

الضمانات الدستورية لحماية البيئة دراسة مقارنة

دكتورة

ميادة عبد القادر

مدرس بقسم القانون العام

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

مقدمة عامة:

يُقصد بالحماية الدستورية في مجال حماية البيئة على حد تعبير د/ إسماعيل نجم الدين: "المنهج المتبع في تقرير حق الإنسان في بيئة سليمة وصحية، وطريقة تكريسه في الدستور على نحو صريح أو ضمني يحتاج إلى استنتاجه من أجل الوصول إلى تقريره" (1). فالأمر إذا يتعلق بالاعتراف بالحق في البيئة عند مستوى الحماية المحدد بنص تشريعي أساسي.

فالحماية الدستورية هي الاستيثاق من توافر الضمانات المقررة دستورياً بشأن مبدأ دستوري ما أو حق من الحقوق الدستورية، كما هي فرض احترام المبادئ والقواعد الدستورية على كافة أجهزة وسلطات الدولة وكفالة تطبيقها بالكلية، أو هي الآليات المقررة دستورياً لكفالة ممارسة الحقوق والحريات واحترام الدستور والتوفيق بين السلطة والحريات أو العمل على تكاملهما ضماناً لقيام الدولة القانونية.

والحماية الدستورية تجذب كل وسائل الحماية المشروعة قانوناً للدفاع عن الحقوق والحريات، فالحماية القانونية تنتظم في فلك الحماية الدستورية وتصطف في مسارها، والحماية الدستورية لا يجب أن تقف عند مجرد الإقرار الدستوري للحق أو الحرية، ولو حتى مضافاً إليه رقابة الدستورية، فالواقع ينبئ عن حمل لواء التنظير الشرفي للمبادئ الدستورية، ولكن تشعب أركان الدولة وتحقيق كافة مستويات أنظمتها باحترام هذه المبادئ وتفعيلها تطبيقاً وإحرازاً فهذا محض لحظات بين اليقظة والنمائم، فيعز على الدولة غياب التقديس الفعلي للدستور ومبادئه من أول المواطنين إلى آخرهم. كما أن الحماية الدستورية يجب أن تكون مهمة تكلف بها كافة أجهزة الدولة لكفالة الاحترام الكامل للإقرار

(1) انظر: د. إسماعيل نجم الدين زكنه، القانون الإداري- دراسة تحليلية مقارنة- منشورات الحلبي التوقعية، الطبعة 1، 2012م، ص125.

الدستوري، كما أن هذه الحماية تُكَلَّفُ بها وسائل الإعلام بما يحقق عنصر الوقاية اللازمة للحقوق والحريات.

فالتطرق إلى الحماية الدستورية للحق في البيئة يتناول فكرة الحماية على نطاق واسع، أي أنها تشمل: الغرض الوقائي، والحفاظ على البيئة، وكذا الإدارة الرشيدة للموارد الطبيعية، والقضاء على الإزعاج، وتعطيل نوعية الحياة البشرية، وهذا ما أكده جون لمارك "Jean Lamarque" من خلال عمله الرائد بعنوان "الحق في حماية الطبيعة والبيئة"⁽¹⁾. وكذا الكاتبة "Delphine Misonne" بقولها "نحن لا ندير البيئة فحسب، بل نحميها". فهذا المصطلح في حد ذاته "الحماية" هو تحديد حكم بقيمة، أي ضرورة وكيفية صون البيئة، فالحماية لا تعني الإدارة فقط بل تدل لغويًا على التزام مزدوج؛ إذ أن فكرة (1) الحماية لا تتفصل عن مصطلح الحفظ، وذلك بطريقة توجد التحول في المستقبل، فالحماية إذا هي الدافع عن طريق احتمال نقل الإرث على المدى الطويل للأجيال القادمة.

وعليه، تمثل مرحلة الحماية الدستورية للحق في البيئة مرحلة مهمة وأساسية فيما يتعلق بحمايته، سواء على مستوى التشريع أو على مستوى القضاء، فتدخل المشرع سيكون خاضعًا لقيد دستورية البيئة من منطلق كون حمايتها حقًا من حقوق المواطن، ليس فقط في مجال التشريعات البيئية مباشرة، وإنما أيضًا في مجال التشريعات الأخرى التي لها تأثير على البيئة مثل التشريعات الاقتصادية والصناعية والزراعية. فوجود سقف دستوري لحماية البيئة تحت إطار الحق سيكون ذا أثر على سلطة المشرع فيما يتعلق بعدم المساس به بالمخالفة للدستور.

ومن خلال ما تقدم، سوف نعرض للضمانات الدستورية للحق في البيئة في فرنسا ومصر على النحو التالي:

(1) Joel Andriantsimbasonina, Helene Gaudin, Jean Piere Marguenand, stephame Rials, Fredric Sudre, p. 295.

مبحث تمهيدي: حماية البيئة في الدساتير و تفعيلها في القوانين الداخلية
الفصل الأول: تقرير الحق في البيئة ومظاهره في ميثاق البيئة
الفرنسي.

الفصل الثاني: الضمانات الدستورية للحق في البيئة في مصر.
الفصل الثالث: الحقوق الدستورية المرتبطة بالحق في البيئة وتقييم
موقف الدستور المصري

مبحث تمهيدي

حماية البيئة في الدساتير وتفعيلها في القوانين الداخلية

مقدمة:

عنيت فروع القانون المختلفة بحماية البيئة إلى الحد الذي بات من المستحيل إدراجها ضمن فرع معين، فتعد حماية البيئة محل دراسة القوانين الدولية والمدنية والإدارية فمن الوجة الدولية، حظيت حماية البيئة باهتمام العديد من المنظمات الدولية والتي حرصت على إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية بوصف الحق في البيئة من حقوق الإنسان، كما اهتم القانون المدني بتعيين الإطار القانوني للحق في التعويض عن الأضرار البيئية التي تصيب الإنسان ومن الناحية الجنائية تعتبر المصادر القانونية لحماية البيئة من السياسة الجنائية التي ينتهجها المشرع⁽¹⁾ يتبع نصوصها من أجل الحفاظ على البيئة راميًا إلى حفظ أمن المجتمع ومستهدفًا مستقبل لأجيال القادمة صحيًا وغذائيًا وبيئيًا. ولا يقتصر دور المشرع على مجرد سن التشريع الجنائي البيئي، الذي يحدد من خلاله الجرائم البيئية والعقوبات المطبقة عليها، بل يتعدى دوره هذا

(1) عرّف الفقيه الألماني (فوير باخ) السياسة الجنائية بأنها: "مجموعة الإجراءات المتخذة من قبل الدولة ضد المجرم". راجع في هذا: (د/ محمد الرازقي- علم الإجرام والسياسة الجنائية- دار الكتاب الجديد- بيروت- ط2- سنة 1999م- ص121).

الإطار - أخذًا بالقواعد العامة المطبقة- بصياغة القواعد الإجرائية للقانون الجنائي، ورسم المنهج التنفيذي للقاضي الجنائي حال تطبيقه لقانون العقوبات⁽¹⁾.
أمّا من ناحية القانون الإداري فيتجلّى دور القانون الإداري في مجال حماية البيئة من خلال إبراز دور الدولة في وضع الضوابط والقواعد التي يحكم بها نشاط الأفراد في ممارسة أنشطتهم التي تؤثر على الحق في البيئة وذلك من خلال سلطات الضبط الإداري.

ويبقى القانون الدستوري في مكان الصدارة في القوانين الداخلية، ويضع المقومات الأساسية للمجتمع، ومن ثم اهتمامه بوضع مبادئ كفيلة بحماية البيئة أمر لا منتدح فيه لإعمال قواعد القانون الدولي لحماية البيئة ووضعها موضع التطبيق في القوانين الداخلية.

لذا، قسّمنا الدراسة في هذا المبحث التمهيدي إلى مطلبين وهما كالتالي:

المطلب الأول: حماية البيئة في النظم الدستورية.

المطلب الثاني: تفعيل النصوص الدستورية البيئية في القوانين الداخلية.

المطلب الأول

حماية البيئة في النظم الدستورية

لم تبق حماية القانون الدولي للبيئة الوسيلة القانونية الوحيدة التي لجأت إليها الدول من أجل مكافحة التلوث البيئي، فقد لجأت أكثر الدول إلى وضع تشريعات وقوانين ونظم داخلية تهدف إلى حماية الإنسان أو المواطن، وحماية البيئة وتوازنها.

وهذا الاهتمام بالبيئة في النظام القانوني الداخلي للدول لم يقتصر بدوره على فرع واحد من فروع القانون، بل أصبح موضوع حماية البيئة والحد من تلوثها وتحسينها من اختصاص أكثر الفروع القانونية الداخلية، وفي مقدمتها

(1) تختلف السياسة الجنائية بهذا المعنى عن فن صياغة التشريع الجنائي، الذي يوضح أفضل الأساليب التي يجب أن تُصاغ بها النصوص التشريعية الجنائية، وذلك بهدف ضمان حُسن تطبيقها، د/ أحمد فتحي سرور- أصول السياسة الجنائية- دار النهضة العربية- القاهرة- سنة 1972م- ص33).

القانون الدستوري، والذي عدّ حماية البيئة حقاً من حقوق الإنسان وأوجب احترامه وعدم الاعتداء عليه، وقد احتوت دساتير مجموعة كبيرة من الدول على هذا الحق.

كما إن للقانون الجنائي دوراً كبيراً في الحفاظ على البيئة من خلال تجريم أفعال تلحق بالبيئة أو أحد عناصرها أضراراً، وبالتالي معاقبة مرتكبي تلك الأفعال لזجر الفاعل وردع الآخرين.

وكذلك القانون المدني له دور في إيقاع المسؤولية المدنية على أعمال تهدر بالبيئة، وتقدير التعويض عنها، وهكذا دخل القانون الإداري وبقوة بواسطة نشاط الإدارة، المرفقي والضبطي، في مهام حماية البيئة وعناصرها.

لذا، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول، لدراسة حماية البيئة في الدساتير، ونتناول في الفرع الثاني، حماية البيئة في القوانين الداخلية.

الفرع الأول

الحماية الدستورية البيئية

فلا مرأ في أن الدستور يأتي على قمة التشريعات، وأن النصوص الدستورية تُعد حجر الزاوية في البنيان القانوني للدولة، وما عداها من القواعد القانونية يكون تالياً لها في المرتبة، ومن اللازم أن ينسجم معها نصاً وروحاً. ولهذا تتبوأ القواعد الدستورية مكاناً علياً بين سائر القواعد القانونية الأخرى؛ حيث يرتكز عليها النظام القانوني كاملاً، وجميع الأنشطة التي تمارسها الدولة تستمد منها شرعية وجودها، ولذا فلا غرو أن يكون الدستور هو القانون الأسمى في الدولة، وقواعده هي الأعلى بين القواعد القانونية (1).

(1) في ذات المعنى يُراجع:

د/ إسماعيل غزال، الدساتير والمؤسسات السياسية، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، 1996م، ص33- د/ غازي يوسف زريقي، مبدأ نمو الدستور (دراسة تطبيقية للدستور الأردني)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1990م، ص18.

وإزاء ذلك يُقصد من حماية الدستور للبيئة أو الأساس الدستوري في حماية البيئة، المنهج المتبع في تقرير حق الإنسان في بيئة سليمة وصحية وطريقة تكريسها في الدستور، على نحو صريح أو ضمني يحتاج إلى استنباط من أجل الوصول إلى تقريره⁽¹⁾.

وهناك محاولات لوضع تعريف لهذا الحق، منها ما ارتكز على المعيار الشخصي والذي يُعرف بأنه "الحق في تأمين وسط ملائم لحياة الإنسان والعيش بكرامة وفي ظروف تسمح بتنمية متناسقة لشخصيته أي توفير الحد الأدنى الضروري من نوعية البيئة التي يجب الدفاع عنها وتأمينها لكل فردي"⁽²⁾.

ومن المحاولات ما أخذت بالمعيار الموضوعي لتعريف حق الإنسان في البيئة عندما عرفته بأنه "الحق في وجود البيئة المتوازنة كقيمة في ذاتها وما يقتضيه ذلك من صيانة وتحسين النظم والموارد الطبيعية، ومنع التلوث عنها أو التدهور أو الاستنزاف الجائر لها"⁽³⁾.

ومنها ما أوجب الأخذ بالمعيارين معاً دون الاتكال على أحدهما دون الآخر، ومن ثم أكد على خصائص هذا الحق، الفردية والجماعية، وعلى ذلك فالحق في البيئة السليمة يشمل حق الإنسان والشعوب والدول والجماعات والكائنات الحيّة الأخرى في حماية الهواء والتربة والمياه، والعمليات البيئية الأساسية، الإنتاجية المستدامة للأرض، والحماية ضد التلوث بواسطة المواد السامة. وكذلك يتضمن الإدارة الحكيمة للغابات وصيانتها وأهمية بقاء هذه الغابات للحفاظ على التوازن البيئي والنظام الإيكولوجي، أي أن الحق في حماية البيئة يقتضي حماية جميع العناصر المكونة للبيئة⁽⁴⁾.

(1) د/ داود عبدالرازق الباز، الأساس الدستوري لحماية البيئة من التلوث، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص71.

(2) د/ رياض صالح أبو العطا، حماية البيئة من منظور القانون الدولي العام، طب، دار الجامعة العربية، مصر، 2009م، ص62.

(3) د/ أحمد عبدالكريم سلامة، قانون حماية البيئة (مكافحة التلوث- تنمية الموارد الطبيعية)، المصدر السابق، ص99.

(4) د/ رياض صالح أبو العطا، المصدر السابق، ص63.

وعرفه الدكتور/ أحمد عبدالكريم سلامة باعتباره "سلطة كل إنسان في العيش في وسط حيوي وسليم، والتمتع والانتفاع بموارد الطبيعة على نحو يكفل له حياة لائقة وتنمية متكاملة لشخصيته، دون الإخلال بما عليه من واجب صيانة البيئة ومواردها، والعمل على تحسينها وتنميتها ومكافحة مصادر تدهورها أو تلوثها (1).

ونحن نفضل هذا التعريف الأخير للحق في بيئة سليمة؛ لكونه يظهر الالتزام المقابل للحق، ومن ثم فحق الإنسان في البيئة ليس مطلقاً بل يقابله التزام بحمايتها وعدم الإضرار بها وتحسينها متى ما تضررت، بصورة إنه بمقدار ما يكون الالتزام بحماية البيئة وصيانة وتنمية مواردها بقدر ما يؤكد حق الإنسان في الانتفاع بها وتحقيق حياة كريمة وسليمة له.

بيد أن إدراج الحماية الدستورية للحق في البيئة في وثيقة الدستور جاء متأخراً نسبياً، وخاصةً في فرنسا ومصر والعراق؛ حيث يرجع في العراق إلى العام 2005م والأعوام التالية له وفي مصر إلى عام 2007م (2) سواء عن

(1) د/ أحمد عبدالكريم سلامة، قانون حماية البيئة (مكافحة التلوث- تنمية الموارد الطبيعية)، المصدر السابق، ص 101.

(2) ولا يعني ذلك أن الحق في البيئة لم يكن معترفاً به في النظام القانوني للدول بل كان محمياً حماية تشريعية، سواء في القوانين والتشريعات المستهدفة لحماية البيئة أو إحدى عناصرها، أو في مرحلة القانون الموحد للبيئة وحمايتها. للمزيد: ينظر، رجب محمود طاجن، الإطار الدستوري للحق في البيئة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص 17 وما بعدها.

كما أن الحق في البيئة السلمية لا يجد مصدره في دساتير الدول فحسب، بل تضمنته المعاهدات والإعلانات الدولية المتعلقة بحماية البيئة، أبرزها إعلان استكهولم الصادر في 1972م، حيث جاء في مبداه الأول، بأن للإنسان حقاً أساسياً في الحرية والمساواة وظروف الحياة الملائمة وذلك في بيئة تتيح العيش في حياة كريمة ومرفهة. وكذلك تضمنه الإعلان الصادر عن مجلس أوروبا عام 1970م إثر المؤتمر الأوروبي للمحافظة على الطبيعة، حيث نص صراحة على حق الإنسان في الانتفاع في بيئة سليمة، والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان الصادر في عام 1981م تضمن حق الشعوب في بيئة مرضية وشاملة وملائمة لتنميتها، وفي المادة 18 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الصادر في عام 1986م جرى التأكيد على حق الإنسان في بيئة سليمة خالية من التلوث. وهناك موثيق وإعلانات دولية أشارت بصورة ضمنية إلى هذا الحق، ومنها ميثاق الأمم المتحدة والذي جاء في فقرته السادسة من ديباجة على التزام شعوب الأمم المتحدة "بأن تدفع بالرقي الاجتماعي قدماً، وأن ترفع مستوى الحياة في جو من الحرية أفسح" وكذلك في مادته (55) جاءت بأن "... تعمل الأمم المتحدة على: تحقيق مستوى أعلى من المعيشة وتوفير أسباب العمل المتصل لكل فرد والنهوض بعوامل التطور والتقدم الاقتصادي والاجتماعي، وتيسير الحلول للمشاكل الدولية الاقتصادية والاجتماعية والصحية، وما يتصل بها وتعزيز التعاون الدولي في أمور الثقافة

طريق تضمينه في الدستور الجديد للدولة مثل العراق، أو عن طريق تعديل الدستور القائم مثل مصر، أو من خلال إصدار قانون دستوري مثلما كان الأمر في فرنسا (1).

مع ذلك فالدساتير الوطنية لم تسلك مسلكاً واحداً في تضمين هذا الحق، إذ هناك دساتير أشارت وبصورة صريحة إلى حق الإنسان في بيئة ملائمة وخالية من التلوث، ودساتير أشارت وبصورة صريحة إلى حق الإنسان في بيئة ملائمة وخالية من التلوث، ودساتير أخرى لم تُشر صراحةً إلى ذلك الحق ضمن موادها وفقراتها، إلا أنه تم استنباطه من خلال الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والصحية... تلك التي تحتويها أغلب الدساتير الوطنية.

ويتم ذلك من خلال عمل المحاكم الدستورية في استخلاص ذلك الحق في البيئة عن طريق تفسير النصوص الدستورية التي تتعلق بالحق في الحياة والحق في الرعاية الصحية (2).

أي أن الدساتير تتباين فيما بينها بصدد حماية البيئة من التلوث، فالبعض نصَّ عليها صراحةً، والبعض الآخر دلالة، وثالثها سكت عن التعرض لها وتنظيم شؤونها، تاركاً ذلك للقوانين واللوائح المنظمة لها (3).

وباستقراء أساليب الدساتير بشأن تقرير حق الإنسان في حماية بيئته، نتبين أن الدول قد انتهجت في ذلك منهجين سوف نتاولهما في إطار فرعين مستقلين، كما يأتي:

والتعليم...". د/ سعيد سالم جريلي، حق الإنسان في البيئة، بحث مقدم إلى (ندوة العدالة البيئية في مصر) بمركز دراسات المستقبل بجامعة المنيا، دار النهضة العربية، 2001، ص21- أمير ساعد وكيل، جاياكاه حق محيط زيبست سالم در ساققاري هنجاري حقوق بشر بين المللي، بحث منشور ضمن مجموعة (حقوق محيط زيبست)، ط1، دفتر حقوقي وأمور مجلس سازمان حفاظت محيط زيبست، إعداد: أحمد علي محسن زادة وآخرون، 1388، ص263 وما بعدها.

(1) د/ رجب محمود طاحن، المصدر السابق، ص63 وما بعدها.

(2) د/ طارق إبراهيم الدسوقي عطية، الأمن البيئي والنظام القانوني لحماية البيئة، دار الجماعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2009م، ص323.

(3) د/ طارق إبراهيم الدسوقي عطية، المرجع السابق، ص100.

الغصن الأول

الحماية الدستورية الصريحة للبيئة

كرّست مجموعة من الدول نصًا صريحًا في دساتيرها لتقرير وحماية حق الإنسان في بيئة سليمة وخالية من التلوث، منها على سبيل المثال دستور جمهورية مصر العربية 2014م، والذي نصت المادة (46) منه على أن "لكل شخص الحق في بيئة صحية سليمة، وحمايتها واجب وطني، وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليها وعدم الإضرار بها، والاستخدام الرشيد للموارد الطبيعية بما يكفل تحقيق التنمية المستدامة وضمان حقوق الأجيال القادمة فيها.

وكذلك ينص الدستور الإسباني الصادر عام 1979م في مادته فقرة (1) على أن "كل إنسان له الحق في التمتع ببيئة ملائمة للتقدم الإنساني مثلما أيضًا عليه واجب المحافظة عليها"، وتضمن الدستور التركي الصادر في عام 1984م أيضًا نصًا بذلك المعنى، إذ جاء في المادة 56 فقرة أ منه بأن "كل إنسان له الحق في أن يعيش في بيئة صحية ملائمة، وواجب على الدولة والمواطنين تحسين البيئة الطبيعية والوقاية من التلوث".⁽¹⁾

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الدستوري في بعض الدول مثل مصر قرر أن حماية البيئة واجب وطني وترك للدولة مهمة اتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على البيئة وعدم الإضرار بها، كما قرر بأن حماية البيئة حق وليست واجب مثل دولة السعودية والتي نصّت في المادة 32 من النظام الأساسي للحكم والصادر في عام 1992م على أنه "تعمل الدولة على المحافظة على البيئة وحمايتها ومنع التلوث عنها".

(1) وهكذا فقد كرّست دول أخرى هذا الحق بصورة صريحة، كاللستور البوغسلافي (سابقًا) لعام 1974م، اللستور السويسري لعام 1979م، اللستور التاباندي لعام 1979م، اللستور البنمي لعام 1980م، اللستور الهندي لعام 1981م، اللستور الصيني لعام 1983م، اللستور المكسيكي لعام 1984م. للاطلاع على نصوص تلك اللساتير المتعلقة بحق الإنسان في البيئة، ينظر: د/ محمد حسين عبدالقوي، المصدر السابق، ص116-123.

ولكن المشرع الدستوري الهندي ذهب إلى أبعد من ذلك بأنه لم يجعل هذا الواجب مقصوراً على الدولة وحدها، أو هيئاتها ومؤسساتها العامة، بل جعله التزاماً يقع على عاتق الأفراد أيضاً؛ حيث نصت المادة 1/51 (ج) من ذلك الدستور على أنه يقع على عاتق كل هندي واجب "حماية وتحسين البيئة الطبيعية بما فيها الغابات والبحيرات والحياة البرية والشفقة بالمخلوقات الحيّة"⁽¹⁾.

ولكن يُلاحظ أن تلك الحماية التي كفلتها دساتير بعض الدول للبيئة وعناصرها على صعيد دول العالم، وهي تقوم أساساً على مبدأ ضرورة سلامة البيئة - باعتباره مبدأً قانونياً حديثاً- أن صياغته بهذه الدساتير مازالت غير حاسمة في تمييز هذا المبدأ عن فكرة (الحقوق الطبيعية) مثلاً⁽²⁾.

الفصل الثاني

الحماية الدستورية الضمنية للبيئة

انتهجت دساتير بعض الدول الأسلوب غير المباشر، لتقرير وحماية حق الإنسان في بيئة سليمة ونظيفة، تكفل له الحياة بطريقة آمنة من المخاطر والأضرار التي تترتب على التلوث وتؤثر سلباً على حياته وصحته ومن ثم على خطط التنمية ومعدلات الإنتاج التي تحرص الدول على بلوغها وتحقيقها.

ومحتوى هذا المنهاج أو الأسلوب، يتمثل في عدم تضمين مواد الدستور نص صريح بشأن حماية حق الإنسان في بيئة سليمة، وتقرير واجب الدولة والأفراد تجاه تلك الحماية، إلا أنه يمكن استنباطها والتوصل إليها من خلال روح

(1) د/ أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص37، مشيراً إلى:

Agarwal, S.L. Legal Control of Environmental Pollution. New Delhi and Bombay: Indian Law Institute, 1980, p. 14.

(2) عن مقولة أن (البيئة النظيفة) تُعد من الحقوق الأساسية للإنسان، ويتفرع بالتالي عن الحق في الحياة والسلامة، ورغم ذلك لم ترق (البيئة النظيفة) بعد إلى مصاف الحق واجب الاحترام بقواعد ملزمة. (يراجع: د/ أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص16).

النص أو النصوص المتعلقة بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية، أو المقومات الأساسية للمجتمع التي ينص عليها - يكرسها - الدستور (1).

ويُطلق الفقه تعبير (روح النص) على المصالح التي استهدف المشرع حمايتها، والاعتبارات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية التي دعت لوجود النص أو التشريع، وتؤدي روح النص إلى تحديد معناه على ضوء الغاية أو الحكمة منه (2).

ومن الدساتير التي انتهجت نهج الحماية الضمنية، نذكر على سبيل المثال الدستور الإيطالي الذي نص على اعتبار الصحة من الحقوق الأساسية للأفراد، وأوجب على الدولة رعايتها (3)، وكثير من المحاكم الدستورية استخلصته من تفسير النصوص الدستورية التي تتعلق بالحق في الحياة والحق في الرعاية الصحية (4).

وأيضاً في التشريعات الفرنسية (5) قدمت بعض الاقتراحات التشريعية للجمعية الوطنية، تتضمن حق الإنسان في بيئة سليمة، ولكن في أثناء طرحها للمناقشة داخل الجمعية أول يناير 1989م لاقت معارضة شديدة وكانت سبباً في حل الجمعية الوطنية في 18 يونيو عام 1989م، وفي عام 1990م عرض السيد

(1) د/ داود عبدالرازق الباز، الأساس الدستوري لحماية البيئة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م، ص 77.

(2) للوصول إلى ذلك يلزم إدراك المصالح التي يراد حمايتها بالنص، والمساوية التي ترمي إلى قطع السبيل عليها. (وبمعنى ذلك: جلب المصالح ودرء المفساد بلغة الفقه الإسلامي) للمزيد: انظر: د/ داود عبدالرازق الباز، المرجع السابق، ص 76.

(3) د/ عبدالفتاح مراد، شرح تشريعات البيئة، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص ب، ص 35.

(4) V. Raphael Romi, dr. et adm. Del'environnement op. cit, p. 46.

(5) ولم تتبن الأغلبية المختلفة في فرنسا حق الإنسان في بيئة سليمة، بل وحتى الإصلاح الواسع الذي جرى في 30 نوفمبر 1992م بواسطة الرئيس الفرنسي الأسبق (فرانسوا ميتران) لم ينظر فيه، في حين أن عددًا محدودًا من الاقتراحات التشريعية كان يستنتج منها هذا الحق بوضوح منذ عشرين سنة تقريباً أو أكثر من ذلك، وكانت هذه الاقتراحات تطلق من منطلقات جادة، ترتد إلى ما ورد في ديباجة الدستور الفرنسي عام 1958 من حق الإنسان في بيئة سليمة، راجع في ذلك:

V. Raphael Romi, Dr. et Ad. De. L'env, op. cit, p. 45.

بارنير إدراج حق الإنسان في البيئة ليكون في المرتبة الأولى من الحقوق التي تدور في الدستور (1).

وكذلك الدستور المصري الصادر في عام 1971م؛ حيث لم ينص صراحةً على حماية البيئة من التلوث، وإنما يمكن الوصول إلى تقرير الحماية من خلال الأسلوب غير المباشر أو المنهج الضمني لاستنباط تلك الحماية من روح النصوص المتعلقة بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية للمواطن، والتي قررت لأول مرة في دستور 1956م وجاء دستور 1971م مكرسًا لها على نحو أفضل؛ حيث احتلت مكانًا رفيعًا بين نصوصه وزاد من أهميتها، فاعتبرها من المقومات الأساسية للمجتمع الذي وردت في الباب الثاني منه، ويمكن تعريف هذه الحقوق الاجتماعية والاقتصادية بأنها: "الحقوق الدستورية للمواطن، والتي تصنع على عاتق الدولة التزامات إيجابية تستهدف تحقيق العدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص والتضامن الاجتماعي، وضمان الحياة الكريمة للمواطنين بجميع عناصرها وجوانبها، كالصحة والتعليم المجاني وحق السكن والعمل والتأمينات الاجتماعية وحماية الأسرة والأمومة والطفولة" (2).

ثم جاء دستور 2014م الذي أفرد عددًا من النصوص لحماية البيئة بمختلف عناصرها، كما عالج التزام الدولة بتوفير بيئة ملائمة من خلال نص مستقل، وهو ما سنورده تفصيلًا في هذا البحث.

وقد سار على نفس المنهج الدستور الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة حيث جاء الدستور المؤقت لسنة 1971م خاليًا من النص على حق

(1) د/ داود عبدالرازق الباز، المرجع السابق، ص78.

(2) صدر القرار رقم 2 لسنة 1975 من رئيس دولة الإمارات العربية المتحدة بتشكيل اللجنة التأسيسية لإعداد مشروع الدستور الدائم للدولة، وذلك بتاريخ 26 يونيو 1975م. (للمزيد: راجع د/ مصطفى محمود عفيفي، النظام الدستوري، دولة الإمارات العربية المتحدة، بدون ناشر، سنة 1410هـ - 1990م، ص19)، وأيضًا راجع: د/ محسن خليل، النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الإمارات، سنة 1420هـ - 1999م).

المواطن الإماراتي في بيئة سليمة ونظيفة، لكن يمكن استتباطه من بين النصوص الواردة بشأن الحقوق الاجتماعية والاقتصادية (1).

المطلب الثاني

تفعيل النصوص الدستورية البيئية في القوانين الداخلية

تفعيلاً للحماية الدستورية للبيئة دخلت التشريعات الوطنية إلى نفس الساحة، وأقرت قواعد ومبادئ قانونية في مجال وقاية البيئة وعناصرها من الأضرار والأخطار التي تهددها، وكذا في مجال الأفعال والممارسات التي تمس البيئة من خلال تجريم تلك الممارسات والأفعال، وتعيين عقوبات على كل من يخالف التشريعات البيئية تلك (2) وذلك إعمالاً للمواثيق الدولية التي صدقت عليها هذه الدول، وإرساءً لنصوص الدستور التي قررت حماية بيئية لمختلف عناصر البيئة.

وهذا يعني أن المشرع يهتم بوضع القواعد القانونية التي تكفل صيانة البيئة المائية والهوائية والبرية، وتؤدي إلى تهديد الحياة الفطرية، وخفض أعداد الحيوانات والنباتات البحرية والبرية أو انقراضها، ومن ثم يضع الوسائل القانونية لرصد تلك الأعمال ورقابتها، وفرض العقوبة المناسبة على اقترافها.

وفي هذا الإطار فقد صدرت قوانين بيئية عديدة (3)، وتنوعت ما بين الفروع القانونية الداخلية، وبدأت تحدث فروعاً جديدة في إطارها كالقانون

(1) د/ محمد رفعت عبدالوهاب: الدستور وحق المواطن في بيئة سليمة، بحث نشر ضمن أعمال المؤتمر السنوي الثامن عشر للجمعية المصرية للطب والقانون عن: حق المواطن في بيئة سليمة والذي عقد بقاعة المؤتمرات بمعهد الدراسات العليا والبحوث جامعة الإسكندرية في الفترة من 20-22 يونيو 2000م، ص403، === وفي ص405 ذكر المؤلف أن الحق في البيئة السليمة يُعد مرتبطاً بالمواد: 7، 9، 16، 17 من الدستور المصري الصادر في عام 1971م.

(2) د/ رفعت رشوان، الإرهاب البيئي في قانون العقوبات، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص69.

(3) فقد أصدر المشرعون في أغلب دول العالم قوانين وتشريعات بيئية متعددة تهدف أي منها إلى حماية عنصر من عناصر البيئة المختلفة "كحماية الماء أو حماية الهواء أو حماية التربة، وغيرها، كما لجأت مجموعة كبيرة من الدول تلك إلى تبني قانون موحد للبيئة (كالقانون المصري رقم 44 لسنة 1994م المعدل في شأن البيئة، وقانون === حماية وتحسين البيئة العراقي رقم 27 لسنة 2006م، وقانون حماية وتحسين البيئة لإقليم كردستان رقم 8 لسنة 2008م). للاطلاع على التشريعات البيئية المتعددة، ينظر: د/ إبراهيم الدسوقي عطية، النظام القانوني لحماية البيئة في ضوء

الجنائي البيئي، والقانون المدني البيئي، والقانون الاقتصادي البيئي، والقانون الإداري البيئي.

وفي هذا المجال نبحت بإيجاز تلك الفروع القانونية البيئية، وذلك على

النحو التالي:

الفرع الأول

القانون الجنائي البيئي

يلعب القانون الجنائي دوراً هاماً في مجال حماية البيئة من خلال تجريم بعض من الأفعال الإيجابية أو السلبية التي تلحق الضرر بالبيئة أو ببعض من عناصرها، بل يُعد من أوائل القوانين التي تدخلت لمصلحة البيئة عن طريق حماية بعض جوانبها وخاصةً في مجال النظافة العامة وتجرىم بعض الأفعال التي تضر بالبيئة⁽¹⁾، ومن ذلك فالقانون الجنائي البيئي، كما ذهب البعض، هو القانون الذي يهتم بدراسة الظاهرة الإجرامية التي تشكل اعتداء غير مشروع على البيئة؛ بالمخالفة للقواعد النظامية التي تحظر ذلك الاعتداء، كما يهتم ببيان العقوبات المقررة للأعمال غير المشروعة من الناحية البيئية⁽²⁾.

وينهل هذا القانون مصادره من المدونة العقابية، وكذا التشريعات الجنائية الخاصة، فقد عدّ قانون العقوبات الفرنسي الصادر في 23 يوليو 1992م المحافظة على توازن الوسط الطبيعي والبيئي من المصالح الأساسية للأمة، وذلك وفقاً لما قرره في المادة (410) فقرة (1) منه، كما جرّمت المادة (26) من القانون نفسه أفعال تلويث الهواء الناجم عن إهمال صيانة وإصلاح المداخن،

التشريعات العربية والمقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2009م، ص 297 وما بعدها- د/ محمد حسين عبدالقوي، الحماية الجنائية للبيئة الهوائية، دار النشر الذهبي للطباعة، 2002م، ص 148 وما بعدها- د/ عادل ماهر الألفي، الحماية الجنائية للبيئة، ط ب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م، ص 67 وما بعدها- سهير الحاجم الهيتي، المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي، ط ب، دار رسلان، سوريا، 2008م، ص 139 وما بعدها.

(1) د/ ماجد زاغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، ط ب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص 32.

(2) د/ رفعت رشوان، المرجع السابق، ص 72، هامش رقم 1.

ونصت المادة (34) على تجريم التلوث الضوضائي، مقررة العقاب على أفعال الضوضاء غير العادية، وتقع الجريمة سواء أكان ليلاً أم نهاراً، وأمّا قانون العقوبات المصري فقد أدرج المشرع في المادة (86) الجريمة البيئية ضمن الجرائم الإرهابية إذا ارتكبت تنفيذاً لمشروع إجرامي؛ بهدف الإخلال بالنظام العام أو تعريض أمن وسلامة المجتمع للخطر، كما أن قانون العقوبات المصري تضمن موارد قانونية تجرّم الاعتداء على بعض العناصر البيئية إلى جانب كونها في الأصل تمثل تجريماً للاعتداء على النفس أو المال، ومثالها المواد (355، 356، 357) من القانون.

هذا بالإضافة إلى القواعد والأحكام الجنائية التي تحتويها التشريعات والقوانين الأخرى، كالقانون المصري رقم (93) لسنة 1962م في شأن صرف المتخلفات السائلة في مجاري المياه والصرف (م 18)، والقانون رقم (38) لسنة 1967م في شأن النظافة العامة (المادة 9)، والقانون رقم (48) لسنة 1982م بشأن حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث (م 45)، والقانون رقم (102) لسنة 1983م بشأن المحميات الطبيعية (م 7)، والقانون رقم (4) لسنة 1994م المعدل في شأن البيئة (م 84 وما بعدها)⁽¹⁾.

ومع ذلك، ورغم أهمية هذا القانون، ودوره في حماية البيئة، إلا أنه لم ينج من سهام النقد؛ حيث يذهب البعض إلى القول بأنه "من خلال استقراء النصوص الجنائية فإنها لا تقف على سياسة موحدة وواضحة المعالم لحماية البيئة؛ بحيث تتكامل في شقيها الموضوعي والإجرائي، بل تعثر على نصوص مبعثرة في داخل المدونة العقابية، وغيرها من التشريعات المكملة والخاصة دون تكامل أو تناسق فيما بينها"⁽²⁾.

ويرى البعض الآخر بأن تنوع صور المساس بالبيئة وخطورتها يستدعي وجود حماية خاصة للبيئة؛ لأن حماية النصوص العقابية الواردة في قوانين

(1) للمزيد: ينظر: د/ عادل ماهر الألفي، المصدر السابق، ص 42 وما بعدها.
(2) د/ محمد عبدالحسين عبد القوي، الحماية الجنائية للبيئة الهوائية، دار النسر الذهبي للطباعة، 2002م، ص 153.

العقوبات تتسم بنطاق يقصر عن شمول دائرة واسعة من الأفعال الماسة بالبيئة، كما أنه يصعب إقامة الدليل على توافر الصلة بين أفعال المساس بالبيئة من ناحية، وبين أفعال المساس بالحق في الحياة أو سلامة الجسم من ناحية أخرى (1).

الفرع الثاني

القانون المدني البيئي

يُعد القانون المدني الأصل العام الذي يرجع إليه لاستلزام القواعد القانونية العامة، لذا فإن قواعده تتطور، وبالتالي يكون ذا قابلية لتقديم الحلول القانونية بالنسبة للقضايا البيئية، سواء في إطار المسئوليات (التقصيرية) أو العقدية أو الموضوعية أو بموجب أعمال مجموعة من المبادئ القانونية المدنية في مجال حماية البيئة، كمبدأ حسن الجوار Good neighbour Lines principal ومنع الضرر البيئي، ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق Prohibition of abuse of right (2).

وتلقى قواعد المسئولية المدنية (التقصيرية) مجالاً رحباً في التطبيق بخصوص تلوث البيئة وتعويض الأضرار الناتجة عنه، ومع ذلك فإن فكرة المسئولية التقصيرية قد تطورت بصورة كبيرة بالنسبة إلى فكرة الخطأ، مما يمكن معها تسهيل تطبيقها في المنازعات البيئية، وكان للقضاء الدور البارز في ذلك دون أن يخرج صراحةً عن النصوص المنظمة لأحكام المسئولية في نطاق القانون المدني، بل من خلال البحث عن الحلول المعادلة استناداً إلى ظاهر النصوص (3).

(1) د/ أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للبيئة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص83.

(2) د/ أحمد عبدالكريم سلامة، قانون حماية البيئة (مكافحة التلوث- تنمية الموارد الطبيعية)، المصدر السابق، ص61.

(3) ياسر محمد فاروق المنياوي، المسئولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، طب، دار الجماعة الجديدة، 2008م، ص143.

كما أن الطبيعة الخاصة للنشاط الذي يتعلق بالبيئة غالباً ما يصعب إثبات الخطأ في بعض النشاطات الناجم عنها تلوث بيئي، فمثلاً المسؤولية الناجمة عن تلوث المياه، لأنه ينجم عن هذه المواد أجسام كيميائية جديدة تذوب فيها مع العديد من الملوثات الأخرى بصورة لا يمكن الوقوف على الخطأ دون الرجوع إلى خبراء فنيين لا يستطيع الأشخاص العاديون تحمل نفقاتهم (1).

بيد أن المشرعين ومعهم القضاة (الإداري والمدني) طوروا في هذا المجال، وأقاموا المسؤولية على أساس المخاطر في حالات معينة تجنباً لل صعوبات التي تقف أمام المسؤولية القائمة على الخطأ في مجال التعويض عن الضرر البيئي.

إن يمكن لنا أن نعرف القانون المدني البيئي باعتباره "هو القانون الذي يقيم المسؤولية المدنية على الأشخاص الطبيعية والمعنوية إزاء أعمال وتصرفات قانونية أو عقدية أو مادية تلك التي تضر بالأفراد والبيئة، ويرتب تعويضاً إزاءه من التشريعات والقوانين المتعلقة بحماية البيئة، وكذلك من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المبرمة في الشأن ذاته، والتي تهم القانون المدني والقانون الخاص، وتحتوي على قواعد قانونية هامة بخصوص المسؤولية المدني عن تعويض الأضرار الناتجة من تلوث البيئة (2).

الفرع الثالث

القانون الاقتصادي البيئي

القانون الاقتصادي هو أحد فروع القانون الذي نشأ بفعل تزايد تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية ويتولى إدارة أنشطة كانت قديماً من صميم النشاط الفردي أو الخاص، وإذا أدركنا أن البيئة هي منطلق التنمية الاقتصادية، وإن مشكلات البيئة ترجع معظمها إلى التنمية الاقتصادية سواء في الدول المتقدمة أم

(1) د/ ياسر محمد فاروق المنياوي، المرجع السابق، ص163.

(2) منها اتفاقية بروكسل المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي بالبتروول عام 1969، واتفاقية فيينا الخاصة بالمسؤولية المدنية عن أضرار الطاقة النووية المبرمة عام 1963م، واتفاقية بروكسل حول مسؤولية مشغلي السفن النووية المبرمة عام 1962م.

الدول النامية، فإننا نستطيع أن نفهم الصلة بين القانون الاقتصادي والبيئة؛ حيث يمكن استخدام التحليلات الاقتصادية في بيان الحلول القانونية لحماية البيئة، والعوامل ذات الطابع الاقتصادي، التي تملّي هذه الحلول (1).

وتبيّن مبادئ القانون الاقتصادي البيئي، بأن مكونات البيئة من هواء وموارد طبيعية، وتباين أنماطها، من أهم معايير قياس التفاوت في التقدم الاقتصادي بين الدول، بل يمكن القول بأن المستوى الاقتصادي للدولة قد يكون وراء تلوث البيئة؛ إذ جاء في مقررات مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة الإنسانية بأن "مشكلات البيئة في الدول الصناعية ترجع عموماً إلى التصنيع والتنمية الاقتصادية" أما بالنسبة للدول النامية فإن "مشكلات البيئة تكمن في التخلف ذاته" (2).

الفرع الرابع

القانون الإداري البيئي

من المتفق عليه إن القانون الإداري هو ذلك القانون الذي يخاطب الإدارة، أي هو ذلك القانون الذي تحدد قواعده السلطات الإدارية في الدولة، وكيفية تشكيل كل منها، والاختصاصات التي تمارسها وسائل تلك الممارسة، والقواعد التي تحكم نشاطها والأحكام التي تخضع لها في أموالها وعلاقاتها بالأفراد (3).

وبهذا المعنى يمكن القول بأن أي نظام إداري لا بد له أن يتأثر بمشكلات البيئة، ويساهم في حلها من خلال الصلاحيات والاختصاصات المناطة به، ولاسيما أن مشكلات التلوث البيئي والاستنزاف الجائر للموارد الطبيعية أو

(1) د/ رفعت رشوان، الإرهاب البيئي في قانون العقوبات، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص71، هامش رقم (3).

(2) د/ أحمد عبدالكريم سلامة، قانون حماية البيئة (مكافحة التلوث- تنمية الموارد الطبيعية)، المصدر السابق، ص24.

(3) أ.د/ محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2012م، ص10- د/ سعيد السيد علي، أسس وقواعد القانون الإداري، طب، دب، 2007-2008م، ص15- د/ محيي الدين القيسي، القانون الإداري العام، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007م، ص5..

التعدي عليها من المستبعد مواجهته بصورة ناجعة وناجحة من غير تدخل الإدارة (1).

وقد جرى ذلك بالبعض إلى القول بأنه "لعل القانون الإداري بما تضعه تحت يد إدارة الدولة من سلطات وامتيازات لتحقيق النفع العام هو أكثر فروع القانون اتصالاً بمكافحة تلوث البيئة في داخل الدولة وهو الأجدى، وتعد سلطة الضبط على وجه الخصوص أهم وسيلة من وسائل القانون الإداري في ذلك" (2).

الأمر الذي يمكن معه القول - في إطار هدف الإدارة المتمثل بحماية البيئة- بوجود قواعد قانونية بيئية تسعى الإدارة إلى تطبيقها وتنفيذها من خلال مختلف الأجهزة المعنية أو المهتمة بحماية البيئة، وكذا في إطار النشاطات والأعمال التي تقوم بها الإدارة بوجه عام. هذا من جانب نشاط الإدارة الإيجابي، وكذلك من جانب نشاط الإدارة السلبي المتمثل بعدم قيامها بنفسها بالإضرار في البيئة من خلال الأنشطة والفعاليات الاقتصادية والتنموية التي تقوم بها، وفي الأغلب أسندت التشريعات البيئية المقارنة مهام حماية البيئة وتحسينها إلى أجهزة إدارية مختصة أو جهات إدارية أخرى تهتم بذلك، وزودتها بمهام وصلاحيات واختصاصات تمكنها من أداء واجبها، ومن تلك الاختصاصات والصلاحيات (التخطيط البيئي، العمل على تنمية الوعي البيئي، تبني جزاءات وتدابير وتقنيات قانونية متعددة) والتي تهدف بها الإدارة إلى الحفاظ على المصلحة العامة من خلال المحافظة على البيئة وتحسينها، كما أن في الأساس القانوني الإداري هدفه الأسمى في تحقيق المصلحة العامة للمواطنين، الأمر الذي أدى بالبعض إلى

(1) د/ أحمد عبدالكريم سلامة، قانون حماية البيئة (مكافحة التلوث- تنمية الموارد الطبيعية)، المصدر السابق، ص30.

(2) د/ ماجد راغب الطور، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، ط ب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص19.

القول بأن "ذلك يكون جدير بأن نطلق عليه في إطار هذا الهدف: القانون الإداري البيئي" (1).

كما أن قانون حماية البيئة أو قانون البيئة، والذي يعرفه البعض بكونه "مجموعة القواعد القانونية واللوائح والقرارات الصادرة من الجهات المعنية في الدولة التي تنظم كيفية المحافظة على الثروات الطبيعية، وحماية البيئة البشرية، والعمل على منع التلوث أو الحد منه والسيطرة عليه أيًا كان مصدره" (2) يُعد فرعًا من فروع القانون العام مثلما ذهب إليه بعض من الفقهاء وأضافوا إلى ذلك واعتبروه فرعًا من فروع القانون الإداري (3).

ومنهم د/ ماجد راغب الحلو الذي يكتب في طبيعة قانون حماية البيئة بأنه "ليس قانوناً موحدًا يقع بين دفتي تقنين من التقنينات، لكنه مجموعة من القوانين أو التشريعات التي تتفق في وحدة الهدف، وهو حماية البيئة، وأغلب هذه القوانين توجد في قوانين الصحة العامة والنظافة العامة، والمحلات العامة، والإدارة المحلية، وكلها يدخل في إطار القانون الإداري، وإذا كانت بعض هذه الدول قد أصدرت أخيرًا قوانين خاصة بحماية البيئة على وجه الاستقلال، فإن هذه القوانين لا تستغرق كل تشريعات أو قواعد حماية البيئة، كما أنها تدخل أيضًا

(1) د/ دواد الباز، حماية السكنية العامة، معالجة لمشكلة الضوضاء دراسة تأصيلية مقارنة في القانون الإداري البيئي والشريعة الإسلامية، طب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م، ص50.

(2) د/ يحيى أحمد البناء، دور القضاء الكويتي في تطبيق القوانين البيئية وتطوير حكامها، بحث مقدم لمؤتمر دور القضاء في تطوير القانون البيئي في المنطقة العربية، والذي نظمه معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية والمركز العربي الإقليمي للقانون البيئي في دولة الكويت بتاريخ 28-2002/11/29، ص20.

(3) د/ ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة، المصدر السابق، ص67- د/ عيد محمد العازمي، الحماية الإدارية للبيئة، طب، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م، ص124. بيد أن ذلك الرأي ليس محل اتفاق جميع الفقه القانوني، بل هناك من يرى في قانون حماية البيئة فرع من فروع القانون الخاص، وآخرون يرونه فرعًا أصيلًا ومستقلًا عن فروع القانون الأخرى. للمزيد: ينظر: د/ أحمد عبدالكريم سلامة، قانون حماية البيئة (مكافحة التلوث- تنمية الموارد الطبيعية)، المصدر السابق، ص57 وما تليها- د/ طارق إبراهيم الدسوقي عطية، الأمن البيئي والنظام القانوني لحماية البيئة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2009م، ص344-346.

في مجال القانون الإداري وتُعد من فروعه الحديثة، التي أُضيفت إلى فروعها التقليدية كقانون الخدمة المدنية... (1).

ومن هذا فإننا نتفق مع ما ذهب إليه د/ ماجد راغب الحلو في اعتبار قانون حماية البيئة فرعاً من فروع القانون الإداري، ولا سيما أن غالبية أحكام وقواعد هذا القانون تخاطب الإدارة باعتبارها الجهة المسؤولة الأساسية عن حماية البيئة، وكذا فإن القواعد القانونية الدولية مهما كانت واضحة وذات دلالة لا تقبل الشك، إلا أنه في نهاية الأمر ولإعمالها داخل الدول لا بد من فصلها عن قوالب القانون الإداري الوطني الخاص بكل دولة، وأيضاً فإن القواعد الجنائية الواردة في القوانين البيئية باتت، كقواعد القانون الجنائي الأخرى، تترك مكانها إلى قواعد جزائية إدارية، أي الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المضرين بالبيئة. وفي النهاية، فإن القانون الإداري البيئي هو فرع حديث من فروع القانون الإداري؛ لأنه مجموعة قواعد قانونية تنظم الهيئات والمؤسسات الإدارية البيئية، وتحدد صلاحياتها وأنشطتها ومسئولياتها إزاء حماية البيئة وتحسينها. وأخيراً، التشريعات الفرعية:

تعتبر من ضمن المصادر القانونية لحماية البيئة التشريعات الفرعية ومنها "القرارات الوزارية" تأتي القرارات الوزارية كمصدر أساسي لتحديد الأماكن التي تمثل محلاً للانتهاكات البيئية، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في أحكامها المتواترة، على أن هذا التحديد للأماكن يمثل أساساً لا تقوم الجريمة بدونها متى تطلب القانون ذلك (2). وقد قضت ذات المحكمة في هذا الشأن بأنه: "... كان لازماً أن يفرض الدستور على المشرع في مجال التجريم، القيود التي توازن بين حقوق الإنسان وحرياته، وبين المصالح الحيوية للمجتمع، مما يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويهاً لأغراضها، ويكفل تحديد ماهية الأفعال

(1) د/ ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة، المصدر السابق، ص 67.
(2) د/ عمر الدسوقي أبو الحسين، فلسفة العقاب على جرائم تلوث البيئة- مجلة كلية الدراسات العليا، أكاديمية مبارك للأمن، القاهرة، العدد 13، يوليو 2005م، ص 678.

المنهي عن ارتكابها تحديداً قاطعاً، وكذلك تعيين مكان وقوعها كلما كان اتصال هذه الأفعال بذلك المكان ضرورياً لتجريمها⁽¹⁾.

وتتعدد القرارات الوزارية التي يمكن اتخاذها كمصدر من المصادر

القانونية لحماية البيئة، ومن أهم هذه القرارات - على سبيل المثال - ما يلي:

• قرار رئيس الوزراء رقم 338 لسنة 1995م، الخاص بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون البيئة⁽²⁾.

• قرار رئيس الوزراء بتحديد المحميات الطبيعية، باعتبارها محلاً قد تقع عليه الاعتداءات البيئية.

• القرار الوزاري رقم 45 لسنة 1986م، الخاص بإنشاء محميات طبيعية في منطقة جبل علة بمحافظة البحر الأحمر، والصادر بموجب المادة الأولى من القانون رقم 102 لسنة 1983م.

ولا شك أن هذه القرارات الوزارية تسير في فلك التشريع الجنائي البيئي، الذي يعهد إلى رئيس الوزراء أو إلى الوزير المختص بإصدار القرارات المنظمة للاستفادة من عناصر البيئة، وتجريم الأفعال المخالفة والانتهاكات التي تضر البيئة وعناصرها، ومن الطبيعي (والقانوني) أن المسؤولية عن هذه الانتهاكات لن تنشأ إلا بعد صدور القرار الوزاري وليس قبله⁽³⁾.

ومن ضمن المصادر القانونية لحماية البيئة أيضاً "آراء الفقه والأحكام القضائية حيث تعتبر الآراء الفقهية، والأحكام القضائية مصدراً حيوياً لفهم علة المشرع من العقوبة التي حددها، كجزء يطبق على الانتهاكات البيئية، وكرد فعل طبيعي لمخالفة النظام القانوني والخروج عن أطر العقد الاجتماعي الذي بمقتضاه يلتزم

(1) الدعوى رقم 20 لسنة 15 قضائية دستورية عليا.

(2) جريد الوقائع المصرية- العدد (51)، 28 فبراير 1995م.

(3) وذلك إعمالاً للقاعدة الدستورية: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة على صدور هذا القانون".

الفرد بالنظام القانوني لصالح المجتمع، ويأتي الحفاظ على البيئة مكملاً للالتزام بهذا النظام.

وقد ذهب رأي إلى أنه يجب ملاحظة أن القاضي وهو بصدد تطبيق النص القانوني، يجب عليه أن يكون على دراية بعلة هذا التشريع، وإلا افتقر الحكم الموضوعي، وجانبه الصواب (1). مستنداً في رأيه إلى أن القاضي لا ينظر إلى النص بوصفه مسطوراً يحدد الإطار النظري للفعل المؤثم، بل يتجاوز هذه الحقيقة إلى ما وراء النص من كوامن الفعل الآثم وعلة تجريمه (2)؛ لذلك فإن العلاقة بينهما لا تقتصر على الجانب النظري للبحث، بل تتجاوز هذا النطاق إلى الواقع العملي من خلال تطبيق القاضي لأحكام النصوص التشريعية.

ولا يتفق الباحث مع هذا الرأي فيما ذهب إليه؛ حيث أن المشرع وهو يضع النص القانوني يراعي فيه الجانب الموضوعي بعلة تجريم الفعل، والجانب النظري بالتناسب بين الفعل المجرم والجزاء - العقوبة - الموقعة، والسلطة القضائية - إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات - تختص بتطبيق العقوبة المنصوص عليها، فالقاضي وهو بصدد تطبيق النص القانوني، ملتزم بنصوص يحكم من خلالها، فإن هو تجاوز ذلك إلى فهم كوامن الفعل المؤثم، فذلك اجتهاد يُحمد عليه، وإن الترام بتطبيق القانون من خلال الإطار النظري فهذا اختصاصه قام بتنفيذ يُحسب له، ولا تثريب عليه إن التزم بتطبيق نص القانون، ودون أن يجتهد لفهم ما وراء علة التجريم وكوامن الفعل المؤثم.

(1) رأي د/ عمز السوقي أبو الحسين، المرجع السابق، ص 678.
(2) د/ رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، منشأة المعارف، سنة 1977م، ص 55 وما بعدها.

الفصل الأول

تقرير الحق في البيئة ومظاهره في ميثاق البيئة الفرنسي

أضحى الحق في البيئة من الحقوق الأساسية التي لا غنى عنها للإنسان بل أصبح معادلاً للحق في الحياة ذاتها، وهذا ما اتجهت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية؛ حيث اعتبرت أن حق الإنسان في العيش في بيئة صحية ونظيفة أرقى من الحقوق الأساسية التي تنتمي في شأنها وعلوها مع الحقوق الطبيعية الأساسية ومنها الحق في الحرية والحق في المساواة⁽¹⁾. وقد أكدت فرنسا على هذا الحق عندما أضافت ميثاق البيئة إلى مقدمة دستور 1958م.

لذا أصبحت غالبية دساتير العالم تنص على الحق في البيئة، وإن تباينت في طريقة الحفاظ على البيئة؛ فهناك طائفة من الدساتير تركز على الجانب الشخصي لهذا الحق، واعتبرت أن البيئة وعناصرها المختلفة وجدت من أجل الإنسان، ومن أجل أن يعيش بكرامة ورفاهية، وأن الغرض والهدف من حماية البيئة وعناصرها المختلفة هو الإنسان أولاً وأخيراً سواء كان من الجيل الحالي أم من الأجيال اللاحقة.

ونعرض لنصوص حماية البيئة في الدستور الفرنسي من خلال

أربعة مباحث:

مبحث تمهيدي: حماية البيئة في القانون الدولي

المبحث الأول: أساس تقرير الحق في البيئة في الدستور الفرنسي.

المبحث الثاني: مظاهر حماية البيئة في ميثاق البيئة.

المبحث الثالث: تقدير نصوص البيئة الفرنسي

(1) انظر في هذا الصدد: مصطفى صلاح الدين عبدالسميع هلال ووليد محمد الشناوي: نحو تكريس دستوري للحق في البيئة في الدستور المصري الجديد، المؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق بجامعة المنصورة، ص60.

المبحث التمهيدي

حماية البيئة في القانون الدولي

يُمثّل القانون الدولي مصدرًا هامًا من المصادر القانونية لحماية البيئة، وعلى الرغم من أن جانب من الفقه ذهب إلى أن قواعد القانون الدولي للبيئة مازالت في مرحلة التكوين والتطور، وتعاني من النقص والقصور⁽¹⁾. فإن ذلك لا ينفي أهمية قواعد القانون الدولي في تفسير معنى النصوص التشريعية بوصفها المرجع الأساسي لهذا التفسير، ومن أمثلة هذه النصوص المادة (90 فقرة 1) من قانون البيئة⁽²⁾، التي تنص على أنه: "يعاقب بغرامة لا تقل عن مائة وخمسين ألف جنيه ولا تزيد على خمسمائة ألف جنيه كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية: "تصريف أو إلقاء الزيت أو المزيج الزيتي أو المواد الضارة في البحر الإقليمي، أو المنطقة الاقتصادية الخالصة، وذلك بالمخالفة لأحكام المادتين (49)، (60) من هذا القانون". ومن المعروف أن تحديد البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية من الأمور التي يرجع بشأنها إلى قواعد القانون الدولي⁽³⁾.

ويعتبر القانون الدولي للبيئة، أحد الفروع الحديثة للقانون الدولي العام، وقد اتجه العمل بالقانون الدولي في مجال حماية البيئة إلى الاجتهاد لتحديد وتهذيب هذا الفرع من فروع القانون الدولي لتحديد ملامحه، وتعريفه، وصياغة قواعده، وإنشاء آلياته لضمان تنفيذ واحترام قواعده التي تكون جزءًا من النظام الدولي.

- (1) د/ أحمد عبدالكريم سلامة- قانون حماية البيئة- دراسة تأصيلية في الأنظمة الوطنية والاتفاقيات- دار النهضة العربية- سنة 1993م- ص32.
- (2) د/ عمر الدسوقي أبو الحسين- فلسفة العقاب على جرائم تلوث البيئة- مجلة كلية الدراسات العليا- أكاديمية مبارك للأمن- القاهرة- العدد 13- يوليو سنة 2005م- ص677.
- (3) من ناحية أخرى حددت المذكرة الإيضاحية للقانون تعريف البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة، وأشارت في هذا الصدد إلى قرار رئيس الجمهورية رقم 180 لسنة 1958م الصادر في 17 فبراير 1958م بتعديل المرسوم الصادر في 15 == يناير 1951م بتحديد مساحة البحر الإقليمي في مصر، وكذا قرار رئيس الجمهورية رقم 1951م لسنة 1958م في شأن الامتداد القاري، وبما لا يتعارض مع اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982م.

كما تعتبر نشأة القانون الدولي للبيئة أحد المؤشرات الرئيسية لتطور القانون الدولي في صالح البشرية، وتلعب الاتفاقيات الدولية وقرارات المنظمات الدولية والإعلانات الصادرة بشأن البيئة وحمايتها ومنع الإضرار بها، دوراً هاماً في استكمال هذا الفرع لملاح تطورهِ الأساسية.

ويمكن تعريف القانون الدولي للبيئة بأنه: "مجموعة القواعد والمبادئ القانونية الدولية التي تنظم العمل الدولي في مجال التعامل مع البيئة وتحدد المسؤولية الدولية، عند الإضرار بها".

وتمثل الاتفاقيات الدولية والإعلانات الصادرة عن المؤتمرات الدولية المعنية بالبيئة، وقرارات المنظمات الدولية والتشريعات الوطنية، المصادر الأساسية لهذا الفرع من فروع القانون الدولي.

وتشير هنا إلى أهمية التشريعات الوطنية في مجال البيئة ومنع الإضرار بها وتحديد المسؤولية عند الإضرار بها كدعامة من دعائم القانون الدولي للبيئة. فالأخير وإن كان من المصادر الهامة لحماية البيئة، إلا أن التشريع الوطني لحماية البيئة يُعد من دعائمه الأساسية.

وقد أكد إعلان استكهولم وإعلان ريو على أهمية المشاركة التشريعية الوطنية بجانب الشرعية الدولية لحماية البيئة ومنع الإضرار بها.

المبادئ الأساسية للقانون الدولي للبيئة:

1- السيادة الكاملة للدولة على ثرواتها الطبيعية:

شريطة عدم الإضرار بالبيئة المحلية وخارج حدود سيادتها الإقليمية. فلا يجوز للدولة أن تستخدم إقليمها بشكل يهدد بالضرر إقليم وممتلكات الآخرين، وقد تقرر هذا المبدأ في حكم محكمة العدل الدولية في قضية مضيق كوريا عام 1949م؛ حيث قررت أنه لا يجوز للدولة أن تستخدم إقليمها في أعمال تضر بحقوق الدول الأخرى، وتؤكد هذا المبدأ في المادة 192 في اتفاقية قانون البحار 1982م، وفي إعلان استكهولم لعام 1972م.

2- المسؤولية الدولية عن الأضرار بالبيئة:

ويُعد هذا المبدأ نتيجة طبيعية لاعتبار البيئة أحد القيم الأساسية في المجتمع الدولي، وإقرار الدول بأهمية الحماية القانونية للبيئة، ومنع الإضرار بها بأعمال مشروعة أو غير مشروعة. وقد أُعتمد هذا المبدأ في العديد من الوثائق الدولية مثل اتفاقية الفضاء الخارجي سنة 1967م، واتفاقية قانون البحار 1982م.

3- التعويض عن الأضرار بالبيئة:

وهذا المبدأ نتيجة لمبدأ المسؤولية الدولية عن الإضرار بالبيئة ويرتبط التعويض بقدر الضرر، وبحيث أن يكون الضرر جسيماً، سواء لحق بالملكات أو بالموارد الحيّة والمرافق، وأن يكون الضرر فعلياً احتمالياً.

4- التعاون الدولي في مجال حماية البيئة:

وقد نص المبدأ رقم 24 من إعلان استكهولم، وحكم محكمة العدل الدولية في قضية مضيق كوريا، والمادة 108 من اتفاقية قانون البحار على هذا المبدأ العام، باعتباره أحد المبادئ الأساسية التي تحكم العلاقات الدولية طبقاً لميثاق الأمم المتحدة. فبدون التعاون الدولي تفقد نظم حماية البيئة الكثير من فاعليتها.

5- الامتناع عن إحداث الأضرار البيئية والتشاور المسبق:

ويعني هذا المبدأ التزام الدول بالامتناع عن الأفعال الضارة بالبيئة والإبلاغ المسبق للدول الأخرى إذا علمت الدولة بخطر يهدد البيئة، وقد ورد النص على هذا المبدأ في المادتين 204، 206 من اتفاقية قانون البحار 1982م.

ونشير في هذا الشأن إلى مخالفة إسرائيل الصريحة لتلك المبادئ؛ لقيامها بإنشاء المفاعلات النووية وتخزين المواد النووية في ديمونة، بطريقة ينجم عنها تهديد الحياة البرية والبيئة الإنسانية بأضرار خطيرة وامتناعها عن التعاون الدولي، والإخطار المسبق عن أعمال الإضرار بالبيئة بطريقة تمكّن الدول

المحيطة باتخاذ إجراءات الحماية والدفاع عن البيئة وبصدق ذلك أيضاً على إنتاج الأسلحة الكيماوية والبيولوجية.

ومن هنا تتبأ المجتمع الدولي إلى ضرورة الحفاظ على البيئة والدفاع عن الطبيعة من خلال المحاولات الجادة في طريق تأمين عناصر البيئة المختلفة، التي تأثرت بسبب الثورة الصناعية، وإثر التطور التكنولوجي والعلمي الهادف إلى إشباع الحاجات الإنسانية في ظاهر الأرض وباطنها.

وزاد الاهتمام الدولي بالبيئة في بداية السبعينات من القرن العشرين⁽¹⁾، وخاصةً

عندما تم التأكيد على أن إجراءات حماية البيئة لا تشكل عقبة أمام التنمية الاقتصادية، بل تُعد شرطاً أساسياً لضمان تحقيقها⁽²⁾.

وقد أفرز الاهتمام الدولي تعاوناً دولياً بصدد حماية البيئة، والذي كان نتيجة حتمية لاعتبار البيئة الإنسانية تشكل كلاً واحداً متكاملًا في نسق طبيعي، وما أقاليم الدول أعضاء المجتمع الدولي إلا أجزاء اقتطعت من هذا الكل الواحد، وكذلك فإن العناصر التي تتكون منها البيئة الإنسانية كالهواء، والماء، والبحار،

(1) د/ نبيلة عبدالحليم كامل، نحو قانون موحد للبيئة، طب، دار النهضة العربية، 1993م، ص10، وهناك يرجع ولادة القواعد الدولية المتعلقة بحماية البيئة إلى القرن التاسع عشر، إذ بدأ الاهتمام بتنظيم مجاري المياه والأنهار والبحيرات الدولية خصوصاً مع إبرام معاهدة باريس سنة 1814م، والتي احتوت على عضد المبادئ القانونية في شأن تنظيم استخدام مياه نهر الراين بين الدول التي يمر بها أو من خلال إبرام الاتفاقيات المنظمة لحقوق الصيد والرقابة الملاحية في الأنهار الدولية، ومناطق المياه العذبة الحدودية التي أبرمت في 1885م.

Glos.g.e, International Rivers، نقلاً عن: أشرف هلال، جرائم البيئة بين النظرية التطبيق، ط1، د ب، 2005م، ص19.

(2) فاللتنمية بالبيئة ليعدان مفهومين منفصلين، ولا يمكن معالجة أحدهما بنجاح دون التعامل مع الآخر، فالبيئة مورد للتنمية، والتنمية الناجحة تتطلب سياسات عامة تشمل الاعتبارات البيئية. فالبيئة هي المكان الذي نعيش فيها جميعاً، والتنمية هي ما نحاول جميعاً عمله لمحاولة تحسين نصيبنا في هذا المكان. وبناءً على ذلك ينبغي الجمع بين الاقتصاد والبيئة تماماً في عمليات اتخاذ القرارات وسن القوانين، ليس لمجرد حماية البيئة وإنما لحماية التنمية وتعزيزها. للمزيد، ينظر: د/ صلاح عبدالرحمن الحديثي، النظام القانوني الدولي لحماية البيئة، رسالة دكتوراه، كلية قانون جامعة بغداد، 1997م، ص16-21.

والمحيطات، والحياة النباتية والحيوانية يرتبط بعضها ببعض الآخر وتتفاعل فيما بينها (1).

وتلك الحقيقة التي تقضي بأن البيئة وحدة واحدة بين الدول، أفرزت قناعة واهتمامًا متزايدًا بصدد حمايتها والحد من العوامل والمؤثرات المضرّة بها عن طريق عقد الاتفاقيات والمؤتمرات وإصدار الإعلانات، وعن طريق عمل المنظمات الدولية.

الأمر الذي تتبأ بموجبه فقهاء القانون الدولي إلى ولادة فرع جديد من فروع القانون الدولي العام المعاصر، وهو القانون الدولي للبيئة، والذي عُرف بكونه "فرع من فروع القانون الدولي العام الذي يشتمل على مجموعة من القواعد القانونية (الاتفاقية والعرفية) التي تنظم وتضبط سلوك أشخاص المجتمع الدولي، بهدف حماية البيئة الإنسانية، من ماء وهواء وتربة، وما يوجد بها من حيوانات أو أسماك أو طيور أو معادن، وذلك من المخاطر الناشئة عن التقدم العلمي والصناعي والتكنولوجي" (2).

وعرّفه البروفيسور (Allen L. Springer) بأنه "المعايير والقوانين المنصوص عليها من قبل النظام القانوني الدولي والتي تتولى عملية تنظيم التغييرات البيئية بشكل مباشر أو غير مباشر والذي يمكن عزوه إلى النشاط البشري، ويقر المجتمع الدولي بأنها ذات تأثير ضار بمصالح بشرية قيمة" (3).

ويقوم هذا القانون على مجموعة من القواعد القانونية التي تجد مصدرها في الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي، والمبادئ العامة للقانون، وقرارات

(1) د/رياض أبو العطا، حماية البيئة من منظور القانون الدولي العام، طب، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009م، ص110.

(2) د/رياض صالح أبو العطا، المرجع السابق، ص24؛ صلاح عبدالرحمن الحديثي، مرجع سابق، ص44؛ سه نكه ر داود، التنظيم القانوني لحماية البيئة من التلوث، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة بجامعة صلاح الدين، 2003م، ص45.

(3) Allen L. Springer: The international Law of Pollution: Protections the global environment in a world of sovereign states, Westport, Connecticut: Querum books, 1983, p.54.

القضاء الدولي في شأن صيانة وحماية البيئة وفي مجال تحديد المسؤولية الدولية عن أضرار تلوث البيئة (1).

ومع هذا فإن قواعد القانون الدولي للبيئة، تُعد ناشئة وهي في مرحلة التكوين والإنشاء ويعتريها الكثير من النقص والغموض، ولا تكفل وحدها حماية ناجحة للبيئة (2).

وفي إطار هذا المبحث سوف نقوم بدراسة حماية البيئة في الاتفاقيات الدولية في مطلب، وحماية البيئة في إطار عمل المنظمات الدولية في مطلب ثان، كما يأتي:

المطلب الأول

حماية البيئة في الاتفاقيات الدولية

لمّا أصبحت حماية البيئة مسؤولية مشتركة للدول، ومُلقاة على عاتق الجماعة الدولية. ولما أضحت التلوث يهدد الحياة البشرية على كوكب الأرض؛ فقد أجمعت الدول على ضرورة المضي قدماً نحو تأمين الحياة للإنسان من خلال وضع قواعد ومبادئ اتفاقية مع بعضها البعض تهدف إلى تنظيم استخدام الموارد البيئية وإلى الحفاظ عليها من التلوث.

وذهب بعض الباحثين إلى القول بأن فكرة حماية البيئة أصبحت لدى الدول من أكثر الأفكار بلورة للتضامن الدولي (3).

يُلاحظ أن هذا التضامن الدولي من خلال الكم الهائل من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي أبرمت بين الدول والمتعلقة بحماية البيئة أو بحماية عنصر من عناصرها كـ(الماء، والهواء، والأرض... الخ) (4).

(1) د/ أحمد عبدالكريم سلامة، قانون حماية البيئة (مكافحة التلوث- تنمية الموارد الطبيعية)، ط ب، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002-2006م، ص32.

(2) المصدر السابق، ص496.

(3) د/ عبدالله علي عيو، ود/ نغم إسحاق زيا، الحماية الدولية للبيئة وتطبيقاتها في التشريعات الوطنية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد 57، 2008م، ص53.

(4) د/ ماجد راغب الطو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، ط ب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص21.

لهذا سوف نتطرق في إطار هذا المطلب من البحث إلى أهم تلك الاتفاقيات دون حصرها، بسبب كثرتها وعدم اتساع نطاق بحثنا لاحتوائها (1).

الفرع الأول

الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية البيئة الهوائية

من أهمها:

- (1) اتفاقية جنيف لعام 1960م بشأن الحماية من الإشعاعات المؤينة Ionizing Radiation (2).
- (2) اتفاقية موسكو لعام 1963م المتعلقة بحظر إجراء التجارب للأسلحة النووية في الجو وفي الفضاء الخارجي وتحت الماء، والتي دخلت حيز التنفيذ في 1975/12/28م.
- (3) اتفاقية جنيف لعام 1977م حول حماية بيئة العمل من التلوث الهوائي والوضوئائي والاهتزازي.
- (4) اتفاقية جنيف لعام 1979م بشأن تلوث الهواء الجوي بعيد المدى عبر الحدود؛ حيث تضمنت مجموعة من الالتزامات على الدول الأطراف، منها أن تضع دون إبطاء، وعن طريق المعلومات المتبادلة والمشاورات، والسياسات والاستراتيجيات التي تعمل على مكافحة بث ملوثات الهواء.
- (5) اتفاقية فيينا لعام 1985م بشأن حماية طبقة الأوزون والهواء الخارجي، وقد أبرمت الاتفاقية بسبب بدء نضوب أو ضعف التركيز الذي يصيب غاز الأوزون بفعل الملوثات المنبعثة من استخدام مركبات الكلوروفلور والكربون، أكاسيد النيتروجين الناتجة عن احتراق البترول في محطات

(1) للمزيد حول الاتفاقيات الدولية في مجال حماية البيئة وعناصرها، ينظر: كولشان ثامر عبدالله، آليات التعاون الدولي في مكافحة الجريمة البيئية، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة بجامعة دهوك، 2009م، ص 181 وما تليها؛ سه نكه ر داود، المرجع السابق، ص 46 وما بعدها؛ د/ صلاح الحديثي، ص 53 وما بعدها.

(2) الأشعة المؤينة هي أشعة ذات تردد عال وطاقة عالية، وقادرة على تحويل الذرة إلى أيون، عن طريق نزع الإلكترونات من المدار الأخير للذرة، ويؤدي ذلك إلى تفاعلات ضارة بالحياة على سطح الأرض. د/ رياض صالح أبو العطا، المرجع السابق، ص 135.

القوى والمركبات والطائرات، وكذلك من التفجيرات النووية والبركانية وحركة الأعاصير، والنشاط الشمسي وغيرها.

(6) اتفاقية فيينا لعام 1986م بشأن الإبلاغ المبكر عن وقوع حادث نووي.

(7) اتفاقية ريو دي جانيرو لعام 1992م حول تغيير المناخ.

الفرع الثاني

الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية البيئة المائية

من أهمها:

(1) اتفاقية لندن الدولية لمنع التلوث بزيوت البترول في البحار لعام 1954م.

(2) اتفاقية جنيف لقانون البحار لعام 1958م.

(3) اتفاقية بروكسل لعام 1969م.

(4) الاتفاقية الدولية المتعلقة بإنشاء صندوق دولي للتعويض عن الضرر

الناتج عن التلوث بالنفط- بروكسل لعام 1971م.

(5) الاتفاقية الدولية المتعلقة بالمسؤولية المدنية في مجال النقل البحري للمواد

النوعية- بروكسل لعام 1972م.

(6) الاتفاقية الدولية الخاصة بمنع التلوث الذي تسببت فيه السفن- لندن لعام

1973م

(7) اتفاقية هلسنكي لعام 1974 بشأن حماية بحر البلطيق من التلوث.

(8) اتفاقية حماية البحر المتوسط من التلوث- برشلونة لعام 1976م.

(9) اتفاقية الكويت بشأن حماية البيئة البحرية للخليج العربي من التلوث لعام

1978م.

(10) الاتفاقية الإقليمية للمحافظة على بيئة البحر الأحمر وخليج عدن

والبروتوكول الملحق بها- جدة لعام 1982م.

(11) اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982م.

الفرع الثالث

الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية البيئة الأرضية للتربة لله

من أهمها:

(1) اتفاقية لندن الخاصة بالحفاظ على الحيوانات والنباتات على حالتها الطبيعية لعام 1923م.

(2) اتفاقية روما لعام 1951م بشأن وقاية النباتات.

(3) اتفاقية الجزائر لعام 1968م المتعلقة بالحفاظ على الطبيعة والموارد الطبيعية.

(4) اتفاقية رامسار لعام 1971م بشأن الأراضي الرطبة وموائل الطيور المائية.

(5) اتفاقية باريس لعام 1972م المتعلقة بحماية التراث الثقافي والطبيعي العالمي.

(6) اتفاقية ريو دي جانيرو لعام 1992م بشأن التنوع البيولوجي والتي تسعى إلى إدراك هدفين، الأول: صيانة التنوع الحيوي والحفاظ على الموارد البيولوجية وتميئتها، والثاني: تأمين الاستخدام القابل للاستمرار أو المستدام للموارد البيولوجية ومكافحة الأسباب التي تؤدي إلى انخفاضها أو خسارتها.

ويُستخلص من ذلك أن المعاهدات (والاتفاقيات) الدولية تُعد من أبرز المصادر التي يمكن الاستعانة بها لتحديد أنواع الأفعال (والتصرفات) التي تمثل انتهاكات للبيئة وعناصرها، وذلك يرجع إلى أن هذه الاعتداءات (الانتهاكات) غالبًا ما تكون ذات طابع دولي وتعددت هذه المعاهدات وتبوعت من حيث صيانتها وحمايتها لمصدر من مصادر البيئة، كما سبق ذكرها.

ولمّا كانت الاتفاقيات والمعاهدات الدولية - في مصر - في مرتبة التشريع بمجرد التصديق عليها من السلطة التشريعية المختصة (مجلس الشعب)، وذلك وفقاً لنص المادة (151) من الدستور المصري 1971م.

لذلك حرى بالمشروع الوطني في إطار الفلسفة العقابية الصحيحة، أن يتخذ من هذه المعاهدات سنداً له عند إعداد النصوص التشريعية المتعلقة بالبيئة. وقد أبرز قانون البيئة رقم (4) لسنة 1994م هذه المعاني بما تضمنه من نصوص تعمق الالتزام بالشرعية الدولية وسمو نصوص المعاهدات الدولية على التشريع الوطني في حالة التعارض بينهما، وذلك على التفصيل التالي:

نصّت المادة الخامسة على أن: "يتخذ جهاز شئون البيئة الإجراءات القانونية اللازمة للانضمام للاتفاقيات الدولية والإقليمية الخاصة بالبيئة، وإعداد مشروعات القوانين والقرارات اللازمة لتنفيذ هذه الاتفاقيات".

كما أبرزت المادة (59) من القانون سمو المعاهدات الدولية على التشريع الوطني في حالة التعارض الذي قد ينشأ بينهما عند عرض أمر نص عليه في كليهما، حيث نص على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقية الدولية...".

أي أن المعاهدات تكون أولى في التطبيق عند تعارضها مع أي نص قانوني وبذلك يتضح أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية البيئة تُعد مصدراً هاماً من مصادر القانون الدولي للبيئة.

المطلب الثاني

حماية البيئة في إطار عمل المنظمات الدولية

للمنظمات الدولية دور هام في مجال حماية البيئة من خلال قيامها بأنشطة متعددة تهدف إلى تحقيق الغاية المذكورة؛ إذ تمتلك وسائل كثيرة ومتعددة لأجل الوصول إلى التعاون الدولي الفاعل في مجال الاهتمام بالبيئة وعناصرها، وتلك الوسائل هي "المساهمة في إعداد المؤتمرات الدولية والدعوة إليها ومتابعة تنفيذها وتشكيل اللجان المتخصصة لدراسة المشاكل البيئية، وتبادل البرامج،

وإصدار المعايير المناسبة لحماية البيئة، وإصدار التوصيات والقرارات واللوائح والتوجيهات... الخ" (1).

ومن ذلك يتضح أن اهتمام المنظمات الدولية بشأن حماية البيئة من التلوث، يتحرك من جانبين: الجانب الأول، هو الجانب القاعدي الذي يتجسد عن طريق تبني العديد من الأعمال القانونية كالتوصيات واللوائح والقرارات والمعاهدات التي تتعلق بحماية البيئة وعناصرها. والجانب الثاني، هو الجانب الهيكلي الذي يتجسد من خلال إنشاء بعض الأجهزة والهيئات المكلفة بالعمل لتحقيق الحماية الفاعلة للبيئة، مثل برنامج الأمم المتحدة للبيئة الذي تم إنشاؤه في عام 1972م (2).

وذلك على الرغم من أكثر المنظمات الدولية لم تتضمن موثيق أو معاهدات إنشائها على الحفاظ وحماية البيئة كهدف من أهدافها التي تأسست من أجل تحقيقها بصورة مباشرة؛ بسبب أن جل تلك المنظمات قد أنشأت وأبرمت موثيق إنشائها في زمن لم تلاق فيه موضوعات حماية البيئة الاهتمام اللازم على المستوى الدولي (3).

إلا أن المنظمات تلك استندت في سعيها الجاد للاهتمام بالبيئة وحمايتها على الأهداف العامة التي غالبًا ما تحتوي عليها الموثيق المنشئة لها، منها: العمل على تحقيق التعاون الدولي في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية والصحية، أو العمل على رفع مستوى معيشة الإنسان وتحسين أحواله... الخ (4).

(1) د/ عادل ماهر الألفي، الحماية الجنائية للبيئة، طب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م، ص101.

(2) د/ رياض صالح أبو العطاء، المرجع السابق، ص88.

(3) د/ رياض صالح أبو العطاء، المرجع السابق، ص90.

(4) ومن تلك الموثيق، ميثاق الأمم المتحدة، إذ جاءت في مادته (55) بأنه "رغبة في تهيئة دواعي الاستقرار والرفاهية الضرورية تعمل الأمم المتحدة على:

أ- تحقيق مستوى أعلى للمعيشة... والنهوض بعوامل التطور والتقدم الاقتصادي والاجتماعي.
ب- تيسير الحلول للمشاكل الدولية الاقتصادية والاجتماعية والصحية وما يتصل بها.

ومن خلال هذه الأهداف العامة والمرنة أعطت المنظمات الدولية لنفسها الحق في اتخاذ الإجراءات والتدابير الضرورية لحماية البيئة. وتأتي منظمة الأمم المتحدة في مقدمة المنظمات الدولية التي تهتم بقضايا البيئة والمحافظة عليها مستندة على الأهداف العامة والسامية التي تم من أجلها إنشاء المنظمة، ومن أبرز أعمال منظمة الأمم المتحدة في شأن حماية البيئة، أنها نظمت العديد من المؤتمرات الدولية المتعلقة بها (1)، منها:

- مؤتمر الأمم المتحدة حول "البيئة الإنسانية" الذي انعقد في مدينة استكهولم في السويد عام 1972م.
- مؤتمر الأمم المتحدة حول "البيئة والتنمية" المعروف بمؤتمر قمة الأرض الأولى، تم انعقاده في مدينة ريو دي جانيرو البرازيلية في عام 1992م.
- مؤتمر الأمم المتحدة المتعلق بالتنمية المستدامة، والمعروف بقمة الأرض الثانية، والمنعقد في مدينة جوهانسبرج بجمهورية جنوب أفريقيا عام 2002م.
- مؤتمر الأرض في كندا عام 2005م حول مواجهة ظاهرة الاحتباس الحراري وارتفاع درجات الحرارة على كوكب الأرض.
- كما أن هناك منظمات دولية أخرى لها دورها في مجال الاهتمام بالبيئة، منها: منظمة الصحة العالمية التي تركز جهودها - أساساً - بهدف محو الآثار الصحية التي تترتب على عوامل التلوث والمخاطر البيئية، وكذلك المساهمة مع برامج الأمم المتحدة للبيئة في وضع المستويات الوطنية لحماية البيئة، والمساهمة في إعداد برامج الحد من التلوث ومكافحته؛ حيث أعربت المنظمة في دورتها الثلاثين عن خطورة الاستعمالات المتزايدة للمواد الكيميائية على

(1) سهير إبراهيم حاجم الهيبي، المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي، طب، دار رسلان، سوريا، 2008م، ص104 وما بعدها؛ كولشان ثامر عبدالله، آليات التعاون الدولي في مكافحة الجريمة البيئية، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة- جامعة دهوك، 2009م، ص158؛ أشرف هلال، جرائم البيئة بين النظرية والتطبيق، ط1، د ب، 2005م، ص20.

صحة الإنسان في حياته وسلامة جسده، تلك التي تستعمل في أمور الزراعة والصناعة والأغذية والمنازل وفي حالات الصحة العامة (1).

ولمنظمة العمل الدولية مساهمة جادة في حماية العمال في بيئة العمل جراء المخاطر المهنية التي تنتج عن تلوث الهواء، والضوضاء، والاهتزازات (2).

كما إن للوكالة الدولية للطاقة الذرية أنشطة متعددة في مجال وضع المعايير الدولية للحماية من الإشعاع، ووضع مستويات الأمان لحماية الصحة والحد من المخاطر التي يتعرض لها الأشخاص والأموال، وتتخذ التدابير والاحتياطات اللازمة عند معالجة النفايات المتحصلة عن المواد المشعة، وقامت الوكالة بوضع برامجها في مجال الاستفادة من الطاقة الذرية في مجالات عدة، منها: توكيد الطاقة المحركة، وتحسين إنتاجية المحاصيل، وتحسين نسبة النيتروجين في التربة، وفي إيجاد لقاحات حيوانية، واستخدامها في مجال الطب النووي (3).

وفي عام 1993م أنشئت منظمة الصليب الأخضر الدولي في جنيف، والتي تعمل بالتعاون مع الأمم المتحدة على حماية البيئة من الكوارث والملوثات (4).

ونظرًا لأهمية المؤتمرين اللذين نظمتها منظمة الأمم المتحدة، وهما مؤتمر استكهولم لعام 1972م والمتعلق بحماية البيئة الإنسانية، ومؤتمر قمة الأرض الأولى الذي انعقد في مدينة ريو دي جانيرو عام 1992م والمتعلق بالبيئة بـ(البيئة والتنمية)، وسوف نبجثهما باختصار، كما يأتي:

(1) أشرف هلال، المرجع السابق، ص23.

(2) د/ سيد محمد، حقوق الإنسان واستراتيجيات حماية البيئة، ط1، الوكالة العربية للصحافة والنشر والإعلان، القاهرة، 2006م، ص108.

(3) كولشان ثامر عبدالله، المرجع السابق، ص155.

(4) د/ ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص22.

الفرع الأول

مؤتمر الأمم المتحدة المتعلق بالبيئة الإنسانية

(مؤتمر استكهولم لعام 1972م)

لقد تنبّهت الأمم المتحدة بعد حادثة غرق ناقلة البترول الليبيرية "توري كانيون" في بحر الشمال عام 1967م⁽¹⁾، إلى أن مشاكل التلوث البيئي من الأمور التي تستعصي على دولة واحدة مجابهتها والحد من أثارها المدمرة والخطرة، بل يستدعي الأمر تعاوناً وتنسيقاً دوليين.

لهذا أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الثالثة والعشرين قراراً تحت رقم 2398 في 1968/12/3م، تضمن دعوة إلى عقد مؤتمر عالمي حول البيئة، وذلك للمحاولة في حل المشاكل البيئية التي تتعرض لها الكرة الأرضية جراء التلوثات العديدة والمتنوعة، وبالفعل وبمبادرة من دولة السويد تم عقد مؤتمر في مدينة استكهولم في 5 إلى 16 يونيو 1972م، وحضر في المؤتمر ممثلي 113 دولة، وشاركت فيه الوكالات المتخصصة المرتبطة بالأمم المتحدة، وحضره مراقبون من بعض المنظمات الحكومية وغير الحكومية⁽²⁾.

وتمخض عن أعمال المؤتمر إعلان بصدد البيئة الإنسانية Declaration of Human Environment والذي اعتبر أول وثيقة دولية تعني بمبادئ العلاقات الدولية في شأن البيئة وكيفية التعامل معها، والمسؤولية عما يصيبها من إضرار⁽³⁾.

(1) السفينة الليبيرية "توري كانون"، كانت ثالث أكبر ناقلة للبترول في العالم آنذاك، إذ إنها تقدر على حمل 880 ألف برميل من البترول الخام الكويتي، فقد تحطمت أمام الشواطئ الإنجليزية الفرنسية، وتسرب عن هذا التحطم نحو (60) ألف طن من البترول، قطعت (35) ميل طول وعرض (18) ميل بحري، تسببت في هلاك الآلاف من الطيور البحرية وموت كميات هائلة من الأسماك، وتلك الشواطئ الإنجليزية، بصورة قدرت تكلفتها تنظيمها آنذاك بـ (8) مليون دولار، وتجنباً من اتساع أضرارها والحد منها قام السلاح الجوي البريطاني بتدمير السفينة من الجو، د/ رياض صالح أبو العطا، المصدر السابق، ص59.

(2) د/ عادل ماهر الألفي، الحماية الجنائية للبيئة، طب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م، ص102.

(3) د/ عبدالعزيز مخيمر عبدالهادي، حماية البيئة من النفايات الصناعية، طب، دار النهضة العربية، 1985م، ص186.

واحتوى إعلان استكهولم على ديباجة و(26) مبدأ و(109) توصيات أكدت الديباجة على اعتبار الإنسان هو العنصر الأساسي المؤثر في البيئة، وأن المحافظة على البيئة وتحسينها يُعد أمرًا مهمًا لبقاء الجنس البشري، وكذلك لديمومة التنمية الاقتصادية. كما أكدت الديباجة على العلاقة الوطيدة ما بين البيئة والتنمية، بصورة أن تكون التنمية وحماية البيئة نتيجة حتمية لتلك العلاقة (1).

أما عن مبادئ الإعلان، فقد أكد المبدأ الأول على حق الإنسان في الحرية والمساواة، وحقه في العيش في بيئة ذات نوعية تسمح له بالعيش في كرامة ورفاهية، والمبادئ (2-7) أكدت على ضرورة المحافظة على الموارد الطبيعية للكرة الأرضية من خلال التخطيط والإدارة الواعية وعلى المسؤولية الملقاة على عاتق الإنسان في حماية الأشكال المختلفة للحياة الحيوانية والنباتية لنفع الأجيال القادمة، فضلاً عن مسؤولية الدول وتضمينها على ألا تلحق أنشطتها دماراً وخراباً للدول الأخرى. بل عليها التعاون مع أقرانها للوصول إلى قواعد قانونية دولية تنظم وسائل مكافحة التلوث والأضرار الأخرى التي تهدد البيئة البشرية.

وجاء في المبادئ (8-12) بأن التنمية الاقتصادية والاجتماعية ضرورة لأجل تأمين بيئة ملائمة لحياة وعمل الإنسان، وتضمنت أهمية التنسيق والتوفيق بين متطلبات التنمية ومتطلبات حماية البيئة، والتخطيط الرشيد هو الوسيلة الأمثل للتوفيق بين تحقيق التنمية الشاملة وبين الحفاظ على البيئة ومواردها، وخلق بيئة نظيفة خالية من التلوث، ويتحقق ذلك التخطيط عند إدراج تدابير حماية البيئة في إطار خطط التنمية والتعمير، الأمر الذي أكدته المبادئ (13، 14، 15) من الإعلان.

وجاءت المبادئ (17-20) لتؤكد على الوسائل التي يمكن اللجوء إليها لدى رسم السياسات المتعلقة بالبيئة، إذ تتضمن تكليف مؤسسات وطنية معينة

(1) د/ سيد محمد، حقوق الإنسان واستراتيجيات حماية البيئة، المرجع السابق، ص106.

بمهمة تخطيط وإدارة وتنظيم الموارد البيئية، والاهتمام بالجانب العلمي والدراسات العلمية، وتبني الوسائل التكنولوجية؛ للكشف عن الأخطار التي تهدد البيئة ومحاولة الحد منها (1).

وركز المبدأ (21) على مسؤولية الدول الناشئة عن الأضرار البيئية، إذ جاء فيه "وفقاً لميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي فإن الدولة حق السيادة في استغلال مواردها الخاصة طبقاً لسياستها البيئية، كما عليها مسؤولية ضمان ألا يترتب على ممارسة الأنشطة داخل ولايتها أو تحت إشرافها أضرار لبيئة الدول الأخرى أو لبيئة المناطق التي لا تخضع لسيادتها الوطنية" (2).

وأكدت المبادئ (22-25) على ضرورة التعاون الدولي لحماية البيئة وتنمية قواعد القانون الدولي الخاصة بالمسؤولية الدولية عن الأضرار البيئية وتعويض ضحايا التلوث والأضرار الأخرى التي تنتج عن الأنشطة داخل حدود اختصاص الدول أو تحت إشرافها، أو التي تلحق بالإقليم خارج حدود اختصاصها، وأوجب المبدأ (26) والأخير على ضرورة تجنب الإنسان وبيئته من آثار أسلحة الدمار الشامل ومنها الأسلحة النووية، وأوجب على الدول التعاون والتنسيق في إطار المنظمات الدولية إلى الوصول إلى اتفاق يرمي إلى حظر وتدمير تلك الأسلحة كلياً (3).

وما يتعلق بالتوصيات التي صدرت عن المؤتمر، فقد تم تسميتها بـ "خطة لعمل الدول" Plan d'Action Pour L'Environnement دعت هذه الخطة إلى التعاون بين الدول والحكومات والمنظمات الدولية والوكالات المرتبطة بالأمم المتحدة لأخذ التدابير اللازمة في حماية الحياة والحد والسيطرة على التلوث الضار بها، ومن بين التوصيات التي احتوتها الخطة: إنشاء جهاز دولي تابع للأمم المتحدة

(1) د/ رياض صالح أبو العطا، المرجع السابق، ص 99.

(2) د/ عادل ماهر الألفي، المرجع السابق، ص 102.

(3) د/ عبدالسلام منصور الشويبي، التعويض عن الأضرار البيئية في نطاق القانون الدولي العام، ط ب، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والتوزيع، مصر، س ب، ص 56.

ويكون مختصاً بمسائل البيئة، وبالفعل تم بموجب هذه التوصية إنشاء "برنامج الأمم المتحدة للبيئة" من قبل الجمعية العامة في ديسمبر 1972م (1).

ويتضح من المبادئ والتوصيات التي تضمنها إعلان استكهولم، أن الدول ولأجل الإيفاء بالتزاماتها إزاء حماية البيئة الإنسانية والمحافظة على مواردها من أخطار التلوث وغيرها، تتحمل واجبين أساسيين، هما:

1) اتخاذ الإجراءات الداخلية اللازمة لمنع حدوث تلوث يصيب البيئة الإنسانية.

2) التعاون والتنسيق مع الدول الأخرى، ومع المنظمات الدولية المتخصصة في مجال حماية البيئة وتحسينها، والسعي نحو تعزيز قواعد قانونية دولية تنظم كيفية التعامل مع الموارد البيئية وعدم تعريضها للضرر أو الخطر، وبالتالي بتضمين الأضرار التي قد تتحقق جراء أنشطتها المختلفة.

وعلى الرغم من أن المبادئ والتوصيات التي جاءت في الإعلان لا ترقى إلى مستوى الالتزام القانوني الكامل بالنسبة للدول؛ لأن الإعلان لم يصدر في صيغة معاهدة دولية، إلا أنه يتحلى بأهمية بالغة، وتكمن قيمته الحقيقية في صحوة الضمير العالمي الذي بدأ يتجاوب مع الأخطار التي تهدد بتبديد الموارد البيئية، وبالتالي تعريض الحياة البشرية للأضرار والأخطار (2).

وكذلك ساهم الإعلان في تكوين عرف دولي في مسائل حماية البيئة، وقد يكون مقدمة أو مصدرًا ومرجعًا لاتفاقيات دولية ملزمة للدول تبرم بينها لاحقًا،

(1) برامج الأمم المتحدة للبيئة، جهاز فرعي للمنظمة يختص بالمسائل المتعلقة بالبيئة، وسمي اختصارًا بـ(UNEP)، ويرمي هذا البرنامج للقيام بشركات رعاية البيئة بصورة تتيح للأمم والشعوب تحسين نوعية حياتها دون الإضرار بنوعية حياة الأجيال اللاحقة، وأولويات هذا البرنامج هي:

- الرصد والتقييم والإنذار المبكر في مجال البيئة.
- تشجيع الأنشطة البيئية على صعيد منظومة الأمم المتحدة.
- زيادة الوعي العام بالقضايا البيئية.
- تيسير تبادل المعلومات عن التكنولوجيات السلمية للحكومات.

محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للبيئة في العام، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006م، ص59-60.

(2) د/ عادل ماهر الألفي، الحماية الجنائية للبيئة، طب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م، ص103.

مثلما حدث بالنسبة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مؤتمر الأمم المتحدة حول البيئة والتنمية (مؤتمر قمة الأرض الأولي)

في فترة ما بين 3 إلى 14 يوليو 1992م، وبدعوة من الأمم المتحدة، تم انعقاد مؤتمر حول البيئة والتنمية، والذي اشتهر بمؤتمر (قمة الأرض)، كان مقر انعقاده بمدينة ريو دي جانيرو في البرازيل، إذ تميّز المؤتمر بحضور مكثّف للدول، وحضور أكثر من مائة من رؤساء دول ورؤساء حكومات، وابتغى المؤتمر حماية الكوكب الأرضي بموارده ومناخه، وكذلك وضع سياسة للنمو العالمي والقضاء على آفة الفقر، إلى جانب المحافظة على البيئة⁽²⁾.

وبعد مناقشات مستفيضة في المؤتمر صدرت عنه مجموعة من الوثائق المهمة، من إعلانات وخطط عمل واتفاقيات⁽³⁾، أهمها:

1) أجنده ريو دي جانيرو، أو الأجنده رقم 21 (جدول أعمال القرن الحادي والعشرين).

2) إعلان ريو دي جانيرو حول البيئة والتنمية.

3) اتفاقية ريو دي جانيرو بشأن تغيير المناخ.

4) اتفاقية ريو دي جانيرو بشأن التنوع البيولوجي، إذ تهدف إلى حماية الكائنات الحيّة الحيوانية والنباتية المهددة بالانقراض⁽⁴⁾.

(1) د/ رياض صالح أبو العطاء، حماية البيئة من منظور القانون الدولي العام، طب، دار الجامعة العربية، مصر، 2009م، ص105.

(2) وأكد على ذلك المعنى بطرس غالي الأمين العام للأمم المتحدة آنذاك لدى إلقائه الكلمة الافتتاحية؛ إذ قال فيها بأن الأرض مريضة بالتخلف والتقدم معاً، وإن الدول الأغنى تتحمل النصيب الأكبر من مسؤولية تلويث الأرض، وإن الجميع معنيين، أهل الشمال الغني، وأهل الجنوب الفقير؛ لأن الأرض بيئتهم المشتركة، د/ ماجد راغب الحلوة، المصدر السابق، ص22.

(3) د/ رياض صالح أبو العطاء، المصدر السابق، ص105.

(4) لم توافق الولايات المتحدة الأمريكية على هذه الاتفاقية، وذلك لحماية مشروعاتها الحيوية القائمة على استخدام الهندسة الوراثية، وقال الرئيس الأمريكي جورج بوش آنذاك، بأن الولايات المتحدة تساهم في حماية الكائنات المعرضة للانقراض دون توقيع المعاهدة؛ لأن جهودها تتخطى أهداف المعاهدة.

5) إعلان مبادئ حماية الغابات، والذي أوجب اتخاذ تدابير انفرادية والتي تتفق مع الالتزامات الدولية للحد من التجارة للأخشاب ومنتجات الغابات أو تنظيمها من أجل الإدارة المستدامة والحفاظ طويل الأجل على الغابات (1) إلا أن إعلان ريو دي جانيرو حول البيئة والتنمية كان الثمرة الأهم من ثمرات المؤتمر، إذ تبنته كافة دول الأعضاء في الأمم المتحدة، تضمنت ديباجة و(27) مبدأ تناولت ديباجته، التأكيد على كون إعلان ريو امتداد لإعلان استكهولم حول البيئة الإنسانية، وكذلك تضمنت الديباجة أهداف الإعلان والمتمثلة في إنشاء نوع من الشراكة العالمية في نظام جديد قائم على العدالة، والحفاظ على البيئة في عملية التنمية (2).

ومن أهم المبادئ التي تضمنها الإعلان، هو المبدأ الثاني الذي يوجب على الدول ألا تضر الأنشطة المتخذة داخل حدودها أو تحت رقابتها ببيئات الدول الأخرى أو ببيئة المناطق التي لا تخضع للاختصاص الوطني لأية دولة، وكذلك المبدأ الثامن الذي يلقي على عاتق الدول واجب التخلي عن وسائل الإنتاج والاستهلاك التي تتعارض مع تحقيق نمو دائم ورفع مستوى معيشة الشعوب، وأيضاً المبدأ الخامس والعشرون الذي يؤكد على أن السلام والتنمية وحماية البيئة جميعها أمور ومسائل مترابطة ومتداخلة يعتمد بعضها على بعض (3).

وفيما يتعلق بقيمة هذا الإعلان وتأثيره على تنظيم التنمية والحفاظ على البيئة، فإن شأنه شأن إعلان استكهولم، لا يشكل في حد ذاته قواعد قانونية ملزمة للدول؛ لأنه لم يصدر على شكل معاهدة أو اتفاقية ومع ذلك لا يُعد معدوم الفائدة،

د/ ماجد راغب الطو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، طب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م- المصدر السابق، ص25.

(1) د/ أحمد عبدالكريم سلامة، قانون حماية البيئة (مكافحة التلوث - تنمية الموارد الطبيعية)، المصدر السابق، ص137.

(2) د/ رياض صالح أبو العطا، حماية البيئة من منظور القانون الدولي العام، المصدر السابق، ص107.

(3) د/ ماجد راغب الطو، المرجع السابق، ص26.

إذ قد يساهم في حماية البيئة عن طريق خلق عرف دولي، أو يكون بمثابة مرجع أو مصدر لاتفاقيات ومعاهدات مستقبلية تبرمها الدول فيما بينها (1).

ومع ذلك يرى الدكتور ماجد راغب الحلو، أن المؤتمر برمته لم يحقق التوقعات المرجوة منه وأخفق في معالجة مجموعة كبيرة من المشاكل البيئية الهامة خاصةً فيما يتعلق بنسبة مساعدات التنمية التي تدفعها الدول الغنية إلى الدول الفقيرة، وأن إعلان ريو وجدول أعمال 21 واتفاقيتي تغيير المناخ والتنوع الحيوي كلها نصوص غير مفصلة وغير ملزمة إلا قليلاً (2).

المبحث الأول

تقرير الحق في البيئة في الدستور الفرنسي

تعد فرنسا الدولة الوحيدة التي أدخلت البيئة في الدستور كأحد الحقوق الدستورية من خلال ميثاق خاص بالبيئة بإضافته إلى المقدمة لا إلى أحد نصوص الوثيقة الدستورية، انسجاماً مع طبيعة هذه الوثيقة (3).

وقد تضمن ميثاق البيئة مقدمة تحتوي على مبادئ عامة لا تتضمن أي قواعد محددة أو آليات لوضع هذه القواعد موضع التطبيق عشر مواد تقن الحق في البيئة والتزامات كل من الفرد والدولة تجاه تدابير حماية البيئة.

فمنذ ثلاثين عاماً تقريباً، تركز الاهتمام في فرنسا حول إدخال الحق في البيئة في دائرة الحريات العامة، وبوجه خاص الاعتراف في وثيقة دستورية بالحق في بيئة سليمة ومتوازنة (4)، ثم جاء اقتراح من جانب الفقه بإجراء تعديل مزدوج على المستويين الدستوري والتشريعي (5)؛ وبالفعل تم تعديل ديباجة

(1) د/ رياض صالح أبو العطا، المرجع السابق، ص 111.

(2) د/ ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 26.

(3) Vair. P. A. Leme Machado, L'environnement et La Constitution brésilienne, Cahiers du conseil constitutionnel, n° 15, 2003, p. 162.

(4) د. محمد محمد عبداللطيف: قانون القضاء الإداري، الكتاب الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص 2.

(5) RJE, 1978 "Droit de L'homme l'environnement et libertés publiques" J.UNTERMAIER

دستور 1958م بحيث شملت قاعدة عامة للتوجيه في هذا الشأن مفادها "تكفل الجمهورية لكل فرد من الأفراد حق العيش في بيئة جيدة، ومن الجائز مباشرة هذا الحق بصورة فردية أو جماعية وذلك في إطار القوانين أو اللوائح.

وعلى المستوى التشريعي، اقترح الفقه إجراء تعديل محدود للمادة الأولى من قانون 10 يوليو 1976م على النحو الذي كرّس لحق شخصي في الحفاظ على الطبيعة؛ ولكن هذا الاقتراح قوبل بتحفظ وكذلك ببعض الاعتراضات من جانب الفقه، وإن عجز عن تقديم مبرر لهذا الاعتراض، وليس من الغريب على المجتمع الذي سلم وبموجب النصوص الأصلية بوجوب حماية البيئة، وقد أقرّ في مبدأ عام هذه الغاية الجديدة للمجتمع.

وقد أبدى الفقيه (كاربونييه) ميلاً صريحاً لإقرار ثلاثة حقوق أساسية: الحق في تأجيل دفع الديون المستحقة (موراتوار) بشأن الابتكارات التقنية الجديدة ذات المخاطر الاجتماعية والبيئية العالية، والحق في الحصول على الخبرة المقابلة، والحق في الجذور⁽¹⁾، وفي 7 ديسمبر 1998م أعلن رئيس الجمهورية السيد/ جاك شيراك أن الحق في البيئة هو حق الأجيال القادمة في الانتفاع بالمصادر الطبيعية المحمية⁽²⁾.

وقد كانت هناك العديد من التصورات التي من خلال إحداها يندرج الحق في البيئة في الدستور، إلا أن التصور الأمثل الذي يتوافق مع التقاليد الدستورية الفرنسية كان ينحصر في إدراج ميثاق البيئة في مقدمة الدستور اتفاقاً مع طبيعة المقدمة المتضمنة لنصوص تاريخية كإعلان 1789م ومقدمة دستور 1946م، إضافةً إلى هذه الطائفة من الحقوق الجديدة الواردة في الميثاق، ومن الجدير بالذكر، أن المجلس الدستوري الفرنسي

(1) nov. 1982, p.229 "Droit de l'homme contre technocrate," S.CHARBONNEAU Esprite.

(2) Prieu (M): Les priapées généraux de droit de l'environnement master de limoge, Cours n5, p. 18.

قرّر صراحةً بأن لهذه النصوص في مجموعها قيمةً دستوريةً خاصةً في قراره الصادر في 16 يوليو 1971م⁽¹⁾.

واستجابةً لهذا التصور؛ صدر القانون الدستوري في الأول من مارس 2005م المتعلق بميثاق البيئة، وهو ما اعتبرته بعض الدول عمل جاد نحو التوسع الدستوري الذي يعمد إلى صفات احترام مثل هذا الحق الأساسي، ويرى بعض الفقه أن هذا التكريس الدستوري للحق في البيئة يُعد إيجابيًا من أكثر من ناحية، فهنا يحتوي هذا القانون المتقدم بشكل كبير مقارنةً بالعديد من الدساتير التي أقرت الحق الدستوري في البيئة، كما أن الاقتراب يُعد الأول في التاريخ الدستوري الفرنسي الذي يقرأ أحد حقوق الإنسان - دستوريًا - الذي أدرج بتعديل مقدمة دستور 1958م بالنظر إلى أن الحقوق إنما وردت في إعلان 1789م مقدمة دستور 1946م، وتعبيرًا عن هذا الوضع؛ وصف مقرر لجنة القوانين بالجمعية الوطنية هذا التعديل بأنه تحد قانوني.

نصّ أيضًا الميثاق على حق كل مواطن في بيئة متوازنة، تضمن له توافر الصحة الجيدة، ولم يمل أصل هذا الحق إلى أي قانون، بل أكدته تأكيدًا دستوريًا؛ حيث نص في المادة الأولى على أن "لكل إنسان الحق في العيش في بيئة متوازنة وقادرة على ضمان صحته" كما أكد في المادة (2، 3) على واجب كل شخص سواء كان شخصًا طبيعيًا أو معنويًا في الحفاظ على البيئة بجميع الوسائل؛ حيث نص في المادة الثانية على أن "يجب على كل شخص حماية البيئة وتحسينها"، ونص في المادة الثالثة على أن يجب على كل شخص، وفقًا للشروط التي يحددها القانون منع الهجمات التي تقوم على البيئة وإذا تعذر ذلك، عليه محاولة الحد من أثارها"⁽²⁾.

(1) Favoreu (L.) et Philip (L.): Les grandes décisions du conseil constitutionnels du droit administratif, LGDJ, 2006, p. 17.

(2) د. بدر عبدالمحسن: حق الإنسان في بيئة نظيفة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009م، ص 348.

ومنذ الإعلان عن القانون الدستوري رقم 205/2005 المتعلق بالبيئة، أصدر المجلس الدستوري سبعة قرارات تقوم في الأساس على مرجعية هذا الميثاق، وإذا كان القرارين الأول والثاني قد صدرا في موضوعين بعيدين نوعاً ما عن قانون البيئة حيث القرار الصادر في 24 مارس 2005م في موضوع تنظيم الاستفتاء، والقرار رقم 2005/514 الصادر في 28 أبريل 2005م بشأن القانون المتعلق بإنشاء سجل دولي فرنسي، إلا أن القرارات الخمسة الأخرى تتعلق وبقدر كبير بموضوع البيئة (1).

ولقد دعي المجلس الدستوري للنظر في مطابقة قانون البرنامج والمحدد للتوجيهات الخاصة بسياسة الطاقة (القانون رقم 2005/516 الصادر في 7 يوليو 2005م)، والقانون المتعلق بالأجسام المعدلة جينياً (القانون رقم 2008/564 الصادر في 19 يونيو 2008م)، والقانون رقم 2009/588 الصادر في 29 ديسمبر 2009م، وكذلك نصوص تقنين الإنشاء والإسكان التي تتعلق بنظام المسؤولية في مجال الأضرار الصناعية (القانون رقم 2011/116 الصادر في 8 أبريل 2008م) ونصوص التقنين الخاصة بالبيئة المتعلقة بنظام المنشآت المصنفة في إطار احترام البيئة (القانون رقم 183، 2011/184 الصادر في 14 أكتوبر 2011م)، وقد وجد التكريس الحقيقي للحق في البيئة عندما أصدر المجلس الدستوري قراره في 19 يونيو 2009م والذي مفاده (أن لمجموع الحقوق والواجبات المنصوص عليها في ميثاق البيئة قيمة دستورية) ولقد أقر المجلس صراحةً بأن هذه المواد تتطوي تحت مجموع الحقوق التي كفلها الدستور في مادته 1/61، وقد رفض المجلس الدستوري في البداية أن تعتبر النصوص ذات الطابع العمومي الواردة في ميثاق البيئة مجردة من القوة الملزمة، والحق لقد التزم المجلس الدستوري وبدرجة كبيرة بأن نصوص مواد الميثاق

(1) Le Conseil Constitutionnel et la charte de l'environnement, <http://www.conseil-constitutionnel>.

تحمل صيغة أمره، وذلك عندما نظر في مطابقة النصوص الخاصة بضرية الكريز لمبدأ المساواة أمام قانون الضرائب والأعباء العامة؛ حيث أخذ المجلس في الاعتبارات أن الواجبات المنصوص عليها في مواد 1، 2، 3 من الميثاق تهدف إلى الحفاظ على البيئة، والوقاية من التعديات التي يمكن أن تتعرض لها البيئة، والمساهمة في التعويض عن الأضرار التي يمكن أن تحدث في هذا المضمار، ومن ثم فإنها ملزمة لكافة الأفراد.

كذلك فقد قرر المجلس الدستوري في قراره الصادر 8 أبريل 2008م أن احترام الحقوق والحريات والواجبات المنصوص عليها في عبارات عامة بالمادتين 1، 2 من الميثاق يعني وجود إلزام على عاتق كل فرد باليقظة والتعبير حيال التعديات التي يمكن أن تتعرض لها البيئة نتيجة النشاط الذي يزاوله، كذلك أيد المجلس الدستوري دعم اختصاص المشرع في أعمال هذه المبادئ التي تكفل احترام ميثاق الدستور، متى كانت المادة الثانية من قانون الأول من مارس 2005م قد أعطت لميثاق البيئة قيمة دستورية؛ فقد أضاف في المادة الثالثة منه المبادئ الأساسية للحفاظ على البيئة ضمن الموضوعات التي تدخل في مجال القانون طبقاً للمادة 34 من الدستور⁽¹⁾. وفي كل الحالات التي تعرض المجلس فيها لبحث دستورية مشروع قانون تنظيم أحد جوانب البيئة لم يخرج عن الإطار العام لدوره التقليدي في رقابة الدستورية، إذ يقف عند بحث ما إذا كان الموضوع المعروض يدخل في مجال القانون أو مجال الملائمة دون أن يتعرض لطبيعة المادة محل الموضوع المعروض من أجل الوصول إلى تقرير حق دستوري في البيئة⁽²⁾.

(1) Le Conseil Constitutionnel e la charte de L'environnement.

<http://www.conseil-constitutionnel>.

(2) د. رجب محمود طاجن: الإطار الدستوري للحق في البيئة، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2008م، ص42.

أمّا فيما يتعلق بالقضاء الإداري فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي - في كثير من الأحكام- بإلغاء القرارات التي تؤثر على البيئة، أو برفض الطعون المقدمة ضد القرارات التي يكون هدفها حماية البيئة، وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بتأييد قرار عمدة Dotz-sur-mer بإلزام Society total raffinase distribution بإزالة جميع النفايات الناتج عن غرق ناقلة النفط قبالة سواحل المحيط الأطلسي، مما يضر بالصحة العامة، وذلك استناداً إلى نص المادة 2/541 من قانون البيئة، والتي ألزمت الشخص الذي تسبب في وجود النفايات بإزالتها، إذا كانت تؤثر على التربة أو النباتات أو الحيوانات أو المناظر الطبيعية أو تؤدي إلى تلوث المياه والهواء، أو تؤدي إلى حدوث الضوضاء والروائح الكريهة، أو كانت تؤدي إجمالاً إلى الإضرار بصحة الإنسان أو الإضرار بالبيئة.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار وزير الزراعة الضمني بالإقناع عن سحب ترخيص منتج يسمى "Gauch" تم طرحه في السوق لمعالجة بذور بنجر السكر والذرة؛ حيث أن هذا المنتج له طبيعة سُميَّة، الأمر الذي أدى إلى تسمم حبوب اللقاح التي يتغذى عليها النحل؛ مما جعله ينتقل إلى العسل الناتج عنه، بالإضافة لذلك فالتبيعة السمية لهذا المنتج تؤثر على التربة، وكذلك الثروة السمكية، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى الإضرار بصحة الإنسان.

وكذلك ألغى مجلس الدولة الفرنسي حكم محكمة الاستئناف الإدارية Nancy بإلغاء قرار جهة الإدارة بحظر زرع سبع قطع من الأراضي الزراعية، وذلك لأن زارعي هذه الأراضي استخدموا أسمدة ومبيدات ذات طبيعة سمية؛ مما يجعلها تؤثر على تجمعات المياه اللصيقة بها والتي تستخدم للحصول على مياه الشرب، مما يشكل تلوثاً لتلك المياه، وبالتالي الإضرار بصحة الإنسان⁽¹⁾.

(1) د. محمد بكر عبدالمقصود: التزام الأشخاص العامة بالتدخل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ص163-164.

وفي الواقع، إن حكم قرية Annecy يشكل أول حكم صادر ببطلان مرسوم على أساس ميثاق البيئة⁽¹⁾. ومن ثم، فلا عجب في القول بأن هذا الحكم كان بمثابة إرهابية قوية لتقدير القاضي الإداري للدستور فيما يتعلق بموضوع البيئة، والحق إن وقائع هذا الحكم كانت تتسم بقدر كبير من البساطة، فقد وضع المشرع مجموعة المعايير الخاصة بتطبيق قوانين القرى المطلة على ضفاف البحيرات الكبرى، وهنا يبرز دور السلطة اللائحية؛ لبيان إجراءات تحديد هذه المقاييس، من خلال تطبيق إجراءات التحقيق العام⁽²⁾. على أية حال، فقد لعب مجلس الدولة دوره بمناسبة حكم Annecy، في الربط بين القيمة الدستورية لميثاق البيئة وحتمية حجية نصوص الميثاق في مواجهة الإدارة.

وإذا كان القاضي الإداري لا يعارض من حيث المبدأ تطبيق الدستور، إلا أنه أحياناً ما كان يرفض تطبيق مقدمته أو النصوص التي تحيل عليه مقدمته في المنازعات التي يفصل فيها، ويرى الفقيه (إليزكاربونتيير)⁽³⁾ بأن الرابطة المعقودة بين القيمة الدستورية لميثاق البيئة وضرورة حجيتها في مواجهة الإدارة والتي ظهرت جلية من خلال حكم Annecy السابق الإشارة إليه تشكل علامة بارزة على التطور الهام في القضاء الإداري.

ولقد كانت الفكرة السائدة في الفقه والقضاء، أن القيمة الدستورية للنص لا تعني بالضرورة حجيته في مواجهة الإدارة، ومن ثم فإن القاضي الإداري يمكن

(1) CARPENTIER (E.): Le juge administrative et la charte constitutionnel de l'environnement, R.D.P. 2009. N. 2, p. 450 ; CE, Ass., 3 Octobre 2008, Commune d, Annecy, req. 297931, a paraitre au recueil le bon, concl. y. Aguila, Droit de l'environnement, 162/08, p. 20 ; AJDAC 39/08, p. 2166, Chron, E.Geffray et S-J Lieber ; RFDA 6/08, p. 1158, noe L. Janicot ; DA 11/08, comm. N 152, F. Melleray. La charte de l'environnement est issue de la loi constitutionnelle n 2005-205, du 1^{er} mars 2005, JORF n 51 du 2 mars 2005, p. 3697.

(2) راجع المواد من 11-145 إلى 14-145 من تقنين التخطيط العمراني الفرنسي، من المرسوم رقم 993-2006 الصادر في الأول من أغسطس 2006، المتعلق بالبحيرات.

(3) CARPENTIER (E.): Le juge administratif et la charte constitutionnelle de L'environnement, article precite, p. 453.

التعاضدي عنه إلاً تطببق الدستور بطرق القاضف الإءارى وأفه سلسفن من العقباء؛ هفء ارءبء إءءاءا بوؤوء أو ضرورة قانون، وارءبء الأءر بطببعة النص الدستورى موزوع الخصومة.

العقباء الفف وأهء الدستور والفف ءربءب بضرورة وؤوء القانون:

بءسب القضاء والففه الفرنسى، أن العناصر الأولى الفف بمكن للقاضف الإءارى أن فءءب بها فف مواءة الدستور ءءمءل فف وؤوء قانون، وبرف بءض شرأ المفاء الدستورى للبببة، أن الإءالة على قانون فف المواء 4، 3، 7 من المفاء بشفل عقبه أمام تطببق القاضف الإءارى لهءه النصوص ءاءها، خاصةً وأن المشرع لم بءءءل لءءءءء شروط تطببق هءه المواء (1).

ومن نافءة القول، أن ءكم المجلس الدستورى الفرنسى الصاءر فف 19 بونفو 2008م (2) هو ءاءه الذى أءء هءا النصور؛ هفء لم فقر بالقبمة الدستورية إلاً للمواء فف المفاء الفف لم ءءل صراحةً على قانون، فهءه النصوص ملزمة للسلءاء العامة، والسلءاء الإءارية فف مءال اءءصاصها (3) وبناءً عليه، فلم فكن بالءرفب أن فقل الاحءمءل برفض مجلس ءولة الفرنسى تطببق نصوص المفاء لمءرد أن المشرع لم فءءه على سببب ءءقة، ولفس أءل على ءلك من أن مفروض ءءومة أشار صراحةً فف ءكم Annecy إلى أن المباء الدستورى الخاص بالإءالة على قانون لا بشفل عقبه أمام الاءءءاب بمفاء البببة أمام القاضف الإءارى (4). فعلى سببب المءال، لم بءرد القاضف الإءارى الفرنسى فف تطببق ءق فف الإءراب، على الرءم من أن

(1) Cans (C.): La charte constitutionnelle de L'environnement ; évolution ou révolution du droit Français de L'environnement, Droit de L'environnement 131/05, p. 198 et y. legouzo, De ceraines obligations environnementales ; Prévention, Précaution et responsabilité, AJDA 21 mai, p. 1165.

(2) Décision n 2008-564 DC, du 19 Juin 2008, OGM, Cons. 18 et 49, CCC 25 aout, p. 94 ; AJDA 29/08, p. 1614, note O. Dord ; Jcp G 30 aout, p. 37, note A. L'évade.

(3) Décision du 19 Juin 2008, précité, cons 18 et 49.

(4) Concl., précitées, Droit de L'environnement 162/08, p. 26.

الفقرة السابعة من مقدمة دستور 1946م أحالت صراحةً إلى القانون (1). وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية التي أكدت على أن غيبة النصوص التشريعية (القانون) التي تنوّه عن الدستور لا تلغي الحق الذي يؤكد الدستور ذاته على وجوده (2).

ومن الجدير بالذكر، أن تخصيص قانون يشكل وبصورة جوهرية قاعدة اختصاص لتتظيم بعض الموضوعات، وإذا كان وجود مثل هذا القانون يمكن أن يقلص من رقابة القاضي الدستوري على المشرع (3) إلا أن وجوده لا يمكن أن يؤدي إلى حبس تطبيق الدستور.

ويقول الفقيه (Prieur): "إن الإحالة إلى القانون ليست شرط لتطبيق حق أساسي، خاصةً وأن حجبة الحق الدستوري ذات طابع مباشر، والقانون لا يحدد تطبيقها إلا شريطة ألا يخاف نص الميثاق ذاته، فالميثاق لا يمثل للقانون، ولكن القانون هو الذي يجب أن يوافق الميثاق" (4). صفة القول، أن الإحالات إلى القانون المنصوص عليها في المواد 3، 4، 7 من ميثاق البيئة لا تشكل عائقاً أمام تطبيق القاضي الإداري للحقوق والواجبات، حتى وإن لم يتدخل المشرع لتحديد شروط ممارسة هذه الحقوق والالتزام بالواجبات وحدّها (5).

(1) CARPENTIER (E.): Le juge administratif et la charte constitutionnelle de L'environnement, article précité, p. 454 ; CE, Ass., 7 Juillet 1950, Dehaene, Rec. 426.

(2) Cass. Soc., 28 Juin 1951, Société d'impression Sur étoffes du Grand lemps C/Geoffroy, Ds 1951, p. 532.

(3) اقتصر المجلس الدستوري الفرنسي في رقابته على التحقق من أن المشرع لم يمسح مبدأ الحق في التصدير، الذي يناط بالمشرع العادي إعماله.

(4) Prieur (M.): Du bon usage de la charte constitutionnelle de L'environnement, Environnement 4 MAI, p. 9 ; M. Prieur, Les nouveaux droits, AJDA 21 mai, p. 1161. ; M.A. Cohendet, La charte et le consiel constitutionnel ; Point de vue, RJE n spécial 2005, p. 127.

(5) CARPENTIER (E.): Le juge administratif et la charte constitutionnelle de L'environnement, article précité, p. 455.

عقبات تطبيق الدستور المتعلقة بالنصوص موضوع الخصومة:

إن السلطة الثانية من العراقيل التي تعترض سبيل القاضي الإداري بشأن تطبيق الدستور تأتي من طبيعة النص الدستوري موضوع الخصومة، الذي لا يمكن الاحتجاج به حينما يتبع فئة الأهداف ذات القيمة الدستورية، أو فئة المبادئ البرجماتية، فحينما يكون النص الدستوري موضوع التطبيق يكمن في غاية أو هدف ذي قيمة دستورية، ففي هذه الحالة يرفض القاضي الإداري الفرنسي تطبيقه، فغالبًا ما تتبدى مثل هذه الغايات في صورة القواعد التوافقية التي يمكن أن تعطي مبرر لتقييد الحقوق والحريات الدستورية القابلة للاحتجاج بها في وجه المشرع العادي⁽¹⁾. ولكن يرى جانب من الفقه الفرنسي⁽²⁾ أن هذه العقبة لا يجب أن تؤثر على ميثاق البيئة على اعتبار أنه ومتى كان البعض من الفقهاء يرون أن أغلب مواد الميثاق لا تفر سوى غايات ذات قيمة دستورية، إلا أن هذا القول لا يؤيده سوى الأقلية من الفقهاء ومجلس الدولة لا يشايعه من قريب أو بعيد.

أخيرًا وليس آخرًا، فقد استقر التكريس الصريح للقيمة الدستورية لمجموع نصوص ديباجة الدستور، وعلى وجه الخصوص الحقوق والواجبات ملزمة للسلطات العامة، والسلطات الإدارية في مجال اختصاصها، وهنا تخلى مجلس الدولة الفرنسي صراحةً عن الاتجاه القائل بأن المبادئ البرجماتية (النفعية) التي شكّلت العقبة الأساسية أمام التطبيق المباشر للقواعد الدستورية بطريق القاضي العادي. بمعنى آخر، إن حكم *Annecy* السابق الإشارة إليه، يشكل في جوهره تحولاً هاماً في القضاء، وهو ما عرض له الفقيه كاربوننتير⁽³⁾ على النحو التالي: في الواقع، إن قراءة الطلبات الختامية لمفوض الحكومة بشأن الكم السابق الإشارة إليه يبين لنا وبجلاء كيف أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقصد

(1) Genevois (B.): La Jurisprudence di Conseil constitutionnel – Principes directeurs, STH, 1988, p. 205.

(2) Renoux (T.S) et De Villiers (M.): Code constitutionnel, Litec 2005, n 0679.

(3) CARPENTIER (E.): Le juge administratif et la charte constitutionnelle de L'environnement, article précité, p. 460.

التخلي بصورة تامة عن نظرية المباديء البرجماتية، ولكنه مال أكثر ناحية تعديل هذه النظرية. يؤكد مفوض الحكومة السيد/ Yann Aguila أن نطاق تطبيق المبدأ يتنوع بحسب طبيعة الخصومة أو المسألة المطروحة على القاضي، ومن الصعب الأخذ بالمبدأ الدستوري شديد العمومية كأساس مباشر لإقرار حق شخصي لصالح حق خاص. وبالمقابل، من الممكن الاحتجاج به بصورة طبيعية في إطار الطعن بتجاوز حدود السلطة ضد قرار لائحي⁽¹⁾. على هذا النحو، من الجائز تطبيق المباديء البرجماتية للدستور بصورة مباشرة في إطار الخصومات الموضوعية كالطعن بالبطلان، وبتقدير صحة القرار، إلى آخره، .. بينما لا يكون ذلك سوى بصورة استثنائية في الخصومات الشخصية مثل الطعن بالبطلان ضد القرارات الفردية أو دعاوى المسؤولية.

والتغيير يتعلق هنا وفي المقام الأول بالحقوق والواجبات التي أقرها ميثاق البيئة وفيما يتعلق بالخصومات الشخصية، يصبح من المناط بالقاضي أن يحدد حالة بحالة ما إذا كان نص، أو آخر من الميثاق يمكن أن ينشئ حقاً شخصياً، وهنا تكون دقة النص الدستوري هي الحاسمة في هذا الشأن، ومن المتصور أن القاضي يمكنه أن يميز من بين الحقوق الواردة في نص الميثاق بين النصوص ذات البعد الفردي والأخرى ذات البعد الموضوعي⁽²⁾.

المبحث الثاني

مظاهر حماية البيئة في ميثاق البيئة الفرنسي

فقد تضمن ميثاق البيئة مقدمة تحتوي على مباديء عامة لا تتضمن أي قواعد محددة، وعشر مواد تقنن الحق في البيئة والتزامات كل من الفرد والدولة تجاه تدابير حماية البيئة، فالمادة الأولى تتحدث عن حق فردي في الحياة في بيئة

(1) Concl. Précitées, Droit de L'environnement 162/08, p. 27.

(2) Gay (L.): Propriété et logement. Réflexions à partir de la mise en oeuvre du réfère- liberté, RFD Const. 54/03, p.p. 313-314 et, S'agissant du droit à L'environnement est-il utilement invocable dans le cadre du réfère-Liberte? , AJDA 41/07, p. 2262.

متوازنة تتجاوب مع المقتضيات الصحية⁽¹⁾، وتتحدث المادة الثانية عن الوجه الآخر للحق المتمثل في واجب كل شخص في القيام بدوره في الحفاظ على البيئة وتحسينها⁽²⁾؛ وتؤكد المادة الثالثة الحكم الوارد في المادة الثانية عن واجب كل شخص وفقاً للشروط التي يحددها القانون في وقاية البيئة من الاعتداءات التي تنال منها أو التقليل من نتائجها على الأقل⁽³⁾. وتدخل المادة الرابعة الوجه المقابل للحق في إطار أعمق حينما تلزم من أحدث أضراراً بالبيئة المساهمة في إصلاح الأضرار طبقاً للشروط التي يحددها القانون⁽⁴⁾. وتلزم المادة الخامسة السلطات العامة؛ حيث يحدث ضرر للبيئة - حتى وإن كان غير مؤكد بالنظر إلى حالة المعرفة العلمية الفنية المتوافرة- يتعذر إصلاحها باتخاذ إجراءات مؤقتة ومناسبة بالتطبيق لمبدأ الحيطة أو الحذر بهدف الحيلولة دون حدوث الأضرار من جانب آخر⁽⁵⁾. وتضع المادة السادسة التزاماً آخر على سلطات الدولة يهدف إلى تعميق الحق في البيئة عندما تقرر أن السياسات العامة يجب أن تشجع على التنمية

(1) تنص المادة الأولى من الميثاق على ما يلي:

"Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la sante".

(2) يجري نص المادة الثانية على النحو الآتي:

"Toute personne a Le devoir de prendre part à la préservation et a l'amélioration de l'environnement".

(3) تنص هذه المادة على ما يلي:

"Toute personne doit, dans les conditions définies per la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquent ces".

(4) تنص المادة على ما يأتي:

"Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause a l'environnement, dans les conditions définies par la loi".

(5) يجري نص هذه المادة على النحو التالي:

"Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution er dans leurs domaines d'attributions, a la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et a l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage".

المستدامة وعلى أساس التوفيق بين حماية البيئة والتنمية الاقتصادية والتقدم الاجتماعي (1).

وتقرر المادة السابعة حكماً على درجة كبيرة من الأهمية بالنسبة لحق الفرد في البيئة، حينما تقرر أحقية كل شخص - باحترام الشروط المنصوص عليها في القانون- وصولاً إلى المعلومات البيئية التي تحوزها السلطات العامة وفي المشاركة في إعداد القرارات العامة المؤثرة في البيئة؛ إذ من خلال هذا الحق يمكن للفرد أن يصل إلى القضاء للدفاع عن الحق في البيئة وفي أن يخاطب السلطات العامة، ويلزمها بتقديم المعلومات التي لديها وتتعلق مباشرة بالبيئة (2). أما المواد الثامنة والتاسعة والعاشر، فلا تدخل في إطار النصوص المتضمنة لأحكام قانونية محددة، بل تدخل في إطار النصوص الموجهة لنشاط المشرع في مجال حماية البيئة كما يشير الفقه (3)، إذ تنص المادة الثامنة على وجوب أن يسهم التعليم والتثقيف في مجال البيئة في ممارسة الحقوق والواجبات المحددة في هذا الميثاق (4)، وتشير المادة التاسعة إلى واجب البحث والاكتشاف في الإساهم

(1) تنص هذه المادة على ما يلي: =

"Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur l'environnement, le développement économique et le progrès social".

Et voir B-Mathi eu, La constitutionnalisation du droit de L'environnement: La charte adossée a la constitution, Xème Journées juridiques franco - chinoises, Paris 11-19 Octobre, 2006. Op. cit., pp.10 et 11.

=

(2) تنص هذه المادة على ما يلي: =

"= "Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives a l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer a l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement".

(3) انظر: د. محمد محمد عبداللطيف، التعديلات الدستورية والبيئة، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الحادي عشر لكلية الحقوق - جامعة المنصورة بعنوان الإصلاح الدستوري وأثره على التنمية في الفترة من 2-3 أبريل 2007 - المنصورة، ص14.

(4) يجري نص هذه المادة على النحو التالي:

"L'éducation et la formation à l'environnement doivent contribuer à l'exercice des droits et devoirs définis par la présente charte".

في المحافظة على البيئة والارتقاء بها⁽¹⁾، فيما تنص المادة العاشرة على استلزام الميثاق للأنشطة الأوروبية والدولية لفرنسا⁽²⁾.

ويمكن من خلال استعراض نصوص هذا الميثاق تصنيفها إلى طائفتين هما طائفة النصوص المحددة التي تتضمن قواعد قانونية يمكن تطبيقها من جانب، وطائفة النصوص الإرشادية أو التوجيهية من جانب آخر. فالطائفة الأولى تتحدث عن الحق في البيئة، والحق في الحصول على المعلومات البيئية، والحق في المشاركة في إعداد واتخاذ القرارات العامة المتعلقة بالبيئة، وعن واجب حماية وواجب التعويض أو المساهمة في إصلاح الأضرار وغيرها على ما سنبين لاحقاً.

أما الطائفة الثانية فلا تركز إلاً بمبادئ عامة لا تصح للتطبيق مباشرة دون تدخل المشرع مثل دور التعليم والتنقيف والبحث والاكتشاف في تعميق ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الميثاق وفي الحفاظ على البيئة والارتقاء بها، وأول الملاحظات التي تثار بشأن ميثاق البيئة المقنن للحق في البيئة تكمن في إدراجه في مقدمة دستور الجمهورية الخامسة لعام 1958م التي تتضمن الإشارة إلى مقدمة دستور الجمهورية الرابعة لعام 1946م، وإعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789م، والتساؤل الذي يثار يتعلق بمدى ملاءمة النص على الحق الدستوري في البيئة في مقدمة الدستور.

إلاً أن التساؤل يزول بالرجوع إلى نصوص الوثيقة الدستورية الفرنسية التي تورد فقط تنظيمًا لسلطات الدولة ولاختصاصاتها والعلاقات فيما بينها دون أن يشير إلى الحقوق والحريات والواجبات العامة، ولهذا فقد كان المكان الطبيعي

(1) تنص هذه المادة على ما يلي:

"La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement"

(2) بجري نص هذه المادة بما يلي:

"La présente charte inspire l'action européenne et internationale de la France".

لإيراد هذه الحقوق والحريات هو ديباجة الدستور الحالي من خلال تبنيها لمقدمة دستور 1946م التي تشتمل على الحقوق والحريات، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لعام 1789م المكرس للحقوق والحريات التقليدية للمواطن. وعلى ذلك، فإن المكان الملائم لإدراج الحق الدستوري في البيئة يظل هو المقدمة، التي تعتبر المرجع الدستوري الأساسي للتعرف على حقوق وحريات المواطن، ويتولى المجلس الدستوري حمايتها من خلال وظيفته الأساسية المتمثلة في رقابة الدستورية.

وإذا كانت القيمة الدستورية لمقدمة دستور 1946م قد خضعت تاريخياً لجدل فقهي كبير ولاجتهادات قضائية لمجلس الدولة، فإن مقدمة دستور 1958م الحالي لم تثر ذات الجدل حول قيمتها الدستورية؛ لغياب المبررات التي أثارها الجدل حول القيمة الدستورية لمقدمة دستور 1946م⁽¹⁾. فمنذ قرار المجلس الدستوري المتعلق بحرية الجمعيات الصادر في 16 يوليو 1971م، لم تعد القيمة الدستورية لمقدمة دستور 1958م محلاً لجدل أو نقاش⁽²⁾، كما أن الوثائق المشار إليها في المقدمة قبل إدراج ميثاق البيئة وهي مقدمة دستور 1946م وإعلان 1789م أشار إليهما المجلس في العديد من قراراته⁽³⁾.

وعلى ذلك، فإن إدراج ميثاق البيئة كوثيقة جديدة في مقدمة دستور 1958م إلى جانب الوثيقتين بتطبيقه فيما يتعلق برقابة دستورية التشريعات الصادرة في مجال البيئة، كما تثار ملاحظة أخرى تتعلق بمدى الحاجة إلى مثل هذا الميثاق المدرج في مقدمة الدستور بالنظر إلى ما تنص عليه مقدمة دستور 1946م الوارد النص

(1) انظر حول القيمة القانونية لمقدمة دستور 1958: د. عبدالحفيظ علي عبدالحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانونين المصري والفرنسي، رسالة، حقوق القاهرة، 2001م، ص 184 وما بعدها.

(2) Cons.Const., 16 Juillet 1971, DC n° 71-44, Rec, p.29. Et voir sur cette décision: L-Favoreu et L. Philip, Les grandes décisions du conseil constitutionnel, 12^e éd. Dalloz, Paris, 2003, comm. n° 19, p. 237 et s.

(3) انظر في ذلك كتابنا: القضاء الإداري، مبدأ المشروعية - تنظيم واختصاص القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 2005م، ص 18 وما بعدها.

عليها في مقدمة الدستور الحالي من أحكام دستورية تصلح أساساً للاعتراف بالحق في البيئة، فالبند العاشر من مقدمة دستور 1946م ينص على أن تؤمن الأمة للفرد والأسرة الظروف المناسبة لتنميتهم، كما تضمن للجميع وخصوصاً للطفل والأم وقدمى العمال حماية الصحة والأمن... (البند الحادي عشر) (1).

وإذا كانت هذه النصوص تصلح أساساً للاعتراف بالحق الدستوري في البيئة استناداً إلى أن تأمين التزامات الدولة في تنمية الفرد والأسرة والصحة؛ مما يتطلب بلا شك توفير الإطار البيئي الملائم لحياة متوازنة، إلا أن المجلس الدستوري لم يصل - كما أشرنا سابقاً- إلى الاعتراف بمثل هذا الحق. ولهذا تبدو أهمية النص على الحق في البيئة بشكل صريح في الدستور، وتحديد جوانبه سواء من ناحية المكثات الممنوحة للمواطن بمقتضاه أو من ناحية الواجبات التي يتحملها كقابل لتلك المكثات.

وفوق ذلك، فإن النص الصريح على الحق في البيئة سيأتي أمام المجلس الدستوري رقابة التشريعات الصادرة في مجال البيئة بغرض حمايتها، بعد أن أصبح الحق في البيئة المتوازنة حقاً دستورياً.

المبحث الثالث

تقدير نصوص ميثاق البيئة الفرنسي

وإذا كان ميثاق البيئة قد أدرج حق البيئة في الدستور لأول مرة، إلا أن الإطار السابق عرضه لهذا الميثاق بمواده العشر قد أثار العديد من الانتقادات الفقهية التي تتعلق بالمبادئ القانونية التي أتى بها من ناحية ملاءمتها ومن ناحية

(1) يجري نص البندين العاشر والحادي عشر مقدمة دستور 1946م على النحو التالي:
"La nation assure a l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, a la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la sante, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs, Toute être humaine qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence".

فاعليتها، وإذا كان تعرضنا لهذه الانتقادات يعني أننا نقصد الميثاق، فإن معظمها ينسحب لانتقاد النص على حماية البيئة في الدستور المصري؛ بسبب تماثل طريقة المعالجة على المستويين الشكلي والموضوعي، وسنشير إلى الانتقادات بصفة عامة على هذا الأساس، دون إهمال الانتقادات التي ينفرد بها النظام المصري على أنه يجب أن نشير بدايةً إلى فارق جوهري بين الوضع في القانون الفرنسي ومثله في القانون المصري، ويتمثل هذا التمايز في أن الأول يتحدث عن حق في البيئة على عكس الآخر الذي لا يتحدث سوى عن واجب الدولة في الحفاظ على البيئة حتى صدور دستور 2014 المصري، والذي جعل الحق في البيئة من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها كل مواطن.

وهذا الفارق جوهري كما أشرنا سابقاً؛ إذ إن تكريس حق دستوري فردي يفرض على المشرع التزامات في التشريع في نطاقه، يتولى القاضي الدستوري رقابة احترامها، إضافةً إلى ما تمنحه فكرة الحق من امتيازات أمام الأفراد من أخصها اللجوء إلى القضاء للدفاع عنه والحصول على المعلومات المتعلقة بالبيئة التي تحوزها سلطات الدولة المعنية"، ولا يغير من ذلك ورود القانون المصري النص الخاص بحماية البيئة في الباب الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة في الدستور المصري؛ حيث أقام دوراً للدولة في حماية البيئة كواجب وطني.

وبالبناء على ما سبق كذلك، فإن أوجه النقد الموجهة إلى النص على البيئة في الدستور الفرنسي تنسحب من باب أولى على النص على البيئة في الدستور المصري في النقاط التي يشتركاً بشأنها، والنقد الأول الموجه إلى النص على البيئة في الدستور الفرنسي ينحصر في أن التعديل قد أدى إلى جعل مقدمة ميثاق البيئة جزءاً من ذلك الدستور على الرغم من أنها لا تحتوي إلا على حيثيات شديدة العمومية وتقارير تتضمن توجيهات علمية وتاريخية تخلو من صفة

القاعدة القانونية بمعناها الدقيق، كما أن هذه الحثيات تعبر عن النتائج للنصوص المتضمنة في الميثاق وليست مقدمة لها⁽¹⁾.

إلا أن بعض الفقه يرى أن ورود هذه الحثيات العامة لا يخلو من فائدة من الناحية القانونية؛ إذ يمكن للمجلس الدستوري أن يسترشد بها لتفسير الحقوق والواجبات الواردة في الميثاق⁽²⁾. ونرى أن هذه الحثيات تتضمن مبادئ شديدة العمومية مستمدة من المواثيق الدولية ذات الصلة بالبيئة، ولا يمكن النظر إليها من قبل المجلس إلا على أنها أهداف للتشريع في المجال البيئي؛ فالاستعانة بها لتفسير الحقوق الواردة في الميثاق سيؤدي إلى غياب مضمون محدد لهذه الحقوق بما يناقض المفهوم الدستوري للحق كما أشرنا فيما سبق.

كما أن الاستناد إليها كذلك لتفسير الواجبات الواردة في الميثاق؛ سيؤدي إلى عدم تحديد جوانب هذه الواجبات وإلى صعوبة إقامة المسؤولية في مجال الإضرار بالبيئة، وهو ما سيؤدي من جانب آخر إلى صعوبة حكم القاضي الدستوري على دستورية تدخل المشرع في مجال التشريعات المنظمة للواجبات المقابلة للحق في البيئة⁽³⁾.

كما انتقد الميثاق من ناحية تخلف أثره وفعالته المباشرة بالنسبة للأفراد على الرغم من كونه مكرسًا لحق في البيئة لصالح المواطن. فأحكام الميثاق لن ترتب أثرًا مباشرًا سوى بالنسبة للمشرع والسلطة التنفيذية، فنصوص الميثاق تحيل إلى القانون لتحديد شروط انطباقها، مما يعني بالتبعية استبعاد الأفراد من هذه الدائرة، إذ لا يمكن مخاصمة القانون أمام القضاء العادي أو الإداري، فلا

(1) Voir en ce sens: M. Prieur, Droit de l'homme a l'environnement et développement durable, sur le site: http://www.francophonie.unilim.fr/public/publications/download/ougga_aufprieur.pdf

(2) انظر: د. محمد محمد عبداللطيف، التعديلات الدستورية والبيئية، مرجع سابق، ص 14.

(3) En ce sens voir: B. Mathieu, La Constitutionnalisation du droit de l'environnement la charte adossée à la constitution, Xème journées juridiques franco-chinois, Paris 11-19 Octobre 2006, op. cit., p. 3 et s.

يخضع إلا لرقابة الدستورية وطبقاً للضوابط المقررة دستورياً في هذا الشأن. وعلى ذلك، فإن تدخل السلطة التنفيذية في مجال تشريعات البيئة سيكون محدوداً وطبقاً لما تقرره التشريعات البرلمانية، وفي هذا النطاق الأخير فقط يمكن أن يكون للأفراد دور عند مخاصمة القرارات الإدارية أمام القضاء الإداري دفاعاً عن حقهم في البيئة، إضافةً إلى دور جمعيات الدفاع عن البيئة بطبيعة الحال، والتي يمكنها اللجوء إلى القضاء طبقاً للتنظيم القانوني القائم.

فالتنظيم الذي يقرره ميثاق البيئة يخاطب المشرع في الأساس، ويفرض عليه إحداث تدخلات متتالية بهدف كفالة حماية البيئة بشكل دائم تطبيقاً للنص الدستوري (1). وإذا كان هذا النقد صحيحاً، فإن نتيجة التنظيم الدستوري الفرنسي تقربه كثيراً من التنظيم الدستوري المصري، على الرغم من عدم النص على الحق في البيئة في هذا القانون واقتصره على النص على واجب حماية البيئة. فإذا كان الميثاق لا يرتب أثراً مباشراً إلا بالنسبة للمشرع في الأساس، فإنه يتوافق بذلك مع الوضع في القانون المشار إليه في هذا النطاق فقط على أنه يجب ألا يغيب عنا في المقابل أن الميثاق يتضمن نصوصاً أخرى أكثر إيجابية تؤدي إلى توظيف الحق في البيئة، فالنقد بشأن تقارب القانون الفرنسي مع القانون المصري يرتبط فقط بنص المادة الأولى من الميثاق المقننة للحق في البيئة.

وفيما يتعلق بديباجة الميثاق مرة أخرى، فقد انتقد مسلك المشرع الدستوري؛ بسبب تأثره العميق بالقانون الدولي واعترافه بالحق في البيئة من منطلق كونه حقاً للبشرية، مما يقلل من فائدة الميثاق، إضافةً إلى أثر هذا المسلك

(1) Voir, le Duc Jean-Patric, Autopsie de la charte de l'environnement charte de l'environnement: un document acceptable mais totalement insuffisant.

على العنوان الآتي:

<http://lesverts91.ouvaton.org/article.php3?id-article=186>

وانظر أيضاً في معنى مقارب:

Y. Jegouzo, Quelques réflexions sur le Project de charte de l'environnement, op. cit, cahiers du conseil constitutionnel n° 15, sur de site du conseil.

سلبًا على السيادة الوطنية La Souveraineté nationale. كما أن الاعتراف بالحق في البيئة بهذا المضمون يتطلب وحدة المضمون في الدول الأخرى، وهو غير حادث في عالمنا المعاصر وحق للبيئة بهذا المعنى يقلل كذلك من التزامات المشرع في مجال حمايته بسبب غموض جوانب الحق الذي سيتدخل بصدده ذلك المشرع (1).

وتأثر الميثاق بالقانون الدولي وبخاصةً دبياجته يظهر من ورود مصطلحات كثيرة تجد أصلها في ذلك القانون مثل ظهور البشرية L'avenir et L'émergence de l'humanité ومستقبل وجود البشرية L'existence de l'humanité والتراث المشترك لكل البشرية Patrimoine commun des êtres humains (2) والتنمية المستدامة Le développement durable والشعوب الأخرى Les autres peuples (3). فاستخدام مثل هذه المصطلحات ذات الأصل الدولي للاعتراف بحق دستوري داخل الدولة يؤدي في ضوء المثالب المثارة سابقاً إلى النيل من مضمون الحق ومن تحديد جوانبه المختلفة، فمصطلح مثل التنمية المستدامة تحده موثيق دولية عديدة مثل إعلان ريو 1992م، وقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 42/186 بتاريخ 11 ديسمبر 1987م، وإعلان قمة الأرض بجوهانسبرج عام 2002م، ومثل هذه الوثائق لا يرجع إليها المجلس الدستوري عند رقابته للدستورية؛ حيث يسمو عليها الدستور كما سبق وأن أشرنا (4).

(1) Voir en ce sens: M. Prieur, vers un droit de l'environnement renouvelé, cahiers du conseil constitutionnel n° 15, 2003, p. 130.

(2) Voir, J. Attard, le fondement solidariste du concept "environnement-patrimoine commun, RJE, n° 2, 2003, p. 161.

(3) Sur l'environnement au plan international voir: A. Kiss, environnement, droit international, droits fondamentaux, cahiers du conseil constitutionnel n° 15, Sur le site du conseil: www.conseil-constitutionnel.fr

(4) voir le duc jean-parTik, Autopsie de la charte de l'environnement: un document acceptable mais totalement insuffisant, op. cit. sur le site. p. 130.

ويرى بعض الفقهاء في هذا المسلك للمشروع الدستوري الفرنسي جانباً إيجابياً يتمثل في إرادة فرنسا في أن تظهر للعالم الأهمية السياسية التي تريد إسباغها على البيئة مستقبلاً، إضافةً إلى أن مكان إدراج الميثاق في الدستور على نفس مستوى إعلانات الحقوق لعام 1789م و1946م يعطي له مكانةً وبعدهً تاريخياً (1).

كما يرى البعض الآخر الفائدة الكبيرة لمثل هذه المصطلحات مثل مصطلح "التراث المشترك" لكل البشرية "فيما يتعلق بحماية الحق في البيئة؛ حيث يمكن للقاضي الدستوري استناداً إلى هذا المصطلح رقابة القوانين وحتى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بأحد جوانب البيئة، وإدراج هذه الفكرة في النطاق الدستوري مظهر إيجابي آخر يتعلق بإمكانية تأسيس حق الأفراد في اللجوء إلى القاضي لحماية الحق في البيئة أو لطلب التعويض بالاستناد إليها (2).

كما أن الميثاق لم يبين معياراً محدداً في تعريفه لحق البيئة يتحدد على أساسه مضمون الحق المتمتع بالحماية الدستورية. فإذا نظرنا إلى المعيار الشخصي في تعريف الحق في البيئة، والذي يدور حول تعريفها بالنظر إلى الفرد ومصالحته، وجدنا أن الميثاق يتجه لهذا المعيار حينما يؤكد في المادة الأولى أن "لكل إنسان الحق في أن يحيا في بيئة متوازنة وصحية، وإذا نظرنا إلى المعيار الموضوعي في تعريف الحق في البيئة والذي يعرفها بالنظر إليها مجردة، لوجدنا أن الميثاق أيضاً متبنياً لهذا المعيار حينما يشير إلى البيئة "المتوازنة" (3).

فقد حاول المشروع الدستوري التوفيق بين المعيارين حينما نص على حماية البيئة لصالح الإنسان من ناحية توفير الظروف المناسبة لحمايته صحياً من

(1) voir, M. prier, vers un droit de l'environnement renouvelé, op. cit. p. 130.

(2) voir, M.-A. Cohendet, vers la constitutionnalisation du droit de l'homme a un environnement équilibre, In vingt ans de protection de la nature, Hommage a M. M. Des pax, Pu Limage, 1998, p. 282.

(3) Dans ce sens voir, M.-A. cohendet, vers la constitutionnalisation du droit de l'homme a un environnement équilibre, p. 282 et p. 283.

جانب، وحينما نص على حماية البيئة كهدف بإيراد البيئة المتوازنة من جانب آخر، ومما هو غني عن البيان، ضرورة تحديد المعيار الدقيق في تحديد الحق في البيئة لتأثير ذلك المباشر على تدخل المشرع بتشريعات ذات صبغة بيئية من ناحية، وعلى مدى رقابة الدستورية من ناحية أخرى. فتبنى هدف حماية البيئة كفاية في حد ذاته يمنح المشرع سلطة تقديرية واسعة في إصدار تشريعات من هذا المنظور، يكون أمامه بمقتضاها العديد من الخيارات المتعددة لتحديد أطر هذه الحماية.

كما أن كل تشريع يصدر مدعماً لحماية البيئة سيكون محققاً للالتزام الدستوري في هذا النطاق؛ ولا يمكن بالتالي أن يدعي بعدم تدخل المشرع لتحقيق هدف معين يتعلق بحماية البيئة؛ لأن ذلك سيُعد تدخلاً في ملاءمة التشريع وهي من إطلاقات البرلمان الذي يملك توقيت التدخل بالتشريع ومداه.

وتبني هدف الحماية كغاية دون النظر إلى البيئة كحق؛ يؤدي هو الآخر إلى عدم اتساع سلطة القاضي الدستوري في الرقابة بسبب السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها المشرع في نطاق تشريعات حماية البيئة؛ حيث تقف الرقابة عند التحقق من احترام المشرع لمبدأ المساواة بين من تماثلت مراكزهم القانونية، إضافةً إلى الالتزام بالقيود المتعلقة بالتشريع كقاعدة عامة (1).

وإذا كان المشرع الدستوري قد أخذ بالمعيارين في تبنيه لحماية البيئة؛ مما يؤدي إلى صحة الملاحظات السابقة، فإنه مما يحقق من ذلك تحديد المشرع الدستوري في مواد الميثاق التالية لمضمون الحق في البيئة من خلال إقراره لمبادئ دستورية ترتبط بممارسة الحق في البيئة مثل حقوق المشاركة والحصول على المعلومات والتعويض على نحو ما سنفصله لاحقاً.

بيد أن النقد السابق الموجه لميثاق البيئة يمكن توجيهه أيضاً إلى موقف الدساتير المصرية - قبل صدور دستور 2014م- التي تبنت جميعها معياراً

(1) انظر فيما يتعلق بسلطة المشرع في التشريع من حيث السلطة المقيدة والسلطة التقديرية. د. عادل عمر شريف: قضاء الدستورية- القضاء الدستوري في مصر، 1988م.

موضوعياً لحماية البيئة كهدف تسعى الدولة من خلاله إلى تحقيق التنمية المستدامة، ولم ينظر إليها كحق للفرد مما سيؤثر بلا شك على مضمون رقابة دستورية التشريعات الصادرة في مجال حماية البيئة كما أشرنا، وسيؤثر كذلك في سياسة المشرع المتعلقة بحماية البيئة من ناحية منطلق تدخله، إذ أن التدخل بتشريعات في مجال حق دستوري يختلف عن التدخل بتلك التشريعات لحماية البيئة كواجب وطني؛ وهدف التنمية الشاملة والمستدامة لكل الأجيال". صنفته المحكمة الدستورية العليا في مصر كحق دستوري قائم بذاته، بما يجعل من الهدف النهائي لحماية البيئة مستجيباً بصورة أو بأخرى لمضمون حق دستوري في البيئة (1).

وإذا كانت كل الانتقادات والملاحظات السابقة قد وجهت للتنظيم الدستوري للحق في البيئة في فرنسا بالرغم من إيجابيات هذا التنظيم من حيث اعترافه الصريح بالحق وبالقوق الأخرى المرتبطة به ومن حيث ضمان احترامه بفرض التزامات محددة على الدولة وعلى الأفراد، فإن قصور التنظيم الدستوري للبيئة في مصر عن تناول هذه الجوانب المهمة ومن أخصها الاعتراف بالبيئة كحق هو ما دعا المشرع الدستوري - في دستور 2014م - إلى تفادي هذا النقد بالنص الصريح في المادة 46 من دستور 2014م على أنه: "لكل شخص الحق في بيئة صحية سليمة، وحمايتها واجب وطني. وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليها، وعدم الإضرار بها، والاستخدام الرشيد للموارد الطبيعية...".

لذا حسناً فعل الدستور المصري لعام 2014م من تقرير حماية البيئة كحق يتمتع به كل مواطن، والقول بغير ذلك يؤدي إلى غياب الجوانب المفعلة لهذا الحق أيضاً، مثل الحق في اللجوء للقضاء للحماية، والحق في الحصول على المعلومات والمشاركة وغيره من السمات الأخرى المرتبطة بالحق الدستوري، فالقانون المصري لا يكرس سوى التزام على الدولة بحماية البيئة، سواء تحت مظلة "واجب وطني" كما هو الحال في مصر.

(1) انظر: المحكمة الدستورية العليا، 2 مارس 1996م، القضية رقم 34 لسنة 15 ق.د، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء السابق، ص520.

الفصل الثاني

تقرير الحق في البيئة في الدستور المصري

مقدمة:

احتلت حماية البيئة حيزاً هاماً من اهتمامات الحقوقيين في الفترة الأخيرة في مصر؛ لأنه لا مستقبل دون رعاية للبيئة؛ وهذا أدى إلى تطور مفهوم الحقوق البيئية في الدستور المصري منذ عام 2007م وحتى عام 2014م. فالنص الأصلي لدستور 1971م لم يتضمن أي مادة تنص على الحق في بيئة صحية سليمة أو عن حماية البيئة، وفي 2007م تم تعديل الدستور ليتضمن مادة خاصة بالبيئة جاء فيها أن: "حماية البيئة واجب وطني، وينظم القانون التدابير اللازمة للحفاظ على البيئة الصالحة" (مادة 59)، ونلاحظ أن هذه المادة جاءت "بدائية" تؤكد على ضرورة حماية البيئة، من دون أي تفريق بين واجب الدولة وواجب الأفراد في هذا المجال.

لم يرد في الدستور المصري الصادر سنة 1971م قبل تعديله عام 2007م أية نصوص تتعلق بصفة مباشرة بالحق في البيئة أو النص على حماية البيئة كالترام على الدولة أو مواطنيها، وإذا كان صحيحاً أن الحق في البيئة وأن لم يعترف به الدستور بشكل مباشر، إلا أنه يمكن القول بأن هذا الحق يمكن حمله على بعض نصوص الدستور الأخرى بشكل غير مباشر. فالمادة السادسة عشر تنص على أنه "تكفل الدولة الخدمات الثقافية والاجتماعية والصحية، وتعمل بوجه خاص على توفيرها للقرية في يسر وانتظام رفعا لمستواها"⁽¹⁾. وقد نصّ التعديل الدستوري في المادة 59 على أن "حماية البيئة واجب وطني، وينظم القانون الحق في البيئة الصالحة والتدابير اللازمة للحفاظ عليها".

ووفقاً لهذا التعديل أصبح مبدأ الحماية الدستورية للبيئة يعلو كافة القوانين - طبقاً لمبدأ علو وسمو القاعدة القانونية للدستور - بما يعني التزام الدولة به، فلا

(1) د. رجب محمود طاجن، مرجع سابق، ص 78.

يجوز للسلطة التشريعية إصدار قانون يشكل انتهاكاً للبيئة أو عدواناً عليها، ولا تستطيع السلطة التنفيذية بجميع مستوياتها أن تصدر قراراً أو أن تتخذ إجراء أو توافق على مشروع أو تبرم اتفاقاً؛ مما قد يؤدي إلى إضرار بالبيئة أو أن تتغاضى عن أي مخالفة تؤدي إلى الانتقاص من شروط المحافظة على البيئة (1).

وكان حكم المحكمة الدستورية واضحاً؛ حيث نصت "إذا كان الماء أعلى هذه الموارد وأكثرها نفعاً باعتباره نبض الحياة، فلا يجوز الإسراف فيه، ... وأن الحفاظ عليه يعدو واجباً وطنياً" (2).

وقد طوّر دستور 2012م الصادر بعد الثورة هذا المفهوم فنص على أن "لكل شخص الحق في بيئة صحية سليمة، وتلتزم الدولة بصون البيئة وحمايتها من التلوث، واستخدام الموارد الطبيعية، بما يكفل عدم الإضرار بالبيئة، والحفاظ على حقوق الأجيال فيها" (مادة 63).

وهنا نلاحظ تطور المفهوم من مجرد إعلان هدف أو قيمة معينة إلى منظور حقوقي ينص على حق كل إنسان في بيئة صحية سليمة، بالإضافة إلى ذلك، رتب دستور 2012م التزاماً على الدولة بالحفاظ على البيئة وبتخاذ التدابير اللازمة لهذه الغاية، وقد عكس هذا النص تطوراً في دور الدولة في حماية البيئة؛ حيث تم التأكيد على التزامها وواجبها ومسئوليتها في القيام بذلك.

كما ذهب هذا الدستور إلى حد تعداد الحقوق البيئية: فنص على "حماية الرقعة الزراعية وزيادتها" والعمل على "تنمية الأصناف النباتية والسلالات الحيوانية والثروة السمكية وحمايتها" مع ربط ذلك لتحقيق الأمن الغذائي (مادة 15) مما يعكس فهماً عميقاً للعلاقة بين حماية البيئة ومقومات الحياة الأساسية للإنسان. كما نص على أن "الثروات الطبيعية للدولة ملك الشعب" (مادة 18) وألزمت الدولة "بالحفاظ عليها وحسن استغلالها ومراعاة حقوق الأجيال فيها"،

(1) د. بدر محسن، مرجع سابق، ص370.

(2) حكم المحكمة الدستورية، 3 مارس، 1996م، سنة 15 قضائية، منشورات دار العدالة الإلكترونية.

وكذلك بالنسبة لنهر النيل وموارد المياه (مادة 19)، كذلك تم تخصيص مادة من الدستور لإلزام الدولة بحماية الشواطئ والبحار والممرات المائية والبحيرات، بالإضافة إلى المحميات الطبيعية (مادة 20)، ويعكس هذا التفصيل في الدستور، التعمق في مفهوم حماية البيئة والحقوق البيئية وأهميتها، بما استدعى إعطاءها قيمة دستورية.

وقد اتجه الدستور الحالي الذي تم إقراره في 2014م نحو تعزيز حماية البيئة في مصر من خلال إرساء دعائمه في الدستور الحالي، فقد نص الدستور ولأول مرة في مصر على "الرفق بالحيوان" (مادة 45). كما أبدى الدستور نظرة أكثر شمولية للعلاقة بين الإنسان والبيئة؛ فربط حماية الرقعة الزراعية بحماية سكان الريف من المخاطر البيئية (مادة 29) كما نص على حماية الثروة السمكية، ودعم الصيادين، وتمكينهم من مزاوله أعمالهم" دون إلحاق الضرر بالنظم البيئية" (مادة 30) كما أعاد الإشارة إلى "حقوق الأجيال القادمة"، ربط بين حماية البيئة من جهة، وهذه الحقوق وتحقيق التنمية المستدامة من جهة أخرى.

ونلاحظ أن الدستور المصري تطور على مدار تعديلاته فيما يخص الحقوق البيئية، ولكن المناقشات التي دارت في لجنة الخمسين فيما يخص دستوري 2012 و2014 لم تتناول الحقوق البيئية بالمناقشة، فتبين أن النصوص المتصلة بالبيئة تم إقرارها دون أي نقاش أو خلاف، وبذلك بقيت الأسئلة الكبرى كالعلاقة بين البيئة والاستثمار موضع تجاهل وتغيب تامين.

ونعرض لمظاهر وضمانات الحقوق البيئية في الدستور

المصري 2014م من خلال ما يلي:

المبحث الأول: الأساس الدستوري للحق في البيئة.

المبحث الثاني: مظاهر حماية البيئة في الدستور.

المبحث الثالث: التنظيم الدستوري الخاص بموارد الثروة الطبيعية.

المبحث الأول

الأساس الدستوري للحق في البيئة

فقد نص الدستور المصري الصادر عام 2014م في المادة 46 منه على أن "لكل شخص الحق في بيئة صحية سليمة، وحمايتها واجب وطني، وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليها وعدم الإضرار بها، والاستخدام الرشيد للموارد الطبيعية بما يكفل تحقيق التنمية المستدامة، وضمان حقوق الأجيال القادمة" وهنا نلاحظ تطور المفهوم من مجرد إعلان هدف أو قيمة معينة إلى منظور حقوقي ينص على حق كل إنسان في بيئة صحية سليمة وحماية هذا الحق واجب يقع على الوطن، وتعليقاً على هذا النص، نود القول أن المشرع الدستوري المصري قد رفع الحق في البيئة إلى مصاف الحقوق الأساسية للإنسان، ووضع نصوصه في أعلى وثيقة قانونية في البلاد وهي الوثيقة الدستورية؛ بما لها من واجب احترام وتقديس من ناحية حيث لا يجوز لأي نص تشريعي مخالفتها، وترتيباً على ذلك، تترتب عدة نتائج، أولاً: يكون للمحكمة الدستورية العليا الحق في القضاء بعدم دستورية أي نص يخالف النصوص الموضوعية بهذه الوثيقة ومنها بطبيعة الحال النصوص المتعلقة بالبيئة.

ثانياً: ألزم الدستور الجديد الدولة، وسائر أجهزتها الإدارية المختلفة بالمحافظة على البيئة بكل معطياتها، ومراعاة حق الأجيال فيها، وابتناءً على ذلك فلم يعد هناك مجالاً للاختلاف حول حق الإنسان في بيئة سليمة.

وتحقيقاً لهذه الغاية، فإن الالتزام بالمحافظة على البيئة ليس قاصراً على الدولة وأشخاص القانون العام فقط، وإنما على أشخاص القانون الخاص كذلك سواء أكانوا أشخاص طبيعيين أم اعتباريين، فالإنسان وكذلك الشركات والهيئات والمؤسسات المختلفة مدعوة للحفاظ على البيئة من خلال منظومة ثلاثية قوامها الأول هو المنع المطلق للتلوث، وثانيه للحد من التلوث، وآخرها إعادة معالجة

الملوثات بطريقة تكون أكثر أمناً وحفاظاً على المجتمع، وتكون مقبولة وفي نطاق الحدود المسموحة التي أقرتها منظمة الصحة العالمية.

ثالثاً: وعلى مجلس النواب أن يتخذ كافة القوانين والتشريعات اللازمة لوضع القواعد الدستورية المختلفة، ومنها قواعد المحافظة على البيئة موضع التنفيذ، وأن يتم تغليظ العقوبات المرتبطة بواجب حماية البيئة والمحافظة عليها. وهكذا فقد ألقى الدستور 2014م التزاماً على عاتق الدولة باتخاذ ما تراه من التدابير اللازمة والضرورة لتحقيق هذه الغاية ألا وهي الحفاظ على البيئة وعدم الإضرار بها.

وقد عكس هذا النص تطوراً في دور الدولة في حماية البيئة والحفاظ عليها؛ حيث تم التأكيد على التزامها وواجبها ومسئوليتها في القيام بذلك، كما ذهب إلى التزام الدولة بالاستخدام الرشيد للموارد الطبيعية وعدم استنزافها؛ وذلك لكي تحقق التنمية المستدامة لهذه الموارد أيضاً لضمان حقوق الأجيال القادمة لأن هذه الحقوق ليست مقتصرة على الأجيال الحالية بل هي الأجيال الحالية والمقبلة، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية؛ حيث اعتبرت أن حق الإنسان في العيش في بيئة صحية ونظيفة أرقى من الحقوق الأساسية التي تنتمي في شأنها وعلوها مع الحقوق الطبيعية الأساسية ومنها الحق في الحرية والحق في المساواة (1).

وقد قررت في حكم آخر على حق الإنسان في العيش في بيئة نظيفة، وأوضحت بجلاء في حيثيات حكمها أن حماية البيئة الهدف منها هو الإنسان، وذلك عندما قالت "... ومن حيث إنه إدراكاً لأهمية كفالة حق الإنسان المصري في العيش في بيئة صحية مناسبة، والتزاماً بما تعهدت به الدولة في المواثيق

(1) انظر في هذا الصدد: مصطفى صلاح الدين عبدالسميع هلال، ووليد محمد الشناوي: نحو تكريس دستوري للحق في البيئة في الدستور المصري الجديد، المؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق بجامعة المنصورة، ص6.

والاتفاقيات الدولية بالحفاظ على البيئة وحمايتها فقد صدر القانون رقم 4 لسنة 1994م قانون للبيئة...»⁽¹⁾.

بعض التطبيقات القضائية على حق الإنسان في بيئة صحية ملائمة:

أكدت أحكام القضاء على الحق الدستوري للإنسان في بيئة ملائمة حتى قبل تقرير ذلك صراحةً في نصوص الدستور بناءً على أنها حقوق إنسانية طبيعية تقرها كافة المواثيق الدولية.

وتطبيقاً لذلك من أحكام القضاء ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 8450 لسنة 44 ق حيث تتعلق هذه الدعوى بطلب إلغاء قرار جهاز شئون البيئة، برفض التصريح بدخول إحدى الشحنات إلى البلاد لاحتوائها على مواد ونفايات ضارة، بزعم أن بعض شركات قطاع الأعمال قد سمح لها باستيراد مواد مماثلة، وقد كان للمحكمة الإدارية العليا في هذه الدعوى موقفاً واضحاً في التأكيد على حق الإنسان في بيئة نظيفة باعتبارها من الحقوق الأساسية.

فقضت برفض الطعن وقالت في أسباب قضائها "ومن حيث إن حق الإنسان في بيئة نظيفة أضحي من الحقوق الأساسية التي تتسامى في شأنها وعلو قدرها ومكانتها مع الحقوق الطبيعية الأساسية، ومنها الحق في الحرية والحق في المساواة، فكان أن حرصت الوثائق الدستورية على أن تتضمن نصوصها أحكاماً تؤكد هذه النظرة الأساسية، فضلاً عن أن وثيقة إعلان استكهولم الصادر عام 1972م قد أكد أن هذا الحق ضمان أساسي لتوفير الحياة الكريمة للإنسان في وطنه، ويقابل هذا الحق تقرير واجب على عاتقه بالالتزام بالمحافظة على هذه البيئة...".

وأضافت أن "القانون رقم 4 لسنة 1994م الذي أنشئ بمقتضاه جهاز لحماية وتنمية البيئة وتضمنت أحكامه الوسائل الكفيلة بالحفاظ على البيئة

(1) انظر: الطعن رقم 8450 لسنة 44 ق، جلسة 2001/2/21م، إدارية عليا، مجموعة الأحكام، ص42، ص410.

وحمايتها من الملوثات والنفايات الخطرة، فحظر استيراد النفايات الخطرة والسماح بدخولها..." وأن "جهاز شؤون البيئة قد رفض هذه الشحنة لما تحويه من تراب الرصاص الذي يُعد من النفايات الخطرة وفقاً لقانون البيئة"، وأنه "... التزمًا باتفاقية بازل التي وافقت مصر عليها بقرار رئيس الجمهورية رقم 385 لسنة 1992م، وهي الاتفاقية الداخلة في نسيج القانون الوطني ولها قوة أحكامه بعد إبرامها والتصديق عليها عملاً بحكم المادة 151 من الدستور، وعلى ذلك فإن القرار الصادر في هذا الخصوص جاء موافقاً لأحكام القانون بما لا مطعن عليه" (1).

وكذلك الدعوى رقم 28375 لسنة 60 ق - جلسة 2007/3/27

وتتعلق هذه الدعوى بمحطات تليفون محمول وشروط إقامتها على أسطح العقارات.

فقد أقام المدعي هذه الدعوى بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة بتاريخ 2006/5/31م وطلب في ختامها الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار حي الزيتون بالتصريح بالموافقة على تركيب محطة تقوية على سطح العقار رقم (2) شارع النواوي ويحمل حالياً رقم 299 ترعة الجبل الزيتون (برج الجبل) مع ما يترتب على ذلك من آثار وإلزام الإدارة المصروفات.

وقال المدعي شرحاً لدعواه أنه يمتلك وحدة سكنية بذات العقار المشار إليه بموجب عقد بيع مؤرخ 2002/11/28م موقع بينه وبين المدعى عليهم الثالث والزابع والخامس وبصفتهم شركاء على الشيوع معه في ملكية العقار ثم فوجيء بقيام ملاك العقار باستخراج تصريح من حي الزيتون بالموافقة على تركيب محطة تقوية لشبكة التليفون المحمول فوق سطح العقار رغم وجود أطفال

(1) للمزيد، ينظر:

<http://knol.google.com/k/-/rfiijgelgcrn/6qmpch/521.jpg>

الطعن رقم 8450 لسنة 44 ق - جلسة 21 فبراير 2001م، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، س42، ص410.

في سن الحضانة والابتدائي والإعدادي به كما توجد مدرسة.....ومعهد
أزهري..... ملاصقة للعقار المذكور.

ويدعي المدعي على هذا القرار أنه صدر بالمخالفة لشروط بروتوكول
الإشتراطات الخاصة بتركيب محطات التليفون المحمول، واختتم صحيفة دعواه
بالمحكمة بالحكم له بطلابته سائلة البيان وبالجلسة المنعقدة علناً في يوم الثلاثاء
الموافق 2007/3/27م حكمت محكمة القضاء الإداري بقبول الدعوى شكلاً
وبوقف تنفيذ القرار المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار وألزم
الإدارة مصروفاته وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة لتحضيرها
وإعداد تقرير بالرأي القانوني في موضوعها (1).

(1) للمزيد، ينظر: الدعوى رقم 28375 لسنة 60 ق - جلسة 2007/3/27م من صفحة 1 إلى صفحة
4.

== ينظر أيضاً: الدعوى رقم 3464 لسنة 56 ق - جلسة 2010/1/5م من ص 1 حتى ص 5.
المقامة من الممثل القانوني للشركة المصرية لخدمات التليفون المحمول ضد محافظ القاهرة.
الموضوع: محطات تقوية المحمول - القانون الواجب التطبيق - قرار محافظ القاهرة - انفاقه مع
الضوابط القانونية.

الوقائع: بتاريخ 2001/12/4م أقام المدعي بصفته الدعوى الماثلة بإيداع صحيفتها قلم كتاب هذه
المحكمة في ختامها الحكم: بقبولها شكلاً، وبوقف تنفيذ وإلغاء قرار محافظ القاهرة رقم 2896 لسنة
2001م بتعديل بعض أحكام قراره رقم 2617 لسنة 2001م بشأن ضوابط ترخيص محطات خدمة
التليفون المحمول على أسطح العقارات، مع ما يترتب على ذلك من آثار، وإلزام الإدارة المصروفات
وبالجلسة العلنية يوم الثلاثاء الموافق 2010/1/5م حكمت محكمة القضاء الإداري - برفض
الدعوى موضوعاً وألزم المدعي المصروفات، وقد قررت المحكمة في حكمها أن مشروعات
التليفون المحمول وما تقيمه من محطات لتقوية التليفون المحمول فوق أسطح العقارات فإنها تخضع
لأحكام قانون البيئة وما تضمنه من اشتراطات يتعين مراعاتها حال إنشاء تلك المحطات سواء فوق
أسطح العقارات أو في أي مكان آخر مما يكون معه للمحافظ المختص بماله من سلطة وضع تلك
الضوابط والاشتراطات موضع التنفيذ بقرار يصدره ويتعين الالتزام بها طالما أنها صدرت في حدود
السلطة التقديرية المخولة له وفقاً لأحكام القانون سيما وأن ما تضمنه قرار محافظ القاهرة التنظيمي
المطعون فيه تم الاتفاق عليه سلفاً بين جهاز شئون البيئة والمعهد القومي للاتصالات بحضور ممثلين
من وزارتي الصحة والسكان والاتصالات والمعلومات وشركتي التليفون المحمول "موبنيل وكليك"
فيما أطلق عليه بروتوكول اعتماد اشتراطات المحطات الأساسية للتليفون المحمول والمعتمد منهم
بتاريخ 2008/8/13م وعلى أثر ذلك صدر قرار محافظ القاهرة رقم 2627 لسنة 2001م ثم تلا
ذلك إدخال بعض التعديلات عليه في ضوء ما اتفق عليه بموجب قراره المطعون فيه رقم
2896 لسنة 2001م وهي جميعها متفقة وأحكام القانون رقم 4 لسنة 1994م سالف الذكر،
وكذا أحكام القانون رقم 106 لسنة 1976م بتنظيم أعمال البناء وتعديلاته ولائحته التنفيذية، وكذا
أحكام قانون الطيران المدني؛ مما يحقق أعلى قدر من السلامة والأمان للأفراد والمرافق والمنشآت
وبالجملة بقصد الحفاظ على صحة الإنسان والبيئة ومن ثم يتعين على شركات التليفون المحمول
الالتزام بالتعديلات الواردة بقرار المحافظ المطعون فيه خلال التراخيص التي تصدر لهم من

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الهدف من وضع الاشتراطات البيئية لمحطات تقوية شبكات التليفون المحمول التي يتم تركيبها على أسطح العقارات هي المحافظة على المواطنين الذين يقيمون بهذه العقارات من أخطار التلوث الكهرومغناطيسي التي تؤدي في النهاية إلى الإصابة بأمراض خطيرة، كما تتطلب تلك الاشتراطات موافقة المقيمين بالعقار كتابةً على تركيب هذه المحطات.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في ذات المعنى في الدعوى رقم 8815 لسنة 70 قضائية بتاريخ 2016/1/12م القضاء الإداري بالإسكندرية.

حيث يخلص وجيز الموضوع في كون شركة أسمنت بورتلاند تيتان قامت مؤخراً باستخدام الفحم كوقود في عملياتها الإنتاجية، وهو الأمر الذي سبب أضراراً بالغة لسكان المنطقة "ومن بينهم الطالبين" وكذلك أصاب معظم أهالي منطقة وادي القمر، الكائن بها المصنع بالعديد من الأمراض المزمنة (ما بين الربو والأمراض الصدرية الأخرى، والعديد من الأمراض) وقد تحرر عن ذلك العديد من الأمراض المترتبة على التلوث البيئي، هذا بخلاف أن استخدامه للفحم كوقود يخالف كل قواعد البيئة والاتفاقيات الدولية المعنية بها، ويعمل على زيادة التلوث الهوائي في المنطقة، وقد قام أهالي منطقة وادي القمر بتحرير العديد من هذه المحاضر ومن بينهم الطالبون، كما تم توجيه إنذار إلى جهاز شئون البيئة بالإسكندرية لوقف قرار عمل المصنع بالفحم.

وقد أكدت المحكمة في تلك الدعوى في أحقية الأهالي في التمتع ببيئة ملائمة وصحية خالية من الأمراض وعدم جواز إقامة مثل هذه المصانع في مناطق سكنية بما لها من آثار سلبية على صحة المواطن والفرد.

الوحدات المحلية المختصة سيما وأنه متفقاً وأحكام القانون واعتبارات النظام العام مما يكون معه قائماً على سببه المبرر له.

المبحث الثاني

مظاهر حماية عناصر البيئة في الدستور

ذهب دستور 2014م إلى حد تعداد الحقوق البيئية، لكي يتناول كافة العناصر البيئية بما يحقق تكاملاً وتناسقاً في الحماية البيئية، ونعرض في هذا المبحث تعداداً لمظاهر حماية مختلف عناصر البيئة في الدستور وذلك من خلال ما يلي:

أولاً: نص المادة (29) منه والتي تنص على "الزراعة مقوم أساسي للاقتصاد الوطني وتلتزم الدولة بحماية الرقعة الزراعية وزيادتها، وتجريم الاعتداء عليها، كما تلتزم بتنمية الريف ورفع مستوى معيشة سكانه وحمايتهم من المخاطر البيئية، وتعمل على تنمية الإنتاج الزراعي والحيواني، وتشجيع الصناعات التي تقوم عليهما".

ويتضح من ذلك أن الدستور قد أبدى نظرة أكثر شمولية للعلاقة بين الإنسان والبيئة، فربط حماية الرقعة الزراعية بحماية سكان الريف من المخاطر البيئية.

إضافةً إلى بيان المردود العكسي للتلوث البيئي على التنمية الاقتصادية الزراعية؛ حيث إنه لتحقيق الأهداف المنشودة من أي برامج تنموية لا بد من ضرورة استغلال الموارد الاقتصادية المتاحة بالبيئة المحيطة به (الهواء، الماء، الأرض) استغلالاً أفضل وفي الوقت نفسه يحافظ عليها من التدهور والنقصان، فالإنسان هو غاية وهدف أي تنمية، وفي ذات الوقت فهو وسيلة تحقق تلك التنمية.¹

¹ ومن ثم فإن الحفاظ على صحة الإنسان ورفاهيته يُعد من أهم الأهداف التي تنشدها أي خطط أو برامج تنموية، فمن المعروف أن هناك علاقة تبادلية متشابكة بين == الموارد الاقتصادية والتنمية البيئية، فالتنمية الاقتصادية لا يمكن أن تحدث بدون موارد اقتصادية، وكلما زاد حجم الموارد الاقتصادية بصفة عامة والطبيعية منها على وجه الخصوص، كلما زادت فرص التنمية والعكس صحيح فإن أي نقص أو تدهور في نوعيتها يمكن أن يؤدي إلى تعثر خطط وبرامج التنمية الاقتصادية في المجتمع وفي نفس الوقت فإن الموارد الاقتصادية لا توجد إلا في بيئة يتفاعل معها الإنسان ويسخرها لإشباع رغباته الإنسانية، ومن ثم فإن أي تدهور في البيئة المحيطة يمكن أن يؤدي إلى تعثر خطط وبرامج التنمية

وهكذا فإن نص المادة 29 قد أفرد اهتمامًا متميزًا للزراعة بوصفها مقوم أساسي للاقتصاد الوطني، وألقى بعدة التزامات على الدولة، أولها: حماية الرقعة الزراعية وزيادتها وهو ما يفسر توجه الدولة نحو إزالة التعديلات الواقعة على الأراضي الزراعية تحقيقًا للغاية المنشودة من حماية الأراضي الزراعية، ثانيًا: تجريم الاعتداء عليها وهنا توجيه المشرع إلى تنظيم جريمة الاعتداء على الأراضي الزراعية؛ لأنها تمثل إهدارًا لثروة قومية داعمة للاقتصاد الوطني، وثالثًا: الالتزام الملقى على عاتق الدولة بتتمية الريف ورفع مستوى معيشة سكانه وفي ذلك التزام الدولة بإقامة المشروعات التنموية بالريف وإنشاء الصناعات التي تقوم على الإنتاج الزراعي والحيواني.

ثانيًا: كما نص الدستور على حماية الثروة السمكية ودعم الصيادين وتمكينهم من مزاوله أعمالهم دون إلحاق الضرر بالنظم البيئية، وذلك بنصه في المادة (30) منه والتي نصت على "تلتزم الدولة بحماية الثروة السمكية وحماية ودعم الصيادين، وتمكينهم من مزاوله أعمالهم دون إلحاق الضرر بالنظم البيئية، وذلك على النحو الذي ينظمه القانون.

وقد رتب هذا النص التزامًا على الدولة بحماية الثروة السمكية وكذلك حماية الصيادين ودعمهم أي بتقديم العون لهم، وكذلك تمكينهم من مزاوله أعمالهم وذلك كله بشرط عدم إلحاق الضرر بالنظم البيئية، وترك الدستور تنظيم ذلك كله للقانون، وهكذا فقد حرص الدستور المصري على تقرير حماية للبيئة البحرية.

وقد عرض على محكمة القضاء الإداري طلبا بوقف تنفيذ جميع القرارات الخاصة بإلقاء مخلفات ببحيرة مريوط.¹

الاقتصادية بالمجتمع، وعلى المقابل فإن هناك كثيرًا من صور التنمية يؤدي إلى استنزاف موارد البيئة التي من المقترض أن تقوم عليها التنمية الاقتصادية.

¹ الطعن رقم 9896 - لسنة 48ق - تاريخ الجلسة 2008/4/2م.

وتخلص في أنه بعريضة أودعت قلم كتاب محكمة القضاء الإداري بالإسكندرية بتاريخ 2000/8/9م أقام المدعي الدعوى الأولى رقم 7814 لسنة 54 القضائية، طالبًا الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ جميع القرارات الخاصة بإلقاء مخلفات الصرف الصحي والصرف الزراعي والصناعي بحيرة مريوط، ووقف تنفيذ التعدي على حرم بحيرة مريوط وردم أجزاء منها، وفي الموضوع بإلغاء تلك القرارات وإلزام الجهة الإدارية بالمصروفات.

وشرحًا للدعوى قال المدعي إن هيئة الصرف الصحي بالإسكندرية تقوم بإلقاء ما يعادل 270 مليون متر مكعب من مخلفات شبكة الصرف الصحي على بحيرة مريوط وذلك دون معالجتها، فضلاً عن ملوثات المصانع بالإسكندرية، مما أدى إلى جعل بيئة بحيرة مريوط شديدة التلوث، بل وترسيب وأكسدة لمعظم مخلفات الصرف الصحي بسبب ركود المياه، إلى جانب إلقاء مخلفات الصرف الزراعي التي تبلغ 6 ملايين مترًا مكعبًا ينفذ جزء منها إلى البحر أمام شاطئء المكس مما جعل المنطقة مشبعة بالتلوث.

وأضاف المدعي أن مجلس الشعب في عام 1985م ناقش بجلساته صرف مخلفات مجاري الإسكندرية وتم تشكيل لجنة لتقصي الحقائق، وأوصت بضرورة صرف مخلفات المجاري والصرف الصناعي لمدينة الإسكندرية بالصحراء. كما أعد مجلس الوزراء عام 1986م دراسة مماثلة، ثم أعلنت هيئة المعونة الأمريكية أن الصرف لابد أن يتم في البحر ولو مرحليًا، وكانت النتيجة هي التهديد الكامل لبحيرة مريوط وتلوث شواطئ الإسكندرية، ثم قام العديد من العلماء وأساتذة الجامعات المصرية بإعداد العديد من البحوث والدراسات لصرف المخلفات بمدينة الإسكندرية إلى الصحراء حفاظًا على بيئة بحيرة مريوط والثروة السمكية بها، إلا أن أجهزة الدولة المعنية لم تدعن لهذه البحوث والدراسات والتوصيات، وظلت تواصل إلقاء مخلفات الصرف والصناعة ببحيرة مريوط؛ مما يتسبب في إصابة الإنسان بالأمراض المختلفة، فضلاً عن أن ردم البحيرة

يقضي على طبقة الصيادين المقدرين بخمسين ألف أسرة يعيشون على مهنة الصيد، وهي مورد رزقهم الوحيد مما يتسبب في تشريدهم، الأمر الذي دعاهم إلى إقامة دعواهم المذكورة للحكم لهم بطلباتهم سالفة البيان.

وبعريضة أودعت قلم كتاب المحكمة بتاريخ 2000/9/13م أقام المدعون في الدعوى الثانية رقم 9090 لسنة 54 ق تلك الدعوى، طالبين الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار محافظ الإسكندرية رقم 3095 لسنة 2000م الصادر في 2000/8/5م بردم جزء من بحيرة مريوط وما يترتب على ذلك من آثار، أخصها إخلاء المدعى عليه الرابع.... من الأرض وإعادة الحال إلى ما كانت عليه ليمارس المدعون نشاطهم في الصيد المرخص به من الإدارة؛ درءاً وتغادياً لما قد يلحقهم وأسرهم من أضرار جسيمة، وفي الموضوع بإلغائه، وإلزام المدعى عليهم المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة.

وشرحاً لدعواهم قال مدعون إنه بتاريخ 2000/8/5م أصدر محافظ الإسكندرية القرار المطعون فيه بتأشيرته على الطلب المقدم من المواطن/.... المقيد برقم 3095 في 2000/8/5م والذي تضمن التصديق على تخصيص قطعة أرض مساحتها 20 فداناً من بحيرة مريوط لجعلها محطة لتعبئة اسطوانات البوتاجاز. ونعى المدعون على القرار المطعون فيه مخالفته للقانون؛ لأن القانون رقم 124 لسنة 1983م في المادة (20) منه يوجب قبل الشروع في أي أعمال تتعلق بردم مياه البحيرة الرجوع إلى الجهات المختصة وهي وزارة الزراعة واستصلاح الأراضي، والري، والتخطيط، والحكم المحلي، ومعهد علوم البحار، والمصايد، والهيئة العامة لتنمية الثروة السمكية، وذلك حتى يتم التأكد بتقرير وافٍ من عدم صلاحيتها للاستغلال السمكي اقتصادياً، كما أن محافظ الإسكندرية أصدر القرار المطعون فيه بناءً على طلب مقدم من رجل الأعمال/.... بعد تقديمه شيكاً نقدياً لجهاز حماية أملاك الدولة في 2000/8/2م ودون فحص لطلبه أو حديثه، مهدراً حماية حقوق الصيادين الصادر لهم تراخيص من جهة

الإدارة بمزاولة نشاط الصيد بالبحيرة، وجاءت تأشيرة محافظ الإسكندرية على الطلب بعبارة مبهمّة في فنون الإدارة غير معروف موقعها تتمثل في: (نصدق) مما يعيب القرار المطعون فيه يعيب الشكل.

وأضاف المدعون أن محافظ الإسكندرية استغل سلطاته الممنوحة له في التصرف في شئون المحافظة، إذ أصدر القرار المطعون فيه بردم جزء مهم من بحيرة مريوط بالمخالفة لأحكام القانون، مستغلاً سلطته مهدرًا حقوق المدعين وسائر الصيادين الثابتة لهم منذ زمن بعيد بتوارث الأجيال الصيد بتلك البحيرة مما يقطع رزقهم الوحيد، فضلاً عن أن المبالغ التي تقاضتها محافظة الإسكندرية زهيدة وهي تقدر بملايين الجنيهات، مما يجعل قرار محافظ الإسكندرية مشوبًا بعيبي إساءة استعمال السلطة وعدم الاختصاص، الأمر الذي حداهم على إقامة دعواهم المائلة للحكم بطلبتهم آنفة البيان.

وبعريضة أودعت قلم كتاب المحكمة بتاريخ 2001/1/8م أقام المدعون في الدعوى الثالثة رقم 1771 لسنة 55 قضائية تلك الدعوى طالبين الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار محافظ الإسكندرية بالترخيص بردم وتجفيف أجزاء من بحيرة مريوط، والسماح للمستثمرين بالبناء عليها، وما يترتب على ذلك من آثار، أخصها عدم تمكين أي فرد أو جهة من ردم أو تجفيف أي جزء من بحيرة مريوط، وفي الموضوع بإلغائه.

وشرحًا لدعواهم قال المدعون إن بحيرة مريوط من البحيرات الطبيعية النادرة، ونظرًا إلى اهتمام الحكومات في مختلف أنحاء العالم بإنشاء بحيرات صناعية تكون مركزًا للحياة الاقتصادية والسياسية والترفيهية والاجتماعية ومصدرًا للثروة السمكية أو الطيور المهاجرة، فقد كانوا يتوقعون من الأجهزة الحكومية في مصر أن تكون أكثر حرصًا على بحيرة مريوط، إلا أن الأجهزة الحكومية هي أول من خرق القانون بقيام محافظ الإسكندرية بتخصيص العديد من الأقدنة من هذه البحيرة الهامة للمستثمرين بتجفيفها وردمها لإقامة

مشروعات عليها وإهدار تلك الثروة الطبيعية، دون أي تحرك من الأجهزة الرقابية في الدولة. ونعى المدعون على قرار محافظ الإسكندرية مخالفته للدستور والقانون؛ إذ إن المادة (33) من الدستور جعلت الملكية العامة حرمة وحمايتها واجباً قومياً، كما أنه طبقاً للمواد 3 و14 و20 من القانون رقم 124 لسنة 1983م في شأن صيد الأسماك والأحياء المائية وتنظيم المزارع السمكية؛ فإن ردم وتجفيف أي جزء من البحيرة يعتبر جريمة يستوجب معاقبة فاعلها.

كما أن القانون المذكور منح الهيئة العامة لتنمية الثروة السمكية التابعة لوزارة الزراعة وحدها الاختصاص بردم أو تجفيف البحيرة الذي يتم طبقاً لإجراءات نص عليها القانون بعد التأكد من عدم صلاحية الجزء المراد تجفيفه للاستغلال السمكي من خلال لجنة حددها القانون على سبيل الحصر، وبالتالي فإن محافظ الإسكندرية يكون قد انتزع لنفسه سلطة لم يمنحها له القانون، إذ لا يجوز له طبقاً للمادتين 81، 87 من القانون المدني أن يتصرف في الأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة ومن بينها البحيرات الطبيعية، الأمر الذي يمثل ضرراً للبيئة وحرماناً لآلاف الأسر التي تعمل بالصيد وهو مصدر رزقها الوحيد، مما حدا بهم على إقامة دعواهم المذكورة للحكم لهم بطلباتهم آنفة البيان.

وبعريضة أودعت قلم كتاب محكمة الإسكندرية للأمر المستعجلة بتاريخ 2000/8/23م أقام المدعون في الدعوى الرابعة رقم 16045 لسنة 2000 د/2 تلك الدعوى طالبين الحكم بوقف الأعمال الجارية بالردم في مياه بحيرة مريوط وإزالة التعديلات الواقعة من المدعى عليه السادس...

وشرحاً للدعوى قال المدعي أن المدعى عليه السادس (المستثمر المذكور) قام بالردم في مياه بحيرة مريوط من ناحية الطريق الصحراوي بمنطقة مرغم بحوض الـ3000 فدان استناداً إلى أن محافظ الإسكندرية خصص له جزءاً من البحيرة لإقامة مشروع تعبئة أنابيب البوتاجاز، مما دعا الصيادين إلى

تحرير محضر رقم 2 ح شرطة مسطحات بتاريخ 2001/8/16م ثم محضر آخر بقسم العامرية، وتم تحرير جنة برقم 17509 لسنة 2000م جنح العامرية، كما أن المهندس المشرف على بحيرة مريوط من قبل الهيئة العامة للثروة السمكية قام بتحرير المحضر رقم 2 ح مسطحات بتاريخ 2000/8/10م ونعى المدعون على القرار المطعون فيه مخالفته للقانون؛ إذ إن إنشاء مصنع لتعبئة أنابيب البوتاجاز فوق البحيرة يمثل ضرراً على البحيرة ذاتها وخطورة على الصيادين؛ لأنهم يقومون أحياناً بإشعال النيران في البوص الذي ينمو عشوائياً ويسد منافذ المرور لهم. كما أن ردم جزء من البحيرة سيدمر الثروة السمكية وهي المصدر الوحيد لرزق الصيادين وأسرههم، فضلاً عما تمثله النفايات وعادم هذا المشروع من زيادة الثروة السمكية في بحيرة مريوط، مما حداهم على إقامة دعواهم المذكورة للحكم لهم بطلباتهم سالفه البيان.

وقد قضت المحكمة برفض طلبات المدعين بناءً على عدم توافر الأدلة الكاملة والكافية على تلوث المياه، وقد قررت "وحيث لمقدم المستندات الدالة على صفة المدعين في رفع الدعوى أو مصلحتهم الشخصية والمباشرة ومركزهم القانوني الذاتي الذي اعتدى عليه، كما لم تقدم المستندات الدالة على صحة ادعاءاتهم سوى الإشارة إلى أبحاث منشورة وتوصية لمجلس الشعب بصرف مخلفات الصرف الصحي في الصحراء نظراً لتشبع بحيرة مريوط بالتلوث، دون أن يثبت في الأوراق أن تلك المخلفات يتم صرفها بالفعل دون معالجة كاملة، وأنها تصرف إلى البحيرة بعد معالجة أولية أو غير كاملة، وكل هذا لا يصلح دليلاً لإثبات، ما يجوز معه اللجوء إلى القضاء ورفع الدعوى؛ حيث ينتفي في النهاية وجود القرار الإداري السلبي بالامتناع في مفهوم المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة، فما كان يجوز قبول دعواهم والحال كذلك، ويكون الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا النظر قد خالف التطبيق الصحيح لحكم القانون جديراً بالإلغاء ورفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه الثاني (1).

(1) للمزيد، ينظر: في مذكرة الدعوى رقم 8815 لسنة 70 قضائية بتاريخ 2016/1/12م القضاء الإداري إسكندرية، من ص 1 حتى ص 18، وفي ذلك أيضاً الطعن رقم 9896 لسنة 48 ق بجلسة 2008/4/2م مكتب فنى، الجزء 2- رقم الصفحة 968.

كما نص الدستور على أمن الفضاء المعلوماتي، واعتبره جزءاً أساسياً من منظومة الاقتصاد والأمن القومي، وكذلك رتب التزاماً على الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليه؛ لأنه جزء لا يتجزأ من البيئة وحمائته لازمة لحماية البيئة وترك الدستور تنظيم ذلك كله للقانون. (1).

وكذلك نصت المادة (31) من الدستور على أن "الثروات الطبيعية ملك للشعب" وألزمت الدولة بالحفاظ عليها وحسن استغلالها ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها" وذلك بنصه في المادة (32) منه والتي نصت على أنه "موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها".

كما تلتزم الدولة بالعمل على الاستغلال الأمثل لمصادر الطاقة المتجددة، وتحفيز الاستثمار فيها، وتشجيع البحث العلمي المتعلق بها، وتعمل الدولة على تشجيع تصنيع المواد الأولية، وزيادة قيمتها المضافة ووفقاً للجدوى الاقتصادية.

وكذلك رتب الدستور التزاماً على الدولة في الفقرة الثانية من هذه المادة بالعمل على الاستغلال الأفضل والأمثل لمصادر الطاقة المتجددة كالقحم، والبتروول، والغاز الطبيعي، والعمل على تحفيز وتنشيط الاستثمار فيها، وأيضاً تشجيع البحث العلمي المتعلق بها للوصول إلى أفضل النتائج بالطرق المتقدمة والمتطورة، وكذلك تعمل الدولة على تشجيع تصنيع المواد الأولية اللازمة للصناعة وزيادة قيمتها المضافة حتى يعود ذلك بالنفع على الخزنة العامة للدولة.

ونص الدستور في الفقرة الثالثة والأخيرة على أنه "لا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة" أي أنه لا يجوز التصرف بأي صورة من صور التصرف كالبيع أو الرهن أو غيره من صور التصرف في أملاك الدولة العامة لأنها ملك للدولة كلها. ونص على أن "يكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً، ويكون منح حق استغلال

(1) نص المادة (31) من الدستور.

المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عامًا بناءً على قانون، ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك.

وفي هذه الفقرة من نص المادة سالفه الذكر مايز المشرع الدستوري بين حالتين الحالة الأولى وهي أن يكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو منح التزام المرافق العامة بقانون أي بقانون صادر من مجلس النواب، وهذا القانون يجوز له منح امتياز واستغلال هذه الموارد الطبيعية والمرافق العامة لمدة لا تتجاوز ثلاثين عامًا. أما الحالة الثانية وهي أن يكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات أو منح التزام المرافق العامة بناءً على قانون أي بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناءً على قانون، ولا يجوز لرئيس الوزراء منح التزام يزيد عن خمسة عشر عامًا.

وترك الدستور للقانون تحديد أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، ذلك بأن يحدد القواعد والإجراءات المنظمة لذلك.

وقد عني الدستور في المادة (43) منه بإلزام الدولة بحماية قناة السويس وتنميتها، والحفاظ عليها بصفقتها مرماً مائياً دولياً مملوكاً لها، كما تلتزم الدولة بتنمية قطاع القناة، باعتباره مركزاً اقتصادياً متميزاً لماله من فوائد اقتصادية تعود على الخزنة العامة للدولة وكذلك تساهم في دعم اقتصاد الدولة. ومن التطبيقات القضائية لحماية الممرات المائية والملاحة المائية أياً كانت:

1) حادث السفينة لاناى الهولندية في سبتمبر 1987:

تولت النيابة العامة التحقيق؛ حيث أصدرت أوامرها إلى جهاز شئون البيئة بالتنسيق مع هيئة قناة السويس، ووزارة النقل البحري وشركات البترول في المنطقة بمكافحة 500 طن زيت وقود ثقيل، وتنظيف شواطئ منطقة شرم الشيخ، وتم اتخاذ الإجراءات القانونية ضد السفينة، ثم التنازل عن الدعوى، بعد إعلان حكومة هولندا التنازل عن ديون عام 1987-1988م، ودفع مبلغ 750

ألف دولار أمريكي مقابل تكاليف أعمال مكافحة وتتنظيف الشواطئ، ولولا التدخل السريع للجهات القضائية القائمة على التحقيق لما أمكن تحقيق هذه النتائج (1).

(2) حادث سفينة نايتا التي كادت تحمل العلم بالبنمي في أكتوبر 1989م:

والتي قامت بإلقاء كمية من زيت البترول أمام منطقة رأس نصراني بشرم الشيخ، وأمرت النيابة العامة بالقبض فوراً على ربانها الإسرائيلي ومنعه من مغادرة مصر، وتم اتخاذ الإجراءات القانونية، ثم أفرج عن ربانها وسمح للسفينة بالمغادرة مقابل خطاب ضمان بمبلغ واحد ونصف مليون دولار (2).

(3) حادث السفينة الليبيرية لوبرهورن في ديسمبر 1989م:

والتي جنحت أمام مدخل قناة السويس وتسرب منها حوالي 2000 طن زيت بترول وأصدرت النيابة العامة أوامرها إلى هيئة قناة السويس بأعمال مكافحة واتخاذ كافة الإجراءات القانونية ضد السفينة ومنعها من مغادرة البلاد مع مطالبة ملاك السفينة بتعويض قدره ثلاثين مليون دولار عن الأضرار التي لحقت بالبيئة البحرية، وتم اقتراح تسويقه بالطرق الودية قبل العرض على القضاء، وتم فع مبلغ واحد وربع مليون دولار (3).

(4) حادث السفينة الفلبينية (باناي سامبا كوتيا) في ديسمبر 1989م:

والتي اصطدمت برصيف بترولوي تابع لشركة بترول خليج السويس، ونتج عن ذلك تدمير كامل للرصيف البترولوي بالإضافة إلى تسرب نحو 10 آلاف برميل، وقامت هيئة قضايا الدولة وجهاز شئون البيئة باتخاذ كافة

(1) الأهرام 1990/6/26م:

[<http://knol.google.com/k/osama-abdelaziz/-/rdijgegcrh/4#-ednref15>]

(2) البيئة والتنمية، العدد 24، سبتمبر 1989م، ص10:

[<http://knol.google.com/k/osama-abdelaziz/-/rdijgegcrh/4#-ednref17>]

(3) البيئة والتنمية، العدد 38، يناير 1990م:

[<http://knol.google.com/k/osama-abdelaziz/-/rdijgegcrh/4#-ednref18>]

الإجراءات القانونية ضد السفينة، وأمكن الحصول على تعويض قدره اثنين ونصف مليون دولار قيمة الأضرار التي لحقت بالبيئة البحرية (1).

تلك كانت أمثلة لبعض القضايا التي كان للجهات القضائية دور بارز فيها انطوى على اتخاذ اجراءات سريعة من شأنها سرعة الاستعانة بجهاز شئون البيئة لتطهير البيئة البحرية، مما قد شابهها من تلوث، والتحفظ على مرتكبي الجرائم وأدوات ارتكابهم لها؛ مما أدى إلى قيام دولهم بدفع تعويضات نفاذاً لمبدأ "التلوث يدفع" لم يكن من السهل الحصول عليها إلا من خلال إجراءات عديدة قد لا تفضي في النهاية إلى نتائج.

إن التدابير التي اتخذتها الجهات القضائية في الأمثلة السابقة هي خير دليل على وجوب تفعيل دور الهيئات القضائية في حماية البيئة على المستوى الوطني، ولا يمكن أن يكون ذلك ممكناً إلا من خلال دراية تامة بقضايا الهيئة والتدريب على اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالحفاظ عليها والرغبة في العمل على تطبيقها في القضايا البيئية ذات الطبيعة الخاصة في عناصرها وآثارها على الإنسان.

وكذلك بالنسبة لنهر النيل وموارده الطبيعية نص الدستور في المادة (44) منه على "تلتزم الدولة بحماية مياهها الجوفية، واتخاذ الوسائل الكفيلة بتحقيق الأمن المائي، ودعم البحث العلمي في هذا المجال، وحق كل مواطن في التمتع بنهر النيل مكفول، ويحظر التعدي على حرمة أو الإضرار بالبيئة النهرية، وتكفل الدولة إزالة ما يقع عليه من تعديات، وذلك على النحو الذي ينظمه القانون".

ويُستفاد من نص هذه المادة أن ألزمت الدولة بحماية نهر النيل؛ لأنه شريان الحياة في مصرنا الحبيبة، وكذلك الحفاظ على مياهه، وعدم إهدارها أو

(1) البيئة والتنمية، العدد 40، مارس 1990م:

[<http://knol.google.com/k/osama-abdelaziz/-rdiijegcrh/4#-ednref18>]

تلويثها مثلاً بصرف مياه الصرف الصحي فيها أو بإلقاء القمامة بها، أو بصرف مخلفات المصانع فيها. كما ألزمت الدولة بحماية المياه الجوفية أي المياه المستخرجة من باطن الأرض واتخاذ الوسائل الكفيلة بتحقيق الأمن المائي؛ لأنها المشكلة التي ستواجه مصر في الفترة القادمة، ودعم البحث العلمي بجميع الوسائل والإمكانيات في هذا المجال حتى يتطور ويتقدم دائماً.

قررت أيضاً أن التمتع بنهز النيل مكفول لكل مواطن، وبحظر التعدي على حرمة أو الإضرار بالبيئة النهرية، وتكفل الدولة إزالة ما يقع عليه من تعديات وترك الدستور تنظيم ذلك كله للقانون.

ومن التطبيقات القضائية في قضاء المحكمة الدستورية العليا:

القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 98 لسنة 30 قضائية "دستورية" (1)

الطعن على المادة (72) من القانون في شأن البيئة الصادر بالقانون رقم 4 لسنة 1994.

حيث بتاريخ الثامن عشر من مارس سنة 2008م، أقام المدعي هذه الدعوى، بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا؛ طلباً للحكم بعدم دستورية نص المادة (72) من القانون في شأن البيئة الصادر بالقانون رقم 4 لسنة 1994م.

حيث أن الوقائع تتحصل - حسبما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق- في أن النيابة العامة كانت قد اتهمت المدعي في الجحة رقم 509 لسنة 2005م جنح عتاقة بأنه بتاريخ 2005/5/4م، بدائرة قسم عتاقة، بصفته صاحب منشأة ينتج عنها مخلفات تصرف في مجاري المياه، لم يشغل وحدات معالجتها فور بدء تشغيل تلك المنشآت، وطلبت عقابه بالمواد (1 و 2/4) من

(1) للمزيد، ينظر في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 98 لسنة 30 قضائية "دستورية" الجريدة الرسمية العدد 14 مكرر (أ) في 10 أبريل سنة 2017م.

القانون رقم 48 لسنة 1982م في شأن حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث، و(34/1 و89) من القانون في شأن البيئة الصادر بالقانون رقم 4 لسنة 1994م، وبجلسة الرابع من مايو سنة 2006م، قضت محكمة جناح عقاقرة حضورياً بتغريم المتهم مبلغ عشرة آلاف جنيه، فاستأنف المدعي هذا الحكم، وقيد الاستئناف برقم 3440 لسنة 2006م جناح مستأنف السويس، وبجلسة 17 من فبراير 2008م، عدلت محكمة الجناح المستأنفة مواد الاتهام، باستبدال المواد (69، 70، 72) بالمادتين (34/1 و89) من القانون في شأن البيئة الصادر بالقانون رقم 4 لسنة 1994م. وبالجلسة ذاتها دفع المدعي بعدم دستورية نص المادة (72) من القانون في شأن البيئة الصادر بالقانون رقم 4 لسنة 1994م، وإذا قدرت المحكمة جدياً هذا الدفع، وصرحت له بإقامة الدعوى الدستورية، فقد أقام الدعوى المعروضة ونظر الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت الأول من أبريل سنة 2017م، الموافق الرابع من رجب سنة 1438هـ. (1).

(1) للمزيد، ينظر في الطعن رقم 9729- لسنة 47 - تاريخ الجلسة 2004/7/4- مكتب فني 49 رقم الصفحة 897 (إلغاء الحكم المطعون فيه والإحالة). ويتعلق بالعائمتات المستخدمة لأغراض سياحية الموجودة في مجرى نهر النيل وفروعه تخضع لثلاثة أنواع من التراخيص التي تصدر من جهات إدارية مختلفة وكل ترخيص يسمح لها بمزاولة النشاط محله، وهذه التراخيص لا تصدر في الوقت نفسه، وإنما تباعاً حسب طبيعة كل ترخيص والأغراض المرجوة منه، هذه التراخيص تختلف حسب مصدرها، والشروط المتطلبية لإصدارها، ونطاقها كالاتي:

أولاً: تراخيص إقامة العائمتات الجديدة أو تجديد تراخيص العائمتات القائمة: ==

== حظر المشرع على جميع العائمتات الموجودة في مجرى النيل وفروعه صرف أي من مخلفاتها في النيل أو مجاري المياه، وكذا تسريب الوقود المستخدم في تشغيلها، وألزم ملاكها بإيجاد وسيلة لصرف مخلفاتها، وناط بوزارة الري دون غيرها الاختصاص بإصدار تراخيص إقامة العائمتات الجديدة وتجديد تراخيص العائمتات القائمة بعد حصول صاحب الشأن على موافقات الجهات المختصة.

ثانياً: تراخيص منشآت فندقية:

الترخيص السياحي يصدر عن إنشاء المنشأة السياحية أو إقامتها، كما يصدر أيضاً عن إدارة واستغلال منشأة سياحية قائمة - لا يجوز أن يرد التراخيص السياحي على باخرة مقامة بالمخالفة للقوانين الخاصة بالري والصرف وحماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث.

ثالثاً: استيفاء الباخرة السياحية بيانات نموذج التصنيف البيئي المقرر للمنشآت التي تخضع للتقييم البيئي، ومنها المنشآت السياحية طبقاً للمعايير والمواصفات والأحكام المنصوص عليها في قانون البيئة ولائحته التنفيذية.

القوانين التي تخاطب الجهات الإدارية المعنية وأصحاب الشأن من مالكي العائمتات نصت على عقوبة جنائية في حالة مخالفة أحكامها، ولم يرد نص يقضي في حالة الإدانة بعقوبة تبعية بعدم تزويد

وقد قضت المحكمة في تلك الدعوى بعدم القبول بعد ان عرضت للنصوص القانونية المقررة لحماية نهر النيل وقررت انه:-
" وحيث ان المادة (4) من القانون رقم 48 لسنة 1982 في شأن حماية نهر النيل والمجري المائية من التلوث، تنص على انه " لا يجوز التصريح بإقامة أية منشآت ينتج عنها مخلفات تصرف في مجاري المياه ".
" ومع ذلك يجوز لوزارة الأشغال العامة والموارد المائية دون غيرها، عند الضرورة وتحقيقاً للصالح العام التصريح بإقامة هذه المنشآت إذا التزمت الجهة المستخدمة لها بتوفير وحدات لمعالجة هذه المخلفات بما يحقق المواصفات والمعايير المحددة وفقاً لأحكام هذا القانون، وعلى ان يبدأ تشغيل وحدات المعالجة فور بدء الاستفادة بالمنشآت، وتسري أحكام المادة(3) من هذا القانون على هذه المنشآت".

"وتمنح المنشآت القائمة مهلة علم من تاريخ العمل بهذا القانون لتدبير وسيلة لمعالجة مخلفاتها وإلا سحب الترخيص الممنوح لها، ولوزارة الري في هذه الحالة اتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف الصرف على مجاري المياه بالطريق الإداري ودون الإخلال بالعقوبات الواردة بهذا القانون".

" وتنص المادة (69) من القانون في شأن البيئة الصادر بالقانون رقم 4 لسنة 1994 على ان "يحظر على جميع المنشآت بما في ذلك المحال العامة والمنشآت التجارية والصناعية والسياحية والخدمية تصريف أو إلقاء أية مواد أو نفايات أو سوائل غير معالجة من شأنها إحداث تلوث في الشواطئ المصرية

العائتات المخالفة بالمرافق، إلا أن ذلك لا يعني تزويدها بتلك الخدمات، وإنما يشترط سبق حصول مالك العائتات على التراخيص الموضحة سلفاً، ويجب على الجهة الإدارية التحقق من ذلك - يترتب على ذلك- أنه يكون لزاماً على الجهة الإدارية ألا تمد المنشآت السياحية المخالفة وأماكن رسوها على شاطئ النيل بخدمات الكهرباء وغيرها حتى لا تشجع أصحابها على التماهي في انتهاك أحكام القانون والإضرار بالبيئة المائية - إذا تقاعست الجهة الإدارية عن إثبات المخالفة وتحرير محضر بذلك واتخاذ إجراءات وقف وإزالة أسباب المخالفة، واستمرت الجهة الإدارية في تقاعسها إلى حين انقضاء الدعوى الجنائية، فإن الامتناع عن إمداد المنشآت السياحية بتلك الخدمات يكون غير قائم على سبب يبرره.

أو المياه المتاخمة لها سواء تم ذلك بطريقة إدارية أو غير إدارية مباشرة أ، غير مباشرة، ويعتبر كل يوم من استمرار التصريف المحظور، مخالفة منفصلة".

"وتنص المادة (70) من القانون ذاته على انه "يشترط للترخيص بإقامة أية منشآت أو محال على شاطئ البحر أو قريباً منه ينتج عنها تصريف مواد ملوثة بالمخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له أن يقوم طالب الترخيص بإجراء دراسات التأثير البيئي ويلتزم بتوفير وحدات لمعالجة المخلفات، كما يلتزم بأن يبدأ بتشغيلها فور بدء تشغيل تلك المنشآت".

"حين تنص المادة(72) منه - قبل تعديلها بالقانون رقم 9 لسنة 2009 - على أنه" مع مراعاة أحكام المادة (96) من هذا القانون، يكون ممثل الشخص الاعتباري أو المعهود إليه بإدارة المنشآت المنصوص عليها في المادة (87) من هذا القانون".

لما كان ذلك، وكان الاتهام المسند للمدعي هو أنه "بصفته صاحب منشأة ينتج عنها مخلفات تصرف في مجاري المياه، لم يشغل وحدات معالجتها فور بدء تشغيل تلك المنشآت"، وهو الاتهام الي يجد معينه من الواقعة المنسوبة الى المتهم، والذي ما برح مسنداً اليه، لم تطاله محكمة الجنح المستأنفة بالتعديل؛ إذ اقتصر التعديل الذي أجرته، بجلسة 17 من فبراير سنة 2008، على مواد الاتهام دون وصف التهمة، وكانت جريمة تصريف المخلفات في مجاري المياه دون تشغيل وحدات معالجتها فور بدء تشغيل المنشأة، إنما تقع إخلالاً بالالتزام القانوني الذي رتبته في حق المدعي نص المادة (4) من القانون رقم 48 لسنة 1982 في شأن حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث، ونص المادة(69) وعجز المادة (70) من القانون في شأن البيئة الصادر بالقانون رقم 4 لسنة 1994، دون نص المادة (72) من القانون آف البيان المطعون فيه، ومن ثم فإن الفصل في دستورية النص الأخير لن يكون له أي انعكاس على

الدعوى الموضوعية، والطلبات المطروحة بها، وقضاء محكمة الموضوع فيها، وتضحي الدعوى المعروضة - لما تقدم - قميئة بعدم القبول.

وكذلك قرر الدستور حماية خاصة للشواطئ والبحار والممرات المائية والبحيرات، بالإضافة إلى المحميات الطبيعية والتي تنص على "تلتزم الدولة بحماية بحارها وشواطئها وبحيراتها وممراتها المائية ومحمياتها الطبيعية، ويحظر التعدي عليها، أو تلويثها، أو استخدامها فيما يتنافى مع طبيعتها، وحق كل مواطن في التمتع بها مكفول، كما تكفل الدولة حماية وتنمية المساحة الخضراء في الحضر، والحفاظ على الثروة النباتية والحيوانية والسمكية، وحماية المعرض منها للانقراض أو الخطر، والرفق بالحيوان، وذلك كله على النحو الذي ينظمه القانون".

فلاحظ أن الدستور في المادة (45) منه قد قرر حماية متعددة من حيث العناصر البيئية ومن حيث وسائلها، فمن ناحية العناصر البيئية، فقد عدت المادة أكثر من عنصر بيئي توليه الحماية وهي البحار والشواطئ والبحيرات والممرات المائية ومحمياتها الطبيعية، والمساحات الخضراء في الحضر، والثروة النباتية والحيوانية والسمكية، ومن ناحية أخرى حددت وسائل ومحظورات وصولاً لغاية الحفاظ على هذه العناصر وهي أولاً: حظر التعدي عليها، ثانياً: منع تلويثها من خلال التشريعات التي تمنع ذلك وتضع من الجزاءات ما يردع من تسول له نفسه في تلويث هذه العناصر الطبيعية، ثالثاً: عدم استخدام هذه العناصر في غير الغرض المتناسب مع طبيعتها، رابعاً: حماية المعرض من الثروات النباتية أو الحيوانية من الانقراض والرفق بالحيوان، خامساً: أحال النص الدستوري إلى القانون لتنظيم كل ما يتعلق بحماية هذه العناصر البيئية ضماناً لحمايتها وردع من يتعدى عليها بأي طريق من الطرق.

ومن التطبيقات القضائية لنص المادة (45) من الدستور المصري ما جاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا: (1)

حيث إنه بتاريخ الخامس والعشرين من يوليو 2007م، أودع المدعي صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا؛ طلباً للحكم بعدم دستورية نصي المادتين (69، 72) من قانون البيئة الصادر بالقانون رقم (4) لسنة 1994م، وسقوط النصوص اللائحية المرتبطة بهما.

تتحصل الوقائع في أن النيابة العامة قد اتهمت المدعي في القضية رقم 2039 لسنة 2006م جناح الميناء بمحافظة الإسكندرية، أنه بتاريخ 2005/8/29 بصفته المسئول عن أعمال شركة العز لصناعة حديد التسليح بميناء الإسكندرية، قام بإلقاء مواد (حديد خردة وأخشاب) في مياه رصيف (55) جمارك، والتي من شأنها إحداث تلوث بها، وطلب عقابه بالمواد (1، 69، 2/87، 101) من القانون رقم 4 لسنة 1994م والمادتين (57، 58) من اللائحة التنفيذية للقانون، وقدمته إلى محكمة جناح الميناء الجزئية، فقضت بتغريمه عشرين ألف جنيه، وإزالة آثار التلوث على نفقته والمصاريف، لم يرتض المدعي هذا الحكم، فطعن عليه أمام دائرة الجناح المستأنفة بمحكمة الإسكندرية الابتدائية بالاستئناف رقم 94/9 لسنة 2007م، ويجلسة 2007/5/8م دفع بعدم دستورية نصي المادتين (69، 72) من قانون البيئة الصادر بالقانون رقم (4) لسنة 1994م، وإذا قدرت تلك المحكمة جدية الدفع، وصرحت للمدعي بإقامة الدعوى الدستورية، فقد أقام الدعوى الماثلة. وحيث أن نص المادة (69) من قانون البيئة الصادر بالقانون رقم (4) لسنة 1994م نصت على أن "يحظر على جميع المنشآت بما في ذلك المحال العامة والمنشآت التجارية والصناعية والسياحية والخدمية تصريف أو إلقاء أية مواد أو نفايات أو سوائل غير معالجة من شأنها إحداث تلوث في الشواطئ المصرية أو المياه المتاخمة لها سواء تم ذلك بطريقة

¹ القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 183 لسنة 29 قضائية "دستورية

إرادية أو غير إرادية مباشرة أو غير مباشرة، ويعتبر كل يوم من استمرار التصريف المحظور، مخالفة منفصلة".

وتنص المادة (72) من القانون ذاته، قبل استبدالها بالقانون رقم (9) لسنة 2009م على أنه "مع مراعاة أحكام المادة (96) من هذا القانون يكون ممثل الشخص الاعتباري أو المعهود إليه بإدارة المنشآت المنصوص عليها في المادة (69) التي تصرف في البيئة المائية مسئولاً عما يقع من العاملين بالمخالفة لأحكام المادة المذكورة، وعن توفير وسائل المعالجة طبقاً للمعايير والمواصفات الواردة باللائحة التنفيذية لهذا القانون، وتوقع عليه العقوبات المنصوص عليها في المادة (87) من هذا القانون".

وقد قضت المحكمة برفض الطعن بعدم الدستورية على هاتين المادتين لعدم مخالفتها الإعلان الدستوري في 3 مارس 2011م، وقد قررت أنه وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان نصا المادتين (69) و(2/87) من قانون البيئة الصادر بالقانون رقم 4 لسنة 1994م - في نطاقهما المبين سلفاً - لا يتعارضان مع أي نص آخر من نصوص الإعلان الدستوري الصادر في 30 مارس سنة 2011م، فإن الحكم برفض الدعوى يكون متعيناً، وإذا كان ما تقدم، فإن طلب المدعي بسقوط النصوص اللائحية المرتبطة بنص المادة (69) من القانون سالف الذكر يغدو وغير ذي موضوعي، متعيناً الالتفات عنه.

وبذلك فقد أقرت المحكمة الدستورية النصوص التي تمنع أية منشأة من القاء مخلفاتها أو نفاياتها في الشواطئ المصرية أو المتاحة لها بما يحدث تلوث في هذه الشواطئ (1).
وتطبيقاً لذلك أيضاً، الدعوى الشهيرة بقضية أندية القوات المسلحة والشرطة والمعلمين بشاطئ رشدي ومصطفى كامل:

حيث أقامت جمعية من جمعيات البيئة دعوى بطلب القضاء بوقف تنفيذ القرارات الصادرة من الجهات الإدارية بالتصريح بإقامة أندية للشرطة والمعلمين والقوات المسلحة داخل حرم البحر بالمنطقة الواقعة بشاطئ رشدي ومصطفى كامل، وقالت في دعواها أن شاطئ البحر من الأموال العامة التي تخرج عن التعامل فلا يجوز تمكين الأفراد من تملكها والاستئثار بها على خلاف أحكام الدستور والقانون، وحرمان باقي فئات الشعب من التمتع بهذا المرفق الحيوي

(1) للمزيد، ينظر في الجريدة الرسمية- العدد 45 مكرر (ب) في 14 نوفمبر سنة 2012م في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا، برقم 183 لسنة 29 قضائية دستورية من ص 11 إلى ص 19. وكذلك في القضية رقم 173 لسنة 29 - تاريخ الجلسة 2015/12/5م (الحكم بعدم الدستورية).
تتلخص الوقائع في أن المدعي بصفته مدير إدارة توكيد الجودة والأمن الصناعي والبيئة بشركة العز للصلب وكان الاتهام المسند إليه وإن تحدد بقرار من النيابة العامة أنه قام بإلقاء سائل غير معالج (نسبة حديد مرتفعة عن الحدود والمعايير المسموح بها) بالبيئة البحرية من شأنه إحداث تلوث، إلا أن الثابت بالأوراق أن هذا الاتهام بُني على التقرير الصادر من جهاز شئون البيئة والذي ورد به أنه بالتفتيش على شركة عز الدخيلة للصلب تبين مخالفتها لحكم المادة (69) من قانون البيئة لزيادة تركيز عنصر الحديد عن الحدود والمعايير المسموح بها لبعض المواد عند صرفها في البيئة البحرية، الأمر الذي يقطع بأن حقيقة الفعل المنسوب إلى المدعي هو صرف مخلفات المصنع الضارة في البيئة البحرية، ومن ثم فإن المصلحة الشخصية للمدعي تتحدد في الطعن على ما نصت عليه المادة (69) من قانون البيئة، وكذلك ما تضمنته المادة (72) من القانون ذاته قبل استبدالها بنص المادة الأولى من القانون رقم 9 لسنة 2009م
وحيث إن المدعي يعني على نصي المادتين (69، 72) من قانون البيئة غموض صياغتهما وإخلالهما بمبادئ المساواة والحرية الشخصية، وأصل البراءة، والمحاكمة المنصفة وشخصية العقوبة بالمخالفة لنصوص المواد (40، 41، 66، 67) من دستور سنة 1971م المقابلة لنصوص المواد (53، 54، 96، 97) من الدستور القائم..... وحيث إنه بناءً على ما تقدم يكون نص المادة (72) المطعون فيه مخالفاً لأحكام المواد (53، 54، 94، 95، 96، 98) من الدستور.

وبالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت الخامس من ديسمبر 2015م، الموافق الثالث والعشرين من صفر 1437هـ، حكمت المحكمة بعدم دستورية نص المادة (72) من قانون البيئة الصادر بالقانون رقم 4 لسنة 1994م - قبل استبداله بالقانون رقم 9 لسنة 2009م- فيما تضمنه من مسئولية المعهود إليه بإدارة المنشآت المنصوص عليها في المادة (69) من القانون ذاته عما يقع من العاملين فيها بالمخالفة لأحكام المادة المذكورة، ورفض ما عدا ذلك من طلبات وألزمت الحكومة المصروفات، ومبلغ مائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

الذي أنفقت عليه الدولة مبالغ طائلة في سبيل تنمية السياحة الداخلية وزيادة مساحة الرؤية الجمالية لشاطئ البحر دون عوائق مرتفعة تحرم الجمهور من الاستمتاع بالشواطئ، وقد اختصم في الدعوى رئيس مجلس الوزراء ورئيس جهاز شئون البيئة ورئيس حي شرق الإسكندرية ورئيس الهيئة المصرية لحماية الشواطئ بصفاتهم.

وقد قضت المحكمة بوقف تنفيذ القرارات المطعون فيها فيما تتضمنه من إنشاء نوادي داخل منطقة حرم البحر، وقد أقامت قضاءها على أن الدعوى قد رفعت من جمعية بيئية في إطار الأهداف العامة التي تتبناها الجمعية وما حددته المادة 33 من الدستور من واجب حماية المال العام على كل مواطن، ولذلك فإن الدعوى قد أقيمت ممن له صفة ومصلحة في رفعها...، وأن البين أن القرارات الإدارية المطعون فيها قد خالفت المادة 74 من قانون البيئة رقم 4 لسنة 1994م التي تنص على أن "يحظر إجراء أي عمل يكون من شأنه المساس بخط المسار الطبيعي للشاطئ أو تعديله دخولاً في مياه البحر أو انحساراً عنه إلا بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة بالتنسيق مع جهاز شئون البيئة، ... فضلاً عن خلو الأوراق مما يفيد حصول الجهة الإدارية على ترخيص من جهاز شئون البيئة عن التقييم البيئي للمنشآت ومدى تأثيرها على سلامة البيئة البحرية وخواص المياه التي تطل عليها (1).

ومن التطبيقات القضائية الأخرى في مجال البيئة:

الطعن رقم 13058 - لسنة 48:

وتتلخص عناصر المنازعة في أن المطعون ضدها الأولي/.....

أقامت بتاريخ 2001/8/7م الدعوى رقم 55/10470 ق أمام محكمة القضاء الإداري - الدائرة الثالثة - طلبت فيها الحكم بقبولها شكلاً وبوقف تنفيذ وإلغاء

(1) حكم محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة بالإسكندرية في الدعوى رقم 1694 لسنة 35 ق جلسة 14 يونيو 2001م

[<http://knol.google.com/k/osama-abdelaziz/-/rdijgegcrh/4#-ednref14>]

القرار المطعون فيه فيما تضمنه من تخصيص الحديقة الموجودة أمام العقار رقم 106 مساكن صقر قريش بحي النزهة لإقامة مدرسة تعليم سيارات- فرع النزهة- مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها وقف العمل بالمدرسة وإخلاءها من العمال وذلك على سند من القول أنها فوجئت وسكان العقار رقم 106 مساكن صقر قريش بشيراتون المطار بحي النزهة يقوم بالاستيلاء على الحديقة المخصصة للمنطقة والتي قام الأهالي بتشجيرها ورعايتها بمجهوداتهم الذاتية وبمعاونة مؤسسة سلاح التلميذ، وأقام الحي المذكور بالحديقة منشآت خرسانية وعدة حجرات ووضع لافتة مكتوب عليها "محافظة القاهرة- مدرسة تعليم السيارات- فرع النزهة" واستخدام بعض الحجرات في وضع مبيدات حشرية وأدوية بيطرية ومخزن لأدوات النظافة لعمال الحي فتقدمت وباقي سكان العمارة المشار إليها بشكوى إلى المحافظ لم يتخذ فيها أي إجراء كما قاموا بتحرير محضر رقم 7/ح نقطة بتاريخ 2000/5/18م ونعت المدعية على القرار المطعون فيه مخالفته للقانون الخاص بحماية البيئة وإهدار حقهم في الاستمتاع بها كمنتزه ولا يحق للمحافظة أو الحي انتزاعها من المنفعة العامة لمنفعة خاصة، وبجلسة 2001/10/28م قدم المطعون ضدهم من الثاني حتى السابع صحيفة معلنة للطاعنين "المدعى عليهم" بتاريخ 2001/10/21م بتدخلهم خصوصاً منضمين للمدعية في طلباتها تأسيساً على أنهم مقيمون بذات العقار

وقد قضت المحكمة:- "من حيث إن مفاد ما تقدم انه حفاظاً على البيئة وعدم إحداث أي تلوث بها يضر بالكائنات الحية أو يؤثر على ممارسة الإنسان لحياته الطبيعية فقد الزم المشروع الجهات الإدارية المختصة أو الجهة الإدارية مانحة الترخيص بتقييم التأثير البيئي للمنشأة المطلوب الترخيص لها وفقاً للعناصر والأسس والمواصفات التي يحددها جهاز شئون البيئة ثم إرسال صورة من هذا التقييم الى جهاز شئون البيئة لإبداء الرأي فيه وتقديم المقترحات اللازمة

لتنفيذها لمعالجة الآثار البيئية السلبية ووفقاً للغاية التي صدر من أجلها القانون،
"ومن حيث أنه متى تبين مما تقدم أن ثمة مخالفة من الجهة الإدارية الطاعنة
لأحكام قانون البيئة رقم 4 لسنة 1994م فإنه يتوافر ركن الجدية كما يتوافر ركن
الاستعجال لأنه يترتب على تنفيذ القرار المطعون فيه نتائج يتعذر تداركها تتمثل
في الإضرار بصحة الإنسان والتأثير على ممارسة الإنسان لحياته الطبيعية، وإذ
ذهب الحكم المطعون فيه هذا المذهب فإنه يكون قائماً على أسبابه المبررة له
قانوناً، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن وإلزام الجهة الإدارية الطاعنة
المصرفات عملاً بحكم المادة 184 من قانون المرافعات".

وبالجلسة العلنية يوم الأربعاء الموافق 19 ربيع الآخر سنة 1427هـ،
والموافق 2006/5/17م حكمت المحكمة الإدارية العليا بقبول الطعن شكلاً
ورفضه موضوعاً، وألزمت الجهة الإدارية الطاعنة المصرفات (1).
وكذلك الدعوى الشهيرة بقضية موقف سيارات الأقاليم بسموحة:

وقد أقام بعض سكان منطقة سموحة بالإسكندرية دعويين بطلب وقف
تنفيذ قرار محافظ الإسكندرية بتحويل المنطقتين (ك و هـ) المخصصتين مكاناً
لانتظار السيارات لقاطني الوحدات السكنية الراقية وحدائق عامة إلى موقف
سيارات الأقاليم خارج المدينة، وفي الموضوع بإلغاء هذا القرار، وقالوا في
دعواهم "أن المحافظة قد أعدت تخطيط عام 1984م وروعي فيه أن يكون ثلثا
المساحة شوارع وميادين خضراء، وخصصت القطعة (--) حديقة عامة والتقسيم
مكاناً لانتظار سيارات قاطني الوحدات السكنية، والقطعة (--) حديقة عامة
ومنتزهاً لأطفال المدينة، وبين القطعتين شارع مستجد بعرض 15 متراً، وأن
المحافظ قد قرر تحويل القطعتين المشار إليهما إلى موقف سيارات خارج المدينة،
وما قد يصاحب ذلك من تلوث وتعريض السكنية العامة والأمن العام في هذه

(1) للمزيد، ينظر: الطعن رقم 13058- لسنة 48- تاريخ الجلسة 2006/5/17م، مكتب فني 51 رقم
الجزء 2 - رقم الصفحة 844 (رفض).

المنطقة للخطر، وهي المنطقة التي تجاورها المناطق الأثرية الخضراء، وما يترتب على القرار من ضرر بالغ للسكان" وقد قضت المحكمة بقبول الدعويين شكلاً، وفي الموضوع بوقف تنفيذ قرار المحافظ بنقل موقف السيارات، وأسست قضاءها على أن "الثابت أن المنطقة قد قسمت كمنطقة سكنية متميزة وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً، واعتمد هذا التخطيط قانوناً كما اعتمد من محافظ الإسكندرية عام 1982م وأن القرار المطعون فيه وإن كان يدخل في نطاق السلطة التقديرية لمحافظ الإسكندرية لتحقيق مصلحة عامة من نقل الموقف إلى موقع يتوسط المدينة إلا أن هذه المصلحة لا ترقى إلى مستوى تلك المصلحة التي سبق من أجلها تخصيص هذا الموقع إلى حديقة عامة ومكان انتظار للسيارات بحسبانها منطقة هادئة ومتميزة، حفاظاً على صحة المواطنين وحماية البيئة المحيطة بهم من التلوث (1).

وكذلك الدعوى الشهيرة بقضية حدائق الشلالات بالإسكندرية:

وتتمثل في الدعوى المقامة ضد محافظ الإسكندرية، ووزير الثقافة بصفته رئيساً للمجلس الأعلى للآثار، ورئيس حي وسط الإسكندرية، وآخرين بطلب الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار الصادر من محافظ الإسكندرية بالترخيص لأحدهم بإدارة واستغلال منطقة حدائق الشلالات وما يترتب على ذلك من آثار، وفي الموضوع بإلغاء هذا القرار.

وقد قضت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بوقف تنفيذ القرار-المطعون فيه وقالت في أسباب حكمها "بتوافر شروط المصلحة للمدعين وأن مفاد دعواهم المحافظة على الأوضاع الجمالية والتاريخية لحديقة الشلالات، وأن المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 2603 لسنة 1996م قد حظرت على وزارات الحكومة ومصالحها وأجهزتها ووحدات

(1) حكم محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة بالإسكندرية في الدعويين رقم 792 لسنة 47 ق، 1592 لسنة 48 ق، جلسة 2 يونيو 1994م.

[<http://knol.google.com/k/osama-abdelaziz/-/rdijjegcrh/4#-ednref12>]

الإدارة المحلية والهيئات والمؤسسات العامة... إنشاء مبان أو إقامة أعمال في الأراضي الزراعية والحدائق والبساتين وسائر المساحات الخضراء المملوكة أو المخصصة لها أو التي في حيازتها بأي صفة كانت الواقعة داخل كردونات المدن والقرى المعتمدة، كما حظرت توسيع أو تغطية أية مبان أو أعمال قائمة بالفعل على الأراضي والمساحات المشار إليها، ولا يجوز للجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم إصدار أي ترخيص بشيء مما ذكر (1).

وجهة نظر:

وحيث أن التطور الإيجابي للتنمية، لا يتحقق بمجرد توافر الموارد الطبيعية على اختلافها، بل يتعين أن تقترن وفرتها بالاستثمار الأفضل لعناصرها، وإذا كانت المياه أعلى هذه الموارد وأكثرها نفعاً باعتبارها نبض الحياة وقوامها، فلا يجوز أن يبدد إسرافاً، فإن الحفاظ عليها قابلاً للاستخدام في كل الأغراض التي يقبها، يغدو واجباً وطنياً، وبوجه خاص في كبرى مصادرها مثلاً في النيل والترع المنتشرة في مصر، ليس لإحياء الأرض وحدها أو إنائها، بل ضماناً للحد الأدنى من الشروط الصحية للمواطنين جميعاً، وارتكناً لوسائل علمية تؤمن للمياه نوعيتها، وتطرح الصور الجديدة لاستخدامها لتعم فائدتها. وإذا كان تراكم الثروة يقتضي جهداً وعقلاً واعياً، فإن صون الموارد المائية من ملوثاتها يعتبر مفترضاً أولياً لكل عمل يتوخى التنمية الأشمل والأعمق. بيد أن اتجاهاً لتلويثها بدا أول الأمر محدوداً، ثم تزايد حده بمرور الزمن، وصار بالتالي محفوفاً بمخاطر لا يستهان بها تتال من المصالح الحيوية لأجيال متعاقبة بتهددها لأهم مصادر وجودها، وعلى الأخص مع تراجع الوعي القومي، وإيثار بعض الأفراد لمصالحهم وتقديمها على ما سواها. وقد كان للصناعة كذلك مخرجاتها من المواد العضوية الضارة التي تتعاظم تركيزاتها

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 4436 لسنة 58ق، جلسة 22 أغسطس 2000م
[http://knol.google.com/k/osama-abdelaziz/-rdiijegcrh/4#-ednref13]

أحياناً ليكون تسربها إلى المياه وكائناتها الحية، هادماً لخصائصها، وكان لغيرها من الأماكن مخلفاتها أيضاً السائلة منها والصلبة والغازية التي تزايد حجمها وخطرها تبعاً لتطور العمران تطوراً كبيراً ومفاجئاً، بل وعشوائياً في معظم الأحيان.

واقترن ذلك بإهمال التقيد بالضوابط والمعايير التي تجعل صرفها في تلك الموارد المائية على اختلافها مأموناً أو على الأقل محدود الأثر، وكذلك بقصور التدابير اللازمة لرصد مصادر تلوثها والسيطرة عليها أو بمكافحتها بعد وقوعها. ومما سبق يُستفاد أنه يعكس هذا التفصيل في الدستور التعمق في مفهوم حماية البيئة والحقوق البيئية وأهميتها بما استدعى إعطاءها قيمة دستورية؛ لأنها من الحقوق الأساسية التي تتسامى في شأنها وعلو قدرها ومكانتها مع الحقوق الطبيعية الأساسية.

المبحث الثالث

التنظيم الدستوري الخاص بموارد الثروة الطبيعية

مقدمة:

يعبر مصطلح الموارد الطبيعية عن تلك المصادر والمواد الموجودة في الكرة الأرضية بشكل طبيعي، ويستفيد منها الإنسان في نشاطاته اليومية؛ بحيث يتم الحصول عليها إما بعملية التنقيب مثل المعادن، أو تكون ظاهرة مثل المياه. يُستفاد من ذلك أن المقصود بالموارد الطبيعية: هي كل ما تؤمنه الطبيعة من مخزونات طبيعية يستلزمها بقاء الإنسان أو يستخدمها لبناء حضارته، وتراجع الموارد الطبيعية نتيجة الاستغلال المفرط والإهمال، وهي تتمثل في الطاقة وعلى رأسها النفط والغاز الطبيعي والمعادن كالفوسفات والحديد الخام⁽¹⁾. أي أن الموارد الطبيعية هي كافة العناصر الموجودة في الطبيعة، سواء في الهواء، أم الماء، أم التربة، أم النباتات، وتُعد جزءاً من أجزاء الحياة

(1) للمزيد، ينظر: الموارد الطبيعية: موارد طبيعي

الرئيسية، والتي يعتمد عليها الإنسان بشكل مباشر في الحصول على العناصر الأساسية الخاصة بالبقاء على قيد الحياة، من طعام، وماء، وهواء، وأطلق عليها مسمى طبيعية؛ لأنه لا يوجد للإنسان أي دور بوجودها، وخلقها الله تعالى حتى تكون وسائل مساعدة على استمرار الحياة على الكرة الأرضية.

وقد قدر المشرع الدستوري عظمة وأهمية هذه الموارد، ودورها في التنمية فأفرد لها حماية خاصة من خطر إهدارها أو تلوثها أو استغلالها على نحو مغاير لطبيعتها.

إجراءات منح امتيازات موارد الثروة الطبيعية إلى القطاع الخاص:

أفرد الدستور إجراءات خاصة للتصرف في موارد ثروات الدولة الطبيعية، وذلك يرجع إلى أهمية هذه الثروات وارتفاع عائدها إلى خزانة الدولة في كثير من الأوقات مثل ثروات البترول والغاز الطبيعي والمناجم والمحاجر.

ومن ثم أحاطها الدستور بسياسات من الإجراءات التي تضمن حسن التصرف فيها والشفافية في منح الامتياز الخاص بها، وضمان حسن استغلالها الاستغلال الأمثل؛ بما يعود بالنفع على خزانة الدولة محققاً بذلك الصالح العام وذلك بنصه في المادة 32 من الدستور المصري 2014م على الآتي: "موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، وتلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها.

كما تلتزم الدولة بالعمل على الاستغلال الأمثل لمصادر الطاقة المتجددة، وتحفيز الاستثمار فيها، وتشجيع البحث العلمي المتعلق بها، وتعمل الدولة على تشجيع تصنيع المواد الأولية، وزيادة قيمتها المضافة وفقاً للجدوى الاقتصادية.

يُستفاد من نص المادة 32 من الدستور في فقرتها الأولى أن موارد الدولة الطبيعية مملوكة لكل طوائف الشعب، ولا تقتصر ملكيتها على شخص معين، وأن دور الدولة بل التزام على الدولة الحفاظ عليها، وحسن استغلالها الاستغلال الأمثل؛ لأنها تتراجع نتيجة الاستغلال المفرط والإهمال، وعدم

استنزافها أي عدم إهدارها ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها لما لهم من حق التمتع بهذه الموارد.

وجاء للمشرع في الفقرة الثانية من المادة سائلة الذكر بفرض التزام على الدولة بالعدل على الاستغلال الأمثل لمصادر الطاقة المتجددة مثل الفحم والنفط والغاز الطبيعي، وتحفيز الاستثمار فيها، وكذلك تشجيع البحث العلمي المتعلق بها، وأيضًا لأن دور البحث العلمي لا يخفى على أحد؛ حيث إنه يقدم أساليب التطور والتحديث لهذه المصادر وغيرها من العلوم الأخرى، وأيضًا تعمل الدولة على تشجيع صناعة المواد الأولية الأساسية للتصنيع وزيادة قيمتها المضافة، وذلك لكي يعود بالنفع العام على خزائن الدولة.

ونص المشرع في الفقرة الأخيرة من هذه المادة على الآتي "ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عامًا. ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عامًا بناءً على قانون، ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك.

يُستفاد من هذه الفقرة أن الدستور منع التصرف في أملاك الدولة العامة بأي صورة من صور التصرف المدينة مثل البيع وغيره، وقد غاير الدستور بين المدة المقررة لمنع حق استغلال موارد الثروة الطبيعية تبعًا للجهة المقررة لهذه المدة فيكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز ثلاثين عامًا بقانون أي قانون صادر عن البرلمان، أمّا منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات أو منح التزام المرافق العامة يكون بقرار من رئيس الوزراء بناءً على قانون، ولمدة لا تتجاوز خمسة عشر عامًا.

أمّا بالنسبة للتصرف في أملاك الدولة الخاصة فترك الدستور تحديد القواعد والإجراءات المنظمة لها للقانون.

ومن الأمثلة على موارد الثروة الطبيعية المحميات الطبيعية، وقبل أن نخوض في دراسة المحميات الطبيعية لابد وأن نحدد الحماية التي أضافها عليها الدستور وذلك بنصه عليها في المادة (45) منه على "تلتزم الدولة بحماية بحارها وشواطئها وبحيراتها وممراتها المائية ومحمياتها الطبيعية".

يُستفاد من نص هذه المادة أن المشرع قد ألزم الدولة بحماية بحارها وشواطئها وبحيراتها وممراتها المائية ومحمياتها الطبيعية، وذلك لأنها من موارد الثروات الطبيعية للدولة، وترك تنظيم هذه الحماية للقانون. كما أنه نص في الفقرة الثانية من هذه المادة على الآتي "ويحظر التعدي عليها أو تلويثها، أو استخدامها فيما يتنافى مع طبيعتها، وحق كل مواطن في التمتع بها مكفول، كما تكفل الدولة حماية وتنمية المساحة الخضراء في الحضر، والحفاظ على الثروة النباتية والحيوانية والسمكية، وحماية المعرض منها للانقراض والخطر، والرفق بالحيوان، وذلك كله على النحو الذي ينظمه القانون.

وقد حظر المشرع حظر التعدي على هذه البحار وشواطئها والبحيرات والممرات المائية والمحميات الطبيعية، وكذلك منع تلويثها أو استخدامها فيما يتنافى مع طبيعتها، ولكنه جعل حق التمتع بها مكفول لكل مواطن، كما تكفل الدولة حماية وتنمية المساحة الخضراء في الحضر، وذلك بزراعة الكثير من الأشجار لتنقية الهواء، وإنشاء حدائق عامة لكي يتمتع فيها الناس، وكذلك ألزم المشرع الدولة بالحفاظ على الثروة النباتية والحيوانية والسمكية، وذلك حتى لا تتعرض للانقراض بل وحماية المعرض منها للانقراض أو الخطر، وذلك من خلال توفير سبل الحماية اللازمة لذلك وكذلك الرفق بالحيوان، وترك مسألة تنظيم كل ذلك للقانون.

وسوف نقتصر في دراستنا للمحميات الطبيعية على الآتي:

أولاً: تعريف المحميات الطبيعية:

تنص المادة (1) من القانون رقم 1983/102م بشأن المحميات الطبيعية على أنه "يُقصد بالمحمية الطبيعية في تطبيق هذا القانون أي مساحة من الأراضي أو المياه الساحلية أو الداخلية تتميز بما تضمنه من كائنات حيّة نباتات أو

حيوانات أو أسماك أو ظواهر طبيعية ذات قيمة ثقافية أو علمية أو سياحية أو جمالية ويصدر بتحديدتها قرار من رئيس مجلس الوزراء بناءً على اقتراح جهاز شئون البيئة بمجلس الوزراء".

ويُستفاد من هذه المادة أن المحمية الطبيعية هي مساحة يابسة أو مائية من إقليم الدولة، تتميز بما تضمه من كائنات حيّة نباتية أو حيوانية أو ظواهر طبيعية ذات قيمة علمية أو ثقافية أو جمالية أو سياحية يصدر بتحديدتها قرار من السلطة المختصة.

وقد أقيمت المحميات الطبيعية في كثير من دول العالم من عشرات السنين، وأعلنت مصر 27 محمية طبيعية ابتداءً من عام 1983م حتى الآن، وهي تشغل حوالي 10% من مساحتها. ويقع منها في سيناء "سبع محميات" والباقي موزع على باقي إقليم الدولة (1).

(1) وهذه المحميات هي:

- (1) رأس محمد وجزيرتا تيران وصنافير جنوب سيناء: أعلنت كأول محمية سنة 1983م وتتميز بشعابها المرجانية النادرة وأسماكها الملونة وتقع جنوب سيناء على بعد 12 كيلو متراً من شرم الشيخ.
- (2) الزرائيق شمال سيناء: أعلنت محمية سنة 1985م، وهي المحطة الرئيسية في راحة 244 نوعاً من الطيور المهاجرة كالبحر والباشروش والقمرى وتقع على بعد 25 كيلو متراً غربي العريش.
- (3) عليّة بالبحر الأحمر: أعلنت محمية سنة 1986م، وتتميز بالغابات الكثيفة لنبات "المانجروف" الذي تعيش فيه القنابد والغزلان والنعام وتقع على البحر الأحمر بشريط ساحلي يمتد من الغردقة وحتى الحدود مع السودان.
- (4) العميد بمطروح: أعلنت محمية سنة 1986م وجزء منها أعلنته اليونسكو ضمن أهم شبكات المحيط الحيوي في العالم، وتتميز بنباتاتها الطبيعية وتقع قرب العلمين على بعد 83 كيلو متراً غرب الإسكندرية.
- (5) سالوجا وغزال: أعلنت محمية سنة 1986م، وتنفرد بنحو 94 نوعاً من النباتات التي لا يوجد مثلها في العالم، ووفرت الحياة لنحو 60 نوعاً من الطيور النادرة كالكسكسة وعصفور الحبة وتقع على جزيرتي سالوجا وغزال على بعد 3 كيلو مترات شمال خزان أسوان بالنيل.
- (6) بحيرة المنزلة: وتعرف أيضاً باسم "أستوم الجميل" وجزيرة تبتيس وأعلنت كمحمية سنة 1988م، وبناء على توصية دولية من الأمم المتحدة وتأتي أهميتها لندرتها بيئتها وتنوعها بين المياه العذبة والمالحة وهجرة 300 ألف طائر سنوياً إليها وتقع شمال شرق الدلتا على بعد 7 كيلومترات غرب بورسعيد.
- (7) سانت كاترين: أعلنت محمية سنة 1988م، وتتميز بصخورها الجرانيتية الحمراء، وأشجار الفاكهة النادرة ونباتاتها الطبية وتقع شمال سيناء.
- (8) وادي العلاقي: أعلنت محمية سنة 1989م للحفاظ على ندرتها 92 نوعاً من النباتات و15 نوعاً من الحيوانات و16 نوعاً من الطيور كلها في طريقها للانقراض، وتقع على أطراف بحيرة ناصر على بعد 180 كيلو متراً جنوب شرق أسوان. ==

- (9) الغاية المتحجرة بالمعادي (القاهرة): أعلنت كمحمية سنة 1989م، وهي ظاهرة طبيعية فريدة وتتميز بأشجارها المتحجرة التي يزيد عمرها على 35 مليون سنة، وتقع شرق القاهرة على بعد 18 كيلو مترًا من المعادي.
- (10) الوادي الأسيوطي: أعلنت سنة 1989م، كمحمية بحثية لتربية الحيوانات والنباتات البرية المهددة بالانقراض وتقع شرق النيل قرب أسيوط.
- (11) محمية طابا: أعلنت سنة 1997م، وتتميز بأشجار الدوم وكائنات أخرى نادرة وجمال طبيعي وشعاب مرجانية وتقع على الحدود الشرقية لسيناء.
- (12) وادي الريان بالفيوم: أعلنت محمية سنة 1989م، وتتميز بنحو 15 نوعًا من الحيوانات النادرة كتعلب الفتك و16 نوعًا من الزواحف وأكثر من 100 نوع من الطيور النادرة وتقع جنوب غرب الفيوم وتتكون من جبلين بينهما منطقة شلالات وبحيرتان.
- (13) بركة قارون بالفيوم: أعلنت محمية سنة 1989م، كأقدم بحيرة طبيعية في العالم وجدت بها بقايا أقدم قرد في العالم وتقع بين مدينة الفيوم ووادي الريان.
- (14) قبة الحسنة بالجيزة: أعلنت محمية سنة 1989م، وهي كيلو متر مربع واحد من الصخور والتكوينات الطبيعية الفريدة وتعكس تاريخًا معقدًا على شكل الأرض من ملايين السنين وهي سلسلة متعاقبة من القباب المعتدلة والمقلوبة يقول علم الجيولوجيا عن طبيعتها أنها لا توجد سوى في باطن الأرض وتقع المحمية بأبي رواش على طريق الإسكندرية الصحراوي.
- (15) وادي سنور بني سويف: أعلنت محمية سنة 1992م، وهي كهف في باطن الأرض اكتشف مصادفة وتمثل كنزًا حقيقيًا من الألباستر الشفاف جهة 157.5 ألف متر مكعب، وتقع في وادي سنور على بعد 70 كيلومترًا جنوب شرق بني سويف.
- (16) نبق جنوب سيناء: أعلنت محمية سنة 1992م، وتجمع في بيئتها بين أنواع متضاربة من الحياة تشمل الشعب المرجانية وغابات المانجروف والكثبان الرملية والأراضي الرطبة والصحاري والواحات وتقع بين مدينتي طابا وشرم الشيخ. =
- (17) أبو جالوم جنوب سيناء: أعلنت محمية سنة 1992م، لطبيعتها الخاصة في اقتراب الجبال من الشواطئ ووجود الوديان بينها لذلك تزخر بأنواع نادرة من الكائنات، وتقع بالقرب من طابا.
- (18) الأحراش شمال سيناء: أعلنت سنة 1997م ، وتقع بين محميتي الزرانيق وبحيرة المنزلة لأنها امتداد لهما وللطيور المهاجرة.
- (19، 20) محميتا الصحراء البيضاء بمحافظة الوادي الجديد: أعلنتا محميتين طبيعيتين عام 2002م، وتقعا بمنطقة واحة الفرافرة، وتمتاز بالكائنات البرية والمائية والنباتات المتميزة الجميلة.
- (21، 22) محميتا منطقة سيوة بمحافظة مرسى مطروح: أعلنتا محميتين طبيعيتين عام 2002م، وتمتاز بكائنات حية متميزة وطبيعة جغرافية وبيولوجية نادرة.
- (23) محمية وادي الجمال بمحافظة البحر الأحمر: أعلنت محمية طبيعية عام 2003م، تقع بمنطقة حماطة، وتضم منطقتين للسياحة البيئية، وتمتاز بالحيوانات والطيور النادرة، ويتكونها الجيولوجية والجغرافية البديعة.
- (24) محمية الديابية بإسنا بقتا: أعلنت محمية عام 2007م، وقيل أن هذه المنطقة قد تساعد العلماء على كشف سر انقراض ما انقرض من أحياء على سطح الأرض منذ 55 مليون سنة.
- (25) محمية هضبة الجلف الكبير في عمق الصحراء الغربية: أعلنها رئيس الوزراء محمية طبيعية في عام 2007م.
- (26) محمية وادي الحيتان: وقد تم افتتاحها بالفيوم بتاريخ 2008/2/10م كأول محمية تراث طبيعي عالمي في مصر اختارتها منظمة اليونسكو لتتضم إلى قائمة التراث الطبيعي العالمي التي تضم 259 موقعًا على مستوى العالم، وهو أول موقع مصري وسادس موقع عربي يتم تسجيله في هذه القائمة، وذلك باعتبار المنطقة تضم حفريات لنوع منقرض من الحيتان في الصحراء الغربية بمصر، وقد ساعدت دراسة هذه الحفريات على معرفة مراحل تطور هذا الكائن الثديي الذي تحول من كائن بري إلى كائن بحري وتم تطوير هذه المحمية لتصبح متحفًا مفتوحًا في قلب الصحراء يضم أكثر من 400 هيكل عظمي يرجع عمرها لأكثر من 40 مليون سنة، وتضم المنطقة حفريات وأحياء بحرية وثروات طبيعية وتكوينات فريدة ونادرة، وتمثل هذه المنطقة قاع البحر القديم ومصب أحد فروع نهر النيل القديم والعديد من غابات المناجروف في الطرف

ثانياً: حماية المحميات الطبيعية:

يضي القانون على المحميات الطبيعية حماية خاصة؛ فيحظر القيام بأي عمل من شأنه المساس بالبيئة الطبيعية أو بمستواها الجمالي، أو الإضرار بالكائنات الحية الحيوانية أو النباتية الموجودة في إطارها، ويحرم على وجه الخصوص الأعمال التالية:

- (1) صيد أو قتل أو نقل أو إيذاء أو مجرد إزعاج الكائنات البرية أو البحرية أو القيام بأي عمل من شأنه القضاء عليها.
- (2) صيد أو نقل أي كائنات أو مواد عضوية مثل الصدقات أو الشعب المرجانية أو الصخور.
- (3) إتلاف النباتات أو نقلها أو الإضرار بها.
- (4) إتلاف أو تدمير التكوينات الجيولوجية أو الجغرافية، أو المناطق التي تعتبر موطناً لبعض فصائل الحيوان أو النبات أو لتكاثرها.
- (5) إدخال أي أجناس غريبة إلى منطقة المحمية.
- (6) تلويث تربة أو مياه أو هواء منطقة المحمية بأي صورة من الصور.
- (7) إقامة المباني أو المنشآت أو شق الطرق أو تيسير المركبات، إلا بتصريح عن الجهة المختصة.
- (8) ممارسة أي نشاط زراعي أو صناعي أو تجاري إلا بتصريح من الجهة المختصة (1).
- (9) ممارسة أي أعمال في المناطق المحيطة بالمحمية إذا كان من شأنها التأثير على بيئة المحمية أو الظواهر الطبيعية بها (1) بغير تصريح من الجهة المختصة (2).

(1) انظر: المادة الثانية من قانون المحميات الطبيعية المصري رقم 102 لسنة 1983م.
الشمالي للوادي، ويرجع عمر هذه الحفريات إلى حوالي 40 مليون سنة، وقد تم اكتشاف أول مجموعة من هياكل الحيتان عام 1901م، ويعتبر هذا الوادي بيئة طبيعية لمجموعة من الحيوانات والطيور والنباتات النادرة المهددة بالانقراض. وتعد هذه المنطقة من أجمل بقاع العالم بما تحويه من تلال رملية وتوئات صخرية وتراكيب جيولوجية وأراضي رطبة وعيون مائية.

ثالثاً: إدارة المحميات الطبيعية:

يتولى جهاز شئون البيئة إدارة المحميات الطبيعية والإشراف عليها، وذلك طبقاً لنص المادة الخامسة من قانون البيئة المصري رقم 4 لسنة 1994م، وكان قانون المحميات رقم 102 لسنة 1983م يقضي بأن تكلف جهة إدارية متخصصة برعاية شئون المحميات الطبيعية والمحافظة عليها، يعهد إليها بتنفيذ أحكام قانون المحميات والقرارات المنفذة له، ويخولها القانون إمكانية إنشاء فروع لها؛ حيث توجد المحميات، وتختص هذه الإدارة بما يلي:

- (1) إعداد البرامج والدراسات اللازمة للنهوض بمنطقة المحمية الطبيعية.
- (2) رصد الظواهر البيئية وإجراء حصر للكائنات البرية والبحرية في كل محمية.
- (3) إدارة الأنشطة المتعلقة بمنطقة المحمية.
- (4) إعلان الجمهور بأهداف إنشاء المحميات الطبيعية وتنقيفه بيئياً.
- (5) تبادل المعلومات والخبرات مع الدول والهيئات الدولية في مجال المحميات (3).
- (6) إدارة أموال صندوق المحميات (4).

رابعاً: صندوق المحميات الطبيعية:

أنشأ قانون المحميات رقم 102 لسنة 1983م صندوقاً للمحميات تتكون موارده من المصادر الآتية:

- (1) الأموال التي تخصصها له الدولة في الموازنة العامة.

(1) راجع المادة الثالثة من القانون سالف الذكر.
(2) أجازت المادة الثالثة من قانون المحميات المصري لجمعيات حماية البيئة اللجوء إلى الأجهزة الإدارية والقضائية المختصة بغرض تنفيذ أحكام القوانين والقرارات المتعلقة بحماية البيئة الطبيعية، ولا شك أن هذه الجمعيات تعتبر صاحبة مصلحة للطعن بالإلغاء في القرارات الماسة بالبيئة؛ لأن الأمر يدخل في إطار أهدافها، ذلك دون حاجة إلى نص.
(3) وكانت هذه الجهة في مصر هي جهاز شئون البيئة بمجلس الوزراء، انظر: قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1067 لسنة 1983م.
(4) راجع نص المادة الرابعة من قانون المحميات المصري.

- (2) الهبات والوصايا والإعانات والتبرعات التي تقبلها إدارة المحميات.
- (3) رسوم زيادة المحميات في حالة فرض رسوم على زيارتها وهو الغالب.
- (4) حصيللة الغرامات الناتجة عن تطبيق أحكام قانون المحميات.
- (5) حصيللة أموال صندوق موارد الصندوق.

وتخصص أموال صندوق المحميات للأغراض التالية:

- (1) تدعيم ميزانية الإدارة التي تتولى تنفيذ قانون المحميات.
- (2) المساهمة في تحسين بيئة المحميات وصيانتها.
- (3) إجراء البحوث والدراسات المتعلقة بالمحميات.
- (4) صرف المكافآت لمرشدي وضابطي الجرائم التي تقع بالمخالفة لقانون المحميات⁽¹⁾.

فلمّا صدر قانون البيئة المصري رقم 4 لسنة 1994م قضى في المادة 14 منه بأن ينشأ جهاز شئون البيئة صندوق خاص يسمى "صندوق حماية البيئة" تؤول إليها موارد صندوق المحميات، فضلاً عن موارد أخرى عدّتها المادة المذكورة.

خامساً: تنظيم المشرع للمحميات الطبيعية:

نشطت الجهود العلمية المعاصرة للتواصل إلى الوسائل الميسرة والمجدية، للحفاظ على البيئة من الفساد واقتقاد صلاحيتها لحياة ما يلوذ بها من كائنات يستغلها الإنسان، ويسخرها لصالحه في استثمارات علمية أو اقتصادية، سواء انصرفت تلك الجهود المبذولة إلى الحفاظ عليها من الانقراض، أو تنميتها وتجريدها لمضاعفة عائدها الاقتصادية.

وتحقيقاً لهذه الأهداف الحيوية فقد عني بإنشاء محميات مكيفة لأنواع الحيوانات والنباتات، وتحمل الصفات البيئية المناسبة لما يراد حمايته وترشيده،

(1) راجع: نص المادة السادسة من قانون المحميات المصري، وانظر: اللائحة الداخلية لصندوق المحميات الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 240 لسنة 1990م.

لتأهيله للتطبع والانسجام مع البيئة المصنوعة، مع توفير المناخ الملائم لمعيشته وتكاثره (1).

وقد تكون المحمية النباتية منطقة طبيعية معرضة للإبادة (كالغابات)، تفرض عليها الحماية بما يحول دون استئصالها أو إتلافها (2).

كما حرص المعنيون بتربية أنواع الحيوان على تحديد مناطق بيئة طبيعية يطلق فيها تحت إشرافهم أنواع الحيوانات النادرة والمعرضة للانقراض، مع موالاتها بالغذاء والرعايا الصحية وتهيئة المناخ المناسب لها للتكاثر لزيادة أعدادها، وحمايتها بتحريم صيدها أو الإضرار بها.

وفي إطار حرص المشرع المصري في الحفاظ على المحميات الطبيعية، بما تمثله من قيمة بيئية، نجد أن المادة الأولى من القانون رقم 4 لسنة 1994م بشأن حماية البيئة، قد تضمنت من الألفاظ والعبارات التي يقصد بشأنها تطبيق أحكام هذا القانون أن:

حماية البيئة: "المحافظة على مكونات البيئة والارتقاء بها، ومنع تدهورها أو تلوثها أو الإقلال من حدة التلوث وتشمل هذه المكونات الهواء والبحار والمياه الداخلية متضمنة النيل والبحيرات والمياه الجوفية، والمحميات الطبيعية والموارد الطبيعية الأخرى".

- (1) ومن ذلك إنشاء الصوبات الزراعية المحكمة، والمهياة صناعيًا بالمناخ المناسب، والأسمدة الغنية بالمخصبات، من أجل الحفاظ على أنواع نادرة من النباتات والزهور.
- (2) أنظار علماء البيئة والنبات في العالم كله أصبحت تتجه صوب محمية جبل عليّة الطبيعية بجنوب البحر الأحمر بمصر أملاً في إنقاذ ما تبقى من أشجار "الأمبت" الجميلة التي انقرضت تقويًا من جميع المناطق التي كانت تشتهر بها، بل وأصبحت مهددة أيضًا بالانقراض من جبل عليّة، وكما يقول الباحث البيئي أسامة غزالي مدير محمية جبل عليّة: نعم ولهذا تبذل وزارة البيئة وبإشراف شخصي من وزير البيئة المهندس ماجد جورج جهودًا مضنية لإنقاذ "الأمبت" الذي لم يتبق منه سوى 165 شجرة فقط في حالة جيدة، فشجرة "الأمبت" أو كما يطلقون عليها شجرة "التنين" لشكل فروعها الذي يشبه أذرع حيوان التنين الأسطوري تعاني من الانقراض بفعل الحروب والصراعات التي تشهدها أماكن نموها في الصومال والسودان وأثيوبيا، كما تعاني من الجفاف الشديد في جبل عليّة، وتمتاز هذه الشجرة إلى جانب شكلها بأن ثمارها تحتوي على نسب عالية من البروتين مما جعل منها غذاءً جيدًا لسكان المناطق الموجودة بها، كما تدخل في مساحيق التجميل إلى جانب الكثير من الوصفات الطبية للسكان المحليين، وتعكف وزارة البيئة (في مصر) الآن في تنفيذ برنامج متكامل للصور والنمو والإكثار لحماية لهذا النوع النادر من الأشجار من خطر الانقراض، (جريدة الأهرام- العدد الأسبوعي الصادر في 4 يونيو سنة 2008م- ص31).

ثم في ذات المادة عرّف المشرع حماية البيئة بأنها:

"المحافظة على مكوناتها وخواصها وتوازنها الطبيعي ومنع التلوث أو الإقلال منه أو مكافحته، والحفاظ على الموارد الطبيعية وترشيد استهلاكها وحماية الكائنات الحية التي تعيش فيها - خاصة المهددة بالانقراض- والعمل على تنمية كل تلك المكونات والارتقاء بها".

وبينما تضمن قانون البيئة المصري رقم 4 لسنة 1994م بعض النصوص المنفردة، التي تعكس حرصه على حماية المحميات البيئية الطبيعية، منها:

1) نص المادة (5) من الفصل الثاني المعنون (جهاز شئون البيئة) ونصها: "يقوم جهاز شئون البيئة برسم السياسة العامة وإعداد الخطط اللازمة للحفاظ على البيئة، وتمييزها ومتابعة تنفيذها بالتنسيق مع الجهات الإدارية المختصة..... وللجهاز في سبيل تحقيق أهدافه: "إدارة المحميات الطبيعية والإشراف عليها".

2) نص المادة (28) والتي تنص على أنه: "يحظر بأية طريقة صيد أو قتل أو إمساك الطيور والحيوانات البرية، التي تحدد أنواعها اللائحة التنفيذية لهذا القانون... وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون المناطق التي تنطبق عليها أحكام هذه المادة وبيان شروط الترخيص بالصيد فيها...".

سادساً: الجزاءات المقررة على مخالفات قانون المحميات:

يعاقب كل من يخالف أحكام قانون المحميات أو القرارات المنفذة له بالحبس أو بالغرامة أو بهما معاً، وتشدّد العقوبة في حالة العود، ويحكم فضلاً عن ذلك بتحميل المخالف نفقات الإزالة أو الإصلاح التي تحددها الإدارة المختصة.

وقد جعل قانون المحميات المصري عقوبة مخالفة أحكامه هي الغرامة التي لا تقل عن 500 جنيه ولا تزيد على خمسة آلاف جنيه، والحبس مدة لا تزيد على سنة، أو إحدى العقوبتين، مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر، وشدد العقوبة في حالة العود فجعل الغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة، ومدة الحبس لا تقل عن سنة، وليته جعل الحبس وجوبياً في حالة العود كما فعلت بعض القوانين⁽¹⁾.

كما نص قانون المحميات المصري على أن تحصل غرامات ونفقات الإزالة بالطريق الإداري وبصفة فورية⁽²⁾. واعترف لموظفي الإدارة المختصة بصفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة للجرائم التي نص عليها⁽³⁾.
بعض التطبيقات القضائية على نص المادة (32) من الدستور المصري
2014م:

المذكرة المرفوعة من المدعون في الطعن رقم 31731 لسنة 68 ق

حيث إنه بتاريخ 2014/4/3م أصدر رئيس مجلس الوزراء قرار بإدراج الفحم ضمن منظومة الطاقة المصرية باستخدام الفحم كوقود بديل عن الغاز، وأتى هذا القرار مخالفاً لما تتجه إليه الكثير من الدولة المتقدمة بالتخلص من استخدام الفحم في الصناعة في العقود المنصرمة، ورغم مناداة العديد من منظمات المجتمع المدني في مصر والعديد من الشخصيات العامة بضرورة إلغاء هذا القرار لما سيترتب عليه من أضرار جمة أخصها الأضرار الصحية للمواطنين وحقهم الدستوري في بيئة صحية ونظيفة، إلا أن أتت الرياح بما لا تشتهي السفن وصدر القرار الذي يسمح باستخدام الفحم كوقود بديل.

ومن ضمن الشركات التي سمح لها باستخدام الفحم كوقود بديل بموجب هذا القرار شركات الإسمنت⁽¹⁾، والجدير بالذكر أن بعض هذه الشركات قامت

(1) انظر: المادة السابعة من قانون المحميات.

(2) المادة الثامنة من القانون سالف الذكر.

(3) المادة التاسعة من القانون سالف الذكر.

باستخدام الفحم قبل صدور قرار رئيس الوزراء السابق الإشارة إليه وثابت ذلك في المحضر رقم 272 لسنة 2014م جنح عتاقة، والمحضر بتاريخ 25/12/2013م (أي قبل صدور القرار بأربعة أشهر) والمحضر من قبل لجنة المتابعة والتفتيش بجهاز شئون البيئة ضد/ مسئول شركة لافارج والذي انتهى بتعزيم هذه الشركة بمبلغ 10000 جنيه والمصاريف وذلك لارتكاب الشركة للمخالفات الآتية:

- وجود كميات كبيرة جداً من الفحم لاستخدامه كوقود بديل للغاز الطبيعي بأفران الإسمنت.
- قيام الشركة بعمل الإنشاءات الخاصة بعدد خمس وحدات لتخزين الفحم بمعدل وحدة لكل خط مما يُعد تكرار للمخالفة.
- تعديل طاحونة إسمنت بالخط الخامس لطحن الفحم.
- إضافة سيور ناقلة وبريمة رفع لتغذية خطوط الإنتاج الخمسة.
- إنشاء وحدة ضخ الفحم بوحدة الأشغال.

وذلك كله دون الحصول على موافقة بيئية: بالمخالفة لنص المادة 19 من قانون البيئة رقم 4 لسنة 1994م والمعدل بقانون رقم 9 لسنة 2009م في شأن حماية البيئة والمعاقب على مخالفتها بنص المادة 84 مكرر/2 من ذات القانون (2). وأيضاً التخلص غير الآمن للنفايات الخطرة (تراب الباي باص) بالمخالفة للمادة (30) من قانون البيئة والتي تخضع إدارة النفايات الخطرة للقواعد والإجراءات الواردة باللائحة التنفيذية لهذا القانون.

-
- (1) كما جاء من اللائحة التنفيذية المعدلة الصادرة تنفيذاً لقرار استخدام الفحم بتاريخ 29/4/2015م وبالتحديد في الملحق رقم 12 من هذه اللائحة.
 - (2) التي تنص على "ويعاقب بغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مليون جنيه كل من يخالف أحكام المادتين 19، 23 من هذا القانون وفي حالة العود يضاعف الحد الأدنى للغرامة والحد الأقصى للعقوبة وفضلاً عن العقوبات الأصلية السابقة، ويجوز الحكم بغلق المنشأة وإلغاء التراخيص الصادرة لها أو وقف النشاط المخالف.

ويتضح لنا بلا شك أن العديد من شركات الإسمنت بدأت في التحضير لاستخدام الفحم أو النفايات كوقود بديل عن الغاز بدون عمل دراسة تقييم أثر بيئي وما يرتبط بها من جلسات استماع عام مع المواطنين والمتأثرين والغرض من هذه الدراسة هو ضمان حماية البيئة والموارد الطبيعية والحفاظ عليها، كما أن الهدف منها هو بعيد المدى يضمن وجود تنمية اقتصادية متواصلة تلبي حاجات الوقت الحاضر دون انتقاص من قدرة الأجيال القادمة على تلبية حاجاتها الخاصة، بالإضافة إلى قيامها باستخدام الفحم أو النفايات كوقود بديل قبل صدور قرار رئيس الوزراء بالسماح باستخدام الفحم كوقود بديل وقبل صدور تعديلات اللائحة التنفيذية لقانون البيئة، والتي حددت شروط استخدام الفحم كوقود في شركات الإسمنت، نظمت اللائحة التنفيذية بتعديلاتها الأخيرة الصادرة بتاريخ 2015/4/19م كل ما يتعلق بدراسات تقييم الأثر البيئي الخاصة باستخدام الفحم في ضوء ما تم إقراره بالسماح باستخدامه كوقود بديل، وجاء ذلك بالتحديد في المادة (42) من هذه اللائحة بنذاً والتي تنص على أنه (يحظر تداول أو استخدام الفحم بكافة أنواعه إلا بموافقة من جهاز شئون البيئة لكل حالة وفقاً للمعايير والمواصفات والاشتراطات والضوابط المبينة بالملحقين رقمي (16، 12) من هذه اللائحة، وعلى المنشآت القائمة المستخدمة للفحم أن تقدم دراسة لتوفيق أوضاعها البيئية لجهاز شئون البيئة للموافقة عليها واعتمادها طبقاً للمعايير والاشتراطات الواردة بهذا القرار وذلك خلال ستة أشهر من تاريخ العمل به)، وأيضاً قبل صدور تعديلات المادة العقابية المرتبطة باستخدام الفحم في قانون البيئة وهو ما يوضح أن هذه الشركات لم تهتم ولا تعباً بتطبيق القانون. فهذا كله يؤكد على عدم اهتمام هذه الشركات بحقوق المواطنين الصحية والبيئية.

واستمرت انتهاكات هذه الشركات حتى بعد صدور القرار الجمهوري بالقانون الصادر بتاريخ 2015/10/19م بتعديل قانون البيئة بإضافة المادة رقم 40 مكرر والتي تنص على أنه (يحظر استيراد الفحم الحجري أو البترولي، أو

تداولهما أو استخدامهما دون موافقة من جهاز شئون البيئة طبقاً للاشتراطات والمعايير والمواصفات الواردة باللائحة التنفيذية لهذا القانون...) والذي جعل الحبس عقوبة (1) لمخالفة الفقرة الأولى من هذه المادة.

وقد اقرت المحكمة بوجود الانتهاكات البيئية حماية للموارد والثروات الطبيعية بوصفها من الموارد التي أفرد لها الدستور عناية خاصة. وكذلك الدعوى الشهيرة بقضية مقر منظمة الصحة العالمية:

أقيمت الدعوى بمناسبة موافقة محافظ الإسكندرية على تنفيذ توسعات مبنى المكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية على أرض الشارع وشروع الأجهزة المختصة بالمحافظة في ضم مساحة الشارع إلى مكتب المنظمة رغم أن الشارع يُعد ضمن الأموال العامة التي لا يجوز التصرف فيها.

وقد حكمت المحكمة في الدعوى بوقف تنفيذ قرار المحافظ بالموافقة على تنفيذ مشروع توسعات مبنى المكتب الإقليمي بمنظمة الصحة العالمية على أرض الشارع.

وذكرت في أسباب حكمها "أن الشارع محل القرار المطعون فيه من الأموال العامة التي أسبغ الدستور عليها حصانة تحول دون انتهاك حرمتها، وحظر القانون التصرف إلاّ بمراعاة المنفعة العامة التي خصص من أجلها أصلاً كطريق من الطرق العامة بالمدينة" (2).

(1) ذكرت هذه العقوبة في عجز المادة 86 مكرر الصادر في هذا التعديل أيضاً.
(2) للمزيد، ينظر: حكم محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة بالإسكندرية في الدعوى رقم 1017 لسنة 49 ق، جلسة 7 مايو 1992م، على الموقع الإلكتروني:

<http://knol.google.com/k/osama-abdelaziz/-rdijjegcrh/4#-ednref11>
وتطبيقاً لذلك أيضاً، القضية المفيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 265 لسنة 30 قضائية "دستورية"، والتي أودع المدعي صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة بتاريخ 15 من نوفمبر سنة 2008م طالباً الحكم بعدم دستورية نص المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 943 لسنة 1989م بإنشاء محميتين طبيعيتين بمنطقة وادي الريان وبحيرة قارون بمحافظة الفيوم، وعدم دستورية قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 264 لسنة 1994م بالشروط والقواعد والإجراءات الخاصة بممارسة الأنشطة في مناطق المحميات الطبيعية، فيما تضمنه من عدم تعيين الحدود التي تبين النطاق المكاني للمحميتين، وعدم نشر الخريطين بالجريدة الرسمية، وقد قررت المحكمة أنه: "وحيث إن الوقائع - على ما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن النيابة العامة كانت قد قدمت المدعي للمحاكمة الجنائية في الجنحة رقم 7880 لسنة 2008م جنح أشواي، متهمه إياه بأنه بتاريخ 2008/6/29م قام بأعمال بناء في محمية طبيعية (محمية قارون) من شأنها إتلاف وتدمير البيئة الطبيعية، وبجلسة 2008/10/14م عدلت المحكمة قيد الجنحة المذكورة لتكون

رأينا في الموضوع:

وفي الواقع، تُعد قضية حماية الموارد الطبيعية والمحافظة عليها قضية إنسانية في المقام الأول، فالإنسان فيها هو المسئول الأول عن تلويثها وإهدارها، وهو أيضاً المتضرر الأول من أثارها السلبية، وفي نفس الوقت فإن المسؤولية تقع على كاهله في حمايتها ووقايتها من التلوث، الأمر الذي يقتضي من الإنسان ضرورة المحافظة على هذه الموارد من النضوب والفاء واستغلالها بحسن وعقلانية في تحقيق رفاهيته، وبالتالي فإن هذا الأمر لن يتوقف عند حد الأجيال الحالية فقط، بل يمكن أن يمتد ذلك إلى الأجيال القادمة، فالموارد الطبيعية المتاحة في أي مجتمع ليست حكراً على جيل واحد من الأجيال البشرية، بل على العكس فهي تُعد ملكاً لكافة الأجيال الحالية والمقبلة، ومن ثم فإن مسؤولية الأجيال الحالية لا بد وأن تتعدى حدود استغلالها الحالي للمتاح من مواردها الطبيعية إلى المحافظة على هذه الموارد من النضوب أو التبدد الناشئ عن سوء استغلالها حفاظاً عليها للأجيال القادمة، وكذلك لتحقيق الأهداف المنشودة منها سواء للأجيال الحالية أو المقبلة.

ويتجلى دور القانون الدستوري في حفظ تلك الموارد من خلال إحاطتها بإجراءات تكفل عدم التفريط فيها أو الإفراط في استخدامها، وكان الأجدى

طبقاً للمادتين 2، 7 من القانون رقم 102 لسنة 1983م في شأن الحميات الطبيعية، وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 264 لسنة 1994م، وبجلسة 2008/10/28م دفع المدعي بعدم دستورية قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 264 لسنة 1994م لعدم تحديد النطاق المكاني لمحمية بحيرة قارون، وعدم نشر خريطة المحمية بالجريدة الرسمية، وإذ قدرت تلك المحكمة جدياً هذا الدفع، وصرحت للمدعي بإقامة الدعوى الدستورية، فقد أقام دعواه الماتلة. وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مؤدى نص المادة (29) من قانونها الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979م أن النصوص التشريعية التي يتصل الطعن عليها بالمحكمة الدستورية العليا اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً، هي تلك التي تطرح عليها بعد دفع بعدم دستورتها يديه خصم أمام محكمة الموضوع وتقدر هي جديته، تأن لمن أبداه برفع الدعوى الدستورية

.....
وحيث إن المدعي لم يضمن صحيفة دعواه النصوص الدستورية المدعي بمخالقتها وأوجه المخالفة، بالنسبة لأحكام القرار رقم 264 لسنة 1994م المشار إليه، ومن ثم فإنه يتعين القضاء بعدم قبول هذا الشق من الدعوى أيضاً.

وبالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت التاسع من مايو سنة 2015م، الموافق العشرين من رجب سنة 1436هـ حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى - الجريدة الرسمية- العدد 20 مكرر (ب) في 20 مايو 2015م.

بالمشروع الدستوري حفظ تلك الموارد من خلال آليات تكفل وضع المحافظة عليها موضع للتطبيق المباشر وحسنا فعل المشروع الدستوري بتقرير التصرف في هذه الموارد من خلال قانون صادر من البرلمان أو بناءً على قانون يحفظ لممثلي الشعب سلطتهم في رقابة التصرف في مثل هذه الموارد نظراً لأهميتها، وتعرضها للنضوب في بعض الأحوال.

الفصل الثالث

الحقوق الدستورية المرتبطة بالحق في البيئة

وتقييم النصوص الدستورية البيئية

مقدمة:

بالرجوع إلى ميثاق البيئة الفرنسي المتمتع بقوة النصوص الدستورية، نجده ينص على حقين دستوريين يرتبطان بالحق في البيئة المقرر بنص المادة الأولى منه. فالمادة السابعة تنص على حق كل شخص في ضوء الشروط والحدود المقررة بواسطة القانون في الاطلاع والوصول إلى المعلومات المتعلقة بالبيئة التي تحوزها السلطات العامة وفي المشاركة في إعداد القرارات المؤثرة فيها (1).

هذا النص يتحدث عن حقين دستوريين هما الحق في الاطلاع، والحق في المشاركة كحقين لازمين لإعمال الحق في البيئة.

ولم يرد في الدستور المصري هذان الحقان كحقوق مرتبطة بالبيئة؛ بسبب أنه لم يتحدث عن حق في البيئة؛ إذ تحدّث الدستور المصري عن واجب وطني في الحفاظ على البيئة، ولم يتحدث كذلك قانون البيئة المصري عن هذين الحقان، كما أن الإشارات غير المباشرة فيه لا تكفي للقول حتى بحق المواطن في

(1) تنص المادة السابعة من ميثاق البيئة على ما يلي:

"Toute Personne a Le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à L'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur L'environnement.

الاطلاع؛ إذ تنص المادة الخامسة من قانون حماية البيئة على أن لجهاز شئون البيئة في سبيل تحقيق أهدافه أن يضع "برامج التثقيف البيئي للمواطنين والمعاونة على تنفيذها"، فلا يمكن استناداً لهذا النص القول بحق المواطن في الاطلاع على المعلومات البيئية التي تحوزها السلطات العامة أو بالحق في المشاركة؛ إذ لا ترتب أية التزامات على الجهات الإدارية في مجال حماية البيئة سواء فيما يتعلق باطلاع المواطن على المعلومات البيئية أو في المشاركة في إعداد القرارات المؤثرة في البيئة، إضافةً إلى غياب كامل لدور المواطن فيما يتعلق بهذين الحقين، إذ يوجد في موقع المتلقي لما تقوم به السلطات العامة في مجال حماية البيئة؛ فالحق يحتاج من الناحية الشكلية إلى الاعتراف به صراحةً، وإلى ترتيب آثار عدم احترامه، وهو ما لم يفعله القانون المصري.

ونوضح تقييم النصوص الدستورية البيئية ومدى اتفاقها مع المواثيق الدولية لحماية البيئة، حيث أن تواءمها معاً وانسجامها مفاده الوصول إلى نصوص دستورية حامية للبيئة وفقاً للمعايير الدولية، ونقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الحق في الحصول على المعلومات البيئية.

المبحث الثاني: الإعلام البيئي والحق في المشاركة في اتخاذ القرارات البيئية.

المبحث الثالث: تقييم النصوص الدستورية للبيئة.

وسوف نعرض في هذا الفصل إلى دراسة الحق في الحصول على المعلومات البيئية والمشاركة في اتخاذ القرارات البيئية، وذلك بوصفها من الحقوق المرتبطة بالحق في البيئة في العصر الحديث.

المبحث الأول

الحق في الحصول على المعلومات البيئية

تمهيد:

من المُسلّم به، أن إدراك الجمهور للأخطار البيئية له أهمية كبيرة في نجاح الجهود التي تبذل لحماية الصحة البشرية والبيئة⁽¹⁾، ومن هذا المنطلق تلتزم السلطات الإدارية المختصة بالعمل على تنمية المعارف البيئية لدى كل فئات المجتمع بكل الوسائل الممكنة، والتي من بينها وسائل الإعلام التي تقوم بدور رئيسي في التأثير في إدراك الجمهور وتشكيله، كما تلتزم الجهات المختصة بترسيخ الشعور بالمسؤولية الفردية والجماعية للمحافظة على البيئة وحمايتها من التلوث، كما تلتزم الجهات الإدارية المختصة بتقديم المعلومات البيئية لكل من يطلبها أو يحتاجها من الباحثين وصناع القرار وغيرهم من شرائح المجتمع.

وجدير بالذكر، أن عدم توفر المعلومات البيئية الموثوقة أو الممكن الحصول عليها ورفض الإعلان عنها يسهمان بأكثر من شكل في تدهور البيئة؛ لأن ذلك سيحرم الأفراد أو الجمعيات البيئية من وسيلة اتخاذ الإجراء اللازم بغية منع حدوث التدهور البيئي، أو للحد من عواقب الكوارث البيئية، كما قد يتسبب عدم توفر المعلومات البيئية في أن يتخذ الأفراد موقفاً سلبيّاً من أساليب العلاج الموصى بها، بل قد يرفضون الحلول المقترحة لاسيما للتصدي للكوارث البيئية⁽²⁾، فمثلاً ترفض في كثير من حالات الكوارث مجموعات السكان المنكوبة بكوارث طبيعية ترك مساكنها، وعندما يجبرون على تغيير أماكن إعاشتهم يرجعون في أقرب وقت تسمح به الأحوال⁽³⁾.

(1) راجع د/ مصطفى كمال طلبه، إنقاذ كوكبنا، التحديات والآمال (حماية البيئة في العام) (1972-1992) الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 1992م، ص127.

(2) فاطمة الزهرة قسنطيني، حقوق الإنسان والبيئة، تقرير أولي أعدته المقررة الخاصة عملاً بقرار اللجنة الفرعية 7/1990 و 27/1990. الفقرة 66، ص23. الوثيقة (E/CN.4/Sub

(3) جدير بالذكر أن العقد الدولي للحد من الكوارث الطبيعية الذي بدأته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1 يناير 1990، استهدف تأسيس نهج متكامل للكوارث وذلك من خلال الحث على الحصول على

كما يُعد الحصول على المعلومات البيئية ليس فقط وسيلة فعالة لممارسة حق الإنسان في البيئة، بل أيضاً أداة لتأكيد واجبه تجاه البيئة⁽¹⁾؛ ولذلك يجب تيسير سبل الحصول على المعلومات البيئية أمام الأفراد والجمعيات البيئية وغيرها من منظمات المجتمع المدني المعنية، ولكي يكون لأي مجتمع القدرة على حماية بيئته يجب أن يكون حق المعرفة متاحاً للجميع وعلى جميع المستويات، وترتكز مسؤولية المجتمع على وجود أفراد لديهم الوعي البيئي الكافي، ولكن تبقى الدولة الضامن الوحيد لحصول المواطنين على الحق في المعرفة، وعند تسليح المواطن بالمعرفة يمكنه أن يكون المحفز لأي سعي لتقليص التلوث، واعتماد طرق إنتاج أنظف، فمن خلال القوانين التي تطالب التصريح عن المعلومات، وتقديم التقارير، والحصول على المعلومات؛ يمكن للحكومة أن توفر للمواطنين القدرة على مراقبة بيئتهم، ولقد بيّنت التجارب السابقة في العديد من البلدان النامية والمتطورة على حد سواء وجود علاقة جدلية بين حصول المواطنين على المعلومات وبين تمتعهم ببيئة سليمة، ففي غياب المعلومات حول الملوثات المستعملة تتحول المناطق المستهدفة إلى بيئة ملوثة، وفي هذا الإطار تزود قوانين حق الاطلاع على المعلومات للمواطنين أدواتاً وشروطاً أساسية لحماية أنفسهم وبيئتهم⁽²⁾. فتقرير حق الإنسان في البيئة وواجبه نحوها يقتضي من الدول أن تهَيء أمام الأفراد والجمعيات والمنظمات لمهتمة بشئون البيئة، سبل الحصول على المعلومات البيئية، فإن تقاعست الدول عن ذلك

المعلومات لتطبيقها إلى نظم أوسع انتشار للتنبؤ والإنذار، ويحسن التأهب للكوارث ويتغيير السلوك القدري في بعض الأحيان تجاه الكوارث، وتعتبر مشاركة المجتمعات المحلية وزيادة التعليم والتدريب وتطويرها مكونات مهمة للغاية في العقد الدولي. راجع د. مصطفى كمال طلبة، إنقاذ كوكبنا، المرجع السابق، ص 128 وما بعدها.

(1) أكدت جلّ الوثائق القانونية الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، فضلا عن العديد من الدساتير وأنظمة الحكم وقوانين البيئة والتزامه بحمايتها. لمزيد من التفاصيل راجع للمؤلف "دور منظمات المجتمع في حماية البيئة وإنفاذ التشريعات البيئية"، بحث مقدم في المؤتمر العربي الدولي الأول للتشريع البيئي، والذي عقد في مدينة الرياض، المملكة العربية السعودية في الفترة من 2-4 رجب 1429هـ/ 5-7 يولييه 2008م.

(2) سهير إبراهيم حاجم الهيتي، الأليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2014م، ص 200.

تكون قد انتقصت من قيمة ما أقرته من حق للإنسان، وخفضت من واجبه نحو البيئة (1).

وعلى ذلك سوف نقسم الدراسة في هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية المعلومات البيئية.

المطلب الثاني: الحق في الحصول على المعلومات البيئية في الاتفاقيات الدولية.

المطلب الثالث: الحق في الحصول على المعلومات البيئية في الممارسات الدولية غير الاتفاقية.

المطلب الرابع: الإعلام البيئي والحق في المشاركة في اتخاذ القرارات البيئية.

المطلب الأول

ماهية المعلومات البيئية

تعتبر معلومات بيئية تلك التي تتعلق بالقرارات الإدارية ذات التأثير على البيئة، والمشروعات ذات الأنشطة السلبية على البيئة، والمعلومات التي توضح حالة البيئة واتجاهاتها وعلاقاتها بعمليات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، والمعلومات الخاصة بالتشريعات القائمة في مجال البيئة، والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، والجهات المسؤولة عن تنفيذ تلك التشريعات، ومدى التنسيق القائم بينها وتأثيره على فعالية إجراءات حماية البيئة والمعلومات الخاصة بالخطط القومية لمواجهة الكوارث البيئية والمعلومات الخاصة بالدراسات والتحليل المتعلقة بوضع

(1) راجع أستاذنا د. أحمد عبدالكريم سلامة "البيئة وحقوق الإنسان في القوانين الوطنية والمواثيق الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الخامس عشر، أبريل 1994م، ص36.

المقاييس والمستويات والتقييم البيئي، وكذلك حق الاطلاع على الوثائق الإدارية ذات الصلة (1).

ولقد حدّد التوجيه الصادر عن مجلس أوروبا (90/313/EEC) بشأن حرية الوصول إلى المعلومات المتعلقة بالبيئة في المادة الثانية منه، ماهية "المعلومات البيئية" بأنها: "أية معلومات متاحة في شكل مكتوب أو بصري أو سمعي أو بشكل قاعدة بيانات عن حالة المياه والهواء والتربة والحيوان والنبات والأرض والمواقع الطبيعية، وكذلك الأنشطة بما في ذلك تلك التي تنشأ عنها إزعاجات كالضجيج أو التدابير التي تؤثر فيها أو يحتمل أن تؤثر تأثيراً ضاراً على هذه الموارد الطبيعية، والأنشطة أو التدابير الرامية إلى حمايتها، بما في ذلك التدابير الإدارية، وبرامج الإدارة البيئية (2).

ولضمان اتساق قانون الجماعة الأوروبية مع اتفاقية آر هوس Aarhus 1998⁽³⁾ والتي وقعت الجماعة في 25 حزيران/يونيه 1998م، اعتمد البرلمان

- (1) راجع أستاذنا د. أحمد عبدالكريم سلامة "البيئة وحقوق الإنسان في القوانين الوطنية والمواثيق الدولية، مرجع سابق، ص36.
- (2) راجع نص المادة (1/2) من توجيه مجلس وزراء الاتحاد الأوربي للبيئة 3/3/90، بشأن حرية الوصول على معلومات بصدد البيئة، المؤرخ 7 يونيو 1990. نقلاً عن د. رضوان أحمد الحاف، حق الإنسان في بيئة سليمة في القانون الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998م، ص353 وما بعدها.
- (3) حرى بالذكر أن الاتفاقية الموقعة في 25 يونيو 1998م بمدينة آر هوس بالدنمارك، بشأن الوصول إلى المعلومات، والمشاركة العامة في صنع القرار واللجوء إلى العدالة في المسائل البيئية، حددت ماهية مصطلح "المعلومات البيئية"، في المادة (3/2) منها، التي جاء فيها ما نصه:
==

==Article 2, DRFINITIONS: For the purposes of this convention, 3- "Environmental; information" means any information in written, visual, aural, electronic or any other material form on:

- a) The state of elements of the environnement, such as air and atmosphère, water, soil, land, landscape and natural sites, biological diversity and its components, including genetically modified organisms, and the interaction among these éléments;
- b) Factors, such as substances, energy, noise and radiation, and activités or mesures, including administrative measures, environnemental agréments, policiers, législation, plans and programmes, effecting or likely to affect the éléments of the environnement within the scope of subparagraph (a) above, and cost-

الأوروبي ومجلس أوروبا في 28 كانون الثاني/يناير 2003م، التوجيه (2003/4/EC) بشأن حق الجمهور في الوصول إلى المعلومات البيئية، والذي تضمّن تعريفاً واسعاً لمصطلح "المعلومات البيئية"؛ حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة الثانية منه ما نصه "يُقصد بالمعلومات البيئية أية معلومات مكتوبة أو مرئية أو شفوية أو إلكترونية أو بأي شكل مادي آخر تتعلق بما يلي:

(أ) حالة عناصر البيئة من قبيل الهواء والجو والمياه والتربة والأرض والصقع الطبيعي والمواقع الطبيعية، بما في ذلك الأمراض الرطبة، والمناطق الساحلية والبحرية، والتنوع البيولوجي ومكوناته، بما في ذلك الكائنات المحورة جينياً، والتفاعل بين تلك العناصر.

(ب) العوامل من قبيل، المخلفات، والطاقة، والضوضاء، والإشعاع أو النفايات بما في ذلك النفايات المشعة، والانبعاثات، والتصرفات، والإطلاقات الأخرى في البيئة التي تؤثر أو يحتمل أن تؤثر في عناصر البيئة المشار إليها في (أ).

(ج) التدابير (بما في ذلك التدابير الإدارية) من قبيل السياسات العامة، والتشريعات، والبرامج، والاتفاقيات البيئية، والأنشطة التي تؤثر أو يحتمل أن تؤثر في العناصر والعوامل المشار إليها في (أ) و(ب) فضلاً عن التدابير أو الأنشطة الرامية إلى حماية تلك العناصر.

(د) التقارير المتعلقة بتنفيذ التشريعات البيئية.

benefit and other économique analyses and assumptions used in environmental decision-making ;

c) The state of human health and safety, conditions of human life, cultural sites and built structures, inasmuch as they are or may be affected by the state of the éléments of the environnement or, through these éléments, by the factors, activités or measures referred to in subparagraph (b) above ; see, I.L.M, vol. 39, 1999, p. 517.

- (هـ) مقارنة الكلفة بالفائدة، والتحليلات والاقتراضات الاقتصادية الأخرى المستخدمة في إطار التدابير والأنشطة المشار إليها في (ج).
- (و) حالة صحة الإنسان وسلامته، بما في ذلك تلوث السلسلة الغذائية، حيثما كان لذلك صلة بالموضوع، وظروف الحياة البشرية، والمواقع الثقافية والهياكل المقامة بقدر تأثرها أو احتمال تأثرها بحالة عناصر البيئة المشار إليها في (أ) أو عن طريق تلك العناصر بأي من المسائل المشار إليها في (ب) و(ج) (1).

المطلب الثاني

الحق في الحصول على المعلومات البيئية في الاتفاقيات الدولية

تعد الاتفاقيات الدولية أهم المصادر الأصلية لأحكام القانون الدولي العام (2)، كما تأتي الاتفاقيات أو المعاهدات الدولية على قمة المصادر الدولية التي تستقى منها قواعد قانون حماية البيئة، وما يشتمل عليه من حقوق وواجبات، ويرجع ذلك للطبيعة الدولية لكثير من مشكلات البيئة (3). كما تشكل المعاهدات الدولية الأداة المثالية لتحقيق "التنمية القانونية الدولية"، وكذلك تطورها (4). ومنذ العقد الأخير من القرن الماضي، أقرت جل الاتفاقيات أو المعاهدات البيئية بحق الأشخاص الاعتبارية والطبيعية في الحصول على المعلومات البيئية والتي من بينها - على سبيل المثال لا الحصر - الاتفاقيات ذات السمة العالمية، والاتفاقيات الإقليمية التالية:

(1) راجع نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من التوجيه الأوروبي مشار إليها في الوثيقة:

A/CN. 4/531, p. 97, note
470, para.290.

(2) راجع أستاذنا د. مصطفى سيد عبدالرحمن، القانون الدولي العام (المصادر)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص 41 وما بعدها.

(3) راجع أستاذنا د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون حماية البيئة، دراسة تأسيسية في الأنظمة الوطنية والاتفاقية، عمادة شئون المكتبات، جامعة الملك سعود، الرياض، 1411هـ، 1991م، بند 54، ص 47.

(4) راجع أستاذنا د. أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1421هـ - 2001م، ص 89.

أولاً: الحق في المعلومات البيئية في الاتفاقيات العامة:

1- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن التنوع البيولوجي:

أكدت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن التنوع البيولوجي، والتي تم اعتمادها في الخامس من يونيو 1992م أثناء انعقاد مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية الذي عقد في ريو دي جانيرو، البرازيل، 3-14 حزيران/يونيه 1992م الحق في المعلومات البيئية؛ حيث جاء في المادة (13) منها ما نصه: "التثقيف والتوعية الجماهيرية: تقوم الأطراف المتعاقدة بما يلي:

(أ) تعزيز وتشجيع تفهم أهمية صيانة التنوع البيولوجي والتدابير اللازمة لذلك، وكذلك نشر هذا التفهم من خلال وسائل الإعلام، وإدراج هذه المواضيع في البرامج التعليمية.

(ب) التعاون حسب الاقتضاء مع الدول الأخرى، والمنظمات الدولية في تطوير برامج للتثقيف والتوعية الجماهيرية فيما يتعلق بصيانة التنوع البيولوجي، واستخدامه على نحو قابل للاستمرار (1).

2- اتفاقية روتردام لعام 1998م:

تستهدف اتفاقية روتردام Rotterdam لعام 1998م بشأن إجراء الموافقة المسبقة عن علم بالنسبة لبعض المواد الكيميائية ومبيدات الآفات الخطرة المتداولة في التجارة الدولية، والتي دخلت حيز النفاذ في 24 فبراير 2004م (2) حماية صحة البشر بما في ذلك صحة المستهلكين والعمال والبيئة من التأثيرات الضارة المحتملة للمواد الكيميائية والمبيدات المتداولة في التجارة الدولية (3)؛ لذا كفلت

(1) راجع نص المادة 12 من اتفاقية التنوع البيولوجي:

I.L.M. vol. 29, No. 4, 1992, July, p. 843.

(2) لمزيد من التفاصيل عن نصوص الاتفاقية راجع:

<http://www.pic.int>

(3) تتميز جميع المواد الكيميائية بدرجة ما من السمية، فالخطر الذي تشكله مادة كيميائية يعتمد في المقام الأول على سميتها وطول وكثافة التعرض لها، وتشير التقارير أنه تم تركيب حوالي 10 ملايين مركب كيميائي في المختبرات على نطاق العالم منذ بداية هذا القرن، ويتم إنتاج 1% تقريباً من هذه المواد الكيميائية العضوية وغير العضوية البالغ عددها 100000 على أساس تجاري،

حق الدول الأطراف في الحصول على المعلومات التي تحتاجها عن المواد الكيميائية والمبيدات الخطرة، حيث أكدت المادة (11) من الاتفاقية التزام الدول الأطراف المصدرة للمواد الكيميائية بتقديم كافة المعلومات إلى الدول المستوردة لكي تتخذ قرارات مستنيرة بشأن وارداتها من المواد الكيميائية والمبيدات الخطرة، واستخدامها استخدامًا سليمًا بيئيًا؛ حيث جاء فيها ما نصه: "يلتزم كل طرف مصدر:، (ج) بتقديم المشورة والمساعدة إلى الأطراف المستوردة بناءً على طلب، وحسبما يتناسب: (1) للحصول على المزيد من المعلومات لمساعدة تلك الأطراف على اتخاذ إجراءات بموجب الفقرة 4 من المادة 10 والفقرة (2/ج) أدناه؛ (2) لتعزيز قدراتها وطاقاتها على إدارة المواد الكيميائية بطريقة سليمة خلال دورة وجودها".

كما أكد نص المادة الرابعة عشر من اتفاقية روتردام، التزام الدول بتبادل المعلومات العلمية والتقنية والاقتصادية والقانونية المتعلقة بالمواد الكيميائية بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالسمية والسمية البيئية والمتعلقة بالسلامة؛ حيث جاء فيها ما نصه:

1) على الأطراف أن تيسر حسب الاقتضاء، ووفقاً لأهداف هذه الاتفاقية، وحسبما يتناسب:

(أ) تبادل المعلومات العلمية والتقنية والاقتصادية والقانونية المتعلقة بالمواد الكيميائية في نطاق هذه الاتفاقية، بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالسمية والسمية البيئية والمتعلقة بالسلامة؛

وتظهر ما بين 1000-2000 مادة جديدة كل سنة. ويزيد من تفاهم المشكلة، أن غالبية المواد الكيميائية لم تختبر بدرجة كافية لتحديد درجة سميتها؛ حيث تشير الدراسات أنه لا توجد معلومات كافية لإجراء تقييم كامل للأخطار الصحية إلا بنسبة تقل عن 2% من المواد الكيميائية تجاريًا، وأنه لا تتوفر معلومات كافية حتى إجراء تقييم جزئي للمخاطر إلا بنسبة 14% فقط. راجع د. مصطفى كمال طلبه، مرجع سابق، ص 133-134.

(ب) توفير المعلومات المتاحة للجمهور عامةً عن الإجراءات التنظيمية

المتخذة على الصعيد المحلي الملثمة لأهداف هذه الاتفاقية؛ و...

(2) على الأطراف التي تتبادل المعلومات بموجب هذه الاتفاقية حماية أية

معلومات سرية حسبما هو متفق تبادلياً.

(3) لا تعتبر المعلومات التالية معلومات سرية لأغراض هذه الاتفاقية:

(أ) المعلومات المشار إليها في المرفقين الأول والرابع، المقدمة

بمقتضى المادة 5 و6، على التوالي؛

(ب) المعلومات الواردة في استمارات بيانات السلامة المشار إليها في

الفقرة 4 من المادة 13؛

(ج) انتهاء تاريخ صلاحية المادة الكيميائية؛

(د) المعلومات عن التدابير الاحتياطية بما في ذلك تصنيف الخطر

وطبيعته وإرشادات السلامة المناسبة؛

(4) لأغراض هذه الاتفاقية لا يعتبر تاريخ إنتاج المادة الكيميائية سرية بصورة

عامة.

(5) على أي طرف يحتاج إلى معلومات بشأن عمليات عبور المواد الكيميائية

الواردة في المرفق الثالث عبر إقليمية أن يبلغ الأمانة عن حاجته تلك وتقوم

هي بإبلاغ جميع الأطراف طبقاً لذلك."

3- اتفاقية استكهولم لعام 2001م بشأن الملوثات العضوية الثابتة:

سُلِّمَت اتفاقية استكهولم لعام 2001م بشأن الملوثات العضوية الثابتة (1)، بما يستطيع القطاع الخاص والمنظمات غير الحكومية تقديمه من مساهمة هامة في تحقيق خفض و/أو إزالة الملوثات العضوية الثابتة وإطلاقها (2). ومن هذا المنطلق أكدت ديباجة اتفاقية استكهولم للملوثات العضوية أهمية تزويد الأفراد بالمعلومات عن الخصائص الخطرة للمواد والمنتجات الكيميائية التي يستعملونها؛ حيث جاء فيها ما نصه: "وإذ تؤكد أهمية تحمل صانعي الملوثات العضوية الثابتة المسؤولية عن خفض الآثار الضارة التي تسببها منتجاتهم وعن تزويد المستعملين، والحكومات، وعامة الجمهور بالمعلومات عن الخاصيات الخطرة لهذه المواد الكيميائية" (3).

كما أكدت ذات الاتفاقية في المادة (9) منها أن: "...، 4- تقوم الأمانة بدور آلية تبادل المعلومات بشأن الملوثات العضوية الثابتة بما فيها المعلومات المقدمة من الأطراف والمنظمات الحكومية الدولية والمنظمات غير الحكومية. 5- لأغراض هذه الاتفاقية، لا تُعد المعلومات المتعلقة بصحة وسلامة البشر والبيئة معلومات سرية (4). كما أكدت اتفاقية استكهولم لعام 2001م حق الجمهور في تزويده بكافة المعلومات، وكذلك حقه في المشاركة في التصدي للملوثات العضوية الثابتة؛ حيث جاء في المادة العاشرة من الاتفاقية ما نصه:

(1) جرى بالذكر أن جمهورية مصر العربية قامت بالتوقيع على اتفاقية استكهولم للملوثات العضوية الثابتة بتاريخ 2002/5/17م، وصدقت عليها بتاريخ 2003/5/2م بموجب القرار الجمهوري رقم 297 لسنة 2002م وموافقة مجلس الشعب في/ 2003/113، وتم نشر نص الاتفاقية في الجريدة الرسمية في العدد 20 الصادر بتاريخ 2004/5/13م وتستهدف اتفاقية استكهولم للملوثات العضوية الثابتة، الموقعة في استكهولم، السويد، بتاريخ 2001/5/22م ودخلت حيز النفاذ في 17 مايو 2004م، بصفة رئيسية حماية الصحة البشرية والبيئة من الملوثات العضوية الثابتة، لمزيد من التفاصيل على الاتفاقية راجع: (www.pops.int)؛ وراجع أيضاً د/ خالد السيد المتولي محمد "ماهية المواد والنفايات الخطرة في القانون المصري" دراسة مقارنة، دار الجامعة العربية، القاهرة، 2007م، ص 175 وما بعدها.

(2) راجع الفقرة 14 من ديباجة اتفاقية استكهولم للملوثات العضوية الثابتة لعام 2001م.

(3) راجع الفقرة 15 من ديباجة اتفاقية استكهولم للملوثات العضوية الثابتة لعام 2001م.

(4) راجع الفقرة التاسعة من ديباجة اتفاقية استكهولم للملوثات العضوية الثابتة لعام 2001م.

"الإعلام وتنقيف وتوعية الجمهور:

(1) يعمل كل طرف في حدود قدراته على تشجيع وتيسير: (أ) إذكاء الوعي في صفوف واضعي السياسات وصانعي القرار لديه فيما يتعلق بالملوثات العضوية الثابتة؛ (ب) وتزويد الجمهور بجميع المعلومات المتاحة عن الملوثات العضوية الثابتة مع مراعاة الفقرة 5 من المادة (9)؛ (ج) ووضع وتنفيذ برامج تنقيف وتوعية للجمهور، وبخاصة للنساء والأطفال والأقل حظاً من التعليم، بشأن الملوثات الثابتة وآثارها على الصحة والبيئة وبشأن بدائل هذه الملوثات؛ (د) ومشاركة الجمهور في التصدي للملوثات العضوية الثابتة وآثارها على الصحة والبيئة، وفي وضع استجابات مناسبة، بما في ذلك توفير فرص المساهمة على الصعيد الوطني فيما يتعلق بتنفيذ هذه الاتفاقية؛

(2) يكفل كل طرف في حدود قدراته، الصناعة والمستعملين المهنيين على تيسير توفير المعلومات المشار إليها في الفقرة (أ) على المستوى الوطني، وحسب الاقتضاء على المستويات دون الإقليمية والإقليمي والعالمية⁽¹⁾.

4- بروتوكول قرطاجنة لعام 2000م بشأن السلامة الأحيائية:

أنشأ بروتوكول قرطاجنة بشأن السلامة الأحيائية لعام 2000م⁽²⁾ - التابع لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالتنوع البيولوجي لعام 1992م - مركزاً لتبادل

(1) راجع الفقرة العاشرة من ديباجة اتفاقية استكهولم للملوثات العضوية الثابتة لعام 2001م.
(2) جرى بالذكر أنه في غضون شهر نوفمبر 2003م، انضمت مصر إلى "بروتوكول قرطاجنة" بشأن السلامة الأحيائية الذي تم اعتماده في مونتريال في 29 يناير/كانون الثاني 2000م في نوفمبر 2003م (كأول البروتوكولات المنبثقة من اتفاقية التنوع البيولوجي التي انضمت إليها مصر في عام 1994م). وينظم البروتوكول حركة تلك المنتجات عبر الحدود الدولية بدقة وشفافية؛ مما ترتب عليه سرعة انضمام أكثر من 135 دولة إليه. ويتطلب تطبيق البروتوكول سواء من الناحية القانونية (المادة 2 من البروتوكول) أو من الناحية العملية إصدار قانون وطني ينظم التداول الآمن لمنتجات التحور الوراثي داخل البلاد- وقد أوصى مجلس الشعب في جلسته رقم 3 في 13/11/2003م لدى موافقته على الانضمام إلى البروتوكول- أن تتولى وزارة الدولة لشئون البيئة الإسراع في إعداد القانون الوطني المطلوب.

المعلومات السلامة الأحيائية، بمقتضى المادة (20) منه، وعنوانها "تقاسم المعلومات وغرفة تبادل معلومات السلامة الأحيائية"، والتي جاء فيها ما نصه: " (1) ينشأ مركز لتبادل المعلومات حول السلامة الأحيائية في إطار آلية تبادل المعلومات بموجب الفقرة 3 من المادة 18 من الاتفاقية لكي تقوم بما يلي:

(أ) تيسير تبادل المعلومات العلمية والتقنية والبيئية والقانونية والخبرات في مجال الكائنات الحية المحورة؛

(ب) ومساعدة الأطراف على تنفيذ البروتوكول، مع مراعاة الاحتياجات الخاصة للبلدان النامية، وبخاصة أقل البلدان نمواً، ومن بينها الدول الجزرية النامية الصغيرة، والبلدان التي تمر اقتصادياتها بمرحلة انتقال، وكذلك البلدان التي تمثل مراكز المنشأ ومراكز للتنوع الوراثي.

(2) تعمل غرفة تبادل معلومات السلامة الأحيائية كوسيلة لتوفير المعلومات لأغراض الفقرة (1) أعلاه، وتيسير الاطلاع على المعلومات التي تقدمها الأطراف والمتعلقة بتنفيذ البروتوكول، وتوفر أيضاً الحصول - ما أمكن - على الآليات الدولية الأخرى لتبادل معلومات السلامة الأحيائية" (1).

كما أكدت المادة 23 من بروتوكول قرطاجنة التزام الدول الأطراف بتنمية الوعي البيئي بالمخاطر الناجمة عن نقل ومناولة واستخدام الكائنات الحية المحورة؛ حيث جاء فيها تحت عنوان "الوعي العام والمشاركة الجماهيرية" ما نصه: "1- على الأطراف:

(أ) تشجيع وتيسير الوعي والتثقيف والمشاركة على المستوى الجماهيري بشأن أمان نقل ومناولة واستخدام الكائنات الحية المحورة فيما يتعلق بحفظ واستدامة استخدام التنوع البيولوجي، مع مراعاة

المخاطر على صحة الإنسان أيضًا. على الأطراف، وهي بصدد ذلك، أن تتعاون، حسب الاقتضاء مع الدول والهيئات الدولية الأخرى.

(ب) السعي لضمان أن تشمل التوعية والتثقيف الجماهيريين الحصول على معلومات عن الكائنات الحية المحورة التي يجوز استيرادها والمحددة وفقًا لهذا البروتوكول، ...

(3) يعمل كل طرف على إيلاغ جمهوره عن وسائل وصول الجمهور إلى غرفة تبادل معلومات السلامة الأحيائية" (1).

ثانيًا: الحق في المعلومات البيئية في الاتفاقيات الإقليمية:

1- بروتوكول أزمير لعام 1996م:

أكد بروتوكول أزمير بشأن حماية البحر المتوسط من التلوث الناجم عن نقل النفايات الخطرة والتخلص منها عبر الحدود (2) - التابع لاتفاقية حماية البحر المتوسط من التلوث، المعتمدة في برشلونة في 16 شباط/فبراير 1976م والمعدلة في 10 حزيران/يونيه 1995م والذي تم اعتماده في مدينة أزمير، تركيا، في الأول من تشرين الأول/أكتوبر 1996م ودخل حيز النفاذ في 19 كانون الثاني/يناير عام 2008م في المادة 1/12 منه حق الجمهور في المعلومات المتعلقة بنقل النفايات الخطرة عبر الحدود؛ حيث جاء فيها ما نصه: "إعلام الجمهور ومشاركته: 1- في الحالات الاستثنائية التي يسمح فيها بنقل نفايات خطرة عبر الحدود بمقتضى المادة 6 من هذا البروتوكول، تضمن

(1) راجع نص المادة (23) من بروتوكول قرطاجنة بشأن السلامة الأحيائية.

(2) لمزيد من التفاصيل عن أحكام بروتوكول أزمير، راجع د. خالد السيد المتولي محمد، رسالة دكتوراه "نقل النفايات الخطرة عبر الحدود والتخلص منها في ضوء أحكام القانون الدولي"، والمقدمة لكلية الحقوق جامعة المنوفية، 2006م، والمنشورة بدار النهضة العربية، القاهرة، ص 176 وما بعدها. وراجع أيضًا:

الأطراف إتاحة معلومات كافية للجمهور من خلال قنوات كما تراها الأطراف مناسبة" (1).

2- اتفاقية حفظ الطبيعة والموارد الطبيعية لعام 2003م:

تستهدف الاتفاقية الأفريقية لحفظ الطبيعة والموارد الطبيعية التي اعتمدت في مابوتو في 11 تموز/يوليو 2003م، جملة أمور من بينها، تعزيز الحماية البيئية، ودعم الحفظ والاستخدام المستدام للموارد الطبيعية، وتنسيق السياسات في تلك المجالات؛ بغرض تحقيق سياسات وبرامج إنمائية تكون رشيدة إيكولوجيًا وسليمة اقتصاديًا ومقبولة اجتماعيًا، كما تتناول أحكامها مسائل تتعلق بالأراضي والتربة، والمياه والغطاء النباتي، والأنواع وتنوع الجينات، والأنواع المحمية، والإتجار في عينات ومنتجات منها، ومجالات الحفظ، والتجهيز، والأنشطة التي تؤثر في البيئة والموارد الطبيعية والتنمية المستدامة والموارد الطبيعية.

وتعد الاتفاقية الأفريقية لحفظ الطبيعة والموارد الطبيعية لعام 2003م من الاتفاقيات الإقليمية التي أقرت صراحةً بحق الجمهور في الحصول على المعلومات البيئية؛ حيث جاء في المادة السادسة عشر منها ما نصه: "1- تعتمد الأطراف التدابير التشريعية والتنظيمية اللازمة لضمان ما يلي في الوقت المناسب وبالصورة الملائمة:

(أ) نشر المعلومات البيئية؛

(ب) حصول الجمهور على المعلومات البيئية؛ ... " (2).

(1) راجع المادة (1/12) من بروتوكول أزمير لعام 1996م.

(2) In the African context, the 2003 African convention on the conservation of nature and natural resources provides in article XVI: "1. The parties shall adopt legislative and regulatory measures necessary to ensure timely and appropriate: (a) Dissemination of environmental information; (b) Access of the public to environmental information," see, doc. A/CN. 4/531, p. 97, para. 290.

3- اتفاق أمريكا الشمالية للتعاون البيئي:

يتطلب اتفاق أمريكا الشمالية للتعاون البيئي بين كندا والمكسيك والولايات المتحدة الأمريكية من كل طرف أن يبذل جهدًا واعيًا من أجل نشر القوانين والأنظمة والإجراءات والقواعد التي لها صلة بالاتفاق، بما في ذلك نشر المعلومات مقدمًا عن التدابير التي ستتخذ⁽¹⁾، ولقد أكدت هذا المعنى المادة الرابعة من الاتفاق؛ حيث جاء فيها ما نصه: "

(1) على كل طرف أن يكفل فورًا نشر قوانينه وأنظمته وإجراءاته وقواعده الإدارية، ذات التطبيق العام فيما يتعلق بالمسائل التي يشملها هذا الاتفاق، أو إتاحتها بشكل آخر بطريقة تمكن الأشخاص والأطراف المهتمين بالأمر من الاطلاع عليها.

(2) على كل طرف أن يعمل قدر المستطاع على ما يلي: (أ) أن ينشر مقدمًا أي تدبير يقترح اعتماده؛ و(ب) أن يوفر للأشخاص والأطراف المهتمين بالأمر الفرصة للتعليق على تلك التدابير المقترحة"⁽²⁾.

4- اتفاقية أرهوس لعام 1998م:

أقرت صراحةً الحق في الحصول على المعلومات البيئية، الاتفاقية الموقعة في 25 يونيو 1998م بمدينة أرهوس Aarhus بالدنمارك، بشأن الوصول إلى المعلومات، والمشاركة العامة في صنع القرار واللجوء إلى العدالة في المسائل البيئية، والتي دخلت حيز النفاذ في 30 أكتوبر 2001م؛ حيث نصت في الفقرة التاسعة من المادة الثالثة منها على أنه: "يكون الجمهور ضمن الأحكام ذات الصلة من هذه الاتفاقية، الحق في الوصول إلى المعلومات، ...، دون تمييز على أساس الرعوية أو الجنسية أو محل الإقامة، وفي حالة الشخصية الاعتبارية

(1) المرجع السابق، الفقرة 291.

(2) المرجع السابق، هامش 472.

دون تمييز فيما يتعلق بمكان تسجيل تلك الشخصية الاعتبارية أو المركز الفعلي لأنشطتها" (1).

كما تلتزم السلطات العامة في الدول الأطراف، عملاً بأحكام المادة الرابعة من اتفاقية آرهوس، بالاستجابة لطلبات الحصول على المعلومات البيئية في غضون شهر على أكثر تقدير من وقت تقديم الطلب، ويجوز للسلطة المختصة تمديد هذه الفترة بحد أقصى شهرين من وقت تقديم الطلب، إذا كان حجم المعلومات وطبيعتها تقتضي ذلك، على أن يتم إخطار مقدم الطلب بالأسباب التي تبرر زيادة المدة؛ حيث تنص المادة الرابعة على أنه: "

(1) يكفل كل طرف رهناً بالفقرات التالية من هذه المادة، أن تقوم السلطات العامة بالاستجابة لطلب الحصول على معلومات بيئية، وذلك بإتاحة تلك المعلومات للجمهور في إطار التشريع الوطني، بما في ذلك توفير نسخ من الوثائق الفعلية التي تتضمن أو تشمل تلك المعلومات عند طلبها، ورهناً بالفقرة الفرعية (ب) أدناه: (أ) دون حاجة إلى إيداء سبب الاهتمام؛ (ب) وفي الشكل الذي طلبت به إلا: (1) إذا كان من المعقول بالنسبة للسلطة العامة أن تتيحها بشكل آخر، وفي هذه الحالة تذكر الأسباب الداعية إلى إتاحتها بهذا الشكل، أو (2) إذا كانت المعلومات متاحة للجمهور بالفعل في شكل آخر.

(2) تتاح المعلومات البيئية المشار إليها في الفقرة أعلاه في أقرب وقت ممكن وفي غضون شهر على أكثر تقدير من تقديم الطلب، إلا إذا كان حجم

(1) Article 3 (9) reads: "within the scope of the relevant provisions of this convention, the public shall have access to information have the possibility to participate in decision-making and have access to justice in environmental-matters without discrimination as to citizenship, nationality or domicile and, in the case of a legal person, without discrimination as to where it has its registered seat or an effective centre of its activities. See, I.L.M, vol. 39, 1999, pp. 517 et., See also, <http://www.moew.government.bg/aarhus/text-e.html>

وتعقيد المعلومات يبرر تمديد هذه الفترة إلى شهرين من تقديم الطلب، ويخطر مقدم الطلب بأي تمديد وبالأَسباب المسوغة له⁽¹⁾.

المطلب الثالث

الحق في الحصول على المعلومات البيئية في الممارسات الدولية فير الاتفاقية

1) الحق في الحصول على المعلومات البيئية في الإعلانات الدولية:

أكدت العديد من إعلانات المبادئ عن المؤتمرات الدولية حق الأفراد والمنظمات غير الحكومية في طلب المعلومات البيئية، والتي من بينها على سبيل المثال لا الحصر، الإعلان الوزاري عن التنمية المستدامة والسليمة بيئيًا في آسيا والباسفيك، المعروف بإعلان بانكوك؛ حيث أكد حق الأفراد والمنظمات غير الحكومية في أن تكون عالمة بالمشاكل البيئية وثيقة الصلة بها، بالإضافة إلى حقهم في الحصول على المعلومات الضرورية⁽²⁾، والإعلان العربي بشأن البيئة والتنمية وآفاق المستقبل لعام 1991م؛ حيث أكد وزراء العرب المسؤولين عن قضايا البيئة، في الفقرة (1) تصميمهم على تعزيز المشاركة المنصفة في التنمية المستدامة والرشيده أيكولوجيا، كما أعلن وزراء العرب في الفقرة (4)، "حق الأفراد والمنظمات غير الحكومية في الإحاطة علمًا بالقضايا الأيكولوجية التي تعنيهم"⁽²⁾، وإعلان "ريو" بشأن البيئة والتنمية لعام 1992م، والذي جاء في المبدأ العاشر منه ما نصه: "...، وإتاحة الفرصة لكل إنسان للحصول على المعلومات التي تحتفظ بها السلطات العامة، سواء تعلقت هذه المعلومات بالبيئة عامة، أم بالمواد والأنشطة الخطيرة، وتهيء فرصة الوصول بفاعلية إلى الإجراءات القضائية والإدارية، بما في ذلك التعويض وسبل الإنصاف".

والإعلان الختامي الصادر عن مؤتمر الأمن والتعاون في أوروبا بشأن قضايا البيئة لعام 1989م؛ حيث جاء فيه ما نصه: "تؤكد الدول المشاركة

(1) See, I.L.M, vol. 39, 1999, pp. 517 et.,

See also, <http://www.moew.government.bg/aarhus/text-e.html>

(2) راجع الوثيقة (A/46/632).

احترامها لحق الأفراد والجماعات والمنظمات المعنيين بالقضايا البيئية في التعبير بحرية عن آرائهم وفي الاشتراك مع آخرين وفي المجتمع السلكي، وكذلك في الحصول على معلومات عن هذه القضايا ونشرها وتوزيعها دون عوائق قانونية أو إدارية تتنافى واحكام مؤتمر الأمن والتعاون في أوروبا، ولهؤلاء الأفراد والجماعات والمنظمات الحق في الاشتراك في المناقشات العامة بشأن القضايا البيئية، وكذلك في إقامة اتصالات مباشرة ومستقلة ومواصالتها على الصعيدين الوطني والدولي" (1).

ومبادئ مشروع ميثاق لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية من أجل أوروبا عن الحقوق والالتزامات المتعلقة بالبيئة، الذي اعتمده الخبراء في أوسلو 1990م والذي جاء في المبدأ الرابع منه أن: "لكل إنسان حق الحصول على المعلومات الملائمة وثيقة الصلة بالبيئة، متضمناً معلومات عن المنتجات والنشاطات التي لها تأثير كبير على البيئة أو من الممكن أن تؤثر عليها، وإجراءات الحماية البيئية، ويجب أن تكون المعلومات متوفرة بطريقة واضحة، وبدون فرض عبء مالي غير معقول على من تقدم بطلب الحصول عليها". كما ينص المبدأ الخامس من ذلك المشروع على أن: "لكل إنسان الحق في تلقي المعلومات الملائمة حول الأسباب الاحتمالية للحوادث متضمنة خطة الطوارئ، كذلك له الحق في أن يكون عالمًا بها عندما تدعو الضرورة لذلك".

2) الحق في الحصول على المعلومات البيئية في القرارات الدولية:

أكدت العديد من القرارات الصادرة عن المنظمات الدولية، الحق في الحصول على المعلومات البيئية، والتي من بينها على سبيل المثال لا الحصر، التوجيه الصادر عن مجلس وزراء الاتحاد الأوروبي للبيئة رقم (90/313/EEC) المؤرخ في 7 يونيو 1990م بشأن حرية الوصول إلى المعلومات المتعلقة

(1) راجع تقرير مؤتمر الأمن والتعاون في أوروبا عن اجتماع البيئة (corr.1 CSCE/SEM.36) المؤرخ في 2 نوفمبر 1989م، نقلاً عن د. رضوان أحمد الحاف، المرجع السابق، ص353 وما بعدها.

بالبيئة، والذي جاء في المادة الثالثة منه ما نصه: "تلتزم الدول الأعضاء في الجماعة السلطات العامة بوضع المعلومات المتعلقة بالبيئة تحت تصرف أي شخص طبيعي أو اعتباري يطلبها، ودون أن يكون هذا الشخص ملزمًا بإثبات مصلحة له في ذلك" (1)، وتجدر الإشارة أن التوجيه الأوروبي الأخير قد ألغى العمل به اعتبارًا من الرابع عشر من شباط/فبراير 2005م بموجب التوجيه الصادر بتاريخ 28 كانون الثاني/يناير 2003م برقم (2003/4/EC) بشأن حق الجمهور في الوصول إلى المعلومات البيئية، ويسعى التوجيه الأخير أساسًا إلى التصدي لبعض المشاكل التي جرى التعرض لها أثناء تنفيذ التوجيه (90/313/EEC)، مثل تحديد نوع المعلومات التي يراد الكشف عنها، والترتيبات العملية لضمان إتاحة المعلومات فعلاً، والاستثناءات المنطقية، وواجب الرد على الطلبات، والمواعيد النهائية لذلك وأسباب الرفض، وإجراءات استعراض الطلبات والرسوم المنطقية، والحاجة إلى التدفق المستمر للمعلومات، كما يُعد صدور التوجيه الأوروبي الأخير ضروريًا لضمان اتساق قانون الجماعة الأوروبية مع اتفاقية آرهوس التي وقعتها الجماعة في 25 حزيران/يونيو 1998م، ويقر التوجيه الأوروبي الأخير بأن زيادة حصول الجمهور على المعلومات البيئية، ونشر تلك المعلومات؛ سيسهم في زيادة الوعي بالمسائل البيئية، وحرية تبادل الآراء، وزياد فعالية مشاركة الجمهور في اتخاذ القرارات البيئية، وإلى تحسين البيئة في نهاية الأمر (2).

ولضمان إنقاذ الحق في الحصول على المعلومات البيئية، اشتمل التوجيه الأوروبي رقم (EC/4/2003) على العديد من النصوص التي تكفل الحصول على المعلومات البيئية مجاناً أو بتكلفة معقولة، ونشر تلك المعلومات فضلاً عن بيان الظروف التي يجوز فيها رفض طلب الحصول على المعلومات البيئية؛

(1) راجع: د. رضوان أحمد الحاف، المرجع السابق، ص353 وما بعدها، وراجع أيضاً:

official journal L. 158 of 23 June 1990

(2) See, doc. A/CN. 4/ 531, p. 97, para.289.

حيث جاء في المادة الثالثة منه، تحت عنوان "الحصول على المعلومات البيئية عند طلبها"، ما نصه: "

(1) تضمن الدول الأعضاء أن تقوم السلطات العامة، وفقاً لأحكام هذا التوجيه، بإتاحة المعلومات البيئية التي بحوزتها أو التي تحتفظ بها لنفسها، لكل من يطلب ذلك عند تقديمه طلب دون اشتراط بيان سبب اهتمامه بذلك.

(2) ورهنًا بالمادة 4 ومع مراعاة أي جدول زمني يحدده مقدم الطلب، تتاح المعلومات البيئية لمقدم الطلب على النحو التالي: (أ) في أسرع وقت ممكن أو على أبعد تقدير في غضون شهر من استلام السلطة العامة المشار إليها في الفقرة 1 للطلب من مقدم الطلب؛ أو (ب) في غضون شهرين من استلام السلطة العامة للطلب إذا كان حجم المعلومات وتعقيدها بقدر لا يدع مجالاً لإمكانية الامتثال لفترة الشهر المشار إليها في (أ)، وفي الحالات التي من هذا القبيل يتم إخطار مقدم الطلب في أسرع وقت ممكن وفي أي الأحوال قبل انقضاء فترة الشهر المشار إليها، بأي تمديد من هذا القبيل، وبالأسباب الداعية إليه.

(3)

(4) ولأغراض هذه المادة تضمن الدول الأعضاء ما يلي:

(أ) أن يطلب إلى المسؤولين دعم الجمهور في طلب الحصول على المعلومات.

(ب) تيسير وصول الجمهور لقوائم السلطات العامة.

(ج) تحديد الترتيبات العملية التي تضمن جعل حق الحصول على

المعلومات البيئية يُمارس بصورة فعالة، ومن قبيل ذلك: تعيين

موظفي المعلومات، إنشاء وصيانة مرافق لدراسة المعلومات

المطلوبة، إنشاء سجلات أو قوائم المعلومات البيئية التي بحوزة

السلطات العامة أو نقاط توافر المعلومات مع مؤشرات واضحة عن

المكان الذي يمكن العثور فيه على تلك المعلومات، وتضمن الدول الأعضاء قيام السلطات العامة بإخطار الجمهور بصورة كافية بالحقوق التي يتمتع بها نتيجة لهذا التوجيه، وأن تقوم إلى المدى المناسب بتوفير المعلومات والتوجيه والمشورة تحقيقاً لهذه الغاية"⁽¹⁾.

أما المادة الرابعة من التوجيه الأوروبي فقد نصت على الحالات التي يجوز فيها للسلطات العامة في الدول الأعضاء رفض طلب توفير المعلومات البيئية، والتي من أهمها:

(1) يجوز للسلطة العامة رفض طلب الحصول على المعلومات البيئية، إذا كانت المعلومات المطلوبة لم تكن بحوزة السلطة العامة التي قدم لها الطلب، ولم تكن على علم بأن المعلومات بحوزة سلطة عامة أخرى، وإلا قامت في أقرب وقت ممكن بإحالة الطلب إليها تلك السلطة العامة الأخرى وتخطر مقدم الطلب بذلك، أو أن تخطر مقدم الطلب بالسلطة العامة التي تعتقد أنه يمكنه تقديم الطلب إليها للحصول على المعلومات المطلوبة.

(2) يجوز للسلطة العامة رفض طلب الحصول على المعلومات البيئية إذا كان الطلب يتعلق بمعلومات في طور الاكتمال أو وثائق لم تكتمل بعد، ولكن يجب عليها في هذه الحالة أن تذكر السلطة التي تقوم بإعداد المعلومات والوقت المحدد لانتهاء منها.

(3) يجوز للسلطة العامة رفض طلب الحصول على المعلومات البيئية، إذا كان الكشف عن تلك المعلومات سوف يؤثر بالسلب على العلاقات الدولية أو الأمن العام أو الدفاع الوطني، أو سير العدالة، أو قدرة السلطات العامة على إجراء التحقيقات ذات الطابع الجنائي أو التأديبي.

(1) See, *l bid*, p. 97, para.291, note 474.

4) يجوز للسلطة العامة رفض طلب الحصول على المعلومات البيئية، إذا كان الطلب يتعلق بمعلومات تجارية أو صناعية أو بيانات شخصية نص القانون الوطني على سريتها (1).

الخلاصة:

يُستفاد مما سبق سرده أن حق الجمهور في الحصول على المعلومات البيئية وجد أساسه القانوني في العديد من القرارات الصادرة عن المنظمات الدولية العالمية، إذ أقرت صراحةً بحق الجمهور في الوصول بحرية إلى المعلومات البيئية التي تحوزها السلطات العامة، والتزام الدول - من خلال هيئاتها وأجهزتها المعنية- بتنمية الوعي العام للجمهور بالقضايا البيئية (2). والتي من بينها اتفاقية "Aarhus" والتي أقرت الحق في الحصول على جميع المعلومات البيئية (3). والتي دخلت حيز التنفيذ في 30 أكتوبر 2001م بعد التصديق عليها، وتعد هذه الاتفاقية بمثابة ترجمة للمادة العاشرة من إعلان ريو الشهير حول حاجة المواطنين إلى المشاركة في الموضوعات البيئية، وحصولهم على المعلومات البيئية التي تملكها السلطات المدنية، ومن هنا تبرز أهمية إصدار قانون يسمح بحق الاطلاع على المعلومات في جميع الدول، يفرض على المؤسسات الصناعية التصريح عن موقع المواد السامة المستعملة في عمليات الإنتاج وطبيعة هذه المواد ومخاطرها، على أن يكون للمواطنين عند الطلب الحق في الحصول على هذه المعلومات، كما يجب إلزام هذه المؤسسات التصريح عن تفاصيل طرق التخلص من النفايات وعن كمية الانبعاثات الصادرة عن أي مصدر للتلوث (4).

(1) See, I bid, pp. 100-101.

(2) محمد عبدالرحمان الدسوقي، الالتزام الدولي بحماية طبقة الأوزون في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص50.

(3) اسمها الكامل "اتفاقية اللجنة الاقتصادية لأوروبا عام 1998م، الخاصة بإتاحة فرص الحصول على المعلومات عن البيئة ومشاركة الجمهور في اتخاذ القرارات بشأنها والاحتكام إلى القضاء في المسائل المتعلقة بها.

(4) محمد عبدالرحمان الدسوقي، الالتزام الدولي بحماية طبقة الأوزون في القانون الدولي، مرجع سابق، ص41.

وشهدت الدورة الاستثنائية الحادية عشر لمجلس إدارة المنتدى البيئي الوزاري العالمي التابع لمجلس إدارة برنامج الأمم المتحدة للبيئة، المنعقد في ببالي بإندونيسيا في الفترة من 24 إلى 26 فبراير 2010م نقاشاً مستفيضاً حول تطوير مشروع المبادئ التوجيهية بشأن وضع التشريعات الوطنية المتعلقة بالحصول على معلومات والمشاركة العامة والوصول إلى العدالة في القضايا البيئية، وخلصت إلى أن الحصول على المعلومات يعزز الشفافية في الإدارة البيئية وأنه شرط مسبق لمشاركة الجمهور الفعالة في صنع القرار، وأن مشاركة الجمهور في صنع القرار في قضايا يحسن عمومًا عملية اتخاذ القرارات ويعزز شرعيتها، وأن الوصول إلى العدالة في المسائل البيئية ينبغي أن تقوم الدول دورياً بإعداد ونشر معلومات محدثة على فترات معقولة عن حالة البيئة، بما في ذلك معلومات عن نوعيتها وعن الضغوط الواقعة على البيئة⁽¹⁾.

كما اشتمل الإعلان على العديد من المبادئ التوجيهية، التي تكفل إنفاذ حق كل شخص طبيعي أو معنوي في الوصول بفاعلية وسرعة المعلومات البيئية المتوفرة لدى السلطات العمومية، كما تعني تلك المبادئ التوجيهية، بتحديد نوعية المعلومات البيئية وطريقة تجميعها وتعيينها ونشرها والعمل على تقوية القدرات في المجال وتسهيل الحصول على المعلومات البيئية وطريقة تجميعها وتعيينها ونشرها والعمل على تقوية القدرات في مجال تسهيل الحصول على المعلومات البيئية، إذ جاء في تلك المبادئ ما يلي:

- المبدأ التوجيهي الأول: ينبغي أن يتاح لأي شخص طبيعي أو اعتباري الفرصة بتكلفة محتملة وطريقة فعالة وفي الوقت المناسب للحصول بناءً على طلبهم على المعلومات البيئية الموجودة لدى السلطات - رهناً بالمبدأ

(1) خالد السيد متولي محمد، الحق في المعلومات البيئية في الأعمال القانونية الدولية والقوانين البيئية العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة الأولى، 2013م، ص363.

التوجيهي الثالث- بدون الحاجة إلى إثبات مصلحة قانونية أو مصلحة أخرى.

● المبدأ التوجيهي الثاني: ينبغي أن تشمل المعلومات البيئية الموجودة في الميدان العام ضمن ما تشمل معلومات عن النوعية البيئية والآثار البيئية على الصحة والعوامل التي تؤثر عليها، بالإضافة إلى معلومات عن التشريعات والسياسات، وكذلك نصائح عن طريقة الحصول على المعلومات.

● المبدأ التوجيهي الثالث: ينبغي أن تحدد الدول بوضوح في قوانينها الأسس المحددة التي يمكن على أساسها رفض طلب حصول على معلومات بيئية ويتعين تفسير أسباب الرفض بطريقة ضيقة مع مراعاة المصلحة العامة التي يخدمها الإفصاح عن المعلومات.

● المبدأ التوجيهي السادس: إذ نص على أنه "في حالة أي تهديد وشيك بوقوع ضرر على صحة الإنسان أو البيئة ينبغي أن تكفل الدول النشر الفوري للمعلومات التي تمكن الجمهور من اتخاذ تدابير لمنع هذا الضرر والمبدأ التوجيهي الرابع عشر، إذ نص على أنه "ينبغي أن توفر الدول وسائل لبناء القدرات بما في ذلك التثقيف البيئي وإثارة الوعي لتعزيز المشاركة العامة في صنع القرارات المتعلقة بالبيئة.

● المبدأ التوجيهي السابع: ينبغي أن توفر الدول وسائل لبناء القدرات بصورة فعالية وأن تشجع على بنائها لدى السلطات العامة والجمهور معاً، من أجل تسهيل الوصول بصورة فعالة إلى المعلومات البيئية (1).

ومن الأمثلة على ذلك "الحق في المعلومات البيئية بموجب الأحكام القضائية" وعلى ذلك أكدت العديد من الأحكام القضائية الدولية الحق في الوصول بحرية إلى المعلومات البيئية، والتي من بينها على سبيل المثال لا الحصر،

(1) راجع في ذلك وثيقة برنامج الأمم المتحدة، UN. Doc. UNEP/ GCSS. XI/8

الأحكام الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ففي قضية غويرا التي تتلخص وقائعها في أن مقدموا الالتماس، الذين عاشوا بالقرب من مصنع للمواد الكيميائية "عالي الخطورة"، رفعوا شكوى مفادها أن السلطات المحلية في إيطاليا قد أخفقت بتزويدهم بالمعلومات المتعلقة بمخاطر التلوث، وكيفية المضي قدماً في حال وقوع حادث خطير جداً، ولقد انتهت المحكمة إلى أن المشكلات البيئية الخطيرة قد تؤثر على مصالح الأفراد وتمنعه من التمتع بمنزلهم، وهكذا يعتبر هذا الأمر تدخلاً بحقوقهم المتعلقة بالحياة الخاصة والعائلية (1).

ونتيجة لذلك، كان لدى السلطات الإيطالية التزام إيجابي لتزويد مقدمي الالتماس بالمعلومات الضرورية التقييم مخاطر العيش في بلدة قريبة من مصنع للمواد الكيميائية شديدة الخطورة، إذ أن الإخفاق بتزويد مقدمي الالتماس بتلك المعلومات الضرورية اعتبر انتهاكاً لحقوقهم المنصوص عليها في المادة (8).

وفي قضية "ماغينلي وإيغان" والتي تتلخص وقائعها في أن مقدموا الالتماس قد تعرض إلى الإشعاع أثناء إجراء اختبار نووي في جزر كريسماس، وطالبوا بحق الحصول على السجلات المتعلقة بالمخاطر الصحية المحتملة لهذا التعرض، وفي هذه القضية، اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أنه من حق مقدمي الالتماس الحصول على المعلومات المعنية، بيد أن الحكومة قد تقيدت بالتزاماتها الإيجابية من خلال ترسيخ عملية يمكن خلالها الحصول على المعلومات التي أخفق مقدموا الالتماس في استخدامها (2).

(1) خالد السيد المتولي محمد، الحق في المعلومات البيئية في الأعمال القانونية الدولية والقوانين البيئية العربية، مرجع سابق، ص 442.

(2) خالد السيد المتولي محمد، الحق في المعلومات البيئية في الأعمال القانونية الدولية والقوانين البيئية العربية، مرجع سابق، ص 445.

ويرى "توبي مندل" أنه على الرغم من أن هذه القرارات الخاصة بالمحكمة الأوروبية تعترف بحق الحصول على المعلومات، إلا أنها تشكل معضلة (1)؛ حيث:

تقدمت المحكمة بحذر موضحة أن أحكامها مقتصرة على حقائق كل قضية ولا ينبغي اعتبارها على أنها تضع مبدأ عام، والأمر الذي يشكل معضلة أكبر، هو أن الاعتماد على حق احترام الحياة الخاصة والعائلية يفرض قيوداً خطيرة على نطاق حق الحصول على المعلومات، وهذا الأمر واضح في قضية "غويرا"؛ حيث كانت قفزة كبيرة في اكتشاف أن المشكلات البيئية الخطيرة ستؤثر على حق مقدمي الالتماس باحترام حياتهم الخاصة والعائلية، وعلى الرغم من قيام المحكمة بتلك القفزة في قضية "غويرا"، بناءً على المضامين الواضحة للعدل والديمقراطية، إلا أن الأمر بعيد عن حقيقة أن هذا الأمر سيكون ممكناً على الدوام، وفي الواقع حشرت المحكمة نفسها في زاوية، فقد كان الأمر سيكون منطقيًا ومتربطًا بشكل أكبر لو أن المحكمة اعترفت ببساطة بحرية المعلومات على أنها جزء من الحق بحرية التعبير.

كما يرى البعض أنه لا يمكن أن يستخلص من الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في التسعينات من القرن الماضي سوى خطوط أولية مبهمة للحق في المعلومات عن البيئة؛ لذا اقترح البعض أنه ينبغي على الشكاوى التي تتناول مسائل المعلومات المتعلقة بالبيئية أن تكون جملة أمور: (أ) أن المعلومات لها أهمية عامة وفقاً للمادة العاشرة، وبالتالي فإن واجب الدولة تقديمها، (ب) أن الأخطار المتعلقة بالبيئية تمس وفقاً للمادتين 6، 7 الحياة الشخصية للمعنى وحقه في الحياة وأن المعلومات المطلوبة ذات أهمية بالغة للحياة الخاصة للشخص المعنى وحقه في الحياة(2).

(1) تولي مندل، حرية المعلومات، مسح قانوني مقارن، منظمة التربية والعلوم والثقافية التابعة للأمم المتحدة، ص 57.

(2) راجع نص الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من اتفاقية أرووس 1998م.

أمًا بالنسبة للأحكام الدولية الصادرة عن هيئات التحكيم نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، الحكم الصادر عن هيئة التحكيم التي أنشئت عملاً بالمادة 22 من اتفاقية "أوسبار OSPAR" بشأن حماية البيئة البحرية لشمال المحيط الأطلسي، في القضية المتعلقة بالوصول إلى المعلومات بموجب المادة التاسعة من الاتفاقية، إذ طلبت إيرلندا استنادًا للمادة التاسعة، الوصول إلى المعلومات المنقحة والمستخلصة من تقارير أعدت كجزء من عملية الموافقة على تجهيز معمل للأكاسيد المختلطة (MOX) في المملكة المتحدة، للتمكن من تقييم مدى امتثال المملكة لالتزاماتها بموجب اتفاقية حماية البيئة البحرية لشمال المحيط الأطلسي (OSPAR) واتفاقية الأمم المتحد لقانون البحار لعام 1982م، وقانون الجماعة الأوروبية وتتعلق تلك المعلومات بقدرة الإنتاج السنوية لمعمل MOX، والوقت اللازم لبلوغ تلك القدرة، وحجم المبيعات، واحتمالات تحقيق أحجام مبيعات أعلى والطلب المقدر على المبيعات، ونسبة التلوث الموجودة بالفعل في الموقع وأركان الإنتاج القصى، وهمر مرفق MOX، وعدد الموظفين، وسعر الوقود الذي ينتجه مرفق MOX وما إذا كان هناك عقود نهائية لشراء وقود MOX.

ونود أن نشير أن الدستور المصري لعام 2014م وإن كان لم ينص على وجه الخصوص عن الحق في الحصول على معلومات بيئية، إلا أنه أقر حرية تداول المعلومات باعتباره أصلاً عاماً من الممكن أن يندرج في ظلله الحق في الحصول على المعلومات البيئية.

فتنص المادة (68) من دستور 2014م على أنه: "المعلومات والبيانات والإحصاءات والوثائق الرسمية ملك للشعب، والإفصاح عنها من مصادرها المختلفة، حق تكفله الدولة لكل مواطن وتلتزم الدولة بتوفيرها وإتاحتها للمواطنين بشفافية، وينظم القانون ضوابط الحصول عليها وإتاحتها وسريتها، وقواعد وإيداعها وحفظها، والتظلم من رفض إعطائها، كما يحدد عقوبة حجب المعلومات، وإعطاء معلومات مغلوبة عمدًا، وتلتزم مؤسسات الدولة بإيداع

الوثائق الرسمية بعد الانتهاء من فترة العمل بها بدار الوثائق القومية، وحمايتها من الضياع أو التلف وترميمها ورقمتها بجميع الوسائل والأدوات الحديثة، وفقاً للقانون.

المبحث الثاني

الإعلام البيئي والحق في المشاركة في اتخاذ القرارات البيئية

1) المشاركة العامة:

هي إتاحة الفرصة للأفراد والجماعات للمشاركة النشطة في كافة المستويات على حل المشكلات البيئية، ويؤكد مصطفى طلبه- المدير التنفيذي لبرنامج الأمم المتحدة للبيئة- أنه إذا لم تكن هناك مواجهة للمشاكل البيئية بمشاركة كافة فئات المجتمع، وإذا لم تكن هذه المشاركة جادة وإيجابية لن تفلح أي جهود لمواجهة مشاكل البيئة سواء كان هذا في الولايات المتحدة بكل إمكانياتها وإعلامها أو في أي دولة من الدول النامية، التي لا تمتلك مثل هذه الإمكانيات، وقد أثبتت التجارب أن إشراك الناس في صنع القرارات التي تعلق بها مستقبلهم أمر ضروري، وهذا ما يبرز دور وسائل الإعلام بكافة وسائله في إعداد أفراد المجتمع للقيام بدورهم وتحفيزهم لبذل كل الجهود وتحمل مسؤولياتهم تجاه البيئة عن رضى واقتناع يصل إلى حد التآدب مع البيئة، شريطة أن يكون ذلك الاتصال مدعماً بكل الخدمات والإمدادات اللازمة والمناخ المناسب، ولتعزيز المشاركة الجماهيرية في هذا الصدد ينبغي على وسائل الإعلام أن تخلق قنوات للحوار الاجتماعي بين المواطنين للوصول إلى القرار المشترك، مما يساعد على خلق تيار شعبي ضاغط على الحكومات عندما يتعلق الأمر بالبيئة (1).

اشتمل إعلان بالي عام 2010م على العديد من المبادئ التوجيهية التي

تكفل إنفاذ حق المشاركة في عملية القرارات البيئية، إذ جاء فيه ما نصه:

(1) غسان الجندي، القانون الدولي لحماية البيئة، دار وائل للنشر، 2004م، ص106.

- المبدأ التوجيهي الثامن: ينبغي أن تكفل الدول توفير فرص المشاركة العامة المبكرة في صنع القرارات المتصلة بالبيئة ولهذه الغاية ينبغي إبلاغ الجمهور المعني بالفرض المتاحة لهم للمشاركة في مرحلة مبكرة في عملية صنع القرارات.
- المبدأ التوجيهي التاسع: ينبغي للدول أن تبذل بقدر إمكانها جهودًا للعمل بصورة استباقية على التماس المشاركة العامة بطريقة شفافة وتشارورية، بما في ذلك الجهود لكفالة إتاحة فرصة كافية لأفراد الجمهور المعني للتعبير عن آرائهم.
- المبدأ التوجيهي العاشر: ينبغي أن تكفل الدول توفير جميع المعلومات ذات الصلة بصنع القرارات المتعلقة بالبيئة لأفراد الجمهور المعني بطريقة موضوعية ويسهل فهمها وفي الوقت المناسب وعلى النحو الفعال.
- المبدأ التوجيهي الحادي عشر: ينبغي للدول أن تكفل وضع تعليقات الجمهور في اعتبار الواجب في عملية صنع القرارات، وأن تكفل الإعلان عن القرارات.
- المبدأ التوجيهي الثاني عشر: ينبغي للدول عند القيام بأي عملية استعراضية تظهر فيها قضايا أو ظروف بيئية هامة لم يسبق النظر فيها، أن تكفل تمكن الجمهور من المشاركة في هذه العملية الاستعراضية بقدر ما تسمح به الظروف.
- المبدأ التوجيهي الثالث عشر: ينبغي أن تنظر الدول في الطرق الملائمة لكي تكفل في مرحلة ملائمة مساهمة الجمهور بمدخلات في إعداد القواعد الملزمة قانونيًا التي قد تؤثر تأثيرًا كبيرًا على البيئة وفي إعداد السياسات والخطط والبرامج المتصلة بالبيئة.

• المبدأ التوجيهي الرابع عشر: ينبغي أن توفر الدول وسائل لبناء القدرات بما في ذلك التثقيف البيئي وإثارة الوعي؛ لتعزيز المشاركة العامة في صنع القرارات المتعلقة بالبيئة.

يتيح الفرصة للأطراف المتضررة الحصول على التعويض اللازم، يساعد في تنفيذ وإنقاذ التشريعات ذات الصلة بالبيئة كما تم الاعتراف بأن "وجود تشريع وطني بشأن الوصول إلى المعلومات البيئية والمشاركة العامة والوصول إلى العدالة في قضايا البيئة، يساهم في إحراز الاستدامة والتحكيم القانوني للمواطنين بما في ذلك الفقراء والمهمشين وتأخذ هذه المبادرة مرجعيتها من المبدأ العاشر من المبادئ ريو لعام 1992م بشأن البيئة والتنمية المستدامة، والإعلان الوزاري لمالمو بالسويد لعام 1999م، إذ نص صراحةً إعلان بالي لعام 2010م على متطلبات إنقاذ الديمقراطية البيئية، والتي تتمثل في الاعتراف بالحق في الوصول بحرية إلى المعلومات البيئية، والحق في المشاركة في عملية صنع القرارات البيئية والحق في الوصول إلى العدالة في المسائل البيئية.

(2) دور وسائل الإعلام في تحقيق الوعي البيئي:

تلعب وسائل الإعلام بكافة أنواعها (المرئية والمسموعة) دوراً كبيراً وفعالاً في طرح الأفكار الواجب اتباعها في خلق بيئة سليمة خالية من التلوث وبالتعاون والتنسيق مع المختصين في شؤون البيئة، وتقوم وسائل الإعلام بتخصيص برامج تليفزيونية وإذاعية، وتخصيص صفحات لتفعيل دور المواطن والمجتمع في مكافحة التلوث البيئي والحد من انتشاره، وهناك الكثير من المصانع والشركات الحكومية التي لا تلتزم بقوانين البيئة وتساهم بشكل كبير في التلوث البيئي، كما أن التدخين وتلوث المياه المخصصة للشرب ومياه الصرف الصحي ورمي الفضلات والمخلفات الصناعية في الأنهار تساهم في حدوث التلوث.

إن قيام وسائل الإعلام بنشر إعلانات وبرامج تهدف إلى خلق بيئة نظيفة خالية من التلوث، وفي الحقيقة فإن تنفيذ هذا الشعار يبدأ من البيت والمدرسة؛

حيث يساهم المواطن بشكل مباشر في تنفيذه، وبإمكان وسائل الإعلام نشر الإعلانات الخاصة بالبيئة بشكل مجاني، ورصد المخالفات التي تساعد التلوث البيئي.

إن مساهمة وسائل الإعلام بتصوير ونشر حملات التشجير التي تقوم بها البلدية وخاصة زراعة الأشجار حول المدن من شأنه الحد من ظاهرة التصحر الذي تظهر آثاره السلبية الآن، كذلك تقوم وسائل الإعلام وبالتنسيق مع دوائر البيئة وفرض غرامات مالية عليها وإنذارها بمعالجة هذه الظاهرة، كما أن لوسائل الإعلام دوراً في الحملات الهادفة إلى منع التدخين في الأماكن العامة، وإبراز أضراره على الفرد والمجتمع (1).

ويعمل الإعلام بشكل رقابي على الكشف عن الظواهر والمخالفات التي تساعد على التلوث ومن تلك المسائل تلوث المواد الغذائية، وعدم صلاحيتها وتأثيراتها السلبية مع قيام وسائل الإعلام بنشر شكاوى المواطنين المتعلقة بالتلوث وعرضها على المسؤولين، ولتحقيق استمرارية هذا العمل يتحتم على وسائل الإعلام تخصيص مجال مفتوح لطرح آراء وأفكار ومقترحات الجمهور المهتم بالبيئة، ونقل مشكلات بيئاتهم إلى الجهات البحثية والتنفيذية ومتخذي القرار، ومتابعة حلولها ونقلها مرة أخرى إلى الجمهور حتى يتحقق الهدف المنشود، كما يمكن لوسائل الإعلام أن تقرب الجمهور من الخبراء ومراكز البحوث للاضطلاع أكثر على مجال البيئة أو الإخبار عن كل ما هو جديد في هذا الشأن وتحفيز صناع القرار من القيادات السياسية على قيادة العمل البيئية واتخاذ القرارات السليمة بيئياً، وتولي الإدارة السياسية لإيجاد الحلول لمشكلات البيئة.

(1) حسن أحمد شحاته، محمد حسان عوض، وسائل الإعلام في مواجهة التلوث البيئي، مكتبة الدار العربية للكتاب، القاهرة، 2013م، ص 64.

وفي دراسة أعدّها مختصون في الإعلام بالولايات المتحدة حول القضايا البيئية الأكثر تناولاً في وسائل الإعلام، تؤكد أن هذه الأخيرة عادةً ما تعالج القضايا التالية:

(1) الكوارث الإيكولوجية الناجمة عن الأخطاء والقصور العلمي للإنسان، كانهجار مصنع كيماوي أو تسرب إشعاعي. أو حادث بحري لناقلات النفط... الخ، وما تسفر عنه هذه الحوادث من تدمير للبيئة وأخطار تهدد الإنسان.

(2) التلوث جراء المخلفات التي تفرزها المنشآت الصناعية، أو تسرب المياه القدرة من مراكز إنتاج الطاقة أو من قنوات الصرف الصحي وأنواع أخرى من التلوث.

(3) القوانين الجبرية والإجراءات التي تقوم بها السلطات التشريعية أو التنفيذية في مجال حماية البيئة والحد من درجة التلوث، وما يتبعه من قوانين وغرامات مالية ومتابعات قضائية ضد المتسببين في التلوث.

(4) الأمراض والمخاطر الصحية والإصابات التي تنتقل إلى الإنسان جراء تلوث الهواء أو الماء أو التربة أو المواد الاستهلاكية.

(5) حركات الدفاع المدنية عن الطبيعة والمحيط وحقوق الإنسان البيئية التي عادةً ما تنشطها الجمعيات الأهلية والمنظمات غير الحكومية ذات الطابع البيئي.

(6) الدراسات العلمية ونتائج البحوث الميدانية حول البيئة والمحيط، وعلاقة ذلك بالسلطة السياسية ومدى استجابتها وتفاعلها مع تطبيق نتائج هذه الأبحاث (1).

(1) رضوان سلامة، الإعلام والبيئة، مذكرة ماجستير، تخصص علوم الإعلام والاتصال، جامعة الجزائر، 2006م، ص104.

المبحث الثالث

تقييم النصوص الدستورية البيئية

تتاول البحث موضوع من الموضوعات التي تتسم بالحدائثة في مجال الدراسات القانونية ألا وهو "الحقوق البيئية الدستورية" وفقاً لأسلوب الدراسات المقارنة مع تتاول الموضوع من خلال منهجية الدراسة المقارنة الذي تم اتباعه هو التشريع المصري مقارناً بالتشريع الفرنسي، فالتشريع المصري يُعد من التشريعات التي يمكن القول بأنها قطعت شوطاً كبيراً في مجال حماية البيئة والمحافظة عليها، إضافةً لكون هذا المجال أصبح في مصر الآن محل اهتمام مشترك من الدولة بمختلف قطاعاتها ومن مؤسسات المجتمع المدني المهتمة بالبيئة، الأمر الذي أضفى على هذا المجال أهمية خاصة، وكذلك التشريع الفرنسي لكونه من أهم التشريعات التي اهتمت بمجال حماية البيئة منذ أمدٍ طويل، فضلاً عن أنه من أكثر التشريعات المعاصرة التي واكبت الاتجاهات الحديثة والمتطورة للسياسة الجنائية.

بيد أن الاهتمام بالبيئة لم يكن وليد اليوم أو الأمس، بل تجلّى هذا الاهتمام منذ ربحاً طويلاً من الزمن، وقد تمخض عنه إيجابيات لا يمكن إغفالها، وكان من أهمها إصدار كافة الدول على اختلاف مستوياتها للعديد من التشريعات المعنية بحماية البيئة والمحافظة عليها، بغية التصدي لهذا النمط الإجرامي للحد من مخاطره ولمنع مضاره.

ولا غرو في ضرورة الاعتراف بأن التشريعات التي صدرت في مجال حماية البيئة، قد حققت قدراً لا بأس به من أهدافها المنشودة، إلا أنه في المقابل لا يمكننا إغفال حقيقة لا مناص بشأنها، وهي أن جرائم البيئة في عصرنا الراهن قد تطورت تطوراً ملحوظاً لم يشهده العالم من قبل ولا أبلّغ في القول من أن هذه النوعية من الجرائم غدت من أخطر أنواع الإجرام المنظم وأكثرها ضرراً، لدرجة أنها أصبحت من أهم التحديات التي تواجه الدول وحكوماتها في مطلع

القرن الواحد والعشرين، لارتباط هذه الجرائم بحياة الشعوب وسلامة البشرية
جمعا.

ولمّا كانت التشريعات البيئية في مصر على غرار التشريعات الأخرى
في مختلف دول العالم هي وليدة الحاجة، أي أنها لا تتم ولا تنشأ إلا إذا طرحت
قضية ما ذات طابع بيئي في المجتمع وكثر الحديث عنها حتى لفتت انتباه
المشرع، وهذا يعد أمراً طبيعياً؛ لأن أي قانون وضعي صدر على وجه المعمورة
منذ القدم ولأول مرة لم يتم إصداره والعمل به إلا بعد أن ظهرت الحاجة الملحة
إليه .

ولكن في حقيقة الأمر، فإنه حتى ولو قام المشرع المصري بإعداد ترسانة
كاملة ومكاملة من التشريعات والقوانين البيئية التي تغطي كافة الميادين، فإن
ذلك يبقى غير كافٍ، في غياب التطبيق الصارم لها الذي من شأنه أن يحقق
الردع الكافي، وحتى ولو سهر على تطبيق هذه القوانين، ووضع لها الإمكانيات
البشرية والمادية الكافية فإنه - حسب رأي المتواضع - أهم من كل ذلك أنه يجب
تكثيف عمليات التوعية وتنمية الشعور بخطورة المساس بالبيئة حتى تشمل جميع
أفراد المجتمع على كل المستويات الصغير منهم قبل الكبير؛ وذلك من أجل تحفيز
الوعي الجماعي والإحساس بالمسئولية بُغية الحفاظ على التراث البيئي المشترك،
وذلك لن يتم إلا بتربية النشء على ذلك وجعله أولى الأولويات من أجل ترسيخ
فكرة المحافظة على بيئتنا ووطننا؛ لأن أطفال اليوم هم نساء ورجال الغد، وهم
ذخر الوطن ومستقبله فإذا قمنا بتثنتهم على الحفاظ على البيئة ونظافة المحيط؛
فإن ذلك سيعود بالخير الكثير على هذا الوطن لا محالة. ويظل بداهة القانون
حاجزاً في وجه كل من تسول له نفسه أن يخالف قواعده ويقوم بخروقات من
شأنها أن تؤذي وتضر ببيئتنا.¹

(1) وهذا ما أكدته المحاكم الهندية التي وسعت من نطاق الواجب البيئي الدستوري إلى واجب نشر
التربية البيئية أو التعليم البيئي والذي يعتبر أساساً واجباً ملقى على الحكومة - المركزية - التي تعمل على
توجيه مؤسساتها التعليمية من أجل تفعيل ما يسمى بالتعليم البيئي، ومثال ذلك الاجتهاد القضائي المقدم من

ونعرض في هذا المبحث لتقييم النصوص الدستورية البيئية من خلال تناول بعض الملاحظات الاستنتاجية عن هذه النصوص من ناحية وبعض المقترحات والتوصيات فيما يخص مجال البيئة من ناحية أخرى وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: النتائج الاستقرائية للنصوص الدستورية المتعلقة بالبيئة.

المطلب الثاني: بعض الإقتراحات لتفعيل النصوص الدستورية في مجال

البيئة

المطلب الأول

النتائج الاستقرائية للنصوص الدستورية المتعلقة بالبيئة

ولمّا كانت الحقوق البيئية هي من الحقوق الأساسية التي لها من الأهمية بما استدعى اعطاءها قيمة دستورية؛ لأنها من الحقوق الأساسية التي تتسامى في شأنها وعلو قدرها ومكانتها مع الحقوق الطبيعية الأساسية فنلاحظ أولاً أن الدستور قد نص في المادة 46 منه على أنه "لكل شخص الحق في بيئة صحية سليمة، وحمايتها واجب وطني. وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليها وعدم الإضرار بها، والاستخدام الرشيد للموارد الطبيعية بما يكفل تحقيق التنمية

المحكمة العليا الهندية في قضية "M.C. Mehta. V. Union of India" حول تلوث نهر "Ganges" بواسطة المدابغ ومصانع الصابون، حيث لاحظت المحكمة العليا أن تلوث نهر "Ganges" يشكل أضراراً خطيرة، كما أن هذا التلوث كان من السعة والانتشار بحيث مياه هذا النهر غير صالحة للاستخدام سواء للشرب أو الاغتسال، وقد خلصت المحكمة حال إصدارها لأمرها في هذه القضية إلى ما يلي "بالنظر إلى الحاجة إلى حماية وتحسين البيئة الطبيعية التي تعتبر إحدى الواجبات الأساسية في ظل الدستور، فإن من واجب الحكومة المركزية أن توجه كل المؤسسات التعليمية إلى تعليم على الأقل لمدة ساعة أسبوعياً دروس متعلقة بحماية وتحسين البيئة الطبيعية بما في ذلك الغابات والبحيرات والأنهار والمياه البرية، في الحصة العشرة الأولى. كما استجابت المحكمة العليا لمطلب المدعي وطلبت من:

(1) حكومات الولايات وأقاليم الاتحاد بأن تجعل التزام دور السينما بعرض شرائح تتعامل مع المسائل البيئية، متطلباً مسبقاً لإصدار تراخيص لهذا الدور.

(2) على وزارة الإعلام والبيث الإذاعي بإنتاج أفلام قصيرة تتعلق بالبيئة وتلويثها.

(3) على كل المحطات الإذاعية بث برامج شيقة بشأن البيئة.

(4) لجنة المنح الجامعية لا بد أن تطلب من الجامعات تنظيم برنامج دراسي بشأن البيئة (1).

فهي قد وسعت الالتزامات ذات الصلة بهذا النص ليشمل الحكومة، ووسائل الإعلام والنظام التربوي، كما يتطلب الأمر حسب المحكمة وعي بموضوع هذا الالتزام.

المستدامة وضمن حقوق الأجيال القادمة فيها، وبذلك يعتبر حق الإنسان في بيئة ملائمة ونظيفة من أهم حقوق الإنسان في الجيل الثالث من قائمة حقوق الإنسان التي تقوم على التضامن الاجتماعي بين الأفراد وعلى الدولة واجب حماية هذه الحقوق؛ وقد أدى التقدم العلمي في المجال التكنولوجي إلى تعديلات على البيئة ومن ثم اعتداء على حقوق الإنسان، وقد كانت مصر من أولى الدول التي نادى في المحافل الدولية بضرورة حماية البيئة، وقد انضمت إلى برنامج الأمم المتحدة للبيئة منذ إنشائه، كما تشارك بفاعلية في أنشطة ووكالات وأجهزة الأمم المتحدة الأخرى التي تعمل في مجال البيئة، ومصر عضو بارز في مجالس وزراء البيئة العرب والأفارقة ودول حوض البحر المتوسط، كما انضمت إلى العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المرتبطة بحماية الإنسان والبيئة.

ومما سبق عرضه، تبين لنا أن الحقوق البيئية الدستورية التي أقرها المشرع المصري في الدستور هي من ضمن طائفة الحقوق والحريات الأساسية للصيقة بالإنسان، ولكن التساؤل يثور حول ما إذا كان للأفراد مقاضاة حكوماتهم بشأن توفير الحق في بيئة سليمة وصحية ونظيفة ومتوازنة، أم أن هذا الحق من الحقوق المتوقفة على ظروف وموائمات؟ وتكون الإجابة على هذا التساؤل بأن هذا الحق من حقوق الجيل الثالث والتي تتوقف على ظروف اقتصادية وإمكانات مادية، وتتطلب حد أدنى من التقدم في كافة المجالات وخصوصًا حقوق الإنسان، باعتبار أن الوصول لهذه الطائفة من الحقوق إنما يعني أن الدولة قد مكنت أفرادها من التمتع بحقوقهم ذات الجيلين الأول والثاني.

ولكننا نرى أن الحق في بيئة سليمة وصحية ومتوازنة هو من الحقوق التي تتطلب توافر إمكانات وظروف اقتصادية تسهل مهمة الدولة في ذلك بما يكفل سلامتها ويضمن توفير الحماية اللازمة لها ولمواردها الطبيعية، ليستفيد

منها الأجيال الحالية والقادمة، لكون البيئة الصحية والملائمة تُعد حق أصيل لكل إنسان لا يجوز الانتقاص منه (1).

ومن خلال دراستنا لموضوع الحقوق البيئية الدستورية وجدنا ثانياً أن المشرع المصري في دستور 2014م قدر خطورة بعض الأفعال الضارة بالبيئة إلى الحد الذي جعله يضيف وصف الجريمة على بعضها، وتطبيقاً لذلك نص المادة 29 من الدستور الخاصة بالزراعة مقوم أساسي للاقتصاد الوطني، ومن ثم أحال الدستور إلى المشرع العادي مهمة التنظيم التفصيلي لتلك الجرائم وذلك من خلال تنظيم الركنين المادي والمعنوي وتحديد الجزاء المقرر لتلك العقوبات.

ومن وجهة ثالثة، فقد تنوعت النصوص الدستورية الحامية للبيئة بحيث تمتد لتشمل كافة العناصر البيئية بما يفيد شمولية الحماية، حيث اشتملت النصوص الدستورية على عناصر البيئة البرية والبحرية والنهرية وموارد الثروة الطبيعية بما معناه أن المشرع الدستوري قد قدر أهمية الحفاظ على البيئة لكافة مشتملاتها ومضامينها باعتبار أن تكامل هذه العناصر وحدها هي التي تحقق السلامة البيئية، ولا يمكن اجتزاء هذه الحماية، حيث إن كل من هذه العناصر مكمل للآخر بغية الوصول إلى مرمى وحيد، وهو الحق في بيئة نظيفة بكافة مشتملاتها وعناصرها. ويتضح لنا من منحنى آخر أن المشرع الدستوري قد اعتمد مبدأ الوقاية البيئية² حينما ألقى بالتزامات على عاتق كافة -دولة ومواطن- للحفاظ على عناصر

(1) راجع في ذلك، د/ أحمد عبدالكريم سلامة، قانون حماية البيئة الإسلامي مقارناً بالقوانين الوضعية، المرجع السابق، ص78؛ راجع في هذا الموضوع أيضاً، د/ سعد سالم جويلي، حق الإنسان في البيئة، بحث مقدم لندوة العدالة البيئية في مصر، بمركز دراسات المستقبل بجامعة المنيا في عام 2001م، دار النهضة العربية، 2001م، ص6 وما بعدها.

(2) وقد ورد هذا المبدأ في المادة الثالثة من ميثاق البيئة الفرنسي والتي ألفت التزاماً على عاتق الجميع بتلافي أسباب الانتهاكات البيئية، فقد نصت على أنه: (يجب على كل شخص، في الحدود والشروط التي يعينها القانون، أن يتوقى الانتهاكات التي من المحتمل أن يسببها البيئة، أو في حالة عدم إمكان توقيها أن يحد من تبعاتها).

البيئة كالأراضي الزراعية ونهر النيل ، والالتزام بحماية الشواطئ والبحار والبحيرات وحماية قناة السويس.¹

ومن ناحية خامسة، فقد كفل الدستور بعض الضمانات لحماية الثروات الطبيعية -كما عرضنا لذلك في الفصل الثاني من هذا البحث- إيماناً منه بحق الأجيال القادمة في الاستفادة من هذه الموارد الطبيعية حيث أكد نص المادة 46 على التنمية المستدامة²، وضرورة تحقيق أقصى استغلال متاح على مختلف المناحي الاقتصادية والاجتماعية.

ومن ناحية أخيرة، عنت نصوص الدستور ليس فقط بالحفاظ على هذه العناصر البيئية وإنما بتحفيز الاستثمار فيها وتشجيع البحث العلمي المتعلق بها، والاستغلال الأمثل لها³ وذلك على غرار ميثاق البيئة الفرنسي.

وقد كرس الدستور أيضاً حماية لهذه العناصر من خلال الحظر الدستوري ممثلاً في عدم التعدي عليها وذلك بالالتزام الدولة بإزالة كافة التعديات الواقعة على أراضي الدولة.

(1) حيث تنص المادة 43 من دستور 2014 على أنه تلتزم الدولة بحماية قناة السويس وتنميتها، والحفاظ عليها بصفتها ممراً مائياً دولياً مملوكاً لها، كما تلتزم بتنمية قطاع القناة، باعتباره مركزاً اقتصادياً متميزاً.."

(2) تنص المادة 46 على أنه: "لكل شخص الحق في بيئة صحية سليمة، وحمايتها واجب وطني. وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليها، وعدم الإضرار بها، والاستخدام الرشيد للموارد الطبيعية بما يكفل تحقيق التنمية المستدامة، وضمان حقوق الأجيال القادمة فيها."

(3) انظر نص المادة 32 والمادة 44 من دستور 2014. حيث تنص المادة 32 على أنه "موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها • حماية البيئة • ملكية الموارد الطبيعية كما تلتزم الدولة بالعمل على الاستغلال الأمثل لمصادر الطاقة المتجددة، وتحفيز الاستثمار فيها، وتشجيع البحث العلمي المتعلق بها. وتعمل الدولة على تشجيع تصنيع المواد الأولية، وزيادة قيمتها المضافة وفقاً للجدوى الاقتصادية • الإشارة إلى العلوم ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً. ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً بناء على قانون . ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك."

وتنص المادة 44 على أنه: "تلتزم الدولة بحماية نهر النيل، والحفاظ على حقوق مصر التاريخية المتعلقة به، وترشيد الاستفادة منه وتعظيمها، وعدم إهدار مياهها أو تلويثها. كما تلتزم الدولة بحماية مياهها الجوفية، واتخاذ الوسائل الكفيلة بتحقيق الأمن المائي ودعم البحث العلمي في هذا المجال • الإشارة إلى العلوم وحق كل مواطن في التمتع بنهر النيل مكفول، ويحظر التعدي على حرمة أو الإضرار بالبيئة النهرية، وتكفل الدولة إزالة ما يقع عليه من تعديات، وذلك على النحو الذي ينظمه القانون."

كما جرم المشرع الاعتداء على الآثار، وحظر إهداء أو مبادلة أي منها حفاظاً على التراث الثقافي لهذه الآثار وتاريخ مصر الثقافي.

وفي النهاية نتساءل عما ننتظر بعد ذلك وبعد أن أفتى مفتي الديار المصرية (1) مؤيداً بشيخ الأزهر الشريف، بأن المحافظة على البيئة واجب ديني قبل أن يكون واجباً قومياً؛ لأننا أمرنا أن نعمر الأرض التي استعمرنا الله تعالى فيها.

ولكي يدرك كل منا خطورة ما نحن فيه فلينظر حوله... ويعرف ماذا يأكل وماذا يرى... وماذا يسمع!! وكيف يتنفس!!!
لأن علينا واجب الحفاظ على البيئة للأجيال القادمة، ولا بد أن يتوافر لدى الأفراد جميعاً الضمير البيئي..... برعاية البيئة وحمايتها..... لأنه لما تقدم دون علم،، ولا حضارة دون أخلاق،،، ولا مستقبل دون رعاية للبيئة.

المطلب الثاني

بعض الإقتراحات لتفعيل النصوص الدستورية في مجال البيئة

بعد أن استعرضنا لمظاهر حماية البيئة في الدستور المصري بعناصرها المختلفة وإيماننا منا بأهمية البيئة وضرورة الحفاظ عليها، وإيماناً بالدور المحوري الذي تقوم به التشريعات في سبيل تحقيق مصالح المجتمع وأفراده، كان لزاماً علينا الوقوف على القصور في النظم القانونية بغية الوصول إلى بعض التوصيات في هذا المجال حيث إنه وبالرغم من رفع الحق في البيئة إلى مصاف الحقوق الدستورية إلا أننا ما زلنا نشهد حالة من الفوضى البيئية على النحو الذي نرى من خلاله ضرورة تفعيل النصوص الدستورية البيئية ووضع القوانين المتعلقة بالبيئة موضع التطبيق.

وإن كنا نرى أن ما ينقصنا ليس تشريع نصوص جديدة في شأن البيئة بقدر تفعيل النصوص قيد التطبيق، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال الثقافة المجتمعية

(1) مجلة التنمية والبيئة، العدد السادس، مارس عام 1987م، ص: 18: 22.

البيئية التي تتشكل من خلال التعليم والإعلام حيث إن مما لاشك فيه أن حماية البيئة ترتبط بقدر تحضر الأمم والشعوب وهو ما نصبو إليه في مصرنا الحبيبة. ونقف على مجموعة من التوصيات والمقترحات في مجال البيئة نوردتها في النقاط الآتية

- إعادة النظر في كافة القوانين المعنية بحماية البيئة والعمل على معالجة أوجه القصور الكامنة فيها بما يحقق الحماية اللازمة لها ولعناصرها المختلفة.
- ضرورة تعديل الجزاءات القانونية المقررة في القانون البيئي بما يتلائم مع طبيعة الجرائم البيئية والمخاطر الناجمة عنها، مع أهمية منح الجهات المعنية بحماية البيئة الجزاءات الإدارية الملائمة لفرضها على المخالفين بما يحقق ردعهم في أسرع وقت ممكن من جانب، ووقف مخاطر أفعالهم من جانب آخر.
- حث المشرع المصري على مواكبة التطورات التشريعية في المجال البيئي، وجمع شتات المواد المتعلقة بحماية البيئة في قانون موحد شامل ومتكامل لحماية البيئة والمحافظة عليها.
- إدماج البرامج التوعوية المتعلقة بكيفية حماية البيئة والمحافظة عليها ضمن المقررات التعليمية في المراحل الدراسية المختلفة؛ بما يغرس في نفوس الكافة الاهتمام بالبيئة والاعتناء بها.
- أهمية توفير الميزانيات اللازمة للجهات المعنية بحماية البيئة ودعمها بالتمويل الكافي لشراء محطات الرصد والمختبرات المتنقلة والثابتة والأجهزة والمعدات الأخرى والوسائل التي تمكن تلك الجهات وموظفيها في أداء واجبهم، وتتيح لهم رصد أي تجاوزات يمكن أن تقع على البيئة حتى يتسنى لهم التدخل على الفور للتعامل مع هذه التجاوزات والحد من أضرارها.
- الاهتمام بتدريب وتأهيل مأموري الضبط الإداري وأقرانهم مأموري الضبط القضائي على القيام بكيفية أخذ العينات وإجراء القياسات وعمل

الفحوصات اللازمة، وذلك بما يمكنهم من ملاحقة التطور الراهن في مجال جرائم المساس بالبيئة وضبطها.

● إنشاء إدارة مستقلة بوزارة الداخلية تكون مهمتها مصاحبة مأموري الضبط القضائي في جولاتهم وزياراتهم للمنشآت المختلفة أثناء قيامهم بأعمال الرقابة والتفتيش؛ لتمكينهم من أداء عملهم بأيسر الوسائل، وقمع أي اعتداء يقع عليهم وتحديدًا استحداث إدارة شرطة متخصصة في جرائم البيئة.

● تضمين التشريعات البيئية نصوصًا قانونية تلزم أصحاب الشأن بمعاونة مأموري الضبط القضائي وتسهيل عملهم وتقديم كافة البيانات والمعلومات اللازمة لهم، ومعاقتهم في حالة الإخلال بذلك.

● تشجيع الدور العملي للجمعيات البيئية في مجال حماية البيئة، وتمكين الفئات الضعيفة والفقراء بانتفاعهم من الحق في بيئة صحية ونظيفة، مع التشديد على حقوق الأجيال القادمة والتأكيد على المشاركة البيئية وإتاحة المعلومات لصاحب الحق.

● ضرورة إيجاد دسترة بيئية فعلية ومتكاملة من قبل المشرع المصري وذلك بضمان كفاءة صياغة الحق في البيئة بشكل واضح وصريح ومستدام في صالح الوطن، مع التشديد على مسألة الإنفاذ والتنفيذ للحق في البيئة، فالأمر يقتضي التعامل بنوع من الجدية مع فعالية الحق الدستوري في بيئة متوازنة ونظيفة من الناحية العملية وعدم الاكتفاء بالتكريس الدستوري للحق في البيئة.

● حماية المواطنين من الإرهاب والعنف هو أول ملامح الأمن البيئي، لذلك يكون تجفيف منابعه هو أول ما تضطلع به الدول الناهضة في هذا المضمار.

● إخضاع القضايا البيئية إلى قضاء متخصص، أو تخصيص دوائر خاصة بالمحاكم لنظر قضايا البيئة، على أن يتم تدريب أعضائه وتثقيفهم بمختلف المعلومات البيئية التي قد يحتاجون إليها أثناء عملهم؛ وذلك حتى يتاح لهم الفصل في قضايا البيئة بشكل إيجابي وعلى وجه السرعة.

● تفعيل دور الإعلام في نشر الثقافة ورفع الوعي البيئي.

● فتح باب الاستثمار في مجال البيئة.

- التوسع في إنشاء محطات الطاقة الشمسية.
- التوسع في استخدام وسائل النقل صديقة البيئة.
- التوسع في زراعة الأشجار والحفاظ على الموجود منها.
- حظر حرق قش الأرز ومعالجته واستخدامه كعلف حيواني.
- نشر ثقافة قيادة الدراجات الهوائية.
- تفعيل دور وزارة الصحة في الرقابة على المستشفيات ومدى مراعاتها للتخلص الآمن من النفايات الطبية الخطرة.
- مراعاة دراسات تقييم الأثر البيئي عند إنشاء أي منشأة.
- إنشاء مصانع لإعادة تدوير المخلفات الصلبة.

﴿ تم بحمد الله وتوفيقه ﴾

**الإبعاد الإداري للأجانب – دراسة مقارنة
في ضوء أحكام القضاء الإداري وأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق
الإنسان والتعديلات الواردة في قانون CESEDA الصادر في
2016**

**د. علياء علي زكريا
المدرس بكلية الحقوق جامعة طنطا
والمعار بكلية القانون جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا**

مقدمة

عرف الإنسان الانتقال من أرض إلى أخرى منذ فجر التاريخ، وانتقال الإنسان من مكان لآخر هو سلوك بشري، حيث أنه من مكونات الشخصية الإنسانية المحبة لاستكشاف العالم المحيط، وكان الانتقال سابقاً لا تحده أي حدود أو موانع بل كان الأفراد يستطيعون التحرك والانتقال كيفما أرادوا، ومع ظهور فكرة الدولة، وظهر مسألة حدود الدولة، وتطور وسائل النقل، كان لابد للدولة أن تضع ضوابط لقبول الأجانب على أراضيها ومنع غير المرغوب فيهم من دخول البلاد.

وينقسم الأفراد المتواجدون على إقليم الدولة إلى نوعين بالنسبة للدولة فهم إما مواطنون فيها أو أجانب عن مجتمعها، وتصدر الدولة قوانين تتعلق بالمواطنين وقوانين أخرى تتعلق بالأجانب.

ومن المعروف أن حق الإقامة الدائمة هو للمواطنين فقط وتعتبر إقامة الأجانب إقامة عارضة لمدد محددة يحددها التشريع الداخلي لكل دولة.

و يساور كل شخص خارج من دولته أرقاً واضطراباً من المعاملة التي قد يتعرض لها في البلد الذي سيحل ضيفاً عليها، لذلك فقد حرصت تشريعات العديد من الدول على وضع ضمانات للأجنبي المقيم فيها ، فعلي سبيل المثال حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة على التأكيد على حرية التنقل والإقامة؛ فقد نصت المادة 50 من الدستور المصري الصادر عام 1971 على أنه : (لا يجوز أن يحظر على أي مواطن الإقامة في جهة معينة ، ولا أن يلزم بالإقامة في مكان معين-إلا في الأحوال المبينة في القانون)

وحظرت المادة 51 من ذات الدستور إبعاد أي مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها ، وهذا النص يشير إلى مكانة تلك الحرية لأن حظر تقييدها ورد مطلقاً وذلك بهدف ترسيخ الارتباط بالدولة وتعزيز الانتماء إليها .

ونص الدستور المصري الصادر في 2014 في المادة 62 على أن (حرية التنقل، والإقامة، والهجرة مكفولة . ولا يجوز إبعاد أي مواطن عن إقليم الدولة، ولا منعه من العودة إليه.

ولا يكون منعه من مغادرة إقليم الدولة، أو فرض الإقامة الجبرية عليه، أو حظر الإقامة في جهة معينة عليه، إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة، وفي الأحوال المبينة في القانون).

ويستفاد من النصوص المشار إليها أن الدستور المصري قد ساير الاتفاقيات الدولية المنظمة لحقوق الإنسان¹ حيث إنه أعلى من شأن الحرية الشخصية للمواطن وما يتفرع من ذلك من حق المواطن في التنقل والترحال والعمل في الداخل وفي الخارج بحرية كاملة على وجه يحقق للفرد طموحه وآماله طالما يباشر هذا الحق في إطار القوانين والتشريعات، كما حظر المشرع الدستوري إبعاد أي مواطن عن وطنه أو منعه من العودة إليه، لأن هذا الحق حق دستوري لا يجوز المساس به أو الانتقاص منه بغير مسوغ قانوني يقتضى ذلك.

وقد نظم المشرع المصري دخول وإقامة الأجانب في مصر؛ فيجب على كل أجنبي أن يكون حاصلًا على ترخيص الإقامة، وعليه أن يغادر أراضي الدولة عند انتهاء مدة إقامته.

وتنص المادة (20) من القرار بقانون رقم 89 لسنة 1960 المعدل بقانون رقم 99 لسنة 1996² في شأن دخول وإقامة الأجانب على أن :

(الأجانب ذو الإقامة المؤقتة ، وهم الذين لا تتوافر فيهم الشروط السابقة ، ويجوز بقرار من مدير مصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية منح إقرار هذه الفئة ترخيص في الإقامة مدة أقصاها سنة قابلة للتجديد .

¹ تنص المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: على أن : (1- لكل فرد حق في حرية التنقل وفي اختيار محل إقامته داخل حدود الدولة.

2- لكل فرد حق في مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده، وفي العودة إلى بلده. .
² وقد تم تعديل بعض نصوص هذا القانون أكثر من مرة آخرها بالقرار بقانون رقم 77 لسنة 2016.

ومع ذلك يجوز بقرار من وزير الداخلية منح الترخيص في الإقامة لمدة أقصاها خمس سنوات قابلة للتجديد وفقا للشروط والأوضاع التي يصدر بها قرار منه).
ويقصد بالأجنبي وفق المادة الأولى من القانون رقم 88 لسنة 2005 أنه :
([...] كل من لا يتمتع بجنسية جمهورية مصر العربية) ، وبالنسبة للفقهاء فقد عرفه بأنه كل فرد لا تتوفر فيه الشروط اللازمة للمتمتع بجنسية الدولة الموجود على أرضها سواء كان ينتمي إلى دولة أجنبية يحمل جنسيتها أم لا ينتمي إلى أي دولة لأنه عديم الجنسية¹ ، وكذلك : (هو من لا يحمل الجنسية الوطنية أي من لا تتوفر فيه الشروط المتطلبة للمتمتع بجنسية الدولة)² .
ويعتبر الأجنبي في فرنسا هو : (كل فرد الذي ليس لديه جنسية فرنسية، سواء كان ليس لديهم جنسية فرنسية، أو عديمي الجنسية)³ .
وقد استقر القضاء الإداري على أن الترخيص للأجنبي بالإقامة في مصر أو بمد إقامته فيها أو رفض المد بعد ذلك هو من المسائل التي تتركب فيها جهة الإدارة بسلطة تقديرية واسعة وفقا لما تراه محققا للصالح العام ومرد ذلك أن الدولة بحكم مالها من سيادة على إقليمها تتمتع بسلطة عامة في تقدير مناسبة إقامة أو عدم إقامة الأجنبي في أراضيها ، ولا تلتزم قانونا بالسماح له بالدخول إليها ولا بمد إقامته بها إلا إذا كانت تشريعاتها ترتب له حقا من هذا القبيل بحسب الأوضاع والشروط التي تقرها ، فإذا انتفى مثل هذا الحق وجب عليه مغادرة البلاد مهما

¹ د. طارق فتح الله خضر، حرية التنقل والإقامة بين المشروعية والملاءمة الأمنية ، 2006، دار النهضة العربية ، ص. 111.

د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. 379.

³ L'Article 1 Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, Modifié par Loi n°86-1025 du 9 septembre 1986 - art. 20 JORF 12 septembre 1986 , Abrogé par Ordonnance 2004-1248 2004-11-24 art. 4 1° JORF 25 novembre 2004 en vigueur le 1er mars 2005 : (Sont considérés comme étrangers au sens de la présente ordonnance tous individus qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'ils aient une nationalité étrangère, soit qu'ils n'aient pas de nationalité).

تكن الأعذار والدوافع التي يتعلل بها حتى ولو لم يقم به سبب يدل على خطورته على الأمن أو الآداب ، ذلك أن إقامته العارضة لا تعدو أن تكون صلة وقتية عابرة تقوم على مجرد التسامح الودي من جانب الدولة¹.

وقديما كانت سيادة الدولة في الإبعاد مطلقة وليس عليها قيود فالدولة تتمتع بالسيادة على إقليمها وشعبها ولها الكلمة العليا في بيان ضوابط دخول وإقامة الأجانب على أرضها بحيث لا تعلوها سلطة ، فالأصل أن تكون الدولة هي منبع السلطات وصاحبة الكلمة العليا على كافة الأفراد والسلطات على أراضيها² ، وبالنسبة للوضع الحالي فإن الاتجاهات العالمية الحديثة القضائية والفقهية³ قد ذهبت إلى تقييد حق الدولة في الإبعاد ، حيث تخضع الدولة للرقابة القضائية على قرارات الإبعاد لبيان مشروعيتها من عدمه ، لأن قرار الإبعاد لا بد وأن يستند إلى أسباب جدية ومشروعة ، كما يجب تقرير ضمانات للأجنبي المبعد حتى يتم تفادي تعسف السلطة التنفيذية في إصدار قرار الإبعاد، وفي نطاق القانون الدولي ، يمكن للدولة التي تبعد الأجنبي أن تصبح مسئولة عن قرارات الإبعاد إذا كانت قائمة على أسباب غير مشروعة ، وهنا يتقرر مبدأ المسؤولية الدولية للدولة المبعدة⁴ .

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 12432 لسنة 49 ق، الصادر بتاريخ 2007/3/3؛ والطعن رقم 428 لسنة 48 ق ، الصادر بتاريخ 2007/4/21 ؛ الطعن رقم 3316 لسنة 49 ق، الصادر بتاريخ 2007/3/24؛ حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الدعوي رقم 6764 لسنة 55 ق ، بتاريخ 2001/8/28.

د. مصطفى أبو زيد فهمي، مبادئ الانظمة السياسية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1984، ص. 72.

³ O. BOSKOVIC et S.CORNELOUP et autres, Droit des étrangers et de la nationalité, Recueil Dalloz, 2018, p.313; E.AUBIN, La loi du 7mars 2016, le changement en droits des étrangers, c'est maintenant?, AJDA, 2017, p. 677;D. TURPIN, La loi du 7 mars 2016, Mieux accueillir les uns/ mieux éloigner les autres, Revue critique de droit international privée, 2016, p.235; Assignations à résidence sur le fondement du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), Droit administratif, n° 1- Janvier, 2018, alerete 4, Cons.const, 30/11/2017, n° 2017-674 QPC.

د. أحمد قسمت الجدوي ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، ج1، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية ، 1987، ص. 4.

ولقد تصدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في العديد من أحكامها لفكرة ضمان حقوق الأجنبي المبعد وإعلاء حماية كرامته وسلامته الجسدية على مصلحة الدولة التي أصدرت قرار الإبعاد¹ وذلك بالرغم من صدور حكم حديث للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان متفرد ، عدلت فيه المحكمة من اتجاهها لتتنصر لمصلحة الدولة في مواجهة الأجنبي المبعد ، طالما ثبت خطورة الأجنبي على الدولة ، وأكدت على إبعاده بالرغم من وجود أسرة له بالدولة² .

إشكالية الدراسة :

تبرز إشكالية الدراسة في مدى وجود تعارض بين حق الإقامة والتنقل للأجنبي وحق الإدارة في اتخاذ قرار إداري بإبعاده، وكيف تستطيع المحكمة أن تحقق توازناً عادلاً بين مصلحة الدولة ومصلحة الأجنبي الذي صدر قراراً إدارياً بإبعاده، وما هي أهم الضمانات التي يتمتع بها الأجنبي في حال صدور قرار بإبعاده، وهل تملك الدولة أن تختار دولة الإبعاد حتى ولو رفضها الشخص المبعد، وماذا لو رفض المبعد دولة الإرسال لوجود خطر محقق على حياته وما هي إمكانية الطعن على قرار الإبعاد قبل تنفيذ الإبعاد وكذلك بعد الإبعاد الفعلي وما هو دور قاضي الحريات المستعجل في فرنسا في هذا النطاق .

تحديد الموضوع :

ستقتصر الدراسة على تناول موضوع الإبعاد الإداري من حيث حالات الإبعاد وفقاً لأحكام القضاء الإداري المصري والفرنسي والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مع تناول أهم الضمانات التي أقرتها أحكام تلك المحاكم، وعرض للقرار بقانون رقم 89 لسنة 1960 في شأن دخول وإقامة الأجانب والمعدل بقانون رقم 99 لسنة 1996 وآخر تعديلاته بالقرار بقانون رقم 77 لسنة 2016. مع

¹ CEDH, Moustaquim c/ Belgique, Judgment (Merits and Just Satisfaction), , 18 /2/ 1991, Application No. 12313/86; Abdoni c/ France , 27 février 2001. DÉFINITIF 05/09/2001; Les arrêts Cruz Vara c/ Suède du 20/3/1991 et Vilvarajah c/ Royaume Uni du 30/10/1991.

² CEDH 14/9/2017, n °41215/14, Nididi c/Royaume-Uni.

توضيح خصوصية الإبعاد في فرنسا مستعينة بالمرسوم بقانون الصادر في 2 نوفمبر 1945 وأحدث التعديلات الواردة عليه في القانون المسمى بقانون CESEDA¹ رقم 274-2016 والصادرة في 2016/3/7 .

وسأتبع في ذلك أسلوب المنهج التحليلي المقارن بين مصر وفرنسا وأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

خطة الدراسة

اتبعت أسلوب التقسيم الثنائي وقد رأيت تقسيم هذا البحث إلي :

المبحث الأول : الضوابط التشريعية والقضائية للإبعاد الإداري .

المطلب الأول : حالات الإبعاد الإداري في ضوء أحكام القضاء .

المطلب الثاني: الضمانات التشريعية والقضائية للإبعاد الإداري.

المبحث الثاني : خصوصية النظام القانوني للإبعاد في فرنسا في ضوء التعديلات الصادرة في 2016/3/7.

المطلب الأول : تنفيذ جهة الإدارة للإبعاد الأجنبي بناء على حكم الحظر القضائي للإقامة في الأراضي الفرنسية.

المطلب الثاني : مدى إمكانية الطعن على قرار إرسال المبعد لدولة أخرى تنفيذًا لحكم حظر الإقامة .

المبحث الأول

الضوابط التشريعية والقضائية للإبعاد الإداري

تتمتع الدولة بحكم مالها من سيادة على إقليمها بسلطة تقدير مناسبة لإقامة أو عدم إقامة الأجنبي على أراضيها ، ولا تلتزم قانونا بالسماح له بالدخول إليها ولا بمد إقامته بها إلا إذا كانت تشريعاتها ترتب له حقا من هذا القبيل بحسب الأوضاع والشروط التي تقررها ، فإذا انتفى مثل هذا الحق وجب عليه مغادرة البلاد مهما تكن الأعذار والدوافع التي يتعلل بها حتى ولو لم يقم به سببًا يدل على خطورته

¹ Code de l'entrée du séjour des étrangers et du droit et du droit d'asile publique.

على الأمن العام أو الآداب العامة ، ذلك أن إقامته العارضة لا تعدو أن تكون صلة وقتية عابرة تقوم على مجرد التسامح الودي من جانب الدولة¹.

تعريف الإبعاد

ذهب البعض إلى تعريف الإبعاد الإداري بأنه : (القرار الصادر من السلطة المختصة بترحيل أجنبي عن البلاد لما نسب إليه من إتيانه بعض التصرفات التي من شأنها الإضرار بأمن الدولة واستقرارها)². وذهب رأي آخر إلى أنه (إجراء بمقتضاه تضع الجهة الإدارية في الدولة نهايةً مبدترة لإقامة أحد الأجانب المقيمين بطريقة قانونية على أراضيها ، وتأمرة فيه بمغادرة الإقليم الوطني خلال مدة محددة وبألا يعود إليه مرة أخرى ما دام قرار الإبعاد قائماً ، وذلك بالنظر إلى ما يتحقق لديها من أن تواجهه على إقليم الدولة يخل بمقتضيات النظام العام أو يهدد أمنها وسلامة مجتمعها)³.

وكذلك ذهب رأي آخر إلى أن الإبعاد هو (عمل من أعمال السلطة العامة تنذر بمقتضاه الدولة فرداً أو عدة أفراد من الأجانب المقيمين على أرضها بالخروج منها أو إكراههم على ذلك عند الاقتضاء)⁴.

ويقصد بالإبعاد وفقاً للجنة حقوق الأجانب بالجمعية العامة للأمم المتحدة بأنه: (عمل رسمي أو سلوك منسوب إلى دولة ، يجبر به الأجنبي على مغادرة إقليم تلك الدولة ، ولا يشمل الإبعاد التسليم إلى دولة أخرى ، أو التسليم إلى محكمة أو هيئة جنائية دولية ، أو عدم السماح بدخول أجنبي إلى الدولة والإبعاد في القوانين

¹ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوي رقم 6764 لسنة 55 ق ، الصادر بتاريخ 2001/8/28.
² د. حسني درويش عبد الحميد ، إبعاد الأجانب بين سيادة الدولة وموجبات الأمن ، مجلة الفكر الشرطي ، شرطة الشارقة ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، المجلد الثالث ، عدد 1 ، يونيو ، 1994 ، ص. 237.

³ د. محمد الروبي ، مركز الأجانب ، ج1 ، مركز الشخص الطبيعي ، دار النهضة العربية ، 2001 ، ص. 237-238 ، ولقد ذكر د صلاح الدين عامر في مؤلفه :مقدمة لدراسة القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، 2003 ، ص. 418 : أن الإبعاد هو إبعاد إداري حين قال : أن الفقه الدولي يذهب إلى أن : (إبعاد الأجنبي ليس عقوبة توقعها الدولة على الأجنبي ، بل هو إجراء إداري تتخذه الدولة صوتاً لبقائها).

⁴ د.فؤاد عبد المنعم رياض ، الوجيز في الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري و المقارن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1978 ، ص. 356.

الداخلية يتخذ صورة عمل قانوني تقوم به الدولة في شكل قرار يصدر من السلطات الإدارية وهو عمل رسمي يجوز الطعن عليه ¹.

أنواع الإبعاد

ينقسم الإبعاد إلى نوعين ، الأول من حيث مظهره إلى الإبعاد الإيجابي و الإبعاد السلبي ، ومن حيث الجهة المُصدرة له لإبعاد قضائي وإبعاد إداري .
والإبعاد من حيث مظهره يتفرع لنوعين أساسيين : الأول هو الإبعاد بمظهره الإيجابي ويتمثل في أن الأجنبي المقيم فعلا في البلاد ، قد قام به سبب يقتضى إبعاده من البلاد قبل انتهاء مدة الإقامة ، والآخر سلبي ويتناول الأجنبي الذي كان مقيما بالبلاد وغادرها ، وتبين أنه خلال إقامته ارتكب أفعالا وباشر تصرفات تمس أمن الوطن أو تسيء إلى سمعه أبنائه وما تعارفوا عليه من أخلاق وآداب عامة مما يحيل من عودته إلى البلاد أمرا غير مقبول ويتم في هذه الحالة إدراج اسمه على قوائم الممنوعين من دخول البلاد².

كما أن هناك إبعادا قضائيا وإبعادا إداريا ؛ والإبعاد القضائي يتمثل في إلزام الشخص بالخروج من الإقليم الوطني ، بناء على حكم قضائي بالإدانة ضد الأجنبي المتهم بارتكاب جرائم معينة يقرر لها المشرع الجنائي جزاء الإبعاد³ .
أما الإبعاد الإداري فهو : إخراج الأجنبي من الوطن بناء على قرار إداري بدون أن يرتكب الأجنبي جريمة ما ، وهذا ما يفرق بين الإبعاد القضائي والإبعاد الإداري فيمكن أن يكون إصدار قرار الإبعاد الإداري بناء على مقتضيات

¹ الوثائق الرسمية للجمعية العامة الدورة 67 ، الملحق رقم 10 (10/A67) الفقرات من 41 إلى 43 .

² راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 428 لسنة 48 ق ، الصادر بتاريخ 2007/4/21؛ حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 12432 لسنة 49 ق، الصادر بتاريخ 2007/3/3

³ د. أحمد عبد الظاهر ، إبعاد الأجانب في ضوء أحكام القانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، ط1 ، 2007 ، ص. 38 .

المصلحة العامة ، بينما يستند الإبعاد القضائي إلى صدور الحكم من المحكمة المختصة وذلك بعد ارتكاب الأجنبي لجريمة¹ .

التمييز بين الإبعاد والأفكار المشابهة: قد يختلط الأمر في أذهان البعض بين الإبعاد وغيره من المصطلحات التي تتشابه معه كالنفي والمنع من الإقامة والمنع من الدخول وتسليم المجرمين ، إلا أنه هناك اختلافات بينة سنوالي ذكرها فيما يلي :

1- الإبعاد و النفي:

يختلف النفي Le Banissement عن الإبعاد، في أن الإبعاد يقتصر على الأجانب فحسب، أما النفي فيقع من قبل الدولة ضد أحد مواطنيها لارتكابهم جرائم محددة، إذ لا يجوز للدولة إبعاد مواطنيها ، فهذا مبدأ دستوري حرصت الدساتير عليه ، ومن المتفق عليه في الوقت الحاضر أن كل دولة يجب عليها تحمل عبء رعاياها فلا تلقى به على غيرها².

2- الإبعاد والمنع من الدخول:

يقصد بالمنع من الدخول La non admission أحقية الدولة في منع غير المرغوب فيهم من دخول إقليمها، فهو يوجه إلى الأجانب الموجودين خارج إقليم الدولة ويرغبون في دخولها والإقامة فيها ، وهو يدخل في إطار تنظيم دخول الأجانب إلى أراضيها وذلك لأسباب أمنية تتعلق بمصالح الدولة العليا، كوجود مثلًا حالة حرب بالدولة التي يريد الأجنبي دخولها والإقامة فيها أو توترات وأزمات سياسية بتلك الدولة .

¹ د. موسى مصطفى شحادة ، النظام القانوني لإبعاد الأجانب من دولة الإمارات العربية المتحدة وانعكاساته الأمنية ، مركز بحوث شرطة الشارقة ، 2001 ، ص. 22 ؛ د. أحمد عبد الظاهر ، إبعاد الأجانب في التشريعات الجنائية العربية ، مرجع سابق ، ص. 54.

² د. أحمد جاد منصور، الحماية القضائية لحقوق الإنسان- حرية التنقل والإقامة في القضاء الإداري المصري، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ص. 274 ؛ د. أحمد عبد الظاهر إبعاد الأجانب في التشريعات الجنائية العربية ، مرجع سابق ، ص. 60.

والمنع من الدخول لا تسمح السلطات بالدولة للأجنبي بالدخول لأسباب متعددة منها عدم استيفائه الشروط والإجراءات القانونية، في حين أن الإبعاد يكون بعد دخول الأجنبي إلى البلاد دخولاً مشروعاً وحصوله على إذن مشروع بالإقامة فيها¹.

3- الإبعاد والمنع من الإقامة:

ويتميز الإبعاد عن المنع من الإقامة L'interdiction de séjour، في أن الأول يعد إجراءً إدارياً، في حين أن المنع من الإقامة يعتبر عقوبة وفق قانون العقوبات الفرنسي في المادة 131-3 والمادة 88 مكرر (د) من قانون العقوبات المصري، وهو عقوبة تبعية أو تكميلية وهي تقع على الأجانب والمواطنين، والمنع من الإقامة يقتصر على مكان أو منطقة محددة داخل الدولة نفسها ولا يمكن أن يمتد إلى كل الدولة وإلا صار إبعاداً².

4- الإبعاد وتسليم المجرمين:

الأصل أن يكون تسليم المجرمين L'extradition في حالة ارتكاب الشخص لجريمة بالفعل أو في حالة الاشتباه في ارتكابه لها، بينما لا يرتبط قرار الإبعاد بارتكاب الشخص لجريمة ما وإنما هو سلطة تقديرية للإدارة للحفاظ على الصالح العام.

ويتم تسليم المجرمين بناء على قرار من السلطة القضائية المختصة بينما يصدر الإبعاد بقرار إداري³، وفي التشريع الفرنسي يحق للأجنبي المبعد الاعتراض

¹ م.د.حسني درويش عبد الحميد، نحو نظرة جديدة في مسألة إبعاد الأجانب، مقال منشور في مجلة الفكر الشرطي، الشارقة، المجلد الثاني، العدد الأول، يونيو 1994، ص. 6؛ د. أحمد سلامة بدر، الإبعاد الإداري في ميزان القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، 2016، ص. 100.

² د. عمر سالم، الوجيز في شرح قانون العقوبات الاتحادي، القسم العام، ج2، مطبوعات كلية شرطة أبوظبي، ص. 327؛ د. أحمد عبد الظاهر إبعاد الأجانب في التشريعات الجنائية العربية، مرجع سابق، ص. 59.

³ د. أحمد جاد منصور، مرجع سابق، ص. 276؛ د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص. 104-105.

على الدولة المرسل إليها بينما في تسليم المجرمين يتم تسليمهم إلى الدولة التي
تطلب تسليمه وليس له حق الاعتراض على ذلك .

5- الإبعاد والاعتقال:

يمكن تعريف الاعتقال بأنه سلب مؤقت للحرية ، تجر به السلطة الإدارية ويتوجه
إلى الحرية الشخصية لمواطن فيسلبها مؤقتاً دون أمر قضائي صادر من السلطة
القضائية المختصة¹، فهو جزء موضوعي توقعه السلطة التنفيذية على شخص
باعتباره حالة ينبعث منها الخطر لدرء شره عن المجتمع ومنعه من العبث بالأمن
والاسترسال في تهديده له ولو لم يسبق حكم جنائي عليه².

والاعتقال تدبير وقائي هدفه الحفاظ على النظام العام والأمن العام³ ومنع مصدر
التعدي والخطورة فهو في الأصل إجراء وقائي ويعد تدبيراً استثنائياً يبرره حالة
الضرورة ويفرض على شخص تتوفر حوله حالة الاشتباه والخطورة على الأمن
والنظام العام⁴، أما الإبعاد فهو إجراء يصدر من السلطة الإدارية في الدولة
تحقيقاً للمصالح العام أو درءاً لخطورة إجرامية أو حماية للنظام الاقتصادي للدولة.

المطلب الأول

حالات الإبعاد الإداري في ضوء أحكام القضاء

الأصل أن الدولة بحكم سيادتها على إقليمها لها الحق في اتخاذ ما تراه لازماً من
الوسائل للمحافظة على أمنها في الداخل والخارج وحماية مصالحها وصيانة
كيانها شعباً ومجتمعاً من كل ما يضره، ونتيجة لذلك فقد قام المشرع بحظر
دخول الأجانب البلاد والإقامة بها إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك.

¹ د. وجدي ثابت غبريال، التظلم من أوامر الاعتقال أمام محكمة أمن الدولة العليا طوارئ ، دار
النهضة العربية ، ص. 1.

د. صبري السنوسي، الاعتقال الإداري بين الحرية الشخصية ومقتضيات النظام العام ، 1996، ص.
11.

³ د. أحمد جاد منصور، الحماية القضائية لحقوق الإنسان- حرية التنقل والإقامة في القضاء الإداري
المصري ، مرجع سابق، ص. 169-170.

د. صبري السنوسي، مرجع سابق، ص. 77 وما بعدها. ⁴

وقد أعطى المشرع للدولة السلطة التقديرية الواسعة في بيان مناسبة إقامة أو دخول الأجنبي إلى أراضيها في حدود ما تراه متفقا مع الصالح العام ، فلا تلتزم بالسماح له بالدخول في أراضيها والإقامة عليها إلا إذا كانت تشريعاتها ترتب له حقا من هذا القبيل بحسب الأوضاع والشروط التي تقدرها ، ولا يحدها في هذا الشأن سوى أن يصدر قرارها بعيدا عن التعسف في استعمال السلطة أو الانحراف بها¹ .

وقد حاول المشرع المصري تحقيق الموازنة بين حق الأجانب في الإقامة داخل مصر اتفاقا مع المبادئ الدستورية والإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، والحق العام بالمحافظة علي الأمن العام والاستقرار داخل البلاد — ولذلك فقد حظر المشرع دخول وإقامة الأجانب في مصر إلا بعد الحصول علي ترخيص بالإقامة وألزمته بمغادرة البلاد حال إنهاء مده إقامته .

وتختلف حقوق الأجانب في الإقامة داخل البلاد وحسب نوع الإقامة ورخصت لوزير الداخلية بقرار منه إبعاد الأجانب عن البلاد وهي سلطة تقديرية تخضع لرقابة القضاء الإداري —

ولقد قام القضاء الإداري بوضع حالات متعددة لإبعاد الأجنبي عن إقليم الدولة ومن ضمن تلك الحالات : الإبعاد للمحافظة على النظام العام، والإبعاد للخطورة الإجرامية للشخص الأجنبي ، كذلك إبعاد الأجنبي الذي أهدر بألفاظ نابية كرامة

¹ قديما قرارات الإبعاد كانت من أعمال السيادة ، حكم مجلس الدولة في قضية KEIL أن قرار الإبعاد لا يناقش أمام مجلس الدولة باعتباره من أعمال السيادة، وتتخلص وقائع القضية في أن صدر قرار إبعاد ضد شخص أجنبي يعمل مهنة الصيدلة وطعن ضد القرار بالإلغاء والتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة سحب رخصة الصيدلة ، ورفض مجلس الدولة أن تمتد رقابته على هذا القرار على أساس أنه من القرارات التي لا يمكن مناقشتها أبدا أمامه ، ويمكن أن ينظر مجلس الدولة في طلب التعويض عن الضرر الواقع عن سحب ترخيص الصيدلية أما التعويض عن قرار الإبعاد فلا يتم التعويض عنه باعتبار أنه لا ينظر فيه لأنه تابع لقرار الإبعاد:

CE., 13/7/1923, KEIL, Rec.p.564; C.E, Yoout 1936, Rec.p.339.

د.أمل لطفي، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب — دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة حلوان، 2004، ص. 513؛ د. طارق فتح الله خضر، مرجع سابق ، ص. 142.

المواطنين وكذلك إذا كان هناك أشخاص غير مرغوب فيهم أو وجود حالات للضرورة القصوى أو المطلقة .

1- الإبعاد حفاظا علي النظام العام

يمكن القول في البداية أن المشرع الفرنسي و المصري لم يضعوا مفهومًا محددًا لفكرة النظام العام تاركًا هذه المسألة للفقهاء والقضاء، وقد حاول الفقه وضع تعريف للنظام العام فذهب البعض إلى أن النظام العام هو : مجموعة من القواعد القانونية التي تعتبر بالنظر إلي الأفكار الخاصة المقبولة في بلد ماسة بالمصالح الجوهرية لهذا البلد ولا يهتم بعد ذلك سواء تعلق الأمر بمصالح دينية أو خلقية أو سياسية أو اقتصادية¹.

ويعرفه البعض بأنه مجموعة المصالح الأساسية للمجتمع، والدعامات التي يقوم عليها بناء المجتمع وكيانه بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقرار عليها².

وقد عرفت محكمة النقض المصرية النظام العام بأنه : (تلك القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية للمجتمع وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى ولو حققت هذه الاتفاقات مصالح شخصية فردية)³.

وعناصر النظام العام وفقاً للمفهوم التقليدي للفقهاء هي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والآداب العامة.

وتختلف فكرة النظام العام في القانون العام عنه في القانون الخاص، ففي القانون الخاص تعتبر سبباً للمنع، ومثال ذلك ما نص عليه القانون المدني

¹ راجع في عرض هذا الرأي والتعليق عليه :د. أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 93.

² راجع في عرض هذا الرأي والتعليق عليه د. أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 106.

³ حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 23 فبراير 1980 ، مجموعة أحكام النقض، السنة 31، ص 53.

المصري في المدني في المادة رقم 130 على أن : (إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان باطلا)، أما فكرة النظام العام في مجال القانون الإداري فهي قد تظهر كقيد على حريات الأفراد أو على سلطات الإدارة فقد استقر القضاء الإداري المصري على جواز إبعاد الأجنبي حفاظا على النظام العام ومن ذلك حكمه في قضية تتلخص وقائعها في أنه :

([...] وحيث أنه عن الموضوع فإن المادة "25" من القانون رقم 89 لسنة 1960 في شأن دخول وإقامة الأجانب بأراضي الجمهورية العربية المتحدة والخروج منها تنص على أنه :- " لوزير الداخلية بقرار منه إبعاد الأجانب " وتنص المادة 26 من ذات القانون على أنه :- " لا يجوز إبعاد أجنبي من ذوى الإقامة الخاصة إلا إذا كان في وجوده ما يهدد أمن البلاد أو سلامتها في الداخل أوفى الخارج أو اقتصادها القومي أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو السكينة أو كان عاله على الدولة " .

وحيث إن مؤدى ما تقدم أن المشرع بعد أن قرر عدم جواز إبعاد الأجنبي من ذوى الإقامة الخاصة بيد أنه قرر في إفصاح جهير بجواز إبعاده وذلك إذا كان في وجوده ما يهدد أمن الدولة أو سلامتها سواء في الداخل أو في الخارج أو اقتصادها القومي أو ما يهدد النظام العام بمدلولاته الثلاثة وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة أو كان عاله على الدولة ، ويكون الإبعاد بقرار من وزير الداخلية .

وحيث إن قضاء هذه المحكمة استقر على أن للدولة حق إبعاد من ترى إبعاده من الأجانب غير المرغوب في بقائهم تأمينا لسلامة البلاد في الداخل أو الخارج وللمحافظة على الآداب العامة وحماية لأفراد شعبها ومجتمعها وذلك بمالها من حق السيادة على إقليمها بمراعاة أن يكون الإبعاد قائما على أسباب جدية تتعلق بالصالح العام .

وحيث إنه بتطبيق ما تقدم وكان الثابت من الأوراق أن زوجة المدعى قامت والمدعو (...) تونسي الجنسية و الذي قدم للبلاد لقضاء إجازة عيد الأضحى في ضيافتها بالتعدي على مساعد الشرطة (...) من قوة الإدارة العامة لشرطة السياحة والآثار بالضرب وإحداث إصابات به حال تواجد بمكان خدمته بفندق ماريوت أثر رفضها الالتزام بالتعليمات الأمنية الخاصة بضرورة المرور من خلال بوابة الكشف عن المعادن ، كما قامت المذكورة بالبطق على وجهه وتمزيق العلامة المميزة لشرطة السياحة ، وكانت تفوح منها رائحة المواد الكحولية وذلك ثابت بالمحضر رقم 2803 لسنة 2000 جنح قصر النيل وإذ صدر القرار المطعون فيه بترحيل المذكورة استنادا للوقائع السابقة ، ولما كانت هذه الوقائع تشكل بلا ريب تهديدا للنظام العام بمدلولاته الثلاث سالفة الذكر وتمثل خروجاً خارقاً على الآداب العامة ، ويجب أن يتحلى به الأجنبي في معاملته لشعب البلد المضيف له ، والحفاظ على آدابه العامة ، الأمر الذي يتعين معه إبعاد المذكورة خارج البلاد ، وإذ صدر القرار المطعون فيه بإبعادها فإنه يكون قد جاء قائماً على سبب الصحيح الذي يبرره في الواقع والقانون ، ومن ثم يتعين القضاء برفض طلب إلغائه¹.

أما في فرنسا فقد نصت المادة 23 من المرسوم بقانون رقم 45-2658 n° والمعدل بالمرسوم 97-24 n° والمرسوم 2004-1248 على أنه يمكن ترحيل الأجنبي الذي يشكل تهديداً جسيماً للنظام العام بشرط أن يتم استدعاء الأجنبي أمام لجنة الترحيل والتي نصت المادة الرابعة والعشرون من هذه المرسوم على كيفية تشكيلها وآلية عملها، فهي تشكل من رئيس المحكمة الابتدائية في المدينة التي يسكنها الأجنبي المبعد، وقاض معين من قبل الجمعية

¹ حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الدعوي رقم 9419 لسنة 54 ق ، الصادر بتاريخ 29 2002/1/

العامّة للمحكمة الابتدائية في مدينة المبعد ، وأيضا مستشار لدي الجهة الإدارية، ويكون المقرر هو رئيس دائرة الأجانب في المحافظة. ولا يجوز بأي حال من الأحوال مخالفة التشكيل السابق وإلا كان قرار اللجنة باطلاً، ومن الضمانات التي نص عليها هذا القانون أنه يجب أن توجه الدعوة إلى الأجنبي قبل خمسة عشر يوماً على الأقل من المثل أمام اللجنة حتي يستعد لإبداء دفاعه، ومن حقه الاستعانة بمتّرجم ومحام، أو أي شخص يختاره ليساعده في إبداء دفوعه أمام اللجنة المختصة بذلك¹.

¹ L'expulsion prévue à l'article 23 ne peut être prononcée que dans les conditions suivantes :

1° L'étranger doit en être préalablement avisé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ;

2° L'étranger est convoqué pour être entendu par une commission siégeant sur convocation du préfet et composée :

Du président du tribunal de grande instance du chef-lieu du département, ou d'un juge délégué par lui, président ;

D'un magistrat désigné par l'assemblée générale du tribunal de grande instance du chef-lieu du département ;

D'un conseiller du tribunal administratif.

Le chef du service des étrangers à la préfecture assure les fonctions de rapporteur ; le directeur départemental de l'action sanitaire et sociale ou son représentant est entendu par la commission ; ils n'assistent pas à la délibération de la commission.

La convocation, qui doit être remise à l'étranger quinze jours au moins avant la réunion de la commission, précise que celui-ci a le droit d'être assisté d'un conseil ou de toute personne de son choix et d'être entendu avec un interprète.

L'étranger peut demander le bénéfice de l'aide juridictionnelle dans les conditions prévues par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique. Cette faculté est indiquée dans la convocation. L'admission provisoire à l'aide juridictionnelle peut être prononcée par le président de la commission.

Les débats de la commission sont publics. Le président veille à l'ordre de la séance. Tout ce qu'il ordonne pour l'assurer doit être immédiatement exécuté. Devant la commission, l'étranger peut faire valoir toutes les raisons qui militent contre son expulsion. Un procès-verbal enregistrant les explications de l'étranger est transmis, avec l'avis motivé de la commission, à l'autorité administrative compétente pour statuer. L'avis de la commission est également communiqué à l'intéressé.

وجلسات لجنة الترحيل هي جلسات علنية إلا إذا طلب الأجنبي جعلها سرية، أو ارتأت لجنة الترحيل جعل الجلسات سرية.

وتصدر اللجنة قرارها النهائي في غضون شهر من تاريخ انعقاد أول جلسة، ومخالفة هذه المدة يترتب عليه بطلان قرار اللجنة، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار الترحيل نظرا لأن لجنة الترحيل أصدرت القرار بعد مضي أربعة أشهر كاملة¹.

ويعد قرار لجنة الترحيل استشارياً بالنسبة لجهة الإدارة فهي مجرد توصية للإدارة أن تأخذ بها أو أن تدعها إذا كان لديها مبررات قوية، ولكن إجراء العرض على لجنة الترحيل لإصدار توصية هو إجراء جوهري يترتب على مخالفته بطلان قرار الترحيل.

وبالنسبة للوضع في مصر تنص المادة 29 من القانون 89 لسنة 1960 على تشكيل لجنة الإبعاد والتي تتكون من : وكيل وزارة الداخلية رئيساً، وعضوية كل من : رئيس إدارة الفتوى والتشريع لوزارة الداخلية بمجلس الدولة، رئيس إدارة الفتوى والتشريع لوزارة الخارجية بمجلس الدولة ، مدير عام مصلحة الجوازات والهجرة الجنسية ، مدير الإدارة القنصلية بوزارة الخارجية .

يلاحظ ان الأجنبي لا يحضر اجتماعات اللجنة الخاصة بالإبعاد إلا إذا رأت اللجنة سماع أقواله ، وترفع اللجنة قرارها لوزير الداخلية لإصدار قراره في موضوع الإبعاد بالموافقة أو الرفض² وهذا يختلف بالقطع عن الوضع في فرنسا ، مما يحدونا القول إلى أن الضمانات التشريعية لحقوق الأجنبي بفرنسا هي الأفضل .

Décret n°97-24 du 13 janvier 1997 - art. 1 JORF 16 janvier 1997, Abrogé par Ordonnance 2004-1248 2004-11-24 art. 4 1° sous réserve art. 5 l JORF 25 novembre 2004 en vigueur le 1er mars 2005.

p. 115. int c/ Stas, Dalloz, 1989.¹ C.E, 11/12/1987, min نص المادة 11 من قرار وزير الداخلية رقم 21 لسنة 1960 في شأن تنفيذ أحكام القانون رقم 89 لسنة 1960²

نصت المادة 23 من المرسوم بقانون رقم 45-2658 n° على أنه يستثني ترحيل الأجنبي الذي يشكل تهديدًا جسيمًا للنظام العام فئات الأجانب الواردة في نص المادة 25 من المرسوم سالف الذكر والمعدل بالقانون Loi n°93-1027 ومنهم¹:

- الأجنبي القاصر الذي يقل عمره عن 18 عامًا.
- الأجنبي الذي يثبت أنه أقام في فرنسا بصورة طبيعية منذ بلوغه ست سنوات على أكثر تقدير .
- الأجنبي الذي يثبت بكل الوسائل أنه قد أقام في فرنسا بصورة طبيعية منذ أكثر من خمسة عشر عامًا، أو يقيم منذ عشر سنوات ويحمل بطاقة طالب .

¹ Ne peuvent faire l'objet d'un arrêté d'expulsion, en application de l'article 23 [*interdiction*] :

1° L'étranger mineur de dix-huit ans ;

2° L'étranger qui justifie par tous moyens résider en France habituellement depuis qu'il a atteint au plus l'âge de six ans ;

3° L'étranger qui justifie par tous moyens résider en France habituellement depuis plus de quinze ans ainsi que l'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de dix ans sauf s'il a été, pendant toute cette période, titulaire d'une carte de séjour temporaire portant la mention " étudiant " ;

4° L'étranger, marié depuis au moins un an avec un conjoint de nationalité française, à condition que la communauté de vie n'ait pas cessé et que le conjoint ait conservé la nationalité française ;

5° L'étranger qui est père ou mère d'un enfant français résidant en France, à la condition qu'il exerce, même partiellement, l'autorité parentale à l'égard de cet enfant ou qu'il subviennne effectivement à ses besoins ;

6° L'étranger titulaire d'une rente d'accident de travail ou de maladie professionnelle servie par un organisme français et dont le taux d'incapacité permanente est égal ou supérieur à 20 % .

Article 25 En savoir plus sur cet article, Modifié par Loi n°93-1027 du 24 août 1993 - art. 17 JORF, 29 août 1993.

- الأجنبي الذي يتزوج من فرنسية منذ سنة على الأقل، بشرط أن الحياة الزوجية تكون مستمرة بينهما.
- الأجنبي الذي يقيم في فرنسا وهو أب أو أم لطفل بشرط أن يمارس ولو جزئياً سلطة الأبوة أو الأمومة .
- الأجنبي الذي يستفيد من دخل ناجم عن حادث عمل داخل فرنسا، وأن يصل نسبة العجز لديه 20%.

2- الإبعاد لارتكاب جريمة جنائية

خلافًا لما هو عليه الحال في العديد من التشريعات المقارنة فقد جاء قانون العقوبات المصري خاليًا من النص على جزاء الإبعاد، وعلى الرغم من تعديل قانون العقوبات المصري بالقانون رقم 97 لسنة 1992 إلا أنه لم ينص على جزاء الإبعاد، ويكون الأمر بالتالي منوطاً بالجهة الإدارية التي يجوز لها أن تصدر قراراً إدارياً بإبعاد الأجنبي.

بينما نص قانون العقوبات الفرنسي على جزاء الإبعاد في حال ارتكاب بعض الجرائم، فوفقاً لقانون العقوبات الفرنسي في المادة 131-30 هناك حالات متعددة يتخذ القاضي فيها جزاء إبعاد الأجنبي عن الأراضي الفرنسية مثل ارتكاب الأجنبي جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال أو جرائم المخدرات أو جرائم التعدي على الدولة، والارهاب.

ويتخذ القاضي الجنائي الفرنسي أحد التدابير الآتية

مثل الإبعاد L'expulsion ، الاقتياد إلى الحدود reconduite à la frontière كذلك الحظر القضائي للإقامة في الأراضي الفرنسية l'interdiction judiciaire du territoire و تسليم المجرمين

¹ L'extradition

¹ J-CH MARTIN, Le contentieux administratif de l'exécution des peines d'interdiction judiciaire du territoire français ,Revue du droit public, n° 5 -

و القاضي الجنائي الفرنسي هو الذي يصدر حكمًا بالحظر القضائي للإقامة لكن يمكن له أن يطلب من السلطات الإدارية أن تضمن له التنفيذ الجبري لهذا الحكم . وهذا ما يميز تلك العقوبة عن غيرها ، فهناك - في تلك الحالة - ترابط بين قرارات السلطة القضائية والسلطات الإدارية¹ .

وعقب التعديلات الأخيرة والتي طالت قانون CESEDA الفرنسي ، علق الكثير من الفقهاء الفرنسيين على تلك التعديلات منتقدين ما جاء فيها من خلال كبير بحقوق الأجانب داخل الأراضي الفرنسية ، حتى إن البعض رأى أن التعديلات الخاصة بالقانون الجديد قد اضافت سهلت الإجراءات الخاصة بإبعاد الأجانب ، حيث أنه ووفقًا للتعديلات الجديدة ، فإن وزير الداخلية له أن يحث ويشجع المحافظين على أخذ مزيد من الفعالية لضمان تنفيذ قرارات الإبعاد² . والحالات التي يؤكد عليها القضاء لإصدار قرارات الإبعاد هي حالات الأجانب الذين يهددون النظام العام les étrangers qui menacent l'ordre public³ .

p. 1199; N. GUIMEZANES, Réflexions sur l'éloignement des étrangers du territoire français, Journal du droit international, 1996, I, pp. 69-82.

¹ L'interdiction judiciaire du territoire se distingue et présente un intérêt singulier du fait de l'articulation de décisions d'autorités judiciaires et d'autorités administratives : alors que c'est le juge pénal qui prononce l'interdiction du territoire , l'autorité administrative peut être requise d'en assurer l'exécution forcée]]

J- CH MARTIN, Le contentieux administratif de l'exécution des peines d'interdiction judiciaire du territoire français, Revue du droit public - 01/09/2006 - n° 5 - p. 1199.

² O. BOSKOVIC et S. CORNELOU et autres, Droit des étrangers et de la nationalité, Recueil Dalloz, 2018, p.313: (En attendant la prochaine énième loi qui facilitera encore un peu plus la lutte contre les étrangers en situation irrégulière, c'est par la voie réglementaire que le ministre de l'intérieur exhorte les préfets à davantage « de fermeté et d'efficacité pour assurer (leur) éloignement») (Circ. du 20/11/2017, NORINTV1730666J).

³ (Instr. 16/10/2017, NOR: INTK1701890J).

كما أن التعديلات الجديدة أوصت على وجه الخصوص في استبيان وتحديد الأجانب المقيمين إقامة غير شرعية في مراكز إقامة الطوارئ وذلك من أجل إصدار قرار بإبعادهم.

Il préconise notamment de détecter les étrangers en situation irrégulière présents dans les centres d'hébergement d'urgence afin de procéder à leur éloignement¹.

وفي تطور جديد لمسائل الإبعاد، أصدر المجلس الدستوري الفرنسي² في إحدى المسائل الأولية QPC الخاصة بحالات الإقامة الجبرية Assignations à résidence، شروطاً متعددة لحماية النظام العام في فرنسا sauvegarde de l'ordre public ضد الأجانب الذين يرتكبون جرائم تخل بالنظام العام في فرنسا، مع الأخذ في الاعتبار المخاطر التي ارتكبوها في بلدهم الأصلي . وعلى الصعيد المقارن، فقد أثار جزاء الإبعاد جدلاً فقهيًا ما بين مؤيد ومعارض لهذا التدبير، ولذلك فقد ألغى المشرع السويسري هذا الجزاء في عام 1971 ثم عاد وأقره بعد ذلك مرة ثانية بموجب التعديل الواردة في القانون الصادر في عام 2010 حيث حدث استفتاء شعبي على ذلك ووافقت الأغلبية على إقرار جزاء الإبعاد³، ومن أمثلة الجرائم التي تطبق جزاء الإبعاد على مرتكبيها، جرائم القتل والاعتصاب والسطو المسلح والاتجار في المخدرات، والاحتيال على القانون من أجل الحصول على الإعانات والتأمينات الاجتماعية.

ونص القانون بإبعاد الأجنبي المدان في هذه الجرائم ومنعه من دخول سويسرا لمدة تتراوح ما بين 5 إلى 15 سنة. وقد يصل إلى 20 سنة في حالة تكرار الجرم، ويكون الإبعاد وجوبي وتلقائي بمجرد الإدانة في أحد هذه الجرائم، وقد

¹ Circ. 2/12/2017, Nor; INTK1721274J).

² Cons.const., 1 /12/2017, n° 2017-274 QPC.

³ د/ أحمد عبد الظاهر، إبعاد الأجانب في التشريعات الجنائية العربية، مرجع سابق، ص 25.

أدخل المشرع السويسري تعديلا يعطي للقاضي سلطة تقديرية في إبعاد الأجنبي من عدمه¹.

وفي عام 2016 تم الاستفتاء على تعديل القانون مرة أخرى وجرى الاستفتاء على إبعاد الأجنبي تلقائيا إذا ما تمت إدانة في أي جريمة جنائية مثل المشاجرة أو جنح الضرب البسيط، لكن رفض الشعب هذا الاستفتاء، وقد صوت 59% ضد هذا الاستفتاء².

وعلى الرغم من خلو قانون العقوبات المصري من النص على جزاء الإبعاد كما سبق وأوضحنا إلا أن الجهة الإدارية تتدخل لإبعاد بعض الأجانب المدانين في أحد الجرائم الجنائية حفاظا على النظام العام للأمن القومي، ولذلك فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم لها إلي أن : ([...]) ومن حيث إن الثابت من أوراق الدعوى - أن المدعية (تونسية الجنسية) وتعمل راقصة شرقية وقد ألغت ترخيصها وقامت بتعديل نشاطها من راقصة إلى مطربة وأنه سبق ضبطها في القضية رقم 2003/2693 جنح العجوزة لمخالفتها لشروط عمل الأجانب وقضى فيها بجلسة 2003/7/7 بالغرامة وأنها تتردد على البلاد منذ عام 2001 ، وقد أفادت معلومات الجهة المدعى عليها - على الوجه المبين برد قطاع الشئون القانونية بوزارة الداخلية - بأن سمعتها سيئة وأنها تمكنت من خلق علاقات غير شرعية مع بعض أصحاب الملاهي والفنادق السياحية والتنقل بين الشقق المفروشة ، وأن الجهة الإدارية لم توافق على عمل المذكورة بأحد الملاهي مع اتخاذ الإجراءات اللازمة لإنهاء إقامتها وتكليفها بالسفر خارج البلاد حيث غادرت البلاد في 2004/10/11 إلى تونس وبتاريخ 2004/10/18 أدرج

¹ Ibrahim Soysüren, Penser l'expulsion des étrangers de Suisse à partir d'une étude de cas d'un jeune délinquant expulsé, Migrations Société, 2013/2 (N° 146).

² Les Suisses ont rejeté l'expulsion automatique des criminels étrangers, En savoir plus sur http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/02/29/les-suisses-ont-rejete-l-expulsion-automatique-des-criminels-etrangers_4873489_3214.html#w6sGe24H8GevwKUh.99

اسمها على قائمة منع دخول البلاد حفاظا على الآداب العامة وأخلاقيات المجتمع

ومن حيث إنه ولما كانت أحكام القانون المنظم دخول الأجانب إلى البلاد قد منح
الجهة الإدارية سلطة تقديرية واسعة في الإذن للأجانب بدخول البلاد وأنه قد قام
لديها من الأسباب والمعلومات ما يكفي لحمل القرار المطعون فيه على سببه ومن
ثم مشروعيته بحسبانها القوامة على المحافظة على الأمن العام والآداب العامة
ويقع على كاهلها مسئولية تحقيقه ما دام مسلكها قد خلا من إساءة استعمال
السلطة والذي يقع على المدعين إثباته باعتباره من العيوب القصدية وهو ما خلت
الأوراق من شيء منه ولا ينال من سلامة القرار المطعون فيه ما قدمه دفاع
المدعية من امتلاكها لشقة سكنية أو إلغاء قرار وزير القوى العاملة بشأن عمل
الأجانب بحسبان أن الأسباب التي قام عليها القرار المطعون فيه محلها خطورة
مسلك المدعية متوافرة في النيل من الآداب العامة على الوجه السالف بيانه.

ومن حيث إنه ولما كان الأمر كذلك - فإن طلب المدعية إلغاء القرار المطعون
فيه يكون غير قائم على سند من الواقع والقانون وتقضى المحكمة برفضه ¹ .

¹ وتخلص وقائع هذه القضية في أن المدعية أقامت الدعوى رقم 59/ 9211 ق بإيداع صحيحتها - قلم
كتاب المحكمة في 2005/1/2 ، وطلبت في ختامها الحكم بقبولها شكلا وبوقف تنفيذ وإلغاء قرار
وزير الداخلية بمنعها من دخول البلاد وإلزام الجهة الإدارية بالمصروفات ، وتنفيذ الحكم الصادر في
الشق العاجل بمسودته - دون إعلان .

وذكرت المدعية شرحا للدعوى : أنها تونسية الجنسية وصدر لها تأشيرة سياحة لدخول الاراضى
المصرية لمدة ثلاثة أشهر من القنصلية المصرية بتونس وبتاريخ 2004/11/11 وأثناء قدومها إلى
مصر وبعد أن تم التأشير لها على جواز سفرها بخاتم الدخول فوجنت بقوة من الشرطة تقوم باعتراضها
 واحتجازها لما يقرب من (24 ساعة) - دون أن تعلم لذلك سببا ، وبالإستفسار أخبرت بأن منع دخولها
 لأسباب أمنية رغم إنه سبق إقامتها بمصر أربعة أعوام ثم تم ترحيلها وإبعادها .

وتعت المدعية على القرار صدوره غير قائم على سبب يبرره ومشوبا بالتعسف في استعمال السلطة
ومن حيث إنه عن موضوع الدعوى - فإن المادة (16) من القرار بقانون رقم 1960/89 في شأن
دخول وإقامة الأجانب . تنص على أنه " يجب على كل أجنبي أن يكون حاصلا على ترخيص في
الإقامة وعليه أن يغادر أراضى الجمهورية . عند انتهاء مدة إقامته ما لم يكن قد حصل قبل ذلك على
ترخيص من وزارة الداخلية في مدد إقامته . "

وتنص المادة (23) من القانون سالف الذكر على أنه : -
لا يجوز للأجنبي الذي رخص له في الدخول أو في الإقامة لغرض معين أن يخالف هذا الغرض إلا بعد
الحصول على إذن بذلك من مدير عام مصلحة الهجرة والجوازات والجنسية. "
وتنص المادة (25) ذات القانون على أنه : - " لوزير الداخلية بقرار منه إبعاد الأجانب . "

3- الإبعاد لتوافر الخطورة الإجرامية

التساؤل المطروح هنا هو هل تعد الخطورة الإجرامية شرطاً أساسياً بموجبها يصدر قرار بإبعاد الأجنبي، كذلك ماهية نطاق الخطورة الإجرامية وحالاتها. تظهر هنا قضية تم صدور أمر جنائي بالغرامة الضئيلة نسبياً، ولكن المحكمة قدرت أن هذه الغرامة سبباً كافياً لاستصدار أمر بإبعاد الأجنبي.

الأمر الجنائي الصادر بالغرامة يعد سبباً كافياً للإبعاد بشرط توافر الخطورة الإجرامية

أكدت محكمة القضاء الإداري أن الأمر الجنائي الصادر بتغريم المدعي بمبلغ (10 جنيهات) فقط يكون كافياً لصحة قرار الإبعاد الصادر من الإدارة بشرط أن تكون هناك خطورة وعدم اطمئنان لسلوك المدعي، حيث أكدت على أنه: [...] ومن حيث إن الثابت بالأوراق أن المدعيين سوريان، وقد قررت وزارة الداخلية ترحيلهما خارج البلاد وإدراج اسميهما بالقرار المطعون فيه على قوائم الممنوعين من دخول البلاد بسبب اتهامهما في القضية رقم 4885 لسنة 2002 مخالفات (السابق قيدها برقم 15954 جنح مدينة نصر) بالاتجار وترويج مواد

وتنص المادة (13) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والذي تمت الموافقة عليه بقرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم 1981/536 على أنه: "يجوز إبعاد الأجنبي المقيم بصفة قانونية في إقليم دولة طرف في الاتفاقية الحالية فقط استناداً إلى قرار صادر طبقاً للقانون، ويسمح له، ما لم يتطلب أسباب اضطرارية تتعلق بالأمن الوطني غير ذلك، بتقديم أسبابه ضد هذا الإبعاد". ومن حيث إن الاستفادة مما تقدم أن المشرع قد نظم دخول الأجانب وإقامتهم داخل أراضي الجمهورية وكذلك خروجهم واعتبر الأجنبي هو كل من لا يحمل جنسية مصرية وحظر دخول الأجانب أو الخروج من الأراضي المصرية إلا بأذن ورخص لوزير الداخلية بقرار منه إعفاء رعايا بعض الدول بعد الحصول على تأشيرة أو حمل جواز سفر، وأوجب على كل أجنبي الحصول على ترخيص بالإقامة وبأخذ صورة من صورها الثلاث وهي

(الإقامة الخاصة والعادية والإقامة المؤقتة) وحدد المشرع لكل من طائفتي الإقامة الخاصة والعادية من حيث شروطهما والضمانات المقررة لحاملها، واعتبر الأجانب الذين لا ينطبق عليهم شروط الطائفتين من الأجانب ذوي الإقامة المؤقتة ورخص لمدير مصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية منح أفراد هذه الطائفة ترخيصاً بالإقامة لمدة سنة قابلة للتجديد وحرصاً من المشرع على المحافظة على اعتبارات المصلحة العامة والأمن القومي رخص لوزير الداخلية إبعاد الأجانب بقرار منه تأميناً لسلامة البلاد في الداخل والخارج وذلك استناداً إلى مبدأ سيادة الدولة على أراضيها والذي لا يتعارض تقريره مع أحكام القانون الدولي في هذا الصدد التي رخصت للدول المشتركة في العهد الدولي لحقوق الإنسان إبعاد الأجانب متى من كان مقيماً بصفة قانونية بقرار إداري يكون مستنداً إلى أحكام القانون الداخلي.

حكم محكمة القضاء الإداري في الدعويين رقم 9211 و 10041 لسنة 59 ق.ع، جلسة 12/26/2006.

دوائية - منشطات جنسية - دون أن يكون مرخصا لهما بذلك ، و التي أصدرت النيابة العامة فيها أمرا جنائيا تغريم كل منهما مبلغ عشرة جنيهاً ، وعليه فإن سلوك المدعين ينبئ عن عدم احترامهما قوانين البلاد وعدم الالتزام بها ، وهو ما يزرع الثقة فيهما والاطمئنان إليهما ، ويجعلهما غير مرغوب فيهما ، ومن ثم فلا تثريب على الجهة الإدارية إن قررت وضعهما بالقرار المطعون فيه على قوائم الممنوعين من دخول البلاد ، ولا يؤثر في ذلك ضالة الأمر الجنائي المشار إليه حيث إنه صدر من النيابة العامة مراعاة لصالح المدعين ومستقبل كل منهما .(

بينما في حكم آخر ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن الاتهام في قضية

جنائية لا يصلح سببا للإبعاد لأنه لا يشكل خطورة إجرامية

فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن التحريات لا تكفي لترحيل الأجنبي طالما أنه قد صدر حكما ببراءته وأوضحت المحكمة أنه : ([...]) ومن حيث إنه ولما كان الثابت من أوراق الدعوى أن المدعى المولود لأم مصرية قد حصل على إقامة مؤقتة تنتهي في 2004/4/15 وأن الجهة المدعى عليها قد أصدرت قرارا بترحيله إلى خارج البلاد لاتهامه في القضية رقم 20161 لسنة 2000 جنائيات مخدرات ، والتي حفظت في 2001/12/18 ، ويكون من ثم القرار المشار إليه (المطعون فيه) والذي صدر في 2000/12/22 غير قائم على سبب يبرره ، ولا يصححه ما استندت إليه من تحريات عن اتجاره في المخدرات ، ومن ثم خطورته على الأمن أو زوال سبب الإقامة في مصر لوفاة زوجته كما ورد في دفاع الجهة المدعى عليها - بحسبان أن مجرد التحريات المرسلة لا تصلح سببا لحرمان أحد الأفراد من حق كفله له القانون والمواثيق الدولية ، كما أن وفاة الأم لا تمثل سببا لترحيل المدعى من البلاد ومن ثم قطع أوصال علاقته بأهله وإخوته لأمه وبعمله الذي قدم دليلا على وجوده في داخل البلاد مقترنا بسكن ومحل إقامة معلوم لدى الجهة مصدرة القرار .

ومن حيث إنه ولما كان الأمر كذلك - فإن القرار المطعون فيه فيما تضمنه من ترحيل المدعى إلى خارج البلاد وإدراج اسمه على قوائم ممنوعين من دخول البلاد ومن ثم إلغاء الإقامة المؤقتة له يضحى مخالفاً للقانون وغير قائم على سبب مشروع يبرره خليفاً بالإلغاء)¹.

إمكانية ترحيل المدعى قبل المحاكمة نظراً لخطورته الإجرامية

استقر القضاء الإداري على أن الترخيص للأجنبي بالإقامة في مصر أو بمد إقامته فيها أو رفض المد بعد ذلك هو من المسائل التي تترخص فيها جهة الإدارة بسلطة تقديرية واسعة وفقاً لما تراه محققاً للصالح العام ومرد ذلك أن الدولة بحكم مالها من سيادة على إقليمها تتمتع بسلطة عامة في تقدير مناسبة إقامة أو عدم إقامة الأجنبي في أراضيها ، ولا تلتزم قانوناً بالسماح له بالدخول إليها ولا بمد إقامته بها إلا إذا كانت تشريعاتها ترتب له حقاً من هذا القبيل بحسب الأوضاع والشروط التي تقررها ، فإذا انتفى مثل هذا الحق وجب عليه مغادرة البلاد مهما تكن الأعدار والدوافع التي يتعلل بها حتى ولو لم يقيم به سبب يدل على خطورته على الأمن أو الآداب ، ذلك أن إقامته العارضة لا تعدو أن تكون صلة وقتية عابرة تقوم على مجرد التسامح الودي من جانب الدولة .

وقضت محكمة القضاء الإداري أن: ([...]) ومن حيث إنه ترتباً على ذلك ، ولما كان البين من ظاهر الأوراق أن المدعى ضبط يمارس الشذوذ الجنسي مع بعض الشباب في إحدى شقق الشباب بمدينة السلام بالقاهرة في تاريخ 2001/4/18 وعرض على النيابة العامة التي أمرت بحبسه لمدة أربعة أيام احتياطياً ثم أفرج عنه بكفالة مقدارها ألفى جنية الأمر الذي دعا وزير الداخلية إلى إصدار قراره - المطعون فيه - بترحيل المدعى إلى خارج البلاد وإدراج اسمه على قوائم ممنوعين من دخول البلاد ، وإن خلت

¹ حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الدعوي رقم 3760 لسنة 56 ق، الصادر في 2002/11/26.

الأوراق من ثمة دليل على وجود تعسف من قبل الإدارة في اتخاذ هذا الإجراء فإن القرار المطعون فيه يكون - بحسب الظاهر - قد صدر على نحو سليم وموافق لصحيح حكم القانون [...] ¹.

ومن الجرائم الخطرة و التي تيرر عقوب الابعاد في فرنسا : الادانة بالسجن 6 أشهر بسبب العمل في تسهيل البغاء ، وسبع سنوات أشغال شاقة لاغتصاب قاصر أقل من 15 سنة ²، الاجنبي الذي يرتكب عدة سرقات مسلحة والتعدي على حارس السجن ³، كذلك قضايا الاتجار بالمخدرات تعتبر من الجرائم التي تتبىء بوجود خطورة إجرامية ، ففي قضية BELHOCINE أقر مجلس الدولة قرار الترحيل معللا ذلك بالضرورة الملحة لاعتبارات الأمن القومي ، وقضى مجلس الدولة أن : (الشخص الأجنبي المدان قد أدين بعقوبة السجن بسبب الاتجار في المخدرات ، ورأي المفوض من قبل وزير الداخلية بحفظ الأمن بابعاد هذا الشخص هو ضرورة ملحة من أجل حفظ الأمن العام ، وأن رأي المفوض لا يوجد به أي خطأ في التقدير، كما أن المدان كان على وشك الخروج من السجن، فقد كان لاصدار قرار الترحيل بتاريخ 1986/8/8 طابع الاستعجال.) ⁴.

¹ ففي قضية تتلخص وقائعها بأن المدعى - شرحا لطلباته - أنه سوري الجنسية ويقوم في مصر إقامة دائمة مع باقي أفراد أسرته منذ عام 1975 حيث اتخذوا مصر وطناً لهم وزاولوا فيها أعمالهم وتملكوا العقارات وتزوج أشقائه وشقيقاته من مصريين وبموجب ذلك منح المدعى إقامة مؤقتة بالبلاد تتجدد سنويا وتنتهي آخر تصريح بالإقامة في 2002/1/15 ، إلا إنه في 2001/4/18 أقحم اسمه في القضية رقم 9069 لسنة 2001 جنح السلام والمحرة بمعرفة الإدارة العامة لمكافحة جرائم الآداب حيث اتهمته بممارسة الفجور مع بعض الأفراد في حين أن المدعى ضبط خارج الشقة التي وقعت فيها الجريمة وهي ليست من حالات التلبس كما تم ضبطه قبل صدور إذن النيابة والتي أصدرت قرارها بحبسه أربعة أيام على ذمة التحقيق ثم أصدر قاضي المعارضات قراره بإخلاء سبيله بالضمان المالي ، وخلال هذه الفترة صدر قرار وزير الداخلية بترحيله إلى خارج البلاد وإدراج اسمه على قوائم الممنوعين من الدخول ، ويعني المدعى على هذا القرار مخالفته للقانون وصدوره مشوبا بعبع الانحراف بالسلطة ، وانتهى إلى طلباته المتقدمة.....

حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الدعوي رقم 6764 لسنة 55 في الدعوي ، بتاريخ 2001/8/28.

² C.E.21/2/1997, Alves Goncalves, Req.n°159613.

³ C.A.A.Marseille, 8/3/1999, Malki, Req.n°97MA01034.

⁴ C.E.22/3/1991, BELHOCINE, Req.n°90943.

وفي هذا الصدد أيضاً أنظر:

C.E.22/9/1997, ELBARKIOUI, Req.n° 168243; C.E.17/6/1996, BOUSLAH, Req.n° 171242.

ومن حالات الخطورة الإجرامية أيضاً اشتراك الأجنبي في النشاطات الإرهابية، فمن الضرورات الملحة لابعاد الأجنبي، ضلوعه بتلك الأعمال الإرهابية، ففي قضية ARRAZOLA¹ صدر قرار وزير الداخلية الفرنسي بإبعاد السيدة ARRAZOLA من فرنسا بتاريخ 1984/1/9، فعلى إثر تصاعد الأحداث الارهابية عام 1983 والصادرة من مجموعات مسلحة بالقرب من الحدود الفرنسية الأسبانية، والتي أدت إلى اضطرابات هددت النظام العام بفرنسا، وثبت ضلوع السيدة ARRAZOLA مع هذه الجماعات، مما حدا بوزير الداخلية الفرنسي إلى إصدار قرار لابعادها بتاريخ 1984/1/9، وتم الطعن على هذا القرار أمام مجلس الدولة الفرنسي بدعوى أن وزير الداخلية الفرنسي قد أخطأ بإصداره قرار الابعاد وذلك لعدم تقديره للظروف المحيطة بالواقعة، إلا أن قرار مجلس الدولة الفرنسي قد أكد على صحة قرار وزير الداخلية لوجود استمرارية للعلاقة بين السيدة المدانة وهذه الجماعات بصورة لا يساورها شك، كما أن قرار الترحيل والذي اتسم بصفة الاستعجال بصرف النظر عن كيقية إبلاغها بهذا القرار جاء صحيحاً، لأن وجود ARRAZOLA على الأراض الفرنسية يشكل تهديداً على الأمن العام، ولم يثبت عدم الوجود المادي لهذه الوقائع أو خطئها، كما لم يثبت ارتكاب وزير الداخلية الفرنسي أي خطأ في تقدير الظروف المحيطة بالقضية عندما قرر وجود الضرورة الملحة في ابعاد السيدة حفاظاً على الأمن العام.²

4- الإبعاد لامتهان الأجنبي لكرامة الشعب الذي يستضيفه بقول أو فعل يخذش

الحياء والكبرياء الوطني

¹C.E., 18/10/1991, min.int. c/ARRAZOLA, Req.n°91521.

² وفي هذا الصدد قضايا كثيرة أنظر منها :

C.E., 28/7/1989, min.int. c/ Jafari MAMEGHANI, Req.n°92720; C.E., 8/9/1997, Sahin, Req.n°169990.

انظر أيضاً: د. عصام نعمة اسماعيل، ترحيل الاجانب، مرجع سابق، ص. 185 وما بعدها.

قامت محكمة القضاء الإداري المصري بالتأكيد على مبدأ أهمية الحفاظ على كرامة الشعب المصري من خلال وجوب احترام الأجنبي للشعب وللوطن الذي يقيم عليه وإلا فإن قرار الإبعاد يطبق على هذا الأجنبي إذا ما تم إثبات أن هناك تعد واضح بالقول والفعل على أحد المواطنين، واعتبرت المحكمة أن سب الأجنبية لأحد المواطنين وسبها للنساء المصريات من الأسباب الكفيلة بإبعادها عن الأراضي المصرية .

فقد قضت محكمة القضاء الإداري أن : (ومن حيث إن الثابت من أوراق الدعوى - أنه أثناء تواجد كل من المدعية الأولى والمدعى عليها الثالثة فى 1999/7/20 بإحدى الحفلات الخاصة بمدينة الإسكندرية ، تعدت الأخيرة وهى (سورية الجنسية من أصل فلسطيني) ، على المدعية الأولى بالضرب والسب فى ألفاظ تعدت المعتدى عليها وإنما امتدت إلى جميع المصريات ، وبجلسة 2003/3/25 قضت محكمة جناح الدخيلة بتغريم المدعى عليها الثالثة بمبلغ خمسة آلاف جنيهه وبإلزامها بأن تؤدى للمدعية مبلغ 201 ج كتعويض مؤقت ومثله لباقي المدعين ، وقد خلت أوراق الدعوى مما يفيد أن هذا الحكم قد تم الطعن عليه .

ومن حيث إن ما نسب للمدعى عليها الثالثة من سب وقذف للنساء المصريات اللاتي شاركن في بناء المجتمع العربي كأهيات فضليات ومعلمات امتد أثر دورهم الرائد إلى خارج مصر في البلاد العربية والإسلامية ، وهذا الفعل يمثل جريمة جنائية أتمها الحكم الجنائي فضلا على أنه جريمة أخلاقية تلفظها الأخلاق العربية الأصيلة في مصر والبلد الذي تنتمي إليه المذكورة.¹ .

5- إبعاد ومنع دخول الأشخاص غير المرغوب فيهم

¹ حكم محكمة القضاء الإداري الدعوى 9525 لسنة 54 ق.

للدولة إبعاد من ترى إبعاده من الأجانب غير المرغوب في بقائهم دفعا لخطرهم وتأميننا لسلامته، كما أن لها الحق في تقدير ما يعتبر ضارا بشؤونها الداخلية والخارجية ، وما لا يعتبر كذلك، ومن حقها اتخاذ الإجراءات المناسبة في كل حالة مع مراعاة أن وزن مناسبات قرار الإبعاد أو مدى خطورة الشخص مما يدخل في نطاق الملاءمة التقديرية التي تملكها الجهة الإدارية وتتفرد بها بلا معقب عليها طالما كان القرار مستوفيا للإجراءات التي يتطلبها القانون ومستندا على أسباب جدية.

وقد أكدت المحكمة أنه: ([...]) ومن حيث إن المستقر عليه أن للدولة إبعاد من ترى إبعاده من الأجانب غير المرغوب في بقائهم دفعا لخطرهم وتأميننا لسلامتها ، كما أن لها الحق في تقدير ما يعتبر ضارا بشؤونها الداخلية والخارجية ، وما لا يعتبر كذلك ، ومن حقها اتخاذ الإجراءات المناسبة في كل حالة مع مراعاة أن وزن مناسبات قرار الإبعاد أو مدى خطورة الشخص مما يدخل في نطاق الملاءمة التقديرية التي تملكها الجهة الإدارية وتتفرد بها بلا معقب عليها طالما كان القرار مستوفيا للإجراءات التي يتطلبها القانون ومستندا على أسباب جدية مستمدة من أصول ثابتة في الأوراق وذلك استهدافا للمصلحة العامة .

ومن حيث إن الثابت من الأوراق ومن كتاب جهات الأمن المختصة المرفق بحافظة المستندات المقدمة من الجهة الإدارية بجلسة 1998/10/20 ، أن المدعى من العناصر الفلسطينية المعروف عنها عمالتها لأجهزة الأمن الإسرائيلية في مجال جمع المعلومات ، كما أنه معروف عنه نشاطه في مجال الاتجار في المخدرات ، ولم ينف المدعى ذلك أو يقدم ما يدحض هذا القول ، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه بإدراج اسم المدعى على قوائم ممنوعين من دخول البلاد يكون قد صدر سليما وقائما على السبب المبرر له قانونا¹.

¹ أوضح المدعى (فلسطيني الجنسية)، أنه كان من بين المقيمين على أراضي جمهورية مصر العربية ، ويتردد عليها ذهابا وإيابا ويباشر أنشطة تجارية داخل الدولة ، وأنه حسن السير والسلوك ، وفي إحدى سفرياته وأثناء عودته إلى مصر تم منعه من دخول البلاد دون أسباب ، وأن له متعلقات شخصية وأموال

6- جواز ابعاد الأجنبية المتزوجة من مصري الجنسية بقصد الحصول على

الإقامة :

لما كانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع ولقد حوت أحكام الشريعة ومبادئها السامية علي مبدأ لم شمل الأسرة وإعلاء لشأن الزواج ، وتعتبر ظاهرة الزواج بقصد الحصول على الإقامة من الظواهر السلبية التي تتنافى مع التكريم الإسلامي العظيم لرابطة الزواج باعتباره سكن ووسيلة مشروعة لبناء الأسرة المسلمة ، والقضاء على هذه الظاهرة تحتم على كافة سلطات الدولة العمل على وأدائها سواء بالتشريعات أو باستخدام أسلوب الضبط الإداري على وجه يدرأ عن البلاد فساد محتوم وإهدار مؤكد لقيم ومبادئ المجتمع .

وفي القانون المقارن، نلاحظ أن القانون الفرنسي قد وضع مجموعة من الضوابط الهامة لاكتساب الجنسية بالزواج ومنها : أن يكون الزوج أو الزوجة الحامل أو الحاملة للجنسية الفرنسية متمسك بجنسيته الفرنسية ولم يقدم أي طلب للتنازل عن الجنسية الفرنسية من أجل الحصول على جنسية أخرى.

- أن تستمر العلاقة الزوجية لمدة زمنية لا تقل عن سنتين بشرط الإقامة في فرنسا، أو ثلاث سنوات في حال غادر الزوج مضطرا الأراضي الفرنسية.

- أن يكون طالب الجنسية "حسن السمعة" أي أنه لم يفعل شيئا يعرضه للترحيل أو الطرد من قبل السلطات الفرنسية أو قام بفعل خارج للقانون منعه من حق الإقامة في فرنسا، وأن لا يكون قد صدر ضده حكما قضائيا في جنحة تزيد عقوبتها عن ستة أشهر¹.

طائفة وتجارة غلت يده عنها ، وفي ذلك مساس بمصالحه وأضرار به ومساس بشعوره وما لديه من إحساس بأن وطنه الثاني

حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في دعوى رقم 7733 لسنة 52 ق ، بتاريخ 2002/4/30.
¹Voir: LOI n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

- أن يكون الشخص الحاصل على الجنسية الفرنسية قد دخل إلى الأراضي الفرنسية بطريقة مشروعة وقانونية.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها على أن: (الأجنبي الذي يعقد زواجاً صورياً لكي يتمسك بصفته زوجاً لمواطنة فرنسية يكون قد ارتكب جريمة الحصول على سند مزور *prise de fause* ويعاقب على هذا الجرم ويكون هذا سبباً لإصدار قرار بمنعه من الإقامة استناداً إلى جسامه الجرم المرتكب، وفقاً للقانون الصادر في 1998/5/11¹.

وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصري بجواز إبعاد الأجنبية المتزوجة من مصري من البلاد إذا كان الزواج لم يقصد منه سوى الحصول على الإقامة، ففي قضية تتلخص وقائعها في أن: ([...] المدعية كانت تقيم في مصر وسبق اتهامها في قضية جنائية وتم ترحيلها إلى بلادها (المغرب) ، وصدر قرار بمنع دخولها إلى البلاد ، وأنها تزوجت من المدعو (...) مصري الجنسية، بصحيح العقد الشرعي المؤرخ 2000/9/19 والموثق بالسفارة المصرية بدولة الإمارات المتحدة.

ونعت المدعية على قرار الإبعاد لكونه مخالفاً للدستور والقانون ويحق لها دخول البلاد حيث إنها متزوجة من مصري .

وأكدت المحكمة: (ومن حيث إنه عن موضوع الدعوى فإن المادة (16) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 89 / 1960 في شأن دخول وإقامة الأجانب بأرض الجمهورية . والخروج منها تنص على أن : -

الأجانب ذوو الإقامة المؤقتة هم الذين تتوافر فيهم الشروط السابقة ويجوز بقرار من مدير مصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية منح أفراد هذه الفئة ترخيصاً في الإقامة مدة أقصاها سنة قابلة للتجديد .

¹ راجع: د. عصام نعمة إسماعيل، مرجع سابق ، ص. 131-132.

ومع ذلك يجوز بقرار من وزير الداخلية منح الترخيص فى الإقامة لمدة أقصاها خمس سنوات قابلة للتجديد وفقا للشروط والأوضاع التى يصدر بها قرار منه .
وتنص المادة (25) من القانون سالف الذكر على أن لوزير الداخلية بقرار منه إبعاد الأجانب .

وتنص المادة (31) منه على أنه : -

لا يسمح للأجنىب الذى سبق إبعاده إلى أراضى جمهورية ، إلا بإذن من وزير الداخلية .

وتنص المادة (1) من قرار وزير الداخلية رقم 8180 لسنة 1996 بتنظيم إقامة الأجانب بأراضى جمهورية مصر العربية على أن يكون الترخيص فى الإقامة المؤقتة لمدة خمس سنوات للأجانب من الفئات الآتية : -
1 -6 - زوجات وأرامل المصري.

ومن حيث إن المستفاد مما تقدم أن المشرع قد نظم حق الأجانب فى الإقامة داخل جمهورية مصر العربية على وجه يضمن التوفيق بين اعتبارين واجب صون أمن المجتمع السياسى والاقتصادى والاجتماعى بما يحفظ للوطن أمنه وسلامته ، وما تضمنته أحكام الإعلان العالمى لحقوق الإنسان والعهد الدولى بالحقوق المدنية والسياسية من حقوق الأفراد فى التنقل والإقامة خارج أوطانهم ، ولتحقيق ذلك الغرض التشريعى استوجب المشرع حصول الأجنبى على ترخيص بالإقامة مع تقرير واجب مغادرته عند انتهاء مدة الإقامة ، وقسم الأجانب من حيث الإقامة إلى ثلاث فئات (ذوى الإقامة الخاصة / الإقامة العادية / الإقامة المؤقتة) واعتبر ذوى الإقامة المؤقتة كل من لا يتوافر فيهم شروط الإقامة الخاصة والعادية ، وقد تناول قرار وزير الداخلية رقم 8180 لسنة 1996 حالات وشروط الترخيص بالإقامة المؤقتة ومنهم زوجات وأرامل المصري الجنسية - ومدة الإقامة لهن خمس سنوات يجوز تجديدها .

[...] ومن حيث إنه ولما كان الثابت من أوراق الدعوى أن المدعية (مغربية الجنسية) سبق ضبطها في القضية رقم 9562 جنح الدقي لسنة 1994 " دعارة " وإدراج اسمها على قوائم منع دخولها البلاد وتم ترحيلها خارج البلاد ، وتقدمت عام 1995 بطلب لمنحها الإقامة الثلاثية لكونها زوجة المصري / وبالتحري لم يستدل عليها بعنوان زوجها بينما يقيم مع أخرى مغربية بإحدى الشقق المفروشة بعمارة برج الفيروز شارع 26 يوليو ، وتم ضبطهما وتبين استغلالهما الشقة المذكورة في أعمال منافية للأداب وتم ترحيل المدعية ، وإذا عاودن المدعية طلبها مستنده إلى زواجها من المواطن المصري / والمقيم حاليا بدولة الإمارات المتحدة .

ومن حيث إنه ولما كان المستقر - فى يقين المحكمة - في ضوء مستندات الدعوى - إن المدعية تتخذ من الزواج بمصريين ستارا للحصول على إقامة غير شرعية بالبلاد تمكثها من ممارسة جرائم مخلة بالشرف تتال من أمن المجتمع المصري واستقراره ، ويكون معه القرار المطعون فيه قائما على سبب صحيح يبرره ولا ينال من صحته وسلامته ما ورد فى دفاع المدعية - من أن المدعية تزوجت زواجا شرعيا من مصري ثابت إقامته حتى صدر الحكم فى دولة الإمارات المتحدة و لذلك حكمت المحكمة برفض الدعوى¹.

7- إبعاد الأجنبي لانتهاؤ مدة الإقامة

الأصل أن يتم إبعاد كل أجنبي انتهت مدة إقامته ، ولم يطلب تجديد لها ، فالمادة (16) من القرار بقانون رقم 89 لسنة 1960 فى شأن دخول وإقامة الأجانب (مستبدلة بالقانون رقم 88 لسنة 2005) تنص على أن : (على كل أجنبي مقيم

¹ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 3642 لسنة 55 ق ، الصادر بتاريخ 2003/5/27.

بجمهورية مصر العربية أن يكون حاصلًا على ترخيص بإقامته بها وعليه أن يغادرها حال انتهاء إقامته .)

وقد أيدت محكمة القضاء الإداري المصري ذلك في أكثر من قضية ومنها: ([...]) ومن حيث إن المستفاد مما تقدم أن المشرع قد نظم دخول وإقامة الأجانب إلى البلاد على وجه يتحقق به الجهة الشخصية من الإقامة والمحافظة على الأمن العام وأوجه المصلحة العامة ، وقد حدد المشرع حالات إقامة الأجانب داخل البلاد بثلاث (إقامة خاطئة ، إقامة عادية ، إقامة مؤقتة) وتم حصر وتحديد الأجانب ذوى الإقامة الخاصة والعادية ومدد الإقامة ، واعتبر المشرع من لا يتوافر فيهم شروط الإقامة لأي من الحالتين المشار إليهما - من ذوى الإقامة المؤقتة - ويتم الترخيص لهم بالإقامة المؤقتة إما بقرار من مدير مصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية ولمده أقصاها سنة قابلة للتجديد أو وفقا لقواعد عامة يصدر بها قرار من وزير الداخلية ولمدة أقصاها خمس سنوات قابلة للتجديد ، ولا ريب أن رقابة القضاء لمشروعية منح ترخيص إقامة مؤقتة للأجنبي تستلزم البحث في مبررات منحه حال صدوره طبقا لحكم الفقرة الأولى من المادة (20) من القانون رقم 89 لسنة 1960 وفى مبررات المنح وتوافر شروطه في ضوء ما ورد بقرار وزير الداخلية رقم 8180 لسنة 1996 إذا كان طلب منح الأجنبي الإقامة المؤقتة مستندا إلى الفقرة الثانية من المادة (20) سالفه الذكر ([...])¹.

8- الأبعاد في حالات الضرورة القصوى

نصت المادة L.522-1 من قانون دخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء الفرنسي CESEDA² الصادر في 2016/7/6 على مجموعة من الضمانات للأجنبي المدان ، منها أنه يجب أن يتم استدعاء الأجنبي لسماع أقواله قبل إصدار قرار

¹ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 6852 لسنة 55 ق ، الصادر بتاريخ 2001/12/11.

² Code de l'Entrée et du Séjour des Etrangers et du droit d'Asile.

بإبعاده ، وهناك حالات استثنائية تظهر فيها الضرورة القصوى Urgence Absolue التي يمكن فيها إبعاد الأجنبي المدان دون سماع أقواله .
ولقد صدر حديثاً حكم المجلس الدستوري الفرنسي¹ في مسألة أولية دستورية QPC² فوقاً للمادة L.522-1 ، والتي تنص كما ذكرنا على أنه من حيث المبدأ لا يمكن إصدار حكم بإبعاد شخص أجنبي إلا بعد أن يتم استدعاه من الجهة الإدارية أولاً للاستماع لأقواله ، وبحالة استثنائية ، يمكن إصدار الحكم دون سماع أقواله في حالة الضرورة القصوى³ .

وفي قضية تتلخص وقائعها في أن أحد الأفراد طالب بإلغاء قرار استبعاده من فرنسا المستند إلي نص المادة سالفة الذكر وأثناء نظر الدعوي دفع بعدم دستورية نص هذه المادة مستنداً (لعمومية لفظ الضرورة القصوى) .

وقد صدر حكم المجلس الدستوري الفرنسي⁴ مؤكداً أن تلك المادة والاستثناءات الواردة عليها لا يمكن بحال من الأحوال أن تنتهك من حق الأجنبي في اللجوء للقضاء للطعن على قرار الإبعاد ، وكذلك تلك المادة لا تنتهك الحق في حياة الأجنبي الخاصة فيمكن استدعاؤه والتحدث معه قبل إصدار قرار الإبعاد ويمكن في حالات الضرورة القصوى ان يصدر القرار دون الحاجة لاستدعائه .

Le Conseil constitutionnel a jugé que ces dispositions ne méconnaissent ni le droit à un recours juridictionnel effectif ni le droit au respect de la vie privée.

وأشار المجلس الدستوري الفرنسي إلى عدة نقاط رئيسة في هذا النطاق:

¹ Cons. const., 5/10/ 2016, n° 2016, p.580, QPC. n° 2016-580. Nabil F.
² لمزيد من التفصيل عن المسألة الأولية الدستورية راجع : د. علاء محي الدين مصطفى، حق الأفراد في اللجوء للمجلس الدستوري الفرنسي في ضوء دستور 1958 و تعديلاته في 2008، العدد 61، يناير 2015 بمجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

³ La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 40, 10 Octobre 2016, act. 752.

⁴ Cons. const., 5/10/ 2016, QPC. n° 2016, op.cit., p.580,

أولاً أن المادة 1-522.L من قانون دخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء تؤكد على تطبيق الضرورة القصوى حينما يوجد تهديد حال ، وذلك بإصدار قرار بإبعاد الشخص الأجنبي حماية للنظام العام¹ .

ثانياً : إن المجلس الدستوري أشار أن تلك المادة لا تحرم الأجنبي من إمكانية الطعن على قرار الإبعاد أمام القاضي الإداري ، خاصة أمام قاضي الحريات المستعجل Le juge de réfères ، والذي بدوره يمكنه وقف التنفيذ المؤقت لقرار الإبعاد suspendre l'exécution de la mesure d'expulsion أو يمكن للقاضي أيضاً الأمر باتخاذ كافة الإجراءات والتدابير لحماية الحريات الأساسية La sauvegarde d'une liberté fondamentale² .

ثالثاً: كما أنه وفقاً للمادتين L. 513-2 et L. 523-2 من قانون CESEDA³ فإنه يمكن للقاضي الإداري أن لا يطبق هذا القرار إذا وجد أن البلد التي سيرسل إليها الأجنبي تمثل خطراً على حياته.

¹ (Le Conseil Constitutionnel a relevé, en premier lieu, que l'urgence absolue répond à la nécessité de pouvoir, en cas de menace immédiate, éloigner du territoire national un étranger au nom d'exigences impérieuses de l'ordre public.).

² En deuxième lieu, les dispositions contestées ne privent pas l'intéressé de la possibilité d'exercer un recours contre la décision d'expulsion devant le juge administratif, notamment devant le juge des référés qui peut suspendre l'exécution de la mesure d'expulsion ou ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale.

³ Article L523-2: (Le pays de renvoi d'un étranger faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion est déterminé dans les conditions prévues à l'article L. 513-2.); l'article L. 513-2.) Modifié par LOI n°2016-274 du 7 mars 2016

: (L'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement est éloigné :

1° A destination du pays dont il a la nationalité, sauf si l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou la Cour nationale du droit d'asile lui a reconnu le statut de réfugié ou lui a accordé le bénéfice de la protection subsidiaire ou s'il n'a pas encore été statué sur sa demande d'asile ;

2° Ou, en application d'un accord ou arrangement de réadmission communautaire ou bilatéral, à destination du pays qui lui a délivré un document de voyage en cours de validité ;

المطلب الثاني

الضمانات التشريعية والقضائية للإبعاد الإداري

أولت الاتفاقيات الدولية اهتمامًا خاصًا بالضمانات المتعلقة بإقامة الأجانب فقد نصت المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أن لكل إنسان حق التمتع بحرية التنقل وحرية اختيار مكان إقامته.

كما سبق أن قررت لجنة حقوق الأجانب بالجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها 56 عام 2004 ادراج موضوع طرد أو إبعاد الأجانب في برنامج عملها ومن الدورة 57 (عام 2005) إلى الدورة 64 عام 2012 ، تلقت اللجنة ويبحث 8 تقارير عن هذا الموضوع - وفي الدورة 64 عام 2012 إعتمدت اللجنة مجموعة من المشروعات للمواد المتعلقة بطرد الأجانب مع التعليقات عليها¹.

ولحماية حقوق الأجانب الخاضعين للطرد قامت لجنة حقوق الأجانب بوضع مشروع قانون دولي لحمايتهم وكان أهم ما جاء به إدراج بعض المواد الخاصة بإحترام حقوق الأجانب وتقنين الإبعاد ، ومثال على ذلك : مشروع للمادة 13 والخاصة بالالتزام باحترام الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان للأجانب الخاضعين للطرد وحظر التمييز وإعطاء حماية للأشخاص المستضعفين من النساء و الأطفال ومشروع للمادة 16 الخاصة بحماية الأجنبي الخاضع للإبعاد وحماية حياته ، ومشروع للمادة 17 والخاصة بحظر التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية .

3° Ou, avec son accord, à destination d'un autre pays dans lequel il est légalement admissible.

Un étranger ne peut être éloigné à destination d'un pays s'il établit que sa vie ou sa liberté y sont menacées ou qu'il y est exposé à des traitements contraires aux stipulations de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

¹ الوثائق الرسمية للجمعية العامة الدورة 67 ، الملحق رقم 10 (10/A67) الفقرات من 41 إلى 43 .

ومشروع للمادة 18 الخاص باحترام الحق في الحياة الأسرية ، ومشروع للمادة 23 الخاص بالالتزام بعدم طرد أجنبي إلى دولة تكون حياته فيها معرضة للخطر بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غيره من الأصل القومي أو الإثني أو الإجتماعي أو الثروة أو النسب أو أي وضع آخر .

وقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها إعلان حقوق الأجنبي في عام 1985 وجاء في نص المادة الخامسة منه على حقوق الأجنبي ومنها الحق في الحياة الآمنة، ولا يتعرض الأجنبي للحبس إلا وفقاً للقانون، وله الحق في حماية حياته الأسرية والحفاظ خصوصياته، وغير ذلك .

وتطبيقاً لما جاء في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية للحفاظ على حقوق الأجنبي ، جاءت النصوص التشريعية والأحكام القضائية في مصر وفرنسا متوافقة مع تلك المبادئ والأعراف الدولية ، وفيما يلي سنعرض لأهم الضمانات الخاصة بالأجنبي المبعد وفقاً للتشريعات والأحكام القضائية المصرية والفرنسية .

1- مبدأ عدم جواز إبعاد المواطن

الإبعاد هو تدبير موجه ضد الأجنبي، ولا يتم توجيهه مطلقاً إلى المواطن ، و هناك ثمة ارتباط بين تدبير الإبعاد وبين صفة الأجنبي فلا يمكن تطبيق الإبعاد إلا للأجنبي ، ومبدأ المساواة أمام القانون لا يتعارض في وجوده مع مبدأ التفرقة بين المواطنين وغير المواطنين ، وقد استقر الرأي في فرنسا على أن اختلاف المراكز القانونية القائمة على اختلاف الجنسية يبرر إعطاء معاملة مختلفة للأجانب عن المعاملة المقررة للمواطنين¹ .

وتنص الفقرة الثانية من المادة 62 من دستور مصر لعام 2014 على أن : (ولا يجوز إبعاد أي مواطن عن إقليم الدولة ولا منعه من العودة إليه) .

¹ د. أحمد فتحي سرور، مبدأ المساواة أمام القضاء الدستوري، مجلة الدستورية ، السنة الأولى ، العدد الثاني، إبريل 2003، ص.6؛ د. أحمد عبد الظاهر، إبعاد الأجانب في التشريعات الجنائية العربية، مرجع سابق، ص.75.

وأيدت محكمة القضاء الإداري في مصر مبدأ حظر إبعاد المواطنين ، أكدت المحكمة على أنه لا يمكن إبعاد المصري عن وطنه فقد جاء في حيثيات الحكم أن: (الدستور المصري مسaire للاتفاقيات الدولية المنظمة لحقوق الإنسان قد أعلى من شأن الحرية الشخصية للمواطن وما يتفرع من ذلك حق المواطن في التنقل والترحال والعمل في الداخل وفي الخارج بحرية كاملة على وجه يحقق للفرد طموحه آماله طالما يباشر هذا الحق في إطار القوانين والتشريعات، كما حظر المشرع الدستوري إبعاد أي مواطن عن وطنه أو منعه من العودة إليها، لأن هذا الحق حق دستوري لا يجوز المساس به أو الانتقاص منه بغير مسوغ قانوني يقتضى ذلك)¹.

وفي حكم آخر : (لكل مصري رخصة طبيعية في الإقامة ببلده ، ولا يمكن إبعاده عنها ويجب على الدولة أن تتحمل عبء رعاياها ، طبقاً للمبادئ الدستورية العامة التي تستمد من الضمير الإنساني وقواعد القانون الدولي ومن ثم فليس من المقبول نفي أي مصري بعيداً عن بلده)².

وقد أكدت المواثيق الدولية على حظر إبعاد المواطن عن دولته ، فقد أكدت المادة 12 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تنص على أن : (يكون لكل إنسان موجود داخل إقليم أي دولة بصورة قانونية حق التمتع فيه بحرية التنقل وحرية اختيار مكان إقامته ، ويكون كل إنسان حرًا في مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده) .

كذلك في الاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري بكافة أشكاله 3 ، هناك تأكيد على الحق في حرية الانتقال والإقامة داخل حدود البلاد وكذلك الحق في مغادرة أي بلد ، بما في ذلك بلده ، وفي العودة إلى بلده.

¹ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 27501 لسنة 60 ق.

² حكم محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم 1665 لسنة 5 ق ، جلسة 1953/5/24 ، ص. 1286

أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 2106 تاريخ 1965/12/21³

مدى إمكانية إبعاد المواطن صاحب الجنسية المكتسبة

القاعدة عدم جواز إبعاد المواطنين؛ ولكن هناك تشريعات بعض الدول تجيز إبعاد الوطني الطارئ إذا ارتكب جرم يبرر فعل الإبعاد، ويقصد بالوطني الطارئ: الشخص الذي اكتسب جنسية الدولة منذ وقت قريب، فإذا تبين أنه غير جدير بالانتماء للمواطنين، فيجوز إبعاده ولكن عن طريق غير مباشر، يتمثل في تجريده أولاً من الجنسية وذلك بسحب الجنسية منه في فترة معينة، تبدأ بعد اكتسابه الجنسية، وهذه الفترة تسمى فتر الرتبة، ويمكن للدولة أن تسحب الجنسية في هذه الفترة تمهيداً بعد ذلك لإبعاد الشخص من إقليم الدولة¹.

سحب الجنسية الأصلية من المواطن تمهيداً لإصدار قرار بإبعاده

وهناك بعض الحالات لمواطنين ذو جنسية أصلية تم رفع قضايا لسحب الجنسية المصرية منهم والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ما هو الأثر المترتب على رفع هذه الدعاوي، هل الأثر هو تطبيق الإبعاد بوجهيه الإيجابي والسلبي عليهم بعد صدور حكم بسحب الجنسية منهم.

والمقصود بالإبعاد الإيجابي والسلبي وفقاً لحكم محكمة القضاء الإداري أن: (إبعاد الأجنبي عن البلاد مظهرين أحدهما 1- إيجابي ويتناول الأجنبي المقيم فعلاً في البلاد، وقام به سبب يقتضي إبعاده من البلاد قبل انتهاء مدة الإقامة، والآخر 2- سلبي ويتناول الأجنبي الذي كان مقيماً بالبلاد وغادرها، وتبين إنه خلال إقامته ارتكب أفعالاً وباشر تصرفات تمس أمن الوطن أو تسيء إلى سمعة أبنائه وما تعارفوا عليه من أخلاق وآداب عامة مما يحيل من عودته إلى البلاد أمراً غير مقبول ويتم في هذه الحالة إدراج اسمه على قوائم الممنوعين من دخول البلاد.....)².

¹ د. هشام علي صادق، الجنسية والمواطن ومركز الاجانب، مرجع سابق، ص. 56 وما بعدها؛ د. أحمد جاد منصور، مرجع سابق، ص. 271-272.

² حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى 9525 لسنة 54 ق.

ولذلك ونظرًا لخطورة مسألة سحب الجنسية فقد رفض مجلس الدولة المصري -
حامي الحقوق والحريات- سحب جنسية المواطنين المصريين في أكثر من قضية
رُفعت أمامه منها رفض سحب الجنسية عن كاتبة مصرية عرفت بأرائها
المتفردة، فأكدت محكمة القضاء الإداري أنه : (وأياً ما كان الرأي فيما تطرحه
المدعى عليها الثانية الكاتبة (...)) من أفكار في مؤلفاتها الكثيرة والمنشورة [...] .
فإن شطط الأفكار والرؤى للمدعى عليها لا ترقى إلى حد طلب إسقاط الجنسية
المصرية عنها حيث لا تدخل ضمن الحالات الواردة في القانون على سبيل
الحصر بل يمكن أن تعالج بعد البت في الشق الجنائي في إطار من المحاور
الواعية بين المعارضين لهذه الأفكار والمؤيدين لها في حدود حرية التعبير
المصونة دستورياً وفضلاً عما تقدم فإن الجنسية ابتداءً وانتهاءً هي رابطة من
الولاء والانتماء بين الفرد ووطنه وليست محض رابطة مادية تكفل للمواطن
تواجداً داخل حدود بلاده مستظلاً بحمايتها وإنما هي رابطة معنوية كذلك لا
ترخص لغير السلطة المختصة استلامها أو الحد من نطاقها حماية للمواطن في
شخصه وحقوقه وتبعاً لواجباته .

وبناء على ما تقدم يكون الطعن على قرار الجهة الإدارية السلبي بالامتناع عن
إسقاط الجنسية المصرية عن المدعى عليها الثانية غير قائم على سنده الصحيح
في الواقع والقانون¹ .

وفي قضية ثانية رفض مجلس الدولة المصرية إسقاط الجنسية عن ناشط سياسي
يعمل في شركة أجنبية في الخارج وذلك نظراً لعدم توافر أحد الحالات
المنصوص عليها في المادة 16 من قانون الجنسية² .

والمبدأ العام في كافة الاتفاقيات والمواثيق الدولية أنه لا يجوز للدولة أن تجعل
أحد مواطنيها أجنبياً ، بتجريدته من جنسيته لغرض الطرد يتعلق بمشروع م 8

¹ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 15844 لسنة 61 ق في 2008/5/13 .
² هذا الحكم منشور على موقع <http://gate.ahram.org/News/847186.aspx>

باحتمال قيام دولة بتجريد أحد مواطنيها ليصبح بالتالي أجنبيًا لغرض وحيد هو طرده ، وهذا التجريد من الجنسية لم يكن له أي مبرر إلا رغبة الدولة في طرد الشخص المعني يمثل إساءة للمعنى الوارد في م 15/2 من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان¹ .

2- مبدأ عدم تعسف الدولة في اتخاذ قرارات الإبعاد :

ومن الضمانات أيضًا ، مبدأ عدم تعسف الدولة في اتخاذ قرارات الإبعاد والترحيل للأجانب، والأصل والمبدأ العام في القانون الدولي أن للدولة الحق في إبعاد من ترى من الأجانب عن إقليمها، سواء أكان الأجنبي المبعد من المقيمين إقامة مؤقتة على إقليم الدولة أو من المقيمين إقامة دائمة، وتعليل ذلك أن الدولة التي يقيم الأجنبي على إقليمها هي دولة مضيضة، وللمضيف أن يبعد الضيف الذي لم يعد يرغب في ضيافته².

و يجب أن لاتتعسف الدولة في ممارسة حقها في إبعاد الأجنبي طالما لم يعكر النظام العام في الدولة. وبالنسبة لأسباب الإبعاد فهي متروكة لتقدير الدولة لها أن تتوسع فيها أو تضيق منها كما تشاء ، والإبعاد قد يطال فردًا منفردًا أو يطال مجموعة من الأفراد وذلك في الحالة التي يشكل فيها مجموعة من الأجانب خطرًا على سلامة الدولة وأمنها³.

¹ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 (د-3)، بتاريخ 1948/12/10 . وتنص المادة 15 من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان على ما يلي: "1 (-) لكل فرد حق التمتع بجنسية ما . 2- لا يجوز، تعسفاً، حرمان أي شخص من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته". انظر أيضًا م 20/3 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان : ("لا يجوز، حرمان أي شخص تعسفاً، من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته")، وكذلك 1/29 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان ("لكل شخص الحق في التمتع بجنسية ولا يجوز إسقاطها عن أي شخص بشكل تعسفي أو غير قانوني").

² ومن هذه الأحكام: حكم المحكمة الإدارية العليا - الدائرة الأولى - في الطعن رقم 428 لسنة 48 ق 2007/4/21؛ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 6352 لسنة 46 ق .عليا - جلسة 2002/8/27، والطعن رقم 12432 لسنة 49 ق .عليا - جلسة 2007/3/3؛ حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 22 لسنة 30 ق. ، الصادر بجلسته 1987/6/20.

³ د. عصام نعمة اسماعيل، ترحيل الأجانب ، مرجع سابق، ص. 69.

يذهب الفقه إلى إبعاد الأجنبي وإن كان حقاً متروكاً لتقدير الدولة إلا أن ممارسته يجب أن لا تتطوي على سوء الاستعمال أو التعسف¹.

وقد أيد ذلك حكم لمحكمة القضاء الإداري المصري والتي قضت بأن : (ومن حيث إنه ولما كان الثابت من أوراق الدعوى - أن المدعى المولود لأم مصرية قد حصل على إقامة مؤقتة تنتهي في 2004/4/15 وأن الجهة المدعى عليها قد أصدرت قراراً بترحيله إلى خارج البلاد لاثامه في القضية رقم 20161 لسنة 2000 جنايات مخدرات ، والتي حفظت في 2001/12/18 ، ويكون من ثم القرار المشار إليه (المطعون فيه) والذي صدر في 2000/12/22 غير قائم على سبب يببرره ، ولا يصححه ما استندت إليه من تحريات عن اتجاره في المخدرات ، ومن ثم خطورته على الأمن أو زوال سبب الإقامة في مصر لوفاة زوجته كما ورد في دفاع الجهة المدعى عليها - بحسبان أن مجرد التحريات المرسلة لا تصلح سبباً لحرمان أحد الأفراد من حق كفله له القانون والمواثيق الدولية ، كما أن وفاة الأم لا تمثل سبباً لترحيل المدعى من البلاد ومن ثم قطع أوصال علاقته بأهله وإخوته لأمه ويعمله الذي قدم دليلاً على وجوده في داخل البلاد مقترناً بسكن ومحل إقامة معلوم لدى الجهة مصدرة القرار

ومن حيث إنه ولما كان الأمر كذلك - فإن القرار المطعون فيه فيما تضمنه من ترحيل المدعى إلى خارج البلاد وإدراج اسمه على قوائم الممنوعين من دخول البلاد ومن ثم إلغاء الإقامة المؤقتة له يضحى مخالفاً للقانون وغير قائم على سبب مشروع يببرره خليفاً بالإلغاء)².

كذلك في حكم آخر ، أكد قضاء مجلس الدولة المصري على أن : (للدولة حق إبعاد من ترى إبعاده من الأجانب غير المرغوب في بقائهم دفعاً لخطرهم وتأميناً

¹ د. حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، دار النهضة العربية، 1965، ص. 408؛ د. عصام نعمة اسماعيل، المرجع السابق، ص. 70؛ د. طارق فتح الله خضر، مرجع سابق، ص. 123.

² حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الدعوى رقم 3760 لسنة 56 ق، الصادر في 2002/11/26.

لسلامتها وصيانة لكيانها شعباً ومجتمعاً من كل ما يضره بما لها من حق السيادة ، كما أنه من المقرر أن للدولة الحق في تقدير ما يعتبر ضاراً بشؤونها الداخلية و الخارجية وما لا يعتبر ، ولها الحق في اتخاذ التدابير المناسبة لكل مقام في حدود الواجبات الإنسانية وما تعرف عليه دولياً ولها سلطة تقديرية في الإبعاد ، ولا يرد على هذا الحق إلا قيد حسن استعماله بحيث يكون للإبعاد سبب يبرره يستخلص استخلاصاً سائغاً من الأوراق وإلا كان استعماله لغير ما سبب أو استناداً إلى سبب تبين عدم صحته ضرباً من التعسف وسوء استعمال السلطة.¹

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على مبدأ عدم التعسف من قبل الجهة الإدارية في قضية التي تتلخص وقائعها في أن الزوجة جزائرية الجنسية مكثت في مصر اربعة عشر سنة وتزوجت من مصري وأنجبت طفلتين ، ثم دبت الخلافات بين الزوجين وأحدث الزوج بها عاهة مستديمة كما انه ادعى انها جمعت بين زوجين في آن واحد ، وتم تبرئتها من هذا الإتهام ، إلا أنها فوجئت بإبعادها خارج البلاد (إلى سوريا) وطعنت على هذا القرار بالدعوى رقم 10180 لسنة 54 القضائية وقضى في هذه الدعوى بإلغاء القرار وعادت إلى القاهرة بتاريخ 2001/9/10 وتقدمت في 2001/9/22 بطلب منحها إقامة مؤقتة ، وفوجئت بقيام جهة الإدارة بترحيلها إلى الأردن فأقامت دعواها طعناً على قرارى رفض منحها إقامة مؤقتة وإبعادها عن البلاد.

صدر حكم من محكمة القضاء الإدارى (الدائرة الأولى) فى الدعوى رقم 445 لسنة 56 القضائية بجلسة 2002/11/26 القاضى بإلغاء القرارين المطعون فيهما واستندت المحكمة إلى أن : (ولئن كان المشرع قد خول الجهة الإدارية سلطة تقديرية فى تجديد الإقامة المؤقتة للأجنى فى حدود ما تراه متفقاً والصالح العام ، كما أجاز لوزير الداخلية إبعاد الأجانب عن الدولة بقرار يصدر منه بيد

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا - الدائرة الأولى - فى الطعن رقم 428 لسنة 48 ق. عليا - جلسة 2007/4/21، وكذا حكمها فى الطعن رقم 6352 لسنة 46 ق. عليا - جلسة 2002/8/27، والطعن رقم 12432 لسنة 49 ق. عليا - جلسة 2007/3/3

أن القرار الصادر إعمالاً لهذه السلطة التقديرية سواء في تجديد الإقامة أو الإبعاد شأنه شأن كافة القرارات الإدارية يجب أن يكون قائماً على سببه المشروع وأن يهدف إلى تحقيق الصالح العام ، وأن الجهة الإدارية ارتكبت في إصدار قرارها بالإبعاد ورفض منح المدعية إقامة مؤقتة لدواعي أمنية تمثلت فيما أحاطت المدعية من شبهات من قيامها بالجمع بين زوجين في وقت واحد وسلوكها غير القويم وقيامها بتحرير محضر لزوجها بالاعتداء عليها وحكم ببراءته من هذه التهمة وتم ضم حضانة طفلتيها إلى جدتها بموجب حكم قضائي ، وأن الزوج سبق أن أيد قرار إبعادها ، فضلاً عن انفصام عرى الزوجية بينهما ، وأنها وضعت نفسها موضع الشبهات ولم تراع النظام العام والآداب ، وأن بعضاً من هذه الأسباب التي استندت إليها الجهة الإدارية لإصدار القرارين المطعون فيهما وأخصها الجمع بين الزوجين كان مطروحاً على المحكمة عند نظرها الدعوى رقم 10180 لسنة 54 القضائية المقامة من المدعية طعناً على قرار إبعادها وقضت المحكمة بإلغاء هذا القرار لعدم قيامه على سببه في جلستها المنعقدة في 2001/4/24 ومن ثم ما كان يسوغ لجهة الإدارة الاستناد إلى هذه الأسباب احتراماً لحجية الأحكام و أضافت المحكمة إن السبب الجديد الذي ارتكبت إليه الجهة الإدارية في إصدار القرارين المطعون فيهما وهو انفصام عرى الزوجية بموجب الحكم الصادر في جلسة 2002/5/27 والقاضي بتطليق المدعية طائعة بئنة خلعاً ، فإنه ولئن كان هذا السبب لم يكن قائماً وقت صدور القرارين المطعون فيهما ، وإنما جاء لاحقاً لهما ، إلا أن ثمة علاقة ما انفكت قائمة تربط المدعية بالبلاد ألا وهي علاقة الأمومة وحققها في رؤية طفلتيها وأن تكون دائماً بالقرب منهما ، وإن كانا في حضانة جدتها ، فضلاً عن أن ما أثارته الجهة الإدارية حول سلوك المدعية وخطره على النظام العام فإن ذلك قول مرسل ورد في عبارات مبهمه لا دليل عليه في الأوراق ، ومن ثم لا ينهض سبباً لإصدار القرارين المطعون فيهم) .

قامت الجهة الإدارية بالطعن على الحكم الادر من محكمة القضاء الإداري أمام المحكمة الإدارية العليا ، مؤسسة طعنها على مخالفة حكم محكمة القضاء الإداري للقانون والخطأ فى تطبيقه وتأويله على أساس أن المدعية أجنبية (جزائية الجنسية) وأن جهة الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة فى منحها إقامة بالبلاد أو إعادها عنها إذا قدرت أن فى وجودها مساس بالنظام العام أو الآداب وقد نسب إلى المدعية وقائع أخصها الجمع بين زوجين فى آن واحد وأحاط بسلوكها فى البلاد شبهات حدت بجهة الإدارة إلى رفض تجديد إقامتها بالبلاد وإعادها عنها خاصة أن عرى الزوجية قد انفصمت وطفلتها من زوجها المصرى أصبحت فى حضانة جدتها الأمر الذى يكون معه القراران المطعون فيهما قد قاما على أسباب الصحة بما يجعل الحكم المطعون فيه الصادر بإلغائهما مخالفاً للقانون .

وقضت المحكمة الإدارية العليا أن هناك سلطة تقديرية للجهة الإدارية برفض تجديد الإقامة أو بالإبعاد ، ولكن هذه السلطة التقديرية مقيدة بعدم التعسف وإساءة استعمال السلطة من قبل الجهة الإدارية والتي افترضت وقائع لم تنسب ولم تثبت ضد الطاعنة منها انها جمعت بين زوجين أو فعلت أمور خطيرة من شأنها الإضرار بمصلحة الدولة وآدابها العامة .

فقضت المحكمة بأن : (... ومن حيث إنه وإن كانت السلطة الإدارية غير ملزمة بتجديد الإقامة المؤقتة للأجنى عند إنتهاء مدتها ، وأن الترخيص له بالإقامة أو عدمه ، وكذلك مد مدة إقامته أو عدمها وإعادها من البلاد من المسائل التى تتركس الإدارة فى تقديرها فى حدود ما تراه منقفاً مع الصالح العام ، إلا أن مرد ذلك ومناطه ألا تنسئ الجهة الإدارية استعمال سلطتها التقديرية المذكورة برفض تجديد الإقامة للأجنى أو إعادها من البلاد دون مسوغ معقول تقتضيه المحافظة على سيادة الدولة وأمنها وآدابها) .

3- مبدأ حماية أمن وسلامة الأجنى المبعد

قد تكون الدولة التي ينتمي إليها المبعد جنسيته غير آمنة ، وقد يطالب المبعد أن لا يرحل لبلاده وأن لا تطبق عقوبة الإبعاد عليه لوجود خطر على حياة المبعد في الدولة المبعد إليها.

ويلاحظ أن أحكام القضاء والكتابات الفقهية لم تتناول هذا الموضوع ، إلا أن العديد من أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان¹ قد أكدت على أنه يجب أن تتأكد الدولة المرسله أن الأجنبي المدان والمبعد من أراضيها لن تتأثر حياته أو سلامته بإرساله إلى دولة الإرسال - أيًا كان تلك الدولة - سواء كانت دولته وموطنه الأصلي أو دولة أخرى ، وهناك رأي فقهي معتبر يرى أنه إذا وجد خطر على حياة الأجنبي الصادر حكم بإبعاده ، فإنه يمكن تأجيل تنفيذ حكم الإبعاد حتى يزول الخطر على حياة المحكوم عليه حال إبعاده في بلده الأصلي أو حتى يتسنى إيجاد دولة أخرى تقبل إبعاده على أرضها².

4- مبدأ التوازن العادل بين مصلحة الدولة ومصلحة الأجنبي قضية

Moustaquim

من الضمانات الواجبة واللازمة أيضًا ضمانات الحق في الحياة الأسرية وكذلك مصلحة الدولة ، ويقصد بالحق في الحياة الأسرية ، حق الأجنبي في البقاء في الدولة بالرغم من صدور قرار بإبعاده وذلك لوجود أسرة له في الدولة المبعده، ووفقًا لأحكام الفقرة الأولى (ب) من المادة الخامسة من إعلان حقوق الإنسان : (للأفراد الذين ليسوا من مواطني البلد الذي يعيشون فيه ، يتمتع الأجانب بالحق في "الحماية من التدخل التعسفي أو غير القانوني في الخصوصيات أو العائلة أو

¹ Nasri c/ France, 13/7/ 1995, Application n° . 19465/92; Cruz Varas and Others c/ Sweden), 20 /3/ 1991, Application n° 15576/89 ; Boultif c/ Switzerland, 2 /8/ 2001, Application n° 54273/00.

² د. أحمد عبد الظاهر، إبعاد الأجانب في التشريعات الجنائية العربية، مرجع سابق، ص. 164.

السكن أو المراسلات) ، كما أن العديد من التشريعات الأجنبية قد نصت صراحة على الحق في لم شمل الأسرة وأُفردت لهذا المبدأ نصوص محددة¹ .
وقد أرست المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مبدأ هاماً في تغليب مصلحة الحق في الحياة الأسرية ومرجعها في ذلك المادة 3 و 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان²، وهناك العديد من السوابق والأحكام القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي انتصرت فيها للمصلحة المتعلقة بحماية الحياة الأسرية، والتي بمقتضاها لا يجوز للدولة الطاردة أن تتدخل في ممارسة الحق في الحياة الأسرية إلا في الحالات التي ينص عليها القانون، وهي الحالات التي بها خطورة كبيرة وضرر جسيم من الشخص المبعد.

وأكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على حتمية وجود "توازن عادل" بين مصالح الدولة ومصالح الأجنبي المعني؛ ومفهوم "التوازن العادل" يستند إلى أحكام المحكمة بشأن المادة الثالثة والثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان³، والسؤال الذي يُطرح الآن : هل يتحقق دوماً التوازن العادل بين قرار الإبعاد وبين مصلحة الدولة ؟

ومثال على ذلك قوانين الجمهورية التشيكية، القانون رقم 326 المؤرخ 30 نوفمبر 1999 بشأن إقامة الأجنبي في إقليم الجمهورية التشيكية وتعديل بعض القوانين (المعدل بالقانون رقم 140 المؤرخ 2001/4/3 ، والمادة 3/9 من القانون رقم 427 المؤرخ 21 كانون الأول/ديسمبر 2010) ، والمادة 5-57 والمادة 2-64 (أ) من القانون الأساسي لأسبانيا 2000/4 الصادر في 2000/1/11 بشأن حقوق وحرقات الأجنبي في إسبانيا واندماجهم في المجتمع، المعدل بالقانون الأساسي 2009/2 ، السويد، المواد 13/8 15/18 ، 8 (أ) : 2 من قانون الأجنبي (SFS) 2005:716 ، ؛ وسويسرا، القانون الاتحادي بشأن الرعايا الأجنبي الصادر بتاريخ 2005/12/16 المادة 2/3 وخاصة الفصل السابع المتعلق بلم شمل الأسرة المواد 42-52.

د. أمل لطفي، مرجع سابق، ص. 673 وما بعدها.²
³ تنص المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على أن : (لا يجوز إخضاع أي إنسان للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة المهينة للكرامة.) ، وتنص المادة 8 من الاتفاقية على أن : (1- لكل إنسان حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته.

2- لا يجوز للسلطة العامة أن تتعرض لممارسة هذا الحق إلا وفقاً للقانون وبما تطلبه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي وسلامة الجمهور أو الرخاء الاقتصادي للمجتمع، أو حفظ النظام ومنع الجريمة، أو حماية الصحة العامة والآداب، أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم.)

حقيقة أن الهدف المنشود في أي مجتمع ديمقراطي هو التوازن العادل بين المصلحة الأسرية أو العائلية للأجنبي وبين مصلحة الدولة ككل ، ففي حكم هام للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان¹

أبرزت المحكمة نتيجة هامة ، مفادها أن تدبير الإبعاد لم يكن في محله ولم يكن هاماً في مجتمع ديمقراطي ، وتتلخص القضية في أن السيد (مستقيم) قد صدر بحقه قرار بالإبعاد من الحكومة البلجيكية وذلك بعد أن ارتكب جرائم كثيرة من وقت أن كان حدث، وطعن (مستقيم) ضد قرار الإبعاد بكافة وسائل الطعن القانونية ، إلى أن وصل إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والتي قضت بأن : ("التوازن العادل لم يتحقق بين المصالح التي تشملها القضية وكان هناك بالتالي عدم تناسب بين الوسيلة المستخدمة والهدف الشرعي المنشود ، فلم يكن هناك تناسب وتوازن بين المصلحة الأسرية للسيد (مستقيم) والمصلحة العامة، وانتهت المحكمة إلى أن تدبير الإبعاد لم يكن في محله.

(Les autorités n'auraient pas ménagé un juste équilibre entre l'intérêt du requérant à mener une vie familiale et l'intérêt général à la défense de l'ordre)

وعليه فقد انتهت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنه كان هناك انتهاك للمادة 8 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

(Eu égard à ces diverses circonstances, il apparaît, quant au respect de la vie familiale du requérant, qu'un juste équilibre n'a pas été assuré entre les intérêts en jeu, et qu'il y a donc eu disproportion entre le moyen employé et le but légitime visé, d'où violation de l'article 8 (art. 8).).

إلا أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكم حديث لها قد عدلت قليلاً من الإتجاه الراجح بأحكامها والخاص بدعم وتأصيل مبدأ الحياة الأسرية ، وغلبت

¹ CEDH, Moustaquim c/ Belgique, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Européan Court of Human Rights, 18 /2/ 1991, Application No. 12313/86.

مصلحة الدولة وهدفها من إبعاد الشخص الأجنبي نظراً لخطورته الإجرامية ، رافضة كل الدفوع التي سيقَّت أمامها من أن هذا الشخص لديه عائلة وأسرة مقيمة بالدولة المبعدة .

فقد أيدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان¹ حكم صادر من محكمة انجليزية بإبعاد شخص نيجيري يدعى Nididi كان قد أتى لـانجلترا بعمر العامين مع أمه ، ومنذ أن كان عمره 12 سنة بدأ في ارتكاب الجرائم والمخالفات المتعددة مثل الجرح والضرب وجرائم المخدرات، وصدر حكم من المحاكم الانجليزية بإبعاد هذا الشخص بالرغم من أنه كان لديه طفل من زوجة انجليزية ، وطعن Nididi أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان ودعم أقواله برغبته في الإقامة بانجلترا حيث تقيم عائلته وطفله وكذلك ان ليس هناك روابط قوية تربطه بموطنه الاصلي نيجيريا ، ولكن المحكمة الأوروبية أيدت الحكم الانجليزي مؤكدة أن : على الرغم من الإقامة الطويلة في المملكة المتحدة والظروف الأسرية ، كانت هناك أسباب قوية للغاية ("أسباب شديدة الأهمية") للمضي في عملية الإبعاد. وبالنسبة لعلاقته بالمواطنة البريطانية وإنجابها منها طفلاً فلم تعتبر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هذه الأسباب سبباً أو ظرفاً استثنائية يبرر التراجع عن قرار الإبعاد، أي أن الإبعاد سيتم رغم الدفوع التي ساقها وهي ارتباطه بعائلته في

¹ CEDH 14/9/2017, n ° 41215/14, Nididi c/Royaume-Uni , : (En l'espèce, il ressort du dossier que les juridictions nationales ont mis en balance les liens avec le Royaume-Uni et les difficultés de réinstallation au Nigéria tout en ayant égard au caractère sérieux du dossier pénal. Elles ont noté qu'en dépit d'un long séjour au Royaume-Uni et de circonstances familiales, il existait des raisons très fortes (« very weighty reasons ») de procéder à l'expulsion. Ultérieurement, il informera les autorités de sa relation avec une citoyenne britannique et du fait qu'elle a donné naissance à un enfant. Ces éléments ne furent pas considérés comme étant de nature à constituer des circonstances exceptionnelles justifiant une révision de la décision d'éloignement).

انجلترا وعدم وجود تعاملات جدية بينه وبين بلده الاصلي نيجيريا وذلك لخطورة هذا الشخص الإجرامية والتي ظهرت من خلال أوراق القضية¹.
ومن الأحكام الحديثة نسبيًا حكم للمحكمة الإدارية العليا والتي أكدت فيه على مبدأ حماية الحياة الأسرية بمفهومه الواسع وحرصها على لم شمل الأسرة وهذا معناه الحفاظ على كيان أسرة مكونة من أم وطفلتين وأن من الأفضل بقاء السيدة في مصر حتى تستطيع رؤية طفلتيها ، حتى بعد انفصام عرى الزوجية والإدعاءات القضائية القائمة بينها وبين طليقها ، فقضت المحكمة بأن : ([...]) ومن حيث إنه عن السبب الجديد الذي ارتكبت إليه جهة الإدارة في إصدار القرارين المطعون فيهما محل المنازعة الماثلة وهو انفصام رابطة الزوجية بين المطعون ضدها وزوجها المصري فإن هذا السبب ليس من شأنه أن يبرر القرارين المطعون فيهما إذ يكون للمطعون ضدها بعد انفصام رابطة الزوجية أن تبقى في البلاد لرؤية طفلتيها اللتين أنجبتهما من هذا الزواج)²؛ وعليه فقد قضت المحكمة برفض الطعن المقدم من الجهة الإدارية بإبعادها خارج البلاد للأسباب السابق ذكرها .

5- مبدأ الحق في الرعاية الصحية - ضمانات بشروط

إن الحق في الرعاية الصحية يعتبر من الضمانات الهامة فكما أن المحاكم الأوروبية عمومًا والفرنسية خاصة تؤكد على الحق في الرعاية الصحية لكل المقيمين على أراضي الدولة الفرنسية ، إلا ما يستثنى منها من أمراض مستعصية وقوية تؤدي إلى تزايد الأخطار حول المريض وأسرته³ وفي قضية

¹ من الأحكام القضائية التي اعتمدت عليها المحكمة في حكمها :

(Hamesevic c/ Danemark, décision n°25748/15 du 16 /5/ 2017, §43 ou Alam contre Danemark, decision n° 33809/15, §35 du 6/6/ 2017; CEDH, GC, Maslov c/ Autriche, 23 /6/ 2008 ; CEDH, GC, Uner c/ Pays-Bas, 18/10/ 2006 ; CEDH, Bousarra c/ France, 23 /9/ 2010.

² حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم 3316 ، لسنة 49 ق ، بتاريخ 2007/3/24.

³ G.MARTI , Expulsion en urgence absolue de l'étranger atteint de troubles psychiatriques graves, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n° 12, 29 Mars 2016,p. 2077.

حديثة في هذا النطاق¹، تم إصدار قرار بإبعاد شخص أجنبي يحمل الجنسية الجزائرية لأنه مريض مرض شديد يؤثر بالتبعية على حياته وحياة أسرته والمحيطين به، طعن هذا الشخص على قرار إبعاده في القضاء المستعجل الفرنسي في المحكمة الإدارية بباريس وأصدر القاضي آنذاك حكماً مفاده أن حالة هذا الشخص لم تكن لتهدد الأمن العام بالدولة الفرنسية طالما وجدت الرعاية الطبية للمريض.

Le juge des référés du tribunal administratif de Paris avait considéré que l'arrêté d'expulsion était manifestement illégal dès lors que la condition relative à l'existence d'une « menace grave pour l'ordre public » posée par l'article L. 521-1 du Code des étrangers n'était, selon lui, pas remplie.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد أصدر حكماً مخالفاً لحكم أول درجة، مؤكداً على خطورة الحالة المرضية للشخص الأجنبي، وأكد على أن المادة L.521-3 من قانون الأجانب، والتي تحظر إبعاد فئات معينة (منها المرضى)، لا يمكنها أن تطبق في هذه الحالة، كما أنه يستشف من أوراق القضية أن هذا المريض تتنابه حالات مرضية مؤذية ويمكن أن يتلقى العلاج المناسب في الجزائر بلده الأصلي وبلد الإرسال.

(l'article L. 521-3 du Code des étrangers, qui interdit l'expulsion pour certaines catégories de personnes particulièrement protégées, dont les « étrangers malades », n'a pu jouer au profit de l'intéressé dès lors qu'il pouvait faire l'objet d'un traitement approprié en Algérie, son pays d'origine vers lequel il a été renvoyé).

¹ CE, ord. réf., 7 mai 2015, n° 389959, Ministre de l'Intérieur c/ Ould Braham : JurisData n° 2015-011062 ; JCPA 2015, act. 454, veille L. Erstein ; AJDA 2014, p. 1015, obs. M.-Ch. De Monteclerc ; RDSS 2015, p. 843, com. L. Carayon.

المبحث الثاني

خصوصية النظام القانوني للإبعاد في فرنسا

في ضوء التعديلات الصادرة في 7/3/2016

تمهيد :

في القانون الفرنسي هناك حالات متعددة وعقوبات متعددة لطرد الأجنبي عن الأراضي الفرنسية وذلك نتيجة لارتكابه مخالفة فيها أو أن وجوده يشكل تهديدًا خطيرًا للنظام العام .

وقد نظم المشرع الفرنسي حالات متعددة لطرد الأجانب من الأراضي الفرنسية ومنها¹: الإبعاد L'expulsion ، الاقتياد إلى الحدود reconduite à la frontière كذلك الحظر القضائي للإقامة في الأراضي الفرنسية l'interdiction judiciaire du territoire و تسليم المجرمين L'extradition

وبالنسبة لعقوبة عقوبة الحظر القضائي للإقامة في الأراضي الفرنسية فقد أدخلها المشرع الفرنسي لأول مرة بموجب القانون الصادر في 31 ديسمبر 1970 لتكون عقوبة تكميلية لجرائم المخدرات² toxicomanie، وبداية من عام 1981 تم تطبيق تلك العقوبة على مخالفات إقامة الأجانب وذلك بالقانون رقم 973-81 الصادر في 1981/0/29³ .

حالات انطباق قانون حظر الإقامة في الأراضي الفرنسية حاليًا وفق هذا القانون

:

¹ J-CH MARTIN, Le contentieux administratif de l'exécution des peines d'interdiction judiciaire du territoire français , Revue du droit public, n° 5 - page 1199; N. GUIMEZANES, Réflexions sur l'éloignement des étrangers du territoire français, Journal du droit international, 1996, I, pp. 69-82.

² Loi n° 70-1320 du 31 decembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lute contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses.

³ Cette Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

نصت المادة 131-30 من قانون العقوبات الفرنسي على أنه يمكن إصدار عقوبة حظر الإقامة في الأراضي الفرنسية في أكثر من مائتي مخالفة تتمثل في جرائم التعدي على الأشخاص *atteintes aux personnes*، وجرائم التعدي على الأموال *atteintes aux biens*، وجرائم التعدي على الأمة، *atteintes à la Nation*، وجرائم التعدي على الدولة، والسلم العام كالجرائم ضد الإنسانية *les crimes contre l'humanité*، تهريب المخدرات *le trafic de stupéfiants*، الإرهاب *le terrorisme*. وتظهر أيضًا عقوبة حظر القضائي للإقامة في الأراضي الفرنسية في قانون CESEDA¹ وهو قانون (دخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء)؛ ففي 24 نوفمبر 2004 أصدر قانون CESEDA بناء على اقتراح وزير الداخلية آنذاك السيد / Dominique de Villepin والوزير الأول Jean-Pierre Raffarin، وهذا القانون متعلق بحقوق الأجانب في فرنسا، وعدل هذا القانون بعض نصوص المرسوم بقانون الصادر في 2 نوفمبر 1945، ويتضمن هذا القانون تنظيم دخول الأجانب في فرنسا ومتطلبات الحصول على الإقامة وشروطها، كما أوضح هذا القانون ما المقصود بحق التجمع العائلي، وما يهمنها في هذا البحث أن هذا القانون قد تضمن تعديل لإجراءات الإبعاد *expulsion*، والاعتقال الإداري *reconduite à la frontière* والاحتجاز إلى الحدود *rétenion administrative*.

ولقد توالى الإجراءات بعد صدور قانون CESEDA للحد من دخول الأجانب في الأراضي الفرنسية، ففي 10/6/2005 تم تأسيس لجنة وزارية لمراقبة الهجرة وفي 24/7/2006، تم إصدار قانون متعلق بالهجرة والإدماج بناء على اقتراح قدمه وزير الداخلية آنذاك Nicolas SARKOZY، ولقد لاقى هذا القانون اعتراضات شديدة من لجان حقوق الإنسان بفرنسا ومن الحزب الشيوعي،

¹ Code de l'entrée du séjour des étrangers et du droit et du droit d'asile.

حيث اعتبروا أن هذا القانون يعصف عصفاً كاملاً بالحقوق الأساسية للأجانب ،
وتوالت التعديلات في قانون دخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء CESEDA
وكان آخرها التعديل الحاصل بموجب القانون رقم 274-2016 الصادر في
2016 /3/7¹.

ويلاحظ هنا أن عقوبة الحظر القضائي في فرنسا تصدر من القضاء العادي
وتنفذ بواسطة جهة الإدارة فإذا أصدرت قرارات إدارية مخالفة للتشريع الفرنسي
والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، فإن القاضي الإداري يراقب مشروعياً تلك
القرارات.

وفي هذا المبحث سنولي اهتماماً خاصاً بالإجراءات الإدارية التالية لصدور الحكم
القضائي الخاص بعقوبة الحظر القضائي للإقامة في الأراضي الفرنسية ورقابة
القاضي لمشروعية تلك القرارات.

وبناء عليه سيتم تقسيم المبحث إلى مطلبين:

**المطلب الأول : تنفيذ جهة الإدارة لإبعاد الأجنبي بناء على حكم الحظر القضائي
للإقامة في الأراضي الفرنسية.**

**المطلب الثاني : مدى إمكانية الطعن على قرار إرسال المبعد لدولة أخرى تنفيذاً
لحكم حظر الإقامة .**

المطلب الأول

تنفيذ جهة الإدارة لإبعاد الأجنبي بناء على

حكم الحظر القضائي للإقامة في الأراضي الفرنسية

الأصل أن يصدر حكماً من القضاء العادي بعقوبة حظر الإقامة في الأراضي
الفرنسية ، وبعدها تلتزم الجهة الإدارية بتنفيذ تلك العقوبة ، وعليه فيجب على
الجهة الإدارية أن تتخذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ تلك العقوبة .

¹ LOI n°2016-274 du 7 mars 2016 - art. 57.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي أن الأجنبي المدان والمحسوس بتنفيذاً لعقوبة على جريمة من الجرائم التي سبق ذكرها لا يستفيد من أي تصريح بالإقامة في الأراضي الفرنسية وعلى الجهات الإدارية أن تسحب بطاقة الإقامة الخاصة بهذا الشخص ، وأن ترفض إصدار أي شهادة إقامة له أو تجديدها¹.

وقد رأينا تقسيم هذا المطلب إلي فرعين :

الفرع الأول : كيفية تنفيذ قرار الإبعاد.

الفرع الثاني : إلتزامات الجهة الإدارية أثناء تنفيذ اجراءات الإبعاد.

الفرع الأول

كيفية تنفيذ قرار الإبعاد

الأصل أن عقوبة الحظر القضائي للإقامة تنفذ طواعية بمعنى أن من صدر ضده تلك العقوبة يغادر الأراضي الفرنسية من تلقاء نفسه فإذا امتنع عن ذلك ، كان على الجهة الإدارية اتخاذ إجراءات الترحيل الإجباري حياله.

أولاً : مغادرة الأجنبي طواعية :

يلتزم الأجنبي أن يغادر فرنسا طواعية عقب صدور الحكم بالعقوبة، ويحظر عليه العودة للأراضي الفرنسية مرة أخرى تطبيقاً للمادة L211-2 من قانون دخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء CESEDA ، وإن لم يغادر الأجنبي الأراضي الفرنسية فهو بذلك يكون عرضة لإجراءات تتخذها الجهة الإدارية تجاهه².

¹ CE, 15/1/1999, M. Danioko, n° 198945; CAA de Paris, 23/9/2004, n° 02PA03854; CAA de Marseille, 13/12/2004, n° 01MA01724.

² لمزيد من التفصيل راجع :

D.ALLAND et C.COLLY, Traité du droit de l'asile, Paris, PUF, 2002, p. 569; V.TCHEN et F.MALIGNAC, Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France, Paris, 2004-2005, p. 842.

وفي عام 2016 تم تعديل المادة L.511-1 بموجب القانون n° 2016-274 الصادر بتاريخ 2016/3/7 والمتعلق بقانون الأجانب في فرنسا ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 2016/3/8¹.

وقد جاءت المادة L.511-1 لتوضح الإجراءات الخاصة بالخروج الاختياري وإجراءات الإبعاد بنظام (Obligation de quitter la / OQTF) France ، كما توضح المادة أيضا حظر العودة للأراضي الفرنسية و حظر المرور على الأراضي الفرنسية والخاص فقط بالأوروبيين وليس الفرنسيين. ومنذ عام 2006 تم إقرار مجموعة من الإجراءات الخاصة بنظام OQTF ولم يتم تطبيقها وتفعيلها إلا بعد صدور التعديلات القانونية الأخيرة في عام 2016².

وتنص المادة L.511-1³ على أن :

يمكن للجهة الإدارية أن تطلب من أجنبي ليس عضواً في الاتحاد الأوروبي أو عضواً في الاتفاقية الاقتصادية الأوروبية المشتركة أو ليس من دولة سويسرا ترك الأراضي الفرنسية في مدة أقصاها 30 يوم في حالات معينة وهي:⁴

1- إذا لم يستطع الأجنبي أن يبرر أنه قد دخل الأراضي الفرنسية بصورة

قانونية ، ولم يكن بحوزته بطاقة إقامة سارية المفعول d'un titre de séjour en cours de validité.

¹ JO 8/3/2016, texte n° 1.

² E. AUBIN, La loi du 7 Mars 2016: le changement en droit des étrangers, c'est maintenant?, AJDA, 2017, p.681.

³ Article L511-1, Modifié par LOI n°2016-274 du 7 mars 2016 - art. 27

⁴ I. — L'autorité administrative peut obliger à quitter le territoire français un étranger non ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse et qui n'est pas membre de la famille d'un tel ressortissant au sens des 4° et 5° de l'article L. 121-1, lorsqu'il se trouve dans l'un des cas suivants : (...).

Voir: <https://www.legifrance.gouv.fr>

2- الأجنبي الذي يبقى في الأراضي الفرنسية بعد انتهاء فترة صلاحية تأشيرته ، أو إذا كان معفى من الحصول على التأشيرة ، وانتهت فترة الثلاثة شهور ولم يحصل على تصريح إقامة .

3- إذا تم رفض إصدار الإقامة للأجنبي أو تجديدها Si la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour a été refusé à l'étranger ، أو تم سحب تصريح الإقامة الصادر له .

4- إذا لم يطلب الأجنبي تجديد تصريح إقامته المؤقت أو متعدد السنوات وبقي في فرنسا بعد انتهاء تصريح الإقامة s'est maintenu sur le territoire français à l'expiration de ce titre .

5- إذا تم سحب طلب الحصول على تصريح إقامة أو سحب تصريح الإقامة المؤقتة للأجنبي

Le récépissé de la demande de carte de séjour ou l'autorisation provisoire de séjour أو إذا تم رفض تجديد هذه الوثائق .

6- إذا رفض الاعتراف بالمركز القانوني للاجئ أو رفض تقديم حماية له أو إذا لم يعد الأجنبي يتمتع بالحق في البقاء في الأراضي الفرنسية بموجب المادة 2- 743- L ، ما لم يكن يحمل تصريح إقامة ساري المفعول .

7- إذا كان سلوك أجنبي المقيم في فرنسا لأكثر من ثلاثة أشهر يشكل تهديدًا للنظام العام une menace pour l'ordre public .

8- إذا كان الأجنبي الذي يقيم بانتظام في فرنسا لأكثر من ثلاثة أشهر قد انتهك المادة

L 5221-5 من قانون العمل .

كما يمكن للجهة الإدارية أن تصدر قراراً إدارياً مسبباً بإلزام الأجنبي بالخروج من فرنسا فوراً دون إعطائه أية مهلة. وذلك في الحالات الآتية¹ :

1- إذا كان سلوك الأجنبي يشكل خطراً على النظام العام L'ordre public.

2- إذا تم رفض منح الأجنبي تصريحاً أو تجديد تصريح إقامة أو رفض منحه تصريح إقامة مؤقت له على أساس بسبب أن طلبه كان واضح التزييف والخداع ؛

3- إذا كان هناك شك أن الأجنبي يتجنب تنفيذ هذه الالتزامات وهناك حالات استثنائية:

(أ) إذا لم يقدم الأجنبي ، الذي لا يستطيع تبرير دخوله فرنسا بانتظام ، طلباً للحصول على تصريح إقامة ؛

(ب) إذا بقي الأجنبي في الأراضي الفرنسية بعد انتهاء صلاحية تأشيرته أو ، إذا كان لم يقدم طلباً للحصول على تأشيرة إقامة ، عند انتهاء ثلاثة أشهر من تاريخ الدخول إلى فرنسا ؛

(ج) إذا بقي الأجنبي في الأراضي الفرنسية بعد مرور أكثر من شهر على انتهاء تصريح إقامته أو وصله بطلب الحصول على تصريح إقامة أو تصريح إقامة مؤقت ، دون أن يطلب ذلك التجديد ؛

(د) إذا كان الأجنبي قد تهرب من تنفيذ أمر إبعاد سابق soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ؛

¹ Toutefois, l'autorité administrative peut, par une décision motivée, décider que l'étranger est obligé de quitter sans délai le territoire français :

1° Si le comportement de l'étranger constitue une menace pour l'ordre public ; (...).

Pour plus des informations , voir: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

(ه) إذا قام الأجنبي بتزوير أو إنشاء اسم آخر غير اسمه أو تزوير تصريح إقامة أو وثيقة سفر ؛

(و) إذا لم يقدم الشخص الأجنبي لجهة الإدارة ضمانات كافية ، ولم يستطع إثبات حيازته لوثائق الهوية أو وثائق السفر السارية ، أو إذا كان قد أخفى عناصر من هويته ، أو أنه لم يعلن مكان إقامته الفعلية أو الدائمة ، أو أنه قد تهرب من قبل من الالتزامات المنصوص عليها في المواد

L. 513-4 ، L. 552-4 ، L. 561-1 و L. 561-2

ونلاحظ هنا أن القانون الجديد قد أعطى للسلطة الإدارية تطبيق الإبعاد الإجباري ولكن بعد مرور 30 يوم هي المدة الزمنية التي أعطاه القانون الجديد للخروج الاختياري للأجانب¹ .

ومما لاشك فيه أن المنازعات المتعلقة بالأجانب لها أشكال كثيرة كإجراءات الإبعاد أو استدعاء الأجنبي من قبل السلطة الإدارية أو حقوق اللاجئين ، والمختص وفقا للمادة L. 777-2 من قانون CESEDA² هو القاضي الإداري والذي له الأحقية الكاملة في الفصل في طلبات بقاء الأجنبي طالب اللجوء في الأراضي الفرنسية.

وبالنسبة للإجراءات الخاصة بالخروج الاختياري من الأراضي الفرنسية و OQTF ، فقد ظهرت في الآونة الأخيرة العديد من المنازعات القضائية والتي تطالب فيها الجهة الإدارية القاضي برفض إعطاء مهلة للرحيل الاختياري للأجنبي ، كذلك هناك منازعات كثيرة تطالب بتطبيق حرمان الأجنبي من

¹ Voir, L'article L.511-1; E. AUBIN, *op.cit.*,p.682.

² « Art. L. 777-2.-Les modalités selon lesquelles le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il a désigné examine les demandes d'annulation des décisions de maintien en rétention présentées en application du deuxième alinéa de l'article L. 556-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile obéissent aux règles fixées au même article et au III de l'article L. 512-1 du même code.

الرجوع للأراضي الفرنسية كذلك منعه منعا باتا من المرور في الأراضي الفرنسية .

وهناك رأي فقهي يرى أن المنازعات الناشئة عن إجراءات الإبعاد تمثل 85 % من المنازعات الخاصة بالأجانب ، كما أن هناك جدل حول تطبيق القانون العام على تلك المنازعات من عدمه¹.

وبالنسبة لتنفيذ الإبعاد طوعية واختياريا في مصر فالتشريع المصري قد وضع آلية تنفيذ الخروج الاختياري ، فقد حددت المادة 31 مكرر المضافة بالقانون رقم 88 لسنة 2005 الآليات في الفقرة 3 منه بالنص على أن : (لمدير مصلحة الجوازات والهجرة والجنسية أن يأمر بترحيل الأجنبي من غير نوي الإقامة الخاصة وذلك في الأحوال الآتية: 1- دخول البلاد بطريق غير مشروع أو عدم الحصول على ترخيص بالإقامة بعد نهاية المدة الممنوحة له بموجب تأشيرة الدخول. 2- مخالفة الغرض الذي حصل على الإقامة من أجله. 3- عدم مغادرة البلاد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ نهاية إقامته، إلا إذا تقدم بطلب لتجديد إقامته قبل انتهاء مدة إقامته الأصلية ووافق عليه. 4- عدم مغادرة البلاد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه برفض منحه الإقامة أو تجديدها، ولمدير المصلحة في سبيل ذلك حجز الأجنبي أو تحديد إقامته في مكان معين ومنحه مهلة للسفر قابلة للتجديد لحين انتهاء إجراءات ترحيله) .

ويفهم من هذا النص أن هناك مهلة للأجنبي مدتها 15 يوم لمغادرة البلاد خلالها وإلا تعرض للترحيل قسراً ، وكان القانون قبل التعديل (القانون رقم 89 لسنة 1960) لم يعط مهلة للأجنبي فكان يلزمه وفق المادة 16 منه على مغادرة البلاد فوراً حال انتهاء مدة إقامته .

¹ F. JAULET, Rev.crit DIP, 2013,p.448; CEDH, gr.ch., 13/12/2012, n° 22689/07, de SOUZA RIBIERO c/ FRANCE, AJDA, 2012, p. 2408; et 2013.p. 165, chron . L.BOURGOGUE- LARSEN; DALLOZ, 2013, p. 91 et les obs; CE. 24/7/2014 n° 381551 et CE., 22/7/2015 n° 381550, Groupe d'information et de soutien des immigré-e-s et autres, Lebon.

ونفس الحالة عند رفض السلطة المختصة طلب الأجنبي الترخيص له بالإقامة في البلاد أو رفض السلطة تجديد الإقامة له بعد أن انتهت مدة إقامته ، وهنا عليه أيضاً أن يغادر البلاد طواعية في خلال 15 يوم¹.

ويرى بعض الفقه² أن مهلة الخمسة عشر يوماً هي مهلة تقديرية فيجوز للجهة الإدارية أن تقصر المدة أو تمدها ، وأرى عكس ذلك ، لأن هذه المدة محددة وفقاً للقانون فلا يجوز تعديلها ، كما أن تلك المدة غايتها هو توفير الضمانة الهامة للأجنبي في عدم تعسف السلطة التنفيذية في التنفيذ الفوري لإبعاد الأجنبي .

بالإضافة إلى أن هذا الميعاد ليس ميعادا تنظيمياً يجوز للإدارة أن تتحلل منه بل هو ميعاد ملزم يجب على الإدارة أن تلتزم به ، وما يؤكد أنه ميعاد ملزم أنه يترتب على انتهاء مهلة الخمسة عشر يوم جزاء وهو ترحيل الأجنبي.

ثانياً: تنفيذ جهة الإدارة للعقوبة إجبارياً (ترحيل الأجنبي المبعد قسراً)

يرفع النائب العام الفرنسي procureur de la Republique طلباً موجهاً إلى المحافظ Préfet بتنفيذ العقوبة ، ويشترط على المحافظ أن يتم تحديد اسم الدولة التي سيرسل إليها الأجنبي المبعد كتابة ، وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على وجوب أن يكون القرار الإداري الصادر بإبعاد الأجنبي قراراً مسيئاً

وضرورة كتابة اسم الدولة المرسل إليه في القرار³.

ويمكن للأجنبي المبعد أن يُبدي ملحوظاته حول الدولة التي سيتم إرساله إليها⁴ ، هذه الملحوظات قد تكون ملحوظات مكتوبة أو ملحوظات شفوية.

¹ الفقرة 4 من المادة 31 مكرر المضافة بالقانون رقم 88 لسنة 2005.

د. عصام الدين القصيبي، مرجع سابق، ص. 123 وما بعدها.²

³ CE, 18/3/2005, Ali DRIF, n° 278615; CE, 5/3/2001, Ministre de l'interieur c/ DJALOUT, n° 231735.

⁴ Article 24 de la loi 321-2000, 21/4/2000.

وبالنسبة للدولة التي يتم إرساله إليها فقانون دخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء في المادة 2-L513¹ حدد هذا البلد بأنها :

1- إما إلى البلد الذي هو من رعاياها ، ما لم يمنحه المكتب الفرنسي لحماية اللاجئين وعديمي الجنسية أو محكمة اللجوء الوطنية مركز اللجوء أو منحه حق الحماية الفرعية أو إذا لم يتقرر بعد البت في طلب لجوئه؛

2- إرساله إلى بلد له فيها وثيقة سفر صالحة، وفقا لاتفاق الطرفين؛

3- أو إرساله- بموافقة- إلى بلد آخر يكون مقبولاً فيه قانونياً . ولا يجوز إبعاد الأجنبي إلى بلد ما إذا ثبت أن حياته أو حريته مهددة أو معرضة لمعاملة مخالفة لأحكام المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان الصادرة في 4 نوفمبر 1950².

إن قرار الخروج الإجباري من الأراضي الفرنسية يوجه إلى أشخاص معينين وأيضاً الأشخاص التابعين للاتحاد الأوروبي ، وهناك حالة استثنائية لا يمكن ان يطبق الخروج الإجباري هي حالة ما إذا كان الشخص الذي عليه الخروج من الأراضي الفرنسية يرافقه طفل قاصر يحمل جنسية أحد الدول الأوروبية³.

أما بالنسبة للوضع في مصر فيتم فقط - وفقاً للقانون- إبلاغ الأجنبي بقرار الإبعاد، ولا يوجد نص في القانون يتيح له إبداء ملحوظاته على بلد الإرسال.

فقد نصت المادة 12 من قرار وزير الداخلية رقم 21 لسنة 1960 في شأن تنفيذ أحكام القانون رقم 89 لسنة 1960 بعض الضمانات الإجرائية : كإبلاغ دائرة الجوازات والهجرة والجنسية الأجنبي بقرار إبعاده بالطرق الإدارية . كما يجب

¹ "L'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement est éloigné : 1° (...), pour plus des informations , Voir : <https://www.legifrance.gouv.fr>

² تنص المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على أن : لا يجوز إخضاع أي إنسان للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة المهينة للكرامة.

³ Loi CESEDA,art.L.511-1, : Voir : <https://www.legifrance.gouv.fr>

أن يثبت أن حدث علم للأجنبي بقرار إبعاده بأي وسيلة كانت تؤدي إلى إثبات حصول الإعلان سواء كان ذلك مستمداً من توقيع الأجنبي على أصل القرار أو صورته بالعلم، إلى غير ذلك من وسائل تؤدي إلى إثبات العلم¹.

وفي رأبي الشخصي أن إيلاغ الأجنبي بقرار الإبعاد وإعطائه مهلة لإبداء ملحوظاته على دولة الإرسال هي من الضمانات الكبيرة الهامة التي يتيحها التشريع الفرنسي ويؤكد عليها قضاء مجلس الدولة الفرنسي، والتي أغفلها التشريع المصري ففي قضية تتلخص وقائعها في صدور قرار الإبعاد ضد أجنبية تحمل الجنسية الجزائرية وتم تطبيقه الفوري دون إيلاغها ودون إبداء لأي ملحوظات على الدولة المرسل إليها، فقد تم إبعادها لدولة الأردن بدلاً من إرسالها لموطنها الأصلي² وهذا مما لا شك إغفال كبير لحقوق الأجنبي.

الفرع الثاني

التزامات الجهة الإدارية أثناء تنفيذ إجراءات الإبعاد

تلتزم الجهة الإدارية بحماية الوضع العائلي للأجنبي المبعد، وحماية كرامته والحفاظ على حياته، فلا يجوز أن يتضمن القرار الإداري ما يتنافى مع المادة 3 والمادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وأن تراعي الضمانات الواردة في قانون CESEDA.

أولاً: حماية الوضع العائلي للمبعد

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 588 لسنة 7 ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، ص. 1045، د. عصام الدين القصيبي، مرجع سابق، ص. 124؛ كريم ناصر حسناوي، الرقابة القضائية على قرارات الإبعاد والترحيل الخاصة بالأجانب، دار الفكر والقانون، 2016.

² حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 3316، لسنة 49 ق، الصادر بتاريخ 2007/3/24: وتتلخص وقائع تلك القضية في أن الزوجة جزائرية الجنسية مكثت في مصر أربعة عشر سنة وتزوجت من مصري وأنجبت طفلتين، ثم دبت الخلافات بين الزوجين وأحدث الزوج بها عاهة مستديمة كما أنه ادعى أنها جمعت بين زوجين في آن واحد، وتم تبرئتها من هذا الاتهام، إلا أنها فوجئت بإبعادها خارج البلاد (إلى سوريا) وطعن على هذا القرار بالدعوى رقم 10180 لسنة 54 القضائية وقضى في هذه الدعوى بإلغاء القرار وعادت إلى القاهرة بتاريخ 2001/9/10 وتقدمت في 2001/9/22 بطلب منحها إقامة مؤقتة، وفوجئت بقيام جهة الإدارة بترحيلها إلى (الأردن) فأقامت دعواها طعنًا على قرار رفض منحها إقامة مؤقتة وإبعادها عن البلاد.

هناك بعض النصوص القانونية الفرنسية تضع حماية نسبية للأجنبي من إجراءات الإبعاد ، وهذه النصوص القانونية تفرض تقدير واحترام الوضع الشخصي والعائلي للأجنبي في فرنسا **il faut apprécier la situation personnelle et familiale en France**

وبخصوص المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فإنه يتم حماية الأجنبي من إجراءات الإبعاد إذا كانت العلاقات العائلية قوية والمخالفات المرتكبة بسيطة ، حيث أن حياته العائلية لها الأولوية ، وكان مجلس الدولة الفرنسي متحفظاً بالأخذ بهذا المبدأ تجاه الأجانب فقد قام مجلس الدولة الفرنسي برفض تطبيق المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، ورفض التظلم من قرار الإبعاد بدعوى أن الأجنبي المبعد يمكن له أن يبعد خارج الأراضي الفرنسية ، ويمكن لعائلته أن تتبعه ، أي أن الإبعاد هنا لا يمثل اعتداء على الحياة العائلية¹ .

إلى أن جاء عام 1991 ومنذ حكم² BELDJOURI وبدأ مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق المادة 8 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، وفي كل حالة على حدا يفحص مجلس الدولة الفرنسي حالة الأجنبي والعلاقة بينه وبين عائلته و كذلك تأثير سلوك الأجنبي على النظام العام في الدولة ، وعليه فيظهر هنا قبل إصدار القرار إيجاد التوازن بين حماية النظام العام والحق في الحياة العائلية للأجنبي المدان³.

وبالنسبة للمادة L-521-2 من قانون دخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء CESEDA تلزم القاضي بسبب العقوبة ، وذلك بغرض حماية الوضع العائلي

¹ C.E., 8/1 Conseil d'État, 18 janvier 1991, BEIDJOURI, n°80827 12/1978, n°10097 10677 10679 .

² Conseil d'État, 18 janvier 1991, BEIDJOURI, n°80827

³ Voir: Rev.Crit.D. International privée, 1991,p. 690.

مشار إليه : د. أمل لطفي ، مرجع سابق، ص. 678.

للأجنبي فلا يتم إبعاد الأجنبي وذلك حماية لوضعه العائلي وتطبيقاً للمادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان CESDH والتي تنص على أن:

(1- لكل إنسان حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته.

2- لا يجوز للسلطة العامة أن تتعرض لممارسة هذا الحق إلا وفقاً للقانون وبما تمليه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي وسلامة الجمهور أو الرخاء الاقتصادي للمجتمع، أو حفظ النظام ومنع الجريمة، أو حماية الصحة العامة والآداب، أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم.) .

وقد أكدت أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على حق الفرد في حياة عائلية طبيعية¹، ولكن هناك بعض الحالات الاستثنائية كالإرهاب le terrorisme والتعدي الجسيم على مصالح الدولة l'atteinte grave aux interest ومصالحات تروير العملة les infractions fondamentaux de l'Etat en matière de fausse monnaie كذلك إذا كانت الوقائع التي تشكل الأساس للإدانة قد ارتكبت ضد زوج (زوجة) الأجنبي أو أطفاله si les faits à l'origine de la condamnation ont été comis à l'encontre du conjoint ou des enfants de l'étranger .

في هذه الحالات يجب على الجهة الإدارية أن تتفقد الإبعاد بالرغم من وجود حياة عائلية للأجنبي المبعد.

ثانياً: حماية حياة وكرامة المبعد

الجهة الإدارية هي التي تنفذ العقوبة ، وتحدد بلد إرسال الأجنبي المعاقب ، كما أن عليها ضمان احترام حقوق الأجانب المدانين وتأخذ مرجعيتها القانونية هنا من التشريع الفرنسي ومن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان خاصة المادة 3 والمادة 8 منها.

¹ Les arrêts de la CEDH: Mehemi c/ France et Boujaidi c/ France , 26/9/1997; Abdouni c/France , 27/2/2001; Ezzouhdi c/ France, 13/2/2001

كما أن القضاء الإداري يقوم بالرقابة على الإجراءات التي تقوم بها الجهة الإدارية لضمان تحقيقها لتلك الضمانات ويرى بعض الفقه الفرنسي أن الرقابة القضائية للإجراءات الإدارية التنفيذية - والتي تنفذ في مواجهة الأجنبي المدان - تبدو من أكثر الأمور إلحاحاً ، طالما نتحدث عن دولة القانون¹ .

المخاطر التي يتعرض لها المبعود في البلد الذي يعاد إرساله إليه : Les risques encourus dans le pays de renvoi

حينما يصدر المحافظ قرارا بتحديد البلد المرسل إليه يجب أن يراعي أن لا تكون هذه البلد سبباً للتعذيب والمعاملة المهينة والالإنسانية للأجنبي ، وذلك استناداً للمادة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وقد تم الطعن على قرار الإبعاد في قضية Soering المقامة أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان CEDH² لوجود مخالفة لأحكام المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وجدير بالذكر القول أن للمادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أهمية بالغة ؛ إذ تقوم هذه المادة على تقديم آلية الحماية بطريقة غير مباشرة³ "protection par ricochet"، ذلك أن تنفيذ قرار الإبعاد يمكن أن تكون له نتائج تتضمن انتهاكاً لحقوق الأجنبي التي تضمنها الاتفاقية⁴ .

¹ J- CH MARTIN, *op.cit.*, p. 1204: " L'administration seule est tenue en revanche de garantir la protection tirée de l'article 3 CESDH . Un contrôle juridictionnel des mesures administratives d'exécution apparit donc. Dans un Etat de droit, des plus impérieux.

² لمزيد من الأمثلة القضائية :

Les arrêts Cruz Vara c/ Suède du 20/3/1991 et Vilvarajah c/ Royaume Uni du 30/10/1991.

³ يقصد بهذا المصطلح أن المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تقدم الحماية بطريقة غير مباشرة indirect protection نظراً لاحتمالية أن يكون الإبعاد قد نُفذ بطريقة بها معاملة غير إنسانية أو مهينة للشخص الأجنبي .
⁴ لمزيد من التفصيل راجع :

F.SUDRE, "Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ", in Fulchiron , Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales , Paris , LGDJ,

وقد صدر حكم لقاضي الأمور المستعجلة في مجلس الدولة الفرنسي يرى أن حق الإنسان هو أن لا يُعرض لمعاملات مهينة حال صدر حكم بإبعاده¹، ففي هذا الحكم قضى بأن : ([...] تقتضي هذه الحرية بشكل خاص عدم إمكانية إعادة إرسال أحد الرعايا الأجانب ، الذي صدر بحقه قرار إبعاد ، إلى دولة هناك أسباب جدية ومؤكدة للاعتقاد بأنه سيتعرض فيها لخطر حقيقي على شخصه ، إما بفعل سلطات هذه الدولة ، أو حتى بفعل أشخاص أو مجموعات أشخاص لا علاقة لها بالسلطات العامة ، وذلك حين لا تكون سلطات هذه الدولة قادرة على حمايته من هذا الخطر [...])² ، وقد اعتمدت ذات الفكرة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في العديد من أحكامها³.

أنواع الأخطار في البلد المرسل إليها :

يجب أن تكون الأسباب المحتج بها جدية ومؤكدة *sérieux et avérés* وخطيرة على حياته أو حريته *sa liberté* أو سلامته الجسدية *son intégrité physique*⁴.

ومن الشروط أيضا أن يكون الوضع العام في البلد به خطر حقيقي ، فالدافع الرئيس ليس الوضع السياسي للبلاد ولكن الأصل أن يكون على الشخص الأجنبي المبعد خطر حقيقي مرتبط بتواجده في هذه الدولة .

1999, p. 63; X. VANDENDRIESSCHE, " Etrangers- Mesures d'éloignement ", Juris – Classeur droit administratif, 2000, pp.39-40.

¹ CE., 29/4/2002, Mehdi, n° 239733.

² " Cette liberté implique notamment qu'un ressortissant étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement ne puisse être renvoyé dans un Etat pour lequel il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'il s'y trouverait exposé à un risque réel pour sa personne soit du fait des autorités de cet Etat, soit même du fait de personne ou groupes de personnes ne relevant pas des autorités publiques , dès lors que, dans ce dernier cas, les autorités de l'Etat de destination ne sont pas en mesure de parer à un tel risque par une protection appropriée".

³ Chahal c/ Royaume –Uni, 15/1/1996, (74); HLR c /France, 29 avril 1997, (34).

⁴ CE, 29 avril 2002, Mehdi, n° 239733.

ومن أمثلة الأخطار التي أشارت لها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في أحكامها المتعددة أنه ليس المهم أن يكون الخطر صادراً من السلطات العامة في البلاد ، فالخطر يمكن أن يظهر عندما لا توفر الدولة التي سيرسل إليها الحماية المناسبة للأجنبي المبعد¹.

إن الحماية التي تقدمها المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان هي حماية أصلية ذات طابع مطلق ، لا تحمل أي استثناء مهما كانت الأسباب المبررة للإبعاد وهي حماية مقدمة للشخص المدان بالإبعاد والذي يجب عليه أن يقدم أسباب جدية ومؤكدة عن وجود مخاطر سيلاقيها إذا ما تم إرساله إلى البلد المبعد إليها².

ثالثاً: إجراءات الإستدعاء الإداري:

وفي تطور جديد لمسائل الإبعاد بفرنسا ويعد صدور أحدث التعديلات الخاصة بإبعاد الأجانب في قانون CESEDA، أصدر المجلس الدستوري الفرنسي³ في إحدى المسائل الأولية QPC في إحدى حالات الإقامة الجبرية Assignations à résidence، ضمانات هامة وشروطاً متعددة لحماية النظام العام في فرنسا *sauvegarde de l'ordre public* ضد الأجانب الذين يرتكبون جرائم مع الأخذ في الاعتبار المخاطر التي ارتكبوها في بلدهم الأصلي .

و انتقد المجلس الدستوري الفرنسي التعديلات الأخيرة من القانون الذي يسمح بالإستدعاء الإداري *administratives assignations* للأجانب لمدة غير

¹ HLR c/ France, 29/4/1997; F.SUDRE, *op.cit.*, p.69-70.

² J- CH MARTIN, *op.cit.*, p. 1203: (La protection tirée de l'article 3 CESDH a un caractère absolu, l'application de cette disposition n'appelle ainsi aucune appréciation de la proportion entre les risques encourus et la gravité des comportements à l'origine de la condamnation, mais seulement une appréciation de la réalité des risques au vu des preuves apportées par l'étranger que ses motifs sont " sérieux et avérés").

³ Cons.const., 1 /12/2017, n° 2017-274 QPC.

محددة الزمن *à durée illimité* بدون النظر إلى ظروف الأجنبي الشخصية وحرية بوجه عام .

وأعطى المجلس الدستوري مثال لحالة الأجنبي الذي يظل مهدد بالقبض عليه في أي مكان في فرنسا حتى لو في مقر إقامته الشخصية لمدة غير محددة الزمن¹ وطالب المجلس الدستوري بالنظر في تعديل تلك المادة لتحقيق الضمانات الإجرائية للأجنبي.

كما أبدى المجلس الدستوري الفرنسي عدة ملحوظات في حكمه الأخير² منها : أنه يجب على السلطة الإدارية تحديد الشروط والأماكن الخاصة بالإقامة الجبرية للأجنبي مع الأخذ في الاعتبار المدة الزمنية التي تمر على الشخص الأجنبي الخاضع لهذا النظام³ وكذلك على الجهة الإدارية أيضا الأخذ في الاعتبار الروابط العائلية والشخصية للشخص الأجنبي، كما أنه ومن ناحية أخرى أظهر المجلس الدستوري الفرنسي تحفظه بشأن النطاق الزمني للإقامة الجبرية والتي يجب أن لا تتعدى 12 ساعة في اليوم كما أنه يدعو القضاء العادي لمراقبة تلك الاجراءات ودعا المشرع الفرنسي إلى تعديل هذه المواد التي تعصف بحقوق الأجنبي المبعد .

¹ O. BOSKOVIC et S.CORNELOUP et autres, *op.cit.*, p. 319; Cons.const., 1 /12/2017, n° 2017-274 QPC.(Il était reproché a la loi d'autoriser des assignations administratives a durée illimitée, sans réexamen périodique de la situation des intéressés et suivant des conditions extrêmement libéraux (en particulier , l'étranger peut être astreint à résider n'importe où sur le territoire , quel que soit le lieu de son domicile) .

² Cons.const., 1 /12/2017, n° 2017-274 QPC.

³ (L'autoirité administrative doit fixer les conditions et les lieux d'assignation à résidence en tenant compte du temps passé par l'étranger sous ce régime et des liens familiaux et personnels qu'il a pu nouer). O. BOSKOVIC et S.CORNELOUP et autres, *op.cit.*, p. 319; Cons.const., 1 /12/2017, n° 2017-274 QPC.

المطلب الثاني

مدى إمكانية الطعن على قرار إرسال المبعد لدولة أخرى

تنفيذا لحكم حظر الإقامة

إذا كان الأصل في فرنسا أن عقوبة حظر الإقامة في الأراضي الفرنسية تصدر من القاضي الجنائي والذي عليه أن يراعي المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي جاء في طياتها حماية حقوق الإنسان في حياة عائلية طبيعية فالإشكالية هنا : هل الجهة الإدارية ملزمة أيضاً بتطبيق تلك المادة عند تنفيذ عقوبة الإبعاد على الشخص الأجنبي المُدان .

يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي قد قضى في حكم له بتقدير قيمة التناسب بين الهدف المنشود من الإبعاد (خطورة الوقائع الناجمة عن الجريمة المنسوبة له) وبين التعدي على الحياة الخاصة والعائلية .

فقد أكد مجلس الدولة هذا المعنى في حكم صادر بتاريخ 29 / 4 / 2002 في قضية طعن ضد حكم صادر من قاضي الأمور المستعجلة أنه : ([...] الالتزام المترتب على الفرد بمغادرة الأراضي الفرنسية [...]) ينجم عنه أن قاضي الأمور المستعجلة - الذي طعن أمامه بوقف تنفيذ القرار - يجب أن يقدر ويسبب حالة الاستعجال ، ليس فقط بالنظر إلى نتائج قرار الإبعاد بالنسبة للأجنبي المعني بالخروج من الأراضي الفرنسية وإنما لأبد للقاضي أن يقيس الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها الأجنبي في البلد المرسل إليها ¹.

¹ C.E, 29/4/2002, Ministre de l'intérieur c/ Mehdi, n° 239733: (l'obligation pour l'intéressé de quitter le territoire français résulte dans ce cas de la décision du juge pénal et non de la décision distincte du préfet qui fixe le pays de renvoi ; qu'il en résulte que le juge des référés, saisi d'une demande de suspension de cette dernière décision , doit apprécier et motiver l'urgence au regard non des conséquences pour l'étranger concerné d'une sortie du territoire français mais des dangers qu'il peut courir dans le pays désigné comme pays de renvoi).

راجع الموقع الإلكتروني :

<https://www.legifrance.gouv.fr>

كما أكد ذلك المعنى حكم مجلس الدولة رقم 249473 الصادر في 6/11/2004 في قضية وزير الداخلية ضد MKKB والذي أكد فيها مجلس الدولة على ضرورة احترام الحياة الخاصة والعائلية للأجنبي، فقضى بأن : (التعدي المفرط على حق الأجنبي المبعد في احترام حياته الخاصة والعائلية لا يمكن الأخذ به) .

وأكد مجلس الدولة نفس المبدأ في الحكم الصادر بتاريخ 23/5/1997 بقضية ANSARI Fahim رقم 163119 بتقدير التناسب بين الهدف المنشود من الإبعاد والتعدي على الحياة الخاصة والعائلية *le Conseil d' Etat s'est livré à une appréciation de la proportion entre le but visé par l'éloignement " la gravité des faits criminels reproches " et l'atteinte à la vie privée et familiale .*

ويرى بعض الفقه الفرنسي ضرورة أن تلتزم الجهات الإدارية بحماية المبدأ الوارد في المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، كما أن الرقابة القضائية على الإجراءات الإدارية التنفيذية هي الأكثر ضرورة وإلحاحاً¹ . والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا : هل يمكن الطعن على القرار الإداري بإرسال الأجنبي إلى دولة أخرى كذلك القرار الإداري الخاص بتحديد اسم بلد الإرسال التي سيرسل إليها الأجنبي المبعد .

الأصل أن هذه القرارات تعد قرارات إدارية ، لذا فيمكن للقضاء الإداري أن يراقب مشروعية تلك القرارات ، كما أن هذا القرارات تعتبر قرارات إدارية منفصلة ويجوز الطعن عليها على استقلال . وفيما يلي سنقسم هذا المطلب إلى فرعين :

¹ J- CH MARTIN, *op.cit*,p. 1204 : (Si l'administration n'est donc pas tenue, dans l'exécution force de la peine d'interdiction du territoire, de s'assurer qu'il n'est pas porté atteinte au droit à une vie familiale normale, elle seule est tenue en revanche de garantir la protection tirée de l'article 3 CESDH . Un contrôle juridictionnel des mesures administratives d'exécution apparaît donc, dans un Etat de droit , de plus impérieux.

الفرع الأول : قرار إرسال الأجنبي إلى دولة أخرى هو قرار إداري قابل للانفصال.

الفرع الثاني: مدى امكانية الطعن على قرار ارسا الأجنبي بعد الإبعاد الفعلي.

الفرع الأول

قرار إرسال الأجنبي إلى دولة أخرى هو قرار إداري قابل للانفصال

إن قرار إرسال الأجنبي إلى دولة أخرى يمكن أن يطعن عليه استقلالاً لكونه من القرارات القابلة للانفصال عن الأحكام الصادرة بحظر الإقامة في الأراضي الفرنسية

والقرار الصادر من الجهة الإدارية بعد حكم حظر الإقامة والخاص بتحديد المكان الذي سيعاد إرسال الأجنبي إليه ، يعد قراراً إدارياً ، فالسلطة الإدارية تصدر قراراً إدارياً بالإبعاد ، ويمكن لها أن تصدر قراراً إدارياً آخر مفاده تحديد الدولة التي سيتم الإرسال إليها .

وهي بالقطع قرارات إدارية تختلف عن الأحكام القضائية بحظر الإقامة في الأراضي الفرنسية والتي تصدر من القضاء العادي ، وهذه الأحكام تختلف عن القرار الإداري الصادر بالإبعاد وتتميز أيضاً عن القرار الإداري بإرسال الأجنبي إلى دولة أخرى .

والدليل على ذلك ما جاء في نص المادة 27 من القانون رقم 93-1027 من قانون دخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء¹ والتي نصت على أنه : (يعتبر القرار المحدد لبلد الإحالة قراراً إدارياً مستقلاً عن إجراء الإبعاد نفسه)² .

ويمكن القول أن المشرع الفرنسي قد أكد أن القرار الإداري بالإرسال للدولة الأخرى يمكن أن يطعن عليه استقلالاً un recours autonome ، أي أن هذا

¹ أدرجت هذه المادة في المادتين 1/3-513-L ، و 3-541-L من القانون رقم 93-1027 والصادر بتاريخ 1993/8/24.

² La loi n° 93-1027 du 24 août 1993 a inséré dans l'ordonnance du 2/11/1945 l'article 27 ter. Codifié aux articles L.513-3 et L. 541-3 du CESEDA : (La decision fixant le pays de renvoi constitue une décision distincte de la mesure d'éloignement du territoire).

القرار الإداري هو من القرارات القابلة للانفصال *détachable* عن أحكام القضاء العادي الصادرة في حالات حظر إقامة الأجنبي في الدولة الفرنسية .
وليس أدل على ذلك من أن جميع القرارات الإدارية الصادرة من المحافظ بإرسال الأجنبي إلى دولة المنبعد إليها، يمكن فيها للمحافظ أن يقدر الظروف والملاسات المصاحبة للقرار وأن يتخذ (هامش التقدير) *La marge d'appréciation* ويراعيه عند إصدار تلك القرارات¹.

فلمحافظ تحديد الدولة التي سيتم إرسال الأجنبي المدان إليها ، كما أنه يمكن للمحافظ أن يقدر أن الإبعاد قد يبدو مستحيلاً ، وفي حالات الضرورة يمكن للمحافظ أن يقدم التماس إلى النيابة العامة *ministère public* ويطلب عدم التنفيذ ، وفي مثال تطبيقي لهذه الحالات ، الحكم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي في قضية *Steim* بتاريخ 26 / 5 / 1995 والقاضي بأن : (القرار الإداري بتحديد بلد الإرسال يمكن أن يطعن عليه أمام محكمة القضاء الإداري) ،
كذلك هناك حكم حديث نسبياً لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص

CE., 29/4/2002, *Ministre de l'interieur c/ Mehdi* , n° 239733².

و القاضي الإداري يستطيع أن يتولى الفصل في الطعن بالإلغاء ضد القرار المحدد لبلد الإرسال ،

كذلك الطعن على القرار الإداري لطلب تحديد إقامة استند إلى استحالة مغادرة الأراضي ، والقانون الفرنسي يتيح للأجنبي المدان أن يقدم طلباً يطلب فيه صراحة تحديد إقامته بموجب المادة 4- L-513 من قانون دخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء.

¹ J- CH MARTIN, *op.cit*, p. 1204.

² وهناك حكم آخر :

C.E., M.Ansari Fahim, du 23/5/1997, n° 163119.

و الأجنبي المدان يستطيع أن يطلب تحديد إقامته مبررًا بأنه يستحيل عليه ماديًا وقانونيًا مغادرة الأراضي الفرنسية إما لأن حياته وحرية مهدهتان في البلد الذي سيتم إرساله إليها أو لأن حياته معرضة لمعاملات تخالف المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان¹.

وفي الواقع فإن الفقه والقضاء الفرنسي² أكدوا على أن السلطة الإدارية لها الحق في رفض طلبه بتحديد الإقامة ، إلا أن هذا الرفض يعد بمثابة قرار إداري قابل للانفصال عن قرارات القاضي العادي ، ويمكن للقضاء الإداري هنا أن يراقب تلك القرارات .

ويثار التساؤل هنا:

ماذا لو صدر حكم بإلغاء القرار الإداري المحدد للبلد المرسل له الأجنبي - ؟ ماذا تفعل الجهة الإدارية هنا هناك ثلاث تصرفات لجهة الإدارة تستطيع فعلهم - الأول هو أن تضع الأجنبي في الحبس الإداري *rétention administrative* (الاعتقال الإداري)، أو تحدد إقامته *assigner à résidence*، أو أن تقوم بتعيين بلد آخر ترسله إليه .

والسؤال هنا : هل إذا صدر قرار بإلغاء القرار الإداري قبل الإبعاد الفعلي للأجنبي ، فإن هذا الحكم بالإلغاء يجرّد عقوبة حظر الإقامة من أي أثر قانوني ؟ قامت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالرد على هذا التساؤل حينما ألغت كل الآثار القانونية لعقوبة حظر الإقامة في الأراضي الفرنسية بعدما ألغى القاضي الإداري القرارات الإدارية التنفيذية قبل ما يتم التنفيذ الفعلي للإبعاد *avant*

¹ J. DEBRARY, Les procédures judiciaires et administratives d'éloignement au regards des articles 5 et 6 de la Conventions européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales , Paris , LGDJ, 1999, p. 63; X. VANDENDRIESSCHE, " Etrangers- Mesures d'éloignement " , Juris – Classeur droit administratif, 2000, pp. 325.

² J. DEBRARY, *op.cit.*, p. 64; J- CH MARTIN, *op.cit.*, p. 1204; CE., 11/6/2004, Ministre de l'intérieur c/ MKKB; CE., préfet de police c/ Diagola du 28/7/2000; CE., 15/2/1995, Bangoura , n° 136169.

l'éloignement effectif de l'étranger وذلك في حكمها في قضية ABDONI c/ France ، حيث أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن فرنسا انتهكت المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لأن قرار المحافظ الذي حدد البلد المرسل إليها (الجزائر) قد ألغي من القاضي الإداري ، وعليه فإنه يمكن : (للشخص الأجنبي أن يقدم طعن أمام المحاكم الإدارية الفرنسية ، وله كل الضمانات المتاحة له)¹.

نتيجة لهذا يمكن القول أن إذا صدر حكم بإلغاء القرار المحدد لبلد الإرسال فإنه ينتج عنه أن حكم الإبعاد يتوقف نهائياً² .

ويمكن تغيير الدولة المرسل إليها إذا كان هناك دولة مستعدة لاستقباله وكذلك لا يعامل فيها بالتعذيب torture أو يجد فيها معاملة لا إنسانية traitements inhumains³.

الفرع الثاني

مدى إمكانية الطعن في قرار إرسال الأجنبي بعد الإبعاد الفعلي

La situation après l'éloignement effectif

السؤال المطروح هنا - هل يمكن بعد إصدار قرار الإبعاد وإصدار قرار من المحافظ بتحديد بلد الإرسال أن يطعن الأجنبي على تلك القرارات أمام قاضي

¹ Arrêt de Cour Européenne , Abdoni c/ France , 27 février 2001. DÉFINITIF 05/09/2001, § 29 : (Si une nouvelle décision de designation du pays de destination pour l'éloignement ne peut être totalement exclue , elle se heurte à l'autorité de la chose jugée dans l'hypothèse où le pays désigné serait l'Algérie ou tout autre pays avec lequel la famille ou requérant est sans lien. En outre , le requérant disposerait en ce cas du recours ouvert devant les juridictions administratives et de l'ensemble des garanties dont il s'accompagne).

² J- CH MARTIN, *op.cit*, p. 1204-1205.

³ كان هناك لجنة مشكلة لدراسة موضوع حظر الإقامة في عام 1998 وبعده أرسل وزير العدل تعميماً إلى المدعيين العموميين ورؤساء محاكم القضاء العادي وجههم فيها إلى أن يراعوا اتخاذ المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أثناء إصدارهم عقوبات حظر إقامة في الأراضي الفرنسية :

Le rapport de CH. CARESCHE à l'Assemblée nationale, n° 26/11/2002, p. 11.

الأمر المستعجلة الإداري ، ويطلب بإلغاء قرار المحافظ ويطلب كذلك بإلزام الجهة الإدارية بتأمين عودته إلى فرنسا بالرغم من كون عقوبتي الإبعاد وحظر الإقامة قد نُفذتا بالفعل ؟

تمت الإجابة على هذا السؤال من خلال حكم قضائي بفرنسا لقضية تتلخص وقائعها كالآتي:

صدر حكم على شخص أجنبي يدعى Drif أدين بحكم نهائي بحظر الإقامة في فرنسا ، وذلك بسبب مشاركته في رابطة أو هيئة هدفها التحضير لأعمال إرهابية وتنفيذها ، وبعد صدور الحكم النهائي ، قام المحافظ بإصدار قرار إداري بتاريخ 26 / 2 / 2005 بتحديد الجزائر كبلد الإرسال ، وقد رفع هذا الأجنبي طعن مستعجل *recurs en référé – liberté* على القرار الصادر من المحافظ .

ثم صدر حكم قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة الإدارية بليون وقضى بعدم اختصاصه وذلك لأن الطعن على القرار الإداري الخاص بإرسال الأجنبي للجزائر (بلد الإرسال) قد قدم بعد الإبعاد الفعلي للشخص الأجنبي . طعن الأجنبي على هذا الحكم أمام محكمة الأمور المستعجلة بمجلس الدولة الفرنسي ، وفي 18/3/2005 صدر حكم من قاضي الأمور المستعجلة بمجلس الدولة¹ والذي جاء فيه أن الطعن بوقف تنفيذ القرار لم يعد ذا أثر لأن القرار قد نفذ فعلاً وتم إبعاد الشخص الأجنبي خارج البلاد.

وقد جاء في الحكم أولاً : (أنه عند صدور حكم قاضي الأمور المستعجلة بمحكمة ليون الإدارية بخصوص طلب تنفيذ قرار محافظ منطقة الرون ، بتاريخ 26/2/2005 والمحدد لبلد المقصد لإجراء الإبعاد من الأراضي الوطنية كان قرار الإبعاد قد نُفذ فعلاً من قبل)².

¹ CE., 18/3/2005, Ali DRIF, n° 278615.

² Le juge des référés du Conseil d'Etat a d'abord relevé qu'a : (à la date à laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Lyon s'est

أي أن قرار المحافظ الصادر بتحديد بلد الإرسال - الجزائر - والذي صدر بتاريخ 2005/2/26 قد صدر بعد أن تم تنفيذ قرار الإبعاد بالكامل وتم استتفاد آثاره القانونية ، ونتيجة لذلك فإن الطعن بوقف هذا القرار لم يعد ذا أثر وذلك بسبب أن الأجنبي قد أبعد فعليًا عن الأراضي الفرنسية .

وقد تعرض هذا الحكم للنقد من الفقيه J- CH MARTIN -موضحًا أن الشخص الأجنبي كان قد قدم طلبين أولهما هو وقف قرار المحافظ ، والثاني هو تأمين عودته دون تأخير إلى فرنسا وإلزام وزير الداخلية الفرنسي بتحديد إقامته ، وأضاف J- CH MARTIN أنه صحيح أن طلب وقف قرار المحافظ لا يمكن قبوله ، فإن الطلب الهادف إلى إلزام السلطة الإدارية بتأمين عودته يبقى قائمًا ، كما أنه يرى أن قرار المحافظ لم يعد منتجًا لآثاره ، إلا أن قرار عودته للأراضي الفرنسية ممكنًا¹.

ولكن تظهر هنا إشكالية هامة مفادها أنه سبق ذلك صدور حكم من القاضي العادي بعقوبة حظر الإقامة في الأراضي بالفرنسية وهذه العقوبة هي السبب الرئيس في استحالة عودة Drif إلى الأراضي الفرنسية .

فقاضي الأمور المستعجلة بمجلس الدولة الفرنسي² لا يستطيع إلزام السلطة الإدارية بتأمين عودة Drif إلى فرنسا وذلك لصدور حكم نهائي من القاضي الجنائي بحظر الإقامة في الأراضي الفرنسية.

prononcé sur la demande de suspension de national . cet arrêt du préfet du Rhone du 26/2/2005 fixant le pays de destination de la mesure d'éloignement du territoire national cet arrêté avait été intégralement exécuté).

¹J- CH MARTIN, *op.cit*, p. 1205.

² Le juge des référés du Conseil d'Etat ordonnance que : (considérant qu'est seule en cause présentement devant le juge administratif des référés la decision par laquelle le préfet a procédé à l'exécution de la mesure d'interdiction du territoire , laquelle a le caractère d'une peine complémentaire, don't le relèvement , ainsi qu'il a été dit-ci dessus, peut être sollicité auprès de la juridiction de l'ordre judiciaire ayant prononcé cette peine, sans que ni l'administration ni le juge administratif puissent le priver d'effet ; considérant qu'il suit de là qu'aussi longtemps que M.Drif

ويرى البعض¹ أن هذا تطبيق لمبدأ الفصل بين السلطات Le principe de *autorités séparation des* ذلك أن القاضي الإداري لا يمكن له أن يتدخل في حكم القاضي الجنائي ولا يستطيع أن يتدخل في آثار هذا الحكم ، وانتهى القاضي الإداري الفرنسي وبحق إلى عدم اختصاصه بإلزام السلطة الإدارية بتأمين عودة الأجنبي المدان إلى فرنسا .

وعليه فإن تلك الطعون جميعها قد استنفذت آثارها القانونية ذلك أن الشخص الأجنبي كان قد أبعد فعلاً وعليه فإن قاضي الأمور المستعجلة لم يكن مختصاً فعلاً للفصل في هذا الموضوع ، كما أن مجال تطبيق المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لم يعد ممكناً تطبيقها، وحماية الأجنبي من المخاطر التي يمكن أن يواجهها في بلد الإرسال ، كذلك لم تعد مجدية².

ويضيف هذا الرأي أن الطعن المستعجل المقام من الأجنبي الذي صدر حكم بإبعاده ذو أهمية قصوى ذلك أنه يعطي حماية للأجنبي من المعاملات السيئة التي قد يلاقيها في بلد الإرسال ، ولكن لا يوجد جدوى لتدخل القاضي الإداري طالما أن الأجنبي قد أبعد بالفعل .

كما أن الأجنبي هنا قد عوقب بعقوبات مضاعفة *Double peine* ، الأولى حكم الإبعاد وحكم حظر الإقامة والثاني هو عدم استطاعة القاضي الإداري التدخل في الطعون المستعجلة التي يرفعها الشخص الأجنبي حين يكون الشخص الأجنبي قد أبعد بالفعل ، وقد أطلق في فرنسا العديد من الحملات الوطنية

n'aura pas bénéficié d'une mesure de relèvement de la peine d'interdiction définitive du territoire, il n'appartient pas au juge administratif des référés d'enjoindre à l'autorité administrative d'assurer son retour en France).

¹ J- CH MARTIN, *op. cit.*, p.1205.

² F. BOURRACHOT, Les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'exécution des mesures d'éloignement , *op. cit.*, p. 361 .

والشعبية الراضية للعقوبات المضاعفة¹، إضافة إلى رفع العديد من التقارير من لجنة القوانين إلى مجلس الشيوخ الفرنسي² للنظر في مشكلة العقوبات المضاعفة.

الخاتمة

يعتبر موضوع الإبعاد بشقيه الإداري والقضائي من أهم الموضوعات الإنسانية والتي كان لزاماً علينا تسليط الضوء عليه، من خلال تبيان أهم الضوابط القضائية والتشريعية له، مع بيان الحالات الواردة في القضاء الإداري الفرنسي والمصري وعرض لأهم الضمانات الواردة في التشريع والقضاء الداخلي وقضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

ومما لا شك فيه أن موضوع إبعاد الأجانب قد زادت أهميته في الآونة الأخيرة نظراً لنتامي الهجرات المشروعة وغير مشروعة لبلدان العالم، كذلك اختلاف النظرة نحو الأجنبي عن سابقتها، فقديمًا كان ينظر للأجنبي المقيم أو طالب الإقامة أو اللجوء بنظرة بها نوع من احترام حقوقه وحرياته الأساسية، ومع تزايد الأخطار على كل الدول من تفاقم جرائم الإرهاب وتفشي ظواهر إجرامية متعددة كجرائم المخدرات والدعارة والرقيق، وأصبح المتهم الرئيس في تزايد تلك الجرائم داخل أراضي الدولة هو الأجنبي، والتي أرادت أغلب التشريعات المقارنة الآن التصدي له وتحجيم الإجراءات القانونية الخاصة بطلب إقامته أو زيارته، بل أنه يصل الأمر إلى الحد من حرية التنقل والإقامة له وإبعاده وطرده من الدولة نفسها.

وللدولة صلاحيات متعددة في تقييد حرية التنقل والإقامة ولكن في وجود قيود أهمها ضرورة وجود أسباب تقتضي ورود تقييد بهدف حماية الأمن العام وسلامة الدولة في الداخل والخارج وحماية الاقتصاد القومي واستقرت الأحكام القضائية على أن حق التنقل والسفر داخل البلاد أو خارجها - يتعين وفقًا للدستور - تنظيمه بما يحقق المحافظة على سلامة الدولة في الداخل والخارج، وعلى استقرار وحماية الأمن العام ورعاية وحماية أمن الأفراد، وتطبيقاً للمبدأ السابق نجد أن أحكام المحكمة الإدارية العليا قد تواترت على أن حرية التنقل من الحقوق

www.unepeinepointbarre.org مثل : تم إطلاق العديد من الحملات ضد العقوبات المضاعفة

¹ ضمت العديد من الروابط

² Le rapport (I.D et II.D) , M.Jean- Patric Courtois sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France.

الأساسية للفرد إلا أنه يجب أن ينظم بقانون للمحافظة على سلامة وأمان الدولة ، وأرى هنا أن الدولة عليها الالتزام بقيود أهمها عدم التعسف في إصدار قرارات الإبعاد ، خاصة وأن الرقابة القضائية على قرارات الدولة ، إنما توجه للدولة في أسلوب تطبيق الإبعاد والضمانات التي تقدرها الدولة لحماية الأجنبي.

ونظرًا لخصوصية الإبعاد في فرنسا فلقد خصصنا له الجزء الثاني من الدراسة لتوضيح الإشكالية الخاصة بالترقية بين الإبعاد القضائي والإداري هناك ، كذلك دور القاضي الإداري في الرقابة على مشروعية قرارا الجهة الإدارية المنفذة لأحكام الحظر القضائي للإقامة بفرنسا، واستعرضت للعديد من الإشكاليات المثارة والفرضيات التي أفرزها التعديل الأخير للقانون وعرضت لرأي المجلس الدستوري الفرنسي في بعض التعديلات التشريعية الجديدة بمناسبة الطعن عليها بطريقة QPC ، وعرضت لأهم أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد، مرورًا بعرض نبذة عن إجراءات الإبعاد في فرنسا وفق آخر التعديلات التشريعية لقانون CESEDA الصادر في 2016 /3/7 ، ولجان التنفيذ الإجباري للإبعاد OQTF ودور القاضي الإداري في الكثير من القضايا الخاصة بالإبعاد في إرساء الضمانات لحماية حقوق المبعد كحماية سلامة الجسدية وكرامته وكذلك لم شمل الأسرة .

وخلصنا إلى النتائج التالية:

- يجب على المشرع المصري أن يضع في الاعتبار حماية الوضع العائلي للمبعد أسوة بالحماية الواردة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتشريع الفرنسي .
- وضع آليات جديدة في التشريع المصري ، تمكن الأجنبي المبعد من اختيار بلد الإرسال وأن يستمع إلي ملاحظاته ورغباته في بلد الإبعاد أسوة بالتشريع الفرنسي.
- يجوز التظلم من القرارات القابلة للانفصال عن حكم الإبعاد القضائي النهائي والطعن عليها أمام مجلس الدولة الفرنسي ، بالرغم من أن حكم الإبعاد القضائي النهائي غير قابل للطعن عليه .
- مهلة الخمسة عشر يوما الواردة في التشريع المصري في حال التنفيذ الاختياري للمبعد ليست كافية لإنهاء كافة ارتباطات الأجنبي على أرض مصر ومن الأفضل أن تكون المهلة شهرًا إلا إذا كان سبب الإبعاد ينم عن خطورة إجرامية جسيمة تهدد النظام العام أسوة بالتشريع الفرنسي.

المراجع

أولاً:

المراجع باللغة العربية:

- 1- أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، 2010.
- 2- أحمد سلامة بدر، الإبعاد الإداري في ميزان القضاء الإداري والدستوري ، دار النهضة العربية، 2016.
- 3- أحمد عبد الظاهر ، إبعاد الأجانب في ضوء أحكام القانون الجنائي ،دار النهضة العربية ، ط1 ، 2007 .
- 4- أحمد عبد الظاهر، إبعاد الأجانب في التشريعات الجنائية العربية، مركز البحوث والدراسات الفقهية والتشريعية والقضائية- دائرة القضاء - دولة الامارات العربية المتحدة، ط1، 2014.
- 5- أحمد قسنت الجداوي ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، ج1، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية ، 1987.
- 6- أحمد مسلم ،القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجانب وتاريخ القوانين، الجزء الأول، القاهرة ،مكتبة النهضة العربية،1956.
- 7- جابر جاد عبد الرحمن، إبعاد الأجانب، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول القاهرة، 1947.
- 8- حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، دار النهضة العربية، 1965.
- 9- حفيظة السيد الحداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ، منشورات الحلبي الحقوقية.
- 10- صبرى محمد السنوسى محمد، الاعتقال الإدارى بين الحرية الشخصية ومقتضيات النظام العام 1996.

- 11-صلاح الدين عامر ، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية، 2003.
- 12-طارق فتح الله خضر، حرية التنقل والإقامة بين المشروعات والملازمة الأمنية ، 2006، دار النهضة العربية.
- 13-عصام نعمة اسماعيل، ترحيل الأجانب - دراسة تحليلية في ضوء القانون والاجتهاد اللبناني والدولي، سلسلة القانون العام، دراسات قانونية، ط1، 2003.
- 14-على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1993.
- 15-عمر سالم ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الاتحادي، القسم العام، ج2، مطبوعات كلية شرطة أبوظبي.
- 16-فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، الجزء الأول، 1991.
- 17-فؤاد رياض ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، ط 1992.
- 18-فؤاد رياض ، الوجيز في الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري و المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
- 19-فؤاد عبد المنعم رياض ، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب ، دار النهضة العربية ، ط5 ، 1988.
- 20-كريم ناصر حسناوي، الرقابة القضائية على قرارات الإبعاد والترحيل الخاصة بالأجانب، دار الفكر والقانون ، 2016 .
- 21-محمد الروبي ، مركز الأجانب ، ج1 ، مركز الشخص الطبيعي ، دار النهضة العربية ، 2001.

22-محمود عاطف البناء، حدود سلطات الضبط الإداري، مطبعة جامعة القاهرة، 1980.

23-مصطفى أبوزيد فهمي، مبادئ الانظمة السياسية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1984.

24-مصطفى العدوي ، ترحيل الأجانب في القانونين المصري والأجنبي (دراسة تطبيقية تحليلية للقانون رقم 88 لسنة 2005 مقارنة بالقانون الفرنسي رقم 911 لسنة 2006) ، دار النهضة العربية ، ط 1 ، 2008.

25-هشام صادق على، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1977.

26-هشام علي صادق ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، منشأة المعارف ، 1977 ،

27-وجدي ثابت غبريال، التظلم من أوامر الاعتقال أمام محكمة أمن الدولة العليا طوارئء ، دار النهضة العربية.

ثانيا : الدوريات والرسائل :

1- أحمد جاد منصور، الحماية القضائية لحقوق الإنسان- حرية التنقل والإقامة في القضاء الإداري المصري، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، 1997.

2- أحمد فتحي سرور، مبدأ المساواة أمام القضاء الدستوري، مجلة الدستورية ، السنة الأولى ، العدد الثاني، ابريل 2003.

3- أمل لطفي، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب - دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة حلوان، 2004.

4- حسني درويش عبد الحميد ، إبعاد الأجانب بين سيادة الدولة وموجبات الأمن ، مجلة الفكر الشرطي ، شرطة الشارقة ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، المجلد الثالث ، عدد 1 ، يونيو ، 1994.

5- عادل السعيد أبو الخير، رقابة السبب في القرارات المتعلقة بالحريات بقضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري، مجلة مركز بحوث الشرطة، تصدر عن مركز بحوث الشرطة بأكاديمية الشرطة، العدد السادس عشر يوليو 1999.

6- علاء محي الدين مصطفى، حق الأفراد في اللجوء للمجلس الدستوري الفرنسي في ضوء دستور 1958 و تعديلاته في 2008، العدد 61، يناير 2015 بمجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

7- موسى مصطفى شحادة ، النظام القانوني لإبعاد الأجانب من دولة الإمارات العربية المتحدة وانعكاساته الأمنية ، مركز بحوث شرطة الشارقة ، 2001.

المراجع الأجنبية :

- 1- D. TURPIN, La loi du 7 mars 2016, Mieux accueillir les uns/ mieux éloigner les autres, Revue critique de droit international privée, 2016.
- 2- D.ALLAND et C.COLLY, Traité du droit de l'asile, Paris, PUF, 2002.
- 3- E. AUBIN, La loi du 7 Mars 2016: le changement en droit des étrangers, c'est maintenant?, AJDA, 2017.
- 4- E.AUBIN, La loi du 7mars 2016 , le changement en droits des étrangers, c'est maintenant?, AJDA, 2017.
- 5- F.SUDRE, "Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ", in Fulchiron , Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales , Paris , LGDJ, 1999.

- 6- G.MARTI, Expulsion en urgence absolue de l'étranger atteint de troubles psychiatriques graves, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n° 12, 29 Mars 2016.
- 7- G.STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC , Droit pénal général, Précis Dalloz , Paris , 17^e éd ., 2000, n° 591.
- 8- J- GÉRARD, Activité de la commission européenne des droit de l'homme, A.F.D.I, 1995.
- 9- J. DEBRARY, Les procédures judiciaires et administratives d'éloignement au regards des articles 5 et 6 de la Conventions européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales , Paris , LGDJ, 1999.
- 10- J. MOREAU, Séparation des autorités , Encyclopédie Dalloz contentieux administratif.
- 11- J-CH MARTIN, Le contentieux administratif de l'exécution des peines d'interdiction judiciaire du territoire français ,Revue du droit public, n° 5.
- 12- N. GUIMEZANES, Réflexions sur l'éloignement des étrangers du territoire français, Journal du droit international, 1996, I.
- 13- O. BOSKOVIC et S.CORNELOUP et autres, Droit des étrangers et de la nationalité, Recueil Dalloz,2018.
- 14- V.TCHEN et F.MALIGNAC, Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France, Paris, 2004-2005.
- 15- X. VANDENDRIESSCHE, " Etrangers- Mesures d'éloignement ", Juris – Classeur droit administratif, 2000.
- 16- X. VANDENDRIESSCHE, " Etrangers- Mesures d'éloignement ", Juris – Classeur droit administratif, 2000.

أثر الجزاءات التأديبية على الحياة الوظيفية للموظف العام

الدكتور/ عماد محمد فوزي ملوخية

دكتوراه في الحقوق

جامعة الاسكندرية

محام لدى محكمة النقض والإدارية والدستورية العليا

أثر الجزاءات التأديبية على الحياة الوظيفية للموظف العام

الجزاء التأديبي كالجزاء التعاقدية يستلزم قيام رابطة خاصة بين الإدارة وبين من يوقع عليه⁽¹⁾، وهذه الرابطة في حالة الجزاء التأديبي هي رابطة وظيفية بمقتضاها تنشأ للإدارة سلطة شرعية في إنزاله على كل من يخل بواجباته الوظيفية أو بأحد مقتضياتها.

من هذا المفهوم نقسم دراستنا لأثر الجزاء التأديبي على الحياة الوظيفية للموظف العام إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: انعقاد الرابطة الوظيفية.

المبحث الثاني: سير الحياة الوظيفية.

المبحث الثالث: انقضاء الرابطة الوظيفية.

المبحث الأول

انعقاد الرابطة الوظيفية

طبيعة العلاقة التي تربط الموظف العام بجهة الإدارة:

أصبح الموظف العام في مقدمة ما تعني به الأنظمة الإدارية الحديثة- لأن هذه الأنظمة لم تعد تقصر نشاطها في دائرة ضيقة بل امتد إلى كافة المرافق العامة. ولذلك عنيت الأجهزة الإدارية بأمر الموظف العام وتنظيم مركزه القانوني، وهو في قيامه بأعباء وظيفته خاضع لنصوص القانون واللوائح وأنه من تلك النصوص وحدها يستمد حقوقه وسلطته.

فالحق لا يعتبر مكتسباً، بمعنى أنه لا يجوز المساس به إلا إذا تولد عن عقد أو شبه عقد والجزاء التأديبي حسب القاعدة المستقرة هو العقوبة التي تمس الموظف في حياته الوظيفية وفي مزاياها التنظيمية أو بعبارة أخرى اتیان

(1) أ.د/ محمد باهي أبو يونس: الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص28.

الموظف تصرفات تشكل مخالفة تأديبية ومواجهته بالأدلة التي تثبت وقوع المخالفة منه، والتي تستوجب توقيع الجزاء التأديبي.

يثير موضوع العلاقة التي تربط الموظف العام بالدولة جدلاً كبيراً بين فقهاء القانون والإدارة ويطرح كل منهم نظريات وأفكاراً مختلفة حول الوضع القانوني للموظف، وطبيعة ارتباطه بالإدارة ويعود هذا الاختلاف في النظريات إلى التعدد والتباين في أنظمة الخدمة المدنية التي تحكم أوضاع الموظفين، وتحدد حقوقهم وواجباتهم⁽¹⁾.

ونتطرق أولاً قبل الخوض في هذه المراحل إلى الحديث عن الرابطة التي تربط الموظف بالإدارة فيما إذا كانت هل هي طبيعة تعاقدية أم تنظيمية أو لائحية.

وعلاقة الموظف بالسلطة العامة ليست علاقة تعاقدية، بل علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح بحيث يعتبر مركز الموظف من هذه الناحية مركزاً قانونياً عاماً يجوز للإدارة تفنيده أو تعديله في أي وقت تشاء وفقاً لمقتضيات الصالح العام⁽²⁾. وهذا أصبح من المتفق عليه فقهاً وقضاً بأن العلاقة تنظيمية أي لائحية وأن الموظف يكون في مركز موضوعي من مراكز القانون العام أي في مركز لائحي تنظيمي⁽³⁾.

ويثير موضوع العلاقة التي تربط الموظف العام بالإدارة جدلاً كبيراً بين فقهاء القانون والإدارة ويطرح كل منهم نظريات وأفكاراً مختلفة حول الوضع القانوني للموظف وطبيعة ارتباطه بالإدارة.

(1) د. فوزي حبيش: الوظيفة العامة وإدارة شئون الموظفين، بيروت، لبنان، 1986، ص 39.

(2) مجموعة عصمت الهواري: القاعدتان 1622، 1623، ص 982، 983، نقض 65/7/3، نقض 1962/12/28 مشار إليه مؤلف أ.د/ مصطفى عفيفي، النظرية العامة للعقاب التأديبي في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، طبعة 2007، ص 49، 50.

(3) أ.د/ إبراهيم شيحا: الوسيط في القانون الإداري، الدار الجامعية، 1960، ص 295.

وقبل الخوص في هذا الموضوع لا بد من التأكيد على عاملين أساسيين يلعبان دوراً هاماً في تقرير صفة الرابطة، أو العلاقة بين الموظف والإدارة وهما:

(أ) يجب أن تكون المصلحة العامة أساساً لعلاقة الموظف بالإدارة والوظيفة العامة، فالوظيفة العامة تحدث لتأمين المصلحة العامة، وليس لتأمين مصلحة خاصة أو تعيين موظف، فهي لا توجد للموظف بل يوجد الموظف لها⁽¹⁾.

(ب) أن واجب الموظف العام في تحقيق المصلحة العامة في عمله، يفرض بالمقابل على الإدارة تأمين مصالحه الشخصية، من ضمانات وحقوق وأمن اجتماعي، بالقدر الذي لا يتنافى والمصلحة العامة، ففي ذلك فائدة مشتركة للإدارة وللموظف على السواء.

ومن هذا المنطلق وضمن هذا الإطار قامت نظريات عديدة تحدد علاقة الموظف بالإدارة يمكن تحصيلها في ثلاث آراء.
الرأي الأول: الطبيعة التعاقدية:

(رابطة تعاقدية من روابط القانون الخاص)، وهذا كان السائد فقهاً وقضاءً بان العلاقة التي تربط الموظف بجهة الإدارة هي علاقة تعاقدية وأن الموظف منعاً لذلك يكون في مركز قانوني تعاقدي⁽²⁾.

وهي أيضاً علاقة تحكمها القانون المدني باعتبار أن العلاقة علاقة عقدية مدنية تتطوي على اتفاق إرادة كل من الموظف والإدارة، وعلى ذلك فالعلاقة عقدية⁽³⁾.

ومن جهة أخرى فإن القانون المدني ينص على أن العقد شريعة المتعاقدين بمعنى عدم جواز قيام أحد الطرفين بتعديل العقد بإرادته المنفردة دون

(1) أ.د/ إبراهيم شبحا: المرجع السابق، ص295.

(2) أ.د/ فوزي حبيش: الوظيفة العامة وإدارة شؤون الموظفين، بيروت، لبنان، 1986، ص4.

(3) أ.د/ أنس جعفر: الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، الطبعة الثامنة، 2019، ص17.

الرجوع للطرف الآخر، وهذا غير موجود في القانون العام... لأن الإدارة بإرادتها المنفردة تستطيع تعديل أوضاع الموظف دون أن يكون للموظف الاحتجاج بأن له حقاً مكتسباً، وهذا ما نجده جدياً في إدارة المرافق العامة، لأن القاعدة الأساسية في إدارة المرافق العامة هي إثارة المصلحة العامة وتفضيلها على المصالح الفردية الخاصة، وضرورة جعله مسائراً للظروف والحاجات الجديدة ويزترتب على ذلك أنه يجوز للسلطة الإدارية تعديل أحكام الوظيفة بمقتضى إرادتها دون أن يكون للموظف الاحتجاج بان له هذا مكتسباً يحول دون تطبيق الشروط الجديدة عليه⁽¹⁾.

الرأي الثاني: العلاقة رابطة تعاقدية في إطار القانون العام:

يستند أنصار هذا الرأي إلى أن العلاقة هي علاقة عقدية أي يحكمها العقد الإداري لأن أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً، ويتعلق بتسيير أحد المرافق العامة، والإدارة هي التي تضع شروطه وتضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقود الخاصة وتختلف الرابطة العقدية عن سابقتها في أن العقد الإداري يكون قابلاً للتعديل من جانب السلطة الإدارية المختصة مقابل الشروط المناسبة، كما أن العقود الإدارية تعطي الإدارة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد، وذلك لتحقيق الصالح العام⁽²⁾.

ويستند هذا الرأي إلى الحجج التالية:

(1) أن التعيين لا يتم من جانب واحد، وإنما يتم من جانبيين، الإدارة والموظف معاً إذ يعد قرار التعيين إيجاباً، وتنفيذ الموظف القرار وتسلم العمل قبولاً.

(2) أن قرار التعيين لا يتيح أثره إلا من تاريخ قبول المرشح للوظيفة.

(1) د/ إبراهيم شبحا: الوسيط في القانون الإداري، الدار الجامعية، 1996، ص297؛ وانظر في هذا المعنى أيضاً: د/ جودت الملط: المسؤولية التأديبية للموظف العام، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، ص39.

(2) من أنصار هذا الرأي: أ.د/ فواد العطار: القانون الإداري، دار النهضة العربية، ص426، 446.

3) إذا كانت الإدارة هي التي تضع كل شروط الوظيفة وما على الموظف إلا أن يقبلها كلية أو يرفضها كلية، فهذا موجود في سائر العقود الإدارية حيث تتفرد الإدارة بوضع شروطها.

الرأي الثالث: الموظف في مركز تنظيمي لائحي:

(الطبيعة التنظيمية أو اللائحية لعلاقة الموظف بالإدارة)

يرى هذا الرأي وهو المستقر عليه فقهاً وقضاءاً وتشريعاً، أن العلاقة بين الموظف والدولة هي علاقة تنظيمية أو لائحية، تكون مستمدة مباشرة من نصوص القوانين واللوائح المنظمة لها، فالموظف يكون في مركز تنظيمي لائحي وأن قرار تعيينه لا ينشئ له مركزاً ذاتياً خاصاً وإنما يستند إلى مركز قانوني عام موجود بمقتضى القوانين واللوائح وسابق على قرار التعيين⁽¹⁾.

نتائج اعتبار الموظف في مركز تنظيمي:

يترتب على اعتبار الموظف في مركز تنظيمي عدة نتائج أهمها:

1) ينشأ المركز القانوني للموظف وترتب عليه آثاره بصدر قرار التعيين في الوظيفة العامة، وليس برضا الموظف أو قبوله له، كما أن خدمة الموظف لا تنتهي بمجرد تقديم استقالته لكن خدمته تنتهي بالقرار الصادر من الجهة الإدارية بقبول استقالته.

2) يجوز تغيير الوضع القانوني للموظف في أي وقت، وليس له أن يحتج بأن له حقاً مكتسباً، وعلى هذا فإن الموظف يخضع للقوانين واللوائح الجديدة الصادر بعد تعيينه دون أن يتمسك بتطبيق القانون القديم المعين في ظله أي يخضع للنظام القانوني الجديد وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة.

(1) انظر في هذا المعنى: كلا من أ.د/ أنس جعفر، المرجع السابق، ص20؛ أ.د/ إبراهيم شيحا: المرجع السابق، ص299؛ د/ جودت الملت: المرجع السابق، ص42.

3) لا يجوز للإدارة أن تتفق مع الموظف على أوضاع تخالف أحكام القوانين واللوائح المنظمة للوظيفة العامة، ولا يعتد بقبول الموظف لمثل هذه الأوضاع، فمثل هذا الاتفاق أو القبول إن تم يقع باطلاً⁽¹⁾.
يترتب على تكييف علاقة الموظف بالإدارة بينها علاقة تنظيمية أو لائحية عدة نتائج قانونية⁽²⁾:

1. يتم التعيين في الوظيفة وترتب عليه آثاره القانونية بمجرد صدور القرار المتضمن التعيين، لا برضاء الموظف أو قبوله للتعين في الوظيفة.
2. أن صلة الموظف بالإدارة لا تنقطع بمجرد تقديم الاستقالة وإنما يتم انقطاعها، وبالتالي تزول عنه صفة الموظف العام، بالقرار الصادر من جهة الإدارة بقبولها، كما أنه لا يجوز للموظف الامتناع عن أداء مهام وظيفته في صورة إضراب أو غيره ما دامت علاقته بجهة الإدارة قائمة لم يتم انقطاعها بسبب قبول استقالته أو أي سبب من الأسباب التي تقرها القوانين والأنظمة.

3. نظراً لأن الموظف يستمد حقوق وظيفته وواجباتها من نصوص القوانين واللوائح مباشرة، فللسلطة المختصة إدخال ما ترى من تعديلات على المركز التنظيمي، وتسري هذه التعديلات، ليس فقط بالنسبة للذين سيشغلون الوظيفة في المستقبل، بل بالنسبة لشاغليها الحاليين، ومن ثم لا يجوز الاحتجاج من جانب الموظف بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁽³⁾.

(1) محكمة القضاء الإداري: القضية رقم 822، س8ق، مجموعة السنة التاسعة، ص276، وحكمت في القضية رقم 757، س11ق، مجموعة السنين الثانية عشرة والثالثة عشر، ص106؛ كذلك: حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1950/2/9، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، س4، ص267؛ الحكم الصادر 1950/4/25 لذات المكمة، المجموعة السابقة، ص652.

(2) أ.د/ أنس جعفر: المرجع السابق، ص23.

(3) أ.د/ إبراهيم شبحا: الوسيط في القانون الإداري، الدار الجامعية، 1996، ص302.

وبقرار التعيين تنشأ العلاقة بين الموظف والإدارة، وتبدأ العلاقة الوظيفية وتنتج آثارها، أما واقعة تسلم العمل ما هي إلا واقعة مادية لا أثر لها إلا بالنسبة لاستحقاق الموظف لحقوقه الوظيفية، وأولها الحق في الأجر⁽¹⁾.

وقرار التعيين لا ينشئ للموظف مركزاً ذاتياً خاصاً، وإنما يسند إليه مركزاً قانونياً عاماً. وهذا المركز التنظيمي يجوز تغييره في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة⁽²⁾.

ووفقاً لهذا المعنى لا يجوز للإدارة أن تتفق مع الموظف على أوضاع تخالف القوانين واللوائح المنظمة للوظيفة العامة فإن حدث ذلك الإتفاق فإنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً حتى ولو قبلها الموظف، فلا يجوز للإدارة أن تحتج بقبول الموظف لمثل هذا الإتفاق وذلك نظراً لأن التنظيم القانوني للوظيفة العامة يتم بقانون وبالتالي فالموظف يستمد حقه من القانون مباشرة وليس من الاتفاق مع الإدارة⁽³⁾.

آثار قرار التعيين:

تنتفح الرابطة الوظيفية بقرار التعيين، وهو قرار شرطي يسحب على الموظف مركزاً قانونياً يخضع فيه لما تقرره القوانين واللوائح الخاصة بالوظيفة من قواعد وأحكام، وتتعدد جوانب المركز بتعدد العناصر الداخلة فيه. فمن ناحية يوضع الموظف في مركز قانوني معلق غير مستقر أثناء فترة حددها القانون، حتى تثبت صلاحيته للوظيفة ودرجاتها، كما يوضع في مركز قانوني بالنسبة لمرتب هذه الوظيفة⁽⁴⁾.

(1) محكمة القضاء الإداري، 1950/2/9، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، ص4، ص267؛ والحكم الصادر في 1950/4/25 لذات المحكمة، المجموعة السابقة، ص652.

(2) أ.د/ أنس جعفر: الوظيفة العامة، المرجع السابق، ص140.

(3) وهذا يعني أن المستقر عليه فقهاً وقضاءاً وتشريعاً أن الموظف العام يكون في مركز تنظيمي لأنحي، ومن هذه الآراء: أ.د/ سليمان الطماوي، القانون الإداري في ظل النظام الاشتراكي، 1961، ص783؛ أ.د/ مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الإداري، طبعة 1957، ص64 وما بعدها.

(4) شرح أحكام قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم 81 لسنة 2016 في ضوء المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية العليا، والمحكمة الإدارية والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة.

استلام العمل وترتيب آثار التعيين:

يصدر قرار التعيين من جانب الإدارة وحدها مرتباً كافة آثاره، وأن رضاء الموظف ليس ركناً من أركان القرار، إذ القرار يصدر صحيحاً ونافاً دون تعلق على رضاه، وإنما هذا الرضاء شرط لازم لتنفيذ القرار.

وإذا كان قيام الموظف باستلام عمله إثر تعيينه، واقعة مادية، إلا أنها لا تتجرد من القيمة القانونية إذ هي شكل يعبر به الموظف عن إرادته في قبول الوظيفة، وبها يتحقق الشرط المعلق عليه تنفيذ قرار التعيين، ثم هي بداية الخدمة الحقيقية بما يترتب عليه من آثار.

وضع المعينين تحت الاختبار:

إن الصلاحية للوظيفة العامة هي شرط للبقاء فيها، وهي لا تثبت إلا بالممارسة الفعلية لأعبائها، ومهما أحسن اختيار الموظف عند التعيين فلن يكون ذلك قرينة قاطعة على صلاحيته للوظيفة، إذ تتشكل الصلاحية من عدة عناصر، إن يتكشف بعضها عند التعيين، فلا تتكشف الأخرى إلا بالمباشرة الفعلية لأعمال الوظيفة.

مدة الاختبار مدة فعلية:

الحكمة من وضع الموظف تحت الاختبار تستوجب أن تكون فترة الاختبار فترة زمنية فعلية، يمارس فيها الموظف أعمال الوظيفة التي عين فيها تمهيداً للحكم على مدى صلاحيته لها ولهذا نصت المادة (15) من قانون الخدمة المدنية من القانون رقم 81 لسنة 2016... (على أن تبدأ فترة الاختبار - وهي ستة أشهر - اعتباراً من تاريخ تسلم العامل لعمله).

وترتيباً على ذلك، فإنه إذا كان الموظف قد عين أثناء فترة تجنيده، ولم يمارس بالتالي أعمال وظيفته، فلن يتاح للإدارة تقدير كفايته، ولا مدى صلاحيته للقيام بأعباء الوظيفة التي أسندت إليه، ومن ثم لا يجوز حساب فترة الإختبار من تاريخ صدور قرار التعيين، أثناء تأدية واجب الخدمة العسكرية، وإنما تحسب

هذه الفترة من تاريخ ممارسته لأعمال الوظيفة فعلاً بعد انقضاء فترة التجنيد، وإن ما نص عليه المشرع في المادة (41) من قانون الخدمة العسكرية والوظيفة من اعتبار المجند الذي يعين أثناء تجنيده في حكم المعار لا يعنى سوى تجديد وضع العامل في هذه الحالة، بعد تخويله فرص التعيين في الوظائف العامة، ولا أثر لهذا النص فيما تضمنه قانون الخدمة المدنية من تنظيم فترة الإختبار، سيما وقد نصت المادة (15) منه صراحة على أن فترة الاختبار لا تبدأ إلا من تاريخ استلام العمل، لا من تاريخ صدور قرار التعيين، ولهذا لا تبدأ فترة اختبار المجند الذي يعين أثناء تجنيده، إلا من تاريخ استلامه عمله بعد انتهاء فترة تجنيده.

انقطاع فترة الاختبار:

على أن المسألة تبدو أكثر دقة، بالنسبة للحالات التي تبدأ فيها فترة الاختبار باستلام الموظف عمله، ثم لا تمتد خدمته الفعلية لسبب يقطعها بصفة مؤقتة، قبل انتهاء فترة الاختبار، كمن يجند بعد ثلاثة أو أربعة أشهر من تاريخ استلامه العمل.

والمشكلة التي تثيرها في هذه الحالة، تتحصر فيما إذا كانت فترة الاختبار تستكمل بعد انتهاء مدة تجنيده وعودته إلى عمله، وبهذا تكون فترة الاختبار قد انقطعت واستوفيت على مرحلتين، أم أنه يتعين على المجند أن يستوفي مدة اختبار جديدة قدرها ستة أشهر بعد عودته من التجنيد.

وقبل التعرض لهذه المسألة، ينبغي إبراز نقطة هامة تساعد على إبداء الرأي فيها ألا وهي أنه لا الزام على الإدارة بأن تتربص بانهاء فترة الاختبار قبل البت في مدى صلاحية العامل، إذ تملك تقرير ذلك في أي وقت خلال فترة الاختبار، متى توافرت لها عناصر هذا التقدير، ولهذا فإنه إذا كانت الفترة التي قضاها الموظف في ممارسة عمله قبل تجنيده، تساعد الإدارة على البت في مدى صلاحيته، فعندئذ لن تثار المشكلة المعروضة، إذ تستطيع الإدارة أن تتخذ قرارها في ضوء ما تبين لها من مستوى صلاحيته، فإن لم تستطع ذلك، فتستكمل

فترة الإختبار بعد عودته من التجنيد، لأن هذا القول باحتساب فترة إختبار جديدة بعد عودته، سوف يترتب عليه أن تزيد مجموع الفترة⁽¹⁾، التي يقضيها الموظف تحت الإختبار على ستة أشهر، يضاف إلى ذلك أن فترة الإختبار التي قضاها قبل تجنيده، وإن لم تكن قد أسغت الإدارة في تكوين رأي نهائي في مدى صلاحيته، فإنها لا شك قد وفرت رأياً مبدئياً عن مدى صلاحيته، ومن ثم لا يجوز إهمال هذه الفترة وتحتيتها، والقول بضرورة احتساب فترة جديدة بعد عودته من التجنيد.

وقت تقدير صلاحية الموظف:

إن صلاحية الموظف تخصص بالزمان وينوع العمل المسند إليه، والمرجع في تقديرها هو إلى الوقت الذي يتم فيه وزنها، والحكم عليها، وترتيباً على ذلك، يكون للإدارة تقرير عدم صلاحية الموظف في أي وقت خلال فترة الإختبار، وإعمال ما حولها القانون في هذه الحالة من سلطات، دون أن يكون للموظف أدنى حق في الاحتجاج قبلها بضرورة منحه فترة الإختبار كاملة قبل الحكم على مدى صلاحيته، فمدة الستة أشهر هي إذن حد أقصى لفترة الإختبار، يجوز أن تنتهي قبلها، ولكن لا تجاوزها، ومما يدل على ذلك تخويل المشرع بنص المادة (15) الجهة الإدارية السلطة في تقرير صلاحية العامل لشغل الوظيفة خلال الستة أشهر.

تقدير صلاحية الموظف:

إن تقدير صلاحية الموظف والحكم على كفاءته هو من اطلاقات الإدارة، تجريه بحرية كاملة ودون معقب عليها، ولم يقيد المشرع سلطتها هذه باتباع شكل من الأشكال فهي غير ملزمة بإفراغ تقديرها في تقارير معينة، أو إسناده إلى أسس معينة، أو إجرائه وفق مراتب معينة، ولهذا فإنه يكفي أن تصح الإدارة عن رأيها في مدى صلاحية الموظف دون الخضوع في ذلك لأية إجراءات مقررة.

(1) م/ رجب عبد الحكيم سليم: شرح أحكام قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم 81 لسنة 2016 في ضوء المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية العليا والمحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية بقسمي التقوى والتشريع بمجلس الدولة، الطبعة الأولى، 2018، ص250.

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا: أن المرد في تقدير صلاحية الموظف المعين تحت الاختبار، هو السلطة التي تملك التعيين فلها وحدها حق تقدير صلاحيته للوظيفية من عدمه، وذلك بلا استثناء إلى أية عناصر تستمد منها قرارها وهي تستقل بهذا التقدير، بلا معقب عليها، مادام قرارها يجئ خالياً من إساءة استعمال السلطة⁽¹⁾.

وانتهاء خدمة الموظف العام صلاحيته أثناء فترة الإختبار، لا يعتبر من قبيل الفصل التأديبي، ذلك أن بقاءه في الوظيفة منوط بقضائه فترة الإختبار على ما يرام، وإن موقفه في هذه الفترة، هو موقف وظيفي معلق، فلا يستقر وضعه في الوظيفة، إلا بعد قضاء فترة التعليق، وانحسام موقفه بقرار من الإدارة من حيث صلاحيته للبقاء في وظيفته أو عدمها، فإن تقرر عدم صلاحيته وانتهت خدمته، كان ذلك نتيجة تخلف شرط من الشروط المعلق عليها تعيينه، وهو الصلاحية.

ويتضمن النظام القانوني للموظف العام القواعد الضابطة لتعيينه سواء من حيث شروط التحاقه بالوظيفة أو طرق التعيين، وكذلك القواعد المنظمة لحقوقه وواجباته المسلكية وكيفية تأديبه، هذا فضلاً عن المبادئ المنظمة لكيفية إنهاء الرابطة الوظيفية التي تربط الموظف بجهة الإدارة.

ويعتمد النظام القانوني الخاص بالموظفين على الأفكار التالية⁽²⁾:

1. أن المركز القانوني للموظف العام يترتب عليه آثاره بصدر قرار التعيين في الوظيفة العامة، وليس برضا الموظف أو قبوله له، كما أن خدمة الموظف لا تنتهي بمجرد تقديم استقالته لكن خدمته تنتهي بالقرار الصادر من الجهة الإدارية بقبول الاستقالة.

(1) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 119 لسنة 10 ق، جلسة 24 ديسمبر 1996.

(2) أ.د/ إبراهيم شحاح: المرجع السابق، ص 306، 307.

2. أن الموظفين لا يعتبرون أجراً في خدمة الدولة، بل هم عمال الدولة وأداة تحقيق أهدافها، وتبعاً لذلك لا يتصور أن يكون لهم مصلحة ضد مصالح الدولة.

3. يلزم الموظفون بالعمل على ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وهم بحكم هذا الالتزام لا يجوز لهم الاضراب عن أعمال ووظائفهم⁽¹⁾.

4. أن نظام الوظيفة يتم تقريره من جانب السلطة العامة وحدها، ويكون لها دائماً حق تعديله فيما يترتب على ذلك من انشاء وظائف جديدة أو إلغاء وظائف قائمة كل ذلك في ضوء ما تتطلبه مصلحة الإدارة ومقتضيات ووظائفهم⁽²⁾.

وقد نصت المادة (15) من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016 بأنه: "يوضع المعين لأول مرة تحت الاختبار لمدة ستة أشهر من تاريخ تسلمه العمل، تقرر خلالها مدى صلاحيته للعمل، فإذا ثبت عدم صلاحيته أنهيت خدمته، وتحدد اللائحة التنفيذية أحوال وإجراءات عدم الصلاحية ولا يجوز نقل أو نذب أو إعاره المعين خلال مدة الاختبار، ولا تسري أحكام هذه المادة على شاغلي الوظائف القيادية الإشرافية.

المبحث الثاني

أثر الجزاء التأديبي على سير الحياة الوظيفية للموظف العام

متى صدر الجزاء تعين تنفيذه وفقاً لمضمونه ومحتواه، وكل خطأ في التنفيذ يصح أن يكون محل دعوى بالإلغاء أو بالتعويض، وهو خطأ قد يكون مصلحياً أو شخصياً على حسب الأحوال⁽³⁾.

وأهم أثر للجزاء التأديبي بجانب تنفيذه هو كونه يمنع من النظر في ترقية العامل خلال مدة معينة حددها الشارع.

(1) د/ جودت الملط: المرجع السابق، ص44، 45.

(2) أ.د/ إبراهيم شحنا: المرجع السابق، ص307.

(3) أ.د/ عبد الفتاح حسن: التأديب في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، 1964، ص284.

والموظف المحال إلى التأديب لا يجوز ترقيته طالما لم يفصل في شأنه تأديبياً، ولا تحجز له الدرجة إلا مدة عام غالباً، وقد تستطيل مدة المحاكمة التأديبية إلى أعوام طويلة، ثم تنتهي المحاكمة بتوقيع عقوبة طفيفة كالخصم من المرتب أياماً معدودات وحينئذ تكون الخسارة التي لحقت بالموظف من حيث إضاعة فرصة الترقية أفدح بصورة قاطعة من أي عقوبة تأديبية كان من الممكن توقيعها على الموظف غير عقوبة الفصل بطبيعة الحال⁽¹⁾.

والجزاء التأديبية عقوبة قانونية، تملك السلطة التأديبية المختصة توقيعها على من أخل بواجبه المهني، وهذا الجزاء مرتبط بالمهنة أو الوظيفة، فسببه هو الخطأ الوظيفي⁽²⁾.

والغالب أن تكون الجريمة الجنائية مخالفة تأديبية في نفس الوقت، غير أنه يوجد كثير من الأفعال التي تكون جرائم جنائية دون أن تكون جرائم تأديبية (كحالة الإصابة الخطأ مثلاً) والعكس صحيح، والجزاءان الجنائي والتأديبي مستقلان أحدهما عن الآخر، ولذلك إذا ما حوكم نفس الشخص جنائياً وتأديبياً من أجل فعل واحد، فإن القرار الذي يصدر من إحدى السلطتين الجنائية أو التأديبية لا يقيد الأخرى كقاعدة عامة.

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن المخالفة التأديبية هي أساساً بتهمة قائمة بذاتها مستقلة عن التهمة الجنائية، وقوامها مخالفة الموظف لواجبات وظيفته ومقتضياتها وكرامتها، وبينما الجريمة الجنائية هي خروج المتهم على المجتمع فيما تنهي عنه القوانين الجنائية أو تأمر به، وهذا الاستقلال قائم ولو كانت ثمة ارتباط بين الجريمتين⁽³⁾.

(1) أ.د/ سليمان الطماوي: ضمانات الموظفين بين النظرية والتطبيق، مجلة العلوم الإدارية، السنة الحادية عشرة، العدد الأول، أبريل 1969، ص396-397.

(2) أ.د/ القطب طبلية: العمل القضائي في القانون المقارن، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1995، ص166.

(3) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 672، لسنة 3ق، جلسة 27 ديسمبر 1998؛ أيضاً: حكم الإدارية العليا في هذا المعنى، قضية رقم 634 لسنة 3ق، جلسة 1958/3/8، المجموعة، ص3، ص868، مشار إليه في مؤلف د/ القطب طبلية، المرجع السابق، ص166.

فالأصل أن الجزاء التأديبي يعد عقوبة تمس الموظف في حياته الوظيفية سواء بإنقاص مزاياها المادية أو بإنهاء خدمته مؤقتاً أو نهائياً⁽¹⁾، والملاحظ على العقوبة التأديبية اختلافها اختلافاً بنياً على العقوبة الجنائية من ناحية أنها لا تمس حرية المتهم بل تنصب أساساً على الحياة الوظيفية ومميزاتها المادية، إضافة إلى أن الهدف الذي توخاه المشرع من التأديب هو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة.

ويشترط في الجريمة التي يحال بسببها العامل إلى المحاكمة الجنائية والتي تحول دون ترقيته أن يكون لها أثر على وضعه الوظيفي، وذلك بأن يكون من شأن الجريمة التي أحيل بسببها إلى المحكمة أن يترتب عليها مسئولية تأديبية أي أنه يشترط في هذه الجريمة أن تكون متصلة بحياة العامل الوظيفية⁽²⁾.
أثر الجزاء التأديبي على ترقية الموظف:

• تنص المادة (92) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 81 لسنة 2016

بشأن الخدمة المدنية على "عدم جواز ترقية موظف وقع عليه جزاء الخصم من الأجر لمدة تزيد على عشرة أيام أو جزاء أشد من ذلك قبل محو الجزاء الموقع عليه"

• سنة في حالة الخصم من الأجر لمدة تزيد عن ثلاثين يوماً:

وهذا يعني أن المنع من الترقية نتيجة توقيع بعض الجزاءات التأديبية هو

منع مؤقت مرهون كما ذكرنا بمحو الجزاء⁽³⁾.

(1) د/ محسن حسنين حمزه: القانون التأديبي للموظف العام ورقابته القضائية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1960، ص82.

(2) انظر في هذا المعنى رأي الأستاذ الدكتور/ سليمان الطماوي الذي يرى أن من الجرائم ما لا أثر له قبل الموظف حتى ولو أدين فيه كالمخالفات والجرائم ذات الأثر على وضعه الوظيفي، فمن غير الممكن عملاً ومن غير المتصور منطقاً وعقلاً أن يترتب المشرع على مجرد المحاكمة فيها أثراً أخطر من الحكم بالإدانة فيها، ولهذا يتعين أن يكون هناك ربط بين المحاكمة الجنائية التي ورد فيها النص وبين التأديب، فيجب أن يكون العامل قد أحيل إلى المحاكم الجنائية في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف، قضاء التأديب، دار النهضة العربية، ص381.

(3) د/ نجيم عطية: المرجع السابق، ص179.

ويعتبر مانع من موانع الترقية توقيع جزاء تأديبي على العامل كما أوضحنا سابقاً في نص المادة (92) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية 81 لسنة 2016.

ولا يمكن أن يكون المنع من الترقية نتيجة توقيع جزاء تأديبي إلا وقتياً لما تقتضيه اعتبارات المصلحة العامة، من وجوب حفز الموظفين على العمل والإنتاج، وعدم بث روح اليأس في قلوبهم لما يقدهم عن العمل⁽¹⁾. وموانع الترقية موانع مؤقتة تحول دون ترقية العامل لفترة معينة وتنتهي بانتهاء أسبابها، كما أنها موانع تقيد سلطة الإدارة حيث لا تتمتع بصددها بأية سلطة تقديرية، وذلك فضلاً عن أنها موانع محددة قانوناً واردة على سبيل الحصر⁽²⁾.

وقد ورد النص في المادة (29) من قانون الخدمة المدنية (91، 92) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 96 على أنه " لا يجوز ترقية الموظف إذا تحققت في شأنه إحدى الحالات الآتية: 1-.....، 2..... ، 3- إذا وقع عليه جزاء الخصم من الأجر لمدة تزيد على عشرة أيام أو جزاء أشد من قبل محو الجزاء الموقع عليه.

4- إذا كان محالاً إلى المحاكمة التأديبية أو الجنائية أو موقوفاً عن العمل، وذلك طوال مدة الإحالة أو الوقف ولا يجوز في هذه الحالة تأخير ترقية الموظف لمدة تزيد على سنتين.

وهذا يعني أن القانون رتب على الإحالة للمحاكم التأديبية أو الجنائية نتيجة هامة: الخصم من الأجر لمدة لا تزيد على عشرة أيام وهنا تجب ترقيته اعتباراً من هذا التاريخ الذي كانت ستتم ترقيته فيها. لو لم يحل إلى المحاكمة،

(1) د/ نعيم عطيه: بحث. نظم الترقية في الجمهورية العربية المتحدة. مجلة العلوم الإدارية. السنة الحادية عشرة، العدد الأول، إبريل 1969، ص179.

(2) أ.د/ أنور رسلان: المرجع السابق، ص542.

ويمنح أجر الوظيفة المرقى إليها من هذا التاريخ وكذلك إذا قُضى بحكم نهائي بمعاينة الموظف بأكثر من هذه العقوبات تؤجل ترقيته فترة معينة.

في جميع الأحوال لا يجوز منع ترقية الموظف لمدة تزيد على سنتين إلا أن هناك رأي يرى أن هذه الفقرة تنسم بالغرابة واللامعقولية تأسيساً على أن المحاكم التأديبية أو الجنائية قد تطول أكثر من سنتين، وهنا يمكن أن يرقى الموظف رغم أن ظلال الشك والريبة مازالت تحيط به⁽¹⁾.

ولذلك يرى هذا الرأي أنه لم يكن هناك ما يستلزم وضع هذه الفقرة في المادة (92) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية لأنها ستسمح بترقية موظف رغم الإحالة إلى المحاكمة التأديبية أو الجنائية، وهو ما يتعارض مع الهدف من منع ترقية الموظف المحال إلى إحدى المحاكمتين لأن الترقية تعني التكريم والثقة في الموظف، ولا يتفق ذلك مع إحالة الموظف إلى المحاكمة الجنائية أو التأديبية.

وقد تعرضت المحكمة الإدارية العليا لحالة ترقية العامل المحال إلى المحاكمة التأديبية أو الجنائية فرأت... أن ما نص عليه القانون من عدم جواز ترقية الموظف المحال إلى المحاكمة التأديبية أو الموقوف عن العمل في مدى الإحالة أو الوقف، إنما يقرر أصلاً من الأصول العامة التي يتضمنها حسن سير الإدارة، وتنظيمه على نحو يوفق بين مصلحة الموظف والمصلحة العامة على أساس عادل ومفاد هذا الأصل انتظار البت في ترقية الموظف حتى يفصل فيما نسب إليه مما استوجب محاكمته تأديبياً، فلا يجوز ترقيته خلال ذلك ولا يكون الموظف بصالح وقتئذٍ للترقية، فالترقية في هذه الحالة تظل معلقة على شرط أن تثبت عدم إدانته في تلك المحاكمة⁽²⁾.

(1) أ.د/ أنس جعفر، د/ أشرف أنس جعفر: الوظيفة العامة. المرجع السابق، ص244.
(2) المحكمة الإدارية العليا: الحكم الصادر 29 يونيو 1963، قضية رقم 1398 لسنة 6 قضائية، مجموعة المبادئ، السنة الثامنة، ص1443.

يتضح من ذلك أن موانع الترقية، تنسم بالطابع المقيد، فهي من ناحية محددة بالقانون، وهي من ناحية أخرى مقيدة لسلطة الإدارة فتلتزم بإنزال حكمها كلما توافرت شرائطها، دون أن تملك حيالها وزناً ولا تقديراً.

فهي موانع مؤقتة، لأن الموظف الذي يقوم به أحد هذه الموانع، لا يحرم من الترقية إلى الأبد، وإنما يحرم منها خلال مدة محددة أو إلى أن يزول المانع الذي حجب عنه الترقية، ومع ذلك فالحرمان من الترقية لقيام المانع منها، قد يكون حرماناً باتاً ونهائياً خلال المدة المحددة قانوناً، وقد يكون حرماناً معلقاً غير مستقر، تبعاً لطبيعة المانع ذاته.

أثر الجزاء التأديبي على الأجر:

تنص المادة (92) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 81 لسنة 2016 بشأن الخدمة المدنية على عدم جواز ترقية موظف وقع عليه جزاء الخصم من الأجر لمدة تزيد على عشرة أيام أو جزاء أشد من ذلك قبل محو الجزاء الموقع عليه.

وقد اختلف الفقه حول ما إذا كانت الإدارة تلتزم بترقية العامل الذي أرجئت ترقيته أم أن فترة التأجيل هي من سلطة الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لها، يرى البعض أنه بانقضاء تلك الفترة تلتزم الإدارة بترقية العامل الذي أرجئت ترقيته إذا كان قد استحق الترقية خلال فترة التأجيل. فإذا لم تكن هناك درجة خالية كانت ترقيته عند خلو الدرجة من تاريخ انتهاء فترة التأجيل⁽¹⁾.

وهناك رأي آخر يذهب إلى أن فترة التأجيل ليست حداً أقصى يجب ترقية الموظف بمضيها بل إن الإدارة تترخص بعدها في اختيار وقت الترقية، وتكون أقدمية ذلك الموظف من تاريخ الترقية⁽²⁾.

(1) من أنصار هذا الرأي أ.د/ محمود حلمي. حقوق العاملين وواجباتهم. مجلة إدارة قضايا الحكومة. السنة الحادية عشر. العدد الرابع. ص966.

(2) الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة: الفتوى رقم 284. في 1956/3/28.

ويرى رأي آخر أنه يجب التفرقة بين حالتين في هذا السياق مفرقاً بين حالتين: الحالة الأولى: إذا كانت الترقية بالأقدمية، والحالة الثانية: إذا كانت الترقية بالاختيار⁽¹⁾.

ففي الحالة الأولى: إذا حل على الموظف الذي وقعت عليه إحدى العقوبات التأديبية الدور في الترقية خلال مدة العقوبة والتي منع من الترقية خلالها وجب على الإدارة أن تقوم بترقيته عقب إنتهاء فترة التأجيل وذلك إذا كانت هناك درجة شاغرة. فإذا لم تكن هناك درجة شاغرة فإن الترقية تتم عند خلو الدرجة على أن ترد أقدميته فيها إلى تاريخ انتهاء فترات التأجيل التي كان محروماً من الترقية خلالها.

أما الحالة الثانية: وهي حالة ما إذا كانت الترقية بالاختيار وكان الموظف مستوفياً لشروط الترقية خلال فترة التأجيل، فإن الإدارة لا تلتزم بترقيته عقب انتهاء هذه الفترة مباشرة حتى ولو كانت هناك درجة شاغرة، بل يكون لها الحرية في أن تقدم بترقية العامل الذي تراه مناسباً بشرط عدم التعسف في استعمال السلطة، وتحتسب أقدمية الموظف في هذه الحالة من تاريخ صدور قرار الترقية.

ولكن ما الحكم إذا تداخلت فترات الحرمان من الترقية؟

نصت المادة (62) من قانون الخدمة المدنية 81 لسنة 2016 على أن " تحتسب فترات الحرمان من الترقية المشار إليها في المادة السابقة من تاريخ صدور القرار وتوقيع الجزاء أو انتهاء فترة الحرمان من الترقية المترتبة على جزاء سابق أيهما لاحق "

وقد قُصد بذلك النص مصلحة العامل بتقصير أمد الحرمان من الترقية مما لو احتسبت فترة التأجيل الثانية، إذ أنه باحتساب فترة التأجيل الثانية من

(1) أ.د/ أنس قاسم جعفر، د/ أشرف أنس جعفر. المرجع السابق. ص246.

تاريخ توقيع العقوبة الثانية وليس من تاريخ انتهاء فترة الحرمان الأولى يكون قد قصر مدة الحرمان من الترقية وينتهي الحرمان بانتهاء أبعاد الفترتين تاريخاً. ولا تقتصر هذه القاعدة على توقيع العقوبات التأديبية بل تمتد إلى كل الحالات التي تتداخل فيها فترات الحرمان، لأن المادة (62) المذكورة إنما أتت بتطبيق قاعدة عامة، فلا يقتصر أثرها على مجال توقيع عقوبات تأديبية⁽¹⁾.

المبحث الثالث

انقضاء الرابطة الوظيفية

في مجال القانون الإداري يهتم المشرع بتنظيم مرافق الدولة وحماية المصالح التي تقوم عليها هذه المرافق وتقرير واجبات وحقوق العاملين في هذه المرافق من الموظفين العموميين سواء في علاقتهم بجهة الإدارة أم في علاقتهم بالأفراد المتعاملين معهم، ويتدخل القانون الجنائي أحياناً لحماية بعض هذه المصالح والحقوق وذلك بواسطة تجريم الأفعال التي تهدر أو تهدد المصلحة العامة كاختلاس المال العام، والرشوة، واستغلال النفوذ.

وثمة طائفتان أساسيتان من المصالح القانونية المعتدي عليها في مختلف صنوف الجرائم؛ مصلحة المجتمع نفسه التي تهدرها أو تعرضها للخطر ضروب من الجرائم كجرائم الوظيفة العامة (مثل الرشوة)، وجرائم الإعتداء على المال العام (كالاختلاس والاستيلاء والتزوير)، وجرائم الثقة العامة (مثل تزوير المحررات وتزوير العملات)، وهذه يطلق عليها اصطلاحاً الجرائم الماسة بالمصلحة العامة، أي أن المصلحة المعتدى عليها لا تخص مباشرة فرداً بعينه، وإنما تتعلق بمصلحة المجتمع ككل، والطائفة الثانية هي مصالح الأفراد أنفسهم التي يقع الاعتداء عليها، كما في جرائم القتل والجرح والضرب أو جرائم الأموال

(1) انظر في هذا المعنى بالتفصيل: كلا من أ.د/ أنس جعفر. المرجع السابق. ص 248، 249. وكذلك الدكتور/ نعيم عطيه، بحث عن نظم الترقية في الجمهورية العربية المتحدة. مجلة العلوم الإدارية. السنة الحادية عشر. العدد الأول. إبريل 1969. ص 180. أيضاً: د/ السيد محمد إبراهيم. نظام العاملين المدنيين بالدولة. طبعة 1966. ص 256، 257.

مثل السرقة والنصب والإحتيال، وهذه يطلق عليها بدورها الجرائم المضرة بالأفراد⁽¹⁾.

وقد نصت المادة (58) من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016 بأن كل موظف يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته، أو يظهر بمظهر من شأنه الاخلال بكرامة الوظيفة يجازى تأديبياً.

ولا يعفي من الجزاء استناداً إلى أمر صادر إليه من رئيسه إلا إذا ثبت أن ارتكاب المخالفة كان تنفيذاً لأمر مكتوب بذلك صادر إليه من هذا الرئيس بالرغم من تنبيهه كتابة إلى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده، ولا يسأل الموظف مدنياً إلا عن خطئه الشخصي.

القرار الإداري بالعزل هو إجراء تنفيذي فقط

العزل الصادر تنفيذاً لحكم جنائي: العزل المترتب على حكم جنائي يتميز عن غيره من حالات انتهاء الخدمة كالإستقالة أو العزل لحكم تأديبي أو الفصل بقرار جمهوري، بأوصاف خاصة منها.

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا من أن خدمة الموظف تنتهي بالحكم عليه في جناية أو جريمة مخلة بالشرف بقوة القانون ودون حاجة إلى استصدار قرار بالعزل، لأن مثل هذا القرار فلا يعدو أن يكون إجراءً للفصل الذي وقع بقوة القانون. (1413 7 ، 1965/4/24) بصدر قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم 81 لسنة 2016 نصف المادة على أنه تنتهي خدمة العامل لأحد الأسباب الآتية: انتهاء خدمة الموظف لعدم الصلاحية خلال فترة الاختبار، نصت المادة (48) من اللائحة التنفيذية للقانون على أن تنتهي خدمة الموظف لعدم الصلاحية أثناء فترة الاختبار في الحالات الآتية:-

(1) أ.د/ محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص45..

1) إذا حصل في نهاية هذه الفترة على تقرير أداء بمرتبة أقل من فوق المتوسط.

2) إذا أتاحت له فرصة التدريب ولم يجتزه.

3) إذا تغيب عن العمل دون إذن أو عذر مقبول لمدة خمسة أيام متصلة أو عشرة أيام متقطعة

أثر الحكم الجنائي على الحياة الوظيفية للموظف العام

عزل الموظف كنتيجة للحكم الجنائي:-

ورد النص على عزل الموظف في موضعين من قانون العقوبات، حيث

ورد أولاً كعقوبة تبعية، ثم ورد ثانياً كعقوبة تكميلية:

1- العزل من الوظيفة كعقوبة تبعية:

تنص المادة (25) من قانون العقوبات على ما يلي: كل حكم بعقوبة

جناية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا.

(القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرة أو تطبيق متعهد أو ملتزم أياً كانت

أهمية الخدمة والمهم هو توقيع عقوبة الجناية، وليس اتهامه في الجناية فلا يترتب

الفصل في الوظيفية إذا وقعت عقوبة الجنحة في خيانة ذات ظروف محققة⁽¹⁾.

2- العزل من الوظيفة:

لا يطبق العزل من الوظيفة في هذه الحالة إلا إذا نص عليه في الحكم

صراحة، وقد يكون عقوبة تكميلية وجوبية مثل جرائم الرشوة والاختلاس

والتزوير، وهو عزل مؤقت وليس أبدياً وقد يكون العزل من الوظيفة عقوبة

تكميلية جوازية مثل ما ورد بالمادة (127) عقوبات خاصة بالأمر بعقاب

المحكوم عليه أو لما فيه بنفسه بعقوبة أشد من العقوبة المحكوم بها عليه قانوناً أو

بعقوبة لم يحكم بها عليه.

(1) أ.د/ أنور أحمد رسلان: وجيز القانون الإداري، دار أبو الحمد للطباعة، طبعة 2010-2011، ص616.

إنهاء خدمة الموظف طبقاً لأحكام قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم 81 لسنة 2016:

نصت المادة (69) من القانون رقم 81 لسنة 2016 على أنه: تنتهي خدمة الموظف لأحد الأسباب الآتية:-

1. بلوغ سن الستين بمراعاة أحكام قانون التأمين الاجتماعي ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية لاعتبارات يقدرها مد الخدمة لشاغلي الوظائف القيادية لمدة لا تجاوز ثلاث سنوات.

2. الاستقالة.

3. الإحالة إلى المعاش أو الفصل من الخدمة.

4. فقد الجنسية أو انتفاء شرط المعاملة بالمثل بالنسبة لرعايا الدول الأخرى.

5. الانقطاع عن العمل بدون إذن خمسة عشر يوماً متتالية ما لم يقدم خلال الخمسة عشر يوماً التالية ما يثبت أن الانقطاع كان بعذر مقبول.

6. الانقطاع عن العمل بدون إذن ثلاثون يوماً غير متصلة في السنة.

7. عدم اللياقة للخدمة صحياً وذلك بقرار من المجلس الطبي المختص.

8. الالتحاق بخدمة جهة أجنبية بغير ترخيص من حكومة جمهورية مصر العربية.

9. الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة أو تفقده الثقة والاعتبار⁽¹⁾.

(1) كان النص المقابل في القانون الملغى في المادة (94) بند 7 أن الحكم على الموظف بعقوبة جنائية في إحدى الجرائم المنصوص عليها في القوانين الخاصة أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن مع وقف التنفيذ.

ومع ذلك فإذا كان الحكم قد صدر لأول مرة فلا يؤدي إلى إنهاء الخدمة إلا إذا قررت لجنة شئون العاملين بقرار مسبب من واقع أسباب الحكم وظروف الواقعة أن بقاء العامل يتعارض مع مقتضيات الوظيفة أو طبيعة العمل وهذا يعني أن النص وفقاً للمادة (94) أن الموظف العام تنتهي خدمته إذا حكم عليه بعقوبة جنائية، وكذلك إذا حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف إلا إذا كان الحكم مع وقف التنفيذ وإذا كان الحكم قد صدر لأول مرة، فلا يؤدي إلى العزل من الوظيفة إلا إذا قررت لجنة شئون العاملين ذلك، بقرار مسبب على أسباب الحكم وظروف الواقعة.

10. الوفاة، وفي هذه الحالة يصرف ما يعادل الأجر الكامل لمدة شهرين لمواجهة نفقات الجنازة، وذلك للأرامل أو لأولاد الرشد أو لمن يثبت قيامه بتحمل هذه النفقات وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات وقواعد انتهاء الخدمة لهذه الأسباب.

أوصاف العزل الذي قد يصيب الموظف المحكوم عليه جنائياً:

1. أن يكون العزل عقوبة تبعية، أي يتم دون الحاجة إلى النص عليه في الحكم متى حكم على العامل بعقوبة جنائية، أي كالإعدام أو بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو بالسجن، يستوي في ذلك أن توقع عقوبة الجناية هذه بمناسبة جنائية أو جنحة، والعزل في هذه الحالة مؤبد، أي أنه يؤدي إلى حرمان العامل من وظيفته بصفة نهائية، وذلك حسبما جاء بالمادة (25) عقوبات التي تنص على أن " كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية: (أولاً: القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أياً كانت أهميته...).

2. أما العزل كعقوبة تكميلية، وهو لا يتم إلا بإشارة في الحكم يظهر في حالات متعددة، فهو يظهر عند الحكم على العامل في بعض الجنايات، وهي على وجه التحديد الجنايات الواردة بالبواب الثالث (الرشوة)، والرابع (اختلاس)، الأموال الأميرية والعذر، والسادس (الإكراه وسوء المعاملة من الموظفين لأفراد الناس، والسادس عشر (التزوير)، من الكتاب الثاني (الجنايات والجنح المضرة بالمصلحة العمومية)، ومن قانون العقوبات.

والعزل في هذه الحالة عقوبة تكميلية وجوبية أي أنه يستلزم النص عليه في الحكم ولكن القاضي ملزم بأن يُضمن حكمه هذا النص.

كما أنه عزل مؤقت لا تنقضي مدته عن سنة أو عن ضعف مدة الحبس المحكوم بها على العامل أيهما أكبر، إلا أنه لا يجوز أن تزيد في كل الأحوال عن ست سنوات.

وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه (يجب توقيت عقوبة العزل عند معاملة المتهم بالرأفة والقضاء عليه بالحبس عن جريمة استيلاء بغير حق على مال مملوك للدولة⁽¹⁾).

الفصل للإدانة بحكم جنائي

الأصل أنه يترتب على الحكم الجنائي وفقاً لقانون العقوبات سقوط الحق في البقاء في الوظيفة العامة وذلك في حالات وبشروط خاصة غير أن قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم 81 لسنة 2016 بنص بدوره في المادة (69) على أنه تنتهي خدمة الموظف لأحد الأسباب الآتية (.... 9- الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة أو تفقده الثقة والاعتبار).

وهنا تظهر صعوبة التوفيق بين نصوص قانون العقوبات ونصوص قانون الخدمة المدنية، ومرد الصعوبة من ناحيته أن كلا منهما عالج الموضوع بطريقة الخاصة، فمسلك الأول يتسم بالضبط والتحديد تمشياً مع السياسة العامة في التجريم والعقاب، أما الثاني فقد أثر الشمول والتعميم، فوردت عباراته وقد أحاطت بها احتمالات التفسير المختلفة⁽²⁾.

وسوف نعرض فيما يلي للوضع في كل من قانون العقوبات وقانون الخدمة المدنية⁽³⁾

(1) محكمة النقض: الحكم الصادر في 1988/12/8، ط 5975، س 58 قضائية.
(2) أثر الحكم وفقاً لنصوص قانون العقوبات: جرى الفقه الجنائي على تقييم النصوص الجنائية في قانون العقوبات إلى عقوبات أصلية وتكميلية.
(3) أ.د/ عبد الفتاح حسن: التأديب في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، 1964، ص 55.

وتستمد العقوبة الأصلية وصفها من أنها تكون العقاب الأصلي أو الأساسي المباشر للجريمة والتي توقع منفردة بغير أن يكون القضاء بها معلقاً على الحكم بعقوبة أخرى⁽¹⁾.

بمعنى أن العقوبة الأصلية هي التي ترد حكماً بالحكم والتي تكفي بذاتها لعقاب الجاني. أما العقوبة التبعية فهي عقوبة ثانوية تترتب حتماً في الحالات التي نص عليها القانون أثر الحكم بإحدى العقوبات الأصلية وذلك ولو لم ينص عليها القاضي في حكمه الصادر بالإدانة وهي:-

- 1) الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (25).
- 2) العزل من الوظائف الأميرية.
- 3) وضع المحكوم عليه تحت مراقبة البوليس.
- 4) المصادرة.

كذلك العقوبات التكميلية تماثل العقوبة التبعية في كونها لا تقوم بصفة مستقلة بل تلحق بعقوبة أخرى أصلية، إلا أنه بينما تطبق العقوبة التبعية متى توافرت شروطها بقوة القانون ودون الحاجة إلى نص بها في الحكم، لا تطبق العقوبة التكميلية إلا حيث يعلنها القاضي في حكمه المتضمن للعقوبة الأصلية⁽²⁾، ومن أمثلتها العزل من الوظيفة في الحالات المنصوص عليها في المادة (27) عقوبات).

وقد نصت المادة (55) من قانون العقوبات على أن "يجوز للمحكمة عند الحكم في جناية أو جنحة بالغرامة أو بالحبس مدة لا تزيد عن سنة أن تأمر في نفس 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 مخالفة القانون، ويجب أن تبين في الحكم أسباب إيقاف التنفيذ.

(1) محكمة النقض: حكم 1959/3/17، س10ق، 73، ص328.

(2) ا.د/ عبد الفتاح حسن: المرجع السابق، ص56.

ويجوز أن يجعل الإيقاف شاملاً لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية المترتبة على الحكم.

ومتى صدر حكم جنائي على الموظف، انعكست آثاره هذا الحكم على مركزه الوظيفي فأدى إلى عزله، على وجه التأكيد تارة، وبصفة مؤقتة آثاره أخرى⁽¹⁾.

وهذا العزل هو الذي يكون العقوبة الثانوية للعقوبة الأصلية التي قضى بها الحكم، إلا أن العزل لا يتم بقوة القانون وكنتيجة حتمية لصدور الحكم، بل يستلزم في بعض الحالات إشارة به في الحكم الصادر بالإدانة، وذلك حسبما يكون العزل عقوبة تبعية أو تكميلية.

وقد وضعت المادة (26) من قانون العقوبات القاعدة العامة لمدة العزل المؤقت، فاستلزمت ألا تقل مدته عن سنة واحدة وألا تزيد عن ست سنوات⁽²⁾.

ثم يظهر العزل عند الحكم على العامل بعقوبة جنحة في بعض جنح أشار الشارع بمناسبتها إلى ضرورة النص في الحكم الصادر بالإدانة على عزل العامل، فالعزل هنا هو أيضاً عقوبة تكميلية وجوبية كما أنه عزل مؤقت لا تقل مدته عن سنة ولا تزيد عن ست سنوات⁽³⁾.

وأخيراً يكون العزل عقوبة تكميلية ولكن بصفة جوازية للقاضي عند الحكم على العامل بعقوبة جنحة في جنح معينة، وهو هنا عزل مؤقت أيضاً يتقيد بالحدود الواردة في المادة (26) عقوبات، ومثال هذا العزل التكميلي الجوازي ما جاء في المادة (127) عقوبات من جواز الحكم بالعزل على كل عامل مدان في

(1) أ.د/ عبد الفتاح حسن: المرجع السابق، ص56.

(2) أ.د/ حسن صادق المرصفاوي: المرصفاوي في قانون العقوبات تشريعاً وقضاءً في مائة عام، منشأة المعارف، بند 237، ص91-92.

(3) المادة (26) عقوبات والتي تنص على أن "العزل من وظيفة أميرية هو الحرمان من الوظيفة نفسها ومن المرتبات المقررة لها، وسواء كان المحكوم عليه بالعزل عاملاً في وظيفته وقت صدور الحكم عليه أو غير عامل فيها لا يجوز تعيينه في وظيفة أميرية، ولا ينله أي مرتب مدة يقررها الحكم، وهذه المدة لا يجوز أن تكون أكثر من ست سنين ولا أقل من سنة واحدة.

جنحة عقاب أو الأمر بنصاب المحكوم عليه بأثر من العقوبة المحكوم بها عليه قانوناً أو بعقوبة لم يحكم بها عليه أصلاً.

ومؤدى ذلك أن المشرع الجنائي لا يرتب على الأحكام آثاراً موحدة في العلاقة الوظيفية، بل آثاراً متفاوتة تختلف من حكم لآخر، مستهدياً بجسامة الجريمة التي يدان فيها العامل، وما إذا كانت جنائية وجنحة أو بجسامة.

والجرائم الجنائية يحددها المبدأ المعروف "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" أما الجريمة التأديبية فغير محصورة ، فكل خطأ وظيفي، وكل انحراف عن واجبات المهنة، أو مساس بشرفها يعتبر جريمة تأديبية.

فلا عقوبة تأديبية إلا بنص، ولا يجوز للسلطة التأديبية أن تخلق عقوبة لا وجود لها في القانون⁽¹⁾.

استقلال العقوبة التأديبية والجنائية:

مقتضى هذه الاستقلال أن توقيع احدهما لا يمنع من توقيع الأخرى، كما أن استقلال المسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجنائية قائم حتى ولو كانت ثمة ارتباط بين الجريمتين⁽²⁾.

العقوبة الموقعة وما إذا كانت عقوبة جنائية أو عقوبة جنحة، وأخيراً بنوع الجرم وما إذا كان متصلاً بشئون وظيفته أو بعيداً عنها⁽³⁾.

ب- أثر الحكم الجنائي وفقاً لقانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016:

تنص المادة (96) من قانون الخدمة المدنية على أنه "وتنتهي خدمة الموظف لأحد الأسباب الآتية..... 9- الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة أو تفقده الثقة والاعتبار، ومفاد ذلك

(1) محكمة القضاء الإداري: القضية رقم 1137 لسنة 8ق، جلسة 1956/12/13، المجموعة س10، ص205.

(2) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 1030، 36ق، الموسوعة جزء 29، ص43.

(3) أ.د/ عبد الفتاح حسن: المرجع السابق، ص58.

أن الحكم الجنائي يؤدي وفقاً لقانون الخدمة المدنية إلى فصل الموظف في حالتين:

1- إذا حكم عليه بعقوبة جنائية، أو بعقوبة مقيدة للحرية سواء أكانت الجريمة مخلة بالشرف أو تفقده الثقة والاعتبار، وهنا يتعين أن يُعرض الأمر على السلطة المختصة أو من تفوضه لإصدار قرار بإنهاء خدمته. وفقاً لما أوضحتها المذكرة الإيضاحية في المادة (179) بنصها: "والعزل الإداري هو العزل الذي يترتب به القانون الإداري أو الوظيفي كأثر للأحكام الجنائية⁽¹⁾، وقد يكون للجهة الإدارية لائحة جزاءات محددة بها الجرائم التأديبية والعقوبات المقررة لها أو يحدد القانون العقوبة للفعل⁽²⁾."

إذا حكم على الموظف حكم نهائي بعقوبة جنائية أو عقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، أو تفقده الثقة والاعتبار يتعين على إدارة الموارد البشرية أن تعرض الأمر على السلطة المختصة أو من تفوضه لإصدار قرار بإنهاء خدمته.

ويتضح من النص أنه يستوي أن تكون العقوبة المقيدة للحرية جنحة مخلة بالشرف حتى تنتهي خدمة الموظف... أي إن الشارع قد قصد في هذا المعنى إلى أن الحكم الذي يصدر بعقوبة جنائية أو بعقوبة جنائية في جنحة فهذا تنتهي العلاقة الوظيفية.

ذلك إن النص السابق المقابل في القانون الملغي في المادة (94) تنص على أن ... تنتهي خدمة الموظف لأحد الأسباب الآتية:-

(1) م/ ممدوح طنطاوي: الدعوى التأديبية، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، 2001، ص 259.
(2) من الأمثلة على ذلك نص المادة (110) من قانون الجامعات رقم 49 لسنة 1972 والتي تقضي في فقرتها الأخيرة بأن " كل فعل يزري بشرف عضو هيئة التدريس أو من شأنه أن يمس نزاهته أو قام بإعطاء دروس خصوصية بمقابل أو بغير مقابل يكون جزاؤه العزل.

1- الحكم عليه بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن الحكم مع وقف التنفيذ، ومفاد ذلك أن الحكم بعقوبة جنائية في جنحة لا ينهي العلاقة الوظيفية إلا إذا كانت الجنحة مخلة بالشرف.

2- إذا حكم عليه في جنائية بعقوبة مقيدة للحرية جنحة في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة أو تفقده الثقة والاعتبار وهو فصل يتم بقوة القانون، ولم يحدد المشرع الجرائم التي تعد مخلة بالشرف أو الأمانة سواء في التشريع الجنائي أو في التشريع الإداري إلا أن المحكمة الإدارية العليا تصدت لتعريف الجرائم المخلة بالشرف بقولها " أنها تلك الجرائم التي ترجع إلى ضعف في الخلق وانحراف في الطبع، والشخص إذا انحدر إلى هذا المستوى الأخلاقي لا يكون أهلاً لتولي المناصب العامة التي يقتضي فيمن يتولاها أن يكون متحلياً بالأمانة والنزاهة والشرف واستقامة الخلق(1)".

وفي تعريف آخر للمحكمة الإدارية العليا للجرائم المخلة بالشرف أنها " هي تلك التي ترجع إلى ضعف في الخلق والانحراف في الطبع مع الأخذ في الاعتبار طبيعة الوظيفة ونوع العمل الذي يؤديه العامل المحكوم عليه ونوع الجريمة والظروف التي ارتكبت فيها الأفعال المكونة لها ومدى كشفها عن التأثير بالشبهات والنزوات وسوء السيرة والحد الذي ينعكس إليه أثرها على العمل وغير ذلك من الاعتبارات(2)".

العزل كعقوبة تكميلية في الجنايات:

تنص المادة (27) عقوبات على أن " كل موظف ارتكب جنائية مما تنص عليه في الباب الثالث والرابع والسادس والسادس عشر من الكتاب الثاني من هذا

(1) المحكمة الإدارية العليا: جلسة 5 نوفمبر 1966، الطعن رقم 10/11 قضائية، المجموعة 4 في 15 عاماً، ص 4/29.

(2) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 492، س 15 قضائية عليا، جلسة 22 يناير 1972.

القانون عومل بالرأفة، فحكم عليه بالحبس يحكم عليه أيضاً مدة لا تنقص عن ضعف مدة الحبس المحكوم بها عليه.

ولكي يحكم بالعزل طبقاً لهذا النص لابد من توافر شروط، أولها خاص بالجريمة المرتكبة، والآخر خاص بالعقوبة المحكوم بها والثالث بسبب تخفيفها⁽¹⁾. أما الجريمة فيجب ان تكون جنائية أولاً، وأن تكون من الجنايات التي حددها النص ثانياً، وهي الرشوة واختلاس المال العام والعدوان عليه والغدر والإكراه وسوء معاملة الموظفين لأفراد الناس والتزوير، وتضاف إلى هذه الجنايات جريمة إخفاء ما تحصل من هذه الجنايات إذا كان الجاني يعلم بذلك، ويلاحظ أن هذه الجرائم ذات صلة وثيقة بأعمال الوظيفة، ولا يشترط لإنطباق المادة (27) ان تقع الجريمة تامة، بل يسري حكمها حتى ولو وقفت عند حد الشروع، لأن الشروع في الجناية جنائية⁽²⁾.

والعزل كعقوبة تبعية أو تكميلية أي سواءً عزلاً نهائياً أم عزلاً مؤقتاً يقع بالتطبيق لقانون العقوبات، وبين إنهاء خدمة الموظف وقطع رابطة التوظيف نهائياً كجزاء تأديبي بعد محاكمة تأديبية، أو بطريق العزل الإداري ونتيجة للحكم على الموظف في جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف، فكل أولئك أسباب قانونية لإنهاء خدمة الموظف يطبق كل منها في مجاله متى قام موجبه واستوفى أوضاعه وشروطه.

وهذا يعني أن لكل من العزل كعقوبة جنائية بالتطبيق لأحكام قانون العقوبات، والعزل تأديبياً كان أم إدارياً بالتطبيق لأحكام قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، لكل مجاله وأوضاعه وشروطه وأنه ليس هناك ثمة تلازم بينهما في كل الأحوال، وإن كان يقع التلاقي في تحقيق الأثر في بعض الأحوال⁽³⁾.

(1) أ.د/ عوض محمد عوض: قانون العقوبات القسم العام، طبعة 1987، بدون ناشر، ص 567.

(2) أ.د/ عوض محمد عوض: المرجع السابق، ص 567.

(3) أ.د/ عبد الفتاح حسن: المرجع السابق، ص 69.

ومن المستقر عليه أنه لا شأن للمحكمة التأديبية بالوصف الجنائي للواقعة نظراً لاستقلال المخالفة التأديبية عن الجريمة الجنائية إلا أن هذا الاستقلال ليس من شأنه أن تلتفت المحكمة التأديبية كلية عن الوصف الجنائي للواقعة.

".... إذ لها أن تأخذ في الاعتبار هذا الوصف والعقوبة الجنائية المقررة له في مجال تقدير جسامة الفعل عند تقديرها للجزاء التأديبي الذي توقعه..."⁽¹⁾.

أما العقوبة المحكوم بها فيجب ان تكون الحبس، لأنه إن حكم في الجناية بعقوبة جنائية كان العزل عقوبة تبعية تترتب بقوة القانون وعلى وجه التأييد.

وأما سبب التخفيف فيجب ان يكون مرجعه إلى معاملة المتهم بالرأفة م 17 عقوبات، فإن كان الحكم بالحبس راجعاً إلى سبب آخر - كما هو الشأن في بعض حالات الشروع في الجنايات (م 4/46، 5 ع) - فلا يجوز الحكم بالعزل كعقوبة تكميلية، إذا توافرت تلك الشروط كان الحكم بالعزل وجوباً.

ب- العزل كعقوبة تكميلية في الجناح:

ينص المشرع على العزل كعقوبة تكميلية في جناح معينة، وليس هناك قاعدة في هذا الشأن، بل يتوقف الأمر على السياسة الجنائية التي ينتهجها المشرع.

والجناح التي يقضي فيها بالعزل تلك التي تنطوي على إساءة استعمال الوظيفة، والعزل هنا وجوبي في كل النصوص المنصوص عليها في قانون العقوبات⁽²⁾، والغالب أن يضاف العزل إلى عقوبة الحبس ولكن المشرع يضيفه إلى الغرامة أحياناً⁽³⁾.

والتزاماً بمبدأ الشرعية لا يجوز للقاضي أن يحكم بعزل الجاني إذا كانت الجناحة التي ارتكبها لا تدرج ضمن الجناح التي نص فيها صراحة على عقوبة العزل.

(1) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 302، لسنة 33 قضائية عليا، جلسة 6 مارس 1990.

(2) المواد (121، 122، 123، 124، 125، 130، 131، 132) عقوبات.

(3) المادتان (122، 132) عقوبات.

أثر العزل ومدته:

الأصل في العزل أنه سبب لإنهاء العلاقة الوظيفية، وليس في طبيعته ما يمنع من نشوئها من جديد، وقد لاحظ المشرع ذلك وخشى إن هو قصر العزل على مجرد الفصل من الوظيفة أن تقوم جهة الإدارة عقب الحكم بالعزل بإعادة تعيين المحكوم عليه في نفس وظيفته أو في وظيفة أخرى، فيكون تقرير العزل في القانون ضرباً من العبث⁽¹⁾.

ولهذا رتب المشرع على العزل أثراً لا تقتضيه طبيعته فجعله مانعاً من إعادة التعيين لفترة محددة، ونص على ذلك في المادة (26) عقوبات، وطبقاً لهذه المادة تتراوح المدة بين ست سنوات كحد أقصى وسنة واحدة كحد أدنى، فإذا نص المشرع على العزل كعقوبة تكميلية ووقته بمدة محددة لم يُجز للقاضي أن يتجاوزها، أما إذا نص عليه ولم يجعل له أمداً فللقاضي أن يقدر مدته فيما بين حديه الأدنى والأقصى بشرط ألا تقل عن ضعف مدة الحبس المحكوم بها.

الإحالة إلى المعاش أو الفصل من الخدمة:

تنتهي خدمة الموظف وفقاً للمادة (69) من القانون رقم 81 لسنة 2016

لأحد الأسباب الآتية:-

.... 3- الإحالة إلى المعاش أو الفصل من الخدمة". وقد أوضحت

المذكرة الإيضاحية في مادتها "174" بأنه: إذا حكم على الموظف بالإحالة إلى المعاش أو الفصل من الخدمة، يتعين على إدارة الموارد البشرية أن تعرض الأمر على السلطة المختصة أو من تفوضه لإصدار قرار بإنهاء خدمته اعتباراً من تاريخ صدور الحكم، ما لم يكن موقوفاً عن العمل قبل صدور الحكم، فتعتبر خدمته منتهية من تاريخ وقفه، ولا يجوز أن يسترد منه ما سبق أن صرف له من أجر".

(1) أ.د/ عوض محمد عوض: المرجع السابق، ص569.

وبهذا النص يكون المشرع قد جعل سلطة توقيع جزاء الإحالة إلى المعاش والفصل من الخدمة من اختصاص السلطة المختصة أو من تفوضه لإصدار قرار بإنهاء خدمة الموظف إذ جعلها من اختصاص السلطة المختصة على نحو ما جاء بالبند (3) من المادة (69).

وتلك العقوبة تنهي علاقة الموظف بالدولة مع عدم جواز استرداد ما صرف له من أجر- ولا توقع تلك العقوبة إلا بمعرفة المحكمة التأديبية نظراً لخطورتها، ويسقط الحق في المعاش في حالة الحكم عليه في جريمة مخلة بالشرف، إلا أن مركز الموظف لا يتحدد على وجه حاسم إلا بالقرار الذي يصدر بإنهاء خدمته⁽¹⁾.

والإحالة إلى المعاش تعني إنهاء خدمة الموظف وإخراجه نهائياً اعتباراً من تاريخ صدور الحكم، فتعتبر خدمته منتهية من تاريخ وقفه.

والإحالة إلى المعاش أو الفصل من الخدمة كجزء تأديبي تشمل

صورتين:-

الصورة الأولى: الإحالة إلى المعاش.

الصورة الثانية: الفصل من الخدمة.

حدد المشرع على سبيل الحصر العقوبات التأديبية التي توقع على الموظفين في نص المادة (58) من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، كما حددها في جميع القوانين المنظمة للكادرات الخاصة، وعلى هذا فإن السلطة التأديبية ملزمة بأن لا توقع على الموظف إلا العقوبات المحددة حصراً من قبل المشرع.

لكن هذا التحديد لا يعني أن المشرع قد حدد لكل فعل مخالف ما يقابله من عقوبة، ووضعاً حداً أدنى وحداً أعلى لكل فعل كما هو الحال بالنسبة للجرائم الجنائية، إنما يعني بهذا التحديد أن المشرع حصر فقط العقوبات التأديبية،

(1) مجموعة أو شادي للفتوى والتشريع: الحكم الصادر في 1961/1/22، رقم 4، ص 2844.

وترك الحرية للسلطة المختصة تقدير عقوبة مناسبة للفصل، أي أن تقدير ملاءمة العقوبة للخطأ الإداري الذي ثبت في حق الموظف هو من سلطة الإدارة لا رقابة للقضاء عليها إلا إذا اتسم بعدم الملاءمة الظاهرة أي اتسم بسوء استعمال السلطة⁽¹⁾.

ولا يحول انتهاء خدمة الموظف لأي سبب من الأسباب فيما عدا الوفاة من المحاكمة تأديبياً إذا كان قد بدئ في التحقيق قبل انتهاء الخدمة ويجوز في المرافعات التي يترتب عليها ضياع حق من حقوق الخزنة العامة للدولة إقامة الدعوى التأديبية ولو لم يكن قد بدئ في التحقيق قبل انتهاء الخدمة وذلك لمدة خمس سنوات من تاريخ انتهائها.

ويوقع على من انتهت خدمته غرامة لا تجاوز عشرة أضعاف أجره الوظيفي الذي كان يتقاضاه في الشهر الأخير عند انتهاء الخدمة، وذلك مع عدم الإخلال بالعقوبات الجنائية والتزامه برد قيمة الحق واستثناء من قانون التأمين الاجتماعي 79 لسنة 1975 تستوفي الغرامة المشار إليها من المعاش بما لا يجاوز الربع أو بطريقة الحجز الإداري.

وتنتهي مدة شغل الموظف لإحدى الوظائف القيادية أو الإدارة الإشرافية... " توقيع جزاء تأديبي على شاغل الوظيفة القيادية أو الإدارة الإشرافية طبقاً لما قرره المادة (61) من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على هذا المعنى في حكمها بقولها: " أن الأصل أن يقوم الجزاء على أساس التدرج تبعاً لدرجة جسامة الذنب الإداري، وعلى أنه إذا كان للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها، فإن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور الغلو عدم الملاءمة

(1) أ.د/ أنس جعفر: الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، الطبعة الثامنة، 2019، ص356.

الظاهرة بين درجة الذنب وبين نوع الجزاء ومقدراه، ففي هذه الحالة يخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة⁽¹⁾.

إلا أن سلطة الإدارة في اختيار العقوبة الملائمة تزول لو المشرع تدخل وحدد عقوبة محددة لجريمة معينة، فهنا تلتزم سلطة التأديب بحال وقوع المخالفة وثبوتها بتوقيع العقوبة⁽²⁾.

والعقوبات التأديبية التي توقع على الموظفين حسبما نصت المادة (58) من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016 هي:

- 1- الانذار.
- 2- الخصم من الأجر لمدة أو لمدد لا تجاوز ستين يوماً في السنة.
- 3- الوقف عن العمل لمدة لا تجاوز ستة اشهر مع صرف نصف الأجر الكامل.
- 4- تأجيل الترقية عند استحقاقها لمدة لا تزيد عن سنتين.
- 5- الخفض إلى وظيفة في المستوى الأدنى مباشرة.
- 6- الخفض إلى وظيفة في المستوى الأدنى مباشرة مع خفض الأجر إلى القدر الذي كان عليه قبل الترقية.
- 7- الإحالة إلى المعاش.
- 8- الفصل من الخدمة.
- 9- بالنسبة للعاملين في الوظائف القيادية:
 - التنبيه.
 - اللوم.
 - الإحالة إلى المعاش.

(1) المحكمة الإدارية العليا: حكم 26 فبراير 1966، 25 نوفمبر 1967، 67/3/4 مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في خمس عشرة عاماً 1965-1980 الجزء الرابع، ص 3939، 3940.
(2) أ.د/ أنس جعفر: المرجع السابق، ص 357.

- الفصل من الخدمة.

وقد تضمن قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016 حكماً جديداً لم يكن موجوداً في القانون السابق وهو: أن للسلطة المختصة بعد توقيع جزاء على أحد شاغلي الوظائف القيادية والإدارة الإشرافية تقدير مدى استمراره في شغل تلك الوظيفة من عدمه.

ويرى بعض الفقه أن هذا الحكم يتسم بالتعسف والقسوة لأنه يعد بمثابة عقوبة أخرى خلاف العقوبة التي وقعت عليه، بل أنها أقصى من أي عقوبة أخرى، مما يجعله يتعارض مع مبدأ شرعية العقوبة والذي يحول دون عقاب المخطئ عن ذات الفعل مرتين⁽¹⁾.

(1) أ.د/ أنس جعفر: الوظيفة العامة، المرجع السابق، ص358.

المراجع

- (1) إبراهيم شيحا: الوسيط في القانون الإداري، الدار الجامعية، 1996.
- (2) أحكام القضاء الإداري، (مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري).
- (3) أحكام المحكمة الإدارية العليا.
- (4) أحكام المحكمة الإدارية العليا.
- (5) أنس جعفر: الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، الطبعة الثامنة، 2019.
- (6) أنور أحمد رسلان: وجيز القانون الإداري، دار أبو المجد للطباعة، 2010-2011.
- (7) جودت الملط: المسؤولية التأديبية للموظف العام، دار النهضة العربية.
- (8) حسن صادق المرصفاوي: المرصفاوي في قانون العقوبات تشريعاً وقضاءً في مائة عام. منشأة المعارف، الإسكندرية.
- (9) رجب عبد الحكيم سليم: شرح أحكام قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، الطبعة الأولى، دار أبو المجد للطباعة.
- (10) سليمان الطماوي: القانون الإداري في ظل النظام الإشتراكي، 1961.
- ضمانات الموظفين بين النظرية والتطبيق، مجلة العلوم الإدارية، السنة الحادية عشر، العدد الأول، 1996.
- (11) شرح أحكام قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016.
- (12) عبد الفتاح حسن: التأديب في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، 1964.
- (13) عوض محمد عوض: قانون العقوبات، القسم العام، طبعة 1987.
- (14) فواد العطار: القانون الإداري، دار النهضة العربية.
- (15) فوزي حبيش: الوظيفة العامة وإدارة شؤون الموظفين، 1986، لبنان.
- (16) القطب طبلية: العمل القضائي في القانون المقارن، دار الفكر العربي، 1995.

- 17) مجموعة عصمت الهواري.
- 18) محسن حسنين حمزة: القانون التأديبي للموظف العام ورقابته القضائية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1960.
- 19) محمد باهي أبو يونس الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.
- 20) محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات في القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2003.
- 21) مصطفى عفيفي: النظرية العامة للعقاب التأديبي في الوظيفة العامة، 2007.
- 22) مصطفى أبو زيد فهمي: الوجيز في القانون الإداري، طبعة 1957.
- 23) ممدوح طنطاوي: الدعوى التأديبية، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، 2001.

**الوساطة الجنائية في دفع مستقبل العدالة الجنائية إلى الأمام
دراسة تحليلية مقارنة**

د/ محمد عبدالحميد عرفة

مدرس القانون الجنائي

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

أستاذ القانون المساعد الزائر

كلية الحقوق - جامعة كورنيل (نيويورك)

المقدمة

تعد الجريمة والإجرام من أحد أهم أسباب وعوامل تفكك المجتمعات؛ وذلك لما تحدثه من مضار تؤثر على نسيج روابطه وعلاقته الإنسانية، فيخلخل استقراره السياسي والاقتصادي والاجتماعي . فقد يعتقد البعض أن عدالة القانون تتحقق في سير الدعوى القانونية القضائية والفصل فيها بحكم قضائي يتوجها، ولكن هناك حالات يقتضي فيها تحقق العدالة الإنسانية اتباع وسائل وبدائل عن الدعوى القضائية ومنها الوساطة¹ .

ولما للجريمة من خطورة تسعى الدول والحكومات بكافة أجهزتها المعنية لمحاربتها فتضع أولاً التدابير الاحترازية (الوقائية) كخطوة مسبقة لمحاربة خطورة استباقية كإمانة في نفس الجاني، فإن لم تؤت النتائج المرجوة في تحقيق العدالة الجنائية المنشودة، تسن الجهات التشريعية القوانين والتشريعات المطلوبة، بهدف حماية الحقوق والحريات العامة وكذلك صيانة المصالح ضد أي عدوان أو انتهاك .

هذا ومع بداية القرن العشرين وما لحقه من تطور في السلوك الإجرامي، اضطرت الدول للتدخل في مختلف مجالات الحياة بالتشريع والتنظيم، وواكب ذلك إصدار حزمة من الجزاءات والعقوبات الجنائية توقع على مخالف الأمر الذي أدى لتضخم تشريعي في مجال العدالة الجنائية بوجه خاص وفي مجال القانون الجنائي بوجه عام، حيث فشلت العدالة الجنائية في تحقيق أهدافها المنشودة من خلال رسم سياسة جنائية رشيدة، فأصبحت محل انتقادات واسعة

¹تعتمد الوساطة الجنائية (الرضائية) في كل من بلجيكا وألمانيا وفنلندا على تراضي الأطراف على النزاع ودياً في نطاق الجرائم البسيطة بعد أن تتحرك الدعوى الجنائية . وهذا ما اتبعته أيضاً دولة النرويج. انظر، د/ محمد سامي الشوا، الوساطة والعدالة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 36 وما بعدها.

ومؤشراً خطراً على ذبوع الجرم، مما جعل أجهزة العدالة الجنائية موضوعة تحت وطأة شديدة بكم هائل من الأعباء والقضايا التي يتجاوز بكثير إمكانياتها.¹ وترتيباً على ذلك، أصبح للأجهزة المختصة بتنفيذ العقوبة دورٌ في تفريد المعاملة العقابية بالشكل المناسب - تطبيقاً لمبدأ تفريد الجزاء الجنائي وفردية المسؤولية الجنائية وشخصيتها - وتحقيق الردع والإصلاح والتأهيل، فارتفع الجرم كما ارتفعت نسب العود والتكرار مما أدى إلى الشك في فاعلية العقوبة كوسيلة في قمع الجريمة أو تخفيفها أو حتى القضاء عليها، وبالتالي أضحت من الصعب الوصول للعدالة الناجزة الآمنة من الأضرار، إذ أصبح القضاء معذوراً إذا فشل في تحقيقها.

فالأعداد الهائلة من المشاكل والقضايا التي تتظرها المحاكم أصبحت معادلة مُعقدة إذ إن الطاقة البشرية محدودة بطبيعتها، فلا يكلف الله نفسها إلا وسعها، فظهرت خيارات وبدائل جيدة - وإن كانت تصورات خالية نظرية في وقت قريب - إلا أنها أصبحت ملحة في وقتنا الحاضر خاصة مع تطور المجتمعات وتعقيد خصائصها، فهي تسيطر الآن على تفكير الباحثين كي يتعمقوا في بديل للعدالة الجنائية التي وصفها البعض في الآونة الأخيرة بالعدالة العميقة.²

هذا ويلاحظ أن ما يُطلق عليه اصطلاح "العدالة التصالحية" هو نتاج تفكير طويل عبر عن فشل العدالة الجنائية المتميزة بشكلياتها العميقة من ناحية، وجعلها العقاب حكراً على الدول من ناحية أخرى.³ ويمكن القول إن العدالة التصالحية هي اتجاه للمعنيين بالجرم لتشخيص الأضرار الناجمة عنه والاستجابة للالتزامات، بهدف معالجة وإصلاح هذه الأضرار وإرساء قواعد الانسجام

¹ انظر، ياسر بن محمد بابصيل، الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة (دراسة تحليلية)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 2011

² انظر بوجه عام: عادل يوسف عبد النبي، الوساطة الجنائية وسيلة مستحدثة وبديلة لحل المنازعات الجنائية والمجتمعات، مجلة كوفة، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الكوفة، عدد 9.

³ د/ عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، طبعة 1993، ص 7، 8 وما بعدها؛ انظر أيضاً، د/ عبد الله عادل كاتب، الإجراءات الجنائية الموجزة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1980، ص 1، 2.

الاجتماعي¹. ويكمن الهدف الأساسي لهذه العدالة في برامجها التي يأتي على رأسها التصالح الكامل للعلاقات الاجتماعية الذي أضحى شاملاً لجميع الأطراف وهم الجاني والمجني عليه (الضحية)، فضلاً عن المجتمع، حيث إن استعادة هذه العلاقة تأتي من خلال جبر ضرر الضحية وإعادة إدماج الجاني في المجتمع فضلاً عن إرساء السلم الاجتماعي²

وبناءً على ما تقدم، سعت التشريعات الحديثة خاصة في النظم الأنجلوسكسونية Common Law وكذلك بعض النظم اللاتينية Latin Law ابتكار السبل الكفيلة لمواجهة آفة الجريمة بحيث تتناسب مع تطور نظم العدالة الجنائية . فالمجتمعات تعاني من ظاهرة زيادة عدد الأفعال الإجرامية وكذلك ظاهرة الحفظ بلا تحقيق أي الحفظ الإداري للواقعة الجنائية *classes sans suite*، أدى هذا – وبحق – للقول إن مرفق العدالة الجنائية الذي ينصف الآخرين في حاجة لمن ينصفه³. ومن ثم ظهرت أزمة العدالة الجنائية *La Crise de la Justice Penale* وعلى الرغم من المحاولات الرهيبة التي تبذلها الدول والحكومات لتخفيف الأعباء عن كاهل المحاكم والقضاة عن طريق زيادة أعدادهم إلا أن هذه الزيادة لا تتناسب البتة وحجم الزيادة المتضاعفة للقضايا المعروضة على المحاكم، إذ إن توفير العدد اللازم من القضاة أمر يكاد في حكم المستحيل، إذ إنه يتطلب أعباء اقتصادية ومالية ضخمة لا تستطيع الدولة توفيرها وظروفها الاقتصادية الحالية، فضلاً عن تطلب توافر شروط معينة في رجل العدالة المسنودة له هذه المهمة الجليلة سواء على الصعيد الأخلاقي أو العلمي أو القانوني وهي أمور ليست باليسيرة⁴.

¹د/ فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، طبعة 1992، ص4، 5 وما بعدها.

² P. H. Bolle: Les Leuteurs de la Procédure Pénal R.S.C 1982, p. 292

³ J. Pradel, *La Rapidité de l'instance Pénale: Aspects de Droit Compare*, in *Rév. Pénit. et droit pénale* 1995, p.213

⁴انظر في هذا الصدد: د/ محمود مصطفى – اتجاهات جديدة في قانون الإجراءات الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، السنة الحادية والعشرون يونيو 1951، ص 207 وما بعدها.

فنتج عن فشل العدالة الجنائية أو بالأحرى ما يرتبط بها من ظاهرة التضخم التشريعي *Inflation Pénal* وكذا أزمة العقوبات والحبس قصير المدة وكذلك فشل السجون في دورها التأهيلي والإصلاحي، وظهور نماذج إجرائية متعددة، وسياسة الإغراق في الشكليات الإجرائية، فضلاً عن ارتفاع تكلفة الجريمة¹، فكان لتلك الأزمة نتائجها الخطيرة على مسرح العدالة الجنائية، وأهمها الإخلال بمبدأ المساواة، والحد من قدرة الجهاز القضائي على مواجهة الجرم وإدانة الأبرياء.²

وأمام هذه المؤشرات كان على أجهزة السياسة الجنائية إعادة النظر في رسم استراتيجيتها في مكافحة الجرم . ومع أواخر القرن الماضي بدأت السياسة الجنائية فعلاً عن البحث في رسائل جديدة وفعالة في مكافحة الإجرام فكان لها اتجاهين في هذا الصدد، أحدهما موضوعي فيتمثل في سياسة الحد من التجريم والعقاب *Decriminalization and Depenalization* والآخر إجرائي يكمن في توفير الوسائل الممكنة في تيسير إجراءات الدعوى الجنائية أو بدائلها فظهرت آليات جديدة عرفت باسم "خصخصة الدعوى الجنائية".³

وفي ضوء ذلك ظهرت الوسائل البديلة لحل النزاعات نتيجة لعدم فعالية الجهاز القضائي التقليدي في حسم دعاوي الجنائية، إذ إن ممارستها يقتضى المرور بمراحلها الإجرائية العادية وهي الإتهام والتحقيق والمحاكمة، فالوسائل البديلة تهدف لاختصار الأمور والشروط الشكلية كي تتحقق فعالية العدالة الجنائية.⁴ فتلك الوسائل البديلة تهدف أساساً إلى إصلاح الجاني مع تعاون كافة قطاعات الدولة في مكافحة الجرم جنباً إلى جنب مع القطاع الجنائي، إذ إن مكافحة الإجرام لم تعد قاصرة عليه وحده فهناك المجتمع المدني *Non-*

¹د/ عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1997، ص 3،4 وما بعدها.

²انظر: د/ أحمد فتحي سرور، المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص بمناسبة العيد المنوي لكلية الحقوق، 1983، ص 416.

³د/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، 419، 417.

⁴د/ شريف سيد كامل، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2004، ص 9.

governmental Organizations (NGOs) ومن ذلك ظهور نظام الوساطة الجنائية أو ما يعرف باسم "Private Prosecution" وهو ما أكد عليه فقهاء القانون الجنائي في كندا في الجلسة الأولى من المؤتمر الدولي الثالث عشر لقانون العقوبات . وانطلاقاً من ذلك، يمكن القول إن المقصود بخصخصة الدعوى الجنائية هو إعطاء الدور الأكبر لإطراف الدعوى الجنائية من المتهم والمجني عليه بمشاركة المجتمع في إنهاء تلك الدعوى والسيطرة على مجرياتها لمواجهة ظاهرة الجرم.¹

طبقاً للمبدأ الجنائي المعروف بأنه لاقبوبة بغير دعوى جنائية، تقوم الدولة باقتضاء حقها في العقاب ومع منتصف القرن العشرين ظهرت اتجاهات حديثة في السياسات والقوانين العقابية. وبدأت تُضعف قيمة الدعوى الجنائية كأسلوب قانوني لإعمال الدولة حقها في العقاب بعد ملاحظة وإدراك أن جهد المجتمع لمعالجة المجرمين بات غير إنساني من ناحية وغير فعال من ناحية أخرى، وعلى ذلك فأصبحت الأساليب غير القضائية لإدارة العدالة الجنائية ضرورة ملحة لمعالجة البطء في الإجراءات الجنائية بهدف اختصارها وتسهيلها، فكان لبدائل الخصومة الجنائية كنتيجة للتطور العلمي الجنائي دورة في التخلي عن الدور التقليدي لحل المنازعات الجنائية وكذا الاستغناء عنها وبخاصة في نظام الجرائم البسيطة أو قليلة الأهمية واستبدالها بوسائل مرنة كالوساطة والتسوية والصلح والتصالح والأمر الجنائي وغيرها، إذ إن من شأنها سرعة البت في القضايا والخصومات الجنائية.² هذا ما أدى لظهور ما يعرف بالعدالة الرضائية أو التفاوضية في المواد الجنائية وذلك بعيداً عن أساليب العدالة القسرية أخذاً في

¹ انظر: د/ أنور محمد صدقي المساعدة ود/ بشير سعد زغلول – الوساطة في إنهاء الخصومة الجنائية – دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، تصدرها كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة – السنة الثالثة والعشرون – عدد 40 – أكتوبر 2009.

² د/رامي متولي القاضي، إطلالة على أنظمة التسوية في الدعوى الجنائية في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2011، ص13 وما بعدها. وانظر أيضاً د/ حاتم عبد الرحمن محمد عطية – دور المجني عليه في إنهاء الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، 2014، ص (د) وما بعدها.

الاعتبار إرادة المتهم وإرادة المجني عليه وذلك يضمن سرعة الفصل في الدعوى إذ يتفق والمبدأ الدستوري المنصوص عليه في غالبية دساتير دول العالم من ضرورة الفصل في الدعوى في مدة معقولة.¹

فالوساطة الجنائية تفتح قناة التواصل بين أطراف المنازعة الجنائية، إذ إنه إجراء يجد مكانه في خارج نطاق المؤسسة القضائية على الرغم من وجوده تحت رقابتها فهي المؤسسة التي تسمح وتأذن باللجوء إليه وتصادق على نهايته كما إنها تعد أحد الوسائل المستخدمة التي أنتجت العدالة الجنائية للمساهمة في علاج التكدث الضخم في عدد القضايا التي تنظرها المحاكم الجنائية.² كذلك تهدف الوساطة إلى تنمية وتشجيع روح الرضا والتسامح بين كل من الجاني والمجني عليه عن طريق الوصول لحل وسط واتفاق رضائي حول كيفية القيام بازالة الآثار الضارة الناتجة عن الجرم الذي لحق بالمجني عليه من جراء جرم الجاني.³

فالوساطة تتسم بالعقلانية في العلاقات الإنسانية منذ قديم الزمان إذ كان لها من الآثار الأولى في الحضارة اليونانية المبنية على فلسفة ذلك العهد آنذاك الهادفة إلى بيان وإظهار ما هو اصلح للفرد، كما أن للشرعية الإسلامية السبق في تبني تلك الفكرة المنطلقة من فلسفة العدالة الإنتقالية والتي نطاقها الصلح منذ ما يزيد عن أربعة عشر قرناً، إذ يتجلي ذلك في قوله تعالى "وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما".⁴ فلم تغب فكرة الوساطة في الحضارات البشرية القديمة والشرع الإسلامي الحنيف إلا أنه مع تقدم البشرية والمجتمع

¹ انظر: عبد الحميد أشرف، الجرائم الجنائية ودور الوساطة في إنهاء الدعوى الجنائية، الطبعة الأولى - دار الكتاب الحديث، القاهرة 2010، ص 77 وما بعدها.

² انظر في شأن الصلح: د/ أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية: ماهيته والنظم المرتبطة به (دراسة مقارنة) - دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2005 - ص 10، 9.

³ القرآن الكريم، سورة الحجرات آية (9) وكذلك انظر سورة النساء، آية (128).

⁴ د/ أحمد عوض بلال، التطبيقات المعاصرة للنظام الاتهامي في القانون الانجلوأمريكي - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية، القاهرة 1993.

تطورت معه تلك الفكرة حيث أخذت أشكالاً معينة في تقنين التشريعات وخاصة في ضمان تعويض المجني عليه بأقصى فاعليه.

فقد مرت العقوبة وأشكال تنفيذها تاريخياً بعدة مراحل وكذا كانت قسوتها تتدرج من حين لآخر، فكانت سياسة الدولة المرجوة من العقاب غير فعالة مما أدي إلى تعقيد مشكلة العدالة الجنائية الناجزة وزيادة أزماتها في مواجهة الظاهرة الجرمية خاصة مع التقدم التكنولوجي وكذا ظهور أنماط وأشكال إجرامية جديدة بعضها عابر للدول والقارات فكان التفكير بجدية في الوساطة والتسوية الجنائية أمام عجز المؤسسات العقابية عن أداء دورها المنوط به.

وتعتبر الوساطة الجنائية أحد بدائل الدعوى الجنائية التي تحول دون تحريك الدعوى الجنائية ضد الجاني مقابل تمكين المجني عليه من تعويض عادل ويكون من شأن اللجوء إليها وضع حد للإخلال الناتج عن الجرم فهو إجراء تحقيق روح قانون الإجراءات الجنائية يوفر على الخزينة العامة تكاليف باهظة فضلاً عن توفير الوقت والجهد والمال.¹ فتعد الوساطة في الوقت الحالي من أنجح وسائل حل الخصومات بالطرق السلمية، إذ امتد نطاقها ليطول نطاق الدعوى الجنائية فضلاً عن الدعوى المدنية والشخصية، إلا أن الأمر مختلف في القانون الجنائي - فهي تعني الرضائية في الدعوى الجنائية أي رضائية إرادات أطراف الدعوى دون تعارض مع المصلحة العامة أو إهدارها أو تعطيل مبدأ الشرعية الجنائية.² وعلى ذلك، أصبحت الوساطة الجنائية تتجه صوب فكرة العدالة الرضائية من الناحية الجنائية وهي عدالة شرعية تخضع لنصوص التشريع ورقابة القضاء، كما أصبحت وسيلة سحرية في الإجراءات الجنائية أقرها الفقه الجنائي كوسيلة بديلة عن الدعوى الجنائية كما تبنتها التشريعات الإجرائية المقارنة كوسيلة جديدة وسريعة في حل الخصومة الجنائية. تركز على تحقيق العدالة الرضائية بين

¹د/ أحمد عوض بلال، المرجع السابق.

²انظر د/ أشرف رمضان عبد الحميد، الوساطة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

أطراف النزاع بأي طريقة، شريطة الالتزام بالضوابط التي تحدد نظام العمل بها.¹

وعلى اعتبار أن الوساطة الجنائية انتشرت انتشاراً سريعاً في عدة دول، فقد كان من اللازم العمل على تنظيمها تفادياً لتضخيم المشاكل المطروحة أمام القضاء وتعدد القوانين وتشعب إجراءاتها، فإذا كانت مجموعة من التشريعات المقارنة قد أخذت بنظام الوساطة الجنائية وعملت على تقنينها كالتشريع الأمريكي والكندي والفرنسي والبلجيكي والتونسي والجزائري، فإننا نهيب بالمشرع المصري أن يحذو حذو التشريعات المماثلة لمواكبة التقدم التشريعي ومعطيات العصر.

وسرعة الإجراءات تقتضيها أن إطالة أمد الخصومة الجنائية يساعد في حالة الحكم بالإدانة بين المحكوم بها وبين تحقيق غايتها، إذ إن فاعلية العقوبة تتناقص كلما طال الزمن بين توقيعها وارتكاب الجرم، كما أنه في حالة الحكم بالبراءة يؤدي طول الخصومة الجنائية إلى تفاقم الأضرار المادية والمعنوية التي تصيب المتهم البريء من وراء وقوفه موقف الاتهام لمدة طويلة.²

ودائماً ما يقع على عاتق المشرع الإجرائي إقامة التوازن بين مصلحة المجتمع في العقاب على الجرائم ومصلحة الفرد في حماية حقوقه وحرياته لكي يتجنب إفلات المجرم من العقاب والحكم بإدانة بريء وكلاهما يضر بالعدالة. هذا ويتحقق ذلك التوازن - رغم صعوبته - في النظم الديمقراطية إلا أنه في الأنظمة الديكتاتورية تميل قواعد الإجراءات الجنائية إلى ترجيح مصلحة الدولة على الأفراد، فيشوب الإجراءات نوعان من الافتئات على ضمانات المحاكمة.³

¹ د/ عادل علي المناع، الوساطة في حل المنازعات الجنائية، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثلاثون، ديسمبر 2006 ص50.

² د/ أحمد فتحي سرور، بدائل الدعوى الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة، العدد 53، 1983، ص 212 وما بعدها؛ د/ حمدي رجب عطية، دور المجني عليه في إنهاء الدعوى الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1990، ص 10 وما بعدها.

³ د/ طه أحمد محمد عبد العليم، الصلح الجنائي في القانون المصري، طبعة لآخر تعديلاته، نادي القضاة، الطبعة الأولى، 2010، ص5.

فقد جاء في صدر المذكرة رقم (1) لمشروع قانون الإجراءات الجنائية المصري الحالي الصادر في 3 سبتمبر 1950" أن يحدد قانون الإجراءات الجنائية الطريق الذي يكفل للدولة حقها في القصاص من المجرم، ويعنى بصفة خاصة بالنظم والأحكام التي ترمي إلى تبسيط الإجراءات الجنائية وسرعتها لينال الجاني جزاءه في أقرب وقت وذلك بغير إخلال بالضمانات الجوهرية التي تمكن البريء من إثبات براءته".¹ فعلى سبيل المثال، ذكرت المحكمة الدستورية العليا الإيطالية في حكم لها عام 1982 أن "البطء يمثل منطقة الألم أو نقطة الضعف الأولى في العدالة الجنائية الإيطالية" وفي فرنسا ذهب البعض إلى أن سير الدعوى الجنائية يستغرق وقتاً طويلاً حتى في القضايا التي لا يمكن وصفها بالتعقيد، حيث تتراوح المدة من وقوع الجرم إلى صدور الحكم البات بشأنها بين سنتين وثلاث سنوات. وعلى ذلك فكان لمؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي انعقد في ميلان بإيطاليا لعام 1985 والذي صدر عنه إعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة الجنائية لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة، فقد ورد في البند السابع منه " أنه ينبغي استعمال الآليات غير الرسمية بما في ذلك الوساطة والتحكيم والوسائل العرفية ... أو باستعمال الممارسات المحلية حسب الاقتضاء لتسهيل استرضاء الضحايا وإنصافهم".² هذا وقد أوصى مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي انعقد في العاصمة النمساوية فيينا لعام 2000 بضرورة نهج وسائل العدالة التصالحية للحد من الجريمة فضلاً عن إبراء الضحايا والجناة والمجتمعات وذلك:

أولاً : باستخدام خطط عمل إقليمية ووطنية ودولية لدعم ضحايا الجرم كآليات الوساطة والعدالة التصالحية.

¹Joseph B. Stulberg, *A Civil Alternative to Criminal Prosecution*, 39 ALBANY LAW REVIEW (1974-1975), at 359-360 (available on Heinonline, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/albany39&div=27&id=&page=>).

²Sharon Press, *Institutionalization: Savior or Saboteur of Mediation?* 24 FLORIDA STATE UNIVERSITY LAW REVIEW (1997), at 905, Roscoe Pound, *The Decadence of Equity*, 5 COLOUMBIA LAW REVIEW (1905), at 25, Lawrence R. Mills, *A Mile Stone on the Journey*, 14 DISPUTE RESOLUTION MAGAZINE 384 (2008), at 4.

ثانيا : تشجيع الدول على صياغة سياسات وإجراءات برامج العدالة التصالحية التي تحترم حقوق الضحايا والجناة وسائر الأطراف الأخرى.¹ كما أوصى مؤتمر تطور العدالة الجنائية المنعقد بالقاهرة عام 2003 بالتوسع في نطاق الصلح والتصالح المنصوص عليهما في قانون الإجراءات الجنائية .

ويعد الصلح الجنائي والأمر الجنائي من أول وأهم الآليات التي أخذت بها التشريعات والقوانين المختلفة لمواجهة أزمة العدالة الجنائية لكن لم يقف الحال عن ذلك بل تم استحداث وسائل أخرى كالوساطة والتسوية الجنائية والمثول بناء على الاعتراف المسبق بالجرم، وهو ما يتبناه المشرع الفرنسي عن طريق إصدار العديد من القوانين الهادفة لتفعيل العدالة وتبسيط إجراءات التقاضي وسرعة إنهاء الدعوى الجنائية.²

أهمية البحث :

ترجع أهمية دراسة موضوع دفع الوساطة الجنائية العدالة الجنائية إلى الأمام إلى وجود أزمة كبيرة في تفعيل العدالة الجنائية الناجزة، خاصة في النظام القانوني الإجرائي المصري المتمثل في ازدياد عدد القضايا وتكدس ساحات المحاكم . فالقانون المصري لازل يجهل تلك الأنظمة وهو ما يطرح التساؤل حول إمكانية تطبيقها في النظام المصري . ففي الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، يلعب نظام الإقرار المسبق بالجرم دورا هاما في إنجاز العدالة الجنائية حيث بلغ عدد القضايا التي طبق عليها ذات النظام 9% من إجمالي القضايا وبنسبة 88% في فرنسا في القضايا التي طبق عليها ذات النظام بعد صدور أمر بالتصديق على العقوبة المقدمة من النيابة العامة.³ ومن هنا تكتسب دراسة هذا الموضوع أهمية بهدف التعرف على الوساطة الجنائية وتطبيقاتها في التشريعات المقارنة التي أخذت بها كوسيلة بديلة للدعوى الجنائية في إنهاء النزاع، فهي قد تكاد غير معروفة في النظام الجنائي المصري. والإشكاليات المطروحة تتمثل فيما يلي:

¹المرجع السابق - ص5 .

²المرجع السابق - ص8-6 .

³المرجع السابق - ص10 .

ما المقصود بنظام الوساطة الجنائية؟ وما هو معيار التفرقة بينها وبين الأنظمة المشابهة؟ وماهى خصائصها وطبيعتها القانونية؟ وما هو نطاق تطبيق أحكامها في الأنظمة القانونية؟ وعلى ذلك، نخصص هذه الدراسة لمعالجة الوساطة الجنائية.

خطة الدراسة

تتناول هذه الدراسة فكرة الوساطة الجنائية كبديل عن الدعوى الجنائية على النحو التالي في فصلين .

- الفصل الأول : ماهية وخصائص الوساطة الجنائية.
- الفصل الثاني : أحكام وآثار الوساطة الجنائية .

الفصل الأول

ماهية وخصائص الوساطة الجنائية

تمهيد :

الوساطة الجنائية نظام قانوني جديد ظهر واندلع نتيجة تغيير واستيعاب مفهوم المجتمعات والشعوب للعدالة الاجتماعية المنطوية على العدالة القانونية الجنائية، والذي يهدف إلى حسم الخصومات الجنائية بطريقة غير تقليدية. فمع تطور البشرية الذي أفرز تعقيداً انطلق عنه في العلاقات والمعاملات الإنسانية والمجتمعية لكثرتها، الأمر الذي تطلب رسم استراتيجيات جديدة لمواكبة ذلك التطور، وإصلاح منظومة العدالة الجنائية فضلاً عن تخفيف العبء عن كاهل المحاكم والقضاة ومعاناتهم من ازدياد الدعاوى واستمرار تأجيلها.¹

فكان للعدالة الجنائية مساوئها ونتائجها الخطيرة سواء على المجتمع أو المجني عليهم أو حقوق المتهم وهو ما يمكن القول معه إن غريزة العدالة في نفوس المتقاضين غير مرضية، كما ينحصر أثر هذه المشكلة المعقدة في عبء العمل الملقى على عاتق سلطات تنفيذ القانون الإجرائي (قانون الإجراءات الجنائية) وإهدار مبدأ المساواة وقدرة الجهاز القضائي. لهذا، فإن السياسة الجنائية المعاصرة وفي ضوء التطور القانوني السريع - تطلبت وعلى وجه السرعة ودون شك الأخذ بوسائل أكثر مرونة وقابلة للتطور، في حل المنزاعات الجنائية يكون من شأنها الإسهام في علاج العدالة الجنائية.

وأمام هذه النتائج بدأ البحث والتقيب عن البدائل وكانت الوساطة الجنائية هي إحدى أهم صور التحول من العدالة العقابية التقليدية إلى العدالة التصالحية الرضائية، القائمة على مراعاة البعد الاجتماعي في الخصومات الجنائية .

¹ Robert A. Baruch Bush, *Staying in Orbit or Breaking Free: The Relationship of Mediation to the Courts over Four Decades*, 84 NORTH DAKOTA LAW REVIEW (2008), at 705.

فضلاً عن ذلك، تسعى الوساطة الجنائية إلى تنمية روح الصلح بين كل من الجاني والمجني عليه، عن طريق قيام الأول بإصلاح الضرر الذي أصاب الآخر دون أن يتكبد مشقة التقاضي وطول تعقيد إجراءاته.

هذا ويلاحظ أن النظام الفرنسي قد عرف الوساطة الجنائية في منتصف الثمانينيات من القرن العشرين، إذ كانت تحدث بناءً على مبادرات من رجال الشرطة (البوليس) وأعضاء النيابة العامة وقضاة التحقيق وقضاة الحكم، ورغم عدم وجود نص قانوني تستند إليه تلك الممارسات غير المباشرة للوساطة الجنائية، فقد كانت تتخذ فقط صورة أمر الحفظ المشروط بوجود اتفاق بين أطراف الخصومة.¹

إلا أن المشرع الفرنسي قد تدخل بتنظيم ذلك، فأضاف إلى المادة 41 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي فقرة 7 الصادر عام 1993 إجازتها للنيابة العامة قبل أن تتخذ قراراً بشأن الدعوى الجنائية وبموافقة الأطراف أن تقرر إجراء الوساطة، إذا تبين أن مثل هذا الإجراء يمكن أن يضمن جبر تعويض الأضرار التي أصابت المجني عليه من الجرم المرتكب والمساهمة في تأهيل مرتكبها. إلا أنه تم تعديل المادة السابعة أكثر من مرة حتى أصبحت تنص على أنه "يستطيع المدعي العام، مباشرة أو عن طريق مأمور الضبط القضائي أو مفوض أو وسيط، وقبل اتخاذ قرار في الدعوى الجنائية إذا تبين له أن مثل هذا الإجراء يُمكن أن يضمن تعويض الضرر الذي أصاب المجني عليه ينهي الاضطراب الناتج عن الجريمة ويساهم في تأهيل مرتكب الجريمة: 1-..... 2-..... 3-..... 4-..... 5-..... أن يُجري بناء على طلب أو موافقة المجني عليه، مهمة وساطة بين الجاني والمجني عليه وفي حالة نجاح الوساطة، يُثبت المدعي العام أو الوسيط ذلك في محضر يوقع

¹ د/ منصور عبد السلام العجيل، العدالة الرضائية في الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2016، ص334.

عليه بنفسه أو الأطراف، ويسلم لهؤلاء الأطراف صورة منه. وإذا ما تم إلزام الجاني بدفع تعويض للمجني عليه، يجوز لهذا الأخير بمقتضى المحضر السابق أن يطالب بسداد حقه وفقاً لإجراء الامتثال بالدفع طبقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية.¹

تقسيم

تقتضي دراسة نظام الوساطة الجنائية تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين : نتناول في الأول ماهية الوساطة الجنائية ونعالج في الثاني إجراءاتها وآثارها.

المبحث الأول

ماهية الوساطة الجنائية

تقسيم:

سوف نقوم في هذا الفصل بتحديد مفهوم الوساطة الجنائية، وبيان خصائصها وصورها، وشروط ونطاق تطبيقها في المطالب التالية .

المطلب الأول

في تعريف الوساطة الجنائية وأطرافها والتمييز بينها و عما يشتهر بها من أنظمة

أولاً : مفهوم الوساطة الجنائية

الوساطة لغةً، اسم للفعل وسط، ووسط الشيء أي صار في وسطه والوساطة هي بين أمرين أو شخصين لفض نزاع قائم بينهما بالتفاوض والوسيط هو المتوسط بين المتخاصمين.²

أما عن تعريفها قانوناً، فقد ترك المشرع الإجمالي وبخاصة الفرنسي تلك المهمة للقضاء والفقهاء إلا أن بعض التشريعات عرفت بأنّها "عملية غير رسمية ومرنة تتم عن طريق طرف ثالث ومحايد وهو الوسيط والذي يسعى إلى جمع

¹د/ مدحت عبد الحليم رمضان، الإجراءات المرجزة لإنهاء الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص22؛ د/ أسامة حسنين عبيد، ورقة عمل حول الوساطة الجنائية، مقدمة إلى ندوة "دور المجتمع المدني في منع الجريمة"، أكاديمية الشرطة، القاهرة 2005/1/12، ص2؛ وانظر أيضاً: د/ أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

²المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة وزارة التربية والتعليم، سنة 2000، ص668

الجاني والمجني عليه سويًا ودعمهم في محاولة الوصول إلى اتفاق بشكل فعال، حيث تم إصلاح الضرر الناجم عن الفعل المخالف للقانون والمساهمة في إعادة السلام الاجتماعي¹ (المادة 4 من التشريع البرتغالي رقم 21 لسنة 2007). كما أن التشريع البلجيكي عرفها بأنها "إجراء تتمكن به أطراف الخصومة رضائياً من إنهاء النزاع الجنائي الذي وقع بينهما بسبب خرق أحكام وقواعد القانون الجنائي عن طريق وسيط ثالث يُسهل الاتصال والتفاهم بينهما تحت إشراف القضاء"². كما قيل في تعريف الوساطة الجنائية أيضاً إنها "البحث بناء على تدخل شخص من الغير عن حل يتم التفاوض بشأنه وحرية بين أطراف النزاع الذي أحدثته الجريمة ذات الخطورة البسيطة وخاصة المنازعات العائلية، منازعات الجيرة، جرائم العنف والضرب المتبادل، الإلتلاف أو التخريب أو الاختلاس"³. هذا وقد عرفها الفقه بأنها "نظام يستهدف الوصول إلى اتفاق أو مصالحة أو توفيق بين أشخاص أو أطرف يستلزم تدخل شخص أو أكثر لحل المنازعات بالطرق الودية"⁴. كما أنها "إجراء يتوسل بمقتضاه الوسيط التقريب بين طرفي الخصومة الجنائية بغية السماح لهم بالتفاوض على الآثار الناشئة عن الجريمة أملاً في إنهاء النزاع، الواقع بينهم"⁵. وذلك التعريف ذاع انتشاره في الفقه القانوني المصري .

هذا وقد عرفها بعض الفقه الجنائي بأنها " إجراء يتم قبل تصريف النيابة العامة في الدعوى أو الحكم فيها وبناء على اتفاق الأطراف، بموجبه يحاول شخص ثالث محايد البحث عن حل النزاع الذي يواجهونه بشأن جرم معين". وكذا قيل فيها "إنها إجراء قبل تحريك الدعوى الجنائية، بمقتضاه تخول النيابة العامة جهة وساطة أو شخص تتوافر فيه شروط معينة وبموافقة الأطراف الاتصال بالجاني

¹ د/رامي متولي القاضي، رسالة سابق الإشارة إليها، ص41-61.

² Jean-Pierre Bonafe-Schmitt, *La Médiation Pénale en France et aux États-Unis*, L.G.D. J1998, p.19 ets.

³ د/منصور العجيل، سابق الإشارة إليه، ص334.

⁴ د/ محنت رمضان، سابق الإشارة إليه، ص22.

⁵ د/ أشرف رمضان، سابق الإشارة إليه، ص17.

والمجني عليه والاكتفاء بهم لتسوية الآثار الناجمة عن طائفة من الجرائم التي تتم بواسطتها أو بوجود علاقات دائمة بين أطرافها وتسعى إلى تحقيق أهداف محددة نص عليها القانون وبترتب على نجاحها عدم تحريك الدعوى الجنائية¹.
صفوة القول، إنه يمكن تعريف الوساطة الجنائية بأنها وسيلة لا تتضمن شكليات أو أنماطاً معينة، يقوم من خلالها شخص ثالث بحل النزاع القائم، وغالباً يكون من اختصاص قاضي الموضوع حسمه أو الفصل فيه . وعلى ذلك يمكن وصف الوساطة الجنائية بأنها عدالة جنائية انتقالية من العقوبات للمفاوضات أي عدالة تقريب².

ثانياً: أطراف الوساطة الجنائية (الوسيط الجنائي)

يقصد بالوسيط الجنائي "ذلك الشخص الذي يقع عليه عبء أو (مهمة) التوفيق بين مصلحتي الجاني والضحية (المجني عليه) إذ تتوفر فيه شروط محددة تمكنه أو تخوله القيام بمهمة التوفيق بين المصالح "Equilibrium Balance"³
ويشترط في الوسيط ألا يكون ممارساً عملاً قضائياً بصفة محترفاً أو ممتهاً، وهذا حظر مطلق يشمل طائفة القضاة والمحامين والخبراء القضائيين، كما يدخل كل من وكيل الدعوى والمحضر وغيرهم من فئات حددتها المادتان (4، 5) من المرسوم 96-305 لعام 1996 وذلك ضماناً لحياد واستقلال الوسيط الجنائي⁴.
وكذلك يشترط أن يكون الوسيط من ذوي الخبرة والتمتع بالكفاءة والجدارة، ويجب أن يخضع لعدة دورات تأهيلية وبرامج تدريبية حتى تتوفر لديه المعرفة القانونية والخبرة و(الكفاءة) النفسية المناسبة كي يتمكن من اكتساب مهارات التفاوض والتفاوض وإدارة المحادثات بين أطراف الخصومة⁵. ويقوم بهذا الدور

¹ د/ فايز عابد الظفيري، تأويلات في الوساطة الجنائية بوصفها وسيلة لإنهاء الدعوى الجزائية، دراسة منشورة في مجلة الحقوق جامعة الكويت، عدد2، السنة الثالثة والثلاثون 2009، ص 129.

² د/ محمد حكيم حسين، العدالة الجنائية التصالحية في الجرائم الإرهابية، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007، ص 45.

³ د/رامي متولى القاضي، مرجع سابق، ص 170.

⁴ د/ أشرف رمضان، سابق الإشارة إليه، ص 20.

⁵ د/رامي متولى القاضي، مرجع سابق، ص 119، 118.

في الولايات المتحدة وفرنسا وكندا منظمات المجتمع المدني والمعاهد والمراكز القومية لمساعدة الضحايا والمجني عليهم، إذ إنه دور تأهلي مفصلي في إدارة هذه العملية. واختلفت مدد تأهيل الوسيط بحسب اختلاف الأنظمة القانونية، فقد تكون ثلاثين ساعة أو أكثر كما هو في فرنسا أو أربعين أو أكثر كما في الولايات المتحدة، وكذا يجب أن يكون التأهيل تأهيلاً مهنيًا حقيقيًا. ويلاحظ أن الجامعات الأمريكية والأوروبية أصبح لديها أكاديميات علمية ودبلومات تأهيلية وعيادات قانونية في هذا المجال.¹

وجدير بالذكر أن الوسيط الجنائي قد يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، فليس هناك ما يمنع من قيام الأخير بتلك المهمة. وقد يكون الوسيط فرداً أو يعمل من خلال هيئة أو جمعية وقد يكون محترفاً ذلك العمل، وقد يكون متبرعاً *Volunteering* دون أجر، وهذا ما يحدث كثيراً في الولايات الكبرى بالولايات المتحدة ومنها بوسطن، ميسوري، سان فرانسيسكو.²

هذا ويلزم عدم صدور حكم قضائي ضد الوسيط بعقوبة جنائية أو بعدم الأهلية أو بحرمانه من الحقوق، فهو يلتزم بتقديم ما يفيد صحة صحيفة حالته الجنائية عند اعتماده *Security Check Background* هذا ولا ترتبط الوساطة بسن معين كما لا يشترط أن يكون وطنياً أو أجنبياً.³

واشترط كل من القانونين الأمريكي والفرنسي أن يحافظ الوسيط على سرية المعلومات التي تصل إلى علمه أثناء العمل على الوصول إلى اتفاق ودي أو رضائي بين أطراف النزاع، غير أن هذا القيد لا يسري في مواجهة الادعاء العام إذ إن الوسيط يلتزم بتقديم تقرير مكتوب بشأن مهمته.⁴

¹ أد/ أشرف رمضان، سابق الإشارة إليه، ص 23-30؛ د/ فايز الظفيري، سابق الإشارة إليه، ص 159.
² انظر: عادل على المانع، الوساطة في حل المنازعات الجنائية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (4)، 2006.

³ Warreu E. Burger, *Isn't There a Better Way?* 68 ANNUAL REPORT ON THE STATE OF THE JUDICIUY. 68 American Bar Association J. 3 (1982), at 274.
⁴ Paul Mbanzoulou: *La Medition Penal*, 1ed.L'harmattan, 32, (2002). وانظر د/ شريف كامل، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 40 وما بعدها.

هذا وتحدد الدوائر الإدارية بالمحاكم الأمريكية القرارات الخاصة بالموافقة على عمل الشخص كوسيط وما إذا كان سيقوم بمهام تتعلق بالأحداث من عدمه، وكذا صارت فرنسا على ذات النهج على أن يصدر قرار الموافقة من الجمعية العمومية من خلال لجانها المحددة لقضاء الحكم والنيابة العامة.¹

هذا وقد حددت الندوة الدولية لقانون العقوبات المنعقدة في طوكيو باليابان عام 1983 الشروط سالفة الذكر وقررت أنه "يشترط في الوسيط أن تتوافر لديه الروح الإنسانية في خدمة المجتمع وحل مشاكله، فضلاً عن المعرفة القانونية والنفسية المناسبة التي تساعده على استنباط الحلول العملية. وحتى يتمكن من القيام بدوره هذا، يتعين أن يكون مستقلاً ومحايلاً، ولا يجوز أن يحكم في النزاع في حالة فشل جهود الوساطة".²

وفيما يتعلق بالمعاملة المالية للوسطاء الجنائيين، فهي مرتبطة بشخص الوسيط أو مدة الوساطة أو طبيعة المهمة التي يقوم بها الوسيط، فحددها قواعد الإجراءات الجنائية الفرنسي ولكنها غير مرتبطة بأي معيار من المعايير السابقة في الولايات المتحدة، فهي متروكة للوسيط ذاته، وثار جدل في الفقه الجنائي في بعض الولايات إلا أنهم لم يصلوا لنتيجة ورأي جامع في هذا المجال وتركوها للوسيط وشأنه واتفاق الأطراف.³

هذا فيما يتعلق بالوسيط الجنائي، أما المجني عليه فهو كل شخص طبيعي أو اعتباري أهدرت الواقعة الجنائية إحدى مصالحه المحمية جنائياً وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه "الشخص الذي يقع عليه الفعل أو يتناوله وله الترك المؤثم قانوناً سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، بمعنى أن يكون الشخص نفسه

¹Clifford Wallace, *Judicial Reform and the Pound Conference of 1976*, 80 MICHIGAN LAW REVIEW 4 (1982), at 572-596.

²الندوة الدولية لقانون العقوبات التي عقدت في طوكيو باليابان في الفترة من 14-16 مارس 1983.

³Barthier (Stéphanie), *La Médiation Pénale, Solution à la Crise ou Crise de la Solution, mémoire de D.E.A., Administration Publique, Lyon 2*, 2000, dact., 143 f°.

محلاً للحماية القانونية التي يهدف إليها الشارع".¹ فتهدف الوساطة الجنائية في الأساس إلى تعويض المجني عليه عن الأضرار التي لحقت به من وراء الجرم المرتكب، فضلاً عن تفعيل مشاركته في الإجراءات الجنائية إذ لا يتصور قيامها دون رضاه، ويتعين على الوسيط الحصول على موافقته بالوساطة، فإذا لم يحصل على موافقة المجني عليه فإن عليه إحاطة المدعي العام بذلك حيث له مطلق الحرية في طرح النزاع على قضاء الحكم.² وبناء على ذلك يكون على النيابة العامة واجب الاتصال بالمجني عليه قبل اتخاذ أي قرار بشأن إحالة الدعوى للوساطة الجنائية لبيان ما إذا كانت لديه الرغبة في التسوية والمصالحة الودية مع الجاني. فإذا فشلت النيابة العامة في إقناع المجني عليه بقبول الوساطة فإن لهذا الرفض أثراً بالغاً في إحالة الدعوى الجنائية إلى القضاء.³

أما الجاني (المتهم)، فلم يرق المشرع المصري بتحديد مدلوله سواء من الناحية الموضوعية في قانون العقوبات أو الناحية الإجرائية في قانون الإجراءات الجنائية فضلاً عن أنه لم يميز بين المتهم في جميع مراحل الدعوى الجنائية.⁴

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فحدت حذو المشرع المصري، ولم تضع أي ولاية ولا حتى القانون الفيدرالي أي مفهوم خاص بالمتهم فهو "Accused Criminal" في جميع مراحل الدعوى الجنائية دون تمييز بين ما إذا كان ذلك في مرحلة التحقيق أم كان أمام محكمة الجناح والمخالفات "Minor offences".

أما في فرنسا، فالوضع مختلف حيث قام المشرع الفرنسي بالترقية بين المتهم في مرحلة التحقيق "l'inclupe" والمتهم المحال إلى المحكمة الجناح والمخالفات

¹ انظر: د/ محمود مصطفى، حقوق المجني عليه في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الأولى، ص 112؛ د/ محمد أبو العلا عقيدة، المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1991، ص 12 وما بعدها. انظر: الطعن رقم 2984 لسنة 32 ق، 1963/5/72، مجموعة الأحكام - السنة 14 - القاعدة 57 - ص 445.

² د/ حسنين عبيد، شكوى المجني عليه، مجلة القانون والاقتصاد، العدد (3)، 1974، ص 103.

³ د/ مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، طبعة 2000 الجزء الأول، ص 25.

⁴ د/ محمود كبيش، تأكيد الحريات والحقوق الفردية في الإجراءات الجنائية: دراسات للتعديلات الحديثة في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية، طبعة 2001، ص 15.

"Prevenu" و متهم أمام محكمة الجنايات "Accused" وأضيف إليهم بعد تعديل قانون الإجراءات 1958 صورة المشتبه به "Le Le Soupçonner". وأياً ما كان الأمر فالمتهم في - الفقه الجنائي - هو كل شخص يتوافر لديه دلائل وأمارات قوية وكافية تنفيذ ارتكابه الجرم أو مساهمته فيه مساهمة أصلية، ويكون فاعلاً في هذه الحالة أو مساهمة تبعية ويكون شريكاً في هذا الفرض.¹

كما أنه هو المدعى عليه في الخصومة الجنائية الذي توجه له النيابة العامة الاتهام بارتكاب الجرم وتطالب بتوقيع أقصى العقاب عليه، فهو الخصم الذي يوجه له الاتهام بواسطة تحريك الدعوى الجنائية أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً.² انطلاقاً من هذه التعريفات، فإن الفرد لا يكتسب صفة المتهم إلا من اللحظة التي تتحرك فيها الدعوى الجنائية ضده، أما قبل ذلك فهو ليس بمتهم حتى ولو كان قد ارتكب الجرم أو كانت الأدلة ضده، فهو لا يكون متهماً بمجرد تقديم شكوى أو بلاغ ضده أو حتى إذا أجرى بشأنه مأمور الضبط القضائي بعض التحريات أو الاستدلالات وإنما يمكن القول إنه مشتبه فيه.³

حيث إن ربط اكتساب الشخص لصفة المتهم بالوقت الذي تتحرك فيه الدعوى الجنائية ضده أمر يصعب التسليم به في هذا المجال، إذ إن أغلب التشريعات تأخذ بهذا النظام كالقانون الفرنسي الذي يشترط اللجوء لهذه الوسيلة قبل تحريك الدعوى الجنائية من قبل الادعاء العام الذي تملكه سلطة الاتهام، فقصّر صفة المتهم على تحريك الدعوى الجنائية يتعارض وفكرة الوساطة الجنائية.⁴

هذا وقد عرفت محكمة النقض المصرية المتهم بـ "أن القانون لم يُعرف المتهم في أي نص من نصوصه فيعتبر متهماً كل من وُجّهت إليه تهمة من أي

1/د/محمد أبو العلا عقيدة، شرح قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الأول - 1998، ص78.

2/د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، طبعة 1979 (مطبعة جامعة القاهرة) - الجزء الأول - ص127.

3/د/ عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية - طبعة 1986، ص85.

4/د/ عوض محمد عوض، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية - دار المطبوعات الجامعية، طبعة 1986، ص85.

جهة كانت ولو كان هذا التوجيه حاصلًا من المدعي المدني وبغير تدخل النيابة، وإذن، فلا مانع قانوناً من أن يعتبر الشخص متهماً أثناء قيام رجال الضبطية القضائية بمهمة جمع الاستدلالات التي يحررونها طبقاً للمادة العاشرة من قانون تحقيق الجنايات (المادتان 21، 29 من قانون الإجراءات الجنائية الحالي) ما دامت قد حامت حوله شبهة أن له ضلعاً في ارتكاب الجريمة التي يقوم أولئك الرجال بجمع الاستدلالات فيها، ولامانع قانوناً من وقوع أحد أولئك الرجال تحت طائلة المادة 110 من قانون العقوبات (المادة 12 من قانون العقوبات الحالي) إذ حدثته نفسه بتعذيب ذلك المتهم لحمله على الاعتراف أيًا كان الباعث على ذلك".¹

وبناءً على ذلك التعريف المتقدم، فلا مانع من اكتساب الشخص صفة المتهم في وقت سابق على تحريك الدعوى الجنائية ضده ما دامت قد حامت حوله شبهة أن له ضلعاً في ارتكاب الجريمة التي يقوم رجال الضبطية القضائية بالتحري عنها وجمع استدلالات بشأنها.² هذا وتلزم موافقة المتهم على إجراء الوساطة القضائية كما له الحق في رفضها واتباع الطريق العادي في إجراءات الدعوى الجنائية إذ إنه لا يجوز إجبار الإنسان على المثول أمام قاضيه الطبيعي.

ثالثاً : الوساطة الجنائية وما يشتهب بها من أنظمة

أ- الصلح الجنائي:

تتفق الوساطة والصلح في قيامهما على عنصر رئيسي وهام وهو توافق إرادتين، إذ إن الغاية المتوخاة منهما هي بلوغ الصلح والوصول إلى اتفاق رضائي بين أطراف النزاع عن طريق استيعاب الوسيط أسباب وطبيعة النزاع ورغبات أطرافه وقناعتهم به (شخصيته). وعلى ذلك، فالوساطة تعد وسيلة من وسائل الوصول للصلح إلا أنه يمكن التوصل لهذا الأخير دون الاعتماد مطلقاً على وسيط من خلال أطراف الخصومه، وإن كان ذلك يبدو صعباً في كثير من

¹نقض مصري 1963/12/16، مجموعة احكام النقض س 14 رقم 169 ص 927 - د/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق الإشارة إليه، ص 137-172.
²د/ عوض محمد عوض - المرجع السابق الإشارة إليه، ص 87-90.

الأحيان حيث الاحتقان والتشبث السائد وتعصب كل فريق لحججه ودوافعه وحقوقه.¹

وبناءً على ما سلف ذكره، يمكن القول إن الوساطة الجنائية والصلح الجنائي وجهان للعدالة التفاوضية أو الرضائية، إذ يعتمد كل منهما على رضا أطراف المنازعة كما أن هدف كل منهما وضع حد أو إنهاء النزاع المتولد عن الجرم المرتكب دون اللجوء للعدالة الجنائية التقليدية.²

ولكن تجدر الإشارة إلى أن الصلح والوساطة يختلفان من عدة نواحٍ منها أن الصلح الجنائي يكون في أي مرحلة تكون عليها الدعوى الجنائية حتى ولو كانت مطروحة أمام قضاء الحكم، بل أكثر من ذلك، فقد أجاز الصلح في بعض الجرائم بعد صدور حكم بات، إلا أن الوساطة يلزم أن تكون قبل تحريك الدعوى الجنائية أي قبل صدور قرار من الادعاء العام بشأنها.³

كما أنه لا يكفي في الوساطة الجنائية توصل الوسيط لاتفاق بين طرفي الخصومة كي تنتج آثارها، بل يشترط تنفيذ وتحقيق هذا الاتفاق على أرض الواقع حتى تتمكن النيابة العامة أو جهة أخرى مختصة بحسب الأحوال من اتخاذ قرارها بحفظ أوراق الدعوى أو التوقف عن السير فيها. أما تحقيق ما نتج عن الصلح ليس بشرط كي ينتج أثره في إنهاء الدعوى الجنائية - ما لم ينص القانون - على خلاف ذلك .

هذا والوساطة تتم عن طريق تدخل شخص ثالث (من الغير) يطلق عليه اسم "الوسيط" بهدف حل النزاع ودياً بين أطرافه، أما الصلح فيتم مباشرة بين أطراف الخصومة. ويلاحظ أن الأنظمة القانونية التي تأخذ بنظام الوساطة لم تضع معياراً في تحديد الجرائم الخاضعة لتلك الوسيلة فهو أمر متروك للسلطة

¹د/ أمين مصطفى محمد - انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح وفق أحكام القانون 174 لسنة 1998، دار النهضة العربية - طبعة 2002، ص26.

²د/ طه عبد العليم، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 17-20.

³انظر : على محمد المبيضين، الصلح الجنائي وأثره في الدعوى العامة، الطبعة الأولى - دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010، ص67.

التقديرية القائمة بالوساطة كما انتهى الفقه الأمريكي والفرنسي الجنائيان لذلك، أما الصلح فنطاق تطبيقه محدد بالجرائم المذكورة على سبيل الحصر من قبل المشرع كما هو الحال بالنسبة لجرائم العدوان على المال العام في التشريع المصري¹. وبناء على ما تقدم، يمكن القول إن الوساطة الجنائية لا بد أن تمارس بشأن نزاع قد نشب بالفعل، أما في الصلح فمن الممكن أن يتفق عليه بصدد نزاع محتمل . كما أن النصوص التي اجازت الصلح في بعض الجرائم لم تعن سوى بتقديم ما يفيد الصلح بين الجاني والمجني عليه (أو وكيله الخاص) إلى الادعاء العام أو القضاء بمعنى أن هذه النصوص لم تتطلب شروطاً معينة مثل أن يكون الصلح بمقابل تعويض كامل لجبر الضرر الناشئ عن الجرم أو أن يعمل الصلح على إعادة تأهيل الجاني².

من المعلوم أنه يترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية بقوة القانون، وهو من الآثار المتعلقة بالنظام العام، فلا يجوز المساس به - قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها - دون أن يكون للنيابة العامة أو المحكمة - بحسب الظروف - أي سلطة تقديرية. أما في الوساطة، فللنيابة العامة السلطة التقديرية في التصرف بناءً على التقرير المكتوب المقدم من الوسيط بعد الانتهاء من مهمته فيكون لها إما حفظ الدعوى أو الملاحقة الجنائية، بل يجوز لها رفضها إذا تبين لها عدم تحقيق اتفاق الوساطة الأغراض المرجوة منه، فلها الحفظ الإداري وهذا ما أكدته المشرع الفرنسي³.

هذا وقد ذهب جانب من الفقه الجنائي إلى اعتبار الوساطة الجنائية صورة من صور الصلح المدني من حيث اشتراكهما وانفاقهما في إنهاء أوامر تسوية الالتزامات والتبعات المالية الناشئة عن الجرم، إلا أن ذلك لا يحول دون تحريك

¹ ياسر بابصيل، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 69-86.

² أنظر بوجه عام، د/ عمرو الوقاد، دور الرضا في القانون الجنائي - بدون جهة النشر - طنطا 2000، ص 106.

³ Jeffery J. Peck, *Users United: The Civil Justice Reform Act of 1990*, 54 LAW 8 AND CONTEMPORARY PROBLEMS J. 3 (1991), at 105.

الدعوى العمومية والسير فيها، وقالوا إنه يمكن تكييف هذا الإجراء بأنه عقد بين الطرفين، إلا أن هذا الرأي قد تعرض للنقد الشديد - إذ إن الصلح المدني غالباً ما يتم بتدخل الغير (الطرف الثالث) إرادياً أو اختيارياً، أما في الوساطة فإنه يشترط حضور الوسيط إجبارياً، كما أن الوساطة الجنائية أداة خاصة للسياسة الجنائية لا تتفق والصلح المدني.¹

ب- الأمر الجنائي

يقصد بالأمر الجنائي أنه "عمل قضائي جزائي تتحدد طبيعته القانونية بحسب المرحلة القانونية التي صدر فيها والحالة التي يواجهها إذ إنه في بعض أحوال صدوره يمكن وصفه بكونه عملاً إدارياً قضائياً، أو أمراً، أو قراراً، أو حكماً قضائياً جنائياً، فتعتبر التسوية المقدمة لإنهاء الدعوى العمومية بإجراءات سهلة وبسيطة وسريعة ومختصرة وقد يرتضيها الخصوم وقد يعترضوا عليها، فإذا أصبح الأمر نهائياً أصبح واجب النفاذ يترتب عليه انقضاء الدعوى العمومية والمدنية إذا كانت مرتبطة بها".²

فالأمر الجنائي هو بمثابة قرار قضائي يصدره القاضي أو النيابة العامة بغير تحقيق أو مراعاة وذلك في الجرائم البسيطة (أو عديمة الأهمية) كالجنح والمخالفات البسيطة، فهو يتفق في ذلك مع نظام الوساطة الجنائية من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن العقوبة المترتبة على الأمر الجنائي هي العقوبة المالية المتمثلة في الغرامة وكذا العقوبات التكميلية، أما في الوساطة فهي تصل لتعويض المجني عليه بل وأكثر من ذلك فقد تصل إلى تقديم خدمات اجتماعية لجبر الضرر، كما أنها تسعى لتأهيل الجاني وبناء الروابط الاجتماعية وروح التسامح بين أطراف النزاع، وهو أمر غائب في الأمر الجنائي. فالأمر الجنائي، هو قرار يصدره القاضي - غالباً قاضي التحقيق كما هو الحال في التشريع

¹الدكتور/ محمد حكيم حسين الحكيم، النظرية العامة للصلح في المواد الجنائية وتطبيقاتها، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس 2002، ص 257.
² ياسر بابصيل، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 73.

المصري أو الادعاء العام، أما الوساطة فهي ليست بقرار يصدر في الدعوى إنما هي مجرد محاولة لتقريب وجهات النظر بين طرفي المنازعة للوصول لحل يرضيه الطرفان.¹

ج- التحكيم:

التحكيم هو وسيلة للفصل في المنازعات بين الأشخاص الطبيعية (الأفراد العاديين) والأشخاص المعنوية (كالجمعيات أو الهيئات) وتدخل الجماعات في عداد الأشخاص الطبيعية، فهو صورة خاصة للتقاضي في منازعة معينة تمكن أطرافه من الاتفاق على حسم ما يثور بينهما من خلافات قائمة (حالة) أو ماثلة عن طريق اللجوء لشخص ثالث "هو المحكم" أو "محكمين" أو "منظمة متخصصة يختارها الأطراف" كلهم يتولون الفصل في النزاع، ويكون الحكم الصادر ملزماً لأطراف الخصومة وذلك في إطار الحدود والضوابط المقررة قانوناً.²

ويتشابه التحكيم مع الوساطة في أنهما يهدفان لحل النزاع بالطرق السلمية، فكلاهما أساسه الاتفاق الذي يعبر عن رغبة أطرافه في إنهاء الخصومة دون اللجوء لقضاء الدولة التقليدي الإجرائي، كما أنهما يحتاجان إلى طرف ثالث يتولى مهمة الفصل في النزاع وسيطاً كان أو محكماً. كما يحتاجان إلى تذييل أو اعتماد أو تصديق وثيقة الوساطة أو الحكم بالصبغة التنفيذية كي يكتسب كل منهما حجية الشيء المقضى به (حجية تنفيذها).³

من الجدير بالذكر أن التحكيم يختلف عن الوساطة الجنائية من حيث الوسيلة التي تتم بموجبها تعيين كل من المحكم والوسيط وكذلك من حيث نطاق سلطة تطبيق كل منهما. فمن المسلم به أنه لا يجوز للمحكم أن يتصدى لنظر نزاع من

¹ أنظر/د/ مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم - الأمر الجزائي (دراسة تحليلية مقارنة) - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية، القاهرة 2001، ص 179.

² ياسر بابصيل، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 64.

³ أنظر عبد الحميد أشرف - الجرائم الجنائية ودور الوساطة في إنهاء الدعوى الجنائية، طبعة دار الكتاب الحديث، القاهرة 2010، ص 64.

تلقاء نفسه أو بناءً على تفويض من جهه حكومية، فالقاعدة العامة تقضى بأن الأفراد دون غيرهم هم المختصون بالاتفاق مع المحكم الذى سيتولى الفصل فى موضوع النزاع.

بل على النقيض فى نظام الوساطة، فإنه لا يجوز للخصوم المشاركة فى اختيار الوسيط.¹ هذا ويلاحظ أن سلطة المحكم تختلف عن سلطة الوسيط وخاصة فيما يتعلق بحق أو بدور كل منهما فى فرض قرار على أطراف النزاع. فالمحكم يختص أصلاً بالفصل فى موضوع النزاع بنفسه ويصدر حكماً لأطرافه شأنه شأن القاضي فهو يلعب بذلك دوراً إيجابياً لوضع حد لإنهاء الخصومة.² أما الوسيط فدوره أكثر تواضعاً لا يرقى لدور المحكم أو القاضي، فدوره ينتهى عند حد تقريب أوجه النظر وبناء الروابط الاجتماعية بين الجانى والمجنى عليه، دون أن يفرض رأيه عليهما بحل معين للفصل فى النزاع، فيفترض أنه محايد يعمل على تقريب الآراء المتعارضة دون أن يكون له أى تأثير لا من قريب ولا من بعيد فى اختيار أى من الحلول المتاحة للنزاع.

ومن المعلوم أنه يجوز الطعن فى حكم التحكيم بطرق الطعن المختلفة المحددة قانوناً ولكن لا يجوز الطعن فى الوساطة بأى طريق من طرق الطعن العادية (الاستئناف) أو غير العادية (النقض أو التماس إعادة النظر).³

¹ انظر، على المبيضين، مرجع سابق، ص 61.

² Carol Rasnic, *Alternative Dispute Resolution Rather than Litigation? A Look at Current Irish American Law*, 4 JUDICIAL STUDIES INSTITUTE J. (2004), at 189.

³ Eric Van Ginkel, *Mediation under Nation Law: The United States of America*, 1 INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION MEDIATION COMMITTEE NEWSLETTER 2, (Aug.2005).

المطلب الثاني

فى نشأة الوساطة الجنائية وطبيعتها القانونية (خصائصها)

نعرض فى هذا المطلب لنشأة الوساطة الجنائية كنظام بديل عن الدعوى العمومية فى كل من التشريعات المقارنة عربية كانت أم أجنبية؛ أى فى الأنظمة اللاتينية والأنجلوسكسونية ثم بيان طبيعتها وخصائصها العامة.

أولاً: نشأة الوساطة الجنائية

أرجع بعض الفقه الجنائى نشأة الوساطة الجنائية من الناحية التاريخية إلى النظام الأنجلوسكسوني

"Common Law System" – "Precedent" حيث انبثقت بذورها الأولى فى كل من كندا والولايات المتحدة الامركية، ثم بدأ ظهور ملامحها فى دول أوروبا. ويرجع ظهور أول تجارب هذه الوسيلة فى كندا استناداً إلى واقعة قيام شابين (عمرهما 18 و19 سنة) بتحطيم وإتلاف سيارات تحت تأثير حالة السكر، وعند عرض القضية على القضاء الحكم، استأذن دفاعهما Defense Counsel فى منحهما فرصة لإصلاح الأوضاع وجبر الأضرار الناتجة عن ذلك السلوك، ولاسيما أن صحيفة حالتهم الجنائية كانت ناصعة البياض، فقد سمح للقاضى لهما بمقابلة ولقاء المجنى عليهم وقد استطاعا أن يتوصلا مع المجنى عليهم لاتفاق مقتضاه إصلاح ما أتلفه الجناة للضحايا بقيمة 2000 دولار كندي، وتم إقرار هذا الاتفاق أمام موظف إثبات البلاغات عن الجرائم وقد أقر القاضى هذا الاتفاق. وعليه قضى بوقف الإجراءات الجنائية ضد الأشخاص وقد أنشئت جمعيات للمحافظة على حقوق الضحايا فى عام 1970.¹

كما أن الولايات المتحدة الأمريكية اعتنقت هذه الفكرة حيث قامت جمعية الوساطة بين الجناة والمجنى عليهم بإبراز تلك الوسيلة حيث أصبح اسمها "Offender Association and Mediation Of The Victim

¹ انظر: د/ سليمان عبد المنعم، آلية الإقرار بالجرم كمظهر لتطور مفهوم العدالة التصالحية فى المجال الجنائى، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2015، ص8.

(UOMA) "Mediation" في 1997 وأصبحت في عام 2000 جمعية عالمية لهذا الغرض.¹

انتشرت بعد ذلك الوساطة الجنائية في أنحاء أوروبا وكان لفرنسا سبق في انبثاق ذلك البديل عن الدعوى العمومية حيث كانت تتم بمبادرة شخصية من قبل قضاة التحقيق وقضاة الادعاء العام، ثم تبلورت هذه الفكرة وتدرجت من خلال إنشاء جمعيات مساعدة الضحايا والرقابة القضائية في عدة مدن فرنسية كالعاصمة باريس. ثم تدخل المشرع الفرنسي منذ فترة ليست بعيدة لتنظيم هذه الوسيلة في القانون الفرنسي الجديد الصادر عام 1993 (مادة 41/5 من قانون الإجراءات الجنائية) واعتماد هذا البديل لحل المنازعات الجنائية ودياً، بعيداً عن الدولة بل تحت إشرافها ورقابتها بدءاً من المبادرة به أو قبول الطلب لإجرائه وانتهاء بتنفيذه.²

(أ) الوساطة الجنائية بين القانون الأنجلوسكسوني والقانون اللاتيني

- أولاً: في القوانين والأنظمة الأنجلوسكسونية:

في الولايات المتحدة الأمريكية

لقد كان لممارسات الوساطة الجنائية التي ظهرت في أنحاء الولايات المتحدة الأمريكية أثر كبير وبالغ في ظهور ونجاح تلك التجربة التي أفرزها نجاح ممارستها إذ إنها انتشرت فيما بعد في الكثير من الأنظمة القانونية سواء كان في داخل (إطار) الإجراءات القضائية أو خارج نطاقها.³

وتعد الوساطة الجنائية من ضمن حزمة أنظمة إجرائية نقلها واقتبسها الأوروبيون من دول أمريكا الشمالية، فعرفت الولايات المتحدة كوسيلة جديدة في رفض المنازعات بالطرق التقليدية حيث ظهرت أولى تجاربها في ولاية Ohio

¹ ياسر بابصيل، مرجع سابق الإشارة إليه، ص46.

² عبد الحميد أشرف، مرجع سابق الإشارة إليه، ص108.

³ ERDMAN ACT OF 1898. Robert Prerkovich, *A Comparative Analysis of Community Mediation in the United States and the People's Republic of China*, TEMP. INT'L. & COMP. L. J. (1996), at 313.

منذ التسعينيات ثم بعد ذلك انتشرت في ولاية Minnesota Boston Oklahoma وغيرها وكان أساس انتشارها هو الدعوة للاهتمام بضحايا الجريمة "Crimes Victims" في التسعينيات.¹

وتعد ولاية انديانا، هي الولاية الرئيسية في زيادة نظام الوساطة الجنائية بناءً على وقفة من جمعية الوساطة بين الجاني والمجنى عليه إذ تحولت بعد ذلك هذه الجمعية الوطنية إلى جمعية ومؤسسة دولية تضم 355 عضواً و53 مكتباً أو فرعاً في 40 أو أكثر من ولاية أمريكية و7 دول منها بريطانيا وألمانيا وكندا. هذا وقد عرفت الولايات المتحدة صورتين للوساطة الجنائية.²

الصورة الأولى: وهي خارج نطاق الرسمية "Informal" إذ لم يصدر بشأنها تشريع خاص ينظمها بل هي عبارة عن مجموعة من الدورات والبرامج التدريبية "Training courses" على المستوى المحلي وبدعم من الحكومات المحلية "State Fund" وتتولى شأنها مؤسسات حماية ومساعدة ضحايا الجرم من أجل استعادة حقوق المجنى عليهم وتعويضهم عن الأضرار التي لحقتهم وانتشالهم من المحن التي أضرت بهم، وهنا تتم الوساطة وإجرائها قبل إحالة الدعوى للمحكمة. ويتحدد نطاق تطبيق هذه الوسيلة في جرائم وقضايا معينة، كقضايا التعدي في محيط العائلة وكذا حالات الإدمان وجرائم الغش والتزوير.³

الصورة الثانية: هي الصورة الرسمية "Formal" المقررة بحكم القانون، تباشر في مرحلة ما بعد تحريك الدعوى العمومية وقد تتخذ هذه الصورة شكل الوساطة القضائية أو غير القضائية (أى في إطار اجتماعي).⁴

¹Shoron Press, *Institutionalisation of Mediation of Florida: At the Crossroads*, 108 PENN. ST. J. REV. (2003), at 43.

²ويلاحظ أن أهم قوانين الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية هي: أ- قانون إرمان، ب- قانون إدارة علاقات العمل (Labour Mangament Relations Act 1947)، ج- قانون إصلاح العدالة (judicial Improvement Act 1990)، د- قانون حل النزاعات بالطرق البديلة (Alternative Disputer Resolution Act ADR of 1998).

³ Civil Justice Reform Act, 28 USCA, Ss 471-482.

⁴ Loukas A. Mistelis, *ADR in England and Wales*, 12 AM. REV. INT'L. ARB. (2001), at 167-170.

ففى الوساطة القضائية يقوم بدور الوسيط فيها قاضى الصلح عند نظر الدعوى لأول مرة، إذ إن هذا القاضي يمارس اختصاصاً قضائياً مزدوجاً بمعنى أنه قاضى تحقيق في جرائم الجنايات والجرح الخطيرة وكذا قاضى حكم يفصل في الجرائم البسيطة. فبعد انتهاء أجهزة الشرطة من جمع الاستدلالات والتحقيقات الأولية، تقوم بإحالة الدعاوى للدعاء العام الذى يتولى بدوره إحالة كافة الجرائم (جنايات، جرح، مخالفات) لقاضى الصلح.¹

فلا بد من المرور بهذه المرحلة التمهيدية، فيجوز لقاضى الصلح في الجرائم البسيطة كالجرح والمخالفات كأعمال العنف المتبادل بين الجيران والخصومات التى قد تنشأ بين أفراد العائلات أو الأصدقاء وكذا الرقابة البسيطة (أى الأفعال غير الماسة بالنظام العام) وقبل البدء أو السير فى الإجراءات التقليدية للفصل فيها، أن يقوم أو يلعب دور الوسيط بين الجانى والمجنى عليه، فيستطيع قاضى الصلح فى هذا الفرض - وبعد اعتراف أو إقرار الجانى مسؤوليته الجنائية - وتعهده بجبر الضرر الذى أصاب الضحية أن ينهى النزاع صلحاً، وفضلاً عن ذلك، يجوز للقاضى أن يحكم على الجانى - رغم وعده برفع الأضرار وتعويض المجنى عليه - برد الشيء إلى أصله بعقوبة سالبة للحرية أو بتدبير احترازى.²

ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد، أن اشتراك أو إدخال القاضى وقيامه بدور الوسيط فى الخصومات يساعد على تحقيق مبدأ المساواة "Equality Principle" أثناء المفاوضات بين طرفى النزاع، كما أن إدارة القاضى لتلك المفاوضات ترسم له صورة عامة عن شخصية المتهم من خلال التعرف على مزيد من المعلومات أثناء إدارة تلك النقاشات.

وعلى ذلك، انتهى بعض الفقه الأمريكى إلى أهمية تكريس الجهود والخبرات والمهارات الفنية فى هذا المجال لتوعية أجهزة العدالة التصالحية الجنائية

¹ ياسر باصيل، سابق الإشارة إليه، ص 137-139.
² عبد الحميد أشرف، سابق الإشارة إليه، ص 111، 112.

كالمحاكم، فضلاً عن أجهزة التشريع لإقرار هذا النظام للفصل في المنازعات ودياً.¹

أما فيما يتعلق بالوساطة الاجتماعية (أي غير القضائية)، فهي صورة مستقلة عن النظام الثانوي الجنائي فهي تمارس عن طريق مجالس المجتمع "Community Boards" أو مراكز الأحياء أو مراكز العدالة والجوار مثل الموجودة في كل من ولاية Chicago و San Francisco، فوظيفتها الأساسية هي أن تقوم على مشاركة القاطنين أو الساكنين في الأحياء لتسوية أو فض منازعات الجوار ليس فقط بالتوفيق بين الأطراف، بل كذلك تقديم المساعدات والعون لهؤلاء الساكنين بالشكل الذي يتيح لهم التوصل إلى حلول للمشكلات الاجتماعية، فهي تمثل نموذجاً مستقلاً لنظم العدالة الجنائية.

يتضح مما تقدم، أن نظام الوساطة القضائية في النظام الأمريكي يتسم بالصفة القضائية حيث إن مهمة الوسيط مخولة لأحد أعضاء الهيئة القضائية وهو قاضي الصلح كما أن وسائله في إنهاء النزاع تشمل العقوبات والتعويضات والتدابير الاحترازية (الوقائية).²

في كندا:

ظهرت بوادر نظام الوساطة الجنائية في Ontario بكندا في مقاطعة "Kitchener" في سابقة قضائية معروفة باسم (قضية Kitchener) عام 1974، فكانت البذرة الأولى لبزوغ شمس ما يعرف باسم العدالة التعويضية.³ حيث اهتمت كندا بالبحث عن طرق بديلة للقضاء الجنائي العادي في حل المنازعات عن طريق المزيد من الرعاية والاهتمام بحقوق الضحايا ووسائل حماية المجنى عليهم .

¹ د/ عاشور مبروك، نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2002، ص4.

² التقرير العام لندوة طوكيو، سابق الإشارة إليه. وكذا أشرف رمضان، سابق الإشارة إليه، ص 165.

³ عبد الحميد أشرف، سابق الإشارة إليه، ص13.

فمع بداية تلك القضية، ظهرت بوادر الكلام عن المصالحة وليست الوساطة الجنائية من تحديد لقاء أو مقابلة بين المجنى عليهم حيث ترك القاضى لهم مدة ثلاثة (3) أشهر للاتفاق على طرق التعويض المناسبة.¹ وارتكزت سياسة هذه التجربة على أن الخلافات والخصومات هي جزء لا يتجزأ من الحياة ذاتها ولا يمكن تلافيها مطلقاً ما دامت الحياة مستمرة، إذ يجب أن تؤدي الوساطة في نهاية المطاف إلى تواصل المتهم مع الضحية من أجل التوفيق بينهم وإعادة ما يمكن إصلاحه وذلك من خلال وسيط يشترط أن يكون لديه الحنكة والقدرة والجدارة (الكفاءة) التي تمكنه من إدارة المفاوضات أو النقاشات بجدية وفاعلية واقتدار، فتنتهي بمرود إيجابي بالوصول لحل اتفائي يرضى طرفى النزاع.²

هذا ويلاحظ أن اللجنة المركزية للمشروع قد وضعت معياراً فنياً دقيقاً لتحديد نطاق الجرائم التي يمكن معالجتها من خلال الوساطة كتجربة وليدة تركز على عناصر ثلاثة هي:

أ- ألا تكون الجريمة من الخطورة الجسيمة التي تدفع المجتمع للمطالبة بالمحاكمة الجنائية.

ب- أن يكون للوسائل البديلة من القدرة الفعالة والاقتدار على ما يساعد منع الانحرافات أو السلوكيات غير المسؤولة اجتماعياً.

ج- ضرورة وجود علاقة وثيقة بين الجاني والمجنى عليه وأن يتفقا على الوساطة وقبولها.³

وبناءً على ذلك، تبنت الحكومة الكندية تلك الرؤية المشجعة ودعمت المشروع بمنحة مالية ضخمة أدت إلى انتشار تبني صورة حل المنازعات بالطرق الودية في كافة أنحاء كندا، كما تبني المشرع الكندي انطلاقةً من هذه التجربة سياسة جنائية جديدة في حل المنازعات البسيطة ودياً.

¹ د/ الظفيري، مرجع سابق، ص 119.

² د. أنور صدقي ود. بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 307.

³ نفس المرجع السابق، ص 308.

فكانت أغلب الحالات المطبقة عليها تلك الرؤية هي جرائم السرقات البسيطة أو التزوير أو الإلتلاف العمدى أو غير العمدى.¹ فيمكن القول إن السياسة الجنائية الكندية اتجهت دون شك نحو تعزيز مبادئ العدالة الرضائية التي أساسها مراعاة العقد الاجتماعى والتحول عن العدالة العقابية والسياسة الجنائية الانتقامية.²

ثانياً: في الأنظمة القانونية اللاتينية:

التجربة الفرنسية الرائدة

تعتبر التجربة الفرنسية هي أول تجربة رائدة وفريدة من نوعها فى مجال الوساطة الجنائية إذ تم تطبيقها قبل صدور سندات تشريعية أو قوانين أو لوائح أو قرارات إدارية تجيز ذلك الإجراء، وذلك عن طريق جمعيات مساندة الضحية، إذ لعبت الجمعيات الأهلية وكذا منظمات المجتمع المدنى المهتمة بمساعدة ضحايا الجرائم دوراً هاماً كى يعترف بها المشرع كإجراء بديل لإنهاء الدعوى الجنائية.³ هذا ما دفع المشرع الفرنسى للتدخل عام 1993 لتدشين هذه الخطوة.

فالوساطة تعد وسيلة بديلة للدعوى العمومية، فتتيح لنائب الجمهورية أن يقترح على الشخص الطبيعى العاقل البالغ الذى يعترف بارتكابه الذنب أو الإثم الجنائى، الذى يكون غالباً من الجرح المعاقب عليها بعقوبة أصلية بالغرامة أو عقوبة الحبس الذى لاتزيد مدته على خمس(5) سنوات فضلاً عن المخالفات البسيطة، فيمكن الوسيط من دفع طرفى الخصومة للتوصل إلى تسوية اتفاقية رضائية بينهما.⁴

¹ رامى متولى القاضي، مرجع سابق، ص342.

² نفس المرجع السابق، ص343-352؛ أشرف رمضان، مرجع سابق، ص81.

³ د. أنور صدقي ود. بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص326-327.

⁴ د/ رامى متولى القاضي، مرجع سابق، ص354،353.

فقد توالى القوانين والمراسيم فى الصدور فيما يتعلق بوضع الأسس والمبادئ العامة لنظرية الوساطة الجنائية، سواء فيما يتعلق بشروطها، أو الأحكام المتعلقة بكيفية اختيار الوطاء واعتمادهم.

كانت بداية نشأة نظام الوساطة الجنائية فى فرنسا مضطربة حيث استغرقت وقتاً طويلاً كى يتم الاعتراف بها كنظام بديل عن الدعوى العمومية، فكانت تلك التجربة من أهم التطبيقات التشريعية للوساطة فى القوانين الوضعية. وقد مرت عملية إنشاء الوساطة الجنائية بعدة مراحل وتطورات عديدة يمكن إجمالها فيما يلي:

(1) مرحلة الوساطة الجنائية فيما قبل تقنينها (مرحلة ما قبل الاعتراف التشريعى)

كان لفشل السياسة الجنائية فشلاً ذريعاً فى معالجة نزاعات الأشخاص فى المجال الجنائى إلى محاولة تكاتف المجتمع الفرنسى للبحث والتقيب عن بدائل مستحدثة لفض تلك المنازعات ومنها الوساطة والتسوية.¹ تم إنشاء أول جهة للمصالحة فى 1985 فى مدينة Valanence بناءً على مبادرات من أعضاء النيابة العامة والقضاة فى معالجة هذا النوع من المشاكل بالوساطة، فتمت كافة أو غالبية تجارب الوساطة تأسيساً على الأدوار الهامة التى لعبها كل من قضاة التحقيق والحكم وكذا أعضاء النيابة العامة.² فقاموا بتذليل كافة المصاعب والعقبات كى يتم غرس الأسس القانونية لوجود الوساطة الجنائية.

كما نادت المؤتمرات الدولية والقومية المهمة بمناقشة ومعالجة الموضوعات المرتبطة بمساعدة ضحايا الجرائم وتعويضهم عن الأضرار عبر الوساطة الجنائية وهو ما تم طرحه فى ستراسبورغ وبحث مدى مشروعية إجراء تلك الوساطة فى التشريع الإجراءى الفرنسى.

¹ Conseil European de Tampere 1set 16 Octobre 1999, Conclusions'de la Conseil European, point 30(2012). presidence du,
² انظر: د/ سليمان عبد المنعم، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 30-33.

وتمخض عن تلك المؤتمرات أن أعلنت جمعية التأهيل الاجتماعي والرقابة القضائية في مدينة Bourdeau، عن إنشاء برنامج للوساطة كي تلبى احتياجات وطلبات الأشخاص الخاضعين للرقابة القضائية وتعويض ضحايا جرائمهم.¹

وكان لكل هذه الجهود الفصل في اشتراك الدولة ومؤسساتها من أجل فرض رقابتها وسيطرتها على تلك التجارب، حيث لعبت الدولة ممثلة في وزارة العدل دوراً خلاقاً في نمو إحياء تجربة الوساطة الجنائية.²

ففي عام 1987، أعلن رسمياً عن إنشاء المعهد القومي لمساعدة المجنى عليهم والوساطة في مدينة مرسيليا (The National Insituit for Victim Assistance and Mediation) وبهذا المعهد، أصبحت الوساطة بديلاً رسمياً أقرته التشريعات الفرنسية.

كما صدرت عدة منشورات وتعليمات عن وزارة العدل "Guide lines Act" اشتملت على تعريفات وضوابط الوساطة الجنائية فضلاً عن اشتمالها على شروط تطبيقها وآثارها على الدعوى الجنائية ومنها ما أطلق عليه "الضوابط القضائية للثقافة الاجتماعية" عام 1982 "Judicial Limitations for Social Culutre" كما صدر في عام 1990 مذكرة إيضاحية تنص على أنه: "في إطار البرامج التي ترعاها الوزارة، يمكن إنشاء هيئات للوساطة ومن أجل حل المنازعات البسيطة شبه اليومية ذات الطبيعة الجنائية مثل مشاكل الجيرة، السرقات البسيطة، والإتلاف..."³

هذا وعقب التطورات السياسية وعدم الاستقرار فيما يخص أحداث الفتنة الشعبية في Valuxen Velin عام 1990، والتي بصددتها لاقت فكرة الوساطة

¹ د/ محمود طه جلال - أصول التجريم والعقاب في السياسة المعاصرة، طبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص. 453.

² Jacques Borricand et Anne mane Simon, *Droit Penal, Procodure Penale*, 2nd edtion, Siry 2000, p.29-33.

³ Jean Pradel, *ProcEDURE Penale*, 7ed., Cujas, Paris 1993, p. 54-66.

الجنائية قبولاً حسناً، حيث قام أعضاء النيابة بتولي مهمة الوساطة (الوسيط). ومن هنا أصبحت سياسة من سياسات الدعوى الجنائية رغم تحفظ بعض الفقه على ممارسات الادعاء العام في هذا الشأن، منها الحيادية التامة الواجب توافرها عند مباشرة مهامهم¹.

وفى ضوء ذلك كله، بدأت الدولة ومؤسساتها الرسمية التفكير في دمج وتبني تجارب الوساطة التي تتم عبر جمعيات مساعدة ضحايا الجرائم والرقابة القضائية (الوساطة المفوضة) في سياسة الدعوى العمومية مما أدى أخيراً إلى صدور المنشور الوزاري في 8 أكتوبر 1992 الذي أصبح قانون 4 يناير 1993².

(2) مرحلة ما بعد التقنين (الاعتراف القانوني) للوساطة الجنائية

شعرت الدولة بخطورة الأزمة نتيجة فراغ النص التشريعي وقصوره في علاج منازعات الأشخاص، لذا كان لمبادرات قضاء الحكم والادعاء العام الدور الفصل في تبني نظام الوساطة الجنائية .

توالى محاولات تقنين الوساطة الجنائية كبديل فعال في إدارة الدعوى الجنائية ودفع العدالة الجنائية إلى الإمام، وحدثت شد وجذب حول مشروعية تقنين هذا النظام، فضلاً عن مطالبة بعض نواب البرلمان بأن تتم ممارسة هذا الإجراء بالسرعة الكافية لضمان فاعليتها عن طريق تحديد مدة معينة غير قضائية³.

هذا وقد ذهب بعض الفقه في فرنسا إلى اعتبار الوساطة شكلاً من أشكال الحفظ تحت الشرط، فالادعاء العام هو المنوط بتقرير مدى ملائمة اللجوء إليها من عدمه. وعلى الرغم من إقرار الجمعية الوطنية الفرنسية لمشروع قانون

¹ Christine Lazerges, *Mediation Penale, Justice Penale et Politique Criminelle*, R.S.C.1997, p. 12-14.

² د/ أنور المساعدة وديشير زغلول، مرجع سابق، ص 326-328 .

³ د/رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص352.

الوساطة إلا أنه واجه اعتراضات كثيرة وانتقادات حادة ولاذعة من أعضائها لاسيما أعضاء مجلس الشيوخ "The Senate"¹

وكانت أوجه الاعتراض تكمن في تخوف بعض النواب من اعتبار الوساطة شكلاً من أشكال خصخصة الدعوى الجنائية مما يعتبر افتئاتاً وتطاولاً على الوظائف القضائية والأحكام.² كما قال البعض الآخر إنها تتسم بالبطء وعدم السرعة عكس ما هو مزعوم، إذ إن إجراءاتها يستغرق وقتاً طويلاً.³

هذا وتتص المادة 7/41 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على أنه "للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية بموجبها وبناءً على اتفاق أطراف النزاع إحالة ملف القضية التي تكون محلاً للحفظ إلى الوساطة الجنائية، بشرط أن تقدر أن هذا الإجراء سيؤدي إلى إصلاح الضرر الذي لحق بالمجني عليه، وإنهاء الاضطراب الناشئ عن الجرم والمساعدة على تأهيل الجاني وإعادة اندماجه داخل المجتمع".⁴

كما نص التعديل النهائي للقانون رقم 1781 لعام 2008 على أنه "يستطيع مدعى الجمهورية مباشرة أو عن طريق مأمور الضبط القضائي أو مفوض أو وسيط، وقبل إصدار قراره في الدعوى الجنائية إذا تبين له أن مثل هذا الإجراء يمكن أن يضمن تعويض الضرر الذي أصاب المجني عليه، وينهي الاضطراب الناتج عن الجريمة ويساهم في تأهيل مرتكب الجريمة".⁵

طبقاً للمادة السالفة الذكر، تتم الوساطة باتفاق ورضا الأطراف (الجاني والمجني عليه) وفي نجاح الوساطة يوقع الوسيط على محضر بذلك. وإذا لم يلتزم الجاني بتعويض الضحية، يجوز للمجني عليه بمقتضى المحضر الموقع عليه من

¹ Le Blois-Happe J., *La Médiation Pénale Comme Mode de Réponse à la Petite Délinquance: état des Lieux et Perspective*, R.S.C., 1994, p. 525.

² انظر: ليلي القايد، الصلح في جرائم الاعتداء على الأفراد: فلسفته وصور تطبيقه في القانون الجنائي المقارن، دار الجامعة الجديدة 2011، ص 291.

³ ياسر بابصيل، مرجع سابق، ص 75.

⁴ عبد الحميد أشرف، مرجع سابق، ص 80.

⁵ نفس المرجع السابق، ص 81- 88.

قبل أطرافه والوسيط أن يطالب بسداد حقه وفقاً لإجراء الامتثال بالدفع طبقاً للأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية.¹ وفي حالة عدم تنفيذ التدبير لسبب راجع لإرادة الجاني ذاته، فإن لمدعي الجمهورية مباشرة التسوية الجنائية أو تحريك الدعوى العمومية ما لم توجد عناصر جديدة.²

وقد حدد القانون ضوابط ممارسة هذه الوساطة للمتهمين البالغين قبل تحريك الدعوى الجنائية، فلوكيل الجمهورية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم أو وكلائهم أن يعرض الوساطة الجنائية على أطراف الخصومة، فإذا تحركت الدعوى فلا مجال لها.³

فالوساطة إجراء رضائي ليس جبرياً ولا تتم إلا بعد صدور الموافقة الصريحة من أطراف النزاع بناءً على مبادرة طرحتها النيابة العامة. وطبقاً لهذا القانون، يجوز لوكيل الجمهورية أن يقوم بنفسه بدور الوسيط أو أن يقوم به أحد مأموري الضبط القضائي يحدده أو أى شخص آخر مدرب ومفوض ومعتمد لدى جهات القضاء.⁴

وتبقى الإشارة إلى أن أسلوب الوساطة المطبقة في فرنسا هي إما الوساطة المفوضة بمعنى أن تقوم النيابة العامة بإرسال ملف الدعوى لشخص أو جمعية تمارس أنشطة الوساطة، وإما الوساطة المحتفظ بها وهو أسلوب انفرد به المشرع، حيث تتولى دوائر الوساطة التي تندمج مباشرة في الهيئة القضائية، كدور العدالة والقانون (HJD) وقنوات العدالة (HRJD) مهمة التوسط لفض الإشكال الجنائي بين الطرفين (AJ).⁵

¹ انظر: صباح أحمد نادر، التنظيم القانوني للوساطة الجنائية وإمكانية تطبيقها في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، بحث مقدم إلى القضاء في إقليم كردستان (محكمة جنح أربيل العراق) 2014، ص 1-

² صباح أحمد نادر، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 24، 23.

³ انظر: عادل يوسف عبد النبي، سابق الإشارة إليه، ص 100.

⁴ صباح أحمد نادر، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 22.

⁵ Gaston Stefani, Georges Levasseur, et Bernard Bouloc, *Procédure Penale*, 16 ed, Dalloz, Paris, 1996, p. 1050-1057.

ثانياً : في القوانين والأنظمة العربية المقارنة

تأثر المشرع التونسي بالمشرع البلجيكي من حيث إقراره نظام الوساطة الجنائية، حيث أقر المشرع التونسي إجراء الصلح عن طريق الوساطة الجنائية طبقاً للقانون رقم 93 لعام 2002 حيث نص هذا القانون على نطاق وإجراءات وأثار الوساطة الجنائية في المنازعات بهدف ضمان تعويض الأضرار الناجمة عن الذنب الجنائي، وإعادة تأهيل ودمج الجناة في المجتمع وتدعيم الشعور لديهم وإحساسهم بالمسؤولية.¹

فطبقاً لهذا القانون يشترط أولاً: وقوع جريمة معينة حددها القانون، كما يشترط ثانياً أن يكون هناك مقترف للجرم أي جانٍ فاعلاً كان أو شريكاً طالما توافر فيه شرطاً الإدراك وحرية الاختيار اللذان تتعقد بهما المسؤولية الجنائية. ومن الجرائم التي يجوز فيها تطبيق الوساطة الاعتداء بالعنف الشديد (فصل 218)، القذف والنميمة (فصل 247) وإحداث جروح للغير على وجه الخطأ (فصل 225).² وكذلك يشترط من ناحية ثالثة أن يرتبط تطبيق الوساطة بوجود ضرر واقع على المجني عليه سواء كان ضرراً بدنياً أو مادياً أو معنوياً كما هو حال في القذف. هذا وحدد المشرع التونسي بعض الأفعال الداخلة في نطاق تطبيق الوساطة، فمنها الادعاء بالباطل والخيانة وجريمة استخلاص دين مرتين والإضرار بملك الغير، وإحداث حريق بملك الغير على وجه الخطأ فضلاً عن الاستيلاء على مشترك قبل القسمة وغيرها.³

و يبقى السؤال ماذا عن وضع الوساطة في التشريع الجنائي الإسلامي؟

كان للشرع الإسلامي الحنيف فضل سبق في تبني وإبراز فكرة الوساطة الجنائية فهي تعد إحدى ركائز التشريع الجنائي الإسلامي في محاربة الظاهرة

¹Faget Jacques, *La Médiation: Essai de Politique Pénale*, Coll. « Trajets », 1997, p. 187-188 et 210.

²صباح أحمد نادر، نفس المرجع السابق، ص 26-28.
³عادل يوسف عبد النبي، نفس المرجع السابق، ص 79.

الإجرامية والحفاظ على أمن وسلم واستقرار المجتمع، فيقول تعالى " والصلح خير".¹ فالوساطة خيرٌ للجاني إذ تبعده عن القصاص العيني كما أنها خير ومصلحة طيبة للمجني عليه إذ يتم تعويضه بطريقة مناسبة عن الأضرار التي أصابته من وراء الجرم، فضلاً عن تهدئة نفوسهم وتجنب غيظهم مما يحد من تفشي جرائم الثأر والقصاص الخاص.

فقد حرص دائماً أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - على ضرورة قيام القضاة بتحفيز المتخاصمين على الصلح لما فيه من نزع للحقد والغل من نفوسهم وقلوبهم، إذ يعجز الحكم القضائي عن تحقيق ذلك.²

كما أن الوساطة تعمل على إرساء روح التآخي والتسامح بين أطراف المجتمع عن طريق إصلاح ذات البين بين المتخاصمين . وقال النبي محمد - صلى الله عليه وسلم - في هذا الصدد " من أصلح بين اثنين أعطاه الله بكل كلمة عتق رقبة."³ وبناء على ما سلف ذكره، فعند التعرض لمسائل الحدود لمعرفة ما إذا كان يجوز فيها الوساطة من عدمه، ينبغي التفريق بين أمرين:

أ. إذا لم يبلغ الإمام الحد : فإن الوساطة بين الجاني والضحية أمر مستحسن وذلك للعفو عن الحد إذا لم يصل الحد لولى الأمر (بمعنى عدم رفع الدعوى الجنائية أمام القضاء).⁴

ب. إذا بلغ الإمام الحد : فلا تجوز الوساطة إذا بلغ الحد ولي الأمر حتى ولو تنازل المجني عليه عن حقه، فلا أثر لهذا التنازل أو العفو متى دخل الحد في حوزة القضاء، فليس هناك سلطة تقديرية للقاضي، إذ إنها عقوبات تتعلق بالمصلحة العامة، فلا يجوز التدخل في الحكم بها ولا التدخل في تنفيذها إذ إن حق العقاب متعلق فيها بحق الله تعالى والمصلحة العامة للعباد.⁵

¹ نفس المرجع السابق .

² انظر، عبد الحميد أشرف، سابق الإشارة إليه، ص128.

³ نفس المرجع السابق، ص130.

⁴ ياسر بابصويل، سابق الإشارة إليه، ص147.

⁵ نفس المرجع السابق، ص150.

ففي جريمة السرقة مثلاً، أجمع الفقهاء على جواز العفو عن السرقة قبل الترافع أمام القضاء أو بعد الترافع وقبل الإثبات، فإذا وقع العفو في هذا المرحلة ينعدم تطبيق الحد إلا إذا كان السارق ممن عرف عنهم الفساد واعتداد تكرار الجرم، فهذا لا تجوز شفاعته. وهنا يكون تأثير العفو قاصراً على منع تطبيق الحد ذاته. أما الجرم ذاته يظل قائماً وقابلاً لأن يكون محلاً لعقوبة تعزيرية إذا كان الجاني مجرماً عائداً.¹

والوساطة جائزة في جرائم القصاص والدية المتعلقة بالاعتداء على النفس إذ إن هذه الجرائم يغلب فيها حق الفرد على حق الله تعالى، فلا إرادة المجني عليه دور هام وكذا أوليائه في منع توقيع الجزاء الجنائي بتقريرها جواز الصلح عن القصاص من قبل المجنى عليه في جرائم الإيذاء، أو من جهة ولى الدم (الأمر) في جرائم القتل وذلك مقابل الدية في أى مرحلة كانت عليها الدعوى.

أما جرائم التعزير، فمنها ما يقع على حق الله تعالى وإن كان الأصل فيها عدم جواز العفو إلا أنه يجوز لولى الأمر أن يعفو ويصفح عنها وفقاً لمقتضيات الصالح العام حتى وإن كان له سلطة تقدير العقوبات، إلا أنه ملزم في نهاية الأمر بالمقاصد العامة في الشريعة الإسلامية، ومنها ما يمس حقوق الأفراد كتلك التى تقع على جسد أو مال الشخص، فيجوز العفو فيها في أى مرحلة كانت عليها الدعوى الجنائية وحتى قبل التنفيذ سواء بمقابل أو بدون مقابل.²

فيمكن القول إن الشريعة الإسلامية أخذت وعلى نطاق كبير بمبدأ المصالحة والرضائية كأسلوب لحسم وإنهاء المنازعات بين الأفراد من خلال الوساطة والصلح حيث إن إرادة المجني عليه تلعب دوراً بارزاً في تحديد مصير الدعوى العمومية.

¹ نفس المرجع السابق، ص 152-154.

² د/ يس محمد يحيى، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني: دراسة مقارنة فقهية قضائية تشريعية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق - جامعة عين شمس (1987) ودار الفكر العربي (2002)، ص 205.

هذا ولا يفوتنا أن نشير في هذا المقام إلى أن القانون الجنائي الجزائري في شقه الإجمالي قد نظم وتناول بالتفصيل الأحكام القانونية والموضوعية والإجرائية لنظام الوساطة الجنائية لحل المنازعات بالطرق الودية.¹

ثانياً: الطبيعة القانونية للوساطة الجنائية وبيان خصائصها

اختلف الفقه الجنائي حول تحديد الطبيعة القانونية لنظام الوساطة الجنائية.

فذهب رأى في الفقه إلى أن الوساطة الجنائية ذات طبيعة اجتماعية، بمعنى أنها وسيلة من وسائل التنظيم الاجتماعي الذي يهدف لتحقيق السلم والاستقرار والأمن الاجتماعي، وذلك عن طريق مساعدة أطراف النزاع للجوء للتسوية الودية في حل النزاع والعمل على إعادة روح الود والتسامح.²

يستند هذا الاتجاه إلى نموذج مكاتب الأحياء ووساطتهم المطبق في فرنسا وكذلك مراكز عدالة الجوار المطبق في النظام الأمريكي، إذ هي أشكال هيكلية ذات طابع اجتماعي تمارس وتحترف في بعض الأحيان أعمال الوساطة، فليس الهدف منها التواجد القضائي ولا الملاحقة القضائية ويتم اختيار الوسيط من أشخاص يتمتعون بمكانة اجتماعية في أحيائهم، إذ هم أكفأ من غيرهم على تسوية المنازعات سلمياً.³

هذا وقد ذهب رأى آخر إلى اعتبارها صورة من صور الصلح المدني (أو الوساطة المدنية) الذي ينعقد بين الجاني والمجني عليه، فلا ترتب انقضاء الدعوى العمومية، فالغرض من هذا الاتفاق هو تعويض الضحية عن الأضرار التي لحقت بها وهو ذات الهدف في الصلح المدني.⁴ وهنا تعد الوساطة تصرفاً

¹ اعتمد قانون الإجراءات الجزائرية الجزائري نظام الوساطة الجنائية بتعديل في 2015 رقم 15/2 له نفس النهج الفرنسي فيما يتعلق بذلك (المواد 37 و110 و111) و(المواد 297 و296 و185 و186 و187 وغير ذلك) انظر د/ نورة بن بوعبد الله، الوساطة الجنائية في قانون الإجراءات الجزائرية الجزائري، مجلة الباحث - <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/9344> ص 124-141 للدراسات الأكاديمية، عدد 10، 2017،

² نفس المرجع السابق، ص 208-210.

³ انظر: د/ أشرف رمضان، المرجع السابق، ص 31.

⁴ انظر: د/ منصور عبد السلام عبد الحميد حسان، العدالة الرضائية في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 351، 352.

قانونياً مدنياً فيه تتلاقى إرادة طرفي الخصومة ويتفقان ويوقعان على هذا الاتفاق، فتكون الوساطة في شكل عقد حقيقي. وحجة هذا الاتجاه هو ما استقر عليه القضاء المدني في بعض الولايات الأمريكية من اعتبار موافقة الأطراف على تسوية المسائل المالية الناشئة عن الجرم بمثابة عقد مدني خالص.¹

كما أن بعض الفقه ولا سيما في مصر قد ذهب لاعتبار الوساطة الجنائية من صور الصلح الجنائي وهو ما سلف بيانه تفصيلاً - فهي تعد أحد الإجراءات المكملة للصلح، فأطلق عليها "مجلس صلح". فمن المعروف أن الدعوى العمومية تتقضي بالصلح ولكن لا تغل يد النيابة العامة عن تحريك ومباشرة الدعوى الجنائية بسبب الوساطة.²

وذهب رأي أخير إلى أن الوساطة الجنائية لا تعد بديلاً عن الدعوى العمومية وإنما إجراء من إجراءات الاتهام يقوم به الادعاء العام، فهي جزء من نسيج الدعوى وليست بديلاً عنها . فهي تعد شكلاً من أشكال الحفظ المشروط وحيث إن هذا القرار يصدر عن النيابة العامة فيتسم بالطبيعة الإدارية، فيمكن القول إن الوساطة ذات طبيعة إدارية وذلك نظراً لاعتبارها إجراءً إدارياً.³

في ضوء ما تقدم، يمكن القول إن الوساطة الجنائية تتميز عن غيرها من الوسائل البديلة للدعوى الجنائية بحزمة من الخصائص تكمن في الرضائية، وحضور الأطراف، والسرية وسرعة الإجراءات.

أولاً: الرضائية

تقوم الوساطة الجنائية على مبدأ حرية الإرادة، فيشترط ألا تكون إرادة أحد أطراف النزاع معيبة بأي عيب من عيوب الإرادة كالإكراه والغلط والتدليس.

¹ انظر: د/ أحمد مجدي براك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة : من دراسة مقارنة - الطبعة الأولى 2010، ص495.

² نفس المرجع السابق، ص469.

³ Jacqueline M. Nolan-Heley, *Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decision Making*, 74 NOTRE DAME L. REV. (1999), at 775.

وعلى ذلك فلا يجوز بل لا يتصور مطلقاً ممارسة الوساطة الجنائية إذا كان قبول المتهم أو الضحية تحت تأثير إكراه أو نتيجة للوقوع في الغلط أو التدليس أو حتى كانت عن استغلال منبعه الطيش البين والهوى الجامح.¹ فعند طلب الادعاء العام من أطراف الخصومة اللجوء لهذا الإجراء، يلتزم بإخطارهم وإبلاغهم بشكل كامل بحقوقهم وبيان طبيعة عمل الوساطة وقواعدها حيث إنها اختيارية فلا يمكن فرضها على طرفي الخصومة رغماً عن رغبتهم أو إرادتهم.²

وإنطلاقاً من الرضائية، يتم تنفيذ اتفاقية التسوية التي هي من صنع أطراف النزاع، إذ إن تنفيذها يرتبط دائماً برضا الأطراف ذاتهم وذلك على خلاف الحكم القضائي الذي يتم تنفيذه جبراً . وفي ضوء هذه الخاصية، يكون الوسيط غير ملزم بإلزام طرفي الخصومة بتسوية الخلاف عبر الوساطة وإنما يقف دوره عند بذل قصارى جهده ومهاراته وخبراته في بلورة الأساليب الفعالة لإمكانية الوصول لتسوية النزاع كلياً أو جزئياً حسب الأحوال.³

ثانياً : حضور الأطراف

من المعلوم أنه من غير الملزم حضور الأطراف أو الخصوم في الدعوى، إذ إن الدعوى تتطلب شكليات معينة وتقنيات فنية عالية قد تحتاج إلى خبير فني، وبالطبع ممارسة في العلوم القانونية والقضائية، فقد أُلزم المشرع الإجرائي في حل القضايا تقديم المقالات والمستندات والأوراق والمذكرات المحتوية على الطلبات وعلى الدفوع وغيرها بواسطة محام، فالغالب الأعم هو أن حضور الأطراف في الجلسة ليس ضرورياً بل العكس من ذلك في الوساطة الجنائية فهو واجب ضروري بصحبة الدفاع، كما يتعين أن يكون الطرف الحاضر أو الموجود حراً مطلقاً على سلطة اتخاذ القرار.⁴

¹ انظر، صباح احمد، مرجع سابق، ص12.

² نفس المرجع السابق، ص11.

³ انظر، ياسر بابصيل، مرجع سابق، ص107.

⁴ انظر، عبد الحميد أشرف، مرجع سابق، ص31.

وهنا يشترط تمتع الأطراف بالأهلية الكاملة وخاصة قواهم العقلية، فإذا كان الجاني يفتقد هذا الشرط، فلا يمكن إجراء الوساطة، إذ لم يكن على الأقل حد أدنى متوفر من القوى الذهنية له كي يستطيع التعبير عن إرادته والدفاع عن نفسه.¹ ولكن يجوز للقيم أن يباشر إجراءات الوساطة نيابة عن المجني عليه إذا كان لا يمتلك القدرة العقلية أو القدرة على التمييز. هذا ولا يشكل عدم بلوغ الجاني سن الرشد الجنائي عائقاً لممارسة الوساطة، إذ نكون بصدد وساطة أحداث ويكون أطرافهما ولياً للحدث وليس الجاني.²

ثالثاً : سرعة الإجراءات

من المسلم به أن أهم ما يميز نظام الوساطة الجنائية هو حل النزاعات بأسرع وقت ممكن عبر التوصل إلى الحل الودي في وقت مختصر، فهي بذلك تكفل استغلال الوقت والحصول على حلول سريعة خلافاً للمنازعات التي تعرض على أجهزة القضاء التقليدية والتي تستغرق أوقاتاً طويلة قد تصل لحد السنين في كثير من الأحيان مما أدى إلى تعويق وشلل المسار الصحيح للعدالة الجنائية المبتغاة.³

رابعاً : السرية والخصوصية

يكفل نظام الوساطة الجنائية لأطراف الخصومة المحافظة على السرية حيث إنها بعيدة كل البعد عن الإجراءات العلنية التي هي من سمات المحاكمات القضائية، فكثيراً ما يفضل الأطراف تسوية الخلافات القائمة بينهما بعيداً عن المحاكمات العلنية وفي كثير من الأحيان يتنازل أحد الأطراف عن الخصومة بسبب علانية المحاكمة للحفاظ على الخصوصية.⁴

¹كارل أسليكيو، عندما يحتدم الصراع، دليل عملي لاستخدام الوساطة في حل النزاعات (ترجمة د/علاء عبد المنعم)، الدار الدولية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر 1999، ص21.
²د/ محمود السيد التحيوي، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006 – ص143.

³د/ محمد حكيم حسين الحكيم، المرجع السابق، ص472.

⁴د/ حمدي رجب عطية، تبسيط الإجراءات أمام القضاء الجنائي، تقرير مُقدم لمؤتمر العدالة الأول المنعقد بنادي القضاة، القاهرة 1986، ص 8 ومابعدها.

فالوساطة تتم بعيداً عن عيون الأشخاص وما يتم في نطاقها يكون معلوماً فقط لدى أطرافها (الجاني والمجني عليه فضلاً عن الوسيط) وليس غير ذلك، وهذه ميزة تجعل كثيراً من المتنازعين يفضلون اللجوء إليها دون الإجراءات المعقدة التقليدية.¹

وعلى ذلك، فنكون مداولاتها في غاية السرية والكتمان، إذ لا يجوز الكشف عنها أو حتى الاحتجاج بها أمام القضاء أو جهة أخرى حفاظاً على الحق في الخصوصية المحمي بمقتضى القانون والدستور. وعليه، فكل ما ينتج من تنازلات قد تحدث أثناء الوساطة، لا يمكن الاحتجاج بها مطلقاً.²

هذا ويلاحظ إنه قد ذهبت بعض القوانين التي نظمت الوساطة الجنائية إلى التشديد وخاصة فيما يتعلق بضرورة إلزام الوسيط بإعادة كل ما قدمه أطراف الخصومة إليه من مستندات، أوراق أو مذكرات أو غيرها فضلاً عن منعه من الاحتفاظ بصورة من تلك المستندات وإلا وقع تحت طائلة القانون.³

كما يتعين عليه الالتزام بعدم إفشاء ما يصل نظراً لعلمه من اسرار ومعلومات شخصية وخاصة ما إذا كانت دقيقة للغاية في بعض الأحيان المسائل التي قد تثار أثناء الوساطة وما قد ينتج عن إذاعتها من أضرار أو كوارث أحياناً تلحق بالخصوم، ويجوز في جميع الأحوال التجاوز عن ذلك الشرط بموافقة الأطراف كما هو الحال إذا تنازلوا عن حقهم في الحفاظ على السرية.⁴

¹ انظر: د/ حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، طبعة أخيرة، منشأة المعارف الإسكندرية 1982.

² See generally, G. Demanet, *La Mediation Penale en Droit Belge ou Magistrat de Liaison, Un Nouvel Entrenetteur*, R.D.P.C.(1994). See also Society, OXFORD UNIVERSTY PRESS (London ،Geoffery Sawyer: *The Law in 1965*), at 203.

³ د/ عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، منشورات بغداد، الجزائر 2011، ص65.

⁴ د/ علاء اباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت 2008)، ص65.

وعليه يمكن القول إن العلاقة التي هي أساس عملية الوساطة الجنائية لا بد وأن تكون مبنية على الثقة والاحترام المتبادل حيث يكون للأطراف الحرية في الإفصاح عما يريدون البوح به من معلومات وأسرار ووقائع قد لا تسنح لهم الفرصة بالبوح بها أمام آخرين¹.

أخيراً وليس آخراً، يمكن القول إن يقيد الوسيط والأطراف بسرية ما يدور في الجلسات والحلقات النقاشية المتعلقة بالوساطة من معلومات وعدم البوح بها أو إفشائها هو الهدف الاسمي إذ يتمثل في تشجيع الأطراف المتنازعة على تقديم أي معلومة لها تأثير هام (مفيدة ومنتجة) في حل الخلاف، لزوال قلق وتخوف الافراد من استخدام ما يدلون به من أسرار أو معلومات أمام القضاء إذا فشلت أو اخفقت الوساطة في تحقق أهدافها².

المبحث الثاني

أنواع الوساطة الجنائية وشروط تطبيقها

تمهيد وتقسيم

حيث إن الوساطة هي إحدى الوسائل المستحدثة لحل النزاعات بالطرق السلمية إلى جانب التحكيم والصلح، فالأصل أنها تتخذ أشكالاً عديدة، إلا أن هناك نوعين رئيسيين كي تنتج آثارها القانونية، يشمل أولهما حل الأطراف وتشجيعهم على تسوية النزاع الذي تم عرضه بالفعل أمام المحكمة، أما ثانيهما فيتمثل في جعل المشرع في بعض الأحيان يبحث عن حل النزاع ودياً مثل عرض الدعوى أو مباشرتها أمام القضاء وإذ يعرض هذا الحل السلمي على الأطراف فتكون تسوية إجبارية أو إجازة عدم اللجوء للطريق القضائي التقليدي واتباع مسلك الوساطة في حسم النزاع.

¹د/ أحمد محمد حشيش، نحو فكرة عامة للوساطة الإجرائية باعتبارها عوناً للقضاء، مجلة روح القانون (كلية الحقوق- جامعة طنطا)، مارس 2002، ص3 وما بعدها.

² انظر: د/ محمد عبد اللطيف، د/ محمد سامي الشراء الوساطة والعدالة الجنائية: اتجاهات حديثة في الدعوى الجزائية، الطبعة الأولى - دار النهضة العربية، القاهرة 1997، ص 27 وما بعدها.

كما أن للوساطة شروطاً موضوعية من ناحية، وإجرائية من ناحية أخرى، يلزم توافرها فيها كي تكون امام نظامها القانوني الذي يتحقق من خلاله أهدافها وأثارها القانونية.

وعلى ذلك نعرض في هذا المبحث لصور الوساطة الجنائية الرئيسية (أنواعها) وبيان شروطها ونطاق تطبيقها في المطلبين التاليين.

المطلب الأول

في أنواع (صور) الوساطة الجنائية

ثار جدل واسع في الفقه الجنائي حول أنواع أو صور الوساطة الجنائية بمعنى أنه من الصعب حصر كل أو جميع أشكال وصور الوساطة الجنائية إلا أن هناك شكلين أو صورتين رئيسيتين في هذا المضمار وهما الوساطة التفويضية والتي تقوم بها جمعيات مساعدة المجني عليهم ورعاية حقوقهم والرقابة القضائية والوساطة المحفوظ بها وهي التي تتحقق في ساحات العدالة أمام القضاء (المحاكم).

الصورة الأولى: الوساطة التفويضية (القاعدة العامة)

هي التي تتحقق وتُمارس عبر هيئات أو جمعيات أهلية وكذا منظمات المجتمع المدني، مثل جمعيات مساعدة المجني عليهم والرقابة القضائية، بناء على تفويض الادعاء العام أو قضاة الحكم بحسم النزاع بالطرق السلمية، عبر إرسال ملفات الدعاوي أو القضايا في إطار سلطة الملاءمة المخولة للنيابة العامة طبقاً للقواعد العامة في الإجراءات الجنائية.¹

يتضح مما سبق، أن الوساطة التفويضية تمارس من خلال وكالة قضائية وتحت رقابة قضائية إذ يمارس الوسيط مهامه بموجب التفويض المخول له من قبل النيابة العامة أو القضاة، كما هو الحال في الولايات المتحدة وكندا- بطل الخصومة ودياً. فتدخل هذه الوساطة ضمن سياسات الادعاء العام، فجميع

¹Frank E. A Sander, *Varieties of Dispute Processing*, 70 Federal Dispute Resoulution (F.R.D) (West Publishing Company 1976), at 111-128.

الدعوى التي تحال للوساطة تدخل في حوزتها، فتحتفظ بالرقابة على إجراء الوساطة طبقاً لسلطة الملاءمة المخولة لها، وفقاً لما يسفر عنه الوساطة من نتائج.¹

فالنياية العامة في هذه الصورة آلية تحديد ما يصلح أن يخضع للوساطة من عدمه، فهي تقوم بعملية تصفية أو فرز للقضايا، حيث تتخذ القرار النهائي بشأنها طبقاً لما ينتج عن الوساطة من نتائج إيجابية كانت أو سلبية، كما تأخذ في الاعتبار تقرير الوسيط المكتوب الملزم بإرساله لها.²

هذا وقد أكدت المذكرة التفسيرية لقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي رقم 4 لعام 1993 ما سبق بقولها: "الأساس القانوني للوساطة المفوضة يندرج في إطار سلطة الملاءمة المخولة للنياية العامة إذ تعد شكلاً من أشكال الحفظ تحت شرط. فالنياية العامة هي التي تقرر مدى ملاءمة اللجوء إلى الوساطة، آخذة في الاعتبار رغبة المجني عليه في التراضي، فضلاً عن أنها هي التي تفوض وتراقب مهمة الوساطة، بالإضافة إلى سلطتها المطلقة في اتخاذ قرار التصرف في الدعوى، في ضوء النتائج التي تسفر عنها الوساطة."³

هذا ويلاحظ أن معظم نماذج الوساطة "Mediation Models" تدخل في نطاق هذا النوع سواء باعتبارها شكلاً من أشكال تعويض الضحية والذي يقع على عاتق جمعيات مساعدة ضحايا الجرم أو كوسيلة تأهيل الجاني الذي تتولى أمره جمعيات الرقابة القضائية.⁴

¹Shanin Specter and Jason L. Pearlman, *Global Perspectives on ADR* (ed. by Carlos E. Mota and Silvia B. Vilar) Cambiage 2014, at 546.

²S. Braudo, *La Pratique de la Médiation aux États-Unis*, Gaz. Pal. 1er-4 Mai 1996, p. 457ets. See also X. Lagarde, *L'efficacité des Clauses de Conciliation ou de Médiation*, REV. ARB. (2000), p. 377.

³انظر د/ أسامة حسنين عبيد، المرجع السابق الإشارة إليه، ص 521.

⁴انظر د/ أشرف رمضان، المرجع السابق الإشارة إليه، ص 47.

الصورة الثانية: الوساطة المحفوظ بها (الاستثناء)

الأصل في الوساطة أن تكون مفوضة - كما سلف بيانه - ولكن استحدث المشرع الفرنسي وكذا من قبله الأمريكي والكندي صورة جديدة من صور الوساطة، حيث تم إنشاء دوائر للوساطة تندمج في الهيئة القضائية تتمثل في دور العدالة (MJD) وكذا قنوات العدالة (AJ).¹ وطبقاً لهذا الشكل، تنفرد النيابة العامة بحقها في إدارة الدعوى العمومية، فلا تعهد بها لشخص آخر (لا تقويض) كالوسيط وإنما تقتصر في ذلك على أحد أعضائها. فالمستول عن لعب دور الوسيط - طبقاً لهذا النموذج - هو إحدى الجهات التابعة للسلطة القضائية (أو بالأدق سلطة الاتهام)، فلا تخرج الدعوى من حوزتها بل تحتفظ بها من أجل حسم الخلاف ودياً.² وهدف هذا النوع هو التفاعل مع المواطن وتقريبه من أجهزة العدالة وحل المنازعات بطرق سلمية هادئة، فأطلق عليها بعض الفقه اصطلاحاً - "عدالة التقريب" أو "العدالة الناعمة".³ هذا وقد تزايد عدد إنشاء دور العدالة والقانون بشكل متنامٍ وملحوظ فضلاً عن قنوات العدالة.

وبناء على ما تقدم، يمكن القول إن كلاً من المشرع الفرنسي والأمريكي قد أفرد نصوصاً عديدة لا يمكن حصرها فيما يتعلق بصور الوساطة القضائية أو غير القضائية، فهي في جميع الأحوال تدعو الأطراف إلى التصالح، فلو كانت أمام القضاء تسمى بوساطة المحكمة (أي القضائية).⁴

وسعى المشرع لحث الأطراف للجوء لهذه الوسيلة بعد خفض الرسوم القضائية للدعوى على الطرف الذي يلجأ لتترك الدعوى قبل بدء المرافعة من أول جلسة وتصالحه مع خصمه.⁵ كما في حالة إنهاء النزاع صلحاً بين أطرافه وإثبات

¹ انظر: د/ محمد الحكيم، المرجع السابق الإشارة إليه، ص472.

² انظر: د/ حسنين ابراهيم عبيد، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، المجلد (17)، يوليو ع2، (1974)، ص239، 238.

³ د/ هشام مفضي المجالي - الوساطة الجزائرية: وسيلة غير تقليدية في حل المنازعات الجزائية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه لكلية الحقوق جامعة عين شمس (2008)، ص 96.

⁴ د/ شريف كامل، مرجع سابق الإشارة إليه، ص141.

⁵ د/ أحمد براك، مرجع سابق الإشارة إليه، ص512.

المحكمة لذلك في محضر الجلسة وطبقاً لما اتفق عليه الطرفان، وهذا طبقاً لما نص عليه قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري (مادة 71).¹ هذا ويلاحظ أن التشريعات المقارنة- وخاصة الأجنبية - قد تلزم القاضي في بعض الأحيان بالتوفيق والوساطة قبل نظر الدعوى وإصدار حكم للفصل فيها كما هو الحال في قوانين العمل (مادة 1 من قانون العمل الفرنسي) وكذا قانون العمل المصري فيما يتعلق بتسوية النزاعات الناشئة عن العمل بطريقة الوساطة وغيرها من السبل الودية.²

هذا وقد سارت كل من اليابان والصين على ذات النهج، فضلاً عن أن الأردن قد حذت ذات النهج حينما شرع وأصدر قانون الوساطة لتسوية المنازعات المدنية المؤقت رقم 37 لعام 2003، إذ استحدث إدارة تدعى " إدارة الوساطة" في مقر محكمة البداية. في بعض المحاكم التي يعينها الوزير المختص (المادة 2/أ، ب،، ج من قانون الوساطة الأردني).³ إذ إن إدارة الوساطة تشكل من عدد من قضاة الصلح والبداءة هم قضاة الوساطة يختارهم رئيس المحكمة لمدد محددة كما يجوز اعتماد الوسطاء من بين القضاة المتقاعدين والمحامين والفنيين والمهتمين المشهود لهم بالخبرة والكفاءة والنزاهة.⁴

وفيما يتعلق بقانون الوساطة الصيني، فإنه يستند إلى نظام الوساطة للسلطة الشعبية التي تقوم بها محكمة شعبية في القضايا المدنية والاقتصادية والجنائية البسيطة التي يحوز فيها وساطة داخل الدعوى. فهو نظام قضائي مساعد لما هو نظام شعبي ديمقراطي ذاتي الحكم ونظام قانوني تحسم به الجماهير منازعاتهم بذاتهم، فهو نظام قانوني قضائي ذات خصائص صينية.⁵

¹ د/ محمد الشوا، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 107.

² نفس المرجع السابق، ص 109.

³ د/ أسامة حسنين عبيد، مرجع سابق، ص 397.

⁴ د/ رامي متولى القاضي، الوساطة كبديل عن الدعوى الجنائية : دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 2010، ص 229.

⁵ د/ أمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية - القاهرة 1988.

وتقوم بهذه المهمة اللجان الشعبية فهي تتوسط في الخصومات والمنازعات الشعبية استناداً لمبادئ رئيسية (كالمعقولية والاتفاق والقانون) وكذا (المساواة والتطوع) وكذلك (مبدأ احترام تقديم الشكوى).¹

الأصل في القانون هو الخضوع الاختياري (الإرادي التلقائي) لأحكامه من الأطراف المخاطبين به، إلا أنه لا يتحقق ذلك غالباً، فتنشأ الخصومات بين أفراد المجتمع والتي تحل من خلال فرض القانون وتطبيقه كما أنه لا يعذر أحد بجهله بأحكام القانون تطبيقاً للقواعد العامة.

وعلى ذلك، فعلى الرغم من التحول من نظام القضاء الخاص إلى نظام القضاء العام الذي يعهد بموجبه وظيفة القضاء إلى المحاكم التي تباشرها باسم الدولة وسلطاتها الرسمية،² فلجأت بعض الدول للسماح بإنشاء أكاديميات متخصصة لتدريب الوسطاء المتخصصين على حل النزاعات وتسويتها سلمياً إذا توافرت لدى الوسيط شروط الموهبة والرغبة والكفاءة والخلفية العلمية (القانونية والثقافية) كي يتسنى لهم العمل بصفة فردية أو جماعية عبر مكاتب متخصصة بحل الخصومات ودياً.³ ومن أروع التطبيقات على ذلك، قيام شركة "Motorola" بتوفير أكثر من 75% من تكاليف الدفاع عبر الوساطة ودون اللجوء للقضاء العادي.

وصفوة القول أن الوسيط يقدم مشروعاً متكاملأ بعد دراسة المشكلة والنزاع ولقاء أطرافه لبحث ما يمكن اقتراحه من آليات ودية في حسم الدعوى، فإما أن يصل الوسيط لاتفاق رضائي أو لطريق مسدود يعوق تحقيق الوساطة أو إلى

¹ Marc Ancel, *La Reforme Penale Sovietique*, Paris 1962, p. 96.

² انظر: المستشار عدلي خليل، اعتراف المتهم فقهاً وقضائاً، دار النهضة العربية، طبعة 1991، ص7.

³ إدوارد غالي الذهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية - الطبعة الأولى 1980، ص68.

اتفاق يتمثل بإلزامه الأطراف بعدم الاشتباك أو التعدي العنيف لفترة قصيرة (مدد) قليلة.¹

كما يقع على أطراف النزاع مهمة إدراكهم ووعيهم للمعايير المهنية والاخلاقية التي يجب وأن تتوافر في الوسيط، وإلا فإن الوساطة قد تتهدد بشكل جدي إما بالفشل أو الإخفاق. إذ هو يعمل لصالح طرفي النزاع لا لحساب أحد على الآخر كما يعمل على حفاظ أمنهم وكرامتهم من خلال تصميم هيكل شامل لعملية الوساطة.²

ويبقى التساؤل حول نطاق تطبيق نظام الوساطة الجنائية من الناحية الموضوعية . بعبارة أخرى، ما هي الجرائم التي يجوز أن ينطبق عليها نظام الوساطة الجنائية؟

في الولايات المتحدة الأمريكية، يمكن خضوع بعض الجنايات لنظام الوساطة الجنائية وإن كان أغلب الجرائم الخاضعة لها من قبيل الجنح. أما في فرنسا، فالواقع أن المشرع الفرنسي لم يحدد نوع الجرائم التي يجب أن تخضع لهذا النظام من عدمه، إذ يترك أمر تحديدها لتقدير الادعاء العام تبعاً لظروف كل حالة على حدة "Case -by- Case Basis" آخذة في الاعتبار الظروف الموضوعية للجرم وشخصية الجاني وملابسات الواقعة وغير ذلك من الاعتبارات الإجرائية.³ ولكن اعترض بعض الفقه على ذلك إذ لا يمكن شمول الجنايات لنظام الوساطة إذ هي تعمل في نطاق الجرائم البسيطة.

وبالتدقيق في النظام الفرنسي قد نجد أن الوساطة تتعلق في غالبية الأحيان بالمشاكل الخاصة بالجيران والتخريب وإتلاف الأموال العقارية والمنقولة

¹ الدكتور/هلاي عبد اللاه، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى 1989، ص44.

² Robert Cario, *La Médiation Pénale: Entre Répression et Réparation*, L'HARMATTAN, Paris (1998).

³ Jacqueline Nolan-Haley, *The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound*, 6 CARDOZO JOURNAL OF CONFLICT RESOLUTION (2004), at 66.

(السائلة) وسرقة السيارات والقتل والتهديد، والإهانة، وأفعال النشل البسيطة. من ناحية أخرى، يمكن إدخال بعض القضايا المتعلقة بجرائم الاعتداء على الأموال (كالسرقاات والسطو والإتلاف) وكذا المنازعات المتعلقة بالأسرة (كعدم رعاية الأطفال، هجر الأسرة، وجرائم العنف داخل الأسر) فضلاً عن جرائم المرور.¹ فيوضع تحت تصرف الوسيط في هذه الاحوال حزمة من التدابير الرضائية البديلة الهادفة لإصلاح الضرر المادي أو المعنوي الذي لحق المجني عليه أو بهدف تحقيق المصلحة العامة (كالقيام بأعمال الصيانة العامة للمباني أو الميادين).

كل ما سبق ظهر في أنحاء الجمهورية الفرنسية في مدينة Lyon وكذا Valence، أما في العاصمة باريس، فتقوم جمعية SOS الباريسية لمساعدة ضحايا الجريمة عن طريق المؤسسة القضائية بأعمال الوساطة وذلك من خلال وسيطين، أحدهما أساسي معلوم لدى القاضي واتفاقي غير معلوم للقضاء، إلا أنه يجب اختياره بدقة وحنكة شديدة تراعى فيه عدة ظروف تعتمد على أطراف الخصومة، واصلول الأشخاص، إلخ، وغالباً ما يكون تدخله أكثر فاعلية إذ إنه ينتمي لذات روح وثقافة طرفي النزاع.² وهذا الوسيط الاختياري يفرض بالتراضي بين طرفي الخصومة مجموعة من التدابير الوقائية والتأهيلية للجاني، والتعويضية العادلة للمجني عليه سواء المادية أو الرمزية أو المعنوية.³

هذا وفي القانون الأمريكي نجد أن الجرائم التي تخضع لذلك النظام، تكون في منازعات العمل (كالتمييز العنصري، إنهاء علاقة العمل، التحرش الجنسي والتعويضات) كما تكون في نطاق المنازعات الأسرية (كالطلاق والنفقة

¹Thomas O. Main, *ADR: The New Equity*, 74 CINCINNATI LAW REVIEW (2005), at 329.

Jacqueline Nolan-Haley, *Mediation Exceptionality*, 78 FLORIDA LAW REVIEW 101 (2009), at 1250

³Antoine Masson & Breen Fiona, *Keeping the Essence of Mediation*, 1WORLD ARAB. MEDIATION REVIEW (WAMR) 2 (2007), at 372.

والانفصال والتأمين الصحي) وكذا المنازعات البيئية والخاصة بملكية الأراضي وكذا بعض منازعات العقود والتعويضات الشخصية والشراكة، وأفعال العنف التي تنتشبه داخل المدارس، فضلاً عن أعمال العنف التي قد تتولد داخل منظمات المجتمع المدني والمجتمعات الدينية المختلفة بين أفرادها.¹

المطلب الثاني

في شروط تطبيق الوساطة الجنائية

ثمة مجموعة من الضوابط والشروط الموضوعية والإجرائية يتعين توافرها لمباشرة نظام الوساطة الجنائية. هذه الشروط نص عليها المشرع الفرنسي في قانون رقم 4 لعام 1993 وهي ذاتها التي أكدها من قبله المشرع الأمريكي في عدة تشريعات ولوائح تنظيمية متعلقة بنظام الوساطة في حل المنازعات الجنائية ونعرض لها فيما يلي تفصيلاً.

أولاً : الشروط الموضوعية

(1) إصلاح الجاني (تأهيل المتهم)

يشترط لنجاح هذا النظام تحقيق الهدف الرئيسي منه وهو تأهيل وإصلاح مرتكب الجرم، إذ إن هذا الشرط يتطابق وغاية كل من العقوبات الجنائية والتدابير الاحترازية.

فجنباً إلى أغراض العقوبة الكلاسيكية وما فيها من وسيلة لإلام وردع الجاني وعقابه وهو ما يعرف " بالردع العام"، فهي أيضاً تهتم بوظيفة أخرى وهي أن تكون وسيلة لإصلاح وتأهيل الجاني ومساعدته على إعادة اندماجه في المجتمع مرة ثانية وهو ما يطلق عليه في الفقه الجنائي "الردع الخاص" وهو ما نادى به حركة الدفاع الاجتماعي الجديد.

¹ نفس المرجع السابق. وكذا انظر: د/ رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف - الاسكندرية 1973، ص43-47 وكذا ص 598.

هذا ويتم إعادة تأهيل مقارف الجرم عن طريق تحقيق الشخصية وتشجيعه على الممارسات والمساهمات التطوعية وقيام بعض الأنشطة الاجتماعية.¹ ويشترط أن يكون الجاني قابلاً في ذاته للإصلاح والتأهيل، كأن يكون مجرماً مبتدئاً وغير عائد (اعتاد الإجرام) أو أن تكون جريمته بسيطة (قليلة الأهمية والخطورة).²

وكذا يفترض هذا الشرط، أن يكون الجاني في حالة انعزال عن المجتمع، فبذلك يكون الجرم قد أصاب الجاني بشيء في صدره وحالته النفسية، أي أنه أصبح غير قابل للتكيف الاجتماعي وهذه مسألة يخضع تقديرها للسلطة التقديرية للدعاء العام.³

(2) درء أو جبر الضرر الذي أصاب المجني عليه (الضحية)

يلزم لتطبيق نظام الوساطة في المواد الجنائية أن يكون الضرر الواقع على المجني عليه من الممكن إصلاحه أو جبره (إزالته).

وبناء على ذلك، فإذا كان الضرر الواقع على المجني عليه غير قابل للمعالجة أو الإصلاح، فلا يكون هناك مجال لتطبيق الوساطة الجنائية لانتهاء ذلك الشرط الذي يتغياها المجني عليه من وراء هذا الإجراء.⁴ وإصلاح الضرر يشمل الجرائم الواقعة على الأشخاص وكذا الواقعة على الأموال: كما يشمل إصلاح الأضرار المعنوية أو النفسية الذي لحقت بالضحية فضلاً عن الأضرار المادية.⁵

يضاف إلى ذلك فكرة التعويض الرمزي للمجني عليه وهي مقاربة بعض الشيء لفكرة جبر الضرر المعنوي، ففيها يقوم المتهم بتقديم اعتذار كتابي أو شفهي علني للمجني عليه، أو الاعتراف (الندم) عما يكون قد صدر منه من

¹د/رامي القاضي - مرجع سابق، ص 62-67.

²د/رامي القاضي - مرجع سابق، ص 229.

³د/مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص 17.

⁴راجع المادة (5) من قانون الوساطة الصيني.

⁵انظر: على أحمد صالح، المصلحة وأثرها في القانون، رسالة دكتوراه (بغداد 1996) ص 179.

سلوك غير لائق (شائن). ففي الغالب الأعم، فإن كل ما يريده المجني عليه من تحريك ومباشرة الدعوى العمومية ليس الحصول على التعويض المالي بل رؤية المتهم في قفص الاتهام في ساحات العدالة العمياء لشفاء غليله منه، إذ إنها الترضية المشبعة والمناسبة للضحية.¹

فالتعويض الرمزي يتفق في أثره مع الهدف العقابي لشكوى المجني عليه، الأمر الذي قد يحثه على التنازل عنها مكتفياً بإنهاء الخصومة عن طريق الوساطة الجنائية.²

(3) الفصل في النزاع (حسمه ودياً وإنهاء الاضطراب الناتج عن الجرم)

يترتب على وقوع الجرم إلحاق ضرر بالمجتمع الذي مسه الأثم أو الذنب الجنائي في أمنه واستقراره وسلامته، هو الأمر الذي يتطلب الإصلاح من قبل الجاني. لذلك أجاز كل من المشرع الأمريكي والفرنسي - وكذا في بعض الأنظمة العربية المقارنة - اللجوء لإجراء الوساطة إن كان من شأنها وضع نهاية للاضطراب الذي أنشأه الجرم وما نتج عنه من مأسٍ لحقت بالمصلحة العامة المحمية جنائياً.³

ويتحدد ذلك بناء على ما إذا كان الجرم ماساً بالمصلحة العامة أو النظام العام، فإذا كان ذلك كذلك، فمن الصعب بمكان انتهاؤه وإرضاء الشعور العام به، وعليه فلا مجال للوساطة إلا إذا كان الاضطراب قابلاً للمعالجة أو التوقف.⁴

هذا الشرط يراعى الآثار الاجتماعية والنفسية وكذا الاقتصادية الناتجة عن الجرم، فالجرم له أثر على خلق وتمهيد الطريق لإثارة النزعات وعدوان بين

¹ باسم عبد زمان، سياسة التجريم في الظروف الاستثنائية، أطروحة الماجستير بغداد (1997م)، ص 56 وما بعدها.

² انظر المادة (7/ب) من قانون الوساطة لتسوية المنازعات المدنية الأردني، رقم 37 لسنة 2003 وكذا المادة (1/9) و(2/7).

³ انظر على سبيل المثال، المادة 2/فقرة (أ) (ب) (ج) والمادة 3/فقرة (أ) (ج) والمادة 4/ (فقرة أ- ب) والمادة 7/فقرة (أ) (ب) (ج)

⁴ د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار النهضة العربية، بيروت 1984، ص 83.

طرفي الخصومة، وهذا ما يجب أن تعيه سلطة الاتهام أو حتى أجهزة القضاء لتحقيق السلم الاجتماعي في نهاية المطاف.¹

وبناءً على ما سبق، فإنه يمكن تحقيق الردع الخاص "Rehabilitation or Private Deterrence" عبر الوساطة، فإن هذا الشرط يمثل نوعاً من الردع العام الذي يحقق العدالة وإرضاء الشعور بها، فيمكن توسيع نطاقه على نحو يسمح بشمول الجرائم ذات التأثير على الرأي العام.² وأمر تقدير هذا الشرط متروك للنياحة العامة، إذ لا يوجد معياراً محدداً لتقييمه، فالنياحة تقدر ما إذا كانت بعض الأفعال الجنائية تخضع لإجراء الوساطة من عدمه تأسيساً على معيار جسامة الجرم "Gravity of the Crime" فتطبق هذا النظام على الجرائم قليلة الأهمية ومتوسطة الخطورة وتستبعد الجرائم الخطيرة من الجنائيات.³

هذا ولا يستفيد المتهم من نظام الوساطة الجنائية إذا كان عائداً أو إذا ارتكب جريمة في مكان عام أياً كانت درجة خطورته (أو جسامته) - بحسب ما ذهب إليه بعض الفقه.⁴

(4) مشروعية الوساطة الجنائية وخضوعها لمبدأ الشرعية الإجرائية

يلزم أن تستند الوساطة الجنائية إلى الإطار التشريعي والقانوني من خلال نصوص قانونية تنظمها وتحدد أحكامها وضوابط ممارستها.

فقبل إقرار الوساطة في كل من الأنظمة القانونية اللاتينية والأنجلوسكسونية، كانت مباشرتها تستند إلى الأعراف المقبولة لدى الأطراف والمجتمعات باعتبارها مصدراً من مصادر القانون ومثال ذلك (مادة 40 من قانون الإجراءات الجنائية

¹ د/ جودة حسين جهاد، الوجيز في شرح الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة، القانون الاتحادي رقم 35 لسنة 1992م، الجزء الأول، مطابع البيان التجارية، دبي، 1994، ص 36.

² انظر المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

³ د/ حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية، مع التطورات التشريعية والمذكرات الإيضاحية والأحكام في مائة عام - منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 40.

⁴ الدكتور / رامي القاضي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 136.

الفرنسي) وقواعد خدمات المجتمع في النظام الأمريكي التي كان مخولا لها ممارسة هذا الإجراء "Community Board or Service".¹

ولكن بعد انتشار هذه الوسيلة المستحدثة ونجاح تجاربها في كثير من بلدان العالم، أضحي تقنينها واعتماد تشريع لها أمراً هاماً كي يضمن على ممارستها صفة المشروعية (الشرعية الإجرائية) وذلك ضماناً لحقوق الأفراد وحياتهم العامة.² فسيتم إجراء الوساطة شرعيته الإجرائية من نص قانوني يقضي بأنه "لا صلح بدون أو بغير نص تشريعي"، إذ إن العدالة التصالحية (الرضائية) طريق استثنائي في نطاق التشريع الجنائي.³

(5) خضوع الوساطة لمبدأ الملاءمة وقبول الأطراف بها

تطبيقاً لنصوص القانون الفرنسي وكذلك ما جاءت بها التشريعات المحلية للولايات الأمريكية وكندا وكذا قانون العقوبات الفيدرالي، من أن للدعاء العام مطلق الحرية وكذا السلطة التقديرية في مدى جدوى الاستعانة بالوساطة لإنهاء الدعوى العمومية تطبيقاً لمبدأ الملاءمة المخول للنيابة العامة.⁴

ولأطراف الخصومة طلب الوساطة من الادعاء العام وقد تلجأ إليه سلطة الاتهام دون الرجوع إليهم وفي هذه الحالة، على النيابة العامة أن تخبرهم بإجرائها وظروف الدعوى ونظام الوساطة القانوني ويجب أن يصدروا (يبدو) موافقتهم عن قناعة تامة وجدية لما يجب إحاطتهم علماً بحقهم بمشاوره محام والاستعانة به "Legal Counsel" وذلك حفاظاً على القيمة المصونة دستورياً

لاحترام حق الدفاع "Due Process Gurantees".⁵

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أنه بمجرد قيام النيابة العامة بعرض الوساطة على طرفي النزاع، وسواء كان ذلك صادراً منها أو من مأمور الضبط

¹الدكتور رامي القاضي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص136.

² نفس المرجع السابق، ص137، 138 .

³ د/ أنور المساعده ود/ بشير زغلول، مرجع سابق الإشارة إليه، ص341.

⁴ نفس المرجع السابق، ص338.

⁵ رامي القاضي، المرجع السابق، ص145، 144.

القضائي أو حتى الوسيط فإذا وافق الأطراف عليها، فعلى الادعاء إثبات ذلك في محاضرها ويجوز للأطراف الادعاء ببطلان رضائهما إذا كان مشوباً بعيب من عيوب الإرادة كما سلف بيانه نتيجة لعدم إحاطتهم أو علمهم بحقيقة الوساطة، فموافقة الأطراف شرط جوهرى في قبول الوساطة والسير في إجراءاتها.¹ هذا وقد أشارت التوصية رقم (19١99) الصادرة عن المجلس الأوروبي إلى تأكيد حصول موافقة ورضا طرفي الخصومة وتكون في صورة المشاركة في الوساطة بمحض إرادتهم الكاملة.²

(6) وجود الدعوى العمومية (الجنائية)

تحقيقاً لمتطلبات الشروط الموضوعية التي يجب توافرها في الوساطة، يجب أن نكون أمام دعوى جنائية. إذ هي الوسيلة التي من خلالها يستطيع المجتمع أن يقتص لنفسه بالعقاب من الجاني، فيحاسب المجتمع مرتكب الجريمة فاعلاً كان أو شريكاً الذي عكر صفو وأمن المجتمع، إذ إن مصالح المجتمع العامة تعرضت للخطر والعدوان.

وغالباً ما تبدأ هذه الوسيلة بشكوى المجني عليه (أو مدعيه بالحق المدني) وتنتهي في معظم الحالات بالعقوبة.³ ويقصد بالدعوى الجنائية أنها حق الدولة، ممثلة في سلطة الاتهام والتحقيق أى النيابة العامة في اتخاذ حزمة من الإجراءات لمباشرة التحقيق للتحقق من وقوع الجرم ونسبتها للفاعل أو شريك قام بإحداث الذنب الجنائي وتقديمه للمحاكمة الجنائية عبر القضاء لمعاقبته إما بجزاء جنائي يتمثل في عقوبة معينة أو تديبر احترازي.⁴

¹ Jean- luc Chabot, Stephane Gal, Christophe Tournu, Figures de la Mediation et Lien Social, L'harmattan, Paris 2006.

² Francis De Iperee, Administration et Mediation, Asministration Publique, Bruxelles (1982).

³ Jocqueline Morineau, L' Esprit de la Mediation, Trajests, edition Eres, 1998.

⁴ د/ جابر جاد نصار، التوثيق في بعض منازعات الدولة، مجلة القانون والاقتصاد البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد (73)، 2003.

كما يُقصد بتحريك الدعوى الجنائية، البدء في تسببها ومباشرة إجراءاتها أمام الجهات المختصة ويعتبر تحريكها أول استعمالها أمام جهات القضاء المختصة قانوناً. فيعد تحريك الدعوى العمومية، إقامتها أمام قاضي التحقيق أو المحقق المكلف (بإجراء) التحقيق، وكذا تكليف أحد أعضاء مأموري الضبطية القضائية بجمع المعلومات والتحريات عن الجريمة المنسوبة للمتهم وكذلك الحال في الجرائم التي لا تحتاج إلى شكوى المجني عليه أو من يمثله.¹

ويلاحظ أنه في قانون الإجراءات الجنائية المصري طبقاً لنص المادة الأولى " ترفع النيابة العامة دون غيرها الدعوى الجنائية وتحريكها ومباشرتها ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون " و"لا تتعقد الخصومة ولا تتحرك الدعوى الجنائية إلا بالتحقيق الذي تجريه النيابة العامة دون غيرها، بوصفها سلطة التحقيق، سواء بنفسها أو من تتدبه لهذا الغرض من مأموري الضبط القضائي، أو برفع الدعوى أمام جهات الحكم، ولا تعتبر قد بدأت أي إجراء آخر تقوم به سلطات الاستدلال ولو في حالة التلبس بالجريمة".²

وعلى ذلك، فإن النيابة العامة يمكنها استخدام "حق الدولة في الدعوى" دون أن يكون "حق الدولة موجوداً في العقاب"، إذ إنه أمر يثبتته القضاء في مرحلة لاحقة . كما أن الشكوى قد تأخذ شكلاً شفوياً أو كتابياً يرفعه المتضرر من الجرم (الضحية) إلى الجهة المختصة، والذي يتطلب فيه اتخاذ الإجراءات القانونية ضد مرتكب (فاعل) الجرم.³ وعليه، فإذا لم توجد شكوى - ومن باب أولى دعوى جنائية- فمن غير الممكن تصور وجود إجراء الوساطة الجنائية .

فماذا عن الشكل إذا كان كل ما سبق يتعلق بالضوابط الموضوعية؟

¹ Noce D. J. Della, *Mediation Theory and Policy: The Legacy of The Pound Conference*, 17 OHIO STATE J. DISPUTE RESOLUTION, 2002, at 548-549.

² د/ فايد الظفيري، مرجع سابق، ص 119.

³ د/ رامي القاضي، مرجع سابق، ص 152-155.

ثانياً: الشروط الشكلية (الإجرائية)

من المسلم به أن شروطاً شكلية أو إجرائية يلزم توافرها لكي تباشر الوساطة الجنائية وهي ضرورة توافر الأهلية الجنائية والرضا (القبول) الذي يجب أن يعبر عنه الأطراف، إذ يتوقف تمام الوساطة على توافر هذين الشرطين الإجرائيين.

(أ) الأهلية والسن:

عندما يلجأ طرفا الخصومة لإجراء الوساطة الجنائية كوسيلة بديلة للدعوى الجنائية، يلزم الموافقة الصريحة على إجرائها، فلا يجوز أن تكون الموافقة ضمنية أو حتى أن يستدل عليها من ظروف الحال أو ملابسات الظروف.¹ وعليه يجب أن تصدر هذه الموافقة من شخص يتمتع بالأهلية الكاملة. ويقصد بالأهلية الإجرائية الجنائية في هذا الصدد، صلاحية كل الطرق والوسائل على حدة لمباشرة الإجراءات الجنائية بصفة عامة.² فتتحدد الأهلية الجنائية تبعاً لسن الشخص، فيكون كاملاً للأهلية إذا بلغ سن الرشد الجنائي المحدد بثمانية عشر عاماً من العمر، فضلاً عن أن يكون الإنسان متمتعاً بكامل قواه العقلية.³ ولا يتصور إجراء الوساطة إذا توافر لدى الطرفين أو أحدهما أي عارض من عوارض المسؤولية الجنائية (أي موانعها) كصغر السن أو الجنون أو عاهة العقل، أو إذا كان في غيبوبة ناشئة عن السكر (الاختياري) أو كان تحت تأثير إكراه (مادي أو معنوي) أو حتى لو في حالة الضرورة. فإذا انتفت الأهلية، فلا تجوز الوساطة في جانب الجاني إذ إنه يفقد التعبير عن إرادته ولا يمتلك القدرة للدفاع عن نفسه، ويجوز للقيم أن يباشرها نيابة عن المجني عليه إذا لم تكن الأهلية متوافرة لديه.⁴

¹ نفس المرجع السابق، ص 149.

² د/ أنور المساعدة ود/ بشير زغول، مرجع سابق، ص 316.

³ المرجع السابق.

⁴ انظر بوجه عام: د/ السيد عتيق، التفاوض على الاعتراف في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في ضوء أحدث التعديلات - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 2008، ص 206، 207.

(ب) التراضي (الرضا)

لا يتصور ممارسة الوساطة دون رضا، إذ إن أساسها حرية الإرادة. فإذا كان قبول أو رضا كل من المتهم والضحية نتيجة لوقوع أحدهما أو كليهما في الغلط أو التدليس أو كانا تحت تأثير إكراه، فلا يجوز اللجوء إليها.¹ وعلى الادعاء العام إخطار الأطراف بما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات (واجبات) وبيان كيفية عمل الوساطة فلا يجوز فرضها رغما عنهم.

(ج) النطاق الزمني والشكلية:

هذا وفيما يتعلق بتحديد وقت تطبيق الوساطة وممارستها من حيث نطاق تطبيقها زمنياً، فلا توجد قاعدة محددة أو متفق عليها في هذا المجال. إلا أنه يمكن القول إنه يمكن أن تطبق أعمال الوساطة في مراحل الدعوى الجنائية المختلفة ولكنها في الغالب تتم قبل المحاكمة الجنائية وذلك في النظام القانون الأمريكي.² بل وعلى العكس من ذلك، فإنها تتم في المرحلة السابقة (أى قبل) على تحريك الدعوى العمومية.³ هذا ويلاحظ، أنه لا يوجد شكل معين اشترط لإجراء الوساطة، فهي متروكة لجميع الأطراف.

من كل ما تقدم، يمكن القول إن الوساطة الجنائية هي بالفعل إحدى صور خصخصة العدالة (أو الدعوى) الجنائية، فجوهرها الرضائية في اتباع هذه الوسيلة والموافقة على تنفيذ العقوبة بالرضا. لذلك صدرت عدة موثيق وتوصيات دولية بشأن إقرار إجراء الوساطة في المسائل الجنائية، ومثال ذلك التوصية الصادرة عن المجلس الأوروبي في عام 1987 وكذا الصادرة في 15 سبتمبر عام 1999 بشأن إقرار بدائل الدعوى الجنائية لمواجهة بعض الجرائم

¹ د/ أمين مصطفى محمد، الحد من العقوبات في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه لكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1993.

² د/ عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، طبعة 2013، ص 115.

³ د/ غنام محمد غنام، مفاوضات الاعتراف بين المتهم والنيابة في القانون الأمريكي، دار النهضة العربية، طبعة 2003.

وبخاصة الوساطة الجنائية بين الجناة والمجنى عليهم لمواجهة بعض الأفعال الجرمية كبديل عن الإجراءات التقليدية.

وننتقل في الفصل الثاني لمعالجة كل من كيفية مباشرة عملية الوساطة الجنائية وبيان ما يترتب عليها من آثار في إطار فكرة "توازن المصالح" و"الحق"، مع بيان نظرة عامة على تقسيم ذلك النظام ومدى إمكانية فعاليته في القانون الجنائي المصري من عدمه من وجهة نظر كل من الفقه والقضاء.

الفصل الثاني

إجراءات الوساطة الجنائية وآثارها على الدعوى الجنائية

تمهيد : فكرة "توازن المصالح في نطاق الوساطة"

عندما يقرر المشرع الإجراءات وبخاصة في المواد الجنائية الصلح أو التصالح بين الأطراف المتنازعة، فإنه - في هذه الحالة - يتنازل عن جزء من المصلحة العامة المتمثلة في إصدار الحكم القضائي - الذي هو في الغالب عنوان الحقيقة - في سبيل تحقيق جزء من المصلحة العامة.

ولا يغفل وبخاصة على من يشتغلون بالقانون - أنه عندما يرتكز المشرع إلى معيار وبصفة خاصة إذا كان يريد تحقيق توازن المصالح، فمن المؤكد أنه يلجأ لمعيار رجحان المصلحة العامة.¹

هذا ويقصد بترجيح المصلحة الوساطة أو التسوية فضلاً عن إقرار الصلح أي التنازل عن المصلحة العامة - في بعض الأحيان - كي يتم إنزال العقاب بحق المتهم، وهذا أيضاً في حاجة لمعيار يضبطه.² وعلى ذلك، فلا بد من معرفة مفهوم الحق والمصلحة المتحققة من إجراء عملية الوساطة وبلوغ الصلح.

طبقاً للقواعد العامة وبخاصة في المواد المدنية والمسائل التجارية عند إثارة أي نزاع هو أن الجزاء المدني دائماً ما يهدف إلى إعادة الحالة إلى أصلها (إعادة

¹ انظر: د/ رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، سابق الإشارة إليه، ص 599، 600.

² انظر: د/ على المصالح، المصلحة وأثرها في القانون، سابق الإشارة إليه، ص 179، 180.

الحالة لما كانت عليه) أو إعادة الحالة إلى ما يقابلها أو منع الفعل المخالف للقانون أو تنفيذ الفعل الذي أمر القانون بتنفيذه أو اتباعه لتحقيق الصالح العام.¹ أما فيما يتعلق بالجزاء الجنائي فهو يقوم بتحقيق وظيفة اجتماعية، فهو يوظف من خلال توجهه للنظر للمستقبل حيث يضبط النفوس ويطهرها من الشوائب التي قد تعكر صفوها. كما أنه يهدف إلى تحقيق غايات معينة في كل من صور الردع العام وتحقيق العدالة وإرضاء الشعور العام بها، فضلاً عن الردع الخاص الذي يهدف إلى تأهيل وإصلاح الجاني ومساعدته على اندماجه في المجتمع مرة ثانية، وخاصة إذ لم يكن عائداً.²

وهذا إما يأخذ شكل العقوبات التقليدية سواء كانت بدنية كالإعدام التي ما زال خلاف بشأن البقاء عليها أم إلغائها والعقوبات السالبة للحرية كالسجن والحبس فضلاً عن العقوبات المالية كالغرامة، وإما التدابير الاحترازية (أو الوقائية) التي قد يتم فرضها في بعض الأحيان قبل وقوع الجرم لحماية مصالح المجتمع.³ فالجزاء الجنائي لا يهتم بماديات المنازعة وخاصة إذا كانت مدنية لاتتعلق باصابة مصالح المجتمع المحمية جنائياً. أما عن الناحية القضائية، فيؤدي الجزاء (وخاصة الجزاءات الجنائية) وظيفة مزدوجة ولكنها متكاملة في ذات الوقت بمعنى أنه يؤكد سلطان الدولة وتوطيد ما للمجتمعات الإنسانية والعلاقات الاجتماعية بين البشر في نفوس الأفراد من قدسية واحترام وهيبة وإجلال الدولة وخاصة فيما يتعلق بأجهزتها العقابية القائمة على تنفيذ الجزاءات، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فهو يمنع ارتكاب الجرائم أو أفعال غير مشروعة قد تتبع الجريمة المرتكبة من خلال عدم إعطاء أو منح فرصة للمجني عليه أن يقتص من الجاني أو أسرته أو أهله في حالة وفاة المجني عليه.⁴

¹ انظر: د/ حستين عبيد، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، سابق الإشارة إليه، ص 239.

² على الصالح، المرجع السابق، ص 179.

³ على الصالح، المرجع السابق، ص 207.

⁴ راجع: د/ على عبد الواحد وافي، المسؤولية والجزاء، دار أحياء الكتب العربية (1948)، ص 132.

أما فيما يتعلق بوظيفة الجزاء من ناحية تنفيذه، فهي وسيلة تهدف إلى تقوية وتقويم انحراف المتهم واقتلاع جذور الإجرام من نفس الجاني الذي أدى الجرم وهو الردع الخاص، وكذا استئصال المجرم من جسد المجتمع وهو ما يسمى بالردع العام، حيث إن الجزاء يشمل كافة المواطنين إذ إن جميع المواطنين سواء أمام القانون دون تمييز لأي سبب (كالجنس، الدين، العقيدة، اللون، الوضع الاجتماعي.... إلخ) طبقاً للدستور وهو أعلى قانون في الدولة "Supremacy of the Law of the Land".¹

وعليه، فالجزاء ينصرف لتحقيق مصلحة عامة المنصبة في الغالب الأعم على حق عام وهو الحق الذي ينصرف إلى جميع الأفراد ولا يمكن إسقاطه أو التنازل عنه ولا يجوز - حتى - الاتفاق على ما يخالفه.²

فالحق العام يتمثل بالاستئثار الشعبي في سلطة توقيع الجزاءات الجنائية وخاصة العقوبات الجنائية طبقاً للتنظيم القانوني للجزاء الجنائي، وانطلاقاً من ذلك، يمكن القول إن المصلحة العامة قد تتحقق بالقدر الذي يضمن الحفاظ على الحد الأدنى الذي لا يمكن التنازل عنه وخاصة ما يتعلق بالنظام العام والآداب العامة.³ فتوقيع الجزاء الجنائي حق يستأثر به المجتمع ويمارسه دون قيود اللهم إلا إذا كانت قانونية مشروعة للمحافظة على الحقوق والحريات وعدم إحداث أو إلحاق أى ضرر بالآخرين، إذ إن ممارسته تؤدي لتحقيق منفعة عامة تتمثل في حفظ الآداب العامة والنظام العام.

وبناء على ماسبق، فعند إقرار المشرع الجنائي الوساطة أو التسوية أو الصلح (أو حتى التصالح) فهو يمنح حقاً شخصياً للمجنى عليه (الضحية) الذي يستهدف غالباً تحقيق مصلحة خاصة شخصية وليست عامة تتمثل في العدول

¹ انظر: باسم عبد زمان الربيعي، سياسة التجريم والعقاب في الظروف الاستثنائية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 58، 60.

² راجع المادة (7/ب) من قانون الوساطة الأردني وكذا المادة (194) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

³ د/ مجيد حميد العنكبي، أثر المصلحة في تشريع الاحكام بين النظامين الإسلامي والإنكليزي أطروحة ماجستير - بغداد، 1971، ص 71 وما بعدها.

والتراجع عن المطالبة بتوقيع الجزاء الجنائي¹ ومقابل ذلك تحقيق منفعة له - المجني عليه- تتمثل في الغاية التي يبتغيها المشرع عند إقراره الوساطة ويمكن القول هنا أيضاً بأنه يحقق مصلحة عامة تهدف إلى إقرار السلم الاجتماعي عند حل النزاع ودياً وسليماً بين أطرافه.²

فالقانون هو نتاج فكري يعكس أوضاع الحياة التي يعيشها أفراد المجتمع وكذا أمور الحياة التي يحكمها، الأمر الذي يلزم فيه أو معه النظر لكافة الظروف الجنائية والإحاطة والالمام بها فغالباً ما يأخذ المشرع في اعتباره نوع المصلحة لا مظهرها الشكلي، وإلا فإن العدالة غير المستنيرة لا تضيء في الظلام.³ وبناء على ذلك، فإن حكم القانون قد يكون قاصراً على تحقيق الغاية المرجوه من تشريعه وتطبيقه بعد أن كان صالحاً لممارسته لفترة معينة من الزمان إذ إن ذلك قد يحدث لأسباب مادية أو معنوية تضعف من أثره، ومن هنا تتعطل الغاية المرجوه - منه، كضرورة الجزاء المقرر لفعل مؤثم جنائياً قاصراً على الردع والزجر عن حدوث الفعل الإجرامي، فيحتاج- بعد ذلك لتخليط العقوبة وهذا ما تدور حوله وظيفة السياسة الجنائية التشريعية.⁴

والمصالح تُعرف على إنها التجارب والضرورات (أو الحاجيات) فيقرر لها المشرع الحماية أو يقوم بتفضيل بعض المصالح على الأخرى . فالمصلحة العامة تتحقق عند إقرار الوساطة والتسوية وكذلك الصلح يتهدد. معه الجدوى المبتغاه (المتحققة) من انزال العقاب، فالجزاء إذن يدور حول مركز ثابت وهو الجرم ذاته فلا يضار أو يصب إلا ما يحبط بهذا المركز وهو الجرم والمتهم (المجرم)

¹المرجع السابق، ص75،74.

²المرجع السابق، ص77.

³مجيد حميد العنكي، فكرة المصلحة والحق، مجلة الدراسات القانونية، العدد (1)، بيت الحكمة - بغداد 1999، ص41،42.

⁴عمر الزاهي، الطرق البديلة لحل النزاعات، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الخاص بالطرق البديلة لحل النزاعات، الجزء الثاني - الجزائر 2009، ص585 وما بعدها.

إلا أن كثيراً ما يكون وقوع العقاب دون جدوى أو فائدة (تحقيق الغاية المرجوة منه) .

ومثال ذلك حالة انقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة القانونية أى بتقادمها وخاصة عند تعذر مساءلة الجاني أو توجيه الاتهام له.¹ وكذلك أيضاً في حالة الإفراج تحت شرط ونظام العفو، وكذا في حالات الإعذار المعفية من العقاب الذي يعني نزول الهيئة الاجتماعية والمجتمع عن كل أو بعض حقوقه (حقوقها) المترتبة على الجرم المرتكب. فهذه من المسلمات والمرتكزات التي اعتمدت عليها السياسة الجنائية في الموازنة بين المصالح العامة والخاصة.² فالأحوال المتقدمة هي حقوق جوازية منحها المشرع للسلطة التنفيذية لإقرارها من عدمه بحسب كل حالة على حدة معروضة أمام قضاء الحكم.³ أما في حالات الصلح والوساطة وكذا التسوية أو حتى المثل بناء على الاعتراف المسبق للمتهم - المعمول به في النظام الجنائي الأمريكي "Plea Bargaining" فهو حق جوازي (اختياري) يمنحه المشرع للمجني عليه فيما أن يلجأ إليه من عدمه، فالأمر راجع لمدى رضا الأطراف بالاتفاق على حل النزاع سلمياً وإلا فمرد الأمر يكون القضاء وهو الأصل العام.

وتتحقق المصلحة العامة في الوساطة والصلح فيكون مكنها تجنب الأحقاد وإحلال السلم وروح التسامح الاجتماعي الذي مرده الفئاعة الحقيقة لدى الأطراف في حين أن الحكم القضائي سواء كان في صالح أحد الأطراف من عدمه (مباشرة

¹Kevin Larck, *The Philosophical Underpinning and General Workings of Chinese Mediation System: What Lessons Can America Mediators Learn?* 2 P.D. RESO. L. J. (2002), at 120-122.

²د/ على راشد، القانون الجنائي: المنخل وأصول النظرية العامة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص12.

³كمال فنيش، الوساطة - مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الخاص بالطرق البديلة لحل النزاعات، الجزء الثاني، الجزائر 2009، ص576 وما بعدها.

أو غير مباشرة) فليس بالضرورة أن يقتنع به أطراف الخصومة، هذا من ناحية¹. ومن ناحية أخرى، فإن إجراء الوساطة لا يكون بمعزل عن مرفق القضاء حتى يمكن الادعاء بالنيل من هيئة القضاء والافتئات على مرافقه، فيدعى البعض أن الوساطة هي عودة لنظام القضاء الشعبي ولكن هذا ليس بصحيح إذ ألزم القانون في معظم نصوصه التي تأخذ بنظام الوساطة أن تكون بموافقة القضاء (النيابة العامة) وتحت إشرافه ورقابته كما أن الصلح يكون بمصادقة القضاء عليه حتى يكون صحيحاً ومن ثم يكون صلحاً قضائياً².

ولكن في حالة تعارض المصلحة العامة التي تهدف لتحقيق نفع عام مع مصلحة خاصة تهدف لمصلحة شخصية (أو فردية خاصة بشخص بعينه)، فما هو معيار التفضيل في هذه الحالة؟ ثار خلاف في الفقه ولم يتوصل إلى رأى أو مذهب محدد في هذا الصدد. فذهب أنصار المصلحة العامة للقول إن مبدأ التقاضي يهدف غالباً إلى تحقيق أكبر قدر من السعادة للأفراد وهذا ما ذهب إليه الفيلسوف الانجليزي³ Jermey Bentham فيما ذهب أصحاب المصلحة الخاصة للقول بتفضيل المصلحة الشخصية على العامة وذلك عن طريق الاهتمام ببناء فضيلة الفرد ذاته (فقط) وإلى أن المصلحة العامة لا بد من مراعاتها إذا كانت تهدف للعدالة دون المغالاة في الاندفاع لتحقيقها رغبة في إفادة البشرية أو المجتمعات الإنسانية⁴. بل ذهب الاتجاه التوفيقي إلى تدعيم الطبيعة الإنسانية بشكل يتسم مع تحقيق التوازن بين المصلحتين (حدوث توافق بينهما)، وهو ما

¹ انظر بوجه عام حول الوساطة، عادل اللوزي، الحل بالتوفيق بين إرادة الأطراف والزامية الإجراء في ظل قانون التوفيق والمصالحة في سلطنة عمان ودولة الإمارات ووثيقة أبو ظبي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية العدد الأول، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، 2012، ص33.

² د/أشرف رمضان، مرجع سابق الإشارة إليه، ص114، 113.

³ المرجع السابق، ص17-20.

⁴ Article 134-1et Ss du N.C.P.C.F, titre VI bis, LaMmediation.

انتهى إليه الفيلسوف "جان جاك روسو" إلى معيار العقل السليم والمنطق الذي يهدف للتوفيق بين كل من الصالح العام والنفع الخاص.¹

وخلاصة القول إن المعيار المتبع في ترجيح المصالح هو عقل المشرع السليم ومنطقه، فعند إقرار الصلح والوساطة أو التسوية في بعض الجرائم دون غيرها فينظر المشرع إلى استقرار المصلحة المتحققة الراجعة على المصلحة المرجوحة أسوة بالمبادئ العامة المستقرة في مجال السياسة الجنائية وهو الأمر ذاته المتبع في الشريعة الإسلامية الغراء.²

وفيما يلي بيان إجراءات الوساطة الجنائية ومعرفة آثارها على الدعوى الدعوى الجنائية في المطالبين التاليين معقبين هذا الفصل بتقييم ومستقبل الوساطة الجنائية في مطالب ثالث.

المطلب الأول

كيف تمارس الوساطة الجنائية؟

(إجراءاتها ومراحلها)

تمهيد

جاءت النصوص التشريعية خالية من أي إشارة إلى القواعد والضوابط التنظيمية الخاصة بعملية إجراء الوساطة ولاسيما التشريع الأمريكي وكذا الفرنسي. فهي ممارسة حرة اختيارية يقوم بها الوسيط بهدف التوصل لحل النزاع بكافة الطرق الودية، وهو ما يؤكد قيام كل هيئة أو منظمة تعمل في هذا المجال بإعداد إجراءات الوساطة الخاصة بها.

وتنطبق الإجراءات الخاصة بالوساطة الجنائية على معظم صورها دون اختلافات جوهرية، إلا أن إجراءاتها تختلف وتتميز عن الصلح الجنائي كما

Décret no.96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires.¹

²على راشد، سابق الإشارة إليه، ص15، 14.

أسلفنا الإشارة من قبل. فبعد إقرار الادعاء العام الوساطة، فإنها تبلغ أطراف النزاع بذلك مباشرة أو عبر خطاب رسمي.

ومن أجل تنفيذ الوساطة، فقد نصت بعض القواعد التنظيمية الخاصة ببعض الهيئات والجمعيات المختصة بعمل الوساطة (كجمعيات حماية ضحايا الجرائم) ببيان عدد من القواعد المتعلقة بالحيادية والموضوعية التي يجب أن يمارس الوسطاء عملهم من خلالها، وكذا التزامهم بالسرية وعدم إفشاء المعلومات والنقاشات للغير.

بل أكثر من ذلك، فقد حددت بعض الأنظمة الآخذة بالوساطة في المواد الجنائية أن النيابة العامة غالباً ما تكون ملزمة بمتابعة الوساطة ورقابتها مع التزامها باخطار أطرافها بنتائج عمل الوسطاء. وعليه، فيمكن القول إن إجراءات الوساطة الجنائية تقع في أربع مراحل، نتاولها بإيجاز فيما يلي:

أولاً: المرحلة الافتتاحية (التمهيدية)

يتعين على الوسطاء في هذه المرحلة الاتصال بأطراف الخصومة الجنائية بهدف إعلامهم بأن مشكلتهم سوف يتم الفصل فيها أو حلها عبر الوساطة، وهي اختيارية متوقفة على رضاهم وموافقتهم.¹ يمكن للوسيط أن يحدد موعداً لمقابلة أطراف النزاع إما فردياً أو جماعة - بحسب الحال - وهو ما يتم غالباً عن طريق المراسلات البريدية.

وفي هذا الاجتماع يقوم الوسيط بإخبار أطراف النزاع بحقوقهم والتزاماتهم ويعلمهم أنه في حالة اجتياز الوساطة بنجاح، يتوقف السير في إجراءات الدعوى ويشترط في هذا اللقاء حصول الوسيط على موافقة الأطراف.² ويتعين كذلك على الوسيط (أو بعض الجهات القضائية) تقديم شرح واف لظروف الدعوى وتنظيم

¹د/ عادل على المانع، الوساطة في حل النزاعات الجنائية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد4، (2006)، ص65.

²د/ أسامة حسنين عبيد، المرجع السابق الإشارة إليه، ص541.

الوساطة و عملها و هدفها، وما قد يسفر عنها من نتائج لكل منها.¹ وبعد الحصول على تلك الموافقة، يقوم الوسيط بسماع أطراف النزاع كل على حدة؛ كي يتمكن من فهم أساس النزاع وتحديد أو الوقوف على طلباتهم، فهو يستطيع أن يحدد ملامح شكوى المجني عليه والضرر الذي لحقه، فقد يمتص غيظه وكي يمهد له لقاء الجاني للتفاهم ودياً.²

فهذه هي أهم دعامة في مرحلة إجراء الوساطة، إذ إنها تسمح للوسيط بتحديد طبيعة النزاع وطلبات ووجهة نظر أطرافه وعناصر الحل إن أمكن . وللأطراف إمكانية الاستعانة بمستشار قانوني أو محامٍ وذلك لاعتبار حق الدفاع من الدعائم الدستورية التي لا يمكن الإخلال بها أو إغفالها وخاصة في مجال الإجراءات الجنائية.³ ولكن في هذه الحالة يكون دور المحامي مختلفاً بعض الشيء عن الدور الذي يقوم به في ساحات القضاء، فهو ليس في مركز المدافع عن موكله الذي يهدف إلى نفي الاتهام عن موكله والمطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن الجرم إذا كان موكلاً عن المجني عليه (أو مدعياً بالحق المدني) ولكنه يُقدم المشورة لموكله فقط.⁴

ثانياً : مرحلة الاتفاق على الوساطة واجتماعها (مرحلة التفاوض)

هذا وبعد قيام الوسيط بسماع أطراف الخصومة، يتم الاتفاق على تحديد موعد يجمع الجاني والمجني عليه كي تتم المواجهة بينهم ولا يحدث ذلك إلا إذا كانا قد ارتضيا بذلك اللقاء.

وفي بداية هذا الاجتماع يعرض الوسيط غاية الوساطة ومبرراتها، ثم يسمح للضحية (المجني عليه المضرور) أن يعرض طلباته أمام الجاني، ثم يعرض

¹د/ أشرف رمضان عبد الحميد، المرجع السابق الإشارة إليه، ص57.

²المرجع السابق، ص59،58.

³د/ منصور عبد السلام عبد الحميد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص386.

⁴انظر:د/ أحمد محمد براك، مرجع سابق الإشارة إليه، ص133.

المتهم بعد ذلك رأيه ووجهه نظرة أمام المجني عليه، وهنا يستطيع الوسيط أن يقوم بتقريب أوجه النظر والعمل على تلطيف حده الاجتماع.¹

ويجوز في حالة رفض كليهما الاجتماع، السعي في الوساطة عبر اللقاءات المنفردة، أما في حالة الموافقة على اللقاء المباشر، فعلى الوسيط تذكيرهم بالنقاط المتفق عليها أثناء الاجتماعات الفردية كما يتعين عليه تنظيم المعلومات وترتيب إلقائها وغير ذلك من الأمور الفنية.²

ولا يشترط أن يكون هناك اجتماعاً مباشراً بين أطراف الخصومة، إذ إن هناك بعض المنازعات لا تحتاج ذلك فيكون كل أمر أو شيء واضحاً جلياً من بداية الأمر، إلا أن بعض الوسطاء يقترحوا بشدة حدوث هذا الاجتماع، إذ يترتب عليه - في معظم الأحيان - نجاح الوساطة.³ كما لا يشترط أن يكون هذا اللقاء علنياً، التزاماً بالسرية وهو أمر يقدره الوسيط. وتعد جلسات الوساطة في مكان محايد (جمعية أو مكتب أو هيئة الوساطة).⁴

وتعد هذه المرحلة هي حجر الزاوية أو عصب عملية الوساطة فهي مرحلة فارقة فيتحقق نجاح جهود الوساطة المتوقف على ما يبديه الأطراف من معاونة وروح التسامح، من أجل إنهاء النزاع ودياً وإلا كان مصيرها الإخفاق الحتمي.⁵

ثالثاً : تنفيذ الوساطة

إذا نجح الوسيط في مهمته وهي إقناع الأطراف بحل النزاع ودياً، فيأتي بعد ذلك الاتفاق التفصيلي على الالتزامات والتعهدات التي يقوم بها كل طرف تجاه الآخر، فيحرر الوسيط محضراً بذلك يوقع عليه أطراف النزاع أيضاً.⁶ وللوسيط

¹رامي متولي القاضي، المرجع السابق الإشارة إليه، ص133.

²المرجع السابق، ص134.

³ انظر: د/ محمد سامي الشوا، مرجع سابق الإشارة إليه، ص107، 108 .

⁴ د/رامي القاضي، مرجع سابق، ص136.

⁵ د/ أسامة عبيد، مرجع سابق، ص517.

⁶ انظر: د/ أحمد فوزي عبد المنعم، وسائل فض المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (61)، مصر، 2005، ص524.

صياغة تلك الواجبات بالصورة التي تضمن تنفيذها لدى كل منهم حتى يتم تلافى
أى احتدام أو خلق عقبات تمنع من الوساطة.¹

هذا وللوسيط اقتراح كافة التدابير والخيارات التي يمكن الوصول إليها عن
طريق التسوية إذ إن التشريعات تركت ذلك الأمر للسلطة التقديرية للوسيط. فقد
تشمل التدابير كافة صور التعويض المالي والمعنوي والمادي أو حتى قيام الجاني
بأداء عمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل معين يضمن تسوية النزاع (كعدم
التعرض للمجني عليه مثلاً) إلى غير ذلك من قواعد السلوك التي يمكن الاتفاق
عليها، إذ إنها تضمن إعادة تأهيل وإصلاح المتهم.²

فيمكن تنفيذ الوساطة بالشكل المالي (المادي) المتمثل في قيام الجاني بدفع
مبلغ معين للمجني عليه بهدف تعويضه، وكذا يمكن تنفيذها رمزياً تأسيساً على
العاطفة كاعتذار الجاني للمجني عليه كما هو في بعض الجرائم كالقذف والإهانة
والسب والتهديد، وكذلك يمكن تنفيذها معنوياً (أدبياً) بمعنى قيام الجاني مباشرة
بإصلاح ما لحق المجني عليه من ضرر أي قيامه بعمل أو نشاط معين يرتضيه
المتضرر (الضحية) (كالقيام بأعمال الصيانة مثلاً).³

وليس للوسيط أية سلطة في فرض حل معين بذاته على الأطراف فكل ما
سبق بيانه من صور لتنفيذ اتفاق الوساطة مقرون بموافقة ورضا أطرافها، ثم
يلتزم الوسيط بإبلاغ الادعاء العام بما أسفرت عنه الوساطة من نتائج إيجابية
كانت أو سلبية.⁴

¹ انظر: د/ طارق عبد الوهاب سليم، المدخل في علم العقاب الحديث، ص1، دار النهضة العربية، 1995، ص180.

² انظر: د/ عادل محمد الفقي، حقوق المجني عليه في القانون الوضعي مقارناً بالشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1984، ص28 وما بعدها. وانظر لذات المؤلف: كفالة حق المجني عليه في التعويض، بحث مقدم للندوة الدولية لحماية حقوق ضحايا الجريمة، (كلية الشرطة في الفترة من 22-25 يناير 1989)، ص3.

³ د/ محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة 1967، ص43.

⁴ انظر: د/ إبراهيم عيد نابل، الوساطة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص135-138.

رابعاً : نجاح عملية الوساطة (متابعة ما أسفرت عنه من نتائج)

إن اتفاق الوساطة لا يوضع نهاية لعمل الوسيط، فهو ملتزم بمتابعة تنفيذ ما يسفر عنه من نتائج وأمور سواء إيجابية أم سلبية، وخاصة في حالات الاتفاق على سداد قيمة التعويض على دفعات أو أقساط، فيلزم بمتابعة طرق الدفع.¹ فإذا تم الدفع، انتهت مهمته بإرسال ملف الدعوى للادعاء العام، أما إذا امتنع الجاني عن الدفع أو تقاعس عن تنفيذ الالتزامات الموكولة إليه، فللوسيط إخطار النيابة العامة لتتولى التصرف في الدعوى إما بتحريكها أو اقتراح التسوية الجنائية.² وغني عن البيان، أن اتفاق الوساطة لا يتمتع بقوة تنفيذية، فلا يجوز تنفيذه رغماً عن إرادة أطرافه إذ يتناقض وطبيعة الوساطة القائمة على الرضائية. والعبرة في نجاح اتفاق الوساطة هو مدى تنفيذ وبجدية ما أسفر عنه هذا الاتفاق وليس مجرد التوقيع عليه.³

وتثور في هذا الصدد إشكالية تقادم الدعوى الجنائية بمضي المدة القليلة (أو الصغيرة) خاصة في المخالفات البسيطة وعديمة الأهمية. هنا يتعين على الوسيط أخذاً في الاعتبار مدة التقادم إرسال ملف الدعوى للنيابة العامة كي تتخذ - طبقاً لما لها من سلطة ملائمة الادعاء - قرارها إما بالحفظ أو الملاحقة الجنائية أو التسوية الجنائية.⁴

وأخيراً، جاءت النصوص القانونية المنظمة للوساطة خالية من النطاق الزمني المحدد لانتهاء هذا الإجراء. فنجاحها متوقف على متابعة الأطراف لتنفيذ ما تم الاتفاق والتراضي عليه في الوقت الذي تم التفاوض عليه بين أطراف النزاع.⁵ ففي بعض الحالات قد تستغرق شهراً أو ثلاثة أشهر وأكثر بحسب الأحوال ولكن

¹ المرجع السابق - ص 139.

² المرجع السابق - ص 142.

³ المرجع السابق - ص 135.

⁴ المرجع السابق - ص 145-148.

⁵ انظر : د/ نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2001، ص 12 وما بعدها.

ثبت بالدراسة الحديثة الناتجة عن بعض هيئات الوساطة إنها في الغالب الأعم لم تتجاوز السنة (6) أشهر.

المطلب الثاني

في آثار الوساطة الجنائية

هناك أثراً إجرائياً محورياً يترتب على مجرد إحالة الدعوى الجنائية لإجراء الوساطة الجنائية كبديلاً لها وهو المتبلور في وقف تقادم الدعوى الجنائية بمضي المدة - كما أن هناك ثمة آثار أخرى تترتب أو تسفر عن انتهائها.

أولاً : وقف تقادم الدعوى العمومية (الجنائية)

(أ) انقضاء الدعوى الجنائية وإنهاؤها.

عرفت التشريعات والقوانين المقارنة المنظمة لنظام الوساطة الجنائية أثراً أساسياً مترتباً على نتائجها ألا وهو انقضاء الدعوى العمومية وإنهاؤها وذلك نتيجة لقيام الجاني بتنفيذ التزاماته وما اتفق عليه من أمور تعهد بإصلاحها .

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 6 - على سبيل المثال - على انقضاء الدعوى الجنائية حال قيام المتهم بتنفيذ ما فرض عليه من التزامات (تنفيذ اتفاق الوساطة) أو تعذر قيام تنفيذ ما اتفق عليه لسبب راجع للمجني عليه (أى خارج عن إرادته الجاني)، ويترتب على ذلك قيام النيابة العامة بحفظ الدعوى الجنائية بالصلح.¹

كما أن الصلح - في الشريعة الإسلامية - يؤدي لانقضاء الخصومة الشخصية وسقوط القصاص، فإذا تنازل (ولى الامر/ ولى الدم) أى صاحب الحق في القصاص بالعفو أو الصلح، انقضت الخصومة الشخصية القائمة بين الجاني والمجني عليه.² إلا أن الوساطة ليست صلحاً وإنما هى وسيلة من وسائل بلوغه، وعليه، فإن الآثار المترتبة عليها هى آثار مباشرة، تهدف إلى تسوية النزاع، بل

¹المرجع السابق.

² انظر: د/ الانصاري حسن النيداني، الصلح القضائي: دور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، دراسة تأصيلية وتحليلية، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - 2009، ص65.

إن آثار الصلح تكون دائماً غير مباشرة إذ إنه يمثل الإطار القانوني لهذه التسوية، فالوساطة تمكن طرفي الخصومة من بلوغ الصلح- عند عدم تمكنهم من ذلك- وفقاً لإمكاناتهم الشخصية (أو الذاتية).¹

ففي الصلح المدني، تنقضي الالتزامات المتبادلة بين أطراف النزاع وإبراء ذمتها فضلاً عن عدم قبول رفع الدعوى مستقبلاً في ذات الموضوع.² أما في حالات المنازعات العقدية المحتملة، فإن العقد المبرم بينهما يضمن خضوع الخصومات الناشئة عن التعاقد لتسوية ودية مما يؤدي إلى الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية إن رفعت وذلك لانعدام المصلحة- وهو شرط شكلي وأساسي- في قبول الدعوى، إذ إن انعدامها في هذه الحالة كان سببه التوافق والصلح المسبق بالعقد.³

فإذا تمت تسوية النزاع بالوساطة، فللمدعى استرداد ما دفعه من رسوم قضائية، ويلزم على القاضي التصديق على الصلح الذي تم بناء على الوساطة، ويعد ذلك التصديق بمثابة الحكم القطعي لا يجوز الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية.⁴

فالوساطة الجنائية تحدث أثراً على الدعوى العمومية وذلك من خلال إيقاف سريانها أي سريان تقادمها خلال الأجال المحددة لتنفيذ اتفاق الوساطة . فمن المستقر عليه فقهاً وقضاً، أنه مع وقوع الجرم،، ينشأ للدولة الحق في العقاب، إذ إن هذه الرابطة تنشأ بين "الدولة وسلطانها" بوصفها كياناً قانونياً وبين مرتكب الفعل فاعلاً كان أو شريكاً، فيكون للدولة بمقتضى تلك الرابطة الحق في العقاب

¹ د/ نبيل عمر، المرجع السابق، ص4.

² د/ نبيل عمر، المرجع السابق، ص12-13-14.

³ انظر: حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، منشورات الكلية الحقوقية ببيروت، لبنان 2007، ص49.

⁴ انظر بوجه عام: د/ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، الطبعة 9، دار الجامعة الجديدة، 2009.

وتمكنها من تنفيذه ويكون على مرتكب الواقعة الجنائية الخضوع لهذا الجزاء، إذ إن هذه الرابطة تسمى "رابطة العقاب".¹

فالدعوى الجنائية هي ملك الدولة وحقها في العقاب، إذ إن الغرض من ورائها هو تحقيق الصالح العام واستقرار وأمن المجتمع وكذا الطمأنينة العامة التي تتوقف على تحديد شخصية مرتكب الجرم وإقرار حق الدولة في معاقبته. وبناء على ما تقدم، فالنقادم يعني انقضاء حق الدولة في العقاب لمرور فترة زمنية محددة منذ وقوع الجرم أو منذ صدور الحكم في الدعوى الجنائية من غير أن تباشر الدولة في اقتضاء حقها في العقاب من مرتكب الإثم الجنائي.²

هذا ولم يكن المشرع الفرنسي - في بداية الأمر - يرتب أية آثار إجرائية على إحالة الدعوى الجنائية لنظام الوساطة الجنائية. ومن ثم فقد ثار تساؤل في الفقه واختلف حوله فقه ولايات النظام القانوني الأمريكي وذلك لاختلاف قواعد الشكل الخاصة بالوساطة في كل ولاية، إلا أنهم استفادوا من النظام الفرنسي في هذا الشأن، إذ تعلق هذا الأمر بما إذا كانت إجراءات الوساطة الجنائية تقطع مدة تقادم الدعوى الجنائية من عدمه؟³

فقد ذهب اتجاه في الفقه إلى أن إجراء الوساطة الجنائية يعد من قبيل إجراءات الاستدلال التي تتخذ في مواجهة المتهم، وعليه فإن هذا الإجراء يقطع مدة تقادم الدعوى العمومية في مواجهة المتهم.⁴ وطبقاً للقواعد العامة في الإجراءات، إن تقادم الدعوى الجنائية يبدأ من تاريخ آخر إجراء إذا اتخذ في مواجهة الجاني وبناء على ذلك، فإذا شعر الوسيط بمطالبة الجاني في تنفيذ اتفاق الوساطة بهدف

¹ د/رامي القاضي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 137.

² انظر: د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول (الأحكام العامة للإجراءات الجنائية، الإجراءات السابقة على المحاكمة، إجراءات المحاكمة)، دار النهضة العربية، الطبعة التاسعة، 2014، ص 278 وما بعدها.

³ د/ منصور حسان، المرجع السابق، ص 406.

⁴ د/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 731.

الاستفادة من تقادم الدعوى، فيتعين عليه إرسال ملف الدعوى للنيابة العامة كي تتخذ قرارها إما بحفظ الأوراق أو تحريكها ومباشرتها.¹

هذا ويلاحظ أن المشرع الفرنسي قد نص على وقت تقادم الدعوى الجنائية كأثر أساسي مترتب على إحالة الادعاء العام للدعوى للوساطة (مادة 1/41) والتي تنص على أنه "والإجراءات المنصوص عليها في هذه المادة توقف تقادم الدعوى".² فهذا النص يفوت الفرصة ويضيعها على المتهم في إساءته أو تعسفه في استخدام النظام الإجرائي الخاص بالوساطة، ويؤدي إلى غلق الباب أمامه في الاستفادة من قواعد وضوابط التقادم في الإجراءات وهروبه من الملاحقة الجنائية.³

كما يبدو من هذا النص أن المشرع قد قرر أن يحمي المجني عليه ومصالحه وضمن حصوله على تعويض عادل عن الضرر الذي قد أصابه من وراء الجرم الذي لحق به، أي حفاظاً عليه من تفكير الجاني في الافتئات على حقه والمماطلة وإضاعة الوقت في إجراءات الوساطة حتى تسقط الدعوى الجنائية بمضي المدد المقررة قانوناً لذلك.⁴

هذا ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص في قانون الإجراءات الجزائية صراحة على هذا الأثر دون غيره، إذ إن الوساطة تعد صلحاً والصلح ينهي النزاع قانوناً، فقيام الجاني بتنفيذ التزاماته وما اتفق عليه طبقاً للوساطة- يرتب انقضاء الدعوى العمومية وما يترتب على ذلك من آثار تتمثل في عدم جواز مباشرة النيابة العامة للدعوى عن ذات الاتهام وعدم الاعتداد بالواقعة كسابقة في العود وعدم جواز تسجيلها في صحيفة الحالة الجنائية للمتهم.⁵ وعلى نفس

¹د/ محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص497.

² انظر د/ حسني الجندي، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، القاهرة، 2014، ص497.8.

³د/ شريف كامل، مرجع سابق الإشارة إليه، ص174.

⁴د/ أسامة عبيد، المرجع السابق الإشارة إليه ص418.

⁵د/ رامي القاضي، المرجع السابق، ص140.

المنوال، فقد نص المشرع التونسي في المادة 3/335 من قانون الإجراءات (جملة) الجزائية على "تعلق آمال سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن طيلة الفترة التي استغرقتها إجراءات الصلح بالوساطة في المادة الجزائية والمدة المقررة...."¹.

ثانياً : الآثار الأخرى المترتبة على إنهاء الوساطة (بالنجاح أو الفشل)

من المسلم به أن الوساطة الجنائية لا تخرج عن فرضين إما نجاحها أو إخفاقها. فإذا فشلت الوساطة ولم يقبل أطراف النزاع اللجوء إليها، أو عدم التوصل لاتفاق بينهم أو حتى إذا لم يقم الجاني بتنفيذ التزاماته أو عدم رغبة الأطراف في تنفيذ جزء من الاتفاق.

ولكن وطبقاً للقواعد الجنائية الإجرائية الدولية، ومنها مثلاً التوصية (رقم 19/99) الصادرة عن المجلس الأوروبي التي تنص على أنه: "عندما تحال القضية إلى سلطات العدالة الجنائية من دون اتفاق بين الطرفين أو بعد التشكيل في تنفيذ هذا الاتفاق، فإن اتخاذ القرار بشأن السير في الإجراءات ينبغي أن يتخذ بدون تأخير، إذ إن فشل الوساطة يؤدي لتحريك الدعوى الجنائية."²

وبناء على ما تقدم، إذا فشلت الوساطة، فللنيابة العامة أن تتخذ قراراً إما بحفظ الدعوى إدارياً أو بتحريكها وهذه هي النتيجة المنطقية والطبيعية الناتجة عن فشل الوساطة إذ إنها أسفرت عن نتائج سلبية بعدم حل النزاع ودياً. ويجوز للنيابة العامة إجراء التسوية الجنائية أو تحريك الدعوى إذا كان فشل الوساطة راجعاً للجاني بتعمده إفشالها وإخفاقها.³

أما إذا أسفرت الوساطة عن نتائج إيجابية ونجح اتفاقها بمعنى قيام المتهم بتنفيذ التزامه وتعويض المجني عليه، فهناك اتجاه ينادي بالحفظ الإداري للدعوى بقرار تصدره النيابة العامة ويكون تعويض المجني عليه إما مادياً بدفعه أو أدبياً

¹د/ أحمد براك، المرجع السابق، ص 519.

²د/ أحمد براك، المرجع السابق، ص 520-522.

³د/ منصور حسان، المرجع السابق، ص 409.

(معنوياً) بمعنى عدم القيام بأعمال معينة، أو رمزياً قائماً على العاطفة.¹ ويترتب على نجاح الوساطة اعتبار فعل الجاني كأن لم يكن وهو ذات الأثر المترتب على الصلح في الإجراءات الجنائية. والقرار بحفظ الدعوى لا يكون نهائياً إلا بعد تأكيد الادعاء العام من تحقق اتفاق الوساطة، وأن أي إخلال من قبل الجاني من شأنه أن يؤدي إلى إعادة فتح التحقيق في الدعوى من جديد والمضي قدماً في إجراءاتها.²

هذا ويلاحظ أنه قرار إداري تصدره سلطة الاتهام بوصفها السلطة المهيمنة على جمع الاستدلالات، فهو لا يقيد ما ويجوز النزول أو العدول عنه في أي وقت نظراً لطبيعته الإدارية.³ كما أن هناك ما يوجد من أن يمنع دون تحريك الدعوى العمومية - ولو من الناحية النظرية البحثة - قانوناً على الرغم من تحقق الوساطة استناداً إلى ما تم تحقيقه بالفعل من التزامات.⁴ وعملاً، فلا يجوز - منطقاً ولا حتى عدالة - أن يقوم الادعاء العام - بعد قراره بالوساطة - بتحريك الدعوى رغم نجاحها (الوساطة).⁵

أما فيما يتعلق بالدعوى المدنية إذا كانت تابعة للدعوى الجنائية، فربما المجني عليه بحل النزاع الجنائي ودياً لا يعني بالتبعية تنازله عن حقه في الرجوع على الجاني بدعوى التعويض المدنية، إذ يجوز له في أي وقت الانسحاب والتوصل من إجراءات الوساطة والادعاء مباشرة أمام القضاء الجنائي بتحريك الدعوى العمومية لتتظر معها بالتبعية مع الأخذ في الاعتبار بأنه لا

¹ انظر : المادة (41) فقرة (1) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

² انظر: المادة (335) فقرة (3) من قانون الإجراءات الجزائية التونسي.

³ انظر على سبيل المثال: المواد 71 من قانون المرافعات المصري وكذا المادة 20 من قانون الرسوم القضائية المصري رقم 90 لسنة 1944.

⁴ ويمكن القول إن الوساطة الجنائية وجدت لها تطبيقات عديدة في عدة من فروع القانون، ومنها القانون المدني، قانون الأحوال الشخصية، وقانون العمل . انظر على سبيل المثال المادة (698) من القانون المدني العراقي رقم لسنة 1951 والمادة 704 من ذات القانون. وكذا المادة (41) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 88 لسنة 1959.

⁵ انظر : د/ عادل المانع، ص 69 - سابق الإشارة إليه؛ د/ رامي متولي القاضي، سابق الإشارة إليه، ص 248، 249.

يجوز الفصل في الدعوى المدنية قبل الفصل في الدعوى الجنائية تطبيقاً لمبدأ "أن الجنائي يوقف المدني".¹

أما إذا حصل المجني عليه (الضحية) على التعويض طبقاً للوساطة، فلا يجوز له مباشرة دعواه المدنية وهو غالباً ما يتفق عليه عند المفاوضات. كما أكد مشروع قانون موازنة العدالة في فرنسا لتطورات ظاهرة الإجراء (رقم 204/2004) تدعيم حق المجني عليه في الحصول على تعويض والمطالبة وفقاً لإجراء الأمر بالدفع المنصوص عليه في قانون المرافعات.² ولكن استبعد هذا النص لاعتبارات الرضائية الخاصة بالوساطة إذ يتم البدء في تنفيذها أو حتى قبل ذلك (أي اللجوء إليها).

وفي ضوء كل ما سبق، أثبتت التجارب العملية أن رفض المتهم لإجراءات التسوية الودية من خلال إجراء الوساطة أمر نادر الحدوث أو حتى تصوره وخاصة إذا ما كان ارتكب الجرم بالفعل.

واستناداً إلى أهمية الدور الذي تلعبه الوساطة الجنائية في تسوية المنازعات والخصومات المحتممة بين الأطراف، فمن المهم تفعيل دورها الإيجابي إذ إنها تتطوي على فوائد تتمثل في خفض الانتهاكات والتمزق الانفعالي، وتوفير نفقات التقاضي وحفظ علاقات العمل وإنقاذ الأرواح وغيرها. وعليه فينبغي تفعيلها على كل من الصعيد التشريعي والقضائي والمؤسسي والفردية والأسري والمجتمعي. لكن من الجدير بالذكر أن نظام الوساطة الجنائية كغيره من الأنظمة الرضائية

¹ د/ علي عبد القادر القهوجي، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1995، ص 65 وما بعدها.

² انظر: محمد عيسى النجدي، كلمة في إجراءات التقاضي، مجلة المحاماة المصرية، السنة السابعة والستون، العددان الثالث والرابع، 1978، ص 72؛ عبد القادر جادو، نحو عدالة بديلة: القضاء البديل: مجلة المحاماة المصرية، السنة الثالثة والخمسون، العددان الأول والثاني، 1973، ص 35؛ أحمد صدقي محمود، المدعي وظاهرة البطء في التقاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 10. وانظر في هذا الشأن: Rapport de Jean Claude Magendie, Premier President de la Cour d'Appel de Paris: Celerite et Qualite de la Justice: La P. Test. Mediation: Une Autre Voie, (2008).

-Atiro Lacancil, La Mediation Mudiciaire, Etude de Droit Francais Paris, France (2001), pp.1-2.

يتنازعه اتجاهان، مؤيد ومدعم له ومعارض يرفضه ويدحضه وهو ما نعرض له بإيجاز في المطلب الثالث.

المطلب الثالث

الوساطة الجنائية بين التأييد والمعارضة

تقييم نظام الوساطة الجنائية

تمهيد وتقسيم:

الوساطة الجنائية صورة من صور خصخصة الدعوى الجنائية، أي إعطاء الدور الأكبر والرئيسي لأطراف الدعوى (الجاني والمجني عليه)، للمشاركة في حسم وإنهاء الدعوى الجنائية والسيطرة على مجرياتها لمواجهة ظاهرة الإجراء المتصاعدة، ولا مجال للتخوف من فكرة الخصخصة، إذ إن الوساطة غالباً وفي معظم الأحوال والظروف تتم تحت رقابة دقيقة من الادعاء العام والتي لها إما سلطة الحفظ أو التحريك للدعوى انطلاقاً من نتائج الوساطة.

فالوساطة الجنائية تمثل تطوراً جذرياً في وظيفة النيابة العامة، التي تباشر سلطاتها طبقاً لمبدأ الملاءمة (إما حفظ الأوراق أو تحريك الدعوى) بحسب ظروف وملابسات القضية كل حالة على حدة، دون أن يشمل ذلك أي اتصال بأطراف الخصومة إلا أنه من خلال الوساطة يمكن تسوية الأمور ودياً، فتقوم بذلك من تلقاء نفسها أو من خلال وسيط. فأصبح دورها يشمل اختصاصاً جديداً وهاماً يقف جنباً إلى جنب مع وظيفة الاتهام والتحقيق التقليدية. وبهذا الإجراء يمكن تفعيل سياسة الحد من العقاب، بالشكل الذي يؤدي إلى إصلاح وتطوير منظومة العدالة الجنائية أو العدالة العميقة.

وبناء على ما تقدم، فإن نظام الوساطة الجنائية يجد نفسه في حيرة بين آراء الفقه المعارض والمؤيد له، إذ إن كلا الاتجاهين له حججه ووجهة نظرة التي يستند عليها. وعلى ذلك نعرض لكل من الاتجاهين بإيجاز للوقوف على مدى صلاحية هذا النظام من عدمه.

أولاً في الاتجاه المؤيد لنظام الوساطة الجنائية

لا يعد النظام المؤيد لنظام الوساطة الجنائية بما ساقه الاتجاه المعارض من حجج تنكر الدور الرئيسي الذي تلعبه الوساطة الجنائية في تطوير منظومة أو أزمة العدالة الجنائية، إذ إن نظريتهم أصبحت غير واقعية وغير منسجمة مع السياسة الجنائية الحديثة فهم لا يزالون ينظرون نظرة تقليدية للدعوى الجنائية والجزاء الجنائي بمفهومهما التقليدي.

يبد أن الاتجاه المؤيد لهذا الإجراء كان له وجهة نظره الرشيدة المدعومة بالحجج القوية والمنطقية والتي لا يمكن إغفالها أو ارتكازها فيما تشكله من نهضة في منظومة العدالة الجنائية. ويمكن إجمال تلك الحجج فيما يلي:

الحجة الأولى: علاج مشكلة الحبس قصير المدة

تعد إشكالية العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة وبخاصة الحبس قصير المدة من أهم وأعقد المعضلات التي تواجه العدالة الجنائية، إذ إنها تهيب الجو العام للعود للجرم، فضلاً عن أضرارها النفسية والاقتصادية والاجتماعية، وهو الأمر الذي دعا جانباً كبيراً من الفقه الجنائي للمناداة باستبدال نظم وضوابط أخرى بتلك العقوبة منها نظام العمل للمصلحة العامة، الوضع تحت الاختبار "Probation" وقف تنفيذ العقوبة "Suspended Sentence" وكذا الغرامة المناسبة مع دخل المتهم.¹ ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن القوانين والتشريعات الجنائية المقارنة تعمل من خلال إجراء الوساطة الجنائية على السيطرة على أشكال الجرائم البسيطة التي ليست لها خطورة كبيرة على المصلحة العامة للمجتمع - التي في الغالب - تكون عقوبتها الحبس قصير المدة، بإنهاء النزاع ودياً بدلاً من توقيع عقوبة الحبس والتي لا جدوى منها وما قد يترتب عليها من آثار.²

¹ انظر: د/ منصور حسان، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 417، 416.

² انظر: د/ أحمد فتحي سرور، الاختبار القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 13.

هذا ويلاحظ أن المؤسسات العقابية تعاني من أزمة التكديس وخاصة فيما يتعلق بالمحكوم عليهم (المساجين) بالشكل الذي يعطل أو يعوق برامجها في إصلاح وإعادة تأهيل الجناة (المحكوم عليهم) عبر برامج وتدبير مخصصة لهذا الغرض.¹

الحجة الثانية: التصدي لمشكلة قرارات حفظ أوراق الدعوى الجنائية

إن الادعاء العام وكذا (بعض أجهزة القضاء) تعاني من مشكلة اللامحدودية في عدد الدعاوى الجنائية (تضخم الدعاوى العمومية) المنبثقة عن السلوكيات البسيطة وهو ما يدفعها في الغالب الأعم إلى إصدار قرارات الحفظ بما تملكه من سلطة ملائمة وبالطبع دون اتباع إجراءات التحقيق، الأمر الذي أدى غالباً لشعور المجني عليه بالخوف تارة والأمان تارة أخرى.²

فيمكن القول إن كثيراً من المجتمعات وخاصة الغربية (كالمجتمع الأمريكي والفرنسي) أصيبت بالشعور بالضيق والضرر نتيجة لعدم قدرة أو إمكانية أجهزة العدالة الجنائية التقليدية في التعامل مع خصومات الجمهور العام بالشكل الذي يرضيهم، الأمر الذي أدى إلى تطبيق نظام الوساطة الجنائية أو ما يعرف بالعدالة الرضائية مما أدى لخفض قرارات الحفظ الصادرة عن النيابة العامة.³ فعلى سبيل المثال، قامت النيابة العامة الفرنسية بحفظ أكثر من ثلث الجرائم المبلغ عنها وكذا الأفعال التي تصدر عنها شكاوى أو بلاغات من قبل المجني عليهم.⁴

الحجة الثالثة: تخفيف العبء عن كاهل القضاء الجنائي

يرى أنصار هذا الرأي - الغالب في الفقه والعمل - أن الغاية الرئيسية من تطبيق نظام الوساطة الجنائية في المواد الجنائية التي يتولد عنها عدالة تصالحية

¹ المرجع السابق، ص 14-16.

² د/رامي القاضي، المرجع السابق، ص 242، 241.

³ د/ابراهيم عيد نايل، المرجع السابق، ص 7. ولمزيد من التفاصيل حول العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ومساوئها، انظر: د/ شريف سيد كامل، الحبس قصير المدة في التشريع الجنائي الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

⁴ د/ محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص 123-128.

(رضائية)، هو تخفيف وتقليل المجهود والعبء والضغط عن كاهل المحاكم، وخاصة الجنائية.¹ كما أن الوساطة توفر الجهد والوقت والمال لطرفي الخصومة، إذ تهدف لتسوية النزاعات سلمياً وبعيداً عن ساحات المحاكم على وجه الخصوص، منازعات العائلات والجيرة والعمل والإرث والتي تمثل نسبة ليست بالضيئلة عن الدعاوى التي تنظرها المحاكم.²

انطلاقاً من ذلك، يستطيع القضاء بأجهزته المختلفة بما فيه جهاز النيابة العامة أن يتخلص من الكم الهائل من القضايا التي ينظرها أمامه، بالشكل الذي يسمح له بالتفرغ والاهتمام بالقضايا التي تمثل أهمية أكثر حتى يتم حسمها والفصل فيها بشكل أفضل وفي وقت أسرع ربما، مما ينعكس أثره بالإيجاب على قوة وعدالة وسرعة الفصل في الجرائم والدعاوى الجنائية.³

كما أن هذا النظام يجنب الأفراد المثل أمام القضاء وما يترتب عليه من المساس بحقوقهم وحريرتهم، وهو ما دعت المؤتمرات والندوات الدولية للمناداة للأخذ به وتطبيقه كبديل لحل المنازعات كلما كان المجتمع ليس له مصلحة في رفع الدعوى الجنائية.⁴

فالوساطة كبديل للدعوى الجنائية تلي بوضوح احتياجات المجني عليه وفي ذات الوقت تقدم حلاً خلاقاً وجذابة لمحاسبة الجناة بعيداً عن المحاكم والإجراءات الجنائية المتبعة فيها.

فجوهر هذه السياسة المستحدثة هو إشراك المواطنين في بعض أوجه النظام الجنائي. فهي من ناحية، تعطي إجابات واضحة وكافية لمجمل المشاكل التي يفرزها الواقع العملي في بعض المنازعات الجنائية البسيطة وذلك سعياً لتحقيق العدالة الجزائية. ومن ناحية أخرى، تهدف إلى تخطي أزمة بطء الإجراءات مما

¹ د/ عمر سالم، مرجع سابق، الإشارة إليه، ص118.

² د/ أشرف رمضان، مرجع سابق الإشارة إليه، ص146-150.

³ المرجع السابق، ص149.

⁴ د/ أحمد براك، مرجع سابق الإشارة إليه، ص531.

يعرقل تحقيق فعالية العدالة وإنجازها عبر أنظمة تعليق العقوبات العادية والتكاليف المادية الضخمة التي تتطلبها هذه العدالة.

الحجة الرابعة: تحقيق الأمن والسلم الاجتماعي في المجتمع (مراعاة الصالح العام وتشجيع روح التسامح في المواد الجنائية).

من الجدير بالذكر أن الوساطة الجنائية نظام شعبي وقضائي واجتماعي في ذاته، إذ إن غايتها الصلح، وحيثما يكون الصلح بعد نظر الدعوى القضائية يتخذ صفة القضائية فيكون صلحاً قضائياً، بعكس ما يكون سابقاً على الدعوى القضائية، فيكون صلحاً ذاتياً اجتماعياً.¹ وفي كلتا الحالتين تأخذ الوساطة طابعاً قضائياً يهدف في النهاية لحل النزاع ودياً إلا أنها تتم من خلال شخص ثالث- في معظم الأحوال- يجب أن يتحلى بصفات ومبادئ تجعله مؤهلاً لممارسة هذا الإجراء، إذ إنه نشاط اجتماعي يعتمد على إشراك أطراف الدعوى الجنائية في حسم النزاع.² وبعبارة أخرى، فالوساطة نظام مساند لعمل القضاء العام وداعم له، إذ إن القضاء هو الذي يضيف الصفة المشروعة (المسئولية) من خلال إقرارها والمصادقة عليها، وأنها يتحدان في الغرض وهو تسوية النزاع.³ فهي تضمن تعويضاً مناسباً وعادلاً للمجني عليه عند نجاحها وهو ما يساعد على امتصاص غضبه وكظم غيظه نتيجة للأضرار التي لحقت به من جراء الجرم المرتكب، الأمر الذي يدعو إلى التسامح والتآلف الاجتماعي.⁴ وهذا لا يحققه على النقيض نظام الأحكام الجنائية إذ إنه في الغالب يورث الكره والحدق والضعينة بين الأفراد، فضلاً عن زيادة الاحتدام والتوتر في العلاقات الإنسانية.

¹ د/ أشرف رمضان، المرجع السابق، ص 148.

² J. Volf, *La Composition Penal un Essai Manqué*, 203. p. 2000, pol.
³ انظر: د/ إبراهيم أمين النفاوي، انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، السنة السادسة، العدد (12)، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر 1997، ص9.

⁴ انظر: زكي خير الأبو تيجي، المماثلة في الخصومة وعلاجها، مجلة المحاماة، السنة الخامسة عشرة، مصر 1934، ص73.

فالوساطة الجنائية وسيلة جنائية رضائية لحل الخلافات والمشاكل العقابية أو الجزائية، فهي إجراء مبسط لإدارة الدعوى الجنائية، ولا تشكل انتهاكاً للحقوق والحريات الفردية المحمية بمقتضى الدستور والقانون، وإنما تبعد عن المتهم وتجنبه وصمة الإدانة، إذ لا يتم تسجيل الجريمة في صحيفة حالته الجنائية (صحيفة السوابق) كما أنها لا تعد سابقة في العود. وكذا تجنب عقبات التنفيذ التي قد تنتج عن نظم العدالة التقليدية، إذ إن الحل الذي ارتضاه الطرفان نابع عن رغبتهما، كما تكفل وسيلة فعالة تضمن إدارة جيدة للعدالة الجنائية.¹

ثانياً: فى الاتجاه المعارض (الرافض) لإجراء الوساطة الجنائية

يسوق هذا الاتجاه مجموعة من الحجج التي يمكن للوهلة الأولى أن تقنع البعض إلا أنها في جوهرها غير منطقية وغير سائغة، ولذلك فغالبية الفقه يؤيد الوساطة الجنائية ويدحض هذه الحجج.

(1) تعارض الوساطة الجنائية وإخلالها بمبدأ الشرعية الجنائية

يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى القول إن قانون العقوبات هو الأداة الرئيسية في مكافحة الجريمة وخاصة في شقة الموضوعي، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة المحمية بقوة الدستور والقانون التي تقضي بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص أو بناء على قانون، ولا عقوبة إلا بحكم قضائي صادر عن محكمة جنائية مختصة". وهذا يتعارض وجوهر الوساطة التي تهدف إلى تجنب الإجراءات القضائية المعقدة والطويلة المدى وكذا عدم جدوها، فيرون أن قانون العقوبات قد شرع ووضع كي يطبق بكل دقة وحزم وحسم.²

¹ انظر: أحمد جلال عبد الرازق، نظرة حول مشكلة كثرة الدعاوي وبطء الفصل فيها، مجلة المحاماة، السنة الثالثة والخمسون، العددان الأول والثاني، مصر 1973، ص12 وما بعدها؛ أحمد صدفي محمود، نطاق تطبيق قانون فض المنازعات رقم 7 لسنة 2000، دراسة تحليلية نقدية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2002، ص8.

² د/ محمد سامي الشوا، مرجع سابق الإشارة إليه، ص12 وكذا د/ منصور حسان، مرجع سابق الإشارة إليه، ص410.

كما أن فكرة الجزاء الجنائي في فحواها متمثلة في - العقوبة الجنائية- هي أمر حيوي ومحوري ولازم كي يؤدي المجتمع وظيفته على نحو أفضل، وذلك من خلال زرع الرهبة في قلوب أفراد المجتمع من عاقبة ارتكاب الجريمة، فهو بمثابة إنذار مسبق يحث على عدم ارتكاب الفعل الجنائي المؤثم.¹ فقوم هذه الحجة تتمثل في فلسفة تنمية قانون العقوبات وتطبيقه من جهة والعقد الاجتماعي من جهة أخرى كأساس لتبرير ضرورة تطبيق القانون الجنائي في شقه الموضوعي.

فينظر هذا الفقه الكلاسيكي إلى حتمية تطبيق الجزاء الجنائي وبخاصة العقوبة الجنائية، إذ إنها الوسيلة المثلى بل والوحيدة في تقليل أو تقليص معدل الجرم عن طريق إيلاء المحكوم عليه وردعه وإمكانية تأهيله وإصلاحه، حيث إن التطبيق الدقيق والحاسم للقواعد القانونية وخاصة الجنائية هو الشكل الوحيد لتأكيد وضمان تحقيق العدالة المثالية.²

يمثل قانون العقوبات الدائرة الأساسية لمراقبة وضبط إيقاع الضمير الاجتماعي من خلال أدواته الصارمة، وإن بدائل الدعوى العمومية كالوساطة تعتبر وسيلة لإشاعة الفوضى وهدم المصلحة العامة التي هي أساس الحياة الاجتماعية والعلاقات الإنسانية.³

¹د/رامي القاضي، المرجع السابق، ص238،237.

²المرجع السابق، ص238.

³ Varda Bondy and Margaret Doyle, *Mediation in Judicial Review: A Practical Hand Book for Lawyers, The Public Law Project*, (London 2011), at 13.

(2) عدم اتفاق أو ملاءمة (الطبيعة الخاصة) للوساطة مع طبيعة وفحوى النظام الجنائي العقابي

يرى أصحاب هذا الرأي أن الوساطة أو التسوية الجنائية لا تتفق أو تتلاءم وطبيعة النظام الجنائي العقابي، الهادف إلى إثبات وقوع الجرم ومعاينة مرتكبها (فاعلين كانوا أو شركاء) كرد فعل اجتماعي طبيعي لوقوع السلوك الإجرامي.¹ فهو لا يهتم ولا يعبر أى اهتمام بفكرة إيجاد حلول مبنية على التوافق وتحقيق التفاهم بين أطراف النزاع، بل يؤكد على فكرة عدم اتفاق أطراف الخصومة ويؤكد على استياء المجتمع من الجاني وعلى وجوب اقتلاع جذوره من المجتمع، وذلك بإنزال أقصى العقوبات عليه حتى يكون عبرة للبشر والتفكير وإعادة النظر قبل ارتكاب الجريمة، فأضحى هذا النظام يركز على العقاب وليس التأهيل والإصلاح. فالهدف الأساسي هو الانتقام وتحقيق عدالة الثأر أو القصاص الخاص أكثر من عدالة جنائية فعالة قائمة على التفاهم والإصلاح والتأهيل، فيمثل سياسة انقطاع وهجر للمجرم وليس إدارة فن المصالحة بينه وبين المجني عليه فضلاً عن المجتمع.²

وادعى أنصار هذا الرأي أن الوساطة تهدر مبدأ عمومية الدعوى الجنائية من حيث كونها ملكاً للمجتمع، فلا يجوز التنازل عنها ولو حتى باتفاق الأطراف ولو كان ذلك أيضاً من جانب الادعاء العام.³ بيد أن نظام الوساطة مبني على التراضي بين أطراف الخصومة إلا أنه في حقيقته الأمر لا يعتد بإرادة الجاني- من الناحية الواقعية- إذ يخشى أن يكون قبول الجاني لها قائماً على أساس الخوف من تحريك ومباشرة الدعوى الجنائية فقط، فنكون في هذه الحالة أمام عقد جديد من عقود الإذعان محظي بنوع من التفاوض والمواد الجنائية، وكذا أن

¹ د/ منصور حسان، المرجع السابق، ص41.

² Arnaud Gaonac'h, *Le Champ d'Application de la Mediation Judiciaire*, Petite Affiches, no. 122,21 Juin.1999, p.5.

³ انظر بوجه عام: محمد أحمدعبد النعيم، مدى إحلال آلية التوفيق الإجبارية بحق التقاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص135.

خبرة المتهم تكون مفقودة عندما يوافق على هذا النظام، إذ إن كل ذلك يُشكك في مصداقية هذا الإجراء فقد يخفي معالم الخصومة وحقيقتها.¹

(3) الإخلال بمبدأ المساواة والعدالة بين الأفراد والافتئات على السلطة القضائية (الإخلال بضمانات المتهم في الدعوى الجنائية)

يعتقد هذا الاتجاه الفقهي أن إجراء الوساطة قد يعصف بالضمانات الدستورية الخاصة بصيانة الحقوق الفردية والحريات العامة فضلاً عن الضمانات القضائية المقررة للمتهم في الدعوى العمومية، وبصفة خاصة حق الدفاع، وهو ما يُمثل انتهاكاً لأحكام المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمرتكزة على حق المتهم في محاكمة عادلة وموضوعية، فقيامه بالوساطة يمثل إعلاناً صريحاً منه بالتنازل عن تلك الحقوق المصونة والمقررة دستورياً وقانونياً (محلياً وإقليمياً ودولياً).²

كما أن إجراء الوساطة في المسائل الجنائية يتعارض ولا يتفق مع حق المتهم في أصل البراءة، إذ إن المتهم برىء حتى تثبت إدانته "Beyond Reasonable Doubt"، فقبوله إياها وعدم اعتراضه عليها يُعد اعترافاً منه بالجرم وإقراراً صريحاً به وتنازلاً عن أصل براءته، فهو يقطع بإدانته نفسه بنفسه ويقطع بمسلك الدفاع عنها وخاصة إنها تسعى لحل النزاعات ودياً، فلا محل للقول ببراءة الجاني.³

كما أن معالجة الأضرار - أيّاً كان نوعها - الناتجة عن الجريمة وإصلاحها يحمل في طبيعته تنفيذاً لنظام الاختبار القضائي المقرر في قانون العقوبات، إذ

¹ Petronela Stogrin, *Mediation in Criminal Matters*, 3ACTA UNIVERSITATIS GEORGE BACOVIA JURIDICA, 1 (2014), http://www.ugb.ro/Juridica/Issue5EN/9_Medierea_in_cauzele_penale.Petronela_Stogrin_EN.pdf.

² د/ عادل المانع، مقال سابق الإشارة إليه، ص 71.
³ انظر: د/ مدرحت عبد الحليم رمضان، المرجع السابق، ص 39.

يعني إدانته الجاني دون محاكمة جنائية، ويمثل ذلك مساساً بحقه في أصل براءته المحمي قانوناً وبحكم الدستور وحتى المواثيق والإعلانات الدولية.¹

فضلاً عما تقدم، يمس هذا النظام بحق المتهم في علانية الإجراءات، إذ إن طبيعتها سرية وخاصة ما يدور في الجلسات من نقاشات ومفاوضات فتكون قاصرة على أطرافها، وعلاوة على ذلك، المساس بحق الجاني في تناسب العقوبة (الجزاء) مع الجرم المرتكب، إذ إن الوساطة قد تتجح وهو ما يحدث في أغلب الأحوال والظروف- في الوصول لحلول تعويضية مادية (مالية) مرهقة للمتهم، يقبلها وفق ما هو متفق عليه، على الرغم من ساذجه أو تفاهة السلوك الجرمي الذي ارتكبه، بغرض تجنب الإجراءات القضائية الكلاسيكية، بهدف الحفاظ على سمعته.²

كما أن أنصار هذه الحجة، قالوا أن الوساطة تمثل اختلالاً وافتتاتاً على السلطة القضائية والتقليل من احترامها وهيبته إذ إنها وحدها المختصة بالفعل في القضايا والدعاوي الجنائية وتوقيع الجزاء الجنائي المتمثل في العقوبة القسرية في الغالب الأعم، ومن ثم لا يجوز للدعاء الجنائي العام اللجوء للوساطة باعتبار أن ذلك شكل من أشكال الفصل أو التصرف في الدعوى الجنائية، وهو يمثل اعتداءً أو انتهاكاً لوظيفة القضاء الأساسية.³

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي قد قضى بعدم دستورية الأمر الجنائي، إذ إنه كالوساطة يتعارض مع نصوص وقواعد الدستور الفرنسي إذ إن النيابة العامة هي التي تتولى أمر الوساطة، وعلى الرغم من انتمائها لأجهزة السلطة القضائية إلا أن أعضاءها ليسوا بقضاة مما يُمثل

¹د/ عادل المانع، المقال السابق، ص72.

²د/ أحمد براك، مرجع سابق الإشارة إليه، ص537.

³د/ محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص10 ومابعداها.

إخلاقاً بمبدأ الفصل بين الوظائف القضائية، ولكن هذه الحجة ليس لها مكان للعمل بها أو لإثارتها في النظام الفيدرالي الأمريكي.¹

وفيما يتعلق بالإخلال بمبدأ المساواة، قال أصحاب هذه الحجة إن الوساطة خلقت من أجل إفلات الأثرياء أو الأغنياء أو حتى أصحاب السلطة (ذوو النفوذ) من العقاب، وهي حجة غريبة غير مفهومة وغير منطوقة، فقالوا إن من يملك ثمن إصلاح الضرر الناجم عن الجرم يستطيع أن ينجو من العقوبة.² فالعدالة التعويضية المنبثقة عن الوساطة الجنائية قد تتجه بالعدالة الجنائية نحو عدالة سلمية - كما يصفونها - (عدالة السوق)، الأمر الذي يصيب القانون الجنائي ونظامه المستقر في مقتل حيث ينحدر به نحو مستوى عدالة جنائية فاسدة غير حقيقية.³

كما أن اعتبار الجرائم البسيطة غير الخطرة معيار (نطاق) تطبيق الوساطة الجنائية هو معيار واسعاً قد يؤدي للإخلال وعدم المساواة في كثير من الأحيان، إذ إن بعض الجهات التي تلجأ لهذا الإجراء قد تطبقه في منازعة ما، لا ترى تطبيقه في منازعة أخرى من ذات الدرجة (أي أن اختلاف دوائر النيابة (جهات العمل) قد يؤدي لاختلاف معايير التطبيق، فيعصف بالمساواة والعدالة بين الأفراد، وذلك نتيجة لعدم وجود معيار دقيق يمكن الاستناد إليه لتحديد نطاق الجرائم التي يجوز فيها تطبيق نظام الوساطة الجنائية.⁴ فهذا كله يمثل إخلاقاً بمبدأ المساواة أمام القضاء "Equality Before the Judiciary" المحمي دستورياً وقانوناً.

¹ د/ أشرف رمضان، المرجع السابق، ص139.

² د/ مدحت رمضان، المرجع السابق، ص38.

³ المرجع السابق، ص40، 39؛ عادل المانع، المرجع السابق، ص72؛ محمد الشوا، المرجع السابق، ص12.

⁴ Bernard Dreyfus, La Mediation eu Dorit Public, Gaz. Pal., n0358, 24 Decembre 2013, p.27.

من كل ما تقدم، يمكن القول إن القضاء وما يجري عليه بأخذ نظام الوساطة الجنائية في حل المنازعات الجنائية، هو صورة جديدة للعدالة التقليدية وتساؤها جنباً إلى جنب في مكافحة الظاهرة الإجرامية- ولا سيما الجرائم البسيطة- فهي تستند إلى فكرة فلسفية بسيطة أو معادلة رياضية سهلة مؤدها أنه "لا يوجد شخصان لا يتفاهمان بل يوجد شخصان لم يتناقشا".¹

ونظراً للتطور الذي يشهده العالم وخاصة العالم القانوني والتشريعي، تتطور معه القواعد القانونية بحيث يواكب تلك التطورات التي تحدث باستمرار وتحاول قدر الإمكان استيعابها ووضع التشريعات في تنظيمها. فمفهوم العدالة الجنائية، من الناحية التقليدية هو أنها تهدف لتحقيق الثأر والانتقام من المتهم، فقد يطلق عليها في هذا الصدد "العدالة الانتقامية أو العدالة العقابية الثأرية" والتي تترك لدى الضحية (المجني عليه) الكثير من العوامل النفسية والجسمانية.² فيتحمل وحده وبصفة فردية - الآثار الناتجة عن السلوك الإجرامي حتى وإن كان أمامه الطريق ممهداً للدعاء مدنياً وقد لا يتحصل على تعويض مالي ملائم، إذ قد لا تتوفر أموال لدى مرتكب الجرم في بعض الأحيان (فاعلاً أو شريكاً)، ولا يشفي غيظ المجني عليه ولاغليله إذاً حتى ما حكم عليه بجزاء جنائي. هذا الأمر الذي أدى للبحث عن مفهوم أو طريق جديد للعدالة وهي العدالة التصالحية أو الرضائية التي بموجبها ينشأ دور إيجابي وفعال للمجني عليه بوصفه طرفاً في

¹ P. Couvrat et G. Giudicelli-Delage, Conciliation et Mediation, J.cl., no 168,2003, p.15.

² Emilio C. Viano, *Plea Bargaining in the United States: A Perversion of Justice* (2012).

- Oren Gazal-Ayal, *Partial Ban on Plea Bargains*, 27 CORDOZO. REV. 2295 (2006).
- Welsh White, *False Confessions and the Consitiutions: Safegurads Against Untrust worthy Confessions*, 32 HARVARD. C.R.L. REV.105,108 (1997).
- Josh Bowers, *Grassroots Plea Bargainig*, 91 MARQUETTE LAW REVIEW (2007).
- Dan Kahan, *Social Influence, Social Meaning, and Deterrence*, 83 VANDERBILT LAW REVIEW 349 (1997).

الدعوى العمومية بحيث تكون مشاركته أكثر قوة وفعالية مقارنة بالدور الذي يشغله في ظل أو تحت مظلة العدالة الانتقامية.¹

فيمكن من خلال الوساطة الجنائية تحقيق الأهداف والغايات المبتغاة من العدالة التعويضية، انطلاقاً من أزمة العدالة الجنائية في معظم الأنظمة القانونية وانعكاساتها على حجم القضايا والدعاوى التي تنتظرها أجهزة القضاء، إذ أصبحت الوسائل غير القضائية لإدارة الدعوى الجنائية ضرورة ملحة لمواجهة عدم فعالية وبطء الإجراءات التقليدية بهدف اختصارها. فقد ظهرت هذه الفكرة نتيجة الضغط المتزايد على القضاء لتخفيف أعبائه واختصار إجراءاته، فهي لا تطعن أو تسلب من القضاء اختصاصه أو وظائفه بل تساعد، إذ إنها تجري تحت إشرافه ورقابته فيعود له- في النهاية- القرار إما بقبولها أو بدحضها (أو جدها).

فهي تعد الثقافة القانونية الجديدة في إدارة الدعوى العمومية كونها فكرة بديلة عنها.² ففي ظل طغيان أزمة العدالة الجنائية، أدركت الأنظمة القانونية حاجاتها

¹ انظر في هذا الصدد لمزيد من التفاصيل:

- د/رامي القاضي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص143، 144.
- د/ شريف كامل، مرجع سابق الإشارة إليه، ص148، 149.
- د/ مدحت رمضان، مرجع سابق الإشارة إليه، ص43-45.
- د/ عمر سالم، مرجع سابق الإشارة إليه، ص105؛ د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق الإشارة إليه، ص238، 239. انظر نقض جلسة 1966/11/18، مجموعة الأحكام، السنة 17، ص 1161؛ الطعن رقم 1009 السنة 4ق، جلسة 1934، مجلة المحاماة، العدد الثالث، القسم الأول، السنة الخامسة عشرة، ص104.
- د/ عوض محمد عوض، مرجع سابق الإشارة إليه، ص88؛ د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق الإشارة إليه، ص137.
- د/ أسامة عبيد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص259. انظر الطعن رقم 1739 لسنة 73ق، جلسة 1965/11/15، مجموعة الأحكام، السنة 16، ص856، الطعن رقم 3385 لسنة 56ق، جلسة 1986/10/15، مجموعة الأحكام، السنة 37، ص769.
- د/ أحمد عوض بلال، مرجع سابق الإشارة إليه، ص108، 109؛ د/ سليمان عبد المنعم، مرجع سابق الإشارة إليه، ص107، 108.
- Randall Kennedy, *The State, Criminal Law, and Racial Discrimination: A Comment*, 107 HARVAD. L. REV. 1255 (1994).
- Poul Butler, *Racially Based Jury Nullification: Black Power in the Criminal Justice System*, 105 YALE L.J., at 677-695 (1996).

لوسائل بديلة للدعوى الجنائية كالوساطة والتسوية الجنائية وكذا الصلح الجنائي، وذلك في إطار السياسة الجنائية المعاصرة وخاصة أنها تركز - الوساطة - على رضا أطراف الدعوى لإنهائها، فيتحقق فعلاً خصخصة الدعوى الجنائية بعدما كان يعد المساس بالدعوى من المحرمات إذ إنها كانت حكراً على الدولة ولا يجوز التنازل عنها أو التفاهم بشأنها، إلا أن هذه الوسائل قد تم إدخالها بنكهة مدنية (مؤسسات مدنية) خارج المؤسسات القضائية، وإن كانت شعبية إذ يشترك المجتمع في إجرائها، فتكون كافة قطاعات الدولة متعاونة في مكافحة الإجرام.

- Goerge F. Cole, *The Decision to Prosecute: Rough Justice: Perspectives on Lower Criminal Courts* 127 (John A. Robertson ed.1974).

تناولت هذه الدراسة البحثية "الوساطة الجنائية في دفع مستقبل العدالة الجنائية إلى الإمام دراسة تحليلية مقارنة". فقد كان الغرض والهدف من دراسة هذا الموضوع الحيوي الهام هو محاولة تسليط الضوء على أهم وبعض الوسائل التي تمخضت عنها التشريعات والقوانين الجنائية الحديثة وخاصة في النظم القانونية المقارنة (كالنظام الأنجلوسكسوني وكذا النظام اللاتيني) وذلك أيضاً بناء على نجاح تجارب عديدة لدى هذه الأنظمة لدفع نظام العدالة الجنائية إلى الإمام. فكان من الأهمية تسليط بعض الضوء على هذه الوسائل وخاصة أهمها وهي الوساطة الجنائية في المواد الجنائية لمواجهة معضلة العدالة الجنائية في شقها الإجرائي الذي يتمثل في البطء الشديد وعدم الجدوى والفعالية في الإجراءات، لعل وعسى أن يجد المشرع الإجرائي فيها أو حتى في بعضها طريقاً لحل هذه المشكلة والأزمة الكبيرة التي تتفاقم يوماً في ساحات العدالة- والتي هي دون أدنى شك - أشد حدة ووطأة لدرجة دفعت الكثيرين وخاصة المشتغلين بالقانون إلى غض الطرف أو النظر عن ولوج مرفق العدالة الجنائية، وتسوية أو حل المنازعات والخصومات الجنائية باستخدام القوة أو عن طريق ما يطلق عليه بمجالس العرف أو الصلح (المجالس العرفية) .

فتكمن أهمية اللجوء لنظام الوساطة الجنائية في أنها أداة أو وسيلة رئيسية تستخدم في حل المنازعات الجنائية بالطرق السلمية أو الرضائية الودية كونها الفكرة البديلة عن الدعوى الجنائية. وعليه فهي الوسيلة البديلة عن القضاء كذلك، فهي واحدة من البدائل، فليست هي البديل الأوحده للدعوى العمومية كالصفح أو الصلح، إذ إنها تعد الثقافة القانونية أو الغطاء القانوني الحي (الحديث) وإدارة وتنظيم الدعوى الجنائية وبصفة خاصة الوسيط الذي يتطلب منه قدرة ومهارة معينة وكذلك ثقافة بعينها في بذل قصارى جهده لتقريب وجهات نظر طرفي الخصومة وإدارته للمفاوضات بينهما.

فتعد الوساطة الجنائية من البدائل الفعالة في تسوية العديد من الخصومات والدعاوى الجنائية التي غالباً ما تؤدي- في نهاية المطاف- إلى الصلح أو عقوبة بسيطة، ليس لها تأثير على المتهم إذا ارتضاها بعد الاتفاق عليها (والمتمثلة غالباً في التعويض)، فيكون تأثيراً إيجابياً وليس سلبياً، فيستفيد المتهم من عدم اللجوء للمحاكم لحل النزاع. كما أنه من الممكن إدراجها وإقرارها كنظام قانوني إجرائي ضمن القوانين الجنائية الحالية منها وذلك تماشياً مع المفهوم السائد للعدالة الجنائية بمفهومها الحديث الواسع. وبما أن نظام الوساطة الجنائية نظام جديد في بعض التشريعات والأنظمة القانونية العربية كونها ظهرت في التشريعات والقوانين الأجنبية المقارنة من قبل، فإنه من المهم أن يتم دراستها بشكل تفصيلي من خلال المهتمين بمجال العدالة الجنائية ورعاية الضحايا وخاصة المتضررين من الجريمة وذلك عبر ورش عمل وندوات ومؤتمرات على المستوى الداخلي والدولي للتعرف عليها بشكل أفضل ومحاولة الاستفادة منها وخاصة من تجارب النظام الأمريكي وكذا الفرنسي.

فالوساطة الجنائية لها طبيعة خاصة تميزها عن بعض الأنظمة القانونية كالصلح إذ إنها وسيلة للحد من إقبال كاهل المحاكم بقضية أو قضايا بسيطة أو عديمة الأهمية، فضلاً عن أنها تؤدي إلى إرضاء المجنى عليه وتمنع إجراءات تحريك ومباشرة الدعوى الجنائية ضد المتهم الجاني. فالوساطة تتطلب لإعمالها عدة أدوات (كأطرافها والجهات المشرفة عليها أي التي تتولى القيام بها) كما أنها تنصب حول موضوعات الجرائم الجنائية التي في غالب الأحيان تنسم بالطبيعة غير الخطرة على المجتمع - يحدد أو لم يحدد في بعض الأحيان - مجالها المشرع وقد يترك لأجهزة القضاء (بما في ذلك الادعاء العام) السلطة التقديرية في اللجوء إليها متى كان ذلك منتجاً، ويتم بشأنها سلوك بعض الإجراءات.

ففي ظل هذه الأزمة التي يعرفها القضاء والمترتبة على طول الإجراءات الجنائية وكثرة المشاكل المعروضة عليه فضلاً عن السلبات المنبثقة للعقوبات

السالبة للحرية وخاصة الحبس قصير المدة، إذ إن أهمها - كما أسلفنا من قبل - عجزها عن إعادة تأهيل ودمج الجاني مع الحياة في المجتمع وكذا ارتفاع تكاليفها من مصاريف تحتاجها المؤسسات العقابية (كالسجون). فكان من الضروري إعادة إدماج الجاني داخل نسيج المجتمع والاهتمام بالضحية (المجني عليه) عبر رفع أو جبر الضرر الذى أصابه من وراء الجرم المرتكب، وكذا تخفيف العبء عن المحاكم الجنائية ومنحها فرصة للتفرغ لنظر القضايا الهامة والتي منها فى يومنا هذا الإرهاب والجرائم الالكترونية وكذا جرائم المخدرات والاتجار بالبشر وغيرها. فكانت الوساطة الجنائية بديلاً جديداً ظهر نتيجة الضغط المتزايد على القضاء لتخفيف أعبائه واختصار إجراءاته الطويلة والمعقدة، فهي لا تسلب القضاء اختصاصه - كما يدعى البعض أو يزعم ذلك - فى الفصل وحسم النزاعات بل هى تجرى تحت إشرافه ورقابته وله القرار النهائى إما بقبولها أو برفضها.

هذا وقد ذهب غالبية الفقه الجنائى فى الوقت المعاصر إلى القول إن الوساطة الجنائية هى أسلوب مستحدث وغير مألوف على المجال الجنائى وخاصة المنازعات أو الخصومات الجنائية، فيقوم على أساس الانتقال من دائرة المؤسسة القضائية العادية (التقليدية) إلى دائرة العلاقات الاجتماعية وهذا ما يقود إلى رسم سياسة جنائية جديدة تقوم على أساس رضائى تصالحي أو توفيقى وذلك بتسوية النزاع على نحو يحقق رضاء أطرافه. إذ إنها إجراء يعمل على إعادة بناء العلاقة بين طرفى الخصومة على أرضية ثابتة قائمة على ركيزتين أساسيتين، أولاهما توفير الوقت والمال والجهد فضلاً عن جبر الضرر عن الضحية من خلال تعويض عادل يرفع عنه الأذى الذى لحقه، كما أن ذلك يجنب الجاني مساوئ الجزاء الجنائى.

وبعبارة أخرى، إن نجاح الوساطة الجنائية وتحقيق أو إنجاز أهدافها يعتمد أساساً على الوسيط الذي يعد مديراً أو مشرفاً ومنسقاً ومحركاً ومراقباً محورياً لهذه العملية من بدايتها وحتى نهايتها وحتى تنفيذ اتفاقها.

فيمكن القول إن المشرع يعترف بأن العقاب الجنائي (الجزاء الجنائي) ليس هو دائما الحل الأمثل أو الأفضل لتحقيق العدل والإنصاف - وهو ما أدركه مؤخراً - وهو ما يتماشى مع أحدث مدارس علم الإجرام فى القانون المقارن.

هذا وقد بذل المشرعون وخاصة - الإجرائيون - جهداً كبيراً ومضنياً لمواجهة أزمة العدالة الجنائية وفعاليتها منذ فترة طويلة، ولكن كلما تبينوا أداة من الأدوات أو نظاماً من الأنظمة التى من شأنها تخفيف العبء عن كاهل القضاء الجنائي، تصبح هذه الوسيلة أو النظام أو النموذج غير كاف وغير صالح عبر الزمن، ومن ثم يلجئون لغيرها وهكذا دواليك.

هذا وقد تم تخصيص هذه الدراسة لأهم نظام مستحدث للوقوف على حل سريع يضع حداً لأزمة العدالة الجنائية، فكان نظام الوساطة الجنائية. فعالجنا هذا النظام فى فصلين مستقلين عارضين لماهيته، وخصائصه، وأطرافه، وشروط تطبيقه وأثره على كل من الدعويين الجنائية والمدنية فضلاً عن تقييمه من حيث بيان مزاياه وعيوبه والانتقادات التى وجهت إليه.

وعلى أية حال، فقد أسفرت دراستنا المتعمقة التحليلية لهذا الإجراء الجنائي الهام عن مجموعة أساسية من النتائج وكذا بعض التوصيات التى خلاصنا لها نعرض لها فيما يلي:

أولاً: ما أسفرت عنه الدراسة (نتائج البحث)

1- أن النظام محل الدراسة (الوساطة الجنائية) هو نظام تم خلقه وابتداعه لمواجهة أزمة العدالة الجنائية فى إطار ما يعرف بالعدالة التصالحية أو العدالة الناعمة التى تقوم على تسوية النزاع وحسمه بكافة الطرق الودية سواء قبل أو بعد تحريك الدعوى العمومية، بأدوات ودية ووسائل رضائية

تصالحية (غالباً ما تكون قضائية) بين المجنى عليه والجاني أو الجاني والدولة. وبعيداً عن الطبيعة القانونية لهذا الإجراء، فهو يعبر عن الطبيعة الإنسانية أى أنسنة رد الفعل الاجتماعى ضد الجرم ومرتكبه من ناحية واعتبارات المحاكمة الجنائية من ناحية أخرى. إذ إنها تمثل خروجاً عن الفلسفة التقليدية المحصورة فى الجزاء الجنائي (أى العقوبة القسرية) السالبة للحرية أو المقيدة لها فى بعض الأحيان، واعتبرت المحاكم هى الوسيلة الأفضل وفقاً لإجراءاتها العادية لاقتضاء الدولة حقها والمجتمع فى العقاب.

2- حرص كل من المشرع الأمريكى وكذا المشرع الفرنسى وهو يقر هذا النظام على أن يكون محاطاً بضمانات من شأنها خلق التوازن بين سرعة الفصل فى الخصومات الجنائية أو حقوق المتهم الجاني، وإضفاء صفة الشرعية الدستورية عليها من خلال إسباغ أو إضفاء الصفة القضائية عليها، وكذا رضا المتهم وحقه فى الاستعانة بمحامٍ أو مستشار قانوني يتولى توجيهه فى هذا الصدد.

3- تتبأ كل من المشرع الفرنسى والأمريكى إلى أهمية الحفاظ على الحقوق المدنية للضحية (للمجنى عليه) بمعنى أن هذه الوسيلة لا يجب أن تمس أو تتال من استحقاقاته المدنية، بل وأكثر من ذلك، فقد جعل من رضائه (المجنى عليه) شرطاً رئيسياً لممارستها، فإن كانت إرادته غائبة غير موجودة ولكنها معيبة فلا يمكن بأي حال من الأحوال تطبيق نظام الوساطة. فلم تكن إرادة الضحية المضرورة من الجريمة غائبة عن بال المشرع وهو بصدد خلق قواعد بديلة لإدارة الدعوى العمومية.

4- تلعب الوساطة الجنائية دوراً بارزاً فى إنهاء المشكلة المتعلقة بالعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة (الحبس قصير المدة)، إذ يترتب على نجاحها

حفظ أوراق الدعوى الجنائية، ومن ثم يتجنب المحكوم عليه (المتهم)، مساوئ عقوبة الحبس وخاصة قصير المدة.

5- تعمل الوساطة الجنائية كوسيلة مستحدثة في إدارة الدعوى العمومية على حل المشاكل في وقت زمني معقول دون إرهاق مرفق القضاء، وهو ما يجعلها متسقة وصالحة مع الحق في سرعة الإجراءات والفصل غير البطيء للدعاوى المنصوص عليه في الاتفاقات الدولية والمقررة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، وذلك بدلاً من اللجوء للإجراءات الجنائية التقليدية للدعوى الجنائية المتممة بعدم الفصل السريع للقضايا فضلاً عن كونها مرهقة للمحاكم الجنائية.

6- الدور التثقيفي في هذا الشأن الذي يقع على كاهل مؤسسات المجتمع المدني فضلاً عن المؤسسات التربوية والتعليمية يلعب دوراً هاماً في توعية أفراد المجتمع بهذا الشأن وعلى كافة الأصعدة ابتداء من المرحلة الابتدائية وانتهاءً بالمؤسسات الجامعية (الجامعات) وهي (أعلى) منبر تعليمي يشكل عقول شباب الدولة الساعية نحو نظام قانوني أفضل قائم على التصالح وليس على الانتقام.

7- ضرورة إعطاء أهمية خاصة من قبل وزارة العدل والسلطة القضائية وخاصة في الدول العربية لموضوع بدائل إجراءات الدعوى الجنائية بصفة عامة والوساطة الجنائية بصفة خاصة أسوةً بتلك الأهمية المعطاة له على الصعيد الدولي وتحديدًا من قبل هيئة الأمم المتحدة. بحيث تكون التشريعات الجنائية متسقة بصورة منسجمة ودون أدنى تعارض مع روح ونصوص المواثيق الدولية والمتعارف عليها دولياً حتى يمكن القول إن أنظمتنا القانونية مواكبة في ظل الانتقال الذي يشهده العالم في كل من مجالى الإصلاح القانوني والتشريعي فضلاً عن القضائي.

ثانياً: توصيات الدراسة واعتباراتها العملية:

بما للوساطة الجنائية من أهمية فعلية، نستطيع القول إنه من الأهمية بمكان وخاصة على الصعيد التشريعي، أن يعيد المشرع المصرى نظره مرة أخرى فيما يتعلق بأزمة العدالة الجنائية وخاصة ما يتصل بها فى مجال الإجراءات، فعليه أن ينظر بجديّة فى تبنى تشريع أو إدخال نصوص قانونية على قانون الإجراءات الجنائية الحالى ينظم الوساطة الجنائية التى تهدف لتسوية النزاعات بالطرق السلمية (الودية) وخاصة إذا كان يبتغى نظاماً سياسياً قوياً وكذا قانونياً عادلاً، إذ يعتمد مبدأ حرية الحوار وسعة صدر تقبل الآراء المختلفة فى شتى مناحى الحياة والمجالات ويطلق الحريات المسئولة ويحترمها. فضلاً عن أن المرحلة التى يعيشها المجتمع المصرى من تخبط وعدم احترام الآراء والانتقال من نظام مرحلة عدم الاستقرار أى التحول (المرحلة الانتقالية) لمرحلة الاستقرار وما يتمخض عن كل ذلك من صراعات ومشكلات قد تستمر عقوداً من الزمن، فإن الوساطة تساعد على إدراكها وحلها بصورة أفضل وفى زمن أسرع.

كما أن الإشراف الفعلى للقضاء على إجراء الوساطة يعزز دوره الاجتماعى بشكل إيجابى ويزيد من هيئته وسلطانه فى نفوس أفراد المجتمع، إذ إن إجراءات الوساطة التى يمارسها الوسيط فى غالب الأحوال أسهل بكثير من اللجوء للإجراءات العادية بل توصي بتسهيل عمل الوسيط وكذا إجراءات الوساطة على نطاق أوسع، فتحصر حجم الدعاوى التى تذهب إلى مرفق القضاء وتزداد طرق حل المنازعات بالطرق الودية أو كما يمكن وصفها بالطرق الدبلوماسية فى المجال الجنائى.

كما أن الدعم الحكومى من قطاعات ومؤسسات الدولة فضلاً عن القطاع الخاص له دور هام ومتنوع ما بين دور تدريجى (عملى) أو أكاديمى (نظرى) أى دور تعليمى يهدف لترسيخ المبادئ الأساسية لهذا النظام.

من خلال الدراسة البحثية سالفة الذكر، نستطيع أن نوصى المشرع الإجرائي وبخاصة المصرى بعده توصيات منها:

أولاً: تلافى العيوب والانتقادات الموجهة لنظام الوساطة الجنائية التى سيقّت من قبل فى إدارة الدعوى الجنائية، فلا يأخذ من مصدرها كما هى.

ثانياً: أن تلتزم الدولة ومؤسساتها الرسمية بتوفير كافة الإمكانيات المادية والبشرية اللازمة لتطوير جهاز العدالة الجنائية ومرافقه المختلفة، وضمان الحق فى توفير محاكمة عادلة ناجزة وسريعة. فهو أمر ضروري وجلي يجب الأخذ به فلا يجب أن يقتصر على مجرد وجود مواد قانونية فى صياغة تشريعية لا تترجم على أرض الواقع، فتكون جامدة لا قيمة لها بل يجب أن تكون هناك إجراءات مختصرة وبسيطة فى مجال الدعوى الجنائية كى تواكب الإجراءات الواقعية الموجودة فى التشريعات المقارنة.

ثالثاً: دعوة المشرع المصرى الإجرائي لتبني الوسائل الأخرى لإدارة الدعوى العمومية بعد تبنيه بطبيعة الحال نظام الوساطة الجنائية التى من شأنها تيسير العملية الإجرائية القضائية عديمة الجدوى، مما أدى لشلل مرفق العدالة الجنائية إذ إن من شأنها العمل على حل هذه الأزمة المتفاقمة فى البلاد العربية، وخاصة مصر.

رابعاً: استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة بما فى ذلك شبكة المعلومات الدولية "الإنترنت" يساعد على سرعة حسم المشاكل العالقة فى كافة مراحل الدعوى الجنائية.

خامساً: إن معالجة أزمة العدالة الجنائية المتفاقمة فى مصر يحتاج إلى تضافر وتعاون كافة أجهزة الدولة وسلطاتها الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية) فضلاً عن جهود منظمات والجمعيات الأهلية المجتمع المدني وأجهزة الإعلام الموضوعية للوقوف على عوامل تفضى هذه الأزمة فى مصر وعلى العمل على

إيجاد حلول ومقترحات تناسب والنظام القانونى المصرى وكذا الثقافة المجتمعية المصرية.

فإصلاح مرفق العدالة وأحواله ليس من باب الرفاهية الفكرية والترف بل هو من الضرورات التى لا يستقيم بدونها أى مجتمع يرغب فى التطور والتقدم ومواكبة العصر، فههدف العدالة الجنائية هو الحفاظ على المجتمع إذ إن العدل هو أساس الملك.

وفى ضوء ذلك كله، يمكن القول إن فكرة الوساطة الجنائية لم تأت من فراغ أو عدم بل نتيجة اهتمام مفكري الفقه الجنائى الحديث بها، بل أكثر من ذلك اهتمام وتبنى بعض التشريعات الجنائية بتعويض العدالة الزجرية بأخرى أكثر منها إنسانية .

لذلك هناك من يرى فيها- الوساطة الجنائية كأداة للعدالة الجنائية- فرعاً مستقلاً من فروع القانون الجنائى، إذ إن بعض الفقه قد أطلق عليها القانون الجنائى الإنسانى.

وأخيراً وليس آخراً، فتشمل أبرز التوصيات التى يجب توجيه نظر المشرع المصرى إليها إما إصدار قانون خاص بإقرار الوساطة الجنائية، أو على الأقل إضافة نص قانونى يعالجها فى قانون الإجراءات الجنائية، مثال ذلك نص المادة 18 مكرر/ أ من ذات القانون. فيكون نصها على أنه "يجوز لعضو النيابة قبل اتخاذ قراره بتحريك الدعوى الجنائية أن يعرض على الأطراف تسوية النزاع عن طريق الوساطة، ويترتب على نجاحها تحرير محضر صلح، يثبت فيه ذلك، ويوقع عليه عضو النيابة أو الوسيط ذاته وكذا أطرافه. هذا ويقوم عضو النيابة العامة بتحريك الدعوى العمومية فى حالة عدم تنفيذ الجانى لبند الاتفاق، ويترتب على نجاح الوساطة انقضاء الدعوى الجنائية، ولا أثر لذلك على حقوق المضرور من الجرم فى رفع دعواه المدنية أمام المحكمة الجنائية أو استمرار الأخيرة فى نظرها حسب الأحوال".

يتضح من النص المتقدم سالف ذكره، أنه من الضرورى ترسيخ قيمة احترام الأخلاق والقيم الاجتماعية السامية فى المجال القانونى الجزائى دون حاجة للتهديد بالعقاب.

((تم بحمد الله تعالى وتوفيقه.....))

المراجع

أولاً: المراجع العربية

1. د/ محمد سامي الشوا- الوساطة والعدالة الجنائية- دار النهضة العربية- القاهرة- 1997.
2. ياسر بن محمد بابصيل- الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة (دراسة تحليلية)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 2011.
3. عادل يوسف عبد النبي، الوساطة الجنائية وسيلة مستحدثة وبديلة لحل المنازعات الجنائية والمجتمعات، مجلة كوفة، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الكوفة، عدد 9.
4. د/ عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، طبعة 1993.
5. د/ عبد الله عادل كاتب، الإجراءات الجنائية الموجزة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1980.
6. د/ فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، طبعة 1992.
7. د/ محمود مصطفى - اتجاهات جديدة في قانون الإجراءات الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، السنة الحادية والعشرون، يونيو 1951.
8. د/ عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1997.
9. د/ أحمد فتحي سرور، المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص بمناسبة العيد المئوى لكلية الحقوق، 1983.

10. د/ شريف سيد كامل، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2004.
11. د/ أنور محمد صدقي المساعدة ود/ بشير سعد زغول، الوساطة في إنهاء الخصومة الجنائية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، تصدرها كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة الثالثة والعشرون، عدد 40، أكتوبر 2009.
12. د/ رامي متولي القاضي، إطلالة على أنظمة التسوية في الدعوى الجنائية في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2011.
13. د/ حاتم عبد الرحمن محمد عطية، دور المجني عليه في إنهاء الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2014.
14. عبد الحميد أشرف، الجرائم الجنائية ودور الوساطة في إنهاء الدعوى الجنائية، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2010.
15. د/ أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية: ماهيته والنظم المرتبطة به (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2005 .
16. القرآن الكريم، سورة الحجرات الآية (9) وكذلك انظر سورة النساء، الآية (128).
17. د/ أحمد عوض بلال، التطبيقات المعاصرة للنظام الاتهامي في القانون الانجلوأمريكي - الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 1993.
18. د/ أشرف رمضان عبد الحميد، الوساطة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 2004.

19. د/ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، الطبعة الثانية، القاهرة 2002.
20. د/ أحمد فتحي سرور، بدائل الدعوى الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة - العدد 53، 1983.
21. د/ حمدي رجب عطية، دور المجني عليه في إنهاء الدعوى الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1990.
22. د/ طه أحمد محمد عبد العليم، الصلح الجنائي في القانون المصري، طبقاً لآخر تعديلاته، نادي القضاة، الطبعة الأولى 2010.
23. د/ منصور عبد السلام العجيل، العدالة الرضائية في الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 2016.
24. د/ مدحت عبد الحليم رمضان، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، طبعة 2000.
25. د/ أسامة حسنين عبيد، ورقة عمل حول الوساطة الجنائية، مقدمة إلى ندوة "دور المجتمع المدني في منع الجريمة"، أكاديمية الشرطة - القاهرة 2005/1/12.
26. د/ أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية - القاهرة 2004.
27. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة وزارة التربية والتعليم، سنة 2000.
28. د/ فايز عابد الظفيري، تأويلات في الوساطة الجنائية بوصفها وسيلة لإنهاء الدعوى الجزائية، دراسة منشورة في مجلة الحقوق جامعة الكويت، عدد2، السنة الثالثة والثلاثون 2009.

29. د/ محمد حكيم حسين، العدالة الجنائية التصالحية في الجرائم الإرهابية، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007.
30. عادل على المانع، الوساطة في حل المنازعات الجنائية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت العدد (4)، 2006.
31. الندوة الدولية لقانون العقوبات التي عقدت في طوكيو باليابان في الفترة من 16، 14 مارس 1983.
32. د/ محمود مصطفى، حقوق المجني عليه في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة الطبعة الأولى.
33. د/محمد أبو العلا عقيدة، المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1991.
34. الطعن رقم 2984 لسنة 32 ق، 1963/5/27، مجموعة الأحكام، السنة 14، القاعدة 57.
35. د/ حسنين عبيد، شكوى المجني عليه، مجلة القانون والاقتصاد، العدد(3)، 1974.
36. د/ مأمون سلامه، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، طبعة 2000، الجزء الأول.
37. د/ محمود كبيش، تأكيد الحريات والحقوق الفردية في الإجراءات الجنائية، دراسات للتعديلات الحديثة في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية، طبعة 2001.
38. د/محمد أبو العلا عقيدة، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، 1998.
39. د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، طبعة 1979 (مطبعة جامعة القاهرة)، الجزء الأول.

40. د/ عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 1986.
41. د/ عوض محمد عوض، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 1986.
42. د/ أمين مصطفى محمد، انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح وفق أحكام القانون 174 لسنة 1998 دار النهضة العربية، طبعة 2002.
43. على محمد المبيضين، الصلح الجنائي وأثره في الدعوى العامة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010.
44. د/ عمرو الوقاد، دور الرضا في القانون الجنائي، طنطا، 2000 .
45. الدكتور/ محمد حكيم حسين الحكيم، النظرية العامة للصلح في المواد الجنائية وتطبيقاتها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 2002.
46. د/ مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، الأمر الجزائي (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
47. عبد الحميد أشرف، الجرائم الجنائية ودور الوساطة في إنهاء الدعوى الجنائية، طبعة دار الكتاب الحديث، القاهرة 2010.
48. د/ سليمان عبد المنعم، آلية الإقرار بالجريمة كمظهر لتطور مفهوم العدالة التصالحية، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2015.
49. قانون إردمان.
50. قانون إدارة علاقات العمل (Labour Mangament Relations Act 1947).
51. قانون إصلاح العدالة (judicial Improvment Act 1990).
52. قانون حل النزاعات بالطرق البديلة (Alternative Disputer Resolution Act ADR of 1998)

53. د/ عاشور مبروك، نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
54. د/محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة المعاصرة، طبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.
55. ليلي الفايذ، الصلح في جرائم الاعتداء على الافراد: فلسفته وتطبيقه في القانون الجنائي المقارن، دار الجامعة الجديدة، 2001.
56. صباح أحمد نادر، التنظيم القانوني للوساطة الجنائية وإمكانية تطبيقها في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، بحث مقدم إلى القضاء في إقليم كردستان (محكمة جنح أربيل العراق) 2014.
57. د/ يس محمد يحيى، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني: دراسة مقارنة فقهية قضائية تشريعية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس (دون سنة).
58. د/ أحمد مجدي براك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة :من دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2010.
59. كارل أسليكيو، عندما يحتدم الصراع، دليل عملي لاستخدام الوساطة في حل النزاعات (ترجمة د/علاء عبد المنعم)، الدار الدولية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر 1999.
60. د/ محمود السيد التحيوى، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006 .
61. د/ حمدي رجب عطية، تبسيط الإجراءات أمام القضاء الجنائي، تقرير مقدم لمؤتمر العدالة الأول المنعقد بنادي القضاة، القاهرة 1986.
62. د/ حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، طبعة أخيرة، منشأة المعارف الإسكندرية 1982.

63. د/ عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الطبعة الثالثة، منشورات بغداددي، الجزائر، 2011.
64. د/ علاء اباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات :دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت 2008).
65. د/ أحمد محمد حشيش، نحو فكرة عامة للوساطة الإجرائية باعتبارها عوناً للقضاء، مجلة روح القانون (كلية الحقوق، جامعة طنطا)، مارس 2002.
66. د/ محمد سامي الشوا، الوساطة والعدالة الجنائية: اتجاهات حديثة في الدعوى الجزائية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 1997.
67. د/ حسنين ابراهيم عبيد، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، المجلد (17)، يوليو 1974.
68. د/ هشام مفضي المجالي، الوساطة الجزائية، وسيلة غير تقليدية في حل المنازعات الجزائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه لكلية الحقوق جامعة عين شمس، 2008.
69. د/ رامي متولى القاضي، الوساطة كبديل عن الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2010.
70. د/ آمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1988.
71. المستشار عدلي خليل، اعتراف المتهم فقهاً وقضاءً، دار النهضة العربية، طبعة 1991.
72. د/ إدوارد غالي الذهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1980.
73. الدكتور/هلالى عبد اللاه، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق، دار النهضة العربية - الطبعة الأولى، 1989.

74. د/ رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الإسكندرية 1973.
75. د/ مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة 2004.
76. المادة (5) من قانون الوساطة الصيني.
77. علي أحمد صالح، المصلحة وأثرها في القانون، رسالة دكتوراه (بغداد 1996).
78. باسم عبد زمان، سياسة التجريم في الظروف الاستثنائية، أطروحة الماجستير، بغداد (1997م).
79. المادة (7/ب) من قانون الوساطة الأردني، رقم 37 لسنة 2003 وكذا المادة (9/أ) و(2/7).
80. د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار النهضة العربية، بيروت 1984.
81. د/ جودة حسين جهاد، الوجيز في شرح الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة، القانون الاتحادي رقم 35 لسنة 1992م، الجزء الأول، مطابع البيان التجارية، دبي 1994.
82. المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية المصري.
83. د/ حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية، مع التطورات التشريعية والمذكرات الإيضاحية والاحكام في مائة عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
84. د/ جابر جاد نصار، التوثيق في بعض منازعات الدولة، مجلة القانون والاقتصاد البحوث القانونية والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد (73)، 2003.

85. د/ السيد عتيق، التفاوض على الاعتراف في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في ضوء أحدث التعديلات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2008.
86. د/ أمين مصطفى محمد، الحد من العقوبات في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه لكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1993 .
87. د/ عبد الرؤوف المهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، طبعة 2013.
88. د/ غنام محمد غنام، مفاوضات الاعتراف بين المتهم والنيابة في القانون الأمريكي، دار النهضة العربية، طبعة 2003.
89. د/ على عبد الواحد وافي، المسؤولية والجزاء، دار إحياء الكتب العربية، (1948).
90. باسم عبد زمان، سياسة التجريم في الظروف الاستثنائية .
91. المادة (7/ب) من قانون الوساطة الأردني
92. المادة (194) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.
93. د/ مجيد حميد العنكبي، أثر المصلحة في تشريع الاحكام بين النظامين الإسلامي والإنكليزي أطروحة ماجستير، بغداد، 1971.
94. د/ مجيد حميد العنكبي، فكرة المصلحة والحق، مجلة الدراسات القانونية، العدد (1)، بيت الحكمة - بغداد 1999.
95. عمر الزاهي، الطرق البديلة لحل النزاعات، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الخاص بالطرق البديلة لحل النزاعات، الجزء الثاني - الجزائر 2009.
96. د/ على راشد، القانون الجنائي: المدخل وأصول النظرية العامة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

97. كمال فنيش، الوساطة - مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الخاص بالطرق البديلة لحل النزاعات، الجزء الثاني، الجزائر 2009.
98. عادل اللوزي، الحل بالتوفيق بين إرادة الأطراف وإلزامية الإجراء في ظل قانون التوفيق والمصالحة في سلطنة عمان ودولة الإمارات ووثيقة أبو ظبي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية العدد الأول، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، 2012.
99. د/ عادل على المانع، الوساطة في حل النزاعات الجنائية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 4 (2006).
100. د/ أحمد فوزي عبد المنعم، وسائل فض المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (61)، مصر، 2005.
101. د/ طارق عبد الوهاب سليم، المدخل في علم العقاب الحديث، دار النهضة العربية، 1995.
102. د/ عادل محمد الفقي، حقوق المجني عليه في القانون الوضعي مقارناً بالشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس، 1984.
103. د/ عادل محمد الفقي، كفالة حق المجني عليه في التعويض - بحث مقدم للندوة الدولية لحماية حقوق ضحايا الجريمة، (كلية الشرطة في الفترة من 25، 22 يناير 1989).
104. د/ محمود نجيب حسني، علم العقاب - دار النهضة العربية - القاهرة 1967.
105. د/ إبراهيم عيد نايل، الوساطة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
106. د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2001.

107. د/ الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي: دور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، دراسة تأصيلية وتحليلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
108. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، منشورات الكلية الحقوقية ببيروت، لبنان 2007.
109. د/ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، الطبعة 9، دار الجامعة الجديدة، 2009.
110. د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول (الأحكام العامة للإجراءات الجنائية، الإجراءات السابقة على المحاكمة، إجراءات المحاكمة)، دار النهضة العربية، الطبعة التاسعة، 2014.
111. د/ حسني الجندي، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية - الطبعة السادسة، القاهرة، 2014.
112. المادة (41) فقرة (1) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.
113. المادة (335) فقرة (3) من قانون الإجراءات الجزائية التونسي.
114. قانون المرافعات المصري .
115. قانون الرسوم القضائية المصري رقم 90 لسنة 1944.
116. القانون المدني العراقي رقم لسنة 1951.
117. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 88 لسنة 1959.
118. د/ على عبد القادر القهوجي، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1995.
119. محمد عيسى النجدي، كلمة في إجراءات التقاضي، مجلة المحاماة المصرية، السنة السابعة والستون، العددان الثالث والرابع، 1978.

120. عبد القادر جادو، نحو عدالة بديلة: القضاء البديل، مجلة المحاماه المصرية، السنة الثالثة والخمسون، العددان الأول والثاني، 1973.
121. ابراهيم أمين النيفاي، انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، السنة السادسة، العدد (12)، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر 1997.
122. أحمد جلال عبد الرازق، نظرة حول مشكلة كثرة الدعاوي وبطء الفصل فيها، مجلة المحاماه، السنة الثالثة والخمسون، العددان الأول والثاني، مصر 1973 .
123. أحمد صدقي محمود، المدعى وظاهرة البطء في التقاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
124. أحمد صدقي محمود، نطاق تطبيق قانون فض المنازعات رقم 7 لسنة 2000، دراسة تحليلية نقدية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
125. د/ شريف سيد كامل، الحبس قصير المدة في التشريع الجنائي الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة 1999.
126. زكي خير الأبوتيجي، المماثلة في الخصومة وعلاجها، مجلة المحاماه، السنة الخامسة عشرة، مصر .
127. محمد أحمد عبد النعيم، مدى إحلال إليه التوفيق الإجبارية بحق التقاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

1. P.H.Bolle: Les Leuteurs de la Prociedure Peual R.S 1982.
2. J. Pradel: La Rapidite de l' Instunce Penal Aspect de Droit Compare Rev. Penit. 1995.
3. Joseph B.Stulberg, A Civil Alternative to Criminal Prosecution, 39 Alb. L .Rev. (1974,1975).
4. Sharon Press, Insititunalizeation: Savoir or Saboteur of Mediation? 24 Flori. St.Univ.L.Rev. (1997).
5. Roscoe Pond, The Decadeuce of Equity, 5 Coloumbia L.Rev.(1905).
6. Lawrence R.Mills, A Mile Stone on the Journey, 14 Dispute Resolution Magazine 384 (2008).
7. Robert A.Busla, Staying in Orbit or Breaking Free: The Relationship of Mediation to the Courts over Four Decades, 84 North Dakota L. Rev. (2008).
8. Warreu E. Burger, Isn't There a Better Way? 68 Annual Report on the State of the Judiciary. 68 American Bar Association J.3 (1982).
9. Mbanzoulou: La Medition Penal, 1er Ed. l'Harmattan, 32, (2002).
10. Clifford Wallace, Judicial Reform and the Pound Conference of 1976, 80 Mich.L.Rev.4 (1982).
11. G.Blanc: La Mediation Penal. Commentaire de Article 6 d' La Laorog 3/2 du 4 Janniess 1993 Portautre
12. Forme de la ProcEDURE Penal la Samain Juridique J.C.P ed 1994.

13. Jeffery J. Peck, *Users United: The Civil Justice Reform Act of 1990*, 54 *Law 8 and Contemporary Problems J* .3 (1991).
14. Carol Rasnic, *Alternative Dispute Resolution Rather than Litigation? A Look at Current Irish American Law*, 4 *Judicial Studies Insititute J.*, (2004).
15. Eric Van Ginkel, *Mediation under National Law: The United States of America*, 1 *International Bar Association Mediation Committee Newsletter* 2, (Aug.2005).
16. Robert Prerkovich, *A Comparative Analysis of Community Mediation in the United States and the People's Republic of China*, *Temp. Int'l. & Comp.L.J.* (1996).
17. Shoron Press, *Insitutnalization of Mediation of Florida: At the Crossroads*, 108 *Penn. St. J.Rev.* (2003).
18. Loukas A.Mistelis, *ADR in England and Wales*, 12 *Am. Rev. Int'l. Arb.* (2001).
19. Jacques Borricand et Anne mane Simon, *Droit Penal, Procodure Penale*, 2nd Edtion, Siry 2000.
20. Jean Pradel, *Procedure Penale*, 7ed. , Cujas, Paris 1993.
21. Christine Lazerges, *Mediation Penale, Justice Penale et Politique Criminelle*, R.S.C.1997.
22. Gaston Stefani, Georges Levasseur, et Bernard Bouloc, *Procedure Penale*, 16 ed, Dalloz, Paris, 1996.
23. Jaques Faget, *La Mediation Essaide Politique Penale*, 1997.

24. Jacqueline M. Nolan-Heley, Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decision Making, 74 Notre Dame L.Rev.(1999).
25. G. Demanet, La Mediation Penale en Droit Belge ou Magistrat de Liaison, Un Nouvel Entrenetteur, R.D.P.C.1994.
26. Frank E.A. Sander, Varieties of Dispute Processing, 70 F.R.D (1976) .
27. Shanin Specter and Jason L.Pearlman, Global Perspectives on ADR (ed.by Carlos E. Mota and Silvia B.Vilar),Cambiage 2014.
28. S. Braudo, La Pratique de la Me'diation aux Etats-Unis, Gaz-pal, 4 Mai 1996.
29. Marc Ancel, La Reforme Penale Sovietique, Paris 1962.
30. Robert Cairo, La Mediation Penale Entre Repression et Reparation, L' Harmattan, Paris 1997.
31. Jacqueline Nolan- Haley, The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudnce and Roscoe Pound, 6 Cardozo J.of Conflict Resolution (2004).
32. Thomas O. Main, ADR: The New Equity, 74 Cin.L.Rev. (2005).
33. Jecqueline Nolan – Haley, Mediation Exceptionality, 78 Florida L. Rev. 101 (2009).
34. Antoine Masson & Breen Fiona, Keeping the Essece of Mediation, 1World Arb. Mediation Rev. (2007).
35. Jean- luc Chabot, Stephane Gal, Christophe Tournu, Figures de la Mediation et Lien Social, L'Harmattan, Paris 2006.

36. Francis De Iperee, *Administration et Mediation, Administration Publique, Bruxelles (1982).*
37. Jocqueline Morineau, *L' Esprit de la Mediation, Trajests, Edition Eres, 2001.*
38. Noce D.J.Della, *Mediation Theory and Policy:The Legacy of The Pound Conference, 17 Ohio State J.on Dispute Resolution, 2002.*
39. Kevic. Clark, *The Philosophical Underpinning and General Workings of Chienese Mediation System: What Lessons Can America Mediators Learn? 2 P.D.Reso. L. J. I (2002).*
40. *Rapport de Jean Claude Magendie, Premier President de la Cour d'Appel de Paris: Celerite et Qualite de la Justice: La Mediation: Une Autre Voie. (2008).*
41. Atiro Lacancil, *La Mediation Judiciaire, Etude de Droit Francais Paris, France (2001).*
42. J.Volf, *La Composition Penal un Essai Manqué, pol, 2000.*
43. Varda Bondy and Margaret Doyle, *Mediation in Judicial Review: A Practical Handbook for Lawyers, The Public Law Project, (London 2011).*
44. Arnaud Gaonac'h, *Le Champ d'Application de la Mediation Judiciaire, Petite Affiches, No. 122,21 Juin.1999.*
45. Petronela Stogrin, *Mediation in Criminal Matters, 3Acta Universitatis George Bacovia Juridica, 1 (2014).*
46. Bernard Dreyfus, *La Mediation eu Dorit Public, Gaz.Pal. No. 358, 24 Decembre 2013.*
47. P.Couvrat et G.Giudiccelli-Delage, *Conciliation et Mediation, J. cl., No. 168, 2003.*

48. Emilio C.Viano, Plea Bargaining in the United States: A Perversion of Justice (2012).
49. Oren Gazal-Ayal, Partial Ban on Plea Bargains, 27 *Cordozo. Rev.* 2295 (2006).
50. Welsh White, False Confessions and the Consiituitions: Safegurads against Untrustworthy Confessions, 32 *Harvard.c.R-c.I.L.Rev.*105, 108 (1997).
51. Josh Bowers, Grassroots Plea Bargainig, 91 *Marq. L. Rev.* (2007).
52. Dan Kahan, Social Influence, Social Meaning, and Deterrence, 83 *Va. L.Rev.*349 (1997).
53. Randall Kennedy, The State, Criminal Law and Racial Discrimination: A Comment, 107 *Harvad. L.Rev.*1255 (1994).
54. Poul Butler, Racially Based Jury Nullification: Black Power in the Criminal Justice System, 105 *Yale L.J* (1996).
55. Goerge F.Cole, The Decision to Prosecute: Rough Justice: Perspectives on Lower Criminal Courts 127 (John A.Robertson, ed.1974).

أمن الطاقة النووية
بدولة الإمارات العربية المتحدة

إعداد
د/ خالد علي عراقي

مبحث تمهيدي

ماهية الطاقة النووية ومزاياها ومشاكلها

الطاقة النووية من الطاقات الجديدة في العالم والتي إتجه إليها العالم حديثاً وذلك بغية الحصول على بعض المنافع، مثل المنافع العسكرية وكذلك الإستخدامات السلمية كتوليد الكهرباء. وسوف يتم في هذا المبحث بيان أهمية الطاقة النووية وكيف يتم الحصول عليها، وبعد ذلك نوضح المشاكل التي تواجه هذه الطاقة الجديدة، وذلك على مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: ماهية الطاقة النووية ومصادرها.

المطلب الثاني: مزايا ومشاكل الطاقة النووية.

المطلب الأول

ماهية الطاقة النووية ومصادرها

تعد الطاقة النووية مصدراً هاماً من مصادر الطاقة يستفاد منها غالباً في الحصول على الطاقة الكهربائية اللازمة للصناعات والإستخدامات المنزلية. ولمعرفة كيف تتكون الطاقة النووية فلا بد أن نشرح ذلك من المعروف أن وحدة بناء المادة - أي مادة - هي الذرة، وتتألف الذرة من نواة مركزية موجبة الشحنة الكهربائية، وتحتوي تقريباً كل المادة الذرية وطاقاتها، ويدور حول هذه النواة عدد من الإلكترونات السالبة الشحنة الكهربائية في مدارات متباعدة. وتتكون نواة الذرة بصفة عامة من عدد من الجسيمات دون الذرية موجبة الشحنة تسمى (بروتونات) وعدد آخر من جسيمات متعادلة كهربياً تسمى (نيوترونات) وتختلف العناصر الموجودة في الكون باختلاف عدد هذه

المكونات¹ ومثال على ذلك، فنواة ذرة الهيدروجين عبارة عن بروتون واحد، بينما تحتوي نواة عنصر اليورانيوم على 92 بروتوناً بالإضافة إلى 143 نيوترونًا.

والمميز لذرة عنصر عن أخرى يكمن في ترتيب وعدد الإلكترونات والبروتونات والنيوترونات، مع الإلكترونات السالبة تتوازن النواة بواسطة البروتونات الموجبة الموجودة داخلها.

والطاقة المحررة من نشاط الإلكترونات في المواد العادية تظهر بسهولة ووضوح. بينما العكس هي حقيقة الطاقة النووية الموجودة في المواد المشعة، تتماسك مكونات نواة الذرة مع بعضها البعض بواسطة قوة أكبر، مما يربط المركبات الكيميائية بعضها ببعض. وتطلق القوة من تغير النواة، التغير يحدث عندما تتحلل النواة.

وهذا الانبعاث النووي يسمى النشاط الإشعاعي، ويمكن توضيح ذلك من خلال المثال التالي، الراديوم عنصر مشع، أي يبعث طاقة إشعاعية تلقائياً، فيمكن لأونس واحد [الأونس = 28.53 جرام]² أن ينتج حرارة تعادل الحرارة التي تنتجها 10 أطنان من الفحم.

أما نفس الوزن من الراديوم فينتج 320,000 مرة من الطاقة مقارنة بنفس مقدار كمية الفحم السابق³.

1-راجع د. أحمد فؤاد باشا - مشكلات التلوث وتغيرات المناخ - دار الفكر العربي عام 2008 - ص48.

- الأونس هو وحدة وزن يوزن بها المعادن الثمينة.²

راجع د.عابد راضي خنفر - التلوث البيئي - دار البازوري للنشر - عمان - 2010 ص104.³

التفاعلات النووية: 1

يمكن التمييز بين نوعين من التفاعلات النووية على النحو التالي: -
النوع الأول: التفاعل النووي الإنشطاري، والذي يتم فيه قذف نواة عنصر مشع مثل اليورانيوم بواسطة جسيم صغير من مثال النيوترونات وينتج عناصر أخرى ذات وزن ذري أقل بالإضافة الى جسيمات أخرى من مثال النيوترونات، علاوة على إطلاق كميات هائلة من الطاقة النووية تستخدم لأغراض شتى.

النوع الثاني: يعرف بالتفاعل النووي الإندماجي، حيث يتم إندماج نواتين من نظائر الهيدروجين والتي يمكن الحصول عليها بالتحليل الكهربائي للماء وهذه النظائر تشمل الديوتيريوم، والتريثيوم وتكوين عنصر آخر مثل الهليوم بالإضافة الى النيوترونات، مع إطلاق كمية هائلة من الطاقة تفوق مثلتها في التفاعلات النووية الانشطارية.

ويلزم لحدوث التفاعل النووي الإندماجي درجة عالية جدا تصل الى مليون درجة وللوصول الى هذه الدرجة العالية يلزم إجراء تفاعل نووي انشطاري يتبعه التفاعل النووي الإندماجي. وهذا النوع من التفاعلات النووية الإندماجية يحدث كثيرا داخل الشمس.

والتفاعل النووي الإنشطاري هو الأساس لما يعرف بالقنبلة الذرية بينما التفاعل الإندماجي هو الأساس للقنبلة الهيدروجينية².

- د.رجاء وحيد دويدري- البيئة مفهومها العلمي المعاصر وعمقها الفكري التراثي- دار الفكر-دمشق-عام 2004-ص1204

- توفيق محمد القاسم - التلوث مشكلة اليوم والغد - الهيئة المصرية العامة للكتاب - عام 1999 - ص155.²

وظاهرة الإنشطار النووي نادرة جدا وتحدث لعدد قليل جدا من العناصر الثقيلة أهمها اليورانيوم. أما أنوية العناصر الأخرى مثل الحديد والألومنيوم والكربون والأكسجين والسليكون والهيدروجين وغيرها فلا تتشطر لأنها ثابتة مستقرة ليس بها طاقة زائدة يمكن الإستغناء عنها¹.

ويمكن لبعض العناصر عن طريق تفككها أن تتحول بسرعة الى عناصر غير مشعة فى حين يمكن لبعضها الآخر أن يبقى مدة طويلة وقد إستعملت عبارة (مدة نصف الحياة) للدلالة على مدة بقاء المادة المشعة. ومدة نصف الحياة هى المدة اللازمة لنصف المادة المشعة الموجودة فى مكان ما لكي تتحول الى مادة أخرى وتكون هذه الأخيرة إما مشعة أو غير مشعة، أما النصف الباقي من المادة المشعة فيتطلب المدة نفسها من جديد لكي تبقى نصف كميته فقط أى ربع الكمية الاصلية².

مصادر الإشعاعات النووية: -³

تنقسم مصادر الإشعاعات النووية الى قسمين رئيسيين هما المصادر الطبيعية والمصادر غير الطبيعيه.

- راجع د. أحمد فؤاد باشا - مرجع سابق - ص 49.¹
7- د. علي حسن موسى- التلوث البيئي- دار الفكر العربي- دمشق عام 2006 ص 204.
راجع كذلك د. رجاء وحيد دويدري- مرجع سابق- ص 372
- يمكن مراجعة كل من: د. راتب السعود - الإنسان والبيئة- دار الحامد للنشر والتوزيع- عمان - عام 2007 ص 99.³

- د. علي حسن موسى - مرجع سابق - ص 207.
- د. حسن أحمد شحاته - تلوث الهواء القاتل الصامت - مكتبة الدار العربية للكتاب - عام 2002 ص 115.

(أ)-المصادر الطبيعية: وهي تتمثل فى مجموعة من المصادر الموجودة فى الطبيعة وليس للإنسان أو أنشطته المختلفة أدنى مسئولية عن إنتاجها وصدورها وإنبعاثها الى الأجواء المحيطة وهي: -

1. الأشعة الكونية. تعد الأشعة الكونية أهم مصادر الإشعاع الطبيعى وهي الأشعة القادمة من الفضاء الخارجى ويتم إمتصاص معظمها من الغلاف الجوى المحيط بالأرض.

2. القشرة الأرضية. تحتوي على كميات من اليورانيوم والثوريوم المشعين ونواتجهما الوليدة ويختلف تركيز هذه العناصر فى التربة بإختلاف نوعها حيث يزداد تركيزها فى الصخور الجرافيتية فى حين يقل فى الصخور الرملية. كذلك تحتوى التربة على نسبة ضئيلة من الكالسيوم 48 المشع، البوتاسيوم 40 المشع من المصادر الطبيعية الملوثة.

3. جسم الإنسان، يعد جسم الإنسان من المصادر الطبيعية للإشعاعات وذلك يرجع الى أن جسم الإنسان يحتوى على بعض العناصر المشعة والتي يتناولها الإنسان مع طعامه وشرابه.

وبصورة عامة يقدر أن الجرعة الاشعاعية من المصادر الطبيعية تتراوح بين (50-200 مل ريم/ سنه) حسب الإرتفاع عن سطح البحر والعرض والتشكيلات الصخرية¹.

- الريم: وحدة قياس الجرعة الممتصة للإنسان من الأشعة¹- REM

(ب) المصادر غير الطبيعية:

وهي تشمل جميع المصادر غير الصناعية أو تلك التي تنتج عن نشاطات الإنسان وتجاربه المختلفة في مجالات الأبحاث النووية. ومن أهم المصادر غير الطبيعية للإشعاعات الذرية ما يلي: -

1. إستخراج الخامات: يصاحب إستخراج بعض العناصر المشعة من مصادرها الطبيعية تحطيم كميات كبيرة جداً من الصخور التي تحوي تلك العناصر المشعة. مثل صخور خام اليورانيوم. ونتيجة إستخدام اليورانيوم وترويقه وتصفيته تنتج نفايات كثيرة تحتوي على اليورانيوم وتحتوي هذه النفايات على كميات من عنصرين مشعين هما الراديوم والثوريوم.

2. الإستخدامات الطبية: حيث تستخدم الأشعة السينية (X) في المجالات الطبية لتشخيص المرض وعلاجه، كما تستخدم في طب الأسنان ويمكن للأشعة السينية النفاذ الى الجسم مثل أشعة غاما وبالتالي يصبح الجسم مصدر أشعة.

3. التجارب النووية: تشكل تجارب التفجيرات والأسلحة النووية مصدراً هاماً من مصادر الإشعاع الذرى وهذه التجارب تتم إما في الجو أو على سطح الأرض أو تحت الأرض أو تحت سطحها أو في أعماق البحر وجميع تلك التجارب بإستثناء ما تجرى تحت سطح الأرض تنتج كميات هائلة من منتجات الإنشطار النووى.

4. المفاعلات النووية¹: تمكن العلماء من إنتاج وتوليد الكهرباء من مصدر جديد وذلك عن طريق استخدام المفاعلات النووية وهي عبارة عن أداة تتم فيها عملية الإنبطار النووي وهذه العملية تطلق كميات كبيرة وهائلة من الطاقة الحرارية، وهذه الطاقة الحرارية تمتص بواسطة مبرد (المبرد هو مادة تدور من خلال المفاعل النووي لإزاحة كميات كبيرة من الطاقة الحرارية المتكونة) وتحدث حرارة المبردات البخار وهي القوة التي تنشط المولد الذي ينتج بالنهاية الطاقة المستخدمة-الطاقة الكهربائية. ويتم في هذه المفاعلات استخدام النظائر المشعة كمولدات للطاقة. والنظائر المستخدمة هي يورانيوم 235، يورانيوم 238 المشع على هيئة أكاسيدهما حيث يتم تفاعل نووي محدود تنتج عنه كميات هائلة من الطاقة.

طبيعة النشاط الإشعاعي²:

عندما تتفكك النواة تصدر ثلاث أنواع من الأشعة وهي:

أ. أشعة ألفا وهي عبارة عن نواة عنصر الهليوم وهي ذات شحنة كهربائية موجبة وتتكون من بروتونين ونيوترونين وتبلغ سرعتها حوالي عشرين ألف كيلو متر في الثانية، وقدرتها على إختراق

- يراجع كل من: د. أحمد فؤاد باشا - مرجع سابق - ص 55.¹
 - د. حسن أحمد شحاته - مرجع سابق - ص 199.
 - د. راتب السعود - مرجع سابق - ص 101.
 - راجع كل من: - عايد راضي خنفر - مرجع سابق - ص 104.²
 - د. حسن أحمد شحاته - مرجع سابق - ص 108.
 - د. علي حسن موسي - مرجع سابق - ص 206.
 - د. أحمد فؤاد باشا - مرجع سابق - ص 54.

الأجسام ضعيفة وهي شديدة الضرر بالخلايا الحية التي تلامسها.

ب. أشعة بيتا، وهي أخف وزنا بحوالى (7500) مرة من أشعة ألفا وهي تحمل شحنة كهربائية سالبة (إلكترون) أو شحنة موجبة (بوزيترون) وقدرتها على النفوذ داخل الأنسجة الحية أكبر من قدرة أشعة ألفا، إلا أنها لا تتعدى (2سم).

ج. أشعة غاما، وهي أشعة كهرومغناطيسية ذات طاقة عالية تشبه في سلوكها أشعة (X)، وقابليتها شديدة لإختراق الأجسام وتنتقل بسرعة الضوء.

المطلب الثانى

مزايا ومشاكل الطاقة النووية.

مثلها مثل أى مادة فى الكون فإن الطاقة النووية لها مزاياها ولها مشاكلها وعيوبها. ولكن برغم وجود بعض المشاكل والعيوب فى الطاقة النووية إلا أنه مع التقدم العلمى والتقنى فإنه يمكن التغلب على هذه المشاكل والصعاب والإستفادة القصوى من مزايا الطاقة النووية حيث أنها طاقة المستقبل الهامة التى لا يمكن الإستغناء عنها وسوف نعرض أولاً لمزايا الطاقة النووية ثم بعد ذلك لعيوبها ومشاكلها.

أولاً: مزايا الطاقة النووية:

أصبحت الطاقة النووية اليوم تستخدم على نطاق كبير لتوليد الكهرباء فى كثير من الدول ويبلغ إجمالى الطاقة الكهربائية الناتجة من المفاعلات النووية نحو 15% من الطاقة الكهربائية التى تستهلك على

مستوى العالم¹ ويبلغ عدد المفاعلات النووية العاملة في العالم 435 مفاعلا تمد العالم بالطاقة الكهربائية. وقد وضعت الوكالة الدولية للطاقة الذرية تقريرا غطت فيه الجوانب الإقتصادية والبيئية والإجتماعية للطاقة النووية ومدى الإستفادة من هذه الطاقة والمزايا المرجوة منها².

(أ) الجانب الإقتصادي:

عندما يتم التفكير في الطاقة النووية مقارنة مع البدائل فإنه يوضع في الإعتبار الأمور التالية: التوليد الكلى وتكاليف الإستثمار الرأسمالى وحسابة تكلفة الإنتاج تجاه سعر الوقود وعمر المصادر وهي مؤشرات رئيسية³. إن محطات الطاقة الكهربائية كثيفة رأس المال ولكن تكاليف تشغيلها بما فيها العمليات والصيانة ودورة الوقود من اليورانيوم الى النفايات التى يتم التخلص منها منخفضة جدا مقارنة ببدائل الوقود الأحفورى. حيث تكاليف إنتاج الكيلووات ساعة فى المحطة الحرارية التى تدار بالوقود الأحفورى يزيد بمقدار 35% على تكلفة الكيلووات ساعة الناتج من المحطة النووية⁴.

كما أن هناك خاصية إمتياز أخرى لمحطات الطاقة النووية من وجهة النظر الاقتصادية تتمثل فى إستقرار تكاليف التوليد منها والتي تتصف بعدم الحساسية تجاه تقلب سعر المواد الخام من الوقود الأحفورى.

- د. أحمد مدحت إسلام - الطاقة وتلوث البيئة - دار الفكر العربي - عام 1999 ص 79. 1

2- NUCLEAR ENERGY AGENCY (NEA) - Risks and benefits of Nuclear Energy (Paris, France: OECD 2007.)

14- لويس إتشفاري- المصادر المستقبلية للطاقة فى الخليج العربي- بحث صادر عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية عام 2009- ص 160.

- د. أحمد مدحت إسلام - مرجع سابق - ص 80. 4

كما أن تقرير منظمة التعاون الاقتصادي والأمنى فى دراسة لها شملت 20 دولة شاركت فى الدراسة أن توليد الكهرباء عن طريق محطات الطاقة النووية أرخص بكثير من محطات توليد الطاقة الكهربائية التى تستخدم الوقود الأحفورى مما يدل على أن التكلفة الاقتصادية التى تنتج بها الكهرباء من محطات الطاقة النووية أرخص من التكلفة الاقتصادية لمحطات توليد الكهرباء التى تستخدم الوقود الأحفورى¹.

(ب) الجانب البيئى:

الطاقة النووية تتمتع بعدة مزايا مقارنة بالوقود الأحفورى فهى لا تؤدى الى أى انبعاث لأكسيد الكربون أو بقية الغازات الأخرى المسببة لظاهرة الدفيئة وكذلك لا تتسبب الطاقة النووية فى أى ملوثات مثل أكاسيد الأزوت والكبريت والجزيئات الدقيقة التى تسبب الضرر للصحة العامة². وبمقارنة الكميات المتوسطة للنفايات الصلبة غير المشعة التى تنشأ من مختلف سلاسل توليد الكهرباء العاملة نجد أن سلسلة الغاز الطبيعى ومحطات الدورة المختلفة والسلسلة النووية تنتج كميات أقل من النفايات الصلبة غير المشعة بينما سلاسل الفحم الحجرى فى أعلي حد من المدي. وأداء الطاقة الشمسية الفولطية الضوئية أسوأ قليلا من سلاسل الطاقة المتجددة بسبب كميات المواد المعالجة لصنع الألواح الشمسية³.

1 - NUCLEAR ENERGY AGENCY(NEA)-and international Energy Agency (IEA), PROJECTED COSTS OF Generating Electricity 2005 update (paris, France: OECD,2005).

17-هوارد جيلر - ثورة الطاقة نحو مستقبل مستدام - إصدار مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية عام 2009 ص52.

3 - NUCLEAR ENERGY AGENCY(NEA)-op. sit.

(ج) الجانب الإجتماعي:

القطاع النووي أقل في كثافة العمل من معظم البدائل ولكن الطاقة النووية تتطلب قوة بشرية عالية التأهيل لتصميم وتشيد وتشغيل محطات الطاقة النووية ومنشآت دورة الوقود. وتتطلب الحاجة الى إطار عمل نووي شامل يغطي السلامة والحماية من الإشعاع والضمانات. متطلبات قوة بشرية مؤهلة في الحقول والموضوعات المتخصصة. ويخلق تطوير برامج الطاقة النووية أيضا فرصاً وظيفية في مجال البحث ويسهم في بناء السعة في حقل التقنية المتقدمة ومن ثم يراعي التعليم والتدريب¹.

(د) جوانب أخرى للاستفادة من الطاقة النووية:

استخدمت الطاقة النووية في تشغيل السفن منذ عام 1954 وكانت أول هذه المحاولات هو تشغيل غواصة أمريكية تعمل بالطاقة النووية ثم بنيت بعد ذلك عدة سفن وغواصات تعمل بالطاقة النووية وكان الهدف من ذلك تمكين مثل هذه السفن من البقاء في مياه البحار مدة طويلة دون الحاجة الى إعادة تزويدها بالوقود.

وهذا الجانب من جوانب استخدام الطاقة النووية في النقل يتم تطويره وتحديثه للاستفادة من هذه الطاقة في وسائل النقل المختلفة حيث أنها تستمر لمدة طويلة وبدون تلوث للبيئة مما يجعلها أفضل من الوقود التقليدي².

- لويس إتشفاري - مرجع سابق - ص 172. ¹

- د. أحمد مدحت إسلام - مرجع سابق - ص 80. ²

وهناك محاولات لإستخدام الطاقة النووية فى التطبيقات غير الكهربائىة مثل تحلىة المىاه المالحة واستخداها للشرب وكذلك إنتاج الهىءروجن¹. كذلك فإنه يمكن استخدام الإشعاعات الذرىة ذات المنشأ النووى مثل أشعة ألفا، بىتا، جاما فى تطبيقات متعددة ومهمة فى مجالات متعددة، مثل الطب والزراعة والصناعة وحفظ الأغذىة وغيرها من المجالات. والبحوث مستمرة للإستفاة من الطاقة النووىة وكل يوم يكشف العلماء استخدام جنىء للطاقة النووىة وهذا يعد من مميزات الطاقة النووىة بالإضاة الى قلة تلوىثها للبىئة².

ثانىاً: مشاكل الطاقة النووىة:

هناك عدة أضرار للطاقة النووىة ومشاكل تنتج عن استخدامها وىحاول العلماء جاهىءن مواجةة هذه المشاكل والأضرار والتغلب عليها حتى يمكن تقلىل أضرارها والإستفاة منها للإستفاة القصوى حيث أنها تعتبر طاقة المستقبل.

(أ) النفاىات النووىة: -

تنتج المفاعلات النووىة العىءىء من النفاىات النووىة وقد قدرت بحوالى 177 ألف طن سنوىا تنتج من عدد 600 محطة نووىة³ وهذه النفاىات النووىة ناتجة عن إنشطار المواد النووىة داخل المفاعلات وعند إنتهاء عمر المواد النووىة وقلة كفاىتها بعد مرور الوقت وىحدث ذلك بشكل ملحوظ عندما تصل النسبة التى تنتشر بها الذرات الى نحو

- لوىس إىشفارى - مرآع سابق - ص174. ¹

- ء. حسن أحمء شحاته-مرآع سابق - ص110. ²

- ء. راتب السعوء - مرآع سابق - ص154. ³

4% من مجموع ذرات المادة المشعة في الوقود وبمرور الوقت تتحول هذه الذرات الى ذرات عناصر أخرى لها القدرة على امتصاص كثير من النيوترونات الناتجة من انشطار ذرات الوقود الأصلي. ويترتب على ذلك أن الوقود النووي عندما يصبح مستهلكاً تكون فيه بعض نواتج الانشطار التي تشع بعض جسيمات بيتا وبعض أشعة جاما¹.

والنفايات النووية ذات تأثير ضار في كافة عناصر البيئة من ماء وهواء وأرض زراعية وغيرها. وعلى ذلك فإن لها تأثير مباشر على الإنسان إذا تناول غذاء أو ماء ملوث أو إستنشق الهواء الملوث بالإشعاعات وتسبب له الكثير من الأمراض².

وعند ظهور مشكلة النفايات النووية سارعت الدول الى إيجاد الحلول المناسبة لهذه المشكلة الخطيرة³. والنفايات النووية تظهر على نوعين، النوع الأول: وهي نفايات ضعيفة الإشعاع أو متوسطة الإشعاع وتظهر على هيئة غاز أو سائل أو هيئة إيروسول، ومثل هذه النفايات لا تؤدي الى حدوث أخطار كبيرة لسببين، السبب الأول أن حجمها يكون صغيراً في أغلب الأحوال لا يزيد علي 500 متر مكعب في السنة لكل محطة نووية تصل قدرتها الى 1000 ميجاوات. والسبب الثاني؛ لأن الإشعاع الصادر منها لا يستمر طويلاً فهو لا يستمر عادة لمدة تزيد على 500

- راجع كل من: د. أحمد مدحت إسلام - مرجع سابق ص 85. - د. رجاء وحيد دويدري - مرجع سابق ص 237.¹

- راجع كل من: مدعايد راضي خنفر مرجع سابق ص 112.²

- علي حسن موسي - مرجع سابق ص 212.

- لمزيد من التفصيل حول هذه المشكلة راجع مقال منشور في جريدة البيان الإماراتية بعنوان (نفايات مبتكرة للتخلص من النفايات النووية) الصفحة³
رقم 42 بتاريخ 13 ديسمبر عام 2013.

عام على وجه التقريب¹. ويتم عادة تبريد هذه النفايات متوسطة الإشعاع الى درجة حرارة معقولة ثم تدفن بعد ذلك فى أماكن خاصة فى باطن الأرض وعادة ما تحاط هذه الأماكن بجدر من الأسمنت منعاً لوصول إشعاعات الى المياه الجوفية.

أما النوع الثانى من نفايات المفاعلات النووية وهى تمثل بقايا الوقود المستهلك فهى نفايات قوية الإشعاع ويستمر الإشعاع الصادر منها زمناً طويلاً² ولذلك يجب إتخاذ إجراءات خاصة للتخلص منها.

ويمكن توضيح هذه الإجراءات على النحو التالى: -

الطريقة الأولى: يتم دفن هذه النفايات فى خزان صخرى يقع على عمق كبير من سطح الأرض يصل الى نحو 25 متراً ويتكون هذا الخزان من جدر سميكة من الأسمنت ويتم تقسيمه من الداخل، ومثال على ذلك ما قامت به دولة السويد للتخلص من نفاياتها الناتجة من إحدى محطاتها النووية (وهى محطة أوسكار شامن)³.

الطريقة الثانية: وهى تتضمن تخزين هذه النفايات فى مواد عازلة مثل الخزف أو الزجاج وبذلك يتم عزلها تماماً عن البيئة المحيطة بها واستخدمت هذه الطريقة فى فرنسا عام 1969. وبعد ذلك يتم دفن هذه الأوعية المحتوية على المخلفات على عمق كبير

- راجع كل من: د. أحمد مدحت إسلام - مرجع سابق - ص 95.¹
- د. أحمد حسن شحاته - مرجع سابق ص 120.

- راجع د. أحمد فؤاد ياشا - مرجع سابق ص 54.²

- لمزيد من التفصيل راجع كل من: طويس إتشفاري - مرجع سابق ص 169.³
- د. أحمد مدحت إسلام - مرجع سابق ص 91.

من سطح الأرض كما تفرض رقابة مستمرة على مثل هذه المواقع.

(ب) التلوث الحراري:

يحدث التلوث الحراري عندما تفرغ محطات توليد الطاقة كميات كبيرة من المياه الساخنة في البحر كجزء من عملية التبريد للمفاعلات النووية ويعد ذلك خطراً كبيراً على الحياة في الماء. لأن المياه الساخنة التي تلقى في الماء الطبيعي تكون درجة حرارتها أعلى بكثير من درجة حرارة هذه المياه لأن عملية التبريد للمفاعل النووي لا بد أن تتم كل يوم ويتسبب ذلك في رفع درجة حرارة كل المجرى المائي وخصوصاً إذا كان المجرى المائي على هيئة بحيرة صغيرة مقفلة.

ولا تستطيع أغلب الكائنات الحية أن تتحمل فروقاً كبيرة في درجة الحرارة ولذلك نجد أن كثيراً منها لا يستطيع التكيف بسهولة مع مثل هذه التغيرات الحرارية في مياه البيئة البحرية التي يعيش فيها¹.

ومن التأثيرات الضارة أيضاً لإرتفاع درجة حرارة المياه. أن إرتفاع حرارة المياه يؤثر على نسبة الأكسجين الذائب فيها، فتقل نسبته الذائبة في المياه مما يؤثر تأثيراً سيئاً على حياة الكائنات الحية التي تعيش في هذه المياه، والتي تعتمد على الأكسجين في القيام بعملياتها الحيوية. وقد فطنت كثير من الدول الى التأثير الضار لهذا التلوث الحراري على

- راجع كل من: د. راتب السعود - مرجع سابق ص 102. ¹
مهندس/ محمد عبد القادر الفقي - البيئة مشاكلها وقضاياها - مطبعة ابن سينا - القاهرة عام 1983
ص 62.

حياة الكائنات البحرية وألزمت هذه الدول جميع محطات القوى والمصانع الأخرى بخفض المياه الساخنة قبل إلقاءها في المجارى المائية الطبيعية.

وقد أقامت أغلب الوحدات الصناعية أبراج تبريد ضخمة لخفض درجة حرارة مياه صرفها. كما أن بعض المحطات النووية قد أنشئت بها بحيرات صناعية واسعة تستخدم في خفض درجة حرارة مياه صرفها وتبريدها¹.

وقد حاول العلماء بأبحاثهم خفض درجة حرارة مياه الصرف الساخنة للمحطات النووية وقاموا بإقتراح استخدام مياه البحر العميقة في عمليات التبريد، فغالباً ما تكون درجة حرارة الطبقات العميقة من مياه البحر أقل بكثير من درجة حرارة مياه الطبقات السطحية، وعند استخدام هذه المياه العميقة في التبريد فإن درجة حرارتها لن ترتفع كثيراً وبذلك لا يكون هناك فرقا واضحاً بين درجة حرارة هاتين الطبقتين السطحية والعميقة في هذا المجرى المائى².

وهناك استخدام آخر يرجي من استخدام مياه الطبقة العميقة في التبريد فهذه المياه يعيش بها قدر كبير من الكائنات الدقيقة وبذلك فإن استخدامها في التبريد وإلقاءها بعد ذلك في الطبقة السطحية للماء سيؤدى الى زيادة كمية المادة الغذائية في هذه الطبقة مما يساعد على

- د. أحمد منحت إسلام - مرجع سابق ص 95.¹

- راجع كل من: د. راتب السعود - مرجع سابق ص 102.²

- مهندس/ محمد عبد القادر الفقي - مرجع سابق ص 60.

الحفاظ على حياة الكائنات البحرية المختلفة التي تعيش في الطبقة السطحية للماء.

ويمكن كذلك استخدام مياه الطبقة العميقة بإلقائها بعد استخدامها في التبريد في أحواض خاصة تحتوي على الزريعة السمكية وبذلك توفر قدراً كبيراً من الغذاء لهذه الزريعة بما تحمله من كائنات حية دقيقة.

(ج) حوادث المفاعلات النووية:

تعد الحوادث التي قد تحدث لبعض المفاعلات النووية من أهم وأخطر مصادر التلوث النووي للبيئة، وتعتمد شدة التلوث على نوع الحادث وعلى الطريقة التي تنتشر بها السحابة المشعة وكذلك على ازدحام المنطقة المحيطة بالمفاعل بالسكان.

وهناك العديد من الحوادث التي وقعت للمفاعلات النووية¹ ولعل من أشهرها حادث مفاعل (تشرنوبل) في الاتحاد السوفيتي عام 1986. ويعد من أكبر الحوادث التي وقعت للمفاعلات النووية. وقد أدى الانفجار الذي حدث إلى دفع كميات هائلة من الغبار المشع إلى الجو وكونت نواتج الانفجار سحابة ضخمة من الغاز والغبار إنتشرت فوق مكان الحادث لمسافات طويلة وكان لها تأثيرات شديدة على البيئة في كل أنواعها وكذلك على الأطعمة والمياه والأرض والهواء.²

- لمزيد من التفصيل يراجع د. أحمد مدحت إسلام - مرجع سابق ص 82.¹
- راجع كل من: د. راتب السعود - مرجع سابق - ص 155.²
- د. علي حسن موسى - مرجع سابق - ص 211.
- د. عايد راضي خنفر - مرجع سابق - ص 109.

الفصل الأول

حماية الطاقة النووية

شهد العالم تطوراً سريعاً في مجال الطاقة النووية واستخداماتها سواء العسكرية أو المدنية. وهذه الطاقة لا بد من وجود تشريعات قانونية لحمايتها ضد الأفعال والجرائم التي تقع عليها مثل السرقة والإتلاف وغيرها، ولذلك ظهرت تشريعات حديثة سواء دولية أو وطنية لحماية المواد النووية والمنشآت النووية ضد أية أفعال إجرامية ضدها ولذلك نقسم هذا الفصل الى المباحث التالية: -

المبحث الأول: الحماية الدولية لأمن الطاقة النووية.

المبحث الثاني: الحماية الوطنية لأمن للطاقة النووية.

المبحث الأول

الحماية الدولية لأمن الطاقة النووية

عند استخدام مفاعلات الطاقة النووية وذلك في الاستعمال السلمي فإنه لا بد من تأمين المواد النووية وكذلك المنشآت النووية ضد الأفعال الإجرامية.

ولذلك لا بد لكل دولة من سياسة وطنية للطاقة يكون منها توافر أمن الطاقة النووية ولا بد من وجود نظم وقوانين متعلقة بالطاقة¹ تأمن كل ما يخص الطاقة النووية من مواد ومنشآت ضد ما يقع عليها من أفعال إجرامية متنوعة.

35- لمزيد من المعلومات يراجع عبد الغني محمد مليباري - رؤية نووية مستدامة لمنطقة الخليج - بحث منشور في الطاقة النووية في الخليج - صادر عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - عام 2009 ص 423.

والتعاون الدولي شئى أساسى لتأمين أمن إمدادات وتأمين سلامة الوقود النووى فى الإطار العملى لضوابط الضمانات الدولية، ومن المهم أيضا تقوية الفاعلية العالمية للجهود الوطنية فى إطار حماية وأمن المواد وإمداداتها والمنشآت ضد كل ما يهددها من أفعال إجرامية ضدها¹. ولمناسبة ذلك أصدرت منظمة الأمم المتحدة العديد من الإتفاقيات نذكر منها الإتفاقية الدولية لمكافحة الإرهاب وضمنتها بعض البنود التي تواجه بها الجرائم الإرهابية التي يستخدم فيها المواد النووية². وكذلك أصدرت منظمة الأمم المتحدة الإتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووى وذلك لمكافحة إستخدام المواد النووية فى الجرائم الإرهابية³ والعديد والعديد من الإتفاقيات الأخرى التي أصدرتها الأمم المتحدة فى ذات الشأن.

ونظرا لأهمية وخطورة الحماية الأمنية للطاقة النووية وموادها ومنشآتها فقد صدرت اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية⁴. وذلك لإيجاد تعاون دولى من أجل وضع تدابير فعالة فى حماية المواد النووية.

وقد جاء فى ديباجة الاتفاقية أن الدول الأطراف فى هذه الاتفاقية إقتناعا منها بأن الجرائم ذات الصلة بالمواد النووية هى مبعث قلق بالغ وبأن

- لويس إتشفاري - مرجع سابق ص175. ¹
37-صدرت هذه الإتفاقية عن منظمة الأمم المتحدة فى 8 سبتمبر عام 2006، وخصوصاً البنود أرقام 13، 17 من ثانياً من الإتفاقية، وكذلك البند رقم9 من ثالثاً من الإتفاقية.

- صدرت هذه الإتفاقية فى شهر سبتمبر عام 2005 ومكونة من 28 مادة تكافح الجرائم الإرهابية³.
39-إعتمدت هذه الإتفاقية فى أكتوبر عام 1979، وفتح باب التوقيع عليها فى مارس 1980 وهى مكونة من 23 مادة وبها مرفقين وجدول تصنيف المواد النووية وصادرة عن الأمم المتحدة.

ثمة حاجة ماسة الى إتخاذ تدابير مناسبة وفعالة تتضمن منع حدوث هذه الجرائم وكشفها والمعاقبة عليها.

وإذ تعني الحاجة الى قيام تعاون دولي من أجل وضع تدابير فعالة تتمشى مع القانون الوطنى لكل دولة طرف فى هذه الإتفاقية للحماية المادية للمواد النووية. وإقتناعاً منها بأن هذه الإتفاقية ينبغى أن تيسر النقل المأمون للمواد النووية وإذ تشدد أيضاً على أهمية الحماية المادية للمواد النووية أثناء استخدامها وتخزينها ونقلها محلياً.

وإذ تسلّم بأهمية توفير الحماية المادية الفعالة للمواد النووية.¹ وهذه الأهداف التى تصدرت ديباجة الإتفاقية تبين مدى الأهمية البالغة لوجود تعاون دولي في

مجال حماية المواد النووية من الجرائم التى قد تحدث ضدها نظراً لخطورة المواد النووية وأنه يمكن استخدامها عن طريق الجماعات الإرهابية وغيرها من جماعات الجريمة المنظمة.

وأنه لا بد من أن تسهم هذه الإتفاقية وتعديلها على الصعيد العالمى فى تقوية الحماية المادية للمواد النووية والمرافق النووية المستخدمة فى الأغراض السلمية. ولا بد لكل دولة من سياسة وطنية للطاقة تتناسبها وتعكس عدة أمور بداخلها ومن ضمن هذه الأمور هو توافر أمن مصادر الطاقة وكذلك النظم والقوانين المتعلقة بالطاقة وعلى الأخص القانون الذى يجرم الأفعال الواقعة ضد المواد النووية والمنشآت

40-يراجع ديباجة الإتفاقية وكذلك ديباجة تعديل الإتفاقية حيث حوت كثير من الأهداف التى تشدد على توفير الحماية المادية للمواد والمنشآت النووية ضد جميع الجرائم وخصوصاً الجرائم الإرهابية.

النووية¹. وهو يمثل أمن الطاقة وخصوصاً إذا كانت الطاقة أو أحد عناصر إنتاجها أو الاستفادة منها يعتمدان على الإستيراد من دول أخرى. وتلتزم كل دولة طرف في الإتفاقية أن تصدر تشريع وطني أو تعديل التشريع القائم بما يتوافق مع بنود الإتفاقية في شأن أمن الطاقة النووية.

حيث أوجبت الإتفاقية على كل دولة² أن تقوم بإنشاء وتعهد إطار تشريعي ورقابي يحكم الحماية المادية وكذلك إنشاء أو تسمية سلطة أو سلطات مختصة أو مسؤولة عن تنفيذ الإطار التشريعي والرقابي³. وفي هذا المجال فإن كل دولة تكون مسؤولة على أن يتيح هذا الإطار وضع متطلبات الحماية المادية المنطبقة. وبالنسبة للسلطة المنشئة يجب أن تكون هذه السلطة متمتعة بالكفاءة والموارد المالية والبشرية الكافية للوفاء بالمسئوليات المسندة إليها.

وبعد أن أوجبت إتفاقية الحماية المادية للمواد النووية وتعديلاتها على كل دولة إنشاء وتعهد إطار تشريعي وكذلك سلطات مختصة مسؤولة عن تنفيذ هذا الإطار.

قامت الإتفاقية بتوضيح الأفعال الإجرامية التي يمكن أن تشكل جرائم ضد المواد النووية أو المنشآت النووية⁴ وذلك على النحو التالي: -

يراجع عبد الغني محمد مليباري-مرجع سابق ص-432. ¹
- المادة رقم 2 (أ) من تعديل إتفاقية الحماية المادية، وأنظر كذلك المادة رقم 5 من الإتفاقية بند رقم 1. ²
43-لزيادة التفاصيل يراجع محمد حسن محمد - الطاقة النووية وأفاقها السلمية في العالم العربي-صادر عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - عام 2003 - ص 58.

- أنظر المادة رقم 7 من الإتفاقية وكذلك تعديل الفقرة رقم 1 من المادة رقم 7 في تعديل الإتفاقية. ⁴

على كل دولة أن تجعل الإرتكاب المتعمد لما يلي جريمة تستحق العقاب بموجب قانونها الوطنى:-

أ. أى فعل يتم دون إذن مشروع ويشكل إستلاماً أو حيازةً أو استعمالاً أو نقلاً أو تغييراً لمواد نووية أو تصرفاً بها أو تشتيتاً لها ويسبب أو يحتمل أن يسبب وفاة أى شخص أو إصابته إصابةً بليغةً أو إلحاق أضرار جوهريّة بالممتلكات أو البيئة.

ب. سرقة مواد نووية أو سلبها.

ج. إختلاس مواد نووية أو الحصول عليها بطريقة الإحتيال.

د. أى فعل يشكل حملاً أو إرسالاً أو نقلاً لمواد نووية دخولاً الى دولة ما أو خروجاً منها دون إذن مشروع.

هـ. أى فعل موجه ضد أى مرفق نووى أو أى فعل يتدخل فى تشغيل مرفق نووى ويتسبب فيه صاحب هذا الفعل عن عمد فى وفاة أى شخص أو إلحاق إصابة خطيرة به أو إلحاق أضراراً جوهريّة بالممتلكات أو البيئة.

و. أى فعل يشكل طلباً لمواد نووية عن طريق التهديد باستعمال القوة أو استعمالها أو بأى شكل آخر من أشكال التخويف.

ز. وأى تهديد:

1. باستعمال مواد نووية للتسبب فى وفاة أى شخص أو إصابته أو إلحاق أضراراً جوهريّة بالممتلكات أو البيئة.

2. ارتكاب جريمة مبينة في الفقرتين ب، هـ من أجل إجبار أى شخص طبيعى أو اعتبارى أو منظمة دولية أو دولة على القيام بفعل ما أو على الإمتناع عن فعل ما.

3. محاولة ارتكاب أى جريمة مبينة في الفقرات من (أ) الى (هـ).

4. أى فعل يشكل إشتراكاً فى أى جريمة مبينة في الفقرات من (أ) الى (ح).

5. أى فعل يقوم به أى شخص ينظم أو يوجه أشخاصا آخرين لإرتكاب جريمة مبينة في الفقرات من (أ) الى (ح).

6. أى فعل يسهم فى ارتكاب أى جريمة مبينة بالفقرات من (أ) الى (ح) بواسطة أشخاص يعملون بغرض مشترك:

أ. يقع بهدف تعزيز النشاط الإجرامى أو الغرض الإجرامى للمجموعة.

ب. أو يقع مع العلم بإعتزام المجموعة ارتكاب جريمة مبينة في الفقرات

من (أ) الى (ز).

ومن استقراء هذه المادة يتبين أن الإتفاقية وتعديلاتها قد جمعت كل الأفعال التى يمكن أن توجه الى المواد النووية أو المنشآت النووية وذلك على النحو التالى:

(أ) الجرائم وهي:

1. أفعال الإستلام والحيازة والإستعمال والنقل والتغيير أو التصرف أو التشتيت والموجه ضد الأشخاص أو الممتلكات أو البيئة.
2. السرقة أو السلب أو الإختلاس.
3. الحمل أو الإرسال أو النقل لمواد نووية.
4. الأفعال الموجهة ضد المرافق النووية أو تشغيلها ويتسبب هذا الفعل فى وفاة الأشخاص أو إلحاق إصابات أو أضرار بالممتلكات أو البيئة.
5. استخدام التهديد واستعمال القوة أو التخويف فى طلب مواد نووية.
6. استخدام التهديد باستعمال مواد نووية للتسبب فى وفاة أى شخص أو إصابته أو إلحاق أضرار بالممتلكات والبيئة.
7. ارتكاب السرقة أو السلب أو أى فعل ضد مرفق نووى من أجل إجبار شخص طبيعى أو اعتبارى على القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل.
8. الشروع فى الجرائم:
وذلك بالشروع فى ارتكاب أى جريمة من الجرائم السابقة ولم تتم النتيجة. فبمجرد البدء فى الأفعال المكونة لها تعد جريمة شروع فى الجرائم السابقة.
9. الإشتراك فى الجرائم:
1- أى فعل يشكل إشتراك فى أى جريمة سابقة.

2- أى فعل يقوم به أى شخص ينظم أو يوجه أشخاص آخرين وهو فعل التحريض.

3- أى فعل يشكل إسهام فى ارتكاب أية جريمة سابقة ويكون هذا الفعل بهدف تعزيز نشاط إجرامى أو غرض إجرامى أو التمهيد لإرتكاب جريمة من الجرائم السابقة.

وباستعراض هذه الجرائم والشروع فيها والإشتراك فيها بأية طريقة كانت نجد أن الاتفاقية وتعديلها قد شملت جميع الأفعال التى قد توجه الى أى شخص أو مواد أو منشآت نووية وتعد جريمة تعاقب عليها القوانين الداخلية للدول الموقعة على الاتفاقية.

وكذلك بينت الاتفاقية الولاية القضائية للدول على الجرائم السابق ذكرها¹ وهي اختصاص قضاء الدولة بنظر الجرائم السابقة وتكون كالتالى: -

1. عند ارتكاب الجريمة على إقليم تلك الدولة أو سفينة أو طائرة مسجلة فى تلك الدولة.

2. عندما يكون المنسوب اليه الجريمة من رعايا تلك الدولة.

3. إذا كان المنسوب اليه الجريمة موجوداً على إقليم الدولة ولا تسلمه.

4. لا تستبعد الاتفاقية أية ولاية جنائية تمارس وفقاً للقانون الوطنى.

5. يجوز لكل دولة طرف أن تثبت ولايتها القضائية عندما تكون مشتركة فى نقل نووى بوصفها دولة مصدرة أو مستوردة.

- المادة رقم (8) من الإتفاقية.¹

ومن استقراء البنود السابقة قررت الاتفاقية أن تكون الولاية القضائية للدول في أوضاع معينة حتى لا يستطيع أى مجرم أن يفلت من العقاب والمحكمة أمام محاكم الدول بحجة عدم اختصاص قضائها بنظر الجريمة المرتكبة وعدم ولايتها القضائية بمحاكمة المجرم.

كما أتاحت الاتفاقية للدول الموجود على إقليمها المجرم حق اتخاذ إجراءات مناسبة بما فيها الإحتجاز بغرض المقاضاة أو التسليم¹.

كما تحدثت الاتفاقية عن تسليم المجرمين بين الدول وأن يتم خضوع تسليم المجرمين المرتكبين لهذه النوعية من الجرائم الى معاهدات تسليم المجرمين بين الدول². وقد وضعت الاتفاقية إطار عام دولى للدول فى أمن الطاقة النووية وإطار عام للتعاون الدولى فى مجال مكافحة الجرائم الواقعة على المواد أو المنشآت النووية.

المبحث الثاني

الحماية الوطنية للطاقة النووية

تمهيد:

القدرة النووية تعتبر تقنية سائدة مقبولة فى الوقت الحاضر فى كثير من الدول وخصوصاً أن مصادر الطاقة التقليدية القائمة على النفط والفحم الحجرى والغاز الطبيعى هى حوافز فعالة للغاية للتقدم الاقتصادى ولكنها فى الوقت نفسه أضرت بالبيئة وبصحة الإنسان³.

- المادة رقم (9) من الإتفاقية.¹

- المادة رقم 11 من الإتفاقية وكذلك المادة 11 (أ) ، 11(ب) من تعديل الإتفاقية.²
48-تيموثي ليمان، دانيال كامن - الطاقة المتجددة التحدي الحقيقي الراهن للنفط - صادر عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية عام 2005 - ص113.

والطاقة النووية بديل لأنواع الوقود الأحفوري في توليد الكهرباء ومع التقدم التقني تستطيع إختراق الأسواق في التطبيقات غير الكهربائية مثل الماء القابل للشرب وإنتاج الهيدروجين. وهي تقنية ناجحة تستفيد من عقود عديدة من الخبرة الصناعية ومن المتوقع أن تؤدي برامج البحث والتطوير المستمرة الى التطور الصناعي والإنتشار التجاري لتصميمات النظام النووي بأداء أفضل فيما يتعلق بالأمان والموثوقية والاقتصاد ومقاومة الإنتشار النووي والحماية الفيزيائية.

ويوفر سياق الطلب والعرض في بداية القرن فرصاً لتطوير الطاقة النووية كشيء مكمل لأنواع الوقود الأحفوري والمصادر المتجددة. ومصادر الطاقة النووية المتجددة متكاملة بطرق كثيرة ويمكن أن تسهم في مزيج طاقة متوازنة في معظم الدول. والطاقة النووية ملائمة للإنتاج الضخم لكهرباء الحمل الأساسي لتفي بالطلب من قبل الصناعات الكثيفة الطاقة والمناطق الحضرية الكبيرة.

ولقد فكرت دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية-ومنها الإمارات طبعاً-في الخيار النووي بديلاً لأنواع الوقود الأحفوري حتى تنوع مزيجها من إمدادات الطاقة وتحافظ على ساعاتها في تصدير النفط في المستقبل وتطور القدرات الداخلية في قطاع التقنية العليا¹.

وهناك إندفاع اليوم في معظم بلدان مجلس التعاون لتبنى الخيار النووي السلمي مصدراً للطاقة وتحلية المياه. فالطاقة الكهربائية الناتجة من المحطات والمفاعلات النووية أرخص بحوالي 25% -30% من

- لويس إستغاري - مرجع سابق ص174. ¹

الطاقة الكهربائية المولدة عن طريق مكثات الديزل أو الغاز الطبيعي اعتماداً على الأسعار السائدة لكل منهما. كما أن كلفة إنتاج المتر المكعب من مياه التحلية عن طريق المحطات النووية يساوي ربع تكلفة إنتاج مياه التحلية عن طريق محطات التقطير أو تلك التي تستخدم وسائل الوميض في إنتاج المياه المحلاة¹.

ولقد أعلنت دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية قراراً في ديسمبر عام 2006 والقاضي بدراسة إقامة مشروع أبحاث مشترك لإنتاج الطاقة النووية للأبحاث السلمية وذلك للاستفادة من الطاقة النووية في الاستخدامات السلمية ومنها الكهرباء وتحلية المياه وغيرها².

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة يمكن أن تقوم الطاقة النووية بدور مركزي ضمن مزيج الطاقة المستقبلية كما فعلت عقوداً في الكثير من البلدان المتطورة، فمن سمات الطاقة النووية أنها نظيفة ويسيرة التكاليف وممكنة التوسع ومستدامة وآمنة ومتوافقة مع السياسة الدولية. ومن الضروري أن يشكل تطوير المعرفة والخبرة المحلية الكافية لاستخدام الطاقة النووية جزءاً من البنية التحتية الأساسية للصناعة، وهذا على المدى الطويل هو الخيار الأمثل إقتصادياً لدولة الإمارات العربية المتحدة. وهو يتكلف بناء قاعدة معرفة مناسبة في المجالات

صالح عبد الرحمن المانع - الإنعكاسات الإستراتيجية للتقنيات النووية في مجلس التعاون لدول الخليج العربية - صادر¹ عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - عام 2009 - ص 188.

- لمزيد من المعلومات يراجع عبد الغني محمد مليباري - مرجع سابق ص 423.²

التي تؤثر في تنفيذ المشروعات النووية وتنمية الموارد البشرية والمؤسسات التعليمية بهدف تدريب الموظفين¹.

ولقد قامت دولة الإمارات بإنشاء معهد مصدر² وهو يشكل أهمية كبرى لدولة الإمارات العربية المتحدة لأنه ينشئ مؤسسة أبحاث عالمية لا تماثل أي مؤسسة أكاديمية أخرى في الخليج، ويعمل معهد مصدر على تطوير البيئة التعليمية وتعزيز ثقافة التفوق في البحث والتطوير.

وبالرغم من أن دولة الإمارات لا تمتلك إحتياجات من اليورانيوم وتفتقر الى المفاعلات النووية ومنشآت تدوير الوقود النووي³. إلا أن دولة الإمارات تبدي رغبة جديّة في بناء محطات الطاقة النووية. والى جانب المشروع المشترك الخاص بمجلس التعاون لدول الخليج العربية⁴. تمضي دولة الإمارات قدماً على طريق تنفيذ خططها في هذا الشأن والتعاون مع الوكالة الدولية للطاقة الذرية. وفي أغسطس عام 2008 دعت مؤسسة الإمارات للطاقة النووية (ENEC) الشركات العالمية لتقديم عطاءاتها بشأن إدارة برنامج الشركة لهذه الطاقة. وفي يناير عام 2008 وقعت دولة الإمارات العربية المتحدة وفرنسا إتفاقية

52-يوسف شاتيلا - وأخر-ضمّان القنرات الداخلية التعليم والتدريب في معهد مصدر - بحث منشور في الطاقة النووية في الخليج - إصدار مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - عام 2009 - ص145.

53-معهد مصدر للعلوم والتكنولوجيا هو معهد أبحاث أكاديمي خاص ومستقل وغير ربحي تم إنشائه في أبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع معهد ماساشوسيتش للتكنولوجيا.

- ولمزيد من المعلومات يراجع د. محمد يونس - تجربة دولة الإمارات العربية المتحدة في حماية البيئة - صادر من مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - عام 2009 - ص59.

54-جنجمن كانج-التعاون الدولي وتطوير التقنية النووية في الشرق الأوسط - بحث منشور في الطاقة النووية في الخليج - إصدار مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - عام 2009 - ص 211.

- سبق الإشارة الي أهمية الطاقة النووية ومميزاتها في المطلب الثاني من المبحث التمهيدي⁴.

للتعاون النووي وفي ديسمبر عام 2008 أبرمت دولة الإمارات إتفاقاً رسمياً مع الولايات المتحدة الأمريكية في ميدان الاستخدام السلمي للطاقة النووية.

وقد جاء اهتمام دولة الإمارات العربية المتحدة بدراسة وتقييم الطاقة النووية للأغراض السلمية إنطلاقاً من سعيها لتطوير مصادر إضافية للطاقة الكهربائية لإستيعاب الطلب المستقبلي المتوقع وضمان إستمرار التطور السريع الذي يشهده إقتصادها. وقد قامت الجهات الرسمية في دولة الإمارات بإجراء تحليل للطلب المحلى على الكهرباء الذي سيتجاوز 40,000 ميغاواط في عام 2020 وهو ما يعكس نمو بمعدل 9% إبتداء من عام 2007¹.

وقد أعلنت دولة الإمارات في شهر ديسمبر من عام 2009 تشكيل وإنشاء مؤسسة الإمارات للطاقة النووية وهي المؤسسة المسؤولة عن البرنامج النووي السلمي لدولة الإمارات.

وقد وقعت الإمارات عقد مع مجموعة (كونسورثيوم) وهي شركة كورية جنوبية وذلك لبناء مفاعلات نووية وتشغيلها بصورة مشتركة بين الشركة ودولة الإمارات.

وفي نفس العام 2009 وافقت دولة الإمارات على تشريع إتحادى بإنشاء الهيئة الإتحادية للرقابة النووية. كما أصدر صاحب السمو الشيخ/ خليفة بن زايد آل نهيان رئيس الدولة حفظه الله المرسوم بقانون اتحادي رقم 6 لعام 2009 في شأن الإستعمالات السلمية للطاقة

- راجع السياسة العامة لدولة الإمارات في تقييم إمكانية تطوير برنامج للطاقة النووية السلمية.¹
- راجع كذلك عبد الغني محمد مليباري - مرجع سابق - ص430.

النووية. ويمثل هذا المرسوم بقانون أحد العناصر الأساسية للبنية التحتية القانونية اللازمة وفقاً لمعايير الوكالة الدولية للطاقة الذرية كإطار لإنجاح قطاع الطاقة النووية السلمية.

وقد وقعت دولة الإمارات العديد من الإتفاقيات الدولية الخاصة بالطاقة الذرية نذكر منها ما يلي: في عام 1995 وقعت الإمارات على إتفاقية الوكالة الدولية للطاقة الذرية بشأن حظر إنتشار الأسلحة النووية. وفي عام 2003 وقعت الإمارات إتفاقية الوكالة الدولية للطاقة الذرية بشأن الضمانات النووية.

وفي عام 2012 بدأت الإمارات في بناء أول مفاعل نووي لإمداد الكهرباء للشبكة الوطنية للكهرباء. وقد إختارت مؤسسة الإمارات للطاقة النووية منطقة بركة في المنطقة الغربية لإمارة أبو ظبي موقعاً لإنشاء المحطات النووية وقد تم إختيار هذا الموقع إستناداً الى عوامل بيئية وتقنية وتجارية وذلك بعد عملية تقييم شاملة أجراها عدة خبراء محليين ودوليين وذلك وفقاً للمعايير الدولية في هذا الشأن ومنها معايير الوكالة الدولية للطاقة الذرية وفي شهر يونيو عام 2013 وقعت دولة الإمارات والوكالة الدولية للطاقة الذرية وثيقة خطة عمل متكاملة للتعاون في مجال تطوير الطاقة النووية السلمية¹. وهذه الوثيقة تشمل تدعيم الوكالة الدولية للطاقة الذرية لبرنامج الإمارات للطاقة النووية.

57-راجع مقال منشور في جريدة البيان الإماراتية - بعنوان الإمارات توقع إتفاقية تعاون مع وكالة الطاقة الذرية - منشور يوم 2013/6/7 الصفحة 2

الفصل الثاني

تشريعات حماية أمن الطاقة النووية

بدولة الإمارات العربية المتحدة

في هذا الفصل سوف نقوم باستعراض القوانين القائمة بدولة الإمارات والتي تواجه الجرائم الواقعة على الطاقة النووية ثم نوضح هل هذه القوانين كافية لإسباغ الحماية الجنائية الكاملة على الطاقة النووية ومنشأتها وموادها واستعمالاتها ثم نوضح العقوبات المقررة للجرائم الجنائية الواقعة على الطاقة النووية ومدى كفايتها لحفظ هذه المواد ضد التعرض للجرائم والمخاطر.

ويكون ذلك على مبحثين:

المبحث الأول: القوانين الإماراتية في شأن الطاقة النووية

المبحث الثاني: العقوبات المقررة لجرائم الطاقة النووية

المبحث الأول

القوانين الإماراتية في شأن الطاقة النووية

نستعرض في هذا المبحث بعض نصوص القوانين التي شملت تجريم بعض الأفعال الواقعة على الطاقة النووية.

أولاً: -قانون العقوبات الإتحادي رقم 3 لعام 1987.

باستعراض قانون العقوبات الإتحادي ثبت أنه في الباب السابع الجرائم الواقعة على الأشخاص في الفصل الثالث تحت عنوان التعريض للخطر في المواد أرقام 348، 349، 350 أن القانون عاقب كل من ارتكب عمداً فعلاً من شأنه تعريض حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم أو حياتهم للخطر وكذلك إذا وقعت

الأفعال على الأحداث أو الأطفال. ومن استعراض هذه المواد يمكن القول بأنها تتدرج تحتها فقط جريمة واحدة من الجرائم المنصوص عليها في المادة 7 الفقرات (هـ، ز) من اتفاقية الحماية المادية¹ ولا يشمل باقى الجرائم الخاصة بالاعتداء على الطاقة النووية. وهذه النصوص غير كافية لإسباغ الحماية اللازمة علي أمن الطاقة النووية، حيث أنها جاءت عامة ولم تخصص أفعالاً خاصة بعينها تتصل بالتعدي على الطاقة النووية وذلك نظراً لخطورة التعدي على هذه المواد من إحداث أضرار كبيرة وخطيرة. ولا توجد فى قانون العقوبات أية مواد أخرى يمكن أن تغطى الجرائم الواقعة على الطاقة النووية أياً كانت هذه الأفعال، ويعتبر أن قانون العقوبات الإتحادي غير كاف لإسباغ الحماية اللازمة علي أمن الطاقة النووية.

ثانياً: -قانون إتحادي رقم 24 عام 1999 فى شأن حماية البيئة

وتتميتها والمعدل بالقانون الإتحادي رقم 11 لعام 2006:

باستعراض هذا القانون تبين أنه فى المادة رقم 62 من هذا القانون وهي خاصة بإستيراد أو جلب النفايات الخطرة حيث حظرت هذه المادة على أى شخص طبيعى أو اعتبارى إستيراد أو جلب نفايات خطرة أو دفنها أو إغراقها أو تخزينها أو التخلص منها بأى شكل فى بيئة الدولة وذلك فى الفقرة الأولى منها.

- يمكن مراجعة الأفعال المشكلة للجرائم فى المبحث الأول من الفصل الأول.¹

كما حظرت الفقرة الثالثة بغير تصريح كتابي السماح بمرور الوسائل البحرية أو الجوية أو البرية التي تحمل النفايات الخطرة أو النووية في البيئة البحرية أو الجوية أو البرية. وباستعراض هذه المادة تبين أنها تجرم فقط أفعال الجلب والإستيراد وغيرها من أفعال المرور والخاصة بالنفايات الخطرة وهذه المادة لا يمكن لها حماية وتجرىم أفعال أخرى تقع على الطاقة النووية ومنشأتها وموادها وهي لا تصلح لأن تحمى أمن الطاقة النووية ضد الأفعال التي تشكل جرائم وهي المقصودة من هذا البحث. وهذه المادة تتبع قانون البيئة الإتحادي وهو خاص بحماية البيئة وتنميتها والحفاظ عليها وتجرىم الأفعال المرتكبة ضدها وليس خاص بالتجرىم للأفعال الغير مشروعة والخاصة بالحماية المادية للطاقة النووية.

ثالثاً: استحداث قانون يختص بأمن الطاقة النووية:

في إطار سعى دولة الإمارات لمواكبة التطور في مجال الطاقة النووية وإلتزام دولة الإمارات بعدد من الإستراتيجيات والتعاون الدولي مع الوكالات والمنظمات المسؤولة وكذلك مع الدول الأخرى فيما يتعلق بالضمانات والحماية المادية والأمان والمسؤولية الخاصة بالطاقة النووية، فقد قامت دولة الإمارات بالتوقيع على اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية وذلك عام¹2003. وكذلك صادقت دولة الإمارات على تعديلات

صدر المرسوم بقانون إتحادي رقم(66) لعام 2003 بشأن الإنضمام للإتفاقية.¹

اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية والمرافق النووية وذلك عام 2009.

وإنضمت دولة الإمارات الي الإتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي،¹ وإنضمت كذلك الي الإتفاقية الدولية لمكافحة الإرهاب، وقامت دولة الإمارات بالإتفاق مع الوكالة الدولية للطاقة الذرية لتطبيق الضمانات في إطار معاهدة عدم إنتشار الأسلحة النووية والبروتوكول الإضافي،² وإنضمت دولة الإمارات الي معاهدة عدم إنتشار الأسلحة النووية،³ وغيرها من الإتفاقيات في هذا الشأن.

وقد أصدرت دولة الإمارات السياسة العامة لدولة الإمارات في تقييم إمكانية تطوير برنامج للطاقة النووية السلمية في الدولة وصادقت على هذه السياسة⁴ وتضمنت هذه السياسة عدة أغراض وأهداف منها إلتزام دولة الإمارات بتحقيق أعلى معايير السلامة والأمان.

وفيما يتعلق بالحماية المادية ونظراً للعواقب الخطيرة المرتبطة بإساءة استعمال المواد النووية وإستكمالاً لإقرارها اتفاقية الوكالة الدولية للطاقة الذرية بشأن الحماية المادية وكذلك تعديل الاتفاقية⁵ ونظراً للإلتزامات المترتبة بموجب الإتفاقيات الدولية فستؤسس دولة الامارات نظاماً للحماية المادية وتلتزم بالحماية الفعالة للمواد النووية في الاستخدام المحلي وخلال النقل الدولي عبر أراضيها. علاوة على ذلك فستعامل

-إنضمت دولة الإمارات الي الإتفاقية بموجب المرسوم الإتحادي رقم (95) في عام 2007. ¹

- تم التوقيع بموجب المرسوم الإتحادي رقم (46) لعام 2003. ²

- بموجب المرسوم الإتحادي رقم (38) لعام 1996. ³

- تراجع السياسة العامة لدولة الإمارات العربية المتحدة في تقييم إمكانية تطوير برنامج للطاقة النووية السلمية عام 2008. ⁴

- المرجع السابق - ص3. ⁵

أى سرقة أو تهريب للمواد النووية أو تخريب للمنشآت النووية كجريمة يخضع مرتكبها لأشد العقوبات بموجب قانون الطاقة النووية لدولة الإمارات.

ونظراً لأهمية التنفيذ والتطبيق التام للإجراءات فى مجال الضمانات والحماية المادية والرقابة على التجارة فستوفر دولة الإمارات كافة الموارد والجهود اللازمة لضمان التنفيذ الفعال لها وفقاً للمعايير والقواعد الدولية¹.

وفى مجال تأسيس جهاز رقابى مستقل وفعال وكفاء يعتبر حجر الأساس لأي برنامج نووى مأمون وموثوق به فستقوم دولة الإمارات بتأسيس كيان فعال مخول بالرقابة. والإشراف على السلامة النووية بشكل مستقل عن الجهات الصانعة والمشغلة.²

وكذلك وضع الحماية اللازمة للحدود والمرافق لإبقاء منشآت توليد الطاقة والبنية التحتية للنقل ومرافق التخزين فى مأمون من التهديدات الخارجية كالإرهاب.

والهدف من إجراءات الأمن هو الحيلولة دون وقوع هجمات إرهابية أو تخريبية مما قد يسفر عن تسربات إشعاعية خطيرة.

وتعى دولة الإمارات الأهمية الخاصة لحماية المنشآت والنشاطات النووية من أى تهديدات داخلية أو خارجية وذلك فى إطار المحافظة على أمن واستقرار الدولة.³

- المرجع السابق - ص 4. 1

- المرجع السابق - ص 7. 2

- المرجع السابق - ص 13. 3

وتتويجاً لكل ما سبق فقط أصدر صاحب السمو الشيخ خليفة بن زايد آل نهيان رئيس الدولة حفظه الله، المرسوم بقانون إتحادي رقم 6 لعام 2009 في شأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية¹ ويمثل هذا المرسوم بقانون أحد العناصر الأساسية للبنية التحتية القانونية اللازمة وفقاً لمعايير الوكالة الدولية للطاقة الذرية كإطار لإنجاح قطاع الطاقة النووية السلمية. وقد استعانت دولة الإمارات في سبيل وضع وإعداد القانون بخبرات الدول التي سبقت دولة الإمارات في هذا المجال لتستفيد بهذه الخبرات في وضع القانون للوصول إلى أفضل قانون محكم.

وتتمثل العناصر الأساسية للقانون في الآتي: -

- 1- إنشاء الهيئة الإتحادية للرقابة النووية وهي هيئة رقابية وتنظيمية مستقلة تماماً تعمل على تنظيم القطاع النووي في الدولة للأغراض السلمية فقط وتحقيق الأمان النووي والأمن النووي والوقاية من الإشعاعات.
- 2- إعداد نظام محكم لترخيص العاملين في القطاع النووي ومراقبة المواد النووية.
- 3- تجريم وفرض عقوبات قاسية مدنية وجزائية على مخالفة أحكام القانون بما في ذلك سرقة المواد النووية أو المتاجرة بها أو النقل أو الاستخدام غير المصرح به لتلك المواد.

- صدر هذا المرسوم بتاريخ 4 أكتوبر عام 2009. ¹

وقد قامت الهيئة الاتحادية للرقابة النووية بتوقيع العديد من المذكرات والاتفاقيات وذلك لتفعيل دورها في المحافظة والأمان على البرامج والمواد والمنشآت النووية بداخل دولة الإمارات ومنها على سبيل المثال قامت الهيئة بتوقيع مذكرة تفاهم مع جهاز حماية المنشآت والمرافق الحيوية¹. والمسئول عن حماية وأمن المنشآت الحيوية بدولة الإمارات العربية المتحدة.

وباستقراء نصوص المرسوم بقانون رقم 6 لعام 2009 وذلك لتحديد الأفعال التي جرمها المرسوم بقانون ضد الإعتداء على أمن الطاقة النووية فإننا نجد أن المرسوم بقانون² قد حدد أفعال معينة تعتبر جرائم إذا إرتكبت ووضع لها المشرع العقوبات اللازمة وهي جرائم ضد أمن الطاقة النووية وهذه الأفعال هي كل من قام:

1. بأي عمل بدون ترخيص يشتمل على إستلام أو حيازة أو إستخدام أو نقل أو تغيير أو التخلص من أو تبيد مادة نووية تسبب أو من المحتمل أن تسبب الوفاة أو الإصابة الجسيمة لأي شخص أو أضرار مادية للملكية.
2. سرقة مادة نووية أو الحصول عليها بدون وجه حق.
3. إختلاس أو الحصول على مادة نووية بطريق الإحتيال.
4. محاولة الحصول على مادة نووية عن طريق إستعمال القوة أو التهديد أو بأي شكل من أشكال الإكراه والتخويف.

- تم توقيع المذكرة عام 2011.¹
- يراجع نص المادة رقم 63 من المرسوم بقانون إتحادي رقم 6 لعام 2009.²

5- التهديد بإستعمال المادة النووية للتسبب بوفاة أو إلحاق ضرر بالغ بأي شخص أو أي ضرر مادي بالممتلكات أو القيام بأي إعتداء آخر.

6- بأي عمل بمخالفة أحكام الإتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي¹ المصدق عليها بالمرسوم الإتحادي رقم 95 عام 2007. وبحصر الأفعال وتحليل المواد التي نص عليها المشرع والتي تعتبر جرائم يعاقب عليها القانون نجد أن المشرع في الفقرة الأولى قد حدد أفعال بعينها وهي:

إستلام، حيازة، إستخدام، نقل، تغيير، تخلص من، تبديد، فإذا قام المتهم بإرتكاب أية فعل من هذه الأفعال وهي تعتبر أفعال السلوك المكون للعنصر الأول من عناصر الركن المادي، فإذا تسبب هذا الفعل المرتكب أو كان من المحتمل أن يتسبب في وفاة أو إصابة جسيمة لأي شخص أو أضرار مادية للملكية وهي النتيجة الإجرامية المترتبة على السلوك الإجرامي الذي إرتكبه الجاني وهي تمثل العنصر الثاني من عناصر الركن المادي.

وبالطبع يوجد الرابط بين العنصر الأول والعنصر الثاني حيث أن النتيجة ترتبت على قيام الجاني بإرتكاب السلوك الغير مشروع الذي نص عليه المشرع، ففي هذه الحالة يكون الجاني قد ترتبت لديه المسؤولية الجنائية عن فعله ويستوجب العقاب.

أما نص الفقرة الثانية فقد حدد أفعال وهي:

71- صدرت هذه الإتفاقية في شهر سبتمبر عام 2005 من منظمة الأمم المتحدة وتقع في (28) مادة وتتحدث عن الممارسات الإرهابية بإستخدام المواد المشعة - والمقصود بها المواد النووية.

السرقه، الحصول على المواد النووية بدون ترخيص وهذه الأفعال تقع على المواد النووية. والسرقه كما حددها المشرع في قانون العقوبات لا تختلف عن سرقه المواد النووية في أركان جريمة السرقه. وكذلك نص المشرع على فعل الحصول على المواد النووية بدون الحصول على ترخيص من الجهات المختصة بإصدار التراخيص الخاصة بحيازة المواد النووية. أما قبل أن يتم حصول الشخص على المواد النووية ونظراً لخطورتها فإنه لا بد من تواجده شروط معينة تمنح الهيئة بعدها الشخص رخصة للحصول على وحيازة هذه المواد الخطرة.

أما نص الفقرة الثالثة فقد حددت أفعال هي:

فعل الإختلاس، والحصول على المادة بطريق الإحتيال. وفعل الإختلاس معروف في قانون العقوبات وهو الحصول على المادة والإستيلاء عليها ممن يكون موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة،¹ وكذلك نصت الفقرة على فعل الحصول على المادة بطريق الإحتيال. والإحتيال له طرق معروفة ومعلومة في قانون العقوبات وينتهي بالحصول على المادة بدون وجه حق².

أما نص الفقرة الرابعة فقد حددت أفعالاً هي:

إختلفت هذه الفقرة عن سابقتها في أنها أدخلت عنصر القوة أو التهديد مع الحصول على المادة النووية وهي ظروف مشددة تعطي الفاعل السيطرة والقدرة على إستخلاص المادة النووية للوصول الي السيطرة

72-لمزيد من المعلومات يراجع د. شريف سيد كامل - شرح قانون العقوبات الإتحادي القسم الخاص-

مطبعة جامعة الجزيرة دبي - عام 2010 ص307.

- المرجع السابق - ص234.²

عليها وحيازتها بإستخدام القوة. والمشرع هنا قرر توسيع تجريم الأفعال، وذلك بأنه مجرد المحاولة للحصول على المادة النووية تقع جريمة. وقد وسع المشرع من مفهوم العنف والإكراه وذلك بقوله (أو بأي شكل من أشكال الإكراه والتخويف) وهذا يضاف الي إستخدام القوة أو التهديد بها وبأي شكل من الأشكال وذلك للحصول على المادة النووية.

أما نص الفقرة الخامسة فقد حددت أفعالاً هي:

أن المتهم هنا يقوم بالتهديد بإستعمال المادة النووية التي حصل عليها وذلك للتسبب في:

أ. وفاة شخص

ب. إلحاق ضرر بشخص

ج. إلحاق ضرر مادي بالممتلكات

د. القيام بأي إعتداء آخر

وهنا تحدث المشرع عن قيام المتهم بالتهديد بالمادة النووية التي حصل عليها في حيازته بأنه سوف يقوم بأي عمل ضد الأشخاص أو ضد الممتلكات يؤدي الي إحداث وفاة أو إصابات أو أضرار وكذلك أضاف المشرع الي الأضرار السابقة والأفعال السابقة القيام بأي إعتداء آخر لم يشملها نص الفقرة وذلك لتوسيع دائرة الأفعال الغير مشروعة التي تقع من الفاعل. يعني ذلك أن أي فعل يقوم به الجاني يكون مسؤولاً عنه مسؤولية جنائية تستوجب العقاب على فعله.

أما نص الفقرة السادسة فقد قرر الآتي: -

أن أي عمل من الأعمال الأخرى التي لم يشملها المرسوم بقانون وإندرج تحت أي فعل من الأفعال التي شملتها أحكام الإتفاقية الدولية لقمع الإرهاب النووي. والتي تم التصديق عليها من دولة الإمارات بالمرسوم بقانون رقم 95 لعام 2007.

وفي هذه الفقرة أراد المشرع أن يضيف الأفعال الغير مشروعة التي يقوم بها المجرمون والتي تضمنتها الإتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي وذلك حتى يشتمل المرسوم الإتحادي بقانون رقم 6 لعام 2009 على جميع الأفعال التي يقوم بها المجرمون باستخدام المواد النووية. سيما وأنه بالتوقيع والتصديق على الإتفاقية فإن دولة الإمارات ملزمة بتطبيق مواد الإتفاقية وتضمينها التشريعات الداخلية للدولة. وعليه فإن المشرع قد ضمن المواد الواردة بالإتفاقية والتي تشمل الأفعال التي لم تدرج في المرسوم بقانون وذلك تطبيقاً لنصوص الإتفاقية في التشريعات الداخلية.

الجرائم الأخرى التي نص عليها المشرع في المرسوم الإتحادي رقم 6 لعام 2009:

بإستقراء نص المادة رقم 62 من المرسوم بقانون إتحادي رقم 6 لعام 2009 نجد أن المشرع قد أورد بعض الأفعال المجرمة ولكن هذه الأفعال لا تقع على المواد النووية مباشرة ولكن تقع على ما يتصل بها سواء الأوراق أو المستندات الخاصة بالمواد النووية أو الهيئة المسؤولة عن إصدار التراخيص الخاصة بالمواد النووية.

فقد نص المشرع في الفقرة رقم 3 من المادة 62 من المرسوم الاتحادي بقانون على أن (كل من قام متعمداً بتغيير أو إتلاف أو كتمان أية معلومات أو وثائق مطلوبة من الهيئة بموجب أحكام هذا المرسوم الاتحادي). ومن تحليل هذا النص نجد أن المشرع قد أورد أفعال متعمدة من الجاني وهي التغيير أو الإتلاف للمستندات أو كتمان أية معلومات أو وثائق طلبها الهيئة بنص القانون وهذه تعتبر جرائم معاقب عليها أصلاً بقانون العقوبات الاتحادي، ولكن المرسوم الاتحادي بقانون أورد كذلك وخصص هذه الأفعال كجرائم تتصل بأمن الطاقة النووية تستوجب العقاب عليها.

أما نص الفقرة رقم 4 من نفس المادة السابقة فقد قررت (تجريم فعل تقديم معلومات مضللة عمداً الي الهيئة المنوط بها إصدار التراخيص وذلك بغرض التأثير على هذه الهيئة لإصدار ترخيص لصالحه). وهذه الجريمة تشمل تقديم أقوال أو مستندات أو أوراق مزورة وتحمل معلومات على غير الحقيقة وذلك لتقوية موقفه والظهور بمظهر من إستطاع أن يلبي كل الإشتراطات اللازمة التي وضعتها الهيئة الخاصة بالتراخيص وذلك بهدف الحصول على ترخيص من الهيئة عن طريق التأثير في قرار الهيئة للحصول منها على التراخيص المطلوبة، وهذه الجريمة معاقب عليها بنص قانون العقوبات الاتحادي في جرائم التزوير، ولكن المشرع الإماراتي أوردتها فيما يختص بأمن الطاقة النووية.

أما نص الفقرة رقم 5 من نفس المادة السابقة فقد حددت أفعالاً معينة إعتبرها المشرع جريمة وهذه الأفعال هي: (نشر، نقل، إفشاء أية معلومات أو وثائق بشأن مادة نووية أو مرفق نووي دون وجه حق أو بصورة قد تؤدي الي الإضرار بالحماية المادية للمواد النووية).

وفي هذا النص نجد أن المشرع جرم أفعال إفشاء الأسرار والمعلومات عن أية مواد نووية أو أية منشآت نووية قد تعرض أمنها الي الخطر، وهذه الأفعال تشكل جريمة إفشاء الأسرار، ولكن المشرع هنا خصص الإفشاء عن معلومات خاصة بالمواد النووية أو المنشآت النووية وهو نفس ما قرره¹ في قانون العقوبات الإتحادي رقم 3 لعام 1987 من جريمة إفشاء الأسرار والمعلومات إلا أنه في المرسوم الإتحادي بقانون رقم 6 لعام 2009 قد خص إفشاء المعلومات والأسرار أو نقلها أو نشرها بالمواد النووية والمنشآت النووية فقط.

المبحث الثاني

عقوبات جرائم الطاقة النووية

في حالة قيام أي شخص بإرتكاب أي فعل من الأفعال السابق إيضاحها والتي تضمنها نص المادة رقم 63 من المرسوم الإتحادي بقانون رقم 6 لعام 2009 فإن المشرع وضع عقوبات لإقتراف هذه الأفعال:
أولاً: عقوبة السجن:

قرر المشرع توقيع عقوبة السجن المؤقت على من يقوم بإقتراف أي فعل من الأفعال السابقة. ومعلوم أن عقوبة السجن المؤقت تتراوح بين

- يراجع نص المادة رقم 379 من قانون العقوبات الإتحادي رقم 3 لعام 1987. ¹

حد أدني وهو 3 سنوات سجن وحد أقصى وهو 15 عاما سجن وذلك وفقاً لنص المادة رقم 68 من قانون العقوبات الإتحادي.

ثانياً: عقوبة الغرامة:

قرر المشرع توقيع عقوبة الغرامة وهي في حدها الأدنى تكون (2000000) مليوني درهم وتكون في حدها الأقصى (50000000) خمسين مليون درهم.

وقد خير المشرع القاضي في توقيع العقوبتين معاً أو إحدي هاتين العقوبتين السجن أو الغرامة وترك ذلك لتقدير قاضي الموضوع طبقاً لظروف كل حالة على حدة.

وبالنظر الي العقوبات السابقة نجد أن عقوبة السجن المؤقت هي عقوبة الجنايات كما أن الغرامات الموقعة تزيد على الحد الأقصى لعقوبة غرامات الجنح.

فهل معني ذلك أن المشرع جعل الأفعال التي تقع على المواد النووية تدرج تحت جرائم الجنايات.

خصوصية المواد النووية وما تحمله من خطر شديد علي الأفراد والممتلكات جعل المشرع يرفع من عقوبة الأفعال المرتكبة ضدها أو بها الي عقوبات الجنايات.

رغم أن مراجعة الأفعال السابقة التي وردت في نص المادة رقم 63 من المرسوم الإتحادي بقانون رقم 6 لعام 2009 نجد أنها في قانون العقوبات تدرج تحت الجنح والتي تكون عقوبتها الحبس والغرامة التي لا تزيد عم (30000) ثلاثون ألف درهم.

والهدف من تغليظ العقوبات هو أن المشرع أراد بذلك أن تكون هذه العقوبات رادعة لمرتكبيها وتحقق أغراض العقوبة وهي الردع العام والردع الخاص.

حالات تشديد العقاب:

نص المشرع في المرسوم بقانون¹ رقم 6 لعام 2009 على

حالتين لتشديد العقوبات المقررة للجرائم وهما:

1. إذا وجدت عقوبات أشد في قانون آخر غير هذا المرسوم بقانون

لأية أفعال مذكورة فإن العقوبات الأشد هي التي توقع على

الفاعل.

وفي هذا النص قرر المشرع أنه إذا وجدت نفس الأفعال الإجرامية في قانون آخر أصدرته الدولة وكانت العقوبات الموقعة في القانون الآخر هي الأشد من عقوبات المرسوم الإتحادي بقانون 6 لعام 2009 فإن القاضي يوقع العقوبة الأخرى الأشد. وهو نص واجب التطبيق حيث أن القاضي لا يكون مخيراً في العقوبة وإنما ملزم بتوقيع العقوبة الأشد في القوانين الأخرى التي أصدرتها الدولة.

2. قرر المشرع مضاعفة العقوبات المقررة للجرائم المنصوص

عليها في هذا المرسوم بقانون في حالة العود.

ومعلوم أن ظرف العود² من الظروف المشددة للعقوبة التي ورد ذكرها في قانون العقوبات الإتحادي رقم 3 لعام 1987. وكذلك أضاف

¹ - يراجع نص المادة رقم 64 من المرسوم بقانون رقم 6 لعام 2009.

² - يراجع نص المادة رقم 106 من قانون العقوبات الإتحادي رقم 3 لعام 1987.

المشروع هذا الظرف المشدد للجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم الإتحادي بقانون حتى تكون من حالات مضاعفة وتشديد العقاب. ومضاعفة العقوبة يعني رفعها للضعف سواء في عقوبة السجن أم في عقوبة الغرامة المقررة في هذا المرسوم الإتحادي بقانون.

عقوبات الجرائم المرتبطة بالمواد النووية:

قرر المشروع للجرائم المرتبطة بالمواد النووية والسابق بينها والتي يرتكبها الجاني ولا تقع مباشرة على المواد النووية العقوبات التالية:

أولاً: عقوبة الحبس

قرر المشروع توقيع عقوبة الحبس التي لا تجاوز في حدها الأقصى عاماً واحداً، ومعلوم أن الحد الأدنى لعقوبة الحبس هو الحبس لمدة شهر واحد¹.

ثانياً: الغرامة

وضع المشروع عقوبة غرامة لهذه الأفعال وحصر حدها الأدنى بين مبلغ لا يقل عن (500000) خمسمائة ألف درهم ولا يزيد حدها الأقصى عن (50000000) خمسين مليون درهم.

كما خير المشروع القاضي في توقيع العقوبتين معاً أو إحدي هاتين العقوبتين الحبس أو الغرامة وترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع طبقاً لظروف كل جريمة على حدة.

- يراجع نص المادة رقم 69 من قانون العقوبات الإتحادي الإماراتي رقم 3 لعام 1987.¹

خاتمة

بعد أن أوضحنا حماية وأمن الطاقة النووية بدولة الإمارات وإستعراضنا القوانين التي أصدرها المشرع الإماراتي لحماية وأمن الطاقة النووية نجد أنه لا بد للمشرع من إصدار قانون واحد يجمع شتات القوانين التي تحمي الطاقة النووية من الأفعال التي تقع عليها ويجرمها المشرع. فقانون العقوبات الإتحادي رقم 3 لعام 1987 إشتمل على ثلاث مواد وهي المواد أرقام 348، 349، 350 والخاصة بتعريض حياة الناس أو صحتهم للخطر. وكذلك القانون الإتحادي رقم 24 لعام 1999 في شأن حماية البيئة وتتميتها والمعدل بالقانون الإتحادي رقم 11 لعام 2006 قد إشتمل على المادة رقم 62 وهي الخاصة بإستيراد أو جلب النفايات الخطرة. وكذلك المرسوم إتحادي بقانون رقم 6 لعام 2009 في شأن الإستعمالات السلمية للطاقة النووية قد إشتمل على المواد أرقام 60 الي 64 وهي الخاصة بالجرائم المتصلة بالمواد النووية سواء الحصول على التراخيص الخاصة أو الجرائم التي تقع على المواد النووية أو إستخدام المواد النووية للإعتداء على الأشخاص والممتلكات.

وهناك بعض الإتفاقيات الخاصة بالمواد النووية والتي وقعت وصدقت عليها دولة الإمارات ومن أمثلتها إتفاقية الحماية المادية للطاقة النووية، الإتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي. وغيرها من الإتفاقيات الخاصة بالطاقة النووية. ومعلوم أنه بمجرد التصديق على الإتفاقية من أي دولة طرف فيها يتم تطبيقها كتشريع داخلي ويلغي أو يعدل كل

تشريع يخالف الإتفاقيات التي تم التوقيع والتصديق عليها. وبجانب أهمية الطاقة النووية لبناء المفاعلات لإنتاج الطاقة الكهربائية وتحلية المياه في المستقبل وإهتمام دولة الإمارات الشديد في هذا المجال والتأكيد على شفافية البرنامج النووي الإماراتي وأنه لأغراض سلمية فقط والبدء فعلاً في بناء أول محطة للطاقة النووية السلمية بدولة الإمارات كما سبق وأن ذكرنا فإن الإهتمام التشريعي والقانوني لهذا المجال لا بد أن يواكب التطور الهائل والسريع في هذا المجال.

وقد سبق للمشرع الإماراتي أن قام بإصدار تشريعات خاصة تشمل أنواع معينة من الأفعال الحديثة على المجتمع ولم يشملها قانون العقوبات بالتجريم إلا أن المشرع أصدر تشريعات خاصة تجرم هذه الأفعال ولم يتم بتعديل قانون العقوبات لإحتوائها. حيث أطلق على هذه المجموعة الجديدة من التشريعات عنوان التشريعات الجنائية الخاصة وشملت مجموعة كبيرة من القوانين الخاصة بجرائم معينة ومن أمثلة ذلك قانون مكافحة جرائم المخدرات، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، قانون تجريم غسل الأموال، قانون مكافحة جرائم الإتجار بالبشر وغيرها.

ونظراً للأهمية المستقبلية للطاقة النووية وهي فرع من الفروع الجديدة وما يلحق بها من جرائم محتملة تقع على أمنها من إرتكاب أفعال تشكل جرائم يعاقب عليها القانون. فإننا نوصي المشرع أن يصدر تشريع جنائي جديد يختص بالجرائم الواقعة على المواد النووية ومنشأتها ويجرم فيه كل الأفعال المحتمل وقوعها ويعاقب عليها ويجمع فيه كل التشريعات السابقة سواء المحلية أو الإتفاقيات الدولية التي وقعت

وصدقت عليها الدولة لتنفيذها كتشريع داخلي يواجه بها سواء الحالات الفردية أو الجرائم المنظمة أو الجرائم الإرهابية الخاصة بالمواد النووية أو الجرائم الداخلية ويضاف هذا التشريع الي التشريعات الجزائية الخاصة التي أصدرها المشرع ليعالج بها أفعالاً غير مشروعة ظهرت حديثاً وتتطور بسرعة شديدة ومن خلال هذا التشريع الخاص يستطيع المشرع أن يعدل أو يضيف أو يلغي المواد بسرعة في هذا التشريع ليوكب التطور السريع في هذا المجال. لأن الطاقة النووية تتصف بذات الصفات من الحداثة والتطور السريع. مستتيراً في ذلك بالتشريعات السابقة التي أصدرها المشرع في شأن الطاقة النووية والإتفاقيات الدولية وتشريعات الدول التي سبقت دولة الإمارات بوضع تشريعات في ذات الشأن والخبرات الموجودة في المنظمات الدولية العاملة في ذات المجال.

وقد خلص الباحث الي عدة نتائج أهمها:

أولاً: يوجد عدد من القوانين والتشريعات التي أصدرها المشرع الإماراتي تشمل مواد خاصة بحماية الطاقة النووية.

ثانياً: توجد بعض الإتفاقيات الدولية التي وقع وصادق عليها المشرع الإماراتي والخاصة بحماية وإستعمال الطاقة النووية.

ثالثاً: أهمية الطاقة النووية كطاقة مستقبلية لدولة الإمارات وإهتمام الدولة بهذه الطاقة الجديدة والسعي الي إستخدامها للأغراض السلمية.

رابعاً: إهتمام دولة الإمارات أن تضع التشريعات الخاصة بحماية وأمن الطاقة النووية مما قد يقع ضدها أو عليها من أفعال تعد جرائم وتغليظ العقوبات عليها.

وهناك عدة توصيات توصل إليها الباحث ويأمل أن يأخذها المشرع بعين الإعتبار وهي:

أولاً: إصدار تشريع جنائي جديد يختص بالجرائم الواقعة على المواد النووية ومنشأتها، ويجمع فيه المشرع كل التشريعات السابقة في تشريع واحد.

ثانياً: تضمين الإتفاقيات الدولية التي وقعت وصدقت عليها الدولة والخاصة بالمواد النووية وحمايتها للتشريع الجنائي الجديد الخاص بحماية المواد النووية.

ثالثاً: إدراج التشريع الجديد تحت مظلة التشريعات الجنائية الخاصة ويكون قائماً بذاته ولا يدرج ولا يلحق بأي تشريع قائم، وذلك لسهولة إضافة أو تغيير أو تعديل نص المواد التي يتضمنها التشريع الجديد، وذلك نظراً للتطور الشديد في الجرائم التي تقع ضد المواد والمنشآت النووية، وتطور الجرائم الإرهابية بسرعة شديدة.

رابعاً: مراجعة التشريع الخاص بحماية المواد النووية كل فترة معينة نظراً لتطور الجرائم الواقعة على المواد النووية ومنشأتها وذلك بغرض تعديل هذا التشريع ومواكبة تطور الجرائم الماسة به.

خامساً: تشديد العقوبات الخاصة بجرائم الإعتداء على المواد النووية ومنشأتها، ورفع الحد الأدنى لعقوبات الحبس والسجن الواردة في القانون لتكون رادعة وتحقق أهداف وأغراض العقوبة.

والحمد لله تعالى وحده

المراجع

أولاً: الكتب:

1. د. أحمد فؤاد باشا-مشكلات التلوث وتغييرات المناخ - دار الفكر العربي - عام 2009.
2. د. أحمد مدحت إسلام - الطاقة وتلوث البيئة-دار الفكر العربي - عام 199.
3. توفيق محمد قاسم- التلوث مشكلة اليوم والغد- الهيئة المصرية العامة للكتاب-عام1999
4. د.حسن أحمد شحاته-تلوث الهواء القاتل الصامت- مكتبة الدار العربية للكتاب- عام2002.
5. د.راتب السعود - الإنسان والبيئة - دار الحامد للنشر والتوزيع - عمان - عام2007
6. د. رجاء وحيد دويدري - البيئة مفهومها العلمي المعاصر وعمقها الفكري التراثي - دار الفكر - دمشق-عام2004.
7. د. شريف كامل علي - شرح قانون العقوبات الإتحادي - القسم الخاص - جامعة الجزيرة - دبي - 2010.
8. د. عايد راضي خنفر - التلوث البيئي - دار اليازوردي للنشر-عمان - عام2010.
9. د. علي حسن موسي - التلوث البيئي - دار الفكر العربي - دمشق - عام2006.
10. د. محمد حسن محمد-الطاقة النووية وأفاقها السلمية في العالم العربي- صادر عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - عام 2003.

11. مهندس / محمد عبد القادر الفقي - البيئة مشاكلها وقضاياها - مطبعة بن سينا - القاهرة - عام 1983.

12. د. محمد يونس - تجربة دولة الإمارات العربية المتحدة في حماية البيئة - صادر عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - عام 2009.

13. هيوارد جيلر - ثورة نحو مستقبل مستدام - إصدار مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - عام 2009.

ثانياً البحوث:

1. تيموثي ليبمان، دانيال كامن - الطاقة المتجددة التحدي الحقيقي الراهن للنفط - بحث صادر عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - عام 2005.
2. جنجمن كانج - التعاون الدولي وتطوير التقنية النووية في الشرق الأوسط - بحث منشور في الطاقة النووية في الخليج - إصدار مركز الغمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - عام 2009.
3. صالح عبد الرحمن المانع - الإنعكاسات الإستراتيجية للتقنيات النووية في مجلس التعاون لدول الخليج العربية - بحث صادر عن مركز الغمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - عام 2009.
4. د. عبد الغني محمد مليباري - رؤية نووية مستدامة لمنطقة الخليج - بحث منشور في الطاقة النووية في الخليج - إصدار مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية عام 2009.
5. لويس إتشفاري - المصادر المستقبلية للطاقة النووية في الخليج العربي - بحث صادر عن مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - عام 2009.

6. يوسف شاتيلا، مجيد كاظمي - ضمان القدرات الداخلية للتعليم والتدريب في معهد مصدر - بحث منشور في الطاقة النووية في الخليج - إصدار مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - عام 2009.

ثالثاً الوثائق:

1-الجريدة الرسمية - دولة الإمارات العربية المتحدة - العدد 498 - سبتمبر عام 2009.

رابعاً المقالات:

1-مقال منشور في جريدة البيان الإماراتية - بعنوان الإمارات توقع إتفاقية تعاون مع وكالة الطاقة الذرية - الصفحة رقم 2 - بتاريخ 7-6-2013.

خامساً المراجع الأجنبية:

- 1- Nuclear Energy Agency (NEA) Risks and benefits of Nucler Energy (Paris, France: OECD 2007).
- 2- Nuclear Energy Agency (NEA) and International Energy Agency (IEA), projected costs of Generting E lectricity 2005 update (Paris, France: OECD, 2005).

**تفتيش شبكة الانترنت
لضبط جرائم الاعتداء على العرض
وطرق مواجهتها**

د / محمد فوزى إبراهيم
أستاذ القانون الجنائى المشارك
أكاديمية العلوم الشرطية
دولة الإمارات العربية المتحدة

المقدمة

إن التوافق بين السياسة الجنائية وحق الأفراد في سلامة أبدانهم من كل أذى يحيط بهم ، مطلب أساسي ومشروع لمواجهة الإجرام التقني المستحدث والمتمثل بشبكة الإنترنت، والتي يلجأ إليها المجرم المعلوماتي لتنفيذ رغباته الإجرامية في بيئة لا يحكمها قانون، والتي - على فرض تنظيمها - تثير صعوبات عدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الجرائم المرتكبة بواسطتها، وكذلك القاضي المختص بنظر تلك الجرائم، والتي يصعب إقامة الدليل عليها وإثباتها .

وقد أتاحت الثورة الرقمية Digital Revolution للمجرم المعلوماتي تسخير الفضاء الكوني Cyber Space لتحقيق أغلب صور الاعتداء على الأشخاص من جنح بسيطة إلى جنایات كبرى - إما كفاعل أصلي أو كفاعل معنوي - وبأبسط الأساليب، من خلال التلاعب ببرمجة البيانات عن بعد وبضغطه زر واحدة .

وإذا كانت ثورة الأذى المعنوي هي الأغلب في نطاق شبكة الإنترنت، إلا إن الأذى المادي يمكن أن تتحقق صورته كذلك، فإذا تم التلاعب - على سبيل المثال - ببيانات طبية متعلقة بالمريض (المجني عليه) من خلال الولوج إلى أنظمة قواعد البيانات الخاصة بالمستشفى التي يرقد فيها المريض؛ فإن هذا التلاعب - إذا ألق ضرراً بالمجني عليه - يشكل اعتداءً على سلامة جسم المريض وإلحاق الأذى به أو حتى قتله ، وتتحقق هذه الصورة ولا سيما أن إجراء العمليات عن بعد أصبحت من السمات العملية المستحدثة في مجالات الطب . ولقد تباينت الصور الإجرامية لظاهرة الجريمة المعلوماتية وتشتعت أنواعها فلم تعد تهدد العديد من المصالح التقليدية التي تحميها القوانين والتشريعات منذ عصور قديمة ، بل أصبحت تهدد العديد من المصالح والمراكز القانونية التي استحدثتها التقنية المعلوماتية بعد اقترانها بثورتي الاتصالات و المعلومات .

فالمصالح التقليدية التي تحميها كل التشريعات والنظم القانونية منذ زمن بعيد بدأت تتعرض إلى اشكال مستحدثة من الاعتداء بواسطة هذه التقنية الحديثة فبعد أن كان الاعتداء على الأموال يتم بواسطة السرقة التقليدية أو النصب، وكانت الثقة في المحررات الورقية يعتدى عليها بواسطة التزوير، أصبحت هذه الأموال يعتدي عليها عن طريق اختراق الشبكات المعلوماتية وإجراء التحويلات الإلكترونية من أقصى مشارق الأرض إلى مغاربها في لحظات معدودة، كما أصبحت تلك الحقوق الثابتة في الأوعية الورقية يتم الإعتداء عليها في أوعيتها الإلكترونية المستحدثة عن طريق اختراق الشبكات والأنظمة المعلوماتية دون الحاجة إلى المساس بأي وثائق أو محررات ورقية.

وبعد أن كانت الحياة الخاصة للإنسان تواجه الاعتداء باستراق السمع أو الصورة الفوتوغرافية، أصبحت هذه الخصوصية تنتهك بواسطة اختراق البريد الإلكتروني والحواسب الشخصية ، و قواعد البيانات الخاصة بالتأمين الصحي والمستشفيات ومؤسسات الائتمان والتأمين الاجتماعي.

أما المصالح المستحدثة ، فتتمثل في استحداث مراكز قانونية أفرزتها الحياة الرقمية الجديدة مثل حقوق الملكية الفكرية على تصميم البرامج المعلوماتية، بالإضافة إلى حقوق الملكية الصناعية ، والإسم التجاري للمواقع الإلكترونية المختلفة ، والحقوق الناتجة عن تشغيلها والخدمات التي تقدمها للعملاء. فإذا ما تأخرت القوانين والتشريعات اللازمة لمواجهة هذه الظاهرة الاجرامية الجديدة فسوف نواجه عشوائية كذلك العشوائية العمرانية - على سبيل المثال - التي نتجت عن تأخر قوانين التطوير العمراني.

إشكالية البحث

إن استخدام الحاسب الآلي بشكل كبير والإنتشار الواسع لشبكة الانترنت في الأونة الأخيرة في كل دول العالم صاحب ذلك ظهور العديد من السلبيات والايجابيات ، سواء على المستوى الأمني أو الثقافي أو الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي ،

بالإضافة إلى الكثير من المشاكل القانونية ، ناهيك عن تطور الأنشطة الاجرامية وانتقالها من عالم المجرمين البؤساء إلى عالم مجرمي المهارات المعلوماتية ، ولذلك تكمن إشكالية البحث في محاولة الوصول إلى آلية مناسبة وملائمة ومُحكمة لضبط الجرائم الالكترونية ولا سيما جرائم الاعتداء على العرض ، مع وضع التدابير الاحترازية والضمانات الوقائية للحدّ من ارتكاب هذه الجرائم والتي تتسم بالمخاطرة الشديدة على حرمة الحياة الخاصة للأشخاص ، بل ولتفادي وقوع مثل هذه الجرائم ، هذا بالإضافة إلى الحدّ من الجهل بالثقافات القانونية وعدم إساءة استخدام الإنترنت .

أهداف البحث : يهدف الباحث من خلال هذا البحث إلى معالجة المسائل الآتية:

- الكشف عن بعض الجرائم المتعلقة بشبكة الإنترنت ومعرفة سمات وخصائص مرتكبيها ، وبالتالي لفت انتباه الجهات المختصة سواء التشريعية أو القضائية أو التنفيذية إليها .
- إيضاح موقف المشرع المصري في ظل القانون رقم 175 لسنة 2018م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات وما يقابله بدولة الإمارات العربية المتحدة القانون رقم (5) لسنة 2012م وتعديلاته الصادرة بالقانون رقم (12) لسنة 2016م والمرسوم بقانون اتحادي رقم 2 لسنة 2018.
- الكشف عن وسائل الضبط والتفتيش لجرائم الاعتداء على العرض التي تتم عبر شبكة الانترنت وبيان العوائق التي تحول دون استخدامها ،
- تسليط الضوء على أهمية التدريب للكوادر القائمة على مكافحة مثل هذه الجرائم المستحدثة .
- تسليط الضوء على الجهود الدولية والإقليمية المبذولة والتشريعات القانونية الجديدة لمواجهة هذه الجرائم الالكترونية .

المنهج الدراسي المتَّبَع في هذا البحث وخطة البحث:

يأتي موضوع الجرائم الالكترونية في ظل الفكر الجنائي المعاصر، ولقد اتبع الباحث المنهج التحليلي لمعرفة ماهية التفتيش والضبط الالكتروني عبر شبكة الانترنت لضبط جرائم الاعتداء على العرض وعند تناول الجانب النظامي أو القانوني اعتمد الباحث على ما ورد في تلك الأنظمة ، سواء المصري (القانون رقم 175 لسنة 2018م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات أو الإماراتي) القانون رقم (5) لسنة 2012م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات وما طرأ عليه من تعديلات بالقانون رقم 12 لسنة 2016م والقانون رقم 2 لسنة 2018) ، وذلك بتحليل النصوص، واستقراء ما ورد فيها، وفي حالة عدم وجود نص يعالج هذه المسألة لجأ الباحث إلى ما ورد بشأنها من أحكام القضاء، وما أشار إليه شراح القانون، وذلك لمعاونة الباحث على بسط البحث وإعطاء البحث حقه من كل جوانبه ، كما اعتمد الباحث أيضاً على المنهج التأصيلي: وذلك بتوثيق المعلومات والآراء من وجهات نظر رجال القانون سواء من خلال أحكام القضاء أو اجتهادات فقهاء القانون.

وارتأى الباحث تناول هذا البحث في أكثر صور الإعتداء على الأشخاص وقوعاً عبر شبكة الإنترنت، والمتمثلة غالباً في جرائم الاغتصاب ، وهناك العرض ، والفعل الفاضح ، والزنا وتفتيش شبكة الانترنت لضبطها ، ثم دور الجمهور الدولية والوطنية لمكافحة هذه الجرائم بسن القوانين المتخصصة ، لذلك نعرض هذه الخطة في ثلاثة مباحث رئيسية ، وذلك على النحو التالي :-

خطة البحث :

المبحث الأول : تفتيش شبكة الانترنت .

المبحث الثاني : جرائم الإعتداء على العرض عبر الإنترنت .

المبحث الثالث : الجهود التشريعية والدولية لمكافحة جرائم الإنترنت .

المبحث الأول تفتيش شبكة الانترنت

تمهيد وتقسيم :

واجه التشريع الإجرائي مشكلة تتعلق بمدى صلاحية نصوص التفتيش للقيام بإجراء رقابي، فإذا كان القانون يعترف بإمكانية القيام بإجراء التفتيش حين وقوع جريمة محددة، فإن التفتيش بقصد الحصول علي أدلة عن جريمة غير محددة، يُعدُّ ضرباً من تجاوز حقوق الإنسان. لذلك حرصا المشرع المصري والإماراتي على إحاطة التفتيش كإجراء بضمانة الحرص علي حقوق الانسان من ناحيتين: موضوعية، وتتمثل في الغاية من التفتيش، وناحية شكلية، تتمثل في ضرورة الحصول المسبق علي إذن تفتيش Search Warrant.

كما تضمنت الموائيق الأساسية مثل هذه النصوص التي تلزم الجهات القائمة علي هذا الإجراء بضرورة استصدار إذن تفتيش سابق علي إجراءاته ومحددًا بدقة سببه. علي أن عضو سلطة التحقيق لا يكون بحاجة إلي إذن التفتيش أو أمر محكمة إذا تدخلت إرادة المجني عليه، وفي هذه الحالة لا يكون الموضوع متعلقا بالتفتيش وإنما يطلق عليه في المصطلح الإعلان الإرادي Voluntary Disclosures قبل المجني عليه ، طالما كانت إرادة المجني عليه واضحة المعالم لا يشوبها شائبة الإكراه أو التحايل أو غير ذلك .⁽¹⁾

لما كان ذلك فسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في الأول إشكاليات التفتيش والمعينة والخبرة في المسائل المعلوماتية ، ثم نتعرض لحجية المخرجات الالكترونية كدليل في الإثبات الجنائي للجرائم الإلكترونية وذلك في المطلب الثاني . وذلك وفقا لهذا التقسيم :المطلب الأول :. الخبرة والتفتيش بمعرفة الخبير التقني

المطلب الثاني : حجية المخرجات الإلكترونية كدليل إثبات للجرائم الإلكترونية

(1)د. عمر محمد ابو بكر يونس ، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2004، ص65 ومابعدھا

المطلب الأول

الخبرة والتفتيش بمعرفة الخبير التقني

إنَّ البحث في الإثبات ووسائله في إطار مدى اتفاقها مع التقنية الحديثة يبدو غير ذي معني إذا لم يكن مدعماً بتوفيق من قبل التقنية ذاتها مع كل ما يتم إثباته في هذا الشأن. (1)

وهذا القول له أساس من المنطق لا سيّما حال تلمسنا لنوعية الإشكاليات التي يمكن أن تثيرها التقنية الحديثة في مدي تجاوبها مع الحالة التي يعيشها القانون في النطاق الرقمي. فقد أنتجت حالة الصراع بين المجتمعات وبين الجريمة في ثوبها الجديد- الناجمة عن استعمال الإنترنت- نظرة جديدة إلى الإثبات الجنائي. ويعتمد ضبط الجريمة و إثباتها في المقام الأول على جمع الأدلة التي حدد المشرع وسائل إثباتها على سبيل الحصر ، وذلك لما فيها من مساس بحرية الأفراد وحقوقهم الأساسية ، فلا يجوز أن تخرج الأدلة التي يتم تجميعها عن تلك التي اعترف لها المشرع بالقيمة القانونية ، و تتمثل في وسائل الإثبات الرئيسية في المعاينة والخبرة و التفتيش و ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة ، أما غيرها من وسائل الإثبات كالاستجواب و المواجهة و سماع الشهود فهي مرحلة تالية من إجراءات التحقيق و جمع الأدلة ، ولما كنا بصدد تناول الجريمة المعلوماتية و ما تثيره من مشكلات إجرائية ، فسنعرض للمشكلات القانونية التي يثيرها اثبات هذه الجرائم دون غيرها من الإجراءات كالاستجواب و المواجهة و سماع الشهود ، لأن هذه الأخيرة تتم في مواجهة البشر ، أما المعاينة و الخبرة و التفتيش ، فهي إجراءات فنية محلها الأشياء لا الأفراد وهو ما يهمننا في هذا الموضوع .

(1) William Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical, Inc., 509 U.S. 579 U.S. sup. June 28, 1993. Available online in Jan. 2000 at <http://laws.findlaw.com/US/509/579.html>: Fry s General acceptance test: " for the rule that expert opinion based on scientific technique is generally accepted as reliable in the relevant scientific community " See Freye v. US, 54 App. D.C. 46,47,293f. 1013,1014.

ولقد عرف المشرع المصري بالمادة الأولى من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات الدليل الرقمي بأنه : أى معلومات إلكترونية لها قوة أو قيمة ثبوتية مخزنة أو منقولة أو مستخرجة أو مأخوذة من أجهزة الحاسب أو الشبكات المعلوماتية وما فى حكمها ، ويمكن تجميعها وتحليلها باستخدام أجهزة أو برامج أو تطبيقات تكنولوجية خاصة. والخبرة : كل عمل يتصل بتقديم الإستشارات أو الفحص أو المراجعة أو التقييم أو التحليل فى مجالات تقنية المعلومات.

أولاً : التفتيش الإلكتروني :

التفتيش هو الإطلاع على محل منحه القانون حرمة خاصة باعتباره مستودع سر صاحبه لضبط ما عسي قد يوجد به مما يفيد فى كشف الحقيقة عن جريمة معينة.

وقد يكون محل التفتيش ذات الشخص أو سكنه أو مكان آخر ، وقد أضفى القانون حمايته على هذا المحل باعتباره مكنوناً لسر الفرد بمعنى أن له الحق فى إبقاء سريته قاصرة على نفسه ويحرم على غيره الإطلاع عليه. فالقانون لم يبيغ فى هذه الحالة رعاية الشخص كجسم معين ولا المسكن كبناء خاص وإنما السر الذى يحمله فقط والذى يعتبره مكاناً يطمئن عليه فيه . وقد نكتسب بعض الأمكنة حماية القانون إن كانت تابعة لمحل هو ذاته مصون بكونه مستودع سر، كحديقة ملحقة بمسكن ومسورة فىصبح شأنها شأن المنزل ذاته ففى هذه الصورة تصبح مستودعاً للسر. (1)

إلا أنه توفيقاً بين سلطة الدولة فى العقاب وحق المتهم فى السرية ، أجاز القانون المساس بهذه السرية عن طريق التفتيش، بعد أن أخضعه لضمانات معينة تتمثل

(1) للمزيد انظر /عذارى سعود عبدالمحسن ، الضبط والتفتيش فى جرائم الحاسب الآلى ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2016 ، ص20 وما بعدها ، د.حسن المرصفاوي، اصول الاجراءات الجنائية، مكتبة رجال القضاء، ط1996، ص383 وما بعدها.

إما في شخص القائم به أو في شروطه الموضوعية والشكلية التي يتعين توافرها في هذا الإجراء. (1)

والحكمة من منح مأمور الضبط القضائي سلطة التفتيش في حالة القبض علي المتهم ، هي أن التفتيش مفيد في كشف الجريمة، فقد يكشف عن جسم الجريمة أو الأدوات التي استخدمها المتهم في ارتكابها ، والتي يخشى في حالة عدم تفتيشه أن يخفيها أو يعدمها. (2)

وقد نص المشرع الإماراتي بالمادة (49) من المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2012م على أنه " يكون للموظفين الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير العدل صفة مأموري الضبط القضائي في إثبات الأفعال التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا المرسوم بقانون ، وعلى السلطات المحلية بالإمارات تقديم التسهيلات اللازمة لهؤلاء الموظفين لتمكينهم من القيام بعملهم "

ولقد سمح المشرع في قانون الاجراءات الجزائية الإماراتي بالمادة (61) لمأموري الضبط القضائي ضبط " كل ما يفيد في كشف الحقيقة " ، مما يتضح معه عدم اعتراض المشرع الإماراتي على التفتيش في المعطيات الالكترونية التي استعملت في ارتكاب الجريمة أو نتجت عنها أو وقعت عليها .

والخبرة والتفتيش نظام قائم بذاته ومختلف تماماً عن الآخر، ليس فقط لأن لكل منهما طبيعة قانونية مختلفة، بل لأنه توجد فراق شكلية وموضوعية. فالتفتيش إجراء يهدف إلى ضبط شي معين. أما الخبرة فهي وسيلة فنية لتقدير مسألة معينة، فقط تتم في صورة عمليات ذهنية إذا اقتضت طبيعة المأمورية ذلك، وفي

(1) وإذا كان التفتيش هو البحث عن الشيء في مستودع السر، فإن تفتيش الشخص يقصد به البحث في جسمه و ملابسه وفي الأشياء التي توجد بحوزته عن الأدلة المتعلقة بالجريمة، وكل ما يفيد في حقيقتها ونسبتها إلى المتهم . وتفتيش الأشخاص إجراء يباشره مأمور الضبط القضائي في حالتين: الأولى حالة التلبس بالجريمة، والثانية حالة صدور أمر القبض عليه. للمزيد انظر د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، مكتبة رجال القضاء، طبعة 1980م، ص408 وما بعدها .

(2) د. محمد أبو العلا عقيدة، قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 2001م، ص377.

كل حالة فإن تقرير الخبير يتضمن رأيه في المسألة محل البحث، أما المحضر المحرر بشأن التفتيش فيتضمن وصفاً حالياً من التقدير أيًا كان نوعه. (1)

لذلك فإنَّ الخبرة والتفتيش إجراءان مستقلان تمامًا ، فإذا كان ندب الخبراء عمل من أعمال التحقيق، فالخبرة في ذاتها ، هي مزاولة لوظيفة قضائية مؤقته بناء علي أمر القضاء في المسائل الفنية البحث نظراً لصعوبة تقديرها بمعرفة القاضي. أمّا التفتيش فهو إجراء من إجراءات التحقيق يقوم بأدائه أصلاً المحقق، والغاية منه ضبط الأشياء المادية، الأمر الذي يوضح الفرق الأساسي بين الخبرة والتفتيش، ولكن في بعض الحالات خاصة تلك التي يتجاوز مأمور الضبط فيها اختصاصاته أثناء فحص البلاغات والقيام بالتحري، يتعرض للمساس بالحرريات مثل الدخول علي أحد المواقع بشبكات الإنترنت العالمية بحجة معرفة الفاعل، (2) فإنَّ هذا الإجراء من جانبه يُعدُّ تفتيشاً ممنوع قانوناً بدون الحصول علي إذن من سلطة التحقيق ، فإذا أعدَّ محضراً بالتحريات وأذنت له النيابة بالقبض والضبط والفحص، فإن هذه الإجراءات تكون وليدة إجراء باطل ، ولا يُوصف هذا التقرير بأنه تقرير فني إذ أنه عمل من أعمال الاستدلال القائم من شخص ليس له صفة الخبير وغير منتدب من المحقق بعد أداء اليمين أمامه، مما يكون عملاً باطلاً.

ولكن عكس ذلك بالنسبة للخبير المنتدب حين يُكلف بضبط المخدر في معدة المتهم أو الرسائل في ذاكرة الحاسبات الآلية فيقوم بفحصها فنياً طالما ندب من سلطة قضائية وتحت إشرافها فيتداخل التفتيش مع الخبرة.

ثانياً : التفتيش بمعرفة الخبير التقني

(1) د. محمود مصطفى، الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، الطبعة 12 ، ص48
(2) في القضية رقم 8276 لسنة 2005 جنح كرداسة تقدمت طالبة بكلية الطب لإدارة مكافحة جرائم الحاسبات لقيام مجهول بانشاء بريد الكتروني علي موقع الهوتميل بشبكة المعلومات الدولية(الانترنت) متحلاً شخصيتها في التحدث مع الآخرين معلناً برغبتها في علاقات جنسية شاذة مع من يرغب، تم فحص البلاغ فنيا دون الحصول بذلك علي إذن من النيابة، وتم التعرف علي رقم التليفون والفاعل بعد التحدث معه بخلق الجريمة والدعوة للعلاقات الجنسية وبعد ذلك حصل محرر المحضر علي إذن النيابة بالضبط والفحص الفني بمعرفة ذات شخص مجري التحريات والذي استخرج الرسائل محل البلاغ من ذاكرة الجهاز(اي قام بجميع المراحل الفنية الخاصة بالتفتيش دون إذن سابق).

ينعقد الاختصاص للخبير التقني في أحد شكلين: إما أن يكون مكلفاً بذلك من قبل إحدى جهات التحقيق (الأصلية - الإستثنائية)، وإما أن يقوم بعمله بناءً على أمر من محكمة الموضوع، وفي الحالين يُعدُّ الأمر الصادر عليه قضائياً. فإذا لم تتوافر الصفة القضائية للأمر الصادر إلى الخبير فإن ما ينتج من دليل عند عمل الخبير يُعدُّ دليلاً غير مشروع ومن ثم يحق لمحكمة الموضوع ألا تأخذ به. فإذا حدث وأخذت به كان منها سبباً كافياً لكي يتعرض حكمها هذا للنقض. وهناك حالة ثالثة يمكن أن تُضاف إلى الحالتين المشار إليهما وهي التي تشير إليها القانون كحق للمتهم (فقط) في الاستعانة بخبير استشاري⁽¹⁾، حيث يجوز له استخدامه وقتما يشاء أثناء التحقيق، ودون تحديد لمدة زمنية يلزم خلالها القيام بهذا الإجراء، إن كان البعض يتجه إلى ضرورة أن تكون استعانة المتهم بالخبير الاستشاري أثناء التحقيق.

وتتحدد حركة الخبير عبر الإنترنت في سلوك سبيل تحري الحقيقة من منطلق التفاعل الكامل مع منطوق الإنترنت كعالم رقمي له وجود متكامل قام البشر بينائه. وفي هذا الإطار يلزم الخبير التقني أن يكون ملماً ليس فقط بتحديد منطوق وقوع الجريمة وكيفية حدوثها وإنما أيضاً يكون له دور كبير في التعامل مع الأدلة الرقمية التي يتم الحصول عليها من خلال قيامه بدوره هنا. كل ذلك سوف نعرض له ببعض التفاصيل في الفقرات القادمة.

أ- تحري الحقيقة: إن قاضي موضوع حين يستعين بالخبير إنما يلجأ هذا الملجأ سداً لذريعة التشكيك في الإدانة، ومن باب أولى حين تكون الخبرة مطلوبة لا سيما في النواحي الفنية التي تحتاج إلى تخصص، بحيث يكون استجلاء موضوع الجريمة من الأهمية بمكان لتحديد مقوماتها والنتائج التي ترتبت علي ارتكابها. لذلك نلاحظ أن تقارير الخبرة تُعدُّ من

(1) د. مامون سلامة الاجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الطبعة الثانية، الجزء الاول، منشورات مكتبة الجامعة، الزاوية، ليبيا 2000، ص 608.

مقومات الحكم الجنائي في كثير من موضوعات وخاصة في الجرائم ذات الطابع التقليدي كالقتل والسرقه.. الخ .

وفي إطار الجرائم الحديثة التي تأخذ بذاتها الطابع التقني فإن مثل هذه الجرائم تكون فيها الخبرة عنصرًا رئيسيًا، بحيث يتطلب الأمر ليس مجرد التعرف على الجزئيات التي تسمح بالإدانة، وبالتالي تحديد كيفية ارتكاب الجريمة من زاوية تقنية، وإنما يكون قصد الخبير التقني أيضًا التعرف علي ما يكون أن يكون فكرة تقنية جديدة تفيد القضاء ومدى إمكانية قبولها في القانون وهو الاتجاه الذي سلكته محكمة باريس في قضية اتحاد الطلبة اليهود وليكرا ضد ياهوو حيث كان مطلب المحكمة حين استعانت بخبراء الانترنت التعرف علي إمكانية تحديد مسار أمني وذلك باستخدام الفلتره.

ومعلوم أن انتهاك حاسوب الغير من الأمور الجائزة الحدوث في جرائم الإنترنت، فمثل هذا الأمر يحتاج بالضرورة إلي الخبير للرد عليه، لاسيما وأنه دفع مقبول أمام المحاكم. فلا يجوز للمحاكم إنكار مثل هذا الدفع عن المتهم، لكونه دفعًا جوهريًا واقعيًا يحتاج للرد عليه من قبل محكمة الموضوع وإلا وقعت في محذور الخطأ في التسبب(1).

ب- أساليب عمل الخبير التقني:- للخبير التقني في سبيل تحري الحقيقة أن يقوم بكل ما يمكنه من التوصل إليها . وهو في إطار القيام بعمله أن يستخدم الأساليب العلمية التي يقوم عليها تخصصه وليس للمحكمة أن ترفض تلك الأساليب ما يكون رفضها لها مسببًا بشكل منطقي وإلا تعرض حكمها للنقض .

وهناك أسلوبان لعمل الخبير التقني: الأول:- القيام بتجميع وتحصيل لمجموعة المواقع التي تشكل جريمة في ذاتها، كما هو الشأن في التهديد Intimidation

(1) د. احمد فكري طه ، الجرائم المرتكبة عبر شبكة الانترنت ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2018م، ص100 وما بعدها .

أو النصب Fraud أو السبّ Defamation أو جرائم النسخ of copyrights Infringement وبث صور فاضحة بقصد الدعاية للتحريض على ارتكاب جرائم الدعاية والرقيق ودعارة الأطفال وغيرها . ثم القيام بعملية تحليل رقمي لها لمعرفة كيفية إعدادها البرمجي ونسبتها إلى مسارها الذي أعدت فيه، وتحديد عناصر حركتها، وكيف تم التوصل إلى معرفتها، ومن ثم التوصل في النهاية إلى معرفة بروتوكول الانترنت IP الذي ينسب إلي جهاز الحاسوب الذي صدر عنه هذه المواقع. أما الثاني:- القيام بتجميع وتحصيل لمجموعة المواقع التي لا يشكل موضوعها جريمة في ذاته، وإنما تؤدي حال تتبع موضوعها إلى قيام الأفراد بارتكاب جرائم : كما هو الحال في المواقع التي تساعد الغير علي التعرف علي جرعات المخدرات والمؤثرات العقلية التي تناسب وزن الإنسان بادعاء أنه إذا تتبع التعليمات الواردة فيها فلن يُصاب الشخص بحالة إدمان، وأيضًا كيفية زراعة المخدرات بعيدًا عن أعين الغير (ويطلق عليه في هذه الحالة الفضولي) ، وأيضًا كيفية إعداد القنابل وتخزينها ، وكيفية التعامل مع القنابل الزمنية وتركيبها والقيام بفكها وحفظها،⁽¹⁾ وكذلك القيام بتحديد مسار الدخول علي مواقع دعارة من أماكن متفرقة دون لزوم القيام بالدخول من مكان ثابت، ومثل هذا الأمر جائز الحدوث كما لو كان مرتكب الجريمة مشتركاً لدى مزود في مدينة مخالفة عن تلك التي يقيم فيها بالولوج إلي الإنترنت من محل إقامته،⁽²⁾ هذا الأخير من الدفع التي تلزم محكمة الموضوع بالرد عليها.

ج- التحفظ علي الأدلة:- التحفظ على الأدلة من العمليات الروتينية التي يلزمها الدقة دائماً، والتي تبأشرها جهات الإستدلال والتحقيق توصلًا إلي رصد قيمتها ويعرف في القانون بالتصرف فيها ، سواء في استمرار الحفظ بقصد عرضها

⁽¹⁾ Patrick S. Chen- An Automatic System for collection crime information on the internet – 31 October 2000- Journal of information law and Technology available online in Jan 2001 at <http://elj.warwick.ac.uk/jit/00-3/chen.html>

⁽²⁾ د. احمد فكري طه ، الجرائم المرتكبة عبر شبكة الانترنت ، مرجع سابق ، ص110.

على الجهات القضائية المختصة أو مصادرتها (بحكم قضائي عادة) أو قد ينتهي بها الحال إلي الإفراج عنها وإعادتها إلى أصحابها إذا لم تكن ذات شأن في الجريمة المرتكبة.

وفي إطار جرائم الانترنت فإنه يميز بين الأدلة التي يلزم التحفظ عليها داخل الحاسوب، وبين تلك التي يلزم بقاؤها في العالم الافتراضي، وبين أيضًا تلك النوعية من الأدلة التي تنتمي إلي العالم الرقمي ومع ذلك يمكن اللجوء إلى إخراجها من إطار الحاسوب والعالم الرقمي إلى العالم المادي بحيث يتم التعامل معها كمخرجات يقبلها القضاء كأدلة كاملة في الجريمة تساعد في الأدلة وكذلك في البراءة.

إن التحفظ على الأدلة داخل الحاسوب Locating computer evidence من العمليات المعقدة التي تحتاج بداية إلي رصد دقيق لمدى صحة البيانات التي تحتوي عليها الحاسوب، وهذا الأمر يستلزم بالضرورة قيام الخبير التقني بالكشف بداية على المدى الذي عليه صحة حركة الحاسوب وخاصة من حيث الخلط والعطب. ويعطي العدوان الفيروسي مثالاً حيويًا هنا ، إذ يكفي أن يكون هناك فيروس في الجهاز لكي يتم التشكيك في صحة الأدلة المستقاة من هذا الحاسوب، ومثل هذا الإتجاه نجده في التشريع الإنجليزي.

ولقد نص المشرع المصري على أهمية التحفظ وضبط الأدلة التي شاركت في ارتكاب مثل هذه الجرائم الالكترونية ، حيث نص في المادة (6) من القانون رقم 175 لسنة 2018م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على الآتي " لجهة التحقيق المختصة ، بحسب الأحوال ، أن تصدر أمرًا مسبقًا لمأموري الضبط القضائي المختصين ، لمدة لا تزيد على ثلاثين يومًا قابلة للتجديد لمرة واحدة ، متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة على ارتكاب جريمة معاقب عليها بمقتضى أحكام هذا القانون ، بواحد أو أكثر مما يأتي :

1. ضبط أو سحب أو جمع أو التحفظ على البيانات والمعلومات أو أنظمة المعلومات أو تتبعها في أي مكان أو نظام أو برنامج أو دعامة إلكترونية أو حاسب تكون موجودة فيه . ويتم تسليم أدلتها الرقمية للجهة مصدرة الأمر ، على ألا يؤثر ذلك على استمرارية النظم وتقديم الخدمة إن كان لذلك مقتضى .

2. البحث والتفتيش والدخول والنفوذ إلى برامج الحاسب وقواعد البيانات

وغيرها من الأجهزة والنظم المعلوماتية تحقيقاً لغرض الضبط...."

وعملية الحصول على مخرجات الحاسوب والانترنت بقصد تقديمها كدليل في المحكمة تُعدُّ أولى الموضوعات التي تعرّض لها الفكر القانوني سواء من حيث قابليتها القانونية أو من حيث منهجية الدليل الذي تم تخريجه، حتي إن هذه الطريقة تُعدُّ في المرحلة المعاصرة من الأساليب التقليدية في مجال الحصول على الدليل الرقمي . اذ يصح في القانون أن يكون هناك من الأدلة ما هو مخرج من مخرجات الحاسوب والانترنت، بحيث تُعدُّ هذه المخرجات أدلة أصلية علي الرغم من كونها نسخ من دليل أصله موجود في العالم الافتراضي أو في الحاسوب.

ويقوم الخبير بتخريج هذه المخرجات إلى العالم المادي بطرق مختلفة أبرزها في العمل هي الطباعة على الطابعة Print out، وذلك بتحويلها إلي نسخ ورقية عوضاً عن كونها رقمية أو نبضية . والخبير في ذلك لا يكتفي بمجرد نسخ البعض المعلوماتي وإنما يحتاج أيضاً إلى تخريج النبض البياناتي بحيث يقوم بتخريج كافة البيانات الرقمية حين طباعة هذا الدليل

ومخرجات البيانات هي الأصل الرقمي للموضوع المعلوماتي دائماً ، بحيث لا يكون للمعلومة وجود ما لم يكن لها أصل رقمي يتم بمقتضاه هيكلة المعلومة. ومن أمثلتها ذات الحيوية الفائقة قواعد البيانات Data Base حيث يكون لها دور كبير في رصد المعلومات المراد عرضها عبر الإنترنت.

ثالثاً : الخبرة و المعاينة في الجرائم المعلوماتية

تعتبر كل من الخبرة و المعاينة أكبر العقبات التي تواجه الإثبات في الجرائم المعلوماتية، فالمعاينة إجراء بمقتضاه ينتقل المحقق إلى مكان وقوع الجريمة ليشاهد آثارها بنفسه ، فيقوم بجمعها وجمع أي شيء يفيد في كشف الحقيقة ، وتقتضي المعاينة اثبات حالة الأشخاص و الأشياء الموجودة بمكان الجريمة و رفع الآثار المتعلقة بها كالبصمات و الدماء و غيرها مما يفيد التحقيق ، و المعاينة تكون شخصية إذا تعلقت بشخص المجني عليه ، أو مكانية إذا تعلقت بالمكان الذي تمت فيه الجريمة ، ووضع الشهود و المتهم و المجني عليه ، أمّا المعاينة العينية فهي التي تتعلق بالأشياء أو الأدوات المستخدمة في ارتكاب الجريمة ، وقد يقتضي الأمر الإستعانة بخبيرٍ للتعرف على طبيعة المادة أو نوعها إذا كان ذلك يحتاج لرأي المتخصص ، وفي هذه الحالة يتم إرسال هذه الأشياء إلى الخبير لنكون بصدد إجراء آخر من إجراءات التحقيق و هو الخبرة. فالخبرة هي أحد أهم وسائل جمع الأدلة ، يلجأ إليها المحقق عند وجود واقعة مادية أو شيء مادي يحتاج التعرف عليه إلى حكم الخبير المتخصص، فهو يأخذ حكم الشاهد من حيث الحجية أو القوة في الإثبات⁽¹⁾

أمّا السلوك الاجرامي في الجريمة المعلوماتية فهو عبارة عن بيانات مخزنة في نظام معلوماتي يتطلب إثباته انتقال محقق متخصص ، حيث يتم التفتيش عن البيانات عن طريق نقل محتويات الإسطوانة الصلبة الخاصة بالجهاز ، ويجب على المحقق أو ضباط الشرطة المتخصصين استخراج المعلومات التي من شأنها أن تساعد التحقيق وأن يطلعوا زملائهم عليها، مثل القيام بالبحث في بنوك

(1) لقد نص المشرع المصري بالمادة (10) من القانون رقم 175 لسنة 2018م على تعيين الخبراء " يُنشأ بالجهاز سجلان لقيود الخبراء، يُقَدِّد بأولهما الفنيون والتقنيون العاملون بالجهاز ، ويقيد بالآخر الخبراء من الفنيين والتقنيين من غير العاملين به.

و يُطبَّق على الخبراء في ممارسة عملهم وتحديد التزاماتهم وحقوقهم القواعد والأحكام الخاصة بقواعد تنظيم الخبرة أمام جهات القضاء. واستثناء من تلك القواعد ، تسرى على الخبراء المقيدين بالسجل الثاني القواعد والأحكام الخاصة بالمساءلة الإدارية والتأديبية الواردة بالقانون المنظم لعملهم إن وُجد. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون قواعد وشروط وإجراءات القيد في كل من السجلين."

المعلومات وفحص كل الوثائق المحفوظة ومراسلات مرتكب الجريمة مثل الرسائل الإلكترونية وفك شفرات الرسائل المشفرة. وهو ما يحدث عندما ترتكب الجريمة عبر شبكة الانترنت . (1)

فالمحقق الذي يقوم بمعينة الجريمة المعلوماتية يجب أن يكون ملماً بمهارات هذه التقنية ، مثل القدرة على استخدام برامج Time stamp وهى البرامج التي يمكن عن طريقها تحديد الزمن الذي تم فيه السلوك الإجرامي، لأن ذلك لا يكون متاحاً في جميع الأنظمة المعلوماتية ، أمّا الخبير ففي هذه الحالة يجب أن يكون ملماً بمهارات تحليل البيانات ومهارات التشفير cryptanalysis skills التي تتيح له فك الرموز استعادة البيانات لمغية .

نخلص من كل ما تقدم إلى أنّ الخبرة و المعينة الجنائية في الجرائم المعلوماتية اليوم تحتاج إلى إدارة خاصة يعمل بها متخصصون في أنظمة المعلومات ويتمتعون بصفة الضبطية القضائية ، وهو ما يتطلب إنشاء إدارة خاصة للخبرة و المعينة في الجرائم المعلوماتية ، ولا يجب الاكتفاء بمجرد تدريب القائمين على إدارة الخبرة الجنائية ، أمّا رجال القضاء والنيابة والضبطية القضائية فلا شك أنهم يحتاجون للتدريب على استخدام مهارات الحاسب الآلي و الموسوعات القانونية التي تتطلب ربط كافة المؤسسات القضائية بقواعد بيانات قانونية مثل أحكام المحاكم و القوانين المختلفة ، لتوفير إمكانية استخدام موسوعات القوانين ومجموعات الأحكام القانونية العربية المختلفة وتعليمات النائب العام ، لرفع مستوى الكفاءة القانونية لدى رجال القضاء و النيابة العامة .

(1) Recommandations sur le dépistage des communications électroniques transfrontalière dans le cadre des enquêtes sur les activités criminelles www G8 Mont tremblant Canada 21 mai 2002. اشار اليه أ.د. صالح أحمد البربري دور الشرطة في مكافحة جرائم الإنترنت في إطار الاتفاقية الأوروبية - @www.arablawinfo.com الموقع في بودابست في 2001/11/3-

المطلب الثاني

حجية المخرجات الإلكترونية كدليل إثبات للجرائم الإلكترونية

تخضع المحررات كغيرها من الأدلة التي تقدم أثناء نظر الدعوى إلى تقدير المحكمة حيث يسود مبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته، وهو ما يختلف فيه القاضي المدني حيث يتقيد هذا الأخير بطرق معينة في الإثبات ، فالقاضي الجنائي له مطلق الحرية في تقدير الدليل المطروح أمامه ، وله أن يأخذ به أو يطرحه ولا يجوز تقييده بأي قرائن أو افتراضات⁽¹⁾ .

ولما كانت المحررات أحد الأدلة التي قد يلجأ إليها القاضي في الإثبات فهي تخضع كغيرها من الأدلة لتقدير المحكمة ، إلا إذا كان الإثبات متعلقاً بمواد غير جنائية ، ففي هذه الحالة يكون على القاضي الجنائي أن يتقيد بطرق الإثبات المحددة في ذلك الفرع من القانون ، مثال ذلك، حق الملكية في جريمة السرقة ، والعقود التي تثبت التصرف في الحق في جريمة خيانة الأمانة أو صفة التاجر في جريمة التفالس بالتدليس⁽²⁾ .

وهنا تثار مشكلة مدى حجية المخرجات الإلكترونية في الإثبات الجنائي في هذه الحالات ، فللمخرجات الإلكترونية أنواع مختلفة ، فهي تتنوع بين مخرجات ورقية ، ومخرجات لاورقية وهي المعلومات المسجلة على الأوعية الممغنطة كالأشرطة والأقراص المرنة Floppy Disk القرص الصلب Hard Disk وغيرها من الأوعية التي أصبحت في تطور مستمر حتى وصلت إلى اقراص ال flash discs التي أصبحت تتميز بسعات كبيرة للتخزين، خاصة أنه تواجهنا مشكلة أساسية تتعلق بصعوبة التمييز بين المحرر و صورته أو بين الاصل و الصورة ، ذلك لأننا نتعامل مع بيئة إلكترونية تعمل بالنبضات والذبذبات و

1 لمعرفة المزيد عن حجية هذه المخرجات ودورها في الإثبات الجنائي يراجع د. هند نجيب ، الإثبات في الجرائم الإلكترونية ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2016 ، ص75 وما بعدها . وكذلك - مأمون سلامة - الاجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، مرجع سابق ، ص151 .
(2) مأمون سلامة - المرجع السابق - ص160

الرموز والأرقام وهو ما يستحيل معه تطبيق القواعد الخاصة بالمحركات العرفية. (1)

وهذه المخرجات السالفة الذكر سميت بالدليل الرقمي (الالكتروني) وهو الدليل المأخوذ من أجهزة الكمبيوتر ، ويكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية ممكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج تطبيقات وتكنولوجيا ، وهو مكون رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة ، مثل النصوص المكتوبة أو الصور أو الصوت أو الأشكال والرسوم ، وذلك من أجل اعتماده أمام أجهزة إنفاذ وتطبيق القانون (2).

ويمتاز الدليل الرقمي هذا بعدة مميزات منها :

1. يتميز الدليل الرقمي بصعوبة محوه أو تحطيمه ، ولو حاول المجرم الالكتروني إصدار أمر بإزالة ذلك الدليل ، لكان من الممكن إعادة إظهاره من خلال ذاكرة الحاسوب . ولكان ذلك أيضاً دليلاً على وقوع جريمته .

2. الطبيعة الفنية للدليل الرقمي تمكن من إخضاعه لبعض البرامج والتطبيقات للتعرف على ما إذا كان قد تعرض للعبث أو لا . (3)

ومن الجدير بالذكر هنا أن سلطة القاضي الجنائي في تقدير هذا الدليل لا يمكن أن تتوسع في شأنها بحيث يقال إن هذه السلطة تمتد لتشمل الأدلة العلمية ، فالقاضي بثقافته القانونية لا يمكنه إدراك الحقائق المتعلقة بأصل الدليل الرقمي ، فضلاً عن أن هذا الدليل الرقمي موضع شك من ناحيتين :

¹ احمد شرف الدين- حجية الرسائل الالكترونية في الاثبات - شبكة المعلومات القانونية العربية - East Law .com - 2007 ، ص15.

(2) د. أحمد يوسف الطحاوي ، الأدلة الالكترونية ودورها في الإثبات الجنائي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، 2015 ، ص 18.

(3) لمعرفة المزيد عن أنواع وخصائص وأشكال الدليل الرقمي يراجع د. ممدوح عبد الحميد عبدالمطلب ، نموذج مقترح لقواعد الدليل الرقمي للإثبات في جرائم الكمبيوتر ، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر " الأعمال المصرفية والالكترونية " نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة وغرفة تجارة صناعة دبي ، في الفترة من 10-12/5/2003 - المجلد الخامس ، ص2240.

الأولى : من حيث سلامته من العبث ، فمن الممكن خضوع هذا الدليل للعبث للخروج به على نحو يخالف الحقيقة ، ومن ثم فقد يقدم هذا الدليل معبراً عن واقعة معينة صنع أساساً لأجل التعبير عنها خلافاً للحقيقة ، وذلك دون أن يكون في استطاعة غير المتخصص إدراك ذلك العبث . فالتقنية الحديثة تمكن من العبث بالدليل الرقمي بسهولة ويسر ، بحيث يظهر وكأنه نسخة أصلية في تعبيرها للحقيقة .

ومن ناحية ثانية : صحة الإجراءات المتبعة في الحصول على هذا الدليل ، وإن كانت نسبة الخطأ الفني في الحصول على الدليل الرقمي نادرة للغاية ، إلا أنها تظل ممكنة ، ويرجع الخطأ في الحصول على الدليل الرقمي لسببين هما :

1. الخطأ في استخدام الأداة المناسبة في الحصول على الدليل الرقمي ، ويرجع ذلك للخل في الشفرة المستخدمة أو بسبب استخدام مواصفات خاطئة .

2. الخطأ في استخلاص الدليل ، ويرجع ذلك إلى اتخاذ قرارات لاستخدام الأداة تقل نسبة صوابها عن (100%) ، ويحدث هذا غالباً بسبب وسائل اختزال البيانات أو بسبب معالجة البيانات بطريقة تختلف عن الطريقة الأصلية التي تم تقييمها⁽¹⁾ .

لذلك قد أقر المشرع المصري بالمادة (11) من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات بحجية هذه المخرجات حيث نص على أن "يكون للأدلة المستمدة أو المستخرجة من الأجهزة أو المعدات أو الوسائط أو الدعامات الإلكترونية أو من النظام المعلوماتي أو من برامج الحاسب ، أو من أي وسيلة لتقنية المعلومات ذات قيمة وحجية الأدلة الجنائية المادية في الإثبات الجنائي متى توافرت بها الشروط الفنية الواردة باللائحة التنفيذية لهذا القانون".

(1) د. أحمد يوسف الطحاوي ، الأدلة الإلكترونية ودورها في الإثبات الجنائي ، مرجع سابق ، ص 224.

خلاصة القول يرى الباحث أن الجرائم التي ترتكب باستخدام الإنترنت تمتاز بطابع فني، ومن ثم تكون فيها الخبرة التقنية عنصراً رئيسياً، بحيث يتطلب الأمر ليس مجرد التعرف على الجزئيات التي تسمح بالإدانة، وبالتالي تحديد كيفية ارتكاب الجريمة من زاوية تقنية، وإنما يكون قصد الخبير التقني أيضاً التعرف علي ما يمكن أن يكون فكرة تقنية جديدة تفيد القضاء للتوصل إلى الحقيقة كاملة، وخاصة إزاء عدم وجود قواعد عامة يعتمد عليها في تقنية الإنترنت يمكن إدراكها بالعلم الذي يملكه كل شخص، وذلك للتحري عن الحقيقة لكي تستطيع سلطة التحقيق والادعاء الرد علي دموع المتهم بأن الحاسوب المضبوط ليس له به علاقة وأن من قام بالجريمة هو أحد الهكرز مثلاً.

ومعلوم أن انتهاك حاسوب الغير من الأمور الجائزة الحدوث في جرائم الانترنت، فمثل هذا الأمر يحتاج بالضرورة إلي الخبير التقني الذي يستخدم الأساليب التقنية التي تساعد علي ضبط الدليل المادي والتحفظ عليه داخل الحاسوب ورصد موقع الانترنت أو المعلومات التي تشير إلى الجريمة وإعدادها في مخرجات إلي العالم المادي بدلاً من الرقمي وذلك بتحويلها إلي نسخ ورقية لعرضها علي سلطات التحقيق والحكم. وإذا كان التشريع الاجرائي قد تطلب ضرورة الحصول علي إذن تفتيش بقصد الحصول علي الأدلة عن جريمة وقعت بالفعل ، فإن جرائم الانترنت وهي ذات طبيعة خاصة لما للجاني من سلطة وقدرة علي محو آثار جريمته في سرعة فائقة ، وهو الأمر الذي يتعين وضعه في الاعتبار بوضع نص قانوني يسمح بالأخذ بالبيانات التي يقدمها المجني عليه معززة بظروف وملابسات الواقعة المرتكبة وما تجر به السلطات المختصة من تحريات حول هوية الشخص مرتكب الواقعة، ومن ثم فإن صدور الإذن بالتفتيش في هذه الحالة سيكون لضبط الدليل المادي التي وجدت القرائن اللازمة للتحويل عليها في حالة محوه أو تدميره .

المبحث الثاني

جرائم الإعتداء على العرض عبر الإنترنت

تمهيد وتقسيم :

بداية إن الإعتداء علي الحياة الخاصة يتم بواسطة الانترنت أدت إلى سلب السلوك المادي ومناقشة الحالات التي تثير مشكلة في تطبيق النصوص التقليدية وتكشف مدى الحاجة إلى التصدي التشريعي لهذا النوع من الجرائم وهي جرائم الإعتداء على الحياة الخاصة. أمّا علاقة الحياة الخاصة بالتقنية المعلوماتية فقد ظهرت أهميتها بانتشار بنوك المعلومات في الآونة الأخيرة لخدمة أغراض متعددة وتحقيق أهداف المستخدمين في المجالات العلمية والثقافية والعسكرية⁽¹⁾.

وقد كان ذلك في البداية بالنسبة للمعلومات التي يدلي بها بعض الأشخاص بإرادتهم الخاصة أثناء تعاملاتهم مع المؤسسات العامة والخاصة في البنوك و المؤسسات المالية كمؤسسات الائتمان وشركات التأمين والضمان الاجتماعي وغيرها ، فالبيانات الخاصة بشخصية المستخدم يمكن الوصول إليها عن طريق زيارة بعض المواقع على شبكة المعلومات ، لأن شبكات الإتصال تعمل من خلال بروتوكولات موحدة تساهم في نقل المعلومات بين الأجهزة وتسمى هذه البروتوكولات الخاصة مثل بروتوكولات HTTP الذي يمكن عن طريقها الوصول الى رقم جهاز الحاسب الشخصي ومكانه وبريده الإلكتروني ، كما أنّ هناك بعض المواقع التي يؤدي الاشتراك في خدماتها إلى وضع برنامج على القرص الصلب للحاسب الشخصي وهو ما يسمى cookies وهدفه جمع معلومات عن المستخدمين بل إنّ اخطر ما في استخدام هذه الشبكة يتمثل في أن كل ما يكتبه الشخص من رسائل يُحفظ في أرشيف خاص يسمح بالرجوع إليه ولو بعد عشرون عاماً². ويظنّ الكثيرون أنّ الدخول باسم مستعار أو بعنوان بريدي زائف لساحات الحوار ومجموعات المناقشة قد يحميهم ويخفي هويتهم، وفي الحقيقة فإنّ مزود الخدمة أو (ISP) internet service provider

(1) د. محمد أحمد عزت ، الجرائم المعلوماتية الماسة بالحياة الخاصة ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2016ص 48 .

² عبد الفتاح بيومي حجازي - صراع الكمبيوتر والانترنت - في القانون العربي النموذجي دار الكتب القانونية - القاهرة 2007 ص 609

يمكنه الوصول إلى كل هذه المعلومات بل ويمكنه أيضًا معرفة المواقع التي يزورها العميل. وحيث تمنع كل قواعد الدين والأخلاق والديساتير المساس بالعرض في كل صورته وأشكاله كما سنبين في هذا البحث ، فسوف نتعرض لذلك في ظل قوانين مكافحة تقنية المعلومات الحديثة وذلك وفقا للتقسيم الآتي :

المطلب الأول : جريمة الاغتصاب عبر الإنترنت

المطلب الثاني : جريمة هتك العرض باستخدام الإنترنت

المطلب الثالث :جريمة الفعل الفاضح عبر الإنترنت

المطلب الرابع : جريمة الزنا عبر الإنترنت

المطلب الأول

جريمة الاغتصاب عبر الانترنت

لقد وجد نشطاء الرزيلة في شبكة الإنترنت وسيلة حديثة ذات كفاءة عالية في الدعوة إلى ممارسة البغاء والإعلان عن الفجور عن طريق الإعلان ونشر المطبوعات الفاضحة فضلًا عن نشر ثقافة الخلاعة بين أفراد المجتمع، كذا الإساءة لسمعة البلاد ووجهها الحضاري، وذلك كله في إطار التقنية الفنية التي يستخدمها الجاني في ارتكابه للجريمة، وصعوبة اكتشاف هذه الجرائم وتحديد مصدرها وإقامة الدليل عليه بالإضافة إلي عدم وجود تشريعات حديثة تواجه الجرائم الاخلاقية التي ترتكب عن طريق استخدام الانترنت وتجريمها. (1) فضلًا عن أن استخدام الإنترنت قد أدى إلي مشاكل أخلاقية وقانونية، دعت الفقه والقضاء في بعض الدول إلى بحث عمّا إذا كانت القوانين القائمة تكفي لمواجهة بعض الاستخدامات غير المشروعة للانترنت، ام انه يتعين علي المشرع ان يتدخل لمواجهة هذه الاعمال بنصوص جنائية جديدة كفيلة بمواجهتها. (2)

وهي كلها أمور تستوجب التصدي لهذه الظاهرة بالبحث والدراسة لاستيعاب هذه التقنية ورصدها للوقوف علي مخاطرها وإمكانية مواجهتها تشريعيًا، وبصودر

(1) د.محمد محمد الافي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاخلاقية عبر الانترنت، بدون دار نشر، 2005،

ص11،

(2) د.مدحت رمضان، جرائم الاعتداء علي الاشخاص والانترنت، دار النهضة العربية، 2000، ص3.

القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات يكون قد سدَّ الفراغ التشريعي في هذه المسألة.

وتتحدد المشكلة في ظهور مجموعة مستحدثة من الجرائم الاخلاقية عبر شبكة الانترنت التي باتت تهدد النسق القيمي، وبالتالي المنظومة الاخلاقية لكافة المجتمعات، وقد انتشرت هذه الجرائم بسرعة مذهلة لم تستطع معها التشريعات الوضعية الحالية مواجهتها أو تحجيمها ومما يدل على ذلك: (1)

1. أن القوانين الوضعية لازالت تنظر إلى الجرائم الجنسية والأخلاقية من خلال فلسفة الحرية الجنسية، فمن بين الحريات التي أكدتها التشريعات الحديثة وأصبح للفرد أن يتصرف في عرضه ولا يتدخل القانون بالعقاب إلا إذا كان التعدي على العرض قد تمَّ بغير رضاه صاحبه. أو ترتب عليه إلحاق الضرر أو الإيذاء بمصالح اجتماعية أو شخصية أخرى. (2)
2. اتخذت جريمة البغاء وممارسة الفجور في الآونة الأخيرة مسلكاً آخر غير الطريق العادي التقليدي وذلك من خلال العرض على شبكة الانترنت وظهور البغي وممارسة الفجور في شكل معين من خلال عرض المادة العلمية بالصورة أمام العميل ، وهي مظاهر جديدة ومستحدثة تختلف عن مظاهر العرض التقليدية.
3. غموض حدود ومعالم الحق في الحرية الجنسية للأفراد، وما هي القيود التي تخضع لها ممارسة هذه الحرية. (3)
4. وجود فراغ تشريعي لتجريم ما يتم من عرض فاضح والإعلان عن البغاء عبر شبكة الانترنت.

(1) د. محمد عبد العليم مهران، الاعلان عن البغاء على الانترنت، بحث مقدم للمركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، دورة اعضاء النيابة العامة، الدورة 15، 2003، ص3.

(2) د. سعيد عبد اللطيف حسن، اثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الانترنت، دار النهضة العربية ، 1999م، ص19.

(3) د. محمد محمد الالفي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاخلاقية عبر الانترنت، مرجع سابق ، ص12

5. إشكالية مشروعية الدليل المستمد من الإنترنت لملاحقة مرتكبيها وتقديمهم

للعادلة والاثبات الجنائي في حقهم. (1)

ويرى الباحث أن التقدم التكنولوجي قد أفرز أنماطاً جديدة من الجريمة وكذا من المجرمين، فكان للتقدم في العلوم المختلفة أثره علي نوعية الجرائم وأستغل المجرم ثمرات هذه العلوم في تطويع المخترعات الحديثة لخدمة أهدافه الإجرامية، فالمشكلة الرئيسية لا تكمن في استغلال المجرمين للإنترنت وإنما في عجز أجهزة العدالة عن ملاحقتهم، وعدم ملاحقة القانون لهم ومسايرة التكنولوجيا الجديدة لتسريعاته ، إنها مشكلة التكيف مع العصر ومتغيراته، فهذه الهوة أو النقص أو الفراغ التشريعي بدأ في الظهور نتيجة عدم تجاوب القانون مع الاحتياجات التي تولدها متغيرات العصر، مما يستدعي تفسير القانون ليواكب تلك المتغيرات الجديدة بما يتلاءم مع ما استجد في الحياة من تقنيات حديثة، ونمط السلوكيات الجديدة، والتي تختلف اختلافا جذرياً وجوهرياً عن تلك السلوكيات التي عاصرت القوانين المعمول بها. (2)

فالقانون الجنائي لا يتطور دائماً بنفس السرعة التي تتطور بها التكنولوجيا الحديثة ولا سيما أن نصوص القانون الجنائي التقليدي وُضعت في عصر لم يكن الإنترنت قد ظهر بعد المشاكل القانونية الناشئة عن استخدامه، مما يفرض علي رجال القانون التدخل لمكافحة الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت ومواجهة هذا النقص التشريعي ، وحيث تتيح شبكة الإنترنت لمستخدميها تخطي القيود والحوجز الدولية والمحلية المفروضة عليهم بأن تكون وسيلة لإثارة الغرائز الجنسية، فشبكة الإنترنت تتضمن حوالي مليون صورة ورواية أو وصف لها علاقة مباشرة واضحة بالجنس. (3)

(1) د.احمد وهدان، تقييم فاعليات المواجهة التشريعية لجرائم الإنترنت، بحث مقدم الي ندوة الامن والانترنت، مركز بحوث الشرطة، 2003، ص4.

(2) د.محمد محمد الافي، مرجع سابق ، ص15

(3) د.السيد عتيق، جرائم الإنترنت، دار النهضة العربية، سنة 2000، ص29

كما أوضحت بعض التقارير الصادرة من الولايات المتحدة الأمريكية، أن هناك مشاهد جنسية يتم عرضها علي شبكة الانترنت، وأن أكثر من تسعمائة ألف صورة متعلقة بالجنس تبت سنويًا علي هذه الشبكة. بالإضافة إلى ما توفره الشبكة من معلومات عن بيوت الدعارة في العديد من دول العالم، كذلك فإن بعض المؤسسات توفر عبر الشبكة أحاديث هاتفية حية تؤديها فتيات مدربات وذلك في مقابل الحصول علي نسبة عائد المكالمات التليفونية. (1)

مما سبق يرى الباحث أنه إن كان لا يتصور وقوع فعل الوقاع مباشرة في جريمة الإغتصاب عبر الإنترنت، إلا أن استخدام الانترنت هو الدافع والمحرض علي ارتكاب هذه الجريمة، وذلك ببث الاثارة في نفس المجني عليها بنشر الصور الاباحية المتعلقة بالجنس، وخاصة تلك التي تثير الغريزة وتبين كيفية الاتصال الجنسي المباشر وما يتبع ذلك من كلمات والفاظ قاطعة الدلالة في قصد وقوع هذا الفعل، وبصفة خاصة عند توافر الدردشة بين الطرفين، مما يجعل معه ارادة المجني عليها نتيجة هذه الاقوال مقدمة علي إتيان أفعال الجنس تحت هذا التأثير الذي لولاه ما أقدمت علي هذا الفعل، الامر الذي يتساوي ذلك مع عدم رضاء الانثي، في الوقت نفسه يكون الفاعل قاصدًا من ذلك الاقدام علي فعل الاغتصاب عن علم و ارادة أثناء دخوله علي أحد المواقع بغية الحصول علي فريسته .

وإن كان لا يتصور أن يكون الانترنت هو الفاعل الاصلي في جريمة الاغتصاب، إلا أنه مع ذلك إذا وقعت الجريمة بواسطة استخدامه يكون هو المساعد على ارتكاب هذه الجريمة، إذا وقعت نتيجة الاتصال بين الجاني والمجني عليها عن طريقه وتوافرت أركان جريمة الاغتصاب من الإتصال الجنسي غير المشروع، عدم رضاء المجني عليها وهو هنا ارتكاب الفعل بدون ارادة نتيجة الوقوع تحت التأثير الخارجي الذي يعدم الإرادة ويجعلها في حالة من

(1)د.محمد عبد العليم مهران، الاعلان عن البغاء علي الانترنت، مرجع سابق ، ص47.

اللاوعي، هذا بالإضافة إلى توافر الركن المعنوي مَثْمَلًا في القصد الجنائي ، وفي هذه الحالة يرتبط الإنترنت بوقوع هذه الجريمة ارتباطًا لا يقبل التجزئة.

المطلب الثاني

جريمة هتك العرض باستخدام الإنترنت

عليها باستغلال الوسائل التكنولوجية المتاحة في شبكة الإنترنت، خاصة تلك المزودة بالكاميرات ، والتي يستعين بها الجاني في كثير من الأماكن الخاصة التي يتردد عليها النساء بصفة مستمرة مثل غرف الساونا في النوادي، محلات التفصيل النسائي، محلات الماكيبير والمكياج.. الخ. حيث يقوم الجاني بتصويرهن والعبث في أجسامهن، وبثّ هذه الصور عبر الانترنت سواء للمتعة أو التشهير أو الإبتزاز.

كما تقع جريمة هتك العرض برضاء المجني عليها بواسطة الإنترنت وذلك لقاء مبلغ مالي، ويتصور هذه الجريمة خاصة في الأوساط الفقيرة استغلالًا للحاجة المادية، ولا يمنع من وقوعها من طبقة الأغنياء إمّا عن عدم مبالاة أو جهل بالبيث عن طريق الانترنت أو إرضاء للجاني ، ومن أمثلة هذه الجرائم:- شراء الكمبيوتر كان يعني للشباب تبادل الإسطوانات الإباحية مع أصدقائه وشراءها من بعض مصادرها وأسواقها الخفية المنتشرة في أركان وزوايا الأسواق التقليدية خاصة في مناطق وسط المدينة.

يتصور وقوع جريمة هتك العرض التي تقع بواسطة استخدام الإنترنت في حالة إنعدام إرادة المجني

ولم يكن يتوقع أبدًا في يوم من الأيام أن يضع اسطوانة إباحية حديثة في مشغل الكمبيوتر، أخبره البائع بأنها تحوي أفلامًا لبنات مصريات، أن يشاهد بعينه شقيقته الشابة طالبة الجامعة تتعري وتخلع ملابسها قطعة قطعة في مشاهد متتابعة وساخنة للغاية، أصابه الفزع، وأعاد تشغيل الاسطوانة ودقق النظر جيدًا، وتأكد أنها شقيقته، فقام بالإمساك بها وطعنها علي أنحاء متفرقة من جسدها وانطلقت

هاربة منه والدماء تنزف منها بغزارة حتي أنقذها الجيران منه، تم تحرير محضر بالشرطة ضد الشقيق الذي حاول الدفاع عن شرفه وروي ما شاهده بجهاز الكمبيوتر علي الإسطوانات ، أمرت النيابة بتكليف مهندس فني لفحص الاسطوانات، وأكد تقريره أنها لم تأخذ بطريقة طبيعية بل خلسة عن صاحبها، وبإجراء التحريات أسفرت أن الاسطوانات تم تصويرها بكاميرا مراقبة دست بعناية في غرفة البروفة لدى ترزي الحريمي الذي تتعامل معه الشقيقة والتي استغل غفلتها وقام بتسجيل الفيلم لها وهي تقوم بتجربة الفستان الجديد، كما يفعل مع مئات الزبائن من السيدات المحترمات، ثم يقوم بعد ذلك بابتزازهم مادياً ومعنوياً. (1)

وتطبيقاً لذلك قررت إحدى محاكم في اسكتلندا وضع المهتم " نيل روس" علي قائمة مقترفي الاعتداءات الجنسية ضد الأطفال، بعدما تبين لها أن علاقته علي الانترنت مع الفتاة التي لم تبلغ السن القانونية قد استمرت خمس أشهر علي شبكة الانترنت. وادعي روس علي الفتاة أنه في التاسعة عشر من العمر رغم أن عمره 31 عاماً، وكان يطلب منها التجرد من ملابسها بالكامل أثناء دردشتها عبر الكاميرا الويب. ثم اعتقل روس بعد ما عثرت أسرة الفتاة علي رسائل نصية منه علي هاتفها المحمول مما دفعها إلي إبلاغ الشرطة. واعترف روس بارتكابه أفعالاً وسلوكيات غير مهذبة تجاه الفتاة أدانته المحكمة بممارسة الجنس عبر الانترنت مع فتاة قاصر في الثالثة عشر من عمرها، بعد تعرفهما في غرفة الدردشة علي الانترنت، كما أدانته بتهمة النقاط صور فاضحة للفتاة، وقضت بمعاقبته بالسجن لمدة خمس سنوات (2)

وتطبيقاً قضائياً آخر ، فقد أبلغت طالبة اخري في السنة الثالثة بإحدى الاكاديميات الخاصة المشهورة بالمعادي، أنها فوجئت بأن صورها تصدرت

(1) القضية رقم 9005 لسنة 2005 جنح الازبكية.

(2) جريدة الجمهورية ، مقال بعنوان الانحراف لغة عالمية ، 25 ديسمبر 2004 ، ص7

صفحات الإنترنت دون أن تعلم وهي ترتدي الملابس الساخنة. (1) وكان أحد الشباب قام بتصويرها بعدما قام عددًا من الشباب بالوقوف أمامها في صف واحد بطريقة عادية وادعي أحدهم بأن يعيث في تليفونه المحمول من موبايله ولكنه يقوم بتصويرها من جميع الجوانب والاتجاهات واجتمع مع الشباب في المساء أمام جهاز الكمبيوتر وخرجت الصور الساخنة بضبط الأجهزة وفحصها فنيًا، تبين التقاط الصور بمحمول هذا الشاب وجهازه الكمبيوتر وبثها عبر الإنترنت. وهي من الحيل الخادعة التي يلجأ إليها كثير خاصة بعد ظهور خاصية البلوتوث التي تُعدُّ بمثابة قمة اشتعال المنافسة بين الشباب لأنها توفر فرصة إرسال واستقبال الصور والمشاهد بالمجان وإلى أي عدد ممكن ولكن يشترط أن يكون الموبايل الخاص يتيح استخدام هذه الخدمة .

وختامًا يرى الباحث أنّ الفعل الأساسي الذي يقوم به جريمة هتك العرض هو المساس بجسم المجني عليها، أي أنه يمس حصانة الجسم في جانبه العرضي، فمعني ذلك أنه من المتصور وقوع هذه الجريمة بواسطة استخدام الإنترنت، بكافة صورها المؤثمة، وذلك بإخلال الجاني العمدي بحياء المجني عليها بفعل ارتكب علي جسمها، ويمس عورتها، ويخدش الحياء، وذلك دون رضاء صحيح من المجني عليها والذي يندرج تحت لفظ التهديد الذي يتسع ليشمل جميع حالات عدم الرضا وما ينصرف معه من خداع وغش وتحريف والتقاط الصور و العبث بها وبثها عبر الإنترنت وكشف العورة بتلك الأفعال التي تتم عن علم وإرادة من الجاني. ومن باب أولى يكون تصور وقوع تلك الجريمة برضاء المجني عليه الذي يقل عمره عن ثمانية عشر عامًا عبر الإنترنت بمجرد موافقته علي إتيان أي أفعال مع الجاني من شأنها المساس بعرضه.

(1)القضية رقم 119802 لسنة 2005 جنح المعادي

المطلب الثالث

جريمة الفعل الفاضح عبر الانترنت

يعتبر الفعل الفاضح سلوك عمدي يخل بحياء من تلمسه حواسه ، وترجع علة التجريم إلى حماية الشعور العام بالحياء . ولم يحدد القانون المصري والإماراتي وسائل علانية الفعل الفاضح واكتفيا بوصفه علني .

وبالتالي لا تقتصر علانية الفعل على حالة ارتكابه في مكان عام ، إذ لا تستهدف على التجريم حماية نقاء الأماكن العامة ، وإنما تهدف إلى حماية شعور الغير بالحياء . فإذا ثبت أنه على الرغم من ارتكاب الفعل في مكان خاص فقد شهده شخص أو أكثر فجرح شعوره وجب أن تقوم الجريمة لتحقيق علة التجريم ، ويعني ذلك أن علانية الفعل تتحقق إذا ارتكب في مكان خاص وتوافرت شروط معينة .

وتطبيقاً لأحكام جريمة الفعل الفاضح على شبكة الانترنت فقد أقر المشرع المصري بتوقيع العقاب على كل من تعمد استعمال برنامج معلوماتي أو تقنية معلوماتية في معالجة معطيات شخصية للغير لربطها بمحتوى منافٍ للآداب العامة ، أو لإظهارها بطريقة من شأنها المساس باعتباره أو شرفه⁽¹⁾.

ولقد نص المشرع الإماراتي بالمادة (362) عقوبات اتحادي على أنه " يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة السابقة⁽²⁾ كل من صنع أو استورد أو صدر أو حاز أو أحرز أو نقل بقصد الاستغلال أو التوزيع أو العرض على الغير

(1) مادة (26) من القانون رقم 175 لسنة 2018م " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنوات ، وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز ثلاثمائة ألف جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من تعمد استعمال برنامج معلوماتي أو تقنية معلوماتية في معالجة معطيات شخصية للغير لربطها بمحتوى منافٍ للآداب العامة ، أو لإظهارها بطريقة من شأنها المساس باعتباره أو شرفه . " وكذلك نص المادة (27) من ذات القانون التي تنص على " في غير الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون ، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ، ولا تزيد على ثلاثمائة ألف جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من أنشأ أو أدار أو استخدم موقعاً أو حساباً خاصاً على شبكة معلوماتية يهدف إلى ارتكاب أو تسهيل ارتكاب جريمة معاقب عليها قانوناً .

(2) نص المشرع الإماراتي بالمادة (361) على " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن خمسة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من جهر علانية بندااء أو أعلن أو صدر عنه صياح أو خطاب مخالف للآداب"

كتابات أو رسومات أو صور أو أفلاماً أو رموزاً أو غير ذلك من الأشياء إذا كانت مخلة بالآداب العامة ، ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل من أعلن عن شيء من الأشياء المذكورة "

ومن الملاحظ بنص المشرع الإماراتي في هذه المادة بقوله (أو غير ذلك من الأشياء إذا كانت مخلة بالآداب العامة) بحيث تشمل كل المواد المخلة بالآداب التي قد تكشف عنها التكنولوجيا وشبكات الانترنت والسلوك السلبي لتقنية المعلومات عن طريق تركيب ودمج الصور ..

ومسايرة للتقدم التكنولوجي الهائل وثورة الاتصالات في عالم الإنترنت وارتكاب جرائم معلوماتية فقد نص بالمادة (17) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم (5) لسنة 2012م على أنه " يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أنشأ أو أدار موقعا الكترونيا أو أشرف عليه أو بث أو أرسل أو نشر أو أعاد نشر عن طريق الشبكة المعلوماتية مواد إباحية أو أنشطة للقمار وكل ما من شأنه المساس بالآداب العامة .

ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل من أنتج أو أعد أو هيا أو أرسل أو خزن بقصد الاستغلال أو التوزيع أو العرض على الغير عن طريق شبكة معلوماتية ، مواد إباحية أو أنشطة للقمار فإذا كان موضوع المحتوى الاباحي حدثاً لم يتجاوز الثامنة عشر من عمره أو كان مثل هذا المحتوى مصمماً لإغراء الحدث فيعاقب الجاني بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف درهم ولا تجاوز مائة وخمسين ألف درهم "

وعلى الصعيد العالمي فتشكل صناعة المواد الاباحية نسبة كبيرة من الاقتصاد العالمي حيث بلغت عام 2004 حوالي 57 بليون دولار امريكي. هذا الرقم يوازي الميزانية السنوية لعشرات الدول النامية. وهذا المبلغ يشكل حوالي 4%

من مجمل صناعة المواد الإباحية بشكل عام. ولعل تدني هذه النسبة لا يعني قلة انتشارها بل يعود الي تدني تكلفة المواقع الاباحية. (1)

ولقد أحسن المشرع المصري صنعا حين قرر إيقاع العقاب على كل مسئول عن إدارة الموقع أو الحساب الخاص أو البريد الإلكتروني أو النظام المعلوماتي - ولم يكثف بمستخدم الموقع ذاته - تسبب بإهماله في تعرّض أي منها لإحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ، وكان ذلك بعدم اتخاذه التدابير والاحتياطات التأمينية الواردة في اللائحة التنفيذية لهذا القانون (2).

أما الأطفال والمواد الإباحية في الإنترنت :

فهناك الكثير من دول العالم الصناعي تبيح للبالغين مشاهدة المواد الإباحية بناء علي قوانينها التي تضمن حرية الرأي والتعبير. المراهقين والأطفال علي العكس يحرم عليهم بناءً على هذه القوانين مشاهدة واستعراض المواد الاباحية. لقد وفرت شبكة الإنترنت أكثر الوسائل فعالية وجاذبية لصناعة ونشر الإباحية أن الإنترنت جعلت الإباحية بشتى وسائل عرضها من صور وفيديو وحوارات في متناول الجميع ولعل هذا يُعدُّ أكبر الجوانب السلبية للإنترنت خاصة في مجتمع محافظ علي دينه وتقاليده كمجتمعنا.

(1) أسامه غربي ، الإباحية الالكترونية ، مجلةراسات وأبحاث ، جامعة الجلفة ، العدد الأول ، السنة 2009م ، ص30.

متاح على هذا الرابط الإلكتروني: <https://search.mandumah.com/Record/809109> وللتعرف على المزيد من إحصائيات عالمية لصناعة المواد الإباحية انظر الموقع الإلكتروني <http://internet-filter-review.topenreview.com/internet-pornography-statistics.html#anchor5>.

(2) انظر المادة (29) من القانون رقم 175 لسنة 2018م " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ، وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل مسئول عن إدارة الموقع أو الحساب الخاص أو البريد الإلكتروني أو النظام المعلوماتي عرضاً أيًا منها لإحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون. ويعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ، وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل مسئول عن إدارة الموقع أو الحساب الخاص أو البريد الإلكتروني أو النظام المعلوماتي تسبب بإهماله في تعرّض أي منها لإحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ، وكان ذلك بعدم اتخاذه التدابير والاحتياطات التأمينية الواردة في اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

وإذا كانت الظاهرة في مصر أقل خطورة من دول أخرى والتي وصلت في بعض البلدان الأوروبية إلى درجة " الإدمان " فإنّ المواجهة المبكرة مطلوبة لكبح جماح المارقين والمراقين قبل أن تستفحل الظاهرة ويتعاضم خطرهما علي الجميع. (1)

ومن التطبيقات القضائية لذلك نذكر الآتي : لم تجد الزوجة بعد أن وجدت زوجها داخل غرفة نومها مع امرأة أخرى سوى ترك منزل الزوجية واللجوء إلى القضاء للحصول علي حقها الجنائي والشرعي . هدها الزوج بضروة التنازل عن القضايا، ثم فوجئت ذات صباح بهاتفها المحمول لا يكف عن الرنين ومعظم المكالمات التي تتلقاها من شباب ورجال يتحدثون معها بلغة خاصة لم تفهمها في البداية لكن سرعان ما اكتشفت أن زوجها أنشأ لها موقعًا علي الانترنت باسمها ونشر فيه صورتها وصور أخرى عارية وفوق كل صورة كتب عبارات تخدش الحياء وكتب علي لسانها انها ترغب في ممارسة الجنس مع الغرباء دون أجر وفي شقتها التي تمتلكها في مدينة 6 أكتوبر وغيرها من الالفاظ الساخنة التي حولتها الي ساقطة أو عاهرة تعرض نفسها علي الشبكة الانترنت لممارسة الحب. فقامت الزوجة بإبلاغ مباحث الكمبيوتر وتحرير محضر في الإدارة العامة للمعلومات والتوثيق ضد مجهول .

وأكدت التحريات والفحص الفني أن الموقع يبيث من مقهي للانترنت وكانت المفاجأة أن الزوج هو الذي قام بإنشاء هذا الموقع علي الإنترنت للإساءة لزوجته لكي يجبرها على التنازل عن القضايا التي رفعتها ضده وبعد استئذان النيابة تم القبض عليه ولم يفلح في الإنكار بعد مواجهته بكل التحريات والأدلة الفنية التي أثبتت قيامه بإنشاء الموقع وقررت النيابة العامة حبسه أربعة أيام احتياطياً على ذمة القضية. (2)

(1) الجمهورية" مناقشات ظاهرة معاكسات المحمول والرسائل الاباحية" سبتمبر 2004، ص19.
(2) القضية رقم 12880 لسنة 2005 جنح الساحل . وفي تطبيق قضائي آخر قضت محكمة جنح العجوزة بمعاينة مهندس كمبيوتر بالحبس 3 سنوات مع الشغل والنفاد ووضعت تحت مراقبة الشرطة مدة مساوية

ومن المسلم به أن دعارة الاطفال Pedophilie أمرٌ مستهجنٌ عالمياً، فإذا قامت كل دولة بمحاكمة الجناة اللذين يقومون ببث صور دعارة الاطفال التي ترتكب إقليمياً باستخدام الانترنت servant de l internet فإن ذلك سوف يساهم في تقليل هذه الظاهرة الإجرامية، إن لم يؤديوا إلى القضاء عليها، ففي انجلترا مثلاً صدرت عدة أحكام بالإدانة بعقوبة الحبس ضد أشخاص قاموا ببث صور تتعلق بدعارة الأطفال علي شبكة الانترنت. (1)

ولقد أعتى المشرع الامارتي بهذه القضية فأصدر المرسوم بقانون رقم (5) لسنة 2012 م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات وعرف فيه المواد الإباحية للأحداث بانها " أي صورر أو تسجيلات أو رسومات أو غيرها مثيرة جنسيا لأعضاء جنسية أو أفعال جنسية حقيقية أو افتراضية أو بالمحاكاة لحدث لا يتجاوز الثامنة عشر من عمره " .

بل وتتشدد العقوبة في حالة الحيازة ، حيث نص بالمادة (18) على الآتي " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم كل من حاز عمدا مواد إباحية الأحداث باستخدام نظام معلومات الكتروني أو شبكة معلوماتية"

ومن التدابير الاحترازية والضمانات الوقائية التي أقرها المشرع الإماراتي لمكافحة مثل الجرائم ما نص عليه بالمادة (21) من القانون رقم 5 لسنة 2012م على الآتي " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن

نفس مدة العقوبة المقضي بها عليه لقيامه بالإعلان عن نفسه من خلال شبكة الانترنت للممارسة الفجور. وترجع وقائع القضية الي ورود معلومات الي الادارة العامة لمباحث الاداب عن ممارسات هذا الشاب فتم وضعه تحت المراقبة والقي القبض عليه بعد التاكيد من انه أنشأ الموقع علي الانترنت، الذي يفحصه بمعرفة المتتبع الفني أثبت انه يرسل بعض الشباب المنحرف من خلال الانترنت ويتقدمه للمحكمة قضت بمعاقبته بالحكم المتقدم . للمزيد انظر الحكم القضائي في القضية رقم 899 لسنة 2005 جنح العجوزة. وللمزيد من التطبيقات القضائية يراجع د. جميل عبد الباقي الصغير، الجوانب الاجرائية للجرائم المتعلقة بالانترنت، دار النهضة العربية ، 2001م ، ص4

YAMAN AKEENIZ.- Pornography on the internet:
<http://www.arftia.com>

مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استخدم شبكة معلوماتية أو نظام معلومات الكتروني أو إحدى وسائل تقنية المعلومات في الاعتداء على خصوصية شخص في غير الاحوال المصرح بها قانونا بإحدى الطرق التالية :

2- النقاط صور الغير أو إعداد صور الكترونية أو نقلها أو كشفها أو نسخها أو الاحتفاظ بها .

....كما يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون الف درهم ولا تجاوز خمسمائة الف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من استخدم نظام معلوماتي لإجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها .

وخلاصة القول لما كان من المقرر قانوناً أنه يشترط لتوافر جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء وقوع فعل مادي يחדش في المرء حياء العين أو الأذن، ويكفي لتوافر القصد الجنائي في هذه الجريمة أن يكون المتهم عالماً بأن فعلته من شأنها أن تחדش الحياء، ومن ثم فلا يدخل إلى شبكة الانترنت ومن خلال المواقع المختلفة أو المنتديات أو الفيس بوك أو المدونات وقيامه بإتيان أفعال فاضحة مخلة بالحياء أو راسلاً أو مرسلًا للصور أو مقطوعات موسيقية مما تؤدي إلى خدش حياء العين أو الأذن لمستخدمي هذه الشبكات يكون مرتكباً لجريمة الفعل الفاضح العلني ، وإذا كان الإستخدام متاح للكافة دون المرور علي كلمة السر (شفرة الدخول)، ومرتكباً لجريمة الفعل الفاضح غير العلني إذا كان يسلمتزم المشاهدة أو السماع الدخول للموقع عبر كلمة السر (الشفرة) أو قيام الجاني بإرسالها مباشرة لموقع يحتاج الدخول إليه استخدام كلمة السر (الشفرة)، وإن كان يتصور أيضاً في هذه الحالة وقوع تلك الجريمة في ثوبها العلني إذا كان الموقع مما يتاح مشاهدته أو سماعه بالاشتراك للكافة دون تمييز. كما يلاحظ قصور في

التشريع المصري في القانون رقم 175 لسنة 2018م عن تناوله جرائم الاعتداء على العرض ببيان صور وأركان مثل هذه الجرائم واكتفى بذكر الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة إجمالاً .

المطلب الرابع

جريمة الزنا عبر الإنترنت

بادي ذي بدء فإن تصور وقوع جريمة الزنا بأركانها المعروفة والمحددة بالقوانين الجنائية يثير الكثير من الصعوبات، نظرًا لأن الفعل أو السلوك المادي فيها هو الاتصال الجنسي، وهو يعني اتصال الجاني وشريكته أو الجانية وشريكها اتصالاً جنسياً يثبت به الركن المادي لهذه الجريمة ثم توافر الركن المعنوي.

وإذا كان أمر ثبوت الزوجية وكافة الأفعال السابقة علي الاتصال الجنسي من السهل توافرها في جرائم الإنترنت، إذ أن قيام علاقة الزوجية من السهولة قيام الزوج أو الزوجة بالدخول إلي شبكات الانترنت وإعلانه الرغبة أو الدعوة الي ارتكاب جريمة الزنا، كما أن إثبات القصد الجنائي من علم وإرادة هو الآخر من السهولة بمكان إثباته طالما توافرت لدى الفاعل النية الإجرامية لإتيان جريمة الزنا عن علم وإرادة. إلا أن الإتصال الجنسي وهو الفعل الذي يقوم به الركن المادي في جريمة الزنا الزوجة مثلاً يقع بالاتصال الجنسي التام بينها وبين رجل غير زوجها، وقبولها إتيان هذا الفعل الذي يتطلب إيلاج عشيقها عضوه التناسلي في فرجها برضاها وسواء أكان الإيلاج كلياً أو جزئياً وسواء أن يبلغ أحدهما أو كلاهما شهوته أو لا يتحقق شئ من ذلك .

وإذا كان الركن المادي لهذه الجريمة متطلباً الإتصال الجنسي فمؤدي ذلك ما دون ذلك الإتصال من أفعال لا يكفي لتحقيق هذا الركن، إلا أن الإستخدام السيئ للشبكة العنكبوتية وما ترتب عليه من توافر تقنيات مختلفة وبرامج مستحدثة مثل استخدام الجرافيك على برنامج فوتوشوب وتوافر تقنية بلوتوث ووجود برنامج الشات الذي يسمح بالتعارف بين الزوجات وراغبي المتعة أو الأزواج والعشيقات

فتمكن الكثير من استخدام هذه البرامج غير المكلفة لاختلاق وتركيب مشاهد الإتصال الجنسي التي تجعلها أقرب للحقيقة، لأنها تتيح للأجهزة الإلكترونية المزودة بها الإتصال فيما بينها بسرعة ودون الحاجة لاتصال سلكي مباشر .

وتتم عملية التبادل للصور المثبتة للاتصال الجنسي بشكل يشبه تبادل الملفات في برامج المرسلات الفورية (المانجر) علي الإنترنت، فإذا أراد شخص استخدام الموبايل لاستقبال أي شئ بواسطة بلوتوث فإنه يضبط الهاتف علي وضع بلوتوث ويتم تخزين الصورة التي يريدتها في الجهاز وينقلها الي أجهزة فوراً، وهكذا يمكن نشر هذه الصورة إلى عشرات الأجهزة مثبتاً هذا الإتصال الجنسي حتي ولو كان علي غير الحقيقية .

والتطبيقات العملية لاستخدام الانترنت وأجهزة الموبايل المزودة بخاصية البلوتوث تؤكد استخدام من الزوجات والأزواج هذه الخاصية لارتكاب جرائم الزنا.

وقد انتشرت في الآونة الأخيرة مقاهي (النت) في معظم البلاد، وزاد إقبال عدد كبير من الشباب علي المحطات الإباحية وخاصة المراهقين الذين يقبلوا علي مشاهدة المواقع الإباحية التي تشجع الشباب علي إقامة علاقات زوجية محرمة وغير شرعية وقد تتخذ هذه الأشكال من زواج المتعة والزواج العرفي وغيرهما ستاراً لها .

ومن التطبيقات التي تثبت ذلك : في واقعة تتلخص في أن فتاة تعمل بمركز مرموق بإحدى الجهات الحكومية وقعت ضحية لمدير مراقب قاومته بكل الطرق حتي إبلاغ زوجته، لكنه لم يتوقف عن مطاردتها رغم علمه بأنها متزوجة فإذا به ينشر صورتها على شبكة الانترنت مع مجموعة من الرجال أثناء ممارسة جريمة الزنا، وبمطالعتها ذلك أبلغت مباحث المعلومات والتوثيق بوزارة الداخلية التي شكلت لجنة فنية وتبين أن هذا المدير قام بتركيب صورة لهذه السيدة مستخدماً

برنامج فوتوشوب ونشرها من خلال أكثر من بريد الكتروني وتم القبض عليه واعترف بجريمته. (1)

ونخلص من ذلك أنه لما كان من المقرر قانوناً انه يشترط في جريمة الزنا قيام علاقة الزوجية حال ارتكابها وإتيان الأفعال المادية التي من شأنها إثبات وقوعها ، ولما كان استخدام شبكات الانترنت بصورة سيئة من بعض المراهقين أو اصحاب النفوس الشريرة أو الحاقدين أو المنتقمين من رجل أو امرأة، تدفعه هذه الصفات إلي إمّا اصطناع الصور أو الألفاظ ونسبتها إلي من يريد علي خلاف الحقيقة معتمداً علي التكنولوجيا المتقدمة في تركيب الصور والديبلجة مما يوحي للمشاهد أو المستمع أن ما يراه أو يسمعه هو ممن أراد الجاني الزجّ به في هذه الجريمة ، وهو الأمر الذي يتصور معه وقوع جريمة الزنا باستخدام شبكة الإنترنت.

ونخلص من هذا المبحث بأنّ القرآن الكريم قد قرر الحق في الكرامة الإنسانية في قول الله تعالى: ((وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً)) [الإسراء:70]، وتجلّت مظاهر هذا التكريم في خلق الإنسان على صورة حسنة، وقوام مستقيم، مع منحه العقل والبيان، وهدايته لأسباب الصناعة والمعاش، هذا من الجانب الكوني.

أمّا من الجانب الشرعي فيتجلى مبدأ الكرامة الإنسانية من خلال كونه مقصداً من المقاصد الأساسية للتشريع الإسلامي، وما الضرورات الخمس التي جاء الشرع الإسلامي بحفظها - وهي الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال - إلا من مقتضياته⁽²⁾، بل إن الأصل الذي تقوم عليه حقوق الإنسان في الإسلام مرجعه إلى التكريم الإلهي للإنسان فالمراد بالحق في الكرامة الإنسانية: حق كل إنسان

(1) القضية رقم 6692 لسنة 2005 جنح قسم ثان شبرا الخيمة
(2) أبو زهرة، العقوبة في الفقه الإسلامي، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة 2006م، ص43.

في أن ينال التكريم من الجميع، وأن يعامل بمقتضاه⁽¹⁾، بحيث يُمنع كل اعتداء يمس كيانه المادي أو المعنوي.

وقد شرع الإسلام كثيرا من الأحكام التفصيلية التي تعزز كرامة الإنسان وتحفظها. من ذلك تجريمه للقدف، ونهيه عن السباب والشتم، وتحريمه للسخرية والاستهزاء، وغيرها من الأمور التي تهين الإنسان وتنتقص من كرامته. ولا شك أن صور الاعتداء تُظهر المعتدى عليه في شكل مهين يتنافى مع الكرامة الإنسانية، فتشر هذه الصور يعدُّ ضربًا من الاعتداء على الحق في الكرامة الإنسانية.

والمراد بالحق في الكرامة الإنسانية عند القانونيين: حظر كل تصرف لا إنساني في مواجهة الفرد، أو الحفاظ على كرامة الإنسان ضد كل أشكال الانتقاص⁽²⁾. ويظهر ذلك في أمرين :

الأول: إن معظم الدساتير أشارت إلى الكرامة الإنسانية كأساس للحقوق التي يتمتع بها المواطنون.

الثاني: إن الشريعة الإسلامية قررت الحق في الكرامة الإنسانية، وحرمت كل قول أو فعل ينتقصها .

المبحث الثالث

الجهود التشريعية والدولية لمكافحة جرائم الإنترنت

تمهيد وتقسيم :

إنَّ مكافحة الجرائم المرتبطة بتكنولوجيا المعلومات التي باتت في مظهرها وتجلياتها الحديثة لن تكون مجدية إلا إذا كان هناك تعاون وتآزر دوليين على أكبر قدر من التنسيق، ومن هنا بدأت بعض الأصوات ترتفع للمطالبة بضرورة سن قوانين لحماية المعلومات على الشبكات، بالإضافة إلى إدراك الدول

(1) الفاسي، علاء، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ط1، م1، (تحقيق إسماعيل الحسني)، دار السلام للطباعة والنشر والترجمة، مصر 2011م، ص34.

(2) الموزاني جعفر [و] الموزاني، نعيم [و] شويح، محمد، نحو نظام قانوني لمسؤولية الصحفي عن عرض صور ضحايا الجريمة، العدد السابع نوفمبر 2008م، مجلة مركز دراسات الكوفة، ص65.

والحكومات حجم المخاطر التي تزداد معها جرائم الإنترنت، فأُنشئت جهات رسمية لمكافحة هذه الجرائم وسنت قوانين لحماية شبكة المعلومات ، من ضمنها مصر بالقانون رقم 175 لسنة 2018 والإمارات بالمرسوم بقانون رقم (5) لسنة 2012م . بالإضافة إلى أنّ وعي هذه الدول بمدى خطورة هذه الجرائم العابرة للحدود كان نتيجة لإبرام عدة اتفاقيات ومعاهدات دولية، في مجال مكافحة هذه الجرائم التي باتت تهددها خاصة مع ازدياد استعمال التكنولوجيا الحديثة يوماً بعد يوم (1).

وعليه، فإننا سنتطرق لأهم التشريعات الوطنية في مجال مكافحة جريمة تقنية المعلومات بمصر والإمارات (مطلب أول)، ثم نتطرق لمواجهة هذه المخاطر بالجهود الدولية وضرورة التعاون الدولي (مطلب ثان).

المطلب الأول : موقف المشرع المصري والإماراتي

المطلب الثاني : التعاون الدولي لمكافحة جرائم الإنترنت

المطلب الأول

موقف المشرع المصري والإماراتي

أولاً : موقف المشرع المصري في مكافحة هذه الجرائم :

لقد استجاب المشرع المصري للتطورات التكنولوجية المتلاحقة حول استخدامات الانترنت وأصدر القانون رقم 175 لسنة 2018م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات وأفرد الفصل الثالث من الباب الثالث - من ذات القانون - (جرائم وعقوبات) بشأن الجرائم المتعلقة بالإعتداء على حرمة الحياة الخاصة والمحتوي المعلوماتي غير المشروع فنص في المادة رقم (25) على " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف

(1) للمزيد انظر د. عبدالرحمن بن مسفر المالكي ، المواجهة التشريعية للجرائم الالكترونية ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2016 . ص50 وما بعدها .

جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من اعتدى على أى من المبادئ أو القيم الأسرية فى المجتمع المصرى أو انتهك حرمة الحياة الخاصة ، أو أرسل بكثافة العديد من الرسائل الإلكترونية لشخص معين دون موافقته ، أو منح بيانات شخصية إلى نظام أو موقع إلكترونى لترويج السلع أو الخدمات دون موافقته ، أو نشر عن طريق الشبكة المعلوماتية أو بإحدى وسائل تقنية المعلومات معلومات أو أخباراً أو صوراً وما فى حكمها ، تنتهك خصوصية أى شخص دون رضاه ، سواء كانت المعلومات المنشورة صحيحة أو غير صحيحة.

وكذلك نص بالمادة (26) من ذات القانون على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنوات ، وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز ثلاثمائة ألف جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من تعمد استعمال برنامج معلوماتى أو تقنية معلوماتية فى معالجة معطيات شخصية للغير لربطها بمحتوى منافع للأدباب العامة ، أو لإظهارها بطريقة من شأنها المساس باعتباره أو شرفه).

ويرى الباحث أن هذه العقوبات جاءت زاجرة ورادعة لاشتمالهما على عقوبة الحبس إضافة للغرامة حتى يرتدع كل من تُسوّل له نفسه ارتكاب مثل هذه المخالفات حفاظاً على أمن المجتمع .

ولكن يرى الباحث - تعليقاً على نصوص القانون والعقوبات المالية المذكورة فيه - أنه محل نقد لأنّ الرقم عندما يوضع فى العقوبة وقت تقنين القانون يكون كبيراً ومرتفعاً، ولكن مع التضخم والتطور الإقتصادي والتغييرات الدائمة يصبح رقماً بسيطاً لا يرد المخالف عن ارتكاب المخالفة حتى لو وقعت عليه الغرامة ، لذلك تدرك المشرع المصري لذلك - وقد أحسن صنعاً - وقرن الغرامة المالية بعقوبة الحبس .

ومما أقره المشرع المصري وساعد ذلك في مكافحة جرائم الانترنت نص المادة (7) من ذات القانون والتي تقضي بالآتي " لجهة التحقيق المختصة متى قامت أدلة على قيام موقع يُبث من داخل الدولة أو خارجها ، بوضع أى عبارات أو أرقام أو صور أو أفلام أو أى مواد دعائية أو ما فى حكمها ، بما يُعد جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون ، ويشكل تهديداً للأمن القومى أو يعرض أمن البلاد أو اقتصادها القومى للخطر ، أن تأمر بحجب الموقع أو المواقع محل البث ، كلما أمكن تحقيق ذلك فنياً

ثانياً : موقف المشرع الإماراتي

تعتبر دولة الإمارات العربية المتحدة أول دولة عربية تصدر قانوناً مختصاً في مكافحة جرائم المعلومات يتناول أغلب الجرائم المعلوماتية ، وهو أول قانون في الدول العربية يصدر بشكل مستقل لهذا الغرض .

ففي بداية الأمر صدر القانون الاتحادي رقم (40) لسنة 1992 في شأن المصنفات الفكرية وحقوق المؤلف ، وقد شمل هذا القانون برامج الحاسب الآلي بالحماية ، علاوة على أن المشرع الإماراتي في هذا القانون قد اعتبر مخالفة نصوص الحماية الفكرية لبرامج الحاسب الآلي جرائم يعاقب عليها القانون بعقوبة جنائية . إضافة لذلك أصدرت دولة الإمارات العربية المتحدة عام 2002م في إطار حرصها على تغطية الفجوة التشريعية في مجال الاتصالات - وهو الأمر الذي تفتقده معظم الدول العربية - قانون التوقيع الالكتروني والتجارة ، وقد قضى هذا القانون بمنع مزود خدمات الانترنت من كشف أية معلومات يحصلون عليها في أثناء تزويد الخدمة .

وبتاريخ 2006/1/30 صدر القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2006م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات . وبموجب هذا القانون حدد المشرع الإماراتي الأفعال التي يُعد ارتكابها جريمة من جرائم المعلومات ، كما حدد العقوبات الملائمة لها تبعاً لخطورتها وضررها المتوقع ، وقد شمل هذا القانون على أغلب

الجرائم المعلوماتية ، ومنها التوصل بغير وجه حق إلى موقع أو نظام معلوماتي بدخول الموقع أو النظام ، أو يتجاوز مدخل مصرح به والتعدي على البيانات الشخصية وإلغاء بيانات أو معلومات أو حذفها أو تدميرها أو إفشاؤها أو إتلافها ، أو تغييرها وإعادة نشرهاإلخ

وتتسبب الجهود الحكومية في جعل القضاء المتخصص يواكب التطورات التقنية بالسرعة المطلوبة ويستجيب للتغيرات فيها ، وخاصة أن مجال التقنية يتمتع بخصوصية وتعقيدات حيثياتها الخاصة هي التي تميزها عن المجالات التي يحكم فيها القضاء العادي ، ولذلك صدر القانون رقم (5) لسنة 2012م بشأن تعديل القانون السابق رقم (2) لسنة 2006م وكان أكثر تفصيلا في تناولة للجرائم المعلوماتية .كما صدر القانون رقم (12) لسنة 2016م والمرسوم الاتحادي 2 لسنة 2018 بشأن بعض التعديلات على القانون.

ويمتاز القانون المشار إليه بعدة سمات وخصائص تتلخص في الآتي :

- وضوح الألفاظ والمعاني عن طريق إفراد مادة تعني بالمصطلحات الواردة في القانون وإيضاح معانيها حتى لا تثير بعض الإشكاليات عند التطبيق .
- تطبيق مبدأ الشرعية الجنائية من خلال الدقة والوضوح في نصوص التجريم ، والتدرج في العقوبة تبعاً لجسامة الجريمة ووضوح أركانها ، وتحديد صور الاشتراك في الجريمة .
- تغطية الفراغ التشريعي الذي يعاني منه أعظم دول العالم ومنها مصر حتى صدور القانون رقم 175 لسنة 2018م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات .ولا سيما في عصر تزايدت فيه الاعتماد على وسائل التقنية الحديثة على المستويين الرسمي والشخصي .

▪ يتسم بالمرونة والحدائة ، ويظهر ذلك في تعديل المشرع الإماراتي لنص المادة (9) من المرسوم بقانون رقم (5) لسنة 2012م بالقانون الاتحادي رقم (12) لسنة 2016 م وذلك على النحو الآتي :

النص قبل التعديل (يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسون الف درهم ولا تجاوز خمسمائة الف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من تحايل على العنوان البرتوكولي للشبكة المعلوماتية باستخدام عنوان وهمي أو عنوان عائد للغير أو بأي وسيلة أخرى ، وذلك بقصد ارتكاب جريمة أو الحيلولة دون اكتشافها) .

النص بعد التعديل (يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليوني درهم أو إحدى هاتين العقوبتين ، كل من تحايل على العنوان البرتوكولي للشبكة المعلوماتية باستخدام عنوان وهمي أو عنوان عائد للغير أو بأي وسيلة أخرى ، وذلك بقصد ارتكاب جريمة أو الحيلولة دون اكتشافها)

بل والأهم من ذلك كله نص المادة (46) من ذات القانون على أنه " يُعدُّ ظرفاً مشدداً استخدام شبكة المعلومات أو الانترنت أو أي نظام معلوماتي الكتروني أو موقع الكتروني أو وسيلة تقنية معلومات عند ارتكاب أي جريمة لم ينص عليها هذا المرسوم بقانون "

المطلب الثاني

التعاون الدولي لمكافحة جرائم الانترنت

إنَّ مكافحة الجرائم الإلكترونية لن يكون له أي تأثير إلا إذا كان هناك تعاوناً دولياً علي أكبر قدر من التنسيق والتعاون ، وعليه فإنَّ أي مجهود او إجراءات فردية تقوم بها الدول على مستوي العالم لن يأتي بأي نتائج ملموسة تحد من ارتكاب تلك النوعية من الجرائم فتلك الجرائم لها طابع خاص وسمات مميزة لها عن غيرها من الجرائم وهي كالتالي:-

1. إن تلك الجرائم تستهدف معنويات وليست محسوسة، وتثير في هذا النطاق مشكلات الإعراف بحماية المال المعلوماتي إن جاز التعبير.
2. كما أنها تتسم بالخطورة البالغة نظرًا لأغراضها المتعددة ، ونظرًا لحجم الخسائر الناجم عنها قياسًا بالجرائم التقليدية. و نظرًا لارتكابها بين فئات متعددة تجعل من التنبؤ بالمشتبّه بهم أمرًا صعبًا . ونظرًا لأنها بذاتها تنطوي على سلوكيات غير مألوفة. وبما أتاحتها من تسهيل ارتكاب الجرائم الأخرى تمثل إيجاد وسائل تجعل ملاحقة الجرائم التقليدية أمرًا صعبًا متى ما ارتكبت باستخدام الكمبيوتر.
3. التحقيق والتحري في تلك الجرائم والمقاضاة في نطاقها تنطوي على مشكلات وتحديات إدارية وقانونية تتصل ابتداءً بمقتضيات ومتطلبات عمليات ملاحقة الجناة، فإن تحققت وتمكنت الملاحقة أصحبت الإدانة صعبة لسهولة اتلاف الأدلة من قبل الجناة أو لصعوبة الوصول إلي الأدلة أو لغياب الاعتراف القانوني بطبيعة الأدلة المتعلقة بهذه الجرائم.
4. إن هذه الجرائم من الجرائم العابرة للحدود فهي لا تتم من داخل دولة ويكون تأثيرها منحصر في تلك الدولة وإنما تلك الجرائم ترتكب عبر عدد من الدول لتتم في دولة أخرى وتكون آثارها ممتدة لتصل إلي عدد غير محدود من الدول ، وعليه فإنّ الأساس الذي يرتكز عليه مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية هو التعاون الدولي وتنسيق الجهود المبذولة بين كافة دول العالم لتكون هناك نتائج مهمة يمكن الارتكاز عليها وتقويتها للحد من تلك الجرائم ذات النتائج البشعة علي اقتصاديات الدول والكيانات الاقتصادية.

ولمواجهة مثل هذه الجريمة (جرائم الكمبيوتر والإنترنت) العابرة للحدود مواجهة فعالة يتطلب تجريم صورها في القانون الوطني للمعاقبة عليها وإن يكون هناك تعاون وتضامن دولي لمواجهة مشاكلها من حيث مكان وقوعها واختصاص

المحاكم بها وجمع المعلومات والتحريات عنها والتنسيق بين الدول في المعاقبة عليها وتحديد صورها وقواعد التسليم فيها وإيجاد الحلول لمشكلاتها الأساسية وأبرز تلك المشكلات:

أ- غياب مفهوم عام متفق عليه بين الدول حول نماذج النشاط المكون للجريمة المتعلقة بالكمبيوتر والانترنت .

ب- غياب الاتفاق حول التعريف القانوني للنشاط الإجرامي المتعلق بهذا النوع من الإجرام.

ج- نقص الخبرة لدى الشرطة وجهات الإدعاء والقضاء في هذا المجال لتمحيص عناصر الجريمة إن وجدت وجمع المعلومات والأدلة عنها للإدانة فيها.

د- عدم كفاءة وملائمة السلطات التي تنص عليها القانون بالنسبة للتحري واختراق نظم الكمبيوتر لأنها عادة متعلقة بالضبط والتحري بالنسبة لوقائع مادية هي الجرائم التقليدية وغير متوائمة مع غير الماديات كاختراق المعلومات المبرمجة وتغييرها في الكمبيوتر.

هـ- عدم وجود معاهدات التسليم أو للمعاونة الثنائية أو الجماعية بين الدول تسمح بالتعاون الدولي أو عدم كفايتها إن كانت موجودة لمواجهة المتطلبات الخاصة لجرائم الكمبيوتر ودينامكية التحريات فيها وكفالة السرعة بها.

ويمثل مشروع الاتفاقية الأوروبية لجرائم الكمبيوتر في الوقت الحاضر المشروع الأكثر نضجاً لمواجهة جرائم الكمبيوتر بل وواحدًا من أهم أدوات التعاون الدولي في هذا الحقل .

وعليه فسيكون تتاولنا لمكافحة الجرائم الالكترونية من خلال التركيز علي التعاون الدولي والعناصر التي يركز عليها هذا التعاون والتي تنحصر في الآتي :

- المعاهدات والمؤتمرات الدولية .
- إصدار قوانين جديدة تجرم الجرائم الالكترونية في كافة أنحاء العالم بحيث يكون بينها قدر كبير من التجانس .
- التعاون الدولي .
- اتحاد الشركات والكيانات الاقتصادية الكبرى في مجال حماية أمنها الإلكتروني .
- المعاهدات والقوانين الخاصة بحق الملكية الفكرية .

ضرورة التعاون الدولي :

بما أنّ جرائم الانترنت هي جرائم عابرة للحدود أى أنها لا تتم وتنتهي في أرض دولة معينة لذلك فإنّ التعاون الدولي هو من أهم سبل مكافحة جرائم الانترنت وملاحقة مرتكبيها، فبغير التعاون الدولي سيزاد معدل ارتكاب تلك الجرائم ويطمئن مرتكبوها من عدم إمكانية ملاحقتهم ، اذ يكون من السهل عليهم التنقل من دولة إلي أخرى تبيح القوانين المطبقة بها ما ارتكبه من جرائم.

ومن الضروري أن تطور الحكومات لأجهزة تطبيق القانون وقدراتها علي تطبيق هذه القوانين ، فهذا يحتاج إلي تطوير الخبرات والكفاءات في مجال مكافحة الجريمة التي ترتكب عبر الشبكة الالكترونية .

ولقد أحسن المشرع المصري صنعاً حين نصّ على ضرورة التعاون الدولي في مجال مكافحة جرائم تقنية المعلومات بالمادة رقم (4) من القانون رقم 175 لسنة 2018م التي تنص على (تعمل السلطات المصرية المختصة على تيسير التعاون مع نظيراتها بالبلاد الأجنبية في إطار الاتفاقيات الدولية والإقليمية والثنائية المصدق عليها ، أو تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل ، بتبادل المعلومات بما من شأنه أن يكفل تفاعل ارتكاب جرائم تقنية المعلومات ، والمساعدة على التحقيق فيها ، وتتبع مرتكبيها. على أن يكون المركز الوطني للاستعداد لطوارئ الحاسب والشبكات بالجهاز هو النقطة الفنية المعتمدة في هذا الشأن) .

وحرصاً من المشرع المصري على ملاحقة الجناة مرتكبي مثل هذه الجرائم وفروا هاربين خارج القطر المصري أو هم من أصل جنسية غير مصرية فحدد

نطاق تطبيق قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات من حيث المكان حيث نص في مادته الثالثة على (مع عدم الإخلال بأحكام الباب الأول من الكتاب الأول من قانون العقوبات ، تسرى أحكام هذا القانون على كل من ارتكب خارج جمهورية مصر العربية من غير المصريين جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ، متى كان الفعل معاقباً عليه في الدولة التي وقع فيها تحت أي وصف قانوني ، وذلك في أي من الأحوال الآتية:

- إذا ارتكبت الجريمة على متن أي وسيلة من وسائل النقل الجوى أو البرى أو المائى ، وكانت مسجلة لدى جمهورية مصر العربية أو تحمل علمها.

▪ إذا كان المجنى عليهم أو أحدهم مصرياً.

▪ إذا تم الإعداد للجريمة أو التخطيط أو التوجيه أو الإشراف عليها أو تمويلها في جمهورية مصر العربية.

▪ إذا ارتكبت الجريمة بواسطة جماعة إجرامية منظمة ، تمارس أنشطة إجرامية في أكثر من دولة من بينها جمهورية مصر العربية.

▪ إذا كان من شأن الجريمة إلحاق ضرر بأى من مواطنى جمهورية مصر العربية أو المقيمين فيها أو بأمنها أو بأى من مصالحها ، فى الداخل أو الخارج.

▪ إذا وُجد مرتكب الجريمة فى جمهورية مصر العربية ، بعد ارتكابها ولم يتم تسليمه.

وعلى صعيد آخر نص المشرع الإماراتي أيضاً في المادة (47) من المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2012م على "تسري أحكام هذا المرسوم بقانون على كل من ارتكب إحدى الجرائم الواردة به خارج الدولة إذا كان محلها نظام معلوماتي الكتروني أو موقع الكتروني أو وسيلة تقنية معلومات خاصة بالحكومة الاتحادية أو إحدى الحكومات المحلية لإمارات الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة المملوكة لأي منهما "

الخاتمة

من خلال البحث يتضح لنا إنه لتفعيل مكافحة جرائم تقنية المعلومات لابد من التركيز علي العناصر الرئيسية التالية وهي:

1. الانضمام إلي المعاهدات الدولية التي تعمل علي زيادة التعاون والتنسيق بين الجهود التي تبذلها الدول في مجال مكافحة جرائم الانترنت، وإدخال تلك المعاهدات الدولية الي حيز التنفيذ الفعلي. والعمل على تعاون جميع الدول في تسليم المطلوبين أمنياً الي الدول التي تطالبهم لارتكابهم جرائم الانترنت .

2. فرض رقابة علي المقاهي التي تقدم الانترنت كخدمة لمرتابيها مع التاكيد علي منع ارتياد صغار السن المقاهي وفرض عقوبات وغرامات مالية علي المقاهي التي تخالف ذلك . والعمل علي تشجيع مرتادي هذه المقاهي في البحث عن المعلومات المفيدة واستخدام الانترنت في مجال البحث العلمي .

3. تفعيل دور وسائل الاعلام في نشر التوعية الوقائية من عواقب النظر في المواقع الاباحية وكذلك تحصين المواطنين فكريا ودينيا وافهامهم ان مثل هذه المواقع تستهدف شبابنا وهي محاولة لتصدير الاباحية بدعوي الحرية وأن أهل الغرب بقيمهم الفاسدة وامراضهم الخبيثة ومبادئهم الذميمة لم يكتفوا بافشاء الرذائل والمنكرات ولكن تمادى بهم الحال الي محاولة تصدير هذه المصائب والفتن الي بلاد المسلمين.

4. استخدام المناهج التعليمية كاوعية ووسائل لمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت بالنواحي الدينية. مع زيادة الاهتمام بتدريس مواد الحاسب الآلي والنظم والمعلومات في الكليات القانونية والشرطية بالقدر اللازم الذي يتلائم مع التقدم الهائل في المجالات التكنولوجية الالكترونية السريعة التطور .

5. على غرار إنشاء محاكم اقتصادية متخصصة ، فنرى أنه من الضروري إحالة مثل هذه النوعية من الجرائم الالكترونية إلى قضاء متخصص في الجرائم الالكترونية ، نظراً لصعوبة القضايا المتعلقة بها وحاجتها إلى المزيد من المعطيات الخاصة قد لا تتوفر في القضاء العادي .

6. ويرى الباحث ضرورة توفير كوادر شرطية مختصة ومدربة وعلى دراية عالية بوسائل تقنية المعلومات لتكون قادرة على التحري عن هذا النوع من الجرائم . وضرورة تأهيل قضاة مختصين للنظر في مثل هذه القضايا ، فضلاً عن الاهتمام بالجانب الوقائي لمكافحة الجريمة المعلوماتية وذلك من خلال المتابعة المستمرة لآخر ما يتوصل له خبراء أمن المعلومات من الوسائل الفنية الكفيلة بحماية أم الانسان من اعتداء علي عرضه الكترونياً .

ومن مظاهر القصور التشريعي الذي يتعين أن تواجه كافة مظاهر السلوك الإجرامي الخاص بتقنية المعلومات ، فالتشريعات ما زالت ناقصة وقاصرة في المجالات الآتي :

- تنظيم حجية ومقبولية مستخرجات الحاسوب
- وسائل الإثبات التقنية
- تنظيم الصور الإجرامية في مجال الحاسوب والانترنت
- تنظيم عمل مقاهي الانترنت

التوصيات :

ولسد هذا الفراغ التشريعي في مجال مكافحة جرائم تقنية المعلومات نقترح الآتي

1- ضرورة تقنين قواعد جديدة لمكافحة الجرائم المعلوماتية ، تأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لهذه الجرائم ، ولا سيما فيما يتعلق بالإثبات في الدعاوى الناشئة عن هذه الجرائم ، سواء الدعاوى الجنائية أو المدنية أو

التأديبية ، كما ينبغي تعديل قزاعد الاجراءات الجنائية لتتلاءم مع هذه الجرائم .

2- ينبغي أن تتص التشريعات العربية على اعتبار الانترنت وسيلة من وسائل العلانية في قانون العقوبات ، والقوانين ذات الصلة بالجرائم المعلوماتية ، وذلك لأن الانترنت أوسع انتشاراً من وسائل النشر والعلانية الأخرى .

3- يلزم تعديل قوانين الإجراءات الجنائية بالقدر الذي يسمح ببيان الأحكام اللازم اتباعها حال التفتيش على الحاسبات وضبط المعلومات حتى يستمد الدليل مشروعيته .

4- ضرورة النص في القوانين المنظمة للإثبات بما يسمح للقاضي بأن يستند إلى الأدلة المستخرجة من الكمبيوتر والانترنت في الإثبات ، طالما أن ضبط هذه الأدلة جاء وليد إجراءات مشروعة ، على أن تتم مناقشة هذه الأدلة بالمحكمة وبحضور الخبير وبما يحقق مبدأ المواجهة بين الخصوم .

وختاماً فإن من مظاهر تكريم الله تعالى للإنسان أن شرع له حقوقاً وجعل صيانتها واجبة، ومن هذه الحقوق حقه في حفظ خصوصياته من التجسس والانتهاك بالاطلاع أو النشر أو التطفل من قبل الآخرين. وإن الفضاء الواسع الذي أتاحتها شبكة الانترنت قد ساهم في ظهور جرائم جديدة تمس حقوق الإنسان وخصوصياته، ومن هذه الجرائم نشر الصور والمقاطع التي تحتوي على اعتداءات بدنية أو جنسية على الأشخاص، بهدف الإهانة أو تشويه السمعة أو الترفيه أو نشر الإباحية وغيرها.

ونظراً لما أتاحتها التقنية من وسائل سهّلت نشر وتداول الصور بنوعيتها الثابت والمتحرك، فإن نشر الصور على نطاق واسع صار بمتناول عموم الناس، مما ساهم في زيادة تلك الجرائم. وهو ما واجهته كثير من القوانين بنصوص عقابية مستجدة.

قائمة المراجع

المؤلفات

- د. احمد شرف الدين - حجية الرسائل الالكترونية في الاثبات - شبكة المعلومات القانونية العربية - 2007 - East Law .com
- د.أحمد يوسف الطحاوي ، الأدلة الالكترونية ودورها في الإثبات الجنائي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، 2015
- د.احمد وهدان، تقييم فاعليات المواجهة التشريعية لجرائم الانترنت، بحث مقدم الي ندوة الامن والانترنت، مركز بحوث الشرطة، 2003.
- د. احمد فكري طه ، الجرائم المرتكبة عبر شبكة الانترنت ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2018م،
- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، مكتبة رجال القضاء ، طبعة 1980م ،
- د. أبو زهرة، العقوبة في الفقه الإسلامي د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة 2006م.ص43.
- د.أسامة غربي ، الإباحية الالكترونية ، مجلة راسات وأبحاث ، جامعة الجلفة ، العدد الأول ، السنة 2009م
- د.السيد عتيق، جرائم الانترنت، دار النهضة العربية، سنة 2000
- د. جميل عبد الباقي الصغير، الجوانب الاجرائية للجرائم المتعلقة بالانترنت، دار النهضة العربية ، 2001م ،
- د.حسن المرصفاوي، اصول الاجراءات الجنائية، مكتبة رجال القضاء، ط1996،
- د.عبد الفتاح بيومي حجازي - صراع الكمبيوتر والانترنت - في القانون العربي النموذجي دار الكتب القانونية - القاهرة 2007
- د. ممدوح عبدالحميد عبدالمطلب ، نموذج مقترح لقواعد الدليل الرقمي للإثبات في جرائم الكمبيوتر ، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر " الأعمال المصرفية والالكترونية " نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة وغرفة تجارة صناعة دبي ، في الفترة من 10-12/5/2003 - المجلد الخامس

د. محمد أبو العلا عقيدة، قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، 2001م.

د.مامون سلامة الاجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الطبعة الثانية، الجزء الاول، منشورات مكتبة الجامعة، الزاوية، ليبيا 2000.

د.مدحت رمضان، جرائم الاعتداء علي الاشخاص والانترنت،دارالنهضة العربية،2000

د.محمد محمد الالفى، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاخلاقية عبر الانترنت ، 2005م .

ثانيا : الرسائل العلمية :

د. محمد أحمد عزت ، الجرائم المعلوماتية الماسة بالحياة الخاصة ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2016

د. هند نجيب ، الاثبات في الجرائم الالكترونية ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2016

د. عبدالرحمن بن مسفر المالكي ، المواجهة التشريعية للجرائم الالكترونية ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2016 .

د. عمر محمد أبو بكر يونس ، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2004.

عذاري سعود عبدالمحسن ، الضبط والتفتيش في جرائم الحاسب الآلي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2016

د. أحمد عبدالله المراغي ، الجريمة الالكترونية ودور القانون الجنائي للحد منها ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2017

ثالثاً : مواقع الانترنت :

1. <https://search.mandumah.com/Record/809109> :
2. <http://internet-filter-review.topenreview.com/internet-pornography-statistics.html#anchor5>.
3. <http://laws.findlaw.com/US/509/579.html>
4. www.arablawninfo.com

مَعَالِمُ الحَضَارَاتِ فِي أُصُولِ الفِئهِ
(الفكر والاجتماع)

تأليف

دكتور/ هاني كمال محمد جعفر
مدرس أصول الفقه والتشريع الإسلامي
كلية الحقوق - جامعة الزقازيق

الملخص

هذا البحث محاولة لإظهار جوانب من معالم الحضارات في أصول الفقه؛ إذ إن معرفة الحكم الشرعي لما يُستجد من حوادث ووقائع لم يردْ بخصوصها نص، ولم يتكلم عنها الفقهاء السابقون لعدم وجودها في عصرهم، تجعل أصول الفقه ثروة منهجية قيّمة تؤدي بالعقل إلى حل إشكالية تنتهي النصوص وتوالي الوقائع.

وقد دعيتني إلى بحث معالم الحضارات في أصول الفقه أموراً، منها: أنني وجدت إنزال العلوم على الواقع فيه إظهاراً لقيمتها وبياناً لفائدتها، وعلم كأصول الفقه جامع لأسرار الشريعة - حيث البحث في أدلة أحكامها - لا بد من إظهار أهميته بصورة واقعية، لاسيما أنه قائم على الاستنباط من القرآن والأخبار، وكاشف عن تفاعل العقل مع النقل، ومن ثم فهو دال على منهج فذ في التفكير، وضروري في معرفة كيفية الاستنباط، وتلمس علل الأحكام والكشف عنها، ونبذ الاقتصار على حرفية النصوص.

أصول الفقه يمكن وصفه بـ [نموذج الفكر الإسلامي الأعلى] المعبر عن روح الحضارة الدينية؛ وذلك لدورانه حول نصوص التشريع، ومن ثم أحسب الموضوع ذا أهمية من جهتين؛ الأولى: أنه يتعرض بالأصالة لنوع النظام المعرفي الذي ينبغي أن يحكم حياتنا، ومدى كفاءة هذا النظام وكفايته (أصول الفقه). والثانية: أنه يتعرض لغاية حياتية، كثر فيها الحوار، وعقدت لها المآلات والندوات، وصدرت بشأنها التآليف والمقالات، وسجلت فيها الإنجازات (الحضارة).

ولقد حرصت أن أبحث معالم الحضارات في أصول الفقه من جانب فكري، واجتماعي؛ ولي في هذا الحصر وجهة؛ أن الحضارات تكمن أولاً في الفكر المستقيم، والاجتماع المنظم للحياة البشرية.

فكان موضوع البحث: [معالم الحضارات في أصول الفقه - الفكر والاجتماع]، وجعلته ذا معلمين وخاتمة؛ فأما المعلم الأول: فصرفت عنايتي فيه لبيان الحضارة الأصولية الفكرية، وأما المعلم الثاني: فعكفت على استنباط حضارة علم الأصول الاجتماعية، وأما الخاتمة: فذكرت فيها أهم نتائج البحث وتوصياته ومقترحاته.

Summary

This research is an attempt to show aspects of the features of civilization in the fundamentals of jurisprudence. The knowledge of the Islamic ruling on the occurrence of incidents and facts that have not been mentioned in the text, and did not talk about the former jurists because of their absence in their time, make the assets of jurisprudence valuable methodological wealth lead to reason to solve problematic texts And the sequence of events.

It has called me to examine the features of civilization in the fundamentals of jurisprudence, including: I found that the download of science on the reality in which to show the value and a statement of its usefulness, and learned as the assets of jurisprudence mosque secrets of the law - where the search for the evidence of its provisions - must be shown in real importance, especially as it is based on the development Of the Qur'an and the news, and revealed the interaction of the mind with the transport, and then it is Dal, a method of thinking, and necessary to know how to deduce, and to touch the rules of disclosure and disclosure, and renounce the exclusive text.

The origins of fiqh can be described as [the model of higher Islamic thought] expressed in the spirit of religious civilization. This is due to its rotation around the texts of the legislation. Therefore, I consider the subject to be important in two ways. First, it deals with the kind of knowledge system that should govern our lives, The system and its adequacy (Usool al-Fiqh). The second is that it is exposed to life, where there is a lot of dialogue, and the meetings and symposia were held for them.

I have been keen to look at the features of civilization in the fundamentals of jurisprudence intellectually and socially; and in this inventory face; that civilization lies in the righteous thought, and the orderly meeting of human life.

As for the first teacher: I left my attention to the statement of the fundamentalist intellectual civilization, and the second teacher: I proceeded to develop the civilization of the science of social assets, but the conclusion: I will mention the most important results of the research and recommendations and suggestions .

That is a comprehensive view of the features of the search for fundamentalist civilization, and God asks him sincerity and acceptance, and no power except in God, says the truth as he guides the way.

الحمدُ لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، مالك يوم الدين، وأصلي وأسلمُ على إمام حضارة العالمين، نبيِّنا محمدٍ الأمين، على نحوِ صلاةِ الله والملائكة وعباده المؤمنين.

أما بعد، فقد تقرر أن أصول الفقه من أجلِّ علوم الشريعة؛ إذ به يتوصَّل إلى معرفة أدلتها، وكيفية استثمارها لكشف الأحكام الشرعية منها، ولولاه لم يثبت من الشريعة قليل ولا كثير؛ فإن كل حكم شرعي لا بُدَّ له من سبب موضوع ودليل يدل عليه وعلى سببه، فإذا ألغينا أصول الفقه ألغينا الأدلة، فلا يبقى لنا حكمٌ ولا سبب؛ فإن إثبات الشرع بغير أدلته وقواعدها بمجرد الهوى خلافُ الإجماع⁽¹⁾، ومن هنا تبرز فائدته، وأنه بمنزلة المقدمات لبيان مراد الله ورسوله.

قضية البحث:

هذا البحث محاولة لإظهار جوانبَ من معالم الحضارات في أصول الفقه؛ فالأحكام الشرعية -وهي من مباحث الأصول- خطابات الله المتعلقة بأفعال المكلفين، خطاباتٌ حضارية؛ لأنها عامة لا تقتصر على فئة أو طائفة بعينها، ومن ثم فحضارتها في كونها تحتوي أوامرَ ونواهي إلهية، متى التزمها المكلفون سعدوا في الدنيا والآخرة، وتلك حضارة ظاهرة عند من يتأملها؛ لأنها من حكيم حميد.

وعندي أن أول معلم حضاري سبق إليه أصول الفقه: أنه أداة لفهم القرآن الكريم، منبع الحضارات؛ ففهم القرآن واستنباط ما فيه من أحكام سبيلها الوصول إلى التحضُّر لا بد له من أدوات، من هذه الأدوات: أصول الفقه؛ باعتبار أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب؛ فقول الله تعالى: ﴿اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ﴾ [الأنفال: 24] مع قوله: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا

(1) نفائس الأصول في شرح المحصول- للقرافي 1/ 100.

في الدين ﴿التوبة: 122﴾ وقوله: ﴿لَعَلِمَةَ الَّذِينَ يَسْتَبِطُونَ مِنْهُمْ﴾ [النساء: 83] دلالة على أن الإحياء يكون بالتفقه في الدين واستنباط أحكامه، وهو عين الحضارة.

ومن كان متبحراً في الأدلة الشرعية أمكنه أن يستدل على غالب الأحكام بالنصوص والأقيسة (1)، ولم يحتج معها إلى تكلف في الرأي أو استحداث أدلة لم يعتبرها الشارع، وهذا المعنى طاف حوله الإمام الشافعي رحمه الله - في صدر رسالته حين قال: "ليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها" (2)، فهو رحمه الله - يشير إلى مركزية القرآن الكريم في تقرير الأحكام؛ ذلك أن النازلة تكتسب حكمها من كتاب الله بتصويبه على خصوصها، أو بإلحاقها به، أو بإندراجها في مدلوله، أو بدليل آخر دل النص على اعتباره، ومن ثم تمكن استساعة هذا التقرير: العلم بدلائل الوحي يعصم من الزيغ - وهذا وجه حضاري مفيد.

إن معرفة الحكم الشرعي لما يُستجد من حوادث ووقائع لم يرد بخصوصها نص، ولم يتكلم عنها الفقهاء السابقون لعدم وجودها في عصرهم، تجعل أصول الفقه ثروة منهجية قيّمة تؤدي بالعقل إلى حل إشكالية تنتهي النصوص وتوالي الوقائع، يقول الإمام الرازي رحمه الله: "معرفة حكم الله تعالى في الوقائع النازلة بالمكلفين واجبة، ولا طريق إلى تحصيلها إلا بهذا العلم ... وإنما قلنا: إنه لا طريق إلى معرفة حكم الله تعالى إلا بهذا العلم؛ لأن المكلف إما أن يكون عامياً أو لا يكون، فإن كان عامياً ففرضه السؤال؛ لقوله: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: 43، والأنبياء: 7]، وإن كان عالماً فالعالم لا يمكنه أن يعرف حكم الله تعالى إلا بطريق؛ لانعقاد الإجماع على أن الحكم بمجرد التشهي

(1) يُنظر: مجموع الفتاوى - لابن تيمية 289 / 19 .

(2) الرسالة - للإمام الشافعي، ص 19 .

غير جائز، ولا معنى لأصول الفقه إلا تلك الطرق، فثبت أنه لا سبيل إلى معرفة حكم الله تعالى إلا بأصول الفقه" (1).

الدوافع والمسوغات:

وقد دعيتي إلى بحث معالم الحضارات في أصول الفقه أموراً، منها: أنني وجدتُ إنزال العلوم على الواقع فيه إظهاراً لقيمتها وبياناً لفائدتها، وعلمٌ كأصول الفقه جامع لأسرار الشريعة - حيث البحث في أدلة أحكامها - لا بد من إظهار أهميته بصورة واقعية، وأني انتبعتُ لكلمة قالها الإمام الغزالي: "كلُّ علم لا يستولي الطالب في ابتداء نظره على مجامعه ولا مبانيه، فلا مطمع له في الظفر بأسراره ومباغيه" (2)، وأني عرتُ على تخصصِ أصول الفقه قضيتُ في دراسته فترة ليست قصيرة، وأني قرأتُ ثلاثة مراجع كانت بالنسبة لي نقطة الانطلاق، الأول: بحثُ عالم البلاغة الأستاذ الدكتور/ محمد أبي موسى، الموسوم: (مناهج علمائنا في بناء المعرفة)، وكانت لتفاعل قراءتي معه نتائجُ منها: حديثُه - وهو بلاغيٌ - عن رسالة إمامنا الشافعي رضي الله عنه، وأنها قامت على الاستنباط من القرآن والأخبار، وكشفت عن تفاعل العقل مع النقل، وبالتالي فهي دالة على منهجٍ فذٍّ في التفكير، وتنبهتُ إلى ضرورة معرفة كيفية الاستنباط، وتلمسُ علل الأحكام والكشف عنها، ونبذه الاقتصارَ على حرفية النصوص (3)، والتمسكُ في نقل العلم بما سطره العلماء وترديده دون ما فهم أو انفعال، ووصفه قراءة إسماعيل بن يحيى للرسالة خمسمئة مرة أنها تجريبية عجيبة.

الثاني: كتاب: (مناهج البحث عند مفكري الإسلام) - لأستاذ الفلسفة الدكتور/ علي سامي النشار، وقد أفدتُ منه: وصفه أصول الفقه بـ [نموذج الفكر الإسلامي

(1) المحصول 170/1.

(2) مقدمة المستصفي.

(3) قلت: هو عين ما قاله القرافي رحمه الله: "الجمود على المنقولات أبداً ضلالاً في الدين، وجهلٌ بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين" الفروق 177/1.

الأعلى] المعبر عن روح الحضارة الإسلامية؛ وذلك لدورانه حول نصوص القرآن والسنة، وتقريره أن منهج البحث الإسلامي موجود لدى علماء أصول الفقه، واعترافه أن للإمام الشافعي الفضل الذي لا ينكر في وضع المنهج الفقهي الحضاري، المتمثل في القانون الكلي المرجوع إليه في معرفة دلائل الشريعة، ومراتبها، وكيفية معارضاتها وترجيحاتها، والمسمى: علم أصول الفقه، وتصريحه أن أستاذه الشيخ/ مصطفى عبد الرزاق -رحمهما الله- كان يرى أن المنهج الإسلامي المعرفي الحق ينبغي تلمسه في علمين: أصول الفقه والكلام. والثالث: كتاب (نشأة الفكر الفلسفي في الإسلام) - له أيضاً، ومن لطائفه: أنه اعتبر أصول الفقه بالنسبة إلى الفقيه منهجاً منطقياً مقابلاً لمنهج الفيلسوف ومنطقه.

وصوبت نظري تجاه الإنجازات، وحديث الإنشاءات، فألفت أصول الفقه ثروة معرفية بل من روافد الحضارة للإنسانية.

هذه أمورٌ دفعتني إلى تقديم محاولة أبين فيها حاكمية هذا العلم، وهيمنته على سائر علوم الشرع، فليس كما قد يظن نظريات جامدة ليس لها أي مدلول واقعي، بل إنه يُسهم في التحضر الإنساني؛ فمن زاول علم أصول الفقه وفقه ما اشتمل عليه من الضوابط والقواعد، جزم بأن جميع الاستنباطات العقلية التي وصلت عقول أهالي الأمم (المتمدنة) إليها، وجعلوها أساساً لوضع قوانين تمدنهم وأحكامهم، قل أن تخرج عنه؛ فما يسمى عند الأمم الإسلامية: أصول الفقه، يسمى عند غيرها: الحقوق الطبيعية، أو النواميس الفطرية (1).

(1) يُنظر: المرشد الأمين للبنات والبنين- للشيخ/ رفاة الطهطاوي ص 267 و268. قلت: وثم مناسبة بين تسمية أصول الفقه بالحقوق الطبيعية أو النواميس الفطرية؛ ذلك أن أصول الفقه باعتباره يبحث في أدلة الشريعة، وما الحقوق والناواميس إلا مبنوثة فيها؛ ضرورة نصب الدليل على المقال، فكان أصول الفقه مظهرًا لها وكاشفًا عنها من هذه الجهة.

أهمية الموضوع:

ومن ثم أحسب الموضوع ذا أهمية من جهتين؛ الأولى: أنه يتعرض بالأصالة لنوع النظام المعرفي الذي ينبغي أن يحكم حياتنا، ومدى كفاءة هذا النظام وكفايته (أصول الفقه). والثانية: أنه يتعرض لغاية حياتية، كثر فيها الحوار، وعقدت لها المجامع والندوات، وصدرت بشأنها التآليف والمقالات، وسجلت فيها الإنجازات (الحضارة).

الدراسات السابقة:

على أنني لم أجد -فيما وقفت إلى الاطلاع عليه- من أسهم فيه، أو نادي إليه.

مقاصد البحث وغاياته:

ولقد حرصتُ أن أبحث معالم الحضارات في أصول الفقه من جانب فكري، واجتماعي؛ ولي في هذا الحصر وجية؛ أن الحضارة تكمن أولاً في الفكر المستقيم، والاجتماع المنظم للحياة البشرية.

فكان موضوع البحث: [معالم الحضارات في أصول الفقه]، وجعلته ذا معلمين وخاتمة؛ فأما المعلم الأول: فصرفت عنايتي فيه لبيان الحضارة الأصولية الفكرية، وأما المعلم الثاني: فعكفت على استنباط حضارة علم الأصول الاجتماعية، وأما الخاتمة: فساوكر فيها أهم نتائج البحث وتوصياته ومقترحاته. تلك إذا نظرة مجملية عن معالم بحث الحضارات الأصولية، والله أسأله الإخلاص والقبول، ولا حول ولا قوة إلا بالله، يقول الحق وهو يهدي السبيل.

مبحث تمهيدي

في بيان مصطلحات عنوان البحث

المطلب الأول: المقصود بالمعالم.

المطلب الثاني: المقصود بالحضارة.

المطلب الثالث: المقصود بأصول الفقه.

المطلب الأول

المقصود بالمعالم

أرشدت مراجع اللغة إلى أن (المعالم) جمع (معلم)، والعرب أطلقته على معان، بتحصيلها ألفيتها أربعة:-

الأول: أثر الشيء الذي يتميز به عن غيره. ومن ذلك: (العلامة)، يقال: علمتُ على الشيء علامةً: إذا جعلته متميزاً عن غيره. ويقال: أعلمَ الفارسُ: إذا كانت له علامة في الحرب (1). ومنه خبر رسول الله صلى الله عليه وسلم: «يُحْسَرُ النَّاسُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَلَى أَرْضٍ بَيْضَاءَ عَفْرَاءَ، كَقُرْصَةِ نَقِيٍّ» قَالَ سَهْلٌ أَوْ غَيْرُهُ: «لَيْسَ فِيهَا مَعْلَمٌ لِأَحَدٍ» (2).

الثاني: خلاف المجهل، وعليه: فكل جنس من الخلق هو في نفسه معلمٌ، أي: غير مجهول (3).

الثالث: موضع ومكان الاجتماع، ومنه: سمي موسم الحج موسماً؛ لأنه معلمٌ، أي: موضعٌ يجتمع فيه (4).

الرابع: الدليل وما يُستدل به، فمعالم الدين، ومعالم الطريق: دلالتهما (5).
قلت: تحصل لـ (المعالم) في لغة العرب أربعة معان، ومن ثم فمعالم الحضارة في أصول الفقه: آثارها، والعلم بها، ومواضعها، ودلائلها.

أما المقصود بـ (المعالم) اصطلاحاً: فلم أجد -فيما وقفت للرجوع إليه - من اصطلاح على تحديد المراد بهذا اللفظ، رغم استعماله وتداوله بين طوائف العلماء قديماً وحديثاً.

(1) تُنظر مادة [علم] في: العين/153- باب العين واللام والميم، ومقاييس اللغة 109/4- 110، كتاب العين.

(2) أخرجه الإمام البخاري 109/8- برقم 6521.

(3) تُنظر مادة (علم) في: مقاييس اللغة 109/4- 110، كتاب العين.

(4) يُنظر: العين 322/7.

(5) تُنظر مادة (علم): جمهرة اللغة 948/2، وتاج العروس 132/33.

والذي يظهر والله أعلم أن جهة المعنى الاصطلاحي لا تنفك عن جهة المعنى اللغوي؛ فالإتفاق بين العلماء على هذا حاصل؛ حيث إطلاقهم لفظ (معالم) على أسماء مؤلفاتهم، على اختلافها زمنًا وموضوعًا؛ فثم: (المعالم) في السنن للخطابي، و(معالم التنزيل) في التفسير للبخاري، و(المعالم) في أصول الفقه للرازي.

لذا.. أجد نفسي مطمئنة لتعريف (المعالم) اصطلاحًا بأنها: الشيء الذي يستدل به على وجود غيره.

المطلب الثاني

المقصود بالحضارة

أفاد العالمون بالعربية أن لفظ (حضارة) يرجع إلى جذر لغوي مؤلف من ثلاثة حروف: الحاء والضاد والراء (حضر)، وهو يعني: إيراد الشيء، ووروده ومشاهدته. و(الحضر): خلاف البدو. والحضارة: سكون الحضر والإقامة فيه⁽¹⁾. و(الحضارة) أيضا: خلاف البادية، سميت بذلك لأن أهلها حضروا الأمصار ومساكن الديار التي يكون لهم بها قرار⁽²⁾. قال ابن منظور: الحاضر: المقيم في المدن والقرى، وكذلك المقيم على الماء يقال له: حاضر⁽³⁾. ويمكن أن يوجّه كلامُ ابن منظور -رحمه الله- بأن الإقامة تقتضي الاستقرار والعمران، والسواحل والشطآن خليفة بذلك.

أما (الحضارة) في الاصطلاح الشرعي: فهي من الكلمات النابذة التي حظيت بالبحوث الواسعة المستفيضة، وقد نشأت أول الأمر بسيطة تعني: حياة أهل الحضر المترفة المستقرة على البلدان والأمصار، وضاف الأنهر، وما تتسم به هذه الحياة من رقي مادي ومعنوي يتسع ليشمل الأخلاق، والعادات، والطباع، والعقائد، والعمران، والسياسة، وغيرها. والمعروف أن حياة الحضر مستقرة،

(1) تُنظر مادة (حضر) في: الصحاح 633/2، ومقاييس اللغة 75/2، ومجمل اللغة 240/1، ولسان العرب 197/4، والقاموس المحيط ص 376.

(2) تُنظر مادة (حضر) في: المحكم والمحيط الأعظم 122/3.

(3) تُنظر مادة (حضر) في: لسان العرب، حرف الراء، فصل الحاء 197/4.

تساعد على ازدهار العلم والمعرفة، وتعين على إنشاء العمران، وهذه هي عناصر قيام الحضارة.

وضدها: (البداءة)؛ وتعني: حياة أهل البدو المتنقلة، المقتصرة على الضروري من سبل العيش، والتي تسكن الخيام، وترعى الماشية والأغنام، وما تستتبعه من فظاظة الخلق، وجفوة الطباع، وقد وصف ابن خلدون تلك الحياة بالخشونة والبعد عن منازع الحضارة⁽¹⁾.

وفي حديث لرسول الله صلى الله عليه وسلم: "لَا يَبِغُ حَاضِرٌ لِبَادٍ"⁽²⁾ نهي عن تعامل الحضري مع البدوي بالبيع؛ لما فيه من احتمال الغش، ووقوع الدخل والخديعة، ودليل على مقابلة لفظ الحضارة للفظ البداءة⁽³⁾.

وتمت لطيفة دقت لي: وهي أنه على قدر اتصال الخلق بالفطرة السوية والتقوى، يكون التحضر في ازدياد، فكلما تمسكوا بالفطرة حققوا نصيبا كبيرا من الحضارة، وبقدر بعدهم عن الفطرة يكون الضلال عن منهج الحياة فضلا عن الحضارة.

يقول ابن خلدون -رحمه الله- "النفس إذا كانت على الفطرة الأولى كانت متهيئة لقبول ما يرد عليها وينطبع فيها من خير أو شر، قال صلى الله عليه وسلم: (كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرّانه أو يمجّسانه)⁽⁴⁾... أهل الحضرة لكثرة ما يعانون من فنون الملاذ وعوائد الترف والإقبال على الدنيا والعكوف على شهواتهم منها، قد تلونت أنفسهم بكثير من مذمومات الخلق والشر، وبعدت عليهم طرق الخير ومسالكه بقدر ما حصل لهم من ذلك... و أهل البدو وإن كانوا مقبلين على الدنيا مثلهم، إلا أنه في المقدار الضروري في الترف، ولا

(1) يُنظر: مقدمة ابن خلدون 1/244-247 وقيم حضارية في القرآن الكريم، د. توفيق محمد سبع، ط/ مجمع البحوث الإسلامية، ص 14-16.

(2) أخرجه البخاري في مواضع، منها: 191/3- برقم 2723، والإمام مسلم 1033/2- برقم 1413.

(3) يُنظر: قيم حضارية في القرآن الكريم، د. توفيق محمد سبع، ط/ مجمع البحوث الإسلامية، سنة، ص 21.

(4) أخرجه الإمام البخاري 100/2- برقم 1385، والإمام مسلم 2047/4- برقم 2658.

في شيء من أسباب الشهوات واللذات ودواعيها، فعوائدهم بالنسبة إلى أهل الحضرة أقل بكثير، فهم أقرب إلى الفطرة الأولى، وقد يتوضح فيما بعد أن الحضارة هي نهاية العمران وخروجه إلى الفساد ونهاية الشر والبعد عن الخير، فقد تبين أن أهل البدو أقرب إلى الخير من أهل الحضرة، والله يحب المتقين⁽¹⁾. والذي يظهر أن إنبائه بإفساد الحضارة العمران إذا ما ابتعد أهل العمران عن المنهج الإلهي، كما إذا كانت الحضارة مادية محضة آخذة في الترف إلى حد بعيد، فإن هذا اللون قلما يزدهر وسرعان ما ينتحر، أما عندما تقوم الحضارة على دعائم من الروح والمادة معا، فإنها تدعم العمران، وتوسع قاعدته، وتنتشر العلم في آفاقه، والفضائل في ربوعه.

وأراه بحق أصاب؛ لأنه استند إلى حديث القرآن عن مصارع الظالمين الذين قال الله فيهم: ﴿إِنَّهُمْ كَانُوا قَبْلَ ذَلِكَ مُتْرَفِينَ﴾ [الواقعة: 45]، وقوله فيمن أعرضوا: ﴿مَتَّعْتُهُمْ وَآبَاءَهُمْ حَتَّى نَسُوا الذِّكْرَ وَكَانُوا قَوْمًا بُورًا﴾ [الفرقان: 18]، فالآيتان تؤكدان أن الترف مؤد بالضرورة إلى الأغلال، وصارف للقلب عن ذكر الله، وكفى به للحياة دماراً⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن الإسلام هو منبع الحضارات وتاجها؛ وأحسب أن ذلك عائد إلى أصل وحدة تكوين الإنسان، ووحدة مهمته التي من أجلها خلق، فالناس جميعا خالقهم واحد، وكلهم لآدم وهو من تراب، وجميعهم ورثوا بالفطرة مسئولية أمانة الاستخلاف في الأرض، ﴿إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ [البقرة: 30]، وجميعهم جاء خلقهم وتكوينهم مؤهلا لمهمة الاستخلاف، ﴿رَبُّنَا الَّذِي أَعْطَى كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ ثُمَّ هَدَى﴾ [طه: 50]⁽³⁾.

(1) مقدمة ابن خلدون 248/1.

(2) يُنظر: قيم حضارية في القرآن الكريم، د. توفيق محمد سبيع، ط/ مجمع البحوث الإسلامية، ص 25 - 26.

(3) يُنظر: الإسلام وحوار الحضارات، 130/2-131.

إن الحضارة .. المادة والروح معا؛ وإذا استعرضنا حضارات السابقين، كحضارة سبأ مثلا - نجدها تمثلت في وجود مادي ملموس؛ حيث البساتين النضرة، ذات الأفياء والظلال، فهما جنتان عن يمين وشمال، قد تجلت فيهما دقة التنسيق وجودة الثمار، وبتأمل يسير نرى أن القوم قد حققوا جانبا واحدا من الحضارة وهو الجانب المادي، أما الجانب الروحي المتمثل في شكرهم نعمة الله عز وجل فقد ذهلوا عنه وأهملوه، ومحال أن تنهض حضارة على جانب واحد.

وكذا الحال في حضارة عاد، فقد تمثلت في النحت والبناء والعمارة وإقامة المصانع، قال تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ كَيْفَ فَعَلَ رَبُّكَ بِعَادِ إِرِمَ ذَاتِ الْعِمَادِ الَّتِي لَمْ يُخْلَقْ مِثْلُهَا فِي الْبِلَادِ﴾ [الفجر: 6-8]، ﴿وَتَتَّخِذُونَ مَصَانِعَ لَعَلَّكُمْ تَخْلُدُونَ﴾ [الشعراء: 126]، ولما عرضت أرواحهم عن الله ﴿فَصَبَّ عَلَيْهِمْ رَبُّكَ سَوْطَ عَذَابٍ﴾ [الفجر: 13].

وأما ثمود فحضارتهم كذلك كانت في بناء القصور وإقامة المساكن والبيوت ونحتها، قال الله تعالى: ﴿وَتَمُودَ الَّذِينَ جَاءُوا الصَّخْرَ بِالْوَادِ﴾ [الفجر: 9]، ﴿وَبَوَّأَكُمْ فِي الْأَرْضِ تَتَّخِذُونَ مِنْ سُهُولِهَا قُصُورًا وَتَنْحِتُونَ الْجِبَالَ بُيُوتًا﴾ [الأعراف: 74]، وأهملت هي الأخرى جانب الروح، ﴿فَأَخَذْتَهُمُ الرِّجْقَ فَأَصْبَحُوا فِي دَارِهِمْ جَائِمِينَ﴾ [الأعراف: 78] (1).

ولقد حققت الحضارة العربية الإسلامية للبشرية جمعا كثيرا من وسائل التقدم وعوامل الترقى، ويكفي شاهدا لذلك: ما أبدعه الفكر العربي الإسلامي من مفاهيم ونظريات تناولت أهم معضلات هذا العصر؛ فلم يحدث في تاريخ الحضارات القديمة والحديثة، أن تألق الفكر الحضاري وبلغ أوج عظمته ما بلغه الفكر العربي الإسلامي، الذي شمل جميع نواحي الحياة ومستجداتها (2).

(1) يُنظر: قيم حضارية في القرآن الكريم ص 34-38، والإسلام وحوار الحضارات، 140-136/2.
(2) يُنظر: معالم الحضارة العربية الإسلامية- للأستاذ/ سليم طه التكريتي، ص 178، بحث منشور بمجلة الأقاليم العراقية، عام 1966م.

وأخلص إلى أن مفهوم الحضارة: كل عمل أو إنتاج تتمثل فيه الخصائص الإنسانية الفكرية والوجدانية والسلوكية، أي: كل ما ينشئه الإنسان عقلاً، وخلقاً، ومادة، وروحاً، دنياً، ودين، (1) وبتحديد الحضارة بهذا المفهوم تعتبر الفلسفة والعلم والدين والأدب والأخلاق من جوانب الحضارة، والمجتمع الحضاري إذاً: هو ما له هذه الجوانب، والإنسان الحضاري: هو الذي له إنتاج في أي من هذه الجوانب، والشعب المتحضر: هو الذي يتضح الطابع الإنساني وخصائص الإنسانية في علاقة أفرادها، وفي موقفه وسلوكه من الشعوب والمجموعات البشرية الأخرى.

وهنا يمكن أن يقال: إن الإنسان قد يصنع الحضارة، ولكنه نفسه قد يكون غير حضاري، أو غير متحضر؛ أعني: إذا لم يتأثر بالحضارة سلوكياً، وهو ما يجعل الدين بالأصالة دليلاً على التحضر؛ ذلك أن الدين يعكس السلوك على العمل (2).

المطلب الثالث

المقصود بأصول الفقه

اعتاد كثير من العلماء في تعريف المصطلحات أو العلوم المركبة أسماؤها أن يعرفوها باعتبارها مركبة، وباعتبارها علماً ولقباً على معنى خاص، فلا ضير أن أسير هنا على منوالهم:—

أولاً: تعريف أصول الفقه باعتباره مركباً:

تعريف (أصول) لغة: إن لفظ (أصول الفقه) في أصل اللغة مركب إضافي من جزئين: "أصول"، و"فقه"، يدل جزؤه على جزء معناه؛ بحيث يتوقف فهم المعنى على فهم جزئيه جميعاً؛ ضرورة وقوع التركيب فيه (3)

(1) يُنظر: الإسلام والحضارة العربية- د. محمد محمد حسين، ص 6.
(2) يُنظر: الدين والحضارة الإنسانية، د. محمد البهي، ملحق مجلة الأزهر، عدد ربيع الأول 1437هـ- ديسمبر 2015م، ص 7، وص 23-25، وروح الحضارة والثقافة الإسلامية، للعلامة/ محمد الفاضل بن عاشور، ملحق مجلة الأزهر، عدد شعبان 1433هـ، ص 68، وارتفاق الكون في التحضر الإسلامي، د. عبد المجيد عمر النجار، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية- الكويت، العدد الثلاثون، شعبان 1471هـ، 1996م، ص 92.
(3) يُنظر: المحصول للرازي 78/1، والإحكام للأمدى 5/1.

إذا علم هذا؛ فـ (أصول) جمع (أصل)، والأصل في اللغة يطلق على معان،
منها(1):

- أ. مستند الوجود؛ فالأب أصل لابنه، والجدار أصل للسقف .
- ب. أسفل الشيء، يقال: قلع أصل الشجرة، أي: أسفلها.
- ج. الحسب، فالعرب تقول: فلان لا أصل له.
- د. التحول والتغير، تقول: أصل الماء، وأصل اللحم، أي: تغيّر وأسين .
- هـ. بمعنى "قط"، يقال: ما فعلته أصلاً، أي: قطُّ .
- و. الحية العظيمة، ومنه حديث الدجال: "كان رأسه أصلة" (2).
- ز. الهلاك، يقال: استأصل الله الكفار، أي: أهلكهم.

قلت: قد نبه السبكي رحمه الله - إلى كثرة هذه التعريفات، وأن أهل اللغة لم
يذكروها في كتبهم، وهو ما يدل على أن الأصوليين يتعرضون لأشياء لم
يتعرض لها أهل اللغة(3).

تعريف (أصول) اصطلاحاً: يعني الأصوليون بكلمة (أصول) علم أصول
الفقه(4)؛ ذلك أنها صارت لازمة للفقه، كالزاي في "زيد"، والألف في "أحمد"، وقد
عد الأصوليون للأصل أربعة إطلاقات(5): -

(1) تُنظر مادة [أصل] في: العين 157/7، ومجمل اللغة ص 97، والنهاية في غريب الحديث والأثر
52/1، والقاموس المحيط ص961، والمصباح المنير 16/1، ومختار الصحاح ص19، ولسان العرب
16/11، وتاج العروس 447/27.

(2) أخرجه الإمام أحمد في المسند عن ابن عباس 49/4 - 2149.

(3) يُنظر: الإبهاج 21/1.

(4) أصول الفقه: العلم المشهور بالأصول عند الإطلاق، يشهد لذلك أن كثيرا من أهل هذا العلم يجرده من
الإضافة، وهو ظاهر في أسماء مصنفاتهم؛ كما هو صنيع الجصاص الحنفي في: "الفصول في الأصول"،
و أبي الوليد الباجي في: "إحكام الفصول في أحكام الأصول"، وحجة الإسلام الغزالي في: "المنخول من
تعليقات الأصول"، و ابن برهان في: "الوصول إلى الأصول"، و الرازي "المحصل في علم الأصول".
قال السبكي رحمه الله: "الإضافة تفيد الاختصاص... وتفيد هنا اختصاص الأصول بالفقه في معنى
لفظة الأصول وهو كون الفقه متفردا عنه". الإبهاج 21/1.

(5) يُنظر: البحر المحيط 26/1، ونهاية السؤل 8/1، وشرح الكوكب المنير 39/1، وشرح تنقيح
الفصول 15/1، والإبهاج 21/1، وفواتح الرحموت 9/1، وإرشاد الفحول 17/1.

قلت: انفرد الزركشي رحمه الله - بزيادة على هذه المعاني وهي: التعبد، كقولهم: إيجاب الطهارة بخروج
الخارج على خلاف الأصل. يريدون أنه لا يهتدي إليه القياس. والغالب في الشرع. واستمرار الحكم
السابق، كقولهم: الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يوجد المزيل له. والمخرج، كقول القرضيين:
أصل المسألة من كذا. يُنظر: البحر المحيط في أصول الفقه 27/1.

أحدها: الدليل، كقولهم في قوله تعالى: ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ [البقرة: 43]: أصل وجوب الصلاة، وأصل هذه المسألة الكتاب والسنة، أي: دليلهما.
 الثاني: الرجحان، كقولهم: الأصل في الكلام الحقيقة. أي: الراجح.
 الثالث: القاعدة الكلية، أو القاعدة المستمرة، كقولهم: إياحة الميتة للمضطر على خلاف الأصل، وكون الفاعل مرفوع أصلاً من أصول النحو.
 الرابع: الصورة المقيس عليها؛ كالخمر المقيس عليها في حرمتها كل ما يذهب العقل.

تعريف (الفقه) لغة: وردت كلمة الفقه بمعان كثيرة، أهمها معنيان: الأول: مطلق الفهم⁽¹⁾: ومنه قوله تعالى: ﴿وَاحْتُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي﴾ [طه: 27، 28]. أي: يفهموه.

المعنى الثاني: الفهم الدقيق العميق الذي يتطلب بذلاً لقدر من الجهد العقلي⁽²⁾، ومنه قول الله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [التوبة: 122]. وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا يَنْبَحُ بِحَمْدِهِ وَلَكِنْ لَّا تَفْقَهُونَ تَسْبِيحَهُمْ﴾ [الإسراء: 44].

ويمكن أن يكون هذا المعنى للفقه هو المراد من حديث النبي ﷺ: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»⁽³⁾، أي: يفهم أحكام الدين.

تعريف (الفقه) اصطلاحاً: عرف علماء الأصول الفقه بأنه (العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية)⁽⁴⁾. وقال أبو حنيفة رضي الله عنه:- "الفقه معرفة النفس ما لها وما عليها"⁽⁵⁾.

(1) يُنظر: المصباح المنير - مادة فقه 2 / 479.

(2) يُنظر: الكليات - مادة فقه - ص 690.

(3) أخرجه الإمامان: البخاري ومسلم.

(4) يُنظر: شرح الإسني 24/1، ومرآة الأصول 50/1.

(5) يُنظر: التوضيح على التنقيح مع شرحه التلويح، 10 - 11.

فهو القانون الذي يزن به المسلم عمله أحلال أم حرام؟ صحيح أم فاسد؟ ولا سبيل إلى معرفة ذلك إلا من علم الفقه الذي يبحث فيه عن حكم الله سبحانه وتعالى على أفعال العباد.

ثانيا: تعريف (أصول الفقه) باعتباره علماً ولقباً على معنى خاص⁽¹⁾:

الناظر بعمق في تعريفات الأصوليين لأصول الفقه يتبين له أن:-

طائفة منهم عرفوه بـ (الأدلة)؛ كإمام الحرمين، والغزالي، وصاحب "القواطع" وابن قدامة، والآمدي. ومن عباراتهم:

- "إن قيل: فما أصول الفقه؟ قلنا: هي أدلته"⁽²⁾.
- "أصول الفقه عبارة عن أدلة هذه الأحكام، وعن معرفة وجوه دلالتها على الأحكام من حيث الجملة لا من حيث التفصيل"⁽³⁾.
- "كل ما يثبت دليلاً في إيجاد حكم من أحكام الدين"⁽⁴⁾.
- "أصول الفقه: أدلته الدالة عليه من حيث الجملة لا من حيث التفصيل"⁽⁵⁾.
- "أدلة الفقه وجهات دلالاتها على الأحكام الشرعية، وكيفية حال المستدل بها من جهة الجملة لا من جهة التفصيل"⁽⁶⁾.

واعترض الإسنوي بأن الأدلة هي موضوع هذا العلم فلا تكون من ماهيته، ولا يجوز أن يكون أصول الفقه هو معرفة الأدلة؛ لأنه شيء ثابت سواء أوجد العارف به أم لا، ولو كان هو المعرفة بالأدلة لكان يلزم من فقدان العارف بأصول الفقه فقدان أصول الفقه، وليس كذلك⁽⁷⁾.

(1) كرون "أصول الفقه" لقباً على العلم الخاص فيه إشعار برفعة مسماه وسمو معناه؛ لأن بالفقه في الدين نظام المعاش ونجاة المعاد، انظر: التقرير والتحبير في شرح التحرير 30/1.

(2) البرهان 8/1.

(3) المستصفي 5/1.

(4) قواطع الأدلة 22/1.

(5) روضة الناظر 54/1.

(6) الإحكام 7/1.

(7) يُنظر: نهاية السؤل 10/1.

وطائفة عرفوه بـ (القواعد) كصدر الشريعة، والكمال بن الهمام، والشوكاني، والصنعاني. ومن عباراتهم:

- "العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى الفقه على وجه التحقيق" (1).
- "إدراك القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الفقه" (2).
- "إدراك القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية" (3).
- "العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استخراج الظن بالأحكام الشرعية، أو العلم بها" (4).

وقد أورد عليه ابن السبكي: أن تعريف الأصول بالقواعد إخراج للأدلة عن معنى الأصول؛ فمن القواعد النحوية وغيرها ما هو كذلك ولم تدخل في أصول الفقه، ومن ثم فالحد غير مانع وغير جامع أيضا؛ لأنه أخرج الأدلة عن الأصول جملة (5).

ومنهم طائفة أخرى عرفته بـ (الطرق)، كأبي الحسين البصري، والرازي، والبيضاوي، والزرکشي. ولهم عبارات، منها:

- "النظر في طرق الفقه على طريق الإجمال، وكيفية الاستدلال بها، وما يتبع كيفية الاستدلال بها" (6).
- "مجموع طرق الفقه على سبيل الإجمال، وكيفية الاستدلال بها، وكيفية حال المستدل بها" (7).
- "معرفة دلائل الفقه إجمالا، وكيفية الاستفادة منها، وحال المستفيد" (8).

(1) التوضيح 34/1.

(2) التحرير- مطبوع مع التقرير 26/1.

(3) إرشاد الفحول 18/1.

(4) إجابة السائل شرح بغية الأمل- للصنعاني ص 384.

(5) يُنظر: الإبهاج 26/1.

(6) المعتمد 5/1 و6 و8.

(7) يُنظر: المحصول 80/1، و البحر المحيط 39/1.

(8) منهاج الأصول ص 16، واختاره صفي الدين البغدادي في: قواعد الأصول ومعاهد الفصول ص

ويفهم منه: أن مدلول أصول الفقه هو معرفة العناصر الثلاثة الواردة فيه [أي: الدلائل الإجمالية، وكيفية الاستفادة، وحال المجتهد]، فاعتبر أصول الفقه العلم نفسه لا المعلوم (1).

والمراد بمعرفة الأدلة: أن يعرف أن الكتاب والسنة والإجماع والقياس أدلة يحتج بها، وأن الأمر للوجوب، وليس المراد حفظ الأدلة ولا غيره من المعاني، والتعبير بالأدلة مخرج لكثير من أصول الفقه، كالعمومات وأخبار الآحاد والقياس والاستصحاب وغير ذلك، فإن الأصوليين وإن سلموا العمل بها فليست عندهم أدلة للفقهاء بل أمارات له، فإن الدليل عندهم لا يطلق إلا على المقطوع به (2).

وأخرى جمعت بين (الأدلة والطرق)، كما عند أبي الخطاب الكلوثاني، قال رحمه الله: " أما معناه في العرف بين الفقهاء فهو: الأدلة والطرق ومراتبها وكيفية الاستدلال بها". (3).

والتحقيق .. أن الكل مصيب في ما أوصله إليه اجتهاده؛ فإن أصول الفقه (أدلة) للفقهاء إجمالية، كما أنها (طرق) موصلة إلى فهم الأدلة الإجمالية، وهذه الطرق ذات (قواعد) تبنى عليها قواعد أحكام الدين، فالكل إذا موصل للفقهاء. ومن وجهة ثانية: فإن (الأدلة) (طريق) لمعرفة الحقائق، و(الطريق) (دليل) على المسير، و(القواعد) أساس لابتداء جزئيات كثيرة بعدما أوصلتنا (الطرق إليها)، ودلتنا (الدلائل) عليها.

والتالفة: أن القائلين بأن الأصول: أدلة، وقواعد، وطرق، اصطلاحوا على ذلك، ولا مشاحة في الاصطلاح.

معالم الحضارة الفكرية في أصول الفقه

○ حاكمية أصول الفقه على العلوم الاجتماعية

○ الاستدلال

(1) يُنظر: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص 115.

(2) نهاية السؤل 9/1.

(3) التمهيد في أصول الفقه 6/1.

- اجتهاد العامي
- تدوين أصول الفقه ودوره في نبذ التفرق والدعوة إلى الاتفاق
- الاجتهاد في فهم النص التشريعي
- نشوء مدارس الفكر الأصولي
- توظيف أصول الفقه في معالجة القضايا
- النظر إلى المآلات
- التقصيد المصلي

المعلم الثاني

الحضارة الفكرية في أصول الفقه

مدخل في اتصال أصول الفقه بالفكر:

علتُ همّتي لدراسة هذا المعلم الحضاري الأصولي، لما وجدتُ أحد (الفلاسفة) المعاصرين⁽¹⁾ قد هالَهُ -وهالني- ادعاءُ فئة من علماء أوروبا أن الحضارة الإسلامية لم تكن سوى صورة مشوهة لحضارة اليونان، بل جسر عبرتُ عليه نحو أوروبا! الأمر الذي يقضي أن الحضارة الإسلامية ذيل لحضارة اليونان! فحث على دعوة أستاذه الشيخ/ مصطفى عبد الرازق رحمهما الله إلى الإفادة من أصول الفقه على نحو فلسفي، حتى لقد استطاع أن يوجّه تفكير عدد من الباحثين إلى دراسة الفكر الإسلامي في إطار منهج عالٍ رائده أصول الفقه؛ ذلك أنه يعد نموذج الفكر الإسلامي الأعلى -على حد تعبيره- والنموذج الوحيد المعبر عن روح الحضارة الإسلامية، وكيف لا وعماد وظيفته فهم نصوص الوحيين: الكتاب والسنة؟ فأحرى به أن يكون " اتجاه العقل العلمي الذي لا يكاد يعنى بالجزئيات والفروع... بل يعنى بضبط الاستدلالات التفصيلية بأصول تجمعها، وذلك هو النظر الفلسفي " ⁽²⁾.

(1) هو الدكتور/ علي سامي النشار - أستاذ الفيلسفة الإسلامية بكلية الآداب؛ في جامعة الإسكندرية. ينظر كتابه: نشأة الفكر الفلسفي في الإسلام، ص 7.

(2) تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية ص 230، ونشأة الفكر الفلسفي في الإسلام 47/1.

والقراءة المتأنية لصفحات الحقب الإنسانية، والحضارات المختلفة في الشرق والغرب، تبين أنها ازدهرت عندما تم تغيير الأنفس والآفاق، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يُغَيِّرُ مَا بِقَوْمٍ حَتَّىٰ يُغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ﴾، [الرعد: 12]، والسبيل لتغيير الأنفس مهمة تُلقَى على عاتق النخب الفكرية والثقافية؛ من أجل البحث عن الوجهة الصحيحة لمعالجة مشكلة التخلف العلمي والأدبي والحضاري، وأصول الفقه هو أبرز هذه العلوم، الذي أسهم في تشييد صرح الرؤية العلمية والحضارية للأمة الوسط؛ لما يقدمه من آليات وأدوات معرفية، ومنهجية الخطاب الشرعي وإدراك مقاصده ومراميه، والسعي إلى إيجاد أنجح القنوات والسبل لتنزيله على واقع الأفراد والجماعات والأمم.

لقد تضافر فقه الاستنباط بين أهل العلم الأوائل؛ فلم يكن علم استنباط الأحكام ومقايسة الأمور والاجتهاد في المسائل أمراً جديداً على الصحابة رضوان الله عليهم، والقرون الثلاثة الأولى، بل انطلق هذا المنظور عندهم من زمن النبوة، حيث أقر النبي صلى الله عليه وسلم معاذاً على اجتهاد رأيه فيما لم يجد فيه نصاً عن الله ورسوله حين قال: "أجتهد رأيي ولا آلو" (1) وكان إحقاق النظر بالنظر، ومقايسة الأمور بالتعليل في عرف القوم، أمراً يألّفونه في جميع النوازل دون استتكاف أو تعنيف (2).

(1) أخرجه الإمام أحمد في المسند 417/36- برقم 22101.

(2) تشهد لذلك حادثة بني قريظة حين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأصحابه يوم الأحزاب: «لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة» فأدركهم وقت العصر في الطريق، فقال بعضهم: لا نصلي حتى نأتيها، وقال آخرون: بل نصلي، ولم يرد منا ذلك، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فلم يعنف واحدة من الطائفتين.

فالطائفة الأولى تمسكت بالنص فلم يصل في الطريق، امتثالاً لأمر النبي صلى الله عليه وسلم، والطائفة الأخرى اجتهدت رأيها وتخوفت فوات الصلاة فصلت في الطريق في وقتها ثم أدركت النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعنف أحداً منهما للاجتهاد المسوغ. ولعل الطائفة الثانية أصوب من التمسك بالظاهر. قال ابن القيم: "كل من الفريقين ماجور بقصده إلا أن من صلى حاز الفضيلتين امتثال الأمر في الإسراع وامتثال الأمر في المحافظة على الوقت ولا سيما ما في هذه الصلاة بعينها من الحث على المحافظة عليها وأن من فاتته حبط عمله وإنما لم يعنف الذين أخروها لقيام عزمهم في التمسك بظاهر الأمر ولأنهم اجتهدوا فأخروا لامثالهم الأمر لكنهم لم يصلوا إلى أن يكون اجتهدهم أصوب من اجتهاد الطائفة الأخرى". يُنظر: زاد المعاد 120/3، وفتح الباري لابن حجر 410/7.

وقد عرض ابن القيم -رحمه الله- نماذج من اجتهاد هؤلاء الصحابة فقال: "قد كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يجتهدون في النوازل، ويقيسون بعض الأحكام على بعض، ويعتبرون النظير بنظيره"⁽¹⁾.

وقال المزني -رحمه الله-: "الفقهاء من عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا وهم جراً، استعملوا المقاييس في الفقه في جميع الأحكام في أمر دينهم، وأجمعوا بأن نظير الحق حق، ونظير الباطل باطل؛ فلا يجوز لأحد إنكار القياس؛ لأنه التشبيه بالأمور. والتمثيل عليها"⁽²⁾.

لقد كان أصول الفقه بالنسبة للمسلمين قانون التشريع وفلسفته يحرر عقولهم من الجمود، ويعززها على التفكير والاجتهاد، يقول إمام الحرمين الجويني: "نحن نعلم قطعاً أن الوقائع التي جرت فيها فتاوى علماء الصحابة وأقضيتهم، تزيد على المنصوصات زيادة لا يحصرها عد ولا يحويها حد؛ فإنهم كانوا قايسين في قريب من مئة سنة، والوقائع تترى، والنفوس إلى البحث متطلعة، وما سكتوا عن واقعة صائرين إلى أنه لا نص فيها، والآيات والأخبار المشتملة على الأحكام نصاً وظاهراً، بالإضافة إلى الأفضية والفتاوى كغرفة من بحر لا ينزف، وعلى قطع نعلم أنهم ما كانوا يحكمون بكل ما يعن لهم من غير ضبط وربط، وملاحظة قواعد متبعة عندهم، وقد تواتر من شيمهم أنهم كانوا يطلبون حكم الواقعة من كتاب الله تعالى، فإن لم يصادفوه فتشوا في سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن لم يجدوها اشتوروا ورجعوا إلى الرأي"⁽³⁾.

يتضح من هذا: أن فقه الاجتهاد أو الاستنباط القائم على الفكر، كان يتوفر من الزمن المبكر في عصر النبوة والخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم، وهو الذي يشكل أسس الفكر الأصولي العلمية والمنهجية.

(1) اعلام الموقعين عن رب العالمين 1/ 155.

(2) جامع بيان العلم وفضله 2/ 872- فقرة رقم 1648.

(3) البرهان في أصول الفقه- 13/2. وينظر: الفكر الأصولي، دراسة تحليلية نقدية- عبد الوهاب إبراهيم، ص 28.

إذا تحقق ذلك؛ فإن حضارة أمرٍ ما تعني: الوصول إلى قمة النجاح فيه، والإتيان به على نحو فريد لم يسبق أحد إليه، وإن من الحضارة الفكرية في أصول الفقه: التوصل إلى الحكم الشرعي الذي إذا حصله المكلف اتصل بربه مصدر التحضر، وإنتاج الحكم الشرعي من مهمة أصول الفقه. يقول الإمام الغزالي: "اعلم أنك إذا فهمت أن نظر الأصولي في وجوه دلالة الأدلة السمعية على الأحكام الشرعية، لم يخف عليك أن المقصود معرفة كيفية اقتباس الأحكام من الأدلة" (1).

وقد صرح الصفي الهندي أن مهمة أصول الفقه: "معرفة الأحكام الشرعية التي بها انتظام المصالح الدينية والدنيوية" (2) وهل الحضارة تعدو ذلك؟ إن أخطر آفة تصيب العقل الناظر في نصوص الشريعة هي الغلو في الإفراط؛ كالأخذ بالعزائم في مواضع الرخص، أو التفريط كالتحلل من الدين بالكلية، وماء نماء هذه الآفة هو الجهل بمناهج الفهم والتفكير، ولقد كادت الأمة الإسلامية أن تُبتلى بها؛ إذ دخل في الإسلام أمم كانت لهم ديانات أخرى، فبدأت طائفة منهم تنظر في النصوص دون منهج مدون أو فكر مستقيم، وما لبثوا حتى تظن الإمام الشافعي رضي الله عنه، وقد عاش عمرًا من حياته العلمية في العراق، وما استتبعه ذلك العيش من وجود طوائف عديدة تمكنت من إذاعة مذهبها غير المعتمد على الكتاب والسنة (3)، فاضطر -رحمه الله- إلى أن يؤلف في أصول الفقه، جامعًا قواعد الفهم ومنهج التفكير (4).

(1) المستصفي- ص 7.

(2) نهاية الوصول 27/1.

(3) يُنظر: جماع العلم- ص 4، وفيه رد الإمام الشافعي على طائفتين، إحداهما: ترى الاستغناء بالقرآن عن السنة، والأخرى: اكتفت بحجية السنة المتواترة دون ما عداها.

(4) يُنظر: إسهام علم أصول الفقه في تعزيز قيم الوسطية- ص 1.

من معالم الحضارة الفكرية في أصول الفقه حاکمية أصول الفقه على العلوم الاجتماعية

يعدُّ أصول الفقه المنهج الأساس للعلوم الإسلامية؛ ذلك أنه بواسطته تُضبط التكاليف الشرعية، وينظم الاستمداد من الوحي، ولما كانت العلوم الإسلامية قاطبة أخذة في الإفادة من نصوص الوحيين؛ بغية الهدى إلى الرشاد، فإن جميعها آيلة إلى منهج فكري مستقيم رائده أصول الفقه، هذه دعوى أقيم الدلائل عليها بما يلي:-

أصول الفقه والمنهج الفكري (1):

منهج البحث الذي سلكه الصحابة والسلف من بعدهم لفهم كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، هو ما يسمى: أصول الفقه ومناهج الاستنباط، وما القواعد الأصولية التي دونها الأصوليون إلا استقراءً لسلوك الصحابة والتابعين لنفس المنهج، يقول إمام الحرمين رحمه الله: "أما الفن المترجم بأصول الفقه، فحاصله: نظم ما وجدنا من سيرهم، وضم ما بلغنا من خبرهم، وجمع ما انتهى إلينا من نظرهم، وتتبع ما سمعنا من عبرهم، ولو كانوا عكسوا الترتيب لاتبعناهم" (2) رضي الله عنهم.

ولقد أنكر مؤرخو المنطق وعلم مناهج البحث أن يكون للمسلمين سبق في المنهج العلمي، فما هم إلا تابعو المنهج القياسي اليوناني، أو بمعنى أدق: اتخذوا المنطق الأرسطاليسي منهجا لأبحاثهم، فهو آلة الفكر، وعاصم الذهن من الزلل!!

(1) المنهج في اللسان العربي يعني: الطريق الواضح، كما في قولنا: نهج الأمر، أي: أوضحه، ويعني أيضاً: الانقطاع، يقال: أتانا فلان ينهج، أي: منقطع النفس. معجم مقاييس اللغة 761/5.
وعرفه العلماء المعاصرون بأنه: التنظيم الصحيح لأفكار عدة؛ بغية كشف الحقيقة أو البرهنة عليها. أزمة البحث العلمي- د. عبد الفتاح خضر، ص 12.
(2) غياث الأمم ص 406.

وثم تساؤلٌ يثار: ما حظ الفكر الإسلامي من مناهج البحث العلمي؟ أو: ما منهج الحضارة الإسلامية الذي سار عليه علماءها ومفكروها؟ وتلزم الإجابة عنه في السطور الآتية:-

إن من أهم خصائص المنهج العلمي للمسلمين أنه يعتمد على الإدراك والتأمل، ولا يقدر في هذا استخدامهم القياس في منهج العلم؛ ذلك أن القياس الأصولي يختلف عن قياس أرسطو، فما هو إلا: حركة فكرية تنقل العقل من حكم كلي إلى أحكام جزئية، أو من حكم عام إلى آخر خاص، أما القياس الأصولي: فينقل العقل من حالة جزئية إلى أخرى جزئية؛ لوجود جامع بينهما، بواسطة تحقيق علمي دقيق.

بل إن علماء الإسلام اعتبروا القياس موصلًا إلى اليقين إذا كان مصدرُ أصله الكتاب⁽¹⁾، بينما (التمثيل) الأرسططاليسي يوصل إلى الظن فحسب، فضلًا عن أن قياسهم راجع إلى نوع من الاستقرار العلمي الدقيق القائم على قانونين: (العِلِّيَّة)؛ أي: إن لكل معلول علة، و(الاطراد)؛ أي: وقوع الحوادث، فتمت إذاً نظام في الأشياء واطراد في وقوع الحوادث، وهو ما يخالف تمامًا القياس الأرسططاليسي.

بل إن قياس الأصول حتى يتحقق لابد له من أركان أربعة: أصل، وفرع، وعلة مشتركة، وحكم، وهو ما يجعل القياس عملية دقيقة، ويزيد في المنهجية العلمية، على خلاف الحال التي عليها قياس أرسطو؛ حال تعاقب حادثتين إحداها بعد الأخرى⁽²⁾.

ومعلوم قطعًا أن للإمام الشافعي رضي الله عنه في وضع المنهج الحضاري الأصولي فضلًا لا ينكر؛ يقول الرازي -رحمه الله- مُخبرًا: "الناس كانوا قبل

(1) قال أبو بكر الجصاص رحمه الله: "القياس مما قد دل عليه الكتاب، وهو غير خارج عنه؛ لأنه معلوم أنه -قلت: يعني الله تعالى- لم يرد الإخبار عن حكم كل حادثة نصًا في الكتاب، وإنما المراد نصًا ودليلاً، فلم يكن القول بالقياس خارجًا عن حكم الكتاب، وكذلك قوله تعالى: {اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم} [الأعراف: 3]؛ لأن القياس من موجب ما أنزل إلينا" اهـ من أصول الجصاص 83/4.

(2) يُنظر: مناهج البحث ص 86، ونشأة الفكر الفلسفي 41/1.

الإمام الشافعي يتكلمون في مسائل أصول الفقه، ويستدلون ويعترضون، ولكن ما كان لهم قانون كلي مرجوع إليه في معرفة دلائل الشريعة، وفي كيفية معروضاتها وترجيحاتها، فاستنبط الشافعي علم أصول الفقه، ووضع للخلق قانوناً كلياً يرجع إليه في معرفة مراتب أدلة الشرع، فثبت أن نسبة الشافعي إلى علم الشرع كنسبة أرسطاطاليس إلى علم العقل⁽¹⁾.

من ثم لا نجد غرابةً حين نجد الإمام الشافعي يضع ضوابط التفكير العلمي؛ ويتحدث عن شرط العلم بكتاب الله تعالى، قائلاً: "قالواجب على العالمين أن لا يقولوا إلا من حيث علموا، وقد تكلم في العلم من لو أمسك عن بعض ما تكلم فيه منه لكان الإمساك أولى به، وأقرب من السلامة له إن شاء الله"⁽²⁾، أو حين نراه يوجب على العالم ألا يقول إلا من جهة العلم؛ ذلك أن الوصول إلى المعرفة والنتائج المتوخاة من غير مقدمات استدلالية، يعد خطأ معرفياً، قال رضي الله عنه: "من تكلف ما جهل، وما لم تثبته معرفته، كانت موافقته للصواب - إن وافقه من حيث لا يعرفه - غير محمودة، والله أعلم؛ وكان بخطئه غير معذور"⁽³⁾.

وقد ذكر الدكتور/ النشار -رحمه الله- أن العقل الإنساني لا يستطيع أن يفكر أو يستدل، من غير أن يكون له منهج فكري أو استدلالى؛ فالمنهج هو طريق البحث عن الحقيقة في أي علم من العلوم، أو أي نطاق معرفي، ومن ثم فمنهج البحث هو المعبر عن روح الحضارة لأمة من الأمم، فحيث توجد حضارة يوجد منهج، وما يميز حضارة عن أخرى هي مناهجها، وأن منهج البحث الإسلامي موجود لدى علماء أصول الفقه، بل إن أصول الفقه [نموذج الفكر الإسلامي الأعلى] المعبر عن روح الحضارة الإسلامية؛ وذلك لدورانه حول نصوص القرآن والسنة.

(1) مناقب الشافعي ص 157.

(2) الرسالة ص 34.

(3) الرسالة ص 50.

وكان أستاذه الشيخ/ مصطفى عبد الرزاق -رحمه الله، وهو فيلسوف مسلم- يرى أن المنهج الإسلامي الحق ينبغي تلمسه في علمين أصليين، هما علم أصول الفقه وعلم الكلام، وجاء تلميذه الدكتور/ النشار- ليكشف عن منهجية أصول الفقه، وأنه منهج الفقيه ومنطقه، بل يعد مقابلاً لمنهج الفيلسوف ومنطقه؛ فلقد كان علماً معتنى به منذ أن وضع بعض الصحابة قواعده، وليقرر أن المسلمين أنتجوا تفكيراً منطقياً جديداً، أظهروا به المنهج التجريبي الذي عرفته أوروبا بعد ذلك، وسارت في ضوئه إلى حضارتها الحديثة⁽¹⁾.

ويأتي الدكتور/ علي جمعة، ليبرهن على منهجية أصول الفقه، فيصرح أنه منهج التعامل مع النص الشرعي؛ ففي تعريفه عند البيضاوي مثلاً: معرفة دلائل الفقه إجمالاً، وكيفية الاستفادة منها، وحال المستفيد⁽²⁾، ويمكن استخلاص أركان ذلك المنهج، من حيث إنه يحرص على معرفة: (مصادر البحث- طرق البحث - شروط الباحث)، وهي الأركان المنطقية لأي منهج في البحث العلمي، البعيد عن الخرافة والذاتية، فمنهج البحث هو الباعث على التفكير المنطقي لمريد الوصول إلى الحق، وأصول الفقه سبيل لذلك؛ حيث إنه يقوم على فهم ما تقوم به الحجج الشرعية من القرآن والسنة، ويشتمل على الإجراءات اللازمة للتعامل مع نصوصهما⁽³⁾.

يمتاز منهج أصول الفقه الفكري بطابع الإلزام؛ يدل لذلك: حديث جابر وابن عباس رضي الله عنهما، في الرجل الذي أفتاه أصحابه بوجوب الغسل بدل التيمم، وكان قد أصابته شجة برأسه ونام فاحتلم، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: "قتلوه! قتلهم الله، ألا سألوا إذا لم يعلموا، وإنما شفاء العي السؤال"⁽⁴⁾،

(1) يُنظر: نشأة الفكر الفلسفي في الإسلام، 36/1 و35 و54، ومناهج البحث عند مفكري الإسلام ص 79.

(2) منهاج الوصول ص 18.

(3) يُنظر: أصول الفقه وعلاقته بالفلسفة الإسلامية ص 7.

(4) أخرجه غير واحد من المحدثين، منهم: الدارقطني 349/1- برقم 729.

وإلزام المنهج الأصولي هنا: في إنكار رسول الله عليه الصلاة والسلام على هؤلاء الصحابة الذين أفتوا عن جهل، فكان خروجاً منهم عن منهج الاجتهاد. يقول ابن تيمية رحمه الله: "إن هؤلاء أخطأوا بغير اجتهاد؛ إذ لم يكونوا من أهل العلم"⁽¹⁾، ومن هنا يتبين معلم الإلزام في المنهج الفكري الأصولي. وما ابتعدت شقة الخلاف بين الناس إلا من الغفلة عن قواعد المنهج الأصولي الفكري، الضابط للرأي والنظر، ولو حكمنا المنهج ما كان خلافاً إلا نافعاً، وما تفرقنا التفرق المذموم الذي يضرب بنسب إلى التعصب والميل إلى هوى النفس⁽²⁾.

أصول الفقه والفلسفة:

لم يخلُ علم الأصول من أثر الفلسفة، وقد أشار إلى ذلك ابن خلدون -رحمه الله- وجعل علم الخلافات والجدل فرعين لعلم الأصول⁽³⁾، وهما علمان لا ينكر صلتها بالمنطق منكر، بل جعل طاش كبرى زاده فروع أصول الفقه أربعة: علم النظر، أي: المنطق، وعلم المناظرة، وعلم الجدل، وعلم الخلاف⁽⁴⁾، وكل هذه العلوم عقلية فلسفية، وكونها فروعاً لأصول الفقه دليل على مبلغ اصطباغ أصول الفقه بالصبغة الفلسفية⁽⁵⁾.

ويشتمل أصول الفقه -فلسفياً- على بيان الإجراءات اللازمة لفهم النص الشرعي وتنزيله على الواقع البشري؛ فالحكم الشرعي -مثلاً- هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالافتضاء، أو التخيير، أو الوضع⁽⁶⁾، وله أقسام تشمل الواقع البشري، فمنه: واجب، ومندوب، ومباح، ومكروه، وحرام. ومصدر

(1) رفع الملام عن الأئمة الأعلام- ص 41.

(2) يُنظر: منهج البحث في العلوم الإسلامية- د. الزوادي قوميدي، ص 279.

(3) يُنظر: المقدمة 199/2 .

(4) يُنظر: مفتاح السعادة/555.

(5) يُنظر: تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية ص 75-76.

(6) المحصول للرازي 89/1.

الحكم الشرعي هو الأدلة الإجمالية، فهذه إجراءات تمثل أصول الفلسفة الإسلامية⁽¹⁾.

أصول الفقه واللغة:

بدأ الإمام الشافعي رضي الله عنه - رسالته ب : كيف البيان؟ وهو سؤال لغوي محض، يدل على تأثر أصول الفقه باللغة، وضرورة حصول الاتحاد بينهما، وتحدث رضي الله عنه عن أمية الشريعة في كثير من أساليب القرآن الكريم، والتي منها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلَهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: 196]، وبين أن أصول الفقه عن الله ورسوله يقتضي أن يكون بلغة خطاب مفهومة؛ وهذا ما أفادته هذه الآية؛ إذ اقتضت أن صوم الثلاثة في الحج والسبع في المرجع عشرة أيام كاملة؛ فقوله تعالى: ﴿تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ﴾ احتمل أن يكون زيادة في التبيين، واحتمل أن يكون أعلمهم أن (ثلاثة) إذا جمعت إلى (سبع) كانت (عشرة كاملة).

ومنها قوله تعالى: ﴿وَوَاعَدْنَا مُوسَى ثَلَاثِينَ لَيْلَةً وَأَتَمَمْنَاهَا بِعَشْرِ فَنَمَّ مِيقَاتُ رَبِّهِ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً﴾ [الأعراف: 142]، الذي أفاد أن (ثلاثين) و(عشرا) أربعون؛ إذ إن قوله: (أربعين ليلة) يحتمل أن تكون إذا جمعت (ثلاثون) إلى (عشر) كانت (أربعين)، وأن تكون زيادة في التبيين.

ومنها قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ أَيَّامًا مَعْدُودَاتٍ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: 183 - 184]، مع قوله: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِنَ الْهُدَى وَالْفُرْقَانِ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: 185]، يفيدان افتراض الصوم عليهم، ثم

(1) يُنظر: علم أصول الفقه وعلاقته بالفلسفة الإسلامية- د. علي جمعة، ص 11.

بينت الآية الثانية أن رمضان شهر، والشهر عندهم ما بين الهالين، وهو قد يكون ثلاثين، وتسعا وعشرين، فدلّت الآيتان على تبين جماع العدد⁽¹⁾.

إن لغة الخطاب الأصولي تعالج مشكلة الفهم عن الله ورسوله صلى الله عليه وسلم، ولذا أكد الشافعي -رحمه الله- ضرورة أن تتحمل لغة الخطاب معاني البيئة المخاطبة، وسياقاتها الاجتماعية، وخصوصياتها النفسية، قال رحمه الله: " فإنما خاطب الله بكتابه العرب بلسانها، على ما تعرف من معانيها، وكان مما تعرف من معانيها: اتساع لسانها"⁽²⁾، فالارتباط الوثيق بين القصد الإفهامي والقصد التكليفي من ضرورات لغة الخطاب الأصولي.

والبحث اللغوي يمثل أهم أعمدة بناء أصول الفقه، والتوسع في معرفة اللسان هو أحد الركائز الرئيسة لفهم إجماليات الدلائل واستنباط أحكامها، وتوضح العلاقة بين الأصول واللغة، إذا علمنا أن موضوع أصول الفقه هو الأدلة الشرعية الكلية من حيث ما يثبت بها من الأحكام الكلية، والأحكام الشرعية من حيث ثبوتها بالأدلة، وهذه الأدلة والأحكام مدارها على أصليين أساسيين هما: القرآن الكريم وأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم، والقرآن الكريم أنزله الله سبحانه وتعالى بلسان عربي مبين، وبهذا اللسان نطق الرسول مشرعا عن طريق السنة، وبدون معرفة اللغة العربية والإلمام بقواعدها والإحاطة بأساليب العرب في كلامها، لا يمكن التوصل إلى معرفة معاني القرآن الكريم والسنة النبوية معرفة كاملة، فضلا عن الوقوف على دلالات الألفاظ ومقاصدها واستنباط الأحكام منها.

ولقد أكد هذه الحقيقة الامام تاج الدين السبكي -رحمه الله- وهو يتحدث عن شروط المجتهد حيث قال: "واعلم أن كمال رتبة الاجتهاد يتوقف على ثلاثة أشياء، أحدها: التأليف في العلوم التي يتهدب بها الذهن؛ كالعربية وأصول الفقه،

(1) الرسالة ص 26.

(2) الرسالة ص 50.

وما يحتاج إليه من العلوم العقلية في صيانة الذهن عن الخطأ، بحيث تصير هذه العلوم ملكة الشخص، فإذا ذاك يثق بفهمه لدلالات الألفاظ من حيث هي، وتحريره: تصحيح الأدلة من فاسدها، والذي نشير إليه من العربية وأصول الفقه كانت الصحابة أعلم به منا من غير تعلم، وغاية المتعلم أن يصل إلى بعض فهمهم، وقد يخطئ أو يصيب"⁽¹⁾.

كما قرر اللغويون أن سبب الخطأ في الشريعة وعدم إدراك معاني الوحي، إنما يرجع إلى ضعف الاهتمام باللغة العربية، والقصور عن امتلاك ناصيتها، يقول ابن جني رحمه الله: "إن أكثر من ضل من أهل الشريعة عن القصد فيها، وحاد عن الطريقة المثلى إليها، فإن ما استهواه واستخلف حلمه: ضعفه في هذه اللغة الكريمة الشريفة"⁽²⁾، فالذي لا يعرف اللغة لا يستطيع استخراج الأحكام واستنباطها من القرآن الكريم والسنة النبوية.

من ثم فإن الأصوليين فاقوا النحاة واللغويين في استنباطهم المعاني الدقيقة التي تحتلها الألفاظ، والتي لا يستطيع أن يدركها إلا الأصولي، يقول الإمام السبكي رحمه الله: "إن الأصوليين يتعرضون لأشياء لم يتعرض لها أهل اللغة"⁽³⁾.

وقال: "فإن قلت: قد عظمت أصول الفقه، وهل هو إلا نبذ جمعت من علوم متفرقة؛ نبذة من النحو، وهي الكلام في معاني الحروف التي يحتاج إليها الفقيه؟ قلت: ليس كذلك؛ فإن الأصوليين دققوا في فهم أشياء من كلام العرب لم يصل إليها النحاة ولا اللغويون؛ فإن كلام العرب متسع جداً، والنظر فيه متشعب، فكتب اللغة تضبط الألفاظ ومعانيها الظاهرة، دون المعاني الدقيقة التي تحتاج إلى نظر الأصولي، واستقراء زائد على استقراء اللغوي، مثاله: دلالة صيغة "افعل" على

(1) يُنظر: الإبهاج في شرح المنهاج 8/1.

(2) الخصائص - 248/3.

(3) الإبهاج 21/1.

الوجوب، و"لا تفعل" على التحريم، وكون "كل وأخواتها للعموم"، فلو فتشت كتب اللغة لم تجد فيها شيئاً من ذلك غالباً" (1).

أصول الفقه والتفسير:

أشار ابن جزى الغرناطي -رحمه الله- في تفسيره إلى أن الكلام على القرآن يستدعي الكلام في أصول الفقه، وأن المفسرين قد أغفلوا أصول الفقه في قواعد التفسير، قال رحمه الله: "أما أصول الفقه فإنها من أدوات تفسير القرآن، على أن كثيراً من المفسرين لم يشتغلوا بها، وإنما لنعم العون على فهم المعاني وترجيح الأقوال، وما أحوج المفسر إلى معرفة النص، والظاهر، والمجمل، والمبين، والعام، والخاص، والمطلق، والمقيد، وفحوى الخطاب، ولحن الخطاب، ودليل الخطاب، وشروط النسخ، ووجوه التعارض، وأسباب الخلاف، وغير ذلك من علم الأصول" (2).

ومن هذه الوجهة بسط ابن عاشور -رحمه الله- القول في أهمية علم الأصول في التفسير، وذلك من جهتين، الأولى: أنه علمٌ قد أودعت فيه مسائل كثيرة هي من طرق استعمال العرب وفهم موارد اللغة، وقد أهملها اللغويون أنفسهم، كمسائل الفحوى، والمفاهيم. والثانية: أنه علم يضبط قواعد الاستنباط، وهي للمفسر أكثر احتياجاً.

وبهاتين الجهتين يمتد أصول الفقه كأداة معينة على تفسير كتاب الله، بل يمتد لتفسير أغلب النصوص على الإطلاق (3).

ولنضرب مثلاً للوظيفة التفسيرية لعلم الأصول بقاعدة: "حمل المطلق على المقيد"؛ فمن المطلق: خبر أبي هريرة رضي الله عنه: «مَا أَسْأَلُ مِنَ الْكَعْبَيْنِ مِنَ الْإِزَارِ فِي النَّارِ» (4)، ومن المقيد: خبر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، قال:

(1) الإبهاج 7/1.

(2) التسهيل لعلوم التنزيل 15/1 و18.

(3) يُنظر: التحرير والتنوير 26/1.

(4) أخرجه الإمام البخاري 141/74 - برقم 5787.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ جَرَّ ثَوْبَهُ خِيَلَاءَ، لَمْ يَنْظُرِ اللَّهُ إِلَيْهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»⁽¹⁾، فثبت بأصول الفقه أن مناط التحريم هو البطر والخيلاء، فلو اتخذت هذه القاعدة من قواعد علم الأصول منهجاً في تفسير الأخبار والترجيح بينها، لما وقع تعارضُ البتة.

أصول الفقه والطب:

تفاعل الأطباء مع قول الله تعالى: ﴿فِيهِ شِفَاءٌ لِلنَّاسِ﴾ [النحل: 69]، وأدركوا أن العسل ليس شفاءً من كل الداءات، وهو ما قرره الأصوليون قبل؛ حيث أفادوا أن كلمة ﴿شِفَاءٌ﴾ أتت منكراً، لكنهم اتفقوا في سياق النفي أو النهي حتى تفيد عموماً، على هذا اتفاق أرباب المذاهب الأربعة⁽²⁾، وهو منسوب إلى عامة أهل العلم.

كما تفاعلوا مع قوله سبحانه: ﴿رَبِّسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَدْنَىٰ فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: 222]، وقرروا أن نهى القرآن الكريم عن إتيان النساء وهن حيض أمر معجز؛ من حيث ما أثبتته البحث الطبي والدراسات المعنية أن الدم الذي تفرزه المرأة في الحيض فاسد وملوث (بالميكروبات)، فإذا ما حدثت مباشرة أدت إلى احتباس هذا الدم الملوث وعدم نزوله، وهو ما يضر المرأة والرجل على السواء، فضلاً عن أن مقاومة (المهبل) لغزو (البكتيريا) تكون في أدنى مستواها أثناء الحيض؛ إذ يقل إفراز (المهبل) (الحامض) الذي يقتل (الميكروبات)، ولو سلم الرجل من هذا الأذى لا تكاد تسلم منه المرأة؛ لأن إتيانها يزعج النسل فيها إلى ما ليست مستعدة له ولا قادرة عليه، لاشتغالها بوظيفة طبيعية أخرى، وهي إفراز الدم المعروف⁽³⁾.

(1) أخرجه الإمام البخاري 6/5- برقم 3665.

(2) قال ابن أمير الحاج: "أطبق أنمة الأصول والفقه عليه" التقرير والتحرير 187/1. ينظر للحنفية: أصول السرخسي 160/1، والتوضيح على التنقيح (مع التلويح) 101/1. وللمالكية: شرح تنقيح النصول ص 179، والفروق 191/1. وللشافعية: التقريب والإرشاد 143/1، والإحكام 205/2، والتمهيد للإسنوي ص 318. وللحنابلة: روضة الناظر 13/2، والمسودة ص 103، وبدائع الفوائد 2/4. (3) يُنظر: خلق الإنسان بين الطب والقرآن، د. محمد البار ص 101، والإعجاز القرآني في أحكام الحيض والاستحاضة، د. محمد عبد اللطيف سعد، ص 60، والمحيض بين الدين والطب، د. سهير

وقد كان للأصوليين قصب السبق في تعيين علة النهي عن إتيان الحائض، فأفادوا أن حظر وطء الحائض للأذى الموجود في الحيض وهو القذر والنجاسة⁽¹⁾، وأن الآية دليل على تحريم إتيان المرأة في فرجها حال الحيض، وقد حكى الاتفاق على ذلك غير واحد⁽²⁾.

حتى لقد قدمت العلة على الحكم ورتب عليها؛ لطفاً منه سبحانه ليؤخذ بالقبول من المتساهلين الذين يرون الحجر عليهم في أمور غرائزهم وشهواتهم تحكماً، ويعلم أنه حكم للمصلحة لا للتعبد كما عليه اليهود⁽³⁾.

من معالم الحضارة الفكرية في أصول الفقه

الاستدلال

البحث في قضية الدليل بحث في روح التفكير العلمي؛ إذ العلوم كافة تستند إلى الدليل وتخضع له، وإلا صارت ضرباً من التفكير الخرافي⁽⁴⁾، لذلك قال التفتازاني رحمه الله: "الدليل مقدم بالذات، والبحث عنه أهم في فن الأصول"⁽⁵⁾، وهو استجابة لطلب واضع "الرسالة" من قبل، حين قال: "على أهل العلم طلب الدلالة"⁽⁶⁾، وهو نفس المنهج الذي ارتضاه الظاهرية أنفسهم فيمن يثبت حكماً بلا برهان أنه "حرام بنص القرآن وإجماع الأمة"⁽⁷⁾.

مختار، ص 48-50، وأحكام مباشرة النساء في أثناء فترة الدماء، د. عبد الله بن عبد المحسن الطريقي، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود، العدد الرابع، رجب 1411هـ، ص 86.

(1) يُنظر: أصول الشاشي، ص 169، والفقيه والمتفقه 102/2، وروضة الناظر 197/2، وكشف الأسرار 257/1.

(2) يُنظر: مراتب الإجماع ص 23، ومجموع الفتاوى 624/21، والمغني لابن قدامة 223/1، وفتح الباري لابن رجب 30/2.

(3) يُنظر: إعلام الموقعين 124/4، وتفسير المنار 285/2.

(4) يُنظر: الفكر المنهجي العلمي ص 22.

(5) التلويح 39/1.

(6) الرسالة ص 138.

(7) الأحكام 51/5.

بل نجد الأصوليين معنيين بترتيب الأدلة والترجيح بينها؛ فقد عقد القاضي الباقلاني باباً أسماه: [القول في حصر أصول الفقه وترتيبها وتقديم الأول فالأول منها]، بين فيه مراتب الأدلة، وما ينبغي منها تقديمه والتأخير⁽¹⁾.

فالأدلة ذاتها ليست على وزان واحد، وبناءً على تمييزها وترتيبها يأتي الاستدلال صحيحاً، وقل من هذا دأبه، قال ابن تيمية رحمه الله: "إن التمييز بين جنس المعروف وجنس المنكر، أو جنس الدليل وغير الدليل، يتيسر كثيراً، فأما مراتب المعروف والمنكر ومراتب الدليل، بحيث يقدم عند التزاحم أعرف المعروفين، وينكر أنكر المنكرين، ويرجح أقوى الدليلين، فإنه هو خاصة العلماء بهذا الدين"⁽²⁾.

وقال الزركشي رحمه الله - وهو بحث المجتهد على الأخذ بأقوى الأدلة: "اعلم أنه حق على المجتهد أن يطلب لنفسه أقوى الحجج عند الله ما وجد إلى ذلك سبيلاً؛ لأن الحجة كلما قويت أمن على نفسه من الزلل"⁽³⁾.

ونجدهم أيضاً معنيين بالتفريق بين القطعي والظني من الأدلة، فتثبت بالأولى أصول الدين، وبالأخرى أصول الفقه، يقول ابن عقيل رحمه الله: "لا تطلب لأصول الفقه الأدلة القطعية؛ إذ ليست كأصول الديانات، بدليل أنه لا يفسق المخالف فيها ولا يكفر، ومبناها على لغات العرب المنقولة، والاستدلالات الإقناعية دون الدلائل القطعية"⁽⁴⁾.

وقد نبه الزركشي على أمر ذي بال في شأن وجود الأدلة الظنية في الشريعة، واعتباره بقصد التخفيف والتوسعة على العباد، قائلاً: "اعلم أن الله تعالى لم ينصب على جميع الأحكام الشرعية أدلة قاطعة، بل جعلها ظنية قصداً للتوسيع على المكلفين؛ لئلا ينحصروا في مذهب واحد لقيام الدليل عليه"⁽⁵⁾.

(1) التقريب والإرشاد 310/1.

(2) اقتضاء الصراط المستقيم- 127/2.

(3) البحر المحيط 267/8.

(4) الواضح في أصول الفقه 132/4.

(5) البحر المحيط 119/8.

وبهذا امتازت الأصول من الفروع؛ إذ كانت الفروع مستندة إلى آحاد الأدلة وإلى مأخذ معينة، فبقيت على أصلها من الاستناد إلى الظن، بخلاف الأصول؛ فإنها مأخوذة من استقراء مقتضيات الأدلة بإطلاق، لا من آحادها على الخصوص.

قال في الموافقات⁽¹⁾: "اتفقت الأمة -بل سائر الملل- على أن الشريعة وضعت للمحافظة على الضروريات الخمس -وهي: الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل- وعلمها عند الأمة كالضروري، ولم يثبت لنا ذلك بدليل معين، ولا شهد لنا أصل معين يمتاز برجوعها إليه، بل علمت ملاءمتها للشريعة بمجموع أدلة لا تنحصر في باب واحد، ولو استندت إلى شيء معين لوجب عادة تعيينه، وأن يرجع أهل الإجماع إليه، وليس كذلك؛ لأن كل واحد منها بانفراده ظني، ولأنه كما لا يتعين في التواتر المعنوي أو غيره أن يكون المفيد للعلم خبر واحد دون سائر الأخبار، كذلك لا يتعين هنا؛ لاستواء جميع الأدلة في إفادة الظن على فرض الانفراد، وإن كان الظن يختلف باختلاف أحوال الناقلين، وأحوال دلالات المنقولات، وأحوال الناظرين في قوة الإدراك وضعفه، وكثرة البحث وقلته، إلى غير ذلك.

فنحن إذا نظرنا في الصلاة، فجاء فيها قوله تعالى: ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ [البقرة: 43]، وجاء مدح المتصفيين بإقامتها، وذم التاركين لها، والنفس: نُهي عن قتلها، وجعل قتلها موجبا للقصاص متوعدا عليه، ومن كبائر الذنوب المقرونة بالشرك كما كانت الصلاة مقرونة بالإيمان، ووجب سد رمق المضطر، ووجبت الزكاة والمواساة والقيام على من لا يقدر على إصلاح نفسه، وأقيمت الحكام والقضاة والملوك لذلك، ورتبت الأجناد لقتال من رام قتل النفس، ووجب على الخائف من الموت سد رمقه بكل حلال وحرام من الميتة والدم ولحم الخنزير، إلى سائر ما ينضاف لهذا المعنى، علمنا يقينا وجوب الصلاة وتحريم القتل، وهكذا سائر الأدلة في قواعد الشريعة".

(1) 31/1 .

من هنا تظهر أهمية الدليل في حياة الأمة، من حيث كونها ملزمة بالقول بالدليل واتباعه، والمصير إليه في إجماعها وسائر قضاياها، وهو ما يدل على انتفاء العبث في أعمالها وتصرفاتها، وتظهر ريادة أصول الفقه في هذا المقام؛ إذ نجد أبا الحسين البصري يعقد بابا في أن "الأمة لا تجتمع إلا عن دلالة أو أمارة ولا تجتمع عبثا... ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يقول إلا عن وحي، فالأمة أولى أن لا تقول إلا أن عن دليل" (1).

من معالم الحضارة الفكرية في أصول الفقه

اجتهاد العامي

منع الأصوليون من تتبع رخص المذاهب والتخير من أقوالها كيفما اتفق، وقد نظروا فيما يتعلق بالعامي، وصرحوا أنه ليس له أن يتتبع رخص المذاهب وأخذ غرضه منها، بل عليه اتباع الحق حسب الإمكان (2)، ولذلك أوجبوا عليه أن يجتهد في اختيار من يستفتيه.

وهو ما نسبته ابن القصار للإمام مالك رضي الله عنه، قال رحمه الله: "يجب عند مالك - رحمه الله - على العامي إذا أراد أن يستفتي ضرب من الاجتهاد، وهو أن يقصد إلى أهل ذلك العلم، ولا يسأل جميع من يلقاه، ولكنه إذا أرشد إلى فقيه نظر إلى هيئته وحذقه بصنعيته، وسأل عن مبلغ علمه وأمانته، فمن كان أعلى رتبة في ذلك استفتاه، وقبل قوله وفتواه، لأن هذا أوفق لدينه وأوثق" (3).

وقد ذكر الأصوليون عددا من الطرق التي يتمكن بها العامي من معرفة أهلية من يستفتيه؛ ارتقاء إلى التحضر الفكري، ومنها: أن يكون قد عرفه بالعلم والعدالة، وأن يراه منتصبا للإفتاء، معظما عند الناس، وأن يستفيض عند الناس خبره بالإفتاء (4).

من معالم الحضارة الفكرية في أصول الفقه

(1) المعتمد 56/5.

(2) إعلام الموقعين 4/203.

(3) مقدمة ابن القصار ص 160.

(4) يُنظر: تيسير التحرير 4/246، وشرح الكوكب المنير 4/541.

تدوين أصول الفقه ودوره في نبذ التفرق والدموية إلى الاتفاق

قبل تدوين أصول الفقه كان لكل فقيه نهج خاص في الاستنباط؛ يصل به إلى الحكم المطلوب، لهذا كان الخلاف في المناهج كثيرًا، وإن كان غالبًا ما ينحصر في مدرستين، هما: أهل الحديث وأهل الرأي، رغم عدم خروجهما عن كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، بدليل أن مدرسة الرأي اشترطت لمن يستنبط بالرأي أن يكون له أصل يعتمد عليه من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس⁽¹⁾، ولم يمنع ذلك من وقوع الخلاف بين المدرستين.

وباستقراء رسالة الشافعي رضي الله عنه والوقوف على الملابسات التاريخية التي كان لها وقع كبير في كتابتها وصياغتها بتلك الدقة، تبين أن قضية المنهجية والتفكير العلمي المبني على التقييد والتأصيل، كان لها هاجس مهم لوضع الأصول عند الشافعي رضي الله عنه؛ فقد أراد أن يضع حدًا للفوضى الفكرية والمنهجية التي سادت عصره، وبالفعل استطاع أن يجمع بين مدرستين كبيرتين في تاريخ الفقه الإسلامي: مدرسة أهل الحديث، ومدرسة الرأي.

يشهد لذلك أحمد بن حنبل رضي الله عنه في عبارة له: "كنا نلحن أهل الرأي ويلعنوننا، حتى جاء الشافعي فمزج بيننا"⁽²⁾، ومزجه بين المدرستين -لا جرم- أقامه بوضع أصول علمية وضوابط منهجية؛ لأنه لا بد من إتقان الأصل أولاً وإحكامه لتتضبط الفروع المخرجة عليها، من هنا يقرر الإمام الغزالي: "لا مطمع في الإحاطة بالفرع وتقريره والاطلاع على حقيقته إلا بعد تمهيد الأصل وإتقانه إذ مثار التخبط في الفروع ينتج عن التخبط في الأصول"⁽³⁾.

من معالم الحضارة الفكرية في أصول الفقه

الاجتهاد في فهم النص التشريعي

(1) يُنظر: المدخل إلى أصول الفقه- الدواليبي ص 286.

(2) ترتيب المدارك 91/1.

(3) المنحول ص 59، ويُنظر: الفكر المنهجي العلمي عند الأصوليين، ص 20.

كان الرسول صلى الله عليه وسلم مع نزول الوحي يجتهد برأيه عند الحاجة، ويراعي في اجتهاده واقع الحال والمصلحة العامة؛ ففي نهيه عن ادخار لحوم الأضاحي بعد ثلاثة أيام، ثم ترخيصه فيه بعدها يدل على أن النصوص مبنية على مصالح ومقاصد محتاجة إلى فهم ونظر دقيق، تقول السيدة عائشة رضي الله عنها: دف أهل أبيات من أهل البادية حضرة الأضحى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ادخروا، ثم تصدقوا بما بقي»، فلما كان بعد ذلك قالوا: يا رسول الله إن الناس يتخذون الأسقية من ضحاياهم، ويجمعون منها الودك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «وما ذاك؟! قالوا: نهيت أن تؤكل لحوم الضحايا بعد ثلاث، فقال: «إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت، فكلوا وادخروا وتصدقوا»⁽¹⁾.

فالخبر قد دل على أن جماعة وردوا بأهليهم سائرين قليلا قليلا، وكانهم قد أصابهم جرب في بلادهم، فانتجعوا المدينة في عيد الأضحى، فنهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تدخر لحوم الأضاحي - مع أن أصحاب الأضاحي يلحقهم بذلك بعض الضرر؛ من أجل أن تفرق عليهم فينتفعوا بها، فلما وسع الله على المسلمين أجاز لهم الادخار⁽²⁾، فحلت تحريم الادخار: وجود الدافة، أي: من يطراً من المحتاجين.

ومن الاجتهاد في فهم النص التشريعي في الشأن الحربي: أن الرسول صلى الله عليه وسلم توفي ولم يستخلف أحدا بعده ، وظاهر التأسى برسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا الأمر يقتضي عدم الاستخلاف، غير أن أبا بكر رضي الله عنه لما اشتد به المرض استخلف عمرا رضي الله عنه⁽³⁾، ولم يرغب عنه رضي

(1) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الأضاحي، باب: بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام وبيان نسخه، 1561/3، برقم 1971.

(2) يُنظر: فتح الباري 6/ 205.

(3) روى ابن أبي شيبة "أن أبا بكر دعا عثمان بن عفان رضي الله عنهما فقال: اكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما عهد أبو بكر بن أبي قحافة في آخر عهده بالدنيا خارجا منها، وعند أول عهده بالآخرة داخلا فيها، حيث يؤمن الكافر، ويوقن الفاجر، ويصدق الكاذب، إني استخلفت عليكم بعدي عمر بن الخطاب، فاسمعوا له وأطيعوا" تاريخ المدينة 667/2.

الله عنه ما سيؤول إليه الحال لو لم يستخلف، بل لما رأى المصلحة في الاستخلاف فعل، فهو يدرك أن المصلحة لا تتناقض مع الشريعة، وهذا فهم عميق للشريعة، فلم يجمد عند فعل الرسول، بل عرف أن الاجتهاد للأمة مطلوب، بل إنه يقرر اجتهاد غيره متى كان مؤهلاً، كما في سؤاله معاذاً كيف تقضي إن عرض لك قضاء؟

ولم يختلف فهم التابعين وتابعيهم عن فهم القرن الأول؛ إذ فهم الجميع يلتقي عند مقصد أوحده، وفقه الشافعي في القديم والجديد دليل على ضرورة الاجتهاد في فهم النص التشريعي⁽¹⁾.

ونحو: كون وجوب الهجرة من بلاد الكفر قد انتهى بفتح مكة⁽²⁾، نعم هذه حضارة فكرية؛ من حيث إن الفهم السليم للنص النبوي "لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية"⁽³⁾ أنتج إباحة الإقامة في بلاد الكفر، وتحصيل تبعاتها الفكرية والاقتصادية والأمنية وغيرها.

ولأجل ذلك خُص الإمام الشوكاني إلى القول بأن أصول الفقه "هو فسطاط الاجتهاد وأساسه الذي تقوم عليه أركان بنائه"⁽⁴⁾.

من معالم الحضارة الفكرية في أصول الفقه

نشوء مدارس الفكر الأصولي

إن دراسة النص الشرعي بصفة إجمالية قد مرت بمنهجيات معرفية متعددة، أولها: تفعيل الرسول صلى الله عليه وسلم أنموذج الفكر الأصولي -الذي اعتبره الأصوليون بعد أدلة للأحكام⁽⁵⁾-؛ فهو إذ يقول: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم

(1) يُنظر: التطور والثبات في فهم نصوص الشريعة- زياد مقداد، ص 56-63.

(2) يُنظر: نظرات في التجديد- د. عباس شومان، ص 16.

(3) أخرجه الإمام البخاري 15/4- برقم 2783، والإمام مسلم 1488/3- برقم 1864.

(4) إرشاد الفحول 209/2.

(5) جزم بذلك الشيخ/ عبد الله مصطفى المراغي في: الفتح المبين 15/9/1.

ولا يعني هذا أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان مقتظراً في دعوته إلى قواعد أصول الفقه، بل إن الأصوليين أنفسهم استمدوها من بيانه عليه الصلاة والسلام فإنه (ما ينطق عن الهوى) إن هو إلا وحي يوحى.

أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»⁽¹⁾، إنما يرشد إلى طرق الاستتباب من النصوص، كجوابه عليه الصلاة والسلام لمن سأله عن الحمر هل فيها زكاة؟: «ما أنزل علي فيها شيء إلا هذه الآية الجامعة الفاذة: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: 78]⁽²⁾؛ حيث استدل عليه الصلاة والسلام بعموم [من] لما لم يذكر له حكم خاص.

وإذ يقول لمن جاءت تسأله عن صيام كان على أمها بعد أن ماتت: «أرأيت لو كان على أمك دين أكننت تقضينه؟» (3) فإنه قاس دين الله على دين الآدمي في جواز قضائه ونفعه، بل جعل دين الله أحق بالقضاء⁽⁴⁾، إنما يفعل القياس لتبيين الأحكام.

كما يتضح من سؤاله عن بيع الرطب بالتمر: "أينقص الرطب إذا يبس؟" قالوا: نعم، فنهى عن ذلك⁽⁵⁾، جعل التفاضل المرتقب -إذا جف الرطب- سبباً في حظر هذا البيع؛ قياساً على بيع التمر بالتمر متفاضلاً بجامع الربوية.

ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «وفي بضع أحدكم صدقة، قالوا: يا رسول الله، أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر؟ قال: «أرأيت لو وضعها في حرام أكان عليه فيها وزر؟ فكذلك إذا وضعها في الحلال كان له أجر» (6). فهذه أول مدرسة فكرية أصولية حضارية، يضع النبي صلى الله عليه وسلم قواعدها. وتعد المدرسة الثانية من مدارس الفكر الحضاري الأصولي هي مدرسة الصحابة رضي الله عنهم منذ تفرقهم في الأمصار، وتصدرهم للفتيا والقضاء في

(1) أخرجه الإمام البخاري عن عمرو بن العاص رضي الله عنهما كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، 108/9، برقم 7352.

(2) الحديث أخرجه الإمام البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه كتاب: المساقاة، باب: شرب الناس والذواب من الأنهار، 113/3 - 2371، والإمام مسلم كتاب: الزكاة، باب: إثم مانع الزكاة، 680/2 - 987.

(3) أخرجه الإمام مسلم عن ابن عباس رضي الله عنه، كتاب: الصيام، باب: قضاء الصيام عن الميت، 804/2 - 1148.

(4) يُنظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال 524 /4.

(5) أخرجه عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه: ابن ماجه في سننه 3 / 371 برقم 2264.

(6) أخرجه الإمام مسلم عن أبي ثر رضي الله عنه كتاب: الزكاة، باب: بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف، 697/2 - 1006.

مستجدات الوقائع ونوازلهما، وقد تجلت معالمها منذ أن أعلن النبي صلى الله عليه وسلم لهم فتح باب الاجتهاد وإعمال النظر في النصوص، بل اتضحت صورتها أكثر بوفاته عليه الصلاة والسلام؛ فقد توسعت المصادر التشريعية، ولم تعد مقتصرة على الكتاب والسنة، فانضم إليهما الإجماع، والقياس، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع، وغيرها من المصادر التي وجد الصحابة أنفسهم وجها لوجه معها، وكان من اللازم أن يختلفوا في بعض المسائل والأحكام؛ لتفاوتهم في سعة العلم، وثقوب الفهم، وإن كان اختلافهم إذ ذاك طفيفا؛ لأن رقعة بلدهم كانت محدودة، وكانت الأحداث فيها متشابهة، فلما اندفعوا رضي الله عنهم - خارج حدود جزيرتهم رأوا ما لم يكن يعهدونه من المسائل والأحكام، وكان عليهم أن يفتوا فيما يعرض لهم، فكان كل منهم يفتي بما ورثه من علم معلمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإذا واجهتهم مسألة من المسائل المشككة المستجدة بحثوا عن حكمها في النصين، فإن لم يجدوا اجتهدوا وبحثوا عن الأشباه والنظائر، ووقفوا على رأي الجماعة وأهل الشورى⁽¹⁾.

ومن آثار حضارة هذه المدرسة الفكرية: قضية بني قريظة التي أقر فيها النبي صلى الله عليه وسلم الأفكار المتعددة تجاه فهم النص؛ حيث سوغ لكل فريق نظريته في التعامل مع النص بإعمال الفكر؛ وهو أنه قال لأصحابه: "لا يصلين أحد منكم العصر إلا في بني قريظة"⁽²⁾، فسارعوا إلى امتثال الأمر وانقسموا، ففريق ظن أنه يكون بصلاة العصر في الطريق حيث وجبت، وفريق ظن أن الأمر بالصلاة لا يتحقق إلا في عين بني قريظة، فلما رجعا أقرهما عليه الصلاة والسلام.

(1) يُنظر: تاريخ المذاهب الإسلامية، 29/2، ومقدمة روضة الناظر - ص 6.

(2) أخرجه الإمام البخاري رضي الله عنه 15/2 - 946.

ومن آثارها: امتناع بعض المسلمين عن أداء الزكاة في خلافة أبي بكر رضي الله عنه؛ محتجين أنها كانت تدفع إلى النبي عليه الصلاة والسلام، وأنهم الآن في حل من دفعها.

إن فكر الصديق كان بين أمرين: أيقاثلهم رغم إيمانهم؟ أم يتركهم مع ركنية الزكاة؟ إنه أخذ بقواعد الفكر الأصولي؛ حيث استشار الفاروق رضي الله عنه، وأقنعه بدلالة قوله عليه الصلاة والسلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام، وحسابهم على الله» (1)، فهذه ثاني مدرسة للفكر الأصولي.

ومن بعد الفكر الأصولي للصحابة، أنشئ فكر آخر، رواده التابعون وتابعوهم، ولم تختلف قواعده عن سابقه؛ لاتحاد المنهج الذي وضعه الرسول عليه الصلاة والسلام، غير أنه جدت في هذه المرحلة وقائع كان لها الأثر البالغ في الحركة الفكرية؛ فقد تفرق المسلمون وتنازعوا حول الخلافة، وامتازوا إلى خوارج وشيعة وأهل للسنة منافحين وذابيين، واغترت كل فرقة بما عندها من علم، وما ورثته من أصول وقواعد، وأساعت الظن بما عداها.

من ثم شاء الله أن تتمخض في هذا المعترك الفكري ثورة فقهية، ينقسم المسلمون على إثرها إلى: أهل الحديث وأهل الرأي، فكان معول الأولين على: الوقوف على النصوص وتتبع الآثار، وكان مسلك الآخرين: التوسع في استعمال الرأي (2).

وعند التمعن في الفكر الأصولي لكلتا المدرستين، ندرك أنهما اختلفا في توظيف ثمرته وهو الاجتهاد بالرأي؛ من حيث كان أهل الرأي يسيرون على منهاج القياس، ولذا كثرت التفريعات الفقهية؛ لاتخاذهم القياس عملية إجرائية في الفروع الفقهية، وهو ما لم يحدث عند أهل الحديث، الذين كان منهاجهم المقصد

(1) صحيح البخاري 14/1 - 25.
(2) يُنظر: مقدمة ابن خلدون - 201/2.

والمصلحة، فلم يوجد فقه تقديري؛ لأن الأساس عندهم كان المصلحة ومقاصد الشريعة⁽¹⁾.

إن هذا التمازج الفكري هو ما أورث الإمام الشافعي بعد معرفة لمضامين إشكالية الانفصال، وتعرفاً على سبل الالتئام، فجاءت "الرسالة" وسطية في إثبات الثراء المعرفي لأدوات الاستنباط، ونفي الدخيل منها والعقيم، وتضييق الفجوة بين المدرستين؛ ذلك أنه -كما عند الدهلوي-: "نشأ في أوائل ظهور المذهبين وترتيب أصولهما وفروعهما، فنظر في صنيع الأوائل، فوجد فيه أموراً كبحت عنانه عن الجريان في طريقهم، وقد ذكرها في أوائل كتاب "الأم"، منها: أنه وجدهم يأخذون بالمرسل والمنقطع، فيدخل فيهما الخل، فإنه إذا جمع طرق الحديث يظهر أنه كم من مرسل لا أصل له، وكم من مرسل يخالف مسنداً، فقرر ألا يأخذ بالمرسل إلا عند وجود شروط، وهي مذكورة في كتب الأصول، ومنها: أنه لم تكن قواعد الجمع بين المختلفات مضبوطة عندهم، فكان يتطرق بذلك خلل في مجتهداتهم، فوضع لها أصولاً، ودونها في كتاب" (2).

من معالم الحضارة الفكرية في أصول الفقه

توظيف أصول الفقه في معالجة القضايا

من وظائف أصول الفقه في الفكر الحضاري: معالجة القضايا، ومن الآلات الأصولية المعينة على هذا السبيل: الفتيا.

عبّر ابن القيم -رحمه الله- عن الإفتاء بأنه توقيع عن رب العالمين! فقد نزل المفتي من الله تعالى -والله المثل الأعلى- منزلة الوزير من الملك؛ إذ يفوض إليه الملك التوقيع في الرقاع المرفوعة إليه، وهذا المعنى موجود في المفتي؛ فإن

(1) يُنظر: محاضرات في تاريخ المذاهب الفقهية- أبو زهرة، ص 36، ومناهج التأويل في الفكر الأصولي- إسماعيل نغاز، ص 70.
(2) حجة الله البالغة 252/1.

عمل الإفتاء لا يقتصر على مجرد نقل معاني النصوص، بل يتجاوز ذلك إلى النظر في حال المستفتي، فيوقع الحكم عند تحقيق مناطه (1).

وذكر السيوطي -رحمه الله- أن الانتصاب للإفتاء فرض على الكفاية، ولا يكفي في إقليم مفت واحد، والضابط: أن لا يبلغ ما بين مفتين مسافة القصر، ولا يُستغنى بالقاضي عن المفتي؛ لأن القاضي يُلزم من رفع إليه عند التنازع، والمفتي يرجع إليه المسلم في جميع أحواله العارضة (2).

كيف يكون الإفتاء حضارة فكرية؟

إن المفتي يقيم حجة الله على خلقه ببيان أحكامه لهم، ولا شك أن هذا البيان بأدوات، وأصول الفقه حقيق بهذا، وإن أمور الخلاق إذا جرت على شريعة الله فإنها محصلة بذلك كل خير، وفي معرفتهم لوجوه لطف الله بهم في تكاليفه زيادة لهم في الإيمان، وتوسيع لدائرة التقوى لديهم، بل تمكين لمعرفة الله بالعلم، وذلك لا محالة عين كل حضارة.

ولو أن مجتمعا انعدم فيه الإفتاء، بحيث لا يجد الناس من يعلمهم حكم الله في عباداتهم ومعاملاتهم وسائر شئونهم، أدى ذلك إلى ترايد الجهل بالشريعة، وتخبطوا في دينهم خبط عشواء، فيحطون الحرام، ويحرمون الحلال، وإذا تصورنا الاستغناء عن الأطباء في المستشفيات، فلا نتصور الاستغناء عن المفتين؛ فهم الذين يحيون بكتاب الله الموتى، ويبصرون بنور الله أهل العمى، ويعيدون السمع إلى من فقدوه (3).

فالفقهاء سبيل الوصول إلى الحضارة؛ باعتبار أن العالم له أن يفتي العامي بما فيه تغليظ؛ زجرا له وردعا عما فيه وقع، قال في (المجموع): " إذا رأى المفتي المصلحة أن يفتي العامي بما فيه تغليظ وهو مما لا يعتقد ظاهره وله فيه تأويل

(1) قال رحمه الله: " إذا كان منصب التوقيع عن الملوك بالمحل الذي لا ينكر فضله، ولا يجهل قدره، وهو من أعلى المراتب السنية، فكيف بمنصب التوقيع عن رب الأرض والسماوات؟". إعلام الموقعين 9/1. ويُنظر: الفتيا ومناهج الإفتاء، ص 17.

(2) الأشباه والنظائر ص 414.

(3) يُنظر: الفتيا ومناهج الإفتاء، ص 19.

جاز ذلك؛ زجرا له، كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن توبة قاتل، فقال: لا توبة له، وسأله آخر فقال: له توبة، ثم قال: أما الأول فرأيت في عينه إرادة القتل فمنعته، وأما الثاني فجاء مستكينا قد ضل فلم أقنطه " (1).

ومن الآلات الأصولية ذات الحضارة الفكرية: المصلحة المرسله، ويمكن التمثيل لها بجواز الاعتماد على الحسابات الفلكية كطريق لمعرفة دخول الهلال؛ فقد أضحى العالم في تغير دؤوب وتطور دائم، واتخذ لهذا التغير والتطور وسائل مستحدثة تعدت لتشمل الأمور الدينية والشعائر القدسية، ومنها: استخدام (المنظير)، وأجهزة الرصد الفلكية، وعلم الحساب، في مجال إثبات رؤية هلال رمضان؛ توحيداً لميقات الصيام والأعياد في الدول الإسلامية قاطبة.

والعمدة في إثبات الهلال قوله صلى الله عليه وسلم: «لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفطروا حتى تروه، فإن غم عليكم فاقدروا له» (2)، ففيه مقصدٌ ووسيلةٌ، أما المقصد: فإن يصام رمضان كاملاً ولا يضيع يومٌ منه في أوله أو آخره، أو يصام يومٌ من شهرٍ غيره كشعبان أو شوال.

والوسيلة إلى ذلك (3): وسيلةٌ مقدورةٌ لجمهور المكلفين، من غير إلحاق العنت بهم والحرَج، فكانت رؤية الهلال بالأبصار الجارحة، ولذا جاء الحديث بتعيينها، ولو كفوا وسائل أخرى مستحدثة كالحساب الفلكي، أو استخدام القمر الصناعي، أو المنظار المقرب، لأرهبوا من أمرهم، والله ما يريد بهم إلا اليسر، قال صلى

(1) 50/1.

(2) متفق عليه عن ابن عمر رضي الله عنهما، البخاري في كتاب: الصوم، باب: قول النبي صلى الله عليه وسلم: «إذا رأيتم الهلال فصوموا، وإذا رأيتموه فافطروا»، 1906-27/3، ومسلم في كتاب: الصيام، باب: وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال، 1080-759/2.

(3) قديمة في الأصل؛ وهي الحساب المعتمد على حركة الشمس القمر، والذي أفاده قوله تعالى: " هو الذي جعل الشمس ضياءً والقمر نوراً وقدره منازل لتعلموا عدد السنين والحساب ... " [يونس: 5] ، ورغم أقدمية تلك الوسيلة، إلا أنه قد استحدث لها من إمكانات العلم المعاصر ما يسهم في تفعيلها بيسر، نحو: الحساب الفلكي المستخدم بالمنظير، وأجهزة الرصد، وغيرها.

الله عليه وسلم: «إن الله لم يبعثني معتاً، ولا متعتاً، ولكن بعثني معلماً ميسراً»⁽¹⁾.

أما وقد أصبحت هذه الوسائل في هذا العصر أقدر على تحقيق الرؤية، وأبعد عن احتمال الخطأ والوهم، وأضحت ميسورة سهلة المنال، وحقيقاً بها أناسٌ معنيون، وخبراء فلكيون، بعد أن مكن لهم الصعود إلى القمر والنزول على سطحه، فكيف لا تكون المصلحة في استخدام هذه الوسائل في مسائل الشرع كروية الهلال؟ والخبر لما عين لإثباتها الرؤية البصرية لم يكن ممكناً من الوسائل إلا هي، فكيف يتصور أن يرفض ما لا يتطرق إليه الخطأ أو الوهم؟⁽²⁾.

وحجة من أبى الاعتماد على الحسابات الفلكية في إثبات أهلة الشهور: ارتباطها بالعرافة والكهانة المحرمتين، ولذا استندوا إلى خبر: "إنا أمة أمية، لا نكتب ولا نحسب"⁽³⁾. قال ابن تيمية -رحمه الله-: "القول بالأحكام النجومية باطلٌ عقلاً، محرّمٌ شرعاً، وذلك أن حركة الفلك وإن كان لها أثرٌ ليست مستقلة... وإن فرضنا أنه سببٌ مستقل أو أنه مستلزمٌ لتمام السبب فالعلم به غير ممكنٍ لسرعة حركته، وإن فرض العلم به فمحل تأثيره لا ينضب؛ إذ ليس تأثير خسوف الشمس في الإقليم الفلاني بأولى من الإقليم الآخر"⁽⁴⁾.

لكن أصول الفقه ذو حضارة فكرية، يدعو إلى استخدام العقل بالنظر وتفصيل الإمكانات لاسيما في أمور الدين، عملاً بالمصلحة المرسلّة؛ ذلك أن موجب تغير وسيلة الرؤية هو زوال أمية الأمة التي (لا تكتب ولا تحسب)، وهو في ذاته

(1) أخرجه الإمام مسلم عن جابر رضي الله عنه في كتاب: الطلاق، باب: بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية، 1104/2 - 1478.

(2) يُنظر: المجموع للنوري 270/6، ومقاصد الشريعة الإسلامية دراسات في قضايا المنهج ومجالات التطبيق ص 121، تصدره مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي- لندن، وأثر الوسائل المستحدثة في إثبات الرؤية في الفقه الإسلامي، د. محمد الرملاوي، ص 29.

(3) يُنظر: البحر الرائق 284/2، وحاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ص 653، وحاشية الدسوقي 512/1، والإقناع 1/235، والفروع 4/412.

(4) مجموع الفتاوى 199-198/25.

مصلحةً، وإذ قد أصبح الإنسان على قدر عالٍ من الفهم والعلم والفكر، وأمكنه الوصول إلى اليقين والقطع، وجب المصير إلى موجبهِ (1).

على أن التقي السبكي قد صرح: " أن يدل الحساب على عدم إمكان رؤيته [قلت: يعني الهلال] ويدرك ذلك بمقدماتٍ قطعية، ويكون في غاية القرب من الشمس، ففي هذه الحالة لا يمكن فرض رؤيتنا له حساً؛ لأنه يستحيل، فلو أخبرنا به مخبرٌ واحدٌ أو أكثر ممن يحتمل خبره الكذب أو الغلط، فالذي يتجه قبول هذا الخبر وحمله على الكذب أو الغلط، ولو شهد به شاهدان لم تقبل شهادتهما؛ لأن الحساب قطعي والشهادة والخبر ظنيان، والظن لا يعارض القطع، فضلاً عن أن يقدم عليه، والبينة شرطها أن يكون ما شهدت به ممكناً حساً وعقلاً وشرعاً، فإذا فرض دلالة الحساب قطعاً على عدم الإمكان استحالة القبول شرعاً لاستحالة المشهود به، والشرع لا يأتي بالمستحيلات " (2).

وفي (إحكام الأحكام): " إذا دل الحساب على أن الهلال قد طلع من الأفق على وجه يرى، لولا وجود المانع -كالغيم مثلاً- فهذا يقتضي الوجوب؛ لوجود السبب الشرعي " (3).

من معالم الحضارة الفكرية في أصول الفقه

النظر إلى المآلات

النظر في المآل هو التفكير فيما قد يؤول إليه الحكم الشرعي بعد النطق به (4)، وهو أصل من أصول التشريع في الإسلام، قال الشاطبي رحمه الله: " النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة؛ وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه

(1) رسالة: أوائل الشهور العربية ص 13 .

(2) فتاوى السبكي 209/1.

ويُنظر: التمهيد لابن عبد البر 350/14، وثبوت الأهلة في الشريعة الإسلامية ص 106 - دراسة تخصص الطالب/ نهاد صالح طوسون، في الشريعة الإسلامية- جامعة أم القرى في مكة.

(3) 8/2-179.

(4) يُنظر: الموافقات- 120/3.

تستجلب، أو لمفسدة عنه تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك" (1).

ويحدثنا عن كيفية النظر إلى المآل، فيقول: "ضابطه: أنك تعرض مسألتك على الشريعة، فإن صحت في ميزانها فانظر في مآلها بالنسبة إلى حال الزمان وأهله، فإن لم يؤد ذكرها إلى مفسدة فاعرضها في ذهنك على العقول، فإن قبلتها فلك أن تتكلم فيها، إما على العموم إن كانت مما تقبلها العقول على العموم، وإما على الخصوص إن كانت غير لائقة بالعموم، وإن لم يكن لمسألتك هذا المساغ، فالسكوت عنها هو الجاري على وفق المصلحة الشرعية والعقلية" (2).

وليس النظر في المآل من صفة كل عالم أو متعلم، بل هو صفة خاصة لا تتحصل إلا للعالم الراسخ في العلم، وهو العالم الرباني الحكيم، فذلك بحق من خصائصه المتعلقة به.

ومن النظر في المآل: نظر عمر رضي الله عنه في مآل سهم المؤلفلة قلوبهم؛ فإنه بدقة فكره لحظ أن الحكم فيه معلل بعلّة تأليف قلوبهم، ومن ثم وازن بين أحوال الدولة آنذاك وبين تحقيق العلة، ووجد أن الدولة قد قويت شوكتها، وامتد سلطانها، ولم تعد حاجة لتأليف قلوب الراغبين عن الإسلام بالمال، ومن هنا لما رأى أن المصلحة العامة تقتضي ألا تأليف، وأوقف هذا السهم لتخلف مقصده؛ إذ لا عبرة بالوسائل ما لم تتحقق المقاصد (3).

ومنه: ما يستتبعه النهي عن تلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، وتحريم الاحتكار؛ إذ إن حرية التصرف الاقتصادي في هذه الأمور مقيدة باعتبار ما سيره إطلاقها من حيث المآل بالفساد (4).

(1) الموافقات 177/5.

(2) الموافقات 172/5.

(3) المناهج الأصولية- د. فتحي الدريني ص 16.

(4) يُنظر: اعتبار المآلات، ص 39.

إن اعتبار مآلات الأفعال ذو أثر أصولي حضاري؛ من حيث إنه يستهدف متطلبات الاجتهاد الصحيح، وكفالة المصالح المشروعة من التكاليف الشرعية، كما إنه يكشف عن طبيعة العلاقة بين الأحكام الشرعية والواقع المعاصر، ويوضح الصورة الشرعية لبعض القضايا التي كثر الجدل حولها في الآونة الأخيرة، ما جعل بعض الكتاب يتهمون الشريعة بالقصور والجمود الفكري، بل العجز عن الحلول للمشكلات المعاصرة؛ بدعوى: أن نصوصها محدودة لم تعالج لإقضايا ظرفية تجاوزها الزمن (1).

ولقد نعت الشاطبي -رحمه الله- العالم الرباني الحكيم بأنه الذي "يتحقق بالمعاني الشرعية مُنزلة على الخصوصيات الفرعية، بحيث لا يصده التبخر في الاستبصار بطرف عن التبخر في الاستبصار بالطرف الآخر، فلا هو يجري على عموم واحد منهما دون أن يعرضه على الآخر، ثم يلتفت مع ذلك إلى تنزل ما تلخص له على ما يليق في أفعال المكلفين ... ويسمى صاحب هذه المرتبة: الرباني، والحكيم، والراسخ في العلم، والعالم، والفقير، والعاقل؛ لأنه يربى بصغار العلم قبل كبارهم، ويوفي كل أحد حقه حسبما يليق به، وقد تحقق بالعلم وصار له كالوصف المجبول عليه، وفهم عن الله مراده من شريعته، ومن خاصيته أمران: أحدهما: أنه يجيب السائل عما ما يليق به في حالته على الخصوص إن كان له في المسألة حكم خاص، والثاني: أنه ناظر في المآلات قبل الجواب عن السؤالات" (2).

النظر إلى مآل الحكم يكشف عن حضارة فكرية أصولية؛ من حيث هو نوع من الموازنة بين ظاهر الدليل الشرعي ونتائجه، من مصالح أو مفسد، فهو الأثر المترتب عن الفعل، قال الشاطبي رحمه الله: " إن الأعمال مقدمات لنتائج المصالح، فإنها أسباب لمسببات هي مقصودة للشارع، والمسببات هي مآلات

(1) يُنظر: اعتبار المآلات، ص 10.

(2) الموافقات- 232/5.

الأسباب، فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب، وهو معنى النظر في المآلات⁽¹⁾.

وقد ساق الشاطبي رحمه الله - على أن الشريعة جاءت باعتبار مآلات الأفعال والأحكام دلائل، منها:
وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: 183].

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام: 108].

وقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ﴾ [الأحزاب: 37].

وقوله تعالى: ﴿رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾

[النساء: 165]. فهذه الأدلة وغيرها أشارت إلى أهمية اعتبار المآل على الجملة.

من معالم الحضارة الفكرية

التقصيد المصلحي

لا يخلو التشريع الإسلامي من النظر في مقاصد أحكامه وغاياتها وأسرارها وعللها، بل ذلك هو الشأن في كل الشرائع السماوية على العموم؛ لأن الشارع واحد جل وعلا وهو يستهدف تحقيق المقصد العام: إسعاد الفرد والجماعة، وحفظ النظام، وتعمير الدنيا، وضمان كل ما يوصل إلى مدارج الخير والكمال. وإن للتقصيد المصلحي أهمية عظمى تظهر في كونه سبيلاً إلى التقليل من الخلاف الفقهي بين الفقهاء، والتعصب المذهبي، وهو ما يدعم مرونة الشريعة وملائمتها لمختلف الأعصار والأمصار.

(1) الموافقات - 178/5.

قال الطاهر بن عاشور عن التقصيد إنه: "تبراس للمتفهمين في الدين، ومرجع بينهم عند اختلاف الأنظار وتبدل الأعصار، وتوسل إلى إقلال الاختلاف بين فقهاء الأمصار، ودرية لاتباعهم على الإنصاف، في ترجيح بعض الأقوال على بعض عند تطاير شرر الخلاف" (1).

والله لم يخلق شيئاً إلا له مقصد ومصلحة، عرف ذلك أو لم يعرف، ولم يكف بـ (افعل ولا تفعل) إلا لغرض وغاية؛ ذلك "أنه تعالى حكيم بإجماع المسلمين، والحكيم لا يفعل إلا لمصلحة؛ فإن من يفعل لا لمصلحة يكون عابثاً، والعبث على الله تعالى محال؛ للنص والإجماع، والمعقول، أما النص فقوله تعالى: " أفحسبتم أننا خلقناكم عبثاً"، وقوله: "ربنا ما خلقت هذا باطلا"، وقوله: "ما خلقناهما إلا بالحق"، وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على أنه تعالى ليس بعابث، وأما المعقول: فهو أن العبث سفه، والسفه صفة نقص، والنقص على الله تعالى محال" (2).

إن فقه الشريعة بحاجة إلى التقصيد المصلي؛ فهو نوع اجتهاد، والاجتهاد إن تعلق بالمعاني فيلزم العلم بمقاصد الشرع، كما يقول الشاطبي رحمه الله (3). وجاء عن ابن تيمية رحمه الله: " إن الاستدلال بكلام الشارع يتوقف على أن يعرف ثبوت اللفظ عنه، وعلى أن يعرف مراده باللفظ " (4)، حتى لقد اشترط كثير من العلماء معرفة المجتهد لمقاصد الشرع؛ فالعز بن عبد السلام رحمه الله - يؤكد ذلك بقوله: "من تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك " (5)، والشاطبي يعد المجتهد من "

(1) مقاصد الشريعة للطاهر بن عاشور، ص 5.

(2) يُنظر: المحصول - للرازي، 173/5.

(3) الموافقات 124/5.

(4) مجموع الفتاوى - 286/19.

(5) قواعد الأحكام - 189/2.

اتصف بوصفين: أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها، والثاني: التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها " (1).

على أن التقصيد لا يكون إلا عن دليل؛ فنسبة مقصد إلى الشارع كنسبة قول إليه تعالى أو فعل، والقول بأن الله قصد من حكمه مقصداً بعينه من دون برهان، قول بغير علم، وهو محرم بقوله سبحانه: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ [الأعراف: 33]، وقوله: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: 36] (2).

وما أريد التنبيه إليه هو أن معرفة المقاصد الشرعية عين الحضارة الأصولية الفكرية؛ فهي توفر للفكر نظرة شمولية متكاملة، ينطلق منها المجتهد ويهتدي بها في اجتهاداته واختياراته، فلا يبقى متخبطاً في شتى الاحتمالات، أو عرضة للنزعات والتيارات، كما يرتقي من ضيق الرؤية الجزئية إلى اتساع الأفق الكلي، ويكتسب عقلية ترتيب الأولويات والموازنات بل الترجيحات، ولذا فأعظم الفوائد مقاصد الشريعة التي يذهب لأجلها المجتهدون كل مذهب، ويصرفون لها كل همهم، ويجمعون في سبيل معرفتها وافر الفكر ومستصفاه، فهي قبلة المجتهد كما صرح بذلك الغزالي، كيفما تقلب وهو يراعي مقصود الشرع فهو مستقبل للقبلة؛ كالذي أحاطت به جدران الكعبة (3).

إننا إذا تواتر إلينا من أخبار النبي صلى الله عليه وسلم أنه: حث مرید الزواج على النظر إلى من يريد التزوج بها، فرفيق هذا الحث مقصد نفسي، هو أن يبني الزواج على ميل ورغبة، وأنه: نهى عن خطبة المرء على خطبة أخيه، ندرك ما يترتب على هذا التصرف من (الوحشية) والاستحواذ والحرمان من

(1) الموافقات- 41/5.

(2) يُنظر: جاء في الفكر المقاصدي- د. أحمد الريسوني، ص 59.

(3) حقيقة القولين- للإمام الغزالي، مطبوع ضمن العدد الثالث، من مجلة الجمعية الفقهية السعودية، ص 312.

منفعة مبتغاة، تستتبعها إغارة الصدور، والبغض والعداوات، فنستتبط مقصد النهي وهو دوام الأخوة الإنسانية، وأنه: نهى عن احتكار الطعام، وأن العلة من هذا النهي هي إقلال الطعام في الأسواق وتقويته على محتاجيه، فنستتبط مقصد رواج الطعام وتيسير تناوله، وأنه: إذا ضيق بواعث التشديد ووسع دواعي التيسير والتخفيف في الحج، نذكر أن تجنب الزحام في الطواف والسعي في الحج من مقاصد الشرع؛ صونا للأنفس من الأذى أو الهلاك، ونعي أنه لا ينافيه إجراء توسعات إضافية في ساحة الحرم الشريف، لا سيما قد كثر الوافدون، وازدادت المشقات، وتعسرت الأمور.

وبطريق العكس نفهم أن الاستساخ البشري محرم محظور؛ لمنافاته مقصد حفظ النفس وكرامتها، ومخالفته طريق التنازل التي بها أمر الله، وأن قتل المريض الذي لا يرجى برؤه محرم لمعارضته ذات المقصد، وما فيه من الجناية على النفس البشرية، والتدخل في الشأن الإلهي بالإماتة، وأن المخدرات والمفترات محرم تناولها؛ لقياسها على الخمر في مقصد التحريم، وهو غياب الوعي والإدراك، وإضاعة المال، وفساد الأخلاق، وأن الغضب مانع القاضي من مباشرة القضاء؛ مراعاة لحفظ الحقوق التي تضيعها هذه الحال، وإرساء لمقاصد حفظ النفوس، والأموال، والأعراض، والعقول، بل الأديان، وهو ما يقتضي إلحاق حالات الجوع الشديد ومدافعة الأخبثين، وغيرها من العوارض الشاغلة⁽¹⁾.

معالم الحضارة الاجتماعية في أصول الفقه

- تنقيح مناط الحكم.
- الاعتبار بالموازنات .
- فهم العلة من تشريع الحكم.
- مراعاة الوقائع.

(1) يُنظر: القواعد الشرعية ومقاصد الشريعة- عيسى بوراس، العبد السايح لمجلة الحياة الجزائرية، ص 92، وأهمية مقاصد الشريعة وأثرها في فهم النص واستنباط الحكم- ص 64، وعلم المقاصد الشرعية- د. نور الدين الخادمي- ص 49.

- التنمية الاجتماعية.
- علاقة المسلمين بغيرهم.
- التحاكم إلى صحيح الأعراف والعادات.
- مراعاة حال المستفتي.

المعلم الثاني

معالم الحضارة الاجتماعية في أصول الفقه

مدخل في اتصال أصول الفقه بالاجتماع:

لا عجب أن نرى عبد الرحمن بن خلدون -رحمه الله- قد أعمل القواعد الأصولية في إرساء قواعد علم العمران البشري؛ فإنه اعتمد على القياس في الكشف عن الأخطاء التي وقع فيها المؤرخون في نقلهم الأخبار في غفلة عن مقياسها بنظائرها، يقول رحمه الله: "كثيرا ما وقع للمؤرخين والمفسرين وأئمة النقل من المغالط في الحكايات والوقائع؛ لاعتمادهم فيها على مجرد النقل غثا أو سمينا، ولم يعرضوها على أصولها ولا قاسوها بأشباهها، ولا سبروها بمعيار الحكمة والوقوف على طبائع الكائنات، وتحكيم النظر والبصيرة في الأخبار، فضلوا عن الحق وتاهوا في ببداء الوهم والغلط"⁽¹⁾، فنراه يعتمد المقايسة والمقارنة منها لدراسة الظواهر الاجتماعية، وكذا الأخبار التاريخية؛ وصولا بأصول الفقه إلى القوانين الحاكمة للعمران البشري⁽²⁾.

ولا عجب أن تنتوع الأحكام التكليفية إلى واجب ومندوب ومباح، ومكروه وحرام؛ مراعاة لأحوال البشر، ولذا قد يجب ما هو مندوب والعكس، وقد يكون

(1) المقدمة ص 92.

(2) يُنظر: الفكر المنهجي العلمي ص 21.

المباح في حق شخص هو بعينه حرام أو فرض في حق آخر. بل لا عجب أن يفتق فهم ابن حجر -رحمه الله- عن أن "إظهار السرور في الأعياد من شعائر الدين"⁽¹⁾، فمن أصول فقه العيد: إظهار السرور، والأعياد: موطن اجتماع، وشعائر الدين: هي الحضارة، والمعنى: إظهار السرور في الأعياد من الحضارة، وهو معلم لا يدلنا عليه إلا أصول الفقه.

إن هذا يدل على أن علم الأصول علم اجتماعي صيرفي؛ والناظر في سيرة القرن الأول، يلحظ بجلاء كيف كان أصول الفقه موظفاً كعلم اجتماعي.

من معالم الحضارة الاجتماعية في أصول الفقه

الاعتبار بالموازنات

إن الميل إلى الأنفع والأخذ بالأصلح أمر طبيعي تقبله الفطرة السوية، قال العز بن عبد السلام رحمه الله: "اعلم أن تقديم الأصلح فالأصلح ودرء الأفسد فالأفسد، مركز في طبائع العباد نظراً لهم من رب الأرباب"⁽²⁾.
والموازنة تعني المقابلة بين الضر والنفع؛ بهدف استكشاف الراجح منهما⁽³⁾، وأول من أطلق مصطلح (الموازنة) بين المصالح والمفاسد هو الإمام العز، قال رحمه الله: "إذا تعارضت المصلحتان وتعذر جمعهما، فإن علم رجحان إحداهما قدمت، وإن لم يعلم رجحان، فإن غلب التساوي فقد يظهر لبعض العلماء رجحان إحداهما فيقدمها ويظن آخر رجحان مقابلهما فيقدمه، فإن صوبنا المجتهدين فقد حصل لكل واحد منهما مصلحة لم يحصلها الآخر، وإن حصرنا الصواب في أحدهما فالذي صار إلى المصلحة الراجحة مصيب للحق والذي صار إلى المصلحة المرجوحة مخطئ معفو عنه، إذا بذل جهده في اجتهاده، وكذلك إذا تعارضت المفسدة والمصلحة"⁽⁴⁾.

(1) فتح الباري 2/ 443.

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنام- ص 7.

(3) تأصيل فقه الأولويات- محمد همام ملحم، ص 50.

(4) يُنظر: قواعد الأحكام- 1/ 60.

إن ذاهبًا ربما ذهب إلى مستشفى من المستشفيات، فلا يجد الطبيب المنوط به تخفيف آلام المرضى، وخاصة في وقت صلاة التراويح في رمضان، أو في صلاة الجمعة، وربما يتجول في حجرات المرضى فلا يجد طبيبًا يقوم بما عهد إليه، بل يجده في صفوف المصلين! (1).

إذا ثبت هذا فأصول الفقه يدلنا على حضارة اجتماعية، تتجلى في تبصيرنا بفقه الموازنات، فحضارة الشعوب تقتضي أن يعيشوا أصحاب أقياء، فضلًا عن مداواتهم -بالأحرى- إذا كانوا مرضى، لكن الموازنة بين تخفيف آلام المرضى وبين أداء الصلاة في جماعة، توجب ترجيح الأول على الثاني من غير ارتياب؛ أداء الصلاة يجبره إذا سقط قضاؤها، أما تخفيف الألم فلا يجبره إلا الأداء وجوبًا مضيقًا، ثم ماذا يرجو مؤدي الصلاة في جماعة غير ثواب الله؟ إن تخفيف ألم المرضى أكد ثوابًا.

إذا نتسائل .. هل يمكن بطريقة تفكير الأصولي أن يستفيد عالم الاجتماع؟ وهل يمكن لعالم الاجتماع أن يستفيد من كيفية ترتيب الأصولي أفكاره في ذهنه؟ والجواب: أن الأصولي يفرق بين القطعية والظنية، وهذا التفريق يفيد في التعامل مع النصوص الشرعية، ويمكن لعالم الاجتماع أن يتبنى هذا المنهج؛ فيفرق بين القطعي والظني في دراسة الواقع (2).

من معالم الحضارة الاجتماعية

فهم العلة من تشريع الحكم

فهم العلة من تشريع حكم الإيلاء:

الإيلاء هو حلف الزوج على ترك جماع زوجته مدة مخصوصة (3)، والأصل في ترتب أحكامه قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: 226]، وينتج الإيلاء أثره من طلاق أو تفريق عند جمهور

(1) يُنظر: نظرات في التجديد- د. عباس شومان، ص 119 .

(2) يُنظر: علاقة أصول الفقه بالفلسفة ص 36-37.

(3) بدائع الصنائع 3/ 161.

الفقهاء إذا قصد بالحلف ترك الجماع أربعة أشهر⁽¹⁾، أما إذا كان الحلف على غير ترك جماع فليس بإيلاء، لكن الإمام النخعي -رحمه الله- له فهم خاص لهذا الحكم؛ إذ يتوسع في مدلول الإيلاء توسعاً يدل على عمق نظره، وحضارة أصله الفقهي الذي أنتج هذا التفاعل، فهو يجعل مفهوم الإيلاء متعدداً لحالات الحلف للإضرار بالمرأة، سواء أكان بترك جماعها، أو إساءة عشرتها، قال رحمه الله: "من الإيلاء ألا تكلمها، ولا تجمعها، ولا يجتمع رأسك ورأسها، ولتغيظنها، أو لتسوأنها"⁽²⁾.

وهذا -لعمري- فهم دقيق وعميق لروح النص، وسعة إدراك معانيه ومراميه، وكأنه -رحمه الله- يؤصل لفقه اجتماعي غاية في التحضر والرقي؛ حيث رأى أن الله جعل الأجل الذي حدده للمولي مخرجاً للمرأة من سوء العشرة والإضرار بها من قبل الزوج، وليست اليمين على ترك جماعها كما هو منطوق الآية فحسب، بل فهم أن مقصود الآية التنبيه على حرمة الإضرار بالزوجة، ومتى امتد ضرر الزوج إلى زوجته مدة أربعة أشهر فيفترق بينهما؛ لظهور عدم التوافق المدلول عليه بالمدة.

لقد نظر النخعي -رحمه الله- إلى الغاية التي من أجلها ترك الزوج وطء زوجته، فوجدها: (الإضرار)، فجعل تلك الغاية مناطاً للحكم.

فهم العلة من تشريع منع خروج النساء إلى المساجد ليلاً:

جاءت الأحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متضافرة، بشأن جواز خروج النساء إلى المساجد ليلاً، ومنها حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله»⁽³⁾.

(1) يُنظر: المغني 298/7.

(2) يُنظر: موسوعة فقه إبراهيم النخعي ص 172، ويراجع: التطور والثبات في فهم نصوص الشريعة- ص 71.

(3) أخرجه الإمام البخاري 6/2-برقم 900، والإمام مسلم 327/1- برقم 442.

لكن خروج المرأة ولو إلى الصلاة فيه من الفتن ما لا يخفى، ومن الضرر ما يحتاط له؛ فقلما يسلم خروجهن عن طيب، وحسن ثياب، وإظهار زينة وحلي، فضلا عن إن الأصل انشغال المرأة بحال زوجها(1)، فرفع عنها الحرج في مكثها في بيتها، وقد قال الله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾ [الأحزاب: 33]، وهو في الشواب ألزم، وقالت عائشة رضي الله عنها: «لو أدرك رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن كما منعت نساء بني إسرائيل»(2).

ولم يزل فقهاؤنا رحمهم الله - يقيدون خروجهن للصلاة "غير متطيبات، ولا يلبسن ثوب شهرة ولا زينة، وأن يلبسن ثيابا قصدة من البياض وغيره" (3)، وفي أوقات مخصوصة هي الفجر والمغرب والعشاء؛ حيث يؤمن انتشار الفساق في غير الجمعة والظهر والعصر، فهم بالفجر والعشاء نائمون، وفي المغرب بالطعام مشغولون. والمختار عند أبي حنيفة رضي الله عنه أن لا يجوز شيء من ذلك؛ لفساد الزمان والتظاهر بالفواحش (4).

من معالم الحضارة الاجتماعية في أصول الفقه

مراعاة الوقائع

الأصولي من يستطيع التوصل بمعرفة الواقع إلى معرفة حكم الله ورسوله؛ كما توصل شاهد يوسف بشق القميص من دبر إلى معرفة براءة يوسف وصدقته، وكما توصل سليمان بذكائه في قوله: "انتوني بالسكين أشق الولد بينكما" إلى معرفة عين الأم، وكما توصل أمير المؤمنين علي بن أبي طالب كرم الله وجهه بقوله للمرأة التي أنكرت حمل كتاب حاطب: "لتخرجن الكتاب أو لنجدنك" إلى استخراج الكتاب منها، قال ابن القيم رحم الله: "من تأمل الشريعة وقضايا

(1) يُنظر: الحاوي 455/2، وإحكام الأحكام 197/1، والاختيار 82/1، وشرح الزرقاني على الموطأ 673/1.

(2) أخرجه الإمام البخاري رضي الله عنه، في كتاب: الأذان، باب: خروج النساء إلى المساجد بالليل والغلس، 173/1-869.

(3) الأم 267/1.

(4) يُنظر: الاختيار مع المختار 59/1.

الصحابة وجدها طافحة بهذا، ومن سلك غير هذا أضرع على الناس حقوقهم، ونسبه إلى الشريعة التي بعث الله بها رسوله" (1).

ولهذا وجدت الإمام الشافعي رضي الله عنه - يقول: "مكثت عشرين سنة أتبع أيام الناس؛ أستعين بذلك على الفقه" (2).

وقال أبو حامد رحمه الله: " اعلم أن كل من طلب المعاني من الألفاظ ضاع وهلك وكان كمن استدير المغرب وهو يطلبه، ومن قرر المعاني أولاً في عقله ثم أتبع المعاني الألفاظ فقد اهتدى" (3).

وقال القرافي رحمه الله: "على هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام، فمهما تجدد في العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك، لا تجره على عرف بلدك وأسأله عن عرف بلده واجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلالاً في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين " (4).

ومن مراعاة الوقائع: أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل في أوقات مختلفة عن أفضل الأعمال وخيرها، فأجاب بأجوبة مختلفة قد توهم -في الظاهر- تناقضاً؛ ففي الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل: أي الأعمال أفضل؟ قال: "إيمان بالله"، قال: ثم ماذا؟ ال: "الجهاد في سبيل الله"، قال ثم ماذا؟ قال: "حج مبرور" (5). ثم سئل: أي الأعمال أفضل؟ قال: "الصلاة لوقتها"، قال: ثم أي؟ قال: "الجهاد في سبيل الله" (6).

(1) الإعلام 69/1.

(2) رواه الخطيب البغدادي في: الفقيه والمتفقه 41/2، والبيهقي في: مناقب الشافعي 499/1.

(3) المستصفي ص 18.

(4) الفروق 176/1.

(5) البخاري - 133/2 - 1519.

(6) البخاري - 156/9 - 7534.

ومن مراعاة الوقائع كذلك: تضمين الصناع؛ وهم الأجراء الذين يقع التعاقد معهم لصنع شيء أو إصلاحه، كالخياط، والصبّاغ، وأشباههما. وهو مبدأ أقرته الشريعة لجبر ما يحصل من ضرر، وزجر من يعتدي، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 58]، "ووجوب الأداء يستلزم شغل الذمة بها، وذلك ما يتحقق به معنى الضمان" (1).

والأصل في الصناع ألا يضمنوا باعتبارهم أجراء مؤتمنين، وقد أسقط النبي -صلى الله عليه وسلم- عنهم الضمان. فيما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: «لا ضمان على مؤتمن» (2). إلا أن مصلحة الناس قضت بتضمينهم؛ فحفظ الأموال من الأمور الغالبة التي تجب مراعاتها (3)، بل لما كان للناس حاجة إلى الصناع؛ لتقوم مصالحهم وتقضى حوائجهم، فليس كل أحد يحسن أن يخيظ ويقصر ثوبه أو يطرزه. والصناع لما كان الغالب في أحوالهم غيابهم عن أمتعة الناس والتفريط فيها وتركهم حفظها، كانت المصلحة في تضمينهم؛ إذ لو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا عند دعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة في التضمين (4).

قال الإمام مالك رضي الله عنه: "لو كان ذلك إلى أمانتهم لهلكت أموال الناس، وضاعت قبلهم، واجترؤوا على أخذها، ولو تركوها لم يجدوا مستعتبا، ولم

(1) الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ/ علي الخفيف ص 9.

(2) أخرجه الإمام الدارقطني في السنن 455/3- 2961 ، والبيهقي في: السنن الكبرى 473/6-12700.

(3) يُنظر: كشف القناع عن تضمين الصناع، لابن رحال المعداني ص 74.

(4) يُنظر: الإشراف 1182-665/2، والمنقذ للباجي 71/6، والاعتصام 19-18/3.

يجدوا غيرهم ولا أحدا يعمل تلك الأعمال غيرهم، فضمنوا ذلك لمصلحة الناس" (1).

وعليه عمل الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم-، فقد قضوا بتضمين الصناع، قال علي رضي الله عنه-: «لا يصلح الناس إلا ذلك» (2).

ومنها: ما رواه قتادة رحمه الله- قال: «يضمن كل عامل أخذ أجرا إذا ضيع» (3).

وروي أن عليا رضي الله عنه- كان «يضمن الخياط، والصباغ، وأشباه ذلك احتياطاً للناس» (4).

ومن مراعاة الوقائع: جواز إخراج القيمة في صدقة الفطر؛ فالعلة في إخراج صدقة الفطر هي إغناء الفقراء، كما يدل عليها قوله عليه الصلاة والسلام: "أغنوهم عن السؤال في هذا اليوم" (5)، وهي تتحقق اليوم بإنفاق الأموال دون الأصناف الواردة في حديث صدقة الفطر "صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير" (6)، فماذا يفعل الفقير بالأنواع من المطعومات؟ هو يريد سد حاجاته هو وعياله، لا شك أن المطعومات إن فاضت عنده سيبيعها بالمال ليسد حاجاته، فضلا عن كون الأصناف الواردة من المطعومات كانت هي السبيل الأوحى في مجتمع مكة آنذاك.

إن مقاصد الشريعة الإسلامية تتفق وجواز إخراج صدقة الفطر أموالاً، وهذا معاذ بن جبل يأخذ القيمة في الصدقة ولم يجمد أمام قول الرسول صلى الله عليه وسلم له: "خذ الحب من الحب" (7)، بل نظر إلى المقصد من هذا النص النبوي،

(1) المدونة 400/3.

(2) يُنظر: مصنف ابن أبي شيبة 360/4-21051.

(3) مصنف عبد الرزاق الصنعاني 216/8-14945.

(4) مصنف عبد الرزاق 217/8-14948.

(5) أخرجه الدارقطني في سننه 89/3- برقم 2133.

(6) الموطأ 403/2-989.

(7) أخرجه ابن زنجويه في: الأموال 899/3-1598.

فها هو يقول لأهل اليمن فيما رواه البخاري: "أنتوني بخميس أو لبيس آخذه منكم مكان الصدقة، فإنه أهون عليكم وخير للمهاجرين (1)".

"إن التمسك بحرفية السنة أحيانا لا يكون تنفيذاً لروح السنة، بل يكون مضاداً لها" (2)، فالرسول صلى الله عليه وسلم راعى ظروف البيئة والزمن، فأوجب صدقة الفطر مما في أيدي الناس من الأطعمة، لاسيما أن النقود كانت عزيزة عند العرب، وبخاصة أهل البادية، فكان الأيسر لهم إخراج الطعام. والأغنياء من الصحابة كانوا محدودين، تكاد اليد الواحدة أن تحصرهم، والعبرة في الأحكام على الكثير الشائع لا على القليل النادر كما أفاد الأصوليون، أما عن تنبيه النبي عن المال فهو لأن المجتمع النبوي آنذاك كان في طور البناء، أما الآن فقد استقرت المجتمعات، فلا حاجة لصاع من تمر أو بر أو شعير، الفقير لا يحتاج لهذه الأصناف، بقدر ما يحتاج شراء ما يكفيه هو ومن يعول.

إن مدينة كالقاهرة -مثلاً- بها أكثر من ستة ملايين مسلم، لو كلفتهم بإخراج ستة ملايين صاع من القمح أو الذرة أو الشعير أو التمر أو الزبيب، من أين يجدونها؟ وهب أنهم وجدوها، ماذا يستفيد الفقير من هذه الحبوب وهو لم يعد يطحن أو يخبز؟ إنما يشتري الخبز جاهزاً من المخازن، إننا نلقي عليه بذلك عبئاً حين نعطي له حبوباً، لأنه سيبيعها ليغني نفسه.

من معالم الحضارة الاجتماعية في أصول الفقه

التنمية الاجتماعية

الفروض الكفائية من مهمات اجتماع بني آدم، سواء أكانت دينية أم دنيوية، قصد الشارع وقوعها ولم يقصد بالذات عين من يتولاها (3)، وسميت بذلك: لأن

(1) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 189/4 - 7372.

(2) كيف نتعامل مع السنة النبوية؟ معالم و ضوابط- د/ القرضاوي، ص 135.

(3) أشباه السبكي 89/2، كما عرفه بقوله: مهم يقصد حصوله من غير نظر بالذات إلى فاعله. جمع الجوامع مع المحلي والطار 236 / 1، وعرفه الإسنوي بأنه: طلب إيقاع الفعل مع قطع النظر عن الفاعل. التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ص 74.

فعل البعض فيها يكفي في سقوط الإثم عن الباقيين مع كونها واجبة على الجميع⁽¹⁾ .

وهي سبيل للتممية الاجتماعية من حيث إن المناط فيها هو المصلحة، قال العز بن عبد السلام رحمه الله: "اعلم أن المصالح ضربان، أحدهما: ما يثاب على فعله لعظم المصلحة في فعله، ويعاقب على تركه لعظم المفسدة في تركه، وهو ضربان، أحدهما: فرض على الكفاية، كتعلم الأحكام الشرعية الزائدة على ما يتعين تعلمه على المكلفين إلى نيل رتبة الفتيا، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وإطعام المضطرين، وكسوة العارين، وإغاثة المستغيثين، والفتاوى والأحكام بين ذوي الاختصاص، والإمامة العظمى والشهادات، وتجهيز الأموات، وإعانة الأئمة والحكام وحفظ القرآن"⁽²⁾.

غير أنه لا يعني تعلق وجوب فرض الكفاية بفعل غير معين أن يسع الجميع تركه؛ فقد اتفق الأصوليون على أن الكل إذا تركوا القيام بفعل فرض الكفاية أثموا جميعاً⁽³⁾.

قال الإمام الشافعي رضي الله عنه:- "وهكذا كل ما كان الفرض فيه مقصوداً به قصد الكفاية فيما ينوب، فإذا قام به من المسلمين من فيه الكفاية خرج من تخلف عنه من المأثم، ولو ضيعوه معا خفت ألا يخرج واحد منهم مطيق فيه من المأثم، بل أشك إن شاء الله؛ لقوله تعالى ﴿إِلَّا تَتَفَرُّوا يُعَذِّبُكُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ [التوبة:39]"⁽⁴⁾.
إذا تبين أن الجميع مطالب بفرض الكفاية، وأن الحرج يقع على الجميع إذا لم يؤده بعضهم، فقد حاول الأصوليون أن يستدلوا لذلك، وجاء قوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [التوبة: 122] دليلاً اعتمدوا عليه.

(1) يُنظر: شرح تنقيح الفصول ص 155، والتمهيد للإسنوي ص 74.

(2) قواعد الأحكام 50/1.

(3) يُنظر: العدة 305/1، والمستصفي ص 217، والواضح 3/ 209، وروضة الناظر 584/1.

(4) يُنظر: الرسالة ص 364.

وفي توجيه الاستدلال به قال الجصاص الحنفي رحمه الله:- "من الأمر ما يكون فرضاً على الكفاية ويتوجه به الخطاب إلى جماعتهم، نحو: الجهاد، والصلاة على الجنائز، ودفن الموتى، وغسلهم، ونحو: التفقه في الدين، قال الله تعالى:- ﴿قُلُوا نَفَرًا مِّنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾، فدل على أنه فرض على الكفاية، والجهاد كذلك؛ لأنه معلوم أن فرض الجهاد لازم لإظهار دين الله، ولو لزم كل واحد ذلك لتعطل الناس عن سائر أمورهم، وفي ذلك ظهور أعدائهم عليهم، فدل على أنه وإن كان الخطاب به متوجهاً إلى الجميع، فإن لزوم فرضه مقصور على وقوع الكفاية به من بعضهم، فإن وقع ذلك منهم نابوا عن الناس الباقين. على هذا مضى السلف وسائر الخلف من عصر النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى يومنا هذا" (1).

كما استدلل الشاطبي رحمه الله- بما ثبت من القواعد الشرعية القطعية، كالإمامة الكبرى أو الصغرى، فإنها إنما تتعين على من فيه أوصافها المرعية لا على كل الناس، وكذلك الجهاد يتعين القيام به على من فيه نجدة وشجاعة وما أشبه ذلك من الخطط الشرعية؛ إذ لا يصح أن يطلب بها من لا يبدئ فيها ولا يعيد؛ وإلا كان تكليف ما لا يطاق، وهو باطل شرعاً (2).

من معالم الحضارة الاجتماعية في أصول الفقه

تحسين علاقة المسلمين بغيرهم

لقد تضمنت آية من القرآن الكريم قاعدة في علاقة المسلمين بغيرهم، هي قوله تعالى: "لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ [الممتحنة: 9]" قال ابن الجوزي رحمه الله: "هذه الآية رخصة في صلة الذين لم ينصبوا الحرب للمسلمين، وجواز برهم" (3).

(1) أصول الجصاص 157/2، وينظر: الموافقات 278/1.

(2) ينظر: الموافقات 279/1.

(3) زاد المسير 270 /4.

وقد أكد ابن جرير - رحمه الله - عموم الآية لغير المسلمين فقال: "أولى الأقوال في ذلك بالصواب قول من قال: عني بذلك: "لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ" من جميع أصناف الملل والأديان، أن تبروهم وتصلوهم، وتقسطوا إليهم، إن الله عز وجل عم بقوله: (الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم) جميع من كان ذلك صفته، فلم يخص به بعضا دون بعض" (1).

حتى إنه يجب رد السلام عليهم تماما كالمسلمين؛ أخذا بعموم "وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها".

على أنه قد وردت آية عامة في المشركين، وهي قوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ﴾ [المجادلة: 22]، فالخاص مقدم على العام، ومن ثم يدخل في استحقاق البر والصلة جميع أصناف الملل والأديان، ما داموا لم تصدر منه مقابلة في الدين أو إخراج من الديار (2).

قال في (دفع إيهام الاضطراب) (3): "الكافر الذي لم ينه عن بره والإقساط إليه مشروط فيه عدم القتال في الدين، وعدم إخراج المؤمنين من ديارهم، والكافر المنهي عن ذلك فيه هو المقاتل في الدين المخرج للمؤمنين من ديارهم المظاهر للعدو على إخراجهم".

إن الإسلام يستبقي أسباب السلام العالمي المؤلف للقلوب، بالبر والإقساط، حتى لقد عد منهما: التصديق على من لا يد لهم، والوقف عليهم، فالله تعالى قد قال: ﴿وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾ [الإنسان: 8] (4)، بل من البر والإقساط تحريم الاعتداء ولو بكلمة.

(1) جامع البيان 323/23.

(2) يُنظر: تفسير الطبري 323/23.

(3) ص 236.

(4) يُنظر: شرح مختصر الطحاوي 386/2، وأحكام القرآن للجصاص 3/ 583، وأحكام القرآن للكلية 409/4، ونواسخ القرآن ص 206.

قال القرافي -رحمه الله-: " من اعتدى عليهم [قلت: يعني أهل الذمة] ولو بكلمة سوء أو غيبة في عرض أحدهم، أو نوع من أنواع الأذية، أو أعان على ذلك، فقد ضيع ذمة الله تعالى وذمة رسوله -صلى الله عليه وسلم- وذمة دين الإسلام" (1).

من معالم حضارة أصول الفقه الاجتماعية

التحاكم إلى صحيح الأعراف والعادات

العرف دليل شرعي معتبر في استنباط الأحكام الشرعية، وقد اتفق الأصوليون على العمل به، قال السيوطي رحمه الله: "اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجوع إليه في الفقه، في مسائل لا تعد كثرة" (2)، من ذلك: الحرز في السرقة؛ فلم يبين الشارع الحكيم ضابط ما يعتبر حرزاً للمال مما لا يعتبر، ومن هنا تقرر ضرورة اللجوء إلى العرف؛ سبيلاً إلى الوصول إلى الحكم الشرعي، قال السيوطي رحمه الله: " كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف، ومثله بالحرز في السرقة" (3).

وقال ابن النجار مؤرداً أمثلة كثيرة: "ضابطه: [قلت: العرف المعتبر] كل فعل رتب عليه الحكم، ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة، كإحياء الموات، والحرز في السرقة، والأكل من بيت الصديق، وما يعد قبضاً وإيداعاً وإعطاءً وهديةً وغصباً، والمعروف في المعاشرة، وانتفاع المستأجر بما جرت به العادة، وأمثال هذه كثيرة لا تتحصر. ومأخذ هذه القاعدة وموضعها من أصول الفقه في قولهم: "الوصف المعلل به قد يكون عرفياً" أي: من مقتضيات العرف وفي باب التخصيص في تخصيص العموم بالعادة" (4).

ومن ذلك: أن ثبوت المالية في الأشياء مآله إلى العرف، فيحدد به ما يعد مالا شرعاً وما لا، ومن ثم فكل ما تعارف الناس على اعتباره ثمناً للأشياء فهو

(1) الفروق 14/3.

(2) الأشباه والنظائر ص 90.

(3) الأشباه والنظائر ص 98.

(4) شرح الكوكب المنير 452/4.

نقد، قال ابن تيمية رحمه الله: " وأما الدرهم والدينار فما يعرف له حد طبعي ولا شرعي بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح " (1).

بل قد تتغير الأحكام بتغير الأعراف؛ فقد ذكر الشاطبي -رحمه الله- أن من أنواع الأعراف: العادات المتبادلة؛ يقول: "المتبدلة، منها: ما يكون متبدلاً في العادة من حسن إلى قبح، وبالعكس، مثل: كشف الرأس؛ فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع، فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية، وغير قبيح في البلاد المغربية، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك، فيكون عند أهل المشرق قادحا في العدالة، وعند أهل المغرب غير قادح" (2).

وعقد القرافي -رحمه الله- فصلاً للتفريق بين قاعدتي الخبر والإنشاء في الألفاظ، وأن مرجع الفرق إلى تغير العرف؛ فالإمام مالك رضي الله عنه كان يفتي بوقوع الطلاق ببعض الألفاظ التي نحو: أنت خلية، وحبلك على غاربك، وبين أن هذا وغيره ما اقتضاه العرف في زمنهم، ومما يوجب تغير تغير الحكم تبعاً له، قال القرافي: "إن مالكا أو غيره من العلماء إنما أفتى في هذه الألفاظ بهذه الأحكام؛ لأن زمانهم كانت فيه عوائد اقتضت نقل هذه الألفاظ للمعاني التي أفتوا بها فيها؛ صونا لهم عن الزلل، وإذا وجدنا زماننا عريا عن ذلك وجب علينا أن لا نفتي بتلك الأحكام في هذه الألفاظ؛ لأن انتقال العوائد يوجب انتقال الأحكام، كما نقول في النقود وفي غيرها فإننا نفتي في زمان معين بأن المشتري تلزمه سكة معينة من النقود عند الإطلاق؛ لأن تلك السكة هي التي جرت العادة بالمعاملة بها في ذلك الزمان فإذا وجدنا بلداً آخر وزماناً آخر يقع التعامل فيه بغير تلك السكة تغيرت الفتيا إلى السكة الثانية، وحرمت الفتيا بالأولى لأجل تغير العادة.

(1) مجموع الفتاوى 252/19.

(2) الموافقات 489/2.

وكذلك القول في نفقات الزوجات والذرية والأقارب وكسوتهم تختلف بحسب العوائد، وقبض الصدقات عند الدخول أو قبله أو بعده، في عادة نفتي أن القول قول الزوج في الإقباض؛ لأنه العادة وتارة بأن القول قول المرأة في عدم القبض إذا تغيرت العادة، أو كانوا من أهل بلد ذلك عاداتهم، وتحرم الفتيا لهم بغير عاداتهم ومن أفتى بغير ذلك كان خارقا للإجماع فإن الفتيا بغير مستند مجمع على تحريمها، وكذلك التلوم للخصوم في تحصيل الديون للغرماء وغير ذلك مما هو مبني على العوائد مما لا يحصى عدده متى تغيرت فيه العادة تغير الحكم بإجماع المسلمين " (1).

وقد عقب ابن القيم على هذا بقوله: "هذا محض الفقه، ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعتهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضر ما على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان" (2).

إن تغير الأحكام بتغير الأعراف راجع إلى عوامل أهمها: تغير الأزمنة، وتغير الأمكنة، وتغير الأحوال، وتغير النيات، وتغير العوائد، فكل هذه أسباب تجعل المجتهد يغير من حكمه فيخرج على مناط آخر غير الذي كان رأى؛ فالنبي صلى الله عليه وسلم شرع لأُمَّته إيجاب إنكار المنكر ليحصل بإنكاره من المعروف ما يحبه الله ورسوله، لكن إذا كان إنكار المنكر يستلزم ما هو أنكر منه وأبغض إلى الله ورسوله، فإنه لا يسوغ إنكاره وإن كان الله يبغضه ويمقت أهله، وهذا كالإنكار على الملوك والولاة بالخروج عليهم، فإنه أساس كل شر وفتنة إلى آخر الدهر (3).

(1) الفروق 45/1.

(2) إعلام الموقعين 66/3.

(3) إعلام الموقعين 12/3.

من معالم الحضارة الاجتماعية في أصول الفقه

مراعاة حال المستفتي

من الواجب على المفتي أن ينزل نفسه من المستفتي منزلة الطبيب من المريض الذي جاء يلتمس العلاج عنده؛ فكما أن الطبيب يحاول أن يتعرف صورة المرض، وأسبابه، ويعطي من العلاجات ما يراه ناجحاً لمداواته، ويوجه بالإرشادات التي ينبغي اتباعها، فكذلك المفتي يخبر من جاءه مستتبيناً مسترشداً في أمر قد نزل به، بالعلاجات القرآنية والنبوية، والتوجيهات المستوحاة من شريعة الله التي جعلها شفاءً ورحمة للمؤمنين.

وقد صور لنا الإمام الشافعي ذلك بقوله: «المستفتي عليل، والمفتي طبيب، فإن لم يكن ماهراً بطبه وإلا قتله»⁽¹⁾.

وهذا الأمر قد أولاه الأصوليون عنايتهم البالغة، فطالما دعوا إلى ضرورة معرفة أحوال الناس، جاء عن الإمام أحمد رضي الله عنه: " لا ينبغي للرجل أن ينصب نفسه -يعني: للفتيا- حتى تكون فيه خمس خصال: أن تكون له نية، فإنه إذا لم تكف له نية، لم يكن عليه نور، ولا على كلامه نور. والثانية: أن يكون له وقار وسكينة. والثالثة: أن يكون قويا على ما هو فيه، وعلى معرفته. والرابعة: الكفاية، وإلا مضغه الناس. والخامسة: معرفة الناس " ⁽²⁾.

وقد عقب ابن القيم -رحمه الله- على الخصلة الخامسة بقوله: " أما قوله "معرفة الناس"، فهذا أصل عظيم يحتاج إليه المفتي، فإن لم يكن فقيها في الأمر والنهي ثم يطبق أحدهما على الآخر، وإلا كان ما يفسد أكثر مما يصلح، فإنه إذا لم يكن فقيها في الأمر له معرفة بالناس تصور له الظالم بصورة المظلوم وعكسه، والمحق بصورة المبطل وعكسه، وراج عليه المكر والخداع والاحتيال، وتصور له الزنديق في صورة الصديق، والكاذب في صورة الصادق، ولبس كل مبطل

(1) الفقيه والمتفقه - 394/2.

(2) الواضح في أصول الفقه 460/5.

ثوب زور تحته الإثم والكذب والفجور، وهو لجهله بالناس وأحوالهم وعوائدهم وأعرافهم لا يميز هذا من هذا، بل ينبغي له أن يكون فقيهاً في معرفة مكر الناس وخداعهم واحتيالهم وعوائدهم وأعرافهم؛ فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال" (1).

إن من مراعاة حال المستفتي: مراعاة تغير الزمان والمكان؛ فهي سنة من سنن الخالق في تشريعه لخلقه.

يؤكد هذا الأمر الإمام القرافي بقوله: "هذه سنة الله في خلقه، فأول بدء الإنسان في زمن آدم كان الحال ضعيفاً ضيقاً، فأبيحت الأخت لأخيها، وأشياء كثيرة وسع فيها، فلما اتسع الحال وكثرت الذرية، وعتت النفوس، حرم ذلك في زمن بني إسرائيل، وحرم السبت.. وفرض عليهم خمسون صلاة.. إلى غير ذلك من التشديدات، ثم جاء آخر الزمان فهزمت الدنيا وضعف الجسد.. وعملت الصلوات خمساً وخففت الواجبات، فقد اختلفت الأحكام والشرائع بحسب اختلاف الأزمان والأحوال، وظهر أنها سنة الله في سائر الأمم، وشرع من قبلنا شرع لنا، فيكون ذلك بياناً على الاختلاف عند اختلاف الأحوال في زماننا، وظهر أنها من قواعد الشرع وأصول القواعد، ولم يكن بدعاً عما جاء به الشرع" (2).

ولذا -أكد رحمه الله- أن إصدار الفتوى دون مراعاة هذه التغيرات جهالة في الدين فقال: "إن إجراء الأحكام التي مدرکها العوائد مع تغير تلك العوائد، خلاف الإجماع و جهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة" (3).

(1) إعلام الموقعين 157/4.

(2) يُنظر: الذخيرة-46/10-47.

(3) الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام. شهاب الدين القرافي. ص 231-231. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب. 1967. ويُنظر: الفتوى ورعاية مقاصد الشريعة الإسلامية- بحث منشور بموقع:

[./https://bennanikarim.wordpress.com/2013/12/10](https://bennanikarim.wordpress.com/2013/12/10)

ثم يأتي العلامة ابن خلدون فيقرر: أن أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقر، إنما هو اختلاف على الأيام والأزمنة وانتقال من حال إلى حال، وكما يكون ذلك في الأشخاص والأوقات والأمصار فكذلك يقع في الآفاق والأقطار والأزمنة والدول، سنة الله التي قد خلت في عباده⁽¹⁾.

والحمد لله رب العالمين

(1) مقدمة ابن خلدون ص 28.

نتائج البحث

أحسب الأمور التالية كفيّلة بأن تظهر نتائج البحث:-

- أصول الفقه يعد مورداً لدعائم حضارية: لناظم معرفي يتمثل في الجمع بين قراءة الوحي والكون، أو بمعنى آخر: كتاب الله المسطور وكتاب الله المنظور، ولقد أتى القرآن بمقارنات بين الكتابين؛ كما في قوله تعالى: الحمد لله الذي خلق السموات والأرض وجعل الظلمات والنور، وقوله: الذي خلق الموت والحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملاً ... سبع سموات طباقاً.. فهذا كتاب الله المنظور، أما قوله تعالى: الحمد لله الذي أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجاً، وقوله: تبارك الذي نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيراً" فهو كتاب الله المسطور، كما يمثل أصول الفقه أساساً فكرياً عماده الاجتهاد، ومنهجاً كلياً يجمع بين فقه التنزيل وفقه الواقع، والمعنى: أن أصول الفقه يساعد على إعطاء الحوادث الجديدة ما يناسبها من الأحكام، ذلك أن الحوادث وإن كانت متناهية في نفسها بانقضاء دار التكليف، إلا أنها لكثرتها وعدم انقطاعها ما دامت الدنيا، غير داخلة تحت حصر الحاصرين، فلا تعلم أحكامها جزئياً⁽¹⁾.
 - أطلق أبو حامد الغزالي -رحمه الله- على أصول الفقه: علم الاستثمار! وعلى المجتهد: مستثمراً، وعلى الحكم الشرعي: استثماراً، وعلى الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع: مثمراً، وعلى وجوه دلالتها: طرق الاستثمار⁽²⁾.
- فإطلاق علم الاستثمار وتوصيف أركانه بهذه الأوصاف دليل على حضارة هذا العلم؛ فقد سلف أن الحضارة إحراز تقدم، وهو يتسع أن يكون استثماراً.

(1) يُنظر: فتاوى الأمة وأصول الفقه، د. سيف الدين عبد الفتاح، ص 521، ومعالم في الاجتهاد الفقهي ص 341 و 345، والجوانب التربوية لأصول الفقه- ص 55.
(2) ينظر هذا التصور في: المستصفي، ص 7.

■ بلغت مسيرة [الحضارة] ذروتها بظهور المذاهب الفقهية؛ حيث الاجتهاد في أحكام أفعال العباد، بل لا تكاد تخلو كتب المذهب الواحد من أكثر من رواية في المسألة الواحدة، ولا ريب أن المذهب الفقهي الواحد قائم على أصول فقهية؛ فإن لكل فقه أساسا وأصلا.

■ تبنى بعض العلماء المعاصرين النظر إلى أصول الفقه باعتباره منهجا علميا لإدراك الوجود، بل هو شبيه بالمنهج التجريبي في علم الفيزياء، فيقول: "علم أصول الفقه هو المنهج الذي يوازي المنهج التجريبي في علم الفيزياء، فأصول الفقه هو منهج المسلمين في الوصول إلى الحق في مجال الوحي"⁽¹⁾.

ثالثها: تجديد يتعلق بمستجدات حياة الناس لوصلها بحبل الدين، وإيجاد الحلول المناسبة، بل اقتراح الصيغ الملائمة، وأصول الفقه وسيلة إلى ذلك أيضا، وإليه أشار إمام الحرمين -رحمه الله- بقوله: " القول الكاشف للغطاء، المزيل للخفاء، أن الأمر لله والنبي منيه، فإن لم يكن في العصر نبي، فالعلماء ورثة الشريعة، والقائمون في إنهاؤها مقام الأنبياء، ومن بدع القول في مناصبهم أن الرسل يتوقع في دهرهم تبديل الأحكام بالنسخ، وطوارئ الظنون على فكر المفتين، وتغاير اجتهاداتهم يغير أحكام الله على المستفتين، فتصير خواطرهم في أحكام الله تعالى حالة محل ما يتبدل من قضايا أوامر الله تعالى بالنسخ". رابعها: تجديد هو اختراع وليس ابتداعا، ومنه ما أحدثه السلف من تدوين الدواوين، وإحداث السجون، والجمع للتراويح، وقد يكون مه ما أحدثه الخلف من الاجتماع للذكر وتلاوة القرآن. خامسها: تجديد يتعلق بالاجتهاد في أحكام لم يسبق فيها نظر للعلماء، أو سبق فيها النظر لكن ظهر ما يعارضه .

(1) الأستاذ الدكتور/ علي جمعة، علم أصول الفقه وعلاقته بالفلسفة الإسلامية، ص 26.

■ "من زاول علم أصول الفقه، وفقه ما اشتمل عليه من الضوابط والقواعد، جزم بأن جميع الاستنباطات العقلية التي وصلت عقول أهالي باقي الأمم المتمدنة إليها، وجعلوها أساسا لوضع قوانين تمدنهم وأحكامهم، قل أن تخرج عن تلك الأصول التي بنيت عليها الفروع الفقهية، التي عليها مدار المعاملات، فما يسمى عندنا بعلم أصول الفقه، يشبه ما يسمى عندهم بالحقوق الطبيعية أو النواميس الفطرية، وهو عبارة عن قواعد عقلية تحسينا وتقيحا، يؤسسون عليها أحكام المدنية"⁽¹⁾.

■ أصول الفقه يأتي استجابة حضارية لتوجيه نبوي يقضي بصيانة مصدر من مصادر الاستدلال (هو السنة النبوية) من أي محاولة تحجر من وظيفته؛ ففي سنن أبي داود - رحمه الله - من حديث أبي رافع - رضي الله عنه - "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا ألفين أحدكم متكئا على أريكته يأتيه الأمر من أمري مما أمرت به أو نهيت عنه فيقول: لا ندري ما وجدنا في كتاب الله اتبعناه)، وعلى ذلك - أعني صيانة مصادر الاستدلال - درج أهل العلم، فأقاموا علم أصول الفقه.

■ جاء في خبر لرسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها»⁽²⁾، والتجديد الوارد في الخبر الشريف يمكن أن يجلي معالم حضارية لأصول الفقه، أولها: تجديد ما اندثر من أحكام الدين في حياة الناس. ثانيها: إنشاء طرائق خادمة للدين، ومنه: "من سن في الإسلام سنة حسنة"، فكون المنهج الأصولي داخلا في هذا السنن غير بعيد.

■ حيث ثبت أن القرآن الكريم منبع الحضارات قصصا وعبرا ومنهجًا، فإن فهمه واستنباط ما فيه من أحكام سبيلها الوصول إلى التحضر لابد له من

(1) المرشد الأمين للبنات والبنين - لرفاعة الطهاوي، ص 267 و268، ط/ دار الكتاب المصري، ودار الكتاب اللبناني، 2012م.
(2) أخرجه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه، 109/4 - برقم 4291.

أدوات، هذه الأدوات هي أصول الفقه؛ باعتبار أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

■ طلب الربيع بن مهدي من الإمام الشافعي رضي الله عنهما - أن يكتب له كتابا في الناسخ والمنسوخ، وابتداء الإمام الشافعي مباحث رسالته بالبيان، يعد أول معلم حضاري فكري لأصول الفقه.

■ العلم بأدلة الشريعة المعتمدة ومراتبها - بدءًا بالكتاب فالسنة فالإجماع فالقياس - سبيل بناء الحضارات، و الجهل بها مهد ضياعها ، فمهما قصر الناظر في دراية واحد منها فقد اقتبس شعبة من التخبط والضلال، وفي المقابل من كان متبحرا في الأدلة الشرعية أمكنه أن يستدل على غالب الأحكام بالنصوص والأقيسة، ولم يحتج معها إلى تكلف في الرأي أو استحداث أدلة لم يعتبرها الشارع.

وهذا المعنى طاف حوله الإمام الشافعي رحمه الله- في صدر رسالته حين قال: "فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها" ، وليس يعني رحمه الله- دلالة النص القرآني على عين كل نازلة، ولكنه يشير إلى مركزية القرآن الكريم في تقرير الأحكام، وذلك أن النازلة تكتسب حكمها من كتاب الله بتنصيبه على خصوصها، أو بإلحاقها بما كان منصوصا، أو باندراجها في مدلول نص عام، أو من خلال دليل آخر دل الكتاب الحكيم على اعتباره.

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله- : "لا يوجد قط مسألة مجمع عليها إلا وفيها بيان من الرسول صلى الله عليه وسلم، وقد استقرأنا موارد الإجماع فوجدناها كلها منصوصة" (1).

والمراد أن العلم بدلائل الوحي يعصم من الزيغ، والجهل بها جسر موصل إلى سلسلة انحرافات يتفاوت خطرها بقدر بعدها عن رحاه، فكلما

(1) يُنظر: مجموع الفتاوى 19/195 و196.

ابتعد المرء عن دائرة الوحي سارت به أهواؤه، ليبيني أحكامه على أنقاض النصوص(1).

■ قوله تعالى: "وما أنزلنا عليك الكتاب إلا لتبين"- وأصول الفقه بيان، أو أدوات للبيان- ويمكن أن يكون ذلك قياسا منطقيًا فأقول: القرآن بيان للحضارات، وأصول الفقه علم بيان ما في القرآن، إذا أصول الفقه علم الحضارات.

■ المدقق في علم الأصول يلحظ أنه يشكل منهجية تشريعية تعنى بضبط مناحي الاستدلال، وتحديد سبل استتطاق المعاني من أدلة الشريعة في صورة كليات وقواعد إجمالية، وإن من معالم الحضارات فيه: أنه يتغيا استقراء الدلائل الإجمالية؛ بلوغا لتقرير قواعد كلية تهدف إلى الوقوف على المعاني المقصودة شرعا، لتغدو معاهد التدليل من قواعد التاصيل المستخرجة من الكتاب والسنة موصوفة بـ (الربانية) (2).

■ مشكلة الأقول الحضاري معقدة ذات أعراض متعددة، وأمراض متنوعة، منها: انعدام المبادرة، وتراجع الاجتهاد والنظر في فقه الواقع، واعتماد استظهار المدونات والوقوف على حرفيتها نظاما تعليميا وفكريا، وافتراق الكلمة واتشفاق الصف، تلك بعض علامات الأقول الذي يحاول الباحث استنهاض الحضارة بأصول الفقه واستجلاء معالمها من خلاله، وإن العودة إلى أصول الفقه، ذلك المنهج الفريد الجامع بين إرشاد الوحي وسداد العقل أمر له فقه حضاري، بعقول أمة تلقت الرسالة الخاتمة مؤتمنة عليها، ولذا كان لها الشهود، ﴿تَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ﴾ [البقرة: 143] (3).

(1) يُنظر: من معالم الانحراف الأصولي، مشاري الشثري، بحث منشور بمجلة البيان السعودية، العدد 299.

(2) يُنظر: أثر القواعد الأصولية في ترشيد العمل الخيري، د. عبد الجليل زهير، ص 314.

(3) إثارات تجديدية في حقول الأصول، للشيخ/ عبد الله بن بيه، ص 7.

▪ معالم الحضارات مكنونة في ألفاظ الكتاب والسنة، ومن رام حضارة أُلزم نفسه استقراء تلك الألفاظ، وأصول الفقه خليق بهذا وحقيق، يقول الزركشي رحمه الله: "على فقيه النفس ذي الملكة الصحيحة تتبع ألفاظ الوحيين الكتاب والسنة واستخراج المعاني منهما، ومن جعل ذلك دأبه وجدها مملوءة، وورد البحر الذي لا ينزف، وكلما ظفر بأية طلب ما هو أعلى منها، واستمد من الوهاب" (1). وللإمام الشافعي -رحمه الله- رأي له وجاهته في أن معرفة ألفاظ الوحيين سبيل موصلة إلى حضارة؛ ذلك أن من عرف كتاب الله نصا واستدلالاته فقد استحق الإمامة في الدين (2)، والاستدلال من عمل علم الأصول، قال رضي الله عنه: "إن من أدرك علم أحكام الله في كتابه نصا واستدلالاته، ووقفه الله للقول والعمل بما علم منه: فاز بالفضيلة في دينه ودنياه، وانتفت عنه الريب، ونورت في قلبه الحكمة، واستوجب في الدين موضع الإمامة. (3).

▪ من شأن حضارة أصول الفقه: أن تشرح الكليات (الأدلة الإجمالية) وترجع على الجزئيات (الأدلة التفصيلية) التي جعلت الأمة مبارزة لكل جديد في شتى المجالات: الاجتماعية، والاقتصادية، والقانونية، والسياسية؛ ففي كل مجال يمكن سرد عشرات القضايا التي لو درست بنظر كلي، أمكن إيجاد حلول تخفف من غلواء الاختلاف. إن الكليات (الأدلة الإجمالية) التي يبحثها أصول الفقه ذات جذور ثلاثة - وهي أبعاد حضارية: نصوص الشريعة، ومصالح العباد، وموازين الزمان والمكان، وهذه الجذور محل عمل أصول الفقه؛ فإمام الحرمين لما نظر كليا لنظام الملك، ورأى موارد الدولة تنضب، وبيت المال يصفر، قد أصل للخروج

(1) البحر المحيط 272/8.

(2) نقلها إمام الحرمين والزركشي عن الإمام الشافعي، وهي معنى قوله التالي في الرسالة. يُنظر: غياث الأمم ص 402، والبحر المحيط 237/8.

(3) الرسالة ص 19.

عن مألوف النظر الجزئي، بما كان عليه الصحابة رضي الله عنهم وهم يواجهون مستجدات القضايا ونصوص الوجيبين بين أيديهم محصورة محدودة، فلم يتردد في جواز وضع الضرائب لإعداد الجيش، بل فرض الضرائب المالية على الناس -على حسب قدرتهم -إذا كانت خزائن الدولة لا تكفي احتياجاتها، وكان يخشى من أن يفضي ذلك إلى تعريض الدولة للخطر؛ بناء على جلب المصلحة، فهذا أصول الفقه ذو النظر الكلي.

قال -رحمه الله- مبينا حضارة أصول الفقه: "لست أحاذر إثبات حكم لم يدونه الفقهاء، ولم يتعرض له العلماء، لكني لا أبتدع، ولا أخترع شيئا، بل ألاحظ وضع الشرع، وأستثير معنى يناسب ما أراه وأتحرره. وهكذا سبيل التصرف في الوقائع المستجدة التي لا توجد فيها أجوبة العلماء معدة، وأصحاب المصطفى صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم، لم يجدوا في الكتاب والسنة إلا نصوصا معدودة وأحكاما محصورة محدودة، ثم حكموا في كل واقعة عنيت، ولم يجاوزوا وضع الشرع، ولا تعدوا حدوده؛ فعلمونا أن أحكام الله تعالى لا تتناهى في الوقائع، وهي مع انتفاء النهاية عنها صادرة عن قواعد مضبوطة" (1).

■ من معالم الحضارات في علم الأصول: الحكم الشرعي؛ من حيث إنه خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين، وهو يدل على أن الخطاب التشريعي خطاب حضاري شامل لنواحي الحياة المختلفة؛ بهدف تحقيق السعادة والخير للإنسان في العاجلة والآخرة.

(1) غياث الأمم ص 266، ويُنظر: إشارات تجديدية في حقول الأصول، للشيخ/ عبد الله بن بيه، ص 9.

▪ نبهنا الإمام القرافي - رحمه الله - إلى معلم حضاري، يقوم فقهه على ضرورة إعمال الفكر تجاه النص، فيقول: "الجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"⁽¹⁾.

ثانياً: التوصيات

يوصي الباحث بضرورة إكمال معالم الحضارات الأصولية، وتوسع نظرتهم لتشمل معالم الحضارة العقديّة، ومعالم الحضارة التربويّة، ومعالم الحضارة الاقتصادية، ومعالم الحضارة السياسية، هذه دعوى حجتها: أن الحضارة تأتي أول ما تأتي من عقيدة المرء بخالقه سبحانه، وهذه العقيدة مُحْتَاجَةٌ إلى فكرٍ ينمّيها، حتى إذا ما استقرّ ليحيا دعت الضرورة إلى اجتماع تنظّمه تربيةً راشدة، وإلى اقتصادٍ وسياسةٍ يَقومان هذه الحياة.

ويقترح إنشاء مؤسسة علمية أصولية، معنية بتبنيّ البحوث الأصيلة في مجال أصول الفقه، كما هو الحال في مقاصد الشريعة؛ أنشئ لها -على سبيل المثال- مركزُ دراساتٍ مقاصد الشريعة التابع لمؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي بلندن.

(1) الفروق 177/1.

المصادر والمراجع

- الإبهاج في شرح المنهاج لنتقي الدين ابن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب، ط/دار الكتب العلمية - بيروت، 1416هـ - 1995 م .
- إثارات تجديدية في حقول الأصول، للشيخ الدكتور/ عبد الله بن بيه.
- أثر القواعد الأصولية في ترشيد العمل الخيري، د. عبد الجليل زهير- بحث منشور بمجلة المشكاة، كلية التربية، جامعة السلطان قابوس، العدد السابع، 2009م.
- أثر الوسائل المستحدثة في إثبات الرؤية في الفقه الإسلامي، د. محمد الرملاوي، ط/ دار البشائر الإسلامية.
- الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين الأمدي (ت: 631هـ)، تحقيق/عبد الرزاق عفيفي، ط/المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان.
- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام- لابن دقيق العيد طبعة السنة المحمدية.
- أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: 370هـ)، بتحقيق/ محمد صادق القمحاوي - عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر الشريف، ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت، 1405 هـ.
- أحكام مباشرة النساء في أثناء فترة الدماء، د. عبد الله بن عبد المحسن الطريقي، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود، العدد الرابع، رجب 1411هـ.
- الاختيار لتعليل المختار " لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلبي (ت: 683هـ)، ط/ مطبعة الحلبي - القاهرة، 1356 هـ - 1937 م .

- إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول" للشوكاني (ت: 1250هـ)، بتحقيق/الشيخ أحمد عزو عناية، الطبعة الأولى لدار الكتاب العربي، 1419هـ - 1999م.
- إسهام علم أصول الفقه في تعزيز قيم الوسطية، د.الناجي الأمين، بحث منشور بجامعة طيبة بالسعودية، 2011م.
- الأشباه والنظائر للسيوطي (ت: 911هـ)، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية، 1411هـ - 1990م.
- الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (ت: 319هـ) بتحقيق/ صغير أحمد الأنصاري أبي حماد، الطبعة الأولى لمكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، 1425هـ - 2004 م
- أصول السرخسي لشمس الأئمة السرخسي (ت: 483هـ)، ط/ دار المعرفة - بيروت.
- أصول الفقه وعلاقته بالفلسفة الإسلامية، د. علي جمعة، ط/ المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1996م.
- اعتبار المآلات، د. عبد الرحمن السنوسي، ط/ دار بن الجوزي، 1424هـ.
- الاعتصام للشاطبي (ت: 790هـ)، بتحقيق: محمد بن عبد الرحمن الشقير، وسعد بن عبد الله آل حميد.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، بتحقيق/ محمد عبد السلام إبراهيم، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية - بيروت، 1411هـ - 1991م .
- اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم- لابن تيمية (ت: 728هـ)، بتحقيق: ناصر عبد الكريم العقل، الطبعة السابعة لدار عالم الكتب، بيروت، لبنان - 1999م

- الإقناع لابن المنذر (ت: 319هـ)، بتحقيق/ الدكتور عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، الطبعة الأولى، 1408 هـ.
- الأم لمحمد بن إدريس الشافعي(ت: 204هـ)، ط/ دار المعرفة- بيروت، 1410هـ/1990م.
- الأموال- لابن زنجويه (ت: 251هـ)، بتحقيق الدكتور: شاكِر ذيب فياض، الطبعة الأولى لمركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، السعودية، 1406 هـ - 1986 م.
- أوائل الشهور العربية للعلامة/ أحمد محمد شاكِر، بدون طبعة وتاريخ.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم المصري (ت: 970هـ)، الطبعة الثانية لدار الكتاب الإسلامي .
- البحر المحيط في أصول الفقه" لأبي عبد الله بدر الدين الزركشي (ت: 794هـ)، الطبعة الأولى لدار الكتبي، 1414هـ - 1994م .
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" لعلاء الدين الكاساني (ت: 587هـ) الطبعة الثانية لدار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م.
- بدائع الفوائد لابن القيم (ت: 751 هـ)، ط/دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
- البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين أبي المعالي الجويني(ت: 478هـ)، بتحقيق/ صلاح بن محمد بن عويضة، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 1418 هـ - 1997 م.
- السنن الكبرى لأبي بكر البيهقي (ت: 458هـ)، بتحقيق/ حمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة لدار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م.
- التحرير والتطوير المسمى: «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد» لمحمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن

- عاشور التونسي (ت : 1393هـ)، ط/الدار التونسية للنشر - تونس،
1984 هـ
- تفسير الطبري المسمى: "جامع البيان في تأويل القرآن" لابن جرير
الطبري (ت310هـ)، بتحقيق: أحمد محمد شاكر، ط/ مؤسسة الرسالة،
الطبعة الأولى، 1420 هـ - 2000 م.
- التقريب والإرشاد للقاضي أبي بكر الباقلاني (ت: 403 هـ)، بتحقيق د.
عبد الحميد بن علي أبو زنيد، الطبعة الثانية لمؤسسة الرسالة، 1418
هـ - 1998 م.
- التقرير والتحبير لابن أمير حاج (ت: 879هـ)، الطبعة الثانية لدار
الكتب العلمية، 1403هـ - 1983 م.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد" لأبي عمر يوسف بن عبد الله
بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: 463هـ)،
بتحقيق/ مصطفى بن أحمد العلوي ، ومحمد عبد الكبير البكري، ط/
وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، 1387 هـ .
- تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية، للشيخ مططفي عبد الرازق، ط/ لجنة
التأليف والنشر والترجمة، 1944م.
- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول" لجمال الدين الإسنوي
(ت:772هـ)، بتحقيق/ د. محمد حسن هيتو، الطبعة الأولى لمؤسسة
الرسالة - بيروت، 1400هـ
- شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين النفقازاني
(ت:793هـ) ط/ مكتبة صبيح بمصر.
- ثبوت الأهلة في الشريعة الإسلامية - دراسة تخصص الطالب/ نهاد
صالح طوسون، في الشريعة الإسلامية- بجامعة أم القرى في مكة.

- جامع بيان العلم وفضله لان عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: 463هـ)، بتحقيق: أبي الأشبال الزهيري، الطبعة الأولى لدار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1414 هـ - 1994 م.
- جماع العلم للإمام الشافعي (ت: 204هـ)، الطبعة الأولى لدار الآثار، 1423هـ-2002م.
- حاشية الطحطاوي على 'مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح' للطحطاوي الحنفي (ت: 1231 هـ)، بتحقيق/محمد عبد العزيز الخالدي، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 1418هـ - 1997م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" لابن عرفة الدسوقي المالكي (ت:1230هـ)، ط/ دار الفكر.
- الحاوي للماوردي (ت:450هـ) بتحقيق/ علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1419 هـ -1999م.
- حجة الله البالغة ل شاه ولي الله الدهلوي» (ت: 1176هـ)، بتحقيق الشيخ/ السيد سابق، الطبعة الأولى لدار الجيل، بيروت - لبنان، 1426 هـ - 2005م.
- حقيقة القولين- للإمام الغزالي، مطبوع ضمن العدد الثالث، من مجلة الجمعية الفقهية السعودية
- الخصائص لابن جني (ت: 392هـ)، ط/ الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- خلق الإنسان بين الطب والقرآن، د. محمد البار ، الطبعة الثامنة للدار السعودية للنشر والتوزيع - جدة.

- سنن الدارقطني لأبي الحسن الدارقطني (ت: 385هـ)، بتحقيق/ شعيب الارنؤوط، وآخرين، الطبعة الأولى لمؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2004 م.
- الذخيرة للقرافي (ت: 684هـ) ، بتحقيق/ محمد خبزة، الطبعة الأولى لدار الغرب الإسلامي- بيروت ، 1994 م.
- الرسالة- للإمام الشافعي (ت: 204هـ)، بتحقيق الشيخ/ أحمد شاکر، الطبعة الأولى لمكتبة الحلبي، مصر، 1358هـ/1940 م .
- رفع الملام عن الأئمة الأعلام، لابن تيمية، ط/ الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1983 م.
- روضة الناظر وجنة المناظر" لابن قدامة المقدسي (ت: 620هـ)، الطبعة الثانية لمؤسسة الريان، 1423هـ-2002م.
- زاد المسير في علم التفسير" لجمال الدين أبي الفرج ابن الجوزي (ت: 597هـ)، بتحقيق/عبد الرزاق المهدي، الطبعة الأولى لدار الكتاب العربي - بيروت- 1422 هـ .
- سنن ابن ماجه لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت: 273هـ)، بتحقيق/شعيب الأرئؤوط وآخرين، الطبعة الأولى لدار الرسالة العالمية، 1430 هـ - 2009 م .
- شرح الزرقاني على' موطأ الإمام مالك" لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، بتحقيق/ طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى لمكتبة الثقافة الدينية - القاهرة ، 1424هـ - 2003م.
- شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي (المتوفى: 972هـ)، ط/ دار الفكر - بيروت.

- شرح تنقيح الفصول لشهاب الدين القرافي (ت: 684هـ)، بتحقيق/ طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى لشركة الطباعة الفنية المتحدة، 1393 هـ - 1973 م .
- شرح صحيح البخاري- لأبي الحسن ابن بطلال (ت: 449هـ)، تحقيق: أبي تميم ياسر بن إبراهيم، الطبعة الثانية لمكتبة الرشد - السعودية، الرياض، 1423هـ - 2003 م .
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، المسمى: صحيح البخاري، للإمام البخاري (ت: 256هـ)، بتحقيق/محمد زهير بن ناصر الناصر، الطبعة الأولى لدار طوق النجاة، 1422هـ
- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، المسمى: صحيح الإمام مسلم، للإمام مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت: 261هـ)، بتحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت
- الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ/ علي الخفيف ط/ دار الفكر العربي، 2000 م .
- علم المقاصد الشرعية- د. نور الدين الخادمي، ط/ العبيكان، 2001م.
- غياث الأمم في التياث الظلم، للإمام الحرميين (المتوفى: 478هـ)، تحقيق: عبد العظيم الديب، ط/ مكتبة إمام الحرميين، 1401هـ.
- فتاوى السبكي لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت: 756هـ)، ط/ دار المعارف.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري" لابن رجب الحنبلي (ت: 795هـ)، بتحقيق/ محمود بن شعبان بن عبد المقصود، وآخرين، الطبعة الأولى لمكتبة الغرباء الأثرية - المدينة النبوية، 1417 هـ .

- الفتح المبين في طبقات الأصوليين" للأستاذ الشيخ/ عبد الله مصطفى المراغي، ناشره: محمد علي عثمان 1947م
- الفتوى ورعاية مقاصد الشريعة الإسلامية- بحث منشور بموقع:
/https://bennanikarim.wordpress.com/2013/12/10
- الفتيا ومناهج الإفتاء، محمد الأشقر، ط/ مكتبة المنار، 1976م.
- الفروع لمحمد بن مفلح (ت: 763هـ)، بتحقيق/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى لمؤسسة الرسالة 1424 هـ - 2003 م.
- الفروق- المسمى: "أنوار البروق في أنواء الفروق" لشهاب الدين القرافي (ت: 684هـ)، ط/عالم الكتب
- الفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي (463هـ) ، ط/ دار ابن الجوزي، الطبعة الثانية، 1421هـ .
- الفكر المقاصدي- د. أحمد الريسوني، ط/ جريدة الزمن، 1999م.
- الفكر المنهجي العلمي عند الأصوليين، محمد عبد السلام عوام، ط/ المعهد العالمي للفكر الإسلامي.
- قواطع الأدلة في الأصول " لابن السمعاني (ت 489 هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط/ دار الكتب - بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ/1999م.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام " للعز بن عبد السلام (ت 660هـ)، دار الكتب العلمية/ بيروت، 1414 هـ - 1991م.
- القواعد الشرعية ومقاصد الشريعة- عيسى بوراس، العدد السابع لمجلة الحياة الجزائرية.
- كشف القناع عن تضمين الصناع، لابن رحال المعداني (ت: 1140هـ)، بتحقيق/ محمد أبي الأجنان، ط/ الدار التونسية، 1986.

- كيف نتعامل مع السنة النبوية؟ معالم و ضوابط- د./ القرضاوي، ط/ دار الشروق، 202م.
- مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية (ت: 728هـ)، بتحقيق/عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ط/ مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية.
- المجموع شرح المذهب" للإمام النووي (ت: 676هـ) ، ط/ دار الفكر.
- المحصول للرازي (ت606هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، الطبعة الثالثة لمؤسسة الرسالة ، 1418 هـ - 1997 م.
- المدونة للإمام مالك بن أنس (ت: 179هـ)، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م.
- مراتب الإجماع لابن حزم الأندلسي الظاهري (ت : 456هـ)، ط/ دار الكتب العلمية - بيروت.
- المرشد الأمين للبنات والبنين- للشيخ/ رفاة الطهطاوي.
- مسند الإمام أحمد" للإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه- (ت:241هـ)، بتحقيق/ أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى لدار الحديث - القاهرة ، 1416 هـ - 1995م.
- المسودة في أصول الفقه لآل تيمية، ط/ دار الكتاب العربي.
- المصنّف في الأحاديث والآثار لأبي بكر بن أبي شيبة، (ت: 235هـ)، بتحقيق/ كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى لمكتبة الرشد - الرياض، 1409 هـ .
- "المصنّف لأبي بكر عبد الرزاق الصنعاني (ت: 211هـ)، بتحقيق/ حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الثانية للمجلس العلمي- الهند، 1403هـ .

- المعتمد في أصول الفقه لأبي الحسين البصري (ت: 436هـ) الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية، 1403هـ.
- معجم مقاييس اللغة لابن فارس (ت: 395هـ)، بتحقيق/ عبد السلام محمد هارون، ط/ دار الفكر، 1399هـ - 1979م.
- المغني لابن قدامة المقدسي (ت: 620هـ)، ط/ مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م.
- مقاصد الشريعة الإسلامية دراسات في قضايا المنهج ومجالات التطبيق تصدره مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي- لندن
- مقاصد الشريعة الإسلامية- للطاهر بن عاشور، بتحقيق/ محمد الحبيب ابن الخوجة، ط/ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425 هـ - 2004 م
- المقدمة- لابن خلدون، ط/ الدار الذهبية.
- من معالم الانحراف الأصولي، مشاري الشترى، بحث منشور بمجلة البيان السعودية، العدد 299.
- مناقب الشافعي مناقب الشافعي" لأبي بكر البيهقي (ت: 458 هـ)، بتحقيق/ السيد أحمد صقر، الطبعة الأولى لمكتبة دار التراث - القاهرة، 1390 هـ - 1970 م.
- المناهج الأصولية- د. فتحي الدريني، ط/ مؤسسة الرسالة، 2013م.
- مناهج التأويل في الفكر الأصولي- إسماعيل نقاز، ط/ مركز نماء، 2017م.
- المنتقى شرح الموطأ" لأبي الوليد الباجي (ت : 474هـ)، الطبعة الأولى لمطبعة السعادة - مصر ، 1332 هـ .

- المنخول من تعليقات الأصول" للإمام الغزالي (ت505هـ)، تحقيق: الدكتور محمد حسن هيتو، الطبعة الثالثة لدار الفكر المعاصر- بيروت لبنان، دار الفكر دمشق، 1419 هـ - 1998 م.
- منهاج الوصول إلى علم الأصول " للقاضي البيضاوي (ت: 685هـ)، ط/ مؤسسة الرسالة.
- الموافقات للشاطبي (ت: 790هـ)، بتحقيق/ أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى لدار بن عفان، 1417هـ/ 1997م.
- الموطأ للإمام مالك بن أنس -رضي الله عنه- (ت: 179هـ)، بتحقيق/ محمد مصطفى الأعظمي، الطبعة الأولى لمؤسسة زايد بن سلطان للأعمال الخيرية والإنسانية- الإمارات، 1425 هـ - 2004 م .
- نشأة الفكر الفلسفي في الإسلام، د. علي سامي النشار، د/ دار المعارف.
- نظرات في التجديد- د. عباس شومان، ط/ مجمع البحوث الإسلامية، 2018م.
- نفائس الأصول في شرح المحصول- لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت: 684هـ)، بتحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، الطبعة الأولى لمكتبة نزار مصطفى الباز، 1416هـ - 1995م.
- نهاية الوصول في دراية الأصول للصفى الهندي الأرموي " رسالتا عالمية: صالح سليمان اليوسف، وسعد سالم السويح، بجامعة الإمام بالرياض.
- الواضح في أصول الفقه لأبي الوفاء بن عقيل (ت: 513هـ)، بتحقيق د/ عبد المحسن التركي، ط/ مؤسسة الرسالة.

الضرر النفسي الناجم عن الإهمال في القانون الإنكليزي
دراسة تحليلية مقارنة بالضرر الأدبي
في القانونين المدنيين المصري والعراقي

د.يونس صلاح الدين علي
أستاذ القانون الخاص المساعد
كلية القانون والعلاقات الدولية والدبلوماسية
جامعة جيهان الخاصة

الملخص

يعد الضرر النفسي الناجم عن الإهمال أحد أنواع الضرر التي تضمنها قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي ، فضلاً عن أنواع أخرى من الضرر. ويتمثل هذا النوع من الأضرار بمجموعة من الأمراض النفسية الناجمة عن التغييرات في شخصية المصاب كالكتابة السريرية والاضطرابات الانفعالية والتوترات اللاحقة على الصدمة العصبية. ويقتصر مجال التعويض عنه على المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال بوصفه أحد الأخطاء المدنية التي تبلورت عن طريق السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية على سبيل الحصر. أما الاضطرابات الإنفعالية البسيطة كالحزن أو الأسى فهي غير قابلة للمقاضاة والتعويض على أساس المسؤولية الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي. وبالمقابل فقد نظم القانونان المدنيان المصري رقم (131) لسنة 1948 والعراقي رقم (40) لسنة 1951 الضرر الأدبي، وحددا الأشخاص المستحقين للتعويض عنه.

Abstract

The psychiatric damage arising from the negligence is considered as a type of the damage included in the English law of torts, as well as other types of the damage. It is worth-bearing in mind that this type of the damage is represented by a group of such psychiatric illnesses caused by changes in the personaliy of the injured person as clinical depression and post-traumatic stress disorders. And the scope of the compensation from this type of the damage is restricted to the negligence as one of the torts originating restrictively from the judicial precedents of the English courts . whereas such simple emotional disorders as grief or sorrow are neither compensatory nor actionable per se , according to the liability arising from the tort. The Egyptian civil law No.131 of 1948 and the Iraqi one No. 40 of 1951 have regulated , in turn, the moral damage . and determined those deserving the compensation arising from it.

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفى بموضوع البحث: يتمثل الضرر النفسى الناجم عن الإهمال فى القانون الإنكليزى بمجموعة من الأمراض النفسية الناجمة عن التغييرات فى شخصية المصاب كالكآبة السريرية والاضطرابات الانفعالية والتوترات اللاحقة على الصدمة العصبية. ويصنف الضرر فى القانون الإنكليزى، وعلى وجه العموم ، إلى أربعة أنواع هي: الضرر الجسدى، والضرر المادى الذى يصيب الأموال، والخسارة الإقتصادية فضلاً عن الضرر النفسى. ويؤدى حدوث هذا النوع من الأضرار إلى نهوض المسؤولية المدنية الناجمة عن خطأ الإهمال، والذى هو أحد الأخطاء المدنية التى تضمنها ، وعلى سبيل الحصر، قانون الأخطاء المدنية غير المكتوب والمبنى على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية. أما مجرد الاضطرابات الانفعالية أو العاطفية البسيطة التى يتعرض لها المصاب نتيجة إصابته بصدمة عصبية ناجمة عن حادثة ما كالحزن أو الأسى أو الغم . أما القانونان المدنيان المصرى رقم (131) لسنة 1948 والعراقى رقم (40) لسنة 1951 فقد نظما الضرر الأدبى، وحددا الأشخاص المستحقين للتعويض عنه. ويتجسد هذا النوع من الأضرار فى هذين القانونين بالأذى الذى يلحق بالقيم المعنوية والاعتبارية للشخص، وفقاً لمفهومها الواسع الذى ينطوي على معان كثيرة كالشرف والكرامة والسمعة والعاطفة والشعور والحنان، والمركز الاجتماعى والاعتباره المالى. ولا يقتصر على الأمراض النفسية التى قد تصيب الشخص نتيجة تعرضه لصدمة عصبية.

ثانياً : أسباب اختيار موضوع البحث : إن السبب الرئيس فى اختيار موضوع البحث هو الأهمية الكبيرة التى أولتها المحاكم الإنكليزية لهذا النوع من الأضرار، ووضعت العديد من الضوابط والمعايير لتحديد حدوثها وإثبات تعرض المدعى المضرور لها. وما شجعنا كذلك لإختيار هذا الموضوع للدراسة والبحث هو عدم وجود دراسة قانونية معمقة أو بحث علمى تناول هذا الموضوع. فضلاً عن عدم

وجود أية دراسة مقارنة بين القانون الإنكليزي من جهة وبين القانونيين المدنيين المصري والعراقي حول هذه المسألة بالتحديد من جهة أخرى.

ثالثاً: أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في الضوابط والمعايير التي تضمنها قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي لتحديد مفهوم الضرر النفسي الناجم عن الإهمال، والمتمثل بمجموعة من الأمراض النفسية المعروفة طبياً . والإعتماد على معايير علمية وطبية لتشخيصه، وتمييزه عن مجرد الإضطرابات العاطفية أو الإنفعالية التي يتعرض لها المصاب بسبب الصدمة العصبية. كما يكتسب البحث في هذا الموضوع أهمية إضافية بسبب توسيع القانون الإنكليزي لنطاق الأشخاص المستحقين للتعويض عن هذا النوع من الأضرار، ولاسيما ما يعرف بالضحايا الثانويين للضرر النفسي. وعدم قصره على الأشخاص الذين يرتبطون بالضحية الأصلية للحادثة بقرابة النسب أو المصاهرة . ولكن إمتداده ليشمل أشخاصاً آخرين كأصدقائه الحميمين أو المنقذين الذين هبوا لإنقاذه، أو حتى المتسببين في الحادثة دون قصد.

رابعاً: مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في القصور الذي شاب موقف القانونيين المدنيين المصري والعراقي في المسائل الآتية المتعلقة بالضرر الأدبي: أ- إقتصار نطاق التعويض في القانونيين المدنيين المصري والعراقي عن كل ضرر لا يصيب الشخص في ماله، على ما يؤدي شعوره أو عاطفته فيسبب له ألماً أو حزناً. دون أن يمتد ليشمل الأمراض النفسية الناجمة عن التغييرات في شخصية المصاب. وليس مجرد الإضطرابات الإنفعالية البسيطة السالفة الذكر. ب- عدم نص القانونيين المدنيين المصري والعراقي على معايير وضوابط لإثبات الضرر النفسي الذي يصيب المضرور، والمتمثل بالمرض النفسي الذي من شأنه إحداث تغييرات جوهرية وعميقة في شخصية المضرور. خلافاً لقانون الأخطاء المدنية الذي إعتد على معايير وضوابط علمية دقيقة، تتمثل بالطرق والوسائل الطبية التي لجأ إليها القضاء الإنكليزي ، والتي شاع استعمالها في مجال الطب النفسي.

وذلك لغرض التشخيص الطبي السريري والدقيق لهذا النوع من الأضرار. ج- عدم وجود نص في القانونين المدنيين المصري والعراقي يسمح بتوسيع نطاق الأشخاص المستحقين للتعويض عن الضرر النفسي، ليتجاوز نطاق الأشخاص الذين تربطهم بالمضروب قرابة النسب أو المصاهرة فحسب. وإقتصار التعويض عن الضرر الأدبي في هذين القانونين على المصاب المضروب نفسه ، وكأصل عام، وكذلك على زوجه وأقاربه في حالة وفاته. د- عدم وجود معايير وضوابط في القانونين المدنيين المصري والعراقي لتحديد استحقاق أشخاص آخرين غير زوج المتوفى المضروب أو أقاربه للتعويض عن الضرر النفسي، فضلاً عن تحديد نهوض الإلتزام ببذل العناية اللازمة على عاتق المدعى عليه المسؤول تجاههم.

خامساً: نطاق البحث : يتسع نطاق هذه الدراسة ليشمل دراسة الضرر النفسي الناجم عن الإهمال في القانون الإنكليزي من حيث مفهومه والضحايا الذين قد يتعرضون للإصابة به، وشروط المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إليه. وكذلك مفهوم الضرر الأدبي في القانونين المدنيين العراقي والمصري، والمستحقين للتعويض عنه، وأركان المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع الذي يتسبب في حدوثه.

سادساً: منهجية البحث: انتهجت الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، بإجراء تحليل قانوني لموضوع الضرر النفسي الناجم عن الإهمال في القانون الإنكليزي من جهة. والضرر الأدبي في القانونين المدنيين المصري والعراقي من جهة أخرى. ومقارنة موقف القوانين الثلاثة مع بعضهما البعض.

سابعاً: خطة البحث: في ضوء ما تقدم فقد توزعت هذه الدراسة على ثلاثة مباحث وكما يأتي:

المبحث الأول: ماهية الضرر النفسي في القانون الإنكليزي ومقارنته بالضرر الأدبي في القانونين المدنيين المصري والعراقي

المبحث الثاني: ضحايا الضرر النفسي في القانون الإنكليزي ومقارنتهم بمستحقي التعويض عن الضرر الأدبي في القانونين المدنيين المصري والعراقي
المبحث الثالث: شروط المسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر النفسي في القانون الإنكليزي ومقارنتها بأركان المسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر الأدبي في القانونين المدنيين المصري والعراقي

المبحث الأول

ماهية الضرر النفسي الناجم عن الإهمال في القانون الإنكليزي

ومقارنته بالضرر الأدبي في القانونين المدنيين المصري والعراقي

إن دراسة ماهية الضرر النفسي الناجم عن الإهمال تستلزم منا البحث في مفهومه ، وذلك عن طريق تعريفه وبيان أهم خصائصه وموقف القانون الإنكليزي من مسألة التعويض عنه ، فضلاً عن الأساس القانوني للمسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إليه ، في ظل قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي (The law of Torts) الذي يعد جزءاً من قانون الأحكام العام (Common law) . وبالمقابل فسوف نقوم بدراسة ماهية الضرر الأدبي في ظل القانونين المدنيين المصري رقم (131) لسنة 1948 والعراقي رقم (40) لسنة 1951 عن طريق تعريفه وذكر أهم خصائصه، ومقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانونين المدنيين المصري والعراقي. وذلك في المطالب الثلاثة الآتية وكما يأتي:

المطلب الأول : مفهوم الضرر النفسي في القانون الإنكليزي

المطلب الثاني: مفهوم الضرر الأدبي في القانونين المدنيين المصري والعراقي

المطلب الثالث: مقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانونين المدنيين

المصري والعراقي

المطلب الأول

مفهوم الضرر النفسي الناجم عن الإهمال في القانون الإنكليزي

من المسلم به في القضاء الإنكليزي أن الضرر المادي (physical injury) يعد سبباً رئيساً لإقامة دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ المدني⁽¹⁾. أما بالنسبة إلى الضرر النفسي (Psychiatric damage) الناجم عن الصدمة العصبية (nervous shock) التي يتسبب فيها إهمال المدعى عليه، فقد ترددت المحاكم الإنكليزية في السابق في قبول الدعاوى التي يكون سبب إقامتها الضرر النفسي (أو ما يعرف بالمرض النفسي) لوحده دون وقوع الضرر المادي، والذي ينجم غالباً عن الإهمال⁽²⁾. كما ساهمت فكرة واجب بذل العناية أو اتخاذ الحيطة والحرص في تحديد نطاق دعاوى المسؤولية التي تقام على أساس الضرر النفسي وفرض القيود عليها. وغالباً ما يمكن إقامة هذا النوع من الدعاوى، إذا كان ضحية الضرر النفسي هو المتضرر الأصلي من الحادثة، أو شخصاً آخر يصاب بصدمة عصبية ورد فعل عنيف ناجم عن حادثة أصابت شخصاً عزيزاً عليه يعرف بالمتضرر الثانوي أو الضحية الثانوية. كما لا تقضي المحاكم الإنكليزية للمدعي بالتعويض عما أصابه من مجرد الحزن (sorrow) والأسى (grief) والكره النفسي (distress)، ولكن ينبغي عليه إذا ما أراد الحصول على التعويض عن الضرر النفسي (psychiatric injury) أن يثبت تعرضه إلى مرض نفسي محدد ومشخص عن طريق الفحوص الطبية الدقيقة (Medically diagnosed psychiatric illness) ، وموثق بتقارير طبية موثوقة⁽³⁾. ولأجل التعرف على مفهوم الضرر النفسي، فسوف نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع نخصص الأول لتعريف الضرر النفسي والثاني لبيان أهم خصائصه

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, Tort law, Eighth Edition , Longman, 2011, P.38.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.38.

(3) John Cooke, Law of Tort. Fourth Edition. Financial Times. Pitman Publishing, 1999, P.46.

والتالث لدراسة موقف القانون الإنكليزي من التعويض عنه ، أما الرابع فدراسة الأساس القانوني للمسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إليه وكما يأتي:

الفرع الأول

تعريف الضرر النفسي

إن أهم ما يعترض سبيل المحاكم في تحديد الضرر النفسي الذي يتعرض له المدعي هو صعوبة تحديد الحالات والأمراض النفسية التي ينشأ عنها هذا النوع من الأضرار⁽¹⁾. فالضرر المادي عادة ما ينجم عن إصابات مرئية يمكن تحديدها والتعرف عليها بالعين المجردة. كما يسهل تشخيصها طبياً عن طريق الكثير من الفحوص الطبية الشائعة كفحص الدم والفحص بالأشعة السينية(-X Rays). وقد وقعت المحاكم الإنكليزية في خلط بين مصطلح الضرر النفسي (psychiatric injury) وبين مصطلح الصدمة العصبية (nervous shock)، فاستعملت مصطلح الصدمة العصبية كمرادف لمصطلح الضرر النفسي. إلا أن الضرر النفسي ينشأ، في واقع الأمر، عن الصدمة العصبية. فالعلاقة بينهما هي علاقة السبب والنتيجة (cause-and-effect relationship). وفي حقيقة الأمر، فإن القانون الإنكليزي لا يمنح المدعي الحق في التعويض عن إصابته بصدمة عصبية ناجمة عن إهمال المدعى عليه، وما سببه له ذلك الإهمال من خوف أو فزع أو حزن أو أسى⁽²⁾. ولكن ينبغي على المدعي، إذا ما أراد الحصول على التعويض أن يثبت إصابته بمرض نفسي حقيقي (genuine psychiatric illness). وقد يرتبط الضرر النفسي بالضرر المادي أو الجسدي (physical damage or injury) ارتباطاً وثيقاً. مثال ذلك أن تتعرض امرأة حامل إلى إجهاض بسبب مشاهدتها لحادثة مروعة

(1) Carol Brennan, Tort law concentrate. Law revision and study Guide, Third Edition, Oxford University Press, 2015, P.50.

(2) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. Markesinis and Deakin's

Tort law. Seventh Edition .Clarendon press. Oxford , 2013. P.124

نجم عنها إصابتها بصدمة عصبية أدت إلى إجهاضها ثم التعرض إلى مرض نفسي بسبب الحزن والكآبة الناجمين عن الإجهاض. أو قد يؤدي الضرر المادي أو الجسدي الذي يتعرض له المدعي إلى إصابته بضرر نفسي. لا بل أن الضرر النفسي قد ينشأ بمفرده دون التعرض إلى ضرر مادي أو جسدي، وذلك بمجرد وضع المدعي في وضع خطر يمكن أن تنجم عنه إصابة أو ضرر جسدي. فإذا لم ينشأ عن الصدمة ضرر جسدي، فإنه ينبغي على المدعي أن يثبت تعرضه لما يعرف بالمرض النفسي الايجابي (positive psychiatric illness). ويعرف جانب الفقه الإنكليزي⁽¹⁾ الضرر النفسي بأنه (كل أذى ينجم عن التغييرات في الشخصية كالكآبة السريرية والاضطرابات الانفعالية والتوترات اللاحقة على الصدمة العصبية (post-traumatic stress disorders)، أو يتمثل ببعض الأمراض النفسية الناشئة عن الصدمات العصبية، والتي تتسم ببعض الأعراض الشائعة كالصعوبة في النوم، والتوتر النفسي وتذكر أو استعادة الأحداث الماضية المروعة (horrifying flashbacks) فضلاً عن الحالات الاكتئابية الشديدة). وبالطبع لا يشمل هذا التعريف بعض الاضطرابات البسيطة التي يتعرض لها الشخص نتيجة إصابته بصدمة عصبية كالحزن أو الأسى أو الخوف أو الفزع. وإنما ينبغي على الشخص أن يثبت عن طريق الأدلة الطبية الدامغة تعرضه للإصابة بمرض نفسي من الأمراض المعروفة⁽²⁾. كما لا يمكن للمدعي أن يطالب بالتعويض عن الضرر النفسي على أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال، إلا إذا أثبت بأن المدعى عليه يقع على عاتقه واجب بذل العناية اللازمة تجاهه ، أو أنه دائن تجاه المدعى عليه بهذا الواجب (The claimant is owed a duty is care by the defendant). وأن المدعى عليه تسبب في حادثة نجم عنها صدمة عصبية ألحقت بالمدعي ضرراً نفسياً. وأن الحادثة

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit , P.39.

(2) Carol Brennan, op. Cit , P.50.

المثيرة للصدمة وقعت بسبب إهمال المدعى عليه. وعرفه جانب آخر من الفقه الإنكليزي⁽¹⁾ تعريفاً بسيطاً وهو (كل مرض نفسي مشخص طبيياً ومعترف به علمياً). ويتبين من هذا التعريف أيضاً بأن القانون الإنكليزي يفرق بين الضرر النفسي الحقيقي وبين بعض أنواع الكرب الإنفعالي (Emotional distress) كمجرد الحزن أو الغم أو الأسى الناجم عن إصابة أو موت شخص عزيز على المضرور نفسياً⁽²⁾ .

الفرع الثاني

خصائص الضرر النفسي الناجم عن الإهمال في القانون الإنكليزي

يتسم الضرر النفسي الناجم عن الإهمال في القانون الإنكليزي

بالخصائص الآتية:

أولاً: يتسم الضرر النفسي بصعوبة تحديد حالاته، خلافاً للضرر الجسدي الذي يسهل تشخيصه طبيياً . إذ ينبغي تشخيص الضرر النفسي عن طريق إختبارات طبية علمية دقيقة⁽³⁾.

ثانياً : تتجه المحاكم الإنكليزية إلى عدم القضاء بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم عن الإهمال لمجرد المساس بمشاعر شخص ما أو عواطفه، كتعرضه للحزن أو الأسى⁽⁴⁾ . ولكن ينبغي إثبات إصابته بمرض نفسي محدد ومشخص وفقاً للأصول الطبية المتبعة. وهو ما إتجهت إليه محكمة الإستئناف الإنكليزية في حكمها الصادر في قضية (Hinz v. Berry 1970 2 QB 40 Court of Appeal) والتي تتلخص وقائعها بذهاب الزوجين السيد والسيدة (Hinz) إلى نزهة في يوم عطلتها في منطقة (Bedford). وقد إصطحبا معهما أولادهما الأربعة فضلاً عن أربعة أولاد آخرين كانوا يقومون بتربيتهم . كما كانت السيدة

(1) Paula Giliker and Silas Beckwith, Tort, Forth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2011. P.107.

(2) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit .P.124

(3) Carol Brennan, op. Cit , P.50.

(4) Vera Bermingham, Nutshells Tort, sixth edition, sweet and Maxwell, 2003, p. 25

(Hinz) حاملاً بطفلها الخامس. وأثناء قيامهم بالنزعة عبرت السيدة (Hinz) الطريق مع أحد أولادها لقطف نوع معين من الأزهار يعرف بزهرة الأجراس (Bluebells). في الوقت الذي كان يقوم فيه السيد (Hinz) بتحضير الشاي لباقي الأولاد. وفي تلك الأثناء مرت سيارة من نوع (Jaguar) مسرعة جداً يقودها السيد (Berry). فإنفجر أحد إطارات السيارة وأدى إلى فقدان سائقها السيطرة عليها، فأصطدمت بالسيد (Hinz) وأدت إلى مصرعه وتعرض الأولاد إلى إصابات خطيرة. وكانت المدعية السيدة (Hinz) تشاهد ذلك المنظر المروع، مما أدى إلى تعرضها إلى كآبة مرضية شديدة. فقضت المحكمة بحقها في الحصول على التعويض عن الضرر النفسي، لأن الإختبارات والفحوصات السريرية أثبتت تعرضها لحالة مرضية نفسية معترف بها طبياً، وليس لمجرد حزن أو أسى أصاب مشاعرهما وأحاسيسها. وقد أيدت كل من محكمة الإستئناف ومجلس اللوردات حكم المحكمة الابتدائية⁽¹⁾.

ثالثاً: لا يعد مصطلح الصدمة العصبية مرادفاً لمصطلح الضرر النفسي، على الرغم من إستعمال المحاكم الإنكليزية لمصطلح الصدمة العصبية لتحقيق ذلك الغرض. لأن العلاقة بينهما هي علاقة السبب والنتيجة⁽²⁾.

رابعاً: يتمثل الضرر النفسي في القانون الإنكليزي بنوعين من الأمراض النفسية: الأول هو المرض النفسي السلبي الذي ينجم عن ضرر جسدي يتعرض له المدعي، ويؤدي إلى إصابته بذلك المرض النفسي. والثاني هو المرض النفسي الإيجابي الذي لا ينشأ عن أية إصابة أو ضرر جسدي.

خامساً: إن جوهر الضرر النفسي في القانون الإنكليزي هو المرض النفسي المعروف علمياً، والمشخص سريرياً، والموثق بالتقارير الطبية⁽¹⁾. وليس مجرد بعض الحالات الإنفعالية والعاطفية كالحزن أو الأسى أو الهلع.

(1) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني - <http://e-lawresources.co.uk/Hinz-v-Berry.php>

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit , P.38.

سادساً: لا تمنح المحاكم الإنكليزية التعويض عن الضرر النفسي، إلا على أساس تعرض المضرور للآثار الثانوية اللاحقة والمستمرة للصدمة العصبية. وليس على أساس الصدمة العصبية بحد ذاتها، والمتمثلة بردود الفعل العضوية الأولية للحادث⁽²⁾.

سابعاً: تقام معظم دعاوى التعويض عن الضرر النفسي القابل للمقاضاة أمام المحاكم الإنكليزية في الوقت الحاضر على أساس الاضطرابات الانفعالية أو التوترات النفسية اللاحقة على الصدمة العصبية (post-traumatic stress disorders) والتي تتوقف على عوامل خارجية⁽³⁾.

ثامناً: تتجه المحاكم الإنكليزية إلى عدم القضاء بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم عن الإهمال، لمجرد إصابة المدعي المضرور بما يعرف بالخوف المرضي من أشياء معينة (Phobia). وقد تبنت محكمة الإستئناف الإنكليزية هذا الإتجاه وبوضوح في حكمها الصادر في قضية (Reilly & Anor v Merseyside Regional Health Authority 1994 EWCA Court of Appeal 30) والتي تتلخص وقائعها⁽⁴⁾ بقيام المدعين السيد والسيدة (Reilly) بزيارة مستشفى المدعى عليهم لمشاهدة حفيدها المولود الجديد، الذي ولد في تلك المستشفى. إلا أنه ولسوء الحظ فقد بقيا ولمدة ساعة ونصف حبيسين في مصعد المستشفى المكتظ بالأشخاص، والذي تعطل عن العمل طيلة تلك المدة. وكانت السيدة (Reilly) تعاني ومنذ فترة طويلة من خوف مرضي من الأماكن المغلقة (Claustrophobia). كما تعرض زوجها السيد (Reilly) إلى نفس الحالة المرضية بسبب حشره في ذلك المكان الضيق والمكتظ

(1) Carol Brennan, op. Cit , P.133.

(2) John Cooke, op. Cit, P.47.

(3) Vera Bermingham & Carol Brennan. Tort law directions , Fifth Edition, Oxford University Press, 2016, p.129

(4) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الالكتروني

<http://e-lawresources.co.uk/cases/Reilly-v-Merseyside-Regional-Health-Authority.php>

بالأشخاص. وقد ظهرت عليهما بعض الأعراض المرضية لاحقاً، كالتعرق والصداع وصعوبة التنفس وارتفاع درجة حرارة الجسم والأرق ورؤية الكوابيس أثناء فترات النوم القصيرة ، وكانا في حالة إنهيار شبه تام عند إنقائهما من المصعد. فأقاما الدعوى على إدارة المستشفى المدعى عليها. وقد إطلع قاضي الموضوع على العديد من التقارير بشأن حالتها المرضية، والتي أشار إحداها إلى أنه وعلى الرغم من أن حالتها المرضية لم تبلغ مستوى الاضطرابات الانفعالية أو التوترات النفسية اللاحقة على الصدمة العصبية أو حتى القلق المزمن، إلا أنها بلغت من الشدة ما يسمح لهما بالحصول على التعويض عن الضرر النفسي. وقد إستأنفت إدارة المستشفى حكم المحكمة الابتدائية، على أساس أن الضرر الذي تعرض له المدعيان المستأنف ضدتهما هو ضرر غير قابل للتعويض، لعدم إرتباطه بحالة مرضية محددة ومعترف بها طبياً. وأن حالة الخوف المرضي من الأماكن المغلقة (Claustrophobia) هي مجرد تعبير عن عواطف ومشاعر إعتيادية لا تبلغ مبلغ الضرر النفسي القابل للتعويض. فقضت محكمة الإستئناف لمصلحة المستأنفة إدارة المستشفى. وجاء في حكمها بأنه لا يمكن القضاء بالتعويض، إلا على أساس وجود ضرر نفسي مشخص ومعترف به علمياً من الأوساط الطبية. ولا يكفي مجرد ظهور بعض الأعراض كالتعرض وصعوبة التنفس، فضلاً عن الخوف والهلع.

تاسعاً: كما تتجه المحاكم الإنكليزية إلى عدم القضاء بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم عن الإهمال، لمجرد إصابة المدعي المضروب بالخوف أو الهلع الإعتياديين⁽¹⁾. وقد تبين هذا الإتجاه وبوضوح في حكم المحكمة الإنكليزية الصادر في قضية⁽²⁾ (Behrens & ors v Bertram Mills Circus Ltd.

(1) Paula Giliker and silas Beckwith. op. Cit. P. 107

(2) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني
<http://e-lawresources.co.uk/cases/Behrens-v-Bertram-Mills-Circus.php>

1) QB 2. 1957 والتي تتلخص وقائعها بحادثة وقعت أثناء أحد عروض السيرك. إذ إعترض كلب موكب لمجموعة من الفيلة ، وتسبب في إثارة فيل المقدمة الذي توقف نتيجة لذلك. مما أضطر باقي الفيلة الذين كانوا يتعقبون ذلك الفيل إلى التحرك جانباً والخروج من نسق العرض. فتعرض بعض الأزام الذين كانوا يقدمون عرضاً فنياً إلى الإصابة بالصدمة العصبية، فضلاً عن بعض الإصابات الجسدية. فأقام أحدهم وهو السيد (Brown) الدعوى مطالباً بالتعويض عن الضرر النفسي على أساس مسؤولية المدعى عليهم إدارة السيرك الناجمة عن الإهمال. إلا أن المحكمة ردت دعواه ولم يحصل على التعويض. وذكر القاضي (Devlin) في حكم المحكمة الصادر في هذه القضية بأن ما "يطالب المدعي السيد (Brown) التعويض عنه في دعواه هو الضرر الناجم عن الخوف الذي إنتابه . والتعرض إلى الإصابة عن طريق ذلك الفيل الضخم يعد أمراً مروعاً. وإنني لعلى يقين بأن الصدمة التي تعرض لها المدعي كانت كبيرة. وأنني أود القضاء له بمبلغ كبير من التعويض تحت هذا العنوان. إلا أنني وفي نفس الوقت أود أن أكون صريحاً بأنه لا يمكنني القيام بذلك، إلا ضمن نطاق ضيق جداً ، وذلك إذا ما نجم عن الصدمة مرض نفسي مشخص طبياً ومعترف به علمياً" .

الفرع الثالث

موقف القانون الإنكليزي من التعويض عن الضرر النفسي

كنا قد أشرنا إلى أن القضاء الإنكليزي تبنى سابقاً اتجاهاً يقضي بعدم التعويض عن الضرر النفسي الناشئ عن الصدمة العصبية التي تتجم عن حادثة يتسبب فيها المدعى عليه بإهماله. وكان السبب يعود في ذلك إلى المشكلات التي يمكن أن تواجه المحاكم الإنكليزية بسبب ادعاء المدعي بإصابته باضطرابات انفعالية أو توترات نفسية لاحقة على الصدمة العصبية (post-traumatic stress disorders) والتي يرمز لها باختصار (PTSD)⁽¹⁾. ففي مثل هذه

(1) John Cooke, op. Cit, P.47.

الحالات فإنه ينبغي على المحكمة التحقق من صحة ادعاء المدعي، وما إذا كان فعلاً يعاني من تلك الحالات، وما إذا كانت تلك الحالات ناجمة فعلاً عن إهمال المدعى عليه⁽¹⁾. كما يرجع السبب في تردد المحاكم الإنكليزية في القضاء بالتعويض عن هذا النوع من الأضرار، إلى صعوبة التحقق من إصابة المدعي بمرض نفسي حقيقي (genuine psychiatric illness)، والذي ينبغي إثباته بتشخيص طبي مهني واختبارات طبية دقيقة⁽²⁾. لذا واستناداً على كل هذه التحديات، فقد تمثل رد الفعل الأولي لقانون الأحكام العام (common law) بعدم السماح للمحاكم بالنظر في دعاوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر النفسي الناشئ عن الصدمة العصبية المترتبة على إهمال المدعى عليه، أي على حوادث تقع نتيجة إهمال المدعى عليه⁽³⁾. واستمر قانون الأحكام على هذا النهج حتى مطلع القرن العشرين، عندما بدأت المحاكم الإنكليزية بالقضاء بالتعويض عن المسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر النفسي. ولاسيما في قضية (Dulieu v. White & Carter 1901) والتي تتلخص وقائعها بقيام المدعية وهي امرأة حامل بالعمل في حانة (public house) وقد تصادف أن قام خادم المدعى عليه بإدخال حسان العربة نتيجة إهماله إلى الحانة، فتعرضت المدعية إلى صدمة عصبية نجمت عنها ولادة مبتسرة (قبل الأوان) أدت إلى معاناة طفلها الوليد من مشكلات خلقية (Congenital problems). كما أصيبت بمرض نفسي من جراء تلك الصدمة. فقضت المحكمة بأحقية المدعية في الحصول على التعويض بسبب تلك الصدمة العصبية التي تعرضت لها بسبب خشيتها على سلامتها الشخصية. كما سارت المحكمة الإنكليزية في نفس الاتجاه وقضت بالتعويض عن المسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر النفسي في قضية (Hambrook v. Stokes Bros 1925) والتي تتلخص وقائعها بقيام

(1) Paula Giliker and silas Beckwith. op. Cit. P. 108

(2) Carol Brennan, op. Cit , P.50.

(3) John Cooke, op. Cit, P.48.

المدعى عليهم بوضع سيارة الشحن التي يمتلكونها في أعلى قمة تل دون سحب عتلة كابح الفرامل مما تسبب في تحرك تلك الشاحنة من مكانها وانحدارها من أعلى التل وسقوطها وتحطمها. وفي تلك الأثناء كانت زوجة المدعي قد تركت أطفالها يلعبون ويمرحون أسفل التل، وعندما رأت مشهد تلك الشاحنة المتدحرجة انتابها خوف شديد على سلامة أطفالها. وبعد سقوط الشاحنة أخبرها البعض بأن طفلة ترتدي نظارات تعرضت لإصابة بالغة، فظننت بأنها ابنتها وتعرضت لصدمة عصبية أدت إلى وفاتها. فقضت المحكمة بالتعويضات للمدعي، على الرغم من أن زوجته لم تكن ضمن نطاق التأثير المتوقع للصدمة، لأن الخطر لم يكن يتهدها، وأن ما تعرضت له من صدمة عصبية كانت نتيجة خشيتها على سلامة أشخاص آخرين. لذا فقد قامت المحكمة بوضع مبدأ جديد في هذه القضية مؤداه أن الصدمة ينبغي أن تحدث نتيجة لما يشاهده المدعي بعينه المجردة، أو باستعمال حواسه الأخرى، وليس نتيجة ما يذكره أو يروي له آخرون عن الحادثة فيما بعد. وجدير بالذكر فإن القانون الإنكليزي لا يمنح التعويض عن الصدمة العصبية بحد ذاتها، والتي تعد رد فعل أو استجابة أولية للحدث المولد للصدمة. (traumatic event)⁽¹⁾ فلا يمنح التعويض إلا عن الآثار الثانوية المستمرة والطويلة الأجل للصدمة (secondary, long-standing effects of trauma). ولا ينبغي أن يكون المرض النفسي (psychiatric illness) ناشئاً عن الصدمة نفسها بفعل الأثر التراكمي (cumulative effect) على الجهاز العصبي⁽²⁾. فالمرض النفسي الناشئ عن الأثر التراكمي على الجهاز العصبي للمدعي يكون غير قابل للتعويض، كمشاهدة المدعي لشخص قريب له أو عزيز عليه يموت موتاً بطيئاً، بعد تلقيه علاجاً طبياً خاطئاً بسبب إهمال الطبيب. وغالباً ما يلجأ القضاء الإنكليزي إلى طريقتين لتشخيص الأمراض

(1) John Cooke, ibid, P.47.

(2) Paula Giliker and Silas Beckwith. op. Cit. P. 108

النفسية، وهما طريقتان شاع استعمالهما لدى الأطباء النفسانيين. وتعرف الطريقة الأولى بالدليل الأمريكي لإحصاء وتشخيص الاضطرابات العقلية لعام 1994 (American diagnostic and statistical manual of mental disorders) أو (DSM-IV). أما الطريقة الثانية فتعرف بالتصنيف الدولي الإحصائي للأمراض والمشكلات الصحية المرتبطة بها لعام 1993 (international statistical classification of diseases and related health problems) أو (ICD-10) ⁽¹⁾. وبإمكان المدعي الادعاء بإصابته بأكثر من مرض نفسي من جراء الحادث المثير للصدمة (traumatic event). وتلجأ المحكمة إلى إحدى الطريقتين السالفتين الذكر لإثبات الإصابة بذلك المرض. إلا أن الغالبية العظمى من المدعين يقيمون دعواهم في الوقت الحاضر على أساس الاضطرابات الانفعالية أو التوترات النفسية اللاحقة على الصدمة العصبية (post-traumatic stress disorders) والتي يرمز لها بالاختصار (PTSD) ⁽²⁾. وذلك بسبب الارتباط الوثيق بين تشخيص تلك الاضطرابات أو التوترات النفسية (PTSD)، والقواعد القانونية التي تحكم التعويض عن الأمراض النفسية أو الأضرار الناجمة عن الأمراض النفسية

(1) وجدير بالذكر فإن تشخيص الاضطرابات الانفعالية أو التوترات النفسية اللاحقة على الصدمة العصبية (post-traumatic stress disorders) بطريقة (ICD-10) يتطلب معاناة المريض من فقدان ذاكرة نفسي المنشأ (Psychogenic amnesia) أو من أعراض الإثارة المفرطة للجهاز العصبي (Hyperarousal symptoms) كالأرق والتعب ونوبات الغضب الشديدة. وخلافاً لطريقة (DSM-IV)، فإنه يمكن تشخيص تلك الاضطرابات وإثبات إصابة المريض بها بطريقة (ICD-10). في حالة تعرضه لفقدان الذاكرة فحسب، ودون الحاجة إلى ظهور أعراض الإثارة المفرطة للجهاز العصبي المشار إليها أعلاه. أما طريقة (DSM-IV) فإنها تتسم بتبني معيارين آخرين غير معمول بهما في طريقة (ICD-10). الأول هو معيار مدة دوام الأعراض المرضية، والذي بمقتضاه يمكن إثبات إصابة المريض باضطرابات إنفعالية حادة، إذا كانت مدة دوام تلك الأعراض أقل من شهر واحد. والثاني هو معيار سوء الأداء الوظيفي للجهاز العصبي، والذي بمقتضاه يتطلب إثبات إصابة المريض بتلك الاضطرابات معاناته من إجهاد نفسي وقلق شديدين. لمزيد من التفصيل حول هاتين الطريقتين ينظر Trevor Hicks, Post Traumatic Stress Disorders And The Law, Dissertation.com, USA, 2003, P.20.

(2) Paula Giliker and Silas Beckwith. ibid . P. 108

المرتتبة على الصدمة العصبية التي يولدها الحادث⁽¹⁾. وتبقى المشكلة التي تواجه المحاكم متمثلة بتقدير القيمة النقدية للتعويض عن هذا النوع من الأضرار⁽²⁾، لأن بإمكان المحاكم أن تقدر بسهولة التعويض النقدي عن الأضرار المادية والجسدية. في حين تواجه المحاكم مشكلة تقدير التعويض النقدي عن الأضرار النفسية، ولاسيما في دعاوى الأضرار الشخصية. كما يتطلب تشخيص (PTSD) وجود مثيرات أو عوامل توتر خارجية (external stressor) والتي من شأنها إثارة الأعراض المرضية. إذ ينبغي أن يكون عامل التوتر أو الحادث ذو طبيعة يتولد عنها كرب نفسي ناشئ عن موقف ذو طبيعة كارثية أو مهددة لحياة الإنسان. أما ما يترتب عن بعض المواقف الشائعة كالطلاق والخسارة التجارية فلا يعد عاملاً من هذا القبيل. وينبغي أن يبلغ العامل الخارجي أقصى حد له ويتميز بسمتين: الأولى، هي أن الشخص المعني ينبغي أن يكون قد شهد أو عانى أو واجه حادثة من النوع الذي يمكن أن ينجم عنه موت حقيقي أو تهديد بالموت أو إصابة خطيرة أو تهديد للسلامة الجسدية للشخص المعني أو لغيره. والثاني ينبغي أن يتسم رد فعله على تلك الحادثة بالخوف الشديد والهلع، وقد يتضمن تشخيص (PTSD) تحديد بعض العوامل الداخلية المتعلقة بشخصية المدعي⁽³⁾. إلا أن العامل الأساسي في هذا التشخيص هو عوامل التوتر الخارجية، والتي يمكن، وبمجرد إثباتها، التوصل إلى تحديد سبب الاضطرابات الانفعالية أو التوترات النفسية اللاحقة على الصدمة العصبية (PTSD). وليس من المرجح أن يخفق المدعي في دعواه، بعد النجاح في تشخيص (PTSD)⁽⁴⁾، وذلك بسبب توافر علاقة السببية (causation). ثم حدثت نقطة تحول بارزة فيما يتعلق بالشروط

(1) Michael Jones, Textbook on Torts, Eighth Edition, Oxford University Press, 2003 p.159.

(2) John Cooke, op. Cit , P.46.

(3) Alastair mullis and Ken Oliphant, Torts , Fourth Edition, Palgrave Macmillan, 2011 , P.34

(4) Carol Brennan, op. Cit, P.55.

والمتطلبات الواجب توافرها في بذل العناية أو اتخاذ الحيطة والحرص ضمن نطاق دعاوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر النفسي الناشئ عن الصدمات العصبية، وذلك عندما أعاد مجلس اللوردات⁽¹⁾ النظر في هذه الشروط والمتطلبات عام 1983. فحتى ذلك الوقت كان القانون يشترط لقيام واجب بذل العناية على عاتق المدعى عليه تجاه المدعي، توافر علاقة أو صلة وثيقة (close relationship) بين المدعي وبين الشخص الذي تعرض لخطر من جراء حادثة شاهدها المدعي بعينه أو أدركها أو شعر بها بحواسه الأخرى. وهذا هو الشرط الأول. أما الشرط الثاني فهو أن يكون المدعي قد شاهد تلك الحادثة فعلاً بعينه أو أدركها بحواسه الأخرى. ولكن أضيف إلى هذين الشرطين شرط آخر هو ضرورة وجود عامل القرب (proximity) بين الشخص الذي تعرض إلى الحادثة وبين المدعي بوصفه متضرراً ثانوياً أو ضحية ثانوية. وقد أكد مجلس اللوردات على هذا الشرط في قضية (Mcloughlin v. O'Brian) (1983) والتي تتلخص وقائعها بتعرض عائلة السيدة (Mcloughlin) لحادثة. إذ كانت هذه السيدة في بيتها الذي يبعد مسافة كيلومترين عن مكان الحادثة وقت وقوعها. وقد تم إبلاغها بالحادثة بعد ساعة من وقوعها فذهبت إلى المستشفى الذي نقل إليه أفراد عائلتها، فوجدت ابنتها في حالة يرثى لها وهي مغطاة بالدهون والأوساخ مع وجود جرح في وجهها، وكذلك الحال بالنسبة إلى زوجها. أما ابنها فقد تعرض لإصابة خطيرة وكان يصرخ من شدة الألم، فيما توفيت

(1) وجدير بالذكر أنه وبمجرد تأسيس المحكمة العليا (Supreme court) في بريطانيا فقد إنتقل إليها، ومنذ عام 2009، الإختصاص القضائي الذي كانت تمارسه لجنة الطعون الإستئنافية (Appellate committee) في مجلس اللوردات . وتعد هذه المحكمة هيئة قضائية مستقلة يرأسها بالتناوب اثنا عشر قاضياً يجري تعيينهم، ويعرفون بقضاة المحكمة العليا. لذا تعد هذه المحكمة في الوقت الحاضر أعلى محكمة طعون في المملكة المتحدة. وذلك في القضايا المدنية والجنائية. لمزيد من التفصيل حول تشكيل هذه المحكمة واختصاصاتها ينظر Garry Slapper & David Kelly, The English legal system 2014-2015, Fifteenth Edition, Routledge, London & New York, 2014, P.226

ابنتها الأخرى فور وقوع الحادث. ونتيجة لما شهدته هذه السيدة فقد تولدت لديها حالة اكتئابية وتغيير في الشخصية. فأقامت دعوى الإهمال ضد المدعى عليهم الذين تسببوا بإهمالهم في وقوع هذا الحادث. وقد اتخذ مجلس اللوردات قراراً بالإجماع يقضي بفرض واجب بذل العناية أو اتخاذ الحيطة والحرص على عاتق المدعى عليهم تجاه المدعية، وأن الأخيرة دائنة لهم بهذا الواجب. والشيء المهم الذي يجدر ذكره بخصوص هذا القرار هو أنه قام بتوسيع الشروط والمتطلبات الواجب توافرها في بذل العناية اللازمة ضمن نطاق دعاوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر النفسي الناشئ عن الصدمات العصبية. وذلك لأن السيدة (Mcloughlin) لم تكن في مسرح الحدث وقت وقوع الحادثة، مما أدى إلى تباين آراء أعضاء مجلس اللوردات. فقد تبني كل من اللورد (Bridge) واللورد (scarman) معياراً أو اختباراً يقوم على أساس إمكانية التوقع (foreseeability) فحسب، أي إمكانية توقع الضرر. وأكدوا بأنه ينبغي عند تقدير التوقع المعقول (reasonable foreseeability) أخذ العديد من العوامل بنظر الاعتبار، ومن أبرزها عوامل الزمان والمكان والبعد وطبيعة الإصابة والعلاقة الوثيقة (Close relationship) بين المدعي بالضحية⁽¹⁾. إلا أنهما أهملتا القيود القانونية. في حين رفضت المحكمة الأخذ بعامل النظام العام. وتبني كل من اللورد (Edmund-Davies) واللورد (Wilberforce) وجهة نظر مؤداها ضرورة أخذ المحكمة لعامل النظام العام بنظر الاعتبار. وذكر اللورد (Wilberforce) بأنه ينبغي وضع ثلاثة عناصر في الحسبان⁽²⁾، الأول هو العلاقة بين المدعي وبين الشخص المتضرر، ولا يمكن تلبية هذا الشرط أو المتطلب سوى عن طريق وجود أشخاص تربطهم صلات عائلية وثيقة بالمدعي. أما مجرد المتفرج على الحادثة (bystander) فلا يكون دائناً بهذا الواجب تجاه

(1) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit. P.131.

(2) John Cooke, op. Cit , P.50.

المدعى عليه المتسبب في الحادثة نتيجة إهماله. كما ينبغي على المحكمة التحقق من طبيعة العلاقات القائمة بين الأفراد في كل قضية على حدة، وهذا ما يقصد بعامل العلاقة الوثيقة (close relationship). أما العامل الثاني فهو عامل القرب (proximity) ويعني بأن المدعى ينبغي أن يكون قريباً من مسرح الحدث من الناحيتين الزمانية والمكانية. فلكي ينجح المدعى في دعواه ، فإن الحادثة ينبغي أن تكون على مرأى ومسمع منه، أي أنه ينبغي أن يكون ضمن الحيز المكاني والزمني لوقوع الحادث أو لمسرح الحدث. أو على الأقل أن يتصادف مروره من مسرح الحدث بعد وقوع الحادث بحيث يرى الآثار الفورية التالية للحادثة (immediate aftermath)⁽¹⁾. أما العامل الثالث الذي ينبغي أخذه بنظر الاعتبار فهو عدم إمكانية التعويض عن الضرر النفسي الناجم عن الصدمة التي يتعرض لها المدعى نتيجة إبلاغه بالحادث من طرف ثالث. إلا أن المحكمة لم تحسم في هذه القضية مسألة النقل التلفازي المباشرة للحدث، وما إذا كان الصوت والصورة القادمين عبر الأثير يكفيان لقيام واجب بذل العناية اللازمة. وجدير بالذكر فإن معيار أو اختبار التوقع المعقول (reasonable foresight) (test) الذي تبناه كل من اللورد (Bridge) واللورد (scarman) أعطى حيزاً أكبر لتحقيق العدالة في حالات عدم اليقين. وقد قدم اللورد (Bridge) مثلاً عن عدم اليقين (uncertainty) يتلخص بتعرض شخص ما لضرر نفسي ناشئ عن صدمة عصبية أصابته على أثر قراءته لخبر الحادث في صحيفة. وجدير بالذكر فإن القانون الانكليزي يقضي بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم عن هلاك الأموال أيضاً وليس عن موت شخص عزيز أو إصابته فحسب. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة حكمها الصادر في قضية (Attia v. British Gas Corporation 1988) إذ جاء في ذلك الحكم بأن الصدمة العصبية لا تنشأ

(1) Kirsty Horsey and Erika Rackley, Tort law, Third Edition, Oxford University Press, 2013, P.108.

عن إصابة أو موت شخص عزيز فحسب، ولكن عن هلاك الأموال أيضا. وتتلخص وقائع هذه القضية⁽¹⁾ بقيام شركة (British Gas) بنصب نظام للتدفئة المركزية في منزل المدعية، والتي أمضت عدة سنوات في ترميم وتزيين وزخرفة منزلها، وكانت متعلقة ببيتها إلى أبعد جد. وعندما عادت إلى بيتها عصر ذلك اليوم وجدت بأن حريقاً هائلاً قد اندلع فيه، واستغرقت جهود رجال الإطفاء أكثر من أربع ساعات لإخماد النيران والسيطرة على الحريق. إلا أن ذلك لم يتم إلا بعد تعرض المنزل لأضرار بالغة. وقد ثبت للمحكمة بأن سبب الحريق هو إهمال تابعي المدعى عليهم. وعلى الرغم من أن الشركة أقرت بمسؤوليتها عن الأضرار التي أصابت البيت، إلا أن المدعية طالبت بتعويض إضافي عن الصدمة العصبية التي تعرضت لها نتيجة ذلك. فوافقت محكمة الاستئناف على طلبها، وسمحت لها بإقامة دعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم عن الصدمة العصبية التي تعرضت لها.

الفرع الرابع

الأساس القانوني للمسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي

يعد الإهمال أحد أنواع الأخطاء المدنية في القانون الإنكليزي. والخطأ المدني (Tort) كما عرفه الفقهاء الإنكليز هو (جرم مدني يرتكبه شخص ضد مصالح شخص آخر، والتي يحميها القانون)⁽²⁾. أو هو (جرم مدني ينطوي على إخلال بواجب حدده القانون)⁽³⁾. فالإهمال هو أحد الأخطاء المدنية التي تضمنها قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي (law of Torts) والذي هو قانون غير مكتوب ومبني على السوابق القضائية وتطبيقات المحاكم الإنكليزية. وما يلفت الانتباه في هذا القانون أن الأساس القانوني للمسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ المدني يختلف باختلاف صور هذا الخطأ وأنواعه والتي وردت على سبيل

(1) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني

<http://e-lawresources.co.uk/cases/Attia-v-British-Gas-Corporation.php>

(2) John Cooke. op. Cit, P.4.

(3) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit , P.2.

الحصر⁽¹⁾. وبما أن الإهمال يعد أحد هذه الأنواع. لذا فإذا ما أردنا أن نبحث بدقة في الأساس القانوني للمسؤولية الناجمة عن الإهمال ، وكذلك المسؤولية المدنية لحائز العقار بعدها إحدى التطبيقات للمسؤولية الناجمة عن الإهمال . فإنه يتعين علينا أن نتناول وبشيء من التفصيل تأثير الركن المعنوي على تحول أساس المسؤولية المدنية من النظرية الشخصية إلى الموضوعية وبالعكس⁽²⁾. وهذا ما سوف يساعدنا في فهم التكييف القانوني للمسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال ، فالحالة الذهنية المكونة للركن المعنوي للخطأ المدني في القانون الإنكليزي تتسم بثلاثة أوجه أو سمات بارزة هي سوء النية (malice) والعمد (intention) والإهمال (negligence). فالحالة الذهنية (state of mind) المكونة للركن المعنوي للخطأ المدني في القانون الإنكليزي تتكون من هذه الأوجه أو الصور الثلاث البارزة⁽³⁾. وهذا يعني بأن الأساس القانوني للمسؤولية المدنية الناجمة عن كل نوع من أنواع الخطأ المدني في القانون الإنكليزي يعتمد على الحالة الذهنية المكونة للركن المعنوي لهذا الخطأ، والمتمثلة بأوجهها أو صورها الثلاث السابقة الذكر. فالاختلاف في الأساس القانوني للمسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ المدني من نوع إلى آخر من أنواع الخطأ المدني سببه وجود أو غياب الركن المعنوي متمثلاً بالأوجه أو الثلاث البارزة التي تتألف منها الحالة الذهنية المكونة لهذا الركن عن هيكلية الخطأ المدني. وإذا ما وجد أحد هذه الأوجه أو الصور الثلاث في الحالة الذهنية المكونة للركن المعنوي، فإن المسؤولية المدنية تكون حينئذٍ مسؤولية خطئية تنضوي تحت مفهوم النظرية الشخصية للمسؤولية (fault-based liability) . وبالمقابل تكون المسؤولية موضوعية (strict liability) إذا ما قامت على أساس ركن الضرر وحده. ودون الحاجة إلى إثبات

(1) John William Salmond, The law of torts: A treatise on the English law of liability for civil injuries . Forgotten Books, 2012 , p.20.

(2) John Cooke, op. Cit. p.3.

(3) John Cooke, ibid, P.9.

ركن الخطأ متمثلاً بالأوجه أو الصور الثلاث البارزة المكونة للحالة الذهنية التي يتألف منها الركن المعنوي للخطأ المدني⁽¹⁾، أو في حالة غياب هذه الأوجه أو الصور الثلاث عن الركن المعنوي والذي هو حالة ذهنية قوامها هذه الأوجه أو الصور الثلاث البارزة. فإذا ما غابت هذه الأوجه أو الصور الثلاث البارزة، كأن يقوم شخص بأفعال لا تنطوي على العمد أو سوء النية أو الإهمال، فحينئذ تكون المسؤولية لا خطئية وتدخل ضمن نطاق النظرية الموضوعية للمسؤولية⁽²⁾. وتشكل الأساس القانوني للمسؤولية اللاخطئية وتعرف بالمسؤولية الموضوعية⁽³⁾. إن الأمر المهم في هذا المجال هو أن وجود هذه الصور الثلاث أو إحداها على الأقل في الحالة الذهنية التي تشكل قوام الركن المعنوي للخطأ المدني الذي يرتكبه الشخص يؤدي إلى نهوض مسؤوليته الخطئية، ويستلزم إثبات الركن المعنوي المتمثل بالحالة الذهنية للفاعل. وهذه هي السمة البارزة التي يتميز بها الركن المعنوي للخطأ المدني في القانون الإنكليزي. إذ يساهم وجود أو غياب الأوجه أو الصور الثلاث التي تميز الحالة الذهنية المكونة للركن المعنوي في إعطاء التكييف القانوني السليم للأساس القانوني للمسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ المدني. ولاسيما أن قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي المبني على نظام السوابق القضائية لم يتضمن بين دفتيه قاعدة عامة تنظم أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ المدني، خلافاً للقانونين المدنيين المصري والعراقي. ولعل هذا الأمر يمكننا من فهم التكييف القانوني لأساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال. ويعرف الفقهاء الإنكليز الإهمال بأنه (القيام بعمل لم يكن من الواجب القيام به أو الامتناع عن عمل كان يجب القيام به نتيجة عدم الحرص أو الحيطة)⁽⁴⁾. أو هو (خطأ مدني يتمثل في عدم تبصر أو عدم حرص أو حيطة ويترتب

(1) John Wilman, op. Cit, P.208. see also John Cooke, op. Cit , P.8

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit, P.4.

(3) John Cooke, op. Cit , P.9.

(4) John Cooke, ibid. p.10.

عليه ضرر يصيب شخصا آخر⁽¹⁾ . أو (عدم بذل مرتكب الفعل الضار (Tortfeasor) للفرد المعقول من العناية (reasonable amount of care) والذي يترتب عليه إلحاق الضرر بشخص الغير أو ماله. أو هو القيام بعمل معين على سبيل اللامبالاة، أو الامتناع عن عمل كان ينبغي القيام به قانوناً⁽²⁾ . أو عدم بذل العناية المعقولة التي عادة ما يبذلها الشخص المعتاد مما ينجم عنه إلحاق الضرر بالمدعى عليه⁽³⁾ . فالإهمال هو أحد السمات أو الأوجه الثلاثة البارزة التي تميز الركن المعنوي للخطأ المدني في القانون الإنكليزي. والمقصود بالإهمال هو إرادة الفعل دون إرادة النتيجة على العكس من الفعل العمد الذي تتوفر فيه إرادة الفعل والنتيجة معا⁽⁴⁾ . ويشترط لنهوض المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال توافر ثلاثة شروط هي 1- قيام واجب الحيلة والحرص (أو بذل العناية)، وهذا الحرص أو هذه العناية ينبغي أن تكون معتادة أو معقولة تقاس بمعيار موضوعي قوامه الشخص العاقل أو المعتاد. فالإهمال هو إما امتناع عن عمل ينبغي أن يقوم به الرجل العاقل المحاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية، أو القيام بعمل لا يقوم به عادة الرجل العاقل أو المتبصر⁽⁵⁾ (prudent and reasonable man). 2- الإخلال بواجب الحيلة والحرص 3- تحقق الضرر وقيام علاقة السببية بين الضرر والإهمال. فالمسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال في القانون الإنكليزي هي مسؤولية خطئية أساسها العلم والإدراك والإرادة، وهي إرادة الفعل دون إرادة النتيجة. ويتمثل ذلك في عدم بذل العناية والحرص اللازمين، وهذه المسؤولية تدخل

(1) John.G. Fleming, An Introduction to the law of torts, second edition, clarendon, 1986, p.11.

(²) Cathy J. Okrent . Torts and personal injury law, Fourth Edition, DELMAR, 2010. P.21

(³)William P. Statsky, Torts. Personal Injury litigation, Fifth Edition, DELMAR CENGAGE learning, 2011, P.192

(4) John William Salmond, op. Cit , p.30.

(5) Vera Bermingham, op. Cit, p.35.

ضمن إطار النظرية الشخصية للمسؤولية لأنها تقوم على أساس اتجاه النية أو الإرادة إلى الفعل أو الامتناع، أي إلى القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وإن كان ذلك دون إرادة النتيجة⁽¹⁾. وأن الإهمال بحد ذاته يعد أحد الأوجه أو السمات الثلاثة البارزة المكونة للركن المعنوي للخطأ المدني في القانون الإنكليزي. وهذا هو جوهر المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال وأساسها القانوني⁽²⁾. ويتبين من ذلك بوضوح بأن المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال في القانون الإنكليزي هي مسؤولية خطئية أساسها العلم والإدراك والإرادة، وهي إرادة الفعل دون إرادة النتيجة. ويتمثل ذلك في عدم بذل العناية والحرص اللازمين. وتتدخل هذه المسؤولية ضمن إطار النظرية الشخصية للمسؤولية، لأنها تقوم على أساس اتجاه النية أو الإرادة إلى الفعل أو الامتناع. أي إلى القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وإن كان ذلك دون إرادة النتيجة. وأن الإهمال بحد ذاته يعد أحد الأوجه أو السمات الثلاثة البارزة المكونة للركن المعنوي للخطأ المدني في القانون الإنكليزي. ويميز جانب من الفقه الإنكليزي⁽³⁾ بين الحالة الذهنية لمرتكب الخطأ المدني المتمثل بالإهمال من جهة والأخطاء المدنية الأخرى العمدية والنابعة من سوء النية من جهة أخرى. ففي الإهمال فإن الخطأ المدني يرتكب بشكل غير عمدي، أما في الأخطاء المدنية العمدية (intentional torts) وكما يوحي إسمها، فإنها تتطلب اتجاه نية مرتكب الخطأ المدني أو رغبته إلى تحقيق نتيجة معينة. ولكن دون الرغبة بإلحاق الأذى بشخص ما. لذا ينبغي على مرتكب الخطأ المدني العمدي أن يعلم ويتوقع بأن الفعل الذي يقوم به من المؤكد أن تترتب عليه نتائج معينة. فعلى سبيل المثال لو أن نية المدعى عليه اتجهت إلى السخرية من المدعي فحسب، ودون الرغبة بإلحاق أي أذى به، فإنه وعلى الرغم من ذلك،

(1) Cathy Okrent, op. Cit , P.105.

(2) William Buckley & Cathy Okrent, Torts & personal injury law, Third Edition , Delmar Cengage Learning , 2003, P.73

(3) Linda Edwards. Stanley Edwards. Patricia Kirtley Wells, Tort law, Fifth Edition, DELMAR, 2012, p.32.

تتهض مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب المدعي. فالأمر المهم في هذا النوع من الأخطاء المدنية هو النية لإحداث نتيجة معينة، أي إرادة الفعل وإرادة النتيجة معاً⁽¹⁾. وليس من المهم بعد ذلك ما إذا كان المدعي عليه راغباً أو غير راغب في إلحاق الضرر بالمدعي. فتحقق الضرر أو عدم تحققه ليس بذی صلة وثيقة بنية مرتكب الخطأ المدني. ولأجل أن نميز بوضوح بين الخطأ المدني العمدي والإهمال، فإنه يمكن القول بأن المدعي عليه في حالة الخطأ المدني العمدي يعلم علم اليقين بأن النتيجة واقعة لا محالة. لذا فإنه سيكون مسؤولاً عن هذه النتيجة. أما في حالة الإهمال فإن المدعي عليه قد لا يعلم علم اليقين بأن النتيجة ستحدث على الرغم من وجود أرجحية واحتمال كبيرين لحدوثها، ففي هذه الحالة سيعد الفاعل مهملاً، ولكنه ليس متعمداً. أما ما يميز سوء النية عن الفعل العمدي، فإن سوء النية يقترن بوجود الباعث لدى الفاعل لإلحاق الضرر بالمتضرر⁽²⁾. وبعبارة أخرى فإن هناك أسباب كافية تدعو للقيام بهذا الفعل وارتكاب الخطأ تجاه المدعي. ويمكن توضيح الحالات الثلاث بالمثل الآتي: لو أن شخصاً قام بإطلاق ألعاب نارية وسط جمهور غفير، فإنه قد لا تكون لديه الرغبة في إلحاق الضرر بأي شخص آخر. ولكنه إذا كان يعلم علم اليقين بأن الجمهور قد يتعرض للأذى بسبب العدد الكبير من الحضور، فإنه يكون في هذه الحالة قد ارتكب الخطأ بتعمد، أما إذا كان عدد الجمهور ليس كبيراً، ولم يكن الفاعل يعلم علم اليقين بأن النتيجة سوف تقع، مع وجود أرجحية أو احتمال كبير لوقوعها. ففي هذه الحالة سوف يعد مهملاً وليس متعمداً. أما إذا كانت لديه من الأسباب أو البواعث التي تدعوه لإلحاق الأذى بالجمهور، فإن فعله يكون نابعاً عن سوء نية في هذه الحالة. إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فإن جانباً من الفقه الإنكليزي⁽³⁾ يرى عدم أهمية التمييز بين الفعل العمدي وسوء النية، لأن قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي لا

(1) Linda Edwards. Stanley Edwards. Patricia Kirtley Wells, ibid, p.32.

(2) John Wilman, op. Cit, P.208.

(3) Catherine Elliott and Frances Quinn, op. Cit, p.5.

يعنى بالبواعث على وجه العموم. فإذا ما ارتكب الفاعل خطأ مدنياً ، وهو بطبيعة الحال يعد عملاً غير مشروع، فإن ارتكابه لهذا الخطأ ، حتى وإن تم بحسن نية، فإنه لن يغير من طبيعة هذا العمل ويجعله عملاً مشروعاً. بل يبقى محتفظاً بهذه الصفة مهما كان السبب أو الباعث من وراء القيام به⁽¹⁾. وقد أقامت المحاكم الإنكليزية المسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر النفسي على أساس خطأ الإهمال وحده دون الأخطاء المدنية الأخرى، وهو ما تبين بوضوح من حكم المحكمة الإنكليزية الصادر في قضية (Dulieu v. white & sons 1901) السالفة الذكر. إذ قضت بالتعويض للمدعية بسبب الصدمة العصبية والمرض النفسي اللاحق الذي تعرضت له بسبب خشيتها على سلامتها الشخصية. وذكر القاضي (Kennedy) في حكم المحكمة بأن ما تعرضت له المدعية من مرض نفسي كان نتيجة إهمال المدعى عليه في توجيه الحصان عند إدخاله إلى الحانة. كما سار مجلس اللوردات في نفس الإتجاه في حكمه الصادر في قضية (simmons v. British steel plc 2004) وقضى بمسؤولية المدعى عليه صاحب العمل الناجمة عن إهماله في معالجة المرض الجلدي الذي تعرض له العامل المصاب، والذي أدى إلى إصابته لاحقاً بمرض إكتنابي.

المطلب الثاني

مفهوم الضرر الأدبي في القانونين المدنيين المصري والعراقي

نظم القانونان المدنيان المصري رقم (131) لسنة 1948 والعراقي رقم (40) لسنة 1951 الضرر الأدبي ، وحددا الأشخاص المستحقين للتعويض عنه . وحكم انتقال ذلك التعويض إليهم. فقد نصت المادة (222) من القانون المدني المصري على أنه (1-يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى إتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء. 2-ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى

(1) John Cooke, op. Cit. p.9.

الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب). كما نصت المادة (205) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (1) - يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض. 2- ويجوز أن يقضي بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب. 3- ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي) لذا فإن دراسة مفهوم الضرر الأدبي في هذين القانونين تستلزم منا تعريفه وبيان أهم خصائصه وكما يأتي :

الفرع الأول

تعريف الضرر الأدبي

عرف الفقيه الكبير الأستاذ السنهوري⁽¹⁾ رحمه الله الضرر الأدبي بأنه (الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله) . وعرفه جانب آخر من فقه القانون المدني المصري⁽²⁾ بأنه (كل ما يؤدي شعور الشخص أو عاطفته فيسبب له ألماً أو حزناً) . وعرفه فقيه آخر⁽³⁾ بأنه (كل مساس بشرف الشخص واعتباره وكل ألم يصيب الانسان في جسمه أو عاطفته، وكل مساس بحق من حقوق الشخصية وفي مقدمتها الحق في الاسم والحق في الصورة والحق في إحترام الحياة الخاصة). وعرفه جانب من فقه القانون المدني العراقي⁽⁴⁾ بأنه (الضرر الذي لا يصيب الشخص في حق من حقوقه المالية، بل في شعوره أو عواطفه. أو في شرفه أو في عرضه، أو في كرامته أو في سمعته ومركزه الاجتماعي). ويتبين

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004، ص 723.

(2) د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996، ص 347.
(3) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المسئوليات المفترضة، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، دون مكان نشر، 1992، ص 138.

(4) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام، مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1963، ص 460.

من هذه التعاريف بأنه يمكن تصنيف الأضرار الأدبية إلى ثلاثة مجموعات: الأولى هي الأضرار الأدبية المتعلقة بالجانب الاجتماعي للذمة الأدبية⁽¹⁾، وهي أضرار أدبية غالباً ما ترتبط بأضرار مادية . كالضرر الأدبي الذي يصيب الشرف والسمعة والإعتبار والعرض⁽²⁾ ، بسبب أفعال كالقذف والتشهير وإيذاء السمعة والإعتداء على الكرامة. وهي أفعال تلحق ضرراً أدبياً بسمعة المضرور، فضلاً عن تعرضه لأضرار مادية نتيجة فقدته لعمله أو مهنته نتيجة تشويه سمعته أو الحط من مركزه الاجتماعي أو اعتباره المالي. وقد قضت محكمة تمييز العراق بالتعويض عن الأضرار الأدبية الناجمة عن المساس بسمعة المضرور ومركزه الاجتماعي، وجاء في أحد أحكامها⁽³⁾ بأنه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى النظر في الحكم المميز وجد فقد وجد أنه صحيح وموافق للقانون.... وبذلك فإن المميز عليه المدعي يستحق التعويض الأدبي لما لحقه من تعدد ومساس بسمعته ومركزه الاجتماعي عملاً بأحكام المادة (205) من القانون المدني). والثانية هي الأضرار الأدبية المرتبطة بأضرار جسدية تصيب المضرور، وينجم عنها إصابته بعاهة مستديمة أو تشويه عضو بارز من أعضاء الجسم كالوجه، وتسبب له عذاباً نفسياً⁽⁴⁾ . كما تؤدي إلى شعوره بالألم أو الحزن نتيجة حرمانه من مباحج الحياة . وقد تضاف إلى تلك الأضرار الأدبية والجسدية اضرار مادية أيضاً⁽⁵⁾، إذا تطلب علاج المضرور إنفاق مبالغ مالية، أو نقص القدرة على الكسب المادي⁽⁶⁾.

(1) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص70.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصدر سابق، ص724.

(3) حكم محكمة تمييز العراق رقم 1402/ الهيئة الاستئنافية منقول/2013 في 2013/8/6، منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، العدد الثاني (نيسان- أيار- حزيران)، 2014، ص193.

(4) نور العمروسي. المسؤولية التقصيرية والمسئولية العقدية في القانون المدني، الأركان والجمع بينهما والتعويض دراسة تأصيلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص204.

(5) ابراهيم محمد شريف، الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1989، ص5

(6) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المصدر السابق، ص723.

والتالفة هـ الأضرار الأءبفة المءءلقة بالأانب العاطفـ من الءمة الأءبفة . وهـ أضرار أءبفة مجردة لا ءربءب بأـ ضرر ماءـ أو جسءـ وءصـب العاطفة والشعور وإلءساس والءنان⁽¹⁾، كالأزن أو الأسـ للءنـ ءعانـ منهما شءص ما بسبب موء شءص آءر عزـز علـه. وقء أءءء مءكمة النفض المصرفـ بمبءأ ءءعوفض عن هءا النوع من الأضرار الأءبفة وءاء فـ ءكم صاءر عنها بأن (العبرة فـ ءءق الضرر الأءبـ هو أن يؤءـ الإنسان فـ شرفه واءءباره أو ءصاب فـ إءساسه ومشاعره وعاطفته فإن لم ءءقق شـء من ءلك إنءفى موجب ءءعوفض عنه)⁽²⁾ .

الفرف الءانـ

ءصائص الضرر الأءبـ

ءءسم الضرر الأءبـ فـ القانونـ المءنـنـ المصرفـ والعراقـ بالءصائص الآءفة:

أولاً: ءءد الضرر الأءبـ فـ القانونـ المصرفـ والعراقـ أءى ءلءق بالءقم المعنوفة والاءءبارفة للشءص، وفقأ لمفهومها الواسع الءـ ءنطوفـ على معان ءءبرة كالشرف والءرامة والسمة والعاطفة والشعور والءنان⁽³⁾، والمركز الاءءماعـ والاءءباره المالفـ. فضلاً عن الآلام الءـ ءصـب شءصأ نءءءة ءعرضه لإصابة جسءفة⁽⁴⁾ . ولا ءقتصر على الأمراض النفسفة الءـ قء ءصـب الشءص نءءءة ءعرضه لصدمة عصفة.

(1) ء. ءاسـن مءمء الءبورـ. الوءـز فـ شرح القانون المءنـ الأءنـ، الءء الأول مصادر الءقوق الشءصفة، مصادر الاءءاماء، ءراسة موازنة، الطبعة الأولى، ءار ءءافة للنشر والءوزـع، عمان ، 2008 ، ص564

(2) ءكم مءكمة النفض المصرفـ نو الرقم (107) لسنة (67 ق) فـ (1998/4/29) نقلا عن ء. معوض عبء ءءواب، المرجع فـ ءءلق على نصوص القانون المءنـ، المءلء ءالء، مءءبة عالم الفكر والقانون، طنطا، 2006، ص255.

(3) ء. رمضان أبو السعوء، مصادر الاءءام، ءار الءامعة الءنفة للنشر، الإسءنرفة، 2005، ص364.

(4) ء. مءمء ءسن قاسم ، مباءء القانون المءءل إلى القانون والاءءاماء ، ءار المءبوعاء الءامعة الإسءنرفة، 1010 ، ص344.

ثانياً: قصر المشرعان المصري والعراقي الحق في التعويض عن الضرر الأدبي على المضرور نفسه. وعلى بعض الأشخاص الذين تربطهم به صلة قريبي وثيقة، والمتمثلة بقرابة المصاهرة والنسب. ولم يوسعا من نطاق الأشخاص المستحقين للتعويض عن هذا النوع من الأضرار ليشمل فئات أخرى من الأشخاص، خارج نطاق قرابة النسب أو المصاهرة. خلافاً للقانون الإنكليزي الذي يفسح المجال لأشخاص آخرين للحصول على التعويض عن الضرر النفسي الناجم عن الإهمال. كالأشخاص الذين لا يدخلون ضمن الحيز المادي لخطر التعرض لإصابة جسدية، إلا أنهم يشهدون حادثة معينة. سواء أكانوا قد شاهدوها بأم أعينهم أم أدركوها بحواسهم الأخرى، مما يؤدي إلى تعرضهم لضرر نفسي. وهم بعض الأشخاص الذين يصنفون ضمن مفهوم الضحية الثانوية في القانون الإنكليزي، كأصدقاء الضحية الأصلية، والخطاب أو المخطوبة، والمتسببين في الحوادث دون قصد، وعمال الانقاذ الذين لا تربطهم أية صلة بالمضرور.

ثالثاً: ويتسم الضرر الأدبي في القانونين المصري والعراقي، ومن حيث الأصل، بأنه ضرر شخصي يصيب الشخص في شرفه أو سمعته أو شعوره أو عاطفته أو مركزه الاجتماعي أو إعتباره المالي.

رابعاً: كما يتسم الضرر الأدبي في القانونين المصري والعراقي بأنه ضرر مرتد يصاب به شخص آخر غير المضرور الأصلي المصاب. نتيجة ما يشعر به الأول من مشاعر الألم أو الحسرة أو الحزن، بسبب فقدة لعاطفة الحنان أو المودة التي كان يسبغها عليه الثاني، والذي هو شخص عزيز عليه. وذلك من جراء حادثة أدت إلى موته⁽¹⁾.

خامساً: قد ينجم الضرر الأدبي أحياناً عن ضرر جسدي يصيب المضرور ويؤدي إلى شعوره بالألم أو الحسرة أو الحزن نتيجة فوات الجمال أو الحرمان

(1) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، منشورات أراس، أبريل، 2006، ص316.

من مباحج الحياة، كفقده حاسة البصر أو السمع⁽¹⁾. وقد يرتبط الضرر الأدبي بضرر مادي، كالإعتداء على سمعة شخص ما. وما يترتب على ذلك من فقد المضرور لعمله أو مهنته نتيجة تشويه سمعته⁽²⁾. كما يمكن للضرر الأدبي أن يكون مجرداً لا يرتبط بأي ضرر مادي أو جسدي، كالألم الذي يعاني منه شخص ما نتيجة فقده لشخص عزيز عليه، شريطة أن لا يكون الأول ممن يعولهم الثاني. سادساً: يقتصر حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي على الأشخاص الطبيعية، ولا يحق للأشخاص الاعتبارية (المعنوية) المطالبة به. فالضرر الأدبي يرجع، وكما رأينا سابقاً، إلى أحوال معينة تعد إيذاءً يصيب الشخص الطبيعي دون الاعتباري. وهي الضرر الأدبي الذي يصيب جسم الإنسان، وكذلك المساس بشرفه وكرامته وعرضه، وما يؤدي شعوره وعاطفته⁽³⁾، أو الإعتداء على حق ثابت من حقوقه. أما إذا كان المضرور شخصاً اعتبارياً فإنه لا يستحق تعويضاً عن الضرر الأدبي⁽⁴⁾. فالإختلاف في طبيعة التكوين بين الشخص الطبيعي والإعتباري يستلزم إستبعاد إسناد الحقوق الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية إلى الشخص الاعتباري⁽⁵⁾. وقد سار القضاء العراقي في هذا الإتجاه كذلك⁽⁶⁾.

(1) د. منذر الفضل، المصدر نفسه، ص 317.

(2) د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1996، ص 347.

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصدر سابق، ص 724.

(4) د. درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بيروت، 2016، ص 348.

(5) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1993، ص 642.

(6) جاء في حكم لمحكمة تمييز العراق بأنه (ادعى وكيل المدعي (المميز) لدى محكمة قضايا النشر والإعلام أنه بتاريخ 2010/7/26 وبالعدد 158 نشرت جريدة العالم مقالاً في حقل القراء 866 تحت عنوان تقرير هندي/تجاوزات وتلاعب وهدر يهدد منشآت المدينة الرياضية في البصرة بالانهيار. ويحتوي المقال إضافة إلى التهجم العام بالاتهامات والقذف (تجاوزات واختلاس المال العام)، إثارة فزع الجمهور الرياضي المحلي والدولي. ولاسيما أن المدينة الرياضية أعدت للألعاب الدولية. لذا طلب دعوة المدعى عليهم للمرافعة والحكم بإلزامهم بالتكافل والتضامن بتعويض موكله المدعي/إضافة لوظيفته مبلغاً قدره مليار دينار كتعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق موكله من جراء نشر هذا المقال. أصدرت محكمة الموضوع حكماً بحضورياً يقضي برد دعوى المدعي/ إضافة لوظيفته تجاه المدعى عليه الأول مالك الجريدة/ إضافة لوظيفته. والمدعى عليه الثاني رئيس تحرير جريدة العالم/ إضافة لوظيفته شكلاً لعدم توجه الخصومة.... لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أن المدعي/ إضافة لوظيفته أقام الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي عما لحقه من نشر الافتراءات التي تضمنها المقال. ولما كانت الفقرة الثانية

المطلب الثالث

مقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانونيين المدنيين المصري والعراقي

لا تبدو الجدوى من وراء الدراسات المقارنة واضحة دون القيام بعقد مقارنة فعلية بين القوانين المقارنة موضوع الدراسة للتوصل إلى تحديد أوجه الشبه والاختلاف بينها، فالقانون المقارن هو علم بحثي يسعى إلى دراسة القواعد القانونية الأجنبية بغية بيان أوجه الشبه والاختلاف بينها. وذلك عن طريق جمع معلومات عن قانونين أو أكثر للقيام بهذه المهمة⁽¹⁾. لأن القانون المقارن ليس قانوناً وضعياً بالمعنى الحرفي للكلمة بل هو أسلوب من أساليب البحث العلمي القانوني يبحث في القوانين على سبيل المقارنة المعرفة أوجه الشبه والاختلاف بينها. وينطوي على فوائد جمة من أبرزها، أنه يساعد على فهم القانون الوطني على نحو أفضل، لأن الفهم المعمق لأي قانون لا يتأتى إلا عن طريق دراسته ثم مقارنته بغيره من القوانين لبيان أوجه الشبه والاختلاف. كما يساعد على دقة صياغة التشريعات الوطنية عن طريق الاستفادة من التشريعات الأجنبية واقتباس النظم القانونية الأجنبية التي تلاءم بيئة المشرع الوطني، وتجنب النظم القانونية الأخرى البعيدة عن واقع التطبيق العملي في إقليم دولة المشرع الوطني أو المخالفة لفكرة النظام العام والآداب العامة السائدة فيها. لذا سنحاول في هذا المطلب إجراء مقارنة بين موقف القانون الإنكليزي من جهة وموقف القانونيين المدنيين المصري والعراقي من جهة أخرى، وذلك من حيث مفهوم كل من الضررين النفسي والأدبي لبيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما وكما يأتي:

من المادة (48) من القانون المدني نصت على أنه (ويتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الشخص الطبيعي وذلك في الحدود التي يقرها القانون). وعليه فإن المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي يكون من حق الأشخاص الطبيعية وليس الأشخاص المعنوية. ولما كان الحكم المميز قد قضى برد الدعوى عن سبب آخر، فقرر تصديقه من حيث النتيجة... (حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم رقم 1650/ الهيئة المدنية منقول/2010 في 2010/12/21 منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة الثامنة، العدد الأول (نيسان- أيار- حزيران)، 2016، ص216.

(1) د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص36.

أولاً: أوجه الشبه: يتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف القانونين

المدنيين المصري والعراقي في المسائل الآتية:

1- يتشابه موقف القوانين الثلاثة من حيث قيام أساس المسؤولية المدنية

الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي في القانون الإنكليزي، والمسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر الأدبي في القانونين المصري والعراقي على أساس فكرة الخطأ. وإن كان القانون المدني العراقي قد أخذ بفكرة التعمد أو التعدي، إلا أنها أقرب في مضمونها إلى فكرة الخطأ التي تقوم على ركنين مادي ومعنوي. لأن التعمد يستوجب القصد وهو نية الإضرار بالغير.

2- ويتشابه موقف القوانين الثلاثة من حيث إمكانية التعويض عن

الضرر النفسي المتمثل بالمرض النفسي الناجم عن الصدمة العصبية. فعلى الرغم من أن القانونين المدنيين المصري والعراقي قصرَا التعويض على الضرر الأدبي الناجم عن المساس بأحاسيس المضرور ومشاعره. أو ببعض القيم المعنوية اللصيقة بشخصه، كشرفه أو كرامته أو عرضه⁽¹⁾، أو القيم الاعتبارية الأخرى، كالنيل من مكانته المالية أو اعتباره الاجتماعي. إلا أنه يمكن كذلك في ظل هذين القانونين التعويض عن الضرر الأدبي، إذا ما تفاقم وأدى على إصابة المضرور بضرر نفسي.

3- كما يتشابه موقف القوانين الثلاثة من حيث أن الضرر النفسي في

القانون الإنكليزي قد ينجم عن ضرر جسدي. أو قد يكون ضرراً نفسياً مجرداً دون الإصابة بضرر جسدي. وكذلك الحال في القانونين المصري والعراقي، فالضرر الأدبي قد ينجم أحياناً عن ضرر

(1) د. نبيل إبراهيم سعد ود. محمد حسين منصور، مبادئ القانون المدخل لدراسة القانون- نظرية الالتزامات، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1995، ص 311.

جسدي يصيب المضرور، ويؤدي على شعوره بالألم أو الحسرة أو الحزن نتيجة فوات الجمال أو الحرمان من مباح الحياة كفقده حاسة البصر أو السمع⁽¹⁾. وقد يكون ضرراً أديباً مجرداً دون الإصابة بضرر جسدي.

4- يتشابه موقف القوانين الثلاثة من حيث أن التعويض لا يكون عن الصدمة العصبية بحد ذاتها، ولكن على أساس ما ينجم عنها من اضطرابات نفسية وانفعالية لاحقة كالمرض النفسي. فضلاً عن اضطرابات انفعالية أخرى أقل حدة كالحزن والأسى واللوعة في القانونين المدنيين المصري والعراقي. وقد تبنت محكمة النقض المصرية وبوضوح هذا الاتجاه وجاء في أحد أحكامها⁽²⁾ بأنه (لما كان الضرر الأدبي يصيب العاطفة والشعور فيدخل إلى القلب أسى وحزناً ولوعة يرد- وعلى ما انتهت إليه الدراسات النفسية المعاصرة لخصائص النمو الإنساني- إلى الإدراك الحسي والسلوك الانفعالي الذي يلزم الإنسان منذ طفولته ويتجه في البداية على أفراد أسرته الذين يشبعون حاجاته ثم يصل إلى مرحلة النضج والثبات فتتسع دائرته ليشمل من عدا هؤلاء).

ثانياً: أوجه الاختلاف: على الرغم من أوجه الشبه السالفة الذكر فقد برزت أوجه الاختلاف الآتية بين موقف القانون الإنكليزي من جهة وموقف القانونين المصري والعراقي من جهة أخرى:

1- ضيق القانون الإنكليزي من نطاق الضرر النفسي وقصره على المرض النفسي الذي ينبغي إثباته عن طريق اختبارات طبية سريرية تقوم على أساس معايير علمية، وموثقة في تقارير طبية. أما القانونان

(1) د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص 317.

(2) حكم محكمة النقض المصرية نو الرقم (82) لسنة (70ق) في (22/10/2002) نقلاً عن د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق، المجلد الثالث، مصدر سابق، ص 257.

المدنيان المصري والعراقي فقد وسعا من نطاق الضرر الأدبي ولم يقصراه على المرض النفسي فحسب. بل يمكن أن ينجم عن المساس بالأحاسيس والمشاعر والقيم المعنوية والاعتبارية الأخرى، كمجرد الحزن أو تلم الشرف أو المساس بالكرامة. حتى وإن لم يتعرض المضرور إلى الإصابة بمرض نفسي.

2- يرجع أصل المسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر النفسي في القانون الإنكليزي إلى قانون الأخطاء المدنية، والذي هو جزء من قانون الأحكام العام (Common law) العرفي الذي تأسس على السوابق القضائية، ولم يتضمن قواعد عامة⁽¹⁾. ودون وجود تشريع ينظم هذا النوع من الأضرار والمسؤولية المدنية الناجمة عنه. أما الضرر الأدبي فقد جرى تنظيمه تشريعياً في ظل القانونين المصري والعراقي.

3- لا يجيز القانون الإنكليزي التعويض عن الضرر النفسي الناجم عن الإهمال لمجرد المساس بمشاعر المضرور وعواطفه، كالحزن أو الأسى الذي يصيبه. في حين يجيز القانونان المدنيان المصري والعراقي التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن المساس بالمشاعر أو العواطف المجردة، كالحزن أو الغم أو الكمد. وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الاتجاه وجاء في أحد أحكامها⁽²⁾ بأن (العبرة في تحقق الضرر الأدبي هو أن يؤذى الإنسان في شرفه واعتباره أو يصاب في إحساسه ومشاعره وعاطفته، فإن لم يتحقق شيء من ذلك انتفى موجب التعويض عنه).

(1) JAMES GORDLEY, The Jurists, A Critical History, Oxford University Press, First Edition, 2013. P.204.

(2) حكم محكمة النقض المصرية نو الرقم (107) لسنة (67ق) في (1988/4/29) نقلاً عن د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق، المجلد الثالث، مصدر سابق، ص255.

المبحث الثاني

ضحايا الضرر النفسي في القانون الإنكليزي ومقارنتهم بمستحقي التعويض عن الضرر الأدبي في القانونين المدنيين العراقي والمصري

قصر قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي العرفي والمبني على السوابق القضائية الحق في التعويض عن الضرر النفسي على نوعين من ضحايا هذا النوع من الأضرار، وهم الضحية الأصلية والضحية الثانوية⁽¹⁾. وفي المقابل حدد القانونان المدنيان المصري والعراقي مستحقي التعويض عن الضرر الأدبي بالمضرور نفسه، فضلاً عن زوجه وأقاربه إلى درجة معينة. وسوف نقوم في هذا المبحث بالتعرف على ضحايا الضرر النفسي في القانون الإنكليزي، ومستحقي التعويض عن الضرر الأدبي ثم مقارنة موقف القانون الإنكليزي مع موقف القانونين المصري والعراقي من هذه المسألة وكما يأتي:

المطلب الأول : ضحايا الضرر النفسي في القانون الإنكليزي
المطلب الثاني: المستحقون للتعويض عن الضرر الأدبي في القانونين المدنيين المصري والعراقي
المطلب الثالث: مقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانونين المدنيين المصري والعراقي

المطلب الأول

ضحايا الضرر النفسي

تأخذ المحاكم الإنكليزية بنظر الاعتبار نوعين من ضحايا الضرر النفسي، وذلك عند قضائها بالتعويض عن هذا النوع من الأضرار، وهما الضحية الأصلية (primary victim) أو المتضرر الأصلي والضحية الثانوية (secondary victim) أو المتضرر الثانوي⁽²⁾. وقد ميز مجلس اللوردات في ضوء قضية (white and others v. chief constable of south)

(1) Alastair mullis and Ken Oliphant. op. Cit. p.34.

(2) Vera Bermingham, op. Cit. P.25.

1998 Yorkshire police) وبيوضوح بين الضحية الأصلية والضحية

الثانوية وذلك فيما يتعلق بالأضرار النفسية⁽¹⁾ ، وجاء في حكمه ما يأتي:

1. يعد ضحية أصلية للضرر النفسي الناجم عن الحادثة كل شخص يتعرض لضرر

جسدي ناجم عن الحادثة التي تسبب في حدوثها المدعى عليه فضلاً عن إصابته

بضرر نفسي ناجم عنها أيضاً⁽²⁾.

2. يعد ضحية أصلية للضرر النفسي الناجم عن الحادثة كل شخص يوضع

في وضع خطر قد يترتب عليه احتمال إصابته بضرر جسدي، إلا أنه

يخرج من ذلك الوضع مصاباً بضرر نفسي فحسب⁽³⁾.

3. يعد ضحية ثانوية للضرر النفسي الناجم عن الحادثة كل شخص لا يوضع

في وضع خطر قد يعرضه إلى احتمال الإصابة شخصياً بضرر جسدي،

ولكنه يتعرض إلى ضرر نفسي نتيجة مشاهدته لشخص آخر، يصاب

بضرر جسدي بسبب ذلك الوضع الخطر. ولا يقوم واجب بذل العناية

اللازمة (duty of care) على عاتق المدعى عليه تجاه الضحية

الثانوية (أو المتضرر الثانوي)، إلا بتوافر بعض المتطلبات والشروط

التقييدية. واستناداً على هذا الأساس فسوف نتناول بالبحث في هذا

المطلب هذين النوعين من ضحايا الضرر النفسي وهما الضحية الأصلية

والضحية الثانوية وذلك في الفرعين الآتيين:

⁽¹⁾ على الرغم من تشابه قضيتي (white and others v. chief constable of south) و (Yorkshire police 1998) من حيث الوقائع إلا أن الاختلاف الجوهري بينهما يكمن في المدعين الذين أقاموا الدعوى (1992) للمطالبة بالتعويض عن الأضرار النفسية التي لحقت بهم . ففي قضية (white and others) أقام الدعوى مجموعة من ضباط الشرطة بوصفهم تابعين على المتبوع رئيس قوة الشرطة في (Yorkshire) على أساس إهماله الناجم عن عدم قيامه ببذل العناية اللازمة للوقاية من الأضرار النفسية التي تعرضوا لها. أما في قضية (Alcock) فقد أقام الدعوى أقارب ضحايا الحادثة على رئيس قوة الشرطة في (Yorkshire) أيضاً ولنفس السبب. لمزيد من التفصيل حول المقارنة بين هذين القضيتين ينظر . Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit , P.46

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.39.

⁽³⁾ لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني

<http://e-lawresources.co.uk/cases/White-v-Chief-Constable-of-South-Yorkshire.php>

الفرع الأول الضحية الأصلية

إن الضحية الأصلية للضرر النفسي الناجم عن الحادثة أو المتضرر الأصلي من ذلك الضرر هو إما أن يكون شخصاً تعرض لضرر جسدي ناجم عن الحادثة التي تسبب في حدوثها المدعى عليه فضلاً عن تعرضه لضرر نفسي ناجم عنها أيضاً⁽¹⁾. أو أن يكون شخصاً وضع في وضع خطر يعرضه إلى احتمال الإصابة بضرر جسدي، إلا أنه ينجو من الضرر الجسدي ويصاب بضرر نفسي فحسب⁽²⁾. فالمتضرر أو ضحية الحادثة الذي يتعرض إلى ضرر جسدي بسبب إهمال الغير بإمكانه أن يحصل على التعويض ليس على أساس ذلك الضرر الجسدي فحسب، بل عن أي ضرر نفسي يتعرض له أيضاً وتطبق عليه قواعد الإهمال⁽³⁾. كما يدخل ضمن مفهوم الضحية الأصلية كل شخص وضع في وضع خطر أو تعرض لموقف خطر يعرضه إلى احتمال الإصابة بضرر جسدي، ولكنه يخرج من ذلك الوضع الخطر مصاباً بضرر نفسي فحسب دون الإصابة بضرر جسدي⁽⁴⁾. وهذا يعني بأن مفهوم الضحية الأصلية ينطوي على فئتين: الأولى فئة المتضررين الذي يتعرضون لضرر نفسي دون التعرض لضرر جسدي⁽⁵⁾. والثانية: فئة المتضررين الذي يجتمع فيهم كلا النوعين من الأضرار الجسدية والنفسية⁽⁶⁾. وقد قضت المحاكم الإنكليزية في العديد من أحكامها بالتعويض للضحايا الأصليين من أصحاب الفئة الأولى، كما في قضية

(1) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit. P.125

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.39.

(3) Tony weir, Tort Law, First Edition, Clarendon law series, Oxford University Press, 2002. P.50

(4) Mark Lunney and ken Oliphant, Tort law: Text and Materials. Fifth edition. Oxford University Press, 2013, P.341.

(5) Michael Jones. op Cit. p.160.

(6) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit, P.39. see also Jenny Steele, Tort law, Text, cases and Materials, Third Edition, Oxford University Press, 2014, P.309.

(white and others 1998) التي تطرقنا إليها سابقاً . وأكدت المحكمة في حكمها بأنه إذا ما تسبب أي شخص نتيجة إهماله بتعريض شخص آخر لخطر الإصابة بضرر، فإن الأول يكون مسؤولاً وتتهض مسؤوليته عن أية أضرار نفسية تصيب الشخص الثاني، حتى وإن لم يصب بضرر جسدي. وكذلك الحال في قضية (Dulieu v. white & sons 1901) والتي تتلخص وقائعها بقيام أحد تابعي المدعى عليه بإدخال الحصان الذي يجر العربة إلى داخل الحانة نتيجة إهماله، مما أدى إلى إثارة مخاوف شديدة لدى المدعية التي تعمل في تلك الحانة من مغبة تعرض سلامتها الشخصية للخطر. وعلى الرغم من عدم تعرضها للإصابة بأضرار جسدية، إلا أن الذعر الشديد الذي انتابها أدى إلى تعرضها للإجهاض. وقد قضت المحكمة بمسؤولية المدعى عليه على الرغم من عدم وجود أضرار جسدية، لأن المدعى عليه كان بإمكانه توقع إصابة المدعية بصدمة عصبية. ومن أهم القضايا الحديثة التي قضت فيها المحكمة للضحية الأصلية بالتعويض بسبب تعرضه لضرر نفسي دون الإصابة بضرر جسدي⁽¹⁾، هي قضية (page v. smith 1995) والتي تتلخص وقائعها بتعرض المدعي إلى إصابة بسبب إهمال المدعى عليه، وذلك عندما كان المدعي يقود سيارته. ولم يتعرض المدعي لأية إصابة جسدية من جراء حادثة الاصطدام، إلا أنه كان قد أصيب قبل تعرضه إلى الحادثة بسنوات بمرض خطير يدعى بالتهاب الدماغ والنخاع الشوكي المثير للآلام العضلية (myalgic encephalomyelitis) وعانى منه لعدة سنوات. إلا أن حدة المرض هدأت نوعاً ما قبل وقوع الحادثة، ولكن أعراض ذلك المرض نشطت مرة أخرى وعاودت الظهور بعد الحادثة. وادعى المدعي بأن ظهور أعراض ذلك المرض من جديد على أثر الحادثة نجم عن الصدمة العصبية التي تعرض لها من جراء الحادثة. وقد نجح المدعي في دعواه وحصل على التعويض. وجاء في حكم مجلس اللوردات بأنه إذا كان من

(1) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit. P.125

المتوقع حدوث بعض الأضرار الشخصية (Personal injury) فإنه ليس من المهم ما إذا كان الضرر جسدياً أم نفسياً. كما قضت المحاكم الإنكليزية في أحكام أخرى بالتعويض للضحايا الأصليين من أصحاب الفئة الثانية، وهم أشخاص يتعرضون لضرر جسدي ناجم عن الحادثة التي تسبب في حدوثها إهمال المدعى عليه فضلاً عن تعرضهم لضرر نفسي ناجم عنها أيضاً⁽¹⁾، كما في قضية (simmons v. British steel plc 2004) والتي تتلخص وقائعها بتعرض المدعي لضرر جسدي ناجم عن حادثة وقعت في مكان العمل (workplace accident) . وقد أدت الصدمة العصبية التي تعرض لها إلى إصابته بمرض جلدي تطلبت معالجته ابتعاد المدعي عن عمله لفترة طويلة، مما أدى إلى إصابته بمرض اكتئابي. ف قضى مجلس اللوردات بمسؤولية صاحب العمل عن المرض الجلدي والمرض الاكتئابي فضلاً عن مسؤوليته عن الإصابة الأصلية المتمثلة بالضرر الجسدي الذي أصاب العامل. وذكر مجلس اللوردات في حكمه بأن صاحب العمل عرض العامل المدعي إلى مخاطر يتوقع معها إصابته بضرر جسدي (foreseeable risk of physical injury) مما يجعله مسؤولاً عن تعويض جميع الأضرار التي تعرض لها المدعي والناجمة عن ذلك الخطر. وليس من المهم بعد ذلك أن يكون أحد أنواع تلك الأضرار غير متوقع، أي لا يمكن توقعه من الشخص العاقل أو المعتاد (not foreseeable). وحتى في حالة عدم تأثر أي شخص آخر يكون في مكان المدعي، بسبب تمتعه برباطة الجأش والقوة العصبية والنفسية. وعلى الرغم من إمكانية مطالبة المدعي غير المتضرر جسدياً بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم عن المخاوف الذي انتابته حول سلامته الشخصية، فإن تلك المخاوف ينبغي أن يكون لها ما يبررها⁽²⁾. كما في قضية (McFarlane v. E.E Caledonia Ltd 1994.2All ER1) إذ

(1) Kirsty Horsey and Erika Rackley, *ibid*, P.115.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, *op. Cit* , P.40.

قررت محكمة الاستئناف بأن المخاوف ينبغي أن تكون معقولة (reasonable fear) وأن يؤخذ بنظر الاعتبار طبيعة الخطر ووضع المدعي⁽¹⁾. وتتلخص وقائع تلك القضية⁽²⁾ بوقوع حوادث مروعة بسبب معدات منشأة نفطية واقعة في بحر الشمال تعرف بـ (piper alpha oil rig) إذ نشب حريق هائل في تلك المعدات أدى إلى مقتل عدد كبير من الأشخاص بسبب الانفجار، وفي تلك الأثناء كان المدعي في قارب إسناد يبعد مسافة خمسمائة وخمسين متراً عن موقع تلك المعدات وشاهد الحادث بعينه. وقد ردت محكمة الاستئناف دعواه بالتعويض عن الضرر النفسي الذي تعرض له نتيجة الحادث، على أساس أن القارب الذي كان يقل المدعي كان بعيداً عن منطقة الخطر. لذا فإن المخاوف التي انتابته حول إمكانية تعرض سلامته الشخصية للخطر لم تكن معقولة. كما أن مجرد مشاهدة المدعي للكارثة بعينه لا يعد أساساً كافياً يمكن أن تستند عليه دعواه للمطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي. ويذكر أن محكمة الدرجة الأولى كانت قد قضت في حكمها بقيام واجب بذل العناية اللازمة على عاتق المدعي عليهم، وأن المدعي دائن بواجب بذل العناية اللازمة تجاه المدعي عليهم (the plaintiff was owed a duty of care by defendants) بعد أن طلب المدعي في دعواه التعويض عن المرض النفسي الذي أصابه بسبب مشاهدته لوقائع تلك الحادثة المروعة التي راح ضحيتها 164 شخصاً. إلا أن المدعي عليهم استأنفوا الحكم الابتدائي، فقضت محكمة الاستئناف بعدم قيام واجب بذل العناية اللازمة على عاتق المدعي عليهم. وأن المدعي ليس دائنًا بواجب بذل العناية تجاه المدعي عليهم. وكما هو الحال بالنسبة إلى قضية (page v. smith 1995) فقد تبني مجلس اللوردات معياراً أو اختباراً موضوعياً (objective test) لتحديد مدى تعرض المدعية للصدمة العصبية. ويقوم هذا المعيار على أساس

(1) Paula Giliker and silas Beckwith. op. Cit. P. 121.

(2) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني
<http://www.e-lawresources.co.uk/cases/McFarlane-v-EE-Caledonia.php>

توقع الشخص العاقل أو المعتاد (foreseeability of reasonable person) إمكانية تعرض المدعي للصدمة العصبية⁽¹⁾. فيمكن إثبات تعرض المدعية للصدمة العصبية، إذا ما توقع الشخص العاقل أو المعتاد الذي يكون في مكان المدعى عليه إمكانية تعرض أي شخص يكون في مكان المدعى ويتمتع بصبر أو ثبات معتاد للإصابة بصدمة عصبية ناجمة عن مخاوف تتناوبه على حياته وسلامته الشخصية. إلا أنه وعلى الرغم من ذلك لم يتبين من هذه القضية ما إذا كان يمكن عد المدعي كضحية أصلية، ما لم يتعرض فعلاً إلى خطر الإصابة بضرر جسدي، علماً بأن المدعي يستند على أسس معقولة لعد نفسه كضحية أصلية للحادثة. ولكن القاضي اللورد (steyn) ذكر بأن المدعي إذا ما أراد أن ينجح في إثبات كونه ضحية أصلية للحادثة، فإنه لا بد أن يكون قد عرض نفسه فعلياً وموضوعياً للخطر، أو كانت لديه من الأسباب المعقولة ما تدعوه أو تدعو الشخص العاقل أو المعتاد للاعتقاد بأنه قد تعرض فعلاً للخطر. أما المعيار الذي استند عليه القاضي اللورد (Hoffmann) لتحديد الضحية الأصلية للحادث فهو معيار يقوم على التوقع المعقول للإصابة بضرر جسدي، فيعد المتضرر ضحية أصلية، إذا كان ضمن النطاق أو المدى المتوقع للإصابة لضرر جسدي (within the range of foreseeable physical injury) ويمكن القول بأن الاعتقاد المعقول (reasonable belief) بوقوع المدعى في خطر ينشأ في معظم القضايا عن حقيقة تعرضه لذلك الخطر فعلاً وليس افتراضاً⁽²⁾. أما في قضية (CJD Group B claimants v. the medical research council 1998) فقد قضت المحكمة في حكمها بوجود فئة من الأشخاص لا يمكن عددهم كضحايا أصليين (primary victim) وفقاً للمعنى المعتاد للمصطلح، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فإن الظروف تقتضي معاملتهم كضحايا

(1) John Cooke, op. Cit , P.54.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit , P.40.

أصليين⁽¹⁾. وتتخلص وقائع القضية بمعاناة المدعين، وهم فئة من الأطفال، من مشكلات في النمو، وقد تمت معالجتهم بحقن هرمون النمو، والذي تبين فيما بعد أنها كانت ملوثة بالفايروس الذي يسبب مرض (creutzfeldt-jakob disease CJD) وهو مرض خطير يصيب الدماغ، ويمثل نوعاً من مرض جنون البقر (BSE or mad cow disease) يصيب البشر. كما ثبت عن طريق الفحوصات الطبية بأن أولئك الأطفال الذي زرقوا بالحقن الملوثة هم عرضة لخطر الإصابة بمرض (CJD). إلا أنه ليس من الممكن تحديد أية دفعة من الحقن كانت ملوثة بذلك الفايروس، كما لم يكن بالإمكان فحص الأطفال لتحديد الطفل الحامل لذلك الفايروس. ونتيجة لذلك فقد تعين على جميع المدعين أن يعيشوا حياتهم في خوف بسبب معرفتهم بإمكانية إصابتهم بذلك المرض في أي وقت. كما ثبت للمحكمة إهمال المدعى عليهم بسبب استمرارهم في استعمال تلك الحقن بعد إثارة الشكوك حول وجود مخاطر من إمكانية تلوثها. وأكد المدعون على وجود هذا الإهمال عندما ادعوا أمام المحكمة بأنهم دائنون تجاه المدعى عليهم بواجب بذل العناية اللازمة لمنع تعرضهم للضرر النفسية (psychiatric injury) بعدهم ضحايا أصليين (primary victim)، لأنهم أعطوا تلك الحقن نتيجة الإهمال، مما يجعل وضعهم القانوني أكثر من كونهم متفرجين على حادثة (bystanders). إلا أن القاضي (moorland) رفض الأخذ بهذا الرأي، وقال بأنه لا يمكن عد المدعين كضحايا أصليين وفقاً للمعنى المعتاد للمصطلح، لأن الضرر النفسي الذي يدعون تعرضهم له، لم ينشأ عن الفعل المادي لتلك الحقن. ولكنه نشأ عن مخاوف أثارها معلومات معينة حصل عليها المدعون لاحقاً، والتي تؤكد بأنهم معرضون لخطر الإصابة بمرض (CJD). إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فقد سمح لهم القاضي بإقامة دعواهم على أساس وجود علاقة قرب (relationship of proximity) بين الأطراف، وأن

(1) Trevor Hicks, op. Cit , P.62.

الشخص العاقل أو المعتاد كان بإمكانه توقع إصابتهم بالإضرار النفسية (psychiatric injury were reasonably foreseeable)، فضلاً عن عدم وجود أي مانع من موانع النظام العام (public policy) يحول دون حصولهم على التعويض⁽¹⁾. إلا أن المحكمة لم تأخذ بهذا المبدأ في قضية (Rothwell v. chemical and insulating co Ltd 2007) والتي تتلخص وقائعها بتعرض المدعين وهم مجموعة من العمال لمادة (asbestos) أثناء العمل نتيجة إهمال المدعى عليهم. ومن المعروف علمياً بأن هذه المادة إذا ما دخلت إلى الرئتين فإنها تسبب حدوث مجموعة من الأمراض الخطيرة⁽²⁾. ولم يكن أي من المدعين قد تعرض إلى الإصابة بأحد تلك الأمراض أثناء رفع الدعوى، إلا أنهم كانوا يعانون من مرض آخر يعرف باللويحات الجنبية (pleural plaques) ويترك ندباً في الرئتين تثبت استنشاق مادة (asbestos). علماً بأن هذا المرض ليست له أية أعراض، مما يصعب ترجيح إصابة الشخص بأحد الأمراض المرتبطة بمادة (asbestos). ولكن بالإمكان استنباط دليل واحد من هذا المرض، وهو أنه قد يعد بمثابة مؤشر على إمكانية تعرض الشخص لمخاطر الإصابة بأحد الأمراض التي تسببها مادة (asbestos). وبالفعل فقد أدت هذه المعلومة إلى تعرض المدعين لقلق شديد، ولكن مجرد تعرضهم للقلق لم يكن كافياً لنجاح دعواهم في المطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي. إلا أن ما أدى إلى تعقيد الأمور، هو إصابة أحد المدعين بالكآبة السريرية (clinical depression) والتي تعد أحد الأمراض النفسية المعروفة وذلك نتيجة القلق. مما جعل مجلس اللوردات يأخذ بنظر الاعتبار إمكانية فرض واجب بذل العناية على عاتق المدعى عليهم للحيلولة دون تعرض المدعي لضرر نفسي. ولكنه قرر عدم فرض واجب بذل العناية على عاتق

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, *ibid* , P.41.

(2) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. *op. Cit.* .P.123.

المدعى عليهم في هذه القضية، لأن الشخص العاقل أو المعتاد الذي يكون في مكان المدعى عليهم لا يمكن أن يتوقع إصابة المدعى بمرض نفسي نتيجة تعرضه لمادة (asbestos). ولهذا السبب لم يفرض مجلس اللوردات واجب بذل العناية اللازمة على عاتق المدعى عليهم وأخفق المدعى في دعواه.

الفرع الثاني

الضحية الثانوية

إذا كان الشخص الذي يعاني من الضررين الجسدي والنفسي في نفس الوقت، أو الذي يتعرض لخطر الإصابة بضرر جسدي، إلا أنه يعاني من الضرر النفسي فحسب هو الضحية الأصلية للضرر النفسي. فإن الضحية الثانوية للضرر النفسي الناجم عن الحادثة أو المتضرر الثانوي من ذلك الضرر هو كل شخص يكون في مأمن من خطر التعرض للضرر الجسدي⁽¹⁾، إلا أنه يقع فريسة للضرر النفسي⁽²⁾، بسبب تعرض شخص آخر لإصابة نتيجة حادثة شهدها المتضرر الثانوي بنفسه⁽³⁾. وعلى هذا الأساس فسوف نقوم بدراسة مفهوم الضحية الثانوية والفئات التي أتاح لها القانون الحصول على التعويض عن الضرر النفسي كضحايا ثانويين وكما يأتي:

المقصود الأول

مفهوم الضحية الثانوية

لقد ميز القاضي اللورد (Oliver) وبوضوح في قضية (Alcock) التي سنتطرق إلى تفاصيلها لاحقاً، بين الضحية الأصلية والضحية الثانوية للضرر النفسي، وذكر بأن الضحية الأصلية أو المتضرر الأصلي هو كل شخص يكون له دور مباشر أو يساهم مساهمة مباشرة في الحادثة⁽⁴⁾. أما الضحية الثانوية أو

(1) Martin Matthews, Jonathan Morgan and Colm O'Connell. Hepple and Matthews' Tort Cases and Materials. Sixth Edition. Oxford University Press. 2000. P.19.

(2) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit. .P.126.

(3) Paula Giliker and silas Beckwith. op. Cit. P. 117.

(4) Michael Jones. op Cit. p.161.

المتضرر الثانوي فهو كل شخص يشهد تلك الحادثة، سواء أكان قد شاهدها بعينه أم أدركها بحواسه الأخرى⁽¹⁾. وقد أكدت المحكمة في قضية (Alcock v. Chief constable of Yorkshire 1992) بأنه ليس بإمكان الضحية الثانوية (أو المتضرر الثانوي) إقامة دعوى التعويض عن الضرر النفسي، إلا في بعض الحالات المحدودة جداً. لأن الضحية الثانوية، وخلافاً للضحية الأصلية، ينبغي أن تتوافر فيه عدة متطلبات وشروط تؤهله أن يكون ضحية ثانوية للضرر النفسي⁽²⁾، من أبرزها علاقته بالضحية الأصلية للحادثة المروع⁽³⁾، وموقفه من ذلك الحادث. وجدير بالذكر فإن وقائع هذه الحادثة كانت قد ارتبطت بكارثة ملعب (Hillsborough) لكرة القدم⁽⁴⁾. وهي نفس الوقائع التي أدت إلى إقامة الدعوى بخصوص قضية (white and others v. chief constable of south Yorkshire police 1998). وتتلخص وقائع⁽⁵⁾ قضية (Alcock) بإقامة المباراة الشبه النهائية لكأس إنكلترا (FA cup) في الخامس عشر من شهر نيسان من عام 1989 بين فريقَي (Liverpool) و (Nottingham forest) على ملعب (Hillsborough) في مدينة (Sheffield) . وكانت المباراة على درجة عالية من الأهمية بحيث نفذت كل تذاكر المباراة ووضعت كاميرات النقل التلفزيوني في كل جوانب الملعب لتوثيق هذا الحدث المهم. إلا أن المباراة تم إيقافها بعد مضي ست دقائق على بدايتها، بسبب الضغط الكبير الذي شكله جمع هائل من الجمهور على منطقة بين بوابة الملعب والسياح الداخلي تعرف بـ (Leppings lane pens). مما أدى إلى حشر عدد آخر كبير من المتفرجين باتجاه السياح

(1) John Cooke, op. Cit , P.55.

(2) Mark Lunney and ken Oliphant, op. Cit , P.331.

(3) Tony Weir, Introduction to Tort Law, Second Edition, Clarendon law series, Oxford University Press, 2006. P. 51.

(4) Chris Turner, Key facts, Key cases, Tort Law, First Edition · Routledge, 2014 , P.65. See also Kirsty Horsey and Erika Rackley. op. Cit. P.104

(5) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني

<http://e-lawresources.co.uk/cases/Alcock-v-Chief-Constable-of-South-Yorkshire.php>

العالي المكون من الأسلاك التي تفصل المدرجات عن أرضية الملعب. فسقط على أثر ذلك أكثر من خمسة وتسعين قتيلاً وأكثر من أربعمائة جريح، وقد شاهد الآلاف هذا الحادث المروع من مدرجات الملعب. كما شاهده الملايين على شاشات التلفاز عن طريق النقل المباشر الحي لأحداث المباراة. وسمع آخرون أخباره عن طريق المذياع. والعديد من هؤلاء الذين شاهدوا أو سمعوا أو أنصتوا كان لهم أشخاص أعزاء عليهم داخل الملعب. مما تسبب في تعرض عدد كبير جداً من الأشخاص لاضطرابات نفسية وصددمات عصبية. فأقام عدد كبير منهم دعاوى على رئيس قوة الشرطة المكلفة بفرض السيطرة على الجمهور أثناء المباراة، وذلك على أساس إهماله في إتخاذ الإجراءات اللازمة لفرض تلك السيطرة. مما أدى إلى تكديس عدد كبير جداً من المتفرجين في مكان وقوع الحادثة. واضطرت المحكمة إلى استعمال ما لا يقل عن ستة عشر معياراً أو اختباراً لتحديد ما إذا كان يقع على عاتق رئيس قوة الشرطة المكلفة بحراسة الملعب (the chief constable of the police force) واجب بذل العناية المطلوبة. وفي واقع الأمر فقد أقيمت أكثر من مائة وخمسين دعوة تتعلق بهذه القضية. وصنفت المحكمة المدعين إلى عدة فئات. فهناك فئة من المدعين حضرت فعلاً إلى الملعب وشاهدت وقائع الحادثة، وكان لديها العديد من الأصدقاء والأقارب الذين حشروا في مكان الكارثة⁽¹⁾. فيما كان أحد المدعين خارج الملعب وشاهد الوقائع على شاشة تلفاز في حافلة متوقفة قرب الملعب. ثم تعرف لاحقاً على جثة أحد أقربائه في مستودع الجثث⁽²⁾. وشاهد تسعة آخرون من المدعين الكارثة على شاشات التلفاز وكان لديهم أقرباء وأعزاء في ملعب المباراة. في حين سمع أحد المدعين أخبار الكارثة من نشرات المذياع. وسمع آخر أخبار تلك الكارثة أثناء قيامه بالتبضع أو التسوق من محل تجاري عبر

(1)Chris Turner, op. Cit , P.65.

(2)John Cooke, op. Cit , P.51.

المذيع. وخضع المدعون جميعاً لفحوصات أجراها لهم نفس الطبيب لغرض تقديم تقرير الخبرة الطبية للقاضي، الذي اطلع على التقرير وتبين له إصابتهم جميعاً بنوع واحد من الأمراض النفسية على الأقل⁽¹⁾. ومن المسائل المهمة التي واجهت المحكمة هي مسألة التحقق من قيام واجب بذل العناية (duty of care) على عاتق المدعى عليه تجاه كل مدعي من المدعين. كما أثرت أمام المحكمة مسألتان تتعلقان بمبدأ القرب (proximity) المسألة الأولى هي تحديد درجة العلاقة (degree relationship) بين المدعي وبين الشخص الذي تعرض للخطر. والثانية هي القرب الجغرافي (geographical proximity) من مسرح الحدث⁽²⁾. كما أخذت المحكمة بنظر الاعتبار مسألة النقل التلفازي المباشر. ففيما يخص درجة العلاقة الضرورية، حدد قاضي الدرجة الأولى (قاضي المحكمة الابتدائية) هذه العلاقة بثلاث فئات من الأشخاص هم الوالدين (parents) والأزواج (spouses) والأخوة والأخوات (siblings). وقضى في حكمه بالتعويض عن الضرر النفسي لمصلحة كل شخص ينتمي إلى هذه الفئات الثلاث على أساس مسؤولية قوة شرطة (Yorkshire) المدعى عليها، والناجمة عن الإهمال. وذكر في حكمه أيضاً بأن الشخص العاقل أو المعتاد غالباً ما يتوقع وجود صلة أو علاقة وثيقة بين الضحية الأصلية (المضروب الأصلي) وبين والديه وزوجه أو أخوته وأخواته. إلا أن المدعى عليه رئيس قوة الشرطة استأنف حكم المحكمة الابتدائية أمام محكمة الاستئناف. وقد انقسمت محكمة الاستئناف في الرأي بخصوص نطاق تلك الصلة أو العلاقة. فذهب كل من القاضيين اللورد (Nolan) واللورد (stocker) إلى إمكانية السماح لأي شخص من خارج هذه الفئات الثلاثة المذكورة بإقامة الدعوى، شريطة أن يثبت وجود درجة كافية من العلاقة بينه وبين الضحية⁽³⁾. فضلاً عن إثبات قيام واجب بذل

(1) Kirsty Horsey and Erika Rackley, op. Cit, P.18.

(2) Paula Giliker and silas Beckwith. op. Cit. P. 120.

(3) John Cooke, op. Cit , P.51.

العناية (duty of care) على عاتق المدعى عليه. أما القاضي اللورد (parker) فرأى بأن الدعوى يجب أن تقام على أساس نوع العلاقة فضلاً عن توافر واجب بذل العناية. وعلى هذا الأساس فإنه يمكن السماح للفئات المقبولة بإقامة الدعوى، وأن يستند حق إقامة الدعوى على قرينة قابلة لإثبات العكس. إذ يمكن إثبات عكسها في حالة عدم توافر درجة العلاقة الضرورية أو المطلوبة، أو إذا ما ثبت للقاضي عدم وجود المستوى الضروري من العناية الواجب بذلها. مثال ذلك إذا كان الزوج منفصلاً عن زوجته ويتبادل كلاهما مشاعر الكره تجاه الآخر، فإن من شأن ذلك دحض تلك القرينة. وبناء على كل هذه المعطيات فقد توصلت محكمة الاستئناف إلى قناعة مؤداها وجوب رفض الدعوى التي يقيمها كل شخص خارج فئة الوالدين أو الأزواج لعدم وجود الدليل الذي يثبت توافر درجة العناية الضرورية (necessary degree of care). مثال ذلك العلاقة بين الجد أو الجدة (grandparents) وبين الطفل، حتى وإن قام الجد بتربية وتنشئة ذلك الطفل. أما بخصوص القرب الجغرافي (geographical proximity) فقد اتجه رأي قاضي الموضوع إلى عد كل شخص كان موجوداً داخل الملعب أو خارجه مباشرة قريباً بما فيه الكفاية من مسرح الحدث⁽¹⁾، وذلك من حيث عاملي الزمان والمكان⁽²⁾. كما يمكن إقامة الدعوى من أشخاص آخرين شاهدوا الأحداث على شاشة التلفاز وتتوافر لديهم درجة العلاقة الضرورية (necessary degree of relationship) مع الضحايا الأصليين. أما المدعين الذين أبلغوا بالكارثة، أو سمعوا عنها عبر نشرات المذياع فليس لهم حق إقامة الدعوى، كما تبنت محكمة الاستئناف رأياً مؤاده عدم إعطاء حق إقامة الدعوى لأي شخص أصيب بالصدمة العصبية نتيجة مشاهدته لتلك الأحداث

(1) Kirsty Horsey and Erika Rackley, op. Cit, P.102.

(2) Paula Giliker and silas Beckwith. op. Cit. P. 121.

المأساوية عن طريق النقل التلفازي الحي والمباشر⁽¹⁾. وإذا كان الشخص العاقل أو المعتاد يتوقع (reasonably foreseeable by reasonable man) بأن الصور التلفازية تعد معبرة عن الحدث، فإن تدخل الغير (طرف ثالث) بين المدعي والحادثة، يعني في هذه الحالة بأن التلفاز لا يقوم مقام رؤية منظر الحادثة أو سماع الأصوات المنبعثة عنها. واستناداً على كل هذه المعطيات فقد قضت محكمة الإستئناف لمصلحة المدعى عليه، ولم يحصل المدعون على التعويض عن الضرر النفسي. فطعنوا بحكم محكمة الإستئناف أمام مجلس اللوردات. وكان بعضهم ينتمي إلى فئة والدي الضحايا الأصليين ، والبعض الآخر من اخوتهم وأخواتهم، وكذلك من أجدادهم وجداتهم. لا بل حتى من فئة الخاطب أو المخطوبة⁽²⁾. وكانوا يتواجدون في أماكن مختلفة وقت وقوع الكارثة. فبعضهم شاهد الحادثة من مدرجات الملعب. فيما شاهدها بعضهم على شاشات التلفاز. وسمع البعض الآخر عنها بطرق مختلفة. وقد صنف مجلس اللوردات جميع المدعين في قضية (Alcock) كضحايا ثانويين، لأنهم لم يكونوا ضمن نطاق الحيز المادي للخطر (أي لخطر التعرض لإصابة جسدية). ثم وضع أربعة معايير لتحديد لقيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة على عاتق المدعى عليه، والتي يتوقف عليها نجاح كل من ينتمي إلى فئة الضحايا الثانويين في دعواه. وهي معيار القرب المكاني والزماني من مسرح الحدث، ومعيار وثاقة الصلة أو العلاقة بين الضحية الأصلية وبين الضحية الثانوية، والمعيار الحسي المباشر (معيار رؤية الحادثة أو آثارها الفورية التالية أو سماع أصواتها)⁽³⁾ ، ومعيار فجائية الصدمة. وجاء في حكم مجلس اللوردات بأنه ينبغي على الضحية الثانوية (أو المتضرر الثانوي) أن يثبت بأن تعرضه للضرر النفسي كان أمراً متوقعاً

(1)John wilman, Brown: GCSE Law, Nineth Edition, Thomason, Sweet and Maxwell, 2005, P.212

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit , P.43.

(3)Chris Turner, op. Cit , P.65.

وعلى نحو معقول (reasonably foreseeable) نتيجة إهمال المدعى عليه⁽¹⁾. أي أن بإمكان الشخص العاقل أو المعتاد أن يتوقع تعرضه للضرر النفسي نتيجة إهمال المدعى عليه. وبمجرد إثبات قيام التوقع المعقول (reasonable foreseeability) فإنه ينبغي على المحكمة التأكد من : 1- طبيعة وسبب المرض النفسي 2- الفئة التي ينتمي إليها المدعى والتي تحدد علاقته بالضحية الأصلية 3- قرب المدعي من مسرح الحدث، وذلك من الناحيتين الزمانية والمكانية. ثم توصل مجلس اللوردات إلى وضع مبدأ قانوني جديد استناداً على هذه القضية مؤداه أن كل مدع يتعرض لضرر نفسي بسبب مشاهدته لحادثة مروعة لم ينجم عنها إصابته فعلياً بضرر جسدي، أو تعرضه لخطر الإصابة به، فإنه لا يكون دائماً تجاه المدعى عليه بواجب بذل العناية اللازمة، إلا إذا نجم الضرر النفسي عن صدمة عصبية مفاجئة. وينبغي أن يكون المدعي مرتباً بعلاقة عاطفية وثيقة بالضحية الأصلية، وأن يكون قريباً بما فيه الكفاية من موقع الحدث المروع من الناحيتين الزمانية والمكانية. وإستناداً على كل ما تقدم فقد قضى مجلس اللوردات في حكمه بعدم قيام واجب إتخاذ الحرص أو الحيطة على عاتق المدعى عليه تجاه الكثير من شهود العيان الذين لم تتوافر فيهم المعايير السالفة الذكر لتحديد لقيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة على عاتق المدعى. فضلاً عن مشاهدي شاشات التلفاز (Teléviewers) الذين تعرضوا للصدمة ، بسبب مشاهدتهم لأقاربهم المنكوبين داخل الملعب⁽²⁾. وتجدر الإشارة إلى أن الحكم الصادر في قضية (Mcloughlin v. O'Brian)⁽³⁾ والتي شرحنا وقائعها بالتفصيل سابقاً، قضى بعدم إمكانية قيام الضحية الثانوية برفع الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي، إلا في حالات محددة

(1) Vera Bermingham. op. Cit. p.25

(2) Tony Weir, A casebook on Tort, Tenth Edition, Thomson, Sweet & Maxwell, 2004, P.105.

(3) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit , P.42.

وتتوافر مجموعة من الشروط والمتطلبات. فالمدعية كانت قد ادعت تعرضها لأضرار نفسية تراوحت بين الكآبة والتغييرات الأخرى في شخصيتها، بعد تعرض أفراد عائلتها لحادث اصطدام سيارة مرووح نتيجة إهمال المدعى عليه، وقد جرى إبلاغها بالحادث مباشرة بعد وقوعه فهرعت إلى المستشفى وشاهدت أفراد عائلتها في حالة يرثى لها فضلاً عن مقتل ابنتها. إلا أن مجلس اللوردات قضى في حكمه بقبول دعواها، على الرغم من أنه لم يكن يسمح، إلى حين النظر في هذه القضية، سوى للأشخاص الذين كانوا موجودين في مسرح الحدث وشاهدوا الحادث المرووح بأعينهم برفع الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي⁽¹⁾. واتجه رأي القاضي اللورد (Bridge) إلى أن المعيار الوحيد الذي يمكن تطبيقه هو معيار التوقع المعقول (reasonable foresight) وبمقتضاه لا يمكن للمدعية الحصول على التعويض، إلا إذا كان الضرر النفسي الذي تعرضت له متوقعاً حدوثه وعلى نحو معقول (reasonably foreseeable)، أي أنه كان بإمكان الشخص العاقل أو المعتاد أن يتوقع تعرضها للضرر النفسي نتيجة إهمال المدعى عليه. إلا أن القاضيين اللورد (Wilberforce) واللورد (Edmund-Davies) ذهبا إلى تبني رأي مختلف مؤداه أن مجرد دخول الضرر النفسي ضمن التوقع المعقول للشخص العاقل أو المعتاد لا يعد كافياً لقيام واجب بذل العناية اللازمة على عاتق المدعى عليه تجاه الضحية الثانوية. فالضحية الثانوية، وخلافاً لباقي أنواع المدعين، ينبغي أن تتوفر فيه بعض الشروط وأن يلبي بعض المتطلبات من أهمها طبيعة علاقته بالضحية الأصلية للحادث المرووح وموقعه من الحادثة. فالشخص الذي تربطه علاقة عائلية وثيقة بالضحية الأصلية، فإنه يلبي أهم المتطلبات اللازمة لعدده دائماً بواجب إتخاذ الحرص أو الحيطة تجاه المدعى عليه⁽²⁾. أما عابر السبيل أو مجرد المتفرج على

(1) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit. P.130
(2) John Cooke, op. Cit , P.49.

الحادثة (Bystander) فلا يلبي ذلك المتطلب. أما المتطلب الثاني المهم فهو ضرورة قرب المدعي من مسرح الحادث من الناحيتين المكانية والزمانية. وبالفعل فقد تبنى الحكم الصادر في هذه القضية الرأي الذي اعتنقه هذان القاضيان، ثم أكد الحكم الصادر في قضية (white and others 1998) السالفة الذكر بأن المتضرر من الضرر النفسي الذي لم يصب فعلياً بإصابة جسدية، أو لم يتعرض لخطر الإصابة الجسدية، أو لم يجد نفسه، على الأقل، في مثل هذا الوضع الخطر. فإنه ينبغي على المحكمة عده ضحية ثانوية (secondary victim) . ومن أهم الفئات التي يحق لأفرادها رفع الدعاوى كضحايا ثانويين:

1. الأشخاص الذين يتعرضون لأضرار نفسية نتيجة مشاهدتهم وفاة أو إصابة أصدقائهم أو أقاربهم أو زملائهم في العمل⁽¹⁾.
2. الأشخاص الذين نجم الضرر النفسي الذين تعرضوا له لا شعوريا عن فعلهم غير الإرادي أو غير المقصود (unwitting act) والذي تسبب في وفاة أو إصابة آخرين، شريطة أن يكون السبب المباشر للحادثة إهمال طرف ثالث.
3. الأشخاص الذين يتعرضون لأضرار نفسية بسبب قيامهم بعملهم كمنقذين، وهم أشخاص يتطوعون اختياراً لتقديم المساعدة ومد يد العون لمن يكون في خطر. فضلا عن الأشخاص الذين يقومون بهذه الأعمال كجزء من واجبهم مثل رجال الشرطة.

المقصد الثاني

الفئات التي أتاح لها القانون الحصول على التعويض عن الضرر النفسي كضحايا ثانويين إذا ما تمكن المتضرر الثانوي (أو الضحية الثانوية) أن يثبت بأن الضرر النفسي الذي تعرض له نتيجة الصدمة العصبية كان بسبب إهمال المدعى عليه،

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit , P.41.

فإن ذلك لا يعني أنه قد ربح دعواه وانتهى الأمر إلى هذا الحد. لأن أمامه عقبة أخرى ينبغي عليه تجاوزها وهي وجوب إثبات انتمائه إلى إحدى الفئات التي سمح لها القانون إقامة الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي. وفي واقع الأمر فإنه يمكن تصنيف الضحايا الثانويين إلى أربع فئات هي أقارب وأصدقاء الضحايا الأصليين الذين قتلوا أو أصيبوا نتيجة إهمال المدعى عليه، وفئة المنقذين الذين يقدمون المساعدة للضحايا الأصليين في مسرح الحدث، وتابعو الطرف الذي تسبب في وقوع الحادثة، والمتسببون لا شعورياً في وقوع الحادثة، وهم أشخاص يتسببون في موت أو إصابة آخرين، ليس بسبب أخطائهم ولكن نتيجة إهمال طرف ثالث⁽¹⁾. وسوف نتناول بالبحث هذه الفئات وكما يأتي:

أولاً: فئة الأقارب والأصدقاء.

سبق أن أوضحنا بأن الحكم الصادر في قضية (Alcock) قضى بأن الأشخاص الذين تربطهم بالضحايا الأصليين صلة قرابة مباشرة تقوم على أساس الأصل المشترك أو النسب. وكذلك القرابة على أساس المصاهرة هم الأشخاص الذين تكون فرص نجاحهم في دعواهم في المطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي كضحايا ثانويين أكبر من غيرهم⁽²⁾. وعلى الرغم من عدم وجود قائمة محددة بهذه الصلات أو العلاقات، إلا أن اللورد (Wilberforce) حدد بعض هذه العلاقات في ضوء قضية (Mcloughlin v. O'Brian) السالفة الذكر. فنذكر بأن أقوى الصلات والروابط العائلية تكون بين الوالدين والولد وكذلك بين الزوجين، لأنها تستمد قوتها من القانون. والغاية من هذا التحديد الدقيق هو استبعاد كثير من العلاقات الأخرى، إذ لا يتوقع من المدعى عليه أن يقدم التعويض للعالم بأسره. إلا أن ذلك لا يعني إغفال العلاقات الأخرى الأقل قوة على نحو تام. وينبغي على المحكمة التحقق من الصلات الأضعف بدقة. فكلما

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, *ibid*, P.45.

(2) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. *op. Cit* .P.134.

كانت العلاقة أوثق كانت فرص نجاح الدعوى أكبر، فضلاً عن وجوب أخذ عوامل أخرى بنظر الاعتبار كالقرب من مسرح الحدث من الناحيتين الزمانية والمكانية (proximity to the scene in time and place)⁽¹⁾ وطبيعة الحادثة. كما علق اللورد (Keith) بقوله أنه يمكن إضافة معيار التوقع المعقول (reasonable foreseeability) أيضاً لتجنب الاقتصار على فنتي الوالدين والأزواج. وأضاف بأنه يمكن إدراج الأصدقاء والمخطوبين (أي العلاقة بين الخاطب والمخطوبة) ضمن هذه الفئة أيضاً . لأن وجود مثل هذه العلاقات يجعل الشخص العاقل أو المعتاد يتوقع إمكانية تعرض المرتبطين بها في بعض الظروف لخطر الأمراض النفسية، إذا ما تعرض الطرف الآخر العزيز على الطرف الأول للإصابة أو وضع في موضع خطر⁽²⁾. أما الفئات الأخرى كزوج الأخت وأخت الزوجة والأجداد والجندات والأعمام والعمات والأخوال والخالات⁽³⁾، فلا يفترض القانون أن تتوافر بينهم وبين الشخص المتوفى أو المصاب العلاقة الوثيقة التي تكفي لنجاحهم في دعواهم. وأكد مجلس اللوردات في حكمه الصادر في هذه القضية بأنه لا يكفي أن يثبت المدعي بأن نوع العلاقة هو من الأنواع التي يفترض أن تكون وثيقة كالعلاقة بين الأخوة والأخوات ولكن عليه أن يثبت أيضاً بأن العلاقة القائمة فعلاً بينه وبين الضحية الأصلية للحدث هي علاقة وثيقة. إذ ينبغي أن تكون هناك علاقة وثيقة من حيث العاطفة والمودة والمشاعر المشتركة. وعلى هذا الأساس فقد ردت المحكمة في قضية (Alcock) دعوى المدعي الذي كان حاضراً في الملعب وقت وقوع الكارثة التي قتل فيها أخوه، لأنه لم يقدم الدليل الكافي لإثبات وثيقة صلته فعلياً بأخيه.

(1) Mark Lunney and ken Oliphant, op. Cit, P.340.

(2) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit .P.134.

(3) Vera Bermingham, op. Cit. P.27.

ثانياً: المنقذون (Rescuers).

كانت المحاكم الإنكليزية تفترض بأن فئة المنقذين تمثل حالة خاصة، وذلك إلى حين صدور الحكم في قضية (White). إذ لم يكن من الواضح قبل هذه القضية ما إذا كان يمكن تكليف الوضع القانوني للمنقذين الذين يتعرضون لأضرار نفسية كضحايا أصليين⁽¹⁾، فأوضح الحكم الصادر في هذه القضية وبما لا يقبل اللبس بأنه لا يمكن عددهم كضحايا أصليين للحادثة. والمنقذون هم أناس يتعرضون لضرر نفسي نتيجة قيامهم بمد يد العون لضحايا الحادث المروع الأصليين (أي المتضررين الأصليين من ذلك الحادث)⁽²⁾. ويستند هذا الافتراض على أساس قواعد النظام العام (public policy) التي تقضي بضرورة ووجوب تشجيع السلوك الايثاري للمنقذ⁽³⁾، وعدم إخضاعه لقواعد أكثر صرامة من تلك القواعد التي تحكم التعويض عن الضرر الشخصي⁽⁴⁾. وقد أخذت المحكمة بهذا الافتراض في قضية (Chadwick v. British Railways Board 1967) وقضت للمدعي بالتعويض. وتتخلص وقائع هذه القضية بقيام المدعي بإنقاذ الكثير من ضحايا كارثة مروعة نجمت عن اصطدام قطارين قرب بيته، راح ضحيتها تسعون شخصاً. وقد أمضى أكثر من اثنتي عشرة ساعة في إنقاذ ضحايا الحادث، فقبلت المحكمة دعواه بالمطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم عن هذه المعاناة المريرة. وفي قضية (White and others v. Chief Constable of South Yorkshire Police 1998) والمتعلقة بكارثة ملعب (Hillsborough) والتي تطرقنا إليها سابقاً، كان المدعون الأربعة ضباط شرطة يقومون بواجبهم على أرض الملعب وقت وقوع الكارثة، وقد تواجد ثلاثة منهم في موقع الحدث، فأمضى الضابط (Bevis) وقتاً طويلاً في إسعاف العديد

(1) Paula Giliker and Silas Beckwith, op Cit , P.118.

(2) Kirsty Horsey and Erika Rackley, op Cit , P.120.

(3) Michael Jones. op Cit: p.174.

(4) Martin Matthews, Jonathan Morgan and Colm O'Conneide. op Cit. P.137.

من المتفرجين الذين كان معظمهم قد فارق الحياة قرب السياج الداخلي للملعب. أما المفتش (white) فقد قام بنقل القتلى والجرحى من مسرح الحدث المتمثل بمنطقة السياج الداخلي إلى الخارج، في حين قام الضابط (Bairstow) بإجراء عملية تدليك القلب للمصابين. أما الضابط الرابع (Glave) فقد تولى مهمة نقل الجثث إلى مستودع مؤقت في الجهة المقابلة لمكان الحادث، فضلاً عن قيامه بإجراء الإسعافات الأولية لبعض الجرحى. وقد تعرض هؤلاء الضباط الأربعة لمرض نفسي نتيجة الظروف الملابس لذلك الحادث⁽¹⁾، فأقاموا الدعوى على المدعى عليه رئيس قوة الشرطة، وإدعوا بأنهم كانوا يمارسون عملهم كمنقذين. وأن هذه الصفة تؤهلهم لأن يكونوا ضحايا أصليين، وليس مجرد ضحايا ثانويين لتلك الحادثة. واستند المدعون الأربعة في دعواهم على أساسين قانونيين⁽²⁾ : الأول هو أن رئيس قوة الشرطة مدين لهم كتابعين له بواجب بذل العناية اللازمة (duty of care) للوقاية من الأضرار بما في ذلك منع تعرضهم للأضرار النفسية الناجمة عن إهماله. والثاني أنهم دائنون تجاهها بواجب بذل العناية اللازمة بهم كمنقذين وادعوا في دعواهم أن استناد المحكمة على أي أساس من هذين الأساسين يزيل عنهم صفة الضحايا الثانويين، وبالتالي عدم خضوعهم للقيود التي فرضها الحكم الصادر في قضية (Alcock). فرفض قاضي الموضوع (Waller) كلتي الحجبتين، وقضى بعدم استحقاقهم للتعويض عن الضرر النفسي كضحايا أصليين. فاستأنف المدعون الحكم الابتدائي أمام محكمة الاستئناف التي نقضت ذلك الحكم، وقضت لمصلحتهم. وجاء في حكمها بأنه يمكن تكليف الوضع القانوني للمستأنفين كضحايا أصليين لإهمال رئيس قوة الشرطة⁽³⁾. وإستندت محكمة الاستئناف في حكمها على بعض السوابق القضائية التي وسعت من مفهوم الضحية الأصلية ليشمل أولئك المدعين الذين ساهموا

(1) Paula Giliker and Silas Beckwith, op Cit , P.125.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, op Cit , P.46.

(3) Paula Giliker and Silas Beckwith, op Cit, P.125.

مساهمة إيجابية في بعض وقائع الحادثة التي أدت إصابتهم بضرر نفسي، حتى وإن لم يكونوا وقت وقوعها ضمن نطاق الحيز المادي لخطر التعرض لإصابة جسدية. كما إستندت في حكمها أيضاً على حكم مجلس اللوردات الصادر في قضية (Alcock)، والذي صنف ضحايا الضرر النفسي إلى فئتين رئيسيتين: الأولى فئة المدعين الذين تأثروا مباشرة بالحادثة. فعددهم القاضي اللورد (Oliver) كضحايا أصليين لا محالة. والثانية هي فئة المدعين الذين شهدوا تعرض غيرهم لإصابة بسبب الحادثة، ولم يكن لهم دور إيجابي فيها. فصنفوا كضحايا ثانويين. فطعن المدعى عليه بحكم محكمة الإستئناف أمام مجلس اللوردات. فقبل المجلس بالطعن. وقضى بعدم إستحقاق المدعين المستأنفين للتعويض عن الضرر النفسي كضحايا أصليين. وجاء في حكمه بأن الوضع القانوني للمنقذين لا يسمح لهم تلقائياً أن يكونوا ضحايا أصليين للحادثة. ولكن ينبغي عليهم أن يثبتوا بأنهم كانوا ضمن نطاق الحيز المادي لخطر التعرض لإصابة جسدية وقت وقوع الحادثة. كما رفض مجلس اللوردات بدوره أيضاً نفس الحجبتين اللتين إستند عليهما المدعون في دعواهم أمام محكمة الموضوع. وذكر في حكمه بأنه لا يمكن تكييف الوضع القانوني للمدعين الأربعة كضحايا أصليين، لأنهم لم يكونوا ضمن نطاق خطر التعرض للضرر الجسدي المتوقع حدوثه. وجاء في حكمه أيضاً بأنه لا يعد من فئة الضحايا الأصليين، إلا أولئك الذين يتعرضون لخطر الإصابة بأضرار جسدية أو الذين يتوقع الشخص العاقل أو المعتاد إمكانية تعرضهم لهذا الخطر. وباستثناء ذلك فإن أي شخص آخر لا يعد سوى ضحية ثانوية (أو متضرر ثانوي). وعلى هذا الأساس فإنه لا يمكن عد المنقذين كحالة خاصة⁽¹⁾. وأنه ينبغي إخضاعهم للضوابط والمعايير التي تحكم الضحايا الثانويين⁽²⁾، والتي حددتها قضية (Alcock). وهذا يعني أنه ليس

(1) Vera Bermingham, op. Cit. P.26.

(2) Paula Giliker and Silas Beckwith, op Cit, P.126.

بإمكان الضباط الأربعة إقامة الدعوى على أساس كونهم منقذين، لعدم ارتباطهم بعلاقة وثيقة سابقة مع الضحايا الأصليين. وعندما نظر مجلس اللوردات في مدى إمكانية السماح لأولئك الضباط الأربعة بالحصول على التعويض بعدهم منقذين (rescuers)، فقد اقتصر الجدل الدائر بين اللوردات حول ما إذا كان ينبغي معاملة المنقذ المهني المحترف بنفس الطريقة التي يعامل بها المتطوع لإنقاذ الغير بإرادته واختياره. وكان الحل الذي توصل إليه المجلس هو السماح للمنقذ المتطوع بالاستفادة من المعاملة الخاصة. وهذا يعني، وبطبيعته الحال، رد دعوى الضباط الأربعة على أساس قواعد النظام العام (public policy) والتي لا تشجعهم على القيام بأعمال هي في الأصل من صميم اختصاصاتهم. إذ لا تشجيع على أداء الواجب، ولا على القيام بأعمال يتطلبها أداء ذلك الواجب. كما ذهب مجلس اللوردات إلى أبعد من ذلك، عندما أعاد النظر في فئة المنقذين ككل، والذين يتعرضون لأضرار نفسية. ودون التمييز بين منقذ ومحترف وآخر متطوع. وذكر في حكمه بأنه ينبغي إخراج المنقذ المتطوع (voluntary rescuer) من تلك الفئة الخاصة، وعدم النظر إليه كحالة خاصة أسوأ بالمنقذ المهني أو المحترف (professional rescuer). فإذا مارس المدعي أعمال الإنقاذ أو قام بها في ظل مخاطر يمكن أن تعرضه للإصابة بأضرار جسدية، ففي هذه الحالة يمكنه إقامة الدعوى كضحية أصلية (أو متضرر أصلي)⁽¹⁾. أما إذا مارس أعمال الإنقاذ في ظل عدم وجود مخاطر الإصابة بأضرار جسدية، فبإمكانه إقامة الدعوى كضحية ثانوية (أو متضرر ثانوي). ويخضع في هذه الحالة الأخيرة لجميع القيود التي فرضها الحكم الصادر في قضية (Alcock)⁽²⁾. وقد قدم اللورد (Hoffmann) سببين لذلك⁽³⁾. الأول هو أن السماح للمنقذ، على وجه العموم، أن يمثل حالة خاصة، سوف يؤدي إلى صعوبة في التمييز، لأن

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, op Cit , P.46.

(2) Vera Bermingham, op. Cit. P.26.

(3) Catherine Elliott & Frances Quinn, op Cit , P.47.

إدراج المنقذين الذي لا يتعرضون لمخاطر الإصابة بأضرار جسدية ضمن هذه الفئة، سوف يجعل من الصعوبة التمييز بين المنقذ (rescuer) ومجرد المتفرج السلبي على الحادثة (bystander) . أما السبب الثاني فهو أن السماح للمنقذ المحترف بإقامة الدعوى يعد أمراً يخلو من العدالة، علماً بأن دعوى ضباط الشرطة الأربعة للتعويض عن الضرر النفسي كانت قد رفضت على أساس كونهم منقذين في قضية (Alcock) . إلا أن المحكمة منحتهم التعويض استناداً على أساس قانوني آخر، في حين لم يحصل الأقرباء الذين فقدوا أشخاصاً أعزاء عليهم على أي تعويض.

ثالثاً: التابعون (أو العمال) (Employees).

إذا أردنا أن نستذكر الحجة الثانية التي استند عليها ضباط الشرطة في قضية (white) فسوف نجد بأنهم استندوا على أساس كونهم دائنين بواجب بذل العناية اللازمة (they were owed a duty of care as employees) تجاه الطرف الذي يتبعونه، والذي أدى إهماله إلى وقوع ذلك الحادث المروع. ومن المسلم به أن المتبوعين يدينون بواجب بذل العناية اللازمة تجاه تابعيهم⁽¹⁾، والذي يلزمهم ببذل العناية المعقولة لضمان سلامة تابعيهم أو عمالهم أثناء العمل (employers owe a duty of care towards employees which) obliges them to take reasonable care to ensure that employees are safe at work . وعلى الرغم من أن ضباط الشرطة الأربعة لم يستخدموا للعمل لدى رئيس جهاز الشرطة (chief constable) إلا أن المحكمة أقرت بوجود نوع من العلاقة بين الطرفين أشبه ما تكون بعلاقة المتبوع بالتابع أو علاقة صاحب العمل بالعامل (employer-employee relationship) وبما يتلاءم وطبيعة الحجة التي استند عليها هؤلاء الضباط الأربعة . إذ جادل المدعون المحكمة في قضية (white) بعدم جواز عدوم

(1) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit .P.139.

كضحايا ثانويين، وبعدم جواز خضوعهم للقيود الواردة في قضية (Alcock). إلا أن مجلس اللوردات أسقط تلك الحجة، وأكد في حكمه بأن إخلال المتبوع أو صاحب العمل بواجبه تجاه التابع لا يعد خطأ مدنياً مستقلاً بذاته. ولكنه يبقى متمثلاً بخطأ الإهمال (negligence) ويخضع للقواعد العامة في المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال. وهذا يعني بأنه إذا كانت هناك قيود خاصة مفروضة على نوع معين من أنواع الضرر، تحدد وقت قيام واجب بذل العناية اللازمة (duty of care). فإن القواعد العامة التي تتضمن هذه القيود يمكن أن تطبق على الضرر الذي يحدثه صاحب العمل بعامله. فكما أنه لا يوجد واجب عام يقضي بعدم إلحاق الخسارة الاقتصادية بالآخرين، فإنه لا يوجد واجب على عاتق صاحب العمل أو المتبوع يلزمه بالامتناع عن إلحاق الخسارة الاقتصادية بعامله أو تابعيه عن طريق تخفيض قيمة الحوافز والمكافآت مثلاً⁽¹⁾. وعلى نحو مماثل فإنه لا يوجد واجب خاص على عاتق صاحب العمل يلزم بضمان سلامة العامل وحمايته من الأضرار النفسية، مما يعني عدم قيام واجب بذل العناية اللازمة تجاه المدعين في قضية (white). ولا يمكن للعمال أو التابعين المطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم عن حادثة مروعة، إلا إذا توافرت فيهم الشروط التي تتطلبها القواعد التي تسمح للضحايا الثانويين بالمطالبة القضائية بالتعويض، أو في حالة عدهم كضحايا أصليين⁽²⁾. وقد تجسدت هذه الحالة الأخيرة في قضية (cullin v. London fire and civil defence) authority 1999 والتي تتلخص وقائعها بتعرض المدعي والذي كان يعمل كرجل إطفاء لأضرار نفسية نتيجة حادثة حاصرت فيها النيران اثنين من زملائه داخل المبنى الذي التهمته النيران. وكان المدعي من بين عدد من الأشخاص الذين دخلوا إلى المبنى في محاولة لإنقاذ عملي الإطفاء، إلا أن المهمة كانت

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit , P.47.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.48.

مستحيلة. وقد شاهد المدعي فيما بعد جثتي زميليه أثناء نقلهما إلى خارج المبنى، وطالبت سلطة الإطفاء من المحكمة رد دعوى المدعي على أساس أن الوضع الذي تعرض له كان أشبه بالوضع الذي تعرض له ضباط الشرطة في قضية (white)، لأن المدعي كان منقذا مهنيا محترفاً، وعد خطر الإصابة بالأضرار النفسية التي تعرض لها جزءاً من عمله المهني، إلا أن المحكمة رفضت هذا الطلب. وأشارت في حكمها إلى أن المنقذ المحترف أو المهني إذا ما تمكن من إثبات تعرضه لمخاطر يمكن أن تتجم عنها إصابته بأضرار نفسية، أو يتوقع الشخص العاقل أو المعتاد إمكانية إصابته بسبب تلك المخاطر، حتى بعد وقوع الحادثة وكأثر لاحق عليها، فإن المحكمة يمكنها بالاستناد على هذه المعطيات أن تكيف الوضع القانوني لهذا النوع من المنقذين كضحية أصلية. وبالفعل فقد عدت المحكمة رجل الإطفاء في هذه القضية كضحية أصلية (أو متضرر أصلي) وقبلت دعواه بالتعويض عن الضرر النفسي.

رابعاً: المتسببون في الحوادث دون قصد (unwitting agents).

وهم أشخاص يشهدون حوادث مروعة ناجمة عن إهمال شخص ما، وفي الوقت الذي لا يتعرضون فيه لمخاطر الإصابة بأضرار جسدية. فإن المحاكم غالباً ما تعدهم أكثر من مجرد متفرجين محايدين على الحادثة (bystander)، بسبب قيامهم ببعض الأفعال المادية التي تتسبب إلى حد ما في موت أو إصابة أشخاص آخرين، دون صدور خطأ من جانبهم⁽¹⁾. وإذا كان الوضع القانوني لهذه الفئة من المدعين قد شابه عدم الوضوح والضبابية في قضية (white)⁽²⁾. فإن قضية (Dooley v. cammell Laird 1981) تعد من أوضح الأمثلة عن هذه الفئة من المدعين. وتتخلص وقائع هذه القضية بممارسة المدعي لعمله في تشغيل رافعة على رصيف أحد الموانئ، وفي أثناء العمل سقطت حمولة من

(1) Paula Giliker and Silas Beckwith, op Cit, P.127.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, op Cit, P.48.

الرافعة، دون أي خطأ من جانب المدعى، على سفينة كان يجري تفريغ حمولتها، فنجح المدعي في دعواه للمطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي الذي تعرض له نتيجة خوفه على سلامة زميله الذي كان يعمل تحت الرافعة مباشرة. أما في قضية (Hunter v. British coal 1998) فلم تحكم المحكمة للمدعي بالتعويض عن الضرر النفسي كمتسبب في حادثة دون قصد (unwitting agent) بسبب عدم توافر شروط ومتطلبات اتخاذ واجب بذل العناية اللازمة لضمان سلامته من الصدمة العصبية (the requirements for a duty of care in nervous shock) والتي تعرف أحياناً في أروقة القضاء الإنكليزي بقيود (Alcock) (Alcock restrictions). وتتلخص وقائع هذه القضية بقيام المدعي بكسر أنبوب الماء (water hydrant) المثبت في الشارع لأغراض إطفاء الحرائق وتنظيف الشوارع نتيجة استدارته بالعجلة التي كان يقودها والمخصصة لنقل الفحم من المناجم، فترجل من العجلة للبحث عن أقرب خرطوم مياه لربطه بالأنبوب المكسور ضماناً لسلامة الآخرين، وترك زميله قرب العجلة المتوقفة بجانب أنبوب الماء. وما أن ابتعد المدعي مسافة ثلاثين متراً عن موقع الحادث، حتى سمع صوت انفجار ذلك الأنبوب. فهرع للبحث عن صمام إغلاق تدفق المياه، إلا أن البحث استغرق مدة لا تقل عن عشر دقائق وصلته خلالها رسالة تقول بأن هناك رجلاً تعرض لإصابة. وأثناء عودته إلى موقع الحادث أخبره شخص آخر بأن زميله الذي كان موجوداً قرب العجلة لقي حتفه، فأصيب المدعي بالكآبة لاعتقاده بأنه المسؤول عن موت زميله⁽¹⁾. إلا أنه ما لبث أن أقام الدعاوى، عندما ثبت بأن سبب الحادثة يرجع إلى عدم قيام صاحب العمل بنصب وتركيب معدات السلامة في مكانها المناسب. وجاء في حكم محكمة الاستئناف بأنه يشترط لكي يكون المدعي دائماً بواجب بذل العناية لضمان سلامته من الضرر النفسي تجاه المدعى عليه، أن يكون في موقع الحدث وقت وقوع الحادثة

(1) John Cooke, op. Cit , P.56.

أو شاهد آثارها المباشرة (in order to be owed a duty of care of) psychiatric injury, the claimant would have to have been at the scene of the accident when it happened or seen its immediate aftermath (immediate aftermath) . لذا قررت المحكمة بأن حالة الاكتئاب نجمت عن سماع أخبار عن موت زميله وليس مشاهدته وهو يموت، مما يجعلها غير كافية لقيام واجب بذل العناية، كما أنه ليس بإمكان المتسبب في حادثة دون قصد (unwitting agent) إقامة الدعوى، ما لم تتوافر شروط أو متطلبات القرب من الناحيتين الزمانية والمكانية (the satisfaction of the requirements of proximity in space and time)⁽¹⁾ .

المطلب الثاني

المستحقون للتعويض عن الضرر الأدبي في القانونين المدنيين المصري والعراقي

حدد القانونان المدنيان المصري والعراقي المستحقين للتعويض عن الضرر الأدبي، وإن الأصل فيهما هو وجوب تعويض كل من أصيب شخصياً بضرر أدبي⁽²⁾. ويأتي في مقدمة هؤلاء المضرور نفسه ، لأن التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص الدائن المضرور، ويقوم على أساس مبدأ التعويض الذي يتسم بطابعه الشخصي⁽³⁾. ولا ينفصل عن شخص صاحبه وينتقل إلى الغير من محال له أو وارث⁽⁴⁾، إلا بعد تحديد مقداره قضاءً أو اتفاقاً⁽⁵⁾. أما بقية مستحقي التعويض عن الضرر الأدبي فقد حددهم القانون المدني المصري بالأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية في الفقرة الثانية من المادة (222) منه. في حين حددهم القانون المدني العراقي بالأزواج أيضاً والأقربين من الأسرة،

(1) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. ibid .P.131

(2) د. أنور سلطان، مصدر سابق ، ص348 ينظر أيضاً د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص448 ود. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص365..

(3) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول مصادر الإلتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2001 ، ص477.

(4) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء السادس، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998 ، ص123.

(5) د. حسن علي الذنون، أصول الإلتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص223.

وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (205) منه. وعلى هذا الأساس فسوف نعرض وبإيجاز لموقف القانونيين المدنيين المصري والعراقي من حيث حق الأزواج والأقارب في المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي وكما يأتي:

الفرع الأول

حق الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية في المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي

في القانون المدني المصري

فبالنسبة إلى موقف القانون المدني المصري من مسألة حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي فإنه ينبغي أن نفرق بين فرضين: الأول هو الضرر الأدبي الشخصي المباشر الذي يصيب الأزواج والأقارب والناشئ عن إصابة لحقت بالمصاب المضروب في غير حالة الوفاة . والثاني هو الضرر الأدبي الناشئ عن إصابة أدت إلى وفاة المصاب المضروب. ففيما يتعلق بالفرض الأول يرى جانب من الفقه المصري⁽¹⁾ بأنه حتى وإن كان القانون المدني المصري قد إكتفى بالإشارة إلى تعويض الأقارب عما يلحق بهم من ألم ومعاناة نتيجة موت المصاب. فإن ذلك لا ينكر عليهم حقهم في التعويض عما يشعرون به من ألم بسبب أي أذى آخر دون الموت. ويضيف هذا الجانب من الفقه أيضاً بأنه ينبغي إزالة اللبس الذي قد يتبادر إلى الذهن حول قصر المادة (222مدني) لحق الأقارب في الحصول على التعويض عن الضرر الأدبي على حالة ما يشعرون به من ألم بسبب موت المصاب حصراً ودون أن يمتد حقهم في الحصول على التعويض عن الضرر الأدبي إلى حالة ما يحسون به من ألم بسبب تعرض المصاب إلى أية إصابة أخرى دون الموت، كالإصابة بعاهة مستديمة مثلاً. ويرى هذا الجانب من الفقه المصري بأن الحصر الوارد في المادة (222 مدني) لمستحقي التعويض عن الضرر الأدبي بالأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ينبغي تطبيقه أيضاً على حالة ما يشعرون به من ألم بسبب أي أذى آخر

(1) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص161.

يتعرض له المصاب المضرور دون الموت، ولكن بشرط التضييق من نطاق عبارة (الأقارب المستحقين للتعويض). والعلة في ذلك أنه كلما كان الضرر الذي تعرض له المصاب المضرور أقل حدة، فإن تألم أقاربه ومعاناتهم من ضرره يقل أيضاً، بحيث لا يكون هناك محل للتعويض، إذا كان الضرر الذي تعرض له المصاب أدبياً محضاً. ويرى الفقيه الكبير الأستاذ السنهوري أن من الصعب تصور إعطاء التعويض عن الضرر الأدبي في مثل هذه الحالة لغير الأب والأم. ويرى جانب آخر من فقه القانون المدني المصري⁽¹⁾ مؤيد لهذا الإتجاه بأنه وعلى الرغم من أن نص الفقرة الثانية من المادة (222 مدني) نظم حالة الألم الناجم عن موت إلى المصاب، إلا أن نية المشرع إتجهت إلى تحديد مستحقي التعويض فحسب. ولم تنتج إلى تحديد اسباب استحقاق التعويض عن هذا النوع من الأضرار، والتي حددتها الفقرة الأولى من هذه المادة، دون أن تخصص استحقاقه بأي قيد. ويعتل هذا الجانب من الفقه سريان حكم الفقرة الثانية السالفة الذكر على التعويض عن الضرر الأدبي المرتد في حالة الإصابة فضلاً عن حالة الوفاة وعلى حد سواء. على أساس أن الألم الناجم عن معاناة المدعي المضرور بسبب وفاة شخص عزيز لديه نتيجة العمل غير المشروع، يستحق التعويض بعده ضرراً أدبياً مرتداً عن الضرر الذي أصاب ذلك الشخص العزيز، والذي قد يكون أشد في بعض الأحيان من الضرر الناجم عن الوفاة. ولا سيما إذا تمثلت الإصابة بالعجز التام الذي سبب للمضرور قدراً من الآلام أكبر من تلك الناتجة عن الوفاة. وجدير بالذكر فقد سارت محكمة النقض المصرية في هذا الإتجاه أيضاً وجاء في أحد أحكامها⁽²⁾ بأن (مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة 222 من القانون المدني على أن يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً.....

(1) د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول مصادر الإلتزام، المجلد الثاني المصادر غير الإرادية، جامعة عين شمس، 1998 ص85.

(2) حكم محكمة النقض المصرية ذو الرقم (755) لسنة (59 ق) في (1993/4/29) س44 ص301 نقلاً عن د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، المجلد الثالث، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، 2006، ص251.

وفي الفقرة الثانية على أنه " ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب من الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب". أن المشرع أتى في الفقرة الأولى بنص مطلق من أي قيد أن الأصل في المساءلة المدنية وجوب تعويض كل من أصيب بضرر يستوي في ذلك الضرر المادي والضرر الأدبي وسواء نجم عن العمل غير المشروع الموت أم إقتصر الأمر على مجرد الإصابة، ولا يحد من عموم هذه الفقرة ما ورد بالفقرة الثانية من قصر حق التعويض عن الضرر الأدبي في حالة موت المصاب على أشخاص معينين على سبيل الحصر وهم الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية. ذلك أن المشرع إن كان قد خص هؤلاء الأقارب بالحق في التعويض عن الضرر الأدبي في حالة الموت فلم يكن ذلك ليحرمهم مما لهم من حق أصيل في التعويض عن الضرر الأدبي في حالة ما إذا كان الضرر أدبياً وناشئاً عن الإصابة فقط. ولو كان المشرع قصد منع التعويض عن الضرر الأدبي لذوي المصاب في حالة إصابته فقط لما أعوزه النص على ذلك صراحة على غرار ما نص عليه في الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر، حين قيد فيها الأشخاص الذين يحق لهم التعويض عن الضرر الأدبي في حالة الموت وما يؤكد ذلك أن لفظة (إلا) وردت قبل تحديد فئات المستحقين للتعويض ولم ترد بعد تعدادهم حتى ينصرف القصد منها في النص على قصر التعويض على حالة موت المصاب، وليس معنى ذلك أنه يجوز للمضرورين مهما كانت درجة قرابتهم للمصاب المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق بهم من جراء إصابته فإن ذلك متروك لمحكمة الموضوع تقدره في كل حالة على حدة حسبما لحق بالمضرورين من ألم ولوعة وحسرة من جراء إصابته وبحيث لا يجوز أن يعطى هذا التعويض لغير الأقارب إلى الدرجة الثانية استهداء بما هو منصوص عليه في الفقرة الثانية التي أعطت لهم هذا الحق في حالة الموت وهو بطبيعته أشد وطأة من مجرد الإصابة). أما بالنسبة إلى الفرض الثاني وهو الضرر الأدبي الناشئ عن إصابة أدت إلى وفاة

المصاب المضرور، فقد فرقت الفقرة الثانية من المادة (222) من القانون المدني المصري بين الضرر الأدبي الذي أصاب المتوفى المضرور نفسه وهو الموت وبين الضرر الأدبي الشخصي المباشر الذي يصيب الأزواج والأقارب والناشئ عن إصابة أدت إلى وفاة المصاب المضرور⁽¹⁾، وهو ضرر مرتد ينعكس على آخرين غير المتوفى المضرور نفسه، واللذين تربطهم به مصلحة أدبية تسوغ إرتداد الضرر وإنعكاسه عليهم. وتقوم على أساس فكرة المودة أو المحبة في ما يتعلق بالضرر الأدبي، أو مصلحة مادية تستند على فكرة الإعالة الفعلية. وذلك بخصوص الضرر المادي⁽²⁾. فبالنسبة إلى النوع الأول فقد إشتطت الفقرة الأولى من المادة (222) من القانون المدني المصري لإمكانية انتقال التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المتوفى نفسه إلى الغير، أي وراثته، أن يتم الاتفاق على مقدار هذا النوع من التعويض بين المضرور والمسؤول ، أو مطالبة الدائن (أي المضرور) به قضائياً. وذلك بأن يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلاً أمام القضاء للمطالبة بالتعويض⁽³⁾. ويعود السبب في ذلك إلى الصبغة الشخصية التي يصطبغ بها هذا النوع من الأضرار، والتي يصعب معها تصور إنتقاله من المضرور إلى غيره عن طريق الميراث⁽⁴⁾. لذا قرر المشرع إنقضاء الحق في التعويض عنه بوفاة المضرور، ما لم يتم الإتفاق على التعويض عنه بين المسؤول والمضرور. فيمتد أثر ذلك الإتفاق إلى ورثة المضرور، نتيجة لسريان أثر العقد في حق الخلف العام. أو يطالب المضرور به قضائياً، فيمكن في هذه الحالة أيضاً أن ينتقل التعويض عنه إلى الورثة عن

(1) د. أنور سلطان، مصدر سابق ، ص348 ينظر أيضاً د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص365..

(2) د. محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، مطبعة للنسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2002 ، ص304.

(3) د. أنور سلطان، مصدر سابق ، ص349 .

(4) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام العقد-الإرادة المنفردة-العامل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، مصدران جديان للإلتزام الحكم-القرار الإداري، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2005، ص249 .

طريق الميراث. أما النوع الثاني فلا يعرض عنه جميع ورثة المضرور المتوفى، ولكن المشرع المصري قصر في الفقرة الثانية من المادة (222) من القانون المدني المصري الحق في التعويض على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية فحسب عما يصيبهم بسبب موت المصاب⁽¹⁾. ففيما يتعلق بالأزواج فإن حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي يقتصر على زوج المضرور أو زوجته. شريطة أن يكون الأزواج غير مطلقين، حتى وإن كانت بينهم وبين المضرور المتوفى منازعات. ولكن بشرط تعرضهم فعلياً للضرر الأدبي، وذلك بإثبات تألمهم وحزنهم ومعاناتهم النفسية من موت المضرور⁽²⁾. أما بالنسبة إلى القرابة فيقصد بها قرابة النسب وهي الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم وأصل مشترك. وهي إما قرابة مباشرة أو قرابة حواش⁽³⁾. وقد حددها المشرع المصري بالقرابة إلى الدرجة الثانية، فيدخل ضمن نطاقها أولاد المتوفى وأحفاده، ووالده ووالدته، وجده وجدته لأبيه أو أمه، وإخوته وأخواته⁽⁴⁾. وعلى هذا الأساس فلا يدخل ضمن نطاق هذه الفقرة ابن العم مثلاً لأنه قريب من الدرجة الرابعة، ولا يعرض عما يصيبه من ضرر أدبي ناجم عن الأم الذي لحق به من جراء موت ابن عمه. حتى وإن كابد ألماً حقيقياً وحزناً من أعماق نفسه. ويرى جانب من فقه القانون المدني المصري⁽⁵⁾ بأن بإمكان المدعى إقامة دعويين للمطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي. الأولى بصفته وارثاً، أي خلفاً عاماً لمورثه عن الضرر الذي أصاب هذا الأخير، وهي دعوى الوراثة وأساسها العقد أو العمل غير المشروع. والثانية بصفته مضروراً عن الضرر الأدبي المرتد الذي إنعكس عليه شخصياً. وهي دعوى شخصية أساسها العمل غير المشروع دائماً.

(1) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص 365.

(2) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص 161.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد ود. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 160.

(4) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص 365. ينظر أيضاً د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص 161. ود. أنور سلطان، مصدر سابق، ص 349.

(5) د. محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص 305.

الفرع الثاني

حق الأزواج والأقربين من الأسرة في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي في القانون المدني

العراقي

أما بالنسبة إلى موقف القانون المدني العراقي من حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي والأشخاص الذين يحق لهم المطالبة به ، وخلافاً لموقف القانون المدني المصري ، فإنه ليست هناك أهمية للتفرقة بين الفرضين السالفي الذكر . فالضرر الأدبي الشخصي المباشر الذي يصيب الأزواج والأقارب والناشيء عن إصابة لحقت بالمصاب المضرور في غير حالة الوفاة لا يتم التعويض عنه بمقتضى القانون المدني العراقي، لأن الفقرة الثانية من المادة (205) من هذا القانون قصرت حق الأزواج والأقارب في التعويض عن الضرر الأدبي على حالة وفاة المصاب المضرور فحسب. كذلك الحال فيما يتعلق بالضرر الأدبي الذي يقع على المصاب نفسه في غير حالة الوفاة، والذي لا ينتقل إلى الغير أيضاً . ويرى جانب من فقه القانون المدني العراقي⁽¹⁾ بأن السبب في ذلك هو أنه لا يعد عنصراً من عناصر ذمته المالية ، وليست له أية صفة مالية . فهو مجرد حزن وألم ، فيبقى حقاً شخصياً لصيقاً بصاحبه. ولا يقبل الانتقال إلى الخلف العام . إذ أن ما ينتقل إلى هذا الأخير هو الذمة المالية للسلف أو تركته . وهذا النوع من أنواع الحقوق لا يعد عنصراً من عناصر الذمة المالية. وهو ما يمثل موقف المشرع العراقي الصريح والواضح . وقد تبنت محكمة تمييز العراق هذا الإتجاه أيضاً، وجاء في أحد أحكامها بأن (معنى الفقرة الثانية من المادة (205) من القانون المدني أنه لا تعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيب الأزواج والأقارب عن الأضرار الأخرى غير ضرر الوفاة. فلا يستحق الأب التعويض عن الضرر الأدبي عن إصابة ولده القاصر وتضرر جسده وبتر اليد

(1) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني. الخطأ، الطبعة الأولى. دار وائل للنشر، 2006، ص378

اليمنى وإصابات أخرى مختلفة نتيجة صعقه بالتيار الكهربائي⁽¹⁾. ويتبين بأن موقف التشريع والقضاء المصريين ، والذين إستعرضناهما سابقاً، أفضل بكثير من موقف التشريع والقضاء في العراق فيما يخص هذه المسألة، لأنهما أقرا ، وكما رأينا آنفاً ، بحق الأزواج والأقارب في التعويض عن الضرر الأدبي الشخصي المباشر الذي يصيبهم والناشئ عن إصابة لحقت بالمصاب المضرور في غير حالة الوفاة. ويقر جانب من فقه القانون المدني العراقي⁽²⁾ بهذا القصور الذي يشوب أو يعترى المادة (205 مدني عراقي) ، وينتقد موقف القانون المدني العراقي في قصر التعويض عن الضرر الأدبي الذي يستحقه غير المصاب على حالة الضرر الجسدي المميت الناجم عن إصابة تلحق بالمصاب المضرور فحسب. في حين لا يستحق غير المصاب أي تعويض عن الضرر الأدبي مهما كانت جسامة الإصابة، وذلك لأن بعض الإصابات غير المميتة التي قد تلحق بالمضرور، كتعرضه لعاهة مستديمة أو لعجز دائم . يمكن أن تتسبب أحياناً في معاناة زوجه أو أقاربه من آلام وحزن أكثر مما لو كانت الإصابة مميتة. ونرى بأنه كان يجدر بالتشريع والقضاء العراقيين أن يحذوا حذو التشريع والقضاء المصريين من حيث موقفهما من هذه المسألة. مع إمكانية التضييق من نطاق الأقارب الذين لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي في غير حالة وفاة المضرور، وقصره على الأب أو الأم أو ربما زوج المصاب المضرور ، وبحسب نوع الإصابة. أما فيما يتعلق بالضرر الأدبي الناشئ عن إصابة أدت إلى وفاة المصاب المضرور، فقد فرقت الفقرة الثانية من المادة (205) من القانون المدني العراقي أيضاً بين الضرر الأدبي الذي يصيب المتوفى المضرور نفسه وهو الموت وبين الضرر الأدبي الشخصي المباشر الذي يصيب الأزواج

(1)أحكم محكمة تمييز العراق رقم 1496/الهيئة الإستئنافية منقول/2011 في 2011/10/11 ، نقلاً عن القاضي لفئة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية. القسم المدني. الجزء الثالث. مطبعة الكتاب. بغداد. 2013. ص251
(2)د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص319 و 320.

والأقارب والناشئ عن الإصابة التي أدت إلى وفاة المصاب المضرور. ففيما يتعلق بالنوع الأول فقد إشتطت الفقرة الثالثة من المادة (205) من القانون المدني العراقي لإمكانية انتقال التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المتوفى نفسه إلى الغير، وهم ورثة المتوفى المضرور أن يتحدد مقداره بموجب اتفاق بين المتوفى المضرور قبل وفاته وبين المسؤول عن الضرر، أو أن يصدر فيه حكم نهائي مكتسب لدرجة البتات. ولا يصير التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المتوفى نفسه قيمة مالية وينتقل إلى الغير، إلا بهاتين الطريقتين. فإذا مات المضرور قبل أن يتفق مع المسؤول على تحديد مقدار التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه أو قبل صدور الحكم النهائي لتقديره، فإن الحق في التعويض عنه لا ينتقل إلى الورثة وينتهي بموت المتضرر⁽¹⁾. وينتقد جانب من فقه القانون المدني العراقي⁽²⁾ الحلول التي جاءت بها هذه الفقرة على أساس كونها غير عادلة أو منصفة، لإحتمال وفاة المصاب المضرور الذي يستحق التعويض عن الضرر الأدبي قبل الاتفاق على مقدار التعويض أو قبل صدور حكم قضائي نهائي يحدد مقداره، لأن أحكام القضاء لا يمكن أن تصدر وتكتسب درجة البتات وتصير نهائية في وقت قصير، ولا سيما إذا عاصرت الوفاة الإصابة، مما يفوت على المتضرر فرصة إقامة الدعوى بالتعويض عن الضرر الأدبي أثناء حياته والحصول على حكم نهائي أو الاتفاق على مقداره. وبذلك فإن الحق في المطالبة به لا ينتقل إلى الورثة. وهو حل منتقد ومستهجن بطبيعة الحال، لأنه لم يمنح المتوفى المضرور أية فرصة في المطالبة بحقه في التعويض عن الضرر الأدبي، إذا تزامنت الوفاة مع الإصابة. أما بالنسبة إلى النوع الثاني وهو الضرر الأدبي الشخصي المباشر الذي يصيب الأزواج والأقارب والناشئ عن الإصابة التي أدت إلى وفاة المصاب المضرور فهو ضرر ينشأ لهم إبتداءً، وصورة من

(1) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص 122.

(2) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2012، ص 307.

الصور الضرر المرتد الذي يصيبهم في شعورهم وعواطفهم⁽¹⁾. وقد قصر
المشرع العراقي الحق في التعويض عنه على الأزواج والأقربين من الأسرة عما
يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب ، وذلك في الفقرة الثانية من المادة
(205) من القانون المدني العراقي. وجدير بالذكر فقد اختلف فقه القانون المدني
العراقي في تفسير معنى عبارة (الأقربين من الأسرة) الواردة في الفقرة الثانية
من هذه المادة، والذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأدبية التي
لحقت بهم بسبب موت المصاب، فذهب جانب من هذا الفقه⁽²⁾ إلى الأخذ بالمفهوم
الواسع لعبارة (الأقربين من الأسرة) ولم يقصره على الأقارب من الدرجة الثانية،
لأن المشرع العراقي لم يحصرهم أو يحددهم بدرجة معينة من درجات القرابة بل
أطلقهم، وترك أمر تحديدهم للقضاء. وفي كل حالة على على انفراد يستهدي فيها
بدرجة القرابة وبالعلاقة القائمة بين المتوفى المصاب وبين المتضرر من وفاته،
مما يفسح المجال للقضاء لكي يحدد وبدقة الأشخاص الذين يتألمون فعلاً لموت
المصاب وبصرف النظر عن درجة القرابة التي تربط بينهم وبينه. فالمحكمة
أقدر، بحسب رأي هذا الجانب من الفقه، في تحديد من يستحق التعويض عن
الضرر الأدبي، لأن هذا الضرر هو في حقيقته ألم أو أذى يصيب مشاعر
الإنسان وعواطفه. وقد لا يتأثر بموت المصاب أقرباؤه من الدرجة الأولى أو
الثانية، في حين يمكن أن يتأثر بذلك أقاربه الأبعد من هؤلاء، وذهب جانب آخر
من الفقه⁽³⁾ إلى أن الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض من الأضرار
الأدبية هم ورثة المتوفى المصاب حصراً دون غيرهم من الأقربين من الأسرة،
وبحسب هذا الرأي، فإنه ينبغي الرجوع إلى قواعد الميراث لتحديد الأشخاص

(1) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المنية، الجزء الأول، الضرر، شركة التاميس للطبع
والنشر المساهمة، بغداد، 1991، ص 227

(2) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون
المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980 ،
ص 248.

(3) د. حسن علي الذنون، الخطأ، مصدر سابق، ص 372.

الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي. فكل وارث للمتوفى المصاب هو الذي يحق له دون غيره من الأقربين المطالبة بهذا النوع من التعويض، لأن درجة القرابة تختلف وقوة وضعفاً وقرباً وبعداً. فكلما ضعفت درجة القرابة بين المتضرر المطالب بالتعويض والمتوفى المصاب وتباعدت أكثر فأكثر، فإنه يكون من غير المنطقي في هذه الحالة المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي. ونحن نؤيد هذا الرأي الثاني لأنه أكثر منطقية، فالضرر الأدبي هو في حقيقته ألم نفسي ينجم عن الاعتداء على سمعة الإنسان وكرامته وشرفه واعتباره المالي ومركزه الاجتماعي، على العكس من الضرر المادي والذي هو نقص يصيب الذمة المالية للمضرور، والأذى المتمثل بالخسارة اللاحقة والكسب الفائت. لذا فإن الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الناجم عن وفاة المصاب يمكن أن يتمتع به كل شخص كان المتوفى يعيله ويقدم له العون والمساعدة المالية. أما الضرر الأدبي، ولأنه ألم نفسي جوهره مسألة باطنية كامنة في أعماق النفس، ولا يمكن التعرف عليه إلا بقريضة ظاهرية يمكن عن طريقها إثبات هذا النوع من الضرر. فإن أفضل قريضة هي صلة القربى التي تربط بين المتوفى المصاب والمتضرر، والتي يمكن الاستناد عليها وعدّها معياراً دقيقاً لتحديد هذا الألم النفسي. وصلة القرابة التي تربط بين أفراد الأسرة هي إما قرابة نسب أو قرابة مصاهرة⁽¹⁾. ولهذا السبب فقد قصر المشرع العراقي حق التعويض عن الضرر الأدبي على الأزواج والأقربين من الأسرة⁽²⁾. وأخيراً فإننا نود أن نورد الملاحظتين الآتيتين. الأولى هي أن الحل الذي جاء به القانون المدني المصري، والمتمثل باشتراط الفقرة الأولى من المادة (222) منه لشرط المطالبة القضائية بالتعويض لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المتوفى المضرور نفسه إلى الغير أكثر منطقية من اشتراط الفقرة الثالثة من

(1) د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1982، ص 285.

(2) د. حسن علي الذنون، الخطأ، مصدر سابق، ص 375.

القانون المدني العراقي لشرط صيرورة الحكم الصادر بهذا النوع من التعويض نهائياً، لانتقاله (أي الحق في التعويض) إلى الغير، وذلك لطول الفترة الزمنية التي تتطلبها الإجراءات القضائية اللازمة لصيرورة الحكم القضائي نهائياً. مما يسمح في الكثير من الأحيان بانتقال الحق في التعويض، في ظل القانون المصري، إذا لم تعاصر الوفاة الإصابة. والثانية هي أن موقف القانون المدني المصري كان أفضل من موقف القانون المدني العراقي أيضاً، لأنه ضيق من نطاق الأقارب المستحقين للتعويض عن الضرر الأدبي، وقصرهم على الأقارب إلى الدرجة الثانية. خلافاً للقانون العراقي الذي وسع من نطاقهم، بإستعماله لعبارة (الأقربين من الأسرة). ويرى جانب من فقه القانون المدني العراقي⁽¹⁾ بأن المشرع العراقي، وبإستعماله لعبارة (الأقربين من الأسرة)، يكون قد فرض عبئاً ثقيلاً على القاضي العراقي. كما أن صياغة النص بهذه الطريقة يمكن أن تترتب عليه المشكلات الثلاث الآتية: الأولى هي أن ترك تحديد من له حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي إلى تقدير القاضي وفننته تبعاً لظروف كل قضية وملابساتها يعني تكليف القضاء بما ليس في وسعه أو مقدوره، أو بما يفوق طاقته. لأن الضرر الأدبي، وكما هو معروف، ناجم عن ألم نفسي. وإطلاق النص لعبارة (الأقربين من الأسرة) يعني تكليف القاضي بالتحري عن كل من أصيب بهذا النوع من الآلام من أسرة المتوفى الذين يطالبون بالتعويض عن الضرر الأدبي. والتأكد من وجود هذا النوع من الآلام ينطوي على الكثير من الصعوبات، لأنه أمر خفي مستكن في ضمير الإنسان ووجدانه لا يعلمه إلا الله. وحتى لو كان بإمكان القاضي أن يستشف عن هذا الألم من القرائن التي يقدمها المدعي ومن الرابطة التي كانت تربطه بالمتوفى. فإن ذلك من شأنه أن يفتح الباب لخصومات جديدة قد يكون أثرها أسوأ من الضرر الأدبي الذي يريد المدعي التعويض عنه. والثانية أن ترك هذه المسألة إلى فطنة القاضي أو تقديره

(1) د. حسن علي الننون، الخطأ، المصدر السابق، ص 376.

سوف يؤدي حتماً إلى صدور أحكام متضاربة في قضايا مماثلة. والثالثة أن ترك تحديد الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي إلى القضاء سوف يؤدي إلى تضخم عدد المدعين والقضايا في الواقعة الواحدة بحيث يصل عددها و عددهم أحياناً إلى مائة دعوى أو يزيد . وهو ما يمكن أن يتحقق لو كان للمتوفى عدداً من الزوجات وأبناء وبنات وأباً وأمّاً، وأعماماً وعمات، وأخوالاً وخالات، وأولاداً لكل هؤلاء. وأن المتوفى كان محل إحترام ومحبة منهم جميعاً. وأن هذا العدد الكبير من الدعاوى والمدعين سوف يثقل كاهل المدعى عليه بدفع مبالغ مالية، على الرغم من ضآلة وتفاهة ما يصيب أكثرهم من ألم نفسي. ويبدو بأن المشرع العراقي أدرك لاحقاً صواب الموقف الذي تبناه المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة (222) من القانون المدني المصري ، فسار على نهجه وقام بتضييق نطاق الأقارب المستحقين للتعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن موت المصاب، وقصرهم على الأقارب إلى الدرجة الثانية . وذلك في الفقرة الثانية من المادة (24) من قانون النقل العراقي لعام 1983 ، والتي نصت على أنه (يجوز إقامة دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل في حالة وفاة الراكب سواء وقعت الوفاة أثر الحادث مباشرة أو بعد فترة زمنية من وقوعه..... 2- الزوج والأقارب إلى الدرجة الثانية الذي أصيبوا بآلام حقيقية وعميقة من الضرر الأدبي). وعلى الرغم من أن نطاق تطبيق هذا النص يقتصر على مجال التعويض عن الوفيات الناجمة عن حوادث السيارات المركبات الأخرى المشمولة بقانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات رقم (52) لسنة 1980. ولا يمكن تعميمه ليغطي جميع حوادث الوفيات الناجمة عن العمل غير المشروع عموماً، إلا أنه يعد خطوة في الإتجاه الصحيح لتلافي المشكلات الثلاث السالفة الذكر. وقد سار القضاء العراقي في هذا الإتجاه أيضاً وجاء في حكم لمحكمة تمييز العراق⁽¹⁾

(¹) حكم محكمة تمييز العراق رقم 243/ هيئة عامة/ 2008 في 2009/8/31 منشور في النشرة القضائية الصادرة عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية. مجلس القضاء الأعلى. العدد العاشر. كانون الثاني.

بأنه (إذا كانت المادة -205- من القانون المدني تقضي بأن حق التعويض عن الضرر الأدبي يتناول كل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الإجتماعي أو في إعتباره المالي. ويجوز أن يقضى للأزواج ولالأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب. فإن المادة -24- من قانون النقل رقم -80- لسنة 1983 أجازت إقامة دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل في حالة وفاة الراكب بحادث من قبل الزوج والأقارب إلى الدرجة الثانية. وأن تطبيق هذه المادة الأخيرة ينحصر في ميدان التعويض عن حوادث الوفيات الناشئة عن حوادث السيارات المركبات الأخرى المشمولة بقانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات رقم (52) لسنة 1980. ولا يمكن تعميمه ليصبح شاملاً لكافة حوادث الوفيات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية) .

المطلب الثالث

مقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانونيين المصريين والعراقي

بعد أن قمنا بالتعرف على ضحايا الضرر النفسي الناجم عن الإهمال في القانون الإنكليزي، ومستحقّي التعويض عن الضرر الأدبي في القانونيين المدنيين المصري والعراقي. فإنه ينبغي علينا أن نقارن بين موقف القانون الإنكليزي من جهة وبين موقف القانونيين المدنيين العراقي والمصري من جهة أخرى، وذلك بخصوص هذه المسألة وكما يأتي:

أولاً: أوجه الشبه: يتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف القانونيين المدنيين المصري والعراقي في المسائل الآتية:

1- يتشابه موقف القوانين الثلاثة من حيث أن الأصل فيها هو تعويض كل من أصيب شخصياً بضرر نفسي أو أدبي. ويسري هذا الحكم على الضحية الأصلية للحادثة في القانون الإنكليزي أو المتضرر الأصلي

منها⁽¹⁾. كما يسري على المضرور المصاب شخصياً بضرر أدبي في القانونين المدنيين المصري⁽²⁾ والعراقي⁽³⁾.

2- كما يتشابه موقف القوانين الثلاثة من حيث استحقاق الأزواج والأقارب التعويض عن الضرر النفسي في القانون الإنكليزي، والضرر الأدبي في القانونين المدنيين المصري والعراقي. فقانون الأخطاء المدنية الإنكليزي فسح المجال أمام ثلاث فئات رئيسة من الضحايا الثانويين للحصول على التعويض عن الضرر النفسي. وتتمثل هذه الفئات بالوالدين والأزواج والإخوة والأخوات⁽⁴⁾. في حين أعطت المادتان (222) من القانون المدني المصري و(205) من القانون المدني العراقي الحق في التعويض عن الضرر الأدبي لزوج المتوفى المضرور وأقاربه في الحصول على التعويض عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب. وإن كان موقف القانون الإنكليزي أقرب إلى موقف القانون المدني المصري، لأن كليهما حدد فئة الأقارب المستحقين للتعويض بالأقارب إلى الدرجة الثانية.

3- ويتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف القانونين المدنيين المصري والعراقي من حيث الفئات التي يصنف إليها كل من الضحية الأصلية للضرر النفسي في القانون الإنكليزي، والمضرور المصاب بضرر أدبي في القانونين المصري والعراقي. فالضحية الأصلية تصنف على فئتين: الأولى فئة المتضررين الذي يتعرضون لضرر نفسي دون التعرض لضرر جسدي. بسبب وجودهم ضمن نطاق الحيز المادي لخطر التعرض لإصابة جسدية⁽⁵⁾. والثانية: فئة المتضررين الذي يجتمع فيهم كلا النوعين

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.39.

(2) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص 348 ود. نبيل إبراهيم سعد. مصدر سابق. ص 448.

(3) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز، مصدر سابق، ص 248.

John Cooke, op. Cit, P. 51⁽⁴⁾.

(5) Paula Giliker and silas Beckwith. op. Cit. P. 11⁽⁵⁾

من الأضرار الجسدية والنفسية⁽¹⁾. كذلك الحال بالنسبة إلى المضرور المصاب بضرر أدبي، والذي يمكن تصنيفه إلى فئتين : الأولى فئة المضرورين التي تتعرض لضرر أدبي دون التعرض لضرر جسدي. والثانية فئة المضرورين التي يجتمع فيها كلا النوعين من الأضرار.

4- على الرغم من عدم تصنيف القانونين المدنيين المصري والعراقي لمستحقي التعويض عن الضرر الأدبي إلى ضحايا أصليين وثانويين، خلافاً لما هو عليه الحال في القانون الإنكليزي. إلا أن مثل هذا التصنيف الذي اتبعه القانون الإنكليزي قد يستوعب مستحقي التعويض عن الضرر الأدبي. فالمضرور المصاب شخصياً بضرر أدبي هو ضحية أصلية، أما زوجه وأقاربه ، وفي مقدمتهم والديه، فهم ضحايا ثانويين⁽²⁾.

5- ويتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف القانونين المدنيين المصري والعراقي من حيث صدور الخطأ المدني في القانون الإنكليزي أحياناً دون قصد، والذي يقابله وضع قانوني مشابه يصدر فيه العمل غير المشروع في القانونين المدنيين المصري والعراقي عن مرتكبه دون عمد أيضاً. ففي القانون الإنكليزي قد يصدر الخطأ المدني عن بعض المتسببين في الحوادث دون قصد، والذين هم أشخاص يرتكبون أخطاءً مدنية دون عمد أو دون قصد الإضرار بالغير، لكونها ناجمة عن إهمال غيرهم . على الرغم من أن الأفعال المادية التي يقومون بها قد تتسبب ، وإلى حد ما ، في موت أو إصابة أشخاص آخرين⁽³⁾. ويقابل هذا الوضع وضع آخر في القانونين المدنيين المصري والعراقي يستغرق فيه خطأ المضرور خطأ المدعى عليه مرتكب العمل غير المشروع، وذلك عندما

. 39(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit , P. Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit .P.134.

.27) Paula Gilfiker and silas Beckwith. op. Cit. P. 1 (3)

يكون يكون خطأ المضرور. متعمداً⁽¹⁾ ، أما خطأ المدعى عليه فيكون قد صدر دون عمد. كما لو كان المضرور قد تعمد إلحاق الضرر بنفسه ، فألقى بها بقصد الانتحار. أمام سيارة مسرعة يقودها المدعى عليه بسرعة كبيرة. فيكون خطأ المضرور قد استغرق خطأ المدعى عليه، لأنه يفوقه جسامة بسبب العمد⁽²⁾. وذلك بمقتضى المادتين (216) من القانون المدني المصري⁽³⁾ و(210) من القانون المدني العراقي⁽⁴⁾. ويرى جانب من فقه القانون المدني المصري⁽⁵⁾ بأن استعمال المشرع لعبارة "ألا يحكم القاضي بتعويض ما" تشير إلى الفرض الذي يستغرق فيه خطأ المضرور لخطأ المدعي. وقد يستغرق خطأ الغير لخطأ المدعى عليه فيفوقه جسامة، بأن يكون متعمداً⁽⁶⁾ ، كما لو صدم الغير بسيارته متعمداً سيارة المدعى عليه من وراء، فاضطر الأخير إلى الصعود إلى الرصيف ودهس المضرور.

ثانياً : أوجه الاختلاف: على الرغم من أوجه الشبه السالفة الذكر فقد برزت أوجه الاختلاف الآتية بين موقف القانون الإنكليزي من جهة وموقف القانونين المصري والعراقي من جهة أخرى:

- (1) د. أنور سلطان، مصدر سابق ، ص360
(2) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص374..
(3) نصت المادة (216) من القانون المدني المصري على أنه (يجوز للقاضي ان ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما اذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في احداث الضرر أو زاد فيه).
(4) نصت المادة (210) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض أو أن لا تحكم بتعويض ما اذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في احداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوا مركز المدين).
(5) د. أنور سلطان، مصدر سابق ، ص362 . ويرى هذا الجانب من فقه القانون المدني المصري بأن المادة (216) منه تحتمل فرضين آخرين فضلاً عن احتمال استغراق خطأ المضرور لخطأ المدعى عليه. وهذين الفرضين هما : احتمال استغراق خطأ المدعى عليه لخطأ المضرور. وهو مستفاد من قول المشرع " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض". فما دام الإنقاص يعد أمراً جوازيًا . فقد لا ينقص مقدار التعويض، إذا ما تبين له بأن خطأ المسؤول استغرق خطأ المضرور. واحتمال عدم استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر، فيكون الخطأ مشتركاً بين المضرور والمسؤول. فيقوم القاضي بإنقاص مقدار التعويض. وهو ما يستفاد من قول المشرع " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض ".
(6) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق. ص460 ينظر أيضاً د. أنور سلطان، مصدر سابق ، ص364

1- يختلف موقف القانون الإنكليزي عن موقف القانونيين المدنيين المصري والعراقي من حيث مسألة انتقال التعويض عن الضرر الأدبي الذي يقع على المضرور المصاب بإصابة جسدية أدت إلى وفاته. ففي حين لا ينتقل الحق في التعويض عن هذا النوع من الأضرار الأدبية في ظل القانونين المصري والعراقي إلى الغير، إلا بعد الاتفاق بين المسؤول والمضرور على تقدير قيمة التعويض، أو المطالبة به قضائياً في ظل القانون المصري، أو صدور حكم نهائي بخصوص ذلك التعويض في ظل القانون العراقي. فإن القانون الإنكليزي لا يأخذ بفكرة الضرر النفسي الذي يصيب المتوفى نفسه بسبب طبيعة هذا الضرر⁽¹⁾، والمتمثل بمرض نفسي ينبغي تشخيصه طبياً عن طريق اختبارات علمية معترف بها⁽²⁾. الأمر الذي لا يمكن القيام به، ولا سيما إذا عاصرت الوفاة الإصابة. كما إنه لا يعرف فكرة انتقال الحق في التعويض عن الضرر النفسي من الضحية الأصلية إلى الضحية الثانوية، خلافاً لموقف القانونيين العراقي والمصري. وذلك لأن الضرر النفسي لا يقيم وزناً لمجرد المشاعر والعواطف، ولكن جوهره يكمن في المرض النفسي الذي ينبغي تحديده عن طريق التشخيص والفحص السريريين، واللذين لا يمكن إخضاع المتوفى المصاب لهما.

2- يتسم مفهوم الضحية الثانوية في القانون الإنكليزي بأنه أوسع نطاقاً من مفهوم مستحقي التعويض عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب المضرور في القانونين المصري والعراقي. فمفهوم الضحية الثانوية يتسع ليشمل، فضلاً عن والدي الضحية الأصلية

(1) Mark Lunney and Ken Oliphant., P.334.

(2) Carol Brennan, ibid, P.50.

وزوجه وإخوته وأخواته، أصدقاءه المقربين أو الحميمين، والمنقذين المتبرعين وعمال الإنقاذ، والمتسببين في الحوادث دون قصد⁽¹⁾. في حين اقتصر حق المطالبة بالتعويض عن هذا النوع من الضرر الأدبي في القانونين المصري والعراقي على زوج المضرور وأقاربه، ولم يتسع ليشمل فئات أخرى لا تربطها بالمتوفى المضرور قرابة المصاهرة أو النسب.

3- على الرغم من تشابه فعل المتسبب في الحادثة دون قصد في القانون الإنكليزي مع فعل المدعى عليه غير المتعمد والمستغرق بفعل المضرور نفسه أو بفعل الغير المتعمدين. فإنهما يختلفان من حيث إمكانية حصول مرتكب الفعل غير المتعمد على التعويض. ففي الوقت الذي يمكن فيه للمتسبب في الحادثة دون قصد أن يحصل، وفي بعض الحالات، على التعويض عن الضرر النفسي في القانون الإنكليزي بوصفه ضحية ثانوية⁽²⁾. فإن مرتكب الفعل الضار غير المتعمد والمستغرق بفعل المضرور نفسه أو بفعل الغير المتعمدين لا يمكنه المطالبة بالحصول على التعويض عن الضرر الأدبي، حتى وإن أدت الحادثة الناجمة عن العمل غير المشروع إلى المساس بمشاعره وأحاسيسه. لا بل حتى وإن أدت إلى إصابته بمرض نفسي. على الرغم من انتفاء مسؤولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية بين فعله وبين الضرر⁽³⁾. وكذلك الحال إذا أدت الحادثة إلى وفاة المضرور، لأن المشرعين المصري والعراقي قصرنا التعويض عن الضرر الأدبي في حالة الوفاة على الأزواج والأقارب فحسب. وهو

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit , P.45.

(2) Paula Giliker and silas Beckwith. op. Cit. P. 1

(3) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص361 ينظر أيضاً د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص458 ود. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص375. ود. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث. الرابطة السببية، الطبعة الأولى. دار وائل للنشر، 2006، ص119

الاتجاه الذي تبنته محكمة النقض المصرية أيضاً، وجاء في أحد أحكامها⁽¹⁾ بأن (النص في الفقرة الأولى من المادة 222 من القانون المدني على أن يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً.... وفي الفقرة الثانية على أنه " ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب" يدل على أن المشرع أجاز تعويض الضرر الأدبي بالمعنى السابق بيانه دون تخصيص ثم قيد هذا الحق من حيث مستحقه فقصره في حالة الوفاة على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية، وهو تحديد الأشخاص من يحق لهم التعويض عن الضرر الأدبي، وليس تحديد الحالات وأسباب استحقاقه. وهو ما ينطبق - بدوره ومن باب أولى - في تحديد المستحقين للتعويض عن هذا الضرر في حالة الإصابة).

المبحث الثالث

شروط المسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر النفسي في القانون الإنكليزي ومقارنتها بأركان

المسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر الأدبي في القانونين المصري والعراقي

إن أهم ما يميز شروط المسؤولية الناجمة عن الأخطاء المدنية في القانون الإنكليزي هو أنها تختلف من نوع إلى آخر من هذه الأخطاء، وذلك لأن قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي تضمن مجموعة من الأخطاء المدنية التي وردت على سبيل الحصر. دون وجود قاعدة عامة تحكم أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن هذه الأخطاء⁽²⁾. وذلك لكونه قانوناً عرفياً مبنياً على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية. وقد ترتب على ذلك إختلاف الشروط اللازمة لنهوض هذه المسؤولية من خطأ إلى آخر، مع وجود بعض

(1) حكم محكمة النقض المصرية نو الرقم (3517) لسنة (62ق) في (1994/3/22) س40 ص5 .
نقلاً عن د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق، المجلد الثالث، مصدر سابق، ص249.
(2) JAMES GORDLEY, op. Cit . P.204.

أوجه الشبه بينها أحياناً. خلافاً لأركان المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين المصري والعراقي والتي هي واحدة لا تختلف باختلاف أنواع الأعمال غير المشروعة وما يترتب عليها من أضرار، وذلك لوجود قاعدة عامة تحكم أساس المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع في هذين القانونين. وعلى هذا الأساس فسوف نبحث في شروط المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي في القانون الإنكليزي ثم في أركان المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع الذي يترتب عليه الضرر الأدبي في القانونين المدنيين العراقي والمصري ثم نقارن بين موقف القانون الإنكليزي من جهة وبين موقف القانونين المدنيين العراقي والمصري من جهة أخرى ، وذلك فيما يتعلق بتلك الشروط والأركان وكما يأتي:

المطلب الأول: شروط المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي في القانون الإنكليزي

المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع الذي يترتب عليه الضرر الأدبي في القانونين المدنيين المصري والعراقي

المطلب الثالث: مقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانونين المصري والعراقي

المطلب الأول

شروط المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي في القانون

الإنكليزي

يشترط لنهوض المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي في القانون الإنكليزي توافر ثلاثة شروط هي قيام واجب إتخاذ الحرص أو الحيطة (أو بذل العناية اللازمة) على عاتق الشخص المدين بهذا

الواجب⁽¹⁾ ، ثم الإخلال بهذا الواجب وأخيراً تحقق الضرر وقيام علاقة السببية بين الضرر والإهمال⁽²⁾، أي أن يكون الضرر الذي لحق بالمدعي قد نجم عن الإخلال بواجب الحرص أو الحيطة . وقد قامت المحاكم الإنكليزية وعلى مدى فترة زمنية طويلة بتطوير هذه الشروط ، والتي صارت من الأحكام العامة التي تضمنها النظام القانوني للمسؤولية المدنية في القانون الإنكليزي، والمعروف بقانون الأخطاء المدنية (law of tort). لذا فسوف نتناول في هذا المطلب دراسة هذه الشروط الثلاثة والتي ينبغي توافرها لكي يفلح المدعي في دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال في القانون الإنكليزي (negligence action) وذلك في الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول

قيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة

إن الشرط الأول من شروط نهوض المسؤولية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي في القانون الإنكليزي هو أن يكون المدعى عليه مديناً تجاه المدعي المضرور بواجب اتخاذ الحرص أو الحيطة أو بذل العناية اللازمة أو المعقولة (duty to take reasonable care) للحيلولة دون وقوع الضرر⁽³⁾. ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽⁴⁾ بأن واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة يؤدي وظيفته كضابط أو صمام أمان لتحديد المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال وتعيين الطرف الذي يسمح له برفع دعوى هذه المسؤولية (action for negligence) وفي أية ظروف يمكن رفعها . كما أن فكرة الإهمال (negligence) لم تنشأ من فراغ، إذ ليس هناك واجب عام (All-embracing duty) ملقى على عاتق الكافة، وفي جميع الأحوال والظروف. ولو كان الأمر خلاف ذلك، أي لو فرض هذا الواجب على عاتق الكافة لكان بالإمكان مثلاً تصور نهوض مسؤولية الشخص الذي يسير بجانب حافلة جبلية مرتفعة، ويرى شخصاً آخر يسير على شفا تلك الحافلة، وهو على وشك السقوط ولم يقم بتنبهه

(1)Edward Kionka, Torts in a nutshell, Fifth Edition, west, 2010, P.58

(2) John Wilman, op. Cit, P.209.

(3)Edward Kionka, op. Cit , P.124

(4)John Cooke, op. Cit. p.28. see also Joseph Glannon, The law of Torts, examples and explanations, Fourth Edition, Aspen publishers, 2010, p.29 and 30.

إلى ما هو مقبل عليه من مخاطر. ولكن الأمر ليس كذلك. وقد توصل القضاء الانكليزي إلى مجموعة من الضوابط أو المعايير لتحديد قيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة على عائق المدعى عليه تجاه كل من الضحية الأصلية والثانوية للضرر النفسي⁽¹⁾. وعلى هذا الأساس فسوف نقوم بدراسة معايير تحديد قيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة تجاه الضحية الأصلية أولاً ثم الضحية الثانوية وذلك في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول

معايير تحديد قيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة تجاه الضحية الأصلية

حدد القضاء الانكليزي معيارين لقيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة تجاه الضحية الأصلية وهما معيار التوقع المعقول للضرر (Reasonable foreseeability) ومعيار القرب من مسرح الحدث والوجود ضمن الحيز المادي لخطر التعرض للإصابة (proximity to the accident scene and to be in the zone of physical danger) وسوف نبحث في هذين المعيارين وكما يأتي:

أولاً: معيار التوقع المعقول للضرر : يعني هذا المعيار بأنه ينبغي على المدعى عليه في دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال ان يكون قد توقع تعرض المدعي للضرر وقت حدوث الإهمال⁽²⁾. وتكمن أهمية هذا المعيار في أنه ينبغي على المدعي أن يثبت بأن المدعى عليه مدين تجاهه بهذا الواجب. ففي قضية (Bourhill v. Young 1943) كانت المدعية تترجل من حافلة الترام (Tram) عندما سمعت صوت اصطدام دراجة نارية بشخص ما، إلا أنها لم تشاهد الحادثة. ولكنها شاهدت فيما بعد بقعة دم على قارعة الطريق، فأصيبت بصدمة عصبية. وعلى هذا الأساس فقد قررت المحكمة بأنه يمكن التوقع وبشكل معقول بأن شخص ما قد يعاني من ضرر بسبب قيام المدعى عليه بقيادة سيارته أو دراجته بإهمال، إلا أنه لا يمكن توقع ذلك وبشكل معتاد او معقول في حالة المدعية بسبب بعدها عن مكان الحادث. لذا فإنها ليست دائنة بواجب الحرص أو الحيطة تجاه المدعى عليه سائق الدراجة. كما أن مقدار التبصر (foresight)

(1) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit. .P.129.

(2) John Cooke, op. Cit. p. 33.

يجب ان يقاس بمعيار موضوعي قوامه الشخص العاقل أو المعتاد (reasonable person) وليس بمقدار التبصر من جانب المدعى عليه نفسه⁽¹⁾. إلا أن القاضي اللورد (Thankerton) وفي معرض تعليقه على هذه القضية فقد ذكر بأن قائد الدراجة من واجبه أن يقود دراجته بحرص وحيطه وعناية معقولة (reasonable care) وذلك لتفادي إلحاق الضرر بشخص ما يمكن أن يتوقع قائد الدراجة وبشكل معقول إمكانية إصابته إذا ما أخفق في أداء واجبه في الحرص وبشكل معقول⁽²⁾. ويضيف هذا القاضي أيضاً بأنه من الممكن أن يشمل التوقع المعقول الإصابات والأضرار الأخرى الناجمة عن الصدمة العصبية، على الرغم من عدم وجود اتصال أو تماس مادي أو بدني مباشرة. وذلك إذا ما استخدمنا معيار القرب (proximity). أما القاضي اللورد (wright) فإنه يشير إلى إمكانية حدوث لبس أو خلط في بعض الأحيان بين مبدأ القرب (proximity) ومبدأ التوقع المعقول (reasonable foreseeability). إلا أن كلا المبدئين يتميز أحدهما عن الآخر، على الرغم أن توقع الضرر قد يكون أحياناً مكوناً ضرورياً من مكونات مبدأ القرب⁽³⁾. فمكونات عنصر القرب قد تتباين من قضية إلى أخرى. فإذا كانت القضية تتمثل بحادثة طريق نجم عنها ضرر جسماني أو بدني للمدعي فإن مجرد توقع الضرر (mere foreseeability of damage) يكفي لإثبات القرب (proximity). أما إذا لم يتعرض المدعي للاصطدام والضرر البدني بل تعرض لصدمة عصبية نتيجة لمشاهدته الوقائع الحادثة، عندئذ فإن بعض العوامل كالعلاقة بين المدعي والشخص الذي تعرض للضرر البدني ودرجة قرب المدعي من مسرح الحادثة هي التي تحدد إمكانية تطبيق معيار القرب (proximity)⁽⁴⁾.

(1) John Cooke, *ibid.* p.34.

(2) Joseph Glannon, *op. Cit.*, p.33.

(3) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. *op. Cit.* .P.127.

(4) Hepple, Howarth and Matthews, *Tort cases and Materials*, Fifth Edition. Lexis Nexis. Butterworths, 2003, p.65.

ولكي ينشأ واجب الحرص والحيطه على عاتق المدعى عليه، فإنه ينبغي أن يكون قد توقع، وعلى نحو معقول، امكانية حصول الضرر نتيجة أهمله وإخلاله بواجب الحرص والحيطه تجاه شخص معين، وهو المدعى، أو فئة معينة من الأشخاص وليس تجاه الناس كافة. فالمدعى عليه يكون مديناً بواجب الحرص الحيطه تجاه شخص معين أو فئة من الأشخاص، وليس للجنس البشري ككل. كما جاء في حكم مجلس اللوردات في قضية (page v. smith 1995) السالفة الذكر بأنه إذا توقع الشخص العاقل أو المعتاد (reasonably foreseeable) (by reasonable man) أن سلوك المدعى عليه قد يعرض المدعى إلى خطر الإصابة بضرر جسدي، فإنه ينبغي أن يقوم على عاتق المدعى عليه واجب بذل العناية اللازمة لمنع تعرض المدعى لأي نوع من أنواع الضرر، بما في ذلك الضرر النفسي، وفي مثل هذه الحالة فإنه ليس من الضروري توقع حدوث الضرر النفسي، أي ليس من الضروري أن يتوقع الشخص العاقل أو المعتاد حدوث الضرر النفسي⁽¹⁾. كما جاء في حكم مجلس اللوردات أيضاً بأنه في القضايا المتعلقة بضحايا أصليين فإنه يمكن إثبات قيام واجب بذل المدعى عليه للعناية اللازمة (duty of care) عن طريق معيار التوقع المعقول (reasonable foreseeability) بتعرض المدعى للإصابة بضرر جسدي. كما أكد مجلس اللوردات على مسألة أخرى مهمة وهي إمكانية إدراج مفهومي الصدمة العصبية (nervous shock) والضرر النفسي (psychiatric damage) ضمن مفهوم الضرر الجسدي، ولا يستوجب الأمر التمييز بين الضرر النفسي والأضرار الشخصية. وجاء في حكم مجلس اللوردات بأن المعيار الواجب اتباعه لتحديد الصدمة العصبية ومدى تعرض المدعى لها هو معيار موضوعي (objective test) يقوم على أساس إمكانية توقع الشخص العاقل أو المعتاد للضرر (foreseeability of reasonable man). فيمكن إثبات

(1) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit .P.126.

تعرض المدعي للصدمة العصبية، إذا ما توقع الشخص العاقل أو المعتاد الذي يكون في مكان المدعي عليه إمكانية تعرض أي شخص يكون في مكان المدعي ويتمتع بإمكانيات معتادة للإصابة بصدمة عصبية ناجمة عن مخاوفه على حياته وسلامته الشخصية. كما أشار مجلس اللوردات أيضا بأن عوامل السيطرة الضرورية لتحديد الضحايا الثانويين لا تعد ضرورية أو لازمة في تحديد الضحايا الأصليين، أو عندما يكون المدعي من فئة الضحايا الأصليين. والأمر الجوهري في حسم القضايا التي تنطوي على ضحايا أصليين هو ليس قابلية الحادثة على إثارة الصدمة العصبية، ولكن إمكانية التوقع المعقول (reasonable foreseeability) لحدوث ضرر جسدي. وجدير بالذكر فقد حدد اللورد (Oliver) في ضوء قضية (Alcock) نوعين من الأشخاص الذي يمكن أن يتعرضوا للإصابة بالصدمة العصبية بسبب الخوف من الإصابة بالضرر⁽¹⁾. النوع الأول هم الأشخاص الذين يدخلون على نحو مباشر ضمن نطاق الحادثة ويكون لهم دور فيها، وبالتالي تتنبأهم مخاوف شديدة من مغبة تعرضهم للإصابة، أما النوع الثاني فهم الأشخاص الذي يشاهدون الحادثة ولا يكون لهم دور إيجابي فيها، وكل ما في الأمر أنهم يشاهدون تعرض غيرهم للإصابة. وذكر مجلس اللوردات في حكمه أيضا بأن القرب المادي (physical proximity) للمدعي من مسرح الحدث يغني القاضي عن اللجوء إلى القواعد التي تحدد نطاق واجب بذل العناية أو اتخاذ الحيلة أو الحرص الملقى على عاتق المدعي عليه (rules limiting the ambit of the duty of care).

ثانياً: معيار القرب من مسرح الحدث والوجود ضمن الحيز المادي للخطر: ويقصد بالقرب (Proximity) كمعيار لتحديد قيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيلة على عاتق المدعي عليه تجاه المدعي هو القرب المادي أو المكاني

(1) John Cooke, op. Cit, P.54.

للمدعي (الضحية الأصلية) من مسرح الحدث⁽¹⁾. وقد أخذت المحكمة بهذا المعيار أيضاً في حكمها الصادر في قضية (Bourhill v. Young 1943) كما أشرنا سابقاً، عندما بحثنا في معيار التوقع المعقول للضرر. كما أخذت به أيضاً في قضية (page v. smith 1995. 1AC155 House of Lords) التي تناولنا آنفاً بالتفصيل. إذ قضت المحكمة بقيام واجب إتخاذ الحرص على عائق المدعى عليه. فالمدعي كان ضحية أصلية بسبب تعرضه للحادث. وذكر القاضي اللورد (Lloyds) في حكم مجلس اللوردات بأن الضحية الأصلية هو شخص ما يكون موجوداً ضمن مسرح الحدث، وداخلاً في الحيز المادي للخطر. أما الضحية الثانوية فهو شخص ما يشهد إصابة شخص آخر أو يخشى على

(1) وجدير بالذكر فإن معيار القرب الذي نقصده هنا هو القرب المكاني من مسرح الحدث، وهو القرب الجغرافي والذي يختلف في معناه عن مبدأ القرب بمعناه القانوني الذي يقصد به وجود علاقة مباشرة بين مرتكب الخطأ المدني وبين المضرور، والذي تبلور لأول مرة في قضية (Donoghue v. Stevenson 1932) عندما قررت المحكمة بأن صاحب المصنع كان مهملًا لعدم تأكده من نظافة القارورة الزجاجية التي احتوت على القوقعة. وكان عليه أن يتوقع بأن يؤدي هذا الإهمال إلى حدوث مرض أو إصابة لكل شخص يتناول محتوى القارورة. لأن الشخص العاقل أو المعتاد يجب أن يتوقع ذلك. ونتيجة لذلك فقد حدد مجلس اللوردات واجب إتخاذ الحرص أو الحيطة على عائق المدعى عليه صاحب المصنع تجاه المدعية وهي المستهلكة. وذكر بأن الغاية من هذا الواجب هو لحماية المستهلك في هذه السابقة، والمستهلك هو أي شخص ينبغي على المنتج أن يتوقع إمكانية تأثره بالمنتج (المشروب). وجاء في حكم مجلس اللوردات بأن هذه السيدة المستهلكة للبيضاة مشمولة بواجب الحرص والحيطة من لدن المنتج، والذي أخل بهذا الواجب، لأن إصابته كانت نتيجة مباشرة لإهمال المنتج وهو مسؤول عن أي ضرر يصيب المستفيد من منتجاته، متى كان الضرر نتيجة مباشرة، وبذلك يكون مجلس اللوردات قد وضع سابقة قضائية واجبة الاتباع من جميع المحاكم. ومن هنا ظهر ما يعرف بمبدأ القرب أو التقارب (proximity)، ولتوضيح هذا المبدأ نشير إلى ما ذكره القاضي الإنكليزي اللورد (Atkin) في معرض إعلانه عن معياره الشهير الذي عرف بمعيار الجوار (the neighbor test) إذ قال بأنه (يجب على الشخص أن يلتزم بواجب الحرص والرعاية المعقولة أو المعتادة (reasonable care) لتجنب أي عمل أو امتناع عن عمل يتوقع بأنه قد يلحق ضرراً بجاره (neighbor)). ولكن السؤال المطروح، من هو الجار وما المقصود به ضمن هذا المفهوم القانوني؟ يقول هذا القاضي بأن (الإجابة بسيطة فالجار هو الشخص الأقرب والذي قد يتأثر تأثيراً مباشراً بذلك العمل أو الامتناع والذي ينبغي أن يصدر عن تبصر وفي هذه القضية فإن المدعية هي الأقرب والأكثر تأثراً أو تضرراً من عمل المدعى عليه صاحب المصنع والذي يقع على عاتقه واجب الرعاية والحرص وأن الغاية النهائية من معيار الجوار هو التحقق من وجود واجب الحرص والحيطة). كما أوضح القاضي اللورد (Keith) معنى القرب وأشار إلى أن المقصود به هو القرب القانوني وليس الجغرافي وذلك في ضوء قضية

(Yuen Kun Yea V. Attorney-General of Hong Kong, 1968).

إذ ينبغي قيام علاقة قرب وثيقة الأطراف. وهذه العلاقة الوثيقة والمباشرة يفترض أنها قائمة بين شخصين أحدهما تأثر تأثيراً مباشراً بفعل ارتكبه شخص آخر ملتزم بواجب الحرص وأن هذا الأخير يعلم أن ما حصل للأول من ضرر هو نتيجة إهماله. لمزيد من التفصيل ينظر William and Hepple, op. Cit, p.13. Vera Bermingham, op. Cit, p.29. John Cooke, op. Cit, p.32.

سلامته. فالضحية الأصلية يكون دائماً بواجب إتخاذ الحرص لضمان سلامته من الضرر النفسي، إذا ما كان خطر تعرضه للإصابة الجسدية متوقعاً. وعلى هذا الأساس فقد نهضت مسؤولية المدعى عليه المدنية الناجمة عن الإهمال، لأن المدعي كان ضمن الحيز المادي للخطر. فضلاً عن امكانية التوقع المعقول للضرر من الشخص المعتاد المحاط بنفس ظروف المدعى عليه.

المقصد الثاني

معايير تحديد قيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة تجاه الضحية الثانوية

أما بالنسبة إلى الضحية الثانوية فقد وضع القضاء الإنكليزي أربعة معايير لقيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة على عاتق المدعى عليه، عرفت في أروقة القضاء الإنكليزي بمعايير (Alcock) (Alcock criteria)⁽¹⁾ . وتتسم هذه المعايير بأنها أكثر صرامة من المعايير المفروضة على الضحية الأصلية، لإثبات قيام ذلك الواجب على عاتق المدعى عليه. وذلك لأن الضحية الثانوية يكون أكثر بعداً عن الحيز المادي لخطر التعرض لإصابة جسدية من الضحية الأصلية. وهذه المعايير هي: معيار القرب المكاني والزمني من مسرح الحدث (The requirement of proximity to the accident scene in space and time) ، ومعيار وثيقة الصلة أو العلاقة بين الضحية الأصلية وبين الضحية الثانوية (The closeness or Proximity of relationship between the primary and secondary victims). والمعيار الحسي المباشر (معيار رؤية الحادثة أو آثارها الفورية التالية أو سماع أصواتها) (Seeing or hearing the accident or its immediate aftermath)⁽²⁾ ومعيار فجائية الصدمة (Suddenness of shock). وسوف نتناول بالدراسة هذه المعايير وكما يأتي:

(1)Vera Bermingham & Carol Brennan. op. Cit, P.134. see also Jenny Steele. op. Cit , P.315. and Paula Giliker and Silas Beckwith, op Cit , P.131.

(2) Michael Jones. op Cit. p.168.

أولاً: معيار القرب المكاني والزمني من مسرح الحدث: يعد هذا المعيار من متطلبات إثبات قيام واجب إتخاذ الحرص أو الحيلة أو بذل العناية اللازمة لضمان سلامة الضحية الثانوية من الصدمة العصبية. وينبغي على الضحية الثانوية اجتياز هذا الاختبار، لكي ينجح في دعواه في المطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم عن الصدمة العصبية التي نشأت عن الحادث المروع الذي تسبب فيه المدعى عليه بإهماله. ويتحدد هذا المعيار بمدى قرب المدعي من مسرح الحدث مكانياً وزمانياً⁽¹⁾. ففي قضية (Alcock) شاهد بعض المدعين الكارثة من على مدرجات الملعب. فيما شاهدوا مدعون آخرون على شاشات التلفزة قرب الملعب وتمكن أحدهم من التعرف على ابنه الذي قتل في تلك الأحداث، وشاهدها آخرون على شاشات التلفاز في بيوتهم وسمع آخرون أبناء الكارثة عبر المذياع. وثبت من هذه القضية بأنه ينبغي لغرض نجاح المدعي في دعواه للمطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم عن الصدمة العصبية، أن يكون قريباً من موقع أو مسرح الحدث بما فيه الكفاية، بحيث يمكنه مشاهدة الحادثة أو سماع الأصوات المنبعثة عنها. وهذا يعني بأنه ينبغي أن يكون موجوداً في مسرح الحدث وقت وقوع الحادثة بحيث يتمكن من مشاهدتها أو يشهد آثارها الفورية التالية (immediate aftermath)⁽²⁾. أما إذا سمع أخبارها عبر المذياع أو شاهدتها على شاشة التلفاز، فإن ذلك لا يعد كافياً لتلبية متطلبات قيام واجب بذل العناية اللازمة، ونجاح دعوى المطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم عن الصدمة العصبية. أما الآثار اللاحقة والمباشرة للحادثة فتبقى مستمرة، طالما بقي الضحية في الحالة التي نجمت مباشرة عن الحادثة، وإلى حين تلقيه أول علاج طبي بعد الحادثة. أما قيام الشخص بالتعرف على جثة شخص آخر عزيز عليه بعد وقوع الحادثة ببضع ساعات لا يدخل ضمن مفهوم

(1) John Cooke, op. Cit , P.53.

(2) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit .P.130.
see also Mark Lunney and ken Oliphant, op. Cit , P.335.

الأثار اللاحقة المباشرة للحادثة، ولا يستوجب نجاح المدعي في دعواه بالمطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم عن الصدمة العصبية⁽¹⁾. كما واجهت مجلس اللوردات في قضية (Alcock) مشكلة تتعلق بكيفية التعامل مع مسألة مشاهدة الحدث على شاشة التلفاز، وما إذا كان يتوافر فيها القرب الكافي لنهوض مسؤولية المدعى عليه عن تعويض الضحية الثانوية عن الضرر النفسي الناجم عن الصدمة العصبية. فكارثة ملعب (Hillsborough) كانت قد نقلت نقلاً حياً ومباشراً على شاشات التلفزة ، بحيث شاهدها الملايين من الناس⁽²⁾. إلا أن الصور كانت شاملة وبانورامية بحيث لم تركز على أشخاص معينين بذاتهم، لأن قواعد البث الإذاعي (broadcasting guidelines) تمنع تركيز الكاميرات على مشاهد وصور ووجوه الموتى أو أولئك الذين تبدو على وجوههم ملامح المعاناة. وفي واقع الأمر فقد استبعد مجلس اللوردات توافر شرط أو متطلب القرب من مسرح الحدث فيما يتعلق بمشاهدة الحدث على شاشة التلفاز، على الرغم من عدم استبعاده إمكانية توافر شرط القرب لدى بعض مشاهدي التلفاز. ثم قارن مجلس اللوردات بين البث المسجل (recorded broadcast) والبث الحي (Live broadcast)، فالأول لا يعبر عن شرط القرب اللازم لإثبات قيام واجب بذل العناية (duty of care) لضمان سلامة الضحية الثانوية من الصدمة العصبية. أما الثاني فلا يسمح بإقامة الدعوى لأن قواعد البث الإذاعي، لا تساوي بين البث التلفازي للكارثة وإن كان حياً، وبين ما يدور فعلاً في مسرح الحدث. ثانياً: معيار وثيقة الصلة أو العلاقة بين الضحية الأصلية وبين الضحية الثانوية: كنا قد أشرنا سابقاً إلى أن المحكمة حددت، وفي ضوء النظر في قضية (Alcock v. chief constable of Yorkshire police 1992) ، ثلاث فئات من الضحايا الثانويين، الذين يتوقع الشخص المعتاد أن تقوم بينهم وبين

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit, P.49.

(2)Kirsty Horsey and Erika Rackley, op. Cit, P.103.

الضحية الأصلية علاقة حميمة قائمة على المحبة والمودة (Close relationship of love and affection) ، وهم الوالدان والأزواج والأخوة والأخوات. ويمكن إثبات تلك العلاقة على أساس قرينة قابلة لإثبات العكس. فلا يمكن لأي شخص ينتمي إلى إحدى هذه الفئات الثلاث أن يحصل على التعويض، إذا ما ثبت بأن العلاقة التي تربطه مع الضحية الأصلية لم تكن قائمة على أساس المحبة والمودة ولكن تشوبها مشاعر الكره والتدابير. كما جاء في الحكم الصادر في هذه القضية بأن من بين شروط أو متطلبات حصول الضحية الثانوية على التعويض عن الضرر النفسي ، إذا كانت الرابطة التي تربطه مع الضحية الأصلية هي رابطة الأخوة، ضرورة وجود علاقة وثيقة بينه وبين الضحية الأصلية (primary victims)⁽¹⁾، إذ لا يكفي أن يثبت الضحية الثانوية بأن العلاقة التي تربطه بالضحية الأصلية هي علاقة أخوة، ولكن ينبغي أن يثبت بأن تلك العلاقة هي علاقة وثيقة أو حميمة من حيث الشعور المتبادل بالود والمحبة بين الطرفين⁽²⁾. ومن غير المعقول أن يطالب المدعي بالتعويض عن الضرر النفسي الذي أصابه نتيجة فقدانه لأخيه الضحية الأصلية للحادثة، إذا كانت مشاعر الحقد والبغضاء هي السائدة بين الطرفين، وكانا في حالة خصام مستمر. ويرى جانب من الفقه⁽³⁾ بأن من الصعوبة معرفة كيفية تأثير هذا المعيار على قيام المدعى عليه بواجبه في بذل العناية اللازمة تجاه المدعي (duty of care) والذي يستند أساساً على معيار أو اختبار التوقع المعقول (reasonable foreseeability). ويتساءل هذا الجانب من الفقه: كيف يمكن للمدعى عليه الذي أحدث ضرراً بشخص ما أن يتوقع ما إذا كان ذلك الشخص يرتبط بعلاقة وثيقة أو حميمة مع أقربائه أم لا ؟ إن الصعوبة في التحقق من هذه المسألة تكمن

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit, P.52.

(2) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit .P.134. see also Mark Lunney and ken Oliphant, op. Cit , P.342. and Paula Giliker and Silas Beckwith. op. Cit. P. 120.

(3) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit , P.52.

في طبيعة العلاقة الوثيقة أو الحميمة (close relationship) ، والتي يرى جانب آخر من الفقه⁽¹⁾ بأن هذا النوع من العلاقات ينبغي أن يقوم على أساس الحب والمودة (love and affection) المتبادلة بين الطرفين⁽²⁾، أي بين الضحية الأصلية والضحية الثانوية، مما يسمح للشخص العاقل أو المعتاد أن يتوقع إمكانية تعرض المدعي للصدمة العصبية الناجمة عن معرفته بموت الضحية الأصلية، أو تعرضها لإصابة بالغة نتيجة الحادث المروع⁽³⁾. أي إذا ما كان بالإمكان التوقع وعلى نحو معقول (reasonably foreseeable) بإمكانية تعرض المدعي للضرر النفسي. لذا تستند الكثير من أنواع العلاقات كالعلاقات القائمة بين الأزواج والعلاقة ما بين الوالدين وأبنائهم على قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس (rebuttable presumption).

ثالثاً: المعيار الحسي المباشر (معيار رؤية الحادثة أو آثارها المباشرة أو سماع أصواتها) : ويقصد به شرط الإصابة بالصدمة العصبية عن طريق رؤية الحادثة أو على الأقل آثارها التالية المباشرة . أو سمع أصواتها مباشرة . وبمقتضى هذا المعيار فإنه ينبغي لنجاح الضحية الثانوية في دعواه بالمطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم عن الصدمة العصبية، أن تكون تلك الصدمة قد نشأت عن رؤية الحادث المروع أو سماع أصواته مباشرة بحواسه المجردة غير المدعومة بوسائل تقنية (unaided senses)، فإذا ما أخبر المدعي بالحادثة عن طريق شخص ثالث. ففي هذه الحالة لا يحق له إقامة الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر النفسي، كذلك الحال بالنسبة إلى الشخص الذي يشاهد البث الحي والمباشر للحادثة على شاشة التلفزة، لأن قواعد البث الإذاعي (broadcasting guidelines) تمنع عرض مشاهد تشير إلى موت أو إصابة أو حتى معاناة

(1) John Cooke, op. Cit, P.52.

(2) Carol Brennan, op. Cit, P.54.

(3)Vera Bermingham & Carol Brennan. op. Cit, P.133.

أشخاص معينين بذاتهم⁽¹⁾. أما في حالة مخالفة قواعد البث الإذاعي، وعرض مثل هذه المشاهد، فإن عملية النقل أو التغطية التلفزيونية تعد بمثابة فعل متدخل جديد (novus actus interveniens) يقطع علاقة السببية، بين فعل الشخص المثير للحادثة وبين الصدمة العصبية التي تعرض لها المدعي، ولا تنهض مسؤولية مثير الحادثة أو المتسبب فيها بإهماله عن الصدمة العصبية⁽²⁾. وقد أكد مجلس اللوردات في حكمه الصادر في ضوء قضية (Tan v. East London Health Authority 1999) بأن المدعي لا يحق له إقامة دعوى التعويض عن الضرر النفسي في حالة إبلاغه بالحادث عن طريق شخص ثالث. وتتلخص وقائع هذه القضية بتلقي المدعي لمكالمة هاتفية من أحد العاملين في المستشفى يبلغه فيها بأن طفله ولد ميتاً في بطن أمه (stillborn) ، فقاضى المستشفى على أساس مسؤوليتها عن إصابته بضرر نفسي. إلا أن المحكمة ردت دعواه، وذكرت في حكمها بأن الحادث الذي تسبب في إصابة المدعي بضرر نفسي هو موت طفل قبل ولادته وليس مشاهدة الطفل وهو يموت. وهذا يعني بأن المدعي لم يشاهد حادثة أو واقعة الموت نفسها، ولكن أخبر عنها عن طريق الهاتف. وهو دليل على عدم قربته أيضاً من مكان الحادث أو من مسرح الحدث. أما بخصوص الآثار الفورية التالية للحادث (immediate aftermath of the accident) فقد قضى مجلس اللوردات لمصلحة المدعي المضرور، على الرغم من أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة الآثار الفورية التالية للحادث⁽³⁾. وذلك في قضية (W v. Essex County Council 2000. 2WLR601) التي تتلخص وقائعها⁽⁴⁾ بقيام المدعيان ، والذين هما والدان راعيان للربيب (Foster Parent) بإبلاغ مجلس الرعاية الاجتماعية

(1) John Cooke, op. Cit, P.53.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit , P.50.

(3) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.51.

(4) لمزيد من التفصيل حول القضية ينظر الموقع الإلكتروني

<http://e-lawresources.co.uk/cases/W-v-Essex-County-Council.php>

عن رغبتهما في تبني ولد من الأولاد الذين يتولى المجلس رعايتهم ، شريطة عدم إرتكابه لإعتداءات جنسية على أولاد آخرين. وذلك لتربيته مع أولادهما الذين تتراوح أعمارهم من ثمانية إلى إثني عشرة سنة. فقدم لهما المجلس ولداً يبلغ من العمر خمس عشرة سنة . إلا أنه أخفى عنهما حقيقة كونه من أصحاب السوابق ، وأنه أعتدى جنسياً في السابق على أولاد آخرين. وأن الشرطة كانت قد وضعت قيد التحقيق لقيامه بإغتصاب أخته. على الرغم من علمه بتلك المعلومات . وبعد وضع ذلك الولد الريبب مع تلك الأسرة ، قام بالإعتداء جنسياً على أولاد المدعيين. فأقام المدعيان الدعوى على المجلس ، وإدعيا تعرضهما وأولادهما لأضرار نفسية من جراء ذلك الإعتداء. وأن تلك الأضرار نجمت عن الإهمال الذي إرتكبه المجلس في عدم إبلاغهما بالتاريخ الجنائي لذلك الولد. إلا أن المجلس المدعى عليه طلب من المحكمة رد الدعوى لعدم قيام واجب إتخاذ الحرص أو الحيطة على عاتقه. فقضى قاضي الموضوع لمصلحة المجلس ورد دعوتهما. فإستأنف المدعيان الدعوى أمام محكمة الإستئناف التي جاء حكمها مطابقاً لحكم محكمة الموضوع . إذ قضت بعدم قيام واجب إتخاذ الحرص أو الحيطة على عاتق المجلس، لأن المدعيين ينتميان إلى فئة الضحايا الثانويين. فطعنا بالحكم الإستئنافي أمام مجلس اللوردات. فقضى الأخير بتعويضهما عن الضرر النفسي الذي أصابهما، وذلك نتيجة الآثار الفورية التالية لحوادث الاعتداءات الجنسية التي تعرض لهما أولادهما. ونهضت مسؤولية المجلس المدنية الناجمة عن الإهمال. وجدير بالذكر فقد وسع الحكم الصادر في هذه القضية الإتجاه الضيق الذي تبنته محكمة الاستئناف في حكمها الصادر في قضية (Alcock) فيما يتعلق بتطبيق اختبار الآثار الفورية التالية للحادثة (immediate aftermath test) ⁽¹⁾ ، والذي لم تكيف بمقتضاه مشاهدة

(1) يرى جانب من الفقه الإنكليزي بأن إجتياز المدعي (الضحية الثانوية) لإختبار الآثار الفورية التالية للحادثة يعتمد على وجود درجة عالية من القرب المكاني والزمني بينه وبين وقوع الحادث، بحيث يمكن معه القول بأنه قد شهد الآثار الفورية التالية لذلك الحادث. لمزيد من التفصيل حول تطبيق هذا الإختبار

المدعي لجهة شخص عزيز عليه بعد مضي عدة ساعات على وقوع الكارثة من الآثار الفورية التالية والمباشرة للحادثة⁽¹⁾.

رابعاً: معيار فجائية الصدمة : كما هو الحال بالنسبة إلى الضحية الأصلية، فإن الضحية الثانوية أو المضرور الثانوي ينبغي أن يثبت بأن الضرر النفسي الذي تعرض له هو في حقيقته مرض من الأمراض النفسية المعروفة، وأن يكون الضرر النفسي ناجماً عن معاناة المدعي من صدمة مفاجئة غير متوقعة نشأت عن حادث مروع أو كارثي (Horrrifying or Catastrophic) ، وأخذته على حين غرة⁽²⁾. ويعني ذلك بأن إدراكه للحادث عن طريق حاسة البصر أو السمع ينبغي أن يكون إدراكاً مفاجئاً وليس تدريجياً (Sudden appreciation by sight or sound of horrrifying event) ، بحيث يتسبب ذلك الإدراك المفاجئ في الإثارة الذهنية لذاكرة الضحية، وعلى نحو عفيف. ويستبعد من هذا المفهوم كل ضرر نفسي تتعرض له الضحية الثانوية أو المضرور الثانوي ويكون ناجماً عن الحزن والأسى الذي ينتابه بسبب فقدان شخص عزيز عليه⁽³⁾، أو يكون ناجماً عن الإجهاد النفسي الذي يتعرض له نتيجة اعتناؤه ولمدة طويلة بأحد أقربائه الذي أصابه العوق بسبب إهمال المدعى عليه. وقد أخذت المحكمة بهذا المبدأ في قضية (sion v. Hampstead Health Authority 1994) والتي تتلخص وقائعها بإصابة المدعي بمرض نفسي ناجم عن إجهاد انفعالي بعد أن شاهد ابنه يموت موتاً بطيئاً في العناية الفائقة أو المركزة (intensive care) نتيجة الإهمال في العلاج الطبي. إلا أن المحكمة قررت عدم استحقاق الأب للتعويض عن الضرر النفسي، لأن المرض النفسي

ينظر Peter Cane, The Anatomy Of Tort Law, Hart Publishing Oxford, 1997, P.69

(¹) Paula Giliker and silas Beckwith. op. Cit. P. 121. See also Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit .P.127.

(²) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. ibid .P.130.

(³) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.44.

الذي تعرض له لم ينشأ عن صدمة عصبية مفاجئة. أما في قضية (North)
(Glamorgan NHS Trust v. Walters 2002) فقد ذهب الحكم الصادر
عن المحكمة إلى العكس من ذلك. وتتلخص وقائع هذه القضية بوفاة ابن المدعية
وهو طفل صغير نتيجة الإهمال في علاجه، والذي قضت المحكمة بمسؤولية
المدعى عليهم عنه. وعندما كان الطفل الصغير (Elliott) راقداً في المستشفى
بسبب مرضه، لم تكن الأم تعلم وقتذاك بان المستشفى أخطأت في تشخيص
مرضه. وعندما استيقظت من النوم وجدت ابنها يخنق نتيجة سعال دموي،
فأخبرها الأطباء بأنه يعاني من نوبة. إلا أن من غير المرجح أن يتعرض لأية
إصابة خطيرة، ثم جرى نقله في نفس اليوم إلى مستشفى آخر. فأخبر الأطباء
والدته بالتشخيص الصحيح لمرضه، وأنه يعاني من تلف شديد في الدماغ وهو
في حالة غيبوبة. كما أبلغت بضرورة فصله عن جهاز الإنعاش، فوافقت هي
وزوجها على هذا الإجراء في اليوم التالي. وقد تسببت هذه الأحداث المتسارعة
في تعرضها لمرض نفسي. إلا أن إدارة المستشفى دفعت أمام المحكمة بعدم
مسئوليتها عن ذلك، لأن هذا المرض النفسي لم ينشأ عن صدمة عصبية مفاجئة.
ولكن عن سلسلة أحداث متعاقبة استغرق حدوثها أكثر من ستة وثلاثين ساعة،
ولكن محكمة الاستئناف رفضت هذه الحجة . وجاء في حكمها بأن مصطلح
الحادث المروع (horrrifying event) الذي أشارت إليه قضية (Alcock)
يمكن أن يتكون من سلسلة من الأحداث المتعاقبة ، والتي تجسدت في هذه القضية
بالنوبة التي أصابت الطفل، وسماع الأم لخبر إصابة ابنها بتلف شديد في الدماغ
بعد أن أبلغت بأنه غير مصاب بذلك. ثم مشاهدته وهو يموت. وفي حقيقة الأمر
فقد ترتب على كل حادث من هذه الحوادث المتعاقبة أثر فوري على المدعية،
ويتميز عن الحالات التي ينشأ فيها الضرر النفسي عن إدراك الأم تدريجياً بأن
ابنها يموت⁽¹⁾.

(1) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. ibid .P.130.

الفرع الثاني

الإخلال بواجب الحرص أو الحيطة

أما الشرط الثاني من شروط تحقق المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال في القانون الإنكليزي فهو الإخلال بواجب الحرص والحيطة. فبمجرد قيام المدعي في دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال بإثبات التزام المدعى عليه بواجب الحرص والحيطة تجاهه، فإن من الضروري أن يثبت بعد ذلك إخلال المدعى عليه بواجبه في الحرص والحيطة⁽¹⁾. ولكي يتمكن من القيام بذلك فإن عليه أن يثبت بأن سلوك المدعى عليه إنخفض دون مستوى معيار الحرص الذي يتطلبه القانون، وذلك عن طريق اللجوء إلى معيار المعقولة (Standard of reasonableness)، وأنه لم يتصرف على نحو معقول لتلافي الإهمال⁽²⁾. فمسؤولية المدعى عليه المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي لا تنهض، لمجرد كونه دائماً بواجب إتخاذ الحرص أو الحيطة. ولكن ينبغي على المدعي أن يثبت إخلال المدعى عليه بهذا الواجب، عن طريق ارتكابه خطأ الإهمال. إن إثبات هذا الإخلال يعد وبالتأكيد من أثقل الأعباء المفروضة على عاتق المدعي في دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال (Negligence action). ويعد المدعى عليه مرتكباً لخطأ الإهمال، إذا لم يتصرف بالطريقة التي يتوقع من الرجل المعتاد أن يتصرف بها⁽³⁾. وهذا ما يجعل من معيار الحرص المعقول (Standard of reasonable care) معياراً مرناً، يمكن لمحكمة الموضوع عن طريقه تحديد مستويات مختلفة من الحرص المطلوب تتراوح من أدنى مستوى له إلى أعلى مستوى⁽⁴⁾. لذا ولغرض البحث في مسألة إخلال المدعى عليه بواجب الحرص والحيطة فإنه ينبغي ان نقوم بدراسة

(1) Kirsty Horsey and Erika Rackley, Tort law, oxford university press, 2009, p.197.

(2) John wilman. op. Cit. P.212

(3) William P. Statsky. op. Cit. P.220

(4) Marshall Shapo. Principles of tort law, Third Edition, West, Thomson Reuters, 2010. P.103

معياريين مهمين، الأول هو المعيار الموضوعي المعروف بمعيار الشخص المعتاد، والثاني هو معيار إقتصادي يعرف بمعيار أو إختبار (ليرند هاند). وذلك في المقصدين الآتيين:

المقصود الأول

معيار أو إختبار الشخص العاقل أو المعتاد

لقد أحس القضاة الإنكليز، ومنذ إنتقال الفصل في دعاوى المسؤولية الناجمة عن الإهمال من المحلفين إليهم في القرن التاسع عشر⁽¹⁾، إلى الحاجة إلى وجود معيار أو إختبار لتحديد سلوك المدعى عليه وما إذا كان يتسم بالإهمال أم لا. ونتيجة لذلك فقد تم تبني معيار موضوعي هو معيار الرجل العاقل أو المعتاد لتحديد مستوى الحرص المتوقع من المدعى عليه، ولمعرفة ما إذا كان سلوك المدعى عليه يرتفع فوق ذلك مستوى ذلك المعيار أو إنخفض دونه⁽²⁾. وقد تبين للقضاة الإنكليز في بادئ الأمر أن أعمال المعيار الشخصي أو الذاتي الذي يعتمد على قابليات كل شخص بشكل خاص يعد أمراً صعباً لا بل مستحيل⁽³⁾. لذا فضل القضاة إختيار معيار موضوعي لقياس أو تحديد سلوك المدعى عليه عرف بمعيار بالرجل العاقل (reasonable man). والاختبار الذي يقوم عليه بإختبار الرجل العاقل (reasonable man test). فهذا المعيار هو معيار موضوعي (objective standard) لا يكثرث بالسلمات الشخصية للإنسان ولا بقابلياته أو ما يعاني منه من عجز أو أمراض. فالإهمال وفقاً لهذا المعيار هو القيام بعمل ما لا يقوم به عادة الرجل العاقل (reasonable) والمتبصر (prudent) أو الامتناع عن عمل ما يقوم به الرجل العاقل والمتبصر عادة⁽⁴⁾. ثم قامت المحاكم الإنكليزية بتغيير إسمه فصار

(1) John Cooke. op. Cit. p.88.

(2) Kenneth Abraham, The Forms and Functions of Tort Law, Second Edition. Foundation Press, 2002, p.52.

(3) John Cooke, ibid. p.88.

(4) Atiyah, P.S. Accidents compensation and the law, Fifth Edition. Weidenfeld and Nicholson, 1993, p.38.

يعرف بمعيار الشخص المعتاد الافتراضي (The Standard of hypothetical reasonable person⁽¹⁾). وكان القاضي (Alderson) قد إستعمل هذا المعيار في حكمه الصادر في قضية (Blyth v. Birmingham waterworks Co 1856) وذلك لتحديد معيار أو مستوى الحرص المطلوب أو العناية اللازمة . وعرفه على نحو غير مباشر بمناسبة تعريفه للإهمال وذلك بقوله أن " الإهمال هو الإمتناع عن إتيان عمل ما عادة ما يأتيه الرجل المعتاد المحكوم بالإعتبارات التي تنظم تصريف الشؤون الإنسانية، أو القيام بعمل لا يقوم به عادة الرجل المعتاد (Negligence is the omission to do something which a reasonable man , guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of of human affairs , would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do) ويتسم معيار الشخص العاقل أو المعتاد بسمتين بارزتين : الأولى أنه معيار موضوعي لتحديد مستوى الحرص المطلوب (Objective Standard of Care) ، والثانية أنه معيار افتراضي لتحديد مستوى الحرص المطلوب (A Hypothetical But Not an Average Standard of Care) . وكما رأينا سابقاً فقد لجأت المحكمة إلى معيار الشخص المعتاد في قضية (House v. smith 1995. 1AC155 of Lords) للتحقق من إخلال المدعى عليه بواجب إتخاذ الحرص. وقضت في حكمها بمسؤوليته الناجمة عن الإهمال. والزمته بدفع التعويض إلى المدعي.

المقصد الثاني

معيار أو اختبار Learned Hand

عندما تريد المحكمة التحقق من حدوث إخلال بواجب إتخاذ الحيطة أو الحرص (breach of duty of care)، فإنه ينبغي عليها أن توازن بين جميع

(¹) Paula Giliker and silas Beckwith, op Cit , P.138.

العوامل التي أشرنا إليها في الفرع الثالث من هذا المطلب. إلا أنه وفي قضية (United States v. Carroll Towing Co 1947) وهي قضية أمريكية، استعمل القاضي (ليرند هاند) (Learned Hand)⁽¹⁾ معياراً مفيداً للتحقق من توازن تلك العوامل. وهو معيار يجسد في حقيقته الارتباط الوثيق بين القانون وعلم الاقتصاد (economics). واقترح هذا القاضي وضع قيم إحصائية (statistical values) لبعض تلك العوامل الوثيقة الصلة بالإخلال بواجب اتخاذ الحيطة أو الحرص. بحيث يتم حل المشكلات القانونية بطريقة شبه رياضية (quasi-mathematical way)⁽²⁾. ثم وضع معادلتين مكونتين من ثلاثة رموز تربط بينها علاقات إحصائية⁽³⁾. وهذه الرموز هي الحرف (B) ويعني (العبء المفروض على عاتق المدعى عليه في اتخاذ الإجراءات الوقائية أو الاحترازية لدرء الخطر ولتجنب وقوع الضرر) (Burden on defendant) أو (to take adequate precautions) (كلفة اتخاذ تلك الاحتياطات) (cost of taking precautions) وسوف نرمز له بالرمز بالحرف (C). أما الحرف (p) فيعني احتمال تحقق الخطر ووقوع الضرر (probability that the risk will materialize and likelihood of injury or harm) وسوف نرمز له بالحرف (A). وأخيراً الحرف (L) ويعني (جسامة أو شدة الضرر الذي سوف يقع إذا ما تحقق الخطر) (Seriousness or gravity of injury (loss or harm) which will occur if the risk does materialise) وسوف نرمز له بالحرف (ض). ويمكن وضع المعادلتين الآتيتين من هذه المتغيرات الثلاثة:

(¹) (Billings learned hand) هو قاضي وفيلسوف أمريكي ولد في ألباني بنويويورك عام 1872. ودرس القانون والفلسفة في جامعة هارفارد وتخرج بدرجة الشرف، وعين عام 1909 قاضياً لمحكمة محلية (District court) ثم جرت ترقيته عام 1924 إلى قاض لمحكمة دورية (Circuit court). وتقاعد من الخدمة عام 1951. لمزيد من التفصيل عن حياة هذا القاضي وسيرته المهنية ينظر الموقع الإلكتروني: https://en.wikipedia.org/wiki/Learned_Hand

(²) Joseph Glannon, The law of Torts, examples and explanations, Fifth Edition, Wolters Kluwer. 2015. P.120.

(³) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit .P.199.

ع > أ x ض = المسؤولية

ع < أ x ض = لا مسؤولية

$B < P \times L = \text{Liability}$

$B > P \times L = \text{No Liability}$

ويمكن توضيح هاتين المعادلتين عن طريق الفرضيتين الآتيتين: في الفرضية الأولى إذا كان العبء المفروض على عاتق المدعى عليه والمتمثل بكلفة اتخاذ الإجراءات والاحتياطات الوقائية والاحترازية أقل من القيمة الناتجة عن حاصل ضرب احتمال تحقق الخطر وجسامة الضرر الذي سوف يقع، إذا ما تحقق الخطر. فإن المحكمة سوف تقضي بمسؤولية المدعى عليه، إذا لم يتخذ الاحتياطات اللازمة⁽¹⁾ مما يعني إخلاله بالالتزام باتخاذ الحيطة أو الحرص⁽²⁾. ومن أبرز الأمثلة على هذه الفرضية قضية (overseas Tankship (UK) Morts Dock & Engineering co (the wagon Mound No.2) 1961) التي تتلخص وقائعها بحادثة وقعت في ميناء (Sydney) بأستراليا، إذ كان المدعى عليهم يملكون سفينة يجري تحميلها بالزيت، وسبب إهمال عمالهم تسرب بعض الزيت وانتشر على سطح الماء وكون طبقة خفيفة. وفي غضون بضع ساعات انتشر الزيت وتسرب إلى مرفأ صغير مجاور يملكه المدعون. وكان يجري فيه تصليح وترميم بعض السفن عن طريق اللحام. وأحدث أضراراً في ذلك الميناء. ولكن بعد عدة أيام حدثت أضرار أكبر وأكثر خطورة، عندما اشتعل الزيت بشرارة تطايرت من عمليات اللحام التي كان يقوم بها عمال اللحام (welders). وعندما قامت المحكمة بتطبيق هذا المعيار، فقد ثبت لها وبوضوح مسؤولية المدعى عليهم مالكي السفينة. فعلى الرغم من أن احتمال تحقق الخطر (التمثل باشتعال الزيت المتسرب من السفينة) يعد ضعيفاً، لأن اشتعال الزيت

(1) Paula Giliker and silas Beckwith, op. Cit, P.148.

(2) Tony weir, A casebook on Tort, Tenth edition, Thomson, sweet & Maxwell, 2004, P.125.

يحتاج إلى تسخينه بدرجة عالية. إلا أن جسامه الضرر المتمثل بالتلف الكامل لرصيف الميناء كانت كبيرة⁽¹⁾. في حين أن عبء اتخاذ الإجراءات الوقائية والاحتياطات المفروضة على عاتق مالكي السفينة المدعى عليهم كان ضئيلاً. لأن كل ما كان ينبغي عليهم القيام به هو المحافظة على الزيت المخزون في صهاريج السفينة والحيلولة دون تسربه إلى المياه، وهو عبء غير شاق ولا يستلزم من مالكي السفينة إنفاق كلف عالية في اتخاذ تلك الاحتياطات. لذا قضت المحكمة بمسؤولية مالكي السفينة المدعى عليهم. وعلى العكس من ذلك، ففي الفرضية الثانية إذا كان العبء المفروض على عاتق المدعى عليه والمتمثل بكلفة اتخاذ الإجراءات الوقائية أبهض وأكبر قيمة من القيمة الناتجة عن حاصل ضرب احتمال تحقق الخطر وجسامه الضرر الذي سوف يحدث، إذا ما تحقق الخطر. فإن المحكمة سوف تقضي بعدم مسؤولية المدعى عليه، إذا لم يتم اتخاذ الاحتياطات اللازمة⁽²⁾. ومن أوضح الأمثلة على هذه الفرضية قضية (Bolton v. Stone HL 1951) والتي تتلخص وقائعها بإصابة المدعي بكرة كريكت (cricket ball) انطلقت من ملعب المدعى عليهم، بينما كان يقف على الرصيف بجوار الملعب. وقد ثبت للمحكمة بأن هذه الحادثة وقعت ست مرات خلال الثلاثين سنة السابقة. فقد كان احتمال تحقق الخطر المتمثل بانحراف كرة لعبة (cricket) إلى خارج الملعب وخروجها إلى الطريق العام ضعيفاً جداً، لأن مثل هذا الاحتمال وقع ست مرات فقط خلال الثلاثين سنة السابقة. كما أن جسامه الضرر المتمثل بإصابة أحد الأشخاص المارين في الطريق العام كانت ضئيلة أيضاً، لأنها يمكن أن تتمثل بإصابة شخص واحد في أسوأ الاحتمالات. لذا فإن عبء أو كلفة الإجراءات الوقائية والاحتياطات التي ستأخذها المدعى عليها إدارة النادي ستكون كبيرة. وفي حالة اتخاذها فسوف يؤدي ذلك إلى إلحاق خسارة

(1) Tony weir, ibid, P.216.

(2) Paula Giliker and silas Beckwith, op. Cit, P.142.

بالمدعى عليه من جراء تكاليف تلك الإجراءات. فإدارة النادي اتخذت كل الإجراءات، وكان الخيار الوحيد المتبقي لها بعد اتخاذ كل الإجراءات الوقائية، ومن أهمها زيادة ارتفاع أسوار النادي، هو إغلاق النادي والتوقف عن ممارسة هذه الرياضة⁽¹⁾. وجدير بالذكر فإن اتخاذ المزيد من الإجراءات الوقائية والتدابير أو الاحتياطات الاحترازية في مثل هذه الفرضية غالباً ما يكون أكثر كلفة من قيمة التعويضات التي قد تتجم عن الضرر. لذا فإن الرجل العاقل أو المعتاد الذي يكون في مكان المدعى عليه غالباً ما يسمح للضرر البعيد الاحتمال أن يحدث ثم يدفع التعويض بدلاً عن إنفاق أموال طائلة على تلك الإجراءات، لأن ذلك يعد أفضل بالنسبة إليه من الناحية الاقتصادية. ويساهم في تجنب نفقات لا مبرر لها. وبتطبيق هذا المعيار في قضيتي (Alcock) و (white and others) السالفتي الذكر، فقد ثبت للمحكمة مسؤولية رئيس قوة الشرطة في (Yorkshire)، لأن كلفة اتخاذ الإجراءات الوقائية أو الاحترازية لدرء الخطر ولتجنب وقوع الضرر كانت أقل بكثير من احتمال تحقق الخطر وجسامة الضرر.

الفرع الثالث

تحقق الضرر وقيام علاقة السببية بين الضرر والإهمال

إن الشرط الثالث من شروط تحقق المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال في القانون الإنكليزي هو تحقق الضرر وقيام علاقة السببية بين الضرر والإهمال. فينبغي على المدعى في دعوى المسؤولية الناجمة عن الإهمال أن يثبت تعرضه للضرر. وأن الضرر كان نتيجة طبيعية ومباشرة لإهمال المدعى عليه⁽²⁾. فإذا لم يقع الضرر فلامجال لأقامة هذه الدعوى. حتى وأن كان سلوك المدعى عليه يتسم بالاهمال أو عدم الحرص والحيلة. ولهذا السبب فإن خطأ الإهمال لا يعد موجباً لأقامة الدعوى بحد ذاته (non-actionable per se).

(1) Paula Giliker and Silas Beckwith, ibid, P.148.

(2) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit .P.218

بل يتوقف على أثبات الضرر. على الرغم من أن المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال في القانون الانكليزي هي مسؤولية خطئية أساسها العلم والادراك والارادة، وتتصوي تحت مفهوم النظرية الشخصية في المسؤولية. كما ينبغي على المدعي في دعوى الإهمال أن يثبت أيضاً بأن الضرر الذي تعرض له كان نتيجة إخلال المدعى عليه بواجب الحرص والحيطه تجاهه . وأن عليه أن يثبت أيضاً بأن الضرر لم يكن بعيداً جداً (not too remote) عن ذلك الإخلال⁽¹⁾ . وبعبارة أخرى فإنه ليس ضرراً من الأضرار غير المباشرة⁽²⁾ . بحيث تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الضرر وبين الإخلال بواجب إتخاذ الحرص⁽³⁾ . وهذا يعني بأن المدعى عليه لا يكون مسؤولاً عن جميع الأضرار التي لولا سلوكه لما تعرض لها المدعي. فهو غير مسؤول عن الضرر البعيد (remote damage)، أي الضرر غير المتوقع على نحو معقول، أو الذي لا يتوقع الشخص المعتاد وقوعه⁽⁴⁾ . وذلك لأن واجب إتخاذ الحرص لا يقوم على عائق المدعى عليه تجاه الأضرار البعيدة أو الغير متوقعة. وبالتالي لا تنهض مسؤوليته الناجمة عن الإهمال تجاهها. وقد وضعت المحاكم الإنكليزية اختباراً لتحديد مدى بعد الضرر أي مدى بعد الصلة بين الخطأ المدني (tort) والضرر عرف باختبار النتيجة المباشرة (the direct consequence test) والذي بقي قائماً حتى عام 1961 عندما قام المجلس الخاص⁽⁵⁾ (privy council) بإصدار قرار غير

(1) Cathy Okrent, Torts and Personal injury law, Fourth Edition. DELMAR, 2009, p.38.

(2) John wilman. op. Cit. P.213.

(3) William Buckley & Cathy Okrent, op. Cit, P.30

(4) Alastair mullis and Ken Oliphant. op. Cit. p.139.

(5) المجلس الخاص (privy council) هو هيئة مكونة من ثلاثمائة وخمسين عضواً أو مستشاراً يرئسها رئيس، ويضم المجلس في عضويته، أعضاء من العائلة المالكة، وجميع الوزراء، وبعض الأشخاص المكلفين بإدارة المرافق العامة وقد كانت هذه الهيئة تقدم سابقاً النصح والمشورة للملك بخصوص السياسات الحكومية، إلى أن حل مجلس الوزراء محلها في القيام بهذه الوظيفة، وقد صار دورها شكلياً في الوقت الحاضر، وهي تمتلك صلاحيات تشريعية محددة، وتقدم النصح والمشورة للعامل، ولاسيما في المسائل القضائية، والمسائل في المجلس الخاص ومن أبرز لجان المجلس وهي بمثابة محكمة نشأت عن طريق تشريع اللجنة القضائية لعام 1883 (judicial committee Act 1833) ووظيفتها النظر في الطعون الاستئنافية المقدمة ضد أحكام المحاكم التي تبأشر عملها في

فيه هذا المعيار وأحل محله معيار آخر يعرف باختبار التوقع أو التبصر المعقول للضرر⁽¹⁾ (Reasonable foreseeability test) فاعتمده المحاكم بوصفه اختباراً لبعد الضرر. وغالباً ما يصنف الضرر في القانون الإنكليزي إلى أربعة أنواع هي⁽²⁾: الضرر الشخصي أو الجسدي (Personal or Bodily harm) ⁽³⁾، والضرر المادي الذي يصيب الأموال (Property damage) والخسارة الإقتصادية (Economic loss) والضرر النفسي (Psychiatric damage) والذي هو محور بحثنا. وجدير بالذكر فإن من الصعوبة بمكان إثبات علاقة السببية (causation) في العديد من قضايا الضرر النفسي، لأن المدعي قد يعاني من الحزن والأسى نتيجة فقدانه لشخص عزيز (the grief of bereavement) فضلاً عن تعرضه لصدمة عصبية، واللذين يمكن لكليهما إحداث أضرار نفسية. وفي مثل هذه الحالة يمكن للمحكمة أن تقضي بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم جزئياً عن الصدمة العصبية، وكذلك عن فقدان شخص عزيز على المدعي إلى حد ما. وقد أخذت المحكمة بهذا المبدأ في قضية (Vernon v. Bosley 1996) والتي تتلخص وقائعها بمشاهدة المدعي لأولاده وهم يغرقون في السيارة التي قادتها مربيتهم بإهمال. وجاء في حكم محكمة الاستئناف بأنه طالما كان مرضه النفسي قد نشأ جزئياً عن حزنه وأساه لفقدانه أولاده، وكذلك عن الصدمة العصبية التي تعرض لها عند مشاهدته للحادث إلى حد ما. فإنه ليس من الضروري تحديد مقدار مساهمة كل سبب من

الأقاليم الخاضعة للتاج البريطاني، أو في بعض دول الكومنويلث (commonwealth countries) التي استمرت في إرسال الطعون الاستئنافية إلى المجلس الخاص منذ حصولها على الاستقلال. وبمقتضى قانون السوابق القضائية فإن الأحكام الصادرة عن هذا المجلس ليست ملزمة للمحاكم الإنكليزية، إلا أنها تعد حججاً مفحمة بالنسبة إليها. وذلك بسبب رفعة المكانة التي يتمتع بها قضاة هذا المجلس. لمزيد من التفصيل حول المجلس الخاص ينظر Catherine Elliott & Frances Quinn, English legal system, Tenth Edition, PEARSON Longman, 2009, P.15

(1) Joseph Glannon, op Cit , p.175.

(2) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit .P.122

(3) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit, P.88.

السببين في إحداث ذلك المرض النفسي. فكما كانت الصدمة العصبية سبباً لتعرضه للضرر النفسي، فإن حزنه على فقده لأولاده كان سبباً أيضاً في إحداث ذلك المرض. ولتوضيح علاقة السببية بين الضرر والخطأ المدني الناجم عن الإهمال في القانون الإنكليزي فإنه ينبغي علينا أن نتعرف على كيفية إفتراض علاقة السببية في قضايا المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال. فكما هو معروف فإن العلاقة بين الخطأ المدني (tort) والضرر (damage) هي في واقع الأمر علاقة السبب بالنتيجة (cause and effect relationship). والسبب الذي يسأل عنه المدعى عليه ، أو الذي تتحدد بمقتضاه علاقة السببية وفقاً لمنظور رجل الشارع العادي (the man in the street)⁽¹⁾ أو ما يعرف بالرجل المعتاد (reasonable man)، هو السبب الذي يكون الضرر نتيجة طبيعية ومباشرة له. وقد توصلت المحاكم الإنكليزية إلى معيار لتحديد ذلك يعرف بمعيار السببية المباشرة أو بإختبار (لو لم)⁽²⁾ (The 'but for' test). وهو معيار قانوني يتم عن طريقه التأكد من قيام علاقة السببية. وهذا المعيار يستند بدوره على اختبار يسمى اختبار (لو لم). وتتمثل نقطة البداية في الدعوى بالسؤال الآتي الذي يطرحه القاضي الإنكليزي : هل كان المدعي سيتعرض للضرر الذي لحق به "لو لم" يرتكب المدعى عليه خطأه المدني؟ فإذا تأكد لاحقاً للقاضي بأن الضرر لم يكن ليحدث "لو لم" يخل المدعى عليه بواجبه في الحيطة والحرص ويرتكب الإهمال فحينئذ تتحقق علاقة السببية.

المطلب الثاني

أركان المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل فير المشروع الذي يترتب عليه الضرر الأدبي في

القانونين المدنيين المصري والعراقي

يشترط لnehوض المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع

الذي يترتب عليه الضرر الأدبي في القانونين العراقي والمصري توافر ثلاثة

(1) Paula Giliker and Silas Beckwith, op. Cit, P.166.

(2) Alastair mullis and Ken Oliphant, op. Cit, p.121.

أركان هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية. وسوف نبحث بإيجاز في هذه الأركان ثم نقارنها بشروط المسؤولية الناجمة عن خطأ الإهمال الذي يفضي إلى تعرض المدعي إلى المرض النفسي في القانون الإنكليزي وكما يأتي:

الفرع الأول

ركن الخطأ

يقوم الأساس القانوني للمسؤولية المدنية في القانون المدني المصري على أساس فكرة الخطأ ، وذلك بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (163) من القانون المدني المصري والتي نصت على أن (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه التعويض). وعرف فقه القانون المدني المصري الخطأ بعدة تعاريف تقترب من بعضها البعض في مضمونها ومعناها. فالخطأ هو إنحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الإنحراف⁽¹⁾. أو هو إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال⁽²⁾. ويقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على ركنين . الأول مادي وهو التعدي والثاني معنوي وهو الإدراك. والتعدي هو إنحراف في السلوك لا يأتيه الرجل العادي المحاط بنفس الظروف الخارجية التي أحاطت بمحدث الضرر⁽³⁾. والإنحراف قد يكون متعمداً إذا قصد مرتكب العمل غير المشروع الإضرار بالغير، أو إتجهت نيته إلى ذلك. ويعرف الخطأ في مثل هذه الحالة بالخطأ العمد، والذي هو إخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير⁽⁴⁾. وقد يكون الإنحراف دون تعمد الإضرار بالغير، إذا أهمل مرتكب الفعل الضار أو قصر في تنفيذ الإلتزام القانوني المفروض على عاتقه⁽⁵⁾. ويعرف بخطأ الإهمال، والذي هو إخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك المخل ودون

(1) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص 323 .

(2) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص 331.

(3) د. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية ، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2009، ص 104

(4) د. سليمان مرقس، مصدر سابق ، ص 260.

(5) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ، الجزء الأول، مصدر سابق ، ص 644.

قصد الإضرار بالغير⁽¹⁾. وقد أخذ القانون المدني المصري بمعيار موضوعي مجرد قوامه الشخص العادي أو المعتاد لتحديد الإنحراف في سلوك مرتكب العمل غير المشروع⁽²⁾. ولا سيما إذا كان ذلك الإنحراف يمثل خطأ موجباً للمسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر الأدبي، والذي يتخذ عدة صور من أبرزها الإعتداء على الشرف وتلويث السمعة والحط من الكرامة وإيذاء شعور شخص ما أو عاطفته، مما يسبب له ألماً وحرزاً⁽³⁾. كما أخذت محكمة النقض المصرية بهذا المعيار الموضوعي للتحقق من أن الإنحراف المتمثل بالتعدي على الشرف والسمعة يعد خطأ مؤدياً إلى نهوض المسؤولية التقصيرية للمعتدي وجاء في أحد أحكامها بأن المساس بالشرف والسمعة حتى تثبتت عناصره هو ضرب من ضروب الخطأ الموجب للمسؤولية يكفي فيه أن يكون المعتدي قد إنحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي بعدم التأكد من صحة الخبر⁽⁴⁾. أما الإدراك فهو الركن المعنوي للخطأ. إذ لا يكفي التعدي أو الإنحراف عن سلوك الشخص المعتاد لقيام الخطأ، ولكن ينبغي أن يكون المعتدي مدركاً لإنحرافه⁽⁵⁾. ولا يتحقق الإدراك إلا إذا كان الشخص مميزاً، كالصبي فوق السابعة. ولم يشترط المشرع المصري سن الرشد لعد الشخص مخطئاً خطأً تقصيرياً، ولكنه إكتفى بمجرد التمييز وكأصل عام. وذلك بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (164) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه (يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز). أما مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري فهي مسؤولية إحتياطية جوازية مخففة⁽⁶⁾، لأنها مسؤولية

(1) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص 262.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 394.

(3) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص 347.

(4) حكم محكمة النقض المصرية ذو الرقم (527) لسنة (58ق) في (1994/11/29) س 45 ص 1512 نقلاً عن د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، المجلد الثاني، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، 2006، ص 264.

(5) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المصدر السابق، ص 660.

(6) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 404 ينظر أيضاً د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص 334.

إستثنائية مقررة خلافاً للأصل العام، وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (164) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه (ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم). وقد بنت محكمة النقض المصرية المسؤولية التقصيرية على أساس ركن الخطأ، وجاء في أحد أحكامها بأن (المساءلة بالتعويض قوامها خطأ المسئول، وإن كان ما أورده الحكم المطعون فيه لا يؤدي إلى توفر هذا العنصر من عناصر المسؤولية. لأن استمرار الطاعن في اجراءات التنفيذ بقبض جزء من الدين الذي يدعيه لا يعد خطأ منه يستوجب المسؤولية بالتعويض..... فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون)⁽¹⁾. أما بالنسبة إلى القانون المدني العراقي فقد أقام المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع على أساس فكرة التعدي .ولم يقمها على أساس فكرة الخطأ، ولكن أقامها على ركن التعدي⁽²⁾، والذي لايقابل الخطأ بمعناه القانوني (أي بركنيه المادي والمعنوي)، بل يقابل الركن المادي من الخطأ فحسب⁽³⁾ ، وذلك بمقتضى المادة (204) منه، التي حددت الاساس القانوني للمسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع ، ونصت على أن (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض). لذا يرى جانب من فقه القانون المدني العراقي بأن نهوض المسؤولية المدنية في ظل هذا القانون يستلزم توافر ثلاثة أركان هي الفعل الضار وليس الخطأ، فضلاً عن الضرر

(1) حكم محكمة النقض المصرية ذو الرقم (438) لسنة (43ق) في (1977/3/28) س 28 ص 812 نقلًا عن د. معوض عبد التواب، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص 224.

(2) د.جبار صابر طه. أساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. دار الكتب القانونية. المحلة الكبرى. مصر. 2010. ص 383

(3) د.عصمت عبد المجيد بكر. النظرية العامة للالتزامات. الجزء الاول /مصادر الالتزام. الطبعة الاولى.الذاكرة للنشر والتوزيع.بغداد. 2011. ص 549 و 558 و 680

والعلاقة السببية⁽¹⁾. وقد سارت محكمة تمييز العراق في هذا الاتجاه وجاء في أحد أحكامها⁽²⁾ بأنه (ولدى التدقيق والمداولة ظهر أن اعتراضات المميز باستدعائه التمييزي غير واردة لأن الحادث قد وقع فجأة ولم يصدر من المميز عليه الأول تعد -المادة 204 من القانون المدني- وقد تضرر فيه نفس المميز عليه الأول ومستخدمو المميز عليها الثانية الشركة. لهذا قرر رد اعتراضات المميز وتصديق الحكم البدائي المميز وصدر بالأكثرية). إلا أن القانون المدني العراقي، وعلى الرغم من تأثره بالفقه الاسلامي عند إقامته للمسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على أساس فكرة التعدي، فقد أجرى تحويراً على القواعد السائدة في الفقه الاسلامي⁽³⁾، وذلك بمقتضى المادة (186) منه⁽⁴⁾، والتي اشترطت التعمد أو التعدي مطلقاً لتهوض المسؤولية عن العمل غير المشروع، سواء أكان مرتكب الفعل الضار مباشراً أم متسبباً، إذ ساوت في بين الفعل الضار مباشرة وبينه تسبباً من حيث شروط ضمانهما باشتراطها التعمد أو التعدي في كليهما، خلافاً للقواعد السائدة في الفقه الإسلامي، إذ تقضي القاعدة التي تحكم فعل المباشر بأن (المباشر ضامن وإن لم يتعمد أو يتعد) فيضمن فاعل الفعل الضار فعله ويلزم بالتعويض سواء أكان متعدياً أم غير متعد، مميّزاً أم غير مميّز، قاصداً فعله أم غير قاصد⁽⁵⁾. أما (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي). ويرى جانب من فقه القانون المدني العراقي⁽⁶⁾، ونحن نؤيده في ذلك، بأن موقف

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص71.

(2) حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم 121/حقوقية/55 في 1955/2/27 نقلاً عن سلمان بيّات.

(3) القضاء المدني العراقي. الجزء الأول. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. 1962. ص260

(4) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1963، ص443.

(5) نصت المادة (186) من القانون المدني العراقي على أنه (1- إذا أئلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إعدائه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى. 2- وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما، فلو ضمنا معا كان متكافئين في الضمان).

(6) د. محي هلال السرحان. القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة. جامعة بغداد. 1987. ص69

(7) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز، مصدر سابق، ص219. ينظر أيضاً د. محمد سليمان الأحمد. الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي، دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، مكتب التفسير للنشر والإعلان، أربيل، 2008، ص60

هذا القانون ، وبسبب اشتراطه التعمد والتعدي مطلقاً في المادة (186) منه، وبصرف النظر عما إذا كان مرتكب الفعل الضار مباشراً أم متسبباً. صار أقرب إلى فكرة الخطأ والتي تقوم على ركنين أحدهما مادي والآخر معنوي، على الرغم من أنه لم يؤسس المسؤولية عن العمل غير المشروع في الأعمال الشخصية على فكرة الخطأ وإقامتها على فكرة التعدي. فبالنسبة إلى التعدي فإنه يمثل الركن المادي للخطأ عادة، والذي هو تجاوز الحدود التي ينبغي على الشخص الالتزام بما في سلوكه، أما بالنسبة إلى التعمد، والذي هو نية الإضرار بالغير، فإن وجوده يقتضي توافر الركن المعنوي للخطأ والمتمثل بالإدراك والتمييز، لأنه يعتمد على الإرادة الواعية. فيكون من الصعوبة بمكان القول بتعمد عديم الإدراك لصغر أو جنون الإضرار بالغير. وقد يستعمل تعبير الفعل العمد أحياناً كمرادف لتعبير الغش. فكما أن الغش يراد به قصد الإضرار بالغير، فإن الفعل العمد هو العمل غير المشروع الذي تتجه نية الفاعل من وراء ارتكابه إلى الإضرار بالغير، أو الإخلال بواجب قانوني عام بنية الإضرار بالغير⁽¹⁾. وهذا يعني بأن ركني الخطأ يتوافران بطريقة أو بأخرى في التعمد والتعدي، بسبب التحوير الذي أجراه المشرع العراقي على مسؤوليتي المباشر والمتسبب، والذي بمقتضاه اشتراط التعمد والتعدي لتقرير المسؤولية وفقاً للفقرة الثانية من المادة (186) من القانون المدني العراقي السالفة الذكر. وعلى هذا الأساس فإن المادة (186) من القانون المدني العراقي ابتعدت بفقرتها عن قواعد الشريعة الإسلامية بسبب التحوير العميق الذي أجراه المشرع العراقي على هذه القواعد. فالفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر تشترط لإمكانية مساءلة وتضمين المسؤول عن إتلاف مال غيره أو إنقاص قيمته سواء أكان مباشراً أم متسبباً، أن يكون في إحداثه للضرر قد تعمد أو تعدى. أما القاعدة السائدة في الفقه الإسلامي فتقتضي

(1) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، المصدر السابق، ص181.

بأن (المباشر ضامن وإن لم يتعمد والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو بالتعدي)⁽¹⁾ . فالمباشر هو الذي يقوم بالفعل بنفسه، فإنه يضمن الضرر الذي يتولد عن فعله . سواء أكان عن قصد منه أم لم يكن⁽²⁾ . فالمشرع العراقي اشترط التعمد والتعدي في الضمان على العكس من الفقه الإسلامي الذي لم يشترط أيًا منهما بالنسبة إلى المباشر، ثم ألزمت الفقرة الثانية من المادة (186) المتعمد والمتعد بالضمان سواء أكان مباشراً للفعل الضار أم متسبباً في إحداث الضرر. فإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد والمتعدي منهما، فلو ضمنا معا كانا متكافلين في الضمان، بخلاف القاعدة السائدة في الفقه الإسلامي والتي تقتضي بأنه (إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر وأن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي). كما أننا نرى بأن القانون المدني العراقي في موقفه هذا يعد أقرب إلى موقف القانون المدني المصري من حيث فكرة الخطأ منه إلى الفقه الإسلامي، وذلك بإشتراطه التعمد أو التعدي مطلقاً ، وسواء أكان مرتكب العمل غير المشروع مباشراً أم متسبباً.

الفرع الثاني

ركن الضرر

الضرر هو أذى يصيب حقاً أو مصلحة مشروعاً. ويشترط في الضرر القابل للتعويض أن يكون محققاً ومباشراً ، ويصيب حقاً أو مصلحة مالية مشروعاً. وغالباً ما ينجم الضرر الأدبي الذي يؤدي إلى نهوض مسؤولية مرتكب العمل غير المشروع عن التعدي على حرية الغير أو عرضه أو شرفه أو سمعته أو مركزه الاجتماعي أو اعتباره المالي. فإذا لم يتحقق الضرر الأدبي لا تنهض المسؤولية المدنية الناجمة عنه لانقضاء ركن من أركانها. وقد تبنت محكمة

(1) ينظر المادتين (92) و (93) من مجلة الأحكام العدلية .
(2) سليم رستم باز اللبباني، شرح المجلة، المجلد الأول، منشورات الطلبي الحقوقية، بدون سنة طبع، ص60.

تميز العراق هذا الإتجاه وجاء في أحد أحكامها⁽¹⁾ بأن (الحكم المميز صحيح وسليم حيث أن المميز عليه لم يرتكب عملاً أضر بالمميز ضرراً مادياً أو أدبياً ، وإنما هو في الحقيقة قد أعذره بالصحف إذاراً أوضح فيه حقوقه. وحيث أن الإعذار يكون مقبولاً بأي طلب كتابي بموجب أحكام القانون المدني فلا يكون المميز عليه عند اختياره طريق الصحف لتبيان حقوقه في الأرض التي أخذ يتصرف ويبيع منها المميز مستعملاً الصحف وسيلة للإعلان عن تلك البيوع، فضلاً عن أن ما نشره المميز عليه لم يكن فيه طعن أو قذف أو أي عبارة تدل على الحط من سمعة المميز).

الركن الثالث

ركن العلاقة السببية

يقصد بعلاقة السببية بين العمل غير المشروع والضرر أن الضرر يعد نتيجة طبيعية ومباشرة للعمل غير المشروع الذي يؤدي إلى نهوض المسؤولية المدنية، إذا كان ذلك العمل يؤدي إلى حدوث الضرر وفق المجرى العادي والمألوف للأمر، ولم يكن بإمكان المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول⁽²⁾. ويقع عبء إثبات قيام علاقة السببية في دعاوى المسؤولية المدنية الناجمة عن المنافسة غير المشروعة ، وكأصل عام، على عاتق المدعي المضرور، تطبيقاً للقاعدة العامة في الإثبات والتي تقضي بأن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر⁽³⁾. فيلتزم بإقامة الدليل على أن الضرر الذي لحق به كان نتيجة طبيعية للفعل الضار الذي ارتكبه المدعي عليه⁽⁴⁾. إلا أنه قد يطرأ أحياناً سبب أجنبي لا يد للمدعي عليه فيه ويؤثر على علاقة السببية بين الخطأ والضرر. ويكون هذا التأثير على

(1) حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم 648/حقوقية/56 في 1956/4/9 نقلا عن سلمان بيات. مصدر سابق. ص273

(2) د. ياسين محمد الجبوري. الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، دراسة موازنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2008 ، ص591

(3) الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979

(4) د. حسن علي الذنون، المبسوط، الجزء الثالث. مصدر سابق. ص212

نوعين: الأول وهو الأصل أن علاقة السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر الذي لحق بالمضرور تتعدم بقيام سبب أجنبي للضرر، مما يؤدي إلى انتفاء مسؤولية المدعى عليه بالكامل⁽¹⁾.

وذلك بمقتضى المادتين (165) من القانون المدني المصري⁽²⁾، و(211) من القانون المدني العراقي⁽³⁾. والثاني أن علاقة السببية قد لا تتعدم تماماً بالسبب الأجنبي، لأنه ليس السبب الوحيد الذي أدى إلى وقوع الضرر. ولكن خطأ المدعى عليه اشترك معه في إحداث ذلك الضرر. كما قضت بذلك المادة (169) من القانون المدني المصري⁽⁴⁾، والفقرة الأولى من المادة (217) من القانون المدني العراقي⁽⁵⁾. ويرى جانب من فقه القانون المدني المصري⁽⁶⁾ بأنه على الرغم من أن المادة (169) من هذا القانون تتناول حالة تعدد المسؤولين عن العمل غير المشروع فحسب، دون ذكر حالة اشتراك المضرور معهم في إحداث الضرر الذي لحق به، إلا أن حكمها يسري على هذه الحالة الأخيرة أيضاً. لأن المضرور يخضع لنفس معاملة المسؤول من، ويتحمل من الضرر ما يتناسب مع الخطأ الذي ساهم به في إحداث ذلك الضرر. ومن جانب آخر ينتقد غالبية فقهاء القانون المدني العراقي⁽⁷⁾ استعمال المشرع العراقي لتعبير " الآفة السماوية" إلى

(1) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص 368

(2) نصت المادة (165) من القانون المدني المصري على أنه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك)

(3) نصت المادة (211) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر، كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك)

(4) نصت المادة (169) من القانون المدني المصري على أنه (إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض) .

(5) نصت الفقرة الأولى من المادة (217) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الاصيل والشريك والمتسبب)

(6) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص 378

(7) د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز، مصدر سابق، ص 241. ينظر أيضاً في فقه القانون المدني العراقي د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج 3 . مصدر سابق، ص 51 .

جانب مصطلح "القوة القاهرة" في المادة (211) من هذا القانون لسببين: الأول أن تعبير الآفة السماوية هو في حقيقته مرادف للقوة القاهرة من حيث أن كليهما يعد سبباً أجنبياً لا يعزى إلى فعل البشر كالزلازل أو البراكين أو الأمطار أو العواصف. والثاني أن هذا التعبير ليست له أية دلالة قانونية متميزة غير الإشارة إلى مصدر هذا السبب الأجنبي، والذي يمثل عارضاً سماوياً لا يد للإنسان فيه. ويرون بأنه كان يجدر بالمشرع العراقي الاقتصار على مصطلح القوة القاهرة أسوة بالمشرع المصري.

المطلب الثالث

مقارنة موقف القانون الإنكليزي بموقف القانونيين المدنيين المصري والعراقي

إن دراسة كل من شروط المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي في القانون الإنكليزي وأركان المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع المؤدي إلى الضرر الأدبي في القانونيين المدنيين المصري والعراقي تظهر وجود بعض أوجه الشبه والاختلاف بينهما، والتي سوف نستعرضها وكما يأتي:

أولاً: أوجه الشبه: يتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف القانونيين

المدنيين المصري والعراقي في المسائل الآتية:

1- يتشابه موقف القوانين الثلاثة من حيث الاعتماد على معيار موضوعي قوامه الشخص المعتاد لتحديد مدى الإخلال بواجب اتخاذ الحيطة أو الحرص في القانون الإنكليزي. وبالتالي نهوض المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي⁽¹⁾. كما يتم اللجوء إلى نفس المعيار الموضوعي في ظل القانونيين المدنيين المصري والعراقي لقياس مسلك المسؤول عن العمل غير المشروع بسلوك الشخص المعتاد، لتحديد مدى انحراف مسلكه عن سلوك الشخص المعتاد المحاط بنفس

(1) Vera Bermingham, op. Cit, p.35.

ظروفه الخارجية. وبالتالي توافر ركن الخطأ، ونهوض المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع⁽¹⁾. إذ يستعمل هذا المعيار الموضوعي لتحديد مستوى الحرص أو الحيطة أو العناية التي ينبغي على المدين بذلها في القوانين الثلاثة.

2- تنهض المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين المصري والعراقي، إذا كان الالتزام القانوني السابق بعدم الإضرار بالغير الذي تم الإخلال به هو التزام ببذل عناية أو بوسيلة دائماً وليس التزاماً بنتيجة. كما تنهض المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي في القانون الإنكليزي، إذا تم الإخلال بواجب اتخاذ الحرص أو الحيطة، والذي يتشابه في مضمونه مع الالتزام ببذل العناية المعقولة⁽²⁾.

3- كما يتشابه موقف القانون الإنكليزي مع موقف القانونين المدنيين المصري والعراقي من حيث استعمال معيار السببية المباشرة لإثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وأن الأخير هو نتيجة طبيعية ومباشرة للأول. وذلك عن طريق إختبار (لو لم) (The 'but for' test) الذي وضعته المحاكم الإنكليزية⁽³⁾. وكذلك الحال في القانونين المدنيين المصري والعراقي فإنه يشترط لتوافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر أن تكون العلاقة بينهما علاقة سبب بمسبب. بحيث يثبت للمحكمة بأنه " لو لم " يحدث الخطأ لما وقع الضرر⁽⁴⁾.

(1) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص 324 وينظر في فقه القانون المدني العراقي د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز، مصدر سابق، ص 216.

(2) Vera Bermingham, op. Cit, p.12. see also John Cooke, op. Cit , P.28

(3) Catherine Elliott and Frances Quinn, op. Cit , P.101.

(4) د. محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص 306.

ثانياً : أوجه الاختلاف: وقد تبين لنا وجود الاختلافات الآتية بين موقف القانون الإنكليزي من جهة وموقف القانونين المصري والعراقي من جهة أخرى:

1- لا تنهض المسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر النفسي في القانون الإنكليزي، إلا على أساس الإهمال دون الأخطاء المدنية الأخرى التي تضمنها قانون الأخطاء المدنية على سبيل الحصر⁽¹⁾. أما المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع المفضي إلى الضرر الأدبي في القانونين المدنيين المصري والعراقي فيمكن أن تنهض سواء أكان الخطأ سلبياً ينطوي على التعدي بالإهمال⁽²⁾، ويأخذ صورة ترك أو امتناع يدل على الإهمال⁽³⁾. أم إيجابياً يقع بفعل إيجابي⁽⁴⁾.

2- يختلف موقف القانون الإنكليزي عن موقف القانونين المدنيين المصري والعراقي من حيث شروط المسؤولية الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي وأركان المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع في القانونين المصري والعراقي. فشروط المسؤولية الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي تختلف باختلاف الأخطاء المدنية، كالإهمال والإزعاج والتعدي بأنواعه والقتل. لعدم وجود قاعدة عامة تحكم أساس المسؤولية المدنية في القانون الإنكليزي⁽⁵⁾. أما أركان المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع في القانونين المصري والعراقي فهي واحدة تتمثل بالخطأ والضرر والعلاقة السببية، ولا تختلف باختلاف العمل غير المشروع. لوجود قاعدة عامة تحكم المسؤولية عن العمل غير المشروع في هذين القانونين.

(1) Paula Giliker and Silas Beckwith, op. Cit, P.107.

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر. النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص 551

(3) د. خالد عبد الفتاح محمد. مصدر سابق، ص 134.

(4) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص 325.

(5) JAMES GORDLEY, op. Cit. P.204.

3- لا يمكن التعويض عن الضرر النفسي في القانون الإنكليزي، إلا على أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال دون الأخطاء المدنية الأخرى التي تضمنها، وعلى سبيل الحصر، قانون الأخطاء المدنية العرفي والمبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية⁽¹⁾. خلافاً للقانونين المدنيين المصري والعراقي، والذين يمكن في ظلهما للمحاكم أن تقضي بالتعويض عن الضرر الأدبي بمجرد نهوض المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع، إذا أدى ذلك العمل إلى المساس بالقيم المعنوية أو الاعتبارية للمدعي المضرور، لوجود قاعدة عامة تحكم المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع في هذين القانونين. في مقابل خلو قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي من القواعد العامة.

4- يعد قيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة شرطاً من شروط المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي في القانون الإنكليزي، وهو شرط مستقل عن شرط الإخلال بهذا الواجب، والذي يمثل جوهر خطأ الإهمال⁽²⁾. خلافاً لموقف القانونين المدنيين المصري والعراقي، والذين يدخل فيهما الالتزام ببذل العناية المطلوبة ضمن نطاق ركن الخطأ، ويعد جزءاً لا يتجزأ منه. فالخطأ التقصيري هو إخلال بالالتزام قانوني سابق بعدم الإضرار بالكافة يصدر عن إدراك المسؤول لذلك الإخلال⁽³⁾. وهو التزام ببذل العناية المطلوبة، والمتمثلة باتخاذ الحيطة لتجنب الإضرار بالغير⁽⁴⁾.

5- وضعت المحاكم الإنكليزية أربعة معايير لتحديد قيام واجب اتخاذ الحيطة أو الحرص على عاتق المدعى عليه المسؤول تجاه الضحية الثانوية.

(1) د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 7

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. Cit, P.17.

(3) د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 331.

(4) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز، مصدر سابق، ص 215.

ويكمن السبب وراء تشدد المحاكم الإنكليزية في فرض هذه المعايير الأربعة في طبيعة الضرر النفسي في القانون الإنكليزي، والذي يتمثل ، وكما ذكرنا سابقاً، بالمرض النفسي الذي يصعب إثبات تعرض الضحية الثانوية أو المتضرر الثانوي له⁽¹⁾، لأنه غالباً ما يكون خارج نطاق الحيز المادي لخطر التعرض لإصابة جسدية. وذلك خلافاً لطبيعة الضرر الأدبي في القانونين المصري والعراقي، والذي يعد مساساً بمشاعر أو عواطف زوج المتوفى المضرور وأقاربه. لذا لم يتطلب المشرعان المصري والعراقي نفس المعايير التي فرضتها المحاكم الإنكليزية، باستثناء معيار وثيقة الصلة أو العلاقة بين المتوفى المضرور وبين مستحقي التعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيبهم بسبب وفاته. والذي يتجسد بقرابة النسب والمصاهرة.

(1) .9Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit .P.12

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي نراها ضرورية وكما يأتي:

أولاً: النتائج: وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

- 1- إن الضرر النفسي الناجم عن الإهمال والقابل للمقاضاة في القانون الإنكليزي هو كل أذى ينجم عن التغييرات في الشخصية كالكآبة السريرية والاضطرابات الانفعالية والتوترات اللاحقة على الصدمة العصبية، أو يتمثل ببعض الأمراض النفسية الناشئة عن الصدمات العصبية، والتي تنتم ببعض الأعراض الشائعة كالصعوبة في النوم، والتوتر النفسي وتذكر أو استعادة الأحداث الماضية المروعة، فضلاً عن الحالات الاكتئابية الشديدة.
- 2- تتجه المحاكم الإنكليزية إلى عدم القضاء بالتعويض عن الضرر النفسي الناجم عن الإهمال لمجرد المساس بمشاعر شخص ما أو عواطفه، كتحرضه للحزن أو الأسى. ولكن ينبغي إثبات إصابته بمرض نفسي محدد ومشخص وفقاً للأصول الطبية المتبعة.
- 3- تقوم المسؤولية الناجمة عن الضرر النفسي في القانون الإنكليزي على أساس خطأ الإهمال وحده ، ودون باقي الأخطاء المدنية التي تضمنها قانون الأخطاء المدنية على سبيل الحصر. وهي من النتائج الغريبة التي توصلنا إليها عن طريق هذه الدراسة. فعلى الرغم من جسامه الأضرار التي قد يتعرض لها المدعي المضرور، والناجمة عن خطأي التعدي بالضرب (Battery) والتهديد بالتعدي بالضرب (Assault). والذين قد يؤدي إلى تعرضه لأضرار نفسية لاحقة، إلا أنه ليس بوسعه إقامة دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر النفسي. وذلك لعدم استنادها على أساس الإهمال .

4- يصنف ضحايا الضرر النفسي في القانون الإنكليزي إلى نوعين رئيسيين هما الضحية الأصلية والضحية الثانوية.

5- الضحية الأصلية للضرر النفسي الناجم عن الحادثة هو إما أن يكون شخصاً تعرض لضرر جسدي ناجم عن الحادثة التي تسبب في حدوثها المدعى عليه فضلاً عن تعرضه لضرر نفسي ناجم عنها أيضاً. أو أن يكون شخصاً وضع في وضع خطر يعرضه إلى احتمال الإصابة بضرر جسدي، إلا أنه ينجو من الضرر الجسدي ويصاب بضرر نفسي فحسب.

6- أما الضحية الثانوية للضرر النفسي الناجم عن الحادثة أو المتضرر الثانوي من ذلك الضرر فهو كل شخص يكون في مأمن أو منجى من خطر التعرض للضرر الجسدي، إلا أنه يقع فريسة للضرر النفسي. بسبب تعرض شخص آخر لإصابة نتيجة حادثة شهدها المتضرر الثانوي بنفسه.

7- أتاح القانون الإنكليزي لفئات أخرى، غير والدي المضرور (الضحية الأصلية) أو إخوته وأخواته أو زوجه والذين تربطهم به قرابة النسب أو المصاهرة، إقامة دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي، كضحايا ثانويين. وهم فئة أصدقاء المضرور (الضحية الأصلية)، وعمال الإنقاذ الذين هبوا لإنقاذه، والمنقذين المتبرعين، والمتسببين في الحوادث دون قصد.

8- تختلف شروط المسؤولية الناجمة عن الأخطاء المدنية في القانون الإنكليزي من نوع إلى آخر من هذه الأخطاء، وذلك لأن قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي تضمن مجموعة من الأخطاء المدنية التي وردت على سبيل الحصر. دون وجود قاعدة عامة تحكم أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن هذه الأخطاء. وذلك لكونه قانوناً عرفياً مبنياً على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية. وقد ترتب على ذلك إختلاف الشروط اللازمة لنهوض هذه المسؤولية من خطأ إلى آخر. خلافاً لأركان المسؤولية المدنية

الناجمة عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين المصري والعراقي والتي هي واحدة لا تختلف باختلاف أنواع الأعمال غير المشروعة وما يترتب عليها من أضرار، وذلك لوجود قاعدة عامة تحكم أساس المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع في هذين القانونين.

9- يشترط لنهوض المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي في القانون الإنكليزي توافر ثلاثة شروط هي: أ- قيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة (أو بذل العناية اللازمة) على عاتق المدعى عليه المدين بهذا الواجب تجاه المدعي المضروب للحيلولة دون وقوع الضرر. ثم ب- الإخلال بهذا الواجب. وأخيراً ج- تحقق الضرر وقيام علاقة سببية بين الضرر والإهمال المفضي إليه.

10- تنطبق نفس الشروط الواردة في الفقرة السابقة على نهوض مسؤولية المدعى عليه الناجمة عن الإهمال المفضي إلى الضرر النفسي تجاه كل من الضحيتين الأصليّة والثانوية لذلك الضرر. باستثناء شرط قيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة. فقد حدد القضاء الإنكليزي معيارين لقيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة تجاه الضحية الأصليّة هما: أ- معيار التوقع المعقول للضرر. و ب- معيار القرب من مسرح الحدث والوجود ضمن الحيز المادي للخطر. أما بالنسبة إلى الضحية الثانوية فقد وضع القضاء الإنكليزي أربعة معايير لقيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة على عاتق المدعى عليه وهي: أ- معيار القرب المكاني والزمني من مسرح الحدث. ب- معيار وثيقة الصلة أو العلاقة بين الضحية الأصليّة وبين الضحية الثانوية. ج- المعيار الحسي المباشر (معيار رؤية الحادثة أو آثارها الفورية التالية أو سماع أصواتها). د- معيار فجائية الصدمة. ويكمن السبب وراء تشدد المحاكم الإنكليزية في فرض هذه المعايير الأربعة الأخيرة إلى طبيعة الضرر النفسي في القانون الإنكليزي، والمتمثل بالمرض النفسي

الذي يصعب إثبات تعرض الضحية الثانوية أو المتضرر الثانوي له، لأنه غالباً ما يكون خارج نطاق الحيز المادي لخطر التعرض لإصابة جسدية.

11- إن الضرر الأدبي في القانونين المدنيين المصري والعراقي هو كل مساس بشرف الشخص أو بسمعته أو بشعوره وعواطفه أو بمركزه الاجتماعي أو اعتباره المالي. أو بحق من الحقوق اللصيقة بشخصه، وفي مقدمتها الحق في الأسم والحق في الصورة والحق في احترام الحياة الخاصة.

12- حدد القانونان المدنيان المصري والعراقي المستحقين للتعويض عن الضرر الأدبي، وإن الأصل فيهما هو وجوب تعويض كل من أصيب شخصياً بضرر أدبي. فضلاً عن زوج المتوفى وأقاربه إلى الدرجة الثانية في القانون المدني المصري. وزوجه والأقربين من أسرته في القانون المدني العراقي.

13- يشترط لنهوض المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع الذي يترتب عليه الضرر الأدبي في القانونين العراقي والمصري توافر ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية. ولا تختلف هذه الأركان باختلاف صور العمل غير المشروع، لوجود قاعدة عامة تحكم المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع في هذين القانونين.

14- وتبين لنا أخيراً بأن موقف القانون المدني المصري كان أفضل من موقف القانون المدني العراقي في جانبين من الجوانب المتعلقة بالضرر الأدبي: الأول هو أن الحل الذي جاء به القانون المدني المصري، والمتمثل باشتراط الفقرة الأولى من المادة (222) منه لشرط المطالبة القضائية بالتعويض لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المتوفى المضروب نفسه إلى الغير أكثر منطقية من اشتراط الفقرة الثالثة من القانون المدني العراقي لشرط صيرورة الحكم الصادر بهذا

النوع من التعويض نهائياً، لانتقاله (أي الحق في التعويض) إلى الغير، وذلك لطول الفترة الزمنية التي تتطلبها الإجراءات القضائية اللازمة لصيرورة الحكم القضائي نهائياً. مما يسمح في الكثير من الأحيان بـانتقال الحق في التعويض، في ظل القانون المصري ، إذا لم تعاصر الوفاة الإصابة . والثاني هو أن موقف القانون المدني المصري كان أفضل من موقف القانون المدني العراقي أيضاً، لأنه ضيق من نطاق الأقارب المستحقين للتعويض عن الضرر الأدبي ، وقصرهم على الأقارب إلى الدرجة الثانية . خلافاً للقانون العراقي الذي وسع من نطاقهم ، باستعماله لعبارة (الأقربين من الأسرة). وبذلك يكون المشرع المصري قد جنب القاضي عبئاً ثقیلاً يتمثل بتكليفه بالتحري عن كل من أصيب بهذا النوع من الآلام من أسرة المتوفى الذين يطالبون بالتعويض عن الضرر الأدبي.

ثانياً: التوصيات: بعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها

الدراسة، فإننا نقترح التوصيات الآتية:

1- نقترح على المشرعين المصري والعراقي الاستفادة من المفهوم الواسع للضحية الثانوية في القانون الإنكليزي وتوسيع نطاق التعويض ليشمل الضرر النفسي الذي يصاب به أصدقاء المتوفى المضروبين الحميمين والمنقذين المتبرعين وعمال الإنقاذ الذين هبوا لإنقاذه، إذا نجم عن الظروف الملازمة للحادثة التي أدت إلى موته تعرض هذه الفئات من المدعين لمرض نفسي جرى تشخيصه وفقاً للمعايير الطبية السائدة . كما نقترح على المشرعين المصري والعراقي الأخذ بالمعايير التي وضعتها المحاكم الإنكليزية لتحديد قيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيطة على عاتق المدعى عليه المسؤول تجاه الضحية الثانوية. وذلك لغرض التشدد في منح هذا النوع من التعويضات للفئات السالفة الذكر وفقاً لضوابط دقيقة، لعدم ارتباطهم برابطة النسب أو المصاهرة المتوفى المصاب. وعليه فإننا نقترح

إضافة فقرة ثالثة إلى نص المادة (222) من القانون المدني المصري، وفقرة رابعة إلى نص المادة (205) من القانون المدني العراقي وكما يأتي : (مع عدم المساس بحق زوج المتوفى المضرور وأقاربه إلى الدرجة الثانية في الحصول على الضرر الأدبي الناجم عن موته. فإنه يجوز أن يقضى بالتعويض لأصدقائه الحميمين أو المنقذين المتبرعين أو عمال الإنقاذ الذين هبوا لإنقاذه عما يصيبهم من ضرر نفسي بسبب الظروف الملازمة للحادثة التي أدت إلى موته ، إذا توافرت الشروط الآتية : أ- إصابتهم بمرض نفسي ثابت بالفحوصات الطبية. ب-أن يكونوا ضمن نطاق الحيز المادي للخطر الناجم عن الحادثة. ج-أن يثبت ارتباطهم بعلاقة حميمة مع المتوفى المضرور، إذا كانوا من أصدقائه. د- أن تكون الصدمة التي تعرضوا لها بسبب الحادثة مفاجئة وغير متوقعة ، إذا كانوا من أصدقاء المتوفى المضرور أو من فئة المنقذين المتبرعين. ه- أن يكونوا قد شاهدوا الحادثة أو الآثار الفورية التالية لها على الأقل أو سمعوا الأصوات المنبعثة منها).

2- وتشجيعاً للسلوك الايثاري ونكران الذات من جانب المنقذين المتبرعين، فإننا نقترح على المشرعين المصري والعراقي منح التعويض عن الضرر النفسي للمنقذين المتبرعين. إذا لم ينجم عن الحادثة موت المصاب المضرور، ولكن ترتبت عليها أضرار جسدية جسيمة دون الموت. وكانت ظروف الحادثة بالغة الخطورة بحيث يغلب عليها هلاك كل من كان ضمن نطاق الحيز المادي للخطر. وتوافرت بعض الشروط التي وضعتها المحاكم الإنكليزية لتحديد قيام واجب اتخاذ الحرص أو الحيلة على عاتق المدعى عليه المسؤول تجاه الضحية الثانوية. وعليه فإننا نقترح إضافة فقرة رابعة إلى نص المادة (222) من القانون المدني المصري، وفقرة خامسة إلى نص المادة (205) من القانون المدني العراقي وكما يأتي : (مع عدم المساس

بحق زوج المصاب المضرور وأقاربه إلى الدرجة الثانية في الحصول على الضرر الأدبي الناجم عن إصابته. فإنه يجوز أن يقضى بالتعويض للمنقذ المتبرع الذي هب لإنقاذه عما يصيبه من ضرر نفسي بسبب الظروف الملائمة للحادث الذي تعرض له المصاب المضرور والناجم عن عمل غير مشروع وقع على ما دون نفسه ولم يزهقها، ولكن أصابه بأضرار جسدية جسيمة. إذا توافرت الشروط الآتية في المنقذ المتبرع : أ-إصابته بمرض نفسي ثابت بالفحوصات الطبية. ب-أن يكون ضمن نطاق الحيز المادي للخطر الناجم عن الحادثة. ج-أن تكون الصدمة التي تعرض لها بسبب الحادثة مفاجئة وغير متوقعة.).

3- ونقترح على المشرعين المصري والعراقي الأخذ بالمعيار الاقتصادي المعروف بمعيار أو اختبار (ليرند هاند) (LEARNED HAND TEST) كمعيار إضافي للتحقق من إخلال المدعى عليه بواجب اتخاذ الحرص أو الحيطة تجاه المدعي المضرور. وبالتالي نهوض نهوض مسؤوليته المدنية الناجمة عن الإهمال عموماً. وذلك عن طريق الموازنة بين الكلفة التي ينبغي على المدعى عليه أن يتكبدها في اتخاذ الإجراءات الكفيلة بدرء الخطر وتجنب وقوع الضرر. وبين احتمال تحقق ذلك الخطر وجسامة الضرر الناجم عنه. وعليه فإننا نقترح النص الآتي على المشرعين المصري والعراقي : (يعد مرتكب العمل غير المشروع مهملًا، وتنهض مسؤوليته المدنية الناجمة عن خطأ الإهمال ، سواء أكان بالفعل أم بالترك، إذا كانت كلفة اتخاذه للإجراءات الكفيلة بدرء الخطر وتجنب وقوع الضرر أقل من احتمال تحقق ذلك الخطر وجسامة الضرر الناجم عنه. مالم يثبت المسؤول خلاف ذلك).

4- كما نقترح على المشرعين المصري والعراقي توسيع نطاق التعويض عن الضرر الأدبي ليشمل مرتكب الفعل الضار غير المتعمد والمستغرق بفعل

المضرور نفسه أو بفعل الغير المتعمدين. إذا ما أدت الحادثة الناجمة عن ذلك الفعل الضار إلى المساس بمشاعره وأحاسيسه. وتسببت في تعرضه للحزن والأسى. فضلاً عن تعويضه عن الضرر النفسي، إذا ما أدت إلى إصابته بمرض نفسي. وعلى هذا الأساس فإننا نقترح النص الآتي على المشرعين المصري والعراقي: (يجوز أن يقضى بالتعويض لمرتكب الفعل الضار غير المتعمد والمستغرق بفعل المضرور نفسه أو بفعل الغير المتعمدين عما يصيبه من ضرر أدبي بسبب الحادثة الناجمة عن فعله الضار. كما يجوز أن يقضى له بالتعويض عما يصيبه من ضرر نفسي بسبب الظروف الملائمة لتلك الحادثة، إذا توافرت الشروط الآتية: أ-إصابته بمرض نفسي ثابت بالفحوصات الطبية وناجم عن تلك الحادثة. ب-أن يكون ضمن نطاق الحيز المادي للخطر الناجم عن الحادثة. ج-أن تكون الصدمة التي تعرض لها بسبب الحادثة مفاجئة وغير متوقعة).

المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية.

١- الكتب القانونية.

- 1- أنور العمروسي. المسؤولية التقصيرية والمسئولية العقدية في القانون المدني، الأركان والجمع بينهما والتعويض دراسة تأصيلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004
- 2- د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996
- 3- د. جبار صابر طه. أساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. دار الكتب القانونية. مصر. 2010
- 4- د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول مصادر الإلتزام، المجلد الثاني المصادر غير الإرادية، جامعة عين شمس، 1998
- 5- د.حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012
- 6- د.حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، 1991
- 7- د.حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الخطأ، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر عمان، 2006.
- 8- د.حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث. الرابطة السببية، الطبعة الأولى. دار وائل للنشر، عمان، 2006
- 9- د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، القانون بوجه عام النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1993

- 10-د.خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، مصر،
2009
- 11-د.درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، مكتبة
السنهوري، بيروت، 2016
- 12-د. رمضان أبو السعود . أحكام الالتزام . دار المطبوعات الجامعية.
الإسكندرية. 2003
- 13-د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات
مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981
- 14-د.سعيد عبد الكريم مبارك . أصول القانون. الطبعة الأولى، وزارة التعليم
العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، 1982
- 15-سليم رستم باز اللبباني؛ شرح المجلة، المجلد الأول، منشورات الحلبي
الحقوقية، بدون سنة طبع
- 16-د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات في الفعل
الضار والمسؤولية المدنية، المسؤوليات المفترضة، المجلد الثاني، الطبعة
الخامسة، دون مكان نشر، 1992
- 17-د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام العقد-الإرادة المنفردة-العمل
غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون، مصدران جديان للإلتزام الحكم-
القرار الإداري، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2005
- 18-د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء
الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام ، منشأة المعارف
بالإسكندرية ، 2004.
- 19-د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة
مقارنة بالفقه الغربي، الجزء السادس، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي
الحقوقية، بيروت، 1998

- 20-د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1963،
- 21-د.عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980
- 22-د.عصمت عبد المجيد بكر، المسؤولية التقصيرية في القوانين العربية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016
- 23-د.عصمت عبد المجيد بكر.النظرية العامة للالتزامات. الجزء الأول. مصادر الالتزام. الطبعة الأولى.الذاكرة للنشر والتوزيع.بغداد. 2011.
- 24-د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة الإلتزام، الكتاب الأول مصادر الإلتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2001
- 25-د. محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، مطبعة النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2002
- 26-د. محمد حسن قاسم ، مبادئ القانون المدخل إلى القانون والإلتزامات ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، 1010
- 27-د.محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010
- 28-د.محمد سليمان الأحمد. الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي، دراسة تحليلية، الطبعة الأولى ، مكتب التفسير للنشر والإعلان، أربيل ، 2008
- 29-د.محي هلال السرحان.القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة.جامعة بغداد. 1987.

30-د.منذر الفضل. الوسيط في شرح القانون المدني.دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية.معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء.الطبعة الأولى.منشورات آراس.أربيل. 2006.

31-د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

32-د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2009.

33-د. نبيل إبراهيم سعد ود. محمد حسين منصور ، مبادئ القانون المدخل لدراسة القانون- نظرية الالتزامات، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1995

34-د.ياسين محمد الجبوري.الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول مصادر الحقوق الشخصية،مصادر الالتزامات،دراسة موازنة،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، 2008.

ب- الرسائل والأطاريح الجامعية

ابراهيم محمد شريف، الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1989

ج-مجموعات أحكام القضاء

1- النشرة القضائية الصادرة عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية. مجلس القضاء الأعلى. العدد العاشر. كانون الثاني. 2010.

2- د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، المجلد الثاني، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، 2006.

3- د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، المجلد الثالث، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، 2006.

4- سلمان بيّات. القضاء المدني العراقي. الجزء الأول. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. 1962.

5- لفتة هامل العجيلي. المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية. القسم المدني. الجزء الثالث. مطبعة الكتاب. بغداد. 2013.

6- مجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، العدد الثاني (نيسان- أيار- حزيران)، 2014.

7- مجلة التشريع والقضاء، السنة الثامنة، العدد الأول (نيسان- أيار- حزيران)، 2016.

د- القوانين

1- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948

2- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951

3- قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983

4- قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979

ثانياً: المصادر باللغة الإنكليزية.

First: Books

1. Alastair mullis and Ken Oliphant, Torts, Fourth Edition, Palgrave Macmillan, 2011
2. Atiyah, P,S. Accidents compensation and the law, Fifth Edition, weidenfeld and Nicholson. 1993
3. Carol Brennan, Tort law concentrate. Law revision and study Guide, Third Edition, oxford university press, 2015
4. Catherine Elliott & Frances Quinn, English legal system, Tenth Edition, PEARSON Longman, 2009
5. Catherine Elliott & Frances Quinn, Tort law, Eighth Edition, Longman, 2011
6. Cathy Okrent, Torts and personal injury law, Fourth Edition, DELMAR, 2010
7. Chris Turner, Key facts Key cases Tort Law, Second Edition, Routledge, 2014
8. Edward Kionka, Torts in a nutshell, Fifth Edition, west, 2010
9. Garry Slapper & David Kelly, The English legal system 2014-2015, Fifteenth Edition, Routledge, London & New York, 2014

10. Hepple, Howarth and Matthews, Tort cases and Materials, Fifth Edition. Lexis Nexis. Butterworths, 2003.
11. JAMES GORDLEY, The Jurists, A Critical History, Oxford University Press, First Edition, 2013.
12. Jenny Steele, Tort law, Text, cases and Materials, Third Edition, Oxford University Press, 2014.
13. John Cooke, Law of Tort, Financial Times, Pitman Publishing, Fourth Edition. 1999.
14. John. G. Fleming, An Introduction to the law of Torts, Second Edition, Clarendon Press, 1986
15. John William Salmond, The law of torts:A treatise on the English law of liability for civil injuries . Forgotten Books, 2012
16. John Wilman, Brown: GCSE Law ,Nineth Edition, Thomason, Sweet and Maxwell, 2005.
17. Joseph Glannon, The law of Torts, examples and explanations, Fourth Edition, Aspen publishers, 2010.
18. Joseph Glannon, The law of Torts, examples and explanations, Fifth Edition, Wolters Kluwer. 2015
19. Kenneth Abraham, The Forms and Functions of Tort Law, Second Edition. Foundation Press, 2002.
20. Kirsty Horsey, Erika Rackley, Tort law, Third Edition, oxford university press, 2013
21. Linda Edwards, Stanley Edwards, Patricia Kirtely wells, Tort law, Fifth Edition, DELMAR, 2012
22. Mark Lunney and Ken Oliphant, Tort law, Text and Materials, Fifth Edition, Oxford University Press, 2013
23. Marshall Shapo. Principles of tort law, Third Edition, West, Thomson Reuters, 2010.
24. Martin Matthews, Jonathan Morgan and Colm O'Conneide. Hepple and Matthews' Tort Cases and Materials. Sixth Edition. Oxford University Press .2009.
25. Michael Jones, Textbook on Torts, Eighth Edition, Oxford University Press, 2003
26. Paula Giliker and Silas Beckwith, Tort, Forth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2011
27. Peter Cane, The Anatomy Of Tort Law, Hart Publishing Oxford, 1997
28. Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis, Markesinis and Deakin's Tort Law, Seventh Edition, Clarendon Press, Oxford,2013
29. Tony Weir, A Casebook on Tort, Tenth Edition, Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2004

30. Tony weir, Introduction to Tort Law, Second Edition, Clarendon law series, Oxford University Press, 2006
31. Tony weir, Tort Law, First Edition, Clarendon law series, Oxford University Press, 2002
32. Trevor Hicks, Post Traumatic Stress Disorders And The Law, Dissertation.com, USA, 2003
33. Vera Bermingham, Nutshells Tort, sixth edition, Sweet and Maxwell, 2003
34. Vera Bermingham & Carol Brennan. Tort law directions, Fifth Edition, Oxford University Press, 2016
35. William Buckley & Cathy Okrent, Torts & personal injury law, Third Edition, Delmar Cengage Learning, 2003
36. William. P. statsky, Torts. Personal Injury litigation, Fifth Edition, DELMAR CENGAGE learning, 2011.

Second: The Laws

1-The English Common Law

2-The English Law of Torts

Third: Internet websites

- 1- <http://e-lawresources.co.uk/Hinz-v-Berry.php>
- 2- <http://e-lawresources.co.uk/cases/Reilly-v-Merseyside-Regional-Health-Authority.php>
- 3- <http://e-lawresources.co.uk/cases/Behrens-v-Bertram-Mills-Circus.php>
- 4- <http://e-lawresources.co.uk/cases/Attia-v-British-Gas-Corporation.php>
- 5- <http://e-lawresources.co.uk/cases/White-v-Chief-Constable-of-South-Yorkshire.php>
- 6- <http://www.e-lawresources.co.uk/cases/McFarlane-v-EE-Caledonia.php>
- 7- <http://e-lawresources.co.uk/cases/W-v-Essex-County-Council.php>
- 8- <http://e-lawresources.co.uk/cases/Alcock-v-Chief-Constable-of-South-Yorkshire.php>
- 9- https://en.wikipedia.org/wiki/Learned_Hand

مسؤولية الحامي المدنية عن الإخلال بالسرية المهنية

الدكتور مراد علي الطراونة
أستاذ مساعد - قسم القانون الخاص
جامعة العلوم التطبيقية - مملكة البحرين

ملخص:

الإلتزام بالمحافظة على السر المهني من أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق المحامي ، ذلك أن المحافظة على سر المهنة من لزوم الحرية ، ووسيلة من وسائل حق الدفاع المشروع أمام القضاء لكل مواطن ، فالإلتزام بالمحافظة على سر المهنة دعامة من دعائم مهنة المحاماة يتعلق بكرامتها وتفرضه قدسيته ، وفي حال إخلال المحامي بهذا الإلتزام يترتب عليه المسؤولية المدنية .

Abstract

The obligation to maintain professional confidentiality is one of the most important obligations that the lawyer has to bear. The preservation of the secret of the profession is a necessity of freedom and a means of legitimate defense before the judiciary for every citizen. The obligation to preserve the secret of the profession is one of the pillars of the legal profession, In the event of a breach of this obligation by the lawyer, civil liability will result.

المقدمة:

المحاماة تعتبر أداة حرة تشارك السلطة القضائية في إدارة العدالة، ومن العدالة إذن أن يتمتع المحامي بكافة الصفات التي يتمتع بها رجال السلطة القضائية من نزاهة واعتدال وكرامة ، وعليه الامتناع عن كل ما يتنافى والضمير ، والإلتزام بكل ما تفرضه أخلاقيات وقواعد وآداب المهنة .

وفي الواقع إذا كان المحامي حراً في ممارسة حق الدفاع عن موكله ، فنزاهته واستقلاله يقتضيان منه أن يسرد من الوقائع ما لايمس السر الذي أوتمن عليه ، سواء كان من قبل موكله ، أو مما علمه بسبب مهنته من أسرار العدالة ، وهذا الإلتزام بالسر المهني ، يقوم على أساس أن توزيع العدالة لا يكون إلا بتوافر الصراحة والطمأنينة بين المحامي وموكله ، فالمحافظة على سر المهنة ليس واجباً فقط يقع على عاتق المحامي قبل الموكله ، بل أيضاً مقتضى من مقتضيات استقلاله في مواجهة السلطات العامة .

وهذا البحث يشكل إسهاماً في تسليط الضوء على موضوع مهم من مواضيع المحاماة ، حيث جاء بعنوان مسؤولية المحامي المدنية عن الإخلال بالسر المهني

وفيما يلي بياناً لأهمية الموضوع وأسباب اختياره وأهدافه ، ومنهج البحث ومشكلته وخطته:

اهمية الدراسة وأسباب اختيارها:

تتبع أهمية هذه الدراسة من أن غالبية الدراسات السابقة تناولت موضوع المسؤولية المدنية للمحامي عن أخطاء المهنة بشكل عام دون الخوض و التوسع في المسؤولية المدنية للمحامي عن الإخلال بالسر المهني، لذا جاءت هذه الدراسة لتبين وتوضح طبيعة المسؤولية المدنية للمحامي في حال إخلاله بالسر المهني ، ونظراص لقلّة الأبحاث في هذا الموضوع دفعنا ذلك إلى اختيار موضوع هذه

الدراسة، لأن قلة الأبحاث توفر المادة الخصبة للراغبين في إجراء الدراسات العلمية القانونية .

منهج الدراسة :

قمت في هذه الدراسة باتباع المنهج التحليلي النقدي ، وذلك بالرجوع إلى الكتب القانونية المتعلقة بالمحاماة بشكل عام ، والمسؤولية المدنية للمحامي بشكل خاص ، مع إدراج بعض النصوص القانونية المتعلقة بمسؤولية المحامي المدنية عن الإخلال بالسر المهني .

اهداف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى التعرف على المسؤولية القانونية للمحامي عن الإخلال بالسر المهني ، من خلال دراسة تعريف مهنة المحاماة وماهية السر القانوني ، والأساس القانوني لإلتزام المحامي بالمحافظة على السر المهني . ويمكن تلخيص أهم الأهداف فيما يلي:

- 1- التعرف على مفهوم مهنة المحاماة وماهية السر المهني .
- 2- التعرف على الأساس القانوني لالتزام محامي بالمحافظة على السر المهني من خلال بيان طبيعة المسؤولية (عقدية - تقصيرية) .

مشكلة الدراسة :

تكمن مشكلة الدراسة في عدم إدراك الطبيعة القانونية لمسؤولية المحامي في حال إخلاله بالمحافظة على السر المهني ، فجاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على هذه المشكلة ، من خلال البحث في المسؤولية المدنية للمحامي وفقاً لعدد من التشريعات ، وبالتالي فإن هذه المشكلة تقودنا إلى طرح التساؤلات التالية ، والتي ستكون مدار دراستنا:

- هل أشارت التشريعات إلى بيان مفهوم المحاماة وماهية السر المهني
- هل أشارت التشريعات إلى الطبيعة القانونية لعقد المحاماة .

- هل أشارت التشريعات للطبيعة القانونية لمسؤولية المحامي في حال إخلاله بالمحافظة على السر المهني .

خطة الدراسة :

اشتملت الدراسة على مقدمة ومبحثين وخاتمة ، وذلك على النحو التالي:

- المقدمة : تتضمن موضوع البحث وأهميته وأسباب اختياره والمنهج المتبع ، وبيان مشكلة الدراسة .
- المبحث الأول: ماهية المحاماة

المطلب الأول: تعريف مهنة المحاماة

المطلب الثاني : أهمية المحاماة

المطلب الثالث: ماهية السر القانوني

- المبحث الثاني : الأساس القانوني لالتزام المحامي بالمحافظة على السر المهني

المطلب الأول : مسؤولية المحامي مسؤولية عقدية

المطلب الثاني : مسؤولية المحامي مسؤولية تقصيرية

المطلب الثالث: طبيعة التزام المحامي تجاه العميل

- الخاتمة: ونبين فيها أهم الإستنتاجات والتوصيات والمقترحات التي نتوصل إليها من خلال هذه الدراسة .

المبحث الأول

ماهية المحاماة

وجدت من المفيد تقديم لمحة عن دور المحامي في الحياة قبل الدخول في موضوع البحث وهو (مسؤولية المحامي المدنية عن الإخلال بالسر المهني) وسأتناول الموضوع بتعريف المحامي وبيان أهمية المحاماة بشكل عام وماهية السر المهني بشكل خاص .

لذا سنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاث مطالب على النحو التالي:

- المطالب الأول: تعريف مهنة المحاماة
- المطالب الثاني : أهمية المحاماة
- المطالب الثالث: ماهية السر القانوني

المطلب الأول

تعريف مهنة المحاماة

لم تعرف معظم قوانين المحاماة ومنها القانون الأردني والبحريني والمصري والعراقي مهنة المحاماة ، بل كان هناك عدد من الآراء حول تعريف مهنة المحاماة ، حيث عرفها بعضهم بأنها (رسالة سامية تبين طريق الحق وتوضح سبل العدل أمام القضاء ، فتجنب المواطن الخطأ وتحيد به عن مهاوي الزلل)¹، وعرفها البعض بأنها (مهنة حرة تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة وفي تأكيد سيادة القانون وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحرياتهم²، وهناك من يرى أن مهنة المحاماة وهي عبارة عن (مهنة تشارك في تأكيد سيادة القانون من خلال وقوف المحامي للدفاع عن حقوق الطبقات الكادحة وحماية الضعفاء واستعادة الحقوق المكتسبة والحفاظ على التوازن بين أفراد المجتمع بما يحقق العدالة ويتوج القانون فوق الجميع)³.

ونجد أن غالبية التشريعات العربية اهتمت بتعريف المحامي ، حيث نصت المادة (6) من قانون نقابة المحامين الأردنيين على أن المحامون هم من أعوان القضاء الذين اتخذوا مهنة تقديم المساعدة القضائية والقانونية لمن يطلبها لقاء أجر ، ويشمل ذلك⁴:

¹عدنان زينو ، المحاماة ، مجلة نقابة المحامين السورية العدد11، 1991، ص771.
²محمد شلبي ، مسؤولية المحامي المهنية (مدنيًا- جنائيًا) ، المكتب المصري الحديث للطباعة ، الاسكندرية ، 1988، ص11.
³جبرائيل نصار ، المحاماة ، مجلة نقابة المحامين اللبنانية ، 1997، العدد 51، ص1.
⁴ انظر في تفصيل ذلك نص المادة (6) من قانون نقابة المحامين النظاميين الأردني رقم (51) لعام 1985 المنشور على الصفحة (1327) من الجريدة الرسمية رقم (3340) الصادر بتاريخ 1985/9/17م.

- 1- توكل عن الغير للدعاء بالحقوق والدفاع عنها
- 2- تنظيم العقود والقيام بالإجراءات التي يستلزمها ذلك .
- 3- تقديم الإستشارات القانونية .

كما أشار قانون المحاماة البحريني إلى أن المحامي هو (المقيد في جدول المحامين مع مراعاة الشروط والأحكام المنصوص عليها في القانون ، والتي أكدت على أن يكون بحريني الجنسية وأن يكون كامل الأهلية وأن يكون حائز على شهادة من إحدى كليات الحقوق وأن يكون محمود السيرة وحسن السمعة)¹. كما عرف الفقهاء الفرنسيين المحامي بأنه (المقيد قانوناً في جدول نقابة المحامين وهو الذي يزجي النصح ويعطي الاستشارة القانونية أو القضائية ، ويقوم بالدفاع أمام القضاء شفويًا أو بالكتابة فيما يمس شرف المواطنين أو حرياتهم ومصالحهم سواء بالمعاونة أو التمثيل ، وإذا اقتضى الحال ذلك)².

المطلب الثاني

أهمية المحاماة

من المؤكد أن مهنة المحاماة تتمتع بأهمية كبيرة في بلاد العالم المتحضر وأنها ملازمة للحفاظ على حقوق الإنسان ، وتكاد تتشابه الأنظمة فيما تتطلبه من شروط ينبغي توافرها في شخص من يتولى مهنة المحاماة فهي تشترط ممارستها من قبل شخص حاصل على مؤهل عال في دراسة القانون يختاره الموكل بحرية مقابل أتعاب متفق عليها .

ويمكن أن تبرز أهمية المحاماة من خلال عدة مجالات أهمها :

1. أنها ملازمة للحفاظ على حقوق الإنسان الأساسية مثل الدفاع عن النفس والحرية والمال والشرف .

¹ انظر في تفصيل ذلك المادة (2،1) من قانون المحاماة البحريني المنشور في الجريدة الرسمية عدد (1414) ، الخميس 18 ديسمبر 1980م، رقم 26.

²د.عبد الباقي سوادي، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط2، الأردن ، 1999م، ص12.

2. أنها تهدف إلى إعلاء سيادة القانون وأداء رسالة العدالة وهي تشكل جزءاً لا يتجزأ من مرفق العدل.
3. أن المحامي يمتاز بالفصاحة والقدرة على اقناع الآخرين وبقوة الحجة ، وهذه الصفات تمكنه من الدفاع والحفاظ على حقوق الآخرين ، وتصديقاً لذلك قوله تعالى¹ (وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسَلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي ۗ إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكَذِّبُونِ).
4. قدرة المحامي على إسداء المشورة وتقديم النصح، وتحديد الطرق الواجب اتباعها وفقاً للقانون .
5. ضرورة الاستعانة بالمحامي، وذلك تطبيقاً للقيود القانونية التي وضعها المشرع في بعض الحالات التي منعت ممثل الشخص أمام القضاء دون توكيل محامي، وهذا ما أكدته المادة (41) من قانون نقابة المحامين الأردنيين حيث نصت على أنه² "1- لا يجوز للمتداعين أن يمثلوا أمام المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها إلا بواسطة محامين يمثلونهم ويستثنى من ذلك أ....ب....، 2- في قضايا الحقوق والعدل لا يجوز تحت طائلة البطلان التقدم بأي دعاوى أو لوائح أو طعون أمام محكمة التمييز ومحكمة العدل العليا ومحكمة الاستئناف ومحكمتي استئناف ضريبة الدخل والجمارك ومحاكم البداية والجمارك إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين الأساتذة ويستثنى من ذلك.....محام".

¹القرآن الكريم ، سورة القصص، الآية (34).

²المادة(41) من قانون نقابة المحامين الأردنيين:

نصت المادة (19) من قانون نقابة المحاماة البحريني على أنه " مع عدم الإخلال بحكم المادة (20) يكون للمحامين دون غيرهم حق الحضور عن ذوي الشأن أمام المحاكم وهيئات التحكيم ودوائر الشرطة واللجان القضائية والإدارية ذات الاختصاص القضائي ، ولا يجوز لغير المحامين أن يمارسوا بصفة منتظمة الإفتاء أو إبداء المشورة القانونية أو القيام بأي عمل أو إجراء قانوني للغير ".

المطلب الثالث

ماهية السر المهني

لم تورد التشريعات التي أوجبت على المهنيين ومن في حكمهم، الإلتزام بالسر المهني ، تعريفاً لمأهيته، وتركت أمر ذلك للفقهاء والقضاء ، وقد ذهب البعض إلى أن السر هو الأمر الذي إذا أذيع أضر بسمعة صاحبه أو كرامته ، وقد أخذ على هذا الرأي ، أن السر¹ قد يكون مشرفاً لمن يريد كتماناً ، ومع ذلك يعتبر سراً ، ويصعب من التحلل من الإلتزام به .

وذهب البعض الآخر إلى أن الإلتزام بالسر ، لايقوم إلا بالنسبة للوقائع التي يعهد بها العميل إلى صاحب المهنة أو الوظيفة ، وأن التوصية المتعلقة بالكتمان ، تعد الطابع المميز ، لتحديد الوقائع محل السر ويترتب على ذلك أن العبرة في معرفة السر ، تتوقف على رغبة صاحب الشأن ، فإذا اتجهت إرادته إلى الخصوصية ، كانت لتلك الوقائع صفة السرية ، ويستوي في هذا أن تكون هذه الإرادة صريحة أو ضمنية² ، على أن هذا الرأي لم يسلم من النقد ، فلايشترط أن يعهد صاحب السر به إلى المؤتمن عليه، إذ أنه يعد في حكم السر كل أمر يكون بطبيعته أو وفقاً للظروف الملاپسه، أو لمن خالطه اعتبارات سر، ولو لم يطلب صاحب الشأن كتماناً³.

ويذهب رأي راجح في الفقه إلى أن السر هو صفة تطلق على موقف أو مركز أو خبر أو عمل ، ممايؤدي إلى وجود رابطة تتصل بهذا الموقف أو المركز أو الخبر ، بالنسبة لمن حق العلم به ، وبالنسبة لمن يقع عليه الإلتزام بعدم إذاعته⁴.

¹ السر لغة : الذي يكتم ، وجمعه أسرار، وهو ما يكتمه المرء في نفسه ، أو يسر به إلى آخر ، أسر إليه حديثه ، أي أفضى إليه به.

انظر : المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، الطبعة الثانية ، سنة 1960 ، ص428.
² د. رمضان جمال كامل ، مسؤولية المحامي المدنية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ط1 ، 2008م ، ص102.

³ د. عادل حبيب ، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ص17.

⁴ د. محمد نور شحاتة ، استقلال المحاماة وحقوق الإنسان (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، ص120.

ويمتاز هذا التعريف بأنه يصدق على جميع الأسرار المهنية والوظيفية ، ويبرز أيضاً العناصر القانونية والفنية للواقعة السرية ، فهو يؤكد على العناصر القانونية بما تشتمل عليه من تحديد للواقعة محل السر وأطرافها ، ثم أنه أشار للعناصر الفنية وما تبني عليه من أسس ومقومات، وهي : عدم شيوعها للكافة وارتباطها بالمهنة أو الوظيفة .

وفيما يتعلق بالمحاماة ، فإن الإلتزام بالمحافظة على السر المهني تعد من أهم الإلتزامات¹ التي تقع على عاتق المحامي ، ذلك أن المحافظة على سر المهنة من لزوم الحرية الفردية ، وهو حصنها لحاميتها في شتى صورها ، وسياجها المنيع لكافة حق الدفاع المشروع أمام القضاء لكل مواطن، فالإلتزام بالمحافظة على سر المهنة دعامة من دعائم مهنة المحاماة ، يتعلق بكرامتها وقدسيتها ، لاسيما أن هذه المهنة تتيح للمحامي ومن خلال ممارستها الاطلاع على الأسرار الشخصية للموكلين .

المبحث الثاني

الأساس القانوني للإلتزام المحامي بالمحافظة على السر المهني

يمثل المحامي القانون ، فالمحاماة هي الأداة الحرة التي تشارك السلطة القضائية في إدارة العدالة ، لذا يجب على المحامي أن يتصف بالصفات التي يتعين على رجال السلطة القضائية الإلتصاف بها من نزاهة واعتدال وكرامة والحفاظ على الأسرار ، أي الإلتزام بكل ماتفرضه قواعد وآداب المهنة².

والترام المحامي بكتمان أسرار موكله من القواعد القديمة التي تشكل جوهر مهنة المحاماة ، وقد اعترف القانون الفرنسي القديم بالسر المهني للمحاماة ، وأعطى الحق للمحامين في الامتناع عن الرد عن أسئلة القضاء فيما ائتمنوا عليه، وكان الثابت في فرنسا في هذا الوقت أن كل مايتعلق بممارسة مهنة المحاماة يعتبر سراً

¹ انظر في المادة (29) من قانون المحاماة البحريني ، نص المادة (60) من قانون نقابة المحامين الأردني ولائحة آداب المهنة وقواعد السلوك .
² انظر هذه القواعد لدى نقابة المحامين الأردنيين ((لائحة آداب المهنة وقواعد السلوك)).

بطبيعته ، كما لايجوز شهادة المحامي ضد موكله لأن ذمته ملتزمة بالسر الذي أودعه إياه ¹.

وبالتالي إذا أخل المحامي بالتزامه بالحفاظ على السر المهني ، ترتب على ذلك مساءلته قانوناً عن هذا الإخلال، وهذه المسؤولية قد تكون جنائية ، كما يمكن أن تكون مدنية وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية .

وبما أن موضوع بحثنا يتعلق بالمسؤولية المدنية فقط ، فإننا سنقوم بدراسة طبيعة المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المحامي بالسر المهني من خلال ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مسؤولية المحامي مسؤولية عقدية

المطلب الثاني : مسؤولية المحامي مسؤولية تقصيرية

المطلب الثالث : طبيعة التزام المحامي تجاه العميل

المطلب الأول

مسؤولية المحامي مسؤولية عقدية

يتجه أغلب الفقه في فرنسا والقضاء في مصر ² والعراق ³ إلى أن مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية مسؤولية عقدية أساسها الإخلال بالتزام تعاقدية ، استناداً إلى مجموعة من الحجج والمبررات ، أهمها:

1. أن المحامي يرتبط عادة بعقد مع العميل ⁴ تتوفر فيه كافة أركان العقد (التراضي - المحل - السبب) ، وهذا العقد من العقود الملزمة للجانبين ،

¹د، عادل حبيب ، مرجع سابق، ص77.

² في الفقه المصري انظر: الأستاذ الدكتور السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول- نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) -

³ قضت محكمة التمييز العراقية "أن مسؤولية المحامي التعاقدية غير متحققة لأن ركن الخطأ والضرر والعلاقة السببية لم تتوفر في هذه الحادثة القضائية" ((قرار رقم 1395 مدنية ثالثة 1973 ، تاريخ القرار 1974/2/28 ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الأول ، السنة الخامسة 1976 ، ص116-117.

⁴د.مصطفى أحمد مجازي، التزام المحامي بالحفاظ على أسرار العميل (دراسة فقهية قضائية مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005، ص166.

فإذا أخل أحدهم (المحامي) فإنه يسأل مسؤولية تعاقدية في مواجهة العميل.

2. يقر القضاء حق المحامي في مقاضاة العميل لمطالبته بأتعابه استناداً إلى العقد المبرم بينهما¹.

3. إن التشريعات المنظمة لمهنة المحاماة ، تعتبر المحامي وكيلاً عن الخصم الذي يطلب مساعدته ، وتعبر عن العلاقة التي تربطهما بالوكالة أو التوكيل².

وعلى الرغم من الاتفاق أن المسؤولية عقدية ، إلا أن هناك اختلاف حول نوع العقد الذي ينشأ بين المحامي وعميله ، فالبعض يراه عقد وكالة استناداً إلى صياغة نصوص قانون المحاماة وأوجه الاتفاق المتعددة بين علاقة المحامي وعميله وعلاقة الموكل بوكيله في القانون المدني ، وهذا التكييف يؤيده معظم الفقهاء في مصر ، ويناصره جانب من الفقه الفرنسي ، وبعض الأحكام القضائية³.

وقد انتقد هذا الرأي بعدة أسباب أهمها تتلخص في عدم انطباق بعض أحكام عقد الوكالة على علاقة المحامي وعميله ، كون الوكيل يخضع في كثير من الحالات لتعليمات موكله ، ووفقاً لذلك فإن المحامي يصبح في مركز التابع للموكل ويسأل الأخير عن مسؤولية المتبوع عن التابع وهذا يتنافى ويتعارض مع المبادئ التي تقوم عليها مهنة المحاماة ، إذ أن المحامي له الحرية في طريقة القيام بمهمته للدفاع عن مصالح عميله ، وفقاً لما يراه في ضوء شرف وأخلاق مهنة المحاماة ، وهذا ما أكدته المادة (39) من قانون نقابة المحامين الأردنيين ، حيث نصت على أنه (للمحامي أن يسلك الطريق التي يراها ناجحة في الدفاع عن موكله وأن يكون

¹د. عبد الباقي سوادى ، مرجع سابق / ص 42.

²قانون المحاماة المصري رقم (61) لسنة 1968 ، قانون المحاماة العراقي رقم (173) لسنة 1965 المعدل، قانون المحاماة الأردني رقم (11) لسنة 1972.

³د. محمد عبد الظاهر ، صور ممارسة المهن الحرة وأثرها على مسؤولية المهنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص 77.

مسؤولاً عما يورده في مرافعاته كتابة أو شفاهاً مما يستلزمه حق الدفاع ، كما لا يكون مسؤولاً عن الإستشارات التي يعطيها عن حسن نية)¹ .

وذهب البعض الآخر إلى تكييف العلاقة على أنها علاقة عمل في حالة واحدة ، وهي حالة عمل المحامي في شركة أو مؤسسة ، حيث قضت محكمة القاهرة الابتدائية ((أن المحامي ينتفع بأحكام قانون العمل إذا كان يعمل لدى صاحب عمل نظير أجر يتقاضاه في مواعيد دورية² منتظمة، فإن الذي ينظم العلاقة بين المستأنف والشركة التي يعمل بها هو عقد عمل طالما أن المرجع في ذلك توافر عنصر التبعية بين أفراد مهنة المحاماة وبين من يعملون لديهم من أصحاب الأعمال وهو الطابع المميز لقانون عقد العمل ، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية³ حيث قضت بأنه ((إذا كانت المدعية تعمل محامية متفرغة لدى المدعي عليه الثاني بنك عمان للاستثمار في الدائرة القانونية التابعة له تحت إشراف وإدارة مدير الدائرة القانونية وتتقاضى أجراً، فإن عنصر التبعية متوفر في عقد العمل بينهما وبين صاحب البنك)).

ونحن نرى أن عقد المحاماة ليس بعقد عمل وذلك للأسباب التالية :

1. إن ما يميز مهنة المحامي هو استقلال المحامي في عمله ، وهذا ينفي صفة التبعية التي تعد من أهم عناصر عقد العمل .
2. إن عقد المحاماة عقد شكلي إذ يحتاج لشكلية معينة إما عقد العمل فهو عقد إضافي.
3. أن ما يتقاضاه المحامي يسمى أتعاباً وليس أجراً ، حيث أن الأجر من العناصر الأساسية لعقد العمل .

¹ د. محمد عبد الظاهر ، صور ممارسة المهن الحرة وأثرها على مسؤولية المهني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص 77.

² محكمة القاهرة الابتدائية ، الدائرة الاستئنافية في 1963/1/21 ، الدعوى القضائية في منازعات العمال ، عصمت الهواري ، الجزء الثاني ، رقم (98) 1964 ، ص 88.

³ محكمة التمييز الأردنية ، قرار رقم 2004/1627 هيئة عامة ، تاريخ 2005/1/13 ، منشورات مركز عدالة .

وذهب البعض الآخر إلى أنه عقد مقاوله استناداً إلى مبدأ الاستقلال الذي يتمتع به المحامي عند قيامه بتأدية عمل لصالح عميله دون أن يكون خاضعاً له ، إلا أننا لانؤيد هذا الرأي كون التزام المحامي هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة ، كما أن عقد المحاماة عقد غير لازم بينما عقد المقاوله عقد لازم ، ويعتبر عقد المحاماة عقد قائم على الاعتبار الشخصي ، إذ ينتهي بوفاء المحامي ، بخلاف عقد المقاول الذي لا ينتهي بوفاء المقاول دائماً، إلا في حالات استثنائية¹ .

وكي تقوم المسؤولية العقدية للمحامي عن إفشاء السر المهني ، لا بد أن تتوافر عدة شروط، أهمها :

1. يجب أن يكون هناك عقد بين المحامي والعميل ، ويثبت هذا العقد من لحظة قبول المحامي الدفاع عن مصالح العميل ، حتى تقوم المسؤولية العقدية ، أما إذا باشر المحامي الدفاع عن عميله ومصالحه دون أن يكون هناك عقد بينهما ، كانت المسؤولية تقصيرية وليس عقدية ، ونرى أن وجود وكالة خاصة² مبرزة في ملف الدعوى ومدفوع عنها رسم الإبراز يشير إلى وجود علاقة عقدية بين الطرفين .
2. يجب أن يكون العقد صحيحاً ومشروعاً وفقاً لما تقضي به النظرية العامة للعقود، أي يجب أن تتوافر فيه جميع شروط العقد من إيجاب وقبول وأن لا يكون مشوباً بعيب من عيوب الإرادة ، فإذا لم يكن كذلك تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية من لحظة زوال العقد بأي سبب كالإعلان مثلاً³.

¹ انظر في تفصي ذلك المادة (804) من القانون المدني الأردني رقم (73) لعام 1976م.
² نصت المادة (2/41) من قانون نقابة المحامين الأردني رقم (11) لعام 1972 على أنه ((لا يجوز تحت طائلة البطلان التقدم بأي دعوى أمام محاكم التمييز والعدل العليا والاستئناف ومحكمتي استئناف ضريبية الدخل والجمارك ومحاكم البداية بأنواعها إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين الأساتذة بموجب وكالة منظمة حسب الأصول ، ويستثنى من ذلك النيابة العامة والنيابة العامة الإدارية والمحامي العام المدني ومساعدوه)).

³ د.مالك أبو نصير ، المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني (رسالة دكتوراة) جامعة عين شمس ، مصر ، 2008م ، ص95.

3. يجب أن يخل المحامي بالالتزامه بالحفاظ على السر المهني بأن يفشي السر ، وهنا تكون مسؤولية المحامي عقدية استناداً للعقد المبرم بينه وبين العميل ، وترتب على ذلك ضرر لحق بالعميل ، أما إذا كان الضرر الذي لحق به غير مرتبط بالفعل الضار تكون مسؤولية المحامي تقصيرية.
4. يجب أن يكون المتضرر هو العميل ، حتى تتحقق المسؤولية العقدية ، أما إذا كان المتضرر من الغير أي كان أجنبياً عن العقد كانت مسؤولية المحامي مسؤولية تقصيرية بالنسبة للغير .

المطلب الثاني

مسؤولية المحامي مسؤولية تقصيرية

لا بد من الإشارة إلى أن أنصار نظرية المسؤولية العقدية يسلّمون بأنه في ظل غياب الرابطة العقدية بين المحامي ومن يدافع عنه ، أو في حالة ما إذا كان العقد موجوداً ولكنه زال بسبب من أسباب الزوال كالبتلان ، فإن مسؤولية المحامي تكون تقصيرية في الأصل في حالة عدم وجود مظهر للعقد ، أو تتحول إلى مسؤولية تقصيرية بعد زوال العقد ومن لحظة هذا الزوال ، كما يسلّم أنصار المسؤولية العقدية أيضاً بأن مسؤولية المحامي تكون تقصيرية في مواجهة الغير ، الذي لا يعد طرفاً في العقد .

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن مسؤولية المحامي تجاه العميل هي مسؤولية تقصيرية ، حيث تقوم فكرتهم على هدم فكرة العقد بين المحامي والعميل وذلك عن طريق نفي وجود العلاقة التعاقدية بين المحامي والعميل استناداً إلى عدد من الحجج والمبررات أهمها :

1. إن أعضاء المهن الحرة لا يتعهدون تعهداً إجبارياً في الأعمال التي تعتمد على المهن العلمية والأدبية ، فالمحامي هنا لا يكون مجبراً مدنياً على تنفيذ وعده ، لأن المحامي الذي يعد بالدفاع عن قضية لا يجبر على تنفيذ

وعوده التعهدية¹، إلا حينما يكون مسؤولاً أدبياً فهو إن لم يكن مجبراً على تنفيذ وعده إلا أنه لا يستطيع التحلل من هذا الوعد بكونه ملتزماً أدبياً تجاه مهنته التي تكون محل اعتبار.

2. أن الأعمال التي تعتمد على المهن الحرة ليست في ذاتها موضوع العقد ، حتى يقع فيهما إجبار على التنفيذ ولاتعد المنافع التي يراد الحصول عليها سبباً لجعل الأجور شرعية²

3. إن طبيعة المصالح التي يعهد بها إلى المحامي تتصل بشخصية العميل وتمس ممارستها بما نسميه بالحقوق الشخصية وهي تعد مبدأ خارج عن دائرة التعامل التجاري .

وعلى الرغم من الحجج التي وصفها أنصار هذا الاتجاه لدعم نظريتهم إلا أنه قد وجه إليهم عدد من الانتقادات التي كان أهمها :

1. أنها تتجاهل وجود العقد بين المحامي والعميل في غالب الحالات ، وهذا العقد تتوافر فيه أركانه ومنها الأهلية والسبب³، كما أن العلاقة بين المحامي والعميل أصبحت ملزمة للجانبين ، أي أن كلاً من طرفيها ينتظر مقابلاً من الآخر ، وأصبح من المسلم به أن للمحامي الحق في الحصول على الأتعاب.

2. كما أن العقد المبرم بين المحامي والعميل ينتج آثاره ، وليس صحيحاً أن هذه الآثار تتعدم استناداً إلى حق كل من المحامي والعميل في الرجوع عن إرادته في أية لحظة ، لأن هذا القول على إطلاقه لا يمكن التسليم منه ، لأنه في حال ترتب أضراراً في حال ترك المحامي للدعوى ، فإنه يعد متعسفاً في استعمال حقه، كان المحامي مسؤولاً عن تعويض هذه

¹د.محمد شلبي، مرجع سابق ، ص94.

²د.بلال بدر، المسؤولية المدنية للمحامي ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007، ص58.

³انظر في تفصيل الأهلية والسبب د.خالد جمال ، مصادر الالتزام وأحكامه في القانون المدني البحريني ، جامعة العلوم التطبيقية ، سلسلة الكتب القانونية، 2015، ط2، ص200 وما بعدها .

الأضرار في مواجهة العميل ، إلى جانب أن المشرع قد فرض على المحامي الذي يرغب في التحدي عن الدفاع في دعوى اخطار العميل بذلك ، وأن يستمر في إجراءات الدعوى شهراً على الأقل ، وهذا ما أكده المشرع البحريني في المادة (28) من قانون المحاماة¹.

3. كما أن أنصار هذه النظرية² ذكروا أن ركن الخطأ في المسؤولية العقدية يقتصر على عدم تنفيذ المدين لإلتزامه ، ذلك لأن من المسلم به في الفقه القانوني أن الخطأ في المسؤولية العقدية قد يتمثل في عدم تنفيذ الإلتزام من جانب المدين ، أو التأخير في تنفيذه ، أو تنفيذه بطريقة معينة تخالف ما اتفق عليه في ضوء حسن النية وشرف التعامل والعرف السائد ، كما جانبهم الصواب أيضاً حينما رأوا أن التزم المحامي وفقاً للمسؤولية العقدية لا بد أن يكون إلتزاماً بتحقيق نتيجة ، إذ من المسلم به أيضاً أن هذا الإلتزام قد يكون مجرد التزم ببذل عناية .

وعلى ضوء ما تم ذكره في كل من مصر والعراق والأردن ومملكة البحرين ، نجد أن الفقه والقضاء يجمعان على أن مسؤولية المحامي تكون في حال تولي المحامي الدفاع عن مصالح عميله بناءً على اختيار عميله له استناداً لذلك فهو ملزم بالدفاع عن مصالح عميله وفقاً للقوانين والأصول والأعراف المتبعة في هذه المهنة ، أما إذا كان المحامي ملزم بالدفاع عن عميله في ظروف معينة بموجب القوانين والأنظمة ، وألحق ضرراً بعميله ، فإن مسؤولية المحامي تكون تقصيرية .

¹ نصت المادة (28) من قانون المحاماة البحريني على أنه ((لا يجوز للمحامي التنازل عن التوكيل في وقت غير مناسب ، ويتعين عليه إخطار موكله بكتاب مسجل بتنازله ، وأن يستمر في موقف الدفاع شهراً على الأكثر متى اقتضت ذلك مصلحة الموكل ، ويتعين على المحكمة تأجيل الدعوى لمدة كافية لتوكيل محام آخر)).

² انظر في تفصيل ذلك د.نبيل سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2004 ، ص 297 ومابعدها .

المطلب الثالث

طبيعة التزام المحامي تجاه العميل

اتجه الفقه والقضاء¹ إلى اعتبار إلتزام المحامي تجاه عميله إلتزام ببذل عناية ، أي يتوجب عليه بذل العناية اللازمة للدفاع عن عميله، على أن تكون عناية الشخص العادي (المعيار الموضوعي) إلا أن الفقه والقضاء اتفق على وجود حالات استثنائية يلتزم فيها المحامي بتحقيق نتيجه .

كما أن غالبية التشريعات تتفق على أن التزام المحامي تجاه العميل هو التزام ببذل عناية وفقاً للأنظمة والقوانين المتبعة في مهنة المحاماة ، وهذا ما أكده المشرع الأردني ، حيث نص في المادة (358)² من القانون المدني على أنه " إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توكي الحيطه في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتم بتحقيق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك .

وهنا نجد أن التزام المحامي تجاه العميل التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة لعدة اعتبارات :

1. أن من يملك سلطة بإصدار حكم لصالح العميل هو القضاء وليس المحامي ، أي أن الحكم لمصلحة العميل ليس في متناول يد المحامي ، وإن كان دور المحامي في بذل العناية الصادقة يسهم بالوصول إلى حكم لصالح العميل ، وهذا ما أكدته القضاء الأردني³.

2. إن مهنة المحاماة تحتاج للتخصص بالدراسات القانونية ، أي أن هناك قواعد قانونية تمثل جوهر النزاع ويمكن أن تكون هذه القواعد محلاً للجدل والخلاف .

¹د.طلبه وهبه خطاب، المسؤولية المدنية للمحامي الفرد ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، ط1، القاهرة ، 1986، ص107.

²المادة (358) من القانون المدني الأردني .

³انظر حكم محكمة التمييز الأردنية ، حقوق رقم (487/78) ، منشورات عدالة .

3. إن مهنة المحاماة من المهن الحرة التي توجب على من يعمل بها أن يتمتع بقدر كبير من الحرية والاستقلال أي أن التزام المحامي باتباع الأصول والأنظمة في عمله وسعيه لبذل العناية الصادقة لا يترتب عليه مسؤولية في حال عدم تحقق النتيجة¹.

الأصل العام كما ذكرنا سابقاً ، أن التزام المحامي هو بذل العناية وليس تحقيق نتيجته ، كون ذلك مرتبط بعنصر الاحتمال ، واعتبار أن التزام المحامي بتحقيق نتيجة يتنافى مع طبيعة عمل المحامي ، لأن كسب الدعوى أمر مرتبط بإصدار حكم من القضاء ، والقول أن التزام المحامي بتحقيق نتيجة يعتبر استثناء على الأصل العام ، على أن هذا الاستثناء محدود ومرتبط بحالات محددة ، وهي:

أولاً: إلتزام المحامي حدود وكالته :

إن من أهم إلتزامات المحامي تجاه عميله عدم تجاوز حدود وكالته ، ففي حالة توكيله برفع الدعوى أمام القضاء دون اللجوء للتحكيم ، وجب على المحامي الإلتزام بذلك ، وفي حال قبوله بإحالة النزاع للتحكيم دون الإذن له بذلك ، يعتبر هذا الإجراء تجاوزاً لحدود الوكالة ، وفي هذه الحالة يحق للموكل مساءلة المحامي بما تجاوزت حدود وكالته ، وهذا ما أكدته تشريعات نقابة المحامين الأردنيين².

ثانياً : المحافظة على كافة الأوراق المتعلقة بالقضية :

إن كل ماتسلمه المحامي من موكله من أوراق ومستندات أو ما تم تحصيله من أموال ورسوم بسبب طبيعة العمل الذي يقوم به المحامي تفرض عليه التزام بتحقيق نتيجة ، وهو الحفاظ عليها وإعادتها لموكله ، وهذا ما أكدته المادة 50³

¹د.عبد العزيز سليم ، قضايا التعويضات ، دار الكتب القانونية ، ط 3 ، المحل الكبير ، 1997 ، ص519.

² نصت المادة (55) من قانون نقابة المحامين الأردنيين على أنه " على المحامي أن يدافع عن موكله بكل أمانة وإخلاص، وهو المسؤول في حالة تجاوز حدود الوكالة أو خطئه الجسيم".

³ نصت المادة (26) من قانون المحاماة البحريني على أن " المحامي مسؤول قبل موكله عن أداء كافة ماعهد إليه طبقاً لأحكام القانون وشروط التوكيل ، ويتعين على المحامي أن يرد لموكله المبالغ التي حصلها لحسابه وكذلك المستندات والأوراق الأصلية التي تسلمها.

من قانون نقابة المحامين الأردنيين حيث نصت على أنه ((على المحامي أن يسلم موكله كل ماتسلمه من النقود والأوراق الأصلية التي في حوزته عندما يطلب الموكل ذلك)).

ثالثاً: حالة قيام المحامي بالتوكيل عن العميل وخصمه أو التعامل مع خصم العميل لصالحه :

تعتبر هذه الحالة من أسوأ الحالات التي يخالف فيها المحامي القانون وأخلاقيات المهنة ، إذ يعتبر توكيل المحامي عن موكله وخصمه في نفس الدعوى عمل يتنافى مع مبادئ وأصول مهنة المحاماة ، كما يتمتع أيضاً على المحامي أن يبدي أي رأي أو مشورة لخصم موكله في دعوى سبق له أن قبل الوكالة فيها أو دعوى ذات علاقة بها ولو بعد انتهاء وكالته ، وهذا ما أكدته المادة (24) ¹ من قانون المحاماة البحريني حيث نصت على أنه (يحظر على المحامي قبول الوكالة عن خصم موكله أثناء نظر الدعوى التي وكل فيها أو التي لها علاقة مباشرة بها، كما لايجوز له أن يبدي رأياً أو مشورة لخصم موكله في الدعوى ذاتها أو في دعوى مرتبطة بها ، حتى بعد انتهاء وكالته ، وبصفة عامة لايجوز له تمثيل مصالح متعارضة ويسري هذا الحظر على كل من يعمل مع المحامي في مكتبه بأية صفة كانت ". وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا الأردنية ².

رابعاً: عدم حصول المحامي على إذن لمخاضه المحامي خصم موكله :
اشترط المشرع الأردني على المحامي الحصول على إذن مخاضه لرفع دعوى إذا كان خصم موكله محامياً ، حيث نصت المادة (62) من قانون النقابة على أنه ((على المحامي أن لايقبل الدعوى ضد زميل له أو ضد مجلس النقابة قبل إجازته من قبل النقيب)).

¹ المادة (24) من قانون المحاماة البحريني تقابل المادة (61) من قانون نقابة المحامين الأردنيين .
² انظر في تفصيل ذلك: قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (97/376) ، المبادئ القانونية ، المجلد عدد (10) من مجلة نقابة المحامين ، لسنة 1998 ، ص1474.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة : ما هو الوضع القانوني لدعوى تم رفعها على محامي دون الحصول على إذن مخاصمه من قبل النقابة ؟
لابد من الإشارة إلى أن المشرع لم يحدد الأثر القانوني في حال عدم الحصول على إذن مخاصمه ، وهذا ما أكدته محكمة التمييز¹ الأردنية ، حيث أشارت إلى أن النص لم يحدد ما يترتب على عدم حصول المحامي على إجازة من قبل النقيب لقبول دعوى ضد زميل له أو ضد مجلس النقابة ، وحيث أن البطلان لا يتقرر إلا بنص ، فإن عدم حصول المحامي على إجازة من قبل نقيب المحامين لا يجعل الدعوى باطلة .

خامساً : عدم قيام المحامي بالالتزام بالمواعيد المحددة بالقانون :

إن من أخلاقيات مهنة المحاماة الالتزام بالمواعيد التي حددها القانون مثل تقديم لوائح الدعوى والبيانات والدفع خلال المدة ، والالتزام أيضاً بالجلسات المحددة من قبل القاضي ، كما عليه الإلتزام بالمواعيد الشخصية المتعلقة بالدعوى ، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقرارها² أنه " من المنفق عليه فقهاً وقضاءً أن المدعي الذي يقصر في واجباته المهنية ويفوت على موكله مدد الطعن القانونية مسؤول بتفويت الفرصة عما يكسبونه من الطعن .

¹ انظر في تفصيل ذلك : حكم محكمة التمييز الأردنية ، حقوق ، رقم (49) /1999 (هيئة خماسية) ، تاريخ 2000/3/26 منشورات عدالة.

² انظر في تفصيل ذلك : حكم محكمة التمييز الأردنية ، حقوق ، رقم 1986/480 (هيئة خماسية) ، تاريخ 1986/9/20، منشورات عدالة .

الخاتمة

إذا أخل المحامي بالتزامه بالحفاظ على السر المهني ، ترتب على ذلك مساءلته قانوناً عن هذا الإخلال، وهذه المسؤولية قد تكون جنائية ، كما يمكن أيضاً مساءلته مدنياً وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية ، ويسأل المحامي تأديبياً عن إخلاله بواجبه المهني ومساسه بشرف المهنة ، مما يشكل ذلك مخالفة لأحكام قانون المحاماة وآداب ممارسة المهنة.

وقد توصلت من خلال هذا البحث إلى النتائج التالية :

1. مهنة المحاماة ((مهنة حرة تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة وفي تأكيد سيادة القانون)) .
2. هناك بعض الحالات التي أوجب فيها المشرع ضرورة الاستعانة بمحامي قدرته على اتباع الطرق والإجراءات القانونية ، وقدرته أيضاً على تقديم النصح وإسداء المشورة القانونية .
3. التزام المحامي بالحفاظ على السر المهني يعد من أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق المحامي ، ويعتبر دعامة من دعائم مهنة المحاماة ، كون ذلك يتعلق بكرامتها وقديستها .
4. الفقه والقضاء يكاد يجمعان على أن مسؤولية المحامي مسؤولية عقدية متى تولى المحامي العمل المكلف به من قبل موكله وبناء على طلبه ، وتكون المسؤولية تقصيرية عندما لا يقوم المحامي بإتباع القوانين والأنظمة والأعراف المتفق عليها بالمهنة.
5. إن غالبية التشريعات تتفق على أن إلتزام المحامي تجاه العميل هو إلتزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة ، إلا أن هناك استثناء على الأصل العام وهو إلتزام المحامي تجاه العميل بتحقيق نتيجة وفقاً لحالات محددة بالقانون.

التوصيات

ومن خلال هذا البحث فإنني أوصي بمايلي:

1. أن تعترف التشريعات بعقد المحاماة ، وتقوم بتنظيمه بأحكام ونصوص خاصة ، أي أن يكون عقد المحاماة من العقود المسماة .
2. أن تتضمن التشريعات نصاً خاصاً وواضحاً يتضمن تحديد طبيعة المسؤولية القانونية (عقدية أم تقصيرية) في حال إخلال المحامي بالتزام الحفاظ على السر المهني .
3. أن تتضمن التعريفات المتعلقة بالمحاماة تعريف مهنة المحاماة والسر المهني.

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم .

ثانياً : الكتب :

1. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول - نظرية الإلتزام بوجه عام (مصادر الإلتزام) ، تنقيح المراغي ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 2004م.
2. بلال بدر ، المسؤولية المدنية للمحامي ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007م.
3. خالد جمال ، مصادر الإلتزام وأحكامه في القانون المدني البحريني ، ط2، جامعة العلوم التطبيقية ، البحرين ، 2015م.
4. طلبه وهبة خطاب ، المسؤولية المدنية للمحامي (المحامي الفرد) ، ط1 ، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1989م.
5. عادل حبيب ، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالإلتزام بالسر المهني (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية .
6. عبد الباقي سواوي، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية ، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1999م.
7. عبد العزيز سليم ، قضايا التعويضات ، ط3، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى ، 1997م.
8. عصمت الهواري ، الموسوعة القضائية في منازعات العمال ، الجزء الثاني ، رقم (98) ، 1964م.
9. محمد شلبي ، مسؤولية المحامي المدنية (مدنياً - جنائياً)، المكتب المصري الحديث للطباعة ، الاسكندرية ، 1988م.
10. محمد عبد الظاهر ، صور ممارسة المهن الحرة وأثرها على مسؤولية المهني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997م.

11. محمد نور شحاته ، استقلال المحامي وحقوق الانسان (دراسة مقارنة) ،
دار النهضة العربية .

12. مصطفى أحمد حجازي ، التزام المحامي بالحفاظ على أسرار العميل (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005م.

13. نبيل سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الإلتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2004م.

ثالثاً: الرسائل الجامعية :

1. مالك أبو نصير ، المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني (رسالة دكتوراة) ، جامعة عين شمس ، مصر ، 2008م.

رابعاً : المجالات القانونية :

1. مجلة نقابة المحامين السورية ، عدد (11)، 1991م.

2. مجلة نقابة المحامين اللبنانية ، عدد (1)، 1997م.

3. مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، عدد (10) ، 1998م.

خامساً: المنشورات القانونية (قرارات المحاكم) :

1. منشورات عدالة (قرارات المحاكم).

2. النشرة القضائية العراقية ، العدد الأول ، السنة الخامسة ، 1976م.

أسباب طعن أطراف النزاع بقرار التحكيم وفقاً لقانون التحكيم البحريني الجديد

الدكتور غيث مصطفى الخصاونه
أستاذ القانون التجاري المساعد
جامعة العلوم التطبيقية - كلية الحقوق

الدكتور نسيم خالد الشواوره
أستاذ القانون التجاري المساعد
جامعة العلوم التطبيقية - كلية الحقوق

المخلص

تناولنا في هذا البحث أسباب إلغاء قرار التحكيم من قبل أطراف النزاع والتي عالجها القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني الجديد(القانون رقم 9 لسنة 2015)، وقد أوردتها القانون المرافق كحالات وأسباب على سبيل الحصر في الفقرة الأولى من المادة(34)، ويعتبر هذا تطوراً يُحمد عليه المشرع البحريني، كونه كان في السابق، ووفقاً للفصل السابع من قانون المرافعات يتيح المجال لأطراف النزاع الطعن بقرار التحكيم بالإستئناف والتمييز، مساوي بينه في هذا الشأن بينه وبين الحكم الصادر عن المحاكم العادية، خصوصاً في المنازعات التجارية الدولية، وهذا الأمر يتنافى مع الحكمة التي يتوخاها أطراف النزاع غالباً من تفضيلهم اللجوء إلى التحكيم دون القضاء العادي، والتي تتمثل بسرعة البت في النزاع بخلاف ما هو عليه الأمر عند طرحه أمام المحاكم الرسمية في الدولة، والتي عادة ما يطول أمد التقاضي أمامها.

وفي نهاية البحث خلصنا إلى بعض الاستنتاجات والتوصيات حيث كان من اهمها أننا كنا نتمنى على المشرع إضافة سبب لإلغاء القرار التحكيمي، وهو نقص الأهلية بالنسبة لأحد الخصوم أو فقده لها أثناء السير بإجراءات التحكيم، كما أن توسع المشرع في تفسير النص الذي يتعلق بخرق حقوق الدفاع يجعل القرارات التحكيمية عرضة للإلغاء، كون النص جاء فضفاضاً، لذا فإننا مع حصر هذه الأسباب حتى لا تكون القرارات التحكيمية عرضة للإلغاء في حال التوسع في التفسير. كنا نتمنى لو أن القانون تضمن سبباً لإلغاء القرار في حال أراد الطرف الذي صدر الحكم لصالحه تنفيذه، في الوقت الذي يكون المحكوم ضده قد قام بالوفاء بالمبلغ الذي تضمنه القرار، حيث نكون هنا أمام إشكالية في تنفيذه، لذا لو تم اضافة هذا السبب لأسباب الإلغاء لكان أفضل لتفادي مثل هذه الإشكالية.

يمر التحكيم بثلاث مراحل ، تبدأ الأولى باتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم ، وهذا الاتفاق يتخذ إحدى صورتين ، إما أن يكون قبل وقوع النزاع وهنا يطلق عليه شرط التحكيم ، والثانية تكون بعد نشوب النزاع وبيان معالمه بشكل جلي ، وهنا تسمى هذه الصورة بمشارطة التحكيم. أما المرحلة الثانية فإنها تكون بالبداية في إختيار المحكم أو المحكمين، أو المؤسسة التحكيمية التي ستشرف على العملية التحكيمية وتنظمها. والمرحلة الثالثة والأخيرة هي السير بإجراءات التحكيم والنظر بالخصومة، وإصدار القرار التحكيمي من قبل هيئة التحكيم، وهنا تنتهي ولايتها، ولا يكون لها سلطة تعديل القرار الذي صدر عنها أو إلغائه والرجوع فيه، ولكن تبقى لها سلطة محدودة تتمثل في إمكانية تفسير القرار في حال شابه غموض في حيثياته، ويكون لها الحق في تصحيحه فيما وقعت فيه من أخطاء مادية، ولها كذلك سلطة تكملة القرار فيما إعتراه من نقص قد تغفله الهيئة عند صدوره، حيث يكون لها الحق في تدارك ما تم إغفاله دون أن يكون لها السلطة في المساس في مسألة أو طلب جديد لم يكن قد تم عرضه عليها .

وقد عالج القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني رقم (9 لسنة 2015) هذه المسألة في المادة (33) منه والتي أجازت لأي من طرفي النزاع خلال (30) يوماً من تاريخ تسلم قرار التحكيم مالم يتم الاتفاق على مدة أخرى لتقديم طلب لهيئة التحكيم يتضمن إجراء هذا التصحيح أو التفسير أو التعديل ، وعليها أن تقوم بذلك أيضاً خلال مدة (30) يوماً من تاريخ تسلم

الطلب ، ويكون قرارها الصادر بهذا الشأن جزءاً من القرار التحكيمي الأصلي. وقد أجاز القانون في الفقرة الثانية من المادة نفسها للهيئة إجراء هذا التعديل من تلقاء نفسها خلال (30) يوماً من تاريخ إصدارها لقرارها الأصلي، ويجوز وفقاً لذات المادة في فقرتها الرابعة لهيئة التحكيم تمديد المدة، ولكن ما يؤخذ على النص أنه لم يبين حدود هذه الصلاحية الأمر الذي يتوجب على المشرع تداركه في أي تعديل على القانون ليُصار إلى بيان هذه المدة وعدم تركها مفتوحة كما فعل المشرع في النص الحالي.

فيما عدا هذه الحالات السابقة فإن القانون الجديد جعل القرار التحكيمي الصادر عن هيئة التحكيم قابلاً للإلغاء إذا ما توافرت حالات معينة أوردتها على سبيل الحصر، بخلاف ما كان عليه الأمر في القانون السابق قبل التعديل الذي كان يسمح بالطعن بالقرار التحكيمي بالإستئناف والتمييز، حيث كان يجيز وعلى نطاق واسع، يقترب إلى حد كبير مع ما هو مقرر في مجال الطعن في الأحكام الصادرة عن القضاء العادي، الأمر الذي كان يعد مثابة تداركها المشرع في القانون الحالي، وأصبح حالياً، وفقاً للتعديل الجديد، لا يجيز الطعن بقرار التحكيم بأي طريق من طرق الطعن التي تخضع لها الأحكام الصادرة عن القضاء العادي، وإنما يكون من خلال طلب يقدم للمحكمة المختصة أمام القضاء العادي، إذا ما توافرت أسباب محددة على سبيل الحصر، ونعتقد أن التعديل على القانون جاء ليتواءم مع الحكمة التي يتوخاها أطراف النزاع من لجوئهم لفض منازعاتهم بطريق التحكيم دون القضاء العادي وهي سرعة الفصل في النزاع، لأنهم غالباً ما يسلكون هذا الطريق لغايات الحصول على

نتيجة نهائية وعلى وجه السرعة للنزاع ، خلافاً لما هو عليه الأمر عند اللجوء للقضاء العادي الذي يكون متقلاً بالقضايا مما ينعكس سلباً على سرعة البت فيها، علاوة على طرق الطعن التي رسمها القانون للطعن بالأحكام الصادرة عنه تستغرق مدة طويلة، الأمر الذي يمكن التغلب عليه بسلوك طريق بديل، وخصوصاً في النزاعات التجارية، التي غالباً لا تحتمل تأخير البت فيها.

الطعن بالإلغاء يكون إذا توافرت حالات معينة بناءً على طلب أطراف القرار التحكيمي، أو إذا وجدت المحكمة المختصة من تلقاء نفسها توافر حالة من الحالات التي يمكن لها عندها إلغاء القرار، وسنكتفي في بحثنا هذا ببيان الحالات التي يجوز لأطراف النزاع تقديم طلب لإلغاء القرار من خلال تقسيمه إلى مبحثين وذلك على النحو التالي، المبحث الأول لبيان الحالات التي تتعلق باتفاق التحكيم، أما المبحث الثاني فقد خصصناه للحديث عن الحالات التي تتعلق بالخصومة.

المبحث الأول

أسباب الإلغاء التي تتعلق باتفاق التحكيم

يُعد اتفاق التحكيم الأساس الذي تستند عليه العملية التحكيمية⁽¹⁾ لذا فقد نص القانون البحريني كغيره من القوانين على ضرورة وجوده، وعلى وجوب أن يكون صحيحاً، وعلى احترام هيئة التحكيم لهذا الاتفاق طالما كان ضمن الحدود التي رسمها

(1) د.محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط/3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص37. أنظر أيضاً حكم محكمة النقض المصرية في الطعنين رقم (2326 و 2329) لسنة 61ق جلسة 24 ديسمبر سنة 1996، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة السابعة والأربعون، ج/2، من يونيو-ديسمبر، 1996، ص1623.

القانون⁽¹⁾ لذا فقد أجاز القانون البحريني الجديد لأي من أطراف العملية التحكيمية تقديم طلب لإلغاء القرار التحكيمي الصادر إذا توافرت أسباب نص عليها في المادة (34) على سبيل الحصر، بحيث إذا توافر سبب من هذه الأسباب يكون للمحكمة المختصة⁽²⁾ السلطة في إلغاء القرار.

وقد حصرت المادة المذكورة الحالات التي بموجبها يجوز تقديم طلب الإلغاء حيث جاء فيها :

1. لا يجوز الطعن في قرار تحكيم أمام إحدى المحاكم، إلا بطلب إلغاء يقدم وفقاً للفقرتين (2) و(3) من هذه المادة.
2. لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة السادسة أن تلغي قرار تحكيم إلا إذا :

أ. قدم الطرف طالب الإلغاء دليلاً يثبت :

ب. أن أحد طرفي اتفاق التحكيم المشار إليه في المادة (7) (3) يفتقر إلى الأهلية، أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق له. أو بموجب قانون هذه الدولة في حالة عدم وجود ما يدل على أنهما فعلاً ذلك، أو

ج. أن الطرف طالب الإلغاء لم يبلغ على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات

(1) د. محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 473.

(2) المحكمة المختصة وفقاً للمادة السادسة من القانون المرافق هي المحكمة التي تحددها الدولة ومملكة البحرين في التعديل الجديد في المادة السادسة منه جعلت هذا الاختصاص للمحكمة المدنية الكبرى، في حين قبل التعديل كان الاختصاص ينعقد لمحكمة الاستئناف العليا .

(3) المادة السابعة من القانون بينت تعريف الاتفاق وشكله.

التحكيم أو أنه لم يستطع لسبب آخر أن يعرض
قضيته....

من خلال النص السابق نلاحظ أن القانون الجديد أجاز
لأطراف النزاع الطعن بإلغاء القرار التحكيمي في حالات تتعلق
باتفاق التحكيم وقد حصرها بحالتين، الأولى تتعلق بافتقار أطراف
اتفاق التحكيم إلى الأهلية، والثانية بعدم صحة الاتفاق. ولتوضيح
هاتين الحالتين فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص لكل
حالة مطلباً مستقلاً على النحو التالي:

المطلب الأول

أسباب الإلغاء التي تتعلق بافتقار الأطراف للأهلية

اتفاق التحكيم شأنه شأن غيره من التصرفات القانونية من
حيث تطلب صدوره من أشخاص كاملتي الأهلية، ولا يكفي أن
يكون الشخص أهلاً للتعاقد فقط وإنما يشترط أن يكون أهلاً
للتصرف في حقوقه⁽¹⁾ ومنها الحق المتنازع عليه محل اتفاق
التحكيم، ولا يكفي كذلك توافر أهلية الإدارة أو أهلية الإلتجاء إلى
القضاء فقط وإنما يتوجب أن تتوافر لديه أهلية التصرف في الحق
المتنازع عليه⁽²⁾.

والحكمة التي تتوخاها معظم التشريعات من توافر هذا
الشرط هو أن إبرام اتفاق التحكيم قد يترتب عليه فقد أحد

(1) د.أكرم أمين الخولي، اتفاق التحكيم- البيانات الجوهرية، مجلة التحكيم العربي، مجلة تصدر عن
الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد3، أكتوبر لسنة2000، ص6. وقد أكدت ذلك معظم
التشريعات منها القانون المدني الفرنسي في المادة 2059 من القانون المدني حيث جاء فيها"من لا يملك
أهلية التصرف في حقوقه لا يملك إبرام اتفاق التحكيم" وقانون التحكيم الأردني في المادة 9 منه وجاء
فيها "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه".
والمادة 3/173 من قانون المرافعات والتي نصت على "لا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في
الحق محل النزاع"

(2) د.أحمد الصاوي، التحكيم طبقاً لقانون رقم 27 لسنة 1994، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة
ص35، د.عبد المنعم خليفة، التحكيم، ط1، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2006، ص39.

الأطراف لجزء من حقه أو كله في القرار الصادر عن هيئة التحكيم، وبالإضافة إلى أن اللجوء إلى التحكيم فيه تنزلاً بشكل صريح عن الطريق العادي لفض المنازعات وهو القضاء، وتنازل عن الضمانات التي يكفلها هذا الطريق للمتخاصمين، فمن هنا ونتيجة لذلك فإنه يحتاج إلى تمتع الأطراف في اتفاق التحكيم بالأهلية الكاملة للتصرف في الحق المتنازع عليه⁽¹⁾.

ولقد حدد المشرع البحريني في نص المادة (72) من القانون المدني⁽²⁾ المرحلة التي تمكن الشخص الطبيعي من القيام بجميع التصرفات القانونية، وهي بلوغ (21) سنة ميلادية كاملة بالنسبة للتصرفات المدنية⁽³⁾، واشترط عليه سلامة العقل، لذا فإن الشخص الطبيعي يكون مؤهلاً للاتفاق على شرط التحكيم متى توافرت لديه الشروط المنصوص في القانون المدني البحريني.

إلا أن السؤال الذي يمكن أن يتبادر إلى الذهن هو إذا لم تتوافر في الشخص الطبيعي إحدى الشروط التي تطلبها القانون فما هو مصير التصرفات التي سيقوم بها والتصرفات التي نعيها بهذا الصدد هو اتفاق التحكيم؟

إن الإجابة على هذا السؤال نجدها في الفقرة الثانية من المادة (34) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني في البند الاول منها، والتي أعطت الحق لأطراف الاتفاق عند افتقارهم

(1) د. أحمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، ط/4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص82.
(2) القانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001. وحددت المادة (13) من قانون الولاية على المال سن الرشد ببلوغ سن احدى وعشرين سنة ميلادية كاملة.
(3) تختلف في مملكة البحرين اهلية ابرام التصرفات التجارية عن الاهلية المدنية ، حيث اشترط القانون البحريني في المادة (13) من قانون الولاية على المال(القانون رقم 7 لسنة 1986) بلوغ سن الثامنة عشر للقيام بالاعمال التجارية ، شريطة ألا يكون لديه مانع قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرها، وهذا ما تضمنته المادة العاشرة من قانون التجارة البحريني رقم 7 لسنة 1987.

لأهلية التصرف، الحق في الطعن بالقرار الصادر بالاستناد إلى مثل هذا الاتفاق بالإلغاء.

وبناءً على ذلك إن إبرام اتفاق التحكيم من قبل الصبي غير المميز، وهو كل من لم يتم سبع سنوات من عمره، حيث يكون إدراكه في هذه المرحلة منعدماً، الأمر الذي يدخل جميع تصرفاته القانونية في دائرة البطلان المطلق بصدد أي اتفاق يقوم به، ومنها إبرامه لاتفاق تحكيم. ويتم تعيين الولي أو الوصي لإدارة أموال الصبي غير المميز وللقيام بالتصرفات القانونية باعتباره نائباً قانونياً عنه، والوصي باعتباره نائباً قضائياً⁽¹⁾، ولكن هذه السلطات لا تكون لهما بشكل مطلق وإنما تكون مقيدة بحدود الأذن الممنوح لهما من الجهة المختصة⁽²⁾ وإبرام اتفاق التحكيم يحتاج لمثل هذا الإذن ولا يستطيع أي منهم إبرامه بالنيابة عن الصبي غير المميز إلا بعد الحصول على هذا الإذن، وفي حال لم يتم الحصول على هذا الإذن يكون رغم اللجوء إلى إبرام اتفاق تحكيم وصدر قرار بناء على الاتفاق فإنه يكون قابلاً للطعن عن طريق الإلغاء، ويطبق على الشخص المصاب بعاهة، كالجنون، أو العته ذات الأحكام التي تطبق على الصبي غير المميز لأنه في هذه الحالة يحتاج لمن يقوم مقامه، أما القاصر الذي لم يتم سن البلوغ فإنه أيضاً يحتاج إلى الحصول على إذن لإدارة أمواله.

من خلال ما تقدم يتضح أن انتقال الأهلية بانعدامها أو بنقصها يعتبر سبباً من الأسباب التي يمكن الاستناد إليها في طلب

(1) د. العوضي عثمان، مبادئ القانون، ط2، مطبعة الهادي فرج، القاهرة، 2006، ص189.

(2) في مملكة البحرين الجهة التي تختص بمنح الأذن للولي والوصي هو مجلس الولاية على أموال القاصرين.

إلغاء قرار التحكيم بالنسبة للشخص الطبيعي، أما بالنسبة للشخص المعنوي أيضاً يتوجب أن تتوافر لديه الأهلية، وتستند أهلية الشخص المعنوي كما هو معروف بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاصة الغرض الذي تأسست من أجل تحقيقه⁽¹⁾.

فشركات الأموال كشركة المساهمة يتم إدارتها من قبل مجلس إدارة يتم اختياره من قبل الجمعية العامة للمساهمين⁽²⁾، ويُعهد لهذا المجلس عملية إدارة الشركة، ومن خلال ذلك يكتسبون أهلية إبرام التصرفات القانونية في حدود الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله وفي حدود نطاق موضوعها فقط، ومن ضمن التصرفات التي يحق لهذا المجلس إتقانها باسم الشركة إبرام اتفاق التحكيم إذا تعلق النزاع وهي بصدد قيامها بالغرض الذي وجدت من أجل تحقيقه.

ويمتنع على مجلس الإدارة لشركة المساهمة مباشرة أعمال أو أية عقود ومنها إبرام اتفاق التحكيم دون الحصول على الأغلبية التي يتطلبها القانون في هذا الشأن⁽³⁾، وفي حال مخالفة المجلس هذا الأمر يكون الاتفاق محل إلغاء، ويستطيع باقي الأعضاء والجمعية العامة الاستناد إليه كسبب في طلب الإلغاء باعتبار أن الاتفاق تم إبرامه ممن لا يملك إبرامه.

(1) د. أحمد محمد عبد البديع ، المرجع السابق ، ص154.

(2) عالج قانون الشركات البحريني الأحكام المتعلقة بتكوين مجلس المساهمة وشروط العضوية واختصاصات واجتماعات المجلس ومسئولية أعضائه والمكافآت التي تتمتع لهم، وكيفية عزلهم واعتزالهم في المواد(172-216) من القانون رقم (21 لسنة 2001) وتعديلاته.

(3) ويكون اجتماع مجلس إدارة الشركة صحيحاً إذا حضره نصف عدد أعضائه على الأقل عن العدد عن ثلاثة أعضاء مالم ينص نظام الشركة على عدد أو نسبة أكبر، وهذا ما نصت عليه المادة (2/180) من قانون الشركات، ويكون التصويت بأغلبية أصوات الحاضرين وإذا تساوى عدد الأصوات يرجح هنا الجانب الذي منه رئيس المجلس ، (5/180) من قانون الشركات البحريني.

أما شركات الأشخاص ومنها شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة فإن إدارتها تعهد إلى مدير أو مدراء، أو للشركاء جميعهم بالنسبة لشركة التضامن⁽¹⁾، ويستطيع هؤلاء إيراد التصرفات، وكما هو الحال، بالنسبة لشركة المساهمة فإن من يتولى إدارة الشركة يكون له الحق في مباشرة كافة التصرفات بعنوانها التجاري ومن ضمن هذه التصرفات إيراد اتفاق التحكيم.

ولكن فيما لو كان اتفاق التحكيم لا يدخل ضمن نطاق سلطات من يقوم بإدارة الشركة فإن المسألة هنا تعود للشركاء الذين تتألف منهم الشركة لاتخاذ القرار المناسب سواء بالسماح لمباشرة هذا التصرف، وهو هنا اتفاق التحكيم، أو عدم السماح له بذلك⁽²⁾.

ومما تقدم نجد أن ممارسة المدير أو المديرين بالخلاف لما تطلبه القانون يعني أن يكون اتفاق التحكيم محلاً للطعن فيه بالإلغاء، بمعنى أن الاعتراف للشخص المعنوي بالأهلية بالنسبة لحقوقه والتزاماته التي تدخل في الغرض الذي نشأ من أجل تحقيقه، إلا أنه يتوجب التحقق من أمرين، الأول، مسألة أن التوقيع على الاتفاق بالنيابة عن الشخص المعنوي كان ممن يملك حق التوقيع باسمه على الاتفاق، ويكون من خلال الرجوع إلى

(1) عالج قانون الشركات البحريني أحكام إدارة شركة التضامن في المواد من (40-47) وفي المادة (50) منه أحكام إدارة شركة التوصية البسيطة، ولمزيد من التفاصيل حول إدارة هذه الشركات وحول كيفية اختيار المدير أو المدراء، ارجع د. محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري المصري، ج/1، القاهرة، 1997، ص 145. ود. علي البارودي، القانون التجاري، ط/1، الاسكندرية، 1986، ص 218 وما بعدها، وفي القانون البحريني كتاب د. يسرية عبد الجليل، الوسيط في قانون الشركات التجارية البحريني، ط/1، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، 2012، ص 110 وما بعدها.

(2) ويكون قرار الشركاء بالإجماع إلا كان عقد التأسيس والنظام الأساسي يتطلب أغلبية معينة لإصدار القرارات بالاستناد عليها.

القانون الذي يحكم هذا الشخص، والأمر الثاني، هي ضرورة التأكد من توافر الأهلية (للشخص المعنوي، والشخص الطبيعي الذي يمثلته) وسلامة الإرادة وخلوها من عيوب الإرادة بالنسبة للشخص الطبيعي الذي يمثل الشخص المعنوي، ويتم تحديد أهلية الشخص المعنوي وومثله وفقاً للقانون الواجب التطبيق لأن العبرة بالقانون الذي يحكم الطرف الأصل الذي صدر التصرف باسمه⁽¹⁾.

أما في حال حل الشركة لأي سبب من الأسباب التي نص عليها القانون⁽²⁾، فإن الشركة لا بد من تسوية العلاقات التي نشأت نتيجة لوجود الشركة القانوني، وحصر موجوداتها ومعرفة مالها وما عليها وتوزيع فائض التصفية على الشركاء، وهذه العملية تسمى (التصفية)⁽³⁾، ومن يقوم بها يطلق عليه تسمية المصفي، وهو من يبدأ دوره في هذه المرحلة، ويتوقف دور المدير أو المدراء أو مجلس الإدارة (بحسب الأحوال)، وبناءً على ذلك فإنه - المصفي - هو من يتولى زمام الأمور، ومن ضمن هذه السلطات التي تتقده في هذه المرحلة إبرام اتفاق التحكيم، ولكن يجب أن يكون الاتفاق بصدد نزاع يتعلق بعملية التصفية، ويعتبر هنا مالاً كاملاً للأهلية في هذا الصدد، ولا يحتاج إلى الحصول على موافقة من الشركاء لغايات إبرام مثل هذا الاتفاق،

(1) د.عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم الدولي، ج/3، دار المعارف، الاسكندرية، 1999، ص348.

(2) بين المشرع البحريني . هذه الأسباب الخاصة لإنقضاء الشركة في المواد من (320-324) والأسباب العامة لإنقضاء الشركة يُصار إلى الرجوع إلى المواد من (475-480) من القانون المدني البحريني، المرسوم بقانون رقم(19 لسنة2001).

(3) لمزيد حول هذا الموضوع أرجع د. علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص590 وما بعدها.

والقانون البحريني خوله هذا الأمر ومنحه هذه السلطة بموجب المادة (333) من قانون الشركات.

وخلاصة ما تقدم يمكننا القول بأن عدم توافر الأهلية لأحد أطراف اتفاق التحكيم يجعل القرار الصادر عن المحكم، الذي استند لمثل هذا الاتفاق، محلاً للطعن فيه بالإلغاء بالاستناد إلى هذا السبب، ولذا فإنه إذا كانت الأهلية منعدمة، ولكون اتفاق التحكيم في هذه الحالة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه صدر من فاقد الأهلية القانونية، لذا يكون طلب الإلغاء من من حق أي شخص يتوفر فيه شرط المصلحة في هذا الاتفاق، أما بالنسبة لناقص الأهلية، ولكون البطلان هنا بطلاناً نسبياً، فإن الطعن يكون من حق الشخص الذي يتعلق به سبب البطلان (ناقص الأهلية) أو لأحد ورثته، أو السلف، أو ممثله الشرعي أي الولي أو الوصي. ولكن كنا نتمنى على المشرع البحريني أن يشترط توافر الأهلية لدى الخصوم في جميع مراحل التحكيم وحتى صدور قرار فاصل في النزاع، وعدم الاكتفاء بالنص على وجوب توافر الأهلية فقط في المرحلة الأولى من مراحل التحكيم وهي مرحلة الاتفاق على اللجوء إلى فض النزاع بالتحكيم، بمعنى كنا نتمنى لو أن القانون البحريني اعتبر نقص الأهلية أو فقدها أثناء العملية التحكيمية سبباً لإلغاء القرار وعدم الإقتصار على اعتباره كذلك إذا ما توافر هذا السبب عند إبرام اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني

إلغاء القرار لعدم صحة اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم الخطوة الأولى في العملية التحكيمية، لذا فهو الأساس الذي تبنى عليه هذه العملية برمتها، حيث لا نستطيع أن نتخيل إجراء التحكيم والسير بإجراءاته، وإصدار القرار في النزاع المعروف على هيئة التحكيم، دون وجود لهذا الاتفاق⁽¹⁾.

ولكن مع ذلك في بعض الحالات رغم عدم وجود اتفاق التحكيم فإن البعض يرى⁽²⁾ أنه قد يؤدي إتيان أطراف النزاع سلوكاً إيجابياً، كمشاركتهم في العملية التحكيمية دون تحفظ، أو دون اعتراض على ولاية المحكم، فإن هذا يعني قبولاً ضمناً باللجوء إلى فض النزاع بالتحكيم، ومن ثم لا يعد هذا سبباً لإلغاء قرار التحكيم، ولا يمكن الاستناد إليه في الطلب المقدم بهذا الصدد.

وقد خصصت هذا التقسيم للحديث عن حالة بطلان وعدم صحة اتفاق التحكيم وفقاً لما ورد في المادة (1/2/34) في الشق الثاني من البند الأول منها، والذي يتعلق بإلغاء قرار التحكيم عند عدم توافر أحد الأركان والشروط الواجب توافرها لوجود وصحة اتفاق التحكيم كالرضا والمحل والسبب والمشروعية، وأن تخلو إرادة أطراف الاتفاق من عيوب الرضا التي تفسده كالإكراه

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط/3، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص242..

(2) د. نبيل اسماعيل عمر، دعوى بطلان حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص396..

والغلط والتدليس والتي تعيب أي تصرف قانوني، واتفاق التحكيم إحدى هذه التصرفات التي تتأثر بهذه العيوب⁽¹⁾.

وتطلب القانون المرافق أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً وفقاً للقانون الذي اختاره أطرافه ليُصار إلى تطبيقه على هذا الاتفاق، أو قانون الدولة التي صدر فيها القرار⁽²⁾.

من المعروف أن اتفاق التحكيم⁽³⁾ يأخذ إحدى صورتين، فإما أن يكون بصورة شرط، أي أن يرد كنص ضمن نصوص العقد الأصلي يقضي باللجوء إلى التحكيم لفض أي نزاع يثور مستقبلاً بصدد العقد أو تنفيذه⁽⁴⁾، أو قد يكون بصورة مشاركة، وهو اتفاق يبرمه الأطراف بشكل مستقل ومنفصل عن العقد الأصلي، يتضمن اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع الناشب بين أطرافه⁽⁵⁾، وسواء كنا بصدد شرط أو مشاركة⁽⁶⁾ فلا أهمية لذلك في موضوعنا الذي نحن بصدده لأنهما في الحقيقة ليسا إلا اتفاق تحكيم ولهما نفس الطبيعة القانونية، رغم أن الصورة الأولى لهذا الاتفاق هي الأكثر شيوعاً في الواقع العملي حيث أن غالبية

(1) د.صلاح جمال الدين ومحمود مصلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص 448.

(2) وهذا ما أقرته المادة (1/1/36) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني .

(3) المستشار أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم، ط/7، دار القانون للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص 34 وما بعدها.

(4) د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، ط/4، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1983 ص 15 وما بعدها.

(5) د.محمود السيد عمر التحيوي التحكيم في المواد المدنية التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص 32 وما بعدها. ارجع أيضاً د. ناجي عبد المؤمن، الاتجاهات الكبرى في امتداد شرط التحكيم، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، جمهورية مصر العربية، العدد الثاني، السنة الثامنة والأربعون، يوليو، 2006، ص 37.

(6) وقد بينت محكمة النقض المصرية ذلك في حكمها في الطعن رقم 7307 لسنة 76 ق، جلسة 2008/2/8، حيث جاء في هذا الحكم "شرط التحكيم ومشاركة التحكيم يعبران عن معنى واحد هو اتفاق التحكيم، أي اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات المبينة في ذلك الاتفاق" هذا الحكم منشور في مجلة التحكيم العربي، الاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد 11، يوليو 2008، ص 221.

العقود التجارية الدولية أصبحت تتضمن بنداً فيها يقضي باللجوء إلى التحكيم في حال نشب نزاع بين أطرافها في المستقبل لأنها تتضمن شرطاً تحكيمياً.

ولصحة اتفاق التحكيم وفقاً لأحكام القانون لقانون التحكيم البحريني يتوجب أن يكون مكتوباً⁽¹⁾، وذلك لإحاطته بضمانات معينة وأهمها التحقق من أن إرادة الأطراف قد اتجهت فعلياً إلى اللجوء للتحكيم لفض النزاع الناشئ بينهم، أو الذي سينشأ وأنهم لا يرغبون باللجوء للقضاء العادي، والكتابة يمكن استيفائها وتعتبر متوفرة إذا كانت المعلومات الواردة فيها متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً، ويمكن أن تتوافر الكتابة من خلال الخطابات الإلكترونية سواء كانت بوسائل إلكترونية، أو مغناطيسية، أو بصرية من خلال التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرق والفاكس والنسخ البرقي⁽²⁾.

كما أن القانون المرافق اعتبر أن شرط الكتابة متوافراً في اتفاق التحكيم إذا كان وارداً في تبادل لبياني الإدعاء والدفاع الواردة في إحدهما إشارة لوجود اتفاق تحكيم لم ينكره الطرف الآخر⁽³⁾. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة جنيف رفض تنفيذ حكم التحكيم بسبب عدم وجود تبادل للمراسلات بين الطرفين، حيث كانت حيثيات القضية تتعلق بعقد بيع أبرم بين شركة ألمانية وهي البائع والمشتري كانت شركة سويسرية، حيث قامت الشركة الألمانية تأكيداً يتعلق بالمبيعات يتضمن شرط تحكيم، ولكن لم يتم الرد عليه من قبل الشركة السويسرية، لذا قضت المحكمة بعدم

(1) المادة (2/7) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني.

(2) المادة (4/7) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني.

(3) الفقرة الخامسة من المادة السابعة من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني.

وجود تبادل للمراسلات بين الطرفين، الأمر الذي لا يعتبر وفقاً له هذا الاتفاق صحيحاً⁽¹⁾ .

ويستفاد من الفقرات السابقة أن شرط الكتابة هو شرط لانعقاد اتفاق التحكيم وليس شرطاً للإثبات، وهذا ما أخذت به معظم التشريعات العربية والأجنبية⁽²⁾، ولكن بعض التشريعات⁽³⁾ اعتبرت هذا الشرط للإثبات وليست للإنعقاد، وفي قضية عرضت على التحكيم تخصص وقائعها بأن قامت شركة إيطالية باستئجار سفينة من شركة مسجلة في بنما ومملوكة لجهة يونانية، وقد ورد في عقد الإيجار المطبوع على التحكيم في لندن، وعند نشوب النزاع بين الأطراف امتنعت الشركة الإيطالية عن تعيين محكم أو الاشترك في تعيينه، ولا في إجراءات التحكيم، فصدر قرار التحكيم لمصلحة مالك السفينة، وعندها لجأ إلى تنفيذ الحكم على الشركة الإيطالية في إيطاليا، فتمسكت الشركة الإيطالية أمام المحكمة الاستئنافية التي تم تقديم طلب التنفيذ أمامها ببطلان اتفاق التحكيم لعدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون الإيطالي، والتي تتمثل في وجوب توقيع الأطراف على شرط التحكيم، الوارد في العقود المطبوعة مسبقاً، توقيعاً خاصاً ولا يكفي التوقيع على العقد لاعتبار ذلك قبولاً من الأطراف بشرط التحكيم⁽⁴⁾، ويعتبر هذا تشدداً من المشرع الإيطالي في هذا الصدد حيث أنه أخذ بمبدأ

(1) د. عزت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص244.

(2) القانون الأردني في المادة(2/ب) والقانون من قانون التحكيم الاردني ، والمادة () من قانون التحكيم المصري ، أما القانون المغربي في الباب الثامن من المسطرة المدنية الصادرة بتاريخ 1974/4/28 في المادة(306).

(3) منها قانون المرافعات الكويتي في الباب الثاني عشر المتعلق بالتحكيم في المادة(1/173) والذي قرر أنه يمكن أن يثبت اتفاق التحكيم في الكتابة .

(4) د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص342.

استقلالية شرط التحكيم لدرجة أنه اعتبره اتفاقاً مستقلاً يحتاج، حتى ينفذ بحق الأطراف، لتوقيعهم عليه بشكل مستقل عن العقد الأصلي باعتبارهما اتفاقين مستقلين تماماً عن بعضهما البعض.

من خلال ما تقدم نلاحظ أن التشريعات تشددت في ضرورة كتابة اتفاق التحكيم واعتبرته شرطاً للانعقاد ومنها من اعتبرته شرطاً للثبات، ومنها القانون البحريني، ولكن في النص المتعلق بالإلغاء لم يقرر البطلان لقرار التحكيم لتخلف كتابة اتفاق التحكيم، بل ترك ذلك حسب الأحوال وفقاً للقانون الواجب التطبيق على الاتفاق بقوله "أو أن الاتفاق غير صحيح بموجب القانون الواجب التطبيق الذي أخضع الطرفان الاتفاق له" وبناءً على ذلك يكون إلغاء قرار التحكيم عند تخلف الكتابة بالرجوع إلى القانون الواجب التطبيق على الاتفاق، بحيث إذا تطلب هذا القانون الكتابة، فعند تخلفها يكون القرار قابلاً للإلغاء، ويستطيع الأطراف الاستناد إلى هذا السبب في طلب الإلغاء، بينما لا يستطيع أحدهم ذلك إذا كان القانون الواجب التطبيق على الاتفاق لا يشترط الكتابة، حتى لو كان قانون الدولة التي سينفذ فيها القرار تشترط ذلك لصحته.

ولا تكفي الكتابة لصحة اتفاق التحكيم، ولكن شأنه شأن باقي العقود يحتاج صدوره عن يتمتعون بإرادة سليمة خالية من عيوب الإرادة، وكما يشترط أيضاً أن يكون النزاع محل الاتفاق قابلاً للفصل فيه عن طريق هذه الوسيلة لفض المنازعات، والعبارة بتوافر الرضا يكون وفقاً للقانون الذي يحكم العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم إذا كان بصورة مشاركة، وبالرجوع إلى القانون

البحريني نجد أنه لم يحدد القانون الواجبلى اتفاق التحكيم، وإنما تعرض فقط لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث أخضع هذه المسألة للقواعد العامة التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق على تطبيق قانون دولة ما فإنه يُصار إلى اتباع القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، بينما المشرع المصري في قانون التحكيم⁽¹⁾ نص على أنه "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم في الأحوال التالية... ب- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية، أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته"، ويرى جانب من الفقه⁽²⁾. أن هذا النص فيه تأكيد من المشرع المصري على تطبيق قواعد الأهلية الواردة في القانون الدولي الخاص، التي تتضمن حكم الأهلية يكون وفقاً لقانون الدولة التي يحمل جنسيتها، وقد جاء النص بهذا الشكل لأن المشرع افترض وجود عنصر أجنبي في اتفاق التحكيم.

وهنا نجد أنه من الضروري على المشرع البحريني تدارك هذا النقص، حيث أنه من المهم والضروري النص على تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وخصوصاً أن أطراف التحكيم عادة يحملون عدة جنسيات، وهنا تكمن المشكلة، أي في القانون الواجب التطبيق على الاتفاق عندما نكون بصدده علاقة من عدة أطراف وكل منهم ينتمي إلى جنسية مغايرة لجنسية الآخر، وبالتالي نكون أمام جنسيات تحكمها قوانين مختلفة، لذا كنا نتمنى لو أن المشرع البحريني أخذ بما أخذت به

(1) المادة (1/53/ب) من قانون التحكيم المصري.

(2) د.عزمي عبد الفتاح، دعوى بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994، مجلة التحكيم والقانون، المجلد الثالث، يوليو، 1997، ص 92.

اتفاقية نيويورك⁽¹⁾ حيث وضعت معياراً واضح المعالم لمثل هذه الفرضية، وجاءت بقاعدة تنازع موحدة لتحديد مسألة بطلان اتفاق التحكيم، حيث يتم الاستناد إلى القانون الذي اتفق الأطراف على إخضاع شرط التحكيم له، وفي حال لم يتم الاتفاق بينهم على قانون معين يُصار إلى تطبيق قانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

واعتبر جانب من الفقه⁽²⁾ أن ما ذهب إليه اتفاقية نيويورك إنجازاً كبيراً وذلك لتأكيدهما على مبدأ سلطان الإرادة وتغليبهما على إقليمية حكم التحكيم وذلك عندما منحت لقاعدة الإسناد الأصل لإرادة الأطراف والإستثناء لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

وأخيراً فإننا نرى، ولكون القانون المرافق نص في المادة (16) منه على اختصاص هيئة التحكيم بالبت في اختصاصها بما في ذلك البت في أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، لذا فإننا كنا نتمنى لو أن النص كان يقضي بأنه عند تعلق الخل بوجود اتفاق التحكيم أو صحته أن يتوجب على صاحب المصلحة الدفع بذلك أمام هيئة التحكيم لكان أفضل من النص على اعتباره سبباً من أسباب إلغاء القرار التحكيمي، وذلك لأن هذا الخل غالباً ما يظهر أثناء السير بالإجراءات وأثناء نظر الخصومة من قبل الهيئة، لذا إن في اعتبار هذا الأمر سبباً للطعن بإلغاء القرار قد يكون من شأنه الماطلة والتسويق، بمعنى أن صاحب المصلحة قد ينتظر، رغم علمه بالخل، لحين صدور القرار وبعدها يستند إليه في طلب الإلغاء كسباً للوقت.

(1) المادة (1/2) من اتفاقية نيويورك.

(2) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، ج/2، الكتاب الأول، القاهرة، 1991، ص171 وما بعدها.

المبحث الثاني

حالات الإلغاء التي تتعلق بالخصومة

تتم العملية التحكيمية بمعرفة محكم أو محكمين بالإستناد إلى إجراءات تنتهي عادة بصدور قرار التحكيم، والأصل أن لأطراف النزاع حرية واسعة في اختيار المحكم أو المحكمين (هيئة التحكيم)، وكذلك الاتفاق على الإجراءات التي ستتبعها هذه الهيئة للسير في الخصومة، ووضع القانون نصوصاً يتوجب على الأطراف الإلتزام بها، وبالرغم من الحرية الممنوحة للأطراف إلا أن القانون وضع قواعد ومبادئ أساسية عليهم مراعاتها، وفي حال الخروج عليها، سواء عند تشكيل الهيئة أو عند السير بالإجراءات، أو عند إصدار الهيئة لقرارها، فإن ذلك يؤدي إلى إمكانية الطعن ببطلان القرار بالإستناد على ذلك، وهذا ما سنعمل على بيانه في هذا المبحث، والذي تطلب منا تقسيمه إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول

إلغاء القرار لعدم تبليغ طالب الإلغاء بتعيين أحد المحكمين بإجراءات التحكيم

تنص المادة (2/2/34) على أنه "أن الطرف طالب الإلغاء لم يبلغ على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنه لم يستطع لسبب أو آخر أن يعرض قضيته"، فمن خلال هذا النص يتضح لنا أن مبدأ احترام حقوق الدفاع من الحقوق التي كفلها القانون للخصوم حتى لو كنا بصدد عملية تحكيمية، وبعبارة أخرى القضاء العادي، حيث أنه رغم أن المحكم يستمد سلطاته من إرادة أطراف النزاع، واتفاقهم على منحه اختصاص الفصل في النزاع المعروض عليه غير أن هذا المحكم

عند ممارسته لمهمته يُعد بمثابة القاضي، وعليه أن يؤدي نفس الوظيفة، ويلعب نفس الدور عند نظيره للمنازعات المعروضة أمامه⁽¹⁾، لذا يتوجب عليه أيضاً- أي المحكم- أن يلتزم بالقواعد والمبادئ الأساسية التي تحكم الخصومة بين أطراف النزاع⁽²⁾، والتي يأتي مقدمتها مبدأ احترام حق الدفاع بالنسبة للخصوم، والفقرة أعلاه تعد ترجمة لهذا المبدأ خصها المشرع البحريني بنص خاص، وجعل منها سبباً مستقلاً للطعن بالإلغاء في القرار الصادر عن المحكم نتيجة لإخلاله بهذا المبدأ.

فإذا لم يستطع طالب إلغاء قرار التحكيم تقديم دفاعه نتيجة لعدم تبليغه بشكل صحيح بتعيين المحكم، أو ببدء إجراءات التحكيم ففي هذه الحالة يكون قرار المحكم الصادر في النزاع قابلاً للطعن فيه بالإلغاء لعدم احترام حق الدفاع وللإخلال بمبدأ المساواة بين أطراف النزاع أمام هيئة التحكيم⁽³⁾. بمعنى أن ترتيب الإلغاء نتيجة لعدم التبليغ لطالب الإلغاء ليس بسبب التبليغ بحد ذاته، وإنما بسبب عدم القدرة على تقديم الدفاع من قبل طالب الإلغاء، حيث أن عدم التبليغ يؤدي بالضرورة إلى عدم القدرة على تقديم دفاعه، وعدم تبليغه باختيار المحكم من قبل الخصم أو بالإجراءات التي اتبعتها هذا المحكم، يؤدي إلى

(1) د. علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص301.

(2) لمزيد حول هذه المبادئ ارجع، د. عبد الله البياتي، كفاءة حق التقاضي، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر، عمان، 2002، ص102 وما بعدها، ود. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص31 وما بعدها.

(3) د. حفيفة السيد حداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1997، ص192، د. حسني المصري، مرجع سابق، ص492، د. رضوان عبيدات وجورج حزبون، النظام القانوني لدعوى البطلان لحكم التحكيم وفق أحكام القانون الأردني والمقارن، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد الأول، العدد الثاني، 2006، ص512.

المساس بالمبادئ الأساسية التي يجب احترامها والتقيّد بها أثناء سير عملية التحكيم، مثل معاملة الخصوم على قدم المساواة واتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم استناداً إلى مبدأ المواجهة بين الخصوم، وكذلك ضرورة اتخاذ الإجراءات بحضور جميع المحكمين ووجوب نظر الخصومة في التحكيم بحضور جميع المحكمين، وعدم جواز استناد المحكم إلى علمه الشخصي عند إصداره لقراره⁽¹⁾.

والإخلال بكل ذلك يعد سبباً يبرر إلغاء قرار التحكيم، ويستطيع طالب الإلغاء الاستناد إليه في الطلب المقدم للمحكمة المختصة، فمثلاً عدم تبليغ أحد الأطراف بانتخاب الخبير الفني المنتخب من قبل المحكم لإجراء خبرة بصدد مسألة معينة، أو عدم تمكن أحد الأطراف من الإطلاع على تقرير الخبرة المقدم من الخبير لهيئة التحكيم، أو عدم تمكنه من الإطلاع على بعض المستندات المقدمة من قبل الطرف الآخر، أو عدم تبليغ الخصم بمواعيد الجلسات في حال كان التحكيم يجري بهذه الكيفية،⁽²⁾ أو أي شكل من شأنه أن يمنع أحد الأطراف من تقديم دفاعه لسبب خارج عن إرادته⁽³⁾.

وإذا كان طالب الإلغاء قد حصل على فرصة كافية لتقديم دفاعه ومستنداته، سواء أمام المحكم، أو أمام الخبير، ولكنه تقاعس عن

(1) د. محمود السيد التحيوي، مرجع سابق، ص 181.
(2) حيث أن التحكيم قد يكون إما بتحديد جلسات لنظر النزاع، وإما أن يكتفي المحكم بما قدمه الأطراف ويقوم هو بدوره بدراسة ملف الدعوى ويصدر قراره دون أن يكون هناك جلسات مرافعة، أنظر في تفصيل ذلك د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 111،

(3) د. محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص 239.

فعل ذلك، فهنا ذهب القضاء المصري⁽¹⁾ إلى أنه لا تتوافر هذه الحالة بمعنى أنه لا يعد سبباً يمكن الاستناد عليه في طلب الطعن في قرار التحكيم ولو لم يتم إعلانه بإجراءات دعوى التحكيم إعلاناً قانونياً صحيحاً.

كما يرى البعض⁽²⁾ أن تقدير حدوث إخلال بحق الدفاع من عدمه يدخل في سلطة المحكمة المختصة بنظر طلب الإلغاء، وقد حكم بأن عدم الاستماع إلى أحد الشهود شخصياً، والإكتفاء بإفادته الخطية لا يشكل خرقاً لحقوق الدفاع⁽³⁾ طالما أن المحكم قد مكن الطرفين من توجيه الأسئلة الخطية إلى الشاهد، وأن ما ورد في هذه الشهادة قد تمت مناقشته، كما حكم⁽⁴⁾ بأن رفض المحكم طلب ضم المستندات والمحاضر المتعلقة بالاستجواب لبعض الشهود يدخل في سلطته التقديرية ولا يعتبر إخلالاً بحق الدفاع.

ولكن يمكن القول أنه يعتبر من قبيل الإخلال بهذا المبدأ بحق الخصوم بالدفاع وقوع الغش من قبل أحد الخصوم الأمر الذي يؤدي إلى التأثير على قرار المحكم، أو أنه قد يقر أحد الأطراف أن بعض الأوراق التي تم تقديمها أثناء نظر النزاع كانت مزورة، هذا في حال كان الحكم قد صدر بالإستناد إلى هذه المستندات، أو أن القرار الصادر قد بني على شهادة زور من قبل الشهود.

(1) استئناف القاهرة، 7 تجاري، 2009/5/5 في الدعوى رقم 2009/112، علماً بأن القانون المصري أخذ بطريق الطعن بالبطلان وليس بالإلغاء، ولكن باعتقادي أنه بالإمكان الاعتماد عليه بهذا الصدد.
(2) دفتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2007، ص306.

(3) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990، ص264.
(4) محكمة التمييز اللبنانية المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2007/159، الصادر بتاريخ 2007/12/18، مجلة التحكيم، بيروت، 2009، العدد الأول، ص231.

وإننا كنا نتمنى لو أن النص جاء بصياغة أوضح بدلاً من الإكتفاء بالقول "أو أنه لم يستطع لسبب آخر أن يعرض قضية" ، لأن النص بهذا الشكل يفتح الباب أمام التوسع بتفسيره، الأمر الذي يجعل القرارات التحكيمية عرضة للإلغاء طالما أن النص جاء فضفاضاً بهذا الشكل، لذا كنا نتمنى لو تم حصر هذه الأسباب وذكرها بصورة تمنع من فتح المجال في تفسير هذا النص.

ولكن السؤال هنا ما هو القانون الواجب التطبيق لمعرفة مدى الإخلال بحقوق الدفاع، أو الإخلال بالقواعد الأساسية لإجراءات التحكيم؟

بهذا الصدد هناك اتجاهين، الأول⁽¹⁾ يرى أن قانون الدولة التي تم تقديم طلب الإلغاء أمامها هي التي يطبق قانونها في هذا الصدد وهو القانون الواجب الاتباع والمراعاة فيما يتعلق بالقواعد الأساسية لإجراءات التحكيم، وبناءً على ذلك إذا كانت هذه الإجراءات مخالفة لقانون هذه الدولة فإن القرار يكون قابلاً للإلغاء بناءً على ذلك. ورأي آخر⁽²⁾ ذهب إلى أن القواعد الأساسية للإجراءات والتي يدخل حق الدفاع ضمنها، ليست مرتبطة بقانون دولة معينة كون هذا الأمر يعتبر مبدأً عالمياً يقوم على أساس قوامه معاملة الخصوم على قدم المساواة، لذا فإنه يتوجب على المحكمة التي يقدم إليها طلب الإلغاء الأخذ

(1) د. عزت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ط/1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 244.

(2) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1981، ص 117.

بالمبادئ المشتركة للأنظمة القانونية والضمانات الضرورية التي تقره هذه الأنظمة.

ويرى البعض⁽¹⁾ أنه في حالة تم حرمان أحد أطراف النزاع من حق الدفاع، فإنه يجب النظر إلى مدى تأثير القرار النهائي بهذه المخالفة، حيث أنه تبين أن هذه المخالفة كانت تستند على عدم تبادل بعض المستندات بين الأطراف، أو كان سبب تقديمها بعد الإنهاء من إجراءات النظر بالقضية التحكيمية وبعد تقديم المرافعات النهائية وبعد قفل هذا الباب، وإذا تبين أن المحكم أو هيئة التحكيم في قرارها النهائي اعتمدت على هذه المستندات، فإن القرار في هذه الحالة يكون قابلاً للإلغاء، ولكن إذا تبين عدم اعتماد المحكم، أو هيئة التحكيم على هذه المستندات فهذا لا يكون القرار قابلاً للإلغاء لأن العبرة هنا بمدى تأثير قرار التحكيم بالإجراء، وليس بالإجراء ذاته.

وإننا نميل إلى هذا الاتجاه، ونرى أن الإجراء إن لم يكن له تأثير سلبي على قرار التحكيم فلا حاجة لأن نعول عليه كسبب من أسباب إلغاء قرار التحكيم، بمعنى أنه في حال تم تقديم بعض المستندات ولم يتم إطلاع الطرف الآخر في الخصومة عليها، وعند إصدار المحكم لقراره لم يلتفت إليها ولم يكن لها دور في نتيجة القرار النهائي، فهذا لسنا مع قبول طلب الخصم الذي يبني طعنه على هذا الأساس، وذلك لسد باب المماطلة والتسويق في القضايا التحكيمية بما يتناسب مع الحكمة التي توخاها المشرع من سلوك هذا الطريق لفض المنازعات دون اللجوء إلى القضاء

(1) أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض عليه، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة العربية، عمان، 2011، ص194.

العادي، وهي سرعة البت في النزاع والابتعاد عن تعقيدات الإجراءات التي قد تكون ملحوظة أحياناً في القضاء العادي.

وما يؤيد وجهة نظرنا هذه، ما ذهب إليه القضاء الأمريكي عندما دفع المدعى عليه برفض حكم التحكيم على أساس أن هيئة التحكيم لم تسمح له بتقديم بعض أدلة الإثبات ذات الصلة بموضوع النزاع، فرفضت المحكمة هذا الدفع بقولها أن هيئة التحكيم تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد ما هو ضروري من أدلة الإثبات، وما هو غير ذلك، وطالما أنه لم يثبت أن هيئة التحكيم قد أساءت استعمال هذه السلطة فلا يجب على المحكمة رفض تنفيذ الحكم على أساس الإخلال بحق الدفاع⁽¹⁾.

وفي حكم صادر عن محكمة استئناف القاهرة⁽²⁾، قرر ذات الأمر، حيث خلص إلى أنه لبطلان الحكم لعيب في الإجراءات، يجب أن يكون العيب في الإجراءات قد أثر فيما قضى به قرار التحكيم المدعى بطلانه في الموضوع، وقد قضى بأنه "إذا كانت هناك مستندات لم يمكن الخصم من الإطلاع عليها، فإن الحكم لا يبطل ما دام لم يستند إلى هذه المستندات إذا لا يكون من شأن العيب التأثير في الحكم، وأنه إذا ذهب إلى تعيب الحكم لأنه أغفل المذكرات والمستندات التي قدمها، فإن هذا النعي غير مقبول ما لم يبين المدعي مضمون هذه المذكرات والمستندات والأثر المترتب على ثبوت صحة ما جاء بكل منها على ما انتهى إليه الحكم، وأنه إذا كان سبب النعي هو إهدار الحق في الدفاع بمقولة

(1) مشار إلى هذا الحكم لدى، فاطمة صلاح الدين، دور القضاء في خصومة التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص442.

(2) استئناف القاهرة، 91 تجاري، صادر في 2003/6/29، في الدعوى 69 لسنة 119 ق، تحكيم، وكذلك 2004/2/28، في القضية 89 لسنة 120 ق تحكيم.

أن الخصم أورد في مذكراته الختامية أقولاً إضافية للخبير تضمنت معلومات جديدة عول عليها حكم التحكيم دون أن تباح للمدعي مناقشة مضمون هذه الأقوال والرد عليها فيجب أن يبين فحوى هذه الاضافات أو المعلومات الجديدة التي لم يناقشها وأن يوضح كيفية تحميل الحكم على هذه الاضافات والمعلومات⁽¹⁾ فمن هذا الحكم نخلص إلى وجوب الاعتماد على أثر الإجراء على القرار التحكيمي وليس الإجراء نفسه، لا بل إنه يتوجب على من يدعي إخلال هيئة التحكيم بحق الدفاع ، عليه أن يثبت مدى تأثير الحكم بهذا الإجراء.

المطلب الثاني

تجاوز الحكم لحدود سلطاته

نصت المادة الثانية في فقرتها (3/أ) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني على أنه "تلغي المحكمة المقدم إليها طلب الإلغاء إذا قدم الطرف الطرف طالب الإلغاء دليلاً يثبت أن قرار التحكيم يتناول نزاعاً لا يقصده أو لا يشمل اتفاق العرض على التحكيم، أو أنه يشتمل على قرارات بشأن مسائل خارجة عن نطاق هذا الاتفاق، على أنه، إذا كان من الممكن فصل القرارات المتعلقة بالمسائل المعروضة على التحكيم عن القرارات غير المعروضة على التحكيم، فلا يجوز أن يلغى من قرار التحكيم سوى الجزء الذي يشتمل على القرارات المتعلقة بالمسائل غير المعروضة على التحكيم".

من خلال النص السابق نجد أن القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني تناول الحالة التي يكون فيها قرار التحكيم

(1) مشار إلى هذا الحكم لدى د.فتحي والي، مرجع سابق ص758، وللإطلاع على المزيد من هذه الأحكام بهذا الصدد ارجع د.فتحي والي، نفس المرجع، ص759 وما بعدها.

صحيحاً، بخلاف الحالة الأولى التي وردت في الفقرة الأولى من المادة ذاتها، التي عالجت حالة إلغاء القرار عندما يكون الاتفاق غير صحيح، وهنا يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ولكن الخلل الذي يعتري القرار يكون بإصدار هيئة التحكيم لقرارها بالخروج عن نطاق الاتفاق الذي خوله أطراف النزاع لها، أو إذا تجاوزت حدود السلطات الممنوحة لها وفقاً لهذا الاتفاق.

من المعروف أنه لا يتم عرض نزاع على هيئة التحكيم إلا بعد أن يسبقه اتفاق أطراف هذا النزاع اتفاقاً واضح المعالم⁽¹⁾ يُحيل الأطراف إلى التحكيم لتسوية هذا النزاع بهذه الطريقة لفض المنازعات دون اللجوء القضاء، وذلك لأن هيئة التحكيم تستمد سلطاتها من هذا الاتفاق، وبناء على ذلك يتوجب عليها عند نظرها للنزاع والفصل فيه عدم جواز الخروج أو تجاوز السلطة المخولة لها بموجب اتفاق التحكيم الذي أبرم بين أطراف النزاع.

ومن المعروف أيضاً أن اتفاق التحكيم يتخذ إحدى صورتين⁽²⁾، الأولى، أنه قد يتخذ صورة شرط التحكيم، ويكون هذا الشرط سابقاً على نشوب النزاع، وكبند من بنود العقد الأصلي أو بموجب اتفاق مستقل سابق على نشوب النزاع، أما الصورة الثانية، فهي المشاركة والتي تتم بعد نشوب النزاع والتي تبرم في الوقت الذي تكون معالم النزاع واضحة، مما يتوجب معها تحديد النزاع والمسائل التي سيتم إحالتها للتحكيم

(1) ماعدا حالة التحكيم الإجمالي التي لا تتطلب هذا الاتفاق، وفي البحرين يتم الأخذ بهذا النوع من التحكيم في المنازعات التجارية التي تزيد قيمتها على خمسمائة ألف ديناراً بحرينياً حيث يُصار إلى إحالة مثل هذه النزاعات إلى غرفة تسوية المنازعات التجارية، سنداً لنص المادة(9) من المرسوم بقانون رقم(30لسنة2009) المتعلق بإنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات، لمعرفة المزيد حول إجراءات تسوية المنازعات أمام غرفة البحرين، إرجع د.عبد القادر ورسمه غالب، مبادئ التحكيم التجاري، ط1، المطبعة الشرقية، مملكة البحرين، 2015، ص95وما بعدها.

(2) د.ابراهيم أحمد ابراهيم، مرجع سابق، ص250.

بشكل واضح، وإلا كان الاتفاق باطلاً، وهذا الأمر غير مطلوب في الشرط، كونه اتفاق سابق على نشوب النزاع وهنا لا تكون معالم النزاع أو المسائل التي ستحال مستقبلاً إلى التحكيم واضحة حتى يُصار إلى تحديدها في الشرط، لذا فإنه لا يتوجب تحديد هذه المسائل تحديداً تاماً، وإنما يكفي تحديدها بصورة عامة. وهذا الاتفاق بصورتيه هو الذي يحدد لهيئة التحكيم المسائل التي تختص بنظرها عندما ينشب النزاع بين الأطراف، لذا يتوجب على الهيئة التقيد به وعدم تجاوزه أو الخروج عنه.

وهنا في هاتين الحالتين يكون القرار الصادر بناءً على ذلك قابلاً للإلغاء، ولكن في بعض الحالات قد يكون هناك إمكانية لفصل أجزاء القرار المتعلقة بالمسائل المعروضة على التحكيم عن القرارات غير المعروضة على التحكيم، ففي هذه الفرضية لا يكون القرار قابلاً للطعن فيه بالإلغاء برمته، وإنما يلغى منه الجزء الذي يشتمل على القرارات التي لم تعرض على التحكيم، وتوضيح هذه الحالات التي يكون فيها القرار التحكيمي قابلاً للإلغاء إذا ما توافرت إحداها على النحو التالي:

الحالة الأولى: وهي حالة ما إذا فصل قرار التحكيم في مسائل لم ترد في اتفاق التحكيم، ففي هذه الحالة يستوجب على المحكم أو المحكمين (هيئة التحكيم) الإلتزام باحترام إرادة أطراف النزاع، وما اتفقوا عليه، وما تم تحديده في اتفاقهم الذي بموجبه تم إحالة النزاع للتحكيم، ويعتبر هذا الاتفاق إلزاماً عليهم في عدم جواز تناول مسائل لم تفوضها أطراف النزاع الفصل فيها، الأمر الذي يجعل قرارها الصادر في هذه المسائل، أي

الخارجة عن الاتفاق، قابلاً للطعن فيه بالإلغاء من جانب صاحب المصلحة.

وتقرير المشرع لهذه الحالة يمكن الاستناد إليها في طلب إلغاء قرار التحكيم هو أمر يتوافق مع إحدى أهم المبادئ في التقاضي، حيث لا يجوز أن يحكم القاضي بما لا يطلبه الخصوم، وبالتحكيم يجب على المحكم الالتزام بطلبات الخصوم حماية للحق، أو المركز القانوني الذي ترمي دعواه إلى حمايته⁽¹⁾.

وبناءً على ذلك إذا ضمن المحكم قراره لما لم يطلبه أحد الخصوم في بيان دعواه أو بيان دفاعه فإن قراره يكون قابلاً للطعن فيه، حيث يستطيع صاحب المصلحة أن يُضمن طلب الإلغاء هذا العيب في طلبه، ويستند إليه كسبب من أسباب إلغاء القرار، فإذا تضمن، مثلاً، شرط التحكيم خضوع المنازعات الناشئة عن تفسير العقد للتحكيم، فإن قرار التحكيم يكون قد تجاوز النزاع المقصود إذا فصل في مسألة تتعلق بتفسيره، مثلاً. كما أن الاتفاق في مشاركة التحكيم على التحكيم بصدده تنفيذ التزام معين، فإنه يعتبر من قبيل الخروج على الاتفاق، في المشاركة، وتجاوزاً للمهمة المناطة بالمحكم إذا تم تضمين قراره مسألة تتعلق بتنفيذ التزام آخر لا علاقة له بالالتزام الأول الوارد في المشاركة، وبالتالي ينشأ سبب الإلغاء هنا عن خطأ المحكم الذي يتمثل في عدم تقيده بعبارات اتفاق التحكيم التي حددت مهمته⁽²⁾.

(1) استئناف القاهرة، الدعوى رقم 73 لسنة 123ق، تحكيم، الصادر بتاريخ 2007/1/30، مشار إليه لدى د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 761.

(2) د. حفيفة السيد حداد، الطعن بالبطان على أحكام التحكيم، مرجع سابق، ص 197.

أما الحالة الثانية، فإنها تتعلق بتجاوز المحكم حدوده التي تضمنتها طلبات الخصوم، فلا يجوز له تجاوز هذه الطلبات التي اتفق الخصوم على اللجوء للتحكيم بخصوصها. فمثلاً إذا اتفق أطراف النزاع على أن تقوم هيئة التحكيم بفض النزاع الناشب بينهم فيما يتعلق ببيان الحدود التي تفصل بين الأرض التي يملكها كل منهما، فيأتي القرار الصادر من الهيئة بملكية أحدهما للأرض التي يضع الخصم الآخر يده عليها. ولكن لا يقصد من ذلك أن هيئة التحكيم ملزمة بتفسير موضوع النزاع تفسيراً ضيقاً، وإنما تملك بما لها من ولاية الفصل في النزاع، تفسيره على ضوء المسائل التي ترتبط به ارتباطاً وثيقاً أو المسائل المتفرعة عنه بالضرورة، لكن شريطة أن يتضح من إرادة الطرفين رغبتهما في حسم النزاع بصورة كلية⁽¹⁾.

وقد قضت إحدى المحاكم الأمريكية⁽²⁾ تطبيقاً لذلك، برفض تنفيذ حكم تحكيم تجاوز فيه المحكمون السلطة الممنوحة لهم عند إضافتهم إلى قرارهم النهائي الحكم بالأضرار التبعية، وقد أسست المحكمة الأمريكية رفضها على أن اتفاق التحكيم المبرم ما بين أطراف النزاع قد نص صراحة على استبعاد التعويض عما فات من ربح.

ويرى البعض⁽³⁾ أنه يجب أن نفرق في هذا الصدد بين حالة ما إذا كان المحكم مفوضاً بالصلح، وبين التحكيم القضائي⁽⁴⁾

(1) سلام توفيق حسن منصور، بطلان حكم التحكيم- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2010، ص 64، 63.

(2) استئناف القاهرة، الدعوى رقم 73 لسنة 123 ق، تحكيم، الصادر بتاريخ 2007/1/30، مشار إليه لدى د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 761.

(3) د. حفيفة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 439.

(4) لمزيد حول هاتين الصورتين وياقي صور التحكيم، ارجع د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 41 وما بعدها، ود. محمود التحيوي، مرجع سابق، ص 43 وما بعدها.

فإذا كان مفوضاً بالصلح، فهذا يكون له سلطات واسعة للفصل في النزاع، بعكس الحال فيما لو كان التحكيم يتخذ صورة ثانية لفض النزاع، بحيث تكون هيئة التحكيم مقيدة بقواعد قانونية معينة من قبل أطراف النزاع لتطبيقها على النزاع، ففي حال كان التحكيم بالصلح تعمل الهيئة على تطبيق قواعد العدالة والإنصاف على النزاع، ولا تتقيد بقواعد قانونية معينة، وبناءً على هذه التفرقة فإن مسألة تجاوز حدود اتفاق التحكيم في الفرضية الأولى، أي إذا كان التحكيم بالصلح، من الصعب أن تثور في هذه الحالة، لأنه يتم منح المحكم أو هيئة التحكيم سلطات واسعة لفض النزاع، بينما في الفرضية الثانية يكون قرار المحكم قابلاً للإلغاء في حال عدم احترام الهيئة لإرادة الأطراف وتجاوزها لما هو وارد في اتفاق التحكيم الذي يتضمن السلطة التي منحت لها بموجبه.

أما الحالة الثالثة، التي تضمنتها الفقرة، المشار إليها أعلاه، هي حالة ما إذا كان بالإمكان فصل القرار عن بقية أجزائه المعيبة، أي إذا كان بالإمكان فصل القرارات المعروضة على التحكيم عن القرارات غير المعروضة على التحكيم، فلا يكون القرار قابلاً للإلغاء إلا فيما يتعلق بالجزء الأخير فقط، أي الجزء غير المعروض على هيئة التحكيم، ويبقى الجزء الذي تضمنه اتفاق التحكيم.

ففي هذه الحالة تتضمن ضرورة التزام المحكم بفض النزاع في حدود اتفاق التحكيم المبرم ما بين أطراف النزاع، وفي حدود الإرادة الحرة لهما، والتي منها تستمد سلطة الفصل في هذا النزاع، ولكن هذه السلطة، الممنوحة للمحكم، لا تكون

مطلقة، بحيث ليس من حق المحكم النظر في أي نزاع يثور بين أطرافه، إنما هو محصور ضمن نطاق اتفاقهم، لذا إن تعرض المحكم لمسائل لم تتوافق عليها أطراف النزاع ولم تتطابق إرادتهما بخصوص، يعني أنه تعدى حدود اختصاصاته الممنوحة له، مما يجعل قراره معيب لتناوله مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم، ولخروجه عن اختصاصه الممنوح له. لذا فإنه من الواجب على المحكم التأكيد عند إصداره لقراره أن يكون متوائماً مع اتفاق التحكيم، ومع ما حدده له أطراف هذا الاتفاق، سواء بالانقاص في الطلبات، أو في تضمين القرار أكثر مما طلبه الخصوم، الأمر الذي يجعل قراره عرضة للطعن فيه بالإلغاء وفقاً لعجز الفقرة الثالثة من المادة (34) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني، ففي مثل هذه الأحوال وعند تقديم الطلب في حال تجاوز الهيئة سلطاتها أو مهمتها المناطة به فإن المحكمة إن وجدت أنه بالإمكان فصل القرار إلى أجزاء دون الإخلال بالقرار بشكل عام فإنها تعمل على إجراء هذا الفصل، فإنها تستبعد الجزء الذي يعد فيه تجاوز لاتفاق التحكيم، وتبقي على الجزء الذي يتوافق مع هذا الاتفاق.

المطلب الثالث

إلغاء القرار بسبب تشكيل هيئة التحكيم بالمخالفة للقانون أو لاتفاق التحكيم

وردت هذه الحالة في الفقرة (4/أ/02) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني والتي جاء فيها "أن تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراء المتبع في التحكيم كان مخالفاً لاتفاق الطرفين، ما لم يكن هذا الاتفاق منافياً لحكم من أحكام هذا القانون التي لا يجوز للطرفين مخالفتها، أو في حالة وجود مثل هذا

الاتفاق، مخالفاً لهذا القانون". فمن خلال هذه الفقرة نلاحظ أن الطعن بإلغاء قرار التحكيم يتم إذا لم يكن هناك اتفاق تحكيم أو كان تشكيل هيئة التحكيم بشكل مخالف لاتفاق التحكيم بين أطراف النزاع.

إن المرحلة الأولى في التحكيم هي إبرام اتفاق بين أطراف النزاع يتضمن إحالة النزاع إلى التحكيم دون القضاء العادي، وهو يعتبر أساس نظام التحكيم، ويتمتع أطراف النزاع بحرية واسعة في اختيار هيئة التحكيم⁽¹⁾ ومن الصعب أن نتصور قيام هيئة التحكيم بالسير بإجراءات التحكيم والفصل في النزاع دون وجود مثل هذا الاتفاق⁽²⁾. وبعد الاتفاق على اللجوء للتحكيم فإنه يتم تشكيل الهيئة⁽³⁾، وإما أن تكون هذه الهيئة من محكم واحد، أو من مجموعة محكمين، وهذه المجموعة يجب أن يكون عددها فردياً⁽⁴⁾، وفي حال كان التحكيم من محكم واحد فإن طرفي النزاع هما من يقوموا بتعيينه، وإن لم يتفقا فإن التعيين يكون من خلال اللجوء إلى المحكمة المختصة⁽⁵⁾ والتي أناطها بالمحكمة

(1) د. علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 55.
(2) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 242، ولمزيد من التفاصيل ارجع د. حفيظه السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص 114 وما بعدها.

(3) وليس هناك ما يمنع من اتفاق أطراف النزاع على الهيئة في اتفاق التحكيم نفسه، وما يؤكد ذلك، القرار التحكيمي الصادر في القضية التحكيمية رقم 431 لسنة 2005، جلسة 2007/5/7، والمنظورة أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، قرار منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد العاشر، سبتمبر 2007، ص 347.

(4) المادة (10) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني، في حين أن بعض القوانين مثل قانون التحكيم الانجليزي، في المادة (1/8) لم تشترط أن يكون العدد فردياً حيث أجاز أن يكون التحكيم من محكمين اثنين في المنازعات المتعلقة بالملاحة البحرية، كما أن المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي لعام 1981، لم يتطلب أن يكون العدد فردياً، بينما في التحكيم الداخلي فإن المادة (453) من قانون المرافعات الفرنسي يتطلب أن يكون العدد وترأ، ومن القوانين التي نصت صراحة على ضرورة أن يكون العدد وترأ قانون المرافعات الكويتي في المادة 2/174 والتي جاء فيها "إذا تعدد المحكمون وجب في جميع الأحوال أن يكون عددهم وترأ".

(5) المادة (3/11)ب) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني.

المدنية الكبرى⁽¹⁾، أما في حال كان الاتفاق بين الأطراف على أن يتولى العملية التحكيمية هيئة مشكلة من ثلاثة محكمين فإن كل طرف من أطراف النزاع يعين ويختار محكماً من جانبه، والمحكمين اللذان تم اختيارهما يقومان باختيار المحكم الثالث⁽²⁾، وقد حددت الفقرة (11/3/أ) مدة معينة يتم خلالها تعيين المحكم من قبل كل طرف ومدة مماثلة للمحكمين اللذين تم اختيارهما من قبلهما، وهي مدة ثلاثين يوماً، تبدأ بالنسبة للأطراف من يوم تسلم الطرف الآخر طلباً برغبته بالبداة بفض النزاع باللجوء للتحكيم، أما المحكم الثالث (الفصل)⁽³⁾ فإنه يتوجب يتوجب على المحكمين الاتفاق عليه خلال مدة ثلاثين يوماً من الانتهاء من تعيينهما، وفي حال عدم قيام هؤلاء، سواء الأطراف أو المحكمين، بالتعيين خلال هذه المدة، فإنه يستطيع أي من الأطراف، أو المحكمين اللجوء إلى المحكمة وتقديم طلب للقيام بهذه المهمة بالنيابة عن الطرف الذي امتنع أو عجز عن القيام بهذا التعيين.

وقد نصت الفقرة الرابعة من ذات المادة أنه قد يكون الأطراف قد اتفقوا على جهة معينة للقيام باختيار المحكم أو المحكمين في حال رغبوا باللجوء إلى فض نزاعهم بالتحكيم، أو في حال عدم اتفاقهم على التعيين من جانبهم، أو في حال عدم قدرة المحكمين أو امتناعهم عن تعيين المحكم الفصل، وتسمى

(1) المادة (6) من قانون التحكيم البحريني.

(2) المادة (11/3/أ) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني.

(3) د.أبو العلا علي أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص36.

هذه الجهة (سلطة التعيين)⁽¹⁾، وهنا يتجلى مظهر من مظاهر احترام القانون لإرادة أطراف النزاع. إذن تشكيل هيئة التحكيم⁽²⁾ وفقاً للمادة السابقة يتم بإحدى ثلاث طرق:

الأولى: تشكيل الهيئة باتفاق الأطراف،

الثانية: اللجوء إلى المحكمة لتقوم بتشكيلها.

الثالثة: اللجوء إلى سلطة التعيين عند عدم اتفاق

الأطراف أو عند عدم قدرتهم على الاختيار، أو عندما يتم الاتفاق على تكليفها بذلك ابتداءً.

وبناء على ما تقدم إذا لم يتم هذا التشكيل، وفقاً لما تم بيانه، فإن القرار الذي يصدر عن هيئة مشكلة تشكيلاً مخالفاً لأحكام القانون يكون قابلاً للإلغاء في إحدى هاتين الفرضيتين:

الفرضية الأولى: في حال تشكيل الهيئة، أو تعيين

المحكمن بشكل مخالف للقانون.

الفرضية الثانية: في حال تشكيل الهيئة بشكل مخالف

لاتفاق الطرفين.

فإذا كان الأمر كذلك وتحققت إحدى هاتين الفرضيتين،

فإن القرار الصادر عن هذه المخالفة يترتب عليه الإلغاء إذا ما

(1) لمزيد من التفاصيل حول ذلك ارجع، د. حمزة حداد، دور المحكمة في التحكيم في القوانين العربية، ط1، ج1، منشورات الحلبي، بيروت، 2007، ص67. وكذلك ارجع د. أحمد السيد صاري، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وانظمة التحكيم الدولية، ط2، دن، 2004، ص74.

(2) نصت المادة (10) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني على أن تشكيل هيئة التحكيم يكون كأصل عام من ثلاثة محكمين إلا إذا اتفق الأطراف أن تكون مكونة من محكم فرد حيث جاء فيها "للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين، فإن لم يفعل ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة"، ولكن حينها لو جاء النص بشكل معاكس، بحيث لو جعل في حال عدم الاتفاق على عدد معين، يفهم أن إرادة الأطراف اتجهت إلى أن الهيئة من محكم واحد، وليس العكس، في حين قوانين أخرى مثل القانون الفرنسي يجعل الاتفاق صحيحاً حتى لو اتفق الأطراف على تشكيل الهيئة من عدد زوجي كما أشرنا في الهامش السابق- مشار إلى ذلك لدى د. فتحي والي، مرجع سابق، ص202 في الهامش، وكذلك لدى د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص182.

طعن أحد الأطراف به، وأسس طعنه على هذا السبب، بمعنى أن القرار هو الذي يكون قابلاً للإلغاء ليس اتفاق التحكيم فقط.

ويدخل ضمن هذه الحالة، إذا تم تعيين المحكم ممن لا تتوافر فيه الشروط القانونية⁽¹⁾، كأن يكون قاصراً أو محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية نتيجة للحكم عليه بعقوبة جنائية، أو جنحة مخلة بالشرف، أو نتيجة لشهر إفلاسه، أو الحجر عليه، ما لم يُرد له اعتباره أو يرفع عنه الحجر⁽²⁾، كما أنه قد يتم الاتفاق بين الأطراف أن يحمل المحكم جنسية معينة، أو مؤهلاً علمياً خاصاً، أو أن يكون لديه الخبرة والمعرفة والدراسة في مجال معين، ففي مثل هذه الفرضيات إذا تم اختيار المحكم بخلاف ذلك، فإن القرار الصادر عنهم يكون قابلاً للإلغاء، وكذلك الحال فيما لو لم يكن الاتفاق مكتوباً كون القانون اشترط أن يكون مكتوباً⁽³⁾، كما بينا سابقاً، ففي حال انتفى هذا الشرط يكون القرار أيضاً قابلاً للطعن فيه بالإلغاء بالاستناد إلى هذا السبب، كما يدخل ضمن هذه الفرضية صدور الحكم من هيئة مشكلة من عدد زوجي، كون معظم القوانين تستلزم تشكيلها من عدد فردي، وفي الدول التي لا تشترط ذلك في القانون، إن الفقه يرى⁽⁴⁾ أنه يتوجب لأن يكون التشكيل من عدد فردي لتعلق هذا الأمر بالنظام العام.

(1) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجمالي، ط/5، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص153 وما بعدها.

(2) المادة (16) من قانون التحكيم المصري، ويقابلها المادة (14) من نظام التحكيم السعودي، ولم يتضمن القانون المرافق نصاً يقابل هذين النصين.

(3) المادة (217) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني.

(4) د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والمقارن، 1996، ص195.

أما الشق الثاني- من الفقرة أعلاه- تبين الطعن بإلغاء قرار التحكيم في حال كان المحكم أو المحكمين قد اتبعوا أي إجراء فيه مخالفة لاتفاق أطراف النزاع وللقانون، وهنا نكون بصدد قرار تحكيم صحيح في حد ذاته، ولكن الإجراءات هي التي يشوبها عيب مما يبرر الطعن بإلغاء القرار، ويقصد بهذه الإجراءات، مجموعة القواعد الإجرائية التي تتبعها هيئة التحكيم منذ تشكيلها وحتى إصدارها للقرار النهائي في الخصومة المعروضة أمامها، ففي مثل هذه الحالة يكون قرارهم عرضة للإلغاء استناداً لهذا السبب، فإذا خرج المحكم عن الإجراءات أو بعضها، والتي تم تحديدها في القانون أو الاتفاق، إلا إذا كان خروجهم له ما يبرره، كأن يتضمن الاتفاق مخالفة صريحة للقانون، أو لقاعدة أمرة لا يجوز مخالفتها، فهذا يكون لهيئة التحكيم الخروج عن اتباع هذه الإجراءات، ويكون هذا الأمر مبرراً، ولا يستطيع أي من الأطراف التمسك به في طلب الإلغاء، لأن مصير الطلب سيكون الرفض والرد.

ولم يحدد القانون ما هي هذه الإجراءات، ولكن جاء في المادة (19) منه أنه "1- مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في الإجراءات. 2- فإذا لم يكن ثمة مثل لهذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تسيّر في إجراءات التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم البت في مقبولية الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها".

وبالرجوع إلى نص المادة(34) نلاحظ أن عبارة "مخالفة الإجراءات" الواردة فيه ينطوي على مفهوم واسع، ولا ينحصر فقط فيما ورد في القانون المرافق⁽¹⁾، وإنما يمتد ليشمل كل إجراءات التقاضي التي تتم أمام هيئة التحكيم، ويرى البعض⁽²⁾ أنه يمكن إجمالها بما يلي:

- 1- السير في الإجراءات من قبل الهيئة دون تبليغ أطراف النزاع بموعد الجلسة، أو المضي بالإجراءات بحضور خصم دون الآخر دون التأكد من تبليغ خصمه بموعد الجلسة⁽³⁾.
- 2- تلقي بيانات أحد الأطراف في حال غياب الطرف الآخر أو دون علمه، أو عدم إطلاعها عليها قبل مدة كافية من انعقاد الجلسة، أو سماع شهادة الشهود في غيبة الأطراف أو أحدهم⁽⁴⁾.
- 3- حرمان أحد الأطراف من تقديم بيناته، أو عدم إتاحة الفرصة لكل منهما عرض قضيته⁽⁵⁾.
- 4- مخالفة أي قاعدة قانونية أمرية، أو تطبيقها بشكل مخالف للمضمون أو للمفهوم، أو للتفسير الذي استقر عليه القضاء⁽⁶⁾.

(1) لقد بينت المواد (18-28) الإجراءات الواجب اتباعها من قبل هيئة التحكيم في حال عدم اتفاق الأطراف على إجراءات معينة، ومن هذه الإجراءات على سبيل المثال، تحديد مكان التحكيم، واللغة المستخدمة في التحكيم، ومواعيد تقديم بيان الدعوى وبيان الدفاع، وجزاء تخلف أحد الخصوم عن تقديم بيانه، ومدى إمكانية الاستعانة بأهل الخبرة والمحاكم العادية للحصول على بعض الأدلة.

(2) د. درويش مدحت الوحيد، قواعد إعداد المحكم، دار المقداد للطباعة، 2006، ص284.

(3) الفقرة الأولى من المادة (24) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني.

(4) الفقرة الثانية من المادة (24) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني.

(5) المادة (18) من القانون المرافق لقانون التحكيم البحريني.

(6) د. درويش مدحت الوحيد، مرجع سابق، ص284.

وبناءً على ذلك إذا ما تمت مخالفة إحدى هذه الإجراءات على الأقل فإن قرار التحكيم يكون قابلاً للطعن فيه، وبسبب ذلك يستطيع أي من الأطراف أن يؤسس طعنه على أي منها وعندها يكون قابلاً للإلغاء، وحتى يُقبل الطعن يجب أن يكون القرار قد بُني على الإجراء الباطل، وأن يكون له أثر في قرار التحكيم، بحيث لو كان صحيحاً لما صدر بهذا الشكل. فمثلاً لو تم الاتفاق بين الأطراف على شروط معينة في اختيار الهيئة، فإن المحكمة أو سلطة التعيين عليها مراعاة هذه الشروط التي تم الاتفاق عليها، مع الأخذ بعين الاعتبار أيضاً ألا تكون فيها مخالفة للقانون، لذا ففي حال امتنع أحد المحكمين عن القيام بالمهمة المناطة به، أو قام به مانع من مباشرته لمهمته، أو استمر بنظر النزاع رغم صدور حكم برده⁽¹⁾، فهذا يكون القرار الصادر عنهم قابلاً للطعن فيه بالإلغاء بالتأسيس على هذه الأسباب.

(1) المادة (4/18) من قانون التحكيم المصري تنص على أنه "لا يترتب على تقديم طلب الرد أو على الطعن في حكم التحكيم الصادر برفضه وقف إجراءات التحكيم، وإذا حكم بحد المحكم سواء من هيئة التحكيم أو من المحكمة عند نظر الطعن ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم بما في ذلك حكم المحكمين كأن لم يكن".

خاتمة

إن قانون التحكيم البحريني حصر الحالات التي يستطيع الأطراف، أو المحكمة إلغاء قرار التحكيم، بمعنى أن حالات الطعن جاءت على سبيل الحصر، بخلاف الطعن بالطريق غير العادي في القرار فأسبابه تكون غير محددة بشكل حصري، وكما أن الهدف من دعوى الإلغاء هو إلغاء القرار الصادر عن المحكم أو المحكمين (هيئة التحكيم) فقط دون المساس أو التصدي لموضوع النزاع الناشب بين المحتكمين، بينما الهدف من الطعن غير العادي هو في القرار يكون إغائه، أو تعديله، بمعنى أنه قد يُصار إلى المساس في موضوع النزاع.

وأكثر ما تميز به القانون الجديد أنه رسم هذا الطريق للطعن بقرار التحكيم، واستبعد غيرها من الطرق الأمر الذي يتواءم مع الحكمة من لجوء الأطراف للتحكيم، وهي سرعة البت في النزاع، والوصول إلى قرار نهائي بوقت قصير، بخلاف ما كان عليه الوضع في ضوء القانون الملغي حيث كان من أهم الانتقادات التي وجهت إليه أنه كان يسمح بالطعن في قرار التحكيم بالاستئناف، والتميز، مما يجعل التحكيم لا يختلف كثيراً عن الطريق العادي لفض المنازعات، كون الأطراف غالباً ما يلجأون على هذا الطريق لما يتمتع به من سرعة في الوصول إلى قرار نهائي للخصومة بين أطرافه.

ومن خلال بحثنا توصلنا إلى نتائج وتوصيات نعرضها فيما يلي:

أولاً: الاستنتاجات:

أولاً: إن القانون البحريني جعل المرجع في تحديد إن كان شرط الكتابة قد تحقق في اتفاق التحكيم أم لا، القانون الواجب التطبيق على الاتفاق، بغض النظر عن

اشتراط القانون الواجب التطبيق على النزاع، أو قانون الدولة التي سينفذ فيها القرار ذلك، لهذا لا يكون القرار قابلاً للإلغاء إذا كان قانون الدولة التي سينفذ فيها القرار يشترط الكتابة.

ثانياً: بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النزاع أخضعها القانون لإرادة أطراف النزاع، حيث ترك لهم الحرية في ذلك، واعتبر القانون أن القواعد الموضوعية هي التي يتم تطبيقها دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، لذا فإنه في حال تطبيق قواعد التنازع دون اتفاق أطراف النزاع على ذلك فإن هذا يعتبر سبباً من أسباب الإلغاء للقرار الصادر عن الهيئة.

ثالثاً: لقد حدد القانون بعض الحالات التي تعتبر من قبيل خرق هيئة التحكيم لحقوق الدفاع بالنسبة لأطراف النزاع في الخصومة التحكيمية، وفتح المجال أمام التوسع في هذه الحالات، عند نصه "أو أنه لم يستطع لسبب آخر أن يعرض قضيته"، فيستطيع أطراف النزاع الاستناد على أي سبب يرون أن فيه خرق لحقهم في الدفاع، كونها لم ترد على سبيل الحصر.

رابعاً: إن العبرة عند إلغاء القرار بمدى تأثير قرار التحكيم بالإجراء، وليس بذات الإجراء، بمعنى أنه عندما لا يكون للإجراء الذي اتخذته الهيئة أثر سلبي على القرار فهذا لا يجوز للمحكمة أن تلغي القرار، حتى لو تمسك فيه أي من الأطراف كسبب لإلغاء القرار.

ثانياً: التوصيات:

أولاً: كنا نتمنى على المشرع البحريني ألا يكتفي بالنص على ضرورة توافر الأهلية في المرحلة الأولى للتحكيم، أي في مرحلة الاتفاق في إحدى صورتيه، وكان من الأفضل لو جاء النص باشتراط توافر الأهلية لدى الخصوم في جميع مراحل التحكيم، وعدم اقتصار هذا الشرط على المرحلة الأولى فقط.

ثانياً: كنا نتمنى على المشرع إضافة سبب لإلغاء القرار التحكيمي، وهو نقص الأهلية بالنسبة لأحد الخصوم أو فقدته لها أثناء السير بإجراءات التحكيم.

ثالثاً: كنا نتمنى لو أن القانون بين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، كون هذا الأمر مهم جداً في مجال التحكيم التجاري الدولي لأنه عادة ما نكون أمام علاقة متعددة الأطراف وكل منهم ينتمي إلى جنسية مغايرة لجنسية الطرف الآخر، الأمر الذي يجعلنا ندعو المشرع إلى ضرورة تدارك هذه المسألة عند تعديل القانون، ونحن مع تطبيق قانون الدولة التي يصدر فيها القرار على الاتفاق في حال تعددت جنسيات أطرافه.

رابعاً: إن توسع المشرع في تفسير النص الذي يتعلق بخرق حقوق الدفاع يجعل القرارات التحكيمية عرضة للإلغاء، كون النص جاء فضفاضاً، لذا فإننا مع حصر هذه الأسباب حتى لا تكون القرارات التحكيمية عرضة للإلغاء في حال التوسع في التفسير.

خامساً: كنا نتمنى لو أن القانون تضمن سبباً لإلغاء القرار في حال أراد الطرف الذي صدر الحكم لصالحه تنفيذه، في الوقت الذي يكون المحكوم ضده قد قام بالوفاء بالمبلغ الذي تضمنه القرار، حيث نكون هنا أمام إشكالية في تنفيذ القرار، لذا لو تم إضافة هذا السبب لأسباب الإلغاء لكان أفضل لتقادي مثل هذه الإشكالية.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة:

- 1- د.ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط/3، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
- 2- د.ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، ج/2، الكتاب الأول، القاهرة، 1991.
- 3- د.أبو العلا علي أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم، ط/1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 4- د.أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1981.
- 5- د.أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري، ط/4، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1983.
- 6- د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجمالي، ط/5، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- 7- د.أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وانظمة التحكيم الدولية، ط/2، دن، 2004.
- 8- د.أحمد الصاوي، التحكيم طبقاً لقانون رقم 27 لسنة 1994، ط/2، دار النهضة العربية ، القاهرة .
- 9- د.أحمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، ط/4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 10- د.العوضي عثمان، مبادئ القانون ، ط/2، مطبعة الهادي فرج، القاهرة، 2006، ص189.

- 11- د.حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والمقارن، 1996.
- 12- د.حفيظه السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، ط/1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001.
- 13- د.حمزة حداد، دور المحكمة في التحكيم في القوانين العربية، ط/1، ج/1، منشورات الحلبي، بيروت، 2007
- 14- د.درويش مدحت الوحيدي، قواعد إعداد المحكم، دار المقداد للطباعة، 2006.
- 15- د.سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- 16- د.صلاح جمال الدين ومحمود مصلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004.
- 17- د.عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، ج/3، دار المعارف، الاسكندرية، 1999.
- 18- د.عبد القادر ورسمه غالب، مبادئ التحكيم التجاري، ط/1، المطبعة الشرقية، مملكة البحرين، 2015.
- 19- د.عبد الله البياتي، كفالة حق التقاضي، ط/1، الدار العلمية الدولية للنشر، عمان، 2002.
- 20- د.عبد المنعم خليفة، التحكيم، ط/1، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2006.
- 21- د.عزت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ط/1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997
- 22- د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990.

- 23- د.علي البارودي، القانون التجاري، ط/1، الاسكندرية، 1986.
- 24- د.علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، ط/1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- 25- د.علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990.
- 26- د.فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط/1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2007.
- 27- د.محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري المصري، ج/1، القاهرة 1997.
- 28- د.محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 29- د.محمد السيد عمر التحيوي التحكيم في المواد المدنية التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.
- 30- د.محمد مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط/3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 31- د.محمد مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط/1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 32- د.مفاح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- 33- د.يسرية عبد الجليل، الوسيط في قانون الشركات التجارية البحريني، ط/1، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، 2012.
- 34- فاطمة صلاح الدين، دور القضاء في خصومة التحكيم، ط/1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

35- المستشار أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم، ط/7، دار القانون للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.

ثانياً: المراجع المتخصصة:

- 1- أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض عليه، دراسة مقارنة، ط/1، دار الثقافة العربية، عمان، 2011.
- 2- د.حفيظة السيد حداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1997.
- 3- سلام توفيق حسن منصور، بطلان حكم التحكيم- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير ، جامعة الأزهر، غزة، 2010.
- 4- د.علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 5- د.نبيل اسماعيل عمر، دعوى بطلان حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.

ثالثاً:المجلات:

- 1- د.أكثم أمين الخولي، اتفاق التحكيم- البيانات الجوهرية، مجلة التحكيم العربي، مجلة تصدر عن الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد3، أكتوبر لسنة2000.
- 2- د.رضوان عبيدات وجورج حزبون، النظام القانوني لدعوى البطلان لحكم التحكيم وفق احكام القانون الأردني والمقارن، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد الأول، العدد الثاني، 2006.
- 3- د.عزمي عبد الفتاح، دعوى بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994، مجلة التحكيم والقانون، المجلد الثالث، يوليو، 1997.

- 4- د. ناجي عبد المؤمن، الاتجاهات الكبرى في امتداد شرط التحكيم، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، جمهورية مصر العربية، العدد الثاني، السنة الثامنة والاربعون، يوليو، 2006.
- 5- مجلة التحكيم العربي، الاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد 11، يوليو 2008، ص 221.
- 6- مجلة التحكيم العربي، العدد العاشر، سبتمبر 2007.

**الجوانب القانونية لرهن العلامات التجارية
في ضوء النظام السعودي**

إعداد

د. علي بن صالح الزهراني
أستاذ القانون التجاري المساعد
كلية إدارة الأعمال - قسم القانون
جامعة الأمير سطام بن عبدالعزيز

المستخلص:

تناول هذا البحث موضوع الجوانب القانونية لرهن العلامة التجارية في المملكة العربية السعودية، وفي ظل عدم وجود نظام قانوني مستقل يحكم رهن العلامة التجارية، حاولت هذه الدراسة استدعاء القواعد المنظمة للرهن التجاري السعودي والنظر في مدى إمكانية تطبيقها على رهن العلامات التجارية. وانتهج البحث الأسلوب التحليلي المقارن لتحقيق ذلك الغرض. هذا وقد أظهرت الدراسة أن هناك صعوبة بالغة في تطبيق أحكام الرهن التجاري على رهن العلامات التجارية، نظراً للطبيعة القانونية لهذه النوعية من الأموال الخاصة. وبناء على ما توصل إليه البحث من نتائج تم الوصول إلى بعض التوصيات التي تتمحور حول الحاجة لسن قواعد قانونية خاصة تنظم رهن العلامة التجارية.

Abstract:

This study deals with the legal aspects of the mortgage of the trademark in Saudi Arabia in the light of the absence of a legal system governing that issue. The study attempted to draw the rules governing the Saudi commercial mortgage and consider the possibility of applying them to the mortgage of trademarks. In order to address that issue with a legal manner, the research adapted analysis and comparative method of the current law and regulations. The study has found that it is very difficult to apply the provisions of commercial mortgage on the mortgage of trademarks because of the legal nature of it. The study comes up with voluble findings and recommendations. It finally recommended the enactment of a new law to address the underlying problems.

مقدمة:

درجت الأنظمة الحديثة على اعتبار قوانين العلامات التجارية أحد العناصر الهامة التي تتشكل منها قوانين الملكية الصناعية والتجارية، وتعتبر العلامة التجارية في التشريعات المقارنة من الحقوق المعنوية التي يكون محلها شيء غير مادي، ويكون لهذه الحقوق قيم مالية تخول أصحابها الاستئثار بها واستغلالها لجلب مصالح مالية واقتصادية. وبكونها حقوق ذات طابع معنوي فهي تختلف عن الحقوق العينية التي ترد فقط على أشياء مادية معينة بذاتها. ونظراً للأهمية البالغة للحقوق المعنوية ذات القيمة المالية، فقد اهتمت بها التشريعات الوطنية المختلفة وأمعنت في حمايتها وتنظيمها، ولم يقتصر الأمر على الحماية المحلية وحسب، بل قررت هذه الحماية في عدد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية¹ كاتفاقية باريس² واتفاقية منظمة التجارة الدولية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية (تريبس)³.

وقد حرص المنظم السعودي كغيره على تنظيم وحماية العلامات التجارية، وذلك منذ مرحلة مبكرة من تاريخ المملكة العربية السعودية، فقد صدر أول تنظيم للعلامات التجارية في عام 1358هـ بمسمى نظام العلامات الفارقة¹ وجرى العمل به إلى أن حل محله نظام العلامات التجارية الصادر في عام 1404هـ² الذي بدوره سرى العمل به حتى عام 1423هـ³، حيث صدر نظام أكثر شمولية يتوافق مع متطلبات منظمة التجارة العالمية، ولم يطل العمل بهذا النظام حتى تم إحلال قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول

¹ للاستزادة حول الحماية القانونية للعلامات التجارية انظر عموماً، د.بسام بسام مصطفى طيبشات، الحماية القانونية للعلامات التجارية في ظل القانون الأردني والقانون المصري والاتفاقيات الدولية، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2010. و

د.محمد سليمان عبدالرحمن، الحماية المقررة للعلامات والبيانات التجارية في القانون المصري واتفاقية TRIPS، مطبعة الأسراء، القاهرة، 2011.

² اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية، المبرمة في 20 آذار سنة 1883، والمعدلة في بروكسل في 14 كانون الأول سنة 1900، وفي واشنطن في 2 حزيران سنة 1911، وفي لاهاي في 6 تشرين الثاني سنة 1925، وفي لندن في 2 حزيران سنة 1934

³ تمت الموافقة عليها في عام 1994 م وانضمت إليها المملكة العربية السعودية في عام 2005م.

الخليج العربية⁴ لعام 1435هـ - محله. وقد تضمنت نصوص الأنظمة السابقة ولوائحها التنفيذية عدد من القواعد المنظمة لرهن العلامات التجارية، وبالتزامن مع تلك الأنظمة اعترفت أنظمة الرهن التجاري المتعاقبة ولوائحها التنفيذية بحق صاحب الحق في العلامة في رهنها.⁵

وجاء هذا الاعتراف متناغماً مع الأهمية الاقتصادية لهذه الحقوق حيث أصبحت أحد العناصر المهمة في كثير من الأنشطة الاقتصادية سواء في المجالات التجارية أو الصناعية أو الخدمية أو حتى الزراعية، وتصاحب مع تلك الأهمية ازدياد مضطرد في عدد العلامات المسجلة في المملكة، حيث أصبح البعض منها ذو قيمة تبلغ المليارات من الريالات، فلا عجب حين بلغت القيمة الإجمالية لعدد 20 علامة تجارية سعودية فقط مبلغ وقدرة 139.86 مليار ريال سعودي.⁶ وكونها كذلك جعل منها أداة ائتمان قوية في يد التاجر صاحب الحق فيها فيمكنه استغلالها أو التصرف فيها أو رهنها للحصول على تمويل مالي للتوسع في النشاط التجاري أو لأي سبب آخر وأصبحت كذلك من الضمانات القوية التي يسعى إليها الدائن لحماية حقه لدى المدين صاحب الحق في العلامة التجارية. ولا سيما أن الائتمان يعد من أهم دعائم البيئة التجارية التي من شأنها تقوية وتعزيز الثقة في التعاملات التجارية بين التجار، وحيث إن التاجر قد يحجم أو يتردد في إقراض غيره من التجار إلا إذا ضمن أنه سيحصل على حقه في الأجل المحدد، لذا غالباً ما يلجأ الدائن المرتقب إلى اشتراط تقديم ضمان عيني من قبل المدين

¹ الصادر بالمرسوم الملكي رقم: 8762 في تاريخ: 1354/8/28هـ.

² الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/5) وتاريخ: 1404/5/4هـ.

³ نظام العلامات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/21) وتاريخ: 1423/5/28هـ.

⁴ قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/51) وتاريخ: 1435/7/26هـ.

⁵ انظر نظام الرهن التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/75) وتاريخ: 1424/11/21هـ ولانحته التنفيذية، انظر أيضاً نظام الرهن التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/86) وتاريخ: 1439/8/8هـ ولانحته التنفيذية.

⁶ تقرير لشبكة سي إن إن العربية في على موقعها على شبكة الأنترنت في تاريخ 30 مارس عام 2017.

يتمثل في رهن بعض أموال المدين ضماناً للوفاء بحقه.¹ فإذا لم يف المدين بالدين في ميعاده، فلا سبيل للدائن إلا بيع المال المرهون واقتضاء حقه من ثمنه مقدماً على سائر الدائنين، وذلك بغض النظر عن نوع ذلك المال عقاراً كان أم منقولاً مادياً هذا الأخير أم معنوياً.

وفي ظل التطورات التشريعية الجديدة المتعلقة بتنظيم العلامات التجارية سواء تلك الموحدة مع دول مجلس التعاون الخليجي أو الصادرة في المملكة بموجب نظام الرهن الجديد الصادر عام 1439هـ ولائحته التنفيذية، جاءت فكرة هذا البحث، والتي سنتصب على الجوانب القانونية لرهن العلامة التجارية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية بحسبان أن الرهن كوسيلة ائتمان يعد من أهم دعائم البيئة التجارية التي من شأنها تقوية وتعزيز الثقة في التعاملات التجارية بين التجار.

مشكلة البحث:

تثير الطبيعة القانونية للعلامة التجارية وكونها من الأموال المنقولة المعنوية كثير من الإشكاليات القانونية عند رهنها خصوصاً في ظل عمومية وعدم وضوح النظام السعودي في بيان النظام القانوني لهذه النوعية من الرهون، حيث اكتفى نظام العلامات التجارية الخليجي² والساري في المملكة بالإشارة في مادته السادسة إلى ضرورة تسجيل رهن العلامات التجارية في سجل العلامات التجارية دون أن يورد أحكاماً لهذه النوعية من الرهون، وفي نفس السياق اكتفت المواد 27 و28 من اللائحة التنفيذية لذات النظام بالإشارة إلى التأشير في سجل العلامات بما يفيد رهنها وتطرق لبعض الأحكام الخاصة بفك الرهن وإشهاره. وفي نفس السياق نجد أن نظام الرهن التجاري الصادر عام 1439هـ تطرق

¹ انظر د. عماد الشربيني، القانون التجاري الجديد لسنة 1999 الكتاب الأول، الالتزامات والعقود التجارية، مكتبات جامعة الملك سعود، الرياض، 2000، ص141.

² قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/51) وتاريخ: 1435/7/26هـ.

لجواز رهن العناصر المعنوية للمنشأة الاقتصادية في المواد 33 و 34 وتضمنت المادة 39 منه إحالة لنظام العلامات التجارية لحكم المسائل المتعلقة برهن العلامات التجارية إلا أنه استدرك وقرر سريان نظام الرهن فيما لم يرد به نص. وعند استعراض نظام الرهن التجاري لعام 1439هـ ولائحته التنفيذية¹ وجد أن النظام يعالج رهن الأموال المنقولة المادية وبنى جل أحكامه على اعتبار أن محل الرهن التجاري هو من المنقولات المادية، مما أثار التساؤل حول إمكانية تكييف تلك النصوص لمعالجة الرهون التي يكون محلها علامة تجارية دون قصور أو عوائق، وعليه سيحاول هذا البحث الخروج بنظام قانوني يعالج حالات رهن العلامات التجارية.

أهمية البحث:

تأتي أهمية هذا البحث في كون رهن العلامات التجارية يعتبر من الأمور المستجدة على المستوى العربي وخصوصاً على مستوى النظام القانوني السعودي. كما أن الأهمية الاقتصادية البالغة لرهن العلامات التجارية ومدى تأثير قيمها المالية الكبيرة في الاقتصاد الوطني بحاجة تستدعي لأن يكون هناك نظام قانوني واضح يحكم ما قد ينبثق عن تلك الرهون من إشكاليات وعوائق. كما أن ندرة الدراسات والأبحاث المتعلقة بموضوع البحث، يجعل من بحثه ودراسته أهمية بالغة للإسهام في إثراء الفقه القانوني في مجال البحث.

أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى تحقيق التالي:

أولاً: تسليط الضوء على النظام القانوني لرهن العلامات التجارية في المملكة العربية السعودية، واستعراض ما قد يشوب مواطن الخلل والقصور.

¹ نظام الرهن التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (86/م) وتاريخ: 1439/8/8هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير التجارة والاستثمار رقم (43902) وتاريخ 10-8-1439هـ.

ثانياً: بيان النظام القانوني لرهن العلامات التجارية ومدى انسجامه مع نظام الرهن التجاري الجديد لعام 1439هـ.

ثالثاً: دراسة مدى كفاية نظام العلامات التجارية والرهن التجاري الحاليين لحكم المسائل المتعلقة برهن العلامات التجارية.

رابعاً: مساعدة ذوي الشأن في المجال القضائي أو الأكاديمي بإيضاح الثغرات والحلول والعيوب والمزايا التي تعترى عقد رهن العلامات التجارية.

رابعاً: نظراً لقلّة الدراسات القانونية في مجال البحث فإن هذا البحث يهدف إلى فتح المجال أمام الباحثين ووضع حجر الأساس لهم للتعلم بمزيد من الدراسات حوال موضوع البحث.

أسئلة البحث

السؤال الجوهري الذي يطرحه هذا البحث هو: ما النظام القانوني الذي يحكم رهن العلامات التجارية في المملكة العربية السعودية؟ وما مدى كفايته لحكم المسائل المنبثقة عن عملية الرهن؟

وتستدعى الإجابة على ذلك السؤال الوصول لإجابات حول الأسئلة الفرعية التالية:

أولاً: ما الرهن التجاري؟ وما شروطه وأركانه؟

ثانياً: ما العلامة التجارية؟ وما طبيعتها القانونية؟

ثالثاً: ما مدى مشروعية رهن العلامة التجارية؟

رابعاً: ما شروط رهن العلامة التجارية؟ وما طرق التنفيذ عليها؟

خامساً: متى ينفذ رهن العلامة التجارية؟ ومتى ينقضي؟

منهجية البحث ومصادره

يتبع هذا البحث المنهج الوصفي الاستقرائي التحليلي لنصوص القواعد القانونية التي تحكم رهن العلامة التجارية في قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ولائحته التنفيذية، جنباً إلى جنب مع نظام

الرهن التجاري السعودي الصادر عام 1439هـ ولائحته التنفيذية، وذلك بغية إظهار ما قد يشوبها من قصور قد يؤدي إلى إعاقة النظام القانوني لعملية الرهن، كما أن منهجية البحث ستمتد إلى المنهج المقارن مع بعض التشريعات والأنظمة الأخرى متى ما أمكن ذلك. وستكون مصادر البحث الرئيسية هي الأنظمة والقوانين المذكورة سلفاً يضاف إلى ذلك استقراء الآراء الفقيه لفقهاء وشراح القانون المتمثلة في أبحاثهم وكتبهم المحكمة، كما أن البحث لن يغفل الاجتهادات القضائية متى ما أمكن ذلك.

المبحث الأول

ماهية عقد الرهن التجاري والعلامة التجارية والطبيعة القانونية لرهن العلامة التجارية

تمهيد:

بالنظر إلى دواعي ومبررات وجود قواعد قانونية لحكم المسائل التجارية نجد أنها تتمحور حول عاملين رئيسيين هما السرعة والائتمان، وقد انبثق عن هذه الدوافع مجموعة من القواعد الخاصة بالمعاملات التجارية كالتضامن بين المدينين بدين تجاري وتحريم نظرة الميسرة في الديون التجارية وحرية الإثبات في المسائل التجارية. وقد درجت الدول المختلفة على تضمين تلك القواعد في تشريعاتها التجارية، وحرصت كثير من الدول على سن تشريعات تختص بتنظيم الرهن الذي يقدم لضمان الديون التجارية، وقد عملت تلك التشريعات على تعزيز مبدأ السرعة وتدعيم الائتمان اللذين يحتاجهما التاجر، ويستدعي ذلك تبسيط قواعد إنشاء الرهن وإجراءات البيع الجبري للمال المرهون للوفاء بالدين المضمون، ونظراً للطبيعة الخاصة للديون التجارية فقد تبنت هذه التشريعات النظام القانوني للرهن الحيازي وجعلت منه كأصل للرهن التجاري ولكنها وضعت قواعد خاصة برهن بعض المنقولات ذات القيمة الاقتصادية مشابة لقواعد الرهن الرسمي؛ حيث لا تنتقل فيه حيازة المال المرهون إلى المرتهن، مثل رهن

الطائرات والسفن والمحل التجاري وبراءات الاختراع ورهن العلامات التجارية.¹

هذا وقد سائر المنظم السعودي التوجهات الحديثة في التشريعات المقارنة وعالج الأحكام الخاصة بتنظيم عقد الرهن التجاري بموجب نظام الرهن التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (426) وتاريخ 1439/8/8هـ.

ويجدر بنا قبل الولوج إلى الحديث عن الأحكام الخاصة برهن العلامة التجارية أن نتناول بالإشارة الموجزة ماهية عقد الرهن التجاري ببيان تعريفه والفرق بينه وبينه الرهن المدني، ثم نتعرض لبيان ماهية العلامة التجارية ثم بيان الطبيعة القانونية لرهن العلامة.

وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول تعريف الرهن التجاري والفرق بينه وبين الرهن المدني، أما المطلب الثاني فنخصصه لدراسة ماهية العلامة التجارية والطبيعة القانونية لرهنها.

المطلب الأول

ماهية عقد الرهن التجاري

ولتوضيح ماهية عقد الرهن التجاري يحسن بنا بيان تعريفه والفرق بينه وبين الرهن المدني. وكل في فرع مستقل.

الفرع الأول

تعريف عقد الرهن التجاري

يعرف الرهن في الشرع بأنه "المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه".² ويعرف المشرع المصري الرهن الحيازي بأنه "عقد يلتزم بموجبه شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يترتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس

¹ د. عبدالرحمن السيد قرمان ، العقود التجارية وعمليات البنوك: طبقاً للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية ، مكتبة الشقري، 2008، ص 182.

² موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، دار إحياء التراث العربي، ج 4، ط1، بيروت، 1985، ص 215.

الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن الشيء في أي يد تكون".¹ وجدير بالذكر أن الرهن التجاري هو أحد صور الرهن الحيازي ويلاحظ أن المشرع المصري قد بين بشكل واضح ماهية الرهن الحيازي. وقد عرفه المنظم السعودي بأنه "اتفاق يخصص بموجبه المدين أو كفيله مالاً منقولاً ضماناً لدين، ويشمل ذلك تعديله أو الإضافة إليه".² ويلاحظ أن المنظم السعودي توسع في هذا التعريف ولم يحدد نوع الدين بل اكتفى بذكر كلمة دين دون أن يشير إلى طبيعة أو نوع هذا الدين سواء كان تجارياً أو مدنياً. وقد تباينت التشريعات المختلفة في تعريف عقد الرهن ويعزى ذلك التباين إلى الاختلاف في أهمية عنصر تسليم المال محل الرهن.³

ويرد الرهن التجاري، مثله في ذلك مثل كافة العقود التجارية على المنقولات، ويستوي بعد ذلك أن تكون هذه المنقولات مادية أو معنوية.⁴ ومن المستقر عليه وفقاً للقواعد العامة أن رهن المنقول يأخذ عادة شكل الرهن الحيازي، ما لم تكن طبيعة المال المرهون تقتضي لنفاذه تسجيله في سجلات معينة، في هذه الحالة عُدَّ عقد الرهن مسجلاً بقيده في هذه السجلات.⁵

ويكتسب الرهن الحيازي الصفة التجارية بالنظر إلى طبيعة الدين المضمون بالنسبة للمدين.⁶ فقد أوجبت المادة الثانية من نظام الرهن التجاري أن يكون هذا

¹ المادة رقم (1096) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1940.

² المادة الأولى من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

³ لمزيداً من النقاش حول هذا الجزئية انظر، د. راتب الجنيدي، الاتجاهات الحديثة لرهن المنقول في القوانين التجارية، مصر، 1981، ص 62 وما بعدها.

⁴ د. عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، ص 5.

⁵ تنص المادة رقم (4) من نظام الرهن السعودي لعام 1439 هـ على أن "يعد عقد الرهن نافذاً في مواجهة الغير بالتسجيل أو بانتقال حيازة المال المرهون إلى المرتهن أو العدل، وذلك وفقاً لما يأتي:

1- يعد عقد الرهن مسجلاً إذا تم قيده في السجل، فإن كان المال المرهون مما تنص أنظمة أخرى على اختصاص سجلات معينة بتسجيل الرهون التي تقع عليه، عُدَّ عقد الرهن مسجلاً بقيده في هذه السجلات. وإن كان المال المرهون مما نصت أنظمة أخرى على اختصاصات سجلات محددة بتسجيل ملكيته فقط، عُدَّ عقد الرهن مسجلاً متى ما تم قيده في السجل وبينت سجلات الملكية واقعة الرهن".

⁶ د. عبدالرحمن السيد قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك: طبقاً للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية، مكتبة الشقري، الرياض، 2008 ص 184.

الدين تجارياً بالنسبة للمدين ويكون الدين تجارياً إذا كان ديناً اقتصادياً¹ وذلك بحسب التعريف الوارد بالنظام، والدين الاقتصادي هو "دين تجاري أو دين يترتب على شخص غير تاجر عند مزاولته نشاطاً مهنيّاً أو غيره من الأنشطة التي تهدف إلى تحقيق الربح".²

وعلى ضوء ذلك، فالرهن هنا هو عقد تبعي، ومن ثم تتحدد صفته المدنية أو التجارية تبعاً لما إذا كان عقد الرهن قد عُقد ضماناً لدين مدني أو تجاري، وذلك بصرف النظر عن طرفيه، وهذا هو ما يفهم من نص المادتين الأولى والثانية من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ. وتأسيساً على ذلك فإن الرهن يعد مدنياً إذا كان ضماناً لدين مدني³ سواء كان أطراف عقد الرهن من التاجر أو غيرهم، فعلى سبيل المثال قد يقدم التاجر مالا معيناً كمحل لعقد رهن ضمانا للوفاء لدين ترتب على قيامه بشراء منزل أو مزرعة خاصة من تاجر آخر. أما إذا عقد الرهن لضمان دين تجاري مثل أن يقدم التاجر مالا معيناً كضمان للوفاء بدين اقترضه للوفاء بقيمة صفقة تجارية، يكون هنا الرهن تجارياً، وقد يكون الدين مختلطاً بحيث يعد تجارياً في أحد شقيه بالنسبة لأحد المتعاقدين، وعليه فإن طبيعة الرهن تتحدد بوصف الدين المضمون بالرهن بالنسبة للمدين الراهن. حيث لا يتصور اعتبار الرهن تجارياً لطرف ومدنياً للآخر وذلك لضرورة خضوع الرهن لقواعد واحدة.⁴ وخير مثال على ذلك هو قيام شخص بشراء آلات أو معدات بالدين بهدف بيعها وتحقيق الربح من شخص آخر آلت إليه عن طريق الإرث وقيامه بتقديم مالا معيناً كضمان للوفاء بهذا الدين، فإن الدين في هذه الحالة يعتبر ديناً تجارياً بالنسبة للمدين الراهن بغض النظر عن صفته سواء كان تاجراً أم مدنياً، ويترتب على ذلك اكتساب الرهن في هذه الحالة للصفة التجارية،

¹ المادة رقم (2) من نظام الرهن التجاري لعام 1439هـ.

² المادة رقم (1) من نظام الرهن التجاري لعام 1439هـ.

³ مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، العقود التجارية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016، ص 57.

⁴ د. عبد الفضيل، مرجع سابق، ص 75.

وفي المقابل إذا قام شخص مدني بشراء شيء معين كالسيارة أو غيرها بهدف الاستخدام الشخصي وقدم مالا معيناً كضمان للوفاء بهذا الدين فإن الدين في هذه الحالة يعتبر ديناً مدنياً ويترتب على ذلك أن الرهن يعد من الرهون المدنية ولا يكتسب الصفة التجارية.

ويلاحظ مما سبق بأن المنظم السعودي عند تكييفه للصفة القانونية لعقد الرهن التجاري قد تبني النظرية الموضوعية أو المادية التي تجعل من طبيعة العمل وموضوعه أساساً لاكتسابه الصفة التجارية،¹ حيث اعتبر الرهن تجارياً متى عقد ضماناً لدين تجاري ويعتبر أخذ بالمذهب الموضوعي بطريق غير مباشر.² بما يعني عدم النظر إلى صفة الشخص القائم به سواء الراهن أو المرتهن حيث لا عبرة بتلك الصفات لتقرير مدى تجارية عقد الرهن، إنما العبرة بموضوعه.³ ويلاحظ أيضاً أن الرهن التجاري ليس عملاً تجارياً قائماً بذاته كالأعمال التجارية الأصلية، إنما هو عمل تجاري تبقي يشترط أن يعقد لضمان دين تجاري، ويرى جانباً من الفقه أنه يعتبر كذلك وليس لأن المدين الراهن تاجر بالرغم من انه متى كان المدين الراهن تاجراً، يفترض أن الرهن تجاري، أي عقد بمناسبة ممارسته للتجارة، وذلك بالتطبيق لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية إلى أن يثبت العكس.⁴

ومن الجدير بالذكر أن المنظم السعودي وحسبما جاء بالمادة الثانية من نظام الرهن السعودي الصادر عام 1439هـ استعمل مصطلح الدين الاقتصادي بالنسبة إلى المدين، وهو مصطلح حديث في هذا الخصوص، وذهب إلى تعريف

1 معن محمد القضاة، الأحكام الخاصة في انعقاد عقد الرهن التجاري: دراسة مقارنة بين نظام الرهن التجاري السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 75 تاريخ 1/21م 1424هـ وقانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 م، مجلة البحوث الاقتصادية - كلية الحقوق جامعة المنوفية، مج26وع43، مايو 2016، ص5.

2 د. عبد الفضيل، مرجع سابق، ص75.

3 د. عادل علي المقدادي، القانون التجاري: وفقاً لأحكام التجارة العماني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2013، ص307.

4 د. عبد الفضيل، مرجع سابق، ص75.

الدين الاقتصادي بأنه دين تجاري أو دين يترتب على شخص غير تاجر عند مزاولته نشاطاً مهنياً أو غيره من الأنشطة التي تهدف إلى تحقيق الربح.

ورأينا في هذا هو أنه كان يجدر بالمنظم الاكتفاء بالنص على الدين التجاري وعدم تعرضه للدين الاقتصادي، لأن كلمة التجارة تشمل من الناحية القانونية نطاقاً أوسع منه من الناحية الاقتصادية إذ يقصد من هذه الناحية الأخيرة كل ما يتعلق بتداول وتوزيع الثروات، أما من الناحية القانونية فتشمل التجارة علاوة على ذلك العمليات الصناعية التي يقوم بها الصناع وتتعلق بالإنتاج وعمليات التمويل التي تقوم بها البنوك، فمن يحترف الصناعة في المعنى القانوني الذي سنتناوله في هذا الخصوص ليس إلا تاجراً، بمعنى أن القانون التجاري يطبق على التصرفات التجارية والصناعية في ذات الوقت.¹

ويلاحظ أن المنظم السعودي توسع في تعريفه للدين الاقتصادي حيث قضى بشمولية الرهن التجاري للديون التي تترتب على مزاوله الأنشطة المهنية كالمحاماة والطب والهندسة وغيرها بالرغم من كونها مهناً مدنية وفقاً للنظريات الفقهية التي تميز الأعمال بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية وقد استقر الفقه والقضاء باعتبارها أعمالاً مدنية واعتبار من يمارسها مدنياً وليس تاجراً، ويترتب على ما سبق إخضاعها لقواعد الرهن التجاري، بدليل النص في تعريف الدين الاقتصادي على " أو دين يترتب على شخص غير تاجر عند مزاولته نشاطاً مهنياً أو غيره".²

ويلاحظ أنه متى ما تحققت الصفة التجارية وفقاً لما تم بيانه سابقاً، فإن تجارية الرهن تنصرف إلى كافة ذوي الشأن الذين تعلقت حقوقهم أو التزاماتهم به، مما يعني أن أحكام نظام الرهن التجاري تسري عليهم جميعاً حتى لو كان الشخص

¹ د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، الطبعة الخامسة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2002 ص 18.
² المادة رقم (1) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

المعني منهم ليس تاجراً كالشخص الذي يوضع لديه الشيء المرهون (العدل) والراهن حتى لو لم يكونا تاجرين وكذلك الحال لدائنيهما.¹

الفرع الثاني

الفرق بين الرهن التجاري والرهن المدني

من البيان السابق للرهن التجاري يتضح مدى الفارق بينه وبين الرهن المدني الذي يخضع للقواعد العامة في الرهن ويخرج عن نطاق تطبيق نظام الرهن التجاري المشار إليه، ومن الأحكام التي تثار للفرقة بين الرهن التجاري والرهن المدني ما يلي:

1- الرهن التجاري لا يتقرر إلا على مال منقول، سواء كان منقولاً مادياً أو معنوياً، مثل الأسهم والسندات وبراءات الاختراع² والعلامات التجارية،³ وذلك وفق ما اشترطته المادة الأولى من نظام الرهن التجاري.⁴ وعلى ذلك لا يعتبر رهن العقار تجارياً ويخرج من نطاق تطبيق أحكام الرهن التجاري ولو كان قدم ضماناً لدين تجاري، لأن رهن العقارات والتفويض عليها له طبيعة خاصة لا تتلاءم مع السرعة التي تحتاج إليها المعاملات التجارية.⁵ وبالتالي الرهن الذي يكون محله عقاراً يكفي على أنه رهن مدني وتطبق عليه أحكام الرهن الرسمي إذا كان المال المرهون عقاراً وأحكام الرهن الحيازي إذا كان المال المرهون منقولاً أو عقاراً في بعض الحالات. وقد ورد الرهن الرسمي بهذا المعنى في المادة رقم 1020 من القانون المدني المصري التي تعرف الرهن الرسمي بأنه "عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً. يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة

¹ د. عبدالرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 185.

² نظام براءات الاختراع والتصميمات التخطيطية للدارات المتكاملة والأصناف النباتية والنماذج الصناعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/27) بتاريخ 1425/5/29هـ.

³ د. عبدالرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 195.

⁴ انظر المادة رقم (1) نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

⁵ د. عبدالرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 186.

في استيفاء حقه من ثمن العقار في أي يد يكون". وورد النص عليه بذات المعنى في التشريع المطبق على العقارات المحفوظة (المشهرة) بالمغرب (ظهير 19 رجب 1333 هجرية، الموافق 2 من يونيو 1915 ميلادية) في الفصل 157 منه " الرهن الرسمي هو حق عيني على العقارات المخصصة لأداء التزام".¹

2- يقرر الدين التجاري لضمان الوفاء بدين تجاري بالنسبة للمدين الراهن ، أما إذا كان الرهن لضمان الوفاء بدين مدني فإنه يعتبر رهناً مدنياً.

3- يعقد الرهن التجاري لضمان دين تجاري وتمتاز التعاملات التجارية بقواعد تضمن سهولة تطبيقها وعليه يمتاز الرهن التجاري ببساطة إجراءاته بدءاً من انعقاده ونفاذه وانتهاء بالتنفيذ على المال المرهون ويبيعه في حال تقاعس أو عجز المدين الراهن عن الوفاء بدينه.² ومن مظاهر بساطة إجراءاته انه يكفي لانعقاده أن تنتقل حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى العدل الذي يختاره الطرفان أو الذي يحدده النظام³، ولا شك أن الرهن المدني لا يخضع لقواعد ميسرة مثلما يخضع لها الرهن التجاري، إذ أن الأعمال المدنية تمتاز بالبسط والشكلية المفرطة في إجراءاتها على نحو يغير طبيعة الأعمال التجارية.

4- يثبت الرهن التجاري بالنسبة للمتعاقدين، وفي مواجهة الغير بجميع طرق الإثبات، إعمالاً لمبدأ حرية الإثبات في لمسائل التجارية⁴، فإن الرهن

¹ للمزيد حول ذلك انظر د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، التأمينات العينية في القانون المصري والمقارن (الرهن والامتيازات والاختصاص)، دار النهضة العربية، ط4 .

² يعقوب يوسف صرخوه، العقود التجارية في القانون التجاري الكويتي رقم 68 لسنة 1980: دراسة مقارنة، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، 1986، ص251.

³ د. عبدالرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص193.

⁴ تنص المادة 122 من القانون التجاري الجديد المصري على أن "مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة السابقة-هي الخاصة برهن الحقوق الثابتة في الصكوك-لا يشترط لنفاذ الرهن التجاري في حق الغير أن يكون مكتوباً أو أن تكون الورقة التي يدون فيها الرهن ثابتة التاريخ. 2- ويجوز إثبات الرهن التجاري فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير بكافة طرق الإثبات أياً كانت قيمة الدين المضمون بالرهن".

المدني لا يثبت إلا بالطرق المحددة وفقاً لقواعد الإثبات المدني التي منها عدم جواز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة، وعدم جواز الاحتجاج بالمحررات العرفية، وذلك وفق ما تقرره بعض الأنظمة.

المطلب الثاني

ماهية العلامة التجارية وطبيعة رهنها

بعد أن تعرفنا على ماهية الرهن التجاري وتم بيان الفرق بينه وبين الرهن المدني فإن هذا المطلب سيسلط الضوء على العلامة التجارية ببيان تعريفها والطبيعة القانونية لرهنها، وكل في فرع مستقل.

الفرع الأول

تعريف العلامة التجارية

عرفت المادة الثانية من قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (51/م) وتاريخ: 1435/7/26هـ العلامة التجارية بأنها "كل ما يأخذ شكلاً مميزاً من أسماء أو كلمات أو إمضاءات أو حروف أو رموز أو أرقام أو عناوين أو أختام أو رسوم أو صور أو نقوش أو تغليف أو عناصر تصويرية أو أشكال أو لون أو مجموعات ألوان أو مزيج من ذلك أو أية إشارة أو مجموعة إشارات إذا كانت تستخدم أو يراد استخدامها في تمييز سلع أو خدمات منشأة ما عن سلع أو خدمات المنشآت الأخرى أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات، أو على إجراء المراقبة أو الفحص للسلع أو الخدمات".¹ كما عرفها المشرع المصري بأنها "العلامة التجارية هي كل ما يميز منتجاً سلعة أو خدمة عن غيره، وتشمل على وجه الخصوص الأسماء المتخذة شكلاً مميزاً، والإمضاءات، والكلمات والحروف، والأرقام والرسوم، والرموز، وعناوين المحال والدمغات، والأختام والتصاوير، والنقوش البارزة، ومجموعة الألوان التي تتخذ شكلاً خاصاً ومميزاً،

¹ يجدر بالذكر أن هذا التعريف مشابه لما ورد في المادة الثانية من نظام العلامات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/21 بتاريخ 1423/5/28هـ.

وكذلك أي خليط من هذه العناصر إذا كانت تستخدم أو يراد أن تستخدم إما في تمييز منتجات عمل صناعي أو استغلال زراعي، أو استغلال الغابات أو لمستخرجات الأرض، أو أية بضاعة، وإما للدلالة على مصدر المنتجات أو البضائع أو نوعها أو مرتبتها أو ضمانها أو طريقة تحضيرها وإما للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات".¹ كما جاء تعريف العلامة التجارية في المادة (1/15) من اتفاقية التربس بأنها "أي علامة أو مجموعة علامات تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة عن التي تنتجها المنشآت الأخرى وقد تكون من الأسماء والحروف والأرقام والأشكال ومجموعات ألوان وأي مزيج منها يكون مؤهلاً للتسجيل كعلامة تجارية".

ويلاحظ أن تعريف العلامة التجارية في القانون الخليجي الموحد جاء متوافقاً مع المعايير الدولية المتمثلة في اتفاقية التربس وكذلك الحال مع القانون المصري، وقد أحسن المشرع الخليجي والمصري صنفاً عند النص على شمولية العلامات التجارية للخدمات جنباً إلى جنب مع السلع.

ويذهب جانباً من الفقه إلى تعريف العلامة التجارية بانها "إشارة توسم بها البضائع والسلع والمنتجات أو تعلم بها تمييزاً لها عما يماثلها من سلع تاجر آخر أو أي منتجات أرباب الصناعات الأخرى".² إلا أن هذا التعريف أخذ بالمفهوم الضيق للعلامة التجارية ولم يمد الحماية للعلامات الخدمية، إلا أننا نرى أن التعريف الأشمل والأدق هو "كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز صناعته أو بضاعته أو خدماته عن مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر بها أو يقدمها آخرون"³

¹ المادة رقم (63) من القانون المصري رقم 82 لسنة 2002 بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية.
² د.صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، دار الفرقان، الأردن، 1983، ص 233.
³ د.صلاح الدين زين، الملكية الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 254.

فالحكمة من وجود العلامة التجارية هو اعتبارها وسيلة لضمان صفات معينة في المنتجات أو الخدمات، مما يمكن المستهلك من التعرف والتمييز بين السلع والخدمات المختلفة مع ضمان حمايته من الغش والتضليل ومما لا شك فيه أن وجود علامة تجارية معينة على منتج معين من شأنه أن يعزز الثقة لدى المستهلك في جودة ونوعية المنتج أو الخدمة.¹ إلا أنه يشترط لتسجيل العلامة التجارية أن تكون مميزة وتنتم بالجدة والمشروعية وألا تتطوي على تضلل أو مساس بحقوق الغير.²

وأخيراً يلاحظ قيام بعض التشريعات بالتمييز بين العلامات التجارية التي يضعها التجار على سلعهم وبين العلامات الصناعية التي يضعها الصناع على منتجاتهم إلا أن هذا التمييز لا يشكل أي تمايز بينهما من الناحية القانونية، فالقواعد المقررة في أنظمة وقوانين العلامات التجارية تسري دون استثناء أو تمييز على كلتا العلامتين.³

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لرهن العلامة التجارية

تعد العلامة التجارية عنصراً من عناصر الذمة المالية للتاجر، يمارس عليها كافة حقوق الملكية الممكنة قانوناً، وبذا تدخل العلامة التجارية في الضمان العام للدائنين باعتبار أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه.⁴

¹ د. عبدالهادي محمد سفر الغامدي، الملكية الصناعية وفقاً لأنظمة الملكية الصناعية السعودية واتفاقيتي باريس والتربس، مكتبة الشقري، الرياض، 1434هـ، ص 283 و د. عبدة الجيلاني، العلامة التجارية وخصائصها وحمايتها (موسوعة حقوق الملكية الفكرية)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2015، ص 32 وما بعدها و د. حيد محمد الهيبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط 2، 2016، ص 192 وما بعدها، د. خالد ممنوح إبراهيم، حقوق الملكية الفكرية، الإسكندرية، ط 1، 2011، ص 143 وما بعدها، و د. رمزي حوحو و كاهنة زواوي، التنظيم القانوني للعلامات التجارية في التشريع الجزائري، مجلة المنتدى القانونية - جامعة محمد خيضر بسكرة، ع 5، 2008 ص 37 وما بعدها.

² لمزيداً من المعلومات حول هذه الشروط انظر د. عبدالهادي محمد سفر الغامدي، الملكية الصناعية وفقاً لأنظمة الملكية الصناعية السعودية واتفاقيتي باريس والتربس، مكتبة الشقري، الرياض، 1434هـ، ص 294 وما بعدها.

³ د. إلياس ناصيف، المؤسسة التجارية: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017، ص 512.

⁴ للمزيد عن فكرة الضمان العام انظر، محمد حسين منصور، النظرية العامة للانقمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 7 وما بعدها.

بيد أن الضمان العام وحده قد لا يحقق الحماية الكافية للدائن على أموال مدينه، فقد تؤدي سوء إدارة المدين لأمواله كإنشاء التزامات جديدة على أمواله إلى الإضرار بمصلحة الدائن الذي ليس له إلا هذا الضمان العام، ولذا نشأت فكرة الضمان الخاص والتي تجعل الدائن بمأمن عن تصرفات مدينه المضرة به، ومن هذه الضمانات التأمينات الشخصية التي بموجبها تضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين للوفاء بالديون مثل الكفالة، ومن الضمانات أيضاً التأمينات العينية التي تعني بتخصيص مال أو أكثر من أموال المدين للوفاء بحق الدائن، فيصير للدائن حق عيني تبقي على هذا المال منقولاً كان أم عقار، وبالتالي فله استيفاء حقه من هذا المال بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين، وله أيضاً حق تتبع المال في أي يد تكون.¹

وإذا كان المحل التجاري يتمتع بخصائص التعيين الذاتي وهو من أهم أموال التاجر الذي يستغله في ممارسة نشاطه التجاري، فمن ثم يكون للتاجر حق الملكية عليه، فله إجراء كافة أنواع التصرفات على المحل التجاري من بيع وهبة ووصية ورهن وغيرها². وعلى ذلك فالمحل التجاري يتألف من مجموعة من العناصر المادية كاللبضائع والأثاث والعدد والأدوات، وغير المادية (كالمنقولات المعنوية) ومنها الاسم التجاري والشعار والعلامة التجارية وغيرها. وإذا كان رهن المنقولات المادية يتم بالرهن الحيازي كقاعدة عامة، بمعنى انتقال حيازة المنقول من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص ثالث (العدل)، حتى يحتج به الدائن المرتهن في مواجهة الغير، وبما تقتضيه هذه الحيازة من التزامات على عاتق المرتهن والتي تتمثل جلها في ضرورة المحافظة على المال المرهون تحت يده؛ فإن العلامة التجارية بوصفها منقول معنوي تستعصي طبيعتها على اتباع القواعد المقررة بشأن رهن المنقولات المادية، فلا

¹ د. يعقوب يوسف صرخوه، مرجع سابق، ص 247.

² أ. محمد عبدالغفور محمد العماوي، رهن المنقولات ذات الطبيعة الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن، 2003م. ص 9.

يتصور فيها انتقال الحيازة بالأساس ولا اتباع أي من قواعد الرهن الحيازي، كل ما في الأمر أن الأحكام المقررة لرهن العلامة التجارية أقرب ما تكون إلى قواعد الرهن الرسمي الذي مناطه التأشير في السجلات المختصة بأي تصرفات على حق الملكية من الممكن اتخاذها على تلك الأموال ذات الطبيعة الخاصة. ولما كان الأمر كذلك، فإن التزامات الدائن المرتهن في الرهن الحيازي ذو الطبيعة الخاصة يلتزم بها المدين الراهن للعلامة التجارية عوضاً عن الدائن المرتهن، حيث يتمتع عليه إجراء أي تصرفات على العلامة من شأنها الإضرار بحق الدائن المرتهن ويلتزم بواجب المحافظة عليها وحسن إدارتها.¹

فعندما يحتاج شخص ما إلى تمويل مالي فإنه قد يلجأ إلى الاقتراض من شخص آخر أو قد يجد الشخص نفسه لأي سبب مديناً بمبلغ مالي لشخص آخر هو الدائن، فهنا قد يطالب الدائن مدينه بتقديم تأمين عيني يضمن له حقه ويتمثل هذا التأمين في رهن أحد أمواله بحيث يقوم المدين بتخصيص أحد أصوله المالية كضمان للوفاء بالدين. وعند تقاعس المدين عن الوفاء بالدين أو عجز عن السداد لأي سبب من الأسباب فللدائن الراهن حق التنفيذ على المال المرهون واستيفاء حقه من قيمته مع تمتعه بميزتي التتبع والتقدم.

وحيث إن الرهن التجاري كما أسلفنا ينصب على منقولات تكون محلاً للرهن التجاري، فإن نظام الرهن السعودي لم يفرق بين المنقولات المادية والمعنوية واعتبر كلاهما صالحاً لأن يكون محلاً للرهن التجاري، فقد نصت المادة الثالثة والثلاثون على "....."، يجوز رهن المنشأة الاقتصادية، ويتم قيد ذلك في السجل التجاري لها، ويشمل رهنها - ما لم يتفق على غير ذلك في عقد الرهن - ما يأتي: 1- جميع العناصر المعنوية للمنشأة الاقتصادية (القابلة للانتقال للغير

¹ أحمد العطارى، التصرفات الناقل للملكية وتأثيرها على التزام المدين الراهن بالمحافظة على المال المرهون: رهن السفينة والأصل الجاري نموذجاً، مجلة القضاء المدني - المغرب، س5، ع10، 2014، ص50.

بمفردها أو مع المنشأة الاقتصادية...¹ ، كما نصت المادة الرابعة والثلاثون من نفس النظام على "إذا كانت المنشأة الاقتصادية شركة فلا يشمل عقد رهنها إلا أصولها المنقولة (المادية والمعنوية) وحقوقها ومحلها التجاري.² وبما أن العلامات التجارية تعتبر من الأصول المنقولة المعنوية للمنشأة الاقتصادية فهي وفقاً لهذا النص تعتبر من الأوعية المعنوية التي تصلح لن تكون محلاً للرهن التجاري، ولم يكتف المنظم السعودي بذلك بل اعترف بجواز رهن العلامات التجارية صراحة في المادة رقم (39) من نظام الرهن التجاري لعام 1439هـ.³ حيث اعتبر العلامات التجارية من الأموال التي لها طبيعة خاصة واعتبر رهنها يخضع للأحكام الخاصة بها مع اعتبار أحكام نظام الرهن التجاري مرجعية للمسائل التي لم يرد بها نص.

وبالرغم من كون النصوص المشار إليها أنفاً تعتبر سنداً نظامياً لجواز رهن العلامات التجارية في المملكة العربية السعودية إلا أن الملاحظ أن نظام الرهن التجاري يعالج بشكل أساسي المنقولات المادية. وبالرجوع لنظام العلامات التجارية الموحد نجد أنه اعترف بشكل مباشر في مادته رقم (37) بجواز رهن العلامات التجارية حيث نصت على: "1- يجوز نقل ملكية العلامة التجارية كلياً أو جزئياً بعبء أو بغير عبء أو رهنها أو الحجز عليها مع المحل التجاري أو مشروع الاستغلال الذي تستخدم العلامة في تمييز سلعه أو خدماته ما لم يتفق على خلاف ذلك"⁴. ويلاحظ أن النظام المشار إليه أقر بجواز رهنها إلا أنه لم

¹ المادة رقم (33) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ

² المادة رقم (34) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ

³ حيث نصت على: "1- يخضع رهن السفن، والطائرات، والأوراق التجارية، والأوراق المالية المتداولة في السوق المالية، وأسهم الشركات غير المتداولة في السوق المالية، والبضائع المودعة في المخازن العامة، والعلامات التجارية، وغيرها من الأموال التي يخضع رهنها لأحكام أنظمة خاصة بها؛ للأحكام المقررة لها في تلك الأنظمة، وتسري أحكام هذا النظام فيما لم يرد به نص فيها. 2- تزود الجهات -التي تتولى تسجيل الرهن على الأموال المذكورة في الفقرة (1) من هذه المادة- السجل ببيانات تسجيل تلك الرهن، وتنسق الوزارة مع الجهات المعنية لتحديد آلية تضمن ذلك".

⁴ المادة رقم (37) من قانون (نظام) العلامات التجارية. لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/51) وتاريخ : 1435/7/26هـ.

يتطرق للأحكام الخاصة بهذه النوعية من الرهون إلا أنه يلاحظ أيضاً أن موقفه هذا جاء متوافقاً مع أحكام القانون المصري والقانون الأردني.¹

نخلص من ذلك إلى أن النصوص القانونية المشرعة لرهن العلامات التجارية تتوزع بين نظام الرهن التجاري ونظام العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ويلاحظ أنه لا يحظى بنظام خاص أو نصوص تفصيلية تختص به ويرجع السبب في ذلك إلى كونه لا زال في طور التكوين والتطور.

المبحث الثاني

إنشاء عقد الرهن

بعد أن تناول المبحث السابق الأحكام العامة للرهن التجاري وتم التعرف على ماهيته و بيان الأحكام الخاصة التي تميزه عن الرهن المدني، وبعد أن وتم إعطاء فكرة موجزة عن ماهية العلامات التجارية وطبيعتها ومن ثم بيان الطبيعة القانونية لعقد رهن العلامة التجارية ، فإن هذا المبحث سيظهر مدى إمكانية رهن العلامة التجارية بصفة مستقلة أو مع المحل التجاري، ثم بعد ذلك سيتم تسليط الضوء في هذا المبحث على الشروط الموضوعية الخاصة برهن العلامة التجارية، وذلك وفق المطالب التالية:

المطلب الأول

الرهن المستقل للعلامة التجارية والرهن التبعية لها

تعد العلامة التجارية من العناصر المعنوية الهامة التي تشكل مع غيرها أحد عناصر المحل التجاري، وتجزئ الأنظمة المختلفة بما فيها النظام السعودي استعمال حقوق الملكية المختلفة بما فيها البيع للعلامة التجارية سواء تم ذلك مع المحل التجاري أو بصورة مستقلة عنه.² أما رهن المحل التجاري فقد يشمل كافة العناصر المادية والمعنوية وقد يقتصر على بعضها كالعلامات التجارية، ويعتبر

¹ انظر قانون حماية حقوق الملكية المصري رقم 82 لسنة 2002 و قانون العلامات التجارية الأردني وتعديلاته رقم 33 لسنة 1953.

² انظر المادة رقم (27) و(28) من نظام العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.

المنظم السعودي أن رهن المحل التجاري يشمل العلامة التجارية وهو الأصل والاستثناء هو النص في عقد الرهن على عدم شموليته للعلامة التجارية.¹ وعلى نفس المنوال أجاز نظام الرهن التجاري السعودي الصادر عام 1439هـ رهن المحل التجاري بكافة عناصره المعنوية القابلة للانتقال للغير، منفردة أيضاً أو مع المحل التجاري، ويترك الأمر لإرادة المتعاقدين في حالة رغبتهما الاتفاق على خلاف ذلك كالاتفاق في عقد رهن المحل التجاري على شموليته للعلامة التجارية مع بقية العناصر الأخرى.²

ويلاحظ أن اعتراف المنظم السعودي بجواز رهن العلامة التجارية منفردة عن المحل التجاري جاء كأحد التطورات الهامة لنظام العلامات التجارية السعودي لعام 1423هـ³ إذ لم يجز رهنها بمنأى عن المحل التجاري قبل ذلك الحين. ويلاحظ أن نص النظام القديم عالج هذه المسألة بوضوح تام غير قابل للاجتهد وكان من الأخرى بالنظام الموحد الحالي أن يتبنى هذا النص. وفي المقابل كان هناك وضع مشابهة في التشريع المصري القديم حيث نص على حظر التصرف في العلامات التجارية بمعزل عن المحل التجاري⁴ إلا أن المشرع المصري لم يلبث إلا أن أقر لمالك العلامة التجارية الحق في التصرف فيها بشكل مستقل عن المحل التجاري.⁵ وجدير بالذكر أن المشرع الأردني ينتهج نفس النهج ويجيز التصرف فيها باستقلالية عن المحل التجاري.⁶ وقد خالف التشريع اللبناني هذا الاتجاه، إذ عدَّ العلامات التجارية من العناصر التي لا يصح أن تكون محلاً

¹ انظر الفقرة رقم (1) من المادة رقم (27) من نظام العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي.

² انظر الفقرة رقم (1) من المادة رقم (33) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

³ انظر المادة رقم (31) من نظام العلامات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (21/م) وتاريخ: 1423/5/28هـ.

⁴ انظر المادة رقم (18) من قانون العلامات التجارية المصري رقم 1939/57هـ.

⁵ انظر المادة رقم (87) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002.

⁶ انظر المادة رقم (19) من قانون العلامات التجارية الأردني لسنة 1953 والمعدل بالقانون رقم 34 لعام 1999.

للرهن مع المحل التجاري إلا بوجود شرط صريح في عقد النقل وألا يقتصر رهن المحل التجاري على الشعار وحق الإيجار والذبائن والمركز.¹ والمنظم السعودي إذ أجاز رهن العلامة التجارية على استقلال، فهو بذلك برهن على قابليته للتطور التشريعي الذي لا يمس الثوابت المعلومة لديه في سن الأنظمة، والتي أساسها التقيد بقواعد النظام العام الداخلي المتمثل في أحكام الشريعة الغراء، وأثبت كذلك مسايرته للمعايير الدولية المنظمة للعلامات التجارية والواردة في اتفاقية (تريبس)²، والتي أقرت بحق صاحب العلامة التجارية في التصرف فيها مع أو بدون المحل التجاري. ويلاحظ أن المنظم السعودي حين أجاز رهن العلامة التجارية مع أو بدون المحل التجاري، قد ذهب مذهب الكثير من التشريعات التي سبقته في هذا الشأن كالتشريع الفرنسي والسويدي والتنظيم الأوربي للعلامات التجارية.³

وبناء على ما سبق فإن جواز رهن العلامة التجارية مع المحل التجاري لا يعد كافياً في ذاته، فيجب أيضاً أن تطبق أحكام الرهن التجاري على رهن العلامة التجارية، وذلك بالتأشير بما يفيد رهنها في سجل العلامات التجارية وما يتبع ذلك من إشهار. ويسرى نفس الحكم على حالة رهن العلامة التجارية منفردة عن المحل التجاري، ويترتب على تخلف ذلك عدم نفاذ عقد الرهن في حق الغير.⁴ ويعزى سبب اعتراف التشريعات المختلفة بجواز رهن العلامة التجارية بشكل منفرد عن المحل التجاري بالرغم من كونها أحد العناصر الهامة التي يقوم عليها، إلى الطبيعة الخاصة لها باعتبارها مالا منقولاً معنوياً غير قابل للحيازة المادية،

¹ انظر المادة رقم (23) من قانون المؤسسة التجارية اللبناني، مرسوم اشتراعي رقم 11 لعام 1967.
² انظر المادة رقم (21) من اتفاقية منظمة التجارة الدولية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية (تريبس)، 1994.

³ لمزيداً من التفصيل حول المقارنة بين هذه التشريعات، انظر، د. حسين توفيق فضل الله و جلال ناصر خليل، الجوانب القانونية لرهن العلامة التجارية: دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون (الإمارات)، مج29، ع62، 2015، ص

⁴ د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط8، 2009، ص546.

حيث لا يستطيع الدائن حيازتها وحبسها ومن ثم منع المدين من استغلالها أو استعمالها، كما أنه لو صح جدلاً إمكانية انتقال حيازة العلامة التجارية إلى الدائن المرتهن فإن ذلك من شأنه تقييد استثمارها و تقييد التاجر المالك لها في استغلالها مما سيؤدي من الناحية العملية إلى عجزه عن الوفاء بالدين المضمون بالرهن فضلاً عما قد يلحق القيمة المالية للعلامة التجارية من أضرار وانخفاض في قيمتها في حالة إمكانية حيازتها، وغني عن البيان بأن الدائن المرتهن يتعذر عليه القيام بالواجبات التي يفرضها النظام على الدائن المرتهن الحائز للمنقول محل الرهن وذلك بالنظر للطبيعة الخاصة للعلامات التجارية.¹ و خلاصة القول تتمثل في أن رهن العلامة التجارية بمعزل عن المحل التجاري لن يؤدي إلى تعطيل النشاط التجاري للمنشأة لأن التشريعات المختلفة عدت هذا الرهن من الرهون ذات الطبيعة الخاصة التي لا يستلزم فيها نقل حيازة العلامة محل الرهن، وقد أحسن المنظم السعودي صنفاً حينما نص على حق الراهن المدين في استثمار المال المرهون في أعماله الاقتصادية.²

المطلب الثاني

شروط عقد رهن العلامة التجارية

يعالج هذا المطلب الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لإنشاء عقد رهن العلامة التجارية في النظام السعودي وذلك وفقاً للتالي:

الفرع الأول

الشروط الموضوعية

تتطبق الشروط العامة للعقود على عقد الرهن التجاري الذي يكون محله علامة تجارية ، فيستلزم القانون وفقاً للقواعد العامة لانعقاده صحيحاً منتجاً لآثاره، أن تتوافر فيه الأركان الموضوعية العامة للعقود من رضا ومحل وسبب وأهلية،

¹ انظر د.عدنان غسان يرانبو ، التنظيم القانوني للعلامة التجارية ، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2012 ، ص 457.

² انظر الفقرة رقم (3) من المادة رقم (39) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

وهي أحكام عامة تسري على كافة العقود¹ ، إلا أننا لن نخوض في هذه الشروط نظراً لعدم إثارتهما للكثير من المشاكل القانونية المتعلقة بموضوع البحث ونحيل بشأنها في هذا الصدد إلى القواعد العامة في الالتزامات. وعليه فإن هذا المطلب سيتحدد نطاقه في تسليط الضوء على شرط ملكية المدين الرهن للعلامة التجارية، وذلك نظراً لما قد تثيره هذه المسألة من إشكاليات قانونية.

وتفرعاً عن ذلك، فإنه يشترط في الرهن أن يكون مالكا للعلامة التجارية محل الرهن عند إبرام عقد الرهن.² ويمارس عليها كافة حقوق الملكية، وتعد شهادة التسجيل³ الصادرة عن مكتب العلامات التجارية هي السند النظامي الوحيد التي تثبت ملكية المدين الرهن للعلامة التجارية. وتصدر هذه الشهادة بعد مضي ستين يوماً من تاريخ نشر الإعلان دون اعتراض على تسجيل العلامة.⁴ ويعتبر شرط الملكية من الشروط الهامة التي يجب توافرها ابتداءً في عقد الرهن الخاص بالعلامة التجارية ، وإذا تبين للدائن المرتهن أن المدين الرهن لا يملك العلامة التجارية محل العقد، فله الخيار بين أن يطلب ضمان دينه برهن بديل أو اعتبار الدين حال الوفاء يجوز له المطالبة به.⁵ كون المدين لم يقدم التأمينات المطلوبة

1 لمزيد من التفصيل حول ذلك انظر، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الحقوق العينية : التأمينات العينية، مطبعة جامعة الكويت ، ط2، 1998، ص17 وما بعدها.
2 انظر الفقرة رقم (1) من المادة رقم (7) قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.
3 تشمل شهادة التسجيل على عدد من البيانات العامة التي عدتها المادة رقم (15) من اللائحة التنفيذية لقانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية حيث نصت على : "تقوم الإدارة المختصة بتسجيل العلامة في سجل العلامات التجارية ويعطي مالكيها شهادة تسجيل تشمل على البيانات الآتية:

- 1- رقم العلامة التجارية وتاريخ تسجيلها.
- 2- تاريخ بداية الحماية للعلامة التجارية وتاريخ انتهائها.
- 3- تاريخ الأولوية ورقمها والدولة التي أودع فيها (إن وجدت).
- 4- اسم مالك العلامة التجارية وعنوانه وجنسيته واسمه التجاري (إن وجد).
- 5- صورة العلامة التجارية.
- 6- المنتجات أو الخدمات التي سجلت عنها العلامة التجارية وفتتها.
- 7- القيود والاشتراطات (إن وجدت).

ويكون لتسجيل العلامة التجارية أثره من تاريخ تقديم طلب التسجيل الثابت بسجل العلامات"
4 انظر المادة رقم (14) من اللائحة التنفيذية لقانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

5 انظر الفقرة رقم (1) من المادة رقم (8) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

لضمان دينه. وقد أحسن المنظم السعودي صنفاً في ترتيب ذلك الجزاء عند ثبوت عدم ملكية الراهن للمال المرهون. وبالرغم من كون ثبوت عدم الملكية للعلامة التجارية من قبل المدين الراهن يعتبر من الأمور النادرة الحدوث إلا أنه ممكن الحدوث بأي صورة من الصور لعل أبرزها تقديم شهادة ملكية مزورة للعلامة التجارية.

وقد يثور التساؤل هنا فيما لو نازع شخص آخر مالك للعلامة التجارية محل الرهن المدين الراهن في ملكيته للعلامة باعتباره الأسبق في استعمالها وتسجيلها؟ وبالنظر إلى النظام النافذ في المملكة يتضح جلياً أنه عالج هذه الإشكالية من جانبين؛ الجانب الأول يتمثل في منح الحق لمن يدعي حق الأسبقية في ملكية العلامة التجارية في اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم من المحكمة المختصة باستحقاقه للعلامة محل النزاع وإلغاء تسجيلها باسم المدين الراهن، على أن يكون ذلك خلال الخمس سنوات الأولى من تاريخ تسجيل العلامة من قبل المدين، مع اشتراط عدم رضا مدعي الحق في العلامة بشكل صريح أو ضمني باستعمال العلامة من قبل من قام بتسجيلها.¹ ويمكن هنا تصور ذلك في حالتين، الحالة الأولى: رفض الدعوى المقامة من قبل مدعي أسبقية الاستعمال وهنا تظل الأمور كما هي ويظل عقد الرهن سارياً على العلامة التجارية، والحالة الثانية: هي حالة صدور حكم بإلغاء تسجيل ملكية العلامة التجارية باسم المدين الراهن مما يترتب عليه انتفاء شرط امتلاكه لها وهو شرط لازم من شروط صحة عقد رهنها، في هذه الحالة نرى أن للدائن المرتهن أن يختار بين مطالبة المدين الراهن بتقديم رهن بديل لضمان دينه أو يعتبر الدين حالاً وواجب الوفاء. إلا أن تلك الدعاوى

¹ انظر الفقرة رقم (2) من المادة رقم (7) قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

وإعمالاً لاستقرار الحقوق المكتسبة ، لا يمكن قبولها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ التسجيل للعلامة دون وجود منازعات قضائية حولها.¹

أما إذا كانت العلامة التجارية عبارة عن حصة للمدين في شركة ستؤول إليه أو وصيه سيحصل عليها مستقبلاً ، فإن ذلك يتنافى مع شرط الملكية ويترتب عليه عدم صلاحية العلامة التجارية لأن تكون محلاً للرهن، وقد قرر المنظم السعودي هذه النتيجة كاستثناء على جواز رهن المال المستقبلي.² ، وإن كنا نرى أن حصة المدين في الشركة أو الوصية لا يشملها مصطلح " المال المستقبلي" الوارد بالمادة الثامنة من نظام الرهن التجاري السعودي وذلك لأن الأصل هو عدم جواز التعامل في الأموال المستقبلية، والاستثناء هو ما أوردته المادة المشار إليها، ومن المعلوم أن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، وعليه يتعين التقيد بما ورد في هذه المادة عند حصرها للأموال المستقبلية، لأنه ولئن دعت الضرورة إلى رهن هذه الأموال، فإن الضرورة تقدر بقدرها، علاوة على ذلك، فالمستقر عليه أن التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة يقع باطلاً، أثر ذلك، عدم جواز رهن أموال الشركة أو الوصية التي ستؤول إلى المدين مستقبلاً وخروجها من نطاق المادة سالفة الذكر، وبما أن العلامة التجارية لها قيمة مالية صالحة للتعامل، فبذا تخرج عن الرهن إذا كانت من ضمن أموال الشركة أو الوصية.

ولعل انتهاج المنظم لذلك النهج له ما يبرره ، فقد لا تؤول تلك العلامة التجارية إلى المدين الراهن كاستغراق الشركة بالديون أو عدم تسجيل الوصية، مما قد يتسبب في ضياع حقوق الدائن المرتهن وعدم استقرار المراكز القانونية القائمة.

¹ انظر الفقرة رقم (1) من المادة رقم (7) قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

² انظر الفقرة رقم (3) من المادة رقم (8) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ. وتعرف المادة رقم (1) من نظام الرهن التجاري لعام 1439هـ بأنه " المال المستقبلي: أصول محتملة الوجود أو موجودة ولم يكتمل امتلاك الراهن لها عند انعقاد عقد الرهن، كالأصول المتعاقد على إنشائها، أو الأصول المنقولة قيد الإنشاء، أو الأصول التي لم تكن لها صفة المنقول وقت عقد الرهن".

إلا أن المنظم السعودي يجيز رهن الأموال المستقبلية على سبيل الاستثناء، وما ذلك إلا تطبيقاً للقواعد التي تجيز بيع السلم والاستصناع كاستثناء على عدم جواز بيع الأموال المستقبلية، وإن كانتا تلك صورتين لا تُعملا إذا كان المحل المبيع متردد بين الوجود وعدم الوجود، إذ يتعين أن يكون المال محقق الوجود في الحالتين وغير متروك للصدفة.

هذا ويشترط لصحة رهن الأموال المستقبلية أن يكون وجودها متوقفاً من قبل الراهن والمرتهن وأن يدخل هذا المال في ملكية المدين الراهن قبل حلول أجل الدين، وإذا تحققت تلك الشروط فإن الرهن يعتبر سارياً بأثر رجعي من تاريخ اتفاق الرهن وليس من تاريخ تملكه من قبل المدين الراهن.¹ وباستقراء النص الذي يعالج هذه المسألة من نظام الرهن التجاري السعودي وهي المادة رقم (9) ، نرى أنه لا يوجد مانع في تطبيق أحكامه على العلامات التجارية بالرغم من عموميته وعدم دقة مصطلح " أن يكون وجود المال المستقبلي متوقفاً من الراهن والمرتهن" حيث إن مصطلح "التوقع" هنا مصطلح فضفاض قد يحتمل أكثر من معنى، فليس كل متوقع يحدث، ولذا نقترح استبداله بمصطلح " أن يكون وجود المال المستقبلي مؤكداً ومتفقاً عليه من قبل الراهن والمرتهن" وذلك تماشياً مع القواعد العامة في التعامل بشأن الأموال المستقبلية.

كما يجيز المنظم السعودي رهن جزء من الملكية الشائعة في المال محل الرهن حتى ولو استحال قسمته أو فرزه، ويكون محل الرهن هو الجزء المشاع.² وهنا يثور التساؤل حول إمكانية تطبيق أو سريان هذه القاعدة على العلامات التجارية عندما تكون محلاً للرهن التجاري؟ وإجابة هذا التساؤل هي بالإيجاب فيجوز رهن العلامة التجارية حتى لو كانت ملكية المدين لها على الشيوع، وهذا دون اشتراط قسمتها أو فرزها ، ولكن ذلك الأمر نادر الحدوث من الناحية العملية،

¹ انظر المادة رقم (9) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

² انظر الفقرة رقم (3) من المادة رقم (10) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

فالملكية الجماعية للعلامة التجارية قد تتبثق عن مشروع أو شركة، وبالعادة تكون حصص الشركاء مقسمة ومنصوص عليها في عقد تأسيس الشركة أيّ كان نوعها. إلا أنه في حالات مشابهة قد تكون العلامة التجارية مملوكة ملكية شائعة بين مجموعة من الأقارب، على سبيل المثال إذا آلت إليهم عن طريق الإرث كجزء أو عنصر معنوي من مكونات محل تجاري. فهنا تكون الملكية شائعة بينهم ، ولكنها تعتبر هنا بالنسبة لكل وراث عبارة عن حق في تركة وبالتالي لا يجيز النظام وقوعها محلاً للرهن، ويفرض عليها قيود في الاستعمال من قبل الوريث المنفرد إلا بموافقة باقي الورثة.¹

الفرع الثاني

الشروط الشكلية

يعالج هذا الفرع المسائل المتعلقة بالشروط الشكلية اللازمة لانعقاد عقد رهن العلامة التجارية من كتابة وتسجيل وشهر، وذلك وفقاً للترتيب التالي:

أولاً: الكتابة والشهر:

يستلزم نظام الرهن التجاري السعودي الصادر عام 1439هـ كتابة عقد الرهن كشرط لسريان النظام عليه، و يعتبر شرط الكتابة تحقق إذا احتوى العقد البيانات التالية:

" أ- اسم الراهن، والمرتهن، والمدين (إذا كان الراهن كفيلاً عينياً)، والعدل إن وجد، وتحديد الحائز منهم، وعناوينهم ووسائل التواصل معهم.

ب- وصف المال المرهون وحالته وقيمه في تاريخ التعاقد، وبالنسبة إلى المال المستقبلي تحديد أوصافه المتوقعة والتاريخ التقريبي لوجوده، وقيمه التقريبية.

ج- الوصف العام للدين المضمون، أو مقداره، أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه، بحسب الأحوال.

د - تاريخ عقد الرهن.

¹ د.سميحة القليوبي ، الملكية الصناعية، مرجع سابق ، ص 530.

هـ- ميعاد استحقاق الدين المضمون، أو الميعاد المتوقع لاستحقاق الدين غير الثابت في ذمة المدين".¹

ويلاحظ أن المنظم السعودي جاء مسابراً في هذا الشأن لكثير من التشريعات المقارنة كالتشريع المصري²، إلا أن شرط الكتابة ليس شرطاً لانعقاد وإنما شرطاً للإثبات وتسهيل إشهار العقد³، ويلاحظ على نص المادة الثانية من نظام الرهن التجاري السعودي أنها جاءت قاصرة من حيث صياغتها حيث نصت على سريان أحكام النظام على العقد المكتوب، مما فتح الباب للاجتهاد حول مصير عقود الرهن التجاري غير المكتوبة ومدى سريان النظام عليها من عدمه، وخصوصاً مع كونها أعمال تجارية بالتبعية تنشأ لضمان دين تجاري، إلا أنه لا يوجد في النظام ما يمنع بعدم جواز سريان أحكامه على العقود غير المكتوبة عملاً بقاعدة حرية الإثبات في المسائل التجارية. كما أن تطلب الكتابة لسريان أحكام النظام وليس انعقاد العقد يقطع بأن عقد الرهن التجاري من العقود الرضائية التي لا تحتاج إجراءً شكلياً معيناً لانعقادها، فلو أن النظام اشترط الكتابة لانعقادها لتحول العقد إلى عقد شكلي لازمة فيه الكتابة لانعقاد.

وبناء على ما سبق يشترط لرهن العلامة التجارية أن يكون عقد الرهن مكتوباً ليطبق على العقد بشكل مباشر أحكام الرهن الواردة في نظام الرهن التجاري، إلا أنه لا يتصور وجود عقد رهن للعلامة التجارية دون كتابة، سيما لو نظرنا إلى ما يستلزمه النظام فيه لاحقاً من تسجيل وشهر، حيث يتطلب القيام بذلك كتابة العقد سلفاً. وباستقراء البيانات الواردة في الفقرة رقم (2) من المادة رقم (3) من نظام الرهن التجاري والتي يتطلب توافرها في عقد الرهن المكتوب، يتبين أنها

¹ الفقرة رقم (2) من المادة رقم (2) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

² انظر المادة رقم (11) من القانون رقم 11 لسنة 1940 م الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها.

³ د. هاني دويدار، القانون التجاري: العقود التجارية - العمليات المصرفية - الأوراق التجارية - الإفلاس، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 202، انظر أيضاً عادل محفوظي، إشكالية إفراغ الأصل التجاري المرهون، مجلة الفقه والقانون - المغرب، ع 49، 2016، ص 12.

قابلة للتطبيق على العقد الخاص برهن العلامة التجارية مع الأخذ في الاعتبار الطبيعة الخاصة لعقد رهن العلامة التجارية. ففي هذا العقد لا يستلزم نقل حيازة العلامة إلى الدائن المرتهن لعدم إمكانية ذلك في الواقع العملي وفق ما تم تبيانه آفاً، وعليه يكتفى في هذا الشأن ببيان اسم الراهن واسم المرتهن ولا يتطلب ذكر اسم الحائز في العقد لعدم وجوده.

وما أن ينعقد عقد الرهن حتى يتحصن ضد التعديل إلا بموافقة الراهن والمرتهن ويشترط أن يتم هذا التعديل بشكل مكتوب ويحتوى على كافة البيانات السالف ذكرها، وإذا تم تغيير القيم المالية فإن العقد يعد عقداً جديداً ويحل محل العقد الأول.¹ وهنا يثور التساؤل حول فيما إذا تم الاتفاق بين الراهن والمرتهن على فك رهن العلامة التجارية وإحلال مبلغ نقدي محلها؟ عالج نظام الرهن التجاري السعودي هذه الإشكالية وأوجب تعديل عقد الرهن واشترط على الراهن أن يودع البديل النقدي وفقاً للأحكام التي يحددها النظام.²

وحيث إن عقد الرهن التجاري ينصب على منقولات ، فقد اشترط المنظم انتقال حيازة المال المرهون إلى المرتهن أو العدل كشرط لنفاذ عقد الرهن أو بالتسجيل.³ ويلاحظ أن المنظم السعودي لم يشترط الإشهار كشرط من ضمن الشروط الشكلية الواجب تحققها في عقد الرهن، إلا أنه بالرجوع للنظام الموحد للعلامات التجارية لدول مجلس التعاون، وجد أنه يشترط إشهار عقد الرهن لنفاذه في حق الغير إلا أن هذا الإشهار من عدمه لا يطعن في سريان عقد الرهن بين الراهن والمرتهن، فالعقد يظل بينهما نافذاً وملزماً إلا أنه لا يمكن لهم الاحتجاج بعدم نشره أمام الغير.⁴ ويجب أن يتم إشهار العقد في صحيفة "أعمالية الإليكترونية" وهي الصحيفة المعتمدة من قبل وزارة التجارة والاستثمار كنشرة

¹ انظر الفقرة رقم (2 و3) من المادة رقم (5) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

² انظر الفقرة رقم (4) من المادة رقم (5) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ ، وللإطلاع على إجراءات الإيداع تنظر المادة رقم (36) من نفس النظام.

³ انظر المادة رقم (4) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

⁴ انظر المادة رقم (27) من قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

خاصة للعلامات التجارية وفقاً لما يتطلبه النظام الموحد ولائحته التنفيذية إلا أنه يجب قبل النشر استيفاء إجراء التسجيل.¹

ثانياً: التسجيل (القيّد)

الأصل في الرهون التجارية أنها ترد على منقولات ويشترط لنفاذها أن تنتقل حيازة المرهون من الراهن إلى المرتهن أو العدل إلا أن عقد رهن العلامة التجارية له طبيعة قانونية تختلف عن ذلك فلا يستلزم أن تنتقل الحيازة من المدين الراهن إلى الغير ويستعاض عن ذلك بتسجيل الرهن في مكتب تسجيل العلامات التجارية والتأشير على السجل بما يفيد رهنه.²

وقد فرض النظام على الجهة المختصة المتمثلة في وزارة التجارة والصناعة إنشاء سجل يخصص لقيّد الرهون التجارية المختلفة وأجاز لها أن تسند مهمة إنشاء هذا السجل إلى جهة أو جهات أخرى بعد الحصول على ترخيص من الوزارة بحيث يتضمن الترخيص الشروط والضوابط التي تحكم عمل هذه السجلات³، ويلزم النظام وزير التجارة بإصدار لائحة تحكم السجل الموحد للرهون، ويجب أن تتضمن ما يلي:

1. إجراءات التسجيل ومستنداته وأطرافه.
2. إجراءات الاطلاع على السجل والحصول على كشف يبين الرهون.
3. إجراءات الحصول على مستخرج السند التنفيذي للعقد المسجل مبيناً فيه عدد مرتهني المال المرهون نفسه.
4. إجراءات الحصول على مستخرج التنفيذ المباشر.
5. الأحكام الخاصة بالمحافظة على سرية البيانات والمعلومات.
6. مسؤولية السجل والمتعاملين معه، ومعايير تقدير التعويض عن الضرر الذي قد يلحقه متعامل بأي طرف.

¹ انظر المرجع السابق.

² د. مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، العقود التجارية، مرجع ساق ص 62.

³ انظر المادة رقم (42) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

7.المقابل المالي للتسجيل والتعديل والحصول على أي من خدمات السجل".¹
وتجدر الإشارة إلى أن الوزارة المعنية لازالت في طور إصدار تلك اللائحة
وخرجت منها نسخة كمشروع لاستطلاع آراء ذوي الشأن بخصوص بنودها.
وبالنسبة لعقد رهن العلامة التجارية فإن النظام لا يتطلب قيده في السجل المشار
إليه آنفاً إنما استلزم أن يتم تسجيله بالتأشير في السجل الخاص بالعلامات
التجارية واعتبار قيده هناك بمثابة التسجيل،² كما أن إجراء التأشير يجب أن يتم
بنفس الإجراءات المطلوبة لنقل الملكية .

وحيث إن اللائحة ألزمت بتبني نفس الإجراءات التي تتبع لنقل ملكية العلامة
التجارية عند الرغبة في التأشير عليها بما يفيد الرهن، فيمكننا أن نكيف القواعد
التي تنظم نقل ملكية العلامة التجارية على إجراءات رهنها، حيث يمكن أن
نتصور وجوب أن يتضمن الطلب البيانات الخاصة برقم العلامة التجارية واسم
مالكها وعنوانه واسم المرتهن وعنوانه وجنسيته وتاريخ الرهن وفي حالة تقديم
طلب التأشير عن طريق وكيل فيجب أن يذكر اسمه وعنوانه وفي كل الحالات
يجب أن يقدم ما يثبت الرهن وهو ما قد يكفي تصورنا عن عقد الرهن أما بقية
الإجراءات التي نصت عليها اللائحة فلا يمكن تصور تطبيقها على إجراء التأشير
بالرهن وبالأخص إبراز ما يثبت ممارسته للنشاط.³

ويأتي ذلك متاغماً مع الأحكام الخاصة بتسجيل العلامات التجارية في نظام
العلامات التجارية الموحد، الذي يقضي بإعداد سجل يسمى بسجل "العلامات
التجارية" يقيد فيه العلامات التجارية ويحتوى على بيانات ملاكها وأوصاف هذه
العلامات ويقيد فيه أيضاً الوقائع القانونية المتصلة بالعلامة من رهن و بيع
وتنازل وتراخيص وتجديد أو شطب، ويحق لكل ذي مصلحة الاطلاع على هذه

¹ المادة رقم (44) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

² انظر الفقرة رقم (1) من المادة رقم (4) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

³ المادة رقم (27) اللائحة التنفيذية لقانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية .

البيانات.¹ ورغبة من المشرع في جعل سجل الرهون الموحد مرجعية لكافة الرهون التي تعقد في المملكة العربية السعودية بما فيها الرهون التي ترد على أموال لها طبيعتها الخاصة بما فيها العلامات التجارية ، فقد ألزم الجهات التي أجاز لها تسجيل الرهون المختلفة بتزويد السجل الموحد للرهن بالبيانات الخاصة بما تم قيده من رهون.² إلا أننا نرى أن من شأن ذلك أن يطيل الإجراءات ويخلق نوع من الازدواجية التي من شأنها التأثير سلباً على تقوية انتمان رهن العلامات التجارية.

ويلزم نظام الرهن التجاري بقيد كافة الرهون وتواريخها وأولويتها في سجل الرهون الموحد³ ، إلا أن البيانات المقيدة في هذه السجلات تكون قابلة للتعديل متى ما طرأ أي تعديل على أوضاعها القانونية. ويكتسب طلب تسجيل الرهن حجيبته من تاريخ تقديم طلب التسجيل⁴. إلا أن السجل الموحد للرهن التجارية يعطي فرصة لأطراف عقد الرهن للاعتراض على البيانات المقيدة في السجل خلال أربع وعشرين ساعة من استلامهم لرسائل تشعرهم بحصول عملية القيد، ويثبت القيد ويصبح نهائياً في حال عدم ورود أي اعتراض من أي من طرفي عقد الرهن.⁵ أما في حالة الاعتراض خلال المدة المحددة فيتم شطب القيد من السجل لحين إنهاء الخلاف بين الأطراف سواء بطريقة ودية أو عن طريق القضاء ، أما بعد ذلك فتكتسب البيانات الواردة في القيد القطعية ولا يمكن الاعتراض عليها أو طلب تعديلها إلا بالتوافق بين اطراف عقد الرهن أو بصور حكم قضائي نهائي لأحدهما.⁶

1 انظر المادة رقم (6) من قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية
2 انظر الفقرة رقم (2) من المادة رقم (39) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.
3 انظر الفقرة (10) من المادة رقم (11) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.
4 انظر المادة رقم (15) من اللائحة التنفيذية لقانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

5 المادة رقم (6) من مشروع لائحة تنظيم السجل الموحد للرهن التجارية.
6 المادة رقم (7) من مشروع لائحة تنظيم السجل الموحد للرهن التجارية.

ويلاحظ هنا أن هذه الأحكام تتعارض مع الأحكام الخاصة بتسجيل رهن العلامة التجارية الواردة في المادة رقم (15) من اللائحة من اللائحة التنفيذية لقانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، والتي تقضي بترتب الآثار القانونية على قيد الرهن بمجرد تقديم طلب التسجيل. وهنا يثور التساؤل عند قيام مكتب تسجيل العلامات التجارية بتنفيذ التزامه بتزويد السجل الموحد للرهون التجارية بالبيانات الخاصة بواقعة الرهن على علامة تجارية معينة ، هل تسرى على هذا الإجراء المدد المحددة للاعتراض والمنصوص عليها في المادة رقم (6) من مشروع لائحة تنظيم السجل الموحد للرهون التجارية؟. نرى أن هذه المهل الممنوحة للاعتراض لا تسرى على هذه الحالة لأن الأمر هنا يقتصر على قيام مكتب تسجيل العلامات التجارية بعمل إجرائي بحث يتمثل في إشعار السجل الموحد للرهون التجارية بتسجيل واقعة رهن علامة تجارية. إلا أن تلك المسألة تحتاج إلى معالجة فلا يعقل أن يحرم طرفي عقد رهن العلامة التجارية من تلك الميزة التي تمنحهما فرصة لمراجعة ما ورد في السجل من بيانات.

ويرتب النظام نتيجة قانونية هامة تترتب على تسجيل رهن العلامة التجارية وهي جواز الاحتجاج بعقد الرهن أمام الغير في حال التأشير به في سجل العلامات التجارية ، ويعني ذلك أن النظام يقرر نوع من الجزاء جراء تخلف إجراء التسجيل بالتأشير بما يفيد الرهن ، ويتمثل ذلك الجزاء في عدم جواز الاحتجاج برهن العلامة التجارية غير المسجل أمام الغير.¹

¹ انظر مادة رقم (27) من قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية. انظر أيضا عمر الخضر ، رهن الأصل التجاري: المنازعات والآثار، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية ، ع4، 2017 ص 73.

المبحث الثالث

آثار عقد رهن العلامة التجارية وتنفيذه وانقضاءه

بعد بيان الأحكام الخاصة بنشوء عقد رهن العلامة التجارية، يتناول هذا المبحث الآثار التي تترتب على هذا العقد، ثم سيعالج الأحكام الخاصة بالتنفيذ على المال المرهون وأخيراً الأحكام المتعلقة بانقضاء الرهن، وذلك وفقاً للترتيب التالي:

المطلب الأول

آثار عقد الرهن

ما أن ينشأ عقد رهن العلامة التجارية وفقاً للأحكام التي يقرها القانون إلا أن يصبح منتجاً لآثاره النظامية، وتتمثل هذه الآثار في طائفة من الحقوق والالتزامات يقرها القانون للمدين الراهن والدائن المرتهن، والبعض منها قد يحكم العلاقات التي يكون فيها طرف ثالث كالدائن غير المرتهن. ونظراً لضيق المساحة الممنوحة هنا وتلافياً للخروج عن صلب موضوع البحث، فإن هذا المطلب سيسلط الضوء على الآثار التي تهم أطراف عقد رهن العلامة التجارية، وعليه سيعالج هذا المطلب الأحكام الخاصة بآثار عقد رهن العلامة التجارية بالنسبة لطرفيه والغير على النحو التالي:

الفرع الأول

آثار عقد الرهن بالنسبة للمدين الراهن

بين هذا البحث فيما سبق أن حيازة العلامة التجارية محل الرهن تظل في حيازة المدين الراهن ولا تنتقل إلى حيازة الدائن المرتهن أو العدل لكونها من المنقولات المعنوية التي تتمتع بطبيعة خاصة لا يتصور معها انتقال الحيازة، وبناء على ذلك يسقط عن الراهن واجب تسليم العلامة التجارية للمرتهن أو العدل ويكتفى بوجوب تسجيلها بالتأشير عليها بما يفيد الرهن في سجل العلامات التجارية لدى الجهة المختصة. ونظراً لأن المدين الراهن يحتفظ بحيازة وإدارة العلامة التجارية محل الرهن، فإن القانون يفرض على المدين الراهن الالتزام بحسن الإدارة

والاستثمار والمحافظة على سلامة العلامة التجارية وعدم التصرف فيها إلا وفقاً لأحكام القانون.¹

ويلزم نظام الرهن التجاري السعودي الحائز غير الراهن على المال المرهون باستثماره وإدارته، وتنميته² وحيث يتعذر أن يكون الحائز هو المرتهن أو العدل في حالة كون المال المرهون علامة تجارية ، فإننا لا نرى ما يمنع من إلزام المدين الراهن ببذل جهد الرجل المعتاد في سبيل استثمار وإدارة وتنمية العلامة التجارية. ويترتب على ذلك التزامه بالابتعاد عن كل ما من شأنه إنقاص قيمة العلامة التجارية أو المساس بسمعتها والذود عنها في حالة تعرضها للاغتصاب أو التعرض للمنافسة غير المشروعة من قبل منافسين آخرين.

كما أننا نرى أن التزام الراهن بتجديد شهادة العلامة التجارية والمحافظة على شهرة منتجاتها تعد من قبيل الالتزام بالمحافظة على المال المرهون وعدم تعريضه للهلاك أو العيب. وفي حال تعرض العلامة التجارية لما من شأنه المساس بقيمتها أو التعرض لوجودها في السوق ، فإن نظام الرهن التجاري السعودي عالج هذه الحالة في المادة رقم (12) حيث تخول الدائن المرتهن التقدم بدعوى مستعجلة أمام المحكمة المختصة مضمونها منع التصرفات التي من شأنها إنقاص قيمتها أو تعريضها للهلاك أو التلف وطلب إلزامه باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على المال المرهون كون أي فعل ينقص منه يؤدي حتماً إلى إنقاص التأمينات الممنوحة للدائن . ويلزم نظام الرهن التجاري السعودي حائز المال المرهون بضمان قيمة المال المرهون إذا هلك بسبب تعدد أو إهمال أو تقصير منه.³ ولا نرى ما يمنع من تطبيق هذا الحكم في حالة إهمال المدين الراهن في المحافظة على قيمة العلامة التجارية أو تعريضها للهلاك أو التلف.

¹ د. مصطفى كمال طه ، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة) ن منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1، 2006، ص234.

² انظر الفقرة رقم (1) من المادة رقم (14) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ .

³ انظر الفقرة رقم (2) من المادة رقم (22) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ .

وفي حالة تعرض العلامة التجارية للهلاك أو العيب نتيجة إهمال أو تفريط من الراهن ، فإنه يترتب على ذلك حلول الدين المضمون ويحق للدائن المرتهن المطالبة بالوفاء بالدين بشكل فوري إلا إذا رضي أن يقدم له المدين بدلاً للعلامة التجارية كمحل للرهن.¹ علاوة على تحمل المدين الراهن تبعة هلاك العلامة التجارية، فالمفرد أولى بالخسارة، ولا شك أن مصطلح الهلاك هنا يتسع ليوائم الطبيعة الخاصة للعلامة التجارية، حيث نرى أن فقد العلامة لقيمتها بصورة كلية أو جزئية بفعل المدين، يعد من صور الهلاك الذي يتحملها هذا الأخير. كما يحق لطرفي عقد الرهن من راهن ومرتهن اللجوء إلى القضاء والمطالبة ببيع العلامة التجارية عند تعرضها لخطر الهلاك أو نقص القيمة.² إلا أنه يلاحظ أن النظام لم يقيد حق المدين الراهن في شطب العلامة التجارية المرهونة إلا بموافقة الدائن المرتهن كما هو الحال في تقييده لشطب العلامة التجارية المرخصة المتوقف على موافقة الشخص المرخص له باستعمالها.³ ونرى أن هذا قصور في معالجة هذه المسألة من قبل المنظم وأن معالجة هذا القصور سيكون له دور إيجابي في تعزيز الائتمان التجاري عند رهن العلامات التجارية.

كما ويلتزم أيضاً المدين الراهن مالك العلامة التجارية بعدم نقل ملكية العلامة التجارية بأي طريق من طرق النقل إلا بموافقة كتابية من قبل الدائن المرتهن ، وفي حال تتصل المدين الراهن من هذا الالتزام يكون أمام المرتهن ثلاثة خيارات: إما أن ينقل الرهن إلى المال المرهون ، أو يعتبر أن أجل الدين قد حل ومن ثم يطالب به بشكل فوري أو أن يتنازل عن عقد الرهن مع عدم الإخلال بحقه في التتبع.⁴

¹ د. مصطفى كمال طه ، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص234.

² انظر المواد رقم (24 و 25) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

³ انظر مادة رقم (23) من قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.

⁴ انظر المادة رقم (17) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

وبالرغم من كل هذه القيود والالتزامات التي يفرضها النظام على المدين الراهن إلا أنه يعطيه الحق في عقد أكثر من رهن على نفس العلامة التجارية.¹ وخلص القول يجب أن يتمتع المدين الراهن عن كل ما من شأنه المساس بوجود العلامة التجارية أو المساس بسمعتها أو قيمتها التجارية خلال فترة عقد الرهن إلا ما أجاز له النظام القيام به من تصرفات بعد استيفاء المسوغات النظامية اللازمة. بيد أن الرهون اللاحقة على العلامة التجارية ذاتها، لا تعد من صور التصرفات الضارة بملكية العلامة التي يأتيها المدين.

الفرع الثاني

آثار عقد الرهن بالنسبة للدائن المرتهن والغير

يخول الرهن التجاري للدائن المرتهن حقاً عينياً على المنقول محل الرهن ويكون له بمقتضى هذا الحق الحجز على المال المرهون واستيفاء حقه وفقاً للإجراءات التي حددها نظام الرهن التجاري السعودي مع تمتعه بحق الأولوية وحق التتبع. ويغني عن البيان أن نظام الرهن في أساسه إنما وجد ليحمي الدائن المرتهن ويضمن له حقه ضد الغير سواء من الدائنين المرتهنين أو الدائنين العاديين، فلو لا وجود الغير لما وُجدت ميزتا التقدم والتتبع فهذه الضمانات قررت لحماية المرتهن ضد من قد يزاحمه عند التنفيذ من الغير.

وكما سبق أن أشرنا إلى الطبيعة القانونية الخاصة للعلامات التجارية كمنقول معنوي يصلح لأن يكون محلاً للرهن، فإننا في هذه الجزئية سنحاول التعرف على الآثار التي يربتها النظام في حق الدائن المرتهن وتكون صالحة للتطبيق على الرهون التجارية التي يكون محلها علامات تجارية.

أولاً: حق الأولوية (التقدم)

¹ انظر الفقرة رقم (1) من المادة رقم (11) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

تقرر القواعد العامة حق الأولوية للدائن المرتهن في اقتضاء حقه¹، ويمنح الرهن التجاري الدائن المرتهن حق الأولوية أو التقدم مما يمكنه التقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التاليين له في المرتبة من اقتضاء حقه عند التنفيذ على المال المرهون²، ويستفاد من ذلك أن الرهن التجاري ما هو إلا عبارة عن نوع خاص من الرهون الحيازية. ويتصور تمتع المرتهن بذلك الحق عند التنفيذ على المال المرهون إما نتيجة لحلول أجل الوفاء بالدين المضمون أو لقيام المدين الراهن بتصرف مخالف ترتب عليه اعتبار الدين حال الوفاء بشكل فوري، ولا جدال في تمتعه بهذه الميزة أيضاً في حالة إفلاس المدين الراهن ودخول المال محل الرهن في مرحلة التصفية.

ينعقد رهن العلامة التجارية بالتأشير بما يفيد ذلك في سجل العلامات التجارية وسبق لنا بيان ضرورة أن يبين السجل جميع الرهون المسجلة وتواريخ تسجيلها والأولويات المترتبة عليها³. وفي حالة وجود تسجيل لأكثر من رهن فإن حق التقدم يتقرر للدائن المرتهن الذي له أولوية في تاريخ التسجيل⁴. ويقر نظام الرهن التجاري السعودي أيضاً بمنح المرتهن صاحب الأسبقية في التسجيل أولوية على من يأتي خلفه وذلك في حالة وجود أكثر من رهن بنفس الدرجة هذا على افتراض رهن العلامة التجارية باستقلالية عن المنشأة الاقتصادية، أما إذا كان رهن العلامة التجارية كجزء من المحل التجاري فإن حق الأولوية يترتب وفقاً لأولوية الرهن الأساسي وهو رهن المنشأة بكافة عناصرها المادية والمعنوية⁵.

وقد أحسن المنظم السعودي صنفاً عند تقريره بنص صريح ومباشر أن زيادة مقدار الدين الأصلي لا تقرر له أولوية على الدين المضمون الأصلي وقد ترك

¹ د. محمود مختار أحمد بريري، قانون العلامات التجارية: الجزء الأول - القسم الثالث (الأموال التجارية، دار النهضة العربية، 2010 ص 217. انظر أيضاً محمد المقيرني، رهن الأصل التجاري كأداة مضمونة للانتماء التجاري؟، مجلة القصر، ع 16، يناير 2017، ص 23.

² انظر د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 255.

³ انظر المادة رقم (10-11) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

⁴ انظر المادة رقم (3-11) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

⁵ انظر المادة رقم (5 و 4-11) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

الأمر للمتعاقدين للاتفاق على غير ذلك.¹ كما أنه أجاز أن يتفق المتعاقدين على تجزئة الدين الواحد لأجزاء متعددة ويكون لكل جزء أولوية مختلفة عن غيره من الأجزاء.²

ويلاحظ أن المنظم السعودي ترك الحرية لإرادة طرفي عقد الرهن لتقرير غير ذلك مما يصعب معه تصور اتفاق بين الراهن ومرتهن لاحق لمنح هذا المرتهن حق أولوية على مرتهنين سابقين له مما قد يتسبب في زعزعة المراكز القانونية المستقرة ولو أمكن تصوره في رهون أخرى فلا يمكن تصوره في رهن ذو طبيعة تجارية نظراً لما قد يترتب على ذلك من مساس بالثقة والائتمان في البيئة التجارية، وعليه نقترح أن تعدل المادة (11-3 و4) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ بأن تحذف الجزئية الأخيرة منها وهي "إلا إذا اتفق على غير ذلك". إلا أن الاتفاق على غير ما قرره النظام في الفقرتين (5) و (6) من نفس المادة قد يصب في مصلحة المتعاقدين وقد هدف منه المشرع التيسير عليهم وترك لهم الحرية في الاتفاق على ما يخالف أحكامه.

ثانياً: حق التتبع

يتمتع الدائن المرتهن بميزة التتبع عندما يصبح حقه نافذاً في مواجهة الغير، حيث يحق له أن يتبع المال المرهون عند انتقال ملكيته للغير³، ويجدر بالذكر أن التتبع هنا هو للملكية المعنوية حتى يستطيع التنفيذ على المرهون وليس تتبعاً مادياً لحيازة المال محل الرهن.⁴

يقضي نظام الرهن التجاري السعودي بحق الدائن المرتهن في تتبع المال المرهون والتنفيذ عليه في يد الغير حتى لو كان حسن النية مع ضمان حق الغير

¹ انظر المادة رقم (11-6) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

² انظر المادة رقم (11-9) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

³ راند محمد النمر، الآثار المترتبة على رهن المحل التجاري وكيفية انقضائه في القانون الأردني، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعقدة، ع 1، مارس 2016، ص 19.

⁴ انظر د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 255.

أمام المدين الراهن.¹ و في حالة كون المال المرهون علامة تجارية فإن النظام يوجب أن يتم التأشير في السجل المخصص لها بأي تصرف من شأنه نقل ملكيتها إلى الغير ويتطلب كذلك إشهاره² ، مما يفترض علم الدائن المرتهن بالتصرف الناقل للملكية بعد إشهاره. ولا يجيز نظام الرهن التجاري السعودي للراهن أن يتصرف في المال المرهون، ويفترض كونه علامة تجارية هنا إلا بموافقة مكتوبة من الدائن المرتهن ، وفي حالة موافقة المرتهن ينقضي حقه في التتبع والتنفيذ على العلامة التجارية ويكون أمام إما نقل الرهن إلى المبلغ النقدي المقابل للبيع وفقاً لإجراءات النظام أو اعتبار أجل الدين حالاً وواجب الوفاء أو إما أن يتنازل عن الرهن فيحول دينه من كونه دين مضمون إلى دين عادي.³ أما في حالة عدم موافقة الدائن المرتهن على تصرف المدين الراهن في ملكية العلامة التجارية ، فإن الدين المضمون يعتبر حالاً وواجب الوفاء وإذا تقاعس المدين عن الوفاء به فللمرتهن أن يتبع ملكية العلامة ومن ثم التنفيذ عليها وفقاً للإجراءات المحددة نظاماً.⁴

إلا أن الدائن المرتهن لا يستطيع التنفيذ على العلامة التجارية إذا انتقلت ملكيتها إلى الورثة كجزء من الميراث أو إلى الموصي له بعد وفاة المدين الراهن ، حيث تنتقل ملكية العلامة التجارية في هذه الحالة محملة بالرهن المقرر عليها⁵ وليس أمام الدائن المرتهن إلا الانتظار حتى حلول أجل الدين ومن ثم المطالبة به، وإن كنا نرى في هذه الحالة أن الأجل الممنوح للمدين يسقط بالوفاة على الرغم من وجود الرهن سلفاً، كون الرهن لا يمنع الورثة أو الموصي لهم من التصرف في المال المرهون، ومن ثم وإعمالاً للقاعدة التي تقضي بأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، فيكون من الأولى سقوط الأجل في هذه الحالة بقوة النظام ودخول ديون

¹ انظر المادة رقم (19) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

² المادة (27-3) من قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

³ انظر المادة رقم (17) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

⁴ انظر المادة رقم (18) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

⁵ انظر المادة رقم (20) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

المرتتهن ضمن تركة الراهن، ولا يحول منح المرتتهن الرهن ابتداءً في حلول دينه بوفاة مدينه.

وهذا في الأحوال العادية التي يلتزم فيها حائز العلامة بما ما من شأنه المحافظة عليها واستثمارها وتميئتها وفقاً للتفصيل السابق. وفي كل الأحوال يجيز النظام لمن انتقلت إليه ملكية العلامة التجارية بأي طريقة أن يقوم بتطهيرها وذلك بالوفاء بالدين مع جواز رجوعه على الراهن بما دفعه.¹ كما يحق للدائن المرتتهن نقل حقه في الدين للغير بطريق الحوالة لتحصيله ويتبع الدين الرهن الضامن له.²

المطلب الثاني

التنفيذ على العلامة التجارية المرهونة

تضمن نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ ولائحته التنفيذية مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم التنفيذ على المال المرهون، وسيعرض هذا المطلب لهذه القواعد مع تطويعها للتطبيق على العلامات التجارية حال كونها محلاً لرهن تجاري.

عندما يخل المدين الراهن بأي من التزاماته الموجبة للتنفيذ كأن يتقاعس أو يتصل من الوفاء بالدين بعد حلول أجله، فيتوجب على الدائن المرتتهن أن يذره³ بوجوب الوفاء بالدين خلال ستة أيام أو خلال الفترة المتفق عليها في عقد الرهن، وفي حالة السداد ينقضي الرهن أو يكون للمرتتهن أن يباشر إجراءات التنفيذ أمام المحكمة المختصة ويستصدر هنا مستخرج المستند التنفيذي من مكتب سجل الرهون التجارية الموحد ويتم التنفيذ استناداً إليه عن طريق قاضي التنفيذ إلا أنه لا يجوز استصدار هذا السند من قبل الدائن المرتتهن في حالة وجود أكثر من دائن مرتتهن ويستلزم أن يقوم بذلك شخص آخر يسمى بوكيل التنفيذ.⁴

¹ انظر المادة رقم (20 و 21) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

² انظر المادة رقم (41) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

³ يجب أن يتضمن الإنذار مقدار المال المرهون ووصف للمال المرهون وتاريخ استحقاق الدين المضمون، انظر في هذا الخصوص المادة رقم (9) من اللائحة التنفيذية لنظام الرهن التجاري السعودي.

⁴ انظر المادة رقم (29) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

ويجوز أن يتفق الراهن والمرتهن على أن يقوم بعملية التنفيذ الدائن المرتهن ويحق له في هذه الحالة مراجعة سجل الرهون التجارية الموحد واستصدار ما يسمى بوثيقة مستخرج التنفيذ المباشر ، إلا أن المنظم قيد الأحقية في هذا الاتفاق بمدى وجود مرتهين آخرين ولم يجر إصدار وثيقة مستخرج التنفيذ المباشر إلا لوكيل التنفيذ.¹ وتعتبر وثيقة مستخرج التنفيذ بمثابة الأذن الذي يخول من صدر باسمه أن ينفذ على المال المرهون ويبيعه ويجيز له النظام أن يقيد سند ملكية المال محل الرهن باسمه ويبين كل ذلك في السجل المصدر له.² إلا أنه يجب قبل مباشرة إجراءات التنفيذ الفعلية إنذار المدين كتابياً بالوفاء بالدين المضمون خلال فترة لا تزيد عن عشرة أيام عمل ويجب أن يرفق مع هذا الإنذار نسخة من مستخرج التنفيذ المباشر ويجب أن يتضمن الإنذار بالإضافة إلى بيانات الدين تحديداً لطريقة البيع ومكانه وتاريخه وكذلك يجب أن يتضمن الطلب الخاص بنقل الملكية باسم المنفذ أو العدل.³ وفي حالة انقضاء مدة الإنذار دون سداد فيحق للمنفذ مباشرة إجراءات التنفيذ التي يجوز أن تتم عن طريق البيع المباشر أو عن طريق البيع في مزاد علني.⁴

يلتزم وكيل التنفيذ بالتنفيذ على المال محل الرهن وفقاً للأولويات المنصوص عليها نظاماً في نظام الرهن التجاري ولائحته التنفيذية ويتعين عليه إيداع ما يتبقى من مبالغ مالية في حساب باسم السجل المعنى ليتم الصرف من خلاله لبقية الدائنين المرتهنين الآخرين وإرجاع ما تبقى منه لمدين الراهن.⁵

ويلاحظ أن المنظم قد حظر على الراهن اشتراط تملك المال المرهون إذا طرأ ما يوجب تنفيذ الرهن،⁶ ويجدر بالذكر أن شرط التملك عند عدم الوفاء بالدين

¹ انظر المادة (32-1) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

² انظر المادة (30-3) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

³ انظر المادة رقم (6) من اللائحة التنفيذية لنظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

⁴ انظر المادة رقم (32) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

⁵ انظر المادة رقم (31) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ.

⁶ انظر المادة رقم (27) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439هـ انظر أيضاً رضا محمد عبيد ، العقود التجارية المستحدثة في قانون التجارة الجديد: الرهن الحيازي والإيداع في المستودعات العامة ،

المضمون قد يرد في عقد الرهن أو في اتفاق لاحق إلا أنه يبطل ولا يمتد البطلان لعقد الرهن إنما يقتصر على الرهن ذاته.¹ وقد احسن المنظم السعودي صنعا بتبني ذلك التوجه نظراً لما يترتب على ذلك من تنفيذ على المال المرهون في خارج نطاق الأحكام التي تنظم عملية التنفيذ وبلا شك يعد هذا التوجه إمعاناً في حماية المدين الراهن أمام ما قد يتعرض له من مساومات من قبل منافسيه من التجار ولا سيما أن انتقال الملكية بهذا الشكل من شأنه أن يحرم بقية الدائنين من المشاركة في التنفيذ على المرهون واقتضاء حقوقهم.²

المطلب الثالث

انقضاء عقد رهن العلامة التجارية

يعتبر رهن العلامة التجارية حق عيني تبغي يدور وجوداً وعدماً مع الالتزام الأصلي ، لذا ينقضي هذا الرهن بتحقق أي سبب من أسباب انقضاء الالتزام الأصلي كالمقاصة والتنازل.³ وقد أورد نظام الرهن التجاري السعودي عدد من الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الرهن ويمكن تلخيصها في التالي:

1. الوفاء بالدين أو الإبراء منه.
2. هلاك المال المرهون.
3. الاتفاق على إنهاء عقد الرهن.
4. تنازل الدائن عن الرهن.
5. انتفاء تحقق وجود أو ملكية المال المستقبلي.
6. انتفاء ثبوت الدين في ذمة المدين.

في قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، المؤتمر العلمي الثاني للقانونيين المصريين - مصر - القاهرة ، 2000، ص15.

¹ عبدالحكيم محمد عثمان ، أصول المعاملات التجارية (الجزء الأول: العقود وعملية المصارف التجارية)، مطابع البيان التجارية ، دبي ، 1994، ص198، انظر أيضاً سعيد البستاني و علي عواضة ، الوافي في أساسيات قانون التجارة والتجار: الشركات التجارية - المؤسسة التجارية - الأسناد التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2011، ص 511.

² د.هاني دويدار ، مرجع سابق، ص208.

³ د.محمدالله محمد حمدالله ، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية ، الملكية الصناعية - الملكية التجارية ، مكتبة القانون والاقتصاد ، ط1، الرياض / 2014 ، ص306.

7. تبديل المنقول القيمي محل الرهن بغيره.¹

ويلاحظ أن هذه الأسباب يمكن تطبيقها على كافة أنواع الرهون بما فيها الرهن التجاري الذي ينصب على علامة تجارية. إلا أنه يلاحظ أن هناك أسباب أخرى قد تؤدي إلى انقضاء عقد الرهن بصفة عامة وهي اتحاد الذمة المالية للراهن والمرتهن والتنفيذ على المال المرهون، ونقترح أن يتم تضمين هذه الأسباب في التعديلات المستقبلية للنظام. ويجدر بالذكر أن المنظم السعودي قد أحسن صنعا في سرد هذه الأسباب نظراً لما لها من أهمية كبيرة في الواقع العملي خصوصاً عندما نكون بصدد التعاملات التجارية وما تتسم به ، وهو بهذا السرد جاء مغايراً لقانون التجارة الأردني الذي لم يتطرق لأسباب انقضاء الرهن التجاري مما يوحي بالإحالة لتبني أحكام انقضاء الرهن في القانون المدني.²

إلا أن رهن العلامة التجارية لا ينقضي بوفاة المدين الراهن بل تنتقل العلامة التجارية إلى الورثة محملة بالرهن ، وكذلك الحال لا ينقضي الرهن بإعادة جدولة الدين الذي في ذمة المرتهن أو بتجديده.³

¹ انظر المادة رقم (40-1) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.
² د. أكرم يا ملكي ، القانون التجاري : الشركات (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2007، ص230.

³ انظر المادة رقم (-240) من نظام الرهن التجاري السعودي لعام 1439 هـ.

الخاتمة

ناقش هذا البحث موضوع الجوانب القانونية لرهن العلامة التجارية في ضوء الأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية. وقد تمت معالجة موضوع البحث من خلال تسليط الضوء بشكل خاص على نظام الرهن التجاري الصادر عام 1439هـ - ولائحته التنفيذية وعلى قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ولائحته التنفيذية ، وقد تم ذلك من خلال تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث رئيسية تناول الأول منها موضوع ماهية عقد الرهن التجاري والعلامة التجارية والطبيعة القانونية لرهن العلامة التجارية بينما ناقش الثاني منها موضوع الشروط الموضوعية والشكلية لانعقاد عقد رهن العلامة التجارية وعالج المبحث الثالث الآثار التي تترتب على عقد رهن العلامة التجارية والتنفيذ عليها وانقضاء الرهن.

وقد خلصت الدراسة - بعد تحليل ودراسة النصوص القانونية التي تنظم الجوانب القانونية لرهن العلامة التجارية في النظام السعودي ومقارنتها مع غيرها- إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج

1. اعترف نظام الرهن التجاري السعودي الصادر عام 1439هـ بجواز رهن العلامة التجارية وجاء ذلك الاعتراف في المواد رقم (33، 34 ،و 39) من النظام ، إلا أن هذه النصوص اتسمت بالعمومية والقصور حيث مصطلح علامة تجارية لم يذكر إلا في المادة رقم (39) عندما أحال تنظيم رهن العلامات التجارية إلى النظام الخاص وهو نظام العلامات التجارية ، أما فيما تبقى من مواد فلم تتم الإشارة إليها بالاسم إنما اكتفي المنظم بذكر المنقولات المعنوية كما هو الحال في المادتين (34 و 35) من ذات النظام. كما أفرد نظام العلامات التجارية الموحد الفصل الرابع من

الباب الثاني لمعالجة نقل ملكية العلامة التجارية ورهنها والحجز عليها وقد احتوى هذا الباب مادتين فقط هما (27 و 28) وقد اقتصرت معالجته لرهن العلامة التجارية في مادة واحدة فقط من ذلك الباب حيث أجاز في الفقرة رقم (1) منها رهن العلامة التجارية واشترط التأشير في سجل العلامات التجارية بما يفيد الرهن في الفقرة رقم (2) من ذات المادة، ويتضح لنا هنا بجلاء مدى قصور نظام العلامات التجارية الموحد في تنظيم رهن العلامات التجارية. إلا أن النظام الموحد أيضاً تطرق لذكر العلامات التجارية في موضع آخر في المادة رقم (6) حيث أوجب فقط إعداد سجل خاص بمسمى سجل العلامات التجارية يقيد فيه جميع ما يخص العلامة بما في ذلك رهنها، وكذلك تطرق للتأشير على العلامة عند الرهن وفك الرهن في المواد (27 و 28) في اللائحة التنفيذية للنظام .

2. في ظل عدم وجود نظام يحكم رهن العلامات التجارية ، وجد أن هناك صعوبة بالغة في إمكانية استخلاص قواعد قانونية لحكم الجوانب القانونية لرهن العلامات التجارية سواء من نظام الرهن التجاري السعودي ولائحته التنفيذية أو من نظام العلامات التجارية الموحد ولائحته التنفيذية. ووجد أن الصعوبة تتعلق بعدة أمور وهي كتابة عقد الرهن ونفاذه والإجراءات اللازمة للمحافظة على العلامة التجارية محل الرهن وحمياتها وصيانتها وكذلك حالات تعرض العلامة التجارية للنقص في قيمتها أو هلاكها وطالت الصعوبة أيضاً إجراءات التنفيذ وما اتسمت به من تعقيدات وطول في الإجراءات تتنافى مع اعتبارات السرعة والائتمان في البيئة التجارية ووجد أيضاً أن هذه الصعوبات تكمن في الطبيعة القانونية للعلامات التجارية كمنقول معنوي ذي طبيعة خاصة.

3. كما تبين أن نظام الرهن لم يتضمن نصوصاً قانونية تمنح الحق للدائن المرتهن في القيام بالتزامات المدين الراهن في حال تقاعسه أو سوء إدارته

للمال المرهون بحيث يتمكن هو بنفسه من المحافظ عليه وإدارته بالشكل السليم.

4. تبنى المنظم السعودي المعيار الموضوعي في تحديد الصفة الرهن التجاري حيث يجب أن يكون ضمانا لدين تجاري ويسرى نفس الحكم على الرهن الذي يكون محله علامة تجارية بحيث يكون رهن العلامة التجارية رهنا تجارياً إذا عقد هذا الرهن ضمانا لدين تجاري.

5. تبين أن الأنظمة الحالية تفرض تسجيل رهن العلامة التجارية في السجل الخاص بالعلامات التجارية وكذلك تفرض تسجيل في السجل الموحد للرهون التجارية (الفقرة 2 من المادة 39 من نظام الرهن التجاري)، ولاشك أن هذا لا يتناغم ومعايير السرعة المفترض تبنيها في المعاملات التجارية فضلا لما يحتويه من ازدواجية في التسجيل والمرجعية.

6. تقضي المادة رقم (23) من نظام العلامات التجارية الموحد بعدم جواز شطب العلامة المرخصة من قبل المالك إلا بموافقة كتابية من المستفيد من الترخيص مالم يتنازل عن هذا الحق صراحة ، ولم نجد في النظام ذاته ما يمنع شطب العلامة المرهونة إلا بموافقة الدائن المرتهن.

ثانياً: التوصيات

1. يقترح سن قواعد قانونية تختص بتنظيم الجوانب القانونية لرهن العلامات التجارية لمعالجة ما تم بيانه من قصور في الأنظمة الحالية، على أن تراعي الطبيعة القانونية الخاصة لهذه المنقولات المعنوية. وقد يتسنى ذلك من خلال ثلاثة خيارات هي كالتالي:

الخيار الأول: أن يخصص باب إضافي في نظام العلامات التجارية الموحد باسم رهن العلامات التجارية على أن يعالج ما تم بيانه من قصور في هذه الدراسة.

الخيار الثاني: أن تخصص قواعد قانونية في نظام الرهن التجاري لنفس الغرض السابق.

الخيار الثالث: أن يراعى مستقبلا عند إصدار نظام للمحل التجاري في المملكة أن يتضمن جزءا خاصا برهن المحل التجاري مع تخصيص جزئية منه لتنظيم رهن العلامة التجارية.

2. يقترح أن يتوخى المنظم تبني نوع مختلط من القواعد القانونية التي تحاكي نظام الرهن الرسمي بما يتناسب مع الطبيعة القانونية لرهن العلامة التجارية ويقضي على القصور الذي قد يشوب القواعد التي تحكم رهنها وعلى وجه الخصوص معالجة مسألة انتقال الحيازة وما ينبثق عنها من التزامات.

3. يقترح استثناء رهن العلامات التجارية من حكم الفقرة رقم (2) من المادة رقم (39) من نظام الرهن التجاري ويكتفي بتسجيل رهنها في السجل الخاص بالعلامات التجارية لما في ذلك من قضاء على الازدواجية وتسهيل للمعاملات.

4. يقترح تعديل المادة رقم (23) لتشمل بالإضافة إلى حظر شطب العلامة التجارية المرخص، حظر شطب العلامة التجارية المرهونة إلا بموافقة خطية من الدائن المرتهن.

5. يقترح تعديل المادة الثانية في تحديدها للدين المشمول بالرهن بأنه الدين الاقتصادي، والاكتفاء بأن يكون الدين هو الدين التجاري، وذلك لعموم وشمول مصطلح التجارة عن مصطلح الاقتصاد، وذلك وفق ما تم التعرض له في ثنايا البحث.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب والمقالات

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الحقوق العينية : التأمينات العينية، مطبعة جامعة الكويت ، ط2، 1998.
2. أحمد العطاري ، التصرفات الناقل للملكية وتأثيرها على التزام المدين الراهن بالمحافظة على المال المرهون: رهن السفينة والأصل الجاري نموذجاً، مجلة القضاء المدني - المغرب، س5، ع10، 2014.
3. أكرم يا ملكي ، القانون التجاري : الشركات (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2007.
4. لياس ناصيف، المؤسسة التجارية : دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2017.
5. بسام مصطفى طبيشات ، الحماية القانونية للعلامات التجارية في ظل القانون الأردني والقانون المصري والاتفاقيات الدولية ، عالم الكتب الحديث، الأردن ، 2010.
6. حسين توفيق فضل الله و جلال ناصر خليل ، الجوانب القانونية لرهن العلامة التجارية: دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون (الإمارات) ، مج29، ع62، 2015.
7. حسين توفيق فضل الله و جلال ناصر خليل ، الجوانب القانونية لرهن العلامة التجارية: دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون (الإمارات) ، مج29، ع62، 2015.
8. حمدالله محمد حمدالله ، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية ، الملكية الصناعية - الملكية التجارية ، مكتبة القانون والاقتصاد ، ط1، الرياض ، 2014.

9. حيد محمد الهيبي ، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ط2، 2016.
10. خالد ممدوح إبراهيم، حقوق الملكية الفكرية، الإسكندرية، ط1، 2011.
11. رائد محمد النمر، الآثار المترتبة على رهن المحل التجاري وكيفية انقضائه في القانون الأردني ، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ، ع1 ، مارس 2016.
12. رضا محمد عبيد ، العقود التجارية المستحدثة في قانون التجارة الجديد: الرهن الحيازي والإيداع في المستودعات العامة في قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، المؤتمر العلمي الثاني للقانونيين المصريين - مصر - القاهرة ، 2000.
13. رمزي حوحو و كاهنة زواوي ، التنظيم القانوني للعلامات التجارية في التشريع الجزائري ، مجلة المنتدى القانونية - جامعة محمد خيضر بسكرة ، ع5، 2008.
14. سعيد البستاني و علي عواضة ، الوافي في أساسيات قانون التجارة والتجار: الشركات التجارية - المؤسسة التجارية - الأسناد التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2011 سميحة القليوبي ، الملكية الصناعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط8 ، 2009.
15. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، دار الفرقان ، الأردن ، 198.
16. عادل علي المقدادي ، القانون التجاري: وفقاً لأحكام التجارة العماني، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 2013.
17. عادل محفوظي ، إشكالية إفراغ الأصل التجاري المرهون، مجلة الفقه والقانون - المغرب، ع49، 2016.

18. عبدالحكيم محمد عثمان ، أصول المعاملات التجارية (الجزء الأول: العقود وعملية المصارف التجارية)، مطابع البيان التجارية ، دبي ، 1994.
19. عبدالرحمن السيد قرمان ، العقود التجارية وعمليات البنوك: طبقاً للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية ، مكتبة الشقري، 2008.
20. عبدالفضيل محمد أحمد ، العقود التجارية ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 2010
21. عبدة الجيلالي، العلامات التجارية وخصائصها وحمايتها، منشورات زين الحقوقية ، بيروت، 2015.
22. عدنان غسان برانيو ، التنظيم القانوني للعلامة التجارية : دراسة مقارنة ، منشورات دار الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2012.
23. عماد الشربيني، القانون التجاري الجديد لسنة 1999 : الكتاب الأول : الالتزامات والعقود التجارية، جار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2000.
24. عمر الخضر ، رهن الأصل التجاري: المنازعات والآثار، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية ، ع4، 2017.
25. محمد المقيرنى، رهن الأصل التجاري كأداة مضمونة للائتمان التجاري؟ ، مجلة القصر ، ع16 ، يناير 2017.
26. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، 2001.
27. محمد سليمان عبدالرحمن، الحماية المقررة للعلامات والبيانات التجارية في القانون المصري واتفاقية TRIPS ، مطبعة الأسراء ، القاهرة ، 2011.

28. محمد عبدالغفور محمد العماوي، رهن المنقولات ذات الطبيعة الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن، 2003م
29. محمود مختار أحمد بريري، قانون العلامات التجارية: الجزء الأول - القسم الثالث (الأموال التجارية، دار النهضة العربية ، 2010.
30. محيي الدين أسماعيل علم الدين ، التأمينات العينية في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط4 ، بدون.
31. مصطفى كمال طه ، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة) ن منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1، 2006.
32. مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق، العقود التجارية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2016.
33. معن محمد القضاة ، الأحكام الخاصة في انعقاد عقد الرهن التجاري : دراسة مقارنة بين نظام الرهن التجاري السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 75 تاريخ 1/21م 1424هـ وقانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 م، مجلة البحوث الاقتصادية - كلية الحقوق جامعة المنوفية ، مج26 وع43، مايو 2016
34. موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني ، دار إحياء التراث العربي ، ج 4 ، ط 1 ، بيروت، 1985.
35. هاني دويدار ، القانون التجاري : العقود التجارية - العمليات المصرفية - الأوراق التجارية - الإفلاس، منشورات دار الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 .
36. يعقوب يوسف صرخوه ، العقود التجارية في القانون التجاري الكويتي رقم 68 لسنة 1980 :دراسة مقارنة ، مؤسسة دار الكتاب ، الكويت ،

ثانياً: التشريعات

1. اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية، المبرمة في 20 آذار سنة 1883.
2. اتفاقية منظمة التجارة الدولية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية (تريبس) ، 1994.
3. قانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/51) وتاريخ : 1435/7/26هـ.
4. قانون التجارة المصري الجدي الجديد لسنة 1999
5. قانون العلامات التجارية الأردني وتعديلاته رقم 33 لسنة 1953.
6. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1940.
7. قانون المؤسسة التجارية اللبناني ، مرسوم اشتراعي رقم 11 لعام 1967.
8. قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم (82) لسنة 2002.
9. اللائحة التنفيذية لقانون (نظام) العلامات التجارية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.
10. اللائحة التنفيذية لنظام الرهن التجاري لعام 1439هـ، التنفيذية الصادرة بقرار وزير التجارة والاستثمار رقم (43902) وتاريخ 10-8-1439هـ.
11. مشروع لائحة تنظيم السجل الموحد للرهن التجارية
12. نظام الرهن التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم : (م/75) وتاريخ: 1424/11/21هـ
13. نظام الرهن التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/86) وتاريخ : 1439/8/8هـ ولائحته التنفيذية.

14. نظام العلامات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/21) وتاريخ: 1423/5/28هـ.
15. نظام العلامات التجارية لعام 1404هـ الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/5) وتاريخ: 1404/5/4هـ.
16. نظام العلامات الفارقة الصادر بالمرسوم الملكي رقم: 8762 في تاريخ: 1354/8/28هـ.
17. نظام براءات الاختراع والتصميمات التخطيطية للدارات المتكاملة والأصناف النباتية والنماذج الصناعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/27) بتاريخ 1425/5/29هـ.

**محددات تعزيز كفاءة صناعة النقل البحري
فى ضوء المتغيرات المحلية والدولية
دراسة تحليلية وتطبيقية على مصر**

الدكتور

إبراهيم عبد الله عبد الرؤوف محمد

أستاذ الاقتصاد والمالية العامة المساعد

كلية الحقوق - جامعة المنصورة

مقدمة الدراسة:

تستأثر صناعة النقل البحري على ما نسبته 90% من إجمالي التجارة العالمية العابرة للقارات. حيث يتم نقل حوالي 25000 بليون طن من الشحنات سنوياً من خلالها، بالمقارنة مع 7000 بليون طن من الحمولات عن طريق السكك الحديدية و3000 بليون طن عن طريق البر (1).

بيد أن صناعة النقل البحري من الصناعات المهمة التي تؤثر وتتأثر بالاقتصاد سواء على الصعيد القومي أم الإقليمي والدولي، فهي تشمل العديد من الأنشطة الصناعية والخدمية المترابطة، كتملك السفن وصناعة الموانئ وبناء وإصلاح السفن وتمويلها والخدمات الملاحية وغيرها (2).

إضافة لما سبق، فإن النقل البحري يلعب دوراً مهماً في تحقيق التنمية الاقتصادية للشعوب المُنظمة على البحار، عبر توفير النقد الأجنبي وزيادة الناتج المحلي وتوفير فرص العمل وتحسين شبكة الطرق والتنمية العمرانية وغيرها (3). وعلى صعيد مصر، نجد أن قطاع النقل البحري يحتل محوراً رئيسياً للنشاط الاقتصادي وركيزة هامة تؤثر في كافة القطاعات الإنتاجية. فهو الشريان الذي يغذي كافة قطاعات الاقتصاد القومي، كما تمثل التجارة الخارجية المنقولة بحراً حوالي 90% من إجمالي تجارة مصر (4).

(1) مركز الدراسات والبحوث بغرفة الشرقية، النقل البحري في إطار منظمة التجارة العالمية، السعودية، أكتوبر 2009، ص 3.

(2) د. شريف محمد على أحمد، أثر النقل البحري على التجارة الخارجية بمصر، مجلة مصر المعاصرة، مصر، مج 94، عدد 472، 2003، ص 409.

(3) James J. Corbett and James Winebrake, the impact of Globalization on international maritime transport Activity, Global Forum on transport and Environment in Globalising World 10-12 November 2008, Guadalajara, Mexico, 2008, pp. 6-15.

(4) طه شلبي، النقل البحري وأثره على تجارة مصر الخارجية، مجلة إدارة الأعمال، مصر، عدد 98، 2002، ص 7.

وجدير بالذكر أن هناك علاقة طردية بين ازدهار التجارة الدولية وتزايد الطلب على خدمات النقل البحري، إذ نجد أن الطلب على خدمات النقل البحري يتزايد كلما زاد حجم الطلب العالمي على السلع والخدمات والعكس⁽¹⁾.
على ما سبق، نجد التقرير السنوي الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية "الأنكتاد" حول النقل البحري لعام 2014، يكشف عن حدوث تباطؤ في نمو الاقتصاد العالمي في عام 2012 بنسبة ناتج محلي إجمالي وصلت 2,2%، منخفضاً عن عام 2011، والتي وصلت النسبة فيه نحو 2,8%. أما في عام 2013، فقد ارتفع الناتج المحلي بزيادة طفيفة وصلت 2,3%، وفي العام 2014 وصلت نسبة النمو 2,7%⁽²⁾، ولعل ضعف نمو الناتج المحلي مرجعاً تراجع النمو الاقتصادي العيني من 9,3% في عام 2011 إلى 7,8% في عام 2012. فضلاً عن ضعف الطلب الأوروبي على المنتجات العينية، وانخفاض أسعار النفط في عام 2015، وهو مانعك بشكل سلبي في ضعف الطلب على خدمات النقل البحري⁽³⁾.

ولأهمية قطاع النقل البحري نلاحظ اهتمام الحكومة المصرية مؤخراً بهذه الصناعة عبر عدة آليات منها، الاهتمام بتطوير الموانئ البحرية وزيادة عددها، وكذلك توسعة وشق قناة السويس الجديدة والسعي نحو إقامة مناطق لوجيستية في المناطق البحرية، فضلاً عن تطوير الأسطول البحري المصري.

(5) **United Nations Conference on Trade and Development**, Recent development "UncTAD", Review of Maritime transport, 2014, PP. 17-18. Available at: UnCtdad.org/en/publications=library/rmt_2014-en.pdf.

(1) **United Nations Conference on Trade and development**, recent developments and trends in international Maritime transport affecting trade on developing countries, Geneva, 17-21 June 2013, PP. 5:7. Available at: UnCtdad.org/meetings/en/sessional_documents/cid30_en.pdf.

(2) **UNCTAD**, Review of Maritime Transport 2014/pp. 2:6. Available at: UnCTAD.org/en/publications_library/rmt_2014-en.pdf.

تأسيساً على ماتقدم ، نجد العديد من المتغيرات المحلية والدولية التى تؤثر على صناعة النقل البحرى فى مصر، فضلاً عن وجود مشكلات تعوق تطوير هذه الصناعة⁽¹⁾.

على ما سبق، وقع اختيارنا على هذا الموضوع الهام "محددات تعزيز كفاءة صناعة النقل البحرى فى ظل المتغيرات المحلية والدولية - دراسة تحليلية وتطبيقية على مصر. لنرى كيف يمكن النهوض بهذه الصناعة الحيوية ، لاسيما وأن مصر تطل على العديد من المنافذ البحرية المهمة، وكيف يمكن أن تقود صناعة النقل البحرى قاطرة التنمية فى مصر فى الفترة المقبلة.
مشكلة الدراسة:

يمكن القول بأن الاقتصاد القومى المصرى يُعانى كغيره من الاقتصادات النامية العديد من المشكلات، ولعل أبرزها تزايد حدة البطالة وضعف معدل نمو الناتج المحلى وتدهور القطاع الصناعى.

وفى إطار البحث عن حلول اقتصادية لمواجهة مثل هذه المشكلات، نجد اهتمام الحكومة المصرية مؤخراً بصناعة النقل البحرى كونها ستقود قاطرة التنمية للاقتصاد المصرى الفترة القادمة.

تأسيساً على ما سبق، فإن مشكلة دراستنا تتمحور حول الدور الذى يمكن أن تساهم به صناعة النقل البحرى فى تعزيز كفاءة الاقتصاد الوطنى.

وكيف يمكن تحديث وتطوير صناعة النقل البحرى فى ظل المتغيرات الإقليمية والدولية وعلى رأسها الإرهاب وانخفاض الطلب العالمى على السلع والطاقة.

وما هى أبرز محاور تعزيز كفاءة صناعة النقل البحرى للنهوض به ، ومن ثم تحقيق النتائج المرجوة منه.

(3) Gordon Wilmsmeier, Jan Hoffman and Ricardo J. Sanchez, the impact of port characteristics on international Maritime transport Costs, Research in Transportation Economics, volume 16, 2006, PP. 122-126. Available at: 202.114.89.60/resources/pdf/2093.pdf.

أهمية الدراسة:

- لا شك أن أهمية دراسة وتحليل صناعة النقل البحري تعود إلى عدة اعتبارات، يمكن ذكر بعض منها على ، النحو التالي:
- 1- محاولة تسليط الضوء على أهم الإجراءات التي اتخذتها الحكومة لتطوير قطاع النقل البحري وهل كانت إجراءات ناجحة أم لا.
 - 2- محاولة الاستفادة من التطورات التكنولوجية في تحديث صناعة النقل البحري في مصر، والاستفادة من تجارب الآخرين.
 - 3- أهمية إبراز المتغيرات الدولية والإقليمية ، وكيف يمكن أن تؤثر على النقل البحري ، وكيف يمكن مواجهة تداعياتها.
 - 4- ضرورة وضع رؤية استراتيجية لتطوير صناعة النقل البحري المصري عبر تطوير العنصر البشري وزيادة عدد السفن العملاقة ، وتحديث الموانئ وفتح المجال أمام القطاع الخاص.

أهداف الدراسة:

يمكن تحديد أهداف الدراسة، على النحو التالي:

- 1- إبراز أهمية صناعة النقل البحري وأهميتها في الاقتصاد العالمي والوطني ودورها في تسهيل التجارة الدولية.
- 2- تحليل الوضع الراهن لقطاع النقل البحري في مصر وأهمية ضخ مزيد من الاستثمارات من أجل تحديثه وتطويره.
- 3- زيادة مساهمة النقل البحري في توليد عائد أكبر من العملات الأجنبية ، وانعكاسات ذلك على ميزان المدفوعات.
- 4- خلق مزيد من فرص العمل في هذا القطاع المهم للحد من مشكلة البطالة.
- 5- أهمية امتلاك مصر لأسطول بحري وطني قادر على نقل تجارة مصر للعالم الخارجى من ناحية وللحماية من احتكار ملاك السفن وضغوطهم من ناحية أخرى.

منهج الدراسة:

اعتمدت دراستنا لموضوع محددات صناعة النقل البحري في ظل المتغيرات الإقليمية والدولية بشكل أساسي على المنهج الاستقرائي، حيث تم دراسة واقع قطاع النقل البحري في مصر من خلال التركيز على أهميته في التجارة الدولية، وتأثير المتغيرات الدولية والمحلية عليه فضلاً على إبراز محاور تعزيز كفاءته. أيضاً فقد استخدمت الدراسة المنهج التحليلي النظري، وذلك بالرجوع إلى المراجع العلمية والمصادر في مجال الاقتصاد الدولي، وكذا الأبحاث والرسائل العلمية باللغتين العربية والإنجليزية، والرجوع لأحدث تقارير "الأنكثاد" عن النقل البحري ومواقع الإنترنت المتخصصة واستخدامها في إنجاز دراستنا.

خطة الدراسة:

تأسيساً على ما تقدم، ستكون خطة دراستنا من خلال فصول ثلاثة، على النحو التالي:

- الفصل الأول: ماهية صناعة النقل البحري وأهميتها في التجارة الدولية.
- الفصل الثاني: النقل البحري في مصر وأثر المتغيرات المحلية والدولية.
- الفصل الثالث: أبرز محددات ومحاور تعزيز كفاءة صناعة النقل البحري في مصر.

الفصل الأول

ماهية صناعة النقل البحري وأهميتها في التجارة الدولية

أدى ظهور منظمة التجارة العالمية وتحرير التجارة والثورة التكنولوجية وظهور الشركات متعددة الجنسيات إلى حدوث تطور كبير في صناعة النقل البحري، وبالتالي التجارة الدولية⁽¹⁾. فقد تطورت السفن إلى ناقلات عملاقة أكثر تنوعاً وتقدماً، وظهرت سفن الحاويات ذات الأحجام الكبيرة وأثر ذلك إيجاباً في تطوير الموانئ وتوسيعها وتطوير شبكات النقل الداخلي لتصل إلى مراكز الإنتاج والاستهلاك بالموانئ.⁽²⁾

(1) Mary R. Brooks, Liberalization in Maritime Transport, international Transport Forum, OECD, Paris 2009, pp. 4:5.
Available at: www.internationaltransportforum.org/pub/pdf/09fpo2.pdf.

(2) Brian J. CuDahy, The Containership Revolution, Transportations Research Board of the international Academies, Washington, September – October 2006, pp. 5:6.

على ما سبق ، سنعرض لهذا الفصل من خلال مبحثين متتاليين، على النحو التالي:
المبحث الأول: النقل البحري وتطوره عالمياً وإقليمياً.
المبحث الثاني: حجم الأسطول البحري العالمي وملكيته والأثر في التجارة الدولية.

المبحث الأول

النقل البحري وتطوره عالمياً وإقليمياً

يُشكل النقل البحري جزءاً لا يتجزأ من اللوجستيات الدولية. لذا فهو يرتبط بتجارة السلع والبضائع الدولية منذ القدم ارتباطاً وثيقاً، وهو وسيلة من وسائل عمليات تنشيط التبادل الدولي، فنحو 80% من حجم التجارة الدولية يُنقل عبر البحر⁽¹⁾. فالنقل البحري هو الذى يقود بحق حركة تدفق السلع في التجارة الدولية، وقد زاد من هذه المكانة المتميزة للنقل البحري نجاح وانتشار سفن النقل بالحاويات⁽²⁾. وحول أهمية الطلب الدولي في تطور النقل البحري: نجد أن النقل البحري يعتمد اعتماداً رئيساً على الطلب. فهناك ارتباطاً وثيقاً بين الناتج المحلي الإجمالي العالمي وتجارة السلع العالمية وعمليات الشحن البحرية. ولا شك أن اتساع حجم التجارة العالمية خلال الفترة الماضية وقبل تعرضها لهزات بسبب الأزمة المالية العالمية في نهاية 2008 تارة⁽³⁾ وانخفاض أسعار النفط وأحداث الشرق الأوسط تارة أخرى، كان بسبب زيادة الطلب على السلع وعولمة عمليات الإنتاج ونمو تجارة السلع في الصين وأوروبا. ولعل الشكل البياني التالي رقم (1) يُشير إلى تحسن مؤشر الإنتاج الصناعي لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ، ومؤشرات الناتج المحلي الإجمالي وتجارة البضائع المنقولة بحراً خلال الفترة من (1975 - 2013)⁽⁴⁾.

(1) رصاع حياة، أثر التطورات العالمية الراهنة على صناعة النقل البحري العربي ومدى التكيف معها، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، جامعة وهران، الجزائر، 2012/2013، ص3.

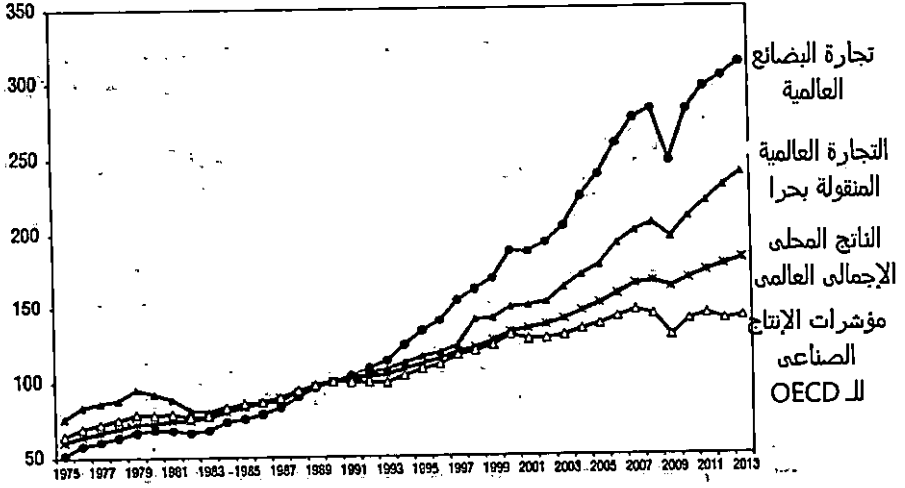
(2) د/ حمادة فريد منصور، مقدمة في اقتصاديات النقل، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، مصر، 1998، ص410 وما بعدها.

(1) **Robert C. Shellburne**, The Global financial Crisis and its impact on Trade: the world and the European Emerging Economies, United Nations economic Commission For Europe, Geneva, Switzerland, September 2010, pp. 1:5. Available at: <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/oes/disc-papers/ECE-DP-2010-2.pdf>.
(2) Unacted: op.Cit, pp. 6:7.

شكل رقم (1)

مؤشر الإنتاج الصناعي لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في الميدان الاقتصادي ومؤشرات

الناتج المحلي الإجمالي العالمي وتجارة البضائع والتجارة المنقولة بحراً (1975 - 2013)



Source: UNCTAD secretariat on the basis of OECD Main Economic Indicators, June 2014; UNCTAD, Trade and Development Report 2014; UNCTAD Review of Maritime Transport, various issues; WTO, appendix tables, table A1a; WTO press release 721, 14 April 2014, World trade 2013, prospects for 2014.

بتحليل الشكل السابق، نلاحظ زيادة الشحنات البحرية العالمية خلال العقود الأربعة الأخيرة بمعدل سنوي بلغ في المتوسط حوالي 3%. ففي عام 1970 ارتفعت تلك الشحنات 2,6 مليار طن، بينما وصلت في عام 2010 حوالي 8,4 مليار طن، وفي عام 2011 وصلت النسبة 8,7 مليار طن بزيادة حوالي 4%. وفي عام 2012 حدث تراجعاً في نمو التجارة العالمية لتصل النسبة 2,3%، ونفس النسبة في عام 2013 حيث وصلت نحو 2,3%. أما في عام 2014 فقد حدث تطور في تغير معدل النمو السنوي لتصل نسبة النمو نحو 2,7%، رغم وجود مخاطر عديدة تحيط بالاقتصاد العالمي منها: عدم اليقين الاقتصادي، وتمويل التجارة المحدود، والقرصنة البحرية، وانتشار الإرهاب والتوترات السياسية وغيرها. (1)

(1) World Economic Forum, Global Risks 2015 10th Edition, Strategic partner of the Global Risks 2015 report, Geneva, 2015, pp. 3:6. Available at: www.weforum.org/risks.

وبشكل عام، نلاحظ زيادة معدل النمو لدى بعض الدول تارة وانخفاضها تارة أخرى خلال الفترة من 2011 وحتى 2014، وهو ما يوضحه الجدول التالي رقم (1):

جدول رقم (1)

نمو الناتج العالمي من 2011 - 2014

(نسبة التغير السنوى)

Region/country	2011	2012	2013	2014
World	2.8	2.3	2.3	2.7
Developed economies of which:	1.4	1.1	1.3	1.8
European union 28 of which:	1.7	- 0.3	0.1	1.6
France	2.0	0.0	0.2	0.7
Germany	3.3	0.7	0.4	1.9
Italy	0.4	- 2.4	- 1.9	0.1
United Kingdom	1.1	0.3	1.7	3.1
Japan	- 0.6	1.4	1.6	1.4
United States	1.6	2.3	2.2	2.1
Developing economies of which:	6.0	4.7	4.6	4.7
Africa	0.9	5.3	3.5	3.9
South Africa	3.6	2.5	1.9	1.8
Asia	7.2	5.2	5.3	5.6
China	9.3	7.7	7.7	7.5
India	7.9	4.9	4.7	5.6
Western Asia	7.4	3.8	3.8	4.0
Developing America	4.3	3.0	2.6	1.9
Brazil	2.7	1.0	2.5	1.3
Least developed countries	3.6	4.9	5.4	5.7
Transition economies of which:	4.7	3.3	2.0	1.3
Russian federation	4.3	3.4	1.3	0.5

Source: UNCTAD Trade and Development Report 2014. Forecast.

على ما تقدم، يلعب النقل البحرى دوراً مهماً فى عملية نقل المواد الخام أو نصف المصنعة أو التامة الصنع من بلد إلى آخر، وعاملاً مهماً فى نقل المعدات ومستلزمات الإنتاج للمصانع التى تقوم بإنتاج تلك السلع⁽¹⁾.

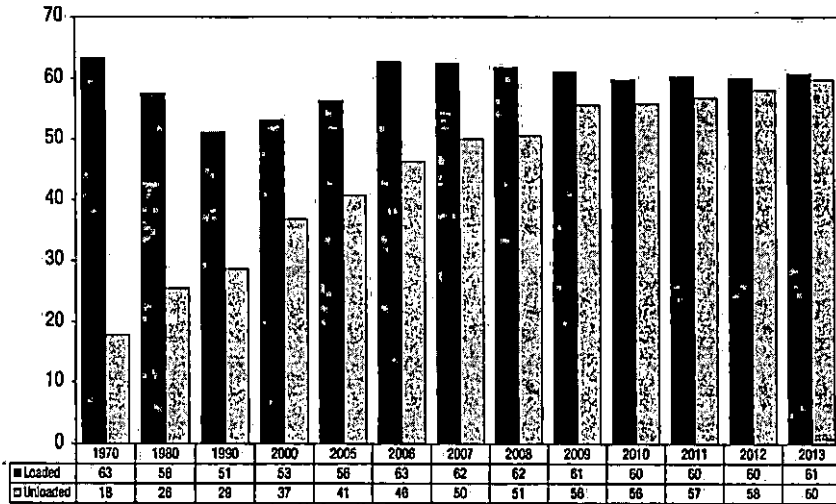
(1) د. شريف محمد على، أثر النقل البحرى على التجارة الخارجية بمصر، مجلة مصر المعاصرة، عدد 472، القاهرة، مصر، 2003، ص420.

وحول تزايد النقل الدولي بالحاويات: نجد انتشار السفن ذات الأحجام الكبيرة رغم قلة عدد شركات الحاويات⁽¹⁾. فقد انخفض عدد الشركات الناقلة في كل بلد بحوالي 27% خلال السنوات العشر الماضية، إذا هبط من 22 شركة في عام 2004 إلى نحو 16 شركة في عام 2013⁽²⁾. لذلك فقد زادت حركة الحاويات في موانئ العالم بنسبة بلغت 3,8% إذ بلغت حوالي 601,8 مليون وحدة في عام 2012، وهي زيادة عن العام 2011، والتي وصلت نسبة نمو تجارة الحاويات فيه 3,7%⁽³⁾. أما في عام 2014، فقد تجاوزت حركة الحاويات قرابة 650 مليون وحدة. ونتيجة لذلك يُتوقع أن تُبلغ احتياجات الدول النامية من الاستثمار حوالي 18,8 تريليون دولار سنوياً بالقيمة الحقيقية بحلول عام 2020، حتى تتمكن من بلوغ مستويات معتدلة من النمو الاقتصادي.

لما سبق، فقد زادت مساهمة الدول النامية في التجارة البحرية الدولية خلال الفترات الماضية، بحسب الشكل البياني التالي رقم (2):

شكل رقم (2)

مشاركة الدول النامية في التجارة البحرية الدولية سنوات مختارة (نسبة حصة في الحمولة)



Source: UNCTAD Review of Maritime Transport, various issues.

(¹) على محمد عدة، أثر تحرير خدمات النقل البحري الدولي على الكفاءة الاقتصادية للموانئ السورية (بالتطبيق على مينائى اللاذقية وطرطوس)، المجلة العلمية للبحوث والدراسات التجارية، مصر، عدد 1، 2011، ص 199.

(4) United Nations Conference on Trade and development, Review of Maritime Transport, 2014, p.7.

(4) Ibid: pp. 8-9.

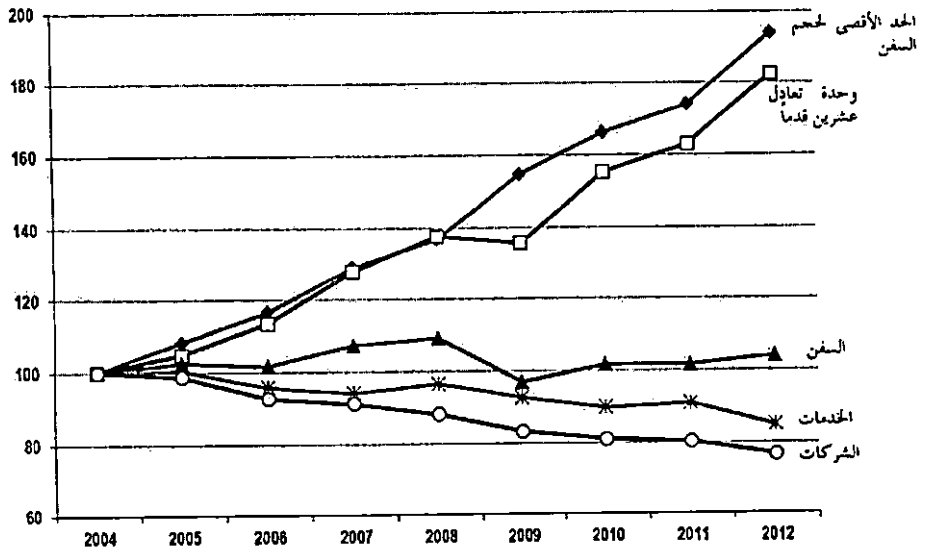
وحول خطوط النقل البحري المنتظم: فنجد على غرار خطوط النقل الجوي المنتظم، شبكات عالمية للنقل البحري، تنقل معظم التجارة الدولية التي تتعلق بالسلع المصنعة والمواد الخام أيضاً⁽¹⁾.

ونتيجة لذلك، فقد وضع "الأنكتاد" مؤشراً لمدى موصولية خطوط النقل البحري المنتظم، والذي تم نشره منذ بداية العام 2004، ويهدف إلى تحديد المستوى الذي بلغه بلد معين في الوصول إلى الأسواق الخارجية عن طريق شبكة خطوط النقل البحري المنتظم⁽²⁾.

بيد أن مؤشر الأنكتاد لموصولية خطوط النقل البحري المنتظم، تستمد من خمسة مكونات، بحسب الشكل البياني التالي رقم (3):

شكل رقم (3)

اتجاهات مكونات مؤشر الأنكتاد لموصولية خطوط النقل البحري المنتظم (2004 = 100)



المصدر: الأمم المتحدة، مجلس التجارة والتنمية، يونيو 2013، ص 14.

(1) مختار السويقي، سفن الخطوط المنتظمة - أنواعها ومواصفاتها ودورها في عمليات التصدير والاستيراد، مجلة إدارة الأعمال، مصر، العدد 54، 1991، ص 64 وما بعدها.
(2) الأمم المتحدة، مجلس التجارة والتنمية، التطورات والاتجاهات الأخيرة في النقل البحري الدولي التي تؤثر في تجارة البلدان النامية، يونيو 2013، ص 12 وما بعدها.

من الشكل السابق، يظهر لنا أن مؤشرات الأكتاد للدليل على موضوعية خطوط النقل البحري المنتظمة خمسة، هي (1):

ا- عدد الشركات التي تقدم خدماتها من موانئ البلد وإليه. ولا حاجة إلى أن تكون هذه الشركات شركات يشغلها أو يمتلكها رعايا البلد نفسه. فالواقع أنه في السواد الأعظم من الحالات، تُنقل تجارة بلد ما في الغالب بواسطة شركات أجنبية، وتكسب جميع الناقلات المهمة دخلها من نقل واردة وصادرات بلدان ثالثة.

ب- حجم أكبر سفينة مستخدمة لتقديم الخدمات من موانئ البلد وإليها، ويُقاس بوحدات تعادل عشرين قدماً. وهذا مؤشر على وفورات الحجم ومدى توافر الهياكل الأساسية.

ج- عدد الخدمات التي تربط موانئ البلد ببلدان أخرى، فكلما زادت الخطوط التي تربط موانئ البلد، يزداد احتمال أن يستطيع المورد أو المصدر إيجاد وصلة مناسبة لنقل التجارة إلى الخارج.

د- العدد الإجمالي للسفن المستخدمة في تقديم الخدمات من / إلى موانئ البلد.

هـ- السعة الإجمالية لسفن نقل الحاويات التي تقدم الخدمات من / إلى موانئ البلد، وتُقاس بوحدات تعادل عشرين قدماً.

على ما تقدم، تلعب وجود خطوط بحرية منتظمة بالمكونات سابق الإشارة إليها دوراً كبيراً في تعزيز القدرة التنافسية التجارية للدول، وبالأخص التأثير في التكاليف التجارية بين المصدرين والمستوردين، بحسب دراسة أجرتها أحد اللجان التابعة للأمم المتحدة (2) فضلاً عن التوقع بحدوث نمو وتطور سريع في قطاع الشحن على مستوى العالم، وفي الاقتصادات الناشئة والنامية (3).

(1) **Lloyd's List intelligence**, available at:

www.lioydslistintelligence.com/llint/index.html.

(1) **Duval Y and C Utoktham** (2011). Trade facilitation in Asia and the Pacific: which policies and measures affect trade costs the most? Staff working paper. United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific. Bangkok, Available at: <http://unescap.org/tid/publication/swp111.pdf> (accessed 4 April 2013).

(2) **International transport forum**, transport Outlook, Seamless transport for Greener Growth, OECD, 2012, available at: www.internationaltransportforum.org/pub/12OutLook.pdf.

وأخيراً فإن التطورات سابق الإشارة لها فى قطاع النقل البحرى تأتى من كونه يُعد أكثر القوى الإنتاجية توليداً للدخول والقيمة المضافة، فالاستثمار فى قطاع النقل البحرى يُحسن من شروط التجارة الدولية للدول المالكة لأسطول قوى وموانئ متطورة، فضلاً عن ارتفاع حجم تجارتها الخارجية، ومنع تكديس البضائع فى الموانئ، وخلق فرص جديدة للعمل، وتوفير العملات الأجنبية وهو ما يعكس بدوره فى تحسين ميزان المدفوعات.(1)

وعلى ذلك، فإن صناعة النقل البحرى تعزز من عمليات التنمية الاقتصادية لمختلف البلدان المتقدمة والنامية، إضافة لدورها الكبير فى عمليات تأمين الغذاء والتنمية الاجتماعية.(2)

المبحث الثانى

حجم الأسطول العالمى وملكيته والأثر فى التجارة الدولية

أدى ارتفاع الطلب المحلى فى الصين وازدياد التجارة فيما بين بلدان آسيا وبين دول الجنوب إلى تحسن أداء الاقتصاد العالمى والتجارة البحرية الدولية(3). فارتفع حجم التجارة البحرية الدولية بنسبة تقدر بحوالى 4,3% فى عام 2012 ، وهى نسبة تقارب عام 2011. والجدول التالى رقم (2) يوضح أن نسبة حجم البضائع المُحملة فى سائر موانئ العالم بلغت 9,2 بليون طن.

بينما مثلت تجارة الناقلات الصهرجية (النفط الخام ومنتجات البترول والغاز) أقل من ثلث المجموع، فى حين استأثرت البضائع الجافة بنصيب الأسد، كما يوضح على النحو التالى:

(3) Oxford economics, the economics impact of the UK Maritime Services Sector: Ports, A report for maritime UK. February 2013, pp. 5:10. Available at: <http://www.ukchamberofshipping.com>.

(2) د. سميرة بدوى، اقتصاديات النقل البحرى فى العالم، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، مصر، 2005، ص50. وكذلك أ/ رصاع حياة، مرجع سابق ذكره، ص4.

(1) UNCTAD, Review of Maritime Trans Port 2012, pp. 1:6.

جدول رقم (2)

تطور التجارة البحرية الدولية، سنوات مختارة (بملايين الأطنان المحملة)

السنة	النفط والغاز	الرئيسية	الأخرى	المجموع
1970	1440	448	717	2605
1980	1817	608	1225	3704
1990	1755	988	1265	4008
2000	2163	1295	2526	5984
2006	2698	1814	3188	7700
2007	2747	1953	3334	8034
2008	2742	2065	3422	8034
2009	2642	2085	3131	7858
2010	2772	2335	3302	8409
2011	2794	2486	3505	8784
2012	2836	2665	2664	9165

المصدر: تجميع أجرته أمانة الأونكتاد، استناداً إلى بيانات قدمتها البلدان المبلغة وإلى بيانات مستمدة من مصادر حكومية وصناعة الموانئ ذات الصلة ومصادر متخصصة، ونقحت بيانات عام 2006 وما بعده واستكملت لينعكس فيها شكل الإبلاغ المحسن، بما في ذلك أحدث الأرقام ومعلومات أفضل عن التوزيع حسب نوع البضائع. وبيانات عام 2012 مُقدّرة استناداً إلى بيانات أولية أو إلى آخر سنة متوافرة عنها بيانات، مشار له في استعراض النقل البحري، 2013، ص 7.

وتجدر الإشارة إلى أنه، وبالرغم من تباطؤ الاقتصاد العالمي والتجارة الدولية خلال السنوات الأخيرة، ولأسباب عديدة أبرزها استمرار التأثير السلبي الناشئ عن أزمة 2009/2008 على الطلب والتمويل والتجارة على الصعيد العالمي، وكذلك التحولات الهيكلية في أنماط الإنتاج العالمي، فضلاً عن بروز دول الجنوب وتحول النفوذ الاقتصادي وابتعاده عن مراكز النمو التقليدية، وكذا انتشار سفن الحاويات العملاقة، وتغير المناخ وتكاليف الطاقة والاستدامة البيئية⁽¹⁾.

إلا أن ثمة آمالاً جديدة وفرصاً سانحة لتحسن وتطور التجارة الدولية، ولعل مرجع ذلك الأمور التالية⁽²⁾:

(1) بحث بعنوان آفاق الاقتصاد العالمي، أكتوبر 2015، ص2 وما بعدها. على الرابط التالي:

<https://www.imf.org/external/arabic/pubs/ft/weo/2015/02/pdf/texta.pdf>.

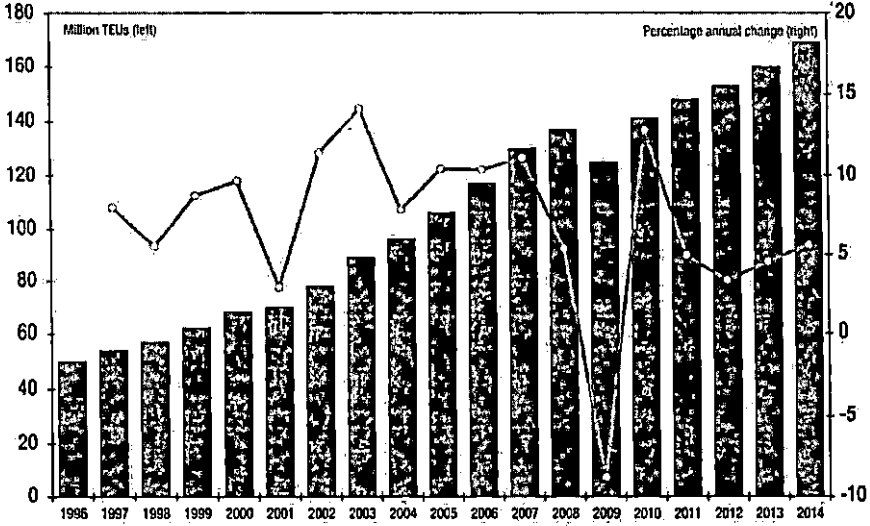
(2) UNCTED, Review of Maritime Transport, 2013, p.8.

- ا- توطد عرى التكامل الإقليمي والتعاون بين بلدان الجنوب.
 - ب- ازدياد التنوع في مصادر الإمدادات بفضل التكنولوجيا وكفاءة النقل.
 - ج- بروز أنماط جديدة في التجارة والنفاذ إلى أسواق جديدة بفضل ازدياد اتفاقات التجارة والتعاون.⁽¹⁾
 - د- توسيع / فتح طرق بحرية جديدة (على سبيل المثال، توسيع قناة بنما والطرق في القطب الشمالي).
 - هـ- التغيير الهيكلي في خريطة الطاقة العالمية والتأثيرات الناجمة عن ذلك في تجارة الناقلات الصهرجية.
 - و- الانتقال في سلاسل القيمة المتعلقة بالاقتصادات من التصنيع القائم على العمالة الكثيفة إلى الإنتاج المستند إلى مستوى أعلى من المهارات (الصين، على سبيل المثال) والتأثيرات الناجمة عن ذلك في مناطق نامية أخرى (فيتنام، وبنغلاديش وأفريقيا).
 - ز- نمو الطلب العالمي بفعل ازدياد سكان العالم عدداً ونمو الطبقة الوسطى الاستهلاكية.
 - ح- إنشاء مصارف البلدان النامية (على سبيل المثال، البرازيل والاتحاد الروسي والهند والصين وجنوب أفريقيا) التي قد يكون بمقدورها توفير التمويل لتلبية احتياجات التمويل الكبيرة في بنية النقل الأساسية.
- ولعل ما سبق، أدى إلى زيادة تجارة الحاويات العالمية، والشكل البياني التالي رقم (4) يوضح لنا ذلك.

(3) **Charles W. Mitchell**, impact of the Expansion of the panama canal: An Engineering Analysis, A thesis to the faculty of the University of Delaware in partial fulfillment of the requirements for the degree of master of civil engineering, 2011, pp. 1:6. <http://www.could.edu>.

شكل رقم (4)

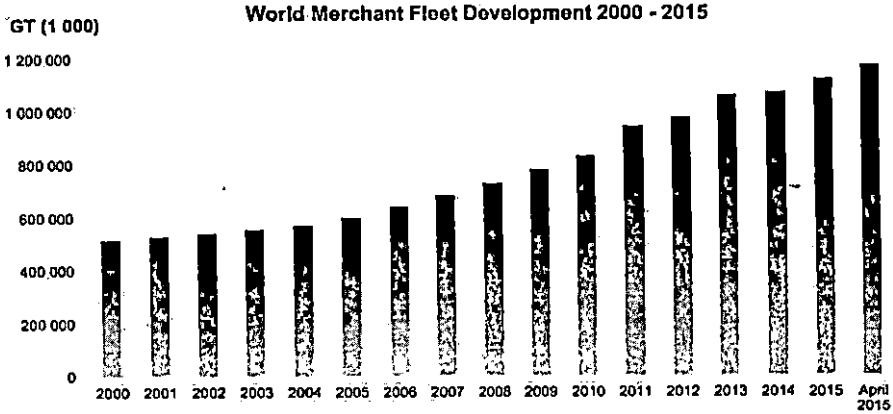
تجارة الحاويات العالمية من عام 1996 - 2014 (ملايين الوحدات المعادلة لعشرين قدماً والنسبة المئوية للتغير السنوي)



Source: Based on Drewry Shipping Consultants, Container Market Annual Review and Forecast 2008/2009, and Clarkson Research Services, Container Intelligence Monthly, Various Issues.

ليس هذا فحسب، بل إن التطورات على الصعيد العالمي في التجارة البحرية، ساهمت من دون شك في نمو الأسطول التجاري الدولي من عام 2000 ، وحتى شهر إبريل من العام 2015، وذلك بحسب ما يوضحه الشكل البياني التالي رقم (5):

شكل رقم (5)
نمو الأسطول التجارى العالمى (2000 - 2015)



Source: Danish shipping statistics, May 2015, available at:
<http://www.shipowner.dk/en/presse/nyheder/skibsfarten-i-tal-May-2015/>

وبنظرة على البلدان النامية وإفريقيا، نلاحظ أن تلك الدول واصلت مساهمتها بحصص كبيرة فى التجارة البحرية الدولية، ولعل ذلك ما انعكس فى ازدياد مشاركتها فى النظام التجارى العالمى⁽¹⁾. ففى عام 2012 استأثرت هذه الدول على نسبة 60% من البضائع المحملة على الصعيد العالمى وينسبة حوالى 58% فى المائة من البضائع المفرغة. ولعل مساهمة تلك الدول فى التجارة العالمية يتفاوت بحسب مستويات تقدمها واهتمامها بغطائها البحرى.

إن تطور الدول النامية سابق الإشارة إليه فى التجارة البحرية مرجعة نمو الطلب على الواردات بوتيرة متسارعة فى المناطق النامية بسبب عملية التصنيع التى تشهدها وسرعة ارتفاع الطلب الاستهلاكى فيها. أيضاً فإن قارة أفريقيا تحظى باهتمام متزايد، بحسبان كونها تتمتع بقدرات هائلة فى مجال النقل البحرى والتجارة البحرية⁽²⁾. إن دور أفريقيا

(1) Jan Hoffman, Patricia isa and Gabriel Pere Z, Trade and Maritime Transport between Africa and South America, United Nations publications, March 2001, pp. 14-20. Available at: repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6376/S01030289-en.Pdf?

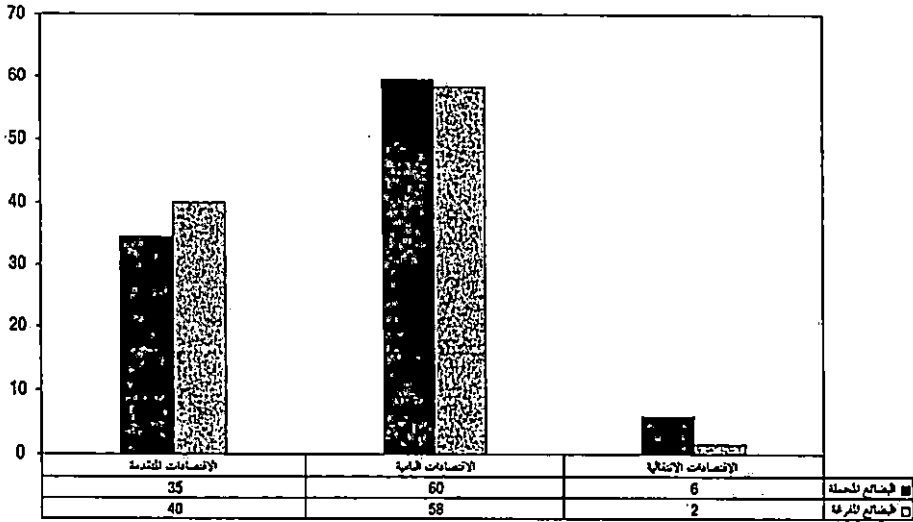
(2) Michel Audige, Maritime Transport serving west and central African countries: trends and issues, the worldbank and economic commission for Africa, August 1995, pp. 4:7. www.ssatp.org.

قابل للتطور في مجال التجارة البحرية إذا ما أحسنت استغلال مواردها الوفيرة وتحسن مستوى الدخل بها. وفي حين بلغ حجم التجارة بين الولايات المتحدة وأفريقيا 123 بليون دولار، نجد تفوقاً للصين في الآونة الأخيرة ليصل حجم التجارة مع الصين نحو 133 بليون دولار⁽¹⁾.

إن كل ما سبق بدأ واضحاً من خلال الشكل البياني التالي رقم (6) ، والذي يوضح تزايد مساهمة البلدان النامية بحسب مجموعات الدول في التجارة البحرية العالمية⁽²⁾.

شكل رقم (6)

التجارية البحرية الدولية حسب مجموعات البلدان، 2012 (نسبة مئوية من الحمولة الطننية العالمية)



المصدر: تجميع أجرته أمانة الأونكتاد، استناداً إلى بيانات قدمتها البلدان المبلغة وإلى بيانات مستمدة من مصادر حكومية ومصادر صناعة الموانئ ذات الصلة ومصادر متخصصة. وقدرات الأرقام استناداً إلى بيانات أولية أو إلى آخر سنة توافرت بيانات عنها، على الرابط التالي:

[Unctad.org/en/publications_library/rmt2013-ar.pdf](http://unctad.org/en/publications_library/rmt2013-ar.pdf).

لما تقدم، فإن صناعة النقل البحري تلعب دوراً رئيساً في نمو وتطور التجارة الدولية⁽¹⁾.

(3) Fair paly, Africa's Maritime structural transformation, 30 May, 2013, pp. 2:6.

(2) لمزيد من التفصيل راجع تقارير الأونكتاد، على الرابط التالي:
UNCTAD.org/en/pages/home.aspx.

كما أنها تتميز بميزتين عن غيرها من وسائل النقل المختلفة، هما⁽²⁾:

1- كونه يُعد أرخص وسائل النقل.

2- كونه يُعد من أبرز القطاعات الخدمية التي تبرز أهمية الدول المُطلّة على البحار،

الأمر الذي يحفزها على تملك السفن وإنشاء وتطوير الموانئ.

إضافة إلى ما سبق، فإن الأنشطة الرئيسية المساعدة لصناعة النقل البحري،

تتمثل في: السفينة والميناء والبضاعة.

السفينة (الأسطول البحري): وتُعد أحد الشروط اللازمة لتعريف الدولة

الملاحية، إضافة إلى وقوعها على الساحل البحري. أيضاً فإن السفن تتعدد

وتتنوع، فهناك سفن ناقلات، وغالباً ما تخصص في نقل المواد البترولية نظراً

لقدرتها على نقل حمولة 20 ألف طن. أيضاً توجد سفن الحاويات، وتعد

الولايات المتحدة الدولة الأولى عالمياً في صناعة تلك السفن العملاقة، والتي

تطورت بشكل جعلها تنقل حمولة من 2055 إلى 3000 حاوية.⁽³⁾

الموانئ البحرية: إذ لا يمكن الحديث عن صناعة قوية للنقل البحري دون

وجود أهم عناصرها وهو الموانئ البحرية. فهي تؤدي دوراً مهماً، فمن ناحية،

تعتبر البوابات المجهزة لتقديم كل التيسيرات للسفن من جهة البحر، ومن ناحية

أخرى تقدم التسهيلات لوسائل النقل الأخرى من جهة البر.

وعلى أية حال، فإن الموانئ البحرية Seaports تقدم العديد من الفوائد

الاقتصادية، يمكن أن نذكر منها⁽⁴⁾:

(1) Jean Paul Rodrigue, Transportation, Globalization and international Trade, New York, U.S.A, 2013, pp. 4:10. Available at: <https://people.hofstra.edu/geotrans/eng/ch5en/html>.

(2) الأمم المتحدة، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، آثار الاتفاق بشأن تجارة الخدمات (GATS) على النقل، نيويورك، 2001، ص53.

(3) الأكتاد، النقل متعدد الوسائط والنقل بالحاويات، الأمم المتحدة، نيويورك، 1984، ص70 وما بعده.

(4) الأمم المتحدة، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، آثار الإنفاق العام بشأن تجارة الخدمات (GATS) على النقل، نيويورك، 2001، ص57، وراجع أيضاً:

- Martin Associates, the local and regional economic impacts of the port of port land, March 2012, pp. 2:5. Available at:

- 1-زيادة وتنشيط حركة التبادل التجارى الدولى .
 - 2-خلق فرص عمل متنوعة، سواء فى الأنشطة الرئيسية التى يقدمها الميناء أو فى الأنشطة المساندة، مما يساهم فى الحد من البطالة.
 - 3-توفير استخدام الموانئ الوسيطة.
 - 4-زيادة القيمة المضافة، وعلى سبيل المثال، من خلال شركات إصلاح وصيانة السفن المتردد والعبارة، وصناعات الشحن والتعبئة للبضائع و سلع الصادرات.
 - 5-المساهمة فى تنمية المناطق الجديدة والنائية، مثل ميناء سفاجا وميناء مرسى نويبع فى مصر وميناء ريسوت فى عمان.
 - 6-تعتبر الموانئ البحرية مصدراً مهماً من مصادر الدخل القومى فى كثير من الدول.
 - 7-زيادة فرص نجاح النقل متعدد الوسائط من خلال التسهيلات العالية التى يتيحها الميناء، باعتبار أن الميناء البحرى لم يعد نقطة البداية لبضائع الصادرات ونقطة النهاية لبضائع الواردات، وإنما أصبح حلقة من حلقات النقل بأنماطه المتعددة.
 - 8-تأمين الشواطئ البحرية من خلال تواجد هذه الموانئ.
- أما البضاعة: وهى تعد العنصر الأساسى لما تُدره السفينة من عائد نتيجة لنقلها. فسفينة بلا بضاعة. لا قيمة لها وميناء بلا بضاعة كالصحراء الجرداء. بيد أن العناصر السابقة للنقل البحرى تحتاج إلى أنشطة مساعدة حتى تتحقق الغاية المنشودة من تطوير صناعة النقل البحرى، وأهمها نشاط الشحن والتفريغ ونشاط التخزين وتموين السفن، وإصلاح السفن ووسطاء النقل ومتعهدو البضائع ونشاط الوكالات الملاحية.⁽¹⁾

<https://www.portofportland.com/pdf/pop/trade-trans-studies-econmc-impact-2011.pdf>.

(1) مركز الدراسات والبحوث، غرفة الشرقية، النقل البحرى فى إطار منظمة التجارة العالمية، السعودية، أكتوبر 2009، ص5 وما بعدها.

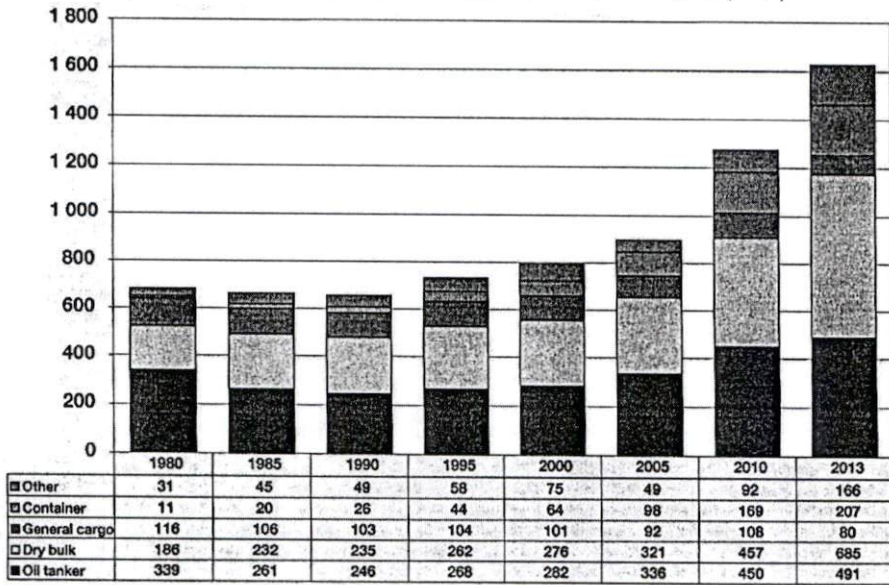
وعلى صعيد الأسطول العالمي، ورغم تداعيات الأزمة المالية العالمية، وضعف الطلب العالمي، فقد لاحظنا نمو حركة الأسطول العالمي، وبلغ النمو من عام إلى آخر حوالي 6%. وزاد الأسطول العالمي بأكثر من الضعفين منذ عام 2001⁽¹⁾.

ويوضح الشكل البياني التالي رقم (7) أنواع السفن الرئيسية لملايين الأطنان:

شكل رقم (7)

الأسطول العالمي حسب أنواع السفن الرئيسية 1980 - 2013

(أرقام بداية السنوات، بملايين الأطنان من الحمولة الساكنة)



المصدر: تجميع أجرته أمانة الأونكتاد استناداً إلى بيانات قدمتها Clarkson Research Services وأعداد سابقة من استعراض النقل البحري، 2010، 2011، 2013؟

ملاحظة: جميع السفن التجارية المبحرة ذات المحركات التي تبلغ حمولتها الإجمالية

100 طن فأكثر، باستثناء سفن الممرات المائية الداخلية وسفن الصيد والسفن

الحربية واليخوت والنصات البحرية الثابتة والمتحركة والقوارب (باستثناء

وحدات تخزين الإنتاج التفريغ العائمة وسفن الحفر).

(2) **Unacted**, Review of Maritime Transport, 2013, available at: Unctad.org/en/rmt2013/en-pdf.

وحول أهم البلدان المالكة للسفن، فإن ملكية الأسطول على الصعيد الوطني تتركز في خمسة بلدان، على الترتيب التالي:⁽¹⁾ اليونان، اليابان، الصين، ألمانيا وجمهورية كوريا. والجدول رقم (3) يوضح ذلك.

جدول رقم (3)

أكبر خمسة بلدان مالكة للأساطيل 2013

الحمولة الطننية الساكنة							عدد السفن	
المجموع	العلم الدولي	المجموع	علم أجنبي ودولي	علم وطني	المجموع	علم أجنبي ودولي	علم وطني	بلد أو إقليم الملكية
كنسبة مئوية من مجموع العالم	والأجنبي كنسبة من مجموع							
15.17	71.56	244850578	175205954	6944624	3695	2870	825	اليونان
13.87	92.31	223815008	206598880	17216128	3991	3253	738	اليابان
11.78	64.79	190078835	123142833	66936002	5313	2648	2665	الصين
7.79	86.77	125778528	109136771	16641757	3833	3437	396	ألمانيا
4.65	77.86	75095806	58471361	16624445	1576	812	764	جمهورية كوريا

المصدر: الأمم المتحدة، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، استعراض النقل البحري، 2013، ص 47.

ولعل الدول الخمسة سابق الإشارة إليها تستأثر بنسبة 53% من الحمولة الطننية العالمية. أيضاً فإن من بين أهم 35 اقتصاداً مالكا للسفن، يقع 17 اقتصاداً في آسيا، و14 في أوروبا، و4 الأمريكيتين. بينما نجد خروج مصر من بين أهم تلك الاقتصادات. وبحسب الشكل التالي رقم (8) يتميز الأسطول المصري بوجود تنوع في بعض السفن، فهناك سفن التموين البحري وتتخطى حاجز 200 سفينة، وناقلات الغاز المسيل حوالى

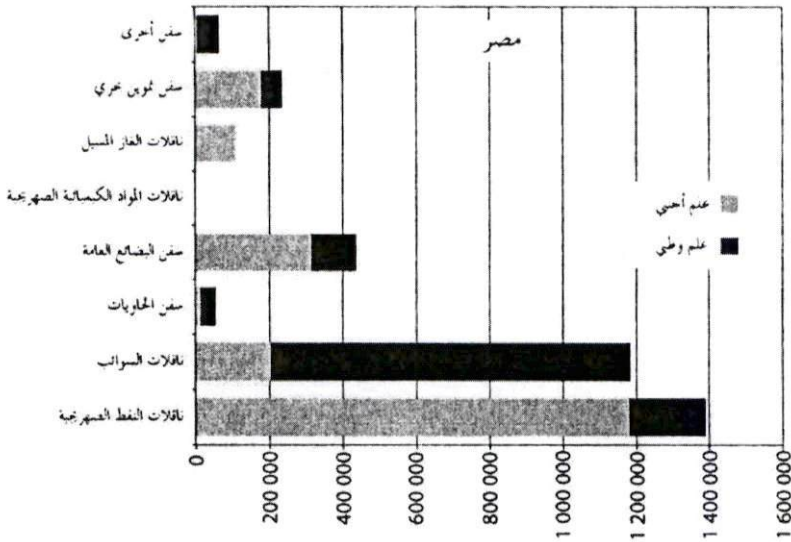
(1) Unacted, Ibid, pp. 48-55.

110 سفينة، وسفن البضائع العامة وتخطى حاجز 400 سفينة بينما نلاحظ ضعف سفن الحاويات حيث لا تتعدى 20 سفينة⁽¹⁾.

أما ناقلات الشوائب وناقلات النفط الصهرجية فكانت 1200 و1400 سفينة على التوالي⁽²⁾. ولاشك أن النقل البحري المصري يمتلك عدداً لا بأس به من السفن وهو قادر على التحديث والتطوير شريطة تعزيز الموانئ وتطويرها، وتحديث الأسطول المصري والخدمات المعاونة⁽³⁾.

شكل رقم (8)

الخصائص المميزة للأسطول البحري المصري



المصدر: الأمم المتحدة، مرجع سابق ذكره، ص 56.

وبحسب تقرير لمجلة "The Economist" فإن النقل بالحاويات لعب دوراً مهماً في التجارة العالمية، وأكدت على أن الحاويات كان لها دوراً خطيراً في

(2) إحصاءات قطاع النقل البحري المصري، وزارة النقل المصرية. على الرابط التالي:

www.mts.gov.eg/ar/content/

(2) راجع التقارير الصادرة عن الأمم المتحدة بشأن صناعة النقل البحري وهيكلها. www.un.org/ar/

(3) مركز البحوث والاستشارات لقطاع النقل البحري، الدراسات التي أجريت في مجال تطوير الأسطول المصري، خلال الفترة من 1982 – 2007، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا، الإسكندرية، مصر.

العولمة وتحرير التجارة، لاسيما في البلدان المتقدمة والتجارة بين بلدان الشمال⁽¹⁾.

أيضاً فقد أشار تقرير لجنة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية "UNCTAD" أن من البلدان التي تملك حصة كبيرة في ناقلات النفط والغاز الصهرجية مصر وإيران وكازاخستان والكويت وليبيا وماليزيا والمكسيك ونيجيريا وعمان وبيرو وقطر وروسيا والسعودية والإمارات وفنزويلا⁽²⁾.

على أية حال، فقد تزايد حجم الأسطول البحرى العالمى فى الآونة الأخيرة، رغم تباطؤ الاقتصاد العالمى، وتراجع أسعار النفط وضعف الطلب. هذا الأمر يبدو هاماً ومؤثراً حال تحسن الاقتصاد العالمى الفترة المقبلة، وستكون هناك حاجة لمزيد من التحديث والتطوير للأسطول البحرى والموانئ البحرية، نظراً للدور الكبير الذى تلعبه صناعة النقل البحرى ليس فقط فى التجارة الدولية والنمو العالمى، وإنما كذلك على صعيد تنمية الدول وتحسين اقتصاداتها.

الفصل الثانى

النقل البحرى فى مصر وأثر المتغيرات المحلية والدولية

ذكرنا من قبل بأن صناعة النقل البحرى تلعب دوراً مهماً فى الاقتصاد القومى المصرى وفى تجارة مصر الخارجية. ونتيجة لذلك فإن تطوير الأسطول التجارى المصرى يبدو هاماً من جوانب متعددة، ويأتى على رأسها فتح أسواق جديدة أمام الصادرات المصرية وعرض خدمة النقل لهذه الصادرات بتكلفة

(3) **Transport and Logistics**, The economist, available at: www.economist.com

- Bernhofen DM, El-sahliz and Kneller R, Estima – Ting the effects of the Container Revolution on world Trade, Center for Economic Studies and ifo institute for economic Research, 2013, pp. 2:10.

(²) انظر تقارير لجنة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، الأمم المتحدة، تقارير 2012، 2013. على الرابط التالى:

منخفضة ، فضلاً على ذلك الاعتماد على السفن الوطنية بدلاً من الأجنبية لنقل وارداتنا⁽¹⁾

وبرغم أهمية تطوير صناعة النقل البحري في مصر، فإن هناك العديد من المتغيرات المحلية والدولية التي تؤثر على ذلك⁽²⁾. تأسيساً على ما سبق سنعالج هذا الفصل من خلال مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: واقع النقل البحري في مصر وتطوره والأثر على التنمية في مصر.

المبحث الثاني: المتغيرات المحلية والدولية المؤثرة في النقل البحري المصري.

المبحث الأول

واقع النقل البحري في مصر وتطوره والأثر على التنمية في مصر

شهد النقل البحري في مصر في تاريخه الحديث فترات ازدهار ونماء وأيضاً فترات ركود، ففي النصف الأخير من القرن الماضي لعب القطاع الخاص دوراً بارزاً حيث تولى النقل البحري حتى عام 1961. وخلال ذات العام 1961، انتهجت مصر سياسة التأميم، وهو ما أدى إلى تملك الدولة لوسائل النقل البحري ونشاطاته المختلفة.⁽³⁾

(1) د. محمدى أبو السعود و / مصطفى رشيد، دور الأسطول التجارى المصرى فى نقل التجارة الخارجية المنقولة بحراً، المؤتمر العلمى السنوى العشرون، صناعة الخدمات فى الوطن العربى – رؤية مستقبلية، كلية التجارة جامعة المنصورة، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 22/20 أبريل، 2004، ص2.

(2) د. أحمد عبد المنصف و / عبد الله فهميم، نحو تطوير صناعة النقل البحري فى العالم العربى، معهد النقل الدولى واللوجيستيات، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، بيروت، لبنان، 2004، ص4 وما بعدها. على الرابط التالى:

www.arabfcs.org/db/bin/doc-doc-pdf-51.pdf.

(3) طه شلبي، النقل البحري وأثره على التجارة الخارجية لمصر، مجلة إدارة الأعمال مصر، العدد 98، 2002، ص7.

ومنذ عام 1981، اتجهت الدولة لتطبيق سياسة الانفتاح الاقتصادي، وهو ما عزز من مساهمة القطاع الخاص وتملكه لأنشطة اقتصادية عديدة وعلى رأسها نشاط النقل البحري وخدماته المختلفة.⁽¹⁾

وبنظرة على الأسطول التجاري المصري: فبادئ ذي بدء يقصد بالأسطول التجاري لأي دولة مجموع السفن التي ترفع علم هذه الدولة على اختلاف نوعياتها وأحجامها⁽²⁾. أيضاً فإن الأسطول التجاري يُعد أحد أبرز عناصر النقل البحري إلى جانب الميناء والبضاعة⁽³⁾. فكفاءة الأسطول التجاري البحري "السفن" للدول تعتمد أساساً على ما يحققه هذا الأسطول من قيمة مضافة Add Value إلى الاقتصاد القومي.

وتجدر الإشارة، إلى أن الأسطول التجاري المصري يتنوع إلى سفن حاويات وعبارات وسفن ركاب وبتترول وناقلات صب وصيد وغيره⁽⁴⁾، ولعل الجدول التالي رقم (4) يوضح ذلك:

جدول رقم (4)

توزيع سفن الأسطول التجاري المصري طبقاً للنوع لعام 2013

الحمولة الساكنة (بالطن)

أنواع السفن	سفن عاملة		سفن غير عاملة		الإجمالي
	عدد	حمولة	عدد	حمولة	
بضائع الرورو/ سفن الحاويات	2	9975	1	3133	13108
بضائع الرورو/ عبارات	1	120	0	0	120
بضائع عامة	10	152602	26	116358	268960
بضائع عامة/ رورو	3	26072	0	0	26072

(1) سهام منير سليم، تقييم سياسة الانفتاح الاقتصادي في مصر، المؤتمر العلمي السنوي الثاني (الانفتاح الاقتصادي بين الإنتاج والاستهلاك)، مصر، 1982، ص 1070 وما بعدها.

(2) وفاء شطا، الأسطول البحري التجاري، مجلة هيئة ميناء دمياط، العدد الرابع عشر، 2015، ص 15 وما بعدها.

(3) رصاع حياة، أثر التطورات العالمية الراهنة على صناعة النقل البحري العربي ومدى التكيف معها، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية، الجزائر، 2012/2013، ص 3.

(4) إحصائيات قطاع النقل البحري، وزارة النقل، مصر، 2015.

أنواع السفن	سفن عاملة		سفن غير عاملة		الإجمالي
	عدد	حمولة	عدد	حمولة	
حاويات/بضائع عامة	1	16225	0	0	26225
سفينة حاويات	5	68775	0	0	68775
سفينة ركاب	2	734	2	10734	11486
سفينة ركاب/بضائع رورو	4	11371	0	0	11371
عبارة ركاب	0	0	1	450	450
ناقلة بترول	15	195482	1	34840	230322
ناقلة صب	11	757129	1	22031	779160
لنش نقل ركاب	0	0	1	675	675
صيد	0	0	2	1332	1332
خدمات خاصة أخرى	24	24406	1	1103	25509
خدمات تدريبات إتقاذ وإرشاد	3	8551	0	0	8551
خدمة وقاطرة	6	5101	0	0	5101
سفينة إنزال	2	6400	0	0	6400
عائمة أخرى	1	0	0	0	0
قاطرة	15	17397	1	1006	18403
قاطرة / إمدادات	9	13176	0	0	13176
كراكة	1	10801	0	0	10801
الإجمالي	115	1334317	37	191662	1525979

مصدر البيانات: الهيئة المصرية لسلامة الملاحة البحرية.

بتحليل الجدول السابق، نلاحظ تنوع سفن الأسطول التجارى المصرى لعام 2013 ، وإن كانت قليلة، فسفن الحاويات العاملة سفينتين فقط وغير العاملة واحدة. أما العبارات ، فسفينة واحدة فقط. فى حين سفن البضائع العاملة 10 سفن وغير العاملة بلغ 26 سفينة. أيضاً فقد بلغ عدد ناقلات الصب 11 سفينة عاملة و 12 غير عاملة، وناقلات البترول 15 سفينة عاملة و 16 غير عاملة. وبصفة عامة فبلغ حجم الأسطول التجارى المصرى العاملة بنهاية ديسمبر 115 سفينة

بحمولة بلغت 13334317، بينما بلغ عدد السفن غير العاملة 37 سفينة بحمولة 191662 طن⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بالتوزيع العمري لسفن الأسطول طبقاً للنوع: فسندد تقادم سفن الأسطول التجاري، وأن أغلبها يقع في بند السفن الأكبر من 20 سنة، وهو أمر غاية في السوء، ويحتاج إلى تحديث وتطوير لكي يواكب التطورات العالمية في هذا الشأن. ولعل الجدول التالي رقم (5) يوضح ذلك.

جدول رقم (5)

التوزيع العمري لسفن الأسطول التجاري المصرى طبقاً للنوع لعام 2013 الحمولة الساكنة (بالطن)

نوع السفينة	حتى 5 سنوات من 10-5 سنوات من 10-15 سنة من 15-20 سنة أكبر من 20 سنة											
	العدد	الحمولة	العدد	الحمولة	العدد	الحمولة	العدد	الحمولة	العدد	الحمولة	العدد	الحمولة
بضائع الرورو/ سفن الحاويات	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
بضائع الرورو/ عبارات	0	0	0	0	1	120	0	0	0	0	1	120
بضائع عامة	1	80469	0	0	0	0	0	0	0	0	32	167064
بضائع عامة/رورو	0	0	0	0	1	6000	0	0	1	10701	1	09371
حاويات/بضائع عامة	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
سفينة حاويات	0	0	0	0	1	40301	0	0	1	0	2	20548
سفينة ركاب	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	634
سفينة ركاب/بضائع رورو	0	0	0	0	0	0	0	0	2	1131	1	7107
عبارة ركاب	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0
ناقلة بترول	0	0	0	0	1	600	0	0	0	0	14	95416
ناقلة صب	5	357129	0	0	0	0	0	0	0	0	3	271572
لتنش نقل ركاب	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	675
صيد	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0
خدمات خاصة أخرى	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	24	0
خدمات تدريبات إنقاذ وإرشاد	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	0

(1) المرجع السابق.

نوع السفينة	حتى 5 سنوات من 10-5 سنوات من 15-10 سنة من 20-15 سنة أكبر من 20 سنة إجماليات											
	العدد	الحمولة	العدد	الحمولة	العدد	الحمولة	العدد	الحمولة	العدد	الحمولة	العدد	الحمولة
خدمة وقاطرة	3	1565	2	2700	0	0	0	0	0	0	0	0
سفينة إنزال	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
عائمة أخرى	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
قاطرة	1	0	1	1791	4	3180	10	0	0	0	0	0
قاطرة/إمدادات	0	0	0	1	2932	0	0	0	0	0	0	0
مراكب	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
الإجمالي	10	439163	8	19255	7	50081	15	443724	112	573757	152	1552980

مصدر البيانات: الهيئة المصرية لسلامة الملاحة البحرية.

وبصفة عامة، فإن قدرة الأسطول التجارى المصرى على نقل التجارة الخارجية المصرية، يتضح الآتى: (1)

1- تقادم سفن الأسطول التجارى بالنسبة لسفن البضائع العامة لأكثر من 20 عاماً.

2- عدم وجود سفن متخصصة فى نقل الحاويات سوى ثلاث فقط، وهو قليل فى ظل العولمة والتطورات التكنولوجية وكبر حجم التجارة الدولية.

3- تقادم ناقلات البترول لأكثر من 20 عاماً، مما يجعلها غير صالحة للعمل فى أعالي البحار فضلاً عن عدم ملائمة ذلك لاكتشافات مصر مؤخراً لحقول غاز كبيرة فى البحر المتوسط 2015.

4- تقادم معظم سفن الركاب التى ترفع العلم المصرى، حيث وصل عدد هذه السفن فى عام 2013 حوالى 450 سفينة ركاب.

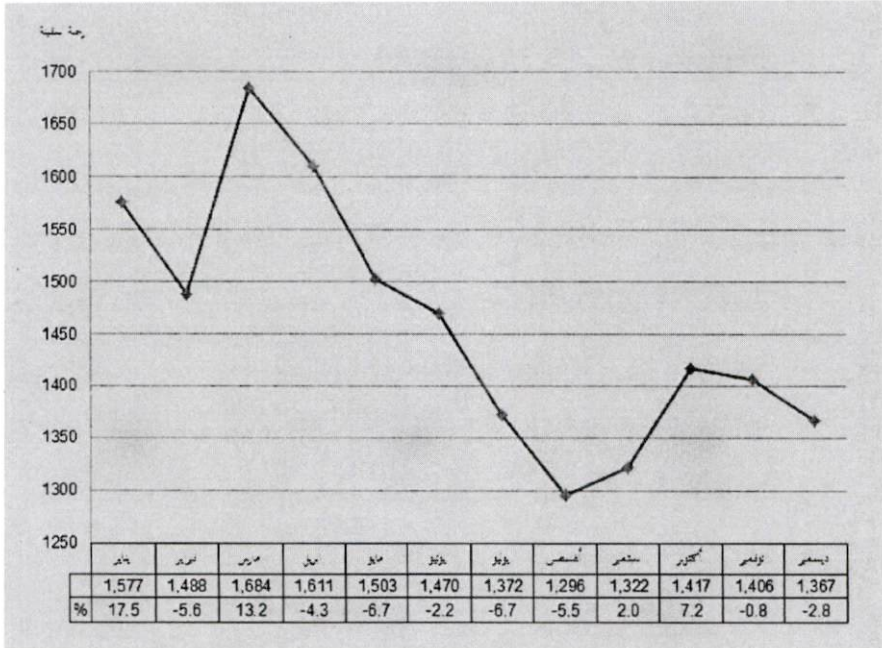
وفيما يتعلق بحركة السفن: فإن الشكل رقم (9) يوضح التالى:

(1) مركز البحوث والاستشارات لقطاع النقل البحرى، من واقع وتحليلات الدراسات التى أجريت فى مجال تطوير الأسطول المصرى، خلال الفترة من 1982 وحتى 2007، وكذلك: - دراسة بعنوان تنمية الأسطول التجارى البحرى الوطنى فى ظل التطور التكنولوجى لصناعة النقل البحرى وخدمات التجارة البحرية فى منظومة النقل الدولى، مركز البحوث والاستشارات، أكاديمية النقل البحرى، 2000.

بلغ إجمالي عدد رحلات السفن التي ترددت على الموانئ المصرية خلال عام 2013 إجمالياً قدره 17,513 رحلة على متن عدد 4,588 سفينة، وذلك بمعدل انخفاض قدره 1.6% و 40.2% على التوالي مقارنة بعام 2012. وقد بلغ متوسط حركة ترددات السفن عدد 1,459 رحلة / شهر خلال عام 2013. وتحليل البيانات من منظور "الحمولة الساكنة"، فقد شكلت السفن ذات الحمولة الصغيرة التي تقل عن 10 آلاف طن نسبة 50%، تليها السفن ذات الحمولة المتوسطة بين 30-50 ألف طن ومانسبته 11%، بينما شكلت السفن ذات الحمولة الكبيرة التي تزيد عن 50 ألف طن نسبة 17%.

شكل رقم (9)

حركة السفن في مصر خلال الفترة من يناير 2013 وحتى ديسمبر 2013



المصدر: قاعده بيانات قطاع النقل البحري، وزارة النقل المصرية على الرابط التالي:

www.MTS.gov.eg

وفيما يتعلق بمؤشرات أداء الموانئ المصرية:

تعتمد القدرة التنافسية للموانئ البحرية على عدد من الإجراءات والإمكانيات التي تتحكم في تشغيل وتأمين سير العمليات داخل الميناء والقدرة على تحقيق متطلبات أصحاب السفن والمتعاملين مع الميناء عبر منظومة (لوجيستيات خدمات النقل البحري)، والتي تُعد أحد الظواهر الرئيسية في الحكم على مستوى الأداء داخل الموانئ البحرية. ومن ثم قدرتها على الصعود أمام التنافسات والتكتلات الملاحية الدولية.⁽¹⁾

أيضاً تعتبر الموانئ البحرية منافذ الدولة على العالم الخارجى فيتم من خلالها التبادل التجارى الدولى من استيراد الاحتياجات إلى تصدير الإنتاج، فالموانئ البحرية هي تلك البقعة من الأرض عند الساحل مجهزة بالأرصفة والتجهيزات المختلفة اللازمة للسماح برسو السفن لشحن وتفريغ البضائع وصعود ونزول الركاب.⁽²⁾

إضافة لما سبق، تُعد الموانئ البحرية العمود الفقري للتجارة الخارجية للدولة وبواباتها على العالم الخارجى كما أنها الحلقة الرئيسية في سلسلة النقل المتعدد الوسائط، بالإضافة إلى دورها الحيوى فى دفع عملية التنمية الاقتصادية. ومع التطورات التي شهدتها الساحة الدولية فإن الأمر يتطلب تطوير وتحديث الموانئ باستمرار ورفع كفاءتها بما يتواءم مع التطورات العالمية المستمرة.

ولو اتجهنا نحو الموانئ المصرية، سنجد رغم تعددها إلا أنها لم ترقى إلى المستوى المنشود. لذلك، سعت الحكومة المصرية مؤخراً نحو تطوير الموانئ

(1) د/ محمد محرم، دور الخدمات الفنية داخل الموانئ البحرية فى منظومة النقل البحرى المصرى، المؤتمر الدولى السادس والعشرون للموانئ والنقل البحرى "التكامل من أجل مستقبل أفضل"، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحرى، خلال الفترة من 7-10 فبراير 2010.

(2) د/ شريف محمد على، أثر النقل البحرى على التجارة الخارجية بمصر، مجلة مصر المعاصرة، عدد 472، القاهرة، مصر، 2003، ص 415. وانظر كذلك:

- د. محمد على إبراهيم، دور اللوجيستيات فى دعم القدرة التنافسية للموانئ، ملتقى المنظومة الحديثة فى إدارة الموانئ (اللوجيستات - الجمارك - التحكيم)، العقبة، الأردن، 7-9 مارس 2011، ص 3 وما بعدها.

وكذلك إنشاء المزيد منها مع اعتمادها على التكنولوجيا الحديثة، اتساقاً والتطورات العالمية فى صناعة الموانئ البحرية.

لذا نجد أن الموانئ البحرية المصرية تقسم إلى، موانئ تجارية وموانئ تخصصية:⁽¹⁾

فالموانئ التجارية متعددة، ويصل عددها 15 ميناء، ويأتى على رأسها ميناء الإسكندرية والدخيلة ودمياط وبورسعيد، السويس، الأدبية، سفاجا، ونوبيع. أما الموانئ المتخصصة: فهي أيضاً متعددة ومتنوعة، فهناك الموانئ التعدينية وعدد 6 موانئ، وكذلك الموانئ البترولية وعددها 11 ميناء، والموانئ السياحية، وقد وصل عددها نحو 5 موانئ وأخيراً موانئ الصيد، وقد بلغ عددها أيضاً 5 موانئ. بحسب الجدول التالى رقم (6).

جدول رقم (6)

أنواع الموانئ التخصصية وأعدادها

موانئ تعدينية	موانئ بترولية	موانئ سياحية	موانئ صيد	الإجمالى
6	11	5	5	27

المصدر: إحصاءات قطاع النقل البحرى المصرى، وزارة النقل المصرية. على الرابط التالى:
www.emdb.gov.eg

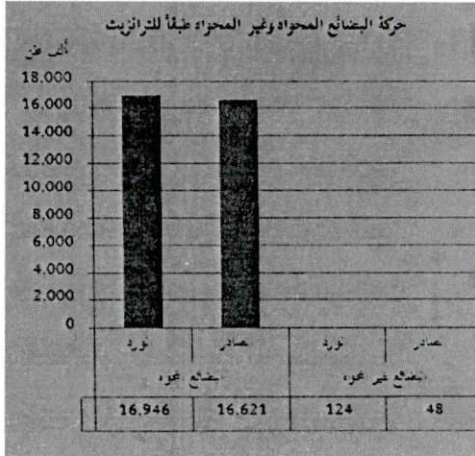
وحول حركة البضائع المتداولة فى الميناء: فالشكلين التاليين رقم (10)

و(11) يوضح ذلك تفصيلاً:

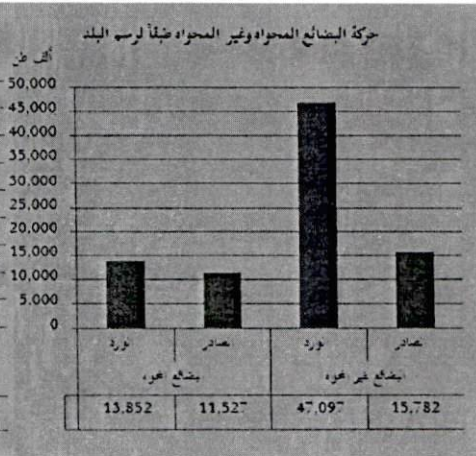
⁽¹⁾ هيئات الموانئ المصرية، قطاع النقل البحرى، وزارة النقل، 2015. وراجع كذلك:

- قائمة الموانئ مصر البحرية وأهميتها، على الرابط التالى: وكذلك،
<https://ar.wikipedia.org/>
- اتحاد الموانئ البحرية العربية، موانئ مصر البحرية، على الرابط التالى:
www.aspf.org.eg

شكل (11)



شكل (10)



المصدر: وزارة النقل المصرية، مرجع سابق.

يتضح من الشكلين السابقين ، أن إجمالي حجم البضاعة المتداولة خلال عام 2013 بلغ 121.998 مليون طن، بمتوسط 10.167 مليون طن بنسبة 9.3%، مقابل أدنى حجم تداول خلال شهر فبراير بلغ 8.852 مليون طن بنسبة 7.3%.

وقد بلغ إجمالي حجم البضائع المحوأة 58.946 مليون طن بنسبة 48%، مقابل 63.051 مليون طن بضائع غير محوأة بنسبة 52%.

وقد بلغ حجم البضائع الواردة (برسم البلد والترانزيت) 78.019 مليون طن بنسبة 64%، مقابل حجم البضائع الصادرة (برسم البلد والترانزيت) الذى بلغ 43.979 مليون طن بنسبة 36%.

ومن ناحية أخرى، بلغ حجم البضائع برسم البلد (وارد وصادر) 88.258 مليون طن بنسبة 72%، مقابل حجم بضائع الترانزيت (وارد وصادر) الذى بلغ 33.740 مليون طن بنسبة 28%.

إن أهمية الموانئ البحرية لمصر وأهميتها للاقتصاد القوى نابعة من أمورٍ عدة، منها⁽¹⁾:

(1) دليل الموانئ البحرية وأهميتها، بنك المعلومات البحرى، مصر 2015، وراجع كذلك،

- أن الموانئ البحرية من أهم المرافق الاستراتيجية الاقتصادية للدولة.
- أن الموانئ البحرية بمختلف أنواعها تعد ركيزة هامة لتنمية الاقتصاد المصرى.
- أهمية الموانئ البحرية كمرر لعبور البضائع الصادرات والواردات، فضلاً عن كونها تقدم خدمات الشحن والتفريغ والتخزين والمستودعات وغيرها.

لما سبق، كان من الضروري أن تسعى الحكومة المصرية نحو تطوير آليات عمل الموانئ البحرية وإدخال التطورات التكنولوجية فى تلك الصناعة الهامة. إذ فى ظل العولمة وتحرير التجارة دائماً ما تشتد المنافسة. وبالتالي فإن التطور والتحديث أمرٌ هام لمواكبة التقدم التكنولوجى والمنافسة من قبل الموانئ الدولية.

المبحث الثانى

المتغيرات المحلية والدولية والتأثير فى النقل البحرى المصرى

ذكرنا سابقاً بأن النقل البحرى يمثل العمود الفقرى للتجارة الخارجية لمصر، أن معظم تجارتها الخارجية تمر عبره⁽¹⁾. فالنقل البحرى هو بوابة الدولة للانفتاح على العالم الخارجى، فضلاً عن دوره فى دفع عملية التنمية الاقتصادية وتوفير النقد الأجنبى والوظائف والاستثمارات وتحسين شبكة الطرق وغيره⁽²⁾. ورغم ذلك توجد العديد من المتغيرات الإقليمية والدولية التى تؤثر على أداء قطاع النقل البحرى فى مصر. هذه المتغيرات من شأنها أن تعجل بتطوير تلك الصناعة الحيوية.

- د. أيمن النحرى، الموانئ البحرية العربية، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، 2009، ص350 وما بعدها.

(1) أسامة السيد شندى، نشاط النقل البحرى فى مصر، النشرة الاقتصادية، بنك مصر، السنة الثالثة والأربعون، العدد الثانى، 2000، ص2 وما بعدها.

(2) **Maria Prandeka**, The Greek Maritime Transport industry and its influence on The Greek economy, Eurobank Research, May 2014, pp. 1:5. Available at: www.eurobank.gr/upload/Reports/Economy Markets -Wp May 2014.pdf.

وسنعرض لتلك المتغيرات عبر عدة نقاط، على النحو التالي:

أولاً: انتشار ظاهرة تحوية البضائع والنقل متعدد الوسائط:

يُعد أسلوب نقل البضائع بالحاويات من العناصر الأساسية للنهضة الحديثة في أعمال النقل البحري على مستوى العالم⁽¹⁾. فنقل البضائع المحواة أصبح المهمين حالياً ومستقبلاً على النقل البحري بين مختلف الدول.⁽²⁾ ونظراً لأهمية النقل بالحاويات العملاقة، فقد ركزت دول العالم المتقدمة على تطوير أساطيلها البحرية وموانئها لكي تصبح قادرة على مواكبة التطور المذهل في تكنولوجيا التحوية.⁽³⁾

إضافة لما سبق، تنقل سفن الحاويات الكبيرة ما يزيد على 52% من التجارة البحرية العالمية بالقيمة، وتضاعفت قيمتها في الأسطول العالمي بما يقارب ثمانية أمثال منذ عام 1980⁽⁴⁾. ويلاحظ عدم امتلاك الأسطول التجارى المصرى سوى سفينتين فقط من سفن نقل الحاويات، حيث أن الاستثمار فى مجال تملك هذه السفن استثمار ضخم، وبالتالي لابد للحكومة من إدراك هذه المشكلة والعمل على مواجهتها⁽⁵⁾. حيث أن خلاف ذلك معناه أن تجارة مصر المحواة سوف يتم نقلها

(1) محمد عوض خليفة، نظرة مرجعية شاملة على الاتجاهات الحديثة للنقل بالحاويات وإنشاء الموانئ المحورية لتداولها، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، علوم البحار، مجلد20، 2009م/1430هـ، ص128.

(2) طه شلبي، مرجع سابق ذكره، ص 9.

(5) Daniel M. Bernhofen and Zouheir Elsahi and Richard Kneller, Estimating the effects of the container revolution on world trade, school of international service, American university, 2014, pp. 9:12. Available at: www.american.edu/cas/economics/news/upload/Bernhofen-paper.pdf.

(6) World Shipping Council, 2013, available at: www.worldshipping.org.
(5) د. شريف محمد على، أثر النقل على التجارة الخارجية بمصر مرجع سابق ذكره، ص433. وراجع كذلك.

- مركز البحوث والاستشارات لقطاع النقل البحري، نمو حركة التجارة المصرية من خلال النقل بالحاويات وأثر ذلك على ازدياد الطلب على النقل على سفن الحاويات، يناير 2000، وزارة النقل في مصر.

على سفن أجنبية والأضرار الاقتصادية الناجمة عن ذلك. فأسلوب النقل التقليدي في طريقة للزوال، فضلاً عن أن عمر غالبية السفن في مصر قد تجاوز عمر التشغيل الاقتصادي، وبالتالي ستكون خارج الطلب للتشغيل عالمياً⁽¹⁾.

بيد أن نمو الطلب على البضائع يدفع نحو مزيد من الاعتماد على سفن الحاويات وزيادة عرض خدماتها⁽²⁾. إن الملاحظ أن الطلب العالمي يتعرض لهزات في الآونة الأخيرة لعوامل عديدة أبرزها انخفاض الطلب على أسعار الطاقة والنزاعات الإقليمية وغيرها⁽³⁾. ويوضح الشكل البياني التالي رقم (13) نمو الطلب والعرض على سفن الحاويات خلال الفترة من عام 2000 وحتى 2013.

أما نظام النقل متعدد الوسائط: فقد عرفته اتفاقية الأمم المتحدة للنقل متعدد الوسائط الموقعة عام 1980، بأنه "نقل بضائع بواسطة مختلفتين على الأقل من وسائط النقل على أساس عقد نقل متعدد الوسائط يأخذ فيه متعهد النقل البضائع في حراسته من مكان في بلد ما وإلى المكان المحدد للتسليم في بلد آخر"⁽⁴⁾.

(1) محمد عبد المنعم، ترحيب واسع بالاتجاه لرفع العمر الافتراضي لسفن البضائع المصرية، مقال منشور بجريدة المال، 12 مايو 2013. على الرابط التالي: www.almalnews.com

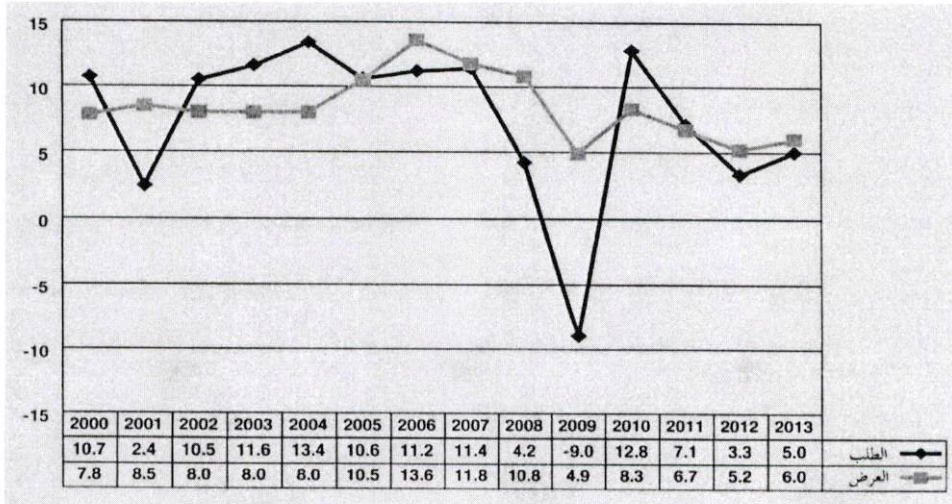
(3) Eric Heyman, Container shipping – over capacity inevitable despite increasing demand, Deutsche Bank Research, Germany, April 25, 2006, p. 1. Available at: www.dbresearch.com.

(4) UNCTAD, Review of Maritime transport 2014, united Nations, New York and Geneva, 2014. Available at: UNCTAD.org/en/publications/library/rmt-2014-en.pdf.

(5) United Nations, United Nations Conventions on international Multi Modal Transport of goods, p.p. 257:258.

شكل رقم (12)

نمو العرض والطلب في النقل البحري بالحاويات خلال الفترة من 2000 حتى 2013
معدلات نمو سنوية



المصدر: تجميع أجرته أمانة الأونكتاد استناداً إلى بيانات قدمتها Clarkson Container Intelligence Monthly، في أعداد مختلفة.

ملاحظة: تحيل بيانات العرض إلى سعة الحمل الكلية لأسطول الحاويات، وتشمل السفن المتعددة الأغراض والسفن الأخرى التي بها سعة محلية بالحاويات. ويستند نمو الطلب إلى مليون من الوحدات المعادلة لعشرين قدماً المرفوعة. وتمثل بيانات 2013 أرقاماً متوقعة.

هذا، ويعد نظام النقل متعدد الوسائط نوع من التكنولوجيا الجديدة في مجال النقل مُصمم لتسهيل انتقال السلع بين نقطتين في بلدين مختلفين بموجب نظام واحد للمسئولية القانونية⁽¹⁾. ولعل هذا النظام يهدف إلى تسهيل تدفق حركة النقل باستخدام وسائط مختلفة منسقة وفق منهج ثابت ومستقر.

(1) د. محمود زنبوغة، أثر تفعيل النقل متعدد الوسائط في تنمية التجارة البنية العربية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22- العدد الثاني - 2006، ص250 وكذلك، د. سمية بدوي، اقتصاديات إنشاء وتطوير وتشغيل الموانئ في ظل المنافسة العالمية، بدون تاريخ نشر، بدون ناشر، ص258 وما بعدها. وكذلك:

Unacted, Development of multi modal transport and logistics services, Geneva, 2003, pp. 6:7.

أضف لما سبق، فإن هذا النظام يُعد من أحدث أساليب النقل المتطورة ومنخفضة التكاليف، كما أنه يختصر زمن الرحلة ويحافظ على البضائع أثناء الرحلة من بلد المنشأ وحتى مكان المستهلك النهائي، ويعرف أيضاً بخدمة النقل من الباب إلى الباب.⁽¹⁾

ثانياً: اتفاقية الجاتس وتحرير خدمات النقل البحري:

تعتبر الاتفاقية العامة للتجارة فى الخدمات "GATS" أول اتفاقية متعددة الأطراف تسعى إلى تحرير التجارة فى قطاع الخدمات، ومنها قطاع خدمات النقل البحرى. ومنذ بدء المفاوضات حول تحرير هذه الصناعة، لوحظ إيداء العديد من الدول رفضها التحرير⁽³⁾، والجديد هنا أن من بين الراضين بعض الدول الأوروبية وحتى الولايات المتحدة أبدت اعتراضاً على تحرير بعض خدمات النقل البحرى، وكان ذلك خلال جولة أوجواى (1986 – 1993)⁽²⁾. ثم بدأت المفاوضات الجادة لتحرير خدمات النقل البحرى عام 2000 وما بعده⁽³⁾. أيضاً فقد سعت أمريكا والدول المتقدمة هذه المرة للتحرير، بل وتقدمت بعض الدول العربية بجدول تعهدات محددة لتحرير بعض أنشطة خدماتها البحرية.⁽⁴⁾ وتعد مصر الدولة العربية الأولى التى تقدمت بجدول التزاماتها لتحرير قطاع النقل البحرى، وفيه نجد أن مصر وضعت شروطاً محددة فى مجال النقل البحرى، تتمثل فى: (1) احتفاظ رأس المال الوطنى بنسبة لا تقل عن 51% فى

(2) Irina Harris and Ying li Wang and Haiyang Wang, ict in Multimodal transport and technological trends: Unleashing potential for the future,. Production Economics 159, 2015, pp. 94-95. available at: www.sciencedirect.com/science/article/pii/S095527314002837.

(1) المنظمة العربية للتنمية الإدارية، فريق من خبراء المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الاتفاقية العامة للتجارة فى الخدمات GATS وعلاقتها بقطاع النقل فى الدول العربية، القاهرة، 2005.

(2) H.G Broad man, GATS "Uruguay Round Accord on international trade and investment in services, world economy, Vol. 17, N3, May 1994, p. 6-7.

(3) راجع مفاوضات اتفاق التجارة فى الخدمات والنقل البحرى على الرابط التالى: www.wto.org.

(4) حامد أحمد حامد حمدى، الآثار الاقتصادية لاتفاقية تحرير التجارة فى الخدمات "الجاتس" على مستقبل النقل البحرى المصرى، رسالة ماجستير، معهد النقل الدولى واللوجيستيات، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحرى، الإسكندرية، 2004، ص 77 وما بعدها.

الشركات المشتركة، (2) وتستخدم العمالة المصرية بنسبة 95% لشركات نقل البضائع والركاب⁽¹⁾، (3) إن حق الإدارة واتخاذ القرار ستكون من نصيب الشريك الوطنى بحكم النسبة الغالبة فى رأس المال 51%، (4) إن العمالة الأجنبية الباقية تكون من ذوى الخبرة والكفاءة التى تساهم فى رفع كفاءة أداء ومهارة العمالة المصرية، (5) فيما يتعلق بشركات تطهير الموانئ، فقد حددت مصر نسبة 75% كحد أقصى لنصيب الشريك الأجنبى سواء فى رأس المال أو العمالة، وبمشاركة مصرية بنسبة لا تقل عن 25%، ولعل مرجع ذلك الطبيعة الفنية الخاصة بمثل هذه الشركات التى تملك تقنية وتكنولوجيا متطورة ومرتفعة التكاليف.

مما سبق، يظهر لنا أن اتفاقية الجاتس وتحرير خدمات النقل البحرى ستؤدى حتماً لاشتداد منافسة الشركات العاملة فى هذا الحقل⁽²⁾، ولعل ذلك يستلزم اتخاذ الإجراءات اللازمة للعمل نحو تطوير الخدمات البحرية وتحديث الأسطول البحرى المصرى وإدخال التكنولوجيا الحديثة فى مجال العمل فى الموانئ، فضلاً عن تطوير خدمات الشحن والتفريغ والتخزين بما يتفق والمعايير الدولية فى هذا الشأن، حتى نتلافى تبعات التحرير السيئة، ونستطيع المنافسة فى محيطنا الإقليمى وكذلك العالمى.

ثالثاً: انتشار ظاهرة اندماج شركات الملاحة العالمية:

يواجه قطاع الملاحة البحرية الكثير من التحديات الناجمة عن تحرير الاقتصاد العالمى والعولمة والاندماجات الكبيرة فى شركات النقل البحرى⁽³⁾. هذه التحديات

(1) ثناء محمود عبد الحميد، دراسة تحليلية لأثر العولمة على مستقبل قطاع النقل البحرى المصرى، رسالة ماجستير، معهد النقل الدولى واللوجيستيات، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحرى، الإسكندرية، 2005، ص76.

(1) Chialin Sien and Georges S. Akpan, Liberization of Maritime Transport Services: Directions and options For Asia, National University of Singapore, pp. 18: 20. Available at: Siteresources.worldbank.org/intarnett Rade/resources/ Maritime.pdf.

(2) OECD, integration and Competition between Transport and Logistics Businesses, Trans port Research Centre Round table, 5-6 February

التي سيرتب عليها اشتداد المنافسة بين شركات الملاحة البحرية، دفعت العديد من الشركات الصغيرة إلى الدخول في صفقات اندماج مع الشركات الكبيرة لضمان استمرارها في ظل ارتفاع معدل المنافسة في سوق النقل البحري على مستوى العالم ، وما ستواجهه من صعوبات تتعلق بالانفتاح على التجارة العالمية⁽¹⁾.

وعلى الصعيد العالمي، شهد قطاع النقل البحري صفقات اندماج كبيرة أبرزها: صفقة مجموعة Ap Moller (APMM) المالكة للخط الملاحي العملاق MAERSK ، والتي قامت بمقتضاها بشراء الخط الملاحي Nedlloyd P & O مقابل ثلاثة مليارات دولار أمريكي⁽²⁾. أيضاً قيام الخط الملاحي Cma CGM بشراء الخط الملاحي DELMAS في صفقة احتل على إثرها المرتبة الثالثة بقائمة كبرى خطوط الملاحة على مستوى وعلى الصعيد الإقليمي، فقد شهدت السعودية صفقة دمج لشركات نقل بحري في شهر نوفمبر 2015، مما جعل الشركة الجديدة الكيان الرابع عالمياً في النقل البحري⁽³⁾.

هذا، وقد وقعت شركة أرامكو اتفاقية نهائية بمقتضاها تم دمج شركة "فيلا" المملوكة لأرامكو السعودية في الشركة الوطنية السعودية للنقل البحري "البحري" وبالتالي ترتب على ذلك امتلاك الشركة الجديدة لأسطول ضخم ومتميز من ناحية الجودة والحجم وأيضاً المنافسة والأداء.

إن انتشار الاندماجات الدولية في قطاع النقل البحري وشركات الملاحة البحرية، سيرتب عليه زيادة حدة المنافسة من جانب هذه الكيانات العملاقة.

2009, itf, 2009, p.p4:5. Available at:
www.internationaltransportforum.org.

= العالم، وكذلك قيام الخط الملاحي Hapag Lloyd بشراء مجموعة خطوط Cp Ships.
(¹) **فهد البقمي**، ارتفاع حدة المنافسة في سوق النقل البحري يدفع الشركات الصغيرة نحو الاندماج في ظل التحديات، مقال بجريدة الشرق الأوسط، 25 صفر 1436 هـ الموافق 17 ديسمبر 2014، على الرابط التالي: aawsat.com/home/article/

(²) لمزيد من التفصيل، راجع مجلة الشحن البحري، مجلة متخصصة في النقل البحري في المنطقة العربية، على الرابط التالي: www.inter-review.com/Magazine-show-260-ar.html.

(³) انظر مقال بعنوان، توقيع الاتفاقية النهائية لدمج "فيلا" مع النقل البحري لتكون رابع أكبر شركة نقل بحري في العالم، جريدة الخبر، على الرابط التالي: www.alkhobartimes.com

الأمر الذى يحتم علينا إعادة النظر فى شركاتنا الوطنية وطرح أفكار لأجل اندماجها وتقويتها من أجل تكوين كيانات كبيرة ذو رأس مال كبير وأسطول كبير قادر على المنافسة فى ظل اقتصاد عالمى لا يعترف إلا بالكيانات القوية والمؤثرة.

رابعاً: تزايد العولمة فى أنشطة التصنيع:

أدت العولمة الاقتصادية وافتتاح التجارة الدولية وتحريرها إلى زيادة حركة وتدفقات رؤوس الأموال وإفساح المجال أمام أصحاب رؤوس الأموال لنقل استثماراتهم⁽¹⁾ وفتح فروع لنشاطاتهم.

إن عشر شركات ملاحية فى العالم تسيطر على أكثر من 35% من أسطول سفن الحاويات العالمى، ومن ثم فهى تستفيد من اقتصاديات الحجم الكبير فى الإنتاج، وتوفير نفقات الإنتاج، خصوصاً المصاريف الإدارية، ما يترتب عليه زيادة الأرباح وعائدات الاستثمار⁽²⁾ الصناعية والتجارية فى سهولة ويُسر⁽³⁾. وفى ظل العولمة نجد أن الدول باتت تعتمد على بعضها البعض بشكل كبير، وأصبح تبادل الخدمات والسلع والمنتجات والأسواق ورؤوس الأموال وحتى العمالة والخبرة سمة مميزة للاقتصادات الرأسمالية.

حيث لا قيمة لرؤوس الأموال من دون استثمارات ولا قيمة للسلع دون أسواق لاستهلاكها⁽⁴⁾.

(2) **Mohammed A. Ali**, Globalization and industrial Relations of China, India, And South Korea: An Argument for diver Gence, University of Rhodeisl and, 2005, p.p1: 2. Available: [www.Uri.edu/research/irc/papers/Ali Globalization.pdf](http://www.Uri.edu/research/irc/papers/Ali%20Globalization.pdf).

(2) د/ وحيد عبد اللطيف شاهين، نحو مستقبل تمويلى أفضل فى النقل البحرى مع دراسة حالة شركتى إيفرجرين ويومينج، المؤتمر الدولى السادس والعشرون للموانئ والنقل البحرى "التكامل من أجل مستقبل أفضل"، 7-9 فبراير، 2010، ص36.

(3) د. أحمد عبد العزيز ود. جاسم زكريا، العولمة الاقتصادية وتأثيراتها على الدول العربية، مجلة الإدارة والاقتصاد، العدد السادس والثمانون، 2011، ص66.

(4) أحمد مصطفى عمر، إعلام العولمة وتأثيراتها فى المستهلك، سلسلة كتب المستقبل العربى، العدد24، الطبعة الثانية، 2004، ص162 وما بعدها.

ما سبق، يؤكد أن الدول التي ستجنى ثماراً أكثر من عولمة التصنيع، هي الدول التي لديها القدرة على التطوير والابتكار، فوجود أسطول تجارى قوى وموانئ بحرية متميزة سيمكن الدولة من الاعتماد على ذاتها فى نقل تجارتها الداخلية ونقل وارداتها من الخارج مع الاقتصاد فى نفقات النقل والشحن والتفريغ، الأمر الذي يُصب فى صالح الاقتصاد القومى⁽¹⁾. بدلاً من الاعتماد على أساطيل أجنبية فى النقل والشحن، وما يترتب عليه من ارتفاع أسعار السلع على المستهلكين.

خامساً: الصراعات الإقليمية وانتشار الإرهاب:

ازدادت فى الآونة الأخيرة الصراعات الإقليمية ، فضلاً عن انتشار الجماعات الإرهابية المسلحة فى العديد من الدول، خصوصاً فى منطقتنا العربية⁽²⁾. ولعل ذلك يؤثر بشكل أو بآخر على التجارة البحرية وازدياد تعرضها لهجمات. الأمر الذى من شأنه حال حدوثه أن يؤثر على صناعة النقل البحرى. لذا فإن انتشار الإرهاب دفع الدول إلى مزيد من الإنفاق على التسليح لحماية الموانئ والتجارة البحرية⁽³⁾ وحماية الدول. ومن العام 1970 وحتى 2010 حدثت العديد من الهجمات الإرهابية البحرية، بحسب الجدول التالى رقم (7):

-
- (2) **Andrew Forbes**, the strategic importance seaborne trade and shipping, paper's in Australian Mari Time Affairs, Australia, 2002, p.p35:40. Available at: <https://www.navy.gov.au>.
 - (3) **OECD**, Economic Conse Queneces of terrorism, 2002, pp. 117:120. Available at: www.ledevoir.com.
 - (4) **Amy Belasco**, The Cost of Iraq, Afghanistan, and other Global war on Terror Operations Science 9/11, congressional research services, December 8, 2014, pp. 1:5. Available at: <https://www.fas.org/sgp/crs/pdf>.

جدول رقم (7)

أنماط وعدد الهجمات البحرية فى الفترة من (1970 - 2010)

نوع الهجوم	العدد
هجوم مسلح	61
تفجير	68
اختطاف	27
احتجاز رهائن	20
اغتيال	8
هجوم على المرافق البحرية	6
غير معروف	9

Source: Victor Asal. V Hastings, "When Terrorism and Violence, Vol. 27, No. 4, August 2015, pp 722-740.

مشاركة فى المركز الإقليمى للدراسات الاستراتيجية على الرابط التالى:

www.rcssmideast.org

سادساً: قواعد المنظمة البحرية الدولية (IMO):

من المتغيرات المهمة التى تؤثر فى النقل البحرى المصرى اشتراطات المنظمة البحرية الدولية⁽¹⁾ "imo". ولعل أبرزها إدارة السلامة الدولية، ورقابة دولة الميناء، ومنع التلوث عبر الاهتمام بحالة السفينة وعمرها، لأجل الحفاظ على الأرواح والبيئة، واستخدام شبكة الإنترنت فى التواصل، والتعامل مع الحفاظ على التنمية المستدامة واشتركاكتها.

سابعاً: التوقع بنمو التجارة العالمية:

إذ تتوقع منظمة التجارة العالمية تحسن التجارة العالمية ونموها فى حدود نسبة 4% فى عام 2016، خلافاً لعام 2015 الجارى الذى وصلت نسبته 3,3%⁽²⁾. ولعل التوقع بتحسن التجارة العالمية، مرجعاً زيادة الطلب على الطاقة (البتترول

(1) IMO, Port Stat Control- An Update on imo's work in 2003, available at: www.imo.org.

(2) World Trade Organization, global growth 2015-2016. Available at: <https://www.Wto.org>.

والغاز) رغم الظروف السيئة التي تحيط بالعالم مؤخراً⁽¹⁾. بيد أن الطلب على الطاقة سيدفع نحو نمو الطلب على بناء سفن الخدمات البحرية وناقلات النفط والغاز المسال⁽²⁾. ويوضح الجدول التالي رقم (8) نمو الاقتصاد العالمي خلال الفترة من (2012-2015) بحسب مجموعات الدول والنسبة المئوية:

جدول رقم (8)

نمو الاقتصاد العالمي خلال الفترة (2012-2015)

(التغير بالنسبة المئوية سنوياً)

Region/country	2011	2012	2013	2014
World	2.2	2.4	2.5	2.5
Developed economies of which:	1.1	1.3	1.6	1.9
European union 28 of which:	-0.5	0.1	1.3	1.7
France	0.2	0.7	0.2	1.2
Germany	0.4	0.1	1.6	1.5
Italy	-2.8	-1.7	-0.4	0.7
United Kingdom	0.7	1.7	3.0	2.3
Japan	1.7	1.6	-0.1	0.9
United States	2.3	2.2	2.4	2.3
Developing economies of which:	4.7	4.8	4.5	4.1
Africa	5.1	3.8	3.4	3.2
South Africa	2.2	2.2	1.5	1.9
Asia	5.1	5.6	5.5	5.2
China	7.7	7.7	7.4	6.9
India	4.4	6.4	7.1	7.5
Western Asia	4.0	4.1	3.3	2.5
Developing America	3.2	2.8	1.4	0.8
Brazil	1.8	2.7	0.1	-1.5
Least developed countries	4.3	5.3	5.3	3.5
Transition economies of which:	3.3	2.0	0.9	-2.6
Russian federation	3.4	1.3	0.6	-3.5

Source: UNCTAD Trade and Development Report 2014. Forecast.

(¹) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية "الأونكتاد"، استعراض النقل البحري، 2013، ص 17 وما بعدها.

على الرابط التالي: [Unctad.org/en/publications-library/rmt2013-ar.pdf](http://unctad.org/en/publications-library/rmt2013-ar.pdf).

(²) نفس المرجع السابق، ص 66 وما بعدها.

إن المتغيرات المحلية والدولية سابق ذكرها، تدفع الحكومة المصرية وتحفزها على تطوير صناعة النقل البحري بمختلف عناصرها، وعلى رأسها الأسطول البحري "السفن" والموانئ البحرية⁽¹⁾. ذلك أن تلك الصناعة لها أهمية اقتصادية كبيرة بدءاً من مساهمتها في توفير النقد الأجنبي إلى خلق وظائف متعددة بشكل مباشر وغير مباشر، وكذلك تحسين شبكة الطرق ونمو الصناعات حولها⁽²⁾. لذا نجد اهتمام الحكومة مؤخراً بتطوير الموانئ وتوسيع مجرى قناة السويس والإعلان عن بدء تطوير ميناء بورسعيد لكي تتسق والتطورات العالمية في صناعة الموانئ البحرية، والأثر الإيجابي المستقبلي على الاقتصاد القومي المصري⁽³⁾.

الفصل الثالث

معايير ومحددات تعزيز كفاءة صناعة النقل البحري في مصر

تحدثنا آنفاً عن الدور الهام الذي يلعبه النقل البحري في اقتصادات العديد من دول العالم، كما أنه يشكل رقماً مهماً في موازنات تلك الدول⁽⁴⁾. وفي مصر رغم أنها تطل على البحرين المتوسط والأحمر، وكذلك امتلاكها لحوالي 60 ميناء و2450 ألف كيلو متر على الشواطئ⁽⁵⁾. نجد أن ذلك القطاع لا يساهم في الميزانية العامة في مصر بدرجة كافية، وتعد عوائده الأضعف على مستوى الموانئ البحرية. لما سبق، سنعرض لهذا الفصل من خلال مبحثين متتاليين على النحو التالي:

المبحث الأول: المشكلات التي تواجه صناعة النقل البحري في مصر.

(1) إحصاءات قطاع النقل البحري، وزارة النقل، مصر، 2015، على الرابط التالي:
www.MTS.gov.eg.

(2) **Australian Shipowners Association**: The economic contribution of the Australian Maritime industry, February, 2015, pp. 8-22. Available at: www.pwc.com.au.

(3) بنك معلومات قطاع النقل البحري، الرئيسي السيسى يطلق إشارة البدء لمشروع تطوير شرق بورسعيد 2015-11-28، وزارة النقل، مصر، 2015.

(1) **Swedish Maritime Administration**, Trade Facilitation and Maritime Transport: The Development Agenda, November 2009, PP. 8-9. Available at: www.Kommers.se.

(5) وزارة النقل، قطاع النقل البحري، 2015. على الرابط التالي: www.Mts.gov.eg.

المبحث الثاني: محادثات تعزيز كفاءة النقل البحري المصرى وسبل مواجهة المشكلات.

المبحث الأول

المشكلات التى تواجه صناعة النقل البحرى فى مصر

ذكرنا من قبل بأن قطاع النقل البحرى واحداً من أهم الأنشطة الاقتصادية لمصر، فأكثر من 90% من حجم التجارة الخارجية لمصر يمر عبر هذا القطاع⁽¹⁾. فضلاً عن كونه أرخص وسائل النقل محلياً ودولياً⁽²⁾. ورغم ما سبق يعانى النقل البحرى فى مصر من العديد من المشكلات التى تؤثر بلا شك على أداء ذلك القطاع وتطوره ومساهمته فى التنمية الاقتصادية⁽³⁾. وعلى أية حال سنعرض من خلال هذا المبحث لأهم مشكلات صناعة النقل البحرى المصرى على النحو التالى:

أولاً: مشكلة التمويل:

تعد مشكلة ضعف التمويل وإحجام البنوك عن الاستثمار فى صناعة النقل البحرى من أهم التحديات التى تواجه صناعة النقل البحرى فى مصر⁽⁴⁾. ذلك أن تلك الصناعة تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة وتمويل كبير قد تعجز عنه الكثير من الشركات. فالاستثمارات هنا طويلة الأجل ولا تحقق عوائد سريعة فى المدى القصير، رغم أن عوائد تلك الصناعة مرتفعة فى المدى البعيد⁽⁵⁾

(1) طه شلبى، النقل البحرى وأثره على تجارة مصر الخارجية، مرجع سابق ذكره، ص8 وما بعدها.

(4) Jane Korink and Patricia Sourdin, Maritime Transport Costs and Their impact on Trade, OECD Working Paper, August 2009, P.P 2:6. Korinek.pdf.

(3) انظر مقال بعنوان، المصاعب والمشاكل التى تواجه صناعة النقل البحرى العربى ومقترحات الحل، مجلة انترناشيونال ريفيو، على الرابط التالى:

www. Inter-renew.com/magazine-show-html

(4) د/ وحيد عبد اللطيف، نحو مستقبل تمويلي أفضل فى النقل البحرى، مرجع سابق، ص1.
(2) Monzel Jurgen, The impact of the Economic and Financial Downturn on The Availability of Shipping Finance Options, international Transport Finance Consultant, Germany, 2009, PP. 2:7:

لما سبق، باتت مسألة البحث عن مصادر تمويل لتلك الصناعة من الأمور التي استدعت انتباه الكثير من الدول. فالمصادر التقليدية للتمويل وعلى رأسها القروض والسندات وإصدار الأسهم لم تعد كافية لذلك النوع من الاستثمارات. لذا لجأت العديد من الدول إلى أساليب جديدة لتمويل النقل البحري منها، التمويل من خلال دعم بناء السفن وعقود المشاركة وعقود الـ "B.O.T البناء والتشغيل ثم نقل الملكية"⁽¹⁾. وأخيراً التمويل التأجيري، وهو الأسلوب الأكثر تطبيقاً من قبل العديد من الدول مثل ماليزيا وروسيا وكوريا واليابان⁽²⁾.

فمنذ عام 2003، أصبح التأجير التمويلي للسفينة أكثر جاذبية بسبب انخفاض أسعار الفائدة وأسعار السفن والنولون⁽³⁾. أيضاً فإن التأجير التمويلي، وهو من أساليب التمويل التي يمكن أن تلجأ إليه مصر يوفر 100% من رأس المال اللازم لشراء الأصول، كما يمنح مزايا ضريبية للمستأجر.

وجدير بالذكر أن ماليزيا قد ابتكرت نوعاً جديداً من التمويل التأجيري يسمى "التأجير التمويلي الرفعي" ويتم تطبيقه على النحو التالي⁽⁴⁾:

يدفع المؤجر نسبة تتراوح بين 20، 30% من قيمة الأصل للبائع، ثم يقوم المؤجر بالاقتراض من طرف ثالث (المقرض الدائن)، بقيمة باقى الأصل، وتبلغ ما بين 70، 80%، ويصبح المؤجر فى التأجير المالى الرفعى مالكا للأصل، بالرغم من أنه لم يسدد إلا نسبة مئوية تتراوح قيمتها بين 20% - 30% من

(1) د. منير هندی، الفكر الحديث فى هيكل تمويل الشركات، منشأة دار المعارف، مصر، 2005، ص3 وما بعدها.

(4) **Ving Li**, The Pros and Cons of Leasing in Ship Financing – The Oretical Perceptions Versus Practitioner's Views, Article wmu Journal of Maritime Affairs, Volume 5, issue 1, April 2006, PP. 61-66. Available at: Link.Springer.com/article/10.1007%2F13F3195081,

(3) أ/ خوني رايح وأ/ حسانى رقية، واقع وأفاق التمويل التأجيري فى الجزائر وأهميته كبديل تمويلي لقطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الملتقى الدولي متطلبات تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة فى الدول العربية، 17-18 أبريل 2006، الجزائر، ص1. على الرابط التالي:

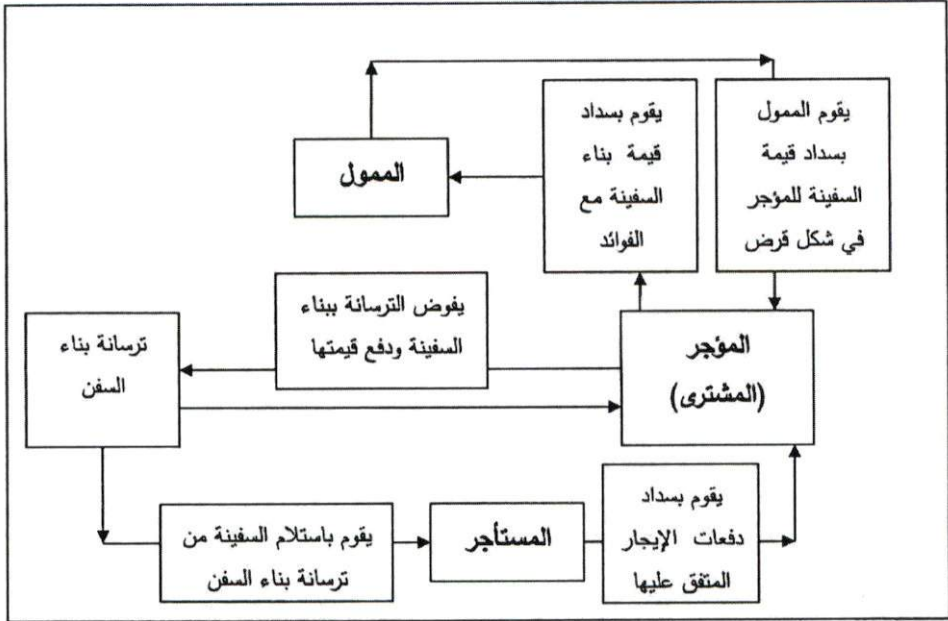
www.microfinancinggateway.org.

(1) **Kalid Nazery**, "To Lease or not to Lease", Ijara as available ship, Financing Structure, Marine Money Asia, Edition Volume3, issue14 July 03, 2008, PP.5-10.

قيمة الأصل⁽¹⁾. والشكل التالي رقم (13) يوضح العلاقة بين المؤجر والممول والمستأجر وترسانة بناء السفن في ماليزيا.

شكل رقم (13)

يوضح العلاقة الرباعية بين المؤجر والممول والمستأجر وترسانة بناء السفن في ماليزيا



Source: Khalid, Nazery, (2008). "Shopping For Ships: Ships Financing In Malaysia.

على ما تقدم، يمكن اعتبار التأجير التمويلي أداة تمويلية هامة تستطيع مصر اللجوء إليها لتطوير صناعة النقل البحري وإحلال أسطول جديد بدلاً من القديم، فضلاً عن تحديث الموانئ والخدمات البحرية وبما يتلاءم والتطورات العالمية.

ثانياً: ضعف كفاءة الأسطول البحري المصري وطول عمره:

من أكبر المشكلات التي تعاني منها صناعة النقل البحري في مصر ارتفاع متوسط أعمار السفن ما بين 15-30 عاماً، وهو ما يدل على قدم الأسطول

(1) د/ وحيد عبد اللطيف، نحو مستقبل تمويلي أفضل في النقل البحري، مرجع سابق ذكره، ص10.

التجارى وانخفاض قدرته على نقل البضائع. فبحسب دراسة أجراها مركز البحوث والاستشارات لقطاع النقل البحرى، اتضح التالى:⁽¹⁾

- امتلاك الأسطول التجارى البحرى سفينة حاويات واحدة.
- يتسم التوزيع العمرى لسفن الأسطول المصرى التجارى بتباين واضح ، حيث أن 19 سفينة من الأسطول تُمثل 53,49% يزيد عمرها عن 20 سنة بينما تقع 28 سفينة تمثل 21,17% فى الفئة العمرية 15-20 سنة أى نسبة إجمالية قدرها 75,2% من سفن الأسطول التجارى المصرى قد تجاوزت عمر 15 سنة⁽²⁾.
- أعداد سفن الأسطول التجارى المصرى التى تقل أعمارها عن 10 سنوات تبلغ 18 سفينة بنسبة 13,95%، كما أن قيام هيئات الموانئ بفرض رسوم على السفن التى تدخل الترسانات المصرية للإصلاح يودى إلى ارتفاع تكاليف الإصلاح⁽³⁾.
- عدم وجود الأطقم البشرية المؤهلة بأعداد كافية لتشغيل وصيانة وتحديث الأسطول البحرى.
- ارتفاع تكلفة التشغيل وانخفاض حجم الحمولات أدى إلى عدم ربحية معظم شركات النقل البحرى.

ثالثاً: تراجع كفاءة الخدمات البحرية فى الموانئ:

(1) مركز البحوث والاستشارات لقطاع النقل البحرى، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا، تنمية الأسطول التجارى البحرى الوطنى فى ظل التطور التكنولوجى لصناعة النقل البحرى وخدمات التجارة البحرية فى منظومة النقل الدولى، نوفمبر 2000. على الرابط التالى:

www.embdb.gov.eg.

(2) انظر الدراسة التى أجراها قطاع النقل البحرى المصرى، بعنوان تحديد الحجم الأمثل لوحدة الأسطول الوطنى لنقل البضائع، سبتمبر 1985. على الرابط التالى: www.mts.gov.eg وكذلك دراسة بعنوان تنمية الأسطول التجارى البحرى الوطنى فى ظل التطور التكنولوجى لصناعة النقل البحرى وخدمات التجارة البحرية فى منظومة النقل الدولى، نوفمبر 2000.

(3) راجع موقع الهيئة المصرية لسلامة الملاحة البحرية وإحصاءاتها، على الرابط التالى: www.eams.gov.eg

يمكن القول بأن القدرة التنافسية للموانئ البحرية تقوم على أساس من الإجراءات والإمكانات التي تتحكم في تشغيل وتأمين سير العمليات داخل الميناء. إضافة إلى القدرة على تحقيق متطلبات أصحاب السفن والمتعاملين مع الميناء من خلال منظومة (لوجستيات خدمات النقل البحري) والتي تعتبر أحد الظواهر الرئيسية في الحكم على مستوى الأداء داخل الموانئ البحرية، وبالتالي مدى قدرتها على الصمود أمام التنافسات والتكتلات الملاحية العالمية.⁽¹⁾

وهنا لابد من الاهتمام بهذه المنظومة المتكاملة للارتقاء بمستوى الأداء داخل الموانئ المصرية وصولاً إلى حالة الرضا لأصحاب وملاك وأطقم السفن والمتعاملين مع الموانئ في شتى المجالات.

وحول أبرز الخدمات البحرية المتعارف عليها، نجدها تتمثل في الخدمات التالية⁽²⁾:

- نشاط الشحن والتفريغ.
 - الوكالات الملاحية.
 - أعمال صيانة وإصلاح السفن.
 - نشاط تموين السفن.
 - نشاط التخزين والتوريدات البحرية.
- ويلاحظ أنه رغم أن الموانئ المصرية تقدم تلك الخدمات، إلا أن هناك العديد من المعوقات التي تؤدي إلى عدم تفضيل السفن الأجنبية الحصول على هذه الخدمة في الموانئ المصرية، ولعل أبرز هذه المعوقات الآتي⁽³⁾:

⁽¹⁾ د/ محمد محرم، دور الخدمات الفنية داخل الموانئ البحرية في منظومة النقل البحري، المؤتمر الدولي السادس والعشرون للموانئ والنقل البحري "التكامل من أجل مستقبل أفضل"، 7-9 فبراير 2010، فندق هيلتون جرين، الإسكندرية، مصر، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، ص1.

⁽²⁾ د. محمد محرم، دور الخدمات الفنية داخل الموانئ البحرية، مرجع سابق، ص2 وما بعدها.
⁽³⁾ انظر محاضر اجتماعات لجان التوكيلات الملاحية - الشحن والتفريغ، غرفة ملاحية الإسكندرية، 2007، على الرابط التالي: www.inter-review.com وكذلك مجلة ميناء دمياط، العدد السابع عشر، العام السادس، 2016. على الرابط التالي: www.dpa.gov.eg

- ارتفاع أسعار تقديم تلك الخدمات مقارنةً بغيرها وأفضل منها.
- القيود البيروقراطية التي تؤدي إلى إطالة فترة الحصول على الخدمة.
- أغلب مقدمى الخدمات لا يُجيدون التعامل باللغات الأجنبية، مما يُصعب التعامل مع أطعم السفن الأجنبية.
- عدم مواكبة ومسايرة التشريعات العالمية الخاصة فى مجال السلامة والأمن وحماية البيئة.⁽¹⁾
- الانغلاق وعدم الانفتاح على ما يدور حولنا فى السوق العالمى.
- عدم وجود رادع قوى للعقاب للشركات والأفراد عند الإخلال بشروط تنفيذ الأعمال المسندة، مما يتيح الفرصة للاحتيال والتلاعب.
- عدم وجود تعريفات ومواصفات محددة وواضحة لأنشطة الخدمات البحرية المختلفة.

رابعاً: ضعف كفاءة الموانئ البحرية المصرية رغم تعددها:⁽²⁾

ذكرنا سابقاً بأن قطاع النقل البحرى فى مصر يضم عدد 15 ميناء تجارى و 28 ميناء تخصصى فى مجالات عديده منها: الموانئ التعدينية، الموانئ البترولية، الموانئ السياحية وموانئ الصيد. ويلاحظ أنه ورغم تعدد الموانئ المصرية، نجدها تعاني مشكلات عده، منها⁽³⁾:

- إن معظم الموانئ غير قادرة على استيعاب أعداد كبيرة من السفن القادمة فى آنٍ واحد، نظراً لعدم وجود أرصفة كافية ومجهزة.

(1) د. أحمد عبد المنصف، نحو تطوير صناعة النقل البحرى فى العالم العربى، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربى الإسكوا، 2 ديسمبر، بيروت، 2004.

(2) حسن بحر أحمد إدريس، أثر اتفاقية الجاتس على خدمات النقل البحرى المصرى، رسالة ماجستير، معهد النقل الدولى واللوجيستيات، الأكاديمية العربية للعلوم والنقل البحرى، الإسكندرية، 2005، ص2 وما بعدها.

(3) راجع الدراسات التى أجريت على الموانئ المصرية. على الرابط: www.MTS.gov.eg

- عدم مطابقة معظم الموانئ للمواصفات الحديثة لاستقبال السفن، وخاصةً سفن الحاويات من الجيل الخامس والسادس.
- عدم توفر الإدارة اللوجيستية لعمليات المتابعة لدخول السفن وتخصيص الأرصفة الملائمة والعمال والمعدات المناسبة لعمليات التفريغ والتخزين والتخليص الجمركي.
- البيروقراطية من أخطر ما تعاني منه موانئنا المصرية.
- عدم توفر مراكز لربط نظم معلومات الميناء إلكترونياً.
- عدم وجود الكوادر المتخصصة لإدارة الميناء والوظائف التخصصية داخل الميناء.⁽¹⁾

خامساً: ضعف كفاءة العاملين بقطاع النقل البحري:

- يعتبر العنصر البشري أساس النشاط الإنتاجي والنمو الاقتصادي. ورغم ذلك نلاحظ ضعفاً في تطويره والاهتمام به ليس فقط في قطاع النقل البحري، وإنما في مختلف القطاعات الاقتصادية.⁽²⁾
- وعلى صعيد النقل البحري، يُلاحظ البعض أن أحد أبرز مشكلات العمالة البحرية ازدياد الحاصلين على الجوازات البحرية، بما فيهم خريجي الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، واستمرارية ضخ أعداد كبيرة وغير مؤهلة بشكل كافٍ في سوق العمل.⁽³⁾

⁽¹⁾ د. شريف محمد ماهر عثمان هيكل، إعادة هيكلة التنظيمات الحديثة لمواكبة التغيرات السريعة والمتلاحقة بالموانئ الحديثة، الندوة الدولية الحادية والعشرون للموانئ البحرية، التحديات وأفاق المستقبل، والأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري ومعهد تدريب الموانئ، الإسكندرية، 2008، ص3 وما بعدها.

(1) Barsan E., Surugiu F. and Dragomir C., Factors of Human Resources Competitiveness in Maritime Transport, international Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation, volume 6 - Number1, March 2012, PP. 89 : 90.

⁽³⁾ هشام محمود بدوي، رؤية مستقبلية للنقل البحري المصري في ضوء اتفاقية تحرير تجارة الخدمات Gats، رسالة ماجستير، معهد النقل الدولي واللوجيستيات، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، الإسكندرية، 2006، ص20 وما بعدها.

فضلاً على ما سبق، فإن هناك تساهل في الحصول على جواز بحرى. إذ يُسمح للحاصلين على أى مؤهلات دراسية أو حتى دورات تدريبية بالعمل فى هذا القطاع الحيوى. وما سبق انعكس فى تدهور حال العمالة المؤهلة، وتراجع أهمية الأسطول الوطنى وعزوف ملاك السفن بما فيهم المصريين عن تسجيل سفنهم تحت العلم المصرى⁽¹⁾.

نتيجة لما تقدم، تُعقد المؤتمرات من قبل الوزارات المعنية من أجل وضع استراتيجية واضحة لتدريب العاملين فى صناعة النقل البحرى وإتقال مهاراتهم فى مختلف أنشطة وخدمات التجارة البحرية، مما ينعكس إيجاباً فى تحسين كفاءة تلك الصناعة فى مصر وزيادة مساهمتها فى النمو الاقتصادى.

سادساً: المشكلات التكنولوجية:

تؤثر التطورات التكنولوجية، والتي تتمثل فى تكنولوجيا المعدات والآليات وتكنولوجيا المعلومات على أداء مؤسسات قطاع النقل البحرى المختلفة، وخصوصاً السفن والموانئ والبضائع وشركات النقل.

فغالبية السفن فى مصر قديمة وأعمارها كبيرة، بينما يلاحظ أن غالبية السفن الحديثة 60% تحتكرها بعض الدول الكبرى مثل ألمانيا وإيطاليا، إنجلترا، فرنسا، اليونان، اليابان، الصين، والولايات المتحدة⁽²⁾. وبالتالي فنحن مطالبين بتحديث سفن النقل المصرية بمزيد من ضخ الاستثمارات وتشجيع الاستثمار فى هذا القطاع.

أيضاً فإن تجهيزات الموانئ أصبحت المحدد الأساسى فى الطب على خدمات الميناء من قبل شركات النقل البحرى، ولعل ذلك ما جعل الشركات العملاقة العاملة فى مجال نقل الحاويات تعمل على إعادة تقسيم الموانئ وفقاً لمدى

(1) راجع موقع الهيئة المصرية للسلامة والملاحة البحرية. على الرابط التالى:
www.eams.gov.eg.

(2) د. منجد عباس محمد على، التحديات التى تواجه قطاع النقل البحرى على المستوى العالمى والمحلى، جامعة البحر الأحمر، 2016، ص18. على الرابط التالى:

Munjedabbas.blogspot.com/2015/05/blog-post-2.html.

جاهزيتها وتطويرها للخدمات والمعدات ، والتي تعمل على تقليل فترة بقاء السفينة بالميناء واستقبال السفن العملاقة ذات الغاطس الكبير (1).

سابعاً: المشكلات القانونية:

تعد مشكلة توحيد القانون البحرى من أكبر المشكلات التى تواجه صناعة النقل البحرى (2). إذ أن كثيراً ما يثار النزاع بين الفرقاء حول تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، كما أن أحكام الاتفاقية الدولية لا تكون سارية النفاذ إلا إذا صادق عليها البلد المعنى.

إضافة لما سبق، فإن مدى مواكبة التشريعات البحرية لمستجدات وتطورات قطاع النقل البحرى مثل، النقل متعدد الوسائط، وأنظمة المعاملات الإلكترونية والشحن الإلكتروني والمفاوضات الإلكترونية وحجبتها فى الإثبات يمثل تحدياً قانونياً آخر (3).

المبحث الثانى

محددات تعزيز كفاءة النقل البحرى المصرى وسبل مواجهه المشكلات

النقل البحرى فى مصر مازال فى حاجة إلى مزيد من الاهتمام والتطوير التى تتناسب مع أهميته وتأثيره المباشر على الصعيدين المحلى والعالمى (4). ونظراً لأن النقل البحرى يُمثل الدعامة الرئيسية للنمو الاقتصادى للدولة لما له من تأثير مباشر Direct Effect على خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية (5).

(2) OECD, Competition in ports and port Services, structural Separation Report, 2011. Available at: www.Oecd.org/regreform/Sector/48837794.pdf.

(2) د. منجد عباس، مرجع سابق ذكره، ص20.

(4) David Widdowson and Stephen Holloway, Maritime Transport Security Regulation: Policies, Pro Ba Bilities and Pr'acticalities, World Customs journal, OECD, 2009, PP. 1:5. Available at: www.World Customs journal.org.

(4) راجع وزارة النقل المصرية، قطاع النقل البحرى، على الرابط التالى: www.Mts.gov.eg

(2) Thomas Wakeman and Michael Bomba, Maritime Freight Transportation, National Economic Recovery, and Global Sustainability, Globalisation and Transportation Journal, The news

ولدوره كذلك فى عملية التقدم والتطور فى حركة التجارة الداخلىة والىارىة، كان لآبد من الاهتمام بمحددات صناعة النقل البحرى من آجل وضع الموانئ المصرىة على الخرىطة الدولىة وبما يحقق لها المىزة التنافسىة لآذب الخىوط العالمىة وكذالك تحدىث سفن الأسطول التجارى الوطنى وتطوىر الخىدمات البحرىة(1).

لما سبق سنعرض خلال الصفحات القادمة لأبرز محددات ومحاور تعزىز وتطوىر صناعة النقل البحرى، وكذالك على النحو التالى:

أولاً: تطوىر وتحدىث الموانئ المصرىة:

يُعد تطور وتحدىث الموانئ المصرىة أحد أهم محاور تعزىز كفاءة صناعة النقل البحرى. أيضاً فإن مصر تمتلك موقعاً جغرافىاً متمىزاً من حىث توسطها لثلاث قارات، فضلاً عن امتلاكها لقناة السويس ذلك الشريان الحىوى الذى جعل مصر معبراً رئىسىاً بىن دول العالم.

بىد أن التطورات العالمىة فى مجال التكنولوىا وخصوصاً فى صناعة النقل البحرى، جعل مىزة التفوق التكنولوىى والكثافة الرأسمالىة تفوق الأهمىة الجغرافىة للمىناء.(2)

وهذا، وتشكل الموانئ أهمىة اىقتصادىة كبرى للدول البحرىة، نظراً لما تحوىه من أنشطة متعددة ولما لها من تأنىر مباشر على التجارة والعوائد الاىقتصادىة على

269-July-August2010,P.P14:17. Available at:- on Line pubs-Trbs.Trb.org/onlinepubs/Trnews/Trnews269Marin Freight trans. Pdf.

(1) مروة صلاح الدىن فهمى، الاىختىارات المثلىة لتنىمة قطاع النقل البحرى فى مصر، رسالة ماجستىر، كلىة الاىقتصاد، جامعة القاهرة، مصر، ص2 وما بعدها.

(4) **William Coyle and Nicole Ballenger**, Technological Changes in The Trans Portation Sector-effects on U.S Food and Agriculral Trade – A proceedings, United States, Department of Agriculture, Miscellaneous Publication, Number 1566, PP. 45:49. Available at: www.ers.usda.gov/media/920943/MP1566.pdf.

المستويين القومى والإقليمى، إضافة إلى أنها تساعد على تنمية المناطق التى حولها والتى تتصل بها.(1)

وجدير بالذكر، أن عملية إنشاء الموانئ الجديدة تحتاج إلى استثمارات ضخمة. لذا نجد أن تسعة اقتصادات تستحوذ على حوالى 60% من الموانئ العالمية المطورة وهى (البرازيل - الصين - فرنسا - ألمانيا - الهند - اليابان - المكسيك - المملكة المتحدة - الولايات المتحدة)(2).

ولذلك لا نجد أن من بين أهم 20 ميناء فى العالم خلال الفترة من 2010 حتى 2012، ميناء مصرى. إذ يستحوذ العشرين ميناء على حوالى 47% من حركة الحاويات فى العالم. ويوضح الجدول التالى رقم (9) وذلك:

جدول رقم (9)

أهم 20 ميناء للحاويات وإجمالي حركة الحاويات لأعوام 2010-2011-2012 (بالوحدات المعادلة لعشرين قدماً، والنسبة المئوية للتغير)

اسم الميناء	2010	2011	الأرقام الأولية لعام 2012	النسبة المئوية للتغير -2011 2010	النسبة المئوية للتغير -2012 2011
شنغهاى	29069000	31700000	32500000	9,05	2,52
سنغافورة	28431100	29937700	31600000	5,30	5,55
هونغ كونغ (الصين)	23699242	24384000	23100000	2,89	5,27-
شيتريهين	22509700	22569800	229400000	0,27	1,64
بوسان	14194334	16184706	17030000	14,02	5,22
لينغبو	13144000	14686200	14973400	11,73	1,96
غوانغزو	12550000	14400000	14520000	14,74	0,83

(1) / محمد يسرى قنديل، نحو استراتيجية مقترحة لدعم وتطوير النقل البحرى المصرى (رؤية مستقبلية) الجزء الأخير، ص1. على الرابط التالى:

<http://international-Mag.Com/index.Php?Option=com-contact-1-1-2016>.

(5) Group of 30 working group, long-term finance and Economic Growth, ISBN 1-56708-160-6. Group of Thirty, Washing ton D.C, 2013.

اسم الميناء	2010	2011	الأرقام الأولية لعام 2012	النسبة المئوية للتغير -2011 2010	النسبة المئوية للتغير -2012 2011
كينغفوا	12012000	13020000	14500000	8,39	11,37
دبي	11600000	13000000	13280000	12,07	2,15
تيانجين	10080000	11500000	12300000	14,09	9,96
روتردام	11145804	11876921	11900000	6,56	0,19
بورت كلافغ	8871745	9603926	9990000	8,25	4,02
كاوهسبونغ	9181211	9636289	9781000	4,96	1,50
هامبورغ	7900000	9014165	8930000	14,10	0,93-
انتويرب	8468475	8664243	8629992	2,31	0,40-
لوس انجلس	7831902	7940511	8080000	1,39	1,76
داليان	5242000	6400000	8060000	22,09	25,94
تاجونغ	6530000	75000000	7720000	11,01	11,44
بيلباس	5820000	6460700	7200000	11,01	11,44
كريامين	5068076	5731063	5927000	13,08	3,42
لايم شابانغ	253348589	274210224	28296392	8,23	3,19
مجموع أهم 20 ميناء					

المصدر: أمانة الأنتكاد وLloyd's List Intelligence, July 2013.

وحتى يمكن الاستفادة من الموانئ المصرية وتطويرها، يلزم القيام بما يلي:⁽¹⁾

أ- العمل على تطوير وتحديث الموانئ لتكون مواكبة للتطورات العالمية فى مجال النقل البحرى، مع مراعاة توفر المساحات الكافية لتوسعات المستقبل أو التطور التكنولوجى المتوقع فى مجال بناء السفن، بحيث تكون جاذبة للناقل البحرى.

ب- وضع تعريفه مخفضة تطبق على سفن الأساطيل العربية بالموانئ العربية، مما يؤدى إلى تخفيض تكلفة نقل التجارة فيما بينها ويحقق تنميتها، وذلك من

(1) راجع/ محمد يسرى قنديل، نحو استراتيجية مقترحة لدعم وتطوير النقل البحرى المصرى، مرجع سابق، ص8. وكذلك - د. سميحة بدوى، اقتصاديات إنشاء وتطوير وتشغيل الموانئ فى ظل المنافسة العالمية، الإسكندرية، مطبعة المعارف، 2000، ص122 وما بعدها.

خلال اتفاقية عربية، حيث أن اتفاق تجارة الخدمات يسمح لدول النامية بإبرام اتفاقات مع دول أخرى نامية أو متقدمة لتحرير قطاعات الخدمات، ومنح الأطراف من الدول النامية معاملة أفضل في هذا المجال.⁽¹⁾

ج- أن تعتمد مصر مع الدول العربية على إنشاء مناطق حرة لتجارة الترانزيت، مع الحرص على تلافى المنافسة الضارة بين الموانئ العربية في هذا النشاط.
د- دعم الاتحاد العربي للموانئ فنياً ومادياً لتحقيق الأهداف التي أنشئ من أجلها، بما في ذلك تطوير الموانئ وزيادة التعاون فيما بينها.

إن الاهتمام بالموانئ المصرية على النحو السابق، يجعلها قادرة على استيعاب حركة النقل. إذ تقدر دراسة أن أحجام النقل ستزداد بمعدل يتراوح بين ستة وثمانية أمثال، وستصل إلى 14 ضعفاً، بينما سيرتفع إجمالي الحركة في الموانئ من 265 مليون طن في عام 2009 ، إلى أكثر من بليونى طن فى عام 2040⁽²⁾.

على ما سبق، ينبغي أن يتم التركيز على تطوير الموانئ البحرية المصرية الفترة الحالية والمقبلة، باعتبارها إحدى المحددات الرئيسية فى صناعة النقل البحرى. أيضاً فإنها تمثل إحدى أوجه الاستغلال الاقتصادى للموقع الاستراتيجى لمصر.

وفى الآونة الأخيرة، أصبحت الموانئ البحرية تواجه مسؤوليات مهام كبيرة فى ظل المتغيرات العالمية. والتي أدت إلى تغير المفهوم التقليدى للميناء إلى المفاهيم الحديثة التى تنظر إلى الميناء باعتباره مركزاً للخدمات اللوجيستية والنقل متعدد الوسائط، وأحد العناصر الهامة التى تخدم التجارة الدولية.⁽³⁾

(1) د. صلاح الدين إسماعيل، تسعير خدمات الموانئ البحرية، مركز الخبرات، القاهرة، 2007، ص93.

(3) **Common Wealth Business Council**, Africa infrastructure investment Report, ISBN978-0-9570432-6-8, London, March, 2013.

(1) **UNCTAD**, Development of Multimodal Transport and Logistics, Report by The UNCTAD Secretariat, Geneva, 24-62 September 2003, P.P4:6. Available at: unctad.org/en/docs/c3em20d_en.Pdf.

على ما سبق، ينبغي البدء في تطوير الموانئ المصرية، مع أهمية التركيز على النقاط التالية⁽¹⁾:

- أ- تهيئة وتطوير البنية التحتية لمقابلة التطور التكنولوجي المتسارع في أنماط السفن المستحدثة بتطوير الموانئ وتعميق الأرصفة وزيادة غواطسها، بما يسمح باستقبال السفن الأكبر حجماً مع الاتجاه إلى تطوير إمكانيات محطات الشحن والتفريغ.
- ب- توافر آلية تحقق التكامل في التخطيط الاستراتيجي لمشروعات النقل على المستوى القومي مع تحديد الأولويات، التطوير لخدمات النقل من حيث الإنشاء والصيانة والتطوير على المدى الطويل.
- ج- الاستمرار في تسويق الموانئ لجذب أكبر عدد ممكن من الخطوط الملاحية والسفن الجواله.
- د- تطوير الموانئ المصرية لمواجهة المنافسة الحادة من الموانئ المحيطة سواء في البحر الأحمر أو المتوسط، واستغلال ميزة الموقع الجغرافي للدولة.
- هـ- تطبيق الأساليب الحديثة والنظم المتقدمة تكنولوجياً وتقنياً لزيادة كفاءة الموانئ البحرية الحالية، وبما يرفع كفاءة أدائها⁽²⁾.
- و- العمل على جذب حصة كبيرة من الحاويات مع توفير الخدمات الداعمة لذلك، فضلاً عن العمل على جذب الاستثمارات الأجنبية مما يدعم الدخل القومي المصري⁽³⁾.

(1) أ/ محمد يسرى قنديل، مرجع سابق، ص8.

(3) **Kia M., Shayan E. and Ghotb F.**, The importance operations, international journal of physical Distributions & Logistics Management, Vol. 30 No. 3/4, 2000, PP. 33:335. Available at: web.itu.edu.tr/opimizasyon/cem. Pdf.

(4) **Zamroni Salim**, Foreign Direct investment in Indonesia's Maritime Sector, The economic Research Center, The Indonesian institute of sciences, Jakarta, September9, 2015, PP9:14. Available at: Asiapacific.anu.edu.au/blogs/indonesiaproject/files/2015/ Maritime-Sector. Pdf.

ونتيجة لكل ما سبق، يقوم قطاع النقل البحري، التابع لوزارة النقل في مصر بالإشراف على العديد من خطط تطوير الموانئ البحرية المصرية، ومتابعة التنفيذ الفعلي لهذه الخطط، وبما يحقق الآتي: (1)

- 1- الارتقاء بكفاءة الخدمة المقدمة للسفن والبضائع المتداولة.
- 2- زيادة السعات التخزينية، والتوسع في استخدام الموانئ الجافة وإنشاء مراكز لوجستية.
- 3- استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتبادل المعلومات مع العملاء وذلك من خلال:

- الاعتماد على التبادل الإلكتروني للوثائق بدلاً من تبادلها يدوياً.
- استخدام نظم المراقبة والإدارة الآلية لحركة السفن والبضائع والبوابات والمسطحات المائية.
- الاعتماد على استخراج التقارير الدورية من مراكز المعلومات (D.C) وتوضيحها وتحليلها باستخدام الأشكال البيانية والمنحنيات بما يسهل الوقوف على مستوى الأداء.
- السيطرة الآلية على حركة البضائع الواردة والصادرة مع وجود قاعدة بيانات تسمح بالمتابعة الفورية لهذه الحركة.

4- تطبيق الكود الدولي الخاص بأمن الموانئ والسفن ISPS - Code.

5- دراسة المناطق اللوجستية الجديدة داخل وخارج الموانئ.

ثانياً: تحديث وتطوير الأسطول التجارى المصرى:

يمكن القول بأن تحديث وتعظيم دور الأسطول التجارى المصرى واحداً من

أهم محاور تعزيز كفاءة النقل البحري. (2)

(1) قطاع النقل البحري المصرى، مصر، 2016.
(2) محمد على صادق البتائونى، أهمية تحديث الأسطول المصرى التجارى مع إشارة خاصة لسفن الخطوط المنتظمة، رسالة مقدمة للأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحرى لنيل درجة الماجستير، الإسكندرية، مصر، 2001، ص6 وما بعدها.

ورغم ذلك، تُشير الإحصاءات إلى أن حصة الأسطول التجارى المصرى فى نقل واردات مصر وصادراتها يكاد لا يمثل شيئاً يذكر قياساً بحجم ما يتم تأجيره من بواخر مملوكة للغير⁽¹⁾.

إن وضع سياسة بناءة لتطوير الأسطول التجارى المصرى وكذا أسطول الصيد وتدعيمه وتحديثه وزيادة وحداته سواء للمساهمة فى نقل أكبر قدر ممكن من تجارة مصر الخارجية أم لاستغلال الثروة السمكية وتلبية الاحتياجات الغذائية له انعكاساً إيجابياً على الدخل القومى المصرى . إضافة إلى ماسبق فإن البعد الاجتماعى ، والذى يتمثل فى إتاحة فرص عمل جديدة للشباب وتشجيع القطاع الخاص ورجال الأعمال والمستثمرين المصريين والأجانب على تملك السفن بجميع أنواعها وحملاتها وتقديم كافة الخدمات البحرية، وكذلك تفعيل دور ترسانات إصلاح وبناء السفن للإصلاح والبناء مع إعطاء دور أكبر لهيئة قناة السويس من خلال ترسانتها والاتجاه إلى بناء السفن المتخصصة وإدخال التكنولوجيا الحديثة فى صناعة بناء السفن سوف ينعكس بوضوح على تطوير صناعة النقل البحرى.

فضلاً على ما سبق، فإن الأسطول المصرى يتسم بطول عمره كما ذكرنا من قبل، وكذلك عدم امتلاكه لسفن النقل الحديثة والمجهزة بأحدث وسائل التكنولوجيا⁽²⁾.

لما سبق، ينبغى العمل على تحقيق ما يلى:⁽³⁾

- وضع الخطط الحكومية لتحديث الأسطول الحالى وإحلال جديد محل القديم لزيادة مساهمته فى نقل تجارة مصر الخارجية.

(1) د. محمدى أبو السعود و / مصطفى رشيد، دور الأسطول التجارى المصرى فى نقل التجارة الخارجية المنقولة بحراً، المؤتمر العلمى السنوى العشرون (صناعة الخدمات فى الوطن العربى) رؤية مستقبلية، جامعة الدول العربية، القاهرة 2-22 أبريل 2004، ص2 وما بعدها.

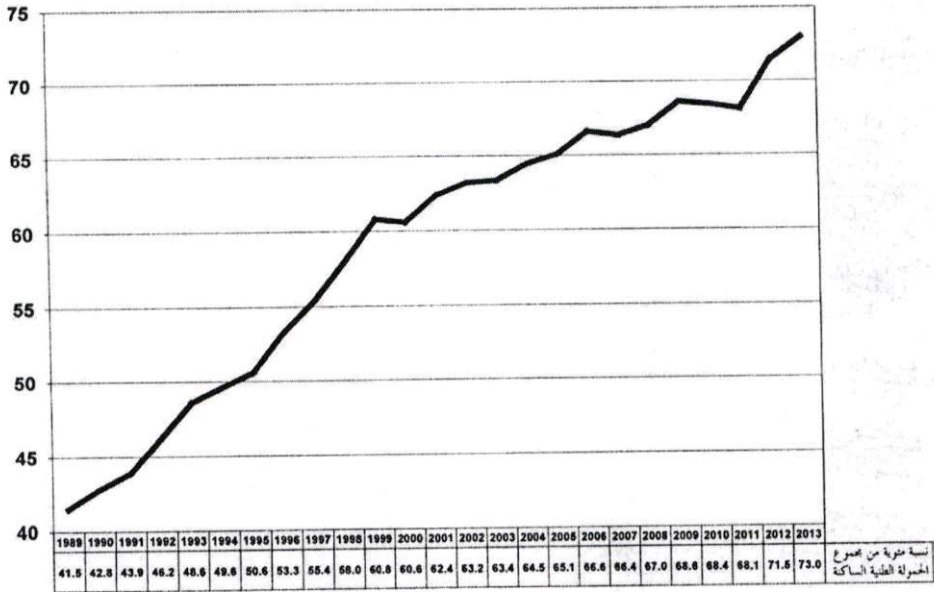
(2) د. عصام الدين بدوى، التحديات التى تواجه النقل البحرى المصرى، ندوة الجمعية البحرية المصرية، شهر فبراير، الإسكندرية، 2004، ص3.

(3) راجع مركز البحوث والاستشارات لقطاع النقل البحرى، التقرير السنوى للتجارة الخارجية المصرية، أعداد متفرقة.

- تشجيع القطاع الخاص المصرى على الاستثمارات فى مجال تملك السفن أو إيجارها مع تشجيع السفن على رفع العلم المصرى.
 - تدعيم صناعة إصلاح وبناء السفن فى مصر ليكون لها نصيب من السوق العالمى، عبر الاستفادة من تجارب الآخرين، خصوصاً فى صناعة بناء السفن، وتدريب الكوادر البشرية طبقاً للمستويات العالمية.⁽¹⁾
- وفى إطار تنشيط صناعة النقل البحرى، نلاحظ أن العديد من الدول تستخدم سفناً ترفع أعلاماً أجنبية، وتزداد نسبته من الحصة العالمية من الأسطول البحرى الدولى⁽²⁾، وهو ما يوضحه الشكل البيانى التالى رقمه (14):

شكل رقم (14)

الحصة العالمية من الأسطول الذى يرفع أعلاماً أجنبية (أرقام بداية السنوات، نسبة مئوية من مجموع الحمولة الطنية الساكنة، 1989-2013)



المصدر: الأونكتاد، استعراض النقل البحرى، أعداد مختلفة.

(1) د. السيد عبد الجليل، الأسطول البحرى والتحديات المُتقبلة، مجلة الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحرى، المجلد 24، العدد 48، الإسكندرية، مصر، ص3 وما بعدها.

(1) UNCTAD: Review of Maritime Transport, 2014. Available at: unctad.org/en/Publications Library/ rmt2014-en.Pdf.

هذا، ويبلغ حجم صناعة السفن في مصر، نحو 100 مليون دولار تقريباً بنسبة 0,08% من حصة السوق العالمي، وفقاً لتقارير أجنبية، ويعمل بها حوالي 9800 عامل، إضافة إلى أنها تتسم بالمحلية لعدم خروج المنتجات المصرية للسوق العالمي، في الوقت الذي ينخفض فيه الطلب الداخلي، وهو ما يعد مؤشراً على ضعف استراتيجيات التسويق، والقدرة التنافسية العالمية.⁽¹⁾

ما تقدم أدى إلى ضعف الكفاءة الفنية للأسطول التجارى المصرى ، مثل غيره من الأساطيل العربية، والتي منها من هو متفوق علينا، بحسب الجدول التالى:

جدول رقم (10)

متوسط الكفاءة الفنية لأساطيل الدول العربية بناءً على تقارير التفتيش المعلنة لمذكرات التفاهم المختلفة الأساسية بالعالم "باريس، طوكيو، حرس الحدود الأمريكى".⁽²⁾

مسلسل الدولة (العلم)	عدد السفن التى تم فحصها	متوسط كفاءة السفن محلياً	متوسط كفاءة السفن العلم
1 الكويت	15	73.007	67.301
2 السعودية	17	66.091	61.814
قطر	10	70.2	59.023
الإمارات	10	64.338	58.136
البحرين	5	69.67	56.772
3 مصر	32	61.864	22.504
4 تونس	9	67.543	54.884
5 المغرب	31	57.629	51.707
6 لبنان	20	59.574	50.986
7 الجزائر	22	55.118	47.388
8 سوريا	40	52.809	46.724
9 جزر القمر	83	43.81	43.405
الأردن	4	59.413	39.568
ليبيا	8	45.725	36.352

المصدر: معتز عبد المعبود، بورصة الموانئ العربية، عدد 1 أبريل 2008— ص 71.

(1) مركز البحوث والاستشارات لقطاع النقل البحرى، أكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا، 2000.
(2) / معتز عبد المعبود، بورصة الموانئ، مجلة الموانئ العربية، عدد 1 أبريل 2008، ص 71.

تأسيساً على ما تقدم، ينبغي أن تعمل الجهات المسؤولة على تطوير صناعة النقل البحري، على اتخاذ العديد من الإجراءات ، يمكن أن نذكر بعض منها، على النحو التالي⁽¹⁾:

- 1- التخطيط والتوسع فى تكوين تحالفات استراتيجية بين شركات خطوط الحاويات مع زيادة أسطول ناقلات غاز البترول LPG والغاز الطبيعي LNG لزيادة اكتشافات حقول الغاز والاتجاه إلى التوسع فى استخدام الغاز كمصدر للطاقة.
- 2- الاتجاه نحو اندماج شركات الملاحة لتكوين كيانات قوية قادرة على المنافسة مع التخطيط لاستخدام السفن ذات الحمولات الكبيرة للاستفادة من وفورات الحجم الكبير مع الاهتمام بأسطول سفن الصيد من حيث العدد والتنوع (سفن صيد بأعلى البحار - سفن صيد بالمياه الإقليمية).
- 3- إعادة توصيف العمالة البحرية لسفن الصيد وتوحيد جهة الإشراف على البحارة وسفن الصيد واليخوت السياحية.
- 4- تشجيع القطاع الخاص المصرى على الاستثمار فى مجال تملك السفن بالتنسيق مع البنوك الوطنية والمؤسسات المالية المصرية وحثها على تمويل شراء السفن بأنواعها.
- 5- الاهتمام بالتنمية البشرية والتدريب لرفع كفاءة وقدرة ومهارة العمالة البحرية فى الأداء، تمشياً مع معدلات وجودة الأداء طبقاً لمؤشرات ومقاييس الأداء العمالية ووفقاً لمتطلبات المعاهدات الدولية مثل (ISPS)، (ISM) ، (STCW) والالتزام بالتعليمات التى تصدرها (IMO) فى هذا الشأن.
- 6- خفض نسبة سفن الأسطول المصرى التى تجاوز عمرها 15 سنة لمواجهة متطلبات السلامة البحرية والتمشى مع الاشتراطات التى تضعها سلطة رقابة

(1) / محمد يسرى قنديل، مرجع سابق ذكره، ص6 وما بعدها.

الميناء على السفن التي ترد إلى موانئها. بالإضافة إلى خفض تكاليف التشغيل والصيانة، مما يقلل العبء على الاقتصاد القومي ومشغلي السفن.

7- توفر العنصر البشري المؤهل الذي يعتبر الضمان الوحيد لسلامة تشغيل السفن وصيانة معداتها وأجهزتها والمسئول أيضاً عن سلامة بضائعها وركابها والبيئة البحرية التي تعمل فيها هذه السفن. حيث إن بناء هذا العنصر البشري وإكسابه التأهيل والتدريب الجيد والمهارات الأساسية يحتاج إلى فترات إعداد وتأهيل طويلة.

8- الاهتمام بالتكنولوجيا الحديثة المستخدمة في بناء السفن لتحديث الأسطول المصرى مما يؤدي إلى زيادة نسبة مساهمته في نقل التجارة الخارجية والحد من شدة المنافسة التي تواجهه من السفن الأجنبية في ظل ظهور السفن الحديثة ذات الأحجام الكبيرة والمواصفات المتطورة.

9- تواجد الترسانات البحرية القادرة على استيعاب التكنولوجيا والاستفادة من الموقع المتميز لمصر بما يؤهلها لتكون مركزاً محورياً بالمنطقة.

بيد أن قطاع النقل البحرى المصرى، اعتمد سياسة لتطوير وتعظيم دور الأسطول البحرى بموافقة المجلس الأعلى للموانئ، واتخذ قرارات لتتفيذها، وهى:

- أ- تشجيع القطاعين العام والخاص بالاستثمار فى مجال تملك وإيجار السفن وتشجيعها على رفع العلم المصرى مع تقديم التسهيلات الجاذبة، مما يؤدي إلى زيادة مساهمة الأسطول فى حجم التجارة المنقولة بحراً.
- ب- تنشيط ودعم صناعة إصلاح وبناء السفن والصناعات التكميلية، ولعل السفينة
- ج- "إيجى جلورى" التي أنشأت فى الترسانة البحرية فى الإسكندرية أمرٌ مهم وبإدارة أمل⁽¹⁾.

(1) انظر موقع الترسانة البحرية فى الإسكندرية، على الرابط التالى: www.alexyard.com.eg

د- التوجه نحو الاندماجات والتحالفات بين الشركات في مجال النقل البحري لخلق كيانات قادرة على المنافسة عالمياً.
ثالثاً: تأهيل الكوادر البشرية:

تؤكد الأدبيات الاقتصادية بأن رأس المال البشري يُعد أفضل أنواع رأس المال قيمة⁽¹⁾. فهو مفتاح تقدم الأمم والشعوب. لذا فإن إعداد وتأهيل الكوادر البشرية في صناعة النقل البحري في مصر باتت مطلباً ومحوراً أساسياً لتعزيز كفاءة هذه الصناعة الهامة في مصر⁽²⁾.

فالكثير من العاملين في هذا القطاع ليسوا مدربين جيداً، كما أن تساهل الهيئات البحرية في منح إجازات العمل البحري، حتى من غير المتخصصين أدى إلى وجود عناصر بشرية تفتقد إلى معايير العمل البحري.

لما سبق جاءت الاتفاقية الدولية لإصدار شهادات التدريب والمراقبة المتعلقة بالبحارة "STCW" لتضع جُملة من المعايير للتدريب وإصدار الشهادات وأيضاً المراقبة⁽³⁾.

ووفقاً للقواعد الدولية للتأهيل (STCW)⁽⁴⁾، ينبغي اتخاذ الإجراءات التالية :

1- تفعيل الدور الرقابي لهيئة السلامة البحرية في تأهيل البحارة بما يضمن جدية التدريب والتأهيل.

2- إصدار التشريعات البحرية التي تتواءم مع الاتفاقيات الدولية.

(2) Fredric H. Harison, Human Resurces as The Wellth of Nations, investment in Human Capital, American Economic Review 51, March 1961, pp. 30-31.

(2) دراسة لقطاع النقل البحري بعنوان، تنمية الكوادر البشرية لخدمات النقل البحري وخلق الكفاءات والمهارات لمواجهة الاحتياجات وسوق العمل على المستوى الدولي والإقليمي، أغسطس 2004. ودراسة أخرى: كيفية تنمية الموارد البشرية لرفع الأداء بميناء الإسكندرية، أغسطس 2004.

(4) International Maritime Organisation "IMO": International Convention on Standards of Training, Certification and Watch Keeping For Seafares "Stcw", a doption: 7July1978, Entry into Force: 28 April 1984, Mator revisions in 1995 and 2010. Available at:- www.imo.org.

(4) وزارة النقل المصرية، قطاع النقل البحري. الرابط التالي: www.Mts.gov.eg

3- مزيد من الاهتمام بالتدريب وخاصة التدريب العملى مع توفير سفن حديثة بالتعاون مع مؤسسات التمويل الدولية وبرامج الدعم الفنى العالمية فى هذا المجال.

4- دراسة تفعيل نقابة للبحارة تعمل على الحفاظ على حقوقهم وإدارة وتسويق العمالة البحرية على المستويين المحلى والعالمى.

5- تم إشهار مؤسسة منكوبى الكوارث البحرية للعاملين المصريين على السفن المصرية والأجنبية لصرف التعويضات لهم ولذويهم.

إن تطوير وتحديث صناعة النقل البحرى فى مصر، يتطلب تدريب الكوادر البشرية والإنفاق والاستثمار فيها، والتي ستكون ليس فقط ركيزة الانطلاقة نحو صناعة بحرية متميزة وإنما ركيزة وانطلاق نحو عصر اقتصاد المعرفة والتطور التكنولوجى والعلمى⁽¹⁾.

هذا وتمثل العمالة البحرية عنصر هام وفعال فى صناعة النقل البحرى واستثمار تلك العمالة سوف يعود بالفائدة على الدولة وعلى جميع القائمين فى هذا المجال، الأمر الذي يتطلب رعاية تلك العمالة رعاية ذات طبيعة خاصة تتفق وصعوبة العمل البحرى ولزيادة الوعى بهذا العنصر الهام فى إطار الاتفاقيات والمعاهدات الدولية⁽²⁾.

لما سبق، فقد لعب قطاع النقل البحرى المصرى دوراً مهماً فى محاولة تأهيل وتدريب العمالة البحرية، على النحو التالى⁽³⁾:

- قام قطاع النقل البحرى بدراسة الانضمام إلى اتفاقية العمل البحرى 2006 بحضور ممثلى الجهات المعنية بالعمالة البحرية (وانتهى الرأى إلى الموافقة

(1) د. إبراهيم عبد الله عبد الرؤوف، اقتصاد المعرفة والاستثمار فى رأس المال البشرى - دراسة تحليلية مقارنة مع التطبيق على مصر، مجلة مصر المعاصر، 2015، ص3.

(2) لمزيد من التفصيل: أنظر مؤتمر العمالة البحرية بين التشريع والتفعيل (رعاية وحماية وتشغيل، 13 فبراير 2013، الأكاديمية البحرية، الإسكندرية، مصر، 2013.

(3) قطاع النقل البحرى، وتعزيز محور العمالة البحرية، وزارة النقل، مصر، 2016.

من حيث المبدأ على الانضمام للاتفاقية علماً بأن معظم التشريعات المصرية السارية ذات الصلة تتواءم مع أحكام الاتفاقية.

- تم مخاطبة وزارة القوى العاملة بأهمية الإسراع فى اتخاذ إجراءات التصديق على الاتفاقية بالتنسيق مع وزارة الخارجية تجنباً لاحتجاز السفن المصرية فى موانئ الدول المنضمة للاتفاقية حال التردد عليها، هذا إلى جانب ضمان حصول البحارة على حقوقهم التى كفلتها الاتفاقية لهم.
- يحافظ قطاع النقل البحرى بصفة دورية على حضور الاجتماعات التى تعقد بمنظمة العمل الدولية للوقوف على موقف تنفيذ الاتفاقية وأى مستجدات فى هذا الشأن.

- عقد برامج تدريبية مستمرة لنقل مهارات العاملين فى النقل البحرى.

رابعاً: تحديث وتطوير التشريعات بما يتفق والاتفاقات الدولية:

ذكرنا من قبل بأن التشريعات البحرية تعد عائقاً فى سبيل تطور صناعة النقل البحرى فى مصر. وبالتالي فإن تعديل تلك التشريعات بما يتفق والاتفاقات الدولية من ناحية، وبما يسمح بمشاركة القطاع الخاص من ناحية أخرى بات ضرورة ملحة. خصوصاً فى ظل التكاليف الضخمة التى تتطلبها صناعة النقل البحرى بمختلف عناصره (الميناء - السفينة - البضائع والخدمات البحرية).⁽¹⁾

أيضاً، فإن معظم الدول التى حققت طفرات هائلة فى امتلاكها للسفن وتطوير موانئها اعتمدت قوانين للتأجير التمويلى كما ليزيا وروسيا وغيرها.⁽²⁾

لذا فإن التعديلات ينبغى أن تضع تنظيماً للإيجار التمويلى فى النقل البحرى نظراً لأهميته التمويلية الكبرى.

(1) د. محمد السيد الفقى، تطور قواعد قانون النقل البحرى تحت تأثير استخدام الحاويات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 1، الإسكندرية، مصر، 1992، ص 211.

(2) د. وحيد عبد اللطيف، نحو مستقبل تمويلى أفضل فى النقل البحرى، مرجع سابق ذكره، ص 10 وما بعدها.

على ما سبق، فإن تفعيل الاتفاقات الدولية وتعديل التشريعات الوطنية أصبحت محوراً أساسياً من محاور تعزيز كفاءة صناعة النقل البحري في مصر. (1)

ونظراً لأهمية إصدار وتعديل التشريعات البحرية يقوم قطاع النقل البحري بالتنسيق مع هيئات الموانئ والهيئة المصرية لسلامة الملاحة وكذلك الجهات المعنية بالدولة لإعداد صياغة مشاريع القوانين والقرارات المنظمة لممارسة أنشطة النقل البحري وكذا إعادة النظر في القوانين والقرارات الحالية لتتواءم مع المتغيرات الوطنية والدولية وبما يحقق استراتيجية وأهداف النقل البحري وتتقسم هذه التشريعات إلى: (2)

المجموعة الأولى: إصدار التشريعات الوطنية لتفعيل الاتفاقيات الدولية التي تتضمن إليها مصر.

المجموعة الثانية: شروط وضوابط منح تراخيص ممارسة نشاط النقل البحري والأعمال المرتبطة بها.

المجموعة الثالثة: تحديد مقابل الانتفاع بالتراخيص.

المجموعة الرابعة: تحديد مقابل خدمات النقل البحري بهيئات الموانئ المصرية.

أيضاً، فإن قطاع النقل البحري يعمل على تفعيل الاتفاقات الدولية على المستويين الدولي والإقليمي، عبر الموافقة على بنود المنظمة البحرية الدولية "imo" (3) والوكالة الأوروبية للسلامة البحرية "EMSA" (4)، وكذلك المركز الإقليمي للاستجابة لحالات طوارئ التلوث البحري في البحر المتوسط "REMPEC" وأيضاً منظمة العمل الدولية "ILO".

(1) استراتيجية تعزيز النق البحري المصري، وزارة النقل، مصر، 2016.

(2) مركز الاستشارات والبحوث، قطاع النقل البحري، مصر، 2016.

(3) انظر موقع المنظمة البحرية الدولية، على الرابط التالي:

www.imo.org/en/pages/Default.aspx

(4) انظر موقع الوكالة الدولية للسلامة البحرية، على الرابط التالي: www.emsa.europ.eu/

على المستوى الإقليمي: تسعى وزارة النقل (قطاع النقل البحري) إلى تدعيم العلاقات الخارجية على المستوى الإقليمي من خلال التواجد الدائم وتبادل الرأي في الموضوعات التي تناقش في الاجتماعات التي تعقدها المنظمات والاتحادات الإقليمية ومنها:

- جامعة الدول العربية واللجان التابعة لها.
 - تجمع الكوميسا (دول جنوب وشرق أفريقيا COMESA)
 - مفوضية الاتحاد الأفريقي.
 - اتحاد الموانئ البحرية العربية.
 - اتحاد موانئ شمال أفريقيا.
 - الاتحاد العربي لغرف الملاحة.
 - اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا (ESCWA).
 - منظمة البحر الأحمر لمكافحة التلوث.
 - المركز الإقليمي لمكافحة التلوث بالبحر المتوسط (REMPEC).
 - منظمة الموانئ السياحية (MEDCRUISE).
 - مذكرة تفاهم رقابة دولة الميناء لدول جنوب وشرق البحر المتوسط (PSC).
 - مفوضية الاتحاد الأوروبي.
 - الاتحاد من أجل المتوسط.
 - التعاون الأورومتوسطي.
- خامساً: تطوير الخدمات البحرية:

يمكن القول، بأن الخدمات الملاحية التي تؤدي للسفن والبضائع من الأنشطة الأساسية والضرورية والمحورية التي تلعب دوراً بارزاً في تعزيز كفاءة صناعة النقل البحري.⁽¹⁾

(1) Oxford economies, The economic impact of The Uk Maritime Services Sector, May 2015, P.P 9-12. Available at: www. British

وبالنظر إلى الخدمات الملاحية التي تقدمها الموانئ المصرية، نجدتها تتسم بضعف كفاءتها الفنية وعدم تطورها تقنياً وتكنولوجياً، وهو ما يؤدي إلى ضعف الطلب عليها من قبل شركات النقل البحري الدولية.(1)

لذا، ينبغي العمل على تدعيم وتطوير الخدمات البحرية عبر فتح أسواق خدمات النقل البحري ما يؤدي إلى زيادة تنافسيتها من أجل الاستئثار بحصة من الطلب المتزايد على خدمات النقل البحري،

أيضاً، فقد ذكرنا سابقاً بأن منظومة خدمات النقل البحري تتكون من خدمات الشحن والتفريغ، الوكالة الملاحية، أعمال صيانة وإصلاح السفن، تموسن السفن، التخزين وغيرها.(2)

غير أن جودة خدمات النقل البحري تتوقف على عدة نقاط(3):

- سرعة الأداء.

- دقة الأداء.

- تكلفة الأداء.

- عالمية الأداء.

وفضلاً على ما تقدم، هناك معايير ومؤشرات لقياس جودة الخدمات البحرية يمكن أن نذكر، منها:(4)

- كفاءة وفعالية عملية التخليص الجمركي ومراقبة عبور البضائع على المعابر الحدودية.

ports.org.uk/system/files/do_couments/combined-The-economic-impact-of-The-Uk-Maritime-Services-Sector.pdf.

(1) محمد يسرى قنديل، مرجع سابق، ص9.

(2) أسعد مبارك حسين ومنجد عباس محمد، دراسة استكشافية لتكاليف الخدمات المينائية لبعض الموانئ العربية، مجلة العلوم الاقتصادية، العدد الثاني، 2015، ص161 وما بعدها.

(3) د. محمد محرم، دور الخدمة الفنية داخل الموانئ البحرية في منظومة النقل البحري المصري، مقال منشور بمجلة انترناشيونال ريفيو، على موقعها على الإنترنت على الرابط التالي:

www.inter-review.com/Magazin-show-637-ar.html.

(4) معين الزغبى، تعزيز القدرة التنافسية في الموانئ البحرية العربية - تطوير الموانئ والخدمات اللوجيستية، ملتقى المنظومة الحديثة في إدارة الموانئ (اللوجيستيات - الجمارك - التحكم)، العقبة - الأردن، 7-9 مارس 2011.

- كفاءة ونوعية خدمات النقل والبنية التحتية.
- مدى استخدام تكنولوجيا المعلومات فى تقديم الخدمات اللوجستية بسهولة وبأسعار معقولة لترتيب مرور البضائع.
- الاختصاص فى صناعة الخدمات اللوجستية المحلية (مثل شركات النقل، وسطاء الجمارك).
- القدرة على تتبع وتعقب البضائع.
- تكلفة الخدمات اللوجستية المحلية (النقل المحلى، التخزين، التوزيع).
- المدد الزمنية لوصول البضائع إلى الوجهة النهائية.
- لما سبق، ينبغى العمل على تطوير الخدمات الملاحية فى مصر، عبر اتخاذ الإجراءات التالية:
- دراسة إعادة هيكلة الخدمات البحرية مع تقديم تسهيلات للسفن المتردد على الميناء بهدف تقديم الخدمة لمستخدمى الميناء بكفاءة وسرعة وبأقل تكلفة بمشاركة القطاع الخاص.
- تبسيط الإجراءات الإدارية المقدمة داخل بعض الموانئ وقلّة عدد الجهات التى يتم التعامل معها داخل الميناء.
- توافر خدمات الموانئ والخدمات المعاونة المتعلقة بالسفن والمكونة من المعدات المختلفة المستخدمة فى جمع مراحل شحن وتفريغ السفينة ومرحلة المخازن والمساحات داخل الميناء ومرحلة النقل من وإلى الميناء. كما تستخدم للحكم على أداء الموانئ البحرية، والتي تساعد على تقليل زمن بقاء البضائع/ الحاويات فى الميناء Cargo Dwell Time وزيادة النسبة المتاحة للتشغيل من المعدات المتوافرة فى الميناء، مثل الأوناش وغيرها وخفض التكلفة الإجمالية لمرور البضائع أو الحاويات بالموانئ، وهى تشمل تكاليف الانتظار والتخزين والأرضية والتحميل/ التفريغ. مما يؤدى إلى زيادة معدلات التحميل والتفريغ للبضائع والحاويات إلى ومن السفن.
- تواجد البنية الأساسية للموانئ التى تمكن من ربطها بوسائل النقل الأخرى بالتالى تكون حلقة فى منظومة النقل متعدد الوسائط بما يدعم قدرتها التنافسية بين الموانئ العالميه فى هذا المجال.

- تواجد مجموعات من الكفاءات والمعرفة والتي تكون مجموعات من المجالس الاستشارية وبيوت الخبرة ومخططي البنية الأساسية، والخبراء فى مجال الإدارة والقانون وغيرها، مما يحقق الحرية الكاملة فى اتخاذ القرارات أو الإجراءات والتصرفات اللازمة التى تؤدى إلى حسن الإدارة وتطوير الأداء والقدرة التنافسية مع الموائى الأجنبية.

- مراجعة اجراءات وآليات عمل كل مكون من مكونات سلسلة النقل والتزويد وتحسينه.

- وضع معايير أداء تشغيلية ومؤسسية.

- التوافق مع المتطلبات الإقليمية والدولية والاهتمام بالبعد الإقليمي والدولى فى تحديد معايير عمل كل نشاط من أنشطة مكونات سلسلة النقل والتزويد.

- تطوير وتحسين إجراءات وممارسات أعمال التخليص على البضائع.

- تطوير خدمات النقل واستخدام شاحنات حديثة ومجهزة.

- تدريب كافة العاملين فى مجالات النقل والتوزيع بما فيهم السائقين على مفاهيم النقل المتعدد.

الخاتمة ونتائج الدراسة

حاولنا من خلال دراستنا استيضاح الدور الذي يمكن أن تساهم به صناعة النقل البحرى فى الاقتصاد المصرى، خصوصاً فى ظل المتغيرات المحلية والدولية وعلى رأسها، انتشار ظاهرة تحوية البضائع والنقل متعدد الوسائط وكذلك اتفاقية تحرير الخدمات البحرية واندماج الشركات الملاحية العالمية وغيرها.

أيضاً، يلعب النقل البحرى كما ذكرنا سابقاً دوراً مهماً فى تحقيق التنمية الاقتصادية للشعوب التى تطل على البحار، عبر توفير النقد الأجنبي وزيادة الناتج المحلى وتوفير فرص العمل وتحسين شبكة الطرق والتنمية العمرانية ... وغيره.

لما سبق، فقد آثرنا تقسيم دراستنا إلى فصولٍ ثلاثة: فى الفصل الأول: تناولنا بالدراسة والتحليل ماهية صناعة النقل البحرى وأهميتها فى التجارة الدولية، وذلك بالتركيز على تتبع التطور الحاصل فى النقل البحرى عالمياً وإقليمياً. فضلاً عن التطرق نحو معرفة حجم الأسطول العالمى وملكيته والأثر فى

التجارة الدولية. وانتقلنا بعد ذلك إلى الفصل الثاني من الدراسة: لنبرز ونحلل صناعة النقل البحري في مصر وأثر المتغيرات المحلية والدولية على قطاعنا البحري. وفي الفصل الثالث: عرضنا لأبرز محددات تعزيز كفاءة النقل البحري في مصر، وكذلك معرفة المشكلات التي تواجه تلك الصناعة ومحاولة التغلب عليها.

تأسيساً على ما تقدم، يمكننا استيلاء العديد من النتائج المهمة، يمكن أن نعرض لبعض منها، على النحو التالي:

أولاً: يُمثل قطاع النقل البحري محوراً رئيسياً للنشاط الاقتصادي وركيزة هامة تؤثر في كافة القطاعات الإنتاجية، فأكثر من 90% من تجارة مصر الخارجية تمر من خلاله.

ثانياً: إن الاهتمام بالموانئ المصرية وتطويرها فنياً وتكنولوجياً يجعلها عامل جذب للتجارة العالمية، كما يجعلها أكثر قدرة على المنافسة في سوق النقل البحري.

ثالثاً: يُعتبر تحديث وتطوير الأسطول البحري التجارى المصرى أمر هام لمواكبة التطورات التكنولوجية في هذا الصدد، ويجعله أكثر قدرة ليس فقط على نقل تجارة مصر للعالم، وإنما المساهمة كذلك في نقل التجارة الخارجية للدول الأخرى، وهو ما ينعكس إيجاباً على الاقتصاد المصرى.

رابعاً: يُعانى الاقتصاد المصرى من العديد من المشكلات الاقتصادية، خصوصاً السنوات من 2011 وحتى لحظة كتابتنا لهذه الدراسة، الأمر الذى يتطلب الاهتمام بصناعة النقل البحري، نظراً لدورها المهم في دخول النقد الأجنبي إلى مصر، والذى تعاني البلاد من نقصه حالياً، وكذلك مساهمتها في خلق فرص العمل وتقليل معدلات البطالة.

خامساً: يُعد العنصر البشرى الركيزة الأساسية نحو تطوير أي نشاط اقتصادي، ومنها بالطبع صناعة النقل البحري. لذا فإن الاهتمام به وتدريبه جيداً وتعليمه المستمر سيُسهم بشكل فعال في تعزيز كفاءة تلك الصناعة في مصر.

سادساً: إن التكامل البحرى العربى وزيادة التعاون فى قطاع النقل البحرى، سيُسهم بشكل كبير فى تعزيز تنافسية صناعة النقل البحرى المصرى والعربى على الصعيدين الإقليمى والدولى.

سابعاً: تُعد الخدمات البحرىة عنصراً مهماً فى صناعة النقل البحرى. لذا ينبغى العمل على إنشاء شركات ملاحية حديثة مع تركيز الاهتمام على خدمات النقل الحاويات واستخدام الطرق الحديثة فى التمويل، وعلى رأسها الإيجار التمويلى.

ثامناً: أظهرت الدراسة أهمية القطاع الخاص ودوره الكبير فى صناعة النقل البحرى. إذ أن الاستثمار فى تلك الصناعة يتطلب أموالاً ضخمة قد تعجز عنها الكثير من الحكومات، ولذا ينبغى وضع الاستراتيجيات والتخطيط الجيد لجذب المستثمرين للمساهمة فى هذا القطاع.

تاسعاً: إن أهم ما تتسم به صناعة النقل البحرى حالياً، انتشار السفن ذات الأحجام الكبيرة "سفن الحاويات". لذا ينبغى العمل على امتلاك تلك السفن نظراً لكونها تُدر عائداً أفضل من غيرها.

عاشراً: إن تراجع حجم التجارة العالمية فى السنوات الأخيرة، ينبغى ألا يجعلنا نتباطئ فى تطوير وتحديث قطاع النقل البحرى. إذ تتوقع المؤسسات الاقتصادية الدولية، وعلى رأسها صندوق النقد الدولى ومنظمة التجارة العالمية تحسُّن التجارة الدولية مستقبلاً. لذا يتعين الاستعداد لذلك.

حادى عشر: إن الأنشطة الرئيسة المساعدة لصناعة النقل البحرى، تتمثل فى السفينة والميناء والبضاعة. ولذا ينبغى العمل على تطوير وتحديث تلك الأنشطة.

ثانى عشر: تمتلك مصر عدداً لا بأس به من السفن وصل إلى نحو 152 سفينة عاملة وغير عاملة، وهذا يؤكد إمكانية التطوير والتحديث والتجديد لهذه السفن.

ثالث عشر: تتسم السفن المصرىة بارتفاع متوسط أعمارها، الأمر الذى يضعف من قدرتها على المساهمة فى التجارة الدولية.

رابع عشر: تُمثل الموانئ البحرىة العمود الفقرى للتجارة الخارجىة للدولة، ورغم ذلك فإن الموانئ المصرىة لم تصل بعد إلى المستوى المطلوب. لذا تسعى

الحكومة المصرية مؤخرًا نحو تطوير تلك الموانئ وكذلك زيادة أعدادها من أجل العمل على استيعاب جزء من حركة النقل البحري الدولي.

خامس عشر: هناك العديد من المتغيرات المحلية والدولية التي تؤثر على صناعة النقل البحري، أبرزها: انتشار ظاهرة تحوية البضائع، والنقل متعدد الوسائط، واتفاقية الجاتس، وتزايد العولمة في أنشطة التصنيع و انتشار الصراعات الإقليمية والإرهاب.

سادس عشر: إن قطاع النقل البحري المصري يواجه مشكلات متعددة يأتي على رأسها، مشكلة التمويل، وطول عمر الأسطول التجاري، ضعف كفاءة الخدمات البحرية وعلى رأسها نشاط الشحن والتفريغ وضعف أعمال صيانة وإصلاح السفن وتمويلها.

سابع عشر: لا يمكن تطوير صناعة النقل البحري في مصر دون الاهتمام بالمحاور التالية:

- الموانئ البحرية المصرية.
- الأسطول التجاري المصري.
- تأهيل العناصر البشرية العاملة.
- مواكبة التشريعات المصرية والاتفاقات الدولية.
- تطوير الخدمات البحرية.

قائمة المراجع

أولاً : المراجع باللغة العربية :

1- المراجع والأبحاث المتخصصة:

أحمد مصطفى عمر، إعلام العولمة وتأثيراتها فى المستهلك، سلسلة كتب المستقبل العربى، العدد24، الطبعة الثانية، 2004.

أسامة السيد شندى، نشاط النقل البحرى فى مصر، النشرة الاقتصادية، بنك مصر، السنة الثالثة والأربعون، العدد الثانى، 2000.

استراتيجية تعزيز النقل البحرى المصرى، وزارة النقل، مصر، 2016.

أسعد مبارك حسين ومنجد عباس محمد، دراسة استكشافية لتكاليف الخدمات المينائية لبعض الموانئ العربية، مجلة العلوم الاقتصادية، العدد الثانى، 2015.

اسكوا: اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربى آسيا، آثار الاتفاق بشأن تجارة الخدمات (GATS) على النقل، الأمم المتحدة، نيويورك، 2001.

الأمم المتحدة مجلس التجارة والتنمية، التطورات والاتجاهات الأخيرة فى النقل البحرى الدولى التى تؤثر فى تجارة البلدان النامية، يونيه 2013.

الأونكتاد، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية " استعراض النقل البحرى، 2013.

الأونكتاد: تجميع أجرته أمانة الأونكتاد استناداً إلى بيانات قدمتها Clarkson Container Intelligence Monthly، فى أعداد مختلفة.

الأونكتاد تجميع أجرته أمانة استناداً إلى بيانات قدمتها Clarkson Research Services وأعداد سابقة من استعراض النقل البحرى، 2010، 2011، 2013.

الأونكتاد: النقل متعدد الوسائط والنقل بالحاويات، الأمم المتحدة، نيويورك، 1984.

المنظمة العربية للتنمية الإدارية، فريق من خبراء المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات GATS وعلاقتها بقطاع النقل في الدول العربية، القاهرة، 2005.

الهيئة المصرية لسلامة الملاحة البحرية، مصر .

بنك معلومات قطاع النقل البحري، الرئيسي السيسى يطلق إشارة البدء لمشروع تطوير شرق بورسعيد 28-11-2015، وزارة النقل، مصر، 2015.

ثناء محمود عبد الحميد، دراسة تحليلية لأثر العولمة على مستقبل قطاع النقل البحري المصري، رسالة ماجستير، معهد النقل الدولي واللوجيستيات، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، الإسكندرية، 2005

حامد أحمد حامد حمدي، الآثار الاقتصادية لاتفاقية تحرير التجارة في الخدمات "الجاتس" على مستقبل النقل البحري المصري، رسالة ماجستير، معهد النقل الدولي واللوجيستيات، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، الإسكندرية، 2004.

حسن بحر أحمد إدريس، أثر اتفاقية الجاتس على خدمات النقل البحري المصري، رسالة ماجستير، معهد النقل الدولي واللوجيستيات، الأكاديمية العربية للعلوم والنقل البحري، الإسكندرية، 2005.

د. إبراهيم عبد الله عبد الرؤوف، اقتصاد المعرفة والاستثمار في رأس المال البشري - دراسة تحليلية مقارنة مع التطبيق على مصر، مجلة مصر المعاصر، 2015.

د. أحمد عبد العزيز ود. جاسم زكريا، العولمة الاقتصادية وتأثيراتها على الدول العربية، مجلة الإدارة والاقتصاد، العدد السادس والثمانون، 2011.

د. أحمد عبد المنصف، نحو تطوير صناعة النقل البحري في العالم العربي، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي الإسكوا، 2 ديسمبر، بيروت، 2004.

- د. السيد عبد الجليل، الأسطول البحرى والتحديات المُتقبلة، مجلة الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحرى، المجلد 24، العدد 48، الإسكندرية، مصر.
- د. أيمن النحرواى، الموانئ البحرية العربية، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، 2009.
- د. سمىة بدوى، اقتصاديات النقل البحرى فى العالم، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، مصر، 2005.
- د. سمىة بدوى، اقتصاديات إنشاء وتطوير وتشغيل الموانئ فى ظل المنافسة العالمية، الإسكندرية، مطبعة المعارف، 2000.
- د. شريف محمد على أحمد، أثر النقل البحرى على التجارة الخارجية بمصر، مجلة مصر المعاصرة، مصر، مج 94، عدد 472، 2003.
- د. شريف محمد ماهر عثمان هيكل، إعادة هيكلة التنظيمات الحديثة لمواكبة التغيرات السريعة والمتلاحقة بالموانئ الحديثة، الندوة الدولية الحادية والعشرون للموانئ: البحرية، التحديات وآفاق المستقبل، والأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحرى ومعهد تدريب الموانئ، الإسكندرية، 2008.
- د. صلاح الدين إسماعيل، تسعير خدمات الموانئ البحرية، مركز الخبرات، القاهرة، 2007.
- د. محمد السيد الفقى، تطور قواعد قانون النقل البحرى تحت تأثير استخدام الحاويات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 1، الإسكندرية، مصر، 1992.
- د. محمد على إبراهيم، دور اللوجيستيات فى دعم القدرة التنافسية للموانئ، ملتقى المنظومة الحديثة فى إدارة الموانئ (اللوغيستات - الجمارك - التحكميم)، العقبة، الأردن، 7-9 مارس 2011.

- د. محمد محلام، دور الخدمات الفنية داخل الموانئ البحرية فى منظومة النقل البحرى، المؤتمر الدولى السادس والعشرون للموانئ والنقل البحرى "التكامل من أجل مستقبل أفضل"، 7-9 فبراير 2010، فندق هيلتون جرین، الإسكندرية، مصر، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحرى
- د. محمدى أبو السعود و أ/ مصطفى رشيد، دور الأسطول التجارى المصرى فى نقل التجارة الخارجية المنقولة بحراً، المؤتمر العلمى السنوى العشرون، صناعة الخدمات فى الوطن العربى - رؤية مستقبلية، كلية التجارة جامعة المنصورة، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 20/22 أبريل، 2004.
- د. محمود زنبوغة، أثر تفعيل النقل متعدد الوسائط فى تنمية التجارة البنية العربية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22- العدد الثانى - 2006.
- د. منير هندی، الفكر الحديث فى هيكل تمويل الشركات، منشأة دار المعارف، مصر، 2005.
- د. حمادة فريد منصور، مقدمة فى اقتصاديات النقل، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، مصر، 1998.
- د. شريف محمد على، أثر النقل البحرى على التجارة الخارجية بمصر، مجلة مصر المعاصرة، عدد 472، القاهرة، مصر، 2003.
- د. محمد محرم، دور الخدمات الفنية داخل الموانئ البحرية فى منظومة النقل البحرى المصرى، المؤتمر الدولى السادس والعشرون للموانئ والنقل البحرى "التكامل من أجل مستقبل أفضل"، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحرى، خلال الفترة من 7-10 فبراير 2010.
- رصاص حياة، أثر التطورات العالمية الراهنة على صناعة النقل البحرى العربى ومدى التكيف معها، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، جامعة وهران، الجزائر، 2012/2013.

- سهام منير سليم، تقييم سياسة الانفتاح الاقتصادى فى مصر، المؤتمر العلمى السنوى الثانى (الانفتاح الاقتصادى بين الإنتاج والاستهلاك)، مصر، 1982.
- طه شلبي، النقل البحرى وأثره على التجارة الخارجية لمصر، مجلة إدارة الأعمال مصر، العدد 98، 2002
- على محمد عدة، أثر تحرير خدمات النقل البحرى الدولى على الكفاءة الاقتصادية للموانئ السورية (بالتطبيق على مينائى اللاذقية وطرطوس) المجلة العلمية للبحوث والدراسات التجارية، مصر، عدد1، 2011.
- قطاع النقل البحرى المصرى ، دراسة بعنوان تنمية الأسطول التجارى البحرى الوطنى فى ظل التطور التكنولوجى لصناعة النقل البحرى وخدمات التجارة البحرية فى منظومة النقل الدولى، نوفمبر 2000.
- قطاع النقل البحرى، دراسة بعنوان، تنمية الكوادر البشرية لخدمات النقل البحرى وخلق الكفاءات والمهارات لمواجهة الاحتياجات وسوق العمل على المستوى الدولى والإقليمى، أغسطس 2004.
- قطاع النقل البحرى، وتعزيز محور العمالة البحرية، وزارة النقل، مصر، 2016.
- قطاع النقل البحرى، وتنمية الموارد البشرية لرفع الأداء بميناء الإسكندرية، أغسطس 2004.
- محمد على صادق البتانونى، أهمية تحديث الأسطول المصرى التجارى مع إشارة خاصة لسفن الخطوط المنتظمة، رسالة مقدمة للأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحرى لنيل درجة الماجستير، الإسكندرية، مصر، 2001.
- محمد عوض خليفة، نظرة مرجعية شاملة على الاتجاهات الحديثة للنقل بالحاويات وإنشاء الموانئ المحورية لتدوالها، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، علوم البحار، مجلد20، 2009م/1430هـ .

مختار السويفى، سفن الخطوط المنتظمة - أنواعها ومواصفاتها ودورها فى عمليات التصدير والاستيراد، مجلة إدارة الأعمال، مصر، العدد 54، 1991.

مركز الاستشارات والبحوث، قطاع النقل البحرى، مصر، 2016.

مركز البحوث والاستشارات لقطاع النقل البحرى، من واقع وتحليلات الدراسات التى أجريت فى مجال تطوير الأسطول المصرى، خلال الفترة من 1982 وحتى 2007.

مركز البحوث والاستشارات لقطاع النقل البحرى، أكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا، 2000.

مركز البحوث والاستشارات لقطاع النقل البحرى، التقرير السنوى للتجارة الخارجية المصرية، أعداد متفرقة.

مركز البحوث والاستشارات لقطاع النقل البحرى، الدراسات التى أجريت فى مجال تطوير الأسطول المصرى، خلال الفترة من 1982 - 2007، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا، الإسكندرية، مصر.

مركز البحوث والاستشارات لقطاع النقل البحرى، وزارة النقل فى مصر، نمو حركة التجارة المصرية من خلال النقل بالحاويات وأثر ذلك على ازدياد الطلب على النقل على سفن الحاويات، يناير 2000.

مركز البحوث والاستشارات، دراسة بعنوان تنمية الأسطول التجارى البحرى الوطنى فى ظل التطور التكنولوجى لصناعة النقل البحرى وخدمات التجارة البحرية فى منظومة النقل الدولى، أكاديمية النقل البحرى، 2000.

مركز الدراسات والبحوث بغرفة الشرقية، النقل البحرى فى إطار منظمة التجارة العالمية، السعودية، أكتوبر 2009.

مروة صلاح الدين فهمى، الاختيارات المثلى لتنمية قطاع النقل البحرى فى مصر، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد، جامعة القاهرة، مصر.

معتز عبد المعبود، بورصة الموانئ، مجلة الموانئ العربية، عدد 1 ، أبريل 2008.

هشام محمود بدوى، رؤية مستقبلية للنقل البحرى المصرى فى ضوء اتفاقية تحرير تجارة الخدمات Gats، رسالة ماجستير، معهد النقل الدولى واللوجيستيات، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحرى، الإسكندرية، 2006.

وفاء شطا، الأسطول البحرى التجارى، مجلة هيئة ميناء دمياط، العدد الرابع عشر، 2015.

2- أبحاث الشبكة الدولية للمعلومات (الانترنت) ومواقع الانترنت:

أ. خونى رايح وأ. حسانى رقية، واقعى وأفاق التمويل التأجيرى فى الجزائر وأهميته كبديل تمويلى لقطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الملتقى الدولى متطلبات تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة فى الدول العربية، 17-18 أبريل 2006، الجزائر. على الرابط التالى:

www.microfinancinggateway.org.

آفاق الاقتصاد العالمى، أكتوبر 2015. على الرابط التالى:
<https://www.imf.org/external/arabic/pubs/ft/weo/2015/02/pdf/texta.pdf>

الترسانة البحرية فى الإسكندرية، على الرابط التالى:
www.alexyard.com.eg

الدراسات التى أجريت على الموانئ المصرية. على الرابط:
www.MTS.gov.eg

المنظمة البحرية الدولية، على الرابط التالى:
www.imo.org/en/pages/Default.aspx

الهيئة المصرية لسلامة الملاحة البحرية وإحصاءاتها، على الرابط التالى:
www.eams.gov.eg

- الوكالة الدوائية لسلامة البحرية، على الرابط التالي:
www.emsa.europ.eu/
- د. أحمد عبد المنصف و أ/ عبد الله فهميم، نحو تطوير صناعة النقل البحري في العالم العربي، معهد النقل الدولي واللوجيستيات، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، بيروت، لبنان، 2004، ص4. على الرابط التالي:
www.arabfcs.org/db/bin/doc-doc-pdf-51.pdf.
- د. محمد محرم، دور الخدمة الفنية داخل الموانئ البحرية في منظومة النقل البحري المصري، مقال منشور بمجلة انترناشيونال ريفيو، على موقعها على الإنترنت على الرابط التالي:-
www.inter-review.com/Magazin-show-637-ar.html.
- د. منجد عباس محمد على، التحديات التي تواجه قطاع النقل البحري على المستوى العالمي والمحلي، جامعة البحر الأحمر، 2016. على الرابط التالي:
Munjedabbas.blogspot.com/2015/05/blog-post-2.htm
- غرفة ملاحية الإسكندرية محاضر اجتماعات لجان التوكيلات الملاحية - الشحن والتفريغ، ، 2007، على الرابط التالي: www.inter-review.com .
- فهد اليقمني، ارتفاع حدة المنافسة في سوق النقل البحري يدفع الشركات الصغيرة نحو الاندماج في ظل التحديات، مقال بجريدة الشرق الأوسط، 25 صفر 1436هـ الموافق 17 ديسمبر 2014، على الرابط التالي:
aawsat.com/home/article/
- قطاع النقل البحري المصري الدراسة التي أجراها ، بعنوان تحديد الحجم الأمثل لوحدات الأسطول الوطني لنقل البضائع، سبتمبر 1985. على الرابط التالي:
www.mts.gov.eg
- محمد عبد المنعم، ترحيب واسع بالاتجاه لرفع العمر الافتراضي لسفن البضائع المصرية، مقال منشور بجريدة المال، 12 مايو 2013. على الرابط التالي:
www.almalnews.com

مركز البحوث والاستشارات لقطاع النقل البحرى، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا، تنمية الأسطول التجارى البحرى الوطنى فى ظل التطور التكنولوجى لصناعة النقل البحرى وخدمات التجارة البحرية فى منظومة النقل الدولى، نوفمبر 2000. على الرابط التالى: www.embdb.gov.eg

وزارة النقل المصرية. إحصاءات قطاع النقل البحرى المصرى، على الرابط التالى: www.mts.gov.eg/ar/content/

وزارة النقل المصرية، قطاع النقل البحرى. الرابط التالى: www.Mts.gov.eg.
3- مؤتمرات وندوات:

د. وحيد عبد اللطيف شاهين، نحو مستقبل تمويل أفضل فى النقل البحرى مع دراسة حالة شركتى ايفرجرين ويومينج، المؤتمر الدولى السادس والعشرون للموانئ والنقل البحرى "التكامل من أجل مستقبل أفضل"، 7-9 فبراير، 2010.

د. محمدى أبو السعود و أ/ مصطفى رشيد، دور الأسطول التجارى المصرى فى نقل التجارة الخارجية المنقولة بحراً، المؤتمر العلمى السنوى العشرون (صناعة الخدمات فى الوطن العربى) رؤية مستقبلية، جامعة الدول العربية، القاهرة 2-22 أبريل 2004.

د. عصام الدين بدوى، التحديات التى تواجه النقل البحرى المصرى، ندوة الجمعية البحرية المصرية، شهر فبراير، الإسكندرية، 2004.
مؤتمر العمالة البحرية بين التشريع والتفعيل (رعاية وحماية وتشغيل، 13 فبراير 2013، الأكاديمية البحرية، الإسكندرية، مصر.

معين الزغبى، تعزيز القدرة التنافسية فى الموانئ البحرية العربية - تطوير الموانئ والخدمات اللوجيستية، ملتقى المنظومة الحديثة فى إدارة الموانئ (اللوجيستيات - الجمارك - التحكيم)، العقبة - الأردن، 7-9 مارس 2011.

4- تقارير واحصاءات وبيانات :

اتحاد الموانئ البحرية العربية، موانئ مصر البحرية، على الرابط

التالى: www.aspf.org.eg

إحصاءات قطاع النقل البحرى المصرى، وزارة النقل المصرية. على الرابط

التالى: www.emdb.gov.eg

إحصاءات قطاع النقل البحرى، وزارة النقل، مصر، 2015، على الرابط التالى:

www.MTS.gov.eg

الأمم المتحدة: تقارير لجنة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، ، تقارير 2012،

2013. على الرابط التالى: UNCTad.org/en/pages/Home.aspx

التقارير الصادرة عن الأمم المتحدة بشأن صناعة النقل البحرى وهيكلها.

www.un.org/ar/

أمانة الأونكتاد تجميع أجرته، استناداً إلى بيانات قدمتها البلدان المبلغة وإلى

بيانات مستمدة من مصادر حكومية ومصادر صناعة الموانئ ذات الصلة

ومصادر متخصصة. وقدرات الأرقام استناداً إلى بيانات أولية أو إلى آخر

سنة توافرت بيانات عنها، على الرابط التالى:

Uncted.org/en/publications library/rmt2013-ar.pdf

تقارير الأونكتاد، على الرابط التالى:

UNCTAD.org/en/pages/home.aspx

تقارير المركز الإقليمى للدراسات الاستراتيجية، على الرابط التالى:

www.rcssmideast.org

تقرير النقل البحرى الدولى ، 2013.

دليل الموانئ البحرية وأهميتها، بنك المعلومات البحرى، مصر 2015.

قاعده بيانات قطاع النقل البحرى، وزارة النقل المصرية على الرابط التالى:

www.MTS.gov.eg

قائمة الموانئ مصر البحرية وأهميتها، على الرابط التالى: وكذلك،

<https://ar.wikipedia.org/>

مفاوضات اتفاق التجارة فى الخدمات والنقل البحرى على الرابط التالى:
www.wto.org.

هيئات الموانئ المصرية، قطاع النقل البحرى، وزارة النقل، 2015.

5- مجلات ومقالات:

مجلة الشحن البحرى، مجلة متخصصة فى النقل البحرى فى المنطقة العربية،
على الرابط التالى:-www.inter-review.com/Magazine-show-260-ar.html.

مجلة ميناء دمياط، العدد السابع عشر، العام السادس، 2016. على الرابط
التالى: www.dpa.gov.eg.

مقال بعنوان، توقيع الاتفاقية النهائية لدمج "فيلا" مع النقل البحرى لتكون رابع
أكبر شركة نقل بحرى فى العالم، جريدة الخبر، على الرابط التالى:
www.alkhobartimes.com

مقال بعنوان، المصاعب والمشاكل التى تواجه صناعة النقل البحرى العربى
ومقترحات الحل، مجلة انترناشيونال ريفيو، على الرابط التالى: www.inter-renew.com/magazine-show-htm

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية:

Amy Belasco, The Cost of Iraq, Afghanistan, and other Global war on Terror Operations Science 9/11, congressional research services, December 8, 2014. Available at: [https:// www.fas.org/sgp/crs/pdf](https://www.fas.org/sgp/crs/pdf).

Andrew Forbes, the strategic importance seaborne trade and shipping, paper's in Australian Mari Time Affairs, Australia, 2002, p.p35:40. Available at: <https://www.navy.gov.au>.

Australian Shipowners Association. The economic contribution of the Australian Maritime industry, February, 2015, pp. Available at: www.pwc.com.au.

Barsan E., Surugiu F. and Dragomir C., Factors of Human Resources Competitiveness in Maritime

Transport, international Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation, volume 6 - Number1, March 2012, PP. 89 : 90.

Based on Drewry Shipping Consultants, Container Market Annual Review and Forecast 2008/2009, and Clarkson Research Services, Container Intelligence Monthly, Various Issues.

Bernhofen DM, El-sahliz and Kneller R, Estima – Ting the effects of the Container Revolution on world Trade, Center for Economic Studies and ifo institute for economic Research, 2013.

Brian J. CuDahy, The Containers ship Revolution, Transportations Research Board of the international Academies, Washing ton, September – October 2006.

Charles W. Mitchell, impact of the Expansion of the panama canal: An Engineering Analysis, A thesis to the faculty of the University of Delaware in partial fulfillment of the requirements for the degree of master of civil engineering, 2011. <http://www.could.edu>.

Chialin Sien and Georges S. Akpan, Liberization of Maritime Trans port Services: Directions and options For Asia, National University of Singapore, pp. 18: 20. Available at: [Siteresources.worldbank.org/intarnett Rade/resources/ Maritime.pdf](http://Siteresources.worldbank.org/intarnettRade/resources/Maritime.pdf).

Common Wealth Business Council, Africa infrastructure investment Report, ISBN978-0-9570432-6-8, London, March, 2013.

Daniel M. Bernhofen and Zouheir Elsahi and Richard Kneller, Estimating the effects of the container revolution on world trade, school of international service, American university, 2014, Available at: www.american.edu/cas/economics/news/upload/Bernhofen-paper.pdf.

Danish shipping statistics, May 2015, available at: <http://www.shipowner.dk/en/presse/nyheder/skibsfarten-i-tal-May-2015/>

David Widdowson and Stephen Holloway, Maritime Transport Security Regulation: Policies, ProBABILITIES and Practicalities, World Customs journal, OECD, 2009, PP. Available at: www.WorldCustomsjournal.org.

Duval Y and C Utoktham (2011). Trade facilitation in Asia and the Pacific: which policies and measures affect trade costs the most? Staff working paper. United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific. Bangkok, Available at: <http://unescap.org/tid/publication/swp111.pdf> (accessed 4 April 2013).

Eric Heyman, Container shipping – over capacity inevitable despite increasing demand, Deutsche Bank Research, Germany, April 25, 2006. Available at: www.dbresearch.com.

Fredric H. Harison, Human Resources as The Wellth of Nations, investment in Human Capital, American Economic Review 51, March 1961.

Gordon Wilmsmeier, Jan Hoffman and Ricardo J. Sanchez, the impact of port characteristics on international Maritime transport Costs, Research in Transportation Economics, volume 16, 2006. Available at: 202.114.89.60/resources/pdf/2093.pdf.

Group of 30 working group, long-term finance and Economic Growth, ISBN 1-56708-160-6. Group of Thirty, Washington D.C, 2013.

H.G Broad man, GATS "Uruguay Round Accord on international trade and investment in services, world economy, Vol. 17, N3, May 1994.

IMO, Port Stat Control– An Update on imo's work in 2003, available at: www.imo.org.

- International Maritime Organisation "imo":**
International Convention on Standards of Training, Certification and Watch Keeping For Seafares "Stcw", a doption: 7July1978, Entry into Force: 28 April 1984, Mator revisions in 1995 and 2010. Available at:- www.imo.org.
- International transport forum,** transport Outlook, Seamless transport for Greener Growth, OECD, 2012, available at: www.Internationaltransportforum.Org/pub/12OutLook.Pdf.
- Irina Harris and Yingli Wang and Haiyang Wang** ict in Multimodal transport and technological trend: Unleaching potential for the future, int.J.Produ.Ction Economics 159, 2015 available at: www.sciencedirect.com/science/article/pii/S095527314002837.
- James J. Corbett and James Winebrake,** the impact of Globalization on international maritime transport Activity, Global Forum on transport and Environment in Globalising World 10-12 November 2008, Guadalajara, Mexico, 2008 .
- Jan Hoffman, Patricia isa and Gabriel Pere Z,** Trade and Maritime Transport between Africa and South America, United Nations public=cations, March 2001. Available at: repositrio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6376/S01030289-en.Pdf?
- Jane Korink and Patricia Sourdin,** Maritime Transport Costs and Their impact on Trade, OECD Working Paper, August 2009.
- Jean Paul Rodrigue,** Transportation, Globalization and international Trade, New York, U.S.A, 2013. Available at: <https://people.hofstra.edu/geotrans/eng/ch5en/html>.

- Kalid Nazery**, "To Lease or not to Lease", Ijara as available ship, Financing Structure, Marine Money Asia, Edition Volume3, issue14 July 03, 2008.
- Khalid, Nezery**, (2008). "Shopping For Ships: Ships Financing In Malaysia.
- Kia M., Shayan E. and Ghotb F.**, The importance operations, international journal of physical Distributions & Logistics Management, Vol. 30 No. 3/4, 2000, PP. 33:335. Available at: web.itu.edu.tr/opimizasyon/cem.Pdf.
- Lloyd's List intelligence**, available at: www.lloydslistintelligence.com/lint/index.html.
- Maria Prandeka**, The Greek Maritime Trans port industry and its influence on The Greek economy, Eurobank Research, May 2014. Available at: www.eurobank.Gr/upload/Reports/Economy Markets -Wp May 2014.pdf.
- Martin Associates**, the local and regional economic impacts of the port of port land, March 2012. Available at: [https://www.portofportland.com/pdf pop/ trade - trans-studies-econmc-impact-2011.pdf](https://www.portofportland.com/pdf/pop/trade-trans-studies-econmc-impact-2011.pdf).
- Mary R. Brooks**, Liberalization in Maritime Trans port, international Transport Forum, OECD, Paris 2009. Available at: www.international Transport forum.org/pub/pdf/09fpo2.pdf
- Michel Audige**, Maritime Transport serving west and central African countries: trends and Issues, the worldbank and economic commission for Africa, August 1995,.www.ssatp.org.
- Mohammed A. Ali**, Globalization and industrial Relations of China, India, And South Korea: An Argument for diver Gence, University of Rhodeisl and, 20051. Available: www.Uri.edu/research/irc/papers/Ali Globalization.pdf.

- Monzel Jurgen**, The impact of the Economic and Financial Downturn on The Availability of Shipping Finance Options, international Transport Finance Consultant, Germany, 2009.
- OECD**, Competition in ports and port Services, structural Separation Report, 2011. Available at: www.Oecd.org/regreform/Sector/48837794.pdf.
- OECD**, Economic Conse Queneces of terrorism, 2002, pp. 117:120. Available at: www.ledevoir.com.
- OECD**, Integration and Competition between Transport and Logistics Businesses, Trans port Research Centre Round table, 5-6 February 2009, itf, 2009, Available at: www.internationaltransportforum.org.
- Oxford economics**, the economics impact of the UK Maritime Services Sector: Ports, A report for maritime UK. February 2013, pp. 5:10. Available at: <http://www.ukchamberofshipping.com>.
- Oxford economies**, The economic impact of The Uk Maritime Services Sector, May 2015. Available at: [www. British ports.org.uk/system/files,/do couments/combined-The-economic-impact-of-The-Uk-Maritime-Services-Sector.pdf](http://www.Britishports.org.uk/system/files/documents/combined-The-economic-impact-of-The-Uk-Maritime-Services-Sector.pdf).
- Robert C. Shellburne**, The Global financial Crisis and its impact on Trade: the world and the European Emerging Economies, United Nations economic Commission For Europe, Geneva, Switzerland, September 2010. Available at: [https://www. Unece.org/fileadmin/DAM/oes/disc-papers/ ECE-DP - 2010 - 2.pdf](https://www.Unece.org/fileadmin/DAM/oes/disc-papers/ECE-DP-2010-2.pdf).
- Swedish Maritime Administration**, Trade Facilitation and Maritime Transport: The Development Agenda, November 2009. Available at: www.Kommers.se
- Thomas Wakeman and Michael Bomba**, Maritime Freight Transportation, National Economic Recovery, and Global Sustainability, Globalisation and

Transportation Journal, The news 269-July-August2010. Available at:- on Line pubs-Trbs.Trb.org/onlinepubs/Trnews/ Trnews269Marin Freight trans. Pdf.

Transport and Logistics, The economist, available at: www.economist.com

Unacted, Development of multi modal transport and logistics services, Geneva, 2003, pp. 6:7.

Unacted, Review of Maritime Transport, 2013, available at: Unctad.org/en/rmt2013/en-pdf.

UNCTAD Trade and Development Report 2014. Forecast.

UNCTAD, Development of Multimodal Transport and Logis-Tics, Report by The UNCTAD Secretariat, Geneva, 24-62 September 2003, P.P4:6. Available at: unctad.org/en/docs/c3em20d_en.Pdf.

UNCTAD, Review of Maritime Transport 2012.

UNCTAD, Review of Maritime transport 2014, united Nations, New York and Geneva, 2014. Available at: UNCTAD.org/en/publications library/rmt 2014-en.pdf.

UNCTED, Review of Maritime Transport, 2013.

United Nations Conference on Trade and Development, Recent development "UncCTAD", Review of Maritime transport, 2014. Available at: UnCtad.org/en/publications=library/rmt 2014-en.pdf.

United Nations Conference on Trade and development, Review of Maritime Transport, 2014.

United Nations, United Nations Conventions on international Multi Modal Transport of goods.

Victor Asal. V Hastings, "When Terrorism and Violence, Vol. 27, No. 4, August 2015.

William Coyle and Nicole Ballenger, Technological Changes in The Transportation Sector-effects on U.S Food and Agricultural Trade – A proceedings, United States, Department of Agriculture, Miscellaneous

Publication, Number 1566. Available at:
www.ers.usda.gov/media/920943/MP1566.pdf.

World Economic Forum, Global Risks 2015 10th Edition, Strategic partner of the Global Risks 2015 report, Geneva, 2015, pp. 3:6. Available at:
www.weforum.org/risks.

World shipping Council, 2013, available at:
www.worldshipping.org.

World Trade Organization, global growth 2015-2016.
Available at: <https://www.Wto.org>.

Zamroni Salim, Foreign Direct investment in Indonesia's Maritime Sector, The economic Research Center, The Indonesian institute of sciences, Jakarta, September9, 2015, PP9:14. Available at:
Asiapacific.anu.edu.au/blogs/indonesiaproject/files/2015/Maritime-Sector.Pdf.

الدور الاقتصادي للمواني البحرية المصرية

الدكتور

سلامة عبد الرحيم عوض عيسى
المدرس بالمعهد العالى للعلوم الإدارية المتقدمة
والحاسبات بالبحيرة التابع لوزارة التعليم العالى

تمهيد:

يرتبط النقل بجميع الأنشطة التي يمارسها الإنسان، ولهذا يعود النقل البحري لبداية تاريخ الحضارة الإنسانية، وأن المصريين القدماء هم أول من ارتاد البحار، وتلاههم الفينيقيون والاعريق والرومان حتى الوضع الراهن⁽¹⁾. وتمتد سواحل مصر لأكثر من ألفي كيلو متر، وتطل على بحرين هما البحر الأبيض المتوسط والبحر الأحمر، بالإضافة إلى قناة السويس كأهم شريان ملاحى عالمى يربط الشرق بالغرب⁽²⁾.

ولما كانت البحار تغطي ثلاث أخماس العالم، فإن النقل البحري يلعب دوراً هاماً، نظراً لتزايد البضائع التي تنقل بواسطته، بالمقارنة بوسائل النقل الأخرى، سواء كانت أرضية أو جوية، والتي تقدر بخمسمائة مليار دولار سنوياً⁽³⁾. وأن الاسطول البحري العالمى يضم 89464 سفينة، وينقل نحو 1,75مليار طن من البضائع خلال العام، ويستحوذ النقل البحري على 80% من حجم التجارة العالمية و70% من حيث القيمة⁽⁴⁾.

ويعد النقل البحري أهم الدعائم الأساسية للاقتصاد المصرى، وهو يلعب دوراً رئيسياً في تجارة مصر، وأن حجم البضائع المنقولة عبر الموانى البحرية المصرية (صادرات، وواردات) بلغت 133 مليون طن عن عام 2015، ويساهم في نقل 90% من منتجات مصر مع دول العالم عبر الموانى المصرية⁽⁵⁾.

(1) mawdoo3.com.

(2) www.emdb.gov.eg/ar/content114.

(3) cms.shorouknews.com/news/view.aspx?cdate270920168&id=cb45aL29669.

(4) alraj.com/article/743278.html.

(5) cms.shorouknews.com/news/view.aspx?cdate270920168&id=cb45aL29669.

أهمية البحث:

والمواني البحرية أهم الركائز الأساسية للمنظومة البحرية، ولذلك لعبت دوراً تاريخياً وسياسياً وحربياً، بجانب دورها الأبرز في النشاط الاقتصادي، مما جعلها مركزاً صناعياً وتجارياً⁽¹⁾، حيث أن مصر تمتلك (15) ميناء تجارى، ولديها (177) رصيف خاص بالميناء التجارى، ويبلغ أطوال الأرصفة (34) كيلو متر، و(42) ميناء تخصصية، و(6) محطات حاويات⁽²⁾. ولديها (171) سفينة حتى عام 2017⁽³⁾.

وتؤدى المواني البحرية دوراً رئيسياً وهاماً في تسهيل حركة نقل البضائع، وفي تخفيض أسعار نقلها⁽⁴⁾. ودفع حركة تطوير النظام العالمى للوجستيات، وفي الآونة الأخيرة ظهرت أهمية الحاويات والمواني الخاصة بها، وسفن الحاويات، كحلقة رئيسية في سلسلة الامدادات العالمية الخاصة بنقل السلع عالية القيمة، والبضائع التى يتطلب سرعة في نقلها. وانطلاقاً من هذا الأساس، فإن المواني البحرية يجب أن تقدم للشاحنين خدمة أفضل، وسرعة في الأداء، وأن تسلم البضائع إلى أسواقها النهائية. وبالتالي فإن المواني تقوم بمهام أساسية في تنظيم نقل البضائع والتجارة الدولية⁽⁵⁾.

(1) د. صفاء حافظ عبد الفتاح، المواني والثغور المصرية من الفتح الإسلامى حتى نهاية العصر الفاطمى، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2010، ص 13.

(2) من أهم المواني المصرية القديمة التى لعبت دوراً اقتصادياً، وتقع على ساحل بحر الروم (البحر الأبيض المتوسط)، وهى (الفرما) و(تنيس)، ودمياط. وهناك مواني أخرى تقع في الشمال الغربى، وهى ميناء رشيد والاسكندرية. وكان لمصر ثلاث موانع تقع على ساحل بحر القلزم (البحر الأحمر)، وهى ميناء القلزم، والتي زادت أهميتها بعد الفتح الإسلامى لمصر، ميناء القصير وعيذاب.

- د. صفاء حافظ عبد الفتاح، المواني والثغور المصرية من الفتح الإسلامى حتى نهاية العصر الفاطمى، مرجع سابق، ص 14-25.

(3) <https://www.facebook.com/alnglaibhry/posts222000644554925>.

(4) د. أحمد عبد المنصف محمود، اقتصاديات وسياسات النقل البحرى، مؤسسة رؤية، الاسكندرية، الطبعة الثانية، 2009، ص 12.

(5) تعتبر ميناء الاسكندرية، الأكبر من بين المواني البحرية المصرية، حيث تنقل 60% من تجارة مصر الخارجية. وتعد ميناء شرق بورسعيد وميناء دمياط من أكبر مواني الحاويات في مصر. وتعد ميناء بورسعيد من أكبر المواني البحرية المصرية في عدد الحاويات المتداولة. وحيث استخدمت في تداول 59,3% من إجمالى الحاويات المتداولة في المواني المصرية. وتلعب ميناء

مشكلة البحث:

شهد قطاع النقل البحري تطوراً هائلاً في تكنولوجيا صناعة السفن، مما جعلها أهم وسائل النقل بالنسبة للتجارة العالمية، حيث أن النقل البحري يساهم في نقل الجزء الأكبر منها⁽¹⁾. وتقوم الموانئ البحرية بدور هام وفعال في سلسلة النقل البحري، حيث أنها تمثل حلقة الوصل بين النقل البري والبحري. وكى تزدهر التجارة العالمية لا بد وأن تتطور الموانئ البحرية، لتواكب التطورات التكنولوجية الحاصلة في صناعة السفن ووسائل النقل وتداول البضائع، وهذا التطور أثر على صناعة النقل البحري بصفة عامة والموانئ البحرية بصفة خاصة، وإستحدثت إدارات جديدة بالموانئ مثل إدارة اللوجستيات، وغيرها من الإدارات التى تساهم في رفع كفاءة وإنتاجية الموانئ.

ويقاس أداء الميناء البحري بمجموعة من مؤشرات الأداء مثل الإنجاز والخدمة والإستخدام والإنتاج، حيث أنه يمكن عن طريق هذه المؤشرات تحسين معدل الأداء ورفع كفاءة الميناء. ومع التطور في تداول البضائع والزيادة الهائلة في استخدام الحاويات، نتيجة تطور صناعة سفن الحاويات، كان لا بد من تطور أرفصة الموانئ واعدادها لإستقبال مثل هذه السفن واستخدام المعدات الخاصة بتداول الحاويات وساحات التخزين والتتسيق وتسهيل اجراءات الفحص الجمركى، وغير ذلك من الإجراءات الإدارية.

وتعتبر الطريقة السائدة في إدارة الموانئ البحرية من أهم المشكلات التى تواجهها، لأن معظم الموانئ البحرية للدول النامية تقوم الحكومات بإدراتها والالتزامات بكافة متطلباتها، والاجراءات الصارمة، بالإضافة إلى مركزية إتخاذ

السويس البحري دوراً هاماً في عمليات مناولة البضائع، ومرور السفن عبر قناة السويس. وتقدم الموانئ الجافة وسيلة إضافية لسد الفجوة بين الطاقة الاستيعابية المتوقعة للميناء والطلب المتوقع نتيجة للزيادة المتوقعة والتي تصل إلى نسبة 4,8% في حجم الواردات والصادرات خلال السنوات القادمة.

(1) <https://www.facebook.com/ateferve/584847969791>.

القرارات. وعلاوة على ذلك، فإن معظم المواني البحرية في الدول النامية لديها أهداف أخرى مثل زيادة معدل الربح، وزيادة معدل التوظيف. ومعظم هذه المواني تحتاج إلى نظام تسويقي يمكنها من تحديد متطلبات الشاحنين، وتساعدهم في سرعة أداء العقود وتسليم البضائع المتعاقد عليها، والأداء الجيد للنقل في وقت أقل وسرعة، وسهولة الحصول على المعلومات عن الشحنة وتوصيل البضائع إلى أسواقها النهائية في ظل استخدام أجهزة الكمبيوتر في تداول المعلومات وأثر ذلك على إدارة الميناء البحري، طالما أن إدارة نظم معلومات الميناء هي المؤشر على كفاءة وقدرة الميناء البحري على التنافس مع المواني الأخرى.

أهداف البحث:

يتعاطف دور المواني البحرية في تطوير التجارة الخارجية، نظراً للدور الهام الذي تقوم به في تسهيل حركة نقل البضائع، وفي تخفيض أسعار نقلها، وبالتطبيق على حالة مصر من حيث الوصول إلى النتائج المترتبة على حل المشاكل التي تواجه تطوير إدارة المواني المصرية، مما يؤدي إلى جذب الاستثمارات إليها، وزيادة معدلات التجارة الخارجية لمصر. ويمكن لنا أن نطرح عدة أهداف منها:

أولاً: العمل على رفع كفاءة المواني المصرية والخدمات المقدمة للسفن كالخدمات الملاحية والتموين بالوقود لجذب خدمات الترانزيت.

ثانياً: زيادة الإيرادات عن طريق زيادة معدلات الانتاجية، وادخال خدمات جديدة والتوسع في الخدمات الملاحية القائمة.

ثالثاً: ضخ الاستثمارات الجديدة في المواني البحرية، والتي تتمثل في تحديث المعدات والتجهيزات وادخال معدات وتجهيزات جديدة، وتعميق الأرصفة، وذلك لاستقبال الجيل الحديث من السفن، وما يتوقع من إنتاجية السفن العملاقة خلال السنوات القادمة.

رابعاً: تنمية الصادرات الصناعية الوطنية داخل الموانئ البحرية المصرية عن طريق:

1- رفع معدلات الأداء لعمليات المناولة باستخدام أحدث الآلات والمعدات، واستخدام شبكة متكاملة من أنظمة الحاسب الآلي، والتي تربط القطاعات العاملة وذات العلاقة، مما يوفر خدمات متعددة واجراءات ميسرة، وبتكلفة أقل من الموانئ المحيطة بالموانئ المصرية.

2- خفض أجور الشحن وتقديم خدمات جيدة وميسرة لاستقطاب المزيد من الخطوط الملاحية الجديدة، وزيادة اعداد السفن بالموانئ المصرية.

3- ملائمة الالتزامات التعاقدية لمتطلبات المرحلة المقبلة، وخاصة فيما يتعلق بأداء جميع التجهيزات والمعدات، ومطابقتها للمواصفات المحدودة بالعقود بما يكفل لها مستوى أداء متميز خلال سنوات العقد.

4- الارتقاء بمستوى الخدمات التي تقدمها الشركات المتخصصة، والتي تم اسناد العقود إليها للخطوط الملاحية بعد دراسة واقعية للسواق العالمية والموانئ البحرية المحيطة بالموانئ المصرية، بما تقدمه لهذه الخطوط العالمية، وذلك لاستقطاب هذه الخطوط، وتقديم الخدمات الأفضل، وأن تتناسب مع الأهداف المرجوة، وتفعيل دور الموانئ البحرية داخل مصر وخارجها عن طريق اصدار كتيبات ونشرات ومجلات تشمل جميع المتطلبات الخاصة بالإدارات الحكومية، وتخصيص أماكن على الانترنت ونشرها للمستفيدين من خدمات الموانئ.

5- فتح آفاق جديدة لتنمية القطاعات الاقتصادية الأخرى في مصر كالبنوك والتأمين والخدمات المساندة والاتصالات وغيرها.

6- توفير فرص عمل جديدة للأيدى العاملة المصرية، وذلك وفقاً للبرنامج الخاص باحلال العمالة المصرية بالعقود المتخصصة بالنسب المئوية المحددة مع الشركات، والالتزام بها طوال فترة العقد المبرم مع الشركة.

نطاق البحث:

في ضوء ما تقدم، فإننا نقسم هذا البحث إلى مبحثين وخاتمة على النحو الآتي:

المبحث الأول: الميناء البحري ودورها في التنمية الاقتصادية.

المبحث الثاني: علاقة الموانئ البحرية بالتجارة الخارجية.

المبحث الأول

الميناء البحري ودورها في التنمية الاقتصادية

تمهيد:

يعتبر النقل البحري من الركائز الأساسية للنمو الاقتصادي في مصر، ويعزز ذلك موقعها الجغرافي المميز، والمرتبط ببنية تحتية واسعة باعتبارها محور لوجستي عالمي⁽¹⁾ للتجارة بين قارات أوروبا وآسيا وأفريقيا. وتقوم الموانئ البحرية بدور هام في تجارة مصر الخارجية، لأن 90% حجم التجارة الخارجية يمر عبر الموانئ، بما يمثل 4,1% من الناتج المحلي الاجمالي، حيث يمتلك قطاع النقل أكثر من 102,257 كيلو متر من الطرق و9570 كيلو متر من سكك الحديد و6 موانئ على البحر الأبيض المتوسط و9 موانئ على البحر الأحمر و6 موانئ جافة، بجانب شبكة نقل كبيرة عبر نهر النيل⁽²⁾، وبالتالي

(1) يقصد باللوجستيات: عمليات تجهيز وتوفير المواد الخام، ونقلها إلى المصنع للتصنيع وبيعها في السوق العالمي. وهي تعتمد على إسناد العمليات الغير أساسية إلى شركات متخصصة من الباطن، وبالتالي فهي امتداد للتجارة الدولية.

واللوجستيات العالمية هي: الطلب المشتق من عولمة العرض والطلب لخلق سلاسل توزيع عالمية شديدة التعقيد، وذلك لتمكين المنتجين من تغطية أسواقهم بكفاءة وأقل تكلفة. ولهذا فإن اللوجستيات تعمل على السيطرة على سلاسل الامداد التي تغطي العالم عن طريق تجميع وإدارة أنشطة النقل والتخزين والتوزيع وتكنولوجيا المعلومات، تحت إدارة واحدة لإزالة الاختناقات في مختلف أجزاء سلسلة الامدادات، وتقليل الدورة المستندية والمعوقات البيروقراطية بما يضمن سرعة تدفق الامداد بأقل تكلفة.

- الدكتور/ سمية بدوي، اقتصاديات انشاء وتطوير وتشغيل الموانئ في ظل المنافسة العالمية، 2003، بدون ناشر، ص 325.

(2) www.ida.gov.eg/Arabic/whyEgypt/pages/infrastructure-andlogistics.aspx

تمثل الموانئ البحرية المحور الأساسي لعملية النمو الاقتصادي⁽¹⁾: وفي الآونة الأخيرة، ازداد نمو التجارة المنقولة بحراً، سواء في نقل النفط أو نقل البضائع الجافة والتي زاد حجمها بدرجة كبيرة، خاصة وأن البضاعة المنقولة عبر البحار تمر بالموانئ مرتين، والأولى عند شحنها، والثانية عند تفريغها. وبالتالي لابد من تجهيز الموانئ البحرية كي تواكب الزيادة السريعة في حجم التجارة الخارجية للدولة⁽²⁾.

ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الموانئ البحرية وأنواعها.

المطلب الثاني: تطور الدور التنموي للميناء البحري.

المطلب الثالث: دور الميناء الإقتصادي.

المطلب الأول

تعريف الموانئ البحرية وأنواعها

تعريف الميناء: منشآت ساحلية تتكون من مرفأ أو أكثر⁽³⁾، تقام على سواحل أو شواطئ البحار أو المحيطات أو الأنهار، أو البحيرات⁽⁴⁾، ويتم فيها عمليات تفريغ وتحميل السفن بالبضائع أو الركاب⁽⁵⁾، وتحتوى الموانئ على الرافعات والأرصفة والمخازن للسفن. والميناء البحري مرسى مستور طبيعياً أو صناعياً عن موج البحر، ويتم تجهيزها بمعدات تفريغ وتحميل البضائع

(1) يمكن للتجارة الخارجية أن تسهم اسهاماً مهماً في التنمية، ولم تعد التجارة مجرد وسيلة لتحقيق الكفاية الإنتاجية، ولكنها كانت أيضاً آلة النمو الاقتصادي.
- جيرالد ماير، التجارة الدولية والتنمية، ترجمة مؤسسة فرانكلين للطباعة والنشر، القاهرة، الناشر دار نهضة مصر، 1968، ص 151.

(2) يقصد بالتجارة الخارجية: كلا من الصادرات والواردات المنظورة، وهى السلع. والصادرات والواردات غير المنظورة، وهى الخدمة، وانتقال رؤوس الأموال والأفراد بين دول العالم المختلفة.
- د. سامى عفيفى حاتم، التجارة الخارجية بين التنظير والتنظيم، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 1991، ص 36-37.

(3) المرفأ أو المرسى: مكان تتخذ السفن للرسو، ويتم فيها تفريغ وتحميل السفن.

(4) <https://www.google.com.eg/search?9&ie=utf-880e=utf-88 client>

(5) د. مدحت عباس خلوصى، السفينة والقانون البحري، منشأة الشنهايى، الاسكندرية، الطبعة الثانية، 1999، ص 4.

كالرافعات⁽¹⁾. وتستخدم كلمة ميناء لغوياً للإشارة إلى المواني البحرية أو الجوية (المطار)، ولكنها تشير غالباً إلى المواني البحرية، والتي تسمى المرافى.

أنواع الموانئ البحرية

يتم تقسيم المواني طبقاً لعدة معايير مختلفة منها: الموقع أو بيئة الميناء الطبيعي أو الملكية والهيكل التنظيمى، أو أنواع السفن أو البضائع وظروف التشغيل للميناء، لأنه لا يوجد مواني متشابهة من حيث الوضع الاقتصادي أو الطبيعي وظروف التشغيل، ولهذا يمكن وضع عدة معايير لبيان أنواع المواني⁽²⁾:
أولاً: معيار الخدمات:

يمكن لنا أن نحدد نوع المواني طبقاً للخدمات التي تؤديها إلى:

1- مواني عامة:

والمواني العامة يمكنها أن تستقبل أنواع عديدة من السفن كالبضائع العامة وسفن البضائع الصب، سواء السائل أو الجاف، ويمكنها أن تستقبل سفن الركاب، ويمكنها أن تقدم بعض الخدمات كاصلاح السفن وتموينها، ويمكنها أن تخدم المنطقة المحيطة بها، كأن يتم عليها بعض الصناعات مثل تكرير البترول وصناعة السيارات والحديد والصلب. وتقع هذه المواني في مسارات طرق الملاحة العالمية والنقل المائى الداخلى عبر الأنهار والبحيرات، وتعتبر ميناء الاسكندرية في مصر كنموذج لهذه المواني، وكذلك ميناء مارسيليا بفرنسا، وجنوا وناپولى في إيطاليا.

(1) <https://ar.wikipedia.org/wiki>.

(2) <https://ar.wikipedia.org/wiki/>

<https://www.facebook.com/civil.engineering.department/posts>.

- د. على عبد اللا وأ. مصطفى عبد الحافظ، إدارة وتشغيل المواني، مؤسسة رؤية، الاسكندرية، 2014، ص 27-30.

2- مواني متخصصة:

تتميز المواني المتخصصة بتقديم خدمات معينة من حيث نوع التجارة أو النقل، وهذه المواني المتخصصة لها أنواع عديدة:

أ - المواني الحرة:

وتقدم هذه المواني الخدمات الخاصة بالبضائع العابرة، أى التى لا تدخل داخل البلاد، ولا تدفع عليها رسوم جمركية، لأنها سوف تشحن إلى بلد آخر.

ب - مواني الصيد:

تقع هذه المواني بالقرب من مناطق الصيد في البحار والمحيطات، وهذه المواني صغيرة، لأنها تخدم صناعة صيد الأسماك كحفظ وتعليب الأسماك مثل المواني الموجود في اليابان وألمانيا والسويد.

ج - المواني الصناعية:

تختص هذه المواني بخدمة تجارة خاصة أو صناعة معينة كالمواني التى تقوم بتكرير البترول، والتى تقوم بتصدير خامات صناعية.

د - مواني العبارات:

وهذه المواني تتميز بخدمة الركاب بواسطة العبارات، ويمكنها نقل كميات بسيطة من البضائع، كالمواني الموجودة في إنجلترا وميناء كاليه في فرنسا.

هـ - المواني الحربية:

وتستخدم هذه المواني للأغراض العسكرية كواقع حربية في أماكن استراتيجية مجهزة من الناحية الأمنية.

و - مواني النزهة:

وتقوم هذه المواني باستقبال السفن واليخوت الخاصة بالنزهة وسفن الشراع والتجديف والرياضة المائية، باعتبارها مواني صغيرة.

ثانياً: معيار الموقع الجغرافى:

1- المواني الساحلية:

تقع هذه المواني على السواحل الطبيعية أو الصناعية مباشرة، وهى تحتاج إلى إقامة حواجز للأمواج كى تحمى بها السفن أثناء الانتظار للشحن والتفريغ.

ب - مواني مصبات الأنهار:

تقع هذه المواني على مصبات الأنهار عند التقائها بمياه البحر، مثل ميناء دمياط بمصر.

ج- مواني البحيرات:

وهذه المواني تقع على الشواطئ أو الخلجان التى تتصل بالبحار أو المحيطات عن طريق الأنهار.
ثالثاً: معيار الملكية والإدارة:

أغلب مواني العالم الحالية هى نتاج عوامل سياسية واقتصادية واجتماعية وجغرافية وعسكرية، لعبت دوراً بارزاً في المساهمة في تحديد شكل ملكيتها، ويمكن بيانها كالاتى:

1- المواني الحكومية:

تخضع هذه المواني في إدارتها للحكومة المركزية، وتعد أحد مرافقها العامة، وتشكل هيئة لإدارة الميناء بعد التصديق من السلطة التنفيذية والتشريعية، ويتم ادارة الميناء بواسطة هيئة تحت اشراف الوزارة المختصة على أساس أن الميناء من مرافق الدولة، مثل المواني المصرية.

2- المواني التابعة للحكم المحلى:

تدار هذه المواني بواسطة المجلس المحلى للمدينة من خلال مجلس إدارة الميناء الذى يتولى مسؤولية التخطيط والتشغيل والتطوير والصيانة، ويعتبر المجلس المحلى هو المالك لأصول الميناء الرأسمالية، ومن أمثلتها ميناء جوتنبرج بالسويد وكارديف وسوانزى في انجلترا، ومواني فرنسا وهولندا.

3 - الموانئ ذات الإدارة المستقلة:

تدار هذه الموانئ بواسطة هيئة شبه حكومية، ولكنها مستقلة عنها، وتخضع لقدر محدود من الإشراف الحكومي، وتقوم هذه الهيئة بالإشراف ورسم السياسة العامة للموانئ كسياسة الاستثمار والتخطيط وتوفير العمالة، ويتم ذلك في الإطار العام لسياسة الدولة، ومن أمثلتها موانئ بيرو وسنغافورا، وأوسلو.

4- الموانئ التابعة للسكك الحديدية:

يملك هذا النوع من الموانئ هيئات أو شركات السكك الحديدية، وتدار على أساس التنسيق بين الأنشطة المختلفة للسفن وأعمال السكك الحديدية، ومن أمثلتها ميناء بالتيمور بالولايات المتحدة الأمريكية.

5- الموانئ التابعة للجمارك:

تقوم سلطة الجمارك بإدارة هذه الموانئ، وبعض الدول النامية تفضل استمرار هذا النظام في إدارة موانئها، ولكن الأمم المتحدة أوصت بإنشاء جهاز مستقل يتبع إدارة الجمارك وله كافة السلطات في إدارة الميناء.

المطلب الثاني

تطور الدور التنموي للميناء البحري

تمثل التجارة الخارجية اضافة قوية لاقتصاديات الدول، وخاصة الدول النامية التي تقوم باستيراد ما تحتاجه من سلع بكميات كبيرة لزوم الاستهلاك عن طريق النقل البحري، وبالتالي فإن واردات الدول النامية تمثل عصب حياتها الاقتصادية، ومن هنا كانت الموانئ المنفذ الأساسي للتجارة الخارجية للدولة، باعتبار أنها تربط الأرض بالبحر. ويعتمد اقتصاد أي دولة على التجارة الخارجية، وخاصة الدول التي لا تستطيع انتاج معظم السلع التي تحتاجها، فتقوم باستيرادها، ولا بد أن تقوم بتصدير بعض منتجاتها للدول الأخرى، حتى يمكنها الحصول على العملات الأجنبية التي تحتاجها لشراء المعدات والمواد الخام. (1)

(1) د. صلاح الدين نامق، مقدمة في التجارة الخارجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 33.

وتقوم المواني البحرية بدور هام في التجارة الخارجية، لأن التجارة الخارجية لا يمكن أن تقوم بدون نقل بحري، الذي يساهم في نقل الجزء الأكبر من التجارة العالمية، وتقوم المواني بدور هام في النقل البحري⁽¹⁾، الذي نما نمواً سريعاً، سواء في نقل النفط أو البضائع الجافة التي زاد حجمها بدرجة كبيرة في السنوات الأخيرة.

بالإضافة إلى أن صادرات هذه الدول التي تمتلك مثل هذه المواني، سوف تكون قادرة على المنافسة مع الصادرات المماثلة لها في أى دولة أخرى. وتؤدي المواني دوراً مهماً في عملية النمو الاقتصادي⁽²⁾، لأنها تعمل كبوابات تمر من خلالها التجارة الخارجية كاستيراد المواد الخام، التي تشمل المعادن الخام والبتروول، ثم تقوم بتصنيعها وتصديرها مرة ثانية، وبالتالي معظم اقتصاديات الدول تعتمد على التجارة المنقولة بحراً عبر موانئها، لأنه بدون هذه المواني لا تستطيع الدول أن تستورد المنتجات المصنعة والبضائع لسد احتياجاتها، أو تصدير المواد الخام التي تمكنها من الحصول على العملات الأجنبية.

والمواني ذات الكفاءة والأداء المتميز، لها دور مهم في التنمية الاقتصادية، وهي تساعد في دعم وتأكيد استقلال الدولة سواء إقتصادياً أو سياسياً، عن طريق خفض تكاليف الواردات من السلع والمواد الخام، وزيادة القدرة التنافسية لصادرات الدولة، بالإضافة إلى زيادة تنمية المناطق المجاورة للميناء، سواء كانت زراعية أو صناعية أو تجارية. وتساهم أيضاً في تحويل برامج التنمية الاقتصادية عن طريق تشجيع قيام بعض الصناعات وقيام تجارات جديدة، مما يترتب على ذلك زيادة مورد ومصدر للحصول على العملة الأجنبية كمورد للخزانة العامة عن طريق الرسوم الجمركية، وتوفير فرص عمل،

(1) د. أحمد عبد المنصف محمود، اقتصاديات وسياسات النقل البحري، مرجع سابق، ص 355.

(2) د. علي عبد اللا وأ. مصطفى عبد الحافظ، إدارة وتشغيل المواني، مرجع سابق، ص 14.

والمساهمة في تكوين كوادر فنية في قطاعات الإدارة والتشغيل. وقيام أنشطة اقتصادية تخدم قطاع النقل البحري كالتوكيلات الملاحية وشركات التأمين وإصلاح السفن.

ومن ناحية أخرى فإن عدم وجود مواني ذات كفاءة عالية، يؤثر بالسلب على التنمية الاقتصادية، نظراً لارتفاع أسعار الواردات نتيجة ارتفاع تكاليف النقل⁽¹⁾، وتفقد الصادرات قدرتها التنافسية في الأسواق الخارجية، ويزداد زمن بقاء السفن في الميناء، فتزداد التكاليف، وما يترتب على ذلك من انصراف السفن عن المواني الرديئة، وتوجههم إلى المواني ذات الكفاءة والأداء الجيد.

وإذا كانت التجارة الخارجية للدول المتقدمة تمثل إضافة قوية لإقتصادها، فإن واردات الدول النامية تشكل عصب حياتها الاقتصادية، لأن الصناعة لديها لا تفي بأغلب ضرورياتها من السلع، فتقوم باستيراد هذه السلع⁽²⁾، وتستخدم النقل البحري في جلبها، ووجود مواني على سواحلها يدار بكفاءة عالية يساعد على النمو الصناعي، الذي يؤدي إلى زيادة الأرباح، ويؤدي ذلك إلى زيادة معدل التقدم الاقتصادي لدى هذه الدول، وذلك لتحقيق الاستقرار والأمان. ويضاف إلى ذلك، أن المواني تعطي الدول الحافز القوي لدخول السوق العالمية للتبادل التجاري بدون وسطاء.

المطلب الثالث

دور الميناء البحري الاقتصادي

تمثل الميناء البحري حلقة الوصل بين الأرض والبحر، وبالتالي هي المنفذ الأساسي للتجارة الخارجية، وهذا يتطلب إدارة وتشغيل المواني بمستوى منطوق من الإدارة حتى تتمكن من الاسراع بعملية تداول البضائع بطريقة اقتصادية، تعمل على زيادة عدد السفن التي تتردد عليها، وجذب خطوط ملاحية

(1) د. أحمد عبد المنصف محمود، اقتصاديات وسياسات النقل البحري، مرجعه سابق، ص 28.
(2) د. محمود عبد الرزاق، الاقتصاد الدولي والتجارة الخارجية (النظرية والتطبيق)، الدار الجامعية، اسوان، 2011، ص 374).

جديدة. ويقوم الميناء بدور فعال في مجال النقل البحري، وذلك عن طريق تشجيع السفن على استخدام الميناء المتطورة، والقيام بدور نشط مع جهات النقل المختلفة، سواء البحرية أو البرية، وتساعد في تنشيط التجارة وذلك عن طريق انشاء المواني الحرة أو المناطق التجارية الحرة.

وتعمل الميناء على زيادة حجم التجارة للدولة، وفتح منافذ مباشرة للأسواق العالمية، وزيادة القدرة التنافسية للصادرات، وتتيح للدولة فرصة استيراد احتياجاتها من الدول المصدرة، وتصدير منتجاتها إلى أنسب الأسواق التجارية. وربط وسائل النقل البحري بالنقل البري، والعكس. وتوفر فرص عمل في مختلف الأنشطة الاقتصادية، لأن معظم المواني أصبحت كأي مؤسسة تجارية تقوم ببعض الأنشطة الصناعية ذات طبيعة تصديرية، والتي تعتمد على المواد الخام التي تستورد من الخارج مثل صناعة الحديد والصلب وصناعة السفن وتجميع السيارات ومعامل تكرير البترول.

وتقوم المواني بدور هام في تدعيم الاستقلال الاقتصادي والسياسي للدولة، لأن الدولة التي لديها مواني بحرية مباشرة، تستطيع أن تحقق استقلالها الاقتصادي في تصدير منتجاتها واستيراد ما تحتاجه من سلع، وذلك عكس الدولة التي ليس لديها مواني بحرية مباشرة تقع تحت ضغوط الدول المجاورة لوقوع تجارتها الخارجية تحت سيطرة الدول الأخرى.

أداء الميناء:

يؤثر حجم الميناء وإمكاناتها وتجهيزاتها ومدى عمق الرصيف الخاص بها في النقل البحري، لأن السفن العملاقة تحتاج إلى رصيف غاطس لا يقل عمقه عن أربعة وعشرون متراً. وبالتالي يجب تطور المواني للتواكب مع حجم السفن وأنواعها، وتعميق غاطس الأرصفة للتناسب مع سفن الحاويات العملاقة ومعظم المواني المصرية تستقبل السفن الكبيرة الحجم التي تتراوح حمولتها ما بين (10-12) ألف حاوية. وأن اجمالى السفن العملاقة على مستوى العالم ثمانية

آلاف، منها (30) سفينة طاققتها (18) ألف حاوية. وأما بقية السفن فتتراوح حمولتها ما بين (12-15) ألف حاوية⁽¹⁾.

ولقد شهد النقل البحري تطوراً تكنولوجياً سريعاً في الآونة الأخيرة، وذلك استجابة لمتطلبات التجارة العالمية، حيث شهدت صناعة النقل البحري تحقيق وفورات مع تكاليف النقل عن طريق التحول إلى الشحنات الكبيرة للاستفادة من إقتصاديات الحجم الكبير، واستخدمت أنظمة تعتمد على التكامل لخفض تكاليف النقل ومناولة البضائع (النقل متعدد الوسائط). وفيما يخص الموانئ البحرية، فقد تأثرت بهذه التغيرات التكنولوجية، فكان لابد لها وأن تغير النمط التقليدي لأساليب تشغيلها، وتتبنى النمط الجديد الذي يلائم هذه التطورات واحتياجات التجارة الخارجية. ويعتبر النقل بالحاويات من أفضل أساليب النقل للبضائع، نظراً للسرعة في تداول البضائع، وإنخفاض تكاليف النقل، لأنها ستكون من الباب للباب، للإقلال من نسبة هلاك البضاعة وتلفها وعدم سرقتها⁽²⁾.

المبحث الثاني

علاقة الموانئ البحرية بالتجارة الخارجية

تعتمد أهمية النقل البحري على عملية التبادل التجاري الدولي، وهناك علاقة وثيقة بين النقل البحري والتجارة الخارجية. وتطور وسائل النقل البحري والمواني أدى إلى زيادة عملية نقل السلع بين بلدان العالم المختلفة مما ترتب على ذلك زيادة التجارة الدولية.

تؤثر نفقات النقل البحري على معدل التجارة الخارجية، وذلك بسبب أنه كلما انخفضت نفقات نقل البضائع عن طريق البحر بين الدول مع بقاء الأشياء الأخرى متساوية، كلما زادت كمية التجارة الخارجية. ويعتبر النقل البحري أرخص طريقة للنقل، وذلك بسبب أن التكلفة من الشرق الأقصى إلى أوروبا تبلغ

(1) مجلة الرأي، العدد (14010)، 2017/11/9. مقال منشور في موقع www.alraimedia.com/ar/article/economics.

(2) د. على عبد اللا، وأ. مصطفى عبد الحافظ، إدارة وتشغيل الموانئ، مرجع سابق، ص 129.

حوالى (4-6 دولار/طن)، وهو أرخص حوالى من 50-300مرة من النقل الجوى⁽¹⁾.

وأن حجم التجارة بين دولتين يعتمد على مستوى نفقة نقل هذه البضائع⁽²⁾، وذلك في حالة ثبات العوامل الأخرى والتي تتوقف على الأطراف المشتركة في عملية النقل وهى السلعة والسفينة الناقلة والميناء والنقل في البر. ولا تكمن ميزة النقل البحري في السرعة، ولكن في قدرته ومدى تغطيته لمناطق واسعة من العالم، حيث لا يستطيع النقل بالسكك الحديدية أن يتناول الحركة التجارية بمثل هذه الأبعاد، ولهذا السبب تتركز الصناعات الثقيلة عادة على ضواحي الميناء البحرى. ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الأهمية الاقتصادية للنقل البحرى.

المطلب الثانى: تطور الدور التجارى للميناء البحرى.

المطلب الثالث: أهمية الميناء البحرى لتجارة الترانزيت.

المطلب الأول

الأهمية الاقتصادية للنقل البحرى

النقل نشاط إقتصادي يتسم بالسرعة في نقل السلعة من مكان إنتاجها إلى مكان استهلاكها. وأن الحقيقة الاقتصادية المؤكدة في عصرنا هى تقدم صناعة النقل⁽³⁾، سواء كان نقلاً جويًا بالطائرة، أو نقلاً برياً أو بحرياً بالسفينة. والنقل يتضمن حركة البضائع والمعلومات ورؤوس الأموال والأشخاص والاتصالات. وتوجد علاقة وثيقة بين النقل والتنمية الاقتصادية، عرفتها الدول المتقدمة والنامية على حد سواء، وإن اختلفت الأفكار حول طبيعة هذه العلاقة تبعاً

(1) أ. محمد العباسى، إدارة عملية النقل، منشأة الشنهاجى، الاسكندرية، 2013، ص 11.

(2) د. عبيد على أحمد الحجازى، تمويل الاستثمارات في مجال النقل الجوى، دار النهضة، القاهرة، 1994، الطبعة الأولى، ص 34.

(3) Alfred marshal, principles of Economics, The macimilian press, 8th ed, London, 1977, p. 561.

لإختلاف الزمان والمكان، ولكن تتفق الآراء حول أهمية النقل، وارتباطه بكافة الأنشطة الاقتصادية التي يمارسها الانسان(1).

وتتبع الأهمية الاقتصادية للنقل البحري في تقليل زمن مرور البضائع، والتسليم الفوري لها، وانخفاض تكلفة النقل، وتقديم خدمات القيمة المضافة عن طريق السرعة العالية للسفينة، لأن طلب الشاحنين ينحصر في مساعدتهم في حل المشاكل الناشئة عن عمليات تجهيز واعداد الشاحنات ونقلها تبعاً للتغيرات في عمليات الانتاج والتسويق، ولم يعد يطلب الشاحنون الخدمات التقليدية، مثل الفراغات في السفينة وعدد خلايا نقل الحاويات وجداول الايجارات فقط، وإنما أصبح المطلوب هو تقديم سلسلة من الخدمات المتنوعة مثل النقل المتعدد الوسائط والتوزيع والتسليم للبضائع المرسله إليهم وإدارة سلسلة الامدادات بأكملها من أجل تلبية الطلب المتعدد لسوق النقل البحري. والقوة المحركة في سوق النقل البحري العالمى هو السرعة في نقل المنتجات من خطوط الانتاج إلى أيدي المستهلك. ونقسم هذا المطلب إلى فرعين هما:

الفرع الأول: تحديد مضمون النقل البحري.

الفرع الثانى: دور النقل البحري في تحقيق التنمية الاقتصادية.

الفرع الأول

تحديد مضمون النقل البحري

تعريف النقل في اللغة: تحويل الشئ من موضع إلى موضع. وعرفه مجمع اللغة العربية في اطار نفس السياق بأنه: العملية التي يتم بها تغيير مكان السلعة والأشخاص، وله عدة وسائل في البر والبحر والجو(2).

(1) Hoy le. B.S., Transport and Development, Macmilian, 1973, p.p. 9-10.

(2) / محمد محمود العياد وآخرون، المعجم الجغرافى، الهيئة العامة للمطابع الأميرية، القاهرة، 1974، ص 108.

يوجد عدة تعريفات للنقل البحري، البعض يقصره على عملية نقل السلع والأشخاص من مكان لآخر، والبعض الآخر يرى أن عملية النقل تشمل انتقال رؤوس الأموال والمعلومات والاتصالات. ويرى البعض⁽¹⁾:

ان النقل نشاط يتعلق بحركة نقل السلع والأشخاص لهدف محدد. ويرى البعض الآخر⁽²⁾:

ان النقل نشاط اقتصادي يؤدي إلى زيادة اشباع الانسان عن طريق تحريك الأشخاص والبضائع التي يحتاجها المستهلك، ومن الممكن أن ينتقل المستهلك إلى مكان توافر تسهيلات الخدمات المقدمة له.

والرأى الأول للنقل: لم يتكلم عن سببه، وركز على المنقول، وأما أصحاب الرأى الثانى، فقد ربطوا نقل البضائع بأماكن احتياج المستهلك، ونقل المستهلك أماكن توافر الخدمات.

والحقيقة أنه يمكن أن تنقل البضائع إلى المستهلك، وينقل المستهلك إليها، كما هو الحال في انتقال المستهلك إلى السوق وخصوصاً الحرة. ويمكن أن ينتقل مقدمى الخدمات إلى المستهلكين، كأن ينتقل الطبيب لتقديم خدمة للمريض حيث يوجد، وكذلك الاستشاريين في مختلف التخصصات. وقد تنتقل بعض قطع الآثار إلى السائحين، بدلاً من قدمهم إليها.

وهذه التعريفات للنقل البحري الذى أصبح يسيطر على نسبة 80% من حجم التجارة العالمية و70% من حيث القيمة، يتم بواسطة البحر عن طريق

(1) Robinson H & Bamford, Bab geography of transport, London, Machdonald & Evans, 1978, p. 8.

Donald. F. Wood James. C. Johnson, contemporary transport, New York, Macmillan publishing Company, 1989, 3rd Edition, p. 3.

(2) Don Benson & Ralph Bugg & Geoffrey whitehead transport Logistics Element of overseas trade, Lodnon, woodhead foulker, 1994, p.p. 8: 10.

الأسطول التجاري العالمي⁽¹⁾، وهي حركة تشمل نقل السلع والأشخاص من مكان إلى آخر ويضاف إليها حركة الاتصالات والأفكار ضمن النقل البحري، والربط بين نقل البضائع إلى أماكن احتياج المستهلك، ونقل المستهلك إلى أماكن توافر الخدمة.

ويمكن لنا وضع تعريف للنقل البحري، على أساس أنه نشاط يتضمن حركة للبضائع والمعلومات ورؤوس الأموال والاتصالات والأشخاص بين مراكز عرضها ومراكز الطلب عليها، سواء أكان دولياً أو محلياً باستخدام وسائل كالسفن أو الزوارق أو أى وسيلة أخرى تبحر على سطح المياه في اطار تنظيمي وتقني ومعلوماتي يهدف إلى تكدى تكلفة المنتج وتعظيم ربحيته وزيادة اشباع المستهلك. وبالتالي فإن النقل نشاط اقتصادي يعمل على زيادة منفعة السلعة، ويضيف قيمة للنتائج القومية. والطلب على النقل مشتق من الطلب على السلع، وأى زيادة أو انخفاض في حجم البضائع المتداولة في التجارة العالمية، يؤدي إلى زيادة أو نقص في الطلب على النقل بالسفن⁽²⁾.

الفرع الثانى

دور النقل البحري في تحقيق التنمية الاقتصادية

ينتج النقل البحري خدمة تتمثل في نقل البضائع، أو نقل الانسان من مكان إلى مكان آخر، والطلب على خدمة النقل البحري طلب مشتق من الطلب على السلعة المنقولة. ومنتج النقل يستهلك بمجرد إنتاجه، وهو يؤدي إلى زيادة المنفعة الاقتصادية للسلعة المنقولة فيزداد الطلب عليها، وذلك لاتساع السوق⁽³⁾.

ويمكن لنا أن نبين دور النقل البحري في تحقيق التنمية الاقتصادية:

أولاً: زيادة المنفعة الاقتصادية للسلعة:

(1) تقرير أصدرته منظمة الأونكتاد في 2015/10/16.

(2) د. أحمد عيد المنصف محمود، اقتصاديات وسياسات النقل البحري، مرجع سابق، ص 28.

(3) د. سعد الدين العشماوى، تنظيم وإدارة النقل، الأسس والمشكلات والحلول، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1986، الطبعة الرابعة، ص 43.

تزداد المنفعة الاقتصادية للسلع المنقولة، سواء أكان ذلك في مرحلة السلع الخام، أو في مرحلة المنتج النهائي، ويؤدي كل هذا إلى زيادة المنفعة المكانية والزمنية للسلع، مما يزيد من الطلب عليها، فيزداد عرضها ويتسع لهذا نطاق السوق. ويضيف النقل البحري للسلعة المنقولة منفعة مكانية وزمانية.

والمنفعة المكانية: هي القيمة الاقتصادية المضافة للسلع المنتجة والناجمة من عملية نقلها بحراً من مكان تكون فيها قيمتها أو منفعتها الاقتصادية منخفضة أو منعدمة، إلى مكان يكون لها فيه منفعة اقتصادية أكبر. وتقاس هذه المنفعة بالفرق بين ثمن السلعة في مكان إنتاجها والمكان الذي ترتفع فيه منفعتها الاقتصادية.

وفيما يخص المنفعة الزمانية للسلعة المنقولة بحراً، فإن نقل السلعة من زمن تتخفف فيه منفعتها الاقتصادية إلى زمن تزداد فيه هذه المنفعة، مع سرعة نقلها يؤدي إلى زيادة منفعتها الاقتصادية⁽¹⁾. وحتى السلع سريعة التلف كالفاكهة والخضروات وغيرها يمكن نقلها بسفن بها ثلاجات، وهذا يؤدي إلى زيادة منفعتها الاقتصادية، مما يؤدي إلى زيادة الطلب عليها.

ثانياً: اتساع السوق:

يؤثر النقل البحري على اتساع نطاق السوق المحلي أو الدولي، والسوق أحد العوامل الرئيسية في اختيار موقع المشروع، على اعتبار أنه عند اختيار موقع المشروع تتم المفاضلة بين تكلفة نقل المواد الأولية إلى المصنع وتكلفة نقل المنتج النهائي إلى المستهلك، وذلك للوصول إلى أقل تكلفة ممكنة. وبالتالي يتوطن المشروع بالقرب من الميناء في حالة ما إذا كانت المواد الأولية مستوردة، أو كان أكثر إنتاج المشروع يتجه إلى الأسواق الخارجية.

(1) د. عبيد على أحمد الحجازي، تمويل الاستثمارات في مجال النقل الجوي، مرجع سابق، ص 33.

وإذا كان التبادل الدولي يقوم على مبدأ التخصص الدولي⁽¹⁾، حيث تتخصص كل دولة في إنتاج سلعة أو مجموعة معينة من السلع وتتبادلها مع غيرها من الدول، ولو أن التخصص لم ينتشر بين الدول لكان في إمكان كل دولة أن تنتج ما تحتاجه من سلع فقط، وفي هذه الحالة لا نحتاج للتجارة الدولية. وبالتالي فإنه يترتب على زيادة درجة التخصص وتقسيم العمل الدولي إتساع للسوق، وزيادة درجة المنافسة⁽²⁾. وفي هذه الحالة تتعدد أنواع السلع المعروضة في الأسواق⁽³⁾، وتزداد كميتها نتيجة لانخفاض تكلفة الإنتاج الناتجة عن انخفاض نفقة النقل البحري، وهذا الانخفاض ناتج عن النقل بكميات كبيرة في سفن الحاويات.

ويؤدي النقل البحري إلى اتساع الأسواق وترشيد استخدام عوامل الإنتاج مما يؤدي إلى رفع إنتاجيتها، وذلك نتيجة لاستعمال وسائل نقل منخفضة التكاليف.

ويترتب على ذلك زيادة الكفاءة الاقتصادية، ويصاحب ذلك ارتفاع مستوى المعيشة. والعكس صحيح، طالما أن تقسيم العمل يمكن أن يحقق أفضل استخدام لعوامل الإنتاج⁽⁴⁾، مما يؤدي إلى خفض التكلفة، وإنتاج السلع التي تتمتع بميزة نسبية في الإنتاج، والتي يمكن إنتاجها بأقل التكاليف، ويتم تبادل هذه السلع بوسائل نقل بحرية ذات تكاليف منخفضة.

ثالثاً: مستوى الأسعار:

يؤدي النقل البحري وانخفاض تكلفته إلى انتظام التبادل الدولي، وتسهيل حركة عوامل الإنتاج، مما يعنى تقليل فوارق الأسعار بين عوامل الإنتاج⁽⁵⁾،

(1) استاذنا الدكتور/ عادل أحمد حشيش، أساسيات الاقتصاد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2002، ص 28.

(2) استاذنا الدكتور/ محمد دويدار، الاقتصاد الدولي، الفتح للنشر، الاسكندرية، 2008، ص 93.

(3) د. فؤاد هاشم عوض، التجارة الخارجية والدخل القومي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 99.

(4) د. كامل بكري، الاقتصاد الدولي "التجارة والتمويل" 2002، بدون ناشر، ص 60.

(5) د. مصطفى محمد عز العرب، النظرية البحثية في التجارة الخارجية، الدار المصرية اللبنانية،

ويؤمن النقل البحري استمرار عملية الانتاج وعرض السلع طوال العام، والحد من آثار التغيرات الموسمية على أسعار السلع. ويترتب على كفاءة النقل البحري، زيادة درجة المنافسة في سوق النقل البحري، لأنه في حالة المنافسة في سوق النقل البحري، تصبح مصادر العرض كثيرة، نتيجة إرتفاع مستوى النقل البحري، وبالتالي فإن أسعار النقل تميل إلى الانخفاض، وهذا كله يؤثر على تكلفة إنتاج السلعة.

رابعاً: تكلفة النقل البحري:

يرى البعض⁽¹⁾: أن نفقات النقل من معوقات التجارة الدولية، وذلك بسبب أنه إذا كانت نفقات النقل مرتفعة، فإن التجارة الخارجية تقل بين الدول. ومن ناحية ثانية فإن عامل المسافة يجعل من الصعب على المنظمين أن يكونوا على علم بطبيعة حاجات الأسواق البعيدة.

ويرى البعض الآخر⁽²⁾: أن نفقات النقل ليست معوقاً للتجارة الخارجية. ولكنها في المقابل قد تكون سبباً في قيام التجارة الخارجية، وذلك في حالة ما إذا كان استيراد السلعة أقل تكلفة للدولة من الحصول عليها داخلياً من مكان بعيد نسبياً. ونفقات النقل من الممكن أن تكون أكبر داخل الدولة الواحدة، وذلك في حالة ما إذا كانت بين اقليمين نائيين داخل نفس الدولة، وذلك عكس ما إذا كانت بين دولتين متاخمتين حدودهما السياسية. وبالتالي فإن نفقات النقل من العوامل التي تؤثر في تيار واتجاه التجارة الخارجية⁽³⁾، وإذا كانت نفقات النقل كبيرة بحيث تفوق الفرق في الثمن قبل التجارة، فإن ذلك يحول دون قيام تبادل دولي.

القاهرة، 1988، ص 234-235.

- (1) Staffan. B. Linder, An Essay on Trade and Transformation, New York: John wiley & son, 1961, p. 107.
- (2) Kindelberger, Trade and National Economy, Yele University Press, 1962, p. 12.
- (3) Ibid., p. 6.

وتؤثر نفقات النقل في قيام التجارة الدولية، ومع زيادة التقدم في مجال النقل البحري وانخفاض نفقاته بالنسبة لنفقات الإنتاج الإجمالية، زادت التجارة الخارجية، وتم إدخال سلعاً جديدة في التبادل الدولي كانت نفقات النقل المرتفعة تحول دون تداولها.

وتؤكد دراسة⁽¹⁾ أجريت خلال الفترة من عام 2005 حتى عام 2014، أن متوسط تكاليف النقل البحري على المستوى العالمي قد بلغت نحو 9% من قيمة الواردات، وذلك يرجع إلى التقدم التكنولوجي في مجال النقل البحري، وما ترتب على ذلك من تيسير النقل، ووجود سفن أكثر كفاءة في استهلاك الوقود. ويرى البعض الآخر⁽²⁾. أن تكلفة النقل تصل نحو 10% من قيمة السلعة المنقولة.

ويرى آخرون⁽³⁾: أن نفقات النقل في التجارة الخارجية تتراوح ما بين 5% - 15% من قيمة السلعة المنقولة. وأن التقدم العلمي في قطاع النقل، والاتجاه العام لتخفيض نفقاته بالنسبة لنفقة إنتاج السلع سيؤدي إلى اتساع نطاق التجارة الخارجية، وسيضيف إلى التعامل سلعاً جديدة كانت نفقات النقل المرتفعة تحول في الماضي دون تداولها تداولاً مريحاً. وبالتالي كلما زادت تكلفة النقل البحري، واضيفت إلى قيمة السلعة، كلما زاد ثمن السلعة. وفي ظل افتراض انخفاض تكلفة النقل البحري وثباتها في المدى الطويل، فإن المنتج الذي يتمتع بهذا الخفض في التكلفة الناجمة عن النقل البحري، ومع تزايد مستوى الإنتاج، يستطيع أن يسيطر على أكبر قدر من السوق. والمنتج الذي ترتفع تكلفته يمكن له أن يتمتع بالميزة النسبية إذا كان النقل منخفض الثمن، وذلك عكس المنتجين

(1) alrai.com/article/7478.html.

(2) د. هارون أحمد عثمان، الاقتصاد البحري مع إشارة خاصة لمشاكل الدول النامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص 32.

(3) د. فؤاد هاشم عوض، التجارة الخارجية والدخل القومي، مرجع سابق، ص 99.

المنافسين الذين لا يتمتعون بميزة النقل البحري المنخفض، سواء في تكلفة المنتج النهائي، أو في كل المدخلات المستخدمة في إنتاج هذا المنتج⁽¹⁾.

المطلب الثاني

تطور الدور التجاري للميناء البحري

تلعب نفقات النقل البحري دوراً هاماً في التجارة الدولية، وهي أحد العوامل المؤثرة في توطن الصناعة. وفي الغالب يتم التوطن الصناعي بالقرب من المادة الخام أو بالقرب من الأسواق أو من الميناء البحري أو موارد الوقود أو القوى الكهربائية. والصناعات التي تكون بها المواد الأولية نسبة كبيرة من قيمة الناتج النهائي، تفقد جزءاً كبيراً من المادة الأولية أثناء العملية الأولى للإنتاج، وبالتالي تتوطن في الدول التي بها المادة الأولية.

والمراحل الأولى للتعددين تتوطن في الدول التي بها مناجم هذه المعادن. ويرجع السبب في هذا التوطن إلى ضخامة نفقات نقل هذه المواد الخام إلى الخارج لتصنيعها⁽²⁾. وأما الصناعات التي تكون المواد الأولية بها نسبة قليلة من قيمة الناتج والتي لا تفقد إلا جزءاً بسيطاً من المادة الأولية أثناء عملية الإنتاج، فإنها تتوطن في البلدان التي تتوفر لديها العوامل الأخرى للإنتاج وهي رأس المال والخبرات الفنية والتنظيم. وهناك بعض الصناعات تتوطن بالقرب من مصادر القوى المحركة إذا كانت تعتمد بنسبة كبيرة على هذه القوى المحركة مثل اتجاه صناعة الحديد إلى التوطن بالقرب من المناجم. وصناعة الألومنيوم والأسمدة تتجه إلى التوطن بالقرب من مصادر القوة الكهربائية. ويرجع السبب في ذلك إلى ضخامة نقل القوى المحركة بالنسبة لنقل المواد الأولية⁽³⁾.

(1) Terro.D.Heaver. John. E. Toplin. "Terms of shipment and efficiency in over-seas trade" Journal ar maritime policy and management, vol. (8), (4) oet. Dee. 1981, p. 335-252.

(2) أ.د. مجدى محمود شهاب، الاقتصاد الدولي، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، 1996، ص 83-81.

(3) أستاذنا الدكتور/ عادل أحمد حشيش، أساسيات الاقتصاد الدولي، مرجع سابق، ص 31-32.

وبالتالي تؤثر نفقات النقل في مقدرة كل دولة على الانتاج⁽¹⁾، فمنهما ما يتفوق في انتاج الكيماويات ومنها ما يتفوق في انتاج السيارات، وهكذا باقى المنتجات. ومن هنا يأتى دور الميناء البحري في نقل هذه المنتجات أو المواد الأولية إلى مكان صناعتها من دولة إلى أخرى، فمثلاً تنتشر صناعة المنسوجات القطنية في كل من إنجلترا واليابان وإيطاليا رغم عدم زراعة القطن بأراضيها. وكذلك تنتشر الصناعات الثقيلة بين الدول الأوروبية رغم عدم وجود بعض المعادن بأراضيها، وهذا يرجع إلى انخفاض نفقات نقل المواد الخام عن طريق سفن الحاويات، الأرخص سعراً بين كل وسائل النقل الأخرى، سواء كان جوية أو أرضية.

ويمكن القول بأن الموانئ البحرية ساعدت بدرجة كبيرة في نقل المواد الأولية والسلع الوسيطة والنهائية الصنع من وإلى دول أخرى متعددة. ولولا تطور دور الميناء البحري والنقل لظل نظام الانتاج بالوضع البدائي الذى كانت عليه في الأزمنة القديمة، أو كانت كل دولة تعتمد على انتاجها المحلى من كافة السلع. ولهذا تؤثر الميناء البحري في نفقات النقل، وتؤثر نفقات النقل في التخصص الدولى⁽²⁾.

ويدخل ضمن الميناء البحرى، المنطقة الاقتصادية التى تصل منها وإليها البضائع، والتى تؤثر على حركة تدفق البضائع إلى الميناء، والتى يطلق عليها الميناء المدينة مثل سنغافورة وهونج كونج. ويهدف الميناء البحري إلى تنمية حجم الأنشطة القائمة بداخله، لأن نمو هذه الأنشطة وإزدهارها يؤدي إلى زيادة صافى دخل الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، الذين يرتبط دخلهم بطريق مباشر أو غير مباشر بنشاط نقل التجارة البحرية. وبالتالي كلما زادت الميناء من

(1) أ.د. زينب حسين عوض الله، العلاقات الاقتصادية الدولية، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2003، ص 66.

(2) د. محمد ابراهيم عبد الرحيم، العولمة والتجارة الدولية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 2009، ص 55.

كفاءتها وإمكاناتها، كلما زاد صافي دخل الميناء، وهؤلاء المتعاملون مع الميناء يمكنهم تعظيم نشاطهم وإيراداتهم، في حالة ما إذا زادت الميناء من كفاءتها، وخفضت التكاليف، واكتسبت التميز التنافسي في أوجه نشاطها⁽¹⁾.

وتؤدى الميناء البحري وظائفها التقليدية وهى تتحصر في نقل وتداول الحاويات أو البضائع، وتقدم لعملائها الخدمات الأساسية، وهى نقل البضائع، وتستيف البضائع لتحويلها أو فض تستيف البضائع المحواه، وتقدم لعملائها مجموعة من الخدمات الرئيسية البحرية لتداول البضائع والخدمات البحرية والصيانة، وتقوم بدور يرسمه القانون مسبقاً، وتطبقه على كل العملاء دون تمييز بينهم، وهى تعمل بنظام إدارى منظم يهدف إلى الانتاج، ولا يهتم بالعملاء بقدر اهتمامه بتطبيق القانون المنظم لحركتها التى لا تراعى وظيفة العميل. تطور الوظيفة الاقتصادية للميناء البحرى:

ومع زيادة حدة المنافسة العالمية بين الموانى، تعمل الميناء بأقصى كفاءة ممكنة لها،

حتى تستطيع أن تقوم بإدارة شبكة من الموانى الجافة المرتبطة بها مباشرة والتى عن طريقها يمكن للشاحنين إصدار سندات الشحن، والتعاقد مع خدمات نقل الحاويات من الميناء إلى أماكن أخرى، سواء بالقطار أو النقل البري لعملائها. وتقوم على تنمية الخدمات اللوجستية المتخصصة داخل الميناء، كتجهيز وتصنيف معدات السيارات وأجزائها الاحتياطية، وتخزينها وتجميعها وتوزيعها. والقيام بعمليات تصنيف ومزج وتجزئة وتعبئة وتخزين وتوزيع البضائع الصب، وتعبئة البضائع المتلجة في الحاويات، وعمليات اصلاح وصيانة الحاويات، وتداول البضائع الخطرة ونقلها، وتداول وتخزين البضائع المبردة. وأن تقدم الميناء عمليات تكنولوجيا المعلومات لعملائها.

(1) الأفراد المتعاملون مع الميناء هم التجار الذين تمر تجارتهم بالميناء، ويقومون بأعمال الشحن والتفريغ والتخزين واصلاح السفن وبنائها وإمداد السفن، ويقومون مشاريع صناعية وخدمية داخل الميناء، وأصحاب المهن التى تتوقف على نشاط الميناء البحرى مباشرة أو بصفة غير مباشرة.

ويجب على الميناء أن تتوع أنشطتها بعيداً عن نشاطها التقليدي، والبحث عن وسائل جديدة تكون أكثر فاعلية من أجل تنويع الخدمات التي تقدمها، وأن تعمل الميناء على تحقيق الآتي لعملائها:

1 - مساعدة العملاء في تخفيض تكاليف استلام البضائع، وذلك عن طريق خفض تكاليف التشغيل.

2 - أن تقدم الميناء لعملائها مجموعة من الخدمات التي تتصف بالسرعة والكفاءة، ومساعدة العملاء في توسعة أسواقهم للمساهمة في نمو أعمالهم. وأن يقوم مدير الميناء بتوزيع وقته تبعاً للأولويات التي يتم وضعها للاستثمار، والاتصال بالعملاء والتخطيط المشترك معهم، وتطوير المهام الرئيسية لإدارة الميناء.

وفيما يتعلق بموقفها من العملاء، فإنه لا يجب أن تلتزم الميناء بعقلية نظام الأوامر القانونية التي تحبط أي محاولة للابتكار، وإنما يجب أن تتصدى إدارة الميناء لكل المشاكل التي تواجه العملاء وتبتكر لها الحلول الفعالة. موقف الميناء من الخدمات(1):

تقدم الموانئ البحرية خدماتها التقليدية لتداول البضائع والخدمات البحرية وخدمات الصيانة، سواء قدمتها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق التعاقد مع الغير لتقديمها، ولكن يجب أن تقدم الميناء خدمات عالية الكفاءة لنشاطها الرئيسي لتداول البضائع والخدمات البحرية وأن تقدمها باختيارات متعددة وبدائل كثيرة. وتقوم الموانئ التقليدية بتمويل استثماراتها من إيرادات التشغيل، ولكن يجب على الميناء أن تغير من سياسات التمويل القائمة على التشغيل، وأن تفعل

(1) يرى الدكتور/ رمزي زكي، أن النمو المتسارع لقطاع الخدمات على الصعيد العالمي، دفع عدد من فقهاء الاقتصاد إلى التحدث عن ما يسمى بثورة الخدمات وعن مجتمع ما بعد الصناعي وعن اقتصاد الخدمات، ومدى قدرته الهائلة على توليد الناتج المحلي، وقد وصل نصيب هذا القطاع في الناتج المحلي الإجمالي في مصر نسبة 54%.
- الدكتور/ رمزي زكي، ظاهرة التدويل في الاقتصاد العالمي وأثارها على البلدان النامية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، 1993، ص 121-123.

نظام المشاركة مع الشركات أو العملاء في التمويل، واقتسام الأرباح والتكاليف والمخاطر.

مواصفات الميناء المتطور:

وفي حالة الميناء الغير متطور، ينظر العميل إليها على أنها لا تساعد في تحسين خدمات تدفق البضائع، وهي ميناء جامدة في سياستها وفي قراراتها ولا تشارك في حل مشاكل المتعاملين لديها، وتعتمد على سلطة القانون، فيحاول العميل إيجاد سبل تحايل للتعامل معها، لأنه يرى أن الميناء لا تقى باحتياجاته. ويجب على الميناء البحري أن تكون حريصة وهي تتعامل مع العميل على أساس أنه شريك لها وتتعاون معه في ابتكار الحلول المناسبة. وأن تقوم بعرض امكانياتها من أجل تحويل الحلول اللوجستية إلى أنشطة تحوز على ثقة عملائها، وأن تقيم علاقاتها بعملائها على اساس التحاور والمرونة والشفافية في اتخاذ القرارات، وتحسين نوعية الخدمة، وإبتكار حلول لها تعتمد على خلق المعلومات والتبادل الالكتروني لها، وأن تتعامل مع العملاء كوسيط في تبادل المعلومات. ولا يجب أن تفرض رسوم إدارية إضافية لخدمة تبادل المعلومات على عملائها، أو تفرض على عملائها اجراءات بيروقراطية، مثل أن تطلب منهم جداول مسبقة لإيجارات السفن وترردها على الميناء، وتطلب جزءاً مسبقاً للرصيف لربط السفينة، وتقديم مستندات البضائع المتداولة مسبقاً على استثمارات مخصصة لهذا الغرض، بما يزيد من التكاليف على المتعاملين مع الميناء.

الدور الاستثماري للميناء:

الميناء البحري لها دور استثماري يقوم على تطوير المشاريع الموجودة بها، وإقامة مشاريع مستقبلية وجذب شركات للعمل بها، عن طريق تحديد وتوقع الفرص المقبلة، وبالتالي يجب على الميناء أن تتصف بالإدارة التوسعية لأصولها، والتركيز على التخصص في تداول البضائع. وهذا يتطلب من الميناء أن تتصف بالآتي:

- 1- سرعة تفريغ البضائع.
- 2- سرعة دوران السفن في الدخول في الدخول والخروج من الميناء.
- 3- تحديث البنية التحتية عن طريق زيادة ممرات دخول السفن الأكثر عمقاً، وأن يكون الرصيف طويلاً، وأحواض دوران السفن أكثر إتساعاً عند الدخول والخروج من الرصيف، حتى تستطيع استقبال السفن العملاقة، لأن الميناء يحتاج إلى أنظمة إدارية متكاملة، حتى يتوازن إنسياب البضائع من خلال الحركة المتعددة داخل الميناء، وحتى تتجول الميناء التقليدية إلى مراكز للتوزيع في ظل وضع تصور واضح لمستقبل تطور الخدمات التي تقدمها الميناء للعملاء على أساس واقعي والتنبؤ بحركة تدفق البضائع وطلبات العملاء، حتى تستطيع الميناء أن تقيم مشاريع مستقبلية وتطوير المشاريع الحالية.

ارتفاع مستوى جودة الخدمات:

أكدت بعض الدراسات⁽¹⁾، أن نجاح العديد من المشروعات يقوم على أسس تسويقية بالدرجة الأولى، حيث أن كل منها قد بذلت جهوداً فائقة للتعرف المستمر على حاجات ورغبات عملائها، مع إمكانية كبيرة في تحديد الأسواق المرتقبة للنشاط، وقدرة على حفز ودفع العاملين لديها لتطوير خدمات عالية الجودة تتناسب مع حاجات ورغبات العملاء. وقد أصبحت الخدمات التي تقدمها الميناء البحري للعملاء الأساس الأول لبناء البنيان التنظيمي وهيكل أداء الخدمة على أسس تسويقية، باعتبار أن مسئولية الميناء إشباع رغبات وحاجات العملاء المتطورة والمتغيرة تعتبر المبرر الاقتصادي لها، أي أن العميل هو النشاط في ذاته، لذا تعبأ كافة الجهود البشرية والانتاجية في الميناء لإرضاء وإشباع رغبات العملاء، وقد أدى تناقص الفرص، وزيادة حجم المنافسة وتنوع أدواتها وتسارع

(1) Philip Kotler & Gary Armstrong, marketing an introduction, 3rd, New Jersey Englewood cliffs, prentice-Hall, Inc, 1993, p. 8.

خطوات التقدم التكنولوجى إلى قيام العديد من الموانى البحرية باكتشاف الدور المهم الذي يؤديه التسويق لخدماتها، وتعمل الشبكة الموحدة المركزية للمعلومات لدى الميناء على زيادة القيمة لدى العملاء، وتكامل واندماج سلسلة الامدادات، وايجاد فرص لتحقيق كفاءة القيام بعمليات خدمات تسليم البضائع الرئيسية من وإلى العملاء، وهى تساعد على زيادة كفاءة معدات تداول البضائع حتى تتساوى مع الطلب عليها. وأيضاً تساعد على جدولة حركة تدفق البضائع من الرصيف إلى باب الشاحن في الوقت المناسب.

المطلب الثالث

أهمية الميناء البحري لتجارة الترانزيت

تمهيد:

يسمى العديد من البلدان، سواء المتقدمة أو النامية إلى تطوير موانئها، والتفكير والاهتمام المتواصل في أحسن السبل التي يمكن بها شحن وتوصيل البضائع إلى أسواقها النهائية وتسهيل حركة نقل البضائع وتخفيض أسعار نقلها، ودفع حركة التطوير للميناء البحري لتواكب التطورات الحديثة في تكنولوجيا تداول البضائع. والبعض الآخر من البلدان انتهج سياسة إعادة هيكلة الموانى التي تعاني من انخفاض أداء الإدارة والتشغيل، وتشمل عمليات الهيكلة خصخصة الميناء البحرى، وغير ذلك من الأساليب الاقتصادية التي تستخدم للإرتقاء بمستوى الأداء، وتشجيع تجارة الترانزيت بالموانى البحرية، وذلك لزيادة حجم الطلب العالمى على خدمات الميناء البحرى.

وفى الآونة الأخيرة استطاعت كثيراً من البلدان أن تطور تجارة الترانزيت، وتضع لها سياسات ونظم إدارية وتسويقية واستراتيجية منظمة حتى تستطيع أن تجذب جزء مهم من تجارة الترانزيت لموانئها البحرية. وتقسّم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: تطور تجارة الترانزيت البحرية.

الفرع الثاني: دور الميناء البحري في تجارة الترانزيت لمصر.

الفرع الأول

تطور تجارة الترانزيت البحرية

الترانزيت هي: البضائع التي ترد إلى الميناء بهدف إعادة نقلها مرة أخرى إلى دولة أخرى، وليس بغرض استهلاكها في الدولة التي يقع بها هذا الميناء.

أنواع تجارة الترانزيت:

أولاً: نوع البضائع الواردة:

1- الصب السائل البترول: يتم تخزين البترول سواء الخام أو المكرر في ميناء (روتردام) بهولندا في خزانات ضخمة، ثم يعاد شحنه إلى الدول المستهلكة.

2- الصب الجاف للحبوب والمواد الخام: توجد موانئ عديدة في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا وأستراليا ودول شمال أوروبا، يتم فيها تداول البضائع الصب الجاف بنظام الترانزيت.

3- البضائع العامة والحاويات: يتم تخزين هذه البضائع المتنوعة لفترة طويلة في مناطق حرة داخل الميناء، ثم يعاد توزيعها على الدول المستهلكة.

4- الركاب: تقدم خدمات الترانزيت للركاب بهدف السياحة.

ثانياً: تداول البضائع⁽¹⁾:

1- تداول مباشر (اقطرمة): وهي البضائع الواردة إلى الميناء على

الخط الملاحي إلى البلد المستورد للبضائع، ومن الممكن أن يتم

النقل عن طريق تفريغ البضائع من سفينة وشحنها على ظهر سفينة

أخرى، ومن الممكن تخزينها في الميناء فترة زمنية محددة تحت

(1) تم تقسيم تجارة الترانزيت وفقاً لوجهة نظر مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (انكتاد) إلى: 1-

الترانزيت المباشر (الاقطرمة). 2- ترانزيت غير مباشر.

- د. سميرة بدوي، اقتصاديات انشاء وتطوير وتشغيل الموانئ في ظل المنافسة العالمية، مرجع

سابق، ص 213.

مسئولية متعهد النقل، وباستخدام وثيقة نقل واحدة وتحصيل نولون واحد على البضائع.

2- تداول غير مباشر: وهي البضائع التي ترد إلى ميناء وسيط على الخط الملاحي بفرض اعادة نقلها إلى ميناء أخرى، ولكن دون أن تكون الوجهة النهائية للبضائع قد تحددت حتى يمكن اعادة شحنها. وهذه البضائع ترد للميناء ضمن قائمة الواردات للميناء الوسيط وتخزن بها، ثم يعاد شحنها كلها أو بعضها إلى ميناء دولة ثالثة بسند شحن منفصل.

وتهتم المواني بالفوائد التي تعود عليها من تجارة الترانزيت بالحاويات، وتقوم السفن بنقل الحاويات على مواني وسيطة للاقتصاد في النفقات، ثم يعاد شحن البضائع إلى مواني أخرى محيطة بواسطة سفن روافد، ومن الممكن أن تنتقل الحاويات من المواني الوسيطة إلى ميناء ترانزيت في منطقة أخرى، ومنها يتم توزيع الحاويات الترانزيت إلى المواني المحيطة بواسطة سفن روافد. وفيما يخص تجارة الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، المتجه إلى شرق البحر الأبيض المتوسط، فإنها تنتقل من موانئها إلى مواني برشلونة ومارسيليا ومواني غرب إيطاليا، ثم تنتقل من هذه المواني إلى ميناء بورسعيد ودمياط والاسكندرية، وتوزع الحاويات بواسطة سفن روافد إلى المواني المحيطة بشرق البحر الأبيض المتوسط، ويكن أن يتم النقل بالعكس.

ومع تطور النقل البحري في الوقت الحاضر تم انشاء مواني متخصصة في التعامل مع بضائع الترانزيت، وتتميز هذه المواني بموقعها المميز، ويتم نقل بضائع الحاويات بالترانزيت إلى الميناء في أحجام صغيرة من عدة مواني، ثم تنتقل بسفينة ضخمة إلى الميناء النهائي، وهو ما يحدث في جميع تجارة الشرق الأقصى من مواني شرق البحر الأبيض المتوسط بواسطة سفن

روافد إلى ميناء دمياط أو بورسعيد، ثم يعاد نقلها بسفن كبيرة إلى بلاد الشرق الأقصى.

وأدى النمو الكبير في حجم التجارة العالمية للترانزيت إلى تشجيع الدول النامية على جذب جزء منها لموانئها، وذلك للاستفادة الكبيرة التي تعود على اقتصادياتها من زيادة النقد الأجنبي المترتب على تلك التجارة، وهو لا يقل عن الدخل المترتب عن التنمية الصناعية الحديثة مع قلة الإستثمارات المطلوبة للمواني الترانزيت، إذا ما قورنت بالاستثمارات المطلوبة للمشروعات الصناعية. وهو ما حدث لدول جنوب شرق آسيا مثل تايلاند واندونيسيا والفلبين وماليزيا وسيريلانكا، واستغلوا النمو المتزايد في تجارة هذه المنطقة، ونمو صادرات البلاد الآسيوية مع حسن موقعها الجغرافي، وذلك لجذب جزء من تجارة الترانزيت إليها⁽¹⁾.

الفرع الثاني

دور الميناء البحري في تجارة الترانزيت لمصر

يعتبر التسويق من أهم العوامل التي تساعد في تنشيط تجارة الترانزيت بالمواني، ويتمثل التسويق في قيام إدارة الميناء بمجموعة من الاجراءات، هدفها توضيح امكانية الميناء ومحطات تداول الحاويات لشركات الملاحة ومتعهدي النقل لتجارة الترانزيت. وذلك عن طريق عمل حملات اعلامية في وسائل الاعلام ذات الارتباط بالنقل البحري على مستوى العالم، وبيان كافة التيسيرات المقدمة من الميناء. ويتبع ذلك اشتراك إدارة الميناء في المؤتمرات العالمية الخاصة بتجارة الترانزيت. وإرسال نشرات دورية إلى كل الخطوط الملاحية العالمية ووكلاء الشحن، وموضحاً بها التسهيلات التي تقدمها الميناء وموقعها

(1) د. سميرة بدوي، اقتصاديات إنشاء وتطوير وتشغيل المواني في ظل المنافسة العالمية، مرجع سابق، ص 217.

الجغرافي المميز ومعدات التداول والتسهيلات الفنية، وبيان بأسعار الخدمات التي تقدمها الميناء⁽¹⁾.

ارساء السفن:

يمكن القيام بعملية تطوير الخدمات بالميناء ومحطات الحاويات عن طريق اتباع سياسة مرنة في عمليات رسو السفينة، وأن تكون امكانية الرصيف المعين لرسو السفينة مناسباً للبضائع قبل تحديد هذا الرصيف⁽²⁾، وذلك لتحقيق عامل الاقتصاد في الوقت لبضائع الترانزيت المترددة على الميناء، لتقليل زمن تواجد سفن الترانزيت بالميناء حتى تنخفض التكلفة على ملاك السفن⁽³⁾. وأن يتم تطوير العمل بمحطات تداول الحاويات بالميناء ليساير مستوى انجاز الأعمال بالمحطات العالمية لتداول الحاويات، خاصة الشحن والتفريغ للسفينة الأم وسفن الروافد.

ولتسهيل عملية إرساء السفن بالميناء يمكن القيام بإجراءات جمركية بسيطة وسريعة بالموانئ ومحطات تداول الحاويات، وذلك لسهولة مرور الحاويات الترانزيت من النقاط الجمركية على حدود الدولة لدولة أخرى، وتيسير انتقالها عبر أراضي الدولة، وعدم تفتيشها إلا في أضيق الحدود طبقاً للقانون.

ويجب تطوير خدمات سفن الروافد بالموانئ، لأن ذلك يؤدي إلى تنشيط تجارة الترانزيت، خاصة وأن شركات الملاحة تختار الموانئ الرئيسية كموانئ ترانزيت وتشغيل سفن روافد لتوزيع أو تجميع الحاويات الترانزيت. ويتم تشغيل سفن الروافد عن طريق تملك شركة الملاحة عدداً من السفن الروافد تتعامل مع الميناء والموانئ المحيطة، أو يتم التشغيل عن طريق شركة ملاحية مستقلة، تُسير وتشغل سفن روافد لخدمة الحاويات الترانزيت في المنطقة، وهو ما قامت

(1) د. سمية بدوي، اقتصاديات انشاء وتطوير وتشغيل الموانئ في ظل المنافسة العالمية، مرجع سابق، ص 219.

(2) د. عبد الوهاب عبد الحميد صالح، النقل الداخلي، الجزء الثاني، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، ص 235.

(3) آل محمد العباسي، إدارة عمليات النقل، مرجع سابق، ص 15.

به هيئة ميناء سنغافورة من إنشاء شركات ملاحية مستقلة لسفن الروافد تعمل في سنغافورة، وتوجد كذلك شركات لتشغيل سفن الروافد بالبحر الأبيض المتوسط في اليونان وقبرص. ومن الممكن أن تزداد مواني الترانزيت في مصر، وتمارس هذه التجارة بصورة أكبر، إذا تم إنشاء شركات ملاحية لسفن الروافد المستقلة والتي تعمل في الميناء، ويستوى أن تكون براسمال وطنى أو مشترك⁽¹⁾.

تسعير الخدمات

يعتبر السعر من أهم العوامل التى يتم على أساسها التبادل بين الميناء البحري والعملاء، فالسعر يعتبر العامل الحاسم الذى يقرر العميل على أساسه قبول الخدمة أو رفضها. والسعر لا يمكن فصله عن الخدمة لأن العميل في العادة يقارن بين ماهية الخدمة المقدمة له والمقابل الذى يدفعه، أو التكلفة التى سوف يتحملها، والسعر أحد عناصر هذه التكلفة الرئيسية. وتعتبر استراتيجية التسعير من أهم أدوات الميناء البحري في تحقيق أهدافها، سواء كانت تهدف إلى تعظيم الربح أو تغطية تكاليفها أو كسب نصيب من السوق أو تعظيم مركز الميناء البحرى. ويقصد بإستراتيجية السعر هنا مدى السعر ومجال حركته بالشكل الذى يحقق أهداف الميناء.

يتأثر السعر بالهدف منه والتكلفة والربحية واتجاهات العملاء وقدراتهم وظروف الميناء البحري المنافسة. ويوجد أسلوبان لتسعير خدمات الميناء، يعتمد الأسلوب الأول على النظرية التقليدية، في حين يعتمد الأسلوب الآخر على بعض الأساليب العملية في التسعير:

أولاً: الأسلوب التقليدى للتسعير:

يعتمد على معرفة تقديرات الطلب والتكلفة، وبمقارنة اجمالى التكاليف والإيرادات يظهر أفضل سعر وهو الذى تصل عنده الأرباح إلى أعلى معدلاتها.

(1) د. سمية بدوى، إقتصاديات انشاء وتطوير وتشغيل المواني في ظل المنافسة العالمية، مرجع سابق،

ويمكن كذلك الوصول إلى أعلى ربحية ممكنة على أساس الإيراد والتكاليف الحدية.

1- تقدير السعر على أساس مقارنة الإيرادات بالتكاليف الكلية:

يعتمد هذا الأسلوب على تقديرات الطلب والتكاليف في ظل افتراضات أسعار معينة للخدمة. ويقصد بكمية الطلب المتوقع، كمية الخدمات التي يمكن بيعها خلال فترة محددة وبسعر معين.

العلاقة بين السعر والطلب ومرونة الطلب:

تزداد كمية الطلب عندما ينخفض السعر، والعكس صحيح، وهو عندما يرتفع السعر يقل الطلب⁽¹⁾،

والدراسة العامة للعلاقة بين السعر والطلب سواء كانت العلاقة كلاسيكية أو غير كلاسيكية لا تكفي، ويجب دراسة العلاقة النسبية بين مقدار التغير في السعر وكمية التغير في الطلب⁽²⁾. ويقصد بمرونة الطلب، التغير النسبي في الطلب نتيجة التغير النسبي في السعر. والطلب المرن يعنى أن خفض سعر المنتج بنسبة معينة يؤدي إلى زيادة الكمية المطلوبة بنسبة أكبر. ويقصد بالطلب غير المرن السلع التي لا تتأثر كثيراً بالتغير في السعر، فارتفاع السعر بنسبة كبير يتبعه تغير نسبي أقل في كمية الطلب. ولا شك أن قيام الميناء بتقدير المرونة السعرية للخدمات التي تقدمها يسهل عملية تقدير السعر، على عكس الحال عندما تحدد الميناء تسعير الخدمات بدون أن تقدر المرونة السعرية له.

العلاقة بين التكاليف والأسعار والمبيعات⁽³⁾:

(1) هناك أنواع للطلب ليست كلها بهذه الصورة الكلاسيكية، وبالنسبة لكثير من سلع التفاخر يلاحظ عليها أن ارتفاع السعر يؤدي إلى زيادة الطلب أحياناً.

(2) Dalrymple, Douglas, J. & Parsons, Leonard J., Marketing Management: Strategy and cases, 3rd. ed., New York, N. Y: John Wiley & Sons Inc., 1983, p. 420.

(3) Bell, L. Martin, Marketing: Concepts and Strategy, 3rd. ed., Boston, Houghton Mifflin company, 1979, p. 403.

تؤثر التكاليف تأثيراً مباشراً في عملية التسعير، حيث يجب تغطية السعر للتكلفة، وتتأثر التكاليف بكمية المبيعات، فزيادة المبيعات تعنى خفض نصيب الوحدة من التكاليف الثابتة، وهذه بدورها تؤثر في السعر الذى يمكن أن تباع به السلعة، وبالتالي تؤثر المتغيرات الثلاث، الأسعار والتكاليف وكمية المبيعات في بعضها.

ثانياً: السياسات العملية للتسعير:

يوجد العديد من سياسات التسعير، وسوف يظل جزءاً من عملية التسعير يعتمد على خبرات وكفاءة القائمين بالتسعير، ولذا فإن التسعير يعتمد على أسس علمية، ولكنه يحتاج أيضاً إلى خبرة وكفاءة القائمين به. وفيما يلي إشارة موجزة إلى أهم الطرق العملية للتسعير التي يمكن استخدامها مع مراعاة الظروف التي تتناسب مع كل منشأة في ضوء أهداف الميناء والعملاء والمنافسين من الموانئ الأخرى:

سياسة التسعير الرائدة:

يقصد بسياسة التسعير الرائدة: وضع سعر مختلف عن السعر السائد في السوق إرتفاعاً أو إنخفاضاً، فقد تهدف هذه السياسة إلى تغطية التكاليف والتطوير، وتمكن الميناء من عمل خصومات لبعض العملاء مثل سياسة التسعير المتميز، وتعتبر سياسة التسعير المتميز أساساً مرناً في التسعير، وخاصة إذا كان الطلب غير مرن. والتسعير المتميز يسمح للمنشأة بتسعير الخدمة بأعلى سعر ممكن يسمح بتغطية تكاليف التطوير قبل دخول منافسين جدد. وقد يبدو ذلك في سلع الموضحة التي تسعر بسعر مرتفع ثم يخفض السعر بعد فترة وهو ما يسمى بسياسة كشط السوق⁽¹⁾.

وتستخدم أيضاً سياسة تسعير التغلغل عندما يريد المسوق دخول السوق والاستحواذ على أكبر كمية من المبيعات، فإن السعر المنخفض هو السياسة التي

(1) Dalrymple, Douglas J. & Parsons, Leonerd J., op.cit, p. 426.

تمكنه من إختراق السوق. ويضاف إلى ذلك سياسة التسعير النفسية التى تقوم على أساس دفع المستهلك على إتخاذ قرار الشراء نتيجة رد الفعل العاطفى أكثر منه على أساس التفكير المنطقى.

سياسة التسعير المهنى:

يحتاج العميل في بعض الأحيان إلى خدمات و سلع لا يعرف عنها الكثير، ولا يعرف أسعارها بالتحديد، ونظراً لأنه لا يستطيع الاستغناء عنها وقت الحاجة إليها، ويستطيع مقدم الخدمة أن يبالغ في المقابل الذى يريده. وهذه السياسة تعتمد على التسعير الأدبى والتسعير المتغير.

وهناك خطوات للتسعير، قد تختلف في مراحلها تبعاً لظروف كل منشأة، والمنتج المراد تسعيره والسوق والبيانات المتاحة⁽¹⁾، وهى تتمثل في تحديد هدف التسعير، وتقدير احتمالات المستهلك، ودراسة أسعار الموانى المنافسة حتى يمكنها وضع استراتيجية تراعى فيها ظروف المنافسين، وتحديد بدائل للأسعار ونتائجه وعلاقته بهدف التسعير، وتقدير الطلب.

ويتميز استغلال المرفق العام بخاصية ذاتية وهى ضرورة تحقيق أهداف المصلحة العامة، ولذلك يجب إتباع سياسة في التسعير تعمل على تحقيق الرفاهية للجماعة، وإذا كان المرفق العام من الضروري أن يحقق أرباحاً، فيجب أن تكون هذه الأرباح مجرد أهداف ثانوية⁽²⁾.

ويجب أن يتم تسعير الخدمات داخل الميناء البحرى عن طريق وضع التسعيرة المقدمة منها، بشرط أن تتضمن تخفيضات أو أسعار خاصة للشركات الملاحية طبقاً لعدد الحاويات المتداولة أو مدى أهمية الشركة في عقد خاص غير معلن. وهذا التصرف من شأنه أن يشجع شركات الملاحة على استخدام الميناء

(1) Asseal, Henry, Marketing Principles & Strategies, New York, The Dryden press, 1993, p. 457.

(2) استاذنا الدكتور/ مصطفى رشدى شبحه، علم الاقتصاد، من خلال التحليل الجزئى، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، 1989، ص 311.

ومحطة الحاويات. وفي الواقع فإن المواني المصرية لم تتبع هذا الأسلوب في التعامل مع عملائها. وإنما تتبع نظام وضع تسعيرة للخدمات المقدمة منها لعملائها، ثم تقوم بإعلانها لهم. ولا تتبع سياسة اعطاء تخفيضات، أو أسعار خاصة للشركات الملاحية طبقاً لعدد الحاويات المتداولة⁽¹⁾.

تداول الحاويات بالمواني المصرية:

يوجد عدة أسباب أدت إلى تراجع معدل تداول الحاويات بالمواني

المصرية يمكن إيضاحها فيما يلي:

1- دور هيئات المواني المصرية⁽²⁾:

يجب على هيئة المواني المصرية أن تتولى الاشراف على الجهود التسويقية التي تقوم بها الشركات الخاصة، والزامها بالحد الأدنى للتداول، وزيادة الأعماق وتفعيل الربط التكنولوجي لجذب الخطوط الملاحية التي تعتبر عميل لمحطات الحاويات. لأن الشركات الخاصة التي تعمل بمحطات تداول الحاويات في مصر، قد تراجع معدل تداول الحاويات لديها من 1700 ألف حاوية عام 2014، مقابل 1650 ألف حاوية عن عام 2015⁽³⁾.

2- انخفاض الصادرات المصرية:

ومن قراءة الجدول رقم (1)، (2) يتضح أن حجم البضائع الصادرة لعام 2015 بلغت 78.226 طن. وأما صادرات عام 2016، فقد بلغت 420.76 طن بنسبة نقص 46%. وبلغت الواردات من البضائع عن عام 2015، 187.222 طن. وفي عام 2016 وصلت إلى 78.655 طن بنسبة نقص 57% عن عام 2015.

(1) د. سمية بدوي، اقتصاديات انشاء وتطوير وتشغيل المواني في ظل المنافسة العالمية، مرجع سابق، ص 222.

(2) www.almalnews.com/story/274498/58/aboutus.aspx

(3) شركة الاسكندرية لمحطات الحاويات الدولية (Aict)، المعروفة باسم الشركة الصينية، وهي أحد مشغلي الحاويات في العالم، وهذه الشركة تمتلك النسبة الأكبر 90%، بينما تمتلك هيئة ميناء الاسكندرية نسبة 10%، رغم أنها تعمل في مصر منذ عام 2006.

جدول رقم (1)

اجمالي حركة البضائع الصادرة والواردة إلى الموانئ المصرية
(القيمة بالآلاف طن)

النسبة زيادة أو نقص	السنة	الكمية	البيان
	2015	78226	الصادرات
46% نقص	2016	42076	الصادرات
	2015	187222	الواردات
57% زيادة	2016	78655	الواردات

المصدر: www.amdb.gov.eg/ar/sections/119.
- www.emdb.gov.rg.

جدول رقم (2)

اجمالي عدد الحاويات الصادرة والواردة إلى الموانئ المصرية
(القيمة بالآلاف طن)

النسبة زيادة أو نقص	السنة	الكمية	البيان
زيادة أو نقص	2015	3.207.347	عدد الحاويات الصادرة
6.4% نقص	2016	3.001.543	عدد الحاويات الصادرة
	2015	3.229.626	عدد الحاويات الواردة
7.5% نقص	2016	2.986.971	عدد الحاويات الواردة

المصدر: www.andb.gov.eg/ar/sections/119.
- www.emdb.gov.rg.

وفيما يتعلق بالحاويات الصادرة من الموانئ البحرية المصرية، فقد بلغت عن عام 2015 - 3.207.347 حاوية. وبلغت 3.001.543 عن عام 2016 بنسبة نقص 6.4% عن عام 2015. وأما الواردات للموانئ المصرية

من الحاويات فقد بلغت 3.229.626 عن عام 2015. وفي عام 2016 بلغت 2.986.971 حاوية، بنسبة نقص 7.5%.

3- ارتفاع الرسوم:

ارتفعت رسوم المواني البحرية بمقتضى قرارات وزارية بنسبة 7% للفئات المحددة بالجنيه المصرى، 3% للفئات المحددة بالدولار سنوياً⁽¹⁾، وذلك مقابل الخدمات التى تقدمها المواني المصرية، هو ما جعلها أعلى تعريفية بين المواني المنافسة بحوض البحر الأبيض المتوسط، والمواني المنافسة هي: ميناء بيريه - باليونان، وجياتور في ايطاليا، واسكندرونة وازمير بتركيا⁽²⁾. وترتب على هذا القرار الوزارى دفع رسوم تداول الحاويات بنسب كبيرة مما ترتب على ذلك هروب عدد من الخطوط الملاحية⁽³⁾ إلى ميناء بيريه باليونان، لأن هذا الارتفاع للرسوم التى تم فرضها في ميناء شرق بورسعيد، وهى الأعلى عن باقى المواني، ونتيجة لما تحصل عليه هيئة قناة السويس من رسوم اضافية بنسبة 8% من رسوم عبور القناة، لأى سفينة أطول من 350متر، تدخل شرق بورسعيد. وأن أعلى محطة تقوم بمعدل تداول في مصر 35 حاوية/ ساعة، بينما يصل المعدل العالمى إلى 50 حاوية/ ساعة⁽⁴⁾.

ونص قرار وزارى آخر⁽⁵⁾، على أنه يتم العمل بلائحة مقابل الخدمات التى تؤدى للسفن في المواني البحرية المصرية، ومقابل الانتفاع بالمهام

(1) نصت المادة (4) من القرار الوزارى رقم (800) لسنة 2016 في 2016/12/24 على زيادة الرسوم وفئات مقابل الانتفاع بنسبة 7% للفئات المحددة بالجنيه المصرى، 3% للفئات المحددة بالدولار سنوياً.

- قرار وزير النقل رقم 800 لسنة 2016 في 2016/12/14، الوقائع المصرية، العدد (282) تابع (ب)، في 2016/12/15.

(2) www.almalnews.com/story/274498/58/aboutus.aspx.

(3) <https://www.elwatunnews.com/news/details/2029000>.

(4) www.almalnews.com/story/274498/58/aboutus.aspx.

(5) نص قرار وزير النقل رقم 488 لسنة 2015 في المادة (1) على أنه: يعمل بأحكام اللائحة المرفقة دون غيرها في شأن مقابل الخدمات التى تؤدى للسفن في المواني البحرية المصرية. ونصت المادة (2) منه على أنه: تزداد الفئات الواردة باللائحة بنسبة 5% سنوياً، على ألا تتجاوز الزيادة خمسة أمثال الفئة الرسوم المقررة بموجب القانون رقم 24 لسنة 1983 - الوقائع المصرية، العدد (205) تابع في 2015/9/7.

والمنشآت الثابتة والعائمة التابعة لهئية المواني البحرية المصرية لسلامة الملاحة البحرية ومقابل الخدمات الالكترونية المقدمة من هيئة المواني للمتعاملين معها⁽¹⁾. وتزداد ا فئات الواردة باللائحة المرفقة لهذا القرار بنسبة 5% سنوياً على ألا تتجاوز الزيادة خمسة أمثال الفئة الرسوم المقررة بموجب القانون رقم 24 لسنة 1983⁽²⁾.

والقرار الوزاري المشار إليه، يجعل المواني المصرية الأعلى سعراً على مستوى العالم⁽³⁾، مما يقلل من تنافسها، ويزيد من التكاليف المرتبطة بالتجارة الخارجية⁽⁴⁾، لأن القرار الوزاري حمل مقابل الانتفاع بالمهمات والمنشآت العائمة والثابتة التابعة لهيئات المواني وهيئة السلامة البحرية، علاوة على الرسوم الجديدة لمقابل الانتفاع بالخدمات الالكترونية في المواني⁽⁵⁾.

4 - عدم وجود إدارة متخصصة بوزارة النقل لتسويق المواني المصرية. وتقوم شركة الحاويات بالتسويق لخدماتها.

(1) site.eastlaws.com/generch/home/artidestdetails?-masterID=1813658.

(2) www.tahrirnews.com/posts/430735/3.

(3) أ : اجمالي تحصيل رسوم على السفينة في قبرص 4869 دولار.

ب: اجمالي تحصيل رسوم على السفينة في بورسعيد 18539 دولار.

ج: اجمالي تحصيل رسوم على السفينة في اليونان 2925 دولار.

د : اجمالي تحصيل رسوم على السفينة في بيروت 5525 دولار.

(4) <https://www.elwatunnews.com/news/details/2029000>.
www.tahrirnews.com/posts/430735/3.

(5) ميناء شرق بورسعيد تم افتتاحه عام 2004، لخدمة التجارة العالمية والتراتزيت. ويتم التخطيط لها لتكون مركزاً لإقامة منطقة صناعية يخصص انتاجها للتصدير لجذب الخطوط الملاحية العالمية. وتبلغ مساحتها 35.4ك²، وطبقاً للمخطط العام للميناء سوف تزداد هذه المساحة لتصبح 57ك². والميناء مخطط لإنشاء أرصفة بطول 12ك متر، ومخطط لإنشاء منطقة صناعية جنوب الميناء على مساحة 87.6 كيلو متر مربع. وتبلغ المساحة الحالية لمحطة الحاويات 600 ألف متر مربع وعرض مساحة الحاويات 500متر، والمحطة تعمل بنظام المناطق الحرة الخاصة. ويستقبل الميناء السفن العملاقة من الجيل الرابع، لأن عمق الميناء 17متر وطوله 1200متر.

- <https://marefa.org>.

خاتمة البحث

أولاً: النتائج:

أوضحنا في هذا البحث، الدور الاقتصادي الهام الذي تلعبه الموانئ البحرية في نقل التجارة الخارجية لمصر، مما جعلها تساهم في نقل 90% من تجارة مصر الخارجية، خاصة وأنها تمتلك (15) ميناء تجاري و(177) رصيف خاص بالموانئ و(42) ميناء تخصصية و(6) محطات حاويات و(171) سفينة، وأن ما ورد في سياق بحثنا يشير إلى الآتي:

1- تعاضد دور الميناء الاقتصادي، والذي يقدر بخمسمائة مليار دولار سنوياً، وينقل نحو 1.75 مليار طن بضائع خلال العام، بما يمثل 4.1% من الناتج المحلي الإجمالي.

2- تؤدي الميناء البحري دوراً مهماً في النمو الاقتصادي على أساس أنها تتيح للدولة فرصة استيراد احتياجاتها من الدول المصدرة، وتصدير منتجاتها إلى أنسب الأسواق الدولية.

3- يمكن للميناء البحري أن تساهم في تنمية المناطق المجاورة لها، سواء كانت زراعية أو صناعية أو تجارية. وأن توفر فرص عمل في مختلف الأنشطة الاقتصادية، والمساهمة في تكوين كوادر فنية، وقيام أنشطة اقتصادية تخدم قطاع النقل البحري مثل التوكيلات الملاحية وشركات التأمين وإصلاح السفن وتموينها، وذلك لأن عدم وجود موانئ بحرية ذات كفاءة يؤثر بالسلب على التنمية الاقتصادية، لإرتفاع أسعار الواردات وفقدان الصادرات قدرتها التنافسية في الأسواق الدولية.

4- تؤدي الميناء البحري دوراً اقتصادياً بارزاً في إقتصاد الدولة، حيث أنها تعمل على زيادة حجم التجارة الخارجية، وفتح منافذ للأسواق العالمية، بجانب أنها تقوم بدور هام في تدعيم استقلال الدولة سياسياً واقتصادياً. وفي حالة

ما إذا إنخفضت تكاليف النقل البحري، وذلك نتيجة تطور صناعة النقل البحري عن طريق تحقيق وفورات في التكاليف، والتحول إلى الشحنات الكبيرة للإستفادة من إقتصاديات الحجم الكبير مثل النقل بالحاويات التي تكون من الباب إلى الباب، فإن نسبة هلاك وتلف البضاعة يقل كثيراً عن ذي قبل.

5- يؤدي نقل السلعة من مكان إلى مكان آخر إلى زيادة منفعتها المكانية والزمانية، سواء كانت سلعاً أولية أو منتج نهائى. وتقاس هذه المنفعة الاقتصادية بالفرق بين ثمن السلعة في مكان إنتاجها والمكان الذى ترتفع فيه منفعتها الاقتصادية.

6- تؤثر نفقات النقل البحري في مقدرة الدولة على الإنتاج، لأن تكاليف النقل البحري تبلغ نسبة 9% من قيمة السلعة المنقولة، وذلك يرجع إلى وجود سفن الحاويات ذات الحجم الكبير عالية الكفاءة.

7 - ساهمت الموانى البحرية في نقل المواد الأولية والسلع الوسيطة وتامة الصنع، وذلك لأنها الأرخص في تكلفة النقل عن الوسائل الأخرى، سواء كانت جوية أو أرضية. والنقل البحري أحد العوامل المؤثرة في التخصص وتقسيم العمل الدولى.

8 - تؤدي الميناء البحري وظائف تقليدية وهى نقل البضائع، بجانب أنها تستطيع أن تدير شبكة من الموانى الجافة المرتبطة بها مباشرة، وهى نقل الحاويات بالسيارات أو القطار، ويمكنها أن تقدم الخدمات اللوجستية المتخصصة داخل الميناء مثل تجهيز وتصنيف معدات السيارات وتخزينها وتجميعها، والقيام بعمليات اقتصادية مثل تصنيف ومزج وتجزئة وتعبئة وتخزين وتوزيع البضائع، بجانب قيامها بتقديم خدمة تكنولوجيا المعلومات لعملائها. والقيام بعملية التنبؤ بتدفق البضائع، وطلبات العملاء حتى يمكنها أن تقيم مشاريع مستقبلية.

9 - الاهتمام بتطوير الميناء عن طريق ابتكار أحسن السبل التي يمكن بها شحن وتوصيل البضائع إلى أسواقها النهائية، وتخفيض أسعار نقلها لتواكب

التطورات الحديثة في تكنولوجيا البضائع، وغير ذلك من الأساليب التي تؤدي إلى الارتقاء بمستوى أداء الميناء البحرى.

10- تشجيع تجارة الترانزيت عن طريق إنشاء الموانى البحرية التى

تتفق وطبيعة هذه التجارة، حتى يمكن الاستفادة بميزة كثرة الموانى المصرية.

11- التغلب على معوقات تداول تجارة الترانزيت عن طريق عدم

المغالة في زيادة رسوم الموانى، حتى لا تفقد ميزة المنافسة مع الموانى الأخرى، ويؤدى ذلك إلى هروب الشاحنين إلى الموانى المنافسة.

12- تراجع معدل تداول الحاويات بالموانى المصرية، وذلك بسبب

إشراف هيئات الموانى المصرية على الجهود التسويقية التى تقوم بها الشركات الخاصة، وما ترتب على ذلك من تراجع المعدل من 1700 ألف حاوية عام 2014 إلى 1650 ألف حاوية عام 2015.

ثانياً: التوصيات:

1- العمل على تطوير أداء الميناء البحرى، لمواكبة الزيادة المستمرة في

حجم التجارة الخارجية. وزيادة امكانات الميناء البحرى يتم عن طريق زيادة عمق غاطس رصيف الميناء، حتى يمكن لسفن الحاويات العملاقة أن تتعامل مع الميناء، وبالتالي يزداد عدد السفن المتردد على الميناء البحرى.

2- زيادة تنمية المناطق المجاورة للميناء البحرى، وتحويل برامج التنمية

الاقتصادية عن طريق تشجيع قيام بعض الصناعات، لأن ذلك يؤدى إلى زيادة مورد للخزانة العامة.

3- زيادة القدرة التنافسية للصادرات المصرية عن طريق إدارة وتشغيل

الميناء البحرى بمستوى إدارى متطور، حتى يمكن الإسراع بعملية تداول البضائع وبأقل التكاليف، وهذا يتطلب تغيير النمط التقليدى لأساليب تشغيل الميناء.

4- أن تقدم الميناء البحرى سلسلة من الخدمات المتنوعة، وهو النقل

متعدد الوسائط، وإدارة سلسلة الامدادات بأكملها لتلبية طلب السوق المتعدد.

5- يجب على الميناء أن تبحث عن وسائل جديدة تكون أكثر فاعلية من أجل تنويع الخدمات التي تقدمها مثل أن تهتم بالاتصال بالعملاء، وأن يكون التخطيط مشتركاً مع العملاء. وأن تتصدى الميناء البحري لكل المشاكل التي تواجه العملاء، وأن تبتكر الحلول الفعالة لها، وأن تساعد العملاء في توسعة أسواقهم ونمو أعمالهم. ولا يجب أن تلتزم إدارة الميناء بعقلية نظام الأوامر القانونية، وإنما يجب أن يكون هناك محاولات للابتكار.

6- تفعيل نظام المشاركة مع الشركات الخاصة في التمويل على أساس أنها شريك، وتتعاون معه في ابتكار حلول مناسبة، وأن تقوم بعرض إمكانياتها من أجل تحويل الحلول اللوجستية إلى أنشطة تحوز على ثقة عملائها. وأن تقيم علاقاتها مع العملاء على أساس التحاور والمرونة والشفافية في إتخاذ القرارات، وتحسين نوعية الخدمة التي تقدمها، وابتكار حلول لها تعتمد على خلق المعلومات والتبادل الإلكتروني لها، وأن تتعاون مع العميل كوسيط في تبادل المعلومات.

7- لا يجب فرض رسوم إدارية إضافية لخدمة تبادل المعلومات على عملائها، أو أن تفرض عليهم إجراءات بيروقراطية مثل طلب الميناء من العميل جداول مسبقة لايجات السفن، وطلب الحجز مسبقاً للرصيف لربط السفينة، وتقديم مستندات البضائع المتداولة مسبقاً على استمارة مخصصة لهذا الغرض.

8- يجب على الميناء البحري أن تتصف بالإدارة التوسعية لأصولها والتركيز على التخصص في تداول البضائع حتى يكون هناك سرعة في تفريغ البضائع وسرعة دوران السفن في الدخول والخروج من الميناء.

9- يجب تطوير خدمات سفن الروافد بالميناء، لأن ذلك يؤدي إلى تنشيط تجارة الترانزيت بالحاويات، والتنبؤ بحركة تدفق البضائع وطلبات العملاء عن طريق الارتقاء بمستوى الشبكة المركزية للمعلومات لدى الميناء.

10- عندما تضع الميناء تسعيرة للخدمات التي تقدمها للعملاء، يجب أن تتضمن تخفيضات أو أسعار خاصة لشركات الملاحة، طبقاً لعدد الحاويات المتداولة أو مدى أهمية الشركة في عقد خاص بها غير معلن.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- 1- د. أحمد عبد المنصف محمود، اقتصاديات وسياسات النقل البحري، مؤسسة رؤية للنشر، الاسكندرية، الطبعة الثانية، 2009.
- 2- د. رمزي زكي، ظاهرة التدويل في الاقتصاد العالمي وآثارها على البلدان النامية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، 1993.
- 3- أ.د. زينب حسن عوض الله، العلاقات الاقتصادية الدولية، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2003.
- 4- د. سعد الدين العشماوي، تنظيم وإدارة النقل (الأسس، المشكلات والحلول) مكتبة عين شمس، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1986.
- 5- د. سامي عفيفي حاتم، التجارة الخارجية بين التنظير والتنظيم، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 1991.
- 6- د. سمية بدوي، إقتصاديات انشاء وتطوير وتشغيل المواني في ظل المنافسة العالمية، 2003، بدون ناشر.
- 7- د. صلاح الدين نامق، مقدمة في التجارة الخارجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
- 8- د. صفاء حافظ عبد الفتاح، المواني والثغور المصرية من الفتح الاسلامي حتى نهاية العصر الفاطمي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2010.
- 9- أ.د. عادل أحمد حشيش، أساسيات الاقتصاد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2002.
- 10- د. عبيد على أحمد الحجازي، تمويل الاستثمارات في مجال النقل الجوي، دار النهضة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1994.

- 11- د. على عبد الله وأ. مصطفى عبد الحافظ، إدارة وتشغيل الموانئ، مؤسسة رؤية، الاسكندرية، 2014.
- 12- د. عبد الوهاب عبد الحميد صالح، النقل الداخلى، الجزء الثانى، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحرى.
- 13- د. فؤاد هاشم عوض، التجارة الخارجية والدخل القومى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
- 14- د. كامل بكرى، الاقتصاد الدولى والتجارة والتمويل، بدون ناشر، 2002.
- 15- أ.د. مصطفى رشدى شيعه، علم الاقتصاد، من خلال التحليل الجزئى، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، 1989.
- 16- أ.د. محمد دويدار، الاقتصاد الدولى، الفتح للنشر، الاسكندرية، 2008.
- 17- أ.د. مجدى محمود شهاب، الاقتصاد الدولى، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، 1996.
- 18- د. مصطفى محمد عز العرب، النظرية البحتة في التجارة الخارجية، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 1998.
- 19- د. محمد ابراهيم عبد الرحيم، العولمة والتجارة الدولية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 2009.
- 20- د. محمود عبد الرازق، الاقتصاد الدولى والتجارة الخارجية (النظرية والتطبيق)، الدار الجامعية، أسوان، 2011.
- 21- د. مدحت عباس خلوصى، السفينة والقانون البحرى، منشأة الشنهاجى، الاسكندرية، الطبعة الثانية، 1999.
- 22- أ. محمد العباسى، إدارة عملية النقل، منشأة الشنهاجى، الاسكندرية، 2013.

- 23- جيرلد ماير، التجارة الدولية والتنمية، ترجمة مؤسسة فرانكلين للطباعة والنشر، القاهرة، الناشر دار نهضة مصر، 1968.
- 24- أ. محمد محمود العباد وآخرون، المعجم الجغرافى، الهيئة العامة للمطابع الأميرية، القاهرة، 1974.
- 25- د. هارون أحمد عثمان، الاقتصاد البحري مع إشارة خاصة لمشاكل الدول النامية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1984.
- 26- الوقائع المصرية، العدد (182) تابع (ب) في 2016/12/15.
- 27- الوقائع المصرية، العدد (205) تابع في 2015/9/7.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- 1- Alfred Marshal, Principles of Economics the Macmillan press, 8th 8ed, London, 1977.
- 2- Asseal, Henry, Marketing Principle & Strategles, New York, the Dryden press, 1993.
- 3- Bell, L., Martin, Marketing: Concepts and Strategy, 3rd, ed, Boston, Houghton Mifflin Company, 1979.
- 4- Donald, F. Wood Jones, C. Johnson, Contemporary Transport, New York, Macmillan Publishing Company, 1989, 3rd Edition.
- 5- Don Benson, Ralph Bugg, Geoffrey whitehead, Transport Logistics Element of overseas trade, London, Wood head Faulker, 1994.
- 6- Dalrymple, Douglas J., parsons, Leonard J., Marketing Management: Strategy and Cases, 3rd ed., New York, N.Y.; John Wiley & Sons, Inc. 1983.
- 7- Hoyle B. S., Transport and Development, Macmillan, 1973.
- 8- Kindelberger, Trade and National Economy, Yele University press, 1962.

- 9- Philip Kotler, Gary Armstrong, Marketing an Introduction, 3rd, ed. New Jersey Englewood Cliffs, prentice-Hall, Inc, 1993.
- 10- Robins H., Bamford, Bab geography of Transport, London, Mochdonald & Evans, 1978.
- 11- Staffan. B., Linder, An Essay on Trade and Transformation, New York; John Wiley & son, 1961.
- 12- Terro. D. Heaver. John. E. Loplin, Termsor Shipment and Efficiency in overseas Trade, Journal armritime Policy and Management, Vol. (8), (4) Oet. Dee. 1981.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية:

- 1- ems.shorouknews.com/news/view.aspx?cdate=70920168&id=cb45a129669.
- 2- Cms.shorouknews.com/news/view.aspx?cdate270920168&id=cb45a129669.
- 3- <https://www.facebook.com/alnglaibhry/posts222000644554925>.
- 4- <https://www.google.com.eg/search?safe=acyive&clientfirefox-b&dcr=0&9>.
- 5- site.eastlaws.com/generch/home/ArtidesTDetails?-masterID=1813658.
- 6- <https://www.facebook.com/civil.engineering.department/posts>.
- 7- www.ide.gov.eg/arabic/whyegypt/pages/infrasturture-and-logistics.aspx.
- 8- www.almalnews.com/story/274498/58/aboutus.aspx
- 9- <https://www.elwatunnews.com/news/details/2029000>.

- 10-<https://www.facebook.com/ateferve/584796791>.
- 11-www.alraimedia.com/ar/article/economics.
- 12-<https://www.elwatunnews.com/news/details/2029000>.
- 13-www.tahrirnews.com/posts/530735/3.
- 14-www.endb.gov.eg.ar.content/114.
- 15-alrai.com/article/743278.html.
- 16-<https://ar.wikipedia.org/wiki>.
- 17-www.andb.gove.eg/ar/sections/119.
- 18-www.endb.gove.vg.
- 19-Mawdoo3.com.
- 20-<https://www.marefa.org>.

ملخص البحث

يستحوذ النقل البحري على نسبة 80% من حجم التجارة العالمية، ونسبة 70% من حيث القيمة، وهو يلعب دوراً رئيسياً في تجارة مصر الخارجية، وأن حجم البضائع المنقولة عبر الموانئ المصرية (صادرات وواردات) بلغت 133 مليون طن عن عام 2015، ويساهم في نقل 90% من منتجات مصر مع دول العالم. والموانئ البحرية من أهم الركائز الأساسية للمنظومة البحرية، بجانب دورها السياسى والحربى، ودورها الاقتصادى مما جعلها مركزاً صناعياً وتجارياً، حيث أن مصر تمتلك (15) ميناء تجارى، ولديها (177) رصيف خاص بالميناء البحرى التجارى. ويبلغ أطوال الأرصفة (34) كيلو متر، و(42) ميناء تخصصية و(6) محطات حاويات ولديها (171) سفينة حتى عام 2017.

وتقوم الميناء البحرى بمهام أساسية فى نقل البضائع والتجارة الدولية، وتسهيل حركة نقل البضائع وتخفيض أسعار نقلها مع ظهور النقل بالحاويات والموانئ الخاصة بها، والبضائع التى يتطلب سرعة فى نقلها. وشهد قطاع النقل البحرى تطوراً هائلاً فى تكنولوجيا صناعة السفن، مما جعلها أهم وسائل النقل بالنسبة للتجارة العالمية، ولأنها تمثل حلقة الوصل بين النقل البحرى والبرى. وكى تزدهر التجارة العالمية لابد وأن تتطور الموانئ البحرية لتواكب التطورات التكنولوجية الحاصلة فى صناعة السفن ووسائل النقل وتداول البضائع وتم استحداث إدارات جديدة بالموانئ مثل إدارة اللوجستيات وغيرها من الإدارات التى تساهم فى رفع كفاءة وإنتاجية الميناء البحرى، وتطور أرصفة الموانئ واعدادها لاستقبال السفن الخاصة بتداول الحاويات.

وتعتبر الطريقة السائدة فى إدارة الموانئ البحرية من أهم المشكلات التى تواجهها، لأن معظم الموانئ البحرية للدول النامية تقوم الحكومات بإدارتها عن القرارات الإدارية الصارمة، مع الأخذ فى الاعتبار أن هذه الموانئ لديها أهداف أخرى مثل زيادة معدل الربح وزيادة معدل التوظيف، وتحتاج إلى نظام تسويقي يمكنها من تحديد متطلبات الشاحنين.

Research Summary

Maritime transport accounts for 80% of the world trade size and 70% in value. It plays a major role in Egypt's foreign trade. The amount of goods transported through Egyptian ports (exports and imports) reached 133 million tons in 2015, 90% of Egypt's products with the countries of the world. Maritime ports are one of the most important pillars of the maritime system, alongside its political and military role and its economic role, making it an industrial and commercial center. Egypt has 15 commercial ports and 177 berths in the commercial seaport. The length of the berths (34) km, and (42) specialized ports and (6) container terminals and have (171) vessels until 2017.

The Maritime Port carries out basic tasks in transporting goods and international trade, facilitating the movement of goods and reducing the prices of their transport, with the emergence of transport by containers and seaports, and goods that require rapid transfer. The maritime transport sector witnessed a tremendous development in shipbuilding technology, which made it the most important means of transport for international trade because it represents the link between maritime transport and land transport. For trade to thrive, international trade must develop the sea ports to cope with the technological developments in the shipbuilding, transportation and cargo handling. New ports departments have been introduced, such as the Logistics Department and other departments that contribute to raising the efficiency and productivity of the seaport and the development of port berths, and preparing them to receive the container ships.

The prevailing way of management of seaports is one of the most important problems it faces. Most of the ports of developing countries are governed by strict management decisions for the shippers' requirements. Taking into account that these ports have other objectives such as increasing the profit rate and increase the employment rate, and need a marketing system that can determine the requirements of shippers.

النظام الإجراءي للطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون

د. خيرى عبد الفتاح السيد البتانونى
استاذ مساعد قانون المرافعات
بكلية الحقوق - جامعة أسوان
مجام بالنقض ومحكم دولى ووسيط قانونى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا * يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا * إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ﴾ سورة الأحزاب : آية (70-72)

وقال تعالى : ﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ، فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ ۗ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۗ وَسَخَرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ ۗ وَكُنَّا فَاعِلِينَ . ﴾ سورة الأنبياء : آية (77 - 78).

وقال عز وجل : ﴿ أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا ﴾ سورة النساء : آية (82).

ويقول تبارك وتعالى : ﴿ وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾ سورة الشورى : آية (10).

وقال سبحانه وتعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾ سورة النساء : آية (58).

وجاء في كتاب عمر بن الخطاب إلي أبي موسى الأشعري قاضيه على الكوفة: «... و لا يمنعك قضاء قضيتَه بالأمس ، ثم راجعت فيه نفسك ، و هُديت فيه لرشدك ، أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم ، و إن الحق لا يبطله شيء ، و مرجعة الحق خير من التماذي في الباطل .»

" إنني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل ولو ترك هذا لكان أجمل وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر " . (العماد الأصفهاني، معجم الأدباء مقدمة).

1- وظيفة محكمة النقض : تتطلب فاعلية العدالة قيام المشرع بوظيفة وضع القوانين ، و قيام محكمة النقض بمهمة رقابة صحة تطبيق و تفسير المحاكم للقانون (الموضوعي والإجرائي) بمفهومه الواسع ، و إرساء و توحيد المبادئ القانونية الصحيحة لضمان وحدة القانون و أحكام القضاء . و لا يجوز أن تتعدد محكمة النقض داخل الدولة - مبدأ وحدانية محكمة النقض - لضمان احترام سيادة القانون و تحقيق المساواة أمام القانون و القضاء ، و تحقيق القانون لهدفه و غايته باستقرار الحقوق والمراكز القانونية ، و نيل ثقة المتقاضين في عدالة القانون وهيبة القضاء و احترام القضاء للقانون . (1)

(1) حامد فهمي ، و د. محمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية ، مطبعة لجنة التأليف و الترجمة والنشر ، القاهرة 1937م ، بند 1 و ما بعده ، ص 3 و ما بعدها. أمين أنيس باشا، محكمة النقض والإبرام في مصر، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية 1883-1933م ، ط2، نادى القضاء 1990م ، ص 185. د. أحمد فتحي سرور ، النقض الجنائي ، ط 3 ، دار الشروق ، القاهرة 2011م ، بند 6 ، ص 17 وما بعدها . د. مصطفى كامل كيره ، تطور محكمة النقض ، مجلة القانون و الاقتصاد ، تصدرها حقوق القاهرة ، عدد خاص بمناسبة العيد المنوي لكلية حقوق القاهرة 1983 م ، ص 247 و ما بعدها . د. أحمد السيد صاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض علي قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1984 م ، بند 1-2 ، ص 5-7 . د. أحمد مليجي موسى ، تصدى محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية ، مجلة الشريعة والقانون ، تصدرها كلية الشريعة و القانون/ جامعة الامارات ، ع 1، مايو 1987 م ، ص 327 . د. عبد العزيز خليل بديوي ، الطعن بالنقض و الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا ، رسالة دكتوراه ، حقوق عين شمس 1969 م ، ص 3-4 . د. محمد علي الكيك ، رقابة النقض علي تسبيب الأحكام الجنائية، رسالة دكتوراه ، حقوق اسكندرية 1988 م ، ص 54.

- Ernest Faye; La cour de cassation; Paris; 1970; N. 1; P. 2.
- Erwin, N. Griswéld; La cour suprême des Etats - Unis; Rév. Int. dr. Comp. 1978; N.1; P. 97 ets.
- Lord Wilberforce; La chambre des Lords; Rév. Int. dr. Comp.1978; N. 1; P. 85 ets.
- André Perdriau; Réflexions désabusées sur le contrôle de la cour de cassation en matière civile; J.C.P.; éd. G. ; 1991 ; doct. ; N. 3538 ; P. 361.
- Yves Chartier; la cour de cassation et l'évolution du droit; Gaz. Pal. 1994 ; 1; P. 650.
- Roger Perrot; Institutions Judiciaires; 7.éd.; Montchrestien-Delta; Paris; 1996; N.211; P. 190.
- Jean Paul Calon; Mission de la cour de cassation; Ency. Dalloz ; Fasc. 760-3 ; 1992 ; N. 8 ; P. 3.
- Jacques Boré; cour de cassation; Encyc. Dalloz; janv.1994; N. 1-3; P. 2.

و تقوم محكمة النقض بمهمة رقابة قانونية الأحكام بهدف بتوحيدها بما يجعل للعدالة وجهاً واحداً ، و جمع القضاة علي كلمة واحدة فيما يختلفون فيه من مسائل مراعاة المصلحة العامة ، وتحقيق المساواة أمام القضاء والقانون L'égalité devant La justice et droit بين المواطنين . فتقوم برفع الخلاف في تفسير و تأويل القانون؛ حتي يستقر الرأي فيما كان محلاً للخلاف ويزول غموض النصوص القانونية ، و يسد النقص في التشريع . و ذلك بتقنين المختلف عليه أو المتشابه فيه علي منهاج موحد ؛ لتوحيد الحلول القضائية ، واستقامة ميزان العدل لدي قضاة الموضوع بجمع كلمة القضاء و توحيدها - حتى لو تباينت مشاربهم و نزعاتهم و منهجهم في العلم و الخبرة و فهم القانون - صوتاً لحسن سير العدالة ؛ إذ ليس أضر علي العدالة من أن يختلف تطبيق القانون في المسألة ذاتها تبعاً لاختلاف فهم القضاة لمعاني و مفهوم القانون . (1)

-Cadiet; Droit Judiciaire ; N. 259; P. 121.

-Perrot; Institutions Judiciaires; N. 211 ets.; P. 190 ets.

-Peter Neu; Le Pouvoir de Contrôle de la cour suprême; 1956; N. 14; P.

21.

غير أنه في بعض الدول يوجد محكمتين للنقض أو للتمييز : ففي دولة الامارات العربية المتحدة يوجد محكمتين للنقض ، الأولى في إمارة أبو ظبي (المحكمة الاتحادية العليا) ، والثانية في إمارة دبي (محكمة التمييز) . راجع: د. أحمد صدقي محمود ، قواعد المرافعات في دولة الامارات ، ط 1- 1999 م ، ص 482. د. علي عبد الحميد تركي ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، ط 1 ، بند 293، ص 386.

وكذلك في المملكة العربية السعودية تم إنشاء هئتين للتمييز تتربعان بالتساوي فيما بينهما على قمة التنظيم القضائي السعودي إحداهما للمنطقة الغربية ومقرها العاصمة الدينية مكة المكرمة ، و الثانية للمنطقة الوسطى والشرقية والشمالية ومقرها العاصمة السياسية مدينة الرياض ، بل يوجد تفكير بإنشاء هيئات تمييز أخرى في أماكن أخرى بالسعودية . راجع بتفصيل أكثر : د. محمد محمود إبراهيم ، نظام الطعن بالتمييز في المملكة العربية السعودية ، مركز البحوث والدراسات الإدارية بمعهد الإدارة العامة بالرياض 1419هـ / 1998 م ، بند 7 ، ص 42 ومابعداها . وكذلك د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة ، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية ، مطبوعات معهد الإدارة العامة 1410هـ ، ص 151.

(1) د. محمد حامد فهمي ، محكمة النقض والإبرام ، مجلة القانون والاقتصاد ، تصدرها حقوق القاهرة ، ص 2، ع 1، 1932 م ، بند 1 ، ص 53 . د. محمود نجيب حسني ، الدور الخلاق لمحكمة النقض في تفسير وتطبيق قانون العقوبات ، مجلة القانون والاقتصاد ، تصدرها حقوق القاهرة ، عدد خاص بالعيد المنوي لكلية الحقوق، 1983 م ، بند 6، ص 8 . محمد كمال عبد العزيز، لمحة تاريخية عن محكمة النقض المصرية ، بعض المشكلات العملية في قانون المرافعات ، مركز السنهوري للدراسات القانونية 1993 م ، ص 20. أحمد جلال الدين هلال، قضاء النقض في المواد المدنية و التجارية في التشريع المصري و المقارن ، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1977 م ، ص 18- 19. محمد وجدي عبد الصمد ، محكمة النقض ، مجلة القضاء ، يصدرها نادي القضاة ، يناير/يونيه

و محكمة النقض لا تقوم فقط بدور الرقابة علي قضاة الموضوع وتصحيح الأخطاء القانونية في أحكامهم لتقويم المعوج ، و لكنها تقوم أيضاً بتحفيز قضاة الموضوع بتحري الدقة في العمل القضائي ، والالتزام بحكم القانون فيما يصدره قضاة الموضوع من أحكام قضائية حتي لا تتعرض للإلغاء عند الطعن عليها أمام محكمة النقض . و لا تضع محكمة النقض قانوناً ، إنما تساهم في إنشاء ووضع قواعد و مبادئ قانونية ليس لها صفة الإلزام القانوني - مهما كان تواترها - فلا تعد تشريعاً ، بل مصدراً من مصادر القاعدة القانونية (أحكام القضاء) مما يؤكد الدور الخلاق لمحكمة النقض في تحقيق العدالة و الأمن القانوني . و تقتضي وظيفة محكمة النقض الاستقرار والثبات علي المبادئ القانونية التي وضعتها بقضاء ثابت مستقر ، و عدم العدول عنها إلا بقدر الضرورة . (1)

و رغم أن أحكام محكمة النقض لا تقيد المحاكم و لا تكون لها قوة ملزمة مهما كان تواترها - لعدم وجود نص تشريعي يمنحها حجية مطلقة ملزمة للكافة كأحكام المحكمة الدستورية العليا (م 49 / 1 من قانون المحكمة الدستورية العليا) - إلا أنه يتحتم علي محكمة الإحالة بعد النقض إتباع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصل فيها (م

1984م ، بند7 ، ص 35. محمد فتحي نجيب ، التطور الحديث في تنظيم محكمة النقض الفرنسية ، مجلة القضاة ، نادي القضاة ، يناير- يونيه 1984 م ، ص 182 وما بعدها.

-Faye; La cour de cassation; P. 12.

-J.Vincent, G. Montagnier et A.Varinard; La Justice et institutions; 3^e éd; Dalloz; 1991; N. 936; P. 718.

-Perrot; Institutions Judiciaires; N. 213; P. 191.

(1) د. محمد نور عبدالهادي شحاته ، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1992 م ، بند 1 و ما بعده ، ص 5 و ما بعدها . د. أحمد مليجي موسى ، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوي ، ط 2 ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، بند 3 ، ص 27 و ما بعدها . د.عاشور مبروك ، النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، 1994 م ، بند 3-4 ، ص 3. طه الشريف ، نظرية الطعن بالنقض في المواد المدنية و المواد التجارية ، ط1 ، 1996 م ، ص 3 ، 9.

-Perrot; Institutions Judiciaires; N. 211 est ; P. 190 ets.

-A.Bénabent; Pour la cour de cassation aussi, mais autrement; D.1989; chron.;P. 222.

-J. Voulet; L'étendue de la cassation en mati□re civile; J.C.P.; éd. G. 1977; 1; doct.; N. 2877.

2/269 مرافعات ، و م 39 من القانون رقم 57 لسنة 1959م بشأن حالات
و إجراءات الطعن أمام محكمة النقض مستبدلة بالقانون رقم 74 لسنة 2007 م)
. و مع ذلك فإن وجود محكمة النقض علي قمة الهرم القضائي في الدولة جعل
أحكامها تتمتع بقيمة أدبية واقعية يكون لها قوة الإلزام الأدبي -
القيمة الأدبية لأحكام محكمة النقض لا تكفي لتحقيق الهدف من إنشائها - و تكون
أحكامها محل اعتبار من كافة المحاكم تتبعها خشية أن تتعرض أحكامها
للنقض نتيجة اعتقادهم بسلامتها لسعة العلم و الخبرة لدي قضاة محكمة
النقض . و تحتل أحكام محكمة النقض أعظم اهتمام لدي الفقهاء والقضاة ،
و تُعد الركيزة الأساسية التي تدور عليها مؤلفات الفقهاء ، والمنهل الأساسي
لقضاة المحاكم الأدنى ، حتي أن القضاة عملاً يتحسسون حكماً لمحكمة النقض
يصلح للانطباق علي النزاع المعروض عليهم فيتبعوه ، و كما يحاول المحامون
بدورهم البحث عن حكم لمحكمة النقض يحكم المسألة المعروضة علي المحكمة
- و يكون في صالح موكلهم - فيقدمونه للمحكمة التي تنتظر الدعوي حتي تحكم
بمقتضاه لصالحهم . (1)

و تتألف محكمة النقض المصرية من رئيس و عدد من النواب و عدد من
القضاة و نيابة عامة تسمي بـ نيابة النقض ، ويرأس الدائرة رئيس محكمة النقض
أو أحد نوابه أو أقدم الأعضاء بها . و يوجد بها دوائر مدنية و أخرى جنائية... و
تشكل الدائرة من خمسة قضاة ، كما يوجد بها هيئتان عامتان ، إحداهما هيئة
عامة للمواد المدنية و الأخرى هيئة عامة للمواد الجنائية و تشكل كل هيئة من
أحد عشر قاضياً . و قد تعدل محكمة النقض عن مبدأ قانوني قررته في أحكام

(1) د. أحمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته المستحدثة ، دار الجامعة الجديدة
للنشر بالإسكندرية 2014 م ، بند 317 ، ص 613 . د. مصطفى كير ، النقض المدني ، الهيئة
المصرية العامة للكتاب 1992 م ، ص 6 . د. سيد أحمد محمود ، أصول التقاضي وفقاً لقانون
المرافعات ، 2009 م ، ص 832 - 833 . طه الشريف ، نظرية الطعن بالنقض ، ص 9.
-Cass. Soc.; 5 juin 1985; D. 1986; Inf. rap.; P. 222; obs. P. Julien, Rév.
huiss. 1986; P. 1597; Note. Lescaillon.

سابقة ، فإذا رأت إحدى الدوائر المدنية العدول عن مبدأ قانوني سبق أن قررته هي فإنها تحيل القضية إلى الهيئة العامة للمواد المدنية لتصدر حكمها بأغلبية سبعة قضاة . بينما إذا رأت إحدى الدوائر العدول عن مبدأ سبق أن قررته أحكام صادرة من دائرة أخرى فإنها تحيل القضية إلى الهيئتين العامتين مجتمعين معاً للفصل فيها و يصدر الحكم بأغلبية أربعة عشر قاضياً علي الأقل ، وذلك بهدف توحيد المبادئ بين دوائر محكمة النقض . (1)

و تختص محكمة النقض كمحكمة قانون في مصر و فرنسا و الإمارات و بلجيكا و إيطاليا و ألمانيا... بالفصل في الطعون بالنقض المرفوعة ضد الحكم المخالف للقانون لأسباب محددة علي سبيل الحصر ، دون أن تملك التعرض للواقع مالم ينص القانون علي غير ذلك ، ثم الإحالة لمحكمة الإحالة ؛ لتحكم في القضية من جديد بهيئة جديدة وحكم جديد ، و يعود الخصوم والخصومة إلي الحال التي كانوا عليها قبل صدور الحكم المنقوض ، و تلتزم بأجزاء الحكم التي انصب عليها الطعن فقط ، و لا تقبل أي طلبات جديدة أمام محكمة النقض من الطاعن أو المطعون ضده ؛ لأنها ليست درجة ثالثة من درجات التقاضي ، و تقتصر مهمتها على الدور الرقابي فقط دون القضائي ، فليس من مهمتها نظر الموضوع لإحلال حكم جديد محل الحكم الذي ألغته مالم ينص القانون علي خلاف ذلك . (2)

(1) د. أحمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته المستحدثة ، بند 10 / د ، ص 22-23 .

(2) د. حمدي عبدالمنعم ، المرجع في شرح قانون الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات ، أبو ظبي 1981 م ، ص 18 . د. أحمد مليحي موسى ، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى ، ط 2 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1991م ، ص 36-37 الهامش . د. أحمد علي السيد خليل ، التقاضي علي درجة واحدة و علي درجات ثلاث في القانون اللبناني ، مجلة الحقوق ، تصدرها كلية الحقوق / جامعة الإسكندرية ، 1994م ، ع 1 ، بند 6 ، ص 23-24 ، هامش (23) ، (24) ؛ بند 81 ، ص 119-120 .

-Lôic Cadiet; Droit Judiciaire privé; 2.éd.; Litec; Paris; 1998; N. 259; P. 121.

و محكمة النقض كمحكمة قانون هي قاضي أحكام و ليست قاضي دعاوي ، فلا تحكم في النزاع لإصلاح الأخطاء الواقعية و القانونية كما تفعل محكمة الاستئناف، بل تقتصر مهمتها على مراقبة الحكم المطعون فيه لتطبيق القانون وتفسيره ، و هذا ما أدى إلي التفرقة بين الواقع والقانون ، فهي لا تجرى تحقيقاً ، و لا تقوم بإجراءات إثبات للوقائع ، بل تتناول الوقائع كما أثبتتها قاضي الموضوع ، و تبحث فيما إذا كان قد تم تطبيق القانون على الوقائع تطبيقاً صحيحاً أم لا ، كما أنها ليست جهة إفتاء بل هيئة قضائية تنقيد بمبدأ الطالب (1) في حين أن محكمة النقض في بعض الدول الأخرى كإنجلترا ، و أمريكا ، و كندا ، و سويسرا ، و هولندا ، و السويد ، و لبنان ، و الكويت ، ... تعتبر محكمة استئناف عليا وحيدة تختص بمراقبة الواقع و القانون معاً ، و تُعَدُّ درجة ثالثة من درجات التقاضي ، و تنظر الدعوي لآخر مرة ، وتفصل في خصومة الطعن من حيث الواقع و القانون معاً . (2)

(1) د. و جدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني ، ط 3 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2001 م ، ص 789 . د. طلعت دويدار ، الوسيط في شرح قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية 2012م ، ص 205 .

- René Moré; Traité Élémentaire de Procédure Civile; 2 éd; Recueil Sirey; 1949; N. 97; P.101ets.
- Henery Solus et Roger Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 1; Sirey; Paris; 1961; N.49 ets; P.46 ets; N.678; P.600 ets.
- André. Perdriau; Le pragmatisme de la cour de cassation – rôle disciplinaire de la cour de cassation; J.C.P.2002;1; P.150.
- Perrot; Institutions Judiciaires; N. 211 ets.; P. 190 ets.
- Herve Croze; Le Procès Civil; Dalloz; Paris; 1997; P. 119.
- Pierre Drai; Pour la cour de cassation; J.C.P. ; éd. G. 1989 ; doct. ; No. 3374.
- J.-L Aubert; La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en mati- re civile, D.2005; 1115.
- Cass. Soc.; 26 avril 1978; J.C.P.1978; 192.
- Cass. Soc.; 16 Févr.2005;D.2005; inf.rap.;P.672.
- Cass. Civ.2 ; 7 jull,2005;D.2005; inf.rap.;P.1961.

(2) د. أحمد فتحي سرور ، النقض الجنائي ، ط 3 ، دار الشروق ، القاهرة 2011 م ، بند 6 وما بعده ، ص 17 وما بعدها . د. عبد العزيز خليل بديوي ، الطعن بالنقض و الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا ،

2- طعن النائب العام بالنقض لمصلحة القانون طعن فقهي نظري بحث

(مشكلة البحث) :

يصعب تجنب الأخطاء القضائية لأن القاضي بشر معرض للخطأ ، لذا يعتبر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون Le Pourvoi en Cassation du Procureur Général dans l'intérêt de la loi وسيلة لتحقيق مصلحة المجتمع بتصويب أخطاء الأحكام القضائية التي لا يمكن تداركها من الخصوم لصيرورة الحكم انتهائياً . لذا أجاز القانون في الأحكام الانتهائية - أيأ كانت المحكمة التي أصدرتها - إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله، و ذلك في الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها ، و الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن . (1) و الهدف من هذا الطعن مواجهة الصعوبات التي تعرض في العمل ، و تؤدي إلي تعارض الأحكام القضائية في المسألة القانونية الواحدة مما يحسن معه أن تقول محكمة النقض كلمتها فيها لتضع حداً لتضارب الأحكام القضائية ، و إزالة البلبلة و الشك والاضطراب لإرساء المبادئ القانونية الصحيحة ، و توحيد أحكام القضاء بعد إزالة القوة الإقناعية للحكم الذي نقض كسابقة قضائية يمكن استشهاد المحاكم به في قضايا أخرى ، حيث تقوم محكمة النقض بالتثبت من وقوع المخالفة القانونية دون المساس بحقوق الخصوم أو الغير . فهذا الطعن يهدف إلي إزالة البلبلة والاضطراب الذي يمكن أن يحدثه الحكم المخالف للقانون

رسالة دكتوراه ، حقوق عين شمس 1969 م ، ص 3-4 . د. محمد علي الكيك، رقابة النقض علي تسبيب الأحكام الجنائية ، رسالة دكتوراه ، حقوق اسكندرية 1988 م ، ص 54.

-Andr Tunc; La cour judiciaire suprême; Rév. Int. dr. Comp. 1978; N. 1; V.Synthèse.

-Erwin, N. Griswéld; La cour suprême des Etats - Unis; Rév. Int. dr. Comp. 1978; N.1; P. 97 ets.

-Lord Wilberforce; La chambre des Lords; Rév. Int. dr. Comp.1978; N. 1; P. 85 ets.

(1) - H. De Termicourt; les Pourvois dans l'intérêt de la loi et les dénonciations sur ordre du ministre de la justice; Bruylant;1964; P.3.

في المعاملات الاجتماعية بالرقابة علي التفسيرات المخالفة للقانون التي يشتمل عليها الحكم المطعون فيه ؛ و ذلك حتي تأتي وجهة نظر المحاكم - علي اختلاف أنواعها و درجاتها - في إطار القانون نصاً و روحاً . و ذلك لمنع تكوين سوابق قضائية خاطئة بأحكام انتهائية مخالفة للقانون نتيجة إهمال الخصوم ، أي أنه وسيلة قانونية تم تشريعها لتجنب الأحكام القضائية الخاطئة بإزالة قوتها الإقناعية كسابقة قضائية. (1)

و يعتبر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون طعن غير عادي و خاص واستثنائي لأنه يأتي علي خلاف القواعد العامة للطعن بالنقض ، و لذلك لا يجوز التوسع في تفسيره و لا القياس عليه . (2)

و يرفع بصحيفة يوقعها النائب العام بنفسه أو من يحل محله طبقاً للتبعية التدريجية في النيابة العامة ، و الخصم الحقيقي في هذا الطعن هو الحكم المطعون فيه ، و لا تعلن صحيفة الطعن إلي أي طرف من أطراف الحكم ، و لا يتقيد بأي ميعاد ؛ لأن سبب النقض لا يظهر غالباً إلا بعد فوات ميعاد الطعن .

و ينظر الطعن في غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم و بدون تدخلهم ، و بدون

(1) د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي 2009 م ، بند 397 ، ص 775 . د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250 ، ص 523 و ما بعدها . د. حلمي محمد الحجار ، أسباب الطعن بطريق النقض ، ط 1 ، ج 1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب ببيروت 2004 م ، بند 198 ، ص 398-400 . ادوار عيد ، موسوعة أصول المحاكمات والاثبات والتنفيذ ، ج 7 ، التمييز ، 1987 م ، بند 377 ، ص 1007 . نقض مدني 2013/2/23 م ، طعن رقم 10584 لسنة 80 ق ، مستحدث المواد المدنية أكتوبر 2012 - سبتمبر 2013 م ، ق 139 ، ص 168-169 .

-Jean larguier et Philippe conte; Procédure civile; Droit Judiciaire privé; 15 éd.; Dalloz.1996; P.133.

نقض مدني 1990/11/29 م ، طعن رقم 2196 لسنة 60 ق ، مج ، س 41 ، ج 2 ، ق 304 ، ص 827 .
نقض مدني 1977/2/23 م ، طعن رقم 32 لسنة 44 ق (أحوال شخصية) مج ، س 28 ، ج 1 ، ق 102 ، ص 556 .

(2) د. حامد عبدالحليم اسماعيل الشريف ، سلطة محكمة النقض عند الحكم في الطعن في المواد الجنائية ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة فرع بني سويف 1998 م ، ص 159 و ما بعدها . مجدي الجندي ، أصول النقض الجنائي وتسبيب الأحكام ، ط 1 ، الإسكندرية 1993 م ، ص 56 .

- Cass. Cive. 1 □ □ ; 2 Oct. 2001 ; Gaz. Pal. 9-10 oct. 2002; P.50 ; obs. Perdriau.

حضور محاميهم ، و بدون جلسة مرافعة ، و لا يجوز الطعن في الحكم الناقض الصادر من محكمة النقض في غرفة المشورة بأي طريق من طرق الطعن . (1)

و حكم النقض في الطعن لمصلحة القانون - سواء أكان بالرفض أو بعدم القبول أو بالنقض - لا يؤثر في حقوق الخصوم أو مراكزهم القانونية، ولا يؤثر علي تنفيذ الحكم المنقوض، ولا يجوز لأحد من الخصوم الاستناد إلي الحكم الناقض للامتناع عن تنفيذ الحكم المنقوض ، أي يبقى الحكم المطعون فيه رغم نقضه منتجاً لآثاره كاملة بين الخصوم ، وهذا الطعن لا يفيد و لا يضر الخصوم ، و لا تنتظر محكمة النقض إلي الموضوع بل تكتفي بنقض الحكم حتى لو كان الموضوع صالحاً للفصل فيه ، كما أنها لا تحيل الموضوع إلي المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه كمحكمة إحالة . و المصلحة في هذا الطعن هي مصلحة مثالية نظرية بحتة لتبنيه المحاكم إلي الخطأ الذي شاب الحكم المطعون فيه كسابقة قضائية . (2)

و يعتبر الحكم المنقوض - في رأي البعض - بمثابة عقد صلح بين الخصوم ، و يكفي بتسجيل حكم النقض في سجل المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بالنقض لمصلحة القانون . و المبدأ الذي تقرره محكمة النقض إذا نقضت الحكم لا يلزم المحاكم الأدنى ، و لا يلزم محكمة النقض نفسها . (م 250 مرافعات - art. 618-1 N.C.P.C.F.) . (3)

و في فرنسا يجوز للنائب العام الطعن بالنقض لمصلحة القانون من تلقاء نفسه و بدون حاجة إلي طلب في أي حكم انتهائي en dernier ressort أو ابتدائي

(1) د. أحمد أبو الوفا ، التعليق ، م 250 ، ص 971 وما بعدها . د. فتحي وإلي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 775 .

-Emmanuel Blanc et Jean Viatte ; Nouveau Code de Procédure Civile Commenté Dans L'ordre des articles ; Paris.1991; art.618-1; P.407-12b.

(2) د. فتحي وإلي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 775 و ما بعدها . د. أحمد هندي ، التعليق ، ج 4 ، م 250 ، ص 526 و ما بعدها . نقض مدني 2008/5/24 م ، طعن رقم 1810 لسنة 78 ق ، مستحدث مبادئ الدوائر المدنية في مواد المرافعات يناير 2003 - ديسمبر 2012 م ، ق 266 ، ص 254 .

(3) د. محمد حامد فهمي ، محكمة النقض والإبرام ، مجلة القانون و الاقتصاد ، تصدرها حقوق القاهرة ، س 2 ، ع 1 ، 1932 م ، بند 4 ، ص 74-75 .

en premier ressort ميعاد الطعن فيه مخالف للقانون حتى و لو كان قد تم تنفيذه ، و تعلن النيابة العامة لدى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه الأطراف عن طريق قلم الكتاب بواسطة البريد بخطاب موصى عليه بعلم وصول par letter recommandée avec demande art.17 de la loi N.67-523 du 3 Juillet) d'avis de réception (1967) ، و (art. 618-1 N.C.P.C.F.) . و تقوم المحكمة بتسجيل حكم النقض الناقض علي هامش الحكم المنقوض . (1)

فهل من المنطق أن يصدر حكم من محكمة النقض بإلغاء الحكم المطعون فيه بالنقض المدني من النائب العام لمخالفته للقانون ثم نتركه ينفذ في الواقع بين أطرافه تنفيذاً جبرياً ، فيلغي الحكم قانوناً وينفذ واقعاً ، فهذا تناقض ليس له ما يبرره . و هل من المعقول أن ينفذ حكم بين أطرافه تنفيذاً جبرياً ثم تحكم محكمة النقض بنقضه لمصلحة القانون والعدالة بعد طعن النائب العام عليه بالنقض ، فأى عدالة يحملها الحكم الذي نفذ تنفيذاً جبرياً بين أطرافه ، و أي العدالتين نستند إليها في حياتنا ؟ فالعدالة تأبى ذلك و توجب حل المشكلة ؛ لأن ذلك سيؤدي

(1)-Jean Vincent et Serge Guinchard; Procédure civile; 25 éd.; Dalloz 1999; N.1513 ; P.1018-1019.

-Couchez et Lagarde; Procédure civile; N. 452; P. 511.

-Héron; Droit Judiciaire Privé; N. 868; P. 701-702.

-Couchez; Procédure Civile ; N. 452; P. 475.

-Couchez, Langlade et Lebeau; Procédure civile; N. 1538-1539; P. 571-572.

-Serge Guinchard; Droit et Pratique de la Procédure Civile; Dalloz Action; 1998; N. 6310; P. 1274-1275, N.6422; P. 1322.;

Droit et Pratique de la Procédure civile; Dalloz; Paris 2004; N. 553.13; P. 1131.

-Jean-Paul Calon; Pourvoi dans l'intérêt de la loi; Juris. Calss. Proc. Civ.; Fasc.775; N. 5, 8, 9 et 10 ets.

-Cass. Cive. 1 □ □ ; 2 oct. 2001; Gaz.Pal. 9-10 oct.2002; P.50; obs. Perdriau.

-Cass. Civ.2 □ □ ; 1 □ □ mars 2001; Bull. Civ.; II; N° 33.

-Cass. Ass. Plén. 31 mai 1991; Bull. Ass. Plén.; N° 4.

-Caas. Com. 27 nov. 1991; Bull. Civ.; IV; N° 365.

-Cass. Com.14 Juin 1971; J.C.P.1971; éd.G; II; 16868.

إلي انعدام ثقة المتقاضين في عدالة القانون و القضاء بما قد يتضمنه من نسبة الحق لغير صاحبه ، فما الذي يضير العدالة لو استفاد الخصوم من نتيجة حكم الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، و كان هذا الحكم هو السند التنفيذي للتنفيذ العكسي بين الخصوم ، لو تم التنفيذ من قبل؟ فالحق قديم لا يبطله شيء ، والرجوع للحق خير من التماذي في الباطل . (1)

3- سبب اختيار موضوع البحث وأهميته وتساؤلاته : تم التركيز على دراسة موضوع خصوصية النظام الإجرائي للطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في الأحكام القضائية الانتهائية الصادرة في المواد المدنية و التجارية ، لجلي جوانبه و سبر أغواره نظراً لأهميته العلمية والعملية ، و بيان تطبيقه العملي في النظام القضائي المصري ومدى الاستفادة منه ، وتوضيح آثاره و بيان مدى وكيفية الاستفادة منه ، وسد ثغرة بالمكتبة القانونية العربية في موضوع النظام الإجرائي للطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون في الأحكام القضائية الانتهائية الصادرة في المواد المدنية و التجارية ، و هي في أشد الحاجة الماسة الضرورية إليه ، و ليكون هادياً و معيناً لكل مشغل بالقانون و القضاء . و يثير هذا الموضوع عدة تساؤلات منها : ما هو مفهوم الطعن بالنقض لمصلحة القانون من النائب العام في الأحكام القضائية الصادرة في المواد المدنية و التجارية ؟ و ما هو معياره ، و ماهي طبيعته ، وأنواعه ، و نطاقه ، و تطبيقاته ، و شروطه ؟ و ماهي الإجراءات الخاصة الواجبة الإتياع في خصومة الطعن بالنقض لمصلحة القانون من النائب العام ؟ و هل له ميعاد قانوني أم لا ؟ و ماهي حدود وظيفة و سلطة محكمة النقض عند نقض الحكم المطعون فيه بالنقض من النائب

(1) د. محمد حامد فهمي ، محكمة النقض والإبرام ، بند 4 ، ص 74 - 75 .

- Blanc et Viatte ; Nouveau Code; art.618-1; P.407-12b.

-R. De La Grasserie ; De La Fonction et des juridictions de Casstion; Paris. 1911; P.65-71.

العام لمصلحة القانون ، و ماهي آثاره حكم النقض علي حقوق الخصوم وعلي تنفيذ الحكم المنقوض ؟ و ما هو مصير القضية المنقوضة بعد قبول الطعن بالنقض لمصلحة القانون من النائب العام ، و نقض الحكم المطعون فيه ؟...

4- منهج البحث و خطته : نتبع في هذا البحث - علي ضوء مناهج البحث في قانون المرافعات - المنهج التحليلي التأسيلي التطبيقي المقارن بين التشريعات و أحكام القضاء و الآراء الفقهية المختلفة ، بهدف التوصل إلي أفضل الحلول الممكنة و الترجيح بينها - بعد إبراز المحاسن والمساوي ، وأجه النقص والقصور، وأوجه القوة والضعف - من أجل تطوير أحكام القانون الوطني علي ضوء أحكام الدراسة المقارنة . و لعل من أبرز صعوبات البحث التي تصادف الباحث هي ندرة المراجع والكتب وأحكام القضاء التي تتناول موضوع الدراسة .

و بناء على ذلك نتناول موضوع النظام الإجرائي للطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، في فصلين يسبقهما مبحث تمهيدي، وذلك على النحو التالي :
مبحث تمهيدي : حق الطعن بالنقض.

الفصل الأول : مفهوم الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و التفرقة بينه و بين غيره من النظم القانونية المشابهة ، و يتضمن مبحثين :

المبحث الأول : مفهوم الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و يشمل مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، و تطوره التاريخي ، و تنظيمه التشريعي.

المطلب الثاني : فلسفة و غاية الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، و طبيعته القانونية ، و أنواعه.

المبحث الثاني : التفرقة بين الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و بين غيره من النظم القانونية المشابهة ، و يشمل مطلبين :

المطلب الأول : التمييز بين الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، و طعن النيابة العامة لمخالفة النظام العام.

المطلب الثاني : التمييز بين الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، و الطعن بالنقض لتجاوز السلطة ، و الدور الاستشاري لمحكمة النقض.

الفصل الثاني : خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، ويتضمن مبحثين :

المبحث الأول : إجراءات خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، ويشمل مطلبين :

المطلب الأول : حالات وشروط الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون .

المطلب الثاني : إجراءات الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون .

المبحث الثاني : سلطة محكمة النقض في الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون وآثاره ، ويشمل مطلبين :

المطلب الأول : سلطة محكمة النقض في نظر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون .

المطلب الثاني : آثار حكم النقض في الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون.

و ذلك بالتفصيل على النحو الآتي :

مبحث تمهيدي

Le Pourvoi en Cassation حق الطعن بالنقض

5- مفهوم حق الطعن بالنقض : للشخص حق التقاضي علي درجتين ؛ مرة أمام محكمة الدرجة الأولى و أخرى أمام محكمة الدرجة الثانية . و يمارس حق التقاضي وحق الدفاع عبر الدعوي كأداة فنية تطبق بواسطة خصومة تبدأ بصحيفة و تنتهي بحكم . و وُجِدَ الحق في الطعن كحق إجرائي للتوفيق بين اعتبارين : احترام حجية الأحكام القضائية و عدم المساس بها ، وضرورة تصويب ما قد يحتمل أن يعتربها من أخطاء أو نقص باعتبارها عمل بشري . و يثبت الحق في الطعن علي الحكم القضائي بطرق معينة للمحكوم عليه كحق إجرائي نظمه المشرع في المواد من (م211 إلي 273

مرافعات) بشروط و ضوابط معينة أمام المحكمة الأعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، و يكون ذلك باللجوء إلي طريق طعن عادي (الاستئناف) ، ثم اللجوء إلي طرق طعن غير عادية (التماس إعادة النظر، النقض).

و يلزم لثبوت الحق في الطعن علي الحكم القضائي : أن يكون الطاعن طرفاً في الخصومة القضائية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ، و أن يكون محكوماً عليه ، أي أن تتوافر له مصلحة في الطعن علي الحكم ، و أن يطعن علي الحكم القضائي بالصفة التي كانت له قبل صدور الحكم ، و إلا قضي بعدم قبول الطعن لرفعه من غير ذي صفة ، و ألا يكون قد قَبِلَ الحكم المطعون فيه بعد صدوره ، أو نزل عن الطعن فيه قبل صدوره قبولاً مانعاً من الطعن فيه سواء أكان قبولاً صريحاً كقيام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم اختيارياً بدون تحفظ أم كان قبولاً ضمناً . فمناطق الحق في الطعن إذاً أن يكون الطاعن طرفاً في الحكم المطعون فيه ، و أن يكون هذا الحكم قد أضر به ، أي صاحب مصلحة وصفة في الطعن . (1)

و يعتبر الطعن بالنقض طريق طعن غير عادي في الأحكام القضائية ، لا يلجأ إليه إلا بعد استنفاد طرق الطعن العادية ، بهدف محاكمة الحكم المخالف للقانون ، و لا يجوز ولوجه إلا في حالات و لأسباب محددة على سبيل الحصر بنص (م 248، 249، 250 مرافعات) ، كما أن له طبيعة خاصة كطريق لرقابة الحكم ، فهو ليس طريقاً من طرق إصلاح الحكم voies de reformation كالأستئناف ، و لا طريقاً من طرق سحبه voies de rétraction كالتماس إعادة النظر ، (2) و ليس له أثر ناقل كالأستئناف ، و لا

(1) د. نبيل عمر ، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1989 م ، بند 16 ، ص 23 . د. سيد أحمد محمود ، النقض الجزئي للأحكام ، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى 2007 م ، ص 3 . د. عيد محمد القصاص ، التنازل عن الحق في الطعن ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1995م ، بند 6 ، ص 16 . نقض مدني 1974 /12/18 م ، طعن رقم 32 لسنة 40 ق ، مج ، س 25 ، ج 1 ، ق 248 ، ص 1463 .
(2) د. سيد أحمد محمود ، النقض الجزئي للأحكام ، بند 1-2 ، ص 5 و ما بعدها ؛ أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات ، 2009 م ، ص 832 - 833 .

أثر موقف لتنفيذ الحكم المطعون فيه إلا في حالات استثنائية ، فهي تفصل في الحكم و ليس في الخصومة *Juge l'arrêt et non le procès* . و تتحدد سلطة محكمة النقض إما بتأييد الحكم المطعون فيه كلياً و رفض الطعن ، وإما بتأييد الحكم المطعون فيه جزئياً و نقض الجزء الآخر ، و إما بنقض الحكم المطعون فيه كلياً و قبول الطعن . (1) و تصدر محكمة النقض باعتبارها خاتمة المطاف أحكاماً باتة قاطعة لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية ، و تتمتع بالحجية النسبية من حيث الأشخاص و الموضوع . (2)

و قد عبرت محكمة النقض في بعض أحكامها عن نطاق عملها بقولها : " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطعن بالنقض طريق غير عادي لم يجزه القانون للطعن في الأحكام الانتهائية إلا في أحوال بينها بيان حصر في المادتين (248 ، 249) من قانون المرافعات ، و ترجع كلها إما إلي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله ، أو إلي وقوع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر فيه ، ويقصد به في واقع الأمر مخالصة الحكم النهائي الذي يطعن عليه بهذا الطريق ، بما يستوجب اللجوء بصدده إلي محكمة مغايرة لتلك التي أصدرته ، على أن تكون أعلي منها ، حددها الشارع أنها محكمة النقض التي تعتبر قمة

-Gérard Couchez, Jean-Pierre Langlade et Daniel Lebeau; Procédure civile; Dalloz; Paris ; 1998; N. 1534-1535;P. 570-571.

-Cass. Soc. 15 Févr. 2006; D. 2006; inf. rep.; P. 745.

-Cass. Soc. 26 janv. 2005; Bull. Civ. 2002; V; N. 22; P. 18.

-Cass. Civ. 3^e ; 27 mai 2003; Bull. Civ. 2003; III ; N. 114; P. 103.

-Cass. Soc. 17 déc. 2002; Bull. Civ. 2002; V; N. 395; P. 390.

(1) د. فتحي والي ، الوسيط ، بند 368 ، ص 706 . د. نبيل عمر ، أصول المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1986 م ، بند 1115 ، ص 1264-1265 .

-Perrot; Institutions Judiciaires; N. 217 ets.; P. 193 ets.

-Gérard Couchez; Procédure Civile ; 15 .éd; Sirey; Paris 2008; N. 449; P. 470.

-J. Largier et Ph. Conte; Procédure Civile; Droit Judiciaire Privé ; éd. 14; 1995 ;

P. 130-131.

(2) د. أحمد هندي ، آثار أحكام محكمة النقض و قوتها ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، 1998 م ، بند 1، ص 3 و ما بعدها . د. حلمي محمد الحجار ، القانون القضائي الخاص ، ج 2، بيروت ، بند 919 ، ص 391 . د. مفلح عواد القضاة ، أصول المحاكمات المدنية و التنظيم القضائي ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع بالأردن/ عمان 1988 م ، ص 370.

السلطة القضائية في سلم ترتيب المحاكم... و الطعن بالنقض لا تنتقل به الدعوى برمتها إلي محكمة النقض ، بل هو طعن لم يجزه القانون في الأحكام الانتهائية إلا في أحوال بينها بيان حصر . و لا تنتظر محكمة النقض إلا في الأسباب التي ذكرها الطاعن في تقرير صحيفة الطعن مما يتعلق بهذه الوجوه من المسائل القانونية البحتة ، و من ثم فالأمر الذي يعرض على محكمة النقض ليس الخصومة التي كانت مرددة بين الطرفين أمام محكمة الموضوع ، و إنما هو في الواقع مخاصمة الحكم النهائي الذي صدر فيها ، و لذلك فإن النقض لا يتناول من الحكم المطعون فيه إلا ما تناولته منه أسباب الطعن التي حكم بقبولها وبنى النقض على أساسها ، و ليست المحكمة ملزمة يبحث جميع أسباب الطعن إذا ما رأت في أحد الأسباب ما يكفي لنقض الحكم... " (1) .

و كقاعدة عامة لا تنتظر محكمة النقض إلا في الطعون المرفوعة أمامها من الخصوم - أصحاب الصفة و المصلحة في الطعن بالنقض - بإجراءات و مواعيد قانونية سليمة ، فيشترط لقبول الطعن بالنقض أن يكون الطاعن صاحب مصلحة و صفة في رفعه ، و أن يكون المطعون ضده صاحب صفة ، و إلا حكمت محكمة النقض بعدم قبول الطعن ؛ و ذلك لضمان جدية الطعن. و تنشأ لدى محكمة النقض (نيابة النقض) كنيابة عامة مستقلة عن جهاز النيابة العامة الذي يترأسه النائب العام ، و تكون لها شخصيتها المتميزة المستقلة ، بحيث لا يجوز لغير أعضائها أداء وظيفتها لدى محكمة النقض ؛ لتقوم بأداء وظيفة النيابة العامة لدى محكمة النقض ، و يكون لها بناءً على طلب محكمة النقض حضور المداولات دون أن يكون لممثلها صوت محدود في المداولات (م 24 من قانون

(1) نقض مدنى 1989 /4/22 م ، طعن رقم 376 لسنة 53 ق ، مج ، س 40 ، ج 2 ، ق 188 ، ص 168.

نقض مدنى 1989 /6/22 م ، طعن رقم 2745 لسنة 57 ق ، مج ، س 40 ، ج 2 ، ق 274 ، ص 663.

نقض مدنى 1972 /4 /19 م ، طعن رقم 14 لسنة 40 ق ، مج ، س 23 ، ج 2 ، ق 116 ، ص 739.

السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 م معدل بالقانون رقم 35 لسنة 1984م(1)

و قد منح المشرع للنيابة العامة في بعض الحالات حق رفع الدعوي أو الطعن أو التدخل فيه حماية للنظام العام و الآداب العامة باعتبارها نائبة عن المجتمع . (2) و يكون للنيابة العامة - دفاعاً عن المصلحة العامة - دور في الخصومة القضائية كمدع أو كمدع عليها أحياناً أخرى . وقد تتدخل جوازاً أو وجوباً كطرف أصلي أو منضم لإبداء الرأي - و هو رأى محايد و استشاري للمحكمة - بمذكرة في جميع الطعون و الطلبات أمام محكمة النقض و إلا كان الحكم باطلا (م 88 / 2 مرافعات) . و إذا كانت النيابة العامة تأخذ المركز القانوني للخصم من الناحية الإجرائية ، فإنها في الواقع ليست خصماً يدافع عن مصلحة خاصة ذاتية ، و إنما تمارس وظيفة عامة لمصلحة المجتمع باعتبارها ممثلة للمصالح العام و خادمة للشرعية و النظام العام و العدالة و ساعية إلي تحقيق موجبات القانون . و للنيابة العامة الطعن في الحكم في الأحوال التي يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام أو إذا نص القانون علي ذلك . (م 96 مرافعات مصري) ؛ و ذلك من أجل الدفاع عن المصالح العامة للمجتمع باعتبارها نائبة عن المجتمع و حارسة للشرعية و القانون ، و عوناً للقضاء . (3) و لا يجوز للنيابة العامة أن تطعن في الأحكام لمصلحة القانون عندما تكون مصلحتها و طعنها تبعاً لذلك مسألة نظرية بحثه . و قد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بأن : " ... الأصل أن النيابة العامة في مجال المصلحة أو الصفة في

(1) حامد فهمي ، و د. محمد حامد فهمي، النقض ، بند 43 ، ص 54-55 . د. نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالنقض ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2004 م ، بند 10 ، ص 15-16 . محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، نادى القضاة 2000م ، ص 98-99 .
(2) د. أحمد ماهر زغلول ، أصول و قواعد المرافعات ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2001 م ، بند 139 ، ص 268-269 . د. محمود مصطفى يونس ، رؤية جديدة حول دور النيابة العامة في مسائل الأحوال الشخصية ، ط 1 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1998 م ، ص 7-8 .
(3) د. عبد المنعم الشرقاوي ، نظرية المصلحة في الدعوي ، رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة 1947 م ، بند 343 ، ص 359-360 . د. محمد عيد الغريب ، المركز القانوني للنيابة العامة ، دار الفكر العربي بالقاهرة 1979 م ، بند 311 ، ص 592 .

الطعن هي خصم عادل تختص بمركز قانوني خاص إذ تمثل الصالح العام وتسعى في تحقيق موجبات القانون و تحقيق مصلحة المجتمع التي تقتضى أن تكون الإجراءات في كل مراحل الدعوى الجنائية صحيحة و أن تبنى الأحكام فيها على تطبيق قانوني صحيح خال مما يشوبه من الخطأ أو البطلان ، إلا أنها تتقيد في كل ذلك بقيد المصلحة بحيث إذا لم يكن لها كسلطة اتهام و لا للمحكوم عليه مصلحة في الطعن فإن طعنها لا يقبل عملاً بالمبادئ العامة المنفق عليها من أن المصلحة أساس الدعوى ، فإذا انعدمت فلا دعوى، و من ثم فإنه لا يجوز للنيابة العامة أن تطعن في الأحكام لمصلحة القانون لأنه عندئذ تكون مصلحتها و طعنها تبعاً لذلك مسألة نظرية بحث لا يؤبه بها ... " . (1)

و قد نظم المشرع الإجرائي الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ؛ حتي تتمكن محكمة النقض من القيام بوظيفة توحيد تطبيق القانون ، و تفسيره في الأحكام الانتهائية المخالفة للقانون والتي لم يطعن عليها الخصوم لفوات ميعاد الطعن ، أو لتنازلهم عن الطعن مثلاً ، أو لقبولهم الحكم أو لكونهم لم يستطيعوا الطعن عليه لوجود نص قانوني يمنعهم من الطعن... ونظراً لأن القضاء مطلوب و ليس معروض ، فلا تستطيع محكمة النقض رفع هذا الطعن أمام نفسها من تلقاء نفسها حتي و إن كان ضرورياً و لازماً لحماية المصلحة العامة بتوحيد تطبيق صحيح القانون وتفسيره ، كما أنه لا يمكن تعليق إمكانية الطعن بالنقض علي حكم مخالف للقانون علي إرادة الخصوم و مشيئتهم في كل الأحوال ؛ نظراً لأنهم يسعون لحماية حقوقهم ومصالحهم الخاصة وليس لحماية المصلحة العامة - توحيد تطبيق صحيح القانون و تفسيره - لذا كان لابد من تقديم هذا الطعن لمحكمة النقض عن طريق النائب العام لتمكين محكمة

(1) نقض جنائي 17 / 9 / 2015 م ، طعن رقم 2623 لسنة 5 ق : منشور علي

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx.

النقض من القيام بوظيفتها ، وإزالة الأحكام المخالفة للقانون حتي لا تكون سابقة قضائية تتبعها المحاكم الأدنى، وهذا كله بالنسبة للمسائل المدنية . (1)

وبعد ذلك، لم يبق أمامنا سوي أن نمضي قدماً في هذه الدراسة فنعرض في الفصل الأول لمفهوم الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و التفرقة بينه و بين غيره من النظم القانونية المشابهة، و في الفصل الثاني لخصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون، كلا علي حده، ثم خاتمة تتضمن النتائج والتوصيات، وذلك بالتفصيل فيما يلي.

(1) د. فتحي والي ، قانون المرافعات في مائة عام ، مجلة القانون و الاقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة ، س 43 ، ع 1 ، مارس 1972 م ، ص 398 - 400 . د. نبيل عمر ، أصول المرافعات ، بند 1145 ، ص 1299-1300 . د. طلعت محمد دويدار ، تطور الحماية التشريعية لمبدأ حيده القضاة ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ، ص 110.

-Lôïc Cadiet, Emmanuel Jeulans; Droit Judiciaire privé; 5.éd.; Litec; Paris; 2006; N.870; P. 546.

-Jacques Héron; Droit Judiciaire Privé; 3 éd. ; Montchrestien; Paris; 2006; N. 869; P.702.

الفصل الأول

مفهوم الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون والتفرقة بينه وبين غيره من النظم القانونية المشابهة

6 - تمهيد وتقسيم : يرتبط الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ارتباطاً وثيقاً بالوظيفة الرئيسية لمحكمة النقض وهي توحيد تطبيق القانون وتفسيره وتوحيد أحكام القضاء ، بهدف تفادي تعارض وتناقض أحكام القضاء في المسألة القانونية الواحدة لاختلاف القضاة في تأويل القانون وتفسيره وتطبيقه بسبب تعدد المحاكم وتفاوت مراتب القضاة في فهم القانون .

وقد نظم المشرع الإجرائي الطعن بالنقض لمصلحة القانون كطعن غير عادي استثنائي خاص بالنائب العام فقط ، بفلسفة خاصة مختلفة عن غيره من النظم القانونية المشابهة ، حيث يقوم النائب العام برفع الطعن بالنقض لمصلحة القانون ؛ لاستكمال نشاط الخصوم الذي أصبح متعزراً عليهم ، و الذي كان لازماً لقيام محكمة النقض بعمل وظيفتها ، وتطبيقاً لمبدأ الطلب في القضاء .
و عليه يعتبر نظام الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون قد وجد -
كنظام قانوني - لتمكين محكمة النقض من القيام بوظيفتها الأساسية في مراقبة صحة تطبيق القانون وتفسيره . (1)

و يهدف المشرع الإجرائي من تنظيمه إلي توحيد المبادئ و الأحكام القضائية التي تعتبر سوابق قضائية قد تلتزم بها أديباً محاكم الموضوع الأدنى في الترتيب القضائي ، مما قد تشكل سوابق قضائية خاطئة بمنهاج قضائي خاطئ بعيداً عن صحيح القانون ، و بما ينتج عنه من تعارض و تضارب الأحكام القضائية ، و عدم تحقيق الأمن القانوني في المجتمع ، و تنبيه محاكم الموضوع علي الخطأ الذي وقع فيه الحكم المطعون فيه بالنقض من النائب العام لمصلحة

(1) و نظمه المشرع الإجرائي في كثير من الدول - و إن تباينت في تنظيمه و ترتيب آثاره - مثل مصر ، وفرنسا ، و بلجيكا ، و تونس ، و الجزائر ، و المغرب ، و موريتانيا ، و لبنان ، و سلطنة عُمان ، و الإمارات العربية المتحدة ، و العراق ، و هولندا في (م 98) من قانون السلطة القضائية ، و إيطاليا في (م 93) من قانون السلطة القضائية و (م 509) من قانون الإجراءات الجنائية ، ...

القانون ، و إلغاء الحكم المنقوض كسابقة قضائية قد تهتدي بها محاكم الموضوع فيما بعد ، بهدف توحيد الحلول القضائية التي تتوصل إليها محاكم الموضوع . و يتم ذلك بتسجيل حكم النقض في قلم كتاب محكمة الموضوع التي أصدرته لإعلام هيئة المحكمة التي أصدرته بالخطأ الذي وقعت فيه ؛ حتي لا تقع في الخطأ نفسه مرة أخرى . علماً بأن محاكم الموضوع غير ملزمة في القانون المصري برأي محكمة النقض ، كما أن محكمة النقض غير ملزمة برأي نفسها في قضايا مماثلة .

و ذلك كله يقتضي توضيح مفهوم الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون، و تطوره التاريخي ، و تنظيمه التشريعي ، وبيان فلسفته و غايته ، و طبيعته القانونية ، و أنواعه . و التفرقة بينه و بين غيره من النظم القانونية المشابهة كطعن النيابة العامة لمخالفة النظام العام ، و طعن النائب العام بالنقض لتجاوز السلطة ، و الدور الاستشاري لمحكمة النقض ، و ذلك لبيان أوجه الفروق و التشابه و الاختلاف فيما بينها .

وبناءً على ذلك نتناول مفهوم الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و التفرقة بينه و بين غيره من النظم القانونية المشابهة ، في مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : مفهوم الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون .

المبحث الثاني : التفرقة بين الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و بين غيره من النظم القانونية المشابهة .

و إليك تفصيل القول في ذلك :

المبحث الأول

مفهوم الطعن بالنقض المدني من النائب العام

لمصلحة القانون

7- تمهيد وتقسيم : تخضع محاكم الموضوع بكل درجاتها لرقابة محكمة النقض باعتبارها أعلى محكمة قضائية في الدولة فيما يتعلق بتطبيق القانون تفسيره ، والهدف من تلك الرقابة هو توحيد تطبيق القانون وتفسيره في الدولة حتي لا تضطرب الأحكام القضائية فيما بينها في المسائل القانونية ، بما يؤدي إلي عدم استقرار المعاملات وعدم ثقة الناس في القانون والقضاء . ولذا يتعلق الطعن بالنقض بالمصلحة العامة نظراً لأن مهمة محكمة النقض تتمثل في ضمان وحدة تطبيق القانون عن طريق توحيد أحكام القضاء بالعمل علي توحيد تفسير القانون علي الوقائع التي تعرض أمام المحاكم القضائية. و يعتبر طعن النائب العام بالنقض لمصلحة القانون نظاماً قانونياً إجرائياً لتمكين محكمة النقض من القيام بمهمة الرقابة علي تطبيق محاكم الموضوع للقانون ، بهدف توحيد تطبيق القانون وتفسيره عن طريق نقض الأحكام القضائية المخالفة للقانون ، والتي لا يستطيع الخصوم الطعن فيها حيث يقوم النائب العام بالطعن فيها لمصلحة القانون لاستكمال نشاط الخصوم في الطعن ؛ حتي لا تكون سابقة قضائية خاطئة تتأسي بها محاكم الموضوع الأدنى نظراً لما تتمتع به تلك الأحكام الخاطئة من قوة إقناعيه لدي قضاة المحاكم الأدنى ، فيحدث التناقض والتعارض بين الأحكام القضائية ، و لا يتحقق الاستقرار القانوني . (1)

و السؤال المطروح هو : تعريف الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون كطريق طعن غير عادي استثنائي خاص ، و تطوره التاريخي ، و تنظيمه التشريعي ، و الفلسفة والغاية التي يقوم عليها هذا النظام ، و طبيعته القانونية ، و أنواعه ؟

(1) د. وجدي راغب فهمي ، و د. أحمد ماهر زغلول ، و د. يوسف يوسف أبوزيد ، مبادئ القضاء المدني ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2003 م ، بند 616 ، ص 1633 .

و للإجابة عن هذه التساؤلات نعرض مفهوم الطعن بالنقض المدني من
 النائب العام لمصلحة القانون، في مطلبين على النحو الآتي :
 المطلب الأول : تعريف الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون
 ، و تطوره التاريخي ، و تنظيمه التشريعي .
 المطلب الثاني : فلسفة وغاية الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون
 ، و طبيعته القانونية ، و أنواعه .

المطلب الأول

تعريف الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون.

و تطوره التاريخي، و تنظيمه التشريعي.

8- تعريف الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون :
 معنى النقض لغة: ورد في المعاجم اللغوية العربية تعريف النقض : نَقَضَ يَنْقُضُ
 نقضاً فهو ناقض ، و ناقض الأمر أفسده بعد إحكامه ، و ناقض الحكم : أبطله ،
 نقض البناء أي هدمه ، و نقض اليمين أو العهد أي نكثها . و نقض اليمين أي
 نكلها ، و نقض ما أبرمه فلان أي أبطله . و ناقض في قوله أي تكلم بما يخالف
 معناه ... فالنقض لغة معناه إفساد أو إلغاء أو إبطال الشيء بعد إحكامه ... (1) .
 معنى النقض اصطلاحاً : إلغاء و إبطال حكم مخالف للقانون (خطأ في
 التقدير أو خطأ في الإجراء) ، أي إلغاء حكم سبق صدوره من محكمة الدرجة
 الأولى أو الثانية إلغاءً كلياً أو جزئياً عن طريق محكمة النقض لمخالفته للقانون
 الموضوعي أو الإجرائي أو للاثنتين معاً ، أي أن النقض يعني إلغاء أو إبطال

(1) و راجع بتفصيل أكثر في معنى (نقض) : أحمد الفيومي، المصباح المنير، تحقيق د. عبد العظيم
 الشناوي، دار المعارف 1977م . ابن الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق
 عبد السلام محمد هارون ، ط 2، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر 1971م
 . ابن منظور ، لسان العرب ، دار المعارف . طاهر أحمد الزاوي ، ترتيب قاموس المحيط ، ط 1 ،
 مطبعة الاستقامة بالقاهرة 1959م . مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، ط 3 ، مطابع الأوقاف
 بشركة الإعلانات الشرقية 1985م . مجمع اللغة العربية ، المعجم الوجيز ، طبعة وزارة التربية والتعليم
 ، 1995 م .

الحكم المخالف للقانون عن طريق محاكمة شقه القانوني بالطعن فيه بالنقض ؛
ولذا كانت أسباب الطعن بالنقض محددة علي سبيل الحصر بنص القانون . (1)
و جدير بالذكر أن القوانين الإجرائية العربية و القانون الفرنسي لم
يضعوا تعريفاً للطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون . كما أننا لم نجد
تعريفاً قضائياً للطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في الأحكام
القضائية . و ذلك لأن وضع التعريفات ليس من عمل أوظيفة المشرع بل من
مهمة الفقهاء و الباحثين .

و يعرف الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون بأنه : " طريق
طعن غير عادي استثنائي خاص بالنائب العام ، للاعتراض علي الحكم الانتهائي
المخالف للقانون - أيا كانت المحكمة التي أصدرته - تنظره محكمة النقض في
غرفة المشورة لاستدراكه كسابقة قضائية ، بغير حضور و لا مرافعة و لا تدخل
من الخصوم و لا من الغير " .

و يلاحظ أن التشريعات الإجرائية العربية لم تستخدم مصطلحاً موحداً
للدلالة علي الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، فالمشرع الأردني
و السوري استخدم مصطلح " النقض بأمر خطي " ، في حين استعمل المشرع
اللبناني مصطلح " النقض لمصلحة القانون " ، أما المشرع اليمني فقد استعمل
مصطلح " الطعن لمصلحة القانون " ، في حين استعمل المشرع التونسي مصطلح
" الطعن بالتعقيب لصالح القانون " . و نجد أن محكمة التمييز الأردنية
لا تستخدم مصطلح " الطعن بالنقض بأمر خطي " الوارد في التشريع و إنما
تستخدم مصطلح " الطعن بطريق التمييز نفعاً للقانون " ... و ياحبذا لو اتفقت
القوانين العربية و محاكم النقض فيها علي مصطلح واحد ، بغية توحيد
المصطلحات في القوانين الإجرائية العربية تشريعياً و قضائياً .

(1) د. عبد العزيز خليل بديوي ، الطعن بالنقض و الطعن أمام الإدارية العليا ، ص3 ، هامش (2) .

و في بعض التشريعات العربية يكون محل الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون واردة على الأحكام القضائية أو الإجراءات أو القرارات بشرط أن لا تكون محكمة النقض قد دققته سابقاً وفيها مخالفة للقانون ، علي عكس القانون المصري ، حيث اقتصر - فقط - علي الأحكام الانتهائية إذا كان الحكم مبنياً علي مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله . ولتت النائب العام يسلك طريق الطعن بالنقض لمصلحة القانون في حال كانت الأسباب و الموجبات القانونية واضحة وصريحة أمامه لأنه قد تقع أخطاء قانونية كثيرة و يُغفل عنها و يُغلق باب الطعن عليها بما يجعل الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ضرورة ملحة و حاجة لا غني عنها. (1) و يسمى الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون إذا ورد علي أسباب الحكم دون منطوقه ب (الطعن عن طريق الحذف) . (2)

و كما يعتبر في فرنسا الطعن لصالح القانون من طرق الطعن المقررة في الأحكام الإدارية ؛ حيث يقتصر حق ممارسته علي الوزراء فقط باعتبارهم ممثلين للدولة ، سواء أكان الطعن بسبب مخالفة الحكم المطعون فيه لقوانين الإجراءات أو للقوانين التي تحكم الموضوع . و لا يطلب من الوزير إثبات شرط المصلحة ، و ليس من الضروري أن يكون طرفاً في الدعوي. و يجب أن يقدم الطعن ضد حكم نهائي أياً كانت المحكمة التي أصدرته أمام مجلس الدولة ، و ليس للحكم الصادر في هذا الطعن إلامة نظرية فقهية بحتة و لا يتعدى أثره إلي أطراف الحكم الملغي و لا إلي الغير ، و لا تحال

(1) د. أحمد خليل ، قانون المرافعات المدنية والتجارية - الخصومة والحكم والطعن - دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 1996 م ، ص 395-396 . د. إسماعيل محمد علي سالم ، تصحيح القرار التمييزي في القانون الإداري العراقي مقارناً بالنقض بأمر خطي في بعض القوانين ، مجلة العلوم الإنسانية ، تصدرها كلية التربية للعلوم الإنسانية بجامعة بابل ، 2013 م ، مجلد 1 ، الإصدار 10 ، ص 79 وما بعدها. منشور علي موقع <http://www.iasj.net/iasj>

(2) د. عبد العزيز خليل بديوي ، الطعن بالنقض و الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا ، ص 44.

القضية إلى محكمة الموضوع نتيجة عدم تأثر حجية الأمر المقضي بنتيجة الحكم في الطعن . (1)

9- التطور التاريخي للطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة

القانون : لم يعرف القانون المصري نظام الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون في قانون المرافعات المختلط لسنة 1875م ، و لا في قانون المرافعات الأهلي لسنة 1883 م ، و لا في قانون المرافعات القديم الملغي رقم 77 لسنة 1949م ، بل عرفه لأول مرة في قانون المرافعات المدنية و التجارية الجديد رقم 13 لسنة 1968 م المعمول به حالياً ، و ذلك بنص (م250) منه، و التي خولت للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية - أيا كانت المحكمة التي أصدرتها أول أو ثاني درجة - إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله ، و ذلك في الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها ، والأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن . و يرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام ، و تنتظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم و لا محاميهم و دون تدخل ، و لا يفيد الخصوم من هذا الطعن ، وهذا هو ما يفسر و يوضح سبب قلة عدد الطعون في الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون .

و قد بررت المذكرة الإيضاحية لقانون إنشاء محكمة النقض عدم إجازة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون بحرص المشرع علي عدم ازدحام محكمة النقض بالطعون وهي في بدء حياتها . و أوضحت المذكرة

(1) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري (الكتاب الثاني) قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام ، دار الفكر العربي بالقاهرة 2013 م ، ص 871 - 873 . د. نجيب بكير ، دور النيابة العامة ، ص456 وما بعدها .

-Gabolde; Evolution du recours dans l'intérêt de la loi en matière administrative; D.1958; chron.; P.81.

الإيضاحية لقانون المرافعات المصري ذلك بقولها : " ... تخفيف العبء عن محكمة النقض حتي لا يؤديها هذا العبء في مستهل عهدها ... "

في فرنسا أنشأ المرسوم الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1790 م وظيفة النائب العام Le Procureur général لدي محكمة النقض الفرنسية ، و كان يطلق عليه نائب الملك ، ثم أطلق عليه فيما بعد تسمية مفوض الملك بمرسوم 14 أكتوبر 1791م ، ثم لقب بالمندوب الوطني بمرسوم 29 سبتمبر 1793 م ، ثم لقب بمفوض الهيئة القائمة علي الحكم في السنة الرابعة للثورة الفرنسية ، ثم لقب بمندوب الحكومة في 27 فنتوز من السنة الثامنة للثورة الفرنسية أي في (18 مارس 1800 م) ، و أخيراً النائب العام في السنة الثانية عشر من الثورة الفرنسية أي في (18 مايو 1804 م) . (1)

و في فرنسا ورد تنظيم الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون علي التوالي في عبارات متقاربة للغاية : أولاً بموجب نص (م25) من المرسوم الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1790 م (art. 25 du décret 27 Nov. 1790) ، ثم بموجب نص (م88) من القانون الصادر في 27 فنتوز من السنة الثامنة للثورة الفرنسية (art. 88 de la loi du 27 Ventôse an V) . ثم بموجب نص (م 51) من القانون رقم 47 - 1366 الصادر في 23 يوليو 1947م (art. 51 de la loi N°. 47-1366 du 23 juillet 1947) . ثم بموجب نص (م 17) من القانون الصادر في 3 يوليو 1967 م (art. 17 de la loi N°. 67-523 du 3juillt 1967) ، وتم إضافة نصها إلي قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد في (art. 618-1 N.C.P.C.F.) بموجب نص المادة (28) من المرسوم رقم 81 - 500

(1) د. نجيب بكير ، دور النيابة العامة ، ص 437 و ما بعدها .

- Blanc et Viatte ; Nouveau Code; art.618-1; P.407-12b.

-Jacques et Louis Boré; La cassation en mati□re civile; 4. éd; Dalloz; Paris 2008; N. 12.11; P. 38.

الصادر في 12 مايو 1981م (art. 28 du décret N°. 81-500 du 12 mai) ، وقد تم كتابة كل هذه النصوص في صيغ وعبارات متقاربة للغاية دون تعديل في أحكامها . (1)

10- التنظيم التشريعي للطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة

القانون : ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن ما قرره المقتن المصري من تخويل النائب العام حق الطعن بالنقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية طبقاً لنص (م 250 مرافعات) قد سبقت إليه الشريعة الإسلامية بما هو مقرر لقاضي القضاة ، أو الإمام ، أو من يخلفه من حق النظر في أحكام القضاة وينقض منها ما يحتاج إلى نقض ، و أنها لا تحرم الخصوم من الإفادة من نقض الحكم بخلاف ما هو عليه الحال في قانون المرافعات المصري . و يكون الحكم القضائي خاطئاً مستوجباً لنقضه إن خالف نصاً في القرآن الكريم أو السنة النبوية أو الإجماع أو القياس الجلي ؛ لأنه لا اجتهاد مع وضوح النص ، كما أن روح الاسلام و قواعده تأبي الاعتراف بالباطل ؛ لأنه منكر و المنكر يجب تغييره مهما طال أمده . و يجب علي القاضي من تلقاء نفسه نقض حكمه بدليل ما ورد في كتاب عمر بن الخطاب إلي قاضيه أبي موسى الأشعري حيث يقول له: " و لا يمنحك قضاء قضيته بالأمس، ثم راجعت فيه نفسك، و هُديت فيه لرشدك، أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم، و إن الحق لا يبطله شيء، و مراجعة الحق خير من التماذي في الباطل" . (2)

و طريق الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون غير معروف في دول القانون العام inconnue dans Les Pays de Common Law .

(1) - Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.09; P. 755.

(2) د. نصر فريد محمد واصل ، السبلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام ، ط 2 ، مطبعة الأمانة بالقاهرة 1983 م ، ص 310-311 . د. محمد رأفت عثمان ، النظام القضائي في الفقه الإسلامي ، ط 1 ، مكتبة الفلاح بالكويت 1989 م ، ص 404 ، 435 . د. عبد العزيز خليل بديوي ، القضاء في الإسلام وحماية الحقوق ، دار الفكر العربي بالقاهرة 1979 م ، ص 82 .

لكن أغلب دول قارة أوروبا تأخذ به باستثناء جمهورية ألمانيا الفيدرالية ، و كذلك اليابان . (1) بينما نظمه المشرع الإجرائي في كثير من الدول - و إن تباينت في تنظيمه و ترتيب آثاره - مثل مصر ، و فرنسا ، و تونس ، و الجزائر ، و المغرب ، و موريتانيا ، و لبنان ، و اليمن ، و عُمان ، و هولندا ، و إيطاليا ، و بلجيكا، و الامارات العربية المتحدة ، و العراق،...

و نظم طعن النائب العام بالنقض لمصلحة القانون في قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 م لأول مرة في (م250) منه كطريق طعن غير عادي استثنائي خاص؛ و ذلك حتي لا يفلت حكم مخالف للقانون من رقابة محكمة النقض لتوحيد صحة تطبيق و تفسير القانون.

كما نظم المشرع الفرنسي الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في (2) La Loi. N.67- 523 du 3 Juillet 1967; (art.17). و تم نقله إلي قانون المرافعات الفرنسي ب (Décr. N° 81-500) (art. 28 du 12 mai 1981, art. 618-1 N.C.P.C.F.) . (3)

(1) -Andr Tunc; La cour judiciaire suprême; Rév. Int. dr. Comp. 1978; P. 16 .

-Jacques et Louis Boré; La cassation en mati□re civile; N. 141.04; P. 775.

(2) -art. 17 de la loi N. 67-523 du 3 Juillet 1967 : " Si le procureur général près la cour de cassation apprend qu □il a été rendu en mati□re civile, une décision contraire aux lois, aux règlements ou aux formes de procéder, contre laquelle cependant aucune des parties n □ a réclamé dans le délai fixé, ou qui a été exécuté, il en saisit la cour de cassation après l'expiration du délai ou après l'exécution.

Si une cassation intervient, les parties ne peuvent s □ en prévaloir pour éluder les dispositions de la décision cassée. " .

(3) -art. 618-1 N. C. P. C. F. : " Le procureur général près la cour de cassation peut, en vue de déférer, dans l'intérêt de la loi, un jugement à la cour, inviter le ministère public près la juridiction qui a rendu ce jugement à la faire notifier aux parties. La notification est effectuée par le secrétaire de la juridiction par lettre recommandée avec d'avis de reception. " .

و علي نفس المنهاج نظم المشرع التونسي الطعن بالنقض لمصلحة القانون في (الفصل 180 ، 181) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية رقم 130 لسنة 1959 م ، والذي جعل لوكيل الدولة العام لدي محكمة التعقيب أن يقوم لديها بالطعن في الحكم لمصلحة القانون إذا كان نصه متضمناً خرق قاعدة قانونية ، و لم يتم أحد طرفيه بالطعن فيه في الإبان ، و القرار الذي يصدر بقبول ذلك الطعن يقتصر فيه علي تصحيح الخطأ القانوني دون إحالة ، ولا يمكن أن يمس بحقوق الخصوم المكتسبة بالحكم المطعون فيه ، و يذيل الحكم المنقوض بنص ذلك القرار .

و نظم المشرع الجزائري الطعن بالنقض لمصلحة القانون في (الفصل 353 / 2 ، 3) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 9 لسنة 2008 م ، و الذي جعل للنائب العام لدي المحكمة العليا - إذا علم بصنور حكم أو قرار في آخر درجة من محكمة أو مجلس قضائي ، وكان هذا الحكم أو القرار مخالفاً للقانون ، و لم يطعن فيه أحد الخصوم بالنقض في الأجل ، - الحق في أن يعرض الأمر بعريضة بسيطة علي المحكمة العليا . و في حالة نقض هذا الحكم أو القرار ، لا يجوز للخصوم التمسك بالقرار الصادر من المحكمة العليا للتخلص مما قضي به الحكم أو القرار المنقوض .

كما نظم المشرع المغربي الطعن بالنقض لمصلحة القانون في (الفصل 381) من قانون المسطرة المدنية المغربي ، و الذي جعل للوكيل العام للملك لدي محكمة النقض - إذا علم بأنه صدر حكم انتهائي علي وجه مخالف للقانون أو لقواعد المسطرة و لم يتقدم أحد من الأطراف بطلب نقضه في الأجل المقرر - فإنه يحيله إلي المحكمة ، و إذا صدر عن المحكمة حكم بالنقض فلا يمكن للأطراف الاستفادة منه ليتخلصوا من مقتضيات الحكم المنقوض .

و نظم المشرع الموريتاني الطعن بالنقض لمصلحة القانون في (م 230) من مدونة الإجراءات المدنية و التجارية و الإدارية رقم 35 لسنة

1999 م ، و التي جعلت للمدعي العام لدي المحكمة العليا - إذا صدر قرار أو حكم نهائي قابل للنقض و لم يتم أي من الأطراف في الآجال المحددة بالطعن فيه - أن يباشر من تلقاء نفسه لصالح القانون فقط هذا الطعن رغم فوات الآجال أو بعد تنفيذ الحكم ، و إذا حدث نقض للحكم فلا يمكن للأطراف الاحتجاج به أو الاستفادة منه .

و أيضاً نظم المشرع اللبناني الطعن بالنقض لمصلحة القانون في (م 707) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، و التي جعلت للنائب العام لدى محكمة التمييز - من تلقاء نفسه أو بناء على طلب وزير العدل - أن يطعن بطريق التمييز لمنفعة القانون في أي قرار قابل للنقض لم يطلب أحد الخصوم نقضه في المهلة القانونية ، أو تنازل الخصوم عن طلب نقضه عندما يكون القرار مبنياً على مخالفة القانون ، أو على خطأ في تطبيقه أو تفسيره ، أو لمخالفته صيغاً جوهرية تتعلق بالنظام العام (م 95/ 4) . و يقدم الطعن بطريق التمييز أو الاعتراض خلال مهلة سنة من تاريخ صدور القرار بموجب استدعاء موقع من النائب العام ، و تنظر المحكمة الطعن في غرفة المذاكرة دون دعوة الخصوم . و لا يفيد الخصوم من هذا الطعن . و يلاحظ أن محكمة التمييز تنظره بهيئتها العامة التي تتعدد بالنصاب المحدد في قانون تنظيم القضاء، وذلك بموجب نص (م 95/ 5 أصول محاكمات مدنية معدلة بالقانون رقم 4 لسنة 1989م) .

و كذلك نظم المشرع العُماني الطعن بالنقض لمصلحة القانون في (م 241) من قانون الإجراءات المدنية و التجارية رقم 29 لسنة 2002 م ، و التي جعلت للمدعي العام الحق في أن يطعن أمام المحكمة العليا لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية - أي كانت المحكمة التي أصدرتها - إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله ، و ذلك في الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها ، و الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن

فيها أو نزلوا فيها عن الطعن . و يرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها المدعي العام ، و تنتظر المحكمة الطعن في غرفة المداولة بغير دعوة الخصوم ، و لا يفيد الخصوم من هذا الطعن .

كما نظم المشرع اليمني الطعن لمصلحة القانون في (م 293) من قانون المرافعات رقم 40 لسنة 2002 م ، و التي جعلت لرئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء أن يطلب من رئيس المحكمة العليا إعادة النظر في أي حكم بات يري أنه يشتمل علي خطأ يضر بالعدل مع تبيان وجه الخطأ ، و يرفع هذا الطعن بعريضة يوقعها رئيس الجمهورية ، علي أن ينظر الطعن من سبعة من قضاة المحكمة العليا يكون من بينهم أحد نواب رئيس المحكمة العليا رئيساً لها ، و يكون الأعضاء من رؤساء الدوائر فيها ، علي ألا يكون منهم من سبق له نظر القضية ، و إذا تعذر تشكيلها لهذا السبب يكون لرئيس المحكمة استكمال العدد من بين قضاة المحكمة العليا ، ويصدر الحكم بأغلبية خمسة أعضاء علي الأقل ، و لا يتقيد هذا الطعن بميعاد معين ، فيمكن رفعه في أي وقت ، و لا تعلن عريضة الطعن للخصوم ، و لا يترتب عليه أثر عملي بالنسبة للخصوم (1).

و في اتجاه آخر أكثر واقعية و عدالة و فائدة للخصوم ، نظم المشرع العراقي الطعن بالنقض لمصلحة القانون في (م 30 / ثانياً - أ ، ب ، ج) من قانون الادعاء العام رقم 159 لسنة 1979م المعدل بالقانون رقم 51 لسنة 1987م ، ثم عدل مرة ثانية بالقانون رقم 7 لسنة 2000 م ، و التي جعلت لرئيس الادعاء العام إذا تبين له حصول خرق للقانون في أي حكم أو قرار صادر عن أي محكمة عدا المحاكم الجزائية ، أو في قرار صادر عن مدير عام دائرة رعاية القاصرين أو مدير رعاية القاصرين المختص أو المنفذ العدل من

(1) د. نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي ، الوسيط في قانون المرافعات ، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية بالإسكندرية 2014 م ، ص 856 .

شأنه الإضرار بمصلحة الدولة أو القاصر أو أموال أي منهما أو مخالفة النظام العام يتولى عندها الطعن في الحكم أو القرار لمصلحة القانون أمام محكمة التمييز رغم فوات المدة القانونية إذا لم يكن أحد من ذوي العلاقة قد طعن فيه. و لا يجوز الطعن لمصلحة القانون إذا كانت قد مضت مدة (3) سنوات على اكتساب الحكم أو القرار درجة البتات ، و ينظر الطعن لمصلحة القانون أمام محكمة التمييز من هيئة خماسية برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه .

و يتم الطعن بالنقض لمصلحة القانون في القانون العراقي بتقديم طلب إلى رئيس الادعاء العام من قبل أحد ذوي العلاقة ، و يتم إحالة الطلب إلى هيئة الطعن لمصلحة القانون في رئاسة الادعاء العام المشكلة برئاسة رئيس الادعاء وعضوية اثنين من المدعين العامين ، ثم تطلب هذه الهيئة إضبارة الدعوى أو المعاملة التي صدر فيها القرار أو الحكم ، لتدقيقها و التحقق من مدى توافر شروط الطعن فيها تمهيداً لإصدار قرارها برد طلب الطعن أو قبوله ، و تقديم لائحة موقعة من رئيس الادعاء العام إلى محكمة التمييز مشتملة على أسباب الطعن مرفقاً بها اضبارة الدعوى للبت في الطعن . و إذا أصدرت محكمة التمييز قرارها بنقض الحكم فإن قرارها يكون واجب الاتباع من قبل المحكمة أو الجهة التي أصدرته ، و عليها إصدار القرار بالاتباع ، و إرساله إلى محكمة التمييز تلقائياً هذه المرة . فإن كان في الحكم أو في القرار المطعون فيه خرق للقانون تقرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها لإصدار حكم أو قرار جديد علي هدي ما حكمت به محكمة التمييز ، و ترسله تلقائياً إلى محكمة التمييز . و ينظر الطعن من الهيئة الخماسية (الهيئة الموسعة أو هيئة الطعن لمصلحة القانون) و يكون قرارها واجب الاتباع ، و لا يقبل الطعن فيه بطريق التصحيح ، أي أنه يترتب علي قرار قبول الطعن لمصلحة القانون و نقض الحكم المطعون فيه و إعادة الدعوى إلى محكمتها لإصدار حكم جديد فيها وإرساله تلقائياً إلى هذه

المحكمة لإجراء التدقيقات التمييزية عليه و الإشعار إلي رئاسة الادعاء العام بذلك (1)

و في نفس اتجاه المشرع العراقي ، نظم المشرع الإماراتي الطعن بالنقض لمصلحة القانون في (م 174) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي رقم 11 لسنة 1992م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 30 لسنة 2005 م ، و التي جعلت للنائب العام حق الطعن بطريق النقض من تلقاء نفسه ، أو بناءً على طلب خطي من وزير العدل والشئون الإسلامية والأوقاف في الأحكام الانتهائية - أيا كانت المحكمة التي أصدرتها - إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله ، و ذلك في الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها ، و الأحكام التي فوت للخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن أو رفعوا طعناً فيها قضي بعدم قبوله . و يرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام خلال سنة من تاريخ صدور

(1) د. عباس نايف الزبيدي ، الطرق القانونية للطعن بالأحكام القضائية ، رسالة ماجستير ، الأكاديمية العربية ، الدنمارك 2003 م ، ص 161 و ما بعدها . صلاح مخلف عبيد ، الطعن لمصلحة القانون في القانون العراقي ، منشور علي موقع شبكة المحامين العرب www.mohamoon.net ، و منشور بصحيفة العراق في يوم الأحد 2002/9/8 م . وتطبيقاً لذلك : تمييز الاتحادي عراق رقم 47 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 2011/8/8 م ، و تمييز الاتحادي عراق رقم 77 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 2010/1/5 م ، و تمييز الاتحادي عراق رقم 83 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 2010/1/4 م ، و تمييز الاتحادي عراق رقم 365 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 2009/10/2 م ، و تمييز الاتحادي عراق رقم 48 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 2009/6/28 م ، و تمييز الاتحادي عراق رقم 111 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 2009/5/19 م ، و تمييز كردستان رقم 1 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 2009/10/13 م ، و تمييز كردستان رقم 39 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 2009/10/13 م ، و تمييز كردستان رقم 11 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 2008/12/16 م ، و تمييز كردستان رقم 10 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 2008/10/22 م ، و تمييز كردستان رقم 8 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 2008/9/15 م ، و تمييز كردستان رقم 4 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 2008/2/13 م ، و تمييز كردستان رقم 9 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 2008/9/22 م ، و تمييز كردستان رقم 2 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 2007/3/18 م ، و تمييز كردستان رقم 16 (هيئة الطعن لمصلحة القانون) جلسة 12/5/2007 م ، ... منشور بموقع قاعدة التشريعات العراقية علي www.iraq-ild.org

الحكم ، و تنظر المحكمة الطعن في غرفة مشورة بغير دعوة الخصوم ، ويفيد الخصوم من هذا الطعن ... (1) و لا يعرف قانون الإجراءات الجنائية المصري الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في المسائل الجنائية ، و بالتالي يجب لقبول الطعن بالنقض الجنائي أن تكون هناك فائدة أو مصلحة عملية من وراء الطعن وإلا كان الطعن غير مقبول و لو كان مرفوعاً من النيابة العامة ، فلا تكفي المصلحة النظرية المحضة لأن محكمة النقض ليست دار إفتاء . و طبقاً لرأي جمهور فقهاء الإجراءات الجنائية والقضاء الجنائي لا يجوز للنيابة العامة الطعن في الأحكام الجنائية لمصلحة القانون عندما تكون مصلحتها نظرية بحتة وليست مصلحة حقيقية معتبرة - ولم تكن خاصة بالاتهام أو بمصلحة المتهم - حتي ولو كانت لتصويب الإجراءات وصحة تطبيق القانون . (2)

إلا أن بعض الفقهاء قد ذهب بحق - ونؤيده - إلي القول بجواز الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في المسائل الجنائية لأن مصلحة النيابة العامة هنا ليست مصلحة نظرية بحتة بل هي مصلحة عملية تتمثل في تحقيق عدالة سليمة و تطبيق سليم القانون، وتلك هي الوظيفة الرئيسية

(1) د. علي الشحات الحديدي ، القضاء والنقاضي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة ، الجزء الثاني ، إجراءات النقاضي والأحكام وطرق الطعن ، ط 1 ، 1998 م ، ص 452 وما بعدها . عبدالله كليب ، الطعن بالتمييز لمصلحة القانون ، مجلة دبي القانونية ، مارس 2008 م . وتطبيقاً لذلك : تمييز دبي 2005/1/2 م ، طعن مدني رقم 89 لسنة 2004 ، مجلة الشريعة والقانون ، تصدرها كلية الشريعة والقانون / جامعة الامارات ، ع 25 ، يناير 2005 م ، ص 485 و ما بعدها .

(2) د. حسن علام ، الطعن بالنقض في المواد الجنائية ، ط 2 ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص 90 وما بعدها . د. محمد عبدالشافى إسماعيل ، الطعن بالنقض في المواد الجنائية ، ط 1 ، مطبعة الصفا والمروة بأسبوط 2001 م ، ص 74 . د. محمد عبد الغريب ، المركز القانوني للنيابة العامة ، دار الفكر العربي بالقاهرة 1979 م ، بند 301 ، ص 578 . د. نجيب بكير ، نور النيابة العامة في قانون المرافعات ، 1974 م ، ص 559 و ما بعدها . محمد جمعة عبد القادر ، الطعن الجنائي في التشريع المصري والمقارن ، عالم الكتب بالقاهرة 1983 م ، ص 289 و ما بعدها . نقض جنائي 2 / 5 / 1986 م ، مج ، س 37 ، ج 1 ، ق 49 ، ص 239 . نقض جنائي 15 / 2 / 1982 م ، مج ، س 33 ، ج 1 ، ق 42 ، ص 209 . نقض جنائي 11 / 3 / 1981 م ، مج ، س 32 ، ج 1 ، ق 41 ، ص 245 . نقض جنائي 27 / 6 / 1967 م ، مج ، س 18 ، ج 1 ، ق 63 ، ص 345 .

لمحكمة النقض التي تقوم بها عن طريق طعن الخصوم و في مقدمتهم النيابة العامة ، أي توافر شرط المصلحة العملية للنيابة العامة في الطعن متي كان الغرض من الطعن هو تحقيق موجبات القانون وضمان سلامة التطبيق القانوني ، وهي مصلحة أهم من مصلحة المتهم وحده إذ أن ضمير الأمة يأبى أن تُسبل الحماية والحجية علي حكم مسلم بأنه مخالف للقانون (1) . و قد قضت محكمة النقض بهذا في حكم قديم لها بأن : " ... قاعدة وجوب توافر المصلحة في الطعن بالنقض لا تسري علي النيابة العامة لأن لها مركزاً خاصاً فهي تمثل المصالح العامة وتسعي في تحقيق موجبات القانون. ولذلك يحق لها أن تطعن بالنقض في الأحكام - وإن لم يكن لها كسلطة اتهام - مصلحة خاصة حتي ولو صدر الحكم مطابقاً لطلباتها لمجرد الوصول لتصحيح الخطأ القانوني.(2)

و قد نظم المشرع في بعض الدول الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في المسائل الجنائية : فمثلاً نظمه المشرع اليمني في المواد (454 ، 455 ، 456) من قانون الإجراءات الجزائية رقم 13 لسنة 1994م ، و التي جعلت للنائب العام الحق في أن يطلب من المحكمة العليا في أي وقت بعد فوات المواعيد المقررة للطعن إلغاء أو تعديل أي حكم أو أمر أو قرار أو إجراء صادر من أية هيئة قضائية لمصلحة القانون إذا انطوى الحكم أو القرار على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه . و لا يجوز أن يبني الطلب المقدم لمصلحة القانون على أسباب سبق أن رفضتها المحكمة العليا بمناسبة طعن سابق في الحكم نفسه ، و يقيد الطعن المقدم لمصلحة القانون في سجلات النيابة العامة و المحكمة العليا و تنظره المحكمة في غرفة المداولة ، ولا يترتب على الحكم الصادر في الطعن لمصلحة القانون أي أثر بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة.

(1) د. مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1992م ، ص 510 وما بعدها .

(2) نقض جنائي 15 يونيو 1955 م ، مج ، ج 1 ، ق 60 ، ص 344.

و كذلك نظمه المشرع الجزائري اللبناني في (م 142) من قانون التنظيم القضائي ، والمشرع الجزائري السوري في (م 366) من قانون أصول المحاكمات الجزائية ، و المشرع الجزائري الأردني في (م 291) من قانون أصول المحاكمات الجزائية ...

كما نظمه المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الحالي في (art. 621 C. P. P. F.) . حيث خول للنائب العام لدي محكمة النقض فقط حق الطعن بالنقض لمصلحة القانون في أي قرار أو حكم انتهائي مخالف للقانون، سواء أكان صادراً بالبراءة أم بالإدانة ، والذي أهمل الخصوم الطعن فيه ، أو تنازلوا عن الطعن فيه ، أو رفض طعنهم فيه لعيب في الشكل أو لانعدام المصلحة ، دون التقيد بمواعيد الطعن المقررة . (1)

و الطعن بالنقض الجنائي من النائب العام لمصلحة القانون في فرنسا هو طعن ذو نتيجة نظرية بحتة لا يكون له أي أثر بالنسبة للخصوم ، و يتم بدون إحالة ، و لا يمس الحقوق المكتسبة للخصوم ، و ليس له هدف سوي تذكير المحاكم القضائية بقضاء المحكمة العليا حفاظاً علي السوابق القضائية و المبادئ القانونية . و إذ تنظر محكمة النقض الطعن لمصلحة القانون فقط ، فإنها إما أن تقضي بعدم قبوله ، أو برفضه ، أو بنقض الحكم ، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يترتب علي نقض الحكم تغيير في مصالح الخصوم التي تحددت بالحكم المنقوض الذي

(1)-art. 621 C. P. P. F. : " Lorsqu □ il a été rendu par une cour d'appel ou d'assises ou par un tribunal correctionnel ou de police, un arrêt ou jugement en dernier ressort, sujet à cassation, et contre lequel néanmoins aucune des parties ne s □ est pourvue dans le délai déterminé, le procureur général près la cour de cassation peut d'office et nonobstant l'expiration du délai se pourvoir, mais dans le seul intérêt de la loi contre ledit jugement ou arrêt. La cour se prononce sur la recevabilité et le bien-fondé de ce pourvoi. Si le pourvoi est accueilli, la cassation est prononcée, sans que les parties puissent s □ en prévaloir et s □ opposer à l'exécution de la décision annulée " .

لم يطعنوا فيه ، فيبقى منتجاً لآثاره فيما يتعلق بمراكزهم القانونية في القضية المحكوم فيها بالحكم المنقوض ، فهم لا يستفيدون منه ولا يضارون به ، فهو مجرد نقض نظري فقهي بحت ، يحكم به دون إحالة ، و لا يستهدف سوي حماية الشرعية و التطبيق الصحيح القانون . و ليس للنائب العام الطعن بالنقض الجنائي في الحكم الصادر بعد العفو الشامل ، و فيما يتعلق بالمصالح المدنية . (1)

و نهيب بالمشرع الجنائي المصري الاعتراف بالطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في المسائل الجنائية لتطبيق صحيح القانون وحماية الشرعية ، وذلك بإضافة نص جديد للقانون رقم 57 لسنة 1959م الخاص بحالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، تحت مسمى (المادة 30 مكرر) تنص علي أنه : " للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الإنتهائية - أيا كانت المحكمة التي أصدرتها - إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله و ذلك في الأحوال الآتية : -

1- الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها.

2- الأحكام التي فوت للخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن.

(1) -M. Gerard Pes; Le Pourvoi dans l'intérêt de la loi en matière administrative; thèse Paris; 1974; P. 15.

-V.O.De Bouillane de Lacoste; Pourvois dans l'intérêt de la loi; Pourvoi en Cassation; Juris. Calss. Proc. Pén.; art.620- 621; Fasc. 10.

-André Pépy et Vincent Lamanda ; Pourvois dans l'intérêt de la loi; Pourvoi en Cassation; Juris. Calss. Proc. Pén.; art.620- 621; Fasc. 60.

-Cass. Crim. 30 avril. 1996; Bull. Crim.1996; N. 178.

-Cass. Crim. 11 juill. 1990; Bull. Crim.1990; N. 280.

-Cass. Crim. 20 Nov. 1985; Bull. Crim.1985; N. 366.

-Cass. Crim. 3 avril. 1978; Bull. Crim.1978; N. 121.

-Cass. Crim. 11déc. 1963; Bull. Crim.1963; N. 356.

-Cass. Crim. 4 Nov. 1959; Bull. Crim.1959; N. 464.

-Cass. Crim. 10 févr. 1951; Bull. Crim.1951; N. 39.

و يرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام و تنظره المحكمة في غرفة المشورة بعد دعوة الخصوم ، و يفيد الخصوم من هذا الطعن ، و لا يضارون به " .

و يخول القضاء الإداري الفرنسي للوزراء - بوصفهم ممثلي الدولة و باعتبارهم حراساً للشرعية كل في مجال اختصاصه - حق الطعن لمصلحة القانون كطريق طعن غير عادي استثنائي خاص في الأحكام والقرارات الإدارية النهائية المخالفة للقانون . و هذا الطعن وإن كان غير منصوص عليه قانوناً إلا أنه مطبق عملاً ، و الأخطاء القانونية وحدها دون الوقائع المادية هي سبب هذا الطعن . و الحكم الناقض لا يؤثر علي مراكز و حقوق الخصوم المكتسبة بالحكم المنقوض ؛ لأنه طعن فقهي نظري محض لا يفيد و لا يضر الخصوم ، بل تظهر أهميته في ضمان الشرعية و تجنب أن تصبح تلك الأحكام والقرارات الإدارية النهائية المخالفة للقانون سابقة تهتدي بها جهة الإدارة فيما بعد . (1)

المطلب الثاني

فلسفة وغاية الطعن بالنقض المدني من النائب العام

لمصلحة القانون ، و طبيعته القانونية ، و أنواعه

11- فلسفة وغاية الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة

القانون : نظم المشرع الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون كطعن غير عادي استثنائي خاص بهدف تمكين محكمة النقض من القيام بوظيفة توحيد تطبيق القانون و تفسيره في الأحكام الانتهائية المخالفة للقانون التي لم يستطيع الخصوم الطعن عليها - أياً كانت المحكمة التي أصدرتها ، محكمة أول أو ثاني درجة - لفوات ميعاد الطعن ، أو لتنازلهم عن الطعن ، أو لقبولهم الحكم

(1) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري (الكتاب الثاني) قضاء التعويض و طرق الطعن في الأحكام ، ص 871 - 873 . د. نجيب بكير ، دور النيابة العامة ، ص 456 و ما بعدها .

-Gabolde; Evolution du recours dans l'intérêt de la loi en matière administrative; D.1958; chron.; P.81.

، أو لم يستطيعوا الطعن عليها ؛ لوجود نص قانوني يمنعهم من الطعن فيها سواء أكان المنع وارداً في قانون المرافعات أم في قوانين خاصة ، و ذلك إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله ... و تطبيقاً لمبدأ الطلب في القضاء ، لا تستطيع محكمة النقض القيام بوظيفة توحيد تطبيق القانون و تفسيره في الأحكام المخالفة للقانون و التي لم يستطيع أن يطعن الخصوم عليها ، فكان لابد من رفع الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ؛ لمنع تعارض وتضارب الأحكام القضائية ، و منع تكوين سوابق قضائية خاطئة بالأحكام الانتهائية المخالفة للقانون نتيجة إهمال الخصوم . كما أنه لا يمكن تعليق امكانية الطعن بالنقض علي حكم مخالف للقانون علي إرادة الخصوم و مشيئتهم في كل الأحوال ؛ نظراً لأنهم يسعون لحماية حقوقهم و مصالحهم الخاصة وليس لحماية مصلحة عامة - توحيد تطبيق صحيح القانون وتفسيره - كما أن النيابة العامة لا تعلم بتلك الأحكام المخالفة للقانون في جميع الأحوال ؛ لأنها لا تتدخل في جميع الدعاوي المدنية . (1)

والهدف من الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون يكمن في مواجهة الصعوبات التي تعرض في العمل ، و تؤدي إلي تعارض و تضارب الأحكام في المسألة الواحدة ، مما يحسن معه أن تقول محكمة النقض كلمتها فيها لتضع حداً لتضارب و تناقض الأحكام القضائية ، و إزالة البلبلة و الشك و الاضطراب لإرساء المبادئ القانونية الصحيحة على أساس سليم ، و توحيد أحكام القضاء بعد إزالة قوة الحكم الذي نقض كسابقة قضائية يهتدى بها القضاء . فهذا الطعن يهدف إلي إزالة البلبلة و الاضطراب الذي يمكن أن يحدثه الحكم المخالف للقانون ، ولذا كان من الضروري أن يقدم هذا الطعن لمحكمة النقض عن

(1) د. فتحي وإلي ، قانون المرافعات في مائة عام ، ص 398-400. د. نبيل عمر، أصول المرافعات ، بند1145، ص 1299-1300. د. طلعت محمد دويدار ، تطور الحماية التشريعية ، ص 110.

-Lôïc Cadiet, Emmanuel Jeulans; Droit Judiciaire privé; N.870; P.546.

-Héron; Droit Judiciaire Privé; N.869; P.702.

طريق النائب العام لتمكين محكمة النقض من القيام بوظيفة توحيد تطبيق القانون و تفسيره ، و منع تعارض و تناقض الأحكام القضائية ، و إزالة الأحكام المخالفة للقانون حتي لا تكون سابقة قضائية تتبعها محاكم الموضوع مستقبلاً ، و تصحيح الاجتهاد القضائي الخاطئ لتحقيق الأمن و الاستقرار القانوني . بمعنى أنه وسيلة قانونية تم تشريعها لتجنب الأحكام القضائية الخاطئة . (1)

و قد أوضحت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري الفلسفة و الغاية التي يقوم عليها نظام الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون كطعن غير عادي استثنائي خاص بقولها : || استحدث المشروع في المادة 250 نظام الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون لمواجهة صعوبات تعرض في العمل وتؤدي إلي تعارض أحكام القضاء في المسألة القانونية الواحدة . و يحسن لمصلحة القانون و العدالة أن تعرض هذه المسائل علي المحكمة العليا لتقول فيها كلمتها فتضع حدا لتضارب الأحكام . و لهذه الفكرة نظير في كثير من التشريعات الأجنبية كالتشريع الفرنسي و الإيطالي و البلجيكي ، كما أن الفكرة التي يقوم عليها النص لها جذور في التشريع المصري منذ إدخال نظام الطعن بالنقض في المواد المدنية و التجارية في نظامنا القضائي ، و ما منع المشروع من الأخذ بها في ذلك الحين إلا حرصه علي تخفيف العبء عن محكمة النقض حتي لا يتوهدا هذا العبء في مستهل عهدها ، و قد راودت هذه الأمنية مرة أخرى واضعي مشروع قانون المرافعات في سنة 1944م ورئي إرجاء الأخذ بها ، حتي يرسخ نظام النقض و تتسع امكانياته لتقبل هذه الفكرة ، و

(1) د. فتحي وإلي، الوسيط ، بند 397، ص 775 و ما بعدها. د. نبيل عمر، أصول المرافعات، بند 1145، ص 1299-1300؛ الوسيط في الطعن بالنقض، بند 110 وما بعده ، ص 264 و ما بعدها . د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250، ص 523 وما بعدها . ادوار عيد ، موسوعة أصول المحاكمات ، بند 377 ، ص 1007 . نقض مدني 2013/2/23م، طعن رقم 10584 لسنة 80 ق، مستحدث المواد المدنية أكتوبر 2012 - سبتمبر 2013م، ق 139، ص 168-169 . نقض مدني 1990/11/29م، طعن رقم 2196 لسنة 60ق ، مج ، س 41 ، ج 2 ، ق 304 ، ص 827 . نقض مدني 1979/5/30م، طعن رقم 43 لسنة 47 ق ، مج، س 30، ج 2، ق 274، ص 483.

-Jean larguier et Philippe conte; Procédure civile; Droit Judiciaire privé; 15 éd.; Dalloz.1996; P.133.

قد رأي المشروع تعميم هذا النوع من الطعن بما يحقق الفائدة منه علي نحو أكمل ، فلم يقصره علي حالة تفويت الخصم لميعاد الطعن أو نزولهم عن الطعن حيث يكون الطعن جائزا و إنما بسطها أيضا علي الحالة التي يمنع المشروع الطعن فيها سواء أكان المنع من الطعن بصفة عامة أم كان المنع من الطعن بالنقض ، و سواء أورد هذا المنع في قانون المرافعات أم في قوانين خاصة ؛ لأن المنع من الطعن في كل هذه الحالات إنما ينصرف إلي الخصوم و حدهم حتي تستقر الحقوق المحكوم بها . و لكن ذلك لا يمنع من استهداف مصلحة عليا هي مصلحة القانون التي يحققها الطعن المرفوع من النائب العام ، لإرساء المبادئ القانونية الصحيحة علي أساس سليم كي تتوحد أحكام القضاء فيها ، و لما كان أساس الفكرة تحقيق مصلحة عليا هي مصلحة القانون فإن مقتضي ذلك الأخذ بها في كل حالة تتحقق فيها هذه المصلحة ، و عدم قصرها علي الحالة التي يكون الحكم فيها قابلاً للطعن بطريق النقض و نزول الخصوم عنه أو أنهم فوتوا ميعاده ، و مقتضي ذلك ألا يفيد الخصوم من هذا الطعن في جميع الحالات حتي يخلص هذا الطعن لوجه القانون .

و غني عن البيان أن الحكم بعدم قبول الطعن المرفوع من الخصوم أو ببطلانه لا يحول طبقاً لنص المشروع دون ممارسة النائب العام لحقه مستقبلاً ، و بإجراءات أصلية (مبتدأه) في الطعن لمصلحة القانون في الحكم ؛ لأن كلا من الطعنين يختلف عن الآخر ، فأحدهما مرفوع من الخصوم ويستفيدون منه و الآخر مرفوع من النائب العام و لا يفيد منه الخصوم ، كما ان أسباب كل من الطعنين قد تختلف عن الآخر .

و لما كان الخصم الحقيقي في هذا الطعن هو ذات الحكم المطعون فيه ، فقد اكتفي المشروع بالنص علي أنه لا محل لدعوة الخصوم في هذا الطعن و علي نظره في غرفة المشورة ؛ لأن الغاية منه هي تحقيق مصلحة القانون فحسب .

و بديهي أن الطعن المرفوع من النائب العام لمصلحة القانون لا يتقيد بميعاد ، إذ قد لا يستبين سبب الطعن إلا بعد انقضاء المواعيد ، كما أن النيابة ليست خصماً في جميع الدعاوي المدنية والتجارية حتي تعلن بالأحكام الصادرة فيها ، ولأن تحديد ميعاد الطعن مبني علي فكرة منقضية في الطعن المرفوع من النائب العام لمصلحة القانون. إذ أن الحكم الصادر فيه لا يؤثر في مراكز الخصوم أو حقوقهم المحكوم بها (1).

12- الطبيعة القانونية للطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة

القانون : يعتبر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون طعناً مقررأ و غير عادي واستثنائياً واحتياطياً وخاصاً بالنائب العام فقط في الحكم القضائي الانتهائي المخالف للقانون ، و الذي لا يستطيع الخصوم الطعن فيه ؛ حتي لا يكون سابقة قضائية خاطئة تقتدي بها محاكم الموضوع في أحكامها مستقبلاً ، بما يؤدي إلي وحدة تطبيق القانون وتفسيره ، وعدم وجود تعارض وتناقض في الأحكام القضائية . هذا و قد اعتبر بعض الفقه الفرنسي هذا الطعن درس لعدم خبرة أو دراية المحاكم " Ce recours est " une leçon pour l'inexpérience des tribunaux " (2) واعتبره البعض الآخر طعن ذو طابع أفلاطوني Le caractère Platonique (3) .

و يعتبر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون طعناً مقررأ déclaratoire وليس منشأ ، لأن آثار الحكم المطعون فيه بالنقض تظل باقية بين الخصوم كما هي دون أي تغيير ، رغم أنه حكم معيب و

(1) إدارة التشريع بوزارة العدل ، قانون المرافعات وقانون الإثبات والمذكرات الإيضاحية وجميع الأعمال التحضيرية المتعلقة بها ، 1992 م ، بند 3 ، ص 300 - 303 .
(2) د. أحمد هندي ، قانون المرافعات بند 290 ، ص 560-562 .

-Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.04; P. 774.

-A. P. Tarbé; Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation; 1840; P.73; col.2.

(3) -Andr Tunc; La cour judiciaire suprême idéale; Rév. Int. dr. Comp. 1978; P.440.

منقوض بالحكم الناقض ، فهو يكشف فقط عن الخطأ القانوني الذي وقع فيه الحكم المطعون فيه المنقوض إذا حكم بقبول الطعن و نقض الحكم المطعون فيه دون أن يرتب أي أثر علي الخصوم ، فلا يستفيد الخصوم و لا يضارون بهذا الطعن. (1)

كما يعتبر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون طعناً غير عادي *extraordinaire* فالقاضي إنسان غير معصوم من الخطأ ، لذا كان من الضروري وجود ضمانات للمحكوم عليه لمواجهة الخطأ الذي يشوب الحكم القضائي المخالف للقانون ، وهذه الضمانة تتمثل في الطعن في الأحكام لمراقبة صحة الأحكام ومراجعتها. و تنقسم طرق الطعن في الأحكام إلي طرق طعن عادية تتمثل في المعارضة والاستئناف ، و طرق طعن غير عادية تتمثل في التماس إعادة النظر والنقض . و لذا يعتبر الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون أحد طرق الطعن غير العادية ؛ لأنه لا يتم إلا بعد استفاد طرق الطعن العادية ، فلا يجوز الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون إلا إذا تعذر اللجوء إلي طرق الطعن الأخرى . (2)

و أيضاً يعتبر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون طعن استثنائي *exceptionnelle* ؛ لأنه لا يخضع لميعاد الطعن بالنقض - ستون يوماً - بنص (م 252 / 2) مرافعات مصري والتي نصت علي ذلك بقولها : و لا يسري هذا الميعاد علي الطعن الذي يرفعه النائب العام لمصلحة القانون وفقاً لحكم المادة 250 " . و يخضع لإجراءات خاصة في رفعه ونظره ، فيرفعه النائب العام حتي ولو لم يوجب القانون أو يجيز تدخل النيابة العامة في خصومته أمام محكمة الموضوع ، و حتي لو لم تكن النيابة العامة طرفاً فيه ؛ و ذلك لتجنب الأحكام القضائية المخالفة للقانون حتي لا تكون سابقة قضائية خاطئة تتبعها محاكم الموضوع الأدنى . كما أنه يُنظر في غرفة المشورة دون جلسة

(1) -Héron; Droit Judiciaire Privé; N.868; P.701.

(2) د. سيد أحمد محمود ، أصول التقاضي ، منشأة المعارف بالإسكندرية 2009 م ، ص 775 و ما بعدها .

علنية و دون حضور الخصوم و لا محاميهم ، كما أنه محدد بشروط و حالات معينة فلا يجوز التوسع في تفسيرها . (1)

و كذلك يعتبر الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون طعناً خاصاً Particulier ؛ لأنه اختصاص نوعي ذاتي قاصر علي شخص النائب العام وحده فقط ، و بصفته حصراً أو من يحل محله طبقاً للتبعية التدريجية في النيابة العامة وذلك بمقتضي نص (م 2 / 23 من قانون السلطة القضائية) ، مالم يكن قد صدر توكيلاً خاصاً من النائب العام لأحد وكلائه بالطعن بالنقض في قضية معينة ، و الخطاب الصادر من النائب العام لأحد وكلائه لمباشرة الطعن بالنقض لمصلحة القانون لا يقوم مقام التوكيل . و قد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بأنه : " لا يقوم مقام التوكيل الخاص مجرد خطاب يرسله النائب العام إلي أحد وكلائه أعضاء النيابة بالموافقة علي رفع الطعن ... " . و لا يجوز للخصوم في القانون المصري و القوانين التي صارت علي منهاجه ، رفعه و لا التمسك به للاستفادة منه ، بل تظل آثار الحكم المنقوض المعيب المخالف للقانون باقية و قائمة بين الخصوم ؛ و ذلك لأنه طعن خاص بالنائب العام وحده لمصلحة القانون . (2)

و قد اعتبر بعض الفقه الفرنسي الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون نقضاً بدون طعن ؛ لأنه لا يوجد أي نزاع بين الخصوم يمكن تسويته . (3)

(1) -Héron; Droit Judiciaire Privé; N.869; P.702.

(2) محمد أحمد عابدين ، الوسيط في طرق الطعن علي الأحكام المدنية والتجارية والشرعية ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية 1994 م ، ص 316 . عبد المنعم حسني ، طرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية ، ج 2 ، 1975 م ، بند 750 ، ص 667 . نقض جنائي مصري 1 / 3 / 1954 م ، مج ، س 5 ، ص 387 .

-Jean Vincent et Serge Guinchard; Procédure civile; 25 éd.; Dalloz
1999; N.1513 ; P.1018-1019.

(3) -Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.153; P. 761 .

كما يعتبر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون طعناً احتياطياً Subsidaire ؛ لأنه لا يجوز للنائب العام رفعه إلا في حالة عدم استطاعة الخصوم ممارسة الحق في الطعن ، أي بعد سقوط حق الخصوم في الطعن سواء أكان ذلك لسبب إرادي أو غير إرادي . فلا يجوز للنائب العام رفعه في نفس الوقت الذي يحق فيه للخصوم رفع الطعن علي الحكم نفسه . فإذا استعمل الخصوم حق الطعن في الحكم وقُبِلَ نظر الطعن ، فلا يجوز للنائب العام رفع الطعن بالنقض لمصلحة القانون في نفس الوقت، أي أنه لا يجوز للنائب العام رفع الطعن بالنقض لمصلحة القانون طالما كان هناك إمكانية للخصوم في رفع الطعن . ولكن إذا استعمل الخصوم حق الطعن في الحكم ورُفِضَ نظر الطعن فيجوز للنائب العام رفع الطعن بالنقض لمصلحة القانون بشرط الاستناد إلي أسباب غير التي استند إليها الخصوم في الطعن . و بناءً علي ذلك تساءل بعض الفقه الفرنسي فقال : هل نحن نتحدث عن نقض في الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ؟ وأجاب بأن الحقيقة : لا ، أي لسنا بصدد طعن بالنقض . (1)

وأخيراً وليس آخراً ، يعتبر الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون طعناً نادراً الحدوث ؛ لأن حالاته قليلة الحدوث ، و نظراً لأن النيابة - سواء أكانت نيابات محاكم الموضوع أو نيابة النقض أو النائب العام نفسه - ينقصها الوسائل اللازمة للقيام بالرقابة والمتابعة علي جميع الأحكام القضائية الانتهائية الصادرة من جميع المحاكم ، و فحصها ، و تمحيصها لمعرفة ما إذا كانت مخالفة للقانون أم لا ، و بحث مدي جواز الطعن فيها بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون وعدم جوازه . (2)

(1) -Héron; Droit Judiciaire Privé; N.868; P.701; Not. (21).

(2) -Jacques et Louis Boré; La cassation en mati□re civile; N. 141.5; P. 775.

13- طعن النائب العام بالنقض المدني لمصلحة القانون قد يكون كلياً أو جزئياً : والنقض الكلي يعني نقض الحكم بجميع أجزائه ، و يكون ذلك إذا كان وجه الطعن منصّباً علي الحكم برمته ، أو إذا كان وجه الطعن منصّباً علي أحد أجزاء الحكم - و التجزئة غير ممكنة - أو يرتبط مع جميع أجزائه بعلاقة تبعية ضرورية. أما النقض الجزئي فيتحقق إذا اقتصر الطعن علي جزء من الحكم وكانت التجزئة ممكنة ، بأن كان الطعن في بعض أجزاء الحكم دون البعض الآخر أي عندما يقتصر الطعن علي بعض الأوجه القابلة للانفصال عن غيرها . وقد يتم التمسك بنقض الحكم جزئياً في الجانب الإجرائي فقط كمسألة الاختصاص أو مسألة الشكل ، أو علي جانب الدعوي فقط كمسألة القبول أو عدم القبول ، أو علي جانب الموضوع فقط في طلب واحد أو جزء من الطلبات . و يجب أن يكون الحكم الانتهائي المطعون فيه بالنقض الجزئي متعدد الأجزاء (شكلي أو موضوعي أو هما معاً) أو العناصر (الطلبات أو المسائل أو الدفوع) أو الأشخاص . كما يجب أن يوجد جزء أو عنصر أو أكثر من أجزاء أو عناصر هذا الحكم معيباً بمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله . و يمكن الرجوع لعدة ضوابط للكشف عن نوع الطعن بالنقض (نقض جزئي أو كلي) منها :

صحيفة الطعن بالنقض ، حكم محكمة النقض ، وجود عدم التجزئة ، وجود رابطة التبعية الضرورية . و يترتب علي الحكم بالنقض الجزئي استفاد ولأية محكمة النقض بصدد الجزء الذي أصدرت حكمها بشأنه ، و يجوز الحكم بالنقض الجزئي قوة الأمر المقضي ، بل يصبح حكماً باتاً ، و بالتالي لا يجوز الطعن فيه مرة أخرى بأي طريق من طرق الطعن. و يجوز لمحكمة النقض تصحيح حكمها بالنقض الجزئي إذا كان مشوباً بخطأ مادي بحت سواء أكان كتابياً أم حسابياً (م 191 مراقعات) ، كما يجوز للنائب العام الرجوع لمحكمة النقض لطلب تفسير حكمها بالنقض الجزئي لمصلحة القانون إذا وقع في منطوقه غموض أو إبهام

(م 192 مرافعات) ، كما يجوز للنائب العام الرجوع لمحكمة النقض لاستكمال ما أغفلت الفصل فيه من طلبات لمصلحة القانون (م 193 مرافعات) . (1)

المبحث الثاني

التفرقة بين الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون

وغيره من النظم القانونية المشابهة

14- تمهيد و تقسيم : بعد أن أسندت الدولة مهمة الفصل في القضايا إلي السلطة القضائية ممثلة في المحاكم لمنح الحماية القضائية ، أخذ المشرع المصري بنظام تعدد طبقات المحاكم القضائية لاعتبارات عدة يأتي علي رأسها الأخذ بمبدأ التقاضي علي درجتين - فهناك محاكم الدرجة الأولى و الثانية - ، و الأخذ بنظام النقض ، و هو ما يقتضي وجود محكمة عليا علي رأس هاتين الدرجتين . و تتمتع محكمة النقض بطبيعة خاصة باعتبارها محكمة عليا وحيدة علي قمة هرم التنظيم القضائي لتقوم بمهمة ضمان وحدة وصحة التطبيق القضائي للقانون وتفسيره من خلال المبادئ القضائية التي ترسيها أحكام محكمة النقض ؛ لتحقيق العدالة والمساواة بين المواطنين أمام القانون والقضاء . و ذلك سواء عن طريق الطعن بالنقض من الخصوم ، أو عن طريق الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون، أو عن طريق طعن النيابة العامة لمخالفة الحكم القضائي لقاعدة من قواعد النظام العام ، أو عن طريق الطعن بالنقض المدني من النائب العام لتجاوز السلطة بناءً علي طلب وزير العدل ، أو عن طريق إحالة محكمة الموضوع الأمر إلي محكمة النقض لإبداء الرأي فيه (الدور الاستشاري لمحكمة النقض) . ويتميز كل من تلك الأنظمة القانونية بتنظيم مختلف عن الآخر علي رغم ما بينهم من تشابه ، فكل نظامه القانوني الخاص به .

(1) د. أحمد عوض هندي ، أثار أحكام محكمة النقض وقوتها ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 1997م ، بند 15 ، ص 68-82 . د. سيد أحمد محمود ، النقض الجزئي للأحكام ، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى 2007 م ، ص 15 و ما بعدها . د. إدوار غالي الذهبي ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، ط 2 ، مكتبة غريب بالقاهرة 1990 م ، بند 657 ، ص 974.

و بناءً على ذلك نتناول التفرقة بين الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و غيره من النظم القانونية المشابهة ، في مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : التمييز بين الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و طعن النيابة العامة لمخالفة النظام العام .

المطلب الثاني : التمييز بين الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و الطعن بالنقض لتجاوز السلطة ، و الدور الاستشاري لمحكمة النقض .

وإليك تفصيل القول في ذلك:

المطلب الأول

التمييز بين الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون،

و طعن النيابة العامة لمخالفة النظام العام

15- دور النيابة العامة في الخصومة المدنية : إذا كان الأصل

أن الدعوي لا تقبل إلا من صاحب الحق نفسه أو نائبه ، فإن هذه القاعدة يرد عليها استثناءات كدعوي النيابة العامة ، ولذا أجاز المشرع للنيابة العامة في بعض الحالات الحق في رفع الدعوي و ذلك في الحالات التي ينص عليها القانون (م 87 مرافعات مصري) ، أو التدخل فيها لحماية المصلحة العامة والنظام العام والآداب العامة والدفاع عن قيم المجتمع ، و أمنه و السهر علي حسن تطبيق القانون (م 88 ، 89 مرافعات مصري) . و النيابة العامة عندما تكون طرفاً أصلياً تقوم بدور الادعاء أو الدفاع *par voie d'action ou de défense* . وعندما تكون طرفاً منضماً *partie joints* فتتدخل في خصومة قائمة أمام القضاء لإبداء الرأي *par voie de réquisition* بما تراه من وجهة نظرهما متفقاً مع القانون و قواعد العدالة ، و ذلك فيما أبداه الخصوم من طلبات و دفوع بقصد معاونة القاضي في تطبيق القانون علي النزاع .

و يكون للنياية العامة - عندما تكون طرفاً أصلياً في الدعوي المدنية - كل ما للخصوم من حقوق ، وعليها كل ما علي الخصوم من واجبات . فيكون لها حق الطعن في الحكم إذا صدر علي خلاف طلباتها كطرف في الخصومة القضائية ، و للنياية العامة أيضاً الطعن في الحكم في الأحوال التي يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام ، أو إذا نص القانون علي ذلك (م 96 مرافعات مصري - art. 423 N.C.P.C.F.) ؛ لتدارك ما فاتها من التدخل ، و تصويب الأحكام المخالفة للنظام العام في الحالات التي كان عليها أو لها التدخل فيها. و إذا رفع الطعن من النياية العامة - أيا كان طريقه - كانت لها سلطات الطاعن ، كما تكون عليها واجباته و أعباؤه . والحكم الصادر في طعن النياية العامة بنص (م 96 مرافعات) يؤثر علي حقوق الخصوم ، ويشترط في جميع الأحوال عدم سقوط حق النياية العامة في الطعن ؛ لأن حجية الأحكام تسمو علي اعتبارات النظام العام ، كما أنه لا يجوز للنياية العامة ترك الطعن أو التنازل عنه ؛ لأن هدف الطعن هو حماية المصلحة العامة ، كما أن قواعد الطعن تتعلق بالنظام العام. (1) و عملاً بقاعدة النياية العامة وحدة لا تقبل التجزئة *indivisible un corps* أو مبدأ عدم تجزئة النياية العامة *L'indivisibilité du Parquet* يقوم نظام النياية العامة - كمنظومة إجرائية - علي فكرة تمثيل المجتمع ، فيكون لكل عضو من أعضاء النياية العامة في دائرة المحكمة التي يعمل بها الطعن في الحكم لمخالفته لقاعدة من قواعد النظام العام في حدود الاختصاص النوعي والمكاني للنياية التي يعمل في دائرتها ، و إلا كان العمل باطلاً ، ويكون ذلك بأي طريق من طرق الطعن التي يقبلها الحكم المطعون فيه وبإجراءات هذا الطريق أياً كان ، و هذا الطعن ليس خاصاً بالنائب العام وحده كما هو حال

(1) د. فتحي والي، الوسيط ، بند 217، ص 347-348. د. محمود مصطفى بونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط 1، دار النهضة العربية بالقاهرة ، بند 55 ص، 148 ؛ بند 75، ص 192-193. د. نجيب بكير، دور النياية العامة ، ص 552 و ما بعدها .

الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون . بمعنى أنه يحق لكل عضو من أعضاء النيابة العامة الطعن في الحكم لمخالفته للنظام العام في حدود الاختصاص النوعي و المكاني للنيابة التي يعمل في دائرتها ؛ لأن كل عضو من أعضاء النيابة العامة - كشركاء في شركة تضامن - هو ممثل لها ، و يقوم مقام غيره ، و يحل محله ، وكل منهم يكمل عمل الآخر في حدود اختصاصه ، فلا عبرة بشخص العضو و إنما العبرة بوكالته للنائب العام . و في هذا تختلف النيابة العامة عن قضاء الحكم ؛ إذ لا يشترك في المداولة و الحكم غير القضاة الذين سمعوا المرافعة ، و إلا كان الحكم باطلاً ، فالقضاة لا يكمل بعضهم بعضاً مثل النيابة العامة (م 167 مرافعات) . (1)

و علي ذلك يجوز للنيابة العامة الطعن في الأحكام القضائية المخالفة للقانون ، أو للنظام العام والآداب العامة باعتبارها الحارسة للمصلحة العامة في المجتمع ، فيجوز للنيابة العامة الطعن في الحكم الذي قضى بما يخالف قواعد الميراث باعتبارها قواعد متعلقة بالنظام العام .

و قد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بقولها : " ... و حيث أن النيابة العامة نعت في مذكرتها على الحكم المطعون فيه مخالفته للنظام العام ؛ إذ حكم بتقسيم التعويض الموروث المقضي به للمحكوم لهم : المطعون ضدها عن نفسها و بصفتها ، بالتسوية بينهم ، مخالفاً بذلك قواعد الإرث ، بما يستوجب نقضه ، و حيث أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يجوز للنيابة كما يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تثير في الطعن ما يتعلق بالنظام العام شريطة أن يكون وارداً على الجزء المطعون عليه من الحكم ، و لما كانت قواعد التوريث و أحكامه المعتمدة شرعا بما في ذلك تحديد أنصبة الورثة هي و على ما جرى به قضاء

(1) د. إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص، ج1، منشأة المعارف بالإسكندرية 1981م، ص 308. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة 2015م، بند 39، ص 124 . د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية 2011م، بند 138، ص 276 و مابعدھا. د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، تأصيل الإجراءات الجنائية، 2004م، بند 325، ص 415 .

هذه المحكمة من الأمور المتعلقة بالنظام العام ، و كان الطعن المائل يشمل ما قضى به الحكم المطعون فيه من تعويض موروث و توزيع قيمته بين المحكوم لهم ، و كان المحكوم لهم أما و أخوة ، و لا تتساوي أنصبتهم الشرعية في الميراث ، فإن الحكم المطعون فيه - إذ ساوى بينهم في الأنصبة في مقدار التعويض الموروث - يكون قد خالف القانون في أمر متعلق بالنظام العام ، مما يوجب نقضه جزئياً بالنسبة لتحديد أنصبة المحكوم لهم بالتعويض الموروث ، و حيث أن الموضوع فيما نقضته المحكمة من قضاء الحكم المطعون فيه صالح للفصل فيه ، و بناءً على ما تقدم تقضي المحكمة في موضوع الاستئناف رقم 480 لسنة 27ق بتعديل الحكم المستأنف إلي إلزام الشركة المستأنف ضدها بأن تؤدي للمستأنفة عن نفسها وبصفتها مبلغ ستة آلاف جنية توزع بالتساوي فيما بين المحكوم لهم ، و مبلغ أربعة آلاف جنية تقسم بين المحكوم لهم حسب الأنصبة الشرعية في ميراثهم للمرحوم ...". (1) .

16 - اختلاف الطعن بالنقض لمصلحة القانون عن طعن النيابة العامة

لمخالفة النظام العام : و يختلف الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون عن طعن النيابة العامة لمخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد النظام العام . فالطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون يقتصر علي طريق الطعن بالنقض فقط ، بينما الطعن من النيابة العامة لمخالفة الحكم المطعون فيه لقاعدة من قواعد النظام العام يشمل جميع درجات الطعن متي كانت جائزة بالنسبة للحكم المطعون فيه . و الطعن بالنقض المدني لمصلحة القانون خاص بالنائب العام وحده فقط ، بينما الطعن من النيابة العامة لمخالفة الحكم المطعون فيه لقاعدة من قواعد النظام العام لا يختص بأحد بعينه ، وإنما يكون لكل عضو نيابة عامة الحق في ذلك بشرط مراعاة الاختصاص المحلي و النوعي للنيابة التي يعمل فيها . و الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ليس

(1) نقض مدني 1977 / 12 / 20 م ، مج ، س 30 ، ج 3 ، ص 337 .

له ميعاد محدد في القانون المصري ، بينما يكون طعن النيابة العامة لمخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد النظام العام مقيداً بمواعيد الطعن في الأحكام سواء أكان استئنافاً أو نقضاً . (1)

والطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون يكون في الأحكام الانتهائية ، بينما يكون طعن النيابة العامة لمخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد النظام العام في الأحكام الابتدائية أو النهائية ، أي يجب أن يكون الحكم قابلاً للطعن فيه بطريق الطعن المتاح .

و الهدف من الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون هو استبعاد الحكم المخالف للقانون حتي لا يكون سابقة قضائية خاطئة تقتدي بها محاكم الموضوع ، بينما يكون هدف طعن النيابة العامة لمخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد النظام العام هو تدارك ما فات النيابة العامة من تدخل في حالات كان لها أو عليها التدخل فيها . و الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون لا يؤثر علي حقوق الخصوم و مراكزهم القانونية ، بينما يؤثر الحكم الصادر في طعن النيابة العامة لمخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد النظام العام علي حقوق الخصوم و مراكزهم القانونية . (2)

و عندما تكون النيابة العامة طرفاً أصلياً فإن الطعن بالنقض من النيابة العامة لمخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد النظام العام لا يكون من النائب العام لدي محكمة النقض ، بل يكون من ممثل النيابة العامة لدي المحكمة التي

(1) د. فتحي والي ، الوسيط ، بند 217 ، ص 347-348 . د. نجيب بكير ، دور النيابة العامة ، ص 552 وما بعدها . د. أحمد خليل ، قانون المرافعات المدنية والتجارية - الخصومة والحكم والطعن - دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 1996 م ، ص 395-396 . د. محمود مصطفى يونس ، ممثل النيابة العامة في الدعاوي المدنية في النظام القضائي المصري ، ط 2 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2014 م ، ص 236-239 . نقض مدني 23 / 2 / 1977 م ، طعن رقم 32 لسنة 44 ق ، مج ، ص 28 ، ج 1 ، ق 102 ، ص 556 .

-Evelyne Serverin; Les divergences du jurisprudence comme objet de recherche; P.90.

(2) د. نجيب بكير ، دور النيابة العامة ، ص 552 وما بعدها . علي مجوم ، و حسين مجوم ، الطعن بالنقض المدني ، دار الفكر والقانون بالمنصورة 2010 م ، ص 340 . طه الشريف ، نظرية الطعن بالنقض ، بند 152 ، ص 181 .

أصدرت الحكم المطعون فيه ، و في الغالب يكون من النائب العام لدي محكمة الاستئناف . (1)

المطلب الثاني

التمييز بين الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون، والطعن بالنقض لتجاوز السلطة، والدور الاستشاري لحكمة النقض

17- اختلاف الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون

عن الطعن بالنقض المدني من النائب العام لتجاوز السلطة. Le Pourvoi pour excès de Pouvoir لا يعرف أي من قانون المرافعات المصري ، و لا قانون الإجراءات الجنائية المصري الحالي نظام الطعن بالنقض من النائب العام لتجاوز السلطة بناءً علي طلب كتابي صريح من وزير العدل . و كان قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950 م قد أخذ بنظام الطعن بالنقض من النائب العام لتجاوز السلطة بنص (م 440) قبل إلغاء (المواد من 420 إلي 440 إجراءات جنائية) عند صدور القرار بقانون رقم 57 لسنة 1959م بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، و لم يتضمن هذا القانون نصاً بديلاً لنص (م 440 إجراءات ملغاة)، و يرجع ذلك إلي أن المشرع الجنائي المصري أراد أن يقطع كل صلة أو شبهة صلة بفكرة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في المواد الجنائية - التي لا يعرفها قانون الإجراءات الجنائية المصري - عند صدور القرار بقانون رقم 57 لسنة 1959م . علماً بأن نظام الطعن بالنقض من النائب العام لتجاوز السلطة الذي كان منصوصاً عليه في (م 440 إجراءات جنائية ملغاة بالقانون رقم 57 لسنة 1959م) لا يعتبر من قبيل الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون بل هو نظام قانوني مختلف عنه تماماً ومستقل بذاته . (2)

(1) - Héron; Droit Judiciaire Privé; N.867; P.701; Not. (19).

(2) د. محمد عيد الغريب ، المركز القانوني للنيابة العامة ، دار الفكر العربي بالقاهرة 1979م ، بند 305، ص 582 ، هامش (2،3) . د. حسن علام ، الطعن بالنقض في المواد الجنائية ، ص 90 - 92.

وقد ورد تنظيم الطعن بالنقض لتجاوز السلطة من النائب العام بناءً علي أمر كتابي صريح من وزير العدل في فرنسا علي التوالي في عبارات متقاربة للغاية ، أولاً بموجب (art. 27) من المرسوم الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1790 م ، ثم بموجب (art. 80) من القانون الصادر في 27 فنتوز من السنة الثامنة للثورة الفرنسية ، ثم بموجب (art. 52) من القانون رقم 47 - 1366 الصادر في 23 يوليو 1947 م ، ثم بموجب (art. 18) من القانون الصادر في 3 يوليو 1967 م . ويشكل هذا السبب في الواقع مخالفة للقانون بمعناه الواسع . (1)

و نظم القانون الفرنسي الطعن بالنقض الجنائي من النائب العام لتجاوز السلطة بناءً علي أمر كتابي صريح من وزير العدل في (art. 620 C. P. P. F.) (2) . كما نظم أيضاً الطعن بالنقض المدني من النائب العام لتجاوز السلطة بناءً علي أمر كتابي صريح من وزير العدل في (art.18 de la

وقد نصت (م 440 ملغاة) إجراءات جنائية مصري علي أنه : " استثناء من الأحكام المتقدمة، يجوز للنائب العام أن يطلب من محكمة النقض الحكم بإلغاء ما يقع في أي حكم أو قرار أو أمر أو إجراء صادر من أية هيئة قضائية في المواد الجنائية يكون فيه تجاوز لسلطاتها . و لا يقبل هذا الطلب مادام من الممكن إصلاح الخطأ بطريقة أخرى . ويرفع الطلب بتقرير في قلم الكتاب تبين فيه الأسباب . و يحكم فيه بغير مراعاة . و لا يقبل الطلب إذا قدم بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم أو القرار أو الأمر أو الإجراء المطعون فيه " . وترحب بعودة العمل بهذا النص . والمواد (من 420 إلى 440) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950 م ملغاة بالقانون رقم 57 لسنة 1959 م ، و المعدل بالقانون رقم 106 لسنة 1962 م ، و بالقانون رقم 173 لسنة 1981 م ، و بالقانون رقم 23 لسنة 1992 م .

(1) د. حلمي محمد الحجار ، أسباب الطعن بطريق النقض ، ج2 ، بند224 ومابعده ، ص 14 ومابعدها

-Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 142.05; P. 763-764.

-N. Fricero; L'excès de Pouvoir en Procédure Civile ; RGDP.1998; P.17 ets.

(2) - art. 620, C. P. P. F. : " Lorsque, sur l'ordre formel lui à donné par le ministre de la justice, le procureur général près la cour de cassation dénonce à la chamber criminelle des actes judiciaires, arrêts ou jugements contraires à la loi, ces actes, arrêts ou jugements peuvent être annulés " .

1967 (loi N.67-523 du 3 Juillet 1967) (1) . و النص في المسائل المدنية أكثر تحديداً و حصراً من النص في المسائل الجنائية . و نظراً لعدم وجود إجراءات خاصة بهذا الطعن في (art.18) فتطبق القواعد العامة الواردة في (art.1009 N.C.P.C.F. à 1022) . (2)

و علي نفس المنوال نظم المشرع المغربي الطعن بالنقض لتجاوز السلطة من النائب العام بناءً علي أمر من وزير العدل ، و ذلك في (الفصل 382) من قانون المسطرة المدنية المغربي ، و الذي سمح لوزير العدل أن يأمر الوكيل العام للملك لدي محكمة النقض بالإحالة علي هذه المحكمة بقصد إلغاء الأحكام المخالفة التي يتجاوز فيها القضاة سلطاتهم . و يقع إدخال الأطراف في الدعوي من طرف الوكيل العام للملك ، و الذي يحدد لهم أجلاً لتقديم مذكراتهم دون أن يكونوا ملزمين بالاستعانة بمحام ، و تقوم الغرفة المعروض عليها القضية بإبطال هذه الأحكام إن اقتضي الحال ، و يجري الإبطال علي الجميع .

و كذلك نظم المشرع الموريتاني الطعن بالنقض لتجاوز السلطة من المدعي العام بناءً علي أمر من وزير العدل في (م 231) من مدونة الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية ، والتي سمحت لوزير العدل بواسطة المدعي العام لدي المحكمة العليا ، أن يطعن أمام الغرفة المختصة بالمحكمة العليا في القرارات أو الأحكام التي تعتبر تجاوزاً للسلطة كالخطأ في القانون، و التطبيق السيئ له ، والخطأ في تكييف الوقائع القانونية ، و إذا قُبِلَ الطعن فإن

(1) - art. 18 de la loi N. 67-523 du 3 Juillet 1967 : " Le garde des sceaux, ministre de la justice, peut, en matière civile, prescrire au procureur général de déférer à la chambre compétente de la cour de cassation les actes par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs. Les parties sont mises en cause par le procureur général qui leur fixe des délais pour produire leurs mémoires ampliatifs et en défense. Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire.

La chambre saisie annule ces actes s'il y a lieu et l'annulation vaut à l'égard de tous " .

(2) - Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 142.101; P. 767.

التصريح به يسري علي الجميع ، و يحال الأطراف في وضعيتهم السابقة علي الحكم الملغي أمام محكمة الإحالة .

في حين أن المشرع التونسي في (الفصل 175 / ثالثاً) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسي جعل الإفراط في السلطة أحد الأسباب العامة للطعن بالنقض . و كذلك المشرع الجزائري جعل - بمقتضي نص (م 358 / 4) من قانون الإجراءات المدنية و التجارية والإدارية - تجاوز السلطة أحد الأوجه العامة للطعن بالنقض .

و يقصد بتجاوز السلطة : الانحراف Détournement في استعمالها لتحقيق غرض غير الذي منحت من أجله بما يخالف قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام ، كقيام القاضي بعمل ما كان يجب أن يعمل ، أو عدم قيامه بما كان يجب عليه أن يعمل ، بما يمثل اغتصاباً و تعدياً علي وظيفة السلطة التشريعية أو التنفيذية . و الطعن بالنقض لتجاوز السلطة وسيلة إجرائية رقابية لمحكمة النقض بصفتها حارسة للقانون ؛ لإلغاء أي عمل يصدر من القاضي - فور صدوره دون التقيد بميعاد معين - في المواد المدنية من أحكام ، أو أوامر ، أو قرارات مخالفاً لمبدأ الشرعية والقانون ، و اعتباره كأن لم يكن في مواجهة الكافة نتيجة لتعسف القاضي و تحكمه وتجاوزه نطاق سلطاته بمنح نفسه سلطات غير مخولة له أصلاً أو إنكاره لسلطات ممنوحة له ؛ وذلك لمنع عدوان السلطة القضائية علي السلطتين التشريعية و التنفيذية ، و احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات Separation des Pouvoirs . و يعتبر الدفع بتجاوز حد السلطة من دفوع عدم القبول و ليس من الدفوع الإجرائية (عدم الاختصاص) . (1)

(1) د. أحمد أبو الوفا ، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط 8، منشأة المعارف بالإسكندرية. 1988م ، بند 105 مكرر ، ص 220 وما بعدها. د. نجيب بكير، دور النيابة العامة ، ص 462 وما بعدها . د. سحر عبد الستار إمام، آليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة ، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلة علمية إلكترونية محكمة ، ع 1، مارس 2014 م، ص 88 وما بعدها، www.ejles.com . وراجع مفهوم التعسف في استعمال السلطة بالتفصيل: د. سليمان

وللنائب العام وحده بناءً علي أمر كتابي صريح من وزير العدل رفع الطعن بالنقض المدني لتجاوز السلطة في أعمال القاضي المشوية بعيب تجاوز السلطة الممنوحة له بالدستور والقانون أمام الدائرة المختصة بمحكمة النقض . و لا يملك النائب العام الطعن بالنقض لتجاوز السلطة مباشرة من تلقاء نفسه ، فهو مقيد في رفع الطعن بأمر وزير العدل ، و ليس له أن يسد الثغرات - إن وجدت - في أمر وزير العدل حتي لو كان أمر الوزير غير واضح ، فهو يلتزم بتنفيذه بذاته . و كذلك لا يجوز للخصوم الطعن بالنقض لتجاوز السلطة مباشرة ، و إن تمكن الخصوم من تقديم طلب لوزير العدل بذلك . (1)

و ينصب الطعن بالنقض المدني من النائب العام لتجاوز السلطة في أعمال القاضي علي كافة الإجراءات القضائية ، سواء أكان الأمر متعلقاً بحكم نهائي صادر من محكمة آخر درجة أم كان حكماً ابتدائياً صادراً من محكمة أول

الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة "الانحراف بالسلطة" دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي بالقاهرة 2013 م. د. حلمي محمد الحجار ، أسباب الطعن بطريق النقض ، ج 2 ، بند 221 ومابعده ، ص 7 ومابعدها .

- E. Garsonnet et ch . Cezar- Brue ; Traité Théorique Et Pratique de Procédure Civile et Commerciale ; V. 6;3.éd. Recueil Sirey; Paris; 1912; N. 682 ets.
- René Morél ; Traité Élémentaire de Procédure Civile ; 2'éd; Recueil Sirey; 1949; N,103, 663,670.
- Waline; La notion judiciaire d'excès de pouvoir; thèse paris 1926; P.236.
- Jean Vincent et Serge Guinchard; Procédure civile; 25 éd.; Dalloz 1999; N.1518; P.1023
- Francis Kernalleguen; L'excès de Pouvoir du Juge; Justices 1996; N. 3; P.151ets.
- Yves Capron; Excès de Pouvoir ; Jur. Clas. Proc. Civ. ; Fasc. 782; 1993
- Nathalie Fricero; L'excès de Pouvoir en Procédure Civil; Procédures 1998; N.1; P.17
- Jacques et Louis Boré; La cassation en matiè re civile; 4. éd; Dalloz; Paris 2008; N.142 ets; P.763 ets.

(1) د. نجيب بكير، دور النيابة العامة ، ص 462 و ما بعدها . د. عزمي عبدالفتاح ، قانون القضاء المدني الكويتي، دار النهضة العربية بالقاهرة 2005م، ص808 . د. نبيل إسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالنقض ، بند 45، ص 98.

- Vincent et Guinchard; Procédure civile; N.1513 ; P. 1019.
- Jean Paul Calon; Mission de la cour de cassation; Ency. Dalloz; Fasc.760-3; 1992.

درجة أم كان عملاً ولائياً ، و يجوز للنائب العام ممارسة هذا الطعن في أي حالة كانت عليها الدعوي في الوقت الملائم ؛ لأن القانون لم يحدد له ميعاداً . و يقوم النائب العام بإخطار الخصوم و إدخالهم في الطعن ، و يلزمهم بتقديم مذكراتهم و أوجه دفاعهم خلال شهرين ، و لا يشترط حضور محام عنهم ، و تغلق كل طرق الطعن الأخرى أمام الخصوم برفع الطعن بالنقض لتجاوز السلطة من النائب العام . و عندما تتحقق محكمة النقض من وجود عيب تجاوز القاضي لسلطته فإنها تلغي العمل القضائي المشوب بالعيب، و بالتالي لا يجوز تنفيذه ، و تهدر حجيتة ، و يكون إلغائه في مواجهة الكافة ، l'annulation vaut à l'égard de tous ، أي أن الحكم الناقض الصادر بإلغاء أو بطلان العمل القضائي المعيب بعيب تجاوز السلطة يتمتع بحجية مطلقة في مواجهة الخصوم والكافة ، و يمحو جميع آثار الحكم المنقوض ، سواء أكان عمل القاضي المشوب بعيب تجاوز السلطة حكماً ابتدائياً أم نهائياً ، موضوعياً أم إجرائياً ، مُنهياً للخصومة كلها أو في جزء منها أم كان صادراً قبل الفصل في الموضوع . (1)

و يعتبر القاضي عند تطبيقه للقانون متجاوزاً لحدود سلطته القضائية : إذا انتقد سياسة الحكومة في حكمه ؛ إذ يعتبر ذلك تعدياً علي السلطة التنفيذية ، و إذا انتقد نصاً قانونياً في حكمه ؛ إذ يعتبر ذلك تعدياً علي السلطة التشريعية. وإذا حكم بقواعد العدالة رغم وجود نص تشريعي ، و منح لنفسه سلطات غير مخولة له أصلاً ، و إذا تجاهل القاضي شرط التحكيم فيه افتتات علي حق الخصوم في اللجوء إلي التحكيم بدلاً من القضاء ، وإذا حكم القاضي في عمل من أعمال

(1) -Marie-Noelle Jobard-Bachelier Xavier; La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile; 4 éd; Dalloz; Paris; 1998; P.104.

-André Perdriau; La fonction du juge est de juger; Gaz. Pal.30avril et 1Mai 1999; doct.; P.2-3.

-Lôic Cadiet, Emmanuel Jeulans; Droit Judiciaire privé; 5.éd.; Litec; Paris; 2006; N.870; P.546

السيادة ، و تجاهل قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام ، كرفضه تطبيق قاعدة الأثر الناقل للاستئناف ، أو قاعدة استنفاد ولاية القاضي ، أو مبدأ التقاضي علي درجتين ، أو مبدأ حياد القاضي. أو أن يضع الحكم لائحة من لوائح الضبط ، أو قانون أو يفرض ضريبة ، أو امتنع عن تطبيق قانون نافذ ، أو انتقد أحد القوانين أو انتقد عملاً من أعمال السيادة ، أو يوقع جزاءات لم يقرها القانون أو يصدر أوامر في غير الحالات المقررة في القانون ، و إذا انتقد سياسة الإدارة في حكمه ؛ إذ يعتبر ذلك تعدياً علي السلطة التنفيذية ... (1)

و علي ذلك يتفق كل من الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، والطعن بالنقض المدني من النائب العام لتجاوز السلطة بناءً علي أمر كتابي صريح من وزير العدل ، في أن كلا منهما طعن غير عادي

-
- (1) -Cass. Cive. 1 □ □ ; 28 Nov. 2007; Bull.Civ. □; N° 371.
 -Cass. Cive. 1 □ □ ; 12 déc. 2006; Bull.Civ. □; N° 538.
 -Cass. Ch. Mixte; 28 Janv.2005; Procédures 2005; N. 87; obs. Perrot. , D. 2005; inf. Rap. ;P. 386; obs. Avena-Robardet.
 -Cass. Cive. 3 □ □ ; 30 Nov. 2005; Bull. Civ. □□□; N° 233.
 -Cass. Civ.2 □ □ ; 24 juin 2004; J.C.P. 2004; 1V; 2739. D.2004; inf. Rap.; 2086.
 -Cass. Cive. 1 □ □ ; 9 déc. 2003; Bull. Civ. □; N° 246.
 -Cass. Soc. 13 mars 2001; D. 2002; P. 241; Not. C. Puigelier.
 -Cass. Ass. Plén. 5 dec.1997; D.1998; Inf. Rap.; P.27.
 -Cass. Civ.2 □ □ ; 22 Mai 1996 ; D.1996; Inf. Rap.; P.157.
 -Cass. Cive. 1 □ □ ; 10 Mai 1995; D.1995; Inf. Rap.; P.112.
 -Cass. Civ.2 □ □ ; 7 Nov1994 ; D.1994; Inf. Rap.; P.10.
 -Cass. Cive. 1 □ □ ; 16 Févr.1994; Gaz. Pal.1994; 2; somm. ; P.511; Not. Margreat.
 -Cass. Ass. Plén. 15 mai 1992; J. C. P. 1992; I I ; 21940; Not. C. Giverdon et P. Capoulade.
 -Cass. Cive. 1 □ □ ; 16 avr. 1991; D.1992; Somm.; P.265; Obs. A.Penneau. D.1993; Somm.; P.186; Not. Ph. Bretaudeau. Rév. Trim. dr. Civ. 1992; P.176; Obs. J.Normand.
 -Cass. Com. 6 mars1990; D.1990; somm.; P.218; Not. Derrida.
 -Cass. Civ.3 □ □ ; 19 déc. 1983; Gaz. Pal. 1984;1; pan; P.155; obs. Guinchard.
 -Cass. Com. 25oct. 1976; Gaz. Pal. 1977;1; Panor.; P.3.
 -Cass. Cive. 1 □ □ ; 30 Mai 1967; Bull. Civ.; I ; N° 188.
 -Cass. Req. ; 15 Févr. 1938 ; D. P. 1938 ; 1; P.126.

استثنائي خاص بالنائب العام فقط دون الخصوم . ويرفع كل منهما لمحكمة النقض ، ولا يلزم حضور الخصوم في كل منهما ، و لا تمثيلهم بمحاميين ، و كل منهما غير محدد بميعاد .

و يختلف الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، عن الطعن بالنقض المدني من النائب العام لتجاوز السلطة، في أن الطعن لمصلحة القانون لا يضر و لا يستفيد منه الخصوم ، بعكس الطعن بالنقض لتجاوز السلطة فيستفيد منه الخصوم و الكافة ؛ و يكون من شأن الحكم الصادر بالبطلان إلغاء التصرف بالنسبة للخصوم و الكافة ؛ إذ حجيتة مطلقة لحماية المصلحة العامة والمجتمع من تعسف القاضي و تحكمه و تجاوزه نطاق سلطاته ، فيلغي الحكم المطعون فيه بالنقض لتجاوز السلطة ويعتبر كأن لم يكن ، و لا يجوز لأحد الأطراف التمسك به ، و لا يجوز تنفيذه . (1)

و كذلك يختلف الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، عن الطعن بالنقض المدني من النائب العام لتجاوز السلطة، في أن الطعن لمصلحة القانون لا يكون إلا بعد فوات ميعاد الطعن بالنسبة للخصوم ، بينما يجوز الطعن بالنقض لتجاوز السلطة في أي وقت حتي لو كان ميعاد الطعن بالنقض في الحكم مازال قائما بالنسبة للخصوم .

ومن أوجه الاختلاف بينهما أن الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون يحدث منه مباشرة دون طلب من وزير العدل ؛ لأنه رخصة اختيارية مخلولة بنص القانون للنائب العام فقط ، له أن يستعملها أو لا حسب تقديره الشخصي . أما الطعن بالنقض المدني من النائب العام لتجاوز السلطة يكون بناءً

(1) حامد فهمي ، و د. محمد حامد فهمي ، النقض ، بند 164-165 ، ص 398-400 . د. أحمد أبو الوفا ، نظرية الدفوع ، بند 105 مكرر ، ص 220 وما بعدها . د. نجيب بكير ، دور النيابة العامة ، ص 462 وما بعدها . د. محمد عيد الغريب ، المركز القانوني للنيابة العامة ، بند 306 ، ص 584 - 585 .

-Jacques Héron; Droit Judiciaire Privé; 3 éd. ; Montchrestien; Paris; 2006; N.869; P.702.

-Jean Vincent et Serge Guinchard; Procédure civile; 25 éd.; Dalloz; 1999; N.1518; P.1022-1023.

علي أمر كتابي صريح من وزير العدل ، و يتقيد فيه النائب العام بحدود أمر وزير العدل . (1)

و منها أيضاً أن الطعن لمصلحة القانون لا يكون إلا في الأحكام الانتهائية ، بعكس الطعن بالنقض المدني من النائب العام لتجاوز السلطة فإنه يكون في الأحكام ، أو الأوامر الولائية ، أو القرارات الإدارية ، أو أعمال الإدارة القضائية . (2)

ويضاف إلي أوجه الاختلاف السابقة وجهاً آخر ألا وهو : أن الدائرة المختصة بمحكمة النقض تنظر الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون في غرفة المشورة ، بينما الطعن بالنقض من النائب العام لتجاوز السلطة كانت تنظره دائرة العرائض قبل إلغائها ، وتنظره الآن الدائرة المختصة بمحكمة النقض في جلسة علنية . (3)

و نهيب بالمشروع المصري الأخذ بنظام الطعن بالنقض لتجاوز السلطة - كما هو الحال في التشريع الفرنسي ، و التونسي ، و الجزائري ، و المغربي ، و الموريتاني - وجعله سبباً للطعن بالنقض ؛ نظراً لتعدي السلطة القضائية علي عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية أحياناً ، فـينتج عن ذلك مخالفة لمبدأ الشرعية و القانون ؛ بهدف احترام مبدأ الفصل بين السلطات ، و منع تعدي و تدخل سلطة علي سلطة أخرى ، وذلك بمنح وزير العدل الطعن في العمل المخالف للقانون عن طريق النائب العام باعتباره المكلف بحماية المصلحة العامة بهدف تطبيق صحيح القانون، و تختص بنظره دائرة المواد المدنية أو الجنائية

(1) د. نجيب بكير، دور النيابة العامة ، ص 462 و ما بعدها . د. حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض، ط 1، ج 2، المؤسسة الحديثة للكتاب ببيروت 2004م ، بند 224 وما بعده ، ص 14 وما بعدها.

-Jacques Héron; Droit Judiciaire; N.869; P.702.

- Vincent et Guinchard; Procédure civile; N.1518; P.1022-1023.

-Blanc et Viatte ; Nouveau Code; art.618-1; P.407-12b.

(2) الإشارة السابقة .

(3) د. نجيب بكير، دور النيابة العامة ، ص 462 و ما بعدها .

بمحكمة النقض حسب نوعية العمل محل الطعن ، والحكم الصادر بإلغاء العمل المخالف للقانون يكون له حجية في مواجهة الكافة ، ويكون غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام . وذلك بإضافة مادة جديدة في قانون المرافعات تحمل رقم (مادة 250 مكرر 1) يكون نصها : " يجوز للنائب العام بناءً علي طلب وزير العدل أن يطلب من محكمة النقض الحكم بإلغاء ما يقع في أي حكم أو قرار أو أمر أو إجراء صادر من أية هيئة قضائية يكون فيه تجاوز لسلطاتها . و لا يقبل هذا الطلب مادام من الممكن إصلاح الخطأ بطريقة أخرى . ويرفع الطلب بتقرير في قلم الكتاب تبين فيه الأسباب، و يحكم بإلغاء العمل المخالف للقانون ، و يكون له حجية مطلقة في مواجهة الكافة ، و يكون غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام ."

18- اختلاف الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون

عن الدور الاستشاري لمحكمة النقض la saisine pour avis de la cour de cassation : تتمثل الوظيفة الأساسية لمحكمة النقض في ضمان احترام توحيد تطبيق القانون و تفسيره ، وذلك من خلال مراقبتها اللاحقة لمحكمة الموضوع بفحص مدي مطابقة حكمها المطعون فيه بالنقض لصحيح القانون أو عدم مطابقته .

و إلي جانب تلك الوظيفة أجاز المشرع الفرنسي لمحكمة الموضوع -بمناسبة نزاع معروض عليها و قبل الفصل في الموضوع و بشروط محددة - إحالة الأمر إلي محكمة النقض الفرنسية لإبداء رأيها في أية مسألة قانونية جديدة - لم يصدر بشأنها قضاء مستقر لمحكمة النقض - تثير إشكالات وصعوبات جدية جمة في قضايا متعددة أثناء تطبيقها لعدم وضوح القصد التشريعي منها نتيجة غموض أو عمومية عبارات النص التشريعي بما قد يؤدي إلي تباين الأحكام القضائية ؛ و ذلك لتستتير عقيدة محكمة الموضوع برأي محكمة النقض قبل صدور حكم في موضوع الدعوي، ولتوحيد التطبيق القضائي

النص القانوني الجديد . وتتألف الهيئة المختصة بإصدار الرأي الاستشاري من الرئيس الأول لمحكمة النقض الفرنسية و في حالة وجود مانع لديه يحل محله أقدم رؤساء الدوائر ، و عضوية رؤساء الدوائر الست ، و عضوية اثنين من مستشاري الدائرة المختصة بالمسألة القانونية محل طلب إبداء الرأي و في حالة قيام مانع لدي أحدهما يحل محله مستشار من الدائرة المعنية يعين من قبل الرئيس الأول أو من يحل محله عند وجود مانع لديه ، و يكون أحدهما مستشار مقرر لضمان عدم تناقض الأحكام القضائية لتلك الدائرة مع الرأي الاستشاري لمحكمة النقض ، و محام عام ، و كاتب ، و يجوز للنائب العام طلب الاذن بالحديث أمام تلك الهيئة . (1)

و لا يعرف القانون المصري نظام الإحالة لإبداء الرأي (الدور الاستشاري لمحكمة النقض). في حين نظمه القانون الفرنسي في المواد المدنية ب (art. 1031-1 à 7 N. C. P. C. F.) و (art. L. 151-1 à 3 C. O. J. F.) تشريعي والتي أصبحت (art. L. 441-1 à 4 C. O. J. F.) تشريعي ، و (art. R. 151-1 C. O. J. F.) لائحي و التي أصبحت (art. R. 441-1 C. O. J. F.)

(1) د. سحر عبد الستار إمام ، أليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة ، ص 58 و ما بعدها www.ejles.com . د. موسى مصطفى شحاته ، الإحالة إلي مجلس الدولة الفرنسي لإبداء الرأي في مسألة قانونية قبل الفصل في الدعوي المرفوعة أمام المحاكم الإدارية أو المحاكم الإدارية الاستئنافية ، مجلة دراسات - علوم الشريعة و القانون ، عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية ، ج 32، ع 2 ، نوفمبر 2005 م ، ص 408 و ما بعدها .

-Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile;; N.24.11 ets; P.77 ets.

-Jean Buffet; La saisine pour avis de la cour de cassation; <http://www.Cour de Cassation.fr>.

-H.M. Darnaville; La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la cour de cassation; AJDA 2001- 21 mai 2001; 416.

-Natalie Fricero; les Institutions Judiciaires; 2^e . éd.; P.102.

-Cass. avis. 7 avril. 2014; Bull. Crim. avis. ; N. 1.

-Cass. avis. 8 avril. 2013; Bull. Crim. avis. ; N. 2.

-Cass. avis. 24 Nov. 2008; Bull. Crim. avis. ; N. 8.

-Cass. avis. 23 avril. 2007; Bull. Crim. avis. ; N. 3.

-Cass. avis. 29 oct. 2007; Bull. Crim. avis. ; N. 12.

-Cass. avis. 13 Nov. 2006; Bull. avis. avis. ; N. 9.

-Cass. avis. 16 déc. 2002; Bull. Crim. avis. ; N. 1.

(لاأحي بموجب (l'ord. N° 2006 - 673 du 8 juin 2006) ، و (Décr. N° 2008 - 522 du 2 juin 2008) والتي أسندت لمحكمة النقض الفرنسية مهمة إصدار آراء استشارية في الطلبات التي تتقدم بها المحاكم المدنية الأدنى .
و نظمه المشرع الفرنسي في المواد الجنائية ب (art.706 - 64 à 70 C. P. P. F.) والتي أسندت لمحكمة النقض الفرنسية كقاعدة عامة مهمة إصدار آراء استشارية في الطلبات التي تتقدم بها المحاكم الجنائية الأدنى باستثناء قضاة التحقيق الجنائي نظراً لطبيعة مرحلة التحقيق الجنائي السابقة علي مرحلة تحريك الدعوي الجنائية، وباستثناء أيضاً محاكم الجنايات نظراً لطبيعة الإجراءات أمامها ، ولا يجوز في قضية يكون المتهم فيها محل حبس احتياطي أو إقامة جبرية مصحوبة برقابة الكترونية أو رقابة قضائية لمساسه بحرية المتهم(1)

و نظم في فرنسا في المسائل الإدارية ب (art. 12 de la loi du 31 déc.1987) والتي أسندت للمحكمة العليا بمجلس الدولة خلال ثلاثة أشهر مهمة إصدار آراء استشارية في الطلبات التي تتقدم بها المحاكم الأدنى بقرار غير قابل للطعن فيه بمناسبة تطبيق نص قانوني جديد يتعلق بمسألة قانونية جديدة تثير صعوبات جدية جمة لم يصدر بشأنها أحكام من المحكمة العليا بمجلس الدولة تبين المبادئ القانونية التي يجوز تطبيقها علي النزاع . (2)
و لمحكمة النقض الفرنسية سلطة إعطاء الرأي القانوني بخصوص مسألة قانونية (نص إجرائي أو موضوعي) محضة جديدة - ليست مسألة

(1) -Cass. avis. 7 avril. 2014; Bull. Crim. avis. ; N. 1.

-Cass. avis. 8 avril. 2013; Bull. Crim. avis. ; N. 2.

-Cass. avis. 24 Nov. 2008; Bull. Crim. avis.; N. 8.

-Cass. avis. 23 avril. 2007; Bull. Crim. avis.; N. 3.

-Cass. avis. 29 oct. 2007; Bull. Crim. avis. ; N. 12.

-Cass. avis. 13 Nov. 2006; Bull. Crim. avis. ; N. 9.

-Cass. avis. 16 déc. 2002; Bull. Crim. avis. ; N. 1.

(2) -H.M. Darnaville; La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la cour de cassation; AJDA 2001- 21 mai 2001; 416.

موضوعية أو يختلط فيها الواقع بالقانون - لم يسبق لمحكمة النقض الفصل فيها ، تثير صعوبات جدية في التطبيق العملي ، في قضايا كثيرة متعددة ؛ لمساعدة محكمة الموضوع سواء أكانت محكمة أول أو ثاني درجة - إذا قدرت محكمة الموضوع حاجتها لطلب الرأي بقرار غير قابل للطعن فيه - في حل نزاع قائم أمامها . و يكون ذلك الطلب بشروط محددة صارمة لتجنب تضخم عدد طلبات إبداء الرأي أمام محكمة النقض ، وتهرب محكمة الموضوع من عناء البحث و التفكير و الاجتهاد للفصل في الدعاوي . و تحكم محكمة النقض بعدم قبول طلب إبداء الرأي إذا كان غير مستوفٍ لشروطه القانونية . (1)

و يعتبر نظام طلب محكمة الموضوع إبداء الرأي الاستشاري من محكمة النقض في مسألة قانونية رقابية سابقة - دور وقائي Rôle Préventif - علي حكم محكمة الموضوع في تطبيق صحيح القانون ، بهدف ضمان وحدة القضاء بتوحيد التفسير القضائي للقانون تحقيقاً للمصلحة العامة ، وتقليل عدد الطعون لتراجع دوافع الطعن لدي المحكوم عليه بعد توحيد تطبيق و تفسير القانون ، و ضمان إيجاد حل صحيح للنزاع . و الرأي الصادر من محكمة النقض يعمل علي تنوير وتوجيه جميع محاكم الموضوع حول تلك المسألة التي كانت محلاً لطلب الرأي وتوحيد التطبيق القضائي للنص القانوني موضوع طلب الرأي الاستشاري من محكمة النقض . إلا أن نظام الإحالة لإبداء الرأي من محكمة النقض قد يؤدي إلي إطالة أمد النزاع أمام محكمة الموضوع ، و سلطة

(1) -Frederic Zenati; La saisine pour avis de la cour de cassation; D. S. 1992; Chron. ; P. 247 ets.

-Anee-Marijike Moagan de Rivery- Guillaud; La saisine pour avis de la cour de cassation; J.C.P. 1992; P.173.

-Cass. avis. 30 Mai.1999; Bull. Civ. avis.; N, 4.

-Cass. avis. 16 Nov.1998; Bull. Civ. avis.; N. 12.

-Cass. avis. 9 oct.1992; D.1993; somm; P.196; Not. Chr. Gavalda.

إعطاء الرأي الاستشاري تكون لمحكمة النقض الفرنسية فقط دون غيرها من المحاكم ، و يكون ذلك خلال ثلاثة أشهر لضمان السرعة . (1)

و تقوم محكمة الموضوع بإخطار أطراف النزاع ، و النائب العام لتقديم ملاحظاتهم ومذكراتهم كتابةً بشأن المسألة القانونية محل طلب الرأي من محكمة النقض خلال الأجل الذي تحدده لهم للتقديم وإلا كان طلب الرأي الاستشاري غير مقبول ، ثم يقوم سكرتير محكمة الموضوع بإحالة الطلب إلي قلم كتاب محكمة النقض لإبداء الرأي الاستشاري بعد وصول ملاحظات الخصوم و مذكرة النائب العام ، أو انقضاء أجل التقديم . ويجب إخطار الخصوم بقرار الاحالة وتاريخ إحالة الطلب بموجب خطاب مسجل مصحوب بعلم وصول . و لا يجوز تقديم طلب إبداء الرأي الاستشاري من محكمة النقض إلا من محكمة قضائية مختصة قانوناً بموضوع الدعوي المعروف عليها و إلا رُفض طلب الرأي ، و علي ذلك لا يجوز تقديمه من مكتب المساعدة القضائية ، و لا من نقابة المحامين ، و لا من محكمة غير معروض عليها موضوع الدعوي ، و لا من أطراف النزاع مباشرة ؛ حتي لا يتحول طلب إبداء الرأي إلي طريق طعن بالنقض ، بل يجوز لهم طلب ذلك من محكمة الموضوع ، و يخضع قبول أو رفض طلب الخصوم للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع . (2)

(1) -Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile;; N.24.11 ets; P.77 ets.

-Roger Perrot ; Institutions Judiciaires; 12.éd.; Montchrestien; Paris; 2006; P.183ets.

-N. Molfessis; Les avis spontanés de la cour de cassation; D.2007; P.37.

-Cass. avis. 9 Juille.1993; D.1994; somm; P.137; Not. Laroche de Roussane

-Cass. avis. 9 oct.1992; D.1993; somm; P.188; Obs. Julien.

(2) -Cass. avis. 8 oct. 2007; Bull. Civ. avis.; N. 7; J.C.P. 2008; I ; P.138; obs. Serinet.

-Cass. avis. 7 juill 2003; J.C.P. 2003; I ; 2551.

-Cass. avis.1 déc. 2003; J.C.P.2004; I V;1192.

-Cass. avis. 16 déc. 2002; Bull. Civ. avis.; N°. 6.

-Cass. avis. 20 Nov. 2000; Bull. Civ. avis.; N°. 10.

و يترتب علي حكم محكمة الموضوع بالإحالة لإبداء الرأي الاستشاري من محكمة النقض - حكم لا يقبل الطعن من الخصوم لعدم المماثلة - و قف الفصل في الدعوي بقوة القانون باستثناء الإجراءات المستعجلة لحين صدور الحكم من محكمة النقض بالرأي الاستشاري ، أو بأنه لا محل للرأي ، أو بانقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ استلام محكمة النقض لملف الطلب . وترسل صورة من ملف طلب الرأي للنائب العام لدي محكمة النقض مع إخطاره بتاريخ الجلسة المحددة لنظره . ومسألة قبول أو رفض طلب الرأي الاستشاري يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة النقض حسب ظروف وملابسات طلب الرأي المرفوع من محكمة الموضوع طالبة الرأي . (1)

و يجب إعلان الرأي الاستشاري الصادر من محكمة النقض إلي محكمة الموضوع طالبة الرأي ، وممثل النيابة العامة لديها ، و الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف ، وممثل النيابة العامة لدي محكمة الاستئناف ، والنائب العام ، و يخطر قلم كتاب محكمة النقض الخصوم بالرأي ، ويمكن نشره بالجريدة الرسمية ، و في مجموعة الأحكام ، و علي موقع محكمة النقض علي شبكة الانترنت . و الرأي الاستشاري الصادر من محكمة النقض يعتبر تفسيراً للنص القانوني و يحوز الحجية . و لا يجوز الطعن علي قرار قبول أو رفض طلب الرأي الاستشاري بأي طريق من طرق الطعن . و هو غير ملزم لمحكمة الموضوع التي طلبته ، و لا يلزم أية محكمة أخرى ، وغير ملزم أيضاً لمحكمة النقض

(1) -Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N.24.11 ets; P.77 ets.

-Natalie Fricero; les Institutions Judiciaires; 2^e . éd.; P.102.

-Cass. avis. 7 avril. 2014; Bull. Crim. avis.; N. 1.

-Cass. avis. 8 avril. 2013; Bull. Crim. avis.; N. 2.

-Cass. avis. 29 oct. 2007; Bull. Civ. avis.; N. 12. , J.C.P.2007; I V; 3156.

ذاتها حيث يجوز لها أن تقضي بخلاف رأيها السابق إذا طعن في ذات الحكم

الصادر من محكمة الموضوع أمامها . (1)

و علي الرغم من أن نظام طلب محكمة الموضوع إبداء الرأي من محكمة النقض بمناسبة نزاع معروض عليها في مسألة قانونية جديدة يساعد علي تنوير عقيدة محكمة الموضوع برأي محكمة النقض في تطبيق صحيح القانون ، و توحيد تفسير وتطبيق القانون ، و تقليل عدد الطعون بالنقض بعد معرفة الرأي القانوني الصحيح ... إلا أن هناك بعض الفقهاء الفرنسيين الذين ينتقدون هذا النظام - طلب محكمة الموضوع لإبداء الرأي من محكمة النقض - بحجة أنه يخالف القواعد العامة في قيام محكمة النقض بدورها عند نظرها لطعن مرفوع أمامها ، و أنه يضيف عبئاً آخر علي كاهل محكمة النقض ، و يطيل أمد التقاضي أمام محكمة الموضوع لحين صدور الرأي من محكمة النقض ، و يغلق باب اجتهاد قاضي الموضوع بتهريره من القيام بعمله و تكاسله عن إصدار حكم بوجي من ضميره و اجتهاده وطلب إبداء الرأي من محكمة النقض ... (2)

و علي ذلك يتفق كل من الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و الإحالة لإبداء الرأي (الدور الاستشاري لمحكمة النقض) في عدم وجود ميعاد إجرائي لكل منهما ، و أن الحكم الصادر في كل منهما يصدر من محكمة النقض ، و هو غير قابل للطعن فيه ، و غير ملزم للخصوم و لا للمحكمة و يختلف كل من الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و طلب الإحالة لإبداء الرأي الاستشاري من محكمة النقض في أن صاحب الصفة

(¹) -H.M. Darnaville; La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la cour de cassation; AJDA 2001- 21 mai 2001; 416.

-Cass. Civ. 1 □ □ 27 Nov. 2001; Gaz. Pal. 9-10 oct. 2002; P. 36; obs. Perdriau.

-Cass. avis. 31 Mai.1999; Bull. Civ. avis.; N. 3.

-Cass. avis. 19 janv.1998; Bull. Civ. avis.; N. 1.

-Cass. avis. 14 Févr.1997; Bull. Civ. avis.; N. 1.

(²) -Roger Perrot ; Institutions Judiciaires; 12.éd.; Montchrestien; Paris; 2006; N.227-228 ; P.184-185.

في رفع الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون هو النائب العام نفسه ، أو من يحل محله في التدرج الوظيفي فقط ، بينما صاحب الصفة في طلب الإحالة لإبداء الرأي الاستشاري من محكمة النقض هي محكمة الموضوع سواء أكانت محكمة أول أو ثاني درجة . و أن محكمة النقض تتظر الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون في غرفة المشورة بتشكيل عادي من غير مرافعة و دون جلسة علنية ، بينما تتظر محكمة النقض طلب الإحالة لإبداء الرأي الاستشاري من محكمة النقض بتشكيل خاص. و يشترط حداثة المسألة القانونية محل طلب الإحالة لإبداء الرأي الاستشاري من محكمة النقض ، بينما لا يشترط ذلك في الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون . كما يختلف كل من الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و طلب الإحالة لإبداء الرأي الاستشاري من محكمة النقض بإجراءات خاصة لكل منهما . ولا يتقيد الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون بالفصل فيه خلال ميعاد معين ، بينما تتقيد محكمة النقض بإصدار رأيها طلب الإحالة لإبداء الرأي الاستشاري خلال ثلاثة أشهر. ونتيجة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون تأخذ شكل حكم قضائي ، بينما نتيجة طلب الإحالة لإبداء الرأي الاستشاري من محكمة النقض يأخذ شكل قرار .

و نظراً لكثرة التشريعات المصرية المتلاحقة و تباينها و عيوب صياغتها مما يؤدي إلي التناقض في تفسيرها و تطبيقها ، فينتج عن ذلك تعارض في الأحكام القضائية ، و عدم توافر الخبرة الفنية الكافية و التأهيل المستمر للقضاة ، و تراكم الطعون... و ذلك بهدف توحيد تطبيق و تفسير القانون ، و منع تعارض الأحكام القضائية ، و علاج ظاهرة بطء التقاضي . نهيب بالمشروع المصري الأخذ بنظام الدور الاستشاري لمحكمة النقض (الإحالة لإبداء الرأي الاستشاري من محكمة النقض) لتستير محكمة الموضوع برأي محكمة النقض في تفسير النصوص القانونية الجديدة الغامضة بشأن النزاع المعروض عليها و

تصدر حكمها مسترشدة برأي محكمة النقض لمنع تباين الحلول القضائية في ذات المسألة القانونية . وذلك بإضافة نص جديد لقانون المرافعات المصري يحمل رقم (المادة 250 مكرر) تنص علي أنه : " يجوز لأي محكمة قضائية طلب رأي محكمة النقض في مسألة قانونية جديدة تثير صعوبات جدية جمة أثناء نظرها لنزاع قائم أمامها لم يسبق لمحكمة النقض الفصل فيها بقضاء مستقر يبين المبادئ القانونية التي يجوز تطبيقها علي النزاع بقرار غير قابل للطعن فيه ، وذلك بعد إخطار الخصوم والنائب العام لتقديم مذكراتهم خلال خمسة عشر يوماً و إلا حكم بعدم قبول الطلب ، و يحال الطلب لمحكمة النقض و يوقف الفصل في الدعوي بقوة القانون باستثناء الإجراءات المُستعجلة أو التحفظية الضرورية لحين إصدار محكمة النقض لقرار غير قابل للطعن فيه بالقبول أو الرفض خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تلقيها الطلب " .

و بعد أن انتهينا من دراسة الفصل الأول علي النحو السابق ، ننتقل الآن إلي دراسة الفصل الثاني علي النحو التالي :

الفصل الثاني

خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون

19 - تمهيد وتقسيم : طبقاً للقواعد العامة في الطعن بالنقض يجوز الطعن بالنقض من أحد الخصوم لتقويم عوار الحكم النهائي المخالف للقانون خلال ميعاد ستون يوماً ، بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه موقعة من محام مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض وقت رفع الطعن موكل من الطاعن ، أو موقعه من رئيس نيابة علي الأقل إذا كان الطعن مرفوعاً من النيابة العامة ، و يجب أن تشمل الصحيفة علي بيانات الطاعن والمطعون ضده ، وصورة رسمية أو الصورة المعلنة للحكم المطعون فيه ، و أسباب واضحة محددة للطعن مع الإشارة إلي العيب الموجود بالحكم المطعون فيه ، و طلبات الطاعن . و يجب علي الطاعن إيداع صور منها بقدر عدد الخصوم ، وصورة لقلم الكتاب ، وسند توكيل المحامي حتي قبل حيز القضية للحكم ، و مذكرة شارحة لأسباب الطعن الواردة بالصحيفة ، و المستندات المؤيدة، و سند إيداع كفالة بخزينة المحكمة لضمان جدية الطعن . ويقوم قلم كتاب محكمة النقض بقيد الطعن في سجل قيد الطعون، ثم يسلم الصحيفة و صورها إلي قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه خلال ثلاثين يوماً... ليمر الطعن بمراحل تحضيره بتبادل المذكرات بين الخصوم وإرسال قلم الكتاب ملف الطعن لنيابة النقض لإيداع مذكرة برأيها و تعيين المستشار المقرر، وفحصه بمراجعته في غرفة المشورة ، ونظره في جلسة مرافعة علنية تبدأ بالاستماع إلي تقرير المستشار المقرر، والحكم فيه بالرفض أو بالنقض كلياً أو جزئياً . و لمحكمة النقض اتخاذ جميع الأعمال الإجرائية اللازمة لتسيير خصومة النقض، والتي يتحدد نطاقها بالطاعن والمطعون ضده و الحكم المطعون فيه كله أو جزء منه فقط والأسباب التي بني عليها الطعن . (1)

(1) د. أحمد هندي ، قانون المرافعات ، بند 317 وما بعده ، ص 612 وما بعدها ؛ التعليق ، ج 4 ، ص 248 وما بعدها ، ص 487 وما بعدها . د. عيد القصاص ، الوسيط ، بند 488 وما بعده ، ص 1150

و إذا كان الأصل في الطعن بالنقض وجوب رفعه من صاحب المصلحة من الخصوم ، وهذا الطعن يولد خصومة نقض قضائية . ومحكمة النقض كمحكمة قضائية تنتظر فيما يطرح عليها من طعون لتقرير المبادئ القانونية الصحيحة وضمن حسن تطبيق القانون وتفسيره ، ويحكمها المبدأ العام الذي يحكم سائر المحاكم وهو مبدأ الطلب ، فهي لا تختص بالطعن من تلقاء نفسها ، ولا تنتظر إلا في خصومة مرفوعة إليها من الخصوم بشروط مخصوصة ، ولا تقضي بغير ما طلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه حتي ولو كان من شأن ذلك تقرير مبدأ من المبادئ القانونية . وخصومة الطعن بالنقض كخصومة قانون ذات طبيعة خاصة لا تسير وفقاً لهوي وإرادة الخصوم والقضاة ، بل تسير وتتبع وفقاً لنظام خاص حدده قانون المرافعات بقواعد تتوافق و تتلاءم مع طبيعتها الخاصة والآثار المترتبة عليها ؛ وذلك لتحقيق أهدافها . وتسري عليها القواعد والإجراءات العامة بما لا يتعارض مع طبيعتها الخاصة و نصوص الطعن بالنقض الواردة في (م 248 : 272 مرافعات) . (1)

وأجاز المشرع في حالات محددة ، وبشروط خاصة جواز الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون (م 250 مرافعات مصري) بإجراءات معينة وقواعد خاصة، ويرفع هذا الطعن من النائب العام نفسه ، و لا يتم إعلان صحيفته لأي من الخصوم . ونظراً لعدم وجود إجراءات خاصة بهذا الطعن في (art. 618-1 N. C. P. C. F.) تطبق القواعد العامة ومنها الواردة في (art. 1009 à 1022 N. C. P. C. F.) . (2) و تنتظره محكمة النقض في غرفة المشورة دون حضور الخصوم ولا محاميهم ، و بغير

ومابعدھا . د. علي بركات ، الوسيط ، بند 778 ومابعدھ ، ص 1047 ومابعدھا . د. محمود مصطفى يونس ، المرجع في قانون إجراءات التقاضي ، بند 488 ومابعدھ ، ص 1066 ومابعدھا . (1) د. عاشور مبروك ، النظام الإجرائي للطعن بالنقض ، بند 136 ، ص 145 . محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، ص 51 .

(2) - Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 142.101; P. 767.

-Héron; Droit Judiciaire Privé; N. 868; P. 701.

مرافعة . ولها أن تقبل الطعن أو ترفضه أو تحكم بعدم قبوله ، ولا يستفيد و لا يضر الخصوم منه ولا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن . (1)

و بناءً على ذلك نتناول خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون في مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : إجراءات خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون .

المبحث الثاني : سلطة محكمة النقض في الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون .

و ذلك بالتفصيل الآتي :

المبحث الأول

إجراءات خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون

20 - تمهيد و تقسيم : لأن وظيفة القضاء في الدولة هي تطبيق القواعد القانونية لمنح الحماية القضائية ، و نظراً لتعدد درجات المحاكم القضائية و جب وجود محكمة عليا علي قمة هرم التنظيم القضائي لمراقبة صحة تطبيق المحاكم للقانون و تفسيره من خلال الطعن بالنقض في الأحكام المخالفة للقانون بإجراءات خاصة لمراقبة تطبيق قاضي الموضوع لصحيح القانون .

و يتحدد نطاق خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون بالنائب العام فقط (رافع الطعن) ، و الحكم المطعون فيه فقط ، وليس له أثر ناقل كالاستئناف ؛ لأن محكمة النقض محكمة قانون فقط لا محكمة واقع ، و تقتصر مهمتها على بحث الأسباب التي تمسك بها الطاعن في صحيفة الطعن بالنقض فقط ، مالم تكن أسباب قانونية بحتة أو أسباب متعلقة بالنظام العام

(1) د. وجدي راغب فهمي ، و د. أحمد ماهر زغلول ، و د. يوسف يوسف أبو زيد ، مبادئ القضاء المدني ، بند 619 ، ص 1635 . د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250 ، ص 526 وما بعدها . عز الدين الدناصوري ، و حامد عكاز ، التعليق علي قانون المرافعات ، ط 12 ، ج 3 ، 2005 م ، م 250 ، ص 802 .

وبشرط ألا يخالفها واقع ، أو تكون ناشئة عن الحكم المطعون فيه ذاته . وعلى ذلك لا يجوز التمسك بمسألة جديدة يخالفها واقع سواء أكانت إجرائية أم موضوعية، بشرط أن تكون متعلقة بالحكم أو بجزء من الحكم المطعون فيه ، و على محكمة النقض التسليم بالوقائع كما قررتها محكمة الموضوع (1) . و لا يجوز تقديم طلبات جديدة أمام محكمة النقض؛ لأنها ليست محكمة موضوع ، فهذا غير جائز في الطعن بالنقض . (2) ولا تسري قاعدة وجوب توفر المصلحة في الطعن بالنقض علي النيابة العامة ؛ لأن لها مركزاً خاصاً ، فهي تمثل الصالح العامة و تسعى في تحقيق موجبات القانون . فلا يمكن أن تغل يدها عن الطعن علي حكم صدر مخالفاً للقانون بمقولة أن المصلحة في هذا الطعن ستكون نظرية بحتة . (3)

و بناءً على ذلك نتناول إجراءات خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون في مطلبين :

المطلب الأول : حالات وشروط وأسباب الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون.

المطلب الثاني : إجراءات الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون .

(1) حامد فهمي، و د. محمد حامد فهمي، النقض، بند 120 وما بعدها، ص 336 وما بعدها. د. أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، بند 233، ص 471. أحمد جلال الدين هلاي، قضاء النقض، بند 50 وما بعده، ص 51 وما بعدها. نقض مدني 2005/3/28م، طعن رقم 4641 لسنة 62 ق، مج، س 56، ج 1، ق 53، ص 314. نقض مدني 2005 / 8 / 2 م، طعن رقم 5187 لسنة 74 ق، مج، س 56، ج 1، ق 131، ص 755.

-Cass. Civ. 3□ ; 31 mars. 2005; J.C.P. 2005; éd. G.; IV; 2129.

-Cass. Ass. Plén. ; 18 Févr. 1994; Gaz. Pal. 22-23 avr. 1994; P. 14.

-Cass. Civ.2□ ; 5 déc.1985; Gaz. Pal. 1986; II; Somm.; P. 324; obs.

Guinchard et Moussa.

(2) د. فتحي وإلي، الوسيط، بند 385، ص 752-753. د. نبيل عمر، أصول المرافعات، بند 1135، ص 1289. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند 421، ص 466-467.

نقض مدني 2011/1/17 م، طعن رقم 280 لسنة 80 ق، منشور بموقع محكمة النقض.

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx

(3) د. أحمد هندي، التعليق، م 250، ص 526 وما بعدها . مجدي الجندي، أصول النقض الجنائي وتسيب الأحكام، ط 1، 1993 م، ص 52-56 .

و إليك تفصيل القول في ذلك :

المطلب الأول

حالات وشروط وأسباب الطعن بالنقض

من النائب العام لمصلحة القانون

21- حالات الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون : أراد

المشرع الإجرائي تعميم الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون بما يحقق الفائدة منه علي نحو أكمل، فجعله في كل من الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها ، و كذلك في الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو تنازلوا فيها عن الطعن . وتلك الحالات التي نص عليها المشرع في (م 250 مرافعات مصري) وردت علي سبيل الحصر، فلا يجوز أن يمتد إلي غيرها ، و من ثم فلا يجوز الطعن في الحكم بالنقض من النائب العام لمخالفة الحكم للنظام العام طبقاً لنص (م 250 مرافعات مصري) . (1)

وعلي ذلك تتحدد حالات طعن النائب العام بالنقض لمصلحة القانون في

حالتين :

1- الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها : و هي الأحكام التي نص المشرع فيها علي صدور الحكم غير قابل للطعن ، سواء أكان هذا المنع بصفة عامة أم كان المنع من الطعن بالنقض ، و سواء أورد المنع في قانون المرافعات أم في قوانين خاصة . (2)

2- الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو تنازلوا فيها عن الطعن، حيث يكون الطعن فيها جائزاً : و يتحقق ذلك بأن يكون الحكم قابلاً للطعن فيه

(1) د. نبيل إسماعيل عمر ، أصول المرافعات المدنية والتجارية ، ط 1 ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1986 م ، بند 1145 ، ص 1300 . د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250 ، ص 526 وما بعدها . د. محمود مصطفى يونس، مثل النيابة العامة في الدعاوي المدنية في النظام القضائي المصري، ط2، دار النهضة العربية بالقاهرة 2014م، ص 236 هامش (3).

(2) د. وجدي راغب فهمي ، و د. أحمد ماهر زغلول ، و د. يوسف يوسف أبو زيد ، مبادئ القضاء المدني ، بند 617، ص 1634. د. أحمد مليجي ، الموسوعة الشاملة في التعليق علي قانون المرافعات ، ط 3 ، ج 5 ، م 2002 ، م 250 ، ص 366 . د. أسامة الروبي ، قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطنة عُمان، دار النهضة العربية بالقاهرة 2009 م ، بند 358 ، ص 723.

بالنقض ، و لم يطعن الخصوم في الميعاد ، أو طعن و حكم بعدم قبوله أو بطلانه أو رفض الطعن . و المنع من الطعن في كل هذه الحالات إنما ينصرف إلي الخصوم وحدهم حتي تستقر الحقوق المحكوم بها . (1)

و في الحالات التي يطعن فيها الخصوم علي الحكم و يحكم بعدم قبوله أو بطلان إجراءاته أو بسقوط الحق فيه فإن ذلك لا يحول دون ممارسة النائب العام لحقه في تقديم الطعن ؛ لأن كلاً من الطعنين يختلف عن الآخر ، فالأول مرفوع من الخصوم و يستفيدون منه و الثاني يرفع من النائب العام و لا يستفيد منه الخصوم . أما إذا حكم بقبول الطعن و نقض الحكم فلا يجوز للنائب العام رفع الطعن بالنقض لمصلحة القانون ؛ لأن المحكمة تكون قد استنفدت ولأبئها في نظر الطعن ، و لا مصلحة إذن في تقديم طعن من النائب العام . (2)

و إذا كان المشرع المصري قد حدد في (م 248 مرافعات) معدلة بالقانون رقم 76 لسنة 2007 م نصاً قيمياً للطعن بالنقض بأن تكون قيمة الدعوي مائة ألف جنية أو تكون غير مقدرة القيمة ، فإن هذا المنع القيمي خاص بالطعن بالنقض من جانب الخصوم فقط ، و لا ينطبق علي الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون . و علي ذلك فإن النصاب القيمي ينطبق فقط علي حالات الطعن بالنقض من جانب الخصوم الواردة في (م 248 مرافعات) فقط ، و لا تنطبق علي حالة الطعن بالنقض الواردة في (م 249 مرافعات) الخاصة بالطعن بالنقض لتناقض الأحكام النهائية أو الانتهائية ، كما لا تنطبق علي حالة الطعن بالنقض الواردة في (م 250 مرافعات) الخاصة بالطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون . وذلك لاختلاف مجال تطبيق (م 248) عن مجال تطبيق كل من (م 249 ، م 250) ، و نظراً لصراحة نص (م 248) في تحديد شروط تطبيقه حيث أن لكل نص شروط ومجال تطبيق خاصة به ، كما

(1) الإشارة السابقة .

(2) طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض في المواد المدنية والمواد التجارية، ط 1، 1996م ، ص 177-178.

يسعى الخصوم في الطعن بالنقض بتطبيق (م 248) لتحقيق مصالحهم الشخصية ، بينما يسعى النائب العام في الطعن بالنقض لمصلحة القانون لتحقيق مصلحة عامة. (1).

22- شروط الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون :

يشترط للطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون : أن يكون الحكم المطعون فيه انتهائياً سواء لصدوره كذلك أو لصيرورته كذلك لأي سبب من الأسباب ، و سواء أكانت المحكمة التي أصدرته محكمة أول أم ثاني درجة ، و حتي لو تم تنفيذه . كما يجب أن يكون الحكم المطعون فيه بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون من الأحكام التي لا يجيز القانون الطعن فيها من جانب الخصوم ، سواء أكان هذا المنع بصفة عامة أم كان المنع من الطعن بالنقض، وسواء أورد المنع في قانون المرافعات أم في قوانين خاصة ، أو كان الحكم قابلاً للطعن بالنقض و لم يطعن الخصوم في الميعاد ، أو طعن وحكم بعدم قبوله أو رفضه . كما يجب أن يكون الطعن مبنياً علي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله فقط ، دون غيرها من أسباب الطعن الأخرى ، فإذا كان الحكم معيباً بأي عيب آخر من العيوب الواردة في (م 248 مرافعات مصري) فلا يجوز للنائب العام الطعن فيه طبقاً لنص (م 250 مرافعات مصري) ؛ لأن الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون لا يمتد إلي أسباب يكون مبنياً عليها وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ، كما أنه لا يمتد إلي أحكام محكمة النقض ؛ لأنها محصنة من الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن . كذلك لا يجوز الطعن في الحكم بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في حالة مناقضته لحكم سابق نهائي(2)

(1) د. أحمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2014 م ، بند 318 ، ص 614 - 615.

(2) د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250 ، ص 526 و ما بعدها . نقض مدني 29 / 11 / 1990 م ، طعن رقم 2196 لسنة 60 ق ، مج ، س 41 ، ج 2 ، ق 304 ، ص 827 .

و علي ذلك يشترط للطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون الشروط التالية :

1- أن يكون الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون انتهائياً : ترجع انتهائية الحكم إما إلي أن قيمة الدعوي التي صدر فيها الحكم أقل من قيمة النصاب الانتهائي ، وإما إلي اتفاق الخصوم ولو قبل رفع الدعوي علي أن يكون الحكم الصادر فيها انتهائياً (م 219 / 2 مرافعات) ، وإما إلي نص القانون نفسه علي انتهائية الحكم ، وإما إلي فوات ميعاد الطعن بالاستئناف في الحكم الابتدائي ، أو لانقضاء الخصومة في الاستئناف بغير حكم في موضوعها لعدم موالاة السير فيها . (1)

و علي ذلك يكون الحكم انتهائياً سواء لصدوره انتهائياً أو لصيرورته كذلك بانقضاء مواعيد الطعن أو بقبول المحكوم عليه للحكم أو لأي سبب آخر من الأسباب ، و أيا كانت المحكمة التي أصدرته سواء أكانت محكمة جزئية أو ابتدائية أو متخصصة ، و حتي لو كان قد تم تنفيذه. أي يجب ألا يكون للخصوم الحق في الطعن فيه بالنقض ، فلا يجتمع الطعانان في ذات الوقت : طعن الخصوم لمصلحتهم الشخصية ، و طعن النائب العام لمصلحة القانون ، فلا محل لطعن النائب العام طالما أن حق الخصوم في الطعن مازال قائماً ؛ و ذلك حتي لا يفلت حكم مخالف للقانون من رقابة محكمة النقض لتقصير أو خطأ من الخصوم . (2)

(1) محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، ص 183.

(2) د. فتحي وإلي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 776 . د. أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2011 م ، بند 762 ، ص 1250 . د. محمد المنجي ، الطعن بالنقض المدني ، بند 296 ، ص 768 . نقض مدني 29 / 11 / 1990 م ، طعن رقم 2196 لسنة 60 ق ، مج ، س 41 ، ج 2 ، ق 304 ، ص 827 .

- Jean- Paul Calon ; Pourvoi dans l'interet de la loi ; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fasc.775 ; N.7 et 9.

- Cass. Civ.2 □ ; 26 avril 1984; J.C.P. 1984; éd. G.; 1 ; 3166.

- Cass. Com. 14 Juin 1971; J.C.P. 1971; éd. G.; 1 | 1 ; 16868.

و جدير بالذكر أن المشرع المصري أكثر توفيقاً من نظيره الفرنسي بالنص علي شرط انتهائية الحكم المطعون فيه بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في (م 250 مرافعات مصري) بقولها : " ... في الأحكام الانتهائية ... " ، بينما لم يرد بالنص الفرنسي صفة الانتهائية في الحكم المطعون فيه بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في (art. 618-1 N.C.P.C.F.) ، بل ورد لفظ الحكم عاماً مطلقاً غير مقيد بصفة الانتهائية ، و اشترطها الفقه والقضاء الفرنسي .

و يكون الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون غير مقبول إذا لم يكن الحكم المطعون فيه انتهائياً أياً كانت المحكمة التي أصدرته ؛ لأن شرط انتهائية الحكم محل الطعن بمثابة إيدان بفتح طريق الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون لانتهاء ميعاد الطعن المقرر للخصوم أو تنفيذ الحكم (م 174 إجراءات مدنية إماراتي ، و م 2/ 30 من قانون الادعاء العام العراقي ، و م 241 إجراءات مدنية عُمانية ، و م 707 أصول محاكمات مدنية لبناني ، و م 353 إجراءات مدنية وإدارية جزائري ، و الفصل 180 من مجلة المرافعات المدنية التونسية ، و الفصل 381 مسطرة مدنية مغربية ، و م 230 من مدونة الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية الموريتانية) . (1)

و لا يقبل الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في الأحكام المستعجلة ؛ لأن الحكم المستعجل ذو حجية مؤقتة ، و لا يفصل في موضوع النزاع ، و لا يحوز حجية الأمر المقضي بالنسبة للموضوع ، و لا يقيد محكمة الموضوع ، و بالتالي لا يمنع الخصوم من اللجوء إلي محكمة الموضوع لنظر الموضوع والفصل فيه من جديد . و كذلك لا يقبل الطعن بالنقض من

(1) نقض مدني 1990/11/29م ، طعن رقم 2196 لسنة 60 ق، مج ، س ، 41 ، ج 2 ، ق 304 ، ص 827 .

النائب العام لمصلحة القانون في الأوامر علي عرائض ؛ لأنها تقبل تظلم منها ، و ليس لها حجية و بالتالي لا تمنع الخصوم من اللجوء إلي المحكمة مرة أخرى لاستصدار أمر جديد... ؛ وذلك لعدم تحقق شروط الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في الأحكام المستعجلة ، و في الأوامر علي عرائض ؛ وذلك لأن الأحكام المستعجلة ، الأوامر علي عرائض ليست من الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها. (1)

و علي ذلك يمكن للنائب العام الطعن بالنقض لمصلحة القانون في كافة الأحكام الانتهائية - التي لم تتمكن محكمة النقض من النظر فيها عن طريق طعن الخصوم - أيا كانت المحكمة التي أصدرتها : كالأحكام الصادرة من محكمة أول درجة ، سواء أكانت محكمة جزئية - إذا كانت قيمة الدعوي لا تتجاوز خمسة آلاف جنية (م 42 / 1 مرافعات معدلة بالقانون رقم 76 لسنة 2007 م) - أم محكمة ابتدائية - إذا كانت قيمة الدعوي لا تتجاوز أربعين ألف جنية (م 47 / 1 معدلة بالقانون رقم 76 لسنة 2007 م) - وذلك في حدود نصابها الانتهائي ، و الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية ، أي الذي يصدر منها في الاستئناف المرفوع عن حكم المحكمة الجزئية ، و الحكم الصادر من الدائرة الاستئنافية بمحكمة الأسرة ، و الحكم المنصوص علي منع استئنافه بنص خاص ، و الحكم المنصوص علي منع الطعن فيه بالنقض بنص خاص . و كذلك يكون الحكم المطعون فيه انتهائياً إذا اتفق الخصوم علي عدم الطعن فيه و لو قبل رفع الدعوي ، أو إذا فات ميعاد الطعن فيه و لم توال خصومة الاستئناف ... (2)

(1) - Jean- Paul Calon ; Pourvoi dans l'interet de la loi ; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fasc.775 ; N. 9.

(2) د. وجدي راغب فهمي ، و د. أحمد ماهر زغلول ، و د. يوسف يوسف أبو زيد ، مبادئ القضاء المدني ، بند 617 ، ص 1634 . د. علي بركات ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2016 م ، بند 838 ، ص 1148 . د. محمد المنجي ، الطعن بالنقض المدني ، بند 296 ، ص 768 . نقض مدني 29 / 11 / 1990 م ، طعن رقم 2196 لسنة 60 ق ، مج ، ص 41 ، ج 2 ، ق 304 ، ص 827 .

وكذلك يمكن للنائب العام الطعن بالنقض لمصلحة القانون في الأحكام الصادرة من محكمة أول درجة في حدود نصابها الابتدائي إذا حصل اتفاق بين الخصوم ولو قبل رفع الدعوي علي أن يكون هذا الحكم انتهائياً لا يقبل الطعن بالاستئناف (م 2/219 مرافعات). وكذلك الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الثانية ، سواء في ذلك أحكام المحاكم الابتدائية منعقدة بهيئة استئنافية أو محاكم الاستئناف العالي عندما لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها ، كما لو كانت قيمة الدعوي أقل من مائة ألف جنية كنصاب قيمي للطعن بالنقض (م 1 / 248 مرافعات مصري مستبدلة بالقانون رقم 76 لسنة 2007 م) ، والحكم الصادر من محاكم الاستئناف الاقتصادية بصفتها ثاني درجة (م 11 من قانون المحاكم الاقتصادية رقم 120 لسنة 2008 م)، أو كان المحكوم عليه قد قبل الحكم ، حيث يسقط حقه في الطعن (م 211 مرافعات مصري)، أو كان المحكوم عليه قد فوت علي نفسه ميعاد الطعن ، أو كان المشرع قد منع الطعن فيه كالحكم الانتهائي الصادر من قاضي التنفيذ في المنازعة في الكفالة (م 295 مرافعات مصري). والحكم الصادر برد القاضي ؛ لأنه يكون انتهائياً لعدم جواز الطعن فيه من طالب الرد ، ولعدم جواز الطعن فيه من القاضي باعتباره ليس طرفاً ذا مصلحة شخصية في الدعوي التي صدر فيها ذلك الحكم . و الأحكام الصادرة من الدوائر الاستئنافية بمحاكم الأسرة في مسائل الأحوال الشخصية (م 14 من قانون إنشاء محكمة الأسرة رقم 10 لسنة 2004 م) (1)

(1) د. عبد محمد القصاص ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط 2 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2010 م ، بند 505 ، ص 1228 هامش (1) . أحمد محمد عبدالصديق ، المرجع القضائي في قانون المرافعات ، ط 1 ، ج 4 ، 2008 م ، م 250 ، ص 2140 .
نقض مدني 1990/11/29 م ، طعن رقم 2196 لسنة 60ق ، مج ، س ، 41 ، ج 2 ، ق 304 ، ص 827 .

نقض مدني 1986 / 4 / 3 م ، طعن رقم 1945 لسنة 52ق ، مج ، س ، 37 ، ج 1 ، ق 85 ، ص 395 .
نقض مدني 1977 / 2 / 2 م ، طعن رقم 770 لسنة 44 ق ، مج ، س ، 28 ، ج 1 ، ق 71 ، ص 359 .

و كذلك يجوز الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون لمخالفة حكم انتهائي لاحق لقضاء سابق عليه حاز قوة الأمر المقضي عند عدم توافر شروط تطبيق نص (م 249 مرافعات) ؛ لما فيه من مخالفة للقريئة القانونية المنصوص عليها في (م 101 إثبات - م 116 مرافعات) ، و لما ساقته المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات من مبررات للأخذ بنظام الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون بوضع حد لتعارض الأحكام القضائية في المسألة القانونية الواحدة . (1) وقد ذهب بعض الفقهاء إلي القول بأن الطعن الصادر من النائب العام يمكن بنائه علي أي سبب وفقاً للمادة 250 مرافعات . (2)

2- أن لا يكون الحكم المطعون فيه بالنقض لمصلحة القانون صادراً من محكمة النقض: لا يمتد الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون إلي الأحكام الصادرة من محكمة النقض ؛ لأنها محصنة لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام بنص (م 272 مرافعات مصري) . كما لا يجوز الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في أحكام المحكمة الدستورية العليا. و إذا لم يجز الطعن بالنقض في بعض الأحكام الانتهائية طبقاً لنص (م 249 مرافعات) لعدم توافر شروط تطبيقها ، فإنه قد يجوز الطعن فيها بالنقض المدني لمصلحة القانون من النائب العام عند توافر شروط تطبيقها . كذلك لا يمتد الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون إلي الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا ؛ لأنها محصنة من الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام ؛ لأن أحكام المحكمة الإدارية العليا لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن (م 272 مرافعات) .

(1) محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، ص 1227 .
(2) د. أحمد خليل ، قانون المرافعات المدنية والتجارية - الخصومة والحكم والطعن ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 1996 م ، ص 361.

3- أن يكون الحكم المطعون فيه بالنقض لمصلحة القانون من الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها : سواء أكان هذا المنع بصفة عامة أم كان المنع من الطعن بالنقض، وسواء أورد المنع في قانون المرافعات أم في قوانين خاصة ، أو كان الحكم قابلاً للطعن بالنقض ولم يطعن الخصوم في الميعاد ، أو طعن وتنازلوا فيها عن الطعن ، أو طعن وحكم ببطلانه أو بعدم قبوله شكلاً ، أو رفض الطعن. بمعنى أنه لا يجوز للنائب العام الطعن بالنقض لمصلحة القانون في الوقت الذي يباشر فيه الخصوم حقهم في الطعن ، وطالما كان في إمكان المحكوم عليه الطعن في الحكم فلا يجوز للنائب العام الطعن بالنقض لمصلحة القانون إلا بعد أن يفوت المحكوم عليه ميعاد الطعن ، أو بعد تنازل المحكوم عليه عن حقه في الطعن . (1)

4- أن يكون الحكم المطعون فيه بالنقض لمصلحة القانون معيباً بمخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله : بمعنى أن يكون الطعن مبنياً على سبب مخالفة القانون أو على الخطأ في تطبيقه أو تأويله فقط دون غيرها من أسباب الطعن الأخرى ، فإذا كان الحكم معيباً بأي عيب آخر من العيوب الواردة في (م 248 مرافعات مصري) فلا يجوز للنائب العام الطعن فيه طبقاً لنص (م 250 مرافعات مصري)؛ لأن الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون لا يمتد إلي أسباب يكون مبنياً وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم. وعلي ذلك لا يصلح أن يكون العيب في الإجراء ، أو الخطأ في الواقع سبباً للطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون . و قد استهدف المشرع بقصر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله ، أي معيباً بعيب في التقدير وليس معيباً بعيب في الإجراء ؛ حتي يكون خالصاً لوجه القانون ، على النحو

(1) د. وجدي راغب فهمي ، و د. أحمد ماهر زغلول ، و د. يوسف يوسف أبو زيد ، مبادئ القضاء المدني ، بند 617، ص 1634 . د. مصطفى كيرة ، النقض المدني ، بند 913 ، ص 794. د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250 ، ص 526 وما بعدها .

الذي صرحت به المذكرة الإيضاحية ، و دون باقي الأحوال الواردة في (م 248 ، 249 مرافعات) حتي يتفق ومصصلحة القانون التي تغياها المشروع بما لازمه أنه يجب أن تكون أسباب الطعن المرفوع من النائب العام لمصلحة القانون متضمنة ما يعيب الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله ، و هو الخطأ القانوني الذي قد يرد صراحة أو ضمناً في أسباب الحكم مرتبطاً بمنطوقه بحيث يكون قضاؤه مؤسساً علي هذا العيب ... (1)

وإذا كان القانون الإجرائي قد أجاز للخصوم أن يطعنوا بالنقض في أي حكم انتهائي - أيأ كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي (م 249 مرافعات - art. 617 et 618 N.C.P.C.F.)، فإنه لا يجوز للنائب العام الطعن بالنقض لمصلحة القانون طبقاً لنص (م250 مرافعات مصري) في حالة تناقض الأحكام ؛ وذلك لعدم توافر شروط الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون عندما يكون للخصوم حق الطعن بالنقض لتناقض الأحكام خلال ميعاد الطعن ، فلا يجوز أن يجتمع الطعنان معاً في نفس الوقت . وميعاد الطعن بالنقض ستون يوماً ، يسري علي الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض أو تنافر

(1) د. فتحي والي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 776 . د. مصطفى كيرة ، النقض المدني ، بند 913، ص794. د. محمد المنجى ، الطعن بالنقض المدني ، بند 297 ، ص 770. نقض مدني 12 / 6 / 2012 م ، طعن رقم 20 لسنة 82 ق . نقض مدني 9 / 3 / 2010 م ، طعن رقم 10 لسنة 79 ق. نقض مدني 12 / 12 / 2009م ، طعن رقم 8115 لسنة 79 ق . نقض مدني 15 / 6 / 2009 م ، طعن رقم 15277 لسنة 78 ق . نقض مدني 24 / 5 / 2008 م ، طعن رقم 1810 لسنة 78 ق . منشور علي موقع شبكة قوانين الشرق <http://www.eastlaws.com> . نقض مدني 25 / 3 / 1999 م ، طعن رقم 1314 لسنة 67 ق ، مج ، س 50 ، ج 1 ، ص 461 . نقض مدني 29 / 11 / 1990 م ، طعن رقم 2196 لسنة 60 ق ، مج ، س 41 ، ج 2 ، ق 304 ، ص 827 . نقض مدني 30 / 5 / 1979 م ، طعن رقم 43 لسنة 47 ق ، مج ، س 30 ، ج 2 ، ق 274 ، ص 483 . نقض مدني 20 / 21 / 1979 م ، مج ، س 30 ، ج 3 ، ص 337 . نقض مدني 23 / 2 / 1977 م ، طعن رقم 32 لسنة 44 ق (أحوال شخصية) ، مج ، س 28 ، ج 1 ، ق 102 ، ص 556 . تمييز دبي 2005/1/2 م ، طعن مدني رقم 89 لسنة 2004 ، مجلة الشريعة والقانون ، تصدرها كلية الشريعة والقانون / جامعة الامارات ، ع 25 ، يناير 2005م ، ص 485 و ما بعدها .

-Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.71 et 72 ; P. 759.

الأحكام القضائية ، و لا يسرى هذا الميعاد على الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون (م 252 مرافعات) .

ويشترط لقبول الطعن بالنقض الاستثنائي لتناقض أو تنافر الأحكام القضائية توافر شرطان في الحكم الأول السابق هما (حيازته لقوة الأمر المقضي ، وصدوره بين الخصوم أنفسهم)، وتوافر شرطان في الحكم الثاني اللاحق هما (الانتهائية و التناقض) . ويقع على عاتق الطاعن بالنقض الاستثنائي لتناقض أو تنافر الأحكام عبء إثبات توافر الشروط الأربعة المطلوبة في نص (م 249 مرافعات) . (1)

فالطعن بالنقض لتناقض الأحكام هو الوسيلة الوحيدة لإزالة التعارض أو التنافر بين حكم لاحق انتهائي وحكم سابق حاز قوة الأمر المقضي بين الخصوم أنفسهم وعن المسألة المحكوم فيها ذاتها، كما أن صدور أحكام متناقضة أو متعارضة في دعوى واحدة أمر يستوجب التصحيح وإلا ظل وجود لحالات تناقض أو تعارض أحكام بدون تصحيح . فماذا يكون الحل إذا وجد تناقض بين حكيمين ولم ينتبه الخصوم - غالباً - إلى وجود هذا التناقض إلا في مرحلة التنفيذ وبعد انقضاء مواعيد الطعن بالنقض بكلا الحكيمين؟ عندئذ ستتوافر شروط تطبيق الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون (م 250 مرافعات) . (2)

(1) د. أحمد أبو الوفاء، المرافعات، بند 639، ص 946-947. د. فتحي والي، الوسيط، بند 368، ص 706؛ بند 374، ص 720. د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند 41، ص 74. د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص 832-833. نقض مدني 10140 لسنة 76 ق، مستحدث المواد المدنية أكتوبر 2012- سبتمبر 2013م، ق 77، ص 106-107. نقض مدني 2002 /5/12 م، طعن رقم 1095 لسنة 61ق، مج، س 53، ج 2، ق 121، ص 625. نقض مدني 2002 /6/30 م، طعن رقم 7219 لسنة 63ق، مج، س 53، ج 2، ق 175، ص 898. نقض مدني 1991 /12/17 م، طعن رقم 1370 لسنة 61ق، مج، س 42، ج 2، ق 299، ص 1900. نقض مدني 1990 /5/2 م، طعن رقم 149 لسنة 57 ق، مج، س 41، ج 2، ق 177، ص 43. نقض مدني 1988 /3/29 م، طعن رقم 87 لسنة 56ق (أحوال شخصية)، مج، س 39، ج 1، ق 109، ص 548. نقض مدني 1980/4/21 م، طعن رقم 607 لسنة 41 ق، مج، س 31، ج 1، ق 222، ص 1154. نقض مدني 1979/3/10 م، طعن رقم 1123 لسنة 48 ق، مج، س 30، ج 1، ق 140، ص 771. نقض مدني 1977/2/2 م، طعن رقم 770 لسنة 44 ق، مج، س 28، ج 1، ق 71، ص 359. نقض مدني 1973/1/3 م، طعن رقم 5 لسنة 35ق (أحوال شخصية)، مج، س 24، ج 1، ق 5، ص 18.

(2) د. أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط 6، منشأة المعارف بالإسكندرية 1990 م، م 249، ص 971. د. أحمد هندی، التعليق، م 249، ص 518-519. د. أحمد خليل،

5- أن توقع صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون من النائب العام بنفسه ؛ و ذلك لأن النائب العام وحده هو صاحب الصفة في التوقيع، و لا يصح توقيعها من نيابة النقض ، و لا من أي عضو نيابة آخر ، و إلا حُكم بعدم قبول الطعن من غرفة المشورة لرفعه من غير ذي صفة ، و تتحقق محكمة النقض من ذلك عن طريق التأكد من توقيع النائب العام بنفسه شخصياً علي صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون . (1)

ويعتبر توقيع النائب العام علي صحيفة الطعن هو السند الوحيد الذي يشهد بحصولها ممن صدرت عنه علي الوجه المعتبر قانوناً ، و لا يجوز للنائب العام توكيل غيره في ذلك ولو بموجب توكيل خاص ؛ لأنه يمارس الطعن بالنقض لمصلحة القانون كاختصاص استثنائي ذاتي نوعي حصري مخول له بصفته الشخصية - وحده - دفاعاً عن القانون . وعلي ذلك لا يجوز أن يحل شخص آخر غيره محله في ذلك إلا في حالة غيابه أو خلو منصبه أو قيام مانع لديه ، فينوب عنه المحامي العام الأول الذي يليه طبقاً للتبعية التدريجية في النيابة العامة دون غيره من المحامين العامين الأول أو غيرهم ، و ذلك بنص (م2/23) من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972م في قولها : " و في حالة غياب النائب العام أو خلو منصبه أو قيام مانع لديه يحل محله المحامي العام الأول ويكون له جميع اختصاصاته " . أي أنه ليس لأي من أعضاء النيابة العامة ولا أعضاء نيابة النقض التوقيع علي صحيفة الطعن

التعارض، ص 164- 166. نقض مدني 1953 /3/26 م، طعن رقم 435 لسنة 21 ق، مج، س 4، ج 2، ق 115، ص 781.
(1) د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250 ، ص 526 و ما بعدها . د. أحمد مليجي ، الموسوعة الشاملة ، م 250 ، ص 366. د. مصطفى كير ، النقض المدني ، بند 216 ، ص 182- 183 .
-Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.11; P. 755.

بالنقض لمصلحة القانون ، و إلا حكم بعدم قبول الطعن شكلاً لرفعه من غير ذي صفة . (1)

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن : " ... الاختصاص الشامل للمحامي العام الأول و الذي يحل بمقتضاه محل النائب العام و يمارس كافة حقوقه و اختصاصاته لا يكون الا عند تحقق حالة مادية تتمثل في غياب النائب العام ، أو حالة قانونية تبعاً لخلو منصبه ، أو حالة حكمية عند قيام مانع لديه ، و كان مؤدي ما تقضي به (م 23) من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972م ، أن يكون لدي كل محكمة استئناف محام عام له تحت إشراف النائب العام جميع حقوقه و اختصاصاته قضائياً ، و يستند إلي أساس قانوني يجعل تصرفاتهم القضائية في مأمّن من الطعن ، فحول كلا منهم في دائرة اختصاصه الإقليمي أو النوعي كافة الحقوق القضائية التي للنائب العام ، دون أن تمتد سلطاتهم إلي حق ممارسة الاختصاصات الاستثنائية التي خص القانون بها النائب العام وحده وأفرده بها لحكمة تغياها ، ومن ذلك القبيل الطعن بالنقض لمصلحة القانون وفق المادة 250 من قانون المرافعات ، ولا يباشرها عنه عند تحقق إحدى الحالات الثلاثة السابق بيانها إلا المحامي العام الأول الذي يلي النائب العام طبقاً للتبعية التدريجية في النيابة العامة و ليس أي محام عام أول سواه . و تطبيقاً لذلك فإن الذي قرر بالطعن بالنقض بقلم كتاب المحكمة - تطبيقاً للمادة 250 مرافعات - هو أحد رؤساء نيابة استئناف القاهرة للأحوال الشخصية ، و هو الذي وقع علي تقرير الطعن بتوكيل خاص موقع عليه من المحامي العام

(1) د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250 ، ص 526 و ما بعدها . د. أحمد مليجي ، الموسوعة الشاملة ، م 250 ، ص 366 . د. مصطفى كيره ، النقض المدني ، بند 216 ، ص 182 - 183 .
نقض مدني 29 / 11 / 1990 م ، طعن رقم 2196 لسنة 60 ق ، مج ، س ، 41 ، ج 2 ، ق 304 ، ص 827 . نقض مدني 30 / 5 / 1979 م ، طعن رقم 43 لسنة 47 ق ، مج ، س ، 30 ، ج 2 ، ق 274 ، ص 483 . نقض مدني 23 / 2 / 1977 م ، طعن رقم 32 لسنة 44 ق (أحوال شخصية) ، مج ، س ، 28 ، ج 1 ، ق 102 ، ص 556 .
-Jacques et Louis Boré; La cassation en mati• re civile; N. 141.11; P. 755.

الأول لدي نيابة استئناف القاهرة للأحوال الشخصية و كانت الأوراق خلواً من توقيع النائب العام علي تقرير الطعن بما ينبيء عن اعتماده له ، و من ثم فإن التقرير بالطعن يكون قد صدر من غير ذي صفة و يتعين الحكم بعدم قبول الطعن شكلاً ... " (1) .

وعلي ذلك فالتوقيع علي صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون وممارسته كاختصاص استثنائي ذاتي نوعي حصري مخول بصفه شخصية للنائب العام وحده في مصر ، وفي فرنسا للنائب العام لدي محكمة النقض Le procureur général près la cour de cassation ، ولوكيل الدولة العام لدي محكمة التعقيب في تونس ، وللنائب العام لدي المحكمة العليا في الجزائر، ولوكيل العام للملك لدي محكمة النقض في المغرب، وللمدعي العام لدي المحكمة العليا في موريتانيا ، و للنائب العام لدي محكمة التمييز في لبنان ، وللمدعي العام في سلطنة عُمان، ولرئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى في اليمن ، وللنائب العام في الإمارات العربية المتحدة ، ولرئيس الادعاء العام في العراق ...

وممارسة الطعن بالنقض لمصلحة القانون قد يكون من النائب العام من تلقاء نفسه كما هو الحال في مصر ، وفرنسا ، وتونس ، والجزائر ، والمغرب ، وموريتانيا ، وعُمان... وقد يكون من النائب العام بناءً علي طلب من وزير العدل كما هو الحال في لبنان ، والامارات...

ولا يغير من ذلك تكليف النائب العام أحد أعوانه بتولي صياغة الأسباب التي بني عليها الطعن ؛ لأنه في هذه الحالة يجب علي النائب العام أن يوقع علي ورقتها بما يعتبر إقراره إياها ، إذ أن الأسباب في واقع الأمر هي جوهر الطعن وأساسه ، و وضعها من أخص خصائصه . أما إيداع صحيفة الطعن أو التقرير

(1) نقض مدني 30 / 5 / 1979 م ، طعن رقم 43 لسنة 47 ق ، مج ، س 30 ، ج 2 ، ق 274 ، ص 483 . نقض مدني 23 / 2 / 1977 م ، طعن رقم 32 لسنة 44 ق (أحوال شخصية) ، مج ، س 28 ، ج 1 ، ق 102 ، ص 556.

به في قلم كتاب محكمة النقض فليس ثمة ما يمنع من أن يحصل فيه التوكيل باعتباره عملاً مادياً يستوي فيه أن يباشره بنفسه أو أن يكل أمره إلي غيره. (1)
ولا يجوز لأي من الخصوم، ولا للغير الإدخال أو التدخل في خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون؛ لأن هذا الحكم المطعون فيه قد حاز قوة الأمر المقضي. (2)

23- أسباب الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون :

لهذا الطعن عدة أسباب حددها نص (م250مرافعات) وهي إجمالاً: مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه أو تأويله - حتي يكون خالصاً لوجه القانون - ، أي يكون معيباً بعيب في التقدير، ومن ثم يتعين لقبوله أن يكون مستنداً لأي من تلك الأسباب . و بالتالي لا يصلح أن يكون العيب في الإجراء سبباً للطعن بالنقض لمصلحة القانون، و كذلك لا يجوز رفعه عن خطأ في الواقع، كما لا يجوز رفعه بسبب مبناه بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم (م 248مرافعات) . و أيضاً لايجوز بناء الطعن بالنقض لمصلحة القانون من النائب العام علي سبب مخالفة الحكم لقضاء سابق حاز قوة الأمر المقضي عند توافر شروط تطبيق نص (م249مرافعات). (3)

و يمثل سبب الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون في مخالفة الحكم الانتهائي للقانون بصور متعددة هي: مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله. ويجب أن ترد المخالفة أو الخطأ في منطوق

(1) د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250 ، ص 526 وما بعدها . د. محمد المنجي ، الطعن بالنقض المدني ، بند 299، ص 773 . أنور طلبية ، الطعن بالنقض في المرات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1995 م ، ص 277- 279 . نقض مدني 30 / 5 / 1979 م ، طعن رقم 43 لسنة 47 ق ، مج ، س 30 ، ج 2 ، ق 274 ، ص 483 .
(2) د. فتحي والي، الوسيط ، بند 397 ، ص 776 . د. مصطفى كيرة ، النقض المدني ، بند 913 ، ص 793 .

(3) د. فتحي والي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 776 . د. أحمد هندي ، التعليق ، ج 4 ، م 250 ، ص 526 وما بعدها . د. مصطفى كيرة ، النقض المدني ، بند 913 ، ص 794 . طه الشريف ، نظرية الطعن بالنقض ، ص 73 . نقض مدني 29 / 11 / 1990 م ، طعن رقم 2196 لسنة 60 ق ، مج ، س 41 ، ج 2 ، ق 304 ، ص 827 .

الحكم أو في أسبابه المرتبطة بالمنطوق حتي يعتد به ، وليس علي أسبابه فقط، كما يجب أن تكون هناك رابطة سببية بين المخالفة للقانون وبين حكم المحكمة ، أي يجب أن يكون الخطأ في تطبيق القانون مؤثراً في الحكم المطعون فيه . (1)

لم يرد في التشريع المصري أو الفرنسي أي تحديد للمقصود بكلمة القانون في باب الطعن بالنقض . و يقصد بالقانون في خصوص طعن النائب العام بالنقض لمصلحة القانون ليس فقط القانون الوطني المكتوب ، بل القانون بمعناه الأعم الأوسع فيشمل كل قاعدة قانونية عامة مجردة - موضوعية أو إجرائية - لها قوة القانون ، واجبة التطبيق بواسطة المحكمة المطعون في حكمها ، و أياً كانت السلطة التي أصدرتها التشريعية أو التنفيذية في حالة الضرورة أو التفويض ، وأياً كان مصدرها ، كالتشريع الأساسي (الدستور) ، والتشريع العادي (القانون المكتوب) ، و التشريع الفرعي (اللوائح التنفيذية والتنظيمية ولوائح الضبط أو البوليس) ، والعرف ، و الشريعة الإسلامية ، والمعاهدات الدولية المصدق عليها ، وقواعد القانون الأجنبي التي تحيل إليها قواعد الاسناد الوطنية ... و لا يدخل في مدلول تلك القواعد : التعليمات الإدارية ، و المنشورات الوزارية ، و تعليمات الجهاز المركزي للتنظيم و الإدارة ، و تعليمات النيابة العامة التي تصدر في كتب دورية حيث أنها لا تعد من قبيل اللوائح ، و القوانين التي تتضمن أمراً خاصاً ومحددأ ليس له صفة العمومية و التجريد كالقانون الذي يقرر معاملة مالية خاصة لشخص معين .. (2)

(1) د. فتحي والي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 776. د. مصطفى كيرة ، النقض المدني ، بند 913 ، ص 793. د. عزمي عبدالفتاح ، قانون القضاء المدني الكويتي ، ص 809 .
(2) حامد فهمي ، و د. محمد حامد فهمي ، النقض ، بند 6 ومابعده ، ص 73 ومابعدها . د. فتحي والي ، الوسيط ، بند 370 ، ص 709-710. د. نبيل عمر ، الوسيط في الطعن بالنقض ، بند 49 ومابعده ، ص 108 ومابعدها . د. أحمد هندي ، التعليق ، ج 4 ، م 248 ، ص 499 ومابعدها ؛ قانون المرافعات ، بند 319 ، ص 616. د. مصطفى كيرة ، النقض المدني ، بند 913 ، ص 793. د. عزمي عبدالفتاح ، قانون القضاء المدني الكويتي ، ص 809. د. عيد القصاص ، الوسيط ، بند 490 ،

1- مخالفة القانون La violation de la loi : يقصد بمخالفة القانون إنكار

المحكمة لقاعدة قانونية موجودة ، أو تأكيدها لقاعدة قانونية لا وجود لها. و يكون الحكم القضائي مخالفاً للقانون في كل حالة لا يتقيد فيها بأحكامه ، كما إذا أغفل الحكم المطعون فيه أعمال نص قانوني صريح ، أي عدم تطبيق نص قانوني واجب التطبيق ، و إذا بني الحكم علي قاعدة لا وجود لها في القانون ، أو علي خلاف قاعدة قانونية واجبة التطبيق علي النزاع ، أو استند الحكم إلي قاعدة قانونية لا يجيز القانون تطبيقها علي النزاع ، كما لو استند القاضي في حكمه إلي نص قانوني سبق إلغاؤه أو نسخه بنص جديد . و من أمثلة ذلك : إفشاء أسرار المداولة ، و اشتراك غير قضاة الحكم في المداولة ، و النطق بالحكم في جلسة سرية ، و خلو الحكم من تاريخ صدوره ، و صدور الحكم من محكمة غير مختصة ، و صدور الحكم دون حضور ممثل النيابة العامة والكاتب ، و عدم مراعاة الحكم لقواعد الإثبات ، ونظر القاضي للدعوي وهو غير صالح لنظرها ، وإصدار المحكمة لحكم سابق لأوانه قبل وصول تقرير الخبير الفني في دعوي فنية بعد تكليفها طالب الخبرة بدفع نفقات الخبرة... (1)

و قد قضت محكمة النقض المصرية بقبول طعن مرفوع من النائب العام بصفته لمصلحة القانون ضد حكم صادر من محكمة استئناف المنصورة لشئون الأسرة الذي كان قد حكم للوالد باصطحاب صغيره للمبيت معه يومي الخميس

ص1155-1156 . د. علي بركات، الوسيط ، بند 785، ص 1056 ومابعدها . د. محمود مصطفى يونس ، المرجع في قانون إجراءات التقاضي ، بند 490 ، ص 1072-1073 . د. أحمد صاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض، بند 17 ومابعده ، ص 29 ومابعدها. علي وحسين مجوم ، الطعن بالنقض المدني ، ص180 ومابعدها .

-**Vincent et Guinchard ; Procédure Civile; N. 1517; P. 1021-1022.**

(1) د. أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، ط 15 ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1990 م ، بند639 ، ص 945 . د. نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2011م ، بند 528 ، ص 698 . د. محمد نور شحاته ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية 2007 م ، ص 921 . نقض مدني 20 / 5 / 1993 م ، طعن رقم 5196 لسنة 62 ق ، مج ، س 44 ، ج 2 ، ق 212 ، ص 466 .

-**Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.71 et 72; P. 759.**

الاول و الثالث من كل شهر و يظل بصحبته حتى الساعة السادسة مساء اليوم التالي ، و حيث أن الحكم المطعون فيه مخالف للقانون ؛ لأنه قرر قاعدة قانونية لا وجود لها في التشريع... فالمشرع نظم رؤية المحضون ولم ينظم الاستضافة ، وعليه فقضاء الحكم المطعون فيه بحق الأب في الاستضافة يكون قد أقر قاعدة لا وجود لها في التشريع ؛ و لأن ذلك يفوت علي الحاضنة حق حضانتها ، و يعد إخلالاً بحكم الحضانة لو أُجيب إلي طلبه ، و فيه إيذاء للصغير ، و ظلم للأُم والظلم مرفوع بالنص ، و لذلك فقد جاء الحكم المطعون فيه علي غير سند من القانون ، حتي لو استند في قضائه إلي فتاوي دار الإفتاء ، و من ثم يكون مخالفاً للقانون مما يستوجب نقضه عملاً بنص (م 250) مرافعات . (1)

2- الخطأ في تطبيق القانون : La Fausse application de la loi

يقصد به خطأ القاضي في اختيار القاعدة القانونية الواجبة للتطبيق علي وقائع النزاع المعروض عليه ، أي تطبيق قاعدة قانونية علي واقعة لا تنطبق عليها ، أو رفض تطبيق قاعدة قانونية علي واقعة تنطبق عليها ، أو إعمال النص علي حالة لا ينطبق عليها نتيجة خطأ القاضي في تكييف واقع الدعوي حتي وصل به الأمر إلي تطبيق قاعدة قانونية غير القاعدة الواجبة للتطبيق علي وقائع الدعوي . و يتحقق كذلك بتطبيق نص قانوني خلاف النص الواجب التطبيق ، أي تطبيق القاضي لنص قانوني في غير المجال الذي قرره له المشرع ، ويعني ذلك : خطأ القاضي في عملية المطابقة بين الواقعة التي حكم فيها والنص القانوني الذي طبقه عليها ، وذلك حين تكون الواقعة لا تندرج تحت نطاق النص القانوني لعدم تطابقها مع النموذج التشريعي الوارد به. (2)

(1) نقض مدني 9 / 3 / 2010 م ، طعن رقم 10 لسنة 79 ق (أحوال شخصية) منشور علي موقع

شبكة قوانين الشرق <http://www.eastlaws.com>.

(2) د. أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، بند 639 ، ص 945 ؛ التعليق علي نصوص قانون المرافعات ، ط

6 ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1990 م ، م 250 ، ص 972 . د. وجدي راغب فهمي ، مبادئ

وقد قضت محكمة النقض المصرية بقبول طعن مرفوع من النائب العام بصفته لمصلحة القانون ضد حكم أخطأ في تطبيق القانون ؛ لقضائه بصحة و نفاذ عقد بيع عقار في مصر لشخص إيطالي الجنسية بالمخالفة لحكم (م 2 ، م 6) من القانون رقم 230 لسنة 1996م الخاص بتملك الأجانب للعقارات في مصر ، ... و عليه يكون الحكم المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه عملاً بنص (م 250) مرافعات . (1)

وقضت محكمة النقض في حكم آخر بقبول طعن مرفوع من النائب العام بصفته لمصلحة القانون ضد حكم أخطأ في تطبيق القانون ؛ لقضائه بإسقاط حضانة الأم المختلفة في الدين عن طليقها رغم عدم بلوغ المحضون سن انتهاء الحضانة...ولأن الشفقة هي أساس استحقاق الحضانة و ليس الدين ، فلا يعتبر اختلاف الدين سبباً لإسقاط حضانة الأم... و عليه يكون الحكم المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه عملاً بنص (م 250) مرافعات. (2)

3- الخطأ في تأويل القانون La mauvaise interpretation de la loi

loi : يقصد بالخطأ في تأويل القانون هو إعطاء النص القانوني الواجب التطبيق معني غير معناه الحقيقي ، أي مخالفة المحكمة لإرادة المشرع بالخطأ في تفسير القانون ، و إساءة فهم معناه الصحيح ، و مخالفة روح التشريع و حكمته و الغرض المقصود منه . و يتحقق ذلك عندما تخطيء المحكمة في فهم الاصطلاحات والتعبيرات الواردة بالنص الواجب التطبيق ، وفي تفسيرها أيضاً ،

القضاء المدني ، 2004 م ، ص 797 . د. أحمد هندي ، قانون المرافعات ، بند 319 ، ص 615 و ما بعدها . د. مصطفى كيره ، النقض المدني ، بند 506 ، ص 463 .

(1) نقض مدني 12 / 12 / 2009 م ، طعن رقم 8115 لسنة 79 ق ، منشور علي موقع شبكة قوانين الشرق <http://www.eastlaws.com>.

(2) نقض مدني 15 / 6 / 2009 م ، طعن رقم 277 لسنة 78 ق (أحوال شخصية) ، منشور علي موقع شبكة قوانين الشرق <http://www.eastlaws.com>.

وذلك بإعطاء معني غير المعني الصحيح . و لا يشترط أن يكون النص القانوني غامضاً حتي تخطيء المحكمة في فهمه وتفسيره التفسير الصحيح للقانون . (1)

و قد حددت محكمة النقض المصرية أسباب الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون في أحكامها ، حيث قضت بأن : " المشرع في (م 250) مرافعات قصر حق النائب العام في الطعن في الأحكام التي تكون مبنية علي مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله دون باقي الأحوال التي يكون للخصوم في الأحكام أن يطعنوا فيها بطريق النقض والتي أوردتها المادتان 248 ، 249 من قانون المرافعات ، وهو ما يتفق ومصلحة القانون التي تغيهاها المشرع، ومن ثم لا يمتد حق النائب العام في الطعن في الأحكام بالأسباب التي يكون مبنياها وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ، و لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه صادراً في دعوي رد قاضي قضي بإجابة طالبي الرد إلي طلبهما فيها ، فإن الحكم يكون انتهائياً بعدم جواز الطعن فيه من طالبي الرد عملاً بنص (م 211) مرافعات ، ومن القاضي المطلوب رده باعتباره ليس طرفاً له مصلحة شخصية في الدعوي التي صدر فيها ذلك الحكم ، ومن ثم فإنه يجوز الطعن فيه عن طريق النائب العام لمصلحة القانون(2)

المطلب الثاني

إجراءات الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون

24- مصلحة القانون و مصلحة النائب العام في الطعن بالنقض لمصلحة القانون : لاتعتبر النيابة العامة خصماً من الناحية الإجرائية في الخصومة المدنية ؛ لأنها في الواقع لا تدافع عن مصلحة ذاتية خاصة ، بل تمارس وظيفة عامة لمصلحة المجتمع باعتبارها تمثل الصالح العام ، و خادمة

(1) حامد فهمي ، و د. محمد حامد فهمي ، النقض ، ص 378 . د. أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، بند 639 ، ص 945. د. مصطفى كيره ، النقض المدني ، بند 508 ، ص 465 - 466 . د. عزمي عبدالفتاح ، تسبيب الأحكام و أعمال القضاة ، ط 1 ، دار الفكر العربي بالقاهرة 1983 م ، ص 223 . د. أحمد صدقي محمود ، الوجيز في قانون المرافعات ، ط 6 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2008 م ، ص 578.

(2) نقض مدني 1990/11/29م، طعن رقم 2196 لسنة 60ق، مج، س، 41، ج، 2، ق، 304، ص 827.

للشرعية و النظام العام و العدالة ، و تسعى لتحقيق موجبات القانون . و لذا منح المشرع الإجرائي للنيابة العامة في بعض الحالات حق رفع الدعوي أو الطعن أو التدخل فيه حماية للنظام العام و الآداب العامة ، باعتبارها نائبة عن المجتمع و أمينة علي المصلحة العامة . و يرجع الهدف الأساسي من تبني نظام الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون كنظام قانوني إلي استبعاد الحكم القضائي المخالف للقانون كسابقة قضائية تهدي بها محاكم الموضوع مستقبلاً عند عدم استطاعة الخصوم الطعن في الحكم المخالف للقانون لفوات ميعاد الطعن ، أو لتنازلهم عن الطعن مثلاً ، أو لقبولهم الحكم ، أو عدم استطاعتهم الطعن عليه لوجود نص قانوني يمنعهم من الطعن ... ؛ و ذلك لضمان وحدة تطبيق القانون و تفسيره بعدم تكوين اجتهاد قضائي خاطيء ، و تنبيه محاكم الموضوع إلي الخطأ الذي وقع فيه الحكم المطعون فيه بالنقض لمصلحة القانون حتي لا تقع فيه مستقبلاً ، و إزالة قوة الحكم المنقوض كسابقة قضائية.(1)

و نظراً لأن القضاء مطلوب و ليس معروض ، فلا تستطيع محكمة النقض رفع هذا الطعن أمام نفسها من تلقاء نفسها و إن كان ضرورياً و لازماً لحماية المصلحة العامة بتوحيد تطبيق صحيح القانون و تفسيره ، كما أنه لا يمكن تعليق إمكانية الطعن بالنقض علي حكم مخالف للقانون علي إرادة الخصوم و مشيئتهم في كل الأحوال ؛ نظراً لأنهم يسعون لحماية حقوقهم ومصالحهم الخاصة و ليس لحماية المصلحة العامة (توحيد تطبيق صحيح القانون و تفسيره) . و لذا كان لابد من تقديم هذا الطعن لمحكمة النقض عن طريق النائب العام لتمكن محكمة النقض من القيام بوظيفتها ، و إزالة الحكم

(1) د. فتحي ويلي ، قانون المرافعات في مائة عام ، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة ، س 43 ، ع 1 ، مارس 1972 م ، ص 398 - 400 . د. نبيل اسماعيل عمر ، أصول المرافعات ، بند 1145 ، ص 1299-1300 .

-Lôïc Cadiet, Emmanuel Jeulans; Droit Judiciaire privé; 5.éd.; Litec; Paris; 2006; N.870; P.546.

-Jacques Héron; Droit Judiciaire Privé; 3 éd. ; Montchrestien; Paris; 2006; N.869; P.702.

المخالف للقانون حتي لا يكون سابقة قضائية تتبعه محاكم الموضوع مستقبلاً . و يقوم النائب العام برفع الطعن بالنقض لمصلحة القانون كطريق طعن استثنائي خاص به فقط ، لاستكمال نشاط الخصوم الذي أصبح متعزراً عليهم ، والذي كان لازماً لقيام محكمة النقض بوظيفتها ، و تطبيقاً لمبدأ الطلب في القضاء . (1)

وجدير بالذكر أن الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون كطريق طعن غير عادي استثنائي خاص لا ينفع و لا يضر الخصوم و لا الغير ، فلا تأثير له علي المراكز القانونية للخصوم سلباً أو إيجاباً ، فيظل حكم محكمة الموضوع قائماً بين الخصوم و منتجاً لكافة آثاره ، و ينفذ تنفيذاً جبرياً رغم الحكم بنقضه . و لذا يعتبر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون وسيلة لتحقيق مصلحة المجتمع التي تتطلب إصلاح الأخطاء القضائية ؛ لضمان الشعور العام بالعدالة ، ودعم ثقة القضاء بتصويب الأخطاء القانونية في الأحكام القضائية التي لا يمكن تداركها من الخصوم لصيرورة الحكم انتهائياً(2)

و طبقاً للقواعد العامة فإن المصلحة النظرية البحتة لا تكفي لقبول طعن النيابة العامة باعتبارها خادمة المجتمع و الشرعية و النظام العام و العدالة في الدعوي الجنائية . إلا أن هذه المصلحة تقف وراء فكرة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون . و النائب العام حتي ولو كان يأخذ مركز الخصم من الناحية الإجرائية إلا إنه ليس خصماً يدافع عن مصلحة ذاتية شخصية ، و إنما يمارس وظيفة عامة لمصلحة عامة هي مصلحة القانون . و يمارس النائب العام الطعن بالنقض لمصلحة القانون كاختصاص استثنائي ذاتي نوعي مخول له بصفته الشخصية وحده دفاعاً عن القانون ، و لمنع تعارض و تناقض الأحكام القضائية في المسألة القانونية الواحدة ، و لضمان وحدة تطبيق و تفسير القانون ، و ضمان وحدة المبادئ القانونية والقضائية ، و إزالة الحكم المخالف للقانون

(1) الاشارة السابقة .

(2) د. طلعت محمد نويدار ، تطور الحماية التشريعية لمبدأ حييدة القضاة ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ، ص 110. علي الشحات الحديدي ، القضاء والتقاضي ، ج 2 ، ص 452.

كسابقة قضائية لتحقيق الاستقرار و الأمن القانوني ، وتنبية المحاكم إلي الخطأ القانوني الذي شاب الحكم المطعون فيه ، والحيلولة دون تكوين سوابق قضائية خاطئة قد تتبعها المحاكم . (1)

وعلي ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه : " ... لما كان من المقرر أنه ... و إن كان الأصل أن النيابة العامة في مجال المصلحة أو الصفة في الطعن هي خصم عادل تختص بمركز قانوني خاص ، إذ تمثل الصالح العام وتسعي في تحقيق موجبات القانون ، وفي تحقيق مصلحة المجتمع التي تقتضي أن تكون الإجراءات في كل مراحل الدعوي الجنائية ، وأن تبني الأحكام فيها علي تطبيق قانوني صحيح خالٍ مما يشوبه من خطأ أو بطلان ، إلا أنها تتقيد في كل ذلك بقيد المصلحة ، بحيث إذا لم يكن لها كسلطة اتهام ولا للمحكوم عليهم من المتهمين مصلحة في الطعن ، فإن طعنها لا يقبل عملاً بالمبادئ العامة المتفق عليها ، من أن المصلحة أساس الدعوي ، فإذا انعدمت فلا دعوي ، و من ثم لا يجوز للنيابة العامة أن تطعن في الأحكام لمصلحة القانون ؛ لأنه عندئذ تكون مصلحتها و طعنها تبعاً لذلك مسألة نظرية لا يؤبه بها و يتعين لذلك رفضه ... " . (2)

25 - عدم جواز الجمع بين الطعن بالنقض من الخصوم لمخالفة

القانون و طعن النائب العام لمصلحة القانون : خول المشرع الإجرائي الطعن

(1) عبد المنعم حسني ، طرق الطعن في الأحكام المدنية و التجارية ، ج 2 ، القاهرة، 1975 م ، بند 750 ، ص 667. د. محمد سمير عبدالفتاح ، النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوي الجنائية بدون محاكمة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1996 م ، ص 23 و ما بعدها . د. أكرم سيد بكري محمود ، الطعن بالنقض في الأحكام الجنائية الغيابية ، رسالة دكتوراه ، حقوق طنطا 2014م ، ص 541 وما بعدها .

(2) نقض جنائي 1987 / 3 / 8 م ، طعن رقم 5866 لسنة 56 ق ، مج ، س 38 ، ج 1 ، ق 62 ، ص 404.

نقض جنائي 1981 / 3 / 11 م ، طعن رقم 227 لسنة 50 ق ، مج ، س 32 ، ج 1 ، ق 39 ، ص 238.

نقض جنائي 1979 / 2 / 12 م ، طعن رقم 1729 لسنة 48 ق ، مج ، س 30 ، ج 1 ، ص 255.

نقض جنائي 1973 / 1 / 1 م ، طعن رقم 1180 لسنة 42 ق ، مج ، س 24 ، ج 1 ، ص 23.

نقض جنائي 1968 / 11 / 18 م ، طعن رقم 1327 لسنة 38 ق ، مج ، س 19 ، ج 1 ، ص 977.

بالنقض المدني لمصلحة القانون من النائب العام حصراً كطعن احتياطي غير مقيد بميعاد الطعن بشرط عدم إمكانية الطعن بالنقض من الخصوم لمخالفة القانون . فالطعن بالنقض لمصلحة القانون من النائب العام لا يجتمع مع الطعن بالنقض من الخصوم لمخالفة القانون في نفس التوقيت ، فلا محل للطعن بالنقض لمصلحة القانون من النائب العام طالما أن طريق الطعن في الحكم الانتهائي المخالف للقانون مازال متاحاً أمام الخصوم . فلا يقوم النائب العام بالطعن بالنقض لمصلحة القانون إلا بعد انقضاء حق الخصوم في الطعن أو بعد تنفيذ الحكم . و لذلك حدد المشرع حالات الطعن بالنقض لمصلحة القانون في الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها ، و الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها ، أو تنازلوا فيها عن الطعن، أو رفعوا فيها طعناً و قضي بعدم قبوله ، أي حيث لا يخشي من تزعزع المراكز القانونية عند إلغاء الحكم المطعون فيه؛ لأن هذا الإلغاء لا يؤثر علي مراكز الخصوم ، و لا يفيد و لا يضر الخصوم و لا الغير في القانون المصري.(1)

و إذا كانت المصلحة في الطعن بالنقض المدني لمصلحة القانون من النائب العام هي مصلحة نظرية بحثه في القانون المصري ، فإن هناك بعض التشريعات الأخرى جعلت المصلحة في الطعن بالنقض لمصلحة القانون مصلحة عملية بتصحيح الحكم القضائي تصحيحاً عملياً باستفادة الخصوم من هذا الطعن ، و أصبح له تأثير علي حقوقهم ومراكز القانونية المكتسبة ، وذلك مثل قانون الإجراءات المدنية الإماراتي في (م 174 / 3 مضافة بالقانون رقم 30 لسنة 2005 م) ، و قانون الادعاء العام العراقي (م 30 / 2 مضافة بالقانون رقم 51 لسنة 1987 م)

(1) د. حمدي عبدالمنعم ، المرجع في شرح قانون الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة ، أبوظبي 1981م ، بند 28 ، ص 149 . د. علي الشحات الحديدي ، القضاء والنقاضي ، ص 452 .

26 - ممارسة الطعن بالنقض المدني لمصلحة القانون من النائب العام

وحده حصراً : يرفع الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض كمفترض أساسي لقيام الطعن طبقاً للقواعد العامة في الطعن بالنقض وإلا كان الطعن باطلاً ، و تحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه لرفعه بغير الطريق القانوني (م 253 مرافعات) ، و لا يغني عنها أي وسيلة أخرى كتقديمه شفاهه ، أو في صورة عريضة أمر (عمل ولائي) ... و لا يجوز لمحكمة النقض التصدي من تلقاء نفسها لنقض الحكم الانتهائي لمصلحة القانون إذا توافرت إحدى حالاته ، بل لابد من تقديم طلب ممن أجاز له القانون ذلك في شكل صحيفة طعن مكتوبه و موقعة من النائب العام بنفسه ؛ لضمان جدية الطعن و توافر الخبرة القانونية لديه ، و لضمان كتابة أسباب الطعن علي الوجه الذي يتطلبه القانون . و لا يجوز إيداع صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ؛ لأن علة ذلك - وهي التيسير علي الخصوم حتي لا يتحملون أعباء السفر من محال إقامتهم إلي مقر محكمة النقض بالقاهرة - غير متحققة في الطعن لمصلحة القانون . (1)

و في فرنسا يحق لممثل النائب العام لدي محكمة النقض أن يرفع الطعن بالنقض لمصلحة القانون و إلا كان الطعن غير مقبول . و لذلك تم رفض طعون بالنقض لمصلحة القانون رفعت من : نواب عموميين لدي محاكم الاستئناف ، و من وزير العدل ، و من وزير العمل في مادة التأمينات الاجتماعية ، و من حكام الولايات في المواد الانتخابية ، و من محكمة النقض نفسها رغم أن لديها حق استخدام الوسيلة تلقائياً بناءً علي الطعن المقدم من الخصوم ... و

(1) د. فتحي والي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 775 - 777 . د. عاشور مبروك ، النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ، مكتبة الجلاء بالمنصورة 1994 م ، بند 12-13 ، ص 8-12 . محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، ط 1 ، طبعة نادي القضاة 2000 م ، ص 1228 . د. حمدي عبدالمنعم ، المرجع في شرح ، بند 28 ، ص 149 . د. علي الشحات الحديدي ، القضاء والتقاضي ، ص 452 .

للنائب العام دعوة النيابة العامة لدي المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بالنقض لمصلحة القانون لتقوم بدورها بإعلان الخصوم عن طريق قلم الكتاب بموجب خطاب مسجل مصحوب بعلم وصول . (1)

و بعض التشريعات تقصر حق الطعن بالنقض المدني لمصلحة القانون علي النائب العام وحده حصراً من تلقاء نفسه أو بناءً علي طلب من وزير العدل (م 707 لبناني) ، و (م 174 إماراتي) .

أما في مصر فإن الطعن بالنقض لمصلحة القانون يكون حكراً علي النائب العام فقط ومن تلقاء نفسه ، فيجب توقيع صحيفة الطعن بالنقض من النائب العام فقط ، و يملك النائب العام إنابة غيره في إيداع صحيفة الطعن قلم كتاب محكمة النقض ، و لا يجوز للنائب العام ، و لا للمحامي العام الأول - الذي يحل محل النائب العام طبقاً للتبعية التدريجية في النيابة العامة في حال غيابه أو خلو منسبة أو قيام مانع لديه - إنابة غيره في التوقيع . و يجب أن يكون توقيع النائب العام علي صحيفة الطعن ذاتها ؛ لأنها الأصل الذي يحدد نطاق الطعن و مضمونه ، و إلا كان الطعن باطلاً ؛ و ذلك لضمان جدية الطعن و كتابة أسبابه علي النحو الذي يتطلبه القانون ، ولأن خلو صحيفة الطعن من التوقيع يفقدها إحدى مقومات وجودها التي لا يمكن تكملتها بدليل خارج عنها غير مستمد منها ، فالتوقيع علي المذكرة لا يغني عن التوقيع علي صحيفة الطعن . و لا تشترط شكلية معينة في التوقيع ، بل يجب أن يكون التوقيع واضحاً و مقروءاً ، و يفهم منه أنه توقيع صادر من النائب العام لتحقيق الغاية المرجوة منه . و يجب أن يكون موقع صحيفة الطعن نائباً عاماً لحظة التوقيع علي الصحيفة .

و تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بقولها : " ... أوجبت المادة (250 مرافعات) أن يوقع النائب العام نفسه علي صحيفة

(1) - Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.21; P. 755.

الطعن أو علي التقرير بالنقض بحسب الأحوال ، مما مفاده أن هذا التقرير أو تلك الصحيفة يعدان ورقة شكلية من أوراق الإجراءات في خصومة النقض المرفوعة بهذا الطريق ، و التي يجب أن تحمل مقومات وجودها ، فيتعين أن يوقعها من ألزم القانون صدورها عنه وهو النائب العام اعتباراً بأن التوقيع هو السند الوحيد الذي يشهد بحصولها ممن صدرت عنه علي الوجه المعتبر قانوناً ، و لا يغير من ذلك أن يكلف النائب العام أحد أعوانه بتولي صياغة الأسباب التي ينبني عليها الطعن ، لأنه في هذه الحال يجب علي النائب العام أن يوقع علي ورقتها بما يعتبر إقراره إياها ، إذ أن الأسباب في واقع الأمر هي جوهر الطعن وأساسه ، ووضعها من أخص خصائصه ، أما إيداع صحيفة الطعن أو التقرير به في قلم كتاب محكمة النقض فليس ثمة ما يمنع من أن يحصل فيه التوكيل باعتباره عملاً مادياً يستوي فيه أن يباشره بنفسه أو يوكل أمره إلي غيره ... " .

(1)

27- بيانات صحيفة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة

القانون : لما كان الخصم الحقيقي في الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون هو الحكم المطعون فيه ، وكان المشرع قد نص علي أن تنتظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم ، وأنهم لا يستفيدون من هذا الطعن ، فإن ذكر البيانات العامة المتعلقة بالخصوم في صحيفة الطعن لا يكون لازماً . و لا يجب أن تشتمل صحيفة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون علي بيان أسماء الخصوم وصفاتهم ومواطنهم ؛ لأن الغاية من تلك البيانات - تحقيق مبدأ المواجهة وإمكان استخدام حق الدفاع والإعلان - غير لازمة لهذا الطعن ، كما أن الخصوم ليسوا أطرافاً في هذا الطعن، وليس لهم

(1) نقض مدني 30 / 5 / 1979م ، طعن رقم 43 لسنة 47 ق ، مج ، س 30 ، ج 2 ، ق 274 ، ص 483.

مصلحة فيه لأنهم غير مستفيدين منه، و علي ذلك ليس لمحكمة النقض الحكم ببطلان الطعن لمصلحة القانون لعدم اشتماله صحيفته علي بيانات الخصوم .
و يجب أن تشتمل صحيفة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون علي : بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه ، لتحديد الحكم محل الطعن ، و الوقوف علي مدي قابليته للطعن فيه وما إذا كان باب الطعن عليه ممكناً أم لا .

و إذا كانت الغاية من ذكر بيان تاريخ الحكم في صحيفة الطعن هي التعرف علي ما إذا كان الطعن قد رفع خلال الميعاد ، فإن ذكر هذا التاريخ في صحيفة الطعن لمصلحة القانون يكون أيضاً غير لازم ؛ لأن الطعن لمصلحة القانون غير مقيد بميعاد معين . ويكفي بياناً للحكم كل ما يؤدي إلي تعيينه . و يجب أن تشتمل صحيفة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون علي بيان الأسباب التي يبني عليها الطعن بتعيينها تعييناً واضحاً لا لبس فيه و لا غموض و لا إبهام يكشف عن المقصود منها علي نحو ينأي بها عن الغرارة أو الجهالة و إلا كان الطعن باطلاً. (1)

كما يجب أن تشتمل صحيفة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون علي بيان الأسباب التي بني عليها الطعن بكيفية دقيقة ؛ لتمكين المحكمة من الوقوف علي ماهية وجوه الطعن ، وموطن مخالفة الحكم للقانون أو خطئه في تطبيقه أو في تأويله . و قد يكون ذلك بذكر المبدأ أو القاعدة القانونية التي حدثت المخالفة بشأنها . و لا تكفي الأسباب العامة والعبارات الدارجة التي يوصف بها أي حكم دون تحديد كالقول بأن الحكم قد أغفل إغفالاً جوهرياً دون بيان له ، و العبرة بما ورد من أسباب الطعن في صحيفة الطعن ذاتها دون غيرها من الأوراق الأخرى علي نحو واضح وكافٍ مالم تتعلق بالنظام العام ، أو تكون أسباب قانونية بحتة ، أو أسباب ناتجة عن الحكم المطعون فيه نفسه . و

(1) محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، ص 1228 .

يجب أن ترد الأسباب بعبارات واضحة و كافية في كشف معناه بحيث لا يضيع معالمها و لا يفقدها كيانها . و لا تكفي الإحالة إلي صحيفة الاستئناف أو مذكرات الدفاع التي قدمت إلي محكمة الموضوع . (1)

و أيضاً أن تشتمل صحيفة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون علي بيان المستندات اللازمة لقبول الطعن ، و صورة من الحكم المطعون فيه ، و ما يثبت قبول الخصوم للحكم محل الطعن أو ما يفيد تنفيذه .

كما يجب أن تشتمل صحيفة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون علي بيان طلبات النائب العام الطاعن التي يتقدم بها إلي محكمة النقض ، و يجب أن تكون الطلبات مكتوبة و مسببة ، فلا تقبل الطلبات الشفوية ، و الطلب الأساسي هو نقض الحكم المطعون فيه كلياً أو جزئياً . و الهدف من بيان هذه الطلبات هو تحديد الحكم أو الجزء من الحكم المطعون فيه الذي يريد النائب العام الطاعن إلغائه .

و تعتبر صحيفة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ورقة شكلية من أوراق المرافعات ، و يجب أن تحمل مقومات وجودها قانوناً ، فيتعين أن يوقعها من أزم القانون صدرها عنه و هو النائب العام بنفسه ، إذ أن التوقيع هو السند الوحيد الذي يشهد بحصولها ممن صدرت عنه علي الوجه المعترف قانوناً . (2)

و لا يشترط إعلان صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون لأي من الخصوم ؛ لأن الغاية من إعلان صحيفة الطعن - و هي تمكين المطعون ضده من إيداء دفاعه - غير متحققة في الطعن لمصلحة القانون ، كما أن الطعن لا يقصد به أن يكون حجة علي الخصوم ؛ إذ أن الطعن لا يفيد و لا يضر الخصوم

(1) د. عاشور ميروك ، النظام الإجرائي ، بند 21 وما بعده ، ص 20 و ما بعدها . هشام الطويل ، شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية والاحوال الشخصية منشأة المعارف بالإسكندرية 1987 م ، ص 325 و ما بعدها .

(2) د. محمد المنجي ، الطعن بالنقض المدني ، بند 299 ، ص 773 . نقض مدني 30 / 5 / 1979 م ، طعن رقم 43 لسنة 47 ق ، مج ، س ، 30 ، ج ، 2 ، ق ، 274 ، ص 483 .

و لا يمس مراكزهم القانونية أو حقوقهم المحكوم بها . و لا يجوز الإدخال أو التدخل في خصومة الطعن بالنقض لمصلحة القانون ، ثم تقيد صحيفة الطعن لمصلحة القانون بالسجل المعد لذلك لدي محكمة النقض ، و بعد ضم ملف القضية تنظر المحكمة الطعن لمصلحة القانون في غرفة المشورة دون دعوة الخصوم ، و لا يلزم تعيين مستشار مقرر ؛ لأن تلاوة التقرير مناط بالجلسة العلنية و ليس في غرفة المشورة . (1)

و لا يشترط أن يذكر النائب العام الطاعن صراحة في صحيفة الطعن بالنقض المدني لمصلحة القانون أنه يستند في طعنه إلي نص (م 250 مرافعات) أو أن يورد نص تلك المادة ، بل يكفي أن تتضمن صحيفة الطعن ما يفيد ذلك ، و بشرط ألا تخلوا أسباب الطعن الواردة بصحيفة الطعن من النعي عليه لمصلحة القانون . (2)

28- جواز تكليف النائب العام لأحد أعوانه القيام بصياغة أسباب صحيفة الطعن وإيداعها قلم الكتاب : إذا كان الأصل أن يقوم النائب العام بنفسه بإعداد صحيفة الطعن و صياغة الأسباب التي بني عليها الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون و إيداعها قلم كتاب المحكمة ، إلا أنه يجوز للنائب العام تكليف أحد أعوانه من أعضاء النيابة العامة بإعداد صحيفة الطعن و صياغة الأسباب التي بني عليها الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و في هذه الحالة يجب علي النائب العام أن يوقع علي صحيفة الطعن بنفسه بما يعتبر إقراره إياها و اعتماده لهذه الأسباب ؛ إذ أن الأسباب في الواقع الأمر هي جوهر الطعن وأساسه ، و وضعها من أخص خصائصه ، و ذلك حتي يستوفي الطعن الشكل المقرر في القانون . أما إيداع صحيفة الطعن بالنقض المدني من

(1) د. فتحي وإلي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 775 - 777 . د. عاشور مبروك ، النظام الإجرائي ، بند 12-13 ، ص 8-12 . محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، ص 1228 .

(2) د. فتحي وإلي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 775 وما بعدها . د. أحمد فتحي سرور ، النقض الجنائي ، بند 233 ، ص 472 . د. أحمد صاوي ، الأسباب الجديدة ، بند 40 ، ص 52 وما بعدها .

النائب العام لمصلحة القانون أو التقرير به في قلم كتاب محكمة النقض فليس ثمة ما يمنع من أن يحصل فيه التوكيل باعتباره عملاً مادياً يستوي فيه أن يباشره بنفسه أو أن يكل أمره إلي غيره . (1)

و يجب أن توقع صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون من النائب العام بنفسه ؛ لأن النائب العام - وحده - هو صاحب الصفة في رفع الطعن بالنقض المدني لمصلحة القانون ، و هو اختصاص نوعي استثنائي محصور ومقصور عليه فقط بنص القانون . و ليس لأي عضو نيابة آخر أن يمارس هذا الحق ، و إن مارسه أي عضو نيابة غير النائب العام يحكم بعدم قبول الطعن من غرفة المشورة لرفعه من غير ذي صفة . فلا يجوز لغير النائب العام أن يطعن بطريق الطعن بالنقض لمصلحة القانون ؛ لأنه اختصاص استثنائي خص به القانون النائب العام وحده و أفرد به لحكمة تغياها ، فهو الذي يوقع علي صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون ، و ليس للمحامي العام الأول أو من دونه في الدرجة من رجال النيابة العامة توقيعه ، كما أنه ليس لنيابة النقض هذه السلطة . و لا يملك النائب العام تفويض غيره في ذلك إلا في حالات غيابه أو خلو منصبه أو قيام مانع لديه الواردة علي سبيل الحصر . و تطبيقاً لنص (م 23 / 2 من قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972 م) فإن أقدم نائب عام مساعد يلي النائب العام مباشرة في التدرج الوظيفي يحل محل النائب العام في حالة غيابه أو خلو منصبه أو قيام مانع لديه ، و تكون له جميع اختصاصاته . و يعتبر ذلك تطبيقاً لنظرية الحلول في القانون الإداري حيث ينحدر

(1) نقض مدني 29 / 11 / 1990 م ، طعن رقم 2196 لسنة 60 ق ، مج ، س 41 ، ج 2 ، ق 304 ، ص 827 . نقض مدني 30 / 5 / 1979 م ، طعن رقم 43 لسنة 47 ق ، مج ، س 30 ، ج 2 ، ق 274 ، ص 483 . نقض مدني 23 / 2 / 1977 م ، طعن رقم 32 لسنة 44 ق (أحوال شخصية) ، مج ، س 28 ، ج 1 ، ق 102 ، ص 556 .

اختصاص الأصيل إلي من يليه عند قيام مانع أو عذر بالأصيل حتي لا يتعطل سير دولا ب العمل. (1)

و يعتبر توقيع النائب العام علي صحيفة الطعن هو السند الوحيد الذي يشهد بحصولها ممن صدرت عنه علي الوجه المعترف قانوناً ، و ليس لنيابة النقض ممارسة هذا الحق سواء أكان ذلك من تلقاء نفسها أم بتكليف من النائب العام ؛ لأن التوقيع علي صحيفة الطعن من الاختصاصات الاستثنائية التي خص القانون بها النائب العام وحده ، و لا يجوز أن يحل شخص آخر غير النائب العام محله في ذلك إلا في حالة غيابه كحالة مادية ، أو خلو منصبه كحالة قانونية ، أو قيام مانع لديه كحالة حكومية . و في هذه الحالات الثلاث يحل محله أقدم النواب العامين المساعدين الذي يليه طبقاً للتبعية التدريجية في النيابة العامة دون غيره ، و تكون له جميع اختصاصاته و ممارسة كافة حقوقه (م 2 / 23 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 م) . بمعنى أن هذا الإحلال لا يتم إلا عند تحقق حالة مادية تتمثل في غياب النائب العام ، أي عدم تواجده الفعلي الذي يترتب عليه عدم ممارسته لاختصاصاته كالسفر إلي دولة أجنبية ، أو المرض الذي يعجزه عن مباشرة اختصاصاته ، و كذلك يكون الإحلال عند تحقق حالة قانونية بخلو منصبه بالوفاة أو الاستقالة أو الإحالة إلي التقاعد قبل صدور قرار بتعيين غيره ، و يكون الإحلال أيضاً بتوافر حالة شخصية هي قيام مانع لديه من توقيع الصحيفة كعدم الصلاحية . (2)

و لا يجوز للنائب العام المساعد أو المحامي العام الذي يمارس اختصاصات النائب العام أمام محاكم الاستئناف أن يحل محل النائب العام في توقيع الصحيفة ؛ لأن

(1) د. وجدي راغب فهمي ، و د. أحمد ماهر زغلول ، و د. يوسف يوسف أبو زيد ، مبادئ القضاء المدني ، بند 616 ، ص 1633 . طه الشريف ، نظرية الطعن بالنقض ، بند 151 ، ص 180 . د. محمد المنجي ، الطعن بالنقض المدني ، بند 299 ، ص 772 .

(2) د. فتحي وإلي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 775 - 777 . د. أحمد صاوي ، الوسيط ، بند 764 ، ص 1252 . محمد كمال عبدالعزيز ، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء ، ج 1 ، 1995 م ، ص 250 ، ص 1764 وما بعدها . طه الشريف ، نظرية الطعن بالنقض ، بند 151 ، ص 179 . نقض مدني 1979 / 5 / 30 م ، طعن رقم 43 لسنة 47 ق ، مج ، ص 30 ، ج 2 ، ق 274 ، ص 483 .

التوقيع اختصاص أوكله المشرع للنائب العام وحده دون غيره حصراً . و تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: " ... تقرير الطعن بالنقض من أحد رؤساء نيابة الاستئناف و هو الذي وقع علي تقرير الطعن بتوكيل خاص موقع عليه من المحامي العام الأول لدي نيابة استئناف القاهرة للأحوال الشخصية و قد خلت الأوراق من توقيع النائب العام علي تقرير الطعن بما ينبئ عن اعتماده له و من ثم فإن التقرير بالطعن يكون قد صدر من غير ذي صفة و يتعين الحكم بعدم قبول الطعن شكلاً " (1)

29- ميعاد الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون : لا

يوجد في القانون المصري ميعاد طعن خاص لنائب العام بالنقض لمصلحة القانون ، كما لا يتقيد هذا الطعن بميعاد الطعن بالنقض طبقاً للقواعد العامة (م252 مرافعات) ؛ إذ أن سبب الطعن قد لا يستبين إلا بعد انقضاء المواعيد، كما أن النيابة العامة ليست طرفاً في جميع الدعاوي المدنية و التجارية حتي تعلن بالأحكام الصادرة فيها ؛ و ذلك لأن تحديد ميعاد للطعن مبني علي فكرة استقرار حقوق و مراكز الخصوم ، و هي فكرة منتفية في الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون الذي يهدف إلي إرساء المبادئ القانونية علي أساس صحيح لمصلحة القانون . (2)

و لأن الحكم الصادر في هذا الطعن لا يؤثر في مراكز الخصوم أو حقوقهم المحكوم بها ، ولأن الخصم الحقيقي في هذا الطعن هو ذات الحكم المطعون فيه ، ولذا تنتفي الحكمة من تحديد ميعاد للطعن ؛ لأن تحديد ميعاد للطعن مبني علي فكرة استقرار الحقوق والمراكز القانونية . ويمكن للنائب العام أن يلجأ إلي محكمة النقض لرفع الطعن لمصلحة القانون في أي وقت بعد انتهاء ميعاد الطعن

(1) محمد كمال عبدالعزيز ، تقنين المرافعات ، م 250 ، ص 1765 . نقض مدني 30 / 5 / 1979 م

، طعن رقم 43 لسنة 47 ق ، مج ، س 30 ، ج 2 ، ق 274 ، ص 483 .

(2) د. فتحي وإلي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 776 - 777 . د. أحمد صاوي ، الوسيط ، بند 764 ،

ص 1253 . د. محمد المنجي ، الطعن بالنقض المدني ، بند 299 ، ص 772 . نقض مدني 30 / 5 /

1979 م ، طعن رقم 43 لسنة 47 ق ، مج ، س 30 ، ج 2 ، ق 274 ، ص 483 .

-Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.53 et 61; P. 755.

بالنقض طبقاً للقواعد العامة في الطعن بالنقض ، أو بعد تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض وقبوله من المحكوم عليه . كما أن الطعن بالنقض لمصلحة القانون المرفوع من النائب العام غير خاضع للمواعيد الخاصة بتقادم الحقوق ، و لا مواعيد سقوط الحق في الطعن من الأطراف المنصوص عليها في (art.528-1 N.C.P.C.F.) ؛ وذلك لأن الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون هدفه الأساسي تحقيق مصلحة عامة وليس تحقيق مصلحة خاصة . (1)

و نظراً لأن الطعن بالنقض لمصلحة القانون يكون في الحالات التي لا يستطيع فيها الخصوم ممارسة حقهم في الطعن ، علي الرغم من أن المصلحة العامة قد تبرر عرضه علي محكمة النقض لذلك يكون هذا الطعن غير مقيد بأي ميعاد ، فيمكن للنائب العام ممارسته في أي وقت ؛ لأن سبب الطعن قد لا يظهر إلا بعد فوات ميعاد الطعن. و يكون للنائب العام الطعن ليس بعد انقضاء ميعاد الطعن فقط وإنما قبل أن ينتهي الميعاد ، وذلك إذا قبل الخصوم الحكم أو شرع في تنفيذه . و إذا كان الحكم المطعون فيه بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون من الأحكام التي يجيز القانون للخصوم الطعن فيها بطريق النقض فإن طعن النائب العام يكون غير مقبول إذا رفع قبل انقضاء الميعاد المصرح للخصوم بإقامة الطعن خلاله ، مالم يصدر من المحكوم عليه ما يعتبر في نظر القانون قبولاً مانعاً من الطعن في الحكم . (2)

(1) د. فححي والي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 776 - 777 . محمد كمال عبدالعزيز ، تقنين المرافعات ، م 250 ، ص 777 . نقض منني 30 / 5 / 1979 م ، طعن رقم 43 لسنة 47 ق ، مج ، س 30 ، ج 2 ، ق 274 ، ص 483 . Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.53 et 61; P. 755.

(2) د. محمود السيد عمر التحيوي ، الطعن في الأحكام القضائية ، ملتقى الفكر بالإسكندرية ، ص 147 . عز الدين الدناصوري ، و حامد عكاز ، التعليق ، م 250 ، ص 802 .

-Cass. Crim. 2 dec. 1998; Bull. Crim. 1998; N. 327.
-Cass. Crim. 30 avril. 1996; Bull. Crim. 1996; N. 178.
-Cass. Crim. 20 janv. 1993; Bull. Crim. 1993; N. 28.
-Cass. Crim. 11 juill. 1990; Bull. Crim. 1990; N. 280.
-Cass. Crim. 3 avril. 1978; Bull. Crim. 1978; N. 121.

و يرى البعض أن القضاء بعدم قبول الطعن بالنقض لمصلحة القانون لرفعه قبل الأوان لا يحول دون إقامة طعن آخر إذا انقضى الميعاد ، أو صدر القبول المانع من الطعن . (1)

و علي نفس المنوال كل من التشريع الفرنسي ، و التونسي ، و الجزائري ، و المغربي ... فلم تحدد ميعادًا للنائب العام للطعن خلاله بالنقض لمصلحة القانون .

وعلي العكس من ذلك ، بعض التشريعات التي حددت أجلاً للنائب العام للطعن خلاله بالنقض لمصلحة القانون ، فإن فات الميعاد سقط حق النائب العام في الطعن بالنقض لمصلحة القانون وحكم بعدم قبول الطعن ، و إن اختلفت في تحديد مقدار مدة الميعاد ، و ذلك لتحقيق استقرار الحقوق و المراكز القانونية المكتسبة ، ومبدأ استقرار الأحكام . و ذلك علي أساس أن هذا الاتجاه من التشريعات جعل للطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون فائدة عملية للخصوم باستفادتهم من نتيجة هذا الطعن ، إذ أن الحكم الناقض سيؤثر علي حقوق الخصوم و مراكزهم القانونية . فمثلاً نصت (م 174) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي علي تحديد مدة معينة بقولها : " ... و يرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام خلال سنة من تاريخ صدور الحكم ... " . و كذلك القانون العراقي جعله خلال ثلاث سنوات من تاريخ اكتساب الحكم أو القرار درجة البتات (م 2/59 من قانون الادعاء العام) .

و يرى بعض الفقهاء أن بدء ميعاد الطعن بالنقض لمصلحة القانون في القانون الإماراتي يمكن معرفته في الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها ، أما الأحكام التي فوت للخصوم ميعاد الطعن فيها أو تنازلوا فيها عن الطعن أو رفعوا فيها طعناً قضي بعدم قبوله فإن الواقعة التي يبدأ منها الميعاد يرون أنها من تاريخ الواقعة التي يسقط فيها حق الطعن بالنسبة للخصوم ، بحيث

(1) محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، ص 1227 .

لا يملكون اتخاذ أي إجراء بالنسبة للحكم الذي أصبح انتهائياً ، أي أنهم يرون أن الميعاد يبدأ من تاريخ انقضاء ميعاد الطعن المقرر للخصوم ، أو من تاريخ صدور حكم محكمة النقض بعدم قبول الطعن المرفوع من أحد الخصوم ؛ لأنه لو طعن أحد الخصوم بالنقض و قضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن و كان طعن الخصوم بالنقض قد استغرق لحين صدوره مدة سنة فهل يمتنع علي النائب العام الطعن فيه لمصلحة القانون لانقضاء سنة من تاريخ صدور الحكم ؟؟؟ . (1)

و نصت (م 30 / ثانياً) من قانون الادعاء العام العراقي علي أنه : " ... لا يجوز الطعن لمصلحة القانون ... إذا كانت قد مضت مدة ثلاث سنوات علي اكتساب الحكم أو القرار درجة البتات ."

و نصت (م 707) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد علي أنه : " ... يقدم الطعن بطريق التمييز أو الاعتراض خلال مهلة سنة من تاريخ صدور القرار بموجب استدعاء موقع من النائب العام ... " . وعلي ذلك يجب أن يقدم الطعن بطريق النقض أو الاعتراض خلال مهلة سنة من تاريخ صدور القرار بموجب استدعاء موقع من النائب العام وإلا سقط حق الطعن لفوات الميعاد ، و يلاحظ أن هذه المهلة تؤدي عملاً إلي عدم الأخذ بنظام الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون بعد فواتها ؛ لأنه ميعاد سقوط ، و هو من المواعيد الناقصة التي يجب مباشرة الطعن قبل انتهاء الأجل المحدد للطعن (2) . و يلاحظ أن الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في القانون اللبناني هو طعن نظري فقهي محض لا يفيد و لا يضر الخصوم ، و رغم ذلك حدد له المشرع اللبناني ميعاد طعن خلال مهلة سنة من تاريخ صدور القرار ، و

(1) د. علي الحديدي ، القضاء والتقاضي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة ، الجزء الثاني ، إجراءات التقاضي والأحكام وطرق الطعن ، ط 1 ، 1998 م ، ص 454 .

(2) د. فتحي وإلي ، قانون القضاء المدني اللبناني ، ط 1 ، دار النهضة العربية ببيروت 1970 م ، بند 435 ، ص 976 . د. حلمي محمد الحجار ، القانون القضائي الخاص ، ج 2 ، بيروت ، بند 927 ، ص 400 .

هو ما يتنافى مع الحكمة التي تغياهاها المشرع الإجرائي من تحديد ميعاد للطعن ، فتحديد ميعاد للطعن مبني علي فكرة استقرار الحقوق و المراكز القانونية و استقرار الأحكام القضائية .

و في تلك التشريعات التي حددت أجلاً للنائب العام للطعن خلاله بالنقض لمصلحة القانون - و إلا سقط حق النائب العام في الطعن بالنقض لمصلحة القانون و حكم بعدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد - يجب النص فيها علي إلزام قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم النهائي إعلان النيابة العامة بالحكم النهائي ، و ذلك بإرسال صورة منه بخطاب مسجل بعلم وصول إلي النيابة العامة حتي تستطيع دراسة الحكم النهائي و اتخاذ قرار بشأن إمكانية الطعن فيه أم لا . (1)

30- التزامات النائب العام في الطعن بالنقض لمصلحة القانون : الخصم الحقيقي في الطعن بالنقض لمصلحة القانون المرفوع من النائب العام هو الحكم المطعون فيه (الحكم الطعين) . ولما كان الخصم الحقيقي في الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون هو الحكم المطعون فيه ، و كان المشرع قد نص علي أن تنظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم ، و أنهم لا يستفيدون من هذا الطعن ، فإن ذكر البيانات العامة المتعلقة بالخصوم في صحيفة الطعن لا يكون لازماً .

و يجب علي النائب العام أن يحدد نطاق الطعن بالنقض لمصلحة القانون في صحيفة الطعن ، كما يلتزم النائب العام الطاعن بإيداء أسباب طعنه في هذه الصحيفة ، و يعرفها تعريفاً محدداً و واضحاً ؛ لأن هذه الأسباب هي التي تحدد نطاق الطعن . و يجب أن يكون دليل سبب الطعن حاضراً وقت الطعن بحيث تودع المستندات المؤيدة للطعن في أسبابه وقت تقديم صحيفة الطعن لقلم كتاب محكمة النقض . و للنائب العام إيداع مذكرة شارحة لأسباب طعنه قلم

(1) د. نبيل عمر ، الوسيط في الطعن بالنقض ، بند 113 ، ص 269 . د. حلمي محمد الحجار ، القانون القضائي الخاص ، بند 927 ، ص 400 .

كتاب محكمة النقض بحيث تتضمن تفصيلاً لما أوجزه من الأسباب في صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون ، وإذا لم يودع النائب العام هذه المذكرة فليس لذلك أثر في قبول الطعن طالما كانت أسبابه معينة في الصحيفة تعييناً كافياً . (1)

كما يجب علي النائب العام الطاعن بالنقض لمصلحة القانون أن يبينه علي قلم كتاب محكمة النقض بقيد الطعن في يوم تقديمه بالسجل المخصص لذلك الغرض ، و إعطائه رقماً مسلسلأ حسب ترتيب تقديمه والسنة القضائية التي قيد فيها ، و أن يفرد له ملفاً بالمحكمة ، ويثبت في السجل المخصص لهذا الغرض بمحكمة النقض ملخصاً لبيانات الطعن ، و يعتبر الطعن مرفوعاً من تاريخ قيده . علماً بأن دور النائب العام الطاعن بالنقض لمصلحة القانون ينتهي بالإيداع ، ولاذنب له في تقاعس الموظف المختص عن القيام بواجبه بقيد الطعن في السجل المخصص لذلك الغرض ، و تستطيع محكمة النقض الحكم علي الموظف المهمل بغرامة فضلاً عن المساءلة القانونية . و بعد قيد صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون بالسجل المعد لذلك لدي محكمة النقض يتعين علي قلم كتاب محكمة النقض إرسال ملف الطعن إلي نيابة النقض المدني لتعد فيه مذكرة برأيها ؛ لأن المشرع يوجب علي النيابة العامة أن تتدخل في الطعون و الطلبات أمام محكمة النقض لإبداء الرأي ، و لم يستثن الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون من هذه الطعون . (2)

و يجب علي النائب العام أن يودع قلم كتاب محكمة النقض وقت تقديم صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون صورة لقلم كتاب محكمة النقض ليفرد بها ملفاً للطعن ، و عليه أن يرفق بها المستندات المؤيدة للطعن ، و يجوز له تقديم مذكرة شارحة لتفصيل تم إجماله من أسباب الطعن في صلب صحيفة

(1) محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، ص 1228 . نقض مدني 28 / 2 / 2015 م ، طعن رقم 4652 لسنة 84 ق ، مج ، س 66 ، ج ، ق 14 ، ص 86 . ومنشور علي

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

(2) المرجع السابق ، ص 1229 .

الطعن ، أي تقديم كل ما يلزم لتمكين محكمة النقض من تحقيق الأسباب التي بني عليها الطعن ، و يقوم قلم كتاب محكمة النقض بإثبات كل ما يتلقاه من النائب العام في محررات رسمية تنهض دليلاً للطاعن أو عليه تحت رقابة محكمة النقض .

وأيضاً يجب علي النائب العام الطاعن بالنقض لمصلحة القانون أن يودع قلم كتاب محكمة النقض المستندات المؤيدة لطعنه وقت تقديم الصحيفة ؛ لتمكين محكمة النقض من فحص الطعن وتحقيق الأسباب التي بني عليها الطعن ، و إلا كان طعنه عارياً من الدليل و يتعين رفضه . ولذلك يجب أن تشتمل صحيفة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون علي بيان المستندات اللازمة لقبول الطعن ، و صورة من الحكم المطعون فيه ، و ما يثبت قبول الخصوم للحكم محل الطعن أو ما يفيد تنفيذه .

31- إعفاء الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون من

الرسوم والكفالة والمصاريف : لا يجب علي النائب العام الطاعن بالنقض لمصلحة القانون أن يودع خزانة محكمة النقض وقت تقديم صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون كـفـالـة ؛ لأنها لا تستحق إلا بالنسبة للطعون التي تكون ضد الأحكام التي عدتها (م 248 - 249 مرافعات) ، كما يعني من أداء الكفالة من يعفي من أداء الرسوم سواء أكان ذلك الإعفاء مقرراً بنص قانوني كنص (م 50 من القانون رقم 90 لسنة 1944م الخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق) ، أو بحكم قضائي كمساعدة غير القادرين مالياً ، كما أن النائب العام لا يُعدّ خصماً بمفهوم نص (م 254 مرافعات) الخاصة بالكفالة ، و لا بمعنى نص (م 184 مرافعات) الخاصة بمصاريف الدعوي . كما أن خصومة الطعن بالنقض لمصلحة القانون من النائب العام خصومة ينتفي فيها شرط المنازعة بين خصومها ، أي لا تثير نزاعاً بين الخصوم ؛ لأن الخصم الحقيقي فيها هو الحكم الانتهائي المخالف للقانون ، و لا تنتهي بخسارة

بالمعنى الفني الدقيق ، و أيضاً ليس من المناسب إلزام الدولة كسلطة عامة أو النائب العام كموظف - ليس خصماً حقيقياً وليست له مصلحة شخصية في الطعن لمصلحة القانون - بمصاريف و رسوم خصومة الطعن ، فيقف فيها دفاعاً عن الصالح العام . و علي ذلك يجب علي قلم كتاب محكمة النقض قبول صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون من النائب العام دون إيداع الكفالة ، و لا يجوز لمحكمة النقض الحكم علي النائب العام في الطعن لمصلحة القانون بمصاريف الدعوي. (1)

32 - تحضير الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون :

في القانون المصري لا يتم إعلان صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون من النائب العام إلي أطراف الحكم المطعون فيه بالنقض ؛ لأنهم ليسوا خصوماً في خصومة الطعن بالنقض لمصلحة القانون ، و لأن الخصم الحقيقي في هذا الطعن هو الحكم الانتهائي المطعون فيه المخالف للقانون ، وهذا الطعن لا يضر و لا يفيد الخصوم ، و ينظر في غرفة المشورة دون حضور الخصوم ، و بغير مرافعة أو إعلان ، و بلا تدخل و لا إدخال ، و لا إلزام بتوكيل محام ، ويبقى الحكم المطعون فيه رغم نقضه كما هو منتجاً لكافة آثاره القانونية بين أطرافه ، كما أن الحكمة أو الغاية من الإعلان - تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم - تكون منتفية في الطعن بالنقض لمصلحة القانون . و عليه فلا يلتزم قلم الكتاب بتسليم صحيفة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون لقلم المحضرين للقيام بإعلانها ورد الأصل إليه ؛ لأنه لا حاجة لإعلان صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون . (2)

(1) د. فتحي وإلي ، الوسيط ، بند 331 ، ص 588 . د. محمد سعيد عبدالرحمن ، المصاريف والرسوم القضائية في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2007 م ، بند 73 و ما بعده ، ص 122 وما بعدها . د. إبراهيم أمين النفاوي ، مصاريف الخصومة ، ط 1 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2011 م ، بند 25 ، ص 58 - 59 ؛ بند 88 ، ص 153 - 155 . د. هدي محمد مجدي عبدالرحمن ، النظام القانوني للرسوم القضائية ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2009 م ، بند 64 - 65 ، ص 65 .
(2) الإشارة السابقة .

و يجب علي قلم كتاب محكمة النقض في أسرع وقت ممكن - لم يحدد
المشرع ميعدا معين لقلم الكتاب - إرسال ملف الطعن بالنقض إلي نيابة النقض ؛
لتقديم مذكرة مكتوبة برأيها القانوني المحايد في الطعن بوصفها خصماً متدخلاً
تدخلاً وجوبياً في الطعن بالنقض (م 1/263 مرافعات) ، مراعية في ذلك
ترتيب الطعون في السجل ، ما لم تر الجمعية العمومية لمحكمة النقض
تقديم نظر أنواع من الطعون قبل دورها (م 263 / 2 مرافعات مستبدلة
بالقانون رقم 76 لسنة 2007 م) ؛ و ذلك لأن الطعون بالنقض تمس الصالح
العام ، و لتقديم العون والمساعدة لمحكمة النقض في المسائل القانونية أمامها ، و
في وضع المبادئ القانونية و توحيد تطبيق القانون و حسن تفسيره . ولم يحدد
المشرع المصري أجلاً معيناً تلتزم نيابة النقض خلاله بإيداع مذكراتها ، بل الأمر
متروك لتقديرها ، و لا يتم عرض الطعن بالنقض علي المحكمة في غرفة
المشورة إلا بعد إيداع نيابة النقض لمذكراتها ، و لذا فإن تأخر نيابة النقض في
إيداع مذكراتها يحول دون السير في خصومة الطعن بالنقض لمصلحة القانون ،
حيث لا يتم العرض علي محكمة النقض في غرفة المشورة طالما لم يتم إيداع
مذكرة نيابة النقض . (1)

و لا يجب علي قلم كتاب محكمة النقض إعلان محامي الخصوم بتاريخ
الجلسة المحددة لنظر الطعن قبل انعقادها بخمسة عشر يوماً علي الأقل بكتاب
موصي عليه بعلم وصول وفقاً لنص المادة (264) مرافعات مصري ؛ لأن
خصومة الطعن بالنقض لمصلحة القانون تنظر في غرفة المشورة دون حضور
الخصوم أنفسهم و لا بحضور محاميهم ، فمن لا يجب سماعه لا تلتزم دعوته .
و عليه فليس للخصوم طلب إثبات اتفاقهم علي الصلح بمحضر جلسة خصومة
الطعن بالنقض لمصلحة القانون .

(1) حامد فهمي، ود. محمد حامد فهمي، النقض، بند 310، ص 619. د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن
بالنقض، بند 166، ص 386. د. مصطفى كيرة، النقض المدني ، بند 809، ص 719.

ونظراً لعدم وجود قواعد خاصة بإجراءات خصومة الطعن بالنقض لمصلحة القانون في فرنسا في (art. 618-1 N.C.P.C.F.) فإن ذلك يؤدي إلي تطبيق القواعد العامة لإجراءات خصومة الطعن بالنقض من الخصوم . و علي ذلك يقوم رئيس الدائرة المختصة بتعيين مستشار مقرر ليقوم بإعداد تقريره ، و تفيد الدعوي بجدول الجلسة عن طريق رئيس الدائرة بعد إيداع المستشار المقرر لتقريره ملف الدعوي ، و ينظر في جلسة علنية audience Publique . (1)

و تعتبر المرافعة الكتابية هي الأصل أمام محكمة النقض مالم تر المحكمة ضرورة المرافعة الشفوية للوقوف علي حقيقة الأمر بضرورة تقديرها المحكمة ، و تكون المرافعة حول شروط قبول الطعن بالنقض شكلاً ، و أسباب الطعن الواردة في صحيفة الطعن بالنقض لمصلحة القانون، و الأسباب المتعلقة بالنظام العام حيث يمكن إثارتها في أي وقت و تأخذ بها المحكمة من تلقاء نفسها . كما يجوز للمحكمة أن ترخص للنائب العام إيداع مذكرات تكميلية إذا رأت بعد اطلاعها علي القضية أنه لا غني عن ذلك . (2)

33 - الدائرة المختصة بنظر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون وتشكيلها : لم يحدد المشرع المصري في (م 250) من قانون المرافعات الدائرة المختصة بنظر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، إلا أن بعض الفقهاء قد حدد الاختصاص بنظر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون بالدائرة المدنية باعتبارها صاحبة الاختصاص العام ؛ لأن القانون قد خلا من نص في هذا الصدد ، و القاعدة أنه مالم يوجد استثناء صريح ، فإن نظر الطعن يدخل ضمن اختصاصات هذه الدائرة ، و لا داع

(1) - Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.121; P. 760-761.

(2) حامد فهمي ، و د. محمد حامد فهمي ، النقض ، بند 310 ، ص 621 . د. محمد حامد فهمي ، محكمة النقض والابرام المصرية ، مجلة القانون والاقتصاد ، س 3 ، ع 1 ، بند 13 ، ص 91 .

للإحالة أمام سلطة قضائية أخرى لعدم وجود نزاع حقيقي في موضوع الدعوي . (1)

إلا أننا نري أن الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ينظر أمام الدائرة المختصة و بالتشكيل العادي لها بحسب الموضوع ، سواء أكانت الدائرة المدنية أم التجارية أم العمالية أم الاقتصادية ... و علي ذلك تختص الدائرة الاقتصادية بمحكمة النقض بنظر الطعن المرفوع من النائب العام لمصلحة القانون في شأن من اختصاص المحاكم الاقتصادية عملاً بنص (م 11 ، م 12) من القانون رقم 120 لسنة 2008 م بشأن إنشاء المحاكم الاقتصادية . و يرفع الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في مسائل الأحوال الشخصية أمام الدائرة المدنية بمحكمة النقض ، ليس باعتبارها صاحبة الاختصاص العام ، و لكن لعدم وجود دائرة أحوال شخصية كنتيجة لإلغاء الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محكمة الأسرة ودوائرها الاستثنائية بنص (م 14) من القانون رقم 10 لسنة 2004 م .

علماً بأن تخصيص دائرة متخصصة بالمحكمة لنظر موضوع معين لا يعني أنه توزيعاً للاختصاص ، بل يُعد توزيعاً داخلياً للعمل علي القضاة بالمحكمة (2) إلا أن هناك بعض التشريعات قد جعلت نظر خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون أمام محكمة النقض من دائرة نقض بتشكيل خاص لنظر هذا الطعن ، ففي القانون العراقي مثلاً طبقاً لنص (م 30 / 2) من قانون الادعاء العام ينظر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون أمام محكمة التمييز من هيئة خماسية برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه . وكذلك الأمر في القانون اليمني طبقاً لنص (م 293) من قانون المرافعات والتنفيذ حيث ينظر الطعن من سبعة من قضاة المحكمة العليا يكون من بينهم أحد نواب

(1) د. نجيب بكير ، دور النيابة العامة ، ص 454 - 455 هامش (1) .

(2) د. سحر عبدالستار إمام يوسف ، المحاكم الاقتصادية في القانون المصري ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2008 م ، ص بند 50 ، ص 108 وما بعدها .

رئيس المحكمة العليا رئيساً لها ، و يكون الأعضاء من رؤساء الدوائر فيها على ألا يكون منهم من سبق له أن نظر القضية وإذا تعذر تشكيلها لهذا السبب يكون لرئيس المحكمة استكمال العدد من بين قضاة المحكمة العليا ، و يصدر الحكم بأغلبية خمسة أعضاء على الأقل .

34 - جلسة فحص ونظر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون

في غرفة المشورة : ينظر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون من الدائرة المختصة بالتشكيل العادي لها في غرفة المشورة ، طبقاً لنص (م 250 مرافعات مصري) ، و (م 174 إجراءات مدنية إماراتي) ، و (م 707 أصول محاكمات مدنية لبناني) ، و (م 241 إجراءات مدنية عُماني) ... و بعد ضم ملف القضية للطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون تنتظر محكمة النقض الطعن في غرفة المشورة دون حضور الخصوم و لإحاميمهم . و لا يلزم تعيين مستشار مقرر ؛ لأن تلاوة تقرير المستشار المقرر مناط بالجلسة العلنية و ليس في غرفة المشورة . و لا يجوز للخصوم ، و لا للغير الإدخال أو التدخل في خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ؛ لأن هذا الحكم المطعون فيه قد حاز قوة الأمر المقضي . (1)

و يكون ضبط و إدارة جلسة فحص و نظر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في غرفة المشورة منوط برئيسها ، و للمحكمة أن تأمر بمحو العبارات الجارحة أو المخالفة للنظام العام والآداب العامة من أوراق المرافعات و المذكرات (م 105 مرافعات) .

و في مصر يتم تحديد جلسة فحص و نظر خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون بقرار من رئيس محكمة النقض بعد تقديم مذكرة برأي النيابة العامة دون إعلان أو حضور للخصوم أو تعيين للمستشار

(1) د. فتحي وإلي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 776. د. مصطفى كيرة ، النقض المدني ، بند 913 ، ص 793.

المقرر . و نظراً لعدم وجود الخصوم في خصومة الطعن لمصلحة القانون ، فلا حضور و لا إعلان و لا تدخل و لا إدخال لهم ؛ لأنه لا أثر للطعن علي حقوقهم ، و بالتالي لا مجال لضرورة تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم . و القرار الصادر من محكمة النقض في غرفة المشورة في خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون هو قضاء قطعي ، و ليس مجرد أمر أو قرار أو عملاً ولائياً شأنه شأن الحكم الصادر من محكمة النقض في جلسة مرافعة ، ولذا لا يجوز الطعن عليه بأي حال .

أما التشريعات التي لم يرد بها نص خاص علي كيفية نظر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون - كالتشريع الفرنسي و التونسي و الجزائري و المغربي و الموريتاني - ، فنعتقد بتطبيق القواعد العامة علي الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون لعدم وجود نص خاص .

ففي فرنسا تنظر الدائرة المختصة في جلسة علنية **audience Publique** خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون بصفة نهائية نظراً لإلغاء دائرة العرائض منذ عام 1947 م ، و من قبل إلغاء دائرة العرائض كانت خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون تنظرها الدائرة المختصة للفصل فيها مباشرة دون لزوم المرافعة المسبقة أمام دائرة العرائض . (1)

و في القانون العراقي طبقاً لنص (م 30 / 2) من قانون الادعاء العام ينظر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون أمام محكمة التمييز من هيئة خماسية برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه ، و ذلك في جلسة علنية .

و في القانون اليمني طبقاً لنص (م 293) من قانون المرافعات والتنفيذ ينظر الطعن من سبعة من قضاة المحكمة العليا يكون من بينهم أحد نواب رئيس

(1) - Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.111; P. 760.

المحكمة العليا رئيسا لها و يكون الأعضاء من رؤساء الدوائر فيها على ألا يكون منهم من سبق له أن نظر القضية ، و إذا تعذر تشكيلها لهذا السبب يكون لرئيس المحكمة استكمال العدد من بين قضاة المحكمة العليا ، و يصدر الحكم بأغلبية خمسة أعضاء على الأقل .

35 - عوارض خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة

القانون : لا تخضع خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون للقواعد العامة في الخصومة القضائية فيما يتعلق بعوارض الخصومة Les incidents de l'instance التي قد تعترض سير الخصومة القضائية، كالشطب ، و الوقف ، و الانقطاع ، و ذلك لتعارض تلك القواعد مع طبيعتها الخاصة - باعتبارها خصومة قانون بحتة - لمحاكمة الحكم الانتهائي المخالف للقانون المطعون فيه.(1)

و شطب الدعوى Le radiation d'action هو استبعادها من جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة و عدم الفصل فيها مع بقاءها و بقاء كافة آثارها كجزاء إجرائي على عدم حضور المدعى و المدعى عليه ، و عدم صلاحية الدعوى للحكم فيها ؛ لتفادي تراكم القضايا أمام المحاكم ، و لا تنتظر إلا بعد تعجيلها خلال ستين يوماً من تاريخ الشطب بإعلان أحد الخصوم للخصم الآخر بالحضور للجلسة أمام المحكمة (م 82 مرافعات). فلا وجه ولا مجال للشطب في خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ؛ لأن محكمة النقض تنتظر الطعن في غرفة المشورة بغير مرافعة ودون حاجة إلي حضور الخصوم ، كما أن هذا الجزاء لا يتفق مع الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون و الغاية منه و هي محاكمة الحكم المطعون فيه الانتهائي المخالف للقانون ، حتي لا يكون سابقة قضائية تقتدي بها المحاكم فيما بعد . (2)

(1) د. وجدى راغب ، مبادئ القضاء ، ص 814.

(2) د. وجدى راغب ، مبادئ القضاء ، ص 814 . طه الشريف ، نظرية الطعن بالنقض ، بند 399 ، ص 446 . أحمد جلال الدين هلالى ، قضاء النقض ، بند 493 ، ص 463 .

أما وقف الخصومة La suspension de l'instance (م 128 ،
129 مرافعات مصري - 380-1 N.C.P.C.F. : art. 377) فهو
ركودها أو عدم السير فيها إذا طرأ عليها أثناء سيرها سبباً من أسباب الوقف
بنص القانون (وقف قانوني كالوقف لرد القاضي أو للفصل في الدعوى الجنائية
(أو بحكم المحكمة (وقف قضائي جزائي أو تعقيقي للفصل في مسألة
أولية) أو باتفاق الخصوم (وقف اتفاقي للصلح أو للتحكيم). وتظل
الخصومة الموقوفة قائمة أمام القضاء، فتبقى صحيفة الدعوى منتجة لآثارها ، و
تبقى جميع إجراءاتها قبل الوقف صحيحة ، و لا يجوز اتخاذ أي إجراء فيها
خلال مدة الوقف وإلا كان باطلاً . و يزول الوقف بزوال سببه ، و تستأنف
الخصومة سيرها من النقطة التي وقفت عندها ، بعد تعجيل الخصم صاحب
المصلحة لها بإعلان خصمه بتاريخ الجلسة التي ستنظر فيها القضية . فلا وجه و
لا مجال للحكم بوقف خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ؛
لأن محكمة النقض تنظر الطعن في غرفة المشورة بغير مرافعة أو إعلان و دون
حضور الخصوم ، كما أن هذا الجزاء لا ينفق مع الطعن بالنقض من النائب العام
لمصلحة القانون و الغاية منه و هي محاكمة الحكم المطعون فيه الانتهازي
المخالف للقانون ، حتي لا يكون سابقة قضائية تقتدي بها المحاكم فيما بعد ، و
لعدم توافر شروط الحكم بالوقف . و لا تنطبق قواعد الوقف الاتفاقي على
خصومة النقض لتعلق قواعد سيرها بالنظام العام الذي ليس محلاً لاتفاق الخصوم
عليه ، كما لا يجوز وقفها وفقاً قضائياً جزائياً ، أو تعقيقاً لعدم تعلقها بالموضوع
فهي خصومة قانون فقط ، و لكن قد تقف بقوة القانون إذا قدم النائب العام
- صاحب الصفة الوحيد - طلباً برد أحد مستشاري الدائرة أو أكثر التي تنظر
قضية الطعن بالنقض لمصلحة القانون ، وذلك إذا كان القاضي قد أفتى أو ترفع
عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها و لو قبل اشتغاله بالقضاء ، أو كان قد
سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً ، أو كان قد أدى شهادة فيها (م 146

/ 5 مرافعات) ، فلو كان أحد مستشاري غرفة المشورة التي تنظر الطعن بالنقض لمصلحة القانون هو نفسه أحد قضاة الدائرة التي أصدرت الحكم المطعون فيه جاز للنائب العام التقدم بطلب رد هذا القاضي عن نظر الطعن بالنقض لمصلحة القانون ؛ لأنه يكون قد كون رأياً مسبقاً عن موضوع الطعن يصعب العدول عنه، أي يرد عليها الوقف إذا تعلق السبب بشخص القاضي ، و إن كان يجوز لرئيس المحكمة ندب قاضٍ بدلاً ممن طُلب رده . (1)

و أما انقطاع الخصومة *L'interruption de l'instance* فهو وقف السير فيها بقوة القانون لتصدع ركنها الشخصي بوفاة أحد الخصوم ، أو فقده لأهلية التقاضي ، أو زوال صفة نائبه القانوني ، إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها ، و تعتبر الدعوى مهياًة للحكم في موضوعها متى أبدى الخصوم أقوالهم و طلباتهم الختامية في جلسة المرافعة قبل الوفاة، أو فقد أهلية الخصومة ، أو زوال الصفة . و يترتب على انقطاع الخصومة ركودها و اعتبارها قائمة ، و وقف جميع مواعيد المرافعات التي كانت جارية في حق الخصوم ، و بطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع ، فالانقطاع يؤدي إلي استحالة نظر الدعوى والفصل فيها في مواجهة شخص غير ممثل فيها ؛ لأن الدعوى تفترض وجود خصمين بينهما نزاع ، وتستأنف الخصومة سيرها من آخر إجراء صحيح تم فيها بالحضور أو بتكليف بالحضور يُعلن إلي من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته ، بناء على طلب الطرف الآخر (م 130 : 133 مرافعات مصري - 376 : art. 369

(1) د. فتحي وإلي، الوسيط، بند 383، ص 750. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص 814. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند 400، ص 446. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص 1140.

-Marie-Noelle Jobard-Bachelier Xavier; La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile; 4 éd; Dalloz; Paris; 1998; P.104.
-André Perdriau; La fonction du juge est de juger; Gaz. Pal.30avril et 1Mai 1999; doct.; P.2-3.
-Lôïc Cadiet, Emmanuel Jeulans; Droit Judiciaire privé; 5.éd.; Litec; Paris; 2006; N.870; P.546

(N.C.P.C.F.) . وجدير بالذكر أن حجز الدعوي للحكم مع التصريح بتقديم مذكرات فيها خلال أجل معين ، يفيد أن الدعوي لم تصبح مهياً بعد للحكم فيها ، بما مفاده أن تحقق أحد أسباب الانقطاع يؤدي حتماً إلى انقطاع الخصومة فيها. (1)

و لا يمكن تطبيق القواعد العامة لانقطاع الخصومة القضائية على خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ؛ لأن محكمة النقض تنظر الطعن في غرفة المشورة بغير مراقبة أو إعلان و دون حضور الخصوم ، كما أن هذا الجزاء لا يتفق مع الطبيعة الخاصة للطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون و الغاية منه و هي محاكمة الحكم المطعون فيه الانتهائي المخالف للقانون ، حتي لا يكون سابقة قضائية تقتدي بها المحاكم فيما بعد ، و لعدم توافر شروط الحكم بهذا الجزاء في خصومة النقض لمصلحة القانون . و في حالة وفاة النائب العام أو فقده لأهلية التقاضي أو زوال صفته يحل محله من يليه طبقاً للتبعية التدرجية في النيابة العامة . (2)

36 - الانقضاء الإجرائي المبتسر لخصومة الطعن بالنقض من النائب العام

لمصلحة القانون: الانقضاء المبتسر للخصومة القضائية L'extinction de l'instance هو انقضاؤها بغير حكم في موضوعها بسبب إجرائي أو موضوعي ، و لا تخضع خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون لأحكام القواعد العامة في الانقضاء المبتسر للخصومة القضائية عن طريق الانقضاء أو السقوط أو الترك أو اعتبار الخصومة كأن لم تكن ، و ذلك لتعارض تلك القواعد مع طبيعتها الخاصة باعتبارها خصومة قانون بحث لوجه القانون بهدف تنقيح الأحكام القضائية . كما أن تلك النظم الإجرائية لا تتفق مع الطبيعة الخاصة

(1) د. فتحي وإلي، الوسيط، بند 383، ص 750. د. وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص 814. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند 401، ص 446. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص 1141.

(2) الإشارة السابقة .

للطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون و الغاية منه و هي محاكمة الحكم المطعون فيه الانتهائي المخالف للقانون حتي لا يكون سابقة قضائية تقتدي بها المحاكم الأدنى فيما بعد . (1)

وانقضاء أو تقادم الخصومة l'interruption de l'instance هو جزء إجرائي يؤدي إلي زوالها و إلغاء جميع إجراءاتها و آثارها مع بقاء أصل الحق الموضوعي ، لعدم السير فيها مدة تزيد على سنتين من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها ، أيا كان سبب وقفها أو انقطاعها ، و أيا كان المتسبب في عدم سيرها . و في جميع الأحوال تنقضي الخصومة القضائية العادية بمضي سنتين على آخر إجراء صحيح فيها كجزاء إجرائي يوقع على الخصم المهمل في متابعة إجراءات سير الخصومة ؛ نظراً لأن السير فيها يعتمد على نشاط الخصوم ، و ذلك بهدف وضع حد نهائي لتراكم القضايا وتعليقها أمام المحاكم ، و تنقضي الخصومة بقوة القانون ، و لا تحكم به المحكمة إلا بعد التمسك به من المدعى أو المدعى عليه عن طريق رفع دعوى للمحكمة المرفوع أمامها الدعوى المطلوب الحكم فيها بانقضائها بالتقادم ، أو عن طريق الدفع إذا عجلت الخصومة بعد مضي سنتين . (2)

إلا أن هذا الحكم لا يسرى على خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون؛ لأن سير خصومة الطعن بالنقض لمصلحة القانون لا يعتمد على نشاط الخصوم ، بل يعتمد على نشاط النائب العام و المحكمة و ترتيب دور الطعن في جدول جلسة نظر الطعون . و على ذلك لا يجوز الدفع بانقضاء خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون بمضي المدة؛ نظراً

(1) د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص 815. د. أحمد هندي ، قانون المرافعات ، بند 217 ، ص 403.

(2) د. فتحي وآلي ، الوسيط ، بند 383 ، ص 751. د. أحمد مسلم، التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدرها كلية حقوق عين شمس ، ص 2 ، 1960م ، ع 1 ، ص 93. د. إبراهيم أمين النفياري ، مسئولية الخصم عن الإجراءات ، ط 1 ، 1991 م ، ص 856 .

لعدم خضوعها كخصومة طعن غير عادية للانقضاء بمضي المدة متى وقف السير فيها مدة تزيد على سنتين من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها . أي أن خصومة الطعن بالنقض لمصلحة القانون لا تخضع للانقضاء بمضي سنتين (م 140 مرافعات مستبدلة بالقانون رقم 18 لسنة 1999 م) . (1)

و سقوط الخصومة *La péremption de l'instance* هو جزء إجرائي يؤدي إلي زوالها واعتبارها كأن لم تكن لعدم السير فيها بفعل المدعى - ومن في حكمه كالمستأنف - المهمل ، أو امتناعه لمدة ستة أشهر من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها من إجراءات التقاضي ، وذلك حتى لا تبقى الخصومة وسيلة تهديدية بغرض الكيد لخصمه لعدم استقرار مركزه القانوني، و لذا تؤسس فكرة سقوط الخصومة على رعاية مصلحة المدعى عليه ، و يكون لكل ذي مصلحة من المدعى عليه من الخصوم و من في حكمه - كالمتدخل انضمامياً للمدعى عليه و المختصم فيها - طلب الحكم بسقوط الخصومة إلي المحكمة المقام أمامها الدعوى المطلوب إسقاط الخصومة فيها بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، أو في صورة دفع إذا عجل المدعى دعواه بعد انقضاء مدة ستة أشهر من آخر إجراء صحيح فيها ، و ذلك ضد جميع المدعين و إلا كان الطلب أو الدفع غير مقبول (م 134-139 مرافعات - art. 386 á 393. N.C.P.C.F.) . (2)

غير أن هذا الحكم لا يسرى على خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ؛ لأن سير خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون لا يعتمد على نشاط الخصوم ، وإنما يعتمد على نشاط النائب العام و المحكمة ، و ترتيب دور الطعن في جدول جلسة نظر الطعون ، و بالتالي لا

(1) أحمد جلال الدين هلاي ، قضاء النقض، بند 498 ، ص 468. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض ، بند 405، ص 449. محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، ص 1143.

(2) د. فتحي والي، الوسيط، بند 383، ص 750-751. د. أحمد هندي، قانون المرافعات، بند 235، ص 441. د. طلعت محمد دويدار ، سقوط الخصومة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية 1992 م ، ص 27 وما بعدها. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص 1142.

يجوز الدفع بسقوط خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون بمضي ستة أشهر من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها ؛ نظراً لعدم خضوع خصومة النقض لمصلحة القانون - كخصومة طعن غير عادية ذات طبيعة خاصة - للسقوط بمضي ستة أشهر متى وقف السير فيها مدة تزيد على ستة أشهر من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها (م134مرافعات معدلة بالقانون رقم 76 لسنة 2007 م) أي أن خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون لا تخضع للسقوط ؛ لأن سير إجراءاتها يعتمد على نشاط النائب العام و المحكمة و ليس للخصوم دخل فيها . كما أن سقوط الخصومة لا يتفق مع الطبيعة الخاصة لخصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون و الغاية منه وهى محاكمة الحكم المطعون فيه الانتهازي المخالف للقانون لإزالة قوته الإقناعية حتي لا يكون سابقة قضائية تقتدي بها المحاكم فيما بعد . (1)

و ترك الخصومة *Le désistement de l'instance* هو نزول الطاعن عن الخصومة مع احتفاظه بأصل الحق الذي يدعيه ، مما يؤدي إلي زوالها وإلغاء جميع إجراءاتها وآثارها ، ويعيد الخصوم إلي الحال التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى . و يجوز للطاعن في أي حال كان عليها الطعن أن يتنازل عن الطعن بترك الخصومة و قبول الحكم المطعون فيه ، ما لم يكن قد تعلق لخصمه حق بهذا الطعن ، أو كان موضوع الطعن متعلقاً بالنظام العام . و يشترط في الترك أن يكون صريحاً و واضحاً غير معلق على شرط و دون تحفظ وإلا كان غير مقبول ، فهو لا يؤخذ بالظن و لا يقبل التأويل ، و لا يشترط في التارك أهلية التصرف في الحق المرفوع به الطعن بل تكفي أهلية التقاضي ؛ لأن الترك لا يؤثر على الحق المرفوع به الطعن . و قد يحدث الترك بتقرير مستقل يودع ملف الطعن ، أو بكتابته في المذكرات ، أو بإبدائه شفويماً في جلسة نظر الطعن و

(1) د. أحمد صاوي، الوسيط، بند 392 وما بعده ، ص 628 وما بعدها . د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص 814 . د. طلعت محمد دويدار ، سقوط الخصومة، ص 453 وما بعدها .

إثباته في محضرها ، أو بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر ، أو بأي وسيلة أخرى . و إذا ترك الطاعن خصومة الطعن بعد فوات ميعاد الطعن يعد ذلك نزولاً من الطاعن عن الحق في الطعن . (1)

وجدير بالذكر أن هذا الحكم لا يسرى على خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ؛ لأن سير خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون يعتمد على نشاط النائب العام و محكمة النقض . و لا يجوز للنائب العام ترك خصومة الطعن بالنقض لمصلحة القانون لتعلقها بالنظام العام و صالح القانون و المجتمع ، بمعنى أنه لا يجوز للنائب العام التنازل عن خصومة الطعن بالنقض لمصلحة القانون ، أو الرجوع عنها بأي حال من الأحوال ؛ و ذلك لأنها تتعلق بالمصلحة العامة ، فالحكم القضائي ومدى مطابقته للقانون من الناحية الموضوعية أو الإجرائية أمر يتعلق بالنظام العام . كما أن ترك الخصومة لا يتفق مع الطبيعة الخاصة لخصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون و الغاية منه و هي محاكمة الحكم المطعون فيه الانتهائي المخالف للقانون ، حتى لا يكون سابقة قضائية تقتدي بها المحاكم فيما بعد .

واعتبار الخصومة كأن لم تكن *la caducité de l'instance* هو جزء لإهمال و عدم موالة المدعى السير في الخصومة ، و يتم التمسك به في صورة طلب أو دفع شكلي قبل التعرض للموضوع من صاحب المصلحة في ذلك ، و يترتب عليه زوال الدعوى و اعتبارها كأن لم ترفع ، و تلغى إجراءات الدعوى و صحيفتها ، و يزول آثارها في قطع التقادم . و لا مجال لاعتبار خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون كأن لم تكن لعدم

(1) محمد وعبد الوهاب العشماوي ، قواعد المرافعات ، بند 897 ، ص 445 . د. فتحي والي ، الوسيط ، بند 383 ، ص 751 . د. وجدى راغب ، مبادئ القضاء ، ص 815 . د. أحمد هندي ، قانون المرافعات ، بند 240 ، ص 457 وما بعدها . طه الشريف ، نظرية الطعن بالنقض ، بند 402 ، ص 447-448 . محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، ص 1144 وما بعدها .
نقض مدني 2009/4/9 م ، طعن رقم 380 لسنة 70 ق ، مستحدث مبادئ الدوائر المدنية في مواد المرافعات يناير 2003 - ديسمبر 2012 م ، ق 278 ، ص 263 .

توافر شروط تطبيقه ؛ لأن محكمة النقض تنتظر الطعن بالنقض لمصلحة القانون في غرفة المشورة بغير مرافعة أو إعلان و دون حضور الخصوم . (1)

ولا مجال لاعتبار خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون كأن لم تكن بتطبيق (م 70 مرافعات) ؛ و ذلك لأن محكمة النقض تنتظر الطعن بالنقض لمصلحة القانون في غرفة المشورة بغير مرافعة أو إعلان و دون حضور الخصوم ، كما أنه لا توجد إحالة لتطبيق (م 70 مرافعات) على الطعن بالنقض لمصلحة القانون . و أيضاً لا مجال لاعتبار خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون كأن لم تكن بتطبيق (م 82 مرافعات) ؛ و ذلك لأنه لا مجال لشطب خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون الذي يعتبر مقدمة ضرورية للحكم باعتبارها كأن لم تكن ، كما أنه لا توجد إحالة لتطبيق (م 82 مرافعات) على الطعن بالنقض لمصلحة القانون . و كذلك لا مجال لاعتبار خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون كأن لم تكن بتطبيق (م 99 مرافعات) ؛ و ذلك لأنه لا مجال لوقف خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون الذي يعتبر مقدمة ضرورية للحكم باعتبارها كأن لم تكن ، كما أنه لا توجد إحالة لتطبيق (م 99 مرافعات) على الطعن بالنقض لمصلحة القانون. (2)

المبحث الثاني

سلطة محكمة النقض في خصومة الطعن بالنقض المدني

من النائب العام لمصلحة القانون، وآثاره

37 - تمهيد وتقسيم : لمحكمة النقض عند نظر خصومة الطعن بالنقض

المدني من النائب العام لمصلحة القانون في غرفة المشورة أن تحكم بعدم قبول

(1) د. أحمد صاوي ، الوسيط ، بند 609 ، ص 974 . د. وجدى راغب ، مبادئ القضاء ، ص 814 .

د. أحمد هندي ، قانون المرافعات ، بند 245 ، ص 469 . نقض مدني 1988/4/19 م ، طعن رقم

132 لسنة 55 ق (أحوال شخصية) ، مج ، س 42 ، ج 1 ، ق 132 ، ص 684 .

(2) د. أحمد هندي ، التعليق ، م 256 ، ص 600 ؛ قانون المرافعات ، بند 246 ، ص 470 وما بعدها

د. عاشور مبروك ، النظام الإجرائي ، بند 178 ، ص 190 .

الطعن أو رفضه ، كما أن لها أن تحكم بقبوله . فإذا قضت بقبوله فإنها تنتقض الحكم المطعون فيه ، ولكن هذا النقض يكون فقط من الناحية النظرية ، فلا يفيد ولا يضر الخصوم ، ويبقى الحكم المطعون فيه - رغم نقضه - كما هو منتجاً لكافة آثاره بين الخصوم ، فيظل الحكم رغم نقضه منفذاً بين الخصوم ، فليس له أي أثر علي الخصوم . و لا تنظر محكمة النقض الموضوع أبداً ولو كان صالحاً للفصل فيه ، و لا تستطيع إحالة خصومة الحكم المنقوض إلي محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه للفصل فيها من جديد بهيئة جديدة . و تكفي محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه ، و بهذا تتحدد قيمة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون علي أساس أنه ينبه محاكم الموضوع إلي الخطأ الذي شاب الحكم المطعون فيه ؛ حتي لا تقع فيه تلك المحاكم مرة أخرى كسابقة قضائية ، فهو يزيل قوة الحكم المنقوض كسابقة تهتدي بها محاكم الموضوع . و أما إذا أيدت محكمة النقض الحكم المطعون فيه بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون عند نظر الطعن في غرفة المشورة فإن ذلك يقوي هذا الحكم المؤيد من محكمة النقض ويثبت صحة قضائه . و يؤدي الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون إلي تحقيق فائدة قضائية بتطبيق صحيح القانون وإدانة الخطأ الذي وقع فيه قاضي الموضوع ؛ حتي يتم اجتنابه مستقبلاً.(1)

و بناءً على ذلك نتناول سلطة محكمة النقض في خصومة الطعن

بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون وآثاره في مطلبين على النحو

التالي :

(1) د. وجدي راغب فهمي ، و د. أحمد ماهر زغلول ، و د. يوسف يوسف أبو زيد ، مبادئ القضاء المدني ، بند 619 ، ص 1635 . د. مصطفى كيرة ، النقض المدني ، بند 916 ، ص 795 . د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250 ، ص 526 و ما بعدها . نقض مدني 25 / 3 / 1999م ، طعن رقم 1314 لسنة 67 ق ، مج ، س 50 ، ق 90 ، ص 461 .

المطلب الأول : سلطة محكمة النقض في نظر الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون .

المطلب الثاني : آثار حكم النقض في الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون .

و ذلك بالتفصيل الآتي :

المطلب الأول

سلطة محكمة النقض في نظر الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون

38 - حدود سلطة محكمة النقض عند نظر الطعن بالنقض لمصلحة القانون

: يعرض الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون على الدائرة المختصة بأكملها مشكلة من خمسة مستشارين (م 3 / 2 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972م) ، منعقدة في غرفة المشورة و ليس في جلسة علنية ، و لا يجوز أن يمثل الخصوم فيها بوكلائهم ، و بالتالي لا يلزم إعلان الخصوم أو حضورهم ، و تصدر قراراتها بالأغلبية المطلقة للآراء بعد التأكد من استكمال الطعن بالنقض شكله وسلامته من الناحية القانونية . (1)

و إذا رأت محكمة النقض في غرفة المشورة أن الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون غير جائز أو غير مقبول لسقوطه ، أو لبطلان إجراءاته ، أو لإقامته على غير الأسباب المبينة في المادة 250 مرافعات ، أو على أسباب تخالف ما استقر عليه قضاؤها ، أو غير مستوفٍ أوضاعه الشكلية ، كعدم توقيع صحيفة الطعن من النائب العام شخصياً ، أو لوجود طعن آخر بالنقض مرفوع من أحد الخصوم ، أو كان الطعن بالنقض بالنسبة للخصوم مازال متاحاً و لا يوجد ما يفيد قبول الحكم أو تنفيذه ، أو كان مبنياً على عيب - كالعيب

(1) د. فتحي وإلي، الوسيط، بند 381، ص 744 وما بعدها . د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص 811-812. د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند 167، ص 388. د. محمد المنجي، الطعن بالنقض المدني، منشأة المعارف بالإسكندرية 2011 م ، بند 322، ص 810 .

في الإجراء - لا يصلح سبباً للطعن بالنقض لمصلحة القانون ... أمرت بعدم قبوله لكونه غير جدير بالنظر (1) .

و إذا جاز لمحكمة النقض الحكم في الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون بعدم قبول الطعن أو عدم جوازه أو رفضه لعدم توافر شروط الطعن بالنقض لمصلحة القانون ، فيجوز لها أيضاً أن تحكم بقبول الطعن شكلاً لصحة شروط قبوله ، و ترفضه موضوعاً لكونه علي غير أساس نظراً لصدور الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون صحيحاً موافقاً للقانون ، كما يجوز لها أن تحكم بقبول الطعن و بنقض الحكم المطعون فيه و تصحيح الخطأ القانوني و بيان أوجه مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون ، و تقف عند هذا الحد . و لا يجوز لها الحكم بالإحالة لمحكمة الموضوع ، كما لا يجوز لها التصدي للفصل في الموضوع و لو كان الموضوع صالحاً للفصل فيه .

و إذا رفضت محكمة النقض الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون و أيدت الحكم الانتهائي المطعون فيه فإن هذا التأييد يقوي الحكم المطعون فيه . و يكون ذلك بقرار يصدر بأغلبية الآراء ، و يحوز قوة الأمر المقضي ، و يثبت في محضر الجلسة مع إشارة موجزة لسببه، (م 263 / 3 مرافعات مستبدلة بالقانون رقم 76 لسنة 2007 م - art. 620)، و هذا القرار بمثابة حكم قضائي قطعي حاسم ينهى النزاع أمام محكمة النقض ، شأنه شأن الحكم الصادر منها . (2) . و في جميع الأحوال لا يجوز الطعن في القرار الصادر من

(1) د. فتحي والي ، الوسيط ، بند 381 ، ص 744 وما بعدها . نقض مدني 29 / 11 / 1990 م ، طعن رقم 2196 لسنة 60 ق ، مج ، س ، 41 ، ج 2 ، ق 304 ، ص 827 . نقض مدني 30 / 5 / 1979 م ، طعن رقم 43 لسنة 47 ق ، مج ، س ، 30 ، ج 2 ، ق 274 ، ص 483 .
-Cass. Ass. Plén.; 23 Nov. 2007; J.C.P. 2007; éd. G.; II; 10204; Not. Chauvin. , Procédures. 2008; Comm.; N. 15. Not. Douchy- Oudot. , J.C.P. 2008; éd. G.; I; P. 138; Not. Amrani-Mekki. , Rév. Trim. dr. Civ. 2008; P. 160; obs. Perrot.

(2) د. فتحي والي، الوسيط، بند 381، ص 744 وما بعدها .
-Cass. Civ. 2□ ; 4 déc. 2003; Gaz. Pal. 29-30 oct. 2004; P. 18; obs. du Rusquec.
-Cass. Soc.; 5 juin 1985; D. 1986; inf. rap.; P. 222; obs. Julien.

محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام (م 263 / 5 مرافعات) . (1)

و يصدر الحكم بأغلبية الآراء ، فإذا لم تتوفر الأغلبية وتشعبت الآراء لأكثر من رأيين ، وجب أن ينضم الفريق الأقل عدداً أو الفريق الذي يضم أحدث القضاة لأحد الرأيين الصادرين من الفريق الأكثر عدداً ، و ذلك بعد أخذ الآراء مرة ثانية (م 169 مرافعات) ، ويوقع عليه من جميع أعضاء الدائرة ، و لا يكفي توقيع رئيس الدائرة وحده ، و لا يأخذ هذا الأمر شكل الحكم أو يشتمل على بياناته ، بل يكفي ثبوته في محضر الجلسة مع إشارة موجزة إلي سببه (تسبب موجز) ؛ لأنه لا يصدر في جلسة علنية ، و لا تراعى فيه قواعد التسبب ، و لا يلزم فيه سرد الوقائع و لا أوجه دفاع الخصوم و لا رأى نيابة النقض ، و لا تلاوة منطوقه في جلسة علنية. (2)

وتتحدد سلطة محكمة النقض عند نظر خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون بنطاقها المحدد بالنائب العام فقط رافع الطعن ، و الحكم المخالف للقانون المطعون فيه فقط ، فليس لهذا الطعن أثر ناقل كالاستئناف ؛ لأن محكمة النقض محكمة قانون فقط لا محكمة واقع ، تقتصر مهمتها على بحث الأسباب التي تمسك بها الطاعن في صحيفة الطعن بالنقض فقط ، مالم تكن أسباب قانونية بحثة أو أسباب متعلقة بالنظام العام و بشرط أن لا يخالفها واقع ، أو تكون ناشئة عن الحكم المطعون فيه ذاته . (3)

-Cass. Civ. 1□ □ ; 25 mai 1982; D. 1984; P. 273; Not. Prieur .

(1) د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، بند 167، ص 388؛ بند 192، ص 430 وما بعدها. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص 1124 وما بعدها. أحمد جلال الدين هلال، قضاء النقض، بند 467، ص 451. نقض مدني 1996/2/25 م، طعن رقم 3949 لسنة 360ق، مج، س 47، ج 1، ق 71، ص 360.

(2) د. فتحي وإلي، الوسيط، بند 381، ص 744 وما بعدها. د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص 812. أحمد جلال الدين هلال، قضاء النقض، بند 467، ص 451. محمد وليد الجارحي، النقض المدني، ص 1129. د. محمد المنجى، الطعن بالنقض المدني، بند 323، ص 811 وما بعدها. طه الشريف، نظرية الطعن بالنقض، بند 392-393، ص 440-441.

(3) حامد فهمي، و د. محمد حامد فهمي، النقض، بند 120 وما بعدها، ص 336 وما بعدها. د. أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، بند 233، ص 471. أحمد جلال الدين هلال، قضاء النقض، بند 50 وما

و على ذلك لا يجوز التمسك بمسألة جديدة يخالطها واقع ، سواء أكانت إجرائية أم موضوعية ، بشرط أن تكون متعلقة بالحكم أو بجزء من الحكم المطعون فيه ؛ لأن محكمة النقض ليست دار إفتاء ، و على محكمة النقض التسليم بالوقائع كما قررتها محكمة الموضوع ، و لا يجوز تقديم طلبات جديدة أمام محكمة النقض ؛ لأنها ليست محكمة موضوع ، فهذا غير جائز في الطعن بالنقض . (1)

و تقتصر وظيفة محكمة النقض علي تقرير المبادئ القانونية الواجب إعمالها في النزاع المطعون أمامها في الحكم الصادر فيه ، دون أن تتطرق إلي بحث المسائل الموضوعية . و يجوز للنائب العام الإدلاء بالحجج القانونية بشرط أن تكون الوقائع ثابتة في الحكم المطعون فيه . وعندما تنظر محكمة النقض خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون في غرفة المشورة فإنها إذا رأت أن الطعن غير مقبول لأي سبب أو أنه باطل أو أن أسبابه غير قانونية أو لبطلان إجراءاته أو إقامته علي غير الأسباب الواردة في (م 250) مرافعات مصري، أمرت بعدم قبوله بقرار يثبت في محضر الجلسة مع بيان موجز لأسبابه و تنتهي خصومة الطعن عند هذا الحد . أما إذا رأت أن الطعن جدير بالنظر ، حكمت فيه في غرفة المشورة في الحال ، أو حددت جلسة

بعده، ص 51 وما بعدها. نقض مدني 2005/3/28م، طعن رقم 4641 لسنة 62 ق، مج، س 56، ج1، ق 53، ص314. نقض مدني 2005/8/2م، طعن رقم 5187 لسنة 74 ق، مج، س 56، ج1، ق 131، ص755.

-Cass. Civ. 3□ ; 31 mars. 2005; J.C.P. 2005; éd. G.; IV; 2129.
-Cass. Ass. Plén. ; 18 Févr. 1994; Gaz. Pal. 22-23 avr. 1994; P. 14.
-Cass. Civ.2□ ; 5 déc.1985; Gaz. Pal. 1986; II; Somm.; P. 324; obs.
Guinchard et Moussa.

(1) د. فتحي وإلي ، الوسيط، بند 385 ، ص 752-753 . د. نبيل عمر ، أصول المرافعات ، بند 1135 ، ص 1289 . د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250 ، ص 526 وما بعدها . طه الشريف ، نظرية الطعن بالنقض ، بند 421 ، ص 466-467 . نقض مدني 2011/1/17 م ، طعن رقم 280 لسنة 80 ق ، منشور بموقع محكمة النقض.

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx

للحكم فيه ، و لا موجب للنطق بالحكم علناً ، و أما إذا كان الحكم صحيحاً في مبناه حكمت محكمة النقض برفض الطعن . (1)

و لا يجوز لمحكمة النقض أن تنتقض الحكم ، ثم تحكم في الموضوع ولو كان صالحاً للحكم فيه ، أو أن تحيله إلي المحكمة التي أصدرته ، وإنما عليها أن تقضي بتصحيح المبدأ القانوني الذي شابه الخطأ وعاب الحكم المطعون فيه المخالف للقانون . و يقوم مبدأ عدم جواز النقض والاحالة علي أساس الطبيعة الخاصة للطعن ؛ إذ لا أثر له علي خصوم الطعن ، و إنما يستهدف تصحيح المبادئ القانونية علي أساس سليم لمصلحة القانون . (2)

و إذا جاز لمحكمة النقض الحكم في الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون بعدم قبول الطعن أو عدم جوازه أو رفضه ، كما جاز لها أيضاً أن تحكم بقبول الطعن وبنقض الحكم المطعون فيه . إلا أنه لا يجوز للدائرة المختصة المنعقدة في غرفة المشورة إحالة الطعن بالنقض إلي الهيئة العامة لمحكمة النقض للنظر في العدول عن مبدأ قانوني سابق ؛ لأن هذا الحق قاصر على الدائرة المختصة بالموضوع المنعقدة بجلسة علنية لنظر الطعن ، و لا يجوز لغرفة المشورة مصادرة هذا الحق أو التعدي عليه . (3)

و علي ذلك يقتصر أثر الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون باعتبار أنه طعن نظري فقهي محض بلا خصوم حقيقيين لأنه قاصر علي النائب العام فقط علي تقرير أو إلغاء أو تعديل اتجاه قانوني معين سبق أن اعتنقته محكمة الموضوع المطعون في حكمها بالنقض لمصلحة القانون ، حتي لا يكون

(1) د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250 ، ص 526 وما بعدها . د. محمد المنجي ، الطعن بالنقض المدني ، بند 300 ، ص 774 . طه الشريف ، نظرية الطعن بالنقض ، بند 151 ، ص 180 .

(2) د. محمد المنجي ، الطعن بالنقض المدني ، بند 300 ، ص 775 . طه الشريف ، نظرية الطعن بالنقض ، بند 151 ، ص 179 . علي جمجوم ، و حسين جمجوم ، الطعن بالنقض المدني ، ص 337 . نقض مدني 25 / 3 / 1999م ، طعن رقم 1314 لسنة 67 ق ، مج ، س 50 ، ق 90 ، ص 461 .

(3) د. وجدى راغب ، مبادئ القضاء ، ص 812 . أحمد جلال الدين هلالى ، قضاء النقض ، بند 467 ، ص 451 . محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، ص 1129 . د. محمد المنجي ، الطعن بالنقض المدني ، بند 323 ، ص 811 وما بعدها . د. عبد العزيز خليل بديوي ، بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الاسلام ، دار الفكر العربي بالقاهرة 1978 م ، ص 552-554 .

سابقة قضائية يهتدي بها فيما بعد أمام المحاكم الأخرى ، وللمحافظة علي وحدة و حسن تطبيق القانون بتدارك الخطأ في تفسيره .

المطلب الثاني

آثار حكم النقض في الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون

39 - الآثار العامة لحكم النقض الصادر في الطعن بالنقض لمصلحة

القانون : الحكم الصادر في خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون لا يفيد و لا يضر الخصوم ، كما أنه لا يفيد و لا يضر الغير ، و لا يجوز للخصوم و لا للغير الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام ، و هو حكم نقض دون طعن من الخصوم لأنه حكر علي النائب العام فقط دون الخصوم ، و ليس لحكم النقض لمصلحة القانون أي أثر علي تنفيذ الحكم المنقوض بين الخصوم ، و لا بالنسبة للغير أيضاً ، بمعنى أنه لا أثر للحكم الناقض علي الخصوم و لا علي الغير و لا علي الحكم المنقوض كما لو لم تتم مباشرة أي طعن علي الحكم المنقوض، وذلك في كل من مصر وفرنسا والدول التي اتبعت نفس المنهاج . (1)

والأصل طبقاً للقواعد العامة أن الطعن بالنقض كطريق طعن غير عادي لا يقصد به إعادة طرح النزاع أمام محكمة النقض لإعادة الفصل فيه من جديد فيما يتعلق بالواقع و القانون كما هو الحال في نظام الطعن بالاستئناف ، و لكن تقتصر سلطة محكمة النقض علي مجرد تقرير المبادئ القانونية الصحيحة في النزاع المطروح عليها دون أن تفصل في موضوعه ، فهي محكمة رقابة علي صحة تطبيق القانون و حسن تفسيره فقط . (2)

(1) - Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.151-154; P. 761-762.

- Héron; Droit Judiciaire Privé; N.868; P.701.

- Cass. Civ.; 6 juill. 1948; D.1949; P.25 Not, P.L.P.

(2) د. نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في قانون المرافعات ، بند 528 ، ص 698. نقض مدني 3 / 25 1999م ، طعن رقم 1314 لسنة 67 ق ، مج ، س 50 ، ق 90 ، ص 461.

و يختلف الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون عن الطعن بالنقض لمصلحة الخصوم ؛ إذ يؤدي الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون إلي فائدة قضائية ، وهي تطبيق القانون تطبيق صحيح ، و إدانة الخطأ الذي وقع فيه قاضي الموضوع ، والرقابة علي التفسيرات المخالفة للقانون التي يشتمل عليها الحكم المطعون فيه ؛ و ذلك حتي لا يكون سابقة قضائية مخالفة للقانون .

و إذا حكمت محكمة النقض في الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون بعدم قبول الطعن أو عدم جوازه أو رفضه انتهى الأمر عند هذا الحد . أما إذا حكمت بقبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه فلا يستفيد الخصوم من هذا الحكم ، فنقض الحكم يكون من الناحية النظرية فقط ، و يبقى الحكم رغم نقضه كما هو منتجاً لجميع آثاره بين الخصوم وفي مواجهة الغير، حتي يخلص الطعن لوجه القانون . فنقض الحكم هو نقض من الناحية النظرية فقط ، و لا يفيد الخصوم ، و يبقى الحكم منتجاً لآثاره بينهم ، و لأنه لا يقبل تدخل الخصوم أو الغير في هذا الطعن - لأنه يكون في حكم قد حاز قوة الأمر المقضي - فلا يكون له أي آثار بالنسبة لهم ، و يظل الحكم رغم نقضه منقذاً بين الخصوم ، و ليس له أي أثر عليهم ، و لا بالنسبة للغير . و لا يجوز لأحد من الخصوم الاستناد إلي الحكم الناقض للامتناع عن تنفيذ الحكم المنقوض ، و بذلك لا يكون للنقض لمصلحة القانون قيمة سوي أنه ينبه المحاكم إلي الخطأ الذي وقع فيه الحكم المطعون فيه ، فهو يزيل قوة الحكم كسابقة قضائية يهتدي بها القضاء ، و لكن يلاحظ أن ذلك الحكم الناقض في النقض لمصلحة القانون لا يلزم المحاكم ، و لا يلزم محكمة النقض نفسها في القضايا المماثلة. (1)

(1) د. فتحي وإلي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 777 . د. مصطفى كيره ، النقض المدني ، بند 913 ، ص 793 . د. فايز أحمد عبد الرحمن ، الوسيط في شرح قانون المرافعات الليبي، دار النهضة العربية بالقاهرة 2010 م ، ص 786 .

-Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.141; P. 761.

و لا يترتب علي نقض الحكم المطعون فيه بالنقض لمصلحة القانون زوال هذا الحكم أو اعتباره كأن لم يكن احتراماً لقوة الأمر المقضي التي حازها و تأكدت من قبل الطعن فيه ، الأمر الذي حدا بالمشرع المصري النص علي أن الخصوم لا يفيدون من هذا الطعن . و كل ما للحكم الناقض من أثر هو الإعلام والتنبيه بأن كلمة القانون و إرادة المشرع لم تكن تلك التي أعلنها الحكم المطعون فيه بالنقض لمصلحة القانون ، حتي لا يهتدي به فيما قد يطرح علي المحاكم من منازعات تماثل تلك التي صدر فيها الحكم المنقوض ، فهو يزيل قوة الحكم الذي نقض كسابقة يهتدي بها القضاء . أما إذا حكم بتأييد الحكم المطعون فيه ، فإن ذلك يقوي هذا الحكم . (1)

و يتمتع علي محكمة النقض إذا نقضت الحكم المطعون فيه بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون أن تحكم بإحالة موضوع قضية الحكم المنقوض إلي محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المنقوض ، بل تقف سلطة محكمة النقض عند نقض الحكم المطعون فيه فقط ؛ نظراً للطبيعة الخاصة التي يتمتع بها هذا الطعن . (2)

كما يتمتع علي محكمة النقض إذا نقضت الحكم المطعون فيه بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون أن تنظر موضوع قضية الحكم المنقوض في جميع الحالات حتي لو كان الموضوع صالحاً للفصل فيه ، بل يقف الأمر بمحكمة النقض عند نقض الحكم المطعون فيه فقط ؛ نظراً للطبيعة الخاصة التي يتمتع بها الطعن بالنقض لمصلحة القانون . و بالتالي لا يكون للطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون من قيمة إلا من الناحية النظرية فقط ،

-Andr Tunc; La cour judiciaire suprême; Rév. Int. dr. Comp. 1978; P.440.
(1) د. فتحي وإلي ، الوسيط ، بند 397 ، ص 777 . د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250 ، ص 526 و ما بعدها . محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، ص 1229 .
(2) د. مصطفى كبره ، النقض المدني ، بند 916 ، ص 795 . د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250 ، ص 526 و ما بعدها . د. أحمد خليل ، التناضي علي درجة واحدة وعلي ثلاث درجات ، بند 95 ، ص 133 . محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، ص 1229 . نقض مدني 25 / 3 / 1999م ، طعن رقم 1314 لسنة 67 ق ، مج ، س 50 ، ق 90 ، ص 461 .

علي أساس أنه ينبه المحاكم إلي الخطأ الذي شاب الحكم المطعون فيه بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، حتي لا تقع فيه محكمة أخرى من محاكم الموضوع ، أي أن ترشد به المحكمة العليا المحاكم الأخرى إلي الحلول القانونية الصحيحة .

فإذا كانت محكمة النقض قد نقضت الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون من النائب العام فلا توجد إحالة ، كما لا تفصل محكمة النقض في الموضوع ولو كان صالحاً للفصل فيه ، وتقف عند حد النقض فقط نظراً للطبيعة الخاصة للطعن بالنقض لمصلحة القانون ، و لأن النقض لمصلحة القانون لا ينبغي أن يضر أحد الخصوم لأنهم ليسوا أطرافاً فيه ، و بالتالي يبقي الخصوم مقيدين بالحكم المنقوض و هو الذي ينظم حقوقهم ومراكزهم القانونية ، فلا تكون في حاجة لحكم جديد في الموضوع سواء أكان من محكمة النقض أو من محكمة الإحالة . و عليه فإن الحكم الناقض في الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ليس له أية آثار في مواجهة الخصوم ولا في مواجهة الغير لأنهم ليسوا أطرافاً في الحكم الناقض ، و لا يجوز للخصوم و لا حتي للغير التمسك به للتهرب من أحكام الحكم المنقوض الذي يكون بالنسبة لهم قد حاز قوة الأمر المقضي لانتهاء أية مصلحة لهم بالحكم الناقض . و مادام الخصوم لا يستطيعون التمسك به فلا يجوز أن يلحقهم بأي ضرر ، و لا تأثير للحكم الناقض علي مراكز الخصوم و حقوقهم المكتسبة من الحكم المنقوض . (I)

و ليس للطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون أي أثر علي تنفيذ الحكم المطعون فيه ، و لا يجوز لأي من الخصوم طلب وقف تنفيذ

(1) د. أحمد هندي ، التعليق ، م 250 ، ص 526 و ما بعدها . د. الأنصاري حسن النيداني ، النظام القانوني للخصومة أمام محكمة الاحالة بعد النقض ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2002 م ، بند 8 ، ص 15 . محمد وليد الجارحي ، النقض المدني ، ص 1229 . نقض مدني 1999 / 3 / 25 ، طعن رقم 1314 لسنة 67 ق ، مج ، م 50 ، ق 90 ، ص 461 .
-Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.154; P. 761-762.

الحكم المطعون فيه بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ؛ لأن الخصوم ليسوا خصوماً حقيقين في خصومة الطعن حيث يكون هذا الطعن قاصراً علي النائب العام وحده . كما أنه لا يجوز للخصوم الطعن في الحكم الناقض الصادر في خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ؛ لأنه حكم صادر من محكمة النقض ، و أحكام محكمة النقض باتة لا يجوز الطعن عليها بأي طريق من طرق الطعن (م 272 مرافعات) . (1)

إلا أن قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي قرر بأن الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون يفيد منه الخصوم بنص (م 174) معدلة بالقانون الاتحادي رقم 30 لسنة 2005م ، وذلك بقولها : " ... ويفيد الخصوم من هذا الطعن ... " ، وكذلك أيضاً المشرع العراقي في (م 30 / ثانياً) من قانون الادعاء العام رقم 159 لسنة 1979م المعدل بالقانون رقم 51 لسنة 1987م ، ثم عدلت مرة ثانية بالقانون رقم 7 لسنة 2000م ، و هو ما يضيف علي الطعن بالنقض لمصلحة القانون قيمة عملية وأهمية كبرى ، فلا يكون الحكم فيه مجرد قيمة نظرية فقهيه محضة كما هو الحال في القانون المصري والفرنسي والقوانين التي نهجت مسلكيهما ، و الذي قرر عدم إفادة الخصوم من هذا الطعن. (2)

و يترتب علي الحكم في الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون استفاد ولأية محكمة النقض بصدد الحكم الذي أصدرته ، و يجوز الحكم بالنقض قوة الأمر المقضي ، بل يصبح حكماً باتاً و بالتالي لا يجوز الطعن فيه مرة أخرى بأي طريق من طرق الطعن . و يجوز لمحكمة النقض تصحيح حكمها بالنقض إذا كان مشوباً بخطأ مادي بحث سواء أكان كتابياً أم حسابياً (م 191

(1) د. مصطفى كبره ، النقض المدني ، بند 916 ، ص 795 .
-Jacques et Louis Boré; La cassation en matière civile; N. 141.154; P. 761-762.

(2) د. علي الحديدي ، القضاء والتقاضي ، ص 455 .

مرافعات) ، كما يجوز للنائب العام الرجوع لمحكمة النقض لطلب تفسير حكمها بالنقض لمصلحة القانون إذا وقع في منطوقه غموض أو إبهام (م 192 مرافعات) ، وأيضاً للنائب العام الرجوع لمحكمة النقض لاستكمال ما أغفلت الفصل فيه من طلبات لمصلحة القانون (م 193 مرافعات) . (1)

40 - عدم جواز الطعن في حكم النقض الصادر في الطعن بالنقض لمصلحة القانون : لايجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن ؛ لأنها أحكام باتة (م 272 مرافعات) ، أي أن أحكام محكمة النقض لا معقب عليها و لا سبيل إلى الطعن عليها أمام أي محكمة من المحاكم بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام سواء أكانت العادية كالمعارضة والاستئناف أو غير العادية كالتماس إعادة النظر والنقض ، و هذه قاعدة عامة تسرى على كافة أحكام محكمة النقض سواء أكانت بالرفض أم بالنقض ، و سواء أصدرت عنها بغرفة المشورة أو بجلسة نظر الطعن أو بالهيئة العامة أو بالدوائر المجتمعة لمحكمة النقض . (2) و يرجع ذلك إلى مكانة محكمة النقض باعتبارها المحكمة العليا وخاتمة المطاف في التنظيم القضائي فلا يجوز أن تراقبها محكمة أخرى . (3)

(1) د. أحمد عوض هندي ، آثار أحكام محكمة النقض وقوتها ، بند 15 ، ص 68-82 . د. سيد أحمد محمود ، النقض الجزئي للأحكام ، ص 15 و ما بعدها .
(2) د. وجدى راغب، مبادئ القضاء المدني ، ط 3 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2001 م ، ص 822.

نقض مدنى 2004/3/15م، طعن رقم 506 لسنة 66ق (أحوال شخصية)، مج، س 55، ج 1، ق 57، ص 301.

نقض مدنى 1990/6/26م، طعن رقم 21 لسنة 58ق (أحوال شخصية)، مج، س 41، ج 2، ق 232، ص 352. نقض مدنى 1970/6/11م، طعن رقم 303، لسنة 35 ق، مج، س 21، ج 2، ق 165، ص 1031.

-J. Fossereau, J. Voulet; Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 6 ets.

-Herve Crozeet Christian Morel; Procédure Civile; N. 351; P. 336.

(3) -Couchez et Lagarde; Procédure civile; N. 456; P. 517.

- Couchez, Langlade et Lebeau; Procédure civile; N.1556; P. 577.

-Cass. Ass. Plén.; 23 Nov. 2007; Rév. Huiss. 2008; P. 93; obs.

Leborgne. , Rév. Trim. dr. Civ. 2008; P.160; obs. Perrot.

-Cass. Civ. 2 □ ; 4 déc. 2003; Gaz. Pal. 29-30 Oct. 2004; P. 18; obs. du Rusquec.

والأصل والقاعدة عدم جواز التمسك ببطلان الأحكام عن طريق دعوى بطلان أصلية باستثناء الأحكام المنعومة ، إلا بالتظلم منها بطرق الطعن المناسبة لها والتي حددها القانون على سبيل الحصر احتراماً لحجية الأحكام باعتبارها عنواناً للحقيقة والصحة ، ولا يجوز تعييبها إلا بطرق الطعن المحددة قانوناً بإجراءاتها ومواعيدها ، و لذا وجدت قاعدة لا دعاوى بطلان ضد الأحكام أصلاً يرد عليه استثناء بالأحكام المنعومة (art. 460 N.C.P.C.F.) . (1)

وقد أجازت الدائرة المدنية لمحكمة النقض رفع دعوى بطلان أصلية ضد الحكم المنعوم لتخلف أحد أركان وجوده قانوناً الموضوعية أو الشكلية ، و ترفع بالإجراءات العادية لرفع الدعاوى أمام نفس المحكمة التي أصدرته في أي وقت ، فليس لها ميعاد ترفع خلاله ، وإنما تخضع للتقادم الطويل، و قد تنظر الدعوى من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم المنعوم . (2) وعلى نفس المنوال المحكمة الدستورية العليا (3) ، وكذلك المحكمة الإدارية العليا . (4) كما أن الدائرة الجنائية لمحكمة النقض قضت بأن سبيل تعييب الأحكام لا يكون إلا عن طريق الطعن فيها بطرق الطعن المقررة قانوناً، وأن الطعن فيها بدعوى البطلان الأصلية غير جائز باستثناء الحالة المنصوص عليها في (م 2/147) مرافعات مصري بشأن بطلان الحكم الصادر من محكمة النقض لعدم صلاحية أحد أعضاء

(1) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع ، ص 562 - 563. د. أحمد هندي ، التمسك بالبطلان، بند 32، ص 219. د. أحمد مليجي ، التعليق على قانون المرافعات ، ج 3، ص 872. نقض

مدني 1967/1/17، طعن رقم 120 لسنة 33 ق ، مج ، س ، 18، ج 1 ، ق 104 ، ص 104.

- Louis seguer, L'inexistence en procédure Civile . J. C.P . 1968, Doct.

2129 .N.4.

(2) نقض مدني 1999/2/25م ، طعن رقم 4008 لسنة 62، مج ، س 50، ج 1، ق 58 ، ص 310.

نقض مدني 1980/1/24م ، طعن رقم 567 لسنة 42 ق ، مج ، س 31، ج 1، ق 57، ص 272.

نقض مدني 1979/2/14م ، طعن رقم 1017 لسنة 48 ق ، مج ، س 30، ج 1، ق 100، ص 520.

نقض مدني 1977/4/13م ، طعن رقم 16 لسنة 44 ق ، مج ، س 28، ج 1، ق 164 ، ص 962.

نقض مدني 1977/4/27م ، طعن رقم 427 لسنة 41 ق ، مج ، س 28، ج 1، ق 182 ، ص 1060.

نقض مدني 1967/5/16م ، طعن رقم 216 لسنة 33 ق ، مج ، س 18، ج 3، ق 149 ، ص 997.

(3) دستورية عليا 2003/5/11م ، طعن رقم 95 لسنة 20 ق ، مج ، س 15، ج 1، ق 157،

ص 1082.

(4) إدارية عليا 2000/12/10م ، طعن رقم 2138 لسنة 47 ق ، مج ، س 46، ج 1، ق 29،

ص 201.

الهيئة التي أصدرته (1). ولذا يجوز رفع دعوى البطلان الأصلية ضد أي حكم منعدم أياً كانت المحكمة التي أصدرته سواء أكانت محكمة أول درجة أو ثاني درجة أو محكمة النقض ، و ذلك إذا فقد أحد أركان مقوماته وجوده قانوناً الشكلية أو الموضوعية بحيث يفقد وظيفته و صفته كحكم قضائي. وطلب تقرير الانعدام هو في حقيقته طلب بسحب أو إلغاء الحكم المنعدم من المحكمة التي أصدرته (2) و علي ذلك فإن القرار الصادر من محكمة النقض في غرفة المشورة في الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن ، مثله مثل الحكم الصادر من محكمة النقض في جلسة مرافعة . باستثناء حالات عدم صلاحية القاضي (م 146 مرافعات) الذي أصدر الحكم ، فإنها تؤدي إلي إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى (م 147 / 2 مرافعات) ، و لا يخضع هذا الطلب لميعاد الطعن بالنقض (3) ، و ذلك زيادة في الاحتياط والتحوط لسمعة القضاء . و عليه يكون لمحكمة النقض الرجوع عن قضائها وسحب حكمها وإصدار حكم جديد من دائرة

(1) نقض جنائي 1960/4/26م ، طعن رقم 188 لسنة 30 ق ، مج ، س 11 ، ج 2 ، ق 77 ، ص 380.
(2) د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام ، بند 145 ، ص 335. د. فتحي والي ، نظرية البطلان، ص 623.
د. أحمد فتحي سرور ، نظرية البطلان ، بند 155 ، ص 215. د. أحمد هندي، التمسك بالبطلان ، بند 32 ، ص 220. د. نبيل عمر ، أصول المرافعات ، بند 1061 ، ص 1202 - 1203. د. وعدي سليمان على المزوري ، ضمانات المتهم ، ص 214. د. أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات ، ج 3، ص 876. نقض مدني 1997/3/19 ، طعن رقم 3469 لسنة 59 ق ، مج ، س 48 ، ج 1 ، ق 100 ، ص 521.

(3) د. سيد أحمد محمود ، النقض الجزئي ، ص 130 .
نقض تجاري 2014/3/24 م ، طعن رقم 10029 لسنة 83 ق ، منشور على موقع محكمة النقض

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

نقض مدني 1999 / 10 / 26 م ، طعن رقم لسنة ق ، مج ، س 50 ، ج 2 ، ق 204 ، ص 1041.
نقض مدني 1996 / 2 / 25 م ، طعن رقم 3949 لسنة 60 ق ، مج ، س 47 ، ج 1 ، ق 71 ، ص 360.
نقض مدني 1990 / 3 / 22 م ، طعن رقم 2353 لسنة 55 ق ، مج ، س 41 ، ج 1 ، ق 137 ، ص 819

أخرى بسبب خطأ إجرائي مؤثر ، خارج عن إرادة الخصوم و لا يد لهم فيه ، بأن تكون محكمة النقض هي المتسببة فيه . (1)

و علي ذلك يجوز رفع دعوى بطلان أصلية ضد حكم محكمة النقض الصادر في الطعن بالنقض لمصلحة القانون عند توافر حالة من حالات عدم صلاحية أحد القضاة لنظر الدعوى الواردة في (م 146مرافعات) على سبيل الحصر ، و ترفع دعوى البطلان الأصلية لحكم محكمة النقض الصادرة في الطعن بالنقض لمصلحة القانون في أي وقت ؛ لأنها لا تخضع لأي ميعاد ، وأمام نفس الدائرة التي أصدرته ؛ لأنها لم تستنفذ ولايتها بحكم معدوم ، لتقوم نفس الدائرة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بمحكمة النقض بسحب وإلغاء حكمها ، ثم إحالة الطعن الذي صدر فيه الحكم الباطل إلي دائرة أخرى لنظره من جديد . و يمكن التمسك بانعدام الحكم القضائي عن طريق دعوى البطلان الأصلية ، أو عن طريق الدفع بانعدامه ، أو عن طريق المنازعة في تنفيذه . و يكون الحكم منعديماً إذا صدر من قاض فقد عقله بالجنون أو زالت عنه ولاية القضاء بسبب العزل أو الإحالة إلي المعاش أو الاستقالة أو صدر غير مكتوب أو صدروه من هيئة ليست محكمة قضائية . (2)

و في هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بما يلي : " النص في المادة 147 من قانون المرافعات على أنه " يقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في

(1) د. وجدى راغب، مبادئ القضاء، ص 822. د. أحمد هندي، آثار أحكام محكمة النقض، بند 32، ص 243 وما بعدها. د. محمد حسام لطفى، سحب أحكام محكمة النقض، دار النهضة العربية بالقاهرة 2004، ص 28 وما بعدها. د. محمد سعيد عبدالرحمن، الرجوع عن الأحكام الباتة، دار النهضة العربية بالقاهرة 2011م، بند 62، ص 135

-Olivier Renard- Payen; Effets et suites des arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 23 ets.

-Cass. Civ.3 □ ; 3 Fév.1988.; Gaz. Pal. 1988; Pan.; P. 101.

-Cass. Civ.3 □ ; 19 Nov. 1986; J.C.P. 1987; éd. G.; IV; P. 182.

(2) محمد وعبد الوهاب العشموي ، قواعد المرافعات، بند 1132، ص 759. د. فتحي وإلي، الوسيط، بند 396، ص 775. أحمد جلال الدين هلاي ، قضاء النقض، بند 565، ص 521. د. محمد حسام لطفى، سحب أحكام محكمة النقض، ص 28 وما بعدها. د. محمد سعيد عبدالرحمن، الرجوع عن الأحكام الباتة، بند 62، ص 135.

نقض مدنى 1989 /6/22 م، طعن رقم 2745 لسنة 57 ق، مج، س 40، ج 2، ق 274، ص 663.

الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم، وإذا وقع هذا البطلان في حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم و إعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى. " و في المادة 272 من ذات القانون على أنه " لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن " يدل على أن أحكام محكمة النقض لا يجوز تعييبها بأي وجه من الوجوه، فهي واجبة الاحترام على الدوام باعتبار أن مرحلة النقض هي خاتمة المطاف في مراحل التقاضي ، وأحكامها باتة لا سبيل إلي الطعن فيها، وأن المشرع اغتنى عن النص على منع الطعن في أحكام محكمة النقض بسائر طرق الطعن العادية أو غير عادية لعدم إمكان قصور الطعن بها على أحكام هذه المحكمة ، ولم يستثن المشرع من ذلك الأصل إلا ما أورده في نص الفقرة الثانية من المادة 147 من قانون المرافعات من جواز الطعن ببطلان الحكم الصادر من محكمة النقض إذا قام بأحد القضاة الذين أصدره سبب من أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها في المادة 146 من هذا القانون، وذلك زيادة في الاضطراب والتحوط لسمعة القضاء. وسبيل الخصم إلي الطعن ببطلان حكم النقض طبقاً لهذا النص يكون بطلب - لا يعد طعنًا بطريق النقض وإنما هو بمثابة دعوى بطلان أصلية - يقدم لمحكمة النقض التي اختصها المشرع بنظره ، فإذا ثبت لمحكمة النقض أن الطلب قد توافرت فيه موجبات قبوله ألغى الحكم الصادر منها في الطعن وأعادت نظره أمام دائرة أخرى ، و إن تبين لها أن الطلب لم يكن كذلك حكمت بعدم قبوله. " (1)

و كما قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن : " النص في المادتان 147 و 272 مرافعات يدل على أن أحكام محكمة النقض لا يجوز تعييبها بأي وجه من الوجوه فهي واجبة الاحترام على الدوام ، باعتبار أن مرحلة النقض هي خاتمة المطاف في مراحل التقاضي وأحكامها باتة لا سبيل إلي الطعن فيها ، و أن المشرع اغتنى عن النص على منع الطعن في أحكام محكمة النقض بسائر طرق الطعن العادية أو غير عادية لعدم إمكان تصور الطعن على أحكام

(1) نقض مدني 8 / 9 / 2015 م ، طلب 96 لسنة 85 ق (طالبات رجال القضاء- منازعة تنفيذ) ؛
نقض تجارى 2014/3/24 م، طعن رقم 10029 لسنة 83 ق، منشور على موقع محكمة النقض

هذه المحكمة ، و لم يستثن المشرع من ذلك الأصل إلا ما أورده في نص الفقرة الثانية من المادة 147 مرافعات من جواز الطعن ببطلان الحكم الصادر من محكمة النقض إذا قام بأحد القضاء الذين أصدره سبب من أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها في المادة 146 مرافعات ، و ذلك زيادة في الاصطيان و التحوط لسمعة القضاء ، و سبيل الخصم إلي الطعن ببطلان حكم النقض يكون بطلب يقدمه لمحكمة النقض التي اختصها المشرع بنظره غير مقيد فيه بميعاد حتي أخطأ بعموم النص و إطلاقه و لا يسوغ القول بخضوع هذا الطلب لميعاد الستين يوما المقرر للطعن طبقا لنص المادة 252 مرافعات كما ذهب إلي ذلك المدعي عليه في دفعه ؛ لأنه لا يعد طعنا بطريق النقض و إنما هو بمثابة دعوى بطلان أصلية ، و من ثم فلا يجري عليه الميعاد المقرر للطعن طبقا لهذا النص ، فإذا ثبت لمحكمة النقض أن الطلب قد توافرت فيه موجبات قبوله ألغيت الحكم الصادر منها في الطعن و أعادت نظر الطعن أمام دائرة أخرى ، و إن تبين لها أن الطلب لم يكن كذلك حكمت بعدم قبوله " . (1)

و في فرنسا لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن، فلا يجوز الرجوع فيها ، و لا يجوز قبول الطعن فيها من جديد (art. 621 et 622) باستثناء تلك الحالة المنصوص عليها في (art. 618) الخاصة بحالة تنافر أو تنازع الأحكام القضائية ، حيث يجوز الطعن في حالة تنافر الأحكام القضائية حتى لو كان أحد الحكمين قد طعن فيه من قبل أمام محكمة النقض و حكمت محكمة النقض بعدم قبول الطعن فيه . و يرجع ذلك إلي مكانة محكمة النقض باعتبارها المحكمة العليا في التنظيم القضائي فلا يجوز أن تراقبها محكمة أخرى . (2)

(1) نقض مدني 22 / 3 / 1990 م، طعن رقم 2353 لسنة 55 ق، مج، س 41، ج 1، ق 137، ص 819.

(2) -Couchez et Lagarde; Procédure civile; N. 456; P. 517.
- Couchez, Langlade et Lebeau; Procédure civile; N.1556; P. 577.
-Cass. Ass. Plén.; 23 Nov. 2007; Rév. Huiss. 2008; P. 93; obs.
Leborgne. , Rév. Trim. dr. Civ. 2008; P.160; obs. Perrot.
-Cass. Civ. 2□ ; 4 déc. 2003; Gaz. Pal. 29-30 Oct. 2004; P. 18; obs. du Rusquec.

تداولت موضوع خصوصية النظام الاجرائي للطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون من خلال مقدمه و مبحث تمهيدي وحيد ثم فصلين ، في كل منهما مبحثين ، وكل مبحث يحتوي علي مطلبين .
ففي المقدمة تم توضيح وظيفة محكمة النقض، و مشكلة وتساولات و منهجية و خطة البحث . و في المبحث التمهيدي تم بيان حق الطعن بالنقض .

وفي الفصل الأول قمت بتوضيح مفهوم الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و التفرقة بينه وبين غيره من النظم القانونية المشابهة ، و ذلك في مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : و يتناول مفهوم الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون من خلال بيان : تعريف الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، و تطوره التاريخي ، وتنظيمه التشريعي ، و فلسفته ، و غايته ، و طبيعته القانونية ، و أنواعه .

المبحث الثاني : و يتناول التفرقة بين الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون وبين غيره من النظم القانونية المشابهة من خلال بيان : التمييز بين الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، و طعن النيابة العامة لمخالفة النظام العام ، و الطعن بالنقض لتجاوز السلطة ، و الدور الاستشاري لمحكمة النقض.

وأما الفصل الثاني فقد قمت فيه بتوضيح خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون و ذلك في مبحثين :

المبحث الأول : و يتناول إجراءات الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون من خلال بيان : حالات و شروط الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، و إجراءاته .

المبحث الثاني : و يتناول سلطة محكمة النقض في خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و آثار الحكم فيها من خلال بيان : سلطة محكمة النقض في نظر الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، و آثار حكم النقض في الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون . و قد تبين بعد هذه الدراسة :

- إمكانية زيادة تفعيل دور محكمة النقض في مراقبة احترام وحدة تطبيق القانون وتفسيره بسن تشريع جديد يمنح سلطة لمحكمة الموضوع و قبل الفصل فيه الإحالة لإبداء الرأي في مسألة قانونية جديدة و جدية ، تثير صعوبات جمة في منازعات عديدة من محكمة النقض كما هو الحال في القانون الفرنسي لتحقيق الأمن القانوني *La Sécurité Juridique* . و ذلك نظراً لكثرة التشريعات المصرية المتلاحقة و تباينها و عيوب صياغتها مما يؤدي إلي التناقض في تفسيرها و تطبيقها ، فينتج عن ذلك تعارض في الأحكام القضائية ، و عدم توافر الخبرة الفنية الكافية و التأهيل المستمر للقضاة ، و تراكم الطعون... و ذلك بهدف توحيد تطبيق و تفسير القانون ، و منع تعارض الأحكام القضائية ، و علاج ظاهرة بطء التقاضي ، و حتي تستطيع محكمة النقض القيام بدورها الأساسي بالسرعة المناسبة ، و ذلك مع وجوب مراعاة احترام تحقيق مبدأ المواجهة في طلب الإحالة لإبداء الرأي من محكمة النقض . و عليه فنهيب بالمشروع المصري الأخذ بنظام الدور الاستشاري لمحكمة النقض (الإحالة لإبداء الرأي الاستشاري من محكمة النقض) لتستثير محكمة الموضوع برأي محكمة النقض في تفسير النصوص القانونية الجديدة الغامضة بشأن النزاع المعروف عليها و تصدر حكمها مسترشدة برأي محكمة النقض لمنع تباين الحلول القضائية في ذات المسألة القانونية الواحدة . و ذلك بإضافة نص جديد لقانون المرافعات المصري يحمل رقم (المادة 250 مكرر) تنص علي أنه : " يجوز لأي محكمة قضائية طلب رأي محكمة النقض في مسألة قانونية جديدة تثير صعوبات جدية

جمة أثناء نظرها لنزاع قائم أمامها لم يسبق لمحكمة النقض الفصل فيها بقضاء مستقر يبين المبادئ القانونية التي يجوز تطبيقها علي النزاع بقرار غير قابل للطعن فيه ، و ذلك بعد إخطار الخصوم و النائب العام لتقديم مذكراتهم خلال خمسة عشر يوماً و إلا حكم بعدم قبول الطلب ، و يحال الطلب لمحكمة النقض من قلم الكتاب ، و يوقف الفصل في الدعوي بقوة القانون باستثناء الإجراءات المُستعجلة أو التحفظية الضرورية لحين إصدار محكمة النقض لحكم غير قابل للطعن فيه بالقبول أو الرفض خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تلقيها الطلب " .

- و كذلك إمكانية زيادة تفعيل دور محكمة النقض - باعتبارها حارسة للقانون وضامنة لاحترام مبدأ الشرعية من المحاكم القضائية - في مراقبة احترام وحدة تطبيق القانون و سلامة تفسيره بسن تشريع جديد يجيز الطعن بالنقض لتجاوز السلطة ، و جعله سبباً للطعن بالنقض ؛ لتحقيق الأمن القانوني La Sécurité Juridique . فالقضاء الإداري ضامن لاحترام مبدأ الشرعية برقابة الإلغاء . و يمكن إنشاء دور جديد لمحكمة النقض في الرقابة علي الأعمال القضائية المخالفة للقانون مخالفة صارخة له بإنكاره أو بتجاهله أو بتجاوزه و ذلك لردع المحاكم عن مخالفة مبدأ الشرعية . وعليه فنهييب بالمشرع المصري الأخذ بنظام الطعن بالنقض لتجاوز السلطة - كما هو الحال في التشريع الفرنسي ، و التونسي ، و الجزائري ، و المغربي ، و الموريتاني - نظراً لتعدي السلطة القضائية علي عمل السلطين التشريعية والتنفيذية أحياناً ، فينتج عن ذلك مخالفة لمبدأ الشرعية ؛ وذلك بهدف احترام مبدأ الفصل بين السلطات ، ومنع تعدي وتدخل سلطة علي سلطة أخرى ، و يكون ذلك بمنح وزير العدل حق الطعن في العمل المخالف للقانون عن طريق النائب العام باعتباره المكلف بحماية المصلحة العامة بهدف تطبيق صحيح القانون ، و تختص بنظره دائرة المواد المدنية أو الجنائية بمحكمة النقض حسب نوعية العمل محل الطعن ، و الحكم

الصادر يكون بإلغاء العمل المخالف للقانون واعتباره كأن لم يكن ، و يكون له حجية في مواجهة الكافة ، و يكون غير قابل للطعن فيه . وذلك بإضافة مادة جديدة في قانون المرافعات تحمل رقم (مادة 250 مكرر 1) يكون نصها : " يجوز للنائب العام بناءً علي طلب وزير العدل أن يطلب من محكمة النقض الحكم بإلغاء ما يقع في أي حكم أو قرار أو أمر أو إجراء صادر من أية هيئة قضائية يكون فيه تجاوز لسلطاتها بالمخالفة للقانون . و لا يقبل هذا الطلب مادام من الممكن إصلاح الخطأ بطريقة أخرى . ويرفع الطلب بتقرير في قلم الكتاب تبين فيه الأسباب ، و يكون له حجية في مواجهة الكافة ، غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام ."

- أن نظام الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون لم يسلم من النقد ؛ فهو نظام لم يعمل به في كل الدول ، كما أنه نظام لا يستقيم مع المنطق و لا يتفق مع الأصول العامة سواء أجعل لحكم النقض تأثير علي حقوق الخصوم أم لم يجعل له أي تأثير فيها . ذلك بأنه إن جعل له تأثير في حقوق الخصوم المقررة بالحكم المنقوض - كالقانون الإماراتي والعراقي - فإنه يكون من شأن هذا الجعل المساس بالأحكام القضائية التي حازت قوة الشيء المحكوم فيه ، وقبلها المحكوم عليه ، واستقرت عليها حقوق الخصوم نهائياً ، و تم تنفيذها . و إن لم يجعل له تأثير علي حقوق الخصوم - كالقانون المصري والفرنسي - فإنه يكون من شأن ذلك إبقاء الأحكام التي ثبتت مخالفتها لحكم القانون بحكم النقض ، حتي لو بلغت هذه المخالفة حد الإخلال بقواعد النظام العام . فمن التناقض البين نقض الحكم علي معني مخالفته للقانون مع بقاءه علي معني عدم المساس بحقوق الخصوم ومراكزهم القانونية نتيجة لاكتساب الحكم قوة الأمر المقضي ، كما أن محكمة النقض ليست دار إفتاء ، بل هي محكمة قضائية يجب ألا تنتظر إلا في المنازعات التي يرفعها إليها الخصوم أنفسهم بقصد الحكم فيها بينهم و التأثير بحكمها في حقوقهم . ولذا نهيب بالمشرع

المصري الغاء (م 3/250مرافعات) " و لا يفيد الخصوم من هذا الطعن " و كذلك المشرع اللبناني ، و العُماني، والتونسي ، و الجزائري ، و المغربي ، والموريتاني ...؛ لأنه من غير المنطقي أن يصدر حكم من محكمة النقض بإلغاء الحكم المطعون فيه بالنقض لمخالفته للقانون بعد الطعن عليه بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، ثم نتركه ينفذ في الواقع بين أطرافه تنفيذاً جبرياً - و هو ما فعله المشرع الإماراتي ، و العراقي . بحجة عبارة المشرع في (م 3 / 250) " و لا يفيد الخصوم من هذا الطعن " ، فهل من المعقول أن ينفذ حكم بين أطرافه تنفيذاً جبرياً ، ثم تحكم محكمة النقض بنقضه نظرياً لمصلحة القانون والعدالة بعد طعن النائب العام عليه بالنقض، فأى عدالة يحملها الحكم الذي نفذ تنفيذاً جبرياً بين أطرافه ، و أي العدالتين نستند إليها في حياتنا؟؟؟ فما الذي يضير المشرع المصري لو استفاد الخصوم من نتيجة حكم الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، و كان هذا الحكم هو السند التنفيذي للتنفيذ العكسي بين الخصوم، لو تم التنفيذ من قبل؟؟؟ فالرجوع للحق خير من التماذي في الباطل ، و حتي لا تهتز ثقة المواطنين بعدالة القضاء . فأحكام القضاء لا تؤدي رسالة نظرية بل تكسب الخصوم حقوقاً ، و بذلك يكون المحكوم عليه في الحكم المنقوض بعد صدور الحكم الناقض هو ضحية العدالة تقديساً لقوة الأمر المقضي ، فقد يكون المظهر خداعاً ، فالغلط عمل بشري يمكن إصلاحه لكن الاستمرار فيه هو الشيطانية ، وهي نتيجة غير مرضية تماماً ، يترتب عليها وجود تناقض أو تعارض أو تنافر بين الحكم الناقض و الحكم المنقوض... يالها من عدالة !! و لا يصح تقيد المشرع المصري بالقانون الفرنسي في هذا الشأن .

- كما نهيب بالمشرع الجنائي المصري الاعتراف بالطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في المسائل الجنائية لتطبيق صحيح القانون وحماية الشرعية ، والتنسيق والتناغم بين قانون المرافعات وقانون

الإجراءات الجنائية ، و ذلك بإضافة نص جديد للقانون رقم 57 لسنة 1959م الخاص بحالات و إجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، تحت مسمى (المادة 30 مكرر) تنص علي أنه : " للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الإنتهائية - أيا كانت المحكمة التي أصدرتها - إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله و ذلك في الأحوال الآتية :

1- الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها .

2- الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن.

و يرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام و تنظره المحكمة في غرفة المشورة بعد دعوة الخصوم ، و يفيد الخصوم من هذا الطعن ، و لا يضارون به " .

- يمكن إتاحة الفرصة للخصم المحكوم عليه أن يطلب من محكمة النقض تصحيح الحكم بعد قضاءها في الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، و هذا الذي أخذ به المشرع العراقي تحت مسمى التصحيح التمييزي ، أو السماح للخصم المحكوم عليه بالتدخل الانضمامي إلي جانب النائب العام في الطعن لمصلحة القانون ، أو نظر خصومة الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون بعد إعلان الخصوم بها و السماح لهم بتقديم مذكرات خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانهم بالطعن لمصلحة القانون . كما يجب أن يقيد ميعاد الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون بميعاد تسعين يوماً تالية لتاريخ إعلان الحكم . و يجوز لصاحب المصلحة تقديم طلب مصحوب بمذكرة للنائب العام لرفع الطعن بالنقض لمصلحة القانون .

- يمكن زيادة تفعيل وظيفة محكمة النقض في توحيد تطبيق القانون و تفسيره و سرعة الفصل في الطعون ، و ذلك عن طريق : زيادة عدد الدوائر ، و زيادة عدد القضاة ، و استخدام الحاسب الآلي في القضاء ، و زيادة الغرامة

الإجرائية علي الطعون التعسفية ، و زيادة النصاب القيمي للطعن بالنقض إلي ربع مليون جنية ، و إعادة النظر في قواعد قبول المحامين للمرافعة أمام محكمة النقض ، و تطوير العمل بالمكتب الفني لمحكمة النقض ، و رفع كفاءة الأجهزة الإدارية المعاونة لمحكمة النقض و نيابة النقض ، و تطوير العمل بـ نيابة النقض ، و النص علي قيام نيابة النقض بعرض تسوية ودية للنزاع علي الخصوم في ضوء مبادئ محكمة النقض بمحضر موقع من الخصوم أو وكلائهم تكون له قسوة السند التنفيذي . كما يجب عقد ندوات ومؤتمرات وحلقات نقاش علمية من فقهاء القانون والقضاة والمحامين والباحثين القانونيين ومحكم النقض والجهات المعنية ووزارات العدل من جميع الدول العربية ؛ لبحث معوقات التقاضي أمام محكمة النقض ، و سبل قيام محكمة النقض بوظيفتها علي الوجه المنشود ، وبالسريعة المناسبة لضمان توحيد تطبيق وتفسير القانون ، و بيان سبل معالجة نظام الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون ، و لتجاوز السلطة .

وهكذا نكون قد انتهينا من هذه الدراسة ، فإن تحقق الهدف منها فهذا توفيق من الله تبارك و تعالي .

وإن تحقق بعضه ، فما لا يدرك كله لا يترك جله . وإن لم يتحقق ، فيكفينا شرف صدق المحاولة .

فالكمال لله وحده

تم بحمد الله وتوفيقه

و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

(رَبَّنَا آتِنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ أَمْرِنَا رَشَدًا)

(سورة الكهف، آية 10)

قائمة المراجع (*)

أولاً : المراجع العربية:

- د. إبراهيم أمين النفاوي : مسئولية الخصم عن الإجراءات ، ط 1 ، 1991 م .
- مصارييف الخصومة ، ط 1 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2011 م .
- د. إبراهيم نجيب سعد : القانون القضائي الخاص ، ج 1، منشأة المعارف بالإسكندرية 1981 م .
- د. أحمد أبو الوفا : التعليق علي نصوص قانون المرافعات ، ط 6 ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1990 م .
- المرافعات المدنية والتجارية ، ط 15 ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1990 م .
- نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ط 8 ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1988 م .
- د. أحمد السيد صاوي : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، ط 2011 م ، و ط 2000 م .
- نطاق رقابة محكمة النقض علي قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1984 م .
- أحمد جلال الدين هلاي : قضاء النقض في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري والمقارن ، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1977 م .
- د. أحمد صدقي محمود : الوجيز في قانون المرافعات ، ط 6 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2008 م .
- قواعد المرافعات في دولة الامارات ، ط1- 1999 م .

(*) ملاحظة : في حالة عدم الإشارة إلي دار النشر أو مكانه أو سنته فذلك لأن المرجع بدون هذا البيان.

د. أحمد خليل : التقاضي علي درجة واحدة وعلى درجات ثلاث في القانون اللبناني ، مجلة الحقوق ، تصدرها كلية الحقوق / جامعة الإسكندرية ، 1994 م ، ع 1 .

: قانون المرافعات المدنية والتجارية - الخصومة والحكم والظعن - دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 1996 م .

د. أحمد عوض هندي : آثار أحكام محكمة النقض وقوتها ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 1997 م .

: التعليق علي قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2008 م .: قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2014 م .

د. أحمد فتحي سرور : النقض الجنائي ، ط 3 ، دار الشروق ، القاهرة 2011 م .

د. أحمد ماهر زغلول : أصول وقواعد المرافعات ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2001 م . أحمد محمد عبدالصديق : المرجع القضائي في قانون المرافعات ، ط 1 ، ج 4 ، 2008 م . د. أحمد مسلم : التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدرها كلية حقوق عين شمس ، س 2 ، 1960 م ، ع 1 .

د. أحمد مليجي موسى : الموسوعة الشاملة في التعليق علي قانون المرافعات ، ط 3 ، ج 5 ، 2002 م .

: أوجه الظعن بالنقض المتصلة بواقف الدعوي، ط 2 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1991 م .

: تصدى محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية ، مجلة الشريعة والقانون ، تصدرها كلية الشريعة والقانون/ جامعة الامارات ، ع 1 ، مايو 1987 م .

- ادوار عيد : موسوعة أصول المحاكمات والاثبات والتنفيذ ، ج 7 ، التمييز ، 1987 م .
- د. إدوار غالي الذهبي : الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، ط 2 ، مكتبة غريب بالقاهرة 1990 م .
- د. أسامة الروبي : قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطنة عُمان ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2009 م .
- د. إسراء محمد علي سالم : تصحيح القرار التمييزي في القانون الإجرائي العراقي مقارناً بالنقض بأمر خطي في بعض القوانين ، مجلة العلوم الانسانية ، تصدرها كلية التربية للعلوم الانسانية بجامعة بابل ، 2013 م ، مجلد 1 ، الاصدار 10 . منشور علي موقع <http://www.iasj.net/iasj>
- د. أكرم سيد بكري محمود : الطعن بالنقض في الأحكام الجنائية الغيابية ، رسالة دكتوراه ، حقوق طنطا 2014 م .
- أمين أنيس باشا : محكمة النقض والإبرام في مصر ، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية 1883-1933 م ، ط 2 ، نادى القضاة 1990 م .
- د. الأنصاري حسن النيداني : النظام القانوني للخصومة أمام محكمة الاحالة بعد النقض ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2002 م .
- أنور طلبية : الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1995 م .
- د. حامد عبدالحليم اسماعيل الشريف : سلطة محكمة النقض عند الحكم في الطعن في المواد الجنائية ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة فرع بني سويف 1998 م .
- حامد فهمي ، و د. محمد حامد فهمي : النقض في المواد المدنية و التجارية ، مطبعة لجنة التأليف و الترجمة و النشر ، القاهرة 1937 م .
- د. حسن علام : الطعن بالنقض في المواد الجنائية ، ط 2 ، منشأة المعارف

بالإسكندرية .

د. حلمي محمد الحجار : أسباب الطعن بطريق النقض ، ط 1، ج 1، ج 2 ،
المؤسسة الحديثة للكتاب ببيروت 2004 م .

: القانون القضائي الخاص ، ج 2 ، بيروت .

د. حمدي عبدالمنعم : المرجع في شرح قانون الطعن بالنقض أمام المحكمة
الاتحادية العليا بدولة الامارات العربية المتحدة ، أبو ظبي 1981 م .

د. سحر عبد الستار إمام : آليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق
العدالة ، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية ، مجلة علمية إلكترونية

مُحكمة ، ع 1، مارس 2014 م ، منشور علي موقع www.ejles.com -

: المحاكم الاقتصادية في القانون المصري ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2008

م ،

د. سليمان الطماوي : القضاء الإداري (الكتاب الثاني) قضاء التعويض وطرق
الطعن في الأحكام ، دار الفكر العربي بالقاهرة 2013 م .

: نظرية التعسف في استعمال السلطة " الانحراف بالسلطة " دراسة

مقارنة ، دار الفكر العربي بالقاهرة 2013 م .

د. سيد أحمد محمود : أصول التقاضي ، منشأة المعارف بالإسكندرية 2009 م

: النقض الجزئي للأحكام ، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى 2007 م

د. طلعت محمد دويدار : تطور الحماية التشريعية لمبدأ حيده القضاة ، دار
الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية .

: سقوط الخصومة في قانون المرافعات المدنية و التجارية ، رسالة

دكتوراه ، حقوق إسكندرية 1992 م .

طه الشريف : نظرية الطعن بالنقض في المواد المدنية و المواد التجارية ، ط 1 ،
1996 م

د. عاشور مبروك : النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية ، مكتبة
الجلء بالمنصورة 1994 م .

عباس نايف الزبيدي : الطرق القانونية للطعن بالأحكام القضائية ، رسالة
ماجستير ، الأكاديمية العربية ، الدنمارك 2003 م .

د. عبد العزيز خليل بديوي : الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا
، رسالة دكتوراه ، حقوق عين شمس 1969 م .

: بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الاسلام ، دار الفكر العربي بالقاهرة
1978م.

: القضاء في الاسلام و حماية الحقوق ، دار الفكر العربي بالقاهرة 1979 م .

د. عبد المنعم الشرقاوي : نظرية المصلحة في الدعوي ، رسالة دكتوراه ،
حقوق القاهرة 1947 م .

عبد المنعم حسني : طرق الطعن في الأحكام المدنية و التجارية ، ج 2 ، القاهرة
1975 ،

د. عبدالفتاح مصطفى الصفي : تأصيل الإجراءات الجنائية ، 2004 م .

د. عبدالمنعم عبدالعظيم جيرة : نظام القضاء في المملكة العربية السعودية ،
مطبوعات معهد الإدارة العامة 1410هـ .

عز الدين الدناصوري ، و حامد عكاز : التعليق علي قانون المرافعات ، ط 12 ،
ج 3 ، 2005 م .

د. عزمي عبدالفتاح : تسبيب الأحكام و أعمال القضاة ، ط 1 ، دار الفكر
العربي بالقاهرة 1983 م .

: قانون القضاء المدني الكويتي ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2005 م

د. علي الشحات الحديدي : القضاء و التقاضي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية

- لدولة الامارات العربية المتحدة ، الجزء الثاني ، إجراءات التقاضي والأحكام وطرق الطعن ، ط 1 ، 1998 م .
- د. علي بركات : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2016 م .
- د. علي جمجوم ، و حسين جمجوم : الطعن بالنقض المدني ، دار الفكر والقانون بالمنصورة 2010 م .
- د. علي عبدالحميد تركي : الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية الإماراتي ، ط 1 .
- د. عيد محمد القصاص : التنازل عن الحق في الطعن ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1995 م .
- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط 2 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2010 م .
- د. فايز أحمد عبد الرحمن : الوسيط في شرح قانون المرافعات الليبي ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2010 م .
- د. فتحي وإلي : قانون القضاء المدني اللبناني ، ط 1 ، دار النهضة العربية ببيروت 1970 م .
- : قانون المرافعات في مائة عام ، مجلة القانون و الاقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة ، س 43 ، ع 1 ، مارس 1972 م .
- : الوسيط في قانون القضاء المدني ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي 2009 م .
- مجدي الجندي : أصول النقض الجنائي و تسبيب الأحكام ، ط 1 ، الإسكندرية 1993 م .
- محمد أحمد عابدين : الوسيط في طرق الطعن علي الأحكام المدنية و التجارية و الشرعية ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية 1994 م .

محمد المنجى : الطعن بالنقض المدني ، منشأة المعارف بالإسكندرية 2011 م .
محمد جمعة عبد القادر ، الطعن الجنائي في التشريع المصري و المقارن ، عالم
الكتب بالقاهرة 1983 م .

د. محمد حامد فهمي : محكمة النقض والإبرام ، مجلة القانون والاقتصاد ،
تصدرها حقوق القاهرة ، س 2 ، ع 1 ، 1932م .

د. محمد حسام لطفى : سحب أحكام محكمة النقض ، دار النهضة العربية
بالقاهرة 2004 م .

د. محمد رأفت عثمان : النظام القضائي في الفقه الاسلامي ، ط 1 ، مكتبة
الفلاح بالكويت 1989م.

د. محمد زكي أبو عامر : الإجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية
2011 م .د. محمد سعيد عبدالرحمن : الرجوع عن الأحكام الباتة ، دار
النهضة العربية بالقاهرة 2011م.

: المصاريف والرسوم القضائية في المواد المدنية والتجارية ، دار
النهضة العربية بالقاهرة 2007 م .

د. محمد سمير عبدالفتاح : النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوي الجنائية
بدون محاكمة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1996 م .

د. محمد عبدالشافى إسماعيل : الطعن بالنقض في المواد الجنائية ، ط 1 ،
مطبعة الصفا والمروة بأسبوط 2001 م .

د. محمد على الكيك : رقابة النقض علي تسبيب الأحكام الجنائية ، رسالة
دكتوراه ، حقوق اسكندرية 1988 م .

د. محمد عيد الغريب : المركز القانوني للنيابة العامة ، دار الفكر العربي
بالقاهرة 1979

د. محمد فتحي نجيب : التطور الحديث في تنظيم محكمة النقض الفرنسية ، مجلة
القضاة ، يصدرها نادي القضاة ، يناير- يونيه 1984 م .

محمد كمال عبد العزيز : تقيين المرافعات في ضوء القضاء والفقہ ، ج 1 ، 1995 م .

: لمحة تاريخية عن محكمة النقض المصرية ، بعض المشكلات العملية
في قانون المرافعات ، مركز السنهوري للدراسات القانونية 1993 م .
د. محمد محمود إبراهيم : نظام الطعن بالتمييز في المملكة العربية السعودية ،
مركز البحوث والدراسات الإدارية بمعهد الإدارة العامة بالرياض 1419هـ /
1998 م .

د. محمد نور شحاته : الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية 2007 م .
: سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية ، دار
النهضة العربية بالقاهرة 1992 م .

محمد وجدي عبد الصمد : محكمة النقض، مجلة القضاء، يصدرها نادي القضاء ،
يناير - يونيه 1984 م .

محمد وعبد الوهاب العشماوي : قواعد المرافعات في التشريع المصري و
المقارن ، ج 2، مكتبة الآداب بالقاهرة 1957 م .

محمد وليد الجارحي : النقض المدني ، ط 1 ، طبعة نادي القضاء 2000 م .
د. محمود السيد عمر التحيوي : الطعن في الأحكام القضائية ، ملتقى الفكر
بالإسكندرية .

د. محمود مصطفى يونس : المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية و
التجارية ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2015 م .

: رؤية جديدة حول دور النيابة العامة في مسائل الأحوال الشخصية ، ط
1 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1998 م .

: مثول النيابة العامة في الدعاوي المدنية في النظام القضائي المصري ،
ط 2 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2014 م .

: نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية و

- التجارية ، ط 1، دار النهضة العربية بالقاهرة .
- د. محمود نجيب حسني : الدور الخلاق لمحكمة النقض في تفسير و تطبيق قانون العقوبات ، مجلة القانون والاقتصاد ، تصدرها حقوق القاهرة ، عدد خاص بالعيد المئوي لكلية الحقوق ، 1983 م .
- د. مصطفى كامل كيره : تطور محكمة النقض ، مجلة القانون و الاقتصاد ، تصدرها حقوق القاهرة ، عدد خاص بمناسبة العيد المئوي لكلية حقوق القاهرة 1983 م .
- : النقض المدني ، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1992 م .
- د. مفلح عواد القضاة : أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن/ عمان 1988 م .
- د. موسي مصطفى شحاته : الإحالة إلي مجلس الدولة الفرنسي لإبداء الرأي في مسألة قانونية قبل الفصل في الدعوي المرفوعة أمام المحاكم الإدارية أو المحاكم الإدارية الاستئنافية ، مجلة دراسات - علوم الشريعة والقانون ، عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية ، ج 32، ع 2 ، نوفمبر 2005 م .
- د. نبيل إسماعيل عمر : أصول المرافعات المدنية والتجارية ، ط 1، منشأة المعارف بالإسكندرية 1986 م .
- : الوسيط في الطعن بالنقض ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2004 م .
- : الوسيط في قانون المرافعات المدنية و التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2011 م .
- : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1989 م
- د. نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي : الوسيط في قانون المرافعات، ط 1 ، مكتبة الوفاء القانونية بالإسكندرية 2014 م .
- د. نجيب بكير : دور النيابة العامة في قانون المرافعات ، ط 1 ، مكتبة عين

شمس بالقاهرة 1973 / 1974 م .

د. نصر فريد محمد واصل : السلطة القضائية و نظام القضاء في الإسلام ، ط

2 ، مطبعة الأمانة بالقاهرة 1983 م .

د. هدي محمد مجدي عبدالرحمن : النظام القانوني للرسوم القضائية ، دار

النهضة العربية بالقاهرة 2009 م .

د. هشام الطويل : شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية و

الأحوال الشخصية منشأة المعارف بالإسكندرية 1987 م .

د. وجدى راغب فهمي : مبادئ القضاء المدني ، ط 3 ، دار النهضة العربية

بالقاهرة 2001 م .

ط 2004 م .

د. وجدى راغب فهمي ، و د. أحمد ماهر زغلول ، و د. يوسف يوسف أبوزيد

، مبادئ القضاء المدني ، دار النهضة العربية بالقاهرة 2003 م .

ثانياً : المراجع الأجنبيّة :

- -A. Bénabent ; Pour la cour de cassation aussi, mais autrement; D. 1989; chron.; P.222.
- -A.P.Tarbé ; Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation;1840; P.73; col. 2.
- -Andr Tunc ; La cour judiciaire suprême; Rév. Int. dr. Comp. 1978.
- -André Pépy et Vincent Lamanda ; Pourvois dans l'intérêt de la loi; Pourvoi en Cassation; Juris. Calss. Proc. Pén.; art.620- 621; Fasc. 60.
- -André Perdriau ; La fonction du juge est de juger; Gaz. Pal. 30avril et 1Mai 1999; doct.; P.2-3.
- -André Perdriau ; Réflexions désabusées sur le contrôle de la cour de cassation en matière civile; J.C.P.; éd. G. ; 1991 ; doct.
- -André. Perdriau ; Le pragmatisme de la cour de cassation – rôle disciplinaire de la cour de cassation; J.C.P. ; 1; 2002.
- -Anee-Marijike Moagan de Rivery- Guillaud ; La saisine pour avis de la cour de cassation; J.C.P. 1992.
- -E. Garsonnet et ch . Cezar- Brue ; Traité Théorique Et

Pratique de Procédure Civile et Commerciale ; V. 6;3.éd.
Recueil Sirey; Paris; 1912.

- -Emmanuel **Blanc** et Jean **Viatte** ; Nouveau Code de Procédure Civile Commenté Dans L'ordre des articles ; Paris.1991; art.618-1; P.407-12b.
- -Ernest **Faye** ; La cour de cassation; Paris; 1970.
- -Erwin, N. **Griswéld** ; La cour suprême des Etats - Unis; Rév. Int. dr. Comp. 1978.
- -Francis **Kernalleguen** ; L'excès de Pouvoir du Juge; Justices 1996; N. 3.
- -Frederic **Zenati** ; La saisine pour avis de la cour de cassation; D. S. 1992; Chron.
- -**Gabolde** ; Evolution du recours dans l'intérêt de la loi en matière administrative; D.1958; chron.
- -Gérard **Couchez**, Jean-Pierre **Langlade** et Daniel **Lebeau** ; Procédure civile; Dalloz; Paris ; 1998.
- -Gérard **Couchez** ; Procédure Civile ; 15 .éd; Sirey; Paris 2008.
- -H. De **Termicourt** ; les Pourvois dans l'intérêt de la loi et les dénonciations sur ordre du ministre de la justice; Bruylant;1964.
- -H.M. **Darnaville** ; La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la cour de cassation; A.J.D.A. 2001; 416.
- -Henery **Solus** et Roger **Perrot** ; Droit Judiciaire Privé; T. 1; Sirey; Paris; 1961.
- -Herve **Croze** ; Le Procès Civil; Dalloz; Paris; 1997.
- -Herve **Croze** et Christian **Morel** ; Procédure Civile; Paris; 1988.
- -Hervé **Croze**, Christian **Morel** et Olivier **Fradin** ; Procédure Civile; Litec; Paris; 2001.
- -J. **Fossereau**, J. **Voulet**; Pourvoi en Cassation, arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fssc. 794; N. 6 ets.
- -J. **Largier** et Ph. **Conte**; Procédure Civile; Droit Judiciaire Privé ; éd. 14.
- -J. **Voulet** ; L'étendue de la cassation en matière civile; J.C.P.; éd. G. 1977; 1 ; doct.; N. 2877.
- -J.-L **Aubert** ; La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile, D.2005; 1115.
- -J.**Vincent**, G. **Montagnier** et A.**Varinard** ; La Justice et institutions; 3 éd; Dalloz; 1991.

- -Jacques **Boré** ; cour de cassation; Encyc. Dalloz; janv.1994.
- -Jacques et Louis **Boré** ; La cassation en matière civile; 4. éd; Dalloz; Paris 2008.
- -Jacques **Héron** ; Droit Judiciaire Privé; 3 éd. ; Montchrestien; Paris; 2006.
- -Jean **Buffet** ; La saisine pour avis de la cour de cassation; [http://www. Cour de Cassation.fr](http://www.Cour de Cassation.fr).
- -Jean **Iarguier** et Philippe **conte**; Procédure civile; Droit Judiciaire privé; 15 éd.; Dalloz.1996.
- -Jean- Paul **Calon** ; Pourvoi dans l'intéret de la loi ; Juris. Class. Proc. Civ. ; Fasc.775
- -Jean Paul **Calon** ; Mission de la cour de cassation; Ency. Dalloz ; Fasc. 760-3 ; 1992.
- -Jean **Vincent** et Serge **Guinchard** ; Procédure civile; 25 éd.; Dalloz 1999.
- -Jean-Paul **Calon** ; Pourvoi Dans l'intérêt de la loi; Juris. Calss. Proc. Civ.; Fasc.775.
- -Lord **Wilberforce** ; La chambre des Lords; Rév. Int. dr. Comp.1978.
- -Lôïc **Cadiet**, Emmanuel **Jeulans** ; Droit Judiciaire privé; 5.éd.; Litec; Paris; 2006.
- -Lôïc **Cadiet** ; Droit Judiciaire privé; 2.éd.; Litec; Paris; 1998.
- -N. **Molfessis**; Les avis spontanés de la cour de cassation; D.2007; P. 37.
- -M. **Gerard Pes** ; Le Pourvoi dans l'intérêt de la loi en matière administrative; thèse Paris; 1974.
- -Marie-Noelle Jobard-**Bachelier Xavier** ; La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile; 4 éd; Dalloz; Paris; 1998.
- -Natalie **Fricero**; - L'excès de Pouvoir en Procédure Civil; Procédures 1998.
 - les Institutions Judiciaires; 2^e. éd.
- -Olivier Renard- **Payen** ; Effets et suites des arrêts de la cour de cassation; Juris. Class. Proc. Civ. 1993; Fasc. 798; N. 23 ets.
- P.1022-1023.
- -Peter **Neu** ; Le Pouvoir de Contrôle de la cour suprême; 1956.

- -Pierre **Drai** ; Pour la cour de cassation; J.C.P. ; éd. G. 1989 ; doct. ; No. 3374.
- -R. De La **Grasserie** ; De La Fonction et des juridictions de Cassation; Paris. 1911.
- -René **Morél** ; Traité Élémentaire de Procédure Civile ; 2'éd; Recueil Sirey; 1949.
- -René **Morél** ; Traité Élémentaire de Procédure Civile; 2 éd; Recueil Sirey; 1949.
- -Roger **Perrot** ; Institutions Judiciaires; 7.éd.; Montchrestien-Delta; Paris; 1996; 12.éd.; 2006.
- -Serge **Guinchard** ; Droit et Pratique de la Procédure civile; **Dalloz Action**; éd. Delta; 1998.
- -Serge **Guinchard** ; Droit et Pratique de la Procédure civile; Dalloz; Paris 2004.
- -V.O.De Bouillane de **Lacoste** ; Pourvois dans l'intérêt de la loi; Pourvoi en Cassation; Juris. Calss. Proc. Pén.; art.620-621; Fasc. 10.
- -**Waline** ; La notion judiciaire d'excès de pouvoir; thèse paris 1926.
- -Yves **Capron** ; Excès de Pouvoir ; Jur. Clas. Proc. Civ. ; Fasc. 782; 1993
- -Yves **Chartier** ; la cour de cassation et l'évolution du droit; Gaz. Pal. 1994.

ثالثاً : التعليقات على الأحكام الأجنبية :

- -**A.Penneau** ; Obs Sous; Cass. Cive. 1□ □ ; 16 avr. 1991; D.1992; Somm.; P.265.
- -**Amrani-Mekki** ; Not. Sous; Cass. Ass. Plén.; 23 Nov. 2007; J.C.P. 2008; éd. G.; I; P. 138.
- -**Avena-Robardet** ; obs. Sous; Cass. Ch. Mixte; 28 Janv.2005; D. 2005; inf. Rap. ; P.386.
- -**C. Giverdon et P. Capoulade** ; Not. Sous; Cass. Ass. Plén. 15 mai 1992; J. C. P. 1992; I I ; 21940.
- -**C. Puigelier** ; Not. Sous; Cass. Soc. 13 mars 2001; D. 2002; P. 241.
- -**Chauvin** ; Not. Sous; Cass. Ass. Plén.; 23 Nov. 2007; J.C.P. 2007; éd. G.; II; 10204.
- -Chr. **Gavalda** ; Not. Sous; Cass. avis. 9 oct.1992; D.1993; somm; P.196.
- -**Derrida** ; Not. -Sous; Cass. Com: 6 mars1990; D.1990; somm.; P.218.

- -**Douchy- Oudot** ; Not. Sous; Cass. Ass. Plén.; 23 Nov. 2007; Procédures. 2008; Comm.; N. 15.
- -**du Rusquec** ; obs. Sous; Cass. Civ. 2□ ; 4 déc. 2003; Gaz. Pal. 29-30 Oct. 2004; P. 18
- -**Guinchard et Moussa** ; obs. Sous; Cass. Civ.2□ ; 5 déc.1985; Gaz. Pal. 1986; II; Somm.; P. 324.
- -**Guinchard** ; obs. Sous; Cass. Civ.3 □ ; 19 déc. 1983; Gaz. Pal. 1984;1; pan; P.155
- -**J.Normand** ; Obs. Sous; Cass. Cive. 1□ □ ; 16 avr.1991; Rév. Trim. dr. Civ. 1992; P.176.
- -**Julien** ; Obs. Sous; Cass. avis. 9 oct.1992; D.1993; somm; P.188.
- -**Julien** ; obs. Sous; Cass. Soc.; 5 juin 1985; D. 1986; inf. rap.; P. 222.
- -Laroche de **Roussane** ; Not. Sous; Cass. avis. 9 Juille.1993; D.1994; somm.; P.137.
- -**Leborgne** ; obs. Sous; Cass. Ass. Plén.; 23 Nov. 2007; Rév. Huiss. 2008; P. 93.
- -**Lescaillon** ; Not. Sous; Cass. Soc.; 5 juin 1985; Rév. huiss. 1986; P. 1597.
- -**Margreat** ; Not. Sous; Cass. Cive. 1□ □ ; 16 Févr.1994; Gaz. Pal.1994; 2; somm.; P.511.
- -**P. Julien** ; obs. Sous; Cass. Soc.; 5 juin 1985; D. 1986; Inf. rap.; P. 222.
- -**P.L.P.** ; Not. Sous; Cass. Civ.; 6 juill. 1948; D.1949; P.25.
- -**Perdriau** ; obs. Sous; Cass. Civ. 1□ □ 27 Nov. 2001; Gaz. Pal. 9-10 oct. 2002; P. 36.
- -**Perdriau** ; obs. Sous; Cass. Cive. 1□ □ ; 2 Oct. 2001 ; Gaz. Pal. 9-10 oct. 2002; P.50.
- -**Perrot** ; obs. Sous; Cass. Ass. Plén.; 23 Nov. 2007; Rév. Trim. dr. Civ. 2008; P. 160.
- -**Perrot** ; obs. Sous; Cass. Ch. Mixte; 28 Janv.2005; Procédures 2005; N. 87.
- -**Ph. Bretaudeau** ; Not. Sous; Cass. Cive. 1□ □ ; 16 avr. 1991;D.1993; Somm.; P.186.
- -**Prieur** ; Not. Sous; Cass. Civ. 1□ □ ; 25 mai 1982; D. 1984; P. 273.
- -**Serinet** ; obs. Sous; Cass. avis. 8 oct. 2007; Bull. Civ. avis.; N. 7; J.C.P. 2008; I ; P.138.
- **رابعاً : الدوريات الأخرى :**

- Actualité Juridique De droit Administratif.
- Bulletin des Arrêts des Chambers Civiles de La Cour de Cassation Française.
- Dalloz actualité.
- Dalloz- sirey.
- Encyclopédie Dalloz; Répertoire de Procédure Civile.
- Gazette de Palais.
- Juris classeur Périodique.Édition Générale (La Semaine Juridique).
- Juris classeur de Droit de Procédure Civile.
- Justicés.
- Procédures.
- Recueil de Dalloz.
- Révue d'arbitrage.
- Revue des Huissiers de Justice.
- Révue Trimestrielle de Droit Civil.
- Révue Critique de droit intermional privé.

خامساً : المواقع الإلكترونية: موقع محكمة النقض المصرية:

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Cou-rt_Civil.aspx

- <http://www.eastlaws.com> موقع شبكة قوانين الشرق

- <http://www.iasj.net/iasj>

- www.ejles.com

- [http://www. Cour de Cassation.fr.](http://www.Cour de Cassation.fr) موقع محكمة النقض الفرنسية

سادساً : قائمة المختصرات :

1- المختصرات العربية : س= السنة ص= الصفحة ط= الطبعة ع= العدد

ق= القاعدة

مج= مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية.

مستحدث المواد المدنية = المستحدث ومجموعة المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية والتجارية والاقتصادية والضريبية ودوائر الإجراءات والعمال والتأمينات الاجتماعية والأحوال الشخصية وطعون رجال القضاء.

مستحدث مبادئ الدوائر المدنية في مواد المرافعات= المستحدث من المبادئ التي قررتها

الدوائر المدنية في مواد المرافعات من أول يناير 2003 لغاية آخر ديسمبر 2012 م.

مج دستورية = مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في

أربعين عاماً (1969-2009 م) - المكتب الفني للمحكمة الدستورية العليا.

2- المختصرات الأجنبية :

A.J.D.A. = Actualité Juridique de droit Administratif.

Al. = alinéa.

Anc.C.P.C. = ancien code de procédure civile.

art. = article.

Bull.civ. = Bulletin des arrêts des chambers civiles de la cour de cassation.

Bull.Crim. = Bulletin des arrêts des chambers Criminelles de la cour de cassation.

Cass. = l'arrêt de la cour de cassation.

Cass. Ass. Plén. = l'arrêt de la cour de cassation siégeant en
Assemblée Plénière.

Cass. ch. Mixte = l'arrêt de la cour de cassation en chambres mixtes.

Chron. = chronique.

Cive. 1^{re} = première chambre civile.

Civ.2^e = deuxième chambre civile.

Civ.3^e = troisième chambre civile.

C.C.F. = Code civile.

C.O.J.F. = Code de l'Organisation Judiciaire.

C.P.pén.F. = Code de Procédure Pénale.

Com. = Chambre commerciale.

Crim. = Chambers Criminelles.

D. = Recueil de dalloz.

D.S = Dallozsirey.

Doct. = Doctrine.

éd. = Édition.

Encyc. Dalloz = Encyclopédie Dalloz – Procédure civile.

Fasc. = Fascicule.

Gaz.pal. = Gazette de palais.

inf. rap. = informations rapides.

J.C.P = jurais classeur périodique. (la semaine juridique).

Jurisp. = Jurisprudence.

Juris. Calss. Proc. Civ. = Jusris classeur de procédure civile.

Justices = Justices.

N.C.P.C.F. = Nouveau code de procédure civile Française.

Not. = Note.

N. = Numéro.

Obs. = Observation.

Op. Cit. = Ouvrage cité.

P = page.

Pan. = Panorama.

Procédures = Procédures

Rév. arb. = Révue d'arbitrage.

Rév. Huiss. = Revue des Huissiers de Justice.

Rév. Trim. dr. Civ. = Revue trimestrielle de droit civil.

Rév. Crit. dr. inter. Privé. = Revue Critique de droit international privé

Soc. = Chambre Sociale.

Somm. = sommaire.

T. = Tome.

T. Conflits. = Tribunal des conflits.

Trib. Gran. inst = décision de tribunal de grande instance.

ملخص بحث

النظام الإجرائي للطعن بالنقض المدني

من النائب العام لمصلحة القانون

د. خيرى عبدالفتاح السيد البتانوي

استاذ مساعد قانون المرافعات- كلية الحقوق/جامعة أسوان

تتناول البحث موضوع "النظام الإجرائي للطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون" من خلال مقدمه وفصلين، بكل منهما مبحثين، وكل مبحث في مطلبين.

ففي المقدمة تم توضيح وظيفة محكمة النقض، وحق الطعن بالنقض، ومشكلة البحث وتساؤلاته وسبب اختياره و منهجيته وخطته.

وفي الفصل الأول تم توضيح مفهوم الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، و التفرقة بينه وبين غيره من النظم القانونية المشابهة ، وذلك في مبحثين :

المبحث الأول : ويتناول مفهوم الطعن بالنقض لمصلحة القانون من النائب العام من خلال بيان: تعريف الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون، وتطوره التاريخي، وتنظيمه التشريعي، وفلسفته، وغايته ، وطبيعته القانونية ، وأنواعه .

المبحث الثاني : ويتناول التفرقة بين الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون وبين غيره من النظم القانونية المشابهة من خلال بيان : التمييز بين الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون، وطعن النيابة العامة لمخالفة النظام العام ، والطعن بالنقض لتجاوز السلطة، و الدور الاستشاري لمحكمة النقض.

وأما الفصل الثاني فقامت بتوضيح خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون وذلك في مبحثين :

المبحث الأول : ويتناول إجراءات الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون من خلال بيان : حالات وشروط الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون، وإجراءاته.

المبحث الثاني ويتناول سلطة محكمة النقض في خصومة الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون، وآثار الحكم فيها من خلال بيان : سلطة محكمة النقض في نظر الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون ، وآثار حكم النقض في الطعن بالنقض المدني من النائب العام لمصلحة القانون.

Résumé de la recherche

Le Système procédural du Pourvoi en cassation civile du Procureur général dans l'intérêt de la loi

Ass. Prof. Khayry AbdelFattah elBatanony

=====
Nous avons parlé de sujet de " **Le Système Procédural du Pourvoi en Cassation Civile du Procureur Général dans l'intérêt de la loi** " Ceci est composée d'une introduction, et deux chapitres, chaque chapitre comprend deux sections et chaque section comprend deux sous-sections.

A l'introduction : Nous avons traité la fonction du Tribunal de Cassation, le droit du pourvoi en cassation, l'objet en question, ses positions, son système d'approche et son plan.

Au premier chapitre : Nous avons expliqué le concept du pourvoi en cassation civile du Procureur Général dans l'intérêt de la loi, et la différence entre sa personne et autrui dans les systèmes juridiques similaires, et en sections :

Première Section : Elle comprend le concept du pourvoi en cassation civile du Procureur Général dans l'intérêt de la loi en indiquant : la définition du pourvoi en cassation civile dans l'intérêt de la loi, son développement historique, son système juridique, sa philosophie, sa finalité, sa nature juridique, et ses divers espèces.

Deuxième Section : Elle comprend la différence entre le pourvoi en cassation civile du Procureur Général dans l'intérêt de la loi et autres systèmes juridiques similaires en indiquant : la différence entre :

- pourvoi en cassation civile du Procureur Général dans l'intérêt de la loi,
- pourvoi du Parquet pour infraction à l'ordre public,
- pourvoi en cassation pour excès du pouvoir,
- pourvoi en révision.

Quant au Deuxième chapitre: J'ai expliqué le litige du pourvoi en cassation civile du Procureur Général dans l'intérêt de la loi en deux sections :

Première Section : Elle comprend la procédure du pourvoi en cassation civile du Procureur Général dans l'intérêt de la loi en montrant : les cas et les conditions du pourvoi en cassation civile du Procureur Général dans l'intérêt de la loi, et celles qui concernent les procédures.

Deuxième Section : Elle comprend l'autorité de la Cour de Cassation dans le litige du pourvoi en cassation civile du procureur général dans l'intérêt de la loi, et les effets et l'implication du jugement en indiquant : l'autorité de la Cour de Cassation de statuer sur le pourvoi en cassation civile du Procureur Général dans l'intérêt de la loi, et les effets et l'implication du jugement du pourvoi en cassation civile du Procureur Général dans l'intérêt de la loi.

(2002) 13 *European Journal of International Law*. 4, 877-893.

49. Tarik Albishry, *The Egyptian Judiciary between Independence and Containment* (Alshourouq Aldawlia, Cairo 2006) (In Arabic)
50. Wagdy Abd Al-Samad, 'Judicial Independence', *The Judiciary Journal* (March and April 1986) Vols. 3 & 4. (In Arabic).

- Colombia, in *Human Rights Prosecutions in Democracies at War* (Palgrave Macmillan, 2018)
39. Morten Bergsmo, Mads Harlem and Nobuo Hayashi, *Importing Core International Crimes into National Law* (Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo 2010)
 40. Nathan J. Brown, 'Arab Judicial Structures', A study presented to the United Nations Development Program: Programme on Governance in the Arab Region (POGAR).
 41. Nathan J. Brown, 'Law and Imperialism: Egypt in Comparative Perspective' (1995) 29 *Law and Society Review*. 103.
 42. Nathan J. Brown, Egypt is in a state of emergency. Here's what that means for its government, 13 April 2017, *The Washington Post*.
 43. Pauline Therese Collins. *Civil-military 'legal Relations: where to from Here?: The Civilian Courts and the Military in the United Kingdom, United States and Australia* (Brill, 2018)
 44. Policy Framework for Preventing and Eliminating Corruption and Ensuring the Impartiality of the Judicial System, ICJ's Centre for the Independence of Judges and Lawyers (CIJL), CIJL Yearbook 2000.
 45. Ruth A. Kok, *Statutory limitations in international criminal law* (TMC Asser Press, The Hague 2007).
 46. Sahar Aziz, 'The Expanding Jurisdiction of Egypt's Military Courts', *The Cairo Review of Global Affairs Journal*, The American University in Cairo, 13 October 2016.
 47. Seri Seyam, *Natural Judiciary and Equality before the Judiciary* (Al-Markaz Alqawmi Li-bohos Al-Igtmaaia wa Al-Genaaia, Cairo 1991) (In Arabic)
 48. Steffen Wirth, 'Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the Congo v. Belgium Case'.

- Statute into domestic legislation: temporal jurisdiction', Papers Presented at the 10th Commonwealth Association of Legislative Counsel Conference, 9-11 February 2011, Hyderabad, India. 2012.
30. Maamoun Salama, *Military Rules Law* (Dar Al-Fekr Al-Arabi, Cairo 1984) (In Arabic).
 31. Mahmoud Al-Khudayri, 'The Law on Judicial Authority and Judicial Independence' in Nathalie Bernard-Maugiron (ed.), *Judges and Political Reform in Egypt* (American University Press, Cairo 2008).
 32. Mahmoud Nagib Hosni, *Criminal Procedures Law* (2nd edn Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo 1988) (In Arabic)
 33. Mahmoud Naguib Hossny, *Textbook on Criminal Procedures Law* (Third edn Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo 1996) 508.
 34. Mark S W Hoyle, 'The Mixed Courts of Egypt: An Anniversary Assessment' (1985) 1 *Arab Law Quarterly* 60.
 35. Mohamed Asfour, 'The Independence of the Judicial Authority' (1968) 3 *Judges Journal*. 300. (In Arabic)
 36. Mohamed Eid Al-Ghareeb, *Textbook on Criminal Procedures Law* (2nd edn Al-Nesr Al-Zahabi, Cairo 1997). (In Arabic)
 37. Mohamed Nour Farahat and Ali Al-Sadek, 'Judiciary in Egypt' in 'Judiciary in the Arab Countries (Jordan- Lebanon- Morocco- Egypt) Monitoring and Analysing' (The Arab Centre for the Development of the Rule of Law and Integrity, Beirut 2007) 594. (In Arabic)
 38. Moira Lynch, 'The Constitutional Court, Military Jurisdiction, and Human Rights Prosecutions in

- 5 Georgia Journal of International and Comparative Law 407.
21. Gamal Al-Otaify, 'The Criminal Safeguard of the Dispute from Publishing Influence', (Dar Al-Maaref, Cairo 1964). (In Arabic)
 22. Heniarti, Dini Dewi. "Military Court's Jurisdiction over Military Members Who Commit General Crimes under Indonesian Military Judiciary System in Comparison with Other Countries", (2015) World Academy of Science, Engineering and Technology, International Journal of Social, Behavioural, Educational, Economic, Business and Industrial Engineering 9.6, 2190-2196.
 23. Hugo Relva, 'The implementation of the Rome Statute in Latin American states' (2003) 16 Leiden Journal of International Law. 2, 347.
 24. Ibrahim Awad, *The Judiciary in Islam: Its History and Organisation* (Islamic Research Institute Publications, Cairo 1975). (In Arabic)
 25. Isabelle Lendrevie-Tournan, 'The Development of Relations between the Mixed Courts and the Executive Authority in Egypt (1875-1904)' in Nathalie Bernard-Maugiron (ed.), *Judges and Political Reform in Egypt* (American University Press, Cairo 2008).
 26. James Henry Scott, 'The Judicial System of Egypt' (1906-1907) 18 Juridical Review 386.
 27. Jasper Y. Brinton, 'The Closing of the Mixed Courts of Egypt' (1950) 44 American Journal of International Law 303.
 28. Kimberly Luke, 'Order or Justice: The Denshawai Incident and British Imperialism', (2007) 5 History Compass. 2.
 29. Kotzeva, Anna, Natasha Vicary, and Manuel J. Ventura, 'Incorporating core crimes under the Rome

11. Atef Shahat Said, 'The role of the Judges' Club in Enhancing the Independence of the Judiciary and Spurring Political Reform' in Nathalie Bernard-Maugiron (ed.), *Judges and Political Reform in Egypt* (American University Press, Cairo 2008).
12. Cham Robinson O. Everett, 'Military Jurisdiction over Civilians' (1960) 3 Duke Law Journal. 366.
13. Fansu KU, 'From Law Member to Military Judge: The Continuing Evolution of an Independent Trial Judiciary in the Twenty-First Century' (2009) 199 Military Law Review. 49.
14. Fathey Wally, Al-Waseet in the Civil Judiciary Law (Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo 1981). (In Arabic)
15. Fathy Al-Marsafawy, *The History of Egyptian Law* (Dar Al-Fekr Al-Arabi, Cairo 1982). (In Arabic)
16. Fatouh AlShazly and Kareem Alshazly, The Independence of the Egyptian Judicial System: Reality and Aspirations, AlHuqooq Journal for Legal Economic Studies, Faculty of Law, Alexandria University, Vol.2, 2010, 239-254. (In Arabic)
17. Fatouh AlShazly, The collective Action of Judges in Egypt, AlHuqooq Journal for Legal Economic Studies, Faculty of Law, Alexandria University, Vol.1, 2009, 23-83. (In Arabic)
18. Fatouh Al-Shazly, The equality in criminal procedures (Dar Al-Matbouaat Al-Gameaaia, Alexandria 1990) 93 (In Arabic)
19. Federica Gioia, 'The Complementary Role of the International Criminal Court: Are there any Time-limits?' in Mauro Politi and Federica Gioia (eds.), *The International Criminal Court and National jurisdictions* (Ashgate Publishing Limited, Hampshire 2008).
20. Gabriel M. Wilner, 'The Mixed Courts of Egypt: A study on the Use of Natural Law and Equity' (1975)

Bibliography

1. Abd Al-Ellah Al-Nawaisah, Specific Rules of the Jordanian State Security Court, *Alhoquuq Journal*, Kuwait University, Vol. 2 2006, 73-121. (In Arabic)
2. Abd Al-Raouf Mahdy, Textbook on Criminal Procedures Law (Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo 2013). (In Arabic)
3. Abdallah Khalil, 'The General Prosecutor between the Judicial and Executive Authorities' in Nathalie Bernard-Maugiron (ed.), *Judges and Political Reform in Egypt* (American University Press, Cairo 2008).
4. Adel Omar Sharif, 'An Overview of the Egyptian Judicial System, and its History' (1999) 5 *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*. 3.
5. Adel Omar Sherif and Nathan J. Brown, 'Judicial Independence in the Arab World' (2002) Program of Arab Governance of the United Nations Development Program.
6. Ahmed Fathey Sorrow, 'Judicial Independence as a Human Right in Egyptian Law' (1983) 50 *Law and Economy Journal*. 136. (In Arabic)
7. Ahmed Fathey Sorrow, *Constitutional Criminal Law* (2nd Edition Dar Al-Shorouq, Cairo 2002). (In Arabic)
8. Ahmed Fathey Sorrow, *Criminal Legitimacy* (Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo 1977). (In Arabic)
9. Ahmed Fathey Sorrow, Textbook on Criminal Procedures Law (10th edn Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo 2016). (In Arabic)
10. Alaa Mohamed Al-Sawey, *The Right to a fair Trial for the Accused*, PhD Thesis, Cairo University, 2001. (In Arabic)

10) The right to be tried without unjustified delay under the Egyptian legal system, especially for the most serious crimes, requires improvement. Although the right is enshrined under the Egyptian Constitution, and the whole regime of timing in criminal proceedings has been the subject of great enhancement in recent years, unjustified delays still a possibility. It is thus recommended that specific time limits are outlined and introduced in the Criminal Procedures Law. Such time limits must be respected by all levels of criminal courts including the Court of Cassation, otherwise a procedural sanction, such as the automatic dropping of the case, shall be imposed. The system articulated by the Supreme Court of Canada could offer a viable guide in this regard.

exist as soon as possible. The sweeping powers that the executive authority claims under the State of Emergency Law, the special procedural rules regarding the remand, composition of the SSEC and endorsement of their decisions, and the referral of ordinary crimes to those exceptional courts, all of this characterizes those procedures with illegitimacy and contradiction with the natural judge principle. It is thus highly recommended that the State of Emergency in Egypt shall end along with the State Security Emergency Courts, especially that all of the crimes that have been referred to the SSEC could be easily prosecuted before ordinary courts under the current Combating Terrorism Law.

- 9) The prosecution of civilians by the Military Judiciary in Egypt marks the weakest point that the ICC could invoke to declare the unwillingness of the Egyptian judicial system to prosecute and thus assert its jurisdiction. The Military Judiciary is a special judiciary for the prosecution of military personnel only, and thus should not have any jurisdiction over civilians as the Constitution provides. Despite the rationale behind recalling the military, as the most powerful and functioning institution in Egypt, to protect vital civilian institutions, buildings, and highways, especially with the inability of the civil authorities, such as the municipalities and the police, to offer effective protection to such civilian institutions, it is, nevertheless, submitted that the Military Judiciary should never be involved in the prosecution of civilians, as such prosecutions certainly violate the text and spirit of the current Constitution, as well as relevant international instruments, and would likely render the Egyptian judiciary unwilling to prosecute under the Rome Statute.

most importantly; the regular review of the performance of judges that leads to their promotion, in addition to its power of outlining the annual transfer of judges within the judiciary, and investigate complaints concerning the malpractice of judges submitted even from the public.

- 5) The power given to the Minister of Justice to refer any judge to the Judges Discipline Council that might decide to sack the judge or transfer him to a non-judicial job shall be abolished. Despite the final decision in this regard will be that of the Judges Discipline Council, which is composed of senior judges, the fact that such significant motion is initiated by the Minister of Justice who represents the executive authority warrants reconsideration.
- 6) The establishment of summary courts under Article 11 of the Judicial Authority Law through a decision by the Minister of Justice is considered a breach to the Natural Judge Principle, and thus shall be abolished; rather the composition and scope of jurisdiction of such courts should be explicitly mentioned in the Judicial Authority Law similar to the provisions on the establishment of first instance courts and courts of appeal (assize courts).
- 7) The assignment of cases within the legally established courts should be carried out in accordance with general and absolute rules, otherwise it would constitute a breach of the Natural Judge Principle. Thus, the practice of delegating the chief judge of the court to assign cases to specific chambers shall be abandoned through excluding such delegation from Article 30 of the Judicial Authority Law.
- 8) The State Security Emergency Courts that are established once the State of Emergency is proclaimed are exceptional courts that should cease to

outlining the annual budget of the judiciary; rather the budget shall be prepared by the SJC and submitted to the Parliament directly, similar to the rule followed in outlining the budget of the Military under the Constitution.

- 3) The power given to the Minister of Justice to appoint the chief judges of the courts of first instance shall be abolished. Despite the fact that the approval of the SJC to such appointment is required, the proposed names always originate from the Ministry of Justice, as well as the appointment decision. This process will render the appointed chief judge beholden to the Minister of Justice who is member of the executive authority and implements its agenda. Notably, this is considered a serious challenge to judicial independence, especially that the chief judge of the court of first instance has several powers over all judges working in the court the he presides, for instance, he can issue a warning against a judge, which is considered an administrative sanction, in addition to his power to suggest to the Public Prosecutor to initiate an administrative disciplinary case against a judge. It is thus recommended that the appointment of the chief judges of the courts of first instance shall be conducted through a decision by the SJC without the involvement of the Ministry of Justice in such purely judicial affair.
- 4) The affiliation of the Judicial Monitoring Branch to the Ministry of Justice shall be reconsidered, especially that neither the selection nor the appointment of its members is conditional on the approved of the SJC. This situation certainly constitutes a breach of judicial independence from the executive authority, as the Judicial Monitoring Branch possess under the Judicial Authority Law very significant powers over judges,

instruments. Having said that, the discussion has also revealed several legal shortcomings and deficiencies that warrant legislative amendments. Such amendments once adopted will enhance the willingness of the Egyptian judicial system and accordingly help Egypt to assert its primary jurisdiction over any alleged international crime that is committed in Egypt or by an Egyptian, rather than allowing the ICC to invoke its complementary jurisdiction on the basis that the Egyptian judicial system was found unwilling to prosecute.

The proposed amendments include the following:

- 1) The Supreme Judicial Council, which is the sole arbiter on almost all of the affairs of the judiciary, should encompass elected members beside the appointed ones. The Chief Justice, specifically, shall be elected rather than selected by the President as the Law no. 13/2017 provides. In addition to enhancing the independence of the judiciary from the executive authority, this proposal will strike some balance within the SJC between seniority and political considerations, on one side, and efficiency and the sense of belonging to the mainstream of judges, on the other. Despite the serious concerns raised regarding the unfortunate outcomes that might result from elections, especially causing sectarianism among judges and allowing a political or religious sect to control the judiciary, democracy is a practice that rectifies itself overtime, and judges are by definition a highly educated and national group that acts in the interest of the judiciary as well as the public at large.
- 2) The fact that the judiciary has an independent budget is a very significant guarantee for judicial independence, especially from the executive authority. It is, however, recommended that the Minister of Finance shall not be involved in the process of

as a candidate in municipal or national elections, except after resigning from his post as a judge, and the adoption of the Multi-Judges Composition of criminal courts in more serious crimes.

In section four, one of the most significant principles of due process has been highlighted which is the Natural Judge Principle. This section has demonstrated that for a court to be considered the natural judge of the case its should be established by the law and not any other tool, the jurisdiction of the court shall be general and absolute and thus accused must know in advance the court that will adjudicate his case, finally, the court has to be permanent, and thus ad hoc courts that are established to decide on single criminal cases shall not exist. Unfortunately, the Egyptian legal system recognises especially two types of exceptional courts, the State Security Emergency Courts that are established once the State of Emergency is proclaimed, and the Military Judiciary which is a special judiciary that becomes exceptional once it has jurisdiction over civilians.

The final section of the Article discussed the due process guarantee that criminal prosecution should be conducted without unjustified delay. In this section, the issue of timing in criminal proceedings has been examined in details, whether in the preliminary investigation phase, where the power to remand the accused is limited to three months in misdemeanours and five months in felonies, or in the Prosecution Phase, where the general rule is that the remand shall not exceed 1/3 of the maximum potential imprisonment prescribed for the crime.

In light of the aforementioned discussion, it is safe to argue that the Egyptian Constitution and pertinent laws recognise the fundamental due process guarantees enshrined under the principle international human rights

the Egyptian legal system, the Public Prosecution possess the power to investigate as well as the power to accuse. Despite the criticism, it has been argued that this situation does not constitute an infringement of the impartiality guarantee of the accused, especially that the Public Prosecution in Egypt is considered part of the Judicial authority rather than the executive authority, and thus enjoys the same guarantees of independence and impartiality. On the other hand, the separation between the power to prosecute, which is conducted by the criminal courts, and the other two powers that are practiced by the Public Prosecution, is absolute inasmuch as no judge who investigated or referred the case to the criminal court is allowed to adjudicate the case.

In addition to the guarantees against internal influences, the Egyptian legal system protects the judiciary from the external influences that might render the impartiality of the sitting judge in doubt. These guarantees include the absolute disqualification of the judge in specific cases that is considered a public order rule, and thus any judgment issued in violation of any of such cases shall be perceived null and void, even if accepted by the parties to the case. Furthermore, there are the less serious cases of recusing the judge that have to be invoked by the parties to a case once they become aware of it, otherwise their petition will be rejected. In addition to these two types of guarantees against internal and external influences on the judge, the Egyptian legal system encompasses other relevant guarantees that the Article deemed of great significance in ensuring the impartiality of the sitting judge, including; the prohibition imposed on judges to practice any other job that might put their impartiality at stake as well as the prohibition to pursue a political career in particular to run

government on all residents and to circumvent the abuse of the system by the imperial powers. This national judiciary which enjoyed from the outset a considerable degree of independence from the government, and even the occupier, has instilled a culture of independence and pride in members of the judiciary that could be sensed until today, and that fortified the Egyptian judiciary against several attacks that occurred in the past, and will occur in the future.

Accordingly, the Article in the second section elaborated on the constitutional and legal guarantees for judicial independence in the Egyptian legal system. It first highlighted the guarantees for the institutional independence of the judiciary whether from the legislative authority, which is monitored by the Supreme Constitutional Court, or the executive authority, which provoked some concerns that outlined below, or finally from the media, which is enforced by the judiciary itself. Furthermore, the Article elaborated on the individual independence of the judiciary, that covered the constitutional and legal guarantees that protect the individual judge from the abuse of mainly the executive authority. These guarantees include the irrevocability of judges, their procedural immunity when they commit a criminal act, the special rules that govern their discipline, and the fact that they enjoy personal immunity from civil cases that might be brought against them for profession related torts.

In section three, the impartiality of the Egyptian judiciary was discussed. This section highlighted legal guarantees against two types of influences; internal influence, and external influence. The guarantees against internal influence related to the separation of judicial functions; namely, the investigation, accusation, and prosecution. It has been demonstrated that under

ICC itself,¹ and the *ad hoc* international criminal courts, provide the most illustrative example for the prolonged criminal proceedings required in prosecuting the core crimes due to their complexity. For instance, Jean-Pierre Bemba Gombo was on remand in the ICC's custody since July 2008, and was not convicted until June 2016,² a decision that he has challenged before the Appeals Chamber of the ICC which eventually accepted his appeal and order his acquittal on 8 June 2018.³ This means that it took the ICC ten long years to issue a final decision in the case of Bemba.

Concluding Remarks: Observations and Proposed Amendments

This Article offers a contemporary analysis of the current Egyptian Constitution of 2014 and all pertinent laws on due process guarantees deemed relevant under Article 17 of the Rome Statute. In doing so, the Article started by providing an overview for the contemporary history of the Egyptian judicial system. Such overview was necessary, as it provided the background against which the current Egyptian judicial system will be assessed and understood. It has been shown in this section that the contemporary judicial system in Egypt was introduced in the last quarter of the 19th Century as part of a national project to strengthen the authority of the national

¹ See, Federica Gioia, 'The Complementary Role of the International Criminal Court: Are there any Time-limits?' in Mauro Politi and Federica Gioia (eds.), *The International Criminal Court and National Jurisdictions* (Ashgate Publishing Limited, Hampshire 2008) 71.

² *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Situation in the Central African Republic, ICC-01/05-01/08, Case Information Sheet, 8 June 2018. Available online at: <https://www.icc-cpi.int/car/bemba/Documents/bembaEng.pdf> (Last visited on 15 June 2018).

³ *Ibid.*

of Interior can object within fifteen days. In such case, the detainee' petition is heard anew by another district of the court within fifteen days of the date of the objection. If the second district rejects the petition, the detainee is entitled to submit a new petition after thirty days.¹

Significantly, the fact that the detainee under the State of Emergency Law could stay in remand for very long periods awaiting trial might constitute a very flagrant violation of the right to be prosecuted without undue delay and thus would render the Egyptian judicial system unwilling to prosecute according to Article 17 (2) (b).

It is however noted that, although, the remand system under the current State of Emergency Law grants the police and the Public Prosecution exceptional powers to detain any person who they suspect to pose a threat to the public order, one cannot deny the fact that those powers are given and practiced in exceptional circumstances. Moreover, the current system of remand according to Article 3, as amended by the Law no. 12/2017, offer more guarantees to the detainee than before such amendment, where the police had the power to arrest any person without having to inform, let alone acquire the approval of the Public Prosecution.²

- 4) The seriousness, gravity and complexity attached to the ICC like crimes would certainly warrant more time for investigation and prosecution than ordinary crimes that are being committed on daily basis. Probably the

¹ State of Emergency Law amended by the Law no. 50/1982, Article 6.

² For more details on the situation before the amendments of 2017 see, Hafez Abu Seada, *supra* note 257, 170.

assize, until it issues its final decision on the case.¹ Yet this possibility is within the absolute discretion of the Court of Cassation, if it wishes, a suspension will be ordered, otherwise, the defendant will remain in custody for as long as it takes the Court of Cassation to issue its final decision.

- 3) According to the State of Emergency Law no. 162/1958, once the state of emergency is proclaimed, the police could detain any suspect of committing a felony or a misdemeanour for 24 hours, within such period the police has to inform the Public Prosecution.² Furthermore, the police, in order to finalise its investigations, could keep the detainee in its custody for a maximum period of 7 days upon the approval of the Public Prosecution.³ Interestingly, the Emergency State Security Summary Court, which is usually established once the state of emergency is proclaimed, could, upon a request from the Public Prosecution, extend or approve the detention of any person who constitutes a threat to the public order for a period of one month, which could be renewed indefinitely by the same court.⁴

The detainee has the right, however, to challenge the decision to be arrested before the Emergency High State Security Court at least thirty days after the date of his detention.⁵ This court has to issue its decision within fifteen days after receiving the detainee's request to challenge his arrest decision. If the court decides to release the detainee, the Minister

¹ Article 36 *bis* of the Law on Cases and Procedures of Review before the Court of Cassation no. 57/1959 as amended by the Law no. 7/2016.

² *Ibid* Article 3 *bis* B(1), as introduced by the Law no. 12/2017.

³ *Ibid* Article 3 *bis* B(2).

⁴ *Ibid* Article 3 *bis* C, as introduced by the Law no. 12/2017.

⁵ State of Emergency Law no. 162/1958, Article 3 *bis*.

required an *inordinate amount of trial time or preparation time*.

Where the Crown cannot rebut the presumption of unreasonableness, the charges against the accused will be dropped.¹

Interestingly, even in cases where a presumptive ceiling has not been exceeded, an accused may still establish that the delay is unreasonable by establishing that despite making a sustained effort to expedite the proceedings; the case took markedly longer than it reasonably should have. Here also, the charges against the accused will be dropped.²

- 2) The remand period is calculated from the point at which the Public Prosecution issues its decision ordering the accused's remand, until the point at which the criminal court renders its judgment. This period does not cover the time the Court of Cassation takes to decide whether to endorse the judgment of the court of assize or to revoke it. During this time, the defendant would be executing the imprisonment sentence he had received and challenged before the Court of Cassation. This process before the Court of Cassation could take years without any obligation on the Court of Cassation to render its decision within a specific period.

In 2016, however, an amendment to the Law on Cases and Procedures of Review before the Court of Cassation made it possible that the Court of Cassation, upon request of the defendant, suspends the imprisonment decision rendered by the court of

¹ Ibid

² Ibid

Although it is not common practice that criminal jurisdictions set a specific time limit for the conclusion of criminal proceedings and the issuance of a final decision, it is recommended to consider the recent approach taken by the Supreme Court of Canada. In *R. v. Jordan*,¹ the Supreme Court of Canada made broad and sweeping changes to the framework that determines whether an accused has been tried within a reasonable time. The decision established a presumptive ceiling of 18 months on the length of a criminal case in provincial courts, from the charge to the end of trial, and a presumptive ceiling of 30 months on criminal cases in superior courts, or cases tried in provincial courts after a preliminary inquiry. According to the decision, delays that are attributable to, or waived by, the defence do not count toward the presumptive ceiling. Nevertheless, institutional delays that are not the fault of the Crown do count toward the presumptive ceiling.²

If the abovementioned ceiling is exceeded, it is automatically presumed that the delay is unreasonable. The Crown may, however, rebut this presumption by establishing one of the following exceptional circumstances:

- A discrete event occurred that was *reasonably unforeseen and reasonably unavoidable*. The delay attributable to such an event is subtracted from the total delay.
- The case was *particularly complex* in that the nature of the evidence or the nature of the issues

¹ *R. v. Jordan*, Supreme Court of Canada, Case no. 36068, 8 July 2016. Available online at: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/16057/index.do> (Last visited on 3 April 2018).

² *Ibid*

the country, which refer to acts of terrorism and acts that aim at destabilize the country. Furthermore, Article 270 *bis*, states that the trial of the aforementioned crimes should be initiated in two weeks.

The relevance of Article 276 *bis* to the ICC crimes is that many of the acts covered by war crimes, crimes against humanity and even genocide are subsumed under acts that could jeopardize the external or internal security of the country. However, the article does not cover many other acts such as torture or mass murder if they were not committed as part of a terrorist attack.

In sum, the legal provisions in the Egyptian legal system that organize the issue of timing or duration of the criminal process have adopted the general rule that the accused should be prosecuted without undue delay. Furthermore, there are specific and detailed rules identifying deadlines for pre-trial detention as well as a swift initiation of trial in the more serious crimes.

The Possibility for Delays

Despite the abovementioned rules that regulate the issue of timing in the criminal proceedings and thus seeks to achieve prosecutions without unjustified delays, there are four significant concerns that would cause delays in criminal proceedings, as follows:

- 1) There are no time limits for the completion of the criminal process in whole. Although, there are time limits for remand in custody and the initiation of the most serious cases, the criminal proceedings when the accused is at large or under other restrictions other than the remand system, have no clear time limits. In addition, the Constitutional provision that proclaims speedy trials offer a mere moral obligation, rather than a legal one that would invoke legal consequences in case a time limit was breached.

misdemeanours should be revoked.¹ Thus, according to this amendment, the Court of Cassation is not allowed to return the case back to the court that issued the impugned decision, but it has to decide on the facts of the case. This amendment, although puts a great burden on the Court of Cassation, which is by definition a court of law, will significantly speed up criminal proceedings and ensure that a final decision is rendered timely.

Another amendment that will relatively speedup the procedures before the ordinary criminal courts is the amendment to the Criminal Procedures Law that granted the criminal court more discretion in deciding whether to hear a requested witness by a party to a criminal case. According to this amendment, the criminal court could through a reasoned decision decline a request to hear a specific witness if it reckons it unnecessary.² Before this amendment, the court was somehow obliged to hear every requested witness, even if the party to the criminal case requested the hearing of hundreds of witnesses,³ which had certainly result in a prolonged process.

Interestingly, putting the ICC crimes in the context of the Egyptian Legal System, and specifically the issue of timing in criminal proceedings, one should also refer to Article 276 *bis* of the Criminal Procedures Law, which stipulates clearly that specific crimes should be prosecuted promptly. These crimes include, but are not limited to, crimes against the external security of the country, which refer to collaborating with an enemy and similar crimes, and crimes against the internal security of

¹ Ibid Article 39.

² Criminal Procedures Law, Article 277 as amended by the Law no. 11/2017.

³ In one of the criminal cases after the 2013 popular uprising, the defendant requested the hearing of 300 witnesses. See, <http://www.youm7.com/3214445>. (Last visited: 15 May 2018) (In Arabic)

would also be kept in remand until a final judgment is issued by the Court of Cassation.¹

It is, however, essential to point out that the two years maximum period for remand in case of crimes punishable by death penalty or life imprisonment is still applicable when the defendant is on trial before the court of assize for the first time and the latter has not issued its final decision yet. Nevertheless, once the court of assize sentences the defendant with either death penalty or life imprisonment, the court of review for that decision, which is the Court of Cassation acting as a court of facts, will not be bound by the two years bar.

Noticeably, the amendments of the Criminal Procedures Law, especially the remand system, has set compulsory deadlines for the Public Prosecution and the criminal courts for the term of pre-trial detention that cannot be exceeded; the longest of these, with the exception of the accused who receives a death penalty or life imprisonment and challenges his decision before the Court of Cassation, is two years. This restraint would encourage the conclusion of criminal proceedings without undue delays, otherwise the Public Prosecution and the criminal courts would be obliged to release the accused, and thus run the risk of him escaping justice.

Significantly, in 2017, a long-awaited amendment to the Law on Cases and Procedures of Review before the Court of Cassation was introduced.² This amendment obliges the Court of Cassation to decide on the facts of the case if it decided that the decision that has been issued by the court of assize or the court of

¹ Criminal Procedures Law, Article 143 as amended by the Law no. 83/2013.

² Law on Cases and Procedures of Review before the Court of Cassation, Law no. 57/1959 as amended by the Law no. 11/2017.

regarding this case. One of these decisions is whether to extend the remand of the accused or replace it by any other precautionary measure, including, *inter alia*, releasing him on bail. Significantly, Article 143, before the amendment in 2006, used to give the court an absolute power to renew the remand of the defendant until his detention covers the maximum potential term of imprisonment prescribed for his alleged crime.¹

Nevertheless, after the amendment, Article 143 established the significant rule that the remand has an end. According to Article 143, as it stands today, the remand throughout the criminal proceedings, including the trial phase, should not exceed 1/3 of the maximum potential imprisonment prescribed for the alleged crime, inasmuch as it never exceeds 6 months for misdemeanours and 18 months for felonies and two years in the case when the prescribed punishment is life imprisonment or execution.

However, in 2007 Article 143 was amended to add an exception to the previous deadlines in the case of an accused who receives a death penalty judgment by a court of assize that was challenged by the defendant before the Court of Cassation. In this case, if the Court of Cassation revokes the court of assize's judgment and initiated a retrial, the defendant would be remanded in custody and his remand would be renewed for periods of 45 days each until he receives the final judgment.² Moreover, in 2013, another exception was introduced for the defendant who receives a life imprisonment sentence from a court of assize. According to such exception, he

¹ Abdel Raouf Mahdy, Remand in the light of Laws no. 145/2006 and 153/2007, 2007, pp. 20-21.

² Criminal Procedures Law, Article 143 as amended by the Law no. 153/2007.

the arrested person has committed a felony or a misdemeanour punishable by at least one-year imprisonment, the Public Prosecution could order the remand of this person for specific periods, as detailed below.¹

Significantly, the issue of remand or pre-trial detention is one of the most controversial issue as far as the period of criminal proceedings is concerned. Before 2006, according to Article 143 of the Criminal Procedures Law, the accused could have been remanded in custody for a maximum period of six months before being referred to the court or before his trial starts.² As a result of severe criticism,³ the whole system was amended by Law no. 145/2006.

The amendment introduced several rights to the accused, both on the substantive as well as procedural levels. On the substantive guarantees, the accused has now the right to challenge any decision to extend or renew his remand in the preliminary investigation phase.⁴ As for the procedural guarantees, Article 143, after the amendment in 2006, has reduced the period of remand in the preliminary investigation phase to three months instead of six months if the alleged crime is a misdemeanour, and in the case of a felony the maximum period of remand is five months.⁵

The Trial or Prosecution Phase

Once the criminal case is referred to the criminal court, the court would be the sole arbiter of any decision

¹ Criminal Procedures Law, Article 134

² Ibid Article 143 before the amendment of 2006.

³ See for example, Ahmed Fathey Sorrow, *supra* note 165, 1065; Abd Al-Raouf Mahdy, *supra* note 88, 508; Mohamed Eid Al-Ghareeb, *supra* note 62, 895.

⁴ Ibid Articles 164 & 205

⁵ Ibid Article 143

defendant, hamper the practice of his constitutional rights and freedoms ... furthermore, the delayed prosecution of the accused ... is always accompanied by hazards that would jeopardize the access to witnesses or their disappearance, and even if they are available, there would still be the risk of forgetting the details of the crime. All of these hassles would result in deep and constant insecurity for the accused, who would feel that he is in a vicious circle. And eventually, he might be released on the basis that his accusation was unfounded'.¹

On the ordinary law level, the issue of timing in criminal proceedings is thoroughly organized by the Criminal Procedures Law no. 150/1950 and other pertinent laws. Thus, in order to have a comprehensive understanding of how the Egyptian legal system operates in this respect, the issue of timing throughout the criminal proceedings will be discussed on two distinctive phases; the preliminary investigation phase, and the prosecution phase. Then, the possibility for delays will be highlighted in the last section.

The Preliminary Investigation Phase

In this phase, the Criminal Procedures Law has limited the period of arrest available for the police in the case of flagrant *delicto* to 24 hours; within this period the police, after questioning the person, has to refer the arrested person to the Public Prosecution. The Public Prosecution, on its side, has another 24 hours, within which the arrested person should be interrogated, before deciding whether to detain him on remand or to be released.² If there was sufficient evidence to support that

¹ Supreme Constitutional Court, Cases No. 64/17, 7 February 1998.

² Criminal Procedural Law, Article 36.

against him'.¹ Finally, Article 14 (3) (c) sets the general principle that the trial shall be carried out '*without undue delay*'.

Since Egypt has signed the ICCPR on August 4, 1967 and ratified it on January 14, 1982, it thus became a national law.² This puts a burden on the Egyptian legislator to make sure that national laws reflect and respect the abovementioned parameters and guarantees to the right to be tried without undue delay. In this respect, the Constitution of 2014 sets a general rule that 'Litigation is a safeguarded right that is guaranteed to all. The state shall ... *endeavor to dispose of cases promptly...*'.³

In this meaning, and more specifically with respect to the prompt adjudication of criminal proceedings, the Supreme Constitutional Court of Egypt stated clearly that:

'the prompt adjudication of cases is part of the right to a fair trial, that the accusation should not be upheld for a long time in a way that would worry the

¹ The promptness of the proceeding shall not justify a swift proceedings which violate the accused's right to prepare his or her defense. Thus, Article 14 (3) (b) of the ICCPR requires the accused to be offered enough time to prepare his defense. This right is an important aspect of the principle of "equality of arms": the defence and the prosecution must be treated in a manner that ensures that both parties have an equal opportunity to prepare and present their case. The ECHR has clarified that the right to adequate time and facilities to prepare a defence implies that the accused must have the opportunity to organize their defence appropriately and be allowed "to put all relevant defence arguments before the trial court and thus to influence the outcome of the proceedings". See, Amnesty International, *supra* note , p. 74.

² Egyptian Constitution of 2014, Article 93 provides that 'The state is committed to the agreements, covenants, and international conventions of human rights that were ratified by Egypt. They have the force of law after publication in accordance with the specified circumstances'.

³ Egyptian Constitution of 2014, Article 97.

decision.¹ In this regard, the HRC stresses that ‘... the accused shall be tried without undue delay. This guarantee relates not only to the time by which a trial should commence, but also the time by which it should end and judgement be rendered; all stages must take place “without undue delay”. To make this right effective, a procedure must be available in order to ensure that the trial will proceed “without undue delay”, both in first instance and on appeal...’.²

This understanding is upheld by the ICCPR, first in Article 9 (2), which states that ‘anyone who is arrested shall be informed at the time of arrest of the reason of his arrest and shall be *promptly informed* of any charges against him’, then Article 9 (3) requires the arrested person ‘to be brought promptly before a judge or other officers authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial *within a reasonable time* or to be released’. Once the arrested person is before the criminal court, Article 14 (3) (a) requires him to be ‘*informed promptly* and in detail, in a language which he understands, of the nature and cause of the charges

¹ See, HRC General Comment 32, para. 35; *Mwamba v Zambia*, UN Doc. CCPR/C/98/D/1520/2006 (2010) para. 6.6; *Kennedy v Trinidad and Tobago*, UN Doc. CCPR/C/74/D/845/1998 (2002) para.7.5; *McFarlane v Ireland* (31333/06), European Court Grand Chamber (2010) paras.143-144. In this case, the ECHR Grand Chamber stated that ‘The Court reiterates that in criminal matters, the “reasonable time” referred to in Article 6 (1) begins to run as soon as a person is “charged”. “Charge”, for the purposes of Article 6 (1), may be defined as “the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence” ’; Amnesty International, Fair Trials Manual, Second Edition, February 2014, p. 70. Available online at: <https://www.amnesty.org/en/documents/POL30/002/2014/en/> (Last visited on 13 April 2018).

² Human Rights Committee (HRC) at the UN, General Comment no. 13, on 13 April 1984, Subparagraph 3 (c).

already been adopted by the Anti-Terrorism Law, which provides that all terrorism cases shall be disposed of by special chambers, and that such chambers should render their judgments promptly.¹ Furthermore, to speed up the process before the ordinary judiciary, several most requested amendments to the Criminal Procedures Law and other related laws have also be introduced, as discussed in the following section.

In sum, although one can understand the rationale behind recalling the military, as the most powerful and functioning institution in Egypt, to protect vital civilian institutions, buildings, and highways, especially with the inability of the civil authorities, such as the municipalities and the police, to offer effective protection to these civilian institutions, it is though submitted that Military Judiciary should never be involved in the prosecution of civilians, as such prosecutions certainly violate the text and spirit of the current Constitution, as well as relevant international instruments, and might render the Egyptian judiciary unwilling to prosecute under the Rome Statute.²

Prosecution without Undue Delay

One of the indicators for the unwillingness of national judicial systems under the Rome Statute is when national criminal proceedings are tainted by 'unjustified delays which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice'.³ The term proceedings here refers to the period of time from the moment the national authorities discover the crime, and continues throughout the investigations and prosecution process, ending by the issuance of a final

¹ Anti-Corruption Law, Law no. 94/2015, Article 50.

² See *supra*.

³ Rome Statute, Article 17 (2) (b)

The Presidential Decree aims to remove any illegal constructions built on these lands as well as prevent the future emergence of slums on the newly paved highways. Accordingly, the Military held a press conference that was attended by several leaders, to announce that military law would be directly applied to violators, the land they illegally acquired will be withdrawn, and their crimes will be prosecuted by the Military Judiciary,¹ as they will be considered crimes against military property and thus fall within the jurisdiction of the Military Judiciary according to its Law.

To conclude, the Military Judiciary, which is supposed to be a specialized judiciary for military personnel, and should not have any jurisdiction over civilians according to the Constitution, has been, in the recent years, increasingly involved in the prosecution of civilians, as the ordinary judiciary is seen to be ineffective, protracted and less deterrent.

While after the popular uprisings in 2011 and 2013 the ordinary judiciary in Egypt utilizes less than ordinary procedures to face extraordinary circumstances, this extremely sophisticated judiciary could be revived rather than substituted by the military judiciary. There are many other alternatives to referring civilians to the military judiciary that could ensure efficiency of the ordinary judiciary without compromising the rights of the accused person to be prosecuted before his natural judge. One of these alternatives is to refer all terrorism crimes to special chambers within the ordinary judiciary, similar to the special economic chambers. An alternative that has

¹ See, Sahar Aziz, 'The Expanding Jurisdiction of Egypt's Military Courts', *The Cairo Review of Global Affairs Journal*, The American University in Cairo, 13 October. 2016. Available online at: <https://www.thecairoreview.com/tahrir-forum/the-expanding-jurisdiction-of-egypts-military-courts/> (Last visited on 15 February 2018).

Accordingly, right after the killing of around 30 Egyptian military personnel in two terrorist attacks in Sinai in 2014, the President issued a Decree on the Security and Protection of Main and Vital Establishments.¹ This Law states that the military shall collaborate and coordinate with the police forces to secure and protect all vital establishments including electricity stations and networks of electricity towers, gas lines, oil fields, railway, road networks, bridges and other facilities.²

Interestingly, the Law considered all the aforementioned vital establishments, which were the subject of several terrorist attacks, as military establishments, and thus any attack against them shall be considered a crime that falls within the jurisdiction of the Military Judiciary, and not ordinary judiciary.³ And although the life span of this Law was expected to be just two years since October 2014,⁴ it has been extended until October 2021 by the Parliament,⁵ on the justification that the terrorism threat is persistent.

Moreover, in June 2016, another Presidential Decree was issued to assign all state-owned lands located within 2 kilometers on either side of the new national network of roads, which includes 21 highways, to the Ministry of Defence.⁶ According to this Decree, those lands are considered strategic and of military significance, and thus cannot be privately owned by any person or entity.⁷

¹ The Security and Protection of Main and Vital Establishments Law, Law no. 136/2014.

² Ibid Article 1.

³ Ibid Article 2.

⁴ Ibid Article 3.

⁵ Ibid Article 3 as amended by the Law no. 65/2016.

⁶ The Dedication of Desert Lands to the Ministry of Defence Law, Law no. 233/2016.

⁷ Ibid Article 1.

vehicles, weapons, ammunition, documents, secrets, public funds, or factories; or crimes related to conscription; or crimes that represent a direct assault against military officers or personnel that relates to the exercise of their official duties".¹

As the Country faced some heinous acts of terrorism that have resulted in the deaths of hundreds of innocent persons, including the killing of military and police personnel in Sinai, the assassination of the Public Prosecutor, and the killing of Egyptians in churches and mosques, the government felt that ordinary laws and judiciary fell short to suppress this terrorism or deter its perpetrators, especially that almost no one of the alleged perpetrators of terrorism acts that occurred in the aftermath of the 2011 popular uprising has received a final and irrevocable judgment from the ordinary courts.²

¹ Ibid Article 204 (2).

² After the terrorist attacks that took place in the USA on 11 September 2001, George W. Bush issued on 13 November 2001, a military order entitled "Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism". Pursuant to this Military Order, the United States established military commissions to prosecute terrorists for violations of the laws of war and other applicable laws. The Military Order was justified on the basis that '... to protect the United States and its citizens,... it is necessary for *noncitizen suspects designated by the president under the order ...* to be tried for violations of the laws of war and other applicable laws by military tribunals ...'. See, Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism (Nov. 13, 2001), 66 Fed. Reg. 57,833 (Nov. 16, 2001). This Military Order has grasped intense debate among scholars, and it was practically criticized on two grounds; 'First, the Military Order undermines the United States' perceived commitment to the rule of law and national confidence in U.S. judicial institutions at precisely the time when that commitment and confidence are most needed. Second, by failing to deliver justice that the world at large will find credible, the Military Order undermines the U.S. ability to lead an international campaign against terrorism under a rule-of-law banner'. See, Harold Hongju Koh, 'The case against military commissions' (2002) 96 American Journal of International Law.2, 338.

here is self-evident,¹ since a person could be prosecuted before the ordinary courts for a specific crime, while another person who commits the same exact crime would be referred to the military courts just because the president of the republic so wishes, bearing in mind that there were no objective criteria which govern the referral decision.²

Significantly, the prosecution of civilians by the Military Judiciary has always been a highly contentious topic in Egypt. Before the 2011 popular uprising, the call was that civilians should never stand trial before military courts. Thus, after the 2011 popular uprising, the Military Judiciary Law was among the first laws to be thoroughly discussed before the newly elected parliament, and after long debate, Article 6 of this Law was abolished altogether in 2012.³

Furthermore, the current Constitution provides a prolonged article on Military Judiciary that defines the contour of its competency and jurisdiction. According to the Constitution, the Military Judiciary "... is an independent judiciary that has the exclusive jurisdiction over all crimes that relate to the armed forces, its officers, personnel, and the crimes committed by general intelligence personnel during and because of their posts".⁴

Most importantly, the Constitution confirms that "*Civilians cannot stand trial before military courts, except for crimes that constitute a direct assault against military facilities, military barracks, ... or the official borders of the country; or crimes against military equipment,*

¹ Mohamed Eid Al-Ghareeb, *supra* note 62, 1098.

² Seri Seyam, *supra* note 293, 112.

³ Military Judiciary Law, Law no. 25/1966 as amended by the Law no. 21/2012.

⁴ The Constitution of 2014, Article 204 (1).

legislators to '[Restrict] the power of military courts to hear military cases only'.¹

In Egypt, exceptions to the above-mentioned principle have always been in place, as the military judiciary was granted the power to prosecute civilians for ordinary crimes that should have been prosecuted before the ordinary judiciary. Thus, under the notorious Article 6 of the Military Judiciary Law, the President *had* the power to refer any civilian who has allegedly committed any of the crimes against the internal or external security of the Country, to the military judiciary. Moreover, once the state of emergency is proclaimed, the power of the President to refer civilians to the military judiciary was absolute inasmuch as he had the power to refer any crime, whether penalized by the Penal Code or any other law, to the Military Judiciary.

Notably, Article 6 was perceived as an infringement to international instruments that enshrine the right to a fair trial and equality before the law, most importantly the ICCPR. That, under the ICCPR 'all persons shall be equal before the courts and tribunals ... everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law'.² Article 6 was seen as a violation to the equality before the law as the President was allowed under such Article to arbitrarily choose specific cases after the crimes were committed,³ and refer them to the military courts, instead of being prosecuted by the natural judge. The inequality

¹ The Cairo Declaration on Judicial Independence, the Second Arab Justice Conference 'Supporting and Promoting the Independence of Judiciary', Cairo – February 21-24, 2003, para. 11.

² ICCPR, Article 14 (1).

³ Seri Seyam, *Natural Judiciary and Equality before the Judiciary* (Al-Markaz Alqawmi LiBohos Al-Igtmaaia wa AlGenaaia, Cairo 1991) 104. (In Arabic)

the proper administration of justice in accordance with the requirements of Article 14'.¹

The Inter-American Court of Human Rights, on the other hand, has explicitly declared that 'In a democratic Government of Laws, *the penal military jurisdiction shall have a restrictive and exceptional scope and shall lead to the protection of special juridical interests, related to the functions assigned by law to the military forces. Consequently, civilians must be excluded from the military jurisdiction scope and only the military shall be judged by commission of crime or offenses that by its own nature attempt against legally protected interests of military order*'.² Moreover, the Cairo Declaration on Judicial Independence has called upon all Arab

¹ Ibid.

² See, Inter-American Court of Human Rights, Durand and Ugarte Case, 16 August 2000, para. 117. In another judgment, the Court noted that '... several pieces of legislation give the military courts jurisdiction for the purpose of maintaining order and discipline within the ranks of the armed forces. Application of this functional jurisdiction is confined to military personnel who have committed some crime or were derelict in performing their duties, and then only under certain circumstances. This was the definition in Peru's own law (Article 282 of the 1979 Constitution). Transferring jurisdiction from civilian courts to military courts, thus allowing military courts to try civilians accused of treason, means that the competent, independent and impartial tribunal previously established by law is precluded from hearing these cases. In effect, military tribunals are not the tribunals previously established by law for civilians. Having no military functions or duties, civilians cannot engage in behaviours that violate military duties. When a military court takes jurisdiction over a matter that regular courts should hear, the individual's right to a hearing by a competent, independent and impartial tribunal previously established by law and, a fortiori, his right to due process are violated. That right to due process, in turn, is intimately linked to the very right of access to the courts. See, *Apitz Barbera et al v Venezuela*, Inter-American Court of Human Rights, (2008), Para. 128.

Outside the above parameters, however, it is widely proclaimed that military judiciary shall not have any jurisdiction over civilians,¹ as it does not fulfil the natural judge requirement.² In this regard, the UN Human Rights Committee (HRC) pointed to the fact that the prosecution of civilians before military courts presents 'serious problem as far as the equitable, impartial and independent administration of justice is concerned', since 'quite often the reason for the establishment of such courts is to enable exceptional procedures to be applied which do not comply with normal standards of justice'.³ Furthermore, the Committee stressed that 'such military and special courts do not afford the strict guarantees of

Twenty-First Century' (2009) 199 *Military Law Review*. 49; Heniarti, Dini Dewi. "Military Court's Jurisdiction over Military Members Who Commit General Crimes under Indonesian Military Judiciary System in Comparison with Other Countries", (2015) *World Academy of Science, Engineering and Technology, International Journal of Social, Behavioural, Educational, Economic, Business and Industrial Engineering* 9.6, 2190-2196.

¹ See, *Media Rights Agenda v. Nigeria*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. No. 224/98, 6 November 2000, para. 62. In this judgment, the African Commission on Human and Peoples' Rights has noted that '*the purpose of military courts is to determine offences of a pure military nature committed by military personnel*. While exercising this function, military courts are required to respect fair trial standards. *They should not in any circumstances whatsoever have jurisdiction over civilians*'.

² See for example, Pauline Therese Collins. *Civil-military 'legal Relations: where to from Here?: The Civilian Courts and the Military in the United Kingdom, United States and Australia* (Brill, 2018); Moira Lynch, 'The Constitutional Court, Military Jurisdiction, and Human Rights Prosecutions in Colombia, in *Human Rights Prosecutions in Democracies at War* (Palgrave Macmillan, 2018); Cham Robinson O. Everett, 'Military Jurisdiction over Civilians' (1960) 3 *Duke Law Journal*. 366;

³ Human Rights Committee, General Comment 13/21, para. 4; See also, *Findlay v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, 25 February 1997, paras. 74-77.

notion that Egypt is a country that respects the rule of law.

The Military Judiciary

In 1966, the Law on Military Judiciary was enacted to replace the Law on Military Rules (Judgments) of 1893.¹ Since then the Military Judiciary has been in place as a specialized judiciary with a principal jurisdiction of prosecuting military personnel for profession related crimes, or prosecute the perpetrators, whether civilians or military officers, for any crime against the military establishments, barracks, documents, ammunition, and equipment ...etc.²

Interestingly, the fact that there is a military judiciary to prosecute military personnel, or even civilians who commit crimes against military possessions or within the military premises, is well justified,³ on the basis that military judges in this respect would be more competent and aware of the military profession related rules and interests than ordinary judges.⁴ Within these limits, the military judiciary would be considered the natural judge for persons bound by military rules, and thus would be perceived as a specialized judiciary,⁵ which is known to several countries around the world.⁶

¹ The Military Judiciary Law, the Law no. 25/1966. The original name of the Law was the Military Rules Law, but was changed in 2007 by the Law no. 16/2007 to the current name.

² Ibid Article 5. See generally, Ahmed Fathey Sorrow, *supra* note 165, 1228-1237.

³ Hugo Relva, 'The implementation of the Rome Statute in Latin American states' (2003) 16 *Leiden Journal of International Law*. 2, 347; Mohamed Eid Al-Ghareeb, *supra* note 62, 1099.

⁴ Maamoun Salama, *Military Rules Law* (Dar Al-Fekr Al-Arabi, Cairo 1984) 6. (In Arabic)

⁵ Abd Al-Raouf Mahdy, *supra* note 88, 1269.

⁶ For more details see, Fansu KU, 'From Law Member to Military Judge: The Continuing Evolution of an Independent Trial Judiciary in the

In sum, although the SSEC are in fact part of the ordinary judicial system, and thus enjoys the same degree of independence and impartiality, the sweeping powers that the executive authority claims under the State of Emergency Law, the special procedural rules regarding the remand, composition of the SSEC and endorsement of their decisions, and the referral of ordinary crimes to those exceptional courts, all of this characterizes those procedures with illegitimacy and contradiction with the natural judge principle, especially that all of the crimes that have been referred to the SSEC could be easily prosecuted under the Combating Terrorism Law. It is thus advisable that Egypt lifts the State of Emergency sooner than later, and depends on ordinary laws, applied by ordinary and natural judges, as enshrined in the Constitution, in order to sustain the

requirements mentioned in Art 151 of the Constitution And after consulting the Presidential Decree no. 537 of the year 1981 on the ratification of the International Treaty on Economic, Social and Cultural Rights, which has been published in the volume 14 of the Official Gazette on 8 April 1982, it appears clearly that the Presidential Decree has referred to Art 151 of the Constitution, which assumes the approval of the parliament, since the concerned treaty relates to the sovereignty of the Country. And in accordance with Art 151 of the Constitution and the established principles of the jurisprudence and the case law, international treaties which were promulgated and ratified according to the established constitutional principles and published in the Official Gazette, are considered national laws, and thus the national courts have to implement them as suchand since the Treaty was published after the Penal Code, then Article 124 of that Code, the Penal Code, should be considered implicitly nullified (abolished) by Article 8/d of the aforementioned Treaty in accordance with Article 2 of the Civil Code which stipulates that "any legal provision cannot be abolished except by a later legal provision which explicitly expresses this effect, or if the later provision encompasses a rule which contradicts with that mentioned in the earlier provision, or if the later provision organises the same issue organised by the earlier provision". High State Security Court, Cairo District, Case No. 4190/1986, 16 April 1987, p. 21.

Terrorism Law” in 2015,¹ which gives the Police, the Public Prosecution and the President considerable degree of power to tackle this crime, though under the supervision of the ordinary judiciary.

Objectively though, the SSEC, as a result of the very prolonged state of emergency, have become part of the ordinary judiciary, manned by ordinary judges who believe and benefit from the aforementioned guarantees of judicial independence and impartiality. This explains the landmark judgments that have been issued by the SSEC which were against the claimed interests of the executive authority,² without fear or influence exerted upon them by the latter.

¹ Combating Terrorism Law, Law no. 94/2015.

² For instance, in April 1987 the summary State Security Emergency Court in Cairo issued a landmark decision that exonerated railway drivers who were prosecuted for going on strike the previous year. In this case, the court based its judgment on the grounds that “... concerning the plea raised by the defendants that Article 124 of the Penal Code, which prohibits the right to strike, has been implicitly abrogated by the International Covenant for Economic, Social, and Cultural Rights, it should be mentioned that Egypt has signed this Treaty, and according to Art 2 of the treaty “the Covenant”, member states to the treaty are obliged to guarantee d. The right to strikeetc. This provision refers clearly to the obligation imposed on every state member to secure the right to strike as an enshrined right, and thus it is not acceptable to absolutely prohibit it, as this will be considered a confiscation of the right itself ... and since Art 124 of the Penal Code, on the other hand, states that “if at least three workers left their job, even in the form of a resignation, or if they agreed on not doing their duties to achieve a common purpose, every one of them should be imprisoned for at least three months and maximum one year and a fine which does not exceed one hundred Egyptian pounds’. Thus, it appears from comparing the two provisions that there is a clear contradiction between the treaty and the penal code. This contradiction must be resolved by identifying which one has priority over the other. Accordingly, we should first identify the status of the international treaty in comparison to national laws.....that the national judge does not apply the international treaty on the basis that his country is obliged to respect it under international law, rather he applies the international treaty as part of the national laws, on the condition that it fulfils the

the Cairo Declaration on Judicial Independence has called on all Arab legislators to '[Abolish] the exceptional laws or measures that *prevent challenging certain judgments, and guaranteeing the right to resort to a higher court*'.¹

To conclude, emergency laws are supposed to be exceptional laws proclaimed for a limited period to face an imminent threat to the life of a nation, as Article 4 of the ICCPR stipulates.² In Egypt, however, a state of emergency has been proclaimed for decades, without any clear justification, such as a war, or an internal civil war. The consecutive governments have always justified the continuing renewal of the state of emergency in the Country by referring to its necessity to maintain public security and to suppress terrorist attacks, despite the fact that all terrorist attacks were carried out while emergency law was in force. This reason does not justify the sweeping powers given to the executive authority, especially after the enactment of the new "Combating

¹ Cairo Declaration on Judicial Independence, the Second Arab Justice Conference 'Supporting and Promoting the Independence of Judiciary', Cairo – February 21-24, 2003, para. 9.

² Ibid Article 4 provides that 'In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin. 2. No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision. 3. Any State Party to the present Covenant availing itself of the right of derogation shall immediately inform the other States Parties to the present Covenant, through the intermediary of the Secretary-General of the United Nations, of the provisions from which it has derogated and of the reasons by which it was actuated. A further communication shall be made, through the same intermediary, on the date on which it terminates such derogation'.

4. The procedural law applied before the SSEC, generally, is the ordinary Criminal Procedures Law applicable before ordinary courts. Having said that, the presidential decree referring crimes to the SSEC could, under the State of Emergency Law, prescribe specific procedural rules that should be followed instead.¹
5. The President has sweeping powers to decide on any criminal case that emerges under the State of Emergency Law. According to this Law, the President, or whomever he delegates, can order the Public Prosecution to dismiss any such case before referring it to the SSEC.² Furthermore, all judgements of the SSEC must be endorsed by the President, who can, at this stage, commute, change or dismiss the sentence, or cancel the judgment along with dismissing the case, or even to order a retrial before another chamber of the SSEC, and in such a case, he should provide detailed justification.³
6. The decisions of the SSEC are final and irrevocable before any other court,⁴ including the Court of Cassation.⁵ This provision contradicts with Article 14 (4) of the ICCPR, which enshrines the right of every convicted person to have his sentence reviewed by a higher tribunal according to law.⁶ In the same vein,

¹ Emergency Law no. 162/1958, Article 10.

² Ibid Article 13.

³ Ibid Article 14.

⁴ Ibid Article 12.

⁵ See for example, Court of Cassation, Case no. 34345, 4 February 2002, Judgments Compilation, p. 207; Court of Cassation, Case no. 14804, 3 March 2012, Judgments Compilation, p. 249; Court of Cassation, Case no. 6814, 21 April 1983, Judgments Compilation, p. 580. (In Arabic)

⁶ The ICCPR, Article 14/4 states that 'Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law'.

crime to the jurisdiction of the SSEC, nor his decision is subjected to the review of any judicial authority, even if the added crimes have no clear relation with the state of emergency.¹

The Court of Cassation in Egypt, in a response to the Presidential Decree no. 1/1981, which had referred several ordinary crimes to the SSEC, stressed that this decree cannot deprive the ordinary courts from their general competence, even over all crimes referred to the SSEC by the presidential decree.² Departing from this argument, the Court of Cassation turned down the ordinary criminal court's decision to decline to prosecute a crime on the basis that it lies within the exclusive jurisdiction of the SSEC according to Presidential Decree no. 1/1981.³

The Court of Cassation based its decision on the understanding that the ordinary courts have the absolute authority to prosecute all ordinary crimes, and as the Presidential Decree no. 1/1981 did not limit the jurisdiction to prosecute the crimes prescribed herein to the SSEC, then the ordinary courts still share the jurisdiction over those crimes with the SSEC. Therefore, if the Public Prosecution referred any of the crimes under the Decree no. 1/1981 to the ordinary courts, they have to proceed with the prosecution, on the basis that the SSEC is an exceptional judiciary, whereas the ordinary courts are the default fora for all crimes.⁴

¹ Hafez Abu Seada, *supra* note 257, 169.

² Court of Cassation, Case no. 128/44, 18 October 1993, Judgments Compilation, p. 829.

³ Court of Cassation, Case no. 21231, 6 February 2006, Judgments Compilation, p. 198.

⁴ Court of Cassation, Case no. 49/42, 19 February 1991, Judgments Compilation, p. 363.

appearance, if not actual lack, of impartiality. It thus violates Article 7.1.d'.¹

3. The SSEC competence should be limited to crimes committed in violation of presidential decrees issued by the President of the Republic pursuant to the State of Emergency Law, whereas all ordinary crimes should be kept within the sole jurisdiction of the ordinary courts.² This restriction on the SSEC competence would be consistent with the natural judge principle, as the accused would know in advance that any crime under the State of Emergency Law will be prosecuted by a specific court.

Nevertheless, under the State of Emergency Law the President of the Republic, or whoever he delegates, can refer to the SSEC any other crime penalized by ordinary laws.³ In accordance with this provision, the Prime Minister, who has been delegated all the powers of the President under the State of Emergency Law, issued a decree that referred to the SSEC several ordinary crimes, most importantly; all crimes under chapters 1, 2 and 2 *bis* of book 2 of the Penal Code, on internal and external security, crimes under Law no. 394/1954 on weapons and ammunition, crimes under Law no. 107/2013 on organizing public gatherings and peaceful demonstrations, and crimes under Law no. 94/2015 on combating terrorism.⁴

Significantly, the President of the Republic is not required to provide any reasoning for adding any

¹ *The Constitutional Rights Project v. Nigeria*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 87/93, 31 October 1998, para. 14.

² Emergency Law no. 162/1958, Article 7.

³ *Ibid* Article 9.

⁴ Prime Minister Decree no. 2165/2017, Official Gazette, 7 October 2017.

the verdict was delivered remedied the situation, the Court considers ... that the question whether a court is seen to be independent does not depend solely on its composition when it delivers its verdict. In order to comply with the requirements of Article 6 regarding independence, *the court concerned must be seen to be independent of the executive and the legislature at each of the three stages of the proceedings, namely the investigation, the trial and the verdict*'.¹

The same concern has been voiced by the African Commission on Human and Peoples' Rights which stressed that 'The Robbery and Firearms [Act] ... describes the constitution of the tribunals, which shall consist of three persons; one Judge, one officer of the Army, Navy or Air Force and one officer of the Police Force. Jurisdiction has thus been transferred from the normal courts to a tribunal chiefly composed of persons belonging to the executive branch of government, ... Article 7.1.d of the African Charters requires the court or tribunal to be impartial. *Regardless of the character of the individual members of such tribunals, its composition alone creates the*

¹ *Öcalan v Turkey*, European Court Grand Chamber, Application no. 46221/99, 12 May 2005, paras. 112-118. In another judgment the ECHR stressed that 'The fact that a civilian had to appear before a court composed, even if only in part, of members of the armed forces. It follows that the applicant could legitimately fear that because one of the judges of the İzmir National Security Court was a military judge it might allow itself to be unduly influenced by considerations which had nothing to do with the nature of the case. The Court of Cassation was not able to dispel these concerns, as it did not have full jurisdiction'. See, *Incal v. Turkey*, ECHR, Application no. 22678/93, 9 June 1998, para. 72.

situation supposedly gives the President the absolute power to choose specific judges to achieve a specific goal, such as choosing a judge who is known for his harsh or lenient judgments, as the case may be.

2. In general, judges of the SSEC are selected from the ordinary judiciary. However, it is possible under the State of Emergency Law that the President adds military officers to its bench,¹ or even compose the SSEC solely from military personnel.² While in practice, it never happened that military personnel sat on the bench of a SSEC, whether beside ordinary judges, or solely, the possibility, however, of military representation to these civil courts sheds a considerable degree of doubt concerning its legitimacy, let alone its contradiction with the natural judge principle.

In this regard, the ECHR has expressed unequivocally that 'certain aspects of the status of military judges sitting as members of the *National Security Court* made their independence from the executive questionable ... It is understandable that the applicant – prosecuted in a national security court for serious offences relating to national security – should have been apprehensive about being tried by a bench that included a regular army officer belonging to the military legal service. On that account, *he could legitimately fear that the National Security Court might allow itself to be unduly influenced by considerations that had nothing to do with the nature of the case ...* As to whether the military judge's replacement by a civilian judge in the course of the proceedings before

¹ Ibid Article 7.

² Ibid Article 8. The composition that combines civil and military judges in the same court exists in the Jordanian State Security Court. For more details see, Abd Al-Ellah Al-Nawaisah, *supra* note 236, p. 78.

In the following lines, these two exceptional courts will be discussed, as they are likely to hear cases that involve ICC like crimes, in order to assess the extent to which they violate the natural judge principle, and thus could render the Egyptian judicial system unwilling to prosecute according to the Rome Statute standards.

State Security Emergency Courts (SSEC)

According to the State of Emergency Law no. 162/1958, once the President declares the emergency state, the SSEC shall be established to prosecute those who breach any of the presidential orders issued according to this Law.¹ The SSEC are of two types: Summary State Security Courts, and High State Security Courts. Each type enjoys a special level of competence according to the severity of the crimes under its jurisdiction.²

Significantly, a reading through the State of Emergency Law reveals the unequivocal contradiction between the SSEC and the principle of the natural judge. These contradictions could be highlighted in the following points:

1. The judges of the SSEC are appointed through a Presidential Decree, after consulting the Minister of Justice,³ and without the involvement of the Supreme Judicial Council in this process, different from the procedures followed to appoint ordinary judges. This

Similarly, *special tribunals should not try offences which fall within the jurisdiction of regular courts*'. See, African Commission on Human and Peoples' Rights, Declaration and Recommendations on the Right to a Fair Trial in Africa, approved by the Dakar Seminar on the Right to a Fair Trial in Africa, para. 3.

¹ The State of Emergency Law no. 162/1958, Article 7.

² Hafez Abu Seada, 'Exceptional Courts and the Natural Judge' in Nathalie Bernard-Maugiron (ed.), *Judges and Political Reform in Egypt* (American University Press, Cairo 2008) 168.

³ Emergency Law no. 162/1958, Article 7.

January 2011 popular uprising in Egypt,¹ the state of emergency has swayed between suspension, under the influence of public calls, and proclamation, usually in response to terrorist attacks and unrest in the Country.²

The relevance of the State of Emergency Law to the current research is self-evident, if one knows the extraordinary powers given to the executive authority under this law, including the establishment of exceptional courts. In addition to the State of Emergency Law, the Law of Military Judiciary includes another form of judiciary that could violate the natural judge principle. These two forms of exceptional courts have been openly criticized by the HRC in its comments on Egypt stating that 'The Committee ... expresses concern at the long duration of the state of emergency in Egypt. Moreover, under the Emergency Act, the President of the Republic is entitled to refer cases to the State Security Courts, to ratify judgments and to pardon ... On the other hand, military courts should not have the faculty to try cases which do not refer to offences committed by members of the armed forces in the course of their duties'.³

¹ For more details see, Nathan J. Brown, Egypt is in a state of emergency. Here's what that means for its government, 13 April 2017, The Washington Post. Available online at: https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2017/04/13/egypt-is-in-a-state-of-emergency-heres-what-that-means-for-its-government/?utm_term=.88dc4dbe3e21. (Last visited on 10 December 2017).

² Recently, President Al-Sisi proclaimed the state of emergency all-over the Country for three months that start on 14 April 2018. See, Presidential Decree no. 168/2018, 14 April 2018.

³ Human Rights Committee, Comments on Egypt, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.23, 9 August 1993, para. 9. In this regard, the African Commission on Human and Peoples' Rights has also stated that '*the purpose of military courts is to determine offences of a pure military nature committed by military personnel*. While exercising this function, military courts are required to respect fair trial standards. *They should not in any circumstances whatsoever have jurisdiction over civilians*.

authorities to mobilize Egyptian resources to an impressive degree and maintain an often rough order in the country – all without concern that transgressions of Egyptian laws would be brought to the mixed or national courts.¹

Ironically, all the subsequent Egyptian governments learnt a lesson from this; they have even developed new name for martial law, which is the State of Emergency Law.² The new name has guaranteed that the government is able, first, to arbitrarily decide the occurrence of the emergency state, and second, to arbitrarily invoke emergency law in peace times regardless of the existence of war. In a country where the separation of powers, especially between the execution authority and legislative authority is questionable, due to the fact that the ruling party usually seizes more than 2/3 of the parliament seats, the invocation and resort to emergency law would be the rule whereas the ordinary laws and state would be the exception.

Accordingly, Egypt has been under the constant rule of emergency laws since its introduction in 1914 until today, except for some years of break. One of the important breaks was from 15 May 1980, after thirteen years of a continuous state of emergency; the break lasted for less than five months before the state of emergency was proclaimed again on 6 October 1981, by the former president Hosni Mubarak, after the assassination of president Anwar al-Sadat, and it lasted for the full 30 years of Mubarak's time in power. After the

¹ Ibid.

² State of Emergency Law, Law no. 162/1958, last amended by the Law no. 12/2017.

Lord Cromer, the Consul-General in Egypt, expressed publicly and flagrantly that the extraordinary measures were necessary because reliance on the regular instruments of justice was sometimes insufficient in a country accustomed, in his eyes, to lawless and despotic government.¹

The idea of establishing special tribunals for sporadic incidents, in a violation to the natural judge principle, was not the only novelty of the British occupation in the Egyptian judicial system. In 1914, after declaring protectorate over Egypt, the British immediately introduced martial law, which marked the first modern system of martial law since the establishment of the Egyptian judicial system. Later in 1923, the British insisted that a provision which allows the declaration of martial law in emergencies must be added to the country's first Constitution of 1923. The same request was repeated in the 1936 Anglo-Egyptian treaty, where the British insisted that they should have the right to require the Egyptian government to declare martial law to support British military efforts.²

It was later revealed that the reason the British insisted on the inclusion of martial law in the constitution was that it gave them the necessary freedom of movement in the country. This was proved especially true during World War I, when martial law allowed British

¹ Ibid 281. In his words, Cromer, falsely, stated that 'It is absurd to suppose that a nation which has for centuries been exposed to the worst form of misgovernment at the hands of a succession of rulers, from Pharaohs to Pashas, can suddenly, on the strength of a superficial education imparted to a few youths at the Government schools, acquire all the qualities necessary to the exercise of full rights of autonomy with advantage to itself or to those interested in its welfare'. A statement by a burglar who seeks to justify all the crimes committed by an imperial army against a robbed nation.

² Nathan J. Brown, *supra* note 23, 111.

proved that they were frustrated by their inability to exercise greater control in the national courts.¹ As a result of this frustration, the British tried to avoid the national courts, especially in matters deemed extremely sensitive; an obvious example of these matters was offences involving British military forces in Egypt.

To circumvent the national courts, the British pushed for the issuance of a Khedivial Decree that would allow the establishment of a special tribunal. According to this Khedivial Decree, that was issued on 25 February 1895, the special tribunal could be formed, upon the request of the Consul-General and the commanding general of the army of occupation to the Minister for Foreign Affairs, from both Egyptian and British officials. Interestingly, the special tribunal had the absolute power to determine the necessary punishments without being bound by the national Penal Code, furthermore, its judgments were final and must be carried out immediately.²

Significantly, one of the most notorious special tribunals to be established under the Khedivial Decree of 1895 is the one established in 1906 in the village of Dinshway to prosecute some of the residents after they had clashed with pigeon hunting British troops. Ironically, the tribunal, which convened on 24 June, issued its decision on 27 of June. The decision involved punishing four men to death by hanging at Denshawai village, nine men were sentenced to penal servitude, three other men received sentences of one year imprisonment with hard labour as well as fifty lashes to be given at Denshawai, and finally, five others were sentenced to receive fifty lashes at Denshawai.³

¹ Ibid 110.

² Kimberly Luke, 'Order or Justice: The Denshawai Incident and British Imperialism', (2007) 5 History Compass. 2, 281.

³ Ibid 279.

Furthermore, on the national level, the newly established centralized judiciary, which has the competence to rule over every judicial issue as the natural and default judiciary, was used by the state to impose the rule of law in order to achieve social stability as well as sustain the power of the state.

However, although the existence of independent judiciary is inevitable to attain the aforementioned goals, a clash could occur between this independent judiciary, with all of its civil virtues and goals, on one side, and the interest of the ruling authority, on the other. The clash usually occurs, when the ruling authority feels that the natural judiciary falls short, with its ordinary rules, of protecting the society from internal and external threats.¹ Once this clash occurs, particularly in a state where the principle of the separation of power is not absolutely respected, the executive authority would resort to establishing its own judiciary in a breach of the natural judge principle, in what is usually known as the exceptional or extraordinary judiciary.

As far as Egypt is concerned, the establishment of exceptional judiciary is as old as the existence of the contemporary Egyptian judicial system itself. It was first introduced by the British occupiers who never felt comfortable with the national court system.² And, although they infiltrated the national courts through the appointment of some British judges and legal advisors to the Egyptian Minister of Justice, the British actions, when their influence was at its peak between 1890s and 1922,

https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1997/09/01/egyptian-court-convicts-israeli-arab-as-spy/f4cc5511-2215-4278-8e67-f7c46adf0e94/?utm_term=.3a9cb95f0550 (Last visited on: 2 February 2018).

¹ Mohamed Nour Farahat and Ali AlSadek, *supra* note 43, 594.

² Nathan J. Brown, *supra* note 23, 109.

created to displace the jurisdiction belonging to the ordinary courts or judicial tribunals'.¹

Exceptions to the Natural Judge Principle in the Egyptian Legal System

The contemporary Egyptian judicial system was established in the last quarter of the 19th Century as part of the process of centralizing the authority of the Country, mainly to circumscribe imperialism and reduce the European abuse of the system.² To attain this goal, the new judicial system was built on a European model and applied civil law codes mainly derived from the French Codes. Furthermore, the new judicial system enjoyed from the very beginning a considerable degree of independence and impartiality in a way that helped the newly established judiciary to gain the confidence of the European creditors.³

This role of the Egyptian judiciary as a shield from external influence is still present until today, as international criticism directed to any judgment by Egyptian courts is usually backlashed by reference to the independence and impartiality of the judiciary.⁴

¹ Ibid

² Nathan J. Brown, *supra* note 23, 115

³ Ibid 116

⁴ Patrick Kingsley, 'Egyptian president ignores Obama call for clemency over Al-Jazeera journalists', *The Guardian*, 24 June 2014. Available online at: <https://www.theguardian.com/media/2014/jun/24/al-jazeera-journalists-sisi-egypt-denied-celemency> (Last visited on: 2 February 2018). This journal article cites the President of Egypt stating clearly that 'We will not interfere in judicial rulings ... We must respect judicial rulings and not criticise them even if others do not understand this'. In another incident, the President of the State, who was requested to pardon an Israeli spy who was on trial before ordinary courts, referred to the independence of the judiciary and that he cannot intervene in the course of justice. See, John Lancaster, 'Egyptian Court Convicts Israeli Arab as Spy', *The Washington Post*, 1 September 1997. Available online at:

C. The Court is Permanent

This condition means that the court, which has been established by law to render justice according to general and absolute rules, does not have a limited life span and its jurisdiction is not limited to a specific period of time or specific occasion such as a situation of war.¹ This sort of temporary or *ad hoc* court, even when it is established by law, cannot be considered a natural court, except for the specific crimes it has been established to prosecute and within its limited life span. Thus, temporary courts or exceptional courts should have no jurisdiction whatsoever over ordinary crimes, whereas ordinary courts, that represent the natural judge, should have the absolute right to decide whether the crime is within its competence or not.²

These principles and requirements are enshrined in the 'Basic Principles on the Independence of the Judiciary', which were adopted by the United Nations General Assembly on December 1985.³ The third of these principles states that 'The judiciary shall have jurisdiction over all issues of a judicial nature and *shall have exclusive authority to decide whether an issue submitted for its decision is within its competence as defined by law*'.⁴ Furthermore, the fifth principle stipulates that 'Everyone shall have the right to be *tried by ordinary courts or tribunals using established legal procedures*. Tribunals that do not use the duly established procedures of the legal process *shall not be*

¹ Ahmed Fathey Sorrow, Constitutional Criminal Law, *supra* note 100, 397; Abd Al-Ellah Al-Nawaisah, Specific Rules of the Jordanian State Security Court, *Alhoquuq Journal*, Kuwait University, Vol. 2 2006, 73-121, p. 111. (In Arabic)

² *Ibid.*

³ UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary (1985), UN. Doc. A/conf.121/22/RV.1

⁴ *Ibid.*

In this regard, the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers has expressed, in his visit to the Russian Federation, serious concerns that 'The distribution of cases among the judges is *left to the discretion of the court chairperson*. It appears that there is no system for ensuring that cases are allocated according to objective criteria. Instances have been reported in which more sensitive cases are allocated to 'certain' judges or where a criminal case was transferred to another judge during the ongoing trial because the judge in question refused to be influenced'.¹

Nevertheless, the natural judge principle would not be violated in the case of establishing specialized courts within the ambit of the ordinary judiciary. For instance, the court of juveniles, which has jurisdiction to prosecute perpetrators under the age of 18, is the natural judge for juveniles, although it offers them special treatment, but applies general and absolute rules to all juvenile defendants. A second example of specialized courts in the Egyptian legal system is the military courts, which have jurisdiction to prosecute military personnel when they commit crimes within their military premises,² or generally prosecute persons who commit a crime against military establishments.³

drawing of lots or a system for automatic distribution according to alphabetic order. A second one could be done through pre-determined court management plans which should incorporate objective criteria according to which cases are to be allocated. These plans need to be as detailed as to prevent manipulation in the allocations of cases'.

¹ See, Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, Mission to the Russian Federation, UN Doc. A/HRC/11/41/Add.2, 23 March 2009, para. 61.

² Military Judiciary Law, Law no. 25/1966, Article 4.

³ *Ibid* Article 5.

the court in some of its authorities.¹ This situation has been criticized by the Judges' Club on the basis that it could jeopardize the accused's right to be prosecuted before his natural judge,² through transferring the case from its natural chamber to another chamber, which is known to be harsh or lenient, as the case may be.³ Although, this situation has only been invoked in a handful of cases, it is still a potential breach of the natural judge principle,⁴ and thus should be organized by general and absolute rules.⁵

¹ Judicial Authority Law, Article 30.

² Fatouh AlShazly, *supra* note 66, p. 58.

³ In this regard, the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers noted that 'The method for assigning cases within the judiciary is paramount for guaranteeing the independent decision-making of judges. The Basic Principles stipulate that such assignment within the court is an internal matter of judicial administration. This means that there must be no interference from the outside. Furthermore, *there needs to be a mechanism of allocation that also protects judges from interference from within the judiciary.* During several country visits, the Special Rapporteur pointed to practices of allocation of court cases hampering the independence of judges. *For example, assignment of court cases at the discretion of the court chairperson may lead to a system where more sensitive cases are allocated to specific judges to the exclusion of others... in some Member States, court chairpersons, in specific cases, retain the power to assign cases to or withdraw them from specific judges which, in practice, can lead to serious abuse.* Therefore, the Special Rapporteur recommends to Member States to *establish a mechanism to allocate court cases in an objective manner.* One possibility could be drawing of lots or a system for automatic distribution according to alphabetic order. A second one could be done through pre-determined court management plans which should incorporate objective criteria according to which cases are to be allocated. These plans need to be as detailed as to prevent manipulation in the allocations of cases'. See, Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, UN Doc. A/HRC/11/41, 24 March 2009, paras. 46-47.

⁴ Mohamed Nour Farahat and Ali Al-Sadek, *supra* note 43, 647

⁵ See, Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, UN Doc. A/HRC/11/41, 24 March 2009, para. 47. The report suggested that '*... Member States shall establish a mechanism to allocate court cases in an objective manner.* One possibility could be

B. The Jurisdiction of the Court is General and Absolute

The generality and absoluteness of the jurisdiction of a court means that everyone should know his judge in advance. Accordingly, it would be a severe breach of the natural judge principle if the person, after committing a crime, was snatched from his natural judge and sent to another court that has been established especially for his case, or an existing specialized court like military courts, without general and absolute rules.¹ In this regard, the Inter-American Court of Human Rights held that '*the transfer of jurisdiction over civilians charged with treason from civilian to military courts violated the right to trial by a competent, independent and impartial tribunal previously established by law*. It underscored that states should not create tribunals that do not use duly established procedures to displace the jurisdiction of the ordinary courts'.²

The natural judge principle dictates also that the assignment of cases within the legally established courts should be carried out in accordance with general and absolute rules. In this respect, one should refer to Article 30 of the Judicial Authority Law, which vests the general assembly of every court with decision making powers on many issues, one of them being the assignment of cases among the chambers of the court. Usually this process takes place according to general rules, such as every chamber of the court would be entitled to adjudicate on the crimes committed in a specific district or according to the registration number of cases, regardless of the crime itself or the perpetrators.

However, this same article gives the general assembly of the court the right to delegate the chief of

¹ Ahmed Fathey Sorrow, *supra* note 165, 191.

² *Apitz Barbera et al v Venezuela*, Inter-American Court of Human Rights, (2008), para. 119.

committee, and its decisions are therefore not considered judicial acts'.¹

Interestingly, a reference should be made to Article 11 of the Judicial Authority Law, which gives the Minister of Justice the power to establish summary courts. This Article has been criticized on the basis that such summary court will not be considered a natural court, since it has not been established by law, rather by a ministerial decree. Thus, it has been suggested that Article 11 shall be amended to make the establishment of summary courts through an ordinary law,² similar to other criminal courts, namely; courts of first instance, and courts of appeal (assize courts).³ In this regard, the the *UN Basic Principles* provide that 'The assignment of cases to judges within the court to which they belong is an internal matter of judicial administration'.⁴

¹ The Supreme Constitutional Court of Egypt, Case no. 13 for the judicial year no. 24, 13 January 2008. In another judgment the SCC stressed that 'The committee established by the legislator and entrusted with the mandate of adjudicating individual disputes that may arise between the worker and the employer is a committee that is composed of two judges and three members, one of whom is the director of the competent manpower department or his deputy, and the second representative of the General Union of Egypt Trade Unions, and the third is a representative of the employers' organization concerned. The members of the committee who are not judges do not have, in most cases, the requirement of legal qualification that would allow them to understand the defense of the adversaries and to assess their evidence. In addition to the fact that the Director of the competent Manpower Directorate, who is the head of the administrative body that seeks to settle the dispute amicably before presenting it to the committee, has had a previous knowledge of the case and expressed an opinion. Therefore, he may not sit in the Judicial Council afterwards to settle the same dispute'. See, The Supreme Constitutional Court of Egypt, Case no. 26 for the judicial year no. 27, 13 January 2008.

² Abd Al-Raouf Mahdy, *supra* note 88, 1200.

³ Judicial Authority Law, Article 10.

⁴ UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary, Principle 14.

jurisdiction belonging to the ordinary courts or judicial tribunals'.¹

Accordingly, if the executive authority established an exceptional court that would run parallel to the ordinary courts, this established court would not certainly fulfil the natural judge principle,² and any trial before such exceptional court would not be considered a fair trial, whether according to universal or national standards of due process.

Significantly, to decide whether an institution impinges on the jurisdiction of the ordinary courts one should consider its actual jurisdiction, rather than the name given to it. For instance, it would be a breach of the natural judge principle if the executive authority established a body to settle disputes between people or impose sanctions, which is the jurisdiction of ordinary courts, even if it was named an administrative commission.³ In this regard, the Supreme Constitutional Court of Egypt has stated that '... the jurisdiction of any entity entrusted by the legislator to adjudicate in a particular dispute shall be defined by law ... and its members shall fulfil certain guarantees that ensure their efficiency, impartiality and independence. Thus, the Disciplinary Board for faculty members and employees of private higher institutes, which is not composed of judges, and does not follow the procedures expected before a court of law, cannot be considered a court. Rather, it is no more than a mere administrative

¹ Ibid. Para. 129.

² Abd Al-Raouf Mahdy, *supra* note 88, 1201.

³ Ahmed Fathey Sorrow, *Constitutional Criminal Law*, *supra* note 100, 394.

infringe this essential principle within the Egyptian legal system.

Conditions of the Natural Judge

Generally speaking, the natural judge by definition is a person who enjoys real independence from the executive and legislative authorities, in addition to being impartial, as explained earlier.¹ Specifically though, for the court to be considered the natural judge of a case, it should fulfil three main conditions, namely; it must be established by law, its jurisdiction should be general and absolute, and it has to be a permanent court.²

A. The Court is Established by Law

For the court to be considered a natural judge, this court should have been established by law.

To meet this requirement a tribunal should be established by the Constitution or other legislation passed by the legislative authority. The aim of this requirement in criminal cases is to ensure that trials are not conducted by special tribunals which do not use duly established procedures and displace the jurisdiction belonging to ordinary courts, or by tribunals set up to decide a particular individual case.³

In this regard, the Inter-American Court of Human Rights stressed that 'A basic principle of the independence of the judiciary is that every person has the right to be heard by *regular courts, following procedures previously established by law*. States are not to create "[t]ribunals that do not use the duly established procedures of the legal process [...] to displace the

¹ Mohamed Eid Al-Ghareeb, *supra* note 62, 1096.

² Ahmed Fathey Sorrow, *supra* note 165, 190.

³ *Apitz Barbera et al v Venezuela*, Inter-American Court of Human Rights, (2008), Para. 50.

displace the jurisdiction belonging to the ordinary courts or judicial tribunals'.¹

On the constitutional level, the Egyptian Constitution refers explicitly to the principle of the natural judge in the article on the right to litigation, which stipulates that 'Litigation is a protected right guaranteed to all ... Individuals may only be tried before their *natural judge* ...',² and the provision goes on to confirm that '*... exceptional courts are forbidden*'.³

The Supreme Constitutional Court of Egypt has reiterated on many occasions that '*everyone should be prosecuted before his natural judge as a constitutional right*, and that this right indicates two issues; First, everyone shall have his case prosecuted by a competent judge. Second, people are equal in terms of their right to resort to their natural judge, and to the procedural and substantive rules applicable to their legal case'.⁴

From the abovementioned provisions, one could argue that the natural judge principle requires, in addition to the independence and impartiality of the judiciary, the fulfilment of other conditions, where the absence of any of them would render the judge unnatural for the defendant and thus jeopardise his right to a fair trial. Accordingly, the discussion of the natural judge principle will, first, identify the conditions required for the natural judge, and then, highlight the exceptions that could

¹ The United Nations Commission on Human Rights, Resolutions no. 2002/37 of 22 April 2002, para. 2. The United Nations Commission on Human Rights (UNCHR) was a functional commission within the overall framework of the United Nations from 1946 until it was replaced by the United Nations Human Rights Council in 2006.

² The Egyptian Constitution, Article 97.

³ *Ibid.*

⁴ Supreme Constitutional Court, Case No. 9/16, 15 August 1995, Compilation of Judgments, Part 7, p. 113

principle requires that every accused person shall be tried by an ordinary, pre-established, competent court.¹

On the international level, the UDHR refers implicitly to the right to be prosecuted by the natural judge by requiring that 'everyone is entitled in *full equality* to a fair and public hearing by *an independent and impartial tribunal*, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charges against him'.² This provision refers to the two main principles upon which the principle of the natural judge rests, namely judicial independence and impartiality, as well as full equality before the judiciary.³

In addition to the above general conditions, the ICCPR, in the context of listing the general requirements for a fair trial, states that 'all persons shall be equal before the courts and tribunals ... Everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal *established by law*'.⁴ This provision adds to the general requirements mentioned in the UDHR for fair trial, the condition that the court should be 'established by law'.

Furthermore, the United Nations Commission on Human Rights had stressed, in a decision on the integrity of the judicial system, that 'everyone has the right to be tried by *ordinary courts or tribunals using duly established legal procedures* and that tribunals that do not use such procedures should not be created to

¹ International Commission of Jurists, *International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors – A Practitioners Guide*, (2nd edn Geneva, 2007) 23.

² UDHR, Article 10.

³ Ahmed Fathey Sorrow, *Constitutional Criminal Law*, *supra* note 100, 392.

⁴ ICCPR, Article 14 (1).

public,¹ especially those complaints that relate to the abuse of powers by a judge. It also carries out regular review of the performance of all judges up to the rank of a chief of court of first instance,² prior to promoting them to the higher judicial rank. Furthermore, the Judicial Monitoring Branch is responsible for drafting the annual map of transferring judges within the judiciary, before being finally approved by the SJC. This map is outlined according to settled rules that endeavour to guarantee the impartiality of judges through, for instance, barring them from working in their place of birth or permanent residency.³

The main criticism that could be levelled against the Judicial Monitoring Branch is that this branch follows the Minister of Justice, and neither the selection nor the appointment of its members is conditional on the approval of the SJC.⁴ This situation certainly constitutes a breach of judicial independence from the executive authority in light of the very significant powers that the Judicial Monitoring Branch possess over judges under the Judicial Authority Law.⁵

The Natural Judge Principle and its Exceptions in the Egyptian Legal System

The principle of the natural judge *juez natural* is a fundamental guarantee of the right to a fair trial.⁶ The

¹ Judicial Authority Law, Article 99.

² Ibid Article 78.

³ Ibid Article 77 *bis* 4.

⁴ Judicial Authority Law, Article 78.

⁵ Fatouh AlShazly, *supra* note 66, p. 54.

⁶ For more details on the natural judge principle, see, Fatouh Al-Shazly, *The equality in criminal procedures* (Dar Al-Matbouaat Al-Gameaia, Alexandria 1990) 93 (In Arabic); Abd Al-Raouf Mahdy, *supra* note 88, 1199; Mohamed Eid Al-Ghareeb, *supra* note 62, 1095; Ahmed Fathey Sorror, *supra* note 165, 189.

1968 when the Club issued a very strong announcement that rejected and resisted all the attempts of the political regime to interfere in the judicial affairs and impinge on their independence.¹

As truly described by one of the distinguished judges in Egypt 'it is not a mere social club that provide social and cultural services to its members; nor its concerned with affairs similar to those of syndicate which defend its members rights ... the Judges' Club is concerned with all such issues in addition to a more vital role; *It is a distinctive entity whose member's rights and independence are of identical nature to the larger public's interests, that is, independence of judges and the judiciary*'.²

Moreover, the Judicial Authority Law has adopted *the principle of the Multi-Judges Composition* in the more serious crimes, such as felonies.³ Undoubtedly, the existence of more than one judge in the chamber is a further guarantee for the impartiality of the judiciary, since it is less likely that all judges would be biased, than if a single judge were in charge of the case.⁴

It is also worth mentioning that, under the Judicial Authority Law the Judicial Monitoring Branch plays a very significant role in ensuring the impartiality of the individual judges, especially as it is widely known to be very firm and decisive concerning any malfunctions or *bona fide* complaints against judges.⁵ In this respect, the Judicial Monitoring Branch is entitled to investigate any complaint against a judge, including complaints from the

¹ For more details see, Fatouh AlShazly, *supra* note 66, p. 36.

² Tarik Albishry, *The Egyptian Judiciary between Independence and Containment* (Alshourouq Aldawlia, Cairo 2006) p. 91. (In Arabic)

³ *Ibid* Article 8.

⁴ Mohamed Eid Al-Ghareeb, *supra* note 62, 1100.

⁵ Mohamed Nour Farahat and Ali AlSadek, *supra* note 43, 643.

except after resigning from their posts as judges.¹ This prohibition, however, does not prevent judges as a professional group from forming their own associations,² or expressing their opinions whether as individuals or groups regarding profession related issues or even public issues, otherwise they will be deprived from a basic right that they themselves as judges are expected to guarantee and protect for the public against any alleged infringement.³

In this regard, *the Judges' Club*, which was established in 1939 to enhance solidarity among members of the judiciary,⁴ has played and continues to play an extremely significant role in safeguarding judicial independence.⁵ The sever clash that occurred between the Political regime in the 1960s and the Judges as a liberal group shows the great role played by the Judges' Club in mobilizing Egyptian judges to protect judicial independence. This role was especially noticeable in

¹ Ibid Article 73

² According to the 8th and 9th UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary, '... members of the judiciary are like other citizens entitled to freedom of expression, belief, association and assembly; provided, however, that in exercising such rights, judges shall always conduct themselves in such a manner as to preserve the dignity of their office and the impartiality and independence of the judiciary. [furthermore] Judges shall be free to form and join associations of judges or other organizations to represent their interests, to promote their professional training and to protect their judicial independence'. Basic Principles on the Independence of the Judiciary, adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985.

³ Fatouh AlShazly, *supra* note 66, p. 74.

⁴ Fatouh AlShazly and Kareem Alshazly, *supra* note 19, p. 268.

⁵ Atef Shahat Said, 'The role of the Judges' Club in Enhancing the Independence of the Judiciary and Spurring Political Reform' in Nathalie Bernard-Maugiron (ed.), *Judges and Political Reform in Egypt* (American University Press, Cairo 2008) 112.

mentioned cases, if he felt that his impartiality would be at stake.¹

Interestingly, the fact that the parties to a case are allowed to request the disqualification or recusation of the judge serves a very significant role. As the Inter-American Court of Human Rights has observed '...the institution affording the right to challenge judges has a twofold purpose; on one hand, it works as a guarantee for the parties to the proceedings, and on the other hand, it aims at providing credibility to the role performed by the Jurisdiction. [Thus] *Challenging should not necessarily be seen as putting on trial the moral rectitude of the challenged official, but rather as a tool to build trust in those turning to the State in quest for action by bodies that are and appear to be impartial*'.²

In addition to the above safeguards against the potential influences on judges, whether internal or external, the Judicial Authority Law bars judges from *practicing any other job* that might threaten their impartiality and independence.³ Furthermore, the law has prohibited judges from *participating in any political activity*, particularly to run as candidates in any elections,

¹ Criminal Procedures Law, Article 249 (2); Civil Procedure Law, Article 150; In this regard, the Bangalore Principles of Judicial Conduct has stressed that 'A judge shall disqualify himself or herself from participating in any proceedings in which the judge is unable to decide the matter impartially or in which it may appear to a reasonable observer that the judge is unable to decide the matter impartially'. See, The Bangalore Principles of Judicial Conduct, adopted by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, as revised at the Round Table Meeting of Chief Justices held at the Peace Palace, The Hague, November 25-26, 2002. Available online at: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/the-bangalore-principles-of-judicial-conduct/> (Last visited on 20 March 2018).

² *Apitz Barbera et al v Venezuela*, Inter-American Court of Human Rights, 5 August 2008, para. 63.

³ Judicial Authority Law, Article 72.

judge or his wife, and any of the litigants after the initiation of the case at hand, except if this new case was initiated for the mere purpose of recusing him from hearing the case at hand.

- His ex-wife, which he shares a child with, or any of his relatives, has a dispute with any of the litigants, except if this dispute was initiated for the mere purpose of recusing him.
- If one of the litigants was his servant, friend or had received a gift from him before or after the initiation of the case.
- There was enmity or affection between the judge and any of the litigants, which makes it likely that he would not be able to decide on the case without tendency or bias".¹

Interestingly, if any of the above-mentioned grounds for recusing the judge is established, the defendant has to invoke them in the beginning of the proceedings, even before filing any request, except if the ground for recusing the judge occurred later on in the prosecution, or he was not aware of its existence except at a later stage.²

Furthermore, both the Criminal Procedures Law,³ and the Civil Procedures Law⁴ give the judge the right to request the chief of the court to recuse him, if he believes that any of the recusation grounds do exist. Moreover, the law gives the judge the right to request his recusation in any other case, even outside the pre-

¹ Ibid Article 148.

² Ibid Article 151.

³ Criminal Procedures Law Article 249 (1).

⁴ Civil Procedures Law Article 149.

- He or his wife or any of his relatives have any interest in the dispute at hand.
- He had made a public statement or issued an article concerning the case even if that was before his appointment as a judge, or had acted as a judge, expert, arbitrator or had been a witness in the case.¹

Significantly, the abovementioned grounds for the disqualification of judges are considered a public order rule, which means that they could be invoked by the defendant at any stage of the proceedings, even before the Court of Cassation for the first time. Moreover, the judgment rendered in violation of those prohibitions would be null and void, even if it was accepted by the parties to the case.² In this regard, the HRC has observed that "Impartiality" of the court implies that judges must not harbour preconceptions about the matter put before them, and that they must not act in ways that promote the interests of one of the parties. *Where the grounds for disqualification of a judge are laid down by law, it is incumbent upon the court to consider ex officio these grounds and to replace members of the court falling under the disqualification criteria. A trial flawed by the participation of a judge who, under domestic statutes, should have been disqualified cannot normally be considered to be fair or impartial within the meaning of article 14'.³*

B. Recusation of Judges

Under the Civil Procedures Law, the judge could be recused, if:

- "He or his wife has a similar case to the case before him, or if a case was initiated between the

¹ Civil Procedures Law, Article 146.

² Ibid Article 147.

³ *Karttunen v. Finland*, HRC, Communication No. 387/1989, U.N. Doc. CCPR/C/46/D/387/1989, 5 November 1992, para. 7.2.

Guarantees against External Influence (The Judge's Personal Relations)

This set of guarantees seek to negate any relationship between the judge and others, in order to allow him to render justice solely according to the law.¹

These guarantees are scattered between three laws, namely the Judicial Authority Law, the Criminal Procedures Law, and the Civil Procedures Law, as follows:

First: The *Judicial Authority Law* considers the judge disqualified to hear the case if he or she is a relative to any of the other judges in the chamber or a member of the Public Prosecution up to the fourth degree.²

Second: The *Criminal Procedures Law* prohibits the judge to hear a case if 'the crime was committed on him ... or he acted as the defence in this same case'.³

Third: The *Civil Procedures Law* differentiates between the cases for the disqualification of the judge and cases for his recusation, as follows:-

A. Disqualification of Judges

According to the Civil Procedures Law, the judge shall be considered disqualified and thus not allowed to hear the case, if:

- He was a relative or has a marital relationship to any of the parties of the case up to the fourth degree.
- He or his wife has an existing dispute with any of the litigants.
- He was an agent of any of the litigants or was the guardian or the heir of the litigant or was a relative to the guardian of any of the litigants up to the fourth degree.

¹ Abd Al-Raouf Mahdy, *supra* note 88, 1234.

² Judicial Authority Law, Article 75.

³ Criminal Procedures Law, Article 247.

On the separation of the accusation function and the prosecution function, the rule is also absolute. Thus, the judge who is set to decide on a case should not be the same person who has indicted the defendant and referred the case to the court. Under the Criminal Procedures Law, the judge is prohibited from hearing a case that he had considered before as a member of the public prosecution, a witness, an expert, or had decided to refer the case to the court.¹

Interestingly, the separation between the accusation function and the prosecution function is relevant to the prohibition mentioned in Article 307 of the Criminal Procedures Law, which restrains the discretion of the court to prosecute the defendant for a crime other than that mentioned in the referral decision or to prosecute someone other than the defendant. However, as an exception to the abovementioned rule, Articles 11 and 12 of the same Law give the court the right to accuse the defendant for other crimes or to accuse other persons if the investigations, conducted by the court at the prosecution phase, revealed new facts that justify this action. This right, however, is limited to the investigation and accusation powers. Thus, it does not allow the court to prosecute the emerging case; rather the court is obliged by the Law to refer the emerging case to another chamber that is constituted from different judges, other than its members, in order to guarantee their impartiality.²

¹ Criminal Procedures Law, Article 247.

² Ahmed Fathey Sorrow, Constitutional Criminal Law, *supra* note 100, 385.

judicial power'.¹ This provision clearly considers the 'other officer authorized by law to exercise judicial power', which is the Public Prosecution in this case, to be equivalent to a judge.²

To sum up, it could be argued that the situation in Egypt regarding the separation between the power to investigate and the power to accuse does not constitute a threat to the accused's right to a fair trial, bearing in mind the status of the Public Prosecution as a branch of the judicial authority, which enjoys the same independence and impartiality guarantees assigned to judges.

On the question of the separation between the investigation and accusation functions, on one side, and the prosecution function, on the other, the situation is different. Under Egyptian laws, there is an absolute separation between the investigation function and the prosecution function. This means that the judge who is entitled to decide on a case should be different from the person who investigated the case; otherwise, he would have a specific prejudice regarding the case, a situation that would undermine the very basis of judicial impartiality.³ Accordingly, Criminal Procedures Law prohibits the judge who had investigated the case as a prosecutor or an investigatory judge to adjudicate it.⁴

¹ The ICCPL, Article 9 (3)

² Ahmed Fathey Sorrow, Constitutional Criminal Law, *supra* note 100, 382.

³ In this regard, the ECHR has iterated in several occasions that '... the fear that the trial court was not impartial stemmed from the fact that two of the judges sitting in it had previously sat in the chamber that had upheld the auto de procesamiento on appeal. That kind of situation may give rise to misgivings on the part of the accused as to the impartiality of the judges'. See, *Castillo Algar v. Spain*, ECHR, 28 October 1998, Application no. 79/1997/863/1074, paras 46.

⁴ Criminal Procedures Law, Article 247 (2).

remand for more than four days,¹ and before searching someone other than the accused or his house or monitoring the phone calls.²

Frankly speaking, the rationale behind criticizing the situation in Egypt after the Law no. 353/1952 which granted the Public Prosecution the right to investigate in addition to its original power to accuse, was based on the argument that the Public Prosecution at that time was part of the executive authority rather than the judicial authority. Thus, members of the Public Prosecution were revocable; even the Public Prosecutor himself was transferable without his consent. Nevertheless, this argument does not stand true after the Law no. 35/1984, which made all members of the Public Prosecution irrevocable, including the Public Prosecutor who cannot be transferred even within the judiciary without his consent.³ This independence from the executive authority was even sustained by the amendments of the Judicial Authority Law that took place in 2006,⁴ where many of the forms of intervention by the Minister of Justice in the administrative affairs of the Public Prosecution were revoked.⁵

It is also worth mentioning that, the fact that the Public Prosecution in Egypt carries out the investigation as well as the accusation powers does not contradict with international instruments in this respect. For instance, the ICCPR stipulates that 'anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise

¹ Ibid Article 202.

² Ibid Article 206.

³ See *supra*

⁴ See *supra*

⁵ See *Supra*.

general rule, does not exist. According to the Criminal Procedures Law, Public Prosecution has the power to investigate as well as to accuse.¹ This situation was criticized on the basis that the investigation power requires absolute impartiality in collecting evidence whether to the advantage of the accused or to his disadvantage, whereas it is not necessary that the accusation power is impartial, as its ultimate goal is to secure a guilty disposition against the accused.²

Significantly, though, while the Egyptian legislator vested the Public Prosecution with the power to investigate and accuse, this rule is not absolute.³ For example, the Criminal Procedures Law allows, by a decision of the Chief Justice of the Court of First Instance, and after a request from the Public Prosecution or the accused, that a judge be delegated to carry out the preliminary investigations in any felony or misdemeanour.⁴ Furthermore, the Minister of Justice has the power to request the Chief Justice of the Court of Appeal to appoint an investigative judge to investigate a specific crime, or crimes of specific type.⁵

Moreover, the Criminal Procedures Law obliges the Public Prosecution to acquire the approval of a magistrate before taking serious decisions related to the freedom of the accused or the public. For instance, the approval of a magistrate is required before extending the

¹ The power of accusation was assigned to the Public Prosecution by the amendment law no. 353/1952

² Mahmoud Naguib Hossny, Textbook on Criminal Procedures Law (Third edn Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo 1996) 508. Abd Al-Raouf Mahdy, *supra* note 88, 1218. (In Arabic)

³ Ahmed Fathey Sorror, Textbook on Criminal Procedures Law (10th edn Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo 2016) 874. (In Arabic)

⁴ Criminal Procedures Law, Article 64 as amended by the Law no. 138/2014.

⁵ *Ibid* Article 65 as amended by the Law no. 138/2014.

power), and guarantees against external influences (The judge's personal relations).

Guarantees against Internal Influences (The Separation of Judicial Powers)

These guarantees are related to the constitutional principle of the separation of judicial functions, namely the investigation, the accusation and the prosecution. The relationship between the principle of the separation of judicial functions and judicial impartiality is unequivocal. In criminal justice, if one entity seizes all three functions, it would definitely be in a position to harm or otherwise favour the accused without being effectively monitored by any other entity. Thus, the separation of judicial functions would guarantee that each of the three powers monitors the work of the other, a situation that would eventually consolidate the impartiality of the judiciary.¹

The ECHR has noted that '*... a lack of judicial impartiality arises ... where the judge's personal conduct is not at all impugned, but where, for instance, the exercise of different functions within the judicial process by the same person, or hierarchical or other links with another actor in the proceedings, objectively justify misgivings as to the impartiality of the tribunal, which thus fails to meet the Convention standard under the objective test*'.²

As far as the situation in Egypt is concerned, the separation between the power of prosecution, on one side, and the other two powers of investigation and accusation is absolute. Nevertheless, the separation between the investigation and accusation powers, as a

¹ Ahmed Fathey Sorrow, 'Judicial Independence as a Human Right in Egyptian Law' (1983) 50 Law and Economy Journal. 136. (In Arabic)

² *Kyprianou v Cyprus*, ECHR Grand Chamber, Case no. 73797/01, 15 December 2005, para. 121.

the judge, who is hearing a specific case, should have had no previous exposure to the same case. For instance, if he is a judge of appeal, he should not be the judge who issued the judgment at the first instance.¹

The external influence, on the other side, refers to the judge's experience as one of the public, and thus his private life should not influence his judicial decisions. For instance, if one of the parties to the case is a relative, like his son or wife, then his impartiality would be at stake, and thus he should be ineligible to stand as a judge in this specific case, in order to negate any doubt concerning his impartiality.²

The following lines discuss the legal guarantees for judicial impartiality under the Egyptian legal system against both types of influences, namely; guarantees against internal influences (The separation of judicial

¹ In this regard, the ECHR has noted that '... the impartiality of the Oudenaarde court was capable of appearing to the applicant to be open to doubt. Although the Court itself has no reason to doubt the impartiality of the member of the judiciary who had conducted the preliminary investigation, it recognises, having regard to the various factors discussed above, that *his presence on the bench provided grounds for some legitimate misgivings on the applicant's part*. Without underestimating the force of the Government's arguments and without adopting a subjective approach, the Court recalls that a restrictive interpretation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) - notably in regard to observance of the fundamental principle of the impartiality of the courts - would not be consonant with the object and purpose of the provision, bearing in mind the prominent place which the right to a fair trial holds in a democratic society within the meaning of the Convention'. See, *De Cubber v. Belgium*, ECHR, Application no. 9186/80, 26 October 1984, para. 30; See also, *Ekeberg and Others v Norway*, (11106/04 et al), European Court (2007) paras. 34-44; *Hauschildt v Denmark*, (10486/83), European Court (1989) paras. 43-53; *Fatullayev v Azerbaijan*, (40984/07), European Court (2010) paras. 136-139; *Hanif and Khan v United Kingdom*, (52999/08, 61779/08), European Court (2011) paras. 138-150.

² For more details see, Abd Al-Raouf Mahdy, *supra* note 88, 1233.

Article on judicial independence states clearly that “Judges are independent ... *subject to no other authority but the law* ... They may not be fully or partly delegated except to bodies and to perform tasks that are identified by law, provided that all the foregoing *maintains the independence and impartiality of the judiciary and judges* and prevents conflicts of interest ...”.¹ These provisions does not protect judicial independence only by negating any external influence over the judge, but it also protects the defendants and society at large from the subjectivity of the judges themselves, through the establishment of an objective criterion for adjudication, which is the law.²

Accordingly, any attempt to separate, in terms of the constitutional significance, the independence of the judiciary from its impartiality should be perceived illegal. In this meaning, the SCC affirms that ‘the importance of *the two safeguards of judicial independence and its impartiality* in the efficiency of rendering justice assumes their unity, since it is unimaginable that the Constitution has preserved the judiciary from external influences which might demolish its sacred message, though this same Constitution does not protect the public from the impartiality of the judge’.³

On the ordinary law level, the Judicial Authority Law, the Civil Procedures Law and the Criminal Procedures Law include detailed rules that protect the judiciary from two types of influences that might jeopardise the impartiality of the judiciary, namely; internal and external influences. The internal influence refers to the fact that

¹ The Egyptian Constitution, Article 186.

² Supreme Constitutional Court, Case no. 152/20, 3 June 2000.

³ Supreme Constitutional Court, 15 June 1996, Compilation of Supreme Constitutional Court judgements, Seventh Part, p. 780; Supreme Constitutional Court, 16 November 1996, Judgments Compilation, Part 8, p. 169

that 'The judiciary shall decide matters before them *impartially, on the basis of facts and in accordance with the law*, without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason'.¹

In this regard, the ECHR has stressed that '... it is of fundamental importance in a democratic society that the courts inspire confidence in the public and above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused'. That, according to the ECHR, 'Impartiality ... denotes the absence of prejudice or bias'.² Interestingly, the ECHR has developed a two-tier test to ascertain whether the judge was impartial. The first tier of the test is objective in nature, as it relates to the availability of sufficient guarantees for the impartiality of the judge that would exclude any doubt to the opposite. The second tier of the test is subjective, as it depends on the personal impartiality of a judge, which would be implied from his behaviour and attitude towards the parties. Thus, the personal impartiality of the judge will be seriously questioned if it could be proven that the judge expressed hostility against the parties, or arranged to have a case assigned to himself for personal reasons.³

On the domestic level, the Egyptian Constitution of 2014 refers to judicial impartiality in the Article on the rule of law, which provides that 'The rule of law is the basis of governance in the state. The state is subject to the law, and *the independence, immunity and impartiality of the judiciary* are essential guarantees for the protection of rights and freedoms'.⁴ Furthermore, the

¹ UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary, Principle 2.

² *Kyprianou v Cyprus*, ECHR Grand Chamber, Case no. 73797/01, 15 December 2005, paras. 118.

³ *Ibid* para. 119.

⁴ The Egyptian Constitution, Article 94.

or emotions.¹ If judicial independence, as mentioned above, saves the judiciary from any external influence that might be exerted by the other two authorities or the public, judicial impartiality, on the other hand, saves the judiciary from the possible subjectivity of the judge himself. Accordingly, for the judge to be impartial, he or she should decide on cases without any partisan, whether with one of the parties or against any of them. This means that he must take his decision solely according to the law, and without any bias, caprice or prejudice.²

Significantly, the importance of judicial impartiality has elevated it to the same level of judicial independence. Both principles are a prerequisite requirement to rendering justice, where the absence or even scant doubts regarding their fulfilment would definitely affect the whole process of rendering justice. For this reason, all human rights instruments concerned with the right to a fair trial enshrine judicial impartiality alongside judicial independence, hence their intertwined relationship. For instance, the UDHR provides that 'everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by *an independent and impartial tribunal*, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him'.³ Moreover, the ICCPR states that 'everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, *independent and impartial tribunal* established by law'.⁴ Furthermore, the UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary assures

¹ Mohamed Asfour, 'The Independence of the Judicial Authority' (1968) 3 Judges Journal. 300. (In Arabic)

² Mahmoud Nagib Hosni, Criminal Procedures Law (2nd edn Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo 1988) 785. (In Arabic)

³ UDHR, Article 10.

⁴ ICCPR, Article 14 (1).

absolute immunity even if he or she caused harm to the parties wilfully or recklessly.¹ Thus, to strike the required balance between these two seemingly contradicting interests; the Egyptian Civil Procedures Law² limits the civil responsibility of judges for their profession related torts to the following cases:

1. If the judge was cheating or deceiving for the benefit of one party, and against the other.³
2. If the judge makes a severe professional mistake,⁴ such as not being aware of the basic legal rules applicable to the case before him or issuing his judgment without reading the case file.⁵
3. If the judge commits the crime of denying justice to the parties by refraining, without any sound justification, from responding to a petition submitted to him or from ruling in a valid case.⁶
4. When the law establishes explicitly the responsibility of the judge.⁷ For instance, the Civil Procedures Law establishes the civil responsibility of the judge who fails, within the time specified by the law, to submit the reasoned judgment in writing, if such omission on the judge's side has 'resulted in the nullification of the judgment'.⁸

The Impartiality of the Egyptian Judicial System

The judiciary is usually symbolized by a blindfolded statue holding a scale. For these scales to be balanced they should be independent from any personal interests

¹ Abd Al-Raouf Mahdy, *supra* note 88, 1215.

² Civil Procedures Law, Law no. 13/1968.

³ *Ibid* Article 494 (1).

⁴ *Ibid*.

⁵ Mansoura Court of Appeal, 2 February 1978, the Government Lawyers Journal (1978) 197.

⁶ Civil Procedures Law, Article 494 (2).

⁷ *Ibid* Article 494 (3).

⁸ *Ibid* Article 175.

The Civil Responsibility of Judges

This safeguard for judicial independence is not meant to protect the judge from the executive authority, as the previous three safeguards do, rather the protection here is from the defendants or the parties to a case before the judge. This safeguard, accordingly, grants the judge a civil immunity from being sued by the parties if he makes a mistake in the course of rendering justice.¹ Thus, if the general rule for civil responsibility is that every tort that causes harm to others the wrongdoer should be set responsible for a compensation;² this rule, generally speaking, should not apply to the judicial profession.³ In this regard, the UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary establishes that '*Without prejudice to any disciplinary procedure or to any right of appeal or to compensation from the State, in accordance with national law, judges should enjoy personal immunity from civil suits for monetary damages for improper acts or omissions in the exercise of their judicial functions*'.⁴

Interestingly, this safeguard, which aims to provide judges with the necessary calmness to render justice without the fear of being sued by the parties to a case, should not indicate that the judge would benefit from

¹ In this regard, the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers noted that '*The Basic Principles stipulate that judges should enjoy personal immunity from civil suits for monetary damages for improper acts or omissions in the exercise of their judicial functions. According to the Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa, judicial officers shall also not be criminally liable for such acts or omissions. The Human Rights Committee emphasized that judges should not be held criminally liable for handing down "unjust judgments" or committing legal errors in their decisions*'. See, Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, UN Doc. A/HRC/11/41, 24 March 2009, para. 65.

² Civil Law, Law no. 131/1948, Article 163.

³ Ahmed Al-Said Sawey, *Al-Waseet in Civil and Commercial Procedural Law* (Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo 1981) 108. (In Arabic)

⁴ UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary, Principle 16.

'Judges Discipline Council', chaired by the Chief Justice of the Court of Cassation.¹ This certainly offers a further guarantee for judges who face discipline procedures. This guarantee has been proclaimed by the UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary which stressed that 'Decisions in disciplinary, suspension or removal proceedings *should be subject to an independent review ...*'.²

Nevertheless, under Article 111 of the Judicial Authority Law, the Judges Discipline Council, upon a request from the Minister of Justice, might consider revoking the judge or transferring him to a non-judicial job. This request by the Minister of Justice could be based on any ground other than the health status of the judge. Although the final decision in this regard will be that of the Judges Discipline Council, the fact that such significant motion is initiated by the Minister of Justice who represents the executive authority warrants reconsideration of the provision.³

¹ Judicial Authority Law, Article 107 after the amendment by the Law no. 142/2006.

² UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary, Principle 20; The European Charter on the Statute for Judges has stated that 'The dereliction by a judge of one of the duties expressly defined by the statute, may only give rise to a sanction upon the decision, following the proposal, the recommendation, or with the agreement of a *tribunal or authority composed at least as to one half of elected judges*, within the framework of proceedings of a character involving the full hearing of the parties, in which *the judge proceeded against must be entitled to representation*. The scale of sanctions which may be imposed is set out in the statute, and their imposition is subject to the principle of proportionality. *The decision of an executive authority, of a tribunal, or of an authority pronouncing a sanction, as envisaged herein, is open to an appeal to a higher judicial authority*'. See, European Charter on the Statute for Judges, Council of Europe, Activities for the development and consolidation of democratic stability, Themis Plan Project no. 3, Strasbourg, 8 - 10 July 1998.

³ Fatouh AlShazly, *supra* note 66, p. 57.

performing one of the most sacred professions in the society, and thus entitled to several safeguards to help him achieving his role, his discipline should be very strict to amount to the significance of his role'.¹

In this regard, the UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary provides that 'A charge or complaint made against a judge in his/her judicial and professional capacity shall be processed expeditiously and fairly under an appropriate procedure. The judge shall have the right to a fair hearing. The examination of the matter at its initial stage shall be kept confidential, unless otherwise requested by the judge',² it follows that '*Judges shall be subject to suspension or removal only for reasons of incapacity or behavior that renders them unfit to discharge their duties*'.³

As far as the situation in Egypt is concerned, the rules that govern the discipline of judges are mentioned in detail in Articles 93 to 115 of the Judicial Authority Law. The discipline of judges is carried out by a special council called the 'Judges Discipline Council'. This special council is composed solely of judges, namely; the most senior chief of a court of appeal, other than members of the SJC, in addition to the two most senior judges of the Court of Cassation and the two most senior deputies of the chief of a court of appeal.⁴

Significantly, before the amendment of the Judicial Authority Law in 2006, decisions of the Judges Discipline Council were final and cannot be challenged before any other chamber. In 2006, the amendment established a higher council to review the decisions rendered by the

¹ Supreme Administrative Court, Hearing of 15 December 1962, Year 8 Judiciary, 251.

² UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary, Principle 17.

³ Ibid Principle 18.

⁴ Judicial Authority Law, Article 98.

discovering the crime until identifying the district court that will prosecute the case.¹

Discipline of Judges

In addition to the irrevocability and judicial procedural immunity, the judicial independence requires a special regime for disciplining judges and members of the Public Prosecution. This regime shall endeavour to accommodate two main concerns, as follows:

First: The executive authority should not be involved in the process of disciplining judges; otherwise, it would undermine all the aforementioned safeguards for judicial independence. As not being able to revoke the judge, the executive authority could intimidate him through a disciplining process that might end up with his revocation.²

Second: The fact that a special regime is followed to discipline judges does not mean that judges are unquestionable or in a favourable position than other professions, it is exactly the opposite.³ As the Supreme Administrative Court of Egypt stated 'The judge, who is

¹ Judicial Authority Law, Article 96. Article 96 provides that "Other than in cases of *flagrante delicto*, it is not allowed to arrested a judge and remand him or her except after obtaining a permission from the Supreme Judicial Council.

Though, in cases of *flagrante delicto*, the General Prosecutor would be obliged to refer the matter to the Supreme Judicial Council within the following twenty-four hours, in this case the Council shall decide whether to release the judge or continue the detention, and the judge shall be allowed to give his or her testimony before the Council.

The Council shall determine the term of imprisonment in its decision, and it is not allowed to take any investigative measures with the judge or to refer the case to the court in a felony or a misdemeanour, except after acquiring the permission of the Council and after the request of the General Prosecutor.

Inevitably, detaining judges shall be executed in separate places other than that designated for the incarceration of other prisoners'.

² Alaa Mohamed Al-Sawey, *The Right to a fair Trial for the Accused*, PhD Thesis, Cairo University, 2001, p.68. (In Arabic)

³ Mohamed Nour Farahat and Ali Al-Sadek, *supra note* 43, 640.

This has been considered a serious challenge to judicial independence, especially that the chief judge of the court of first instance has several powers over all judges working in the court the he presides,¹ for instance, he can issue a warning against a judge, which is considered an administrative sanction,² in addition to his power to suggest to the Public Prosecutor to initiate an administrative disciplinary case against a judge.³ It is thus recommended that the appointment of the chief judges of the courts of first instance shall be conducted through a decision by the SJC without the involvement of the Ministry of Justice in such purely judicial affair.

Judicial Immunity

Judges in Egypt benefit from immunity when they commit a criminal act. This immunity, however, is not substantive, rather it is a procedural immunity, which means that judges are certainly held responsible for any criminal act that they allegedly commit, however, special procedures have to be followed in such instances.

The adoption of this procedural immunity is justified by the need to provide a guarantee that the executive authority would not intimidate judges, and thus undermine the judicial independence at large.⁴

The Judicial Authority Law identifies the special procedures that should be followed in the case of suspicion that a judge might be involved in a crime or even when he is caught in a flagrant *delicto* state. The noticeable safeguard in this respect is the absolute control of the SJC over the procedures; from the point of

¹ Fatouh AlShazly and Kareem Alshazly, *supra* note 19, p. 288.

² Judicial Authority Law Article 94.

³ Judicial Authority Law Article 99.

⁴ *Ibid*, p. 620.

prescribed in the law'.¹ Departing from that rule, Articles from 52 to 66 elaborate on the objective rules that govern the issue of transferring judges, and their secondment whether nationally or internationally.² Significantly, the central safeguard that guarantees objectivity in transferring judges within the judicial branch or seconding them is the fact that such transfer or secondment has to be approved by the SJC, which is composed solely from judges,³ without the intervention of the executive authority.⁴ This certainly constitutes an important safeguard for judges that enhance their independence from the executive authority and sustains their irrevocability guarantee.

The main concern in this respect relates to the power given to the Minister of Justice to appoint the chief judges of the courts of first instance after the approval of the SJC.⁵ Thus, despite the fact that the approval of the SJC is required, the proposed names originate from the Ministry of Justice, as well as the appointment decision.

¹ Judicial Authority Law, Article 52.

² The secondment of judges to entities other than the judiciary has been criticized by the majority of judges as it has adverse effects on the independence and impartiality of the judge who works for such entities. *This was the driving force for adopting Article 239 of the Constitutional of 2014 that directs the parliament to pass a law within five years of the date the Constitution is in force (expected in 2019) that prohibits full-time and part-time secondments of judges to non-judicial entities.*

³ For example, according to Article 54 of the Judicial Authority Law 'Judges of the Cairo Court of Appeal may not be transferred to another court except with their consent and with the approval of the Supreme Judicial Council. Judges of other courts of appeal shall be transferred to the Cairo Court of Appeal according to their seniority of the appointment ... Nevertheless, Judge could stay in the court in which he works at his request and with the approval of the Supreme Judicial Council ...'.

⁴ Mohamed Nour Farahat and Ali Al-Sadek, *supra* note 43, 637.

⁵ Judicial Authority Law Article 9. Article 9 calls the appointment of the chief judge of the court of first instance secondment as it is done within the judicial body.

Judicial Affairs, which considered the presidential decree null and void, and ordered that the sacked public prosecutor shall return to office. After returning office, the Public Prosecutor resigned voluntarily from his post as a Public Prosecutor and requested to work as a practicing judge.¹

B. The Transfer of Judges within the Judicial Profession (Secondment)

Irrevocability safeguard is not just to protect judges from being arbitrarily sacked from their sacred profession, rather it covers also the prohibition against the subjective transfer of judges within the judicial branch or even the same court. The significance of this broad notion of irrevocability is self-evident. That, if a narrow notion of irrevocability is to be adopted, that would mean that the executive authority, despite being unable to sack judges, it would transfer those who act against its interest to remote courts in order to humiliate them, or, in the opposite case, transfer those who act according to its interests to favourable places.² Accordingly, the prohibition of subjective transfer of judges is a corollary notion to the irrevocability safeguard specifically, and judicial independence in general.

As a result of the importance attached to the prohibition of subjective transfer of judges, the Law of Judicial Authority, which is considered a complementary legislation to the Constitution, stresses that 'it is prohibited to transfer judges or to second them, whether nationally or internationally, except in the cases

¹ For more details see, Egypt court overturns Morsi sacking of top prosecutor, BBC, 27 March 2013, available online at: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-21953418>. (Last visited on 23 May 2017).

² The Travaux Préparatoires of the Law no. 66/1943 on Judicial Independence [Mentioned in: Ahmed Fathey Sorror, Constitutional Criminal Law, *supra* note 100, 361]. (In Arabic)

President transcended the delegation given to him by the Parliament according to the Law no. 15/1967 or acted *ultra vires*. Later on, in 1973, the Parliament issued Law no. 43/1973, which returned all those who were sacked to their judicial positions to end a very bad example of the transgression of the executive authority over, not only the judicial authority, but also the legislative authority.¹

Another recent incident that included a breach of the irrevocability safeguard of judges as individuals and the independence of the judiciary as an institution occurred when the ousted president Mohamed Morsy issued in November 2012, what was called a constitutional declaration, that granted him absolute powers, including issuing laws and decrees that cannot be challenged or reviewed by any other authority in the Country, including the SCC.² This constitutional declaration, provided in its third article that 'The Public Prosecutor shall be appointed from among members of the judiciary by a decision of the President of the Republic for a term of four years beginning from the date of office and shall be subject to the general conditions of judges, and not less than 40 calendar years. *This provision applies to the incumbent public prosecutor with immediate effect*'. In accordance with this provision, the ousted President issued a presidential decree that included the sacking of the incumbent public prosecutor at that time and appointing another one.³

Interestingly, this decree was challenged by the sacked public prosecutor before the Special Chamber on

¹ For more details see, *Ibid* 360.

² Constitutional Declaration, 22 November 2012.

³ Egypt's President Morsi assumes sweeping powers, BBC, 22 November 2012, available online at: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-20451208>. (Last visited on 23 May 2017).

of the judiciary or to shield them when they behave inappropriately.¹

Although the contemporary history of the Egyptian judiciary shows that the irrevocability principle has always been respected by both the legislative and the executive authorities, this history records with sorrow an appalling incident that took place in 1969, and became known as 'The Judiciary Massacre'.² In this incident, the head of the executive authority, the President of the Country, Mr Abd El-Nasser, acting according to a legislative delegation no. 15/1967 to issue decrees in limited matters that would have the power of a law, issued Presidential Decree no. 83/1969 to reorganize the judicial institutions. This illegitimate decree granted the President the right to reappoint all members of the judicial institutions, which he did by the Decree no. 1603/1969.

Surprisingly, the President omitted 127 individuals, who had to implicitly consider themselves sacked. Among those 127 was the Chief Justice of the Court of Cassation and 14 of his chief deputies.³ This legal farce was carried out because those revoked judges were the revolting force against the affiliation of judges to the only party at the time, the communist party of the President, in addition to issuing many acquittals for political opponents of the regime.⁴

Expectedly, this scandalous decree was turned down by the Court of Cassation in 1972, which considered the Decree no. 83/1969 illegal on the basis that the

¹ Supreme Constitutional Court of Egypt, Case No. 31/10, 7 December 1991.

² For more details see, Fatouh AlShazly, *supra* note 66, p. 26.

³ Mohamed Nour Farahat and Ali Al-Sadek, *supra* note 43, 634.

⁴ Ahmed Fathey Sorrow, Constitutional Criminal Law, *supra* note 100, 359.

discipline are regulated by the law ...'.¹ Furthermore, the Law on Judicial Authority reiterates the same principle by assuring that 'Judges and members of the Public Prosecution, except auxiliary prosecutors, are *irrevocable*'.² This safeguard puts a significant restriction on both the executive and the legislative authorities concerning the term of judges in office.³ According to this safeguard, all judges and members of the Public Prosecution are immune from being sacked, transferred into other professions, or forced to retire.⁴

The irrevocability, however, does not mean that judges have owned their positions and no one would be able to question them, even if they behaved inappropriately. Rather, it means that his revocability should be carried out according to the law in order to avoid any abuse by the other two authorities.⁵ In this meaning the SCC has stressed that 'The irrevocability safeguard is enshrined in both the Constitution and the ordinary law to protect the judiciary from external influences ... However, there is no doubt that this safeguard is not meant to provide a shelter for members

¹ The Egyptian Constitution, Article 186. The consecutive constitutions of Egypt have adopted the irrevocability of judges as a general principle and referred to the ordinary law for details.

² Judicial Authority law, Article 67.

³ In this regard, the Special Rapporteur on the independence of Judges and lawyers has stated that 'it is crucial that tenure be guaranteed through the irremovability of the judge for the period he/she has been appointed. The irremovability of judges is one of the main pillars guaranteeing the independence of the judiciary. Only in exceptional circumstances may the principle of irremovability be transgressed. One of these exceptions is the application of disciplinary measures, including suspension and removal'. See, Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, UN Doc. A/HRC/11/41, 24 March 2009, para. 57.

⁴ Ahmed Fathey Sorrow, *Criminal Legitimacy* (Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo 1977) 173. (In Arabic)

⁵ See *infra* for the rules of disciplining judges.

members, their term of office, *the existence of guarantees against outside pressures, and the question whether the body presents an appearance of independence*'.¹

Nationally, the Egyptian legal system encompasses several safeguards for the individual independence of judges that would allow them to decide on cases before them without fear from any external influence. Such safeguards include; Irrevocability, Judicial immunity, Discipline, and Civil responsibility.

Irrevocability

The irrevocability of judges refers to two basic safeguards, namely; judges should not be sacked or transferred to other non-judicial professions, and they should not be transferred within the judicial branch except according to established rules.² The significance of the irrevocability safeguard is self-evident, as the judge who fears being revoked would not render justice.³ Accordingly, the irrevocability safeguard would act here as a shield for the judge to protect him or her from the abuse of power practiced by the executive authority.⁴

A. Professional Irrevocability

Under the Constitution of Egypt 'Judges are independent, *irrevocable*, shall not be subjected to any other authority but the law, and they are equal in rights and duties. The conditions and procedures for their appointment, secondment, delegation, retirement and

¹ *Bryan v. the United Kingdom*, ECHR, Application no. 19178/91, 22 November 1995, para. 37; *Findlay v the United Kingdom*, ECHR, Application no. 22107/93, 25 February 1995, para. 73.

² Ahmed Fathey Sorrow, *Constitutional Criminal Law* (2nd Edition Dar Al-Shorouq, Cairo 2002) 355. (In Arabic)

³ *Ibid* 356.

⁴ Fathey Wally, *Al-Waseet in the Civil Judiciary Law* (Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo 1981) 198. (In Arabic)

opinion in favour of a party to a case or against him or her.¹ Finally, while as a general rule criminal trials are open to the public, and could thus be attended by any interested person without discrimination,² or broadcasted by different media outlets, the Law empowers the presiding judge to order holding the proceedings *in camera*, if he believes that this will serve the interests of public order or morals.³ If such judicial order is violated, a punishment of a maximum of one-year imprisonment could be imposed on the violator.⁴

The Individual Independence of the Judiciary

The individual judicial independence refers to the legal safeguards available for judges and members of the Public Prosecution, as individuals, to protect them from, mainly, the pressure that the executive authority might exert upon them when they adjudicate cases before them. Thus, the individual judicial independence seeks to provide a safe environment for the judge to allow him or her to reach a judicial decision without any external influence but the law and his or her own conscience.⁵

Interestingly, judicial independence, as a human right, is unique in the sense that those who enjoy it, judges, are not those who benefit from it, the people. Thus, judges are granted independence to enable them to fulfil their duty in serving the society, rather than as a privilege granted to judges for their personal advantage.⁶

Significantly, the ECHR has highlighted in several occasions indicators for judicial independence. Such indicators include 'the manner of appointment of its

¹ Ibid

² For more details on the publicity of criminal trials guarantee, see, Abd Al-Raouf Mahdy, *supra* note 88, 1508-1514.

³ Criminal Procedures Law, Article 268.

⁴ Penal Code, Article 189.

⁵ Adel Omar Sherif and Nathan J. Brown, *supra* note 59, pp. 2, 15.

⁶ Ibid.

number of viewers and followers, broadcast or publish baseless information or unfounded legal opinions that direct the public towards a specific outcome, discourage witnesses from appearing before the court, or even direct the judge to adopt a specific perception of the facts of the case.¹

This, unfortunately, common practice by the media, in addition to infringing the accused's presumption of innocence, has detrimental effect on the credibility of the judiciary, as it might cause the public to lose trust in the judiciary if it renders a judgment that differs from the outcome indicated by the media.²

Thus, without the independence from the media safeguard, there will be considerable doubt regarding the fairness of the judiciary. This situation would definitely impose a huge burden on the judiciary, which should reach its decision based on the merits and facts of the case at hand as well as the rule of law, without any external influence.³

It is thus a crime under the Egyptian Penal Code to publish information for the mere purpose of influencing judges, public prosecutors or witnesses of a specific case.⁴ Furthermore, it is a crime to publish any material that would discourage any person from revealing significant information to the judiciary or the prosecution.⁵ The Law also proscribes publishing any material for the mere purpose of directing the public

¹ Wagdy Abd Al-Samad, 'Judicial Independence', *The Judiciary Journal* (March and April 1986) Vols. 3 & 4. 19 (In Arabic); Abd Al-Raouf Mahdy, *Textbook on Criminal Procedures Law* (Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo 2013) 1213. (In Arabic)

² Ibid.

³ Gamal Al-Otaify, 'The Criminal Safeguard of the Dispute from Publishing Influence', (Dar Al-Maaref, Cairo 1964) 248. (In Arabic)

⁴ Penal Code, Article 187.

⁵ Ibid

It is thus advisable that in the process of reviewing the composition of the SJC, as previously discussed, the possibility of introducing elections to the Chief Justice post, rather than the current practice of being appointed by the President shall be seriously considered. Whether the electorate will be the incumbent members of the SJC, or all judges of the Court of Cassation, or even all judges and public Prosecution members is certainly one of the most controversial issues that will need thorough discussion. It is, however, believed that electing the Chief Justice will undoubtedly enhance the independence of the Judiciary from the executive authority, since the elected Chief Justice will have a stronger sense of belonging to the judiciary that elected him, rather than the head of the executive authority. This will in turn be reflected in the decisions taken by the Chief Justice and the whole SJC that will appeal to the needs of the judiciary rather than the government.

Judicial Independence from the Media

Media is a double-edged sword, while it could sustain judicial independence and accountability through its role as a watchdog; it might also influence judges, witnesses and the public, to the extent that jeopardises the independence of the judiciary. Since media is not usually fully aware of the factual or legal background of cases before the judiciary, as it does not have access to all the evidence available to courts, unprofessional or market-driven media might, in their quest for maximizing the

of the Congress, Available online at: <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/egypt-parliament-approves-an-amendment-to-the-judicial-authority-law/> (Last Visited: 19 June 2017). See also, Mahmoud Aziz, Egypt judges voice strong objections to draft law regulating appointment of heads of judicial bodies, Ahram online, Available online at: <http://english.ahram.org.eg/NewsContentP/1/261808/Egypt/Egypt-judges-voice-strong-objections-to-draft-law-.aspx> (Last Visited: 19 June 2017). (In Arabic)

of the SJC. The Judicial Authority Law, however, provided that the chair of the SJC shall be appointed by the President of the Republic from one of the deputies to the Chief Justice of the Court of Cassation. Although, theoretically the President, according to this provision, could select the Chief Justice from any of his deputies, who are in the hundreds, factually though, the Chief Justice was usually the most senior deputy to the leaving Chief Justice due to resignation or retirement.

Recently, though, the parliament has passed an amendment to the Judicial Authority Law that has, seemingly, limited the discretion of the President in selecting the Chief Justice to only three deputies to the Chief Justice nominated by the SJC.¹ Implicitly, however, this amendment has been considered controversial and even unconstitutional, as it allowed the President of the Republic to circumvent the customary practice of appointing the most senior deputy to the Chief Justice, and rather appoints a politically favorable alternative among the three nominees.²

¹ The Law no.13/2017 that amended Article 44 of the Law no. 46/1972 on Judicial Authority.

² This has been voiced by the Legislative and Constitutional Affairs Committee of the State Council, which stated in its own report to the Parliament that 'The suggested amendment may be deemed unconstitutional on the basis of article 185 of the Constitution of 2014. Article 185 provides that the judicial bodies must be consulted concerning any draft laws governing their respective affairs, which did not happen in this case'. Egypt's Judges' Club, representing Egyptian judges nationwide, has also opposed the suggested amendment. They considered the amendment a blow to the independence of the judiciary. The Club also stated that the amended Judicial Authority Law provides that the chiefs of judicial bodies are selected based on seniority by the Supreme Judicial Councils and that the President of Egypt ratifies the councils' selections. However, the new amendment 'enhances the power of the Executive authority by permitting the President to select the justices directly, based on the nomination of the Supreme Judicial Council. See, Egypt: Parliament Approves an Amendment to the Judicial Authority Law, Global Legal Monitor, Library

Interestingly, this constitutional provision provides a significant guarantee for the independence of the public prosecution from the executive authority, as it limits the powers of the latter to the issuance of the presidential decree that appoints the Public Prosecutor who has been independently selected by members of the judiciary. Before the Constitution of 2014, and under Article 119 of the current Law on Judicial Authority, the appointment of the Public Prosecutor was within the absolute authority of the President without even consulting the SJC.¹

Notably, Article 119 of the Judicial Authority Law, which provides that 'The Public Prosecutor is appointed by virtue of a presidential decree among the chiefs of a court of appeal, or the judges of the Court of Cassation, or the most senior members of the Public Prosecution "Senior General Attorneys", shall be amended to conform to Article 189 of the Constitution; otherwise, it will be challenged and eventually declared unconstitutional if applied by the President in appointing new public prosecutors.

Notwithstanding the abovementioned guarantee for judicial independence that relates to the appointment of the Public Prosecutor, the current Constitution does not have a provision that regulates the appointment of the Chief Justice of the Court of Cassation, who is the chair

perceived as an honour to be appointed by a presidential decree. Thus, the appointment is practically attributed to the SJC, whereas the presidential decree is a mere executive decision thereto.

¹ Article 119 of the Judicial Authority Law provides that "The public prosecutor is appointed by virtue of a presidential decree among the chiefs of the Court of Appeal, or the Judges of the Court of Cassation, or the most senior members of the public prosecution "Senior General Attorneys". This provision needs to be amended to be in conformity with Article 189 of the Constitution; otherwise, it will be challenged and eventually declared unconstitutional if applied by the president in appointing new public prosecutors.

minimizing the acts of corruption.¹ It has however been suggested that the involvement of the Minister of Finance in the process of outlining the annual budget of the judiciary is questionable, as it places him in the same position that the Minister of Justice had before the amendment. It is thus advisable that the budget is prepared by the SJC and sent to the Parliament directly, similar to the ruled followed in outlining the budget of the Military under the Constitution, and without any involvement of the executive authority represented by the Ministry of Finance.² This proposal was actually put forward by the Judges' Club before the amendment in 2006,³ but was never endorsed by the government.

Fourth: The Constitution of 2014 entrusts the SJC with the power to select, not just nominate, the Public Prosecutor from the Deputies to the President of the Court of Cassation, the Presidents of the Courts of Appeal, or the Deputy Public Prosecutors. Once selected, the appointment is made by virtue of a presidential decree for a period of four years, or for the period remaining until retirement age, whichever comes first, and only once during a judge's career.⁴

¹ See, Policy Framework for Preventing and Eliminating Corruption and Ensuring the Impartiality of the Judicial System, ICJ's Centre for the Independence of Judges and Lawyers (CIJL), CIJL Yearbook 2000, p. 131.

² The Constitution of Egypt, Article 203 provides that '... [The National Defence Council] is entitled to discuss the annual budget of the Military, that is listed as a one number in the annual budget of the Country ...'. Obviously, neither the Minister of Finance nor any other entity is not involved in the process of outlining the annual budget of the Military.

³ Fatouh AlShazly, *supra* note 66, p. 48.

⁴ The Constitution of Egypt, Article 189. It is worth mentioning that all members of the judiciary, including the public prosecution, and other judicial institutions and entities are appointed and promoted by a presidential decree that follows a decision, not just a recommendation, of the SJC. Thus, the decree is not considered a form of intervention from the executive authority into the judicial affairs, rather it is

from elections, especially causing sectarianism among judges and allowing a political or religious sect to control the judiciary, democracy is a practice that rectifies itself overtime, and judges are by definition a highly educated and national group that would act for the interest of the judiciary and the public at large.

Third: The Law no. 142/2006 granted the judiciary an *independent budget* from the budget of the Ministry of Justice. According to the amendment Law no.142/2006, 'The judiciary and Public Prosecution shall have annual independent budget that is concurrent with the fiscal year of the State. The SJC, in collaboration with the Minister of Finance, shall prepare the budget so that it includes both revenues and expenditures as a single figure. Once endorsed by the Parliament, the SJC, in collaboration with the Minister of Finance, shall distribute the fund on the different sections as followed in the public budget of the state. In spending the budget, the SJC will possess the same powers of the Minister of Finance ...'.¹ Interestingly, the independent budget guarantee is now of constitutional value, as the current Constitution states clearly that 'All judicial bodies administer their own affairs. *Each has an independent budget, which is discussed by the House of Representatives. After approving each budget, it is incorporated in the state budget as a single figure ...*'.²

Undoubtedly, the fact that the judiciary outlines and administers its own budget constitutes an indispensable safeguard for the judiciary that would protect it from the domination of the executive authority,³ in addition to

¹ Ibid Article 77 (5) *bis*.

² The Constitution of Egypt, Article 185.

³ Mahmoud Al-Khudayri, *supra* note 66, 55.

all issues under its jurisdiction or referred to it. Thus, the distinction, which had existed before the amendment between issues where the Council's approval was binding to the executive authority and others where the Council's opinion was advisory, has been abolished, and all issues now referred to the SJC must be approved by the Council.¹

The main criticism that has been levelled against the SJC itself relates to its composition. The SJC constitutes of 7 members, the chair of the SJC is the Chief Justice of the Court of Cassation, in addition to the chief of the Cairo Court of Appeal, the Public Prosecutor, the two most senior deputies to the Chief Justice, and the two most senior chiefs of the other courts of appeal (other than the Cairo Court of Appeal).² All of those members, except the Public Prosecutor and the Chief Justice, are appointed based solely on their seniority. Whereas the Public Prosecutor and the Chief Justice are both appointed by the President of the Republic who represents the executive authority.³

The suggestion that has been proposed by the Judges' Club is that some members of the SJC shall be elected by all judges rather than the current situation,⁴ as this will strike some balance within the SJC between seniority and political considerations, on one side, and efficiency and the belonging to the mainstream of judges, on the other. Despite the serious concerns raised regarding the unfortunate outcomes that might result

¹ Law no. 142/2006. According to Article one of this law "The statement "After the approval of the Supreme Judicial Council" shall replace the statement "After consulting the Supreme Judicial Council", wherever it is mentioned in the Judicial Authority Law, or in any other law that applies to members of 'the ordinary judiciary or public prosecution'."

² Judicial Authority Law Article 77 bis (1).

³ Fatouh AlShazly and Kareem Alshazly, *supra* note 19, p. 284.

⁴ *Ibid.*

deputies to the Minister of Justice, as Articles 93 and 125 of the Law after the amendment respectively provide that 'The Minister of Justice has administrative supervision over courts. Whereas, each chief justice and general assembly of a court have a supervisory power over all judges affiliated to their respective court', 'All members of the Public Prosecution follow their superiors, and they all follow the Public Prosecutor'. The significance of these amendments is that they sustained the independence of the Public Prosecution in many aspects.¹ One of these aspects is curtailing the authority of the Minister of Justice to issue warnings to judges or members of the Public Prosecution when they fail to perform their duties,² in addition to revoking his past right to file a disciplinary case against members of the Public Prosecution,³ and to suspend any member who is subject to investigations pending its settlement.⁴ After the amendment by Law no. 142/2006, all of these authorities of the Minister of Justice were revoked, and it is now the authority of the chief justice or the Public Prosecutor to suspend members of the Public Prosecution who are subject to investigations, or to warn them.⁵

Second: The Law no. 142/2006 has placed the *Supreme Judicial Council as the sole arbiter of all issues that relate to the judiciary and Public Prosecution*. According to the inaugural Article of this law, the authority of the Supreme Judicial Council (SJC) has become absolute in

¹ Abdallah Khalil, 'The General Prosecutor between the Judicial and Executive Authorities' in Nathalie Bernard-Maugiron (ed.), *Judges and Political Reform in Egypt* (American University Press, Cairo 2008) 65.

² Judicial Authority Law no. 46/1972, Articles 94 and 126 before the amendment.

³ *Ibid*, Article 129 (1) before the amendment.

⁴ *Ibid*, Article 129 (2) before the amendment.

⁵ *Ibid*, Article 129 (1) and (2) after the amendment.

Justice.¹ Noticeably, these provisions were the subject of serious criticism, as they shed a considerable degree of doubt on the independence of both the judiciary and the Public Prosecution from the executive authority.

Since the beginning of the 1990s,² judges have been endeavouring to push forward many amendments to the Judicial Authority Law in order to consolidate their independence. To this end, they have held private meetings and convened in the general assembly of the Judges' Club. They have even entered into bargains with the government,³ which ended in 2006 by the adoption of Law no. 142/2006 that amended many articles of the current law on Judicial Authority.⁴ Furthermore, after the popular uprising in 2011, further guarantees for judicial independence were introduced in the Constitution itself, and not just in the judicial authority ordinary law.

Both the Law no. 142/2006 and the current Constitution have sustained, to a considerable degree, the notion of judicial independence, which could be noticed in several aspects, most importantly are the following:-

First: *The Law no. 142/2006 revoked the fellowship of both the judges, and the Public Prosecutor and his*

¹ The Judicial Authority Law, Article 93 before the amendment in 2006 provided that "The Minister of Justice has a supervisory power over all the courts and judges", and Article 125 before the amendment in 2006 stated that "Members of the public prosecution follow their superiors, and they all follow the minister of justice".

² For a comprehensive account of the process the Judicial Authority Law has been through since 1984 until 2007 see, Fatouh AlShazly, *The collective Action of Judges in Egypt*, AlHuqooq Journal for Legal Economic Studies, Faculty of Law, Alexandria University, Vol.1, 2009, 23-83, p. 27. (In Arabic)

³ Mahmoud Al-Khudayri, 'The Law on Judicial Authority and Judicial Independence' in Nathalie Bernard-Maugiron (ed.), *Judges and Political Reform in Egypt* (American University Press, Cairo 2008) 46.

⁴ Law no. 142/2006 amending the Law no. 46/1972 on Judicial Authority. The law came into force on 1 October 2006.

Judicial Independence from the Executive Authority

The degree of independence that the judiciary enjoys from the executive authority in a given country is judged, generally, by the extent to which the Ministry of Justice is allowed to intervene in the affairs of the judiciary; through, for instance, the appointment of its members and their discipline, promotion, budget, distribution and revocation.¹ While, as has been mentioned above, several articles of the Constitution behold the general notion of judicial independence, the devil always lies in the details. The Law no. 46/1972, which organizes the Judicial Authority, includes many aspects of intervention by the Minister of Justice in mainly the administrative affairs of the judiciary.² This situation was and still poses a continuous source of resistance and tension between the judges, as a liberal group, and the executive authority, and has been the driving force for many amendments to the current Law on Judicial Authority.

The first important amendment took place in 1984 by the Law no. 35/1984. This Law amended, among others, Article 67, which granted members of the Public Prosecution an irrevocability safeguard similar to their counterparts in the judicial authority, i.e. judges.³ The amendment, however, kept Articles 93 and 125 of the Law unchanged. These two articles, and other articles that followed both of them, provided that judges and members of the Public Prosecution follow the Minister of

¹ See generally, Mohamed Eid Al-Ghareeb, Textbook on Criminal Procedures Law (2nd edn Al-Nesr Al-Zahabi, Cairo 1997) 1064-1066. (In Arabic)

² The Judicial Authority Law, Law no. 46/1972. This Law applies to the ordinary courts only which encompass the civil and criminal courts, but does not apply to the Supreme Constitutional Court or the State Council Courts which have their own laws.

³ With the exception of the auxiliary prosecutors who are the most junior rank in the public prosecution.

regard, the European Court of Human Rights (ECHR) reiterated that 'the adoption of a law by the parliament concerned in which it declared that certain cases could not be examined by the courts and ordering the ongoing legal proceedings to be suspended, constituted a violation of the independence of the judiciary'.¹

Nationally, the Supreme Constitutional Court of Egypt (SCC), acting as the guard of constitutional principles, where judicial independence is at the core, has turned down many laws that were perceived as a breach of the principle.² In this vein, the SCC considered any law that offers a restriction on the discretion of judges to be a threat to judicial independence and a violation of the separation of powers.³ In criminal matters specifically, the SCC stressed that 'while the Legislature has the power to define crimes and the appropriate punishment for such crimes, a presumption of liability, in any case, unconstitutionally infringes upon the power of the courts to determine whether or not a crime has been committed, and thus violates both the principle of judicial independence as well as that of the separation of powers'.⁴

¹ *Papageorgiou v. Greece*, ECHR, 22 October 1997.

² Adel Omar Sherif and Nathan J. Brown, 'Judicial Independence in the Arab World' (2002) Program of Arab Governance of the United Nations Development Program, p. 11.

³ See for example, The Supreme Constitutional Court, Case no. 196, Judicial year no. 35, 8 November 2014; Case no. 31, Judicial year, 20 May 1995; and Case no. 59, Judicial year no. 18, 1 February 1997. (Mentioned in *Ibid*). In another case, the SCC examined legislation that restricted judicial discretion by preventing judges from issuing injunctions with regard to judicial decisions which levy fines in particular cases. The SCC turned this legislation down as violating the principle of judicial independence. See, The Supreme Constitutional Court, Case no. 37, Judicial year no, 15, 3 August 1996.

⁴ The Supreme Constitutional Court, case no. 5, Judicial year no. 15, 20 May 1995.

separation of powers is a *sine qua non* [indispensable] for a democratic State ...'.¹

Accordingly, the discussion over the institutional independence of the judiciary requires analysis of the relationship between the judiciary, on one side, and the other two authorities, on the other. In addition to the legislative and executive authorities, the judiciary should also be independent from the influence that might be exerted by the media.

Judicial Independence from the Legislative Authority

This form of independence means that the legislator, whether the parliament, or the president of the state, in case he could issue bills that have the force of law, should not issue a law that impinges on the independence of the judiciary. This understanding is justified by the fact that judicial independence as a constitutional principle, shall not be breached, whether explicitly or implicitly, by any ordinary law.² In this respect, under the current Constitution any draft law that relates to the organisation of the judiciary, its independence, or any other judicial affair has to be referred first to the SJC for consultation before being discussed and finally endorsed by the Parliament.³

Accordingly, it would be considered a violation of judicial independence if the legislator passed a law that restricts the discretionary powers of the criminal courts, or make some governmental acts immune from judicial review, or reorganised the judiciary in a way that resulted in the implicit exclusion of some of the judges. In the this

¹ Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, UN document E/CN.4/1995/39, para. 55.

² Mohamed Nour Farahat and Ali Al-Sadek, *supra* note 43, 601.

³ The Egyptian Constitution, Article 185.

judiciary. Accordingly, 'Independence' requires that neither the judiciary nor the judges be subordinate to the other public powers or to other members of the judiciary itself or the society.¹

In the following lines, judicial independence guarantees under the Egyptian relevant laws will be discussed. The discussion will be conducted on two different levels, namely; the institutional independence of the judiciary, and the individual independence of the judiciary.

The Institutional Independence of the Judiciary

The independence of the judicial institution in any state presupposes that the state concerned adopts and respects the principle of 'separation of powers'. It is thus inconceivable to speak of judicial independence in a totalitarian state where all the powers are claimed by the executive or legislative authority.² In this regard, the Council of Europe's Recommendation on the Independence of Judges stresses that '... the executive and legislative powers should ensure that judges are independent and that steps are not taken which could endanger the independence of judges'.³ The same notion was reiterated by the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers who emphasised that 'the principle of the separation of powers ... is the bedrock upon which the requirements of judicial independence and impartiality are founded. Understanding of, and respect for, the principle of the

¹ International Commission of Jurists, *International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors – A Practitioners Guide*, (2nd edn Geneva, 2007) 21.

² Mohamed Nour Farahat and Ali Al-Sadek, *supra* note 43, 600.

³ Council of Europe, Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges, 13 October 1994, Principle 2 (b).

Constitution¹ states that 'The state is subject to the law, and *the independence, immunity and impartiality of the judiciary* are essential guarantees for the protection of rights and freedoms'.² In another provision, the Constitution emphasises that '*The judiciary is independent*. It is vested in the courts of justice of different types and degrees that issue their judgments in accordance with the law. Its powers are defined by law. *Interference in judicial affairs or in proceedings is a crime to which no statute of limitations may be applied*'.³ The Constitution also asserts the independence of judges as individuals when it stresses that '*Judges are independent*, and they cannot be dismissed, or subjected to any other authority but the law ...'.⁴

Noticeably, the notion of judicial independence is not limited to the independence of the judiciary as an institution, but also covers the independence of judges themselves as individuals. The institutional independence refers to the autonomy of a tribunal to decide on cases by applying the law to the facts without interference by other branches of power. The individual independence of a particular judge, on the other hand, denotes independence from other members of the

sorts and competencies, and judgments are issued in accordance with law'. Finally, the 1971 Constitution cuts any doubt as to the independence of the judiciary by asserting in Article 166 that 'judges are independent, subject to no other authority but the law and no authority may intervene in legal cases or in the affairs of justice.'

¹ The current Constitution of the Arab Republic of Egypt was first endorsed in a public referendum that was held on 24 and 25 of December 2012, and was then amended in a later referendum that was held on 14 and 15 of January 2014, and came into force on 18 of January 2014. [Hereinafter the Constitution of Egypt, the Constitution of 2014, or the Constitution].

² Ibid Article 94.

³ Ibid Article 184.

⁴ Ibid Article 186.

The importance of judicial independence is inarguable to the extent that elevates it to be one of the fundamental human rights. In this regard, the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) provides clearly that 'Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an *independent* ... tribunal'.¹ Furthermore, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) asserts that 'Everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, *independent* ... tribunal established by law'.² These two international instruments are considered as part of a customary international law that binds every state in the world.³

Domestically, the importance of judicial independence dictated that the consecutive constitutions of Egypt had to explicitly uphold the principle.⁴ Thus, the current

¹ Universal Declaration of Human Rights, adopted by the United Nations General Assembly at its third session on 10 December 1948, Article 10.

² International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by the United Nations General Assembly with resolution 2200A (XXI) on 16 December 1966, and entered into force on 23 March 1976, Article 14 (1).

³ See, United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary, adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985. [hereinafter UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary]. The UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary stipulates in the first Principle that 'The independence of the judiciary shall be guaranteed by the State and enshrined in the Constitution or the law of the country. It is the duty of all governmental and other institutions to respect and observe the independence of the judiciary'.

⁴ For example, the Constitution of 1971, which was in force for 40 years, provided in Article 65 that 'The state is bound by law, and judicial *independence* and immunity are two fundamental guarantees to safeguarding rights and liberties'. In Article 165, the 1971 Constitution emphasised the previous meaning when it stated that 'The judicial authority is independent and justice is carried out by courts of different

Basically, nowadays the Mixed Courts are only talked of in a brief historical context. Nevertheless, nobody can deny their invaluable contribution to the whole process of reforming and developing the current legal and judicial systems of Egypt. It is not overstating to say that the Mixed Courts established the rule of law in Egypt, developed a truly Egyptian court system and provided the base upon which the modern Egyptian Legal System rests. They have created a strong culture of independence and pride among members of the judiciary that could be sensed until today. Their direct influence has waned and receded, but without their existence and work between 1875 and 1949, and without their conscientious and dedicated development and operation, the Egyptian legal and judicial systems of today would have been quite different.¹ The pride and believe in independence that has been instilled in the judiciary as an institution and judges as individuals in this heroic era has acted as a fortified shield against the very strong attacks on judicial independence that occurred in the aftermath of the 1952 revolution,² and continues.

The Independence of the Egyptian Judiciary

The judicial institution in Egypt is one of the three main authorities of the Country, alongside its legislative and executive authorities. The Egyptian judiciary prides itself for its liberal culture that has been proclaimed, reinforced and inherited by the consecutive generations of judges throughout the contemporary history of the judiciary.³

¹ Ibid, 67-68.

² For more details see, Fatouh AlShazly and Kareem Alshazly, *supra* note 19, pp. 274, 342.

³ Mohamed Nour Farahat and Ali Al-Sadek, 'Judiciary in Egypt' in 'Judiciary in the Arab Countries (Jordan- Lebanon- Morocco- Egypt) Monitoring and Analysing' (The Arab Centre for the Development of the Rule of Law and Integrity, Beirut 2007) 594. (In Arabic)

jurisdiction of the Mixed Courts could not by any means cover all cases where all parties were Egyptians and where the 'mixed interest' theory couldn't be applied. Thus, there was a need to establish national courts to adjudicate on cases limited to nationals.

Inspired by the success of the Mixed Courts, the decision to establish the National Courts in 1884 represented a shift in several ways, since it created an independent professional judiciary and a hierarchy of courts that has since been supplemented *but never replaced*.¹ Since the authors of the legal and judicial reform which led to the establishment of the Mixed Courts were the same Egyptian elite who called for the establishment of the National Courts, the latter were closely modelled on the Mixed Courts and their codes were based on the Mixed Codes of 1875. Even the judges, who were also a mix of Egyptian and European, tended to follow the Mixed Courts' interpretation of the law.²

Thus, as both the Mixed Courts and the National Courts were considered Egyptian Courts applying Egyptian codes, their merge was inevitable. In 1937, the Montreux Treaty was concluded, according to which 'a transition period of 12 years' was given to the Mixed Courts, after which they were to cease to exist and their powers were to be absorbed into that of the purely national courts.³ By the closure of the Mixed Courts on October 24, 1949, the new judges and lawyers in the years to come tended to resort to the written law. The past jurisprudence of the Mixed Courts was abandoned as a result of the fact that it was written in French.

¹ Nathan J. Brown, *supra* note 23, 109.

² Mark S W Hoyle, *supra* note 34, 60.

³ Jasper Y. Brinton, 'The Closing of the Mixed Courts of Egypt' (1950) 44 *American Journal of International Law* 303, 303.

3) Regardless of the origin of the Mixed Codes, they were interpreted by judges employed by Egypt in an Egyptian context. The judiciary had four sources of law: the mixed codes, precedent, custom, and natural law and equity. This variety of sources made it easy for precedents to develop as in English common law. These flexibilities helped to fill in the gaps in the Mixed Codes, especially with the difficulty attached to passing laws applicable to foreigners, as it required complicated agreements. The role of the judges to make law was thus essential. The result of this vibrant and creative role of the judges made the codes of 1875 a framework that was adapted to the needs of Egyptian society. Accordingly, the law in use in the mixed Courts was Egyptian law, not a pale shadow of the foreign law received from abroad, despite of course the open and voluntary acceptance of much foreign legal theory and the practice of retaining leading European lawyers on very important cases.¹ Thus, one of the reasons why the judgments of the Mixed Courts were respected was that they were not seen by Egyptians as foreign entities, but national ones applying national laws.

However, it should be borne in mind that the jurisdiction of the Mixed Courts was limited to conflicts including a foreign party, which meant not Egyptian or Othman. Although the Mixed Courts tried to stretch its jurisdiction to cover every case where 'mixed interest' was to be found, even when the actual parties to the suit were both Egyptians, and although this principle of 'mixed interest' was applied absolutely in corporate law where all Egyptian companies were brought under the subject matter jurisdiction of the mixed Courts,² the

¹ Ibid 64.

² Gabriel M. Wilner, *supra* note 31, 414.

government and even later the British occupiers of the country.¹ The several attempts to paralyse the regular operations of the courts or to hinder the execution of their judgments were aborted. Their firmness in dealing with the government even reinforced their independence. That is why, in 1926, the general Prosecutor of the mixed Courts, Leon Pongola, called the period of tension between the government and the occupiers, on one side, and the Courts, on the other, a 'heroic age'.²

On the political arena, the Mixed Courts were considered Egyptian courts which rendered justice in the name of Egypt, and thus reduced the foreign abuse of the Egyptian system. Furthermore, on the legal arena, the Mixed Courts could be considered the milestone and the origin of modern judicial system in Egypt. Their role can be summarized in the following points:

1) Justice depends on the merits of the case and not on the power of the litigant. In many incidents, the mixed Courts proved to be independent even from the khedive himself. For example, the khedive Ismail was removed from power in 1879 after he refused to pay certain debts.³

2) The judiciary could not be pressured or introduced into a particular decision, whether directly or indirectly. Cases were decided for reasons explained in the judgment, which was declared in public. The nationality of the judge rarely mattered since his loyalty was to the court and the law.⁴

¹ See *infra*.

² Isabelle Lendrevie-Tourman, *supra* note 25, 28.

³ Mark S W Hoyle, 'The Mixed Courts of Egypt: An Anniversary Assessment' (1985) 1 Arab Law Quarterly 60, 62; For more details and examples see Isabelle Lendrevie-Tourman, *supra* note 25, 40-43.

⁴ *Ibid* 63.

'independent and powerful'.¹ He wanted absolute control of the Egyptian judiciary and law over legal conflicts taking place in Egypt, regardless of the nationality of the parties. That ambitious plan needed the endorsement of not only the khedive but also the foreign powers, mainly Europeans.² To achieve his goal, Nubar's proposal included the following two features:

- 1) The establishment of mixed courts located in Egypt and manned by Egyptian as well as European judges.
- 2) The adoption of new codes mainly derived from a European model.

In July 1875, after eight long years of negotiations, the 14 capitulatory powers agreed to the reforms which were embodied in the charter of the Mixed Courts. In the same year, the Egyptian government published the six 'Mixed Codes', inspired and closely copied from European continental legislations, notably the Napoleonic Code,³ which the Mixed Courts were to apply. In February 1876, the various Mixed Courts, summary courts, courts of first instance, and the mixed courts of appeal in Alexandria, held their first sessions.⁴

The first result of the establishment of the Mixed Courts was the suspension of the capitulatory privileges and the limitation of the jurisdiction of the consular courts to a considerable degree.⁵ Furthermore, the 'Mixed Courts' or 'Courts of the Reform' enjoyed from the outset a considerable degree of independence from both the

¹ Isabelle Lendrevie-Tourman, *supra* note 25, 30.

² *Ibid.*

³ For more details on the reasons why Egypt opted for a Civil Law rather than a Common Law System, see Nathan J. Brown, *supra* note 23, 115.

⁴ Isabelle Lendrevie-Tourman, *supra* note 25, 28.

⁵ Gabriel M. Wilner, 'The Mixed Courts of Egypt: A study o the Use of Natural Law and Equity' (1975) 5 Georgia Journal of International and Comparative Law 407, 410.

With the construction of the Suez Canal (1859–1869), the Nile delta region became an international crossroads. During the reigns of Viceroy Said Pasha (1853–1863) and khedive Ismail (1863–1879), Egypt experienced an economic boom as a result of an increased volume of commercial transactions between Egypt and Europe, an extensive influx of European capital, mainly French, and the settlement of numerous Levantines and Europeans in Egypt.¹ Accompanying this economic boom there was a need for an advanced legal and judicial system instead of the sporadic old one, or as described by Nubar Pasha 'Judicial Babel'.²

Nubar Pasha, the Prime Minister and Foreign Minister of Egypt, proposed to khedive Ismail in 1867 that legal and judicial reforms of the country should be carried out in order to put an end to the 'secular arbitrariness' of Egyptian government and to enable Egypt to become

privileges in Egypt, or what were known as capitulations. These capitulations were granted to them by the Caliph of Egypt in the 12th century and by Othman Sultan at Constantinople from the 16th to 18th centuries to encourage foreign commerce. The most important and relevant of these capitulations relates to legal and judicial jurisdiction, according to which, in the 19th century the foreigner was entitled to two kinds of capitulations; First, jurisdictional immunity: where the foreigner was free from the jurisdiction of all but the courts of his own country according to the maxim *actor sequitor forum rei*. Second, legislative immunity: as a result of the jurisdictional immunity, the foreigner also enjoyed legislative immunity, since Egyptian law was not applied before his own country's court. These forms of immunity were practiced in Egypt by what were called consular courts, which, by the beginning of the 18th century, all the European states had already established as part of their own diplomatic and consular service in the whole Othman empire, including Egypt.

¹ Isabelle Lendrevie-Tournan, 'The Development of Relations between the Mixed Courts and the Executive Authority in Egypt (1875-1904)' in Nathalie Bernard-Maugiron (ed.), *Judges and Political Reform in Egypt* (American University Press, Cairo 2008) 27.

² James Henry Scott, *supra* note 24, 386.

model with limited Islamic *sharia* influence. When the Islamic conquest came to Egypt in the 7th century, the legal and judicial systems of Egypt were, mainly, based on the Islamic *sharia* legal system.¹ However, when the rule of the Mohamed Ali family begun in the early 19th Century, 1805, the Egyptian legal and judicial systems underwent a gradual, though significant, transformation towards the western European model.²

First, Mohamed Ali embarked on restricting the jurisdiction of *sharia* courts, which were operating at the time, through the creation of specialized councils to decide on certain types of disputes. Notably, these specialised councils kept growing over time.³ Thus, later there were councils for criminal, commercial, administrative and military matters, which by the end limited the jurisdiction of *sharia* courts to personal status issues. In 1856, the already limited jurisdiction of *sharia* courts was restricted even more when an act was passed establishing fourteen new councils to handle family status matters for every non-Muslim group within the state. Interestingly, the abovementioned national judicial system was, as a whole, restricted by the fact that its jurisdiction was limited to the disposition of cases that occur between nationals, and thus whenever a foreigner, mainly European, is party to a dispute, the jurisdiction to hear the case was given to the consular courts of his or her own country.⁴

¹ Ibrahim Awad, *The Judiciary in Islam: Its History and Organisation* (Islamic Research Institute Publications, Cairo 1975) 101. (In Arabic)

² Adel Omar Sharif, 'An Overview of the Egyptian Judicial System, and its History' (1999) 5 Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law. 3, 12.

³ Nathan J. Brown, 'Law and Imperialism: Egypt in Comparative Perspective' (1995) 29 Law and Society Review. 103, 109.

⁴ James Henry Scott, 'The Judicial System of Egypt' (1906-1907) 18 Juridical Review 386, 386; Before 1876, Europeans enjoyed special

principle that might raise concerns regarding the willingness of the judicial system. Finally, this Article will highlight the rules that govern the issue of timing in criminal proceedings within the Egyptian legal system and the possibility for delays.

However, before examining the willingness of the Egyptian judicial system, it is important to offer a brief introduction on the origin and development of the contemporary legal and judicial systems of Egypt. The significance of this introduction to the overall research is that it provides the background against which this legal and judicial systems are judged and understood.¹

Accordingly, the outline of this Article is as follows:

1. Overview of the Contemporary Judicial and Legal Systems of Egypt
2. The Independence of the Egyptian Judicial System
3. The Impartiality of the Egyptian Judicial System
4. The Natural Judge Principle and its exceptions under the Egyptian Legal System
5. The Prosecution without Undue Delay
6. Concluding Remarks: Observations and Proposed Amendments

Overview of the Contemporary Judicial and Legal Systems of Egypt

The existence of an organised judicial system has always been a firmly established feature in the Egyptian society, which goes back to the early years of the ancient Egyptian state.² The contemporary legal and judicial systems of Egypt, however, mainly follow a continental

¹ For the same view see, Fatouh AlShazly and Kareem Alshazly, *The Independence of the Egyptian Judicial System: Reality and Aspirations*, AlHuqooq Journal for Legal Economic Studies, Faculty of Law, Alexandria University, Vol.2, 2010, 239-254, p. 271. (In Arabic)

² Fathy Al-Marsafawy, *The History of Egyptian Law* (Dar Al-Fekr Al-Arabi, Cairo 1982) 161. (In Arabic)

Significantly, in assessing the unwillingness of the national jurisdictions, several factors may be taken into account, *inter alia*, flawed or lack of constitutional safeguards for the independence and impartiality of the judiciary; institutional deficiencies regarding the independence and impartiality of the judiciary, which might occur when an investigative, prosecutorial or judicial branch is subjected to the influence of the political authority, or when it is established that there is systematic interference of the executive power in judicial affairs. Unwillingness could also be established in the case of resorting to special courts and tribunals or extrajudicial commissions of enquiry, the lack of mechanisms ensuring adequate protection of witnesses, or the obstruction or unjustified delay in criminal proceedings, especially when it is attributed to the involvement of political authorities.¹

Accordingly, having this understanding in mind, this Article, first, conducts an in-depth analysis of the legal foundations and principle requirements for the independence and impartiality of the judiciary as enshrined in the Egyptian legal system. The goal of this analysis is to examine the extent to which the Egyptian legal system respects the principles of due process recognised in international law generally and enshrined under Article 17 (2) of the Rome Statute specifically. Then, the natural judge principle, which is a closely related concept to the requirements of independence and impartiality, is examined. The relevance of the natural judge principle to the current discussion becomes double-folded if one knows that the Egyptian legal system encompasses exceptions to this significant

¹ Representing Victims before the International Criminal Court: A Manual for legal representatives, ICC, The Office of Public Counsel for Victims, 4th edn, December 2014, p. 15.

(c) *The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice*".¹

Accordingly, it could be clearly noticed from the abovementioned indicators of unwillingness that they have been introduced to achieve a principal goal, which is to circumvent the national procedures that aim exclusively at shielding the person concerned from being held responsible before the ICC. The other two indicators of unwillingness are in fact routes that lead to the same outcome, which is shielding the concerned person, whether through unjustified delays, or conducting proceedings that do not satisfy the requirements of being independent and impartial.²

¹ *Ibid* Article 17 (2).

² For a detailed discussion of the unwillingness test see, Kevin Jon Heller, 'The Shadow Side of Complementarity: The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process' (2006) 17 *Criminal Law Forum*. 255, 261, 277. Federica Gioia, 'State Sovereignty, Jurisdiction, and 'Modern' International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court' (2006) 19 *Leiden Journal of International Law*. 1095, 1110-1113. Enrique Carnero Rojo, 'The Role of Fair Trial Considerations in the Complementarity Regime of the International Criminal Court: From 'No Peace without Justice' to 'No Peace with Victor's Justice'?' (2005) 18 *Leiden Journal of International Law*. 829, 835. Federica Gioia, 'Comments on Chapter 3 of Jann Kleffner' in Jann K. Kleffner and Gerben Kor (eds.), *Complementary Views on Complementarity* (TMC Asser Press, The Hague 2006) 110-113. John T. Holmes, 'Complementarity: National Courts versus the ICC' in Antonio Cassese, Paola Gaeta, and John R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (OUP, Oxford 2002) 675. Harmen van der Wilt and Sandra Lyngdorf, 'Procedural Obligations under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of 'Unwillingness' and 'Inability' in the Context of the Complementarity Principle' (2009) 9 *International Criminal Law Review*. 39, 64.

case,¹ or if the person that the ICC seeks to prosecute for a crime under the Statute has already been tried nationally for the same act, as such prosecution by the Court will contradict with the well established principle of *ne bis in idem* or double jeopardy.²

Interestingly though, not all national investigations or prosecutions of persons who supposedly committed crimes under the jurisdiction of the Court will inevitably result in excluding such cases from reaching the docket of the ICC, since the same article, Article 17, contemplates situations where national criminal proceedings will not be recognised by the Court as valid procedures that would bar its jurisdiction. Such situations occur when the national criminal procedures reveal the unwillingness of that state to genuinely carry out the investigations or prosecutions.

Being aware of the uncertainty and vagueness of the term unwilling, the second paragraph of Article 17 provides a definition thereto. According to such definition, the Court shall consider the state unwilling, having regard to the principles of due process recognized by international law, if one or more of the following situations exist:-

“(a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made *for the purpose of shielding the person concerned* from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in Article 5;

(b) There has been an *unjustified delay in the proceedings*, which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice;

¹ Rome Statute, Article 17 (1).

² Ibid Article 20.

purpose, the research proposes number of amendments to the national laws that would bar the jurisdiction of the ICC over future core crimes that might occur in Egypt, which at the end would ensure the primacy of the Egyptian judiciary over the ICC.

In order to set *the parameters of this article*, it is important to stress that this research does not intend to focus on the historical foundations or the theoretical examination of the jurisdiction of the ICC, nor the definition of the core crimes under its Statute, as these issues have been the subject of massive literature.¹ Rather, the article endeavours specifically to examine the willingness of the Egyptian judicial system as a model for a country that has signed the Statute, and seeks to sustain due process guarantees nationally before it decides to ratify it. Certainly, whether such ratification will ever occur is not purely a legal question, but it depends heavily on political considerations.

Significantly, before examining the willingness of the Egyptian judicial system, a brief introduction of the willingness ground of admissibility as defined under the Rome Statute is warranted. That, under the Statute, a case would be considered inadmissible by the Court, if it is being investigated or has already been investigated by any state in the world that has jurisdiction over such

¹ See for example, William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (OUP, Oxford 2010); Jann K. Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (OUP, Oxford 2008); Michael A. Newton, 'Comparative Complementarity: Domestic Jurisdiction Consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court' (2001) 167 *Military Law Review*. 20; Johan D. van der Vyver, 'Personal and Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court' (2000) 14 *Emory International Law Review*. 1; Timothy L H McCormack and Sue Robertson, 'Jurisdictional Aspects of the Rome Statute for the New International Criminal Court' (1999) 23 *Melbourne University Law Review*. 635.

developed and influential judicial and legal structures in the Arab world,¹ has signed the Rome Statute,² yet it has not ratified it. Thus, many of the questions concerning the willingness of its judicial system are still unanswered, especially after the legal revolution that followed the popular uprising in 2011, and continues until today. This legal revolution has left its significant impact, not only on the Constitution of the Country which has changed several times since 2011, but also on pertinent ordinary laws that have been widely amended to sustain due process guarantees and the right to a fair trial.

This Article, thus, is one of the first pieces of research in the English language, to offer a contemporary analysis of the current Egyptian Constitution of 2014 and all pertinent laws on due process guarantees deemed relevant under Article 17 of the Rome Statute. The research aims from this analysis to acclaim and recognise due process guarantees enshrined and practiced by the sophisticated and advanced criminal judiciary of Egypt. Furthermore, the research seeks to pinpoint loopholes and deficiencies of the current Egyptian laws that might render the Egyptian judiciary unwilling to prosecute under the Rome Statute. For this

¹ Nathan J. Brown, 'Arab Judicial Structures', A study presented to the United Nations Development Program:

Programme on Governance in the Arab Region (POGAR), p. 16. Available online at:http://www.deontologie-judiciaire.umontreal.ca/fr/textes%20int/documents/ONU_STRUCTURE_JUDICIAIRE_ARABE.pdf (Last visited on 31 October 2017). The reason behind the importance and influence status of the Egyptian legal and judicial systems in the Arab region is that the modern judicial and legal reforms in Egypt began much earlier than other countries in the region, and thus many Arab countries have drawn on Egyptian models or resorted to Egyptian experts when embarking on their own programmes of judicial reform.

² Status of the Rome Statute of the International Criminal Court, *supra* note 2. Egypt signed the Rome Statute on 26 December 2000.

community.¹ Thus, under the Statute, the ICC cannot declare any criminal case admissible except after being certain that national jurisdictions are not truly *willing* to exercise their jurisdiction.² Interestingly, the Statute sets fairly objective criteria for the willingness of national proceedings, yet it remains the responsibility of each state to sufficiently fulfil such criteria in order to assert its primary jurisdiction, and the ICC, as widely upheld, has an obligation to proactively assist states in their efforts to prosecute the perpetrators of the core crimes,³ rather than pinpointing their deficiencies to prey on a case.⁴

This research examines the *willingness* of the Egyptian judicial system to prosecute the core crimes within the parameters of the Rome Statute. Notably, the Egyptian model offers an important case study in this regard. That, Egypt, which has one of the most highly

¹ Rome Statute, Article 1 provides clearly that 'An International Criminal Court ('the Court') is hereby established ... and *shall be complementary to national criminal jurisdictions ...*'.

² *Ibid* Article 17.

³ See for example, William W. Burke-White, 'Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice' (2008) 19 *Criminal Law Forum*. 59; Lisa J. Laplante, 'The Domestication of International Criminal Law: A Proposal for Expanding the International Criminal Court's Sphere of Influence' (2010) 43 *John Marshall Law Review*. 635; Susan Sacouto and Katherine Cleary, 'The Katanga Complementarity Decision: Sound Law but Flawed Policy' (2010) 23 *Leiden Journal of International Law*. 363; Rod Rastan, 'Testing Co-operation: The International Criminal Court and National Authorities' (2008) 21 *Leiden Journal of International Law*. 431; Carsten Stahn, 'Complementarity: A Tale of Two Notions' (2008) 19 *Criminal Law Forum*. 87, 102.

⁴ In the words of the Office of the Prosecutor of the ICC '*... much of the work done to achieve the goals of the Statute may take place in national judiciary around the world. Thus, the number of cases that reach the Court is not a positive measure of effectiveness. Genuine investigations and prosecutions of serious crimes at the domestic level may illustrate the successful functioning of the Rome system*'. See, ICC, Office of the Prosecutor, *Prosecutorial Strategy 2009-2010* (Feb. 1, 2010) para. 79.

Article 5 of the Statute, the core crimes under the Court's jurisdiction are namely; the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes, and the crime of aggression.¹

Unlike, the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, which had primacy over national judicial systems,² the Statute unequivocally stipulates that the ICC is established as a court of last resort in order to complement national criminal jurisdictions in their endeavour to prosecute the most serious crimes of concern to the international

Genocide Convention and Geneva Conventions. *The International Law Commission also recognized their punishability* in Articles 17, 18 and 20 in the 1996 Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind. Furthermore, *core international crimes involve the violation not only of rules of conventional law, but also of customary international law. Accordingly, domestic courts or international tribunals can prosecute such crimes pursuant to customary international law, even if a state has not ratified any international instrument regarding the prosecution of core international crimes*. For more details see, Morten Bergsmo, Mads Harlem and Nobuo Hayashi, *Importing Core International Crimes into National Law* (Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo 2010); Steffen Wirth, 'Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the Congo v. Belgium Case'. (2002) 13 *European Journal of International Law*. 4, 877-893; Kotzeva, Anna, Natasha Vicary, and Manuel J. Ventura, 'Incorporating core crimes under the Rome Statute into domestic legislation: temporal jurisdiction', Papers Presented at the 10th Commonwealth Association of Legislative Counsel Conference, 9-11 February 2011, Hyderabad, India. 2012.

¹ The Rome Statute, Article 5 (1) states under the title 'Crimes within the jurisdiction of the Court' that 'The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes: (a) The crime of genocide; (b) Crimes against humanity; (c) War crimes; (d) The crime of aggression'.

² See, Article 9 (2), Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; and Article 8 (2), Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda.

Introduction

July 17th, 1998 marked the adoption of the Rome Statute,¹ that established the first Permanent International Criminal Court (ICC) in the history of mankind. The Statute, which was adopted in 1998 by 120 states, and entered into force in July 2002, has, as of March 2016, acquired the signature of 138 states, and been ratified by 123 states that thus became members to the ICC.²

According to the Statute, the ICC is established to prosecute persons who commit the most serious crimes of concern to the international community.³ These crimes are explicitly enumerated in the Statute to reflect the four core crimes in international criminal law.⁴ Pursuant to

* Dr Ahmed Samir Hassanein is an assistant professor of criminal law and Head of the Public Law Department at the College of Law, Qatar University, Qatar. He is also a senior lecturer of criminal law at the Faculty of Law, Mansoura University, Egypt (On Leave). Dr Ahmed has received his Ph.D. degree from Aberdeen University, the UK, and the LL.M & LL.B degrees from Mansoura University, Egypt. He could be reached at: a.hassanein@qu.edu.qa.

¹ The Rome Statute of the International Criminal Court, signed on 17 July 1998 in Rome and entered into force on the 1st of July 2002. [hereinafter the Statute or the Rome Statute].

² Status of the Rome Statute of the International Criminal Court, United Nations Treaty Collections, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en (last visited on 18 January 2018).

³ The Rome Statute, Article 1 provides that 'An International Criminal Court ('the Court') is hereby established. It *shall be a permanent institution* and shall have the power to *exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern*, as referred to in this Statute ...'.

⁴ As correctly described in Ruth A. Kok, *Statutory limitations in international criminal law* (TMC Asser Press, The Hague 2007) 16-17. Core international crimes are distinguished by specific characteristics. 'They have been defined in Statutes of various international tribunals, such as the Charters of the Nuremberg International Military Tribunal, the Military Tribunal for the Far East, the Statutes of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, the 1998 ICC Statute, and in specific international instruments, such as the

**The Willingness of the Egyptian Judicial System
to Prosecute the Core Crimes
A Contemporary Analysis of the Egyptian
Constitution of 2014 and Pertinent Laws**

By

**Dr Ahmed Samir Hassanein*
College of Law, Qatar University**