوبات

(22) د. مصطفى الجوهرى، مرجع سابق، 1997-1998، ص 351.

(23) اتحادية عليا، الطعن رقم 109 لسنة 12 القضائية، جزائي، جلسة 1991/3/12.

مدة⁽²⁴⁾، وهو ما يبرر شمولها بنظام إيقاف التنفيذ في المقام الأول، كما سبق وأن بينا، وهذا مما يدعو للاستغراب؛ إذا كيف يعزل الأخذ بهذا النظام في تجنيب المحكوم عليه مساوئ تنفيذ العقوبة قصيرة المدة، ولا يكون النظام شاملاً لأقصر هذا العقوبة مدة، فالأسلم، كما يرى البعض، أن يشمل نظام وقف التنفيذ المخالفات، ولا محل للاحتجاج ببساطة عقوبتها؛ لأن ذلك يتناقض مع العلة والمبررات التي يؤسس عليها تبني هذا النظام⁽²⁵⁾. كما أن القانون الإماراتي لا يجيز إيقاف تنفيذ عقوبة الغرامة النسبية سناً للمادة (83)، كما لا يجوز إيقاف التنفيذ بالنسبة للغرامة كعقوبة أصلية في القانون الأردني عملاً بالمادة (54 مكررة)، والأولى، بتقديرنا، وجوب شمولها انسجاماً مع مبرراته الأخذ بهذا النظام، ذلك لأن المحكوم عليه بها قد يعجز عن دفعها وتستبدل بالحبس مدة حددها الأعلى سنة سناً للمادة (22)⁽²⁶⁾ عقوبات، وهو ما يدعونا لاقتراح التعديل لتفادي هذه العيوب في أول إصلاح تشريعي في كلا القانونين، مع مراعاة حق المجني عليه عند تطبيق النظام على النحو المقترح من قبلنا لاحقاً.

الفرع الثالث

الجهة المختصة بإيقاف تنفيذ العقوبة وآثاره

البند الأول - جهة الاختصاص بإيقاف تنفيذ العقوبة:

يتضح من المادة (83) عقوبات أن المشرع الإماراتي قد أناط صلاحية إصدار قرار إيقاف تنفيذ العقوبة بجهتين هما: المحكمة الجزائية التي أصدرت الحكم أو النيابة العامة في حالات معينة، وجعل الوقف جوازيًا بالنسبة للمحكمة، ووجوبياً عندما تكون الجهة المصدرة للقرار النيابة العامة ضمن ضوابط معينة. بينما أناط المشرع الأردني صلاحية اتخاذ قرار إيقاف التنفيذ بالمحكمة المختصة بنظر الدعوى سناً للمادة (54 مكررة) ولم يخول النيابة العامة هذه الصلاحية، على التفصيل الآتي⁽²⁷⁾:

(24) يعاقب على المخالفة في القانون الأردني بالحبس التكميلي من أربع وعشرين ساعة إلى أسبوع (م/23) عقوبات، وفي القانون الإماراتي بالحجز من أربع وعشرين ساعة إلى عشرة أيام (م/30) عقوبات.

(25) د. نظام المجالي، مرجع سابق، 2015، ص 502.

(26) تنص المادة 22 على أنه: «الغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزانة الحكومة المبلغ المقرر في الحكم، وهي تتراوح بين خمسة دنانير ومائتي دينار إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك: 1 - إذا لم يؤد المحكوم عليه بالغرامة المبلغ المحكوم به عليه يحبس في مقابل كل عشرة دنانير أو كسورها يوماً واحداً على أن لا تتجاوز مدة الحبس في هذه الحالة سنة واحدة...».

(27) وعلى الرغم من أن تقدير وقف التنفيذ من عدمه، هو مسألة تقديرية لمحكمة الموضوع إلا أن هذا القرار يخضع لرقابة محكمة التمييز إذا كان هناك خطأ في تطبيق القانون، ومثال ذلك لن يقرر القاضي وقف العقوبة في جريمة لا يجيز فيها القانون من أصله وقف التنفيذ، ما يؤدي ذلك موقف لمحكمة التمييز الأردنية رقم 2000/312 (هيئة خماسية) تاريخ 2000/4/25.

أولاً: في القانون الإماراتي، تقوم المحكمة الجزائية التي تصدت لنظر الدعوى الجنائية، وأصدرت حكم الإدانة القاضي بعقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته عن سنة أو الغرامة غير النسبية بإصدار قرار إيقاف التنفيذ، وإيقاف التنفيذ في هذه الحالة جوازي متروك لسلطة المحكمة التقديرية. وذات المحكمة المختصة التي نظرت الدعوى الجزائية هي صاحبة السلطة في إيقاف تنفيذها إذا رأت مبرراً لذلك سناً للمادة (54 مكررة) عقوبات أردني. ويلاحظ أن قرار إيقاف التنفيذ إنما يصدر من المحكمة لصالح الجاني المحكوم عليه دون أن يكون للمجني عليه أي دور أو سلطة في مخاصمة هذه القرار أو الاعتراض عليه، وهو ما يعد، بتقديرنا، تجاهلاً لحقيقة كون المجني عليه هو ضحية الجاني، ومحل جريمته، وقد لا يرضيه هذا القرار، فهو وإن كان يحقق مصلحة الجاني، إلا أنه يهدر في المقابل حق المجني عليه في عقابه واستيفاء حقه منه، كما سنبين تالياً.

ثانياً: النيابة العامة، خلافاً للوضع في القانون الأردني، أناط المشرع الإماراتي صلاحية إيقاف التنفيذ بالنيابة العامة، وجعله وفقاً وجوبياً في هذه الحالة ضمن ضوابط وشروط حدّتها المادة (3/83) تتمثل بالآتي:

أ- أن تكون الجريمة موضوع حكم الإدانة من ضمن الجنح المنصوص عليها في المواد (328)⁽²⁸⁾، (329)⁽²⁹⁾، (330)⁽³⁰⁾، (339)⁽³¹⁾، (372)⁽³²⁾، (373)⁽³³⁾، (374)⁽³⁴⁾، (394)⁽³⁵⁾، (395)⁽³⁶⁾، (403)⁽³⁷⁾، (404)⁽³⁸⁾، (405)⁽³⁹⁾ أو السرقة أو الاحتيال أو خيانة الأمانة أو إخفاء الأشياء المتحصلة منها.

ب- وجود علاقة قرابة بين الجاني والمجني عليه، وذلك بأن تقع الجرائم المشار إليها بين الأزواج أو الأصول والفروع.

-
- (28) جنحة الامتناع عن تسليم الطفل لمن له الحق في تسلمه.
(29) جريمة خطف الولد من قبل أحد الوالدين أو الجددين من صاحب الحق في الحضانة أو الحفظ.
(30) جريمة الامتناع عن دفع النفقة أو أجره الحضانة أو الرضاعة أو السكن.
(31) جريمة الاعتداء العمدي على سلامة البدن.
(32) جريمة القذف.
(33) جريمة القذف.
(34) جريمة القذف أو السب بطريق الهاتف أو في مواجهة المجني عليه وبحضور غير أو بدون حضور أحد.
(35) جريمة استعمال سيارة الغير أو دراجته دون رضاه.
(36) جريمة تناول طعام أو شراب في مكان معد لذلك أو شغل غرفة في فندق أو نحوه ومع عدم دفع المستحق دون مبرر.
(37) جرائم الشيكات البريدية.
(38) جريمة خيانة الأمانة.
(39) جريمة كتم اللقطة.

ج- تنازل المجني عليه عن الجاني أو تصالحه مع المحكوم عليه.

د- يتحدد نطاق إيقاف تنفيذ العقوبة في هذه الحالة بالعقوبات المقيدة للحرية، ولا يشمل الغرامة.

ومما يلاحظ في هذا المقام، ورغم أن المشرع قد حصر نطاق قرار إيقاف التنفيذ في هذه الحالة ببعض الجنح، وقصره على طائفة معينة من الجناة ممن تربطهم صلات أسرية مع الضحية، إلا أن موقفه يعد انتصاراً لضحايا الجريمة؛ إذ ربط إمكانية إصدار قرار إيقاف التنفيذ بوجوب تصالح المجني عليه مع الجاني، أو تنازل المجني عليه عنه، وهو بذلك يجعل من نظام إيقاف التنفيذ أسلوباً تفردياً للعقاب يحقق العدالة بالنسبة للمجني عليهم، فلا يصار إليه إلا بتنازلهم أو تصالحهم مع الجناة، وهذا ما يدعونا إلى دعوة المشرع في كلا البلدين، الأردن والإمارات، إلى تطبيق ذات القاعدة بالنسبة لجميع حالات إيقاف التنفيذ؛ لما في ذلك من مراعاة لمصالح الضحايا وحقهم في عقاب الجاني، وتعزيز قيم الاعتذار والتسامح بين أفراد المجتمع.

البند الثاني: آثار إيقاف تنفيذ العقوبة

يتضح من المواد (84، 85، 86) عقوبات إماراتي، تقابلها المادة (54 مكررة) عقوبات أردني، أن الآثار التي تترتب على إيقاف تنفيذ العقوبة تتمثل بالآتي:

أولاً: تعليق تنفيذ العقوبة المحكوم بها لمدة مؤقتة حددها المشرع في كلا القانونين بثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً، فلا يجوز تنفيذ العقوبات المحكوم بها أصلية كانت أم فرعية خلال فترة التجربة المشار إليها، ومع ذلك يلاحظ أن نص المادة (84) عقوبات إمارتي، وخلافاً لنص المادة (54) عقوبات أردني، لم يجعل إيقاف التنفيذ شاملاً لكافة الآثار الجنائية التي يمكن أن تترتب على الحكم الجزائي، فالحكم خلال فترة التجربة يبقى قائماً ومنتجاً لبعض الآثار الجنائية، فهو يصلح لأن يكون سابقة لغاية العود أو التكرار، والأولى، بتقريرنا، ألا يكون كذلك، الأمر الذي يدعونا إلى اقتراح تعديل نص المادة (83) بما يفيد ذلك على غرار القانون الأردني، فلا يجوز اعتبار الحكم المشمول بإيقاف التنفيذ سابقة لغاية العود خلال مدة الوقف تمشياً مع العلة من تقرير هذا النظام.

ثانياً: إذا تم إلغاء قرار إيقاف التنفيذ قبل انتهاء فترة التجربة، ترتب على ذلك تنفيذ العقوبة التي صدر الأمر بإيقاف تنفيذها سنداً للمادة (85) عقوبات إماراتي، تقابلها المادة (54) عقوبات أردني، التي نصّت على ذلك بقولها: «...ويترتب على الحكم بالإلغاء تنفيذ العقوبة التي كان قد أمر بإيقاف تنفيذها». كما يمكن أن تعتبر الجريمة الأولى محل

العقوبة الموقوفة سابقة لغاية العود أو التكرار عند محاكمة الجاني عن الجريمة الجديدة التي كان الحكم من أجلها على الجاني سبباً في إلغاء قرار إيقاف التنفيذ، وقد أجاز المشرع إلغاء قرار إيقاف تنفيذ العقوبة في إحدى الحالتين الآتيتين:

1- إذا ارتكب المحكوم عليه خلال فترة التجربة جريمة عمدية حكم عليه فيها بحكم بات بعقوبة مقيدة للحرية لأكثر من شهرين سواء صدر الحكم بالإدانة أثناء الفترة أو بعد انقضاءها، بشرط أن تكون الدعوى الجزائية قد حركت خلالها وفق المادة (85) عقوبات إماراتي، بينما لم تقصر المادة (2/54) عقوبات أردني الجريمة المرتكبة خلال فترة التجربة على الجرائم العمدية، كما أنها جعلت مدة العقوبة المحكوم بها أقل من القانون الإماراتي إذ جعلت حدتها الأدنى شهراً خلافاً للقانون الإماراتي الذي جعلها مدة تزيد عن شهرين.

2- إذا ظهر خلال الفترة المشار إليها أن المحكوم عليه كان قد صدر ضده قبل الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة حكم بات بعقوبة مقيدة للحرية لأكثر من شهرين في القانون الإماراتي، ولأكثر من شهر في القانون الأردني، ولم تكن المحكمة قد علمت به حين أمرت بإيقاف التنفيذ.

ويصدر قرار إلغاء إيقاف تنفيذ العقوبة من قبل إحدى محكمتين في كلا القانونين هما: إما المحكمة التي أمرت بإيقاف التنفيذ بناء على طلب النيابة العامة بعد تكليف المحكوم عليه بالحضور، أو المحكمة التي أصدرت الحكم الذي كان سبباً في إلغاء قرار إيقاف التنفيذ من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة سنداً للمادة (85) عقوبات إماراتي، تقابلها المادة (3/54). وفي الحالتين، لا يتم الإلغاء بشكل تلقائي، بل يجب أن يصدر به حكم من إحدى هاتين المحكمتين، وليس شرطاً أن يصدر قرار الإلغاء من قبل ذات المحكمة التي سبق وأن قررت إيقاف تنفيذ العقوبة.

ثالثاً: إذا انقضت فترة التجربة المحددة بثلاث سنوات دون أن يتم إلغاء قرار إيقاف التنفيذ، زال حكم الإدانة الصادر بحق المحكوم عليه، واعتبر كأن لم يكن، وزالت آثاره الجنائية، فلا يعد سابقة في العود عملاً بالمادة (86) عقوبات إماراتي التي تنص على أنه: «إذا انقضت الفترة المبينة في المادة (84) دون أن يتوفر سبب من أسباب إلغاء إيقاف التنفيذ اعتبر الحكم كأن لم يكن»، تقابلها المادة (5/54) عقوبات أردني.

المبحث الثاني

مدى توافق نظام إيقاف تنفيذ العقوبة مع أغراضها وحقوق المجني عليه

نعرض في هذا المبحث إلى مفهوم العقاب الجزائي ومبرراته في مطلب أول، وفي المطلب الثاني نناقش مدى انسجام نظام إيقاف تنفيذ العقوبة مع هذه المبررات من عدمه، مسلطين الضوء على السبل القانونية التي، نرى، إن تم تبنيها تحقق مصلحة المجني عليه في عقاب الجاني، وجعل تطبيق النظام أكثر انسجاماً مع توجهات السياسة الجنائية الرامية لحماية حقوق ضحايا الجريمة.

المطلب الأول

مفهوم العقاب الجزائي ومبررات فرضه

نعرض فيما يلي لمفهوم العقاب ومبرراته وأغراضه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

مفهوم العقاب الجزائي

تعددت التعاريف التي قدمها فقهاء وشراح القانون للعقوبة، وهي وإن تباينت في ألفاظها، إلا أنها تتشابه في المضمون والجوهر، فمنهم من عرفها بأنها الجزاء الذي يقرره القانون، ويوقعه القاضي من أجل الجريمة ويتناسب معها⁽⁴⁰⁾. وهناك من عرفها بأنها جزاء جنائي يتضمن إيلاً مقصوداً، يقرره القانون، ويوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة⁽⁴¹⁾. وعرفها البعض بأنها الأثر القانوني الذي يقرره المشرع الجزائي بحق كل شخص، طبيعي أو معنوي، يرتكب فعلاً أو امتنع عن فعل يعده القانون جريمة، تقوم المحكمة الجزائية بفرضه على الجاني الذي تثبت مسؤوليته عن ارتكاب تلك الجريمة⁽⁴²⁾. وهناك من عرف العقوبة على أنها: «انتقاص أو حرمان من كل أو بعض الحقوق الشخصية، يتضمن إيلاً ينال مرتكب الفعل الإجرامي كنتيجة قانونية

(40) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني: القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 931.

(41) د. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط4، دار المعارف، مصر، 1962، ص 547. مشار إليه لدى: د. علي القهوجي، شرح قانون العقوبات: القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 749.

(42) انظر بهذا المعنى: د. مصطفى الجوهري، مرجع سابق، ص 20.

الجريمة، ويتم توقيعها بإجراءات خاصة وبمعرفة جهة قضائية⁽⁴³⁾. ويمكننا القول بأن غالبية الفقه يجمع على تعريف العقوبة، من الوجهة القانونية، بأنها: جزاء يقرره القانون، ويوقعه القاضي باسم المجتمع، تنفيذاً لحكم قضائي على من تثبت مسؤوليته عن ارتكاب جريمة ما⁽⁴⁴⁾.

ويتضح من ذلك الطبيعة القانونية للعقوبة من حيث كونها جزاء جنائياً، ينطوي على قدر من الألم المقصود الذي يصيب الجاني بسبب عدم امتثاله لأوامر ونواهي القواعد الموضوعية من القانون الجزائي (قواعد التجريم). فالعقوبة تجسد ردة فعل المجتمع القانونية تجاه الجريمة، وتعد من أهم الوسائل التي يستخدمها في مكافحتها، فالمشرع يقرر العقوبة ويرسم ضوابطها، شأنها في ذلك شأن الأفعال التي تعد جرائم، والقاضي يقوم بتوقيعها على من يثبت ارتكابه لجريمة من الجرائم المنصوص عليها قانوناً.

والعقوبة، بهذا المفهوم، عبارة عن جزاء يهدف إلى مكافحة الجريمة وإصلاح الجاني، تنطوي على قدر من الإيلاء يصيب المحكوم عليه بسبب خرقه قواعد التجريم. والإيلاء الذي يمثل جوهر العقوبة هو إيلاء مقصود لا يصيب الجاني عرضاً، وإنما يقصده المشرع والقاضي والجهة التي تتولى تنفيذ العقوبة؛ لأنهم يقدرون استحقاق الجاني لهذا الإيلاء من وجهتي العدالة والمنفعة الاجتماعية⁽⁴⁵⁾. ويتحقق الإيلاء الذي تمثله العقوبة بحرمان المحكوم عليه من أحد الحقوق اللصيقة بشخصه سواء أكان هذا الحق من الحقوق المالية أم الحقوق غير المالية كحقه في الحياة أو الحرية الشخصية، فيتحقق الإيلاء بحرمان الجاني من حقه في الحياة عند الحكم عليه بعقوبة الإعدام، وحرمانه من حقه في الحرية في حالة الحكم عليه بعقوبة السجن أو الحبس أو الحجز، وحرمانه بعض ماله في حالات الحكم بالغرامة أو المصادرة. وإذا كان إيلاء العقوبة مقصوداً، فهو غير مقصود لذاته، ولا يرمي إلى إذلال المحكوم عليه أو إشعاره بالهوان، وإنما يقصد منه تحقيق أغراض اجتماعية يهدف نظام العقوبة إلى تحقيقها⁽⁴⁶⁾، حيث يتم إيقاع العقوبة على الجاني في

(43) مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات: القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 580.
(44) انظر بهذا المعنى: د. محمد زكي أبو عامر و د. سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 543. د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني، دار الثقافة، عمان، 2002، ص 645. د. محمد عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات: القسم العام، دار الثقافة للنشر، عمان، 1997، ص 435-436. د. غنام غنام، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة: القسم العام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2003، ص 317-318. المستشار إيهاب عبدالمطلب، العقوبات الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2009، ص 13. وبالإجمال، راجع بهذا الخصوص جميع مؤلفات القسم العام في قانون العقوبات.

(45) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، 1998، ص 938.

(46) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، 1998، ص 938.

مقابل الأذى الذي ألحقه بالمجني عليه وبالمجتمع عموماً. ومن هذا المنطلق، يفترض أن تكون العقوبة جزاء عادلاً لخطأ الجاني المتمثل بارتكاب الجريمة.

الفرع الثاني

مبررات فرض العقاب الجزائي وأغراضه

تتجسد الوظائف أو الغايات التي يراد تحقيقها من جراء تقرير وفرض العقوبة الجزائية على الجاني في تحقيق الردع الخاص، الردع العام، وتحقيق العدالة، وهو ما نعرض له تالياً بالقدر اللازم للربط بين هذه الغايات المرجوة وبين نظام إيقاف تنفيذ العقاب وحقوق ضحايا الجريمة لتقدير مدى انسجام هذا النظام مع هذه الأغراض والغايات وتجسيده لها في المطلب الثاني من هذا المبحث.

البند الأول - الردع الخاص:

ويقصد بذلك تحقيق الردع بالنسبة للجاني من خلال مواجهة الخطورة الإجرامية لديه، والعمل على استئصالها، فالحكم الجزائي الصادر بالإدانة ضد الجاني يفترض أن يردع الجاني، وينزل به قدراً من الإيلام الذي يستحقه بسبب سلوكه غير المشروع الذي ارتكبه، منتهكاً حقاً أو أكثر من حقوق المجني عليه، فالعقوبة التي تصيب المحكوم عليه في جسمه كالإعدام، تحقق الردع الخاص عن طريق استئصال الجاني من المجتمع، والعقوبة التي تسلبه حريته فتقيدها كالسجن أو الحبس تهدف إلى منعه من العودة إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى⁽⁴⁷⁾. والردع الخاص يرمي إلى إعادة تأهيل المحكوم عليه للحياة الاجتماعية، وذلك عبر إعادة تربيته، وخلق التآلف بينه وبين القيم الاجتماعية التي خرج عنها عندما قام بخرق قواعد القانون وثار على أحكامه بشكل إرادي، فالعقوبة تحمل في ثناياها بعداً تربوياً علاجياً يقوم على إعادة تأهيل المحكوم عليه، ومصالحته مع نفسه في المقام الأول، ومن ثم مع المجتمع الذي ينتمي إليه، وهذا يعني أن العقوبة يجب أن تهدف إلى تربية الجناة على روح الانضباط، واحترام حقوق الآخرين، واحترام القواعد الاجتماعية المشتركة بين الأفراد.

لذا، يجب أن تكون العقوبة رادعة للجاني كي لا يعود لاقتراف الجريمة مرة أخرى، وعلاجاً ناجعاً لخطورته الإجرامية⁽⁴⁸⁾، وضبط أنماط سلوكه الاجتماعي، وجعله سلوكاً يتسم

(47) د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2002، ص 647. د. فخري الحديثي ود. خالد الزعبي، شرح قانون العقوبات: القسم العام، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2009، ص 321-322.

(48) د. حسن محمد ربيع، مبادئ علمي الإجرام والعقاب، كلية الشرطة، دبي، 1991، ص 417.

بالامتناع والتعبير والتصرف السليم تحقيقاً لمجتمع أفضل، إذ إن إقامة العدالة الرادعة تفضي إلى منع الجريمة ومكافحتها، وعندها ستتحقق الآثار الإيجابية، والأهداف النبيلة للعقوبة في حياة الأفراد والمجتمع، ومنها هدف الردع الذي يسهم في إصلاح الجاني من خلال إضعاف نوازع الشر لديه وحمله على سلوك طريق الخير، وإصلاح الجاني هو من آثار هذا الردع لأنه يجرده من الخطورة الإجرامية، وعندها تكون العقوبة للإصلاح والتهديب⁽⁴⁹⁾.

إن تغليظ العقوبة والتنفير من الجريمة يعد من وسائل الردع والإصلاح، فتكون القسوة في العقوبة أحياناً مقصودة لتحقيق الردع، والعقوبة وإن كانت قاسية من جانب، فهي تحمل معنى الرحمة من جانب آخر، فالقسوة على الجاني، رحمة بالمجني عليه وبالمجتمع؛ والرحمة بالجاني، دون صفح المجني عليه، تعني القسوة على المجني عليه والمجتمع لم في ذلك من إهدار لحق الضحية في القصاص من الجاني واستيفائه حقه منه⁽⁵⁰⁾، بل إن تنفيذ العقوبة على الجاني رحمة به، فهي تعيده إلى طريق الصواب، وتكفر عنه ذنبه في الدنيا والآخرة لقوله صلى الله عليه وسلم: «تبايعوني على أن لا تشركوا بالله شيئاً، ولا تسرقوا ولا تزنوا ولا تقتلوا أولادكم ولا تأتوا ببهتان تفترونه بين أيديكم وأرجلكم، ولا تعصوا في معروف، فمن وفى منكم فأجره على الله، ومن أصاب من ذلك شيئاً فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له...»⁽⁵¹⁾. فالعقوبة لا تهدف إلى إهانة الجاني بل هي العلاج بالنسبة له، والدواء يكون بقدر القضاء على الداء، لقوله تعالى: ﴿وَأَخَذْنَهُمْ بِالْعَذَابِ لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ﴾⁽⁵²⁾.

والردع الخاص باعتباره أحد أغراض العقوبة يتسم بالطابع الفردي إذ يوجه إلى الشخص الذي ارتكب الجريمة بقصد إحداث تغيير في شخصيته لتسهيل عملية إعادة اندماجه في المجتمع، والقضاء على احتمالية عودته إلى سلوك طريق الإجرام في المستقبل، فإذا كانت الخطورة الإجرامية لدى الجاني تتمثل في احتمال ارتكابه للجريمة مرة أخرى في المستقبل، فالردع الخاص يجب أن يستهدف القضاء على هذا الاحتمال،

(49) د. محمد شلال العاني، أحكام القسم العام في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2012، ص 92-93.

(50) المرجع السابق، 2012، ص 92-93.

(51) (رواه البخاري، محمد بن إسماعيل (ت 256هـ/870م) صحيح البخاري، دار الفكر، بيروت، ج 8، ص 125، مشار إليه لدى د. محمد محمود العموش، تأجيل العقوبة في الفقه الإسلامي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد 5، العدد 4، 2009، دون أرقام صفحات (منشور على موقع دائرة الإفتاء العام في الأردن).

(52) سورة الزخرف: الآية 48.

وذلك باستئصال أسباب قيامه، فغرض العقوبة يجب ألا يتعلق بالماضي فقط، وإنما يجب أن ينصرف إلى المستقبل، وذلك عن طريق وضع المجرم في حالة لا يستطيع من خلالها أن يضر بغيره من أفراد المجتمع أو بالمجتمع الذي يعيش فيه مرة أخرى، ويتحقق ذلك إما بواسطة استئصال العوامل والأسباب والدوافع الإجرامية لدى الجاني من خلال إعادة تأهيله وإصلاحه، وإما عن طريق استئصال الجاني بإعدامه أو سجنه سجنًا مؤبدًا⁽⁵³⁾.

وإذا كان الردع الخاص يهدف إلى منع الجاني من العودة إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى، فلا شك أن وسائل أو أساليب هذا المنع تتفاوت من جان إلى آخر بحسب درجة خطورته، ومدى قابليته للإصلاح وإعادة التأهيل، فالردع الخاص قد يتحقق بالنسبة لبعض الجناة عن طريق فرض بعض التدابير التربوية أو العلاجية عليهم، مثل: التوبيخ أو التسليم إلى أحد الأبوين أو منع ارتياد بعض الأماكن، أو الإيداع في مأوى علاجي، أو دار تربية الأحداث كما في حالة الجاني الحدث. في حين قد يتحقق الردع الخاص بالنسبة لبعض الجناة من خلال فرض عقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة أو عقوبات مالية، ومن الجناة من لا يتحقق الردع الخاص بالنسبة إليه إلا عن طريق استئصاله من المجتمع أو إبعاده عنه كما هو الحال بالنسبة للمجرمين الخطرين ومعتادي الإجرام. فالأصل أن تكون العقوبة زاجرة تجعل الجاني يفكر في عواقب الجريمة قبل الإقدام عليها، فإذا وقعت، كانت العقوبة بحيث تؤدب الجاني على جنائته، وتزجره عن العودة إليها مرة أخرى، وبذلك قيل عن العقوبة: «أنها موانع قبل الفعل زاجر بعده»، أي أن العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الجريمة، وإيقاعها يمنع العودة إليها⁽⁵⁴⁾.

البند الثاني - الردع العام:

الردع العام، كما هو معلوم، هو إنذار الناس كافة بسوء عاقبة الجريمة عن طريق التهديد بالعقاب⁽⁵⁵⁾. وهذا يعني أن توقيع العقوبة على الجاني قد يفيد في منع الآخرين من سلوك طريق الجريمة، وذلك بإنذار كل من تسول له نفسه من أفراد المجتمع، اقتفاء أثر المحكوم عليه، وخرق قواعد قانون العقوبات، بسوء العاقبة. وتستند فكرة الردع العام إلى أن العقوبة تقوم على مواجهة الدوافع الإجرامية الكامنة في نفس كل فرد بعوامل أو دوافع

(53) د. مصطفى الجوهري، النظرية العامة للجزاء الجنائي: دراسة تحليلية تأصيلية طبقاً لقانون العقوبات الاتحادي مقارنة بقوانين بعض الدول العربية، كلية شرطة دبي، 1997-1998، ص 95-101.

(54) شرح فتح القدير، 212/4، تبصرة الحكام لابن فرحون 28260 الإقناع للحجاوي، المطبعة المصرية، 268/4، مشار إليه لدى د. محمد شلال العاني، أحكام القسم العام في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2012، ص 40.

(55) د. أحمد فاروق زاهر، مبادئ علمي الإجرام والعقاب، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الشارقة، 2013، ص 234.

أخرى مضادة لها، وترجح عليها فتمنع الوقوع في مهاوي الجريمة في المستقبل⁽⁵⁶⁾، أي أن فكرة الردع العام تقوم على أساس وجود دوافع إجرامية لدى أغلب الناس، وهذه الدوافع قد تولد ما يسمى بالإجرام الكامن الذي قد ينقلب إلى إجرام فعلي، وهنا يظهر دور العقوبة في الحماية الاجتماعية بالحيلولة دون هذا التحول⁽⁵⁷⁾.

وقد انتقدت فكرة الردع العام كأحد أغراض العقوبة باعتبارها قد تشكل دعوة لقسوة العقوبة، وذلك لأنه كلما زادت شدتها، زادت فاعلية التهديد بالعقاب بالنسبة لباقي أفراد المجتمع. ومن جانب آخر، فقد نعي على هذا الغرض من أغراض العقوبة بأنه يتعارض مع المنطق، إذ ليس من المقبول فرض عقوبة على شخص من أجل إرهاب أو تخويف شخص آخر لا شأن له بالجاني، ولا شأن للجاني به⁽⁵⁸⁾. كما أن المجرمين في كثير من الأحيان لا يقيمون وزناً للعقوبة، ويقدمون على ارتكاب الجريمة رغم التلويح والتهديد بإيقاعها. والواقع من الأمر أن اعتبار الردع العام غرضاً تسعى العقوبة لتحقيقه لا ينفى حقيقة أن من فرض عليه العقاب كان يستحقه بسبب الاعتداء على حقوق الآخرين. والقول بأن الردع العام لا يتحقق في كثير من الأحيان بدليل ارتكاب الأفراد الآخرين (أي غير الجاني) لجرائم رغم التهديد بالعقاب، لا يقلل من أهمية هذا الغرض، فذات الحجة تصدق بشأن الردع الخاص الذي قد لا ينتج أثره، فيقدم الجاني نفسه على ارتكاب الجريمة مرة أخرى، ومع ذلك تبقى العقوبة تستهدف تحقيق هذا الغرض رغم تكرار الجناة لجرائمهم في المستقبل، فالأصل أن العقوبة تهدف إلى تحقيق هذه الأغراض، إلا أنها قد لا تتحقق فعلاً في بعض الأحيان.

البند الثالث - العدالة:

تعد الجريمة عملاً عدائياً يتنافى مع مبادئ الأخلاق، وتشكل ثورة على قواعد القانون واجبة الاحترام التي تقرر حماية حقوق الآخرين، فهي تمثل عدواناً مزدوجاً على حقوق الضحية والمجتمع عموماً، فالجريمة تحدث اضطراباً اجتماعياً، وتمس حقوق المجني عليه ومصالحه، وحقوق المجتمع ومصالحه. ذلك أن السواد الأعظم من الأفراد يحب الخير ويؤثره لنفسه دون الالتفات في كثير من الأحيان إلى مصلحة الآخر أو المصلحة العامة، فيكون عقاب الجاني تكريساً لمفاهيم العدالة وتثبيتاً لدعائم النظام الاجتماعي⁽⁵⁹⁾،

(56) فخري الحديثي ود. خالد الزعبي، مرجع سابق، 2009، ص 320.

(57) د. محمود نجيب حسني، دروس في علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 102. د. مصطفى الجوهري، أصول علمي الإجرام والعقاب، كلية الشرطة، دبي، 1997، ص 476.

(58) د. كامل السعيد، مرجع سابق، 2002، ص 646.

(59) د. عدنان الدوري، علم العقاب، ط 1، دار السلاسل، الكويت، 1989، ص 105.

إذ يؤدي إيقاع العقوبة إلى إرضاء المجني عليه وتطبيب خاطره وذويه، كما يرضي شعور الآخرين من أفراد المجتمع بتحقيق العدالة⁽⁶⁰⁾.

فتنفيذ العقوبة بالجاني من شأنه أن يزيل مشاعر الغضب والحقد والانتقام لدى المجني عليه، الذي يقنع بتدخل الدولة كنائب عنه للانتقام له من الجاني، ويبعده عن التفكير في الانتقام والثأر، وما يخلفه من ويلات على أطراف الخصومة والمجتمع بشكل عام، فتتوسع دائرة الثأر حتى تضم الكثير من الأفراد ممن ليس لهم ذنب ولا علاقة بالجريمة⁽⁶¹⁾. فبدلاً من أن يقدم المجني عليه أو ذويه على الانتقام من الجاني فتعم الفوضى، تقوم الدولة بهذه المهمة بشكل يحقق التوازن في المجتمع بعد الخلل الذي أحدثته جريمة الجاني، ويرضي شعور الأفراد بتحقيق العدالة التي ثلمت بسببها⁽⁶²⁾.

فالعقوبة مقررّة حماية للضحية، وتحقيق للمصلحة العامة، إذ إن خروج الجاني عن جادة الصواب، وخرقه قواعد التجريم، يحتم معاقبته، فإذا بدر منه ما يعكّر صفو الأفراد والجماعات، فينبغي معالجة هذا الداء أو اجتثاثه قبل أن يستفحل خطره وأثره وفقاً لقوله

تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزَاءٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾⁽⁶³⁾.

فعلى الرغم من أن العقوبات في ظاهرها وبكل أنواعها أذى لمن ينزل به العقاب، إلا أنها في آثارها رحمة للفرد والمجتمع والناس أجمعين، وليس من الرحمة والعدالة الرفق بالأشْرار الذين يسخرون قواهم البدنية والعقلية للاعتداء على الآخرين⁽⁶⁴⁾. إن الرفق بهؤلاء المجرمين يعني عدم الرحمة بضحايا الجريمة وبالمجتمع، فالعقوبة التي تفرض على الجناة تكون شفاءً لغيظ المجني عليه أولاً وبالذات، وهي ليست من الانتقام في شيء إلا أن يكون العدل بين الناس انتقاماً، وهذا لا يكون⁽⁶⁵⁾. فالشريعة الإسلامية جعلت العقاب شفاءً لغيظ المجني عليه، ولم تهمل الحق العام؛ حق المجتمع، فاعتبرت أن من قتل نفساً

(60) د. أحمد فاروق زاهر، مرجع سابق، 233.

(61) د. محمد محمود العموش، 2009، مرجع سابق، دون رقم صفحة.

(62) د. كامل السعيد، مرجع سابق، 2002، ص 647. د. محمد شلال العاني، مرجع سابق، 2012، ص 91.

د. فخري الحديثي ود. خالد الزعبي، مرجع سابق، 2009، ص 319.

(63) سورة المائدة: آية 33.

(64) د. محمد شلال العاني، أحكام القسم العام في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، مكتبة الجامعة،

الشارقة، 2012، ص 38.

(65) د. محمد شلال العاني، 2012، مرجع سابق، ص 39.

بغير حق كمن قتل الناس جميعاً، فكان القصاص عقوبة أساسية لبعض الجرائم لأنه يشفي غيظ المجني عليه، إذ إن مفقوء العين مثلاً قد لا يرضيه ولا يشفي غليله مال يؤديه إليه الجاني، مهما بلغ قدره، ولا سجنه، ولكن يشفي غيظه أن يجد الجاني مفقوء العين إلا أن يصفح ويعفو⁽⁶⁶⁾. فضماناً لحق المجني عليه جعلت الشريعة الإسلامية لولي الدم الحق في رفع الدعوى وإسقاطها والعفو عن الجاني، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾⁽⁶⁷⁾.

إن اعتبار العدالة أحد الأغراض التي تسعى العقوبة إلى تحقيقها يعد من الأمور الاجتماعية الهامة، فهو يكفل استبعاد العوامل التي قد تدفع إلى الإجماع كالغضب والرغبة في الانتقام الفردي، فإرضاء شعور المجني عليه بالعدالة عن طريق تدخل الدولة والقصاص له من الجاني وفق أحكام القانون يؤدي إلى ترسيخ فكرة احترام القانون لدى الأفراد، والقضاء على حالات الثأر أو الانتقام الفردي، فالعقوبة، بتقديرنا، هي في حقيقتها وسيلة «ثأر مقنن» يحدد القانون ضوابطه وشروط إيقاعه على الجاني نيابة عن المجني عليه أو ذويه، وهذا يستلزم فرض عقوبة عادلة على الجاني من قبل سلطات الدولة تمثل إشباعاً منظماً لشعور الجماعة بالعدالة، فلا يؤدي استنكارهم للجريمة وغضبهم من مرتكبها إلى الاعتداء عليه. ومن هذا المنطلق، تسهم العقوبة في ترسيخ ثقة الأفراد بالدولة التي ينتمون إليها، وتعزز هيبة القانون والقضاء في نفوسهم، مما يؤدي تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع، ويقوي شعور التضامن والتكافل الاجتماعي بين الأفراد⁽⁶⁸⁾.

المطلب الثاني

العلاقة بين أغراض العقاب، حقوق المجني عليه، وبين نظام إيقاف التنفيذ

تمثل العقوبة، بمعناها القانوني، مبدأً أساسياً من المبادئ التي يقوم عليها قانون العقوبات، فهي المقابل القانوني لجريمة الجاني، ودرجة الإثم، الخطيئة، واللوم الذي كشف عنه سلوكه المخالف للقانون، فكما أنه لا عقاب بدون إثم، فلا يجوز ترك الإثم بلا عقاب، فالإثم يمثل الأساس الإنساني والأخلاقي الذي تقوم عليه فكرة العقوبة، وبقدر هذا الإثم، يجب أن يكون العقاب، وبقدر لزوم تطبيق العقوبة بحق الجناة، تتحقق العدالة

(66) د. محمد شلال العاني، مرجع سابق، 2012، ص 38-39.

(67) الإسراء: آية 33.

(68) د. محمد أبو حسان، أحكام الجريمة والعقوبة، مكتبة المنارة، الزرقاء، ط 1، الأردن، 1987، ص 168.

بالنسبة لكافة أطراف المعادلة الجنائية، فالعقوبة وإن كانت في ظاهرها أذى بالنسبة لمن تفرض عليه، إلا أنها، وكما أشرنا سابقاً، تعد رحمة للفرد والمجتمع والناس أجمعين، فهي شفاء لغيظ المجني عليه، ضحية الجريمة في المقام الأول، ولا تعد انتقاماً من الجاني، إذ إن في إنزالها به، تحقيقاً للعدالة وإنصافاً لضحيته، ولا يتصور أن يكون العدل بين الناس ظلماً أو انتقاماً⁽⁶⁹⁾.

ومما لا شك فيه أن أحد أهم أهداف العقوبة هو شفاء غيظ المجني عليه، وإرضاء شعوره وذويه والمجتمع بأسره بتحقيق العدالة⁽⁷⁰⁾. فالعقوبة هي وسيلة المجني عليه القانونية في القصاص من الجاني، ويجب، والحال كذلك، أن تستهدف إرضاءه وإزالة مشاعر الغضب والحقد والرغبة في الانتقام لديه، وهذه مسألة يجب على المشرع مراعاتها عند تقرير العقوبة الواجب فرضها على الجاني، فنكون عادلة ومتناسبة مع درجة جسامة إجرامه وإثمه، كما يجب على القاضي أخذها بعين الاعتبار عند تطبيق العقوبة عليه، ذلك أن عدم تطبيق العقوبة المناسبة على الجاني، قد يدفع المجني عليه أو ذويه إلى الانتقام منه بسبب شعورهم بالظلم الذي لحق بهم، ولم ترفعه عقوبة الدولة، ولتحقيق ما تأمر به النفس من الانتقام بسبب يأسهم من أن ترد العدالة اعتبارهم الذي تلم بسبب الجريمة، وولدت لديهم مشاعر الغضب والحقد.

فتطبيق العقوبة العادلة بحق الجاني يمثل إشباعاً منظماً لشعور المجني عليه بتحقيق العدالة، فلا يؤدي استنكاره لجريمة الجاني، غضبه منها، وعدم اقتناعه بجدوى تدخل الدولة نيابة عنه لعقاب الجاني إلى الاعتداء عليه⁽⁷¹⁾. إن عدم قناعة ورضا المجني عليه بتدخل الدولة العقابي نيابة عنه، قد يقوده إلى الثأر والانتقام الفردي، فتفقد العقوبة أثرها في نفس الجاني والمجني عليه على حد سواء، فالأصل وجوب تطبيق العقوبة على الجاني، ووجوب أن تكون العقوبة المفروضة عليه متناسبة ومتساوية مع جريمته، وهذا عدل يجب أن تحرص القوانين على تقريره، والمحاكم على تطبيقه، فلا ظلم مع قصاص عادل، والظلم كل الظلم أن يترك الجاني دون قصاص⁽⁷²⁾.

ولا شك أن نظام إيقاف تنفيذ العقوبة هو في حقيقته وسيلة ابتدعها القانون، ويطبقتها القاضي، من شأنها إهدار تحقيق العدالة بالنسبة للمجني عليه؛ إذ ينطوي على تفويت فرصته في استيفاء حقه من الجاني، دون أن يكون له قول أو رأي أو دور فيه، أو الاعتراض على القرار الصادر بشأنه، وهذا مما يتنافى مع السياسة الجنائية الحديثة

(69) د. محمد شلال العاني، مرجع سابق، 2012، ص 91-92.

(70) د. محمد شلال العاني، مرجع سابق، 2012، ص 38-39.

(71) د. مؤيد القضاة، شرح قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2014، ص 28.

(72) محمد شلال العاني، مرجع سابق، 2012، ص 39.

التي تستهدف حماية حقوق ضحايا الجريمة أمام سلطات العدالة الجنائية المختلفة، وتدعو إلى زيادة فاعلية دورهم في الخصومة الجزائية لا سيما عند النطق في العقوبة أو حالات الإفراج الشرطي عن الجاني⁽⁷³⁾. فرغم جهود العديد من المؤسسات والمنظمات الإقليمية والدولية، وحركات حقوق ضحايا الجريمة الرامية إلى حماية وتعزيز حقوق ضحايا الجريمة⁽⁷⁴⁾، نجد أنهم، أي الضحايا، لا يزالون يشعرون بإقصاء أجهزة العدالة الجنائية لهم عن الدعوى الجزائية وإبعادهم عنها⁽⁷⁵⁾. ومرد ذلك، أن القانون ما زال ينظر إلى المجني عليه باعتباره شاهداً في جريمة ضحيتها الدولة، فأصبح يعامله وكأنه أداة إثبات تلجأ إليه سلطات التحقيق لدعم وتقوية دعواها في مواجهة المتهم⁽⁷⁶⁾. ولا شك أن قصر دور المجني عليه في حدود هذا النطاق، سيخلق لديه شعوراً بالإقصاء والإحباط، وعدم الثقة بنظام العدالة الجنائية، ويخلق منه ضحية للمرة الثانية⁽⁷⁷⁾: الأولى كضحية على يد الجاني، والأخرى كضحية على يد أنظمة العدالة الجنائية، فالدعوى الجزائية لا تدور بين سلطة الدولة وبين المتهم فقط، بل يتعين إشراك المجني عليه باعتباره خصماً فيها، وهذا سيحقق نوعاً من التوازن بين حقوقه وحقوق المتهم، وسيسهم في معرفة كل

(73) Ruddy R, The Victim's Role in the Justice Process, Internet Journal of Criminology, 2014, ISSN 20456743 (online), p12.

(74) شهدت الخمسين سنة الماضية قيام العديد من المنظمات والهيئات الدولية وحركات حقوق ضحايا الجريمة بدعم هذه الحقوق ودعوة الدول إلى احترامها وتبنيها، بما في ذلك هيئة الأمم المتحدة، والاتحاد الأوروبي، وقامت بعض الدول كأمريكا وكندا بوضع تشريعات خاصة بهذا الشأن أسمتها «قوانين ضحايا الجريمة»، انظر:

Wemmers J, Victims' Rights are Human Rights: The Importance of Recognizing Victims as Persons Temida, June, 2012, pp71-84.

كما حرصت إعلانات الحقوق والاتفاقيات والمؤتمرات الدولية والإقليمية على النص على العديد من القيم الأساسية التي ينبغي مراعاتها على صعيد حقوق الإنسان بشكل عام، وحقوق ضحايا الجريمة بشكل خاص، انظر: د. هلالى عبدالله أحمد، محاضرات في علم المجني عليه أو ضحايا الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 320 وما يليها. كما تضمن نظام المحكمة الجنائية الدولية العديد من حقوق الضحايا، انظر: د. محمد رشيد الجاف، الإطار القانوني لمشاركة المجني عليه في الإجراءات الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.

See also: Wemmers J, Victims' Rights and the International Criminal Court: Perceptions within the Court. Regarding the Victims' Right to Participate, Leiden Journal of International Law, 23 (2010), pp629-643

(75) See: Davis R C, Mulford C, Victims Rights and Remedies: Finally getting victims their due, Journal of Contemporary Criminal Justice, 2008, 2, pp 198-208.

(76) Wemmers J, Victims' Rights are Human Rights: The Importance of Recognizing Victims as Persons Temida, June, 2012, pp71-84.

(77) Garvin M and Sarah L, Polyvictims: Victims' Rights Enforcement as a Tool to Mitigate "Secondary Victimization" in the Criminal Justice System, Victim Law Bulletin, 2013. Susan E G and Nicholas E R, Victims' Role in the Criminal Justice System: A Fallacy of Victim Empowerment?, Journal of Civil Right and Economic Development, issue I, VOL (8), 1992, pp 225-250, p231.

طرف في الدعوى ما له وما عليه فيها⁽⁷⁸⁾، ويشبع غريزة الضحية بتحقيق العدالة.

ولعله مما يخفف من وطأة وآثار هذا النظام السلبية بحق ضحايا الجريمة، من وجهة نظرنا، ربط إمكانية تطبيقه، كقاعدة عامة، من قبل المحاكم بتصالح المجني عليه مع الجاني أو صفحه عنه، وهذا لا شك يتطلب تدخلاً تشريعياً بتعديل النصوص القانونية التي تقرر هذا النظام في كلا القانونين، الأردني والإماراتي، بشكل يعلق إمكانية تطبيق المحاكم لهذا النظام على وجود تصالح بين الأطراف أو صفح المجني عليه عن الجاني⁽⁷⁹⁾. فالصلح خير وسيلة لقطع الخصومة وإصلاح ذات البين، فهو يمثل إرضاء لمشاعر المجني عليه، ويرفع النزاع بينه وبين الجاني، كما يزيل الحقد والبغضاء بينهما، وهذه آثار قد لا تتحقق بدونه، فقد روي عن سيدنا عمر قوله: «ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن القضاء يورث الضغائن». كما أن اعتبار تصالح الجاني مع المجني عليه شرط مضاف إلى باقي شروط إيقاف تنفيذ العقوبة، المقررة في كلا القانونين، من شأنه تعزيز قيم الاعتذار والاعتراف بالذنب والتسامح والصفح بين أفراد المجتمع، كما أن وجود مثل هذا الصلح أو الصفح من شأنه تقوية توجه المحاكم نحو مزيد من قرارات إيقاف تنفيذ العقوبة فلا يتردد القاضي في تطبيق هذا النظام إذ من شأن التصالح إطفاء غيظ المجني عليه، وإعادة الجاني إلى جادة الصواب فرداً مقبولاً اجتماعياً، وقادراً على التعايش مع الآخرين، مما قد يحول بينه وبين العودة إلى السقوط في مهاوي الجريمة مرة أخرى.

ومما يعزز هذا النهج الذي ندعو المشرع للأخذ به، باعتبار تصالح المجني عليه مع الجاني أو صفحه عنه شرطاً مضافاً إلى الشروط المطلوبة بموجب المادة (83) عقوبات إماراتي والمادة (54 مكررة) عقوبات أردني لجواز إيقاف التنفيذ، أن المشرع الإماراتي قد ربط تطبيق إيقاف التنفيذ بواسطة النيابة العامة بالصلح بين الخصوم بموجب المادة (3/83)، كما أن المشرع الأردني قد أجاز، بقاعدة خاصة، بموجب المادة (427 مكررة)⁽⁸⁰⁾ عقوبات، إيقاف تنفيذ عقوبة بعض الجنح ولو زادت مدتها على سنة إذا تنازل الشاكي عن شكواه. فوفقاً للمادة المذكورة: «يجوز إيقاف تنفيذ العقوبة في الجنح الواردة في المادة (417) والفقرة (2) من المادة (420) والفقرات (2) و (3) و (4) و (5) من المادة (423) ولو زادت مدة الحبس إذا تنازل الشاكي عن شكواه ولو بعد صدور الحكم القطعي، وعلى أن تتوافر جميع الأحكام الأخرى الواردة في المادة (54 مكررة) من هذا القانون».

(78) محمد الحمداني وأسامة محمد، دور المجني عليه أثناء سير الدعوى الجزائية: دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العراق، مجلد 15 العدد 53 السنة 17، دون سنة نشر، ص 360.
(79) حول الصلح والصفح كوسائل لإنهاء الخصومة الجنائية، انظر: د. محمد شلال العاني، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والفقه والقضاء، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2015، ص 140-152.
(80) تم تبني هذه السياسة من قبل المشرع عام 2011 حيث تمت إضافة المادة (427 مكررة) إلى القانون بموجب القانون المعدل رقم 8 لسنة 2011.

بل إن المشرع الأردني، وحسناً فعل، في التعديل الأخير لقانون العقوبات بموجب القانون المعدل رقم (27) لسنة 2017، قد توسع في مجال العدالة التصالحية بين أطراف الخصومة من خلال إجازة إيقاف تنفيذ العقاب بناء على تنازل المجني عليه عن الجاني ولو زادت مدة العقوبة على سنة، إذ ألغى نص المادة (427 مكررة) سالف الذكر واستعاض عنها بالنص التالي: «باستثناء ما ورد عليه النص في المادة (421) من هذا القانون، يجوز وقف تنفيذ العقوبة في الجرح المنصوص عليها في الفصلين الثاني والثالث من هذا الباب ولو زادت مدة الحبس على سنة إذا تنازل الشاكي عن شكواه بعد صدور الحكم القطعي، وعلى أن تتوافر جميع الأحكام الأخرى الواردة في المادة (54 مكررة) من هذا القانون». وهو بذلك يكون قد زاد عدد الجرح المشمولة بنظام وقف التنفيذ بموجب النص الجديد لتصبح أكثر من (14) جنحة بدلاً من (8) جنح وفق النص القديم.

كما نجد أن المشرع الأردني قد ذهب أكثر من ذلك، بموجب التعديل الأخير لقانون العقوبات عام 2017، إذ جعل من تنازل المجني عليه عن الجاني أو صفحه عنه سبباً ليس فقط لإيقاف تنفيذ العقوبة المحكوم بها، بل سبباً في سقوط دعوى الحق العام والعقوبات المحكوم بها في جميع الجرائم التي يتوقف فيها إقامة دعوى الحق العام على تقديم شكوى من المجني عليه، أو اتخاذه صفة الادعاء بالحق الشخصي، أو إذا كان موضوع الدعوى العمومية هو إحدى الجرح المنصوص عليها في المادة (2/52)⁽⁸¹⁾ وعددها (24) جنحة. وتمشياً مع هذا النهج التشريعي الرامي لتوسيع نطاق العدالة التصالحية، فلا نتردد في دعوة المشرع لجعل إيقاف تنفيذ العقاب الزامياً في كلا القانونين، بدلاً من كونه جوازياً، طالما أن المجني عليه قد تصالح مع الجاني أو صفح عنه، فلا يعود هناك مبرر لإنفاذ العقاب بحقه طالما أن المجني عليه قد قنع وقبل اعتذاره وصفح عنه. وما ندعو إليه ليس غريباً سيما وأن القانون قد جعل في حالات معينة، كما أشرنا، أثر الصلح أو الصفح أبلغ من إيقاف تنفيذ العقوبة، بل تعده إلى سقوطها.

والعقوبة تستهدف، كما أشرنا سابقاً، ردع الجاني وإصلاحه كي لا يعود إلى اقتراف الجريمة مرة أخرى، إذ يفترض أن تحقق نوعاً من السيطرة النفسية لديه على العوامل المتفاعلة داخل نفسه أي العوامل الدافعة إلى الجريمة والعوامل المانعة منها وهي عوامل الرهبة والخوف من العقاب، فترجح العوامل المانعة على العوامل الدافعة، وهي لا تحقق

(81) تم تعديل نص المادة (52) عقوبات بموجب القانون المعدل رقم 27 لسنة 2017 لتصبح على النحو التالي: «إن صفح المجني عليه يسقط دعوى الحق العام والعقوبات المحكوم بها التي لم تكتسب الدرجة القطعية في أي من الحالات التالية: 1 - إذا كانت إقامة الدعوى تتوقف على اتخاذ صفة الادعاء بالحق الشخصي أو تقديم شكوى. 2 - إذا كان موضوع الدعوى هو إحدى الجرح المنصوص عليها في المواد (221) و (227) و (333) و (349) و (350) و (374) و (382) و (408) و (409) و (1/410) و (1/412)، 2) و (444) و (446) و (447) و (448) و (449) و (450) و (451) و (452) و (453) و (465) من هذا القانون ما لم تتحقق إحدى حالات التكرار.

هذا الهدف ما لم تكن كافية تحقق الزجر المطلوب، فتضعف نوازع الشر لدى الجاني، وتحمله على سلوك طريق الخير⁽⁸²⁾، كما أن تحقيق العقوبة لهذا الهدف الإصلاحية مرهون بإخضاع المحكوم عليه لبرامج إصلاح وإعادة تأهيل، ولذا، قيل في تبرير تبني نظام إيقاف تنفيذ العقوبة أن مدد العقوبات قصيرة المدة قد لا تكفي للسماح بتطبيق برامج الإصلاح والتأهيل كما يجب، كما أن تنفيذ هذا النوع من العقوبات قد يعرض المحكوم عليه لمخاطر الاختلاط بمجرمين خطرين داخل السجن فتنتقل له عدوى الإجرام، كما أنه، أي إيقاف التنفيذ، يخفف الازدحام داخل السجون.

ورغم وجهة هذه الحجج والمبررات، إلا أنها لا تكفي، من وجهة نظرنا، لتبني هذا النظام، دون ربط تطبيقه بالصلاح مع المجني عليه أو صفحه عن الجاني، كما أشرنا سابقاً، وذلك لأنه وإن كان تجنّب المحكوم عليه مساوئ تنفيذ العقوبات قصيرة المدة أمراً مطلوباً وضرورياً، وهو واجب يقع على عاتق الدولة، إلا أن تحقيق هذه الغاية يجب ألا يكون على حساب الضحية أو المجني عليه.

فلا يجوز أن تلجأ الدولة لحل مشكلة فساد السجون، وفشلها في تنفيذ برامج الإصلاح والتأهيل على حساب إهدار حق المجني عليه في تحقيق العدالة، بل يجب عليها البحث عن سبل وآليات لحل هذه المشكلة، والحيلولة دون انتقال عدوى الإجرام للجاني بإصلاح أنظمة السجون ذاتها، وتوفير الضمانات اللازمة لتحقيق أهداف العقوبة المنشودة، دون أن تؤدي هذه البدائل إلى إهدار حقوق الضحايا في القصاص من الجناة.

كما أن إيقاف تنفيذ العقوبة بحق الجاني، قد يؤدي، بدلاً من أن يكون حافزاً مشجعاً له على حسن السيرة والسلوك، وعدم العودة الى طريق الجريمة، إلى تقوية نوازع الإجرام لديه بسبب إفلاته من العقاب، فهو لم يزجر أو يؤدب بسبب جريمته، الأمر الذي قد يحمله على التفكير في الإجرام والإقدام عليه مرة أخرى، فمن أمن العقاب أساء الأدب.

ومن جانب آخر، فقد سبقت الإشارة، أن الردع العام يعد واحداً من الأهداف التي تسعى العقوبة لتحقيقها، وذلك عبر إنذار العامة بسوء العاقبة عند اقتفاء أثر الجاني وسلوك طريق الجريمة، ولعله من المحتمل عدم تحقيق هذه الغاية من غايات العقوبة لا سيما وأن العقوبة لم تنفذ في الجاني، بل على العكس تماماً، فقد يؤدي إيقاف تنفيذ العقوبة، دون ربط ذلك بتصالح المجني عليه مع الجاني أو صفحه عنه، إلى إضعاف أثر القانون وهيئته في نفوس الغير، بدلاً من ردعهم عن طريق التهديد بالعقاب، فعقاب لم ينفذ، في نظر العامة، يساوي غياب أو عدم العقاب، وهذا لا شك يهدر هذه القيمة التي ترمي العقوبة إلى تحقيقها.

(82) د. محمد شلال العاني، 2012، مرجع سابق، ص 92-93.

الخاتمة:

عرضنا في ثنايا هذا البحث لنظام إيقاف تنفيذ العقوبة في القانونين الأردني والإماراتي في محاولة لبيان مدى توافق وانسجام هذا النظام مع أغراض العقوبة الأساسية وفلسفتها لا سيما تحقيق العدالة بالنسبة للمجني عليه وتحقيق الردع بنوعيه العام والخاص، حيث تبين أن القانونين يقرران نظام إيقاف التنفيذ، ضمن ضوابط وشروط متشابهة، على اختلاف بينهما في بعض الجوانب، فهما يجيزان إيقاف تنفيذ العقوبات سالبة الحرية التي لا تزيد مدتها على سنة، كقاعدة عامة، إذا تولد لدى قاضي الموضوع اعتقاد بأن المحكوم عليه لن يعود إلى ارتكاب الجريمة في المستقبل، كما قصرنا إيقاف التنفيذ على الجنايات والجرح دون المخالفات وبعض العقوبات المالية، رغم أن العلة التي يقوم عليها نظام إيقاف تنفيذ العقوبة، كما يعلل ذلك بعض الفقه، وهي تجنيب المحكوم عليه مخاطر الاختلاط داخل السجون مع مجرمين آخرين فتنتقل له عدوى الإجرام، تتحقق بشكل جلي وواضح في مثل هذا النوع من العقوبات، وهو ما حملنا إلى دعوة المشرع في كلا البلدين لتدارك هذه الهفوة في أقرب تعديل تشريعي.

هذا، وقد جعل المشرع الإماراتي، إيقاف تنفيذ العقوبة شاملاً للغرامات غير النسبية صراحة، خلافاً للمشرع الأردني الذي لم يذكر ذلك بشكل صريح، رغم أنه قد يفهم من نص المادة (54 مكررة) جواز وقفها باعتبارها أثراً جنائياً ترتب على الحكم، ما لم تكن الغرامة عقوبة أصلية، فلا يجوز عندئذ وقف تنفيذها، وهذا خلل تشريعي يجب على المشرع تداركه والنص صراحة على جواز شمول الغرامات بنظام وقف التنفيذ لا سيما أن المحكوم عليه قد يتعرض للحبس مدة قد تصل إلى سنة عند عجزه عن الوفاء بقيمة الغرامة المحكوم بها.

كما أظهرت الدراسة أن نظام إيقاف التنفيذ هو أحد مظاهر تفريد العقاب بالنسبة للمجاني، وهو نظام جوازي، إلا أن القانون الإماراتي، خلافاً للوضع في القانون الأردني، جعل إيقاف تنفيذ العقوبة وجوبياً فيما يتعلق ببعض الجرح، وأناط صلاحية إيقاف العقوبة بالنيابة العامة، وحسناً فعل، إذ ربط إمكانية إيقاف التنفيذ في هذه الحالة بتصالح المجني عليه مع الجاني سناً للمادة (3/83)، وهو ما ندعو المشرع الأردني إلى الأخذ به لتعزيز دور المجني عليه في الخصومة الجزائية لا سيما في مرحلة النطق بالعقوبة، كما نقترح أن يعدل المشرع الإماراتي من موقفه، وذلك بتعليق جواز إيقاف تنفيذ العقوبة على تصالح المجني عليه مع الجاني أو صفحه عنه في جميع الأحوال، وليس قصره فقط على فئات ممن تجمعهم علاقات أسرية أو رابطة دم.

ولعل النتيجة المركزية التي كشف عنها البحث، والتي تعد انعكاساً للأطروحة المركزية التي قام عليها أساساً، تتمثل في أن نظام إيقاف التنفيذ، بوضعه الحالي، في كلا القانونين الأردني والإماراتي (باستثناء ما ورد في (م/83/3) عقوبات إماراتي، والمادة (427 مكررة) عقوبات أردني هو نظام مقرر لمصلحة الجاني على حساب المجني عليه، ويتعارض مع أغراض العقوبة وفلسفتها، حيث لا يجوز أن يصار إلى حل مشكلة فشل الدولة بإصلاح أنظمة السجون وجعلها مكاناً مناسباً لتنفيذ برامج إصلاحية يخضع لها المحكوم عليه، على حساب إهدار حق المجني عليه في القصاص من جانيه، وذلك بعدم عقاب الأخير، وتعليق تنفيذ عقوبة استحقاقها بتعديه على حقوق ومصالح الآخرين، دون أن يكون للمجني عليه أي دور أو قول في ذلك، كما أنه لا يملك الوسيلة القانونية لمخاصمة الحكم بإيقاف تنفيذ عقوبة الجاني، فيصبح مجنياً عليه للمرة الثانية على يد القانون المقرر أصلاً لإنصافه، وهذا لا شك فيه إهدار للعدالة، وتهميش لدور المجني عليه في الخصومة الجزائية لا سيما في مرحلة النطق بالعقوبة، وهو مما يجعل كلا القانونين الأردني والإماراتي، بتقديرنا، بحاجة ماسة للتعديل التشريعي بشكل يسمح بمشاركة المجني عليه في اتخاذ قرار إيقاف تنفيذ عقوبة الجاني، وذلك بتعليق إمكانية تطبيق هذا النظام من قبل القاضي على وجود تصالح بين المجني عليه والجاني أو صفح الأول عن الثاني، إذ بذلك يزول غيظ الصدور، ولا يعود، عندئذ، ثمة مبرر للإصرار على تنفيذ العقاب الجزائي.

وانسجاماً مع ما سبق، نقترح تعديل نص المادة (54 مكررة) عقوبات أردني لتصبح على النحو الآتي:

1- يجوز للمحكمة، بناء على تصالح المجني عليه مع الجاني أو صفح الأول عن الثاني، عند الحكم في جناية أو جنحة بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة أو عند الحكم في المخالفات أن تأمر في قرار الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون، ويجب أن تبين في الحكم أسباب إيقاف التنفيذ، ويجوز أن تجعل الإيقاف شاملاً لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية الأخرى المترتبة على الحكم بما في ذلك الغرامات.

2- وفي الجرح إذا كان المجني عليه زوجاً للجاني أو كان أحد أصوله أو فروعه، يكون إيقاف تنفيذ العقوبة المقيدة للحرية أو المالية المقضي بها وجوبياً متى تنازل المجني عليه أو تصالح مع المحكوم عليه.

كما نقترح تعديل المادة (83) عقوبات إماراتي لتصبح كالتالي: «للمحكمة، بناء على وجود صلح بين المجني عليه والجاني، أو في حال صفح الأول عن الثاني، عند الحكم في الجريمة بالغرامة غير النسبية، أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو عند الحكم في المخالفات أن تأمر في الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة، وللمحكمة أن تجعل إيقاف التنفيذ شاملاً أية عقوبة فرعية عدا المصادرة. وفي الجرح المنصوص عليها في المواد (328، 329، 330، 339، 372، 373، 374، 394، 395، 403، 404، 405) وفي السرقة والاحتيال وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المتحصلة منها إذا كان المجني عليه زوجاً للجاني أو كان أحد أصوله أو فروعته توقف النيابة العامة تنفيذ العقوبة المقيدة للحرية أو المالية المقضي بها متى تنازل المجني عليه أو تصالح مع المحكوم عليه».

قائمة المراجع:

أولاً- باللغة العربية:

- د. أحمد علي الخوالدة، بدائل عقوبة الحبس قصيرة المدّة في القانون الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 42، العدد 3، 2015.
- د. أحمد فاروق زاهر، مبادئ علمي الإجرام والعقاب، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الشارقة، 2013.
- د. أحمد فتحي بهنسي، نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، ط5، دار الشروق، بيروت، 1988.
- إيهاب عبدالمطلب، العقوبات الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2009.
- بدر إبراهيم شواهنة، نظام وقف تنفيذ العقوبة وفق التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، 2015.
- د. هلاللي عبدالله أحمد، محاضرات في علم المجني عليه أو ضحايا الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- د. حسن محمد ربيع، مبادئ علمي الإجرام والعقاب، كلية الشرطة، دبي، 1991.
- د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني، دار الثقافة، عمان، 2002.
- د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات: القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
- د. محمد أبو حسان، أحكام الجريمة والعقوبة، ط1، مكتبة المنارة، الزرقاء، الأردن، 1987.
- د. محمد الحمداني ود. أسامة محمد، دور المجني عليه أثناء سير الدعوى الجزائية: دراسة مقارنة، مجلة الراافدين للحقوق، جامعة الموصل، العراق، مجلد 15 العدد 53 السنة 17، دون سنة نشر.
- د. محمد رشيد الجاف، الإطار القانوني لمشاركة المجني عليه في الإجراءات الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.
- د. محمد زكي أبو عامر ود. سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 2002.
- د. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2016.

- د. محمد سعيد نمور، وقف التنفيذ نظام نفتقده في تشريعاتنا الجزائية في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد 3، عدد 2، جامعة مؤتة، 1988.
- د. محمد شلال العاني،
- أحكام القسم العام في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2012.
- أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والفقهاء والقضاء، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2015.
- د. محمد عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات: القسم العام، دار الثقافة للنشر، عمان، 1997.
- د. محمد محمود العموش، تأجيل العقوبة في الفقه الإسلامي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد 5، العدد 4، 2009.
- د. محمود نجيب حسني،
- دروس في علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- دروس في علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967.
- شرح قانون العقوبات اللبناني: القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
- د. مصطفى الجوهري.
- أصول علمي الإجرام والعقاب، كلية الشرطة، دبي، 1997.
- النظرية العامة للجزاء الجنائي دراسة تحليلية تأصيلية طبقاً لقانون العقوبات الاتحادي مقارناً بقوانين بعض الدول العربية، كلية شرطة دبي، 1997-1998.
- د. مؤيد القضاة، شرح قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2014.
- د. نظام المجالي، شرح قانون العقوبات: القسم العام، دار الثقافة، عمان، 2015.
- د. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط4، دار المعارف، مصر، 1962.
- د. عدنان الدوري، علم العقاب، ط1، دار السلاسل، الكويت، 1989.
- د. علي القهوجي، شرح قانون العقوبات: القسم العام، دار النهضة، القاهرة، 2002.

- د. فخري الحديثي ود. خالد الزعبي، شرح قانون العقوبات: القسم العام، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2009.
- قويدر العشبي، الموازنة بين العقوبة والعفو: دراسة مقارنة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، رسالة دكتوراة، جامعة وهران، الجزائر، 2013.
- د. غنام غنام، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة: القسم العام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2003.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- Davis R C, Mulford C, Victims Rights and Remedies: Finally getting victims their due, Journal of Contemporary Criminal Justice,2, (2008).
- Garvin M and Sarah L, Polyvictims: Victims' Rights Enforcement as a Tool to Mitigate "Secondary Victimization" in the Criminal Justice System, Victim Law Bulletin, (2013).
- Mann S, Economics, Business, Ethic and Law, Law Book Co. NSW, 2003.
- Paul G C, Nathanael J M and Bradley J E, Crimes Victims' Rights during Criminal Investigation, Journal of Criminal Law and Criminology, Northwestern University School of Law, USA, Vol. 104, No.1, (2014).
- Ruddy R, The Victim's Role in the Justice Process, Internet Journal of Criminology, (2014).
- Susan E G and Nicholas E R, Victims' Role in the Criminal Justice System: A Fallacy of Victim Empowerment?, Journal of Civil Right and Economic Development, issue I, vol. (8), (1992).
- Wemmers J., Victims' Rights and the International Criminal Court: Perceptions within the Court Regarding the Victims' Right to Participate, Leiden Journal of International Law, 23 (2010).
- Wemmers, J., A Victims' rights are human rights: The importance of recognizing victims as persons, Temida, June (2012).
- Wemmers, J, Cyr, K, Victims' Perspectives on Restorative Justice: How much involvement are victims looking for?, International Review of Victimology , (23), 2004.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
163	الملخص
164	المقدمة
168	المبحث الأول - ضوابط نظام إيقاف تنفيذ العقوبة في القانونين الأردني والإماراتي
168	المطلب الأول - ماهية إيقاف التنفيذ ومبرراته
170	المطلب الثاني - شروط تطبيق إيقاف تنفيذ العقوبة
171	الفرع الأول: الشروط الخاصة بالمحكوم عليه
172	الفرع الثاني - الشروط الخاصة بالجريمة والعقوبة المحكوم بها
175	الفرع الثالث - الجهة المختصة بإيقاف تنفيذ العقوبة وآثاره
179	المبحث الثاني - مدى توافق نظام إيقاف تنفيذ العقوبة مع أغراضها وحقوق المحني عليه
179	المطلب الأول - مفهوم العقاب الجزائي ومبررات فرضه
179	الفرع الأول - مفهوم العقاب الجزائي
181	الفرع الثاني - مبررات فرض العقاب الجزائي وأغراضه
186	المطلب الثاني - العلاقة بين أغراض العقاب، حقوق المجني عليه، وبين نظام إيقاف التنفيذ
192	الخاتمة
195	المراجع

المحل في عقد الصلح الإداري: دراسة مقارنة

أ.د. مهند مختار نوح*

الملخص:

يجب أن يكون لكل عقد إداري محل، ويجب أن يكون هذا المحل ممكناً ومشروعاً، وتتجلى فكرة إمكانية المحل في عقد الصلح من خلال ضرورة أن يكون محل الصلح تبادلاً في التنازل بين طرفي الصلح، وسواء أكان هذا التنازل المتبادل عن مطالبات أم عن ادعاءات أم عن حقوق، والقاعدة هي عدم اشتراط التوازن في التنازلات في نطاق عقود الصلح المدنية، ما عدا حالات استثنائية، وبالمقابل فإن ما يميز فكرة التنازلات المتبادلة في عقد الصلح الإداري هو التوازن في التنازل، بحيث لا يؤدي تنازل الإدارة صلحاً إلى دفع ما هو غير متوجب عليها، وهذه الآلية ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي، وأطلق عليها رقابة (السخاء).

وتتجلى مشروعية المحل في عقود الصلح الإدارية في كون بعض المسائل لا تصلح محلاً للصلح مثل الاختصاصات الإدارية والأحكام العامة والمسؤولية العقدية، كما أنه لا يجوز من جهة أخرى أن يكون محل الصلح تنازلاً عن المشروعية؛ لذلك فإن الدافع الرئيسي إلى البحث في هذا المجال هو إثبات وجود ذاتية للمحل في عقد الصلح الإداري، تجعله مختلفاً عن المحل في عقد الصلح المدني، وتحديد الأسباب التي أدت إلى هذه الذاتية، وتطبيقاتها المختلفة.

وقد تم تناول البحث في محورين بحيث تم التطرق في أولهما إلى فكرة وجود المحل في عقد الصلح الإداري وإمكانيته، وفي ثانيهما إلى فكرة مشروعية المحل في العقد ذاته، كما تم تبني المنهج المقارن في هذه الدراسة، حيث تمت المقارنة بين النظام القانوني الفرنسي، والنظام القانوني السائد في دولتين عربيتين، هما سورية وقطر، لأن النظام القانوني الفرنسي طرح معالجة متطورة للمحل في عقود الصلح الإدارية، وهو الأمر الذي لم يبلغه النظام القانوني السوري أو القطري، على الرغم من وجود اختلافات في التفاصيل بينهما.

وأهم ما تم التوصل إليه في هذا البحث هو عدم وجود رقابة قضائية فعالة في كل من

* أستاذ القانون العام، كلية القانون، جامعة قطر.

قطر وسورية على محل الصلح الإداري، وهو ما اقترح البحث تفعيله، وألا يكون الصلح الإداري وسيلة للتفريط بالأموال العامة، وكذلك انتهى البحث إلى ضرورة الدقة في تكييف عقود الصلح عند تناولها من قبل القضاء الإداري في سورية وقطر، وذلك مع وجود اتجاهات حديثة في فرنسا تجيز الصلح في إطار دعوى الإلغاء، ضمن حالات ضيقة، وهو الأمر الذي لم يضع له القضاء الإداري في كل من سورية وقطر مبادئ واضحة.

كلمات دالة: العقد الإداري، التنازلات المتبادلة، القضاء الإداري، حل المنازعات، الأموال العامة.

المقدمة:

يُعرّف الصلح بأنه: «وسيلة تعاقدية لإنهاء نزاع قائم أو محتمل عن طريق تقديم تنازلات متبادلة بين الأطراف»⁽¹⁾، وقد انتقل هذا التعريف من التقنين المدني الفرنسي إلى أروقة فقه القانون الإداري في فرنسا خصوصاً، وذلك بعد أن صارت الأشخاص الاعتبارية العامة تبرم عقود الصلح في سبيل إنهاء منازعاتها مع الغير⁽²⁾، وقد استقرت محكمة التنازع الفرنسية على تكييف عقد الصلح الذي تبرمه الأشخاص الاعتبارية العامة كعقد إداري⁽³⁾، مادام محله نزاعاً يدخل أساساً في اختصاص القضاء الإداري⁽⁴⁾.

وإذا كان من المستقر عليه في إطار النظرية العامة للعقود الإدارية أن مفهوم محل العقد L'objet du contrat في العقود الإدارية هو ذاته في إطار العقود المدنية، ومن ثم فإن كل عقد إداري يجب أن يكون له محل ويجب أن يكون هذا المحل ممكناً ومشروعاً⁽⁵⁾، فإن المحل يتبدى في إطار عقود الصلح على أساس ضرورة وجود التزامات تتجسد على هيئة تنازلات متبادلة مقدمة من جانب كل طرف من أطراف العقد⁽⁶⁾، لذلك يمكن القول إن جوهر محل عقد الصلح هو التزامات واقعة على عاتق طرفي العقد، وهي في جوهرها تشكل التزاماً بالقيام بعمل، وهذا العمل هو التنازل، ومن ثم فإنه يقع على عاتق كل طرف أن يقوم بمثل هذا الالتزام ليقوم محل الصلح، وبسبب وجود هذه التنازلات المتبادلة صار الصلح عقداً ملزماً لجانبين⁽⁷⁾.

وإذا كان العقد الإداري يقوم على ذات الأساس الذي يقوم عليه العقد المدني بالنسبة

(1) Guettier Ch., Droit des contrats administratifs, P.U.F, Paris, 2011, p.505.

(2) Roux. E., Panorama de différents modes alternatifs de règlement des litiges, AJ Collectivités Territoriales, 2012, p.236.

(3) Melleray F., La répartition des compétences juridictionnelles en matière de transactions conclues par une personne publique, Droit Administratif, Novembre, 2007, n° 11, comm. 156.

(4) حيث بيّنت محكمة التنازع الفرنسية أن عقد الصلح المبرم من قبل الإدارة يعد إدارياً إذا تضمن ممارسة امتيازات السلطة العامة، أو أدى إلى اشتراك المتعاقد في رسالة مرفق عام، أو إذا كان واضحاً خضوع المنازعات التي تكون محلاً للصلح لاختصاص القضاء الإداري بشكل رئيسي. راجع: حكمها الصادر بتاريخ 2007/6/18، في قضية Sté Briançon Bus et M.B -c- Che Briançon، والمنشور في AJDA، 2007، ص 210.

(5) Guettier.CH., op. cit., p.353.

وباللغة العربية راجع: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص 395.

(6) Chauvel. P., Transaction, Répertoire de droit civil, septembre 2011 (actualité: mars 2014), n°41 et.s.

وباللغة العربية: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، باقي العقود التي تقع على الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا تاريخ، ص 554.

(7) Noury. A., Les modes alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration, C.R.A.P.S, Université lille2, Paris, 2001, p.72.

للمحل العقدي، إلا أن فكرة المحل تتجسد بشكل مختلف ما بين عقد الصلح الإداري وعقد الصلح المدني: وذلك لاختلاف الدور الوظيفي لفكرة التنازلات المتبادلة لكلا نوعي الصلح، حيث إن الدور الوظيفي الأساسي الذي تلعبه فكرة التنازلات المتبادلة في إطار عقود الصلح المدنية يتمثل أساساً في تجسيد فكرة العقد الملزم لجانين؛ لذلك فإن اجتهاد القضاء المدني الفرنسي خصوصاً يركز على ضرورة وجود التنازلات، بغض النظر عن فكرة توازنها بين طرفي الصلح من حيث المبدأ، أما في إطار عقود الصلح الإدارية، فإنه لا يكفي وجود التنازلات، إنما يجب أن تكون هذه التنازلات متبادلة بين طرفي الصلح الإداري، وبحيث لا يؤدي الصلح إلى تقديم تنازلات من قبل الإدارة من شأنها أن تكون غير مستحقة عليها، ويمكن أن تؤدي من حيث النتيجة إلى إهدار المال العام؛ لذلك فإن الدور الوظيفي الجوهرية الذي تنهض به فكرة التنازلات المتبادلة يتجسد في اهتمام القضاء الإداري بالحفاظ على المال العام، هذه الفكرة التي تقوم على أساس دستوري متين في فرنسا خصوصاً، وهنا تكمن أصالة فكرة التنازلات المتبادلة، واختلافها عن الفكرة المتجسدة في إطار عقود الصلح المدنية.

وإضافة إلى ما تقدم، فإن فكرة المحل في عقود الصلح، تتجلى في ضرورة أن يكون هذا المحل مشروعاً، حيث يجب أن يكون متوافقاً مع النظام العام والآداب⁽⁸⁾، وهذه الفكرة الأصلية تطبق في العقود المدنية كما تطبق في العقود الإدارية، إلا أن تطبيقها مختلف ما بين عقد الصلح المدني وعقد الصلح الإداري، حيث تخرج مسائل محددة من نطاق عقد الصلح الإداري، وهو ما يرجع إلى طبيعة النشاط الإداري من جهة، وطبيعة المنازعات الإدارية المتعلقة بالمشروعية من جهة أخرى، وفي الحقيقة فإن هذه الخصوصية التي يتمتع بها عقد الصلح الإداري فيما يتعلق بضرورة مشروعية محله، هي التي تجعل له أيضاً ذاتية مستقلة من حيث المحل في مواجهة عقود الصلح المدنية.

وبذلك، فإن هذا البحث يهدف إلى الإجابة على الأسئلة التالية:

- 1- كيف تتجلى فكرة التنازلات المتبادلة في عقود الصلح المدنية؟
- 2- هل تشترط فكرة التنازلات المتبادلة في عقود الصلح الإدارية كما هو الحال في عقود الصلح المدنية؟
- 3- هل تتمتع فكرة التنازلات المتبادلة بذاتية مستقلة عن نظيرتها في عقود الصلح المدنية في ضوء اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي؟
- 4- وإذا تمت الإجابة على السؤال السابق بالإيجاب، فهل طبق القضاء الإداري السوري

(8) Guettier.CH., op. cit., p.353.

والقطري فكرة التنازلات المتبادلة على أساس الأخذ بالحسبان لهذه الذاتية المستقلة؟

5- كيف تتجلى فكرة مشروعية المحل في عقود الصلح الإدارية؟ وهل هناك ذاتية مستقلة لعقود الصلح في هذا المجال؟

6- كيف تتجلى فكرة المحل في عقود الصلح الإدارية في النظام القانوني السائد في سورية وقطر؟

وسوف نبحث ذلك في نطاق المنهج المقارن بين ثلاثة نظم قانونية، النظام القانوني الفرنسي، ونظامين قانونيين عربيين (سورية وقطر)، وعلى أساس أن النظام القانوني الفرنسي، هو النظام القانوني الرائد والمتطور دوماً في القانون الإداري، وعلى أساس أن القانون السوري يمثل عينة من القوانين العربية في بلاد الشام، والقانون القطري يمثل عينة من القوانين العربية في الخليج العربي.

ودون شك فإن اختيار هذه العينة مثل صعوبة بحكم أن القانونين العربيين ليسا على نفس درجة التطور التي وصل إليها القانون الفرنسي، إلا أن ذلك ربما يجسد الفائدة من المنهج المقارن، حيث تستفيد النظم القانونية الأقل تطوراً من النظام القانوني الأكثر تطوراً، ولا سيما في إطار سد الفراغات الاجتهادية والتشريعية.

وفي ضوء ما تقدم فإننا سوف نطرح مقولات هذا البحث من خلال محورين، حيث نتطرق في أولهما إلى فكرة التنازلات المتبادلة والتي تمثل فكرة المحل الممكن والموجود (المبحث الأول)، وفي ثانيهما إلى فكرة مشروعية محل العقد، والمجالات الخارجة عن إطار عقود الصلح الإدارية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المحل الموجود والممكن: فكرة التنازلات المتبادلة

يعد مفهوم التنازلات المتبادلة في عقد الصلح من المفاهيم التي تبناها القانون المدني، وقد خضع هذا المبدأ لتطور طويل منذ صدور القانون المدني الفرنسي، إلى أن استقرت محكمة النقض الفرنسية على مفهوم محدد للتنازلات المتبادلة (المطلب الأول). وفي نفس الوقت فقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بمفهوم التنازلات المتبادلة في إطار عقود الصلح الإدارية، ولكن بشكل مختلف، بحيث اشترط ألا تتضمن هذه التنازلات سخاءً من قبل الإدارة يؤدي إلى هدر المال العام، ومن ثم فقد كان حريصاً على توازن التنازلات بشكل دقيق (المطلب الثاني)، في حين كان موقف مجلس الدولة السوري غامضاً في مجال رقابته على التنازلات المتبادلة في عقود الصلح، حيث جعل من الإدارة رقيباً ذاتها، كما أن انعدام السوابق الاجتهادية في قطر يجعلنا غير قادرين على رصد موقف خاص للقضاء الإداري القطري في هذا الخصوص، وإن كانت هناك أحكام في القانون المدني القطري تصلح للبناء عليها في إطار الرقابة على التنازلات المتبادلة في عقد الصلح (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تطور مفهوم التنازلات المتبادلة في إطار عقد الصلح المدني

لا يعد العقد عقد صلح إلا إذا تضمن تنازلات متبادلة، والتنازلات المتبادلة هي الضريبة التي يدفعها طرفا الصلح ليحصلوا على مزاياه⁽⁹⁾، فعقد الصلح يعد تصرفاً قانونياً إرادياً Volontaire ومتوازناً⁽¹⁰⁾équilibre، وإن تطلب التنازلات المتبادلة على هذا النحو إنما يتعلق بموضوع الصلح ذاته، فالصلح يجيز حل نزاع محدد، وهو بذلك ينجز رسالة هامة تتعلق بالسلام الاجتماعي Pacification social، وهو ما يجعله من حيث المبدأ مؤسسة قضائية (كما يرى البعض)، بل يعد أكثر فعالية من التدخل القضائي، طالما أن الشيء المتصالح عليه، على خلاف الشيء المقضي به يعد أمراً مقبولاً⁽¹¹⁾Chose acceptée.

وقد عرّفت المادة (2044) من القانون المدني الفرنسي الصلح بأنه: «عقد من خلاله يقوم الأطراف بإنهاء نزاع قائم بينهم أو يتوقون نزاعاً محتملاً، وذلك عن طريق التنازلات المتبادلة»، في حين لم تأخذ المادتان (517) من القانون المدني السوري، و(273) من القانون

(9) Rayssac R., La transaction en matière administrative, Thèse, université de Tour, France, 1999, p.25.

(10) Lagard X., Transaction et ordre public, D, 2000, Chron, p.218.

(11) Lagard X., Ibid, p.218.

المدني القطري بالمفهوم الشامل للتنازلات المتبادلة كما فعل القانون المدني الفرنسي، بل اكتفت هاتان المادتان بالقول إن الصلح يتحقق عند نزول كل من طرفي الصلح على وجه التقابل عن جزء من ادعائه.

ومن الناحية التاريخية، وإلى وقت قريب، لم يكن القانون المدني الفرنسي يعرف فكرة التنازلات المتبادلة *Les concessions réciproques* بالنص الصريح⁽¹²⁾، وكانت هذه المشكلة كما رأى جانب من الفقه الفرنسي مشكلة فرنسية بامتياز⁽¹³⁾، وذلك لأن الصياغة القديمة للمادة (2044) من القانون المدني الفرنسي تضمنت الإشارة إلى إنهاء النزاع عن طريق الصلح، دون أن تبين الوسائل الضرورية للوصول إلى ذلك، والمتمثلة في التنازلات المتبادلة⁽¹⁴⁾.

ولكن هذا لا يعني أن مبدأ التنازلات المتبادلة لم يكن معروفاً في النظام القانوني الفرنسي، فقد تداركت محكمة النقض الفرنسية ذلك منذ القرن التاسع عشر⁽¹⁵⁾، بل إن هذه المحكمة ذاتها عرفت الصلح على أساس أن نص المادة (2044) يتضمن التنازلات المتبادلة⁽¹⁶⁾. وذلك بالاستناد إلى مدونة جوستينيان⁽¹⁷⁾. كما أن الأعراف السائدة في فرنسا كانت تشترط التنازلات المتبادلة ليقوم الصلح قانوناً⁽¹⁸⁾.

(12) Cornu. J., *La transaction en matière administrative*, mémoire, Master recherche, Droit public approfondi, Université Paris II, 2007, p.15.

(13) Jarrosson CH., *Les concessions réciproques dans la transaction*, 1997 D., p.271.

(14) على الرغم من أن تقنين جوستينيان نص في المادة (38) منه على ما يلي: «لا يمكن أن يوجد الصلح دون إعطاء أو الاحتفاظ أو الوعد بأي شيء»، وهو ما يعني من حيث النتيجة أن كلا الطرفين يذعن لمطالبات الآخر، راجع: Cornu J., op. cit., p.15. Jarrosson. CH., ibid, p.268. Rayssac R., op. cit., p.73. Cornu J., op. cit., p.15. إلا أن واضعي القانون المدني الفرنسي استوحوا الأحكام المتعلقة بالصلح من الفقيه دومات، والذي ذهب بدوره فيما يتعلق بالتنازلات المتبادلة مذهباً يخالف القانون الروماني، ففي رأيه أن ما ورد في المادة (38) من مدونة جوستينيان يجب ألا يؤخذ حرفياً، حيث يوجد مجال للصلح دون إعطاء شيء أو الوعد بشيء أو الاحتفاظ بأي شيء، وذلك كأن يتم التصالح على أساس إعادة عربون من شخص لآخر، وهو أمر يمكن أن يتم التصالح عليه، وفي هذه الحالة لا يوجد لا إعطاء ولا وعد ولا احتفاظ بشيء.

Jarrosson CH., op. cit., p.269. Fourcade C., *La transaction en droit du travail: quelle place pour la liberté contractuelle?* R.D.S, 2007, p.166.

(15) Cass. Civ., 3-11883, DP,1883,1, Jur., p.475 Cité par Jarrosson CH., op. cit., note 25.

(16) Cass. Soc.13.11.1959, J.C.P,1960, II, n°11450, note Camerlynck G.H.

وقد كان دافع محكمة النقض الفرنسية إلى ذلك تمييز الصلح عن غيره من المفاهيم الأخرى التي قد تختلط مع الصلح ولكن لا تتضمن تنازلات متبادلة مثل التبرك *Désistement* والقبول *Acquiescement*. راجع: Jarrosson CH., op. cit., p.269.

(17) Chavrier G., *Réflexions sur la transaction administrative*, RFDA, 2000, p.565.

(18) وعلى ذلك، وكما يرى جانب من الفقه الفرنسي أن واضعي القانون المدني الفرنسي لم تتجه إرادتهم إلى التجديد والابتكار حين أغفلوا التنازلات المتبادلة، ولم تتجه نيتهم إلى كسر العلاقة مع التقليد الموروث عن القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي القديم، علماً أن القانون المدني الفرنسي يتفرد =

وقد تدخل المشرع الفرنسي مؤخراً، وعدل من نص المادة (2044) سالفه الذكر، وأضاف فكرة التنازلات المتبادلة إلى الصلح⁽¹⁹⁾، كركن جوهرى فيه، وبشكل صريح⁽²⁰⁾. وحين يطرح التنازل في إطار عقد الصلح، فإنه يعني التخلي Renonciation، والتضحية Le sacrifice حيث يتخلى الأطراف عن جزء مما يدركون أنه حقوق لهم، في سبيل تحقيق رغبتهم بإنهاء النزاع⁽²¹⁾، ولكن لا يقتصر الأمر على ذلك، حيث يمكن أن يكتسي التنازل صيغة التزام جديد يمكن أن يضعه أحد الأطراف على عاتقه. وفي هذه الحالة نكون أمام ما يسمى بالصلح المركب Transaction complexe⁽²²⁾، والذي لا يتشكل من تنازل بسيط يتعلق بالمطالبات المتعلقة بأساس النزاع فحسب⁽²³⁾، وهو ما يعني أنه لا يشترط أن يكون التبادل في التنازل متعلقاً بالعلاقة القانونية التي أثار النزاع محل الصلح⁽²⁴⁾.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو ذلك المتعلق بماهية التخلي، وبمعنى آخر إذا كان الصلح يؤدي إلى التخلي، فما هو محل هذا التخلي؟

في الحقيقة يتم التخلي عن المطالبات Les prétentions، والمطالبات هي مجموع كل ما يراه كل طرف أنه حق له، وهو ما يعني أنه لا يتم التنازل عن حقوق فعلية عند إبرام عقود الصلح⁽²⁵⁾، لذلك تصير التنازلات المتبادلة تخلي كل من الطرفين عن جزء من مطالباته⁽²⁶⁾،

= في عدم اشتراط التنازلات المتبادلة بالنص، في حين أن القوانين الأوروبية الأخرى تشترط ذلك، حيث يلاحظ أن جميع القوانين المدنية التي تنتمي إلى العائلة الرومانية - الجرمانية تنص على ذلك صراحة، ويظهر ذلك حتى في قوانين الدول التي لا تعد الصلح عقداً مسمى، (مثل القانون المدني الألماني والقانون المدني السويسري)، وكذلك الحال في إطار العائلة القانونية الأنكلوساكسونية، حيث يعرف الصلح Compromise بحسبانه تسوية للمنازعات عن طريق تنازلات متبادلة Mutual concessions، وكذلك فإن السوابق القضائية في بريطانيا تشترط ذلك.

راجع: Jarrosson CH., op. cit, p.269

(19) وقد تم هذا التعديل على القانون المدني الفرنسي بموجب القانون رقم 1547-2016 تاريخ 2016/11/18، والذي أطلق عليه قانون تحديث عدالة القرن الواحد والعشرين.

(20) أصبح نص المادة (2044) من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل كما يلي:

«La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit.»

(21) Mayer L., La transaction, un contrat spécial? RTDC, 2014, p.526.

(22) Mayer L., Ibid, p.526.

(23) وهذا ما أخذت به بعض القوانين المدنية الأوروبية، مثل المادة (1965) من القانون المدني الإيطالي التي تنص على ما يلي: «يمكن للتنازلات المتبادلة أن تنتج أو تعدل أو تنهي علاقات قانونية، ولو كانت مختلفة عن تلك التي كانت محلاً للنزاع». Jarrosson CH., op.cit., p.271.

(24) Noury A., Les modes alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges, op.cit., p.73.

(25) وهو ما قرره محكمة النقض الفرنسية بقولها: «يجب أن يقدر وجود التنازلات المتبادلة حسب مطالبات الأطراف في لحظة توقيع العقد، ولا يمكن للقاضي أن يبحث عن طريق الأدلة فيما إذا كانت هذه المطالبات مبررة»، راجع: Cass.Soc.27-3-1996, J.C.P, 1996, II, n°22711.note.Taquet

(26) Lagard X., op.cit., p.218.

وهو ما يعني أن فلسفة التنازلات المتبادلة تقوم على أساس رضا كل من طرفي الصلح بمركز أقل ميزة مما كان يطالب به، من منطلق أنه كان يطالب بمركز قانوني تجاه الطرف الآخر أفضل مما قبل به صلحاً، لذلك فإن التنازل يترجم بدقة على أساس التخلي عن مطالبات الأطراف الأولية Les prétentions initiales⁽²⁷⁾، لذلك يمكن القول إن ما يتم التنازل عنه هو الحق الذي لا يعد وجوده مثبتاً مطلقاً⁽²⁸⁾، إلا أن الصلح يمكن أن يتم بعد رفع الدعوى وقبل الحكم بها، في هذه الحالة، لا تتغير طبيعة المطالبات، ولا تتحول إلى حقوق، وكل ما في الأمر، أنها تتحول إلى (ادعاءات) بسبب عرضها على القضاء وطلب الحكم بها، بيد أنها تظل ما يظن الأطراف أنه حق لهم، طالما أنه لم يصدر حكم في الدعوى، أما إذا صدر حكم في الدعوى، فيمكن أن يقع التنازل عن حقوق فعلية في حالة وحيدة، وهي إذا تم الصلح بعد صدور حكم مبرم بالدعوى، وفقاً لما قرره محكمة النقض الفرنسية⁽²⁹⁾، وهو ما يؤدي من حيث النتيجة إلى القول بأنه إذا تم الصلح قبل صدور حكم مبرم في الدعوى، فإن التنازل يظل منصفاً على ادعاءات وليس على حقوق.

إن الطرح السابق يفرض ضرورة مناقشة ما ورد في المادة (517) من القانون المدني السوري، والمادة (573) من القانون المدني القطري، واللتين قرنتا الصلح بتنازل كل من طرفي الصلح على وجه التقابل عن جزء من ادعائه، وهل يعني ذلك أن التنازلات المتبادلة التي نص عليها القانونان العربيان تنصب فقط على الادعاءات دون المطالبات والحقوق؟

في الحقيقة إن التقييد بما جاء في هذين النصين بأن التنازلات التي نصا عليها تتعلق بادعاءات فقط قد يدفع من حيث النتيجة إلى القول بأن القانون المدني السوري ونظيره القطري لا يعرفان إلا نوعاً واحداً من الصلح، وهو الصلح الذي يتم في أروقة القضاء، وقبل صدور حكم مبرم في الدعوى، وذلك دون الصلح السابق على الدعوى (الذي يتم التنازل فيه عن مطالبات)، أو الصلح الذي يتم بعد الحكم في الدعوى بحكم مبرم (والذي يتم بموجبه التنازل عن حقوق)، في حين تدارك القانون المدني الفرنسي ذلك، بحيث نص على شمول التنازلات المتبادلة على المطالبات والحقوق والدعاوى⁽³⁰⁾، ومن ثم فإنه تبني التنازلات المتبادلة بشكل شامل، ومن ثم عرف الصلح بكافة أنواعه، وهو الصلح السابق على الدعوى (والذي يتم التنازل فيه عن جزء من المطالبات)، والصلح الذي يتم

(27) Mayer L., op.cit., p.523.

(28) Lagard X., Ibid. p.218.

(29) Cass.12-11-1902, S, 1905, Jur., p.14.

(30) تنص المادة (2048) من القانون المدني الفرنسي على ما يلي :

«Les transactions se renferment dans leur objet: la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions...».

أمام القضاء (الذي يتم التنازل فيه عن جزء من الادعاءات)، والصلح الذي يتم بعد صدور حكم مبرم في الدعوى (والذي يتم بموجبه التنازل عن جزء من الحقوق).

ولكن هذا الغموض في ماهية التنازلات المتبادلة لا يقف عند هذا الحد، فقد تساءل بعض الفقه الفرنسي فيما إذا كان التنازل محل الصلح ينصب على الموضوع فقط (المطالبات والادعاءات والحقوق)، أم على الحق في الدعوى Le droit d'agir؟

لقد أجاب جانب من الفقه الفرنسي على هذا التساؤل بالقول إن الصلح يتضمن من جانب كل طرف تنازلاً عن حقه في إخضاع النزاع لسلطة القاضي⁽³¹⁾، والتنازلات محل الصلح هي تنازلات يقدمها أطراف الصلح عن الاختصاص القضائي بالبت في مطالباتهم، وذلك استناداً إلى ما جاء في المادة (2052) من القانون المدني الفرنسي، الذي أعطى للصلح أثراً مساوياً للأثر الناجم عن قوة القضية المقضية بالدرجة الأخيرة⁽³²⁾.

وقد تم انتقاد هذا الرأي، على أساس أن المطالبات تتعلق في المقام الأول بعناصر الموضوع، لأنه لا يمكن الحديث عن تنازلات متبادلة إلا إذا كانت حقيقية⁽³³⁾، وهو الأمر الذي لا يكون إلا إذا نجم عنها تضحيات حقيقية من جانب كل طرف وعلى أن تكون قابلة للتقدير⁽³⁴⁾، وهذا هو موقف بعض جهات القضاء العادي في فرنسا، فقد حكمت محكمة استئناف باريس بأن: «التنازل فقط عن الدعوى لا يعد كافياً، لأجل الوجود القانوني للصلح»⁽³⁵⁾.

وبالنتيجة لما تقدم، فإن التنازلات يجب أن تكون جوهرية Substantielle، ولا تكون كذلك إلا إذا تعلقت بالموضوع وبالجانب الإجرائي في آن معاً⁽³⁶⁾. وفي كل الحالات يجب أن تكون التنازلات متبادلة، وهذه الطبيعة التبادلية للتنازلات هي التي جعلت عقد الصلح عقداً ملزماً لجانبيين سواء أكان مدنياً أم إدارياً، ومن ثم يجوز الاحتجاج بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الطرف الذي لا ينفذ التزاماته في عقد الصلح⁽³⁷⁾.

ولا يشترط في الصلح المدني أن يكون التنازل متوازناً équivalence، فالصلح يتطلب تنازلات متبادلة مهما كانت قيمتها النسبية⁽³⁸⁾. وعلى هذا الأساس لا يشترط أن تكون التنازلات متساوية الأهمية، لأن الدور الوظيفي للتنازلات المتبادلة في الصلح هو ضمان

(31) Lagard X., op.cit., p.225.

(32) Jarrosson CH., op.cit., p.273.

(33) Fourcade C., op.cit., p.167.

(34) Jarrosson CH., Ibid, p.273. Lagard X, op.cit., p.225. Chavrier G., op.cit., p.554.

(35) C.A, Paris, 11-6-1975, J.C.P, 1976, II,n°18357.Note.Y.Assouline

(36) Cornu J., op.cit., p.31.

(37) Jarrosson, CH., op.cit., p.274.

(38) Cass. Soc. 13-5-1992, Bull.civ.n°307, R.T.D.C, 1992, P783, obs. Gautier P.Y.

Cornu J., op.cit., p.30: وراجع في الفقه

حد أدنى من العدالة، لذلك يجب أن توجد هذه التنازلات ليكون العقد صلحاً، وإن لم تكن متساوية⁽³⁹⁾، ويستقل قضاة الموضوع في تقدير وجود هذه التنازلات من عدمه⁽⁴⁰⁾، ولكن لا يجوز أن تصل التنازلات إلى مستوى التنازلات البخسة؛ لأن ذلك من شأنه أن يجعل الصلح غير موجود قانوناً⁽⁴¹⁾. كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية⁽⁴²⁾.

وفي مجمل الأحوال، فإن بعضاً من الفقه الفرنسي يرى بحق أن عدم التدقيق في الرقابة على توازن التنازلات بين الطرفين إنما يجد سببه في انخفاض درجة عيوب الرضا بالنسبة للصلح في القانون المدني الفرنسي⁽⁴³⁾، كما أن مبرر ذلك يتمثل في أن هذا الحد المنخفض للرقابة على توازن التنازلات يتمثل في أن الحالة الشائعة في عقود الصلح هي أن يتم التخلي عن مطالبات وليس عن حقوق، وإن تقدير المطالبات لا يكون ممكناً لأنه يقود القاضي من حيث النتيجة إلى البت في الدعوى مع إهدار الصلح، كما أن أطراف الصلح هم قضاة شأنهم، والقانون المدني لم يتدخل في غير ما يجب التدخل به ضمن اتفاقهم، بل ترك للأطراف تحمل مخاطر عقد صلحهم، ونتائج تركهم للقضاء⁽⁴⁴⁾.

(39) Mayer L., op.cit., p.523.

(40) Fourcade C., op.cit., p.167.

(41) Rayssac R., op.cit., p.79.

(42) Cass. Civ. 4-5-1976, Bull. civ. I. n°157, R.T.D.C, 1976, p.812.

وقد أكدت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 2012/1/18، أن التنازل التافه هو ذلك الذي يتشكل من الحد الأدنى للتنازل بالنسبة للمطالبة الأولية، ويلاحظ في مجمل الأحوال أن بطلان الصلح بالنظر إلى تفاهة التنازل المقدم إنما تطبقه محكمة النقض الفرنسية في مجال علاقات العمل فحسب. راجع: Mayer L., op.cit., p.528.

وهذا يعني أن محكمة النقض الفرنسية تتطلب ضرورة وجود توازن حقيقي في المصالح عند إبرام عقد الصلح العمالي، وذلك ضمن السياسة القضائية المتعلقة بحماية العامل، ولأجل ذلك فإن القاضي يضع في الميزان التنازلات الصادرة عن العامل مع مستوى الحقوق التي يتمتع بها بمقتضى مركزه القانوني والعقدي، وعلى هذا الأساس إذا كان المبلغ المدفوع مثلاً للعامل بموجب عقد الصلح أدنى من تعويض التسريح المنصوص عليه في عقد العمل، فإن ذلك يعني عدم وجود تنازل من قبل رب العمل راجع: Cass. Soc. 18-2-1998, Bull. Civ. n°95. وقد استنتج الفقه الفرنسي من هذه المواقف لمحكمة النقض الفرنسية، أن القضاء قيّد إرادة الأطراف في عقد الصلح ضمن علاقات العمل، حيث اشترط أن تثمر التنازلات الصلحية عن أفضلية للعامل، راجع: Fourcade C., op.cit., p.167.

(43) لا يبطل الصلح وفقاً للمادة (2053) من القانون المدني الفرنسي إلا بسبب الغلط في الواقع، ولا يعتد بالغلط في القانون، ومن ثم لا يمكن أن يكون الصلح باطلاً وفقاً للقانون المدني الفرنسي، إلا بسبب الغلط في الشخص، أو الغلط في محل النزاع، كما استبعدت الفقرة الثانية من المادة (2052) من القانون المدني الفرنسي صراحة بطلان الصلح بسبب الغبن. راجع:

Chaaban R., L'article 2052 du code civil: erreur de rédaction ou erreur de droit? D, 2006, p.1513.et.s.

وباللغة العربية راجع: د. مهند نوح، الرضا في عقود الصلح التي تبرمها أشخاص القانون العام، مجلة كلية أحمد ابن محمد العسكرية للعلوم القانونية والإدارية، المجلد الثاني، العدد الأول، مارس 2016، ص 16 وما بعدها.

= Jarrosson CH., op.cit., p.274. (44)

المطلب الثاني

تطور مفهوم التنازلات المتبادلة في عقود الصلح الإدارية

في ضوء اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي

إذا كان هذا هو وضع التنازلات المتبادلة في عقود الصلح المدنية، كما استعرضنا سابقاً، فما هو وضعها في نطاق عقود الصلح الإدارية؟ لا بد من القول أولاً إن اتفاقيات الصلح المبرمة في نطاق فروع القانون العام الأخرى غير القانون الإداري (التشريع المالي والجمركي تحديداً)، لا تتضمن تنازلات متبادلة كما هو الحال في عقود الصلح المدنية، وذلك لأن التنازلات المتبادلة في عقود الصلح المدنية تعد وليدة إرادات أطراف العقد، أما التنازلات في مجال فروع القانون العام (خارج نطاق القانون الإداري) فإنها ليست إلا (إعفاءات) وفقاً لما تمليه النصوص القانونية، وبعيداً عن أي عملية تفاوضية تتعلق بذلك، بل تطبق مثل هذه الإعفاءات بناءً على تظلم يرفع للإدارة المعنية، والتي تقدر بدورها ذلك وفقاً للنصوص التشريعية النافذة، الأمر الذي يعكس الطبيعة الزجرية لهذا النمط من الصلح⁽⁴⁵⁾.

أما بالنسبة لعقود الصلح الإدارية، فإن اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي، لم يعبر صراحة عن ضرورة وجود تنازلات متبادلة في هذا النمط من العقود، وهو الأمر الذي دفع جانباً من الفقه إلى القول بأنه لا يشترط وجود تنازلات متبادلة في نطاق الصلح الإداري، لأن القضاء الإداري لم يتطلب من الإدارة عند إبرام عقد الصلح الإقدام على مثل هذه التنازلات. وبالأحرى لا يوجد قرار واضح من مجلس الدولة الفرنسي يتطلب وجود تضحية حقيقية وقابلة للتقدير من جانب طرفي الصلح، على غرار ما تطلبته محكمة النقض الفرنسية⁽⁴⁶⁾، إلا أن ذلك يظل اتجاه الأقلية في الفقه الفرنسي، حيث يرى معظم فقهاء القانون الإداري أن التنازلات المتبادلة هي شرط لوجود عقد الصلح الإداري

مع الإشارة إلى أن هناك منطقتين مختلفتين للتنازلات المتبادلة تسير عليه محكمة النقض الفرنسية في إطار عقود الصلح المتعلقة بعلاقات العمل، حيث يهتم الاجتهاد بإعادة توازن التنازلات لمصلحة العامل، كما أن المحكمة لا تتحقق إلا من وجود تنازلات من جانب رب العمل:

Cass.Soc.20-6-1995, J.C.P, 1996, II, n°22618.note.Finel.L.

وقد رأى بعض الفقه الفرنسي أن مثل هذه الرقابة تؤدي إلى مسخ مبدأ التبادل في التنازلات ذاته، ولا سيما أن المزايا التي يمكن أن يحصل عليها العامل من عقد الصلح تكون أحياناً صعبة على التقدير، عندما تكون في جانب منها ذات طابع ذاتي أو نفسي. Jarrosson CH., op.cit., p.274.

(45) Cornu J., op.cit., p.30.

(46) Chavier G., op.cit., p.554. Chatelier L.G., Transaction, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2010, (dernière mise à jour: mars 2014), n°28.

قانوناً، على أساس أن الصلح سواء أكان إدارياً أم مدنياً يتضمن في جوهره مثل هذه التنازلات⁽⁴⁷⁾.

وقد قطع مجلس الدولة الفرنسي دابر الشك حول هذا الأمر، حين قرر بطلان عقد صلح أبرمته إحدى البلديات مع أحد متعاقديها، بسبب الخلل في تحديد التنازلات المتبادلة في مداولة المجلس البلدي على الصلح، وكذلك الخلل في تحديد هذه التنازلات ضمن محرر العقد ذاته⁽⁴⁸⁾. كما تأكد هذا الأمر في إطار الممارسة الإدارية في فرنسا، حيث تطلب المنشور الدوري الصادر عن الوزير الأول بتاريخ 1995/2/6 التنازلات المتبادلة بشكل واضح في إطار عقود الصلح الإدارية⁽⁴⁹⁾، وكذلك حال المنشور الدوري الصادر عن الوزير الأول في فرنسا بتاريخ 2009/10/12، المتعلق بتشجيع الصلح في مجال منازعات العقود الإدارية خصوصاً، حيث أشار صراحة إلى مشتملات عقد الصلح الإداري في إطار منازعات العقود الإدارية، وكانت التنازلات المتبادلة بين الأطراف من أهم هذه المشتملات⁽⁵⁰⁾. وإذا كانت التنازلات المتبادلة شرطاً لقيام الصلح الإداري، فإن خصوصيات القانون الإداري طبعت مفهوم التنازلات المتبادلة بطابعها، حيث تقوم هذه التنازلات على مبدأ هام، ويعد أحد المبادئ العامة للقانون⁽⁵¹⁾، وهو أنه لا يجوز للإدارة أن تدفع مبلغاً غير متوجب عليها دفعه بمقتضى الصلح⁽⁵²⁾.

(47) Lyon-Caen. A., sur La Transaction en droit administratif, A.J.D.A, 1997, p.53. Richer L., Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2014, p.283. Cornu J., op.cit., p.31. Dreyfus J.D, Transaction et commande publique: les frontières avec le délit de favoritisme, AJ. Collectivités Territoriales 2012, p.243. Dacosta B., L'homologation d'une transaction en cassation, RFDA, 2008 p.958.

وكان الأستاذ أوبي Auby J.M أول فقهاء القانون الإداري القائلين بأن الصلح الإداري يتطلب وجود تنازلات متبادلة من الأطراف، وذلك في دراسته الرائدة عن الصلح الإداري سنة 1956، راجع: Auby J.M, La transaction en matière administrative, A.J.D.A, 1956, p.3.

(48) C.E, 11-9-2006, Commune de Théoule –sur- Mer, req.n°255273.

(49) Chavrier G., op.cit., p.548.

(50) Linditch F., Une nouvelle circulaire pour encourager le recours à la transaction en matière de commande publique, J.C.P.A, n° 42, 12 Octobre 2009, p.2235.

(51) Noury A., Les modes alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration, op.cit, p.73.

(52) Dreyfus J.D, op.cit., p.488. Rayssac R., op.cit., p.76. Richer L., Droit des contrats administratifs, op.cit., p.583. Noury A., Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif? J.C.P.A, n° 30-34, 25 Juillet 2005, n°10, p.1289. Dacosta B., op.cit., p.959. Soler-Couteaux et Jean-Jacques Louis, Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics, Contrats et Marchés publics n° 2, Décembre 2000, chron. 2. Yolka Ph., Traité de droit administratif, Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs, Dalloz, Paris, 2011, T2, p.603. Deliancourt S., Le contrôle du juge administratif sur le montant fixé par une convention de transaction pour des prestations réalisées hors contrat, AJDA, 2004, p.2270. Salvage F., Le caractère obligatoire d'une dépense née d'une transaction, RFDA, 2013, p.1292.

وقد وضع هذا المبدأ منذ القرن التاسع عشر، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي، أن الصلح الذي يؤدي إلى تكاليف مالية بلا مصدر مشروع للالتزام، إنما يعد غير مشروع، لأنه يعد من اختصاص السلطة التشريعية حصراً أن تقرر دفع مبلغ خارج نطاق التزام مترتب قانوناً في ذمة الدولة⁽⁵³⁾. وكان ذلك تجاوباً مع التقرير الذي قدمه مفوض الحكومة روميو Romieu في هذه القضية⁽⁵⁴⁾. وتؤكد ذلك في حكم هام لاحق لمجلس الدولة الفرنسي⁽⁵⁵⁾، حيث أشار صراحة إلى أنه لا يجوز للأشخاص العامة أن تلتزم بدفع ما هو غير متوجب عليها، وذلك عن طريق دفع مبلغ لا يعد التزاماً مترتباً في ذمتها⁽⁵⁶⁾، ومن ثم لا يجوز للصلح أن يؤدي إلى إفقار الشخص الاعتباري العام⁽⁵⁷⁾، وإن هذا الحظر يعد من النظام العام، ويجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه⁽⁵⁸⁾.

وقد أشار مفوض الحكومة روجفان بافيل Rougevin-Baville إلى هذه القاعدة بوضوح في معرض تقريره المقدم في قضية Mergui، حيث أشار إلى عدم وجود مانع قانوني يحول دون قيام القاضي الإداري في معرض تصديقه لعقود الصلح بالتطرق إلى مضمون العقد، حيث يحق له أن يراقب هذا المضمون، كما يجوز ألا يتقيد به، وألا يصادق على الصلح المعروض عليه إذا تضمن تنازلاً من الأشخاص العامة متمثلاً في دفع هذه الأخيرة لما هو غير متوجب عليها⁽⁵⁹⁾. كما عد مجلس الدولة الفرنسي ذلك المبدأ المتعلق بعدم جواز دفع الشخص العام لما هو غير مترتب عليه، من قبيل المبادئ العامة

(53) C.E, 17-3-1893, Compagnies du Nord de l'Est et autres – ministre de la guerre, Ri.p245.S.1894, III, Pp.119-126. concl. Romieu J.

(54) حيث رأى المفوض روميو Romieu ما يلي: «لا يمكن للوزراء أن يلزموا مالية الدولة، دون وجود التزام مسبق، ولا يمكن أن تدفع أموال الدولة إلا لقاء أداءات منجزة، فالدولة لا تتعاقد إلا بمقابل، ولا يمكن للدولة أن تقدم سخاء، الصلح يعد عقداً يقوم على أساس المقابل لأنه يتضمن تنازلات متبادلة، إلا أن التنازلات في هذه القضية تضمنت سخاء من قبل الدولة.. وهو ما يوجب بطلان عقد الصلح لمخالفته لقواعد النظام العام..»، راجع تقريره المقدم في قضية Compagnies du Nord de l'Est et autres سالفه الذكر، والمنشور في سيرري، 1894، الجزء الثالث، ص 119 وما بعدها.

(55) وهذا الحكم هو حكم Sieurs Mergui، المجموعة، ص236، مع تقرير المفوض روجفان بافيل Rougevin-Baville، والمنشور في مجلة القانون العام الفرنسية سنة 1972، ص234.

(56) تتلخص وقائع قضية Sieurs Mergui في أن الإدارة المختصة رفضت استخدام القوة العامة لأجل تنفيذ أمر طرد شاغلي عقارات تعود ملكيتها للجهة المدعية، وكان وزير الداخلية اقترح عرضاً للصلح، وقبله المدعون، إلا أن الوزير المذكور لم يحم بتنفيذ الصلح المتفق عليه، فتمسك هؤلاء المدعون بالصلح المبرم أمام مجلس الدولة الفرنسي، إلا أن المجلس قرر عدم الاعتراف بالصلح لمخالفته للنظام العام بحكم أنه يرتب دفع مبلغ لا يترتب قانوناً في ذمة الدولة.

(57) Deliancourt S., op.cit., p.2270.

(58) Rayssac R., op.cit., p.56. Lyon-Caen A., op.cit., p.58.

(59) Rougevin-Baville, Conclusions sous C.E, 19-3-1971, Sieurs Mergui, Précité.

للقانون⁽⁶⁰⁾. وعلى أساس ذلك، فإن قيام الأشخاص الاعتبارية العامة بدفع ما هو غير متوجب عليها قانوناً عن طريق الصلح الإداري من شأنه أن يجعل هذا الأخير فاقداً لطبيعته القانونية، لأن تصرف الإدارة يصير عندئذ سخاءً Libérilité ويكون من شأنه التفريط في المال العام، على حد تعبير مفوض الحكومة روميو⁽⁶¹⁾.

وإذا كان الأمر كذلك، فإن الصعوبة الرئيسية التي يمكن أن تثار في إطار التنازلات المتبادلة في عقود الصلح الإدارية، إنما تكمن في تحديد مدى التنازلات التي يمكن أن يقدمها الشخص الاعتباري العام، والتي يمكن ألا تتحول إلى سخاء، بمعنى أن عقد الصلح الإداري يتضمن فكرة التنازلات المتبادلة والتي تجد حدودها في فكرة السخاء، لأنه إذا لم توجد تنازلات من قبل الشخص الاعتباري العام، إطلاقاً، فإن الطرف الآخر في الصلح ليس له مصلحة في الصلح⁽⁶²⁾.

لذلك فقد وضع مفوض الحكومة روجفان بافيل Rougevin-Baville معياراً لتحويل التنازل المقدم من الشخص الاعتباري العام إلى سخاء، حيث قال: «... إن ما يتعلق بالنظام العام هو ألا تكون هناك مبالغة محتملة في التعويض المتفق عليه بين أطراف الصلح، فدرجات جودة الصلح الإداري يمكن أن تكون محل تفاوت، حيث يمكن أن يكون الصلح جيداً بشكل أكثر أو أقل، ويمكن للشخص العام أن يتسامح في أمر ويتنازل بشأنه لأجل الحصول على أمر آخر، ومن ثم فلا يجوز للقاضي أن يبطل عقد الصلح لسبب وحيد يتمثل في أن المبلغ المدفوع بمقتضى الصلح من قبل الإدارة يبدو له أعلى من الضرر الذي كابدته الطرف الآخر في الصلح، ولكن إذا كان هذا التفاوت على هذا النحو مقبولاً من جهة التنازلات التي تقدم من الشخص الاعتباري العام، إلا أن هذا التفاوت يجب ألا يتحول إلى سخاء، وإذا تحقق ذلك فلا بد من إبطال الصلح...»⁽⁶³⁾.

وعلى هذا الأساس، يستنتج من رأي المفوض أن هناك تفاوتاً مقبولاً بين ما يجب دفعه

(60) وذلك في حكم Mergui المشار إليه سابقاً، وقبل ذلك في حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1957/4/29 في قضية Sté comme Ouest africais، المجموعة، ص 271، وراجع في الفقه:

– Yolka Ph, op.cit., p.603. Dacosta B., op.cit., p.958 – Cornu J, op.cit., p.47

(61) Romieu J.C.E, 17-3-1893, Compagnies du Nord de l'Est et autres – ministre de la guerre, précité.

وراجع في الفقه الفرنسي: Chatelier. L.G, Transaction, Répertoire de contentieux administratif, op.cit., n°40.

Noury A., Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif, op.cit., p.1290.

Dacosta. B, op.cit., p.959. Soler-Couteaux et Jean-Jacques Louis, op.cit., chron.2.

(62) Chatelier L.G, Transaction, Répertoire de contentieux administratif, op.cit., n°43.

(63) Rougevin-Baville, Conclusions sous. C.E, 19-3-1971, Sieurs Mergui, Précité.

وراجع في الفقه الفرنسي:

Noury A., Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif, op.cit., p.1292.

Dacosta B., op.cit., p.959. Cornu J., op.cit., p.47.

وما دفع فعلاً بموجب الصلح من جهة، وتفاوتاً غير مقبول بين هذين العاملين من جهة أخرى، ويتشكل السخاء من التفاوت غير المقبول⁽⁶⁴⁾، ومن ثم فإن الدفع بموجب الصلح يجب أن يبرر بدين مترتب في ذمة الإدارة، وهذا الدين هو الذي يتم التصالح عليه، وإن تقدير هذا الدين يمكن أن يتغير إلى أعلى أو أدنى مما هو متوجب فعلاً في ذمة الإدارة⁽⁶⁵⁾، وهو ما يحتم على الإدارة حين إبرامها لعقد الصلح وتقدير التنازل من جانبها، أن توازن بين جزء الدين الذي ستتنازل عنه من جهة، والأفضليات المتعلقة بالمصلحة العامة، خصوصاً فيما يتعلق بالحسم السريع للنزاع⁽⁶⁶⁾، أو إذا كان من شأن اللجوء إلى القضاء أن يكبد الشخص الاعتباري العام مبالغ أعلى من تلك التي سوف يدفعها بموجب الصلح⁽⁶⁷⁾. لذلك فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي حديثاً أن توازن التنازلات المطلوب ليس هو التوازن الدقيق، بل إن التوازن المطلوب لكي لا يوجد السخاء هو التوازن العام أو الإجمالي⁽⁶⁸⁾، وذلك مع أخذ الظروف الخاصة للشخص الاعتباري العام بالحسبان⁽⁶⁹⁾، فقد قررت المحكمة الإدارية في ستراسبورغ أن المبلغ الذي ألقى على عاتق أحد الأقاليم كان يمكن أن يكون أكثر انخفاضاً، إلا أن ذلك لا يؤثر على مشروعية الصلح، بسبب الظروف الخاصة لهذا الإقليم، والمتعلقة بضرورات تنفيذ الأشغال⁽⁷⁰⁾.

وقد توضح معيار التنازل المقبول من قبل الإدارة في الصلح الإداري بشكل كبير مع صدور المنشور الدوري المؤرخ في 2009/10/12 عن الوزير الأول في فرنسا، والذي بين فيه أن السخاء يتحقق فقط في حالة عدم التوازن الواضح بين التنازلات -Déséqui libre manifeste⁽⁷¹⁾. وهو ما يعني من حيث النتيجة أن تحقيق التوازن في التنازلات

(64) وهو ما عبر عنه الأستاذ ل. ريتشر L. Richer بقوله: «لأجل أن يكون الصلح الذي يبرمه الشخص الاعتباري العام متوازناً مالياً، فعلى هذا الشخص أن يقارن بين ما يدفعه صلحاً وما يمكن أن يحكم به فيما لو سار النزاع حتى نهايته أمام القضاء»، راجع مؤلفه في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 584.

(65) Richer L., Droit des contrats administratifs, op.cit., p.584.

(66) Le Chatelier G., L'homologation juridictionnelle des transactions en droit administratif, R.F.D.A., 2003, p.293.

(67) فقد طلب أحد المكلفين من المحكمة الإدارية الترخيص لأجل الادعاء باسم البلدية التي ينتمي إليها ضد صلح قامت بإبرامه هذه الأخيرة، إلا أنه تم رفض ذلك من قبل المحكمة الإدارية ومجلس الدولة الفرنسي، على أساس أن رفع مثل هذه الدعوى يمكن أن يؤدي إلى إلزام البلدية بدفع مبلغ أعلى من هذا الذي يمكن أن تدفعه نتيجة إبرامها لعقد الصلح، راجع: C.E., 29-12-2000, Comport.req. 219918.R, p.658.

(68) C.E., Ass.11-7-2008, Société Krupp Hazemag, req.n°287354,R.F.D.A., 2008, p.965, conclusions. Decosta B.

-C.E., 29-12-2000, Comparat, req. n°210018.

(69) Chatelier. L.G, Transaction, Répertoire de contentieux administratif, op.cit, n°58.

(70) T.A, Strasbourg. 28-9-1999, Sté MS Aménagements, - Conseil régional d'Alsace, B.J.D.C.P, n°10, p.165.

(71) Linditch F, Une nouvelle circulaire pour encourager le recours à la transaction en matière de commande publique, op.cit., p.2241.

المتبادلة في إطار عقود الصلح الإدارية، لا يحتم وضع كل عنصر من عناصر الصلح ضمن توازن حسابي مبالغ فيه⁽⁷²⁾، بل إن المبالغة في التعويض الصلحي هو الذي يؤدي إلى السخاء⁽⁷³⁾، فوجود المقابل في عقد الصلح الإداري يؤدي إلى إيجاد قرينة على عدم وجود السخاء، إلا أن هذه القرينة تسقط إذا وجد عدم توازن واضح بين هذا المقابل والتنازل المقدم من قبل الإدارة⁽⁷⁴⁾، لذلك يجب على القاضي الإداري وفي معرض تقديره للتنازلات المتبادلة في الصلح أن يتحقق أولاً من وجود أساس قانوني للدين المترتب في ذمة الشخص الاعتباري العام، وبعد ذلك يتأكد فيما إذا كان التزام الإدارة المنصوص عليه في عقد الصلح يتوافق مع مسؤولية هذا الشخص ذاته⁽⁷⁵⁾.

وعلى هذا الأساس يستنتج بعض الفقه الفرنسي أن الأشخاص الاعتبارية العامة تتمتع دائماً بهامش من حرية الحركة لأجل التفاوض، في سبيل التوصل إلى التنازلات المتبادلة، وضمن الحدود المرسومة في اجتهاد القضاء الإداري، التي تقتضي ألا ينقلب التنازل الصادر عنها إلى سخاء⁽⁷⁶⁾.

لذلك يمكن القول بأن الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري الفرنسي على التنازلات المتبادلة هي رقابة أكثر شدة وعمقاً⁽⁷⁷⁾، فالقاضي الإداري لا يقدر وجود التنازلات فحسب (وهي المهمة الأساسية للقاضي المدني في عقود الصلح المدنية)، إنما يتطرق إلى توازنها ومشروعيتها⁽⁷⁸⁾. ويراقب القضاء الإداري مشروعية هذه التنازلات، عندما يتأكد أن هذه التنازلات لا تتضمن سخاء⁽⁷⁹⁾، مما يخالف قاعدة عدم جواز دفع ما هو غير متوجب دفعه على الشخص الاعتباري العام، والتي تعد من النظام العام كما ذكرنا⁽⁸⁰⁾، وإن انعدام مشروعية التنازلات على هذا النحو، وانطواء الصلح الإداري على سخاء، من شأنه أن يؤدي إلى جزاء شديد يوقعه القاضي الإداري على هذا النمط من الصلح⁽⁸¹⁾، وهو البطلان⁽⁸²⁾. فالقاضي الإداري لا يصدق صلحاً ينطوي على سخاء لمخالفته للنظام العام، مما يوجب بطلانه⁽⁸³⁾، وذلك على خلاف اتجاه القضاء العادي في فرنسا، حيث

(72) Rayssac R., op.cit., p.79.

(73) Lyon-Caen A., op.cit., p.61.

(74) Dacosta B., op.cit., p.960.

(75) Rayssac R., op.cit., p.79.

(76) Rayssac R., Ibid, p.80. Soler-Couteaux et Jean-Jacques Louis, op.cit., chron. 2.

(77) Dacosta B., op.cit., p.956.

(78) Rayssac R., op.cit., p.80.

(79) Guettier Ch., op.cit., p.511.

(80) Le Chatelier G., L'homologation juridictionnelle des transactions en droit administratif, op.cit., p.298.

(81) Chatelier L.G, Transaction, Répertoire de contentieux administratif, op.cit., n°49. Rayssac R., op.cit., p.80.

(82) C.E, 19-3-1971, Sieurs Mergui, Précité.

(83) Deliancourt.S, op.cit., p.2279.

لم تر محكمة النقض الفرنسية في توازن التنازلات شرطاً لمشروعية الصلح المدني، فقد قررت صراحة أن: «تفاوت التنازلات لا يعد سبباً في بطلان الصلح، إنما يؤدي إلى إعادة تكييفه إلى عقد آخر...»⁽⁸⁴⁾.

وعلى هذا الأساس فإن الصلح المدني لا يعد باطلاً إن لم يتضمن توازناً في التنازلات أو حتى إذا لم يتضمن تبادلاً في التنازلات أصلاً، إنما يظل موجوداً قانوناً، وكل ما في الأمر أن القاضي المدني يقوم بإضفاء التكييف الصحيح عليه⁽⁸⁵⁾، وهو ما دفع البعض في فرنسا للقول بأن القضاء الإداري الفرنسي حوّل في مفهوم التنازلات المتبادلة⁽⁸⁶⁾، إذ إن الاعتراف بإمكانية التصالح يفترض الاعتراف بإمكانية التباعد بين الشيء المتصالح عليه La chose transigée والشيء الذي يمكن أن يقضى به La chose susceptible d'être jugée، إلا أن التباعد المقبول من قبل القضاء العادي في عقود الصلح المدنية يعد أكثر اتساعاً وأهمية من ذلك التباعد المقبول من قبل القضاء الإداري في عقود الصلح الإدارية⁽⁸⁷⁾، وهو الأمر الذي دفع بعض الفقه الفرنسي إلى تصنيف الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على وجود السخاء أو عدمه، في خاتمة رقابة الغلط البين في التقدير⁽⁸⁸⁾.

أما بالنسبة للمبررات التي قادت القضاء الإداري الفرنسي إلى هذا الوضع في رقابة التنازلات المتبادلة، فتتجسد في أن القاضي الإداري ليس كالقاضي العادي في هذا الإطار، حيث إن القاضي العادي لا يتوغل في رقابته على القيمة المالية للتنازلات المتبادلة، لأن ذلك يصطدم مع الحرية التعاقدية للأطراف، في حين يسيطر مبدأ المشروعية على الحرية التعاقدية للأطراف في إطار عقود الصلح الإدارية ويتفوق عليها⁽⁸⁹⁾، وهو ما يجد أساسه في المنهج الذي سار عليه القضاء الإداري الفرنسي على الدوام، والمتعلق بضرورة حماية الأموال العامة⁽⁹⁰⁾.

(84) Cass.Soc.17-3-1982, Bull.civ.n°180.

(85) Jarrosson CH, op.cit, p.272. Cornu.J, op.cit., p.51. Noury.A, Les modes alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration, op.cit., p.72. Fourcade C., op.cit., p.166.

(86) Cornu J., op.cit., p.51.

(87) Noury.A, Les modes alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration, op.cit., p.73.

(88) Deliancourt S., op.cit., p.2279.

(89) Sauveplane M., Le juge administratif et la déclaration de nullité d'une transaction, RFDA, 2004, p. 1179.

(90) Yolka Ph, op.cit., p.603. Le Chatelier G., L'homologation juridictionnelle des transactions en droit administratif, op.cit., p.298.

وقد عبر المقرر العام سالفاج Salvage. F عن ذلك في تقريره المقدم لمحكمة استئناف مرسيليا الإدارية، في قضية Commune de Brançon الصادر بتاريخ 2013/3/4، بما يلي: «كما هو معروف، إنكم الحماة الساهرون على حفظ الأموال العامة، لذلك يمكنكم إثارة مشروعية الصلح الذي ينطوي على دفع مبالغ لا يجب دفعها من قبل الشخص العام، وهذه المسألة من النظام العام، ويمكن إثارتها من تلقاء أنفسكم...»، راجع تقريره المنشور في R.F.D.A. 2013، ص1921.

وبالنتيجة لذلك، فإن مفتاح فهم هذه الرقابة يجب ألا يبحث على أرضية تقنية لعقد الصلح فقط، ولكن أيضاً على هدي القواعد التي تحكم حماية الأموال العامة، بمعنى أن حظر السخاء يشكل تعبيراً عن مبدأ عدم جواز التنازل عن الأموال العامة⁽⁹¹⁾، وإن لذلك أساسه الدستوري، حيث قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن الأموال التي تشكل جزءاً من الذمة المالية العامة، لا يجوز التنازل عنها للغير بقيمة أدنى من قيمتها⁽⁹²⁾، وذلك على أساس المبدأ الدستوري المتعلق بحماية حق الملكية الوارد في المادتين 14 و15 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن⁽⁹³⁾، فحين يتصرف الشخص الاعتباري العام، فإنه لا يتصرف كأشخاص القانون الخاص، فهذا الأخير يتصرف على أنه سيد حقوقه Maitresse de ses droit، وهو يملك الحرية بالتصرف الكامل بأمواله وحقوقه، لذلك يمكن أن يرضى بالسخاء، في حين أن الشخص الاعتباري العام لا يتصرف على هذا الأساس، فهو ليس سيد حقوقه، وما يقوم بدفعه صلحاً يجد حدوده في المصلحة العامة التي تبرر ذلك، لذلك لا يمكن أن يرضى بالسخاء⁽⁹⁴⁾. كما أن مقتضيات المساواة أمام الأعباء العامة تحتم منع السخاء، لأن الصلح الذي يتضمن السخاء يؤدي إلى توزيع الأعباء العامة بشكل غير عادل، مع أفضلية واضحة لمن تم التصالح معه⁽⁹⁵⁾.

ومن جهة أخرى، لقد أقر القضاء الإداري الفرنسي الصلح المركب، كما هو حال القضاء العادي، بحيث لا تقتصر التنازلات المتبادلة على العناصر التي تتعلق بالمعطيات الأولية للنزاع⁽⁹⁶⁾، ومن ثم يمكن أن يكون التنازل عبارة عن التزامات جديدة يقوم بها أحد الأطراف، ودون أن يعد ذلك سخاء⁽⁹⁷⁾، فيما لو وافقت الإدارة على التنازل عن جزء من دينها مقابل قيام الطرف الآخر بمثل هذه الالتزامات الجديدة⁽⁹⁸⁾. ولكن لا يجوز أن

(91) Yolka Ph., op.cit., p.604.

(92) C.C., 25-6-1986, n°86-207.D.C,A.J.D.A, 1986, P575. C.C. 24-2-2008, n°2008-567.D.C, A.J.D.A, 2008, p.1664, Note, Dreyfus.J.D.

(93) Chatelier. L.G,Transaction, Répertoire de contentieux administratif, op.cit, n°49. Dreyfus J.D, op.cit., p.488.

(94) Dacosta B., op.cit, p.958. Rayssac R., op.cit, p.53. Lyon-Caen A., op.cit., p.48.

(95) Lyon-Caen A., Ibid, p.48. Rayssac R., op.cit, P53. Cornu J., op.cit., p.47. Le Chatelier G., L'homologation juridictionnelle des transactions en droit administratif, op.cit., p.298.

(96) Dacosta B., op.cit., p.958.

(97) C.E, 30-10-1974, Commune de saint - Pierre -Les-Bois -c- Sieur Gonin R., p.525.

(98) وهذا ما حدث في إحدى المنازعات التي انتهت إلى إصدار مجلس الدولة الفرنسي لأحد أحكامه الشهيرة حديثاً، حيث تعاقد إقليم Sarreguemines مع شركة Krupp Hazemag لاستثمار محطة معالجة نفايات، وتم توقيع هذا العقد سنة 1975، وعلى أن ينتهي بتاريخ 1996/12/31، إلا أن ظرفاً غير متوقع غير المعطيات، ففي 1994/11/10 هدمت المحطة جزئياً إثر حادث انفجار، فطلبت الشركة المستثمرة من الإقليم إعادة بناء المنشآت المهدومة وفقاً لما كانت عليه، إلا أن الإقليم تردد حول هذه المسألة، لذلك توقفت الشركة عن معالجة النفايات بتاريخ 1995/4/13، مما دفع الإقليم إلى إعادة نشاط معالجة النفايات في مكان آخر، وبتاريخ 1995/4/30 رفعت الشركة دعوى أمام المحكمة الإدارية في ستراسبورغ، وطلبت =

يتضمن الصلح تقديم معونات مخالفة للقانون من قبل الإدارة للطرف الآخر في الصلح وإلا عد ذلك سخاء⁽⁹⁹⁾.

ولا يأخذ النظام القانوني لعقد الصلح الإداري بالحسبان حقوق الشخص الاعتباري العام وحماية الأموال العامة فقط، إنما يأخذ بالحسبان أيضاً حقوق الطرف الآخر الخاص في عقد الصلح الإداري، إذ لا يجوز أن تبلغ التنازلات المتبادلة في عقد الصلح الإداري من سوء، بحيث تؤدي إلى هدر كلي لحقوق هذا الأخير، لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطالان عقد صلح إداري تم الاقرار بموجبه بوجود دين على عاتق الطرف الآخر في الصلح، لمصلحة الإدارة، في حين أنه لا يوجد أي أساس لهذا الدين⁽¹⁰⁰⁾. وهو ما أكده باكرًا المنشور الدوري الصادر عن الوزير الأول في فرنسا بتاريخ 1995/2/6،

فيها الحكم بفسخ العقد، وإدانة الإقليم بدفع تعويض لها بسبب الضرر الناجم عن الأخطاء التعاقدية التي اقترفها هذا الأخير، وعلى هدي المسؤولية التعاقدية التي يمكن أن تترتب عليه. صدر حكم المحكمة الإدارية بتاريخ 2000/10/24، وقضى برفض معظم طلبات الشركة، حيث قررت المحكمة أن الإقليم ارتكب خطأ تعاقدياً حين تسبب في إطالة مدة الاستثمار، ومن ثم يترتب عليه دفع مبلغ 228773 فرنكاً فرنسياً للشركة، وفي مقابل ذلك، وبناء على ادعاء متقابل مقدم من قبل الإقليم، فإن المحكمة قضت بالتعويض في مواجهة الشركة، لأنها قامت بفسخ العقد من جانبها، ومن ثم خالفت التزاماتها العقدية، وقد بلغ هذا التعويض مبلغ 5134415 فرنكاً فرنسياً، وحين طعن الأطراف بالاستئناف، فإن محكمة استئناف نانسي الإدارية رفضت طلبات الاستئناف للشركة، والتفتت إلى الاستئناف التبعية المقدم من الإقليم، فأقصت نصف التعويض الذي تم الحكم به في مواجهته، تم الطعن أمام مجلس الدولة بالنقض، وبينما كانت الدعوى محجوزة للحكم لدى المجلس، قام الأطراف بإبرام عقد صلح وفقاً لما يلي:

- 1 - تخفيض الديون المحكوم بها من قبل المحاكم حتى درجة النقض إلى النصف.
 - 2 - تنازل الطرفين عن الفوائد القانونية المستحقة للطرف الآخر على المبالغ المتوجبة دفعها.
 - 3 - تلتزم الشركة بمتابعة نشاطها لصالح الإدارة لمدة حدها الأدنى خمس سنوات من تاريخ 2006/10/1، وأن تقوم ضمن هذا النشاط بتشغيل 80 شخصاً كمعدل سنوي.
 - 4 - إذا لم تحترم الشركة هذا المعدل للعاملين في كل سنة، فإنها ستدفع مبلغ 100000 يورو سنوياً.
- ويلاحظ في هذه الحالة أن أحد تنازلات الشركة يتمثل في التزامها بالاستمرار بالعمل ضمن النطاق المكاني للجهة الإدارية، وهذا الالتزام لا علاقة له بالمعطيات الأولية للنزاع، ومع ذلك فقد تم قبوله من قبل مجلس الدولة الفرنسي في عداد التنازلات المتبادلة، ودون أن يعد ذلك من قبيل السخاء، وتجسد ذلك بتصديق المجلس لهذا الصلح في حكمه الصادر بتاريخ 2008/7/11 في قضية Société Krupp Hazemag، والمنشور في المجلة الفرنسية للقانون الإداري R.F.D.A، سنة 2008، ص 965.
- ولم تكن تلك هي المرة الأولى التي يتم فيها القبول بمثل هذه التنازلات مقابل عناصر جديدة لا علاقة لها بالنزاع الأصلي، طالما أن ذلك يحقق المصلحة العامة، ودون أن يعد هذا التصرف سخاء من جانب الإدارة، حيث سبق لمجلس الدولة الفرنسي الحكم بمشروعية تنازل إحدى البلديات عن أرض تدخل ضمن أموالها الخاصة لصالح إحدى الشركات، وبثمن أدنى من قيمتها بكثير (مقابل رمزي)، مقابل التزام هذه الشركة بإقامة أنشطة اقتصادية، وفرص عمل ضمن مدة معينة، راجع: 1997-11-C.E، 3.

. Commune Fougerolles, R., p.391

(99) Dacosta B., op.cit., p.962.et.s.

(100) C.E, sect, 17-3-1978, Société anonyme (Entreprise Renaudin), R.P140. Concl. Galabert.M.

حيث أشار إلى ضرورة أن تتوخى الإدارة في إطار عقود الصلح الإدارية البحث عن تنازلات متبادلة فعالة، ولا يجوز للإدارة أن تتوخى تحقيق صلح مجحف بحق شريك الإدارة (الطرف الآخر في الصلح)، لأن هدف الإدارة هو تحقيق المصلحة العامة، وليس الحصول على أفضليات ومزايا غير مبررة في مواجهة الطرف الآخر في الصلح، ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير أيضاً أن يدفع ما هو غير متوجب عليه قانوناً⁽¹⁰¹⁾.

وقد عد مجلس الدولة الفرنسي قاعدة عدم جواز دفع الطرف الآخر في الصلح ما هو غير متوجب عليه من النظام العام، ويمكن للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، وهي تؤثر قانوناً على الصلح بغض النظر عن رضا الطرف الآخر بهذا التنازل⁽¹⁰²⁾. ويجد هذا المبدأ أصوله حسب ما عبّر مجلس الدولة الفرنسي ضمن مبدأ المساواة في الوسائل القضائية المتاحة للخصوم، وضمن مبدأ الإجراء العادل Procès équitable المنصوص عليه في المادة (6) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وكذلك ضمن مبدأ مساواة أطراف النزاع أمام العدالة⁽¹⁰³⁾.

أما بالنسبة للمجالات الصلحية التي طبّق فيها مجلس الدولة الفرنسي قاعدة عدم جواز انطواء التنازلات المتبادلة على سخاء فتتمثل في منازعات المسؤولية التقصيرية من جهة، ومنازعات المسؤولية العقدية من جهة أخرى، حيث يتجسد السخاء في منازعات المسؤولية التقصيرية حين تكون التنازلات المقدمة من قبل الإدارة عبارة عن تعويض عن ضرر غير موجود أساساً⁽¹⁰⁴⁾. كما يتضمن الصلح الإداري سخاء إذا كان هناك انعدام للطبيعة المباشرة للضرر Caractère direct du préjudice الذي يتم التصالح عليه، ومن ثم عدم كفاية الرابطة السببية بين الضرر والفعل الضار الصادر عن الإدارة⁽¹⁰⁵⁾. وكذلك الحال إذا كان الضرر لا يمكن إسناده إلى الشخص الاعتباري العام الذي يكون طرفاً في الصلح⁽¹⁰⁶⁾.

أما في مجال العقود الإدارية، فإن التعويضات الصلحية لا تدفع من قبل الشخص الاعتباري العام، إلا إذا تسبب من خلال خطئه ببطان العقد، ففي هذه الحالة تترتب المسؤولية التقصيرية لا العقدية، ويبرم الصلح على التعويضات المستحقة نتيجة هذه

(101) Circulaire du 6-2-1995, Précité.

(102) C.E, 17-3-1978, Société anonyme (Entreprise Renaudin), précité.

(103) C.E, 5-7-1985, Cat, J.C.P, 1985, II, 20478, Concl. Jeanneney.

(104) C.E, 29-4-1957, Société commerciale de l'ouest Africain, R.P271.

(105) C.E, 8-1-1975, Ministre de L management du territoire de l'équipement du logement et du tourisme, R.P11.

(106) C.E, 8-2-1957, Dame Stergios, R.P100.

المسؤولية، أو قد تدفع هذه التعويضات على أساس الإثراء بلا سبب إذا تم إبطال العقد دون خطأ على عاتق الشخص الاعتباري العام⁽¹⁰⁷⁾، وفي هذه الحالة لا يجوز أن يدفع للمتعاقد عن طريق الصلح إلا النفقات النافعة التي أنفقت بسبب تنفيذ العقد الباطل، ويمكن أن يدخل ضمنها أيضاً فوات الكسب عن المتعاقد مع الإدارة، والذي كان يمكن أن يحققه فيما لو لم يتم إبطال العقد، وفي كل الأحوال لا يجوز لأطراف العقد الباطل أن يبرموا صلحاً يتجاوز فيه مقدار التعويض المترتب على الإدارة المقابل المالي الذي كان محددًا في العقد الباطل⁽¹⁰⁸⁾.

وفي هذه الحالة يراقب القاضي الإداري النفقات المدفوعة من قبل المتعاقد في معرض تنفيذه للعقد الباطل، في سبيل التوصل فيما إذا كانت هذه النفقات نافعة للشخص العام بشكل حقيقي، كما يتحقق من السلوك الخاطيء لهذا الأخير للتحري فيما إذا كان هذا السلوك هو السبب في بطلان العقد⁽¹⁰⁹⁾، كما يتحقق أن الطرف الآخر في الصلح (المتعاقد في العقد الباطل) قدم في إطار الصلح التنازلات الضرورية، وإلا تضمن الصلح سخاء، وكان باطلاً⁽¹¹⁰⁾.

المطلب الثالث

التنازلات المتبادلة في عقود الصلح الإدارية في النظام القانوني في سورية وقطر

وإذا كان هذا هو الحال في فرنسا، فما هو الوضع في سورية؟ لا بد من التذكير أولاً أنه وفقاً لقانون مجلس الدولة السوري، لا يجوز لأي شخص من الأشخاص الاعتبارية العامة أن يبرم أي صلح قبل الحصول على استفتاء الإدارة المختصة في مجلس الدولة⁽¹¹¹⁾، ويترجم هذا الاستفتاء عملياً بصيغة قضايا للفتوى تصدر فيها الإدارة المختصة آراء، وهذا هو المجال الذي يمارس فيه مجلس الدولة السوري رقابته على عقود الصلح المبرمة

(107) Richer L., Droit des contrats administratifs, op.cit., p.284. Cornu J., op.cit., p.49 et s. Chatelier L.G, Transaction, Répertoire de contentieux administratif, op.cit., n°52. Soler-Couteaux et Jean-Jacques L., op.cit, chron.2.

(108) C.E.Che de Saint – Troprez.R.P432.A.J.D.A, 1996, p.448.

(109) C.E. 29-12-1997, Sté d'économie mixte de sécurité active et de télématique, req.n°154320.

(110) T.A.Lille, BJDCP.n°23-302.concl.Lepers.M.

(111) تنص المادة (44) من قانون مجلس الدولة السوري على ما يلي: «لا يجوز لأية وزارة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد تزيد قيمته عن خمس وعشرين مليون ليرة سورية أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن خمسمائة ألف ليرة سورية بغير استفتاء الإدارة المختصة في مجلس الدولة».

من قبل الأشخاص الاعتبارية العامة. ومن خلال هذه الآلية القانونية لرقابة مجلس الدولة السوري على عقود الصلح المبرمة من الأشخاص الاعتبارية العامة، يمكن القول إن المجلس لم يعرف رقابة السخاء، على نحو ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي، حيث لم يتم بالتطرق إلى التنازلات المتبادلة في سبيل تقييمها، والتحقق من عدم قيام الإدارة بدفع ما هو غير متوجب عليها عن طريق الصلح، بل اكتفى بتصريح الإدارة بأن الصلح يحقق مصلحتها، ليقوم بإجازة الصلح، ودون أن يتحقق فيما إذا كان هذا الصلح يحقق مصلحتها فعلاً، وقد ورد ذلك في آراء المجلس بصيغ مختلفة⁽¹¹²⁾.

وفي بعض الحالات يُلاحظ أن مجلس الدولة السوري يُعلّق إجازته للصلح المبرم من قبل الإدارة ليس بسبب تطرقه إلى جوهر التنازلات المتبادلة وفحصه لها، إنما لأن الإدارة ذاتها لم تُبين وجود مصلحة لها في الصلح، وبحيث يكون هذا الصلح نافذاً، بمجرد إقرار

(112) رأى مجلس الدولة السوري رقم 12 لسنة 2013 (غير منشور)، والرأي رقم 199 لسنة 2004 في القضية رقم 379/ف لسنة 2004 (غير منشور)، والرأي رقم 166 لسنة 2004 في القضية رقم 407 لسنة 2004 (غير منشور)، وقد جاء في الرأي الأخير: «..يسوغ للشركة العامة للأسمدة إجراء التسوية الودية بينها وبين الشركة التونسية للهندسة والإنشاء الصناعي، طالما أنها تعتقد أن من مصلحتها إجراء هذه التسوية..»، وراجع الرأي رقم 24 لسنة 2005 في القضية رقم 448/ف لسنة 2005، (غير منشور)، والذي جاء فيه: «..إجازة الصلح المذكور محل الخلاف بين المؤسسة العامة لنقل وتوليد الطاقة الكهربائية والمتعهد... ما دامت الإدارة المستفتية قدرت أن هذا الصلح يحقق مصلحتها في هذه التسوية..»، والرأي رقم 165 لسنة 2005 في القضية رقم 629/ف لسنة 2005 (غير منشور)، والذي ورد فيه: «..لا يوجد ثمة ما يحول دون قبول الحل الودي المقدم من المتعهد شركة المعارج...بخصوص تنفيذ العقد رقم 3...إذا ما كان ذلك في مصلحة الإدارة»، وراجع الرأي رقم 175 لسنة 2005 في القضية رقم 634/ف (غير منشور)، وقرر المجلس فيه: «..إجازة التسوية الرضائية المبرمة بين نائب رئيس مجلس الوزراء للشؤون الاقتصادية بصفته رئيساً لهيئة تخطيط الدولة، وبين المتعهد لحل الخلاف القائم بينهما..إذا ما رأت الإدارة أن ذلك في مصلحتها، والرأي رقم 177 لسنة 2005 (غير منشور)، وجاء فيه: «..إجازة اتفاقية التسوية المبرمة مع شركة بيجر السويسرية لحل موضوع على غرامات التأخير الواقعة على الشركة المذكورة.. نتيجة تنفيذها للعقد رقم 2 لسنة 2001 مع المؤسسة العامة للصناعات النسيجية متى قدرت الإدارة مصلحتها في هذه التسوية..»، والرأي رقم 70 لسنة 2006 في القضية رقم 437/ف لسنة 2001 (غير منشور)، وجاء فيه: «..إجازة التسوية الجارية بين شركة توليد جندر وشركة ميتسوبيشي اليابانية حول غرامات التأخير الناجمة عن تنفيذ العقود، شريطة أن تكون هذه التسوية في مصلحة الإدارة المستفتية»، والرأي رقم 6 لسنة 2007 في القضية رقم 421/ف لسنة 2007 (غير منشور)، وجاء فيها: «إجازة التسوية الحاصلة بين المؤسسة العامة لتوليد ونقل الطاقة الكهربائية وبين الشركة الإيطالية GTT ما دامت الإدارة المستفتية وجدت تحقيق مصلحتها في هذه التسوية..»، والرأي رقم 157 لسنة 2008 في القضية رقم 510/ف لسنة 2008 (غير منشور) وجاء فيه: «..إجازة تصفية العقد موضوع التصفية، وذلك متى قدرت الإدارة في ذلك، وعلى مسؤولية الإدارة..»، وقد وردت نفس الصيغة الأخيرة في القضية رقم 252/ف لسنة 2009 (غير منشور).

الإدارة بذلك⁽¹¹³⁾. وفي كل الحالات يُلاحظ أن مجلس الدولة السوري لا يبسط رقابته على التنازلات المتبادلة، على الرغم من حرص الأشخاص الاعتبارية العامة على التفصيل بها، إلا أن مجلس الدولة السوري حافظ على سياسته المتعلقة بعدم التطرق إلى توازن التنازلات وإن انطوت على مساس بالمال العام، مكتفياً بما يبيده الشخص الاعتباري العام المتصالح عن وجود مصلحة له في هذا الصلح⁽¹¹⁴⁾. وعلى الرغم من ذلك، يُلاحظ أن مجلس الدولة السوري يعلل إجازته لبعض عقود الصلح لعدم احتوائها على تنازل عن (الحقوق الثابتة للإدارة)⁽¹¹⁵⁾، إلا أن المجلس لم يُبين في أي من آرائه المتضمنة إجازة عقود الصلح المقصود (بالتنازل عن الحقوق الثابتة)، وإن كان ذلك يفيد بمفهوم المخالفة أن ما يصلح محلاً للصلح الإداري هو التنازل عن (الحقوق غير الثابتة)، والتي تعني المطالبات، وقد سبق أن رأينا أن المطالبة في حد ذاتها لا تعد حقاً، إنما هي حق محتمل، ومحل خلاف بين طرفي الصلح. ولعل ذلك يعطي إشارة إلى أن مجلس الدولة السوري ومن خلال حرصه على التأكد من عدم التنازل عن الحقوق الثابتة، إنما قصد حماية الأموال العامة في مواجهة التنازلات التي قد لا تكون في صالح الإدارة، ولكن دون أن ترقى هذه الرقابة في تقديرنا إلى مرتبة رقابة السخاء التي سار عليها مجلس الدولة الفرنسي، ولا سيما أنها لم تتواتر في آراء مجلس الدولة السوري التي تضمنت إجازة عقود الصلح المبرمة من قبل الأشخاص الاعتبارية العامة.

(113) الرأي رقم 65 لسنة 2006 في القضية رقم 420 لسنة 2006 (غير منشور)، وجاء فيه: «إجازة عقد التسوية المبرم بين الشركة العامة لتوليد الكهرباء وشركة فيات أفيور سيرفس الإيطالية... شريطة إقرار التسوية بقرار صريح من اللجنة الإدارية للشركة المستفتية يتضمن صراحة أن التسوية هي في صالحها...»، وقد وردت نفس الصياغة في الرأي رقم 66 لسنة 2006 في القضية رقم 419 لسنة 2006 (غير منشور).

(114) فعلى سبيل المثال عرضت وزارة الصناعة التنازلات التي تمت بموجب عقد صلح مبرم بين المؤسسة العامة للصناعات النسيجية من جهة، والشركة الصينية للصناعات النسيجية من جهة أخرى، كما يلي: تلتزم الشركة الصينية بما يلي: - تقديم قطع تبديلية بقيمة 610000 دولار أمريكي. - إيفاد خبراء عدد 10/ - تدريب عناصر عدد 20/ عنصراً. - تقديم قطع تبديلية لمدة ثلاث سنوات بقيمة 3 ملايين دولار، مقابل التزام الشركة السورية بإسقاط غرامات التأخير المترتبة على الشركة الصينية نتيجة تأخيرها في تنفيذ التزاماتها العقدية لمدة والبالغة 323 يوماً، وبما يعادل 36 مليون دولار أمريكي، وتحريرها لكفالة التأمينات النهائية البالغة 18.250 مليون دولار أمريكي، واستبدال هذه الكفالة بكفالتين مقدارهما 5.160 مليون دولار أمريكي. راجع الرأي رقم 72 في القضية رقم 542/ف، لسنة 2005 (غير منشور). ومن الملاحظ أنه بعد هذا العرض للتنازلات المتبادلة من قبل طرفي عقد الصلح، كان ينتظر من مجلس الدولة السوري في معرض إبداء الرأي حول هذا الصلح أن يتطرق إلى التنازلات المتبادلة بين طرفي الصلح، ولا سيما أن هناك اختلافاً واضحاً بين ما تنازل عنه طرفا الصلح.

(115) راجع رأي مجلس الدولة السوري رقم 216 لسنة 2003 (غير منشور)، والذي جاء فيه: «...ومن حيث إن من الواضح من كتاب الاستفتاء أنه ليس ثمة في هذه التسوية من تنازل عن حقوق ثابتة للإدارة...». وكذلك وردت نفس الصياغة في الرأي رقم 225 لسنة 2003، في القضية رقم 391 لسنة 2003 (غير منشور)، وكذلك في الرأي رقم 7 لسنة 2007 في القضية رقم 422/ف لسنة 2007 (غير منشور).

ويتبين من سياسة مجلس الدولة السوري إزاء التنازلات المتبادلة، أنه أعطى إجازته لبعض عقود الصلح، على الرغم من أن التنازلات التي كانت مقدمة من قبل الطرف الآخر عبارة عن تنازل عن الدعوى فقط، ومقابل أن تقوم الإدارة بدفع كافة مطالبات المتعاقد محل النزاع، وتجلّى ذلك خصوصاً في إطار منازعات عقود الأشغال العامة، وبالتحديد في حالة الأعمال الإضافية، حيث قبل الصلح المبرم على أساس دفع قيمة كافة الأعمال المذكورة، وليكون المقابل فقط هو التنازل عن إقامة الدعوى من قبل المتعاقد في عقد الأشغال⁽¹¹⁶⁾، وذلك على خلاف المنهج الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي، والذي اشترط في هذه الحالة أن يتم دفع قيمة الأعمال النافعة فقط بموجب الصلح، وإلا انطوى الصلح على سخاء.

ولعل من أبرز ما سار عليه مجلس الدولة السوري في إطار إجازته لعقود الصلح، هو قبوله تضمين عقود الصلح الإدارية تنازلات تتشكل من التزامات لا علاقة لها بالمعطيات الأولية للنزاع، وهو ما يعني أن المجلس أجاز ما يطلق عليه تسمية عقود الصلح المركبة، وتجلّى ذلك خصوصاً في إطار المنازعات المتعلقة بغرامات التأخير، والناجمة عن التأخير في تنفيذ عقد من العقود الإدارية من جانب المتعاقد مع الإدارة، وبحيث يجري الصلح على أساس تنازل هذه الأخيرة عن غرامات التأخير لقاء قيام المتعاقد بإنجاز بعض الأعمال المتعلقة بالعقد المبرم أساساً، كأن يقدم المتعاقد قطع غيار بما يعادل قيمة غرامات التأخير المترتبة عليه⁽¹¹⁷⁾، وهو ما يخالف ما هو سائد في فرنسا ضمن اجتهاد مجلس

(116) راجع رأي مجلس الدولة السوري رقم 211 في القضية رقم 679/ف لسنة 2005 (غير منشور)، والرأي رقم 229 لسنة 2003 (غير منشور)

(117) فعلى سبيل المثال، تم الصلح بين وزارة الكهرباء وشركة أفيو بور سيرفس الإيطالية على تنازل الدولة عن مبلغ 454281 دولاراً أمريكياً كغرامات تأخير ومبلغ 166132 دولاراً أمريكياً لقاء تعديل إجازة الاستيراد، لقاء تقديم قطع غيار من جانب الشركة الإيطالية، بقيمة تزيد على قيمة المبالغ المطلوبة، راجع الرأي رقم 66 لسنة 2006، في القضية رقم 419، لسنة 2006 (غير منشور)، كما تمت تسوية غرامات التأخير في مواجهة شركة أفيو بور سيرفس الإيطالية نفسها، ولكن على أساس عقد آخر، وبنفس الطريقة، راجع الرأي رقم 82 لسنة 2006 في القضية رقم 421 لسنة 2006 (غير منشور)، وتم الصلح بين المؤسسة العامة لتوليد ونقل الطاقة الكهربائية مع شركة التحكم والاتصالات الأردنية، وعلى أن يتم التنازل عن مبلغ 14218 دولاراً أمريكياً وهي قيمة غرامات التأخير، لقاء قيام الشركة بتوريد قطع تبديلية بما يزيد بقليل على قيمة غرامات التأخير، راجع الرأي رقم 98 لسنة 2005 في القضية رقم 561/ف لسنة 2005 (غير منشور)، كما تم التصالح مع شركة بنجر السويسرية، على أساس تنازل وزارة الصناعة عن مبلغ 586420 فرنكاً سويسرياً لقاء قيام الشركة المذكورة بالالتزامات الجديدة التالية:

- 1 - تدريب أربعة عناصر فنية من الإدارة لمدة عشرة أيام فعلية في سويسرا وعلى نفقة شركة بنجر السويسرية بالكامل.
- 2 - التزام شركة بنجر السويسرية وعلى نفقتها بالكامل بإيفاد خبيرين الأول فني والآخر إنتاجي للكشف على خط الصباغ الموضوع بالتشغيل منذ حوالي سنتين، وتأهيل الكوادر الإنتاجية العاملة على هذا الخط لمدة أسبوع.
- 3 - تلتزم شركة بنجر بتأمين قطع تبديلية بقيمة 120 ألف =

الدولة الفرنسي الذي يعد غرامات التأخير من النظام العام، ولا يمكن أن تكون محلاً للصلح، كما سيمر معنا لاحقاً.

ويبدو أن مجلس الدولة السوري لا يلتفت إلى قيمة التنازلات المتبادلة إلا إذا تم سؤاله عن ذلك من قبل الشخص الاعتباري العام المتعاقد، حيث أبدى المجلس رأيه بهذا الشأن على سبيل المثال في معرض عقد صلح ميرم بين أحد المصارف الحكومية من جهة، وأحد مدينيه بشأن نزاع حول عقد قرض، وبين رأيه في مقدار الفائدة واجبة الأداء من قبل المقترض⁽¹¹⁸⁾.

كما اتخذ مجلس الدولة السوري أحياناً مواقف غريبة تجاه التنازلات المتبادلة وعلاقتها مع عقد الصلح، حيث لا يجيز أحياناً عقد الصلح على الرغم من وجود تنازلات متبادلة من قبل طرفي العقد، حيث تعاقدت المؤسسة العامة للخطوط الحديدية السورية مع شركة (لالان) الفرنسية لتوريد ألواح خشبية معينة، بقيمة 868585 دولاراً أمريكياً، وتم توقيع (مشروع عقد) معها لم يقترن بموافقة الجهات الوصائية، مما دفع الشركة إلى إقامة دعوى أمام القضاء الفرنسي، طالبت فيها بالحكم على المؤسسة السورية بالتعويض عن ما لحقها من خسارة وما فاتها من كسب نتيجة إلغاء العقد المذكور لعدم اقترانه بموافقة الجهات الوصائية، وبعد ذلك تم إعادة التعاقد مع ذات الشركة بعد ما فشل الإعلان مجدداً لتقديم الأداءات التي كانت محلاً للعقد الملغى، وعن طريق التراضي (بلا مناقصة)، وكانت قيمة هذا العقد الجديد أقل من قيمة العقد الأول المبرم مع الشركة نفسها، إلا أن هذه الأخيرة لم تنفذ التزاماتها الناجمة عن العقد الثاني، وثابتت على الإجراءات القضائية المتخذة في فرنسا، وحصلت على حكم قضائي، ألزم المؤسسة السورية بتعويض يفوق قيمة العقد الذي تم إلغاؤه لعدم تصديق المراجع الوصائية؟ مما دفع المؤسسة السورية لعدم الالتزام بمضمون هذا الحكم، إلى أن تم الاتفاق من جديد على تنازل الشركة الفرنسية عن الحكم المذكور الصادر عن القضاء الفرنسي، مقابل التزام المؤسسة السورية بالعودة إلى تنفيذ العقد الثاني، وفتح الاعتماد الخاص بهذا العقد، لأجل دفع قيمة التوريدات للشركة الفرنسية، وعرض هذا الاتفاق الأخير على مجلس الدولة من أجل إجازته، فأنتهى المجلس إلى أن هذا الاتفاق لا يعد صلحاً يحتاج إلى إجازة المجلس، بل هو إجراء اتخذته المؤسسة المستفتية في ضوء تقديرها ومصحتها

= فرنك سويسري. راجع الرأي رقم 177 لسنة 2005 في القضية رقم 638/ف لسنة 2005 (غير منشور)، وبنفس الاتجاه الرأي رقم 6 لسنة 2007 في القضية رقم 421/ف لسنة 2007 (غير منشور)، والرأي رقم 137 في القضية رقم 446/ف لسنة 2007 (غير منشور).
(118) رأي مجلس الدولة السوري رقم 10 لسنة 2008 في القضية رقم 418 لسنة 2008 (غير منشور).

ودون أن يترتب عليها أعباء مادية⁽¹¹⁹⁾، ودون أدنى شك، فإن هذا الموقف من مجلس الدولة السوري منتقد؛ لأنه وعلى فرض لم يكن التصرف المبرم بين الطرفين صلحاً، إلا أنه كان واجباً على المجلس إعطاء التكييف الصحيح للتصرف، لأن ما قرره المجلس من أن هذا التصرف هو (إجراء) قامت به الجهة المستفتية لمصلحتها ليس تكييفاً، كما أنه واضح من مجريات الوقائع أن ما قامت به كل من المؤسسة والشركة ليس إلا صلحاً لاحقاً على حكم قضائي أنهى نزاعاً يتعلق بتنفيذ هذا الأخير، وقبلت الشركة الفرنسية بالتنازل الذي قدمته المؤسسة السورية، برضاها بإعمال مفاعيل العقد الثاني الذي تم إبرامه بالتراضي.

ومن جهة أخرى، فإن مجلس الدولة السوري أجاز تصرفات ليست في حقيقتها صلحاً، لعدم احتوائها على تنازلات متبادلة، حيث عرض على المجلس عقد، تنازل بموجبه أحد المالكين عن جزء من عقار لمصلحة الإدارة مقابل أن تتنازل هذه الأخيرة عن حق الإيجار الخاص بالعقار ذاته، ودون وجود نزاع حول هذا الأمر⁽¹²⁰⁾، ومن الواضح في هذه الحالة أن هذا التصرف ليس صلحاً، إنما هو في حقيقته عقد بيع لعقار، والتمن هو القيمة المعادلة لحق إيجار العقار التجاري.

كما قبل مجلس الدولة السوري أحياناً إجازة عقود الصلح على الرغم من عدم توازن التنازلات، واختلالها بشكل واضح لمصلحة الإدارة، فقد رفضت الإدارة توريدات محل عقد توريد لمخالفتها لإحدى المواصفات العقدية لدى الاستلام الأولي، وبادرت بشرائها على حساب المتعاقد، مما دفع هذا الأخير إلى إبرام صلح مع الإدارة، قدم بموجبه التوريدات مجاناً بلا مقابل، على أن يتم إسقاط كافة الجزاءات العقدية عنه⁽¹²¹⁾.

أما في قطر، فيلاحظ أنه لا توجد تطبيقات قضائية بشأن التنازلات المتبادلة في عقود الصلح الإدارية، إلا أن هناك أحكاماً هامة في هذا المجال يمكن أن تطبق في إطار عقود الصلح الإدارية، وقد وردت في القانون المدني القطري، حيث إن القانون المدني القطري لم يمنع الادعاء بالغبين في عقود الصلح كما فعل القانون المدني الفرنسي⁽¹²²⁾، لذلك تطبق بهذا الشأن القواعد العامة للغبين التي أتى بها القانون المذكور، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (144) من القانون المدني القطري على أنه: «إذا نتج غبن فاحش للدولة أو لغيرها

(119) راجع: رأي مجلس الدولة السوري رقم 219 لسنة 2003 (غير منشور).

(120) راجع: رأي مجلس الدولة السوري رقم 199 لسنة 2007 في القضية رقم 617 /ف لسنة 2007، (غير منشور).

(121) راجع: رأي مجلس الدولة السوري رقم 175 لسنة 2005، في القضية رقم 634/ف لسنة 2005 (غير منشور).

(122) راجع ما ورد ذكره في الهامش رقم 43.

من الأشخاص الاعتبارية العامة أو لأحد عديمي الأهلية أو ناقصيها أو لجهة الوقف، جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر أو تعديل التزامه هو بما يرفع عنه الفحش في الغبن»، كما نصت الفقرة الثانية من المادة (144) ذاتها على أنه: «يعد الغبن فاحشاً إذا زاد عند إبرام العقد على الخمس»، وبتطبيق ذلك على عقود الصلح التي تبرمها الأشخاص الاعتبارية العامة في قطر، يمكن القول بأنه إذا غبن الشخص العام في معرض تقديم تنازلاته غبناً فاحشاً، فيمكنه عندئذ أن يطالب بتطبيق المادة (144) من القانون المدني، والتي تقضي بتعديل مضمون هذه التنازلات بما يرفع عنه الغبن، وفي رأينا، فإنه في ضوء المعطيات القانونية الحالية في قطر، فإن التنازل المقدم من الأشخاص العامة في معرض إبرامها لعقود الصلح يعد سخاءً إذا تجاوز الغبن فيه مقدار الخمس، لأنه في هذه الحالة فقط يحق لهذه الأشخاص أن تطلب رفع الغبن.

المبحث الثاني المحل المشروع: نطاق محل عقد الصلح الإداري وفقاً لمتطلبات النظام العام

يجب أن يكون الصلح مشروعاً سواء أكان مدنياً أم إدارياً، وإن القاعدة العامة التي ينص عليها القانون المدني، والمتعلقة بضرورة توافق محل العقد مع مقتضيات النظام العام والآداب⁽¹²³⁾، تطبق في مجال عقود الصلح الإدارية كما تطبق في مجال عقود الصلح المدنية⁽¹²⁴⁾، بل إن ضرورة احترام النظام العام يتبدى بشكل أكثر وضوحاً⁽¹²⁵⁾، وخصوصية في إطار الصلح الإداري⁽¹²⁶⁾، وهو ما ينتج عنه أولاً أن هناك مجالات مختلفة لا يمكن أن يكون للصلح دور فيها، أي لا يجوز أن تحل المنازعات الخاصة بها عن طريق الصلح، تحت طائلة البطلان⁽¹²⁷⁾. كما ينتج عنه ثانياً أنه خارج نطاق النظام العام، تتمتع الإدارة بهامش من التحرك، ويمكنها أن تحل أي نزاع صلحاً⁽¹²⁸⁾، وسوف نبحت في هذه المجالات الخارجة عن نطاق الصلح.

المطلب الأول

المجالات التي لا يمكن التعاقد عليها أساساً لا يجوز التصالح عليها أيضاً

يمكن تعريف المجال العقدي بأنه ذلك النطاق أو الحيز القانوني الذي يمكن أن تتحرك ضمنه إرادات الأطراف عند إبرام الروابط العقدية⁽¹²⁹⁾، وهناك مجالات لا يمكن أن تكون محلاً لأي عقد في القانون الإداري، ومن ثم لا يمكن أن تكون محلاً للصلح بحسبانه تصرفاً عقدياً من شأنه أن يحسم المنازعات المتعلقة بهذه المجالات، وتتمثل هذه المجالات بما يلي:

(123) راجع: المادة (6) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (136) من القانون المدني السوري، والمادة (157) من القانون المدني القطري.

(124) Cornu, J., op.cit., p.49 et s. Chatelier L.G, Transaction, Répertoire de contentieux administratif, op.cit., n°29. Yolka Ph., op.cit., p.603.

(125) Le Chatelier L.G, Transaction, Répertoire de contentieux administratif, op.cit, n°29. Cornu J, op.cit, p.42 et s.

(126) Hoepffner H., Droit des contrats administratifs, Dalloz, Paris, 2016, p. 485. Yolka Ph, op.cit., p.603. Rayssac R., op.cit., p.127.

(127) Le Chatelier. L.G., Transaction, Répertoire de contentieux administratif, op.cit, n°30. Rayssac R., op.cit., p.127.

(128) Rayssac R., Ibid, p.127.

(129) د. مهني نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص51.

أولاً- الاختصاصات الإدارية:

إن الاختصاصات الإدارية تحدد بمقتضى النصوص القانونية، وتسنَد إما للأشخاص الاعتبارية العامة أو للعاملين فيها، وهي لا تشكل طبعاً حقوقاً، بل هي تعطى لهؤلاء ضمن المصلحة العامة، وهو ما يمنع أن تكون محلاً لتصرف عقدي⁽¹³⁰⁾. لذلك لا يمكن التنازل عن اختصاصات محددة من قبل الأشخاص العامة عن طريق إبرامها لعقود الصلح⁽¹³¹⁾. ولعل الضبط الإداري هو من أهم الاختصاصات التي تخرج عن مجال التعاقد عموماً، والصلح خصوصاً⁽¹³²⁾. فالضبط الإداري يعد من عمليات السلطة العامة، تلك العمليات التي لا يمكن للإدارة أن تقدم على إبرام عقود مع الأفراد في سبيل إنجازها، لأنها ذات طابع سيادي⁽¹³³⁾، ولا يمكن أن تباشر إلا من جانب الإدارة مباشرة، وعن طريق القرارات الإدارية حصراً، ومن ثم فلا يجوز ممارستها تحت أي صيغة أخرى للتصرفات القانونية⁽¹³⁴⁾. ومن ثم توجد تقليدياً حالة من عدم التوافق بين ممارسة سلطات الضبط الإداري، والآليات التعاقدية⁽¹³⁵⁾.

وعلى الرغم من ندرة الاجتهادات القضائية في مجال التصالح إدارياً على ممارسة اختصاصات الضبط الإداري، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي أبطل صلحاً مبرماً في مجال ممارسة اختصاصات الضبط الإداري، وكان هذا الصلح مبرماً بين عمدة إحدى البلديات بما له من اختصاصات ضبطية من جهة، ومالك عقار مهدد بالسقوط من جهة أخرى، والذي يُشكل خطراً على الأمن العام والصحة العامة، وذلك على أساس أن العمدة لا يمكن أن يجعل اختصاصاته الضبطية محلاً لعقد الصلح⁽¹³⁶⁾.

ثانياً- الأموال العامة:

إن الأموال العامة محكومة بمبدأ عدم المساس *Principe d'inaliénabilité*، والذي يعني حظر أي تصرف في ملكية المال العام بأي شكل كان، ومن ثم فإنه لا يجوز التنازل عن هذا المال إطلاقاً، عن طريق التصرفات العقدية أو غيرها، وذلك كله نتيجة تخصيصه للمنفعة العامة، ولاستعمال العموم⁽¹³⁷⁾. وقد تبنت التشريعات المقارنة في فرنسا

(130) Richer L., Droit des contrats administratifs, op.cit., p.124.

(131) Yolka.PH, op.cit., p.49 et s.

(132) Moreau J., Les « matières contractuelles », AJDA, 1998, p.747.

(133) Moreau J., Ibid, p.747.

(134) Richer L., Présence du contrat en la police administrative, A.J.D.A, 1999, p.34.

(135) Richer L., Présence du contrat, Ibid, p.35.

(136) Conseil de préfecture de Lille; 18-5-1953, Maire de Moureaux contre Lagache, Cité par Rayssac R., op.cit., p.138 et Le Chatellier G., op.cit., n°30.

(137) Gaudement Y., Traité de droit administratif, Droit administratif des biens, Paris, 2012, p.202. Godfrin.

= PH- Degoffé M., Droit administratif des biens, Paris, 2012, p.202. Auby.J.M – Bon.P –Auby.J.B-

وسورية وقطر هذا المبدأ⁽¹³⁸⁾، ومن ثم فإنه لا يمكن التنازل عن أجزاء من الأموال العامة عن طريق الصلح⁽¹³⁹⁾، فإذا ما تم إبرام عقد صلح إداري، أدى بدوره إلى التنازل عن أجزاء من المال العام، فإن مثل هذا التصرف يعد تصرفاً واقعاً على المال العام، وتنازلاً عن أجزاء منه⁽¹⁴⁰⁾، ويقع باطلاً⁽¹⁴¹⁾. ولا يجوز إبرام الصلح بين الإدارة والغير في إطار تعيين حدود المال العام، حيث إن هذه الحدود لا تعين إلا بالأسلوب الانفرادي، أي عن طريق قرارات إدارية، وبعيداً عن الآليات العقدية⁽¹⁴²⁾، وتحت طائلة البطلان.

ثالثاً- عدم جواز أن يتضمن عقد الصلح الإداري شرطاً تحكيمياً:

حيث لا يجوز لعقد الصلح الإداري أن يتضمن شرطاً تحكيمياً، ويقع ذلك ضمن الحظر العام في فرنسا على الأشخاص الاعتبارية العامة في اللجوء إلى التحكيم⁽¹⁴³⁾، ومن ثم لا يجوز لهذه الأشخاص أن تضمن عقود الصلح الإدارية شرطاً يقضي بحل المنازعات المتعلقة بتنفيذ عقد الصلح عن طريق التحكيم⁽¹⁴⁴⁾، إلا أن مثل هذا الحظر لا يسري بالنسبة لعقود الصلح الإدارية التي تبرمها الأشخاص الاعتبارية العامة في سورية وقطر، حيث يمكن لها إدراج شروط تحكيمية لحل المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصلح، لأن المشرع يبيح

= Terneyre.PH, Droit administratif des biens, Dalloz, Paris, 2011, p.166.

وراجع في مفهوم عدم المساس خصوصاً من الناحية التأصيلية: د. مهدي نوح، الأموال العامة: جدلية العلاقة بين الحماية والتنمية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2016، ص 297 وما بعدها.

(138) راجع المادة (L- 11311) من التقنين العام للملكية الأشخاص العامة الفرنسي، والمادة (1-1311) من التقنين العام للجماعات الإقليمية الفرنسي، والمادة الأولى من القانون رقم 10 لسنة 1987 القطري، والمادة (90) من القانون المدني السوري.

(139) Cornu J., op.cit., p.43. Yolka PH., op.cit., p.603. Le Chatellier G., Op.cit., n°30.

(140) Gaudement.Y, Traité de droit administratif, op.cit., p.199 et.S. Godfrin.PH- Degoffe.M, op.cit., p.203. Auby J.M – Bon.P –Auby J.B-Terneyre PH, op.cit., p.12.

(141) C.E, 1-3-1989, Bérou, D.adm.1989,n° 244.

(142) Godfrin.PH- Degoffe M, op.cit, pp.85-88. Auby J.M – Bon.P –Auby J.B-Terneyre.PH, op.cit., p.86.

(143) يوجد الأساس التشريعي لهذا الحظر في فرنسا في المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب قانون 1972/7/5، والتي تنص على ما يلي: «لا يمكن للأشخاص العامة أن تلجأ للتحكيم لحل المنازعات الخاصة بها...»، وبالطبع فإن هذا الموقف التشريعي كان مدعوماً بموقف حازم للقضاء الإداري الفرنسي، راجع:

Laubadère A. – Delvolvé P. – Moderne F., Traité des contrats administratifs, T2, L.G.D.J, Paris, 1984, p.950.

Braconnier S., Précis du droit des marchés publics, Le Moniteur, Paris,2007, p.450. Hoepffner H., op.cit., p.493.

.Foussard D., L'arbitrage en droit administrative, A.J.D.A, R.arb, 1990, p.8-

ومن المعروف أن هناك حالات استثنائية يبيح فيها المشرع الفرنسي للأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتها، راجع في ذلك: Foussard.D, ibid, p.16 ets. Hoepffner H. op.cit., p.493 (144) Le Chatellier G., Op.cit.,n°31.

التحكيم في العقود الإدارية كأصل عام⁽¹⁴⁵⁾.

رابعاً- عدم جواز الصلح على غرامات التأخير:

حيث لا يجوز في فرنسا أن يتم التصالح على مبلغ غرامات التأخير المستحق للإدارة في مواجهة متعاقدتها في إطار عقود الشراء العام⁽¹⁴⁶⁾، وذلك يشمل جميع عقود الشراء العام *contrats des marchés publics* دون غيرها من العقود الإدارية⁽¹⁴⁷⁾، وهو الأمر الذي نص عليه صراحة المنشور الدوري الصادر عن الوزير الأول في فرنسا بتاريخ 2009/10/12، والمتعلق بالصلح في مجال عقود الطلب العام⁽¹⁴⁸⁾. وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي ذلك بشكل جامد، حيث قضى بأنه من المستحيل التصالح على دفع غرامات التأخير المترتبة لمصلحة الإدارة في مواجهة متعاقدتها⁽¹⁴⁹⁾، بل أجاز المجلس ذاته التصالح على قيمة العقد الأساسية، وشدد على عدم إمكانية التصالح على غرامات التأخير⁽¹⁵⁰⁾.

ولا يوجد وضع مشابه في سورية وقطر، حيث لا يوجد نص تشريعي مماثل يحظر التصالح على مبلغ غرامات التأخير، بل إن مجلس الدولة السوري أجاز الكثير من عقود الصلح الإدارية التي تتضمن تنازلاً عن غرامات التأخير من قبل الإدارة، مقابل التزام يقوم به المتعاقد معها، كتوريد قطع تبديل إضافية، أو إنجاز أشغال تكميلية⁽¹⁵¹⁾.

(145) لقد أقر المشرع السوري إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بشكل مبكر جداً، وكان ذلك منذ 1969، بموجب المادة (75) من المرسوم التشريعي 228 لسنة 1969، وقد تكررت هذه الإباحة في قانون المشتريات الحكومية الحالي رقم 51 لسنة 2004 وفي المادة 66 منه، وكرر المشرع إجازته في المادة (2) من قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008، أما في قطر فقد أباح المشرع أيضاً لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة إلى التحكيم في عقود التوريد والأشغال والخدمات بموجب المادة (10) من قانون المناقصات والمزايدات رقم 26 لسنة 2005، والمعدلة بالقانون رقم 22 لسنة 2008، وقد استقر المشرع القطري على ذلك في قانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم 24 لسنة 2015 وبالتحديد في المادة (39) منه، وأجاز المشرع القطري مؤخراً التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام مع صدور قانون التحكيم الجديد رقم 2 لسنة 2017، وذلك في المادة (2) منه.

(146) المادة 67 من القانون رقم 94-675 تاريخ 1994/8/8.

(147) Le Chatellier G., Op.cit., n°36. Yolka. PH., Op.cit., p.603. Dyens.S, Recourir à la transaction dans les collectivités territoriales, Droit Administratif n° 5, Mai 2015, prat.5. Richer.L, Droit des contrats administratifs, op.cit, p.283. Hoepffner.H, op.cit, p.485.

(148) Linditch F., op.cit., p.2243.

(149) C.E, 17-10-2003, Min de l'intérieur – synd.intercom d'assainissement Le Beauset, Dr.adm, 2003, n°239.

(150) C.E, 10-11-2004, Entreprise Paul Millet, req n°256031.

(151) رأي مجلس الدولة السوري رقم 189 لسنة 2008 في القضية رقم 495/ف لسنة 2008، (غير منشور)، وذلك في مجال الصلح على غرامات تأخير متعلق بتنفيذ أشغال عامة، والرأي رقم 7 لسنة 2007 في القضية رقم 422/ف لسنة 2007 (غير منشور)، والرأي رقم 6 لسنة 2007 في القضية رقم 421/ف لسنة 2007 (غير منشور) بشأن الصلح على غرامات تأخير مترتبة على التأخير في تنفيذ عقود توريد.

خامساً- عدم جواز التصالح على المسؤولية العقدية:

وهذه الحالة توجد في فرنسا، حيث لا يجوز للبلديات⁽¹⁵²⁾ أو المحافظات⁽¹⁵³⁾، أن تتنازل عن طريق عقد صلح عن ممارسة أي دعوى تتعلق بالمسؤولية العقدية في مواجهة أحد متعاقديها⁽¹⁵⁴⁾، وهو ما طبقه مجلس الدولة الفرنسي في مجال عقود الأشغال، حين قضى بعدم جواز أن يتم التصالح بين الشخص الاعتباري العام بحسابه رب عمل، والمقاول، عن الأخطاء التي يسببها هذا المقاول في معرض تنفيذه للأشغال؛ لأن ذلك يؤدي إلى وجود أشغال منفذة على أساس عقد صلح لا عقد أشغال⁽¹⁵⁵⁾، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي طبق هذه القاعدة بمرونة، حيث قضى بأن هذه الأحكام المقيّدة للصلح في مجال المسؤولية العقدية، يجب أن تفسر بدقة ولاسيما في إطار متطلبات الحرية التعاقدية، لذلك فإنه إذا كان لا يجوز التنازل صلحا عن المسؤولية، فإنه يمكن إدراج شرط في العقد يتعلق بتقييد المسؤولية⁽¹⁵⁶⁾.

المطلب الثاني

عدم جواز إبرام عقود الصلح الإدارية في مجال المشروعية الإدارية

من حيث المبدأ يتمتع كل شخص بالحرية في الامتناع عن رفع دعوى الإلغاء في مواجهة قرار إداري غير مشروع، إلا أنه عندما يتم الامتناع عن رفع دعوى الإلغاء فإن ذلك لا يعني التنازل عن ممارسة هذه الدعوى، فالامتناع *L'abstention* يختلف عن التنازل والذي يمكن تعريفه بأنه تعبير عن إرادة الشخص المتنازل عن حق يعترف به القانون⁽¹⁵⁷⁾.

ويطرح مثل هذا التنازل في نطاق العلاقة بين الصلح ودعوى الإلغاء، فقد يبرم عقد صلح، بحيث يقوم بموجبه بعض الأشخاص بالتخلي عن ممارسة دعوى الإلغاء في مواجهة قرارات إدارية محددة، وذلك مقابل أفضليات معينة، قد تتمثل خصوصاً في الحصول على مقابل مالي لقاء هذا التنازل، وليس شرطاً أن يكون الطرف المستفيد من التنازل هي الجهة الإدارية التي أصدرت القرار غير المشروع، والذي يمكن أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء، بل قد يكون شخص آخر مستفيداً من هذا القرار، ومقابل أن يقوم هذا الأخير بتقديم المقابل المتفق عليه لصالح الطرف المتنازل، وذلك كله لأجل تفادي الأضرار التي

(152) المادة ل. 1231 - 10 من التقنين العام للجماعات الإقليمية الفرنسي.

(153) المادة 4142 - 4 من التقنين العام للجماعات الإقليمية الفرنسي.

(154) Le Chatellier G., Op.cit., n°38.

(155) C.E, 22-7-1992, Société national de construction, D, 1993, Somm, p.202, obs, Terneyre.

(156) C.E, 28-1-1998, Sté Borg Warner, R., p.20.

(157) Alhama F., Transaction et renonciation à l'exercice du recours pour excès de pouvoir, RFDA, 2017, p.503.

يمكن أن تنتج فيما لو رفعت دعوى الإلغاء، بسبب طول إجراءات التقاضي، وكذلك بسبب الإلغاء الذي يمكن أن يصيب القرار محل الصلح. ومن هنا تبرز أهمية عقد الصلح في هذه الحالة، لأن من شأنه أن يؤدي إلى وضع القرار في مأمن من دعوى الإلغاء، ومن غير إبرام مثل هذا الصلح، فإن الطرف الآخر في هذا العقد، يمكن أن يثير دعوى الإلغاء دوماً، إن لم يتنازل عن ممارسة دعوى الإلغاء في مواجهة هذا القرار⁽¹⁵⁸⁾.

وقد رفضت الغالبية العظمى من الفقه الفرنسي هذا الطرح، على أساس أنه ليكون الصلح صحيحاً لا يجوز أن يخالف أي قاعدة من النظام العام، وحيث إن دعوى الإلغاء من النظام العام، فإن التنازل عنها صلحاً يعد مخالفاً للنظام العام⁽¹⁵⁹⁾، وعلى هذا الأساس لا يمكن للإدارة أن تتصالح على المسائل المتعلقة بالمشروعية الموضوعية⁽¹⁶⁰⁾ *Légalité objective*، فالصلح فكرة تتعارض مع فكرة المشروعية⁽¹⁶¹⁾، فلا يمكن اللجوء إلى الصلح لأجل استبعاد ممارسة الدعوى القضائية التي تهدف إلى حماية المشروعية الإدارية⁽¹⁶²⁾، ومن ثم لا يجوز استخدام الصلح لأجل تغطية المشروعية الخاطئة⁽¹⁶³⁾، ولا يحق للإدارة أن تبرم صلحاً لأجل قبول أحد الأفراد قراراً غير مشروع في حيز الوجود القانوني مقابل دفع تعويض له⁽¹⁶⁴⁾، حيث إنها في هذه الحالة تقدم على إجراء غير مشروع، بل يجب على الإدارة عندئذ أن تقوم بسحب القرار غير المشروع، إذا كانت مدة الدعوى القضائية لا تزال قيد النفاذ بالنسبة للقرارات الفردية، أما بالنسبة للقرارات التنظيمية، فإن الإدارة تستطيع إلغائها في كل وقت⁽¹⁶⁵⁾.

ويؤكد جانب من الفقه الفرنسي ذلك على أساس أن التقنية الصلحية القائمة على التفاوض والتراضي، لا تتوافق مع ضرورات الانفرادية⁽¹⁶⁶⁾ *Les exigence d'unilateralité*، وهو ما يعني من حيث النتيجة أن الإدارة لا يمكن أن تتصالح على ممارسة امتيازات السلطة العامة الممنوحة لها بموجب النصوص في سبيل تحقيق المصلحة العامة، وتأتي القرارات الإدارية في طليعة هذه الامتيازات التي لا يجوز أن تكون محلاً

(158) Alhama F., *ibid*, p.503.

(159) Alhama F., *ibid*, p.510. Chapus R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Paris, 2008, p.132.

(160) Hoepffner H., *op.cit.*, p.493.

(161) Florence N., *Impossibilité de renoncer par transaction à exercer le recours pour accès de pouvoir*, *Droit admin*, n°1, Janvier, 2008, com8. Lyon-Caen A., *op.cit.*, p.48.

(162) Chapus R., *op.cit.*, p.956.

(163) Florence N., *op.cit.*, com8.

(164) Yolka P., *op.cit.*, p.603.

(165) وهذا ما نص عليه المنشور الدوري الصادر عن الوزير الأول في فرنسا بتاريخ 1995/6/2، راجع:

Le Chatellier G., *Op.cit.*, n°33. Yolka PH., *Op.cit.*, p.603. Cornu J., *Op.cit.*, p.44. Rayssac R., *Op.cit.*, p.134.

(166) Florence N., *op.cit.*, comm.8.

لتصرف تعاقدية صليحي⁽¹⁶⁷⁾، وإن عدم جواز التصالح على المسائل المتعلقة بالمشروعية هو الذي يحظر في الوقت نفسه عدم جواز تنازل الفرد عن حقه في رفع دعوى الإلغاء صلحاً في مواجهة قرار إداري غير مشروع⁽¹⁶⁸⁾، وهو ما يعني عدم جواز تضمين الصلح بأي شكل كان التزاماً يتعلق بتنازل أحد الأطراف عن رفع دعوى إلغاء، أو بتنازله عن الدعوى إذا كانت مرفوعة فعلاً أمام المحكمة⁽¹⁶⁹⁾.

وعلى الرغم من أن هناك حكماً قديماً لمجلس الدولة الفرنسي، قبل بموجبه تنازل أحد الأشخاص عن ممارسة دعوى الإلغاء في مواجهة قرار إداري على أساس عقدي⁽¹⁷⁰⁾، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي عموماً تراجع عن ذلك، واستقر على المبدأ الذي يقول بحظر التنازل عن دعوى الإلغاء بطريق الصلح⁽¹⁷¹⁾، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى عدم جواز التنازل صلحاً عن اللجوء إلى دعوى إلغاء في مواجهة قرار إداري قبل صدوره، أو قبل نفاذه⁽¹⁷²⁾، بمعنى أنه لا يجوز التنازل عن دعوى الإلغاء في مواجهة قرار إداري قبل أن يتحقق وجوده القانوني، مما فسره بعض الفقه بمفهوم المخالفة أنه يمكن التصالح على عدم اللجوء إلى دعوى الإلغاء إذا تحقق الوجود القانوني للقرار الإداري بصدوره ونفاذه⁽¹⁷³⁾.

وقد تم تبرير مبدأ حظر التصالح على التنازل عن دعوى الإلغاء على أساس الطبيعة الموضوعية Caractère objectif لهذه الدعوى⁽¹⁷⁴⁾ بحكم أن محل دعوى الإلغاء هو حماية المشروعية، وليس حماية الحقوق الذاتية⁽¹⁷⁵⁾ Les droits subjectifs؛ ولأن اللجوء إلى هذه الدعوى يعد من المبادئ العامة للقانون⁽¹⁷⁶⁾، وأن التنازل عن ممارستها يعد إخلالاً بقواعد النظام العام⁽¹⁷⁷⁾. كما أن حظر التنازل عن دعوى الإلغاء يبرر كون الحق في هذه

(167) Yolka P., Op.cit., p.603. Le Chatellier G., Op.cit., n°32.

(168) Rayssac R., Op.cit., p.133. Yolka PH., Op.cit., p.603. Le Chatellier G., Op.cit., n°34. Florence N., Op.cit., comm.8.

(169) Florence N., Ibid, comm.8.

(170) C.E, sect., 29 mars 1935, Pérignon et a., (a contrario), Lebon p.410; S., 1936, III, p.97, note. Alibert. R

(171) Alhama F., Op.cit, p.504.

(172) CE, 13 févr. 1948, Louarn, Lebon p.79. CE, 19 nov. 1955, Andréani, Lebon p.551 ; RPDA 1956. 25, concl. P. Landron.

(173) Alhama F., Op.cit, p.504.

(174) C. E, Ass. 19-11-1955, Sieur Andréani, R.P551. C.E, 2-2-2996, Sté établissement Croquet, n°152406. R.P26.

(175) CAA Paris, 30 déc. 1996, Boyer, Lebon T. p. 1073 ; JCP juin 1997, n° 26, II, 22871, p. 313, note Haïm.V.

(176) T.A, Amiens, 14-4-2007, n°040087, A.J.D.A, 2007, 2013.

(177) T.A, Amiens, 14-4-2007, précité. T.A, Strasbourg. 21-6-2011, Knoerr et adam, req.n°7005307.

الدعوى يعد مبدأً ذا قيمة دستورية⁽¹⁷⁸⁾، وفقاً لما قرره المجلس الدستوري الفرنسي⁽¹⁷⁹⁾، بل برر جانب من الفقه الفرنسي عدم جواز التنازل عن دعوى الإلغاء بطريق الصلح بسبب تاريخي يتمثل في أن هذه الدعوى تعد حجر الزاوية في القانون الإداري الفرنسي⁽¹⁸⁰⁾.

وتطبيقاً للحظر المذكور، فقد تواترت أحكام القضاء الإداري الفرنسي التي تقبل دعوى الإلغاء في مواجهة قرار إداري، على الرغم من وجود صلح ينص على التنازل عن هذه الدعوى من جانب أحد أطراف الصلح، مهما كان مضمون الصلح ومداه⁽¹⁸¹⁾، ومن قبيل ذلك، ما حكمت به محكمة الاستئناف الإدارية في نانت أن الصلح المبرم بين موظف مفسول والإدارة التي يعمل في ملاكها، في سبيل وضع نهاية للنزاع الناشب بينهما، لا يحول دون قبول دعوى الإلغاء المرفوعة من الموظف المذكور في مواجهة قرار الفصل⁽¹⁸²⁾. كما قضت محكمة الاستئناف الإدارية في ليون أن الصلح المبرم بين المستفيد من رخصة بناء من جهة وأحد الأغيار من جهة أخرى، لا يحول دون قيام هذا الغير برفع دعوى الإلغاء في مواجهة القرار المتضمن منح الرخصة المذكورة⁽¹⁸³⁾، وهي ذات الحالة التي قضت فيها محكمة استئناف مرسيليا الإدارية، وبذات الاتجاه⁽¹⁸⁴⁾. وفي ذات المعنى ذهب الكثير من المحاكم الإدارية⁽¹⁸⁵⁾.

وبالنتيجة لما تقدم فإن الالتزام الناجم عن عقد الصلح، والمتضمن التنازل عن رفع دعوى الإلغاء لا يؤدي إلى عدم قبول هذه الدعوى، ومن ثم فإن الشيء المتصالح عليه Le chose transigée لا يعد عندئذ حجة على الأطراف⁽¹⁸⁶⁾. وحتى حين يتفق الأطراف على الترك Le désistement في إطار دعوى الإلغاء⁽¹⁸⁷⁾، واستناداً إلى صلح مبرم بين

(178) Florence.N, Op.cit, comm.8. Le Chatellier.G, Op.cit, n°34.

(179) C.C, 9-4-1996, Dec.n°96-373, Statut d'autonomie de la Polynésie Française, R, 1996, p.43. C.C, 21-1-1994, Dec.n°93-335, Urbanisme et construction, R, 1994, p.40.

(180) Merenne S., La transaction portant sur un recours pour excès de pouvoir, AJDA, 2015, p.993.

(181) Alhama F., op.cit, p.505.

(182) CAA Nantes, 25 mars 1999, Chambre de commerce et d'industrie du Mans et de la Sarthe.

(183) CAA Lyon, 19 févr. 2008, Baillet, nos 06LY00104, 06LY00105 et 06LY00106,

(184) CAA Marseille, 6 oct. 2016, Société Océanis promotion, n° 13MA03759.

(185) فقد ذهبت المحكمة الإدارية في Cergy-Pontoise أن الصلح المبرم بين شركة مدنية للاستثمار الزراعي من مستأجر لديها في سبيل فسخ عقد الإيجار، لا يحول دون قيام الشركة بالطعن بالقرار الصادر عن المحافظ والذي رخص الإيجار المذكور، على أساس المادة (411 - 32 L) من التقنين الزراعي، راجع:

TA Cergy-Pontoise, 1er juill. 2011, n° 0912515, SCEA Bolle fils

وكذلك ذهبت المحكمة الإدارية في Amiens أن الصلح المبرم مع موظف بشأن إنهاء عقده، لا يمنع هذا الأخير من رفع دعوى الإلغاء في مواجهة القرار المتعلق بإنهاء هذا العقد. راجع:

TA Amiens, 24 avr. 2007, n° 0400871, Raskin, Dr. adm. janv. 2008, 8, comm. F. Nicoud ; AJFP 2008. 54

(186) Chapus R., op. cit., p.390. Alhama F., op.cit, p.505.

(187) الترك يعني اتفاق أطراف الدعوى على وضع نهاية لها، ومن ثم فإنه يؤدي إلى النزول عن الدعوى، =

المدعي والإدارة، فإن مجلس الدولة الفرنسي قرر إمكانية أن يعود المدعي عن هذا الترك، طالما أن القاضي لم يصدر حكماً في الدعوى، وعلى الرغم من قبول هذا الترك من قبل الإدارة استناداً إلى الصلح المذكور⁽¹⁸⁸⁾.

ونتيجة لما تقدم يلاحظ أنه عندما يكون هناك تنازع بين المنطق العقدي (المتعلق بالقوة الملزمة لعقد الصلح) من جهة، والمنطق الإجرائي (المتعلق بقبول دعوى الإلغاء على الرغم من التنازل أو الترك)، فإن القضاء الإداري الفرنسي، يغلب المنطق الإجرائي على المنطق العقدي⁽¹⁸⁹⁾، إلا أن مثل هذا الوضع يجب ألا يفهم على أساس أن المدعي في دعوى الإلغاء يستطيع التجاوز عن التزامه الصلحي الذي أدى إلى التنازل أو الترك، دون مؤيد قانوني⁽¹⁹⁰⁾، فإذا كان مثل هذا الوضع يمكن أن يتحقق على المستوى الإجرائي، إلا أنه على المستوى العقدي من شأنه أن يثير المسؤولية العقدية للمدعي، على أساس الإخلال بالتزاماته الناجمة عن عقد الصلح⁽¹⁹¹⁾.

ولكن وعلى الرغم من ذلك، فإن هذا الوضع كان مثار انتقاد الفقه، لأنه من جهة أولى أباح الفسخ الانفرادي لعقد الصلح من جانب المدعي، ومن جهة ثانية أدى إلى التجاوز على الضمانات التي يحصل عليها الأطراف من عقد الصلح، لأنه من حيث النتيجة يحرم الصلح من أي فعالية⁽¹⁹²⁾.

ولعل أهم النتائج التي تترتب على ذلك، هي اقتصار الصلح الإداري على مجالات دعوى القضاء الكامل، ومن ثم فإن نطاق الصلح الإداري يقتصر على منازعات الحقوق الشخصية فقط⁽¹⁹³⁾، حيث قبل مجلس الدولة الفرنسي إبرام عقود الصلح من قبل الإدارة، في مجال مسؤولية الإدارة منذ زمن طويل⁽¹⁹⁴⁾. وهذا المجال هو المجال الأثير للصلح

= دون التنازل عن الحق، وعندما يكون الأمر كذلك، فإن الترك لا يؤدي إلى وضع نهاية للنزاع، إنما إلى وضع نهاية لإجراء محدد، ويستطيع المدعي رفع الدعوى من جديد، ومن جهة أخرى، قد يتضمن الترك نزولاً عن الحق، وهذا الإجراء يتمتع بفعالية كبيرة، لأنه ليس نزولاً عن دعوى مرفوعة فقط، إنما هو نزول عن موضوع الحق ذاته، وهي المطالبة التي تكون أساساً للدعاء، وهو ما يؤدي إلى استحالة تقديم مطالبات قضائية جديدة حول الموضوع ذاته، ويمكن أن يكون الترك كلياً ومنصباً على جميع مطالبات المدعي، كما يمكن أن يكون جزئياً مقتصرًا على بعضها، راجع:

Terneyre Ph., Désistement et transaction en matière de marché public: irrecevabilité de la demande en réparation des fautes commises dans les travaux de réfection, D, 1993, p.202

(188) CE, 21 avr. 1944, Société Dockès frères, R.p.120.

(189) Alhama F., Op. cit, p.508.

(190) Alhama F., Ibid, p.507.

(191) Alhama F., Ibid, p.507.

(192) Alhama.F, Ibid, p.508.

(193) Florence, Op.cit., comm.8.

(194) C.E, 9-11-1949, Maraquis, R.P470.

الإداري، وسواء أكانت هذه المسؤولية قائمة على أساس الخطأ، أم على الخطر، أم على أساس المساواة أمام الأعباء العامة⁽¹⁹⁵⁾. وكذلك، فإن اللجوء إلى الصلح مقبول في مجال المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية⁽¹⁹⁶⁾ ولاسيما في إطار عقود الأشغال العامة⁽¹⁹⁷⁾، وكذلك يتدخل الصلح في مجال العقود الإدارية، حيث يتم إبطال هذه العقود، مع وجود أدعاءات تعاقدية منقذة من قبل المتعاقد في العقد الباطل⁽¹⁹⁸⁾، حيث يتم التصالح مع هذا المتعاقد على أساس تعويضه عن النفقات النافعة التي أنفقها فقط، على أرضية الإثراء بلا سبب، كما أقرها اجتهاد القضاء الإداري، مع تنازل المتعاقد عن جزء من التعويض المستحق⁽¹⁹⁹⁾، وهو الأمر الذي أكدته المنشور الدوري الصادر عن الوزير الأول في فرنسا بتاريخ 2009/10/12⁽²⁰⁰⁾، وعلى أن تؤخذ بالحسبان دوماً المسؤولية التقصيرية المتعلقة بالخطأ الصادر عن الإدارة أو متعاقدتها، والذي أدى إلى بطلان العقد⁽²⁰¹⁾، وذلك كعامل متغير لزيادة التعويض المستحق عن الأدعاءات المنقذة أو تخفيضه⁽²⁰²⁾.

وعلى الرغم من هذا الموقف الواضح للقضاء الإداري الفرنسي في إطار عدم جواز التنازل عن دعوى تجاوز السلطة عن طريق الصلح، إلا أن بعض الفقه الفرنسي دعا - ومنذ زمن طويل - إلى العدول عن هذا الاجتهاد، حين رأى البعض أنه من الجيد أن يتم الاتفاق مع الإدارة على الصلح في إطار المشروعية، وبحيث يثمر هذا الصلح عن اتخاذ قرار أفضل من القرار الأول الذي كان محلاً للصلح، بالنسبة للمخاطب به، بحسبان أن القرار الجديد الناجم عن الصلح سيضر بمصالحه بشكل أقل⁽²⁰³⁾.

كما رأى جانب آخر من الفقه أنه يجب قبول التنازل عن دعوى الإلغاء بطريق الصلح، بالنظر إلى التطورات التي أحاطت بكل من دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، وبحيث إن الدور الوظيفي لدعوى الإلغاء لم يعد مقتصرًا على حماية المشروعية كما هو الوضع التقليدي، بل تطور هذا الدور ليمتد إلى حماية الحقوق الشخصية لمن يمس

(195) Rayssac R., Op.cit., p.128.

(196) C.E, 4-10-1968, Commune de Saint – Germain –pré- Herment, R.P1002.

(197) Rayssac R., Op.cit, p.130.

(198) Soler-Couteaux et Jean-Jacques. L., Op.cit, chron. 2. Rayssac.R, op.cit, p130.

(199) C.E, 23-5-1979, Che Fonknay – Le-Fleury.R.P226.

(200) Linditch F., op.cit, p.2244.

(201) Rayssac.R, op.cit, p.130. Soler-Couteaux et Jean-Jacques. L., Op.cit, chron. 2.

(202) C.E, 23-5-1979, Che Fontenay –Le- Fleury,R.P226.

وهو ما أورده أيضاً المنشور الدوري الصادر عن الوزير الأول بتاريخ 2009/10/12،

راجع: Linditch F., Op.cit, p.2244.

(203) Honorat J. – Baptiste.E, Chronique sous. C.E, 23-6-1989, A.J.D.A, 1989, p.424.

القرار محل الإلغاء مراكزهم القانونية، مما أدى بدوره إلى طبع دعوى الإلغاء بالطابع الذاتي *La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir* (204)، وذلك كما تطور دور دعوى القضاء الكامل، والذي امتد ليشمل حماية المشروعية، مما أدى إلى اتسام دعوى القضاء الكامل بالطابع الموضوعي، وولادة نمط جديد من دعاوى القضاء الكامل هي دعاوى القضاء الكامل الموضوعي *plein contentieux objective*، كما هو الحال في دعاوى إلغاء العقود الإدارية لعدم المشروعية، وهي الدعوى التي يمكن التنازل عنها بطريق الصلح، على الرغم من أن دورها حماية المشروعية، كما هو الحال بالنسبة لدعوى الإلغاء تماماً⁽²⁰⁵⁾، إلا أن هذا الرأي يصطدم بالمنظومة القانونية السائدة والمتعلقة بعلاج القرارات غير المشروعة ضمن الإدارة، حيث إنه إذا ما استجابت الإدارة لتظلم المخاطب بالقرار، فإنها ستقوم بسحبه أو تعديله، دون الحاجة للجوء إلى عقد الصلح، ودون أن تطلب الإدارة أي مقابل لقاء ذلك⁽²⁰⁶⁾.

ولعل مجال رخص البناء والهدم، هو المجال الأكثر اتساعاً لفرضية الصلح على التنازل عن دعوى الإلغاء؛ وذلك لأن رخصة البناء أو الهدم هي قرارات إدارية فردية، ويمكن مخصصتها من قبل صاحب المصلحة لعدم مشروعيتها، وقد يحدث في الحياة العملية أن يتصالح المدعي مع المستفيد من الرخصة، على أساس التنازل عن دعوى الإلغاء من جانب الأول مقابل تعويض يدفعه الثاني، ومثل هذا الصلح يعد غير مشروع، لمخالفته للنظام العام، حيث يؤدي إلى التنازل عن دعوى الإلغاء، إضافة إلى أن المستفيد من الرخصة يرتكب فعلاً دنيئاً وغير أخلاقي، ويبقى مثل هذا الصلح متسماً بعدم المشروعية، حتى لو دخلت الإدارة طرفاً في مثل هذا الصلح، بل إن الإدارة في هذه الحالة تخالف التزامها المتعلق بسحب رخصة البناء بحسبانها قراراً غير مشروع⁽²⁰⁷⁾.

ولكن على الرغم من ذلك، فقد حدث في فرنسا تطور تشريعي هام حديثاً في مجال الصلح المتعلق برخص البناء والهدم⁽²⁰⁸⁾، إذ أجاز المشرع الفرنسي الصلح في هذين المجالين، والمتضمن بدوره التنازل عن دعاوى الإلغاء المرفوعة بهذا الشأن⁽²⁰⁹⁾. وقد بدأ الاجتهاد القضائي الإداري يسير في هذا الاتجاه، حيث أجازت المحكمة الإدارية

(204) Sirinelli.J, La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir , RFDA, 2016, p.529.

(205) Alhama F., op.cit., p.510.

(206) Rayssac R., op.cit., p.134.

(207) Rayssac R., Ibid, p.135.

(208) Merenne S., op.cit, p.995.

(209) وقد أوجد المشرع الفرنسي هذا الحكم التشريعي وفقاً لأمر 2013/7/18، والذي أدرج المادة (600-8-L) في تقنين التنظيم العمراني Code de l'urbanism، راجع: Alhama.F, Op.cit, p.510. Merenne.S, Op.cit, p.995.

Ceryy- Pontoise صلحاً يتضمن تنازلاً عن دعوى إلغاء تتعلق برخصة بناء⁽²¹⁰⁾. وإضافة إلى ما تقدم، فإن مجلس الدولة الفرنسي بدأ يعدل عن الاجتهاد المتعلق بعدم جواز التصالح على التنازل عن دعوى الإلغاء بشكل غير مباشر، حيث يقبل التنازل عن هذه الدعوى الناتج عن الصلح، دون أن يبحث في الصلح ذاته الذي يتضمن مثل هذا التنازل، طالما لم يعرض الصلح عليه لتصديقه⁽²¹¹⁾.

ولا يجوز للإدارة أن تتصالح على آثار الشيء المقضي به (Les effets de la chose jugée)⁽²¹²⁾، وهو المبدأ الذي قرره مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن طويل⁽²¹³⁾، إلا أن ذلك يقتصر على آثار الشيء المقضي به في إطار الإلغاء فقط⁽²¹⁴⁾، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي صراحة أن التنازل في هذه الحالة عن طريق الصلح يعد فرضية مستحيلة⁽²¹⁵⁾، إلا أنه يجوز التنازل عن آثار الشيء المقضي به في إطار دعوى القضاء الكامل، ومن ثم يعد الصلح ممكناً في هذا المجال⁽²¹⁶⁾.

وأخيراً فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي حديثاً أنه لا يجوز للإدارة أن تتنازل عن استخدام سلطاتها التنظيمية، عن طريق الصلح، وذلك بأن تلتزم بإصدار قرار تنظيمي

(210) تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن بلدية Montrouge رفعت دعوى أمام المحكمة الإدارية في Mein لإلغاء رخصة بناء مجمع تجاري صادرة عن بلدية جارة لها هي بلدية Arcueil، وقد رفعت البلدية المدعية هذه الدعوى بدوافع القلق من تأثيرات المشروع على التجارة في إقليمها، إلا أن هذه البلدية الأخيرة أبرمت صلحاً مع شركتي Multivest France SAS، و Développement Multi France بحسبانها مستفيدتين من الرخصة محل المنازعة، وعلى أساس أن تتنازل بلدية Montrouge عن دعواها، مقابل أن تقوم الشركتان المذكورتان بتمويل دراسات لتنفيذ منطقة عمرانية على إقليم بلدية Montrouge، مع التزام الشركتين المذكورتين بتحرير كفالة مصرفية بقيمة مليون يورو لأجل ضمان تنفيذ التزاماتهما الصلحية، وبحيث يستحق مبلغ هذه الكفالة إذ لم تف الشركتان بالتزاماتهما، ولا يترتب مبلغ الكفالة على الشركتين إذا كان عدم تنفيذ الدراسة المطلوبة بسبب البلدية الطرف في الصلح، ويستحق نصفها للبلدية إذا كان عدم التنفيذ راجعاً لسبب لا يد فيه لأطراف الصلح، وثار نزاع حول تنفيذ الصلح بين الأطراف، فرفع إلى محكمة Cergy - Pontoise الإدارية، والتي حكمت في الدعوى بتاريخ 2015/1/8، وأقرت الصلح على الرغم من احتوائه على تنازل عن دعوى الإلغاء، ورتبت كافة آثار هذا الصلح الإداري في مواجهة الأطراف. راجع وقائع هذه الدعوى في A.J.D.A. 2015، ص 993.

(211) C.E, 18-11-2011, Lige d'escrime du Languedoc - Roussillon, A.J.D.A., 2012, p.399.

(212) Hoepffner H., Op.cit., p.485.

(213) C.E, 15-4-1869, Section de saint - Louand.S.1899, 2, p.59.

(214) Le Chatellier G., Op.cit., n°35. Yolka PH., Op.cit., p.603. Cornu J., op.cit, p.44.

(215) C.E, 13-7-1967, Ecole privée de filles de pradelles, req.n°70777, R.339. C.E, 13-10-1967, Sté civile immobilière, R.P375. C.E, 2-2-1972, Min.de la santé publique et de la sécurité sociale, R.P106. C.A.A.Bordeau.6-11-2008, Centre hospitalier Saint - Nicoles de Blaye, A.J.D.A., 2009, P489, P489. Note Dreyfus J.D.

(216) C.E, 26-6-1974, Sté Maison des Isolants - France, R.P365. C.E, 31-3-1978, Eplé,R.p311. C.E, 28-1-1994, Sté Raymond Camus et Cie, R.P1041. D.1995, Somm, 125, obs. Terneyre.P.

وفقاً لمضمون محدد، استناداً إلى صلح مبرم بينها وبين الغير، بحكم أن ذلك يخالف مقتضيات المشروعية⁽²¹⁷⁾.

أما بالنسبة لسورية فقد بينت الممارسة العملية لمجلس الدولة السوري في إطار إجازة عقود الصلح التي تبرمها الأشخاص الاعتبارية العامة، أن مجال الصلح يقتصر على منازعات دعاوى القضاء الكامل، دون منازعات دعاوى الإلغاء، وسواء أتلحق الأمر بمنازعات المسؤولية التقصيرية⁽²¹⁸⁾، أم بمنازعات تنفيذ العقود الإدارية، وهذا النوع الأخير هو الأصل الغالب في عقود الصلح التي تبرمها الأشخاص الاعتبارية العامة في سورية⁽²¹⁹⁾.

ولا يوجد في قطر أحكام مماثلة صريحة بالنسبة لحظر التنازل عن دعوى الإلغاء عن طريق الصلح، أو حظر التصالح على آثار الشيء المقضي به في دعاوى الإلغاء، وإن كانت الطبيعة الموضوعية التي أقرها المشرع لدعوى الإلغاء في قانون الفصل في المنازعات الإدارية تخدم هذه الفكرة في رأينا⁽²²⁰⁾.

(217) C.E, 9-7-2015, Football club des girondins de Bordeaux, BJCP,n°103, p.414.

(218) الرأي رقم 212 لسنة 2003 (غير منشور) ويتعلق بإجازة صلح بين وزارة النفط والثروة المعدنية من جهة وأحد المواطنين من جهة أخرى، عوضت بموجبه الإدارة المواطن نتيجة وجود خطأ من جانبها يتمثل في عطل في صمام إسطوانة الغاز، أدى إلى حريق تسبب بأضرار مختلفة للمواطن المذكور.

(219) راجع مثلاً: الرأي رقم 189 لسنة 2008، في القضية رقم 495/ف لسنة 2008 (غير منشور)، والرأي رقم 66 لسنة 2008 (غير منشور)، والرأي رقم 143 لسنة 2009 في القضية رقم 252 لسنة 2009 (غير منشور).

(220) راجع: المواد (3) و(4) و(11) من القانون رقم 7 لسنة 2007 المتضمن الفصل في المنازعات الإدارية.

الخاتمة:

بعد استعراض الجوانب المختلفة للبحث وصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات نجملها فيما يلي:

أولاً- النتائج:

1- إن التنازلات يجب أن تكون جوهرية Substantielle، ولا تكون كذلك إلا إذا تعلقت بالموضوع وبالجانب الإجرائي في آن معاً، لذلك يمكن القول إن التنازلات محل الصلح تنصب على الموضوع (المطالبات والادعاءات والحقوق)، وعلى الحق في الدعوى Le droit d'agir في الوقت نفسه.

2- يجب أن تكون التنازلات متبادلة، وهذه الطبيعة التبادلية للتنازلات هي التي جعلت عقد الصلح عقداً ملزماً لجانبيين سواء أكان مدنياً أم إدارياً، ومن ثم يجوز الاحتجاج بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الطرف الذي لا ينفذ التزاماته في عقد الصلح، ولا يشترط في الصلح المدني أن يكون التنازل متوازناً équivalence، فالصلح يتطلب تنازلات متبادلة مهما كانت قيمتها النسبية، ولكن لا يجوز أن تصل التنازلات إلى مستوى التنازلات البخسة؛ لأن ذلك من شأنه أن يجعل الصلح غير موجود قانوناً، كما ذهب محكمة النقض الفرنسية.

3- إذا كانت التنازلات المتبادلة شرطاً لقيام الصلح الإداري، فإن خصوصيات القانون الإداري طبعت مفهوم التنازلات المتبادلة بطابعها، حيث تقوم هذه التنازلات على مبدأ هام، ويعد أحد المبادئ العامة للقانون، وهو أنه لا يجوز للإدارة أن تدفع مبلغاً غير متوجب عليها دفعه بمقتضى الصلح، ومن ثم فإن قيام الأشخاص الاعتبارية العامة بدفع ما هو غير متوجب عليها قانوناً عن طريق الصلح الإداري من شأنه أن يجعل هذا الأخير فاقداً لطبيعته القانونية؛ لأن تصرف الإدارة يصير عندئذ سخاء Libéralité من شأنه التفريط في المال العام.

4- إن معيار وجود السخاء من عدمه في عقد الصلح الإداري إنما يكمن في التوازن بين التنازلات، الذي يصير شرطاً جوهرياً في عقد الصلح الإداري، وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن توازن التنازلات المطلوب ليس هو التوازن الدقيق، أو الحسابي، بل إن التوازن المطلوب لكي لا يوجد السخاء هو التوازن العام أو الإجمالي، وهو ما تأكد من خلال المنشورات الدورية الحديثة الصادرة عن الوزير الأول في فرنسا.

5- لم يعرف مجلس الدولة السوري رقابة السخاء، على نحو ما سار عليه مجلس

الدولة الفرنسي، حيث لم يرق بالتطرق إلى التنازلات المتبادلة في سبيل تقييمها، وفي سبيل التحقق من عدم قيام الإدارة بدفع ما هو غير متوجب عليها عن طريق الصلح، بل اكتفى مجلس الدولة السوري بتصريح الإدارة بأن الصلح يحقق مصلحتها، ليقوم بإجازة الصلح، ودون أن يتحقق فيما إذا كان هذا الصلح يحقق مصلحتها فعلاً.

6- على الرغم من أن مجلس الدولة السوري لم يعرف رقابة السخاء، إلا أنه علل إجازته لبعض عقود الصلح على أساس عدم احتوائها على تنازل عن (الحقوق الثابتة للإدارة)، وإن كان ذلك يفيد بمفهوم المخالفة أن ما يصلح محلاً للصلح الإداري هو التنازل عن (الحقوق غير الثابتة)، وهي تعني المطالبات، والمطالبة في حد ذاتها لا تعد حقاً، إنما هي حق محتمل، ومحل خلاف بين طرفي الصلح. ولعل ذلك يعطي إشارة إلى أن مجلس الدولة السوري ومن خلال حرصه على التأكد من عدم التنازل عن الحقوق الثابتة، إنما قصد حماية الأموال العامة في مواجهة التنازلات التي قد لا تكون في صالح الإدارة، ولكن دون أن ترقى هذه الرقابة في تقديرنا إلى مرتبة رقابة السخاء التي سار عليها مجلس الدولة الفرنسي، ولا سيما أنها لم تتواتر في آراء مجلس الدولة السوري التي تضمنت إجازة عقود الصلح المبرمة من قبل الأشخاص الاعتبارية العامة.

7- ولعل من أبرز ما سار عليه مجلس الدولة السوري في نطاق إجازته لعقود الصلح، هو قبوله تضمين عقود الصلح الإدارية تنازلات تتشكل من التزامات لا علاقة لها بالمعطيات الأولية للنزاع، وهو ما يعني أن المجلس أجاز ما يطلق عليه تسمية عقود الصلح المركبة، مجارياً بذلك نظيره الفرنسي.

8- اتخذ مجلس الدولة السوري أحياناً مواقف غريبة تجاه التنازلات المتبادلة وعلاقتها مع عقد الصلح، حيث لم يجز أحياناً عقد الصلح على الرغم من وجود تنازلات متبادلة من قبل طرفي العقد، ومن جهة أخرى أجاز تصرفات ليست في حقيقتها صلحاً، لعدم احتوائها على تنازلات متبادلة.

9- لا توجد تطبيقات قضائية في قطر بشأن التنازلات المتبادلة في عقود الصلح الإدارية، إلا أن هناك أحكاماً هامة في هذا المجال يمكن أن تطبق في إطار عقود الصلح الإدارية، وقد وردت في القانون المدني القطري، حيث إن القانون المدني القطري لم يمنع الادعاء بالغبن في عقود الصلح كما فعل القانون المدني الفرنسي، لذلك تطبق بهذا الشأن القواعد العامة للغبن التي أتى بها القانون المذكور، حيث تنص الفقرة

الأولى من المادة (144) من القانون المدني القطري، وبتطبيق ذلك على عقود الصلح التي تبرمها الأشخاص الاعتبارية العامة في قطر، يمكن القول إنه إذا غبن الشخص العام في معرض تقديم تنازلاته غبناً فاحشاً، فيمكنه عندئذ أن يطالب بتطبيق المادة (144) من القانون المدني، والتي تقضي بتعديل مضمون هذه التنازلات بما يرفع عنه الغبن، وفي رأينا فإنه في ضوء المعطيات القانونية الحالية في قطر، فإن التنازل المقدم من الأشخاص العامة في معرض إبرامها لعقود الصلح يعد سخاءً إذا تجاوز الغبن فيه مقدار الخمس؛ لأنه في هذه الحالة فقط يحق لهذه الأشخاص أن تطلب رفع الغبن.

10- إن الاختصاصات الإدارية تحدد بمقتضى النصوص القانونية؛ لذلك لا يمكن التنازل عن اختصاصات محددة من قبل الأشخاص العامة عن طريق إبرامها لعقود الصلح، ويعد الضبط الإداري من أهم الاختصاصات التي تخرج عن مجال التعاقد عموماً، والصلح خصوصاً.

11- لا يمكن التنازل عن أجزاء من الأموال العامة عن طريق الصلح، فإذا ما تم إبرام عقد صلح إداري، أدى بدوره إلى التنازل عن أجزاء من المال العام، فإن مثل هذا التصرف يعد تصرفاً واقعاً على المال العام، وتنازلاً عن أجزاء منه، ويقع باطلاً.

12- لا يجوز لعقد الصلح الإداري أن يتضمن شرطاً تحكيمياً، ويقع ذلك ضمن الحظر العام في فرنسا على الأشخاص الاعتبارية العامة في اللجوء إلى التحكيم، إلا أن مثل هذا الحظر لا يسري بالنسبة لعقود الصلح الإدارية التي تبرمها الأشخاص الاعتبارية العامة في سورية وقطر، حيث يمكن لها إدراج شروط تحكيمية لحل المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصلح؛ لأن المشرع يبيح التحكيم في العقود الإدارية كأصل عام.

13- لا يجوز في فرنسا أن يتم التصالح على مبلغ غرامات التأخير المستحق للإدارة في مواجهة متعاقدتها في إطار عقود الشراء العام، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النصوص بجمود، حيث قضى أنه من المستحيل التصالح على دفع غرامات التأخير المترتبة لمصلحة الإدارة في مواجهة متعاقدتها. ولا يوجد وضع مشابه في سورية وقطر، حيث لا يوجد نص تشريعي مماثل يحظر التصالح على مبلغ غرامات التأخير، بل إن مجلس الدولة السوري أجاز الكثير من عقود الصلح الإدارية التي تتضمن تنازلاً عن غرامات التأخير من قبل الإدارة.

14- لا يمكن للإدارة أن تتصالح على المسائل المتعلقة بالمشروعية، فالصلح فكرة

تتعارض مع فكرة المشروعية؛ لأن الصلح لا يمكن أن يستخدم لأجل تغطية المشروعية الخاطئة، وإن عدم جواز التصالح على المسائل المتعلقة بالمشروعية هو الذي يحظر في الوقت نفسه عدم جواز تنازل الفرد عن حقه في رفع دعوى الإلغاء صلحا في مواجهة قرار إداري غير مشروع، وهو ما يعني عدم جواز تضمين الصلح بأي شكل كان التزاماً يتعلق بتنازل أحد الأطراف عن رفع دعوى إلغاء، أو بتنازله عن الدعوى إذا كانت مرفوعة فعلاً أمام المحكمة؛ وقد طُبِّق هذا المبدأ من قبل مجلس الدولة الفرنسي، وتم تبريره على أساس الطبيعة الموضوعية Caractère objectif لدعوى الإلغاء.

15- لا يجوز للإدارة أن تتصلح على آثار الشيء المقضي به Les effets de la chose jugée، وهو المبدأ الذي قرره مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن طويل، إلا أن ذلك يقتصر على آثار الشيء المقضي به في إطار دعوى تجاوز السلطة فقط، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي صراحة أن التنازل في هذه الحالة عن طريق الصلح يعد فرضية مستحيلة.

ثانياً- المقترحات:

1- نقترح تعديل المادتين (517) من القانون المدني السوري و(573) من القانون المدني القطري، اللتين حددتا التنازل المتبادل بحالة وحيدة تتعلق بنزول كل من طرفي الصلح عن جزء من إدعائه، ليشمل الصلح تنازلاً عن المطالبات، والحقوق، مما يوضح تبني كل من القانون المدني السوري والقانون المدني القطري، للصلح السابق على الدعوى (والذي يؤدي إلى التنازل عن المطالبات)، والصلح اللاحق على صدور حكم في الدعوى (وهو الذي يؤدي إلى التنازل عن الحقوق).

2- نقترح أن يحدد القضاء الإداري في كل من قطر وسورية مفهوماً دقيقاً ومحدداً لمفهوم التنازلات المتبادلة كأساس دقيق لقيام عقد الصلح الإداري.

3- نقترح أن يتبنى القضاء الإداري القطري مفهوم الصلح المركب في إطار عقود الصلح الإدارية، كما تبناه القضاء الإداري الفرنسي والسوري.

4- نقترح أن يتطرق مجلس الدولة السوري إلى جوهر التنازلات المتبادلة بين طرفي الصلح، في معرض إجازته لعقود الصلح المبرمة من قبل الإدارة، وذلك في سبيل صيانة المال العام، وعدم الاكتفاء بإقرار الشخص العام بوجود مصلحة له في الصلح، وعلى هدي التوازن النسبي بين التنازلات المقدمة من قبل كل من طرفي الصلح، وعلى غرار ما توصل إليه مجلس الدولة الفرنسي في هذا المضمار، وبإمكان

- مجلس الدولة السوري أن يستند في سبيل تحقيق ذلك على اجتهاده غير المتواتر والمتعلق بالترقة في التنازل بين الحقوق الثابتة للإدارة والحقوق غير الثابتة لها، ومن ثم يمكن اعتبار التنازل عن الحقوق الثابتة من قبيل السخاء من قبل الإدارة. ونقترح الأخذ بنفس الاتجاه من قبل القضاء الإداري القطري أيضاً.
- 5- نقترح أن يأخذ مجلس الدولة السوري بمنهج دقيق في إطار تكييفه لعقود الصلح الإدارية، لأن عدم التكييف الدقيق لهذه التصرفات يؤدي من حيث النتيجة إلى منع الرقابة القضائية على محله، وما يتضمنه من تنازلات مقدمة من الشخص العام قد تنطوي بدورها على هدر للمال العام.
- 6- على الرغم من أن ما جاء في المادة (144) من القانون المدني القطري يخدم فكرة الرقابة على التنازلات المتبادلة في عقود الصلح، تطبيقاً للسياسة العامة التي اتبعتها مشرع القانون المدني القطري في نطاق الغبن في العقود، والتي أفرد من خلالها أحكاماً خاصة للغبن الواقع على الأشخاص العامة، إلا أننا نقترح ألا يتقيد القضاء الإداري القطري بنص هذه المادة، وأن يطلق لنفسه التقدير في إطار توازن التنازلات بين أطراف الصلح.
- 7- نقترح أن يتبنى المشرع الفرنسي نصاً صريحاً يبيح التحكيم في المنازعات المتعلقة بعقود الصلح تجاوباً مع الصلح ذاته، بحسبانه وسيلة بديلة لحل المنازعات، قامت أساساً على منطق تفادي اللجوء إلى القضاء.
- 8- نقترح أن يعدل المشرع الفرنسي عن موقفه الذي يحظر التصالح على غرامات التأخير في عقود الشراء العام؛ لأن المنازعة المتعلقة بغرامات التأخير ليست إلا منازعة مثلها مثل أي منازعة إدارية أخرى تتعلق بتنفيذ العقود الإدارية، ومن ثم فإنه من المنطقي أن تخضع لحكمها في نطاق إباحة الصلح.

قائمة المراجع:

أولاً- باللغة العربية:

- د. مهند نوح،
- الرضا في عقود الصلح التي تبرمها أشخاص القانون العام، مجلة كلية أحمد ابن محمد العسكرية للعلوم القانونية والإدارية، قطر، المجلد الثاني، العدد الأول، مارس 2016.
- الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013.
- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1991.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، باقي العقود التي تقع على الملكية، دار احياء التراث العربي، بيروت، بلا تاريخ.

ثانياً- باللغة الفرنسية:

- Alhama F., Transaction et renonciation à l'exercice du recours pour excès de pouvoir, RFDA, 2017.
- Auby J.M.
 - Bon.P –Auby.J.B-Terneyre.PH, Droit administratif des biens, Dalloz, Paris, 2011.
 - La transaction en matière administrative, A.J.D.A, 1956.
- Braconnier S., Précis du droit des marchés publics, Le Moniteur, Paris, 2007.
- Chaaban R., L'article 2052 du code civil: erreur de rédaction ou erreur de droit? D, 2006.
- Chapus R., Droit du contentieux administratif, Montchrestien, Paris, 2008.
- Chatelier L.G., Transaction, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2010, (dernière mise à jour: mars 2014), n°28.
- Chauvel P., Transaction, Répertoire de droit civil, septembre 2011 (actualité: mars 2014), n°41 et.s.

- Chavier G., Réflexions sur la transaction administrative, RFDA, 2000.
- Cornu J., La transaction en matière administrative, mémoire, Master recherche, Droit public approfondi, université, Paris II, 2007.
- Dacosta B, L'homologation d'une transaction en cassation, RFDA, 2008.
- Deliancourt S., Le contrôle du juge administratif sur le montant fixé par une convention de transaction pour des prestations réalisées hors contrat, AJDA, 2004.
- Dreyfus J.D., Transaction et commande publique : les frontières avec le délit de favoritisme, AJ. Collectivités Territoriales 2012.
- Dyens S., Recourir à la transaction dans les collectivités territoriales, Droit Administratif n° 5, Mai 2015, prat. 5.
- Florence N, Impossibilité de renoncer par transaction à exercer le recours pour accès de pouvoir, Droit admin, n°1, Janvier, 2008, com8.
- Fourcade C., La transaction en droit du travail: quelle place pour la liberté contractuelle, R.D.S, 2007.
- Foussard D, L'arbitrage en droit administrative, A.J.D.A, R.arb, 1990.
- Gaudement Y, Traité de droit administratif, Droit administratif des biens, Paris, 2012.
- Godfrin PH- Degoffe M., Droit administratif des biens, Paris, 2012.
- Guettier Ch., Droit des contrats administratifs, P.U.F, Paris, 2011.
- Hoepffner H., Droit des contrats administratifs, Dalloz, Paris, 2016.
- Jarrosson CH., Les concessions réciproques dans la transaction, 1997.
- Lagard X., Transaction et ordre public, D, 2000, Chron.
- Linditch F, Une nouvelle circulaire pour encourager le recours à la transaction en matière de commande publique, J.C.P.A, n° 42, 12 Octobre 2009.
- Lyon-Caen A., sur La Transaction en droit administratif, A.J.D.A, 1997.
- Melleray F., La répartition des compétences juridictionnelles en matière de transactions conclues par une personne publique, Droit Administratif, Novembre, 2007, n° 11, comm. 156.

- Merenne S, La transaction portant sur un recours pour excès de pouvoir, AJDA, 2015.
- Moreau J., Les matières contractuelles, AJDA, 1998.
- Noury A., Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif? J.C.P.A, n° 30-34, 25 Juillet 2005, n°10.
- Noury A, Les modes alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration, C.R.A.P.S, Université lille 2, Paris, 2001.
- Rayssac R, La transaction en matière administrative, Thèse, université de Tour, France, 1999.
- Richer L., Droit des contrats administratifs, L.G. D. J, Paris, 2014.
- Richer L., Présence du contrat en la police administrative, A.J.D.A, 1999.
- Roux E., Panorama des différents modes alternatifs de règlement des litiges, AJ Collectivités Territoriales, 2012.
- Salvage F, Le caractère obligatoire d'une dépense née d'une transaction, RFDA, 2013.
- Sauveplane M., Le juge administratif et la déclaration de nullité d'une transaction, RFDA, 2004.
- Sirinelli J., La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir, RFDA, 2016.
- Soler-Couteaux et Jean-Jacques Louis, Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics, Contrats et Marchés publics n° 2, Décembre 2000, chron. 2.
- Terneyre Ph, Désistement et transaction en matière de marché public: irrecevabilité de la demande en réparation des fautes commises dans les travaux de réfection, D, 1993.
- Yolka Ph, Traité de droit administratif, Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs, Dalloz, Paris, 2011, T2.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
199	الملخص
201	المقدمة
204	المبحث الأول- المحل الموجود والممكن: فكرة التنازلات المتبادلة
204	المطلب الأول- تطور مفهوم التنازلات المتبادلة في إطار عقد الصلح المدني
210	المطلب الثاني- تطور مفهوم التنازلات المتبادلة في عقود الصلح الإدارية في ضوء اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي
220	المطلب الثالث- التنازلات المتبادلة في عقود الصلح الإدارية في النظام القانوني في سوريا وقطر
227	المبحث الثاني- المحل المشروع: نطاق محل عقد الصلح الإداري وفقاً لمتطلبات النظام العام
227	المطلب الأول- المجالات التي لا يمكن التعاقد عليها أساساً لا يجوز التصالح عليها أيضاً
228	أولاً- الاختصاصات الإدارية
228	ثانياً- الأموال العامة
229	ثالثاً- عدم جواز أن يتضمن عقد الصلح الإداري شرطاً تحكيمياً
230	رابعاً- عدم جواز الصلح على غرامات التأخير
231	خامساً- عدم جواز التصالح على المسؤولية العقدية
231	المطلب الثاني- عدم جواز إبرام عقود الصلح الإدارية في مجال المشروعية الإدارية
240	الخاتمة
245	المراجع

القانون الواجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية:

دراسة في القانون الدولي الخاص الإماراتي

أ.د. نور الحجايا*

الملخص:

يثير موضوع شرط الاحتفاظ بالملكية الذي غالباً ما يدرجه البائع في عقد البيع الدولي بالتفسيط لحين قيام المشتري بأداء الثمن كاملاً، مشكلة تحديد القانون الذي يحكمه على صعيد القانون الدولي الخاص. ولما كان المشرع الإماراتي لم ينص على قاعدة إسناد تخص هذا الموضوع، رأيت أنه من الضروري بيان القانون المختص بحكم هذا الموضوع الهام.

وبالفعل فقد توصلت إلى أن هذا الشرط لن يحكمه قانون واحد، إذ إنه يمس أكثر من قانون يجب تطبيقها تطبيقاً موزعاً، فمصدره اتفاقي يقتضي تطبيق قانون العقد على شروط صحته وآثاره بين المتعاقدين، أما بالنسبة لآثاره في مواجهة الغير وخاصة دائني المشتري غير المفلس فيحكمها قانون موقع المال، أما بالنسبة لآثاره في مواجهة دائني المشتري المفلس فيحكمها قانون الإفلاس.

كلمات دالة: شرط الاحتفاظ بالملكية، قانون العقد، قانون موقع المال، قانون الإفلاس.

* أستاذ القانون الدولي الخاص، كلية القانون، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة.

المقدمة:

يُقصد بشرط الاحتفاظ بالملكية في أبسط صورته، هو ذلك الشرط الذي يتم إدراجه في عقد ناقل للملكية بموجبه يحتفظ المالك بملكية المبيع لحين قيام المشتري، مثلاً في عقد البيع، بدفع المبلغ كاملاً. ويتم اللجوء إلى هذا الشرط، خصوصاً بالنسبة للعقود الناقلة للملكية⁽¹⁾ التي يتراخى فيها تنفيذ الالتزام بدفع الثمن فترة معينة من الزمن، كالبيع بالتقسيط، بغرض الوقاية من المخاطر التي قد يتعرض لها البائع في عقد البيع الوارد على منقول مثلاً خاصة في حالة إفلاس المشتري أو إعساره، أو في حالة تصرف المشتري بالمبيع إلى مشتر آخر حسن النية. ويلعب هذا الشرط دوراً تأمينياً⁽²⁾ كما في المثال السابق، بموجبه يأتّم البائع المشتري على الثمن، ويأتّم المشتري البائع على الملكية. كما أنه قد يؤدي دوراً آخر يتمثل في ضمان عدم تصرف المشتري في المحل التجاري محل عقد البيع لشخص أجنبي تخشى منافسته للبائع الذي احتفظ بملكية المحل التجاري لمدة معينة، ويؤدي أيضاً دوراً في عقد الهبة المستترة في صورة بيع من شأنه أن يهدف إلى ضمان عدم إساءة الموهوب له التصرف في محل الهبة وهكذا.

وهذا الشرط لم تعد مشروعيته محل جدل أو نقاش⁽³⁾، فقد أجازته المشرع الإماراتي في المادة (1/513) من قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985 التي تنص على أنه: «يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع». كما تم تنظيمه في قانون المعاملات التجارية رقم 18 لسنة 1993: إذ نصت المادة (118) من ذات القانون على أنه: «1 - إذا احتفظ البائع بملكية المنقول المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأجمعها اكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الأخير ويتحمل المشتري تبعه هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه. 2 - ومع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية

(1) Cyril Noblot, la clause de réserve de la propriété dans les contrats de consommation, contrats concurrence consommation, n° 1, janvier 2013, form. 1, <https://www.lexisnexis.com/fr/droit/>, consulté le 27-9-2017.

(2) Françoise Pérochon, la réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, Paris, Litec, 1988, p. 13.

(3) خالد محمد فهاد ومحمود ناهض ومحمود، البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الشريعة والقانون (التشريع الإسلامي ومتطلبات الواقع)، المنعقد بكلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية، غزة، في الفترة 13-14/3/2006، أعمال المؤتمر ص 185 وما بعدها.

A. S. Gigot, l'opposabilité de la réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité, R.D.C., juin 2011, p. 517, n 12.

نافذاً في حق الغير إلا إذا كان هذا الشرط مدوناً في اتفاق وسابقاً على حق الغير»⁽⁴⁾.

وهذا الشرط؛ أي شرط الاحتفاظ بالملكية، تمت معالجته من قبل الفقه بالتفصيل من حيث مشروعيته وآثاره في القانون الداخلي، إلا أنه لم يعط أهمية تذكر في مجال القانون الدولي الخاص، وخاصة من ناحية تحديد القانون الذي يحكمه عندما يتم إدراجه في العقود المشوبة بعنصر أجنبي كعقد البيع الدولي، وعقد الإيجار التمويلي، وعقود الاستهلاك.

وعليه فإن شرط الاحتفاظ بالملكية يثير الكثير من المشاكل على صعيد القانون الدولي الخاص وذلك للأسباب الآتية:

1- إن هذا الشرط يمكن إدراجه في عقد بيع دولي، وهذا العقد يكون بلا شك مشوباً بعنصر أجنبي خصوصاً عندما يختار الأطراف قانون دولة ما لحكم عقدهم، ويكون محل عقد البيع موجوداً في دولة أخرى، فيثور بالتالي التنازع بين القانونين لحكم

(4) لقد نصت المادة (1/725) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي على أنه: «لكل شخص أن يسترد من التفليسة الأشياء المعينة بذاتها التي تثبت له ملكيتها وقت إشهار الإفلاس». أما بخصوص مرسوم بقانون اتحادي رقم 9 لسنة 2016 بشأن الإفلاس فلم يتضمن نصاً شبيهاً بالنص المذكور أعلاه، وإنما نص في الفقرة 1 من المادة (153) على الآتي: «يجوز استرداد البضائع الموجودة في حيازة المدين على سبيل الوديعة، أو لأجل بيعها لحساب مالكيها، أو لأجل تسليمها إليه...». ونصت الفقرة 4 من ذات المادة على أنه: «لا يجوز استرداد النقود المودعة عند المدين، إلا إذا أثبت المسترد ملكيته لها بذاتها». كما نصت المادة (154) من قانون الإفلاس على أنه: «إذا فسخ عقد البيع بحكم بات قبل صدور قرار افتتاح الإجراءات، جاز للبائع أن يطلب استرداد المبيع كله أو بعضه من الأموال التي تم جردها بشرط أن يوجد عيناً». وقضت الفقرة 2 من المادة (155) بأنه: «إذا تقرر افتتاح الإجراءات بعد إرسال البضائع إلى المدين المشتري، وقيل دخولها مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها، جاز للبائع استرداد حيازتها». ومن خلال جميع النصوص السابقة يتبين لنا أن المشرع الإماراتي في قانون الإفلاس لم يضع نصاً صريحاً يتعلق بمدى جواز احتجاج البائع بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين من أجل استرداد المبيع، فهو وبالرغم من وجود هذا الشرط، فإنه لا يستطيع استرداد المبيع إلا بموجب حكم بات قضى بفسخ البيع بشرط أن يكون صادراً قبل قرار افتتاح الإجراءات.

وفي المقابل يجوز للبائع أيضاً استرداد المبيع في حال إرسال المبيع إلى المشتري وتقرر افتتاح الإجراءات بعد إرسالها، شريطة ألا يكون المبيع قد دخل مخازن المشتري أو الوكيل المكلف بالبيع. ومن خلال مفهوم المخالفة لا يستطيع البائع استرداد البضائع المرسلة إلى المشتري بعد قرار افتتاح الإجراءات عند دخول البضاعة مخازن المشتري أو وكيله، إلا أنه يستطيع استردادها إذا دخلت إلى مخازن المشتري المفلس أو وكيله عند إرسالها قبل قرار الافتتاح. وهذا يعني أنه يمكن أن يحتج البائع بشرط الاحتفاظ بالملكية من أجل استرداد البضاعة شريطة أن يثبت أن هذا الشرط ثابت التاريخ قبل قرار افتتاح الإجراءات، وأن تكون البضائع ما زالت موجودة عيناً.

إن انتقال الملكية بمجرد التعاقد لا يتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق على إرجائها، ولهذا يجوز الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية، انظر: هشام ابن الشيخ، الاحتفاظ بالملكية ودوره التأميني في عقد الاعتماد الإيجاري كنموذج، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، ع 16، 2017، ص 220.

شرط الاحتفاظ بالملكية المدرج في ذلك العقد، فهل يحكمه قانون إرادة الأطراف أم قانون مكان وجود المال؟

2- اختلاف القوانين التي تحكم شرط الاحتفاظ بالملكية، ومن أجل تحديد القانون الذي يحكم هذا الشرط، نرى أنه من الضروري إجراء عملية التكييف من أجل إعطاء هذا الشرط وصفاً بغية إدراجه ضمن طائفة من طوائف القانون الدولي الخاص تمهيداً لتحديد القانون المختص، وتحديد طبيعة هذا الشرط ليس بالأمر الهين؛ لأن هذا الشرط يتعلق بثلاث قواعد إسناد؛ قاعدة الإسناد المتعلقة بالأموال، وقاعدة الإسناد الخاصة بالعقود، وقاعدة الإسناد التي تخص الإفلاس، وهذا التعدد في قواعد الإسناد من شأنه أن يخضع الموضوع الواحد لعدة قوانين تتنازع فيما بينها لحكمه. وهذا التنازع من شأنه أن يؤدي إلى اختلاف الحلول بشأنه، إذ إن هناك من الدول من تُصيِّق تطبيق هذا الشرط إلى أبعد الحدود كالقانون الإماراتي، وهناك من الدول من تتوسع في تطبيقه كالقانون الألماني.

ونظراً لغياب قاعدة إسناد تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الشرط الذي يعطي امتيازاً للبائع على المبيع في حال عدم قيام المشتري بدفع الثمن كاملاً، فإن تحديد القانون الذي يحكم هذا الشرط ونطاق تطبيقه أصبح مطلباً رئيسياً، وتحديد هذا القانون سيكون من خلال اتباع المنهج التنازعي. وعليه سوف نستبعد من نطاق هذا الدراسة منهاج قوانين البوليس ومنهاج القواعد المادية، إذ إن هذين المنهجين لا يمكن تطبيقهما في القانون الإماراتي على شرط الاحتفاظ بالملكية لسببين: حيث يتمثل السبب الأول في أن المشرع الإماراتي لم ينص على قواعد مادية تحكم شرط الاحتفاظ بالملكية المدرج في العقد العابر للحدود، بالإضافة إلى عدم وجود قواعد مادية دولية موحدة في تنظيم أحكام هذا الشرط الوارد في عقد عابر للحدود⁽⁵⁾. ويتعلق السبب الثاني بعدم تدخل المشرع لتنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية على أساس أن تنظيم هذا الشرط تتطلب ضرورة اقتصادية.

وترتيباً على ما سبق نقسم هذا البحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول دور قانون العقد في حكم شرط الاحتفاظ بالملكية، وفي المطلب الثاني نتناول دور كل من قانون موقع المال وقانون الإفلاس في حكم بعض الجوانب المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية. ومن أجل تنفيذ تلك الخطة سنتبع المنهج التحليلي لبيان مدى قدرة المنهج التنازعي في القانون الدولي الخاص بتقديم الحلول لمشكلة التنازع المتعلقة بموضوع هذا البحث.

(5) وهذا ما ينادي به الفقيه:

k.Kreuzer, la propriété mobilière en droit international privé, Recueil des cours, Académie de la Haye, 1997, p. 292 et s

المطلب الأول

دور قانون العقد في حكم شرط الاحتفاظ بالملكية

إن من أبرز العقود التي يرد فيها شرط الاحتفاظ بالملكية عقدي البيع والتأجير التمويلي، وتتعاظم أهمية دراسة هذا الشرط في العقدين السابقين الذكر عندما يتصفان بالصفة الدولية، كما لو اتفق بائع ألماني مع مشتر إماراتي في عقد بيع على تسليمه آلات أو معدات أو بضائع في مقابل ثمن يدفع بصورة أقساط خلال فترة معينة من الزمن، ويشترط البائع في أي من العقدين المذكورين احتفاظه بملكية المبيع لحين أداء آخر قسط، عندئذ تنتقل الملكية للمشتري بأثر رجعي يستند إلى تاريخ إبرام البيع.

وتطرح المشكلة في عقد التأجير التمويلي، عندما يبرم عقد بيع بين المؤجر - غالباً ما تكون مؤسسة مالية - في عقد التأجير التمويلي والبائع (المنتج أو المورد)، بموجبه يزوده الأخير بمعدات ليقوم بتأجيرها إلى مستأجر لقاء أقساط لفترة معينة من الزمن، وقد يشترط البائع على المشتري في عقد البيع الاحتفاظ بملكية المبيع لحين أداء الثمن كاملاً، والسؤال الذي يطرح هنا هو ما مدى تأثير شرط الاحتفاظ بالملكية الوارد في عقد البيع (هذا إذا كان الشرط جائزاً)⁽⁶⁾ على انتفاع المستأجر بمحل عقد التأجير التمويلي؟ وفي المقابل قد يدرج المؤجر مالك محل عقد التأجير التمويلي - لا سيما إذا كان هذا المحل مالا منقولاً - شرط الاحتفاظ بالملكية، وذلك لضمان حقه في المأجور خوفاً من قيام المستأجر ببيعه إلى شخص ثالث، ويتمسك هذا الأخير بقاعدة حيازة المنقول بحسن نية وسبب صحيح سند للملكية في مواجهة المؤجر، ففي مثل هذه الحالة، نتساءل عن القانون الذي يحكم هذا الشرط المدرج في عقد التأجير التمويلي؟ فهل أن قانون العقد الوارد في نص المادة (19) من قانون المعاملات التجارية يحكم أيضاً عقد التأجير التمويلي أم يسري عليه قانون آخر يختلف عما ورد في نص المادة (19) آنفة الذكر؟

والإجابة عن هذا السؤال تقتضي بيان المقصود بقانون العقد، ويكون ذلك في الفرع الأول.

ونظراً لاختلاف القوانين بين الدول في بيان وقت انتقال الملكية والشروط الواجب توافرها للقول بمشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية وبيان آثار هذا الشرط بين المتعاقدين،

(6) لكي يكون العقد عقد تأجير تمويلي وفق قانون التأجير التمويلي الأردني رقم 45 لسنة 2008 (هذا القانون منشور في الجريدة الرسمية رقم 4924 بتاريخ 2008/8/17، ص 3422) فإنه يجب أن يكون تملك المؤجر للمأجور من المورد بهدف تأجيره بموجب عقد التأجير (م/1/3)، وهذا يعني أنه لكي نكون أمام تأجير تمويلي فإنه يجب أن يكون المؤجر مالكا لمحل عقد التأجير التمويلي، ويفهم من ذلك أن شرط الاحتفاظ بالملكية غير جائز وفق قانون التأجير التمويلي الأردني.

فإننا سنتناول في الفرع الثاني شروط وآثار شرط الاحتفاظ بالملكية بين المتعاقدين التي تدخل في نطاق تطبيق قانون العقد.

الفرع الأول

بيان المقصود بالقانون الذي يحكم العقد

لقد نص المشرع الإماراتي في المادة (19) من قانون المعاملات المدنية على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وهذه الحرية تدفع بلا منازع الأطراف نحو اختيار القانون الملائم الذي يتفق ورغباتهم وتوقعاتهم ويحقق لهم الأمان المطلوب في المعاملات الدولية، وبموجبها يستطيع الأطراف صراحةً أو ضمناً اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المحتملة منذ لحظة التعاقد، كما يجوز لهم أيضاً تعديل القانون، ولو كان ذلك أثناء نظر النزاع، السابق اختياره مع مراعاة حقوق الغير، وألا يؤدي ذلك التغيير إلى إبطال العقد الذي نشأ صحيحاً وفقاً للقانون الذي تم اختياره سابقاً، وألا يكون المقصود من تغيير القانون التحايل على القوانين⁽⁷⁾. ويجوز للأطراف الاتفاق على إخضاع العقد لأكثر من قانون، وهذا ما يسمى بتجزئة العقد، بحيث يخضع كل جزء منه لقانون يختلف عن القانون الذي يحكم الجزء الآخر.

وإذا ما سكت الأطراف عن تحديد القانون المختص، فيصار إلى تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، وإذا ما اختلفا موطناً فإنه يطبق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد. وما سبق قوله يُطبَّق إذا كان محل العقد مالاً منقولاً، أما إذا كان محل العقد مالاً عقارياً، فيحكم العقد المتعلق بعقار قانون الدولة التي يقع فيها العقار⁽⁸⁾.

وللعلم فإن النص السابق يطبق على جميع العقود سواء أكان هذا العقد عقد استهلاك أم عقد بيع أم عقد هبة، بشرط ألا يكون عقد الهبة مضافاً إلى ما بعد الموت، أو عقد الإيجار، أو عقد تأمين، أو عقد نقل. ومع ذلك نرى أنه في جميع الأحوال السابقة التي يُطبق فيها قانون العقد على مختلف العقود السابق ذكرها، لا بد من الإشارة إلى ضرورة مراعاة قوانين الدول التي يتم تكييفها على أنها قوانين بوليس (القواعد ذات التطبيق

(7) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001، ص 477 وما بعدها. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 - 2001، ص 181 - 182.

وحول ذلك الحق في تغيير قانون العقد والقيود التي ترد عليه انظر: المادة (3) من النظام الأوروبي الصادر بتاريخ 2008/6/17 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (روما 1) المنشور في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي بتاريخ 2008/7/4.

(8) أحمد عبد الكريم سلامة وعلي الجسمي، القانون الدولي الخاص الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، دار النهضة العلمية، الإمارات، 2018، ص 319.

الضروري⁽⁹⁾. بمعنى أن القاضي لا يطبق قانون العقد إذا كان محل النزاع يدخل في نطاق قانون صُنف على أنه قانون بوليس، إذ يُطبق هذا القانون مباشرة على النزاع دون الرجوع إلى قواعد الإسناد سواء أكان هذا قانون بوليس وطني أم قانون بوليس أجنبي. وفيما يتعلق بتطبيق قوانين البوليس الأجنبية في مجال العقود، فإن القاضي يجب أن يطبق تلك القوانين السارية في الدولة التي تنفذ فيها الالتزامات التعاقدية طالما تحقق من وجود ترابط بين مضمون تلك القوانين وأهدافها، وأخذ أيضاً بعين الاعتبار الآثار التي تترتب على تطبيقها أو عدم تطبيقها⁽¹⁰⁾.

وفي ذات السياق لا يطبق قانون العقد كذلك إذا نُظم النزاع بموجب قواعد موضوعية، كأن يدخل النزاع في نطاق اتفاقية دولية، دولة القاضي الذي ينظر النزاع طرف فيها، وكانت تلك الاتفاقية تتضمن قواعد موضوعية تحكم النزاع مباشرة دون الرجوع إلى قواعد الإسناد، كاتفاقية مونتريال لسنة 1999 الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوي الدولي، واتفاقية فينا للبيع الدولي لسنة 1980. ومن المعلوم أنه لغاية الآن لا توجد قواعد موضوعية دولية تحكم مباشرة شرط الاحتفاظ بالملكية، ولهذا يقترح الفقيه (كروزر) ضرورة تشريع قواعد دولية عابرة للحدود لحكم شرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره يشكل ضماناً لحق البائع في استيفاء الثمن كاملاً⁽¹¹⁾. وما يدل على عدم وجود قواعد دولية أو عرف دولي ناظم لشرط الاحتفاظ بالملكية ما ذهب إليه حكم التحكيم التجاري سنة 2007 بالقول: «نظراً لعدم وجود أدلة على أن شرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر ممارسة أو عرفاً راسخاً يفترض التزام الشركة الهولندية به، وحيث إن الشركة الهولندية لم تستطع معرفة وجود شرط الاحتفاظ بالملكية إلا بعد أن تلقت الفاتورة، فلا يمكن القول استناداً إلى الفقرة 3 من المادة (18) والمادة (8) والمادة (9) من اتفاقية البيع الدولي أن المشتري قد وافق على شرط الاحتفاظ بالملكية»⁽¹²⁾.

(9) حول منهاج القواعد الموضوعية، انظر: محمد عبدالله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي: دراسة تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 76 وما بعدها. أما منهاج قوانين البوليس انظر: عنايت عبد الحميد ثابت، ذاتية أو عدم ذاتية: قواعد تأمين المجتمع في نطاق فض تداخل مجالات انطباق القوانين ذات الطابع الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مج 48، 1992. د. أحمد عبدالكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، العدد 40، لسنة 1984.

(10) Sophie Lemaire, Louis perreau-saussine, applicabilité du règlement «Rome 1» et prise en considération des lois de police étrangères: la CJUE met en danger la sécurité contractuelle, la semaine juridique Edition générale, n 3, 16 janvier 2017, p.62.

(11) k.Kreuzer, la propriété mobilière en droit international privé, op.cit, p.292 et s.

(12) أحكام التحكيم التجاري الدولي، الطعن رقم 827 لسنة 2007 قضائية، تاريخ الجلسة 2007/5/25، منشور على موقع قوانين الشرق، www.eastlaws.com.

أضف إلى ما سبق، أن المشرع الإماراتي أضاف إلى عجز الفقرة الأولى من نص المادة (19) السابق الإشارة إليها عبارة «أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو المراد تطبيقه»، وهذا القانون المراد تطبيقه قد يكون قانون بوليس⁽¹³⁾، وقد يكون القانون المراد تطبيقه في حال السكوت عن اختيار القانون المختص قانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالعقد، وتكون الدولة المراد تطبيق قانونها أكثر ارتباطاً بالعقد في حالة ما إذا كانت جميع الظروف تشير إلى ارتباط العقد بقانون تلك الدولة، كأن يكون إقليم تلك الدولة هو المكان الذي يقيم فيه الطرف الملتزم بالأداء المميز (كالالتزام بنقل الملكية، والالتزام بتسليم المبيع)، أو قانون الدولة التي يجري فيها البيع بالمزاد العلني بالنسبة للبيع بالمزاد العلني، أو قانون الدولة التي يوجد فيها السوق المالي بالنسبة للعقود التي تبرم عن طريق ذلك السوق.

ومن الجدير بالملاحظة أن قانون العقد الوارد في نص المادة (19) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وخصوصاً القواعد الاحتياطية التي ذكرها المشرع في حال سكوت الأطراف صراحةً أو ضمناً عن تحديد القانون الواجب التطبيق يجب عدم تعميمها على جميع أنواع العقود، بمعنى أنه لا بد من وضع قواعد احتياطية خاصة بكل عقد تتناسب وطبيعته، فمثلاً في عقد الاستهلاك نتمنى أن تقضي القاعدة الاحتياطية عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك، بتطبيق قانون الدولة التي يقيم فيها المستهلك⁽¹⁴⁾، ولا شك أن هذا المقترح يتلاءم مع تصنيف القواعد القانونية الناظمة لحماية المستهلك على أنها قوانين بوليس تتعلق بالأمن المدني. وبالنسبة لعقد العمل نقترح أن تنص القاعدة الاحتياطية على تطبيق قانون الدولة التي ينفذ فيها عقد العمل، وإذا تعددت أماكن تنفيذ عقد العمل فيسري على عقد العمل عندئذ قانون الدولة التي يوجد فيها مركز الأعمال.

كما أننا نرى أيضاً أنه من الضروري عدم تعميم القواعد الاحتياطية الواردة في المادة (19) من قانون المعاملات المدنية المتمثلة في الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلاف موطناً يطبق قانون الدولة التي تم فيها العقد، بحجة أن شرط الاحتفاظ بالملكية يدرج في عقد عابر للحدود لا يكون الموطن المشترك متحققاً لاختلاف موطن البائع عن موطن المشتري، بالإضافة إلى العيوب التي تحيط بالموطن المشترك كتلك المتعلقة بصعوبة تحديده في حالة تعدده في أكثر من دولة بالنسبة لكل طرف من أطراف العلاقة العقدية، أو تلك التي تثار بشأن مدى توافر الموطن المشترك في حال إذا كان للبائع مثلاً محل إقامة في الدولة التي اتخذ منها المشتري موطناً له، فهل يعتبر المكان الذي يقيم فيه البائع ويتخذ المشتري موطناً له موطناً مشتركاً للمتعاقدين؟ طبعاً الإجابة ستكون

(13) نور الحجايا وبكر السرحان، القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط 1، جامعة الشارقة، 2017، ص 111 وما بعدها.

(14) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 971.

بالنفي لأن المشرع نص على أن يكون الموطن مشتركاً، والإقامة دون الاعتقاد لا يمكن أن ترقى إلى مفهوم الموطن.

كما أن قانون الدولة التي تم فيها العقد لا يصلح لحكم شرط الاحتفاظ بالملكية بسند من القول إن المكان الذي تم فيه إبرام العقد قد أبرم فيه ذلك العقد بمحض الصدفة، وهذا بلا شك يدل على أن هذا المكان لا يعبر عن الملائم الذي يحكم العقد، إذ إن الرابطة التعاقدية لا يمكن تركيزها في مثل هذه الحالة في مكان أبرم فيه العقد بمحض الصدفة. ولهذا فإننا نقترح أن يكون القانون الواجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية المدرج في عقد دولي عابر للحدود قانون الدولة التي يقيم فيها البائع إذا أدرج هذا الشرط في عقد بيع دولي، أو قانون الدولة التي يقيم فيها المشتري في حالة ما إذا كان العقد قد أبرم في الدولة التي يقيم فيها المشتري، أو اشترط المشتري على البائع أن يقوم بتسليم البضاعة في مكان إقامة المشتري، أو أن عقد البيع أبرم بناء على شروط تم تحديدها بشكل أساسي من قبل المشتري⁽¹⁵⁾.

وفي ضوء جميع ما سبق، نأمل من المشرع الإماراتي أن يعدل نص المادة (19) من قانون المعاملات المدنية من أجل تخصيص قاعدة إسناد خاصة بكل نوع من أنواع العقود⁽¹⁶⁾.

وعلى أي حال نرى أنه إذا تم إدراج شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد بيع، سواء أكان محل هذا العقد منقولاً أم عقاراً، أو كان هذا الشرط مدرجاً في العقد الذي يبرم بين الممول (المؤجر) والذي يعد محلاً لعقد التأجير التمويلي، فإن ما ورد في نص المادة (19) يحكم جميع الشروط الواجب توافرها لصحة هذا الشرط، بالإضافة إلى آثار هذا الشرط فيما بين المتعاقدين، ويُعزى السبب وراء ذلك إلى أن شرط الاحتفاظ بالملكية يجد أصله في الاتفاق التعاقدية، وهو يكتف على هذا الأساس أنه شرط يترتب عليه جعل التزام البائع بنقل الملكية موقوفاً على وفاء الثمن⁽¹⁷⁾.

وبناءً على ذلك، إذا ما كان قانون العقد يحكم شروط صحة العقد وآثاره، فإن من بين

(15) انظر في هذا الاتجاه: المادة (8) من اتفاقية لاهاي لسنة 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع.

(16) على غرار ما ورد في النظام الأوروبي رقم 2008/593 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، انظر: المواد (4 و5 و6 و7 و8 و9)، وهذا النظام منشور في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، 12 في 177، بتاريخ 2008/7/4. وفيما يتعلق بشرح تلك المواد انظر:

Pierre Mayer et Vincent Heuzé, droit international privé, 11e édition, L.G.D.J., 2014, p. 537 et s.

(17) وهذا ما نصت عليه المادة (2367) من القانون المدني الفرنسي. ويجب ألا يفهم من ذلك أن شرط الاحتفاظ بالملكية يُكتف فقط على أساس أنه شرط يوقف الالتزام بنقل الملكية لحين أداء الثمن، بل إنه يكتف أيضاً على وفق ما سنرى لاحقاً في متن البحث على أن هذا الشرط يتعلق بنقل الملكية، والالتزام بنقل الملكية ذو أثر عيني، يحكمه قانون موقع المال، كما أنه يُكتف أيضاً بالاستناد إلى دوره التأميني، على أنه نوع من أنواع التأمينات التي يحكمها أيضاً موقع المال، جميع تلك المسائل سنناقشها لاحقاً في متن هذا البحث.

آثاره، الالتزام بنقل الملكية. ولما كان انتقال الملكية لا يمكن فصله عن وقت ذلك الانتقال، فإن قانون العقد هو من يحكم شرط الاحتفاظ بالملكية لحين استيفاء الثمن على الأقل في العلاقة التي تربط بين أطرافه⁽¹⁸⁾. وما نقول به أخذت به اتفاقية لاهاي المبرمة بتاريخ 22 ديسمبر لسنة 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع في البند (e) من المادة (12) التي تنص على أن: «القانون الواجب التطبيق على عقد البيع بموجب المواد 7 و8 أو 9 يحكم ما يلي: صحة وآثار شرط الاحتفاظ بالملكية بين المتعاقدين»⁽¹⁹⁾.

فما هي إذاً تلك الشروط والآثار بين المتعاقدين التي يحكمها قانون العقد السابق الإشارة إليه.

الفرع الثاني

شروط وآثار شرط الاحتفاظ بالملكية التي تدخل في نطاق قانون العقد

لما كان قانون العقد السابق الإشارة إليه وفق نص المادة (19) من قانون المعاملات المدنية يحكم شروط العقد الموضوعية والشكلية وآثاره، فإنه من الأهمية الشروع في بيان نطاق تطبيق هذا القانون فيما يتعلق بشرط الاحتفاظ بالملكية.

أولاً- شروط شرط الاحتفاظ بالملكية:

نظراً لاختلاف قوانين الدول فيما يتعلق بشروط الاحتفاظ بالملكية، فإننا فيما يأتي سنبين أهم الشروط المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية، وأوجه الاختلاف بين القانون الفرنسي والقانون الإماراتي والقانون الألماني وكيفية حل تلك المشاكل بين القوانين.

1- إن قانون العقد يسري على تحديد ما إذا كان يشترط لصحة شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد ناقل للملكية محله مال منقول أو مال عقاري، فمثلاً لو أبرم عقد بيع بين فرنسي (البائع) وإماراتي (المشتري) في فرنسا، وكان محله معدات أو أدوات (مال منقول) واشترط البائع في عقد البيع أن يحتفظ البائع بملكية المبيع لحين وفاء المشتري بكامل الثمن، فإن قانون العقد هو الذي يبين ما إذا كان هذا الشرط جائزاً

(18) Pierre Mayer, les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980, J.C.P., 1981, I, 3019.

(19) حول نصوص اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع لسنة 1986 انظر: الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.hcch.net>.

وهذا ما سبق أن نصت عليه المادة 2 من اتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على نقل الملكية في عقد بيع الأموال المادية المنقولة. راجع: الموقع المشار إليه أعلاه للاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية.

أم لا، ونقصد هنا بقانون العقد الوارد على منقول القانون الذي تم تحديده من قبل الأطراف، وفي حال عدم التحديد فقانون الدولة التي اتخذها منها موطناً مشتركاً هو الذي يطبق على العقد، وإذا ما اختلفا موطناً فقانون الدولة التي أبرمها فيها العقد هو الذي يطبق.

إما إذا كان هذا الشرط متعلقاً بعقد محله مال منقول يتطلب القانون الإماراتي لصحته التسجيل كالعقد الوارد على سفينة (المادة 66 من قانون التجارة البحرية الإماراتي)، فإنه لا أثر له كضمان لحق البائع في الثمن في حالة عدم مراعاة الشرط الشكلي المتعلق بالتسجيل، إذ إنه في حال عدم مراعاة شرط التسجيل الذي يتطلبه القانون لصحة العقد الوارد على السفينة، فإن هذا العقد الوارد على السفينة يكون غير صحيح، وبالتالي لا جدوى من اشتراط البائع الاحتفاظ بملكية السفينة في عقد البيع التمهيدي قبل مراعاة شرط التسجيل، بحجة أنه هو المالك لهذا المبيع بموجب القانون، فكيف يشترط المالك إذا الاحتفاظ بملكية مبيع مازال مالكا له وفق القانون!

وفيما يتعلق بعقد بيع سيارة أو مركبة اشترط فيه شرط الاحتفاظ بالملكية، فإنه يجب التفرقة هنا بين العقود الفردية التي تبرمها شركة بيع سيارات مثلاً مع الأفراد، والعقد المتعلق باستيراد كمية كبيرة من السيارات من الشركة المصنعة، ففي هذا العقد الأخير يجوز اشتراط شرط الاحتفاظ بالملكية، وبالتالي يحكمه قانون العقد بسند من القول إن تلك السيارات المسجلة لم يتم إنشاء سجلات خاصة لها في دولة الإمارات، بينما فيما يتعلق بالعقد الأول، فإن اشتراط الاحتفاظ بالملكية لا يحقق الغاية منه ولو تم تسليم السيارة إلى المشتري، لعل أن حق البائع بالملكية مضمون بموجب القانون، إذ إن القانون الإماراتي لا يسمح بنقل الترخيص إلى الطرف الآخر إلا بعد أن يخطر طرفا التصرف سلطة الترخيص بالتصرف الناقل للملكية خلال أربعة عشر يوماً، وإلا فإن الملكية تبقى ثابتة لصاحب الرخصة الأولى⁽²⁰⁾.

(20) تنص المادة (32) من قانون السير والمرور الإماراتي رقم 21 لسنة 1995 وتعديلاته على أنه يجب إخطار سلطة الترخيص بأي تصرف ناقل للملكية خلال أربعة عشر يوماً من قبل طرفي التصرف، ويبقى المالك الأول محملاً بالالتزامات الناشئة عن استخدام المركبة إلى أن يتم نقل الترخيص للطرف الآخر. انظر في ذلك: د. عدنان سرحان، شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، عقد البيع، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص218. وفي هذا الإطار ذهبت محكمة التمييز الكويتية إلى أنه: «إذ نص على شرط الاحتفاظ بملكية في عقد بيع سيارة بالتقسيط، فإن هذا الشرط يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً دون أن يلحق البطلان العقد ذاته وتنتقل ملكية السيارة إلى المشتري بمجرد إبرام العقد ولو تضمن هذا الشرط إعمالاً بحكم المادة (5) مكرر من القانون رقم 76/67 في شأن المرور المعدل بالقانون رقم 57 لسنة 80». محكمة تمييز الكويت، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 80 لسنة 1993 قضائية، تاريخ الجلسة 1994/11/29، مكتب فني 22، ص 245.

وعليه فإن اختيار الأطراف لقانون آخر غير القانون الإماراتي في الحالة الأخيرة لا يطبق لاصطدامه مع قواعد قانونية أمرّة ذات تطبيق إقليمي تتعلق بالتسجيل، لكن في بعض الأحيان قد تنص بعض القوانين على جواز إدراج هذا الشرط في عقد البيع الذي يكون محله عقاراً، كالقانون الفرنسي⁽²¹⁾. لذلك فلنفرض أن أطراف العقد اتفقا أن يحكم هذا العقد القانون الفرنسي، وإذا ما أثير بين الأطراف نزاع يتعلق بشرط الاحتفاظ بالملكية وأقيمت دعوى بشأنه أمام القضاء الإماراتي، فهل القاضي الإماراتي يطبق قانون العقد، أي القانون الذي اختاره الأطراف وهو في مثالنا القانون الفرنسي، أم أنه يطبق قانوناً آخر؟ يطبق القاضي، في هذا الفرض، قانون الدولة التي يوجد فيها العقار على اعتبار أنه القانون الذي يحكم العقد وفق قاعدة الإسناد الإماراتية (م 2/19 من قانون المعاملات المدنية)، وإذا ما تبين له أن العقار موجود في دولة الإمارات، فإنه يطبق القانون الإماراتي ولا يعترف بالنتيجة بمثل هذا الشرط؛ لأن العقد المتعلق بعقار خارج دائرة التسجيل في دولة الإمارات لا يرتب أثره فيما يتعلق بنقل الملكية⁽²²⁾، وبالتالي لا قيمة لهذا الشرط إذا ما ورد في عقد بيع تمهيدي، إذ إن هذا العقد لا ينقل الملكية بذاته، وعليه فلا يصح القول بملكية مستندة إلى وقت الإبرام، في حال الوفاء بالثمن عند اشتراط الاحتفاظ بالملكية في عقد بيع بالتقسيط، في الوقت الذي يكون فيه هذا البيع لا أثر له على الالتزام بنقل الملكية لانتفاء التسجيل⁽²³⁾.

فلو أجزئ مثل هذا الشرط في العقار أو المنقول الذي يتطلب فيه القانون التسجيل لانتقلت الملكية من تاريخ التسجيل لا من تاريخ إبرام العقد، وهذا الأمر فيه تناقض جلي بين وقت انتقال الملكية في العقدين، أي عقد البيع بالتقسيط المتعلق بمنقول لا يشترط فيه القانون

(21) L'article 2367 du code civil dispose que (la propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété.....).

من خلال هذا النص يتبين أن المشرع الفرنسي استخدم لفظ المال، وهذا يعني أن شرط الاحتفاظ بالملكية يجوز إدراجه في عقد بيع يتعلق بعقار أو منقول. لكن التطبيق العملي لهذا الشرط في العقارات نادر جداً، بينما اشترط في القانون الألماني أن يكون مالا منقولاً، وهذا ما نصت عليه المادة (449) من القانون المدني الألماني:

- (1) Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, dass das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird (Eigentumsvorbehalt).
- (2) Auf Grund des Eigentumsvorbehalts kann der Verkäufer die Sache nur herausverlangen, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist.
- (3) Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts ist nichtig, soweit der Eigentumsübergang davon abhängig gemacht wird, dass der Käufer Forderungen eines Dritten, insbesondere eines mit dem Verkäufer verbundenen Unternehmens, erfüllt.

(22) عدنان سرحان، شرح أحكام العقود المسماة، مرجع سابق، ص 215.

(23) محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 235.

التسجيل من أجل نقل الملكية وعقد البيع المتعلق بعقار أو منقول يتطلب فيه القانون التسجيل لغاية نقلها، ففي العقد الأول يوّتي شرط الاحتفاظ بالملكية ثماره، لأن ملكية المنقول تنتقل من تاريخ إبرام العقد، أما شرط الاحتفاظ بالملكية في العقد الثاني فلا قيمة له ما دام أن البائع يبقى مالكا للمبيع ما دام لم يتم تسجيل بيع العقار أو المنقول.

أما إذا كان العقار غير موجود في دولة الإمارات، ولأن شرط الاحتفاظ بالملكية يعلق الالتزام بنقل الملكية الذي يُعد أثراً عينياً للعقد، فإن القاضي الإماراتي يعلن عدم اختصاصه بنظر الدعوى استناداً إلى نص المادة (20) من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أن المحاكم الإماراتية لا تختص بنظر الدعاوى العينية المتعلقة بعقار كائن في الخارج، وبناء على ذلك لا تطرح مشكلة تنازع القوانين الخاصة بشرط الاحتفاظ بملكية العقار الكائن في الخارج.

2- يسري قانون العقد على رضا المتعاقدين المتعلق بالاتفاق على إدراج شرط الاحتفاظ بالملكية في العقد المبرم بينهما، وهذا القانون يحكم ما إذا كان يُشترط أن يكون التوافق على هذا الشرط صراحة بطريق الكتابة أم ضمناً. وفيما يتعلق بالقانون الإماراتي تبين أن المشرع الإماراتي لم يشترط بأن يكون شرط الاحتفاظ بالملكية مكتوباً للاحتجاج به فيما بين المتعاقدين، ولم يبين أيضاً ما إذا كان هذا الشرط يعد من الشروط الجوهرية التي يجب الاتفاق عليها أم لا من أجل القول بأن العقد قد انعقد أم لم ينعقد، أو ما إذا كان من المسائل التفصيلية التي قد يجوز للمتعاقدین الاتفاق عليها فيما بعد، وعلى أية حال فإن أهمية هذا الشرط تقتضي أن يتم الاتفاق عليه ابتداءً، إذ إنه يعد من العناصر الأساسية للالتزام.

وبناء على ما سبق نرى أنه إذا اختار الأطراف القانون الفرنسي لحكم العقد المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية الذي يشترط الكتابة لصحة انعقاد الاتفاق على احتفاظ البائع بملكية المال المبيع⁽²⁴⁾، وكان النزاع معروضاً على إحدى المحاكم الإماراتية، فإن السؤال

(24) Voir l'article (2368) du code civil français qui dispose que (la réserve de propriété est convenue par écrit).

وفي المقابل نلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة (16-624) من القانون التجاري الفرنسي تشترط الكتابة لوقت أقصاه يوم التسليم، وهذا يعني أن كتابة الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية ليس شرطاً لصحة الاتفاق، وإنما هي شرط للإثبات. وهذا هو النص الفرنسي:

Article L624-16 du code de commerce stipule que: Modifié par Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 43: Peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur ou ceux transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant.

Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété. Cette clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties.

La revendication en nature peut s'exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans =

الذي يلوح في الأفق هو هل القاضي الإماراتي يستبعد القانون الفرنسي بحجة أنه يخالف القانون الإماراتي الذي لا يشترط الكتابة للقول بصحة شرط الاحتفاظ بالملكية؟ إن الإجابة ستكون بالنفي؛ وذلك لأن توافر رضا المتعاقدين يكفي للقول بصحة الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية، وهذا التراضي ليس من النظام العام، وبالتالي فالقانون الذي يشترط الكتابة لصحة الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية لا يخالف النظام العام الإماراتي، بحجة أن عدم اشتراط الكتابة لصحة الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية لا يتعلق بالنظام العام، فالأصل في العقود والاتفاقات الرضائية لا الشكلية.

ومن نافلة القول، نرى بأن قانون العقد لا يسري في الحالة التي تخص إشهار هذا الشرط، إذ يحكمه قانون الدولة التي يوجد فيها المال بوصفه قانون بوليس، فالكثير من الدول تشترط مثلاً إشهار هذا الشرط إذا تعلق بعقد بيع وارد على عقار أو منقول يوجب فيه القانون التسجيل؛ لذلك ننصح جميع المتعاملين بالعقود التجارية العابرة للحدود مراعاة الشروط التي يجب توافرها لصحة اشتراط الاحتفاظ بالملكية في الدولة التي سوف يوجد فيها المال.

3- كما يسري قانون العقد على تحديد المحل الذي يرد عليه شرط الاحتفاظ بالملكية، ونقصد بالمحل هنا الدين الذي يضمنه هذا الشرط، ولعل أبرز الشروط التي تتعلق بصحة شرط الاحتفاظ بالملكية أن يتعلق هذا الشرط بدين المدين الناتج عن العقد المبرم بين الطرفين، وهذا يعني أنه يجب ألا يمتد لضمان الوفاء بديون أخرى للبائع في مواجهة المشتري، وهذا يعني أنه إذا لم يقم المدين بالوفاء بالدين المترتب في ذمته، فإن هذا الشرط يتم تفعيله لكي يرتب آثاره، فمثلاً في البيع بالتقسيط إذا لم يقم المشتري بأداء ثمن المبيع، فإن البائع استناداً إلى شرط الاحتفاظ بالملكية يستطيع استرداد المبيع إن كان قائماً. لكن السؤال الذي يطرح هو هل يجوز اشتراط شرط الاحتفاظ بالملكية بحيث يكون أداة لضمان ديون أخرى يلتزم بها المدين في مواجهة الدائن؟ وما هو مصير هذا الشرط إذا ما أدرج في عقد عابر للحدود؟

لا يعرف كل من القانون الإماراتي والقانون الفرنسي إلا شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط الذي يمكن إدراجه في عقد البيع بالتقسيط، أما شرط الاحتفاظ بالملكية الموسع، الذي هو

= un autre bien lorsque la séparation de ces biens peut être effectuée sans qu'ils en subissent un dommage. La revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque des biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur ou de toute personne les détenant pour son compte.

Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement. Le juge-commissaire peut également, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement. Le paiement du prix est alors assimilé à celui des créances mentionnées au I de l'article L. 622-17.

معروف في القانون الألماني⁽²⁵⁾، فلم ينص عليه القانون الإماراتي أو القانون الفرنسي. ويسمح القانون الألماني بإدراج شرط الاحتفاظ بالملكية الموسع في تصرف بين طرفين بينهما علاقات تجارية مستمرة يترتب عليها عدة ديون، وبموجب هذا الشرط يبقى البائع محتفظاً بملكية المبيع ليس لحين قيام المشتري بأداء الثمن، وإنما لحين قيام المشتري بدفع جميع الديون المترتبة في ذمته الناشئة عن تلك العلاقات التجارية المنعقدة بينهما⁽²⁶⁾.

وإذا ما أبرم تاجر إماراتي عقد بيع معدات مع تاجر ألماني، وكان بينهما الكثير من التعاملات التجارية المستمرة، واشترط التاجر الألماني في أي من تلك العقود أن يحتفظ بملكية المبيع لحين قيام المشتري بدفع كامل الديون المترتبة في ذمته، وإذا ما حدث بينهما خلاف ورفع النزاع أمام القضاء الإماراتي وتمسك الإماراتي بأن هذا الشرط غير معروف في القانون الإماراتي، فهل القاضي الإماراتي يطبق القانون الألماني ليقدر صحة هذا الشرط، أم يعتبر هذا الشرط مخالفاً للنظام العام ويقوم باستبعاد القانون الذي يقره؟

في الواقع لم نجد أي حكم قضائي إماراتي نتلمس فيه الحل لمثل هذه المعضلة، لكن نرى من جانبنا أنه إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الألماني على أساس أنه القانون الذي تم اختياره لحكم العقد محل النزاع، فإن اشتراط مثل هذا الشرط المشروع في القانون الألماني لا يخالف النظام العام الإماراتي، فهو لا يخل بالأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي يقوم عليها كيان الدولة الإماراتية، ولا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية القطعية الغراء؛ وذلك لأن الغاية من إدراج مثل هذا الشرط هو ضمان حق البائع، لكن يجب ألا يؤخذ هذا القول على إطلاقه، بل يجب أن يراعى هنا مبدأ المساواة بين الدائنين لا سيما عند إفلاس المدين أو إعساره، وفي حال أن كان القانون المختار هو القانون الإماراتي، والقانون الإماراتي لا يعرف هذا الشرط بتلك الصورة، فإنني أرى أنه يجب على القاضي الإماراتي عدم تطبيق هذا الشرط، وتطبيقه فقط في الحدود التي يسمح فيها القانون الإماراتي، وهي إقراره في نطاق ذات المبيع، وثمنه فقط، الذي اشترط البائع الاحتفاظ بملكيته لحين إداء الديون المترتبة في ذمة المشتري.

(25) Claude Witz, le droit des sûretés mobilières en république fédérale d'Allemagne, revue internationale de droit comparé, 1985, p. 34 et s. M. Helmut Heide, la réserve de propriété dans le cadre des opérations commerciales transfrontalières, revue internationale de droit comparé, vol 47, no 2, 1995, p. 462.

(26) Joseph, Servos, la vente sous réserve de propriété en droit allemand, revue international de droit compare, vol 17, No 2, 1965, p. 398 et s.

ثانياً- آثار شرط الاحتفاظ بالملكية بين المتعاقدين:

بمجرد توافر شروط صحة شرط الاحتفاظ بالملكية، فإن هذا الشرط يترتب آثاره، وهذه الآثار يحكمها بلا شك قانون العقد الوارد في نص المادة (19) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. وسنبين فيما يأتي آثار شرط الاحتفاظ بالملكية التي تدخل في نطاق قانون العقد وهي على النحو الآتي:

1) أثر شرط الاحتفاظ بالملكية على ملكية المبيع:

يبقى البائع بموجب شرط الاحتفاظ بالملكية محتفظاً بملكية المبيع لحين قيام المشتري بالوفاء بكامل الثمن، بمعنى أن عقد البيع، الذي ورد فيه أن البائع يظل محتفظاً بالملكية لحين استيفاء الثمن، عُلق فيه الالتزام بنقل الملكية على شرط واقف وهو قيام المشتري بدفع الثمن كاملاً في موعده المضروب، وإلا سيسترد البائع المبيع، فالملكية إذا لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد وفائه بكامل الثمن، وفي حال الوفاء تنتقل إليه الملكية بأثر رجعي⁽²⁷⁾. أما إذا لم يقم المشتري بالوفاء بالثمن، فإن قانون العقد هو الذي يبين في هذه الحالة الجزاء المناسب، فقد يكون الجزاء فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء عدم تنفيذ الالتزام، أو أن يعطي القانون المختص الحق للبائع في أن يرفع دعوى لاسترداد المبيع إن كان ممكناً، وقانون العقد هذا هو الذي يحدد الشروط الموضوعية لإمكانية الاسترداد، مثل أن يكون المبيع مازال موجوداً بعينه ولم يجر عليه أي تعديل يغير من طبيعته، ولم يكن المشتري قد تصرف به إلى مشتر آخر حسن النية. أما بالنسبة إلى شروط دعوى الاسترداد الإجرائية مثل تعيين المحكمة المختصة بنظرها، والمدة التي ترفع خلالها هذه الدعوى فيحكمها قانون المحكمة التي ترفع أمامها تلك الدعوى، وذلك بالاستناد إلى المادة (21) من قانون المعاملات المدنية التي تنص على أنه: «يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الإجرائية قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات».

ومن الجدير بالذكر أن قانون العقد هو الذي يبين لنا أثر دعوى الاسترداد على البيع، وما إذا كان يترتب على الحكم بها فسخ البيع أو لا، كما أن قانون العقد هو الذي يحدد ما إذا كان يترتب على مطالبة البائع المشتري بالثمن، أي المطالبة بتنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، تنازلاً أم لا عن شرط الاحتفاظ بالملكية⁽²⁸⁾.

(27) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1970، البند 92.

(28) محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 153 وما بعدها.

كما أن قانون العقد هو الذي يبين حقوق المشتري على المبيع قبل الوفاء بالثمن، كحق المشتري في استعماله والانتفاع به، والتصرف به إلى مشتر آخر، بالرغم من أن هذا المبيع محمل بضمان الاحتفاظ بالملكية، والقول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إهدار قيمة تسليم المبيع إلى المشتري إذ يجعل هذا التسليم غير ذي أهمية⁽²⁹⁾.

2) أثر شرط الاحتفاظ بالملكية على تبعة هلاك المبيع:

تختلف التشريعات من حيث المبدأ في تقرير من يتحمل تبعة هلاك المبيع، فمنها من يحملها للبائع طالما لم ينقل الملكية للمشتري كالقانون الفرنسي (المادة 1196 من القانون المدني)، وإذا ما نقل البائع الملكية للمشتري، إلا أن المبيع لا يزال في يد البائع فإنه يُلزم قبل المشتري بالمحافظة عليه (المادة 1197 من القانون المدني الفرنسي)، ومن ثم يقع على البائع عبء إثبات السبب الأجنبي لهلاك المبيع من أجل أن يتخلص من مسؤوليته عن التعويض، ومنها من يحملها للمشتري في حال أنه استلم المبيع حكماً أو فعلاً كالقانون الإماراتي، وهذا ما نصت عليه المادة (118) من قانون المعاملات التجارية رقم 18 لسنة 1993 بالقول أنه: «1- إذا احتفظ البائع بملكية المنقول المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأجمعها اكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الأخير، ويتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه. 2- ومع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً في حق الغير إلا إذا كان هذا الشرط مدوناً في اتفاق وسابقاً على حق الغير، إلا أن القول السابق يجب ألا يؤخذ على إطلاقه، إذ يتحمل المشتري تبعة الهلاك قبل التسليم إذا تم الاتفاق مع البائع على ذلك، أو كان الهلاك بسببه (المادة 532 من قانون المعاملات المدنية)، وهذا يعني أن القواعد القانونية المتعلقة بتبعة الهلاك غير متعلقة بالنظام العام؛ لأنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها.

فالقانون الذي يحكم العقد هو الذي يبين أثر شرط الاحتفاظ بملكية المبيع على تحمل تبعة هلاك ذلك المبيع. ومن الجدير بالذكر أنه إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الإماراتي، فإن المبدأ الذي كرسه القانون الإماراتي المتعلق بربط تبعة الهلاك بالتسليم يحقق الغاية التي يرمي إلى تحقيقها شرط الاحتفاظ بالملكية ألا وهي الوقاية من مخاطر عدم استيفاء الثمن.

أما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي، فإن شرط الاحتفاظ بالملكية له أثر على تحديد من يتحمل تبعة الهلاك، إذ يبقى البائع الذي احتفظ بملكية المبيع متحملاً

(29) محمد العلواني، آثار توظيف الملكية كضمان في البيع الائتماني، الجزء الثاني، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، العدد 3، المجلد 2، المغرب، 2012، ص 39.

لمسؤولية هلاك المبيع، ولا يتحملها المشتري الذي تسلم المبيع إلا إذا كان الهلاك بسبب عدم بذله عناية الرجل المعتاد في المحافظة على المبيع⁽³⁰⁾. ولا شك بأن هذا الأمر يعد أمراً خطيراً بالنسبة للبائع إذ إن شرط الاحتفاظ بالملكية يقيه من مخاطر عدم استيفاء ثمن المبيع، إلا أنه يعرضه لتحمل تبعة هلاك المبيع الذي تم تسليمه للمشتري، لذلك ندعو البائع إلى أن يحرص دائماً، عند الاتفاق على اختيار القانون المختص وخاصة القانون الذي يربط تبعة هلاك المبيع بمن يملكه، على إدراج شرط في عقد البيع يقضي بتحميل المشتري الذي تسلم المبيع تبعة هلاكه رغم عدم تملكه ذلك المبيع، ويعد هذا الشرط مشروعاً لعدم تعلق القواعد التي تنظم تحمل تبعة الهلاك بالنظام العام.

(3) أثر شرط الاحتفاظ بالملكية على حق المستأجر في عقد التأجير التمويلي:

قد يدرج شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع الذي يبرم بين المؤجر في عقد التأجير التمويلي والبائع، فهل القانون الذي يحكم عقد البيع يسري على الاحتجاج بهذا الشرط في مواجهة المستأجر في عقد التأجير التمويلي؟

وهذا الفرض محل التساؤل يطرح في الدول التي لا تشترط لصحة الإيجار التمويلي أن يكون المؤجر مالكاً لحل عقد التأجير التمويلي، كما هو الحال في قانون التأجير التمويلي المصري؛ إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (2) منه على أنه: «يعد تأجيراً تمويلياً كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى مستأجر منقولات مملوكة له أو تلقاها من المورد استناداً إلى عقد من العقود.....»⁽³¹⁾. ويشير لفظ تلقاها إلى عدم اشتراط ملكية المؤجر لحل عقد التأجير التمويلي.

(30) En ce sens voir les décisions de la Cour de cassation française, chambre commerciale, que sont issues du 26 mai 2010, pourvoi 09-66344 et du 9 février 1992, pourvoi 86-17842, et du 11 juin 1985, pourvoi 84-10913, et publiés en ligne sur le site Web de Legifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr>. La cour a décidé dans son arrêt daté le 26 mai 2010 que (ALORS QUE lorsque la chose livrée a été vendue avec réserve de propriété, l'acquéreur, qui n'en est pas propriétaire tant que le prix n'a pas été payé et qui, jusqu'à ce moment, ne supporte donc pas la charge des risques de la chose, est seulement tenu d'apporter à la conservation de celle-ci les soins d'un bon père de famille ; qu'en se fondant, pour condamner monsieur X... à payer à son vendeur le coût des matériaux qui avaient été volés après avoir été livrés, sur la seule circonstance qu'en dépit de la stipulation d'une clause de réserve de propriété, il en avait la garde, circonstance impropre à établir que monsieur X... n'avait pas apporté à la conservation de ces matériaux tous les soins d'un bon père de famille, la cour d'appel n'a pas donné une base légale à sa décision au regard de l'article 1137 du code civil).

(31) قانون رقم 95 لسنة 1995 في شأن التأجير التمويلي، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 22 مكرراً تاريخ 2 يونيو لسنة 1995، ص 3 وما بعدها. وعلى خلاف المشرع المصري اشترط المشرع الأردني لصحة عقد التأجير التمويلي في الفقرة الأولى من المادة (3) من قانون التأجير التمويلي، رقم 45 لسنة 2008 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 4924 بتاريخ 8/17/2008، ص 4322، أن يملك المؤجر للمأجور من المورد بهدف تأجيره بموجب عقد التأجير.

للإجابة عن التساؤل المذكور أعلاه، لا بد من التمييز بين فرضين: الفرض الأول يتعلق بالحالة التي يقوم فيها المورد بتوريد محل الإيجار التمويلي إلى المؤجر بموجب عقد بيع ويحتفظ لنفسه فيه بملكية المبيع لحين الوفاء بجميع الثمن من قبل المؤجر (المشتري)، وعند قيام المؤجر بتأجيله إلى المستأجر بموجب عقد تأجير تمويلي، فإن المورد يحتج بشرط الاحتفاظ بملكية المبيع في مواجهة المستأجر شريطة أن يعلم المشتري بمضمون عقد البيع بين المورد والمؤجر وما ورد فيه من شروط، وبالتالي تخضع مسألة الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة المستأجر الذي يعلم بمضمون عقد البيع، لا سيما أن المستأجر في عقد التأجير التمويلي في كثير من الأحيان يدخل في مفاوضات مباشرة مع المورد من أجل تحديد مواصفات المال اللازمة لمشروعه، لقانون العقد، أي القانون الذي يحكم العقد الذي ورد به الشرط⁽³²⁾.

أما الفرض الثاني الذي يخص الحالة التي لا يعلم فيها المشتري بموضوع عقد البيع المبرم بين المؤجر والمورد، ولا يعلم أيضاً بوجود شرط الاحتفاظ بالملكية الذي اشترطه البائع أو المورد في العقد الذي أبرم بينه وبين المؤجر، فإن قانون العقد لا يحكم موضوع الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة المستأجر في عقد التأجير التمويلي الوارد في عقد ليس المستأجر طرفاً فيه ولا يعلم بوجود ذلك الشرط، وفي مثل هذه الحالة قد يطبق قانون موقع المال أو قانون الإفلاس في حال إفلاس المستأجر الذي أبدى رغبته بشراء محل عقد التأجير التمويلي.

لقد بينا فيما سبق دور ونطاق قانون العقد في حكم شرط الاحتفاظ بالملكية، إلا أن قانون العقد لا يمكن تطبيقه على مسألة الاحتجاج بهذا الشرط في مواجهة دائني المشتري المفلس أو غير المفلس أو في مواجهة المشتري الثاني في حال التصرف بالمبيع من قبل المشتري الأول، بحجة أن هذا القانون قد لا يحقق الحماية المرجوة لكل من دائني المشتري أو خلف المشتري الخاص حسن النية؛ لذلك كله نرى أنه من الضروري فيما يأتي تحديد دور قانون موقع المال وقانون الإفلاس في حكم بعض المسائل التي يثيرها شرط الاحتفاظ بالملكية.

(32) أشرف وفا محمد، الإيجار التمويلي في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 56، 2000، ص 179. حسام الدين فتحي ناصف، التأجير التمويلي للمنقول، دراسة للقواعد المادية وقواعد تنازع القوانين الواجبة التطبيق على التأجير التمويلي في القوانين الوطنية واتفاقية أوتاوا الموقعة عام 1988، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، مصر، العدد 2، المجلد 46، لسنة 2004، ص 84.

المطلب الثاني

دور قانون موقع المال وقانون الإفلاس في حكم شرط الاحتفاظ بالملكية

سنبين فيما يأتي دور كل من قانون موقع المال في حكم شرط الاحتفاظ بالملكية وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنخصصه لبيان دور قانون الإفلاس في حكم آثار ذلك الشرط.

الفرع الأول

دور قانون موقع المال في حكم شرط الاحتفاظ بالملكية

تبرز أهمية قانون موقع المال في الحالة التي يختلف فيها قانون موقع المال عن قانون العقد، فمثلاً عندما يختار الأطراف القانون الفرنسي لحكم العقد الذي أدرج فيه شرط الاحتفاظ بالملكية، ومن ثم ينقل المال محل هذا العقد إلى الإمارات، فهل يتم تجاهل القانون الإماراتي باعتباره قانون الدولة التي يوجد فيها المال لحكم بعض الجوانب المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية وخصوصاً تلك التي تتعلق بالاحتجاج به في مواجهة الغير؟ وماذا لو نُقل المال إلى دولة تعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية من قبيل التأمينات العينية، فهل يؤخذ هذا القانون بعين الاعتبار؟

إن الإجابة على التساؤلين السابقين تقتضي بيان الحالات التي ينطبق فيها قانون موقع المال على بعض المسائل المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية خارج حالات إفلاس المشتري وهي على النحو الآتي:

أولاً- الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير:

ويقصد بالغير كل من لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً عاماً أو خاصاً للمتعاقدين، وإن كان الخلف العام أو الخلف الخاص قد يعتبران من الغير في بعض الحالات، وعلى ذلك لا يرتب العقد شيئاً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً (المادة 252 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي).

فقانون الدولة التي يوجد فيها المال محل العقد الذي ضُمن فيه شرط الاحتفاظ بالملكية هو الذي يقرر ما إذا كان يجوز أو لا الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين⁽³³⁾، وهو الذي يقرر أيضاً ما إذا كان يجوز أو لا الاحتجاج به في مواجهة المشتري

(33) حول موضوع الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين والخلافات الفقهية حوله انظر:

د. علي سيد قاسم، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس: دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، دون

سنة نشر، ص 83 وما بعدها.

الثاني حسن النية أو سيئ النية، وتطبيقاً لذلك نصت المادة (119) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي على أنه: «إذا كان حق الغير لاحقاً لحق البيع بالتقسيط فيكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً في حق هذا الغير إذا كان الشرط مدوناً في اتفاق ثابت التاريخ وسابق على الإجراءات التنفيذية التي يتخذها الدائنون على المبيع»، كما نصت المادة (120) من ذات القانون على أنه: «لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل أداء الأقساط بأكملها إلا إذا وافق البائع على ذلك كتابة، وكل تصرف يجريه المشتري للغير بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً في حق البائع، إلا إذا أثبت الغير حسن نيته، وفي هذه الحالة تُستحق باقي الأقساط».

ولا يمكن تطبيق ما ورد من أحكام في المادتين (119 و 120) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي، إلا إذا كان المال موجوداً في دولة الإمارات، وعلى ذلك لا يمكن الاحتجاج بقانون العقد إذ إن هذا القانون لا يسري في مواجهة الغير بحجة أنه ببساطة شديدة ليس طرفاً في العقد.

ولا يفوتنا أن نشير إلى أن موضوع التنازع بين شرط الاحتفاظ بالملكية والحقوق العينية التبعية التي تترتب على الشيء المبيع يحكمه قانون موقع المال بحجة أن الحقوق العينية أصلية كانت أو تبعية يحكمها قانون موقع المال، وذلك تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة (18) من قانون المعاملات المدنية التي تنص على أنه: «يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي تترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى». وبناء على ذلك، فقانون موقع المال هو الذي يبين ما إذا كان يجوز أو لا يجوز للبائع أن يتمسك بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة أصحاب الحقوق العينية التبعية كحق الدائن المرتهن رهناً حيازياً، على أساس من القول إن شرط الاحتفاظ بالملكية يترتب عليه جعل التزام البائع بنقل الملكية وهو التزام ذو أثر عيني موقوفاً على أداء المشتري لكامل الأقساط المترتبة في ذمته. ولما كان الالتزام بنقل الملكية ينصب على موضوع الملكية، والملكية حق عيني، فإن القانون الذي يحكم الحقوق العينية الأصلية والتبعية هو قانون موقع المال وقت تحقق السبب الذي تترتب عليه كسب الملكية أو الحقوق العينية الأخرى⁽³⁴⁾.

لكن ما هو قانون موقع المال الواجب التطبيق في حال نقل المنقول، هل هو قانون موقع

(34) Pour plus d'information voir, Yvon Loussouarn, les conflits de lois en matière de réserve de propriété, droit international privé, travaux du comité français de droit international privé, 5e année, 1982-1985, 1985, p. 103 et s.

المال وقت التعاقد؛ أي قانون الدولة المصدرة أم قانون الدولة التي يوجد فيها المنقول حالياً؛ أي قانون الدولة المستوردة أو المستقبلية؟ لتوضيح موضوع التساؤل نضرب المثال الآتي: إذا ما اشترى تاجر إماراتي معدات صناعية من فرنسي بالتقسيط، واشترط البائع الاحتفاظ بملكية المعدات لحين وفاء المشتري بكامل الثمن، وعند استلام المشتري للمبيع قام برهنه في الإمارات لقاء مبلغ من المال لدائن مقيم فيها، وعند عدم قيام المشتري بدفع الأقساط، فإن البائع يجوز له التمسك بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائن المرتهن الذي اكتسب الحق على المعدات الموجودة في دولة الإمارات، وعلى ذلك فقانون موقع المال الجديد؛ أي قانون الدولة المستقبلية أو المستوردة هو الذي يبين شروط سريان حق البائع في مواجهة الدائن المرتهن.

ولعل أهم مبرر لتطبيق قانون موقع المال الجديد هو تقديم الحماية للغير ومعالجة مشكلة التنازع المتحرك، وهذا الحل أخذت به المادة (4) من اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على نقل الملكية في البيع الدولي للمنقولات المبرمة بتاريخ 15/4/1958 التي تنص على أن: «القانون الواجب التطبيق على الاحتجاج بالملكية أو بالحيازة أو بحقوق الامتياز المتعلقة بالمبيع الذي لم يدفع ثمنه في مواجهة دائني المشتري على الأخص عند رفع دعوى فسخ أو عند التمسك بشرط الاحتفاظ بالملكية هو قانون موقع المنقول عند حدوث أول مطالبة أو منازعة بشأن المبيع»⁽³⁵⁾.

ثانياً- اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية ضمان (تأمين) مقرر لصالح البائع:

إن قانون موقع المال هو الذي يبين الأحكام المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية على اعتبار أنه نوع من أنواع التأمينات المقررة لصالح البائع (أي الدائن صاحب الحق في الثمن). وقد ثار الخلاف بين الفقه حول مسألة مدى جواز أداء حق الملكية لوظيفة ضمان الديون، فذهب اتجاه في الفقه إلى أن حق الملكية يعتبر الحق العيني الأصلي الوحيد، فلا يمكن أن يكون تابعاً لحق شخصي يدور وجوداً وعدمياً معه⁽³⁶⁾. أما الاتجاه الراجح في الفقه، فلا يرى ضيراً من أن يؤدي حق الملكية وظيفته الضمان، وبهذا اعترف الفقه بدور الملكية الائتماني، وعليه فإنه يمكن أن يشترط البائع في عقد البيع أن يحتفظ بملكية المبيع لحين أداء المشتري لكامل الأقساط المترتبة في ذمته⁽³⁷⁾.

(35) للاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية، انظر: الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.hcch.net>، وبذات المعنى انظر أيضاً: المادة (101) من القانون الفدرالي السويسري بشأن القانون الدولي الخاص، 18 ديسمبر لسنة 1987.

(36) Sur cette doctrine voir, Ghestin, réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété ; D, 1981, chron 1 et s.

(37) B. Oppetit, les tendances régressives dans l'évolution u droit contemporain, in, mélanges Holleaux, 1990, p. 317 et s.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي الداخلي عندما نظم بعض الأحكام المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية المدرج في عقد البيع بالتقسيط في قانون المعاملات المدنية التجارية لم يبين أن هذا الشرط هو نوع من أنواع التأمينات المقررة لصالح البائع، وذلك لأن التأمينات العينية التي نص عليها المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية وردت على سبيل الحصر ولم يكن من بينها شرط الاحتفاظ بالملكية.

وفي المقابل نجد أن دولة الإمارات العربية قد صادقت على اتفاقية كيب تاون وبرتوكول الطائرات الملحق بها بشأن الضمانات الدولية على المعدات المنقولة⁽³⁸⁾، وبينت هذه الاتفاقية في المادة (3) معيار تطبيقها، إذ تطبق الاتفاقية عندما يكون موقع المدين وقت إبرام العقد الذي ينشئ الضمانة الدولية أو ينص عليها في دولة متعاقدة، ولم تحدد هذه الاتفاقية القانون الواجب التطبيق، وإنما تركت تحديده إلى قواعد الإسناد في القانون الداخلي للدول الأطراف في الاتفاقية (الفقرة 3 من المادة 5 من الاتفاقية). واعتبرت الاتفاقية شرط الاحتفاظ بالملكية من الضمانات الدولية، وكان ذلك بموجب الفقرة «LL» من المادة الأولى من الاتفاقية. واعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية من الضمانات التي تقع بصفة أساسية على المنقول المادي بموجب الاتفاقية المذكورة يحاكي بعض التشريعات - كالقانون الفرنسي وقانون مقاطعة أنتاريو في كندا- التي نظمتها على أساس أنه تأمين يقع على المنقول مقرر لصالح البائع، وبناء على ذلك سنبين فيما يأتي موقف كل من التشريع الفرنسي وتشريع مقاطعة أنتاريو الكندية من هذا النوع من التأمين أو الضمان:

● لقد نظم القانون الفرنسي موضوع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان في الفصل الرابع من الباب الثاني من الكتاب الرابع من القانون المدني الموسوم بالتأمينات وفي المواد (من 2367 إلى 2372). ولا ريب، في نظري، من أن هذا التنظيم القانوني لهذا الموضوع له أثر في الحلول المتعلقة بتنازع القوانين في موضوع الاحتفاظ بالملكية، إذ إن موضوع التأمينات يخضع لقانون موقع المال خصوصاً فيما يتعلق بسلطة البائع على محل شرط الاحتفاظ بالملكية وتخليه عن حيازته إلى المشتري، ونفاذ حقه في مواجهة الغير، ومدى انتقال حق البائع على ثمن المبيع عند بيعه لمشتري ثان حسن النية من قبل حائزه، أو مدى انتقال حق ذلك البائع إلى مبلغ التأمين الذي حل محل المال الهالك.

● أما قانون مقاطعة أنتاريو الكندية بشأن التأمينات الواردة على المنقول لسنة 1990 فاعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية (البيع المشروط وفقاً لتعبير الفقرة (أ) من المادة 2 من

(38) تمت المصادقة على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الاتحادي رقم 32 لسنة 2006، المنشور في الجريدة الرسمية، السنة السادسة والثلاثون، الصادرة بتاريخ 2006/5/7.

القانون) بمثابة تأمين محله مال منقول، أي المبيع، يقرر لمصلحة البائع، هدفه ضمان حق البائع في الثمن لحين استيفائه كاملاً، وبموجب هذا التأمين وبالاستناد إلى الفقرة الأولى والثانية من المادة (3) من ذات القانون أعطى الدائن (البائع) حق التقدم على أي دائن آخر للمدين (المشتري) له حق تأميني على ذات المبيع، لكن هذا التقدم أو الأسبقية مهددان في حال عدم تسجيل البائع حقه في التأمين على المبيع، أي حقه في الاحتفاظ بملكية المبيع لحين استيفاء الثمن كاملاً⁽³⁹⁾

وبعد أن قام المشرع الكندي في مقطعة أونتاريو ببيان الأحكام الداخلية المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية، وعلى خلاف المشرع الفرنسي، فلم يفوت فرصة معالجة موضوع تنازع القوانين بشأن التأمين على المنقولات، فقد نص في المادة (5) على أنه يسري على شروط التأمين (الضمان) الذي محله الأشياء أو سندات الملكية والصكوك القابلة للتداول وآثار الاحتجاج أو عدم الاحتجاج به قانون البلد الذي نشأ فيه التأمين، لكن السؤال الذي يُطرح هنا هو ماذا لو نشأ التأمين في الخارج أو في مقاطعة أخرى ونقل المال محل التأمين إلى مقاطعة (أنتاريو) فهل يحتج بهذا التأمين في مواجهة الغير في مقاطعة (أنتاريو)؟

ومن خلال الرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة (5) من ذات القانون، يتبين لنا أن البائع في البيع بالتقسيط لكي يبقى محتفظاً بحق التقدم على بقية الدائنين الذي يتمتع به وفقاً لقانون البلد الذي نشأ فيه التأمين (الضمان)، أن يجعل حقه في التأمين (الاحتفاظ بالملكية) نافذاً في مواجهة الغير في مقاطعة أونتاريو قبل دخول المال إليها، وذلك عند تسجيل هذا الحق قبل نقل المال إلى تلك المقاطعة أو في حالة نقله إليها ومرور 60 يوماً على تاريخ ذلك النقل، وفي حالة مرور 15 يوماً اللاحقة لعلم الدائنين بنقل المال إليها، وفي الحالة التي تسبق انتهاء مدة إشهارة في البلد الذي نشأ فيه التأمين⁽⁴⁰⁾. ولا شك أن

(39) انظر في ذلك: المادة (20) التي تنص على أنه: «مع مراعاة الفقرة الثالثة لا يمكن الاحتجاج بالتأمين إذا تحققت أي من الحالات التالية شريطة مراعاة الفقرة الثالثة من هذا المادة». وتنص الفقرة الثالثة من المادة (20) على ما يلي:

« 3) La sûreté en garantie du prix d'acquisition :

a) qui porte sur des biens grevés, autres que des biens immatériels, et qui est rendue opposable par enregistrement au plus tard 15 jours après celle des deux dates suivantes qui est antérieure à l'autre :

(i) la date à laquelle le débiteur entre en possession des biens grevés,

(ii) la date à laquelle un tiers, à la demande du débiteur, entre en possession des biens grevés;

b) qui porte sur un bien immatériel et qui est rendue opposable par enregistrement au plus tard 15 jours après le moment où la sûreté greève le bien immatériel».

ونصح المهتمين بهذا الموضوع الاطلاع أيضاً على نص المادة (30) من ذات القانون التي تعتبر التقدم بالمرتبة وفقاً لتاريخ التسجيل.

(40) لمزيد من المعلومات حول القانون الكندي في موضوع شرط الاحتفاظ بالملكية، انظر:

Sandra Morin, le statut de la réserve de propriété en matière mobilière au Québec et en Ontario, les cahiers de droit, volume 49, numéro 2, juin 2008, p. 237 et s.

الشروط التي ذكرتها المادة السالفة الذكر تبرر تطبيق قانون موقع المال الحالي بصفته قانون بوليس .

وما عدا قانون مقاطعة (انتاريو) في كندا التي حددت القواعد الناظمة لشرط الاحتفاظ بالملكية المتعلق بمنقول مرسل إلى إقليم هذه المقاطعة، فإن القانون الفرنسي وكذا القانون الإماراتي لم يتضمنا قاعدة إسناد تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية، ولهذا فإننا نرى من خلال الاستئناس بما ورد في قانون مقاطعة (أنتاريو) أن القانون الواجب التطبيق على الدور الائتماني لشرط الاحتفاظ بالملكية سيكون قانون الدولة التي يوجد فيها المنقول حالياً، إلا أن تطبيق هذا القانون لا يكون له أثر فيما يتعلق بحق البائع في استرداد المبيع والاحتجاج به في مواجهة دائني المشتري إلا إذا كان حق البائع في الضمان قد نشأ صحيحاً وفقاً لقانون دولة التصدير، وتوافق ذلك الحق مع الشروط التي يتطلبها قانون الدولة التي يوجد فيها المنقول حالياً.

نخلص مما سبق إلى أن قانون موقع المال يحتفظ بدوره في حكم الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير، وعلى الأخص الدائنين وذلك في حال عدم إفلاس المدين (المشتري)، على أساس أن هذه المسألة في القانون الإماراتي تخرج من نطاق قانون العقد الذي ورد فيه شرط الاحتفاظ بالملكية تطبيقاً لمبدأ نسبية آثار العقد وعدم انصرافها من حيث المبدأ إلى الغير. أما أساس تطبيق قانون موقع المال على مسألة الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير في قانوني فرنسا ومقاطعة (أنتاريو)، وذلك في حال عدم إفلاس المشتري، فهو اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية من قبيل التأمينات.

لكن ما هو القانون الذي يحكم أثر الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة دائني المشتري المفلس؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل سنناقشها فيما يأتي:

الفرع الثاني

دور قانون الإفلاس في حكم شرط الاحتفاظ بالملكية

لم يتضمن أي من قانون المعاملات المدنية أو قانون المعاملات التجارية أو قانون الإفلاس الإماراتي أي قاعدة إسناد تتعلق بموضوع الإفلاس، الأمر الذي يحثنا على بيان القانون الواجب التطبيق على الإفلاس على نحو موجز، ومن ثم نبين مجال تطبيق هذا القانون فيما يخص شرط الاحتفاظ بالملكية.

أولاً- تحديد القانون المختص بالإفلاس:

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على الإفلاس يعتمد بصفة أساسية على تكييف

الإفلاس، فالقانون الذي يرجع إليه لتكييف الإفلاس هو قانون القاضي الذي ينظر النزاع استناداً إلى المادة (10) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي تنص على أن: «قانون دولة الإمارات العربية المتحدة هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها».

وعند تكييف الإفلاس على أنه مسألة إجرائية تتعلق بالإجراءات المتخذة لحماية حقوق جماعة الدائنين، فإن القانون المختص سيكون قانون المحكمة التي تنظر النزاع؛ أي قانون المحكمة التي تنظر في طلب افتتاح إجراءات الإفلاس. وفي المقابل عند تكييفه على أنه من مسائل الموضوع التي تتعلق بالتزام أو بنقل حق عيني، فيحكمه عندئذ قانون ذلك الالتزام أو القانون الذي يحكم مسألة نقل الحقوق العينية⁽⁴¹⁾. وأرى من جانبي أن الإفلاس يعد من المسائل الإجرائية، ولهذا فإن تحديد المحكمة المختصة بنظر الإفلاس سيكون له تأثير على تحديد القانون الواجب التطبيق على الإفلاس؛ وذلك للتلازم في موضوع الإفلاس بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق على هذا الموضوع.

وإذا ما كانت المحكمة المختصة بنظر الإفلاس هي المحكمة التي يوجد في دائرتها المحل التجاري للمفلس، وإذا ما تعددت المحال التجارية، فالاختصاص يكون لمحكمة المحل الذي اتخذ مركزاً رئيسياً لأعماله التجارية، وإذا ما اعتزل التاجر التجارة فتقام دعوى الإفلاس أمام المحكمة التابع لها موطن المدعى عليه (المادة 35 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لسنة 1992 وتعديلاته)⁽⁴²⁾. وعلى هذا فالمحكمة المختصة وفقاً للضوابط المشار إليها أعلاه ستقوم بتطبيق قانونها على الإفلاس⁽⁴³⁾. وهذا القانون يعتبر بلا منازع من أكثر القوانين ملاءمة لحكم الإفلاس، إذ يعد الإفلاس نظاماً خاصاً يهدف إلى حماية الائتمان المحلي، وقواعده المتعلقة بالنظام العام، وإذا ما تم إخضاعه إلى قانون أجنبي غير قانون المحكمة التي افتتحت أمامها إجراءات الإفلاس، فإن اقتصاد دولة هذه المحكمة لا

(41) G. Goldsten et E. Groffier, traite de droit civil, droit international privé, t2, éditions Yvon Blais, 2003K p. 414.

(42) لقد ألغى الكتاب الخامس الخاص بالإفلاس في قانون المعاملات التجارية الإماراتي بموجب نص الفقرة الثانية من المادة (230) من قانون الإفلاس رقم 9 لسنة 2016، وبناء على ذلك فإن المحكمة المختصة بالإفلاس تحدد بموجب المادة (35) من قانون الإجراءات المدنية وذلك استناداً إلى المادة (1) من قانون الإفلاس، وذلك لإلغاء المادة (635) من قانون المعاملات التجارية التي تحدد ضوابط الاختصاص القضائي الخاصة بالإفلاس.

(43) هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 470 وما بعدها. وانظر أيضاً:

Marie-Hélène Monsérié, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, Jurisclasseur procédures collectives, 19 juillet 2010, Fasc . 3126.

يكون بمنأى عن الآثار السلبية التي تلحق به من جراء تطبيق ذلك القانون الأجنبي⁽⁴⁴⁾. إن هذا الحل أخذت به المادة (4) من النظام الأوروبي رقم 1346 الصادر بتاريخ 2000/5/29 بشأن إجراءات الإعسار، وتم التأكيد على ذات الحل بموجب المادة (7) من النظام الأوروبي رقم 848 لسنة 2015، الذي أُلغى النظام السابق وأصبح ساري المفعول بالنسبة للكثير من مواده بتاريخ 2017/6/26، التي نصت على أنه: «يطبق على إجراءات الإعسار وآثاره قانون الدولة العضو التي افتتحت إجراءات الإعسار في إقليمها ما لم يوجد نص يخالف ذلك في هذه النظام»⁽⁴⁵⁾.

والقانون الذي سبق تحديده بشأن الإفلاس، فهل يطبق على موضوع الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية الذي اشترطه البائع في عقد البيع كضمان لحقه في الثمن لحين استيفاء الثمن كاملاً في مواجهة دائني المشتري الذي أعلن إفلاسه؟

ثانياً- نطاق القانون المختص بالإفلاس في مجال شرط الاحتفاظ بالملكية:

عندما تقوم المحكمة المختصة بإعلان إفلاس المشتري الذي تسلم المبيع المضمون بشرط الاحتفاظ بالملكية قبل أدائه الثمن كاملاً للبائع، فإن قانون الإفلاس يحكم المسائل التالية:

1) مسألة الاحتجاج أو عدم الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين:

إن قانون الإفلاس هو الذي يقرر ما إذا كان يجوز الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية المقرر لمصلحة البائع في مواجهة دائني التفليسة، فمثلاً لو كان القانون الإماراتي هو القانون الواجب التطبيق، فإنه هو من يقرر شروط الاحتجاج بهذا الشرط في مواجهة دائني المشتري المفلس، والقانون الإماراتي يشترط للاحتجاج في شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير أن يكون هذا الشرط مدوناً في اتفاق وسابقاً على حق الغير (الفقرة 2 من المادة 118 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي). ولا شك أن إخضاع هذه المسألة لقانون الإفلاس من شأنه أن يؤدي إلى المحافظة على حقوق الدائنين (جماعة الدائنين)، بحجة أن القواعد المتعلقة ببطلان أو بفسخ أو بعدم الاحتجاج بالتصرفات الضارة بحقوق الدائنين يخضع لقانون الإفلاس.

لكن السؤال الذي نود طرحه هنا هو: هل قانون الإفلاس يطبق أيضاً لمعرفة ما إذا كان حق البائع المضمون بشرط الاحتفاظ بالملكية يتأثر أم لا بإجراءات الإفلاس التي افتتحت في دولة عندما يوجد المال محل الشرط في دولة غير الدولة التي افتتحت فيها إجراءات

(44) بشار حكمت ملكاوي، الإفلاس التجاري في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، ط1، مكتبة الجامعة، الإمارات، 2013، ص 47 وما بعدها.

(45) Journal officiel de l'union européenne, 5-6-2015, L141 p. 19 et s.

الإفلاس؟ في الحقيقة نرى أن قانون الإفلاس هو الأكثر ملاءمة لتقرير ما إذا كانت إجراءات الإفلاس تؤثر أم لا على حق البائع القائم على شرط الاحتفاظ بالملكية إذا كان المبيع موجوداً في إقليم دولة أخرى غير الدولة التي افتتحت فيها إجراءات الإفلاس؛ وذلك لأن هذه المسألة تخص قانون الإفلاس دون سواه وتطرح بمناسبة شهر إفلاس المشتري.

2) مسألة استرداد المبيع استناداً لشرط الاحتفاظ بالملكية الموجود لدى المشتري المفلس:

عندما يطلب افتتاح إجراءات الإفلاس أمام القضاء الإماراتي، فإنه وفقاً لقانون المحكمة (أي قانون الإفلاس) يقرر القاضي ما إذا كان يجوز أم لا استرداد المبيع محل عقد البيع المتضمن شرط احتفاظ البائع بملكيته لحين استيفاء الثمن كاملاً، وكذلك يعود إلى هذا القانون تحديد شروط الاسترداد سواء من قبل بائع واحد أو من قبل عدة بائعين، كما يبين هذا القانون ما إذا كان يشترط للاسترداد أن يكون المبيع مازال موجوداً بعينه أو أنه إذا كان الشيء المطلوب استرداده شيئاً مثلياً فيكفي أن يوجد ما يماثله في النوعية والكمية، وليس بشرط أن يوجد بذاته. كما يسري هذا القانون على المدة التي يتطلبها القانون إن وجدت من أجل استرداد المبيع من تقليسة المشتري.

وهذا الحل أخذ به القضاء الفرنسي في العديد من الأحكام القضائية، فعلى سبيل المثال قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بأن قانون الإفلاس هو الذي يحدد شروط استرداد المبيع المضمون بشرط الاحتفاظ بالملكية لصالح البائع لحين أداء الثمن كاملاً⁽⁴⁶⁾.

(46) La cour de cassation, chambre commerciale, dans le pourvoi 89-16741, 8 janvier 1991 juge que (Mais attendu que les conditions auxquelles peuvent être revendiquées des marchandises vendues avec réserve de propriété sont, en cas de redressement judiciaire de l'acheteur, déterminées par la loi de la procédure collective, quelle que soit la loi régissant la validité et l'opposabilité, en général, de la clause de propriété réservée ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel, pour rejeter la demande de la société Heinrich Otto, a fait application de l'article 121, alinéa 2, de la loi française du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises ; qu>ainsi, le moyen n>est fondé en aucune de ses branches). Bulletin 1991 I N° 9 p. 6.

Voir aussi la décision de la cour de cassation, chambre commerciale, dans le pourvoi 86-17410, 8 mars 1998 dans la quelle décide que (Attendu qu'il est reproché à l'arrêt d'avoir statué en application de la loi française alors, selon le pourvoi, que la loi applicable au meuble, qui est l'objet d'une sûreté, est celle du lieu de la constitution de la sûreté et non celle du lieu où elle est exercée ; qu'en l'espèce la réserve de propriété était régie par la loi allemande, le fournisseur étant une société allemande, et la marchandise étant fabriquée en Allemagne ; et qu'en appliquant à ces biens la loi française, au motif qu'ils se trouvaient sur le territoire français, les juges du fond ont violé l'article 3 du Code civil ; Mais attendu que la revendication litigieuse, dirigée contre la masse des créanciers dans le cadre d'une procédure collective d'apurement du passif, étant soumise aux dispositions d'ordre public de l'article 65 de la loi du 13 juillet 1967, c'est à bon droit que la cour d'appel a fait application de ces dispositions en la cause ; que le moyen n'est pas fondé ; Et sur le premier moyen, pris en ses deux branches).

وإذا ما كان قانون المحكمة التي تنظر الإفلاس هو المختص بتحديد شروط الاسترداد، فإن التساؤل يثور حول تحديد أحكام الاسترداد التي يطبقها القاضي الإماراتي عند افتتاح إجراءات الإفلاس أمام القضاء الإماراتي. في الحقيقة، لم ينص قانون الإفلاس الإماراتي لسنة 2016⁽⁴⁷⁾ صراحةً على مسألة استرداد المبيع المضمون بشرط الاحتفاظ بالملكية، لكن عند التوسع في تفسير نصي المادتين (155 و156) من ذات القانون نجد حلاً لمسألة استرداد المبيع المضمون بشرط الاحتفاظ بالملكية لصالح البائع، وذلك على النحو الآتي:

- يجوز للبائع استرداد المبيع المضمون بشرط الاحتفاظ بالملكية عند افتتاح إجراءات الإفلاس بعد إرسال المبيع إلى المشتري وقبل دخوله إلى مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعه، ويجوز استردادها طالما لم تفقد ذاتيتها ولم يتصرف بها إلى مشتري حسن نية.
 - لا يجوز استرداد المبيع في حال قيام أمين التفليسة بموافقة المحكمة بأداء الثمن كاملاً للبائع.
 - لا يجوز للبائع طلب استرداد المبيع بعد افتتاح إجراءات الإفلاس ودخول المبيع إلى مخازن المشتري، وذلك تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين، ومع ذلك يجوز للبائع استرداد المحل التجاري الذي تم بيعه إلى المشتري بموجب عقد يتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية لحين أداء الثمن كاملاً شريطة أن يذكر هذا الشرط صراحةً في ملحق العقد الذي نشر في الصحف استناداً إلى نص المادة (48) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.
- ونخلص من جميع ما سبق إلى أنه يجب تطبيق كل من قانون العقد وقانون موقع المال وقانون الإفلاس تطبيقاً موزعاً كلاً في نطاق اختصاصه السابق توضيحه في هذا البحث.

(47) على خلاف ذلك نص المشرع الإماراتي في قانون المعاملات التجارية في باب الإفلاس الذي أُلغي بموجب قانون الإفلاس لسنة 2016 على ما يلي: «1 - لكل شخص أن يسترد من التفليسة الأشياء المعينة بذاتها التي تثبت له ملكيتها وقت إشهار الإفلاس. 2 - ويجوز لأمين التفليسة بعد أخذ رأي المراقب والحصول على إذن من قاضي التفليسة رد الشيء إلى مالكه، وإذا رفض أمين التفليسة الرد وجب عرض الأمر على المحكمة».

الخاتمة:

بعد الانتهاء من كتابة هذا البحث تبين لنا أن شرط الاحتفاظ بالملكية المدرج في أي من العقود الناقلة للملكية، وعلى الأخص عقد البيع بالتقسيط، يعتبر وسيلة ضمان مقررة لصالح البائع إلى أن يقوم المشتري بسداد كامل الثمن، ومن شأنه أن يحمي حقه من خطر إفلاس المشتري؛ إذ يستطيع الاحتجاج به في مواجهة دائني المشتري المفلس، ولا شك أن هذا الشرط له أهمية كبيرة في مجال تنشيط الائتمان التجاري وأداة لمحاربة التضخم ولتخفيض الأسعار، إذ إن هذا الشرط يحث المشتري على الإسراع في سداد الثمن في أقصر مدة مما يقلل من قيمة الفائدة المستحقة، ويهيئ له الحصول على أفضل الأسعار.

كما تبين لنا أن شرط الاحتفاظ بالملكية يثير مشكلة في القانون الدولي الخاص تتعلق ببيان القانون الذي يحكم هذا الشرط المدرج في عقد البيع العابر للحدود؛ ولهذا قمت بتقسيم البحث إلى مطلبين، تناولت في المطلب الأول دور قانون العقد في حكم شرط الاحتفاظ بالملكية، وناقشت في المطلب الثاني نطاق تطبيق كل من قانون المال وقانون الإفلاس في مجال شرط الاحتفاظ بالملكية. وبعد معالجة موضوع القانون الواجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية توصلت إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً- النتائج:

وهي على النحو الآتي:

- 1- لم يضع المشرع الإماراتي قاعدة إسناد خاصة بشرط الاحتفاظ بالملكية، كما لم يسبق للقضاء الإماراتي أن قال كلمته بخصوص القانون الواجب التطبيق على شرط الاحتفاظ بالملكية.
- 2- لا يمكن أن يحكم جميع المسائل المتعلقة بشرط الاحتفاظ بالملكية قانون واحد كقانون العقد أو قانون موقع المال أو قانون الإفلاس، وعليه يطبق على شرط الاحتفاظ بالملكية كل من قانون العقد وقانون موقع المال وقانون الإفلاس تطبيقاً موزعاً.
- 3- أن يطبق قانون العقد على شروط شرط الاحتفاظ بالملكية وعلى آثاره فيما بين المتعاقدين، أما فيما يتعلق بالاحتجاج به في مواجهة الغير فيحكمه قانون موقع المال في الفرض الذي لا يكون فيه المشتري قد أعلن إفلاسه، وعند إفلاس المشتري فإن قانون المحكمة التي افتتحت أمامها إجراءات الإفلاس سيسري على الاحتجاج بهذا الشرط في مواجهة دائني المشتري المفلس.

ثانياً- التوصيات:

ولكي تتحقق النتائج السابقة، نوصي بالآتي:

نتمنى على المشرع الإماراتي صياغة قاعدة إسناد تتعلق بشرط الاحتفاظ بالملكية، ونقترح النص الآتي: ”يسري على شروط صحة شرط الاحتفاظ بالملكية وآثاره بين المتعاقدين قانون الدولة التي يختارها الأطراف صراحةً أو ضمناً، وعند سكوت الأطراف عن تحديد القانون المختص يسري قانون الدولة التي يقيم فيها البائع أو قانون الدولة التي يقيم فيها المشتري في حال أن أبرم العقد في الدولة التي يقيم فيها المشتري، أو اشترط المشتري على البائع أن يقوم بتسليم البضاعة في مكان إقامة المشتري، أو أن عقد البيع أبرم بناء على شروط تم تحديدها بشكل أساسي من قبل المشتري“.

ومع ذلك يسري قانون موقع المال الحالي على الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير الذين رتب لهم المدين غير المفلس حقاً على محل الشرط، شريطة أن ينشأ هذا الشرط صحيحاً وفقاً لقانون الموقع الذي نشأ فيه، وعند إفلاس المدين يسري على أحكام الاحتجاج بهذا الشرط، وأحكام استرداد المال المضمون بذلك الشرط قانون المحكمة التي افتتحت أمامها إجراءات الإفلاس.

المراجع:

أولاً- باللغة العربية:

1- المراجع العامة:

- أحمد عبد الكريم سلامة :
- قانون العقد الدولي، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001.
- القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، عدد رقم 40، لسنة 1984.
- القانون الدولي الخاص، طبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- أحمد عبد الكريم سلامة وعلي الجسمي، القانون الدولي الخاص الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، دار النهضة العلمية، الإمارات، 2018.
- أشرف وفا محمد، الإيجار التمويلي في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، العدد 56، لسنة 2000.
- بشار حكمت ملكاوي، الإفلاس التجاري في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، ط 1، مكتبة الجامعة، الإمارات، 2013.
- هشام علي صادق :
- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001.
- تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
- حسام الدين فتحي ناصف، التأجير التمويلي للمنقول، دراسة للقواعد المادية وقواعد تنازع القوانين الواجبة التطبيق على التأجير التمويلي في القوانين الوطنية واتفاقية أوتوا الموقعة 1988، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، القاهرة، العدد 2، المجلد 46، لسنة 2004.
- محمد عبدالله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي: دراسة تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، ط 1، دار

- الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
- نور الحجايا وبكر السرحان، القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط1، جامعة الشارقة، 2017.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1970.
- عدنان سرحان، شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات لدولة الإمارات العربية، ج1، عقد البيع، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- عنايت عبد الحميد ثابت، ذاتية أو عدم ذاتية "قواعد تأمين المجتمع" في نطاق فض تداخل مجالات انطباق القوانين ذي الطابع الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مج 48، 1992.

2- المراجع المتخصصة:

- هشام ابن الشيخ، الاحتفاظ بالملكية ودوره التأميني في عقد الاعتماد الإيجاري كنموذج، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، ع 16، لسنة 2017.
- محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- محمد العلواني، آثار توظيف الملكية كضمان في البيع الائتماني، الجزء الثاني، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، العدد 3، المجلد 2، المغرب، 2012.
- علي سيد قاسم، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- خالد محمد فهاد ومحمود ناهض محمود، البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الشريعة والقانون (التشريع الإسلامي ومتطلبات الواقع، المنعقد بكلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية في غزة (الفترة 13-14/3/2006، أعمال المؤتمر).

ثانياً - باللغة الفرنسية:

- A. S.Gigot, l'opposabilité de la réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité, R.D.C, juin 2011.
- B. Oppetit, les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain, in, mélanges Holleaux, 1990.
- Claude Witz, le droit des sûretés mobilières en république fédérale d'Allemagne, revue internationale de droit comparé, 1985.
- Cyril Noblot, la clause de réserve de la propriété dans les contrats de consommation, contrats concurrence consommation, n° 1, janvier 2013, form. 1, <https://www.lexisnexis.com/fr/droit/>, consulté le 27-9-2017.
- Françoise Pérochon, la réserve de propriété dans la vente de meuble corporels, Paris, Litec, 1988.
- G.Goldsten et E. Groffier, traité de droit civil, droit international privé, t2, éditions Yvon Blais, 2003.
- Ghestin, réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété ; D, 1981, chron 1 et s.
- Joseph, Servos, la vente sous réserve de propriété en droit allemand, revue internationale de droit compare, vol 17 No 2, 1965.
- k.Kreuzer, la propriété mobilière en droit international privé, Recueil des cours, Académie de la Haye, 1997.
- M. Helmut Heide, la réserve de propriété dans le cadre des opérations commerciales transfrontalières, revue internationale de droit comparé, vol 47, no 2, 1995.
- Marie-Hélène Monsérié, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, Jurisclasseur procédures collectives, 19 juillet 2010, Fasc. . 3126
- Pierre Mayer et Vincent Heuzé, droit international privé, 11E édition, L.G.D.J, 2014.

- Pierre Mayer, les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980, J.C.P, 1981, I, 3019.
- Sandra Morin, le statut de la réserve de propriété en matière mobilière au Québec et en Ontario, les cahiers de droit, volume 49, numéro 2 juin 2008.
- Sophie Lemaire, Louis perreau-saussine, applicabilité du règlement «Rome 1» et prise en considération des lois de police étrangères: la CJUE met en danger la sécurité contractuelle, la semaine juridique Edition générale, n 3, 16 janvier 2017.
- Yvon Loussouarn, les conflits de lois en matière de réserve de propriété, droit international privé, travaux du comité français de droit international privé, 5e année, 1982-1985.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
249	الملخص
251	المقدمة
253	المطلب الأول- دور قانون العقد في حكم شرط الاحتفاظ بالملكية
254	الفرع الأول- بيان المقصود بالقانون الذي يحكم العقد
258	الفرع الثاني- شروط وآثار شرط الاحتفاظ بالملكية التي تدخل في نطاق قانون العقد
258	أولاً- شروط شرط الاحتفاظ بالملكية
264	ثانياً- آثار شرط الاحتفاظ بالملكية بين المتعاقدين
268	المطلب الثاني- دور قانون موقع المال وقانون الإفلاس في حكم شرط الاحتفاظ بالملكية
268	الفرع الأول- دور قانون موقع المال في حكم شرط الاحتفاظ بالملكية
268	أولاً- الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير
270	ثانياً- اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية ضمان (تأمين) مقرر لصالح البائع
273	الفرع الثاني- دور قانون الإفلاس في حكم شرط الاحتفاظ بالملكية
273	أولاً- تحديد القانون المختص بالإفلاس
275	ثانياً- نطاق القانون المختص بالإفلاس في مجال شرط الاحتفاظ بالملكية
278	الخاتمة
280	المراجع

القواعد الناظمة لسلطة تقدير الدلائل الكافية

لاتخاذ الإجراء الجزائي (الجزء الأول)

د. أشرف محمد عبد القادر سمحان*

الملخص:

يتناول البحث محاولة تلمس معالم سلطة تقدير توافر الدلائل الكافية لاتخاذ الإجراء الجزائي، وذلك تمهيداً لوضع ضوابط موضوعية تحد من العسف والتحكم في استعمال هذه السلطة، ضماناً للحقوق والحريات، والتي تشكل الغاية التي يستهدف البحث محاولة الوصول إليها. ووصولاً إلى تحقيق هذه الغاية كان لزاماً تناول موضوع البحث من محاور أربعة؛ الجهة التي تقدر مدى كفاية هذه الدلائل، وإشكالية حظر وزن البيئنة في بعض الأنظمة، وطبيعة سلطة تقدير مدى كفاية الأدلة لاتخاذ الإجراء الجزائي، ومدى خضوعها للرقابة القضائية، وأخيراً وسائل الرقابة على هذه السلطة، كشكل الإذن بالإجراء الجزائي وتسببه والدفع بعدم كفاية الدلائل المطلوبة له. وقد استخدم الباحث منهجين اثنين: منهج تحليلي انصب على سلطة تقدير الدلائل الكافية لاتخاذ الإجراء الجزائي، حيث تم تناولها من جزئياتها جميعاً، سواء من حيث تحديد الجهة القائمة على هذه السلطة، وتداخل جهات متعددة في بعض الأحيان في استعمال السلطة التقديرية ذاتها، أو مدى خضوعها للرقابة ووسائلها المتنوعة. وكذلك منهج مقارنة عمدنا فيه للمقارنة في نهج تنظيم هذه السلطة في القوانين العربية المختلفة، للوقوف على ما تقدم منها في ذلك والاستفادة من التجارب التشريعية والقضائية المقارنة في هذا المجال.

وفي نهاية هذا البحث توصلنا إلى مجموعة من النتائج، منها ضرورة أن يكون تقدير رجل الضبط الجنائي لمدى توافر حالة الشبهة منطقياً وموضوعياً، إضافة إلى أنه لا يصح لمحكمة الموضوع أن تحل نفسها محل رجل الضبط، وتقرر هي فيما إذا كانت المظاهر الخارجية كافية لتقدير قيام الشبهة، ولا يجوز لها كذلك أن تفسر المظاهر الخارجية المذكورة على نحو دون آخر، طالما كانت العبرة في قيام الشبهة ذاتها، لا في حقيقتها وصحة ثبوت ما شفت عنه من قيام الجريمة. كذلك، توصلنا إلى أنه لضمان فعالية سلطة النيابة في تقدير مدى توافر الدلائل الكافية، لا بد من الاعتراف ابتداء

* أستاذ القانون الجنائي المساعد، كلية الشريعة والقانون، جامعة الجوف، المملكة العربية السعودية.

بسلطتها في وزن البيّنة، وهي التي ينكرها عليها القضاء في بعض البلدان. كذلك، فإنّ تسبیب الإذن بالتفتيش يلعب دوراً جوهرياً في ضمان توافر الدلائل الكافية لتبريره، وهو التسبیب بمعناه الضيق، والمتمثل في ذكر الأسباب الواقعية والقانونية التي أدت إلى اتخاذ الإجراء تمهيداً لتفعيل دور جهات الرقابة المختلفة على هذه السلطة. كما أنّ الدفع بعدم كفاية الدلائل المتطلبة للتفتيش هو دفع موضوعي لا إجرائي، ما يعني وجوب إثارته ابتداءً أمام محكمة الموضوع. إضافة إلى ممارسة الرقابة على تقدير توافر الدلائل الكافية للتوقيف؛ من خلال طلبات الإفراج عن الموقوف، ومن خلال التظلم المقدم إلى جهات أعلى ضمن ذات سلطة التحقيق، حيث يفعل من خلالها دور النائب العام الرقابي، في تقدير مدى ضرورة التوقيف أو إخلاء السبيل، وأخيراً من خلال الطعن في قرارات التوقيف أو رفض إخلاء السبيل.

كلمات دالة: وزن البيّنة، استيقاف، تفتيش، قبض، توقيف.

المقدمة:

أ- أهمية البحث وهدفه:

ربط قانون الإجراءات الجزائية الأردني - في كثير من مفاصله - اتخاذ العديد من الإجراءات، وقيّد سلطة الجهات ذات الاختصاص (سواء سلطات استدلال أو تحقيق أو حكم) في اتخاذها؛ بتوافر مثل هذه الكفاية في الأدلة. ولما كان مفهوم "كفاية الأدلة" مفهوماً غير منضبط، فإنه يتيح المجال لممارسة الجهات المختصة سلطاتها بموجب قانون الإجراءات الجزائية بشكل تحكيمي، الأمر الذي يدعو إلى تعسف السلطة، حتى لقد ذهب البعض إلى وصف مفهوم «الدلائل الكافية» بأنه مفهوم غير محدد، الأمر الذي يجعله قاصراً على تحقيق الغاية منها⁽¹⁾، كما وُصف مفهوم الدلائل الكافية بأنه: «فكرة مرنة تستعصي على التحديد المجرد مقدماً، فهي أمر نسبي تختلف باختلاف الجرائم، كما تختلف باختلاف الزمان والمكان»⁽²⁾، إلا أنه ولما كانت روح القانون واعتبارات العدالة، تتأبى على كل ما هو تحكيمي وغير منضبط، كان لزاماً للبحث في مدى إمكانية وضع معايير موضوعية، تضبط - قدر الإمكان - مثل هذه السلطة التقديرية، بوزن مدى كفاية الأدلة لاتخاذ الإجراء المعني.

ومما سبق، يهدف هذا البحث إلى محاولة وضع معايير وضوابط موضوعية للحد من السلطة التحكيمية لرجال الضبط ومن ورائهم جهات التحقيق في تقدير توافر الدلائل الكافية لاتخاذ الإجراء الجزائي، ضماناً للحقوق والحريات.

ب- مشكلة البحث وعناصرها (تساؤلاتها):

1- ما معيار تقدير توافر الدلائل الكافية لقيام الشبهة المبررة للاستيقاف؟ وهل يكفي لصحته ثبوت أن رجل الضبط الجنائي كان صادقاً في نيته وجاداً في أداء وظيفته غير مسيء في استعمالها، أم أنّ العبرة هي بمعيار موضوعي هو الرجل العادي من ذات وظيفته؟

2- كيف من الممكن تكريس سلطة النيابة في تقدير مدى توافر الدلائل الكافية لاتخاذ الإجراء الجزائي، إذا لم تكن سلطتها في وزن البيّنة معترفاً بها أصلاً ببعض القوانين كالقانون الأردني؟

3- ما مدى سلطة القضاء في الرقابة على تقدير رجل الضبط لقيام الشبهة المبررة

(1) أيمن سالم الجعافرة، بطلان التفتيش وآثاره في ظل قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، 2004، ص 117.

(2) ياسر الأمير فاروق، القبض في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012، ص 204.

للاستيقاف؟ وهل يصح أن تصل إلى حد أن تحل محكمة الموضوع نفسها محل رجل الضبط، وتقرر هي فيما إذا كانت المظاهر الخارجية كافية لتقدير قيام الشبهة؟ أو أن تفسر المظاهر الخارجية المذكورة على نحو دون آخر؟ لاسيما إذا علمنا أن العبرة في قيام الشبهة ذاتها، لا في حقيقتها وصحة ثبوت ما كشفت عنه من قيام الجريمة.

4- ما دور تسبیب الإذن بالتفتيش في ضمان توافر الدلائل الكافية لتبريره؟ وهل يكفي بجميع الأحوال في ذلك؟ أم تشترط به قواعد مخصوصة لتحقيق هذه الغاية؟

5- ما المعيار في سلطة تقدير مدى كفاية الأدلة للاتهام هل هو معيار موضوعي أم شخصي، أي هل معياره الرجل العادي بذات ظروف المحقق مصدر الإذن بالتفتيش أو رجل الضبط الجنائي القائم بالتفتيش بحالات التلبس؟ أو هو ذات الشخص ووفقاً لمطلق تقديره في ذلك.

ج- خطة البحث:

إن الرابطة الإجرائية التي تتقرر بمجرد الاتهام، إنما تعني في حقيقتها وجود طرفين هما: المتهم والنيابة، لكل منهما حقوق وعليه واجبات، فلا يجوز بالتالي اعتبار المتهم عبداً ذليلاً للنيابة تفعل به ما تشاء دون شرط أو قيد، فلا يصح بقاؤها حرة طليقة تجاهه، بكل ما لها من سلطات، وإنما لا بد من تقييدها في حدود القانون⁽³⁾، وهو ما يؤسس لعدم جواز اتخاذ أي إجراء جزائي أياً كان ضد المتهم إلا بوجود توافر دلائل كافية تبرر اتخاذ هذا الإجراء.

ولما كنا في هذا البحث، ندرس الطرف الأول في هذه الرابطة، باعتباره من يقدر مدى كفاية الدلائل اللازمة لتبرير اتخاذ الإجراء الجزائي، وللحديث عن القواعد الناظمة لسلطة تقدير كفاية الدلائل لاتخاذ الإجراء الجزائي، لابد ابتداء من استعراض التطبيقات التشريعية للدلائل الكافية لاتخاذ الإجراء الجزائي في القوانين المقارنة (المبحث التمهيدي) لننتقل بعدها لتحديد الجهة المختصة بتقدير كفاية الدلائل المطلوبة للإجراء الجزائي وإشكالية حظر وزن البيّنة على النيابة (المبحث الأول) وطبيعة سلطة تقدير مدى كفاية الأدلة لاتخاذ الإجراء الجزائي (المبحث الثاني) وأخيراً مدى خضوعها للرقابة القضائية ووسائل الرقابة عليها (المبحث الثالث).

(3) رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية: تأصيلاً وتحليلاً، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 159.

المبحث التمهيدي

تطبيقات الدلائل الكافية لاتخاذ الإجراء الجزائي

في القوانين المقارنة

يكاد يكون شرط الدلائل الكافية الشرط المشترك بين جميع الإجراءات الجزائية، وفي جميع مراحل الدعوى الجزائية، ففي الاستيقاف يُعبّر عنها باصطلاح توافر حالة الاشتباه أو الشبهة الكافية، وفي القبض والتفتيش كذلك لا بد من توافرها، وفي التوقيف كذلك، إلا أن المناهج التشريعية لئن اختلفت فيما بينها في التعبير عنها، لكنها تدور في واقع الأمر حول ذات المفهوم المتمثل بتوافر ما يكفي من الدلائل التي تربط من يتخذ ضده الإجراء الجزائي بالجريمة المعنية، وبما يبرر بالتالي اتخاذ الإجراء المذكور ضده، بما ينطوي عليه من خطورة ومساس بالحقوق والحريات الفردية، وخروج كذلك على ما يمكن تسميتها بقرينة البراءة الإجرائية.

وفي هذا المبحث نبدأ في عرض تطبيقات الدلائل الكافية في مرحلة التحري والاستدلال (المطلب الأول) لننتقل بعدها لعرض تطبيقات هذه الدلائل في مرحلة التحقيق الابتدائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تطبيقات الدلائل الكافية في مرحلة التحري والاستدلال

يُعد إجراء الاستدلال الإجراء الجزائي الوحيد الذي يشترط توافر دلائل كافية لاتخاذها، حيث اشترطت التشريعات التي قررت صلاحية الاستيقاف، ضرورة توافر الدلائل الكافية لقيام حالة الاشتباه المبررة له. فبالنظر إلى القانون الإنجليزي *Police and Criminal Evidence Act (P. C. E. A.)* الصادر في سنة 1984 نجده يمنح في المواد (1-7) منه صلاحية سلطات الضبط القضائي استيقاف المشتبه به وفحصه جسدياً وعقلياً، إلا أنه يفرض مجموعة من الضمانات لمشروعية الاستيقاف، من أهمها واجب متعلق بسبب الشبهة، والذي يتمثل في ضرورة وجود أسباب معقولة وموضوعية كافية لقيام الشبهة المبررة للاستيقاف، حيث اشترط القانون المذكور للاستيقاف ضرورة أن تتوافر أسباب موضوعية ومعقولة تفيد بارتكابه جريمة⁽⁴⁾، فلا يجوز الاعتماد فقط على مجرد الإحساس الداخلي لرجل الشرطة، أو تقديره الشخصي غير القائم على دليل موضوعي ومعقول.

(4) وسيم محمد مهدي، القبض على المتهم: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة عدن، 2000، ص 34-35.
ياسر الأمير فاروق، مرجع سابق، ص 121.

وبالرجوع إلى قانون القبض (الأمريكي) الموحد الصادر سنة 1942 نجد أنه يقرر سلطة رجل الشرطة في استيقاف أي شخص، حين تتوافر لديه أسس معقولة للاعتقاد بوجوده في خطر، إذا كان هذا الشخص يحوز سلاحاً خطيراً، فإذا تبين وجود مثل هذا السلاح جاز له إلقاء القبض عليه⁽⁵⁾. وقد ربط هذا القانون بين «المشتبه به» وبين إجراء «الاستيقاف»، كما فعلت المادة (2) من ذلك القانون، باعتبار أن محل كليهما هو مرحلة التحقيق الأولي (التحري والاستدلال)، حيث عرفت المشتبه به بأنه: «الشخص المستوقف من أجل معرفة هويته والمعلومات المتعلقة به، أو تفتيشه تفتيشاً ظاهرياً، وحجزه إذا اقتضى الأمر ذلك»⁽⁶⁾. وقد قررت المحكمة الفيدرالية العليا بالولايات المتحدة الأمريكية حكم الاستيقاف في حالة مخصوصة، تبرر صلاحية رجال الضبط الجنائي في فحص الشخص المشتبه به عقلياً وجسدياً، تتمثل في وجوده بحالة من فقدان الوعي بسبب السكر، لغايات التعرف على نسبة الكحول في دمه⁽⁷⁾.

كذلك فإنه وبالرجوع إلى المادة (78) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي (والمعدلة بموجب القانون المعدل الصادر بتاريخ 1981/2/2) نجد أنها تقرر أن: «على كل شخص متواجد على الأراضي الفرنسية، أن يقبل الخضوع لإجراءات التحقق من الشخصية، في الحالتين التاليتين: 1 - وجود شبهات تؤدي إلى الاعتقاد بأن هذا الشخص ارتكب جريمة أو يعد لارتكابها، وأن لديه معلومات تفيد في كشف الحقيقة في شأن الجريمة موضوع التحقيق أو الاستدلال. 2 - إذا كان التحقق من الشخصية من شأنه منع أي مساس بالنظام العام، وبصفة خاصة منع الاعتداء على الأشخاص والأموال»⁽⁸⁾.

كذلك تقرر المادة (384) من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي صلاحية الاستيقاف لضباط وأفراد الشرطة القضائية (في الأحوال التي لا تكون فيها النيابة قد بدأت بالتحريات أو حالة خشية هروب المشتبه به)، الذي توافرت دلائل خطيرة على ارتكابه جريمة، يعاقب عليها القانون بالأشغال الشاقة المؤبدة، أو السجن مدة لا تقل عن سنتين، أو جريمة من جرائم الأسلحة والمفرقات، إلا أن المادة (385) من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي تحظر الاستيقاف - في مقابل ذلك - إذا ارتكب الفعل تحت سبب من أسباب التبرير أو مانع من موانع العقاب⁽⁹⁾.

(5) ياسر الأمير فاروق، مرجع سابق، ص 122.

(6) عبد الله محمد بنمه، سؤال المتهم واستجوابه في كل من القانون اليمني والإماراتي والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة عدن، 1998، ص 7.

(7) وسيم محمد مهدي، مرجع سابق، ص 35.

(8) ياسر الأمير فاروق، مرجع سابق، ص 123.

(9) ياسر الأمير فاروق، مرجع سابق، ص 126-127.

وفي القوانين العربية، نجد ما نصت عليه المادة (36) من قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم 23 لسنة 2004⁽¹⁰⁾ إضافة إلى لائحة الاستيقاف والحجز المؤقت والتوقيف الاحتياطي السعودي والصادرة بقرار وزير الداخلية رقم 233 تاريخ 1404/1/17هـ⁽¹¹⁾ إضافة إلى ما أشارت إليه من جواز الاستيقاف وإلى تطوره لإجراء القبض، وذلك بشكل غير مباشر في المادة (68/2ب) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني رقم 65 لسنة 1991⁽¹²⁾. فصحيح أن النص السابق يتحدث عن القبض لا الاستيقاف، إلا أنه يفترض استيقاف المشتبه به ابتداءً، وعجزه عن تبديد الشبهة لدى سؤاله عنها، لتقرر المادة صلاحية القبض لرجل الضبط بناءً على ذلك وتبعاً له، وهو ما يعني تقريرها بشكل غير مباشر لصلاحية الاستيقاف.

المطلب الثاني

تطبيقات الدلائل الكافية في مرحلة التحقيق الابتدائي

في هذا المطلب، نستعرض التطبيقات التشريعية لاشتراط الدلائل لكافية لكل من إجراءات القبض (الفرع الأول) والتفتيش (الفرع الثاني) والتوقيف (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التطبيقات التشريعية لاشتراط الدلائل الكافية لإجراء القبض

اختلفت القوانين المقارنة - في تعبيرها عن الدلائل الكافية للقبض، ففي حين أطلقت عليها المادة (62/3) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي اصطلاح «الدلائل الخطيرة»، نجد المادة (24) من القانون الإنجليزي Public Order Act الصادر سنة 1986، تطلق عليها وصف «السبب المعقول». أما في القانون الأمريكي، فنجد أنه يطلق على الدلائل الكافية لاتخاذ إجراء القبض «اصطلاح الأسس المعقولة»، حيث يجيز للشرطة القبض بغير إذن

(10) جاء في هذه المادة أنه: «يجوز لمأمور الضبط القضائي أو لرجل السلطة العامة أن يستوقف أي شخص وضع نفسه طواعية واختياراً في موضع الشبهة والريبة، على نحو ينبئ عن ضرورة التحري والكشف عن هويته».

(11) نصت المادة (1) من اللائحة السعودية على أن: لرجال الدوريات وغيرهم من رجال السلطة العامة حق استيقاف كل من يوجد في حالة تدعو للاشتباه في أمره، ومن الملفت للانتباه أنه ورغم أن نظام الإجراءات الجزائية السعودي قد حل محلها، إلا أنه لم يتضمن أية أحكام ناظمة للاستيقاف.

(12) حيث نصت على أنه: «يجوز للشرطي أو الإداري أن يقبض بدون أمر على أي شخص: ... ب- وجد في ظروف تدعو للريبة، ولم يقدم أسباباً معقولة لوجوده، أو عجز عن إعطاء بيانات مقنعة في تلك الظروف ...».

في حال وجدت أسس معقولة لاتهامهم⁽¹³⁾.

وبالرجوع إلى القانون الإنجليزي المذكور، نجده يقرر في المادة (24) منه صلاحية رجال الضبط القضائي في القبض على المشتبه به في حالتين هما⁽¹⁴⁾: «1 - تنفيذ الأمر الصادر من قاضي التحقيق؛ بناء على تحريات جدية، بأن المشتبه فيه قد ارتكب جريمة معاقباً عليها بعقوبة الحبس. 2- القبض على المتهم بشكل مباشر (دون إذن من قاضي التحقيق بذلك)، إذا توافرت أسباب معقولة، تسوغ اتهام المشتبه فيه بارتكاب جناية، أو أنه على وشك ارتكابها، وذلك في الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة الحبس لمدة خمس سنوات أو أكثر».

وقد تأثرت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة 1950 بالقانون الإنجليزي، حين أطلقت على الدلائل الكافية للقبض اصطلاح «الاشتباه المعقول»⁽¹⁵⁾. أما في القانون الأمريكي، فقد أجازت المحكمة الفيدرالية العليا بالولايات المتحدة الأمريكية القبض على المشتبه فيه، بحالات ثلاث هي⁽¹⁶⁾: «1 - تنفيذاً لأمر صادر من قاضي التحقيق، بناء على تحريات جدية، تفيد بارتكاب الشخص جريمة معاقب عليها بالحبس. 2 - إذا توافرت دلائل كافية على ارتكاب جريمة؛ شريطة أن يكون ذلك مبنياً على أسباب معقولة، تفيد أن الشخص ارتكب جريمة جسيمة، ولا يكفي للقبض مجرد تقديم بلاغ عن الجريمة، بل يتوجب عليه لذلك أن يتحقق بنفسه من جدية الاتهام. 3 - في حال ارتكاب جناية أو جنحة في حضور رجل الضبط الجنائي، أو في حال محاولة ارتكاب جناية في حضوره؛ فله القبض على المتهم بها أثناء ارتكابها أو عقب ارتكابها مباشرة. وتعد الجريمة مرتكبة في حضور رجل الضبط الجنائي، إذا أمكنه اكتشافها بإحدى حواسه».

ويقصد بالأساس المعقول الذي يبرر القبض، وجود ضرورة تقتضيه، وهو شرط يضاف إلى اشتباه رجل الشرطة لارتكاب الشخص لجريمة أو شروعه بارتكابها وفقاً لتقديره⁽¹⁷⁾.

(13) ياسر الأمير فاروق، مرجع سابق، ص 560.

(14) وسيم محمد مهدي، مرجع سابق، ص 24.

(15) حيث نصت في المادة (1/5 ج) منها على أن: «1 - كل إنسان له حق الحرية والأمن لشخصه. ولا يجوز حرمان أي إنسان من حريته إلا في الأحوال الآتية، ووفقاً للإجراءات المحددة في القانون: ... ج- إلقاء القبض على شخص أو حجزه - طبقاً للقانون، بهدف تقديمه إلى السلطة الشرعية المختصة، بناء على اشتباه معقول في ارتكابه جريمة، أو عندما يُعتبر حجزه أمراً معقولاً بالضرورة، لمنعه من ارتكاب الجريمة، أو الهروب بعد ارتكابها».

(16) وسيم محمد مهدي، مرجع سابق، ص 24.

(17) Code of Practice for the Statutory Power of Arrest by Police Officers, Police and Criminal Evidence Act 1984, Code G, P. 2.

وفي قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بصيغته المعدلة بالقوانين الصادرة في 1993/1/4 و 1993/8/24 و 2000/6/15، نصت المادة (63) على أن: «مأمور الضبط القضائي يستطيع لضرورة جمع الاستدلالات أن يحتجز كل شخص تتوافر ضده دلائل تفترض أنه ارتكب أو شرع في ارتكاب جريمة...»⁽¹⁸⁾. كذلك إضافة إلى أنه وتبعاً للمادة (122/2) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بصيغتها المعدلة بالقانون الصادر سنة 2004 فإن لمأموري الضبط القضائي إصدار ما يسمى بالأمر بالاحتجاز، ضد كل من يتوافر ضده سبب أو أكثر للاشتباه بارتكابه جريمة أو الشروع فيها، وهو أمر يعطي لسلطة الضبط القضائي قدراً من المرونة من خلال سماع أقوال المشتبه بهم، قبل تقدير عرضهم على سلطة التحقيق، ممثلة بقاضي التحقيق⁽¹⁹⁾.

أما في قوانين الإجراءات الجنائية العربية، فنجد اشتراط الدلائل الكافية في المادتين (34)⁽²⁰⁾ و (35)⁽²¹⁾ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، وفي المادة (41) من قانون الإجراءات الجنائية القطري⁽²²⁾، وكذلك المادة (99) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني⁽²³⁾.

الفرع الثاني

التطبيقات التشريعية لاشتراط الدلائل الكافية لإجراء التفتيش

اشتراط عدة مواد في قوانين الإجراءات الجنائية المقارنة، لجواز التفتيش ضرورة توافر

(18) حسن يوسف مقابلة، دور الادعاء العام في تحقيق الشرعية الجزائية، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2014، ص319.

(19) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 2015، ص994-993.

(20) والتي تنص على أن: «لمأمور الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات، أو الجنح التي يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر؛ أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر، الذي توجد دلائل كافية على اتهامه».

(21) والتي تنص على أنه: «... وفي غير الأحوال المبينة في المادة السابقة، إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جنائية، أو جنحة سرقة أو نصب أو تعد شديد أو مقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة والعنف؛ جاز لمأمور الضبط القضائي أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وأن يطلب من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه...».

(22) والتي تنص على أن: «لمأمور الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات أو الجنح التي يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ستة أشهر، أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه. وإذا لم يكن المتهم حاضراً في الأحوال المبينة في الفقرة السابقة، جاز لمأمور الضبط القضائي أن يصدر أمراً بضبطه وإحضاره ويثبت ذلك في المحضر».

(23) والتي تنص على أن: «لأي موظف من موظفي الضابطة العدلية، أن يأمر بالقبض على المشتكي عليه الحاضر، الذي توجد دلائل كافية على اتهامه في الأحوال الآتية...».

الدلائل الكافية لذلك، من ذلك المادة (75) من قانون الإجراءات الجنائية القطري⁽²⁴⁾، والمادة (181/1) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني⁽²⁵⁾، إلا أن القوانين المقارنة، ميّزت في ذلك بين تفتيش المتهم وتفتيش غيره؛ من ذلك قانون الإجراءات الجنائية المصري، والذي نص في المادة (94) منه على أن: "لقاضي التحقيق أن يفتش المتهم. وله أن يفتش غير المتهم، إذا اتضح من أمارات قوية أنه يخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة"⁽²⁶⁾.

وحتى في أحوال التلبس، تشترط قوانين الإجراءات الجنائية المقارنة ضرورة توافر أمارات قوية على إخفاء أشياء تفيد في كشف الحقيقة، حيث تنص المادة (53/1) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي على أنه: «لا يجوز لمأمور الضبط القضائي تفتيش منزل المتهم بغير إذن كتابي من النيابة العامة ما لم تكن الجريمة متلبساً بها وتتوفر أمارات قوية على أن المتهم يخفي في منزله أشياء أو أوراقاً تفيد كشف الحقيقة ويتم تفتيش منزل المتهم وضبط الأشياء والأوراق على النحو المبين بهذا القانون»⁽²⁷⁾، إلا أننا نجد أن قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم (23) لسنة 2004 انفرد بحكم خاص عن القوانين السابقة، إذ يقرر أن مجرد التلبس بالجريمة، لا يُخوّل مأمور الضبط - في بعض الحالات، وبشكل آلي؛ تفتيش مسكن الشخص المتلبس بها، إلا في مجموعة من الجرائم الأكثر خطورة وجسامة⁽²⁸⁾.

(24) والتي تنص على أن: «تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق؛ لا يجوز إلا بإذن كتابي من النيابة العامة، بناءً على تحريات، تكشف أن حائز المسكن أو المقيم فيه، ارتكب جناية أو جنحة، أو اشترك في ارتكابها؛ أو وجدت قرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة».

(25) والتي تنص على أنه: «لا يجوز دخول المنازل وتفتيشها، إلا إذا كان الشخص الذي يراد دخول منزله وتفتيشه، مُشتبهً فيه بأنه فاعل جرم، أو شريك أو متدخل فيه، أو حائزاً لأشياء تتعلق بالجرم، أو مخفٍ شخصاً مشتكى عليه».

(26) وذات الصيغة نجدها في قانون الإجراءات الجنائية القطري، الذي تنص المادة (75) منه على أن: «... لعضو النيابة العامة أن يفتش المتهم. ولا يجوز له تفتيش غير المتهم، أو مسكن غير المتهم؛ إلا إذا اتضح من أمارات قوية أنه حائز لأشياء تفيد في كشف الحقيقة». وكذلك تنص المادة (81) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على أن: «للمحقق أن يفتش المتهم. وله تفتيش غير المتهم، إذا اتضح - من أمارات قوية، أنه يخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة ..».

(27) كذلك تنص المادة (67) من قانون الإجراءات الجزائية البحريني على أن: «لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر، أن يفتش منزل المتهم ويضبط فيه الأشياء والأوراق التي تفيد في كشف الحقيقة؛ إذا اتضح له من أمارات قوية أنها موجودة فيه». كما تنص المادة (44) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على أنه: «يجوز لرجل الضبط الجنائي في حال التلبس بالجريمة، أن يفتش مسكن المتهم ويضبط ما فيه من الموجودات التي تفيد في كشف الحقيقة؛ إذا اتضح من أمارات قوية أنها موجودة في المسكن».

(28) حيث نصت المادة (50) منه على أنه: «مع مراعاة أحكام المادة (75) من هذا القانون، يجوز لمأمور الضبط القضائي، أن يجري تفتيش مسكن المتهم، في حالة التلبس بإحدى الجنايات الآتية، إذا توفرت أمارات قوية على أنه يخفي في مسكنه أشياء أو أوراقاً تفيد في كشف الحقيقة: 1- الجنايات الموجهة ضد أمن =

الفرع الثالث

التطبيقات التشريعية لاشتراط الدلائل الكافية لإجراء التوقيف

اشتراطت قوانين الإجراءات الجنائية المقارنة لجواز التوقيف ضرورة توافر أدلة أو دلائل كافية للاتهام، حيث تستعمل في التعبير عن كفاية الأدلة للتوقيف «بتوافر دلائل خطيرة على الإذنب» كما هو الحال في المادة (273/1) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الإيطالي لسنة 1988⁽²⁹⁾. ومن المعلوم أن الإذنب هو ذاته الاتهام بعنصريه: المادي المتمثل بوقوع الجريمة، والشخصي المتمثل في نسبتها إلى المتهم بارتكابها.

وفي القوانين العربية، نجد شرط الدلائل أو الأدلة الكافية للتوقيف في المادة (110) من قانون الإجراءات الجنائية القطري⁽³⁰⁾، وكذلك المادة (114/2) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني - وفقاً لصيغتها المعدلة بالقانون المعدل رقم (32) لسنة 2017 والمتضمنة أنه: «بعد استجواب المشتكى عليه، يجوز للمدعي العام أن يصدر بحقه مذكرة توقيف ..؛ لمدة لا تتجاوز سبعة أيام، إذا كان الفعل المسند إليه معاقباً عليه بالحبس مدة تزيد على سنتين، ولمدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً؛ إذا كان الفعل المسند إليه معاقباً عليه قانوناً بعقوبة جنائية، وتوافرت الأدلة التي تربطه بالفعل المسند إليه ...».

ويلاحظ على النص السابق، أنه لم يصف الأدلة المشترطة للتوقيف بالكافية، ورغم ذلك فإن كفاية الأدلة مستمدة من القواعد العامة، باعتبار تناسب كفاية الأدلة مع خطورة الإجراء المتطلب توافرها لاتخاذ.

وفي نظام الإجراءات الجزائية السعودي نجده ينص في المادة (113) منه على أنه: "إذا تبين بعد استجواب المتهم، أو في حال هربه، أن الأدلة كافية ضده في جريمة كبيرة، أو كانت مصلحة التحقيق تستوجب توقيفه؛ فعلى المحقق إصدار أمر بتوقيفه مدة لا تزيد على خمسة أيام من تاريخ القبض عليه". ويُشار في هذا المقام، إلى ما أكده جانب من

= الدولة الخارجي أو الداخلي. 2- جنايات الإرهاب. 3- جنايات القتل العمد. 4- الجنايات المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الخطرة وتنظيم استعمالها والاتجار فيها. 5- الجنايات المنصوص عليها في قانون الأسلحة والذخائر والمتفجرات ...».

(29) حسن الجوخدار، التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط2، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011، ص412.

(30) والتي تنص على أنه: «إذا تبين بعد استجواب المتهم، أو في حالة هربه، أن الدلائل كافية على نسبة الجريمة إليه، وكانت الواقعة جنائية أو جنحة معاقباً عليها بالحبس مدة تزيد على ستة أشهر، جاز لعضو النيابة العامة أن يصدر أمراً بحبس المتهم احتياطياً».

الفقه من أن هذا النص بالنظام السعودي هو الأفضل من بين القوانين العربية⁽³¹⁾، ولعل ذلك باعتباره استعمل لفظ الأدلة لا الدلائل من ناحية، ولأنه وصفها كذلك بالكافية فَفُضِّلَ بذلك على قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني أيضاً.

ولم يقتصر الأمر في نظام الإجراءات الجزائية السعودي على فرض شرط الأدلة الكافية للتوقيف، إنما فرض تحقيق مدى كفاية الأدلة للتوقيف على درجتين، أولاهما تقدير كفاية الدلائل الكافية لدى رجل الضبط الجنائي لتقرير إحالة المقبوض عليه لعضو النيابة من عدمه، وثانيها تقدير كفاية الأدلة الكافية لدى عرض النيابة لتقرير التوقيف من عدمه، حيث نصت المادة (34) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على أنه: «يجب على رجل الضبط الجنائي أن يسمع فوراً أقوال المتهم المقبوض عليه، وإذا ترجح وجود دلائل كافية على اتهامه فيرسله خلال أربع وعشرين ساعة مع المحضر إلى المحقق الذي يجب عليه أن يستجوب المتهم المقبوض عليه خلال أربع وعشرين ساعة، ثم يأمر بتوقيفه أو الإفراج عنه».

وقريب من المعنى السابق، نجد ما نصت عليه المادة (36) من قانون الإجراءات الجنائية المصري من أنه: «يجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع فوراً أقوال المتهم المضبوط. وإذا لم يأت بما يبرئه يرسله في أربع وعشرين ساعة إلى النيابة العامة المختصة. ويجب على النيابة العامة أن تستجوبه في ظرف أربع وعشرين ساعة ثم تأمر بالقبض عليه أو إطلاق سراحه». وقد فسّر البعض - بحق - المقصود بالمادة السابقة بالقبض الذي تأمر به النيابة بعد الاستجواب هو ذاته الحبس الاحتياطي، باعتبار أنه لا يجوز الإبقاء على المتهم مقبوضاً عليه أكثر من تلك المدة⁽³²⁾، إلا أن يتم توقيفه.

(31) حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص440.

(32) مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص564. إدوار غالي الذهبي، الإجراءات الجنائية، ط2، مكتبة غريب، القاهرة، 1990، ص447.

المبحث الأول

الجهة المختصة بتقدير كفاية الدلائل

وإشكالية حظر وزن البيّنة في بعض الأنظمة

بعد أن انتهينا من تحديد مفهوم الدلائل الكافية، نبدأ في أولى مسائل سلطة تقدير توافر الدلائل الكافية لاتخاذ الإجراءات الجزائية، والمتمثلة في تحديد الجهة التي تُحوّل مثل هذه السلطة، والمتمثلة في الجهة ذاتها المختصة قانوناً باتخاذها كأصل عام، إلا أن إشكالاً جوهرياً يثور في هذا المقام، يتمثل في ما إذا كانت لجميع السلطات المُحوّلة باتخاذ الإجراءات الجزائية، سلطة تقدير مدى كفاية الدلائل اللازمة لاتخاذها، وإذا كانت أبسط اعتبارات العقل والمنطق تقتضي منحهم مثل هذه السلطة، إلا أن حظر وزن البيّنة على النيابة العامة بمفهومه المطلق يغلق يد النيابة عن ذلك، ويجعلها مجرد جامع مادي وآلي للبيّنات دون أن يُعمل فيها سلطته في تقدير مدى كفايتها لاتخاذ الإجراءات الجزائية التي اشترطت أغلب القوانين توافرها كشرط لازم لاتخاذها، وإلا كان وجودها في النصوص الناظمة لتلك الإجراءات لغواً لا طائل منه يرجى ولا جدوى منه تنتظر.

وعليه، نبدأ هذا المبحث، بتحديد الجهة المختصة بتقدير كفاية الدلائل المتطلبية لاتخاذ الإجراء الجزائي (المطلب الأول) لننتقل بعدها إلى عرض إشكالية حظر وزن البيّنة على النيابة في بعض الأنظمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الجهة القائمة بالإجراء هي المختصة مبدئياً

بتقدير كفاية الدلائل المتطلبية لاتخاذ الإجراء الجزائي

القاعدة أن الجهة المختصة باتخاذ الإجراء الجزائي هي ذاتها المختصة بتقدير مدى توافر الدلائل الكافية لاتخاذها. وتدليلاً على ذلك، نبحث في هذا المطلب عن كل من سلطة الضبط الجنائي كجهة مختصة بتقدير توافر الدلائل الكافية لاتخاذ الإجراءات الجزائية المختصة باتخاذها (الفرع الأول) وسلطة التحقيق كجهة مختصة بتقدير توافر الدلائل الكافية لاتخاذ إجراءي القبض والتفتيش (الفرع الثاني) وأخيراً سلطتها في تقدير كفاية الدلائل المتطلبية للتوقيف (الفرع الثالث).

الفرع الأول

سلطة الضبط الجنائي كجهة مختصة بتقدير توافر الدلائل الكافية

في هذا الفرع، نبدأ بعرض اختصاص سلطة الضبط الجنائي بتقدير توافر الدلائل الكافية لاتخاذ الإجراءات الجزائية المختصة بها في الأحوال العادية (البند الأول) وفي أحوال التلبس (البند الثاني).

البند الأول- اختصاص سلطة الضبط الجنائي بتقدير توافر الدلائل الكافية في الأحوال العادية:

إن سلطة الضبط الجنائي هي المختصة باتخاذ بعض الإجراءات الجزائية كالاستيقاف وما يستتبعه من تحفظ وغيره من الإجراءات التحفظية. فالاستيقاف صلاحية تُمنح لرجل الضبط الجنائي في حال وجدت على ذات الشخص من الدلائل والأمارات والعلامات التي تبعث على الشك في ارتكابه لجرم ما؛ كعلامات الارتباك مثلاً، أو محاولة التخفي والهروب من رجال الضابطة العدلية، وبالعوموم- كل ظرف يوجد به الفرد يتنافى وطبائع الأمور، ويعود تقدير ذلك لرجل الضبط الجنائي المعني⁽³³⁾. وكذلك الحال بالنسبة للتحفظ، فمناطق تقدير مدى كفاية الأدلة اللازمة له ومرجعه هو القائم به، أي رجل الضبط القضائي. وفي ذلك تقرر محكمة النقض المصرية في حكم لها أن: «تقدير الدلائل الكافية التي تبرر الإجراء التحفظي المناسب، منوط بمأموري الضبط القضائي، تحت إشراف محكمة الموضوع. ومتى كانت المحكمة قد اقتنعت -على ما سلف بيانه- بتوافر مسوغات الإجراء التحفظي، الذي اتخذته ضابط مكتب مكافحة المخدرات - بميناء القاهرة الجوي- قبيل الطاعنة؛ باقتيادها إلى مأمور الجمرك، وهو ما لا يعد قبضاً - كما هو معرّف به قانوناً؛ فلا تجوز المجادلة في ذلك أمام محكمة النقض»⁽³⁴⁾.

وذاً الحكم نجده فيما يتعلق باتخاذ الإجراءات التحفظية، حيث تنص المادة (60) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم (35) لسنة 1992 على أن: «لمأموري الضبط القضائي، أن يضعوا الأختام على الأماكن والأشياء، التي تكون فيها آثار تقييد في كشف الحقيقة ..». وقد جاء نص المادة (72) من قانون الإجراءات الجزائية البحريني رقم (46) لسنة 2002 مطابقاً للنص السابق في القانون الإماراتي. والناظر إلى النص السابق،

(33) ممدوح حسن العدوان، ضمانات المتهم أثناء التحقيق ومدى مراعاة القانون الدولي لحقوق الإنسان في المجال الجنائي، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2009، ص 99-102.

(34) محكمة النقض المصرية، جلسة 1990/2/13، مجموعة أحكام النقض، س 41، رقم 99، ص 100، عن: ياسر الأمير فاروق، مرجع سابق، ص 197.

يجد أن سلطة تقدير مدى توافر الدلائل على وجود آثار بالأشياء المتحفظ عليها تفيد في كشف الحقيقة، تناط بمأموري الضبط القضائي، باعتبار أنهم المختصون باتخاذ هذه الإجراءات التحفظية إبتداءً، فالقاعدة إذن أن الجهة المختصة باتخاذ الإجراء الجزائي هي ذاتها المختصة بتقدير مدى توافر الدلائل الكافية لاتخاذها.

البند الثاني - اختصاص سلطة الضبط الجنائي بتقدير توافر الدلائل الكافية في أحوال التلبس:

من المعلوم أن لسلطة الضبط الجنائي صلاحية اتخاذ بعض الإجراءات ذات الصفة التحقيقية في حالات التلبس، وبالتالي فإن تقدير مدى كفاية المظاهر الخارجية لقيام حالة التلبس، إنما يوكل إلى رجل الضبط الجنائي القائم على الإجراء، أي الذي شاهد حالة التلبس وأجرى ما يلزم تلقاءها. وفي ذلك، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن: «كفاية المظاهر الخارجية للدلالة بذاتها على قيام التلبس، إنما يوكل أمره لمأموري الضبط، تحت رقابة محكمة الموضوع. فتقدير الظروف التي تلبس الجريمة وتحيط بها - وقت ارتكابها أو بعد ارتكابها وتقدير كفاية هذه الظروف لقيام حالة التلبس؛ أمر موكل إلى محكمة الموضوع - دون مُعقَّب عليها، ما دامت هذه الأسباب والاعتبارات التي بنت عليها هذا التقدير، صالحة لأن تؤدي للنتيجة التي انتهت إليها»⁽³⁵⁾.

وإذا كان رجل الضبط الجنائي، هو المُخوَّل بتقدير مدى كفاية المظاهر الخارجية للجريمة لقيام حالة التلبس بها؛ فإن ذلك مُقَيَّد بأن تنبئ هذه المظاهر الخارجية - التي يشهدها رجل الضبط - بذاتها عن الجريمة. وبالتالي، فإنها إذا لم تكن كافية بذاتها لتحقيق هذه الغاية، فلا يجوز لرجل الضبط تكملة دلالتها بالظن أو الاستنتاج. وفي ذلك، قضت محكمة النقض بأن: «رؤية المتهم، وهو يناول شخصاً آخر شيئاً لم يتحقق الرائي كنهه، بل ظنّه مخدراً - استنتاجاً من الملابس؛ فإن ذلك لا يعتبر من حالات التلبس، كما هو مُعرَّف به في القانون»⁽³⁶⁾. وقد توترت اجتهادات القضاء العربي على تبني المعيار الموضوعي، الذي قوامه الرجل العادي الذي يتواجد في ذات الظروف المحيطة بمتخذ الإجراء، وفيما إذا كانت كافية للقول بتوافر الدلائل الكافية أم لا⁽³⁷⁾.

(35) محكمة النقض المصرية، جلسة 1971/12/6، مجموعة أحكام النقض، س22، ق175، ص719. عن: محمد

زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجنائية، الإسكندرية، 198، ص196.

(36) محكمة النقض المصرية، جلسة 1949/1/10، مجموعة القواعد القانونية، ج7، ق787، ص750. عن: محمد

زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص198.

(37) من ذلك حكم لمحكمة التمييز القطرية قضت فيه بأن: «تقدير توافر حالة التلبس أو عدم توافرها، من الأمور الموضوعية البحتة، التي توكل بداءة لمأمور الضبط القضائي، على أن يكون تقديره خاضعاً

الفرع الثاني

سلطة التحقيق كجهة مختصة بتقدير توافر الدلائل الكافية

لاتخاذ إجراءات التحقيق

ابتداءً، ينبغي في هذا المقام الإشارة إلى أن المقصود بالدلائل الكافية للاتهام، تلك التي تستأهل تحريك الدعوى الجنائية، من خلال اتخاذ الإجراءات التحقيقية، وهو ما لا تقدره بحسب الأصل وفي الأحوال الاعتيادية سوى سلطة الاتهام ممثلة بالنيابة. فلا يعد من قبيلها، تلك التي تقدر كفايتها سلطة الاستدلال، لترفعها بالمحصلة لسلطة الاتهام لاتخاذ ما يلزم بشأنها؛ فهذه كفاية أقل سوية من تلك المتطلبة للاتهام، باعتبار أن الجهة التي تقدرها هي سلطة الاستدلال، وهذا ما ينبغي التحرز منه عند قراءة المادة (43) من قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم (23) لسنة 2004 والتي نصت على أنه: «يجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع أقوال المتهم فور القبض عليه. وإذا قامت دلائل كافية على الاتهام، يعرضه في مدى أربع وعشرين ساعة على النيابة العامة المختصة...». ففي هذا النص كانت سلطة الاستدلال - ممثلة بمأمور الضبط القضائي، هي التي تقدر مدى توافر الدلائل الكافية للاتهام، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «يخضع تقدير مدى كفاية الدلائل على الاتهام لمأمور الضبط القضائي، تحت إشراف سلطة التحقيق وقاضي الموضوع»⁽³⁸⁾.

= لرقابة سلطة التحقيق، تحت إشراف محكمة الموضوع وفق الوقائع المعروضة، بغير معقب؛ ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة. ولما كان فيما أورده الحكم المطعون فيه على السياق المتقدم، من هروب الطاعن من رجال المرور، رغم الأمر الصادر له بالوقوف، وقطعه الإشارة الضوئية، ولسياقته السيارة برعونة وعدم احتراز أمام أنظارهم،... ما يجعل تلك الجرائم في حالة تلبس، وتقوم به الدلائل الكافية على اتهام الطاعن، ما يسوغ لمأمور الضبط القبض عليه». (قرار محكمة التمييز القطرية/الدائرة الجنائية رقم 2012/98 تاريخ 2012/4/16، منشورات مركز عدالة).

وفي قضاء المحكمة الاتحادية العليا بالإمارات، نجدها تضع معياراً واضحاً ودقيقاً لموضوعية تقدير التلبس؛ إذ تعتبر أن الجريمة تكون متلبساً بها إذا كانت ظروف ارتكابها تنبئ في ذاتها عن حالة التلبس، دون النظر إلى ما كان يدور في خلد رجل الضبط الجنائي الذي ضبط حالة التلبس تلك. فجاء في حكم لهذه المحكمة قولها إنه: «يكفي لقيام حالة التلبس في الاستيقاف، أن تكون هناك مظاهر خارجية تنبئ في ذاتها عن وقوع الجريمة، وأن تقدير توافر حالة التلبس أو عدم توافرها، هو من الأمور الموضوعية، التي توكل بداءة لرجل الضبط القضائي، على أن يكون تقديره خاضعاً لرقابة سلطة التحقيق، تحت إشراف محكمة الموضوع؛ كما أن التلبس صفة تلازم الجريمة ذاتها، لا شخص مرتكبها. وبالتالي، فإذا كان من الثابت أن المتهمين تحيط بهم مظاهر خارجية تنبئ بذاتها عن وقوع جريمة، فإن استيقافهم وتفتيشهم يكون إجراء صحيحاً في القانون». (حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية في الطعن رقم 202 لسنة 13ق، جلسة 1993/5/13، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا، السنة 14، ص 197. عن: وسيم محمد مهدي، مرجع سابق، ص 38).

(38) محكمة النقض المصرية 1321 لسنة 53ق جلسة 1983/10/4، مجموعة الأحكام، ص 34، ص 790. عن: عماد الفقي، أدلة الإثبات الجنائي في ضوء الفقه وأحكام النقض، شركة ناس للطباعة، القاهرة، ص 944.

وسنعرض في هذا الفرع لاختصاص سلطة التحقيق بتقدير الكفاية المطلوبة لإجراءات القبض (البند الأول) والتفتيش (البند الثاني) والتوقيف (البند الثالث).

البند الأول- اختصاص سلطة التحقيق بتقدير الكفاية المطلوبة لإجراء القبض:

لم يثر تحديد الجهة التي تملك تقدير مدى كفاية الأدلة كشرط لإجراء القبض، أية إشكالية في القوانين التي تختص بها النيابة العامة، باعتبارها الجهة التي تملك تمحيص الأدلة، وتقدير مدى قيمتها في إثبات واقعة الدعوى. إلا أن الإشكال يظهر في القوانين التي تمنح الاختصاص أيضاً للضابطة العدلية في القبض، كما هو الحال في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والذي نص في المادة (99) منه على أن: «لأي موظف من موظفي الضابطة العدلية، أن يأمر بالقبض على المشتكى عليه الحاضر، الذي توجد دلائل كافية على اتهامه، في الأحوال الآتية: ...».

وظاهر من النص السابق في عبارة (الذي توجد دلائل كافية على اتهامه) أن من يقدر مدى كفاية هذه الأدلة لإجراء القبض، هو رجل الضابطة العدلية الذي يصدر قرار القبض، باعتبار ما تقضي به قواعد المنطق؛ من أن المشرع إذا أوعز لجهة ما اتخاذ إجراء معين، وشرط له سبباً فإن أمر تقدير مدى توافر أو ثبوت مثل هذا السبب الواقعي أو القانوني، يُترك للجهة ذاتها المختصة باتخاذ ذلك الإجراء⁽³⁹⁾.

البند الثاني- اختصاص سلطة التحقيق بتقدير كفاية الدلائل المطلوبة للتفتيش:

يعود للمحقق تقدير مدى توافر الدلائل الكافية للتفتيش، وتراقبه في ذلك محكمة الموضوع التي تبطل الإجراء وما نتج عنه من دليل، في حال قدّرت عدم توافر مثل هذه الأدلة⁽⁴⁰⁾. ويعود للمحقق الذي يصدر الأمر بالتفتيش، أمر تقدير وجود فائدة للتحقيق

(39) وتطبيقاً لذلك، جاء في حكم لمحكمة التمييز الأردنية قولها: «أجازت المادة (99) من قانون أصول المحاكمات الجزائية لأي من موظفي الضابطة العدلية، أن يأمر بإلقاء القبض على المشتكى عليه، في الأحوال التي توجد دلائل على اتهامه؛ بارتكاب جناية، أو التلبس بالجنح إذا كان القانون يعاقب عليها لمدة تزيد على ستة أشهر. وحيث إن الضابطة العدلية رأت وجود دلائل كافية على اتهام المميز بجناية الرشوة، فإن القبض عليه لا يخالف القانون». (قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم 2006/128 تاريخ 2006/4/9، منشورات مركز عدالة). وفي حكم لمحكمة النقض المصرية جاء فيه أن: «تقدير كفاية الدلائل المسوغة لطلب القبض، من شأن مأمور الضبط وعلى مسؤوليته، ويكون خاضعاً لرقابة النيابة ومحكمة الموضوع التي لها أن تقضي بعدم كفايتها، لتبطل بالتالي الدليل المتروك على القبض الباطل»، (جلسة 1978/2/27، س، 29، رقم 37، ص 204. عن: رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط 16، دار الجيل، بيروت، 1985، ص 338).

(40) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 665.

من وراء التفتيش، شرط أن تؤدي الدلائل التي جمعت عنها التحريات - عقلاً ومنطقاً - إلى قرار التفتيش على الوجه الذي صدر عليه، أي أن يكون تقدير المحقق مستساغاً، وهو الأمر الخاص بعد ذلك لرقابة القضاء، كشرط لصحة التفتيش⁽⁴¹⁾. وفي ذلك، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن: «تقدير جدية التحريات وكفايتها لإصدار الأمر بالتفتيش، هو من المسائل الموضوعية، التي يوكل الأمر فيها إلى سلطة التحقيق، تحت إشراف محكمة الموضوع..»⁽⁴²⁾. وفي حكم آخر أيضاً، قضت محكمة النقض بأن: «تقدير الأمر بالتفتيش من المسائل الموضوعية، التي يوكل الأمر فيها إلى سلطة التحقيق، تحت إشراف محكمة الموضوع»⁽⁴³⁾.

ويُشار في هذا المقام، إلى أن القضاء في بريطانيا مستقر على هذا الحكم، إذ يشترط: «أن يكون ثمة سبب معقول يحمل على الاعتقاد بأن استخدام المراقبة سوف يترتب عليه إثبات الإدانة بالنسبة لشخص المراقب»⁽⁴⁴⁾، إلا أن قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم (35) لسنة 1992 شدّد عن القواعد السابقة، حيث أجاز لسلطة الاستدلال تفتيش الموضوعين تحت الشبهة، إذا وجدت قرائن قوية على ارتكابهم جناية أو جنحة، ما يعني أنهم هم من يقدرّون توافر الدلائل الكافية للتفتيش بتلك الأحوال، حيث نصت المادة (54) من هذا القانون على أن: «لمأمور الضبط القضائي ولو في غير حالة التلبس بالجريمة، أن يفتش منازل الأشخاص الموضوعين - بنص القانون أو بحكم القضاء - تحت المراقبة، إذا وجدت أمارات قوية تدعو للاشتباه في ارتكابهم جناية أو جنحة».

ويدخل في تقدير الدلائل المبررة للتفتيش، تقدير مدى احتمال وجود الشيء المراد البحث عنه في موضع التفتيش، تبعاً لقاعدة تخصيصه. وفي ذلك، نجد ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم جاء به أنه: «إذا كان الضابط الذي فتش منزل المتهم، قد دخله وفتشه بوجه قانوني، بناءً على رضا حرّ صريح منها مع علمها بظروف التفتيش والغرض منه، وهو البحث عن المبلغ الذي اتهمها الطاعن بسرقة؛ فإن هذا الإذن يبيح له تفتيش مسكنها، في كل مكان يرى هو احتمال وجود المبلغ المسروق أو بعضه فيه، وبأي

(41) علي محمد جبران آل هادي، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق طبقاً لنظام الإجراءات الجزائية السعودي الجديد، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004، ص 219-220.

(42) محكمة النقض المصرية، رقم 2323، جلسة 1985/1/14، سنة 54 ق. عن: أحمد موسى هياجنه، أسباب بطلان التفتيش القضائي وآثاره القانونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 1998، ص 45.

(43) محكمة النقض المصرية، جلسة 1976/1/11، مجموعة الأحكام، س 27، رقم 9، ص 52. عن: أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 931 (هامش 3).

(44) ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي: دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1996، ص 595.

طريقة يراها موصلة لذلك. ومتى كان قد تبيّن - أثناء التفتيش - وجود علبة للسجائر، وقدّر أنه يوجد بها جزء من المبلغ المسروق، وظهر عرضاً أنها تحتوي على قطع من الحشيش - تفوح منها رائحته - فإنه بذلك يكون حيال جريمة متلبس بها، ويكون من واجبه ضبط ما كشف عنه هذا التفتيش، بوصف كونه مأموراً للضبطية القضائية، يباشر عملاً من حقه إجراؤه قانوناً⁽⁴⁵⁾.

وإذا كانت سلطة التحقيق هي المختصة كأصل عام بتقدير الدلائل الكافية لتبرير التفتيش، فإن للقاضي الجزئي أو المحكمة المختصة سلطة تقدير توافر مثل هذه الدلائل بأحوال الإذن بالرقابة على المحادثات والمراسلات الشخصية، باعتبارها - بطبيعتها الحال - السلطة المختصة، فتبعاً لخطورة إجراء مراقبة المحادثات وضبط الرسائل الخاصة، فرضت القوانين المقارنة جهة أعلى تُحوّلها إصدار الإذن به، بخلاف غيره من أنواع التفتيش. وقد عبّر البعض عن العلاقة بين هذه الضمانة وبين توافر الدلائل الكافية التي تبرر مراقبة وسائل الاتصال الحديثة، بالقول بأن: «القضاء - وهو الحارس الطبيعي للحريات - لا يمكن أن يسمح بالتصنّت التليفوني وتسجيله إلا عندما تتوافر أدلة تحتاج إلى تدعيمها بنتائج هذا التصنّت أو التسجيل، فلا يجوز أن يعامل الناس كطرائد نطاردهم بحثاً عن الأدلة، بينما ليس لدينا ضدهم سوى الظنون والشكوك»⁽⁴⁶⁾.

وقد أسست محكمة النقض المصرية لاشتراط قانون الإجراءات الجنائية صدور إذن من القاضي الجزئي بالرقابة على المحادثات والمراسلات الشخصية، بقولها: «إن الشارع قد ساوى في المعاملة بين مراقبة المكالمات التليفونية وضبط الرسائل، وبين تفتيش منازل غير المتهمين؛ لعلّة غير خافية، هي تعلق مصلحة الغير بها، فاشتراط لذلك في التحقيق الذي تجرّيه النيابة العامة ضرورة استئذان القاضي الجزئي الذي له مطلق الحرية في الإذن بهذا الإجراء أو رفضه، حسبما يرى، وهو في ذلك يخضع لإشراف محكمة الموضوع»⁽⁴⁷⁾.

ومن أروقة القضاء المقارن في هذا الخصوص، نجد قرار رئيس الدائرة الجنائية بمحكمة روما الصادر بتاريخ 1966/2/10 الذي ألغى تصريحاً للتصنّت التليفوني، لكونه صدر مبنياً على دوافع وهمية، وأن من المتوجب الحصول مسبقاً على دليل جاد لتأسيس

(45) محكمة النقض المصرية، جلسة 1963/5/27، مجموعة الأحكام، س14، رقم 90. عن: مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص443.

(46) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص954.

(47) محكمة النقض المصرية، جلسة 1962/2/12. عن: ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي: دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1996، ص607.

تصريح التصنت بناء عليه، وأن من غير المقبول أن يكون التصنت التليفوني وسيلة للبحث عن أدلة، إنما فقط وسيلة لتأكيد أدلة قائمة متوافرة وجدية⁽⁴⁸⁾.

الفرع الثالث

الجهات المختصة بتقدير كفاية الدلائل المتطلبية للتوقيف

يختلف تحديد الجهة المختصة بتقدير الدلائل الكافية للتوقيف، عن غيره من الإجراءات، كونه إجراء مستمراً ومتدرجاً، يتصدى القانون لتمديده بإجراءات أكثر تشدداً كضمانة توازي زيادة خطورة التوقيف بزيادة مدته، وهو ما يؤدي إلى تغير الجهة المختصة بتقدير كفاية الدلائل للتوقيف كلما أريد تمديده لمدة أطول. ويرجع تقدير كفاية الأدلة للتوقيف للجهة القائمة على التوقيف، كعضو النيابة مثلاً، أو قاضي التحقيق حسب الأحوال، إلا أن سلطته في ذلك ليست مطلقة، وإنما تخضع لرقابة محكمة الموضوع⁽⁴⁹⁾ - في الأنظمة التي تتيح ذلك، أو جهة التظلم من قرار التوقيف - في الأنظمة التي أخضعت قرارات التوقيف للتظلم لا للطعن القضائي (كما هو الحال في نظام الإجراءات الجزائية السعودي على نحو ما سيأتي). كذلك، تتدرج الجهة المختصة بتقدير كفاية الأدلة تبعاً لتمديد مدة التوقيف، بحيث يتدرج الاختصاص بتمديد التوقيف لجهات أعلى كلما زادت مدته، فإذا كان للنيابة الاختصاص بتقرير التوقيف ابتداءً، فإنها لا تختص بتمديد التوقيف في جميع الأحوال، بل قد يتدخل القضاء في تمديده.

وعلى كل حال، قررت معظم القوانين المقارنة، إسناد تقدير مدى كفاية الأدلة لاستمرار التوقيف وتمديده، إلى جهة أرفع من الجهة التي قررت التوقيف ابتداءً، وهو ما يكفل نوعاً من المراجعة المستمرة لمدى توافر الدلائل الكافية للتوقيف، ومن جهة أخرى مختلفة. ويقرر الفقه في هذا المجال، أن مثل هذه الضمانة، إنما تكفل أن تعمد جهة تمديد التوقيف، والتي بطبيعة الحال تكون أعلى من جهة التوقيف الأصلية، إلى مراجعة أسباب التوقيف ومبرراته، إضافة إلى سماع أقوال المتهم نفسه مرة أخرى ببعض التشريعات، بكل مرة يتم فيها تمديد توقيفه، ما يدفع الجهة المطالبة بالتوقيف لأن تنتهي من التحقيق بأسرع وقت، وهذه ضمانة هامة لحرية المتهم⁽⁵⁰⁾، حيث أن تحديد الجهة التي تملك التوقيف ابتداءً - أو تمديده بعد ذلك - ضمانة جوهرية من أهم من ضمانات الدفاع⁽⁵¹⁾. ناهيك

(48) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 954 (هامش 2).

(49) عبد الله بن عبد العزيز الدرعان، المبسوط في قانون الإجراءات الجنائية، ط 1، مكتبة التوبة، الرياض، 2013، ص 752.

(50) فؤاد علي سليمان، توقيف المتهم في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 1981، ص 134.

(51) ممدوح حسن العدوان، مرجع سابق، ص 221.

عن أنها - من ناحية أخرى - إن لم تنته من التحقيق ستجد نفسها مدفوعة نحو جمع أدلة جديدة كلما اقتربت مدة التوقيف من نهايتها، وفي هذه برأينا مصلحة للعدالة الناجزة أيضاً.

والجهة (الأرفع) - التي يوعز إليها بتقدير مدى كفاية الدلائل لتبرير التوقيف، إما أن تكون أرفع كما إذا كانت جهة أعلى في إطار الجهة ذاتها، كما هو الحال بالنسبة للنائب العام نسبة إلى وكيل النيابة (أو المدعي العام) (البند الأول)، أو أرفع نوعاً إذا كانت ضمن جهة أخرى مختلفة نوعاً عن الجهة التي قررت التوقيف ابتداءً (البند الثاني)، إضافة للاتجاه التشريعي المختلط الذي جمع بين المعيارين النوعي والكمي في تدرج الجهة المختصة بتقدير كفاية الدلائل المبررة للتوقيف (البند الثالث).

وفيما يلي نستعرض تطبيقات كل من الاتجاهات التشريعية المختلفة بهذا الخصوص :

البند الأول - الاتجاه التشريعي المتبني للنهج الكمي في تدرج الجهة المختصة بتقدير كفاية الدلائل للتوقيف:

اتبعت بعض القوانين النهج الكمي في تحديدها لتدرج الجهة المختصة بتقدير كفاية الدلائل المبررة للتوقيف، من ذلك قانون الإجراءات الجنائية السوداني⁽⁵²⁾، وقانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية الكويتي رقم 17 لسنة 1960، أي في ذات إطار القضاء، حيث تدرج في تمديد التوقيف - وبالتالي في تقدير الدلائل الكافية له - من رئيس المحكمة إلى المحكمة ذاتها، أي بذات التشكيل القانوني لهيئتها، لينتقل قرار تمديد التوقيف، من مجرد عمل ولائي - يمكن لرئيس المحكمة توليه بقرار منفرد من لدنه - إلى طلب قضائي يدخل في الاختصاص القضائي للمحكمة ذاتها، يتوجب للبتّ به انعقاد المحكمة المختصة لذلك، حيث نصت المادة (69/2) من قانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية الكويتي رقم 17 لسنة 1960 على أنه: «2 - يجب عرض المتهم على رئيس المحكمة قبل انتهاء هذه المدة لتجديد الحبس الاحتياطي، وأمر رئيس المحكمة بتجديد الحبس، تُحدّد فيه مدة الحبس، بحيث لا تزيد على خمسة عشر يوماً، في كل مرة يطلب فيها تجديد الحبس». كما نصت

(52) في قانون الإجراءات الجنائية السوداني رقم (65) لسنة 1991، فرضت المادتان (4/79) و(2/80) منه شكلية محددة لتمديد التوقيف، سواء أتم ذلك في مرحلة التحقيق أم المحكمة، ففي مرحلة التحقيق نصت المادة (4/79) منه على أنه: «يجوز للقاضي الأعلى في حالة المقبوض عليه الذي وجهت إليه التهمة، أن يأمر بتجديد حبسه لأغراض التحري كل أسبوعين، على ألا تجاوز مدة الحبس بجملتها ستة أشهر، إلا بموافقة رئيس الجهاز القضائي المختص بالحبس». وفي مرحلة المحكمة كذلك، نصت المادة (2/80) من ذات القانون على أنه: «يجوز للقاضي الأعلى درجة أن يأمر بتجديد حبس المتهم الذي تجري محاكمته شهرياً على ألا تجاوز مدة الحبس بجملتها ستة أشهر، إلا بموافقة رئيس الجهاز القضائي المختص».

المادة (70) من قانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية الكويتي على أنه: «إذا اقتضى التحقيق استمرار حبس المتهم، زيادة على المدة المنصوص عليها في المادة السابقة، لم يجز مدُّ حبسه إلا بأمر من المحكمة المختصة بنظر الموضوع، بناء على طلب المحقق، وبعد سماع أقوال المتهم، والاطلاع على ما تمَّ في التحقيق...».

البند الثاني - الاتجاه التشريعي المتبني للنهج النوعي في تدرج الجهة المختصة بتقدير كفاية الدلائل للتوقيف:

في مقابل الاتجاه التشريعي السابق، تبنت أغلب القوانين المقارنة الاتجاه النوعي فقط، حين أوعزت أمر تقدير كفاية الدلائل لتمديد أمر التوقيف إلى جهة أرفع نوعاً من الجهة التي قررتها ابتداءً، كالمحكمة المختصة أو رئيسها، مثال ذلك، ما نصت عليه المادة (114/4) من قانون أصول المحاکمات الجزائية الأردني من أنه: «إذا اقتضت مصلحة التحقيق في قضية جنائية - قبل انتهاء المدد المبينة في الفقرة (2) من هذه المادة - استمرار توقيف المشتكى عليه؛ وجب على المدعي العام، عرض ملف الدعوى على المحكمة المختصة بنظر الدعوى...».

كذلك نجد في قانون الإجراءات الجنائية المصري، إحاطته تمديد التوقيف بمجموعة من الشكليات والضمانات، على رأسها التفرقة بين صلاحية قاضي التحقيق وصلاحية النيابة في تمديد التوقيف؛ ففيما يتعلق بصلاحية قاضي التحقيق في تمديد مدة التوقيف، نصت المادة (143) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: «إذا لم ينته التحقيق، ورأى القاضي مدَّ الحبس الاحتياطي، زيادة على ما هو مقرر في المادة السابقة، وجب - قبل انقضاء المدة السالفة الذكر - إحالة الأوراق إلى محكمة الجنب المستأنفة، منعقدةً في غرفة المشورة لتصدر أمرها...».

أما فيما يتعلق بصلاحية النيابة العامة في تمديد التوقيف، فقد فرضت المادتان (202) و(203) منه، شكلية تُقيّد بها استعمال هذه الصلاحية، حيث نصت المادة (202) من هذا القانون على أنه: «إذا رأت النيابة العامة مدَّ الحبس الاحتياطي، وجب قبل انقضاء مدة أربعة أيام أن تُعرض الأوراق على القاضي الجزئي، ليصدر أمراً بما يراه...». كذلك، فقد نصت المادة (203) من ذات القانون على أنه: «إذا لم ينته التحقيق بعد انقضاء مدة الحبس الاحتياطي المذكورة في المادة السابقة، وجب على النيابة العامة عرض الأوراق على محكمة الجنب المستأنفة، منعقدةً في غرفة المشورة لتصدر أمراً بما تراه...»⁽⁵³⁾.

(53) وفي ذات الاتجاه، نجد ما نص عليه قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم (35) لسنة 1992 في المادة =

البند الثالث - الاتجاه التشريعي المختلط في تدرج الجهة المختصة بتقدير كفاية الدلائل المبررة للتوقيف:

في مقابل الاتجاهين السابقين، نجد من القوانين ما اتبع اتجاهاً مختلطاً من كلا النهجين معاً، كنظام الإجراءات الجزائية السعودي، الذي زواج بينهما، فبدأ بالكمي منهما وانتهى بالنوعي، حيث نص في المادة (114) منه على أن: «ينتهي التوقيف بمضي خمسة أيام، إلا إذا رأى المحقق تمديد مدة التوقيف، فيجب قبل انقضائها - أن يقوم بعرض الأوراق على رئيس فرع هيئة التحقيق والادعاء العام، أو مَنْ ينيبه من رؤساء الدوائر الداخلة في نطاق اختصاصه، ليصدر أمراً بالإفراج عن المتهم أو تمديد مدة التوقيف لمدة أو لمدد متعاقبة، على ألا تزيد في مجموعها على أربعين يوماً من تاريخ القبض عليه. وفي الحالات التي تتطلب التوقيف مدة أطول، يرفع الأمر إلى رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام أو مَنْ يُفوضه من نوابه ليصدر أمره بالتمديد لمدة أو لمدد متعاقبة لا تزيد أي منها على ثلاثين يوماً، ولا يزيد مجموعها على مائة وثمانين يوماً من تاريخ القبض على المتهم، يتعين بعدها مباشرة إحالته إلى المحكمة المختصة أو الإفراج عنه. وفي الحالات الاستثنائية التي تتطلب التوقيف مدة أطول؛ للمحكمة الموافقة على طلب تمديد التوقيف لمدة أو لمدد متعاقبة بحسب ما تراه، وأن تصدر أمراً قضائياً مسبباً في ذلك».

وبتحليل النص السابق، نجد أن سلطة تمديد التوقيف تدرج في نظام الإجراءات الجزائية السعودي؛ فقرار التوقيف ابتداء وحتى خمسة أيام يوعز فيه للمحقق، أما فيما يزيد عن ذلك فيكون من اختصاص رئيس فرع النيابة الذي له تمديد التوقيف حتى أربعين يوماً،

= رقم (2/110) منه على أنه: «إذا استلزمت مصلحة التحقيق، استمرار حبس المتهم احتياطياً، بعد انقضاء المدد المشار إليها في الفقرة السابقة، وجب على النيابة العامة، أن تعرض الأوراق على أحد قضاة المحكمة الجزائية المختصة، ليصدر أمره...». ومن جهته، فإن قانون الإجراءات الجنائية البحريني رقم (46) لسنة 2002 فرض شكلية معينة وضمانات لتمديد التوقيف، حيث نصت المادة (1/147) منه على أن: «الأمر بالحبس الصادر من النيابة العامة، لا يكون نافذ المفعول إلا لمدة السبعة أيام التالية لتسليم المتهم لها. وإذا رأت النيابة العامة مدّ الحبس الاحتياطي، وجب قبل انقضاء مدة السبعة أيام، أن تعرض الأوراق على قاضي المحكمة الصغرى ليصدر أمره...». أما المادة (1/148) من ذات القانون فقد نصت على أنه: «إذا لم ينته التحقيق، ورأت النيابة العامة مدّ الحبس الاحتياطي - زيادة على ما هو مقرر بالمادة السابقة، وجب - قبل انقضاء المدة سالفة الذكر، إحالة الأوراق إلى المحكمة الكبرى الجنائية، منعقدة في غرفة المشورة، لتصدر أمرها...». كذلك نصت المادة رقم (117) من قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم (23) لسنة 2004 على أنه: «... إذا استلزمت مصلحة التحقيق استمرار حبس المتهم احتياطياً، بعد انقضاء المدد المشار إليها في الفقرة السابقة، وجب على النيابة العامة أن تعرض الأمر على أحد قضاة المحكمة الابتدائية المختصة، ليصدر أمره...».

لا يكون تمديد التوقيف لأكثر منها إلا بقرار من النائب العام، الذي له تمديد التوقيف حتى مائة وثمانين يوماً، لا يجوز تمديد التوقيف بعدها إلا بقرار من المحكمة المختصة (أي التي تنتظر محاكمة المتهم أمامها)⁽⁵⁴⁾.

المطلب الثاني

إشكالية حظر وزن البيّنة على النيابة في بعض الأنظمة

من أهم ما يواجه سلطة النيابة، في تقدير مدى توافر الدلائل الكافية للاتهام أو لاتخاذ الإجراءات الجزائية الأولية التي تبني عليه، كالقبض والتفتيش أو حتى الأوضاع الجزائية الأكثر شدة وجسامة كاتخاذ أوامر التوقيف؛ إشكالية هامة وجوهرية، تتمثل في مدى سلطتها بوزن البيّنة، وبشكل خاص في الأمر بالتوقيف، الذي يتطلب لاتخاذ توافر كفاية توازنية بين دلائل الإدانة ودلائل البراءة، إلا أن مناهج القضاء المقارن لم تجتمع على الموقف ذاته من وزن البيّنة، إذ تميّز القضاء الأردني بحظره في اتجاهه الغالب لوزن البيّنة، بناء على اعتبارات سيتم ذكرها.

وعليه، نبدأ في هذا المطلب بعرض مفهوم وزن البيّنة والأنظمة القضائية التي تبيحه للنيابة العامة (الفرع الأول) لنعرض بعدها لحظر القضاء الأردني وزن البيّنة على النيابة العامة وتقييده للنطاق المحدد لوزن البيّنة المحظور لتخفيفه من غلواء الحظر والآثار السلبية التي تترتب عليه (الفرع الثاني)

الفرع الأول

مفهوم وزن البيّنة والأنظمة التي تبيحه للنيابة العامة

تثار أكثر ما تثار سلطة النيابة العامة في وزن البيّنة بوقت التصرف في التحقيق، أي عند تقرير لزوم المحاكمة أو منعها. ولهذا، نجد من يُعرّفها بأنها: «القيام بوزن الأدلة، بهدف الترجيح بأن القضية - في الحالة التي هي عليها - صالحة أو ليست صالحة لإحالتها إلى قضاء الحكم، باعتبار أن النيابة العامة لا تقوم بوزن الأدلة لغاية تقدير كفايتها أو عدم كفايتها للتجريم والإدانة، بل لتقدير مدى كفايتها لمنع المحاكمة أو لزومها»⁽⁵⁵⁾. ورغم اشتراكه مع غيره من مستويات كفاية الأدلة، بجوهره المتمثل في وزن البيّنة، وتقدير مدى كفايتها لاتخاذ الإجراء المعني، والمشروط بطبيعة الحال بكفايتها، إلا أن هذا

(54) وقد تبنت المادة (4/120) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني ذات النهج السابق لنظام الإجراءات الجزائية السعودي.

(55) حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 534.

المستوى من كفاية الأدلة، يمتاز عن مستويات الكفاية الأخرى، بأنه مشروط - لا لضمان حقوق الأفراد، وإنما ضماناً لتحقيق العدالة، وعدم إضاعة حق المجتمع في العقاب.

إن تقدير مدى كفاية الأدلة للزوم المحاكمة أو عدم كفايتها - وبالتالي حفظ الدعوى، يقتضي حتماً منحها صلاحية وزن البيّنة، وهو ما لم تكن تعترف به محكمة النقض المصرية لسلطة التحقيق في بادئ الأمر، حيث جاء في حكم لها أنه: «ليس من مأمورية قاضي الإحالة، البحث في صدق الشهود وصحة شهاداتهم، ولا البحث فيما إذا كانت التهمة ثابتة ثبوتاً تاماً أو مشكوكاً فيها، فإن ذلك مما ينفرد به قاضي الموضوع، وإنما وظيفته محصورة في البحث عن وجود أدلة إثبات - إن اتضحت صحتها فيما بعد، يمكن أن يُبنى عليها اقتناع القاضي»⁽⁵⁶⁾، إلا أن محكمة النقض المصرية عادت عن اجتهادها السابق، وقررت أن لسلطة التحقيق وزن البيّنات التي تحت يدها وترجيحها مع أدلة البراءة، وصولاً إلى قرارها إما بلزوم المحاكمة أو بحفظ الدعوى (القرار بأن لا وجه للدعوى)، حيث جاء في حكم لها بأنه: «لما كان للغرفة (غرفة الاتهام) أن تأخذ في سبيل تكوين عقيدتها، بقول دون آخر، وأن ترجح رأياً فنياً على آخر؛ فإنه لا يجوز مجادلتها في ذلك. ولما كان من المقرر، أن غرفة الاتهام لا تحيل الدعوى إلى محكمة الجنايات، إلا إذا تبين أن الواقعة جنائية، وأن الدلائل كافية على المتهم، وترجّحت لديها إدانته؛ فإن لها بناء على ذلك، أن تُحصّ واقعة الدعوى، والأدلة المطروحة أمامها، ثم تصدر أمرها وفقاً لما تراه من كفاية الدلائل أو عدم كفايتها. ولما كانت غرفة الاتهام قد مارست حقها على هذا الوجه، فقد انتفت عنها قالة الخطأ بتجاوز حدود الاختصاص»⁽⁵⁷⁾.

وفي قضاء محكمة النقض السورية أيضاً، نجد ما يقرُّ مثل هذه الصلاحية لسلطة التحقيق في وزن البيّنة⁽⁵⁸⁾.

(56) محكمة النقض المصرية، جلسة 1917/6/2، المجموعة الرسمية، رقم 99، ص 194. عن: ساهر إبراهيم الوليد، سلطة النيابة العامة في التصرف في التحقيق الابتدائي في الأردن: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 2001، ص 43.

(57) محكمة النقض المصرية، جلسة 1961/4/17، مجموعة القواعد القانونية، ج(4)، سنة 12ق، ص 836. عن: ساهر إبراهيم الوليد، مرجع سابق، ص 44.

(58) حيث قضت محكمة النقض السورية بأن: «المحقق يحقق ولا يحكم، وهو حين ينظر في الدعوى، يكون فيها مدعى عليه أو أكثر موضوع شبهة، واحتمال ارتكابه ما نسب إليه، وقراره بالإحالة لا يعدو الشك، ولا يتخطى الشبهة لأنه يحقق ولا يحكم، ووظيفته البت في الأدلة لجهة كفايتها للإحالة أو عدمها - لا للإدانة والتجريم. ومن ثم، يكون له سلطة البحث في الأمور الموضوعية، دون أن يتعدى في اتهامه إلى الحكم بثبوت الفعل المنسوب إلى المدعى عليه، وهو حين يقرر الاتهام، إنما يبني ذلك من خلال تقدير الأدلة، وعلى هذا الأساس - وباعتبار أنه ينظر في الأدلة، فإذا كان الشك معتبراً لديه إلى حد ما، فإن هذا الشك يفسره قاضي الحكم في مصلحة المدعى عليه، الذي أحاله المحقق لسبب هذا الشك، والمدعى عليه =

الفرع الثاني

حظر القضاء الأردني وزن البيّنة على النيابة العامة

وتقييده لوزن البيّنة المحظور

انفرد القضاء الأردني في مسألة وزن البيّنة، فنجدته مضطرباً إلى حد بعيد، حيث نحت محكمة التمييز في بادئ الأمر إلى إعطاء النيابة العامة دوراً في وزن البيّنة⁽⁵⁹⁾، إلا أن محكمة التمييز الأردنية عادت عن اجتهادها السابق، فقررت في العديد من أحكامها أن ليس للنيابة العامة سلطة وزن البيّنة. من ذلك على سبيل المثال، حرمان النيابة من سلطتها في وزن البيّنة حول توافر الركن المعنوي للجريمة من عدمه⁽⁶⁰⁾.

وقد حددت محكمة التمييز الأردنية الأساس القانوني لاجتهادها بعدم منح النيابة سلطة وزن البيّنة، حيث قضت في حكم لها بأنه: «يستفاد من نص المادتين (130 و133/4) من قانون أصول المحاكمات الجزائية - وفق ما استقر عليه الفقه والقضاء - أن القانون لا يشترط للظنّ على المشتكى عليه بالجريمة المسندة إليه، أن تتوفر أدلة كافية للحكم

= حين تكون الدعوى في مرحلة التحقيق يكون موضوع الشبهة، واحتمال ارتكابه ما عُزي إليه، حتى إذا وجد المحقق في الأدلة القائمة، ما يُرّجح هذه الشبهة، وما يُقوّي هذا الشك؛ قرر الإحالة. وعلى هذه الحال، أضحى من المقرر فقهاً واجتهاداً، على أن المحقق يُقدّر الوقائع والأدلة، من جهة الكفاية وعدمها، ولا يدخل ذلك تحت رقابة محكمة النقض، ما دامت الأدلة لا تتعارض مع ما انتهى إليه القرار». (محكمة النقض السورية رقم 1998/155 (هيئة عامة) مجموعة أحكام النقض ج، 4، رقم 1721، ص 471. عن: حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 534).

(59) حيث قضت في حكم قديم لها بأنه: «إذا رجع المشتكى عن شكواه أمام المدعي العام، ووجد المدعي العام أن شكوى المشتكى - التي رجع عنها، ليست دليلاً كافياً لإحالة المشتكى عليه للمحاكمة، لأن أقوال المشتكى تصبح - بعد رجوعه عنها - دليلاً غير كاف، فيحق للمدعي العام أن يقرّر في هذه الحالة منع محاكمة المشتكى عليه، وأن يقرر مساعد النائب العام التصديق على قرار منع المحاكمة». (قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم 1968/11، مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1968/1/1، ص 481).

(60) حيث جاء في حكم لها بأنه: «إذا مسك المشتكى عليه الرابع أثناء المشاجرة التي اشترك فيها المشتكى عليهم الأول والثاني كفريق ضد الثالث والرابع، ثدي المشتكى عليها الأولى ر. - من فوق الملابس، فإن ثدي المرأة من العورات، والمساس به يخدش الحياء العرضي لدى المرأة؛ فيكون الركن المادي في جناية هتك العرض خلافاً للمادة (2/296) من قانون العقوبات متوافراً في الفعل، أما فيما يتعلق بالركن المعنوي في الجريمة - وهو القصد الجرمي بأن تنصرف نية الجاني من هذا الفعل، إلى المساس بالعمرة على نحو يخدش الحياء العرضي؛ فهو مسألة تقديرية، تعود لمحكمة الجنايات الكبرى، لا يملك المدعي العام البت في هذا الركن. لذا، كان يتوجب عليه إكمال التحقيق، وإحالة القضية بعد استكمال التحقيق إلى محكمة الجنايات الكبرى صاحبة الاختصاص، في استنبات جميع أركان الجريمة بما فيها القصد الجرمي؛ فإن ثبت لديها قضت بالتجريم، وإن لم يثبت قضت بتعديل الوصف وفصل القضية على هذا الأساس» (قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم 1991/32 تاريخ 1991/2/16، منشورات مركز عدالة).

بالإدانة، وإنما يكفي أن تكون هناك أدلة كافية للإحالة إلى المحكمة، وعلى أساس أن تقدير هذه الأدلة - وبيان إذا كانت كافية للحكم بالإدانة أو عدمها، يعود لمحكمة الموضوع، وأن وظيفة النيابة مقصورة على جمع الأدلة ولا تملك تقديرها والموازنة والترجيح فيها، وحيث إن النيابة العامة قد خالفت دور النيابة العامة - بجمع الأدلة وتعقب المجرمين، إلى القيام بوزن البيّنة؛ فيكون قراره مخالفاً للقانون»⁽⁶¹⁾، إلا أنّ محكمة التمييز عادت لتضيّق من نطاق عدم وزن البيّنة، فاعتبرت تقدير النيابة لعدم وجود دليل على الركن المعنوي للجريمة، خارجاً عن وزن البيّنة بمفهومه المحظور⁽⁶²⁾.

(61) قرار محكمة التمييز الأردنية (جزاء) رقم 2012/1160 تاريخ 2012/6/18، منشورات مركز عدالة.
(62) حيث قضت في حكم لها بأنه: «يستفاد من المادة (130) من قانون أصول المحاكمات الجزائية أنه إذا تبين للمدعي العام أن الفعل لا يؤلف جرماً أو أنه لم يقم دليل على أن المشتكى عليه هو الذي ارتكب الجرم؛ فإنه يقرر في الحالتين منع محاكمة المشتكى عليه... وفي الحالة المعروضة، فإن ما قام به المدعى عليه ووافق عليه النائب العام، ليس وزناً وترجيحاً للبيّنة، إنما تطبيق لنص المادة (130) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، عندما تبين له بأن أفعال المميز ضدّها لا تؤلف جرماً يعاقب عليه القانون. وهذا ما يؤيده الفقه القانوني، حيث يرى د. محمود نجيب حسني «... أن التصرف في التحقيق الابتدائي هو اتخاذ قرار يتضمن المعلومات والأدلة التي أمكن الحصول عليها أثناءه، وبيانا للطريق الذي تسلكه الدعوى بعد ذلك...».

وفي هذا المعنى، يقول د. محمد زكي أبو عامر «... أن القرار الصادر من سلطة التحقيق الابتدائي بالتصرف في التحقيق الابتدائي، إنما يعني أن هذه السلطة قدّرت - بعد التحقيق - صلاحية رفع الدعوى إلى القضاء من عدمه، لتوفر سبباً من الأسباب...»، وهذا الاتجاه يُمثّل الاتجاه الغالب في الفقه القانوني.
كما أن الاجتهاد القضائي منح سلطة التحقيق (النيابة العامة) صلاحية وزن وتقدير كفاية الأدلة، حيث جاء في قرار محكمة النقض المصرية رقم (نقض 4-17-1961 مجموعة القواعد القانونية، الجزء الرابع، ص 836 ما يلي: «... لما كان للغرفة الاتهامية أن تأخذ - في سبيل تكوين عقيدتها - بقول دون آخر، وأن ترجّح رأياً فنياً على آخر، فإنه لا يجوز مجادلتها في ذلك. ولما كان من المقرر أن غرفة الاتهام لا تحيل الدعوى إلى محكمة الجنايات، إلا إذا بيّنت أن الواقعة جنائية، وأن الدلائل كافية على المتهم وترجّحت لديها إدانته، فإن لها بناء على ذلك أن تمحص واقعة الدعوى، والأدلة المطروحة أمامها، ثم تصدر أمرها وفقاً لما تراه من كفاية الدلائل أو عدم كفايتها. ولما كانت غرفة الاتهام قد مارست حقها على هذا الوجه، فقد انتفت عنها قالة الخطأ بتجاوز حدود الاختصاص...». وقد كررت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في العديد من القرارات اللاحقة.

كما قضت محكمة التمييز اللبنانية تطبيقاً لذلك في حكمها رقم (25) تاريخ 1969، موسوعة سمير عالية، ص 208 بما يلي: «... أمر تقدير الأدلة والفرائض الناتجة عن التحقيقات يعود إلى الهيئة الاتهامية دون أن يكون للمحكمة أي رقابة بهذا الشأن...»، وفي حكم آخر قضت بأن: «... من حق التحقيق تقدير الأدلة القائمة وكفايتها للظن...». وكذلك قضت محكمة التمييز السورية بقولها: «... أن كلاً من قاضي التحقيق وقاضي الإحالة، يملك حق تقدير الوقائع وإعطائها الوصف القانوني اللائق بها، كما يملك منع المحاكمة عند فقدان الدليل أو عدم كفايته. وليس ممنوعاً إلا من البحث عن الأسباب المخففة التقديرية، فهي وحدها من حق محاكم الأساس، لأنها من عمل قاضي الحكم... انظر في ذلك قرار رقم (680) تاريخ 1969/10/21، مجلة المحامون، دمشق، العدد 7-12، 21971، ص 244...».

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية بقولها: «... إن من واجب الهيئة الاتهامية ألا تكتفي بالتحقيق عمّا إذا كان الفعل المعزّو للفاعل هو جرم أم لا، بل عليها أيضاً أن تبحث فيما إذا كان يوجد ضد

وبصدور القانون رقم (32) لسنة 2017 والمعدل لقانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، حسمت مسألة وزن البيّنة، حيث أضاف عبارة (أو أن الأدلة غير كافية ..)، للحالات الواردة بنص المادة (130/أ) من القانون المذكور، والتي نصت على أنه: «إذا تبين للمدعي العام، أن الفعل لا يؤلف جرمًا، أو أنه لم يقدّم دليل على أن المشتكى عليه هو الذي ارتكب الجرم، أو أن الأدلة غير كافية، أو أن الجرم سقط بالتقادم أو بالوفاة، أو بالعفو العام، أو بإسقاط الحق الشخصي في القضايا الموقوفة على شكوى المتضرر؛ فيقرر في الحالات الثلاث الأولى منع محاكمة المشتكى عليه، وفي باقي الحالات إسقاط الدعوى العامة التي تسقط بالإسقاط، ويرسل إضرابها فوراً إلى النائب العام»⁽⁶³⁾.

أخيراً، يُشار إلى أن قضاء محكمة التمييز الأردنية إذا كان حذر على النيابة وزن البيّنة، إلا أنه حظه بمفهومه الضيق؛ بمعنى كفاية الدلائل للإدانة من عدمه، في حين ترك لها تقدير وجود البيّنة أساساً من عدمه، دون تقدير مدى كفاية هذه البيّنة في حال تقدير وجودها. وحتى في إطار هذا المفهوم، يبقى من المتناقض أن يشترط لاتخاذ الإجراء الجزائي توافر دلائل كافية، ويترك لجهة النيابة تقدير مدى كفايتها، ويحظر عليها في الوقت ذاته وزن البيّنة.

= الفاعل قرائن كافية تثبت جريمته ..». ولم تخرج محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية في العديد من أحكامها عن هذا الاتجاه.. وباستعراض ما تقدم من آراء - فقها واجتهادا، وما تراه محكمة التمييز على الحالة المعروضة، فإن المدعي العام ومن بعده النائب العام لم يتجاوزوا الصلاحيات الممنوحة لهما بموجب نص المادة (130) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وأن البحث في توفر أركان الجريمة - بما فيها القصد الجرمي - من عدمه، لغايات التحقيق في طور التحقيق، لا يعتبر وزناً للبيّنة، إنما تبيان فيما إذا كان هناك قصد خاص يتمثل بنية التملك، أو أن المشتكى عليه جرّ له مغمماً شخصياً جراء استثمار الوظيفة، حتى تتوصل النيابة لدليل اتهام. وبدون بحث ذلك، لا تستطيع أن تصدر قراراً بالاتهام، وحيث لم يقدّم الدليل على ارتكاب المميز ضدّها جرم استثمار الوظيفة - بالمعنى الوارد بالمادة (175) من قانون العقوبات، وأنه كان ذلك يشكل مخالفة للأنظمة والتعليمات، فإن القرار المطعون فيه يغدو واقعاً في محله...». (قرار محكمة التمييز الأردنية (جزاء) رقم 2013/18 (هيئة عامة) تاريخ 2013/2/7، منشورات مركز عدالة).

(63) ومن أسف أن نجد أنه ورغم التعديل السابق لقانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، إلا أن محكمة التمييز الأردنية عادت حديثاً لتحظر وزن البيّنة، حيث قضت في حكم لها أن: «قضاء محكمتنا قد استقر على أن النيابة العامة لا تملك الحق في وزن البيّنات وتقديرها والاعتماد عليها في منع المحاكمة للمتهم؛ لأن تقديم البيّنات والاعتناع بها منوط بمحاكم الموضوع، مما يبني عليه أن ما توصل إليه المدعي العام ومساعد النائب العام - من إصدار قرار منع محاكمة المميز ضده عن التهم المسندة إليه لعدم قيام الدليل على ارتكابه الأفعال المنسوبة له؛ يعتبر وزناً للبيّنة يخرج عن صلاحياتهما، ويخالف القانون على ضوء شهادة المشتكى ضده وأقوال المشتكى عليه محمود.. ضده، وعرض صورة المميزّ ضده المحفوظة على نظام الأحوال المدنية على المشتكى مالك، وتأكيد أن اشترك مع باقي المشتكى عليهم في الاعتداء عليه بالخطف والضرب والسرقة». (قرار محكمة التمييز الأردنية (جزاء) رقم 2018/245 تاريخ 2018/2/1 (هيئة عادية)، منشورات مركز عدالة).

المبحث الثاني

طبيعة سلطة تقدير مدى كفاية الأدلة

تُعد مسألة طبيعة سلطة تقدير توافر الدلائل الكافية لاتخاذ الإجراء الجزائي، من أكثر المسائل دقة وتعقيداً، إذ يتحدد بها مناهج هذا التقدير، وفيما إذا كان هو شخص متخذ الإجراء وانطباعه، أم من ذات الإجراء والظروف المحيطة به؟ ما يدور معه المعياران على محاذير لا يمكن إنكارها، فلا يمكن التسليم بالمعيار الشخصي على إطلاقه، لما في ذلك من مظنة التحكم والعسف، وفي المقابل من ذلك لا ينبغي أن يصل المعيار الموضوعي أو الذاتي إلى درجة تجعل المحكمة أن تُحلَّ نفسها محل متخذ الإجراء الجزائي، وهو ما ينبغي معه تبني معيار الرجل العادي من ذات وظيفة القائم بالإجراء، والمتواجد بذات ظروف اتخاذ الإجراء محل البحث؛ حمايةً للحريات، وعدم تركها لمطلق تقدير رجل الضابطة العدلية، فيتعسف بها كيف يشاء⁽⁶⁴⁾، وهو ما يستتبع معه خضوع التقدير للرقابة من قبل القضاء، وتقرير بطلان الإجراء في حال قرر عدم كفاية الأدلة (بالقدر المطلوب) لاتخاذ الإجراء المعني⁽⁶⁵⁾.

في هذا المبحث، سنبحث في طبيعة سلطة الاستدلال في تقدير مدى كفاية الدلائل بمرحلة التحقيق الأولي (المطلب الأول) وطبيعة سلطة التحقيق في تقدير مدى كفاية الدلائل لاتخاذ إجراءات التحقيق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

طبيعة سلطة الاستدلال في تقدير توافر الدلائل الكافية

بمرحلة التحقيق الأولي

في هذا المطلب، ندرس طبيعة سلطة الاستدلال في تقدير توافر الدلائل الكافية لقيام الشبهة المبررة للاستيقاف (الفرع الأول) وسلطتها في تقدير توافر الدلائل الكافية للاتهام بأحوال التلبس (الفرع الثاني).

(64) يحيى عبد الله العدوان، الصلاحيات الأصلية للضابطة العدلية في التحقيق الأولي، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، 2000، ص 131.

(65) عثمان جبر عاصي، ضمانات المشتكى عليه في التحقيق الجزائي الابتدائي في الأردن، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، 1998، ص 140.

الفرع الأول

طبيعة سلطة الاستدلال في تقدير توافر الدلائل الكافية لقيام الشبهة المبررة للاستيقاف

بالنظر إلى القانون الإنجليزي (Police and Criminal Evidence Act) والصادر سنة 1984، نجده يقرر في المواد (1-7) منه صلاحية سلطات الضبط القضائي استيقاف المشتبه به وفحصه جسدياً وعقلياً، شرط أن تتوافر أسباب موضوعية ومعقولة تفيد بارتكابه جريمة، فلا يجوز الاعتماد فقط على مجرد الإحساس الداخلي لرجل الشرطة أو تقديره الشخصي غير القائم على دليل موضوعي ومعقول⁽⁶⁶⁾. وقد ميّز القضاء البريطاني في الدعوى (Castorina v Chief Constable of Surrey (1988)) بين عنصرين في تقدير توافر الأسباب المعقولة لاتهام المقبوض عليه بارتكاب جريمة، هما: عنصر التحريات ومعيار كفايتها وهذا عنصر موضوعي، وعنصر الانطباع حول مدى كفايتها وهذا عنصر شخصي، وأن التحريات التي أقام رجل الشرطة قراره بالقبض بناء عليها لا يمكن البت به إلا من قبل هيئة محلفين بعد جلسات طويلة من المحاكمة يستمع خلالها لمختلف بيّنات الدعوى⁽⁶⁷⁾.

وعليه، فإن المعيار الذي تتخذه المحكمة، للقول بمدى كفاية الدلائل للاشتباه بالشخص - واستيقافه بالتالي-، هو معيار موضوعي لا شخصي، أي لا يُنظر فيه إلى ما كان يدور في خلد القائم بالإجراء، وما كان يعتدل في نيته؛ إنما يُنظر في ذلك وفقاً لمعيار الشخص العادي، لو كان في محله - وفي ذات ظروف الاشتباه وملابساته- ماذا كان ليُقدّر ويفعل؟ وفي ذلك، يذهب البعض إلى القول بأنه: «يجب إخضاع تقدير مدى كفاية الدلائل لمعيار موضوعي مناطه الرجل المعتاد، فلا يجوز الركون إلى معيار شخصي مناطه الشخص ذاته الذي تولى إجراء القبض»⁽⁶⁸⁾.

إن فرض معيار موضوعي - هو معيار الرجل العادي- مردّه أن الغاية من اشتراط الدلائل الكافية هي الحيلولة دون تعسف سلطة الاستدلال، في صلاحياتها الممنوحة لها باستيقاف الأشخاص، والحيلولة دون إساءة استعمالها، وهي غاية لا يمكن الوصول إليها بمجرد معيار شخصي يكتفي فيه بقول القائم بالإجراء منفرداً دون حسيب أو

(66) وسيم محمد مهدي، مرجع سابق، ص 34.

(67) Stephanie Benz, The Police and Criminal Evidence Act 1984: balancing civil liberties and public security, UCL Journal of Undergraduate Research, Volume 5, Issue 2, (December 2012), p.3.

(68) أنور محمد صدقي مساعدة، القبض في التشريع الجزائي الأردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، 2001، ص 120.

تعقيب، وإنما وفقاً لمعيار موضوعي يضمن الوصول إلى غاية المشرع الجزائري، من الموازنة بين حق الفرد في الحرية والخصوصية وبين حق المجتمع في الأمن، دون حرص مفرط من رجل الضبط الجنائي، ولا إهمال وتفريط من قبله، فليس مناطها شخص القائم بالإجراء وما كان يختلج في نفسه من نية واعتقاد؛ فمجرد الادعاء بصدق نواياه وحرصه على إنفاذ القانون، لن يشفع لرجل الضبط الجنائي في اعتدائه على حريات الأفراد وخصوصياتهم دون وجه حق.

إذن، فلا بد أن يكون تقدير رجل الضبط الجنائي لمدى توافر حالة الشبهة منطقياً وموضوعياً⁽⁶⁹⁾، فحتى ولو ثبت - بيقين لا يعتريه الشك - أن رجل الضبط الجنائي كان صادقاً في نيته، وجاداً في أداء وظيفته، غير مسيء في استعمالها؛ فإن إجراءه لا يغدو بذلك إجراء صحيحاً منزهاً عن مظنة الطعن والبطلان، لمجرد القول بصدق النية وصفاء السريرة، وإنما العبرة هي بمعيار موضوعي هو الرجل العادي من ذات وظيفته (كأمور ضبط قضائي) فيما لو أنه وجد في مكانه - وفي ذات ظروف الاشتباه وملابساته - ماذا كان ليقدّر ويتصرف؟ هل كان كممثل الذي قدره وتصرف عليه رجل الضبط الجنائي المعني أم لا؟

ومن الممكن الاستدلال في هذا المقام، بما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها من أنه: «متى كان رجل الشرطة بوصفه من رجال السلطة العامة، قد أيقن - بحق - لظروف الحادث وملابساته، أن من واجبه أن يستوقف المتهم ويتحرى أمره، فلما ثارت شبهته فيه، رأى أن يصطحبه إلى قسم الشرطة، واعترف المتهم أمام الضابط بأن ما في الحقيقة ليس مملوكاً له فقام بتفتيشه، فإن الدفع ببطلان التفتيش لا يكون له محل»⁽⁷⁰⁾. وفي حكم آخر، وضعت محكمة النقض المصرية معياراً لقيام الشبهة من سلوك المشتبه به، يتمثل في مدى تنافيه وطبائع الأمور، حيث جاء في حكم لها قولها إنه: «... متى كان الثابت من القرار المطعون فيه أن المتهم قد ارتكب عندما رأى الضابطين، ومدّ يده إلى صدره وحاول الخروج من المقهى، ثم عدل عن ذلك؛ فليس في هذا كله ما يدعو إلى الاشتباه في أمره واستيقافه، لأن ما أتاه لا يتنافى مع طبيعة الأمور. ومن ثم، فإن استيقاف أحد الضابطين له، وإمساكه بيده وفتحها، إنما هو القبض الذي لا يستند إلى أساس»⁽⁷¹⁾، إلا أن محكمة

(69) أنور محمد صدقي مساعدة، المرجع السابق، ص 57.

(70) محكمة النقض المصرية جلسة 1958/1/20، مجموعة أحكام النقض، سنة 9ق، رقم 12، ص 54. عن: فهد محمد الغزي، الاختصاصات الجنائية لمدراء مراكز الشرطة في النظام السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص 62.

(71) محكمة النقض المصرية طعن رقم 1762 لسنة 31ق، جلسة تاريخ 1962/4/10. عن: مصطفى مجدي هرجة، التعليق على قانون الإجراءات الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، المجلد الأول، دار محمود، القاهرة، ص 421.

النقض المصرية قضت في حكم آخر لها بأن: «تقدير الدلائل من حق مأمور الضبطية القضائية، يرجع فيه إلى نفسه، بشرط أن يكون ما ارتكن اليه يؤدي عقلاً إلى صحة الاتهام»⁽⁷²⁾، لكن الملاحظ على الحكم السابق، أنه جعل من اعتراف المتهم بأن الحقيبة التي بيده لا تعود له سبباً قانونياً يبرر التفتيش.

والواقع أن مجرد الاعتراف بالتهمة لا يندرج ضمن حالات التلبس بالجريمة، وإنما وجود الحقيبة مع المتهم، مع اعترافه بأنها لا تعود له؛ هي ما تتحقق به حالة التلبس، التي تبرر لرجال الضبط الجنائي القبض على المتلبس وتفتيشه، أما مجرد الاعتراف بالتهمة، دون وجود أي من آثارها عليه أو متعلقاته معه، فلا يبرر لا القبض عليه ولا تفتيشه بالتالي؛ فالاعتراف بالتهمة دون توافر أي من حالات التلبس بها، لا يُشكّل دليلاً كافياً للحفاظ على المشتبه به، تمهيداً لاستصدار مذكرة قبض بحقه، من سلطة التحقيق المختصة بذلك.

الفرع الثاني

طبيعة سلطة الاستدلال في تقدير توافر الدلائل الكافية

للاتهام بأحوال التلبس

في إطار تحديد مفهوم كفاية الأدلة للاتهام، يتبنّى أغلب الفقه والقضاء معياراً موضوعياً، فلا يترك لمطلق تقدير القائم بالإجراء، إنما لا بد من خضوع مثل هذا التقدير للرقابة، باعتبار ضرورة البحث في مدى توافقه مع معيار الرجل العادي، بذات وظيفة القائم بالإجراء، والمتواجد بذات ظروف اتخاذ الإجراء محل البحث، وهذا المعيار هو الأنسب والأكثر عدالة وتماشياً مع حكمة التشريع باعتبار ما يحققه من حماية للحريات وعدم تركها لمطلق تقدير رجل الضابطة العدلية، فيتعسف بها كيف يشاء⁽⁷³⁾، وهو ما يستتبع معه خضوع التقدير للرقابة من قبل سلطة التحقيق ومن ورائها القضاء تقرير بطلان الإجراء في حال قرر عدم كفاية الأدلة (بالقدر المطلوب) لاتخاذ الإجراء المعني⁽⁷⁴⁾.

إن شرط الإدراك الشخصي لرجل الضبط، للمظاهر الخارجية الدالة على حالة التلبس، يقتضي في حقيقة الأمر توافر عنصرين منطقياً هما أن يكون مأمور الضبط قد أدرك بنفسه مجموعة المظاهر الخارجية التي قدر بناء عليها توافر حالة التلبس، وكذلك أن

(72) محكمة النقض المصرية جلسة 1937/12/20، مجموعة القواعد القانونية، ج4، رقم 131، ص121. عن: أنور محمد صدقي مساعدة، مرجع سابق، ص121.

(73) يحيى عبد الله العدوان، مرجع سابق، ص131. ياسر الأمير فاروق، مرجع سابق، ص576-577.

(74) عثمان جبر عاصي، مرجع سابق، ص140.

يكون تقديره لكفاية تلك المظاهر الخارجية للدلالة على حالة التلبس سليماً. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: «التلبس صفة متعلقة بالجريمة ذاتها بصرف النظر عن المتهمين فيها، مما يبيح لرجال الضبط القضائي الذين شاهدوا وقوع الجريمة (إحراز المخدرات)، وهي من بين الجرائم التي يباح فيها لهؤلاء القبض على المتهم الحاضر؛ أن يقبضوا على كل من يقوم الدليل على إسهامه فيها، وتقدير الدلائل على صلة المتهم المتلبس بها. ومبلغ كفايتها يكون بدءاً لرجل الضبط القضائي، تحت رقابة سلطة التحقيق، وإشراف محكمة الموضوع»⁽⁷⁵⁾.

وإذا كانت سلطة رجل الضبط الجنائي في تقدير مدى كفاية الأدلة للاتهام (وبالتالي للقبض والتفتيش) بحالة التلبس، تُجرى تحت رقابة سلطة التحقيق ومن ورائها محكمة الموضوع، فإن سلطة جهة التحقيق في تقدير مدى كفاية الدلائل للاتهام هي ذاتها أيضاً تُجرى تحت رقابة محكمة الموضوع، حيث قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه: «وإن كان يجب أن يكون أمر الضبط والاحضار مبنياً على توافر دلائل قوية على الاتهام، إلا أن تقدير تلك الدلائل منوط بالنيابة العمومية، التي من اختصاصها إصدار هذا الأمر، ولمحكمة الموضوع مراقبة تقدير النيابة لكفاية الدلائل التي أصدرت أمر القبض بناء عليها»⁽⁷⁶⁾.

(75) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 6/7/4 لسنة 31، ق و، جلسة 19/ 1961/6، ص12، ص704، مجموعة القواعد القانونية في 25 عاماً، ص376. عن: محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص192. كذلك قضت في حكم آخر لها بأن: «تقدير الدلائل التي تسوّغ لمأمور الضبط القبض.. ومبلغ كفايتها، يكون بدءاً لرجل الضبط القضائي؛ على أن يكون تقديره هذا خاضعاً لرقابة سلطة التحقيق، تحت إشراف محكمة الموضوع». (جلسة 28/2/1967، مجموعة أحكام النقض، ص18، رقم 58، ص129. عن: ياسر الأمير فاروق، مرجع سابق، ص575).

(76) محكمة النقض المصرية، جلسة 2/6/1941، مجموعة القواعد القانونية، ج5، رقم 273، ص536. عن: ياسر الأمير فاروق، مرجع سابق، ص576. وفي حكم آخر لها قضت المحكمة نفسها بأن: «تقدير الدلائل على صلة المتهم بالجريمة المتلبس بها ومبلغ كفايتها يكون بدءاً لرجل الضبط القضائي تحت رقابة سلطة التحقيق وإشراف محكمة الموضوع، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الضابط لم يقبض على الطاعن ويفتشه إلا عندما تحقق من اتصاله بجريمة إحراز المخدر المتلبس بها لوجوده في مجلس واحد مع المتهم الثالث - صاحب المقهى - الذي شوهد يتعاطى الحشيش وعلى صورة تنبؤ عن أن الغاية من المجالسة هي المشاركة في التعاطي، وهو استخلاص سائغ أقرته محكمة الموضوع ورأت كفايته لتسويغ القبض والتفتيش فهذا منه صحيح، ولا تثرير على الحكم إذا هو عوّل في الإدانة على الأدلة المستمدة من تلك الإجراءات». (طعن رقم 177 لسنة 35، جلسة 19/4/1965، ص16، ص284. عن: أيمن ظاهر، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، ج(1): الدعوى الجزائية ومرحلة جمع الاستدلالات، ط1، بدون دار نشر، 2013، ص266).

وفيما يتعلق بكفاية المظاهر الخارجية للإنباء بذاتها عن حالة التلبس، نجد في قضاء المحكمة الاتحادية العليا بالإمارات، معياراً واضحاً ودقيقاً لموضوعية تقدير الشبهة التي تبرر الاستيقاف وبالتالي التلبس، إذ تعتبر أن الجريمة تكون متلبساً بها إذا كانت ظروف ارتكابها تنبئ في ذاتها عن حالة التلبس، دون النظر إلى ما كان يدور في خلد رجل الضبط الجنائي، الذي ضبط حالة التلبس تلك. فجاء في حكم لهذه المحكمة قولها إنه: «يكفي لقيام حالة التلبس في الاستيقاف أن تكون هناك مظاهر خارجية تنبئ في ذاتها عن وقوع الجريمة، وإن تقدير توافر حالة التلبس -أو عدم توافرها- هو من الأمور الموضوعية التي توكل بداءة لرجل الضبط القضائي، على أن يكون تقديره خاضعاً لرقابة سلطة التحقيق، تحت إشراف محكمة الموضوع، كما أن التلبس صفة تلازم الجريمة ذاتها لا شخص مرتكبها. وبالتالي، فإذا كان من الثابت أن المتهمين تحيط بهم مظاهر خارجية تنبئ بذاتها عن وقوع جريمة، فإن استيقافهم وتفتيشهم يكون إجراءً صحيحاً في القانون»⁽⁷⁷⁾.

ويذهب البعض في هذا المقام، إلى أن القانون الإنجليزي (قانون الشرطة والأدلة الجنائية لسنة 1984) تبنى معياراً شخصياً، حين قرر أن الشخص يكون متهماً حين يُوجّه له التنبية بذلك من قبل رجل الشرطة عن جريمة معينة، باعتبار هذا الأمر من حقوق المتهم. ويُوجّه الاتهام -وفقاً للقانون المذكور- بناء على اقتناع ذاتي لدى رجل الشرطة، وهو ما حدا بهذا الجانب من الفقه لاعتبار معيار كفاية الأدلة للاتهام بهذه الحالة معياراً شخصياً، كونه يختلف من رجل شرطة لآخر⁽⁷⁸⁾.

ومع احترامنا للرأي السابق، إلا أننا لا نؤيده؛ ذلك أن ذات القانون الإنجليزي المذكور اشترط للاعتقاد بالاتهام بأن يكون بناءً على أسباب معقولة، ما يعني أن هناك معياراً موضوعياً يفرض نوعاً من الرقابة على مدى معقولة أو منطقية الاتهام، فلا تعود بذلك مثل صلاحية التقدير تلك تحكمية لا يرجع فيها إلا لقول رجل الشرطة نفسه، إنما أوجبت معقولة الاتهام ومنطقيته، من خلال الأدلة التي كانت قائمة في ذلك الوقت.

(77) حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية في الطعن رقم 202 لسنة 13 ق، جلسة 1993/5/13، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا، السنة 14، ص 197. عن: وسيم محمد مهدي، مرجع سابق، ص 38.
(78) عبد الله محمد الخليفة، حقوق المتهم في مرحلة الضبط والتحقيق، رسالة ماجستير، المعهد العربي للعلوم الأمنية، 1989، ص 14.

المطلب الثاني

طبيعة سلطة تقدير جهة التحقيق لتوافر الدلائل الكافية

ومدى ضرورة ثبوت الجريمة للحكم بصحتها

في هذا المطلب، نبدأ بالبحث في طبيعة سلطة تقدير جهة التحقيق لتوافر الدلائل الكافية لاتخاذ إجراءات التحقيق (الفرع الأول) لننتقل بعدها للبحث في مدى ضرورة ثبوت الجريمة للحكم بصحة الإجراءات التحقيقية تبعاً لتقدير جهة التحقيق لتوافر الدلائل الكافية لاتخاذها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

طبيعة سلطة تقدير مدى توافر الدلائل الكافية لاتخاذ إجراءات التحقيق

في هذا الفرع، نبحث في طبيعة سلطة تقدير جهة التحقيق الكافية المطلوبة لاتخاذ إجراءات القبض (البند الأول) والتفتيش (البند الثاني) والتوقيف (البند الثالث).

البند الأول - طبيعة سلطة تقدير الكافية المطلوبة لإجراء القبض:

لما كان تقدير مدى كفاية الأدلة للقبض مسألة موضوع، فلا تعقيب عليها من محكمة النقض إلا في حدود الرقابة على مدى استساغة الاستخلاص الموضوعي ومنطقيته، إضافة إلى الرقابة على مدى مشروعية الأدلة التي تم الاستناد إليها في إجراء القبض. لذلك، فقد تبنى الفقه والقضاء في تقدير كفاية الدلائل المبررة للقبض، معياراً موضوعياً كذلك، باعتباره يحدُّ من خطورة العسف بالحريات الشخصية، ويقنُّ السلطة التحكيمية لمن يأمر بالقبض، باعتباره يسمح برقابة سلطة التحقيق على تقدير الأمر بالقبض، ومن ورائها رقابة محكمة الموضوع⁽⁷⁹⁾.

وقد حددت مجموعة من السوابق القضائية الصادرة المقصود بالأساس المعقول للقبض، حيث تبنت المحكمة العليا بولاية أيلينوي في قضية *People v. Davies* لسنة 1933 معيار الرجل الحريص والواعي (الذي يوجد بذات ظروف وملابسات الدعوى المعنية) للبت في مدى وجود أساس واقعي كاف للقناعة بوجود جريمة ونسبتها لمن يراد القبض عليه⁽⁸⁰⁾،

(79) حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 172.

(80) حيث جاء في القرار المذكور قولها:

«The officer making such an arrest must have a well grounded belief that the person arrested is guilty of the commission of a crime, his belief must be such as would lead a prudent and cautious man acting under like circumstances to the same belief». (354 Ill. 168, 176, 188 N.E. 337, 340 (1933)). R. Bruce Holmgren, What Are Reasonable Grounds for an Arrest, Chicago-Kent Law Review, Volume 42, Fall, 1965, Number 2, p. 104.

وهو ما يعني تطلب درجة عناية أعلى من الشخص العادي. كذلك، فقد قضت المحكمة الاتحادية الأمريكية في الدعوى Pape .v Monroe لسنة 1965 بوجود أن يبني رجل الشرطة قراره بالقبض على وقائع محددة بذاتها، فلا يصح أن يدعي أنه بنى قناعته بنسبة الجريمة للشخص المقبوض عليه، من مجمل الوقائع والظروف الملازمة بالدعوى⁽⁸¹⁾.

ولتقرير ما إذا كان هناك أساس معقول للقبض، لا بد من الاعتماد على ركائز من بينها: تحديد ما شاهده رجل الشرطة بنفسه فعلياً، وتحديد الكيفية التي اكتشف بها رجل الشرطة الجريمة وضبط بها الشخص الذي قبض عليه، تطبيق ما سبق على معيار رجل الشرطة العادي (أي رجل شرطة غيره ماذا كان ليفعل لو كان مكانه)⁽⁸²⁾، وهو ما نعالجه في إطار تحديد المعيار الموضوعي لطبيعة سلطة الجهة القائمة على تقدير الدلائل الكافية لاتخاذ الإجراء الجزائي.

وباستقراء أحكام محكمة النقض المصرية المتبينة للمعيار الموضوعي، نجدها رتبت عليه نتيجتين جوهريتين هما:

1- حجب النفس عن إثبات واقعة ظاهرة للعيان سهلة التبين تؤثر في مشروعية الإجراء:

تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية ببطلان القبض بحال كانت مشروعية الفعل المضبوط ظاهرة، بحيث يمكن تبينها بسهولة كحال توافر سبب واضح من أسباب الإباحة والتبرير، إذ اعتبرت محكمة النقض في حكم لها: «القبض باطلاً إذا كانت الجريمة المسندة للمقبوض عليه، قد وقعت في ظروف تنبئ عن وجود سبب من أسباب الإباحة، يستطيع مأمور الضبط القضائي وسلطة التحقيق تبيئته بسهولة»⁽⁸³⁾.

2- إثبات واقعة وهمية (أو لا يصحّ التعويل عليها) على أنها حقيقية واتخاذها أساساً لتبرير الإجراء:

تعد هذه الحالة تماماً عكس الحالة الأولى، حين يبني رجل الضبط إجراء القبض بناء

(81) حيث جاء في القرار المذكور قولها:

«It is more information than would justify the officer saying, «From all the circumstances I suspect this man.» but it need not be>such information as would justify the officer in saying, «From all the circumstances, I know this is the man»(221 F. Supp. 635 (N.D. Ill. 1963)). .In: What Are Reasonable Grounds for an Arrest, Chicago-Kent Law Review, VOLUME 42, FALL, 1965, NUMBER 2, p. 104.

(82) R. Bruce Holmgren, What Are Reasonable Grounds for an Arrest, Chicago-Kent Law Review, Volume 42, Issue 2, Article 10, p. 102103-.

(83) محكمة النقض المصرية، جلسة 1957/1/29، مجموعة أحكام النقض، س8، رقم 28. عن: أيمن ظاهر، مرجع سابق، ص294.

على بيّنات وهمية أو لا يجوز التعويل عليها عقلاً ومنطقاً. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه: «.. لما كان الثابت مما أورده الحكم - في بيان الواقعة على نحو ما سلف، وفي إيراد أقوال شاهدي الواقعة، أنه طرح أقوالهما بصددهما ما قرره من أن المطعون ضده الأول ذكر لهما - عقب تفتيشه وضبط المخدر معه، أنه هو والمتهم الثاني قد ابتاعا المخدر وتقاسما سوياً ما دفعه من ثمن، وأنهما هدفا من شرائه الاتجار فيه، مما يفصح عن عدم اطمئنانه إليهما في هذا الشق، ومن ثم تكون الأوراق قد خلت مما ينبئ عن اتصاله بجريمة إحراره المادة المخدرة التي ضبطت مع المأذون بتفتيشه، ولم تقم به الدلائل الكافية على اتهامه بها، مما يجيز القبض عليه وتفتيشه؛ فإن ما انتهى إليه الحكم - من قبول الدفع ببطلان القبض عليه وتفتيشه، يكون سديداً في القانون ..»⁽⁸⁴⁾.

إلا أن محكمة النقض، أشارت في حكم آخر لها بأن التزام القائم بالإجراء - في تبين مدى كفاية الدلائل لاتخاذ الإجراء الجزائي، هو التزام ببذل عناية؛ فإذا كان تقديره مستساغاً تبرره الظروف المحيطة فإن الإجراء الجزائي المتخذ يكون صحيحاً، ولا يحد من صحته مجرد تكشّف عدم حقيقة تلك الظروف، حيث جاء في حكم لها، قولها إنه: «لما كان تقدير الدلائل التي تسوّغ القبض والتفتيش ومبلغ كفايتها، يكون بدءاً لرجل الضبط الجنائي، على أن يكون تقديره هذا خاضعاً لرقابة سلطة التحقيق، تحت إشراف محكمة الموضوع، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أنه قد انتاب الطاعة اضطراب مفاجئ لدى مشاهدتها مأمور الضبط القضائي، وألقت بعباءتها على أرضية السيارة، ثم حاولت إخفاءها أسفل مقعدها، بصورة تحمل على الاعتقاد بأنها تطوي مخدراً تخشى مغبة كشفه، ولما كانت المحكمة قد استخلصت - في منطلق سليم - كفاية الدلائل التي ارتكن إليها رجل الضبط، وقضت بناء على ذلك برفض الدفع ببطلان القبض والتفتيش؛ فإنه لا يكون ثمة وجه لما ينعاه الطاعن على الحكم»⁽⁸⁵⁾.

ولكن، هل لسلطة التحقيق التعقيب على سلطة الاستدلال، أو لسلطة الحكم التعقيب على سلطة التحقيق، إذا قدرت الأولى منها وجود دلائل كافية للاتهام - وبالتالي للقبض، في حين قدرت الثانية خلاف ذلك؟ أجابت على هذا السؤال محكمة التمييز بدبي، حيث قضت في حكم لها بأن: «لأمور الضبط القضائي القبض على المتهم الحاضر، الذي توجد أدلة كافية على ارتكابه جريمة. والمقصود من أدلة كافية على ارتكاب الجريمة، جواز أن تقوم استنتاجها من وقائع لا تؤدي إلى ثبوت التهمة بالضرورة، طالما كان لها ما يبررها في

(84) محكمة النقض المصرية، طعن رقم 4117 لسنة 56 ق، جلسة 1986/12/11. عن: أيمن ظاهر، مرجع سابق، ص 293.

(85) محكمة النقض المصرية، جلسة 1967/2/28، س 18، رقم 58. عن: مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 422.

تقدير من اتخذ إجراء القبض، بما له من سلطة تقديرية»⁽⁸⁶⁾.

البند الثاني - طبيعة سلطة تقدير مدى كفاية الدلائل للتفتيش:

وقد تبنت محكمة النقض المصرية المعيار الموضوعي - رجل السلطة المعتاد - حين قضت في حكم لها بأن: «قضاء محكمة النقض مستقر على أن تفتيش المنازل إجراء من إجراءات التحقيق، لا تأمر به سلطة من سلطاته إلا لمناسبة جريمة ترى أنها وقعت وصحت نسبتها إلى شخص بعينه، وأن هنالك من الدلائل ما يكفي لاقتحام مسكنه، الذي كفل الدستور حرمة، وحرّم القانون على رجال السلطة دخوله إلا في أحوال خاصة، وإن تقدير كفاية تلك الدلائل - وإن كان من شؤون سلطة التحقيق، إلا أنه خاضع لرقابة محكمة الموضوع، بحيث إذا رأت أنه لم يكن هنالك ما يبرره، فإنها لا تأخذ بالدليل المستمد منه، باعتبار أنه إذا فقد المبرر لإجرائه أصبح عملاً يحرّمه القانون، فلا يُسوّغ أن يؤخذ بدليل مستمد منه»⁽⁸⁷⁾.

إلا أن القوانين المقارنة اختلفت في المعيار الذي تتبناه لتقدير مدى توافر الدلائل الكافية للتفتيش، فمنها ما تبني المعيار الشخصي أو الذاتي، كقانون الإجراءات الجنائية السوداني رقم (65) لسنة 1991 الذي تبني معياراً شخصياً في تقديره مدى وجود فائدة للتحقيق من وراء التفتيش، حين استعمل تعبير «متى رأى»، بينما نجد قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، فيما يتعلق بضبط الرسائل والبرقيات، قد أضاف وجهاً سلبياً لفائدة التحقيق، يتمثل في عدم الإضرار بمصلحة التحقيق، حيث تنص المادة (89/3) من هذا القانون على أن: «... 3- يطلع المدعي العام وحده على الرسائل والبرقيات المضبوطة، حال تسلمه الأوراق في غلافها المختوم، فيحتفظ بالرسائل والبرقيات التي يراها لازمة لإظهار الحقيقة، أو التي يكون أمر اتصالها بالغير مضرًا بمصلحة التحقيق...». وكذلك، تنص المادة (87/1) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أن: «يصطحب المدعي العام كاتبه، ويضبط أو يأمر بضبط جميع الأشياء التي يراها ضرورية لإظهار الحقيقة، وينظم بها محضراً...»⁽⁸⁸⁾.

(86) محكمة تمييز دبي، طعن رقم 107/81 لسنة 97، جلسة 97/11/23. نقلاً عن: رائد سعيد عولقي، حق المتهم في الدفاع خلال مرحلة التحقيق الابتدائي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة عدن، 2003، ص 37.
(87) محكمة النقض المصرية، جلسة 1953/6/4، مجموعة أحكام النقض، س 4، ص 909. عن: أيمن ظاهر، مرجع سابق، ص 339.

(88) وفي ذات الاتجاه، نجد بأن قانون الإجراءات الجنائية السوداني ينص في المادة (1/86) على أنه: «1 - يجوز لوكيل النيابة أو القاضي - في أي وقت من تلقاء نفسه، بناء على طلب من الجهة المختصة، في أي دعوى جنائية: أن يصدر أمراً بإجراء التفتيش الخاص، لأي مكان أو شخص، متى رأى أن ذلك يساعد في أغراض التحري أو المحاكمة أو للتنفيذ، بحسب الحال».

في مقابل ذلك، نجد من القوانين ممن تبنت معياراً موضوعياً في تقدير كفاية الدلائل للفتيش، من ذلك قانون الإجراءات الجنائية المصري، تنص المادة (95) منه على أن: «لقاضي التحقيق أن يأمر بضبط جميع الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود، لدى مكاتب البريد، وجميع البرقيات لدى مكاتب البرق؛ وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية، أو إجراء تسجيلات لأحداث جرت في مكان خاص؛ متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة، في جناية، أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر»⁽⁸⁹⁾.

وحتى في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، نجد أنه عاد ليتبنى معياراً موضوعياً في المادة (32/1) منه، حين نصت على أن: «يضبط المدعي العام؛ الأسلحة، وكل ما يظهر أنه استعمل في ارتكاب الجريمة، أو أُعدَّ لهذا الغرض؛ كما يضبط كل ما يرى من آثار الجريمة، وسائر الأشياء التي تساعد على إظهار الحقيقة»، حيث استعملت النصوص السابقة تعبير «متى كان لذلك»، ما يعني تبني النص لمعيار موضوعي لا شخصي.

البند الثالث - طبيعة سلطة تقدير مدى توافر الدلائل الكافية للتوقيف:

يذهب البعض إلى أن للمحقق سلطة مطلقة في تقدير مدى كفاية الدلائل للتوقيف، حيث يذهب إلى أن الأدلة الكافية للتوقيف، يجب أن تكون: «مما يجعل إدانة المتهم كبيرة الاحتمال، على الأقل في نظر المحقق، الذي له السلطة المطلقة في تقديرها»⁽⁹⁰⁾. ولا تنفق مع هذا الرأي، بل هي سلطة خاضعة للرقابة؛ ففي دولة القانون لا يمكن لأية سلطة - حتى سلطة القضاء - أن تكون مطلقة، بل إن هذا الأمر يتعارض حتماً في طبيعته مع فكرة خضوع هذه السلطة للرقابة، وهو الأمر غير المتفق مع الواقع التشريعي والقضائي، الذي يثبت خضوع قرارات التوقيف للرقابة، من خلال وسيلة الطعن وغيرها، كما سيمر معنا.

(89) وفي ذات الاتجاه، نجد ما نصت عليه المادة (1/93) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني رقم (46) لسنة 2002 من أنه: «1 - يجوز للنيابة العامة، أن تضبط لدى مكاتب البريد جميع الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود، ولدى مكاتب البرق جميع البرقيات، وأن تراقب المحادثات والرسائل السلكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحداث جرت في مكان خاص؛ متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس». وفيما يتعلق بضبط الرسائل والبرقيات، تنص المادة (77) من قانون الإجراءات الجنائية القطري على أنه: «يجوز لعضو النيابة العامة - بأمر كتابي من النائب العام، أن يضبط لدى مكتب البريد جميع الخطابات والرسائل، والمطبوعات، والطرود، والبرقيات؛ وأن يراقب المحادثات السلكية واللاسلكية، وأن يسجل ما يجري في مكان خاص؛ متى كان لذلك فائدة في كشف الحقيقة...».

(90) محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 728.

إلا أن الإشكالية في مقابل ذلك، تُثار في حالات التوقيف الوجوبي، حول مدى تطلب الدلائل الكافية للتوقيف في هذه الأحوال، حيث أوجبت بعض القوانين المقارنة التوقيف في الجرائم الجسيمة، كما هو الحال في نظام الإجراءات الجزائية السعودي الذي نصت المادة (113) منه على أنه: «إذا تبين بعد استجواب المتهم، أو في حال هربه، أن الأدلة كافية ضده في جريمة كبيرة، أو كانت مصلحة التحقيق تستوجب توقيفه؛ فعلى المحقق إصدار أمر بتوقيفه مدة لا تزيد على خمسة أيام من تاريخ القبض عليه»⁽⁹¹⁾، ما ينعكس معه تقسيم الجرائم إلى كبيرة وغير كبيرة على طبيعة صلاحية الهيئة في التوقيف، وتحديد فيما إذا كانت وجوبية أو مقيدة في الجرائم الكبيرة، أو صلاحية تقديرية أو جوازية في الجرائم غير الكبيرة⁽⁹²⁾.

وقد كان قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني قبل تعديله حسب نص المادة (123/ج) منه، يتبنى مبدأ التوقيف الوجوبي، كما فعل نظام الإجراءات الجزائية السعودي، حيث كانت تنص على أنه: «لا يخلى بالكفالة سبيل من أسندت إليه أو حكم عليه بجريمة تستوجب الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الاعتقال المؤبد»، إلا أنه وبإلغاء النص المذكور لم يعد هنالك ثمة نص يقضي بوجوب التوقيف ولا بحظر إخلاء السبيل، وقبل إلغاء النص السابق، كان الفقه الجنائي في الأردن يعتبر أن التوقيف في الجرائم المذكورة وجوبياً، في حين يعتبره جوازياً فيما عداها⁽⁹³⁾.

وفي رأينا، فإن وجوبية التوقيف تفترض ابتداء توافر الدلائل الكافية لتقريره، ما يعني أن توافر الدلائل الكافية للتوقيف شرط لازم بجميع أنواعه، الوجوبية منها والجوازية، إذ من غير المنطقي أن يكون مجرد الاتهام بجريمة (ولو كانت تستوجب التوقيف) يرتب التوقيف بشكل آلي، قبل ضمان توافر دلائل كافية لتبرير هذا الإجراء على ما ينطوي عليه من خطورة كبيرة تمس بشكل جسيم الحريات الفردية.

(91) في مقابل ذلك، تكون صلاحية التوقيف جوازية أي تقديرية لا وجوبية أو مقيدة في الجرائم غير الكبيرة، حيث نصت المادة (108) من ذات النظام على أنه: «إذا لم يكن للمتهم مكان إقامة معروف فعليه أن يُعَيَّن مكاناً يقبله المحقق، وإلا جاز للمحقق أن يصدر أمراً بتوقيفه».

(92) إلا أنه يُشار في هذا المقام، إلى أن التقسيم السابق للجرائم تبعاً لمدى جسامتها الجرمية - كبيرة أو غير كبيرة - ليس المعيار الوحيد الذي يحدد طبيعة صلاحية التوقيف بين الجواز والوجوب؛ فجسامتها الجرمية ليست السبب الوحيد للتوقيف، بل هو واحد من مجموعة من الأسباب التي يؤسس قرار التوقيف بناء عليها، إلا أن جسامتها الجرمية (أي كونها من الجرائم الكبيرة) تجعل من التوقيف وجوبياً، لا مجرد صلاحية جوازية.

(93) حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 407. كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط3، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص 502.

الفرع الثاني

مدى ضرورة ثبوت الجريمة للحكم بصحة الإجراءات التحقيقية فيها

إن القاعدة التي تحكم صحة العمل الإجرائي بهذا الخصوص، هي كفاية الدلائل التي تنبئ عن وقوع الجريمة كشرط لصحتها، دون ضرورة ثبوت صحتها بالنتيجة للحكم بالإدانة؛ أي حتى ولو بيّنت النتيجة عدم صدقها، بمعنى عدم ثبوت ما دلت عليه من وقوع الجريمة، أو عدم ثبوت نسبتها إلى المتهم الذي اتخذت إجراءات التحقيق في مواجهته، وهو ما يتقرر تبعاً لطبيعة الأعمال الإجرائية ذاتها، ومن أنها جميعاً تجري على حكم الظاهر. وتطبيقاً لهذه القاعدة، فإذا قامت الدلائل الكافية على الاتهام بالجريمة، فإن حالة الاتهام تقوم وتثبت، منتجةً آثارها جميعاً، دون ضرورة أن تثبت الجريمة فيما بعد، أي بغض النظر عن ثبوت قيام الجريمة من عدمه، مما لا ينال معه عدم ثبوت الجريمة من سلامة الإجراءات المتخذة، بناء على توافر الدلائل الكافية لتبريرها ابتداءً.

وعليه، فليس من الضرورة للقول بتوافر الدلائل الكافية لصحة الإجراء الجزائي، إدانة المتهم عن الجرم المسنوب إليه؛ فحقيقة واقعة الدعوى لا تتكشف بقوة الأمر المقضي به إلا في مرحلة التحقيق النهائي. وفي ذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأن: «الأعمال الإجرائية تجري على حكم الظاهر، وهي لا تبطل من بعد نزولاً على ما قد يتكشف من أمر الواقع»⁽⁹⁴⁾. إلا أن ذلك لا يصل إلى حد تبني الإطلاق الذي ذهب إليه جانب من الفقه من أن: «الاعتقاد بارتكاب جريمة يقوم مقام ارتكابها فعلاً، لغايات ممارسة رجال السلطة العامة لصلاحياتهم ووظائفهم»⁽⁹⁵⁾. فهذا الرأي يُفَرِّقُ أن أي اعتقاد -أيًا كان- بارتكاب الجريمة يقوم مقام ارتكابها فعلياً، لغايات ممارسة رجال السلطة العامة لوظائفهم. والواقع أن مثل هذا الاعتقاد، يجب لكي يقوم مقام ارتكاب الجريمة فعلياً، أن يكون مبنياً على أسباب واقعية ومعقولة، وفقاً لمعيار الرجل العادي، وهذا معيار موضوعي لا شخصي بحت كما يذهب إليه هذا الرأي من الفقه.

ومما يؤيد وجهة نظرنا، من ضرورة أن يؤسس اعتقاد الجهة القائمة بالإجراء - بثبوت كفاية الدلائل على الاتهام بارتكاب الجريمة -، على أسباب معقولة ومستمدة من ظروف الواقع ذاتها لا من مجرد ظن القائم بالإجراء؛ ما قضت به محكمة النقض الإيطالية في حكم لها جاء فيه أنه: «يجب أن يكون اعتقاد من قام بالضبط بقيام حالة التلبس، يستند

(94) محكمة النقض المصرية، جلسة 1966/12/5، مجموعة أحكام النقض، س17، رقم 1223، ص1182. عن:

رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص339.

(95) كامل السعيد، مرجع سابق، ص372.

إلى مظاهر خارجية موضوعية كافية لتأسيس اعتقاده، ولا يكفي أن يتوافر الاعتقاد فقط في ذهن من قام بالإجراء»⁽⁹⁶⁾.

وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في العديد من أحكامها، حين ذهبت إلى أنه يكفي اعتقاد رجل الضبط الجنائي بقيام حالة التلبس وإن تبين بالنتيجة عدم حقيقتها، وأنها لم تتعد خياله وظنّه، حيث قضت بأنه: «لا يمنع من قيام حالة التلبس، أن يتّضح فيما بعد - من تحليل المادة المضبوطة، أنها ليست من المواد المحرّمة حيازتها؛ إذ يكفي أن تتكوّن لدى الشاهد قناعة بأن المادة التي شاهدها هي من المواد المحرّمة، فمتى استنتج ذلك - وكان استنتاجه مؤيداً بأسباب معقولة من ظرف الضبط - كانت الجريمة في حالة تلبس»⁽⁹⁷⁾. وتطبيقاً للاجتهاد السابق، قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «إذا شاهد مأمور ضبط القضائي المتهم - وقد اعتراه الارتباك - يُلقى بلفافة في يده إلى مياه ترعة، أو يسارع بابتلاع مادة كانت في جيبه، أو في قبضة يده؛ فاعتقد أن ثمة تلبساً بإحرازه مادة مخدرة، وبأشْر الإجراءات التي يُحوّلها له القانون، بقيت هذه الإجراءات صحيحة، ولو تبين أن هذه المادة ليست مخدرة، وأنه لا جريمة بحيازتها»⁽⁹⁸⁾.

وتعليقاً على الاجتهاد السابق، نرى ضرورة التفرقة - في الأحوال الواردة فيهما - بين ما إذا كانت مشاهدة المادة أو السلاح مشاهدة يقينية فعلية أم لا، ففي حالة المشاهدة اليقينية الفعلية فقط للمادة الجرمية (المفترضة) يمكن أن نُقرّر أنه إذا حُيّل لرجل الضبط أنها مادة محظورة، وكان ذلك الاعتقاد أو الظنّ مبنياً على أسباب معقولة، تبرّره ظروف الواقعة، وشكل المادة أو لونها، كانت حالة التلبس صحيحة وإن تبين عدم حقيقتها. أما في حال لم يشاهد رجل ضبط الجنائي المادة أصلاً، ولم يكشف عن ظاهرها، ولم يعاينها معاينة حقيقية وفعلية، فإنه يكون بعيداً عن حالة التلبس، التي تشترط اتصال علم رجل الضبط بذات الجريمة، بإحدى حواسه وبشكل مباشر.

(96) محكمة النقض الإيطالية، جلسة 1950/3/23، العدالة الجنائية، 1950، ج3، ص616، رقم 471. عن: مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص470 (هامش رقم 39 مكرراً).

(97) محكمة النقض المصرية، جلسة 1940/5/20، مجموعة القواعد، ج5، رقم 113 وكذلك: جلسة 1967/6/5، مجموعة الأحكام، س18، رقم 154. عن: مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص452.

(98) محكمة النقض المصرية، جلسة 1944/1/17، مجموعة القواعد القانونية، ج6، ص385، رقم 288. عن: علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية: دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، 2002، ص92. وفي ذات الاتجاه، قضت المحكمة نفسها بأن: «مشاهدة شخص ومعه السلاح الناري في يده، وعدم تقديمه لمأمور الضبط القضائي -الذي شاهده- الرخصة التي تجيز له حمل السلاح؛ ذلك يعتبر تلبساً بجنحة حمل السلاح، يسمح بالقبض على المتهم وتفتيشه، ولو استطاع المتهم فيما بعد أن يقدم الرخصة». (محكمة النقض المصرية، جلسة 1961/11/16، مجموعة الأحكام، س11، رقم 157. عن: مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص452).

ولما كانت حالة التبس حالة عينية، فيكفي أن ينصب إدراك مأمور الضبط الجنائي على سلوك جرمي بالمطلق، دون ضرورة تبين طبيعته القانونية. وتطبيقاً لذلك، إذا غلب على ظن مأمور الضبط ارتكاب المتهم لجريمة مُعَيَّنة، فلا يهم بعد ذلك لقيام حالة التلبس وصحة ترتيبها لآثارها ثبوت ذات الجريمة التي ظن مأمور الضبط وقوعها، إذ يمكن أن تكشف التحقيقات وصفاً آخر للجريمة، خلاف ما تخيَّله مأمور الضبط. ففي حكم لمحكمة النقض أيدت به الاتجاه السابق، نجدها قضت بأنه: «إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم، هي أن جندي المرور - أثناء قيامه بعمله - شاهد الطاعن يجري في الطريق، ويتبعه نفر من العامة مع الصياح، طالبين القبض عليه، لارتكابه سرقة؛ فتقدم الجندي إليه، وأمسك به، وعندئذ ألقى بورقة على الأرض، فالتقطها الجندي، ووجد بها مادة - تبين فيما بعد أنها حشيش، فأجرى ضبطه، واقتاده إلى مركز البوليس، فقام الضابط بتفتيش مسكنه، فعثر على أوراق مما يستعمل في لف المخدرات، ولم يعثر على مخدرات، فالواقعة على هذا النحو تجعل رجل البوليس إزاء جريمة سرقة مُتلبَّس بها بغض النظر عما تبين بعد ذلك من حقيقة الأمر فيها (تبين عدم وجود سرقة). ولذا، فقد كان له أن يقبض على المتهم، وإذا ما ألقى هذا ما بيده بعد ذلك، ودانت المحكمة على هذا الأساس، فإن الحكم يكون صحيحاً لمخالفة فيه للقانون»⁽⁹⁹⁾.

(99) محكمة النقض المصرية، جلسة 1952/3/4، مجموعة أحكام النقض، س3، ق202، ص538. عن: محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص205.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
285	الملخص
287	المقدمة
289	المبحث التمهيدي- تطبيقات الدلائل الكافية لاتخاذ الإجراء الجزائي في القوانين المقارنة
289	المطلب الأول- تطبيقات الدلائل الكافية في مرحلة التحري والاستدلال
291	المطلب الثاني- تطبيقات الدلائل الكافية في مرحلة التحقيق الابتدائي
297	المبحث الأول- الجهة المختصة بتقدير كفاية الدلائل المتطلبية للإجراء الجزائي وإشكالية حظر وزن البيئنة
297	المطلب الأول- الجهة المختصة بتقدير كفاية الدلائل المتطلبية لاتخاذ الإجراء الجزائي
308	المطلب الثاني- إشكالية حظر وزن البيئنة على النيابة في بعض الأنظمة
313	المبحث الثاني- طبيعة سلطة تقدير مدى كفاية الأدلة
313	المطلب الأول- طبيعة سلطة الاستدلال في تقدير توافر الدلائل الكافية بمرحلة التحقيق الأولي
319	المطلب الثاني- طبيعة سلطة تقدير جهة التحقيق لتوافر الدلائل الكافية ومدى ضرورة ثبوت الجريمة للحكم بصحتها

جريمة الرشوة وفقاً للقوانين السارية في الضفة الغربية - فلسطين

د. مصطفى عبد الباقي*

الملخص:

الرشوة هي اتفاق بين طرفين يعرض أحدهما فائدة أو منفعةً ما فيقبلها الآخر لأداء عمل أو الامتناع عن عمل يدخل في وظيفته أو مأموريته. تنبع أهمية البحث من الجدلية التي تقوم على مدى وجاهة قصر جريمة الرشوة على الموظفين العامين ومن في حكمهم، باعتبارها جريمة تقع ضد الوظيفة العامة والإدارة العامة، أو توسيع نطاقها لتشمل العاملين في القطاع الخاص أيضاً. سوف يقتصر نطاق البحث على جريمة الرشوة من حيث مفهومها وطبيعتها وأركانها، وفقاً للقوانين السارية في الضفة الغربية مقارنة مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003، والاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لسنة 2010، وقانون العقوبات النموذجي. ومن خلال اعتماد المنهج الوصفي التحليلي المقارن، تم تقسيم البحث إلى مبحثين، نسلط الضوء في الأول على ماهية جريمة الرشوة؛ فيما نتناول في المبحث الثاني أركان جريمة الرشوة.

وقد توصلنا في خاتمة هذا البحث إلى عدد من النتائج، منها أن انتشار الرشوة يُفوّض ركيزة أساسية من الركائز التي يقوم عليها المجتمع والمتمثلة في ثقة المواطنين بالدولة وموظفيها؛ وأن استثناء المشرع من يعملون في القطاع الخاص من التجريم قد يلحق الضرر بأصحاب العمل.

وتتلخص أهم التوصيات في أن يتم توحيد تعريف الموظف العام في قانوني الخدمة المدنية والعقوبات؛ وعدم اقتصر التجريم على الموظف الفعلي، بل يجب أن يتم النص صراحة على شمول ذلك العاملين في القطاع الخاص؛ وأن يتم فرض عقوبات تبعية أخرى على مرتكب جريمة الرشوة، إلى جانب الحرمان من تولي الوظائف العامة، مثل الحرمان من الترشح والتصويت في الانتخابات العامة والمحلية؛ وأن يضع المشرع عقوبات خاصة بالشخص المعنوي في حال ارتكابه للجريمة.

كلمات دالة: الموظف العام، الراشي، المرتشي، الفساد، مكافحة الفساد.

* أستاذ القانون الجزائي المساعد، رئيس دائرة القانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين.

المقدمة:

يقول الله تعالى في محكم كتابه: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽¹⁾.

تعد جريمة الرشوة إحدى جرائم الفساد، كما نص على ذلك قانون مكافحة الفساد الفلسطيني رقم 1 لسنة 2005 وتعديلاته بشكل ضمني. فلم يُعرّف القانون الفساد⁽²⁾، إنما حصر الجرائم التي تعتبر فساداً ومنها الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة التي ورد النص عليها في قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 الساري في الضفة الغربية⁽³⁾، ومن استعراض هذه النصوص نجد أن الرشوة على رأس تلك الجرائم.

وبالتدقيق في نصوص القانون ذات العلاقة⁽⁴⁾، يتبين أن هدف المشرع الأساسي من تجريم فعل الرشوة هو المحافظة على الوظيفة العامة وحمايتها، فالموظف العام يؤدي خدمات للمواطنين هي حق لهم مقابل ما يدفعونه للدولة من ضرائب وما يتنازلون عنه من حقوق لها من خلال عقد ضمني (العقد الاجتماعي) بين الطرفين يرسم حدود العلاقة بين الدولة ومواطنيها⁽⁵⁾. لذلك، فلا يجوز للموظف العام، أو من في حكمه، أن يقبل أو يطلب من المواطن لقاء ما يؤديه له من خدمة، فهو ببساطة يتقاضى راتبه لقاء ذلك. فالرشوة وفقاً لهذا المفهوم تعتبر خرقاً لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المواطنين، كما أنها تهدر ثقة المواطنين في الدولة ومؤسساتها.

(1) الآية (188)، سورة البقرة.

(2) عرّفت منظمة الشفافية العالمية الفساد على أنه: «استغلال السلطة من أجل المصلحة الخاصة»

(https://www.transparency.org/what-is-corruption). كما عرّفه البنك الدولي على أنه: «إساءة استعمال

الوظيفة العامة للكسب الخاص». (http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorruptn/corruptn/cor02.htm).

(3) مازالت بعض القوانين الأردنية سارية في الضفة الغربية حتى الآن، حيث إن الضفة الغربية كانت جزءاً من المملكة الأردنية الهاشمية منذ وحدة الضفتين سنة 1950 وحتى الاحتلال الإسرائيلي عام 1967. فعلى الرغم من الحركة التشريعية النشطة للمجلس التشريعي الفلسطيني، قبل حالة الشلل التي تعتريه منذ الانقسام بين شقي الوطن - الضفة الغربية وقطاع غزة- في العام 2007 وحتى الآن، إلا أن بعض التشريعات من الحقب السابقة مازالت سارية حتى الآن ولم يتم سن بديل لها.

(4) المواد (170 - 173) من قانون العقوبات الأردني تحت الباب الثالث بعنوان «في الجرائم التي تقع على الإدارة العامة».

(5) وضع جان جاك روسو نظريته حول أفضل الطرق لإقامة المجتمع السياسي وبناء الدولة والحقوق والالتزامات المتبادلة بين الدولة ومواطنيها، وذلك في كتابه «العقد الاجتماعي» والذي أصبح مصدر إلهام لبعض الثورات في أوروبا، وخاصة الثورة الفرنسية، كما بين الأسس التي يقوم عليها الحكم السياسي وتتحدد على أساسها مسؤوليات الحاكم والمحكوم، والواجبات والحقوق المترتبة على كل منهم.

لهذا السبب استهدف المُشرِّع بالتجريم فئة الموظفين العموميين ومن في حكمهم والعاملين في المؤسسات الأجنبية والدولية⁽⁶⁾، وتجنب النص صراحة على جميع العاملين في القطاع الخاص على الرغم من جسامته الضرر الذي قد يلحق بأصحاب العمل جرّاء تلقي العمال والمستخدمين لأموال وفوائد من أصحاب المصالح لقاء القيام بأعمال مخرّبة بواجباتهم، أو في حال طلبهم ذلك، فالرشوة وفقاً لهذا المفهوم هي جريمة عينية، أي أنها جريمة وظيفة أكثر منها جريمة شخص⁽⁷⁾.

إن قصر جريمة الرشوة على الموظفين العاميين ومن في حكمهم، باعتبارها جريمة تقع ضد الوظيفة العامة والإدارة العامة، أو توسيع نطاقها لتشمل جميع العاملين في القطاع الخاص سوف تكون إحدى الإشكاليات الرئيسة لهذا البحث. من ناحية أخرى، سوف نتناول جريمة الرشوة وفقاً لقانون مكافحة الفساد لسنة 2005 وتعديلاته في ضوء النصوص ذات العلاقة من قانون العقوبات الساري، في محاولة للتوفيق بين نصوصهما المتعارضة.

وسوف يقتصر نطاق بحثنا في هذا الموضوع على جريمة الرشوة من حيث مفهومها وطبيعتها وأركانها، وفقاً للقوانين السارية في الضفة الغربية مقارنة مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003⁽⁸⁾، والاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لسنة 2010⁽⁹⁾، وقانون العقوبات النموذجي⁽¹⁰⁾، ولن نتناول وسائل مكافحة الجريمة والوقاية منها، حيث سنتناول هذا الموضوع في بحث منفصل.

ومن خلال اعتمادنا المنهج الوصفي التحليلي المقارن، سوف نقسم البحث الى مبحثين، نسلط الضوء في الأول على ماهية جريمة الرشوة؛ فيما نتناول في المبحث الثاني أركان جريمة الرشوة.

(6) المادة (2) من قانون مكافحة الفساد.

(7) د. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج4، دار المؤلفات القانونية، بيروت، 2010، ص 18.

(8) صدرت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 58/4 المؤرخ في 31 تشرين أول/ أكتوبر 2003.

(9) صدرت عن جامعة الدول العربية في القاهرة في 21 كانون الأول/ ديسمبر 2010.

(10) القوانين النموذجية للعدالة الجنائية خلال الفترات اللاحقة للصرعات، المجلد الأول: القانون النموذجي للعقوبات، تحرير فيفيان أكونر وكوليت روش، مع هانس جورج ألبرشت وجوران كليمنسك، معهد

الولايات المتحدة للسلام، واشنطن، 2008. منشور على الموقع الإلكتروني:

https://www.usip.org/sites/default/files/ROL/model%20codes%20v_1_pdf.pdf

المبحث الأول

ماهية جريمة الرشوة

سوف نتناول في هذا المبحث مفهوم الرشوة وطبيعتها القانونية وتكييفها القانوني والعقوبة المقررة لها في ضوء التشريعات السارية في الضفة الغربية، في أربعة مطالب.

المطلب الأول

مفهوم الرشوة

يُعرّف أحد الفقهاء⁽¹¹⁾ الرشوة على أنها: «اتفاق بين طرفين يعرض أحدهما فائدة أو منفعة ما فيقبلها الآخر لأداء عمل أو الامتناع عن عمل يدخل في وظيفته أو مأموريته». فالرشوة لا تقع إلا بوجود طرفين، أحدهما الراشي (صاحب المصلحة)؛ والثاني هو الموظف العام، أو من في حكمه. فيما يعرفها آخر⁽¹²⁾ بأنها: «قيام الموظف العام، أو من في حكمه، بأداء عمل أو الامتناع عن عمل من أعمال الوظيفة أو الإخلال بأحد واجباتها وذلك مقابل منفعة خاصة له أو لغيره». فوفقاً لهذا التعريف فإن أحد الطرفين يجب أن يكون موظفاً عاماً، أي أن الأصل في الرشوة هو اتجار الموظف العام، أو من في حكمه، بوظيفته.

لكن في المقابل، نحت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، والقانون النموذجي منحي آخر عندما حُضت الدول الأعضاء على تجريم فعل الارتشاء عندما يقترفه الموظفون العموميون وأشخاص آخرون غير الموظفين العموميين، مثل الموظفين العموميين الأجانب والعاملين في المؤسسات الدولية، بل زادت على ذلك بأن حُضت الدول الأعضاء على تجريم العاملين في القطاع الخاص الذين يتلقون منافع دون وجه حق لقاء قيامهم بعملهم.

فقد نصت المادة (15) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على أن: «تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية، عندما ترتكب عمداً:

أ- وعد موظف عمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية؛

(11) د. جندي عبدالمك، مرجع سابق، ص 3.

(12) د. سليمان عبد المنعم، القسم الخاص من قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 38.

ب- التماس موظف عمومي أو قبوله، بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية“.

وقد أوردت المادة (16) من الاتفاقية نفس الأفعال وأنماط السلوك التي وردت في المادة (15) في تعريفها لجريمة رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المؤسسات الدولية العمومية. كما تناولت المادة (21) من الاتفاقية الرشوة في القطاع الخاص، حيث نصت على أن: «تنظر كل دولة طرف في اعتماد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية، عندما ترتكب عمداً أثناء مزاولة أنشطة اقتصادية أو مالية أو تجارية:

(أ) وعد أي شخص يدير كياناً تابعاً للقطاع الخاص، أو يعمل لديه بأي صفة، بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء لصالح الشخص نفسه، أو لصالح شخص آخر، لكي يقوم ذلك الشخص بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما، مما يشكل إخلالاً بواجباته؛

(ب) التماس أي شخص يدير كياناً تابعاً للقطاع الخاص، أو يعمل لديه بأي صفة، أو قبوله، بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة، سواء لصالح الشخص نفسه، أو لصالح شخص آخر، لكي يقوم ذلك الشخص بفعل ما، مما يشكل إخلالاً بواجباته».

كذلك، حضت الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد كل دولة طرف أن تعتمد وفقاً لنظامها القانوني ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية، عندما ترتكب قصداً أو عمداً:

- 1- الرشوة في الوظائف العمومية.
 - 2- الرشوة في شركات القطاع العام والشركات المساهمة والجمعيات والمؤسسات الاعتبارية قانوناً ذات نفع عام.
 - 3- الرشوة في القطاع الخاص.
 - 4- رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المؤسسات الدولية العمومية فيما يتعلق بتصريف الأعمال التجارية الدولية داخل الدولة الطرف.
- كما نحا قانون العقوبات النموذجي نفس المنحى، حيث نصت المادة (1/138) - والتي

وردت بعنوان «الفساد الذي يتورط فيه موظف عمومي»⁽¹³⁾ - على أن: «1 - يرتكب الشخص جريمة الفساد الذي يتورط فيه موظف عمومي عندما: (أ) يعد موظفاً حكومياً بمزية غير مستحقة أو يعرض عليه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية. (ب) أو يلتبس موظف عمومي أو يقبل بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية. -2 لا يعد دفاعاً في دعوى جزائية بموجب المادة (138) أن يكون الشخص الذي سعى الجاني إلى التأثير عليه غير مختص للتصرف على النحو المرغوب فيه، بسبب أنه لم يكن قد باشر مهام منصبه بعد، أو لأنه يفتقد الاختصاص، أو لأي سبب آخر».

أما المادة (139) من القانون النموذجي ذاته، فقد جرّمت رشوة الموظف العام الأجنبي أو الموظف في مؤسسة دولية عامة، حيث نصت على أن: «يرتكب الشخص جريمة الفساد الذي يتورط فيه موظف عمومي أجنبي أو موظف في مؤسسة دولية عمومية عندما: (أ) يعد موظفاً عمومياً أجنبياً أو موظفاً في مؤسسة دولية عمومية، بمزية غير مستحقة أو يعرضها عليه أو يمنحها إياها بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية، من أجل الحصول على منفعة تجارية أو أي مزية غير مستحقة أخرى أو الاحتفاظ بها فيما يتعلق بتصريف الأعمال التجارية الدولية. (ب) يلتبس موظف عمومي أجنبي أو موظف مؤسسة دولية عمومية أو يقبل، بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما، لدى أدائه واجباته الرسمية...».

كما جرّمت المادة (140) من نفس القانون رشوة العاملين في القطاع الخاص، حيث نصت على أن: «يرتكب شخص جريمة الفساد في القطاع الخاص عندما، في سياق أنشطة اقتصادية أو مالية أو تجارية: (أ) يعد أي شخص يدير كياناً تابعاً للقطاع الخاص، أو يعمل لديه بأي صفة، بمزية غير مستحقة أو يعرضها عليه أو يمنحها إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواءً لصالح الشخص نفسه أو لصالح شخص آخر، لكي يقوم ذلك الشخص بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما مما يُشكل إخلالاً بواجباته. (ب) أو يلتبس أي

(13) هذه المادة مقتبسة من المادة (15) فقرة 1 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وهي تكرر للمادة (8) فقرة 1 (أ) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة، وهي تشبه إلى حد بعيد المادة (2) من الاتفاقية الأوروبية للقانون الجنائي المتعلق بجرائم الفساد.

شخص يدير كياناً تابعاً للقطاع الخاص، أو يعمل لديه بأي صفة، أو يقبل بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة، سواءً لصالح الشخص نفسه أو لصالح شخص آخر، لكي يقوم ذلك الشخص بفعل أو يمتنع عن القيام بفعل ما مما يُشكل إخلالاً بواجباته».

في المقابل، فإنه وباستعراض النصوص ذات الصلة في القوانين السارية في الضفة الغربية، فإننا نجد أن قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 قد عرّف الفساد من خلال ذكر الجرائم التي يعتبرها المشرع فساداً، ومنها الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة والجرائم المخلة بالثقة العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني لسنة 1960 (المواد 170 - 173)، وهي في مجملها تتناول جريمة الرشوة التي تخل بواجبات الوظيفة العامة، أو ما في حكمها، ولم ينص القانون صراحة على جميع العاملين في القطاع الخاص. ونحن نرى أن في هذا قصوراً يجب تجنبه، لما في قبول الرشوة أو طلبها من قبل العاملين في القطاع الخاص من خطر جسيم يهدد اقتصاد الدولة وكيونته هذا القطاع ومصلحه، كما يهدد ثقة الناس فيه على حد سواء.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للرشوة

تُعد الرشوة جريمة فاعلين متعددين، إذ تقتضي وجود طرفين أساسيين: الأول - المرتشي وهو الموظف العام، أو من في حكمه، الذي يقبل أو يطلب منفعة خاصة أو يقبل الوعد بها له أو لغيره نظير قيامه بعمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الإخلال بأدائه. والثاني - الراشي وهو صاحب المصلحة الذي يعرض المنفعة الخاصة على الموظف العام، أو من في حكمه، أو يعد بها، أو يقبل طلب الموظف العام، أو من في حكمه، أداءها. وتقع الجريمة بحق الراشي حتى لو لم يلاق عرضه أو وعده بالمنفعة الخاصة قبولاً من قبل الموظف العام، أو من في حكمه. كما تقع الجريمة بحق الموظف العام، أو من في حكمه، إذا طلب منفعة خاصة من صاحب مصلحة ولو لم يلاق طلبه قبولاً من قبل الأخير.

ولجريمة الرشوة في صورتها الأصلية مظهران، الأول مظهر سلبي يتمثل في قبول المنفعة الخاصة أو قبول الوعد بها أو طلبها من قبل الموظف العام، أو من في حكمه (المرتشي). أما المظهر الثاني فهو المظهر الإيجابي ويكون بعرض المنفعة أو الوعد بها من قبل صاحب المصلحة (الراشي). وسواء كانت جريمة الرشوة في صورتها الإيجابية أو السلبية فإن أركانها وعقوبتها واحدة.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: «تقديم مبلغ لموظف لعمل عمل ما من أعمال

وظيفته هو رشوة، ولا يؤثر في ذلك أن يكون تقديمه بناءً على طلب الموظف أو أن يكون قد تم الاتفاق على ذلك في تاريخ سابق، أو أن يكون الراشي غير جاد في عرضه ما دام المرتشي كان جاداً في قبوله..»⁽¹⁴⁾.

وقضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: «إذا تم ترتيب بين صاحب العمل ومكتب مكافحة الفساد بناءً على إخبار صاحب العمل لهم بأن المتهم طلب منه مبلغ خمسة آلاف دينار رشوة لتمشية العمل دون أن تتأكد دائرة مكافحة الفساد من صحة هذه المعلومات ورتبت كميناً للإيقاع بالمتهم، حيث جرى استدراجه من قبل صاحب العمل إلى سيارة صاحب العمل، حيث قام صاحب العمل بوضع مبلغ ثلاثة آلاف دينار في جيب المتهم ولما سأله المتهم عن ذلك قال له هذا «حلوان»، وفي تلك اللحظة ألقى القبض عليه من أفراد مكافحة الفساد دون إتاحة الفرصة له بالقبول أو الرفض مع الأخذ بعين الاعتبار أن المتهم ذكر في أقواله لدى المدعي العام أنه كان ينوي إبلاغ رئيس الوحدة والإشراف في وزارة الصحة. وعليه وفي ضوء كل ما سبق فإنه ليس هناك دليل جازم بأن المتهم قد طلب أو قبل لنفسه ليقوم بعمل حق أو غير حق والثابت أنه كان يرفض الموافقة على ما تم إنجازه من عمل لمخالفته لشروط العطاء»⁽¹⁵⁾. كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «تتم جريمة الرشوة بمجرد طلب الرشوة من جانب الموظف والقبول من جانب الراشي، وما تسليم المبلغ بعد ذلك إلا نتيجة لما تم الاتفاق عليه بينهما»⁽¹⁶⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن قبول الموظف الرشوة قد يستنتج من مجرد سكوته أو مبادرته إلى القيام بالعمل المطلوب، ولكن يجب التحرز في مثل هذه الأحوال، فالسكوت قد يعبر عن الرفض أو التردد، كما وأن القيام بالعمل قد يكون الباعث عليه هو الرغبة في القيام بما تفرضه أصول الوظيفة⁽¹⁷⁾.

أما بالنسبة للجرائم الملحقة بالرشوة، فلم يتطرق قانون العقوبات الأردني إليها، على عكس نظيره المصري، فقد نص المشرع المصري على عدد من الجرائم الملحقة بالرشوة، ومنها جريمة قبول الموظف أو من في حكمه هدية أو مكافأة لاحقة على أداء العمل، أو الامتناع عنه، أو الإخلال بمقتضياته من قبل صاحب المصلحة دون اتفاق سابق بين الطرفين، وهو ما نصت عليها المادة (105) من قانون العقوبات المصري. كذلك تعتبر

(14) أحكام محكمة النقض المصرية 1967/2/14، س18، ق 41، ص209

(15) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم 2007/573 (هيئة خماسية) بتاريخ 2007/7/24

(16) أحكام محكمة النقض المصرية، 1967/11/6، س 18، قضية 225، ص1087

(17) نقض مصري، 27 مارس 1972، مجموعة أحكام النقض، س3 رقم 106، ص479.

جريمة المحسوبية والواسطة⁽¹⁸⁾ من الجرائم الملحقة بجريمة الرشوة، وهي التي نصت عليها المادة (105) مكرر من قانون العقوبات المصري. كما اعتبر المشرع المصري، على عكس الأردني، جريمة عرض الرشوة من قبل صاحب المصلحة دون قبولها من قبل الموظف أو من في حكمه من الجرائم التابعة لجريمة الرشوة، وهي تثار في مواجهة الراشي فقط، وقد نصت عليها المادة (109) من قانون العقوبات المصري. كما أن طلب الرشوة من قبل الموظف العام، أو من في حكمه، دون أن يلاقي طلبه قبولاً من قبل صاحب المصلحة يعتبر من الجرائم الملحقة بالرشوة في القانون المصري. كما تعتبر جريمة استغلال النفوذ من الجرائم الملحقة بالرشوة، وهي تختلف عن الجريمة الأصلية للرشوة في العمل أو الامتناع أو الاخلال بمقتضيات الوظيفة الذي يقوم به الموظف أو من في حكمه، حيث أن الأخير لا يؤدي فعلاً أو امتناعاً أو إخلالاً بنفسه، إنما يستغل نفوذه لدى السلطات العامة لتقوم بهذا العمل أو الامتناع، وهي الجريمة التي نصت عليها المادة 106 من قانون العقوبات المصري.

المطلب الثالث

التكييف القانوني للرشوة

يذهب الفقه في تكييفه للرشوة مذاهب مختلفة، فالبعض يعتقد بوحدة الرشوة؛ فيما يقول البعض الآخر بثنائية الرشوة. وتترتب على كل من المذهبين نتائج هامة.

الفرع الأول

مذهب وحدة جريمة الرشوة

يرى هذا الجانب من الفقه أن الرشوة جريمة واحدة فاعلها الأصلي هو الموظف العام أو من في حكمه (المرتشي)، فيما يعتبر صاحب المصلحة (الراشي) مساهماً تبعياً. وتقوم هذه النظرية على أساس أن جوهر الرشوة يتمثل في اتجار الموظف العام، أو من في حكمه، بوظيفته ومساسه بهيبتها ونزاهتها⁽¹⁹⁾، وهو ما لا يتصور وقوعه إلا من الموظف العام نفسه، أو من في حكمه، وليس من أي شخص آخر، فالراشي لا يربطه بالوظيفة العامة رابط، وبالتالي فمساهمته في الجريمة تعتبر تبعية، وليست أصلية.

وتترتب على ذلك النتائج الآتية:

(18) ورد النص على هذه الجريمة باعتبارها إحدى جرائم الفساد في المادة (1) من قانون مكافحة الفساد المصري رقم 1 لسنة 2005.

(19) د. سليمان عبدالمنعم، مرجع سابق، ص 49.

- 1- تنعدم صورتا الرشوة وفقاً لهذه النظرية، فلا يوجد فرق بين الرشوة الإيجابية والسلبية، فهي رشوة إيجابية يرتكبها الموظف العام المرتشي فقط كفاعل أصلي، أما الراشي فلا يزيد فعله عن حد المساهم التبعية.
- 2- لا تقع الجريمة بحق صاحب الحاجة الذي يعرض الرشوة على الموظف فيرفضها الأخير. ويعود السبب في ذلك إلى أن المساهم التبعية يستعير إجرامه من الفاعل الأصلي، فطالما أن الموظف العام لم يقبل المنفعة الشخصية المعروضة عليه، فلا تقوم الجريمة. وفي هذه الحالة، لا يصح توجيه تهمة الشروع في المساهمة التبعية لجريمة الرشوة لصاحب المصلحة، إذ لا شروع في المساهمة التبعية. كما أن المساهمين مع صاحب المصلحة لا توجه لهم تهمة المساهمة التبعية في الرشوة، إذ وفقاً للقواعد العامة لا مساهمة جرمية في المساهمة الجرمية.
- 3- وبالمقابل، لا تقع جريمة الرشوة في حق الموظف العام، أو من في حكمه، الذي يطلب منفعة شخصية من صاحب مصلحة ويرفض الأخير تلبية طلبه، إنما تقع جريمة شروع في الرشوة في هذه الحالة.
- 4- تتوقف إجراءات متابعة الدعوى الجزائية بحق الراشي على مصير الدعوى الجزائية المرفوعة في مواجهة الموظف المرتشي، فانقضاء الدعوى الجزائية بحق الموظف المرتشي لأي سبب كالتقادم أو العفو أو الوفاة يترتب عليه انقضاء الدعوى بحق الراشي أيضاً.

الفرع الثاني

مذهب ثنائيتة جريمة الرشوة

يقوم هذا المذهب على فكرة أن الرشوة تتكون من جريمتين منفصلتين: إحداها جريمة الموظف العام المرتشي، وهي التي يطلق عليها الجريمة السلبية؛ والأخرى هي جريمة الراشي، وهي الجريمة الإيجابية في الرشوة. وعليه، فالموظف العام أو من في حكمه (المرتشي) وصاحب المصلحة (الراشي) يعدان فاعلين أصليين في جريمة الرشوة على قدم المساواة. فعلى عكس النظرية الأولى، لا يعتبر الراشي، وفقاً لهذه النظرية، مساهماً تبعية في جريمة الرشوة. ويتبنى معظم الفقه هذه النظرية⁽²⁰⁾، وقد أخذت معظم التشريعات أيضاً بهذه النظرية ومنها القانون الجزائري الفرنسي والألماني والسويسري.

(20) منهم د. جندي عبدالمالك ود. محمود محمود مصطفى ود. محمود نجيب حسني.

لا شك أن نظرية الثنائية تتجنب الكثير من الانتقادات التي وجهت إلى نظرية وحدة الجريمة، فهي تجرّم أفعال المساهمين التبعيين التي كان لا يظالها التجريم وفقاً للقواعد العامة في القانون. ونستطيع إجمال النتائج الهامة لهذا المذهب على النحو التالي:

1- تسمح هذه النظرية بوقوع إحدى الجريمتين دون الأخرى، فعلى عكس نظرية وحدة الجريمة، تقوم جريمة الراشي في حال امتناع الموظف العام عن قبول الرشوة. كما تقوم جريمة الموظف العام الذي يطلب الرشوة في حال امتناع صاحب المصلحة عن تقديمها.

2- يصبح بالإمكان ملاحقة المساهمين التبعيين لكل من الراشي والمرتشي، وهو ما كان صعب المنال في ظل نظرية وحدة الجريمة.

3- إن سقوط الدعوى بحق الراشي أو المرتشي لا يترتب عليه بالضرورة سقوط الدعوى بحق الآخر. فقد يلاحق أحد الطرفين بينما تسقط الدعوى عن الآخر للعفو العام أو الوفاة. كما أنه من المحتمل إدانة أحد الطرفين وتبرئة الآخر، وهو أمر غير مُتصوّر في ظل وحدة الجريمة. فإذا لُوْحق الموظف العام يُصبح لزاماً للبحث عن صاحب المصلحة الذي قدّم له الرشوة، كون أن الرشوة لا تقوم دون موظف عام مرتش وصاحب مصلحة راش.

وحتى يتبيّن لنا تكييف المشرّع الأردني، في قانون العقوبات النافذ في الضفة الغربية، لجريمة الرشوة يتوجّب علينا استعراض نصوص الجريمة، فقد نص القانون في المادتين (170) و(171) على جريمة الموظف العام، أو من في حكمه، المرتشي، حيث نصت المادة (170) على تجريم قبول الموظف العام، أو من في حكمه، أو طلبه أية منفعة له أو لغيره لقاء قيامه بعمل حق. وقد رتبت هذه المادة عقوبة الحبس للمرتشي من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من عشرة دنانير إلى مائتي دينار. أما المادة (171) فقد رتبت عقوبة أشد للمرتشي في حال قيامه بعمل غير محق أو امتناعه عن القيام بعمل كان يتوجّب عليه القيام به وهي الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من عشرين ديناراً إلى مائتي دينار.

كما تناول المشرع في المادتين (172) و(173) جريمة الراشي، حيث نصت المادة (172) على أن الراشي يعاقب بعقوبتي المرتشي اللتين نصت عليهما المادتان (170) و(171). أما المادة (173) فقد تناولت تجريم عرض الرشوة على الموظف العام، أو من في حكمه للقيام بعمل غير محق، أو الامتناع عن عمل كان يتوجّب عليه القيام به، في حال رفض الأخير

لها. وقد قرر له عقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وغرامة من عشرة دنانير إلى مائتي دينار.

هذه النصوص تشير إلى أن المشرّع الأردني تبني مذهب ثنائية جريمة الرشوة، للسببين التاليين:

1- أفرد المشرّع نصوصاً مستقلة لكل من جريمة الموظف العام، أو من في حكمه، المرتشي (المادتين 170 و171)، وجريمة صاحب المصلحة الراشي (المادتين 172 و173)، فلو أخذ المشرّع بمذهب وحدة الجريمة لما احتاج إلى أفراد أحكام خاصة للراشي، ولما احتاج إلى النص على أن عقوبة الراشي هي نفسها عقوبة المرتشي (المادة 1/172). فالقول بغير ذلك يعني أن الفقرة الأولى من المادة (172) تعتبر تزييداً لا داعي له، وهو الأمر الذي ننزه المشرع عنه.

2- إن المادة (173) تجرّم عرض الرشوة من قبل صاحب الحاجة على الموظف العام، أو من في حكمه، عندما لا يقبلها الأخير، فلو أن المشرّع أخذ بنظرية وحدة الجريمة فلا يكون مثل هذا العرض مجرماً على اعتبار أنه شروع في مساهمة تبعية، ومن المعروف أنه لا شروع في المساهمة التبعية.

المطلب الرابع

عقوبة جريمة الرشوة

جرّم قانون العقوبات الساري في الضفة الغربية الرشوة باعتبارها جناحة وعاقب عليها بالحبس والغرامة، إلا أن قانون مكافحة الفساد اعتبرها، كغيرها من جرائم الفساد، جنائية وعاقب عليها بالسجن والغرامة، إضافة إلى عقوبات تبعية. ومن القواعد الثابتة في القوانين الجزائية أن النص الخاص يُقدّم على النص العام ويقيدّه، وعليه فإن الرشوة تُعد الآن في فلسطين جنائية وفقاً لقانون مكافحة الفساد، وحبذا لو ورد نص في قانون مكافحة الفساد يلغي المواد (170 - 173) من قانون العقوبات إلغاءً صريحاً، وعدم الاكتفاء بالإلغاء الضمني أو الإلغاء بالتعارض⁽²¹⁾. وقد قرر المشرّع في قانون مكافحة الفساد عقوبة السجن من ثلاث إلى خمس عشرة سنة لجريمة الرشوة، كما لجرائم الفساد الأخرى، إضافة إلى عقوبة الغرامة المالية التي قد تصل إلى قيمة الأموال محل الجريمة، إلا أن المشرّع لم يلزم المحكمة بالحكم بالعقوبتين معاً، إنما خيرها بالحكم بهما

(21) تنص المادة (35) من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني على أن: «يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون».

معاً، أو بأي منهما⁽²²⁾.

من ناحية أخرى، قرر المشرع الإعفاء من العقوبة إذا بادر المرتشي أو الراشي أو الشريك إلى إبلاغ السلطات العامة عن الجريمة قبل كشفها وعن المال المتحصل منها. كما قرر التخفيف من عقوبة السجن والإعفاء من عقوبة الغرامة إذا أعان مرتكب الجريمة أو الشريك فيها، بعد كشف الجريمة وخلال التحقيق فيها، على الكشف عن ملابسات الجريمة ومرتكبيها⁽²³⁾.

كما قرر المشرع فرض عقوبة تبعية لمرتكب جريمة الرشوة، وهي الحرمان من تولي الوظائف العامة⁽²⁴⁾. ويلاحظ أن المشرع الفلسطيني لم يفرض عقوبة الحرمان من الحقوق السياسية أو المدنية الأخرى، إنما اكتفى بالحرمان من تولي الوظائف العامة. من ناحية أخرى، لم يقرر المشرع الفلسطيني عقوبات خاصة بالشخص المعنوي في حال ارتكابه للجريمة.

(22) تنص المادة (25) من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني على أنه: «1 - فيما لم يرد فيه نص في قانون العقوبات أو أي قانون آخر نافذ، يعاقب كل من أدين بإحدى الجرائم المحددة بهذا القانون بعقوبة من ثلاث سنوات إلى خمس عشرة سنة، وغرامة مالية تصل إلى قيمة الأموال محل الجريمة، أو إحدى هاتين العقوبتين، ورد الأموال المتحصلة من الجريمة؛ 2 - يعفى من العقوبة المقررة في هذا القانون كل من بادر من الجناة بإبلاغ الهيئة عن جريمة فساد قبل علمها بها أو أي من السلطات المختصة، فإذا حصل الإبلاغ بعد العلم بالجريمة تعين للإعفاء أن يكون من شأن الإبلاغ ضبط باقي الجناة والأموال محل الجريمة».

(23) تنص المادة (27) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «1 - إذا بادر مرتكب جريمة الفساد أو الشريك فيها إلى إبلاغ السلطات العامة عن الجريمة قبل كشفها وعن المال المتحصل منها أعفي من عقوبتي السجن والغرامة المقررتين لهذه الجريمة. 2 - إذا أعان مرتكب جريمة الفساد أو الشريك فيها أثناء التحقيق معه على كشف الجريمة ومرتكبيها تخفض العقوبة إلى الحبس ويعفى من الغرامة».

(24) تنص المادة (31) من قانون مكافحة الفساد على أن: «كل شخص صدر بحقه حكم بات بارتكاب جريمة الفساد يحرم من تولي أية وظيفة عامة».

المبحث الثاني

أركان جريمة الرشوة

تقوم جريمة الرشوة على أربعة أركان: الركن المفترض، وهو صفة الفاعل واختصاصه بالعمل؛ ومحل الجريمة؛ والركن المادي؛ والركن المعنوي. وتتناول كلاً منها بشيء من التفصيل فيما يلي:

المطلب الأول

الركن المفترض: صفة الموظف العام واختصاصه بالعمل

يقوم هذا الركن على عنصرين، هما: أولاً- صفة الفاعل باعتباره موظفاً عاماً حقيقةً أم حكماً؛ وثانياً- اختصاصه بالعمل الذي من أجله يتلقى الرشوة أو الوعد بها أو يطلبها.

الفرع الأول

صفة الموظف العام ومن في حكمه

إن المكان الطبيعي لتعريف الموظف العام والنص على أحكامه هو القانون الإداري، وقانون الخدمة المدنية تحديداً، والذي عرّفه على أنه: «من يُعيّن في وظيفة دائمة في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو إحدى مؤسساتها، ويتقاضى راتباً من الخزينة العامة للدولة»⁽²⁵⁾. كما عرّفه قانون العقوبات لأغراض الباب الثالث المتعلق بالجرائم التي تقع على الإدارة العامة بأنه: «كل شخص معيّن في السلك الإداري أو القضائي وكل ضابط من ضباط السلطة المدنية أو العسكرية أو فرد من أفرادها وكل عامل أو مستخدم في الدولة أو في إدارة عامة»⁽²⁶⁾.

أما المخاطبون بموجب أحكام قانون مكافحة الفساد لسنة 2005 وتعديلاته، فقد ورد النص عليهم في المادة (2) من القانون، وهم:

- 1- رئيس السلطة الوطنية ومستشاروه ورؤساء المؤسسات التابعة للرئاسة؛
- 2- رئيس وأعضاء مجلس الوزراء؛
- 3- رئيس وأعضاء المجلس التشريعي؛
- 4- أعضاء السلطة القضائية والنيابة العامة وموظفوها؛

(25) المادة (1) من قانون رقم 4 لسنة 1998 بإصدار قانون الخدمة المدنية، المنشور في العدد 24 من الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 1998/7/1، ص 24.

(26) المادة (169) من قانون العقوبات الأردني.

- 5- رؤساء هيئات وأجهزة السلطة الوطنية.
- 6- المحافظون ورؤساء وأعضاء مجالس الهيئات المحلية والعاملون فيها.
- 7- الموظفون⁽²⁷⁾.
- 8- رؤساء وأعضاء مجالس إدارات الشركات المساهمة العامة والعاملون فيها التي تكون السلطة الوطنية أو أي من مؤسساتها مساهماً فيها.
- 9- مأمورو التحصيل ومدوبوهم والأمناء على الودائع والمصارف.
- 10- المحكمون والخبراء والحراس القضائيون وكلاء الدائنين والمصفين.
- 11- رؤساء وأعضاء مجالس إدارات الهيئات والمؤسسات العامة والجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وبالاستقلال المالي والإداري والأحزاب والنقابات ومن في حكمهم والعاملون في أي منها حتى ولو لم تكن تتلقى دعماً من الموازنة العامة.
- 12- الأشخاص المكلفون بخدمة عامة بالنسبة للعمل الذي يتم تكليفهم به.
- 13- أي شخص غير فلسطيني يشغل منصباً في أي من مؤسسات السلطة الوطنية التشريعية، والتنفيذية والقضائية، وأي شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح أي جهاز عمومي أو منشأة عمومية أو منظمة أهلية تابعة لبلد أجنبي أو مؤسسة دولية عمومية.
- 14- أي شخص آخر أو جهة أخرى يقرر مجلس الوزراء إخضاعهم لأحكام هذا القانون. وتتناول فيما يلي بعض الأشخاص والصفات والحالات التالية ذات العلاقة:

أولاً- المكلف بخدمة عامة:

أضاف المشرع إلى فئة الموظفين العامين فئات أخرى تعتبر في حكم الموظفين العامين، ومنها: المكلفون أو المنتدبون إلى خدمة عامة سواء بالانتخاب أو التعيين، وكل شخص كلف بمهمة رسمية كالمحكمين والخبراء. وهؤلاء ليسوا موظفين عامين، لا وفقاً لتعريف القانون الإداري ولا وفقاً لتعريف قانون العقوبات، إنما اقتضى الأمر إدخالهم ضمن الفئات التي هي على تماس مع الوظيفة العامة. لذلك يطلق عليهم الفقه «الموظفين الحكيمين».

(27) ورد تعريف الموظف في المادة (1) من قانون مكافحة الفساد لسنة 2010 بأنه: «كل من يُعيّن بقرار من جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية أو العسكرية على موازنة إحدى الدوائر الحكومية أياً كانت طبيعة تلك الوظيفة».

يُشار إلى أن المكلف بخدمة عامة قد يكون موظفاً عاماً وقد لا يكون، لأن التكاليف بالخدمة العامة وشغل الوظيفة لا يتعارضان، فقد ينتدب الموظف العام أو غيره للقيام بعمل من أعمال الخبرة، فإذا ارتشى لأداء عمل أو للامتناع عن عمل، مما يدخل في نطاق الخدمة العامة قامت بحقه جريمة الرشوة، ولو أن العمل أو الترك لا يدخل في إطار اختصاصه الوظيفي. ويستوي أيضاً أن يكون محل التكاليف عملاً دائماً أو مؤقتاً، كما يستوي أن يكون بمقابل أو بدون مقابل. وكذلك يعتبر الشخص ملزماً بأداء خدمة عامة سواء سعى إلى القيام بها بمحض إرادته كأعضاء المجالس النيابية أو فرضت عليه الخدمة جبراً كالمجندين الملزمين⁽²⁸⁾.

وقد قضت محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله بأن: «...الثابت أن المستأنف عليه حين باشرت شرطة جنين التحقيق معه عن التهم المسندة إليه كان يعمل مختاراً، وأن المختار وفق نص المادة (1/9) من قانون المخاتير رقم 52 لسنة 1958 يعتبر في حكم الموظفين لغايات تطبيق أحكام قانون العقوبات، وأن المادة (2) من الأمر العسكري المذكور أوجبت عدم تقديم أية دعوى ضد الموظف دون الحصول على الإذن اللازم للسماح بمحاكمته»⁽²⁹⁾.

ثانياً- الموظف الفعلي:

أما فيما يخص الموظف الفعلي، فقد انقسم الفقه بشأنه إلى رأيين، رأي يرى أنه لا بد أن يكون قرار التعيين في الوظيفة العامة صحيحاً كي يكتسب الموظف صفة الموظف العام، ويكون القرار صحيحاً إذا صدر عن من يملك حق إصداره، أما إذا كان القرار باطلاً فإن ذلك يحول دون تطبيق أحكام الرشوة. على أنه إذا كان هناك نقص في إجراءات التعيين، فهذا لا يرفع عن الموظف صفة الموظف العام، ولا يحول دون تطبيق أحكام جريمة الرشوة، متى كان هذا النقص لا يعتد به، أو كان نقصاً خفياً لم يمنع الموظف من مباشرة أعمال وظيفته ولم يفقده شيئاً من سلطاته.

أما الرأي الآخر، فقد اعتبر أن من شاب تعيينه عيباً ما، وبالتالي أصبح تعيينه غير صحيح، إلا أنه مارس عمله، وظهر أمام الغير بهذا المظهر، فإن هذا لا يحول دون ملاحقته بجريمة الرشوة باعتباره موظفاً فعلياً. ويرى هذا الجانب من الفقه أن في الرأي الأول تقييداً بالطبيعة الإدارية للموظف العام، دونما اعتبار للوصف الجنائي للفعل. فالسؤال الذي

(28) د. عوض عوض، مذكرات في الجرائم الماسة بالمرافق العامة، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1960، ص 16.

(29) قرار رقم 1995/766، محكمة استئناف رام الله بتاريخ 1995/10/8.

يثور هنا: ماذا لو تلقى الموظف العام الموقوف عن عمله، أثناء مدة الوقف، الرشوة؟ فمن صدر ضده قرار بالوقف عن العمل مثلاً، هل تطبق ضده أحكام جريمة الرشوة أم لا؟ لقد اعتبرت محكمة النقض المصرية الوقف عن العمل بحكم الإجازة العادية أو المرضية، وكلاهما لا تزيلان عن الموظف صفته، وبالتالي لا يحول ذلك دون توافر أركان جريمة الرشوة⁽³⁰⁾.

ثالثاً- انتهاء خدمة الموظف:

أما في حالة انتهاء خدمة الموظف، فلا تقوم جريمة الرشوة. فقد يحدث أن يحال الموظف إلى التقاعد أو يستقيل، دون علم البعض، ويقومون بتقديم الهدايا أو الوعود لقاء القيام بعمل أو الامتناع عن عمل يدخل في اختصاصه السابق. إن شروط قيام جريمة الرشوة تتطلب قيام وبقاء صفة الموظف، فإذا انتفت زالت صفة الرشوة عن الفعل، إلا أن هذا لا ينفي قيام جريمة أخرى، وهي جريمة الاحتيال إذا استكملت أركانها القانونية.

الفرع الثاني

اختصاصه بالعمل الوظيفي

لا يكفي بصفة المرثشي أن يكون موظفاً عاماً حقيقة أو حكماً، بل لا بد من أن يثبت للموظف اختصاص بالعمل الذي من أجله يخطب وده وتقدم له المنافع الشخصية أو الوعود بها. هذا الاختصاص قد يكون مباشراً أو غير مباشر (أي يكفي أن تكون هناك علاقة تربط بين الموظف والعمل الذي يقوم به)، وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية على الاختصاص غير المباشر في أحد أحكامها، حيث قالت: «ليس من الضروري لتوافر أركان جريمة الرشوة أن تكون الأعمال التي تطلب من الموظف أدائها داخله في حدود وظيفته مباشرة، بل يجب أن يكون له علاقة بها، وأنه لا يشترط دخول جزء من العمل في نطاق السلطة المخولة للموظف، وإنما يكفي قيام العلاقة بين النشاط المعتاد للموظف والعمل إذا كان من شأن هذه العلاقة أن تجعل له تأثيراً عليه (انظر القرار التمييزي رقم 2004/718، و2003/297 هيئة عامة) وانظر د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، حيث يشير: «وتكفي العلاقة بين الاختصاصات المعتادة للموظف، والعمل الذي ارتشي من أجل القيام به أو الامتناع عنه، وعليه ولما كان الطاعن يعمل مراسلاً في أحد المستودعات وسعى لدى مراسل آخر في مستودع آخر تسليمه ملف الدعوى بعد أن قبل رشوة من الغير وعرض على المراسل الآخر جزءاً منها، فإن ركن الاختصاص

(30) د. أحمد بشير، قانون العقوبات الخاص - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة وجرائم الأموال -، الجزء الأول، جامعة الأزهر، غزة، 1997، ص 19.

متعلق بجناية، وأن عمله له علاقة بالعمل الذي ارتشي من أجل القيام به مما يجعل الطعن مستوجب الرد»⁽³¹⁾.

إن اختصاص الفاعل بالعمل الوظيفي قد يكون حقيقياً؛ وقد يكون مزعوماً؛ أو موهوماً، وتتناول فيما يلي كلاً منها بشيء من التفصيل:

أولاً- الاختصاص الحقيقي:

يثبت الاختصاص للموظف بموجب قرار إداري بتعيينه في وظيفة ما. وقد يمارس الموظف عملاً ما بموجب انتداب أو تكليف مكتوب أو شفوي من رؤسائه. هذا العمل قد يكون كلياً أو جزئياً، مباشراً أو غير مباشر. ومن أمثلة الاختصاص غير المباشر للموظف أن تقوم إحدى السكرتيرات بختم مستندات بالخاتم الرسمي للدائرة دون إذن الموظف المسؤول لقاء مبلغ من المال.

ثانياً- الاختصاص المزعوم:

ألحق المشرع المصري الاختصاص المزعوم إلى الاختصاص الحقيقي بموجب نص المادة (103) مكرراً من قانون العقوبات⁽³²⁾. ولا يوجد لدينا في قانون العقوبات الأردني النافذ نص مماثل. لذلك يثور تساؤل حول مدى تجريم سلوك من يزعم أنه مختص للقيام بعمل ما من أجل أن يتلقى رشوة من صاحب مصلحة، وهل يعد ذلك رشوة؟

لا شك أن من يدعي على خلاف الحقيقة أنه يتمتع بصفة ما أو اسماً كاذباً من أجل إيهام الغير بأنه قادر على تحقيق رغباته وطلباته للحصول على مبلغ من المال، فإن القانون الأردني قد اعتبر مثل هذا الزعم احتيالياً وفقاً لنص المادة (417)⁽³³⁾. فكل من نسب لنفسه اسماً كاذباً أو صفة غير صحيحة لحمل الغير على تسليمه مالاً منقولاً أو غير منقول أو أسناداً تتضمن تعهداً أو إبراءً فاستولى عليها احتيالياً، فإنه يعاقب بالحبس من ثلاثة

(31) حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2008/1273 المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة 2008.

(32) تنص المادة (103) مكرراً من قانون العقوبات المصري على أنه: «يعتبر مرتشياً ويعاقب بنفس العقوبة المنصوص عليها في المادة السابقة كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية لأداء عمل يعتقد خطأً أو يزعم أنه من أعمال وظيفته أو للأمتناع عنه».

(33) تنص المادة (417) من قانون العقوبات الأردني على أن: «كل من حمل الغير على تسليمه مالاً منقولاً أو غير منقول أو أسناداً تتضمن تعهداً أو إبراءً فاستولى عليها احتيالياً: 1 - باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام المجني عليه بوجود مشروع كاذب أو حادث أو أمر لا حقيقة له أو إحداث الأمل عند المجني عليه بحصول ربح وهمي أو بتسديد المبلغ الذي أخذ بطريق الاحتيال أو الإيهام بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور، أو 2 - بالتصرف في مال منقول أو غير منقول وهو يعلم أن ليس له صفة للتصرف به، أو 3- باتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة؛ عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من خمسة دنانير إلى خمسين ديناراً».

أشهر إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من خمسة دنانير إلى خمسين ديناراً، إلا أن مثل هذا الادعاء يختلف جوهرياً عن الادعاء بأنه يمارس اختصاصاً ما. فمثلاً إذا زعم موظف عام بأنه يستطيع إرساء عطاء على شركة ما نظير حصوله على مبلغ من المال من الشركة فإنه يُعد مرتشياً ولو كان إرساء العطاءات غير داخل في اختصاصه، حتى ولو لم يتم ترسية العطاء على الشركة فعلاً.

ثالثاً- الاختصاص الموهوم:

يمكن تعريف الاختصاص الموهوم بأنه الاختصاص الذي يعتقد الموظف خطأً أنه يمارسه حقيقة أو أنه مخوّل بممارسته. وقد نص قانون العقوبات المصري على الاختصاص الموهوم في المادة (103) مكرراً، وهو ما لا نجد له نظيراً في قانون العقوبات الأردني. ولا أرى ضيراً في انطباق مواد الرشوة على الاختصاص الموهوم أيضاً، رغم أن البعض ينتقد مثل هذا التوجه، حتى في القانون المصري الذي يحتوي على نص، على اعتبار أنه ينسب جريمة إلى شخص دون وعي منه بحقيقة الاختصاص الذي يمارسه وبذلك يعاقب على الوهم وفي ذلك ما يخل بمبدأ مادية الجريمة⁽³⁴⁾.

المطلب الثاني

محل الجريمة

تعتبر الفائدة التي يحصل عليها الموظف العام أو من في حكمه هي محل جريمة الرشوة. وقد أطلق المشرع الأردني على الفائدة أكثر من مسمى هي الهدية والمنفعة أو الوعد بها. فيما يطلق عليها المشرع المصري مصطلح العطية⁽³⁵⁾. وقد نص المشرع المصري على صور الفائدة أو المنفعة لتشمل المنفعة المادية وغير المادية⁽³⁶⁾. والفائدة عموماً تندرج تحتها المنافع كافة المادية منها والمعنوية، المشروعة وغير المشروعة، العاجلة منها والآجلة، فقد تكون مبلغاً من النقود، أو إبراء من دين، أو هدية، أو مخدرات، أو سلاحاً غير مرخص، أو تعييناً لابن أو قريب في منصب، أو قضاء إجازة على حساب صاحب المصلحة أو الحصول على خدمة دون أجر مثل النزول في فندق بالمجان، أو استعمال سيارة أو غيرها من الآلات.

(34) د. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 97 وما بعدها.

(35) انظر المادة (103) من قانون العقوبات المصري.

(36) تنص المادة (107) من قانون العقوبات المصري على أن: «يكون من قبيل الوعد أو العطية كل فائدة يحصل عليها المرتشي أو الشخص الذي عينه لديك أو علم به ووافق عليه أياً كان اسمها أو نوعها وسواء كانت هذه الفائدة مادية أو غير مادية».

وقد تكون المنفعة في صورة خدمات جنسية، إلا أنه يجب أن يكون هناك نوع من التناسب بين العمل الذي يقوم به الموظف والمقابل الذي يؤديه صاحب المصلحة، فمثلاً إذا قام الموظف بأداء عمل مشروع لصاحب مصلحة فما كان من الأخير إلا أن قام بعرض قطعة من الحلوى على الموظف مجاملة فلا يعد ذلك رشوة⁽³⁷⁾. وهذا رهن بتكييف قاضي الموضوع لهذه المنفعة ما إذا كانت تقوم بها جريمة الرشوة من عدمه.

قد يكون تقديم العطية بشكل مباشر أو غير مباشر، فإذا اشترى الموظف سلعة أو عقاراً من صاحب المصلحة بسعر يقل كثيراً عن سعره الحقيقي، فإن ذلك يُعتبر رشوة. كما تقوم الجريمة إذا اشترى صاحب المصلحة سلعة أو عقاراً من الموظف بثمن مبالغ فيه.

المطلب الثالث

الركن المادي

يقوم الركن المادي في كافة الجرائم على ثلاثة عناصر هي: الفعل أو السلوك الجرمي أو الامتناع عن فعل مكلف به؛ والنتيجة؛ وعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة⁽³⁸⁾، وبتناول فيما يلي عنصر الفعل أو السلوك الجرمي أو الامتناع عن فعل مكلف به، بشيء من التفصيل، لأهميته.

اشتمل قانون العقوبات الأردني على صورة واحدة للفعل في المادة (170) وهي السلوك الإيجابي، فيما اشتمل على صورتين في المادة (171) وهما السلوك الإيجابي والسلوك السلبي أو الامتناع (ليعمل عملاً غير حق أو ليمتنع عن عمل كان يجب أن يقوم به بحكم وظيفته). وإذا كانت الجريمة تقوم لزاماً بقيام الموظف بالعمل أو بالامتناع عن عمل كان يتوجب عليه أن يقوم به بحكم وظيفته، فإن عدم قيامه بالعمل أو عدم امتناعه عن عمل واجب لا ينفي تحقق الجريمة، فتقوم الجريمة بمجرد أخذ الموظف للمنفعة أو قبوله الوعد بها أو طلبه لها.

ولم يُميّز المشرع الأردني بين حالة ما إذا كان العمل الذي يقوم به الموظف لقاء المنفعة الشخصية عملاً حقاً أو غير حق في التجريم، إنما ميّز بينهما في العقاب، فقد قرر عقوبة أشد في حال كان العمل أو الامتناع المطلوب من الموظف أداؤه غير حق. فالعقوبة في هذه الحالة هي الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من عشرين ديناراً إلى مائتي دينار، أما العقوبة في حال كان العمل حقاً هي الحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وبغرامة من عشرة دنانير إلى مائتي دينار.

(37) تحدد بعض الدول قيمة الهدية التي لا تقوم جريمة الرشوة بها. فمثلاً، لو تم تحديد حد أعلى للهدية بخمسة دنانير لساعد ذلك القاضي على الحكم ما إذا كانت الهدية المقدمة سبباً للرشوة من عدمه.

(38) باستثناء جريمة الشروع التي لا تتحقق فيها النتيجة لسبب خارج عن إرادة الشارع.

ويثور في هذا السياق تساؤل حول مدى تجريم طلب الموظف أو من في حكمه من صاحب المصلحة منفعة شخصية له أو لغيره في حال عدم موافقة صاحب الحاجة على ذلك، فهل يعد هذا السلوك مجرماً؟

على الرغم من عدم النص صراحة على هذه الحالة، على الأقل كما فعل المشرع المصري، فإننا نعتقد بأن كلمة «طلب» الواردة في المادتين (170) و(171) تفيد هذا المعنى، حيث إن المشرع لم يشترط قبول صاحب المصلحة لتقوم الجريمة. وقد يناقش البعض هذا التوجه بالقول لو أن المشرع أراد ذلك لفعل، كما ورد النص على تجريم عرض صاحب المصلحة دون أن يلاقي عرضه قبولاً من الموظف في المادة (173). وقد يجادل البعض الآخر أن هذا الفعل لا يعدو أن يكون شروعاً في جريمة الرشوة⁽³⁹⁾. الحقيقة أن الطلب بمجرد أن يصدر من الموظف ويعلم به صاحب المصلحة يقيم الجريمة، إلا أن سؤالاً آخر يرد على ذهن في هذا السياق وهو أنه في حال صدور الطلب من الموظف العام دون أن يعلم به صاحب المصلحة، مثل أن يرسل الموظف العام خطاباً لصاحب المصلحة طالباً مبلغاً من المال لقاء أدائه عملاً له دون أن يصل الخطاب لصاحب المصلحة، فهل يعد هذا العمل سلوكاً مجرماً أم عملاً تحضيرياً؟ وإذا كانت الإجابة بأنه عمل مجرم، فهل يعد جريمة تامة أم مجرد شروع في جريمة الرشوة؟

ويثور سؤال آخر حول مدى قيام الجريمة إذا كان أياً من طرفي العلاقة غير جاد في عرضه أو طلبه للرشوة. فإذا طلب الموظف العام من صاحب المصلحة مبلغاً من المال بهدف إيقاعه في أيدي السلطات المختصة، فهل تقع الجريمة؟ وماذا لو لم يكن صاحب الحاجة جاداً في عرضه، إنما كان يهدف إلى الإيقاع بالموظف في أيدي السلطات؟

لقد أجابت محكمة النقض المصرية على بعض هذه الأسئلة، حيث قضت بأنه: «يستوي أن يكون الراشي الذي تعامل مع الموظف جاداً فيما عرضه عليه أو غير جاد متى كان عرضه الرشوة جدياً في ظاهره وكان الموظف قد قبله على أنه جدي منتوياً العبث بمقتضيات وظيفته لمصلحة الراشي، ذلك لأن العلة التي من أجلها شرع العقاب على الرشوة تتحقق بالنسبة للموظف بهذا القبول منه، إذ إنه في الحالتين على السواء يكون قد اتجر بوظيفته وتكون مصلحة الجماعة قد هددت فعلاً بالضرر الناشئ عن العبث بالوظيفة التي أوتمن عليها الموظف ليؤدي أعمالها بناءً على وحي من ذمته وضميره ليس إلا»⁽⁴⁰⁾.

أما بالنسبة للقبول، فهو يتضمن قبول الوعد بالعمارة أو المنفعة والذي سيؤديه صاحب

(39) د. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 114.

(40) نقض جنائي مصري 19 أبريل 1943، مجموعة القواعد القانونية، ج 6، ق 165، ص 229.

المصلحة في المستقبل. ولا يشترط فيه أن يقوم الموظف بالعمل أو الامتناع، إنما تقوم الجريمة بمجرد تلاقي إرادتي الطرفين، إلا أن عدم التزام الموظف بما اتفق عليه مع الراشي يعد عدولاً لاحقاً لا يمنع من ملاحقته وتجريمه⁽⁴¹⁾.

وأخيراً، نشير إلى أن البعض اعتبر أنه يُتصوّر وقوع الشروع في الرشوة عندما تكيّف على أنها جريمتان منفصلتان، حيث يقع الشروع في جريمة الراشي عندما يعرضها ولا تلقى قبولاً من الموظف العام، كما يرى هذا الجانب من الفقه أن الشروع من قبل الموظف العام يتحقق عندما يطلب الرشوة في حين لا يقبل صاحب الحاجة أداءها⁽⁴²⁾. هذا الأمر يصح إذا اعتبرنا أن الجريمة التامة لا تقوم إلا إذا اتحدت إرادتا الراشي والمرتشي وتوافقتا على ذلك، أما إذا اعتبرنا أن الجريمة التامة تقوم بحق الراشي بمجرد أن يعرض الرشوة، وتقوم بحق المرتشي بمجرد طلبها- دون أن يلاقي عرض أي منهما قبولاً من الطرف الآخر- فإن هذا الفعل لا يعد شروعاً إنما جريمة تامة. وفي هذا السياق، نتساءل حول نص المادة (173) من قانون العقوبات الأردني النافذ⁽⁴³⁾، هل تتحدث عن جريمة تامة أم مجرد شروع؟ نحن نرى أنها جريمة تامة، ومن المؤشرات على ذلك أنه لو أرادها المشرع شروعاً لأفصح عن ذلك.

المطلب الرابع

الركن المعنوي

جريمة الرشوة من الجرائم المقصودة التي لا تقع عن خطأ أو إهمال أو قلة احتراز، أي أنه لا بد من توافر القصد الجنائي العام، وهو يقوم على عنصرين هما الإرادة والعلم: إرادة الفعل (إرادة أخذ المنفعة أو قبول الوعد بها أو طلبها)، وإرادة تحقيق النتيجة (أي إرادة الحصول على المنفعة بقصد التملك أو الانتفاع)؛ والعنصر الثاني هو العلم بكافة العناصر المادية للجريمة. وعليه، فلا تقوم جريمة الرشوة بحق الموظف العام إذا قام صاحب مصلحة بارسال هدية إلى منزله أو وضع في جيبه أو درج مكتبه مبلغاً من المال دون علمه، كما ينتفي علم الموظف في حال كان يجهل بأن ما دخل حسابه من مال هو بغرض القيام بعمل من أعمال وظيفته لمصلحة شخص ما⁽⁴⁴⁾. ويخرج من هذا النطاق عدم

(41) د. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 125.

(42) د. جندي عبد الملك، مرجع سابق، ص 7.

(43) تنص المادة (173) من القانون على أن: «من عرض على شخص من الأشخاص الوارد ذكرهم في المادة (170) هدية أو منفعة أخرى أو وعده بها ليعمل عملاً غير حق أو ليمتنع عن عمل كان يجب أن يقوم به عوقب- إذا لم يلاق العرض أو الوعد قبولا- بالحبس لا أقل من ثلاثة أشهر وبغرامة من عشرة دنانير إلى مائتي دينار».

(44) ورد في حكم لمحكمة النقض المصرية ما يلي: «من المقرر أن القصد الجنائي في الرشوة يتوافر بمجرد =

العلم بتجريم هذا الفعل، فالعلم بالقانون الجنائي مفترض، ولا يعذر على الجهل به أحد. ويثور في هذا السياق سؤال حول مدى كفاية القصد العام لقيام الجريمة، أم أنه لا بد من توافر القصد الخاص، أي انصراف نية الفاعل إلى تحقيق غاية معينة يحددها القانون وهي الاتجار بالوظيفة. يرى بعض الفقه⁽⁴⁵⁾ أن جريمة الرشوة تقوم بمجرد توافر القصد العام، وبالتالي فلا يشترط توافر القصد الخاص؛ في حين يرى جانب آخر من الفقه⁽⁴⁶⁾ أنه يشترط اتجاه نية الموظف إلى الاتجار بوظيفته أو استغلالها حتى تقوم الجريمة، ويدللون على رأيهم هذا بالقول إن الموظف الذي يتلقى مالاً أو منفعة من شخص ما لا تعد رشوة إذا لم يكن القصد منها قيام الموظف بعمل أو امتناع عن عمل متعلق بأداء وظيفته. ونحن نرى أن ما ذهب إليه الرأي الثاني القائل بوجود توافر القصد الخاص مع فعل الأخذ أو القبول أو الطلب، هو الأصوب، حتى تقوم جريمة الرشوة، وإن لم يكن القصد متوافراً في تلك اللحظة فلا جريمة، إذ إن هناك بعض الحالات تكون على سبيل المجاملة فقط ليس أكثر، ولا تكون النية متجهة نحو الاتجار أو الإخلال بواجبات الوظيفة، إذ ليس كل أخذ يتحقق به السلوك المادي لجريمة الرشوة، فالأخذ غير المشروع هو الذي تتحقق معه الجريمة، ووجه عدم المشروعية تتمثل في علم الموظف بالغرض الذي قدمت من أجله الهدية أو المنفعة، فإذا كان الموظف يجهل هذا الغرض، فلا مجال للقول بوجود سلوك مادي تقوم به الرشوة، أما احتفاظه بالهدية بعد علمه بالغرض منها، ففي هذه اللحظة يتوافر النشاط المادي المتمثل في الأخذ لأنه اقترن بتوافر القصد الجنائي.

= علم المرتشي عند طلب أو قبول الوعد أو العطية أو الفائدة أنه يفعل هذا لقاء القيام بعمل أو الامتناع عن عمل من أعمال الوظيفة أو للإخلال بواجباته وأنه ثمن لاتجاره بوظيفته أو استغلالها، ويستنتج هذا الركن من الظروف والملابسات التي صاحبت العمل أو الامتناع أو الإخلال بواجبات الوظيفة، ولما كان الحكم المطعون فيه قد دلل على أن العطية قد قدمت للطاعن تنفيذاً للاتفاق السابق الذي انعقد بينه وبين المجني عليه مما يتحقق معه معنى الاتجار بالوظيفة ويتوافر به القصد الجنائي كما هو معرف به في القانون، فإن ما يثيره الطاعن من أنه أخذ المبلغ «كوهبة» لا يكون مقبولاً. نقض جنائي 20 يونيو 1971، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 22، ق 119، ص 488.

(45) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، المجلد الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 47؛ د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 153؛ عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص 33.

(46) د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص 95.

الخاتمة:

تناولنا في هذا البحث الحكمة من تجريم الرشوة وطبيعتها القانونية والتكليف القانوني لها، حيث تناولنا مذهبي وحدة الجريمة وثنائيتها، وتوصلنا إلى المذهب الذي أخذ به المشرع الأردني في قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960. كما تناولنا بشكل مفصل أركان جريمة الرشوة الأربعة، وهي صفة الموظف العام واختصاصه بالعمل؛ محل الجريمة؛ الركن المادي؛ والركن المعنوي. وقد توصلنا في خاتمة هذا البحث إلى عدد من النتائج والتوصيات، نوجزها فيما يلي:

النتائج:

- جريمة الرشوة هي إحدى جرائم الفساد، وهي من الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة، وانتشار هذه الجريمة يقوّض ركيزة أساسية من الركائز التي يقوم عليها المجتمع والمتمثلة في ثقة المواطنين بالدولة وموظفيها. لذلك، يهدف المشرع الجزائي من تجريم هذا السلوك إلى حماية الوظيفة العامة وحسن أداء الموظف العام لواجباته تجاه مواطنيه.
- تتكون جريمة الرشوة وفقاً لقانون العقوبات الأردني من جريمتين منفصلتين: إحداهما جريمة الموظف العام المرتشي، وهي التي يطلق عليها الجريمة السلبية؛ والأخرى هي جريمة الراشي، وهي الجريمة الإيجابية في الرشوة. وعليه، فالموظف العام أو من في حكمه المرتشي وصاحب المصلحة الراشي يعدان فاعلين أصليين في جريمة الرشوة على قدم المساواة. لا شك أن نظرية الثنائية تتجنب الكثير من الانتقادات التي وجهت لنظرية وحدة الجريمة. فهي تجرّم أفعال المساهمين التبعيين التي لم يكن يطولها التجريم وفقاً للقواعد العامة في القانون.
- أضاف قانون مكافحة الفساد فئات أخرى للموظفين العامين لم يشملها تعريف قانون الخدمة المدنية. فقد أضافت رؤساء وأعضاء مجالس إدارات الشركات المساهمة العامة والعاملين فيها التي تكون السلطة الوطنية أو أي من مؤسساتها مساهماً فيها، ومأموري التحصيل ومندوبيهم والأمناء على الودائع والمصارف، والمحكمين والخبراء والحراس القضائيين ووكلاء الدائنين والمصنفين ورؤساء وأعضاء مجالس إدارة الهيئات والمؤسسات العامة والجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية والأحزاب والنقابات والأشخاص المكلفين بخدمة عامة، وهذا توجه محمود.

- لقد استثنى المشرع من يعملون في القطاع الخاص من التجريم على الرغم من جسامته الضرر الذي قد يلحق بأصحاب العمل جرّاء تلقي العمال والمستخدمين لديهم لأموال وفوائد من أصحاب المصالح لقاء القيام بأعمال مخلة بواجباتهم، أو في حال طلبهم ذلك.
- فرض القانون عقوبة تبعية لمرتكب جريمة الرشوة، وهي الحرمان من تولي الوظائف العامة ولم يفرض عقوبة الحرمان من الحقوق السياسية أو المدنية الأخرى، إنما اكتفى بالحرمان من تولي الوظائف العامة.
- لم يقرر القانون عقوبة مصادرة قيمة الرشوة.
- لم يقرر المشرع عقوبات خاصة بالشخص المعنوي في حال ارتكابه للجريمة.

التوصيات:

- أن يتم توحيد تعريف الموظف العام في قانون الخدمة المدنية وفي قانون العقوبات.
- عدم اقتصار التجريم على الموظف الفعلي، بل يجب أن يتم النص صراحة على شمول ذلك العاملين في القطاع الخاص.
- فرض عقوبات تبعية أخرى لمرتكب جريمة الرشوة، إلى جانب الحرمان من تولي الوظائف العامة، مثل الحرمان من الترشيح والتصويت في الانتخابات العامة والمحلية.
- أن يتلافى المشرع النقص بالنص على مصادرة قيمة الرشوة.
- أن يضع المشرع عقوبات خاصة بالشخص المعنوي في حال ارتكابه للجريمة.

المراجع:

أولاً - باللغة العربية:

- د. أحمد بشير، قانون العقوبات الخاص - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة وجرائم الأموال، الجزء الأول، جامعة الأزهر، غزة، 1997.
- د. إبراهيم حامد طنطاوي، جرائم الاعتداء على الوظيفة - والمال العام - الرشوة والتربح، ط1، المكتبة القانونية، القاهرة، 2000.
- د. جندي عبدالملك، الموسوعة الجنائية، ج4، دار المؤلفات القانونية، بيروت، 2010.
- د. كامل السعيد،
- شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011.
- دراسة قانونية حول ركن الاختصاص في الرشوة بين قانوني العقوبات الأردني والمصري، مجلة نقابة المحامين، السنة السابعة والخمسون، 2009.
- د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996.
- د. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1995.
- د. محمد علي السالم عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1997.
- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، ط7، مطبعة جامعة القاهرة، 1975.
- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، المجلد الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- د. سليمان عبد المنعم ود. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني: القسم الخاص، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1996.
- د. عبد الوهاب حومد، الرشوة في التشريع الكويتي، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الأول، 1977.

- د. عوض عوض، مذكرات في الجرائم الماسة بالمرافق العامة، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1960.
- د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

ثانياً - مواقع إلكترونية:

- <https://www.transparency.org/what-is-corruption>
- <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>
- https://www.usip.org/sites/default/files/ROL/model%20codes%20v_1_.pdf

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
329	الملخص
330	المقدمة
332	المبحث الأول- ماهية جريمة الرشوة
332	المطلب الأول- مفهوم الرشوة
335	المطلب الثاني- الطبيعة القانونية للرشوة
337	المطلب الثالث- التكييف القانوني للرشوة
337	الفرع الأول- مذهب وحدة جريمة الرشوة
338	الفرع الثاني- مذهب ثنائية جريمة الرشوة
340	المطلب الرابع- عقوبة الرشوة
342	المبحث الثاني- أركان جريمة الرشوة
342	المطلب الأول- الركن المفترض
342	الفرع الأول- صفة الموظف العام
345	الفرع الثاني- اختصاصه بالعمل
347	المطلب الثاني- محل الجريمة
348	المطلب الثالث- الركن المادي
350	المطلب الرابع- الركن المعنوي
352	الخاتمة
354	المراجع

إشكالية الفوائد على القروض المصرفية في القانون القطري: دراسة تحليلية تطبيقية*

د. محمد سالم أبو الفرج** ود. طارق جمعه السيد راشد***

الملخص:

يناقش هذا البحث إشكالية قانونية مهمة تتعلق بتبني القضاء القطري موقفاً من الفوائد على القروض المصرفية يتمثل في عدم جواز تقاضي البنوك فوائد على القروض التي تقوم بمنحها لعملائها. ولعل السبب في تبني مثل هذا الموقف هو عدم وجود تنظيم قانوني للقروض المصرفية يجيز لها الاتفاق على تقاضي فوائد على القروض المصرفية التي تمنحها، خلافاً لما هو مستقر عليه في بعض التشريعات المقارنة مثل دولة الإمارات العربية المتحدة ودولة الكويت.

وقد عرضت هذه الدراسة للنظام القانوني للقروض المصرفية في التشريع المقارن، وقامت أيضاً بتحليل الأحكام الصادرة عن القضاء القطري فيما يتعلق بموضوع الدراسة، وأبرزت أن المادة (70) من قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية رقم 13 لسنة 2012 تمثل السند القانوني لمشروعية اتفاق البنوك مع عملائها على فوائد القروض المصرفية، علاوة على عدم الاتفاق مع قضاء محكمة التمييز القطرية فيما قضت به من عدم مشروعية الاتفاق على فوائد القروض المصرفية وتطبيقها لأحكام القانون المدني في الحكم بالتعويض للبنك كنتيجة لتأخر المدين المقترض عن الوفاء بالدين.

كلمات دالة: القروض المصرفية، الفوائد، قانون مصرف قطر المركزي، أحكام القضاء القطري، الائتمان المصرفي، القروض المدنية.

* هذا البحث كان عبارة عن ورقة بحثية قدمت في مؤتمر القانون المدني الذي نظمته كلية القانون بجامعة قطر في نوفمبر 2014 تحت عنوان: «النظام القانوني للفوائد على القروض المدنية والتجارية في ضوء تطبيقات محكمة التمييز القطرية: دراسة تحليلية نقدية». وقد تم تطوير وتحديث هذه الورقة البحثية من حيث المضمون والأفكار التي احتوتها حتى أصبحت في الشكل الحالي وتحت هذا العنوان، وقد خضعت لإجراءات تحكيم ونشر مجلة كلية القانون الكويتية العالمية.

** أستاذ القانون التجاري المشارك، كلية القانون، جامعة قطر.

*** أستاذ القانون المدني المشارك، كلية القانون، جامعة قطر.

المقدمة:

لقد واجهت البنوك التجارية في قطر مشكلةً كبيرةً بعد صدور حكم محكمة الاستئناف رقم 2012/428/422 والذي قررت محكمة التمييز عدم قبول الطعن عليه بموجب قرارها الصادر من الدائرة المدنية الثانية بغرفة المشورة في الطعن رقم 74 لسنة 2013 والصادر في 2013/4/23 (حكمان غير منشورين). وتطورت المشكلة خاصة بعد أن كتبت الصحف القطرية عن مثل هذا الحكم ورسخ في أذهان الكثيرين أن الفوائد على القروض المصرفية التي تمنحها البنوك لعملائها تعد من الأمور غير الجائزة قانوناً. وتتمثل المشكلة التي تواجهها البنوك التجارية حالياً في عدم وجود تنظيم قانوني للقروض المصرفية وعدم وجود نص قانوني صريح وقاطع بأحقية البنوك في تقاضي فوائد على القروض المصرفية. ولا ينفى ذلك أن المشرع القطري - خلافاً لبعض القوانين الوضعية المقارنة التي أجازت الفوائد على القروض المدنية والتجارية كالقانون المصري، أو تلك التي أجازت الفوائد على القروض التجارية دون المدنية كالقانونين الإماراتي والكويتي - أبطل في المادة (568) من التقنين المدني (قانون رقم 22 لسنة 2004) الاتفاق على أي منفعة أو فائدة زائدة على مقتضى العقد، ولم ينص على جواز تقاضي الفوائد على القروض التجارية في قانون التجارة القطري رقم 27 لسنة 2006.

ويظل نص المادة (70) من القانون رقم 13 لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية هو المحور الرئيسي في تناولنا لهذا الموضوع والذي سيكون سند البنوك في تقرير جواز تقاضيها للفوائد على القروض المصرفية وفقاً للتفسير الذي تبنته هذه الدراسة، حيث تنص هذه المادة على: «حق المصرف في ضبط الفوائد والعوائد وشروط منح القروض وقبول الودائع في مختلف المؤسسات المالية وسريان الفائدة التي يحددها المصرف على التسهيلات الائتمانية المتعثرة أو المعاد جدولتها». وتكمن الإشكالية الثانية التي تتعرض لها البنوك التجارية في اختلاف المحاكم القطرية وبالأخص أن محكمة التمييز القطرية لم تتخذ موقفاً إيجابياً - حتى تاريخ كتابة هذا البحث - تجاه مسألة الفوائد على القروض المصرفية بعد صدور حكم الاستئناف وقرار غرفة المشورة. وأصبح الواقع في القضاء القطري أن لمحكمة الاستئناف موقفين متناقضين، فقبل عام 2013 وصدور حكم الاستئناف الأخير كانت هذه المحاكم تتفق مع اتجاه محكمة التمييز في قضائها بجواز تقاضي البنوك للفوائد على القروض التي تمنحها لعملائها، ولكن بصدور حكم الاستئناف عام 2013 خالفت المحكمة بحكمها الأخير ما استقرت عليه محكمة التمييز وقضت بعدم أحقية البنوك في تقاضي أية فوائد على القروض المصرفية.

مشكلة البحث وأهدافه:

تتمثل إشكالية هذا البحث في بيان ماهية المشكلة التي تواجه البنوك التجارية القطرية، وذلك من خلال البحث عن القواعد القانونية واجبة التطبيق على فوائد القروض المصرفية، وخاصة في ظل عدم نص المشرع القطري على جواز تقاضي الفوائد على القروض التجارية في القانون التجاري القطري، وعدم تنظيم أحكام عقد القرض المصرفي، ونظراً لما قد يثيره قرار محكمة التمييز في الطعن رقم 74 لسنة 2013 لدى المجتمع القطري من تعزيز فكرة أن البنوك لا يحق لها المطالبة بأية فوائد على القروض التي منحتم إياها، وأنه لا حق لها إلا في التعويض المدني مقابل التأخير في سداد هذه القروض، فقد حاولنا في هذا البحث بيان القواعد القانونية التي يجب تطبيقها على فوائد القروض المصرفية.

ومن ثم نهدف من خلال هذا البحث إلى بيان موقف المشرع القطري من الفوائد على القروض المصرفية، وبيان ما مدى اتفاقنا أو اختلافنا مع حكم محكمة الاستئناف -وقرار غرفة المشورة- في إبطالها للفوائد على القروض المصرفية، وذلك للوقوف على موقف القضاء القطري من الفوائد على القروض المصرفية.

منهج البحث:

لقد اعتمدنا بصفة أساسية في هذه الدراسة على المنهج التحليلي لنصوص القانون القطري وأحكام محكمة التمييز القطرية، ومقارنة هذه النصوص بغيرها من التشريعات المقارنة التي يشابهها أو يقترب منها التشريع القطري كقانون دولة الإمارات العربية المتحدة، وذلك للوقوف على أوجه الاتفاق والاختلاف بينه وبين القانون القطري.

خطة الدراسة:

ستعالج الدراسة موضوع البحث من خلال مبحثين، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: مدى مشروعية الفوائد على القروض المصرفية في التشريع القطري.

المبحث الثاني: موقف القضاء القطري من الفوائد على القروض المصرفية.

المبحث الأول

مدى مشروعية الفوائد على القروض المصرفية في التشريع القطري

تمهيد وتقسيم:

خلافًا لمعظم القوانين الوضعية المقارنة التي أجازت الفوائد، نظم المشرع القطري أحكام عقد القرض المدني في المواد (من 564 إلى 572) من القانون المدني، وأبطل في المادة (568) الاتفاق على أي منفعة أو فائدة زائدة على مقتضى العقد. وخلافًا للمشرع الإماراتي-المادة (76) من القانون الاتحادي رقم 18 لسنة 1993 بإصدار قانون المعاملات التجارية⁽¹⁾- لم ينص المشرع القطري في قانون التجارة القطري رقم 26 لسنة 2006 على تقاضي أية فوائد على القروض التجارية. وبالنسبة للقرض المصرفي، فقد نصت المادة (70) من القانون رقم 13 لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية على حق المصرف في ضبط الفوائد والعوائد وشروط منح القروض وقبول الودائع في مختلف المؤسسات المالية، وسريان الفائدة التي يحددها المصرف على التسهيلات الائتمانية المتعثرة أو المعاد جدولتها.

وتأسيساً على ذلك سنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم القرض المصرفي

المطلب الثاني: موقف المشرع القطري من القرض المصرفي

المطلب الأول

مفهوم القرض المصرفي

لم يضع المشرع القطري تنظيمًا قانونياً لعقد القرض المصرفي⁽²⁾. وإزاء هذا الفراغ التشريعي في قانون التجارة القطري سنولي وجهنا لشرط التشريعات المقارنة وبالأخص القانون الاتحادي الإماراتي رقم 18 لسنة 1993 بإصدار قانون المعاملات التجارية الذي نظم أحكام القرض المصرفي في المادتين (409) و(410). وفي سبيل ذلك سنبين كذلك مدى ارتباط القرض المصرفي بفكرة الائتمان وتعريف محكمة التمييز القطرية في بعض أحكامها للقرض المصرفي، وبيان طبيعته القانونية.

(1) انظر أيضاً: المادة (102) من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980.

(2) على الرغم من أن القروض المصرفية تعد من أقدم صور الائتمان المعروفة في العمل المصرفي سواء أكانت قروضا قصيرة أم متوسطة أم طويلة الأجل. راجع: د. محمد بهجت عبدالله قايد، عمليات البنوك والإفلاس، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 75.

1- مفهوم القرض المصرفي في القانون الاتحادي الإماراتي وبيان طبيعته القانونية:

نصت المادة (409) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 18 لسنة 1993 بإصدار قانون المعاملات التجارية على أن: «1- القرض المصرفي عقد بمقتضاه يقوم المصرف بتسليم المقرض مبلغاً من النقود على سبيل القرض أو يقيده في الجانب الدائن لحسابه في المصرف وفقاً للشروط والأجال المتفق عليها. 2- ويجوز أن يكون القرض مضموناً بتأمينات. 3- ويلتزم المقرض بسداد القرض وفوائده للمصرف في المواعيد والشروط المتفق عليها».

ونصت المادة (410) من ذات القانون على أنه: «يعتبر القرض المصرفي عملاً تجارياً أياً كانت صفة المقرض أو الغرض الذي خصص له القرض». فوفقاً للقانون الإماراتي فإن القرض المصرفي هو: «عقد رضائي ينشأ باتفاق المقرض (المصرف) والمقرض، وأنه ملزم للجانبين - حيث يرتب التزامات متبادلة على عاتق طرفيه»⁽³⁾. وينصرف اصطلاح البنك بصورة رئيسية إلى تلك المؤسسة التي يكون عملها الرئيسي تلقي الودائع النقدية من جمهور المدخرين، ومنح القروض للراغبين من المستثمرين والمستهلكين⁽⁴⁾.

وبخصوص عقد القرض، نلاحظ أن الالتزام الأساسي للبنك - وفقاً للتعريف السابق الإشارة إليه - هو تسليم مبلغ القرض للمقرض⁽⁵⁾، وقد يقوم البنك بدلاً من تسليم مبلغ القرض للمقرض ببيع هذا المبلغ في الجانب الدائن لحسابه إذا كان للعميل المقرض حساب جارٍ لدى هذا البنك⁽⁶⁾. ويتضح أيضاً أن محل القرض هو مبلغ من النقود ولا

(3) د. عادل إبراهيم مصطفى، الوجيز في قانون المعاملات، الجزء الأول - العقود التجارية والعمليات المصرفية - وفقاً لأحكام قانون المعاملات التجارية رقم 18 لسنة 1993 لدولة الإمارات العربية المتحدة، ط3، أكاديمية شرطة دبي، 2008، ص 375.

(4) Tommaso Padoa-Schioppa, Licensing Banks: Still Necessary? The William Taylor Memorial Lectures No.5, Group of Thirty p.2.

ودور البنوك في النظام الاقتصادي الدولي القائم بالغ الأهمية، إذ إن البنوك تقوم بتجميع المدخرات الصغيرة للجمهور، وتستند إليها في ضخ كميات ضخمة من رؤوس الأموال في أسواق الاستثمار. كما غدت البنوك في صورتها الحالية مراكز اقتصادية ضخمة تقدم عدداً كبيراً ومنووعاً من الخدمات الادخارية والاستثمارية، كإدارة المحافظ المالية، وبيع الديون التجارية، وإصدار بطاقات الائتمان، وتقديم النصائح اللازمة للمستثمرين وغيرها. راجع: د. محمد سالم أبو الفرج ود. المعتصم بالله الغرياني، القانون التجاري القطري - الجزء الأول - الأعمال التجارية والتاجر والمتجر - الأحكام العامة للالتزامات التجارية - المنافسة غير المشروعة - منع الاحتكار - حماية الملكية الفكرية - العقود التجارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 61.

(5) ويراعى أن يتم تسليم النقود المقرضة إلى العميل بمجرد إبرام العقد، انظر: د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص 363.

(6) المرجع السابق، ص 365.

يصح غير ذلك⁽⁷⁾ ويتعين مراعاة شروط هذا العقد فيما يتعلق بأجال السداد وغير ذلك من الشروط المهمة التي يتضمونها عقد القرض، وقد يتطلب البنك من العميل المقترض تقديم تأمينات لضمان سداد قيمة القرض⁽⁸⁾. والالتزام الرئيسي على عاتق المقترض هو سداد قيمة هذا القرض بالإضافة إلى الفوائد وذلك حسب شروط وبنود عقد القرض.

ويعتبر القرض المصرفي وفقاً للقانون الإماراتي عملاً تجارياً أيّاً كانت صفة المقترض أو الغرض الذي خصص له القرض، فلا خلاف على أنه يعد عملاً تجارياً للبنك بصفة دائمة⁽⁹⁾، أما للعميل فيعد كذلك سواء أكان تاجراً أم غير تاجر، أو كان الغرض من استخدامه في النشاط التجاري أو غير ذلك⁽¹⁰⁾.

وقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة في العديد من أحكامها على تجارية القرض المصرفي أيّاً كانت صفة المقترض أو الغرض الذي خصص له القرض، حيث قضت بأنه: «من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - الالتزام بحكم الدائرة الدستورية في طلب التفسير رقم 14 لسنة 9 ق دستورية من أن الفوائد الاتفاقية التي تتقاضاها المصارف جائزة شرعاً طالما بقيت الضرورة الملجئة إلى الأخذ بنظام الفوائد، وحتى يوجد نظام جديد للمصارف، وأن مؤدى نص المادة (410) من قانون المعاملات التجارية والذي جاء تقنياً لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أن القرض المصرفي يعتبر من الأعمال التجارية أيّاً كانت صفة المقترض أو الغرض من القرض، وأن مؤدى نص المادتين (76، 77) من ذلك القانون أن للدائن الحق في اقتضاء فائدة على القرض التجاري

(7) حيث أكد البعض ذلك في تعريفه لعقد القرض المصرفي بأنه: «عقد بمقتضاه يتسلم العميل النقود مباشرة، أو تقييد في الجانب الدائن لحسابه، على أن يرد العميل عند نهاية القرض - مثل المبلغ الذي تسلمه مقداراً ونوعاً». راجع: د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مبادئ القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 206.

(8) مثل تقديم العميل المقترض صكوك مالية فيصبح البنك دائناً مرتين لها، وقد يكون القرض مقترناً برهن البضائع أو برهن الصك الذي يمثلها إذا كانت مودعة في مخزن عام أو برهن أوراق تجارية أو برهن حق العميل، وقد يتفق البنك والعميل على الإقراض على المكشوف، أي بلا ضمانات، وهذا قليل الحدوث في الحياة العملية. انظر: د. علي البارودي، مرجع سابق، ص 363-364.

(9) للمزيد انظر: د. فايز نعيم رضوان، مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ط2، أكاديمية شرطة دبي، 1993، ص 15-118. وراجع: حكم محكمة التمييز الكويتية في قضائها بأن: «النص في المادة الخامسة من قانون التجارة على أن معاملات البنوك تعد أعمالاً تجارية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته، مفاده أن أعمال البنوك تعد أعمالاً تجارية سواء من ناحية البنك أو من ناحية عملائه، وبذلك تعد القروض التي تعدها البنوك في نطاق نشاطها المعتاد عملاً تجارياً بالنسبة للطرفين أيّاً كانت صفة المقترض وأيّا كان الغرض الذي خصص له القرض...». الطعن رقم 296 لسنة 2001 قضائية، تاريخ الجلسة 11-2-2002، مكتب فني 30، ص 422.

(10) د. فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 118.

حسب السعر المنصوص عليه في العقد، وإذا تأخر المدين في الوفاء يتعين احتساب الفائدة التأخيرية على أساس السعر المتفق عليه وحتى السداد التام، وإذا لم يعين سعرها في العقد فيتم احتسابها وفق سعر الفائدة السائد في السوق وقت التعامل، على ألا يزيد في هذه الحالة على 12%. لما كان ذلك وكان الطاعن قد طلب الحكم بالفوائد المتفق عليها في العقد فضلاً عن فوائد التأخير، وكان الحكم المطعون فيه أيد قضاء محكمة أول درجة برفض القضاء له بذلك، وأقام قضاءه في هذا الصدد على أن المادة (714) من قانون المعاملات المدنية لا تجيز تقاضي فوائد على أصل القرض، وأن ذلك يعتبر رباً محرماً شرعاً برغم أن القانون الواجب التطبيق هو قانون المعاملات التجارية الذي أوجب القضاء بتلك الفوائد، وأن مقتضى الحكم بدستورية الفوائد يعني أنها لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه»⁽¹¹⁾.

2- القرض وفكرة الائتمان المصرفي:

الائتمان⁽¹²⁾ لغة هو الثقة⁽¹³⁾، وهو يعد في المعاملات التجارية من قبيل المعاملة بالأجل، على أساس أن هناك فترة زمنية بين نشأة الالتزام والوفاء به⁽¹⁴⁾، وهذا يرجع إلى ثقة أحد الطرفين في قدرة الطرف الآخر ورغبته في الوفاء بتعهداته⁽¹⁵⁾.

ولفكرة الائتمان المصرفي دور أساسي في صياغة أحكام القانون التجاري⁽¹⁶⁾، فهي تعني ما ينشأ بين التجار من ثقة متبادلة مصدرها أمران هما: 1- المعاملات السابقة المنتظمة بينهما واعتمادهما على بعضهم بعضاً. 2- ما يوفره لهم العرف التجاري من وسائل يلزمون من خلالها بعضهم بعضاً على الوفاء بتعهداتهم، بالإضافة إلى خشية

(11) المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 518 - لسنة 24 قضائية، تاريخ الجلسة 11-7-2005، مكتب فني 27، رقم الجزء 3، ص 1906.

(12) د. محمد سالم أبو الفرج ود. المعتصم بالله الغرياني ود. محمد عبد العزيز الخليفي، عمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة القطري رقم 27 لسنة 2006، منشورات كلية القانون، جامعة قطر، الدوحة، الراعي الرسمي للكتاب: مصرف قطر المركزي، سبتمبر 2015، ص 151.

(13) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004، متاح على الموقع الإلكتروني: https://d1.islamhouse.com/data/ar/ih_books/single_01/ar_Almajm_Alousit.pdf - باب أمن: وثق فيه، واستأمن بمعنى أمن.

(14) د. محمد سالم أبو الفرج ود. المعتصم بالله الغرياني ود. محمد الخليفي، مرجع سابق، ص 151.

(15) د. محمود مختار بري، قانون المعاملات التجارية - عمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 83.

(16) د. محمد سالم أبو الفرج ود. المعتصم بالله الغرياني ود. محمد الخليفي، مرجع سابق، ص 151.

كل تاجر على سمعته بين أقرانه في السوق وفي مواجهة عملائه⁽¹⁷⁾.

وبصفة عامة يشير لفظ الائتمان المصرفي إلى العلاقات التي تنشأ بين البنك وعميله. ويترتب على هذه العلاقات التزامات معينة على عاتق البنك تزيد من ائتمان العميل في مواجهة الغير. ومن ناحية أخرى، يرتكن البنك فيها على قدرة العميل على القيام بالتزاماته وفاءً بما قد يتكلف به البنك عند تنفيذ التزاماته⁽¹⁸⁾. ويمكن تعريف عقد القرض باعتباره صورة أساسية من الائتمان المصرفي بأنه: «عقد يلتزم فيه البنك بإعطاء العميل مبالغ نقدية، يلتزم العميل بردها في مواعيد محددة ومصحوبة بفوائد متفق عليها»⁽¹⁹⁾.

3- تعريف محكمة التمييز القطرية للقرض المصرفي وبيان طبيعته القانونية:

عرّفت محكمة التمييز القطرية عقد القرض المصرفي بأنه: «عقد يقوم بمقتضاه البنك بتسليم المقترض مبلغاً من النقود على سبيل القرض، أو قيد هذا المبلغ في الجانب الدائن لحساب المقترض في البنك، ويلتزم المقترض بسداد مبلغ القرض وفوائده للبنك في المواعيد والشروط المتفق عليها، ويعتبر القرض المصرفي عملاً تجارياً أيّاً كانت صفة المقترض أو طبيعة القرض الذي خصص له هذا القرض»⁽²⁰⁾.

ويتشابه - بل يكاد يتطابق في الحقيقة - تعريف محكمة التمييز القطرية لعقد القرض مع المادتين (409) و(410) من القانون الاتحادي الإماراتي، وحيث إنه لا مرأى في أن عقد القرض المصرفي يعد عملاً تجارياً بالنسبة للبنك وذلك تطبيقاً لنص المادة (5) من قانون التجارة القطري الذي يعتبر كل عمليات البنوك تجارية متى تمت ممارستها على وجه الاحتراف أعمالاً تجارية⁽²¹⁾.

(17) المرجع السابق، ص 151.

(18) المرجع السابق، ص 152. د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المصرفية وضماناتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 7 هامش 1.

(19) د. محمد سالم أبو الفرج ود. المعتصم بالله الغرياني ود. محمد الخليفي، مرجع سابق، ص 152.

(20) تمييز مدني، الطعن رقم 168 لسنة 2010 (جلسة 2011/1/11). وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في الطعن رقم 28/115 ق في جلسة 27/6/1963 لسنة 14 ص 936، حيث قضت بأن القروض التي تعقدها البنوك في نطاق نشاطها المعتاد تعتبر عملاً تجارياً مهماً كانت صفة المقترض وأياً كان الغرض الذي خصص له. وللمزيد عن هذا الحكم المصري، راجع: د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 539 وما بعدها. ويرى د. محمود مختار بريري أنه يجب إعمال القواعد العامة في هذا الصدد، حيث يتم تحديد الصفة التجارية للقرض في ضوء نظرية العمل التجاري، فيكون القرض تجارياً دائماً بالنسبة للبنك، أما بالنسبة للعميل فيتوقف الأمر على الغرض الذي يستخدم فيه القرض. د. محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 93.

(21) للمزيد راجع: د. محمد سالم أبو الفرج ود. المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها.

المطلب الثاني

موقف المشرع القطري من القرض المصرفي

إن عقد القرض المصرفي لا يختلف - في رأينا - عن عقد القرض بصفة عامة إلا في أن البنك يكون هو الطرف المقرض. ولذا فإنه إزاء الفراغ التشريعي في قانون التجارة القطري وعدم تنظيمه لأحكام عقد القرض بصفة عامة، فإن هذا العقد سيخضع في قطر لأحكام عقد القرض المدني الواردة في المواد (من 564 إلى 572)، وذلك في حالة عدم وجود نص في تشريع آخر مكمل أو عرف خاص أو عرف مصرفي. ولكننا نتساءل عن مدى خضوع البنوك التجارية لأحكام القانون التجاري وبحسبان أن ما تبرمه من قروض تعد قروضاً تجاريةً إعمالاً لنص المادة (78) من قانون التجارة القطري والتي تنص على أنه: «يكون القرض تجارياً إذا أبرمه التاجر لأعمال تتعلق بشؤون تجارته، أو أن يكون الغرض من القرض استخدامه في أعمال تجارية».

ومن ثم لا يجوز لها أن تتقاضى أية فوائد على هذه القروض، حيث إن هذا القانون سكت عن تقرير أمر الفوائد عكس ما فعله القانونان الكويتي والإماراتي؟

في حقيقة الأمر، فإن البنك هو تاجر نقود، وهذه القروض تتعلق بشؤون تجارته، والغرض الأساسي من قبول الودائع من عملائه هو استخدام هذه الودائع في أعمال تجارته التي قوامها إقراضها إلى المستثمرين وغيرهم من الأشخاص الراغبين في الحصول على هذه الودائع عن طريق العمليات الائتمانية المتعددة⁽²²⁾. ومن ثم لا يجوز له أن يتقاضى فوائد على القروض التي يمنحها للغير، وذلك لأن المشرع التجاري في قانون التجارة لم يقرر جواز تقاضي فوائد على القروض التجارية.

بيد أن هذا الحل قد لا يكون مقبولاً في حالة اتفاق البنك مع عملائه على فوائد إعمالاً لنص المادة (70) من القانون رقم 13 لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية التي تنص على أن: «للمصرف ضبط أسعار العوائد والفوائد وشروط منح القروض وقبول الودائع في مختلف المؤسسات المالية، وتسري الفائدة أو العائد الذي يحدده المصرف على التسهيلات الائتمانية المتعثرة أو المعاد جدولتها، ما لم يتم الاتفاق بين المؤسسات المالية المقرضة وعمالئها على سعر آخر».

(22) د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 5 وما بعدها. د. محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 4. د. جلال وفاء محمد، المبادئ العامة في العقود التجارية وعمليات البنوك، الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص 75. د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري - الجزء الثاني: الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 398.

ولكننا نتساءل عن أساس أو مصدر اتفاق البنك مع عملائه في القرض المصرفي على الفوائد؟ فهل أساس أو مصدر الاتفاق هو عقد القرض المصرفي نفسه أم نص المادة (70) من القانون رقم 13 لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر وتنظيم المؤسسات المالية؟

فقد يذهب رأي إلى القول بأن أساس أو مصدر الاتفاق بين البنك وعملائه على الفوائد هو عقد القرض المصرفي، وبناءً على ذلك فإن هذا الاتفاق سيخضع لأحكام القانون المدني وتطبق نصوص القرض المدني المواد (من 564 إلى 572). وذلك على أساس أن عقد القرض المصرفي لم ينظم أحكامه المشرع في قانون التجارة بل قام بذلك في القانون المدني. وقد يستطرد هذا الرأي في القول بأنه لا يجوز لأحد أن يعارض ما ذهب إليه بحجة أن العرف التجاري المصرفي يجب أن يقدم على القانون المدني إعمالاً لنص المادة (2) من قانون رقم 27 لسنة 2006 بإصدار قانون التجارة والتي تقضي بأنه: «تسري على المسائل التجارية الأحكام الواردة في هذا القانون أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية، فإن لم يوجد نص يطبق العرف التجاري، ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام، فإن لم يوجد عرف تجاري، تطبق أحكام القانون المدني»⁽²³⁾. وفي هذه الحالة نتساءل عن مدى جواز مخالفة العرف التجاري لنص تشريعي أمر، فضلاً عن أحد النصوص الدستورية؟

وقد يؤيد هذا الفريق قوله بأن القاعدة العامة تقضي بأنه لا يمكن للعرف التجاري مخالفة أي نص تشريعي. والاستثناء الوحيد يتمثل في وجود إرادة مخالفة من المشرع، وهذا معناه أن إمكانية مخالفة العرف لنص تشريعي أمر متى أراد المشرع أن يرهن أعمال النص القانون الأمر بعدم وجود عرف مخالف⁽²⁴⁾. وبتطبيق ذلك على المسألة محل تساؤلنا، فإن العرف التجاري المصرفي الذي تتبناه البنوك التجارية القطرية في تقاضيتها فوائد على القروض الشخصية التي تمنحها لعملائها يعد عرفاً فاسداً لمخالفته نص المادة الأولى من الدستور القطري (انظر لاحقاً) ونص المادة (568) من القانون المدني القطري؛ ولذا يكون اتفاق البنك مع عملائه على فوائد في القرض المصرفي اتفاقاً باطلاً والعقد نفسه صحيحاً.

(23) حيث قضت محكمة التمييز القطرية بأن: «المقرر طبقاً للمادة (2) من قانون التجارة رقم (27) لسنة 2006 أن أعمال البنوك التي تزاولها على وجه الاحتراف تُعد أعمالاً تجارية أياً كانت صفة المتعامل مع البنك، ومن ثم تحكمها - فيما خلا منه الاتفاق - أحكام قانون التجارة أو القوانين الأخرى المتعلقة بالمسائل التجارية، فإن لم يوجد نص في تلك القوانين يطبق العرف التجاري مع تقديم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام، فإن لم يوجد عرف تجاري تطبق أحكام القانون المدني...». تمييز مدني، الطعن رقم 107 لسنة 2013، جلسة 18 من يونيو سنة 2013. د. محمد سالم أبو الفرج و د. المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 110.

(24) د. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، -2008 ص 199 - 201

ولكن هل يمكن التسليم بأن اتفاق البنك مع عملائه على الفائدة مصدره نص المادة (70) من قانون مصرف قطر المركزي المطبق حالياً؟

في الواقع لم يحسم المشرع القطري الأمر بنص صريح وقاطع كتنظيره الكويتي والإماراتي، وإنما اتجه - من وجهة نظرنا - إلى الاعتراف بالفوائد التي تتفق البنوك عليها مع عملائها ودون أن يحدد الحد الأقصى لهذه الفوائد، ومع ذلك نص في الفقرة الثانية من المادة (70) من قانون مصرف قطر على سريان الفوائد على التسهيلات الائتمانية المتعثرة أو المعاد جدولتها فقط، وهذا يعني أنها تسري من باب أولى حال اتفاق البنك عليها مع عملائه.

ومن نافلة القول إن المشرع القطري وقف في منطقة وسطى إزاء مسألة تقاضي الفوائد على القروض، فهو قد نص على عدم مشروعيتها في القرض المدني ولم ينص على جوازها في القرض التجاري، وأعمل نص المادة الأولى من الدستور القطري في نصها على أن: "الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي لتشريعاتها"، وفي الوقت نفسه لم ينظم عقد القرض المصرفي، ومن ثم فهو يقر للبنوك بحقها في أن تتفق مع عملائها على فوائد على القروض، ولذلك فإن البنوك تستند إلى نص المادة (70) من قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية بحسابه من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية في اتفاقها على القروض المصرفية وتحديد سعر الفائدة.

تعقيب:

يلاحظ أن المشرع القطري اعتمد على نوع المؤسسة في اعتبار كل ما يصدر عنها عملاً تجارياً، وهو في ذلك محق إذ لا تتميز هذه المعاملات بطابعها الخاص إلا بصورها من مؤسسة يصدق عليها وصف البنك. ويعد من أهم الأمثلة على هذه العمليات ما جاء به المشرع القطري وأفرد له تنظيماً في الفصل السادس من الباب الرابع من قانون التجارة وتشمل: وديعة النقود، وديعة الأوراق المالية، إيجار الخزائن، النقل المصرفي، الاعتماد البسيط، الاعتماد المستندي، خصم الأوراق التجارية، خطاب الضمان، الحساب الجاري، الاعتماد بالقبول، بطاقات الائتمان، إلا أن حكم التجارية ينصرف إلى كل ما يصدر عن البنك من عمليات أخرى كذلك، فيخرج عن إطار هذه المادة نفس هذه العمليات إن صدرت من غير بنك⁽²⁵⁾.

وجاء في قضاء محكمة التمييز القطرية أن: «القرض المصرفي يعتبر عملاً تجارياً أياً

(25) د. محمد سالم أبو الفرج ود. المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 61-62.

كانت صفة المقترض أو طبيعة القرض الذي خصص له هذا القرض»⁽²⁶⁾.

وتتناول المواد (4 و5 و6) من قانون التجارة القطري⁽²⁷⁾ تحديداً لما تسميه بالأعمال التجارية، فتورد أولاً ما يعد أعمالاً تجارية ولو تم لمرة واحدة⁽²⁸⁾، ثم تعداداً لأعمال تعد تجارية إذا تمت على وجه الاحتراف⁽²⁹⁾.

(26) تمييز مدني، الطعن رقم 184، لسنة 2010 (جلسة 28-12-2010).

(27) وجددير بالذكر أن المشرع نص صراحة في المادة (7) على أن جميع الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية تعتبر أعمالاً تجارية. والأوراق التجارية هي عبارة عن: «صكوك مكتوبة وفق أشكال حددها القانون، تمثل حقاً موضوعه مبلغاً معيناً من النقود، يستحق الأداء بمجرد الاطلاع أو بعد أجل معين أو قابل للتعيين، وهي قابلة للتداول بالطرق التجارية». (م 447 من قانون التجارة القطري). وتشمل الكمبيالة والسند لأمر والسند لحامله والشيك وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى أيًا كانت صفة ذوي الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التي أنشئت من أجلها. (م 448 من قانون التجارة القطري).

(28) وهذه الأعمال جاء ذكرها في المادتين (4) و(6) من قانون التجارة القطري. وتنص المادة (4) على أنه: «تعد، بوجه خاص، أعمالاً تجارية، الأعمال الآتية:

- 1- شراء السلع وغيرها من المنقولات، أيًا كان نوعها، بقصد بيعها، سواء بيعت على حالتها أو بعد تهيئتها في صورة أخرى.
- 2- شراء السلع وغيرها من المنقولات، أيًا كان نوعها، بقصد تأجيرها، أو استئجارها بقصد إعادة تأجيرها.
- 3- البيع، أو الإيجار، أو إعادة التأجير للسلع المشتراة، أو المستأجرة على الوجه المبين فيما تقدم.
- 4- شراء العقار، بقصد بيعه بحالته الأصلية أو بعد تجزئته، وبيع العقار الذي اشترى بهذا القصد.
- 5- تأسيس الشركات التجارية.
- 6- مقاولات الأعمال».

ويجري نص المادة (6) على النحو التالي: «يعد عملاً تجارياً جميع الأعمال المتعلقة بالملاحة البحرية والجوية، وبوجه خاص، ما يلي:

- 1- إنشاء السفن أو الطائرات، وبيعها وشراؤها وإيجارها واستئجارها وإصلاحها.
- 2- الإقراض والاستقراض.
- 3- العقود المتعلقة باستخدام ربان السفينة وملاحيها وقائد الطائرة وملاحيها، وسائر العاملين بهما.
- 4- النقلات البحرية والجوية، وكل عملية تتعلق بها كشراء أو بيع لوازمها من مهمات وأدوات وذخائر ووقود وحبال وأشربة ومؤون ومواد تموين الطائرات.
- 5- التأمين البحري والجوي، بأنواعه المختلفة».

(29) وتتضمن المادة (5) من قانون التجارة القطري تعداداً لهذه الأعمال، حيث يجري نص هذه المادة على النحو التالي:

«تعد أعمالاً تجارية الأعمال الآتية إذا تمت على وجه الاحتراف:

- 1- معاملات البنوك
- 2- أعمال الصرافة والمبادلات المالية والاستثمار والتمويل
- 3- أعمال الوكالة التجارية والسمسرة.
- 4- عقود التوريد.
- 5- أعمال المخازن العامة، والرهون المترتبة على الأموال المودعة بها.
- 6- العمليات الاستخراجية لموارد الثروة الطبيعية كالمناجم والماجر والنفط والغاز وغيرها.
- 7- التأمين بأنواعه المختلفة.

=

لم يورد المشرع الأعمال والحرف السابقة إلا على سبيل المثال، إذ من المستحيل عقلاً أن يمكن للمشرع أن يحيط بجميع الأنشطة الاقتصادية القائمة والمستقبلية عن طريق تعددها تفصيلاً في متن القانون؛ لذلك ترك المشرع للفقهاء والقضاء استقرار الواقع التجاري وأعراف السوق واستنباط معيار مناسب من خلال الأعمال المنصوص عليها حتى ينزل حكم التجارية على ما قد يستجد من الأعمال إذا شابته الأعمال المنصوص عليها في غاياتها وصفاتها، وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في الفقرة الأولى من المادة (8) من قانون التجارة القطري⁽³⁰⁾.

كما تنص الفقرة (2) من المادة (8) من قانون التجارة على أنه: "كما تعتبر أعمالاً تجارية الأعمال المرتبطة بالمعاملات التجارية المشار إليها في المواد السابقة، أو المسهلة لها، وجميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته". بناء على هذا النص، فإنه يشترط لاعتبار عمل ما عملاً تجارياً بالتبعية توافر شرطين، جعل المشرع أولهما قرينة على توافر الثاني⁽³¹⁾. فالشرط الأول هو ارتباط العمل بالأعمال التجارية المنصوص عليها في القانون أو صدور العمل عن تاجر، ولا يكفي أن يصدر العمل عن تاجر حتى يعد عملاً تجارياً، ذلك أن التاجر شأنه شأن غيره من البشر تصدر عنه أعمال متعلقة

- = 8- أعمال ونشاط المحال المعدة للجمهور، كالملاعب العامة، ودور السينما، والفنادق، والمطاعم ومحال البيع بالمزايدة
- 9- أعمال ونشاط دور التعليم والمستشفيات الخاصة.
- 10- امتيازات المرافق العامة، كتوزيع الماء، والكهرباء، والغاز، وإجراء الاتصالات البريدية والبرقية والهاتفية وغيرها.
- 11- النقل براً وبحراً وجواً.
- 12- أعمال الصيانة والتنظيف وغيرها من الخدمات التجارية.
- 13- وكالات الأعمال، ومكاتب السياحة والتصدير والاستيراد، والتخليص الجمركي والاستقدام.
- 14- الأعمال المتعلقة بالطباعة، والنشر والصحافة، والإذاعة والتلفزيون، ونقل الأخبار أو الصور، والإعلانات وبيع الكتب.
- 15- الصناعة وإن كانت مقترنة باستثمار زراعي، والتعهد بالإنشاء والصنع.
- 16- الأعمال المتعلقة بمقاولات التشييد والإنشاءات وترميمها وهدمها.
- للمزيد من التفصيل، انظر: د. محمد سالم أبو الفرج ود. المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 51 وما بعدها.
- (30) الفقرة الأولى من المادة (8) من قانون التجارة القطري. انظر فيما يتعلق بالأعمال التجارية بالقياس: د. هاني دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
- (31) د. محمد سالم أبو الفرج و د. المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 99. د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 147-153. د. ثروت علي عبد الرحيم، شرح القانون التجاري المصري الجديد، الجزء الأول، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 119-143. د. فايز رضوان، مبادئ القانون التجاري طبقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000. د. خليل فيكتور تادرس، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 85-92.

بحياته الخاصة واحتياجاته الشخصية والأسرية، والتاجر بشأن هذه الأعمال لا يعد تاجراً ولا يقوم المبرر لإخضاع عمله لقانون التجار - القانون التجاري، وعليه فيلزم أن يأتي العمل متعلقاً بشؤون تجارته (الشرط الثاني)⁽³²⁾.

ولاشك أن كثيراً من معاملات التاجر تتضمن التعامل مع غير التجار من عامة الناس الذين يتعاقدون مع التاجر لقضاء حاجاتهم اليومية، ومثال ذلك بيع التاجر بضاعة (سيارة مثلاً) لمستهلك، هنا يعد العقد تجارياً بالنسبة للتاجر ومدنياً للمستهلك، فأى نظام قانوني يخضع له مثل هذا العقد: القانون التجاري أو القانون المدني. إن المنطق في هذه الحالة هو إخضاع مثل هذه الأعمال للنظامين القانونيين، فتطبق أحكام القانون التجاري على الطرف الذي يعد العمل تجارياً بالنسبة له، وتطبق أحكام القانون المدني على الطرف الآخر الذي يُعتبر العمل مدنياً بالنسبة له⁽³³⁾، غير أن المشرع القطري أخذ بحكم مختلف، حيث أخضع أطراف العقد لأحكام القانون التجاري، وهذا ما نصت عليه المادة (10) من التقنين التجاري بقولها: «إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر، سرت أحكام هذا القانون (قانون التجارة) على التزامات كل منهما الناشئة عن هذا العقد، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك».

إذاً الأصل هو تطبيق أحكام القانون التجاري على الطرفين في هذه الأعمال، إلا أن المشرع أجاز الخروج على هذا الأصل - أي تطبيق أحكام القانون التجاري وأحكام القانون المدني في الوقت نفسه - في حالتين وهما: 1- وجود نص خاص بذلك، أو 2- وجود اتفاق بين الطرفين يقضي بذلك.

ونرى صحة مسلك المشرع القطري في هذا الخصوص، حيث إنه في حالة ما إذا أمكن إخضاع كل طرف للقانون الخاص به، فيتم إخضاع التزامات كل طرف لقانونه الواجب التطبيق عليه، فيجوز إثبات التزامات التاجر وفقاً للقواعد التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري، في حين يظل الطرف المدني خاضعاً لقواعد الإثبات المدنية⁽³⁴⁾، والعبرة هنا ليست بمن يقوم بالإثبات بل بمن يتم الإثبات في مواجهته، مثال ذلك لو اشترى فهد

(32) د. فايز رضوان، قانون التجارة المصري، مرجع سابق، ص 182 - 183. د. محمد سالم أبو الفرج ود. المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 101.

(33) هذا هو مسلك المشرع المصري، حيث نصت المادة (3) من قانون التجارة على أنه: «إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد طرفيه فلا تسري أحكام القانون التجاري إلا على التزامات هذا الطرف وحده، وتسري على التزامات الطرف الآخر أحكام القانون المدني ما لم ينص القانون على غير ذلك». للمزيد من التفصيل راجع: د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 154-157. د. خليل فيكتور تادرس، مرجع سابق، ص 93-98. د. ثروت عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 145-149.

(34) د. محمد سالم أبو الفرج و د. المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 107.

(وهو من عموم الناس) أثاثاً من بكر تاجر الأثاث، ثم ادعى بكر بالثمن، تعيّن عليه أن يقدم دليلاً كتابياً في هذا الصدد، أما إذا كان فهد هو المدعي بمخالفة الشروط أو بعدم حصول التسليم فله إثبات العقد بكافة طرق الإثبات⁽³⁵⁾.

وأراد المشرع القطري أن يتجنب ذلك هادفاً إلى تيسير إجراءات الإثبات على الطرفين في هذه الأعمال المختلطة، فقرر تطبيق أحكام قانون التجارة على كل منهما⁽³⁶⁾. وهنا يجب التذكير بنص المادة (3) من قانون التجارة، وهي التي تعرّف الأعمال التجارية بصفة عامة، حيث تنص على أنها: «الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد المضاربة ولو كان غير تاجر، والمضاربة هي توخي الربح بطريقة تداول المعاملات»⁽³⁷⁾.

ونخلص من ذلك أن المعاملات التي يقوم بها البنك - والذي يعتبر تاجراً - هي أعمال تجارية، وأن القانون التجاري القطري سيطبق - كقاعدة عامة - في حالة كون العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر.

(35) المرجع السابق، ص 108.

(36) المرجع السابق، ص 109.

(37) لم يُعرّف المشرع المصري العمل التجاري واكتفى فقط بتعداد الأعمال التجارية في المواد من 4 إلى 6 من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999. د. مصطفى كمال طه وأنور بندق، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 65.

المبحث الثاني

موقف القضاء القطري من الفوائد على القروض المصرفية

تمهيد وتقسيم:

سبق القول بشأن موقف القضاء القطري من الفوائد على القروض المصرفية لم يكن موحداً، إذ إنه كان لمحكمة الاستئناف موقفان متناقضان؛ فقبل عام 2013 وصدور حكم الاستئناف الأخير، كانت هذه المحاكم تتفق مع اتجاه محكمة التمييز في قضائها بجواز تقاضي البنوك للفوائد على القروض التي تمنحها لعملائها. ولكن بصدور حكم الاستئناف عام 2013 خالفت المحكمة بحكمها الأخير ما استقرت عليه محكمة التمييز وقضت بعدم أحقية البنوك في تقاضي أية فوائد على القروض المصرفية وأن هذه الفوائد من الربا المحرم.

لذا سنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: دراسة تحليلية نقدية لحكم محكمة الاستئناف رقم 422/428/2012.

المطلب الثاني: دراسة تحليلية نقدية لقرار محكمة التمييز في غرفة المشورة في الطعن رقم 74 لسنة 2013.

المطلب الأول

دراسة تحليلية نقدية لحكم محكمة الاستئناف رقم 2012/428/422

بداية نود الإشارة إلى أن حكم محكمة الاستئناف رقم 422/428/2012 جاء مخالفاً لما أرسى محكمة التمييز القطرية من مبادئ هامة بشأن الفوائد على القروض المصرفية وتتمثل فيما يلي: تجارية القرض المصرفي أياً كانت صفة المقترض، وأن الفوائد تعد تعويضاً للبنك يقدر على أساس المسؤولية التقصيرية (38).

ومن ثم نطرح على بساط الدراسة عدة تساؤلات:

1- هل أصاب حكم الاستئناف في تطبيقه لأحكام القرض المدني والمادة الأولى من الدستور القطري على القرض المصرفي، واستبعاده تطبيق نص المادة (70) من القانون رقم 13 لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية الذي

(38) راجع للمؤلفين: «النظام القانوني للفوائد على القروض المدنية والتجارية في ضوء تطبيقات محكمة التمييز القطرية: دراسة تحليلية نقدية»، بحث منشور ضمن أعمال «مؤتمر القانون المدني القطري في عقده الأول 2004-2014»، كلية القانون، جامعة قطر، 23-24 نوفمبر 2014، ص 10 وما بعدها.

استندت إليه محكمة التمييز في أحكامها لمنح البنك الحق في تقاضي الفوائد من عملائه على تلك القروض؟

2- هل يمكن القول بأن حكم الاستئناف والذي قضت محكمة التمييز بعدم قبول الطعن عليه بقرارها في غرفة المشورة يعد مبدأً جديداً لمحكمة التمييز، أم يجب أن ننتظر أحكاماً أخرى لمحكمة التمييز لنقف على موقفها من القروض المصرفية؟

للإجابة على السؤالين السابقين سنعرض لسبب المشكلة التي أدت إلى مخالفة حكم الاستئناف لما كان مستقراً عليه في أحكام محكمة التمييز القطرية، ثم نعرض لوقائع حكم الاستئناف وقرار التمييز في غرفة المشورة والأسباب والمنطوق، وأخيراً تعليقنا على الحكم وقرار غرفة المشورة.

أولاً- السبب في مخالفة حكم الاستئناف لأحكام التمييز السابقة عليه:

أضحى جلياً أن السبب في مخالفة حكم الاستئناف لأحكام التمييز السابقة عليه هو الفراغ التشريعي في قانون التجارة القطري، حيث إنه لا يوجد فيه نص تشريعي - خلافاً لغالبية التشريعات المقارنة - يجيز تقاضي فوائد على القروض التجارية، ولا يوجد تنظيم قانوني لعقد القرض المصرفي، ومن ثم اتجهت محكمة التمييز إلى تعريف عقد القرض المصرفي وكيفيته بأنه عمل تجاري أيّاً كانت صفة المقترض مدنياً أو تجارياً، واستندت في مشروعية الفوائد في القروض المصرفية إلى نص المادة (110) من المرسوم بقانون رقم 33 لسنة 2006 بشأن مصرف قطر المركزي الذي تم إلغاؤه وحل محله نص المادة (70) من القانون رقم 13 لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية، وإزاء ما تقدم خالف حكم الاستئناف أحكام التمييز السابقة على صدوره، وبدلاً من رفضه من محكمة التمييز، فوجئنا بأنها قضت بعدم قبول الطعن عليه بقرارها في غرفة المشورة.

ثانياً- عرض لحكم الاستئناف رقم 2012/428/422:

- أقام المدعي (بنك الدوحة - مستأنف) الاستئناف رقم 2012/428 ضد المدعى عليه (...). مستأنف ضده، وأقام الأخير الدعوى ضد بنك الدوحة بالاستئناف رقم 2012/422، فكلتا الطرفين في الدعوى مستأنف ومستأنف ضده.

- طلب البنك من المحكمة إلزام المدعى عليه بدفع مبلغ 94217042 ريالاً حتى تاريخ 2010/7/29 مع فائدة بواقع 13.75 % سنوياً اعتباراً من 2010/7/30 حتى السداد

التام، وشرح المستأنف دعواه بأن المستأنف ضده حصل على قرض شخصي قيمته 675000 ريال ثم توقف عن السداد حتى ترصد في ذمته مبلغ 17094242 ريالاً حتى تاريخ 2010/7/29، ولما كان المدعى عليه فوّض البنك في تغيير سعر الفائدة صعوداً وهبوطاً أثناء مدة القرض فأصبح سعر الفائدة من 9.99% إلى 13.75%. ولما امتنع المدعى عليه عن السداد فقد أقام المدعي دعواه.

- وشرح دعواه على النحو التالي: طلب المدعى عليه (البنك) من المحكمة وقف الدعوى تعليقاً لحين الفصل في الجنحة رقم 2009/6657، وطلب نذب خبير حسابي لبيان المبالغ المسددة من قيمة القرض واستبعاد الفائدة التي لم يحل أجلها.

- حكمت المحكمة تمهيداً في 2011/2/28 بنذب خبير حسابي، انتهى في تقريره إلى أن قيمة الفوائد هي مبلغ 369551047 ريالاً، والمبالغ المسددة من المدعى عليه هي 10238005 ريالات، واعتبر أن المبلغ المستحق على المدعى عليه هو 9420170.42 ريال، وبعد تعقيب الطرفين على التقرير حكمت المحكمة في 2012/2/28 بأن يدفع المدعى عليه مبلغ 95/572618 ريالاً وفائدة 5% شهرياً من تاريخ إقامة الدعوى حتى السداد التام كتعويض جابر للأضرار المادية التي لحقت المدعى نتيجة تقاعسه عن سداد الدين في وقت استحقاقه.

- طعن المدعي (البنك) على الحكم بموجب عريضة استئناف رفعها في 2012/3/29 وطلب تعديل الحكم المستأنف وإلزام المستأنف ضده بأن يدفع له مبلغ (9420170.42) ريالاً وفائدة 13% حتى 2010/7/30 وفائدة 6.5% حتى 2011/4/11، وطعن المدعى عليه بالاستئناف على الحكم الابتدائي بتاريخ 2012/3/29.

- قررت المحكمة ضم الاستئنافين لبعضهما للارتباط، وقررت حجز الدعوى للحكم في جلسة 2012/12/26 ومددت الجلسة إلى 2013/1/23.

- **ومن حيث الشكل:** وحيث إن كلا الاستئنافين قد استوفى الأوضاع الشكلية المقررة قانوناً فهما مقبولان من الناحية الشكلية.

- **وفي الموضوع:** بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام المدعى عليه بالفائدة المقدرة بسعر 5% شهرياً من تاريخ إقامة الدعوى حتى السداد كتعويض جابر للأضرار المادية التي لحقت بالبنك والحكم، من جديد بإلزام المدعى عليه بمبلغ إجمالي وقدره 50000 ريال كتعويض عن الأضرار الناتجة عن تأخيره في سداد الدين المحكوم به عليه، وذلك لفائدة البنك وإلزام كل طرف بمصاريف استئنافه.

أثار هذا الحكم العديد من المسائل القانونية تتمثل في الآتي :

1- الاستناد إلى الفصل الخامس من القانون المدني الخاص بالقرض كدليل على بطلان الفائدة:

قضى هذا الحكم لأول مرة في القضاء القطري بتطبيق أحكام القرض المدني على القروض المصرفية التي تبرمها البنوك مع عملائها، واعتبر الحكم أن الفائدة المتفق عليها بين البنك والمدعى عليه اتفاق باطل؛ لأن هذه الفائدة تعد بمثابة منفعة زائدة عن مبلغ القرض، ولذا لا وجه للاحتجاج بالاتفاق عليها. و«حيث إنه فيما يخص موضوع الاستئناف فإن البحث ينحصر كما أشير إلى ذلك أعلاه في مقدار الدين والحق في الفائدة المتفق عليها، والبين من الحكم المستأنف أنه قضى بالمبلغ المستحق وذلك بعد خصم ما تم سداه من طرف المدين من أصل القرض مستبعداً حساب الفائدة، وأن دفاع المدين انصب على الفائدة المحكوم بها كتعويض...، بينما الدائن تمسك بالفائدة المتفق عليها صراحة في الاتفاقية أو التي يمكن أن يحددها من تلقاء نفسه على تفويض من المدين، وقد استند في دفاعه على نصوص القانون المعمول به، وبالرجوع للمادة (171) من القانون المدني فإنها نصت على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، أي أن سلطان الإرادة ليس على إطلاقه بل هو مقيد بما يقرره القانون، وبالرجوع إلى مواد القانون المدني نفسه نجد أنه ينص في الفصل الخامس الخاص بالقرض على أحكام وشروط القرض بطريقة واضحة وصريحة، ونصت المادة (568) على بطلان أي شرط يجر منفعة زائدة على مقتضى القرض، ونصت المادة التالية (569) على أن المقترض يرد المثل عند حلول الأجل المتفق عليه أو عند سقوطه، ومما لا شك فيه أن الفائدة المتفق عليها هي منفعة زائدة عن مبلغ القرض، ومادام القانون يمنع ذلك ويعتبره باطلاً فلا وجه للاحتجاج بالاتفاق عليها...»⁽³⁹⁾.

2- بطلان الاتفاق على الفائدة لمخالفته لنص المادة الأولى من الدستور القطري:

«ومن جهة ثانية فإن المادة الأولى من الدستور الدائم نصت صراحة على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي لتشريعاتها، ونصت المذكرة التفسيرية للدستور المذكور عند حديثها عن المادة الأولى المذكورة على أن الكل يُجمع على أنه لا يجوز أن يصدر تشريع في قطر يخالف المبادئ القطيعة الثبوت قطعية الدلالة من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وبحيث لا تفهم المادة فهماً سلبياً وكأنها دعوة للتخلي عن الأحكام ومبادئ

(39) حكم محكمة الاستئناف رقم 2012/428/422.

الشريعة الإسلامية، الأمر الذي يتأكد منه بوضوح تام أن أي قانون يجب أن يكون مضمونه ومقصده مطابقين لأحكام الشريعة الإسلامية التي لا خلاف في حجيتها، والآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تحرم الربا كثيرة والجميع يُقرُّ بها، والخلاف الذي كان حول الفائدة التي ستتعامَل بها البنوك وهل هي من الربا أم لا قد تمَّ بحثه ووقع الاتفاق في الهيئات العليا للإفتاء بأنها تُعتبر ربا، وأصبحت معلوماً من الدين بالضرورة، ولا تحتاج إلى زيادة في الدليل على تحريمها، وعليه فإن أي قانون يُنظم الحياة العامة للمجتمع ومنها الأمور المالية والمصرفية يجب عليه التقيد بالمادة الأولى للدستور وإلا تدخل القضاء لفرض رقابته على احترامها طبقاً لسلطته القضائية المخوَّلة له كذلك بموجب الدستور المذكور، وعليه فإن الحكم المستأنف لما قضى بمبلغ الدين المستحق كان حكمه طبقاً للقانون ويتعين تأييده في هذا الجانب....»⁽⁴⁰⁾.

3- استحقاق الدائن للتعويض المناسب عن التأخير في سداد مبلغ القرض يجب أن يكون مقدراً تقديراً لا جهالة فيه ولا غرر:

أقر هذا الحكم بحق الدائن في استحقاق التعويض المناسب عن التأخير في سداد المدين مبلغ القرض ووضع ضابطاً هاماً لتقدير هذا التعويض هو أن يكون مقدراً تقديراً لا جهالة فيه ولا غرر، بمعنى ألا يكون موازياً لأصل الدين أو يزيد عليه، واعتبر الحكم أن ما قضى به الحكم المستأنف من فائدة 5 % شهرياً على المبلغ المحكوم حتى السداد التام يبقى تاريخه مجهولاً جهالة فاحشة يكون مخالفاً لأحكام القانون، ومن ثم قضى الحكم بأنه: «إذا كان الدائن يستحق التعويض المناسب عن الضرر الناتج عن التأخير في السداد فإنه يجب أن يكون التعويض مقدراً تقديراً لا جهالة فيه ولا غرر أيضاً، وكذلك لا يجوز أن يكون التعويض يوازي أصل الدين أو يزيد عليه، والحكم بفائدة 5 % شهرياً على المبلغ المحكوم حتى السداد التام الذي يبقى تاريخه مجهولاً جهالة فاحشة يكون مخالفاً لأحكام القانون كما هو مبين أعلاه، وعليه فإنه يتعين إلغاء الحكم فيما قضى به من الفائدة بواقع 5 % شهرياً كتعويض، والحكم من جديد بإلزام المدين بالتعويض المناسب والذي تراعى فيه المحكمة مبلغ الدين ومدة التأخير والظروف والملابسات التي أدت إلى التأخير في سداد الدين وقت استحقاقه، وذلك وفق منطوق هذا الحكم....»⁽⁴¹⁾

(40) المرجع السابق.

(41) المرجع السابق.

المطلب الثاني

دراسة تحليلية نقدية لقرار محكمة التمييز في غرفة المشورة

في الطعن رقم 74 لسنة 2013

سنعرض أولاً لأسباب القرار ومنطوقه، ثم لمدى حجية القرارات الصادرة من غرفة المشورة ثانياً، ونقدم تعليقتنا على حكم الاستئناف وقرار غرفة المشورة، وذلك على النحو التالي:

أولاً- أسباب القرار ومنطوقه:

طعن بنك الدوحة على هذا الحكم أمام محكمة التمييز، غير أن محكمة التمييز المنعقدة في غرفة المشورة قررت - بموجب قرارها الصادر من الدائرة المدنية الثانية في غرفة المشورة طعن رقم 74 لسنة 2013 - عدم قبول الطعن المقدم من البنك وألزمته المصروفات مع مصادرة الكفالة، ومن ثم جاء قرار المحكمة بأنه: «لما كان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل وفهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات المقدمة لها والموازنة بينها والأخذ بما تطمئن إليه منها واستخلاص ما تراه صحيحاً ومتفقاً مع طبيعة الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، حسبها في ذلك أن تقيم قضاءها على أسباب كافية لحمله لها أصل ثابت بالأوراق، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام المطعون ضده بالمبلغ المقضي به على ما استخلصه مما اطمأن إليه من أوراق الدعوى ومستنداتها من أنه يمثل قيمة المديونية المترصدة في ذمة المطعون ضده لصالح البنك الطاعن، وكذا مبلغ التعويض المستحق نتيجة التأخير في سداد دين القرض، وهو استخلاص سائغ له أصله الثابت بالأوراق، ويكفي لحمل قضاؤه وفيه الرد الضمني المسقط لكل حجة مخالفة....».

ثانياً- مدى حجية القرارات الصادرة من غرفة المشورة:

لا شك أن القرارات الصادرة عن محكمة التمييز في غرفة المشورة تعد - كما ذهب البعض إلى أنها-: «بمناوبة أحكام قضائية لها ما للأحكام من قوة الأمر المقضي، فهي عبارة عن أوامر قضائية نهائية صادرة بموجب سلطة المحكمة القضائية، ويقطع في خصومة الطعن بالتمييز، شأنها في ذلك شأن الأحكام الصادرة من محكمة التمييز، وهي قرارات غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن»⁽⁴²⁾. وقد قضت محكمة النقض المصرية في

(42) القاضي د. عبدالوهاب عبدول، فحص الطعون بالتمييز في غرفة المشورة، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم العليا والتمييز في مجلس التعاون لدول الخليج العربي، المنامة، البحرين، 10 أبريل 2013، ص 17.

حكم لها بأن قرار غرفة المشورة يعتبر مثل الحكم الصادر من المحكمة سواء بسواء⁽⁴³⁾.

وقد قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية في أحد أحكامها أن: «طرق الطعن في الأحكام لا تعتبر مجرد وسائل إجرائية ينشئها المشرع ليوفر من خلالها سبل تقويم اعوجاجها، بل هي في واقعها أوثق اتصالاً بالحقوق التي تتناولها، سواء في مجال إثباتها أو نفيها، ليكون مصيرها عائداً أصلاً إلى انغلاق هذه الطرق أو انفتاحها...»⁽⁴⁴⁾. وتختلف هذه القرارات عن الحكم القضائي، لأنه لا يلزم فيها سرد الوقائع، ولا إيراد أوجه الدفاع المقدمة من الخصمين أو رأي النيابة العامة، كما أنها لا تصدر في جلسة علنية، إذ خلت النصوص من الالتزام بهذه القاعدة، ولا تسري عليه القاعدة العامة في هذا الشأن، لأنه يستند إلى نصوص خاصة تتغير مع طبيعة الأحكام، ولا تراعى في تسببه كافة قواعد تسبب الأحكام، وينفذ بمقتضى الأمر الصادر بعدم قبول الطعن، على الطاعن بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة إن وجدت، وتصادر بموجبه الكفالة. ويترتب عليه أن يصير الحكم المطعون فيه باتاً⁽⁴⁵⁾.

ثالثاً- تعليقنا على حكم الاستئناف وقرار محكمة التمييز في غرفة المشورة:

بداية نود التأكيد على أننا سنعلق على حكم الاستئناف وقرار غرفة المشورة من الناحية القانونية بغض النظر عن قناعتنا الشخصية وإيماننا الشديد الذي لا يطاله شك في حرمة الفائدة وأنها من الربا الفاحش، بيد أننا عندما نعلق على أحكام القضاء نكون مقيدين بما نص عليه المشرع القطري وما أرسته محكمة التمييز من مبادئ بصدد المسألة محل البحث، ومن ثم هل جاء هذا الحكم والقرار متفقين مع تلك النصوص؟ وهل كان استخلاص الحكم لما انتهى إليه صحيحاً أم جانبه الصواب؟ هذا ما سنراه فيما يلي:

1- هل أصابت محكمة الاستئناف في تكييفها العمل محل النزاع المعروض عليها؟

كيّفت المحكمة القرض الشخصي الذي منحه البنك للعميل بأنه عمل مدني، وليس عملاً تجارياً، وبدا ذلك واضحاً عندما طبقت نص المادة (568) مدني واعتبرت بموجب نص هذه المادة أن الفائدة المتفق عليها بين الطرفين باطلة لأنها بمثابة شرط يؤدي إلى منفعة زائدة على مقتضى القرض، وفي هذا الصدد نود الإشارة إلى أنه لا خلاف حول تجارية القرض بالنسبة للبنك إعمالاً لنص الفقرة الأولى من المادة (5) من قانون

(43) طعن رقم 1450 سنة 47 قضائية بتاريخ 9-12-1978.

(44) قضية رقم 64 لسنة 17 قضائية المحكمة الدستورية العليا «دستورية».

(45) القاضي د. عبدالوهاب عبدول، مرجع سابق، ص 17.

التجارة القطري⁽⁴⁶⁾. ولا يعتبر القرض بالنسبة للمقترض تجارياً وإنما عمل مدني (إذا كان المقترض شخصاً مدنياً ويبرمه لأعمال غير تجارية، أو كان تاجراً ولكن يبرم عقد القرض لأعمال غير متعلقة بتجارته)⁽⁴⁷⁾. فالقرض يعد من قبيل الأعمال المختلطة التي تعد ذات وجهين: وجه تجاري بالنسبة للبنك ووجه مدني بالنسبة للمقترض⁽⁴⁸⁾، غير أن المادة (10) من قانون التجارة نصت على أنه: «إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر، سرت أحكام هذا القانون على التزامات كل منهما الناشئة عن هذا العقد، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك».

وبالرجوع إلى قانون التجارة القطري نجد أن المشرع القطري لم يقرر - كمنظيره الكويتي والإماراتي⁽⁴⁹⁾ - قاعدة موضوعية تقضي بجواز الاتفاق على فائدة على المبالغ المقترضة، وإزاء عدم وجود نص في قانون التجارة القطري يقرر الحق للدائن في اقتضاء فائدة على القرض التجاري، فإنه لا يمكن للقاضي الحكم بمشروعية الفوائد.

والسؤال إلى أي النصوص يرجع القاضي في حكمه على النزاع المعروض عليه؟

بالرجوع إلى قانون التجارة نجد أن المادة (2) من قانون رقم 27 لسنة 2006 بإصدار قانون التجارة تنص على أنه: «تسري على المسائل التجارية الأحكام الواردة في هذا القانون أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية، فإن لم يوجد نص يطبق العرف التجاري، ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام، فإن لم يوجد عرف تجاري، تطبق أحكام القانون المدني».

وبالنظر في القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية نجد المادة (70) من القانون رقم 13 لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية التي تنص على أن: «للمصرف ضبط أسعار العوائد والفوائد وشروط منح القروض وقبول الودائع في مختلف المؤسسات المالية، وتسري الفائدة أو العائد الذي يحدده المصرف على التسهيلات الائتمانية المتعثرة أو المعاد جدولتها، ما لم يتم الاتفاق بين المؤسسات المالية المقرضة وعملائها على سعر آخر».

(46) تنص المادة (5) من قانون رقم 27 لسنة 2006 بإصدار قانون التجارة على أنه: «تعد أعمالاً تجارية الأعمال الآتية إذا تمت على وجه الاحتراف:

1 - معاملات البنوك....».

(47) راجع ما سبق ذكره أعلاه بخصوص المادة (78) من قانون التجارة القطري.

(48) راجع حول مفهوم الأعمال المختلطة: د. محمد فريد العريني، الأعمال المختلطة بين القانون التجاري والقانون المدني: دراسة في القانون الكويتي بمناسبة الحكم الاستثنائي في القضية 87/301، مجلة المحامي الكويتية، السنة الحادية عشرة، أعداد يوليو، أغسطس، سبتمبر 1988، ص 145.

(49) راجع: نص المادة (102) من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980. وراجع كذلك: نص المادة (76) من قانون اتحادي رقم 18 لسنة 1993 بإصدار قانون المعاملات التجارية.

فهل يعد هذا النص قاعدة موضوعية مقتضاه جواز الاتفاق بين البنك وعمالئه على فائدة على المبالغ المقرضة؟

ينص المشرع القطري على منح الحق لمصرف قطر المركزي في ضبط أسعار العوائد والفوائد وشروط منح القروض وقبول الودائع في مختلف المؤسسات المالية، وقرر أيضاً سريان الفائدة على التسهيلات الائتمانية المتعثرة أو المعاد جدولتها متى تم الاتفاق عليها - أصلاً - عند إبرام عقد القرض على الفائدة، ومن ثم يعد نص المادة (70) قاعدة موضوعية بشأن جواز الاتفاق على الفائدة، حيث لا يقتصر تطبيقها فقط على مسألة تحديد مصرف قطر المركزي لسعر الفائدة وشروط منح القروض وقبول الودائع في المؤسسات المالية، وإنما يتعدى الاعتراف للبنك بفرض فوائد على القروض التي يمنحها لعمالئه، ومن ثم يمكن القول بأنه هو المصدر الذي يستند إليه البنك في الاتفاق على الفائدة مع عملائه.

نخلص إلى أن المحكمة جانبها الصواب عندما طبقت أحكام القرض المدني على عقد القرض المصرفي، وفضلاً عن القصور في التسبيب وفساد الاستدلال، فهي لم تشر إلى نص المادة (70) ولم تبين سبب استبعاد تطبيقها له، لأنه طبقاً لنص المادة (2) من قانون التجارة القطري يعد القانون رقم 13 لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية، ويكون القاضي ملزماً بالرجوع إليه وتطبيق حكم المادة (70) المنصوص عليها فيه.

2- هل أصابت محكمة الاستئناف في الاستناد إلى نص المادة الأولى من الدستور القطري لبطان الفائدة:

لقد أسست المحكمة كذلك قضاءها ببطان الاتفاق على الفوائد وأنها من الربا المحرّم على نص المادة الأولى من الدستور القطري والتي تنص على أن: «قطر دولة عربية مستقلة ذات سيادة. دينها الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي لتشريعاتها، ونظامها ديمقراطي، ولغتها الرسمية هي اللغة العربية. وشعب قطر جزء من الأمة العربية».

ومن ثم يتعيّن وفقاً لهذا النص الدستوري ألا يصدر تشريع في قطر يُخالف المبادئ القطيعة الثبوتية الدلالة من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء. واستند الحكم إلى المذكرة التفسيرية للدستور والتي جاء فيها أن: «..الخلاف الذي كان حول الفائدة التي ستعامل بها البنوك وهل هي من الربا أم لا، فقد تمّ بحثه ووقع الاتفاق في الهيئات العليا للإفتاء بأنها تُعتبر ربا، وأصبحت معلومة من الدين بالضرورة ولا تحتاج إلى زيادة في الدليل على تحريمها، وعليه فإن أي قانون يُنظم الحياة العامة للمجتمع ومنها

الأمر المالي والمصرفية يجب عليه التقيد بالمادة الأولى للدستور، وإلا تدخل القضاء لفرض رقابته على احترامها طبقاً لسلطته القضائية المخولة له كذلك بموجب الدستور المذكور....».

لا شك أن المحكمة جانبها الصواب في استشهادها بنص المادة الأولى من الدستور القطري لأن الخطاب في هذا النص موجه للمشرع وليس للقاضي. وهذا يعني أن المشرع القطري، يتعين عليه ألا يصدر أي قانون يخالف نص المادة الأولى من الدستور⁽⁵⁰⁾. أما القاضي فمصادر القانون التي يمكنه الرجوع إليها في حكمه - طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني القطري - هي التشريع والشريعة الإسلامية والعرف وقواعد العدالة. فالقاضي لا يرجع إلى الشريعة إلا كمصدر احتياطي متى خلا التشريع من نص يحكم النزاع المعروض عليه، أما مصادر القانون في المسائل التجارية فتتلخص في الآتي: اتفاق الأطراف المتعاقدة، الأحكام الواردة في قانون التجارة القطري و في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية، العرف التجاري (ويقدم العرف الخاص أو المحلي على العرف العام) وأحكام القانون المدني⁽⁵¹⁾.

وبالنسبة للمسألة محل الحكم، فالقاضي قفز إلى تطبيق أحكام القرض المدني وغض النظر عن المادة (70) من قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية التي تعتبر واجبة التطبيق وفقاً للتسلسل المنصوص عليه في قانون التجارة القطري، ولذلك فقد خلص إلى أن الفائدة منقذة على مقتضى القرض، ومن ثم يعد شرط الاتفاق عليها باطلاً.

وفي ضوء ذلك، فإننا نرى أن استشهاد الحكم بالمادة الأولى من الدستور القطري لم يكن له محل ولم يضيف جديداً؛ لأن المشرع القطري التزم بأحكام الشريعة في القانونين المدني

(50) د. حسن حسين البراوي، المدخل لدراسة القانون القطري، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 145-147.

(51) وقضت محكمة التمييز القطرية بأنه: «لما كان المقرر طبقاً للمادة الثانية من قانون التجارة رقم 27 لسنة 2006 أن أعمال البنوك التي تزاولها على وجه الاحتراف تعد أعمالاً تجارية أياً كانت صفة المتعامل مع البنك، ومن ثم تحكمها - فيما خلا منه الاتفاق - أحكام قانون التجارة أو القوانين الأخرى المتعلقة بالمسائل التجارية، فإن لم يوجد نص في تلك القوانين يطبق العرف التجاري مع تقديم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام، فإن لم يوجد عرف تجاري تطبق أحكام القانون المدني...»، الطعن رقم 107 لسنة 2013 والصادر من الدائرة الأولى مدني بتاريخ 18-06-2013. واعتبار أن اتفاق الأطراف هو الذي يحكم أعمال البنوك أولاً ثم باقي مصادر القانون التجاري، هو ما تبناه د. محمد سالم أبو الفرج ود. المعتصم بالله الغرياني في كتابهما عن القانون التجاري القطري، مرجع سابق، ص 104. ومع ذلك نرى أن اتفاق الأطراف كقاعدة حاكمة لأعمال البنوك لا يمكن الاعتماد عليه وحده في عملية تنظيم الفوائد على القروض المصرفية، وإنما يتوجب على المشرع القطري تنظيم هذه المسألة في قانون التجارة القطري.

والتجاري كما بيّنا آنفاً. ونرى كذلك أن قصور الحكم في التسبب أدى إلى أن الحكم لم يبين أن السبب في الاستشهاد بالمادة الأولى من الدستور هو بيان أن العرف الذي تسيّر عليه البنوك في التعامل بالفوائد الربوية يعد مخالفاً للدستور والقانون، ومن ثم استند الحكم إلى المادة الأولى ليؤكد على عدم جواز مخالفة العرف المصرفي لأحكام الشريعة الإسلامية، كما نعتقد كذلك أنه كان يجب على المحكمة ألا تتناول مدى توافق الأحكام القانونية مع الشريعة الإسلامية، حيث إن المشرع القطري قد أوكل للمحكمة الدستورية العليا هذه الوظيفة دون غيرها، وقد صدر القانون رقم 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا منظمًا صلاحياتها وكيفية الطعن والإجراءات التي تتبع أمامها، حيث حوّلتها وفقاً لنص المادة (12) من هذا القانون اختصاصاً منفرداً بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، مانعاً أي جهة أخرى من مزاحمتها في ذلك، مفصلاً طرائق هذه الرقابة وكيفيةها⁽⁵²⁾.

3- قرار محكمة التمييز في غرفة المشورة:

كما سبق أن بيّنا، فإن محكمة التمييز قررت عدم قبول الطعن على حكم محكمة الاستئناف السابق الإشارة إليه بموجب قرارها (أي قرار محكمة التمييز) الصادر عن الدائرة المدنية الثانية بغرفة المشورة في الطعن رقم 74 لسنة 2013 والصادر في 2013/4/23. وننعي على قرارها هذا حيث إنه كان يتعين على المحكمة - من وجهة نظرنا- نظر الطعن على الحكم واتخاذ موقف محدد إما بتأييد ما أرسته من مبادئ سابقة أو إقرار مبدأ جديد. وفي تناولنا لهذا المسألة، سنوضح سلطات محكمة التمييز عند نظر الطعون المقدمة

(52) محكمة التمييز القطرية، طعن رقم 194 لسنة 2010، الدائرة المدنية والتجارية، جلسة 4-1-2011. ومن ثم فإن هذا الحكم يدحض ما اتجهت إليه إحدى محاكم الاستئناف في حكمها الصادر في الطعن رقم 4 لسنة 2010، جلسة 2010/5/18 وقررت فيه جواز مباشرة المحكمة لرقابة الامتناع عن إعمال النصوص التشريعية المخالفة للدستور لحين صدور الأمر الأميري بتعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا، وذلك على الرغم من صدور القانون رقم 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، حيث قضت المحكمة بأنه: «ومن المقرر فقها وقضاءً أن القانون ينفذ من التاريخ المحدد فيه للعمل بأحكامه ولو تضمنت نصوصه دعوة لإصدار لائحة تنفيذية له أو أوامر ومراسيم أميرية، إلا إذا نص القانون صراحة على غير ذلك، أو كان تنفيذ القانون متعذراً بدون الأحكام التفصيلية التي يراد للائحة التنفيذية أن تتضمنها. ولا ريب في أن عدم صدور الأمر أو المرسوم الأميري المشار إليه بتعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا ومن قبلها الدائرة الدستورية يجعل مباشرة الرقابة الدستورية على القوانين واللوائح طبقاً لأحكام القوانين المشار إليها متعذرة بالتنفيذ بذاتها، ولا تكون قابلة للتطبيق إلا بعد أن يصدر الأمر الأميري بتعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا. ومن حيث إنه قبل إسناد المادة (27) من الدستور الدائم إلى جهة قضائية تتولى الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، فإن المحاكم على اختلافها لها أن تبشر رقابة الامتناع عن إعمال النصوص التشريعية المخالفة للدستور، وتستمر هذه المحاكم في مباشرة رقابة الامتناع على الرغم من صدور القانون رقم 12 لسنة 2008، ولا يتمتع عليها مباشرة هذه الرقابة إلا بصدور الأمر الأميري بتعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا...».

إليها في غرفة المشورة، ثم نوضح تعليقنا على قرار المحكمة فيما يتعلق بالموضوع محل الدراسة، وذلك على الشكل التالي:

أ- سلطات المحكمة عند نظر الطعون في غرفة المشورة:

يجري نص المادة (16) من القانون رقم 12 لسنة 2005 بشأن حالات وإجراءات الطعن بالتمييز في غير المواد الجنائية، على الآتي: «تنظر محكمة الطعن في غرفة المشورة بعد أن يعين رئيس المحكمة القاضي المقرر، وإذا رأت أن الطعن جدير بالنظر، إما لأنه مرجح القبول أو لأن الفصل فيه يقتضي تقرير مبدأ قانوني لم يسبق للمحكمة تقريره، حددت جلسة لنظره، أما إذا رأت أنه غير مقبول شكلاً أو باطل أو غير جدير بالعرض على المحكمة، قررت عدم قبوله بقرار غير قابل للطعن فيه، ويكتفى في هذه الحالة بذكر القرار بمحضر الجلسة مع إشارة موجزة لأسبابه».

بناء على ذلك، نفرق بين حالتين: الأولى منهما أن ترى المحكمة - في غرفة المشورة - أن الطعن جدير بالنظر فيه، وثانيهما أن تقرر ذات المحكمة عدم قبول الطعن.

■ الطعن جدير بالنظر فيه:

تقرر المحكمة أن الطعن جدير بالنظر فيه في حالتين:

- لأنها تعتقد أنه مرجح القبول: فقد ترى أن الطعن بالتمييز يقوم على أسباب سائغة، وترى لذلك أنه مرجح القبول، فتقرر المحكمة جلسة لنظر هذا الطعن.
- لأن الفصل في الطعن يقتضي تقرير مبدأ قانوني لم يسبق للمحكمة تقريره، فهنا تقرر المحكمة جلسة لنظره.

■ عدم قبول الطعن:

في حالات معينة، تقضي المحكمة بعدم قبول الطعن، وهذه الحالات هي:

- عدم استيفائه الشكل الذي يتطلبه القانون بالطعن بالتمييز في الأحكام.
- بطلان الطعن.
- عدم جدارة الطعن بالعرض على محكمة التمييز.

ففي هذه الحالات - والتي يبدو من نص المادة (16) أنها واردة على سبيل الحصر - تقرر المحكمة عدم قبول الطعن بقرار غير قابل للطعن فيه، ويكتفى هنا بذكر القرار بمحضر الجلسة مع إشارة موجزة لأسبابه.

ب- تعليقنا على قرار محكمة التمييز الصادر في غرفة المشورة:

كما سبق أن ذكرنا، فقد قررت محكمة التمييز - بموجب قرارها الصادر من الدائرة المدنية الثانية في غرفة المشورة طعن رقم 74 لسنة 2013 - عدم قبول الطعن المقدم من بنك الدوحة وألزمته المصرفية مع مصادرة الكفالة، حيث جاء قرارها بأنه: «لما كان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل وفهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات المقدمة لها والموازنة بينها والأخذ بما تطمئن إليه منها واستخلاص ما تراه صحيحاً ومتفقاً مع طبيعة الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، حسبها في ذلك أن تقييم قضاءها على أسباب كافية لحمله لها أصل ثابت بالأوراق، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام المطعون ضده بالمبلغ المقضي به على ما استخلصه مما اطمان إليه من أوراق الدعوى ومستنداتها من أنه يمثل قيمة المديونية المترصدة في ذمة المطعون ضده لصالح البنك الطاعن، وكذا مبلغ التعويض المستحق نتيجة التأخير في سداد دين القرض، وهو استخلاص سائغ له أصله الثابت بالأوراق ويكفي لحمل قضائه، وفيه الرد الضمني المسقط لكل حجة مخالفة...».

وبعد قراءتنا لأسباب عدم قبول الطعن بالتمييز هنا، يقتضي الأمر هنا القول بأن المحكمة لم تطبق الأحكام الواردة في المادة (16) تطبيقاً صحيحاً، حيث إنه كان يتعين عليها - من وجهة نظرنا - أن تقرر نظر الطعن على الحكم واتخاذ موقف محدد إما بتأييد ما أرسته من مبادئ سابقة أو إقرار مبدأ جديد، حيث إن حكم الاستئناف قد قرر مبدأً جديداً خالف فيه ما هو مستقر عليه لدى محكمة التمييز، فقد استقرت محكمة التمييز على جواز تقاضي البنوك الفوائد على القروض المصرفية إعمالاً لنص المادة (110) من المرسوم بقانون رقم 33 لسنة 2006 بشأن مصرف قطر المركزي والملغى بالقانون رقم 13 لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية، حيث تتطابق هذه المادة مع الفقرة الثانية من المادة (70) من القانون رقم 13 لسنة 2012.

وباتخاذ محكمة الاستئناف هذا الموقف المخالف لما هو مستقر لدى محكمة التمييز، فإنه يبدو لنا أن ذلك كان سبباً كافياً لدى غرفة المشورة بمحكمة التمييز أن يكون الطعن جديراً بالنظر فيه من قبل الدائرة المختصة، ولو تمت إحالة الطعن إلى الدائرة المختصة لكان أمامها أحد خيارين: إما أن تقبل الطعن موضوعاً وتُميز حكم محكمة الاستئناف لمخالفته مبدأً مستقراً لدى محكمة التمييز، وإما أن تعدل عن هذا المبدأ وفي هذه الحالة يتوجب عليها إحالة الطعن إلى دوائر محكمة التمييز مجتمعة وفقاً لما تقتضي به المادة (7) من القانون رقم 10 لسنة 2003 بإصدار قانون السلطة القضائية والتي تنص على أنه: «إذا رأت إحدى دوائر محكمة التمييز العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة منها أو من الدوائر الأخرى، أو عرضت مسألة تتعلق بتنازع الاختصاص سلباً أو إيجاباً،

أحالت الدعوى إلى دوائر المحكمة مجتمعة للفصل فيها.

الخلاصة:

إن القرض محل النزاع بوصفه عملاً مختلطاً كان يجب أن يخضع -إعمالاً لنص المادة (10) من قانون التجارة القطري- لأحكام قانون التجارة، وليس لأحكام القانون المدني، بيد أنه إزاء خلق قانون التجارة القطري، كان على القاضي تطبيق نص المادة (2) من قانون التجارة التي تلزمه بوجود الرجوع فيما يتعلق بالمسائل التجارية للأحكام الواردة في قانون التجارة أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية، ومن ثم كان على القاضي الرجوع إلى نص المادة (70) من القانون رقم 13 لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية، ولذلك ليس صحيحاً -في نظرنا- القول ببطلان الفوائد إعمالاً لأحكام المادة (568) من القانون المدني القطري، فالقواعد الواجبة التطبيق ليست قواعد القانون المدني، وإنما الأحكام التي تضمنها نص المادة (70) من القانون رقم 13 لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر بوصفه من القوانين المكملة لقانون التجارة القطري.

ومن ثم ننعى كذلك على قرار غرفة المشورة الذي أصدرته محكمة التمييز وقررت فيه عدم قبول الطعن على حكم الاستئناف، حيث إنه كان على المحكمة نظر الطعن على الحكم واتخاذ موقف محدد إما بتأييد ما أرسسته من مبادئ سابقة أو إقرار مبدأ جديد.

وعلى الرغم من أن محكمة التمييز أصدرت بعض الأحكام التي تتعلق بنزاعات حول مسألة الفوائد على القروض المصرفية بعد القرار الصادر من غرفة المشورة والسابق الإشارة إليه، فقد استخلصنا من هذه الأحكام ما يلي:

1- ذهبت المحكمة في الطعن رقم 40 لسنة 2013 الصادر من الدائرة الثانية مدني بتاريخ 14-5-2013، إلى استحقاق الفوائد التأخيرية في حالة إخلال المدين بالوفاء بالتزامه في موعد السداد، وتكون في هذه الحالة بمثابة تعويض للدائن عن تأخير المدين في الوفاء به.

2- أكدت المحكمة في الطعن 58 لسنة 2013 الصادر من الدائرة مدني بتاريخ 14-5-2013، والطعن رقم 107 لسنة 2013 الصادر من الدائرة الأولى مدني بتاريخ 18-6-2013، على أن أعمال البنوك التي تزاولها على وجه الاحتراف تعد أعمالاً تجارية بغض النظر عن صفة المتعامل مع البنك، ومن ثم يدخل عقد القرض المصرفي ضمن الأعمال التجارية.

ويتضح من هذه الأحكام جميعها أن محكمة التمييز لم تتعرض تعرضاً مباشراً لمسألة مدى أحقية البنوك في تقاضي الفوائد على القروض المصرفية.

الخاتمة:

يتضح من خلال دراستنا في هذا البحث أن المشرع القطري لم يساير التشريعات المقارنة في تنظيمه لمسألة تقاضي الفوائد على القروض بأشكالها المختلفة، فهو اتفق مع المشرعين الكويتي والإماراتي في مسألة حظر تقاضي أية فائدة على القرض المدني، واختلف معهما في عدم نصح على جواز تقاضي هذه الفوائد في قانون التجارة رقم 27 لسنة 2006، ولم ينظم كذلك عقد القرض المصرفي كالمشرع الإماراتي. وإزاء هذا الغموض حول موقف المشرع القطري من فوائد القروض تبنت محكمة التمييز القطرية التفرقة بين فوائد القروض المدنية التي يحظر الاتفاق عليها، والقروض المصرفية التي حكمت في العديد من أحكامها بجواز الاتفاق عليها بين البنك وعملائه استناداً إلى نص المادة (110) من المرسوم بقانون رقم 33 لسنة 2006 بشأن مصرف قطر المركزي (الملغى بموجب القانون رقم (13) لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية).

وظل الأمر كذلك حتى صدور حكم محكمة الاستئناف رقم 422-428/2012 بتاريخ 2013/1/23، الذي خالف ما استقرت عليه محكمة التمييز في قضائها وحكم بعدم مشروعية الاتفاق على الفائدة في القروض المصرفية لمخالفته للشريعة الإسلامية، واستبعد تطبيق نص المادة (70) من القانون رقم (13) لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية، وطبقت أحكام القرض المدني على عقد القرض محل النزاع، وعندما طعن على هذا الحكم أمام محكمة التمييز قررت المحكمة عدم قبول الطعن عليه بموجب قرارها الصادر من الدائرة المدنية الثانية بغرفة المشورة في الطعن رقم 74 لسنة 2013 والصادر في 2013/4/23، وأصبح حكماً باتاً حائزاً للحجية الأمر المقضي فيه.

ومن ثم خالصنا في هذا البحث إلى النتائج التالية:

- 1- حظر المشرع القطري الفوائد على القروض المدنية طبقاً لنص المادة (568) مدني والتي تنص على أنه: «إذا اشترط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى عقد القرض، عدا ضمان حق المقرض، بطل الشرط وصح العقد».
- 2- عدم جواز الاتفاق على أية فائدة على القروض التجارية، لأن عدم نص المشرع في قانون التجارة القطري رقم 27 لسنة 2006 على جواز الاتفاق عليها يفسر -من وجهة نظرنا- حظره لمثل هذا الاتفاق وليس إباحته.

3- يجوز للبنوك الاتفاق مع عملائها على تقاضي فائدة على القروض المصرفية التي تبرمها معهم استناداً لنص المادة (70) من القانون رقم 13 لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية، حيث تنص هذه المادة على: «حق المصرف في ضبط الفوائد والعوائد وشروط منح القروض وقبول الودائع في مختلف المؤسسات المالية، وسريان الفائدة التي يحددها المصرف على التسهيلات الائتمانية المتعثرة أو المعاد جدولتها». والواضح من هذا النص أنها تعطي لمصرف قطر المركزي الحق في تحديد نسبة الفوائد على القروض المصرفية بما من شأنه الاعتراف ضمناً بمشروعية اتفاق البنك مع عملائه عليها.

4- لقد جانبت محكمة الاستئناف الصواب في حكمها، حيث نعيننا على هذا الحكم الخطأ في تطبيق القانون وفساد الاستدلال.

5- اتفقنا مع ما انتهت إليه محكمة التمييز في قرارها الصادر بغرفة المشورة والذي انتهت فيه إلى عدم قبول الطعن على حكم محكمة الاستئناف، ورأينا أنه كان يتوجب على غرفة المشورة قبول الطعن وإتاحة الفرصة لمحكمة التمييز النظر في الحكم والانتهاء إما إلى تأييد الحكم أو تمييزه، خاصة أن ما انتهى إليه الحكم يخالف ما أرسته من مبادئ في أحكام سابقة بشأن الفوائد على القروض المصرفية.

ولذا فإننا نوصي بما يلي:

1- ضرورة تدخل المشرع لتعديل قانون التجارة القطري، والنص على جواز أو حظر تقاضي الفوائد على القروض التجارية، حيث إنه من المؤكد أن مثل هذا التدخل سيؤدي إلى توفير الحماية القانونية للبنوك التجارية بما من شأنه دفع عجلة الاستثمار في الدولة.

2- ضرورة تنظيم المشرع القطري لعقد القرض المصرفي لأهميته من الناحية الواقعية. ويمكن للمشرع في هذا الصدد الاعتداد بالتنظيم القانوني لهذا العقد المتوافر في التشريعات المقارنة.

3- ضرورة اتخاذ محكمة التمييز موقف صريح في أحكامها المستقبلية بشأن الفوائد على القروض المصرفية.

4- نهي بمصرف قطر المركزي تنظيم مؤتمر علمي حول مدى مشروعية الفوائد على القروض المصرفية من الناحيتين القانونية والشرعية، ومحاولة الوقوف على موقف واضح وصريح بشأنها.

المراجع:

أولاً- العامة:

- جلال وفاء محمدين، المبادئ العامة في العقود التجارية وعمليات البنوك، الدار الجامعية، بيروت، 1988.
- حسن حسين البراوي، المدخل لدراسة القانون القطري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004، متاح على الموقع الإلكتروني: https://d1.islamhouse.com/data/ar/ih_books/_single_01/ar_Almajm_Alousit.pdf
- محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- محمد سالم أبو الفرج والمعتصم بالله الغرياني، القانون التجاري القطري، الجزء الأول: الأعمال التجارية والتاجر والمتجر- الأحكام العامة للالتزامات التجارية - المنافسة غير المشروعة - منع الاحتكار - حماية الملكية الفكرية - العقود التجارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية: عمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري- الجزء الأول، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- عادل إبراهيم مصطفى، الوجيز في قانون المعاملات - الجزء الأول: العقود التجارية والعمليات المصرفية وفقاً لأحكام قانون المعاملات التجارية رقم 18 لسنة 1993 لدولة الإمارات العربية المتحدة، ط3، أكاديمية شرطة دبي، 2008.
- عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مبادئ القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري- الجزء الثاني: الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
- فايز نعيم رضوان،
- مبادئ القانون التجاري طبقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

- مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ط2، أكاديمية شرطة دبي، 1993.
- ثروت علي عبد الرحيم، شرح القانون التجاري المصري الجديد، الجزء الأول، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- خليل فيكتور تادرس، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

ثانياً- المراجع المتخصصة:

- هاني دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
- محمد بهجت عبدالله قايد، عمليات البنوك والإفلاس، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- محمد سالم أبو الفرج والمعتصم بالله الغرياني ومحمد عبد العزيز الخليفي، عمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة القطري رقم 27 لسنة 2006، منشورات كلية القانون، جامعة قطر، الراعي الرسمي للكتاب: مصرف قطر المركزي، سبتمبر 2015.
- محمد فريد العريني، الأعمال المختلطة بين القانون التجاري والقانون المدني: دراسة في القانون الكويتي بمناسبة الحكم الاستثنائي في القضية 87/301، مجلة المحامي الكويتية، السنة الحادية عشرة، إعداد يوليو، أغسطس، سبتمبر 1988.
- عبدالوهاب عبدول، فحص الطعون بالتمييز في غرفة المشورة، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم العليا والتمييز في مجلس التعاون لدول الخليج العربي، البحرين، 10 أبريل 2013.
- علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.
- علي جمال الدين عوض،
- عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- الاعتمادات المصرفية وضماناتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- صبري مصطفى حسن السبك، القرض المصرفي كصورة من صور الائتمان وأداة للتمويل: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

ثالثاً- المراجع الأجنبية:

Tommaso Padoa-Schioppa, Licensing Banks: Still Necessary? The William Taylor Memorial Lectures No.5, Group of Thirty.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
357	الملخص
358	المقدمة
360	المبحث الأول - مدى مشروعية الفوائد على القروض المصرفية في التشريع القطري
360	المطلب الأول - مفهوم القرض المصرفي
361	1- مفهوم القرض المصرفي في القانون الاتحادي الإماراتي وبيان طبيعته القانونية
363	2- القرض وفكرة الائتمان المصرفي
365	المطلب الثاني - موقف المشرع القطري من القرض المصرفي
372	المبحث الثاني - موقف القضاء القطري من الفوائد على القروض المصرفية
372	المطلب الأول - دراسة تحليلية نقدية لحكم محكمة الاستئناف رقم 2012/428/422
373	أولاً - السبب في مخالفة حكم الاستئناف لأحكام التمييز السابقة عليه
373	ثانياً - عرض لحكم الاستئناف رقم 2012/428/422
377	المطلب الثاني - دراسة تحليلية نقدية لقرار محكمة التمييز في غرفة المشورة في الطعن رقم 74 لسنة 2013
377	أولاً - أسباب القرار ومنطوقه
377	ثانياً - مدى حجية القرارات الصادرة من غرفة المشورة
378	ثالثاً - تعليقنا على حكم الاستئناف وقرار محكمة التمييز في غرفة المشورة
386	الخاتمة
388	المراجع

أثر الحلول الإجرائي في حجية الحكم القضائي: دراسة مقارنة

د. ياسر باسم ذنون السبعواوي*

الملخص:

يتناول البحث بالدراسة مسألة الحلول الإجرائي وأثرها في حجية الحكم القضائي، وبهذا المعنى فإن فكرة الحلول الإجرائي تقابل فكرة الصفة الاستثنائية، بحيث ينصرف مصطلح الحلول الإجرائي إلى حالة الصفة غير العادية أو الاستثنائية في الدعوى المدنية. فهذه الصفة غير العادية لا تنفي عن صاحب الحق أو المركز القانوني صفته العادية في الدعوى، مع ملاحظة ضرورة تحقق واقعة الحلول قبل صدور الحكم في الدعوى المدنية، وذلك في إطار قاعدة نسبية الأحكام القضائية واحترام حجية الأحكام القضائية في عدد من الأنظمة القانونية المقارنة، معززة بموقف الاجتهادات الفقهية والتطبيقات القضائية في عدد من الدول منها في القانون الفرنسي والمصري والعراقي باعتبارها تشريعات أساسية، وكلما كان ذلك متاحاً. وقد تم توزيع البحث إلى مبحثين؛ تناولنا في أولهما ماهية الحلول الإجرائي، في حين تطرقنا في المبحث الثاني إلى تأثير الحلول الإجرائي على حجية الحكم القضائي.

وبعد بحث هاتين الفكرتين خلصنا إلى جملة من النتائج؛ منها حالة الاختلاف ما بين الحلول الإجرائي والامتداد الإجرائي، والتي تجسدت في ضرورة كون الأخير من الغير في حين لا يعد نفس الأمر ضرورياً في الحلول الإجرائي. بالإضافة إلى الاختلاف عن حالة التمثيل الإجرائي، ففي الحلول الحال له صفة في الدعوى بخلاف الأمر في التمثيل الإجرائي. ثم عرضنا إثر ذلك جملة من التوصيات منها دعوة المشرع العراقي إلى ضرورة صياغة نظرية عامة للحلول الإجرائي في الدعوى المدنية على أن ينص عليها في قانون المرافعات المدنية لتكون النصوص الواردة بشأنها المرجع العام حيثما وردت تطبيقاته، سواء في خصومة الدعوى أو في خصومة التنفيذ.

كلمات دالة: الصفة الاستثنائية، الامتداد الإجرائي، التمثيل الإجرائي، نسبية الأحكام القضائية، الأحكام الباتة.

* أستاذ قانون الإثبات والإجراءات المدنية المشارك، كلية القانون - فرع كلباء، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.

المقدمة:

إن مقتضيات البحث العلمي للموضوع محل الدراسة تلزماً تناول الأمور الآتية:

أولاً- مدخل تعريفي بموضوع البحث:

الحلول الإجرائي، يعني حلول شخص ذي صفة محل الخصم الأصلي في مباشرة الإجراء القضائي، سواء في خصومة الدعوى أو في مرحلة التنفيذ تحقيقاً لمصلحة محمية قانوناً، دون التوقف على موافقة الخصم الأصلي، استناداً إلى علاقة قانونية تربطهما، مع احتفاظ الخصم الأصلي بحقه في التدخل في الخصومة أو البقاء فيها أو خروجه منها، بحيث تسري في مواجهة من حل في الخصومة والخصم الأصلي الآثار الإجرائية والموضوعية كافة، بما يتلاءم مع طبيعة المركز القانوني الإجرائي لكل منهما.

فالحلول له معنى خاص في إطار قانون الإجراءات المدنية، ويبدو هذا المعنى في انصرافه إلى شرط الصفة، وهو من أهم شروط قبول الدعوى المدنية، بالإضافة إلى شرط المصلحة وشرط الأهلية، لا بل إن جانباً من الفقه يرى في فكرة الحلول الإجرائي أنها تقابل فكرة الصفة الاستثنائية، بحيث ينصرف مصطلح الحلول الإجرائي إلى حالة الصفة غير العادية أو الاستثنائية. والمقصود بالصفة الاستثنائية في هذا الصدد هي أن المدعي لا يطالب بناءً عليها بحق لنفسه، وإنما بحق لغيره، ومع ذلك فإنه لا يباشر الدعوى باسم صاحب الحق باعتباره ممثلاً له، وإنما يباشرها باسمه هو لما له من صفة في الدعوى.

فالأصل أن الشخص عندما يظهر في الخصومة، فإنه إما أن يكون طرفاً فيها يطلب الحماية لحقه الموضوعي، أو يكون ممثلاً أو نائباً عن من يطلب الحماية لحقه، ويكون من تُطلب الحماية لحقه - وليس ممثله أو النائب عنه - هو الطرف في الخصومة، ولكن قد يُعتبر من يمثل في الخصومة (الحال إجرائياً) طرفاً فيها دون أن يكون طالب حماية حق لنفسه، ودون أن يكون ممثلاً أو نائباً عن من تُطلب الحماية لحقوقه (المحال محله)، فهو يحل محله بوصفه طرفاً في الخصومة ضد الخصم الآخر (المحال ضده)، سواءً بوصفه مدعياً أو مدعى عليه، وأساس فكرة الحلول أنه إذا كان الأصل أن صاحب الحق في الدعوى هو صاحب الحق الموضوعي أو صاحب الصفة والمصلحة فيها، فقد توجد حالات يُعطى الحق في الدعوى لشخص أو هيئة غير صاحب الحق الموضوعي، وهذا الشخص أو تلك الهيئة عندما يظهران في الخصومة لا يمكن أن يُعتبرا نائبين أو ممثلين لصاحب الحق الموضوعي أو الصفة الأصلية في الدعوى، إذ بينما يعمل النائب باسم غيره يعمل الحال إجرائياً باسمه هو، ولهذا فإذا كان النائب لا يُعتبر طرفاً في الخصومة، فإن هذا الشخص - وليس بصاحب الحق الموضوعي - هو الطرف في الخصومة، بوصفه خصماً ذا صفة بنص القانون. ولأن من يباشر الحلول هو الطرف في الخصومة، فإنه

يجب أن تتوافر فيه شروط قبول الدعوى، وباختصار له كل سلطات الخصم بما يتلاءم مع مركزه القانوني الإجرائي وعليه واجباته، وتترتب كل الآثار الإجرائية في مواجهته.

ثانياً- أسباب اختيار موضوع البحث:

هناك مجموعة من الأسباب تدعونا إلى أن نبحث في هذا الموضوع، ولعل أهمها هو أن الحلول الإجرائي لم يحظ بعناية المشرع، إذ لم يحط بتنظيم قانوني مستقل في القانون العراقي، ولم يُبين المشرع ضوابطه وأحكامه وآثاره في نظام قانوني خاص، وكل ما هنالك أن المشرع أورد بعض النصوص التي تعد تطبيقاً ضمنياً للحلول الإجرائي وفي قوانين مختلفة. فضلاً عن عدم التفات القضاء العراقي بشكل خاص إلى الأخذ بهذه الفكرة، وذلك على الرغم من أهميتها، لذا فإن لفت عناية المشرع فضلاً عن القضاء إلى الأخذ بهذه الفكرة ووضعها موضع التطبيق العملي، يُعد دافعاً مضافاً إلى الكتابة في هذا الموضوع، إذ لم نقف على قرار قضائي - وبشكل خاص القضاء العراقي - يُشير إشارة صريحة إلى هذه الفكرة. إضافة إلى الندرة في الدراسات التي تناولت هذا الموضوع وبشكل خاص في الفقه العراقي.

ثالثاً- تساؤلات البحث:

سنحاول في هذا البحث الإجابة عن مجموعة من التساؤلات ولعل من أهمها:

- 1- ما المقصود بالحلول الإجرائي؟ وما هي آثار الحلول الإجرائي النسبية في إجراءات التقاضي لاسيما في حجية الأحكام القضائية؟
- 2- هل الامتداد الإجرائي هو ذات الحلول الإجرائي؟ أم أنه صورة من صور التمثيل الإجرائي؟ أي بمعنى آخر، هل يعني وجود ممثل إجرائي للخصم أننا إزاء امتداد إجرائي في المراكز القانونية للخصوم؟ وهل يوجد تلازم بين التمثيل الإجرائي والامتداد الإجرائي لمراكز الخصوم؟ أم أن التمثيل الإجرائي يختلف عن الامتداد الإجرائي؟
- 3- ما أثر الحلول الإجرائي في حجية الأحكام، فتسري حجية الحكم الصادر في الدعوى محل الحلول الإجرائي في حق الحال إجرائياً والمحال محله على فرض أن الأخير لم يتدخل في الدعوى فضلاً عن سريانها بحق المحال ضده، أم أن أحدهما يخرج من نطاق إعمالها؟
- 4- وعليه فهل للحلول الإجرائي من أثر في حجية الأحكام القضائية الصادرة في الدعوى محل الحلول؟ وبحق أي من الخصوم ستسري تلك الحجية؟ أستسري بحق

الحال إجرائياً لوحدته بوصفه هو من باشر الدعوى دون المُحال محله على فرض أن الأخير لم يتدخل في الدعوى أم أنها ستسري فضلاً عن ذلك في مواجهته؟ وهل ستسري تلك الحجية في مواجهة الحال إجرائياً، إذا لم يتدخل أو يحل في الدعوى التي باشرها صاحب الصفة الأصلية في الدعوى (المحال محله)، فضلاً عن سريانها في مواجهة المحال ضده (الخصم الآخر في مواجهة الحال إجرائياً والمحال محله)؟

رابعاً- منهجية البحث:

سنعتمد في هذا البحث على المنهج التحليلي من خلال تحليل القواعد القانونية المتعلقة بهذا الموضوع سواءً في التشريع العراقي أو في التشريعات محل المقارنة في القانون المصري والفرنسي، فضلاً عن قوانين دول أخرى كلما دعت الحاجة إلى ذلك، مع تحليل مواقف الفقه والقضاء المتيسرة في هذا المجال، في محاولة لاستخلاص الإطار العام الذي يهيمن على الموضوع وذلك في إطار نظرة شاملة لمختلف الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع والتي تبدو لأول وهلة مبعثرة لا رابط بينها، بينما هي في الحقيقة قد تكون ناشئة عن أصل واحد.

فضلاً عن أنه سيتم الاعتماد في هذا البحث على المنهج المقارن بين قانون المرافعات المدنية العراقي من جهة، وبين قانوني المرافعات المدنية المصري والمرافعات الفرنسي من جهة أخرى وبشكل أساسي، مع الاستئناس بمواقف بعض القوانين العربية والإشارة إليها كلما اقتضى الأمر ذلك، بالرغم من قلة النصوص التي أشارت إلى فكرة الحلول الإجرائي وليس هناك اختلاف جوهري بينها، فضلاً عن الإشارة إلى ما يتيسر من مواقف الفقه والقضاء في العراق ومصر وفرنسا - على الرغم من ندرة الأخيرة - ومناقشتها واستخراج الأحكام المناسبة منها واستخلاص النتائج العلمية من أدلتها التفصيلية.

سادساً- هيكلية البحث:

يقتضي الإلمام بهذا الموضوع أن يتم بحثه ضمن خطة البحث الآتية:

المبحث الأول: ماهية الحلول الإجرائي.

المبحث الثاني: تأثير الحلول الإجرائي في حجية الأحكام القضائية.

المبحث الأول

ماهية الحلول الإجرائي

بغية الامام بمصطلح الحلول الإجرائي في قانون المرافعات المدنية، فإننا نوزع هذا المبحث على مطلبين؛ يتناول الأول منهما، تعريف الحلول الإجرائي، في حين يتطرق الثاني منهما إلى تمييز الحلول الإجرائي مما يشته به.

المطلب الاول

تعريف الحلول الإجرائي

إن التعريف بالحلول الإجرائي بوصفه مصطلحاً قانونياً مركباً يدعونا إلى تعريف كل من مصطلحي الحلول والإجراء القضائي كل علي حدة، وذلك في اللغة العربية (الفرع الأول) وفي الاصطلاح القانوني والفقهني وصولاً إلى تعريف عام لهذا المصطلح (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف اللغوي

لمصطلح الحلول في اللغة العربية معان كثيرة، إلا أن البيان سيقصر على المعاني التي تخدم هدف البحث، وذلك على النحو الآتي: إذ قد يأتي الحلول بمعنى النزول، من حل بالمكان يحل حُلُولاً ومَحَلّاً وحَلّاً وحَلَّلاً، وذلك نزول القوم بمَحَلّة وهو نقيض الارتحال، يُقال: أحل فلان أهله بمكان كذا وكذا إذا أنزلهم⁽¹⁾. وقد يراد بالحلول الاستبدال؛ والاستبدال من بَدَل وهو قيام الشيء بمَقَام الشيء الذاهب، يقال هذا بدل الشيء وبديله⁽²⁾. وقد يأتي الحلول بمعنى الاستخلاف؛ وهو من خَلَف، والخلف هو كل من يجيء بعد من مضى، ويأتي بمعنى البديل فيكون خلفاً منه أي بدلاً، والخلف البديل وال عوض وما استخلف من شيء⁽³⁾.

(1) العلامة محمد بن مكرم بن أبي الحسن بن أحمد الأنصاري الشهير بابن منظور، لسان العرب، م، ج، 9، ط 1، دار المعارف، القاهرة، 1998، ص 972-979؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004، ص 193 - 194؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، طبعة خاصة، وزارة التربية والتعليم، القاهرة، 1994، ص 168-169.

(2) العلامة محمد بن مكرم بن أبي الحسن بن أحمد الأنصاري الشهير بابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، ج 3، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة الطبع، ص 231.

(3) العلامة ابن منظور، مرجع سابق، ج 14، ص 1238؛ أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، معجم مقاييس اللغة، ط 1، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص 210.

وبناءً على ذلك، فإن الحلول في اللغة وبقدر تعلق الأمر بموضوع البحث هو: إما إنزال شخص أو شيء محل شخص أو شيء آخر، أو استبدال شخص أو شيء بشخص أو شيء آخر، في علاقة ما بحيث تبقى عناصرها الموضوعية على ما كانت عليه قبل الاستبدال، إلا أن المعنى الذي يهمننا حقيقة هو الاستبدال أو التبديل، لأنه الأقرب إلى المعنى الاصطلاحي في لغة أهل القانون.

أما كلمة (الإجماع) لغةً: فقد حددت المعاجم معاني كثيرة لها فهي مصدر للفعل جراً فيقال جراً وأجرى إجراء⁽⁴⁾. ومن معاني الإجماع في اللغة:

1- تأتي كلمة إجراء بمعنى الجري والحركة، فقد جاء في قوله تعالى: ﴿ وَالشَّمْسُ تَجْرِي لِمُسْتَقَرٍّ لَهَا ذَلِكَ تَقْدِيرُ الْعَزِيزِ الْعَلِيمِ ﴾⁽⁵⁾. وجاء في تفسير ﴿ وَالشَّمْسُ تَجْرِي لِمُسْتَقَرٍّ لَهَا ﴾ لحد معين أو لكبد السماء، فإن حركتها فيه يوجد فيها بقاء، بحيث يظن أن لها هناك وقفة، قال تعالى: ﴿ وَالشَّمْسُ تَجْرِي لِمُسْتَقَرٍّ لَهَا ﴾⁽⁶⁾. كما جاء في قوله تعالى: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِغِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴾⁽⁷⁾. وجاء في تفسير «تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا» أي من تحت أشجارها وأبنيتها وقد مر الكلام في ذلك الأنهار⁽⁸⁾.

وما رواه أبو داود في سننه عن مطرف: «قال أبي انطلقت في وفد بني عامر إلى رسول الله (ﷺ) فقلنا: أنت سيدنا فقال: السيد الله تبارك وتعالى، قلنا: وأفضلنا فضلاً وأعظمنا طولا، فقال: قولوا بقولكم أو بعض قولكم ولا يستحيرنكم الشيطان»⁽⁹⁾. وقد جاء في شرح «لا يستحيرنكم الشيطان» أي لا يتخذنكم جرياً بفتح الجيم وكسر الراء وتشديد التحيتية أي كثير الجري في طريقه ومتابعة خطواته⁽¹⁰⁾.

تأتي بمعنى الوكيل: وسمي جرياً، لأنه يجري مجرى موكله⁽¹¹⁾.

(4) لويس معلوف، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، ط11، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1908، ص 88.

(5) سورة ياسين، الآية (38).

(6) البيضاوي، تفسير البيضاوي، ج4، دار الفكر، بيروت، 1996، ص 433.

(7) سورة النساء، الآية (13).

(8) العلامة أبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، المجلد 3-4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص 233.

(9) أبو داود السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، محمد محيي الدين عبد الحميد، ج4، دار الفكر، دمشق، 2005، باب في كراهية التمداح، رقم الحديث 4806، ص 254.

(10) محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود، شرح سنن أبي داود، ج3، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص 111.

(11) إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور العطار، ج6، دار العلم للملايين، بيروت، 1987، ص 2033.

- 2- تأتي بمعنى الإدامة مثل قولنا: أجرى له ذلك الشيء، بمعنى أدامه له⁽¹²⁾.
 - 3- كما تأتي بمعنى التدبير والمعاملة: دائرة الإجراء في لغة المحاكم: هي دائرة التنفيذ ويعود إليها حق تنفيذ الاحكام الصالحة للتنفيذ⁽¹³⁾.
 - 4- وتأتي بمعنى الطريقة التي يجري المرء عليها⁽¹⁴⁾.
- وإن كلمة الإجرائي بصورة عامة تطلق على كل ما يتعلق بالشكل، وهذا الشكل قد يعني الوسيلة أو مجموعة الوسائل القانونية التي يقررها القانون لحماية الحقوق الموضوعية وقد يعني مجموعة الإجراءات التي تتبع أمام المحاكم⁽¹⁵⁾.

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي

خلا القانون العراقي ويستوي في ذلك القانون المدني وقانون المرافعات المدنية⁽¹⁶⁾ من تعريف للحلول، وهو ذات الموقف الذي تبنته القوانين محل المقارنة في عدم إيراد تعريف للحلول⁽¹⁷⁾، وهذا اتجاه جدير بالتأييد، لأنه ليس من مهمة المشرع صياغة التعاريف للمصطلحات القانونية، بل هي مهمة الفقه والقضاء. لذلك اختلف فقهاء القانون الموضوعي (المدني) في تحديد مفهوم الحلول عموماً؛ فقد عرّفه جانب من الفقه⁽¹⁸⁾ بأنه: «التبديل، فثمة حلول عيني حينما يحل شيء محل شيء آخر في ذمة مالية، وحلول شخصي حينما يحل شخص محل آخر بصفة دائن أو مدين في علاقة التزام».

المطلب الثاني

تمييز الحلول الإجرائي مما يشته به

بغية تمييز الحلول الإجرائي عن الحالات المشابهة له، فإن هذا الأمر يقتضي منا أن نُورِّع هذا المطلب على ثلاثة فروع؛ نُميِّز في الأول الحلول الإجرائي عن الامتداد الإجرائي، وفي الثاني نُميِّزه عن التمثيل الإجرائي، وفي الثالث نُميِّزه عن الخلافة في الصفة.

(12) أبو الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم ابن منظور، ج 1، مرجع سابق، ص 212.

(13) جبران مسعود، الرائد، ط2، دار العلم للملايين، بيروت، 1967، ص 38.

(14) لويس معلوف، المنجد في اللغة والأعلام، مرجع سابق، ص 88.

(15) أجياد نايف الدليمي، إبطال عريضة الدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الإجرائية: دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2011، ص 79.

(16) رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

(17) كالقانون المدني المصري؛ وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968، والقانون المدني الفرنسي، وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (1123) لسنة 1975 المعدل.

(18) Jean carbonnier, Droit civil- Tome II: Les Biens et Les obligations, 2ieme partie, Paris, 1957, p.747.

الفرع الأول

الحلول الإجرائي والامتداد الإجرائي

الحلول الإجرائي وسيلة قانونية أوجدها المشرع خلافاً للأصل تحقيقاً لمصالح جديدة بالحماية، وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية أن: «الحلول الإجرائي لا يشتمل على كافة النواحي الإجرائية المتاحة للشخص وإنما يقتصر على حالات بعينها»⁽¹⁹⁾. ففي الدعوى غير المباشرة- بوصفها تطبيقاً من تطبيقات فكرة الحلول الإجرائي- الأصل فيها أن يقوم المدين بالمطالبة بحقوقه لدى الغير حفاظاً على الضمان العام لحقوق دائنيه سواءً بنفسه أو عن طريق من يمثله، لكنه يقعد عن ذلك مما يلحق الضرر بالدائنين، لذلك أباح المشرع لهم إقامة هذه الدعوى للمحافظة على حقوق المدين والتي تعد الضمان العام لحقوقهم على الرغم من أنهم ليسوا أصحاب الحقوق المطالبين بحمايتهم، فقد أصبحوا ذوي صفة في مباشرتها بموجب نص في القانون⁽²⁰⁾. ابتداءً يُعرّف الامتداد الإجرائي بأنه: «اتساع في القضية - بما تتضمنه من دعوى وخصومة - بصفة عامة أو في العمل الإجرائي - بعناصره الموضوعية (صلاحية ومحل وسبب) والشكلية (الزمان والمكان والكتابة)- بصفة خاصة، إما بنص القانون (الامتداد الإجرائي)، أو بناء على إرادة الأطراف، أو بحكم من القضاء (المد الإجرائي)، لإحداث أثر قانوني إجرائي معين، تحقيقاً لأهداف محددة ووفقاً لنظام معين يرسمه قانون المرافعات»⁽²¹⁾.

من خلال العرض السابق لتعريف الامتداد الإجرائي، نعتقد أن هذا التعريف هو التعريف الدقيق، لأنه استعمل مصطلح القضية ولم يقل امتداد نطاق الخصومة أو الدعوى، وإنما جاء باصطلاح جامع للمعنيين السابقين فالامتداد يمكن تصوره عند البدء بالدعوى، كما يمكن تصوره أثناء سير الخصومة، وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا التعريف ذكر سبب الامتداد الإجرائي إذ إن الامتداد لا يتم بصورة عشوائية وإنما لابد من وجود سبب يبرر الامتداد الإجرائي، كما أن هذا التعريف حدد على وجه الدقة الخصائص التي يتميز بها الامتداد الإجرائي المتمثلة بما يأتي:

(19) Cour de cassation, chambre civile 3, jeudi 4 juin 2009, N° de pourvoi: 07-18960.

(20) المادة (261) من القانون المدني العراقي، والمادة (235) من القانون المدني المصري، والمادة (366) من القانون المدني الأردني، والمادة (276) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1934، والمادة (1166) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

(21) د. أحمد سيد أحمد محمود، نحو نظرية للامتداد الإجرائي في قانون المرافعات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2011، ص 24.

أولاً- الامتداد الإجرائي ظاهرة مستمرة:

ويقصد بهذه الخاصية أن الامتداد الإجرائي لأشخاص الخصومة المدنية يمكن تصوره عند بدء الخصومة من جهة، كما يمكن تصور وجوده أثناء سير الخصومة المدنية حتى صدور حكم فيها⁽²²⁾.

ثانياً- الامتداد الإجرائي ظاهرة متنوعة:

إن الامتداد الإجرائي ظاهرة متنوعة من حيث وسائلها وقرارات المحكمة فيها، إذ يؤدي الامتداد الإجرائي إلى تنوع قرارات المحكمة بصدده، فإذا كان الامتداد الإجرائي يتحقق بقوة القانون، فإن قرار المحكمة بصدده يكون كاشفاً وليس منشئاً، وإن كان الامتداد الإجرائي يتحقق بقرار من المحكمة فيكون قرارها في هذه الحالة منشئاً للإدخال وليس كاشفاً، وإن كان الامتداد الإجرائي يتحقق بإرادة الخصوم فإن قرار المحكمة في هذه الحالة يكون كاشفاً وليس منشئاً⁽²³⁾.

ثالثاً- الامتداد الإجرائي واسع الأهداف:

يمكن القول بأن الامتداد الإجرائي يحقق لنا الغايات الآتية: 1- تحقيق مبدأ الاقتصاد في الإجراءات 2- إبراز دور القاضي الإيجابي في إدارة الدعوى بعيداً عن الدور السلبي الذي يعيق تحقيق العدل الناجز قليل التكاليف من خلال الدور المهم الذي يضطلع به من خلال الامتداد الإجرائي. 3- النأي بالدعوى من أن تكون عقداً بين طرفيها زمامها بأيديهما يوجهانها حسبما تهوى مصلحتيهما الخاصة⁽²⁴⁾.

لذا يتميز الامتداد الإجرائي عن الحلول الإجرائي بالنقاط الآتية:

1- من حيث صفة الشخص (الغير): الامتداد الإجرائي وعلى الصعيد الشخصي يستلزم أن يكون الشخص الممتد من الغير، في حين أن الحلول الإجرائي لا يستلزم أن يكون الحال إجرائياً محل المحال محله من الغير، بل قد يكون من الخصوم وأقرب مثال على ذلك دعوى الضمان⁽²⁵⁾.

2- من حيث المصلحة: فالحلول الإجرائي يعني أن يحل شخص (الحال إجرائياً) باسمه محل شخص آخر (المحال محله) في مباشرة الإجراءات، أي أن الحال

(22) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 287.

(23) د. أحمد سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 64 - 65.

(24) د. آدم وهيب الداوي، المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1988، ص 227 - 228.

(25) د. أحمد ماهر زغلول، دعوى الضمان الفرعية: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 163.

إجرائياً يعمل لمصلحة ذوي الشأن وليس لمصلحته أو لحسابه وحده فحسب،⁽²⁶⁾ أما الامتداد الإجرائي لأشخاص الخصومة المدنية فهو لا يقضي أن يحل الخصم الممتد محل الخصوم الأصليين عند تحقيق الامتداد، ولا يشترط فيه أن يعمل لمصلحة الخصم الأصلي كما في التدخل الانضمامي، بل قد يعمل لمصلحته وحده، فالامتداد الإجرائي أوسع نطاقاً من الحلول الإجرائي⁽²⁷⁾.

3- من حيث العلاقة القانونية: فبالنسبة للحلول الإجرائي فلا يستطيع الحال إجرائياً مباشرة إجراءات الدعوي أو اتخاذ إجراءات التنفيذ، إلا إذا كانت هناك علاقة قانونية بين كل من الحال إجرائياً والمحال محله، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذ لولا وجود هذه العلاقة لما استطاع الحال إجرائياً أن يكون محل المحال محله في مباشرة دعواه تجاه الغير⁽²⁸⁾، بينما لا يشترط ذلك في الامتداد الإجرائي إذ يكفي أن تكون هناك صلة ارتباط بين المركز القانوني للخصم الممتد والمركز القانوني للخصم الأصلي دون أن يحل الأول محل الأخير.

الفرع الثاني

تمييز الحلول الإجرائي عن التمثيل الإجرائي

يقصد بالمثل القانوني هو من تكون له صفة في مباشرة الإجراءات كمثل عن صاحب الصفة فيها، فهو صاحب صفة في اتخاذ الإجراءات، أو هو صاحب صفة إجرائية فحسب، ويعتبر طرفاً في الدعوى صاحب الصفة الأصلية فيها،⁽²⁹⁾ وبناءً على ذلك، ينبغي على الممثل القانوني (الولي أو الوصي أو مدير الشركة) أن يثبت أولاً صفة صاحب الدعوى (القاصر أو الشركة) في الدعوى المرفوعة، وأن يثبت سلطته كمثل قانوني لمباشرة الإجراءات عن هذا الشخص (الطبيعي أو المعنوي)⁽³⁰⁾. ويُقصد بأهلية الاختصاص هي صلاحية الشخص لأن يكون خصماً⁽³¹⁾، أو هي صلاحية الشخص لأن يكون طرفاً في خصومة قضائية⁽³²⁾، وتثبت هذه الأهلية لمن يتمتع بالشخصية القانونية⁽³³⁾، أما أهلية

(26) د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص 43.

(27) د. أحمد سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 45 - 47.

(28) د. أحمد مليجي، التنفيذ وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 776.

(29) د. نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 474.

(30) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 167-168.

(31) عبد الحكيم عباس عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المصري والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، 1995، ص 82.

(32) د. عيد محمد القصاص، الخلافة في الصفة الإجرائية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 16.

(33) تعني الشخصية القانونية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات؛ انظر: د. إبراهيم نجيب سعد، مرجع سابق، ص 549؛ د. وجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد 1، السنة 18، العام 1976، ص 95.

التقاضي فهي صلاحية الخصم لمباشرة الإجراءات أمام القضاء على نحو صحيح، أو هي صلاحية الخصم للقيام بعمل إجرائي باسمه أو في مصلحة الآخرين⁽³⁴⁾.

لذا فإن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المجال، هل يعني وجود ممثل إجرائي للخصم أننا إزاء حلول إجرائي في المراكز القانونية للخصوم؟ وهل يوجد تلازم بين التمثيل الإجرائي والحلول الإجرائي لمراكز الخصوم؟ أم أن التمثيل الإجرائي يختلف عن الحلول الإجرائي؟

جواباً على السؤال المتقدم يتضح لنا أن جوهر الاختلاف ما بين الحلول الإجرائي والتمثيل الإجرائي، يبدو في شرط الصفة وهو من أهم شروط قبول الدعوى المدنية، مع ملاحظة أن شروط قبول الدعوى المدنية في التشريع العراقي هي ثلاثة: الأهلية والخصومة والمصلحة، في حين أن الشرط الوحيد من الناحية التشريعية لقبول الدعوى المدنية في التشريع المصري والفرنسي هو شرط المصلحة، أما الأهلية والصفة فهما شروط فقهيّة وليست تشريعية. ففي الحلول الإجرائي يكون كل من الحال إجرائياً والمحال محله صالحين لمباشرة إجراءات التقاضي، أي أن كلا منهما يتوافر فيه شرط الصفة، في حين أن التمثيل الإجرائي يعني الإنابة في مباشرة الإجراءات، فالممثل الإجرائي شخص ينوب عن صاحب الحق في رفع الدعوى ومباشرة إجراءات التنفيذ، وهو يُعتبر ممثلاً عن صاحب الحق الأصلي لتعذر مباشرة الإجراءات القانونية من قبل هذا الأخير.

الفرع الثالث

تمييز الحلول الإجرائي عن الخلافة في الصفة

الخلف هو من يتلقى حقاً من شخص آخر (السلف)، ويكون إما خلفاً عاماً إذا كان يتلقى كل حقوق ذلك الشخص أو حصة شائعة منها كالربع أو النصف دون تعيين لحق معين منها، ومثاله الوارث سواء ورث كل التركة أو حصة منها، والموصى له بحصة من التركة كالربع أو الثمن مثلاً، وإما أن يكون خلفاً خاصاً إذا كان يتلقى حقاً معيناً بالذات من شخص آخر (السلف) كالمشتري بالنسبة للبائع والموهوب له بالنسبة للواهب⁽³⁵⁾.

ولما كانت الدعوى حقاً إجرائياً قابلاً للانتقال، شأنها في ذلك شأن الحقوق الموضوعية، فإن ذلك يستتبع انتقال الصفة من شخص إلى آخر، إلا أن انتقالها على هذا النحو قد يثير الالتباس بين الحلول الإجرائي والخلافة في الصفة، وهو ما يدعونا لأن نُميِّز الحلول الإجرائي عن الخلافة في الصفة وذلك على النحو الآتي: بداية، إن المقصود بالخلافة في الصفة انحسارها أو زوالها عن شخص (السلف) وثبوتها لشخص آخر (الخلف)،

(34) د. عبد الحكيم عباس عكاشة، مرجع سابق، ص 90.

(35) د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 285.

أي انتقالها من شخص إلى آخر⁽³⁶⁾ وجدير بالذكر أن المقصود بالخلافة في الصفة هنا هي الصفة الإجرائية. ويسود في الفقه استخدام مصطلح الخلافة في الخصومة⁽³⁷⁾ أو الخلافة في مركز الخصم⁽³⁸⁾ فمركز الخصم كأبي مركز قانوني قد ينتقل بالخلافة⁽³⁹⁾، إذ إن الخصومة لا تتجمد من حيث أطرافها أثناء سيرها، وإنما تتطور فيخرج منها خصوم ويدخل فيها آخرون⁽⁴⁰⁾، إلا أننا نتفق مع من⁽⁴¹⁾ يطلق على الخلافة في الخصومة أو المركز القانوني للخصم مصطلح (الخلافة في الصفة)، والعلة في ذلك أن انتقال الصفة من شخص إلى آخر قد يرجع - كما سنرى - إلى انتقال الحق الموضوعي ذاته إلى شخص آخر، وهو ما يطلق عليه الخلافة في الحق (عامة كانت أم خاصة)، هذه الخلافة في الحق تؤدي بالتبعية إلى الخلافة في الخصومة، وفي هذا الفرض يكون اصطلاح الخلافة في الخصومة موافقاً لواقع الحال، إذ إنه إذا تغير بالفعل أطراف الخصومة فإن السلف يخلف شخصاً آخر.

وجدير بالذكر أن البعض من الفقه الإجرائي يطلق مصطلح الخلافة في الصفة والبعض الآخر يطلق مصطلح الخلافة في الخصومة، وعلة الاختلاف في الألفاظ ترجع إلى النص التشريعي، ففي مصر يستخدم مصطلح الصفة، وفي التشريع العراقي يستخدم مصطلح الخصومة من الناحية التشريعية، مما أدى إلى اختلاف في المصطلح المستخدم، ولكن قد يكون انتقال الصفة من شخص إلى آخر غير مسبوق بتغيير في أطراف الخصومة، كما لو فقد أحد الخصوم أهلية التقاضي وعين عليه قيم، فحل محله في مباشرة إجراءات الخصومة التي كانت قائمة، أو أن يتوفى النائب القانوني لأحد الخصوم (الولي أو الوصي) ويخلفه غيره في مباشرة الإجراءات عن الخصم القاصر، وذلك على الرغم من أن الخصم الأصيل لا يزال هو وحده الطرف في الخصومة (أي على الرغم من عدم حدوث خلافة في الخصومة)، فقد حدثت خلافة في الصفة الإجرائية دون الموضوعية، إذ سيتولى مباشرة الإجراءات شخص آخر غير من كان يباشرها، وعليه فإن كل خلافة في الخصومة (وسببها انتقال الحق الموضوعي من شخص إلى آخر) تستتبع خلافة في الصفة الإجرائية، ولكن ليست كل خلافة في الصفة الإجرائية تقتضي وجود خلافة في

(36) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 36.

(37) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 229.

(38) د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 482.

(39) د. ابراهيم نجيب سعد، مرجع سابق، ص 558.

(40) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 482.

(41) د. عبيد محمد القصاص، الخلافة في الصفة الإجرائية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 10.

الخصومة⁽⁴²⁾.

ومن خلال ما تقدم، يتضح لنا أن الخلافة في الصفة، أي انتقال مركز الخصم من شخص السلف إلى شخص آخر الخلف، قد تحدث نتيجة للخلافة في الحق الموضوعي أو دون تحقق للخلافة فيه.

ومن خلال التعريف الوارد أعلاه، يتضح لنا أن الخلافة في الصفة لا تتحقق إلا بتوافر ثلاثة أركان أساسية وهي:

أ- ثبوت الصفة للسلف ابتداءً:

يجب التأكيد ابتداءً من ثبوت الصفة للسلف لنتمكن من الحديث عن الخلافة في الصفة، إذ لا يصح الحديث عنها إذا لم تكن الصفة قد ثبتت ابتداءً للسلف، وهذا ما يميز الخلافة في الصفة من تصحيح الدعوى باختصاص ذي الصفة، وذلك إذا كانت الدعوى قد رفعت على غير ذي صفة، أي أن الدعوى لم تكن متوجهة من حيث الصفة، فبدلاً من عدم قبول الدعوى أجازت بعض التشريعات⁽⁴³⁾ تصحيح الخصومة، ففي هذه الحالات فإننا لا نكون أمام صورة من صور الخلافة في الصفة، لأنه في التصحيح يختص الشخص الذي كان يجب اختصاصه ابتداءً ويخرج من الدعوى من كان اختصاصه خاطئاً ولم تثبت له الصفة من الأساس، ولهذا فإن التصحيح - على عكس الخلافة - ليس له أثر رجعي، ولا تعتبر الدعوى قد استقامت إلا من وقت تصحيحها باختصاص صاحب الصفة.⁽⁴⁴⁾

ب- زوال الصفة عن السلف:

ويكون زوال الصفة عن السلف بوفاة الشخص الطبيعي، أو بانقضاء الشخصية القانونية للشخص المعنوي، أو بتصرف السلف في الحق المتنازع عليه، أو بزوال صفة الممثل الإجرائي لأي سبب من أسباب الزوال⁽⁴⁵⁾ قد لا نكون أمام حالات الخلافة

(42) د. عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 11.

(43) المادة (2/115) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري؛ إلا أن ما تجدر ملاحظته هو أن حكم هذه المادة قاصر على انتفاء صفة المدعى عليه، فلا يجوز إعماله في حالة انتفاء صفة المدعي؛ مشار إليه لدى د. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، ط 3، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1995، ص 721؛ المادة (1) من قانون المسطرة النوعية المغربي؛ المادة (65) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي أوجب على المحكمة رد الدعوى إذا كانت الخصومة غير متوجهة، وذلك في المادة (80) من قانون المرافعات المدنية، والتي تنص على أنه: «1 - إذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في أساسها. 2 - للخصم أن يبدي هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى».

(44) المذكرة التوضيحية لمشروع قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(45) د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 222.

في الصفة إذا كان الواقع هو اكتساب شخص للصفة في مباشرة إجراءات الخصومة مع بقاء هذه الصفة ثابتة لمن كانت له، فإذا كان الخصم قد باشر في البداية إجراءات الخصومة بنفسه، ثم عيّن له بعد ذلك محامياً، فتوكيل المحامي - في الفرض الذي تكون فيه الوكالة بالخصومة اختيارية - لا يسلب عن الخصم الأصيل حق مباشرة الدعوى⁽⁴⁶⁾، فلا تعتبر هذه الحالة صورة من صور الخلافة في الصفة الإجرائية، لأن هذه الصفة مازالت ثابتة للخصم وذلك على الرغم من اشتراك غيره في الخصومة.

ج- انتقال الصفة إلى الشخص الآخر:

فلا نكون أمام حالة من حالات الخلافة في الصفة إذا كان كل ما حدث هو انحسار هذه الصفة عن شخص لسبب ما وثبوتها له لسبب آخر مرة أخرى⁽⁴⁷⁾، فقد تنتهي الوكالة بالخصومة نتيجة فقدان الخصم لأهلية التقاضي بالحجز عليه، ولكنها تثبت مرة أخرى لنفس المحامي بموجب توكيل صادر من قبل القِيم الذي تم تعيينه لتمثيل المحجور عليه، وفضلاً عن ذلك فقد تنتهي صفة الولي في النيابة عن القاصر ببلوغ هذا الأخير سن الرشد، وعلى الرغم من ذلك يُوكّل الخصم الذي بلغ سن الرشد من كان ولياً عليه من قبل ليكمل مباشرة الإجراءات، ففي مثل هذه الحالات لم تحدث خلافة في الصفة الإجرائية، لأنها لم تنتقل من شخص إلى آخر، وإنما ما حدث هو تغيير في هذه الصفة فقط، ففي الحالة الأولى تكون صفة المحامي في مباشرة الإجراءات ثابتة له بموجب توكيل صادر من قبل القِيم على الخصم بعد أن كانت ثابتة له بموجب توكيل صادر من الخصم نفسه، وفي الحالة الثانية تكون صفة من كان ولياً على الخصم القاصر ثابتة بموجب وكالة اتفاقية صادرة له ممن بلغ سن الرشد بعد أن كانت ثابتة له بمقتضى القانون.

بعد كل ما تقدم، يمكن أن نوجز جوهر الفرق بين الخلافة العامة بالصفة والحلول الإجرائي بما يلي:

1- تنتقل الصفة في الخلافة العامة تبعاً لانتقال الحق أو المركز القانوني الموضوعي، في حين أنه لا يوجد انتقال للحق أو المركز القانوني الموضوعي من شخص لآخر في الحلول الإجرائي. فالحق في النظام الأخير يكون في حالة سكون وثبات، وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية ما نصه: «أن الحلول الإجرائي لا يمنح الشخص الذي حل محل الشخص الأصلي حقوقاً أكثر أو أوسع من الحقوق الإجرائية التي يمتلكها صاحب الصفة الأصلية»⁽⁴⁸⁾.

(46) د. عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 15.

(47) المرجع السابق، ص 38.

(48) Cour de cassation, chambre civile 1, Mardi 18/11/2003, N° de pourvoi: 00-12783.

2- فضلاً عن أن السلف في الخلافة العامة يفقد صفته كخصم في الدعوى نتيجة لوفاة أو انقضائه بحسب طبيعته ولا تثبت الصفة للخلف العام إلا بزوالها عن السلف. أما في الحلول الإجرائي فإن صاحب الصفة الأصلية لا تزول صفته ويكون للغير أن يتدخل في الدعوى التي أقامها الطرف الأصلي. أما الخلافة الخاصة فتكون إذا لم يتعلق الأمر بحلول شخص محل آخر في مجموع حقوقه، وإنما بانتقال حق معين من السلف إلى الخلف أياً كان نوع هذا الحق⁽⁴⁹⁾. «الخلافة الخاصة قد تحدث نتيجة لتصرف بين الأحياء، كأن ينتقل مال معين من شخص إلى آخر بالبيع أو بالمقايضة، وقد تكون نتيجة لتصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وذلك حينما يوصي شخص لآخر بشيء معين يستحقه من تركته بعد وفاته»⁽⁵⁰⁾.

فهل تؤدي الخلافة الخاصة في هذين الفرضين الى خلافة في الخصومة؟

يرى جانب من الفقه⁽⁵¹⁾ أن انتقال الحق يستتبع انتقال الصفة أو المصلحة، فإذا نقل الدائن حقه (المتنازع عليه) إلى شخص آخر قبل صدور الحكم، فإن صفته ومصلحته تزولان وتظهر مصلحة صاحب الحق الجديد ويكون له مباشرة الدعوى.

وخلاصة العرض المتقدم، أننا نتفق مع من سبقنا في هذا المجال⁽⁵²⁾ أن جوهر الاختلاف ما بين الخلافة الخاصة بالصفة والحلول الإجرائي يبدو في أن الصفة غير العادية لا يصح استخدامها كمرادف للحلول الإجرائي، وإنما هي تعد من تطبيقات الحلول الإجرائي. وبذلك فالحلول لا يتوقف على وجود صفة غير عادية أو استثنائية في الدعوى وإنما تعد هذه الأخيرة من تطبيقاته والتي يكون مصدرها نص القانون.

(49) د. طارق كاظم عجيل، نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية: دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 20 - 32.

(50) نقلاً عن د. عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 43.

(51) د. عبد المنعم الشراوي ود. فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية - الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976-1977، ص 273.

(52) د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص 57 وما بعدها.

المبحث الثاني

تأثير الحلول الإجرائي على حجية الأمر المقضي فيه

إن ما سبق عرضه على القضاء وتم الفصل فيه، لا يجوز أن يطرح للنقاش مرة أخرى أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام أية محكمة أخرى لتفصل فيه من جديد إلا بالطرق والمواعيد التي حددها القانون، فتلك ضرورة تتطلبها مصلحة الأفراد، كما تقتضيها مصلحة الجماعة، إذ لا يعقل أن تستمر الخصومات بين الناس ولا تقف عند حد، فتتأبد المنازعات، الأمر الذي يترتب عليه عدم استقرار المراكز القانونية، وعدم وصول الحقوق لأصحابها وتعطيل المعاملات بين الناس، فتسود الفوضى في المجتمع، فضلاً عن أنه لو سمح بالفصل من جديد فيما تم الفصل فيه، لتعرضت أحكام القضاء للتناقض، الأمر الذي يضيع هيبة الأحكام ويزعزع ثقة الناس فيها ويخل بكرامة القضاء.

وعلى أساس هذين الاعتبارين: ضرورة وضع حد للمنازعات وتجنب تناقض الأحكام، برزت الحاجة الملحة إلى ما يحقق ذلك، فنظم المشرع فكرة مؤداها: أن الحكم حجة فيما فصل فيه، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي في المادتين (105-106) من قانون الإثبات⁽⁵³⁾، وعليه فهل للحلول الإجرائي من أثر في حجية الأحكام القضائية الصادرة في الدعوى محل الحل؟ وبحق أي من الخصوم ستسري تلك الحجية؟ أستسري بحق الحال إجرائياً لوحده بوصفه هو من باشر الدعوى دون الحال محله على فرض أن الأخير لم يتدخل في الدعوى، أم أنها ستسري فضلاً عن ذلك في مواجهة؟ وهل ستسري تلك الحجية في مواجهة الحال إجرائياً، إذا لم يتدخل أو يحل في الدعوى التي باشرها صاحب الصفة الأصلية في الدعوى (الحال محله)، فضلاً عن سريانها في مواجهة الحال ضده (الخصم الآخر في مواجهة الحال إجرائياً والحال محله)؟ إن الإجابة عن هذه التساؤلات تدعونا إلى أن نعرض هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: دلالة حجية الأحكام القضائية.

المطلب الثاني: أثر الحلول الإجرائي في قاعدة نسبية الأحكام القضائية.

المطلب الثالث: أثر الحلول الإجرائي في احترام حجية الأحكام القضائية.

(53) المادة (101) من قانون الإثبات المصري؛ المادة (1350) من القانون المدني الفرنسي؛ المادة (480) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي؛ المادة (303) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ المادة (296) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري؛ المادة (286) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية؛ المادة (49) من قانون الإثبات الإماراتي.

المطلب الأول

دلالة حجية الأحكام القضائية

يقصد بحجية الأحكام احترام ما قضى به الحكم شكلاً وموضوعاً من قبل أطراف الدعوى، وكذلك من قبل المحكمة التي أصدرت الحكم والمحاكم الأخرى التي هي من نفس درجة المحكمة التي أصدرت الحكم، وهذا هو المظهر الإيجابي لحجية الأحكام، وكذلك عدم المناقشة المستقبلية حول وجود إرادة القانون المجردة عن الحالة التي قضى بها الحكم وهذا هو المظهر السلبي، وبالتالي لا يجوز لأحد أطراف الحكم أن يرفع مرة أخرى نفس الدعوى أمام نفس المحكمة أو أمام محكمة أخرى، وإذا ما رفعت فيجب الحكم بعدم قبولها لسبق الفصل فيها⁽⁵⁴⁾.

إن حجية الأحكام هي الصفة التي تثبت للحكم بموجب القانون وتجعل ما قضى به (مضمونه) غير قابل للمنازعات مرة أخرى، فهي قرينة على الحقيقة وعلى صحة الحكم من حيث الشكل والمضمون⁽⁵⁵⁾، فقريئة الحقيقة، مؤداها أن الحكم يعتبر عنواناً للحقيقة للشئ الذي قضى به، بحيث لا يمكن إنكار هذه القرينة في أي مجال ولدى أية سلطة أو جهة قانونية في الدولة، ويجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، إلا أن المادة (102/2) من قانون الإثبات المصري تنص على أن: «المحكمة تقضي بحجية الأمر المقضي به من تلقاء نفسها»⁽⁵⁶⁾، فصارت بذلك أمراً يتعلق بالنظام العام، أما قرينة الصحة، فمقتضاها أن الحكم يفترض قرينة قانونية على أن صدوره كان بناءً على إجراءات صحيحة، وأنه متى ما صار له شكل ومظهر الحكم وكيانه لا يجوز الادعاء ببطلانه بدعوى أصلية للبطلان⁽⁵⁷⁾.

وعليه، فإن الحالة موضوع النزاع التي صدر بشأنها حكم لا تكون قابلة للمنازعة فيما بعد⁽⁵⁸⁾. فحجية الأحكام تعني أن الأحكام التي يصدرها القضاء تكون حجة فيما فصلت فيه، فما جاء في هذه الأحكام يعتبر مطابقاً للحقيقة. ويترتب على ذلك أن الخصوم يمتنع عليهم أن يعاودوا الالتجاء إلى القضاء في شأن نزاع سبق الفصل فيه، فإذا رفع أحد الخصوم دعوى جديدة تتعلق بهذا النزاع كان للخصم الآخر أن يدفع هذه الدعوى بحجية الأحكام أي بسبق الفصل فيها⁽⁵⁹⁾.

(54) د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات وتعديلاته الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 737.

(55) Jean Foyer, L'autorité de la chose jugée en matière civile : Essai d'une définition, thèse de doctorat, Droit, Paris, 1954, P.320.

(56) المادة (1350) من القانون المدني الفرنسي؛ المادة (303) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ المادة (296) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري؛ المادة (49) من قانون الإثبات الإماراتي.

(57) د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص 677-678.

(58) د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 174.

(59) د. عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، ط2، مطبعة مصطفى الباب الحلبي، القاهرة، 1955، ص 321.

وعلى الرغم من أن حجية الأحكام وردت في قانون الإثبات⁽⁶⁰⁾، فإن موضوع دراستها يجب أن يكون في قانون المرافعات، وذلك لأن حجية الأحكام إنما ترد في الغالب بشكل دفع بعدم جواز سماع الدعوى لسبق الحكم فيها⁽⁶¹⁾، وفضلاً عن ذلك، فإن هذا الدفع يعد قاعدة موضوعية تتعلق بآثار الأحكام القضائية ولا يعد قرينة قانونية بالمعنى الصحيح⁽⁶²⁾، على خلاف منهج المشرع العراقي الذي يعتبرها قرينة قانونية متعلقة بالنظام العام وهو ما أكده في الفصل الخامس من الباب الأول من قانون الإثبات النافذ والتي أوردها تحت عنوان "القرائن وحجية الأحكام".

فالحجية المقررة للأحكام القضائية هي قاعدة قانونية رصينة بموجبها يُمنع قبول أي دليل أو قرينة لِنقض هذه القاعدة التي لا تقبل إثبات العكس مطلقاً⁽⁶³⁾، إذ إن الحكم متى ما صدر صحيحاً من ناحية الشكل والموضوع أو أنه تحصن ضد طرق الطعن حتى وإن لم يكن صحيحاً من ناحية الشكل والموضوع من خلال تطرقه إلى حق أو مركز قانوني فهو يعتبر حجة لما قضى به⁽⁶⁴⁾.

وتعد حجية الأحكام مطابقة للحقيقة إذا ما تحولت إلى دائمية، والمقصود بذلك أن الحكم الصادر في الدعوى قد أصبح باتاً بموجب أحكام قانون الإثبات العراقي، وبالتالي لا يجوز الطعن به بأي شكل من الأشكال، وهو ما أكده المشرع العراقي في المادة (106) من قانون الإثبات النافذ والتي تنص على أنه: «لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة»، ومن ثم لا يجوز لأي طرف من أطراف النزاع إقامة دعوى جديدة بشأنها وبذات الموضوع إذا ما اتحد مع أطراف الدعوى سببها، حيث يحق للطرف الآخر أن يدفع بعدم جواز النظر في الدعوى لسبق الحكم فيها ويمكن إثارته لأول مرة حتى أمام محكمة

- (60) المادتان (105-106) من قانون الإثبات العراقي؛ المادة (101) من قانون الإثبات المصري؛ المادة (1350) من القانون المدني الفرنسي؛ المادة (480) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي؛ المادة (303) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ المادة (296) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري؛ المادة (286) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية؛ المادة (49) من قانون الإثبات الإماراتي.
- (61) المادة (3/209) من قانون المرافعات المدنية العراقي؛ المادة (116) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري؛ المادة (111) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني؛ المادة (72) من نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ المادة (146) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري؛ المادة (63) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ المواد (68:48) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الجزائري؛ المادة (16) من قانون المسطرة المدنية المغربي.
- (62) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أن: «حجية الشيء المقضي تتصل بآثار الأحكام ويدخل تنظيمها من هذا الوجه في قانون المرافعات»؛ نقلاً عن: د. عباس زبون عبيد العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، ط2، جامعة الموصل، 1997، ص 247.
- (63) د. مصطفى إبراهيم الزلي ود. ياسر باسم دنون السبعاعي، الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية بين النسبية والإطلاق: دراسة في ضوء قواعد علم الفلسفة، مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحداثة الجامعة، الموصل، العدد 14، أبريل 2006، ص 137.
- (64) د. محمد حامد فهمي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة فتح الله إلياس النوري، القاهرة، 1940، ص 643.

التمييز. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز العراق الاتحادية في قرار لها بأنه: (... وحيث لا يجوز إحداث دفع جديد ولا إيراد أدلة جديدة أمام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزاً باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى استناداً لأحكام المادة (209/3) من قانون المرافعات المدنية المعدلة ولخلو الاعتراضات التمييزية من الحالات الثلاث المشار إليها، لذا قرر رد الطعن التمييزي (...)⁽⁶⁵⁾.

واصطلاح حجية الأحكام أطلق عليه المشرع العراقي (حجية الأحكام التي حازت درجة البتات)⁽⁶⁶⁾، وسماه المشرع المصري بـ (حجية الأمر المقضي)⁽⁶⁷⁾، وقد عد المشرع الفرنسي في القانون المدني في المادة (1350) منه، أن حجية الأحكام هي قرينة قانونية قاطعة لما قضت به، ولكنه علق ذلك بضرورة اتحاد الموضوع والسبب والخصوم⁽⁶⁸⁾.

(65) قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية المرقم 367/ الهيئة المدنية المنقول/2010 في 2010/6/8، غير منشور؛ وقضت في قرار آخر بأنه: «لا يجوز تقديم دفوع جديدة أمام محكمة التمييز عدا الدفع بالخصومة وسبق الفصل في الدعوى والاختصاص»؛ قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية المرقم 1909/مدنية عقار/2008 في 2008/8/4، غير منشور؛ المادة (3/209) من قانون المرافعات المدنية العراقي، والتي تنص على أنه: «لا يجوز إحداث دفع جديد ولا إيراد أدلة جديدة أمام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزاً باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى»؛ المادة (116) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري؛ المادة (111) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني؛ المادة (72) من نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ المادة (146) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري؛ المادة (63) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ المواد (48-68) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الجزائي؛ المادة (16) من قانون المسطرة المدنية المغربي.

(66) المادتان (105-106) من قانون الإثبات العراقي؛ وعلى الرغم من أن المشرع العراقي في قانون الإثبات يطلق مصطلح حجية الأحكام على الأحكام المكتسبة لدرجة البتات، فإن اتجاه محكمة تمييز العراق الاتحادية يذهب إلى إطلاق مصطلح (مبدأ حجية الشيء المحكوم به)، وهذا ما ذهب إليه تلك المحكمة في قرار لها جاء فيه: «لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن مدته القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون للأسباب المذكورة فيه والذي جاء اتباعاً لقرار النقض الصادر بعدد 171 / الهيئة الاستئنافية عقار/2007 في 2007/8/7، حيث ثبت من التحقيقات الجارية بأنه سبق الفصل في موضوع الدعوى بالحكم الصادر بالدعوى 3729/ب/2005 في 2005/10/31 والمصدق تمييزاً بالقرار 1358/الهيئة الاستئنافية العقار/2006 في 2006/5/31، وبذلك تكون دعوى المدعي لا سند لها من القانون تطبيقاً لمبدأ حجية الشيء المحكوم به والمادة (105) من قانون الإثبات لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي»؛ قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية المرقم 162/الهيئة الاستئنافية العقار/2008 في 2008/2/12؛ غير منشور.

(67) المادة (101) من قانون الإثبات المصري؛ المادة (249) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري؛ أما القانونان السوري والأردني فيطلقان عليها (حجية الأحكام القطعية) في حين يسميها قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني (حجية القضية المحكوم بها)؛ المادة (40) من قانون البيئات الأردني المرقم 30 لسنة 1952؛ والمادة (90) من قانون البيئات السوري لسنة 1947؛ والمادة (556) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

(68) د. سليمان مرقس، شهادة الشهود والقرائن وحجية الشيء المحكوم به، مطبعة الجبلأوي، القاهرة، 1975، ص 147.

وهو ما ذهب إليه المشرع العراقي، إذ عدَّ حجية الأحكام من القرائن القانونية القاطعة المتعلقة بالنظام العام التي يجوز إثارتها في مراحل الدعوى كافة ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز⁽⁶⁹⁾.

ويُعد اصطلاح القانون العراقي هو الأدق والأصح من بقية المصطلحات، لأن الحجية تشمل جميع القرارات التي تصدر في أثناء الدعوى والتي تفصل بموضوع معين والحكم الحاسم النهائي الصادر فيها، فضلاً عن أن حجية الأحكام تثبت للأحكام القضائية الباطلة على الرغم من كونها معيبة، ولكن ذلك مرهون بعدم التمسك ببطولانها ضمن مدة الطعن وبطرق الطعن المقررة لها، والحكمة من شمول هذه الأحكام بهذه الحجية هي احترام قاعدة عدم المساس بالحكم وحجيته واستقرار للمراكز القانونية للخصوم⁽⁷⁰⁾.

وعلى هذا الأساس فإن حجية الأحكام تتجسد في مظهرين أحدهما سلبي والآخر إيجابي:

أولاً- المظهر السلبي لحجية الأحكام القضائية:

يقصد بالمظهر السلبي عدم جواز إعادة النظر في الدعوى مرة أخرى أمام القضاء، فمتى صدر حكم قضائي في دعوى معينة، فإنه يُمنع إثارتها من جديد أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، حيث إن الفصل فيها قطعياً يمنع من إعادة طرحها للفصل فيها قضائياً مرة أخرى، وهذا قيد على أطراف الدعوى التي صدر فيها الحكم، وكذلك على كل محكمة من نفس درجة المحكمة التي أصدرت الحكم⁽⁷¹⁾. ولعل احترام الحكم الذي يحوز الحجية يبدو أولاً في أثر سلبي، وهو عدم جواز تكرار الدعوى⁽⁷²⁾، لذا فصورة الأثر السلبي تكون في منع الخصوم من إعادة رفع نفس الدعوى التي سبق أن تم الحكم فيها بحكم حاز حجية الأحكام أمام القضاء⁽⁷³⁾، ولكون المصلحة قد استنفذت بالحكم الأول،

(69) المادة (3/209) من قانون المرافعات المدنية العراقي؛ المادة (116) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري؛ المادة (111) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني؛ المادة (72) من نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ المادة (146) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري؛ المادة (63) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ المواد (48-68) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الجزائري؛ المواد (16) من قانون المسطرة المدنية المغربي.

(70) صدام خزل يحيى، النظام القانوني للحكم الباطل في القانون المرافعات المدنية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2009، ص 54.

(71) د. محمود الكيلاني، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2002، ص 359.

(72) د. أحمد خليل، التعارض بين الأحكام القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 51-52.

(73) المادة (3/209) من قانون المرافعات المدنية العراقي؛ المادة (116) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري؛ المادة (111) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني؛ المادة (72) من نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ المادة (146) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري؛ المادة (63) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ المواد (48:68) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الجزائري؛ المواد (16) من قانون المسطرة المدنية المغربي.

ولا شك أن أعمال هذا الدفع بنجاح من شأنه أن يؤدي إلى اتقاء نشوء حالة التناقض بين الأحكام القضائية، وذلك لأنه سيحول دون صدور حكم جديد مضمونه هو نفس مضمون الحكم السابق⁽⁷⁴⁾، ولقد قضت محكمة تمييز العراق الاتحادية في قرار لها بأنه: "استناداً لأحكام المادتين (105 - 106) من قانون الإثبات لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام، لسبق الفصل في موضوع الدعوى ذاتها وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً ولا تسمع بشأنه دعوى جديدة"⁽⁷⁵⁾.

ثانياً- المظهر الإيجابي لحجية الأحكام القضائية:

يقصد بالمظهر الإيجابي لحجية الأحكام القضائية احترام ما قضى به الحكم شكلاً وموضوعاً من قبل أطراف الدعوى التي صدر بشأنها الحكم، وكذلك من قبل المحكمة التي أصدرت الحكم والمحاكم الأخرى التي هي من نفس درجة المحكمة التي أصدرت الحكم⁽⁷⁶⁾.

والواقع أن الأثر السلبي سيحول دون إعادة النظر في المسألة الكلية الشاملة، لكنه لن يحول دون النظر في المسألة الجزئية، لذلك لا بد من الاستناد إلى الأثر الإيجابي لحجية الأحكام لمنع النظر في الدعوى الجديدة، والذي يوجب على القاضي التقيد بالنتائج الموضوعية التي وصل إليها الحكم السابق، فإذا كان الحكم السابق قد قضى بنفي المسألة الكلية، فإن على القاضي أن يفصل في المسألة أو الحق الجزئي المرفوع به دعوى جديدة بما يتوافق مع هذا النفي، وهكذا يبدو أن الاكتفاء بالأثر السلبي - طبقاً لهذا الاتجاه - لن يؤدي إلى كفالة الاحترام اللازم للأحكام إذا كانت الدعوى مقبولة كما هو الفرض محل البحث، فعدم جواز المناقشة من جديد فيما قضى به الحكم السابق لم يكن ليمنع من صدور الحكم الجديد بثبوت الحق الجزئي استناداً إلى دليل إثبات جديد، ولاشك في أن هذه النتيجة تعكس تناقضاً بين حكمين، أما عندما يكون للحجية أثر إيجابي فإنه سيحول - إذا تم الالتزام به طبقاً لهذا الاتجاه - دون وقوع هذا الانتهاك للأحكام القضائية، إذ لن يفصل القاضي في الدعوى الجديدة إلا بأن يسلم بانتفاء الحق الجزئي في الفرض محل البحث⁽⁷⁷⁾.

والواقع أن الأثر الإيجابي ليس أثراً قانونياً، وإنما هو أثر منطقي، فما هو إلا حجية الأحكام نفسها بثوبها السلبي، فإذا ما صدر حكم قطعي فاصلاً في النزاع، فإنه سيؤدي

(74) د. فتحي والي، مرجع سابق، بند 82: د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 239.

(75) قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية المرقم 635/الهيئة الاستئنافية منقول 2009/6/15، غير منشور.

(76) د. محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 359.

(77) د. أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري:

دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 126-127؛ كذلك ينظر:

Jean Vincent et Serge Guinghard, Procedure Civile, ed. 22. Dalloz, 1996, p. 116.

إلى استنفاد ولاية القاضي، ومن ثم، يحوز حجية الأحكام ويمنع الخصوم والمحاكم من إعادة النظر فيما فصل فيه كأثر سلبي، حماية لاستقرار المعاملات والأوضاع الظاهرة⁽⁷⁸⁾. وإذا كانت حجية الأحكام تحول دون جواز إعادة النظر فيما تم الفصل فيه بحكم سابق، فإن ذلك لا يحول دون إمكانية الطعن فيه بطرق قانونية وفقاً لشروط وآليات محددة أمام محاكم أجاز لها القانون النظر في الطعون⁽⁷⁹⁾.

فحجية الأحكام تعني أن الأحكام التي يصدرها القضاء تكون حجة فيما فصلت فيه، فما جاء في هذه الأحكام يعتبر مطابقاً للحقيقة، وذلك على النحو الآتي:

1- شروط الحكم:

لتثبت للحكم حجية الأحكام يجب أن تتوافر فيه من الناحية الشكلية مجموعة من الشروط، إذ يجب أن يكون الحكم قضائياً⁽⁸⁰⁾، وأن يكون الحكم صادراً من محكمة ذات اختصاص، أي أن تكون لها ولاية الفصل في موضوع الحكم الذي أصدرته، وأن تكون مختصة اختصاصاً وظيفياً ونوعياً⁽⁸¹⁾، لأن قواعد الاختصاص متعلقة بالنظام العام، ولذلك يكون هذا الحكم منعدماً لا وجود له لصدوره خلافاً لقواعد الولاية والاختصاص، إلا أن ذلك لا يمنع من طرح النزاع مجدداً على الجهة صاحبة الولاية⁽⁸²⁾.

وفضلاً عن ذلك، يجب أن يكون الحكم قطعياً، أي أن يكون الحكم فاصلاً في موضوع النزاع بشكل قطعي وبات سواءً أكان ذلك بصورة كلية أم جزئية، أم بدفع من الدفع الشكلية أو الموضوعية⁽⁸³⁾، ولا يشترط لحيازة الحكم القطعي حجية الأحكام أن يكون نهائياً، فالحكم تثبت له الحجية بمجرد صدوره ما دام قطعياً - كونه يستنفذ ولاية القاضي - حتى لو كان قابلاً للطعن⁽⁸⁴⁾.

(78) د. أحمد خليل، مرجع سابق، ص 53.

(79) كالطعن بالاستئناف أو التمييز أو إعادة المحاكمة أو اعتراض الغير.

(80) د. سعدون العامري، طاوله مستديرة حول قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979، مجلة العدالة، العدد الثاني، 1980، ص 137؛ د. عابد فايد عبد الفتاح، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 195.

(81) د. ياسر باسم زنون ود. أحياد ثامر نايف، الحكم المدني وحالات التناقض فيه: دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 17، العدد 9، أكتوبر 2010، ص 674.

(82) د. ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، 1973، ص 248؛ د. عباس زبون عبید العبودي، مرجع سابق، ص 249.

(83) د. عباس زبون عبید العبودي، مرجع سابق، ص 249-248.

(84) د. أحمد محمد حشيش، مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 86؛ رمضان إبراهيم عبد الكريم موسى، التناقض الإجرائي: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2004، ص 217؛ د. عباس زبون عبید العبودي، مرجع سابق، ص 249.

2- وحدة الخصوم وعدم تغير صفاتهم:

القاعدة أنه ليس للحكم حجية إلا بالنسبة للخصوم أنفسهم، وهذا ما يطلق عليه قاعدة نسبية أثر الأحكام من حيث الأشخاص⁽⁸⁵⁾، فضلاً عن أن العبرة باتحاد الخصوم هي باتحاد صفاتهم وليس أشخاصهم⁽⁸⁶⁾، إلا أنه لا يكفي لتمسك شخص بحجية الأحكام، أن يكون طرفاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم، سواء بنفسه أو عن طريق من يمثله، بل يجب أن يكون - فضلاً عن ذلك - خصماً حقيقياً، وأن يكون قد طلب شيئاً أو طلب منه شيء أو نازع في الدعوى، وأن تكون له صلة بالمركز القانوني الموضوعي الذي تحميه⁽⁸⁷⁾.

3- وحدة المحل:

يقصد بوحدة المحل، وحدة موضوع الدعوى، أي الحق أو المركز القانوني الذي يطالب به المدعي في عريضة دعواه ويسعى إلى حمايته، فمن أجل اكتساب الحكم حجية الأحكام، يجب اتحاد الموضوع في الدعويين، أي أن يكون موضوع الدعوى الجديدة هو ذات موضوع الدعوى التي فصل فيها الحكم السابق، وعلى العكس إذا لم يكن طلب الخصم هو نفس طلبه السابق فلا تتحقق هذه القاعدة، علماً بأن العبرة ليست بطلبات الخصوم، وإنما العبرة بما فصلت فيه المحكمة⁽⁸⁸⁾.

4- وحدة السبب:

السبب هو الأساس القانوني للطلب، وهو كما يراه جانب من الفقه⁽⁸⁹⁾: الواقعة أو مجموعة الوقائع التي يستند إليها الخصم في تأييد دعواه، لذا يجب أن يتحد السبب في الدعويين، أي الدعوى التي سبق الحكم فيها والدعوى الجديدة التي يراد رفعها ليكتسب الحكم حجية الأحكام، ويقصد بوحدة السبب الواقعة القانونية أو التصرف القانوني الذي يستند إليه الحق المطالب به في الدعوى، فالسبب في الدعوى قد يكون عقداً أو إرادة منفردة أو فعلاً غير مشروع أو إثراءً بلا سبب أو نصاً في القانون، أي المقصود

(85) د. أحمد السيد صاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 10-122.
(86) د. عباس زبون عبيد العبودي، مرجع سابق، ص 250؛ د. محمد حسين منصور، قانون الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص 183-184؛ د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 184؛ كذلك ينظر: R. Perrot, Chose Jugée En Procédure Civile, Dalloz, Paris, 1978, no.106.
(87) د. الأنصاري حسن النيداني، مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص 105-113.
(88) د. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 171.
(89) د. عزمي عبد الفتاح عطية، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 55؛ كذلك ينظر: E. Glasson et A. Tissier et R. Morel, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, Tome 3, 3ed., Paris, 1929, P.151.

بالسبب المصدر المنشئ للحق، أما إذا لم يتحد السبب في الدعويين فلا يكتسب الحكم الأول حجية الأحكام بالنسبة إلى الدعوى الثانية⁽⁹⁰⁾. وبالنسبة للطبيعة القانونية لحجية الأحكام، فإن التساؤل يُثار عن الطبيعة القانونية لحجية الأحكام بوصفها قرينة على الحقيقة القضائية، فيما إذا كانت هذه الحقيقة مطلقة أو نسبية؟ ومن ثم، هل تعد حجية الأحكام مطلقة أو نسبية؟ لأجل حل مشكلة الطبيعة القانونية للحقيقة القضائية، وفيما إذا كانت مطلقة أو نسبية، فإنه يبدو من المناسب الاستعانة بالتقسيم الثلاثي الذي استنه الفيلسوف الفرنسي (أندريه لالاند)، بالنسبة للحقيقة⁽⁹¹⁾، إذ يرى أن لها ثلاثة معانٍ:

المعنى الأول - الحقيقة على أساس وجودها في الواقع:

ويطلق عليها اسم الحقيقة الواقعية (Verité- réalité) أو الحقيقة الجوهرية (Verité- Fondement)، وهي ذات طابع مطلق ومن الممكن وجودها ولو لم يكن هناك من يُعرفها أو يكتشفها.

المعنى الثاني - الحقيقة كما يدركها الإنسان:

ويسمى حقيقة المعرفة (Verité connaissance)، وهي تعتمد على الفهم والإدراك، أي وسائل المعرفة الإنسانية المختلفة، وهذه الوسائل تكون بسيطة أو عاجزة يعترتها القصور، ومن هنا، فإنها تتسم بالنسبية من حيث الإدراك.

المعنى الثالث - الحقيقة كما يعبر عنها الإنسان:

وهذه تسمى حقيقة التعبير (verité-expression)، وهي تعتمد على مفردات اللغة وتركيبات الجمل، والقدرة على صب الأفكار في الألفاظ، لذا ينبغي في هذه الحقيقة أن تقدم الوقائع كما هي دون زيادة أو نقصان ودون تغيير أو تبديل في أي جزء من أجزائها⁽⁹²⁾.

وبموجب هذا التقسيم، فإن الحقيقة الواقعية تكون ذات طبيعة مطلقة، أما حقيقة المعرفة وحقيقة التعبير، فإنهما تكونان ذاتي طبيعة نسبية⁽⁹³⁾. والسبب في ذلك، أن إدراك البشر

(90) د. عباس زبون عبيد العبودي، مرجع سابق، ص 250؛ د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 189؛ كذلك ينظر: Gerard Cornu et Jean Foyer, Procédure civile et commerciale, édition Paris, 1958, p.495.

(91) هذا التقسيم ينطبق على الإثبات بنوعيه الجنائي والمدني، للمزيد من التفصيل انظر: د. هلال عبدالله أحمد، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 595.

(92) د. هلال عبد الله أحمد، مرجع سابق، ص 596.

(93) إذ يرى القاضي الفرنسي هيرتزوج Herzog أن الحقيقة سواءً في مجال العلم أو العدالة هي دائماً حقيقة تقريبية (نسبية)، فلا وجود للحقيقة المطلقة. للمزيد من التفصيل حول هذا الرأي، انظر كذلك: Doll (Paul Julien), La Reglementation de L'expertise en matiere penale, librairie general de droit et de jurisprudence, Paris, 19601961-, P.26.

للحقيقة الواقعية، هو إدراك نسبي، نظراً لعدم اكتمال الوسائل الإنسانية في المعرفة. كما أن وسائل التعبير عن الحقيقة الواقعية، ونقلها إلى الغير تتسم بالنسبية أيضاً، نظراً لاختلاف الأفراد في القدرة على التعبير والوصف⁽⁹⁴⁾.

فإذا كان الأمر هكذا في الإثبات الجنائي، فإنه من باب أولى في الإثبات المدني، حيث إن القاضي المدني، في ظل نظام الإثبات المختلط، يكون مقيداً بطرق معينة في الإثبات وملزماً بأن يقف موقف الحياد بين الخصوم، فضلاً عن أنه قد يخطئ التقدير في تحديد قيمة الأدلة التي ترك له المشرع حرية تقديرها. لذلك فإن الحقيقة القضائية، التي يصل إليها القاضي، في ظل هذا المذهب، توصف بأنها حقيقة نسبية⁽⁹⁵⁾.

فضلاً عن ذلك، فإن أدلة الإثبات المدني، لا تؤدي إلى اليقين لدى القاضي، وإنما تولد لديه ظناً، وهو ما يكفي لإصدار الأحكام. بمعنى آخر، فإن الإثبات المدني يكون قائماً على الرُجحان، وهذا الرُجحان، يقتضي الاكتفاء بالحقيقة النسبية، لأن السعي وراء الحقيقة المطلقة، يجعل باب الإثبات مفتوحاً إلى ما لا نهاية⁽⁹⁶⁾، على أنه مهما بلغت وسائل التقريب بين الحقيقتين، فإنه لا يمكن الوصول إلى حد التطابق بينهما، لذلك كان لا بد من اعتبار الحقيقة القضائية، حقيقة نسبية⁽⁹⁷⁾. وفي هذا المعنى أيضاً يقول الفقيه الفرنسي نورمان⁽⁹⁸⁾، في كتابه (القاضي والنزاع) إن: «الوصول إلى اليقين في الدعوى هو الأصح، ولكن يتعذر ذلك، إذ إن رجحان الدليل هو الذي يتحقق أمام القضاء، لأن طبيعة الوقائع القانونية وطبيعة الأدلة القانونية التي يلجأ إليها المدعي لإثبات حقه، بل وطبيعة البشر، تفرض أن تكون الحقيقة القانونية حقيقة نسبية. كما تفرض أن يكون

أورده: د. هلال عبد الله أحمد، مرجع سابق، ص 592، هامش رقم (911).

(94) د. محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص 14؛ د. هلال عبد الله أحمد، مرجع سابق، ص 596. وذات التقسيم في الإثبات الجنائي والمدني.

(95) د. سعدون العامري، مرجع سابق، ص 8؛ محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج 1، مطبعة شفيق، بغداد، 1983، ص 39.

(96) د. جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف ومركز دلتا، الإسكندرية، 1996، ص 247-248.

(97) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري - الأدلة المطلقة، ج 1، عالم الكتب، القاهرة، 1981، ص 22. وفي هذا الصدد يقول د. السنهوري: «وليست الحقيقة القضائية التي يتولى المدعي إثباتها بالحقيقة المطلقة التي لا يدخلها الشك، فالقانون لا يطالب بالاستحليل، وإنما يكتفي ممن يحمل عبء الإثبات، بأن يقنع القاضي، بأن الأمر الذي يدعيه مرجح الوقوع... وهذا هو شأن الحقيقة القضائية، لا يقدر لها أن تصل إلى مرتبة الإطلاق». د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 84-85.

(98) نقلاً عن: نورمان، القاضي والنزاع، باريس، 1965، ص 239، أشار إليه ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984، ص 119.

الإثبات القانوني إثباتاً ترجيحياً لا إثباتاً يقينياً، فليس ثمة دليل يمكن اللجوء إليه لإثبات الحق إثباتاً يقينياً».

ومما تجدر الإشارة إليه، أنه ليس المقصود، بكون الحقيقة القضائية حقيقة نسبية في حق أطراف النزاع (الخصوم) فحسب، فهذا أمر مفروغ منه، وإنما يقصد أيضاً أن إدراك القاضي لها وإثبات الخصوم للحق، كان إثباتاً ترجيحياً، مما يجعلها تتسم بالنسبية. فإذا كانت الحقيقة القضائية كذلك، وهي نتيجة طبيعية لنظرية الرُجحان فكيف يجعل المشرع العراقي من المادة القانونية التي تنظم حجية الأحكام قرينة قانونية قاطعة متعلقة بالنظام العام، لا يجوز إثبات خلافها؟ وهو ما تنص عليه المادة (106) من قانون الإثبات العراقي التي جاء فيها أنه: «لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة»⁽⁹⁹⁾، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن المشرع العراقي قد أورد نصاً قانونياً ينفي حجية الأحكام الباتة، وهو نص المادة (196) من قانون المرافعات المدنية التي تنظم إعادة المحاكمة، كطريق من طرق الطعن غير العادية⁽¹⁰⁰⁾. فهذه الحالة تنفي حجية الأحكام، والتي عدّها المشرع قرينة قانونية قاطعة متعلقة بالنظام العام.

فكيف يمكن الجمع والتوفيق بين حجية الأحكام باعتبارها قرينة قانونية قاطعة متعلقة بالنظام العام من جهة، وبين أسباب إعادة المحاكمة، وكون الحقيقة القضائية حقيقة نسبية من جهة أخرى؟

لذا، ومن خلال كل ما تقدم، وانسجاماً مع منهج المشرع العراقي في اعتبار حجية الأحكام

(99) المادة (101) من قانون الإثبات المصري، المادة (306) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، والمادة (56) من قانون الإثبات السوداني، والمادة (1/41) من قانون البينات الأردني، والمادة (3/1350) من القانون المدني الفرنسي.

(100) تنص المادة (196) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 على أنه: «يجوز الطعن بطريق إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو من محاكم البداية بدرجة أخيرة أو محاكم الأحوال الشخصية إذا وجد سبب من الأسباب الآتية، ولو كان الحكم المطعون فيه قد حاز درجة البتات:

1. إذا وقع من الخصم الآخر غش في الدعوى كان من شأنه التأثير في الحكم.
 2. إذا حصل بعد الحكم إقرار كتابي بتزوير الأوراق التي أسس عليها أو قضى بتزويرها.
 3. إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد وحكم عليه بشهادة الزور.
 4. إذا حصل طالب الإعادة بعد الحكم على أوراق منتجة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها».
- وينظر: نصوص القانون المقارن، المادة (241) بعنوان التماس إعادة النظر من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 المعدل، ونصوص المواد (688-690) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (90) لسنة 1983، والمادة (217) بعنوان أحوال مراجعة الأحكام، من قانون الإجراءات المدنية السوداني رقم (65) لسنة 1974.

من باب القرائن⁽¹⁰¹⁾، وانسجاماً مع نسبية الحقيقة القضائية، نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (105) من قانون الإثبات النافذ، بحيث تكون صياغة النص منسجمة مع مفهوم القرينة القانونية البسيطة، وغير متعارضة مع أسباب إعادة المحاكمة وذلك على النحو الآتي: "الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً، ما لم يثبت خلاف ذلك".

كما نقترح على المشرع إلغاء نص المادة (106) من قانون الإثبات النافذ، وإحلال نص الفقرة الثانية من المادة (503) من القانون المدني الملغاة محلها بحيث تكون صيغة النص على النحو الآتي: "لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بقرينة حجية الأحكام من تلقاء نفسها"، إذ إن صياغة النص على هذا النحو، تجعل من المادة (106) منسجمة مع نسبية الحقيقة القضائية التي يتضمنها الحكم. وقد يعترض البعض، بالقول، إن صياغة النص على هذا النحو، تؤدي إلى انعدام الاستقرار في التعامل.

جواباً على ذلك نقول: إن المشرع عند تقريره حجية الأحكام فإنه يوازن بين اعتبارين، هما استقرار التعامل، وتحقيق العدالة، وهو يلجأ إلى تفضيل الاعتبار الأول على الثاني، إلا أن صياغة النص على النحو المتقدم، تحقق هذا الاعتبار أيضاً، لأن حجية الأحكام بموجب النص المقترح، سوف تثار في المرافعة كدفع، وفي هذه الحالة تبحث المحكمة في مدى تحقق الشروط المنصوص عليها في المادة (105) وهي اتحاد الخصوم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً، فإذا توافرت هذه الشروط، أخذت المحكمة بهذا الدفع وتقرر رد الدعوى لسبق الفصل فيها.

إضافة إلى أن صياغة النص على هذا النحو، تجعل نصي المادتين (105-106) من قانون الإثبات متوافقتين مع نص المادة (196) من قانون المرافعات المدنية والتي تنظم أسباب إعادة المحاكمة. وإذا كان المشرع ومعه جانب من الفقه⁽¹⁰²⁾ يعتبرون أن حجية الأحكام قرينة قانونية قاطعة، فما ذلك إلا لأنهم لم يفتنوا إلى كونها قاعدة موضوعية تقوم على قرينة، فالرأي الراجح فقهاً⁽¹⁰³⁾ هو عدها قاعدة قانونية موضوعية، وليس قرينة قانونية

(101) إذ بحثها المشرع العراقي في الفرع الثالث من الفصل الخامس من الباب الثاني من قانون الإثبات النافذ. (102) د. عباس زبون عبید العبودي، مرجع سابق، ص 247؛ د. محمود حسين منصور، قانون الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص 175؛ ويرى أوبري ورو وديمولب ولوران، بأن: «الحجية ما هي إلا قرينة قانونية قاطعة بالرغم من أنه بالإمكان أن تهدم بالإقرار أو اليمين، إلا أنها لا تهدم بهما لأنها تقوم على اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة فيبقى الحكم قرينة قانونية قاطعة»؛ نقلاً عن: د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980، ص 721.

(103) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط3، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 640؛ د. ياسر باسم ذنون السبعواوي، قاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً ومسوغاتهما الفلسفية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، المجلد 12، العدد 5 لسنة 2005، ص 203-204.

بالمعنى الصحيح.

المطلب الثاني

أثر الحلول الإجرائي في قاعدة نسبية أثر الأحكام القضائية

استناداً لمفهوم النظرية التقليدية⁽¹⁰⁴⁾ وفيما يتعلق بمبدأ نسبية حجية الأحكام من حيث الأشخاص، فإن الأحكام ليس لها سوى أثر نسبي، بمعنى أن آثارها تقتصر على الخصوم فقط، فضلاً عن خلفهم ودائنيهم، فهو لاء وحدهم الذين يستفيدون أو يُضارون من نتيجة إصدارها، أما الغير، فإن الحكم لا يُرتب أي آثار في مواجهتهم وبإمكانهم تجاهله تماماً، فقيمة الحكم بالنسبة للغير لا تزيد عن كونه مجرد ورقة بيضاء، وأن هناك تناقضاً حصل نتيجة للقول: بعدم تأثر الغير بالحكم الصادر من جهة، والسماح للغير باستعمال وسائل إيجابية (طرق الطعن) لمنع امتداد آثار الحكم إليه والنص على ذلك جنباً إلى جنب مع النص على نسبية حجية الأحكام.

ونتفق مع من يرى بأن هذا المفهوم منتقد⁽¹⁰⁵⁾، ذلك أنه يقوم على تفسير غير صحيح لقاعدة نسبية حجية الأحكام المنصوص عليها في القانون⁽¹⁰⁶⁾، فضلاً عن أن الأخذ به يؤدي إلى نتائج شاذة تتعارض مع الاحترام الواجب للأحكام القضائية وتهدد فاعليتها، فضلاً عن اتهام المشرع بالوقوع في التناقض نتيجة للسماح للغير باستعمال وسائل إيجابية لمنع امتداد آثار الحكم إليه والنص على ذلك جنباً إلى جنب مع النص على نسبية حجية الأحكام.

ولذلك تجب التفرقة بين نسبية حجية الأحكام وبين الاحتجاج بالحكم، فحجية الأحكام تقتصر على الخصوم فحسب، ولكن هذا لا يعني أنه ليس هناك أي أثر بالنسبة للغير، لأن الحكم - بالرغم من نسبية حجيته - يُعد دليلاً على صحة المركز القانوني الناشئ عنه، ولذلك يمكن الاستناد إليه في إثبات وجود هذا المركز القانوني من الكافة أو ضدهم، فالدائن يمكنه الاحتجاج بالحكم الصادر لمصلحة مدينه في مطالبة مدين هذا المدين بحقوق الأخير، فضلاً عن أن المحكوم له بالتعويض يمكنه الاحتجاج بالحكم الصادر له ضد المؤمن له لمطالبة شركة التأمين بدفع قيمة التعويض، فكل من الدائن وشركة التأمين ليسا طرفاً في الخصومة، ومع ذلك أمكنه الاحتجاج بالحكم في الحالة الأولى،

(104) بشندي عبد العظيم أحمد، حماية الغير في قانون المرافعات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1990، ص 81.

(105) المرجع السابق، ص 557.

(106) المادتان (105-106) من قانون الإثبات العراقي؛ المادة (101) من قانون الإثبات المصري؛ المادة (1351)

من القانون المدني الفرنسي؛ المادة (480) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي؛ المادة (303) من قانون

أصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ المادة (296) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري؛ المادة

(286) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية؛ المادة (49) من قانون الإثبات الإماراتي.

وبالاحتجاج ضده في الحالة الثانية⁽¹⁰⁷⁾.

فقاعدة نسبية حجية الأحكام تحمي الغير من امتداد حجية الحكم إليه، ولكنها لا تحميه في منع آثار الاحتجاج بهذا الحكم ضده، وما قد يؤدي إليه من إضرار بحقوقه، ولذلك فقد نظم المشرع للغير طرقاً خاصة لحماية حقوقه مما يترتب على الاحتجاج بالحكم في مواجهته⁽¹⁰⁸⁾.

وفي ضوء التصور السابق لفكرة نسبية أثر الأحكام القضائية من حيث الأشخاص، وكأثر لإعمال فكرة الحلول الإجرائي، ذهب جانب من الفقه⁽¹⁰⁹⁾ إلى أن حجية الأحكام الصادرة في الدعوى محل الحلول تسري بحق كل من الحال إجرائياً والمحال محله فضلاً عن المحال ضده، وسواءً أتدخل المحال محله في الدعوى أم لا، على اعتبار أنه طرف في الرابطة الموضوعية محل الحماية القضائية وأن الحكم مأس بحقوقه، وأنه لا يمكن تنفيذ هذا الحكم إذا ما صدر ضد الحال إجرائياً إلا من خلال المحال محله، لكونه صاحب الصفة الأصلية فيها، ولأن الحال إجرائياً حل محله فيها، إلا أن له طلب التعويض من الحال إجرائياً لجبر الضرر الذي لحقه، إن كان هناك خطأ من جانب الحال إجرائياً، وأن الحلول الإجرائي استثناء يرد على قاعدة حجية الأحكام من حيث الأشخاص.

ولكن، هل يصدق ما ذهب إليه هذا الجانب من الفقه على الفرض الذي يصدر فيه الحكم في الدعوى محل الحلول الإجرائي من دون أن يتدخل المحال محله في الدعوى التي أقامها الحال إجرائياً أو المحال ضده كل منهما على الآخر؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تفرض علينا تحديد صفة الغير بالنسبة إلى الخصومة وحجية الأحكام لمعرفة مدى انطباق هذا الوصف على المحال محله وعلى صفة الحال إجرائياً في الفرض الذي يكون المحال محله هو من باشر الدعوى أو لا وطلب إدخال الحال إجرائياً في الدعوى المقامة بينه وبين المحال ضده قبل خروجه من الدعوى استعمالاً لرخصة الخروج، كما في دعوى الضمان الفرعية، إذ إن من المبادئ المستقرة في قانون المرافعات - كما تبين لنا أعلاه - أن الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية لا يُحتج به إلا في مواجهة من كان طرفاً في الخصومة القضائية، فليس لغير أطرافها التمسك بالحكم للاحتجاج به ضد الغير، ولا أن يتمسك به الغير في مواجهتهم⁽¹¹⁰⁾، ويعد من الغير كل من لا يُعد طرفاً في الخصومة المدنية سواءً

(107) بشندي عبد العظيم أحمد، مرجع سابق، ص 558.

(108) المادة (2/583) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

(109) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 365؛ د. إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع أمام القضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 227.

(110) د. محمود السيد عمر التحيوي، تدخل الغير الانضمامي أو التبعية أو التحفظي في الخصومة القضائية المنعقدة بين أطرافها: دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2010، ص 44.

بنفسه أو عن طريق من يمثله⁽¹¹¹⁾.

ويعد تقديم الطلب القضائي هو المعيار في تحديد صفة الغير ومن يعد طرفاً في الخصومة القضائية⁽¹¹²⁾، وبذلك يُعد طرفاً في الخصومة القضائية، كل من المدعي والمدعى عليه الأصليين، فضلاً عن الغير الذي تدخل في الخصومة أو أدخل فيها⁽¹¹³⁾، علماً أن التدخل في الدعوى المدنية فيه تفصيل وكما يلي: إذ قد لا تقبل المحكمة الدعوى التي يُقيمها من خوِّله المشرّع صفة استثنائية (الحال إجرائياً) للحلول محل صاحب الصفة الأصلية أو العادية (المحال محله) في الدعوى.

وقد لا تقبل المحكمة التي تنظر الدعوى المقامة بين المحال محله والمحال ضده إدخال أو تدخل الحال إجرائياً فيها، كما في دعوى الضمان الفرعية، فيظل ذلك الشخص الذي رفضت المحكمة دعواه أو تدخله أو إدخاله من الغير بالنسبة إلى موضوع الدعوى، فلا تسري عليه القرارات الصادرة عن المحكمة بموضوعها، استناداً إلى مبدأ نسبية أثر الأحكام القضائية، ولا يحق له الطعن في هذه الأحكام، لأنه لم يكن طرفاً فيها، إلا أنه يجوز له الطعن باعتراض الغير إذا توافرت شروطه وطبقاً للقواعد العامة، ولكن على الرغم من ذلك كله، فإنه يعد محكوماً عليه في القرار الذي رفض القاضي بموجبه قبول دعواه أو تدخله أو إدخاله فيحق له بذلك الطعن فيه⁽¹¹⁴⁾.

أما إذا قررت المحكمة قبول دعواه أو تدخله أو إدخاله بناءً على طلب أحد الخصوم في الدعوى، فإنه يصبح خصماً فيها، فيسري في مواجهته الحكم الصادر فيها، ويحق له بذلك تقديم الطعون على ذلك الحكم⁽¹¹⁵⁾. فإذا قام صاحب الصفة الاستثنائية برفع الدعوى ثم قضت المحكمة بعدم قبولها، وإذا نازع الخصوم الأصليون (المحال محله

(111) بشندي عبد العظيم، مرجع سابق، ص 19.

(112) د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 383.

(113) صلاح أحمد عبد الصادق أحمد، نظرية الخصم العارض، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1986، ص 27.

(114) د. إبراهيم نجيب سعد، مرجع سابق، ص 634؛ وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 277؛ د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 378 هامش رقم (5)؛ د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 245؛ د. محمود السيد عمر التحيوي، تدخل الغير الانضمامي أو التبعية أو التحفظي في الخصومة القضائية المنعقدة بين أطرافها: دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2010، ص 150؛ كذلك ينظر: قرار محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم (422) لسنة 66 جلسة 1966/6/22؛ والذي قضت فيه بأن: «عدم قبول التدخل ممن يطلب الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى وإن كان من شأنه ألا يكون طالب التدخل خصماً في الدعوى الأصلية أو طرفاً في الحكم الصادر فيها، إلا أنه مع ذلك يعتبر محكوماً عليه في طلب التدخل ويكون له أن يستأنف الحكم القاضي بعدم قبول تدخله»؛ نقلاً عن: د. هادي حسين الكعبي، النظرية العامة في الطلبات العارضة (الدعوى الحادثة)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 358 هامش رقم (1).

(115) د.عبد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 317؛ د.عبد الحميد الشواربي، حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 121-122.

والمحال ضده) في الدعوى في قبول طلب تدخل (الحال إجرائياً)⁽¹¹⁶⁾، فإنه يجب على المحكمة عدم قبول طلب تدخله أو إدخاله بناءً على طلب أحد الخصوم إذا وجدت أن ذلك الطلب لا يستند إلى مصلحة جدية، أو لم يُقصد به إلا تأخير حسم الدعوى القائمة، أو إذا تخلفت لديه الصفة، أو إذا تم تقديم الطلب أمام المحكمة بعد ختام المرافعة، أو لعدم توافر الارتباط بين الطلب العارض وبين الدعوى الأصلية⁽¹¹⁷⁾.

وفي هذه الحالة اتفق الفقهاء⁽¹¹⁸⁾ على أن للحال إجرائياً في هذا الفرض الذي رفضت المحكمة قبول دعواه أو تدخله أو إدخاله، أن يطعن في الحكم الصادر بعدم قبول دعواه أو تدخله أو إدخاله على الرغم من عدم اعتباره طرفاً في الدعوى الأصلية بسبب توافر الحد الأدنى اللازم لصفة الخصم فيه، وهو أن يكون قد وجه طلباً باسمه أو قدم في مواجهته طلباً، فضلاً عن كونه صاحب صفة استثنائية، حتى لو قررت المحكمة عدم قبول ذلك الطلب، ولذلك يجوز له بهذه الصفة أن يطعن في قرار عدم قبول دعواه أو تدخله أو إدخاله بوصفه محكوماً عليه في رفض ذلك الطلب⁽¹¹⁹⁾، إلا أنه لا يجوز له الطعن في الحكم الصادر في موضوع الدعوى الأصلية في حالة عدم قبول دعواه وقيام صاحب الصفة الأصلية بإقامتها أو عدم قبول تدخله أو إدخاله فيها، لأنه لم يكن طرفاً فيها ويعد من الغير بالنسبة إليها، وبذلك فإن هذا الحكم لا يؤثر في حقوقه ولا يحتج به عليه، وذلك على الرغم من تأثيره بالحكم الصادر نتيجة لتأثر الذمة المالية لصاحب الصفة

(116) المادة (71) من قانون المرافعات المدنية العراقي؛ المادة (127) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري؛ المادة (42) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ المادة (1/162) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

(117) د. هادي حسين الكعبي، مرجع سابق، ص 359-360.

(118) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 378، د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 277؛ د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ص 634؛ د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1961، ص 351؛ د. عبد المنعم الشرفاوي، شرح المرافعات، مرجع سابق، ص 383؛ كذلك ينظر:

R. Morel, Op. Cit. P. 303. Japiot René, Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 3^e édition, Paris, 1935, p. 516.

نقلًا عن: د. صلاح أحمد عبد الصادق، نظرية الخصم العارض، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1986، ص 424؛ كذلك ينظر: قرار محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم (2142) لسنة 53 ق، جلسة 1990/1/17؛ والذي قضت فيه بأن: «الحكم بعدم قبول التدخل، أثره عدم اعتبار طالب التدخل خصماً في الدعوى الأصلية أو طرفاً في الحكم الصادر فيها، باعتباره محكوماً عليه في طلب التدخل له استئناف الحكم بعدم قبول تدخله»؛ نقلًا عن: د. هادي حسين الكعبي، مرجع سابق، ص 360 هامش رقم (2).

(119) قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقمي (956) و(978) لسنة 51 ق جلسة 1988/1/7؛ واللذين قضت فيهما بأن: «صدور الحكم بعدم قبول تدخله، أثره حقه في الطعن باعتباره محكوماً عليه بطلب التدخل»، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، السنة الثامنة والثلاثون، ج 1، 1987، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مطبعة نوبار، القاهرة، 1992، ص 58.

الأصلية الذي قد يكون مديناً له، ولكن الطعن المقدم من قبل الحال إجرائياً (الغير) ضد قرار المحكمة بعدم قبول تدخله أو إدخاله أمام محكمة الاستئناف، يُحوّله التدخل في الاستئناف المرفوع عن الدعوى الأصلية⁽¹²⁰⁾، وبذلك يصبح طرفاً في الدعوى الأصلية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ويُجوز له ذلك الطعن تمييزاً (نقضاً) بالقرار الصادر عن محكمة الاستئناف⁽¹²¹⁾، ما لم يتخل عن منازعته لخصمه⁽¹²²⁾.

وقد يصادف بعد أن ترفض المحكمة قبول تدخل أو إدخال الحال إجرائياً، أن يتنازل المدعي الأصلي سواءً أكان الحال محله أم الحال ضده عن دعواه، أو أن يطلب إبطالها أو أن يتفق المدعي مع المدعى عليه على تركها للمراجعة لتبطل بحكم القانون، فهل أن زوال الخصومة الأصلية يؤثر في بقاء الدعوى الحادثة، كدعوى الضمان الفرعية التي لم تقبلها المحكمة؟ هنا يجب أن نفرق في الحكم بين حالتين:

الحالة الأولى - إذا كان التدخل اختصاصياً:

إن زوال الخصومة الأصلية في هذه الحالة لا يؤثر في بقاء طلب التدخل الاختصاصي بمواجهة طرفي الخصومة الأصليين، فإذا قام الحال إجرائياً (بوصفه ضامناً) بتقديم طلب أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية القائمة بين الحال محله (طالب الضمان) والمحال ضده (مدعي الاستحقاق) معلناً فيه تدخله الاختصاصي تجاه كلا طرفي الدعوى الأصلية، لامتناع المحال محله عن تسديد الثمن له (للحال إجرائياً)، على الرغم من أن القاعدة هي (من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض)، إذ لا يكون الحال إجرائياً عند تعرضه للمحال محله مَخلاً بالتزامه بعدم التعرض الشخصي إذا ما اختصم المحال محله والمحال ضده في هذا الفرض، ولذلك تنظر محكمة الاستئناف أو التمييز في الطعن المقدم إليها بعدم قبول تدخل الاختصاصي، وذلك على الرغم من زوال الخصومة الأصلية

(120) المادة (186) من قانون المرافعات المدنية العراقي، والتي تنص على أنه: «1. لا يجوز تدخل الشخص الثالث في الاستئناف إلا إذا طلب الانضمام إلى أحد الخصوم أو كان يحق له الطعن في الحكم بطريق اعتراض الغير. 2. يجوز للمحكمة إلى ما قبل ختام المرافعة إدخال شخص ثالث لم يكن خصماً في الحكم المستأنف».

(121) قرار محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم (2232) لسنة 60 ق، جلسة 1990/4/5؛ والذي قضت فيه بأن: «الطعن بالنقض، جوازه ممن كان طرفاً في الخصومة حتى صدور الحكم ضده سواءً أكان خصماً أصلياً أو ضامناً لخصم أصلي أو مُدخلاً في الدعوى أو متدخلاً فيها)، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، السنة 46، الجزء الثاني، 1995، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1995، ص 587.

(122) قرار محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم (2422) لسنة 52 ق جلسة 1984/1/23؛ والذي قضت فيه بأن: «الطعن بالنقض جائز لكل من كان طرفاً في الخصومة أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه طالما لم يتخل عن منازعته لخصمه»، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، السنة 35، الجزء الأول والثاني، 1984، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1988-1989، ص 274.

أو انقضائها، ويرجع الأساس في ذلك إلى أن زوال الخصومة الأصلية بالصور المتقدمة لا يؤدي إلى زوال الخصومة في التدخل مادامت باقية⁽¹²³⁾، وأن التدخل الاختصامي للحال إجرائياً قد حصل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وكانت المحكمة مختصة بنظره كدعوى أصلية، فإنه يظل بمثابة طلب أصلي غير مؤسس على الدعوى الأصلية، وغير مرتبط بوجودها، ومن ثم، لا يتأثر ببطلان الخصومة في الدعوى الأصلية⁽¹²⁴⁾، ويجب على محكمة الطعن نظر طلب التدخل الاختصامي والفصل فيه على أساس أن محكمة الدرجة الأولى بقرارها بعدم قبول التدخل الاختصامي قد استنفذت ولايتها بشأن موضوع التدخل⁽¹²⁵⁾.

الحالة الثانية- إذا كان التدخل انضمامياً:

إن زوال الدعوى الأصلية بتنازل المدعي الأصلي فيها سواءً أكان المحال محله أم المحال ضده أو تقديمه لطلب إبطالها أو اتفاهه مع المدعى عليه على تركها للمراجعة، بعد صدور قرار المحكمة بعدم قبول تدخل الحال إجرائياً الانضمامي إلى جانب المحال محله وذلك قبل تحقيق الحلول الإجرائي، كما في عدم قبول تدخل الحال إجرائياً (الضامن) إلى جانب المحال محله (طالب الضمان) في دعوى الضمان الفرعية، فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء الدعوى الحادثة (دعوى الضمان الفرعية) بالتدخل الانضمامي بالتبعية، ومن ثم، يصبح الطعن في الحكم بعدم قبول التدخل غير ذي فائدة لانقضاء الخصومة الأصلية⁽¹²⁶⁾، إلا أنه يجوز للحال إجرائياً (التدخل الانضمامي) أن يقدم طعناً في الحكم بعدم قبول تدخله مع الطعن المقدم ضد الحكم الصادر في موضوع الدعوى الأصلية، بعد أن يقوم الخصم الأصلي (المحال محله) الذي طلب من التدخل الانضمامي الانضمام إليه في الدعوى الأصلية بتقديم طعنه في الحكم الذي حسم موضوع الدعوى الأصلية،

(123) ومن الجدير بالذكر، أنه لا يوجد تناقض بين ما جاء أعلاه وبين الحكم الذي يقضي بأن زوال الخصومة الأصلية لأي سبب كان يؤدي بالضرورة إلى زوال كل الطلبات التي تشتمل عليها الدعوى ومن ضمنها الدعوى الحادثة بجميع صورها، لأن حالة بقاء التدخل الاختصامي حتى بعد زوال الدعوى الأصلية كان لسبب آخر مختلف يتعلق بكون محكمة الموضوع قد رفضت قبول التدخل الاختصامي؛ ينظر: قرار محكمة التمييز العراقية المرقم 69/مدنية الثالثة 2001/ في 2001/1/16؛ والذي قضت فيه، بأن: «طلب الشخص الثالث الدخول في الدعوى للحكم له بالمدعى به، هو تدخل اختصامي وليس تدخل انضمامياً، لذا فإن ترك الخصومة في الدعوى الأصلية أو تصالح المدعي مع المدعى عليه بالنسبة للشخص الثالث لا يرتب عليه انقضاء الخصومة»؛ منشور في مجلة العدالة، العدد الأول (يناير- فبراير - مارس)، 2000، ص 53.

(124) د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 354؛ د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 282.

(125) د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 427.

(126) د. رمزي سيف، مرجع سابق، ص 354؛ د. إبراهيم نجيب سعد، مرجع سابق، ص 636؛ د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 282؛ د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 379؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 198؛ د. محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 151.

وخلال المدة القانونية لتقديم ذلك الطعن⁽¹²⁷⁾، ذلك لأن محكمة الاستئناف ستنتظر قبل نظرها طعن المتدخل الانضمامي في الحكم بعدم قبول تدخله، فيما إذا كان حق الخصم الأصلي في الاستئناف قد سقط أو أنه لم يسقط، لأن سقوط حق الاستئناف بالنسبة إلى الخصم الأصلي يستتبع سقوط حق الاستئناف بالنسبة إلى الخصم الناقص (المتدخل الانضمامي)⁽¹²⁸⁾.

ومن خلال ما تقدم، يتضح لنا أن من حق الحال إجرائياً وبموجب الأثر القانوني للحلول الإجرائي، أن يطعن في القرار الصادر بعدم قبول دعواه أو تدخله أو إدخاله بوصف هذا القرار ماساً بحقوقه، وذلك على الرغم من وصفه صاحب مركز قانوني إجرائي ناقص يُخوِّله حقوقاً وواجبات إجرائية غير كاملة تتلاءم مع صفته الاستثنائية، وإن وسيلة معالجة هذا الوضع تكون من خلال قيام القضاء بتفعيل نص المادة (69) من قانون المرافعات العراقي والتي نظمت موضوع التدخل والادخال في الدعوى المدنية أمام القضاء.

أما الشخص الذي كان ماثلاً في الخصومة القضائية (المُحال محله) وخرج منها بعد إدخال ضامنه (الحال إجرائياً)، فإنه بخروجه لا يعتبر خصماً في دعوى الضمان الفرعية، لأن خروجه يزيل صفته كطرف فيها، ومن ثم، يجوز له أن يعود فيتدخل في الخصومة إذا خشي من وجود تواطؤ بين خصمه (المحال ضده) وضمائه وفقاً لقواعد تدخل الغير في الخصومة القضائية المنعقدة بين أطرافها⁽¹²⁹⁾. ويرى جانب من الفقه⁽¹³⁰⁾ أن فكرة الغير هي فكرة سلبية، فهو بصفة عامة من لم يكن طرفاً في الخصومة القضائية، ومن لم يُمثل فيها، وهو يُفهم بمعنى إجرائي بحت.

وخلاصة العرض المتقدم، يمكننا القول: بأنه على الرغم من أن المُحال محله هو صاحب الصفة الأصلية في الدعوى، فإنه - إذا لم يتدخل في الدعوى المقامة بين الحال إجرائياً والمحال ضده - يُعد من الغير بالنسبة إلى تلك الدعوى وما ينجم عنها من أحكام قضائية، لأنه وفقاً لمعيار تحديد الغير لم يوجه منه أو إليه طلب في تلك الدعوى، إلا أن الحكم القضائي الصادر فيها يسري بحقه، ولكن ليس كأثر لحجية الأحكام، وإنما كأثر للعلاقة الأصلية التي تربطه بكل من الحال إجرائياً والمحال ضده، والتي تتأثر بالحكم الصادر، ومع ذلك نرى وجوب إدخاله في الدعوى ليكون الحكم حجة له أو عليه، سواءً بأمر من المحكمة أو بطلب من بقية الخصوم، ليسهل تنفيذ الحكم من دون عقبات إجرائية خاصة إذا ما صدر الحكم ضد مصلحة الحال إجرائياً، إذ لا يمكن تنفيذ الحكم إلا من خلال الحال محله.

(127) د. عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 517؛ كذلك ينظر: H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, Tome 2, Sirey, Paris, 1973, P. 902.

(128) د. صلاح أحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص 474.

(129) د. صلاح أحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص 28؛ د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1961، ص 371؛ د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ص 615؛ د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 287.

(130) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، ط 1، مطبوعات جامعة الكويت، 1978، ص 171.

والحكم نفسه ينطبق على الحال إجرائياً إذا لم يحل محل صاحب الصفة الأصلية في الدعوى أو لم يتدخل فيها، فإنه يُعد من الغير بالنسبة إلى الدعوى والحكم، فلا يُحتج بالحكم القضائي الصادر في الدعوى في مواجهته، إلا أن هذه الحجية تؤثر بطريق غير مباشر في مركزه القانوني، كالبائع (الضامن) الذي يتدخل أو يتم إدخاله في دعوى استحقاق الشيء المبيع والمرفوعة على المشتري، إذ لو حكم على المشتري، فإن الأخير سيعود على البائع بالضمان، وهكذا، فإنه سيُضار من الحكم الصادر، لذا من الضروري أن يتم إدخاله في الدعوى إذا لم يحل فيها ليكون الحكم الصادر حجة له أو عليه.

أما المحال ضده، فإن الحكم الصادر في الدعوى محل الحلول الإجرائي يكون حجة له أو عليه على اعتبار أنه الطرف الثابت فيها، ولا بد للحكم من أن يصدر في مواجهته إما له أو عليه، أي كان الطرف الآخر سواءً أكان الحال إجرائياً أم المحال محله.

المطلب الثالث

أثر الحلول الإجرائي في احترام حجية الأحكام القضائية

وفقاً للأثر القانوني للحلول الإجرائي يكون الحال إجرائياً ملزماً باحترام حجية الأحكام القضائية التي صدرت ضد الخصم الأصلي، ولا يستطيع أن يسلك في الدفاع - إن تدخل في الدعوى - سببياً مغايراً إلا بالاتفاق مع الخصم الأصلي الذي تدخل إلى جانبه قبل الحلول ثم حل محله فيها⁽¹³¹⁾. ولقد ذهب جانب من الفقه⁽¹³²⁾ إلى أن الحكم القضائي الصادر في الدعوى يحوز حجية الأحكام في مواجهة الحال الإجرائي إذا تدخل في الدعوى، وخرج الخصم الأصلي منها، سواءً صدر الحكم لمصلحة الخصم الأصلي أو ضد مصلحته، وهذا تطبيق لحكم قاعدة نسبية أثر الأحكام من حيث الأشخاص، مادام قد أصبح طرفاً في الدعوى ووجهت منه أو إليه طلبات ليكون الحكم حجة له أو عليه، بينما يرى جانب آخر من الفقه⁽¹³³⁾ أن حجية الأحكام لا تثبت في مواجهة الحال إجرائياً إذا تدخل في الدعوى وخرج الخصم الأصلي منها، وإنما تكون في مواجهة الأخير الذي حل محله المتدخل (الحال إجرائياً)، فالحال إجرائياً هنا يتأثر بالحكم القضائي الصادر في الدعوى فحسب، لأن حجية الأحكام تقتصر على أطراف المركز القانوني الموضوعي الذي تحميه الدعوى (المحال محله والمحال ضده)، على نحو ما عرضت به في الخصومة

(131) د. محمود السيد عمر التحيوي، تدخل الغير الانضمامي أو التبعية أو التحفظي في الخصومة القضائية المنعقدة بين أطرافها - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، مرجع سابق، ص 144.

(132) د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 350؛ د. حامد فهمي ود. عبد النعم الشرقاوي، شرح المرافعات، مرجع سابق، ص 383؛ د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ص 634؛ د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 378.

(133) د. محمود السيد عمر التحيوي، تدخل الغير الانضمامي أو التبعية أو التحفظي في الخصومة القضائية المنعقدة بين أطرافها - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، مرجع سابق، ص 144.

القضائية، ومن ثم، لا يهتم في تحديد النطاق الشخصي للحجية القضائية من يقوم بنشاط في الخصومة القضائية، إذا لم يكن طرفاً في المركز القانوني الموضوعي محل الحماية القضائية⁽¹³⁴⁾، ولما لم يكن الحال إجرائياً في الخصومة القضائية المدنية المنعقدة بين أطرافها، طرفاً في المركز القانوني الموضوعي محل الحماية القضائية، ومن ثم، لا يحوز الحكم الصادر فيها حجية الأحكام في مواجهته، ولذا يجوز له أن يُنازع في الحق محل الدعوى بعد ذلك ويرفع به دعوى خاصة ليُطالب به لمصلحته هو، نظراً لأنه ليس طرفاً في الحق الموضوعي، فلا يجوز التمسك بهذا القضاء إضراراً بالخصم الأصلي.

إلا أن الاتجاه الراجح من وجهة نظرنا هو الاتجاه الأول، على اعتبار أن الحال إجرائياً تدخل في الدعوى، ثم حل محل الخصم الأصلي فيها، وباشتر إجراءاتها باسمه وإن كانت لمصلحة غيره وقدم فيها طلبات لا تتعارض مع طلبات الخصم الأصلي وقُدمت في مواجهته طلبات، ومن ثم، يكون الحكم حجة له أو عليه، إذ لا يُعد بذلك من الغير.

فضلاً عن أن الحال إجرائياً - كالدائن في الدعوى غير المباشرة - معتمد في نفاذ مركزه القانوني على المركز القانوني الذي قرره الحكم القضائي الصادر في الدعوى، ومن ثم، يتأثر بحجية الحكم القضائي الصادر في الدعوى في مواجهة المدين من الناحية الفعلية بالنسبة لتقرير حقوقه، بسبب تأثير الحكم على الضمان العام للدائنين، إلا أنه قد تسري حجية الأحكام بحق الحال إجرائياً على الرغم من أنه لا يُعد طرفاً في الدعوى الأصلية، كالضامن في دعوى الضمان الفرعية، فعلى الرغم من أنه ليس طرفاً في الدعوى الأصلية، فإنه باختصامه فيها يُعد طرفاً تبعياً فيها، إذا لم يخرج طالب الضمان منها، وذلك للارتباط الوثيق بين دعوى الضمان الفرعية والدعوى الأصلية، فإذا حُكِمَ على طالب الضمان، فإنه سوف يُحكم على الضامن بالتعويض، وإذا حُكِمَ لمصلحة طالب الضمان، فسوف يُعفى الضامن من التزامه بالضمان، ومن ثم، فإن الحكم القضائي الصادر في دعوى الضمان الفرعية، يكون مترتباً على الحكم القضائي الصادر في الدعوى الأصلية.

فضلاً عن ذلك، فإن الطرف الآخر في الدعوى الأصلية يواجه خصمين؛ وهما: طالب الضمان والضامن، بدليل أنه إذا أمرت المحكمة بضم طالب الضمان إلى الدعوى الأصلية، فإن الحكم القضائي الصادر على الضامن يكون - عند الاقتضاء - حكماً قضائياً للمدعي الأصلي، ولو لم يكن قد وجه إليه طلبات، ولذلك، ونظراً للتلازم بين الدعويين القضائيين، فإن الضامن يُعد طرفاً تبعياً في الدعوى الأصلية، فضلاً عن كونه طرفاً في خصومة الدعوى، ولذلك، فإن الحكم القضائي الصادر في الدعوى الأصلية يكون حجة على الضامن، لأن من آثاره أن يرجع طالب الضمان عليه بالتعويض، وحجة له،

(134) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 178.

لأنه سيعفيه من الضمان⁽¹³⁵⁾، وإذا ما خرج طالب الضمان من دعوى الضمان الفرعية، فإن الضامن سيحل محله فيها، وبذلك يكون الحكم الصادر فيها حجة له أو عليه بوصفه طرفاً أصلياً فيها.

ومن خلال ما تقدم، يتضح لنا أن على أطراف الدعوى محل الحلول الإجرائي احترام حجية الحكم الصادر فيها بوصفهم أطرافاً فيها، وأن الحال إجرائياً يُعد طرفاً فيها إذا ما تدخل أو أُدخل أو حل فيها محل الخصم الأصلي، ومن ثم، فإن الحكم القضائي الصادر فيها سيكون حجة له أو عليه، وبذلك، فإن الحلول الإجرائي لا يشكل استثناءً يرد على قاعدة نسبية حجية الأحكام من حيث الأشخاص.

(135) د. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 204؛ د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ص 613؛ د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 387.

الخاتمة:

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي:

أولاً- النتائج:

- 1- إن الحلّ الإجرائي يعني استبدال الخصم الأصلي في مباشرة إجراءات التقاضي أو التنفيذ بشخص آخر ذي صفة، ليتولى الأخير الدفاع باسمه عن حقوق الأول، لارتباط مراكزهم القانونية، من دون أن يكون موكلًا من قبله في ذلك، وإنما استناداً إلى نص في القانون متى تحقق موجب، مع بقاء الخصم الأصلي محتفظاً بصفته، وبحيث تسري في مواجهتهما الآثار الإجرائية والموضوعية كافة، بما يتلاءم مع طبيعة المركز القانوني لكل منهما.
- 2- تبين لنا في ثنايا البحث أنه ثمة اختلاف جوهري ما بين الحلّ الإجرائي والامتداد الإجرائي، وقد بدا هذا الاختلاف في بعض النقاط الأساسية والتي منها: إن الامتداد الإجرائي وعلى الصعيد الشخصي يستلزم أن يكون الشخص الممتد من الغير، في حين أن الحلّ الإجرائي لا يستلزم أن يكون الحال إجرائياً محل المحال محله من الغير بل قد يكون من الخصوم وأقرب مثال على ذلك دعوى الضمان. أضف إلى ذلك، فالحلول الإجرائي يعني أن يحل شخص (الحال إجرائياً) باسمه محل شخص آخر (المحال محله) في مباشرة الإجراءات، أي أن الحال إجرائياً يعمل لمصلحة ذوي الشأن وليس لمصلحته أو لحسابه وحده فحسب، أما في الامتداد الإجرائي لأشخاص الخصومة المدنية فهو لا يقضي أن يحل الخصم الممتد محل الخصوم الأصليين عند تحقيق الامتداد ولا يشترط فيه أن يعمل لمصلحة الخصم الأصلي كما في التدخل الانضمامي، بل قد يعمل لمصلحته وحده، فالامتداد الإجرائي أوسع نطاقاً من الحلّ الإجرائي.
- 3- بدا لنا جوهر الاختلاف ما بين الحلّ الإجرائي والتمثيل الإجرائي، والذي يبدو في شرط الصفة وهو من أهم شروط قبول الدعوى المدنية، ففي الحلّ الإجرائي يكون كل من الحال إجرائياً والمحال محله صالحين لمباشرة إجراءات التقاضي، أي أن كلا منهما يتوافر فيه شرط الصفة، سواءً أكان ذلك في مباشرة إجراءات الدعوى أم إجراءات التنفيذ الجبري، فشرط الصفة متحقق في كل من الحال والمحال محله على حد سواء، في حين أن التمثيل الإجرائي يعني الإنابة في مباشرة الإجراءات، فالممثل الإجرائي هو شخص ينوب عن صاحب الحق في رفع الدعوى ومباشرة إجراءات التنفيذ، فهو يعتبر ممثلاً عن صاحب الحق الأصلي لتعذر مباشرة الإجراءات القانونية من قبل هذا الأخير.
- 4- تبين لنا من خلال العرض المتقدم، أنه لا يوجد تطابق بين الخلافة في الخصومة والخلافة في الحق الموضوعي، فقد تحدثت خلافة في الخصومة دون أن تحدث

خلافة في الحق الموضوعي كما في دعوى الضمان عندما لا يكون طالب الضمان (كالمشترى) الذي يطلب إخراج من الخصومة ملتزماً شخصياً قبل الخصم الآخر بعد تدخل الضامن (البائع) فيها، وقد تحدث خلافة في الحق أو في المركز الموضوعي دون خلافة في الخصومة، كحالة الخلف الخاص، إذ يبقى السلف طرفاً في الخصومة ممثلاً عن الخلف الخاص، لأنه يدافع عن مركز قانوني لمصلحة الغير، وبذلك يتضح لنا أن انتقال الصفة من شخص السلف إلى شخص آخر (الخلف)، قد تحدث نتيجة للخلافة في الحق الموضوعي أو دون تحقق للخلافة فيه. لذا فنجد الصفة في الخلافة العامة تنتقل تبعاً لانتقال الحق أو المركز القانوني الموضوعي، في حين أنه لا يوجد انتقال للحق أو المركز القانوني الموضوعي من شخص لآخر في الحلول الإجرائي. فالحق في النظام الأخير يكون في حالة سكون وثبات، فضلاً عن أن السلف في الخلافة العامة يفقد صفته كخصم في الدعوى نتيجة لوفاته أو انقضائه بحسب طبيعته ولا تثبت الصفة للخلف العام إلا بزوالها عن السلف. أما في الحلول الإجرائي فإن صاحب الصفة الأصلية لا تزول صفته ويكون للغير أن يتدخل في الدعوى التي أقامها الطرف الأصلي، أما الخلافة الخاصة فتكون إذا لم يتعلق الأمر بحلول شخص محل آخر في مجموع حقوقه، وإنما بانتقال حق معين من السلف إلى الخلف أي كان نوع هذا الحق. وعلى هذا الأساس يتبين لنا، أن الصفة غير العادية لا يصح استخدامها كمرادف للحلول الإجرائي، وإنما هي تعد من تطبيقات الحلول الإجرائي. وبذلك فالحلول لا يتوقف على وجود صفة غير عادية أو استثنائية في الدعوى وإنما تعد هذه الأخيرة من تطبيقاته والتي يكون مصدرها نص القانون.

5- اتضح لنا أن حجية الأحكام تعني أن الأحكام التي يصدرها القضاء تكون حجة فيما فصلت فيه، فما جاء في هذه الأحكام يعتبر مطابقاً للحقيقة. وحجية الأحكام لا تعد من قبل القرائن القانونية القاطعة المتعلقة بالنظام العام، وإنما هي قاعدة قانونية موضوعية لا يجوز نقضها إلا بقانون، وهو ما أكدته المشرع العراقي صراحة في المادة (106) من قانون الإثبات النافذ بنصه على أنه: «لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة»، فالمشرع العراقي بموجب هذا النص يضيف على الحقيقة القضائية الطبيعة المطلقة، وهو ما تبين عدم صحته في ضوء قواعد الفلسفة، وأن الطبيعة القانونية للحقيقة القضائية هي حقيقة نسبية وليست مطلقة، ولا يقصد بكون الحقيقة القضائية حقيقة نسبية في حق أطراف الرابطة الإجرائية فحسب. فهذا أمر مفروغ منه، وإنما يقصد بها أن إدراك القاضي لها وإثبات الخصوم للحق والدفع كان إثباتاً ترجيحياً، مما جعلها تتسم بالنسبية.

6- تبين لنا في ثنايا موضوع البحث، وفيما يتعلق بإطار تحديد أثر الحلول الإجرائي في قاعدة نسبية أثر الأحكام القضائية، أنه على الرغم من أن المحال محله هو صاحب الصفة الأصلية في الدعوى، فإنه - إذا لم يتدخل في الدعوى المقامة بين الحال إجرائياً والمحال ضده - يُعد من الغير بالنسبة إلى تلك الدعوى وما ينجم عنها

من أحكام قضائية، لأنه وفقاً لمعيار تحديد الغير لم يوجه منه أو إليه طلب في تلك الدعوى، إلا أن الحكم القضائي الصادر فيها يسري بحقه، ولكن ليس كأثر لحجية الأحكام، وإنما كأثر للعلاقة الأصلية التي تربطه بكل من الحال إجرائياً والمحال ضده، والتي تتأثر بالحكم الصادر، ومع ذلك نرى وجوب إدخاله في الدعوى ليكون الحكم حجة له أو عليه، سواءً بأمر من المحكمة أو بطلب من بقية الخصوم، ليسهل تنفيذ الحكم من دون عقبات إجرائية خاصة إذا ما صدر الحكم ضد مصلحة الحال إجرائياً، إذ لا يمكن تنفيذ الحكم إلا من خلال المحال محله.

7- اتضح لنا وفي إطار تحديد أثر الحلول الإجرائي في احترام حجية الأحكام القضائية، أن على أطراف الدعوى محل الحلول الإجرائي احترام حجية الحكم الصادر فيها بوصفهم أطرافاً فيها، وأن الحال إجرائياً يُعد طرفاً فيها إذا ما تدخل أو أدخل أو حل فيها محل الخصم الأصلي، ومن ثم، فإن الحكم القضائي الصادر فيها سيكون حجة له أو عليه، وبذلك، فإن الحلول الإجرائي لا يشكل استثناءً يرد على قاعدة نسبية حجية الأحكام من حيث الأشخاص.

ثانياً- التوصيات:

1- ندعو المشرع العراقي إلى صياغة نظرية عامة للحلول الإجرائي في الدعوى المدنية على أن ينص عليها في قانون المرافعات المدنية لتكون النصوص الواردة بشأنها المرجع العام حينما وردت تطبيقاته، وسواءً في خصومة الدعوى أو في خصومة التنفيذ.

2- توافقاً مع منهج المشرع العراقي في اعتبار حجية الأحكام من باب القرائن القانونية، وانسجاماً مع طبيعة الحقيقة القضائية من حيث النسبية، فإننا نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (105) في قانون الإثبات النافذ بحيث تكون صياغة النص منسجمة مع مفهوم القرينة القانونية البسيطة وغير المتعارضة مع أسباب إعادة المحاكمة في قانون المرافعات المدنية وذلك على النحو التالي: «الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً ما لم يثبت خلاف ذلك».

كما نقترح على المشرع العراقي إلغاء نص المادة (106) في قانون الإثبات النافذ وإحلال نص الفقرة الثانية من المادة (503) من القانون المدني الملغاة محلها، بحيث تكون صياغة النص على النحو الآتي: «لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بقرينة حجية الأحكام من تلقاء نفسها».

3- نقترح على القضاء العراقي تفعيل تطبيق نص المادة (69) من قانون المرافعات المدنية والتي نظمت موضوع تدخل أو إدخال الغير لغرض معالجة تطبيقات نظرية الحلول الإجرائي، لا سيما فيما يتعلق بشرط الصفة.

المراجع:

أولاً- معاجم اللغة العربية:

- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، معجم مقاييس اللغة، ط1، م1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001.
- إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح - تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور العطار، ج6، دار العلم للملايين، بيروت، 1987.
- جبران مسعود، الرائد، ط2، دار العلم للملايين، بيروت، 1967.
- العلامة محمد بن مكرم بن أبي الحسن بن أحمد الأنصاري الشهير بابن منظور، لسان العرب، م2، ج9، ط1، دار المعارف، القاهرة، 1998.
- لويس معلوف، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، ط11، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1908.
- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، طبعة خاصة، وزارة التربية والتعليم، القاهرة، 1994.
- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004.

ثانياً- كتب التفسير والسنة النبوية:

- أبو داود السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، محمد محيي الدين عبد الحميد، ج4، دار الفكر، دمشق، 2005.
- البيضاوي، تفسير البيضاوي، ج4، دار الفكر، بيروت، 1996.
- العلامة أبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، المجلد -43، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001.
- محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود، شرح سنن أبي داود، ج3، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.

ثالثاً- الكتب القانونية:

- د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980.
- د. أحمد السيد صاوي،
- الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
- د. أحمد ماهر زغلول،
- الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري:

- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- دعوى الضمان الفرعية: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
 - د. أحمد مليجي، التنفيذ وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
 - د. أحمد محمد حشيش، مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
 - د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978.
 - د. أحمد خليل، التعارض بين الأحكام القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
 - د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
 - د. إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع أمام القضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
 - د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
 - د. جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف ومركز دلتا، الإسكندرية، 1996.
 - د. هلال عبدالله أحمد، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
 - د. وجدي راغب فهمي،
 - النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، ط 1، بدون دار النشر، القاهرة، 1977،
 - دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد 1، السنة 18، العام 1976.
 - مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
 - د. حسن النيداني الأنصاري، مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.
 - حسين عبد الهادي البياع، شرح قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979، ط 1، مطبعة الاقتصاد، بغداد، 1986.
 - د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، ط 4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
 - د. طارق كاظم عجيل، نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية: دراسة مقارنة، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

- د. محمد حامد فهمي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة فتح الله إلياس النوري، القاهرة، 1950.
- د. محمد حسين منصور، قانون الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998.
- د. محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، بلا سنة طبع.
- د. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، ط 3، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1995.
- د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- د. محمود السيد عمر التحيوي، تدخل الغير الانضمامي أو التبعية أو التحفظي في الخصومة القضائية المنعقدة بين أطرافها: دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2010.
- د. محمود حسين منصور، قانون الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998.
- د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- د. محمود مصطفى يونس، نظرية الحلول الإجرائي في إجراءات التقاضي والتنفيذ، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- د. نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
- د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات وتعديلاته الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، ج 1، الأدلة المطلقة، عالم الكتب، القاهرة، 1981.
- د. عابد فايد عبد الفتاح، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- د. عباس زبون عبيد العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، ط 2، مطبعة وزارة التعليم العلي والبحث العلمي، جامعة الموصل، 1997.
- د. عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات، ج 2، أحكام الالتزام، ط 3، بغداد، 1977.
- د. عبد المنعم الشرقاوي ود. فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976-1977.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، ط 3، ج 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

- د. عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، ط2، مطبعة مصطفى الباب الحلبي بمصر، 1955.
- د. عزمي عبد الفتاح عطية، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- د. عيد محمد القصاص، الخلافة في الصفة الإجرائية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- د. فتحي والي،
- الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
- التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، 1978
- د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1961.
- ضياء شيت خطاب،
- الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني بغداد، 1973.
- فن القضاء، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984.

رابعاً- الرسائل والأطروحات:

- أجياد نايف الدليمي، إبطال عريضة الدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الإجرائية: دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2011.
- أحمد سيد أحمد محمود، نحو نظرية عامة للامتداد الإجرائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2011.
- بشندي عبد العظيم، حماية الغير في قانون المرافعات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1990.
- رمضان إبراهيم عبد الكريم موسى، التناقض الإجرائي: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 2004.
- صدام خزل يحيى، النظام القانوني للحكم الباطل في القانون المرافعات المدنية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2009.
- صلاح أحمد عبد الصادق أحمد، نظرية الخصم العارض، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1986.
- عبد الحكيم عباس عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المصري

- والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، 1995.
- عبد العالي صالح محمد، الوفاء مع الحلول، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1998.

خامساً- البحوث والمقالات القانونية:

- د. باسم محمد صالح، الحلول القانوني الشخصي وسيلة لانقضاء الالتزام وأداة الرجوع على الغير، مجلة العلوم القانونية، م 10، ع 1، بغداد، 1994.
- د. حسن علي الذنون، الحلول العيني، مجلة العلوم القانونية، ع 1 و 2، بغداد، 1969.
- د. سعدون العامري، طاولة مستديرة حول قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979، مجلة العدالة، العدد الثاني، 1980.
- د. مصطفى إبراهيم الزلي ود. ياسر باسم السبعاعوي، الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية بين النسبية والإطلاق: دراسة في ضوء قواعد علم الفلسفة، مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحداثة الجامعة، ع 4 عشر، أبريل 2006.
- د. ياسر باسم ذنون ود. أجياد ثامر نايف، الحكم المدني وحالات التناقض فيه: دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، م 17، ع 9، كلية التربية، جامعة تكريت، أكتوبر 2010.
- د. ياسر باسم ذنون السبعاعوي، قاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً ومسوغاتها الفلسفية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، م 12، ع 5، لسنة 2005.

سادساً- المراجع الأجنبية:

- E. Glasson et A. Tissier et Morel, Traite Théorique et pratique de L'eorganisation judiciaire de compétence et de procédure civile, Tome III, 3ed, Paris, 1929.
- Gerard Cornu et Jean Foyer, Procédure civile et commerciale, édition Paris, 1958.
- Jean carbonnier, Droit civil, Tome II, Les Biens et Les Obligations, 2° partie, Paris, 1957.
- Jean Vincent et Serge Guinghard, Procédure civile, ed.22, Dalloz, 1991.
- Jean Foyer, L'autorité de la chose jugée en matière civile : Essai d'une définition, thèse de doctorat, Droit, Paris, 1954.
- John Jaffey, Insurance Company Successful with Subrogated Claim, The Lawyers Weekly, May 7, 2004, Vol. 24, No. 1.
- R. Perrot: Chose Jugée En Procédure Civile, Dalloz, paris, 1978.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
391	الملخص
392	المقدمة
395	المبحث الأول - ماهية الحلول الإجرائي
395	المطلب الأول - تعريف الحلول الإجرائي
395	الفرع الأول - التعريف اللغوي
397	الفرع الثاني - التعريف الاصطلاحي
397	المطلب الثاني - تمييز الحلول الإجرائي مما يشته به
398	الفرع الأول - الحلول الإجرائي والامتداد الإجرائي
400	الفرع الثاني - تمييز الحلول الإجرائي عن التمثيل الإجرائي
401	الفرع الثالث - تمييز الحلول الإجرائي عن الخلافة في الصفة
406	المبحث الثاني - تأثير الحلول الإجرائي على حجبة الأمر المقضى فيه
407	المطلب الأول - دلالة حجبة الأحكام القضائية
418	المطلب الثاني - أثر الحلول الإجرائي في قاعدة نسبية أثر الأحكام القضائية
425	المطلب الثالث - أثر الحلول الإجرائي في احترام حجبة الأحكام القضائية
428	الخاتمة
431	المراجع

السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية*

د. مصطفى إبراهيم العربي خالد**

الملخص:

استهدفت هذه الدراسة مناقشة إشكالية مهمة من الإشكاليات التي تُطرح على بساط البحث في المجال الجنائي، وتحديدًا في مجال الحماية الجنائية للأماكن الأثرية؛ حيث حاولت هذه الدراسة تقييم السياسة الجنائية المتبعة في حماية الأماكن الأثرية، على مستوى التشريعين الليبي والمحلي لإمارة الشارقة بشأن حماية الآثار، وعلى المستوى الدولي كذلك في حالات النزاعات المسلحة (الدولية وغير الدولية) وفي حالة الاحتلال.

وقد تطلّب البحث في هذا الموضوع تقسيمه إلى مباحث ثلاثة، خُصصَ أولها لبحث سياسة المنع في مواجهة هذه الجرائم، وخُصصَ الثاني لبحث سياسة التجريم في مواجهة تلك الجرائم، وخُصصَ الأخير لبحث سياسة الجزاء في مواجهة تلك الجرائم أيضاً.

وقد رصدت الدراسة مجموعة من الإخفاقات في الجوانب الثلاثة للسياسة في التشريعين المشار إليهما، وأوصى الباحث بضرورة إجراء مجموعة من التعديلات الجوهرية على النصوص مصدر الإخفاق في هذين التشريعين. وعلى النقيض من ذلك سجّلت الدراسة الاهتمام الملحوظ للمجتمع الدولي بتوفير الحماية الجنائية للأماكن الأثرية، وأوصى الباحث بضرورة بذل المزيد من الجهد على المستوى العملي؛ حتى يرتفع مستوى الفعالية للسياسة الجنائية في مواجهة تلك الجرائم، وينخفض معدّل الإضرار بالأماكن الأثرية في حالات النزاعات المسلحة والاحتلال.

كلمات دالة: السياحة، الآثار، الآثار العقارية، الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية، النزاعات المسلحة، الهدم والإزالة.

* أصل هذا البحث ورقة بحثية تمت المشاركة بها في المؤتمر الأول لفروع جامعة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة، الذي عُقد خلال الفترة: 25-26/4/2018، تحت عنوان: السياحة تنمية مستدامة، ثم قدم للنشر بمجلة كلية القانون الكويتية العالمية، وخضع للتحكيم من جديد؛ ليظهر بالصورة التي عليها الآن

** أستاذ القانون الجنائي المشارك، كلية القانون، جامعة المرقب، الخمس، ليبيا.

المقدمة:

لاشك أن للآثار بنوعها (المنقولة والثابتة) أهمية بالغة في حياة الشعوب؛ فهي علاوة على كونها مصدر جذب للسياح من أنحاء العالم؛ على اعتبار أنها تسهم في رسم الوجه الحضاري المشرق لجمال المدن، وتسهم كذلك في التعبير عن الجذور التاريخية لحياة هذه الشعوب، فهي أيضاً تمثل قيمة لها دلالات شرعية في الإسلام، يفترض أن يستشعرها كل إنسان؛ لترسخ الجانب الإيماني لديه إذا كان مسلماً أو تسهم في هدايته إذا كان على غير هذا الدين الحنيف؛ وذلك لما تتيحه الآثار العقارية - على وجه الخصوص - من فرصة للتفكير والتدبر في سنة الله في الكون، ومعرفة أن كل حي مآله إلى الزوال والفناء مهما طال عمره، وأنه سيقف للحساب بين يدي الخالق الحكيم، وذلك مصداقاً لقول الحق تبارك وتعالى: ﴿قُلْ سِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الَّذِينَ مِنْ قَبْلُ ۗ كَانُوا أَكْثَرَهُمْ مُشْرِكِينَ﴾ (سورة الروم، الآية 42)، وقوله جل في علاه: ﴿وَعَادًا وَثَمُودًا وَقَدْ تَبَيَّنَ لَكُمْ مِنْ مَسْكَانِهِمْ وَزَيْتُونَ لَهُمُ الشَّيْطَانُ أَعْمَلَهُمْ فَصَدَّهُمْ عَنِ السَّبِيلِ وَكَانُوا مُسْتَبْصِرِينَ﴾ (سورة العنكبوت، الآية 38)، وقوله أيضاً: ﴿إِنَّا مَنَعْنَاهُمْ عَلَىٰ أَهْلِ هَذِهِ الْقَرْيَةِ رِجْزًا مِنْ السَّمَاءِ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ﴾ (سورة العنكبوت، الآية 34-35).

ولا تقف الأهمية عند ما ذكر فحسب، وإنما تمتد إلى اعتبار الآثار مصدراً مهماً من مصادر الدخل القومي؛ بفعل دخول رؤوس الأموال الأجنبية لخزائن الدول السياحية، المصاحب لدخول السياح لتلك الدول، وهو ما يستتبع حتماً نمو اقتصاد هذه الدول وتطوره وازدهاره، إذا ما رُشد الإنفاق من قبل حكوماتها، وهو لن يكون البتة على هذا النحو إلا إذا تحلّى المسؤولون فيها بالأمانة والصدق والإخلاص والتفاني في العمل.

وفوق ذلك فالآثار هي امتداداً لحضارات الشعوب ووسيلة مهمة لتواصلها في الحاضر؛ لرسم الرؤى المشتركة في المستقبل، ولهذا السبب فإن الأمم المتحدة قد اعتبرت أن أي ضرر يلحق بممتلكات ثقافية يملكها أي شعب إنما يمس - في حقيقة الأمر - التراث الثقافي الذي تملكه الإنسانية جمعاء، وأن المحافظة عليه هي محافظة على التراث العالمي لكل الشعوب⁽¹⁾.

(1) ديباجة اتفاقية لاهي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لسنة 1954، الصادرة تحت رعاية مؤتمر منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو)، وهي منشورة على موقع منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (UNESCO)، ورابط الموقع هو: <http://www.unesco.org/new/ar/culture> تاريخ الزيارة: 2017/12/7.

ولهذا السبب أيضاً صدرت عن المجتمع الدولي العديد من الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات التي تهدف إلى حثّ الدول على اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الآثار، ومن أهمها: اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح، التي أبرمت بلاهاي سنة 1954، تحت رعاية منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو)، واتفاقية باريس بشأن الوسائل التي تُستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة، التي أُعتمدت بباريس بتاريخ 14/11/1970، والبروتوكول الأول (1954) والثاني (1999) الملحقان باتفاقية لاهاي السابق الإشارة إليها⁽²⁾.

ونزولاً عند كل هذه الاعتبارات، وتنفيذاً لتوصيات المجتمع الدولي بالخصوص، وعلى اعتبار أن الكثير من الدول تملك تراثاً ثقافياً زاهراً، فقد بادرت العديد من الدول بإصدار تشريعات خاصة لحماية آثارها من الأضرار التي قد تلحق بها من جراء أفعال الإنسان؛ ومن بين هذه الدول: ليبيا⁽³⁾، حيث أصدر المشرع الليبي القانون رقم (3) لسنة 1994 بشأن حماية الآثار والمتاحف والمدن القديمة والمباني التاريخية⁽⁴⁾؛ بقصد حماية هذه الممتلكات من أشكال الاعتداء المختلفة، والإمارات العربية المتحدة⁽⁵⁾، حيث أصدر المشرع المحلي لإمارة الشارقة قانون الآثار لإمارة الشارقة رقم (1) لسنة 1992⁽⁶⁾.

أهمية البحث:

يكتسب هذا البحث أهميته من كونه ينصب على دراسة موضوع من الموضوعات المهمة التي باتت تؤرّق بال المجتمع الدولي والوطني على حدّ سواء؛ بالنظر لما تشهده الآثار

(2) لمراجعة نصوص هذه الاتفاقيات يُرجى زيارة موقع اليونسكو السابق الإشارة إليه على شبكة المعلومات الدولية، وموقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر على الشبكة، ورابط الموقع هو: <https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ntd87.htm> تاريخ الزيارة: 11/10/2018.

(3) تعتبر ليبيا من الدول الغنية بالموروثات الثقافية، وهي تحتضن الكثير من المواقع الأثرية إضافة إلى المدن الأثرية الثلاث المشهورة والمعروفة على مستوى العالم، وهي: (مدينة لبدّة الكبرى Leptis Magna، ومدينة شحات المعروفة بمدينة قورينا اليونانية، ومدينة صبراتة التاريخية). وللحصول على معلومات حول هذه المواقع والمدن الأثرية راجع: د. عبد اللطيف البرغوثي، التاريخ الليبي القديم من أقدم العصور حتى الفتح الإسلامي، ج7، بدون مكان نشر، ولا اسم ناشر، ص 387 وما بعدها. راجع أيضاً: د. فيليب كنريك، دليل المواقع الأثرية في ليبيا، إقليم المدن الثلاث، مطبوعات جمعية الدراسات الليبية، لندن، 2015، ص 16 وما بعدها.

(4) نُشر هذا القانون بالجريدة الرسمية الليبية، ع19، س33، 1994، ص638.

(5) تعتبر دولة الإمارات العربية المتحدة كذلك من الدول الغنية بالموروثات الثقافية، وتحتضن إمارة الشارقة العديد من المواقع الأثرية الموزعة بين مدنها المختلفة، كخورفكان ولباء والمليحة والتقيبة. وللحصول على المعلومات حول هذه الأماكن الأثرية يُراجع موقع هيئة الشارقة للآثار على شبكة المعلومات الدولية، ورابط الموقع هو: <http://sharjaharchaeology.com/ar/> تاريخ الزيارة: 2017/12/3.

(6) موقع هيئة الشارقة للآثار على شبكة المعلومات الدولية. تاريخ الزيارة: 2017/12/3.

في بعض الدول، خصوصاً في الآونة الأخيرة من اعتداءات وانتهاكات جسيمة يُخشى أن تستمر وتلحق بها أضراراً على نحوٍ بليغ، الأمر الذي قد يؤدي إلى تغيير معالمها وإضعاف قيمتها الثقافية والتاريخية.

ولهذا فإن هذا البحث يسهم في تقييم السياسات الجنائية المتبعة - على المستويين الوطني والدولي - في مكافحة الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية، ورصد أوجه القصور إن وجدت، واقتراح الحلول لإصلاح الخلل؛ بما يكفل الرّفع من كفاءة تلك السياسات في مواجهة تلك الجرائم.

وعلاوةً على ذلك، وبالنظر لما تشهده المكتبة القانونية من سُحٍّ في المراجع المتخصصة حول موضوع الحماية الجنائية للأثار بنوعيتها (المنقولة والثابتة)، فإن هذه الدراسة تعتبر محاولةً جادّةً على طريق إثراء النقاش وتزويد المكتبة القانونية بالمراجع المتخصصة ذات العلاقة بهذا الموضوع.

أهداف البحث:

يستهدف البحث في السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية تحقيق أمرين:

- استعراض المظاهر المختلفة للحماية الجنائية للأماكن الأثرية على المستويين الوطني والدولي.
- تقييم السياسات الجنائية المتبعة على المستويين: الوطني (بالنسبة للتشريعين موضوعي المقارنة)، وعلى المستوى الدولي كذلك في مواجهة تلك الجرائم.

منهج البحث ونطاقه:

لا شك أن هذا الموضوع من الموضوعات ذات الصبغة الدولية؛ بالنظر إلى اعتبارات ثلاثة، أولها: إن التراث الثقافي لأي مجتمع لا يعد ملكاً لهذا المجتمع فحسب، وإنما هو ملكٌ للبشرية جمعاء، وأن أي اعتداء يقع عليه إنما يمسّ - في الواقع - القيمة التراثية لهذه البشرية بأجمعها⁽⁷⁾، وثانيها: هو ضلوع بعض الأفراد أو الجماعات المنتظمة في شكل عصابات ذات جنسيات مختلفة في ارتكاب الجرائم الماسة بالأثار، وتدمير التراث والحضارات، وثالثها: إن الأضرار التي قد تلحق بالأماكن الأثرية وخصوصاً المدن الأثرية في حالة النزاعات المسلحة إنما تنشأ في الغالب عن اشتراك دولٍ عدّة في العمليات العسكرية ضد الدول الأثرية.

(7) ديباجة اتفاقية لاهي المشار إليها سابقاً.

وهذا ما دعا المجتمع الدولي إلى أن يقرّر أن حماية التراث الثقافي لا يمكن أن تكون فاعلةً إلا إذا نُظمت على المستويين الوطني والدولي بين دول تعمل معاً في تعاون وثيق⁽⁸⁾، ولهذا السبب فإن دراسة موضوع السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية لن تكون ذات فائدة أو ستكون ولكنها فائدة منقوصة؛ إلا إذا اتُّبع منهج البحث المقارن في دراسة جزئياتها؛ بغية معرفة مدى التقارب بين نصوص القوانين المختلفة، ومدى استجابتها لمعايير السياسة الجنائية الرّشيدة في مواجهة الجرائم عموماً، وتوصيات المجتمع الدولي بالخصوص، وهو ما قرّره الباحث في سبر أغوار هذا الموضوع.

وستعتمد المقارنة على بحث جزئيات المحاور الثلاثة للسياسة الجنائية (المنع والتجريم والجزاء) في مواجهة الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية في قانون حماية الآثار الليبي وقانون حماية الآثار لإمارة الشارقة، وبما يفي أيضاً بمعرفة ما قرّره المجتمع الدولي من قواعد لحماية هذه الأماكن، خصوصاً في حالتها النزاعات المسلّحة (الدولية وغير الدولية) والاحتلال.

إشكالية البحث:

إشكالية البحث في هذا الموضوع ذات طابع مزدوج، ويستمدُّ هذا الطابع ازدواجيته من طبيعة الموضوع ذاته؛ فهو ذو بعدين: بعد وطني، وبعد دولي أساسه النظر إلى المصلحة محل الحماية الجنائية (الممتلكات الثقافية) التي أضحت ملكاً للبشرية جمعاء ولم تعد خاصّةً بمجتمع دون غيره، وبالنظر أيضاً إلى آلية الإضرار بهذه المصلحة التي باتت - في الكثير من الحالات - دولية بامتياز؛ إذ لم يعد مصدر الأضرار الأفعال الإجرامية العبثية التي يرتكبها الأفراد دون تنسيق أو تنظيم، وإنما أصبحت ترتكب من قبل جماعات تضم أفراداً من جنسيات مختلفة وعلى مستوى عالٍ من الكفاءة والمنهج والتنظيم. ولهذا فإن كلا البعدين يكمل أحدهما الآخر، وبمراعاتهما مجتمعين تبلغ السياسة الجنائية في مواجهة أيّة جريمة أقصى درجات الفعالية، ولهذا أيضاً فإن بحث أيّ من جانبي الإشكالية مع إقصاء الآخر سيفرغ الدراسة من محتواها، وهو ما لا يسعى إليه أي باحث.

وإذا كانت مكافحة الإجرام هي الهدف الرّئيس من التجريم والجزاء، فإن ذلك لا يعني أبداً أن يقرّ المشرع كل ما من شأنه المحافظة على مصالح المجتمع وإن انطوى هذا الإقرار على إهدار للمبادئ المستقرّة في القانون الجنائي للمحافظة على حقوق الأفراد وحرّياتهم ضدّ التعسف التشريعي والشطط القضائي والتدخل التنفيذي، وإنما عليه أن يسعى إلى

(8) ديباجة اتفاقية باريس بشأن الوسائل التي تُستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة.

تحقيق فكرة التوازن بين المحافظة على المصلحتين، وعلى هذا فإن الإشكالية التي تُثار في مجال موضوع هذا البحث على المستوى الوطني تتجسّد في هذا التساؤل: إلى أيّ مدى كان المشرعان الليبي والإماراتي لإمارة الشارقة موفقين في اتباع سياسة جنائية رشيدة تستجيب لتحقيق معايير التوازن بين احترام حقوق الأفراد من جهة، وحق المجتمع في أن يحمي مصالحه من أي اعتداءٍ محتمل؛ بملاحقة المجرمين وإنزال الجزاء الرّادع بهم من جهةٍ أخرى؟

وعلى المستوى الدولي فالتساؤل الذي يُثار يدور حول معرفة مدى كفاية الحماية الجنائية التي يقرّها المجتمع الدولي من أجل المحافظة على الأماكن الأثرية، في ظل النزاعات المسلحة التي يشهدها العالم كل يوم، وكذلك في حالة الاحتلال، فالإي مدى كانت تلك الحماية كفيّة بالمحافظة على هذا النوع من الآثار في ظل هذه الظروف؟

هذا ما سيحاول الباحث إيجاد إجابةٍ عنه في خاتمة هذه الدراسة.

خطة البحث:

يقتضي بحث هذا الموضوع تقسيمه إلى مباحث ثلاثة؛ وذلك انسجاماً مع المحاور الثلاثة التي تقوم عليها السياسة الجنائية في مكافحة الظواهر الإجرامية، وهي: سياسة المنع، وسياسة التجريم، وسياسة الجزاء.

وعلى هذا فإن دراسة هذا الموضوع ستكون على النحو الآتي:

المبحث الأول: سياسة المنع في مواجهة الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية.

المبحث الثاني: سياسة التجريم في مواجهة الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية.

المبحث الثالث: سياسة الجزاء في مواجهة الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية.

المبحث الأول

سياسة المنع في مواجهة الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية

نصّ قانون حماية الآثار الليبي، وقانون حماية الآثار لإمارة الشارقة على جملة من التدابير؛ لحماية الأماكن الأثرية من الإضرار بها في حالة السلم، متأثرين في ذلك بنصوص الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، كما نصت هذه الاتفاقيات أيضاً على مجموعة من الالتزامات التي ينبغي على الدول مراعاتها في حالتها النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية والاحتلال. وتسهيلاً للعرض يمكن الإشارة إلى أهم هذه التدابير في مطالب ثلاثة، يُخصّص أولها لبيان تدابير الحماية في زمن السلم، ويُخصّص الثاني لبيان تدابير الحماية في حالة النزاعات المسلحة، ويُخصّص الأخير لبيان تدابير الحماية في حالة الاحتلال.

المطلب الأول

تدابير حماية الأماكن الأثرية في زمن السلم

تتمثل أهم هذه التدابير في: إنشاء هياكل إدارية تُعنى بإدارة وحماية الأماكن الأثرية، والتوسع في إضفاء صفة الضبطية القضائية للتحري والكشف عن الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية، حظر مباشرة بعض الأعمال بالقرب من الأماكن الأثرية.

وعلى هذا فإن دراسة هذه التدابير تقتضي تقسيم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

إنشاء هياكل إدارية تُعنى بإدارة وحماية الأماكن الأثرية

حثّت المادة الخامسة من اتفاقية باريس الدول الأعضاء فيها على ضرورة إنشاء دوائر وطنية لحماية التراث الثقافي، وتزويدها بعددٍ كافٍ من الموظفين الأكفاء؛ وذلك للقيام بمجموعة من المهام من بينها:

1- المساهمة في إعداد مشروعات القوانين واللوائح ذات العلاقة بحماية التراث الثقافي، وعلى وجه الخصوص منع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية المهمة بطرق غير مشروعة.

2- وضع قائمة بالممتلكات الثقافية المهمة العامة والخاصة، والتي يشكل تصديرها إفقاراً ملموساً للتراث الثقافي الوطني، وذلك على أساس جردٍ وطني للممتلكات المحمية، وتنقيح القائمة أولاً بأول.

- 3- تنظيم الإشراف على أعمال التنقيب عن الآثار.
 - 4- اتخاذ التدابير التربوية اللازمة لغرس وتنمية احترام التراث الثقافي في جميع الدول.
 - 5- الإعلان بالطرق المناسبة عن اختفاء أي ممتلك ثقافي.
- واستجابةً لهذه التوصية، فقد نص قانون حماية الآثار الليبي على إنشاء هذه المؤسسة، تحت مسمى اللجنة المختصة، ونص قانون الآثار لإمارة الشارقة على إنشاء هذه المؤسسة أيضاً، تحت مسمى هيئة الشارقة للآثار، وسنتعرف حالاً على هاتين المؤسستين، وما أسند لكلتيهما من مهام في مجال حماية الأماكن الأثرية.

أولاً- اللجنة المختصة الليبية:

سيتم تحديد المقصود بهذه اللجنة في فقرة أولى، ثم يتم الحديث عن نشأة مصلحة الآثار الليبية وتبعيتها في فقرة ثانية؛ باعتبارها أبرز المؤسسات المقصودة بمصطلح اللجنة الليبية المختصة، ويتم أخيراً بيان المهام المكلفة بها المؤسسات الليبية لإدارة شؤون الآثار في فقرة ثالثة.

أ- تحديد المقصود باللجنة المختصة الليبية:

عرّف المشرع الليبي اللجنة المختصة الليبية بأنها: «المؤسسات العلمية والفنية المسؤولة عن إدارة وتنظيم ورعاية وحماية الآثار والمتاحف والوثائق والمدن القديمة والأحياء والمباني التاريخية». (مادة 9/1 من قانون حماية الآثار الليبي)، ولكنه لم يحددها على وجه الدقة، وإنما ترك هذه المهمة للجنة الشعبية العامة سابقاً (مجلس الوزراء حالياً)، وقد حددتها هذه اللجنة بقولها: «اللجنة المختصة ويُقصد بها:

- 1- مصلحة الآثار فيما يختص بحماية الآثار والمتاحف والمدن.
- 2- مشروع تنظيم وإدارة المدينة القديمة بطرابلس، ومشروع تنظيم وإدارة المدينة القديمة بغدامس، وأية مشاريع أخرى لتنظيم وإدارة المدن القديمة تصدر بشأنها قرارات من اللجنة الشعبية العامة، فيما يختص بحماية المدن القديمة والوثائق والأحياء والمباني التاريخية». (مادة 9/2 من القرار رقم (152) لسنة 1995 بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم (3) لسنة 1994م بشأن حماية الآثار والمتاحف والمدن القديمة والمباني التاريخية».

ب- نشأة مصلحة الآثار الليبية وتبعيتها:

نشأت مصلحة الآثار الليبية في الربع الأول من القرن الماضي، وهي تعتبر واحدة من أقدم المؤسسات الإدارية في الدولة الليبية التي تُعنى بشؤون الآثار⁽⁹⁾، ولم تستقر تبعية هذه

(9) موقع المصلحة على شبكة المعلومات الدولية، ورابط الموقع هو: <https://doa.com.ly/mag>، تاريخ الزيارة:

المصلحة لجهة معينة إلا مؤخراً بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (10) لسنة 2012 بنقل تبعية مصلحة الآثار⁽¹⁰⁾؛ حيث أصبحت حالياً تتبع - بموجب هذا القرار - وزارة الثقافة والمجتمع المدني؛ وذلك وفقاً لنص المادة الأولى منه، والتي قالت: «ننقل تبعية مصلحة الآثار إلى وزارة الثقافة والمجتمع المدني»، وكانت في بداية نشأتها تتبع وزارة التعليم والتربية، وذلك بموجب قرار مجلس الوزراء بشأن تنظيم مصلحة الآثار الصادر بتاريخ 29 يونيو 1976، ثم أصبحت تتبع الهيئة العامة للسياحة والآثار، وذلك بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (130) لسنة 2012 بشأن تنظيم الهيئة العامة للسياحة والآثار⁽¹¹⁾، الذي نصت مادته الحادية عشرة على هذه التبعية بقولها: «يتبع للهيئة الجهات الآتية: 1- مصلحة الآثار. 2- مصلحة السياحة»، وبعد أن حُلَّت هذه الهيئة (الهيئة العامة للسياحة والآثار) بموجب القرار رقم (9) لسنة 2012 الصادر عن مجلس الوزراء⁽¹²⁾، نُقلت تبعية المصلحة لوزارة الثقافة والمجتمع المدني كما سبقت الإشارة.

والواقع أن هذا التذبذب وعدم الاستقرار في التبعية من شأنه أن يعيق مصلحة الآثار عن القيام بالمهام الموكلة إليها في مجال المحافظة على الآثار، وهو ما من شأنه أن يسهم في إضعاف السياسة الجنائية في حماية الآثار عموماً والأماكن الأثرية على وجه الخصوص.

ج- المهام المكلفة بها المؤسسات الليبية لإدارة شؤون الآثار:

نصّ المشرع الليبي على تكليف هذه المؤسسات بمجموعة من المهام الكفيلة بالمحافظة على الآثار عموماً والأماكن الأثرية على وجه الخصوص، ومن أهمها:

1- تحديد ما يعتبر أثراً عقارياً أو أثراً منقولاً أو وثيقة، وتسجيل ما ترى تسجيله منها بوصفه ممتلكاً ثقافياً ومالاً عاماً، كما تتولى صيانة الآثار ومراقبتها وتنظيم وتوجيه دراستها والنشر عنها (مادة 4 من قانون حماية الآثار الليبي).

2- اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الآثار في زمني السلم والحرب بالاتفاق مع الجهات ذات العلاقة، وإعداد المخابئ الضرورية لإنقاذ التراث، وخاصة التحف النفيسة، مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون ليبيا طرفاً فيها (مادة 1/9 من القانون).

3- إجراء الحفائر الأثرية في أي مكان في ليبيا؛ بحثاً عن الآثار (مادة 24 من القانون).
ومما يمكن أن يُؤخذ على المشرع الليبي في هذا الشأن أنه تنازل عن شيء من

(10) نُشر هذا القرار بالجريدة الرسمية الليبية، ع8، س2، 2013/6/9، ص467.

(11) نُشر هذا القرار بالجريدة الرسمية الليبية، ع12، س1، 2012/6/20، ص736.

(12) نُشر هذا القرار أيضاً بالجريدة الرسمية الليبية، ع8، س2، 2013/6/9، ص465.

اختصاصاته التشريعية لصالح الجهات التنفيذية، والتي ينبغي ألا ينازعه فيها أحد؛ احتراماً لمبدأ المشروعية الذي حدّد وظائف السلطات الثلاث في الدولة وبين حدودها؛ ضماناً لعدم الافتئات بحقوق الأفراد؛ فنكليف مصلحة الآثار وغيرها من الجهات المذكورة بالنص بمهمة تحديد الآثار وتسجيلها فيه نوعٌ من تكليفها بمهمة التجريم والجزاء في قانون حماية الآثار؛ ذلك أن إضافة أي أثر للآثار المنصوص عليها بهذا القانون معناه شموله بالحماية الجنائية المقرّرة بموجب نصوص هذا القانون، وتوقيع الجزاء المناسب على من يرتكب فعلاً من الأفعال المجرّمة بموجب هذه النصوص، ولهذا يُفترض أن تكون الإضافة حكراً على السلطة التشريعية ودون غيرها من السلطتين الأخريين، وإذا كان الواقع العملي يفرض أن تحدّد مصلحة الآثار أو غيرها من المؤسسات المعنية بالمحافظة على الآثار ما يعتبر أثراً وما لا يعتبر، فإن ذلك يُفترض أن يقتصر على تقديم اقتراحها إلى السلطة التشريعية بتسجيل الأثر المكتشف وإضافته إلى الآثار المحدّدة سلفاً؛ حتى تشملها الحماية الجنائية المقرّرة بموجب نصوص القانون، لا أن تقوم هي بالتسجيل أو الإضافة.

ولهذا يهيب الباحث بالمشروع الليبي أن يحدث تعديلاً بالنصوص القانونية ذات العلاقة؛ حتى تقتصر مهمة هذه الجهات على الحدود المذكورة، ولا تتعدّها لممارسة بعض اختصاصات السلطة التشريعية.

ثانياً- هيئة الشارقة للآثار:

أ- التعريف بالهيئة:

هي الهيئة التي أنشئت بموجب المرسوم الأميري رقم (57) لسنة 2016 بشأن إنشاء هيئة الشارقة، الصادر عن حاكم إمارة الشارقة⁽¹³⁾؛ لتكون بديلاً عن إدارة الآثار والتراث بدائرة الثقافة والإعلام، التي أنشئت سابقاً بموجب المادة السابعة من قانون الآثار في إمارة الشارقة؛ حيث نصت المادة الأولى من المرسوم على إنشاء هذه الهيئة بقولها: «تُنشأ بموجب هذا المرسوم في إمارة الشارقة هيئة تُسمى هيئة الشارقة للآثار، وتُعرف باللغة الإنجليزية بـ: Authority Archaeology Sharjah، وتتمتع بالشخصية الاعتبارية والأهلية الكاملة لمباشرة التصرفات القانونية اللازمة لتحقيق أهدافها»، وألغت المادة الثالثة من هذا المرسوم إدارة الآثار في دائرة الثقافة والإعلام، ونصت على أيلولة جميع أصولها الثابتة والمنقولة وكوادرها البشرية إلى الهيئة المشار إليها.

(13) نُشر هذا المرسوم على موقع المجلس التنفيذي لحكومة الشارقة على شبكة المعلومات الدولية، ورابط الموقع هو: <https://ec.shj.ae/legislationContainer.aspx>. تاريخ الزيارة: 2017/12/6.

ب- اختصاصات الهيئة:

ورد بعض هذه الاختصاصات بالقانون رقم (2) لسنة 2017 بشأن تنظيم أهداف وصلاحيات هيئة الشارقة للآثار⁽¹⁴⁾، وورد بعضها الآخر بقانون الآثار في إمارة الشارقة رقم (1) لسنة 1992، ومن أهم هذه الاختصاصات:

1- اقتراح السياسة العامة لعمليات البحث والتنقيب والدراسة عن المواقع الأثرية في الإمارة، وعرضها على المجلس التنفيذي للإمارة لاعتمادها (مادة 1/5 من القانون رقم 2 المشار إليه).

2- مراقبة الآثار ومتابعة صيانتها والتصرف بها وفقاً لأحكام القانون (المادة 5 6 من القانون رقم 2).

3- تقدير أثرية المواقع الأثرية وحدود أحرامها، وتقييم الصفة الأثرية والتاريخية والمادية للآثار المنقولة الموجودة في الإمارة، وتسجيل وتوثيق حيازتها (المادة 8/5 المشار إليها).

4- إمكانية اعتبار الممتلكات الثابتة أو المنقولة التي ترجع إلى عهد أحدث من عام 1900 من الآثار، إذا رأت أن لها خصائص تاريخية أو فنية وتمثل تراثاً وطنياً لا يمكن التفريط به (مادة 2/ج من القانون ذاته).

5- جواز مصادرة الآثار التي أرتكبت بشأنها الجريمة، وجواز هدم وإزالة أية إنشاءات أو أبنية أو أشياء أخرى في حالة إقامتها أو إحداثها بالمخالفة لأحكام قانون حماية الآثار (مادة 43 من قانون حماية الآثار لإمارة الشارقة).

وبالنظر في المهام المنصوص عليها في هذه البنود؛ يتضح أن بعضها ذو صبغة تشريعية أيضاً وليست تنفيذية، الأمر الذي يُعدّ مأخذاً على السلطة التشريعية لإمارة الشارقة كما هو الحال بالنسبة للسلطة التشريعية في ليبيا؛ فإسناد مهمة تسجيل الآثار لهيئة الآثار، سواءً ما كان منها يرجع عهده إلى ما قبل سنة 1900 أو بعدها، فيه السماح لهذه الهيئة بممارسة اختصاص السلطة التشريعية بمسائل التجريم، وذلك على النحو المشار إليه عند الحديث عن توجّه المشرع الليبي في هذا المجال. كما أن تفويض هيئة الآثار بإيقاع المصادرة والهدم والإزالة فيه سماحٌ لها أيضاً بممارسة اختصاصات السلطة التشريعية في مجال الجزاء؛ ذلك أن المصادرة والهدم والإزالة يُفترض ألاّ تتم إلاّ إذا ثبت ارتكاب

(14) نُشر هذا القانون على الموقع السابق للمجلس التنفيذي لحكومة الشارقة على شبكة المعلومات الدولية. تاريخ الزيارة: 2017/12/6.

الجريمة من قبل من ستطبق في مواجهته هذه الجزاءات، والإدانة لا تثبت إلا بحكم قضائي بات، ولهذا فالمشرع المحلي لإمارة الشارقة مدعو أيضاً لتعديل النصوص المشار إليها، بما يتفق ومبدأ المشروعية الذي يعني أن تحتكر السلطة التشريعية وحدها مسائل التجريم والجزاء.

الفرع الثاني

التوسُّع في إضفاء صفة الضبطية القضائية

للتحرِّي والكشف عن الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية

منح المشرع المحلي لإمارة الشارقة صفة مأمور الضبط القضائي لموظفي هيئة الشارقة للآثار، وذلك بقوله: «يكون للموظفين الذين تعتمدهم الهيئة ويصدر بهم قرار من وزير العدل وفقاً لنص المادة (34) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، الصادر بالقانون الاتحادي رقم (35) لسنة 1992، صفة مأموري الضبط القضائي في إثبات ما يقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون واللوائح والقرارات الأخرى الصادرة بموجبه، وذلك في نطاق اختصاص كل منهم» (مادة 12 من القانون رقم (2) لسنة 2017 بشأن تنظيم أهداف وصلاحيات واختصاصات هيئة الشارقة للآثار).

ومن مطالعة النص يتضح أن صفة مأمور الضبط القضائي قد مُنحت للمذكورين فيه من أجل تحرير محاضر إثبات الواقعة فقط، ودون إمكانية مباشرة إجراءات الاستدلال المقيدة للحرية ضد المشتبه بهم كالقبض والتفتيش، وحسناً فعل المشرع المحلي لإمارة الشارقة؛ لأن مباشرة هذه الإجراءات تتطلب تكويناً خاصاً يجمع بين الدراية بعلم الآثار وعلم القانون، وإجراءات البوليس التي تتطلب بنية جسدية خاصة قد لا تتوفر في المذكورين بالنص، علاوة على إجماع أمثال هؤلاء الموظفين عن مباشرة مثل هذه الإجراءات؛ لكونهم يرون أنفسهم موظفين إداريين وليسوا رجال شرطة.

وفي التشريع الليبي يُلاحظ أن المشرع الليبي لم يمنح تلك الصفة للموظفين بالجهات المختصة بإدارة وتنظيم ورعاية وحماية الآثار، وهذا يعني أنه قرّر الاكتفاء برجال الضبطية القضائية المختصين بالبحث والتحري عن الجرائم عموماً، المنصوص عليهم بقانون الإجراءات الجنائية، وذلك للقيام بهذا الواجب الإضافي، وهو البحث والتحري عن الجرائم الماسة بالآثار عموماً، وبالآثار العقارية على وجه الخصوص.

ومهما يكن من أمر، فإن منح الموظفين بالإدارة المناط بها تنظيم ورعاية وحماية الآثار صفة الضبطية القضائية في مجال تخصصهم، لا يعني بأي حال من الأحوال منع

مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام من مباشرة إجراءات الاستدلال في الجرائم الماسّة بالآثار؛ إذ السائد فقهاً أن الاختصاص الخاص لا يعطل الاختصاص العام⁽¹⁵⁾.

الفرع الثالث

حظر مباشرة بعض الأعمال بالقرب من الأماكن الأثرية

حظرت المادة (38) من قانون حماية الآثار الليبي القيام بأية أعمال أو إنشاءات أو مزاولة أية أنشطة يكون من شأنها إحداث أو التسبب في أضرار بالمدن القديمة والأحياء أو المباني التاريخية بالحرم المحيط بها، وقد حدّدت المادة (17) من هذا القانون حرم الآثار العقارية بخمسمائة متر.

وفي السياق ذاته أيضاً، نجد قانون حماية الآثار في إمارة الشارقة يحظر إقامة صناعات ثقيلة أو خطيرة أو مصانع أو محاجر على مسافة تقل عن نصف كيلومتر من مواقع الآثار (مادة 24/د من القانون المذكور).

ويحظر قانون حماية الآثار الليبي من جهة أخرى مرور الطيران واختراقه حاجز الصوت فوق الآثار والمتاحف والمدن القديمة والأحياء والمباني التاريخية (مادة 43 من قانون حماية الآثار الليبي)، ولا شك أن هذا من شأنه تعزيز حماية المدن الأثرية وغيرها من التصدّع والتشقّق، وهو ما من شأنه أيضاً أن يساهم في دعم سياسة المنع في مواجهة الأضرار التي قد تلحق بالأماكن الأثرية.

المطلب الثاني

تدابير حماية الأماكن الأثرية في حالة النزاعات المسلّحة

لم يكتف المجتمع الدولي بحثّ الدول وإلزامها من خلال الاتفاقيات الدولية باتخاذ ما يلزم من تدابير لحماية الآثار في حالة السّلم، وإنما ألزمها أيضاً باتخاذ ما يلزم من تدابير لحماية هذه الآثار في حالة نشوب النزاعات المسلّحة (الدولية وغير الدولية)، وذلك إدراكاً منه بأن الأضرار التي قد تلحق بالآثار في مثل هذه الحالات قد تكون أشدّ بكثيرٍ من الأضرار التي قد تلحق بها في زمن السّلم.

ولبيان هذه الالتزامات يتعيّن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين اثنين، يُخصّص أولهما لبيان التزامات الدول بحماية الأماكن الأثرية في حالة النزاع المسلح ذي الطابع الدولي، ويُخصّص الآخر لبيان هذه الالتزامات في حالة النزاع المسلح ذي الطابع غير الدولي.

(15) د. عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ج 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 217.

الفرع الأول

التزامات الدول بحماية الأمكن الأثرية في حالة النزاع المسلح الدولي

ينبغي قبل بيان هذه الالتزامات تحديد مفهوم النزاع المسلح الدولي أولاً، ثم بيان هذه الالتزامات ثانياً.

أولاً- مفهوم النزاع المسلح الدولي:

قبل اعتماد اتفاقيات جنيف لعام 1949 وبروتوكولاتها الإضافية⁽¹⁶⁾، كان يُميز في إطار القانون الدولي بين نوعين من النزاعات المسلحة: النوع الأول الذي يقتصر على المفهوم التقليدي للحرب؛ أي النزاع المسلح بين دولتين أو أكثر، والنوع الثاني هو ما يُعرف بالحروب الأهلية التي كانت تنشب داخل الدولة بين سلطاتها الرسمية وحركات التمرد الداخلية التي تستعمل السلاح من أجل نيل المطالب⁽¹⁷⁾، وبعد اعتماد اتفاقيات جنيف وبروتوكولاتها الإضافية تطوّر مفهوم النزاع المسلح الدولي ليشمل حالة الحرب بمفهومها التقليدي (النزاع المسلح بين دولتين أو أكثر) ويضاف إليه فئة جديدة من تلك النزاعات، وهي التي تقاوت فيها الشعوب ضد الهيمنة الاستعمارية والاحتلال الأجنبي والأنظمة العنصرية من أجل الحق في تقرير المصير⁽¹⁸⁾.

وفي هذا الصدد تنص المادة الثانية المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربع على أن: «علاوة على الأحكام التي تسري في وقت السلم، تنطبق هذه الاتفاقية في حالة الحرب المعلنة أو أي اشتباك مسلح آخر ينشب بين طرفين أو أكثر من الأطراف السامية المتعاقدة، حتى لو

(16) اتفاقيات جنيف وبروتوكولاتها الإضافية هي معاهدات دولية تضم أكثر القواعد أهمية للحد من هجمة الحروب، وتوفّر الحماية للأشخاص الذين لا يشاركون في الأعمال العدائية، وهم المدنيون وعمل الصّحة وعمل الإغاثة، أو الذين توقّفوا عن المشاركة في تلك الأعمال، وهم الجرحى والمرضى وجنود السفن الغارقة وأسرى الحرب. وعدد هذه الاتفاقيات أربع، وهي: اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوّات المسلحة في الميدان، المؤرّخة في 12 أغسطس 1949، واتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوّات المسلحة في البحار، المؤرّخة أيضاً في 12 أغسطس 1949، واتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرّخة كذلك في 12 أغسطس 1949، واتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية المدنيين في وقت الحرب، المؤرّخة أيضاً في 12 أغسطس 1949. وألحق بهذه الاتفاقيات بروتوكولان إضافيان في 8 يونيو 1977، خصّص أولهما لإقرار أحكام إضافية في حالة الحروب بين الدول، وخصّص الآخر لإضافة بعض الأحكام في حالة الحروب داخل الدول، والتي من أهمها الحروب الأهلية. للاطلاع على نصوص هذه الاتفاقيات وبروتوكولاتها راجع: موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر على شبكة الإنترنت، ورابط الموقع هو:

https://www.icrc.org/ar/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions تاريخ الزيارة: 2018/9/21.

(17) Emily Crawford, International Humanitarian Law, Cambridge University Press, UK, 2015, p.51.

(18) Op. Cit, p.51.

لم يعترف أحدها بحالة الحرب»، وتنص المادة الرابعة من البروتوكول الأول الإضافي الملحق بهذه الاتفاقيات على أن: «تتضمن الأوضاع المشار إليها في الفقرة السابقة، المنازعات التي تناضل بها الشعوب ضد التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي وضد الأنظمة العنصرية، وذلك في ممارستها لحق الشعوب في تقرير المصير، كما كرّسه ميثاق الأمم المتحدة والإعلان المتعلق بمبادئ القانون الدولي الخاصة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول طبقاً لميثاق الأمم المتحدة».

ويستوي لسريان قواعد القانون الدولي الإنساني على النزاعات المسلحة الدولية أن يكون النزاع برياً أو بحرياً أو جوياً⁽¹⁹⁾؛ لأن الهدف هو حماية الإنسان أيّاً كان شكل النزاع.

ثانياً- الالتزامات المفروضة لحماية الأماكن الأثرية أثناء النزاعات المسلحة:

هذه الالتزامات موجهة إلى صنفين من الدول، هما: الدول المعتدى عليها، والدول المعتدية.

أ- التزامات الدول المعتدى عليها:

فرضت اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لسنة 1954 والبروتوكول الثاني الملحق بها على الدول المعتدى عليها التي تحتضن الممتلكات الثقافية جملةً من الالتزامات؛ لضمان حماية هذه الممتلكات وقت النزاع، من أهمها:

1- أن تتخذ وقت السلم التدابير اللازمة لصون الآثار من الأضرار المتوقع أن تنجم عن أي نزاع أو اعتداء مسلح ضدها، وعلى وجه الخصوص: إعداد قوائم حصر لممتلكاتها الثقافية، والتخطيط لتدابير الطوارئ لحماية المدن والمباني الأثرية من الحرائق والانحيار (مادة 5 من اتفاقية لاهاي، و5 من البروتوكول الثاني الملحق بها).

2- تجنب إقامة أهداف عسكرية على مقربة من الأماكن الأثرية، بغية الاحتماء بها، كأن تستعمل المدن الأثرية مثلاً كمخبأ للجنود أو للقطع الحربية؛ كي تضمن الدولة الأثرية المعتدى عليها عدم توجيه أية ضربة عسكرية لما تخبئه داخل تلك الأماكن (مادة 1/4 من اتفاقية لاهاي، و8/ب من البروتوكول الثاني الملحق لها).

وقد أكد على هذا الالتزام أيضاً البروتوكول الأول لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف الأربع، وذلك من خلال الفقرتين (ب، ج) من المادة الثالثة والخمسين المعنونة بحماية

(19) زايد بن عيسى، التمييز بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، (رسالة دكتوراه غير منشورة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016/2017، ص 23.

الأعيان الثقافية وأماكن العبادة؛ حيث قالت: «تُحظر الأعمال التالية، وذلك دون الإخلال بأحكام اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية الأعيان الثقافية في حالة النزاع المسلح المعقودة بتاريخ 14 مايو 1954 وأحكام الميثاق الدولية الأخرى الخاصة بالموضوع: ... (ب) استخدام مثل هذه الأعيان في دعم المجهود الحربي. (ج) اتّخاذ مثل هذه الأعيان محلاً لهجمات الرّدع.»⁽²⁰⁾.

ب- التزامات الدول المعتدية:

نصّت المادة السابعة من البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لسنة 1954 على مجموعة من الالتزامات التي ينبغي على الدول المعتدية أو المهاجمة مراعاتها أثناء تنفيذ عمليات عسكرية ضد دولة أخرى، من بينها:

1- بذل كل ما في وسعها عملياً للتحقق من أن الأهداف المزمع مهاجمتها ليست آثاراً منقولة أو عقارية محمية.

2- اتخاذ جميع الاحتياطات الممكنة عند تخبّر وسائل وأساليب الهجوم؛ بهدف تجنّب الإضرار العرضي بآثار محمية.

3- الامتناع عن اتخاذ أي قرار بشن أي هجوم قد يُتوقع تسببه في إلحاق أضرارٍ عرضيةٍ مفرطةٍ بآثارٍ منقولةٍ أو عقاريةٍ محميةٍ.

كما أكّدت على ذات الالتزام الفقرة (أ) من المادة (53) من البروتوكول الأول الملحق باتفاقيات جنيف، وذلك بقولها: «تُحظر الأعمال التالية، وذلك دون الإخلال بأحكام اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية الأعيان الثقافية في حالة النزاع المسلح المعقودة بتاريخ 14 مايو 1954 وأحكام الميثاق الدولية الأخرى الخاصة بالموضوع: أ) ارتكاب أيّ من الأعمال العدائية الموجهة ضد الآثار التاريخية أو الأعمال الفنية أو أماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب».

ويُلاحظ أن للمحكمة الجنائية الدولية دوراً مهماً في الاضطلاع بتنفيذ هذه الالتزامات عن طريق مقاضاة المخالفين وإنزال الجزاء الرادع بهم؛ حيث ينعقد لها الاختصاص بالنظر في الأفعال العدائية التي تُرتكب ضدّ المواقع الأثرية؛ باعتبارها من جرائم الحرب التي تختص بها هذه المحكمة طبقاً للمادة الثامنة من نظامها الأساسي (1999)، التي نصت على ذلك بقولها: «1- يكون للمحكمة اختصاصٌ فيما يتعلق بجرائم الحرب، ولاسيما عندما تُرتكب في إطار خطةٍ أو سياسةٍ عامةٍ أو في إطار عملية ارتكابٍ واسعة النطاق

(20) راجع أيضاً: المادة (16) من البروتوكول الثاني الملحق باتفاقيات جنيف الأربع.

لهذه الجرائم. 2- لغرض هذا النظام الأساسي تعني جرائم الحرب:

(أ ... ب) الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة في النطاق الثابت للقانون الدولي، أي أي فعل من الأفعال التالية: ... 9- تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية، والآثار التاريخية، والمستشفيات وأماكن تجمع المرضى والجرحى شريطة ألا تكون أهدافاً عسكرية.

وتطبيقاً لتلك القواعد والأحكام قضت محكمة يوغسلافيا السابقة بالسجن مدة سبع سنوات على أحد القادة العسكريين السابقين للبحرية اليوغسلافية (ميودراغ يوكيتش Jovic Miodrag)؛ لانتهاكه قوانين الحرب وأعرافها؛ بارتكابه عدداً من الجرائم الخطيرة إبان الحرب اليوغسلافية، من بينها القتل والنهب والتدمير المتعمد لما يقارب (563) مبنى في مدينة دوبروفنيك القديمة (Dubrovnik) مكرساً للدين والتعليم والآثار التاريخية والأعمال الفنية والعلمية⁽²¹⁾، وقد أبرزت المحكمة - بحوثات حكمها - أهمية تلك المباني كموقع للتراث الثقافي للبشرية جمعاء وخطورة الهجمات الواقعة عليها؛ حيث قالت: «لم تكن مدينة دوبروفنيك القديمة محمية فقط بموجب اتفاقية لاهاي لعام 1954 بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، ولكن أيضاً كموقع للتراث الثقافي العالمي لليونسكو. كان موقعاً معمارياً بارزاً يوضح مرحلة مهمة في تاريخ البشرية والإنجاز الثقافي، وكان هجوم القصف على البلدة القديمة عموماً ليس فقط على تاريخ المنطقة وتراثها، وإنما أيضاً ضد التراث الثقافي بالنسبة للبشرية جمعاء»⁽²²⁾.

وعن مدى التقيد بتلك الالتزامات على مستوى التشريعات الوطنية، فيمكن القول إنه علاوة على اعتبار نصوص تلك الاتفاقيات بمثابة قوانين داخلية، لأنها تدخل حيز التنفيذ داخلياً بمجرد التصديق عليها، فقد ألزم المشرع الليبي الجهات المسؤولة عن إدارة وتنظيم ورعاية وحماية الآثار بأن تتخذ التدابير اللازمة بحماية الآثار في زمن السلم والحرب بالاتفاق مع الجهات ذات العلاقة (مادة 1/9 من قانون حماية الآثار الليبي)، وأسند المشرع في إمارة الشارقة لهيئة الشارقة للآثار مهمة إدارة الآثار في الإمارة والإشراف عليها وحمايتها وصيانتها والمحافظة عليها (مادة 4/7 من قانون حماية الآثار بإمارة الشارقة)، وهو ما يعني - ضمناً - إلزامها باتخاذ التدابير اللازمة لحماية الآثار الثابتة والمنقولة في حالتي السلم والحرب أيضاً.

(21) ICTY, Judgement in the case the Prosecutor V. Miodrag Jovic, Case No. I T-01-42/1-5, 18 March 2004.

(22) Op. Cit.

الفرع الثاني

التزامات الدول بحماية الأماكن الأثرية في حالة النزاع المسلح غير الدولي

يقتضي بيان هذه الالتزامات تحديد مفهوم النزاع المسلح غير الدولي أولاً، ثم بيان تلك الالتزامات ثانياً.

أولاً- مفهوم النزاع المسلح غير الدولي:

اكتفت المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف بتحديد الأفعال التي ينبغي على الدول المتعاقدة تجنب ارتكابها في حالة النزاعات المسلحة غير الدولية، والتي من بينها: الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية، كالقتل والتشويه والمعاملة القاسية والتعذيب، وأخذ الرهائن، والاعتداء على الكرامة الشخصية، ولكنها لم تعرّف النزاع المسلح غير الدولي، ولهذا يصف جانبٌ من الفقه هذه المادة بأنها غامضة رغم أنها لا تنطبق إلا على هذا النوع من النزاع المسلح⁽²³⁾.

ونتيجةً لذلك حاول المجتمع الدولي - من خلال البروتوكول الثاني 1949 الملحق بهذه الاتفاقية - توضيح المقصود بهذا النوع من النزاعات، ولكن هذا التوضيح لم يكن كافياً لفهم المراد بهذه النزاعات أيضاً، إذ أتت الدول في توضيحه - من خلال هذا البروتوكول - طريق التحديد والاستبعاد؛ أي تحديد الأفعال التي تدخل في نطاق النزاعات المسلحة غير الدولية واستبعاد الأفعال التي لا تدخل في هذا النطاق؛ حيث نصت المادة (1) - المعنونة بالـ «المدى المادي للتطبيق» - على ذلك بقولها: «1- يسري هذا الملحق (البروتوكول) - الذي يطور ويكمل المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف المبرمة في 12 أغسطس 1949 دون أن يعدل من الشروط الرأهنة لتطبيقها - على جميع المنازعات المسلحة التي لا تشملها المادة الأولى من الملحق (البروتوكول) الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أغسطس 1949 المتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة، التي تدور على إقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة بين قواته المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى وتمارس تحت قيادة مسؤولة على جزء من إقليمه من السيطرة ما يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة، وتستطيع تنفيذ هذا الملحق (البروتوكول). 2- لا يسري هذا الملحق (البروتوكول) على حالات الاضطرابات والتوتر الداخلية، مثل الشغب وأعمال العنف العرضية (النذري) وغيرها من الأعمال ذات الطبيعة المماثلة التي لا تُعدّ منازعات مسلحة».

(23) Sten Verhoven, International and Non-international Armed conflicts, Working Paper, No 107, Institute for International law, Faculty of Law, Katholieke University Leuven, March 2007, p.8.

ولهذا يظل هذا النص محلّ نقد أيضاً وفقاً لوجهة نظر جانب من الفقه؛ فهو لم يحدّد الفرق الدقيق بين النزاع المسلّح الداخلي والاضطرابات وأعمال الشغب، الأمر الذي من شأنه أن يسمح للدول المعنية بعدم الاعتراف بالنزاعات المسلّحة التي تحدث داخل أراضيها والتذرّع دائماً بأنها مجرد اضطرابات أو أعمال شغب⁽²⁴⁾.

ومن جهة أخرى لم يصف البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1954 بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلّح جديداً في هذا الشأن؛ فكل ما ورد بالمادة (22) من الفصل الخامس منه المعنون بحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاعات المسلّحة غير المتّسمة بطابع دوليٍّ يعتبر مجرد تأكيدٍ وترديدٍ لما تقضي به المادة (1) من البروتوكول الثاني 1949 الملحق باتفاقيات جنيف المشار إليه؛ حيث ورد بها: «1- ينطبق هذا البروتوكول في حالة نزاع مسلّح لا يتّسم بطابع دوليٍّ يقع داخل أراضي أحد الأطراف. 2- لا ينطبق هذا البروتوكول على أوضاع الاضطرابات والتوترات الداخلية، مثل أحداث الشغب وأعمال العنف المنعزلة والمتفرقة وغيرها من الأعمال المماثلة».

ومع هذا فإنه يظلّ من المعايير الواضحة التي تفي بالتمييز - في بعض الحالات - بين النزاعات المسلّحة على المستوى الداخلي والتوترات والاضطرابات وأعمال العنف والشغب الأخرى: ارتفاع مستوى الأعمال العدائية إلى الدرجة التي تؤدي إلى استخدام الدولة القوّة العسكرية ضد المتمرّدين بدل الاكتفاء بأفراد الشرطة⁽²⁵⁾، واتسام العمليات العدائية بالطابع الجماعي؛ حيث يكون لدى الجماعات الحد الأدنى من التنظيم والانضباط والقيادة المسؤولة التي تدير شؤونها⁽²⁶⁾.

ولا يشترط - وفقاً لقضاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة - لانطباق قواعد القانون الدولي على النزاع المسلّح الداخلي أن يقع بين السلطات الرّسمية في الدولة (الحكومة) والجماعات المسلّحة المنظمة، وإنما يكفي أن يقع هذا النزاع بين هذه الجماعات نفسها داخل الدولة⁽²⁷⁾، وهو ما يشمل أيضاً الحروب الأهلية التي تقوم داخل الدولة الواحدة بين أطرافٍ وطنيةٍ مختلفةٍ عرقياً أو سياسياً أو دينياً⁽²⁸⁾.

كما يلاحظ أيضاً أن قواعد القانون الدولي الإنساني تنطبق كذلك - وفقاً لقضاء هذه

(24) Op. Cit. p.8.

(25) International Committee of the Red Cross (ICRC), How is the term «Armed conflict» Defined in International Humanitarian Law? Opinion Paper, March 2008, p.3. Sten Verhoeven, Op. Cit, p.8.

(26) ICRC, Op. Cit, P3. Sten Verhoven, Op. Cit, p.8.

(27) ICTY, The Prosecutor V. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-A, 2 October 1995, Para 70.

(28) زايد بن عيسى، مرجع سابق، ص 50.

المحكمة - على النزاعات المسلّحة الدولية والداخلية منذ بدئها وتمتدّ إلى ما بعد وقف الأعمال العدائية، وذلك حتى يتم التوصل إلى اتفاق سلام عامّ في النزاع الدولي المسلّح أو تسوية سلمية في حال النزاع المسلّح الداخلي؛ إذ لا عبّرة باستمرار القتال الفعلي أو عدم استمراره مادامت الأعمال العدائية المسلّحة قد بدأت ولم تنته بالاتفاق أو التسوية المشار إليها⁽²⁹⁾.

ومما سبق يمكن تعريف النزاعات المسلّحة الداخلية بأنها تلك النزاعات التي تحدث داخل الدولة الواحدة بين سلطاتها الرسمية وجماعة أو جماعات مسلحة منظمة أو بين هذه الجماعات نفسها، تصل إلى درجة من العنف تضطرّ معها تلك السلطات إلى استخدام قواتها المسلّحة؛ لإنهاء حالة العنف والفوضى المسلّحة بدلاً من اعتمادها على أجهزة الأمن والشرطة.

ثانياً- التزامات الدول بحماية الأماكن الأثرية في حالة النزاعات المسلّحة الداخلية:

ألزمت المادة (19) من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلّح 1954، المعنونة بالمنازعات التي ليس لها طابع دولي الأطراف المتنازعة بأن تطبّق الأحكام الخاصة باحترام الممتلكات الثقافية الواردة في هذه الاتفاقية، وذلك بقولها: «1- في حالة نزاع مسلّح ليس له طابع دولي ينشب على أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يصبح على كل طرف في النزاع أن يطبّق - على الأقل - الأحكام الخاصة باحترام الممتلكات الثقافية الواردة في هذه الاتفاقية».

ومن بين هذه الأحكام تلك التي خاطبت بها المادة (7) من البروتوكول الثاني الملحق بهذه الاتفاقية الدول المعتدية في حالات النزاعات المسلّحة الدولية بالامتناع عن القيام بأي عمل عسكري من شأنه إلحاق أضرار عرضية بالآثار المنقولة أو العقارية؛ ذلك أن الإضرار المتعمد بالآثار في حالة النزاع المسلّح هو نتيجة واحدة لا تختلف باختلاف نوعه؛ كونه دولياً أو غير دولي.

وعلى هذا لو قامت السلطة الرّسمية في الدولة أو إحدى الجماعات المسلّحة أثناء النزاع الداخلي بارتكاب ما من شأنه أن يلحق بالآثار أضراراً، فإن مرتكب الفعل سيُعتبر مسؤولاً جنائياً عن هذا الفعل، وسيحاكم أمام القضاء الجنائي الوطني لتلك الدولة، أو أمام القضاء الجنائي الدولي إذا كانت محاكمته أمام قضاء دولته متعذرة، أو كان في محاكمته أمام قضاء دولته ما يؤدي إلى الإخلال بميزان العدالة تحت أي وجه؛ فالقضاء الدولي هو قضاء مُكمل للقضاء الوطني وليس مانعاً له، وفي هذا تقول الفقرة الرابعة من المادة (22) من البروتوكول الثاني 1999 الملحق باتفاقية لاهاي: «ليس في هذا البروتوكول ما يُجِلُّ

(29) ICTY, Op. Cit, Para 70.

بالولاية القضائية الأساسية لطرف يدور على أراضيهِ نزاعٌ مسلحٌ لا يتّسم بطابعٍ دوليٍّ حول الانتهاكات المنصوص عليها في المادة 15.

ومن التطبيقات القضائية الدولية في شأن الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية في حالة النزاعات المسلّحة غير الدولية، ما قضت به المحكمة الجنائية الدولية بتاريخ 17 سبتمبر 2016 ضدّ «أحمد الفقيه المهدي» (مالي الجنسية) بالسجن لمدة تسع سنوات؛ لارتكابه مجموعةً من الجرائم المخالفة لأحكام القانون الدولي في الفترة من 10 إلى 30 يوليو 2012، التي اندلعت فيها أعمال عنف مسلّح في دولة مالي، أدت إلى سيطرة جماعات مسلّحة على شمال البلاد، وكان من بين هذه الجرائم تعمد توجيه هجمات ضدّ بعض المعالم التّاريخية والمباني الدينية في تمبكتو بمالي⁽³⁰⁾، وكان من بين ما ساقته المحكمة للإدانة أن جلّ المواقع التي تم تدميرها مُدرجة في قائمة اليونسكو للتراث العالمي، ومن ثمّ فإن الهجوم عليها يبدو على درجة من الخطورة، إذ لم يتضرّر فيه أهل تمبكتو فحسب، بل تضرّر منه شعب مالي بأسره والمجتمع الدولي كذلك⁽³¹⁾.

وكجبر للأضرار المادية والمعنوية التي لحقت بأهالي مدينة تمبكتو جرّاء الهجمات على تلك المباني، فقد قضت الدائرة الابتدائية الثامنة بالمحكمة الجنائية الدولية في الجلسة المنعقدة بتاريخ 17 أغسطس 2017 بإلزام السيد المهدي بأن يدفع للأهالي مبلغاً وقدره 2.7 مليون يورو، ولعدم استطاعة المذكور دفع هذا المبلغ فقد حثّت المحكمة الصندوق الاستثماري للمجني عليهم بدفع هذا المبلغ⁽³²⁾، وهذا إن دلّ على شيءٍ إنّما يدلّ على الأهمية البالغة لتراث الشعوب الذي تجسّده مادياً الآثار بنوعها، بما يستتبع احترامها من قبل الجميع في حالتي السلم والنزاعات المسلحة بنوعها.

المطلب الثالث

الالتزامات الدولية المتعلقة بحماية الأماكن الأثرية في حالة الاحتلال

لم تُعرّف قواعد القانون الدولي الاحتلال، ولكنها أشارت إلى العنصر اللازم لوجوده؛ وهو السيطرة الفعلية لجيش العدو على أرض الدولة هدف الاحتلال؛ حيث أشارت إلى ذلك المادة الثانية والأربعون من الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية التي صدرت بلاهاي في 18 أكتوبر 1907⁽³³⁾، وذلك بقولها: «تُعتبر أرض الدولة محتلةً

(30) ICC, Trial Chamber VIII, The Prosecutor V. Ahmed Al Faqi Al Mahdi, Public Judgment and Sentence, Case No: ICC-01/12-01/15, 27, September, 2016, p.49.

(31) Op. Cit, Para 80, p.38.

(32) ICC, Trial Chamber VIII, The Prosecutor V. Ahmed Al Faqi Al Mahdi, Public Reparations Order, Case No: ICC-01/12-01/15, 17 August 2017, p.60.

(33) موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر على شبكة الإنترنت، ورابط الموقع هو :

https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/62tc8a.htm تاريخ الزيارة : 2018/10/3

حين تكون تحت السلطة الفعلية لجيش العدو، ولا يشمل الاحتلال سوى الأراضي التي يمكن أن تمارس فيها هذه السلطة بعد قيامها.

والاحتلال حالةٌ بغيضةٌ تأباها العدالة ويستهجنها الضمير الإنساني؛ لأنه يمثل اعتداءً صارخاً على حقِّ الشعوب في الحرية والاستقلال، ولهذا فإن القواعد التي يفرضها القانون الدولي لم تُوضع - كما يشير إلى ذلك جانبٌ من الفقه - لتتنقص من حقِّ الشعوب في تقرير المصير، وإنما لتنظيم سلطات أو صلاحيات المحتل في الدولة المحتلة؛ بغية توفير حدٍّ أدنى من معايير المعاملة الإنسانية وحماية المدنيين في حالة الاحتلال⁽³⁴⁾.

ويفرض القانون الدولي - تنفيذاً لهذه الأغراض - مجموعةً من الالتزامات، بعضها يتعلق بوضع الإقليم المحتل، وبعضها الآخر يتعلق بسكان الأراضي المحتلة⁽³⁵⁾، وفي سياق الالتزامات المتعلقة بالنوع الأول من الالتزامات يُلاحظ أن الاحتلال لا ينقل السيادة على الإقليم المحتل إلى الدولة المحتلة ولا يشير إلى دوام الاحتلال، ولهذا على الدولة المحتلة أن تمتنع عن ضم الإقليم المحتل إلى أراضيها، وأن تحترم القوانين السارية في البلد والنظام العام والأمن⁽³⁶⁾، وفي سياق النوع الثاني من الالتزامات: على الدولة المحتلة أن تلتزم باحترام الحقوق المدنية والسياسية لسكان الإقليم المحتل، بما في ذلك احترام نظام الأسرة والشرف وحياتة الأشخاص وممتلكاتهم ومعتقداتهم الدينية، وتوفير التعليم والغذاء والدواء، وبوجه خاص تحظى النساء بحمايةٍ خاصةٍ ضدَّ أيِّ اعتداءٍ على الشرف، لاسيما ضد الاعتصاب والإكراه على الدعارة أو أي شكلٍ من أشكال الاعتداء غير اللائق⁽³⁷⁾.

وفي مجال حماية الآثار عموماً والآثار العقارية على وجه الخصوص فرض المجتمع الدولي على الدول التي تحتلُّ أراضي غيرها مجموعةً من الالتزامات؛ بهدف منع الانتهاكات التي قد تُرتكب ضد الآثار أثناء فترة الاحتلال، ومن بين ذلك ما تنص عليه المادة (5) من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح 1954م تحت عنوان الاحتلال: «1- على الأطراف السامية المتعاقدة الأخرى تعضيد جهود السلطات الوطنية المختصة في المناطق الواقعة تحت الاحتلال بقدر استطاعتها، في سبيل وقاية ممتلكاتها الثقافية والمحافظة عليها. 2- إذا اقتضت الظروف اتخاذ تدابير عاجلة للمحافظة على ممتلكات ثقافية موجودة على أرضٍ محتلةٍ مُنبتت بأضرارٍ نتيجةً لعملياتٍ حربيةٍ

(34) Christine Chinkin, «Laws of Occupation», Conference on Multilateralism and International Law with Western Sahara as a Case Study Hosted by South African Department of Foreign Affairs and the University of Pretoria, Pretoria, South Africa, 4-5 December 2008, p.201.

(35) Op. Cit, p.203.

(36) Op. Cit, p.205.

(37) Op. Cit, p.207.

وتعذر على السلطات الوطنية المختصة اتخاذ مثل هذه التدابير، فعلى الدولة المحتلة أن تتخذ - بقدر استطاعتها - الإجراءات الوقائية الملحة، وذلك بالتعاون الوثيق مع هذه السلطات...»⁽³⁸⁾.

كما حظرت المادة (1) من البروتوكول الأول الملحق باتفاقية لاهاي 1954 على الدول التي تحتل إقليم غيرها أن تقوم بتصدير الممتلكات الثقافية الموجودة على الأراضي المحتلة؛ حيث قالت: «يتعهد كل من الأطراف السامية المتعاقدة بمنع تصدير الممتلكات الثقافية الموجودة على الأراضي التي يحتلها خلال نزاع مسلح...».

ويلاحظ أن الحماية المقررة بموجب هذا النص لا تقتصر على حماية الآثار المنقولة فقط، وإنما العقارية كذلك، ويُتصور ذلك في حالة فصل جزء من الآثار العقارية عن أصله وتهريب الجزء المفصول أو تصديره إلى خارج الإقليم المحتل.

وزماناً لتتبع الآثار المصدرة خارج الأقاليم المحتلة والمحافظه عليها وحمايتها أينما وجدت، ألزمت الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذا البروتوكول كل الأطراف المتعاقدة بأن تضع تحت الحراسة الممتلكات الثقافية التي صُدرت إلى أراضيها بطريق مباشر أو غير مباشر من أية أرض واقعة تحت الاحتلال، حيث قالت: «يتعهد كل من الأطراف السامية المتعاقدة بأن يضع تحت الحراسة الممتلكات الثقافية التي استوردت إلى أراضيها، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر عن أية أراض واقعة تحت الاحتلال، وتوضع تلك الممتلكات تحت الحراسة سواء تلقائياً عند الاستيراد وإلا فبناءً على طلب السلطات المختصة للأراضي المذكورة». وإذا انتهت العمليات الحربية أو حالة الاحتلال فعلى تلك الدول أن تسلّم إلى الدولة التي كانت محتلة كل الممتلكات الثقافية التي نقلت من أراضيها، ولا يجوز حجزها بصفة تعويضات عن الحرب (فقرة 3 من المادة الأولى المشار إليها).

وأكد البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي لسنة 1954م المشار إليها على حظر التصدير غير المشروع للممتلكات الثقافية للأراضي المحتلة، ونقلها أو نقل ملكيتها، أو إجراء أعمال التنقيب عنها باستثناء الحالات التي يُحتم فيها ذلك صون تلك الممتلكات أو تسجيلها أو الحفاظ عليها، وحظر أيضاً إجراء أية تغييرات في الممتلكات الثقافية أو في أوجه استخدامها؛ بقصد إخفاء أو تدمير أية شواهد ثقافية أو تاريخية أو علمية (مادة 9 من البروتوكول المشار إليه).

وبهذا نكون قد أنهينا الحديث عن مظاهر سياسة المنع في مواجهة الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية، ومنتقل الآن لبحث سياسة التجريم في مواجهة الأفعال الماسّة بتلك الأماكن.

(38) إسعاد أحسن، الحماية الدولية للتراث الثقافي أثناء النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2014، ص 34.

المبحث الثاني

سياسة التجريم في مواجهة الأفعال الماسة بالأماكن الأثرية

تقوم هذه السياسة على تجريم مجموعة من السلوكيات التي قد تصدر عن الإنسان في مواجهة الأماكن الأثرية، وتقرير جزاء جنائي رادع على من يرتكبها، وحيث إن هذه السلوكيات لا يُعاقب مرتكبها وفقاً لأحكام قوانين الآثار إلا إذا وقعت على أموال مخصصة، هي الآثار المنقولة أو العقارية، وهو ما يعني أن هناك ركناً مفترضاً لسياسة التجريم والجزاء في مواجهة الجرائم الماسة بكلّ النوعين من الآثار، وباعتبار أن هذه الدراسة تقتصر على بحث جوانب السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم الماسة بالنوع الثاني من الأموال (الآثار العقارية أو الأماكن الأثرية) دون الأول (الآثار المنقولة)، فإن هذا المبحث سيُقسّم إلى مطلبين اثنين: يُخصّص أولهما لبيان الأموال الأثرية العقارية؛ باعتبارها تمثل الركن المفترض لهذه السياسة، ويُخصّص الثاني لبيان الأنماط السلوكية الماسة بها والمجرمة تشريعياً.

المطلب الأول

الركن المفترض في سياسة التجريم في مواجهة الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية

حدّدت المادة الأولى من اتفاقية لاهي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح المقصود بالممتلكات الثقافية عموماً بقولها: «يُقصد بالممتلكات الثقافية بموجب هذه الاتفاقية، مهما كان أصلها أو مالكاها ما يأتي:

(أ) الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي؛ كالمباني المعمارية الفنية منها أو التاريخية، الديني منها أو الدنيوي، والأماكن الأثرية، ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية.

(ب) المباني المخصصة بصفة رسمية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة في الفقرة (أ)، كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات، وكذلك المخابئ المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة (أ) في حالة النزاع المسلح.

(ج) المراكز التي تحتوي مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبينة في الفقرتين (أ) و(ب)، والتي يُطلق عليها اسم (مراكز الأبنية التذكارية).

وعلى هدي هذا النص بانت خطة المشرعين الليبي والإماراتي لإمارة الشارقة في تحديد المقصود بالآثار العقارية؛ حيث يُلاحظ أنها تقوم على ركيزتين: الأولى تتمثل في وضع

المعيار الذي على أساسه يُعتبر الأثر العقاري أثراً معترفاً به قانوناً، والثانية تتمثل في التحديد العيني لكل ما يمكن أن يعتبر أثراً عقارياً.

أولاً- المعيار العام لتحديد الآثار العقارية:

يعتمد هذا المعيار على تحديد عمر زمني للآثار العقارية وكذلك المنقولة؛ لاكتسابها وصف الأثر المحمي قانوناً.

وبمراجعة نصوص قانون حماية الآثار الليبي ونصوص قانون حماية الآثار لإمارة الشارقة، نجد أن المشرع الليبي قد وضع معياراً زمنياً مطرداً؛ لاكتساب الأثر هذه الصفة، وهو مرور أكثر من مائة عام عليه، حيث قال في معرض تحديده للمقصود بالعبارات الواردة في قانون الآثار: «الأثر والآثار: كل ما أنشأه الإنسان أو أنتجه مما له علاقة بالتراث الإنساني، ويرجع عهده إلى أكثر من مائة عام (مادة 1 من القانون المذكور)، في حين اعتمد المشرع المحلي لإمارة الشارقة معياراً زمنياً جامداً؛ أي غير مطرد باطراد الزمن؛ حيث قال عند تعريفه للأثر: «يعتبر أثراً أي شيء خلفته الحضارات السابقة أو تركته الأجيال السابقة، منقولاً أو غير منقول، أنشأه أو صنعه أو نقشه أو صورّه أو خطّه أو بناه الإنسان قبل سنة 1900،...» (مادة 2 من قانون الآثار لإمارة الشارقة)، وهذا يوحي بأن المشرع المحلي لإمارة الشارقة قرّر - من حيث المبدأ - عدم الاعتراف بأثرية الآثار التي يمكن أن تُستحدث بعد هذا العام (1900)، أو هكذا يفهم، وهذه إشكالية؛ لأن صفة الآثار لا ترتبط بمرحلة زمنية معينة من مراحل الشعوب؛ فالإبداع والتراث والحضارة تتجدد بتجدد المجتمعات، وكما كانت تركات الأسلاف وما خلفته الحضارات السابقة آثاراً لنا، فكذلك ما تخلفه أجيالنا سيكون إراثاً ثقافياً لخلفنا.

والذي يبدو أن المشرع المحلي لإمارة الشارقة تنبّه لهذا الإشكال فحاول معالجته بمنح الجهة المختصة برعاية شؤون الآثار، وهي هيئة الشارقة للآثار، سلطة تقدير تتمتع بالملكات الثابتة والمنقولة التي ترجع إلى عهد أحدث من ذلك العام (1900) بخصائص الآثار، ومن ثمّ تسجيلها لإضفاء صفة الأثر عليها إذا وجدت كذلك (مادة 2/ج من قانون حماية الآثار لإمارة الشارقة).

والواقع أن هذه المعالجة مُنتقده كما تمت الإشارة سابقاً؛ لأنها تتضمن تنازلاً من السلطة التشريعية عن جزء مهم من اختصاصاتها في مجال التجريم لصالح السلطة التنفيذية، وفي هذا - لا شك - مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي يعتبر أحد النتائج المنطقية والمهمة لمبدأ المشروعية.

ولهذا يكرّر الباحث هنا الدعوة للمشرع المحلي لإمارة الشارقة بتعديل هذا النص، بما

يسمح باعتماد معيار زمني مطرد وليس جامداً؛ بحيث يبين عمراً زمنياً معيناً لاكتساب المنقول أو العقار صفة الأثر، ثم يسمح لجهة الإدارة فقط بتقدير مدى اكتساب هذا المنقول أو العقار خصائص الأثر؛ لتقدم الاقتراح إلى السلطة التشريعية بإجراء عملية التسجيل وإضفاء صفة الأثر عليه؛ لتشمله الحماية الجنائية المقررة بموجب نصوص قانون حماية الآثار، دون أن تقوم هي بالتسجيل التلقائي العاري عن المراقبة التشريعية.

والشق الثاني من الدعوة إلى التعديل مُوجّه أيضاً - وعلى نحو متكرر - للمشرع الليبي؛ لأنه حوّل هو الآخر مصلحة الآثار الليبية مهمة تقرير ما يعتبر أثراً وتسجيله، وفي هذا مخالفة أيضاً لمبدأ المشروعية كما تمت الإشارة، لهذا يكرر الباحث الدعوة أيضاً للمشرع الليبي بتعديل النص ذي العلاقة أسوة بما دُعي إليه المشرع المحلي لإمارة الشارقة.

وإذ يقول الباحث بهذا الرأي ليدرك تمام الإدراك أن الصعوبات العملية وكثرة الاكتشافات الأثرية تشكل عائقاً عملياً أمام مباشرة المشرع لاختصاص التسجيل، وتجعله في عنت من أمره؛ لأن كثرة الاكتشافات الأثرية تتطلب متابعة تشريعية مستمرة بإصدار قوانين لغرض التسجيل، وهذا قد لا يتأتى من الناحية العملية، ولكن الباحث يدرك أيضاً - كما يدرك الجميع - أن مراعاة مبدأ المشروعية أهم من مراعاة مثل هذا الاعتبار في هذا المجال، لأن هذا المبدأ ما ظهر إلا ليحدد صلاحيات السلطات الثلاث في الدولة، ويمنع سلطتي التنفيذ والقضاء من التعدي على الاختصاص الأصيل للسلطة التشريعية في مجال التجريم؛ لهذا فتنازل المشرع عن جزء من صلاحياته في هذا المجال قد يؤدي إلى فتح الباب أمام تنازلات أخرى أشدّ خطراً على مصالح الأفراد، وهو ما من شأنه أن يضر بميزان العدالة على نحو بليغ.

ثانياً- التحديد العيني للآثار العقارية:

لم يكتف المشرع الليبي وكذلك المشرع المحلي لإمارة الشارقة بوضع المعيار العام لما يمكن أن يكتسب صفة الأثر بالنسبة للعقارات، وإنما لجأ كلاهما إلى منح هذه الصفة لبعض العقارات عيناً، شريطة ارتباطها بالتراث الإنساني.

وتمشياً مع التحديد التقليدي للمقصود بالعقارات، وهو الذي يقوم على تقسيم العقارات إلى نوعين: عقارات بحسب الأصل، وعقارات بالتخصيص، فقد قسّم المشرعان الآثار العقارية إلى نوعين: آثار عقارية بحسب الأصل، وآثار عقارية بالتخصيص.

1 - الآثار العقارية بحسب الأصل:

وهي بقايا المدن والتلال والقلاع والحصون والأسوار والمساجد والمدارس والأبنية

الدينية والمقابر والكهوف، سواء أكانت في باطن الأرض أم على سطحها أم تحت المياه الإقليمية، وكذلك المعالم ذات الطابع المعماري المميز، والمواقع والشواهد التاريخية التي تتصل بالجهاد والكفاح، وترتبط بالتاريخ السياسي والثقافي والاجتماعي للبلاد⁽³⁹⁾.

ومما يدخل تحت وصف الآثار العقارية أيضاً المتاحف والمدن القديمة والأحياء والمباني التاريخية.

2 - الآثار العقارية بالتخصيص:

أشارت إلى ذلك الفقرة الثالثة من المادة (1) من قانون حماية الآثار الليبي، بقولها: «وتعتبر الآثار المنقولة آثاراً عقارية إذا كانت مخصصة لخدمة أثر عقاري، كأجزاء منه أو مكملات له أو زخارف فيه»، وأشارت إليه أيضاً الفقرة (ب) من المادة الثالثة من قانون حماية الآثار لإمارة الشارقة، بقولها: «ويمكن اعتبار الآثار غير الثابتة آثاراً ثابتة إذا كانت جزءاً من أثر ثابت، مكمل له أو مقرونة به أو زخرفاً أو كتابة فيه».

وقبل إنهاء الحديث عن تحديد المقصود بالآثار العقارية يودّ الباحث أن يشير إلى أن هذه الآثار - والحكم ينسحب على المنقولة أيضاً - وإن كانت مملوكة للدولة في أغلبها، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن تكون مملوكة لأحد الأفراد أو الهيئات الخاصة بموجب قرار تسجيل بأسمائهم من قبل الجهة المختصة، ويُستفاد ذلك من خلال ما نصت عليه المادتان (5، 11) من قانون حماية الآثار الليبي؛ حيث قالت الأولى: «يعتبر مالاً عاماً جميع الآثار العقارية والمنقولة والوثائق، سواء أكانت في باطن الأرض أم على سطحها، أم كانت تحت المياه الإقليمية، باستثناء ما هو مسجل بأسماء الأفراد والهيئات بمقتضى أحكام التشريعات المعمول بها قبل صدور هذا القانون»، وقالت الأخيرة: «على كل من اكتشف أثراً عقارياً أو منقولاً أو علم باكتشافه أثناء القيام بأعمال حفر أو بناء أو بأية أعمال أخرى أن يبلغ عنه الجهة المختصة أو أقرب مركز شرطة...، وعلى اللجنة المختصة إذا رأت عدم الاحتفاظ بالآثار المكتشف أن تعطيه لمكتشفه وأن تمنحه شهادة تثبت ملكيته له»، ويُستفاد هذا الحكم أيضاً من قانون الآثار لإمارة الشارقة من خلال ما نصت عليه المادة الخامسة بقولها: «الآثار سواء أكانت منقولة أم غير منقولة هي ملك للإمارة، ويُستثنى من ذلك الآثار التي يجوز للغير اقتنائها طبقاً لأحكام هذا القانون»، وكذلك المادة (8) من القانون ذاته، حيث قالت: «على كل شخص يحوز آثاراً منقولة أو غير منقولة أن يبادر إلى تسجيلها وتوثيقها في الإدارة في مدة لا تزيد على سنة من تاريخ صدور هذا القانون، وتصدر له وثيقة رسمية بتسجيل الأثر».

(39) المادة (1) من قانون حماية الآثار الليبي، ومادة (1/3) من قانون حماية الآثار لإمارة الشارقة.

غير أن الملكية الخاصة لهذه الآثار لا تجعلها معصومةً من تطبيق أحكام قانون الآثار عليها، وإنما يسري عليها ما يسري على الآثار المملوكة للدولة، وفي هذا تقول المادة (21) من قانون الآثار الليبي: «يُبلَّغ قرار تسجيل الآثار العقارية المملوكة لغير الدولة إلى الإدارة المختصة بالتسجيل العقاري؛ للتأشير به في السجل العقاري، وإلى أصحاب تلك الآثار، ويترتب على هذا التأشير سريان أحكام هذا القانون عليهم وعلى خلفهم، ويُنشر قرار التسجيل في الجريدة الرسمية» وتشير إلى هذا المعنى أيضاً المادة (1/6) من قانون الآثار لإمارة الشارقة بقولها: «ملكية الأرض لا تُكسب صاحبها حق تملك وتغيير الآثار الموجودة على سطحها أو في باطنها ولا تحوّل حق التنقيب فيها».

المطلب الثاني

الأنماط الإجرامية الماسة بالأماكن الأثرية

يمكن الإشارة إلى أهم هذه الأنماط على النحو الآتي:

أولاً- إتلاف الآثار العقارية:

حظرت هذا السلوك المادة (8) من قانون حماية الآثار الليبي، وذلك بقولها: «يُحظر إتلاف الآثار العقارية أو المنقولة أو إلحاق الضرر بها أو تشويهها بالكتابة عليها أو الحفر عليها أو تغيير معالمها أو فصل جزءٍ منها، أو لصق الإعلانات، أو وضع اللافتات عليها»، وحظرت كذلك الفقرة (ب) من المادة السادسة من قانون الآثار لإمارة الشارقة، وذلك بقولها: «يُمنع كسر الآثار أو تشويهها أو تخريبها أو إتلافها - منقولة كانت أو غير منقولة - أو إلحاق الضرر بها أو تشويهها بالكتابة أو النقش عليها، كما يُحظر إلصاق الإعلانات عليها».

ولا يشترط أن يكون الإتلاف كلياً أو جسيماً، وإنما يكفي أن يكون جزئياً أو غير جسيم؛ إذ ليس من اللازم أن يكون الأثر قد أُلِف أو خُرِب أو هُدِم كله، وإنما يكفي أن يكون قد عُيِب⁽⁴⁰⁾.

ثانياً- تغيير أو تحوير الآثار العقارية:

ويدخل في ذلك إجراء أية تعديلات عليها، كتشويهها بالكتابة، أو الحفر عليها، أو تغيير معالمها، أو فصل جزء منها، أو لصق إعلانات أو وضع لافتات عليها من شأنها أن تؤثر على صفتها أو قيمتها الأثرية، (مادة 8/أمن قانون الآثار الليبي)، و(مادة 6/ب، 1/41 من قانون الآثار لإمارة الشارقة).

(40) جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 94.

ثالثاً- التصرف في الآثار العقارية:

حَتَّتِ المادتان (6) و(14) من قانون الآثار الليبي على عدم إجراء أي تصرف في الآثار العقارية بأي وجه من الوجوه، قبل الحصول على موافقة من جهة الإدارة، ومن قبيل التصرف: البيع والهبة والإيجار، وهو ما نصت على حظره أيضاً المادة (1) من قانون الآثار لإمارة الشارقة، بقولها: «لا يجوز الاتجار بالآثار المسجلة في الإدارة أو في الدولة أو المستوردة رسمياً، إلا بترخيص من الإدارة،...»، وأكدت على هذا الحظر أيضاً المادة (19) من القانون ذاته؛ حيث قالت: «آثار الإمارة العائدة للحكومة لا تُهدى ولا تُباع»، كما أكدت عليه أيضاً المادة (4/41) من القانون المشار إليه، عندما بينت العقوبة الواجبة التطبيق على كل من أجرى أي تصرف على الآثار عموماً، بالمخالفة لأحكام القانون المشار إليه.

رابعاً- استغلال الآثار العقارية:

ويدخل في ذلك تصويرها لغرض تجاريّ أو النشر عنها، دون موافقة الجهة المختصة (مادة 8/1 من قانون حماية الآثار الليبي)، ولم ينص المشرع الإماراتي بشكل صريح على حظر هذا التصرف (التصوير لغرض تجاري)، كما فعل المشرع الليبي، ولكنه اكتفى بتجريم أي تصرف يقع على الآثار دون موافقة الجهة المختصة، على النحو المشار إليه في الفقرة السابقة، ولهذا فإن مُرتكب هذا الفعل لن يبقى بمنأى عن العقاب في هذا القانون، وإنما سيخضع للنصوص التي تعاقب على التصرفات التي تُجرى على الآثار دون موافقة الجهة المختصة.

كما يدخل في بند الاستغلال: استعمال الأماكن الأثرية كمقابر أو أمكنة للنفايات أو استخدامها لغرض السكن، أو مزاولة الأنشطة الاقتصادية دون الحصول على موافقة الجهة المختصة.

ولم يكتف المشرعان الليبي والإماراتي لإمارة الشارقة بتجريم التصرفات التي تُجرى - دون موافقة الجهة المشار إليها - داخل الأماكن الأثرية، وإنما حَظَرَا أيضاً استغلال حرم تلك الأماكن بشكل صريح، وقد حُدِّد هذا الحرم بمسافة 500م (مادة 17 من قانون الآثار الليبي، ومادة 24/د من قانون الآثار لإمارة الشارقة)، ومن بين هذه التصرفات: بناء المساكن وإقامة المصانع والمحاجر، وغير ذلك من المحال التجارية أو السكنية في حرم الأماكن الأثرية.

المبحث الثالث

سياسة الجزاء في مواجهة الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية

حتى تكون السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم الماسة بهذه الأماكن ناجعة؛ لا يكفي فرض تدابير احترازية لمواجهة تلك الجرائم قبل وقوعها، ولا مجرد النص على التجريم، وإنما لابد أن يفرض المشرع جزاءات جنائية صارمة تُفرض على مرتكب تلك الجرائم، وهذه الجزاءات لا يمكن أن تختزل بحال في العقوبات السالبة للحرية ولا الماسة بالذمة المالية فقط، وإنما لابد أن تستهدف الشيء محل الجريمة وهو الآثار العقارية، وأقصد بذلك المصادرة، وهو ما تنبّه له المشرع الليبي عند إصدار قانون حماية الآثار الليبي، وكذلك المشرع المحلي لإمارة الشارقة عند إصدار قانون حماية الآثار لهذه الإمارة؛ حيث أشارا إلى تطبيق أحكام هذا الجزاء، وإن كانت هذه الإشارة تفتقر إلى الوضوح. كما نص المشرعان أيضاً على الهدم والإزالة كجزاءين تكميليين يستهدفان إعادة الشيء إلى ما كان عليه قبل ارتكاب الجريمة.

وعلى هذا فإن بحث جوانب سياسة الجزاء في مواجهة الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يُخصص أولهما لبيان الجزاءات الأصلية المقررة لمكافحة تلك الجرائم، ويُخصص الثاني لبيان الجزاءات التكميلية المقررة لتلك المكافحة.

المطلب الأول

الجزاءات الأصلية المقررة للجرائم الماسة بالأماكن الأثرية

بالاطلاع على نصوص قانون حماية الآثار الليبي ونصوص قانون حماية الآثار لإمارة الشارقة ذات العلاقة، يتضح أن المشرعين قد اتبعا أسلوبين لبيان الجزاءات الأصلية المقررة للجرائم الماسة بالأماكن الأثرية، وهما أسلوب التحديد المباشر لهذه الجزاءات في مواجهة بعض هذه الجرائم، وأسلوب التحديد غير المباشر للجزاءات في مواجهة البعض الآخر منها، عن طريق الإحالة إلى نصوص القوانين الأخرى ذات العقوبة الأشد.

ولبيان الجزاءات الأصلية المقررة بمقتضى هذين الأسلوبين؛ سيُقسم هذا المطلب إلى فرعين، يُخصص الأول لبحث أسلوب التحديد المباشر للجزاءات، ويُخصص الآخر لبحث أسلوب الإحالة في تحديد الجزاءات.

الفرع الأول

أسلوب التحديد المباشر للجزاءات

هذا الأسلوب هو الأصل في تحديد الجزاءات الجنائية التي يرى المشرع ملاءمتها في مكافحة الظواهر الإجرامية؛ لأنه يتسم بالوضوح والتحديد، وهو ما من شأنه أن يساعد

المخاطبين بأحكام القانون على الإدراك الواضح للأثر الجنائي المترتب على مساسهم بالمصالح الاجتماعية محل الحماية الجنائية؛ الأمر الذي يؤثر حتماً وبشكلٍ إيجابيٍّ - على الأرجح - في إرادتهم وتوجيهها نحو القرار الصائب، والذي يطمح المشرع إلى اتخاذه في هذه اللحظة، وهو الإحجام عن الإضرار بتلك المصالح. وعلاوةً على ذلك فإن هذا الأسلوب يعتبر ضماناً مهمةً من ضمانات احترام مبدأ المشروعية، الذي يقتضي التحديد الواضح والدقيق لأنماط التجريم والجزاء المترتب على ارتكابها؛ إذ من حق المخاطب بأحكام القانون الجنائي أن يُنذَر بشكلٍ واضحٍ قبل أن يُعاقب.

وقد اتّبع المشرعان الليبي والإماراتي لإمارة الشارقة هذا الأسلوب في تحديد الجزاءات الجنائية الأصلية في مواجهة بعض الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية، كجريمة طمس المعالم التاريخية أو محوها أو طمرها أو تقويض جزء منها أو تشويهها، المعاقب عليها بالمادة (52) من قانون حماية الآثار الليبي⁽⁴¹⁾، وجريمة إتلاف الآثار (المنقولة أو الثابتة) في قانون حماية آثار الشارقة المعاقب عليها بمقتضى المادة (1/41) من هذا القانون⁽⁴²⁾.

وما يمكن أن يُلاحظ على النصوص التي اعتمدها المشرعان الليبي والإماراتي لإمارة الشارقة في مواجهة جرائم الآثار عموماً وبعض الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية على وجه الخصوص، اعتماداً على الأسلوب المشار إليه في تحديد الجزاء، أن المشرعين قد اعتمدا الحبس والغرامة (على اختلاف المدة والقيمة) كجزاءين أصليين لمواجهة تلك الجرائم.

كما يُلاحظ من جانب آخر أيضاً أن المشرعين وضعاً لهاتين العقوبتين حداً أقصى يسيراً في مواجهة بعض الجرائم، كجريمة الإتلاف المنصوص عليها في قانون آثار إمارة الشارقة المشار إليها؛ حيث لا يزيد الحد الأعلى لعقوبة الحبس فيها على شهر، ولا يزيد هذا الحد في الغرامة على عشرة آلاف درهم (مادة 1/41 من قانون حماية آثار الشارقة)، وجريمة طمس المعالم التاريخية أو محوها أو طمرها أو تقويض جزء منها أو تشويهها في قانون حماية الآثار الليبي، المعاقب عليها بالمادة (52) منه؛ حيث لا يزيد الحد الأقصى لعقوبة الحبس على سنة، ولا يزيد هذا الحد في الغرامة على خمسة آلاف دينار.

(41) تنص هذه المادة على أنه: «يُعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على سنة واحدة وبغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تزيد على (5000) د.ل خمسة آلاف دينار ليبي، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من قام بطمس أي معلم تاريخي، سواء بمحوه، أم طمره، أم تقويض جزء منه، أم قام بتشويه أي معلم تاريخي، سواء باستبدال عناصره المعمارية الأصلية بعناصر أخرى غير أصلية، أم بإدخال إضافات أم تغييرات حديثة عليه».

(42) تنص هذه المادة على أنه: «يُعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على شهر أو بغرامة لا تزيد على عشرة آلاف درهم أو بكلتا هاتين العقوبتين، كل من: 1 - قام بإتلاف أو تخريب أو تشويه أية آثار، بما في ذلك تغيير معالمها أو فصل جزء منها أو تحويرها».

وهذا من شأنه أن يجعل من سياسة مكافحة هذه الجرائم سياسةً غير فاعلة وغير مرضية؛ لاسيما إذا ما أخذنا في الاعتبار إمكانية أن يستعمل القاضي سلطته التقديرية في تخفيف العقوبة؛ فيختار إحدى العقوبتين ولا يجمع بينهما، ثم ينزل بالحد الأدنى للعقوبة إلى النصف، أو يوقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها وفقاً للقواعد العامة، ففي كل ذلك إشارة إلى الوهن الذي يعتري السياسة الجنائية التي تبناها المشرعان الليبي والإماراتي لإمارة الشارقة في مواجهة جرائم الآثار عموماً والجرائم الماسة بالأماكن الأثرية على وجه الخصوص، وهو ما يدفع الباحث إلى توجيه الدعوة إلى المشرعين؛ لتعديل هذه النصوص على وجه السرعة، بما يكفل تحقيق نجاعة تلك السياسة.

الفرع الثاني

أسلوب الإحالة في تحديد الجزاء

في هذا الأسلوب لا يقرّر المشرع الجزاء الجنائي في القانون ذي العلاقة بشكل مباشرٍ ومحدّد، وإنما يحيل القاضي على قوانين أخرى تقرّر للفعل ذاته عقوبةً أشد، كأن يقول مثلاً: «مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يُعاقب...»، أو يحيل القاضي على نصوص محدّدة في قوانين معينة؛ ليحكم بالعقوبة التي تقرّرها تلك النصوص في مواجهة الفعل المجرم بموجب النصّ المحيل، كأن يقول مثلاً: «يُعاقب كلٌّ من... بالعقوبات الواردة في المادة كذا من القانون رقم كذا لسنة كذا».

وقد لجأ المشرعان الليبي والإماراتي لإمارة الشارقة لهذا الأسلوب في تحديد الجزاء الذي ينبغي أن يُطبق على مرتكبي بعض الجرائم الماسة بالآثار؛ حيث نصّ المشرع الليبي بالمادة (51/أ) من قانون الآثار على إحالة القاضي على قوانين أخرى غير محدّدة؛ ليعرف ما إذا كانت تقرّر عقوبة أشد فيطبقها، أو أخف فيطبق التي بين يديه؛ حيث قال: «مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر: أ- يُعاقب بالحبس وغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تجاوز عشرين ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كلٌّ من خالف أحكام المواد (7، 8، 14، 16، 17، 18، 19، 20، 25/1) من هذا القانون»، ونصّ المشرع المحلي لإمارة الشارقة على الإحالة المشار إليها بموجب نصّ المادة (40) بقوله: «مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يُعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن خمسة عشر ألف درهم، أو بكلتا هاتين العقوبتين، كلٌّ من قام: 1- بالتنقيب عن الآثار دون الحصول على رخصة بذلك...».

والواقع أن هذا الأسلوب وإن كان يشكل تأكيداً لما تقضي به القواعد العامة في شأن التعدد السوري، التي تنص على تطبيق العقوبة الأشد على الفعل الذي يُشكل في وقت واحد مخالفةً لنصوصٍ نائيةٍ مختلفة⁽⁴³⁾، إلا أن التأكيد عليه في النصوص الجزائية الخاصة بمكافحة الظواهر الإجرامية فيه إضعافٌ لردعية السياسة الجنائية في مواجهتها؛ لأنه يوحي بعدم رغبة المشرع الأكيدة في فرض الجزاء المناسب لتحقيق الحماية الجنائية للمصلحة محل الحماية، وإسناده هذه المهمة للقاضي، وهذا يتطلب منه أولاً أن يستعرض نصوص المنظومة العقابية بأجمعها؛ لبحث ثانياً في مسألة ما إذا كان هذا الفعل يشكل مخالفةً لنص آخر من تلك النصوص أم لا، ثم لينظر أخيراً فيما إذا كان ذلك النص يقرّر عقوبةً أشدّ أم لا، ولا شك أن في هذا عنقاً له قد يدفعه إلى أن يجنح - متكاسلاً - إلى تطبيق النص الذي بين يديه على الواقعة ويحكم بالعقوبة المقرّرة فيه، رغم أن القيمة الحقيقية للمصلحة محل الحماية قد تتطلب توقيع عقوبةً أشدّ من التي قضى بها، وهي تلك المخفية في ثنايا نصوص تلك المنظومة، والتي لم يحددها المشرع، وذلك بالنص عليها في القانون الخاص بمكافحة تلك الظاهرة.

وفوق هذا فإن اتّباع هذا الأسلوب في بيان الجزاء الجنائي الواجب التطبيق على الفعل المُجرّم قد يؤدي إلى استسهال الأفراد ارتكاب الفعل الضار بالمصلحة محل الحماية؛ لعدم معرفتهم بالعقوبة الأشد (المجهولة)؛ إذ هم في العادة يصرفون أنظارهم إلى العقوبة الواضحة المحددة بالنص الذي بين أيديهم، ولا يعيرون اهتماماً لما وراء النص، فخبرتهم المتواضعة بمثل هذه الأساليب في تحديد الجزاء لا تسمح لهم بالاطلاع والمقارنة، ولا شك أن في هذا أيضاً إضعافاً لردعية السياسة الجنائية المتبعة في مكافحة الجرائم، وهي في بحثنا الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية.

ولهذا فالمرشعان الليبي والإماراتي لإمارة الشارقة مدعوّان هنا أيضاً لتعديل النصوص ذات العلاقة، بما يسمح بالتحديد المباشر والواضح للجزاءات الجنائية الملائمة لتحقيق فكرة الردع في مواجهة تلك الجرائم.

(43) راجع المادتين (1/76) من قانون العقوبات الليبي و(87) من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، اللتين تنصّان على القاعدة المعمول بها في شأن معالجة التعدد السوري للجرائم؛ وذلك بقولهما: «إذا كَوّن الفعل الواحد جرائم متعدّدة، وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشدّ والحكم بعقوبتها دون غيرها».

المطلب الثاني

الجزاءات التكميلية

تتمثل هذه الجزاءات في الهدم والإزالة والمصادرة، وتتناولها على الشكل التالي:

الفرع الأول

الهدم والإزالة

نصت على هذا الجزاء بشكل واضح الفقرة الثانية من المادة الثالثة والأربعين من قانون حماية الآثار لإمارة الشارقة، وذلك بقولها: «بالإضافة إلى العقوبات المنصوص عليها في المواد السابقة أعلاه، يجوز للإدارة أن: 1- ...، 2- ...، 3- تهدم وتزيل أية إنشاءات أو أبنية أو أشياء أخرى أقيمت أو أُحدثت خلافاً لأحكام هذا القانون على نفقة المخالف، بما في ذلك تكاليف إصلاح أي ضرر لحق بالآثار».

ونصّ المشرع الليبي على هذا الجزاء أيضاً، وذلك بموجب الفقرة (ب) من المادة الحادية والخمسين من قانون حماية الآثار، حيث قال: «ويحكم على المخالف بردّ الشيء إلى أصله، تحت إشراف الجهة المختصة، وذلك في المهلة التي تحددها له، فإذا لم يتم ذلك أو عجز عنه خلال المدة المحددة، جاز للجنة المختصة ردّ الشيء إلى أصله على حسابه والرجوع عليه بالنفقات بطريق الحجز الإداري». وهذا النص وإن كان يتحدث أساساً عن إصلاح الآثار التي شوّهت بالكتابة أو الحفر عليها أو تغيير معالمها، أو إتلافها جزئياً، وذلك بإعادة الشيء إلى أصله، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يشمل أيضاً هدم وإزالة المنشآت القائمة في الأماكن الأثرية أو حولها؛ لأن البناء فيها أو حولها فيه تشويه لها أو تغيير معالمها.

وعلى كل حال فإن ما يُلاحظ على هذا الجزاء في قانون حماية الآثار لإمارة الشارقة، أن المشرع الإماراتي أوكل الأمر به لجهة الإدارة، وهي هيئة الشارقة للآثار، على عكس المشرع الليبي الذي أوكله إلى القضاء بقوله: «ويُحكم». والواقع أن هذا الجزاء شأنه شأن الجزاءات الأخرى يفترض ألا يصدر إلا في مواجهة مرتكب المخالفة الجنائية، ولا يمكن أن يُنسب إلى شخص ارتكابه لهذه المخالفة إلا بحكم قضائي، ولهذا يدعو الباحث المشرع المحلي لإمارة الشارقة إلى تعديل نص المادة الثالثة والأربعين المشار إليه؛ بحيث يكون هذا الأمر منوطاً بالقضاء وحده، أسوةً بما فعل المشرع الليبي.

الفرع الثاني

المصادرة

تُعرّف المصادرة بأنها: «إيلاّم ذو طبيعة مالية، يتمثل في نزع ملكية المال محل المصادرة جبراً عن المالك، وإضافته إلى ملكية الدولة دون مقابل، وحلولها محلها في الملكية»⁽⁴⁴⁾، وعرفت المحكمة العليا الليبية بأنها: «نزع ملكية المال جبراً وإضافته إلى ملك الدولة، بغير مقابل»⁽⁴⁵⁾.

وتنقسم المصادرة بحسب محلها؛ كونه مالاّ مشروع التداول أو محظور التداول، إلى قسمين: مصادرة عقوبة، وهي التي يكون محلها مالاّ مشروع التداول، كالسيارة مثلاً، بحيث إذا أُستعملت في ارتكاب جريمة، وكان مالها هو الجاني، أو كان غيره ولكنه لم يكن حسن النية، فإنها ستكون عرضةً للمصادرة، نكالاّ بملكها؛ كونه أساء استخدامها، ومصادرة كتدبير وقائيّ هدفها سحب الشيء المحظور تداوله من دائرة التعامل؛ تفادياً لحظره على مصالّح المجتمع، كحيازة المواد المخدرة والخمور والأسلحة، حيث ستكون عرضةً للمصادرة بغض النظر عن حسن نية الحائز أو سوء نيته؛ لأنّ المشرع - كقاعدة - لا يعترف بأيّ حقّ عليها لأحد، ولهذا فإنها ستكون عرضةً للمصادرة ولو لم يصدر حكم بالإدانة في مواجهة الحائز⁽⁴⁶⁾.

ونظراً لأنّ المصادرة بنوعها تعتبر من الجزاءات الناجعة في مكافحة الإجرام؛ لأنها تنطوي على حرمان الجاني من ثمرة جريمته أو من الشيء الذي يمتلكه إذا أساء استخدامه، فقد نصّ عليها المشرع الليبي في قانون حماية الآثار، والمشرع المحلي لإمارة الشارقة في قانون حماية الآثار لإمارة الشارقة؛ حيث نصّت الفقرة (ج) من المادة الحادية والخمسين من القانون الليبي عليها بقولها: «كما يُحكم بمصادرة المضبوطات محل الجريمة»، ونصّت الفقرة الأولى من المادة الثالثة والأربعين من قانون إمارة الشارقة عليها بقولها: «بالإضافة إلى العقوبات المنصوص عليها في المواد السابقة أعلاه، يجوز للإدارة أن: 1- تصدر لصالحها أي آثار ارتكبت بشأنها الجريمة».

(44) د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 854.

(45) طعن جنائي رقم 3/3، 1995/12/28م، قضاء المحكمة العليا من تاريخ إنشائها في 10 نوفمبر 1953، حتى تاريخ 30 سبتمبر 1956، ص 311.

(46) د. مصطفى إبراهيم العربي، أحكام المصادرة في القانون الجنائي الليبي والمصري، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير غير منشورة)، كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، تاريخ المناقشة: 2003/2/28م، ص 7 وما بعدها.

وإذا كانت مصادرة المنقولات عموماً لا يُثار حولها إشكالٌ في الفقه من حيث مدى إمكانية تطبيق أحد الشروط المهمة لإعمال المصادرة بشأنها، وهو الضبط، فإن الفقه قد اختلف حول مدى إمكانية تطبيق هذا الشرط بشأن العقارات، حيث ذهب جانبٌ منه إلى القول بعدم إمكانية ذلك من الناحية العملية، ورتّب على ذلك نتيجةً وهي عدم جواز مصادرة العقارات⁽⁴⁷⁾، بينما ذهب جانب آخر إلى القول بإمكان تصوّر الضبط بالنسبة للعقارات أيضاً، وذلك بوضعها تحت الحراسة أو بالحجز عليها، وهو ما يمكن معه الحكم بمصادرتها⁽⁴⁸⁾.

والرأي الأخير هو الذي يريّحه الباحث، لاسيما وأن بعض التشريعات قد أقرّت ذلك صراحةً في بعض القوانين الخاصة، من ذلك مثلاً ما نص عليه المشرع المصري بالمادة (2) من القانون رقم (122) لسنة 1989م في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها، بقوله: «يُحكم بمصادرة الأرض التي زُرعت بالنباتات المُشار إليها إذا كانت هذه الأرض مملوكة للجاني، أو كانت له بسند غير مسجل، فإن كان مجرد حائزٍ لها حُكم بإنهاء حيازته»، وما نص عليه كذلك المشرع الليبي بالمادة (1/42) من القانون رقم (7) لسنة 1990م بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية، والمعدلة بالقانون رقم (23) لسنة 2001م، بقوله: «يُحكم بمصادرة وسائل النقل...، وكذلك العقارات التي أُتخذت مكاناً لزراعة أو لتخزين المواد أو النباتات المذكورة»⁽⁴⁹⁾.

وعلى هذا الأساس لا يرى الباحث وجود أي عائق تشريعيٍّ أمام مصادرة الآثار العقارية إذا ما كانت محلاً لإحدى الجرائم المنصوص عليها بقوانين حماية الآثار، كالتشويه أو تغيير المعالم أو الإتلاف، شريطة أن تكون مملوكةً أو مسجلةً بأسماء الأفراد أو الهيئات الخاصة؛ لأنها إذا لم تكن كذلك بأن كانت مملوكةً للدولة فإنها ستكون محلاً للرّد وليس المصادرة؛ باعتبار أنها ستُرَجع إلى أملاك الدولة ولا تضاف إليها؛ إذ هي مملوكة لها في الأساس. هذا ما وُفقَ الباحث لبيانه في شأن الجوانب الثلاثة للسياسة الجنائية في مواجهة الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية، وينتقل الآن لبيان ما يمكن استخلاصه من نتائج وإدراؤه من توصيات.

(47) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 943.
د. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مؤسسة المعارف للنشر، مصر، 1957، ص 651.

(48) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 796.

(49) د. مصطفى إبراهيم العربي، مرجع سابق، ص 60 وما بعدها.

الخاتمة:

بعد الانتهاء من بحث هذا الموضوع، يمكن عرض مجموعة من النتائج وإبداء مجموعة من التوصيات، على النحو الآتي:

أولاً- النتائج:

إجابة عن التساؤل المطروح في المقدمة والذي يتكوّن من شقين، أولهما الذي يتعلّق بتقييم السياسة الجنائية التي تبناها المشرعان الليبي والإماراتي لإمارة الشارقة في مواجهة الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية، ومعرفة ما إذا كانا قد وُفِّقا في تبني سياسة جنائية فاعلة تقوم على تحقيق فكرة التوازن بين مصلحة الأفراد في ألا تمسّ حقوقهم إلا على الوجه الذي ينسجم ومضمون مبدأ المشروعية، ومصلحة المجتمع في ملاحقة الجناة وإنزال الجزاء الرادع بهم، وثانيهما الذي يتعلّق بتقييم السياسة الجنائية التي تبناها المجتمع الدولي في مواجهة هذه الجرائم، ومعرفة ما إذا كانت الحماية المقرّرة بموجبها كافية للمحافظة على الأماكن الأثرية ومنع الاعتداء عليها في حالات النزاعات المسلّحة والاحتلال، فإنه يمكن إبداء النتائج على النحو الآتي:

أ- تقييم السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية على المستوى الوطني:

على الرغم من الجهود المبذولة والمموسة من قبل السلطتين التشريعتين في ليبيا وإمارة الشارقة، وكذلك الجهات المعنية بشؤون الآثار وعلى رأسها مصلحة الآثار الليبية وهيئة الشارقة للآثار نحو المحافظة على الآثار العقارية والمنقولة ومكافحة الجرائم الماسّة بها، إلا أن السياسة الجنائية المتبّعة في مكافحة تلك الجرائم وخصوصاً الماسّة بالأماكن الأثرية غير مرضية وغير فاعلة، وقد رصدت الدراسة مجموعة من الأسباب الكامنة وراء ذلك، يمكن إيراد أهمها على النحو الآتي:

1- اتباع المشرعين لسياسة التفويض في التجريم والجزاء على نحو يخلّ بمبدأ المشروعية، الذي يقتضي الفصل بين السلطات الثلاث في الدولة، وأن تكون نصوص التجريم والجزاء على نحو واضح يسمح للمخاطبين بأحكام القانون فهمها دون عناء؛ حيث تم:

● تخويل الجهة المسؤولة عن إدارة شؤون الآثار مهمة تسجيل الآثار؛ الأمر الذي جعل إضفاء صفة الأثر على العقار أو المنقول، وشموله بالحماية الجنائية مرهوناً بهذا التسجيل.

- تخويل هذه الجهة (وهذا أمرٌ خاصٌ بالمشرع المحليّ لإمارة الشارقة) مهمة تسجيل الآثار التي تُستحدث بعد عام 1900 .
- تخويل السلطة الإدارية (وهذا أمرٌ خاصٌ بالمشرع المحليّ لإمارة الشارقة أيضاً) بتوقيع المصادرة والهدم والإزالة .
- عدم الاستقرار في تحديد نظام تبعية الجهة المسؤولة عن رعاية شؤون الآثار، (وهذا خاصٌّ بالمشرع الليبي)، حيث لوحظ أن تبعية مصلحة الآثار الليبية لم تستقر إلا مؤخراً؛ حيث أصبحت تتبع وزارة الثقافة والمجتمع المدني، بعد أن كانت تتبع جهاتٍ أخرى قبل ذلك .

2- عدم ردعية الجزاءات المقررة لمكافحة جرائم الآثار عموماً وبعض من الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية؛ حيث:

- اعتمد المشرعان الليبي والإماراتي لإمارة الشارقة - بطريق التحديد المباشر للجزاءات - الحبس والغرامة دون غيرهما من الجزاءات الأشد صرامة كالسجن مثلاً؛ لمكافحة تلك الجرائم .

- اتّبعا أسلوب الإحالة في تقرير العقوبة الأشد على بعض الأفعال المجرمة في قانون الآثار والتي من بينها بعض الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية، وهذا الأسلوب - كما سبقت الإشارة بمتن هذا البحث - غير ناجع في تقرير الجزاءات، ويؤدي إلى إضعاف مقومات السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم ويضر بحقوق الأفراد؛ لعدم التحديد الدقيق والمنجز للجزاء المراد تطبيقه على الواقعة .

ب- تقييم السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم الماسّة بالأماكن الأثرية على المستوى الدولي:

الملاحظ أن المجتمع الدولي تبني وسائل فاعلة في مكافحة الجرائم الماسّة بالآثار عموماً والأماكن الأثرية على وجه الخصوص، ابتداءً بإسباغ الوصف الدولي على الآثار أيّما ما كان مقرّ وجودها؛ حيث اعتبرها ملكاً للبشرية جمعاء وليست ملكاً للمجتمع الذي وُجدت فيه فقط، ومروراً بتجريم كل الأنماط التي تشكّل اعتداءً على تلك الآثار في حالات السّلم والنزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية وحالة الاحتلال كذلك، وانتهاءً باعتبار هذه الأنماط جرائم دولية يخضع مرتكبها للجزاءات المقررة، وإمكانية محاكمته دولياً كذلك عن كل ما يُنسب له من أفعال .

غير أن مما يُؤخذ على هذه السياسة أنها ليست فاعلةً بالقدر الكافي من الناحية الواقعية؛

لارتباط تطبيقها بالنواحي السياسية التي تفرض مراعاة الأقوى وعدم تفعيل مفترضات الملاحقة إلا على الطرف الأضعف في دائرة التأثير في قضايا المجتمع الدولي، وخير مثال على ذلك ما تقوم به إسرائيل كدولة محتلة ضد المقدسات الفلسطينية، وعلى وجه الخصوص محاولة تهويد القدس وضمها لتكون جزءاً من ممتلكات هذا الكيان المحتل، وحرب العراق التي أودت بحضارة شعب وتاريخه دون حساب أو جزاء لمن كان سبباً فيها.

ثانياً- التوصيات:

أ- على المستوى الوطني:

ضماناً لإقرار سياسة جنائية عادلة وفاعلة في مواجهة جرائم الآثار عموماً، والجرائم الماسة بالأماكن الأثرية على وجه الخصوص، يوصي الباحث المشرعين الليبي والإماراتي لإمارة الشارقة بضرورة تعديل نصوص قانون حماية الآثار ذات العلاقة بالمآخذ التي أبدت أعلاه، وتحديداً ما يأتي:

1- بالنسبة للمشرع الليبي:

- تعديل نص المادة الرابعة من قانون حماية الآثار الليبي؛ وذلك باستبدال عبارة: «وإبداء الرأي إلى السلطة التشريعية؛ لتسجيل ما ترى أنه يتمتع بخصائص الآثار المنقولة أو العقارية»، بعبارة: «وتسجيل ما ترى تسجيله منها بوصفه ممتلكاً ثقافياً ومالاً عاماً».
- تعديل نص المادة الحادية والخمسين من القانون ذاته، وذلك بحذف عبارة: «مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر»، ثم التصدي المباشر لتقدير القيمة الاجتماعية الحقيقية للآثار العقارية والمنقولة، والنص على الجزاء الملزم في قانون الآثار لضمان فعالية الحماية الجنائية لهذه القيمة.
- تعديل نص الفقرة (ج) من المادة ذاتها، بما يضمن صياغة نص واضح يقرّ مصادرة الآثار العقارية المملوكة للأفراد في حالة ارتكابهم لإحدى الجرائم الماسة بها، مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية.

2- بالنسبة للمشرع المحلي لإمارة الشارقة:

- تعديل نص الفقرة (أ) من المادة الأولى من قانون الآثار في إمارة الشارقة رقم (1) لسنة 1992؛ بحيث يجري نصّها على النحو الآتي: «يُعتبر أثراً أي شيء خلفته الحضارات السابقة أو تركته الأجيال السالفة، منقولاً أو غير منقول، أنشأه أو صنعه أو نقشه أو

- صوّره أو خطّه أو بناه الإنسان، شريطة أن يمضي على وجوده أكثر من مائة عام،...».
- حذف الفقرة (ج) كلياً من المادة السابقة نفسها.
 - تعديل نص الفقرة الثامنة من المادة الخامسة من القانون رقم (2) لسنة 2017 بشأن تنظيم أهداف وصلاحيات واختصاصات هيئة الشارقة للآثار؛ بحيث يجري نصها على النحو الآتي: «تقدير أثرية المواقع الأثرية وحدودها وحرمها، وتقييم الصفة الأثرية والتاريخية والمادية للآثار المنقولة الموجودة في الإمارة، وإبداء الرأي للسلطة التشريعية بشأن تسجيلها».
 - حذف عبارة «مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر»، الواردة بصدر نص المادة الأربعين من قانون الآثار في الإمارة رقم (1) لسنة 1992، ثم التصدي المباشر لتقدير القيمة الاجتماعية الحقيقية للآثار العقارية والمنقولة، والنص على الجزاء الملائم لضمان فعالية الحماية الجنائية لهذه القيمة، كما دُعي إلى ذلك المشرع الليبي سابقاً.
 - تعديل نص المادة الثالثة والأربعين من القانون السابق؛ بحيث يجري نصها على النحو الآتي: «بالإضافة إلى العقوبات المنصوص عليها في المواد السابقة، يجوز للمحكمة أن تحكم: 1- بمصادرة الآثار المنقولة والعقارية المسجلة بأسماء الأفراد أو الهيئات الخاصة، إذا كانت محلاً للجريمة، وكذلك الأدوات والآلات المستخدمة في ارتكاب الجريمة، أو المعدّة لارتكابها، وكل ذلك مع مراعاة حقوق الغير حسن النية. 2- بهدم أو إزالة أية إنشآت أو أبنية أو أشياء أخرى أقيمت أو أحدثت بالمخالفة لأحكام القانون، وعلى نفقة المخالف».

ب- على المستوى الدولي:

ضماناً لإقرار سياسة جنائية دولية أكثر فعالية في مواجهة الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية:

- 1- يوصي الباحث جميع الدول بضرورة الالتزام بما تفرضه الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة من أحكام في مواجهة تلك الجرائم، ودعم مبدأ التعاون الدولي في المحافظة على الآثار أيّاً ما كان مكان وجودها.
- 2- يوصي الباحث أيضاً المؤسسات الدولية الفاعلة ذات العلاقة بحماية الآثار، والمتمثلة بالدرجة الأولى في هيئة الأمم المتحدة والهيئات المتفرّعة عنها كالجمعية العامة ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو) ومجلس الأمن،

والمحكمة الجنائية الدولية بضرورة العمل على ترسيخ مبدأ المساواة في المعاملة لكل أطراف المجتمع الدولي ودعمه، بغض النظر عن من يملك قوّة التأثير في اتخاذ القرارات؛ فالتراث الإنساني هو ملك للبشرية جمعاء ووسيلة للتواصل بين المجتمعات، وصونه وحمايته هو واجب أخلاقي قبل أن يكون واجباً قانونياً.

المراجع:

أولاً- باللغة العربية:

- د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري- القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- إسعاد أحسن، الحماية الدولية للتراث الثقافي أثناء النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2014.
- د. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مؤسسة المعارف للنشر، مصر، 1957.
- بن عيسى زايد، التمييز بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، (رسالة دكتوراه غير منشورة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016/2017.
- جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط2، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- د. مصطفى إبراهيم العربي، أحكام المصادرة في القانون الجنائي الليبي والمصري، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير غير منشورة)، كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، تاريخ المناقشة 28/2/2003.
- د. عبد اللطيف البرغوثي، التاريخ الليبي القديم من أقدم العصور حتى الفتح الإسلامي، ج7، بدون مكان نشر، ولا اسم ناشر.
- د. عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- د. فيليب كنريك، دليل المواقع الأثرية في ليبيا - إقليم المدن الثلاث-، لندن، مطبوعات جمعية الدراسات الليبية، لندن، 2015.
- د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

ثانياً- المراجع الفقهية الأجنبية:

- Christine Chinkin, Laws of Occupation, Conference on Multilateralism and International Law with Western Sahara as a Case Study Hosted by South African Department of Foreign Affairs and the University of Pretoria, Pretoria, South Africa, 4-5 December 2008.
- Emily Crawford, International Humanitarian Law, Cambridge University Press, UK, 2015.
- International Committee of the Red Cross (ICRC), How is the term «Armed conflict» Defined in International Humanitarian Law? Opinion Paper, March 2008.
- Sten Verhoven, International and Non-international Armed conflicts, Working Paper, No 107, Institute for International law, Faculty of Law, Katholieke University Leuven, March 2007.

ثالثاً- المواقع الإلكترونية:

- موقع منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (UNESCO):
<http://www.unesco.org/new/ar/culture/>
- موقع المجلس التنفيذي لحكومة الشارقة شبكة المعلومات الدولية،:
<https://ec.shj.ae/legislationContainer.aspx>
- موقع هيئة الشارقة للآثار على شبكة المعلومات الدولية، :
<http://sharjaharchaeology.com/ar>
- موقع مصلحة الآثار الليبية على شبكة المعلومات الدولية،:
<https://doa.com.ly/mag/%D8%AD%D988%%D984%/#>
- موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر على شبكة الإنترنت،:
<https://www.icrc.org/ar/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
437	الملخص
438	المقدمة
443	المبحث الأول- سياسة المنع في مواجهة الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية
443	المطلب الأول- حماية الأماكن الأثرية في زمن السلم
443	الفرع الأول- إنشاء هياكل تُعنى بإدارة وحماية الأماكن الأثرية
448	الفرع الثاني- التوسع في إضفاء صفة الضبطية القضائية للتحري والكشف عن الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية
449	الفرع الثالث- حظر مباشرة بعض الأعمال بالقرب من الأماكن الأثرية
449	المطلب الثاني- تدابير حماية الأماكن الأثرية في حالة النزاعات المسلحة
450	الفرع الأول- التزامات الدولة بحماية الأماكن الأثرية في حالة النزاع المسلح الدولي
454	الفرع الثاني- التزامات الدولة بحماية الأماكن الأثرية في حالة النزاع المسلح غير الدولي
457	المطلب الثالث- الالتزامات الدولية بحماية الأماكن الأثرية في حالة الاحتلال
460	المبحث الثاني- سياسة التجريم في مواجهة الأفعال الماسة بالأماكن الأثرية
460	المطلب الأول- الركن المفترض في سياسة التجريم في مواجهة الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية
464	المطلب الثاني- الأنماط الإجرامية الماسة بالأماكن الأثرية
466	المبحث الثالث- سياسة الجزاءات في مواجهة الجرائم الماسة بالأماكن الأثرية
466	المطلب الأول- الجزاءات الأصلية المقررة للجرائم الماسة بالأماكن الأثرية
466	الفرع الأول- أسلوب التحديد المباشر للجزاءات

الصفحة	الموضوع
468	الفرع الثاني - أسلوب الإحالة في تحديد الجزاء
470	المطلب الثاني - الجزاءات التكميلية
470	الفرع الأول - الهدم والإزالة
471	الفرع الثاني - المصادرة
473	الخاتمة
478	المراجع

مدى ملاءمة قواعد الإسناد التقليدية لحكم عقود إيجار السفن

د. عبد السلام علي الفضل* ود. سليم سمير خصاونة**

الملخص:

أدى الانفتاح الاقتصادي والاجتماعي بين الدول إلى تدفق السلع والخدمات عبر الحدود، الأمر الذي تطلب وسائل متعددة للنقل؛ فازدادت، تبعاً لذلك، الحاجة أكثر إلى استخدام النقل البحري؛ ورافق ذلك تعدد عقود النقل ما بين سندات الشحن والنقل وفق مشارطات إيجار السفن، وتحتل هذه الأخيرة مكان الصدارة بين هذه العقود، خصوصاً في إطار النقل البحري غير المنتظم.

ونظراً لارتباط النقل البحري بدول وأشخاص يتمتعون بجنسيات مختلفة؛ فقد أضفى ذلك على عملية النقل الصفة الدولية. ومما لا شك فيه، فإن اصطباغ هذه العقود بالصبغة الدولية يثير إشكالات تمس تنازع القوانين؛ لاختلاف المنظومة التشريعية بين دولة وأخرى، لاسيما ما يخص تلكم القواعد الناظمة لمسائل النقل.

تأتي هذه الدراسة لتسلط الضوء على القواعد الناظمة لمسائل النقل بالتحليل والمقارنة؛ لاستجلاء مدى ملاءمة هذه القواعد لطبيعة عقد النقل، والتعرف على مدى قدرتها على تحقيق الأمان القانوني المنتظر من أطراف هذه الرابطة العقدية.

وقد خلصت هذه الدراسة إلى عدد من النتائج، كان أهمها أن قواعد الإسناد التي تبناها المشرع الأردني - وكذا، معظم المشرعين العرب - لا تتماشى مع طبيعة هذه العقود؛ لذا فقد أوصت هذه الدراسة بضرورة الدعوة إلى تبني قواعد أكثر مرونة؛ بما يتماشى والتطورات التشريعية الحديثة.

كلمات دالة: النقل البحري، تنازع القوانين، علم السفينة، القواعد الموضوعية، مشارطات إيجار السفن.

* أستاذ مساعد، كلية القانون، جامعة اليرموك، المملكة الأردنية الهاشمية.

** أستاذ مساعد، كلية القانون، جامعة اليرموك، المملكة الأردنية الهاشمية.

المقدمة:

يؤدي النقل البحري دوراً حيوياً بارزاً في تطوير التجارة الدولية، وقد عرف هذا النشاط البحري منذ بدايته صوراً متعددة لتنفيذ عملية النقل، فكان من أقدمها إبرام عقود إيجار السفن، ثم تلاها النقل بواسطة سندات الشحن. وتتمثل الصورة الأولى باستئجار صاحب البضاعة سفينة، أو جزء منها، من أجل استغلالها في نقل بضاعته أو إبرام العقود مع شاحنين مختلفين لنقل البضائع من ميناء إلى ميناء آخر. وقد اعتنى واضع قانون التجارة البحري الأردني وتعديلاته رقم (12)، لسنة 1972، بتنظيم العلاقات القانونية المرتبطة بالتجارة البحرية، التي تحتل عقود النقل البحري مكان الصدارة فيها.

ومما لا شك فيه فإن استئجار السفينة يعد من أهم صور استغلال السفينة، التي تعد عنصراً جوهرياً في العلاقات البحرية، وبشكل خاص في عملية النقل البحري⁽¹⁾. وعلى الرغم من إيلاء التشريعات الوطنية كثيراً من الاهتمام بوضع أحكام قانونية خاصة تنظم جميع العلاقات الناشئة عن عقود إيجار السفن⁽²⁾، بيد أن إرادة الأطراف والعهادات والأعراف التجارية والبحرية لا تزال تشكل إلى اليوم الأساس في تنظيم هذا النوع من العلاقات.

ويمكن تعريف عقد إيجار السفينة بأنه: ذلك الاتفاق الذي يلتزم بموجبه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بسفينة معينة من أجل استغلالها لمدة زمنية محددة، أو للقيام برحلة أو برحلات متعددة، وذلك مقابل أجر متفق عليها⁽³⁾. وتتعدد الصور التي يأتي

(1) تعرف المادة (3) من قانون التجارة البحرية الأردني السفينة بأنها: «كل مركب صالح للملاحة، أياً كان محموله وتسميته، سواء أكانت الملاحة تستهدف الربح أم لم تكن. ويعتبر جزءاً من السفينة جميع التفرعات الضرورية...». انظر المادة (3) من قانون التجارة البحرية الأردني وتعديلاته رقم 12، لسنة 1972، المنشور في الجريدة الرسمية، رقم 2357، بتاريخ 1972/5/6، ص 698.

(2) نظم المشرع الأردني الأحكام القانونية المتعلقة بعقود إيجار السفن في المواد (170 - 197) من قانون التجارة البحرية الأردني لسنة 1972.

(3) مجيد حميد العنبيكي، مشاركات إيجار السفن، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، المجلدان الأول والثاني، بغداد، 1984، ص 269. هذا، وقد تعرضت الكثير من التشريعات العربية إلى تعريف عقد إيجار السفينة، بحيث يلاحظ على معظمها بأن تعريف عقد إيجار السفينة يصب في اتجاه واحد، وهو: التزام المؤجر بوضع سفينة معينة تحت تصرف المستأجر لاستغلالها في نشاطه البحري، انظر، مثلاً: المادة (152) من القانون البحري المصري رقم 8 لسنة 1990؛ المادة (145) من قانون التجارة البحرية الكويتي رقم 28 لسنة 1980، المادة (216) من القانون التجاري البحري الإماراتي رقم 26 لسنة 1981.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني لم يعمد إلى تعريف عقد إيجار السفينة في قانون التجارة البحرية لسنة 1972، مكتفياً بتعريف صور هذا العقد وأنواعه. ولكنه تعرض لتعريف ذلك العقد في مشروع القانون البحري الأردني لسنة 2018، إذ نصت المادة (156) من ذلك المشروع على أن عقد إيجار السفينة =

عليها هذا العقد: منها عقد إيجار السفينة لفترة زمنية معينة، وعقد إيجار السفينة لرحلة بحرية، وعقد إيجار السفينة بهيكلها، أي عارية من طاقمها أو مجهزة⁽⁴⁾.

هذا، وتثبت عقود إيجار السفن بسند كتابي يطلق عليه «مشاركة الإيجار». وللتمييز بين صور المشاركات المتعددة لآبد من البحث عن العنصر المميز بينها، ألا وهو مدى انتقال السلطة الإدارية الملاحية والتجارية من المؤجر إلى المستأجر على السفينة⁽⁵⁾. ففي مشاركة إيجار السفينة غير المجهزة تنتقل شؤون الإدارة الملاحية والتجارية من المؤجر إلى المستأجر، بينما في إطار مشاركة الإيجار الزمنية يحتفظ المؤجر بالإدارة الملاحية والفنية للسفينة، في حين أن الإدارة التجارية تنتقل إلى المستأجر، أما في المشاركة بالرحلة فيبقى المؤجر محتفظاً بالإدارة الملاحية والإدارة التجارية، ويترتب على ذلك أن نطاق مسؤولية الأطراف يتحدد وفق طبيعة الإدارة المنوطة به.

أهمية الدراسة:

تتبع أهمية هذه الدراسة من الصفة الدولية التي تصطبغ بها أغلب العلاقات القانونية الناشئة عن الاستغلال البحري، وخصوصاً عقود إيجار السفن التي تتضمن، في الغالب، عنصراً أجنبياً: قد يكون مصدره أطراف العقد، الذين يكونون في أغلب الأحوال من جنسيات مختلفة، كما قد يبرز هذا العنصر الأجنبي بسبب اختلاف مكان إبرام العقد عن مكان تنفيذه، أو يبرز بالنظر لاختلاف مكان وجود المركز الرئيس لكل من المؤجر والمستأجر، وأخيراً، قد يكون السبب المنشئ لهذا العنصر الأجنبي هو جنسية السفينة

= هو: «عقد يلزم مؤجر السفينة بتمكين المستأجر من الانتفاع بها مقابل أجر». انظر بشأن تعريف عقد إيجار السفينة في الفقه: عبدالقادر العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية: دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص 198. إبراهيم أبو شويمة، مشاركات إيجار السفن في التشريع الأردني: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2014، ص 25.

(4) انظر المادتين (173؛ 177) من قانون التجارة البحرية الأردني لسنة 1972. وقد تناولت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن شروط تسجيل السفن لسنة 1986 تعريف عقد إيجار السفينة العارية فقط دون التطرق إلى صور عقود الإيجار الأخرى، فنصت المادة (2) من تلك الاتفاقية على أن عقد مشاركة سفينة عارية هو: «عقد لاستئجار سفينة لمدة من الزمن منصوص عليها، يكون للمستأجر بموجبه الحيازة الكاملة للسفينة والرقابة التامة عليها، بما في ذلك حق تعيين ربان السفينة وطاقمها خلال مدة سريان عقد الإيجار».

(5) تعرف الإدارة الملاحية للسفينة بأنها القيام بعمليات تموينها وصيانتها وتسييرها وتزويدها بالوقود والزيوت وقيادة السفينة وإصدار الأوامر والتعليمات للربان، وبالمحافظة عليها وتسليمها وتسليم البضاعة إلى أشخاص الملاحة البحرية، أما الإدارة التجارية فيقصد بها إبرام عقود النقل مع الغير لتحصيل الأجرة. انظر: أحمد محمود حسني، عقود إيجار السفن - مشاركات الإيجار، ط 2، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 89، علي جمال الدين عوض، دراسات في مشاركات إيجار السفن، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، مجلد 40، عدد 1، 1970، ص 60.

التي قد تشكل عنصراً مؤثراً عند نشوب تنازع للقوانين ناشئ عن تنفيذ تلك العقود، ممّا يثير مسألة تنازع القوانين بشأن تلك العقود.

ومن ثم، فإذا ما ارتبط العقد بأكثر من نظام قانوني لأكثر من دولة، تنثور مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد؛ إذ يترتب على تحديد قانون العقد معرفة النظام القانوني الذي سيحكم كافة الآثار الناجمة عن العقد من حيث: تنفيذ الالتزامات، وقيام مسؤولية الأطراف، والإعفاء منها، ومدد التقادم، وغيرها من المسائل المهمة والمعقدة أحياناً، والتي تتباين بشأنها الأحكام والحلول القانونية الداخلية في التشريعات الوطنية.

إشكالية الدراسة:

يلجأ القاضي لحسم مسألة تنازع القوانين واختيار القانون الواجب تطبيقه إلى قواعد الإسناد الوطنية التي نظمها مشرعه، وذلك بعد بيان الطبيعة القانونية للمنازعات الدولية لغايات إسنادها إلى القاعدة الملائمة، ونظراً لكون مشارطات إيجار السفن تعد من الالتزامات التعاقدية؛ نجد أن المادة (20) من القانون المدني الأردني هي الواجبة الانطباق على هذه المسألة، والتي تشير إلى تطبيق قانون الإرادة أولاً على العقد، وفي حالة غياب الاختيار من قبل الأطراف، فيطبق على التوالي قانون الموطن المشترك للطرفين، أو مكان إبرام العقد⁽⁶⁾.

هذا وتحكم قاعدة الإسناد السابقة العقود الدولية من حيث موضوعها⁽⁷⁾، ويلجأ القاضي إلى إعمالها في حالة عدم وجود قاعدة آمرة من القواعد التي توصف بأنها ذات تطبيق ضروري، أو ما يسمى في الفقه الفرنسي بـ«قوانين البوليس»⁽⁸⁾. ومن ثم على القاضي أن يتأكد من عدم وجود قواعد قانونية موضوعية وجدت لتحكم العلاقات الخاصة الدولية، وسواء أكانت تلك القواعد ذات مصدر وطني أم دولي، فهذه القواعد لها الأولوية في التطبيق، وفي ظل غياب هذا النوع من القواعد الموضوعية في عقود

(6) القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 2645، بتاريخ: 1976/8/1، ص2.

(7) لا تتناول هذه الدراسة مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود إيجار السفن من حيث: أهلية المتعاقدين، الأثر العيني للعقد، وشكل التصرف، إذ إن هذه المسائل تبقى خاضعة لقواعد الإسناد الوطنية العامة وهي على التوالي: المادة (12)، المادة (19)، والمادة (21) من القانون المدني الأردني.

(8) يقصد بقواعد التطبيق الضروري أو قوانين البوليس بأنها: «القواعد التي يتعين مراعاتها من أجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة والتي يتمثل المعيار المميز لها في فكرة التنظيم». انظر: عكاشة عبدالعال، قانون العمليات المصرفية الدولية، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 171. وانظر كذلك:

Ph. Francescakis, conflit de lois, principes généraux, Rep. dr. int. Dalloz, t.I, 1968, p. 470 et s.

إيجار السفن، فليس على القاضي إلا اللجوء إلى قواعد الإسناد الوطنية لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها⁽⁹⁾.

فالملاحظ، إذًا، أن المشرع الأردني - كما هو الحال بالنسبة لأغلب التشريعات العربية - لم يأت بقاعدة إسناد خاصة لعقود إيجار السفن، وإنما أخضعها إلى القاعدة العامة الواردة في نص المادة السابقة، والتي تطبق على كافة العقود الدولية، وذلك دون الأخذ بالاعتبار تنوع واختلاف طبيعة تلك العقود، فالسؤال الذي يطرح هنا: ما مدى ملاءمة تطبيق هذه القاعدة العامة على عقود إيجار السفن؛ كون أن هذه العقود تمتاز بخصوصية قواعدها التي فرضتها العادات والأعراف التجارية البحرية الدولية، والتي تحكم مختلف آثارها، وتتنازع بشأنها العديد من المصالح المتعارضة لأطرافها؟

ولعل هذا السبب هو الذي جعل بعض التشريعات تتبنى قاعدة إسناد خاصة لتلك العقود في القانون البحري⁽¹⁰⁾، وهو ما يقترحه، أيضًا، المشرع الأردني في مشروع القانون البحري الأردني لسنة 2018⁽¹¹⁾؛ وذلك من خلال إخضاع عقود إيجار السفن لقانون عَم السفينة، فهل نجحت هذه التشريعات - ومنها المشرع الأردني في مشروعه - في إخضاع هذه العقود إلى تلك القواعد الوطنية، وبالتالي تطبيق قانون داخلي معين عليها؟ وهل سيؤدي تطبيق ضوابط الإسناد التقليدية والجامدة إلى تحديد القانون الملائم الذي سيحكم عقود إيجار السفن، ويحقق بالتالي التوفيق بين مصالح الأطراف التي يرغبون بها من خلال إبرام هذا العقد؟ أم يجب البحث عن هذا القانون بالنظر إلى طبيعته الخاصة؟

(9) يلاحظ أن عقود إيجار السفن لم تحظ بالاهتمام على مستوى المعاهدات والاتفاقيات الدولية، مقارنة مع عقود النقل البحري التي تتم بواسطة سندات الشحن. انظر: المعاهدة الخاصة بتوحيد القواعد القانونية المتعلقة بسندات الشحن، والمبرمة في بروكسل في 1924/8/25، والبروتوكول المعدل لها الموقع بتاريخ 1968/11/23، اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع المعروفة باسم (قواعد هامبورغ) والموقعة بتاريخ 1978/3/21، اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا (قواعد روتردام) لعام 2009.

(10) انظر: المادة (219) من القانون التجاري البحري الإماراتي رقم 26 لسنة 1981، وكذلك المادة (3) من القانون الفرنسي السابق رقم (420/66) بشأن عقود إيجار السفينة والنقل البحري، الصادر بتاريخ 1966/6/18، فهذه التشريعات تبنت تطبيق قانون جنسية أو عَم السفينة على عقد إيجار السفينة ما لم يوجد اتفاق مغاير من قبل الأطراف بشأن ذلك القانون.

(11) انظر: المادة (154) المقترحة في مشروع القانون البحري الأردني لسنة 2018، والتي تنص على أنه: «يخضع عقد إيجار السفينة لقانون دولة العَم الذي ترفعه ما لم يتفق أطرافه على خلاف ذلك». www.lob.jo

منهجية الدراسة:

للإجابة عن الأسئلة الواردة في إشكالية الدراسة لا بد من دراسة وتحليل مختلف ضوابط الإسناد المطروحة في هذا المجال سواء على الصعيد الوطني أو المقارن من خلال اتباع المنهج التحليلي والمنهج المقارن، وبشكل خاص التركيز على قواعد الإسناد الأوروبية المنصوص عليها في اتفاقية روما بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980⁽¹²⁾، والتي دخلت حيز التنفيذ في فرنسا بتاريخ 1991/4/1، وكذلك دراسة قواعد الإسناد المنصوص عليها في التنظيم الأوروبي رقم 2008/593 والمسمى «روما 1» بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 2008⁽¹³⁾، والذي دخل حيز التنفيذ في فرنسا بتاريخ 2009/12/17؛ وذلك لبيان مدى نجاعة المشرع الوطني باختياره قواعد الإسناد التقليدية، أم أن التشريعات الحديثة التي تضمنت أحكاماً خاصة للإسناد منبثقة من طبيعة العقد ذاته هي التي كانت أكثر نجاعة.

خطة الدراسة:

سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين: يبين الأول أثر طبيعة عقود إيجار السفن في اختيار قانون العقد من قبل الأطراف، أما المبحث الثاني فسيناقش ضوابط الإسناد التقليدية التي وضعت بطريقة موضوعية لتحديد قانون العقد.

(12) Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JO n° C 027, 26/1/1998, p. 34.

(13) Règlement (CE) n 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177, 4/7/2008, p. 6. <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj>.

المبحث الأول

أثر الطبيعة القانونية لعقود إيجار السفن في اختيار قانون العقد

تتعدد العقود المرتبطة بعملية النقل البحري بين النقل بموجب إحدى صور مشارطات إيجار السفن وعقد النقل بموجب سندات الشحن، وكثيراً ما يقع الخلط بين هذين النوعين نظراً لتشابه محلها، إلا أن المتأمل بالعقدين يجد أن هنالك العديد من نقاط الاختلاف بينهما، وأن الاختلاف الجوهرى يتأتى من خلال النظر إلى محل الالتزام، فالمؤجر في عقد إيجار السفينة يقع على عاتقه وضع سفينة صالحة للملاحة البحرية تحت تصرف المستأجر، بينما في عقد النقل فإن على الناقل أن يقوم بنقل البضاعة من مكان إلى آخر.

لذا فإن كل عقد يختلف عن الآخر اختلافاً واضحاً في خصائصه وأحكامه؛ وقد انعكس ذلك على طريقة معالجة المشرع للأحكام الناظمة له، فإرادة الأطراف تلعب دوراً هاماً في تحديد التنظيم القانوني لعقود إيجار السفن، وذلك بحكم أن القواعد القانونية الناظمة لتلك العقود تتصف بكونها قواعد مكملة أو مفسرة، إذ لا يلجأ إليها القاضي إلا استثناءً في حالة غياب الاتفاق.

وهذا الدور لمبدأ حرية التعاقد لا نجده في عقود النقل التي تتم بواسطة سندات الشحن؛ إذ إن المشرع نظم معظم الأحكام الخاصة بهذا النوع من العقود بقواعد أمرت تحد من حرية الأطراف في هذا الميدان، ولا شك فإن أوجه الاختلاف هذه ستؤثر في نطاق ومدى إرادة الأطراف في اختيار قانون العقد.

لذا فإنه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول دراسة الطبيعة القانونية لعقود إيجار السفن، أما المطلب الثاني فسيتم من خلاله بيان مدى مقدرة الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود إيجار السفن.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لعقود إيجار السفينة

تعد مسألة التمييز بين عقود إيجار السفن وعقود النقل بموجب سندات الشحن من المسائل المهمة بشأن تحديد دور إرادة الأطراف في اختيار النظام القانوني الذي يحكم تلك العقود، فللأطراف الحرية في اختيار طبيعة العقد ونوع المشاركة التي يرغبون بتنفيذها، ولكن بالمقابل ليس لهم إصباح الوصف القانوني على علاقتهم التعاقدية بما يتفق ومصالحهم التجارية؛ ذلك أن القاضي هو الذي يجب عليه أن يعطي التكييف القانوني للملائم للعلاقة من أجل تحديد القاعدة المناسبة لحكم تلك العلاقة، وتظهر هذه المشكلة بشكل أكبر في التشريعات القانونية التي وضعت قواعد إسناد مختلفة لكل من

عقدي إيجار السفينة والنقل البحري بموجب سندات الشحن، وهذه مسألة تكييف يقوم بها القاضي استناداً إلى قانونه الوطني، ومن جانب آخر فإن الطبيعة القانونية للقواعد والأحكام الناظمة لتلك العقود في القانون الداخلي تنعكس على مدى حرية الأطراف في اختيار قانون العقد على مستوى العلاقات الخاصة الدولية.

لذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يعالج الفرع الأول مسألة تكييف العلاقة العقدية، بينما سنخصص الفرع الثاني لمعالجة طبيعة القواعد القانونية الناظمة لعقد إيجار السفن.

الفرع الأول

تكييف العلاقة التعاقدية

تعد مسألة تكييف العلاقات القانونية من المسائل المهمة والتي لاغنى عنها ليس فقط في إطار القانون الدولي الخاص، وإنما في جميع فروع القانون؛ فهو الأداة التي يتم من خلالها تحديد القاعدة القانونية الواجبة للتطبيق⁽¹⁴⁾. وبالرغم من أهمية هذه المسألة فإن فقه القانون الدولي الخاص لم يجمع على تعريف موحد للتكييف، ولكن يمكن القول بأن التكييف هو عملية أولية ذهنية يقوم بها القاضي في أغلب الحالات من أجل إعطاء وصف قانوني للعلاقة القانونية المطروحة أمامه، بهدف إدراجها في إحدى الطوائف القانونية التي وضع لها المشرع الوطني قواعد إسناد من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، فالهدف من عملية التكييف في تنازع القوانين هو، إذًا، الوصول إلى القانون الواجب التطبيق⁽¹⁵⁾.

ونظراً لطبيعة العلاقة القانونية التي ينظمها القانون الدولي الخاص، فإن للتكييف خصوصية في هذا الميدان تتمثل بتنازع التكييفات المتعلقة بالعلاقة المطروحة أمام القاضي الوطني، إذ تتعدد الأوصاف القانونية لتلك العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي في القوانين المقارنة والمتصلة بها،⁽¹⁶⁾ فما هو القانون الذي يرجع إليه القاضي ليحدد الطبيعة القانونية لتلك العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي؟

أجابت على ذلك المادة (11) من القانون المدني الأردني بنصها على أن: «القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع

(14) حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين، منشورات دار الحلبي، بيروت، 2002،

ص 64؛ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، 2011، ص 52.

(15) عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين: دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010،

ص 79؛ عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص - الجزء الثاني، ط9، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة،

1986، ص 144؛ جابر جاد عبدالرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 101.

(16) عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 82. حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 53.

فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها»⁽¹⁷⁾، ولذلك يستند القاضي الوطني إلى المفاهيم والمبادئ القانونية السائدة في نظامه القانوني من أجل تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة محل النزاع من أجل الوصول إلى القانون الواجب تطبيقه عليها. فالمقصود بالتكييف هنا هو ذلك التكييف اللازم للوصول إلى القانون الواجب التطبيق، وما يأتي بعد ذلك من أوصاف للعلاقة فهي تخضع لهذا القانون⁽¹⁸⁾.

واستناداً إلى ما سبق، فعندما يُعرض على القاضي الوطني نزاع يتعلق بالعلاقات البحرية، فعليه أولاً أن يحدد وصف العلاقة: عقود، أفعال ضارة، حقوق عينية... وعندما يجد أن تلك العلاقة المطروحة أمامه تندرج في طائفة العقود الواردة على الأموال المنقولة (عقد إيجار السفينة، مثلاً)⁽¹⁹⁾؛ فإنه بذلك استطاع أن يصل إلى قاعدة الإسناد الملائمة، وبالتالي معرفة القانون الواجب التطبيق.

وهنا ينتهي دور قانون القاضي ليبدأ تطبيق القانون المعين بموجب تلك القاعدة على العلاقة التعاقدية، بمعنى أن القاضي الوطني في مجال العقود البحرية ليس عليه إلا أن يحدد أنه بصدد علاقة تعاقدية، فقط، دون الحاجة إلى إعطاء أوصاف أخرى، كأن يحدد نوع هذا العقد هل هو عقد نقل بحري يتم بسندات الشحن أم عقد إيجار السفن؛ وذلك لأنه استطاع أن يصل إلى القانون المختص بالنزاع من خلال قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الموجودة في المادة (1/20) من القانون المدني الأردني، والتي تطبق على كافة أنواع العقود دون تمييز بين طبيعتها أو وصفها.

ويختلف فقهاء القانون البحري بشأن الطبيعة القانونية لعقود إيجار السفن⁽²⁰⁾. فمن خلال دراسة الأحكام الناظمة لمشارطات الإيجار يتبين أن عقد إيجار السفينة يعتبر بمثابة إيجار مال منقول يخضع للأحكام التي يتفق عليها الطرفان المتعاقدان، ثم لأحكام القانون البحري والقانون التجاري في هذا الشأن⁽²¹⁾، ثم للقواعد العامة المقررة في القانون المدني لعقد الإيجار، وذلك على اعتبار أن السفينة مال منقول يخضع لتلك الأحكام ما لم ينص

(17) المادة (11) من القانون المدني الأردني لسنة 1976. انظر كذلك: المادة (19) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، والمادة (31) من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، والمادة (3) من القانون البحريني رقم 6 لسنة 2015 بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية.

(18) هشام خالد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 562.
(19) تقرر المادة (3) من قانون التجارة البحرية الأردني بأن السفن تعتبر «أموالاً منقولة تخضع للقواعد الحقوقية الخاصة بالمنصوص عليها في هذا القانون».

(20) أحمد محمود حسني، مرجع سابق، ص 182-74. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 169 - 179.
عبد القادر العطير، مرجع سابق، ص 198.

(21) F. N. Guerra, Le conflit de lois en droit des transports de marchandises par mer, Thèse de doctorat, Université de Bourgogne, 2013, p. 45.

القانون على غير ذلك، ويتجه الفقه البحري إلى أن هذا الوصف السابق يصدق على عقد إيجار سفينة غير مجهزة، أما فيما يتعلق بصور مشارطات الإيجار الأخرى فإنها تعتبر إجارة أشياء وإجارة خدمات في نفس الوقت، لأن الإيجار لفترة معينة أو لرحلة بحرية يرد على السفينة مع الخدمات التي يقدمها الربان والبحارة، فالمؤجر يلتزم بتمكين المستأجر بالانتفاع بالسفينة، وكذلك تقديم خدمات الطاقم ووضعها تحت تصرف المستأجر، وإذا احتفظ المؤجر بالإدارة الفنية كان العقد أقرب إلى المقاولة، وبشكل أدق عقد مقاولة نقل؛ لأن المؤجر يتعهد عندئذ بتنفيذ عمليات نقل لحساب المستأجر، فيظهر أن العنصر المميز لتحديد طبيعة العقد في هذه الحالة هو مدى انتقال الإدارة الفنية والتجارية للسفينة من المؤجر إلى المستأجر، ففي حالة تخلي المؤجر عن الإدارتين للمستأجر، فإن له الحرية في استغلال السفينة بذاتها، وبهذا يعتبر العقد إيجاراً⁽²²⁾. ويجب التأكيد هنا على أن هذا العقد ليس نقلاً؛ وذلك لاختلاف محل التزام الأطراف في العقدتين، وقد نظم المشرع الوطني العقدتين بأحكام متجاوزة ولكن مختلفة.

ذلك الخلاف حول طبيعة عقود إيجار السفن في القانون البحري لا يثور في إطار التكييف في القانون الدولي الخاص⁽²³⁾، فليس على القاضي الوطني أن يحدد بناء على قانونه طبيعة عقد مشارطة إيجار السفن هل هو عقد إيجار أشياء أم عقد مقاولة خدمات أو غيرها من الأوصاف، من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق على عقد إيجار السفينة، كون هذه الأوصاف لتحديد قانون العقد يختص بها القانون الواجب تطبيقه الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي الناظر بالمنازعة⁽²⁴⁾. ويكفي القاضي الوطني لكي يطبق قاعدة الإسناد الموجودة في المادة (1/20) من القانون المدني الأردني أن يصل إلى أن العلاقة التي ينظرها علاقة تعاقدية.

لكن المسألة ليست دائماً بهذه السهولة، فالقاضي قد يضطر أحياناً إلى تحديد نوع عقد النقل بناءً على قانونه الوطني، وذلك قبل أن يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد⁽²⁵⁾. ويظهر ذلك بصفة خاصة عندما ينظم المشرع عقداً من هذه العقود بقواعد أمرة تعتبر من القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر، أو أن تكون تلك القواعد مستمدة من اتفاقيات

(22) مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 1995، ص 265. وانظر كذلك:

F. N. Guerra, Le conflit de lois en droit des transports de marchandises par mer, op.cit., p. 46.

(23) صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات الإيجار، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 1980، ص 152.

(24) هشام خالد، مرجع سابق، ص 563.

(25) صلاح محمد المقدم، مرجع سابق، ص 152.

دولية، كما هو الحال بالنسبة لعقد النقل البحري الذي يتم بموجب سندات الشحن، دون مشارطات إيجار السفن، وعندها يجب على القاضي أن يقوم بالتكييف بناء على تلك القواعد الوطنية أو الواردة في الاتفاقية، فالاختلاف في طبيعة القواعد القانونية الناظمة للعقدين قد يؤدي بالقاضي إلى تحديد نوع العقد قبل أن يطبق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد على تلك العلاقة.

وتظهر أهمية وصعوبة مسألة التكييف في حالة اختلاف قواعد الإسناد المطبقة على كل من العقدين في النظام القانوني الوطني للقاضي إذ إنه يجب على القاضي هنا أن يقوم بتكييف العقد البحري هل هو عقد نقل يتم بموجب سند شحن أو مشاركة إيجار؛ لأن الاختلاف في قواعد الإسناد سيؤدي إلى الاختلاف في القانون الواجب التطبيق على العقدين، فعلى القاضي ابتداءً أن يحدد نوع العقد استناداً إلى قانونه الوطني لمعرفة قاعدة الإسناد الملائمة⁽²⁶⁾، وهذا ما أخذ به المشرع الأوروبي في اتفاقية روما لسنة 1980، وكذلك في التنظيم الأوروبي «روما 1» لسنة 2008، إذ أخضع المشرع الأوروبي عقود إيجار السفن للنص الوارد في الفقرة الثانية من المادة (4) من الاتفاقية، والذي يقضي بتطبيق قانون مكان المدين بالأداء المميز في العقد وقت إبرام العقد، أما بالنسبة لعقد النقل البحري الذي يتم بسندات الشحن فقد وضعت له الاتفاقية نصاً خاصاً يقضي بتطبيق قانون مكان المؤسسة الرئيسية التي يتبع لها الناقل إذا كان ذلك المكان هو أيضاً مكان الشحن أو التفريغ أو مكان وجود مؤسسة مُرسِل البضاعة⁽²⁷⁾.

فالقاضي يجب هنا أن يحدد نوع العقد بناء على قانونه الوطني قبل أن يختار قاعدة الإسناد المطبقة على العلاقة التعاقدية، ويعود السبب في هذا الاختلاف إلى وجود تباين في القواعد القانونية الناظمة لأحكام كلا العقدين وفقاً للطبيعة الموضوعية لمحلها⁽²⁸⁾. فالتزام المؤجر هو تمكين المستأجر من الانتفاع بسفينة معينة مقابل أجر، وهو التزام ببذل عناية، بينما التزام الناقل في عقد النقل البحري هو نقل البضاعة أو الأشخاص من ميناء إلى ميناء، وهو التزام بتحقيق نتيجة⁽²⁹⁾. فعلى القاضي أن يحلل الالتزامات التي تقع على عاتق الأطراف من أجل معرفة نوع العقد، وبالتالي إخضاعه لقاعدة الإسناد الملائمة. ولكن يحدث أحياناً نوع من الخلط بين العقدين، وذلك نتيجة للتقارب الشديد

(26) Estelle Fohrer-Dedeurwaerder, Qualification en droit international privé, JCI Droit international, Fasc. 531, 2015, n 142.

(27) الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من اتفاقية روما لسنة 1980، وكذلك المادة (5) من التنظيم الأوروبي 2008/593 «روما 1» لسنة 2008.

(28) أحمد محمود حسني، مرجع سابق، ص 9.

(29) مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 260.

بينهما عندما يكون عقد إيجار السفينة في خدمة عقد النقل البحري، إذ يكون الهدف النهائي والرئيس من عقد إيجار السفينة في هذه الحالة ليس فقط تمكين المستأجر من الانتفاع بالسفينة وإنما قيام المؤجر بنقل البضاعة إلى المرسل إليه، ويظهر ذلك بصورة واضحة في عقود إيجار السفن لرحلة بحرية⁽³⁰⁾. هذا التقارب يؤثر على تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العقود وذلك بإخضاعها لقاعدة الإسناد الخاصة بعقود النقل البحري.

وهذا ما قرره المشرع الأوروبي بشأن عقود إيجار السفن، إذ سنرى لاحقاً في المبحث الثاني من هذا البحث أن المشرع الأوروبي قد ميّز بين صور مشاركات الإيجار، وأخضع مشاركة إيجار السفينة لرحلة بحرية، وكل عقد آخر يكون موضوعه الرئيس نقل البضاعة لتطبيق قاعدة الإسناد المتعلقة بعقد النقل البحري الواردة في الفقرة الرابعة من المادة (4) من الاتفاقية والمادة (5) من التنظيم الأوروبي «روما I»، أما بالنسبة لصور مشاركات الإيجار الأخرى فتبقى خاضعة للقاعدة الواردة في الفقرة الثانية من المادة (4) من اتفاقية «روما» لسنة 1980، وهذا أيضاً ما قضت به المحكمة الأوروبية والتي اعتبرت أن عقد إيجار السفينة لرحلة بحرية يقترب من عقد النقل البحري، وذلك من خلال تحليل محل التزام المؤجر الذي يعتبر ناقلاً في هذا العقد⁽³¹⁾. وبالتالي فمن الملائم والمنطقي إخضاع هذا العقد لقاعدة الإسناد المطبقة على عقد النقل البحري⁽³²⁾.

وهذا يعني أن على القاضي الأوروبي، وقبل أن يعين قاعدة الإسناد المناسبة، أن يحدد بناءً على قانونه الوطني أن موضوع النزاع متعلق بعقد نقل بحري يتم إما بسند الشحن أو بمشاركة إيجار، وبعدها يجب عليه أن يحدد إذا ما كان بصدد عقد إيجار سفينة، صورة المشاركة، وعندها يستطيع أن يختار قاعدة الإسناد الملائمة، ومن ثم يتبين له القانون الواجب التطبيق على عقد إيجار السفينة.

بالإضافة إلى ذلك، فإنه يجب أن يتبين للقاضي من خلال قانونه الوطني أن هذا العقد البحري له صفة الدولية؛ كون أن اتفاق الأطراف في العقود الداخلية - التي تتركز جميع عناصرها في دولة واحدة - على تطبيق قانون أجنبي لحكم علاقتهم لن يكون مقبولاً، إلا إذا تبين للقاضي من تكييفه للعقد بأنه عقد دولي⁽³³⁾. وتعد مسألة التكييف هذه من

(30) F. N. Guerra, Le conflit de lois en droit des transports de marchandises par mer, op. cit., p. 164., Cécile Legros, Commerce maritime, JCI Transport, Fasc. 1262, 2009, n° 60.

(31) CJCE, 6 oct. 2009, aff. C-133/08, JDI 2010, p. 183, note C. Légros, D., 2010, numéro 4, p. 236, note F. Jault-Seseke, Revue des contrats, 2010, numéro 4, p. 701, note P. Deumier, J. B. Racine et E. Treppoz.

(32) Cécile Legros, Commerce maritime, op. cit., n° 60.

(33) عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 78.

المسائل الأولية اللازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الواردة في المادة (20) من القانون المدني الأردني⁽³⁴⁾.

ولا يملك الأطراف هنا أي دور في إضفاء الصفة الدولية على العلاقة التعاقدية، فالقاضي هو الذي يحدد الطبيعة القانونية للعلاقة بالنظر إليها في ذاتها، ولا ينظر إلى الأوصاف التي يطلقها الأطراف على تلك الرابطة⁽³⁵⁾. وتعد مسألة دولية العقد من المسائل التي لم يتفق عليها الفقه المقارن؛ وذلك لصعوبة وضع تعريف شامل للعقد الدولي بسبب تنوع وتعدد صور العقود المختلفة، وليس المقصود هنا في هذا البحث الخوض في الاختلاف الفقهي والتشريعي بشأن هذه المسألة، ولكن يمكن القول إن العقد يعد دولياً عندما يثير مشكلة تنازع القوانين، وكقاعدة أساسية تثار هذه المشكلة إذا ارتبط العقد بأكثر من نظام قانوني لأكثر من دولة، وبطبيعة الحال، فإن العقود المرتبطة بالنقل البحري، ومنها عقود إيجار السفن، تعد بطبيعتها دولية، وهذا يثير مشكلة تنازع القوانين بكثرة في هذا الميدان.

الفرع الثاني

طبيعة القواعد القانونية الناظمة لعقد إيجار السفن

إن المبدأ الأساس الذي يحكم تنظيم عقود إيجار السفن هو مبدأ سلطان الإرادة؛ إذ تمتاز القواعد القانونية الناظمة لهذه العقود بأنها قواعد مكملة لإرادة الأطراف، فالنظام القانوني المطبق على هذه الروابط التعاقدية هو اتفاق الأطراف: المؤجر والمستأجر، وفي حالة سكوت هؤلاء عن هذه الأحكام الاتفاقية يلجأ القاضي إلى الأحكام القانونية التي وضعها المشرع⁽³⁶⁾.

فتلعب إرادة الأطراف دوراً بارزاً في إبرام العقد وفي ترتيب آثاره، وكذلك في إنهائه، ولهم في ذلك الحرية الكاملة في تحقيق ما يتفق مع مصالحهم وأغراضهم المشروعة، فهذه الإرادة ليست مقيدة إلا بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة في الدولة.

ويظهر هنا الاختلاف بين الأحكام الناظمة لعقد إيجار السفن وبين تلك الأحكام الناظمة

(34) محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط3، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2016، ص 175.

(35) عكاشة عبدالعال، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 87. وانظر في مدى حق الأطراف في تدويل العقد: طرح البحور فرج، تدويل العقد: دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما - يونيو 1980، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 33.

(36) J.-P. Beurrier, R. Rezenthel et P. chaumette, Droits maritimes, Dalloz. 2014, p. 455.

لعقد النقل البحري بسندات الشحن، حيث تمتاز تلك الأحكام الأخيرة بصفة آمرة تهدف إلى حماية الشاحن من حيث شروط العقد وآثاره، ولا يجوز بأي حال الاتفاق على مخالفتها⁽³⁷⁾.

والسبب في هذا الاختلاف مرده إلى أن عقد النقل البحري بسندات الشحن يعد في أغلب الأحوال من عقود الإذعان التي يكون فيها الشاحن في مركز اقتصادي أضعف من الناقل، وبالتالي يسعى المشرع من خلال تنظيمه للأحكام القانونية في هذا المجال إلى حماية الطرف الضعيف، خاصة ما يتعلق بقيام المسؤولية والإعفاء منها.

أما بالنسبة لأطراف عقد إيجار السفن، فالمستأجر يكون عادة في مركز قانوني واقتصادي مساوٍ للمؤجر؛ مما يتيح له إمكانية مناقشة شروط العقد والتفاوض بشأنها مع المؤجر بما يحقق مصالحه، ولا شك أن هذا الاختلاف في دور الإرادة في تنظيم أحكام تلك العقود سيؤثر بالضرورة في حلول تنازع القوانين، وعلى مدى الأخذ بضابط الإرادة في ميدان العلاقات البحرية التي يشوبها عنصر أجنبي.

وتظهر إرادة الأطراف في عقد إيجار السفن في إمكانية اللجوء إلى نماذج مشارطات إيجار دولية مطبوعة مسبقاً من قبل هيئات ومؤسسات بحرية عالمية⁽³⁸⁾. فعقد الإيجار يثبت بواسطة مشاركة الإيجار التي يجب أن تتضمن العديد من البيانات الأساسية مثل: اسم السفينة، المؤجر والمستأجر، طبيعة الحمولة، الأجرة، مكان الشحن؛ مكان التفريغ...، وتنظم هذه المشارطات في العادة بموجب عقود نموذجية تكون مطبوعة مسبقاً من قبل الشركات التي تقوم بإيجار السفن أو من المؤتمرات البحرية⁽³⁹⁾. وللأطراف الحرية في التعاقد بموجب هذه النماذج، ولهم الحرية في إدخال أي تعديلات أو إضافات يرونها

(37) هشام صادق، نطاق تطبيق القانون البحري الجديد في مسائل نقل البضائع واتفاقات التحكيم المتعلقة بها: دراسة تحليلية في المبادئ العامة لتنازع القوانين وأحكام كل من معاهدي بروكسل لسنة 1924 ونيويورك لسنة 1958، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، العدد 45، لسنة 1989، القاهرة، ص 15.

(38) من نماذج مشارطات الإيجار الأكثر انتشاراً نموذج مشاركة زمنية يطلق عليها اسم «Baltim» لسنة 1939، وكذلك نموذج مشاركة بالرحلة «Gencon» لسنة 1922. انظر بشأن مختلف هذه النماذج: أحمد محمود حسني، مرجع سابق، ص 12؛ عبد القادر العطر، مرجع سابق، ص 198.

(39) يمكن تعريف العقود النمطية أو النموذجية بأنها: «عبارة عن مجموعة من الشروط العامة المستمدة من العادات والأعراف التجارية الدولية، والتي تمت صياغتها بوئاتق مطبوعة بأعداد كبيرة، وتستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل، فهي قواعد عرفية تتضمن أحكاماً مفسرة أو مكملة تطبق عندما يسكت الأطراف عن تحديد النظام القانوني الذي ينظم عقدهم بشكل مخالف لقواعد تلك العقود النموذجية». انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 132.

مناسبة وتتفق مع مصالحهم⁽⁴⁰⁾.

فالأساس القانوني لتنظيم عقود إيجار السفن هو اتفاق الأطراف أنفسهم والأحكام القانونية التي يضعها المشرع الوطني التي تعد مكملة لإرادة الأطراف، وهذه الميزة انعكست على مستوى التنظيم الدولي بشأن علاقات القانون البحري. فيلاحظ أنه لا يوجد هناك تنظيم دولي موحد لأحكام مشارطات الإيجار، وهذا على خلاف عقود النقل البحري التي تتم بموجب سندات الشحن التي تكثر بشأنها الموائيق والمعاهدات الدولية، ومرد هذا الاختلاف، - كما أوضحنا سابقاً - هو ضرورة وجود حماية دولية للطرف الضعيف في العلاقات القانونية على مستوى التشريعات الدولية أيضاً، ولذلك تنظم أحكام الاتفاقيات المتعلقة بسندات الشحن بقواعد ذات صفة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وذلك عكس القواعد الناظمة لعقد إيجار السفينة الخاضع للحرية التعاقدية، وهذه الحرية الواسعة يظهر أثرها أيضاً في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد إيجار السفينة الدولي.

المطلب الثاني

اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف

إن للحرية التعاقدية التي يتمتع بها أطراف عقد إيجار السفينة أثراً واضحاً في اختيار القانون الواجب تطبيقه على علاقتهم التعاقدية، فمن المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص تطبيق مبدأ قانون الإرادة على العقود الدولية، بحيث تعد إرادة الأطراف ضابط الإسناد المباشر الذي يعتمد عليه القاضي في تحديد قانون العقد الدولي⁽⁴¹⁾.

وقد استقرت التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية على هذا المبدأ، ومنحت الأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، وهذا ما كرسته المادة (20) من القانون المدني الأردني، وكذلك المادة (3) من اتفاقية «روما» لسنة 1980، وقد طبّق القضاء هذا المبدأ في العديد من أحكامه⁽⁴²⁾، فالقانون الذي يحكم المنازعات التي تنشأ عن عقد إيجار السفن هو

(40) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 136.

(41) محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 73 وما بعدها.

(42) Cass. Civ., 5 dec 1910, affaire American Trading Company, Rev. crit. DIP 1911, p. 395, Clunet 1912, p. 1156, observation H. Galibourg, S. 1911-1-129, note Ch. Lyon-Caen.

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا القرار بأن: «القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما تعلق بتكوينها، أو فيما يتعلق بآثارها أو شروطها، هو ذلك الذي تبناه الأطراف». وأضافت أنه: «ينتج من روح ونصوص الاتفاق ذاتها، ومن نية الأطراف المشتركة أنهم لم يقصدوا الخضوع للقانون الأمريكي إلا بالنسبة لما لم يكونوا قد اتفقوا عليه صراحة في مشاركة الإيجار». وانظر كذلك:

Cass. Com., 20 mai 1997, Rev. crit DIP 1998, note J.-P. Rémy, DMF 1997, n 92, p. 68.

القانون المختار من قبل الأطراف، وقد منحهم المشرع حريةً واسعةً في الاختيار، فلهم أن يختاروا ذلك القانون صراحة، وهو ما سيتم بحثه في الفرع الأول من هذا المطلب، أو ضمناً وهذا ما سيتضمنه الفرع الثاني.

الفرع الأول

الاختيار الصريح لقانون العقد

لا يشير الاختيار الصريح لقانون العقد صعوبات في تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ يمكن للقاضي أن يتبين إرادة الأطراف في تحديد ذلك القانون من خلال نص أو شرط صريح في عقد إيجار السفن يشير إلى قانون العقد، أو يكون ذلك في عقد مستقل، وهو ما يسمّى بعقد الاختيار، ويمكن أن يكون شفاهة مع الأخذ بعين الاعتبار مسألة صعوبة الإثبات في هذه الحالة⁽⁴³⁾.

وقد منحت التشريعات المقارنة الأطراف حريةً واسعةً بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق، فلهم أن يختاروا أي قانون أجنبي يرون في تطبيقه مصلحة مشروعاً لهم، حتى ولو لم يكن ذلك القانون على صلة أو رابطة مادية مع العقد⁽⁴⁴⁾، وفي حالة ما إذا اختار الأطراف قانون عقدهم بهذا الشكل، فعلى القاضي أن يحترم تلك الإرادة، ويطبقه بشرط عدم مخالفة القواعد الأمرة في دولته المتمثلة في النظام العام وقوانين البوليس⁽⁴⁵⁾.

وللأطراف إمكانية تجزئة العقد، بمعنى إخضاع كل جانب أو جزء منه لقانون معين، باعتبار أن العلاقة التعاقدية متعددة الجوانب من حيث التكوين، ومن حيث الآثار والانقضاء، فليس هناك ما يمنع الأطراف من إخضاع كل جانب من هذه الجوانب لقانون مختلف ما دام ذلك لا يضر بانسجام العقد، وليس القصد منه الغش أو الاحتيال على القانون الواجب التطبيق، ومن النتائج المترتبة على تلك الحرية الواسعة اختيار القانون الواجب تطبيقه في أي وقت، ويمكن تعديل هذا القانون، ولكن دون الإضرار بالمصالح

(43) H. Gaudemet-Tallon, Le nouveau droit international privé européen des contrats, commentaires de la Convention CEE no 80-934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte a la signature a Rome le 19 Juin 1980, RTD eur 1981, p. 243, Convention de Rome du 19 Juin 1980 et Règlement Rome I du 17 Juin 2008, JCI Europe, Fasc. 3201, 2009, n° 10.

(44) انظر بشأن الاختلاف حول مدى حرية الأطراف في اختيار قانون ليس على صلة بالعقد: محمود ياقوت، مرجع سابق، ص 137 وما بعدها؛ عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 49.

(45) يقصد بقواعد التطبيق المباشر أو قوانين البوليس بأنها: تلك «القواعد التي يتعين مراعاتها من أجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، والتي يتمثل المعيار المميز لها في فكرة التنظيم». عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 40 وص 111 وص 171. وانظر كذلك:

Ph. Francescakis, conflit de lois, principes généraux, Rep. dr. int. Dalloz, t.I, 1968, p. 470 et s.

والحقوق المكتسبة للغير.

ومن المعروف أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بعقود النقل البحري التي تتم بواسطة سندات الشحن قد استبعدت من نطاق تطبيقها عقود إيجار السفن، كاتفاقية «بروكسل» واتفاقية «هامبورغ» واتفاقية «روتدام»، ولكن تلك الاتفاقيات منحت الأطراف الحرية في إدراج شرط في عقودهم يجعل من قواعدها واجبة التطبيق، من خلال إدراج ما يسمى بـ«شرط بارامونت»، وهنا تظهر الخصوصية في اختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب تطبيقه على عقود إيجار السفن⁽⁴⁶⁾.

فبموجب هذا الشرط أصبح بإمكان الأطراف تطبيق أحكام المعاهدات والاتفاقيات المتعلقة بالنقل البحري على عقد إيجار السفن إذا أحال الأطراف في مشاركة الإيجار إلى تطبيق تلك المعاهدة أو أي تشريع آخر يأخذ بأحكامها⁽⁴⁷⁾. فيكون موضوع هذا الشرط هو تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، والذي قد يكون قانوناً وطنياً أو اتفاقية دولية، وفي الأغلب ينص على تطبيق الاتفاقية الدولية على العقد⁽⁴⁸⁾، بحيث يعده البعض بأنه انضمام اتفاقي للاتفاقية أو المعاهدة⁽⁴⁹⁾.

ومما لا جدال فيه، أن هذا الشرط لا يثير صعوبة في التطبيق عندما يتم الاتفاق على قانون دولة معينة تأخذ بأحكام تلك الاتفاقيات، وهنا، يتحتم على القاضي أن يطبق هذا القانون المختار بكافة أحكامه على العلاقة التعاقدية؛ كون أن قواعد الاتفاقية الدولية أصبحت في هذه الحالة جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني المختار، بشرط عدم مخالفة قواعد النظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري في دولة القاضي⁽⁵⁰⁾. أما ما يثير التساؤل حول ورود هذا الشرط في العقد عندما يتعلق بتطبيق الاتفاقيات المتفق عليها فيما بين أطراف العلاقة بحيث لا تكون الاتفاقية مصادقاً عليها ونافذة في دولة القاضي، خصوصاً أن الأحكام القانونية الواردة في الاتفاقيات الدولية تعد من القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية، والتي لا تطبق إلا على تلك العلاقات، فقط، ولا تعد بأي حال من الأحوال في هذا الفرض قواعد قانونية وطنية لدولة معينة. ومن ثم، يثور التساؤل حول مدى قدرة الأطراف على اختيار تطبيق تلك القواعد الاتفاقية الدولية مباشرة، لتحكم عقدهم من خلال شرط «بارامونت»؟

يبدو أن أغلب الفقه العربي مازال متمسكاً بالنسبة للقاضي الوطني بضرورة تطبيق قانون دولة معينة وليس اختيار قواعد قانونية غير وطنية كالأعراف التجارية (Lex

(46) Ch. Sylvaine, La clause Paramount: aspects de droit international privé, Gazette du palais, 2006, n 2017, p. 17.

(47) Ch. Sylvaine, La clause Paramount: aspects de droit international privé, op. cit., p. 17.

(48) C. Legros, Commerce maritime, JCI Transport, Fasc. 1262, 2009, n° 60.

(49) S. M. Carbon, Conflit de lois en droit maritime, Recueil de cours, t. 340, 2010, p. 125.

(50) Ch. Sylvaine, La clause Paramount: aspects de droit international privé, op. cit., p. 25.

(mercatoria)، ومبادئ الينيدروا⁽⁵¹⁾ (UNIDROIT)، ونصوص الاتفاقيات الدولية وغيرها من القواعد غير الوطنية، وهذا على عكس الحال بالنسبة للمحكم الذي يستطيع الرجوع إلى تلك القواعد دون أي قيد في هذا الخصوص⁽⁵²⁾.

ولكن الاتجاهات الحديثة في الفقه المقارن، وفي التشريعات القانونية المقارنة تتجه نحو السماح للأطراف باللجوء إلى تطبيق هذا النوع من القواعد على عقدهم، وهذا يعد في الحقيقة خروجاً واضحاً عن المبادئ التقليدية في القانون الدولي الخاص⁽⁵³⁾؛ فهذه القواعد وضعت أصلاً لتحكم العلاقات الخاصة الدولية، وهي بذلك قد تكون أكثر ملاءمة لحكم النزاع مقارنة مع تطبيق قواعد قانونية داخلية وضعت في تشريع وطني.

ويتفق فقهاء القانون التجاري والبحري⁽⁵⁴⁾ على أهمية العادات والأعراف التجارية في حسم المنازعات في العلاقات التجارية والبحرية، فعلى مستوى العلاقات القانونية الداخلية، تعد تلك العادات والأعراف مصدراً هاماً من مصادر القانون البحري يلجأ إليها القاضي في حال غياب الاتفاق والنص القانوني، وهذا ما أشارت إليه المادة (170) من قانون التجارة البحرية الأردني التي تنص على أن يطبق القاضي «عادة المكان أو العادات العامة في كل ما لا ينص عليه الاتفاق والقانون» بشأن عقود إيجار السفن، وتعد هذه القاعدة بمثابة قاعدة موضوعية داخلية مكملة يلجأ القاضي الوطني إلى تطبيقها في حالة ما إذا كان القانون الأردني هو الواجب تطبيقه على تلك العقود، فإذا اختار الأطراف القانون الأردني ليحكم عقدهم، فعلى القاضي أن يطبق القانون البحري الأردني بكافة مصادره ووفقاً للنص السابق، وبالتالي يطبق القاضي حكم تلك المادة السابقة عندما تشير قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأردني، فهذه القواعد هي التي تحدد نطاق تطبيق القواعد الموضوعية الداخلية في القوانين الوطنية الواجبة التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية.

ومن جانب آخر، وعلى مستوى العلاقات الخاصة الدولية، يجب أيضاً عدم إغفال الدور الذي تلعبه الأعراف التجارية والاتفاقيات الدولية في حسم منازعات التجارة البحرية الدولية، إذ إن معظم قواعد تلك التجارة قد نشأت بموجب أعراف عرفها وطبقها التجار في أعمالهم، وكرست معظمها في معاهدات دولية، وهي تعد بمثابة قواعد موضوعية

(51) انظر بشأن هذه المبادئ: أمين دواس وآخرون، شرح مبادئ الينيدروا لعقود التجارة الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 15.

(52) عبدالفضيل أحمد، القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم البحري الدولي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، مصر، عدد 57 لسنة 2015، ص 17.

(53) محمود ياقوت، مرجع سابق، ص 309.

(54) زهير عباس وحلو أبو حلو، الوجيز في شرح القانون التجاري الأردني، الجزء الأول، مكتبة الفجر، الأردن، إربد، 2013، ص 76، عبدالقادر العطير، مرجع سابق، ص 199.

دولية موحدة وضعت لتطبيق مباشرة على العلاقات التجارية البحرية الدولية. ولا شك أن تطبيق تلك القواعد الدولية يتلاءم مع طبيعة العلاقات البحرية الدولية مقارنة بتطبيق قواعد قانونية وطنية وضعت أصلاً لحكم العلاقات الداخلية.

ومن هنا يجب على القاضي أن يعتد بشرط «بارامونت» عندما يشير إلى تطبيق اتفاقية دولية على عقد إيجار السفن الدولي، ولكن يجب التمييز هنا بين حالتين: الأولى هي عندما يحدد هذا الشرط تطبيق اتفاقية دولية نافذة ومطبقة داخل دولة القاضي، فإنه يجب على القاضي أن يطبق هذه الاتفاقية استناداً إلى إرادة الأطراف بموجب نص المادة (20) من القانون المدني الأردني، وبصفتها معاهدة دولية مصادق عليها قانوناً من دولة القاضي⁽⁵⁵⁾؛ أما الحالة الثانية فهي عندما يشير الشرط إلى تطبيق اتفاقية دولية غير نافذة ومطبقة في دولة القاضي، ففي مثل هذه الحالة يعد شرط «بارامونت» شرطاً اتفاقياً يندمج في العقد ويطبقة القاضي بهذه الصفة، بمعنى أن تطبيق هذا الشرط يقيد بالقواعد الأمرة في دولة القاضي، وبذلك الموجودة في القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد المقررة في حالة غياب الاختيار، فتطبيق تلك الاتفاقية مشروط بعدم مخالفة تلك القواعد الأمرة المتعلقة بقواعد النظام العام وقوانين البوليس، وإلا فسيتم استبعادها، إضافة إلى ذلك، ولغايات نفاذ هذا الشرط في مواجهة الغير يشترط أن يكون صريحاً وواضحاً، كما هو الحال ببقية الشروط الأخرى الواردة في العقد، كشرط الاختصاص القضائي الدولي أو شرط التحكيم⁽⁵⁶⁾.

يتضح مما سبق أن هذا التوسع في نطاق اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود إيجار السفن يجد سنده في الطبيعة القانونية للقواعد الناظمة لتلك العقود وكذلك لأهمية الأعراف التجارية والاتفاقيات الدولية في حسم المنازعات التي تنشأ عن العلاقات البحرية الدولية، فاختيار الأطراف بهذا الشكل للقواعد القانونية الواجبة التطبيق ينسجم مع طبيعة عقود إيجار السفن، نضيف إلى ذلك أن ضابط الإرادة يحترم توقعات الأطراف المشروعة، ويصون مبدأ الأمان القانوني والاستقرار في المعاملات التجارية الدولية، ولأهمية هذا الضابط في هذا الإطار، أجاز المشرع الاختيار الضمني لقانون العقد، وعلى القاضي أن يبحث عن ذلك الاختيار من خلال عدة مؤشرات من أجل الوصول إلى القانون المختار ضمناً من قبل الأطراف.

(55) هشام صادق، نطاق تطبيق القانون البحري الجديد في مسائل نقل البضائع واتفاقات التحكيم المتعلقة بها... مرجع سابق، ص 7.

(56) Cécile Legros, Commerce maritime, JCI Transport, Fasc. 1262, 2009, n° 60.

الفرع الثاني

الاختيار الضمني لقانون العقد

تظهر المشكلة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد إيجار السفن عندما لا تكون هناك أي إشارة واضحة وصريحة بشأن قانون العقد من قبل الأطراف، وفي هذه الحالة يجب على القاضي أن يبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف في تحديد قانون العقد. وتعد مسألة تحديد الاختيار الضمني لقانون العقد من الصعوبات القانونية التي تواجه القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث سيقوم بدراسة وتفسير كافة الظروف والملابسات المرتبطة بالعملية التعاقدية من أجل الكشف عن إرادة الأطراف الضمنية في تحديد قانون العقد، ولا شك أنه عندما تترك المسألة لتقدير القاضي واستنتاجاته، ستضعف مكانة مبدأ الأمان القانوني واحترام التوقعات المشروعة للأطراف؛ ولذلك ومن أجل احترام هذه الاعتبارات، يطرح الفقه والقضاء العديد من الدلائل للكشف عن الإرادة الضمنية في اختيار القانون⁽⁵⁷⁾.

وقد أخذت مختلف التشريعات المقارنة بهذا المبدأ، إضافة إلى تبنيه من قبل الفقه والقضاء، فعلى القاضي استنتاج تلك الإرادة من خلال مجموعة الظروف والملابسات المحيطة بعقد إيجار السفينة، فيجب عليه أن يبحث في عناصر العقد المحيطة به، ويدرس بنوده ويفسرها، وينظر في الظروف التي تم فيها إبرامه؛ وذلك من أجل الوصول إلى إرادة الأطراف في اختيار قانون معين ليحكم العلاقة التعاقدية.

ولذا، فإن العديد من التشريعات المقارنة تشترط أن تكون الإرادة الضمنية مؤكدة في اختيار قانون معين ليحكم العقد، بحيث يجب على القاضي ألا يكتفي بالاستناد إلى مؤشر أو دليل واحد لصالح قانون معين، وإنما لابد من أن تجتمع عدة دلائل لصالح هذا القانون، كأن يتم اللجوء إلى بعض نصوص قانون دولة معينة، ويتم الدفع بعملة تلك الدولة وتم اختيار قاضي تلك الدولة...، فهنا يمكن للقاضي أن يستنتج من أن الإرادة الضمنية للأطراف اتجهت، وبشكل مؤكد، نحو تطبيق ذلك القانون، وهذا يحقق مبدأ الأمان القانوني في التعاملات الدولية، وهذا ما تبنته الفقرة الأولى من المادة (3) من اتفاقية «روما» لسنة 1980.

ويمكن إيراد بعض الدلائل المهمة والمؤثرة في الكشف عن الإرادة الضمنية لأطراف عقد إيجار السفن في اختيار قانون معين ليطبق على عقدهم، ففي الواقع العملي كثيراً ما يتبنى

(57) عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 45.

أطراف عقد إيجار السفينة نموذجاً من النماذج الموحدة لمشارطات الإيجار، والتي قد تكون منظمة بموجب قواعد موضوعية دولية أو تابعة لنظام قانوني لدولة معينة، فلجوء الأطراف في تنظيم عقدهم إلى عقد نمطي أو نموذجي معروف في ظل نظام قانوني معين يمكن أن يشير إلى إرادتهم الضمنية بأنهم اختاروا ذلك القانون ليحكم هذا العقد⁽⁵⁸⁾.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن معظم القواعد القانونية النازمة لهذه النماذج المهمة في هذا الميدان مستمدة من الأعراف التجارية الدولية أو ممّا يسمى بالقانون التجاري الدولي⁽⁵⁹⁾، فلو تم إبرام عقد إيجار سفينة بين مؤجر فرنسي ومستأجر إنجليزي في لندن، وذلك من أجل نقل بضائع معينة إلى مرسل إليه ألماني الجنسية وعلى متن سفينة إيطالية، وتم استخدام نموذج مشاركة إنجليزية تقوم على تنظيم قانوني معروف في بريطانيا فقط، فإنه يظهر للقاضي بوضوح أن المؤجر والمستأجر أرادا تطبيق القانون الإنجليزي على عقدهما في هذه الحالة.

وأيضاً، كثيراً ما يرد في مشارطات الإيجار شرط الاختصاص القضائي الدولي وشرط التحكيم بالذات. وقد ذهب اتجاه فقهي، وكذلك ديباجة التنظيم الأوروبي «روما 1» إلى إعطاء دور مؤثر وقوي لإرادة الأطراف في اختيار قضاء دولة معينة ليكون دليلاً أو مؤشراً لإرادتهم الضمنية في اختيار قانون القاضي الذي ينظر النزاع، وفي الحقيقة يمكن اعتبار هذا المؤشر من المؤشرات المهمة في تحديد الإرادة الضمنية للأطراف، ولكنه لا يصل بالإرادة إلى درجة التأكيد، فهو لوحده لا يعبر عن إرادة ضمنية مؤكدة نحو اختيار قانون القاضي⁽⁶⁰⁾، فلا بد أن تعززه أيضاً دلائل أخرى كعلم السفينة، وموطن أحد الأطراف، ومكان الشحن أو التفريغ وغيرها من الدلائل.

وهذا أيضاً ما يطبق بشأن شرط التحكيم، التي يكثر وجوده في مشارطات الإيجار، فيتجه العديد من الفقه والقضاء المقارن إلى اعتبار إحالة النزاع الناشئ عن مشاركة الإيجار إلى محكم معين أو إلى هيئة تحكيمية معينة في دولة ما دليلاً قوياً يظهر الإرادة الضمنية في الخضوع لقانون مكان التحكيم⁽⁶¹⁾. فهل النص في مشاركة الإيجار بإحالة المنازعات إلى هيئة تحكيم مقرها في لندن أو في نيويورك يعني تطبيق القانون الإنجليزي أو الأمريكي على كافة المنازعات المتعلقة بتلك العلاقة التعاقدية؟

(58) عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 46.

(59) B. Goldman, La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international, réalités et perspectives, JDI 1979, p. 487.

(60) عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 47؛ عبدالفضيل أحمد، مرجع سابق، ص 23.

(61) عبدالفضيل أحمد، مرجع سابق، ص 23.

هذا ما لا نعتقده، فمكان التحكيم لا يعتبر وحده دليلاً كافياً ومؤكداً لتطبيقه على العقد، كون أن هنالك عدة اعتبارات تؤخذ بعين الاعتبار لغايات تحديده، فمثلاً قرب مكان التحكيم من أطراف المنازعة أو شهود الأطراف، ويمكن أيضاً اتجاه أنظار أطراف المنازعة أو هيئة التحكيم إلى دول أصبحت مستقطبة للتحكيم؛ كونها تقدم تسهيلات إدارية للعملية التحكيمية، لذا فهو في كثير من الأحيان لا يعبر عن الإرادة الضمنية؛ كون أن العلاقة وأطرافها أيضاً منقطعو الصلة بقانون مكان التحكيم، وهذا هو الحل المتفق عليه في الفقه والقضاء الفرنسي⁽⁶²⁾.

فيمكن القول بأنه لا يوجد مؤشر بذاته له دلالة واضحة ومؤكدة في الإشارة إلى إرادة الأطراف الضمنية، وإنما يجب أن تجتمع عدة مؤشرات ودلائل لمصلحة قانون دولة معينة من أجل الكشف عن تلك الإرادة الضمنية نحو تطبيق ذلك القانون، وإذا لم يستطع القاضي التوصل إلى هذا القانون المختار عن طريق تفسير الإرادة الضمنية للأطراف؛ فلا بد له من اللجوء إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية التي تعين القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد والذي يعبر عن مركز الثقل في العلاقة.

(62) F. N. Guerra, Le conflit de lois en droit des transports de marchandises par mer, Thèse de doctorat, Université de Bourgogne, 2013, p. 141.

المبحث الثاني

الإسناد الموضوعي لعقد إيجار السفينة

في حالة غياب قانون الإرادة، لابد للمشرع أن يضع قواعد احتياطية لغايات إعمالها من قبل القاضي تهدف إلى القيام بعملية تركيز موضوعي للعلاقة موضوع المنازعة لتحديد قانون الدولة الأكثر ارتباطاً بها⁽⁶³⁾، وتختلف التشريعات القانونية المقارنة في آلية القيام بتلك العملية وفي الوصول إلى ذلك القانون، ففي بعض الدول قام المشرع بتحديد مسبقاً للقانون الواجب التطبيق من خلال وضع قواعد إسناد عامة تنطبق على كافة العقود، وهذا ما سار عليه المشرع الأردني، والكثير من التشريعات العربية⁽⁶⁴⁾. ويلاحظ هنا أن المشرع قد تبنى ضوابط إسناد تقليدية عامة متعارفاً عليها منذ القدم بشأن تنازع القوانين في مسائل العقود الدولية، فهل تصلح هذه الضوابط لتطبيق على عقود إيجار السفن رغم التطور الذي شهده العالم في العلاقات التجارية الدولية، وهذا ما سيكون محور المطلب الأول من هذا المبحث.

من جانب آخر، تذهب بعض التشريعات المقارنة إلى إعطاء القاضي هامشاً معيناً من المرونة في تحديد القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة، وذلك في كل حالة على حدة، وبالتالي يختلف القانون باختلاف طبيعة العقد التي بدورها متباينة من عقد لآخر، إذ يستمد المشرع أو القاضي قانون العقد من العلاقة البحرية ذاتها، وهذا ما سيتناوله المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول

ضوابط الإسناد التقليدية

تتجه معظم التشريعات العربية، ومنها الأردنية، إلى تكريس قواعد إسناد محددة مسبقاً لتحكم كافة العقود الدولية، وتعتبر عن إرادة المشرع في تحديد القانون الذي يمثل مركز الثقل في العلاقات، والمشرع في هذا المقام يعتمد على عناصر من خارج طبيعة العلاقة التعاقدية⁽⁶⁵⁾.

فتكاد تتفق معظم التشريعات العربية على تطبيق قانون الموطن المشترك للطرفين، وقانون مكان الإبرام على العقود الدولية، وهذا ما تبناه المشرع الأردني في الفقرة

(63) عكاشة عبدالعال، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 60.

(64) محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 184.

(65) عكاشة عبدالعال، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 235.

الأولى من المادة (20) من القانون المدني، فهل تعد هذه القوانين ملائمة لتحكم موضوع العقد محل الدراسة؟ لذا لا بد من مناقشة هذه الضوابط من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نناقش في الفرع الأول ضابط قانون الموطن المشترك للطرفين، بينما سنفرّد الفرع الثاني لمناقشة الضابط الآخر، والمتمثل بمكان الإبرام.

الفرع الأول

قانون الموطن المشترك للطرفين

يعد موطن الشخص أو مكان إقامته من الضوابط المهمة التي يستند إليها القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وتعرف الفقرة الأولى من المادة (39) من القانون المدني الأردني الموطن بأنه: "هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة".

ويبرر الفقه تطبيق هذا القانون بالاستناد إلى أهمية الموطن في العلاقات الخاصة الدولية؛ إذ يعد المركز الاجتماعي والقانوني للشخص، فهو المكان الذي يقيم فيه ويعمل ويباشر حقوقه ومراسلاته ويرفع دعاواه، فمن المنطقي تطبيق هذا القانون على العلاقات التي يقوم بها⁽⁶⁶⁾.

وقانون الموطن يكون في أغلب الحالات معلوماً للأطراف أكثر من غيره، وهذا يتفق مع توقعاتهم المشروعة⁽⁶⁷⁾. كما أن تطبيق ذلك القانون يتوافق في كثير من الحالات مع مكان إبرام العقد، ويفضل القاضي الوطني تطبيقه، إذا كان موطن الأطراف في دولته. وقد تبنى المشرع الأردني في نص المادة (20) من القانون المدني تطبيق قانون الموطن المشترك على العقد الدولي في حالة غياب الاختيار من قبل الأطراف، فافترض المشرع أن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية تكون في ذلك المكان.

وعلى صعيد القضاء الأردني، فقد طبق القانون الأردني على العقد باعتباره قانون الموطن المشترك للطرفين استناداً إلى مبدأ سيادة الدولة على الإقليم الأردني، وبذلك فالقانون الأردني واجب التطبيق على جميع الأشخاص والمعاملات الناشئة في الإقليم الأردني. ومن ثم، إذا كان المؤجر أردني الجنسية ومقيماً في لبنان، والمستأجر فرنسياً يقيم في لبنان أيضاً، وكانت السفينة تحمل الجنسية الأردنية، فإن عقد إيجار السفينة في هذه

(66) يشير بعض الفقه الفرنسي إلى تفضيل تطبيق قانون الموطن المشترك بدلاً من تطبيق قانون الجنسية المشتركة للطرفين على النزاع، وذلك لارتباط الأشخاص بالمكان الذي يقيمون ويعيشون فيه بشكل أكثر من أي مكان آخر، وهو ما يعبر عن إرادتهم الضمنية بتطبيق الأحكام القانونية السائدة في ذلك المكان على عقدهم. انظر: A. Pillet, Traité pratique de droit international privé, t. II, 1924, p. 168.

(67) محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 185؛ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 416.

الحالة يخضع لأحكام القانون البحري الأردني بموجب الفقرة الأولى من المادة (20) من القانون المدني الأردني⁽⁶⁸⁾.

إن إسناد العقد إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين بهذا الشكل محل نظر، فالمشرع الأردني يشترط لتطبيق الموطن وجود صفة الاشتراك في الموطن، وهذا يعد افتراضاً نادر التحقق في إطار العقود الدولية؛ إذ إن طبيعة هذه العقود تفتقر للاختلاف في الموطن⁽⁶⁹⁾. ويبدو ذلك جلياً في عقود إيجار السفن الدولية، فغالباً ما يكون موطن المؤجر في دولة معينة والمستأجر موطنه في دولة أخرى، وكثيراً ما تبرم تلك العقود من سماسرة أو وكلاء بحريين يتواجدون في دول مختلفة، نضيف إلى ذلك أنه في كثير من الحالات قد يجهل المتعاقد موطن الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية الدولية لحظة إبرام العقد، وهذا سيضر بمصالح الأطراف، ولا يحقق مبدأ الأمان القانوني والاستقرار في المعاملات الدولية، فالقول بأن المتعاقدين على دراية كافية مسبقاً بأحكام قانون موطنهما المشترك لا يصدق في ظل الانفتاح السياسي والاقتصادي الذي نشهده على مستوى الدول، ورغبتها في تطوير التجارة الخارجية والدولية.

كما أن مسألة تحديد الموطن ليس من السهولة في كثير من الحالات، إذ تختلف التشريعات في تفسير الموطن الذي يجب فيه توافر الإقامة المعتادة في دولة معينة مع نية الاستقرار في تلك الدولة، وهذا يضر بمصالح التجارة الدولية ولا يراعي التوقعات المشروعة للأطراف، فلا بد من إيجاد ضابط إسناد متفق عليه يوحد الحلول في ميدان التجارة البحرية الدولية.

كذلك لا يعبر ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين عن مركز الثقل في العلاقة البحرية، فهذا الضابط له مدلول جغرافي بحت ولا يستمد من طبيعة عقود إيجار السفن، وإنما هو عنصر خارجي من عناصر العلاقة التعاقدية، ولتشجيع إبرام العقود التجارية والاقتصادية الدولية، فإنه يجب على القاضي أن يبحث عن القانون الذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد، والذي تتركز فيه الآثار الاقتصادية والاجتماعية لعقد إيجار السفن، وذلك

(68) تمييز حقوق، رقم 1995/289، تاريخ 1995/3/25، منشورات مركز عدالة، تمييز حقوق، رقم 2013/4025، تاريخ 2014/4/6، منشورات مركز عدالة، تمييز حقوق، رقم 2006/149، تاريخ 2006/8/21، منشورات مركز عدالة، تمييز حقوق، رقم 1995/289، تاريخ 1995/3/25، منشورات مركز عدالة، وفي هذا القرار الأخير طبق القضاء الأردني قانون الموطن المشترك للطرفين استناداً إلى مبدأ سيادة الدولة وقوانينها على مواطنيها وإقليمها، واعتبرت ذلك النص بأنه نص أمر لا يخضع لسُلطان إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد.

(69) خليل إبراهيم خليل، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 145.

بدوره سيحقق مبدأ الأمان القانوني، واحترام توقعات الأطراف المشروعة، فكل هذا يؤدي إلى البحث عن قانون أكثر مرونة وارتباطاً بعقود إيجار السفن الدولية⁽⁷⁰⁾.

الفرع الثاني

قانون مكان الإبرام

يعد ضابط مكان الإبرام من أقدم الضوابط التي وضعت لتحكم العقود الدولية من الناحية الشكلية والناحية الموضوعية، وكان يطبق هذا القانون أحياناً على أساس أنه هو القانون الذي اختاره الأطراف ضمناً ليحكم عقدهم⁽⁷¹⁾، إلا أنه وبعد الاعتراف لإرادة الأطراف باختيار قانون العقد صراحةً أو ضمناً، أصبح هذا الضابط احتياطياً يرجع إليه القاضي في حالة غياب تلك الإرادة، وهذا ما أخذ به المشرع الأردني في نص المادة (20) من القانون المدني، وما طبقه القضاء الأردني في كثير من القرارات⁽⁷²⁾.

ويبرر أنصار تطبيق هذا القانون على العقود الدولية بأن إسناد العقد إلى مكان الإبرام يعبر عن الصلة القوية بين العقد ومكان نشأته الذي يعد مكان ولادته، ويفترض ذلك الفقه أن لكل عقد - في الأصل - مكان إبرام، ويسهل على الأطراف معرفة ذلك المكان⁽⁷³⁾، وبالتالي يؤدي تطبيق ذلك الضابط إلى توحيد الأحكام القانونية المطبقة على العقد.

ومن جانب آخر، يرى البعض أن مكان الإبرام يكون في الغالب الموطن المشترك للطرفين، أو مكان التنفيذ، أو مكان ميناء القيام أو تسلم البضاعة⁽⁷⁴⁾. واستناداً إلى جميع تلك المسوغات اتجه القضاء الفرنسي سابقاً إلى تطبيق قانون مكان إبرام العقد على عقد إيجار السفن⁽⁷⁵⁾. فلو فرضنا أن مؤجر السفينة ومستأجرها من الجنسية الأردنية، وأبرما عقد إيجار السفينة على الأراضي التونسية خلال تواجدهما هناك لحضور مؤتمر دولي مدته يومان، فهل هذا يعني خضوع عقد إيجار السفينة في هذه الحالة للقانون التونسي، مكان إبرام العقد؟ إن المتأمل في نص المادة (20) من القانون المدني الأردني يجد بأن هذا ما تشير إليه، ولا يجب أن نغفل أن معظم مشاركات الإيجار الدولية تبرم في الخارج بين طرفين أجنبيين أو أحدهما أجنبي على الأقل (المؤجر مثلاً) والآخر أردني (المستأجر)،

(70) عكاشة عبدالعال، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 235.

(71) أحمد عبدالكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 1059.

(72) تمييز حقوق، رقم 2010/489، تاريخ 2010/6/7، منشورات مركز عدالة، تمييز حقوق، رقم 2004/3210، تاريخ 2005/1/16، منشورات مركز عدالة، تمييز حقوق، رقم 2003/2414، تاريخ 2003/10/30، منشورات مركز عدالة.

(73) خليل إبراهيم خليل، مرجع سابق، ص 151؛ خالد عبدالفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 141.

(74) S. M. Carbone, Conflits de lois en droit maritime, Recueil des cours, t. 340, 2010, p. 131.

(75) P. Bonassies, La loi du pavillon et les conflits de droit maritime, op. cit., p. 530.

وهذا بالنتيجة سيؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي في معظم الحالات سنداً للنص السابق، ولو لم يكن هذا القانون ذا صلة بالعقد.

ولكن في الوقت الحاضر، ورغم تمسك معظم التشريعات العربية بتطبيق قانون مكان الإبرام، إلا أن ضابط الإسناد هذا فقد الكثير من أهميته في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية عامة، وعلى عقود إيجار السفن خاصة، فهناك العديد من الحالات يصعب فيها تحديد مكان إبرام مشارطة الإيجار⁽⁷⁶⁾، فقد شهد إبرام العقود تطوراً ملحوظاً، فلم يعد كالسابق من حيث إبرامها شفاهة أو كتابة في الأسواق التجارية المحلية بين المتعاقدين أنفسهم، فقد دخلت وسائل الاتصال الحديثة أو ما يسمى بالتعاقد عن بعد في مجال إبرام العقود، فأضحى من الصعوبة تحديد المكان الذي تم به الإبرام في مجال العالم الافتراضي، وذلك لتباين التشريعات في تبني معيار مكان الإبرام، وأيضاً كثيراً ما تبرم عقود مشارطات الإيجار من خلال سمسار أو ممثل قانوني يكون في مكان آخر غير مكان الأطراف، وقد يستدعي الأمر توقيعهم على العقد من خلال هؤلاء السماسرة، فما هو مكان الإبرام في هذه الحالة؟⁽⁷⁷⁾

ونضيف إلى ذلك، ضعف القوة التركزية لقانون مكان إبرام العقد مع العلاقة التعاقدية في كثير من الحالات⁽⁷⁸⁾؛ وذلك عندما يتحدد مكان الإبرام بناء على اعتبارات تقوم على محض الصدفة في الالتقاء بين الأطراف، كما في حالة إبرام عقد إيجار سفينة أردنية على متن طائرة فرنسية في أجواء الفضاء بين مواطن أردني ومواطن إيطالي، فهل مجرد تواجد الأطراف على متن الطائرة الفرنسية لمدة معينة من الساعات يببرر خضوع عقد إيجار السفينة للقانون الفرنسي؟! فهذا المعيار سيؤدي في كثير من الحالات إلى تطبيق قانون لا يرتبط بالعقد بصلته تركيزية كافية تبرر تطبيقه على العلاقة التعاقدية.

ونتيجة إلى كل الانتقادات التي ذكرت، فإنه من الملاحظ أن معظم التشريعات القانونية الحديثة والمقارنة تخلت عن هذا الضابط نهائياً، ولم تعد تعتمد عليه كقاعدة إسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق، وإنما يمكن للقاضي أن يعتبر مكان الإبرام عنصراً من العناصر التركيزية الأخرى التي يستند إليها في تحديد القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد، ولكن دون إعطائه اعتباراً خاصاً، وهذا ما دعا أحد الفقهاء إلى القول بأن: «ضابط مكان الإبرام أصبح شيئاً قديماً مكانه متحف تاريخ القانون»⁽⁷⁹⁾.

أمام كل تلك الانتقادات التي وجهت إلى ضوابط الإسناد السابقة: مكان الموطن المشترك

(76) صلاح محمد المقدم، مرجع سابق، ص 359.

(77) صلاح محمد المقدم، مرجع سابق، ص 359.

(78) نجلاء خليفة، نطاق تطبيق قانون علم السفينة في ضوء مشكلة تنازع القوانين، رسالة ماجستير، جامعة

الدول العربية، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، الإسكندرية، 1999، ص 119.

(79) O. Kahan-Freud, «La nation anglaise de «la propre law of contract» devant les juges et les arbitres» =

ومكان الإبرام، أليس من الأفضل البحث عن قانون آخر يُعبّر عن الصلة الوثيقة بينه وبين الرابطة التعاقدية، بحيث يحترم توقعات الأطراف، ويراعي الطبيعة المتنوعة لمختلف العقود الدولية، وخاصة عقود المعاملات البحرية، وهذا ما سيكون مدار البحث في المطلب الثاني من هذا البحث.

المطلب الثاني

ضوابط إسناد مستمدة من طبيعة العلاقة البحرية

يعد ضابط علم السفينة من أقدم الضوابط الخاصة التي ظهرت في تنازع القوانين في العلاقات البحرية، وخاصة في عقود النقل البحري بكافة صورته؛ وذلك استناداً للدور الذي تقوم به السفينة في إتمام عملية النقل، ولكن لضعف الرابطة التركيزية لقانون علم السفينة مع عقود إيجار السفن في كثير من الحالات، توجهت العديد من التشريعات القانونية إلى البحث عن قانون العقد من طبيعة العلاقة التعاقدية ذاتها.

ولبحث مدى ملاءمة هذه المبادئ والحلول التي تحكم عقد إيجار السفن، فقد قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نعالج في الأول قانون علم السفينة، بينما سنناقش في الثاني قانون مكان الإقامة المعتادة لمؤجر السفينة باعتباره الضابط المستمد من طبيعة العلاقة العقدية ذاتها.

الفرع الأول

قانون علم السفينة

نظراً للأهمية الاقتصادية التي تتمتع بها السفن في الاقتصاد الوطني وفي التجارة الدولية، تكاد تجمع مختلف التشريعات المقارنة على منح الجنسية الوطنية للسفن التابعة لها، فتختص كل دولة بوضع شروط ومعايير منح الجنسية للسفن وتسجيلها في أراضيها، ويترتب على ذلك حق السفينة في رفع علم تلك الدولة، وقد نص المشرع الأردني في الفقرة الأولى من المادة (4) من قانون التجارة البحرية على أن السفينة تكتسب الجنسية الأردنية، أيًا كان محمولها، إذا كانت مسجلة في أحد الموانئ الأردنية، وكان نصفها يملكه أردنيون أو شركات أردنية تكون أكثرية أعضائها مجلس إدارتها مع رئيسه من الأردنيين كقاعدة عامة.

وفرضت الفقرة الثالثة من المادة (5) من القانون ذاته على جميع السفن الأردنية رفع

= Rev., crit., DIP 1973, p. 610. Selon lui: « cette loi n' est qu' une vieillerie, elle a sa place dans le musée de l' histoire du droit ».

العَلَمَ الأردني في السفر⁽⁸⁰⁾. فالجنسية بالنسبة للسفينة هي الرابط القانوني والسياسي الذي يربطها بالدولة التي تنتمي إليها، وهي بذلك تعبر عن النظام القانوني الذي يحكم السفينة، ويعد العَلَمَ الذي ترفعه دليلاً مادياً على جنسيتها، فقانون عَلَمَ السفينة هو قانون جنسيتها، والذي يمثّل القانون الذي يحكم وينظم الكثير من علاقات القانون البحري المرتبطة بالسفينة واستغلالها⁽⁸¹⁾.

ولذلك اتجه جانب من الفقه المقارن نحو تبني قانون عَلَمَ السفينة ليحكم مسائل تنازع القوانين في موضوعات القانون البحري، ومنها تلك العلاقات القانونية المرتبطة بالسفينة: كالحقوق العينية والامتيازات التي تقرر عليها⁽⁸²⁾، والإنقاذ البحري⁽⁸³⁾، والعلاقات بين أشخاص الملاحة البحرية، وبيعها ورهنها، والالتزامات والمسؤولية المترتبة عليها وعلى طاقمها....⁽⁸⁴⁾.

ومن المسوغات التي سيقّت لدعم فكرة تطبيق قانون عَلَمَ السفينة على علاقات القانون البحري، ومنها عقود إيجار السفن، سهولة وبساطة تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب هذا المعيار، فهذا القانون يمتاز بالثبات ويُسهّل على الأطراف معرفته مسبقاً؛ وذلك ما سيعزز من فكرة الأمان القانوني والاستقرار في المعاملات البحرية⁽⁸⁵⁾.

نضيف إلى ذلك، أن تطبيق قانون عَلَمَ السفينة سيؤدي إلى وحدة النظام القانوني المطبق على جميع التصرفات المتعلقة بالسفينة، بدلاً من تطبيق عدة قوانين تتعدد بتعدد موانئ الشحن أو التفريغ بخصوص الرحلة البحرية الواحدة⁽⁸⁶⁾. كما أن تطبيق هذا القانون يتفق أيضاً مع مبدأ حرية الملاحة الدولية في أعالي البحار؛ إذ لا بد من وجود نظام قانوني يطبق على السفينة في هذه الأماكن، وهو قانون جنسيتها⁽⁸⁷⁾.

ويضيف البعض، أيضاً، أن السفينة تعدّ عنصراً مهماً في عملية نقل البضاعة سواء تم

(80) قانون التجارة البحرية الأردني رقم 12 لسنة 1972.

(81) نجلاء خليفة، مرجع سابق، ص 8.

(82) عمار حميد الخالدي، تنازع القوانين في الامتيازات البحرية، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص 194؛ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 27.

(83) أحمد السمدان، تنازع القوانين في الإنقاذ البحري، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 2، لسنة 1987، ص 148.

(84) صلاح محمد المقدم، مرجع سابق، ص 65.

(85) S. M. Carbone, La réglementation du transport et du trafic maritimes dans le développement de la pratique internationale, Recueil de cours, t. 166, 1980, p. 327.

(86) خليل إبراهيم خليل، مرجع سابق، ص 167.

(87) عمار الخالدي، مرجع سابق، ص 199؛ مصطفى كمال طه، القانون البحري، مرجع سابق، ص 27.

ذلك النقل بواسطة مشارطات الإيجار أو بواسطة سندات الشحن، وبالتالي لا بد من أن يستمد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقات من هذا العنصر، وذلك من خلال تركيزه في مكان جغرافي معين يرتبط به ارتباطاً وثيقاً، وهو هنا مكان تسجيلها أو الدولة التي تنتمي إليها وسيلة النقل البحري، فيطبق قانون تلك الدولة على العلاقات التي ترتبط بالسفينة⁽⁸⁸⁾.

وكان الفقه المقارن يبرر تطبيق قانون علم السفينة في هذا الميدان بالاستناد إلى فكرة إقليمية السفينة المدنية أو التجارية، بمعنى أن السفينة تعد جزءاً عائماً من إقليم الدولة التي تنتمي إليها بجنسيتها⁽⁸⁹⁾، ولكن التوجه الحديث في الفقه المقارن يرفض تطبيق قانون علم السفينة استناداً إلى فكرة إقليمية السفينة، وبالتالي لا يمكن اعتبار السفينة جزءاً من إقليم الدولة⁽⁹⁰⁾؛ كون أن هذه الفكرة مجازية وليست واقعية، وكل ما في الأمر أنه إذا تقرر تطبيق القانون الوطني لدولة معينة على السفن المسجلة في موانئها، فإن ذلك يُفسر على أساس تطبيق قانون جنسية السفينة، وليس باعتبارها إقليمياً برياً أو جواً تابعاً لدولة السفينة⁽⁹¹⁾.

هذا التوجه الداعم والمؤيد لتطبيق قانون علم السفينة على عقود إيجار السفن وجد له صدى في بعض التشريعات الوطنية المقارنة، وطبقته في فترة زمنية بعض المحاكم الأجنبية، ولكن يلاحظ أن التوجه الحديث في تلك التشريعات هو الابتعاد عن هذا القانون وعدم الأخذ به في التعديلات الحديثة اللاحقة⁽⁹²⁾. فنشير هنا مثلاً إلى القانون البحري الفرنسي السابق بشأن عقود إيجار السفن والنقل البحري لسنة 1966، والذي نصت فيه المادة (3) على أنه: «في المسائل الدولية، يخضع عقد مشاركة الإيجار لقانون علم السفينة، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك». وقد ألغي هذا النص بدخول اتفاقية «روما» لسنة 1980 بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية حيز التنفيذ عام 1991 في فرنسا، والتي لم تأخذ بعين الاعتبار قانون علم السفينة.

ويلاحظ أن المشرع الأردني قد أخذ بهذا الضابط في مشروع القانون البحري المقترح في سنة 2018، إذ نصت المادة (154) منه على أنه: «يخضع عقد إيجار السفينة لقانون

(88) نجلاء خليفة، مرجع سابق، ص 9.

(89) عمار الخالدي، مرجع سابق، ص 195؛ نجلاء خليفة، مرجع سابق، ص 9.

(90) G. Gidel, Le droit international public de la mer, t. 2, Sirey, 1932, p. 207.

(91) P. Chaumette, Le marin entre le navire et sa résidence, Rev. crit. DIP, 2006, p. 275.

(92) انظر: اتفاقية «روما» بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980، وكذلك

التشريع الأوروبي «روما 1» بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق لسنة 2008.

دولة العَلَم الذي ترفعه ما لم يتفق أطرافه على خلاف ذلك». وكذلك يلاحظ أن المادة (219) من القانون التجاري البحري الإماراتي لسنة 1981 قد نصت على أنه: «يسري على عقد إيجار السفينة قانون جنسيتها، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام»، وهذا ما نص عليه القانون البحري الجزائري في المادة (641)، حيث قررت خضوع عقد إيجار السفن لقانون عَلم السفينة، ولكن في حالة ما إذا كان أطراف العقد يحملون الجنسية الجزائرية فيطبق عندها حصراً القانون الجزائري⁽⁹³⁾.

ومن جانب آخر، فإن الممارسة القضائية تثبت ابتعاد المحاكم الأجنبية عن تطبيق قانون عَلم السفينة على العقود المرتبطة بالسفينة ومنها عقود إيجار السفن، فحتى القضاء البريطاني الذي كان من أشد الداعمين إلى تطبيق ذلك القانون، وخاصة عندما كان يؤدي إلى تطبيق القانون الإنجليزي، فإنه ومنذ عام 1865 لم يعتبر عَلم السفينة عنصراً مهماً من العناصر التي يستند إليها القاضي لتحديد القانون الأكثر ملاءمة لحكم العقد⁽⁹⁴⁾.

ويتبين مما سبق، أن ضابط عَلم السفينة أو جنسيتها لا يُعوّل عليه كضابط أو عنصر حاسم ووحيد لتحديد قانون العقد، إذ يمكن أن يُطبق القاضي قانون عَلم السفينة، ولكن ليس لذاته وإنما ليبرر أحياناً تطبيق قانونه الوطني وذلك عندما تكون السفينة وطنية⁽⁹⁵⁾، أو يعتبره كعنصر إلى جانب العناصر الأخرى التي تساعد على كشف الإرادة الضمنية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وعندها يطبق هذا القانون لكونه القانون المختار⁽⁹⁶⁾.

وحتى في حالة غياب الاختيار، فهذا العنصر يبقى ثانوياً وليس حاسماً في عملية التركيز الموضوعي للرابطة التعاقدية، إذ يتم تقديره من بين العناصر الأخرى المرتبطة بالعلاقة التعاقدية محل النزاع، كمكان الإبرام أو مكان التنفيذ، أو جنسية وموطن الأطراف....

(93) القانون البحري الجزائري، رقم 80/76، 1976، منشور في الجريدة الرسمية عدد 9 لسنة 1977. انظر أيضاً: عباس خالد، أحكام استئجار السفن في التشريع البحري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة وهران، الجزائر، 2012، ص 58.

(94) P. Bonassies, La loi du pavillon et les conflits de droit maritime, Recueil des cours, t. 128, 1969, p. 530. V. Lloyd v. Guibert (1865) 1 QB 161 et ss.

(95) S. M. Carbon, Conflit de lois en droit maritime, op. cit., p. 125.

(96) The Assunzione (1954) 2 All ER 278.

ففي هذه الواقعة طَبَّقَ القضاء البريطاني على عقد الإيجار القانون الإيطالي، وهو قانون عَلم السفينة، ولم يطبق القانون الفرنسي، وهو قانون مكان إبرام العقد، وذلك بحجة أن القانون الإيطالي هو القانون الذي اختاره الأطراف، وهو القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة، حيث إن السفينة تحمل الجنسية الإيطالية والربان إيطالي الجنسية، ودفع الأجرة في إيطاليا بالعملة الإيطالية، ومكان وصول البضاعة الميناء الإيطالي، والمرسل إليه بموجب سند شحن إيطالي. انظر: خليل إبراهيم خليل، مرجع سابق، ص 196.

وعندها يطبق قانون العقد على اعتبار أنه القانون الأكثر ارتباطاً بتلك العلاقة⁽⁹⁷⁾.

فالاستناد إلى قانون عَلم السفينة يظهر كملأذ أخير يلجأ إليه القاضي عندما لا يجد قانوناً آخر أكثر ملاءمة وارتباطاً بالعقد من قانون عَلم السفينة⁽⁹⁸⁾، فيلاحظ أن هذا الضابط فقد الكثير من أهميته في ميدان تنازع القوانين في مجال عقود النقل البحري عموماً، وعقود إيجار السفن خصوصاً.

إن هذا التحول نحو الابتعاد عن تطبيق قانون عَلم السفينة على عقود إيجار السفن خاصة، وغيرها من العلاقات البحرية عامة، يمكن تبريره بجملة من المبررات، فالبرغم من اتفاق فقهاء القانون الدولي الخاص على ملاءمة هذا القانون ليحكم المسائل المتعلقة بالحقوق العينية التي تقرر على السفينة، وكذلك المسائل المتعلقة بعقود العمل البحري وبالأفعال الضارة التي تقع على متنها⁽⁹⁹⁾، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لعقد عقد إيجار السفن.

فمع الأخذ بالاعتبار العديد من أوجه الاختلاف بين عقد إيجار السفينة وعقد النقل البحري، فإن ما يهتم به المستأجر بالدرجة الأولى في عقد إيجار السفينة هو توفير وسيلة نقل صالحة للملاحة البحرية من أجل تحقيق الهدف النهائي من العقد وهو عملية نقل البضاعة وذلك أكثر من اهتمامه بجنسية السفينة وعَلمها، فالمهم لديه هو حالتها الفنية ومقدرتها على تحقيق نقل البضاعة، وهذا واضح بشكل كبير في عقود إيجار السفينة لرحلة واحدة⁽¹⁰⁰⁾.

ومن الجانب العملي، فقد لا تكون السفينة معروفة مسبقاً للمستأجر، إذ إنه قد يتفق الأطراف على إمكانية تغيير السفينة بعد الإبرام، وبالتالي وفي مثل هذه الحالة لا يكون قانون عَلم السفينة معروفاً للأطراف مسبقاً، وهذا بدوره سيلحق الضرر بالمتعاقدين نظراً لعدم تحقيقه الأمان القانوني في العلاقات الخاصة الدولية⁽¹⁰¹⁾. وقد يحدث أحياناً،

(97) S. M. Carbon, *Conflit de lois en droit maritime*, op. cit., p. 129.

(98) W. Tetly, *International conflicts of laws: Common, Civil and Maritime*, éd., Yvon Balis, Quibic 1995, p., 262, et P. Bonassies, *La loi du pavillon...*, op., cit., p. 539.

(99) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1005 و1201.

(100) S. M. Carbone, *Conflit de lois en droit maritime*, Recueil des cours, t. 340, 2010, p. 127.

(101) ويظهر ذلك بشكل واضح في نوع من عقود الإيجار يسمى «مشاركة الإيجار بالحمولة» (affrètement de tonnage) والتي يلتزم فيها المؤجر بأن يقدم خلال مدة معينة من الوقت السفن اللازمة لنقل الإرساليات الخاصة بالمستأجر، وعلى المؤجر أن ينتظر أوامر وتعليمات المستأجر قبل أن يعين سفينة ما. انظر: أحمد حسني، مرجع سابق، ص 44. وانظر بشأن هذا النوع من العقود: عباس خالد، مرجع سابق، ص 162 وما بعدها.

أن يقع عقد إيجار السفينة على أكثر من سفينة، تحمل كل منها علم دولة مختلفة⁽¹⁰²⁾ أو قد تتعدد الأعلام التي ترفعها السفينة بتعدد جنسياتها، وهذا كله يؤدي إلى صعوبة تحديد قانون علم السفينة واعتباره قاعدة غير ملائمة أو مرضية في هذا الميدان⁽¹⁰³⁾.
نضيف إلى ذلك، أن تبني هذا الضابط في الدول النامية التي لا تمتلك ذلك الأسطول البحري الكبير سيؤدي في أغلب الحالات لتطبيق القانون الأجنبي الذي تتبع له السفينة الأجنبية على العلاقة التعاقدية.

ومن أهم الانتقادات التي وجهت إلى قانون علم السفينة هو ضعف الصلة التركيزية مع العلاقة التعاقدية، وخاصة في حالة ما يسمى بـ «علم المجاملة»، فهذا العلم لا يدل على الجنسية الحقيقية للسفينة، ومن ثم يكون قانون علم السفينة على رابطة غير حقيقية بالعلاقة التعاقدية، وفي الحقيقة تعد ظاهرة أعلام المجاملة من أهم المشكلات التي واجهت تطبيق علم السفينة على العلاقات القانونية البحرية؛ مما ساهم في التقليل من أهميته في ميدان تنازع القوانين في القانون البحري.

خلاصة القول، يلاحظ من خلال دراسة الأحكام السابقة التي كرسها الفقه المقارن الحديث، والنصوص التشريعية المقارنة الحديثة، والأحكام القضائية المقارنة، أنها لا تعطي قانون علم السفينة اعتباراً خاصاً في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد إيجار السفن، ولهذا فقد هجرت التشريعات الأوروبية الحديثة هذا الضابط.

الفرع الثاني

قانون مكان الإقامة المعتادة لمؤجر السفينة

تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية من المسائل التي شهدت تطوراً ملحوظاً في التشريع الأوروبي، ففي بداية المرحلة لعب القضاء الفرنسي دوراً بارزاً في تكوين قواعد الإسناد الخاصة بالعقود الدولية والتي كانت تعتمد على فكرة التركيز الموضوعي للعقد في مكان جغرافي معين، وذلك من خلال البحث في الظروف والملابسات المحيطة بالعقد.

فموجب نظرية التركيز الموضوعي التي جاء بها الأستاذ الفرنسي «باتفول» فإن على القاضي البحث في تلك الظروف والملابسات من أجل تحديد القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد، وقد استمر تطبيق هذا المنهج القضائي في فرنسا إلى عام 1991، حيث دخلت

(102) مصطفى كمال حمدي، مرجع سابق، ص 27.

(103) عمار الخالدي، مرجع سابق، ص 208. وانظر: S. M. Carbone, op. cit., p. 126.

اتفاقية «روما» لسنة 1980 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيز التنفيذ، حيث تُعبّر هذه الاتفاقية عن التطور الأوروبي بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ومنها عقد إيجار السفن، إذ تطبق أحكامها على جميع العقود الدولية التي أبرمت بعد 1991/4/1، وفي فترة لاحقة تحولت الاتفاقية إلى التنظيم الأوروبي رقم 2008/593 في 2008/6/17 المسمى بالتنظيم الأوروبي «روما 1»، والذي دخل حيز التنفيذ في فرنسا بتاريخ 2009/12/17. وهذا التنظيم الأوروبي يحدد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي أبرمت بعد ذلك التاريخ.

بدراسة أحكام اتفاقية «روما» لسنة 1980 والتنظيم الأوروبي «روما 1»، وبتطبيقها على عقود إيجار السفن، نجد أن المشرع الأوروبي قد ميّز بين صور مشارطات الإيجار من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك على النحو الآتي:

أولاً- عقد إيجار السفينة غير المجهزة وعقد إيجار السفينة لفترة زمنية:

فيما يتعلق بعقد إيجار السفينة لفترة زمنية وعقد إيجار السفينة غير المجهزة، فقد أخضعها المشرع الأوروبي للقاعدة العامة الواردة في الفقرتين الأولى والثانية من المادة (4) من الاتفاقية⁽¹⁰⁴⁾، ففي حالة غياب اختيار الأطراف لقانون العقد صراحةً أو ضمناً تضع الفقرة الأولى من المادة (4) من الاتفاقية مبدأً عاماً يقضي بتطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد الدولي، والملاحظ أن النص الأوروبي لم يبتعد كثيراً عن التوجه القضائي والفقهية، الذي تمت الإشارة إليه في الفرع الأول من هذا البحث، من حيث المبدأ، في تركيز العلاقة في مكان معين، ولكن الاختلاف يظهر في مضمون عملية التركيز الموضوعي للعقد، بحيث يعتمد التركيز هنا على الطبيعة الذاتية للعقد نفسه، وبصرف النظر عن ظروف وملابسات التعاقد الخارجية.

ولذلك جاءت الفقرة الثانية من المادة (4) من الاتفاقية لتضع قرينة بسيطة موجهة للقاضي يمكن من خلالها إسناد العقد إلى القانون الأكثر ارتباطاً به، وهو قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد، ما لم يتبين أن هنالك قانوناً آخر أكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقدية، وإذا تعلق الأمر بشركة، أو بأي شخص معنوي آخر، وأبرم العقد في ظل ممارسته لنشاطه المهني، فإن الأداء المميز يعد متحققاً في الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيس، وإذا تم الأداء المميز من قبل مؤسسة فرعية فإن قانون مكان إقامة تلك المؤسسة هو الواجب التطبيق على العقد.

(104) P. Bonassies et Ch. Scapel, Droit maritime, LGDJ, 2006, n° 755, p. 488.

وقد عرّف الفقهة⁽¹⁰⁵⁾ الأداء المميز بأنه ذلك الأداء الرئيس والجوهري الذي يُميّز العقد عن غيره من العقود، وهو أيضاً الأداء الذي يقابله دفع مبلغ نقدي، فيكون صاحب ذلك الأداء هو المدين به، وبالتالي يكون قانون مكان إقامته هو الواجب التطبيق.

وإذا طبقنا ذلك النص على عقود إيجار السفن، فإنه يظهر أن صاحب الأداء المميز في هذا العقد هو مؤجر السفينة الذي يلتزم بتسليم سفينة صالحة للملاحة البحرية للمستأجر؛ وبالتالي يكون قانون مكان إقامته المعتادة، إن كان شخصاً طبيعياً، أما في حالة الشخص المعنوي فإن قانون مكان وجود مؤسسته الرئيسي هو القانون الواجب التطبيق على عقد إيجار السفينة لفترة زمنية أو عقد إيجار السفينة غير المجهزة، وهذا طبعاً بشرط عدم وجود قانون آخر أكثر ارتباطاً بالعقد.

فالمؤجر في عقد إيجار السفن غالباً ما يكون نشاطه منظماً في إطار مؤسسي ومهني، وفي مكان إقامة هذا المتعاقد تتركز آثار العقد الاقتصادية والاجتماعية، وفي كثير من الحالات يكون هذا المكان هو مكان إبرام العقد، وبالتالي فإن المستأجر يسعى إلى موطن المؤجر من أجل إبرام العقد، وهذا يحترم توقعات الأطراف المشروعة، ويؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد من خلال الأخذ بالحسبان العناصر الأساسية من طبيعة العقد ذاته.

وهذا ما تبناه التنظيم الأوروبي «روما I» في الفقرة 1/ب من المادة (4) حين قررت بأن عقود تقديم الخدمات تخضع لقانون مكان الإقامة المعتادة لمزود الخدمة، إذ إن أغلب الفقه الفرنسي يميل إلى اعتبار عقود إيجار السفن تدخل تحت طائفة عقود تزويد الخدمات، ويعد المؤجر هو من يقع على عاتقه تقديم تلك الخدمات في السفينة⁽¹⁰⁶⁾، وكذلك فإن نص الفقرة الثانية من نفس المادة يقرر خضوع العقود التي لم يضع لها المشرع الأوروبي قاعدة إسناد في الفقرة الأولى من المادة (4) من تنظيم «روما I» لقانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد.

ثانياً- عقد إيجار السفينة لرحلة بحرية:

أما فيما يتعلق بعقد الإيجار لرحلة بحرية، فإن المشرع الأوروبي قد أخرج من نطاق تطبيق القرينة السابقة، وأدخله في نطاق تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة التي وضعها لعقود نقل البضائع الواردة في الفقرة الرابعة من المادة (4) من الاتفاقية، فموجب هذه

(105) H. Gaudement-Tallon, Convention du Rome du 19 Juin 1980 et Règlement Rome I du 17 Juin 2008, Juris Classer Droit international, Fasc. 552-15, 2009. M.-E. Ancel, La prestation caractéristique du contrat, Economica, 2002, p. 394.

(106) J.-P. Beurrier, R. Rezenhél et P. Chaumette, Droits maritimes, Dalloz 2014, p. 458.

الفقرة، يكون القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد هو قانون الدولة التي تقع فيها المؤسسة الرئيسية للناقل وقت إبرام العقد، والتي يقع فيها أيضاً الشحن أو التفريغ أو المؤسسة الرئيسية لمرسل البضاعة، وفي نهاية الفقرة تحدد نطاق تطبيقها في إطار عقود نقل البضائع وعقود استئجار السفن لرحلة واحدة، أو العقود الأخرى التي يكون محلها بصفة أساسية تحقق نقل البضائع، وهذا بشرط عدم وجود قانون آخر أكثر ارتباطاً بالعقد.

وبالتالي، فإن عقد إيجار السفينة في هذه الحالة يخضع لقانون مكان وجود المؤسسة الرئيسية للمؤجر الذي يأخذ صفة الناقل في هذا النوع من المشاركات، ولكن يجب أن يكون ذلك المكان هو أيضاً مكان الشحن أو مكان التفريغ أو مكان المؤسسة الرئيسية لمرسل البضاعة، وهو في هذا العقد مستأجر السفينة، فالملاحظ أن المشرع الأوروبي لا يعتبر قانون مكان إقامة الناقل (أو المؤجر في عقد إيجار السفينة لرحلة واحدة) كافياً وحده ليكون هو القانون الأكثر ارتباطاً بهذه العقود، إذ لا يكون في كثير من الحالات على ارتباط موضوعي بالعقد⁽¹⁰⁷⁾، وإنما لا بد من أن تجتمع إلى جانبه عدة عناصر تركيزية أخرى ليكون هو القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة، كأن يكون ذلك المكان هو أيضاً مكان شحن البضاعة أو تفريغها أو مكان إقامة مرسلها.

وتثير هذه القاعدة الخاصة الواردة في الفقرة الرابعة العديد من الصعوبات في التطبيق، فالنص صريح بشأن تطبيق الحكم الوارد فيه على عقد إيجار السفينة لرحلة واحدة، فقد يقع الخلط بتطبيقه على عقد النقل البحري الذي يبرمه المستأجر مع الغير وذلك لوجود التشابه بينهما⁽¹⁰⁸⁾، بحيث لا يلتزم فقط بتمكين المستأجر من الانتفاع بالسفينة، وإنما القيام بعملية النقل، فهو الذي يلتزم باستلام البضاعة ونقلها وتسليمها إلى المرسل إليه في ميناء الوصول، فكان من المنطقي تطبيق هذه القاعدة السابقة على عقد إيجار السفينة لرحلة واحدة، ولكن يكتنف الغموض ما ورد في نهاية الفقرة الرابعة، والمتعلق بتطبيق ذلك القانون على العقود الأخرى التي يكون محلها أو موضوعها بصفة أساسية تحقق نقل البضائع، فهل يشمل ذلك صور مشاركات الإيجار الأخرى غير مشاركة الإيجار لرحلة واحدة؟

أجابت محكمة العدل الأوروبية على هذا التساؤل بأنه يجب تفسير النص الوارد في الفقرة الرابعة من المادة (4) من الاتفاقية على النحو التالي: «لا يطبق ضابط الإسناد الوارد في هذه الفقرة على صور عقود إيجار السفن الأخرى غير مشاركات الإيجار لرحلة واحدة إلا إذا كان الهدف أو الموضوع الأساس من العقد ليس فقط وضع سفينة معينة تحت

(107) C. Legros, op. cit., n 61.

(108) أميرة صدقي، الموجز في القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 253.

تصرف المستأجر وإنما نقل البضاعة بشكل أساسي»⁽¹⁰⁹⁾. وبالتالي يجب على القاضي أن يقوم بتحليل العلاقة التعاقدية المعروضة أمامه، ومن ثم ينظر في الالتزامات الملقاة على عاتق المدين بالأداء المميز (المؤجر) ليحدد الموضوع أو الالتزام الرئيس في العقد، وذلك بناء على المعيار الذي وضعته الاتفاقية والمحكمة الأوروبية⁽¹¹⁰⁾.

في الحقيقة، يصعب القول باعتبار الالتزام الرئيس على المؤجر في تلك الصور الأخرى لعقد إيجار السفن هو نقل البضاعة، وحتى إذا افترضنا ذلك فإن النص السابق يثير صعوبات في التطبيق العملي، إذ يشترط لتطبيق هذا القانون، بالإضافة إلى التحقق من المحل الأساس من العقد، أن تجتمع عدة نقاط التقاء أخرى لصالحه، وهو ما يندر حدوثه في العلاقات البحرية.

ففي كثير من الحالات، يصعب في عقود مشاركات الإيجار الأخرى معرفة أو تحديد أماكن شحن البضاعة أو تفريغها أو حتى مكان مرسل البضاعة، كذلك الأمر فإن هذه الأماكن قد تختلف وتتغير خلال فترة نقل البضاعة، وقد يوجد أكثر من مرسل يتوطنون أو يقيمون في أكثر من بلد، وبالتالي سيؤدي ذلك إلى تعدد واختلاف في القوانين الواجبة التطبيق على نفس العقد، مما سيضر بمبدأ الأمان القانوني لدى الأطراف، وكل ذلك في المحصلة سيؤدي إلى القول بأنه من الصعوبة، وفي كثير من الحالات، أن تجتمع تلك الأماكن في دولة واحدة، مما يعني صعوبة إعمال النص الوارد في تلك الفقرة، وعندها يجب على القاضي أن يعود إلى القاعدة العامة الموجودة في الفقرة الأولى من المادة (4) من الاتفاقية وهي البحث عن القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد.

نتيجة لتلك الانتقادات التي وجهت إلى قاعدة الإسناد الخاصة بعقود النقل، دعا العديد من الفقهاء الفرنسيين إلى المطالبة بحذفها⁽¹¹¹⁾، وهذا ما كان واضحاً في الأعمال التحضيرية لتنظيم «روما I»، حيث كان الهاجس هو تطبيق قانون افتراضي ليس له صلة موضوعية بالعقد، والذي قد ينتج عن تطبيق النص الوارد في القاعدة العامة في الفقرة 1 و2 من المادة (4) من الاتفاقية. ومن أجل الوصول إلى حل أكثر واقعية، قرر واضعو التنظيم

(109) CJCE, 6 oct. 2009, aff.C-133/08, JDI 2010, p. 183, note C. Légers, D., 2010, numéro 4, p. 236, note F. Jault-Seske, Revue des contrats, 2010, numéro 4, p. 701, note P. Deumier, J. B. Racine et E. Treppoz.

(110) L. Gard, Loi applicable au contrat de transport international de marchandise en Europe: première (et/ ou dernière?) interprétation par la Cour de Justice des Communautés européennes de la Convention de Rome, Rev. de droit des transports, 2009, p. 210.

(111) A. Kassis, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, LGDJ 1993, p. 332. V. Heuzé, La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes, GLN éd, 1990, p. 297.

الأوروبي «روما 1» إعادة صياغة النص السابق في الاتفاقية بما يحقق بشكل أكبر الأمان القانوني في العلاقات التعاقدية.

ولذلك قررت المادة (5) من التشريع الأوروبي «روما 1» أن القانون المطبق على عقد النقل، وكذلك عقد إيجار السفينة لرحلة واحدة، هو قانون مكان الإقامة المعتادة للناقل/ المؤجر وقت إبرام العقد، ولكن بشرط أن يكون ذلك المكان هو أيضاً مكان شحن البضاعة أو مكان تسليمها أو مكان الإقامة المعتادة لمرسلها، وإذا لم يتحقق ذلك الشرط فيكون قانون مكان تسليم البضاعة المتفق عليه هو الواجب التطبيق.

والملاحظ هنا، أن المشرع الأوروبي استبدل مكان التفريغ بمكان تسليم البضاعة للمرسل إليه، ويلاحظ أنه أوجد حلاً واضحاً في حالة عدم تحقق شرط الالتقاء بين الأماكن المختلفة في عملية النقل، وذلك عندما أخضع العقد في هذه الحالة لقانون مكان تسليم البضاعة إلى المرسل إليه المتفق عليه وقت إبرام العقد، ويؤيد جانب من الفقه الفرنسي هذا الحل باعتباره يراعي بشكل أكبر مبدأ الأمان القانوني واحترام توقعات الأطراف المشروعة، وذلك عن طريق التحديد المسبق لقانون العقد في هذه الحالة⁽¹¹²⁾، نضيف إلى ذلك، أن هذا المكان يكون معلوماً للأطراف في أغلب الحالات.

ويعتبر الفقه أن مكان التسليم له دلالة قانونية أقوى من مكان التفريغ⁽¹¹³⁾، فمكان تسليم البضاعة مصطلح قانوني يشير في كثير من الأحيان إلى قانون مكان تنفيذ العقد، ولا يخفى على أحد القيمة القانونية التي يتمتع بها ضابط مكان تنفيذ العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق، ومدى ارتباطه بالعقد بالمقارنة مع غيره من نقاط الالتقاء أو ضوابط الإسناد الأخرى؛ إذ يعد هو مكان تنفيذ الأداء المميز في العقد ومكان تحقق آثار العقد الاجتماعية والاقتصادية⁽¹¹⁴⁾.

ولكن هذا الحل السابق لم يسلم أيضاً من النقد، فتطبيق قانون مكان التسليم يثير العديد من الإشكاليات⁽¹¹⁵⁾، فمثلاً في حالة عدم الاتفاق على هذا المكان في مشاركة الإيجار فما هو القانون الواجب تطبيقه؟ إضافة إلى ذلك، فإن هناك احتمال بعدم العلم المسبق ابتداءً

(112) C. Legros, Commerce maritime, JCI Transport, Fasc. 1262, 2009, n 66.

(113) يميز الفقه بين عملية التفريغ وعملية التسليم: حيث إن التسليم هو تصرف قانوني، أما التفريغ فهو واقعة مادية. والتسليم يتكون من عمليتين: الأولى تقديم البضاعة للمرسل إليه، والثانية التحقق منها وفحصها. أحمد حسني، عقود إيجار السفن، مرجع سابق، ص 203.

(114) Ph. Delebecque, « Le nouveau droit des transports », in Mel. J. Beguin, Litec 2009, p. 269., H. Batifol, Les conflits de lois en matière de contrats, Sirey, Paris, 1938, p. 247.

(115) H. Gaudemet- Tallon, op. cit., n° 59.

لدى المتعاقدين بمكان التسليم أو مكان التنفيذ، وأيضاً ما هو الحل فيما لو تم التسليم في مكان آخر غير المكان المتفق عليه؟ إذ يصبح عندها مكان التسليم المتفق عليه دون صلة حقيقية بالعلاقة، نضيف إلى ذلك، أنه قد تتعدد أماكن التسليم فما هو القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة؟

لا شك أن كل تلك التساؤلات ستؤثر سلباً في توقعات الأطراف المشروعة، وبالتالي على مبدأ الأمان والاستقرار القانوني للعلاقات الخاصة الدولية، مما سيؤدي بالقاضي في كثير من الحالات إلى صعوبة تحديد قانون العقد بموجب هذه المادة؛ مما سيؤدي بالنتيجة إلى العودة للقاعدة العامة وهي البحث عن القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة، والذي قد يكون مكان الإقامة المعتادة للمؤجر وقت إبرام العقد⁽¹¹⁶⁾.

(116) Ch. Sylvaine, op. cit., p. 30.

الخاتمة:

تعد عقود إيجار السفن من أكثر عقود التجارة البحرية إثارة لتنازع القوانين، وذلك لاحتوائها - في الأغلب - على عدة عناصر أجنبية، مما يثير مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وقد تبدو هذه المسألة في الظاهر خالية من أي صعوبات في تحديد قانون العقد، خصوصاً أن القواعد التي تبناها المشرع الأردني، وغيره من التشريعات العربية، قد وضعت قواعد إسناد عامة تطبق على كافة العقود بغض النظر عن طبيعتها وخصائصها، ومن ضمنها عقد إيجار السفن، ولكن ومن خلال التعمق وتحليل تلك القواعد تبدو المسألة بحاجة إلى إعادة نظر من قبل المشرعين لاسيما ما يتعلق بعقود إيجار السفن، فيخضع قانون عقد إيجار السفينة للقانون الذي اختاره الأطراف صراحةً أو ضمناً، وتطبيق قانون الإرادة في هذه الحالة يتفق مع طبيعة العقد الذي يقوم على مبدأ الحرية التعاقدية في تكوينه وترتيب التزاماته، وهو من جانب آخر يحقق مصالح التجارة الدولية، ويحترم توقعات الأطراف المشروعة.

ولكن خصوصية القانون البحري فرضت التوسع في نطاق مضمون القانون المختار، وذلك من خلال قبول شرط "بارامونت" في عقد إيجار السفن، والذي يرجع فيه الأطراف إلى قواعد المعاهدات الدولية ذات العلاقة لتحكم عقدهم. وفي حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد، وضع المشرع مجموعة قواعد إسناد احتياطية تقليدية تطبق على العقد في هذه الحالة، فافترض المشرع أن العلاقة التعاقدية ترتبط بشكل وثيق بقانون دولة الموطن المشترك للطرفين أو في دولة مكان إبرام العقد.

ولكن ثبت عدم ملاءمة هذه الضوابط لحكم العقود الدولية بشكل عام وعقود إيجار السفن بشكل خاص، فالموطن المشترك يتعذر تحققه في الكثير من عقود التجارة الدولية ومكان الإبرام كثيراً ما يكون عارضاً، وبالتالي لا يمثل الصلة التركيزية الكافية بالعقد. وقد يعد ضابط علم السفينة من العناصر المهمة في تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقات القانون البحري، ولكنه ليس حاسماً في ميدان عقود إيجار السفن؛ وذلك لانتفاء الرابطة التركيزية بينه وبين العقد في كثير من الحالات، فلا يتم اللجوء إليه إلا إذا اجتمعت إلى جانبه عناصر تركيزية أخرى، كمكان الشحن أو التفريغ أو مكان إقامة أحد الأطراف أو مكان الإبرام...، ولذلك وجدنا أن معظم التشريعات المقارنة الحديثة قد هجرت هذا الضابط وهو ما فعله القضاء أيضاً.

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد إيجار السفن يجب أن يتم من خلال جوهر العلاقة التعاقدية نفسها، وليس من خلال العناصر المادية الخارجية عن تلك العلاقة،

فيجب أن يستمد القانون من الأداء المميز في العقد، وهو هنا التزام المؤجر بوضع سفينة صالحة للملاحة البحرية تحت تصرف المستأجر، فيكون قانون مكان الإقامة المعتاد لهذا المدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد هو الذي تتحقق به آثار العقد الاقتصادية والاجتماعية، ومن ثم، يكون هو الأكثر ارتباطاً بالعقد من غيره من القوانين المتصلة بالعلاقة، وهذا ما تبنته معظم التشريعات القانونية الحديثة.

ولذا، نتمنى على المشرع الوطني أن يتبنى معايير أكثر مرونة لتتماشى مع التطورات الحديثة، التي حدثت في ميدان تنازع القوانين في العقود الدولية، والتي تنوعت وتعددت صورها بشكل ملحوظ بسبب التطور الهائل في مجال التجارة الدولية بشكل عام، وفي العلاقات البحرية بشكل خاص.

إضافة إلى ذلك، ندعو المشرع الأردني كونه في طور بحث مشروع تعديل قانون التجارة البحرية إلى التخلي عن ضابط الإسناد الذي اقترحه لجنة إعداد المشروع والمتمثل بعلم السفينة، نظراً للانتقادات التي وجهت إليه، إضافة إلى هجر هذا الضابط من قبل مؤسسيه منذ زمن بعيد، ولا بد من ضرورة تبني قواعد موضوعية تطبق مباشرة على عقود إيجار السفن، أياً كان مصدرها، كالأعراف التجارية الدولية المتمثلة بمبادئ التجارة الدولية، وكذلك إبرام اتفاقيات دولية بشأن تنظيم مشارطات الإيجار على غرار عقود النقل التي تتم بواسطة سندات الشحن، الذي سيساعد بدوره على توحيد الحلول والتخفيف من الصعوبات التي تواجه القاضي في البحث عن القانون الواجب تطبيقه على عقد إيجار السفن فيما لو لجأ إلى منهج قواعد التنازع التقليدي.

وكما هو معلوم، فإن هذه المبادئ والقواعد الموضوعية لعبت دوراً كبيراً في إنشاء وظهور العديد من العلاقات التجارية الدولية، خاصة في ميدان العلاقات البحرية ومنها عقود إيجار السفن، ومما لا يدع مجالاً للشك، فإن هذه القواعد الموضوعية التي وضعت أصلاً لحكم العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي ستكون أكثر ملاءمة لحكم العقود الدولية من تطبيق قواعد القانون الوطني الداخلي الذي أشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيقه.

المراجع:

أولاً- باللغة العربية:

- إبراهيم أبو شويمة، مشارطات إيجار السفن في التشريع الأردني: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2014.
- أحمد السمدان، تنازع القوانين في الإنقاذ البحري، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 2، لسنة 1987.
- أحمد عبد الكريم سلامة،
- قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- أحمد محمود حسني، عقود إيجار السفن- مشارطات الإيجار، ط2، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 2008.
- أميرة صدقي، الموجز في القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
- أمين دواس وآخرون، شرح مبادئ ليندروا لعقود التجارة الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- جابر جاد عبدالرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
- زهير عباس وحلو أبو حلو، الوجيز في شرح القانون التجاري الأردني، الجزء الأول، مكتبة الفجر، إربد، الأردن، 2013.
- هشام صادق،
- نطاق تطبيق القانون البحري الجديد في مسائل نقل البضائع واتفاقات التحكيم المتعلقة بها: دراسة تحليلية في المبادئ العامة لتنازع القوانين وأحكام كل من معاهدتي بروكسل لسنة 1924 ونيويورك لسنة 1958، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، العدد 45، لسنة 1989، القاهرة.
- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1995.
- هشام خالد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011.
- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين، منشورات دار الحلبي، بيروت، 2002.

- طرح البحور فرج، تدويل العقد: دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 1980، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 2000.
- مجيد حميد العنكي، مشارطات إيجار السفن، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، المجلدان الأول والثاني، بغداد، 1984.
- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط3، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2016.
- محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 1995.
- نجلاء خليفة، نطاق تطبيق قانون عَلم السفينة في ضوء مشكلة تنازع القوانين، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، الإسكندرية، 1999.
- عباس خالد، أحكام استئجار السفن في التشريع البحري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة وهران، الجزائر، 2012.
- عبدالفضيل أحمد، القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم البحري الدولي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد 57 لسنة 2015، جامعة المنصورة، مصر.
- عبدالقادر العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية: دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.
- عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص - الجزء الثاني، ط9، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، 1986.
- عكاشة محمد عبد العال،
- قانون العمليات المصرفية الدولية، الدار الجامعية، بيروت، 1993.
- تنازع القوانين: دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.
- علي جمال الدين عوض، دراسات في مشارطات إيجار السفن، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، مجلد 40، عدد 1، لسنة 1970.
- عمار حميد الخالدي، تنازع القوانين في الامتيازات البحرية، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013.

- صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات الإيجار، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1980.
- خالد عبدالفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- خليل إبراهيم خليل، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.

ثانياً - باللغة الأجنبية:

- A. Kassis, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, LGDJ 1993.
- A. Pillet, Traite pratique de droit international prive, t. II, 1924.
- B. Goldman, La Lex mercatoria dans les contrats et l arbitrage international, réalités et perspectives, JDI 1979.
- Cecile Legros, Commerce maritime, JCI Transport, Fasc. 1262, 2009.
- Ch. Sylvaine, La clause Paramount: aspects de droit international prive, Gazette du palais, 2006, n 2017.
- Estelle Fohrer-Dedeurwaerder, Qualification en droit international privé, JCI Droit international, Fasc. 531, 2015.
- F. N. Guerra, Le conflit de lois en droit des transports de marchandises par mer, Thèse de doctorat, Université de Bourgogne, France, 2013.
- G. Gidel, Le droit international public de la mer, t. 2., Sirey, 1932.
- H. Batiffol, Les conflits de lois en matière de contrats, Sirey, Paris, 1938.
- H. Gaudemet- Tallon, Convention de Rome du 19 Juin 1980 et Règlement Rome I du 17 Juin 2008, JCI Europe, Fasc. 3201, 2009, n 59
- H. Gaudemet-Tallon, Le nouveau droit international privé européen des contrats, commentaires de la Convention CEE n 80-934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte a la signature a Rome le 19 Juin 1980, RTD eur1981..
- J.-P Beurier, R. Rezenthel et P. chaumette, Droits maritimes, Dalloz 2014.

- L. Gard, Loi applicable au contrat de transport international de marchandise en Europe: première (et/ ou dernière?) interprétation par la Cour de Justice des Communautés européennes de la Convention de Rome, Rev. de droit des transports, 2009.
- M.-E. Ancel, La prestation caractéristique du contrat, Economica, 2002.
- O. Kahan-Freud, La nation anglaise de la propre law of contract devant les juges et les arbitres Rev., crit. DIP 1973.
- P. Bonassies et Ch. Scapel, Droit maritime, LGDJ, 2006.
- P. Bonassies, La loi du pavillon et les conflits de droit maritime, Recueil des cours, t. 128, 1969.
- P. Chaumette, Le marin entre le navire et sa résidence, Rev. crit. DIP, 2006.
- Ph. Delebecque, (Le nouveau droit des transports), in Mel. J. Beguin, Litec, 2009.
- Ph. Francescakis, conflit de lois, principes généraux, Rep. dr. int. Dalloz, T.I, 1968.
- S. M. Carbone, Conflits de lois en droit maritime, Recueil des cours, T. 340, 2010.
- S. M. Carbone, La réglementation du transport et du trafic maritimes dans le développement de la pratique internationale, Recueil de cours, T. 166, 1980.
- V. Heuzé, La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes, GLN édition, 1990.
- W. Tetly, International conflict of laws: Common, Civil and Maritime, ed., Yvon Balis, Quebec 1995.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
483	الملخص
484	المقدمة
489	المبحث الأول - أثر الطبيعة القانونية لعقود إيجار السفن في اختيار قانون العقد
489	المطلب الأول - الطبيعة القانونية لعقود إيجار السفينة
490	الفرع الأول - تكييف العلاقة التعاقدية
495	الفرع الثاني - طبيعة القواعد القانونية الناظمة لعقد إيجار السفن
497	المطلب الثاني - اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف
498	الفرع الأول - الاختيار الصريح لقانون العقد
502	الفرع الثاني - الاختيار الضمني لقانون العقد
505	المبحث الثاني - الإسناد الموضوعي لعقد إيجار السفينة
505	المطلب الأول - ضوابط الإسناد التقليدية
506	الفرع الأول - قانون الموطن المشترك للطرفين
508	الفرع الثاني - قانون مكان الإبرام
510	المطلب الثاني - ضوابط إسناد مستمدة من طبيعة العلاقة البحرية
510	الفرع الأول - قانون عَلم السفينة
515	الفرع الثاني - قانون مكان الإقامة المعتادة لمؤجر السفينة
516	أولاً - عقد إيجار السفينة غير المجهزة وعقد إيجار السفينة لفترة زمنية
517	ثانياً - عقد إيجار السفينة لرحلة بحرية
522	الخاتمة
524	المراجع

الملخصات العربية للأبحاث الإنجليزية

العدالة التصالحية: هل حان الوقت لتأسيس مضماتها الواسع في نطاق العدالة الجنائية

د. أحمد هياجنه* وأ.د. مؤيد القضاة**

الملخص:

يسعى هذا المقال لإعادة صياغة مفهوم العدالة التصالحية كنموذج جديد في حل الدعاوى الجنائية. وعلى الرغم من أن هذا النموذج قد تم بناؤه على أسس صلبة ومقنعة، إلا أنه مازال على المحك، وانتهى به المطاف لدى بعض الفقه الغربي إلى حالة تضاد مع نظام العدالة الجنائية التقليدية، الذي يتحكم، حتى الآن، بمنظومة العدالة الجنائية، ونجد له قبولاً وصدى لدى الجمهور.

ويلاحظ البحث أن هذا التضاد مربك ليس أكثر، ومن ثم فإننا نخلص إلى إقامة الحجة على أن نظام العدالة التصالحية متحرر مما كان راسخاً لدى الفقه الغربي باتفاقه التام مع العدالة العقابية التقليدية، وخاصة فيما يتعلق بنظريتي الجزاء والنفعية. وفي التطبيق العملي يلاحظ أن هناك تقدماً ملموساً نحو تبني نسبي لهذا النموذج من العدالة، وهو أمر يعود إلى أن الأنظمة القانونية في العالم - ولأسباب فلسفية - مازالت مترددة في بدء تأسيس مضماتها الخاص على الرغم من أساسه النظري الصلب.

كلمات دالة: العدالة التصالحية، العدالة العقابية، نظرية التمكين، العدالة الجنائية، العقوبة العادلة، علم الضحية.

* أستاذ القانون الجنائي المشارك، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، وكلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات.

** أستاذ القانون الجنائي، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن.

تحليل استكشافي لقانون التحكيم في البحرين: خطوة هامة نحو الليبرالية

د. قيس خليل سلام المعاينة*

الملخص:

يعتبر «التحكيم» في الوقت الحالي شكلاً فعالاً من أشكال تسوية المنازعات البديلة بموجب القانون الدولي. ولدى دول مجلس التعاون الخليجي آليات عديدة من أجل توفير التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التجارية، غير أن البحرين وحدها بذلت جهوداً لجعل نظام التحكيم الخاص بها متوافقاً مع قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، حيث يعد القانون رقم 2015/9 أحدث التشريعات التي من شأنها أن تحسن بشكل كبير نظام التحكيم في البحرين.

وتهدف هذه الدراسة إلى تحليل وتقويم قانون التحكيم البحريني رقم 2015/9، وذلك من أجل التحقق من فعاليته، وتحديد المجالات التي تحتاج إلى تحسين، لكي تجعل التحكيم أكثر فعالية في البلاد وبالتالي تنفيذ أفضل الممارسات المتعلقة بممارسات التحكيم الدولي في البحرين، لتحقيق أعلى مستويات النجاح.

وقد أجريت دراسة نوعية استكشافية لدراسة القانون بالرجوع إلى موارد البحوث المتعلقة بالتحكيم والأطر القانونية الدولية، وتظهر نتائج الدراسة أن القانون الجديد سيكون مفيداً، حيث إن المستثمرين الأجانب يتمتعون بالحماية، إذ يمكنهم الرجوع إلى القانون من خلال تعيين ممثلين قانونيين ليس لديهم ترخيص، أو تسجيل للعمل في البحرين للتحكيم التجاري الدولي.

وبناء على ذلك، فإن الفوائد المتحققة من هذا القانون، هي أن المستشار القانوني المفضل للمستثمرين الأجانب، يمكن أن يشارك في مثل هذه الإجراءات، كما أن المحكمين سيكونون في مأمن من المسؤولية التي تحدث بسبب الإجراءات والقرارات المتخذة أثناء إجراءات التحكيم.

كلمات الدالة: تسوية المنازعات، قانون الأونسترال النموذجي، ممارسة التحكيم الدولي، قانون تحكيم البحرين رقم 2015/9، المنازعات التجارية.

* أستاذ القانون التجاري المساعد، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين.

نشوء الركن المعنوي للجريمة في النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني

د. خالد صالح الشمري*

الملخص:

يناقش هذا البحث التطور التاريخي للركن المعنوي للجريمة في النظام القانوني اللاتيني والنظام القانوني الأنجلوسكسوني، وهو أمر ذو أهمية كبرى لأنه يساعد في معرفة الدور الأساسي الذي يقوم به هذا الركن في تحقيق العدالة الجنائية؛ إذ إن ظهور الركن المعنوي للجريمة ساهم بشكل كبير في تطوير المسؤولية الجنائية بشكل أدى لتحولها إلى مفهوم قانوني أكثر صلابة مما كانت عليه قبل ذلك.

ففي النظام الأنجلوسكسوني، بدأ الركن المعنوي تحت إطار ديني ثم تحوّل بعد ذلك إلى الإطار القانوني عن طريق النص عليه في التشريعات الجنائية المختلفة، وتم الاستناد إليه من قبل المحاكم الجنائية في عملية تحديد العقوبة المقررة لمرتبكي الجرائم المختلفة. وبعد ظهور فكرة الركن المعنوي ساهم القضاء الأنجلوسكسوني في تطوير هذا الركن عن طريق استحداث صور متعددة له ساهمت في تعدد الجرائم والعقوبات.

ويعود السبب الرئيسي لقيام القضاء بهذا الدور الفعّال في تطوير الركن المعنوي إلى فلسفة القانون الأنجلوسكسوني الذي اعتمد في بداياته على أحكام القضاء باعتبارها المصدر الأساسي للقواعد القانونية. وعلى الجانب الآخر، وتحديدًا في النظام القانوني اللاتيني، ظهر الركن المعنوي في البدايات عن طريق النص عليه في ما يسمى بالألواح الأثني عشر والتي شكلت حجر الأساس للقانون الروماني. وعليه، نلاحظ بأن الركن المعنوي في النظام اللاتيني كان مصدره التشريعات القانونية المكتوبة وليس أحكام القضاء كما هو الحال في النظام الأنجلوسكسوني، وهذا الأمر ساهم في جمود فكرة الركن المعنوي وبقائها لفترة طويلة دون تغيير حقيقي فيما يتعلق بصوره المختلفة. ولعل هذا هو الأمر الذي دفع التشريعات اللاتينية - مثل فرنسا، مصر وقطر - إلى وقتنا الحالي للنص على صورتين فقط للركن المعنوي هما: القصد الجنائي والخطأ غير العمدي.

كلمات الدالة:

الركن المعنوي، النظام اللاتيني، النظام الأنجلوسكسوني، القصد الجنائي، الخطأ غير العمدي، القصد الاحتمالي.

* أستاذ القانون الجنائي المساعد، كلية القانون، جامعة قطر.

