
**فكرة النظام العام والآداب وتطبيقاتهما في
القانون الأمريكى مقارنة بالقانون المصرى**

دكتورة / مروه محمد عبد الغنى

فكرة النظام العام والآداب وتطبيقاتهما في القانون

الأمريكي مقارنة بالقانون المصري

إعداد

دكتورة مروة محمد عبد الغني

مدرس بقسم القانون المدني

كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

يتناول البحث القائم أحد أكثر المفاهيم غموضاً وإثارة للجدل وهو مفهوم النظام العام والآداب. ولهذا المفهوم أهمية كبيرة إذ ينعكس أثره على تطبيقات قانونية لا متناهية في المعاملات اليومية في كافة المجالات. وفي هذه الدراسة نبحث فيما يتضمنه هذا المفهوم وكيفية تطبيقه في القانون الأمريكي ومدى إختلافه عن القوانين اللاتينية وبوجه خاص القانون المصري.

ومثل هذه المقارنة تعكس التباين في تنظيم مسألة النظام العام والآداب في النظامين القانونيين للعالم؛ النظام اللاتيني والنظام الأنجلو أمريكي.

هذه الفكرة في القانون المصري تتكون من شقين أساسيين كل منهما يمثل جزءاً مكمل للآخر وهما النظام العام من ناحية والآداب من ناحية أخرى. كما ظهر حديثاً بالإضافة للمفهوم التقليدي للنظام العام، آخر إقتصادي.

ذلك في حين النظام الأنجلوسكسوني يتناول المسألة بمنهجية أخرى فمفهوم النظام العام وإنعكاسه على العقود بشكل خاص وكافة أشكال المعاملات لا يختلف كثيراً عما ينطبق في القانون المصري والقوانين اللاتينية.

أما الآداب العامة، فإن لها وضع منفصل، فهي ليست جزء مكمل لفكرة النظام العام ولا تتمتع بذات الثبات والإلزام. بل أنها قد مرت بتطورات تاريخية عديدة. فقد كان القانون الأمريكي قديماً يعطي أهمية كبيرة لاحترام الآداب العامة ويحظر كل ما يخالفها من معاملات أو تصرفات مستمداً هذه الأهمية من القانون الكنسي. وأخذت هذه الأهمية تقل تدريجياً حتى أصبحت في العصر الحالي في نظر غالبية الفقه والقضاء تتعارض مع الحرية الشخصية وتخالف الدستور الأمريكي. وذلك لا يمنع من إعتراض القلة على هذا الفهم وإستحسانهم للتمسك بتطبيق محاذير الآداب العامة والتأكيد على مدى أهميتها وضرورتها لتحقيق الصالح العام.

على ذلك، تنقسم هذه الدراسة إلى قسمين:

الأول: ارتباط فكري النظام العام والآداب العامة في القانون المصري وتطبيقاتهما.

الثاني: انفصال النظام العام عن الآداب العامة في القانون الأمريكي وكيفية تطبيق كل منهما.

القسم الأول

ارتباط فكري النظام العام والآداب العامة في القانون المصري وتطبيقاتهما. وفي هذا القسم نتناول النظام العام والآداب في القانون المصري من الناحيتين النظرية والتطبيقية. إلا أننا نرى أن نبدأ بالناحية التطبيقية لهذه الفكرة ثم نستخلص من تلك التطبيقات المفهوم الأقرب للدقة. وعليه ينقسم هذا القسم إلى فصلين:

الفصل الأول

أبرز تطبيقات النظام العام والآداب في القانون المصري

يقصد بتطبيقات النظام العام والآداب هنا، تلك النظريات القانونية التي تلعب فكرة النظام العام دوراً جوهرياً في تشكيلها كالفرقة بين

(١) عند ذكر النظام العام فيما يتعلق بالقانون المصري في هذا البحث، إنما نقصد النظام العام والآداب معاً نظراً لعدم انفصالهما في هذا القانون، وذلك للاختصار.

القواعد الآمرة والمكملة. ونقصد بالآثار انعكاسات فكرة النظام العام على مبادئ راسخة في القانون الخاص مثل مبدأ سلطان الإرادة وأثر النظام العام على المعاملة محل المخالفة.

في هذا الفصل نتعرض لتلك التطبيقات بالشرح الموجز في المباحث

الآتية:

المبحث الأول

تقسيم القواعد القانونية إلى أمرة ومكملة وعلاقته بالنظام العام:

إن أحد أهم التقسيمات التي وضعها الفقه للقواعد القانونية هو تقسيمها إلى قواعد أمرة وأخرى مكملة. ومعيار التفرقة بين هذين النوعين من القواعد هو مدى جواز اتفاق الأطراف على مخالفة حكم القاعدة. فإن كان محظوراً على الأطراف الاتفاق على ما يخالف حكم القاعدة تعد قاعدة أمرة. وإن كان مباحاً للأطراف الاتفاق على خلاف ما تأتى به القاعدة فهي مكملة. ويُلقب بعض الفقهاء إلى هاتين الطائفتين نوع ثالث من القواعد وهو القواعد نصف الآمرة، وهي التي يجوز الاتفاق على مخالفتها بالزيادة فقط لمصلحة أحد الطرفين دون مخالفتها بالانتقاص من مصالحه^(١). وذلك حال غالبية قواعد قانون العمل.

على ذلك، فإن القاعدة الآمرة، سواء تضمنت أمراً أو نهياً، تأتى مطلقة في إلزامها للمخاطبين بها^(٢): أى لا خيار لأى فرد فى تطبيقها أو استبعادها. والعلّة من وراء ذلك أن ما تتناوله القاعدة الآمرة ينعكس على مصلحة عليا للمجتمع بأسره. فتأثير تطبيقها يحقق مصلحة المجتمع عامة ولا ينحصر فى المخاطبين بها فحسب، واستبعادها يؤثر سلباً على مصلحة المجتمع قاطبة كذلك. أما القاعدة المكملة فإنها ملزمة كذلك ولكن بشرط

(١) أنظر: أ.د. محمد حسام محمود لطفى، المدخل لدراسة القانون فى ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الثانية عشرة، القاهرة ٢٠١٦ - ٢٠١٧، ص ٦٨.

(٢) د. نبيل سعد، المدخل إلى القانون، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٤، ص ٥٤.

ألا يتفق الأطراف على خلاف ما جاءت به. فحرية الاختيار بين تطبيقها أو استبعادها متوفرة للمخاطبين بأحكامها، بحيث إن لم يعبروا عن رغبتهم في استبعادها واستبدال حكمها بآخر، يجب أن يطبق حكمها. ويرجع ذلك إلى أن موضوع القاعدة المكملة يتعلق بمصلحة خاصة لأطرافها ولا يتأثر به سواهما. فإن اتفقا على خلافها لن يؤثر ذلك على مصلحة المجتمع بأكمله.

تتضح علاقة النظام العام بهذا التقسيم في معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة. فمن أجل تحديد ما إذا كانت قاعدة معينة أمرة أم مكملة (بما يترتب على ذلك من نتائج) هناك معياران كالآتي:

أ- المعيار الأول: المعيار اللفظي:

يعتمد هذا المعيار على اللجوء لعبارة النص ذاتها، والألفاظ المستخدمة في صياغته. فهذه الألفاظ قد تدل بوضوح وبلا لبس على ما إذا كانت القاعدة أمرة أم مكملة.

فإن تبين من تلك الألفاظ أنه لا خيار للأفراد في تطبيق القاعدة أو استبعادها فهي قاعدة أمرة. ومثال ذلك المادة ١١٠ مدني والتي تقضى بأنه: "ليس للصغير غير المميز حق في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة". أما إذا اتضح من ألفاظ النص أنه يمنح الخيار للمخاطبين في تطبيقه أو استبعاد حكمه، فالقاعدة التي يتضمنها ذلك النص مكملة. ومثال ذلك المادة ٥٨٦ مدني والتي تنص على أنه: "يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة في موطن المستأجر ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك".

يتميز هذا المعيار بأنه معيار مادي وشكلي ومباشر. فهو مادي وشكلي لأنه يعتمد على شيء ملموس وهو عبارة النص ذاتها والألفاظ المكونة لها في الدلالة على طبيعة القاعدة، ولا ينظر إلى المعنى المقصود من تقرير القاعدة. وهو مباشر إذ لا يعتمد على ما وراء السطور، بل أن السطور ذاتها هي المعيار. فلا شك أنك عندما تقرأ ألفاظ مثل (لا يجوز،

ليس لأحد، كان العقد باطلاً... إلخ، تستنبط أنك بصدد قاعدة أمرة دون البحث فى القصد والغاية من ورائها. فى حين تعلم أن القاعدة مكملة عندما تواجه التعبيرات التالية (يجوز، إذا اتفق، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك..).

إلا أنه لا يمكن أن تقتصر فى التمييز بين القاعدة الأمرة والمكملة على المعيار اللفظى. ذلك أن هناك قواعد لات تفصح ألفاظها عن طبيعتها الأمرة أو المكملة وهنا تتجلى أهمية المعيار الثانى والذى يعتمد على فكرة النظام العام والآداب.

ب - المعيار الثانى: النظام العام والآداب:

فى بعض الأحيان قد يصعب أو يستحيل تمييز طبيعة القاعدة بشكل مباشر اعتماداً على ألفاظها. فى هذه الحالات لا مفر من اللجوء إلى معيار النظام العام والآداب من أجل التوصل إلى تبين مدى إمكانية الاتفاق على خلاف القاعدة.

إن أساس هذا المعيار يكمن فى فهم معنى النص وفحواه وتفحص ما وراء الألفاظ وما تدل عليه. فإن دل معناه على أنه يتضمن أمر متعلق بالصالح العام للمجتمع، مؤثراً فيه فهى قاعدة تتعلق بالنظام العام، وبالتالي قاعدة أمرة لا يجوز مخالفتها. أما إن استخلصنا من معنى النص دلالاته على تنظيم مسألة تتعلق بمصالح خاصة بالأفراد ولا تؤثر على عموم مصالح المجتمع فهى قاعدة مكملة ولا تتعلق بالنظام العام، وعليه يجوز للمخاطبين بها الاتفاق على خلافها. فالقاعدة المكملة إنما تكمل إرادة الأفراد فى حال أغفلوا الاتفاق على أمر ما.

من الضرورى فى هذا الموضع محاولة توضيح المقصود بفكرتى النظام العام والآداب. وبالرغم من أننا سوف نتناول شرحهما فيما بعد، إلا أننا سنعرض لهما هنا بإيجاز شديد:

النظام العام: هو المفهوم الذى يشير إلى مجموعة المبادئ الجوهرية فى المجتمع، ومصالحه العليا التى لا يقوم بدونها. فأية قاعدة تتعلق بتنظيم

مصالح المجتمع ككل من النواحي السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الأمنية تعتبر متعلقة بالنظام العام. بعبارة أخرى، قواعد النظام العام هي الضمانات والأعمدة الأساسية لقيام مجتمع مدنى متحضر. ويتضح من ذلك، أن مفهوم النظام العام وما يتضمنه من قواعد، هي أمور نسبية تتباين بتباين المجتمعات والعصور، كما أنها تعصى على التحديد الدقيق بطبيعة الحال.

الآداب العامة: هي جزء لا يتجزأ من النظام العام، وتمتع بنفس خصائصه. وتختص الآداب العامة بالشق الأخلاقى من تلك القواعد الأساسية التى يقام عليها المجتمع. فالآداب العامة تمثل الحد الأدنى من الأخلاقيات التى ينبغى أن يلتزم بها الأفراد حفاظاً على سلامة مجتمعهم. إن استخدام مفهوم النظام العام والآداب كمعيار موضوعى للتمييز بين القواعد الآمرة والمكاملة على هذا النحو، يعد من أبرز تطبيقاته ومن أهم دواعى استعماله فى القانون المصرى.

المبحث الثانى

النظام العام والآداب كقيود على مبدأ سلطان الإرادة:

المطلب الأول

نشأة المبدأ ومضمونه وتطوره

بدأ مبدأ سلطان الإرادة فى التكون التدريجى فى العصور الوسطى حينما ظهرت عيوب الشكلية التى فرضها القانون الرومانى^(١). ففى تلك الفترة بدأ المذهب الفردى فى الظهور والتوسع وأخذ دور الإرادة فى تكوين المعاملات يبرز تدريجياً إلى أن استقر فى القرن السابع عشر، وتوهج فى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر. وقد تسبب فى بروز ذلك المبدأ عدة عوامل، لعل أهمها هى العوامل الاقتصادية من زيادة النشاط

(١) أنظر: د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ١٢٠-

التجارى وما يتطلبه من سرعة وسهولة فى إتمام المعاملات وهو ما لا يتناسب إطلاقاً مع الأوضاع والأشكال التى فرضها القانون الرومانى. كما ساهمت فى إنشاء المبدأ عوامل أخرى سياسية ودينية وغيرها.

إن المحور الأساسى لمبدأ سلطان الإرادة هو الفرد. فقد اعتبر أنصار المبدأ أن الفرد هو الغاية الرئيسية، ولا بد من تسخير القانون من أجل حماية مصالحه بحيث تعمل القواعد القانونية على التوفيق بين المصالح الفردية للمواطنين. ولا تتأتى مراعاة مصالح الفرد وغاياته على هذا النحو إلا عن طريق إعلاء حرية إرادته. فحرية الإرادة فى إبرام التصرفات القانونية هو جوهر الشخصية وأساس وجودها فى مفهوم المذهب الفردى. وبالتالي فإن إطلاق حرية الإرادة وسلطانها إنما هو السبيل لتحقيق مصالح الأفراد^(١).

وتجلى آثار هذا المفهوم من عدة نواح، وفى مجال إبرام العقود بشكل خاص منها:

١- أن مبدأ سلطان الإرادة هو أساس القوة الملزمة للعقد. فالأثر الأساسى المترتب على إبرام أى عقد وهو لزوم تنفيذه كما اتفق طرفاه، إنما يجد أساسه المنطقى فى مبدأ سلطان الإرادة. كما يعد هذا المبدأ فى ذات الوقت ضماناً لتنفيذ الالتزامات العقدية ومبرر توقيع الجزاء على المخالف.

٢- تفرغ عن مبدأ سلطان الإرادة، مبدأ الحرية التعاقدية. فالإرادة الفردية ذات السلطان لها كامل الحرية فى إبرام التعاقدات. ويتضح ذلك فى مراحل التعاقد المختلفة. فالفرد يتمتع بالحرية أولاً فى قرار الدخول فى التعاقد من عدمه، ثم يكون له حرية اختيار الشخص الذى يتعاقد معه. وبعد ذلك يكون لطرفى العقد حرية تحديد ما يتضمنه

(١) أنظر: د. همام محمد محمود، الأصول العامة للالتزام: نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ١٥ - ٢٠.

اتفاقهما من بنود وشروط. وإن أدخل أى تعديل على تلك البنود، فإنه يتم بواسطة أولئك الأطراف دون غيرهم. وأخيراً فإن قرار إنهاء التعاقد أو إلغائه يكون كذلك منوطاً بإرادة عاقديّة.

كل ما سبق يفترض بالطبع عدم مخالفة النظام العام والآداب. لقد ظل مبدأ سلطان الإرادة لفترة زمنية طويلة مسيطراً على غالبية النظريات القانونيّة، ولم يعد تطبيقه قاصراً على الالتزامات وحدها، بل امتد ليشمل كافة الحقوق الأخرى^(١). وذلك إلى أن بدأ الفكر الإشتراكي فى الظهور والانتشار - بسبب العوامل الاقتصادية السائدة آنذاك - فقد شرع انصاره فى محاربة المذاهب الفردية وتوجيه النقد اللاذع لمبدأ سلطان الإرادة والوقوف ضد إطلاق تطبيقه وهنا بدأ نجم المذهب الفردى فى الأفول والانحسار.

بعد ذلك ظهر تيار معتدل ينادى بالتوسط بين إطلاق المبدأ بلا حدود، ورده إلى أدنى حد ممكن. وقد وضع هذا التيار منهجاً لتطبيق مبدأ سلطان الإرادة يعيد الأمور إلى النصاب المعقول.^(٢)

المطلب الثانى

تأثير النظام العام والآداب على مبدأ سلطان الإرادة

يُعد النظام العام والآداب من أبرز القيود التى تحد من نطاق سلطان الإرادة والحرية التعاقدية. فإن كان الأصل العام هو أن إرادة الفرد حرة فى إبرام ما تشاء من العقود، وفى تحديد مضمون تلك العقود، ولها تعديلها كذلك، إلا أن كل ذلك مشروط باحترام النظام العام والآداب وتجنب مخالفة أي منهما. فالعقد الذى يخالف أمر يتعلق بالنظام العام والآداب فى مضمونه أو محله أو سببه يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يرد عليه التصحيح أو الإجازة.

(١) أنظر: د. عبد الرزاق السنهورى، مرجع سابق، ص ١٢٢، ١٢٣.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك: د. السنهورى، المرجع السابق، ص ١٢٥٠.

ومن مقتضيات ذلك أن سلطان الإرادة فى إبرام التصرفات القانونية منوطاً بمراعاة القواعد الآمرة. بعبارة أخرى، أن الحرية التى يخولها مبدأ سلطان الإرادة للفرد مقيدة بما يفرضه القانون من قواعد أمرة. فهى لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها أو عدم العمل بما جاءت به وإلا يعتبر التصرف باطلاً، لا وجود له.

ويرى بعض الفقهاء أن الازدياد الواضح للقواعد الآمرة فى الآونة الاخيرة قد أدى إلى إنحسار مبدأ سلطان الإرادة إلى حد الزوال أو النزول إلى الحد الأدنى^(١) فى مجال التعاقد. إلا أننا نرى أن الحدود التى رسمها القانون لمبدأ سلطان الإرادة جعلت نطاقه معقولاً، يكفل توازناً بين حرية الفرد وما تفرضه المصلحة العامة بحيث لا يضر أحدهما الآخر.

المبحث الثالث

نظرية البطلان وعلاقتها بالنظام العام

لا يقتصر أثر تدخل فكرة النظام العام والآداب فى المجال التعاقدى^(٢) على إعتباره قيداً على مبدأ سلطان الإرادة، وإنما يتعلق كذلك بنظرية بطلان الالتزامات.

المطلب الأول

نظرة على مفهوم البطلان وأنواعه

بطلان التعاقد يمثل الجزء الذى يرتبه القانون على عدم استيفاء العقد لأركانه وشروط صحته.

فالتعاقد بشكل عام يقوم على ثلاثة أركان أساسية وهى الرضا والمحل والسبب، كما يضع القانون شروطاً محددة لصحة هذه الأركان. فالرضا لا بد وأن يصدر من ذى أهلية وألا يكون مشوباً بعيب. والمحل

(١) ذ. توفيق حسن فرج النظرية العاملة للإلتزام: مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية ١٩٨٠ - ١٩٨١، ص ٤٠.

(٢) أبو جعفر عمر المنصورى، فكرة النظام العام والآداب العامة فى القانون والفقهاء مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠، ص ٣٧٨.

يشترط أن يكون ممكناً ومعنياً ومشروعاً^(١). والسبب يجب ان يكون موجوداً ومشروعاً^(٢) وعليه، إذا تخلف أى من تلك الازكان أو الشروط يكون الجزاء هو بطلان التعاقد.

إلا أن للبطلان أنواع، فقد استقر الفقه على لزوم تدرجه ولكنه اختلف فى كيفية تقسيمه^(٣) وقد ظهرت نظريات فقهية فى تقسيم البطلان البعض يرى أى وضع ثلاثة درجات من البطلان هى الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبى. بينما رأى كثرة الفقهاء تقسيمه إلى بطلان مطلق وبطلان نسبى. بل قد رأى البعض حصر البطلان فى درجة واحدة هى البطلان - المطلق. ذلك فى حين إنجه فريق إلى عدم حصر البطلان فى درجات محددة وإنما اطلاقه بحسب المخالفة.

إن عرض تلك النظريات المعالجة لتقسيم البطلان تفصيلاً ليس مجال هذا البحث. وإنما يكفى القول أن غالبية الفقهاء قد استقروا على الاتجاه الذى يقسم البطلان تقسيماً ثنائياً: بطلان مطلق وبطلان نسبى، وهو ما يأخذ به القانون المدنى المصرى الحالى.

وإن استقر الفقه والتشريع والقضاء على انحصار البطلان فى هذين الشكلين، فما هو معيار التفرقة بينهما؟. وبعبارة أخرى، ما الحالات التى يُعتبر التعاقد فيها باطلاً مطلقاً، ومتى يمكن اعتباره قابلاً للإبطال؟. هنا اختلف الفقه مرة أخرى حول هذا المعيار، فظهرت نظريتان إحداهما تقليدية والأخرى حديثة.

تتجه النظرية التقليدية، إلى أن أساس التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال يقوم على شروط الانعقاد والوجود من ناحية وشروط

(١) يستخلص ذلك من المواد ١٣٢، ١٣٣، ١٣٥، من القانون المدنى رقم ١٣١

لسنة ١٩٤٨

(٢) المادة ١٤٦ مدنى.

(٣) انظر. د. عبدالرازق السنهورى، المرجع السابق، ص ٣٩٦ - ٤٠٠.

الصحة من ناحية أخرى^(١). وتقضى هذه النظرية أن البطلان المطلق يترتب كجزء في حالة تخلف ركن من أركانه (الرضا والمحل والسبب والشكلية إذا تطلبها القانون كشرط انعقاد). وهنا لا يكون للعقد وجود في نظر القانون فيعتبر كأن لم يكن بأثر رجعي.

بينما يعتبر التعاقد باطلاً بطلاناً نسبياً إذا توافرت أركان وجوده في حين تخلف أحد شروط صحة هذه الأركان مثل نقصان أهلية أحد المتعاقدين أو إصابتها بأحد عيوب الإرادة. وفي هذه الحالة يُعد التعاقد غير مستقر، فهو ينعقد وينتج آثاره ولكن يكون لأحد الطرفين أن يطلب إبطاله.

أما النظرية الحديثة؛ فقد اتجهت إلى أن المعيار السليم لتقسيم البطلان إلى مطلق ونسبي إنما هو المصلحة التي يراد حمايتها على إثر تقرير البطلان^(٢). فإذا تعلق الأمر بالتخلف في العقد بحماية مصلحة عامة سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو أخلاقية، كان البطلان مطلقاً.

أما إذا كان الشرط المتخلف يتعلق بحماية مصلحة خاصة بأحد المتعاقدين دون أن يتجاوز ذلك إلى المساس بمصلحة عامة، كان الجزء هو البطلان النسبي فقط باعتباره أقل شدة.

وقد رجح الفقه والقضاء في فرنسا الأخذ بالمعيار الذي أرسته النظرية الحديثة^(٣) وكذلك فعل الفقه والقضاء في مصر. والسبب وراء ذلك أن هذا المعيار يسمح باستغلال البطلان كجزء على نحو أفضل - ويعلق الأستاذ الدكتور توفيق فرج على هذا المعيار قائلاً: "والواقع أن البطلان المطلق إنما يتقرر جزء على تخلف عنصر جوهري من العناصر اللازمة لتكوين العقد، أو يتقرر بصفة عامة محافظةً على النظام العام

(١) د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٢٣٢ ما بعدها.

(٢) د. توفيق حسن فرجن المرجع السابق ص ٢٣٣.

(٣) د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٢٣٧، ٢٣٨.

والآداب" (١) وهذا الرأي هو ما يقودنا إلى أثر النظام العام على نظرية
البطلان، وهو ما نعالجه في المطلب التالي.

المطلب الثاني

العلاقة بين النظام العام ونظرية البطلان

كما سبق أن ذكرنا في المطلب السابق، فإن القانون قد حدد شروطاً
لصحة أركان العقد. من أبرز هذه الشروط مشروعية المحل، ومشروعية
السبب. فمحل الالتزام يجب أن يكون مشروعاً، أى غير مخالف للقانون أو
لنظام العام والآداب. فإن جاء محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام والآداب،
يعد التعاقد الوارد عليه باطلاً بطلاناً مطلقاً وليس له وجود.

وكذلك سبب الإلتزام يُشترط أن يكون مشروعاً فلا يأتى على
خلاف قاعدة قانونية أو أمر يتعلق بالنظام العام والآداب. فإن كان سبب
الإلتزام مخالفاً للنظام العام يعد التعاقد باطلاً مطلقاً ويلغى بأثر رجعى.

يستخلص مما سبق إذاً، أن تداخل فكرة النظام العام والآداب مع
نظرية البطلان فى المجال التعاقدى يكون فيما يتعلق بمشروعية محل الإلتزام
ومشروعية سببه. وهنا ينبغى أن نعرض لبعض الأمثلة لكل منهما على
حده:

١- عدم مشروعية محل الإلتزام:

من أهم شروط صحة التعاقد أن يكون محله مشروعاً، وهو ما يعبر
عنه أحياناً بضرورة أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه (٢). وعدم المشروعية قد
يرجع إما إلى نص فى القانون أو بسبب تعارض المحل مع النظام العام
والآداب. بل إنه فى كثير من الأحيان عندما يحظر نص قانونى التعامل فى
محل ما، يكون هذا الحظر لأسباب تتعلق بالنظام العام والآداب، فنصل
إلى ذات العلة.

(١) د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

(٢) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٣٥٢ وما بعدها، فقرة ٢٢٧.

ويترتب على تلك المخالفة البطلان المطلق طبقاً للنظرية الحديثة في البطلان التي سبق أن أشرنا إليها. وقد نص القانون المدني المصري على ذلك صراحةً في المادة ١٣٥، والتي تقضى بأنه: "إذا كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً".

يوجد العديد من الامثلة على الاتفاقات التي تتعلق بمصالح عامة وبالتالي تُعد من النظام العام في في فلك القانون الخاص، سواء في مجال الأحوال الشخصية أو المعاملات المالية ولا شك ان مثل هذه المسائل لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وإلا ترتب جزاء البطلان.

فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، تُذكر على سبيل المثال القواعد المنظمة لأهلية الفرد كتحديد سن الرشد، ولحقوق الأسرة (غير المالية) الناشئة عن علاقة الزواج والبنوة. وكذلك القواعد المنظمة للحالة المدنية للشخص كالإسم والجنسية وغيرها. بطبيعة الحال كافة هذه الأمور لا تصلح كمحل للتعاقد ولا يجوز تغيير احكامها، وبالتالي هي مما يتعلق بالنظام العام. فإذا وقعت محلاً لأي تعاقّد، كان هذا الإلتفاق باطلاً مطلقاً. وفي مجال المعاملات المالية، هناك مسائل يُحظر أن تكون محلاً لأي اتفاق لتعلقها بالصالح العام مثل التعاقد على تركة إنسان مازال على قيد الحياة^(١). كما يُحظر مثلاً الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذي يسمح به القانون^(٢). ومن ذلك أيضاً أن يكون محل الإلتزام احتكار سلعة معينة فقد صدر في شأن ذلك قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار^(٣). كما لا يجوز أن يتضمن اتفاق ما يفيد تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، فهو أمر محظور بصريح النص لمخالفته للنظام العام^(٤).

(١) مادة ٢/١٣١ من القانون المدني.

(٢) مادة ٢٢٧ من القانون المدني.

(٣) القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥.

(٤) مادة ٢٣٢ مدني.

هناك مسائل لا يجوز أن تكون محلاً لأي تعاقد لمخالفتها للآداب العامة. ومن ذلك أن يكون محل الإتفاق علاقة جنسية غير مشروعة أو مكان معد لزائلة الدعارة، أو الإتفاقات التي يكون مضمونها مقامرة أو رهان على أمر ما. كما يُعد مخالفاً للآداب الإتفاق الذي محله التزام بالقيام بعمل يمثل جريمة بخلة بالشرف.

٢- عدم مشروعية سبب الإلتزام:

يشترط لكي يُعتبر ركن السبب في الإلتزام صحيحاً أن يكون موجوداً ومشروعاً. وما يخصنا في هذا المقام هو الشرط الثاني الخاص بالمشروعية. فالمشروعية هنا كذلك تعنى عدم مخالفة سبب الإلتزام للقانون أو للنظام العام والآداب. وقد أورد القانون المدني ذلك في المادة ١٣٦ والتي جاء نصها كالآتي: "إذا لم يكن للإلتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً".

فإذا ثبت أن الدافع من وراء إبرام التعاقد أمر يتعارض مع النظام العام والآداب، يعد التعاقد باطلاً حتى وإن استوفى كل من ركني الرضا والمحل كافة شروط صحتهما.

ومن تطبيقات ذلك أن يكون الهدف من وراء إبرام عقد بيع مثلاً إقامة علاقة جنسية غير مشروعة مع المشتري. وكذلك إبرام عقد يتعهد فيه أحد الطرفين بتعيين آخر للعمل لديه بشرط أن ينفذ ذلك الأخير جريمة قتل، فمحل التعاقد مشروع لأنه عقد عمل يقوم فيه رب العمل بدفع مرتب في مقابل قيام العامل بالوظيفة إلا أن الهدف الذي دفع رب العمل إلى توظيف ذلك العامل دون غيره، وهو موافقته على ارتكاب جريمة القتل، سبب مخالف للنظام العام والآداب.

المبحث الرابع

بعض التطبيقات القضائية للنظام العام في القانون الخاص

في هذا المبحث نعرض لبعض التطبيقات القضائية من أحكام محكمة النقض توضح فيها المحكمة نطاق النظام العام والآداب في القانون

المصرى مفرقة فيما عرض عليها بهذا الشأن بين ما يدخل ضمن النظام العام والآداب وما يخرج عن نطاق هذا المفهوم^(١).

(١) - بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية لتعلق ذلك بالنظام العام...

قد قررت محكمة النقض أن التشريع الخاص بشرط الذهب فى مصر، والذي نص على بطلان شرط الذهب فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية، تتعلق أحكامه بالنظام العام. ومن مقتضى تلك الأحكام بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية على السواء وهو أمر راعى الشارع فيه المصلحة العامة المصرية. ومن ثم فإنه لا يمكن القول بأن انضمام مصر إلى اتفاقية فارسوفيا بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ من شأنه التأثير فى هذا التشريع الخاص بما يُعد إلغاء له أو استثناء من بطلان شرط الذهب يضاف إلى الاستثناءات الواردة فيه على سبيل الحصر. وعلى ذلك فلا يُعتد بالشروط الواردة فى اتفاقية فارسوفيا الذى يقضى بأداء التعويض بما يعادل قيمة الذهب المبيته له من العملة الوطنية إذ أن شرط الوفاء بعملة ورقية على أساس قيمتها ذهباً ليس إلا تحيلاً على القانون الذى فرض للعملة الورقية سعراً إلزامياً^(٢).

٢- التصرف فى تركة مستقبلة:

الهيئة الصادرة من والد لولده وتضمنها تعاملاً مسبقاً فى تركته أثرها بطلان التصرف بطلاناً متعلقاً بالنظام العام.

يتضمن الحكم هنا تصرف أب لابنه فى حق انتفاع بأرض زراعية سلمها إياه بغير عوض مما يُعتبر معه التصرف تبرعاً، أى هبة. وقد اعتبرت محكمة النقض تكييف هذا العقد على أنه هبة تكييفاً صحيحاً ولم يخرج فى تفسيره عما تجمله نصوصه إذ يتبين ذلك من عباراته الظاهرة. وقد وقعت

(١) المستشار أحمد طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض منذ إنشائها سنة ١٩٣١، الجزء الخامس، ١٩٩٠.

(٢) نقض ٢٧ / ٤ / ١٩٦٧، طعن ٣٦٦ لسنة ٣٣ القضائية

الهيئة باطلة لعدم مشروعية سببها المخالف للنظام العام بانصرافه إلى تعامل
في شركة مستقبلية.

و من المقرر أن تعيين الورثة وأنصبتهم وانتقال الحقوق في الشركات
بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعاً مما يتعلق بالنظام العام، وتحريم
التعامل في الشركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل فلا يجوز قبل وفاة
إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث وإلا كان الاتفاق باطلاً. وكان
الحكم قد استدل على قيام ذلك السبب غير المشروع - وهو الباعث
الدافع إلى التبرع - بما ورد في الاتفاق مع بيان صريح يفصح عن أن ما
تسلمه الابن الطاعن، أرض زراعية يمثل مقدار نصيبه ميراثاً عن أبيه الذي
لم يزل على قيد الحياة ومن الاشتراط على هذا الابن بعدم المطالبة بميراث
أرض أخرى من بعد وفاة الأب^(١).

٣- الدفع بتقادم دعوى بطلان العقد لا يتعلق بالنظام العام. ويجب
التمسك به أمام محكمة الموضوع.

إن التقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به أمام محكمة
الموضوع. وقد عُرِضت دعوى أمام محكمة النقض حيث كان الثابت من
الأوراق فيها أن الطاعنين لم يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتقادم دعوى
البطلان، فلم يُقبل منهم التمسك بالتقادم لأول مرة أمام النقض^(٢).
وهذا التطبيق مثال للموضوعات التي تخرج عن نطاق النظام العام وأثر
ذلك على كيفية التمسك بها.

٤- بيع الصيدلية لغير صيدلي:

بيع الصيدلية إلى غير صيدلي مرخص أو بيعها لصيدلي موظف أو
مالك لصيدليتين، بطلاناً مطلقاً لمخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام.
يشترط لصحة عقد البيع أن يكون التعاقد غير محظور لأمر يتصل
بالنظام العام أو الآداب ومؤدى نص المادة ٣٠ من القانون ١٢٧ لسنة

(١) نقض ٢٩ / ١١ / ١٩٧٩، طعن ٦٢٦ س ٤٦ ق.

(٢) نقض ١٥ / ١٢ / ١٩٧٧، طعن ٩٣ س ٣٩ ق.

١٩٥٥ أن عقد بيع الصيدلية وهو عقد ناقل للملكية بطبيعته - إلى غير صيدلي باطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام. كما أن بيع الصيدلية إلى صيدلي موظف أو صيدلي يملك صيدليتين آخرين خلاف الصيدلية المبعة محل النزاع يُعتبر كذلك باطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام.

٥- التزام بائع المتجر بضمان عدم التعرض للمشتري في انتفاعه.

الالتزام بعدم المنافسة في شتى صورته ومنها حظر التعامل مع العملاء لا يكون باطلاً إلا إذا تضمن تحريم الإتجار كليةً على البائع لمخالفته لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام.

كان عقد البيع محل النزاع في هذه الدعوى يتضمن بيع محل تجارى (صيدلية) بكافة مقوماته المادية والمعنوية. و من الالتزامات التي تقع على عاتق البائع هو التزامه بالضمان. و من مقتضياته إلزامه بعدم التعرض للمشتري في الانتفاع. و يتضمن عدم التعرض بدوره الالتزام بعدم المنافسة. و لكن شرط عدم المنافسة يجب أن يكون محدداً من حيث الموضوع و من حيث الزمان و المكان تحديداً معقولاً. أما إن جاء هذا الشرط مطلقاً بحيث يفرض عدم المنافسة في شتى صورها و من ضمنها حظر التعامل مع العملاء و تحريم الإتجار كليةً على البائع (كما في الدعوى محل التطبيق) فإنه يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً. و ذلك لمخالفته لمبدأ حرية التجارة و حرية العمل و هما من النظام العام^(١).

٦- البيوع الجبرية الاتفاق فيها على عدم التقرير بزيادة العُشر مخالف للنظام العام. هذا الاتفاق في البيوع الاختيارية لا مخالفة فيه للنظام العام.

لكن صح أن الاتفاق على عدم التقرير بزيادة العُشر مخالف للنظام العام بالنسبة للبيوع الجبرية التي نظمها نصوص قانون المرافعات، إلا أنه لا يجرى على البيوع الاختيارية التي يجرىها البائع بطريق المزاد ولا يفرض

(١) نقض ٧ / ٦ / ١٩٦٢، طعن ٢٨٧ س ٢٦ ق.

فيها القانون نظام الزيادة بالعُشر، وإنما يرجع وضع هذا الشرط في قائمة المزاد إلى محض اختيار البائع وإرادته تحقيقاً لما يراه من صالحه الخاص. وإذا كان ذلك، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن البيع الذي رسا مزاده على المطعون ضده لم يكن بيعاً جبرياً تم تحت إشراف القضاء إنما كان بيعاً اختيارياً فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى أن الاتفاق على عدم التقرير بهذه الزيادة يُعتبر مخالفاً لقاعدة أمرة من قواعد النظام العام^(١).

٧- **تقليب قوة الأمر المقضي على النظام العام عند التعارض. مثال بشأن حكم حاز قوة الأمر المقضي بالنسبة لما انتهى إليه من عدم انطواء عقد البيع على شرط الدفع بالذهب.**

إذا تعارضت قوة الأمر المقضي مع قاعدة من قواعد النظام العام كانت قوة الأمر المقضي هي الأولى بالرعاية والاعتبار. وعلى ذلك فمتى اتفق في عقد البيع على الوفاء بالثمن بما يعادل الجنيهات المصرية، وانتهى الحكم إلى أن هذا الاتفاق لا ينطوي على شرط الدفع بالذهب وحاز الحكم قوة الأمر المقضي في هذا الخصوص فإنه لا يجوز المجادلة فيه بعد ذلك بحجة تعلق بطلان هذا الشرط بالنظام العام^(٢).

الفصل الثاني

تحليل مفهوم النظام العام والآداب وأثرهما في القانون المصري

بعد أن تعرضنا في الفصل السابق لأبرز تطبيقات فكرة النظام العام والآداب في القانون المصري، نتقل الآن إلى محاولة سبر أغوار هذا المفهوم ورصد تأثيره.

المبحث الأول

خصائص النظام العام

تتميز فكرة النظام العام والآداب بعدة خصائص، نعمل هنا على تجميعها واستخلاصها بهدف أن تقودنا هذه الخصائص إلى استنباط مفهوم للنظام العام قريب قدر الإمكان من الدقة.

(١) نقض ١٧ / ١١ / ١٩٧٥، طعن ٤٧٥ س ٤٠ ق.

(٢) نقض ٩ / ١ / ١٩٥٨، طعن ٣٤٣ س ٢٣ ق.

(١) فكرة نسبية ومرنة:

إن النظام العام والآداب يعد من أكثر المفاهيم القانونية - إن لم يكن أكثرها على الإطلاق - التي تستعصى على التعريف أو التحديد. لذا لم يضع المشرع المصرى أو الفرنسى أو غيرهما أى تعريف لهذه الفكرة باعتبار طبيعتها تتعارض مع استقرار النصوص القانونية.

فمفهوم النظام العام والآداب يتمتع بطبيعة حيوية^(١) متغيرة ومتجددة. ذلك أن مضمون الفكرة يختلف من دولة لأخرى وداخل الدولة الواحدة يختلف من إقليم لآخر، بل أنه فى ذات المكان يتجدد ويتطور من فترة زمنية لأخرى، فهو يعبر عن أفكار نسبية تتطور زماناً ومكاناً.

فما يمكن أن يعد من المصالح العليا والجوهرية لأحد المجتمعات قد لا يمثل ذات الأهمية لمجتمع آخر. وما يعتبر من الآداب العامة التى لا يجوز تخطئها فى معتقدات مجتمع ما فى حقبة زمنية معينة قد لا يظل كذلك فى الفترة الزمنية اللاحقة. لذا من المسلم به أن مفهوم النظام العام والآداب من يتسع لمتغيرات المجتمع وحماية مصالحه الجوهرية^(٢).

الدليل البين على نسبة ومرونة مفهوم النظام العام والآداب أن المشرع يتجنب وضع تحديد لمضمونه حتى يتفادى التقييد به فيما قد يدخل على هذا المضمون من إضافة أو تعديل أو تغيير جوهري. وكذا حتى لا يعطل أداء وظيفته التى تعتمد بشكل مباشر على رصد التطورات المتلاحقة فى المفاهيم الاجتماعية والسياسية والدينية للمجتمع. لذا، يلقي المشرع هذه المهمة على عاتق الفقه والقضاء، فيترك لهما وضع إطار عام لما يدخل فى أو يخرج من مفهوم النظام العام مما قد يثور بشأنه الخلاف ولكنه (المشرع) على الرغم من ذلك يعترف بكافة آثاره القانونية.

(١) أبو جعفر المنصورى، المرجع السابق، ص ١٩٢ وما بعدها.

(٢) د. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص ١٩.

٧- مفهوم ذو طبيعة اجتماعية، سياسية ودينية:

يتسم مفهوم النظام العام بتأثره الشديد بالاتجاهات السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع. فهي تساهم بشكل جوهري في تحديد مضمونه ونطاقه. ومن ناحية أخرى، يتأثر مفهوم الآداب العامة بالمعتقدات الدينية بشكل جوهري.

فيما يتعلق بتأثير الاتجاهات السياسية في مجتمع ما على مفهوم النظام العام فيه، فإنه يرتبط بمدى سيطرة النزعة الفردية أو الاشتراكية على الحظة السياسية الحاكمة لهذا المجتمع، فكلما ساد المذهب الفردي في الدولة اتسع نطاق سلطان الإرادة، وكان لحرية الإرادة الغلبة في إبرام التصرفات القانونية، وبالتالي يضيق نطاق القواعد المتعلقة بالنظام العام. أما عندما يسود المذهب الاشتراكي على النظام السياسي للدولة، تقلص مساحة حرية الإرادة الفردية، وعليه يتسع نطاق القواعد المنظمة للتصرفات القانونية بشكل أمر لتعلقها بالنظام العام.^(١)

من ناحية أخرى يُعد مفهوم النظام العام ذو طبيعة اجتماعية، ذلك أن مضمون هذا المفهوم في أي مجتمع يعتمد بشكل كبير على المفاهيم والمعتقدات والاتجاهات الاجتماعية فيه، والتي قد يكون مصدرها تاريخي أو يرجع إلى العادات والتقاليد المتأصلة في ذلك المجتمع.

أما بالنسبة للآداب العامة فإن مضمونها ونطاقها في مجتمع معين وفي جيل معين يُستمد إلى حد كبير من المعتقدات الدينية السائدة فيه وكذلك من العادات والتقاليد التي تحكم الشق الأخلاقي. كما يدخل في تحديد الناموس الأخلاقي الذي يحدد الآداب العامة الحس المنطقي السليم لدى الأشخاص في التمييز بين ما هو مقبول وما لا يجوز وفقا للجو العام للمجتمع الذي نشأوا فيه.

(١) انظر: د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٢٦، ٢٢٧.

وعلى ذلك، نرى ان للدين أثر جوهري في تشكيل مفهوم الآداب العامة. وهو ما يدفع للقول بأن مفهوم النظام العام والآداب ذو طبيعة دينية (بجانب الطبيعة السياسية والاجتماعية).

٢- فكرة ذات طابع جزائي^(١):

لعل من أبرز ما تختص به فكرة النظام العام والآداب هو اقترانها بجزاء. فمن المتعارف عليه أن أي تصرف يتم بالمخالفة لقاعدة تتعلق بالنظام العام والآداب يكون جزاؤه البطلان المطلق.

وكما رأينا من قبل بصدد الحديث عن القواعد الآمرة والمكاملة، فإن القاعدة ذاتها قد تنص بصراحة على هذا الجزاء وذلك عند حظر نوع معين من الاتفاقات أو منع شروط بعينها. أما إذا لم يُذكر ذلك صراحة في النص وإنما كان مضمون النص دال بلا شك على تعلقه بالنظام العام، فإنه يتبع ذلك أن مخالفته يترتب عليها البطلان المطلق. ويلاحظ مما سبق أن احترام النظام العام والآداب لا يتأتى عن طريق عمل إيجابي، وإنما يقتصر على تجنب الإتفاق على أي مما يخالفهما.

وبناء على ما سبق، يترتب على اعتبار المعاملة باطلة مطلقاً لمخالفتها للنظام العام أن يجوز للمحكمة أن تقضى ببطلانها من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك بها الخصوم.

المبحث الثاني

أنواع النظام العام

حتى النصف الثاني من القرن العشرين، كان للنظام العام مفهوماً واحداً تقليدياً يتمثل في قيد يفرضه المشرع على الحرية التعاقدية لأغراض تتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع أو للحفاظ على أخلاقياته الجوهرية. ثم ظهر بدءاً من تلك الآونة شكلاً جديداً للنظام العام أطلق عليه "النظام العام الاقتصادي أو الجديد".

(١) د. أبو جعفر عمر المنصوري المرجع السابق، ص ١٩٤.

وفى هذا المبحث نعرض لكل من نوعى النظام العام التقليدى والاقتصادى، ونوضح بإيجاز الفارق بينهما وكذلك نقاط التقاطع التى تجمعهما.

١- النظام العام التقليدى:

وهو يمثل الفكرة الأصلية للنظام العام منذ نشأته القانونية. فهو يعنى بالحفاظ على أساسيات المجتمع السياسية والاجتماعية والأخلاقية والدينية، أى أنه ذو مضمون معنوى فى غالبه، ويطلق عليه كذلك النظام العام السياسى.

الهدف الأساسى للنظام العام التقليدى هو حماية العناصر الأساسية فى المجتمع من أى اعتداء أو ضرر مباشر أو غير ذلك، يمكن أن ينتج عن الاتفاقات التعاقدية للأفراد.

ويتم ذلك عن طريق تقييد الحرية التعاقدية بواسطة حظر الدخول فى بعض الاتفاقات أو إدراج نوع معين من الشروط حفاظاً على المصلحة العامة^(١).

طبقاً لهذا المفهوم، فإن النزول على هذه القواعد لا يتطلب سوى القيام بعمل سلبى وهو تجنب الدخول فى الاتفاقات المحظورة أو إدراج شرط يخالف النظام العام.

٢- النظام العام الاقتصادى (الجديد):

قبل منتصف القرن العشرين بدأت تظهر تطورات للمفهوم التقليدى، أفرزت فى النصف الثانى من ذلك القرن نوعاً جديداً من النظام العام أطلق عليه "النظام العام الجديد أو الاقتصادى"^(٢).

يعبر هذا النوع عن تدخلات الدولة فى الاقتصاد عن طريق التشريع بهدف حمايته من الاضطراب. فالسلطة هنا تتحكم فى العلاقات المالية

(١) د. نبيل سعد، المرجع السابق ص ٦٤ - ٦٥.

(٢) انظر: د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٦٥.

على وجه التحديد واضعة لها أسس تحكمها تمثل قواعد أمره لا يجوز مخالفتها.

إلا أن النصوص في هذه الحالة تتضمن تنظيمًا إيجابيًا لا يقتصر على حظر شرط أو عقد محدد، بل تفرض على المتعاقد صورة محددة لما ينبغي أن يتضمن الاتفاق. بعبارة أدق، تمثل فكرة النظام العام الاقتصادي مساساً مباشراً بمبدأ حرية التعاقد وانتقاصاً في هذه الحرية.

وهنا يثور التساؤل عن الحكمة من فصل المجال الاقتصادي على هذا النحو وإفراد مفهوم خاص جديد للنظام العام يقتصر على هذا الجانب دون غيره. يرى غالبية الفقه الحديث أن الدوافع التي أدت إلى ظهور هذا المفهوم تتلخص في ناحيتين^(١). الأولى: العقود التي تنطوي على عدم تعادل ظاهر في القوة الاقتصادية لطرفيها، حيث يتدخل المشرع من أجل حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن إلى مثل هذه العقود قدر الإمكان. وذلك على سبيل المثال هو حال عقد العمل وعقود الإذعان. ويُطلق على هذا الاتجاه "النظام العام الحمائي". أما الناحية الثانية: العمل على تحقيق التوازن والاستقرار الاقتصادي بشكل عام عن طريق فرض إجراءات اقتصادية معينة تعمل على تأمين المصلحة العامة على الصعيد الاقتصادي حيث تعجز الحرية التعاقدية عن تأمينها. ومن أبرز الأمثلة على هذه الطائفة القواعد الاقتصادية المتعلقة بالأسعار، وتنظيم المنافسة، وغيرها. ويُطلق على هذه القواعد "النظام العام التوجيهي".

ويستخلص مما سبق أن مفهوم النظام العام الاقتصادي يتمتع بعدة خصائص تميزه عن النظام العام التقليدي وهي:^(٢)

- نظام أساسه تشريعي يقوم على تنظيم أمر للمعاملات الاقتصادية والمالية. فالمشرع هو الذي يرسي قواعد هذا النظام في صورة

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٦٦، ٦٧.

نصوص أمرة لا تجوز مخالفتها (فلا دخل للمجتمع أو عاداته ولا للقضاء في إرساء هذه الأسس الاقتصادية). وموضوع هذه النصوص يقتصر على المعاملات القائمة على الأموال والخدمات، أي كل ما يتعلق بالمعاملات الاقتصادية.

- قواعد النظام العام الاقتصادي تقوم على فرض إبرام المعاملات بطريقة معينة، فالمشروع في وضع مثل هذه القواعد يقوم بالتدخل في تحديد مضمون المعاملة وتحديد الآثار المترتبة على إبرامها. وهو بذلك لا يترك الاختيار للأفراد في كيفية تنظيم المعاملات من هذا النوع، فالفرض أن القاعدة أمرة، لذا إما إبرامها بالطريقة المحددة تفصيلاً في النص أو عدم الدخول فيها.

- تتسم هذه القواعد بالتجدد المستمر تبعاً لتغير الظروف الاقتصادية التي تُسن من أجل تنظيمها. فبالرغم من أنها من قواعد النظام العام إلا أنها لا يُشترط فيها الاستقرار لفترات زمنية طويلة.

◆ الخلاصة:

يشترك نوعي النظام العام؛ التقليدي والجديد (الاقتصادي) في استهدافهما للمصلحة العامة. فكلًا منهما غاية نهائية هي الحفاظ على أساسيات مبادئ المجتمع وضمانات إنضباطه وإقامة العدالة بين أفراد. وحتى قواعد النظام العام الاقتصادي الحمائية وإن كانت تبدو مناصرة لمصلحة خاصة (وهي مصلحة الطرف الضعيف في التعاقد) إلا أن الهدف من ذلك هو تحقيق العدالة وتفادي الاستغلال، وهو ما يحافظ بطريقة غير مباشرة على المصلحة العامة ويرسي مبادئ أساسية لا يقوم المجتمع بدونها. وعلى ذلك، لا يوجد تناقض أو إختلاف بين نوعي النظام العام وإن اختلف مجال كل منهما عن الآخر. كما أن الجزاء المترتب على مخالفة أية قاعدة متعلقة بالنظام العام هو اعتبار التصرف باطلاً مطلقاً.

ويُستخلص كذلك من مجمل ما سبق أن الآداب العامة في القانون المصري (والقوانين اللاتينية) جزء مكمل لمفهوم النظام العام، لا انفصام بينهما. فكل من النظام العام والآداب العامة يحمل نفس الغايات: المصالح العليا للمجتمع من حيث أساساته ومبادئه أو نواحيه الأخلاقية والأدبية المتأصلة فيه. وكلاهما يترتب على مخالفة ذات الجزء وهو البطلان المطلق للمعاملة.

المبحث الثالث

محاولة لتحديد معنى النظام العام والآداب في القانون المصري

لقد عمدنا إلى التعرض أولاً (في الفصل الأول من هذا القسم) إلى تطبيقات فكرة النظام العام والآداب ثم إلى خصائص هذه الفكرة وأنواعها (في المبحثين السابقين من الفصل) حتى يقودنا ذلك إلى وضع إطار عام لمفهوم هذه الفكرة، أو على الأقل محاولة الاقتراب من معناها بحسب ما يفرضه مجمل الأفكار السابقة.

لاشك ولا خلاف على أن مفهوم النظام العام والآداب واسع ومطاط ويستعصي على التعريف أو التحديد فهو يمثل فكرة نسبية متغيرة تبعاً للمكان والزمان. لذا، لا يمكن أن نعثر لمثل هذه الفكرة على تعريف تشريعي واضح. كما لا يقدم المشرع حصراً لها يدخل في نطاق النظام العام أو يخرج عنه فالمشرع المصري يترك وضع توضيح للفكرة على عاتق الفقه والقضاء حتى لا يقيّد نفسه بتعريف ترد عليه تطورات مستمرة تستلزم تعديله كل حين.

بناءً على ما سبق، نجد اجتهادات متعددة من جانب الفقهاء من أجل توضيح مفهوم النظام العام ووضع تعريف يعد أقرب ما يكون للفكرة من وجهة نظر واضعه. كما يلعب القضاء المصري دوراً بارزاً في محاولة إزالة الغموض الذي يكتنف تلك الفكرة قدر الإمكان.

إن ما يمكننا استقراءه من مجمل تعريفات الفقه والقضاء بهذا الصدد هو ربطهما لهذا المفهوم بالمصلحة العامة أو المنفعة العامة. فالأستاذ

السنهورى على سبيل المثال يعبر عن فكرة النظام العام قائلاً: "القواعد القانونية التى تعتبر من النظام العام هى قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد"^(١). كما عرفت محكمة النقض المصرية النظام العام بأنه: " تلك القواعد التى يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية متعلقة بالنظام الأعلى 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"^(٢).

إن الشاهد من التعريفات السابقة هو الارتباط الوثيق بين فكرة النظام العام والآداب، وفكرة المصالح العليا للمجتمع سواء كانت تلك المصالح إقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو أخلاقية فمفهوم النظام العام يتعد عن المصالح الفردية المتفرقة؛ ويعبر عن إرادة المجتمع ككل أو ماتفرضه مصالح هذا المجتمع من تنظيمات جوهرية لأمر على قدر كبير من الأهمية. وعليه، فإن تنظيم مسألة ما بشكل يحقق إحدى المصالح الأساسية التى يقوم عليها المجتمع، ولا يقوم بدونها يدخل ضمن إطار النظام العام ولا يجوز أن تخالفه اتفاقات الأفراد الخاصة. ذلك سواء كان هذا التنظيم وارداً فى نصوص قانونية أم لا، حيث ان فكرة النظام العام والآداب العامة أوسع نطاقاً من نصوص القانون"^(٣).

ويلاحظ أن المشرع وإن كان يتفادى وضع تعريف محدد أو مضمون واضح لفكرة النظام العام؛ إلا أنه يتعرض لمضمونه بشكل غير مباشر عن طريق الإشارة لبعض صور المحافظة عليه وذلك إما من خلال النصوص

(١) د. عبد الرازق السنهورى، المرجع السابق، ص ٣٢٦.

(٢) نقض مبنى مصرى، ٢٣ فبراير ١٩٨٥، مجموعة أحكام النقض السنة ٣١، ص ٥٣.

(٣) أبو جعفر عمر المنصورى، المرجع السابق، ص ٩٨.

التي تأمر بجمعية تنفيذ أمر معين، أو تلك التي تنهى عن مخالفة أمر آخر^(١). ومن أمثلة تلك النصوص المادة ١٣٥ من القانون المدني المصري التي تقضى بأنه: "إذا كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً" والمادة ١٣٦: "إذا لم يكن للإلتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام والآداب، كان العقد باطلاً". وهذا التنظيم إنما يعكس مدى ارتباط فكرة النظام العام والآداب بالقانون ذاته - من ناحية أخرى - فالقانون علم اجتماعي لا بد وأن يعكس التطور الحاصل في المجتمع الذي يتولى تنظيمه. ومن أبرز أوجه هذا التطور، مفهوم النظام العام والآداب فيه.

إن مفهوم النظام العام والآداب في القانون المصري أحد أبرز الضمانات التي تضمن مصالح المجتمع وأكثرها قوة. وهو يمثل الدرع الذي يقف أمام أى إتفاق ضار بالمصلحة العامة أو مخالف للناموس الأخلاقي للمجتمع، وما قد ينتج عنه من آثار سلبية عامة أيا كان حجم المصلحة الفردية التي يحققها لأطرافه.

بذلك نكون قد انتهينا من القسم الأول المتعلق بتحليل فكرة النظام العام والآداب في القانون الوطني المصري. وفي القسم التالي، ننتقل لبحث فكرة النظام العام والآداب في النظام القانوني الآخر؛ الأنجلوسكسوني. وتحديدًا في القانون الأمريكي.

القسم الثاني

إنفصال النظام العام عن الآداب العامة في القانون الأمريكي

وكيفية تطبيق كل منهما

بعد إستقراء تنظيم مسألة النظام العام والآداب في النظام القانوني الأمريكي، وجدنا أن النظام العام مفهوم منفصل عن الآداب العامة من حيث أثر كل منهما على المعاملات. فالفقه والقضاء الأمريكيين في الوقت الحالي يتعامل مع كل منهما بشكل مختلف. ذلك وإن كانت نصوص

(١) انظر: وديع البقالي، بحث "إشكالية التوفيق بين النظام العام والحريات"، مجلة الفقه والقانون، العدد الواحد والخمسون، يناير ٢٠١٧، ص ٦٣.

القانون تقرنهما معاً في كل أمر يتعلق بالنظام العام والآداب. إلا أن التطبيق العملي لمثل هذه المسألة يعكس الاتجاه السائد في النظام الأمريكي من عدم السماح للأفراد بالإتفاق على ما يخالف الأمور المتعلقة بالنظام العام والتي تمس المصالح العليا للجماعة كقاعدة عامة.

أما فيما يتعلق بالآداب العامة فإن القانون الأمريكي كان متأثراً بشأنها بقواعد القانون الكنسي التي تأمر باحترام فعاليتها في معاملات أفراد المجتمع وإعتبارها على ذات مستوى الأهمية التي تتمتع بها مسائل النظام العام. لكن هذا التأثير أخذ في الإنحسار التدريجي في القانون الأمريكي إلى أن وصل في العصر الحالي إلى عدم أخذ القضاء بهذا المفهوم وإعتبار حظر أية معاملة مدنية، أو توقيع عقوبة جنائية بسبب مخالفة الآداب العامة إنما هو تعدي على حريات الأفراد بل وإعتبر القضاء والرأي الغالب من الفقه الأمريكي أن المطالبة بتفعيل قواعد الآداب العامة مخالفة لحقوق الحرية والخصوصية التي يكفلها الدستور الأمريكي، وبالتالي يشوب هذا التفعيل عيب عدم الدستورية. قلة من الفقهاء قد حاربت هذا الإتجاه، ولكنه أصبح الإتجاه السائد والغالب والمطبق في القضايا من هذا النوع.

وهنا يثور التساؤل، هل يتطابق إذاً وضع النظام العام (دون الآداب العامة) في القانون الأمريكي مع نظيره المصري والقوانين اللاتينية؟ الإجابة هي لا. مفهوم النظام العام برغم تفعيله في القانون الأمريكي بشكل يقارب تطبيقه في القانون اللاتيني المصري إلا أنه لا يتمتع في القانون الأمريكي بذات القدسية، وإنما يخضع لتقدير القاضي في أحيان كثيرة.

بناءً على ما سبق، سوف نتعرض في هذا القسم لتنظيم كل من النظام العام والآداب العامة في القانون والقضاء والفقه الأمريكيين وتطبيقات كل منهما، وذلك بالتقسيم التالي:

الفصل الأول: مفهوم وتطبيقات الآداب العامة في النظام القانون الأمريكي.
الفصل الثاني: مفهوم وتطبيقات النظام العام في النظام القانوني الأمريكي.

الفصل الأول

مفهوم وتطبيقات الآداب العامة في النظام القانوني الأمريكي

• في التشريع:

إن تنظيم الآداب العامة في نصوص التشريع الأمريكي لا يختلف جوهرياً عن تنظيمها في نظيره المصري أو القوانين اللاتينية. فنصوص التشريعات الأمريكية سواء الخاصة بالولايات أو التشريعات الفيدرالية، تحظر مخالفة أي إتفاق للقانون أو للنظام العام والآداب وإلا اعتبر باطلاً. ومن أمثلة تلك النصوص: "يجوز لأطراف التعاقد إبرام الإتفاق وتحديد البنود والشروط التي يرونها مستحسنة بشرط عدم مخالفتها للقانون أو للآداب أو للنظام العام"^(١)

ويرد نص آخر في التقنين المدني لولاية لويزيانا يقضي بأنه:

"يعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً عندما ينتهك قاعدة تتعلق بالنظام العام، كما لو كان محل التعاقد غير مشروع أو منافي للأخلاق، والعقد الباطل مطلقاً لا يجوز تصحيحه."^(٢)

أما النص الوارد في التقنين المدني الفيدرالي^(٣) فإنه لا يشير إلى الآداب بشكل مباشر، فهو ينص على أنه: "قد تستخلص المحكمة وجود

(1) Title 31. Civil code, subtitle 4. Obligations and contracts, Part II. Contracts, Chapter 253: General Provisions, 31 L.P.R.A.S.3372 Permissible clauses and conditions: "The contracting parties may make the agreement and establish the clauses and conditions which they may deem advisable, provided they are not in contravention of law, morals, or public order".

(2) Louisiana civil code, Book III, Title IV. Conventional obligations or contracts, Chapter 11; Nullity LSA. C.C. Art 2030: "A contract is absolutely null when it violates a rule of public order, as when the object of a contract is illicit or immoral. A contract that is absolutely null may not be confirmed".

(٣) من الجدير بالإشارة أن التقنينات الفيدرالية إنما يتم سنها على سبيل الاسترشاد بها في سن التقنينات الخاصة بكل ولاية ولكنها ليست ملزمة. والتشريع =

مسألة تخص النظام العام تتعارض مع تنفيذ وعود أو شروط الإتفاق من خلال:

- أ- تشريع له علاقة بالمسألة المذكورة.
- ب- الحاجة لحماية بعض أوجه الصالح العام، كما هو حال السياسات القضائية المضادة على سبيل المثال لما يلي:
 - ١- إعاقة التجارة.
 - ٢- إتلاف الصلات العائلية.
 - ٣- التضارب / التداخل مع مصالح أخرى محمية.^(١)

ويشير التعليق الوارد على نص هذه المادة إلى أن تحديد نطاق مسائل النظام العام التي تتعارض مع تطبيق شروط أي إتفاق كانت تاريخياً مهمة القضاء يعتمد القاضي في ذلك على إدراكه للحاجة إلى حماية جوانب معينة تمس الصالح العام. وعليه فإن بعض هذه السياسات قد أصبحت متأصلة في السوابق القضائية المتراكمة على مدار عقود من الزمن.

=الفيدرالي الوحيد الملزم لكافة الولايات هو الدستور الأمريكي. وتلك التقنيات الفيدرالية هي عبارة عن تجميع للمبادئ التي أرستها السوابق القضائية يساهم في وضعها أساتذة القانون والقضاة والمحامين المتمرسين وبعدها معهد القانون الأمريكي (American Law Institute) وتسمى Restatement of laws وهي مقسمة إلى طوائف بحسب الموضوعات التي تناولها مثل Restatement of law of contracts و Restatement of law of Trusts.

- (١) Restatement (second) of contracts, chapter 8: Unenforceability on Grounds of Public Policy. Topic 1. Unenforceability in general.S.179: "A public policy against the enforcement of promises or other terms may be derived by the court from:
 - (a) Legislation relevant to such a policy or welfare, as is the case for the judicial policies against, for example:
 - (i) Restraint of trade.
 - (ii) Impairment of family relations.
 - (iii) Interference with other protected interests.

ومن أبرز أمثلتها المسائل الواردة في التعداد الذي نصت عليه المادة.

ويلاحظ التعليق الوارد أنه على الرغم من هذا الدور التاريخي للقضاء، إلا أن تقرير ما يُعد مخالفاً للنظام العام والآداب قد أصبح إلى حد كبير مسئولية المشرع وليس القاضي، ويرجع ذلك إلى أن المشرع يملك الأدوات التي تمكنه من استقصاء هذه المسائل، كما أنه الهيئة المنوط بها الإستجابة لمطالب العامة.^(١)

❖ في القضاء والفقهاء:

إن وضع الآداب العامة في الفقه والقضاء الأمريكيين ليس بذات الوضوح والسلاسة التي تصورهما النصوص التشريعية، بل أنه مثار جدل مستمر. إن العلاقة بين القانون والأخلاق يشوبها الكثير من الغموض واللبس في الفكر الأمريكي.^(٢)

فالغالبية العظمى من الفقهاء والقضاة يرون في الحفاظ على الآداب العامة قيماً على الحرية الشخصية للمواطنين، وهو ما يخالف الدستور الأمريكي في نصه على إحترام الحريات جميعها.^(٣)

(1) Restatement (second) of contracts S. 179, chapter 8. Unenforceability on grounds of public policy, comment, reporter's Note. P.1.

(2) Gregory Kalscheur, "Moral limits on morals legislation: lessons for U.S. constitutional law from the declaration on religious freedom", 16 S.Cal. Interdisc. L.J. southern California Interdisciplinary law Journal Fall 2006. P.1.

(٣) التعديل الأول للدستور الأمريكي:

First amendment "Congress shall make no law respecting an establishment or religion, or prohibiting the free exercise thereof or abridging the freedom of speech or the press, or the right of the people peaceably to assemble and to petition the government for a redress of grievances".

ويلاحظ أن النظر إلى الآداب العامة من هذه الواجهة لم يكن هو الحال دائماً على مر التاريخ القانوني وإنما قد مر بتطورات جوهرية. ولعل ما لفت الإنتباه إلى هذا التغيير الذي طرأ هو حكم تاريخي أصدرته محكمة النقض الأمريكية في قضية تدعى "Lawrence V. Texas" أثار جدلاً واسعاً بين الفقهاء.

لقد كان الشق الأخلاقي لمفهوم النظام العام، أي الآداب العامة أو الأخلاقيات مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالتعاليم الدينية الكاثوليكية في المجتمع الأمريكي. وقد أكد ذلك الإعلان الثاني لمجلس الفاتيكان حول الحرية الدينية^(١). وكانت المبادئ الكاثوليكية تؤكد على حظر كل ما هو غير أخلاقي في معاملات الأفراد عن طريق نصوص القانون حفاظاً على النظام العام للمجتمع، وقد كان هذا هو الفكر السائد لقرون عدة.

وقد كان من الطبيعي حتى منتصف القرن العشرين إصدار تشريعات تقوم على أساس أخلاقي بحت، بحيث تعتمد في الحظر أو الفرض على مسوغات تتعلق بالآداب العامة^(٢). هذا على الرغم من عدم الإرتياح الفقهي الواضح لمثل هذه التشريعات، فالفقه لا يعتبر الأخلاقيات والآداب مسوغ كافي لسن قوانين تخول الحكومة العمل على أساسها. فهو يخشى أن تتخذ الحكومة من ذلك ذريعة لسن وتنفيذ ما يحلو لها باسم الآداب.^(٣)

- (1) See: Documents of the II vatican council: Dignitatis humanae (held on 11 October 1962).
- (2) Suzanne B. Goldberg, "Morals-based justifications for lawmaking: Before and after Lawrence V. Texas", 88 Minnesota Law Review, May 2004, p.1,2.
- (3) see: Suzanne B. Goldberg, OP. CIT, P.3: 'Morals rationales are treated in the doctrine as legitimate and sufficient justifications for law making, they provide virtual carte blanche for government to act in the name of morality because they can be contested only by other moral philosophical argument'.

إن ما ذكرناه آنفاً يُعبر عن الوضع السائد خلال القرن التاسع عشر وحتى منتصف القرن العشرين. وقد أخذ هذا الوضع في التغيير التدريجي، إلا أن نقطة التحول التي سلطت الضوء على هذا التغيير تمثلت في حكم محكمة النقض الأمريكية الشهير في قضية *Lawrence v. Texas*. لذا ينبغي أن نعرض بشئ من التفصيل لهذه القضية ولحكم النقض بشأنها وتعليقات الفقه على هذا الحكم.

المبحث الأول

(1) *Lawrence v. Texas*

تناول القضية واقعة إقتحام الشرطة محل إقامة المدعي عليه "Lawrence" إستجابة لبلاغ بسماع أصوات استعمال أسلحة. واطر الإقتحام رأت قوات الشرطة المدعي عليه وأخر يُدعى "Garner" منخرطين في علاقة جنسية رضائية.

فقامت بإلقاء القبض عليهما بتهمة ممارسة علاقة جنسية شاذة بالمخالفة لقانون ولاية تكساس الذي يحظر تورط شخصين من نفس الجنس في علاقة جنسية حميمة.

بعد إدانة المتهمين من قبل المحكمة الابتدائية قاما بالطعن أمام محكمة الإستئناف إستناداً إلى أن القانون المذكور والذي تم القبض على المتهمين بناءً عليه يُعتبر مخالفاً للدستور، وعلى وجه الخصوص لمبدأ المحاكمة المشروعة (Due Process Clause) الوارد ضمن التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي⁽¹⁾. إلا أن محكمة الإستئناف قد أيدت حكم المحكمة

(1) 123 Supreme court of the united states 2472, 156 L.Ed. 2d 508, 71 USLW 4574, 03 Cal. Daily op. Serv. 5559. March 2003.

(2) التعديل الرابع عشر (The fourteenth Amendment) تم إقراره في التاسع من يوليو عام 1868 ضمن تعديلات إعادة البناء (Reconstruction Amendments) وهو يتناول حقوق المواطن ومبادئ المساواة أمام القانون. ومن ضمن المبادئ التي تناولها مبدأ المحاكمة المشروعة (Due Process Clause) يقضى بأن لا يجرم أحد من حياته أو حريته أو ماله إلا بمحاكمة مشروعة.

الإبتدائية وقررت أن القانون المذكور لا يخالف الدستور ولا يخالف مبدأ المحاكمة المشروعة.

تم رفع الأمر إلى محكمة النقض، ولم يكن إصدار حكمها في مثل هذه المسألة أمراً يسيراً على الإطلاق ذلك لأن جميع السوابق المشابهة قد قضى فيها بما يتفق مع ما تملّيه الأخلاقيات العامة أي بإدانة الواقعة الجنسية بين شخصين من نفس النوع. أما في النزاع محل النظر كانت محكمة النقض مقتنعة بأن إدانة المتهمين على هذا الأساس يتضمن مخالفة للحرية الشخصية وبالتالي لمبادئ الدستور.

بناءً على ما سبق، قضت محكمة النقض بأن قانون ولاية تكساس الذي يجرم إغتراف شخصين من نفس النوع في سلوك جنسي حميم، يعتبر غير دستوري. ورأت المحكمة أن تطبيق مثل هذا الحظر على اثنين من الذكور البالغين قد تراضيا على ممارسة اللواط في خصوصية المنزل، إنما هو إعتداء على ممارستهما لحرتهما التي يكفلها لهما الدستور في مبدأ المحاكمة المشروعة.

وتوضح المحكمة أن القانون المذكور والقوانين المشابهة له في ولايات أخرى وإن كانت تبدو ظاهرياً أنها مجرد تنظيم لسلوك جنسي منحرف عن طريق إعتباره جنحة، إلا أنها تتضمن عواقب بعيدة المدى. فمثل هذا القانون يمس أكثر النواحي الإنسانية خصوصية، وهي السلوك الجنسي، وفي أكثر الأماكن خصوصية وهو السكن. وهي تهدف إلى التحكم في علاقة شخصية، سواءً معترف بها قانوناً صراحةً أم لا، فإنها ضمن الحريات الشخصية لأي فرد ويملك حرية إتخاذ القرار بشأنها دون أن يُدان. فالحرية التي يحميها الدستور تحول الشواذ حق إختيار الدخول في علاقة في إطار حياتهم الخاصة وخصوصية مساكنهم مع حفظ كرامتهم. وتضيف المحكمة بهذا الشأن أن وصمة العار التي يلحقها هذا القانون بالمتهم ليست بالأمر الهين. فعلى الرغم من إعتبار الفعل جنحة،

فإنه يظل جريمة بكل ما تحمله على كرامة المتهم من تسجيل الإدانة في سجلاته الرسمية ، وإستمارات التقديم للوظائف وتصنيفه كأحد مرتكبي الجرائم الجنسية طبقاً لقانون الولاية.

كما ترد المحكمة على الزعم بأن حظر اللواط والعلاقات الشاذة له جذور قديمة في تاريخ القانون الأمريكي. فهي ترى أن ذلك الحظر التاريخي لم يكن موجهاً ضد اللواط في حد ذاته ، وإنما كان يسعى لحظر النشاط الجنسي غير الإنجابي بشكل عام ، سواء بين ذكور أو إناث.

بالإضافة إلى ذلك ، فإن هذه القوانين المعنية بذلك الحظر لم تكن تطبق ضد أطراف بالغين يمارسون مثل هذه العلاقات بالتراضي وفي خصوصية وإنما مجالها الأساسي الممارسات الضارة مع من لا يستطيع إبداء الرفض ، أو كالعلاقة بين الرجال والأطفال الذكور ، أو بين اثنين من البالغين ولكن بالإجبار ، أو بين بالغين متفاوتين في المراكز ، أو بين بشر وحيوانات.

وتضيف المحكمة أن القوانين التي تستهدف العلاقات الجنسية الشاذة لم تظهر إلا في الثلث الأخير من القرن العشرين ، ولم تتبنى مثل هذه القوانين وتجرم تلك الممارسات سوى تسعة ولايات.

على الرغم مما سبق ، تعترف المحكمة أنه على مدار قرون عديدة قد كان هناك أصوات قوية تشجب السلوكيات الجنسية الشاذة وتعتبرها مخالفة للأخلاقيات والآداب العامة. وترد المحكمة على ذلك بقولها: "برغم ذلك ، فإن واجب هذه المحكمة هو إعلاء لواء الحرية ، وليس فرض الناموس الأخلاقي الذي تؤمن به"^(١) . وتؤكد المحكمة هذا النظر بقولها أن مجرد أن غالبية الآراء ترى أن سلوك معين منافي للآداب ليس سبباً كافياً

(1) Lawrence V. Texas, 123, supreme court of the united states 2472, 156 Led, 2d 508, 71 VSLW 4574, 03 Cal. Daily Op. Serv. 5559: 'But this court's obligation is to define the liberty of all, not to mandate its own moral code'.

لدعم تشريع يحرم هذا السلوك ذلك أن قرارات الشخص بشأن علاقاته الجسدية الحميمة، حتى وإن كانت لا تنتج نسلًا، تعتبر أحد أشكال الحرية التي يحميها الدستور.

وتعتقد المحكمة أن هذه النظرة التي تتبناها آخذة في الانتشار، حيث أن هناك وعي متزايد يعطي الأولوية لحماية الحريات والدليل على ذلك في نظر المحكمة أنه من ضمن الولايات التي تتبنى تشريعات مناهضة للشذوذ، هناك أربعة ولايات فقط تقوم بتطبيق هذه القوانين حالياً. وحتى هذه الولايات الأربعة غالباً ما تتغاضى عن تطبيق العقوبة عندما يتم هذا السلوك بالتراضي وفي خصوصية.

على الرغم من صدور الحكم باعتبار القانون المذكور غير دستوري، إلا أنه قد صدر بأغلبية آراء هيئة المحكمة وليس جميعها. فقد عارض ثلاثة قضاة من هيئة المحكمة هذا الرأي⁽¹⁾. فالحكم هنا يتناقض مع آخر سبقه بسبعة عشر عاماً يتضمن ذات الوقائع في الدعوى الشهيرة بـ Bowers. وقد أرسى هذا الأخير مبدأ أخلاقي بمخالفة ممارسة الشذوذ للأداب العامة⁽²⁾. ويُعبر القضاة المعارضون عن إندهاشهم من قيام هيئة المحكمة بمتى السهولة بإلغاء حكم قد مثل حجر أساس لفترة طويلة⁽³⁾. ويرى هؤلاء القضاة أن القوانين الداخلية للولايات التي حظرت تعدد الزوجات، والزواج من نفس الجنس، وسفاح القربى، والبغاء، والزنا، والتصرفات والألفاظ الفاحشة بشكل عام إنما هي مستوحاة من ذلك الحكم. وهي تقوم على أساس مخالفة كل ما سبق للأداب العامة. وهو

(1) Justice SCALIA, with whom the Chief Justice and Justice THOMAS, join, dissenting, Lawrence V. Texas 539 U.S.586.

(2) Bowers V. Hardwick, 478 U.S.186 (1986).

(3) "I begin with the court's surprising readiness to reconsider a decision rendered 17 years ago in Bowers V. Hardwick". Lawrence v. Texas, 539 U.S. 586.

ما يجعل كافة هذه القوانين محل لإعادة النظر بعد ما قررت المحكمة اليوم، فهي لم تبذل أدنى جهد على الأقل لإستبعاد هذه القوانين من تطبيق ذات المبدأ! فهل يُعقل إباحة مثل هذه الأفعال بإعتبارها تنتمي إلى الحريات الشخصية؟^١

كما يعبر هؤلاء القضاة عن إعتراضهم بأن إلغاء الحكم الصادر في (Bowers) يتضمن إخلال هائل بالنظام الاجتماعي.

المبحث الثاني

تعليق الفقه على حكم

Lawrence v. Texas

لقد أثار هذا الحكم جدلاً فقهياً واسعاً في الولايات المتحدة يُستخلص من مجمل ذلك الجدل أن غالبية الفقه تؤيد الحكم وترى ملاءمته من كافة النواحي.

ويرى هذا الفقه الموالي أن مجرد تعلق أمر ما بالآداب العامة ليس سبباً كافياً لإصدار تشريع يتضمن حظره. هذا التشريع يُخشى إستخدامه كذريعة من قبل الحكومة للتدخل في تصرفات الأفراد والمساس بحرياتهم^(١). بل أن هذا الفريق من الفقه يعيب على المحكمة العليا إعترافها وتشجيعها للقوانين المحرمة لأي فعل يخالف الآداب العامة على مدى زمن طويل ومساواتها بتلك المنظمة للصحة العامة أو النظام العام، وهو ما يخول سلطات الضبط التابعة للحكومة بإساءة إستعمال مثل هذه القواعد.

كما يعبر بعض هؤلاء الفقهاء عن ذات الإتجاه بالقول أن الحكم الذي أصدرته المحكمة في قضية Lawrence وما أثاره من جدل إنما يعكس التشوش المستمر في الذهن الأمريكي فيما يتعلق بالعلاقة بين الأخلاق والقانون والتي أدت إلى عدم الترابط بين الفقه والقضاء لفترة

(1) Suzanne B. Goldberg, *Morals- Based Justifications for lawmaking: Before and after Lawrence V. Texas*. 88 Minnesota Law May 2004.

طويلة من الزمان. ويشير إلى إنتهاء هذه الحالة من عدم الترابط بما أسماه بـ "صحوة Lawrence"^(١).

يوضح هذا الفريق من الفقهاء أن مبدأ المحاكمة المشروعة الذي تستند إليه محكمة النقض للقول بعدم دستورية التشريع محل الخلاف، إنما يقضي بأن لا يحرم أحد من حياته أو جريته أو ماله إلا بمحاكمة مشروعة. وعلى الرغم من أن هذا النص الدستوري لم يعبر صراحة عن الحرية الجنسية للأفراد على النحو الذي انتهت إليه المحكمة، إلا أن فحوى النص لا تقتصر على الحرية المادية الملموسة متمثلة في الحبس أو التقييد. فالمحكمة تفسر مبدأ المحاكمة المشروعة بأنه يحمل محتوى موضوعي ضمني، فهو لا يقتصر على المعاني الحرفية المنصوص عليها بل يتضمن حريات أخرى محصنة ضد التشريعات التي قد تقيدها وضد التدخل الحكومي^(٢). ويعتبر هذا الرأي ممارسة الشذوذ الجنسي من ضمن تلك الحريات الضمنية التي تدخل تحت حماية مبدأ المحاكمة المشروعة طالما كان بالتراضي.

أما الجانب الآخر من الفقهاء المعارض لهذا الحكم فهو يمثل الأقلية. وهؤلاء يخشون من العواقب المترتبة على المنطق الذي يتبناه هذا الحكم. ويعتبر هذا الفريق أن الحكم على هذا النحو يخلق خلطاً بين ما يمكن إعتباره من الحريات التي يحميها القانون وما يدخل ضمن حدود الآداب العامة، فمن المفترض أن يكونا خطين متوازيين يتجهان لحماية النظام العام في المجتمع^(٣). ويردف "إن بسط مفهوم الحرية الصريحة

- (1) Gregory Kalscheur, S.T., Moral Limits on Morals Legislation: Lessons for U.S. constitutional law From the Declaration on Religious Freedom.
- (2) Ryan M. Bernstein, " constitutional Law- Civil Rights: The Supreme Court Strikes Down Sodomy Statute by Creating New liberties and invalidating old laws: Lawrence V. Texas, .U.S (2003)", 80 North Dakota Law Review 323, 2004.
- (3) Ryan M. Bernstein, Op. Cit., P.15.

والضمنية على هذا النحو لن يقتصر على الحق في ممارسة نشاط جنسي معين، بل سيؤدي إلى استبعاد تدخل الدولة في أي نشاط (سواء جنسي أو غيره) طالما كان يتم بالتراضي وفي خصوصية وأطرافه أشخاص بالغين^(١) وهو ما سيؤدي إلى إهدار أية أخلاقيات يقوم عليها المجتمع.

كما يرى هذا الجانب أنه وإن كانت الأنشطة الجنسية محل الخلاف وما يمثّلها من مشاهدة الأعمال الإباحية مثلاً تعتبر أفعال يغلب عليها الفردية، بمعنى أنها لا تسبب ضرراً للآخرين كما تفعل السرقة مثلاً، إلا أننا نرى أن لها جانباً اجتماعياً. فتصنيع وتوزيع المصنّفات الإباحية على سبيل المثال، يتضمن العديد من الأشخاص الذين يسمحون باستخدام أجسادهم لهذه الأغراض. كما أن المخراط عدد كبير من الأفراد في مشاهدة مثل تلك المصنّفات إنما يشغلهم ولو لبعض الوقت عن الإنتاج ومحرم المجتمع من جهودهم المقيمة. وإن كان يبدو أن مجهوداتهم الفردية لن تؤثر كثيراً على إنتاج المجتمع ككل، إلا أن مجموع الوقت المهدور لهؤلاء المنشغلين معاً يبدو ضخماً. بالإضافة إلى ذلك فإن مثل هذه الممارسات تؤثر سلباً على درجة ثقافة المجتمع ككل بلاشك^(٢).

المبحث الثالث

أبرز تطبيقات الآداب العامة في النظام القانوني الأمريكي

لقد تناولنا آنفاً أحد هذه التطبيقات وهي الدعوى الشهيرة باسم "لورانس" تفصيلاً وذلك نظراً لأن الحكم الصادر فيها قد أحدث تغييراً جذرياً فيما يتعلق بمسألة الآداب العامة في النظام الأمريكي. فالنظام الأمريكي بحكم إتمائه للمدرسة الأنجلوسكسونية (Common Law System) يعتمد في الأساس على السوابق القضائية (Stare decisis).

- (1) Ryan M. Bernstein Op. Cit.,
- (2) Stephen M. Krason, The public order and the sacred order (Contemporary Issues, Catholic Social Thought, and the Western and American Traditions), Volume 1, the scarecrow press Inc. 2009, Chapter 24, P. 356.

وقد كانت (Lawrence) إحدى السوابق الفارقة والمغيرة للمسار في القانون الأمريكي.

أما هنا فسوف نعرض بإيجاز لتطبيقات قضائية أخرى بارزة تتعلق بالآداب العامة. وقد تباينت الأحكام التي انتهت إليها المحاكم في هذه التطبيقات تبعاً لتباين الوقائع ولتوقيت إصدار الحكم. ونهدف من هذا العرض استخلاص الاتجاه القانوني السائد في النظام الأمريكي فيما يتعلق بالآداب العامة من حيث مفهومها ونظامها.

١- *Bowers V. Hardwick*⁽¹⁾:

بالرغم من التشابه الكبير بين وقائع هذه الدعوى مع تلك الخاصة بـ "Lawrence" إلا أنها قد سبقتها بما يقارب العقدين من الزمن. ففي عام ١٩٨٦ تم القبض على المدعي "Hardwick" في ولاية جورجيا بتهمة ممارسة اللواط مع آخر في منزله الخاص. وهو ما يخالف قوانين الولاية التي تجرم اللواط. فقام برفع دعوى بعدم دستورية قانون الولاية لتعديه على حريات الأفراد في ممارسة سلوك رضائي في خصوصية. قضت المحكمة برفض الدعوى لعدم توافر أدلة مقنعة على إدعاء المدعي. فقام المدعي بإستئناف الحكم، وقضت محكمة الإستئناف بعدم دستورية قانون ولاية جورجيا المجرم للواط لأن السلوك المذكور سلوك خاص وحميمي مما يوجب عدم تدخل الدولة في تنظيمه لأن في ذلك تعدي على حريات الأفراد بما يخالف الدستور وكذلك لمبدأ المحاكمة المشروعة.

عند رفع الأمر للمحكمة العليا احتج المدعي أن إعتقاد أغلبية الهيئة التشريعية في الولاية بأن ممارسة اللواط أمر غير أخلاقي وغير مقبول لا يكفي لإقرار قانون يجرم مثل هذا السلوك. وكان رأي المحكمة أن القانون (عموماً) عادة ما يقوم على إعتبرات من ضمنها مراعاة الآداب الجوهرية

(1) *Bowers V. Hardwick*, 478 V.S. 186 (1986) 106 S.Ct. 2841, 92.

للمجتمع. وبناءً على ذلك قررت عدم إقتناعها بوجوب إعلان عدم دستورية القوانين المناهضة للواط والتي أقرتها حوالي ٢٥ ولاية (في ذلك الوقت). لذا قامت المحكمة العليا بإلغاء حكم الإستئناف.

علا شك فيه أن هذا الحكم عند مقارنته بسنظيره في "Lawrence" يعكس إختلاف نظرة القضاء على مر الزمن لمفهوم وحدود الآداب العامة ومدى تأثيرها على القانون.

٢- *Griswold V. Connecticut*:^(١)

الطاعنان هما: Griswold المدير التنفيذي لـ "اتحاد تخطيط النسل" في ولاية كونتكت والطبيب Buxton ويعمل المدير الطبي للإتحاد. وقد اتهمتهما حكومة ولاية كونتكت بمخالفة قوانين الولاية عن طريق ممارسات هذا الإتحاد. فإتحاد تخطيط النسل يقوم بتزويد الأزواج بمعلومات وإرشادات ونصائح طبية حول وسائل منع الحمل.

كانت قوانين ولاية كونتكت في ذلك الوقت تحظر استخدام وسائل منع الحمل بإعتبار ذلك مخالفاً للآداب العامة. المادة 32-5553 تنص على أن: "أي شخص يستخدم عقار أو أداة بغرض منع الحمل يُعاقب بغرامة لا تقل عن خمسين دولار أو بالسجن الذي لا يقل عن ستين يوماً ولا يزيد عن سنة أو بكليهما معاً". كما تنص المادة 196-554 على أن: "أي شخص يساعد أو يحرص أو ينصح أو يسبب أو يأمر آخر بإرتكاب أية جريمة، يمكن: محاكمته وعقابه وكأنه المجرم الأصلي".

بناءً على النصوص السابقة اعتبر الطاعنان مخالفان لقانون الولاية عن طريق المساعدة والتجريض والنصح. إلا أنهما دافعا بأن القانون المذكور غير دستوري لتعديه على الحريات الشخصية للمواطنين وبالتالي يخالف التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي ومبدأ المحاكمة المشروعة.

(1) *Griswold V. Connecticut* 381 V.S. 479 (1965) 85 Supreme Court, 1678, 14 L.Ed. 2d 510.

(2) *Planned Parenthood league of Connecticut*.

عندما وصل الأمر للمحكمة العليا قضت بعدم دستورية قانون ولاية كونتيكت الذي يجرم منع الحمل على إعتبار أنه مخالف للنظام العام والآداب. ورأت المحكمة أن قرارات أي زوجين فيما يتعلق بالإجهاض أو منع الحمل أو تنظيم النسل أمور تتمتع بالحق في الخصوصية ولا يجوز أن تتدخل السلطة فيها عن طريق وضع قوانين تنظمها. كما قضت بأن حق الأفراد في الخصوصية بهذا الشأن من الحقوق المتأصلة في نفوس أفراد المجتمع.

يبدو لنا حكم المحكمة العليا هنا مناصراً للمنطق، فهناك ممارسات وإن كانت مخالفة للطبيعة إلا أنها تدخل في نطاق الحريات الشخصية بشكل واضح. ومن أبرز تلك الممارسات تنظيم النسل وإن كان يؤخذ على المحكمة المساواة في حكمها بين منع الحمل أو تنظيمه وبين الإجهاض. فالإجهاض في غالبية التشريعات جريمة جنائية تتعارض بطبيعتها الحال مع النظام العام والآداب.

٣- *State V. Pope*:^(١)

في هذه الدعوى وجهت ولاية كارولينا الشمالية إتهامات ضد المدعي عليها Teresa Darlene لقيامها بالتحريض على ارتكاب جريمة ضد الطبيعة^(٢) حيث توجهت لبعض ضباط الشرطة المتخفين وبينت إستعدادها لممارسة الجنس القموي في مقابل المال. كما تم اتهامها بالتحريض على ممارسة البغاء، وهو ما يخالف قانون الولاية الذي يجرم أي سلوك "مخالف للطبيعة"^(٣).

(1) *State of North Carolina V. Teresa Darlene pope*, 168 Court of Appeals of North Carolina 592 (2005).

(٢) وقد عرفت المحكمة العليا الأمريكية (الجريمة المخالفة للطبيعة) في حكم سابق مشابه بأنها: "الإتصال الجنسي المضاد لنظام الطبيعة. وهو يشمل ممارسة الجنس مع الحيوان أو بين البشر ولكن بشكل بشري أو قموي. كما يشمل جميع أنواع الممارسات البهيمية التي تشوه الرغبة الجنسية وتحط من قدرها".
State V. Harward, 264 N.C.746 (1965).

(3) N.C. G.S.A., Section 14 - 177 (offences against public morality and decency).

عندما عرضت الدعوى أمام محكمة المقاطعة (محكمة الدرجة الأولى) قضت بإسقاط التهم الموجهة للمدعي عليها بناء على حكم المحكمة العليا في قضية Lawrence والذي قضى بأن السلوك الجنسي الرضائي يُعد من الحريات الشخصية التي يحظر الدستور التعدي عليها. وعليه قررت المحكمة أن تجريم أي سلوك مخالف للطبيعة يُعتبر غير دستوري أسوة بما انتهت إليه المحكمة العليا في Lawrence.

قامت الولاية بالطعن في حكم محكمة المقاطعة أمام المحكمة العليا للولاية. وقد رأت الأخيرة أن الحكم في Lawrence قد أرسى قاعدة عامة تقضي بعدم جواز تدخل الحكومة في تحديد العلاقات الشخصية الرضائية أو وضع حدود لها. إلا أن الحكم في Lawrence (برغم دفاعه عن الحرية في إقامة علاقات جنسية عندما تتم بالتراضي وبين أشخاص بالغين و في خصوصية) لم يأت مطلقاً وإنما قيده المحكمة بشكل واضح لا لبس فيه عندما قضت بأن:

"الحكم الحالي لا يشمل القصر ولا يشمل الأشخاص الذين قد يتعرضون للأذى أو للإجبار، أو أولئك الذين يتورطون في علاقات لا يكون الرفض فيها سهلاً. كما لا يشمل السلوك غير الأخلاقي العلني والبغاء. كما لا يتعرض الحكم لما إذا كان يجب على الحكومة الاعتراف رسمياً بأي علاقة تتضمن شذوذاً".⁽¹⁾

بناءً على ما سبق رأت المحكمة أن التحديد السابق الوارد في حكم Lawrence يضيّق من آثاره حيث يستبعد صراحة ممارسة البغاء والسلوك غير الأخلاقي في العلن، وهو ما ينطبق على الحالة محل البحث. وبالتالي، يعتبر قانون كارولينا الشمالية الذي يجرم السلوكيات المخالفة للطبيعة غير مخالف للدستور، ولا يتضمن أي تعدي على الحريات الشخصية وعليه قضت المحكمة العليا لولاية كارولينا الشمالية بإلغاء حكم محكمة المقاطعة وإدانة المدعي عليها.

(1) Lawrence V. Texas, 539 V.S. 558.

عند رفع الدعوى إلى محكمة إستئناف ولاية كارولينا الشمالية أكدت حكم المحكمة العليا للولاية، واعتبرت القانون محل الدعوى دستوري وأدانت المدعي عليها. كما أكدت على عدم تعارض ما وصلت إليه مع الحكم الصادر في Lawrence حيث أن هذا الأخير قد استبعد صراحة البغاء والسلوك الفاحش العلني، وهو ما ينطبق على السلوك محل الدعوى المنظورة.

الفصل الثاني

مفهوم وتطبيقات النظام العام في القانون الأمريكي

المبحث الأول

في التشريع

ينص القانون المدني الفيدرالي النموذجي في المادة ١٧٨ على أنه:

١- " أي وعد أو شرط يتضمنه العقد يُعتبر غير قابل للتنفيذ لإعتبارات النظام العام إذا ورد نص يُعتبره كذلك، أو إذا أظهرت الظروف أن الإضرار بالنظام العام المترتب على تنفيذه يفوق المصلحة المرجوة من هذا التنفيذ.

٢- عند قياس المصلحة المرجوة من تنفيذ أي شرط في العقد، يجب الأخذ في الاعتبار ما يلي:

أ- التوقعات المعقولة للأطراف.

ب- أية خسارة قد تنشأ عن عدم التنفيذ.

ج- أية مصلحة عامة قد تتعارض مع تنفيذ شرط في العقد.

ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار ما يلي:

١- مدى قوة وجوهية هذه المصلحة، وهو ما يمكن إستخلاصه من التشريع أو أحكام القضاء.

٢- إلى أي مدى سوف يؤدي عدم تنفيذ العقد إلى خدمة هذه المصلحة ...
(١)

(1) Restatement Second of Contracts, Section 178 (When a term is Unenforceable on Grounds of Public Policy).

يتضح من النص السابق (وكما سبق أن نوهنا في بداية هذا الفصل) أن النظام العام في مفهوم المشرع الأمريكي لا يتمتع بالقدسية والتغليب على المصالح الخاصة والحرية التعاقدية في كافة الأحوال.

فالنص يضع شروطاً ومعايير للمفاضلة بين المصلحة العامة والحرية التعاقدية، وبحسب كل حالة يتقرر تغليب إحداها على الأخرى. وهو ما يمثل فارق جوهري بين القانونين المصري والأمريكي، فالقوانين اللاتينية ومنها المصري تعطي المصلحة العامة وكل ما يتعلق بالنظام العام فوق أي اعتبار خاص، بل وتصبغه بهالة من القدسية، لا يجوز تجاوزها.

ومن أمثلة التشريعات المحلية التي تنظم صراحة أمر النظام العام، تشريع ولاية لويزيانا بعنوان "قانون الحفاظ على المصلحة العامة"^(١) والذي يقضي بأنه: "لا يجوز للأفراد الانتقاص من أو مخالفة أي قانون تم إصداره بهدف المحافظة على المصلحة العامة. أي فعل يخالف مثل هذه القوانين يُعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً".

وهنا يلاحظ أن النص لا يخص بالتنظيم العقود والإتفاقات وإنما يتناول أي فعل يخالف أي قانون متعلق بالنظام العام.

وهناك عدة تشريعات محلية أخرى قد تعرضت بالتنظيم لمسألة النظام العام بصياغة مشابهة لتلك الواردة أعلاه.^(٢)

المبحث الثاني

في الفقه والقضاء

إن التطبيقات القضائية التي تناول مدى صحة ونفاذ العقود التي تتضمن مخالفة للنظام العام كثيرة لكن ليس فيها أحكام مثيرة للجدل، أو تاريخية، أو سوابق شهيرة تمثل حجراً للزاوية كما هو الحال بالنسبة للآداب العامة والتي سبق أن تناولناها.

- (1) Louisiana Civil Code, Article, 7: Laws for preservation of the public interest.
- (2) Texas Penal code, Title 9 "Offences Against Public Order and Decency".

هنا يثور التساؤل عن مدى الأهمية التي يوليها القضاء لمخالفة الإتفاقات للنظام العام، أو مدى قدسية مسألة النظام العام في النظام الأمريكي. يمكن أن توضح هذه المسألة الشائكة مقولة شهيرة لأحد القضاة في حكم أصدره يتعرض للنظام العام.⁽¹⁾

علق القاضي في حكمه بالقول أن: "محل الخصومة هنا هو عدم مشروعية المحل. وعدم المشروعية تلك قد ترجع إلى مخالفته للقانون أو مخالفته للنظام العام، إلا أنني أعارض الأستناد إلى مخالفة النظام العام، فهذا المفهوم كالجواد الجامح بمجرد امتطائه لا تعلم أبداً إلى أين يملك. فقد يقودنا بعيداً عن صحيح القانون، ولا ينبغي الإلتجاء إليه إلا عندما تستحيل كافة السبل الأخرى".

يُعبّر الرأي السابق عن النهج الغالب للقضاء فيما يتعلق بالدفع بالنظام العام **Public Policy defense**، فعندما يطالب أحد الخصوم المحكمة بإبطال عقد ما بسبب إصطدامه بالنظام العام، فإنه يطالب بأمر غير معتاد. فيأبطل التعاقد عادة ما يكون بناء على مخالفته للقانون.

باستقراء الفقه للأحكام التي تناولت إبطال عقود مخالفة النظام العام، انتهى إلى أن الخصم الذي يدفع بالنظام العام لإبطال التعاقد (عندما تناول القضية مدى صحة تعاقد إستناداً إلى أن محل العقد مخالف للقانون وللنظام العام) إن هو استند إلى نص تشريعي بالإضافة إلى هذا الدفع فإن فرصة نجاحه تتضاعف⁽²⁾. أما إن اعتمد على الدفع بمخالفة النظام العام مجرداً دون محاولة ربطه بنص تشريعي، فإن احتمال النجاح في

(1) Richardson V. Melish, 130 Eng. Rep. 294, 303, 2 Bing 229, 251-52 (Judge Burroughs J.).

تناول القضية مدى صحة تعاقد إستناداً إلى أن محل العقد مخالف للقانون وللنظام العام.

(2) David Adam Friedman, "Bringing Order to contracts against public policy", 39 Florida State University Law Review 563, Spring 2012.

إثبات إدعائه يقل كثيراً. بعبارة أخرى، يرى هذا الفقه أن المحاكم في العادة لا تمس بالعقد ما لم توجد قاعدة قانونية صريحة أو سوابق قضائية ثابتة تقضي بغير ذلك.^(١)

فالشاهد هنا أنه في الغالب من الأحوال تعترف المحاكم ضمناً باعتبار النظام العام "جواد جامع" كما وصفه القاضي Burrough وهو ما يدفعها إلى تجنب سبر أغواره وتفسير المقصود به وحدوده، وبالتالي تجنب أن يحملها ذلك الجواد إلى حيث لا تدري - على حد تعبير القاضي -

المبحث الثالث

أبرز التطبيقات القضائية ذات الصلة

وهنا نعرض لبعض التطبيقات القضائية التي تناولت إبطال العقد بسبب مخالفته للنظام العام لنرى كيفية معالجة المحاكم لها ومدى أهمية مفهوم النظام العام في نظر القضاء.

١ - *Coco V. Oden* :^(٢)

قام النائب العام برفع هذه الدعوى ضد النقيب Oden بسبب قيامه بعقد إتفاقات مع شركات الهاتف والتلغراف والسكك الحديدية للحصول على أسعار رمزية في بعضها واستخدام خدمات البعض الآخر مجاناً.

وقد طالب النائب العام المحكمة بإبطال هذه الإتفاقات باعتبارها مخالفة للنظام العام والآداب، كما تخالف المادة ١٩١ من الدستور الأمريكي.

- (1) David Adam Friedman, OP. Cit.: 'More often, it appears that courts are most willing to let a contract stand unless an express rule or strongly established case law dictates otherwise'.
- (2) *Coco V. Oden*, 143 La. 718 Supreme court of Louisiana 1918.

انتهت المحكمة إلى أن التعاقدات المذكورة تعتبر باطلة لإنعقادها بما يخالف حسن النية، والنظام العام والآداب، والدستور. لذا قضت ببطالانها كما قضت بعزل النقيب Oden من وظيفته.

يُلاحظ هذا أن النائب العام لم يقتصر على الإستناد إلى مخالفة الإتفاقات المذكورة للنظام العام والآداب، بل استند كذلك إلى مخالفتها إلى مادة محددة في الدستور الأمريكي، وهو ما يثير التساؤل: إن لم تكن تلك العقود مخالفة للدستور على هذا النحو، هل كان حكم المحكمة سيختلف؟

٢- *Marais V. Kramer*: (١)

في هذه الدعوى قام المحامي (Kramer) بإعطاء إستشارات قانونية لعدة أطراف لكل منهم مصلحة مختلفة في ذات المعاملة ثم قام أحد هذه الأطراف بإستدعائه للشهادة في دعوى لاحقة على تلك المعاملة بين ذات الأطراف. دفع الطرف الآخر بعدم جواز إستدعاء المحامي المذكور للشهادة، لأن إدلائه بما تلقاه من معلومات من أطراف أصحاب مصالح متعارضة إنما يخالف النظام العام، كما يخالف قاعدة المعلومات الخاصة^(٢) و حكمت المحكمة الابتدائية بطلان شهادة المحامي بناء على هذه الأسباب. عند الطعن في الحكم، رأت محكمة الإستئناف خطأ حكم المحكمة الابتدائية وقامت بإلغائه. استندت المحكمة في ذلك إلى أن الفقه السائد في مجال الإثبات قد استقر على أنه: "حينما يلتزم محامي تجاه عدة أطراف في معاملة قانونية واحدة بإعتباره ممثلاً عنهم أو مجرد مستشار قانوني لهم حيث يكون لكل منهم مصلحة مختلفة فيها، فإن المعلومات التي يطلع عليها في هذا الصدد لا تدخل ضمن قاعدة المعلومات الخاصة. ويجوز أن

(1) *Marcuse V. Kramer*, 5 Teiss, 247 WL1377 (June 8, 1908). Court of Appeal of Louisiana, parish of Orleans.

(2) Rule of privileged communication.

وهي القاعدة التي تحظر على المحامي إذاعة المعلومات التي يطلع عليها بحكم مهنته

يستدعيه أحد هؤلاء الأطراف للشهادة بها في أية دعوى لاحقة بين ذات الأطراف".^(١)

يرد في هذه المسألة كذلك أنه: "قد يتخذ خصمين أو أكثر نفس المحامي وكيلاً عنهما، ويتم الإفضاء إليه بمعلومات تتعلق بالخصومة مثل هذه المعلومات تعتبر محصنة (privileged) في مواجهة الغير ولا يجوز إطلاعها عليها ولكنها غير محصنة فيما بين المتخاصمين الأصليين أنفسهم. وبالتالي، يجوز لأيهما أن يطلب شهادة هذا المحامي ضد خصمه في أي دعوى تتعلق بنزاعهما."^(٢)

بناء على ما سبق، قررت محكمة الإستئناف إلغاء حكم المحكمة الابتدائية لعدم مخالفة الشهادة المذكورة لغالبية الفقه.

وهنا يتضح أنه عندما يتم الإستناد للدفع بالنظام العام وحده دون أن يسانده نص قانوني أو رأي فقهي مستقر، لا تقيم له المحكمة وزناً.

٣- *Master v. Red River Entertainment*:^(٣)

تتلخص وقائع هذه الدعوى في إتفاق المدعي (Master) مع أحد نوادي القمار (Red River Entertainment) على أن يخصص له النادي إستعمال حصري لإحدى ماكينات القمار (وهي آلة التوزيع الآلي)^(٤) وذلك بعد أن أعرب مدير النادي عن توقعاته بأن هذه الآلة سوف تبيع الجائزة الكبرى في وقت قريب.

بعد أن طال أمد إستعمال Master للآلة وإنفاقه مبالغ باهظة دون أن يتحقق الفوز بالجائزة الكبرى، قام برفع شكوى للجنة المختصة بألعاب القمار، إلا أن الأخيرة لم تستجب لشكواه.

(1) Marcuse V. Kramer, Op.Cit, 'Underwood on Evidence, P. 171'.

(2) Marcuse V. Kramer, Op.Cit, 'Weeks, On Attorney at Law, P. 175 Or, Wigmore on Evidence Vol. 4, P.3235'.

(3) Master V. Red River Entertainment L.L.C., 188 s0.3d 284: (2016) court of appeals of Louisiana, second circuit.

(٤) جهاز آلي تستعمل فيه قطع النقد المعدنية.

قام Master برفع دعوى على نادي القمار مدعياً عدم تنفيذ الأخير لإتفاقيهما الشفهي الضمني بالفوز. دفع المدعي عليه بأن هذا الإدعاء لا أساس له إذ أن مثل هذا الإتفاق المزعوم يخالف النظام العام لأن محل التعاقد غير مشروع وغير أخلاقي. حكمت المحكمة الابتدائية لصالح المدعي عليه.

طعن Master في الحكم السابق أمام محكمة الإستئناف مطالباً بتعويض عن عدم تنفيذ الإتفاق. فقامت محكمة الإستئناف بتأييد حكم المحكمة الابتدائية واعتبار التعاقد باطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام. وذكرت المحكمة أن التوقيع الذي صدر من جهة النادي بالفوز القريب لا يمكن إعتباره سبباً مشروعاً لإنشاء تعاقد، فمثل هذا التعاقد يُعد غير نافذ. وتضيف المحكمة أن الإتفاق المذكور يخالف صريح القانون كذلك فهو يتعارض مع المادة ٢٠٣٠ من التقنين المدني لولاية لويزيانا، والتي تنص على أنه: "يُعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً عندما يخالف قاعدة تتعلق بالنظام العام، كما لو كان محل التعاقد مخالفاً للقانون أو غير أخلاقي"^(١). بناءً على ما سبق، يُمكن أن نستنتج أنه على الرغم من مدى وضوح وبداهة المخالفة التي تتناولها الدعوى هنا للنظام العام بل وعدم منطقيتها، إلا أن المحكمة أثرت أن تدعم رأيها ذلك بنص القانون الصريح على ما انتهت إليه.

خاتمة

يهدف هذا البحث إلى رصد التباين في فكرة النظام العام والآداب بين النظامين القانونيين اللاتيني والانجلوسكسوني. وقد اتخذنا القانون المصري كنموذج للنظام اللاتيني، ونظيره الأمريكي كنموذج للنظام

- (1) Louisiana Civil Code, Book III, chapter 11: Nullity, Art. 2030 (absolute nullity of contracts). L.A.C.C. art 2030: "A contract is absolutely null when it violates a rule of public order, as when the object of a contract is illicit or immoral".

الأنجلوسكسوني. و تمت معالجة تلك الفكرة من حيث مفهومها و كيفية تطبيقها في كل من القانونين المعنيين.

لا شك أن تلك المعالجة تسنط الضوء على عدة أمور هامة ، من أبرزها:
١- العلاقة بين القانون والأخلاق: ومدى اهتمام كل نظام قانوني بدمج الأخلاق في التشريع و إعطائها دور إيجابي في صياغة نصوصه.

و قد اتضح الأهمية الكبيرة التي يوليها القانون المصري للأخلاقيات السائدة في المجتمع عن طريق إعلاء قيمتها القانونية على جميع ما دونها من الأمور. و قد تمثل ذلك في مفهوم الآداب العامة التي ينبغي أن يضعها الأفراد حداً لهم في أية معاملة أو عند إبرام أي اتفاق و إلا اعتبر باطلاً مطلقاً. و لا اختلاف على تلك القدسية بين التشريع المصري و الواقع التطبيقي المتمثل في أحكام القضاء.

على عكس ذلك ، قد استقر النظام القانوني الأمريكي في الوقت الحالي و بعد صراعات طويلة الأمد و تغيرات عديدة ، على عدم إعلاء هذا المفهوم على حرية الفرد. فقد أظهر الواقع العملي إعطاء الأولوية للحرية الفردية و الشخصية دون تقيّد بما تفرضه الأخلاقيات و الاعتبارات الدينية. و قد دعم هذا النظر ، الخوف من اتخاذ مثل هذه الاعتبارات ذريعة من قبل السلطة التنفيذية للحد من الحريات الشخصية التي يدعمها الدستور الأمريكي.

و يأتي هذا الاتجاه على عكس ما تقضي به النصوص القانونية في التشريع الأمريكي و التي تعترف بالاعتبارات الأخلاقية و الضوابط الدينية و تحظر مخالفتها و تُرتب على هذه المخالفة جزاء البطلان المطلق أيضاً. و نرى أن هذه النصوص ما هي إلا نوع من الاحترام الظاهري لما فرضه القانون الكنسي على مدى قرون زمنية طويلة.

٢- مدى التوازن بين المصلحة العامة للمجتمع و الحرية الفردية:
إن إقامة التوازن بين هذين الاعتبارين إحدى التحديات الأزلية التي تواجهها القوانين في كل العصور. إلا أن استقراء نصوص التشريع

وكتابات الفقهاء وأحكام القضاء في قانون ما ، يقود إلى معرفة أي هذين الاعتبارين هو الراجح في هذا القانون. وبنء على ذلك، ومن خلال التحليل الذي أجريناه على مدار هذا البحث، اتضح التباين الشاسع بين القانونين محل الدراسة بهذا الشأن.

فالقانون المصري يحيط كافة ما يتعلق بالمصلحة العامة ويدخل في إطار النظام العام، بهالة من القدسية التي لا يمكن المساس بها حتى وإن أدى ذلك إلى المساس بحرية الأفراد التعاقدية. فترجيح كفة المصلحة العامة والنظام العام في القانون المصري (أسوة بالقوانين اللاتينية) لا يشوبها شك. وقد ترك هذا الترجيح أثره الواضح على الكثير من النظريات و التطبيقات في هذا القانون.

أما في القانون الأمريكي، يتضح أن الاتجاه السائد هو إعلاء الحرية الفردية فوق أي اعتبار آخر. فهي ترجح على المصلحة العامة في الواقع العملي. فمجمال التطبيقات القضائية والتحليلات الفقهية في هذا الشأن تدل على أن حرية الفرد لا يحد منها سوى نصوص القانون. فإن اتضح أن تعاقد ما يتعارض مع النظام العام للمجتمع، لا يتم إبطال هذا التعاقد إلا بنء على مخالفة نص قانوني. أما الاقتصار على القول بمخالفته للنظام العام دون نص، غير ذي جدوى في غالبية الأحوال.

قائمة المراجع

• المراجع باللغة العربية:

- أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة،

٢٠١٠.

- المستشار أحمد طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة

النقض منذ إنشائها سنة ١٩٣١، الجزء الخامس، ١٩٩٠.

- د. توفيق حسن فرج النظرية العاملة للإلتزام: مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية ١٩٨٠ - ١٩٨١.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الإلتزام بوجه عام، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- د. محمد حسام محمود لطفى، المدخل لدراسة القانون فى ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الثانية عشرة، القاهرة ٢٠١٦.
- د. نبيل سعد، المدخل إلى القانون، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٤.
- وديع البقالي، بحث "إشكالية التوفيق بين النظام العام والحريات"، مجلة الفقه والقانون، العدد الواحد والخمسون، يناير ٢٠١٧.

• المراجع باللغة الإنجليزية:

- Bowers V. Hardwick, 478 U.S.186 (1986).
- Civil Code, Part II. Contracts, Title 31, subtitle4: Obligations and contracts, chapter 253: General Provisions, 31 L.P.R.A.S.3372 Permissible clauses and conditions.
- Coco V. Oden, 143 La. 718 Supreme court of Louisiana 1918.
- David Adam Friedman, "Bringing Order to contracts against public policy", 39 Florida State University Law Review 563, Spring 2012.
- Documents of the II vatican council: Dignitatis humanae (held on 11 October 1962).
- Gregory Kalscheur, "Moral limits on morals legislation: lessons for U.S. constitutional law from the declaration on religious freedom". , 16 S.Cal. Interdisc. L.J. southern California Interdisciplinary law Journal, Fall 2006.
- Griswold V. Connecticut 381 V.S. 479 (1965) 85 Supreme Court, 1678, 14 L.Ed. 2d 510.

- Lawrence V. Texas: 123 Supreme court of the united states 2472, 156 L.Ed. 2d 508, 71 USLW 4574, 03 Cal. Daily op. Serv. 5559. March 2003.
- Louisiana Civil Code, Book III, chapter 11: Nullity, Art. 2030 (absolute nullity of contracts).
- Louisiana civil code, Book III, Title IV. Conventional obligations or contracts, Chapter 11; Nullity LSA. C.C. Art 2030.
- Louisiana Civil Code, Article, 7: Laws for preservation of the public interest.
- Marcuse V. Kramer, 5 Teiss, 247 WL1377 (June 8, 1908). Court of Appeal of Louisiana, parish of Orleans.
- Master V. Red River Entertainment L.L.C., 188 s0.3d 284. (2016) cout of appeals of Louisiana, second circuit.
- N.C. G.S.A., Section 14 – 177 (offences against public morality and decency).
- Restatement (second) of contracts S. 179, chapter 8. Unenforceability on grounds of public policy, comment, reporter's Note.
- Restatement (second) of contracts, chapter 8: Unenforceability on Grounds of Public Policy. Topic 1: Unenforceability in general.S.179.
- Restatement Second of Contracts, Section 178 (When a term is Unenforceable on Grounds of Public Policy).
- Richardson V. Melish, 130 Eng. Rep. 294, 303, 2 Bing 229, 251-52 (Judge Burroughs J).
- Ryan M. Bernstein," constitutional Law- Civil Rights: The Supreme Court Strikes Down Sodomy Statute by Creating New liberties and invalidating old laws: Lawrence V. Texas, .U.S (2003)", 80 North Dakota Law Review 323, 2004.
- State of North Carolina V. Teresa Darlene pope, 168 Court of Appeals of North Carolina 592 (2005).
- State V. Harward, 264 N.C.746 (1965).
- Stephen M. Krason, The public order and the sacred order (Contemporary Issues, Catholic Social Thought,

and the Western and American Traditions), Volume 1, the scarecrow press Inc. 2009.

- Suzanne: B. Goldberg. "Morals-based justifications for lawmaking: Before and after Lawrence V.Texas", 88 Minnesota Law Review, May 2004.
- Texas Penal code, Title 9 "Offences Against Public Order and Decency".

البعث -- قليلة - وهي محاولة من الباحث لجمع شتات واضغاه
شكرة يتم عضلاتها ومقارنتها مع القوانين الأمريكية ذات السمبفه
الأبجود مكسومية ؛ ولعل اختلاف منارات النظام العام في التصرفين
الإسارتي والسوداني المستعملين من أحكام الشريعة الإسلامية
المستفاه من عملة الأحكام العمالية العثمانية وذلك من الإلهام بالك
عمل الوحك في سمنه بانه لا يخطئها سون .

بأية طريقه - مع جزيء الجسود رصدا - صمد زور - من الجوزي - أمريكا

نظرات حديثة حول الخطأ الطبي ومبدأ الإفصاح عن الخطأ الطبي بالإشارة لتجربة الولايات المتحدة الأمريكية

الخطأ الطبي في الولايات المتحدة الأمريكية

في الولايات المتحدة الأمريكية، الخطأ الطبي هو من أكثر الأسباب شيوعاً لادعاءات المسؤولية الطبية. ومع ذلك، فإن الإفصاح عن الخطأ الطبي يمكن أن يقلل من هذه الادعاءات ويحسن من الثقة بين المرضى ومقدمي الرعاية الصحية.

دكتور / أيمن محمد زين عثمان

أستاذ مساعد في الطب، كلية الطب، جامعة القاهرة، مصر.

أخصائي أمراض القلب، مستشفى عين شمس، مصر.

أخصائي أمراض الكلى، مستشفى عين شمس، مصر.

أخصائي أمراض الدم، مستشفى عين شمس، مصر.

أخصائي أمراض الجهاز الهضمي، مستشفى عين شمس، مصر.

نظرات حديثة حول الخطأ الطبي ومبدأ الإفصاح عن الخطأ

الطبي بالإشارة لتجربة الولايات المتحدة الأمريكية

*New perspectives on medical error and the principle
of disclosure of medical error by reference to the
experience of the United States of America*

دكتور / أيمن محمد زين عثمان

أستاذ القانون المدني المساعد

جامعة الشارقة - كلية القانون

قسم القانون الخاص - تخصص قانون مدني

ayzain@sharjah.ac.ae

بسم الله الرحمن الرحيم

مستخلص البحث

هذا البحث تناول جانباً جديداً من جوانب تنظيم العمل الطبي ؛ من واقع دراسة الخطأ الطبي بواقع منظور جديد ؛ يتمخض عنه حلاً لمشكلة أساسية وهي مدى إلتزام الأطباء والكوادر الطبية بالإلتزام بالإفصاح عن الخطأ الطبي الناتج عن أعمالهم الطبية ، وقد تم عمل دراسة دقيقة لتحديد ماهية هذا الإلتزام ؛ بالإضافة للإجابة عن تساؤل دائماً يطرح عن الأساس القانوني الذي يمكن الإستناد عليه ؛ فهل يكفي على أساس انه ناشئ من إلتزام طبيعي أو اخلاقي ؛ أم أن الأمر يجري تكييفه على أساس قانوني؟ والتي أفرزت تطبيقات عملية في التشريعات الأنجلوسكسونية وبالأخص في الولايات المتحدة الأمريكية.

وغير خاف على احد أن بعض المستشفيات في دولة الإمارات العربية المتحدة ؛ هي تعمل وفقاً لإعتمادات صادرة من جهات صحية عالمية تابعة للولايات المتحدة الأمريكية ؛ فلذا أثرت كتابة هذا البحث على ضوء من تجربة الولايات الأمريكية ؛ إذ في ذلك ترسيخ أكثر لمفهوم الرضائية

والشفافية؛ بالإضافة لجعل الخدمة الصحية والتشريعات الناظمة لها مواكبة حفاظاً لذلك الإعتماد؛ وتأكيداً للعالمية التي تنشدها دولة الإمارات العربية المتحدة.

وقد عرضت في هذا البحث المشكلات القانونية التي يمكن أن تواجه مبدأ الإفصاح عن الخطأ الطبي، واختتمت البحث بعدد من النتائج والتوصيات التي عاجلت من شأنها تلك المشكلات وقدمت حلولاً عملية في إطار المراكز القانونية المختلفة (المريض، الطبيب والمستشفى) وأوضحت مدى تأثير أعمال مبدأ الإفصاح على الأخطاء الطبية؛ وذلك بالاستفادة من تجربة الولايات المتحدة الأمريكية.

الكلمات المفتاحية: الخطأ الطبي، الإفصاح عن الخطأ الطبي، التطبيقات في الولايات المتحدة الأمريكية.

Abstract:

This research deals with a new aspect of the organization of the medical work; pursuant to the reality of the study of medical error with a new perspective; it results in a solution to the basic problem which is represented in compliance of the physician and medical staff with disclosure of medical error resulting from their medical work. Therefore a careful study has been conducted to determine how this commitment should be done. In addition to answering a question about the legal basis on which it can be relied upon; is this compliance arising from natural or ethic basis or is it being arises from a legal basis? Which produced practical applications in Anglo-Saxon legislation, especially in the United States of America.

It is known to all that some hospitals in the United Arab Emirates work in accordance with the appropriations issued by the world health authorities of the United States of America; therefore I preferred to write this research as reflection of the experience of the United States of

America; so it is more consolidation of the concept of consensual and transparency; In addition to make the health service and the legislations that regulate it in a conveying to keep the adoption of this; and the confirmation of the universality sought by the United Arab Emirates.

I presented in this research the legal problems that may face the medical error disclosure principal, and I conclusions the research by a number of results and recommendations that dealt with these problems and provided practical solutions within the various legal centers (patient, Physician and hospital) and explained the impact of the implementation of the principle of disclosure on the medical errors, drawing on the experience of the United States of America.

Key Words:

Medical error, Disclosing Medical error, Applications in The USA.

١- مقدمة :

يعتبر عقد العلاج الطبي من الموضوعات المهمة في حياة البشرية، إذ أنه يتركز في أعز ما يملكه الفرد؛ وهو تمام الصحة والسلامة؛ وكثيرة هي الكتابات القانونية التي تناولت موضوعات الخطأ الطبي وما يتصل بها من موضوعات شتى مثل إثبات الخطأ الطبي ومثل درجة الخطأ الطبي الواجب التعويض، كما أن الأحكام القضائية الإماراتية وغيرها من أحكام مقارنة بما فيها القانون السوداني قد كيف المسؤولية المدنية الناشئة عن خطأ الطبيب تارة في نطاق المسؤولية العقدية؛ وتارة أخرى في مجال المسؤولية التقصيرية، كما لا يفوتنا أن الدعوى الجزائية حاضرة في هذا المجال.

وقد لاحظنا أن معظم الأبحاث العلمية وغيرها من مؤلفات؛ قد أشارت وبغزارة على واجب الطبيب ومسئوليته في التبصير؛ وذلك في جميع المراحل التشخيصية والعلاجية، لكنها لم تلق بالأعلى واجب

الطبيب ومستوليته في الكشف أو (الإفصاح،) (Disclosure) عن خطؤه الطبي كما وجدنا مؤخراً في التطبيق الأمريكي الخاص بتلك النزاعات .
ومفهوم الإفصاح أو المصارحة عن الخطأ الطبي ، نعتقد أنه واجب يختلف كثيراً عن الإلتزام بالتبصير، والذي منبأه إعلام المريض عن مستوى الخدمة العلاجية التي تقدم له في مرحلتي التشخيص والعلاج ، وما يمكن أن يلحقه من خلال ذلك من ضرر . بينما إلتزام الإفصاح عن الخطأ الطبي منبأه الأساسي قائم على الشفافيه في توضيح الخطأ الطبي وحجم الأضرار التي تنشأ بعد العملية العلاجية أو التشخيصية .

ونعتقد أنه أن الأوان لإحداث نقله ولو جزئية في مجال إلتزام الطبيب بالإفصاح عن خطأؤه الطبي ؛ مما قد يوفر كثيراً من الوقت والمصروفات بالنسبة لحالة المريض الذي يخفى عليه حدوث تلك الأخطاء الطبية التي قد تكون جراحية خطيرة . ويستطيع من خلال إلتزام الطبيب بهذا المبدأ الجديد البحث عن وسائل علاجية أخرى تكون مناسبة وناجعه قبل تزايد الآلام . بالإضافة لأن أعمال إلتزام الإفصاح عن الخطأ الطبي وجدنا أنه من المناسب إعماله في التشريعين الإماراتي والسوداني ؛ على إعتبار ماوقفت عليهما من منازعات قضائية تثبت دون شك إرتفاع معدلات الخطأ الطبي في البلدين ؛ ويقابل ذلك ضعف قدرة المرضى في تقديم البيئات لإثبات علم الطبيب بحصول الخطأ الطبي في أحيان كثيرة .

٢- أهمية الموضوع:

يكتسب موضوع البحث بعداً مهماً في إطار أنه يرسخ لنشوء إلتزام جديد) غير مطبق بالفعل على الواقع في التشريعات ذات الصفة اللاتينية ، بل أن هذه الدراسة لها قصب السبق فيما نعتقد لنقل وتطبيق إلتزام الإفصاح عن الخطأ الطبي من خلال التطبيق الأمريكي ومعايرته على القانونين الإماراتي والسوداني وهذا يحقق النطاق النظري في الأهمية .

أما على النطاق العملي لأهمية موضوع البحث ، فنرى أن هذا البحث قد يحقق نتائج إيجابية كثيرة ومتعددة ؛ منها :

(أ) تطبيق وفرض مبدأ الإفصاح كإلتزام مدني قانوني على خطأ الطبيب والكوادر الصحية ؛ يتسق مع مفهوم الرعاية الصحية والتي دائماً ماتتسم بالشفافية **Transparent**.

(ب) تطبيق وفرض إلتزام الإفصاح عن الخطأ الطبي يساعد المريض في إتخاذ قراراته المناسبة بشأن صحته وفيها تفعيل موسع لمفهوم مبدأ الرضائية **Consensual**.

(ج) عملياً نجد أن إلتزام الأطباء والمستشفيات للإفصاح عن أخطائهم الطبية أيضاً يحقق ميزتين وهما :

الأولى منها لفائدة المستشفى والمؤسسات العلاجية المختلفة ؛ حيث يسمح إلتزام الإفصاح بعرض الأخطاء الطبية التي حدثت ؛ وبالإمكان مناقشتها وفحص مسبباتها ؛ ومن ثم تلافيها أو التقليل من أثرها إلى اخف الأضرار.

أما الفائدة الثانية فإن الإفصاح عن الخطأ الطبي ؛ فنجد أنه يغطي حقوق المرضى في الحصول على علاج آمن حتى وإن صاحبه أخطاء طبية ، فالعلم بالشئ أفضل من كتمانها.

(د) وجدنا لموضوع بحثنا أهمية من واقع أن مصارحة المرضى بما لحقهم من اضرار ناتجة لأخطاء طبية ؛ قد يقلل من تكاليف التعويض ؛ بمعنى آخر فإن الكشف عن الخطأ الطبي من المستشفى أو الطبيب يقلل من المساءلة القانونية التي يمكن أن تلحقهم ، فالتعويض المبكر يكون قطعاً أقل (في غالبه) كآثر للمسئولية المدنية ؛ وهذا ما وجدناه من خلال تجربة المراكز الطبية الأمريكية كما سيرد في متن البحث .

(هـ) فرض إلتزام الإفصاح عن الخطأ الطبي يعالج المشكلات القانونية الناشئة من تأثير فكرة التقادم على رفع الدعاوي في وقت لاحق ومتأخر لإكتشاف الخطأ الطبي.

٢- شروط البحث:

تتمثل فرضيات هذا البحث في الفروض التالية:

- (١) هل إلتزام الطبيب والمستشفى بالإفصاح عن الخطأ الطبي يمثل إلتزاماً طبيعياً أم أنه إلتزاماً مدنياً الإخلاقياً به يرتب مسؤولية مدنية ؟
- (٢) هل إخفاء الطبيب وعدم إفصاحه عن خطأه الطبي يعد صورة من صور التدليس أو التفرير ؟ أم كون إثبات الخطأ يقع على المريض فإن الطبيب لا يلزم بالكشف عن خطأه العلاجي ؟
- (٣) هل هناك سنداً أو غطاءً تشريعياً يسد الفجوة أو التقص في التشريعين الإماراتي والسوداني لإقرار وفرض الإلتزام بالإفصاح كإلتزام مدني؟ وبعبارة أخرى هل تصبح القواعد العامة الواردة في قانون المعاملات المدنية او القواعد الخاصة بقانون المسؤولية الطبية الإماراتي لسنة ٢٠١٦ كاشفة او هادية ؛ لتغطية هذا الإلتزام ؛ عبر قواعد التفرير أو التدليس في العقد ومبدأ تطبيق العقود بمبدأ حسن النية ؛ باعتبارهما هما الأقرب لمعالجة البحث على سند مما هو قائم من تشريعات .
- (٤) هل تكفي قواعد النظام العام للمجتمع المستمدة من أحكام عرفيه والشريعة الإسلامية ؛ كمصادر للتشريعين في القانونين السوداني والإماراتي ؛ للتحقق من مدى صحة إفتراض هذا الإلتزام بالإفصاح ؟ بالأخص وقد ثار الجدل حوله في الفقه الأمريكي من كونه إلتزاماً أخلاقياً رغم بروز تطوره من الناحية القانونية لديهم .

(٤) مشكلات البحث :

يعتقد الباحث بأن موضوع الإفصاح عن الخطأ الطبي تلتبس به مشكلات قانونية علمية وعملية ؛ كثيرة ومتعددة ؛ لكن يمكن حصرها في الآتي :

(أ) موضوع البحث من الجدة بمكان بحيث أنه يرسخ لمبدأ غير مستقر على مستوى التشريعات الإماراتية والسودانية ؛ ويمتد الأمر لبقية التشريعات العربية - بحسب ما وقفنا عليه - وبالتالي تصبح مادة

البحث - قليلة - وهي محاولة من الباحث لجمع شتات وإضفاء فكرة يتم مضاهاتها ومقارنتها مع القوانين الأمريكية ذات الصبغة الأنجلوسكسونية ؛ ولعل إختلاف ضابط النظام العام في التشريعين الإماراتي والسوداني المستمدين من أحكام الشريعة الإسلامية المستقاة من مجلة الأحكام العدلية العثمانية ومذهب الإمام مالك ؛ يجعل البحث في صعوبة بالغه لانتظتها عين .

(ب) يواجه موضوع البحث رفضاً - كما وقفت - من كثير من الجهات الصحية المؤسسية ؛ باعتبار ان إقرار وفرض إفصاح الطبيب عن خطأه يعرضه للمساءلة القانونية ؛ مما يقلل من سمعه وإقبال المرضى على المستشفيات ؛ بالإضافة لأن المسألة تثير حفيظة شركات التأمين الصحي ؛ باعتبار أنها جهة التعويض عن تلك الأخطاء .

(ج) وجدت من خلال مساهمة البحث في الندوات العامة التي قدمتها في مجال المسؤولية المدنية للطبيب (ندوة عقدت بجامعة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة) إن البعض ينظر للإفصاح عن الخطأ الطبي ؛ كونه يهدم مبادئ أساسية راسخه في السمعة الصحية لمرافق الدولة والتي منها حماية أسرار المنشآت وعدم تعريضها للنشر مما يهدم فكرة الإفصاح عن الخطأ الطبي ، مما جعلنا نخضع هذه الفرضية ضمن مشكلات البحث .

(د) وجد الباحث أن المرافق الصحية والتي دأبت على إصدار إقرار يشير لإعفائها أو الحد من المسؤولية ؛ يجعل من دراسة موضوع الإفصاح أمراً غاية في الصعوبة ؛ باعتبار أن الإعفاء أو الحد من المسؤولية هو عنصر مضاد وفي إتجاه آخر من إقرار مبدأ الإفصاح عن الخطأ الطبي ، فإذا كان الطبيب او المستشفى يتمترسان خلف توقيع المريض على الحد أو الإعفاء من المسؤولية فلا بد أن ذلك له تأثير على مبدأ الشفافية في التعامل مع كشف الأخطاء الناتجة من الأعمال الطبية.

(٥) منهج البحث :

إتبع الباحث في كتابة هذا البحث لاسلوب المنهجين الوصفي والتحليلي ؛ حيث قمت بعرض الآراء الفقهية ؛ وعرضتها في شكل مقارن ؛ وأجريت عليها الترجيحات اللازمة كلما كان ذلك مناسباً ؛ مما ساعد الباحث في الوصول لتوصيات نابعه مما تم عرضه ؛ وبما أن البحث معظمه ركز على تجربة الولايات المتحدة الأمريكية في إنفاذ مبدأ الإفصاح عن الخطأ الطبي ؛ فإن ذلك وللأمانة العلمية إضطرنا لكتابة النصوص الأجنبية الاصلية في كثير من الأحيان دون تصرف ؛ على اساس مايتناوله الأمر من مساس بجانب مهم في حياة الأفراد وهي صحة الإنسان .

(٦) خطة الدراسة :

تم تقسيم الدراسة لمبحثين رئيسيين ، تناول الأول منها بعض من جوانب المسؤولية الطبية ، وجاء المبحث الثاني مفصلاً لمبدأ الإفصاح عن الخطأ الطبي ، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : طبيعة المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي والقانونين الإماراتي السوداني.

المطلب الاول: نظرة الفقه الإسلامي للمسؤولية الطبية .

المطلب الثاني : نظرة الفقه المقارن والتشريع الإماراتي للمسؤولية الطبية.

المطلب الثالث: نظرة الفقه والتشريعين السوداني والإنجليزي للمسؤولية الطبية.

المطلب الرابع: مقارنة فقهية بين التشريع الإماراتي والتشريعات المقارن في درجة الخطأ الموجب للمسؤولية الطبية.

المبحث الثاني : الإفصاح عن الخطأ الطبي .

المطلب الاول : ماهية الإفصاح عن الخطأ الطبي وأهميته.

المطلب الثاني: الاساس القانوني للإفصاح عن الخطأ الطبي.

الفرع الأول: الإفصاح عن الخطأ الطبي بين الإلتزام المدني والإلتزام الطبيعي.

الفرع الثاني : الإفصاح عن الخطأ الطبي اساسه التفرير المعيب للرضاء.

المطلب الثالث: التطبيقات القانونية العملية للإفصاح عن الخطأ الطبي بموجب تجربة الولايات المتحدة الأمريكية.

الفرع الأول: تجربة محافظة كيويك الأمريكية.

الفرع الثاني : تجربة ولاية أريجون الأمريكية.

الفرع الثالث : تجربة ولاية أركنساس الأمريكية.

الغائمة : النتائج والتوصيات

المبحث الأول

طبيعة المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي والقانونين الإماراتي السوداني

المطلب الأول

نظرة الفقه الإسلامي للمسئولية الطبية

يعتبر الدين الإسلامي أهم نعمة أسبغت على المسلمين في مشارق الأرض ومغاربها كيف لا وقد أخرجنا من الظلمات إلى النور ، ولولاه لما كنا لنهتدي فالحمد لله على هذه النعمة كما أن المسلم يحظى دائما وأبدا برعاية الله سبحانه وتعالى في السراء والضراء وفي حال الغنى والفقر وحالة الصحة والمرض .

ففي الصحة العافية والقدرة على العبادة ، وهي نعمة وفي المرض أيضا نعمة ففيها كفارة من السيئات فقد روي عن مالك عن يحيى بن سعيد الأنصاري (أن رجلاً) لم يسم جاء الموت في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رجل لم يسم هنيئا له مات ولم يبتل بمرض فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ويحك كله رحمة لمن وقع فيهلكة لا يستحقها ، كما أن ويل كلمة عذاب لمن يستحقه وهما مق (وما يدريك) يعلمك (لو أن الله ابتلاه بمرض يكفر به من سيئاته) فإنه غير المعصوم لا يخلو غالبا في مواجهة السيئات فالمرض مكفر لهما أو رافع للدرجات وكاسر لشماخة النفس وقد روي أنه صلى الله عليه وسلم خطب امرأة

فوصفها أبوها بالجمال ثم قال : وأزيدك أنها لم تمرض قط فقال صلى الله عليه وسلم ما لهذه عند الله من خير^(١).

وغير أن خير الأنام سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم قد مارس الطب بالسنة الفعلية عندما قام بمداواة الصباحي الجليل سعد بن معاذ وذلك عند جرحه في موقعة الأحزاب سنة ٦٢٦ م حيث استخدم الكوي مرتين لإيقاف النزيف^(٢).

كما أن المصطفى عليه السلام أعاد عين قتادة بعد إصابته في إحدى حدقتيه يوم أحد أثر سهم أصابها فكانت أحسن عينيه وأقوى في الإبصار من الأخرى^(٣).

ونجد أن الشواهد عديدة التي دلت على سبق الشريعة الإسلامية بمصادرها لأهمية التداوي والشفاء عن طريق مهنة الطب فقد ورد في حديث ابن عباس عند البخاري وغيره عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الشفاء في ثلاثة : في شرطة محجم أو شربة عسل^(٤) ، أو كية بنار وأنهى أمتي عن الكي . وفي لفظ (وما أحب أن اكوي) .

واقع الأمر فإن الإشارة للفقهاء الإسلامي في هذا الخصوص يبدو واجب فلا يمكن دراسة قواعد المسؤولية الطبية في التشريعات دون الفقه الإسلامي والذي قنن المسؤولية الطبية وحرص المسلمين على ضرورة أخذ التداوي من أهل الاختصاص فقد ورد أنه^(٥) :

- (١) كتاب الجامع ما جاء في أجر المريض ص : ٣٨ .
- (٢) د. يعقوب أحمد : فقه الطب مدى استجابة الفقه الإسلامي للمستجدات في مسؤولية الطبيب المهنية ، رسالة ماجستير ، جامعة أم درمان الإسلامية ، بحوث ودراسات الفكر الإسلامي ، فبراير ٢٠٠٨ م ص : ١٠٥ .
- (٣) د. أسامة السيد عبد السميع : نطاق زراعة الأعضاء البشرية في ضوء مكافحة الإتجار بالبشر ، ط ١ ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص : ١٠ .
- (٤) الشوكاني : الدراري المضيئة ، مؤسسة الكتب الثقافية ، ١١٧٣ - ١٢٥٠ هـ ، ص : ٣٥٠ .
- (٥) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، الجزء الرابع ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ص : ٣٨٣ .

حدثني عن مالك ، عن زيد بن أسلم أن رجلا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم أصابه جرح فاحتقن الجرح الدم ، وأن الرجل دعا رجلين من بين أئمة فنظر إليه فزعا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهما : أيكما أطب ؟ فقال : أو في الطب خيرا رسول الله ؟ فزعم زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أنزل الدواء الذي أنزل الأدوية .

وهناك بعض الأئمة أشاروا في بعض الروايات بأن الطبيب يلزم بدفع الدية إذا اخطأ مثلا قام بقطع الحشفة أثناء عملية الختان بينما قال بعض الأئمة مثل مالك في رواية أن الطبيب لا يضمن خطأه إذا كان من أهل الطب فإن لم يكن من أهل الطب اعتبر متعديا وقد ورد في ذلك بإجماع عن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " من الطبيب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن " . رواه أبو داود والنسائي وقال الحاكم وصحيح الإسناد^(١) .

ويؤكد كثيرا من الشراح^(٢) في العصر الحديث أن المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية يجد سندها في الحديث الشريف وفق ما رواه أبو داود في الحديث السابق حيث قال ابن القيم الجوزية في كتابه الطب النووي وقوله صلى الله عليه وسلم (من تطيب) ولم يقل من طب لفظ التفعيل يدل على تكلف الشيء للدخول له بعبارة وكلفة وأنه ليس من أهله كتعلم وتشجيع ونظائرها .

- (١) ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ص : ١٦٨٨ .
- (٢) راجع في ذلك د. كعدان عبد الناصر : المسؤولية الطبية بين التراث الطبي العربي الإسلامي والطب الحديث بالموقع الإلكتروني : <http://www.Islamicmedicine.org/medicoethics4.htm> ، تاريخ دخول الموقع ٢٠١٥/٢/١٦م ، وانظر أيضا : د. قاسم ، الحاج بحث عن المسؤولية الشرعية والقانونية للطبيب ، المؤتمر السنوي الأول ، جامعة الحوض ، كلية الحقوق ، ص : ٧٥ .

ولعل تركيزنا في هذه الدراسة على المقارنة الفقهية بين الشريعة الإسلامية والتشريعين الإماراتي والسوداني لهذا الموضوع باعتبار تأثير الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لقانون المعاملات المدنية في البلدين ولن نغفل الإشارة لسبق قوانين مثل شريعة حمورابي والتي أسهمت فيما مضى بوسع أسس وضوابط ممارسة مهنة الطب^(١).

ومعلومة بالضرورة أن مقاصد الشريعة الإسلامية متمثلة في

خمس مقاصد وهي :

The Al Maqasid al sharia (objectives of diving law are five :

1. Preservation religion and morality (hifz al – din) ;
2. Preservation of life and health (hifz – al nafs) ;
3. Preservation of progeny (hifz al -nasal and ;
4. Preservation of intellect /sanity (hifz – al; - aql ; and
5. Preservation of wealth (hifz al – mal).

والقانون الطبي الإسلامي هو امتداد لتلك الشريعة المستنبط منها أحكام الفقه والتي تؤثر على حياة المسلم لإيجاد الحلول أو القواعد عبر توضيح الواجب أو الفرض أو المندوب أو المكروه أو المحرم^(٢).

وجدنا أيضا أن فقهاء المسلمين قد انقسموا لفريقين في خصوص

ما يسمى بالطب النبوي Al-Tibb al-Nabawi عن النبي صلى الله عليه وسلم :

(The medicine recommended by prophet Mohamed (saw) is shown as Al Tibb alnabawi is referred to his advice and actions with regard to medicine. The question arises whether all of his sayings and actions relating to medicine were revealed from Allah (S.W.T) or just his ----- and experiences?

(١) د. كعدان، عبد الناصر : مرجع سابق ، من الموقع الالكتروني ، تاريخ دخول الموقع ٢٠١٥/٢/١٦ م.

(2) Abul Fadl Mohsin (vaccination in the context of Al maqasid Al – shariah (objective of divine law) and Islamic medical jurisprudence. (Almanhal. – Arabian journal of business and management review (OMAN chapter) .

Two schools of thought exist Ibn-Khaldun (d. 1406) was at the opinion that medical advice was a worldly affair, but Ibnal-qayyim thought otherwise.

The former, Ibn-Khaldun writes that the tibb mentioned in prophet tradition is based on the old tribal medicine and has nothing to do with revelation) and some of people they thought that prophetic medicine was based mainly on personal experiences.(⁽¹⁾)

ولكن كيف نشأت مسئولية الطبيب عن أفعاله وفق نظر الشريعة الإسلامية المعاصرة .

واقع الأمر فإن الدراسات الفقهية الإسلامية المعاصرة اختلفت فيها الآراء عند تحديد ذاتية معيار المساءلة الطبية وفق نهج الشريعة الإسلامية فمنهم من اعتبر عدم تضمين الطبيب خطأه إلا في حالة تجاوز الحد المرسوم المتفق مع أصول المهنة .

الاتجاه الآخر اعتبر أن ضمان الطبيب عن فعله لا يتحقق بمحصول الخطأ فقط ؛ فلا بد أن يصاحبه تقصير ونوضح الأمر من خلال المقارنة التالية :
الاتجاه الفقهي الأول : اعتبر بعدم مساءلة الطبيب وضمانه إلا في حالة تجاوز أصول المهنة :

يرى هذا الاتجاه من الفقه أن الشريعة الإسلامية عرفت نوعين من الخطأ الطبي وهما الخطأ في الظن (القصد) والخطأ في الفعل فالخطأ في القصد في المجال الطبي وأرد الحصول عند قيام الجراح بخطأ في ظنه بقطع

-
- (1) Nurdeng deuraseh (preservation of the health in Islamic law 2009 114 M press international Islamic university Malaysia page: 16 .Abul Fadl Mohsin (vaccination in the context of Al maqasid al – sharia (objective of divine law) and Islamic medical jurisprudence (Almanhal – Arabian journal of business and management review (OMAN chapter) . (1) Nurdeng deuraseh (preservation of the health in Islamic law 2009 114 M press international Islamic university Malaysia p: 16.

عضواً للمريض ويتبين لاحقاً بأنه ليس العضو محل الجراحة المطلوب قطعه ، أما الخطأ في الفعل فيحصل عندما يقصد الجراح فعلاً (مباحاً) لكنه يقع في المحذور ، كمن يقوم بعملية تخدير للمريض فيؤدي بذلك لإصابته بشلل أو وفاة المريض .

ومع أن الشريعة الإسلامية صفت الأمر على هذين النوعين ، إلا أنها لا تلزم الطبيب بالضمان إلا في حالة الخروج عن الحدود المرسومة لأصول المهنة بما يعني أنها توفر حماية قانونية للطبيب في عمله حتى وأن ارتكب الأخطاء القاتلة أو الجسيمة وقد ورد في ذلك أن جهل الطبيب بأصول المهنة وارتكابه الخطأ يجعله ضامناً لفعله كما ورد في حديث عن الحنفية (سئل في طبيب جاهل طلبت منه امرأة مريضة دواء لها شربته بنفسها في بيتها ، فزعم أنيها ازداد مرضها بالدواء المذكور وأن الطبيب يلزمه ديتهما إذا ماتت من المرض المزعوم فهل لا يلزمه شيء ولا عبرة بزعمه ؟ الجواب نعم .

وجاء في فروع الحنفية أنه لا يضمن حجام ولا بزاع أو فصاد لم يتعد الموضع المعتاد لأنه التزام بالعضو فصار واجبا ، والفعل الواجب لا يجامعة الضمان^(١) .

ويتفق مع الاتجاه السابق البعض من الفقه المعاصر والمقيد بعدم مساءلة الطبيب في تضمين أضراره بالمريض إذا لم يقع منه خطأ ، وذلك بزعم أن الفقه الإسلامي يرى في العقد الطبي أنه عقدا احتماليا وأن ما هو مطلوب تحقيقه بذل عناية ، وليس تحقيق غاية ، وعليه فإن أداء الطبيب الجراح عمله في الحدود الشرعية يجعله غير ضامن لأي ضرر يلحق المريض إذا لم يكن في الإمكان التحرز منه^(٢) .

- (١) د. بابكر الشيخ : المسؤولية القانونية للطبيب ، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة والمجاهات القضاء ، الطبعة الأولى ، دار الماسة للنشر والتوزيع ٢٠٠٢ ص : ١٦٩ .
- (٢) د. سويلم محمد : مسؤولية الطبيب الجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٩ ص ١٧٥ .

الاتجاه الفقهي الثاني : المعتبر بثبوت الضمان عن العمل الطبي في حال حصول تقصير :

بعض فقهاء الشريعة الإسلامية خيروا بين الخطأ والتقصير في العمل الطبي فلا يعد الطبيب ضامنا لفعله بمجرد حصول خطأ منه أثناء مزاوله المهنة إذ أن القول بغير ذلك سيؤدي لتنصل وامتناع الأطباء عن أدوارهم في التطبيب للمرضى وبالأخص هناك أحوال يكون فيها الطبيب غير متأكد من نتائج ما يقدمه من علاج فالقول بالمحاسبة والضمان بمجرد حصول الخطأ يحقق ضررا أكبر بالمرضى ولذا قصرت الشريعة الإسلامية مسئولية الطبيب على التعدي والتقصير^(١) .

واقع الأمر أن فقهاء المسلمين كيفوا مسئولية الطبيب على أساس المسئولية العقدية حيث أن عمل الطبيب يماثل غيره من العقود التي يلتزم بها صاحب المهنة بأداء منفعة للغير في أداء أعمال طبية معينة في مدة معينة ويتحصل مقابلها على الأجر وهذا ما ذهب إليه المذاهب الأربعة الرئيسية الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٢) .

- (١) د. سليمان مرقس ، المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - ط ٢ القاهرة - معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية ١٩٧٢ - ص : ٤٦٥ .
 - (٢) فقد جاء في مذهب الحنفية قول الإمام السرخسي في المبسوط : وأما فعل الفصاد والبزاع فإنه مضمون ضمان عقد . أما المالكية فقد قال بن رشد يستفاد أن المسئولية الناشئة عن أعمالهم هي مسئولية عقدية فيقول في هذا الصدد : والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار إلا أنه يعلم أنه تعدي فيضمن حينئذ . أما الشافعية فقد جاء في كتاب الإمام الشافعي قولان في استحقاق الطبيب الأجر إذا طلب منه القيام بأي عمل يتعلق بعلاج أو تطبيب أحدهما أنه يتحقق الأجر في حال السلامة والعطب والآخر أنه ليس له من الأجر شيء إذا فعل ما لا يفعله مثله وهو أصلح القولين . أما الحنابلة فقد أشارت النصوص الواردة عنهم على أن مسئولية الطبيب هي مسئولية عقديها وأصلحها العقد المبرم فقال بن قدامة في ذلك : ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه لأنها منفعة مباحة مقصودة فجاز الاستئجار على فعلها فإن أخطأ فقلع غيرها تعلق ضمنه لأنه في جنائته .
- راجع في ذلك د. سويلم محمد مرجع سابق ص : ١٧٥ .

غير أن هذا الإجماع لفقهاء المسلمين المعتبرين بتكليف المسؤولية الطبية بأنها عقدية لم يمنع أيضا الفقه الإسلامي من تكليف المسؤولية المدنية للطبيب في حالات معينة بأنها ضمن المسؤولية التقصيرية Tort Liability وهذه الحالات هي :

١. حالات علاج المريض دون إذنه : فاختلال عنصر الرضا هنا ينفي الصفة العقدية للعلاقة بين الطبيب والمريض فإن عالج الطبيب المريض فأتلف شيئا أثناء العلاج فعليه الضمان.

٢. حالة الطبيب الجاهل : يشترط في الطبيب أن يكون من أصحاب التخصص لعلاج المرضى فيما يعانون منه أما الجاهل بالطب فإذا تطب بغير علم فهو ضامن سواء ثبت تقصيره أم لا ولا يؤثر وجود العقد المبرم ابتداء في تكليف المسؤولية هنا على أساس التقصير.

٣. حالة الطبيب الذي يباشر القصاص من الجاني : أيضا اعتبرت أحكام الفقه الإسلامي بأن تجاوز القصاص وهو من يقوم بمباشرة القصاص على الجاني ، الحدود الواجبة عمدا في عملية القصاص فوجب الاقتصاص منه بقدر الزيادة وأن جاء قصاصه بطريق الخطأ كان عمل الزيادة على عاقلته . ويلاحظ هنا ان الصفة العقدية هنا متفية تماما بين الجاني المقتص منه والقصاص الطبيب^(١).

خلاصة الأمر أن الفقه الإسلامي يعتبر أن مسؤولية الطبيب على المريض أساسها المسؤولية العقدية واستثناءا هي مسؤولية تقصيرية في حالات معينة مما تتفق معه التشريعات والأحكام القضائية كما سنرى والتي أخذت بالمسئوليتين العقدية والتقصيرية في قضايا مختلفة .

(١) د. سويلم محمد ، مرجع سابق ص : ١٧١ .

المطلب الثاني

نظرة الفقه المقارن والتشريع الإماراتي للمسئولية الطبية

معلوم أن المسئولية المدنية كمبدأ عام تنقسم لقسمين : مسئولية عقدية وهي التي تنتج نتيجة الإخلال بالعقد وتتطلب توافر ثلاثة أركان رئيسية وهي خطأ المدين ، الضرر ، وعلاقة السببية .

ويرى البعض^(١) أن المسئولية المدنية بصورة عامة لا تنشأ إلا عند إخلال المدين بالتزام واجب عليه ، وقد انقسم الفقه في شأن الأساس الذي تنشأ به المسئولية المدنية لفرعين رئيسيين وهما فئة أولى أقامت المسئولية على أساس الخطأ ، وفئة أخرى أقامت المسئولية المدنية على أساس الضرر .

ويقول الفقه (سافتييه) "Savator" يجب تعريف المسئولية بأنها الالتزامات التي تؤخذ على عاتق من يكون مسئولاً عن نتائج النشاط الذي يقوم به ، وعليه فلا توجد غرابة بأن يجعل هذه المسئولية على النشاط الداخلي من أي خطأ كان .

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام ما هو أساس المسئولية المدنية التي تتبعها التشريعات المقارنة والتشريع الإماراتي ؟

واقع الأمر هناك اتجاهات تشريعية وفقهية متباينة في هذا الأمر ، فنجد أن البعض أشار لاستناد القضاء الإماراتي فقط على المسئولية التقصيرية Tort liability كأساس للمسئولية الطبية ويعزى الأمر لأن علاج المرضى أغلبه يكون في مستشفيات تابعة لوزارة الصحة بما لا يسمح معها الحديث عن الرابطة العقدية التي تولد المسئولية العقدية^(٢).

(١) فاطمة عبد العزيز : المجلة القانونية والقضائية ، العدد الثاني ، البند الأول ، دولة قطر ، وزارة العدل ، مركز الدراسات القانونية القضائية - ٢٠٠٧م ، ص : ١٨ .

(٢) زهرة محمد المبارك : المسئولية المدنية للأطباء في التشريع الإماراتي ، مجلة الدراسات القضائية ، العدد التاسع ، ٢٠١٢م ، ص : ٦٤ .

غير أننا لا نتفق مع الرأي السابق فيما ذهب إليه جزئياً بالنظر للقضاء الإماراتي فنجد أنه قد استند على المسؤولية العقدية كأساس لمسئولية الطبيب في الطعن (١) رقم ٩٣ لسنة ١٥ والتي تعلقت القضية فيها بحالة مريض كان يرغب بإجراء جراحة تجميلية فأجريت له خمس عمليات لتجميل الأنف وإصلاح الحاجز الأنفي ولم يتم الإصلاح المناسب مما اضطر المريض لمراجعة استشاري آخر والذي أجرى عملية جراحية سادسة غير أنه يرى بأنه من الممكن حدوث صعوبة في التنفس الأنفي مستقبلاً حيث أن إجراء ست محاولات لتصليح الأنف والحاجز الأنفي أمر غير معتاد في ممارسة الطب ، وقد استند القضاء الإماراتي هنا على ثبوت المسؤولية العقدية على الطبيب الأول والمستشفى الذي تم اختياره لإجراء العمليات الجراحية . وقد رأت المحكمة الاتحادية العليا أن أركان المسؤولية من خطأ وضرر ورابطة سببية قد توافرت وأنه يتعين جبر الضرر عن النفقات التي تكبدها المريض من جراء خمس عمليات جراحية .

لكن مع ذلك هناك تشريعات أخرى تعتبر أن مسؤولية الطبيب لا بد أن تؤسس فقط على المسؤولية التقصيرية دون العقدية ؛ فقد رأينا أن المشرع القطري قد مال إلى ذلك عندما أشار بالمادة ١٨ من القانون القطري رقم ٢ لسنة ١٩٨٣م والمعدل بالقانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٤م في شأن مزاولة مهنتي الطب البشري وطب وجراحة الأسنان والتي نصت على : (لا يكون الطبيب مسؤولاً عن النتيجة التي يصل إليها المريض إذا تبين أنه بذل العناية اللازمة ولجأ إلى جميع الوسائل التي يستطيعها من كان في مثل ظروفه لتشخيص المرض والعلاج ويكون مسؤولاً إذا ارتكب خطأ ترتب عليه الإضرار بالمريض وبخاصة في الأحوال الآتية :

(١) الطعن رقم ٩٣ لسنة ١٥ مدني ، المحكمة الاتحادية العليا ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من الدوائر الجزائية والمدنية من المحكمة الاتحادية العليا في المسؤولية الطبية ، المكتب الفني للمحكمة الاتحادية ص : ٨٥ .

أ. إذا كان الخطأ نتيجة جهله بأمر فنية يفترض في كل طبيب الإلمام بها سواء من حيث التشخيص للمرض أو وصف العلاج المناسب .
ب. إذا كان سبب الإضرار بالمريض هو إجراء الطبيب عليه تجارب وأبحاثا علمية غير معتمدة فنيا ويرى البعض أن مسؤولية الطبيب تظل تقصيرية في التشريع القطري حتى بفرض وجود عقد بين الطبيب والمريض (١).
ويبدو الأمر غريبا بعض الشيء في إنكار المشرع القطري للمسئولية العقدية حتى بوجود العقد ، مما يطرح تساؤلا عن القيمة القانونية لتلك العقود لأن من سمات العقد صفة الالتزام كيف لا وهو من مصادر الالتزام الإرادية المهمة .

ويبدو لي أن المشرع القطري لديه خلطاً في صياغة أهم النصوص الخاصة بالمسئولية التقصيرية للطبيب فقد لاحظنا أن المشرع القطري بموجب القانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٣م في شأن مزاوله مهنة الطب البشري وطب جراحة الأسنان قد خلط بين مصطلحين وهما الضرر والإضرار بالنظر لنص المادة ١٨ فقد نصت على :

يكون مسئولاً إذا ارتكب خطأ ترتب عليه الإضرار بالمريض

ومخاصة في الأحوال التالية

أ. إذا كان الخطأ نتيجة جهله بأمر فنية .
ب. إذا كان سبب الإضرار بالمريض هو الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة.

ت. إذا كان سبب الإضرار بالمريض هو إجراء الطبيب ؛ والصحيح كما نرى بأن المصطفى صلي الله عليه وسلم أنه قال (لا ضرر ولا ضرار) مما يفيد معه الاختلاف في المعنى بين الضرر والإضرار . فالإضرار في الفقه القانوني هو الفعل الإيجابي أو الامتناع السلبي الذي من شأنهما

(١) فاطمة عبد العزيز : المجلة القانونية والقضائية ، قطر ، وزارة العدل ، ص

إيقاع الضرر Damage؛ والضرر ليس إلا النتيجة القابلة للتعويض وكان الأوفق برأينا هو الاستعاضة بمصطلح الضرر وليس الإضرار كعناصر مكملة للمسئولية التقصيرية التي يرغب المشرع القطري في إقرارها على مسئولية الطبيب^(١).

وواقع الأمر أن الفقه والتشريعات المقارنة تباينت من حيث تكييف المسئولية المدنية للطبيب للمسئوليتين العقدية والتقصيرية ، ومرجعية هذا التباين في ظني هو راجعا لانقسام الفقه الفرنسي في هذا الشأن حيث اعتبر فريق منهم أن مسئولية الطبيب تقصيرية تنشأ عندما يحصل إخلالا بالالتزامات القانونية التي يفرضها القانون كمثال الالتزام بعدم الإضرار بالغير ، واستندوا في ذلك لأن القدر المطلوب من الالتزام الطبي هو بذل عناية وليس تحقيق نتيجة بما يعني إخضاع الدعاوي المدنية على المسئولية التقصيرية .

أما الفريق الثاني من الفقه الفرنسي وقد شكل الأغلبية قد اعتبر أن مسئولية الطبيب هي مسئولية عقدية وجرت أحكام محكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٣٦م على تطبيق المسئولية العقدية عند تحقق خطأ الطبيب ، وقد استندوا في ذلك لأن الطبيب عادة يعرض خدماته الطبية للجمهور فإذا أبدى المرضى استجابة لهذه الدعوة فإن العقد يكون منعقدا بارتباط الإيجاب والقبول^(٢).

ومن خلال النظر لواقع احكام القضاء المقارن أجدها قد كيفت بعض أحكامها لمسئولية الطبيب على أنها تقصيرية فنجد ذلك من خلال ما

(١) يبدو أن ذات الإشكال يحدث لدى بعض أحكام القضاء الإماراتي والتي تخلط بين مفهومي الأضرار والخطأ إذ أن كثيرا ما ينظر القضاء الإماراتي لمصطلحي الخطأ والإضرار على أنهما مترادفين . راجع في ذلك أستاذنا عدنان سرحان ، المصادر غير الإرادية للالتزام ، ط١ إثراء للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠١٠ ، ص : ٢٥ .

(٢) د. إبراهيم أحمد الرواشدة : المسئولية لطبيب التخدير ، ص ٣٦ .

قالت به محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٣٦/٦/٢٢ بقولها : أن الطبيب مسئولاً عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة مسئولية تقصيرية وعلى قاضي الموضوع استخلاص هذه المسئولية في جميع عناصر الدعوى ، وتلخصت وقائع الدعوى هنا بأن استخدام أشعة أدت لتهيج شديد والتهاب في العنق مما حدا بالمريض لرفع دعوى شملت كلا من الطبيب والمستشفى ، وكذا الأمر ينطبق على المشرع السوري حيث اعتبرت أحكام القضاء أن مسئولية الطبيب هي مسئولية تقصيرية وليست عقدية ، وقد استندوا في ذلك للقواعد العامة في القانون المدني بنص المادة ١٦٤ كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض^(١). لكن هذا لا يمنع من القول بأن مسئولية الطبيب المدنية في ذات التشريعين المصري والسوري يطبقان المسئوليتين ، فهي تسند للمسئولية العقدية إذا توافرت شروطها ؛ وقد تكيف في الدعوى على أساس تقصيري إذا توافرت شروطها ، كمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ؛ وكمسئولية الطبيب عن فعل الأشياء التي تحتاج لعناية خاصة أو الأشياء الميكانيكية ، وقد تجتمع المسئوليتين في الدعوى الواحدة ؛ لكن يظل الأصل أنه لا خيرة بينهما إلا في حالتي الجريمة والغش والخطأ الجسيم .

الرأي الخاص لدينا أن تكيف مسئولية الطبيب المدنية تقصيرية أو عقدية يصبح أمر بالغ الأهمية من حيث أن الدعوى المرفوعة على أساس عقدي تختلف أحكامها عن الدعوى المرفوعة على أساس تقصيري .
فمثلاً الدعوى القائمة على أساس عقدي نجدها تتأثر في أمور عديدة ترتبط أحياناً بجانب موضوعي مثل التعويض عن الضرر في المسئولية الذي لا يشمل الضرر غير المتوقع ولو كان مباشراً ، بينما

(١) مصباح عمر أحمد المطري : الخطأ الموجب للمسئولية الطبية في التشريع الليبي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة النيلين ، الخرطوم ، (غير منشور) ص : ١٤ .

المسئولية التقصيرية تمتد للتعويض عن الأضرار غير المتوقعة^(١). كما أنه من الناحية الشكلية فإن اختصاص المحاكم لنظر الدعوى المدنية يختلف حسب نوع المسؤولية فإذا كنا بصدد مسؤولية تقصيرية فإنه يتوجب رفع الدعوى في المحاكم التي يقع مكان الفعل الضار بالمرضى تحت دائرتها، أما المسؤولية العقدية للطبيب فيكون اختصاص نظر الدعوى أمام المحاكم التي تقع تحت دائرتها مكان إبرام العقد والفروقات عديدة في هذا الشأن .

خلاصة القول فأنتني أؤيد ما ذهب إليه المشرع الإماراتي في اعتماد تقرير المسئوليتين العقدية والتقصيرية على عكس بعض الآراء الفقهية التي أخذت باعتماد المسؤولية التقصيرية فقط دون العقدية ، ومبعث تأييدنا لذلك هو ما ذهب إليه بعض الفقه في إقرار المسئوليتين العقدية والتقصيرية وذلك بالأخص في حالات توجب إقرار أيا منهما على حسب الدعوى المنظورة أمام القضاء .

وللتوضيح أكثر فقد اعتبر جانباً من الفقه أنه من حالات إقرار المسؤولية العقدية ما يلي من شروط وهي :

أ. لا بد من توافق عقد بين المريض والطبيب .
ب. أن يكون العقد صحيحاً غير باطلاً ، فمثلاً عدم توافر رضا المريض يجعل العقد باطلاً .

ت. يجب أن يكون المضرور هو المريض في الدعوى فإذا كان من الغير فلا مناص من اعتماد المسؤولية التقصيرية دون العقدية .

ث. لا بد من أن يكون خطأ الطبيب متصلاً بالتزامه الناشئ عن العقد وهو عقد العلاج ، أما إهمال الطبيب في الانتباه للأخطاء المطبعية الخاصة بتحديد جرعة الطبيب فهي لا تنسب إليه إلا عن طريقي المسؤولية التقصيرية^(١) .

-
- (١) راجع في ذلك : د. محمد شريف عبد الرحمن : المسؤولية التقصيرية ، ط ١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠٠٧م ، ص : ٢١ .
(٢) المستشار عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في الفقه والقضاء ، طبعة ٧ ، الإسكندرية ، شركة الجلال للطباعة ، ٢٠٠٢م ، ص : ١٤٠٩ .

ج. أن يستند المريض المدعي في الدعوى على عقد مبرم فإذا مات المريض فيكون لورثته كخلف عام الاستناد لذات العقد للحصول على التعويض.

أما القائلين^(١) بضرورة الاستناد للمسئولية التقصيرية دون العقدية فقد ساقوا الحجج والبراهين التالية :

- أولا : لا يصح أن نعتبر حياة الإنسان محلا للعقد فحياته يحميها القانون والنظام العام مما يخضع الطبيب عند خطاؤه للمسئولية التقصيرية وليست العقدية .

- ثانيا : القول بأن الطبيب دائما ما يوجه دعوة للتعاقد التي تعتبر استجابة المريض لها عقدا ملزما ، كان به كثير من التجني على حقوق الأطباء في إهدار حريتهم فإذا سلمنا جدلا بأن ذلك دعوة للتعاقد فإنه تنقصه حق الطبيب في المفاوضة .

- ثالثا : ما يميز المهن الطبية أنها ترتبط بأمر فنية يصعب فيها على المريض التفاوض والإمام بكامل مكنونها فقط يكون للطبيب بحكم تخصص الدراية لمحل العقد بحكم المؤهل والتخصص مما ينبغي عن العلاقة القانونية هنا صفة العقدية .

وأن كنا نعتقد بأن القول بحياة الإنسان ليست محلا للتعاقد أمر لا يجري على إطلاقه ، فالمقصود إلحاق الأذى بالجسد مثل بيع الأعضاء البشرية على غير مقتضى الشرع والقانون ، أما إجراء العمليات الجراحية فهو من المصالح التحسينية فلا تصلح سببا للاستناد من حكم الأصل بالمنع اعتبارا بأن انتفائها لا يرقى إلى حياة ضروري ولا يفضي إلى حرج متعين الدفع وحكم الاستثناء المتمثل بإجازة المساس بجسد الإنسان ليس في حقيقته معارضا محكمة بحكم الأصل في المنع بل هو من صورة مقتضياته^(٢) .

(١) ضالح أحمد المطيري : مرجع سابق ص : ١٦ .

(٢) المهدي ، علي وعبيدات يوسف محمد : نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون الإماراتي ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، مصر ، العدد ١ ، ١٢ ص ٣٢٩ .

ولعل من إشارات المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة ما انتهجه المشرع من سن تشريع خاص بالمسئولية الطبية بموجب المرسوم بقانون إتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٦ بشأن المسئولية الطبية ، والذي سبق به العديد من التشريعات المقارنة والتي إستندت على القواعد العامة في المسئولية المدنية الواردة ضمن قانون المعاملات المدنية ؛ والذي أرى بأن قواعده لا تساعد دائما في انطباقها على العمل الطبي ، والذي يتميز بسمات خاصة مما حدا بالمشرع للتدخل بفرض ضوابط قانونية لا يجب تجاوزها كما فعل المشرع الإماراتي أو بفرض قواعد تنظيمه خاصة بأداب المهن الطبية كما جاء في ذلك لدى المشرع السوداني بموجب قواعد وآداب السلوك للمهن الطبية السوداني ؛ وأن كنا نلاحظ توجه السلطة التشريعية مؤخرا في السنوات لسن قانون خاص بالمسئولية الطبية ونعتقد أنه سيرى النور قريبا مما يجعلنا نركز في هذه الدراسة على المقارنة بين ما هو عليه الوضع في القانون الإماراتي وما يجب عليه ان يكون قواعد المسئولية الطبية المترقب صدوره في السودان.

أهم ما ميز قانون المسئولية الطبية لسنة ٢٠١٦^(١) لدولة الإمارات العربية المتحدة أنه نص بوضوح على حالات الخطأ الطبي ، بالإضافة لتعريف الخطأ الطبي وتبيان لحالات سقوط المسئولية الطبية مما يشيئ بتوافر المسئولية التقصيرية في حالة الإخلال باياً من تلك الحالات .

فقد عرف الخطأ الطبي ب المادة ٦ بقوله : (الخطأ الطبي هو

ما يرتكبه مزاوالم المهنة نتيجة اي من الأسباب التالية :

١- جهله بالأمور الفنية المفترض الإلمام بها في كل من يمارس المهنة من ذات درجته وتخصصه.

٢- عدم إتباع الأصول المهنية والطبية المتعارف عليها .

(١) مرسوم بقانون إتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٦ بشأن المسئولية الطبية - دولة الإمارات العربية المتحدة - صدر بتاريخ ٢٠١٦/٨/٢ م..

٣- عدم بذل العناية اللازمة .

٤- الإهمال وعدم إتباعه الحیطة والحذر .

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون معايير الخطأ الطبي الجسيم .
كما نصت المادة ١٧ من القانون السابق على الحالات التي لا تقوم بها
المسئولة الطبية وهي :

(لا تقوم المسئولة الطبية في أي من الحالات الآتية :

١- إذا لم يكن الضرر نتيجة أي من الأسباب المحددة بالمادة (٦) من هذا
المرسوم بقانون ولائحته التنفيذية .

٢- إذا كان الضرر قد وقع بسبب فعل المريض نفسه أو رفضه العلاج أو
عدم إتباعه للتعليمات الطبية الصادرة عليه من المسؤولين عن علاجه
أو كان نتيجة لسبب خارجي)

لكن نطرح التساؤل الآتي هل يكون للمريض الخيرة بين المسئولتين
العقدية أو التقصيرية وإذا رفع دعوى ولم يكسبها فهل يحق له رفع دعوى
أخرى بالاستناد لاختلاف سبب المسئولية في الدعوى الثانية هذا ما نجيب
عليه في المبحث الثاني بعد الوقوف على تجربة المشرع السوداني مقارنة
بالقانون الإنجليزي .

المطلب الثالث

نظرة الفقه والتشريعين السوداني والإنجليزي للمسئولية الطبية

كثيره هي الأصوات التي ناشدت المشرع السوداني لسن قانون
خاص ينظم المسئولية المدنية للطبيب^(١) ، وإن كنا نلاحظ افتقاد أغلب
الدول العربية لقانون ينظم المسئولية الطبية والذي حدا بجامعة الدول
العربية لإصدار تقرير صادر عن الندوة العلمية حول الخطأ الطبي بين
التشريع والمراقبة والمحاسبة يتبنى في متن التقرير ضرورة تبني قانون عربي
استرشادي للمسئولية الطبية بين الدول الأعضاء .

(١) نورة أحمد عبد الله المصلي : الخطأ الفني للطبيب في القانون الإماراتي ، بحث
تكميلي ماجستير ، جامعة الشارقة ، ٢٠١٢م ، ص ١٣ .

ولقد جاءت ورقة جمهورية السودان تشتمل على ذبنا لجة وزرد فيها (... أن الملاحقة التشريعية للطبيب تنتزع عن نفسه الطمأنينة فلا يقوم بواجبه بفكر علمي حيث أن الخشية تكبل فيه روح الإقدام على العمل بثقة (١)) .

نما يجعلنا نطرح كثير من التساؤلات حول القانون الواجب التطبيق عند المنازعة بين المريض والطبيب والمستشفى بالإضافة لضرورة توضيح الأساس القانوني الذي يستند إليه التشريع وبالأخص القضاء السوداني في تحديد طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب. فهل هي عقدية أم هي تقصيرية ؟ أم أن المشرع اتبع كلا الطريقتين ؟

واقف الأمر لأبد أولا أن أشير إلى أن أحكام القضاء السوداني ومنذ نهايات القرن العشرين وما قبلها كان ينظر الأحكام متركزا على إرث القضاء الإنجليزي الذي رسخ كثيرا من الأحكام في أذهان قضاتنا الأجلاء في السودان. فصار السودان من الدول القليلة في المنطقة العربية والتي باتت متأثرة بالقانون الإنجليزي وذلك في تباين واضح مع غيره من التشريعات العربية والتي جاءت لاتينية المذهب باعتبارها تأثرت بأحكام النقص الفرنسية والمصرية على حد سواء. بيد أن التشريع السوداني تميز بنظام السوابق القضائية الذي تأخذه بريطانيا كمصدر مهم بجانب العرف في التشريع .

ويمكن التذليل على ذلك بالنظر لحكم المحكمة العليا السودانية بين (٢) حامد محمد الحسن طاعن ضد ورثة علية عبد الحميد مطعون ضدها حيث جاء في حيثيات الطعن قول المحكمة العليا (... نسبة لحدائثة

- (١) التقرير الصادر عن الندوة العلمية حول الخطأ الطبي بين التشريع والمراقبة والمحاسبة ، جامعة الدول العربية ، مجلس وزراء العدل العرب ، بيروت ، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية ، ١٠/١٢/١٤م ص ١٤ .
- (٢) المحكمة العليا : جمهورية السودان ، حامد محمد الحسن ضد ورثة علية عبد الحميد ، قضية منشورة بالرقم م ع / ط م / ١٩٨٩/٣٨١ م .

المستشفيات الخاصة في السودان لمجد السوابق القضائية تكاد تكون معدومة في هذا المجال ولا بد من الاهتمام بفقهِ وسوابق من سبقتنا من البلاد في هذا المجال ففي إنجلترا وقبل صدور حكم محكمة الاستئناف في قضية **Cossidy V. Ministry of health 2 KB343 (1951)** بوقت طويل ظل الوضع بعدم مسؤولية المستشفيات العامة عن إهمال الأخصائيين من الأطباء والمرضين الذين يعلمون بتلك المستشفيات).

وقد جاء أيضا في حيثيات طعن المحكمة العليا السودانية واستشهادها بقضية **Roc V. Ministry of health (1954)** اعتبرت محكمة الاستئناف الإنجليزية أن الطبيب المستخدم جزئيا (Part - timer) يعتبر ضمن مستخدمين المستشفى الذي يكون مسئولاً عن إهماله أما بالنسبة للمستشفيات الخاصة فيختلف الإجراء حيث أن الأخصائيين الذين يتعاونون معهم لا يعتبرون مستخدمين فيها وعليه فإن سلطات المستشفى الخاص غير مسئولة عن إهمال أولئك الأخصائيين .

وأخلص القول في هذه النقطة أنه ربما سبب عدم الاحتياج لقواعد قانونية تنظم المسؤولية الطبية وإلى وقت قريب كان لعدم حاجة للمشرع السوداني به ، باعتبار أنه كان يعتمد ولا زال على القانون الأجلوسكسوني والذي من سماته الخاصة (No Codification) وهو لا يعتمد على النصوص القانونية بل يعتمد على نظام السوابق القضائية وهو ما لم يأخذ به المشرع الإماراتي كمصدر من مصادر التشريع .

ومع ما قدمته من تبريرات فأنتي أجد نفسي اليوم مع توجه ضرورة سن قواعد للمسؤولية الطبية في السودان ، وذلك حتى تواكب كثير من المستجدات الخاصة بالمهنة المقدسة ولارتباطها بصحة وحياة الأفراد . ونحاول في هذا البحث أن نشير لبعض النقاط التي ربما تساعد اللجان الطبية في السودان لاستصدار قانون المسؤولية الطبية والتي يتوقع صدوره في أقرب وقت ممكن خاصة بعد تزايد نسب الأخطاء الطبية بشكل ملحوظ في الآونة الأخيرة.

كما لاحظنا تردد كثير من القضاة في محاولة تكييف الطبيعة القانونية لمسئولية الطبيب ، ولأن أحكام قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م السودان أضحت - قاصرة- عن التكيف مع الوقائع الخاصة بالدعوى الموجهة ضد الأطباء باعتبارها تختلط فيها قواعد المسئولية العقدية بالمسئولية التقصيرية ؛ وحيث أنه لا يصح الجمع في الدعوى المدنية الواحدة بنوعي المسئولية فلا بد هنا من الخيرة بينهما.

ففي قضية : عائشة محمد سالم

مدعية ضد (١) أمير أحمد محمود مدعي عليه أول مؤسسة ... الخيرية مدعي عليها ثانية مستشفى مكة للعيون ٢٠١٠ (غير منشورة) طرحت المحكمة الموقرة ما يلي (.. وهذا السؤال هو مشار جدل في الفقه والقضاء وذلك لأن الأحكام القانونية لكل من المسؤولين تختلف من حيث الإثبات والتقدم وهناك اتجاه في الفقه والقضاء متبني لفكرة أن مسئولية الطبيب عن خطأه تجاه مريضه هي مسئولية عقدية بحكم أن الطبيب وأن لا يلتزم بالشفاء فهو يلتزم ببذل العناية الصادقة اليقظة .. وفي الاتجاه الآخر وباستقراء أسانيد الاتجاه القائل بأن مسئولية الطبيب هي مسئولية تقصيرية (...).

لا شك أن الأمر يقتضي وضع تشريع مستقل بدلا من الإعتماد على اجتهاد القضاء والذي أضاع وقتا ثميننا في الاجتهاد بما شكل عبئا ثقيلا على قضائنا الأجلاء وبالأخص في مسألة متشعبة يثار حولها الجدل بشكل مستمر .

وعلى ما يبدو أن المصادر أشارت لاستئناس المحاكم في السودان بقواعد قانون المعاملات المدنية الحالي لسنة ١٩٨٤ والذي جاءت نصوصه من منظمة للمسئولية العقدية بالنظر لنص المادة ١٢٨ من قانون المعاملات

(١) محكمة الخرطوم شرق الجزئية الابتدائية - دعوى غير منشور ، رقم ١٢٥٠ / م ٢٠١٠

المدنية والتي جاء فيها (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى) .

بالإضافة لأن القضاء السوداني ينظر للمسئولية التقصيرية من خلال نص المادة ١٣٨ من قانون المعاملات السوداني والتي نصت على : (كل فعل سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ولو كان غير مميز) . ويرى البعض أن توجه المشرع السوداني جاء متسقا مع القانون المدني الأردني والذي نص في مادته على كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بضمان الضرر ؛ وقد قيل في ذلك أنه لا فرق يذكر في المصطلحات (كل فعل سبب ضرر) فهي تفيد ذات المعنى (كل إضرار) ويسمى البعض من الفقه بالفعل الضار أو الفعل غير المشروع (١) .

ويرى هذا الاتجاه من الفقه أنه بالإمكان التوفيق بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية حيث تعد المسئولية العقدية قائمة عند توافر عقد بين الطبيب والمريض على تحقيق نتيجة ويدخل في ذلك جراحات التجميل (جراحات الرفاهية) ونقل الدم وتحليله . كما يمكن إسناد المسئولية التقصيرية في الدعوى المدنية عندما يكون الإخلال ناتج بسبب المخالفة لقواعد الإسناد وأدائها أو أن تكون الدعوى مرفوعة ضد المستشفى العام الحكومي حيث لا يمكن أن يتوفر العقد هنا بل وتتقدم لإزادة المريض لاختيار طبيبه (٢) .

وهذا ما أخطته القضاء السوداني في الأخذ بالمسئوليتين دون الجمع بينهما في الدعوى الواحدة ؛ مما يلقي في رأبي الخاص عبثا أكبر على قضائنا الأجلء في إصدار الأحكام في ظل غياب قانون ينظم المسئولية

(١) د. عبد الرحمن شرفي : رؤى حول مدى المسئولية عن الخطأ الطبي ، مجلة الأحكام القضائية السودانية ، المكتب الفني والبحث العلمي ، الخرطوم ، ٢٠١١م ص : ٢٣٦ .

(٢) عبد الرحمن شرفي : المرجع السابق ص : ٢٣٧ .

الطبية ويوضح مفهوم الخطأ الطبي لأنه بالتأكيد غير متطابق مع مفهوم الخطأ الوارد في ركن المسؤولية العقدية وبالإضافة لأن مفهوم الخطأ التقليدي يقسم خطأ جسيم وخطأ يسير فهل تقع المسؤولية على الطبيب لأي خطأ يسير؟ مع العلم بأن ذلك قد يؤدي لتهرب الأطباء وتخوفهم عن إداء أدوارهم الإنسانية .

أما الوضع في إنجلترا فقد عرف جانب من الفقه العقد الطبي بأنه :

(A contract is a special kind of agreement ,either written or oral , that involves legally binding obligations between two or more parties , a contract serves to provide one or more of the parties with a legal remedy if another of the parties dose not perform its obligations pursuant of the terms of the contract .

The major purpose of a contract is to specify limit, and define the agreement that are legally enforceable. A contract forces the participants to be specific in their understanding and expectations of each other. Contract, particularly those in writing, serve to minimize misunderstanding and offer a means of the parties of a contract to resolve any disputes that may arise to achieve this goal, it is important to formulate a contract that is as simple as possible⁽¹⁾).

وبالرغم من أن الفقه الإنجليزي السابق يفضل نشوء العقد

مكتوباً بين المريض والطبيب الاختصاصي لتفادي المنازعات التي يمكن أن تنشأ مستقبلاً بين الطرفين إلا أنه مع ذلك فقد أشارت العديد من المصادر لاعتماد القانون الإنجليزي على المسؤولية التقصيرية كأساس للتقاضي بين

الطرفين في أغلب القضايا فقد وضح جانب آخر من الفقه :

(In the United Kingdom , claims for medical malpractice can be used on contract (private patient) , tort or equity. But in practice, most claims for damages are brought in the tort of negligence. The tort of

(1) George D. Pozgar (legal Aspect of Health care administration) (London - jone and Bort let publishers, 2003, P: 70.

negligence consists on the one hand of a legal duty to take reasonable care and on the other of breach of that duty causing damage ...⁽¹⁾)

ويُفسر البعض الآخر من الفقه الإنجليزي أن معظم الدعاوي المتعلقة بالأضرار الطبية تستند على المسؤولية التقصيرية Tort Liability بسبب انتهاء العلاقة التعاقدية مع الأطباء الاختصاصيين ..

(Most claims in respect of medical injury are brought in tort, that is, on the basis of a non – contractual civil wrong. The reason for this that patients with in the NHS are not in contractual relationship in the private sector and it is, therefore possible to bring an action for damages in contract⁽²⁾.)

ويبدو الأمر متقاربا في قلة الأحكام القضائية التي أسندت المسؤولية الطبية للمسئولية العقدية بين بعض الدول التي تتبع النظام الأنجلوسكسوني ودولة الإمارات العربية المتحدة فقد جاء في قضية :

La Fleur V. Cornelis

(The court held that a plastic surgeon was bound to an express contractual warranty that he had made to the patient. This warranty arose when he was unwise enough to say: (There will be no problem. You will be very happy). This sort of case will be comparatively unusual ... (3).)

فالمسئولية العقدية في دول النظام الأنجلوسكسوني يمكن أن تنشأ بمجرد تصريح خاطئ يقدمه الطبيب للمريض أو وعدا في شكل ضمان لنجاح عمليات جراحة التجميل .

- (1) Pr. Herman NYS. (Report on Medical Liability Council of Europe MEMBER STATES) (Strasbourg 2005) p: 7.
- (2) Mason & MC call smith's (Law and Medical Ethics Oxford. New York – Oxford university press – 2006) P: 302.
- (3) Mason & MC call smith's (op – cit – page 302).

المطلب الرابع

مقارنة فقهية بين التشريع الإماراتي والتشريعات المقارنه في درجة الخطأ الموجب للمسئولية الطبية

يعتبر تحديد درجة الخطأ الموجب للمسئولية الطبية من أعقد المشكلات القانونية والتي تثار بمناسبة العمل الطبي وما ينتج عنه من إختلافات في وجهات النظر المتباينة القائمة على إختلافات مذهبية لتعريف ماهو الخطأ ؟ وهل ينطبق مفهوم الخطأ الطبي على مفهوم الخطأ الوارد في أركان المسئولية العقدية بموجب قانون المعاملات المدنية ؟

وهل يشترط في التطبيقات المعاصرة أن يكون خطأ الطبيب جسيماً ؟ أم يكفي فقط حصوله حتى ولو كان يسيراً ؟

واقع الأمر فإن المشرع الإماراتي لم يكن يشترط وفق قانون المسئولية الطبية لسنة المملغي ٢٠٠٨ أي درجة محددة لخطأ الطبيب فقد نص في المادة ١٤ منه على :

١. الخطأ الطبي هو الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمور فنية يفترض في كل من يمارس المهنة الإلمام بها أو الذي يرجع إلى الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة^(١) . أما الآن فموجب القانون الإتحادي للمسئولية الطبية الجديد لسنة ٢٠١٦م ؛ فقد عدل المشرع الإماراتي عن موقفه ؛ معتبراً أن مسئولية الطبيب التقصيرية لا تنشأ إلا إذا كنا بصدد خطأ جسيم ؛ وهذا ما تستنتجه من خلال

(١) ولقد رأينا أن بعض الآراء لا ترغب حتى في إلزام الجهات الصحية بنشر الأخطاء الطبية التي يحدثها الأطباء في المستشفيات بزعم أن ذلك يتعارض مع مفهوم حفظ الأسرار الخاصة بمنشآت حيوية للدولة . ورأينا أن نشر الأخطاء الطبية يؤدي لتحسين بيئة العمل الطبي ولا يتخوف الأطباء من النشر أو الإفصاح طالما كانت الأخطاء مؤمنة ضدها بموجب قانون المسئولية الطبية لسنة ٢٠٠٨ (الملغي والنافذ آنذاك) . د. أيمن محمد زين : ورقة علمية في ندوة جامعة الشارقة - المسئولية المدنية للطبيب ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠١٤/١١/٢٥ .

المواد ١٨ ، ٢٤ ، ٣٤ ، ونعتقد أن هذا الإتجاه مقبول في ظل ما وجدنا من بعض التضارب في الأحكام القضائية في هذا الشأن . فبالنظر لأحداث القضايا غير المنشورة في الخطأ الطبي بدولة الإمارات العربية المتحدة ما جاء في دعوى إحدى المرضى ضد الطبيب المعالج (مدعي عليه أول) والمعمل الطبي (مدعي عليه ثاني) ، وقد بينت وقائع الدعوى أن القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة ينظر للخطأ الطبي من خلال توافر عنصر الإهمال الطبي للطبيب ، فإذا انتفى الإهمال فإن الخطأ لا يتحقق لثبوت المسؤولية الطبية ، وذلك بشرط القيام بالواجبات الصادقة المتعارف عليها علمياً وتقنياً ، وقد جاء في هذه الدعوى :

(Doctors Practicing medicine in the UAE must perform their duties accurately, honestly and in accordance with recognized scientific and technical principles to provides the necessary care for patients , pursuant to artic of federal law No . 10 of 2008 “Medical Liability law⁽¹⁾“

وقد تمثلت الدعوى في أن المدعي المريض أقام دعواه في مواجهة الطبيب المعالج والمعمل الطبي بأحد المستشفيات باعتبار أن تشخيصه الأولي للمرض اعتبر هو التهابا بالغدد الليمفاوية ولاحقا يتبين أن المريض مصابا بورم خبيث في الغدد الليمفاوية بخلاف التقارير الطبية الأولى ويدعي المريض أن ما قدم له من مضادات حيوية تسببت للمريض في تطور السرطان.

وقد جاء قرار المحكمة بعد الاستماع لتقرير اللجنة العليا للمسئولية الطبية وقرار النيابة العامة ما يلي :

(The patient filed a civil action against the pathologist (First defendant) and the Medical Laboratory(second defendant)before the Dubai court seeking judgment against them , jointly and severally , for AED 2 million

(1) Al Tamimi& company – The liability of medical Laboratories before the UAE. A case study .the date of entry site 10/14/2016.

for failing to diagnose lymphoma and consequently causing the imitation of an unnecessary treatment plan for tubercles , witch prolonged the patient's suffering and increased treatment costs ... This case indicates that doctors are unlikely to be held legally accountable for treating patients according to the diagnostic test result produced by medical laboratories provided that: □
The examination of patient in accordance with acceptable and recognized medical standards.

Due care and skills exercised in the surgical procedure for taking the tissue samples that require investigation by his to pathologists, and the treatment provided did not cause any complications for the patient.)

ويمكننا القول من خلال ما تم عرضه : أن الاستناد إلى الخطأ الطبي لا يمكن أن يماثل الخطأ العقدي الذي هو ركن في المسؤولية العقدية فالخطأ العقدي مضمونه قائم على إخلال المدين بتنفيذ ما عليه من التزام ، أما الخطأ الطبي فلا يكون الحديث فيه بهذه الصفة العمومية بمعنى آخر لا بد أن يكون الخطأ الطبي موصوفاً أو مقرونا بالإهمال (Negligence) كما هو الأمر في القضاء الإماراتي وغيره من التشريعات الأخرى .

ولعلنا نتفق مع العاملين في الحقل الطبي بما ذهب إليه البعض بأنه لا بد من إعادة النظر في تكييف مقصود الإهمال الطيب (كصورة من صور الخطأ الطبي) وذلك مع التنسيق بالمجالس الطبية بعدما أثبت أن مصطلح الإهمال الطبي يأخذ معنى آخر مغاير عن الإهمال الوارد في القواعد الحديثة العامة (١) .

وقد وجدنا بعضاً من الفقه الإنجليزي يشير لأن الاتجاه الحديث

للدول الآن يتجه عند إلغاء مفهوم الإهمال الجسيم :

(Some states have abolished the concept of gross negligence. In the state where gross negligence (still remains, gross negligence) . It is aggravated negligence

(١) د. محمود شعرائي : وضع الطب الشرعي في السودان ، مقال على موقع قوانين السودان ، فبراير ٢٠١٥ ، تاريخ دخول الموقع ٢٠١٥/٢/١٦ .

that amount to an indifferent to one's legal obligations with respect to the right of others. An example of gross negligence in the context of medical malpractice might be a surgeon performing an operation with drunk⁽¹⁾.)

ويصنف جانب آخر من الفقه الخطأ الطبي لنوعين وهما خطأ في عقلي وخطأ في الحكم فالخطأ العقلي يمكن أن يحدث على سبيل المثال عندما يفكر الطبيب حول كيفية التعامل مع المريض ويتم تحديد خيار خاطئ ويحصل ذلك في حالة التشخيص الخاطئ للمرضى ، أما الخطأ في الحكم فمثاله خطأ الجراح بقطع أحد الأوعية الدموية^(٢) :

(A Physician's error can be called a mistake or a fault, even on over sight or ablunder, but these are the something – physical negligence . There are two main types of mistakes that a physician can make an error in judgment or an error in carrying out the treatment (i.e. operational error) an error in judgments like a mental mistake.

In contrast to the mental mistake of on error in judgment. An error in carrying a patient treatment would be a surgical mistake³ such as the surgeon serving a blood vessel.)

أذن نخلص من كل ما قيل ؛ أن الإهمال ليس إلا صورة أصيلة من الصور الخاصة بالخطأ الطبي ويثور التساؤل هنا عن درجة ذلك الخطأ الطبي فهل يسأل الطبيب عن كل خطأ يسيرا كان أم جسيما ؟

(1) A doctor's liability for mistakes accident , Error of gross Negligence – All law com(the date of entry site 02/02/2015.

(٢) أد. امتياز محمد الشيخ عمر : قانون المعاملات المدنية ، الجزء الثاني ، الخرطوم ص ، ٢٩ .

وراجع أيضا الصفحات رقم ٢٤١ و ٢٤٨ لسنة ٢٢ جزائي . دولة الإمارات العربية المتحدة ، المحكمة الاتحادية العليا حيث جاء فيها (.... أن المقصود بالإهمال كصورة من صور الخطأ أن تقوم بها المسؤولية عن الإيذاء غير العمدى (...).

(3) A doctor's Liability – op – cit .

في الواقع وجدت الإجابة على هذا التساؤل يقود إلى أمرين في غاية الأهمية، فالأمر الأول أن تحديد درجة الخطأ الجسيم فقط كموجب للمسئولية الطبية للطبيب دون الخطأ اليسير وربما يؤدي لاهتزاز ثقة المرضى والذين قد لا يقبلوا بأي درجة لخطأ طبي يسيرا كان أم جسيما . الأمر الثاني فهو أن إقرار حصول المسئولية الطبية دون النظر لأي درجة مطلوبة يحقق أيضا بنظرنا نزع الطمأنينة والثقة بالأطباء وأعمالهم الجليلة التي يقومون بها وربما قادهم ذلك أحيانا للتخلي عن الواجب الطبي .

نما يجعلنا في هذا البحث نستقرئ الأمر على ضوء التجاهين أحدهما يرجح الاتجاه الخاص بإقرار المسئولية الطبية متى حصل خطأ جسيما والآخر اتجاهها تطبيقيا لفكرة حصول المسئولية الطبية دون النظر لدرجة الخطأ .

وقد رأينا ابتداءً أن هذا التباين التطبيقي - كما سنرى - مرجعة للاختلاف بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية في هذا الشأن وبعبارة أخرى فالمسئولية العقدية لا تنهض بخطأ يسير لا يمكن توقيه بينما المسئولية التقصيرية فهي تنشأ ولو كان الخطأ يسيرا (١).

أولاً : القائلين بإقرار المسئولية الطبية دون النظر لدرجة الخطأ :

يلذهب البعض من الفقه والقضاء لمساءلة الطبيب عن كل أخطائه الجسيمه واليسيرة وقد استندوا في ذلك لعدد من المبررات وهي :

١ . لا يجب تمييز مهنة الطب عن غيرها من المهن الأخرى فكل من يلحق ضرراً بالغير فلا بد أن يعرض عنه .

٢ . أن تكييف الخطأ الطبي الجسيم وآخر يسير يقحم القضاة في مسائل فنية (لا تدخل في معارفهم واختصاصاتهم) مما ينافي قواعد الخبرة الإثباتية بالإضافة لأن كثير من المسائل الفنية تبدي

(١) فاطمة عبد العزيز : مرجع سابق ص ١٢١ .

من الناحية العلمية غير مستقرة وتثير مناقشات واختلافات بين الأطباء وقد لوحظ أن القضاء السوداني في كثير من أحكامه ذهب لعدم التفريق بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير فالطبيب مسئولاً عن خطأه في الحالتين^(١).

٣. ويرى البعض من الفقه أن الخطأ في جانب المسؤولية العقدية ينشأ بغض النظر عن الدرجة التي يصنف بها الخطأ ؛ وذلك بزعم أن تحديد درجة الخطأ في المسؤولية العقدية أضحت نظرية مهجورة في القانون الحديث وقد ساد تطبيقها في القانون الفرنسي القديم وهي غير منطبقة إلا إذا كنا بصدد التزام بتحقيق غاية أما إذا كنا بصدد التزام ببذل عناية كما هو الحال في الحقل الطبي ، ذلك أننا لا نبين في هذه الطائفة من الالتزامات أن الخطأ يتدرج من خطأ جنسيم إلى خطأ يسير فالمطلوب من هذا النوع من العقود النظر لمستوى عناية الرجل المعتاد لا النظر لتكييف الخطأ لجسيم أو يسير وهذا أمر بإمكان المتعاقدين التحكم فيه بزيادة درجة العناية أو تقليلها بل يجوز الإعفاء منها كما هو الحال في الإعفاء من المسؤولية^(٢).

ثانياً : الاتجاه القاضي بإقرار المسؤولية الطبية بناء على الخطأ الجسيم :

يرى جانب آخر من الفقه ضرورة الاكتفاء بالخطأ الجسيم للطبيب لنشوء مسؤوليته نحو المريض ، وقد استند هذا الجانب من الفقه للطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي ، والتي تفرض عدم مساءلة الطبيب عن

(١) عبد الرحمن شرفي : مرجع سابق ص : ٢٣٨ فقد جاء في حكم المحكمة العليا بجمهورية السودان في قضية مستشفى الأطباء ضد رانيا كمال إبراهيم (...) واستقر الفقه والقضاء على مسؤولية الطبيب على خطأهما كان نوعه سواء كان خطأ فنياً أو مادياً ، جسيماً أو يسيراً ، ولا يتمتع الطبيب بأي استثناء) قضية غير منشورة م ع / ط م ٣٨٨١ / ٢٠١١ م .

(٢) عبد الرزاق السنهوري : الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الإسكندرية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص : ٢٦١ .

الأخطاء البسيطة لأن في ذلك تقييد لحريته عند ممارسته لعمله الطبي ،
وعندئذ لا سبيل له سوى الإحجام عن تقديم الخدمة الطبية خوفاً من
الوقوع في الأخطاء البسيطة (١).

ويرى البعض الآخر أن إثبات الخطأ الطبي اليسير مسألة غاية في
العسر بالنسبة للمريض ويجب الاعتداد فقط بالخطأ الجسيم ، على أن
يعفى المريض من عبء إثبات الخطأ الطبي ويكون على الطبيب إثبات
عدم توافر السببية بين ما قام به من علاج وبين الضرر المراد جبره (٢).
وقد وجدنا أن الفقه والقضاء الأنجلوسكسوني قد قام بنقل عبء
إثبات عدم حدوث الخطأ من جانب الطبيب وذلك بإعفاء المريض عن
عبء إثبات الإهمال :

(... In either situation, a major difficulty for any
plaintiff lies in the burden which falls upon him to
prove that the defendant's negligence caused his injury.
This is often a difficult burden to discharge.

وقد جاء في قضية أخرى :

"Kilner Brown in Ashcroft "

"When an injury is caused which never should have
been caused, common sense and natural justice indicate
that some degree of compensation ought to be paid by
someone. As the laws stand, in order to obtain
compensation and injured person is compelled to allege
negligence against ... a person of the highest skill and
reputation(3) .

أما بالنسبة لأحكام القضاء الإماراتي في تحديد درجة الخطأ فقد وجدت
عدداً من الأحكام القضائية المنشورة لكنها تأرجحت بين الأخذ وعدم
الأخذ بدرجة الخطأ الطبي .

(١) د. بابكر الشيخ : مرجع سابق - ص: ١٤٠ .

(٢) د. عبد الرحمن شرفي : مرجع سابق ، ص : ٢٤٢ .

(3) Mason and Mc call smith's - op - cit p:306 - 307 .

فبينما نلاحظ القضايا الجزائية^(١) والتي منها الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٠٠٩م قررت فيها المحكمة الاتحادية العليا الطاعن ويأخذه رئيس الفريق الطبي الذي أشرف على إجراء العملية للمجني عليه قد ارتكب خطأ طبيًا تمثل في إهماله وعدم أخذ الحيطة وبذل العناية اللازمة قبل وأثناء قيامه بإجراء العملية الجراحية للمريض ، وقد تمثل ذلك في عدم قيامه بحجز وتوفير الكمية الكافية من الدم فئة دم المريض حيث تعرض المريض أثناء إجراء العملية الجراحية إلى قطع شرياني ووريدي .. كما أن من الأخطاء التي ارتكبها الطاعن أيضا أثناء إجراء العملية الجراحية للمجني عليه هو استعماله لنوع من الماسكات الوريدية والتي كانت قديمة ولم تكن مناسبة للتعامل معها في مثل حالة المريض ، المجني عليه ، إلا أن الطاعن والإغفاله ذلك فقد وقع في خطأ مهني جسيم أدى إلى إلحاق أضرار جسيمة ..

بينما نجد أن الأمر يختلف عن القضاء المدني الإماراتي بالنسبة لعدم اشتراط درجة خطأ معين في العمل الطبي لإقرار المسؤولية .

فقد جاء في الطعون بأرقام ١٦٦ و ١٧٧ و ١٩٦ لسنة ١٧ مدني لدى المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة الآتي^(٢) :

"التزام الطبيب ببذل العناية في علاج مريضة مؤداه ثبوت مسؤوليته عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب ولا يقع من طبيب يقظ في مثل مستواه المهني مسؤوليته كذلك عن خطئه العادي أيا كانت درجته "

مثال : بشأن إصابة مريض بفيروس الإيدز نتيجة نقل دم لم يفحص وقت نقله للمريض طبقا لتعليمات وزارة الصحة ولو كان قد سبق فحصه قبل ذلك..

- (١) الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٠٠٩ جزائي ، المحكمة الاتحادية العليا ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، المكتب الفني ، جلسة ٣٠ مارس ٢٠١٠م .
- (٢) الطعون رقم ١٦٦ و ١٧٧ و ١٩٦ لسنة ١٧ مدني ، المحكمة الاتحادية العليا ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، المكتب الفني ، جلسة ١٩ نوفمبر ١٩٩٦م .

لكن أجدني في حيرة بالنظر لتضارب بعض أحكام القضاء الإماراتي الخاصة بالتقاضي المدني ، والتي أخذت فيها المحكمة الاتحادية العليا بدرجة الخطأ الجسيم على المريض المضرور ، فهل كان ذلك في سبيل وصف لغوي لحجم الخطأ أم هو مقصود به تجاوز الطبيب الخطأ اليسير بلوغاً للجسامة في الخطأ ؟

كما أن من صور التناقض في تحديد درجة الخطأ في القضاء الإماراتي هو ما جاءت به المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٧٩١ (١) لسنة ٢٠٠٦ مدني حيث تراجعت عن سابقتها في تحديد درجة الخطأ الطبي حيث جاء في حكم المحكمة ما يلي : " وذلك يتعين النظر إلى أية طائفة من الأطباء ينتمي الطبيب المدعي عليه في دعوى المسؤولية وما إذا كان يعمل في معمل خاص به أم من خلال مؤسسة طبية ومدى إمكانيات تلك المؤسسة ولذلك يجب عند استخلاص خطأ الطبيب أن يكون ذلك على درجة من الشدة إذا كان أخصائياً فيسأل عن الخطأ ولو كان يسيراً (٢) .
نخلص مما ذكر أن الفقه المقارن والقضاء الإماراتي بصورة خاصة قد انقسم لقسمين بشأن درجة الخطأ الطبي المراد توافره للمسئولية الطبية للطبيب ويبدو الأمر متفهماً باعتبار أن السوابق القضائية لا تشكل مصدراً

(١) الطعن رقم ٧٩١ لسنة ٢٦ مدني ، المحكمة الاتحادية العليا ، جلسة ٢٤ مارس سنة ٢٠٠٨ م .

(٢) راجع في ذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا ، طعن رقم ١٤٨ و ١٧٧ لسنة ٢٢ مدني حيث أقيمت الدعوى مدني كلياً. أبو ظبي ضد الطعان مستشفى ... بطلب الحكم بالزامهما أن تدفع لهما عشرة ملايين درهم وقالت شريحا للدعوى أنها دخلت تلك المستشفى لتضع حملها وتم ذلك بعملية قيصرية أجراها لها أطباء المستشفى وأثناء ذلك أخطأ الطبيب بأن قام بعمل غرزة خياطه خاطئة فتسبب ذلك في تحويل نزول البول من المثانة إلى الرحم وتلف الرحم وأصبح يتأوه بشكل خطورة شديدة على حياتها مما اضطر معه لضرورة استئصال الرحم لأنه أصبح غير صالح وإذ نتج عن ذلك الخطأ الطبي المهني الجسيم استئصال الرحم وحرمانها من الإنجاب مستقبلاً .

تشريعيا في دولة الإمارات العربية ، ونظن أن ذلك جعل الباب مفتوحا للاجتهد أكثر وهو اتجاه حسن لكنه أوقع القضاء في ذلك التضارب في الأحكام بالإضافة لمعضلة التأخر في الفصل في المنازعات المتعلقة بالعمل الطبي ، مما حدا^(١) بالبعض للمطالبة بإنشاء دوائر متخصصة تعالج قضايا الأخطاء الطبية للإسراع في الفصل بالمنازعات ونحن نميل لهذا المقترح فهو يساعد القضاء بالفعل البت بسرعة في المنازعات دون تعطيل حق الخصوم في الدعوى والذي قد يكون أحد أطراف الدعوى مريض في حالة حرجة بسبب خطأ طبي قاتل فيجد تعويضا نقدياً او عينياً يستطيع من خلاله البحث عن سبل علاجية أخرى جديدة ، كما أن وجود قضاء متخصص ينصف أطباؤنا عند تكييف وتحديد درجة الخطأ الطبي لإقرار المسؤولية المدنية أو لانتفائها.

واقع الأمر أنني لست مرجحاً لأي من الفريقين السابقين ، فأرى أن الخطأ الطبي المقصود هو ذلك الخطأ الذي ينشأ بسبب عدم بذل العناية واليقظة اللازمين وذلك بغض النظر عن حجم فداحة الأخطاء^(٢) فللمريض الحق في التعويض ولو كان خطأ الطبيب يسيراً طالما وقع بدون عناية من كان في مثل تخصصه ودرايته وعلمه كما أن الطبيب لا يسأل عن أية أخطاء طبية طالما بذل العناية واليقظة اللازمين وتعتبر هذه المسألة هي فنية محضة لا يجب على المحاكم إطلاقاً البت فيها بمفردها .

(١) جريدة البيان الإماراتية : الأخطاء الطبية بين الفرق في إدراك المحاكم والحاجة إلى تشريع "دوائر متخصصة" بتاريخ ٢٣ يناير ٢٠١٢ عماد عبد الحميد ، وائل نعيم .

(٢) ".... فالعبرة ليست بوصف الخطأ يسيراً أو جسيماً ولكن بثبوته على وجه التحقيق والقطع لا الشك والاحتمال إذ يجب أن الخلاصة بصورة أكيد لا يتطرق إليها الشك من وقائع واضحة تتنافى في ذاتها مع الأصول الطبية المستقرة" راجع في ذلك حكم محكمة تمييز دولة قطر ، الدائرة المدنية والتجارية ، رقم ٥٦ / ٢٠٠٦ ، جلسة ٥ ديسمبر ٢٠٠٦ م .

ولعل ترجيحنا هنا قائم على ما أخطته الفقه والقضاء المصري (١) ؛ والذي
اعتبرا فيها ان الطيب يسأل عن جميع الأخطاء اليسيرة أو الجسيمة ؛ دون
اي تمييز في درجة الخطأ ، فالامر مرجعه مقارنة تصرف الطيب وخطأوة
بمسلك الطيب العادي الذي يوجد في نفس الظروف ؛ ويجب مراعاة
الظروف الخارجية التي تحيط بالطيب وقت حصول الخطأ ؛ فليس من
الإنصاف مقارنة طيب يعمل في (وحدة ريفية) بأخر يعمل في مستشفى
مجهز بأحدث الوسائل العلاجية .

البحث الثاني

الإفصاح عن الخطأ الطبي

في واقع الأمر وقبل الولوج لموضوع البحث المتصل بالإفصاح عن
الخطأ الطبي ، فلا بد من توضيح ان هذا الموضوع ربما يتداخل منذ الوهلة
الأولى في التزام الطيب بالتبصير ، كالتزام مهني وقانوني مفاداه
ضرورة حصول الطيب على رضا المريض في جميع مراحل العملية
التشخيصية والعلاجية ؛ وذلك بإعتباره شرط (قانوني) لشرعية العمل
الطبي ، وفي نفس الوقت هو يتيح للمريض الحق بالإشتراك لتقرير مصير
الجسد الذي يسعى للحفاظ عليه سليماً معافى .(٢)

وقد قيل في أهمية التبصير أنه لا يقبل من الطيب بصورة عامة إخفاء
اي معلومات تهم المريض معرفتها ؛ كما انه لا يقبل منه الكذب المتعمد
على المريض إلا إذا كان بغرض التهيئة النفسية للمريض وبالتالي
الجسدية ؛ وفي السوابق البريطانية المشهورة لجات سيدة للطبيب النفساني
المختص بدعوى إصابتها بحالة إنهيار عصبي ، والذي بدورة قرر
إخضاعها لجلسة علاج بالصدمات الكهربائية دون إذنها ، وأصبحت

- (١) د. محمد حسين منصور- المسئولية الطبية- الإسكندرية- دار الجامعة
الجديدة - ٢٠١١م - ص : ١٦ و ١٩ .
- (٢) د. نواف حازم ود. محمد صديق - مدى حرية المريض في منح الإذن الطبي -
وقائع المؤتمر السنوي الأول - جامعة الموصل ، ص : ٢٥٣ .

السيدة بعدها بإصابات شديدة ، رفعت على إثرها دعوى مطالبة بالتعويض ؛ حيث أن سكوته عن التبصير بتلك المخاطر العلاجية إعتبرتها المحكمة من قبيل الوسائل التدليسية طالما نشأ عن عدم تبصير المريض ضرر. (١)

لكن الباحث لا يتناول هذا الموضوع مطلقاً ؛ باعتبار أن ذلك التبصير أو الإذن الطبي ، هو مرتبط بمرحلتى التفاوض وتنفيذ العقد ، أما ما تناوله هنا فهو يأتي مرتكزاً على مابعد مرحلة تنفيذ العقد ، وهو وجوب قيام الطبيب بتبليغ المريض عن خطوة الطبي إذا كان قد وقع في مرحلة من مراحل العلاج ؛ وتم التعرف عليها من طريق الطبيب ، مما يعني أن هذا البحث يتناول جانباً جديداً وغير متداخل مع فكرة التبصير أو الأذن الطبي

ومبعث جدة هذا الموضوع وحدثه - برأينا - تنطلق من زاوية عدم تناول التشريعات اللاتينية المقارنة والقانونين الإماراتي والسوداني ؛ لهذا النوع من الإلتزام ، كما أن تحميل الطبيب مسئولية عبء إثبات الخطأ ، والذي الأصل فيه انه يقع على المدعي المضرور وليس المدعى عليه محدث الضرر ؛ يعتبر امراً غير مألوفاً ؛ إذ ان البيئة على من ادعى وليس على المدعى عليه.

إذن سيركز الباحث من خلال هذا الموضوع ؛ على مرحلة مابعد تنفيذ العقد العلاجي بين المريض والطبيب والمستشفى ؛ فإذا تبين للطبيب أو للكوادر الطبية المساعدة له وجود خلل ما في العملية الجراحية أو التشخيصية ؛ فهل يلزم بالإفصاح عنها إذا علمها ؟ وهل يكون هناك أساساً قانونياً للإفصاح ام انه أساساً أخلاقياً لاترتب عليه اي مسئولية مدنية تقصيرية كانت أو عقدية ؟

(١) سالم عبد الرضا - إلتزام الطبيب بتبصير المريض - مدونة الباحث - محمد الروحاني - تاريخ دخول الموقع الإلكتروني ٢٠١٥/٢/١ م

المطلب الأول

ماهية الإفصاح عن الخطأ الطبي وأهميته

في البدء وجدت من المناسب الإشارة لنص المشرع السوداني لواجب الإفصاح عن الأخطاء الطبية (المهنية) وإن جاء ذلك بصورة عرضية غير مباشرة ، فبالرجوع لنص المادة (٢٣) من لائحة آداب المهنة لسنة ١٩٧٤م السوداني ، نجد أنها نصت على الآتي :

(١) عند حدوث أخطاء مهنية تؤدي إلى وفاة المريض يقوم الطبيب نفسه بإبلاغ النيابة المختصة باعتباره مبلغاً عن الوفاة مع طلب إبداء رأي الطبيب الشرعي في الحالة (١)

في الواقع النص بهذه الصياغة شابه كثير من الغموض ؛ بل وأراه اضاع فرصة ثمينة لإعمال الشفافية في العلاج ومنذ فترة طويلة ؛ فالنص بهذه الصياغة هل قصد منه إجراء (التبليغ) عن حالة الوفاة؟ أم أن المشرع هدف من تلك المادة بأن هناك أخطاء مهنية تستوجب الإفصاح عنها؟ وهل يفهم من ذلك ضمناً أن الأضرار الجسيمة الأخرى الغير مفضية للوفاة الناشئة عن خطأ الطبيب لا بد فيها من إفصاح ، باعتبار أن من يملك الكل يملك الجزء ؛ والذي يمثل في حقيقته إقراراً في علم الإثبات؟

واقع الأمر أن تشريعاتنا الصحية لازالت تحتاج لضبط وشفافية أكثر عند صياغة نصوصها ، وبالأخص أن التشريعات الصحية في الاغلب الأعم ؛ تفقر للمذكرة الإيضاحية أو التفسيرية ، مما يدل على أهمية البحث العلمي القانوني ؛ في هذا الشأن .

لكن الملفت للنظر أن دولة قطر في العام ٢٠٠٨ سارعت بتبني نظام التبليغ الآلي عن الأخطاء الطبية ؛ والذي جعلها في المرتبة الثانية بمنطقة

(١) من لائحة آداب المهنة - السوداني - قرار وزير الصحة رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٧٤

الشرق الأوسط ومن ضمن سبع دول في العالم تبادر لتطبيق نظام التبليغ عن الأخطاء الطبية وغير الطبية ، وقد علل القائمون على الامر بمؤسسة حمد الطبية أن نظام التبليغ عن الأخطاء الطبية يحقق فوائد عديدة وهي :

- ١- سرعه إتخاذ القرار الخاص بمعالجة الاخطاء وضمان عدم تكرارها .
- ٢- يهدف النظام لتحقيق السرعة المطلوبة لصد و (تدقيق) الأخطاء التي يتم الإبلاغ عنها .

٣- تم رفع شعار أنه " لالوم ولا عيب " ، وذلك لتشجيع الطبيب والكادر الطبي على الإفصاح عن أخطاؤه المهنية . (١)

يرى البعض من الفقه أن واجب الطبيب في تبصير المريض لا يقف في مرحلتي التشخيص والعلاج ؛ بل أنه يمتد لمرحلة لاحقة لما بعد العلاج ، وبعبارة أخرى فإن الطبيب يلتزم بالإفصاح عن الخطأ الطبي عند كشفه ؛ ويهدف التبصير في مرحلة التشخيص والعلاج بتنوير المريض عن ماهو مقدم عليه للحصول على رضاؤه المستتير ؛ أما الغاية الأساسية من التبصير بعد تقديم العلاج فهو لإحاطة المريض بما يمكن أن يتبعه من إحتياجات مستقبلية في حال باء العلاج بالفشل . (٢)

في واقع الامر اجدني أكثر ميلاً لتقبل مصطلح (الإفصاح عن الخطأ الطبي) كبديل عن مصطلح (التبصير اللاحق للعلاج) ؛ فلا يحتاج المريض بعد حصول أخطاء طبية جسيمة إلا لمن يفصح أو يكشف له سبب فشل العلاج أو العملية الجراحية ويقر له بذلك ك (حق) وليس (عطية) ؛ فالعقد الطبي هو بنهاية الأمر عقداً من العقود والتي لا بد أن يتسم تنفيذها بمبدأ (حسن النية) وذلك في جميع مراحل العقد ؛ إبتداءً من مرحلة إبرامه وإنتهاءً بمرحلة ما بعد التنفيذ .

(١) صحيفة الراية - دولة قطر - صادرة بتاريخ ٢٠١٢/١/٢م - تاريخ دخول

الموقع الإلكتروني ٢٠١٦/٤/٣

(٢) د. غادة فؤاد مجيد مختار ، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون

المدني ، ص : (٢٧١)

وليس بغريب هذا البيان عند النظر لأن أساس مبدأ حسن النية فهو أساس أخلاقي في المقام الأول وأساس قانوني في المقام الثاني يرتبط بمبدأ سلطان الإرادة في العقود. وقد نصت المادة ١/٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية الإتحادي بقولها :

(يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية) والاساس القانوني يتمثل في وجوب الوفاء بالعهد وإستلزام توافر عناصر (الثقة والإستقرار عند المعاملات) في المجتمع الواحد ؛ مما يوجب على كل شخص الإيفاء بما عليه من إلتزامات طبقاً لشروط العقد ومستلزماته وما جرى عليه العرف). (١)

ويرى البعض الآخر أن إلتزام الطبيب بضمان السلامة ؛ هو إلتزام عام يقع على الطبيب دون حاجة للنص عليه في القانون أو العقد ؛ والإفتراض هذا منشأة طبيعة التدخل العلاجي والذي قد ينطوي في بعض الأحيان على مخاطر أو (مساس) بسلامة جسم المريض. ويمتد هذا الإلتزام من مرحلة العلاج لمرحلة إجراء العملية الجراحية وإلى أخيراً تمام العلاج والتأكد من سلامة المريض (٢)

ويرى البعض من الفقه أنه يتوجب على الطبيب الإفضاء بالمعلومات المتصلة بأي خطأ قام به الطبيب اثناء العملية الجراحية ، ويتم ذلك بموجب الشروط التالية :

- (١) أ.د عدنان سرحان- د. يوسف محمد عبيدات- المصادر الإرادية للإلتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي- العقد والتصرف الإفرادي- ط١- عمان؛ الأفاق المشرفة للنشر والتوزيع- ٢٠١٠- ص: ١٩٨
- (٢) أ.د نزية محمد الصادق المهدي، بحث بعنوان: مدى توافق قانون المعاملات المدنية مع القوانين الخاصة وبعض موضوعاتها المعاصرة)- قدم في وقائع مؤتمر الإحتفال باليوبيل الفضي لقانون المعاملات المدنية الإتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ والمعدل بالقانون رقم (١) لسنة ١٩٨٧- معهد دبي القضائي- دبي- ١٤٣٢هـ- ٢٠١١م. ص: (١٨١)

الشرط الأول: يلتزم الطبيب بالإفصاح عن اي (حادث) يكون قد وقع أثناء تطبيق العلاج ؛ ويتحقق علم المريض بها علماً كافياً ؛ حتى يستطيع على الأقل تجنب أي أثر سئ ناشئ من تلك الحادثة . وواقع الأمر جرى بهذا الشرط حكماً قضائياً أصدرته محكمة إستئناف باريس في العام ١٩٥٩ ؛ حيث أقرز مبدأ قانوني مهم في هذا الشأن ؛ وتدور وقائع القضية كالتالي :

(القضية كانت تتعلق بمريض أجريت له عملية تفريغ لخراج اقتضت إدخال مشروط بالتجويف الصدري ، ولكن طرف المشروط انفصل أثناء العملية ، ولم يتمكن الجراح من إخراجه ، وألتزم الجراح الصمت إزاء هذه الحالة ولم يخطر بها المريض ، وعلى إثر شعور هذا الأخير بالآلام أثناء رحلة عمل كان يقوم بها في مدينة نيويورك ، أجريت له جراحه جديدة حيث تم إستخراج طرف المشروط الذي تركه الجراح الأول وقد أدانت محكمة إستئناف باريس هذا الجراح لإهماله في إخطار المريض بعدم إستخراج ظرف المشروط وبالنتائج المحتملة لهذه الحادثة ، وضرورة الخضوع لرقابة طبية فعالة لتلافي أثارها). (١)

الشرط الثاني: يجب على الطبيب الإفصاح عن اي فشل يلحق العملية ، ويقع على الطبيب أيضاً إلتزام وهو ضرورة (الإفصاح) عند فشله في العلاج بطريقه لا تتسبب بأي أضرار نفسية للمريض . ويرى هذا الجانب من الفقه ان الأطباء غالباً لا يلتزمون (بالإعتراف) بالأخطاء بسبب كبرياتهم وإستكفافهم في بعض الأحيان ، بالإضافة لتخوفهم من تحمل المسؤولية عند حدوث أخطاء طبية صادرة منهم .

الشرط الثالث: يتوجب على الطبيب أيضاً الإفصاح عن السلوك الواجب إتباعه بعد الإنتهاء من العلاج ، وهذا الجزء يخص المضاعفات أو

(1) C. A. Paris 23nov.1959,J.C.P,11,11469.note
R.Savatier,R. T.D.Civ1960.P.269,Obs.H.etl.Mazeaud.
مذكور لدى د.غادة فؤاد مجيد المختار ، مرجع سابق ، ص : ٢٧٢

الأثار الجانبية (١) ولا يهمننا في هذا البحث الشرط الثالث بالكيفية التي عرضها الفقه ، باعتبار أنها مسألة مسلم بها وهي من قبيل المضار المألوفة ولا تمثل صورة الخطأ الطبي . لكن بالقياس أيضاً للمسألة فنجد أن الإفصاح بالخطأ الطبي (هو (أولى) بالالتزام به ، فالمضاعفات والآثار الجانبية لا تشكل مسئولية على عمل الطبيب ، (٢)

لذلك تجده يركز على الإفصاح عنها ، ويبدو التخوف برأينا من مغبة تحمل المسئولية المدنية عقابية أو كانت تقصيرية هو الباعث على كتمان الإفصاح عن الخطأ الطبي ، ولذا الأمر يحتاج لمعالجة تشريعية تلزم الطبيب بالتبليغ عن الخطأ الطبي الذي قام به ، بالأخص الأمر أعز به لسببين :

السبب الأول : يظل مستوى تحقق الإلتزام المطلوب تحقيقه من عمل الطبيب لا يتعدى بذل العناية في غالب الأعمال الطبية ، فالشفاء هو هدف مرجو لكن الشافي هو الله جل جلاله (وإذا مرضت فهو يشفين) صدق الله العظيم (٣) وتبدو ضائلة نسبة الأعمال المطلوب الإلتزام بها على مستوى تحقيق النتيجة ، وبالتالي لا يجب الإدعاء بأن الطبيب هو شخص مهني خارق ، لا يقع الخطأ في عمله .

(١) د. غادة فواد- المرجع السابق، ص: ٢٧٣.

(٢) نصت المادة ٨/٤ من قانون المسئولية الطبية الإتحادي على ذلك بالآتي: (دون الإخلال بالإلتزامات المقررة بالتشريعات النافذة فإنه يجب على الطبيب بصفة خاصة الإلتزام بما يأتي:

٨- إعلام المريض أو ذويه بالمضاعفات التي قد تنجم عن التشخيص أو العلاج الطبي أو التدخل الجراحي قبل بدء تطبيقه ورصدها والمبادرة إلى علاجها متى أمكن ذلك)

(٣) (الآية ٨٠ من سورة الشعراء ، القراءن الكريم ، وجاء في تفسير ابن كثير (أي إذا وقعت في مرض ، فإنه لا يقدر على شفائي أحد غيره بما يقدر من الاسباب الموصله إليه_ أنظر المصباح المنير في تهذيب تفسير ابن كثير ، للإمام إسماعيل بن عمر بن كثير رحمه الله ، الرياض ، دار السلام للنشر والتوزيع ، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م ، ص: ١٠١٥

السبب الثاني ، وكما أرى فلا بد من تولي الدولة مسؤوليتها التكافلية بإدخال نظام التأمين على أخطاء الأطباء ، حيث ان هذا النظام يتيح تطوراً في مجال الشفافية والمهنية في العمل الطبي ، ويصاحب ذلك فلا بد من تشجيع شركات التأمين والتي تقبل هذا النوع من التأمين على الأخطاء الطبية بأن تعطى إمتيازات تشجيعية في العمل تخفز بها بقية شركات التأمين للجزء مثلها ، ولا بأس من إعتبار هذه الميزات المصروفة من قبيل (المساهمة المجتمعية) بإعتبار كل القطاعات في الدولة تطبق هذا البند . وأظن هذه المناشدة ربما ترفع الحرج عن الأطباء في الإفصاح عن الأخطاء الطبية ، بدلاً من التحول لمضمار المنازعات القضائية التي تشغل الكادر الطبي وربما تحرمه من ممارسة المهنة نتيجة عدم الإفضاء أو الإفصاح ؛ وبالأخص إذا كان من السهل عليه تبينه .

ونلاحظ مدى التطور التشريعي لدى المشرع الإماراتي ؛ والذي بحق أعتبره رائداً في مجال التشريعات الصحية ؛ والتي تميز فيها بقانون المسؤولية الطبية الجديد رقم ٤ لسنة ٢٠١٦ بشأن المسؤولية الطبية .

ومن إشرافات التشريع الإماراتي الجديد أنه حظر مزاولة المهنة الطبية إلا بالتعاقد مع شركات التأمين ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية ، والجديد في هذا القانون أن المشرع حمل أصحاب المستشفيات كامل أقساط التأمين ، بعد أن كان في السابق يتحمل فيها نسبة ثمانون بالمائة من الأقساط مقابل عشرون في المائة يلتزم بدفعها الطبيب المعالج .

وقد نص على ذلك بالمادة ٢٦ من القانون بقوله :

(يلتزم صاحب المنشأة بالتأمين على مزاولي المهنة العاملين لديه ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية كما يلتزم بالتأمين عليهم ضد المخاطر الناجمة عن ممارسة المهنة أو بسببها ويتحمل صاحب المنشأة كامل أقساط التأمين في كلتا الحالتين) (١)

(١) المادة ٢٦ من مرسوم بقانون إتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٦ بشأن المسؤولية الطبية

مما يجعل الباحث يناشد المشرع الإماراتي ليحذو حذو المشرع القطري في تفعيل النصوص القانونية الخاصة ببحث الأطباء والكوادر الصحية للإفصاح عن أخطاءهم متى علمت ، طالما أن تلك الأخطاء مؤمن عليها عن طريق شركات التأمين^(١) ، فصحيح ، أن الأمر بظاهرة قد يوحي نتاجه بتسبب إيقاع الخسارة المادية لشركات التأمين المؤمنه ؛ لكن واقع الحال أنها ستتحمل تكلفة اقل من التعويض ؛ باعتبار مال الإفصاح من دور في تقليل حجم الأضرار طالما تم الإقرار بها في وقت مبكر .

المطلب الثاني

الأساس القانوني للإفصاح عن الخطأ الطبي

لاشك أن محاولة تكييف الأساس القانوني للإفصاح عن الخطأ الطبي ؛ تبدو مسألة بالغة في التعقيد بالنسبة لذلك الموضوع ؛ وصعوبة الأمر كما يراها الباحث مبعثها تداخل قواعد الإفصاح عن الخطأ الطبي بين نوعين من صور الإلتزام وهما الإلتزام الطبيعي (وهو أخلاقي) بالطبع ؛ والإلتزام القانوني وهو ملزم يجب الإيفاء به دائماً ولو جبراً على المدين . بالإضافة لأن الإلتزام بالإفصاح عن الخطأ الطبي أمر دائماً ما يجد تنظيمه ضمن قواعد أو لوائح تنظيم المهن ؛ بما يوحي بأنها قواعداً اقل شأناً من القوانين ؛ فلا يجوز أن تأتي متعارضة مع القانون .

في الواقع يمكن دراسة الأمر من خلال ثلاث معايير اساسية ؛ وهي تتصل بتكييف الإفصاح عن الخطأ الطبي باعتباره إلتزام بين الإلتزام الطبيعي والإلتزام المدني ، كما أننا نخضع الأساس القانوني أيضاً لمقاربة مع فكرة التفرغ كواحدة من حالات إبطال العقد ، بالإضافة لمعيار حسن النية .

(١) والتأمين من المسؤولية جازز بالنسبة للمسئولية العقدية ، فضلاً عن المسؤولية التقصيرية مفترضاً أو ثابتاً ، وسواء كان الخطأ الثابت يسيراً أو جسيماً ، بشرط ألا يكون هذا الخطأ متعمداً إذ لا يجوز لأحد أن يسر لنفسه السبيل إلى الغش ، (راجع في ذلك ، د. عبد القادر أزور ، التأمين من المسؤولية المدنية الطبية ، ط ١ ، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١١ ، ص : ٢٨)

الفرع الأول

الإفصاح عن الخطأ الطبي بين التزام مدني والالتزام الطبيعي:

كما هو معلوم بأن الإلتزامات في القانون المدني تنقسم لقسمين ؛
إلتزام طبيعي وإلتزام مدني (قانوني).

فالإلتزام الطبيعي يعرف بأنه (إنشغال الذمة بحق لا يمكن إيجاب المدين
على أدائه. لأنه إلتزام إقتصر على عنصر المديونية وخلا من عنصر
المسؤولية). وقد نظمه المشرع الإماراتي بالمادة ٣٤٠ من قانون المعاملات
المدنية بالآتي (إذا أفتقد الحق حماية القانون لأي سبب فلا جبر في تنفيذه ،
ويصبح واجباً ديانة في ذمة المدين) ولكن إذا أداه المدين به إختياراً صح
أداؤه وعد وفاءً لما يجب وليس تبرعاً . (١)

وعليه وكما يرى غالبية الفقه فإن الإلتزام الطبيعي لا يجبر المدين على
تنفيذه ؛ بعكس الإلتزام المدني الواجب التنفيذ، وقد تم تبرير ذلك على
أساس أن الإلتزام الطبيعي يقع في منطقة وسط بين بين الإلتزام القانوني
والإلتزام الأدبي أو الواجب الأدبي ؛ ويضيف هذا الإتجاه من الفقه أن
الإلتزام الطبيعي هو (واجب أدبي) قارب أن يكون إلتزاماً قانونياً أو مدنياً
بسبب إرتفاع درجته أو (منزلته) في نظر المشرع . (٢)

واقع الامر وجدت أن مشكلة تكييف واجب الإفصاح عن الخطأ
الطبي يرجع تاريخها للعام ١٩٥٤ والتي صدر فيها لائحة التقاليد المهنية
للطب البشري في مصر، والتي ابانت فيها اللائحة بجواز قيام الطبيب
إخفاء (حقيقة) مخاطر العلاج على المريض ، والتي نصت فيها المادة ١٨

(١) أنظر د. علي المهداوي، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الإتحادي -

أحكام الإلتزام، ط ٢، عمان، إثناء للنشر والتوزيع، ٢٠١١م، ص: ١٨.

(٢) أنظر د. عبد الرزاق السنهوري - الوجيز في النظرية العامة

للإلتزام، الإسكندرية - منشأة المعارف بالإسكندرية، ص: ٨٣٧.

من تلك (١) اللائحة على أنه لا يجوز إطلاع المريض على عواقب المرض المميتة إلا إذا تم ذلك بكل حذر، ولا يجوز إخفاء عواقب المرض الخطيرة عنه، وعلى الطبيب أن ينهي إلى أقارب المريض خطورة المرض الخطيرة بصفة عامة إلا إذا أبدى المريض رغبته في عدم إطلاع أحد على حالته أو عين شخصاً لإطلاعهم عليها).

والذي قاد البعض لتفسير هذا النص على نحو أن الطبيب غير ملزم بتبصير المريض تبصيراً كاملاً، بل أن الطبيب يلزم بالكذب والإخفاء على المريض، بالإضافة لأن الطبيب المعالج يملك الحق في الإخفاء حتى على أقارب المريض، غير أن هذا الإتجاه الفقهي تعرض للنقد باعتبار أن ذلك يقود للمخالفة مع أحكام القوانين المدنية والجنائية عند النظر في دعاوي الخصوم المتعلقة بالمسئولية الطبية. وتوصل هذا الإتجاه الفقهي لأن اللوائح الناطمة للتقاليد المهنية لاتعدو أن تكون مجرد قواعد (اخلاقية) لا يجب أن تأتي متعارضه مع القوانين المدنية والجنائية؛ فالأخيرة هي أسمى في الترتيب عند التعارض واللائحة المشار إليها لاتعدو وكونها (مجرد قواعد اخلاقية) يهتدى بها الاطباء في عملهم، وإذا أثبتت اي مخالفة بشأنها فالأمر لايتعدى إيقاع جزاء من النوع التأديبي؛ وليس من الضروري أن تتوافق أحكام الأخلاق مع أحكام وقوانين المجتمع. (٢)

نستخلص من كل ما ذكر أن إلتزام الطبيب بالإفصاح عن الخطأ الطبي يعتبر أمراً أخلاقياً وليس ملزماً القيام به على مستوى المسئوليتين المدنية والجزائية.

والحقيقة فالباحث وبعيداً عن تكييفات الفقه السابقة، فإنه يرى بأن الإلتزام بالإفصاح عن الخطأ الطبي؛ يعد الآن في مرحلة كونه إلتزاماً

(١) د. أحمد محمود سعد، مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، ط٢، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص: ٣٠٥.

(٢) د. أحمد محمود سعد - المرجع السابق، ص: ٣٠٦.

طبيعياً وأخلاقياً ، إذ انه إشتمل على عنصر المديونية في الإفضاء للمريض بفشل العلاج أسبابه ومسبباته. ولكنه خلا من عنصر (المسئولية) على مستوى الإلتزام المدني ؛ وهذا ما يجب أن يتم تعديل النظر إليه . فلا يمكن تصور وضع الإلتزام بالإفصاح عن الخطأ الطبي ضمن القواعد اللاتحجية فحسب ؛ إذ أن طرف المضرور في المقام الأول هنا هو المريض وليس الجهات الصحية .

فليس هناك ما يبرر ترك مصير حياة المريض معرضة للخطر ؛ لمجرد أن للطبيب سلطة أخلاقية غير ملزمة في الإفصاح . ولا عجب إذا قلنا أن التوجهات الحديثة في الطب كلها تتوجه نحو جعل الإفصاح عن الخطأ الطبي أمراً ملزماً وليس إختيارياً في ظل التقدم التقني في وسائل الكشف على حالة المريض قبل وبعد العملية العلاجية .

الفرع الثاني

الإفصاح عن الخطأ الطبي اساسه التفرير المغيب للرضاء:

يعتبر التفرير أو التدليس كما جرى تسميته في بعض التشريعات كالتشريعين المصري والسوداني ؛ هو أحد عيوب الإرادة التي جرى الأمر على إعتبارها تجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المضرور المدلس عليه . لكن هل يمكن إعتبار واقعه عدم قيام الطبيب أو الكادر الصحي من إخفاء أي خطأ طبي غير متعمد وقع فيه اثناء العلاج أو التشخيص صورة من صور التدليس ؟

في الواقع نص المشرع الإماراتي (١) على التفرير كعيب من عيوب الإرادة بالاتي :

(التفرير هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل إحتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها)

كما نص قانون المعاملات المدنية السوداني (٢) على التدليس بقوله :

(١) نص المادة ١٨٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي النافذ لسنة ١٩٨٥

(٢) المادة ٦٧ من قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ لسنة ١٩٨٤

(يكون العقد قابلاً للإبطال للتدليس سواء أكان قولياً أم فعلياً ، إذا كان التدليس الذي لجأ إليه أحد المتعاقدين أو وكيله من الجسامه بحيث لولاه لما أبرم الطرف الآخر العقد)

كما نصت المادة ٢/٦٧ من القانون السوداني على أنه :
(يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعه أو ملبسه ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة)
ويرى البعض من الفقه أن واقعه سكوت الفرد في وقت لا يجب فيه السكوت يعتبر صورة من صور التفرير ، فمجرد صمت أحد العاقدين عن الإدلاء ببيانات كان من الواجب الإفصاح عنها ، وهي في ذات الوقت ذات تأثير على إرادة الطرف الآخر (المريض) مما يعد ذلك تفريراً معيماً للرضا. (١)

وقد وجدنا الأمر متطابقاً في الفقه الأنجلوسكسوني (٢)

حيث إعتبر من صور التفرير الكتمان :

(Non- disclosure of information amount to a representation when a legal duty to speak rests on a party and he fails to disclose the information)

غير أن الباحث يلاحظ أن المشرع الإماراتي قرن بين التفرير والغبن الفاحش كشرط لازم لإعتبار العقد قابلاً للإبطال . على عكس من المشرع السوداني والذي يعتبر التدليس عيباً مستقلاً عن عيب الغبن الفاحش .
والحقيقة ذلك المسمى من القانون الإماراتي جعل عيب التفرير مرتبطاً فقط بمعالجة وضمان مشكلات عيب الإرادة التي تلحق العقود التي صورتها الإلتزام بنقل حق كعقد البيع ، مما يخرج بعض العقود والتي تمثلها صورة العقود الخاصة بالقيام بعمل ، كعقد العلاج الطبي . مما يجعلنا نناشد

(١) د. عبدنان السرحان ، مرجع سابق ، ص : ١١٥

(2) -A MFouche' and others – Legal principles of contracts and Commercial law-LexisNexis-Cape Town-2014) p:59

المشروع الإماراتي بضرورة الفصل بين التفرير والغبن الفاحش كعيوب للإرادة ؛ حتى لا يضيق عليه واسعاً .

وبالرجوع لفكرة التفرير كاساس قانوني يمكن الإرتكان إليها للإلزام الطبيب عن الإفصاح عن الخطأ الطبي ؛ فنجد التشابه الكبير بين فكرة التفرير وأثرها القانوني وإمتناع الطبيب المتعمد عن الإفصاح عن الخطأ الطبي ، فالسكوت المتعمد حالة مشتركة ؛ فسكوت المتعاقد وإخفاء بيانات مهمه عن الآخر كما في عقد البيع مثلاً ؛ قد يضيع على المشتري الحق في فسخ العقد ؛ أو المطالبة بالتعويض أو غيرها من جزاءات مدنية . وكذا الأمر فإن سكوت الطبيب او الكادر الطبي المتعمد عن الإفصاح عن الخطأ الطبي بالإهمال أمر يمثل ايضاً تفريراً بيننا على المريض ؛ ويقطع الطريق أمام المرضى لفسخ العقد الطبي وإسترداد تكاليف العلاج والتي باتت باهظة في هذا الوقت . كما أن من حق المريض المطالبة بالتعويض ، بل والأسوأ انها تجعل المريض في موقف صحي لا يحسد عليه ، فقد يفوت فرصة الإستشفاء مستقبلاً أو تقل فرصة شفاؤة .

لكن ولإعتبارات إنسانية لائمهل لتكليف إلتزام الطبيب بالإفصاح عن الخطأ الطبي إعتماًداً على واقعه التفرير

(السكوت المتعمد) وذلك تحديداً لإسباب عديدة وهي :

(١) أن قصد الطبيب او الكادر الطبي من إخفاء الخطأ الطبي ، عادة لا يتم بنفس الغرض الذي يتبعه المتعاقد للتفرير في العقود الأخرى ، فعادة يعتمد الطبيب للإخفاء لإحدى سببين الأول يرتبط بواجبات مهنية ، وهي التي تحتم عليه ذلك الإخفاء المتعمد حفاظاً على الحالة النفسية للمريض ، والثاني إذا كان ذلك الإخفاء قد تم بطلب مباشر من المريض ، ونستند في ذلك لبعض الآراء الفقهية في الفقه الأنجلوسكسوني : (١)

(1) Albert, Thomas A.Cavanaugh,Stephen.J.Mcphee,MD, Guy.P.Micco,MD To tell the truth- Ethical and Practical Issues in disclosing Medical Mistakes to Patient- (Essay from the Internet_ entry 2/2/2015)

(...Physicians might be permitted not to tell if they have good reason to believe that disclosure would undermined the patient's autonomy in some way (eg, in or the .(capacitate the already several depressed patient , patient might have told the doctor explicitly, 'Doctor, if anything goes wrong, I do not want to know about it...)) □

ويؤكد الإتجاه السابق إتجاه فقهي آخر^(١)؛ والذي يرى بأن قيام الطبيب أحياناً بتهوين النتائج الضارة على المريض والمحتملة ؛ عبر سردها بصورة مقتضبة وعامة دون تفصيل ، لا يمكن أن تنشئ أي مسئولية على الطبيب بسبب الإخلال. بالالتزام بالتبصير ؛ وذلك مراعاة للحالة النفسية للمريض .

(٢) كذلك نرى من عيوب فكرة التفرير كاساس قانوني للإلزام الطبيب بالإفصاح - أنها - لاتغطي إلا حالات المسئولية العقدية بين الطبيب والمريض ، بينما المسئولية التقصيرية والتي تنشأ بالمخالفة لأحكام القانون لا يمكن أن تنشأ بسبب التفرير والذي هو عيباً من عيوب الإرادة ، التي محلها العقد أو التصرف الإفرادي ، أما مجال المسئولية التقصيرية وهي أكثر حالات ثبوت المسئولية التقصيرية فلا تناسب معها فكرة التفرير أو التدليس كعيب يعتبر أساساً للإلتزام بالإفصاح عن الخطأ الطبي .

(٣) واتفق مع الرأي الفقهي المعتبر بأن تحديد ذاتية المعلومات التي يجب الإفصاح بها يعتبر أمراً ليس سهلاً ، بل الاسهل هو تحديد ماهي المعلومات الغير مطلوبة للإفصاح .^(١)

(The facts that have to be disclosed to a patient are not easy to determine. In general it is easier to state what information needs not to be disclosed.)

(١) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص: ٤٥.

(2) Pr.Herman NYS--Report On medical Liability in Council of Europe Member States- European Committee on legal Co- Operation(CDCJ)2005)P: 13.

(٤) أجد أن عملية الإفصاح عن الأخطاء الطبية إعتقاداً على أساس التفرير في حالة الكتمان ؛ يمكن ان يكون غير عادل من زاوية انه يجعل الطبيب في موقف (المقر) ويتحمل على ضوئها تبعات المسؤولية المدنية . فلا بد من مراعاة طبيعة العقد الخاصة ؛ إذ أن الإعتبارات الإنسانية لا بد أن تكون حاضرة عند وضع النصوص القانونية ؛ وأقترح في هذا الشأن إعمال مبدأ جديداً يكون من شأنه إعفاء الطبيب او الكادر الطبي عن اي مسؤولية مدنية يمكن ان تلحقه بسبب ذلك الإقرار ، على أن تقوم إدارة المستشفيات بعملية تعويض ذاتي تتحملها الجهة الصحية المتبوعه ؛ أو تتحملها شركات التأمين على الأخطاء الطبية ؛ وذلك كما سترى في تطبيقات التشريعات الأمريكية الحديثة .

أخلص من كل ما ذكر أن تكييف مبدأ الإفصاح عن الخطأ الطبي كإلتزام قانوني ؛ لازال في دائرة الإلتزامات الطبيعية ؛ ومن المفترض إجراء إنقلاب تشريعي يعالج هذه المسألة على غرار التجارب الطبية الحديثة ؛ ويرجح الباحث أن الإفصاح عن الخطأ الطبي يتوجب أن يكون إلتزاماً مدنياً وليس طبيعياً ؛ باعتبار أن مجال العلاقة التعاقدية هي العقد ؛ والعقد شريعة المتعاقدين ؛ ويتوجب تنفيذه دائماً وفقاً لمبدأ حسن النية ؛ كما إقتضته التشريعات في القوانين المدنية .

المطلب الثالث

التطبيقات القانونية العملية للإفصاح عن الخطأ الطبي بموجب تجربة الولايات المتحدة الأمريكية

واقع الأمر أن دولة قطر عبر مستشفى حمد قد قدم نموذجاً عملياً لما يجب أن يكون عليه حال العمل الطبي ؛ الذي صاحبه أخطاء طبية سواء في مرحلة التشخيص أو العلاج ؛ لكن على ما يبدو أن الأمر لازال في إطار تنظيمي لائحي ولايستند لقانون أو نصوص واضحة ، فقصد بذلك الإجراء بالتبليغ عن الخطأ الطبي تميماً لواجب المستشفيات في تحقيق جودة في العمل الطبي عبر نظام التبليغ الآلي ؛ والذي قامت به مؤسسة حمد

الطبية منذ العام ٢٠٠٨م ؛ وقد هدفت المؤسسة من ذلك لتحقيق سرعه
إتخاذ القرار الخاص بمعالجة الأخطاء وضمنان عدم تكرارها ، وقد إستغرق
العمل على تطوير هذا النظام قرابة الثلاث سنوات قبل تطبيقه على
مؤسسة حمد الطبية ، كما ان إفصاح الأطباء لديهم لم يكن بقصد معرفة
من المتسبب بقدر ماهو نظام الهدف منه تحسين الأداء ورفع مستوى الجودة
في العمل الطبي .(١)

أما على نطاق التجربة في المستشفيات الأمريكية فواقع الحال ؛ انها
أكثر ثراء من واقع نقل إلتزام الطبيب بالإفصاح عن الخطأ الطبي من إلتزام
أخلاقي لإلتزام قانوني ملزم وذلك من خلال العديد من التطبيقات
وبالإمكان تقسيم الدراسة لفروع توضح توجهات كل ولاية أمريكية على
حدة من مبداء الإفصاح عن الخطأ الطبي .

الفرع الأول

تجربة محافظة كيويك الأمريكية

فقد أصبح عالمياً إلتزام الطبيب بالكشف عن الخطأ الطبي أمراً مطلوباً
قانوناً ، سواء كان ذلك صراحة أو وفقاً للتشريعات القانونية والأخلاقية
معاً . ففي محافظة كيويك بالولايات المتحدة الأمريكية وجدنا أن المرضى
الذين يتلقون علاجاً في المستشفيات يتمتعون بحق (قانوني) يتمثل في حقهم
في معرفة المخاطر والعواقب التي يتعرضون لها ، وبدأ المستشفيات بالفعل
في تبني سياسات تعزز من مبدأ مصارحة المرضى بالأخطاء الطبية ؛ على
أن تقوم منظمة (سي أم بي آيه) بتكفل تغطية تأمين الاطباء ، بل وتقوم
بجثهم على كشف طبيعة الممارسات الطبية السالبة من قبل المؤسسة الطبية .

(..In some provinces, disclosure to patient harmed by
adverse events is required by law, either directly, or by
means of statutory approval of professional codes of

(١) صحيفة الراية - دولة قطر - صادرة بتاريخ ٢٠١٢/١/٢م - تاريخ دخول

الموقع الإلكتروني ٢٠١٦/٤/٣

ethics that in turn mandate disclosure of harm. In Quebec, for instance, patients receiving care in hospitals have a statutory right to be informed of accidents ... The CMPA, which provides liability coverage for most physicians, encourages members to disclose the occurrence of adverse events to patients, as well as the nature of adverse clinical outcomes) (1)

وثمة تساؤل يطرحه الباحث في هذا المقام وهو كيف قامت التشريعات الصحية في الولايات المتحدة الأمريكية من التخفيف من الإشكاليات القانونية التي يمكن ان تصاحب مبدأ المصارحة الطبية ، وبعبارة اخرى فالأطباء عادة لا يجذبون مناقشة او مصارحة اخطائهم الطبية مع المرضى باعتبار أن شركات التامين يمكن ان تكون غير راغبة في مناقشة تلك الامور السالبة التي تنبني عليها تعويض المرضى ؟

ويرى البعض من الفقه الأمريكي ان إقرار مبدأ الإفصاح او المصارحة عن الخطأ الطبي يحقق فوائد عديدة ، ويمكن من خلالها الإجابة على تساؤلات البحث ؛ وقد ورد فيها المعالجات اللازمة ..

أول الفوائد التي يمكن ان تتحقق من الإفصاح عن الخطأ الطبي هو تكريس مبدأ الشفافية بين المرضى والأطباء ، بالإضافة لأن مبدأ الإفصاح يساعد المرضى في إتخاذ القرارات الصحيحة بصحتهم ؛ فضلاً على أن الإفصاح عن الخطأ الطبي ربما يؤدي بنا لتقبل المرضى له ؛ ومن ثم الحصول على رضا المريض . وهناك أيضاً فوائد تتصل بتعزيز قدرات المستشفيات بتلافي الأخطاء الطبية مستقبلاً .

أما الأمر المهم فهو من حيث حسابات الربح والخسارة ، فقد أوضحت الدراسات أن مصارحة المريض بالأخطاء الطبية قد يقلل من المساءلة القانونية بدلاً عن زيادتها وانه عندما يصاحب الإفصاح

(1) (John M.Gilmour, Patient safety, Medical error and tort law: An International Comparison, Canda-2006) p: 67)

(تعويض مبكر) فإن ذلك يقلل من تكاليف التقاضي وحجم المال المدفوع كتعويض.

وقد ثبت عملياً في تجربة المراكز الطبية التابعة لجامعة ميتشيجان في تعاملها مع مبدأ الإفصاح عن الخطأ الطبي ، ان عدد المطالبات القضائية وحجم التعويضات المالية والمنصرفات الإجمالية قد إنخفض بشكل واضح بعد تطبيق برامج الإفصاح عن الخطأ الطبي .

بل وان وجدنا بعض المنظمات التي طالبت بالإفصاح عن الخطأ الطبي مثل المفوضية المشتركة ترفع من درجات المستشفيات التي تطبق مبدأ الإفصاح عن الأخطاء الطبية .

(. Disclosure is useful whether or not it is required. If facilities patient participation in decision - making about their care and enables if formed consent. In addition, organizations with a culture that fosters discussion of mishaps are better positional to explore the causes of patient and prevent avoidable recurrences Disclosure may be a good business practice as well: Research suggests that disclosure of errors to patient may reduce rather than Increase the incidence of law suit and when disclosure is couple with early offers of compensation, it may reduce litigation costs and the size of indemnity payments ⁽¹⁾).

الفرع الثاني

تجربة ولاية أريجون الأمريكية

واقع الأمر فإن ضمان فرض وإقرار مبدأ الإفصاح عن الخطأ الطبي يتطلب تعاوناً كبيراً بين ثلاثة أقطاب أو أكثر وهم المستشفيات بقيامها بدورها المتمثل في تقديم تعويضات مبكرة قبل اللجوء للقضاء عند ثبوت الخطأ الطبي من جانب كوادرها ، كما ان المريض عليه ان يتفهم بالتنازل

(1) Oregon medical liability task farce port and recommendation - Organ Health Police Board Office for Oregon Health Police and Research-2010).p: 15

عن حقه في التعويض مستقبلاً إذا رضي الحصول على ذلك التعويض بعد
إستشارة محاميهم لمناقشة الأمر بشكل عادل ، أما القطب الثالث في العلاقة
فهو عبارة عن شركات التأمين ضد الأخطاء الطبية فعليها ان تتبنى تلك
المنهجية لما ذكرناه من فوائد قانونية متعلقة بخفض قيمة التعويضات المبكرة
قياساً بالتعويض القضائي الذي يتسع أحياناً ليشتمل على التعويض عن
الضرر الأدبي أو الأضرار المستقبلية ، وقد جرى الأمر في الولايات المتحدة
الأمريكية تحديداً في ولاية أوريجون الأمريكية ؛ وقد أعتبر أن التعويض
المبكر الناشئ يمكن ان تتحمله المستشفيات مباشرة وهو ما يسمى بالتأمين
الذاتي ، أو يتم تفعيل دور شركات التأمين في هذا الشأن . (١)

ولاغروأن التحفيز الذي تقوم به الدولة ؛ وهو ترفيع المستشفيات ؛
في إطار تحفيز المستشفيات التي تقوم بإنفاذ الإفصاح عن الخطأ الطبي يؤدي
بالفعل للتنافس بين المستشفيات على الإقبال لتطبيق الفكرة .

الفرع الثالث

تجربة ولاية أركنساس الأمريكية

أما بالنسبة لولاية أركنساس بالولايات المتحدة الأمريكية ؛ فقد
إختطت خطوات بعيدة في هذا الشأن ، حيث أنها أصدرت تشريعات
خاصة بالكشف عن الأخطاء الطبية ؛ أما بقية الولايات الأخرى فقد
إنقسمت في هذا الأمر ؛ لقسمين فبعضها تبنى التشريعات الخاصة عن
الأخطاء الطبية الغير متوقعه وبعضها إعتذر عن تطبيق مبدأ الكشف . لكن
ظلت جهات الإعتماد وهي المفوضية المشتركة المختصة بإعتماد المؤسسات
العلاجية تنادي بحق المرضى في الإفصاح عن الخطأ الطبي وقد أصدرت
بياناً وطنياً خاصاً في العام ٢٠٠١ جاء فيه :

(للمرضى واسرهم ، إن لزم الأمر ، الحق في معرفة الاشياء المتوقعه
التي يمكن أن تحدث نتيجة الرعاية والعلاج والخدمات الطبية المقدمة كما

(1) Oregon medical liability task force report and
recommendation op.cit).p: 16

لهم الحق في معرفة الاشياء الغير متوقعه) وقد بشر ذلك البيان بالإنتقال من مرحلة الإجازة لمرحلة التطبيق بإعتباره صادر من مؤسسة تعمل في مجال إعتداد المستشفيات .

(In 2001, the joint Commission on the Accreditation of healthcare Organizations issued a nationwide disclosure standard mandating patient. (1))

وفي العام ٢٠٠٦ قام إئتلاف ماساشوسيت الداعي لمنع الأخطاء الطبية بنشر بيان آخر جاء فيه (يجب على المستشفيات أن تتأى عن حسابات الربح والمخاطر وأن تقوم بالكشف عن الأخطاء الطبية بشكل عاجل وصریح وذلك من اجل دعم المرضى وأسرههم عاطفياً كما دعى البيان إلى مساندة وتدريب العاملين في الحقل الطبي كما تطرق البيان إلى الشؤون الإدارية والسياسات المتبعه في المؤسسات العلاجية ؛ وتلا ذلك في العام ٢٠٠٧ حيث قامت منظمة الجودة الوطنية (واشنطن) بنشر معايير إضافية متعلقة بالكشف عن النتائج الغير متوقعه ودعت إلى الإلتزام بها في مجال تقديم الخدمات الطبية .

كما تطرق الميثاق الأخلاقي للجمعية الامريكية الطبية إلى موضوع الكشف عن الأخطاء الطبية حيث جاء في المادة ٨/١٢١ من الميثاق (أنه يجب على الاطباء تقديم العون المهني والعاطفي نحو المرضى الذين تضرروا) كما اوضح الميثاق أنه (يجب على الأطباء تقديم توضيح عام عن طبيعة الخطأ الطبي والمعايير التي تم إتخاذها لمنع تكرار هذا الخطأ مستقبلاً).

(... Discloser of errors is also mentioned in the American Medical Association Code of Medical Ethics. Opinion 8.121 recognizes that physicians should offer

(1) Davis, Frederick. H, Medical Liability and the Disclosure – Offer Approach: Transforming How Arkansans Should Think About Medical Malpractice Reform, 2011.(internet source).

professional and compassionate care towards patients who have been harmed....The opinion states that"physicians should offer a general explanation regarding the nature of the error and the measures being taken prevent similar occurrences in the future.⁽¹⁾

وينطرح الباحث تساؤلاً عن ماهي نوع الأخطاء المطلوب الإفصاح عنها؟ وبعبارة أخرى هي يعتبر الخطأ الطبي الجسيم والخطأ الطبي اليسير؛ متساويين لفرض إلزام الإفصاح عنهما؟

واقع المر أن تحديد ماهو واجب الإفصاح عنه من أخطاء طبية يعتبر أمراً عسيراً؛ بالأخص في الانظمة القانونية التي تميز بين الخطأ الطبي اليسير والخطأ الطبي الجسيم، وقد وجدنا ان المشرع الإماراتي بموجب القانون الجديد للمسئولية الطبية لسنة ٢٠١٦ قد حدد حالات الخطأ الموجه للمسئولية المدنية بالأخذ بالخطأ الجسيم فقط؛ على عكس ماكان سائداً في القانون السابق لسنة ٢٠٠٨ (الملغي) للمسئولية الطبية؛ ونص على ذلك في المواد ٦ و ٢٤ والمادة ٣٤ حيث نصت المادة (٦) من قانون المسئولية الطبية الجديد الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة على الآتي:

(الخطأ الطبي هو مايرتكبه مزاوول المهنة نتيجة اي من الأسباب

الآتية:

٤- الإهمال وعدم إتباع الحيطه والحذر . وتحدد اللائحة التنفيذية

لهذا المرسوم بقانون معايير الخطأ الطبي الجسيم .

كما نصت المادة (٢٤) من نفس القانون على أنه :

(..... وفي جميع الأحوال لايجوز التحقيق مع مزاولي المهنة أو

القبض عليهم أو حبسهم إحتياطياً نتيجة شكوى ضدهم إلا بعد ورود

(1) Davis, Frederick. H,op. cit(internet source)

التقرير الطبي النهائي من الجهة الصحية متضمناً توافر الخطأ الطبي الجسيم من المشكو في حقه (١)

ومما يفهم منه أن الأخطاء الطبية اليسيرة أثناء العلاج اضحت غير مشمولة بالضمان لدى المشرع الإماراتي ؛ وتبدو الفرصة سانحة لإجراء تعديل للتشريع الجديد في إنفاذ وتطبيق مبدأ الإفصاح عن الخطأ الطبي في القانون ، ولعل ذلك يجعل دولة الإمارات في المرتبة الثانية بعد الولايات المتحدة الأمريكية لإقرار مبدأ الإفصاح عن الخطأ الطبي في مستشفيات الدولة ، وأعزى الأمر لسبيين رئيسيين :

السبب الأول أن معظم المستشفيات الحكومية بدولة الإمارات العربية المتحدة تنال إعترافاً من جهات إعتقاد أمريكية ؛ مما يعني أن إقرار مبدأ الإفصاح عن الأخطاء الطبية فيها منفعه مؤكدة بإستمرارية الإعتقاد في المستقبل ؛ وتقديم خدمات طبية تتميز بالعالية .

السبب الثاني لمناشدة المشرع الإماراتي لإنفاذ الإفصاح عن الخطأ الطبي كواجب والتزام قانوني ؛ هو تغطية بعض الحالات المرضية التي قد يصاحبها أخطاء يسيرة لاترقى لمستوى التقاضي المدني والذي أصبح يختص بنظر الدعاوي الطبية ذات الأخطاء الجسيمة كما ورد في القانون الجديد .

كما أننا وجدنا إقرار المشرع الإماراتي لنظام التأمين ضد الأخطاء الطبية وهو إنجاء حسن ؛ لكن برأينا ينقصه إقرار الإفصاح عن الخطأ الطبي ؛ فقد وجدنا بالبحث حسب الفقه الأمريكي ان تحمل شركات التأمين للتعويض المبكر ؛ هو امر اتى في مصلحة تلك الشركات حيث يقلل ذلك من مستوى تحقيق إلزامها بتغطية الأخطار الناشئة عن الاخطاء الطبية ، وبالتالي لاتفقد قدرتها المالية كما هو الأمر عليه اليوم بسبب كثرة الأخطاء

(١) المواد ٢٠٤ و ٢٠٦ من مرسوم بقانون إتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٦م بشأن المسؤولية الطبية - صدر بتاريخ ٢٢ شوال ١٤٣٧هـ - الموافق ٢ اغسطس ٢٠١٦م

الطبية . وربما أدى استمرار هذا الوضع في المستقبل لتهرب شركات التأمين من أداء دورها في هذا المجال .

ويلاحظ الباحث أنه رغماً عن الجهود التي بذلتها الولايات المتحدة الأمريكية في إنفاذ الإفصاح عن الخطأ الطبي على مستشفياتها ؛ إلا أنه لا يزال الوقت مبكراً القول بأن الشفافية لذكر الإخطاء الطبية صار التزاماً عاماً ، وبعبارة أخرى ففي بعض الحالات وجد ان علاقات المستشفيات بأطبائها المشهورين ، أمثال الدكتور بريستول إختصاصي مناظير القولون والذي وقع في أخطاء طبية متعلقة بالخطأ في الكشف على السرطان ؛ قد أثارت جدلاً بين مصالح متعارضة فينتما مصلحة المريض في جانب ؛ فإن مصلحة المستشفى والدكتور بريستول في جانب آخر ، حيث سيقفد هو وظيفته وستفقد المستشفى مصدراً مهماً من مصادر دخلها .

(... Dr. Bristol's Physician colleagues were aware of his performance- related problems, but were hesitant to question his procedures. They pointed out that they were "call partners" and depend upon one another in a resource-strapped environment. Losing a call partner would have major implications for the working conditions and quality of life of the remaining physicians and staff. Dr. Bristol's precision co-workers acknowledged that they operated under an unspoken code. ⁽¹⁾)

ومما يزيد من المضي قدماً في تجاوز عقبات تعارض المصالح بين الأطباء والمرضى والمستشفيات ؛ ماتم إصداراً من الكلية الأمريكية المختصة بميثاق المهنة الطبية لدى الأطباء والتي أوضحت الآتي : (أن المهنة أمر اساسي في العقد الطبي مع المجتمع وأن هذا التعاقد يضع مصالح المرضى فوق مصالح الأطباء كما يقوم هذا العقد بتحديد معايير الكفاءة والنزاهة

(1) Ann Freeman cook, Helena Hoas, Ethics in Rural Communities: Recognizing and Disclosing Medical Errors, p:242)

والمحافظة عليها كما يشترط العقد على تقديم النصائح الطبية الخبيرة للمجتمع بخصوص الأمور الصحية)

(...Chater on Medical Professionalism states that, "professionalism is the basis of medicine's contract with society. It demands placing the interests of patients above those of the physician, setting and maintaining standards of competence and integrity, and providing expert advice to society on matters health".

الخاتمة: النتائج والتوصيات:

في خاتمة هذا البحث توصل الباحث لجملة من النتائج والتوصيات

؛ أستعرضهم في الفقرتين التاليتين :

أولاً : النتائج :

(١) أن تكييف مبدأ الإفصاح عن الخطأ الطبي كإلتزام قانوني ؛ لازال في دائرة الإلتزامات الطبيعية ؛ بالنسبة للتشريعات اللاتينية ، ومن المفترض إجراء إنقلاب تشريعي يعالج هذه المسألة على غرار التجارب الطبية الحديثة ؛ فالإفصاح عن الخطأ الطبي يتوجب أن يكون إلتزاماً مدنياً وليس طبيعياً ؛ بإعتبار أن مجال العلاقة التعاقدية هي العقد ؛ والعقد شريعة المتعاقدين ؛ ويتوجب تنفيذه دائماً وفقاً لمبدأ حسن النية ؛ كما إقتضته التشريعات في القوانين المدنية .

(٢) بالنسبة لولاية أركنساس بالولايات المتحدة الأمريكية ؛ فقد أصدرت تشريعات خاصة بالكشف عن الأخطاء الطبية ؛ أما بقية الولايات الأخرى فقد إنقسمت في هذا الأمر ؛ لقسمين بعضها تبني التشريعات الخاصة عن الأخطاء الطبية الغير متوقعه وبعضها إعتذر عن تطبيق مبدأ الكشف . لكن ظلت جهات الإعتقاد وهي المفوضية المشتركة المختصة بإعتقاد المؤسسات العلاجية تنادي بحق المرضى في الإفصاح عن الخطأ الطبي .

(٣) وجدنا أن المرضى في مستشفيات محافظة كيويك بالولايات المتحدة الأمريكية يتمتعون بحق (قانوني) يتمثل في حقهم في معرفة المخاطر والعواقب التي يتعرضون لها ، وبدأت المستشفيات بالفعل في تبني سياسات تعزز من مبدأ مصارحة المرضى بالأخطاء الطبية ؛ على ان تقوم منظمة (سي أم بي آيه) بتكفل تغطية تأمين الاطباء ، بل وتقوم بحثهم على كشف طبيعة الممارسات الطبية السالبة من قبل المؤسسة الطبية .

(٣) وجد الباحث أن دولة قطر في العام ٢٠٠٨ سارعت بتبني نظام التبليغ الآلي عن الأخطاء الطبية ؛ والذي جعلها في المرتبة الثانية بمنطقة الشرق الأوسط ومن ضمن سبع دول في العالم تبادر لتطبيق نظام التبليغ عن الأخطاء الطبية وغير الطبية.

(٤) الباحث يلاحظ أن المشرع الإماراتي قرن بين التفرير والغبن الفاحش كشرط لازم لإعتبار العقد قابلاً للإبطال . على عكس من المشرع السوداني والذي يعتبر التدليس عيباً مستقلاً عن عيب الغبن الفاحش.

والحقيقة ذلك المسعى من القانون الإماراتي جعل عيب التفرير مرتبطاً فقط بمعالجة وضمان مشكلات عيوب الإرادة التي تلحق العقود التي صورتها الإلتزام بنقل حق كعقد البيع ، مما يخرج بعض العقود والتي تمثلها صورة العقود الخاصة بالقيام بعمل ، كعقد العلاج الطبي .

ثانياً : التوصيات :

أولاً : أوصي بتعديل في التشريع الإماراتي للمسئولية الطبية لسنة ٢٠١٦ حتى يشمل تطبيق الإفصاح عن الخطأ الطبي ؛ بالأخص في دولة الإمارات العربية المتحدة ، والتي غلب على مستشفياتها العمل وفقاً لإعتماد جهات الإعتماد الصحية في الولايات المتحدة الأمريكية .

ثانياً: أوصي بضرورة تحفيز المستشفيات التي تقوم بدورها الفعال في الإفصاح عن الأخطاء الطبية ، بترقيع درجتها بين أقرانها من المستشفيات ، وهذا دور الدولة ومؤسساتها .

ثالثاً: أوصي بتدريب وتشجيع الأطباء وجميع الكوادر الصحية للتعرف على ماهو واجب الإفصاح عنه من أخطاء ، على أن يكون ذلك في مقابل إقرار نظام (التعويض المبكر) إما عن طريق التعويض الذاتي من المستشفيات أو عن طريق نظام التأمين .

رابعاً: لا بد من مناشدة المرضى بان يكون حقهم في التعويض المبكر عبر مبدأ الإفصاح الطبي ؛ لا بد من ان يستتبعه تنازلاً صريحاً عن الحق في التقاضي مستقبلاً . على أن يتم النص بوضوح على هذه الفقرة بموجب قانون المسؤولية الطبية الإتحادي بدولة الإمارات العربية المتحدة .

خامساً: المطالبة بإنشاء دوائر متخصصة تعالج قضايا الأخطاء الطبية للإسراع في الفصل بالمنازعات ، كما أن وجود قضاء متخصص ينصف الأطباء عند تكييف وتحديد درجة الخطأ الطبي لإقرار المسؤولية المدنية أو لانتفائها .

سادساً: أوصي بضرورة التكامل في الأدوار بين المستشفيات والأطباء المؤمن على أخطائهم الطبية وبين شركات التأمين ؛ من أجل تفعيل مبدأ الإفصاح عن الخطأ الطبي ، وعمل الورش القانونية التي تقنع شركات التأمين بتحمل التعويض المبكر وهو أقل كلفة من تعويض الضرر النهائي .

سابعاً: ناشد المشرع الإماراتي بضرورة الفصل بين التفرير والغبن الفاحش كعيوب للإرادة ؛ حتى لا يضيّق عليه واسعاً . فيشمل عيوب الإرادة التي تلحق صورة الإلتزام بنقل حق كما يشمل الإلتزامات التي صورتها القيام بعمل ؛ كعقد العلاج الطبي .

قائمة المصادر والمراجع :

- (١) القراءن الكريم
- (٢) المصباح المنير في تهذيب تفسير ابن كثير، للإمام إسماعيل بن عمر بن كثير رحمة الله، الرياض، دار السلام للنشر والتوزيع، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م
- (٣) كتاب الجامع ما جاء في أجر المريض .ب.ت.
- (٤) الدراري المضيئة ، الإمام الفقيه المجتهد - محمد بن علي الشوكاني - مؤسسة الكتب الثقافية ، ب.ت.
- (٥) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، الجزء الرابع ، تأليف محمد عبد الباقي بن يوسف الزرقاني - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ب.ت.
- (٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الإمام القاضي بن رشد القرطبي - الجزء الرابع - دار ابن حزم - ب.ت.
- (٧) د.كعدان عبد الناصر : المسئولية الطبية بين التراث الطبي العربي الإسلامي والطب الحديث بالموقع الالكتروني :
تاريخ دخول الموقع ١٦/٢/٢٠١٥م . http://www.Islamic_medicine.org/medicoethics4.htm
- (٨) د. إبراهيم أحمد الرواشدة : المسئولية المدنية لطبيب التخدير ، دراسة مقارنة، منصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، ٢٠١٠م
- (٩) د. أسامة السيد عيد السميع : نطاق زراعة الأعضاء البشرية في ضوء مكافحة الإتجار بالبشر ، ط ١ ، القاهرة ، ٢٠١٥
- (١٠) د. بابكر الشيخ : المسئولية القانونية للطبيب ، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء ، الطبعة الأولى ، دار الماسة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٢.
- (١١) د. محمد حسين منصور- المسئولية الطبية- الإسكندرية- دار الجامعة الجديدة- ٢٠١١م
- (١٢) أد. امتياز. محمد الشيخ عمر : قانون المعاملات المدنية ، الجزء الثاني ، الخرطوم- ٢٠٠٦م.

١٣) د. محمد شريف عبد الرحمن : المسؤولية التقصيرية ، ط ١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠٠٧م

١٤) د. عبد الرزاق السنهوري - الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، الإسكندرية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٤م

١٥) أ.د. عدنان سرحان - د. يوسف محمد عبيدات - المصادر الإرادية للإلتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي - العقد والتصرف الإنفرادي - ط ١ - عمان ؛ الافاق المشرقة للنشر والتوزيع - ٢٠١٠.

١٦) المستشار عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في الفقه والقضاء ، طبعة (٧) ، الإسكندرية ، شركة الجلال للطباعة ، ٢٠٠٢م

١٧) د. عبد القادر أزوا ، التأمين من المسؤولية المدنية الطبية ، ط ١ ، إثراء للنشر والتوزيع ، الأردن ٢٠١١.

١٧) د. علي المهتاوي ، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الإتحادي - أحكام الإلتزام ، ط ٢ ، عمان ، إثراء للنشر والتوزيع ، ٢٠١١م

١٨) د. عدنان سرحان ، المصادر غير الإرادية للإلتزام ، ط ١ ، ، إثراء للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠١٠.

١٩) د. سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقيتات البلاد العربية - ط ٢ القاهرة - معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية ١٩٧٢

٢٠) د. سويلم محمد : مسؤولية الطبيب الجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٩

٢١) د. غادة فؤاد مجيد مختار ، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني ، ط (١) ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١١م.

القوانين والمذكرات الإيضاحية :

- قانون المعاملات المدنية الإماراتي النافذ لسنة ١٩٨٥

- قانون المعاملات المدنية السوداني النافذ لسنة ١٩٨٤

- لائحة آداب المهنة - السوداني - قرار وزير الصحة رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٧٤

- مرسوم بقانون إتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٦ بشأن المسؤولية الطبية - دولة الإمارات العربية المتحدة - صدر بتاريخ ٢٠١٦/٨/٢ م.

- التقرير الصادر عن الندوة العلمية حول الخطأ الطبي بين التشريع والمراقبة والمحاسبة ، جامعة الدول العربية ، مجلس وزراء العدل العرب ، بيروت ، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية ، ٢٠١٤/١٢/١٠ م.

الأبحاث العلمية المنشورة والغير منشورة والأوراق العلمية :

١- أ.د نزية محمد الصادق المهدي ، مدى توافق قانون المعاملات المدنية مع القوانين الخاصة وبعض موضوعاتها المعاصرة - وقائع مؤتمر الإحتفال باليوبيل الفضي لقانون المعاملات المدنية الإتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ والمعدل بالقانون رقم (١) لسنة ١٩٨٧ - معهد دبي القضائي - دبي - ١٤٣٢هـ - ٢٠١١ م.

٢- أ.د علي المهداوي ود. يوسف عبيدات محمد ، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون الإماراتي ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، مصر ، العدد ١٢ .

٣- د. عبد الرحمن شرفي : رؤى حول مدى المسؤولية عن الخطأ الطبي ، مجلة الأحكام القضائية السودانية ، المكتب الفني والبحث العلمي ، الخرطوم ، ٢٠١١ م.

٤- د. نواف حازم ود. محمد صديق - مدى حرية المريض في منح الإذن الطبي - وقائع المؤتمر السنوي الأول - جامعة الموصل . ب.ت

٥- د. أيمن محمد زين : ورقة علمية في ندوة جامعة الشارقة - المسؤولية المدنية للطبيب ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٥/١١/٢٠١٤ م.

٦- أحمد يعقوب : فقه الطب ، مدى استجابة الفقه الإسلامي للمستجدات في مسؤولية الطبيب المهنية ، رسالة ماجستير ، جامعة أم درمان الإسلامية ، بحوث ودراسات الفكر الإسلامي ، فبراير ٢٠٠٨ م.

٧- فاطمة عبد العزيز : المجلة القانونية والقضائية ، العدد الثاني ، البند الأول ، دولة قطر ، وزارة العدل ، مركز الدراسات القانونية القضائية - ٢٠٧م

٨- قاسم ، الحاج بحث عن المسؤولية الشرعية والقانونية للطبيب ، المؤتمر السنوي الأول ، جامعة الموصل ، كلية الحقوق.

٩- زهرة محمد المبارك : المسؤولية المدنية للأطباء في التشريع الإماراتي ، مجلة الدراسات القضائية ، العدد التاسع ، ٢٠١٢م

١٠- مصباح عمر أحمد المطري : الخطأ الموجب للمسئولية الطبية في التشريع الليبي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة النيلين ، الخرطوم ، (غير منشور).

١١- سالم عبد الرضا - التزام الطبيب بتبصير المريض - مدونة الباحث - محمد الروحاني _ تاريخ دخول الموقع الإلكتروني ٢٠١٥/٢/١م

١٢- نورة أحمد عبد الله المصلي : الخطأ الفني للطبيب في القانون الإماراتي ، بحث ماجستير ، جامعة الشارقة ، ٢٠١٢م. (غير منشور)

الأحكام القضائية:

- Al Tamimi & company – The liability of medical Laboratories before The UAE. A case study: the date of entry site 10/14/2016.

- الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٠٠٩ جزائي ، المحكمة الاتحادية العليا ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، المكتب الفني ، جلسة ٣٠ مارس ٢٠١٠م.

- الطعون رقم ١٦٦ و ١٧٧ و ١٩٦ لسنة ١٧ مدني ، المحكمة الاتحادية العليا ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، المكتب الفني ، جلسة ١٩ نوفمبر ١٩٩٦م.:

- المحكمة العليا : جمهورية السودان ، حامد محمد الحسن ضد ورثة علية عبد الحميد ، قضية منشورة بالرقم م ع / ط م / ١٩٨٩/٣٨١م.

- محكمة الخرطوم شرق الجزئية الابتدائية - دعوى غير منشوره ، رقم ٢٠١٠ / ١٢٥٠م

- الطعن رقم ٧٩١ لسنة ٢٠٠٦ مدني ، المحكمة الاتحادية العليا ، دولة الإمارات العربية المتحدة- جلسة ٢٤ مارس سنة ٢٠٠٨م.
- حكم المحكمة الاتحادية العليا ، دولة الإمارات العربية المتحدة- طعن رقم ١٤٨ و ١٧٧ لسنة ٢٢ مدني.
- حكم محكمة تمييز دولة قطر ، الدائرة المدنية والتجارية ، رقم ٥٦ / ٢٠٠٦ ، جلسة ٥ ديسمبر ٢٠٠٦م .
- الطعن رقم ٩٣ لسنة ١٥ مدني ، المحكمة الاتحادية العليا ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من الدوائر الجزائية والمدنية من المحكمة الاتحادية العليا في المسؤولية الطبية ، المكتب الفني للمحكمة الاتحادية.

المقالات

- A doctor's liability for mistakes accident , Error of gross Negligence – All law com(the date of entry site 02/02/2015).
- Albert, Thomas A.Cavanaugh,Stephen.J.McPhee,MD, Guy.P.Micco,MD(To tell the truth- Ethical and Practical Issues in disclosing Medical. Mistakes to Patient- (Essay from the Internet_ entry 2/2/2015)

- عماد عبد الحميد ، وائل نعيم- جريدة البيان الإماراتية : الأخطاء الطبية بين الفرق في إدراج المحاكم والحاجة إلى تشريع "دوائر متخصصة" بتاريخ ٢٣ يناير ٢٠١٢
- د. محمود شعراي : وضع الطب الشرعي في السودان ، مقال على موقع قوانين السودان ، فبراير ٢٠١٥ ، تاريخ دخول الموقع ٢٠١٥/٢/١٦.

قائمة المراجع الأجنبية :

- 1) -Abul Fadl Mohsin (vaccination in the context of Al maqasid Al – Shariah (Objective of divine law) and Islamic medical jurisprudence (Almanhal – Arabian journal of business and management review (OMAN chapter) .

- 2) Nurdeng deuraseh (preservation of the health in Islamic law 2009 114 M press international Islamic university Malaysia.
- 3) -George D. Pozgar (legal Aspect of Health care administration) (London – jone and Bort let publishers, 2003).
- 4) r. Herman NYS. (Report on Medical Liability Council of Europe MEMBER STATES) (Strasbourg 2005).
- 5) Mason & MC call smith's (Law and Medical Ethics Oxford. New York – Oxford university press – 2006)
- 6) A MFouche and others (Legal principles of contracts and commercial Law – Lexis Nexis- Cape Town- 2014)
- 7) John M.Gilmour, Patient safety, Medical error and tort law: An International Comparison, Canda-2006)
- 8) Oregon medical liability task force port and recommendation – Organ Health Policy Board Office for Oregon Health Policy and Research ---2010)
- 9) Davis, Frederick. H, Medical Liability and the Disclosure – Offer Approach: Transforming How Arkansans Should Think About Medical Malpractice Reform, 2011.(internet source)
- 10) Ann Freeman cook, Helena Hoas, Ethics in Rural Communities: Recognizing and Disclosing Medical Errors.

معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ

المدنى فى القانون الإنكليزى

"دراسة تحليلية مقارنة بطرق التعويض عن الضرر الناجم

عن العمل غير المشروع فى القانونين المدنيين

العراقى والمصرى"

دكتور / يونس صلاح الدين على

معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي

"دراسة تحليلية مقارنة بطرق التعويض عن الضرر الناجم عن
العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري"

دكتور / د. يونس صلاح الدين علي
مدرس القانون الخاص - جامعة جيهان الخاصة -
كلية القانون والعلاقات الدولية والدبلوماسية
قسم القانون

بسم الله الرحمن الرحيم
المستخلص

تعد معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي كوسائل تهدف إلى نجير الأضرار التي يتعرض لها المدعي نتيجة الخطأ المدني الذي يرتكبه المدعى عليه ضده. وقد تطورت هذه المعالجات على مدى فترة زمنية طويلة ضمن إطار قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي الذي يقوم على نظام السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، وينتمي إلى قانون الأحكام العام الإنكليزي. وتتضمن هذه المعالجات وسيلتين رئيسيتين لجبر الضرر وهما التعويضات والأوامر القضائية، وتمتع المحاكم الإنكليزية بسلطة تقديرية واسعة في منح هذه المعالجات وتقديرها وبما يتناسب مع الأضرار التي لحقت بالمدعي، وبالمقابل فقد تضمن القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وكذلك القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ طرقاً لتعويض المتضرر عن الأضرار الناجمة عن العمل غير المشروع، والتي يمكن أن تصنف إلى طريقتين رئيسيتين هما التعويض العيني والتعويض بمقابل، ويقسم هذا الأخير إلى تعويض مقابل نقدي وتعويض بمقابل غير نقدي.

Abstract

The remedies in tort are the methods aimed at treating the damage suffered by the plaintiff as a result of the civil tort committed by the defendant within in the scope of the English law of tort. It is worth-bearing in mind that these remedies have developed during a long period of time within the frame of the English law of torts based upon the system of the judicial precedents issued by English courts, and affiliated to the English common law.

It is also worth mentioning that these remedies in tort comprise two main methods to treat the damage, i.e. the damages and the injunctions, it should also be noted that English courts enjoy a large-scale discretionary power to estimate and give these remedies in proportion to the damage inflicted to the plaintiff.

The Iraqi civil law No.40 of 1951 and the Egyptian civil law No.131 of 1948 have included in turn methods to compensatethe injured person and treat his damage caused by the illegalact and these methods can be subcategorized into two fundamental methods: the real compensations and the compensations by equivalence, the latter can be subdivided into the compensation by pecuniary equivalence and the compensation by non-pecuniary equivalence.

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفى بموضوع البحث

تعد معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني (The remedies in tort) في القانون الإنكليزي كوسائل تهدف إلى جبر الأضرار التي يتعرض لها المدعي نتيجة الخطأ المدني (Tort) الذي يرتكبه المدعى عليه ضده، وقد تطورت هذه المعالجات على مدى فترة زمنية طويلة ضمن نطاق قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي (the law of torts) الذي يستند على نظام السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، والذي ينتمي إلى قانون الأحكام العام (the common law) وهو القانوني العرفي غير المكتوب والمبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، وقد كان للتطبيقات القضائية للمحاكم الإنكليزية الدور الكبير

والفضل الأكبر في نشوء هذه المعالجات وتطورها، وتنطوي هذه المعالجات على وسيلتين رئيسيتين لجبر الضرر وهما التعويضات (damages) والأوامر القضائية (injunctions)، وقد تمتعت المحاكم الإنكليزية بسلطة تقديرية واسعة في الحكم بهذه المعالجات وتقديرها وبما يتناسب مع الأضرار التي لحقت بالمدعي المتضرر، وترتب على ممارسة المحاكم الإنكليزية لهذه السلطة التقديرية الواسعة ضمن إطار السوابق القضائية استنباط العديد من المبادئ التي استندت عليها المحاكم الإنكليزية فيما بعد في كيفية تقدير التعويضات وإصدار الأوامر القضائية، ولاسيما فيما يتعلق بالأوامر القضائية التي تعد معالجات انصافية (equitable remedies) لا تصدرها المحاكم الإنكليزية كحق قانوني للمدعي الذي يريخ دعواه كما هو الحال بالنسبة إلى التعويضات، ولكنها تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إصدارها، وهي تستهدي في ذلك بمبادئ العدالة والملاءمة أما القانونان المدنيان العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والمصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ فقد ضما بين دفتيهما طرقا لتعويض المتضرر عن الأضرار الناجمة عن العمد غير المشروع، وتصنف هذه الطرق، على وجه العموم، إلى طريقتين رئيسيتين هما التعدي العيني والتعويض بمقابل، وقد حاولنا في هذه الدراسة التي تركزت على بحث هذا الجزئية في القانون الإنكليزي، إجراء مقارنات بخصوص ما يتعلق بهذه المسألة بين النظام القانوني الإنكليزي المبني على السوابق القضائية والمتمثل بقانون الأخطاء المدنية وبين القانونين المدنيين العراقي والمصري والمبنيين على التشريع.

ثانياً: اختيار موضوع البحث.

- ١- قلة الأبحاث والدراسات القانونية المعمقة ذات الصلة بالقانون الإنكليزي والذي يتجنبه معظم الباحثين القانونيين في دراساتهم وأبحاثهم في مصر والعراق.
- ٢- الرغبة في إجراء دراسة مقارنة بين قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي من جهة وبين القانونين المدنيين العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والمصري

رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ من جهة أخرى وتتركز حول موضوع
معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي
ومقارنتها بطرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع
للقانونين المدنيين العراقي والمصري.

ثالثاً: أهداف البحث.

يهدف البحث إلى الإجابة على جملة تساؤلات من أبرزها: هل
توجد أوجه شبه بين نظام معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في
قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي وبين النظام القانوني لطرق التعويض عن
الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي
والمصري وما هي أوجه الاختلاف بين النظامين؟ ثم هل أن وسائل
المعالجات والطرق التي يقدمها هذان النظامان القانونيان لجبر الأضرار تعد
طرقاً مثالية لجبر الأضرار التي يتعرض لها المتضرر أم تعترتها بعض
العيوب؟ علماً بأن قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي ينتمي إلى قانون
الأحكام العام (common law) والذي يعد قانوناً عرفياً غير مكتوب
ومبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، ويقف على رأس
القوانين التي تنتمي إلى العائلة الانكلوسكسونية، أما القانون المدني
العراقي فهو متأثر بالشريعة الإسلامية إلى حد ما وبالقانون المدني المصري
رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، وهذا الأخير متأثر وإلى حد بعيد بالقانون
المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤، والذي يقف على رأس العائلة القانونية
اللاتينية.

رابعاً: نطاق البحث.

يتسع نطاق هذه الدراسة ليشمل البحث في أنواع معالجات
الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي من جهة وطرق
التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين
العراقي والمصري من جهة أخرى ومقارنتهما ببعضهما البعض، وكذلك
كيفية قيام هذه المعالجات بوظيفتها في تقدير التعويضات عن الضرر الناجم

عن الفعل الضار، سواء أكان نقدياً أم عينياً، وبالمقابل كيفية تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري، ومقارنة النظامين القانونيين مع بعضهما البعض فيما يتعلق بهذه الجزئية، أي نظام معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي والنظام القانوني للتعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري.

خامساً: صعوبات البحث.

من أهم الصعوبات التي واجهت البحث هي اختلاف الكثير من المفاهيم والمصطلحات القانونية بين النظام القانوني الإنكليزي وبين القانونين المدنيين العراقي والمصري، وعدم شيوع أو اعتياد بعض المفاهيم القانونية الإنكليزية في القانونين المدنيين العراقي والمصري بسبب اختلاف المجموعة أو العائلة القانونية التي ينتمي إليها هذان النظامان القانونيان، أي الإنكليزي من جهة والعراقي والمصري من جهة أخرى، مما يجعل وفي كثير من الأحيان أوجه الاختلاف أكثر من أوجه الشبه في المقارنات.

سادساً: منهجية البحث.

اتبعت الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، وتركز موضوع الدراسة على البحث في معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي ومقارنتها بطرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري.

سابعاً: هيكلية البحث.

في ضوء ما تقدم فقد توزعت هذه الدراسة على ثلاثة مباحث

وكما يأتي:

المبحث الأول: التعريف بمعالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي وطرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري.

المبحث الثاني: صور معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي وما يقابلها من طرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري.

المبحث الثالث: كيفية تقدير معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي ومقارنتها بتقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري.

المبحث الأول

التعريف بمعالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي وطرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري

يتضمن قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي (The law of tort) مجموعة من الوسائل التي تهدف إلى جبر الأضرار التي يتعرض لها المدعي نتيجة الخطأ المدني (Tort) الذي يرتكبه المدعى عليه ضده⁽¹⁾. وتعرف هذه الوسائل بمعالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني (the remedies in tort)⁽²⁾، وبالمقابل فقد تضمن القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وكذلك القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ طرقاً لتعويض المتضرر عن الأضرار الناجمة عن العمل غير المشروع، إذا ما نهضت المسؤولية المدنية لمرتكب العمل غير المشروع عن عمله غير المشروع، وسوف نحاول في هذا المبحث التعريف بمعالجات

(1) Catherine Elliott and France Quinn, Tort law, Eighth edition, Longman, Pearson education, 2011, P.375.

(2) جدير بالذكر فإن هناك تسميات أخرى مرادفة لمصطلح معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني، ومن أبرزها (الجزاءات المدنية) أو (الجزاءات المترتبة على الخطأ المدني)، وكذلك الحال بالنسبة إلى معالجات الأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد، والتي تعرف أيضاً (بالجزاءات المترتبة على الإخلال بالعقد) (The remedies for breach of contract).

الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي ويطرق التعويض عن الضرر في القانونين المدنيين العراقي والمصري.

المطلب الأول: التعريف بمعالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي.

المطلب الثاني: التعريف بطرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري.

المطلب الأول

التعريف بمعالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي

لقد ساهم قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي في وضع مجموعة من المعالجات لجبر الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني. إذا ما ثبتت المسؤولية المدنية للمدعى عليه في خطئه المدني، وصار مسؤولاً تجاه المدعي عن الأضرار التي أحدثها لهذا الأخير بخطئه، وبما أن قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي هو قانون عرقي غير مكتوب مبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، فقد كان للتطبيقات القضائية للمحاكم الإنكليزية دور كبير في نشوء هذه المعالجات وتطورها على مدى فترة زمنية طويلة، ظهرت بداياتها مع ظهور مفهوم الخطأ المدني (Tort) نفسه ويلورته في القانون الإنكليزي، لذا سنحاول في هذا المطلب التعريف بمعالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي وذلك بتعريفها وبيان خصائصها والتميز ما بينها وبين معالجات الأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد وكما يأتي:

الفرع الأول

تعريف معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي
يعرف جانب من فقه القانون الإنكليزي⁽¹⁾ معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني بأنها (تلك الوسائل التي يتيحها القانون

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.375.

والإنصاف لجبر الأضرار التي يتعرض لها المدعي المتضرر نتيجة الخطأ المدني الذي يرتكبه المدعى عليه وإخلاله بالتزامه القانوني بعدم الإضرار بالآخرين). وينطوي مصطلح المعالجات (remedies) على وسيلتين رئيسيتين لجبر الضرر وهما التعويضات (damages) والأمر القضائي (injunction)، وما يميز التعويضات عن الأوامر القضائية أن التعويضات تعد وسائل قانونية لجبر الضرر وهي غالباً ما تعرف بالمعالجات القانونية، أو بمعالجات قانون الأحكام العام (common law remedy)، في حين تعد الأوامر القضائية وسائل إنصافية لجبر الضرر الذي يلحق بالمدعي، وتعرف بالمعالجات الإنصافية (remedy equitable) وهذا يعني بأن المحاكم الإنكليزية لا تصدر الأوامر القضائية كحق قانوني للمدعي الذي يكسب دعواه، ولكنها تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إصدارها معتمدة في ذلك على العدالة والملاءمة، وهي غالباً لا تلجأ إلى إصدارها إذا كان بالإمكان اللجوء إلى التعويضات، وجدير بالذكر فإن المحاكم الإنكليزية غالباً ما تلجأ إلى المعالجات الإنصافية لجبر الضرر الذي يتعرض له المتضرر بسبب محدودية نطاق المعالجات القانونية (legal remedies) وكذلك المرونة الكبيرة والسلطة التقديرية الواسعة التي تتمتع بها المحكمة عند إصدارها للأحكام التي تتضمن المعالجات الإنصافية⁽¹⁾، وهو ما يفسر تسميتها في بعض الأحيان بالمعالجات التقديرية (discretionary remedies)، أي أن منحها يعتمد أو يتوقف على السلطة التقديرية للمحكمة واستناداً على قواعد العدالة والإنصاف.

الفرع الثاني

خصائص معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي
تتسم معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي بالخصائص والسمات الآتية:

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, *ibid*, P.391.

أولاً: تعدد معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني وسائل لجبر الأضرار التي يتعرض لها المدعي المتضرر من خطأ المدعي وهي بمثابة أجزاء تفرض على المدعي عليه المسؤول عن الضرر بسبب ارتكابه الخطأ المدني.

ثانياً: تتسم معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني بالسمة القانونية، أي أن أصلها يرجع إلى قانون الأحكام العام الإنكليزي (common law) وهو قانون عرفي غير مكتوب مبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، ومن أبرز أنواع المعالجات التي تتسم بهذه السمة هي التعويضات (damages).

ثالثاً: كما تتسم معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني بالسمة الإنصافية، إذ يتوقف منحها على السلطة التقديرية للمحكمة الإنكليزية، والتي تستند على قواعد العدالة والإنصاف في منحها، ومن أبرز أنواع المعالجات التي تتسم بهذه السمة هي الأوامر القضائية (injunctions)⁽¹⁾.

رابعاً: تتسم بعض معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني بالسمة المالية أو النقدية، ومن أبرز أنواع هذه المعالجات هي التعويضات التي تمنحها المحكمة للمدعي المتضرر في صيغة مبالغ نقدية وتعزف بالتعويض التقدي.

خامساً: وتتسم أنواع أخرى من معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني بالسمة العينية، وهي تعادل التنفيذ العيني أو التعويض العيني، ومن أبرز أنواع هذه المعالجات هي الأوامر القضائية التي تصدرها المحكمة لمصلحة المدعي وتأم بمقتضاها المدعي عليه إما بالقيام بعمل معين أو بالامتناع عن عمل معين.

سادساً: تتسم معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني، من حيث الأصل، بالسمة المعادلة، أي أنها تهدف إلى جبر الأضرار أو الخسائر التي

(1) Marshall, S. Shapo. Principles of tort law, third edition, west Thomson Reuters, 2010, P.245.

يتعرض لها المدعي بما يعادلها من مبالغ نقدية، ومن أبرز هذه المعالجات هي التعويضات المعادلة (compensatory damages).

سابعاً: واستثناء من الأصل العام، تتسم أنواع أخرى من معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني بسمة المبالغة، ومن الأمثلة على هذا النوع من المعالجات هي التعويضات المتفاقمة أو المشددة، والتي هي في حقيقتها تعويضات غير معادلة (non-compensatory damages)⁽¹⁾.

ثامناً: كما تتسم أنواع أخرى من معالجات الأضرار المتفاقمة عن الخطأ المدني بسمة التفاهة وعدم الجدية، ومن أبرزها التعويضات الأزدرائية والاسمية، والتي تنضوي أيضاً تحت مفهوم التعويضات غير المعادلة.

تاسعاً: وتتسم أنواع أخرى من معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني بالسمة الجزائية أو العقابية، وتعرف بالتعويضات الجزائية أو العقابية، وتفرضها المحكمة كعقوبة للمدعي عليه.

عاشراً: وتتسم بعض أنواع معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني بالسمة الوقتية، كالأوامر القضائية الوقتية التي تصدرها المحكمة أثناء النظر في الدعوى وقبل صدور الحكم فيها، وغالباً ما تصدرها المحكمة لمنع تعرض المدعي للضرر وفي الوقت الذي لا يكون فيه الحكم بالتعويضات ممكناً⁽²⁾.

أحد عشر: تتسم بعض أنواع معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني بالسمة المستقبلية، وتهدف إلى جبر الأضرار التي قد يتعرض لها المدعي المتضرر مستقبلاً، وتعويضه عن خسائر العوائد المالية المستقبلية، ويدخل في هذا النوع من معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني ما يعرف بالتعويضات المعالجات.

اثناً عشر: وتتسم بعض أنواع معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني بالسمة الأدبية أو المعنوية، كالتعويضات عن الأضرار غير المالية، مثل فقدان مباح الحياة، والتعويض عن الآلام والمعاناة.

(1) John cooke, ibid, P.321.

(2) John cooke, ibid, P.332.

الفرع الثالث

التمييز ما بين معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني ومعالجات الأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد

تشابه معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني (Remedies in tort) مع معالجات الأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد (Remedies for breach of contract) في أن كليهما ينطوي على معالجات قانونية (Legal remedies) تعرف بمعالجات قانون الأحكام العام (Common law remedies)⁽¹⁾ ومعالجات إنصافية (equitable remedies) كما ويتضمن كلاهما معالجات عينية (تعويضات عينية) ومعالجات نقدية (تعويضات نقدية) لجبر الضرر كما تتشابه التعويضات غير المعادلة ضمن نطاق معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني مع التعويضات غير المحددة (القضائية) ضمن نطاق معالجات الأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد من حيث أن كليهما ينطوي على أربعة أنواع من التعويضات هي: التعويضات الاسمية والتعويضات الازدرائية والتعويضات المتفاقمة أو المشددة والتعويضات العقابية⁽²⁾، على الرغم من أن التعويضات غير المحددة (القضائية) ضمن نطاق معالجات الأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد تقتصر على نوعين رئيسيين هما التعويضات الاسمية والتعويضات المتفاقمة أو المشددة. وتقضي المحكمة بهذا النوع الأخير من التعويضات إذا نجم عن الإخلال بالعقد كرب ذهني (mental distress) أصاب المدعي إلا أنهما يختلفان في المسائل الآتية:

أولاً: تتميز المعالجات العينية بأنها أوسع نطاقاً في معالجة الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني، إذ تتضمن المعالجات الإنصافية للأضرار الناجمة عن

(1) Paul Richards, law of contract, fourth edition, financial times, pitman publishing, 1999, P.301.

(2) John cooke, ibid, P.321

ينظر أيضاً د. مجيد حميد العنكبي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهدين، ٢٠٠١، ص ٢٠٢.

الإخلال بالعقد التنفيذ العيني (specific performance) فضلا عن الأوامر القضائية (injunctions) أما المعالجات الإنصافية للأضرار الناجمة عن الخطأ المدني فلا تتضمن سوى الأوامر القضائية.

ثانيا: تصنف التعويضات ضمن نطاق معالجات الأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد إلى تعويضات غير محددة أو قضائية تحددها المحكمة (unliquidated damages) وتعويضات محددة أو اتفاقية (liquidated damages) يدرجها الطرفان المتعاقدان كبند تعاقدي في العقد ويتفقاً بمقتضاها على مبلغ محدد كجزء أو تعويض عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية^(١)، وتعرف أيضا بالشرط الجزائي (penalty) أما التعويضات المتعلقة بمعالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني فتصنف إلى تعويضات معادلة وتعويضات غير معادلة، وكما أشرنا إليها آنفا.

ثالثا: لا توجد في مجال معالجات الأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد قواعد معينة أو طرق حسابية محددة لتحديد الأضرار وتقدير التعويضات ويترك الأمر للمحكمة لتقديرها، أما في مجال معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني فهناك قواعد معينة وطرق حسابية معروفة من أبرزها حساب صافي الخسارة السنوية والذي يمثل فرق قيمة الدخل قبل الحادثة وبعدها وذلك لتقدير التعويضات عن خسارة العوائد المالية والمستقبلية، ونظام التعويض الكامل لتقدير التعويضات عن الأضرار المالية في صيغة مبلغ إجمالي، ويتكون هذا النظام من مجموعة من العمليات والقواعد الحسابية.

رابعا: تتضمن معالجات الأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد قاعدة تعرف بقاعدة تخفيف الضرر (mitigation of loss) والتي بمقتضاها يفرض على المدعي واجب اتخاذ جميع الخطوات المعقولة والمناسبة للتخفيف من الأضرار والخسائر الناجمة عن إخلال المدعى عليه بالعقد، ولا يكون

(1) Robert Daxbury.Nutshell, Contract Law, Fifth edition, sweet and Maxwell, 2001, P.112.

يُمكن المدعي المطالبة بأية تعويضات عن الأضرار التي كان بإمكانه تجنبها أو التخفيف منها نتيجة إخلال المدعى عليه بالتزاماته العقدية، وذلك إذا ما أثبت المدعى عليه أن المدعي لم يتخذ الإجراءات والخطوات المعقولة لتخفيف الضرر⁽¹⁾، أما معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني فلا تتضمن مثل هذه القاعدة، ولا يوجد في مجال معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني مثل هذه القاعدة، إلا أنه يمكن للمدعى عليه تخفيف مسؤوليته أو الإعفاء منها إعفاء جزئياً ضمن نطاق دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال، إذا ما نجح في التمسك بالدفع بالإهمال المشترك (contributory negligence) وأثبت عدم قيام المدعي باتخاذ الحيلة والحرص والعناية اللازمة لمنع وقوع الضرر، وإن ذلك كان سبباً مشتركاً في إصابته وتعرضه للضرر.

خامساً: على الرغم من أن التعويضات غير المعادلة ضمن نطاق معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني تنطوي على بعض التعويضات التي تشبه التعويضات التي تتضمنها التعويضات غير المحددة (القضائية) ضمن نطاق معالجات الأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد، كالتعويضات الاسمية والازدرائية والعقابية والمتفاقمة، إلا أنهما يختلفان من حيث نطاق التعويضات المتفاقمة أو المشددة (aggravated damages) إذ يوجد هذا النوع من التعويضات ضمن معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني والإخلال بالعقد، وهي تعويضات تفوق المقدار المعتاد أو المألوف، وتفرضها المحكمة عندما يلحق الخطأ المدني الذي يرتكبه المدعى عليه ضرراً أكبر مما هو متوقع بالمدعي⁽²⁾، فتعتبر المحكمة عن استيائها البالغ من سلوك المدعى عليه بهذا النوع من التعويضات والتي تنسجم مع الإخلال

- (1) Michael Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract, 15th ed. oxford university press, 2007, P.779 see also Treitel, The law of contract, Twelfth edition, Sweet and Maxwell, 2010, P.1058.
- (2) Jenny steele, Tort law, Text, cases and Materials, Third edition, Oxford university press, 2014, P.533.

بالالتزام القانوني أكثر من الإخلال بالالتزام التعاقدية، على الرغم من إمكانية اللجوء إليها عند الإخلال بالالتزام العقدي إلا أن نطاق فرضها أو تطبيقها يكون أوسع ضمن معالجات الأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد، وذلك فيما يتعلق بالإضرار غير الملموسة (intangible injuries) التي تصيب المشاعر الإنسانية للمدعي المتضرر، كالآلام والمعاناة على اختلاف أنواعها، فإنها تنشأ وعلى نحو أوسع نتيجة الإخلال بالالتزام القانوني الناجم عن الخطأ المدني مقارنة بالإخلال بالالتزام العقدي.

المطلب الثاني

التعريف بطرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري

نظم القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وكذلك القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ طرقاً معينة للتعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع، والتي تهدف إلى جبر الضرر الذي يتعرض له المدعي بسبب الفعل الضار الذي يرتكبه المدعي، ونصت المادة (٢٠٩) على أنه (١) - تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض اقساطاً أو ايراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً. ٢ - ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض). كما نصت المادة (١٧١) من القانون المدني المصري على أنه (١) - يُعَيَّن القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف. ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً. ٢ - ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على

سبيل التعويض). وعلى هذا الأساس فسوف نقوم بالتعريف بطرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري، وذلك بتعريفها وبيان خصائصها ومقارنة طرق التعويض عن الضرر الناجم عن الفعل غير المشروع في القانونين العراقي والمصري بمعالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي وكما يأتي:

الفرع الأول

تعريف طرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع

عرف جانب من فقه القانون المدني في العراق⁽¹⁾ طرق التعويض عن الضرر الناجم عن الفعل الضار بأنها (تلك الطرق المتبعة لتعويض الضرر بإزالته ومحوه متى كان ذلك ممكنا بحيث يعود المتضرر إلى نفس الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، فإذا كان ذلك مستحيلا فلا سبيل أمام المحكمة إلا أن تلجأ إلى طريقة التعويض بمقابل) ويتضح من هذا التعريف بأنه جاء منسجما مع ما تضمنته المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي، والتي حددت طرق التعويض عن الضرر الناجم عن الفعل الضار بطريقتين رئيسيتين هما طريقة التعويض العيني، والتي تسعى عن طريقها المحكمة إلى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب المدعى عليه لفعله الضار الذي ألحق ضررا بالمدعي، وكذلك طريقة التعويض بمقابل، والتي تأخذ بها المحكمة إذا استحال عليها اللجوء إلى التنفيذ العيني، وذلك في الحالات التي يترتب فيها على الفعل الضار وقوع ضرر مادي جسيمي أو ضرر أدبي، ويكون التعويض بمقابل إما تعويضا تقديريا أو تعويضا غير تقديري⁽²⁾، ويمكننا تعريف طرق التعويض عن الضرر الناجم

- (1) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص ١٤٨.
- (2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٨١٦.

عن الفعل الضار بأنها (تلك الوسائل التي يستعين بها القاضي لتقدير التعويض المترتب على نهوض مسؤولية المدعى عليه المدنية عن فعله الضار، ويمقتضاها يأمر القاضي المدعى عليه المسؤول بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل ارتكابه للفعل الضار أو القيام بعمل معين لمصلحة المدعي أو رد اعتباره أو دفع مبلغ من النقود لجبر الضرر الذي أصاب المدعي).

الفرع الثاني

خصائص طرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع

تتسم طرق التعويض عن الضرر الناجم عن الفعل الضار

بالسمات والخصائص الآتية:

أولاً: تعد طرق التعويض عن الضرر وسائل لجبر الأضرار التي يتعرض لها المدعي المتضرر من الفعل الضار.

ثانياً: تتسم طرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع بالسمة القانونية، فقد نظمها القانونان المدنيان العراقي والمصري ونصا عليها في المادتين (٢٠٩) و(١٧١) على التوالي.

ثالثاً: وتتسم بعض طرق التعويض عن الضرر بالسمة المالية أو النقدية، وتمثل بالتعويض بمقابل ولاسيما التعويض النقدي أو التعويض بمقابل نقدي، وهو عبارة عن مبلغ من النقود تفرضه المحكمة على المدعى عليه المسؤول ولمصلحة المدعي المتضرر^(١)، إذ يقدر التعويض بالنقد ويصح أن يكون أقساطاً أو إيراداً مرتباً.

رابعاً: كما تتسم بعض طرق التعويض عن الضرر في القانونين المدنيين العراقي والمصري بالسمة العينية، وتمثل بالتعويض العيني، والذي يراد به إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر الناجم عن العمل غير المشروع حيث يجبر المدين على التنفيذ العيني على سبيل التعويض^(٢).

-
- (١) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر والمساهمة، ١٩٩١، ص ٢٨٣.
- (٢) د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣٩٣.

خامساً: وتتسم أنواع أخرى من طرق التعويض عن الضرر الناجم عن الفعل الضار في القانونين المدنيين العراقي والمصري بالسمة الأدبية أو المعنوية كما في التعويض غير النقدي أو ما يعرف بالتعويض الأدبي، والذي هو أحد نوعي التعويض بمقابل، ويعد تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى عليه، كما في دعاوى السب والقذف، إذ يمكن للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف^(١).

سادساً: تتسم بعض طرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع، ولاسيما طريقة التعويض النقدية بالسمة الحكمية، إذ أن الحكم للمدعي بمبلغ من النقود على سبيل التعويض ولجبر الضرر الذي أصابه لا يؤدي إلى إزالة أو محو الضرر حقيقة، وكل ما في الأمر أن المنفعة التي يحصل عليها المدعي المتضرر من المبلغ النقدي أو التعويض النقدي تساعد في عودة المتضرر إلى الحالة التي كانت عليها قبل وقوع الضرر حكماً لا حقيقة^(٢).

سابعاً: تتسم طريقة التعويض النقدي بتعدد أشكالها أو صورها، فالمبلغ النقدي قد يعطى للمتضرر دفعة واحدة في صورة مبلغ مقدر جزافاً^(٣)، أو في صورة إيراد مرتب لمدة معينة، أو إيراد مرتب مدى الحياة، أو يكون التعويض النقدي على شكل أقساط.

ثامناً: وتتسم بعض طرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع ولاسيما طريقة التعويض العيني بالسمة الحقيقية أو الواقعية، لأن

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، مصدر سابق، ص ٨١٧.

(٢) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٧٨.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص ٤٧٦.

صدر قرار المحكمة لمصلحة المدعي بإعادة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر من شأنه أن يؤدي إلى إزالة أو نحو الضرر حقيقة وليس حكماً.

الفرع الثالث

مقارنة طرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين العراقي بمعالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي

على الرغم من أن طرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين العراقي والمصري تشابه مع معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي في أنها تهدف جميعاً إلى جبر الأضرار التي يتعرض لها المدعي المتضرر إلا أن طرق التعويض عن الضرر في القانونين المدنيين العراقي والمصري تختلف عن معالجات الأضرار في القانون الإنكليزي في المسائل الآتية:

أولاً: تعد طرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانون العراقي والمصري ذات أصل تشريعي، فقد نظمها القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وكذلك القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ أما معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي فهي ذات أصل عرفي وقضائي وإنصافي. فالتعويضات (damages) تعد عرفية وكذلك قضائية المنشأ، فهي ترجع في أصلها إلى قانون الأحكام العام (common law) والذي هو قانون عرفي غير مكتوب ومبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، أما الأوامر القضائية (injunctions) فهي معالجات إنصافية يرجع أصلها إلى قواعد العدالة والإنصاف.

ثانياً: تهدف طرق التعويض عن الضرر في القانونين العراقي والمصري على اختلاف أنواعها إلى جبر الضرر الذي يلحق بالمدعي المتضرر، لأن الجزء في المسؤولية المدنية هو تعويض يستوفى من مال المسؤول^(١)، أما

(١) 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، ١٩٨٠، ص ٢٠١.

بالنسبة إلى القانون الإنكليزي فإن بعض معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني تتخذ صورة عقوبة تفرض على المدعى عليه، كما هو الحال بالنسبة إلى التعويضات العقابية (والتي تعرف أيضا بالتعويضات الجزائية أو الاتعابية أو الاقتدائية) (exemplary damages).

ثالثاً: يتم تقدير التعويض بمقتضى طرق التعويض عن الضرر في القانونين المدنيين العراقي والمصري بما يتناسب مع حجم الضرر الذي لحق بالمدعي المتضرر أو شدته، سواء أكان تعويضاً عينياً أم بمقابل، ذلك لأن التعويض الذي تقضي به المحكمة للمتضرر يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وذلك ضمن نطاق المسؤولية المدنية سواء أكانت عقودية أم تقصيرية، فالأصل أن مقدار التعويض يدور مع حجم الضرر لا يزيد عليه ولا ينقص عنه^(١). أما في القانون الإنكليزي فإن بعض معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني تمنح المدعي المتضرر تعويضاً أكبر من حجم الضرر الذي لحق به، كما هو الحال بالنسبة إلى التعويضات المتفاقمة أو المشددة (aggravated damages) والتي يدور فيها مقدار التعويض مع جسامة سلوك المدعى عليه أو خطئه وليس مع حجم الضرر الذي أصاب المدعي^(٢).

رابعاً: على الرغم من أن معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي يرجع أصلها إلى قانون الأخطاء المدنية (The law of tort) والذي يعد جزءاً من قانون الأحكام العام الإنكليزي (common law) العرفي غير المكتوب والمبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، إلا أنها تضمنت طرق حساب رياضية واضحة ومحددة لتقدير التعويض اللازم لجبر الأضرار التي لحقت بالمدعي المتضرر، في حين لم يتضمن القانونان المدنيان العراقي والمصري طرقاً حسابية محددة لتقدير

(1) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٧٨.

(2) Carol Bernnan. Tort Law, concentrate (Revision and study guides) Second edition, oxford university press, 2013, P.214.

التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع، وأن أغلب الطرق الحسابية التي تلجأ إليها المحاكم العراقية هي طرق مستوحاة من تشريعات الضمان الاجتماعي الخاصة بتحديد إصابات العمل^(١). كما تتولى المحاكم المصرية أيضاً تقدير التعويض، وجاء في حكم لمحكمة النقض المصرية^(٢) بأنه (... وحيث أنه عن مقدار التعويض فإن المحكمة إزاء فداحة الضرر النازل بالمستأنف من فقدانه لعينه اليمنى كلية وفشل قوة إبصار عينه اليسرى إلى درجة تقارب الكفافة، فإنها ترى، ورغم عدم تحمل المستأنف لمصاريف علاج تلك النازلة التي لم يكن له يد فيها إبلاغ التعويض كي يكون جابراً لها ستة آلاف جنيه).

خامساً: يقتصر التعويض العيني في القانون الإنكليزي، ولاسيما ضمن نطاق معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني (The remedies in tort) على الأوامر القضائية (injunctions) على اختلاف أنواعها، أما التعويضات فهي ذات طابع نقدي سواء أكانت تعويضات معادلة أم غير معادلة، وتصنف التعويضات المعادلة إلى تعويضات عن الأضرار المالية وتعويضات عن الأضرار غير المالية (والتي تعرف أيضاً بالتعويضات الأدبية)، أما في القانونين المدنيين العراقي والمصري فتصنف طرق التعويض، على وجه العموم، إلى التعويض العيني والتعويض بمقابل^(٣).

سادساً: لا تعد المعالجات عن طريق الأوامر القضائية حقاً قانونياً للمدعي، فهي معونة إنصافية (equitable relief) يخضع إصدارها للسلطة التقديرية للمحكمة عندما يكون ذلك ضرورياً، ولضمان عدم

(١) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٩٤.

(٢) الطعن رقم (٩٠) لسنة ٥٠ق - جلسة ١٩٨٣/٦/٢١ نقلاً عن د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الثاني، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، ٢٠٠٦، ص ٤٠٠.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، مصدر سابق، ص ١٨٦ ينظر أيضاً د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٧٨.

الإخلال بالنظام العام، أما في القانونين المدنيين العراقي والمصري فيعد التعويض العيني حقاً قانونياً للمدعي المتضرر بمقتضى نص المادة (٢٠٩) (مدني عراقي) و(١٧١) (مدني مصري)، فيجوز له طلب التعويض العيني، إذا كان ذلك ممكناً، فتأمر المحكمة، تبعاً للظروف وبناء على طلبه، بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه.

المبحث الثاني

صور معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي وما يقابلها من طرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري

تشتمل معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي على صورتين رئيسيتين هما التعويضات (damages) والأوامر القضائية (injunctions) وتمثل كلتاها وسيلتين لجبر الضرر الذي يلحق بالمدعي المتضرر^(١)، وبالمقابل فقد نص القانونان المدنيان العراقي والمصري على طريقتين رئيسيتين للتعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع وهما التعويض العيني والتعويض بمقابل، وسوف نتناول في هذا المبحث دراسة صور معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي وما تشتمل عليه من أنواع فرعية، ثم طرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري التي تقابل تلك الصور وكما يأتي:

المطلب الأول: صور معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي.

المطلب الثاني: طرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين العراقي والمصري.

(1) Catherine Elliott and France Quinn, *ibid*, P.394.

المطلب الأول

صور معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي
إذا نهضت مسؤولية المدعى عليه الناجمة عن الخطأ المدني فقد
أتاح قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي للمدعي بعض المعالجات أو
الجزاء لجبر الأضرار الناجمة عن ذلك الخطأ، ومن أهم صور هذه
المعالجات التعويضات (damages) والتي تهدف وبالدرجة الأساس إلى
جبر الأضرار التي يتعرض لها المدعي مالياً، فضلاً عن أنواع أخرى من
التعويضات عن الأضرار غير المالية، والصورة الثانية المهمة لمعالجة
الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني هي الأمر القضائي (injunctions)
والذي تأمر المحكمة بمقتضاه المدعى عليه بالقيام بعمل معين أو بالامتناع
عن عمل معين، وبهدف الحيلولة دون إتيان المدعى عليه للسلوك الذي
يشكل خطأ مدنياً لذا سوف نقوم في هذا المطلب بدراسة هاتين الصورتين
البارزتين من صور معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني
(Remedies in tort) وذلك في الفرعين الآتيين وكما يأتي:

الفرع الأول: التعويضات (damages).

الفرع الثاني: الأمر القضائي (injunction).

الفرع الأول التعويضات

تعد التعويضات الصورة الغالبة من صور معالجات الأضرار
الناجمة عن الخطأ المدني⁽¹⁾، وتتمثل، في الأعم الأغلب، بمبالغ نقدية
تقضي بها المحكمة للمدعي لجبر الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني،
وتهدف إلى وضع المدعي في الوضع الذي كان يفترض أن يكون فيه لولا
قيام المدعى عليه بارتكاب الخطأ المدني ضده⁽²⁾. وتصنف التعويضات في
قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي وعلى وجه العموم، إلى نوعين رئيسيين

(1) John willman, Brown: GCSE Law, ninth edition, Thomson, sweet and Maxwell, 2005, P.207.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.375.

هما: التعويضات المعادلة (compensatory damages) والتعويضات غير المعادلة (non-compensatory damages) وسوف نسلط الضوء في هذا الفرع وبإيجاز على هذين النوعين من التعويضات وكما يأتي:

المقصد الأول التعويضات المعادلة

تقوم التعويضات المعادلة (compensatory damages) على مبدأ أساسيهو إعادة الحالة أو الوضع إلى سابق عهده (restitutio in integrum) أي وضع المدعي في الوضع الذي كان يفترض أن يكون فيه لولا قيام المدعى عليه بارتكاب الخطأ المدني ضده⁽¹⁾، ويعد التعويض عن الأضرار الشخصية (compensation for personal injury) من أبرز أنواع التعويضات المعادلة، فالأساس القانوني الذي يستند عليه الحكم بالتعويضات المعادلة والتي تتجسد بالتعويض عن الأضرار الشخصية، ضمن نطاق دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ المدني (tort action) هو وضع المدعي في الوضع الذي كان يفترض أن يكون فيه لولا تعرضه للأضرار الناجمة عن الخطأ المدني، وذلك عن طريق المبالغ المالية، وتشتمل الأضرار الشخصية على كل أنواع الأضرار الجسدية والنفسية التي يتعرض لها المدعي، كالأمراض البدنية والنفسية⁽²⁾، ويقسم التعويض عن الأضرار الشخصية إلى قسمين بارزين هما: التعويضات عن الأضرار المالية (pecuniary damages) والتعويضات عن الأضرار غير المالية (non-pecuniary damages)⁽³⁾ ويشتمل النوع الأول على التعويضات التي تهدف إلى جبر الضرر الذي لحق بالمتضرر بسبب خسارته للدخل أو العائدات المالية التي كان يحصل عليها، وذلك نتيجة الإصابة التي تعرض لها، ويمتد هذا النوع

(1) William P. statsky. Essential of torts, Third edition, DELMAR, CENGAGE Learning, 2012, P.220.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.377.

(3) John cooke, ibid, P.323.

من التعويضات ليشمل أنواع أخرى من الخسائر المالية (pecuniary losses) كقيام شخص بشراء دار للسكن بمبلغ أكبر من المبلغ الذي تساويه نتيجة إهمال المخمن في تقديره لقيمة الدار وعدم اكتشافه للعيوب الخفية التي يعاني منها ، وتصنف التعويضات عن الأضرار المالية إلى نوعين هما : التعويضات عن خسارة العوائد المالية الحالية أو الفعلية (Damages for loss of actual earnings) والتعويضات عن خسارة العوائد المالية المستقبلية (Damages for loss of future or prospective earnings) أما النوع الثاني وهو التعويضات عن الأضرار غير المالية (non-pecuniary losses) فيتشمل على تعويض الخسائر غير المالية كالآلام التي يعاني منها المتضرر أو فقد الحواس البشرية ، والتي يمكن أن تنضوي جميعها تحت عنوان الحرمان من مباحج الحياة (amenity) أي فقد القدرة على الاستمتاع بالحياة على نحو طبيعي^(١) ، لذا سوف نبحث بإيجاز في كل من التعويضات عن الأضرار المالية والتعويضات عن الأضرار غير المالية وكما يأتي :

الفصل الأول

التعويضات عن الأضرار المالية

تعد التعويضات عن الأضرار المالية (pecuniary damages) من أكثر أنواع التعويضات المعادلة على وجه العموم^(٢) ، والتعويضات عن الأضرار الشخصية على وجه الخصوص ، شيوعاً. فضلاً عن سهولة تقديرها مقارنة بالتعويضات عن الأضرار غير المالية (non-pecuniary damages) وذلك لإمكانية تقدير الخسائر والأضرار التي تعرض لها المدعي بالنقود وتكون التعويضات عن الأضرار المالية إما تعويضات عامة أو خاصة^(٣) (general or special damages) وتهدف التعويضات

(1) Carol Brennan, *ibid*, P.216.

(2) jenny steele, *ibid*, P.289.

(3) Catherine Elliott & Frances Quinn, *ibid*, P.375.

العامة إلى جبر الأضرار التي تعد نتيجة مباشرة للخطأ المدني (Tort) كالأضرار الشخصية ومن بينها خسارة العائدات المالية الحالية والمستقبلية والآلام والمعاناة، في حال ما إذا تسببت إصابة المدعي في عدم قدرته على العودة إلى ممارسة عمله السابق، أو عدم القدرة على ممارسة أي ضريمن ضروب العمل على الإطلاق، أما التعويضات الخاصة فتهدف إلى جبر الأضرار التي لا تعد نتيجة طبيعية ومباشرة للخطأ، إلا أنه يتم إدراجها في لائحة الدعوى وإثباتها أمام المحكمة، ويتضمن هذا النوع من التعويضات، وعلى سبيل المثال، النفقات الخاصة (specific expenses) كالتنفقات الطبية (medical expenses) التي ينفقها المدعي نتيجة تعرضه للحادثة والأجور التي يحرم منها (lost wages)، ونظرا لأهمية التعويضات عن الأضرار المالية بوصفها من أكثر أنواع التعويضات المعادلة شيوعا، فسوف نسلط الضوء على أهم مكوناتها:

أولا: التعويضات عن خسارة العوائد المالية الحالية أو الفعلية.

(Damages for loss of actual earning)

ويقصد بهذا النوع من التعويضات تلك التعويضات التي يمكن للمدعي أن يحصل عليها مقابل خسارة العوائد والمنافع التي يتعرض لها المدعي قبل صدور الحكم بالتعويض، أو التي كان سيحصل عليها إلى حين صدور الحكم بالتعويض لولا وقوع الحادث^(١). وتعد كتعويضات خاصة (special damages)، لذا تعرف أيضا بخسارة العوائد قبل صدور الحكم (pre-trial loss of earning) ويتحدد هذا التعويض بمبلغ تقدي يحصل عليه المدعي بعد استقطاع مساهمات التأمين الوطني (national insurance contributions).

ثانيا: التعويضات عن خسارة العوائد المالية المستقبلية.

(Damages for loss of future earnings).

ويمثل هذا النوع من التعويضات التي تقدر من يوم صدور الحكم فصاعدا ويمكن للمدعي المطالبة بها كتعويضات عامة (general

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.378.

(damages loss) ، وغالبا ما ينطوي التعويض عن الخسائر المالية المستقبلية (future pecuniary loss) على خسارة العوائد المالية المستقبلية (cost of future earnings) فضلا عن تكاليف العناية بالمصاب (care) في بعض الأحيان، ويعد هذا النوع من التعويضات، وكما أشرنا سابقا، كتعويضات عامة يصعب في كثير من الأحيان على المحاكم تقديرها، لصعوبة معرفة ما سيخفيه المستقبل للمدعي لولا تعرضه للحادثة⁽¹⁾، فكما أن هناك احتمال أن يحصل المدعي على ترقية في عمله تؤدي إلى زيادة دخله وعائداته المالية، فإن هناك وبالمقابل احتمال آخر أن يتعرض إلى البطالة أو يطرد من عمله أو يعاقب بأية عقوبة أخرى يمكن أن تؤثر سلبا على دخله وعائداته المالية⁽²⁾، وإذا كانت المحاكم، وكقاعدة عامة، تحكم بالتعويضات، ولا سيما التعويضات عن خسارة العوائد المالية الحالية أو الفعلية ك مبلغ إجمالي (lump sum)، فإن تقدير مبلغ التعويض عن خسارة العوائد المستقبلية (Damages for loss of future earnings) الناجمة عن الأضرار الشخصية التي تعرض لها المدعي (المتضرر) يهدف وبالتأكيد إلى توفير دخل جديد للمدعي محل محل دخله السابق الذي كان سيستمر في الحصول عليه لولا الإصابة التي لحقت به بسبب الحادثة، فتقوم المحكمة في هذه الحالة أيضا بتقدير مقدار التعويض ك مبلغ إجمالي إلا أنها ولغرض جعل التعويضات تخفف من حدة خسارة العوائد المستقبلية (loss of future earnings) الناجمة عن الأضرار الشخصية التي تعرض لها المدعي المصاب، فإنها غالبا ما تقضي بمنحه دخلا محل محل الدخل الذي كان سيحصل عليه لولا حدوث الإصابة، وتقوم المحكمة وكخطوة أولى بتقدير التعويض وحسابه في رقم يمثل مبلغا إجماليا (lump sum)، ثم تقوم وكخطوة ثانية بدفع مبلغ التعويض في

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.378.

(2) Jenny Steele, ibid, P.490.

صورة إيراد مرتب مدى الحياة (life annuity) أي لمدى حياة المدعي المتضرر، ليكون مصدر دخل له طيلة الفترة التي يتوقع أن تستمر فيها آثار الإصابة والمتمثلة بالعجز، ويكيف جانب من الفقه الإنكليزي⁽¹⁾ طريقة دفع التعويض في صورة إيراد مرتب مدى الحياة كترتيب خاص (arrangement) يتم بمقتضاه تحويل المبلغ الإجمالي للتعويض إلى مصدر دخل دائم للمتضرر، فالتعويض يقدر في صيغة مبلغ إجمالي وفقا لنظام التعويض الكامل، إلا أنه لا يدفع إلى المتضرر مرة واحدة، ولكن في صورة إيراد مرتب مدى الحياة (annuity) يكفي لتوفير مستوى لائق من الدخل مدى الحياة، خصوصا في الحالات التي يتوقع فيها أن تستمر آثار الإصابة التي تعرض لها المدعي ما دام على قيد الحياة، فالمبلغ الإجمالي للتعويض يتخذ في هذه الحالة صورة إيراد مرتب مدى الحياة يستثمر أو يستفاد منه لتوليد دخل دائم للمتضرر، وتتمثل نقطة البداية في حساب الخسارة المستقبلية للعوائد (future loss of earnings) بالفرق بين قيمة الدخل قبل الحادثة وبعدها والذي يعرف بصافي الخسارة السنوية⁽²⁾ (net annual loss).

ثالثا: نفقات ما قبل صدور الحكم بالتعويض (pre-trial expenses).

كما تشمل التعويضات عن الأضرار الشخصية، ولاسيما التعويضات عن الأضرار المالية جميع النفقات والتكاليف التي ينفقها المدعي نتيجة الحادثة، وذلك قبل صدور الحكم بالتعويض، كالتكاليف والنفقات الطبية والعلاجية التي ينفقها في سبيل علاجه من الإصابة، فيحق له أن يسترد قيمة جميع ما أنفقه فعليا وعلى نحو معقول بسبب الحادثة وإلى يوم صدور الحكم بالتعويض وتشمل الملابس والدواء وجميع النفقات الطبية⁽³⁾ (medical expenses).

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.378.

(2) John cooke, ibid, P.325.

(3) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.377. =

رابعاً: النفقات التي ينفقها شخص آخر على المدعي المتضرر
(Expenses incurred by another).

أو الخسارة التي يتحملها شخص آخر بسبب المدعي، إذ يرتبط بالتعويض عن الأضرار الشخصية تعويض من نوع آخر ناجم عن فقد أحد أقرباء المدعي المتضرر لعمله المأجور (paid work) بسبب عنايته بالمدعي المتضرر من الإصابة، ففي مثل هذه الحالة، فإنه لا يمكن للشخص القائم بالعناية (carer) أن يرفع بنفسه دعوى مباشرة ضد المدعي عليه طالبا التعويض.

الفصل الثاني

التعويضات عن الأضرار غير المالية

يعد هذا النوع من التعويضات وسيلة لجبر الأضرار والخسائر غير المالية (non-pecuniary losses) التي تصيب المدعي، وتعرف أيضا بالتعويضات الأدبية أو التعويضات عن الأضرار الأدبية، على الرغم من أن الوسيلة الرئيسة التي تلجأ إليها المحاكم لتقديرها هي الوسيلة المالية، أي عن طريق النقود، ويغطي التعويض عن الأضرار غير المالية مسألتين مهمتين هما الحرمان من مباحج الحياة وكذلك الآلام والمعاناة. وسوف نتناول بإيجاز دراسة هاتين المسألتين وكما يأتي:

أولاً: الحرمان من مباحج الحياة (loss of amenity).

إن الحرمان من مباحج الحياة أو فقدانها هو وضع يمكن أن يعاني منه المدعي، إذا بلغت إصابته حداً نجم عنها عدم قدرته أو عجزه أو

=
وجدير بالذكر فإن المدعي المتضرر له الخيار في تلقي العلاج إما بالمستشفيات الخاصة أو في المرافق الصحية العامة (أو الوطنية) وذلك بمقتضى الفقرة الرابعة من المادة الثانية من تشريع إصلاح النظام القانوني الخاص بالإصابات والأضرار الشخصية لعام ١٩٤٨ (law reform (personal injuries) Act 1948) فإذا ما اختار تلقي العلاج في المؤسسات الصحية الحكومية، فيحتلذ يتم إجراء مقاصة بين نفقات المعيشة (living expenses) التي يدخرها وبين خسارته للعوائد المالية وذلك بمقتضى المادة الخامسة من تشريع إدارة العدالة عام ١٩٨٢ (administration of justice Act 1982).

حرمانه من الاستمتاع بملذات الحياة العادية التي يجيهاها الإنسان⁽¹⁾. ويدخل ضمن نطاق هذا المفهوم أنواع مختلفة من العجز تحول دون قدرة المدعي على ممارسة الأنشطة المختلفة، كعجزه عن ممارسة الألعاب والأنشطة الرياضية، ومجالات التسلية الأخرى، التي كان يستمتع لها قبل تعرضه للإصابة⁽²⁾. ويدخل ضمن ذلك أيضا فقدان إحدى الحواس الخمسة كالبصر أو السمع أو اللمس أو الذوق أو الشم، وكذلك العجز الجنسي وفقد القدرة الجنسية، إذا كانت ناجمة عن الإصابة التي تعرض لها المدعي⁽³⁾، بحيث تفوت عليه فرصة الزواج والاستمتاع بالجنس الآخر، وجدير بالذكر فإن التعويضات التي يمكن أن تمنحها المحكمة عن الحرمان من مباحج الحياة لا تتأثر بفقد المدعي لإحساسه أو شعوره أو وعيه (unconsciousness) ويكون بإمكان المدعي الفاقد لشعوره أو إحساسه أن يطالب بالتعويض عن مثل هذه الأضرار أسوة بالمدعي المتمتع بكامل شعوره وإحساسه، وقد تجسدت هذه المسألة في قضية (west & son v. shephard 1964) والتي تلخص وقائعها بتعرض المدعية، وهي سيدة متزوجة تبلغ من العمر واحد وأربعين عاما، إلى حادثة ألحقت بها إصابة بالغة الخطورة في الرأس، وتركتها في حالة فقدان الوعي على نحو جزئي، فضلا عن شلل في أطرافها الأربعة بحيث لم يكن هناك أي أمل يرجى من شفائها، وقدر الأطباء أجلها المتوقع (Life expectancy) أو احتمال بقاء على قيد الحياة بما لا يتجاوز خمس سنوات، وفي خضم ذلك فقدت المدعية القدرة تماما على النطق والكلام، إلا أنها وعلى الرغم من ذلك كانت تتمتع بحد أدنى من الشعور وكانت تدرك حالتها وما ألم بها، لذا فقد قضت لها المحكمة بمبلغ قدره (١٧,٥٠٠) ألف جنيه كتعويضات عن

(1) Carol Brennan, *ibid*, P.216

(2) John cooke, *ibid*, P.327.

(3) Joseph W. Glannon. *The law of tort*, Fourth edition, wolters Kluwer, 2010, P.404.

الحرمان من مباحج الحياة (loss of amenity) ونال هذا الحكم تأييد غالبية أعضاء مجلس اللوردات. وجاء في حكم المحكمة بأن معيار تقدير التعويض عن الحرمان من مباحج الحياة هو معيار موضوعي وليس شخصي، وعلى هذا الأساس فإنه يمكن للمدعي الفاقد لشعوره أو إحاسيسه (unconscious plaintiff) أن يحصل على التعويض عن الحرمان من مباحج الحياة، وغالبا ما تلجأ المحاكم الإنكليزية إلى تقدير التعويض عن الحرمان من مباحج الحياة عن طريق التعريفات (tariffs) وهي الجداول أو القوائم التي تتضمن مقادير التعويض عن هذا النوع من الأضرار، والتي تضعها محاكم الاستئناف (courts of appeal)، ولأن الأرقام المدرجة في هذه الجداول تستند على معيار موضوعي، فإنه يمكن للمحاكم تعديلها بعض الشيء لتأخذ بنظر الاعتبار الحالة الفردية لكل مدع على حدة⁽¹⁾.

ثانيا: الآلام والمعاناة.

كما تواترت المحاكم الإنكليزية على منح التعويضات عن الآلام والمعاناة الناجمة عن الإصابة نفسها، أو العمليات الجراحية اللازمة لمعالجة تلك الإصابة⁽²⁾. ويشمل الآلام التي يعاني منها المدعي بعد الإصابة، والتي غالبا ما تنشأ عن الجروح والكسور، فضلا عن الآلام التي يتوقع أن يعاني منها في المستقبل، وكذلك المعاناة النفسية والذهنية الناجمة عن الآلام النفسية التي يسببها للمدعي المتضرر أو المصاب شعوره بالنقص من جراء الإصابة وحرمانه من مباحج الحياة ولذاتها، فضلا عن المعاناة النفسية والذهنية الناجمة عن علم المدعي بدنو أو يقرب أجله المتوقع⁽³⁾ (short life expectancy) نتيجة لمعرفته بأن الحادثة تؤدي

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.382.

(2) Linda Edwards, Stanley Edwards, Patricia Kirtley Wells, Tort law, Fifth edition, DELMAR.GENGAGE Learning, 2012, P.167.

(3) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.381.

بطبيعتها إلى تقصير عمره، أو علمه بعدم قدرته أو عجزه عن الاستمتاع بالحياة نتيجة الإصابة التي لحقت به بسبب الحادث⁽¹⁾، أما إذا تسببت الإصابة في فقدان المدعي لشعوره أو إحساسه أو وعيه، فإن الفترة التي يبقى فيها المدعي فاقدا لشعوره أو إحساسه أو وعيه لا تغطيها التعويضات عن الآلام والمعاناة الناجمة عن الإصابة، وذلك بسبب عدم شعور المدعي بالآلام والمعاناة أو إحساسه بهما في تلك الفترة، فالمفروض أن الشخص فاقد الوعي لا يشعر عادة بالآلام والمعاناة بسبب حالة فقدان الوعي (unconsciousness). ويرى جانب من الفقه الإنكليزي⁽²⁾ بأن تقصير العمر المتوقع للمتضرر (Loss of expectation of life) لا يعد بمحد ذاته ضررا يستوجب التعويض عن الأضرار المالية، ولكن يستحق المتضرر تعويضا عن الأضرار غير المالية (non-pecuniary damages) بسبب الآلام النفسية الناجمة عن إدراكه بقرب أجله المحتوم، أو معرفته بأن الحادثة التي تعرض لها من شأنها أن تؤدي إلى تقصير عمره المتوقع.

المقصد الثاني

التعويضات غير المعادلة

إذا كانت المحاكم تقوم عادة بتقدير التعويضات المعادلة (compensatory damages) تقديرا دقيقا، لوضع المدعي في الوضع الذي كان يفترض أن يكون فيه لولا ارتكاب المدعى عليه للخطأ المدني ضده، وما ترتب على ذلك الخطأ من أضرار لحقت بالمدعي، فإن هناك نوعا آخر من التعويضات تعرف بالتعويضات غير المعادلة (non-compensatory damages) تقضي بها المحكمة للمدعي بما يقل أو يزيد عن مقدار الخسارة أو حجم الضرر الذي لحق به⁽³⁾. وتكون على أربعة أنواع هي التعويضات الأزدرائية والاسمية والمتفاقمة أو المشددة

(1) jenny steele, ibid, P.514.

(2) John cooke, ibid, P.326.

(3) William P. statsky, ibid. P.221.

وأخيرا الجزائية أو الاتعابية أو الاقتدائية ، وسوف نتناول بالبحث هذه الأنواع الأربعة وكما يأتي :

أولا: التعويضات الأذرائية (contemptuous damages).

وهي عبارة عن معالجات نقدية ضئيلة (small monetary remedy) يكون مقدارها ضئيلا جدا للدلالة على أن الخطأ المدني قد ارتكب فعلا من الناحية الفنية ، إلا أن رفع الدعوى لم يكن له ما يبرره حسب وجهة نظر المحكمة ، لأن المدعي لم تلحق به أية خسارة فعلية أو لم يصبه أي ضرر حقيقي ، فالغاية من وراء منح هذا المقدار الضئيل جدا من التعويض هي أن المحكمة تريد أن تعبر عن استنكارها أو استهجانها لمسألة رفع الدعوى أصلا ، ولا يمكن اللجوء إلى هذا النوع من التعويضات إلا ضمن نطاق دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن القذف (action for defamation) وذلك عندما يتبين للمحكمة بأن سمعة المدعي هي في الأصل غير نظيفة وأن البيانات أو التصريحات التي أدليت ضده ، وإن كانت كاذبة ، إلا أنها من غير المرجح أن تلحق ضررا بسمعته الملتطخة والموصومة أصلا بالعار ، فالتحديد الرئيس لهذا النوع من التعويضات هو أن المحاكم الإنكليزية لا تمنحها عادة ، إلا بمقتضى دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن القذف ، وبمقادير ضئيلة جدا ، عندما يتبين لها وجود إخلال بالحقوق القانونية للمدعي ، إلا أنها ترى بأنه كان ينبغي عدم السماح له بإقامة الدعوى بسبب استنكارها لسلوكه وسمعته⁽¹⁾.

ثانيا: التعويضات الاسمية (nominal damages).

وهي أيضا نوع من أنواع المعالجات النقدية الضئيلة (small monetary remedy) للدلالة على عدم حدوث أضرار على الرغم من ارتكاب الخطأ المدني وإخلاله بالحقوق المشروعة للمدعي⁽²⁾. وتمنح المحاكم

(1) John cooke, ibid, P.321.

(2) Cathy Okrent, torts and Personal injury law, Fifth ed. GENGAGE Learning, 2015, P.55.

الإنكليزية هذا النوع من التعويضات بمناسبة ارتكاب أخطاء مدنية قابلة للمقاضاة بحد ذاتها (tort actionable per se) وذلك في الحالات التي تنتهك فيها الحقوق القانونية للمدعي، إلا أنه لا يتعرض لأية أضرار أو خسارة حقيقية أو فعلية نتيجة هذا الانتهاك، ولكن تبقى احتمالات كسب الدعوى كبيرة، فالمحكمة الإنكليزية تقضي بهذا النوع من التعويضات عن الخطأ المدني نفسه وليس عن الأضرار المترتبة عليه، ويكون مقدارها ضئيلا جدا ويتراوح ما بين جنيهين وعشرين جنيها (٢ - ٢٠) كما في قضية (Constantine v. Imperial hotels 1944, KB693) والتي تتلخص وقائعها برفض المدعى عليهم أصحاب الفندق إيواء المدعين في ذلك الفندق، وقد كيفت المحكمة سلوك المدعى عليهم بأنه يمثل خطأ مدنيا ينطوي على الإخلال بالتزام صاحب الفندق (innkeeper) في تقديم الإيواء لأي شخص يدفع مبلغا لقاء ذلك، ولأن المدعين لم يتعرضوا لأية أضرار فقد منحوا تعويضا اسميا مقداره (٥) خمسة جنيهات فقط، ويشيع استعمال هذا النوع من التعويضات في الأخطاء المدنية القابلة للمقاضاة بحد ذاتها (torts actionable per se) كالتعدي بأنواعه والقتل الكتابي، والتي لا تتطلب من المدعي إثبات وقوع الضرر، ويكون الغرض الرئيس من ورائها هو التأكيد على قيام المدعى عليه بانتهاك الحقوق القانونية للمدعي وليس تعويض المدعي عن الخسارة الفعلية أو الأضرار الحقيقية التي لحقت به. فهي لا تعد مؤشرا ماليا على نجاح المدعي في الحصول على تكاليف الأضرار التي لحقت به^(١).

ثالثا: التعويضات المتفاقمة أو المشددة (aggravated damages).

على العكس من النوعين السابقين تعد التعويضات المتفاقمة^(٢) أو المشددة من أنواع المعالجات النقدية الكبيرة (large monetary remedy) التي

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.388.

(2) يقصد باصطلاح (المتفاقمة) وبالإنكليزية (aggravated) تفاقم الضرر أو الأذى أو الإصابة (aggravation of the injury) نتيجة سوء سلوك المدعى عليه، فالتعويضات تمنح في الأصل لجبر الأضرار التي يتعرض لها =

تمنح عندما يبلغ الخطأ المدني المرتكب حداً من الجسامة بحيث يبرر منح مبالغ إضافية للمدعي، ولا سيما عندما يصل سلوك المدعى عليه إلى حد شائن أو مشين، فينطوي سلوك مرتكب الفعل الضار على سوء نية بالغة ويحدث صدمة للمدعي (*malicious and shocking conduct of tortfeasor*) فيؤدي ارتكاب الخطأ المدني إلى إلحاق إذلال أو إهانة غير اعتيادية بالمدعي، وينشأ عنها ضرر بالغ يصيب المشاعر الإنسانية، فتفرض المحاكم الإنكليزية هذا النوع من التعويضات عندما يتصرف المدعى عليه بطريقة تلحق ضرراً بالمدعي أكبر مما هو متوقع، لذا يكون التعويض الممنوح أيضاً أكبر مما هو متوقع عادة في الدعاوى الأخرى، ولا تزال المحاكم الإنكليزية مترددة في تكييفها لهذا النوع من التعويضات بين التعويضات المعادلة والتعويضات غير المعادلة⁽¹⁾. فهي تعدّها تارة

=المدعي، بما في ذلك الآلام والمعاناة بعدها أضراراً غير ملموسة (*intangible injuries*) ناجمة عن سلوك المدعى عليه، لذا فإن المقصود هو ليس تفاقم التعويضات، فالتعويضات لا تتفاقم ولكن الأضرار هي التي تتفاقم، فيتم منح التعويضات بقدر تفاقم الضرر الناجم عن سوء سلوك المدعى عليه، وتشتمل العناصر غير الملموسة من الضرر على الكرب الذهني (*mental distress*) والألم (*Pain*) والحزن والأسى (*grief*) والقلق (*anxiety*) والمضايقة (*vexation*) والإهانة أو الإذلال (*humiliation*) والسخط أو النقمة (*indignation*) وإثارة الحفيظة (*outrage*) والخوف من التكرار (*fear of repetition*) وجرح الكبرياء (*wounded pride*) والإضرار بالثقة بالنفس أو احترام النفس (*damaged self-confidence or self-esteem*) وتختلف التعويضات المتفاقمة عن التعويضات العقابية من حيث أن التعويضات العقابية لا تفرض إلا عند ارتكاب المدعى عليه لسلوك يستحق العقوبة عليه، أما التعويضات المتفاقمة فتفرض لغرض تعويض الأضرار الناجمة عن سلوك المدعى عليه الذي يستحق العقوبة عليه. مما يعني بأن المدعى عليه قد يفرض عليه التعويضات في آن واحد، كعقوبة على سوء سلوكه وتعويض عن الأضرار البالغة التي أصابت المشاعر الإنسانية للمدعي والتي نجمت عن سلوك المدعى عليه.

(1) John cooke, *ibid*, P.323.

كتعويضات معادلة ولاسيما في حالات الاعتداء على شخص المدعي أو أمواله، وتعدّها تارة أخرى كتعويضات غير معادلة، إذا ما لحق الضرر بكبيرياء المدعي أو مشاعره وكذلك في دعاوى الاغتصاب والاعتداء الجنسي (sexual assault) فالتعويضات المتفاقمة أو المشددة تعبر وبوضوح عن سخط المحكمة واستيائها من سلوك المدعى عليه. وعلى الرغم من أن التعويضات المتفاقمة أو المشددة تتشابه مع التعويضات عن الألم والمعاناة (damages for pain and suffering) من حيث أن كليهما يهدف إلى تعويض الأضرار التي تصيب المشاعر الإنسانية، إلا أنهما يختلفان من حيث أن التعويضات المتفاقمة أو المشددة تهدف إلى جبر الأضرار التي تصيب المشاعر الإنسانية بسبب صفة الخطأ المدني أو السلوك الذي يمثل ذلك الخطأ، أما التعويضات عن الألم والمعاناة فإنها تهدف إلى جبر الأضرار التي تصيب المشاعر الإنسانية بسبب الأضرار الشخصية الناجمة عن الخطأ المدني وليس الخطأ المدني نفسه.

رابعا: **التعويضات الجزائية أو الاتعابية (أو الاقتدائية) (exemplary damages).**

وهي تعويضات تتجاوز المقدار اللازم على سبيل التعويض، وغالبا ما تحمل معنى العقوبة، وتسمى أيضا بالتعويضات العقابية (punitive damages)، وتفرض على المدعى عليه لمعاقبته على السلوك الذي صدر عنه ليكون عبرة لغيره، وذلك إلى جانب التعويضات المعادلة، وهي لا تهدف إلى تعويض المدعي ولكن إلى معاقبة المدعى عليه، ويتقد جانب من الفقه الإنكليزي⁽¹⁾ وجود هذا النوع من التعويضات في قانون الأخطاء المدنية، لأن الوظيفة العقابية للقانون ينبغي أن تظهر في القانون الجنائي وليس المدني، وعلى الرغم من أن هذا النوع من التعويضات يتشابه مع التعويضات المتفاقمة أو المشددة من حيث أنها

(1) John cooke, ibid, P.321.

تفرض على المدعى عليه دفع مقدار أكبر مما هو مقرر عادة على سبيل التعويض، إلا أنها تختلف عن التعويضات المتفاقمة أو المشددة من حيث أنها تهدف إلى فرض عقوبات قاسية على المدعى ليكون عبرة لغيره، ولردع غيره عن إثبات سلوك مشابه لسلوك المدعى عليه، وقد صادق مجلس اللوردات في العديد من المناسبات على منح التعويضات الجزائية أو الاتعابية في دعاوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ المدني (tort actions)، إلا أنه اعترف بأن فرضها يؤدي إلى الخلط بين الوظيفتين الجنائية والمدنية للقانون، وتمنح التعويضات الجزائية فضلا عن التعويضات العامة⁽¹⁾ وذلك عندما ترغب المحكمة في معاقبة المدعى عليه فضلا عن

(1) تقوم المحكمة بمنح التعويضات العامة (general damages) عادة عندما يؤدي ارتكاب الخطأ المدني إلى إخلال بين في الحقوق التي تستند عليها الدعوى، وبالتالي فرض تعويضات دون الحاجة إلى إثبات الضرر (proof of damage) كما هو الحال بالنسبة إلى دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن القذف والتي لا تتطلب إثبات أي ضرر فعلي أصاب سمعة المدعى وعادة ما تفرض المحكمة مبالغ مالية كبيرة كتعويض عن الأضرار المفترضة التي أصابت السمعة الملتصقة، وبالمقابل فإن التعويضات الخاصة (special damages) تتضمن تعويضا دقيقا للأضرار والخسائر والنفقات الفعلية التي أنفقتها أو تعرض لها المدعي، كالنفقات الطبية (medical expenses) والحرمان من الدخل (loss of income) لأنها تعد تعويضا عن الأضرار المالية (pecuniary losses) ولكي تمنح المحكمة هذا النوع من التعويضات، فإن منحها يتطلب من المدعي تقديم أدلة إثبات كافية ودقيقة ومفحمة لدعم وتعزيز ادعاءاته؛ كما يتطلب الأمر منه تقديم تفاصيل كاملة ودقيقة عن الخسائر التي تكبدها في عائلته المالية (loss of earnings)، وتقارير كاملة عن فواتير النفقات الطبية التي أنفقتها والأجور التي حرم منها (lost wages)، وغالبا ما تمنح في قضايا التعويض عن الأضرار الشخصية (personal injury cases) وخلاصة القول فإن التعويضات العامة هي تعويضات عن الأضرار غير المالية التي تصيب المدعي ولا يمكن تقديرها بدقة وتشمل التعويض عن الخسائر السابقة والحالية والمستقبلية وتتعلق بالآلام والمعاناة والشوهات (disfigurement) والحرمان من مباحج الحياة التي تبدو واضحة في دعاوى الأضرار الشخصية =

تعويض المدعي. مثال ذلك، إذا ما أدى نشر كتاب إلى إقامة دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن القذف (action for defamation) ففي مثل هذه الحالة فإنه يمكن للمحكمة أن تفرض على المدعى عليه تعويضا جزائيا عقوبة على الأرباح التي جناها من نشر الكتاب.

الفرع الثاني الأمر القضائي

أما الصورة الثانية من صور معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني فهي الأمر القضائي (injunction) والذي هو تكليف تصدره المحكمة وتأمّر بمقتضاه المدعى عليه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وغالبا ما تلجأ المحاكم إلى إصدار الأوامر القضائية للحد من الأخطاء المدنية المستمرة أو المتكررة (repeatable torts) كالقذف والإزعاج، ويلاحظ أن غالبية الأوامر القضائية التي تصدرها المحاكم الإنكليزية تحظر على المدعى عليه ارتكاب خطأ مدني معين أو الاستمرار في ارتكابه أو تكراره، وتدخل الأوامر القضائية ضمن نطاق المعالجات الإنصافية (equitable remedies)⁽¹⁾، أي بمعنى أنها لا تعد حقا مقررًا وتلقائيا للمدعي الذي يكسب الدعوى، ولكنها تندرج ضمن إطار السلطة التقديرية للمحكمة، وفي أغلب الأحيان لا تقوم المحاكم بإصدارها إذا كان بإمكانها الحكم بالتعويض⁽²⁾، وتصنف الأوامر القضائية إما من حيث مضمون التكليف الذي تحويه وذلك إلى أوامر قضائية إلزامية وزجرية أو مانعة أو من حيث مدة التكليف وذلك إلى أوامر قضائية مؤقتة ونهائية أو دائمية، ويلاحظ أن هناك تداخلا بين هذين التصنيفين فالأمر القضائي النهائي أو الدائمي (final, perpetual or permanent

(personal injury actions)= خلافا للتعويضات الخاصة التي يتم تقديرها بسهولة لأنها تتمثل خسائر نقدية قابلة للتقدير (quantifiable monetary losses).

(1) Cathy j. Okrent, ibid, P.380.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.391.

(injunction) قد يكون إلزاميا وقد يكون زجريا أو مانعا، وكذلك الحال بالنسبة إلى الأمر القضائي الوقتي (interlocutory injunction) فقد يكون أيضا إلزاميا كما قد يكون زجريا أو مانعا⁽¹⁾. لذا سوف نستعرض وبإيجاز هذه الأنواع الأربعة من الأوامر القضائية:

أولا: الأمر القضائي النهائي أو الدائمي (final, perpetual or permanent injunction).

وهو التكليف الذي تصدره المحكمة بعد الانتهاء من حسم الدعوى التي تنظرها لمصلحة الطرف الذي يكسب الدعوى، ويمقتضاه تأمر المحكمة المدعى عليه أو أي شخص طبيعي أو معنوي (اعتباري) آخر بالقيام بعمل معين أو بالامتناع عن القيام بعمل أو بأنشطة معينة على نحو دائم أو نهائي أو باتخاذ إجراءات معينة يبقى الأمر القضائي قائما إلى حين الانتهاء منها، ويصدر هذا النوع من الأوامر القضائية بمجرد صدور الحكم لحسم الدعوى المنظورة ويكون بمثابة معونة نهائية أو إغاثة (final relief) تبقى قائمة طالما بقيت الظروف التي استوجبت إصدار الأمر القضائي النهائي قائمة، وغالبا ما تصدره المحكمة لمنع أو إيقاف التعدي على عقار الجار أو لمنع تلوث المياه الصالحة للاستعمال، أو لمنع ممارسة المهنة بطريقة غير مشروعة، أو للحيلولة دون القيام بأية أعمال تؤذي الصحة العامة.

ثانيا: الأمر القضائي الوقتي (interlocutory or interim injunction).

وغالبا ما تصدره المحكمة أثناء السير في الدعوى أو حتى قبل سماع الدعوى، وتهدف من ورائه إلى الحيلولة دون تعرض المدعي للأذى المحتمل الوقوع⁽²⁾، إلا أن إصدار المحكمة لهذا النوع من الأوامر القضائية لا يعني بأن المدعي قد كسب دعواه، لأنها تصدر في وقت مبكر جدا، وقد يتبين بعد ذلك بأن المدعى عليه هو صاحب الحق، وأن الأمر القضائي

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, *ibid*, P.392.

(2) John cooke, *ibid*, P.332.

الوقت لم يكن له ما يبرره، ولهذا السبب فإن المحاكم الإنكليزية تشدد عادة في إصدار هذا النوع من الأوامر القضائية وغالبا ما تطلب من المدعي التعهد بدفع تعويضات عن أي ضرر أو خسارة تصيب المدعي عليه من تنفيذ هذا الأمر الوعدي، وذلك في حالة خسارة المدعي للدعوى، وتكمن الغاية الأساسية في إصدار الأوامر القضائية المؤقتة في المحافظة على الأموال المتنازع عليها أثناء النظر في الدعوى وإلى حين صدور الحكم فيها⁽¹⁾. وذلك عندما يهدد المدعي عليه بانتزاع حيازة الأموال من المدعي (dispossession of the plaintiff) أو بإلحاق ضرر بتلك الأموال محل النزاع، فيأمر المحكمة ووفقا لسلطتها التقديرية أن تصدر أمرا قضائيا لمصلحة المدعي للحيلولة دون قيام المدعي عليه بتلك الأعمال، لذا تعد الأوامر القضائية المؤقتة بمثابة معالجات وقائية (provisional remedies) تصدرها المحكمة للمحافظة على الشيء محل الحق المتنازع فيه (the subject-matter of the property in dispute) ولا يتطلب الأمر من المحكمة عند إصدارها للأمر القضائي المؤقت الدخول في أساس الدعوى (the merit of the case).

ثالثا: الأمر القضائي الإلزامي (mandatory injunction).

وهو تكليف تصدره المحكمة للمدعي عليه للقيام بعمل إيجابي معين (affirmative act) ويتوقف إصداره على السلطة التقديرية للمحكمة⁽²⁾، وتترتب عليه نفس الآثار القانونية المترتبة على التنفيذ العيني (specific performance)، وإذا ما أصدرت المحكمة الأمر القضائي الإلزامي الذي ينطوي على تكليف المدعي عليه بالقيام بعمل معين، فإنه ينبغي عليها تبصير المدعي عليه بكل تفاصيل ما ينبغي عليه القيام به وبدقة وأن يتضمن الأمر القضائي تعليمات تفصيلية ودقيقة بخصوص كيفية القيام بالعمل المطلوب.

(1) Cathy j. Okrent, *ibid*, P.529.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, *ibid*, P.391.

رابعاً: الأمر القضائي الزجري أو المنع (prohibitory injunction).

وهو تكليف تصدره المحكمة للمدعى عليه للامتناع عن القيام بعمل معين يعد خطأ مدنياً من جانبه، وذلك لمنع مواصلة هذا السلوك الخاطئ^(١). وغالبا ما تلجأ إليه المحكمة في حالات التعدي على الأرض أو العقار، أي في دعاوى المسؤولية المدنية الناجمة عن التعدي على الأرض أو العقار، وكذلك دعاوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الإزعاج لحماية مصالح المدعي في أرضه وممتلكاته كما يمكن للمحاكم إصداره أيضا في دعاوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء التي تتكرر بطبيعتها كالتعدي على الأشخاص والقذف، إن الأساس القانوني الذي يستند عليه إصدار هذا النوع من الأوامر القضائية هو عدم السماح للمدعى عليه بالحصول على حق يخوله إنقاع الضرر بالمدعي^(٢)، لذا فإن إصدارها يكون أسهل وأسرع من إصدار الأوامر القضائية الإلزامية، كما أن المشقة التي قد يتعرض لها المدعى عليه من جراء تنفيذه لهذا النوع من الأوامر القضائية لا تحول دون قيام المحكمة بإصدارها على العكس من الأوامر القضائية الإلزامية التي لا تتسرع المحكمة عادة في إصدارها، وتأخذ بنظر الاعتبار المشقة التي قد يتعرض لها المدعى عليه عند تنفيذها، مما يجعلها تضيق من حالات إصدارها وتقتصر على الحالات التي يحتمل معها تعرض المدعي لأضرار جسيمة لا تكفي التعويضات لجبرها.

المطلب الثاني

طرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين العراقي والمصري

كنا قد ذكرنا سابقاً بأن المادتين (١٧١) من القانون المدني المصري و(٢٠٩) من القانون المدني العراقي حددتا طرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع، وقد أشارت هاتان المادتان إلى العديد من

(1) John cooke, ibid, P.332.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.391.

الطرق والوسائل المتاحة لدى المحكمة لتعويض المتضرر عن الأضرار التي لحقت به بسبب العمل غير المشروع الذي ارتكبه المسؤول ضده، إلا أنه يمكن توزيع هذه الطرق والوسائل جميعها على طريقتين رئيسيتين هما التعويض العيني والتعويض بمقابل، وعلى هذا الأساس فسوف نبحث في هاتين الطريقتين البارزتين لتعويض الأضرار الناجمة عن العمل غير المشروع ثم نقارنهما بصور معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي، وهذا يقتضي منا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول دراسة طريقة التعويض العيني عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع وفي الثاني طريقة تعويض بمقابل وكما يأتي:

الفرع الأول: طريقة التعويض العيني.

الفرع الثاني: طريقة التعويض بمقابل.

الفرع الأول طريقة التعويض العيني

عرف الفقيه الكبير الأستاذ السنهوري^(١) التعويض العيني بأنه (الوفاء بالالتزام عيناً) أو هو التنفيذ العيني يعرف جانب من فقه القانون المدني في العراق^(٢) التعويض العيني بأنه (الحكم الذي يلزم المدعى عليه بتنفيذ الالتزام الذي امتنع عن تنفيذه أو تأخر في تنفيذه أو أخل به، وبذلك يعود المدعي إلى الحالة التي كان عليها قبل أن يقع هذا الإخلال أو قبل أن يقع الفعل الضار). وعرفه جانب آخر من فقه القانون المدني في العراق^(٣) بأنه (الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، مصدر سابق، ص ١٨٦.

(٢) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٧٨.

(٣) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٤٩.

أدى إلى وقوع الضرر)، وعرفه فقيه ثالث^(١) بأنه (إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إحداث الضرر). ويتبين من هذه التعاريف بأن جوهر التعويض العيني الوفاء بالالتزام عينا وكذلك إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر نتيجة العمل غير المشروع الذي ارتكبه المدعى عليه. ويلاحظ على بعض التعاريف السابقة جملة من الملاحظات من أهمها أنها عدت التعويض العيني بمثابة الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، والحقيقة أن التعويض العيني هو ليس الحكم نفسه بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، ولكنه وسيلة يستعين بها القاضي لإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ويدرجها في حكمه القضائي كطريقة من طرق التعويض، كما يلاحظ أيضا على بعض تعاريف الفقه في العراق أنها أخذت بالخطأ كأساس للعمل غير المشروع الذي ينجم عنه وقوع الضرر، مع العلم أن أساس المسؤولية عن العمل غير المشروع في القانون المدني العراقي هو فكرة التعدي والتعمد^(٢)، خلافا للقانون المدني المصري الذي أقام المسؤولية التقصيرية على فكرة الخطأ^(٣)، متأثرا بالقانون المدني الفرنسي، فالتعدي لا يقابل الخطأ بمعناه القانوني (أي بركنيه المادي والمعنوي) ولكنه يتمثل بالركن المادي فحسب^(٤)، والتعدي هو تجاوز الحدود التي ينبغي على الشخص الالتزام بها في سلوكه^(٥)، أو هو انحراف عن سلوك الرجل المعتاد المحاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية، سواء أكان الانحراف متعمدا

- (١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، مصدر سابق، ص ٤٧٧.
- (٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل، ٢٠١١، ص ٥٣١.
- (٣) نصت المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري على أن (كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه التعويض).
- (٤) د. جبار طه صابر، أساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ٥٦٤.
- (٥) 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، ١٩٨٠، ص ٢١٥.

أم غير متعمد، وينطوي الانحراف المتعمد على نية الإضرار بالغير، أما الانحراف غير المتعمد فيقصد به صدور الفعل الضار عن إهمال وتقصير وعدم حيطة، وقد استمد المشرع العراقي أحكام التعدي والتعمد من الفقه الإسلامي مع بعض التغيير^(١)، أما الخطأ فهو اخلال بالتزام قانوني سابق بعدم الإضرار بالغير يصدر عن ادراك المخل بذلك الالتزام، ويرجع السبب في اكتساب هذا النوع من التعويض للصفة العينية؛ أي كونه عيني هو أنه يحو الضرر وينزل آثاره عينا، ويعيد الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، أي يعيد المتضرر إلى نفس الحالة التي كان عليها قبل أن يتعرض للضرر، خلافاً للتعويض النقدي الذي يبقى فيه الضرر على حاله، ولا يعاد الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، وكل ما في الأمر هو منح المتضرر مبلغاً من النقود لجبر الضرر الذي لحق به^(٢)، لذا يفضل جانب من الفقه هذا النوع من التعويض ويعد الوسيلة المثالية لجبر الضرر^(٣). كما عدته محكمة النقض المصرية الأصل في التعويض وجاء في أحد أحكامها^(٤) بأن (التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل ولا يسار إلى عوضه، أي التعويض النقدي، إلا إذا استحال التعويض عينا، فإذا رفع المضرور دعواه مطالباً بتعويض نقدي وعرض المدعى عليه التعويض عينا - كرد الشيء المغتصب - وجب قبول ما عرضه بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي عملت بموجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعي ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي). ويتبين من نص الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي وكذلك من المادة

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٥٤٩.

(2) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٤٩.

(3) د. حسن علي الذنون، المسوط، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٧٨ ينظر أيضاً د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٤٨٠.

(4) نقض ١٩٤٨/١٢/١٦ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاما ص ٢٥٩ نقلا عن د. معوض عبد التواب، مصدر سابق، ص ٣٩٢.

(١٧١) من القانون المدني المصري أنهما أعطتا للمحكمة سلطة جوازية للحكم بالتعويض العيني، فيجوز لها أن تستعمل سلطتها التقديرية وأن تحكم للمدعي المتضرر بالتعويض العيني، إذا كان ذلك ممكناً وطالب به المتضرر وتقدم به المسؤول مرتكب الفعل الضار، فتأمر تبعاً للظروف بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض^(١). ويستفاد من نص الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي وكذلك الفقرة الثانية من المادة (١٧١) من القانون المدني المصري أنهما جاءتا على سبيل الجواز لا الوجوب، ويرى جانب من فقه القانون المدني في العراق^(٢) وكذلك في مصر^(٣) بأنه يمكن للمحكمة أن تستعمل سلطتها الجوازية في الحكم بالتعويض العيني، إذا طالب به المتضرر ووافق عليه مرتكب الفعل الضار، أما إذا طالب مرتكب الفعل الضار بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ورفض المتضرر ذلك، أو بالعكس إذا طالب مرتكب الفعل الضار بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ورفض مرتكب الفعل الضار ذلك، فلا يجوز للمحكمة في هاتين الحالتين إلا أن تحكم بتعويض نقدي، كما أن طلب المتضرر والمسؤول اللجوء إلى التعويض العيني لا يجدي نفعا ولا يمكن للقاضي من استعمال سلطته الجوازية لتقديره، إذا لم يكن ممكناً أصلاً، لأن هناك بعض أنواع الضرر لا يمكن تعويضها عينا، كالضرر الأدبي والضرر الجسدي الناجم عن فقد عضو من أعضاء الجسم^(٤). أو كمن فقد

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز، مصدر سابق، ص ٢٤٥.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٥٥٤.

(٣) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٣٩٤.

(٤) 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، ٢٠٠٨، ص ٦٢٠، ينظر أيضاً في الفقه المصري د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٤٨١.

حياته نتيجة حادثة معينة، فلا يمكن إعادة الحياة إليه، أو من بترت ساقه أو فقد ذراعه أيضاً، على الرغم من أن جانباً من الفقه^(١)، يرى إمكانية اللجوء إلى التعويض العيني في بعض أنواع الضرر المادي الجسدي كزرع الأطراف الصناعية بدلا عن الساق أو الذراع المفقودة نتيجة الحادث، لا بل حتى زرع الأعضاء الأخرى كالكلية، إذا ما تعرضت للضرر نتيجة الحادث، وكل ذلك يعتمد على مدى التطور في ميدان الطب والذي من شأنه زيادة حالات التعويض العيني عن الضرر المادي الجسدي على حساب التعويض النقدي. ويميز الفقه بين التعويض العيني وبين التنفيذ العيني، فالأول هو أثر للمسؤولية التي هي جزاء الإخلال بالتزام، سواء أكان عقدياً^(٢) أم قانونياً. لذا يكون بعد وقوع الإخلال بالتزام ويرمي إلى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر، أما الثاني فيكون قبل وقوع الإخلال بالتزام وقبل تحقق المسؤولية، لا بل أنه يرتبط بالإخلال بالتزام أصلاً لأنه الوسيلة الطبيعية لتنفيذ الالتزام، فالتنفيذ العيني في مجال المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع هو التقييد بالتزام القانوني وعدم الإضرار بالغير^(٣). أما التعويض العيني فهو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر نتيجة الإخلال بالتزام القانوني. ويمكننا إجمال الوسائل التي يمكن بواسطتها الحكم للمتضرر بالتعويض العيني بوسيلتين هما وسيلة التعويض بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ووسيلة التعويض برد المثل في المثليات. وسنستعرض بإيجاز وسائل التعويض العيني في القانونين المدنيين العراقي والمصري.

- (١) د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٦٢٠.
- (٢) يرى الفقه بأنه يمكن طلب التعويض في المسؤولية العقدية والتقصيرية على حد سواء ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٨١٦ ود. حسن علي الذنون، المبسوط، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٧٩، ود. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٣٨٠.
- (٣) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٤٩.

أولاً: وسيلة التعويض بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه

تعد هذه الوسيلة من أفضل وسائل التعويض العيني، لأنها تهدف إلى إزالة الأضرار التي يتعرض لها المتضرر ومحوها تماماً، وتعويضه عينا بإعادته إلى الوضع الذي كان عليه قبل أن يلحق به الضرر. ويكثر اللجوء إلى التعويض العيني بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، إذا كان هناك تعسف في استعمال الحق، فيعد صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه، إذا استعمله بنية الإضرار بالغير^(١)، كمن يقيم جداراً مرتفعاً على أرضه ليحجب عن جاره ضوء الشمس أو الهواء تعسفاً بقصد الإضرار به، فتنهض مسؤولية الباني عن عمله غير المشروع^(٢) ويجوز للمحكمة أن تأمر بالتعويض العيني والمتمثل بهدم الجدار على نفقة الباني، لإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل تشييد الجدار. ومن التطبيقات الأخرى للتعويض العيني في القانون المدني العراقي هي إجبار صاحب السفل على إعادة بناء سفله، إذا كان قد هدمه تعدياً وإضراراً بصاحب العلو، فيؤدي هدم السفل إلى إتلاف العلو^(٣). ففي هذه الحالة تلزم المحكمة صاحب السفل بتعويض عيني بإجباره على إعادة بناء السفل وذلك بمقتضى المادة (١٠٨٤) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على أنه (إذا هدم صاحب السفل سفله تعدياً يجب عليه تجديد بنائه ويجبر على ذلك).

ثانياً: وسيلة التعويض برد المثل في المثليات

وتظهر هذه الوسيلة من وسائل التعويض العيني ويوضح في بعض صور أو تطبيقات الأعمال غير المشروعة التي تقع على المال

- (١) د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، الطبعة الأولى، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢، ص ٣٥٢.
- (٢) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٣٨٠.
- (٣) د. غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠، ص ١٤٨.

كالإتلاف والغصب، فإذا غصب شخص من آخر أشياءً مثلية كالخنطة أو الشعير أو غير ذلك، ثم تلفت أو تعيبت أو تغيرت في يد الغاصب، فيلزم الغاصب بتعويض المتضرر (المغصوب منه) تعويضا عينيا، وذلك بزد مثلها ومن نفس النوع والمقدار، لأن الأشياء المثلية لا يتعذر رد مثلها^(١)، فيجوز للمحكمة أن تحكم عليه برد كمية مساوية للكمية التي غصبها، ويرى جانب من الفقه^(٢) بأن التعويض العيني في مجال الغصب يقتصر على رد المثل في المثليات شريطة أن تكون من نفس النوع والمقدار، أما إذا كانت الأشياء التي تلفت أو تعيبت أشياءً قيمة، فإن تعويضها بأشياء قيمة أخرى من نفس النوع يعد تعويضا بمقابل غير نقدي. أما بالنسبة إلى المشرع المصري فإنه لم ينص على هذه الوسيلة في الفقرة الثانية من المادة (١٧١) من القانون المدني المصري، ويبدو أنه عدها مجرد تطبيق من تطبيقات التعويض العيني.

الفرع الثاني

طريقة التعويض بمقابل

أما طريقة التعويض بمقابل فيقصد بها جبر الضرر الذي يتعرض له المتضرر بتعويضه عن طريق مقابل وليس عينا كما في الحالة السابقة والمقابل قد يكون نقديا أو غير نقدي، وسوف نتناول بالبحث التعويض بمقابل غير نقدي ثم التعويض بمقابل نقدي وكما يأتي:

المقصد الأول

التعويض بمقابل غير نقدي

ويعرف أيضا بالتعويض غير النقدي، ومن أهم الوسائل التي تستعملها المحكمة للحكم بالتعويض غير النقدي هي وسيلة التعويض بأداء أمر معين، أي أن تحكم بأداء أمر معين لمصلحة المتضرر. ويتخذ هذا الأداء

(1) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الخطأ، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦، ص ٢٤٨.

(2) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥٢.

صوراً شتى ، إلا أن من أبرزها ، أن تأمر المحكمة مرتكب الفعل الضار بأداء شيء قيمى من نفس النوع للمتضرر ، بدلاً عن شيء قيمى آخر تلف بسبب الفعل الضار الذي ارتكبه المسؤول فيعد تعويضاً بمقابل غير نقدي ، كما لو أتلّف شخص سيارة شخص آخر بفعله الضار ، فيجوز للمحكمة أن تحكم على المسؤول ، أي مرتكب الفعل الضار بأداء أمر معين ، يتمثل بتقديم سيارة أخرى مشابهة للسيارة التي تلفت من حيث النوع والمواصفات ، إلى المتضرر وذلك على سبيل التعويض غير النقدي ^(١) .

ومن الصور الأخرى البارزة للحكم بأداء أمر معين على سبيل التعويض غير النقدي ، هو أن تأمر المحكمة المسؤول في الحكم الصادر في دعاوى القذف بنشر الحكم الصادر بإدائته في الصحف وعلى نفقته ، وذلك جزاءً له عما ارتكبه من فعل ضار يتمثل بقذفه المدعي المتضرر ، فنشر حكم الإدانة في الصحف يعد تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي ، لذا يعرف بالتعويض الأدبي ^(٢) . ومن تطبيقات هذا النوع من التعويض أيضاً ما ورد في الفقرة الأولى من المادة (٨٦٠) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه (إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله ، فإذا امتنع جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه) فإذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع عن إعادة بنائه ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يقضي بتعويض غير نقدي يتمثل بالأمر ببيع السفل إلى من يتعهد ببنائه ^(٣) .

المقصد الثاني

التعويض بمقابل نقدي

وتعرف هذه الوسيلة بالتعويض النقدي ، والأصل في التعويض أن يكون مبلغاً من النقود يدفعه المسؤول ، أي مرتكب الفعل الضار إلى

(١) د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ١٥١ .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، مصدر سابق ، ص ٤٧٨ .

(٣) د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص ٣٩٤ .

المتضرر لجبر الضرر الذي تعرض له، وذلك وفقا للشطر الأول من الفقرة الثانية من المادتين (٢٠٩) من القانون المدني العراقي و(١٧١) من القانون المدني المصري، واللذان نصتا على أن يقدر التعويض بالنقد، مما يدل على أن الأصل في التعويض أن يكون في صورة مبلغ من النقود^(١). ويعد التعويض النقدي الوسيلة الغالبة في التعويض، ولاسيما في دعاوى المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع^(٢)، ويمكن أن يغطي كل أنواع الضرر، وهي الضرر المادي والضرر الجسدي والضرر الأدبي^(٣)، والذي يمكن تقويمه بالنقود أيضا. كما أن الأصل أيضا أن يكون التعويض النقدي مبلغا من النقود يقدم دفعة واحدة في صيغة مبلغ نقدي إجمالي يقدر جزافا. إلا أن الفقرة الأولى من المادتين (٢٠٩) من القانون المدني العراقي و(١٧١) من القانون المدني المصري أجازتا أن يكون التعويض النقدي بشكل أقساط أو على شكل إيراد مرتب، ويتخذ هذا الشكل الأخير صورتين: فهو إما أن يكون إيراد مرتب لمدة معينة، أو إيراد مرتب مدى الحياة، أي لمدى حياة المتضرر، ويقارن الفقيه الكبير الأستاذ السنهوري^(٤) بين التعويض النقدي الذي يدفع بشكل أقساط والتعويض النقدي بشكل إيراد مرتب مدى الحياة، ويرى بأنهما يتشابهان من حيث الصفة الدورية، فكلاهما يتم بصورة دورية ويدفعات محددة، إلا أنهما

(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٨٣ ينظر أيضا د.

أنور سلطان مصدر سابق، ص ٢٨٠.

(٢) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٣٩٥.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٥٨٥ ينظر أيضا د. ياسين محمد

الجبوري، مصدر سابق، ص ٥٥٣، على الرغم من أن الاتجاه الغالب في الفقه

يقسم الضرر إلى نوعين: ضرر مادي وضرر أدبي ويدرج الضرر الجسدي

ضمن الضرر المادي. ينظر د. عيد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج ١،

مصدر سابق، ص ٧١٤، ود. عبد المجيد الحكيم، الموجز، مصدر سابق،

ص ٤٥٦.

(٤) د. عيد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٨١٨.

مختلفان من حيث تحديد عدد الأقساط الواجب دفعها من المسؤول إلى المتضرر، ففي التعويض النقدي المقسط يمكن تحديد عدد الأقساط الواجب دفعها، إما في الإيراد المرتب لمدى حياة المتضرر فلا يمكن تحديد عدد الأقساط الواجب دفعها لأن هذا العدد مرتبط بحياة المتضرر ولا ينتهي أو يتوقف إلا بموته، وغالبا ما يقدم التعويض النقدي دفعة واحدة لتعويض الضرر الأدبي^(١)، أو لتعويض الضرر المادي في حالة قيام المسؤول بإتلاف شيء معين أمكن تقديره بالتقود. أما بخصوص التعويض النقدي على شكل إيراد مرتب فينبغي أن نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الضرر الذي أحدثه المسؤول بفعله الضار للمتضرر هو عجز مؤقت أقعد المدعي المتضرر عن العمل، ففي مثل هذه الحالة يمكن للمحكمة أن تقضي للمتضرر بتعويض نقدي على شكل إيراد مرتب لمدة معينة^(٢)، ويستمر المسؤول بدفعه إلى المتضرر إلى أن يشفى من إصابته ويزول عنه العجز المؤقت.

الحالة الثانية: إذا كان الضرر الذي أحدثه المسؤول بفعله الضار للمتضرر هو عجز دائم عن العمل، سواء أكان العجز كلياً أم جزئياً، ففي مثل هذه الحالة فإن أفضل طريقة لتعويض المتضرر هي أن تقضي له المحكمة بتعويض نقدي على شكل إيراد مرتب مدى الحياة، أي لمدى حياة المتضرر^(٣)، لأن الضرر الناجم عن هذا النوع من العجز يستمر طيلة حياة المتضرر، ولا يظهر في صورته النهائية يوم وقوع الحادثة، الأمر الذي لا يستحسن معه تقديم التعويض النقدي للمتضرر دفعة واحدة^(٤).

ويجوز للمحكمة في الحالتين السابقتين، أي التعويض النقدي على شكل إيراد مرتب لمدة معينة أو مدى الحياة، وبمقتضى نص الفقرة الأولى

- (1) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥٤.
- (2) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٤٧٧.
- (3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٨١٨.
- (4) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥٧.

من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي ، أن تلزم المدين بدفع الإيراد بتقديم تأمين يضمن قيامه بدفع المرتب في مواعيده المحددة، وقد يكون التأمين الذي يقدمه المدين المسؤول تأميناً عينياً، كرهن تأميني على داره مثلاً، أو تأميناً شخصياً ككفيل يكفل قيامه بدفع المرتب في مواعيده المحددة، كما يمكن للمحكمة أن تقضي بتعويض نقدي بشكل أقساط، أو ما يعرف بالتعويض النقدي المقسط، وغالباً ما تلجأ المحكمة إلى هذه الصورة من صور التعويض النقدي، عند حدوث ضرر مرتد^(١) يصيب حقاً لقاصر، فإذا ما أصاب القاصر ضرر مادي نتيجة فقده لمعيّله، والمتمثل بانقطاع مورد رزقه، وهو حقه في النفقة تجاه معيّل^(٢)، ففي مثل هذه الحالة فإن أفضل طريقة لتعويضه عن حرمانه من مصدر رزقه هو إعطاؤه تعويضاً نقدياً مقسطاً إلى حين بلوغه سن الرشد^(٣). وذلك إذا ما أدى الفعل الضار الذي ارتكبه المسؤول إلى وفاة معيل القاصر. ويرى جانب من الفقه^(٤) بأن دفع التعويض النقدي بشكل إيراد مرتب يفضل على التعويض النقدي بدفعة واحدة، ولاسيما في الحالات التي تنشأ فيها مخاوف لدى المحكمة من قيام المتضرر بإنفاق المبلغ الإجمالي وتبديده، إذا

(١) الضرر المرتد: هو الأذى الذي يصيب شخصاً آخر بالتبعية نتيجة الإصابة الأصلية التي لحقت بالشخص المتضرر، أي أن الضرر الذي يصيب شخصاً معيناً قد ينعكس فيصيب شخصاً آخر غير المتضرر الأصلي بالتبعية، كما لو أدى الفعل الضار الناجم عن حادثة إلى وفاة المتضرر، فينعكس الضرر أو يرتد ليصيب أفراد عائلة المتوفى، والذي كان الأخير يعيلهم قانوناً، فيصاب هؤلاء بضرر شخصي بالتبعية يتمثل في انقطاع مورد رزقهم، وهذا هو الضرر المادي المرتد، وقد يكون الضرر المرتد أدبياً أيضاً، نتيجة إحساس هؤلاء بالم عميق نتيجة موت معيلهم، والذي يغلب أن يكون أبيهم. لمزيد من التفصيل ينظر د. حسن علي الذنون، المبسوط، ج ١، مصدر سابق، ص ١٨٢، د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٤١.

(٢) د. ياسين محمد الجبوري، مصدر سابق، ص ٥٥٨.

(٣) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٤) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٦٢٣.

ما حصل عليه دفعة واحدة، فيكون التعويض النقدي بشكل إيراد مرتب أفضل في هذه الحالة. أما الفقرة الأولى من المادة (١٧١) من القانون المدني المصري فقد أجازت للقاضي إلزام المدين المسؤول عن العمل غير المشروع بتقديم تأمين للوفاء بمبلغ التعويض النقدي في حالته، سواء أكان مبلغا مقسطا أم إيرادا مرتبا لمدى الحياة، خلافا للفقرة الأولى من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي، والتي أجازت للمحكمة أن تلزم المدين بتقديم التأمين إذا كان التعويض النقدي في صورة إيراد، وسواء أكان إيرادا مرتبا لمدة معينة أو لمدى الحياة، دون صورة التعويض النقدي المقسط، إذ لم يشمل نص الفقرة الأولى من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي هذه الصورة الأخيرة من صور التعويض النقدي بضرورة تقديم تأمين من قبل المدين للوفاء بها. ويرى جانب من فقه القانون المدني المصري^(١) بأنه ليس هناك ما يمنع القاضي في حالتي التعويض المقسط والإيراد المرتب إلزام المسؤول عن العمل غير المشروع بدفع مبلغ من المال إلى شخص ثالث أو إلى شركة التأمين، على أن يتولى الشخص الثالث دفع المبلغ المقسط أو الإيراد المرتب إلى المضرور، أو أن تتولى شركة التأمين تحويله إلى إيراد مرتب يعطى المضرور ويكون بمثابة التأمين. وقد أيدت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها تقدير التعويض في صورة إيراد مرتب مدى حياة المضرور، وجاء في أحد أحكامها^(٢) بأنه (يجوز أن يكون تعويض الضرر بتقرير مرتب مدى حياة المضرور إذا رؤى أن ذلك خير وسيلة لجبر الضرر دون مجازفة في هذا التقدير أو حيث يلحق أحد الخصمين ويعتبر المبلغ المحكوم به في هذه الحالة تعويضا يأخذ حكم التعويض ولا تسري عليه القواعد المقررة للمعاش الذي يربط للموظف الذي انتهت مدته).

- (١) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٣٨١ ينظر أيضا د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٣٩٥.
- (٢) نقض جلسة ١٩٥٧/٥/٣٠ س ٨ مج فني مدني ص ٥٥٤ نقلا عن د. معوض عبد التواب، مصدر سابق، ص ٣٩٣.

المبحث الثالث

كيفية تقدير معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي ومقارنتها بتقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري

بعد أن تعرفنا على مفهوم معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي وأنواعها وقارناها بطرق التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين العراقي والمصري في المبحثين السابقين، فإننا سوف نبحث في هذا المبحث كيفية قيام المحكمة الإنكليزية بتقدير معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني، وبما يتناسب مع حجم الأضرار التي يتعرض لها المدعي ثم نبحث في كيفية تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري، ونقارن بين النظامين القانونيين، أي نظام قانون الأحكام العام الإنكليزي (common law) ونظام القانون المدني العراقي والمصري (civil law) للتعرف على أوجه الشبه والاختلاف فيما يتعلق بهذه المسألة، لذا سوف نوزع هذا المبحث على مطلبين، نتناول في الأول دراسة كيفية تقدير معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي، وفي الثاني كيفية تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري وكما يأتي:

المطلب الأول: كيفية تقدير معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي.

المطلب الثاني: كيفية تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري.

المطلب الأول

كيفية تقدير معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي.

كنا قد ذكرنا سابقاً بأن معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي تشتمل على صورتين رئيسيتين هما

التعويضات والأوامر القضائية، وهما الوسيطتان البارزتان لجبر الأضرار التي يتعرض لها المدعي من جراء الخطأ المدني، لذا سوف نقوم بدراسة كيفية تقدير التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني وكيفية إصدار الأوامر القضائية لمعالجة الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني وكما يأتي:

الفرع الأول: كيفية تقدير التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني.

الفرع الثاني: كيفية إصدار الأوامر القضائية لمعالجة الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني.

الفرع الأول

كيفية تقدير التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني

تتخذ التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي صورتين بارزتين هما التعويضات المعادلة والتعويضات غير المعادلة، وتصنف التعويضات المعادلة إلى تعويضات عن الأضرار المالية وتعويضات عن الأضرار غير المالية⁽¹⁾. فيما تصنف التعويضات غير المعادلة إلى أربعة أنواع هي أنواع التعويضات الأزدرائية والاسمية والمتفاقمة أو المشددة وأخيراً الجزائية أو الاتعاضية⁽²⁾. وسوف نحاول التعرف على كيفية تقدير هاتين الصورتين البارزتين للتعويضات في القانون الإنكليزي وهما التعويضات المعادلة والتعويضات غير المعادلة وكما يأتي:

المقصد الأول

تقدير التعويضات المعادلة في القانون الإنكليزي

يعد التعويض عن الأضرار الشخصية (compensation for personal injury) من أبرز أنواع التعويضات المعادلة في القانون الإنكليزي، وتنطوي الأضرار الشخصية على كل أنواع الأضرار الجسدية

(1) Jenny Steele, ibid, P.488.

(2) Carol Brennan, ibid, P.217.

والنفسية التي يتعرض لها المدعي، ويقسم التعويض عن الأضرار الشخصية إلى قسمين رئيسين هما التعويضات عن الأضرار المالية (pecuniary damages) والتعويضات عن الأضرار غير المالية (non-pecuniary damages)، وغالباً ما تثير مسألة التعويضات عن الأضرار الشخصية مشكلة تتعلق بكيفية تقديرها، إذ وكما هو معروف فإنه يمكن وبسهولة تقدير التعويض عن الأضرار المالية التي تصيب الممتلكات (damage to property) وذلك إما عن طريق فسخ المجال للمدعي لشراء بديل جديد للمال الذي تعرض للهلاك أو التلف وذلك على حساب المدعى عليه، أو على الأقل إصلاحه وبما يعيده إلى وضعه السابق قبل وقوع الحادث^(١)، وبالمقابل فإنه ليس من السهولة تقدير قيمة أحد الأعضاء أو الأطراف المفقودة من جسم الإنسان، أو فقدان الإنسان لصحته على وجه العموم نتيجة الحادث، وحتى إن يمكن تقدير قيمة هذه الخسائر بالنقود، إلا أن النقود بحد ذاتها لا يمكن أن تعوض مثل هذا النوع من الخسائر، كما يثير التعويض عن الأضرار الشخصية مشاكل أخرى يمكن أن تواجهها المحاكم وتتعلق بتقدير العوائد المستقبلية التي من المتوقع أن يخسرها المدعي نتيجة الأضرار الشخصية التي لحقت به، لأن صدور الأحكام الخاصة بدعاوى الأضرار الشخصية غالباً ما يستغرق عدة سنوات، وقد تظهر أثناء تلك الفترة أعراض جديدة لدى المدعي، كما أن مدى الشفاء من الإصابة قد يختلف من متضرر إلى آخر، وذلك بحسب مقدرته البدنية، وعلى الرغم من أن التعويضات عن الأضرار الشخصية (damages for personal injury) تنقسم إلى تعويضات عن أضرار مالية وأخرى غير مالية (أي ناجمة عن خسائر مالية وأخرى غير مالية-pecuniary and non-pecuniary losses). إلا أن التعويضات عن الأضرار المالية هي

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.377.

الصورة الأكثر شيوعاً، والتي يمكن تقديرها بالنقود، في حين يصعب تقدير التعويضات عن الأضرار غير المالية كالآلام والصدمة العصبية والنفسية والمعاناة الناجمة عن الحرمان من مباحج الحياة، فإذا فقد المتضرر ساقه نتيجة الحادث، على سبيل المثال، فإنه يمكن للمحكمة الحكم بالتعويضات عن الأضرار المالية عن طريق تحديد القيمة المالية للساق المفقودة، فضلاً عن قيمة الساق الصناعية البديلة، ثم تنتقل المحكمة إلى تقدير التعويضات عن الأضرار غير المالية كالآلام والمعاناة⁽¹⁾. وجليد بالذكر فإن التعويضات عن الأضرار الشخصية يمكن أن تشمل أيضاً جميع النفقات والتكاليف التي ينفقها المدعى نتيجة الحادثة، وذلك قبل صدور الحكم بالتعويض، كالتكاليف والنفقات الطبية والعلاجية التي ينفقها في سبيل علاجه من الإصابة، كما يرتبط بالتعويض عن الأضرار الشخصية تعويض من نوع آخر ناجم عن فقد أحد أقرباء المدعى المتضرر لعمله المأجور (paid work) بسبب عنايته بالمتضرر من الإصابة، ففي مثل هذه الحالة، فإنه لا يمكن للشخص القائم بالعتاية (carer) أن يرفع بنفسه دعوى مباشرة ضد المدعى عليه طالبا التعويض⁽²⁾، ففي قضية (Donnelly v. Joyce 1972) جاء في حكم محكمة الاستئناف بأنه يمكن للمدعي أن يطالب بالتعويض عن هذا النوع من الخسائر، فقد كان المدعي في هذه القضية صبييا تعرض لحادثة فاضطرت والدته أن تترك عملها المأجور لتتفرغ للعتاية بولدها المصاب بإصابة خطيرة نتيجة إهمال المدعى عليه، وقد نجح المدعي في المطالبة بالتعويض عن الخسارة المالية التي تعرضت لها والدته بسبب تركها لعملها وتفرغها للعتاية به، كما قرر مجلس اللوردات في حكمه الصادر في قضية (Hunt v. Severs) 1994 بأن أية تعويضات تقضي بها المحكمة تحت عنوان النفقات التي

(1) John cooke, ibid, P.323.

(2) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.378.

يتكبدها الغير ينبغي أن تدفع إلى المدعي نفسه والذي يقوم بدوره بدفعها للغير المعني به، أو الذي بذل العناية من أجله، لذا وبعد هذه المقدمة الموجزة فسوف نتناول بالدراسة كيفية تقدير التعويضات عن الأضرار الشخصية الحالية (Damages for actual personal injury) وذلك في صيغة مبلغ إجمالي، فضلا عن تقدير التعويضات عن خسارة العوائد المالية المستقبلية (Damages for loss of future earnings) وذلك في صيغة صافي الخسارة السنوية والوسائل البديلة في تقدير ودفع التعويضات. وسوف نبحث في تقدير التعويضات عن الأضرار الشخصية الحالية في صيغة مبلغ إجمالي وتقدير التعويضات عن خسارة العوائد المالية المستقبلية والوسائل البديلة في تقدير ودفع التعويضات وكما يأتي:

الفصل الأول

تقدير التعويضات عن الأضرار الشخصية الحالية في صيغة مبلغ إجمالي

تشتمل التعويضات عن الأضرار الشخصية الحالية على التعويضات عن الأضرار المالية الحالية فضلا عن التعويضات عن الأضرار غير المالية، وقد اعتادت المحاكم الإنكليزية على تقدير هذا النوع من التعويضات عن طريق حسابها في صيغة مبلغ إجمالي (lump sum) وفقا لما يعرف بنظام التعويض الكامل (the system of full compensation). وتعد صيغة التعويض عن طريق المبلغ الإجمالي أو المقطوع الصيغة الوحيدة المعروفة في ظل قانون الأحكام العام (common law)، ويمقتضاها ينبغي على المدعي أن يطالب في دعواه بالتعويض عن كل الأضرار والخسائر مرة واحدة، سواء أكانت قد حدثت سابقا أم يتوقع حدوثها مستقبلا، لذا فإن من غير المسموح له أن يقوم بتجزئة دعواه وإقامة دعاوى مستقلة أو منفصلة لكل نوع من أنواع الأضرار أو الخسائر

التي تعرض لها⁽¹⁾. ويستلزم الأمر من القاضي المختص لتقدير التعويضات عن الأضرار الشخصية الحالية في صيغة مبلغ إجمالي (dump sum) أن يقوم بتحديد مفردات التعويض، وذلك عن طريق وضع مفردات تفصيلية تحمل كل واحدة منها عنواناً لحسارة ناجمة عن ضرر أو أذى معين. إن الأساس القانوني الذي تستند عليه هذه الطريقة هو التسهيل أو التيسير على المدعي للحصول على التعويض الكامل (full compensation) إذ ينبغي تعويض المدعي عن جميع الخسائر المالية (pecuniary losses) التي تعرض لها نتيجة الخطأ المدني (Tort). ويتميز نظام التعويض الكامل في صيغة المبلغ الإجمالي ببعض المزايا، إلا أنه يعاني أيضاً من بعض العيوب، فمن أبرز مزاياه أنه يسهل معرفة كل فقرة من فقرات الخسائر التي تعرض لها المدعي (المتضرر)، مما يشجع المتضرر والمسؤول عن تسوية النزاع خارج أسوار المحاكم⁽²⁾ (out of courts settlements)، كما يفسح المجال للمدعي للحصول على التعويض الكامل، فضلاً عن ذلك فإنه يتيح الفرصة للمؤمن أن يدفع مبلغ التأمين على وجه الدقة، ودون الالتزام بأعباء إضافية، ويساعد المدعي (المتضرر) على رسم صورة واضحة لحياته المستقبلية في مرحلة ما بعد الحادثة، مع الأخذ بنظر الاعتبار لكل عجز أو عاهة تعرض لها، والتخطيط السليم لمستقبله، إلا أن من أهم العيوب التي يعاني منها هذا النظام هي احتمال قيام المدعي باستعمال المبلغ الإجمالي الذي يحصل عليه على نحو غير منطقي أو غير عقلاني، أو على غير مقتضى العقل، كما أنه لا يأخذ بنظر الاعتبار أي تحسن أو تردّي في الحالة الصحية للمدعي، فضلاً عن ذلك فإنه لا يراعي بعض الظواهر الاقتصادية المهمة

(1) John Gunther Fleming, Carolyn sappideen, prue vines, Fleming's the law of tort, Tenth edition, Thomson Reuters, Australia, 2011, P.262.

(2) John cooke, ibid, P.323.

كالتضخم الذي من شأنه، إن حدث، أن يجعل التعويض عديم القيمة، في الوقت الذي كانت له قيمة كبيرة يوم النطق بالحكم وقبل حدوث التضخم. وتعد قضية

(Lim poh choo v. Camden and islington Area Health Authority 1979)

من الأمثلة الواضحة على كيفية قيام المحكمة بتقدير التعويض وفقا لنظام التعويض الكامل في صيغة المبلغ الإجمالي، إذ تلتخص وقائعها بدخول المذكورة (Lim poh choo) إلى مستشفى (national health service hospital) للخضوع لعملية جراحية، إلا أنه وبعد انتهاء العملية تعرضت لسكتة قلبية (cardiac arrest) في غرفة الاستشفاء المجاورة لصالة العمليات نتيجة إهمال الطبيب المخدر والذي كانت الإدارة الصحية مسؤولة عنه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة، وكانت المدعية تبلغ من العمر وقت الحادثة ستة وثلاثين عاما، وهي مديرة شعبة التسجيل في قسم الأمراض النفسية، وقد سبب لها ذلك الحادث تلف في الدماغ لا سبيل إلى شفائه، مما جعلها تعتمد كلياً على الآخرين في حياتها، لذا فقد نهضت مسؤولية المدعى عليهم، وقام القاضي بتقدير التعويضات وكما يأتي:

- ١- الألم والمعاناة وفقد مباحج الحياة ٢٠٠٠٠ £
- ٢- الفوائد من تاريخ صدور الحكم القضائي ٥٩٣٠ ٢٥٩٣٠
- ٢- مصروفات وتكاليف البقاء في المستشفى ٣٥٩٦
- ٣- كلفة العناية الصحية من تاريخ صدور الحكم ولمدة (٤٠) شهرا وبمعدل (٢٠٠) جنيه للشهر الواحدة ٨٠٠٠
- ٤- الفوائد المترتبة على الفقرتين ٢ و٣ من تاريخ الحادث (الأول من آذار ١٩٧٣) وإلى حين صدور الحكم ٢٤٨٢ ١٤٠٧٨
- ٥- خسارة العوائد المالية إلى يوم صدور الحكم ١٤٢١٣

٦- الفوائد المترتبة على الفقرة الخامسة من تاريخ الحادث إلى يوم

١٧٢٥٧

صدور الحكم ٣٠٤٤

٧- كلف العناية المستقبلية

- (٧) سنوات في ماليزيا بمعدل (٢٦٠٠) جنيه للسنة الواحدة

(١٧٥٠٠)

- (١١) سنة في بريطانيا بمعدل (٨٠٠٠) جنيه للسنة الواحدة

١٠٥٥٠٠

٨٨٠٠٠

٨- خسارة العوائد المالية المستقبلية لمدة أربع عشرة سنة وبمعدل

(٦٠٠٠) جنيه للسنة الواحدة ٨٤٠٠٠

- خسارة المرتب التقاعدي ٨٠٠٠ ٩٢٠٠٠

المبلغ الإجمالي للتعويض = ٢٥٤٧٦٥ £ جنيه.

وقد استأنف المدعى عليهم الحكم لدى مجلس اللوردات بخصوص مقدار التعويض، فقرر مجلس اللوردات ما يأتي:

١- إن المبلغ الإجمالي الذي قضت به المحكمة لم يكن مبالغاً فيه.

٢- مقدار التعويض عن الألم والمعاناة وفقد مباحج الحياة كان

صحيحاً.

٣- مقدار التعويض عن فقد أو خسارة العوائد المالية إلى يوم

صدور الحكم وكذلك المستقبلية كان صحيحاً.

٤- يتطلب الأمر إجراء تعديلات على كلف العناية لتجنب

الازدواج بينها وبين خسارة العوائد وفقد مباحج الحياة.

واستناداً على ذلك فقد حدد مجلس اللوردات المبلغ الإجمالي

للتعويض بعد إجراء التعديلات بمبلغ = ٢٢٩,٢٩٨,٦٤ £ جنيه.

الفصل الثاني

تقدير التعويضات عن خسارة العوائد المالية المستقبلية

يمكن تصنيف التعويضات عن خسارة العوائد المالية

(damages for loss of earnings) إلى نوعين^(١). النوع الأول

هو التعويضات عن خسارة العوائد المالية التي يتعرض لها المدعي قبل

(1) John cooke, ibid, P.325.

صدور الحكم بالتعويض، وتمتد كتعويضات خاصة (special damages compensation for actual personal injuries). إذ ينبغي على المدعي إثبات صافي خسارته نتيجة الإصابة التي لحقت به، كما ينبغي على المحكمة أن تأخذ مسألة التضخم بنظر الاعتبار، فعلى سبيل المثال، لو كانت الحادثة قد وقعت عام ١٩٨٥ وصدر الحكم عام ١٩٩٠، وكان المدعي يتقاضى دخلا سنويا يقدر بمبلغ (١٠٠٠٠) آلاف جنيه عام ١٩٨٥، ولولا تعرضه للحادثة فقد كان من المتوقع أن يتقاضى دخلا سنويا يصل إلى (١٥٠٠٠) ألف جنيه عام ١٩٩٠، فإنه يجب على المحكمة أن تقدر مبلغا مقداره (١٢٥٠٠) ألف جنيه كمتوسط وتضربه في خمسة، أما النوع الثاني فهو التعويضات عن خسارة العوائد المالية المستقبلية (loss of future earnings) والتي تقدر من يوم صدور الحكم فصاعدا، ويمكن للمدعي المطالبة بها كتعويضات عامة (general damages)، وغالبا ما تواجه المحاكم صعوبة كبيرة فيما يتعلق بتقدير هذا النوع من التعويض، لأنه ينطوي على معنى التكهن بما كان يمكن أن يحدث للمدعي في المستقبل لولا وقوع الحادثة^(١). فالمحكمة وكما هو معروف، تحكم بالتعويضات كمبلغ إجمالي (lump sum)، وإذا ما كان هذا المبلغ تعويضا عن خسارة العوائد المستقبلية (damages for loss of future earnings) الناجمة عن الأضرار الشخصية التي تعرض لها المدعي (المتضرر)، فإنه يهدف وبالتأكيد إلى توفير دخل جديد للمدعي يحل محل دخله السابق الذي كان سيستمر في الحصول عليه لولا الإصابة التي لحقت به بسبب الحادثة، فتقوم المحكمة في هذه الحالة بتقدير مقدار التعويض كمبلغ إجمالي يعرف بإيراد مرتب مدى الحياة (annuity) يكفي لتوفير

(1) jenny steele, ibid, P.2491.

مستوى لائق من الدخل مدى الحياة، خصوصا في الحالات التي يتوقع فيها أن تستمر آثار الإصابة التي تعرض لها المدعي ما دام على قيد الحياة، فالمبلغ الإجمالي للتعويض يتخذ في هذه الحالة صورة إيراد مرتب مدى الحياة يستثمر أو يستفاد منه لتوليد دخل دائم للمتضرر، وتمثل نقطة البداية في حساب الخسارة المستقبلية للعوائد (**future loss of earnings**) بالفرق بين قيمة الدخل قبل الحادثة وبعدها، والذي يعرف بصافي الخسارة السنوية^(١) (**net annual loss**)، إلا أنه وفي بعض الأحيان تكوّن إصابة المدعي بالغة جدا بحيث يتعذر عليه الحصول على أي دخل أو عائد بعد الحادثة. إلا أن المبدأ المذكور ينطبق أيضا على أولئك المتضررين الذين يكون بإمكانهم مزاولة العمل ولكن بأجر أقل مما هو عليه قبل وقوع الحادثة، وجدير بالذكر فإن توقع مقدار العوائد المستقبلية يعد ضربا من ضروب التكهن، ولا سيما إذا كانت القضايا تتعلق بما يعرف بتفويت الفرص أو فقدانها (**loss of a chance**)، إذ يدعي المدعي بأن المدعى عليه قد فوت عليه فرصة كبيرة لها مردودات مالية غزيرة، كان يمكن لها أن تغير مستقبله نحو الأفضل، ففي قضية (**Doyle v. Wallace 1998**) تعرضت المدعية إلى إصابة بالغة نتيجة حادث مروري مما أقعدها عن العمل، وكانت تنوي أن تكون مدرسة في أكاديمية المسترح بعد حصولها على المؤهلات العلمية المطلوبة، وإذا لم يكتب لها النجاح في الحصول على تلك المؤهلات فقد كان البديل وظيفة كتابية، مما يعني بأن دخلها سيكون أكبر بكثير فيما لو نجحت في العمل كمدرسة مسرحية مقارنة بالوظيفة الكتابية، إلا أنه عند وقوع الحادثة لم تكن المدعية قد حصلت على المؤهلات العلمية المطلوبة، فكان من الصعوبة على المحكمة أن تعرف ما إذا كان بإمكانها الحصول على تلك المؤهلات العلمية أم لا. وقد وجد القاضي بأن فرصتها لم تتجاوز ٥٠% في الحصول

(١) John cooke, ibid, P.325.

على الشهادة العلمية التي تؤهلها لممارسة مهنة التدريس المسرحي، وفي ضوء ذلك قام بحساب قيمة التعويضات عن خسارة العوائد المستقبلية (damages loss of future earnings) على أساس قيمة الدخل المكون من خمسين بالمائة ٥٠% مما يحصل عليه المدرس المسرحي و٥٠% مما يتقاضاه الموظف الكتابي عادة، وصادقت محكمة الاستئناف على هذه الطريقة التي اتبعها قاضي الموضوع، وبمجرد توصل المحكمة إلى حساب قيمة صافي الخسارة السنوية، فإنه ينبغي عليها أن تأخذ بنظر الاعتبار بعض العوامل التي يمكن أن تغير من قيمة العوائد الأصلية للمدعي كالتريقات التي يمكن أن يحصل عليها مثلاً. والرقم الذي تحصل عليه المحكمة نتيجة ذلك يعرف بالمضروب (multiplicand) ثم تقوم المحكمة بحساب عدد السنوات التي يتوقع أن يستمر فيها عجز المدعي والتي قد تمتد إلى نهاية عمره ويعرف هذا العدد بالمضاعف (multiplier)، ثم تخفض هذا الرقم وتطرح منه ما يعرف بالحوادث غير المتوقعة أو المفاجئة التي يمكن أن تطرأ على حياة المدعي (contingencies of life) أو تقلبات الحياة^(١) (vicissitudes of life) فالمدعي وعلى سبيل المثال، قد لا يحيا أو يعيش إلى حين سن التقاعد ويموت قبل ذلك، وهنا تأتي الخطوة الثانية وهي التوصل إلى الرقم الذي يعرف بالخسارة المستقبلية للعوائد وهو حاصل ضرب قيمة صافي الخسارة السنوية مضروباً في عدد السنوات التي يتوقع أن يستمر فيها عجز المدعي (المضاعف) مطروحاً منها القيمة المتوقعة لتقلبات الحياة. فالمحكمة ينبغي أن تتوصل أولاً إلى تحديد القيمة السنوية لتعويض المدعي ثم عدد السنوات التي من المقرر أن يستمر فيها دفع هذا التعويض، ويضرب الرقم الأول في الثاني لتحديد المحكمة مقدار الخسارة المستقبلية للعوائد التي كان من المقرر أن يحصل عليها المدعي (future loss of earnings)

(١) John cooke, ibid, P.326.

ولتوضيح ذلك نفترض المثال الآتي: تعرض رجل بالغ من العمر سبعة وعشرين عاما إلى حادث أقعده عن العمل وسبب له عجزا كاملا نتيجة إهمال المدعى عليه، وكان المدعى يتقاضى قبل وقوع الحادث دخلا سنويا مقداره (٢٠٠٠٠) ألف جنيه وقد حدث الحادث عام ١٩٩٧ وصدر الحكم بالتعويض عام ٢٠٠٠، ولولا وقوع الحادث فقد كان من المتوقع أن يبلغ دخله عام ٢٠٠٠ ما يقارب (٢٢٠٠٠) ألف جنيه.

أولا: تقدر المحكمة الخسارة في العوائد المالية إلى ما قبل صدور الحكم بالتعويض، وتقدر بمبلغ (٢١٠٠٠) ألف جنيه سنويا، وتطرح منها مقدار الضرائب المفروضة وأقساط التأمين الوطني، فيتبقى (١٤٠٠٠) ألف جنيه يمثل صافي الخسارة السنوية (net annual loss). ويتم ضرب هذه القيمة في ثلاثة (أي ثلاث سنوات من عام ١٩٩٧ إلى عام ٢٠٠٠) فيبلغ الإجمالي (٤٢٠٠٠) ألف جنيه.

ثانيا: ثم تقوم المحكمة بتقدير قيمة الخسارة المستقبلية في العوائد (future loss of earnings) وتمثل حاصل ضرب قيمة صافي الخسارة البالغ مقدارها (١٤٠٠٠) ألف جنيه مضروبا في عدد السنوات التي يتوقع أن يستمر فيها عجز المدعى والبالغة خمس عشرة سنة (١٥) فتكون قيمة الخسارة المستقبلية في العوائد = (٢١٠٠٠٠) ألف جنيه، ولا تميل المحاكم الإنكليزية عادة إلى منح هذا المبلغ الأخير إلى المدعى كمبلغ إجمالي (lump sum)، لأن المبلغ الإجمالي يمكن استثماره لتحقيق مزيد من الأرباح، مما يترتب عليه في نهاية الأمر منح مقدار من التعويض أكبر بكثير مما هو محدد في الخطوة الثانية أعلاه، ولتجنب ذلك تفترض المحكمة بأن الاستثمار يمكن أن ينجم عنه معدل عائد أو مردود (rate of return) يعرف بسعر الخصم (discount rate) وتخفض المبلغ الإجمالي إلى الحد الذي يترتب عليه معدل مرتفع للتعويض وذلك على أساس معدل العائد المفترض، ويتمثل الرقم الذي تتوصل إليه المحكمة بالمضاعف (multiplier) وعند ضربه بالرقم المضروب

(multiplicand) فإن النتيجة ستكون بمثابة المبلغ الضروري لتعويض المدعي عن خسارة العوائد المستقبلية^(١)، ويعد معدل العائد الناجم عن الاستثمار الذي تفترضه المحكمة من أهم الأرقام ضمن إطار هذه الحسابات، فكلما ارتفع ذلك المعدل فإن المبلغ الإجمالي يكون أقل. وإذا لم يتمكن المدعي من تحقيق معدل عائد الاستثمار المفترض، فإن ذلك يعني بأن مبلغ التعويض كان أقل مما هو مقرر، وإلى وقت قريب كانت المحاكم الإنكليزية تفترض معدل عائد يبلغ ٤ - ٥% سنويا، إلا أنه تعرض للانتقاد على أساس أنه رقم اعتباطي، ثم جرى تخفيضه عام ٢٠٠١ ليبلغ نسبة ٢,٥%. وقد تم تطبيق ذلك في العديد من القضايا، ومن بينها قضية (warriner v. warriner 2002) والتي تتلخص وقائعها بتعرض المدعي لأضرار بالغة في الدماغ نتيجة حادث طريق، فطالب بتعويضات تزيد على مليوني جنيه وأراد محاموه الحصول على تقرير خبرة لتقديمه إلى المحكمة كدليل إثبات ليثبت وجوب استعمال سعر خصم مختلف، لأن المبلغ المطالب به كان مبلغا كبيرا فضلا عن احتمال بقائه على قيد الحياة لفترة طويلة أي طول الأجل المتوقع (long life expectancy)، وقد جاء في لائحة الادعاء بأن سعر الخصم البالغ ٢,٥% في مثل هذه القضية سوف يؤدي إلى منح المدعي تعويضا أقل مما هو مقرر (under compensation)، إلا أن محكمة الاستئناف رفضت تقرير الخبير بهذا الخصوص.

الفصل الثالث

الوسائل البديلة في تقدير ودفع التعويضات

(Alternative methods for assessment and payment)
(of damages)

إن الوسيلة القياسية والغالبة في تقدير ودفع التعويضات عن الأضرار الشخصية (Damages for personal injury) هي أن تكون في صيغة مبلغ إجمالي يتم دفعه لمرة واحدة (single lump

(١) Catherine Elliott and Frances Quinn.Ibid, P.379.

(sum) لجبر الأضرار السابقة والحالية والمستقبلية التي لحقت أو قد تلحق بالمدعي، إلا أن بعض المشكلات قد تظهر نتيجة دفع التعويض بهذه الصيغة التقليدية، لذا تلجأ المحاكم الإنكليزية إلى ثلاث وسائل بديلة في تقدير ودفع التعويضات يمكن لكل واحد منها معالجة مشكلات معينة وهذه الوسائل هي:

أولاً: المنح المؤقتة (interim awards).

وتهدف هذه الوسيلة إلى التغلب على المشكلات التي يثيرها طول الفترة الزمنية التي يستغرقها النظر في قضايا الأضرار الشخصية (personal injury cases)، مما يترتب على ذلك أحياناً بقاء المدعي دون مصدر رزق أو مورد مالي ينفق منه على نفسه وعائلته، في الوقت الذي يكون فيه بأمر الحاجة إلى ذلك المورد⁽¹⁾، أضف إلى ذلك أنه وعلى الرغم من إثبات مسؤولية المدعى عليه في وقت مبكر أحياناً أو اعترافه بالمسؤولية عن وقوع الضرر، إلا أن النزاع قد يستمر لفترة طويلة حول تحديد مقدار التعويض، وفي ضوء هذه الحقائق فقد أجاز تشريع المحكمة العليا لعام ١٩٨١ (the supreme court Act 1981) للمحاكم الإنكليزية إعطاء المتضرر تعويضات في صورة منح مؤقتة أثناء سير الدعوى وقبل صدور الحكم فيها، وليس بالإمكان اللجوء إلى هذه الوسيلة إلا إذا كان المدعى عليه متمتعاً بنظام التأمين، أو كونه هيئة عامة أو كانت لديه الموارد المالية الكافية لدفع المنحة المؤقتة⁽²⁾.

ثانياً: المدفوعات الدورية (Periodical payments).

وهي مبالغ نقدية مقسطة لا تدفع في صيغة مبلغ إجمالي، ولكن على شكل أقساط دورية منتظمة طول حياة المدعي، وغالباً ما تلجأ المحكمة إلى هذه الصيغة من صيغ التعويض في القضايا التي يعاني فيها المدعي من إصابة خطيرة تلحق به عجزاً دائماً يجعله في حاجة إلى العناية

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, ibid, P.382.

(2) John cooke, ibid, P.325.

أو الرعاية طيلة حياته، إلا أنها لا يتوقع أن تقصر من عمره الزمني (lifespan)، ففي مثل هذا النوع من القضايا فإن دفع التعويض النقدي في صيغة مبلغ إجمالي تنجم عنه مخاطر كبيرة من إمكانية نفاذ ذلك المبلغ قبل موت المتضرر أما دفع التعويض إليه على شكل أقساط دورية منتظمة تستمر طوال حياته قد يوفر له قدرا أكبر من الأمان المستقبلي والاستقرار. كما أنه من الصعوبة في أغلب الأحيان توخي الدقة في تقدير التعويض في صيغة مبلغ إجمالي لجبر الأضرار الناجمة عن العجز الدائم، ولذلك لصعوبة معرفة طول عمر الإنسان (lifespan)، مما قد يجعل مقدار التعويض المقدر في صيغة مبلغ إجمالي أحيانا أقل من جسامته الضرر، وفي أحيان أخرى أكبر من حجم الضرر، وإلى حد عام ٢٠٠٥ فإنه لم يكن في مقدور المحاكم الإنكليزية، أن تقضي بالتعويض على شكل أقساط دورية، إلا بموافقة طرفي النزاع، لأن غالبية المدعى عليهم لم يكونوا يرغبوا في الاستمرار بدفع التعويضات لفترة زمنية طويلة، إلا أن المادتين (١٠٠) و(١٠١) من تشريع المحاكم لعام ٢٠٠٣ والنافذ عام ٢٠٠٥، واللذان عدلتا المادة الثانية من تشريع التعويضات لعام ١٩٩٦ (the damages Act 1996) منحتا المحاكم الإنكليزية سلطة تقديرية لتحديد ما إذا كان من الأفضل جبر الضرر عن طريق التعويض النقدي في صيغة مبلغ إجمالي أو على شكل أقساط دورية منتظمة، كما تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية في اختيار إحدى الطريقتين على نحو كلي أو جزئي، ويمكن للمحكمة أيضا وبموافقة الطرفين، أن تقضي بالتعويض على شكل أقساط دورية منتظمة لجبر الأضرار والخسائر السابقة (damages as past losses are paid as periodical payments) ومن أبرز الأمثلة المستوحاة من القضاء الإنكليزي والتي تجلت فيها ممارسة المحكمة لسلطتها التقديرية في القضاء للمدعي بهذا النوع من التعويضات قضية (Walton v. calderdale healthcare NHs trust 2005) إذ كان المدعي يبلغ من العمر تسع عشرة سنة وكان بحاجة إلى الرعاية والعناية طيلة

حياته، وقدر الفحص الطبي الذي خضع له عمره المتوقع (Life expectancy) بسبعين سنة.

ثالثاً: التعويضات المؤقتة (provisional damages).

ويهدف هذا النوع من التعويضات إلى معالجة المشكلات الناجمة عن عدم إمكانية توقع الآثار الطويلة الأمد لبعض أنواع الإصابات وقت حدوث الإصابة، وذلك ضمن نطاق دعوى الأضرار الشخصية، فإذا ما نشأ احتمال ينذر بتدهور الحالة الصحية للشخص المتضرر من إصابة ناجمة عن الخطأ المدني في المستقبل وتؤكد هذا الاحتمال عن طريق الفحوصات الطبية التي أكدت إمكانية تحول الإصابة في المستقبل إلى مرض عضوي خطير، أو إمكانية تدهور الحالة البدنية والعقلية للمصاب⁽¹⁾، فإنه يمكن للمحكمة أن تمنح المصاب تعويضات ابتدائية (initial damages) تقدر على أساس وضعه الراهن أثناء سير الدعوى، مع الاحتفاظ بسلطتها التقديرية في منح تعويضات إضافية مستقبلاً في حالة تدهور الوضع الصحي للمصاب.

المقصد الثاني

تقدير التعويضات غير المعادلة في القانون الإنكليزي

كما قد ذكرنا بأن المحاكم الإنكليزية لا تقوم بتقدير التعويضات غير المعادلة بما يتناسب مع الضرر أو الخسارة التي تعرض لها المدعي، بل تقضي بها للمدعي بما يقل أو يزيد عن مقدار الخسارة أو حجم الضرر الذي لحق به، خلافاً للتعويضات المعادلة، التي تقوم المحكمة بتقديرها تقديراً دقيقاً، لوضع المدعي في الوضع الذي كان يفترض أن يكون فيه لولا ارتكاب المدعي عليه للخطأ المدني ضده، وعلى الرغم من أن التعويضات غير المعادلة تكون على أربعة أنواع هي التعويضات الأزدرائية والاسمية والمتفاقمة أو المشددة والجزائية أو الاتعاضية⁽²⁾. إلا أننا سوف

(1) John cooke, ibid, P.325.

(2) jenny steele, ibid, P.532.

نبحث في كيفية تقدير النوعين الأخيرين ، أي التعويضات المتفاقمة والجزائية والحالات التي يتم فيها تقديرهما ، أما بالنسبة إلى النوعين الأولين ، وهما التعويضات الازدراية والاسمية فسوف نغفل مسألة تقديرهما ، لأن المحاكم الإنكليزية ، وكما أشرنا سابقا ، تقوم بتقديرهما بمقادير ضئيلة جدا ، وغالبا ما تكون بمبالغ صغيرة ومحددة مسبقا ، لذا فإن التركيز سوف يكون على التعويضات المتفاقمة والجزائية وكما يأتي.

الفصل الأول

تقدير التعويضات المتفاقمة أو المشددة

عند تقديرها للتعويضات المتفاقمة أو المشددة (aggravated damages) فإن المحكمة تأخذ بنظر الاعتبار الطريقة أو الأسلوب الذي جرى فيه ارتكاب الخطأ المدني (Tort) ، فإذا ما تسبب الخطأ المدني في إيذاء المشاعر الإنسانية للمدعي وجرح كبريائه على نحو شائن أو مشين ، فحينئذ تقضي المحكمة بالتعويضات المتفاقمة أو المشددة ويكون مقدارها أكبر مما هو معتاد ، الأمر الذي يفسر هذا التشدد في تقدير التعويض بما يتناسب مع جسامة الخطأ المدني ، وتختلف التعويضات المتفاقمة أو المشددة عن التعويضات الجزائية من حيث نوع الضدمة التي تحدثها ، فالتعويضات المتفاقمة تفرض على أساس السلوك الصادر عن المدعى عليه والذي أحدث صدمة للمدعي ، أما التعويضات الجزائية فتفرض على أساس السلوك الصادر عن المدعى عليه والذي أحدث صدمة للمحكمة^(١). فالتعويضات المتفاقمة أو المشددة والتي تكون عادة أكبر مما هو مألوف أو معتاد تعبر بوضوح عن سخط المحكمة واستيائها البالغ من سلوك المدعى عليه ، ففي قضية (khodaparast v. shad) قامت المدعية ، وهي امرأة أجنبية ، بمقاضاة عشيقها بسبب إساءته لها عن طريق القذف المكتوب (libel) ، وذلك باختيار وترتيب مشاهد

(1) Carol Brennan, ibid, P.216 see also jenny steele, ibid, P.533.

مصورة (photomontage) تظهر فيها تلك المرأة وهي تمارس سمسة الدعارة عن طريق الهاتف وتقوم بتوزيع صور ومشاهد على أبناء جاليتها، مما تسبب في فقدانها لوظيفتها كمدرسة في المدرسة الخاصة بجاليتها، مع فقدانها الأمل في الحصول على أية وظيفة أخرى لدى جاليتها، كما أن لغتها الإنكليزية كانت ركيكة، الأمر الذي يقلل من فرص الظفر بأية وظيفة حتى خارج نطاق الجالية التي تنتمي إليها، إلا أن المدعى عليه أصر في إفادته أمام المحكمة على إنكار قيامه بترتيب تلك المشاهد المصورة، وأكد مرة أخرى بأن تلك الصور حقيقية ومصدرها إحدى مجلات الإباحة الجنسية (pornographic magazine)، وعزز هذا الادعاء بادعاءات أخرى من أبرزها أنها تمضي معظم لياليها في دور الدعارة، فضلا عن ارتباطها بعلاقة جنسية غير مشروعة بمحاميها، لذا فقد قرر قاضي الموضوع، وعلى أساس هذا السلوك الصادر عن المدعى عليه، منح المدعية تعويضات مشددة أو متفاقتة، وحظي قراره بتأييد محكمة الاستئناف، وكذلك في قضية (Rowlands v. chief constable of Merseyside 2006) والتي تتلخص وقائعها بتقديم السيدة (Rowlands) شكوى إلى الشرطة بخصوص حفلات صاحبة تقام باستمرار في البيت الذي يقع قبالة بيتها، إلا أنها دخلت في شجار مع أحد ضباط الشرطة الذين قدموا لمعاينة الموقف، فتم إلقاء القبض عليها، وغل يديها بالأصفاد أمام أولادها، واقتيادها في سيارة الشرطة، وعندما طلبت من الضابط إرخاء أصفادها بسبب الآلام المبرحة الناجمة عن التصفيد، تعمد الضابط في تشديد أصفادها، مما زاد من حدة الآلام، وبعد توقيفها في مركز الشرطة وجهت إليها تهمة الاعتداء على رجال الشرطة أثناء قيامهم بواجبهم، إلا أن قاضي الموضوع رفض أثناء المحاكمة الشهادة التي أدلى بها رجال الشرطة، وعدها شهادة كاذبة وأطلق سراح السيدة (Rowlands)، والتي قامت بدورها بمقاضاة الشرطة.

على أساس الاعتداء عليها واحتجازها احتجازا غير مشروع وتوجيه التهم الكيدية إليها، فقررت محكمة الاستئناف منحها تعويضات مشددة أو متفاقمة، على الرغم من اعتراض الشرطة على ذلك لكونه يمثل تعويضا مضاعفا، ويررت المحكمة قرارها هذا مسببة إياه على أساس استحقاق تلك السيدة لتعويضات معادلة (compensatory damages) لجبر الضرر الأدبي الناشئ عن الأذى والآلام النفسية التي تعرضت لها، وعلى الرغم من أن المحكمة ذكرت في حكمها بأن التعويض المضاعف يعد أمرا خطيرا، إلا أن هذا النوع من التعويضات له ما يستوجهه في هذه القضية، وذلك بسبب الإهانة المفرطة والآلام الجسدية والنفسية والمعاناة التي سببتها لها عملية إلقاء القبض، فضلا عن إدلاء الشرطة بشهادة كاذبة ضدها، فإن من شأن كل ذلك أن يبرر تفاقم التعويضات أو تشديدها.

الفصل الثاني تقدير التعويضات الجزائية أو الاتعافية

تتجاوز التعويضات الجزائية المقدار اللازم على سبيل التعويض ولا تتناسب معه، لأنها تحمل معنى العقوبة وتعرف بالتعويضات العقابية (punitive damages)، وتفرضها المحكمة على المدعى عليه لمعاقبته على السلوك الذي صدر عنه ليكون عبرة لغيره، لذا فإن المحكمة تراعي في تقديرها لهذا النوع من التعويضات جسامة السلوك الصادر عن المدعى عليه والذي كان بمثابة صدمة لها. وجدير بالذكر فقد حددت التطبيقات القضائية الإنكليزية ثلاث حالات يتم فيها فرض التعويضات الجزائية أو الاتعافية ومن أبرز هذه التطبيقات قضية (Rookes v. Barnard 1964) والتي رسمت الحدود التي يتم ضمن إطارها فرض التعويضات الجزائية أو الاتعافية، ووضعت شروطا صارمة لضمان السيطرة عليها وفرضها بدقة وحذر، كما قام مجلس اللوردات، عند

إصدار حكمه في هذه القضية بوضع قاعدة عامة تحدد فرض هذا النوع من التعويضات في ثلاث حالات، وهذه الحالات الثلاث هي:

١- وجود تفويض تشريعي صريح (**Express authorization by**) (statute).

ومن أبرز التشريعات الإنكليزية التي تضمنت نصا صريحا يفوض المحكمة سلطة فرض هذا النوع من التعويضات هو تشريع القوات الإضافية والاحتياطية لعام ١٩٥١ (**The Reserve and Auxiliary Force Act 1951**)، إذ سمحت الفقرة الثانية من المادة (١٣) منه فرض التعويضات الجزائية أو الاتعاضية، علما بأن هذا النص هو النص التشريعي الوحيد الذي يقضي بفرض هذا النوع من التعويضات.

٢- صدور سلوك عن المدعي يهدف من ورائه إلى تحقيق الربح (**Conduct calculated to make a profit**)

تمنح المحاكم الإنكليزية عادة هذا النوع من التعويضات في دعاوى المسؤولية المدنية الناجمة عن القذف، وذلك كعقوبة لإثراء المدعى عليه دون سبب (**unjust enrichment**) فضلا عن كونها وسيلة لتذليل الصعوبات التي تعترض المدعي في إقامة الدعوى، ففي القضية المعروفة بـ (**Cassel and Co. Ltd Broome 1972**) كان المدعي ضابطا متقاعدا في سلاح البحرية، ونشر المدعى عليه كتابا يتحدث عن قافلة عسكرية في زمن الحرب كان المدعي أحد أفرادها، فأقام المدعي الدعوى على أساس القذف المكتوب (**Libel**) ونجح في ادعائه، ومنحته هيئة المحلفين تعويضا عقابيا أو اتعاضيا يبلغ مقداره (٢٥٠٠٠) ألف جنيه، وصادق مجلس اللوردات على ذلك، بسبب الأرباح التي جناها المدعي عليه من الكتاب، والتي كان مصدرها، وبالدرجة الأساس، واقعة القذف المنسوبة إلى المدعي، وجاء في حكم مجلس اللوردات بأنه ليس من الضروري أن تتجاوز أرباح المدعى عليه مقدار التعويض، ولكن العامل

الجوهري في القضية والذي استند عليه فرض التعويضات الجزائية أو الاتعاضية هو أن المدعى عليه كان على استعداد لإلحاق الأذى بشخص ما لغرض جني المزيد من الأرباح.

٣- السلوك الاستبدادي أو التعسفي الصادر عن الموظفين الحكوميين
(Oppressive or arbitrary conduct by government servants)

لا تشمل هذه الحالة الموظفين الحكوميين بالمفهوم الضيق فحسب ولكنها تمتد لتشمل كل شخص يمارس وظيفة حكومية كضابط الشرطة مثلا. فتمنح المحكمة المدعي تعويضا جزائيا أو اتعاضيا، متى ما صدر عن أحد موظفي الدولة سلوكا استبداديا أو تعسفيا لا يستند على أساس دستوري^(١)، وتتضمن هذه الحالة أيضا جميع أنواع إلقاء القبض والاعتقال التعسفي الذي تمارسه الشرطة، فتقضي المحكمة بتعويضات عقابية ضد الشرطة، ففي قضية

(Thompson v. commissioner of police of the Metropole 1998)

جاء في حكم محكمة الاستئناف بأنه كان ينبغي إفهام هيئة المحلفين بأنه يمكن في الظروف الاستثنائية منح تعويضات جزائية لمعاينة المدعى عليه على سلوكه الاستبدادي أو التعسفي الذي يستحق مثل هذه المعالجات الاستثنائية، وجاء في حكم محكمة الاستئناف أيضا بأن التعويضات ينبغي أن لا تقل عن (٥٠٠٠) آلاف جنيه، ويمكن أن ترتفع إلى حد (٢٥٠٠٠) ألف جنيه، على أن لا يتجاوز الحد الأقصى مبلغا قدره (٥٠٠٠٠) ألف جنيه، ولا يفرض هذا المبلغ الأخير إلا في الحالات الاستثنائية التي يكون فيها المدعى عليه ضابطا برتبة رقيب فما فوق وأن يكون قد تورط مباشرة في سوء السلوك، فالغاية من فرض التعويضات الجزائية أو الاتعاضية على الموظفين الحكوميين الذين يصدر عنهم سلوك استبدادي أو تعسفي لا يقوم

(١) John cooke, ibid, P.322.

على أساس دستوري هي التأكيد على الحقيقة التي مؤداها أن موظفي الدولة يفترض فيهم خدمة المجتمع واستعمال سلطاتهم لهذا الغرض وليس العكس^(١). ففي السابقة القضائية القديمة (**Huckle v. Money** 1763) تم توقيف المدعي بمقتضى أمر بالتفتيش (**search warrant**) ولم تتجاوز مدة التوقيف أكثر من ست ساعات، كما لم تخللها أية معاملة سيئة وجرى تقديم الماء والطعام للمدعي وكما ينبغي، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فقد أيدت المحكمة قرار هيئة المحلفين بفرض تعويضات يبلغ مقدارها (٣٠٠) جنيه، وجاء في حكمها بأن دخول منزل أي شخص بمقتضى أمر تفتيش لا يحمل اسمه يعد انتهاكا خطيرا لحرياته المدنية، أما التطبيقات القضائية الحديثة للمحاكم الإنكليزية فقد ذهبت إلى حد فرض التعويضات الجزائية على السلطات المحلية لممارستها سياسة التمييز العنصري والجنسي ومن أبرز هذه الشواهد قضية (**Bradford city Metropolitan council v. Arora**) (1991) وجدير بالذكر فقد أوضح مجلس اللوردات في حكمه الصادر في

قضية

(**Kuddus v. chief constable of Leicestershire constabulary** 2001)

بأنه لا يجوز فرض التعويضات الجزائية أو العقابية لجبر الأضرار الناجمة عن جميع أنواع الخطأ المدني، إذ أن بعض الأنواع من الأخطاء المدنية لا تتناسب في طبيعتها مع التعويضات الجزائية، كالإهمال والإزعاج والمسؤولية الموضوعية المقننة بمقتضى مبدأ (**Ryland v. Fletcher**) وأن مجلس اللوردات لا يرغب في توسيع نطاق هذه التعويضات لتشمل هذه الأنواع من الأخطاء المدنية.

الفرع الثاني

كيفية إصدار الأوامر القضائية لمعالجة الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني

(١) Catherine Elliott and Frances Quinn. Ibid, P.388.

لقد وضعت الأحكام القضائية التي صدرت عن المحاكم الإنكليزية بعض المبادئ الراسخة التي تنظم الكيفية التي يتم عن طريقها إصدار الأوامر القضائية (injunctions) لمعالجة الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني، وسوف نستعرض أهم المبادئ الراسخة التي رسمت الخطوط العريضة (guidelines) للكيفية التي يتم فيها إصدار الأوامر القضائية وأثرها في معالجة الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني، وذلك فيما يتعلق بثلاثة أنواع من الأوامر القضائية وهي الأمر القضائي الوقتي والإلزامي والمنع (أو الزجري)، وسوف لن نبحث في الأمر القضائي النهائي، لأنه يكون، وكما ذكرنا سابقاً، إما أمراً إلزامياً أو مانعاً، أما بالنسبة إلى الأمر القضائي الوقتي، فعلى الرغم من كونه إما أمراً إلزامياً أو مانعاً، إلا أننا سوف نبحث في أهم المبادئ التي تحكم أو تنظم كيفية إصداره بسبب الخصوصية التي يتمتع بها وهي السمة الوقتية وكما يأتي:

أولاً: إصدار الأمر القضائي الوقتي.

يصدر هذا النوع من الأوامر القضائية أثناء السير في الدعوى أو حتى قبل سماعها لأغراض وقتية أو مستعجلة، ويتوقف إصدار هذا النوع من الأوامر القضائية على جملة من المبادئ من أهمها مبدأ خضوع إصدار الأمر القضائي الوقتي للسلطة التقديرية للمحكمة⁽¹⁾، إذ ينبغي على المحكمة وفقاً لهذا المبدأ أن تستعمل سلطتها التقديرية للموازنة بين المنافع التي يمكن أن يحصل عليها المدعي من إصدار الأمر القضائي لمصلحته وبين الخسارة المحتملة التي يمكن أن يتعرض لها المدعى عليه نتيجة إصدار هذا الأمر أما المبدأ الثاني الذي تستند عليه المحكمة في إصدار الأمر القضائي الوقتي فهو مبدأ حلول التعويضات محل الأوامر القضائية، إذا كان الأمر القضائي ينطوي على مشقة للمدعى عليه أو أن التعويضات كانت كافية لجبر الأضرار التي يتعرض لها المدعي ومعالجتها، وعدم

(1) Alastair mullis and Ken Oliphant, torts, 4th edition, palgravemcmillan, 2011, P.312.

وجود خطر مستعجل يهدد الأموال محل النزاع، والمبدأ الثالث هو مبدأ تحقيق القضاء المستعجل أو الوقفي وليس التعويض العيني إذا وجد خطر مستعجل ويعد تحقيق القضاء المستعجل أو الوقفي من أهم الآثار القانونية المترتبة على إصدار الأوامر القضائية الوقفية من أجل معالجة الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني. أما المبدأ الرابع فهو مبدأ التشدد في إصدار الأمر القضائي الوقفي، لأن الدعوى لا تزال في مراحلها الأولى⁽¹⁾. لقد وضعت قضية (*American Cyanamid co. v. Ethicon ltd*) (1975) القواعد العامة والخطوط العريضة التي تسترشد بها المحكمة في إصدار الأمر القضائي الوقفي ومن أبرزها أن المدعي لا يتعين عليه إثبات أن دعواه هي دعوى ظاهرة (*prima facie case*) تتمتع بكفاية الأدلة، أي تدعمها أدلة كافية (أدلة قطعية)، إنما ينبغي أن تتولد القناعة لدى المحكمة بأهمية الدعوى المنظورة وخطورتها، فإذا كانت التعويضات هي العلاج أو الجزاء الملائم لجبر الأضرار الناجمة عن الخطأ المدعى به أو المزعوم، فإنه يجب على المحكمة عدم إصدار أوامر قضائية وقفية، أما إذا كانت صلاحية التعويضات لجبر الضرر مثار جدل أو موضع شك، ففي هذه الحالة ينبغي على المحكمة أن تستعمل سلطتها التقديرية للموازنة بين المنافع التي يمكن أن يجنيها المدعي من الأمر القضائي الوقفي الذي تصدره له المحكمة وبين الخسارة المحتملة التي يمكن أن يتعرض لها المدعى عليه من وراء هذا الأمر، ويبرز أحد أهم استعمالات الأمر القضائي الوقفي في دعاوى القذف الكتابي (*Libel cases*)، لأنه وبمجرد نشر البيان أو التصريح الذي يتضمن عبارات القذف وإعلانه على الملأ، فإنه لا يمكن في واقع الأمر إزالة الضرر. وخلاصة القول فإن الأمر القضائي يهدف إلى الحيلولة دون تعرض المدعي إلى الضرر، وذلك في حالة عدم كفاية التعويضات إذا ما كسب الدعوى.

(1) Catherine Elliott & Frances Quinn, *ibid*, P.392.

ثانياً: إصدار الأمر القضائي الإلزامي.

يصدر الأمر القضائي الإلزامي لتكليف المدعى عليه بالقيام بعمل معين، ويتوقف إصدار هذا النوع من الأوامر القضائية على بعض المبادئ، من بينها مبدأ خضوع إصدار الأمر القضائي الإلزامي للسلطة التقديرية للمحكمة، وذلك للموازنة بين المنافع التي يمكن أن يحصل عليها المدعي من إصدار الأمر القضائي الإلزامي لمصلحته وبين الخسارة المحتملة التي يمكن أن يتعرض لها المدعى عليه من إصدار الأمر القضائي⁽¹⁾. أما المبدأ الثاني الذي تستند عليه المحكمة في إصدار الأمر القضائي الإلزامي فهو مبدأ حلول التعويضات محل الأوامر القضائية، إذا كانت التعويضات كافية لجبر الأضرار⁽²⁾، والمبدأ الثالث هو مبدأ التعويض العيني للضرر، إذ تعد الأوامر القضائية الوسيلة الوحيدة والفاعلة للتعويض العيني ضمن نطاق دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ المدني، خلافاً للمعالجات الإنصافية للأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد والتي تحتوي على التنفيذ العيني (specific performance)⁽³⁾، فضلاً عن الأوامر القضائية، ويعد التعويض العيني والمتمثل بإلزام المدعى عليه بالقيام بعمل معين من أبرز الآثار القانونية المترتبة على إصدار الأوامر القضائية الإلزامية، بغية معالجة الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني. وقد وضعت

(1) William P. statsky, ibid. P.323.

(2) يرى جانب من الفقه الإنكليزي أن من أهم الحالات التي تلجأ إليها المحكمة لإصدار الأوامر القضائية هي عدم كفاية التعويضات لمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر Vera Bermingham, ibid. P.119.

(3) يعد التنفيذ العيني (specific performance) أحد نوعي المعالجات الإنصافية فضلاً عن الأوامر القضائية وذلك لجبر الأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد ويتم بمقتضى أمر يصدر عن المحكمة، وبمقتضاه تلزم المدعى عليه بتنفيذ التزاماته التعاقدية الواردة في البنود والشروط التي نص عليها العقد. لمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر:

Ewan mckendrick, contract law, 6th edition, Palgrave Macmillan, 2005, P.450.

قضية (Redland Bricks Ltd v. Morris 1970) بعض
الخطوط العريضة التي يمكن أن تسترشد بها المحاكم عند إصدارها للأوامر
القضائية الإلزامية، وتتلخص وقائع هذه القضية بقيام المدعى عليهم
بإجراء حفريات في أرضهم، مما تسبب في حدوث بعض التكرسات
والانهيارات في أرض المدعي، والتي صارت عرضة لمزيد من الانهيارات
فيما لو استمرت أعمال الحفر، فمنحت المحكمة تعويضاً للمدعي لجبر
الأضرار الواقعة فعلاً، كما أصدرت أمراً قضائياً إلزامياً يلزم المدعي
عليهم بإعادة الدعائم التي كانت تسند أرضهم، إلا أنه تبين بأن أعمال
إعادة الدعائم يمكن أن تكلف المدعى عليهم أكثر من القيمة الإجمالية
لأرض المدعي. فاستأنف المدعى عليهم الأمر القضائي الإلزامي الصادر
ضدهم، وسمح مجلس اللوردات باللجوء إلى الطعن الاستثنائي، كما
استغل هذه الفرصة لوضع بعض الخطوط العريضة (guidelines)
والتوجيهات التي تسترشد بها المحاكم عند إصدارها للأوامر القضائية
الإلزامية، ومن أهمها أن المحكمة ينبغي أن تقرر وفقاً لسلطتها التقديرية ما
إذا كان ينبغي إصدار هذه الأوامر أم لا، كما أنه لا ينبغي للمحكمة أن
تلجأ إلى إصدارها، إلا إذا كانت التعويضات غير كافية لجبر الأضرار التي
يتعرض لها المدعي ومعالجتها، فإذا كان المدعى عليه قد تصرف على نحو
عقلاني أو معقول، إلا أنه ارتكب خطأ على الرغم من ذلك، كما في
القضية التي نحن بصددنا، فإن إصدار أمر قضائي إلزامي قد يكون إجراء
غير منصف، وسبباً يدعو المحكمة لتوخي الحذر عند إصداره، لا بل يكون
من المستحسن عدم إصداره، وعلى العكس من ذلك، إذا كان المدعي
عليه قد تصرف على نحو غير عقلاني أو غير معقول وحاول تحقيق بعض
المكاسب على حساب المدعي أمام المحكمة، ففي هذه الحالة ينبغي على
المحكمة أن لا تأخذ مسألة الكلفة بنظر الاعتبار، فإذا ما أصدرت المحكمة
الأمر القضائي الإلزامي الذي ينطوي على تكليف المدعى عليه بالقيام

بعمل معين، فإنه ينبغي عليها تبصير المدعى عليه بكل تفاصيل ما ينبغي عليه القيام به وبدقة، وأن يتضمن الأمر القضائي تعليمات تفصيلية ودقيقة بخصوص كيفية القيام بالعمل المطلوب.

ثالثاً: إصدار الأمر القضائي المانع.

يصدر الأمر القضائي المانع لتكليف المدعى عليه بالامتناع عن القيام بعمل معين، ويتوقف إصدار هذا النوع من الأوامر القضائية على بعض المبادئ من أهمها مبدأ خضوع إصدار الأمر القضائي المانع للسلطة التقديرية للمحكمة، والتي ينبغي عليها أن توازن بين المنافع التي يمكن أن يحصل عليها المدعي من إصدار الأمر القضائي المانع لمصلحته وبين المشقة التي قد يتعرض لها المدعى عليه عند تنفيذها، والمبدأ الثاني الذي تستند عليه المحكمة في إصدار الأمر القضائي المانع هو مبدأ التعويض العيني للضرر الذي تعرض له المدعي، والمتمثل بإلزام المدعى عليه بالامتناع عن القيام بعمل معين، والذي يعد من أهم الآثار القانونية المترتبة على إصدار الأوامر القضائية المانعة لغرض معالجة الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني، أما المبدأ الثالث فهو مبدأ حلول التعويضات محل الأوامر القضائية، إذا كان تنفيذ الأوامر القضائية ينطوي على تعسف تجاه المدعى عليه وتفضل المحاكم الإنكليزية في بعض الأحيان الحكم بالتعويض للمدعي بدلا عن إصدار أمر قضائي لمصلحته، وقد تطورت هذه المسألة حتى صارت مبدأ قانونياً ملزماً تلتزم بمقتضاه المحكمة، وفقاً لسلطتها التقديرية، بمنح التعويضات بدلا عن إصدار أمر قضائي، إذا كان الأمر القضائي ينطوي على تعسف تجاه المدعى عليه، وكانت الأضرار التي لحقت بالمدعي طفيفة يمكن جبرها وإزالتها عن طريق التعويضات، وقد ترسخ هذا المبدأ في القضاء الإنكليزي منذ صدور الحكم في قضية

(Shelfer v. city of London Electric lightning co 1895)

والذي جاء فيه بأن المحكمة العليا تتمتع بسلطة تقديرية للقضاء بالتعويضات بدلا عن إصدار أمر قضائي، وأنه ينبغي على المحكمة ممارسة

هذه السلطة التقديرية في جميع الأحوال التي يكون فيها ممكناً إصدار الأمر القضائي ، إلا أنه ينطوي على تعسف تجاه المدعى عليه ، في مقابل أضرار طفيفة يتعرض لها المدعي يمكن تقديرها بسهولة وجبرها عن طريق التعويضات ، وقد عرف هذا المبدأ لاحقاً بمبدأ (shelver) وجرى تطبيقه فيما بعد في العديد من القضايا ، ومن أبرزها القضية المعروفة بـ (Daniells v. Mendoca 1999) والتي تتلخص وقائعها في أن المدعية والمدعى عليه كانت يسكنان بيتين متجاورين ، وأجرت السيدة (Daniells) توسيعاً في حمام بيتها ، وبعد ذلك بضع سنين سافرت إلى الخارج لقضاء إجازة لمدة ثلاثة أشهر ، ثم عادت ووجدت بأن جارها السيد (Mendoca) قام هو أيضاً بإجراء توسيع في بيته ، ووصل إلى حائط بيت المدعية دون علمها ، مع العلم أن تشريع مباني لندن (المعدل) لعام ١٩٣٩ (The London building (Amendments) Act 1939) يستلزم من الجار إخبار جاره بأية خطة بناء يعتزم تنفيذها ، إلا أن السيدة (Daniells) لم يكن لديها أي علم بأعمال البناء التي جرت أثناء غيابها ، وقد أقر السيد (Mendoca) أمام المحكمة بارتكاب التعدي (Trespass) ، إلا أن الطرفين اختلفا حول مسألة المعالجات (remedies) ، إذ رغبت المدعية السيدة (Daniells) بالحصول على أمر قضائي ، ولكن المدعى عليه السيد (Mendoca) جادل بأن مبدأ (shelver) ينبغي تطبيقه على هذه القضية ، وهو يقضي بفرض التعويضات بدلاً من إصدار أمر قضائي ، إلا أن المحكمة ، ووفقاً لسلطتها التقديرية ارتأت عدم تطبيق مبدأ (shelver) ، وأصدرت بدلاً عن ذلك أمراً قضائياً ، وقد بررت حكمها هذا فيما يأتي : على الرغم من أن نطاق التعدي كان محدوداً ، إلا أنه كان دائماً ، فضلاً عن وجود خطط أخرى لإجراء المزيد من أعمال البناء ، أضف إلى ذلك أنه على الرغم من إمكانية جبر الضرر عن طريق التعويض التقدي ، إلا أن المبلغ سيكون كبيراً لعدة

أسباب من أبرزها، الإزعاج (nuisance) الحاصل وخطر نشوب حرائق، فضلا عن إمكانية تعرض هيكل البيت للأضرار، لذا فقد تولدت القناعة لدى المحكمة بأن الأمر القضائي لا ينطوي على تعسف تجاه المدعى عليه، بسبب سلوكه في إجراء التوسيع أولا وعدم امتثاله لتصوص التشريع السالف الذكر ثانيا، وفي قضية أخرى لاحقة عدت المحكمة إصدار الأمر القضائي لا ينطوي على تعسف تجاه المدعى عليه ومضت قدما في قرارها بإصدار الأمر القضائي وذلك في القضية المعروفة بـ (jacklin v. chief constable of west Yorkshire) والتي تتلخص وقائعها بقيام مركز شرطة (west Yorkshire) بإجراء بعض الأعمال الإنشائية التي تضمنت وضع حاوية كبيرة في الأرض التي يمتلك فيها المدعي حق المرور (حق الطريق)، وعلى الرغم من أن مروره عبر ذلك الطريق لا زال ممكنا مع وجود تلك الحاوية الكبيرة، إلا أنه لم يعد بإمكانه المرور بسيارته عبر ذلك الطريق، وقد اعترض المدعي على سلوك الشرطة، إلا أنهم لم يعيروه أذانا صاغية، وبعد ثلاث سنوات من تاريخ وضع الحاوية أقام الدعوى على أساس الإزعاج (nuisance)، وطلب إصدار أمر قضائي يقضي بإزالة الحاوية، إلا أن الشرطة دفعت هذا الطلب على أساس أن إصدار الأمر القضائي ينطوي على تعسف تجاهها بسبب مضي ثلاث سنوات على تاريخ وضع الحاوية والصعوبات التي تكتف إزالتها وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، إلا أن قاضي الموضوع قام بإصدار الأمر القضائي، فاستأنفت الشرطة ضد هذا القرار، إلا أن محكمة الاستئناف رفضت هذا الطعن الاستئنافي، وأيدت الأسباب التي استند عليها قاضي الموضوع في إصدار الأمر القضائي ومن أبرزها أنه لاحظ بأن الشرطة تجاهلت تماما اعتراضات المدعي ومضت قدما في سلوكها دون الالتفات إلى أية أضرار قد تترتب عليه، لذا رأت محكمة الاستئناف بأنه ليس من غير العدل أو

الإصناف إلزام الشرطة بإزالة الضرر، وأن أفضل طريقة لإزالته هو الأمر القضائي، وعلى هذا الأساس فقد أيدت قرار قاضي الموضوع بإصدار الأمر القضائي، ولم يكن لها ما يدعوها إلى نقض قراره، كما سارت محكمة إنكليزية أخرى في نفس الاتجاه في قضية (**Regan v. Paul properties 2006**) والتي تتلخص وقائعها بقيام المدعى عليه بتنفيذ أعمال بناء على مقربة من بيت المدعي، وكان من شأن هذه الأعمال إذا ما انتهت أن تؤدي إلى حجب الضوء عن غرفة جلوس المدعي، مما يخفض من قيمة البيت بمقدار (٥٠٠٠) آلاف جنيه، فطلب المدعي من المحكمة إصدار أمر قضائي يلزم المدعى عليه بإجراء تعديلات في خطة البناء، والتي من شأنها تخفيض قيمة البناء الجديد بمقدار (١٧٥٠٠٠) ألف جنيه وعلى الرغم من اعتراض المدعي وإصراره على عدم قبول التعويضات ورغبته في استمرار دخول الضوء إلى غرفة جلوسه بدلا عن ذلك، إلا أن المدعى عليه استمر في تنفيذ خطته الأصلية، وعندما رفعت الدعوى أمام المحكمة كانت أعمال البناء على وشك أن تنتهي، وقد جادل المدعى عليه أمام المحكمة بأن إصدار الأمر القضائي ينطوي على تعسف تجاهه، لأن ذلك سيكلفه مبالغ نقدية كبيرة لتغيير البناء وإزالة الجزء الذي يجب الضوء بعد أن وصل البناء إلى مراحل الأخيرة، إلا أن محكمة الاستئناف رفضت ذلك ورأت بأن إصدار الأمر القضائي له ما يبرره، لأن الخسائر لم تبلغ هذا الحد من الجسامة إلا بسبب عناد المدعى عليه وإصراره على المضي قدما في تنفيذ خطته، لذا فإن الأمر القضائي لا ينطوي على أي تعسف تجاه المدعى عليه.

المطلب الثاني

كيفية تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري

اعتنق القانونان المدنيان العراقي والمصري مبدأ التعويض الكامل عن الضرر الناجم عن الفعل الضار، مشاطران بذلك القانون الإنكليزي

الذي تبنى نظام التعويض الكامل والذي بحثنا فيه سابقاً. ويقصد بمبدأ التعويض الكامل أن تقوم المحكمة وفقاً لسلطتها التقديرية، بتقدير التعويض الذي يطالب به المتضرر بما يساوي ما لحقه من ضرر^(١)، وبحيث يكون التعويض وسيلة لجبر الضرر وليس لتحقيق ربح للمتضرر أو لتكبدته خسارة، وقد اعتنق القانون المدني العراقي هذا المبدأ في المادة (٢٠٧) منه والتي نصت على أنه (١) - تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. ٢ - ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الاعيان ويجوز ان يشتمل الضمان على الاجر) كما اعتنق القانون المدني المصري هذا المبدأ أيضاً في الفقرة الأولى من المادة (٢٢١) منه، والتي نصت على أنه (إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو ينص في القانون للقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول). وأخذ القضاء المصري كذلك بمبدأ التعويض الكامل عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع، وجاء في حكم لمحكمة النقض المصرية^(٢) بأنه (يجوز لمحكمة الموضوع، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن تقضي بتعويض إجمالي عن جميع الأضرار التي حاقت بالمضروب إلا إن ذلك مشروط بأن تبين عناصر الضرر الذي قضت من أجله بهذا التعويض، وأن تناقش كل عنصر منها على حده وتبين وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته...). ويقوم

-
- (١) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٦٣ وينظر في الفقه المصري د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٤٨٥.
(٢) الطعن رقم (٩٠) لسنة ٥٠ق - جلسة ١٩٨٣/٦/٢١ نقلاً عن د. معوض عبد التواب، مصدر سابق، ص ٤٠٥.

مبدأ التعويض الكامل عن الضرر الناجم عن الفعل الضار على عنصرين هما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت^(١)، لذا سنوف نبحت في تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن الفعل الضار، متبعين في ذلك التقسيم الثلاثي للضرر إلى ضرر مادي وجسمي وأدبي ثم نقارن موقف القانونيين العراقي والمصري بموقف القانون الإنكليزي بخصوص تقدير التعويض وكما يأتي:

الفرع الأول: تقدير التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العمل غير المشروع.

الفرع الثاني: تقدير التعويض عن الضرر الجسمي الناجم عن العمل غير المشروع.

الفرع الثالث: تقدير التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن العمل غير المشروع.

الفرع الرابع: مقارنة موقف القانونيين المدنيين العراقي والمصري بموقف القانون الإنكليزي بخصوص تقدير التعويض.

الفرع الأول

تقدير التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العمل غير المشروع

يتسم تقدير التعويض عن الضرر المادي الناجم عن الفعل الضار بسهولة نسبياً إذا ما قورن بتقدير التعويض عن الضررين الجسمي والأدبي، ويمكن للمحكمة أن تأخذ بالتعويض العيني وذلك إما بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، أو برد المثل في المثليات، وكما

(١) وجدير بالذكر فإن التعويض يقدر وفقاً لمبدأ التعويض الكامل بقدر الضرر المباشر، سواء أكان مادياً أم أدبياً حالاً أم مستقبلاً، طالما كان محققاً، ولا ينطوي على الضرر غير المباشر، ويقوم التعويض عن الضرر المباشر على عنصرين هما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت. لمزيد من التفصيل ينظر د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، بدون مكان طبع، ١٩٩٢، ص ٥٣٦.

أشرنا إلى ذلك سابقاً، وبإمكانها أن تأخذ بالتعويض بمقابل غير نقدي بأن تحكم بأداء أمر معين لمصلحة المتضرر، كأن تأمر مرتكب الفعل الضار بأداء شيء قيمى من نفس النوع للمتضرر، بدلاً عن شيء قيمى آخر أتلفه المسؤول بفعله الضار، إلا أن الأصل في التعويض أن يكون مقدراً ببلغ من النقود^(١). فتلجأ المحكمة في الغالب إلى التعويض النقدي، ويتم تقديره وفقاً للفقرة الأولى من المادتين (٢٠٧) من القانون المدني العراقي و(٢٢١) من القانون المدني المصري وذلك عن طريق تقدير عنصري التعويض وهما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، وغالباً ما تلجأ المحكمة إلى الخبراء للقيام بهذه المهمة. ويلاحظ بأن التعويض عن الضرر المادي هو وحده الذي ينطوي على هذين العنصرين^(٢)، أي الخسارة اللاحقة، أو ما لحق بالمتضرر من خسارة نتيجة الفعل الضار المرتكب ضده، والذي أدى إلى إتلاف مال للمتضرر، والكسب الفائت، أو ما فات المتضرر من كسب مالي وريح متوقع لو لم يتلف المال بسبب الفعل الضار^(٣). فتقوم المحكمة بتقدير التعويض في صيغة مبلغ إجمالي مقدر جزافاً. كما اتجهت محكمة النقض المصرية إلى أن تقدير التعويض النقدي عن الضرر المادي الناجم عن العمل غير المشروع ينبغي أن ينطوي على عنصري التعويض وهما: الخسارة اللاحقة والكسب الفائت وجاء في أحد أحكامها^(٤) بأن (المقرر في قضاء محكمة النقض - أن طلب التنفيذ العيني وطلب التنفيذ بطريقة التعويض قسيما متكافئان قدراً ومتحدان موضوعاً يندرج كل منهما في الآخر ويتقاسمان معا تنفيذ الالتزام الأصلي. فإذا كان الدائن قد طلب رد

(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٨٣.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز، مصدر سابق، ص ٢٤٦.

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٤٨٣.

(٤) الطعن ١٢٢٨ لسنة ٦٧ ق هيئة عامة جلسة ٢٤/٦/٢٠٠١، نقلاً عن د. معوض عبد التواب، مصدر سابق، ص ٤٠١.

المال عينا وثبت للقاضي أن ذلك غير ممكن أو فيه إرهاب للمدين فلا عليه أن يحكم بتعويض يراعى في مقداره قيمة المال وقت الحكم وما لحق الدائن من خسارة أو فاته من كسب دون أن يعد ذلك منه قضاء بما لم يطلبه الخصوم). أما التعويض عن الضرر الأدبي فلا ينطوي على هذين العنصرين ويعد عنصرا مميزا وقائما بذاته تضطلع المحكمة بمهمة تقديره، كما يدخل في تقدير التعويض عن الضرر المادي الحرمان من منافع الأعيان المقومة بالمال، والتي حرم الفعل الضار المالك المتضرر من الانتفاع بها، فتضاف إلى عنصر الكسب الفائت، كالانتفاع من أجره سيارة أجره، بسبب إتلاف السيارة بفعل المسؤول، فالتعويض النقدي عن قيمة السيارة يمثل عنصر الخسارة اللاحقة، وإذا كان مالك السيارة قد تلقى وعدا بشرائها بمبلغ أكبر من قيمتها الأصلية، فالفرق بين القيمتين يمثل عنصر الكسب الفائت، تضاف إلى ذلك خسارة الأجره، وهي الحرمان من منافع الأعيان. وقد أخذت محكمة تمييز العراق في العديد من أحكامها بالتعويض عن الحرمان من منافع الأعيان، لا بل أنها نقضت العديد من الأحكام القضائية التي لم تتضمن الحكم بالتعويض عن الحرمان من منافع الأعيان، وجاء في أحد أحكامها^(١)، بأنه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن دعوى المدعي تضمنت طلب الحكم بالأضرار الناتجة من الهدم وهي عبارة عن قيمة البناء قائما مضافا إلى ذلك طلب التعويض عن الضرر عن فوات المنفعة وهو حرمان الدائرة من أجره الدكان فيما لو بقي وتسبب المدعي عليه في الحرمان وذلك منذ تاريخ الهدم إلى حين إقامة الدعوى، وحيث أن المحكمة حكمت بمبلغ (.....) دينارا عن قيمة الأنقاض قائمة وحكمها في ذلك يعتبر صحيحا لذا قرر تصديق هذه الفقرة الحكمية، وبما أنها لم تحكم بفوات المنفعة لذا قرر نقض الحكم من هذه الجهة فقط وإعادة إلى

(١) حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم ١١٦١/حقوقية/٥٦ في ١٥/٦/١٩٥٦ نقلا عن سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٢، ص ٢٧٥.

محكمته لإجراء المحاكمة والسير في القضية وفقا لما تتطلبه الأصول القانونية على أن تكون الرسوم تابعة للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق).

الفرع الثاني

تقدير التعويض عن الضرر الجسدي الناجم عن العمل غير المشروع
يقصد بالضرر الجسدي الأذى الواقع على جسم الإنسان^(١)، ولمعرفة كيفية تقدير التعويض عن الضرر الجسدي الناجم عن الفعل الضار فإنه ينبغي تقسيم الضرر الجسدي إلى نوعين: الأول هو الضرر الجسدي الناجم عن إصابة المتضرر، والثاني: الضرر الجسدي الناجم عن موت المتضرر، ويتحلل كل من هذين النوعين إلى أضرار مادية وأضرار أدبية^(٢). لذا سوف نقسم هذا الفرع إلى مقصدين تتناول في الأول دراسة تقدير التعويض عن الضرر الجسدي الناجم عن إصابة المتضرر وفي الثاني تقدير التعويض عن الضرر الجسدي الناجم عن موت المتضرر وكما يأتي:

المقصد الأول

تقدير التعويض عن الضرر الجسدي الناجم عن إصابة المتضرر
إن الضرر الجسدي الناجم عن إصابة المتضرر هو كل أذى يقع على ما دون النفس البشرية ولا يزهقها ولكن يصيبها بأضرار، وبعبارة أخرى فإنه الضرر الجسدي الناجم عن إصابة غير مميتة تصيب المتضرر والتي ينبغي تعويضها بمقتضى المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أن (كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الأذى يلزم بالتعويضات من احدث الضرر)^(٣)، وكما ذكرنا فإن الضرر الجسدي الناجم عن إصابة المتضرر بإصابة غير مميتة يتحلل إلى أضرار مادية وأضرار أدبية وسوف نبحث في كيفية تقدير

(١) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٠١.

(٢) د. ياسين محمد الجبوري، مصدر سابق، ص ٥٦٩ و ٥٧٦.

(٣) لا يوجد في القانون المدني المصري نص يقابل نص المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي، إلا أنه يمكن التعويض عن الضرر الجسدي الناتج عن إصابة المتضرر على أساس القواعد العامة، ووفقا للفقرة الأولى من المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري والتي نصت على أن (كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض).

التعويض عن الأضرار المادية والأدبية الناجمة عن إطبابة المتضرر بإصابة غير مميّنة تقع على ما دون النفس البشرية ولا ترهقها ولكن تصيبها بأضرار فحسب. ^(١) والذين كانوا يحصلون على العون أو المساعدة المالية

الفصل الأول

تقدير التعويض عن الأضرار المادية الناجمة عن إصابة المتضرر بإصابة الوفاة بسبب تقع على ما دون النفس البشرية (إصابة غير مميّنة)

عن تعويض يمكن تقدير التعويض النقدي عن هذا النوع من الأضرار المادية بسهولة، وذلك عن طريق الرجوع إلى عنصرَي التعويض وهما الخسارة اللاحقة بالمتضرر والكسب الذي فاته. ويشمل حساب عنصر الخسارة اللاحقة كافة النفقات والمصروفات العلاجية والطبية التي تكبدها المصاب المتضرر لعلاج إصابته. فضلا عن قيمة الأعضاء والأطراف الذي فقدها المصاب وثمان الأطراف الصناعية البديلة وفي مثل هذه الحالات تقضي المحكمة بتعويضات نقدية كبيرة للمتضررين. أما عنصر الكسب الفائت فينطوي على التعويض عن العجز الذي يصيب المتضرر، والذي يمكن أن يمنعه من ممارسة العمل، وكما ذكرنا سابقا، فإن العجز قد يكون عجزا مؤقتا أو عجزا دائما، سواء أكان جزئيا أم كليا. ويمكن تقدير التعويض المادي عن العجز المؤقت في صورة تعويض نقدي على شكل إيراد مرتب لمدة معينة يستمر خلالها المسؤول في دفع المرتب الدوري إلى المتضرر إلى حين شفاء الأخير من إصابته ^(١). وذلك بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادتين (٢٠٩) من القانون المدني العراقي و(١٧١) من القانون المدني المصري، أما التعويض عن العجز الدائم، وسواء أكان كلياً أم جزئياً، فيتم تقديره في صورة تعويض نقدي على شكل إيراد مرتب مدى الحياة ^(٢)، والعجز بصورة عامة هو عدم القدرة على العمل ^(٣)، ويكون جزئياً،

عن الضرر المادي المترد على أساس القواعد

- (1) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، مصدر سابق، ص ٤٧٦. قانون المدني المصري
- (2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٨١٨ ينظر أيضا
- (٢) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٤٨١. الخطأ، ج ٢، مصدر
- (3) د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون الضمان الاجتماعي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ٢٠٠٩، ص ١٠٠.

إذا تسبب في نقصان القدرة على العمل ، وكليا إذا أدى إلى فقد القدرة على العمل تماما^(١). ويعد التعويض النقدي على شكل إيراد مرتب مدى الحياة أفضل طريقة لتعويض الضرر المادي الناجم عن العجز الجزئي الدائم^(٢)، بسبب بعض العيوب التي تكثف تقدير التعويض النقدي عن الأضرار المادية في صيغة مبلغ إجمالي مقدرا جزافا، من أبرزها هو عدم مراعاته لبعض الظواهر الاقتصادية التي قد تحدث لاحقا كالتضخم، فضلا عن احتمال قيام المتضرر العاجز بإتفاق مبلغ التعويض على غير مقتضى العقل.

الفصل الثاني

تقدير التعويض عن الأضرار الأدبية الناجمة عن إصابة المتضرر بإصابة تقع على ما دون النفس البشرية (إصابة غير مميّنة)

الضرر الأدبي هو الأذى الذي لا يصيب الشخص في ذمته المالية أو حق من حقوقه المالية، ولكن يصيبه في مشاعره وعواطفه، أو في شرفه أو كرامته أو عرضه أو سمعته أو مركزه واعتباره الاجتماعي^(٣). وقد حددته الفقرة الأولى من المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك فكل تعد على الغير في حرمة أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض). كما أشارت إليه أيضا الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه (يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء). ويتخذ هذا النوع من الأضرار صوراً متعددة من

(1) وجدير بالذكر أن العجز إذا كان ناشئا عن إصابة عمل فإنه يمكن الرجوع إلى جدول العطل الدائم المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد (١٧٦٣) في ١٩٦٩/٨/١ لتحديد نسبة العجز.

(2) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(3) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، مصدر سابق، ص ٤٦٠.

أهمها الآلام الجسمية التي يعاني منها المصاب نفسه نتيجة الإصابة وما يتبعها من عمليات جراحية، فضلا عن الآلام النفسية أو الأدبية التي يعاني منها نتيجة شعوره بالنقص من جراء الإصابة^(١)، والمعاناة واللوعة والآلام الناجمة عن الحرمان من مباحج الحياة، لاسيما بسبب فقدانه عضو من أعضاء جسمه أو حاسة من حواسه، أو إصابته بالعجز الدائم الكلي أو الجزئي نتيجة الحادثة^(٢)، ويكون من الصعوبة في الغالب تقدير التعويض عن هذا النوع من الأضرار، ولا سيما إذا كان التعويض تقديرا مقدرا يبلغ من التقود، وذلك لصعوبة تقدير القيم المعنوية أو الأدبية كالمشاعر الإنسانية بمبلغ من التقود، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فإن المحاكم غالبا ما تقضي للمتضرر بتعويض نقدي عن الضرر الأدبي ضمن نطاق المبلغ الإجمالي المقدر جزافا والذي يتضمن التعويض عن الضرر المادي والأدبي، وذلك بمبلغ واحد دون أن تبين قيمة كل منهما على حدة حيث أن القانون لا يستلزم مثل هذا التخصيص^(٣).

المقصد الثاني

تقدير التعويض عن الضرر الجسدي الناجم عن موت المتضرر

بعد انتهينا من دراسة كيفية تقدير التعويض عن الضرر الجسدي الناجم عن إصابة المتضرر، فإننا سوف نعالج الآن كيفية تقدير التعويض عن الضرر الجسدي الناجم عن الأعمال غير المشروعة التي تقع على النفس البشرية وتزهقها، أي الضرر الجسدي الناجم عن موت المتضرر. إذ لا شك بأن هذا الضرر يكون أكثر جسامة من الضرر الذي عكفنا على دراسة التعويض عنه في المقصد السابق. ويتخذ التعويض عن هذا النوع من الأضرار صورتين: الأولى هو التعويض عن الضرر الجسدي الذي يصيب

(١) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١١١.

(٢) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٣٦٤.

(٣) الطعن ١٦٠٩ لسنة ٥٠ق - جلسة ١٩٨٤/٣/٢٧ نقلا عن د. معوض عبد

التواب، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤٠١.

التوفى نفسه ويتحلل إلى ضرر مادي وضرر أدبي. والثانية: هو التعويض عن الضرر الذي يلحق بالغير نتيجة موت المتضرر، أو ما يعرف بالتعويض عن الضرر المرتد، والذي يتحلل بدوره أيضا إلى ضرر مادي وضرر أدبي^(١). لذا سوف نتناول بالدراسة كيفية تقدير التعويض وفقا لهاتين الصورتين وكما يأتي:

الفصل الأول

تقدير التعويض عن الضرر الجسمي الذي يصيب المتوفى نفسه

يهدف هذا النوع من التعويض إلى جبر الأضرار الناجمة عن الأعمال غير المشروعة التي تقع على النفس البشرية وتزهقها، وذلك بمقتضى المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أن (كل فعل ضار بالنفس من قتل... يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر)^(٢). وتمثل هذه الحالة بالضرر الجسمي الذي يصيب المتوفى (المتضرر) نفسه بسبب العمل غير المشروع الذي أدى إلى وفاته. ويتحلل هذا الضرر الجسمي بدوره إلى ضرر مادي وضرر أدبي. وسوف نبحث في كيفية تقدير التعويض عن هذين النوعين من الضرر:

أولا: تقدير التعويض عن الأضرار المادية التي أصابت المتوفى نفسه.

يمكن تقدير التعويض النقدي عن هذا النوع من الأضرار المادية بسهولة ويسر، وذلك بتقدير عنصري التعويض وهما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، وتتحدد الخسارة اللاحقة بالمصاريف والنفقات العلاجية التي أنفقها المتضرر قبل وفاته. أما الكسب الفائت فيتضمن التعويض عن العجز الذي أصاب المتضرر قبل وفاته، وما فقده من دخل نتيجة عدم قدرته على ممارسة العمل بسبب العجز. ويمثل التعويض عن الضرر المادي

(1) د. ياسين محمد الجبوري، مصدر سابق، ص ٥٧٣.

(2) كما ذكرنا سابقا فإن القانون المدني المصري لا يتضمن نصا يقابل هذا النص. لذا فإنه يمكن التعويض عن الضرر الجسمي الذي يصيب المتوفى نفسه على أساس القواعد العامة في المسؤولية عن العمل غير المشروع وفقا للفقرة الأولى من المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري السالفة الذكر.

قيمة مالية تضاف إلى ذمة المتضرر، وينتقل الحق في هذا النوع من التعويض إلى الورثة دون الحاجة إلى اتفاق بين المتضرر قبل وفاته وبين المسؤول عن الضرر، أو دون انتظار صدور حكم نهائي بالتعويض^(١). وذلك في القانون المدني العراقي وبمطالبة الدائن به أمام القضاء بموجب القانون المدني المصري لذا يحق للورثة المطالبة به، وغالبا ما تقضي به المحكمة في صيغة مبلغ إجمالي يتضمن نفقات العلاج والعجز عن العمل يمكن للورثة المطالبة بها. ويرى جانب من فقه القانون المدني المصري^(٢) بأنه إذا ما أدى الفعل الضار إلى وفاة المضرور بعد الحادث مباشرة، فإن ذلك لا يحول دون استقرار الحق للمضرور في التعويض قبل وفاته عن الضرر المادي الذي أصابه ومن ثم يدخل في عناصر تركته ويحق لورثته مطالبة المسؤول بجبر الضرر المادي الذي سببه لمورثهم نتيجة عمله غير المشروع، لا من الجروح التي أحدثها الفعل الضار فحسب، ولكن من الموت الذي أدت إليه هذه الجروح باعتباره من مضاعفاتها.

ثانياً: تقدير التعويض عن الأضرار الأدبية التي أصابت المتوفى نفسه.

ويقصد بهذا النوع من التعويض التعويض عن الأضرار الأدبية التي تصيب المتضرر قبل موته وقد حددت الفقرة الثالثة من المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي كيفية انتقاله إلى الورثة، أو كيفية مطالبة الورثة به بإسم مورثهم، فنصت على أنه (لا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق او حكم نهائي)، وإلى نفس الغاية ذهبت الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه (يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء). وينبغي التمييز بين نوعين من الأضرار الأدبية

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز، مصدر سابق، ص ٢٤٨.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٤٤٤.

الناجمة عن موت المتضرر، الأول هو الضرر الأدبي الذي أصاب المتوفى نفسه، والذي نحن بصددده الآن، والثاني هو الضرر الأدبي الذي أصاب الغير نتيجة موت المتضرر، فبالنسبة إلى الضرر الأدبي الذي أصاب المتوفى نفسه، فقد اشترطت الفقرة الثالثة من المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي السالفة الذكر لإمكانية انتقال التعويض عنه إلى الغير وهم ورثة المتوفى المتضرر، أن يتحدد مقداره بمقتضى اتفاق بين المتوفى المتضرر قبل وفاته وبين المسؤول عن الضرر، أو أن يصدر فيه حكم نهائي، ولا يصير التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المتوفى نفسه قيمة مالية وينتقل إلى الغير، إلا بهاتين الطريقتين، فإذا مات المتضرر 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^(١). وينتقد جانب من فقه القانون المدني العراقي^(٢) الحلول التي جاءت بها هذه الفقرة على أساس كونها غير عادلة أو منصفة، لاحتمال وفاة المتضرر الذي له الحق في 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، بعكس التعويض عن الضرر المادي الذي يمثل قيمة مالية تضاف إلى ذمة المتضرر قبل صدور الحكم النهائي به أو الاتفاق على مقداره فينتقل إلى الورثة. أما الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري فقد اشترطت لإمكانية انتقال

(١) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٢٢.

(٢) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ١، ٢٠١٢، ص ٣٠٧.

التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المتوفى نفسه إلى الغير، أي ورثته، 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 أما القضاء للمطالبة بالتعويض وقد تعرضت الحلول التي جاءت بها هذه الفقرة أيضاً إلى انتقاد جانب من فقه القانون المدني المصري^(١)، على أساس إمكانية ضياع حق المضرور في التعويض، إذا ما توفي المضرور قبل الاتفاق مع المسؤول أو قبل رفع الدعوى إلى القضاء فلا ينتقل الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحقه إلى ورثته بل يزول هذا الحق بوفاته، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فإننا نرى بأن اشتراط الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري لشرط المطالبة القضائية بالتعويض لانتقال الحق بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المتوفى نفسه إلى الغير أكثر منطقية من اشتراط الفقرة الثالثة من القانون المدني العراقي لشرط صيرورة الحكم 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. ويتمثل هذا النوع من الأضرار الأدبية بالمعاناة والآلام النفسية التي لحقت بالمتضرر قبل وفاته. أما الضرر الأدبي الذي يصيب الغير من ورثة المتوفى وأقاربه فهو ضرر مباشر ينشأ لهم ابتداءً، ويعرف بالضرر الأدبي المرتد والذي سوف نتطرق إليه لاحقاً. وغالباً ما تقضي المحكمة بالتعويض عن الأضرار الأدبية التي أصابت المتوفى نفسه في صيغة مبلغ إجمالي يقدر جزافاً، ويتضمن التعويض عن الضررين المادي والأدبي^(٢)، على الرغم من صعوبة تقدير التعويض عن الأضرار الأدبية وكما أسلفنا من قبل.

(١) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٣٤٩ ينظر أيضاً د. رمضان أبو السعود،

مصدر سابق، ص ٣٦٦.

(٢) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٩٨.

المتضرر لجبر الضرر الذي تعرض له، وذلك وفقاً للشروط

الثانية من المادتين (٢٠٩) و(٢١٠) من القانون المدني العراقي، ويقصد بالضرر الذي يلحق بالغير نتيجة موت المتضرر، مجموعة الأضرار الشخصية التي تلحق بالأقارب، سواء أكانوا من ورثة المتوفى كالأزواج والأقربين من الأسرة وبقيّة الورثة كالمعولين من غير الورثة، ويشترط أن يكون الضرر الذي لحق بأصحاب الحق في التعويض ضرراً شخصياً بسبب موت المتضرر، وهو ما يعترف بالضرر المرتد، والذي يقصد به الأذى الذي يصيب شخصاً آخر بالتبعية نتيجة الإصابة الأصلية التي لحقت بالمتضرر الأصلي، أي أن الضرر الذي يصيب شخصاً معيناً قد ينعكس فيصيب شخصاً آخر غير المتضرر الأصلي بالتبعية. ويتحلل هذا النوع من الأضرار بدوره أيضاً إلى ضرر مادي وضرر أدبي، فيكون ضرراً مادياً مرتداً وهو الضرر المادي الذي يلحق بالغير نتيجة موت المتضرر^(١)، أو ضرراً أدبياً مرتداً، أي الضرر الأدبي الذي يلحق بالغير نتيجة موت المتضرر، وسوف نتحدث في تقدير التعويض عن هذين النوعين من الضرر المرتد:

أولاً: تقدير التعويض عن الضرر المادي الذي يلحق بالغير نتيجة موت المتضرر (تقدير التعويض عن الضرر المادي المرتد).

وتعالج هذه الحالة تقدير التعويض عن الضرر المادي الذي يلحق بالغير والمتمثل بالحرمان من الإعالة بسبب موت معيله المتضرر الأصلي، وسواء أكان المстал صاحب الحق في التعويض من ورثة المعيل المتوفى أم من غير ورثته^(٢)، فيستحق المстал التعويض عن الأضرار الشخصية التي لحقت به بسبب موت معيله الذي كان ينفق عليه، مما أدى إلى حرمانه من إعالة المتوفى المتضرر، وقد نظمت المادة (٢٠٣) من القانون المدني العراقي

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٤٤٤.

(2) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٣١.

التعويض عن الأضرار المادية التي تلحق بالأشخاص المتضررين من وفاة المصاب نتيجة الأعمال غير المشروعة، التي تقع على النفس البشرية وتؤدي إلى إزهاقها، والذين كانوا يحصلون على العون أو المساعدة المالية والإعالة من المتضرر المتوفى. إذ نصت على أنه (في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح أو أي فعل ضار آخر يكون من أحدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الأشخاص الذي كان يعيلهم المصاب وحرموها من الإعالة بسبب القتل والوفاة)^(١). ويتبين من هذا النص بأنه عالج موضوع التعويض عن الأضرار المادية الناجمة عن الحرمان من الإعالة التي كان يحصل عليها بعض الأشخاص وذلك بالتبعية بسبب الإصابة الأصلية التي تعرض لها معيلهم المتوفى، والذي كان يعيلهم ويقدم لهم العون والمساعدة المالية أو المادية، ويرى جانب من فقه القانون المدني في العراق^(٢) بأن المقصود بالإعالة هو ما يحتاج إليه الإنسان من طعام وشراب وسكنى وكسوة وغيرها من ضروريات الحياة، وأنه لا يشترط في المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي المرتد أن يكون المتضرر المعال من ورثة المتوفى المعيل، وكل ما يشترط أن يكون المعال من بين الأشخاص الذين يتلقون العون أو المساعدة المالية في معيشتهم من المتوفى، مما يعني أنه يمكن حرمان بعض الورثة من المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية، إذا كانوا أغنياء أو موسرين، وإعطاء هذا الحق إلى أشخاص آخرين على الرغم من عدم

(١) لا يوجد في القانون المدني المصري نص يقابل نص المادة (٢٠٣) من القانون المدني العراقي، إلا أنه يمكن التعويض عن الضرر المادي الذي يلحق بالغير نتيجة موت المتضرر (التعويض عن الضرر المادي المرتد) على أساس القواعد العامة، وفقاً للفقرة الأولى من المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري المذكورة آنفاً.

(٢) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الخطأ، ج ٢، مصدر سابق، ص ٣٥٥.

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٤٤٤.

ارتباطهم بالتوفى برابطة القرابة أو المصاهرة، وكل ما يشترط هو أن يكون المتضرر فقيرا يعتمد في معيشته على العون والمساعدة المالية من المتوفى. ويرى جانب من فقه القانون المدني في مصر بأن الحق في التعويض عن الضرر المادي المرتد الناجم عن وفاة المضرور ينشأ عندما يكون لتلك الوفاة أثر أو ارتداد مباشر على أشخاص آخرين تربطهم بالمضرور رابطة مادية كإعالة شخص لا يكون المضرور ملزما قانونا بالنفقة عليه. ويمكن للمعالين أصحاب الحق في التعويض عن الضرر المادي المرتد أن يرفعوا دعوى مباشرة للمطالبة بالتعويض عن الضرر المادي المرتد بأسمائهم الخاصة وليس بإسم المتوفى المتضرر الأصلي، وتتميز هذه الدعوى عن الدعوى التي يرفعها الورثة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية الأصلية التي أصابت المتوفى المتضرر نفسه^(١)، وغالبا ما تقدر المحكمة التعويض عن الضرر المادي المرتد في صورة تعويض نقدي مقسط، ولا سيما إذا كان المتضرر قاصرا أصابه ضرر مادي مرتد وبالترتبة نتيجة فقدته لمعيه تمثل بانقطاع مورد رزقه، وهو حقه في النفقة تجاه معيله المتوفى، فيجوز أن تقضي له المحكمة بتعويض نقدي مقسط إلى حين بلوغه سن الرشد، تعويضا عن حرمانه من مصدر رزقه، وإذا كان المعال من ورثة المتوفى ففي هذه الحالة يثبت له حقان في التعويض، الأول هو حقه في التعويض عن الضرر المادي المرتد الذي لحق به شخصيا بسبب وفاة معيله وأدى إلى حرمانه من الإعالة، والثاني حقه في التعويض عن الضرر المادي الأصلي الذي أصاب المتوفى المتضرر نفسه والذي ينتقل إليه عن طريق الميراث.

ثانيا: تقدير التعويض عن الضرر الأدبي الذي يلحق بالغير نتيجة موت المتضرر (تقدير التعويض عن الضرر الأدبي المرتد).

تعالج هذه الحالة تقدير التعويض عن الضرر الأدبي المرتد الذي يلحق بزواج المتوفى المتضرر والأقربين من أسرته بسبب المعاناة والحزن

(1) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٤٢.

والآلام النفسية التي تعترضها لها نتيجة فقدي المتوفى ويظهر بقرى مباشر وقد
 ختدوت الفقرة الثانية من المادتين (٢٠٥) من القانون المدني العراقي
 و(٢٢٢) من القانون المدني المصري هذا النوع من التعويض، إذ نصت
 الفقرة الثانية من المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي على أنه يجوز ان
 يقضى بالتعويض للأزواج والأقربين من الأثرة عما يصيبهم من ضرر
 أدبي بسبب موت المصاب) وقد ختدوت هذه الفقرة أصحاب الحق في
 التعويض عن الضرر الأدبي المرتد الذي يلحق بعضاً من ورثة المتوفى
 المصاب وهم الأزواج والأقربين من الأسرة، والذين تتولى المحكمة تحديد
 المقصود بهم (أي بالأقربين) والذين تسبب موت المصاب في إصابتهم بألم
 نفسي في شعورهم وعاطفتهم، لذا فإن حقهم في المطالبة بالتعويض عن
 الضرر الأدبي المرتد هو حق ينشأ لهم ابتداء ولا يتقبل إليهم عن طريق
 الميراث لأنه يهدف إلى جبر ضرر مباشر نشأ لهم ابتداءً أيضاً^(١)، وهو ضرر
 مرتد، فلا يعد جزءاً من تركة المتوفى المصاب، ولا تطبق عليه قواعد
 الميراث فيما يحصل تحديد أنصبتهم، ولكن يترك أمر تحديد للقضاء،
 فيحصلون عليه بالقدر الذي يحدده القاضي لهم، وبما يتناسب مع إصابتهم
 كل منهم من ألم نفسي، إذ قد لا يحصل عليه جميع ورثة المتوفى
 المصاب، بل يقضى بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد الذي يصيب بعض
 ذوي المتوفى المصاب بطريق مباشر، لكل من أصابه منهم ألم حقيقي
 بموت المصاب^(٢)، وغالباً ما تقوم المحكمة بتقدير هذا النوع من التعويض
 في صيغة مبلغ نقدي إجمالي يقدر جزافاً، على الرغم من صعوبة تقدير
 التعويض عن الأضرار الأدبية الناشئة عن الآلام النفسية والمعاناة. في حين
 نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري على أنه

(1) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١، مصدر سابق،

الصفحة ٢٢٧.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٧٢٩.

(ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عمّا يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب) وقد حددت هذه الفقرة بدورها أصحاب الحق في التعويض عن الضرر الأدبي المرتد الذي يلحق بعضاً من ورثة المتوفى، والذين يقتصر الحق في المطالبة بالتعويض عليهم، وهم الزوج الحي للمتوفى المضرور وأقاربه إلى الدرجة الثانية وهم الأبوان والجدان والجدتان والأولاد وأولاد الأولاد والأخوة والأخوات، ويرى جانب من فقه القانون المدني المصري^(١) بأن القاضي غير ملزم بتعويض كل هؤلاء عن الضرر الأدبي المرتد الذي لحق بهم نتيجة موت المضرور بل عليه أن يقصر التعويض على من أصابه ألم حقيقي نتيجة موت المضرور. وقد سارت محكمة التقض المصرية في هذا الاتجاه أيضاً وجاء في أحد أحكامها^(٢) بأن (الأصل في المسألة المدنية وجوب تعويض كل من أصيب بضرر يستوي في ذلك الضرر المادي والضرر الأدبي، على أنه إذا كان الضرر أدبيا وناشئاً عن موت المصاب، فإن أقرباءه لا يعوضون جميعهم عن الضرر الذي يصيبهم شخصياً، إذ قصر المشرع في المادة (٢/٢٢٢) من القانون المدني التعويض على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ولازم ذلك أن المشرع إن كان قد خص هؤلاء الأقارب بالحق في التعويض عن الضرر الأدبي. فلم يكن ليحرمهم مما لهم من حق أصيل في التعويض عن الضرر المادي إن توافرت شروطه). ومرة أخرى فإننا نرى بأن موقف المشرع المصري بتحديد الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد الذي يلحق بعضاً من ورثة المتوفى تحديداً دقيقاً أفضل من موقف المشرع العراقي الذي أعطى هذا

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ١، المصدر نفسه، ص ٧٢٩ ينظر أيضاً د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٣٦٥، د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٣٤٩.

(2) الطعن ٤٥٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ س ١٥ ص ٦٣١ نقلاً عن د. معوض عبد التواب، المرجع، ج ٣، مصدر سابق، ص ٢٤٧.

الحق، فضلا عن الأزواج، إلى الأقربين من الأسرة وجعل تحديد المقصود بهم (أي بالأقربين) منوطا بالسلطة التقديرية للمحكمة.

الفرع الثالث

تقدير التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن العمل غير المشروع

لقد بحثنا بالتفصيل في الفرع السابق كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي على اختلاف أنواعه، ولم يكن الهدف من تخصيص هذا الفرع إلا الالتزام بالتقسيم الثلاثي للضرر إلى مادي وجسمي وأدبي، على الرغم من أن تقدير التعويض عن الضرر الجسمي تناول تقدير التعويض عن الضرر الأدبي على اختلاف أنواعه أيضا، لذا فإن ما نريد أن نؤكد هنا مرة أخرى هو الصعوبة التي تواجهها المحاكم في تقدير هذا النوع من التعويض، ولاسيما إذا كان تعويضا نقديا مقدرا بمبلغ من النقود، وذلك بسبب صعوبة تقدير قيمة المشاعر الإنسانية كالآلام النفسية^(١)، إلا أن القضاء العراقي دأب على تبني وسيلة التعويض النقدي عن الضرر الأدبي مستعينا بالخبراء من المختصين في تقدير التعويض، وسارت محكمة تمييز العراق في هذا الاتجاه وجاء في أحد أحكامها^(٢) بأن (المميز عليه/المدعي يستحق التعويض الأدبي لما لحقه من تعدي ومساس بسمعته ومركزه الاجتماعي عملا بأحكام المادة (٢٠٥) من القانون المدني وأن المحكمة استعانت بثلاثة خبراء من المختصين في تقدير التعويض وقدموا تقريرهم وكان غير مغالتي به مما اعتمدته المحكمة سببا لحكمها المميز تطبيقا للمادة (١٤٠/أولا) من لقانون الإثبات لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون

(١) يرى الفقيه الكبير الأستاذ السنهوري بأن التعويض عن الضرر الأدبي لا يعني محوه وإزالته من الوجود. فالضرر الأدبي لا يزول بتعويض مادي، فالحسارة لا تزول وكل ما في الأمر أن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٧٢٦.

(٢) حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم ١٤٠٢/الهيئة الاستئنافية/منقول/٢٠١٣/٢٠١٣/٨/٦ في الهيئة الاستئنافية منقول في محكمة التمييز الاتحادية، منشور في مجلة التشريع والقضاء - السنة السادسة - العدد الثاني - نيسان - حزيران ٢٠١٤، ص ١٩٣.

التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق)، كما يمكن اللجوء إلى وسيلة التعويض بمقابل غير نقدي للتعويض عن الضرر الأدبي، كان تأمر المحكمة بأداء أمر معين لمصلحة المتضرر مثل الأمر الذي تصدره المحكمة إلى المسؤول عن الضرر في الحكم الصادر في دعاوى القذف بنشر الحكم الصادر بإدائته في الصحف وعلى نفقته، كتعويض غير نقدي عن الضرر الأدبي، ويعرف بالتعويض الأدبي. كما تبنى القضاء المصري نفس الوسيلتين في تقدير التعويض الناجم عن العمل غير المشروع، ولاسيما وسيلة التعويض النقدي عن الضرر الأدبي، إذ غالباً ما تقضي المحاكم المصرية للمضروب بتعويض نقدي عن الضرر الأدبي يدخل ضمن نطاق المبلغ الإجمالي المقدر جزافاً، والذي يتضمن التعويض عن الضرر المادي والأدبي، وذلك بمبلغ واحد دون أن تبين قيمة كل منهما على حدة، حيث أن هذا التخصيص ليس بلازم قانوناً، وقد سارت محكمة النقض المصرية في هذا الاتجاه، وجاء في أحد أحكامها بأن (من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن محكمة الموضوع متى بينت في حكمها عناصر الضرر المستوجب للتعويض فإن تقدير مبلغ التعويض الجابر هو مما تستقل به ما دام لا يوجد في القانون نص يلزمها باتباع معايير معينة في خصوصه، كما أن من المقرر أيضاً أنه لا يعيب الحكم أن يقدر التعويض عن الضرر المادي والضرر الأدبي جملة بغير تخصيص لمقدار كل منهما إذ ليس هذا التخصيص بلازم قانوناً^(١)).

الفرع الرابع

مقارنة موقف القانونين المدنيين العراقي والمصري بموقف القانون الإنكليزي بخصوص تقدير التعويض

بعد أن بحثنا في كيفية تحديد معالجات الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني في القانون الإنكليزي، وتقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري، فإننا سوف

(1) الطعن ١٦٠٩ لسنة ٥٠ق - جلسة ١٩٨٤/٣/٢٧ نقلاً عن د. معوض عبد التواب، المرجع، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤٠١.

نقوم بمقارنة موقف القانونين المدنيين العراقي والمصري بموقف القانون الإنكليزي من حيث مسألة تقدير التعويض ، وذلك عن طريق بيان أوجه الشبه والاختلاف بين هذين النظامين. وكما يأتي :

أولاً: أوجه الشبه بين القانون المدني العراقي والقانون الإنكليزي بخصوص تقدير التعويض.

١- يتشابه القانونان المدنيان العراقي والمصري مع القانون الإنكليزي من حيث أن كل القوانين الثلاثة أخذت بنظام التعويض الكامل لجبر الضرر الذي لحق بالمدعي المتضرر، بتعويضه بما يساوي ما لحقه من ضرر، وبحيث يكون التعويض وسيلة لجبر الضرر وليس لتحقيق الربح للمتضرر أو لتكبده خسارة.

٢- ويتشابه القانونان المدنيان العراقي والمصري مع القانون الإنكليزي من حيث أن عناصر التعويض عن الضرر المادي في القانونين المدنيين العراقي والمصري تتكون من الخسارة اللاحقة والكسب الفائت ، وكذلك الحال بالنسبة إلى التعويضات عن الأضرار المالية في القانون الإنكليزي ، والتي تمثل إحدى نوعي التعويضات عن الأضرار الشخصية^(١) ، فإنها تتكون من التعويضات عن خسارة العوائد المالية الحالية أو الفعلية والتي تقابل عنصر الخسارة اللاحقة في القانونين المدنيين العراقي والمصري ، والتعويضات عن خسارة العوائد المالية المستقبلية والتي تقابل عنصر الكسب الفائت.

٣- ويتشابه إصدار الأمر القضائي في القانون الإنكليزي مع الحكم بالتعويض العيني في القانونين المدنيين العراقي والمصري ، من حيث أن الأول يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة الإنكليزية ويخضع الثاني للسلطة الجوازية للمحكمة العراقية والمصرية.

٤- يتم تقدير التعويضات عن الأضرار الشخصية الحالية في القانون الإنكليزي في صيغة مبلغ إجمالي ، كما يتم تقدير التعويض النقدي في

(1) Jenny steele, ibid, P.157.

القانونين المدنيين العراقي والمصري من حيث الأصل في صيغة مبلغ إجمالي.

٥- كما يتشابه موقف القانونين المدنيين العراقي والمصري مع موقف القانون الإنكليزي من حيث أن تقدير التعويض التقدي عن طريق حساب عنصر الكسب الفائت على المتضرر في القانونين المدنيين العراقي والمصري يتم في صيغة مبلغ إجمالي ثم يدفع إلى المتضرر، إلا أنه يراعى في حالة العجز المؤقت للمتضرر دفع مبلغ التعويض التقدي على شكل إيراد مرتب لمدة معينة، وفي حالة العجز الدائمي، سواء أكان كلياً أم جزئياً، دفع مبلغ التعويض التقدي على شكل إيراد مرتب مدى حياة المتضرر^(١)، وكذلك الحال بالنسبة إلى تقدير التعويضات عن خسارة العوائد المالية المستقبلية في القانون الإنكليزي^(٢)، فتقوم المحكمة الإنكليزية في هذه الحالة بتقدير مقدار التعويض كمبلغ إجمالي ثم تدفعه إلى المتضرر في صورة إيراد مرتب لمدة معينة أو مدى الحياة، وتتمثل نقطة البداية في حساب الخسارة المستقبلية للعوائد بالفرق بين قيمة الدخل قبل الحادثة وبعدها والذي يعرف بصافي الخسارة السنوية.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين القانونين المدنيين العراقي والمصري من جهة وبين القانون الإنكليزي من جهة أخرى بخصوص تقدير التعويض.

١- ينطوي التعويض العيني في القانون المدني العراقي على صورتين هما إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، ورد المثل في المثليات، وهو نفس موقف القانون المدني المصري وإن لم ينص على الصورة الثانية (أي رد المثليات) باعتبارها تطبيقاً للصورة الأولى، أما الأوامر القضائية الصادرة عن المحاكم الإنكليزية فلا تصلح جميعها كوسائل للتعويض

(1) ينظر في الفقه المصري مثلاً د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٣٩٥، ود. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٣٨٠، وفي الفقه العراقي د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مصدر سابق، ص ٤٧٧.
(2) Jenny steele, ibid, P.501.

العيني ، كالأمر القضائي الوقتي الذي يمثل وسيلة لتحقيق القضاء المستعجل والوقتو وليس لجبر الضرر.

٢- خلط القانون الإنكليزي ولم يميز بوضوح ، وعلى ما يبدو بين التعويض النقدي المقسط والمعروف بالمدفوعات الدورية (**periodical payments**) وبين التعويض النقدي بشكل أيراد مرتب مدى الحياة (**life annuity**) وخصص كليهما للتعويض عن الإصابات الخطيرة التي تترتب عليها أضرار تتمثل بالعجز الدائم ، على الرغم من أنه فرق بينهما من حيث الوظيفة ، فجعل وظيفة التعويض النقدي بشكل أيراد مرتب مدى حياة المتضرر توفير مستوى لائق من الدخل الدائم للمتضرر مدى حياته^(١) . أما وظيفة المدفوعات الدورية (أي التعويض النقدي المقسط) فهي توفير العناية والرعاية الطبية اللازمتين للمتضرر العاجز طيلة حياته ، أما في القانونين المدنيين العراقي والمصري ، فعلى الرغم من أن نص الفقرة الأولى من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي والفقرة الأولى من المادة (١٧١) من القانون المدني المصري لم يميزا بوضوح بين حالات استعمال التعويض النقدي المقسط والتعويض النقدي على شكل أيراد مرتب مدى الحياة وعدا التعويض صحيحا سواء أكان أقساطا أم إيرادا مرتبا. إلا أن فقه القانون المدني في العراق^(٢) ومصر ميز بوضوح بين استعمال التعويض النقدي المقسط والتعويض النقدي على شكل أيراد مرتب مدى حياة المتضرر ، وعد الأول أفضل طريقة لتقدير التعويض النقدي عن الضرر المادي الذي يلحق بالغير نتيجة موت المتضرر ، والمتمثل بالحرمان من الإعالة ، لاسيما إذا كان المتضرر قاصرا أصابه ضرر مادي

(1) Catherine Elliott and France Quinn, *ibid*, P.378.

(2) ينظر فقه القانون المدني العراقي د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ١٥٧ ود. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، مصدر سابق ، ص ٤٧٦ و ٤٧٧. وينظر في فقه القانون المدني المصري د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص ٣٨٠. ود. رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص ٣٩٥.

مرتد بالتبعية نتيجة فقدته لمعيله تمثل بانقطاع مورد رزقه، فإن أفضل طريقة لتعويضه هو منحه مبلغا تقديريا في صورة تعويض نقدي مقسط إلى حين بلوغه سن الرشد وكذلك في حالة تعرض المضرور إلى إصابة غير مميتة فيتم تقسيط التعويض حتى يشفى المضرور من إصابته. أما الثاني، أي التعويض النقدي على شكل إيراد مرتب لمدى حياة المضرور فهو أفضل طريقة لتقدير التعويض النقدي لجبر الضرر المتمثل بالعجز الجزئي أو الكلي الدائم.

٣- يتم التعويض عن الحرمان من مباحج الحياة في القانون الإنكليزي بعده نوعا من أنواع التعويضات عن الأضرار غير المالية عن طريق التعريفات (Tariffs) وهي الجداول أو القوائم التي تتضمن مقادير التعويض عن هذا النوع من الأضرار، كما ذكرنا سابقا، أما التعويض عن هذا النوع من الأضرار في القانونين المدنيين العراقي والمصري فإنه يدخل ضمن التعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيب الجسم^(١) والذي غالبا ما تقضي به المحكمة في صيغة مبلغ إجمالي مقدر جزافا كتعويض عن الضرر المادي والأدبي^(٢).

٤- ينطوي القانون الإنكليزي على وسائل بديلة في تقدير ودفع التعويضات من أبرزها نظام المنح المؤقتة (interim awards) الذي يهدف إلى توفير مورد مالي للمدعي ينفق منه على نفسه وعائلته أثناء سير الدعوى وقبل صدور الحكم بالتعويض، ولاسيما إذا كان المدعي معسرا والمدعى عليه موسرا، وتسببت الإصابة في انقطاع مصدر رزق أو دخل المدعي، أو تطلب علاجاً فورياً بتفقات باهظة لم تكن متوافرة لديه، فالقانون الإنكليزي يتضمن هذه الوسيلة التي من شأنها التغلب على مثل هذه المشكلات التي يثيرها طول الفترة الزمنية التي يستغرقها النظر في قضايا الأضرار الشخصية، أما القانونان المدنيان العراقي والمصري وبالمقابل، فإنهما لم يتضمنا مثل هذه الوسيلة، ولا مناص من الرجوع إلى

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٧٢٣.

(2) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٩٨.

نظام القضاء المستعجل في قانون المرافعات والذي يعد نظام الإسعاف القانوني^(١)، ويقي حياة الإنسان من الخطورة بسرعة مجده، كما يقي المراكز القانونية من الأخطار التي تكتنفها بسبب طول فترة التقاضي، فيسعف القضاء المستعجل المدعي المتضرر أو المصاب بقرار مؤقت مشمول بالفاذ المعجل وقابل للتنفيذ بمجرد صدوره وبإجراءات مختصرة ويسيرة وبمواعيد قصيرة. ويتمكن المدعي المتضرر من الحصول على قرار مؤقت وسريع دون المساس بأصل الحق الذي يبقى سليماً قيد النظر أمام محكمة الموضوع إلى حين الفصل في المنازعة^(٢)، ومن أمثلة ذلك طلب المدعي تقرير نفقة مؤقتة، إذا كان حقه ظاهراً بسبب حاجته العاجلة إلى المال، واعتماده في معيشته على الدين، ريثما يتم الفصل في أصل الحق.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدراسة فضلاً عن بعض التوصيات التي نراها ضرورية وكما يأتي:

أولاً: النتائج.
توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

١- لقد تبين لنا بأن قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي تضمن مجموعة من المعالجات لجبر الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني وهي وسائل يتيحها القانون والإنصاف لجبر الأضرار التي يتعرض لها المدعي المتضرر نتيجة الخطأ المدني الذي يرتكبه المدعى عليه وإخلاله بالتزامه القانوني بعدم الإضرار بالآخرين. وتنطوي هذه المعالجات على وسيلتين رئيسيتين لجبر الأضرار، وهما التعويضات والأمر القضائي.

- (1) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أبريل، ٢٠١٣، ص ٥٣٥.
- (2) د. احمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة عشرة، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون سنة طبع، ص ٣٥٠.

٢- ثبت لنا بأن المعالجات العينية تكون أوسع نطاقا في معالجة الأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد مقارنة بمعالجة الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني، إذ تتضمن المعالجات الإنصافية للأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد التنفيذ العيني (specific performance) فضلا عن الأوامر القضائية، أما المعالجات الإنصافية للأضرار الناجمة عن الخطأ المدني فلا تتضمن سوى الأوامر القضائية.

٣- إن التعويضات في القانون الإنكليزي هي مبالغ نقدية تقضي بها المحكمة للمدعي لجبر الأضرار الناجمة عن الخطأ المدني وتهدف إلى وضعه في الوضع الذي كان يفترض أن يكون فيه لولا قيام المدعي عليه بارتكاب الخطأ المدني ضده. وتصنف إلى نوعين رئيسيين هما التعويضات المعادلة والتعويضات غير المعادلة.

٤- كما ثبت لنا بأن التعويض عن الأضرار الشخصية هو من أبرز أنواع التعويضات المعادلة، ويقسم التعويض عن الأضرار الشخصية إلى قسمين بارزين هما: التعويضات عن الأضرار المالية والتعويضات عن الأضرار غير المالية.

٥- وتبين لنا بأن أهم مكونات التعويضات عن الأضرار المالية هي: التعويضات عن خسارة العوائد المالية الحالية أو الفعلية. والتعويضات عن خسارة العوائد المالية المستقبلية، ونفقات ما قبل صدور الحكم بالتعويض والنفقات التي ينفقها شخص آخر على المدعي المتضرر.

٦- أما التعويضات عن الأضرار غير المالية فتغطي مسألتين مهمتين هما الحرمان مباحج الحياة وكذلك الآلام والمعاناة.

٧- كما تبين لنا بأن التعويضات غير المعادلة في القانون الإنكليزي تنطوي على أربعة أنواع هي: التعويضات الأزدرائية والتعويضات الاسمية والتعويضات المتفاقمة أو المشددة والتعويضات الجزائية أو الاتعابية.

٨- أما الأمر القضائي فهو تكليف تصدره المحكمة وتأمّر بمقتضاه المدعى عليه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل. وتصنف الأوامر القضائية إما من حيث مضمون التكليف الذي تحويه وذلك إلى أوامر قضائية إلزامية وممانعة، أو من حيث مدة التكليف وذلك إلى أوامر قضائية مؤقتة ونهائية.

٩- لاحظنا تشدد المحاكم الإنكليزية في إصدار الأمر القضائي الوتقي، وتطلب من المدعي التعهد بدفع تعويضات عن أي ضرر أو خسارة قد تصيب المدعى عليه من تنفيذها، لأن الدعوى لا تزال قيد النظر أمام المحكمة، وأن إصدار هذا النوع من الأوامر لا يعني بأن المدعي قد كسب دعواه، لأنها تصدر في وقت مبكر جدا.

١٠- إن أهم وسائل التعويض العيني عن الضرر الناجم عن الفعل الضار في القانونين المدنيين العراقي والمصري هي وسيلة التعويض بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، ووسيلة التعويض برد المثل في المثليات وإن كان المشرع المصري لم ينص على وسيلة رد المثل في المثليات باعتبارها تطبيقاً من تطبيقات إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبول وقوع الضرر، أما أهم وسيلة تستعملها المحكمة للحكم بالتعويض بمقابل غير نقدي هي وسيلة التعويض عن طريق الحكم بأداء أمر معين لمصلحة المتضرر.

١١- يعد التعويض النقدي الوسيلة الغالبة في التعويض، عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري، فالأصل في التعويض أن يكون في صورة مبلغ من النقود، والأصل كذلك أن يقدم هذا المبلغ دفعة واحدة في صيغة مبلغ نقدي إجمالي يقدر جزافاً، إلا أنه يجوز أن يكون التعويض النقدي بشكل أقساط أو على شكل إيراد مرتب. ويتخذ هذا الشكل

الأخير صورتين فهو إما أن يكون إيراداً مرتباً لمدة معينة، أو إيراداً مرتباً مدى الحياة، أي مدى حياة المتضرر.

١٢- أما بخصوص التعويض التقدي على شكل إيراد مرتب، فإنه ينبغي أن نميز بين حالتين: الأولى إذا كان الضرر في صورة عجز مؤقت فإن أفضل طريقة لتعويض المتضرر عن الضرر هي أن تقضي له المحكمة بتعويض تقدي على شكل إيراد مرتب لمدة معينة، والثاني إذا كان الضرر في صورة عجز دائم، سواء أكان كلياً أم جزئياً فإن أفضل طريقة لتعويض المتضرر هي أن تقضي له المحكمة بتعويض تقدي على شكل إيراد مرتب مدى الحياة.

١٣- وتبين لنا بأن المحاكم الإنكليزية تلجأ إلى تقدير التعويضات عن الأضرار الشخصية الحالية في صيغة مبلغ إجمالي وفقاً لما يعرف بنظام التعويض الكامل، أما تقدير التعويضات عن خسارة العوائد المالية المستقبلية فيكون في صيغة صافي الخسارة السنوية.

١٤- كما لاحظنا بأن المحاكم الإنكليزية تقوم بتقدير التعويضات المتفاقمة أو المشددة بمبلغ تقدي أكبر مما هو معتاد، الأمر الذي يفسر هذا التشدد في تقدير التعويض بما يتناسب مع جسامه خطأ المدعى عليه الذي تسبب في تفاقم الضرر الذي تعرض له المدعي، والمتمثل بتفاقم الآلام النفسية نتيجة الجرح البالغ الذي أصاب مشاعره الإنسانية وكبرياءه.

١٥- ولاحظنا انتقاد الفقهاء الإنكليز لوجود التعويضات الجزائية في قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي لأن الوظيفة العقابية للقانون ينبغي أن تظهر في القانون الجنائي وليس المدني.

١٦- تستند المحاكم الإنكليزية على مجموعة من المبادئ الراسخة التي رسمت الخطوط العريضة للكيفية التي يتم فيها إصدار الأوامر القضائية ومن أبرز هذه المبادئ، مبدأ خضوع إصدار الأمر القضائي

للسلطة التقديرية للمحكمة ، ومبدأ إمكانية حلول التعويضات محل الأوامر القضائية إذا كان الأمر القضائي ينطوي على تغسف أو مشقة للمدعى عليه ، أو أن التعويضات كانت كافية لجبر الأضرار .

١٧- ويتبين لنا بأن تقدير التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري يتم في الغالب عن طريق التعويض التقدي ، على الرغم من إمكانية اللجوء إلى التعويض العيني ، وتقوم المحكمة بتقدير التعويض التقدي عن طريق حساب عنصرى التعويض عن الضرر المادي وهما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت ، وذلك في صيغة مبلغ إجمالي مقدر جزافا .

١٨- كما تبين لنا بأن تقدير التعويض عن الضرر الجسمي الناجم عن العمل غير المشروع في القانونين المدنيين العراقي والمصري ينقسم إلى نوعين الأول هو تقدير التعويض عن الضرر الجسمي الناجم عن إصابة المتضرر ، والثاني هو تقدير التعويض عن الضرر الجسمي الناجم عن موت المتضرر ، ويشتمل النوع الأول على تقدير التعويض عن الأضرار المادية والأدبية وكلاهما يتم عن طريق التعويض التقدي فبالنسبة إلى تقدير التعويض عن الأضرار المادية يكون عن طريق حساب عنصرى الخسارة اللاحقة والكسب الفائت ، أما تقدير التعويض عن الأضرار الأدبية فيكون في صيغة مبلغ إجمالي مقدر جزافا لصعوبة تقدير التعويض عن هذا النوع من الأضرار ، كما يشتمل النوع الثاني أيضا على تقدير التعويض عن الضرر الجسمي الذي يصيب المتوفى نفسه وتقدير التعويض عن الضرر الذي يلحق بالغير نتيجة موت المتضرر . فبالنسبة إلى تقدير التعويض عن الضرر الجسمي الذي يصيب المتوفى فإنه يضم تقديرا للتعويض عن الأضرار المادية ويكون تعويضا تقديا في صيغة مبلغ إجمالي مقدر جزافا لأنه يمثل قيمة مالية تضاف إلى ذمة المتضرر .

وتقديرًا للتعويض عن الأضرار الأدبية ويكون أيضًا تعويضًا نقديًا في صيغة مبلغ إجمالي مقدر جزافًا، إلا أنه لا ينتقل إلى الغير وهم ورثة المتوفى، إلا إذا تحدد مقداره بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي في القانون المدني العراقي، وبمقتضى اتفاق أو مطالبة الدائن المضرور به قضائياً في القانون المدني المصري. أما بالنسبة إلى تقدير التعويض عن الضرر الذي يلحق بالغير نتيجة موت المتضرر. فيتضمن تقدير التعويض عن الضرر المادي المرتد الذي يلحق بالغير نتيجة موت المتضرر والمتمثل بضرر حرمان المعال صاحب الحق في التعويض من إعالة معيله المتوفى، وغالباً ما تقضي به المحكمة في صورة تعويض نقدي مقسط، لاسيما إذا كان المتضرر قاصراً وإلى حين بلوغه سن الرشد، أو في حالة تعرض المضرور إلى إصابة غير مميتة فيتم تقسيط التعويض حتى يشفى المضرور من إصابته ويتضمن أيضاً تقدير التعويض عن الضرر الأدبي المرتد الذي يلحق بزواج المتوفى والأقربين من أسرته، في القانون المدني العراقي وبزواج المتوفى وأقاربه من الدرجة الثانية في القانون المدني المصري، ويكون تعويضاً نقدياً في صيغة مبلغ إجمالي مقدر جزافاً.

ثانياً: التوصيات.

وبعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة فإننا نقترح التوصيات الآتية :

١- نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة جديدة إلى المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي والخاص بالتعويض عن الضرر الأدبي، وذلك فيما يتعلق بتقدير التعويض عن الأضرار الأدبية الناجمة عن إصابة المتضرر بإصابة تقع على ما دون النفس البشرية (أي إصابة غير مميتة)، بحيث يمنح المحكمة سلطة تقديرية تميز لها القضاء بهذا النوع من التعويضات للمتضرر، وأن يكون التعويض نقدياً يتم تقديره في صيغة مبلغ إجمالي، ويكون النص المقترح كالآتي: (يجوز

أن يقضى بالتعويض للمتضرر من إصابة تقع على ما دون النفس من جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء عما يصيبه من ضرر أدبي بسبب المعاناة والآلام التي أصابت مشاعره وعواطفه ويقدر بمبلغ نقدي إجمالي).

٢- ونقترح على المشرعين العراقي والمصري تعديل نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي والفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري وبما يميز انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المتوفى نفسه إلى الغير وهم ورثته، دون اشتراط تحديد مقدار التعويض بمقتضى اتفاق أو صدور حكم نهائي فيه في القانون المدني العراقي، وبمقتضى اتفاق أو مطالبة الدائن المضرور به قضائيا في القانون المدني المصري، استثناء من القاعدة العامة في القانونين، وذلك في حالة إذا ما تسببت الإصابة في وفاة المتضرر فورا، وقبل اتفائه مع المسؤول على مقدار التعويض أو قبل صدور حكم قضائي نهائي يحدد مقداره، أو المطالبة القضائية من جانب الدائن المضرور، ولاسيما إذا عاصرت الوفاة الإصابة، وبما يحفظ للورثة حقهم في التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب مورثهم، أي المتوفى نفسه، وأن يكون التعويض نقديا يتم تقديره في صيغة مبلغ إجمالي، ويكون النص المقترح بالنسبة إلى القانون المدني العراقي كالآتي: (يجوز أن يقضى بالتعويض للمتضرر المتوفى من إصابة تقع على النفس فتزهقها من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء عما يصيبه من ضرر أدبي بسبب المعاناة والآلام التي أصابت مشاعره وعواطفه قبل موته، ولا يتنقل التعويض عن هذا الضرر إلى الغير، إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي، ما لم يكن المتضرر قد توفي فور إصابته، ويقدر بمبلغ نقدي إجمالي). أما النص المقترح لتعديل الفقرة الأولى

من المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري، فيكون كالآتي:
(يشتمل التعويض الضرر الأدبي أيضا، ولكن لا يجوز في هذه الحالة
أن ينتقل إلى الغير، إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به
أمام القضاء، ما لم يكن المضرور قد توفي فور إصابته ويقدر بمبلغ
تقدي إجمالي).

٣- كما نقتح على المشرع العراقي أن يضيف إلى نص المادة (٢٠٣) من
القانون المدني العراقي ما يفيد تقدير التعويض عن الضرر المادي
الذي يصيب المعال نتيجة حرمانه من الإعالة بسبب وفاة معيله،
وذلك بمبلغ تقدي مقسط، إذا كان المعال قاصرا فيكون النص المقترح
كالآتي: (في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح أو أي فعل
ضار آخر يكون من أحدث الضرر مسؤولا عن تعويض الأشخاص
الذين كان يعيلهم المصاب وحرموا من الإعالة بسبب القتل والوفاة
عن الأضرار المادية التي لحقت بهم، ويقدر التعويض بمبلغ تقدي
مقسط، إذا كان المعال قاصرا).

٤- ونقتح على المشرعين العراقي والمصري أن يحذوا حذو قانون
الأخطاء المدنية الإنكليزي ويأخذا بالتعويضات المتفاقمة أو المشددة
ويجيزا للمحاكم أن تقضي بتعويض تقدي مضاعف للمتضرر عما
يصيبه من ضرر أدبي جسيم في مشاعره الإنسانية إذا تسبب العمل
غير المشروع في تفاقم الضرر الذي لحق به والمتمثل بالآلام النفسية
التي عانى منها نتيجة السلوك الشائن للمدعى عليه والذي بلغ حدا
من الاستفزاز والإذلال عد فيه تعديا غير اعتيادي، لذا نقتح
عليهما النص الآتي: (يجوز أن يقضى بتعويض تقدي مضاعف
للمتضرر عما يصيبه من ضرر أدبي جسيم في مشاعره الإنسانية
وعواطفه، إذا تسبب العمل غير المشروع في تفاقم آلامه النفسية
الناجمة عن إذلاله).

المصادر
أولاً: المصادر باللغة العربية
أ- الكتب القانونية.

- ١- د. احمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة عشرة، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون سنة طبع.
- ٢- د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٦.
- ٣- د. جبار طه صابر، أساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.
- ٤- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الضرر، شركة التاميس للطبع والنشر والمساهمة، ١٩٩١.
- ٥- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الخطأ، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦.
- ٦- د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٧- د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١.
- ٨- د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، الطبعة الأولى، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢.
- ٩- د. سليمان مرقس، الوفاق في شرح القانون المدني، في الالتزام، في الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، بدون مكان طبع، ١٩٩٢.
- ١٠- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠.

- ١١- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣.
- ١٢- 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، ١٩٨٠.
- ١٣- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ١٤- د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون الضمان الاجتماعي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ٢٠٠٩.
- ١٥- د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل، ٢٠١١.
- ١٦- د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل، ٢٠١٣.
- ١٧- د. غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠.
- ١٨- د. مجيد حميد العنكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهرين، ٢٠٠١.
- ١٩- د. منذر الفضل، الوسنيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠١٢.
- ٢٠- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.

٢١- د. يامين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني،
الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات،
دراسة موازنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨.

ب- القوانين

١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

٣- قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي.

٤- تشريع المحكمة العليا الإنكليزي لعام ١٩٨١.

٥- تشريع المحاكم الإنكليزي لعام ٢٠٠٣.

٦- تشريع التعويضات الإنكليزي لعام ١٩٩٦.

ج- مجموعات أحكام القضاء

١- سلمان بيّات، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع
والنشر الأهلية، ١٩٦٢.

٢- د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون
المدني، الجزء الثاني، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، ٢٠٠٦.

٣- د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون
المدني، الجزء الثالث، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، ٢٠٠٦.

٤- مجلة التشريع والقضاء. السنة السادسة. العدد الثاني. نيسان -

حزيران ٢٠١٤

ثانياً: المصادر باللغة الإنكليزية.

- 1- Alastair mullis and Ken Oliphant, torts, 4th edition, palgrave memillan, 2011.
- 2- Carol Bernnan. Tort Law, concentrate (Revision and study guides) Second edition, oxford university press, 2013.
- 3- Catherine Elliott and France Quinn, Tort law, Eighth edition, Longman, Pearson education, 2011.
- 4- Cathy Okrent, torts and Personal injury law, Fifth ed. CENGAGE Learning, 2015.

- 5- Ewan mckendrick, contract law, 6th edition, Palgrave Macmillan, 2005.
- 6- Jenny steele, Tort law, Text, cases and Materials, Third edition, Oxford university press, 2014.
- 7- John cooke, law of tort. Fourth edition, Financial Times, Pitman publishing, 1999.
- 8- John Gunther Fleming, Carolyn sappideen, prue vines, Fleming's, The law of tort, Tenth edition, Thomson Reuters, Australia, 2011.
- 9- John willman, Brown: GCSE Law, ninth edition, Thomson, sweet and Maxwell, 2005.
- 10- Joseph W. Glannon. The law of tort, Fourth edition, wolters Kluwer, 2010.
- 11- Linda Edwards, Stanley Edwards, Patricia Kirtley Wells, Tort law, Fifth edition, DELMAR.CENGAGE Learning, 2012.
- 12- Marshall, S. Shapo. Principles of tort law, third edition, west Thomson Reuters, 2010.
- 13- Michael Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract, 15th ed. oxford university press, 2007.
- 14- Paul Richards, law of contract, fourth edition, financial times, pitman publishing, 1999.
- 15- Robert Duxbury. Nutshells, Contract Law, Fifth edition, sweet and Maxwell, 2001.
- 16- Treitel, the law of contract, Twelfth edition, sweet and Maxwell, 2010.
- 17- Vera Bermingham, Nutshells Tort, 6th edition, Thomson, sweet and Maxwell, 2003.
- 18- William P. statsky. Essentials of torts, Third edition, DELMAR, CENGAGE Learning, 2012.

الأحكام التلاعبية والمفهوم الجديد للرقابة القضائية
فى قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية

دكتور / محمد عبدالعال إبراهيم عبدالعال
مدرس بقسم القانون العام

مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الثانى ٢٠١٧

الأحكام التلاعبية والمفهوم الجديد للرقابة القضائية
فى قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية

المقدمة

فى الواقع، وكما يبين من عنوان تلك الدراسة، ينصرف حديثنا فى هذا المقام إلى التعريف ببعض الصور الغير تقليدية للحكم بعدم الدستورية الصادر عن القضاء الدستورى لدولة إيطاليا متمثلاً فى محكمتها الدستورية وهو الأمر الذى سيقودنا إلى فحص وتحليل تلك الصور بغية تحديد الدور الذى تلعبه فى خلق مفهوماً جديداً للرقابة القضائية تنفرد به المحكمة الدستورية الإيطالية ومدى تأثيرها على التحكم فى آثار القضاء بعدم الدستورية. غير أنه قبل الإنخراط فى موضوع الدراسة الرئيسى، رأينا أنه من الضرورى التطرق لضبط بعض المصطلحات القانونية التى تُشكل الإطار الأساسى لأى نظام قضائى دستوري، لاسيما وأن موضوع وفحوى الدراسة وثيق الصلة بالقضاء الدستورى المصرى.

دائماً ما يرتبط الحديث عن "النظام القضائى الدستورى" لدولة ما بالعديد من المصطلحات القانونية التى كثيراً ما يلتبس فهمها. مجرد القول بأن للدولة "نظاماً قضائياً دستورياً" أو "قضاءً دستورياً" يُنذر بتعارض ظاهر بين بعض المصطلحات القانونية مثل "الإختصاص الدستورى"، "الإختصاص العادى"، "المحاكم الدستورية"، و"المحاكم العادية"، الأمر الذى يتعين معه ضبطها وتحديد مدلولها.

يُقصد "بالإختصاص الدستورى" قوة المحكمة -أى محكمة- أو أحد الهيئات المماثلة للفصل فى مدى توافق القوانين مع المتطلبات والإشترطات الدستورية على أن يكون لحكمتها تأثيراً حاسماً على النتائج القانونية. على خلاف ذلك، ينصرف معنى مصطلح "الإختصاص العادى" إلى القوة المعتادة والمتفق عليها التى تملكها المحكمة -أى محكمة- لتفسير وتطبيق القانون الغير دستورى. والمقصود "بالقانون الغير دستورى" هو ذلك القانون العادى الذى لا يتمتع بمكانة دستورية، غير أنه بالطبع يكون خاضع لرقابة القانون الدستورى.

أما "المحاكم العادية" هى تلك المحاكم التى تُمثل النسبة الأكبر فى البنيان القضائى للدولة والمُخول لها سلطة تفسير وتطبيق وتطوير القانون العادى الغير دستورى. تتبنى بعض الدول نظاماً موحداً لمحاكمها العادية، بحيث أن جميع القضايا تكون عرضة إلى مراجعة من محكمة عليا واحدة مثلما هو الحال فى الولايات المتحدة الأمريكية وكندا. على خلاف ذلك، تعتمد بعض الدول نظاماً تعددياً لمحاكمها العادية، بحيث يتم تخصيص دوائر مختلفة -مدنية، جنائية، أو إدارية- على أن يتأس كل منهما محكمة عليا تكون صاحبة القول الفصل فى المنازعات التى تملك ولاية الفصل فيها مثلما هو الحال فى ألمانيا.

أخيراً، ينصرف مفهوم "المحاكم الدستورية" إلى تلك الهيئات القضائية الخاصة التى تكون منفصلة عضوياً وموضوعياً، وأحياناً إجرائياً، عن بقية المحاكم التى يتشكل منها النظام القضائى "المحاكم العادية". وكما يبدو جلياً من ظاهر مصطلح "المحاكم الدستورية" أن تلك المحاكم

تختص، بنسبة قد تزيد أو تنقص على حسب النظام والبيئة القضائية التي تخدم فيها، بتفسير وتطوير القانون الدستوري.

غير أن ذلك لا يقدح في تسليمنا بأن تفسير الدستور لا يدخل ضمن الإختصاص الحصري لأي محكمة، حيث أن جميع المحاكم العادية منها و الدستورية تملك سلطة تفسير الدستور متى كان ذلك مثمراً للفصل في النزاع المعروض عليها، غير أن تلك الأخيرة هي الأكثر تعرضاً لتفسير النصوص الدستورية بحكم تخصصها وولايتها في التأكد من إتساق القوانين مع الأحكام والمبادئ الدستورية. ولا يقدح ذلك أيضاً في أن المعيار الواجب الإلتباع لتصنيف المحكمة كمحكمة دستورية هو فحوى السلطات التي تملكها والإختصاصات التي عُهد لها ممارستها، وليس مجرد التسمية. وبناء على ذلك، قد تعتمد بعض الدول إلى تسمية إحدى هيئاتها القضائية "بالمحكمة العليا" وعلى الرغم من ذلك تُصنف تلك المحكمة على أنها دستورية نظراً لما تمارسه من سلطة تفسير الدستور وإعمال الرقابة القضائية.

من اللافت للنظر أن عدداً متزايداً من الدول خاصة الأوروبية قد حرصت على إنشاء محاكم خاصة للفصل في المسائل الدستورية. على سبيل المثال، من الثمان والعشرين دولة التي تُشكل الإتحاد الأوروبي، ثمانية عشر دولة اعتمدت إنشاء محاكم خاصة تختص بنظر المسائل الدستورية.¹ من الجدير بالذكر، أن الدوائر القضائية التي لم يتم فصلها عضويًا عن الهيكل التنظيمي للقضاء، بل هي في الأصل ضمن إطار المحكمة العليا العادية يمكن إعتبارها محاكم دستورية حيث أنهم يؤدون مهام متشابهة مع تلك التي تؤديها المحاكم الدستورية في معناها الدقيق.² الأمر نفسه ينسحب على المحاكم العليا لبعض الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية وكندا فأحياناً يُشار إليهم كمحاكم دستورية بالنظر إلى العدد الكبير من المسائل الدستورية التي يتم الفصل فيها من قبلهم.

المركزية واللامركزية في النظم القضائية الدستورية

بعد تحديد المقصود بمصطلح "الإختصاص الدستوري" و"الإختصاص العادي"، يعن التساؤل حول ما هو المقصود "بمركزية النظام القضائي الدستوري" و"لامركزية النظام القضائي الدستوري". يُقصد بالمصطلح الأول ذلك النظام القضائي الذي تنشأ فيه محكمة واحدة فقط، بصرف النظر عن مُسماها سواء كانت دستورية أو عليا، وتكون مختصة بشكل حصري دون غيرها بالفصل في المسائل الدستورية. أما النظام اللامركزي للقضاء الدستوري، فينصرف معناه

¹ تلك الدول هي (النمسا، بلجيكا، بلغاريا، جمهورية التشيك، فرنسا، ألمانيا، المجر، إيطاليا، لاتفيا، ليتوانيا، لوكسمبورغ، مالطا، بولندا، البرتغال، رومانيا، سلوفاكيا، سلوفينيا وأسبانيا).

² أمثال ذلك الدوائر الدستورية في المحاكم العليا لكل من (كوستاريكا، السلفادور، هندوراس، نيكاراغوا، باراغواي، وفنزويلا).

إلى ذلك النظام الذى يتم فيه تمكين كل المحاكم على إختلاف أنواعها ودرجاتها بنظر المسائل الدستورية.^٣

بعبارة أكثر وضوحاً، فى النظم المركزية للقضاء الدستورى، يتم منح سلطة ممارسة الإختصاص الدستورى إلى هيئة قضائية واحدة على سبيل الحصر دون مشاركة من أى هيئة أخرى. على خلاف ذلك، فى النظم اللامركزية للقضاء الدستورى، لا يتم قصر ممارسة الإختصاص الدستورى على هيئة قضائية واحدة، بل تمارسه جميع المحاكم التى تتشكل منها السلطة القضائية.^٤

غير أنه وجب التنويه على أن النظام المركزى للقضاء الدستورى لا يُرسخ فقط إلى الفصل الجامد بين تلك المحكمة التى تختص وحدها دون غيرها بنظر المسائل الدستورية وبقية المحاكم الأخرى، بحيث تنقسم السلطة القضائية إلى سلطة قضائية عادية وسلطة قضائية دستورية، بل تتجاوز آثار هذا النظام ذلك لتفرض نظاماً قانونياً لكل سلطة مختلفاً فى فحواه الموضوعى والإجرائى. فالدول التى تتبنى مثل ذلك النظام تعتمد إلى تشكيل محاكمها الدستورية أو العليا من أعضاء مغايرين عن هؤلاء الذين تتشكل منهم المحاكم الأخرى، وكذلك يتم تعيينهم بطرق وآليات مغايرة عن تلك التى يتم تعيين أقرانهم بها. علاوة على ذلك، يُحظر تماماً على أعضاء المحاكم الدستورية أو العليا التدخل فى أعمال وإختصاصات المحاكم الأخرى والعكس صحيح.^٥

يأتى التساؤل الآن عن كيفية تأسيس نظاماً مركزياً للقضاء الدستورى. بعبارة أكثر وضوحاً، ما هى المتطلبات التى لابد وأن تتوافر لقيام مثل هذا النظام؟ وفقاً لما سبق بيانه فى شأن التفرقة بين النظامين المركزى واللامركزى للقضاء الدستورى، يتضح أن الدولة إذا ما قدرت إنشاء نظاماً مركزياً للقضاء الدستورى وجب عليها الآتى:

أ. تحديد موقع المحكمة الدستورية / العليا خارج التشكيل المعمول به فى شأن المحاكم العادية،^٦

ب. يأتى بعد ذلك، إختيار جعل هذه المحكمة -الواقعة خارج تشكيل المحاكم العادية-

٣. د. محمد عبد العال، القضاء الدستورى المقارن (دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية: ٢٠١٧)، ص. ٥.

٤. المرجع السابق.

٥. ينبغى التنويه هنا على أنه قد درج إستخدام مصطلح "السلطة القضائية العادية" للتعبير عن تلك المحاكم الغير دستورية المدنية والإدارية على السواء. ولا يقدر فى ذلك ما هو مُستقر فى مصر من التفرقة بين جهتى القضاء العادى والإدارى، حيث أنه فى مجال تصنيف الإختصاصات القضائية بين دستورية وعادية، تُمثل جهتى القضاء العادى والإدارى "السلطة القضائية العادية" فى مصر.

٦. المرجع السابق، ص. ٦.

٧. المرجع السابق، ص. ٧.

متخصصة بشكل صارم فى القانون الدستورى، بحيث يكون إختصاصها مرتبطاً دائماً بإثارة المسائل الدستورية،^٨

ج. وأخيراً، يأتى الإختيار بجعل الإختصاص الدستورى حكراً على تلك المحكمة المتخصصة الغير عادية تمارسه بصورة حصرية دون غيرها من المحاكم.^٩

لماذا تقسيم القضاء الدستورى إلى مركزى ولامركزى؟

من الجدير بالذكر أن النظام اللامركزى للقضاء الدستورى، الذى يُمكن جميع المحاكم التى تتشكل منها السلطة القضائية للدولة من نظر جميع القضايا والنزاعات على إختلاف أنواعها بما فيها المسائل الدستورية، يبدو منطقياً وسهل التطبيق بالنظر إلى أن الدستور مهما إرتقت مكانته ما هو إلا قانوناً من قوانين الدولة، والمسألة الدستورية ما هى إلا نزاعاً قانونياً داخلياً. بناء على ذلك، يبدو التساؤل السابق أكثر منطقية إذا ما تم صياغته ليكون كالاتى: ما الحكمة من جعل النظام القضائى الدستورى نظاماً مركزياً؟ قد نجد الإجابة على ذلك فى تلك الأسباب:

- أ. إختلاف طرق تفسير الدستور وتطبيقه عن تلك المتبعة فى شأن القوانين العادية،^{١٠}
- ب. إختلاف الدور القضائى الذى يُمارسه القاضى عند إعمال حكم القانون العادى عن ذلك الذى يمارسه عند إعمال حكم الدستور، الأمر الذى يُبرر إختلاف قواعد التأهيل المهنى والتدريب والتوظيف المطلوبة فى القاضى العادى وتلك المطلوبة فى القاضى الدستورى،^{١١}
- ج. وأخيراً، عند صياغة دستوراً جديداً للدولة، قد لا يثق واضعو الدستور فى قدرة النظام القديم للمحاكم العادية على إستيعاب وتطبيق المبادئ والحقوق والحريات الجديدة التى حوتها الوثيقة الدستورية، ومن ثم يكون النص على إنشاء محكمة واحدة متخصصة فى المسائل الدستورية أمراً ضرورياً لضمان إحترام أحكام الدستور وتفعيلها.^{١٢}

مزايا النظام المركزى للقضاء الدستورى

على الرغم من الصعوبات والتحديات التى قد تُعيق قيام نظاماً مركزياً للقضاء الدستورى، إلا أن نجاح الدولة فى إنشاء محكمة واحدة لتتولى دون غيرها الإختصاص الدستورى قد يحمل فى طياته العديد من المزايا. ناهيك عن أن المحكمة المتخصصة سوف تتولى مسألة الرقابة

^٨المرجع السابق، ص. ٧.

^٩المرجع السابق، ص. ٧.

^{١٠}المرجع السابق، ص. ٨.

^{١١}المرجع السابق، ص. ٨.

^{١٢}المرجع السابق، ص. ٨.

(المراجعة) القضائية للتأكد من توافق القوانين مع أحكام ومبادئ الدستور،^{١٣} فقد تعهدت الدولة لها، سواء بنص دستوري أو بتشريع عادي، مهمة الإشراف على الانتخابات والإستفتاءات الشعبية، أو حتى فض التعارض بين الأحكام القضائية المتناقضة.

(١) التيقن القانوني (توقع القانون)

فضلاً عن ذلك، دائماً ما يخدم النظام المركزي للقضاء الدستوري مبدأ "التيقن القانوني" أو "توقع القانون". في ظل النظام اللامركزي للقضاء الدستوري، دائماً ما تكون عملية الرقابة القضائية محفوفة بخطر إمكانية أن تأتي المحاكم المختلفة بإستنتاجات مختلفة بشأن صلاحية القانون المعروف أمامها ومدى إتساقه مع الدستور. ولن يتلشى هذا الخطر إلا تدريجياً، وعلى مدى فترة من الزمن قد تطول وقد تقصر، عندما تتدخل المحاكم العليا بوضع السوابق القضائية ذات الصلة بالقانون محل النزاع فيتحقق بذلك قدراً من التوحيد حول معنى القانون ومدى دستوريته.^{١٤} خلافاً لذلك، حيث أن النظام المركزي للقضاء الدستوري يفترض وجود محكمة دستورية أو عليا لتكون الجهة الوحيدة التي يمكن لها الفصل في صحة القوانين من حيث توافقها مع الدستور، فمن غير المتصور أن ينشأ خلافاً قضائياً بين المحاكم في هذا الصدد.

(٢) الخبرة

تفسير الدستور بغرض الرقابة والمراجعة التشريعية مهمة صعبة للغاية ذلك لأنه يتطلب تأويل نصوص غالباً ما تكون فضفاضة يستوعب معناها العديد من المبادئ والمعايير. علاوة على أن مثل هذه النصوص تمثل أهمية كبرى حيث أنها تُحدد المقومات والمبادئ الأساسية التي تحكم المجتمع السياسي في الدولة. الأمر الأكثر خطورة هو الشك الذي أحياناً ما يُحيط بدور القاضي عند إعماله لمقتضيات الرقابة القضائية حول ما إذا كان القانون الذي صدر من قبل مجلس منتخب شعبياً يستحق أن يُحكم ببطلانه. وبناء على ذلك، القاضي المسئول عن هذه المهمة الحساسة يجب أن يكون مؤهلاً بشكل خاص. بعبارة أكثر وضوحاً، يجب أن لا يكون مجرد قاضياً فقط بل أيضاً فقيهاً ناضجاً متمتعاً بتاريخ مهني طويل ومرموق.^{١٥} بناء على ذلك، وحرصاً على توفير قدراً معتبراً من الخبرات المتنوعة، تحرص معظم الدول التي

^{١٣} تكتفى المحاكم الدستورية لبعض الدول مثل بلجيكا ولوكسمبورغ بأن تختص حصرياً بالرقابة القضائية على دستورية القوانين.

^{١٤} العمل هذا ما يبرر الأهمية القصوى لوجود مبدأ "السوابق القضائية" "stare decisis" في النظم اللامركزية، حيث أن تخلف مثل هذا المبدأ سيكون له أثراً مدمرة، ذلك لأن المحاكم المختلفة التي تتولى مهمة مراجعة القوانين ورقابتها لن يعد لها مرجعاً تتوحد حوله، الأمر الذي ينسف مبدأ التيقن القانوني "توقع القانون" من الأساس.

^{١٥} المرجع السابق، ص. ١٢.

تتبنى نظاماً مركزياً لقضائها الدستوري على أن تتشكل محاكمها الدستورية من خلفيات قانونية متعددة بأن تضم، على سبيل المثال، أساتذة الجامعات والمسؤولون الحكوميون السابقين ورجال السياسة، وذلك بالإضافة إلى القضاة العاديين والمحامين والمدعين العامين.^{١٦} وكثيراً ما يُحتج بهذا التنوع على أنه أحد ضمانات إستقلال المحكمة.

(٣) الديمقراطية

نظراً للمزايا التي حققها تقسيم العمل في المجتمعات الحديثة، أضحت الديمقراطية المباشرة ليست هي الخيار الأفضل، حيث بات من الأفضل للقوانين أن تُسن من قبل المجالس والجمعيات البرلمانية المنتخبة. وبالتبعية أصبحت هذه القوانين ذات قيمة خاصة بسبب مصدرها الديمقراطي.^{١٧} لما كان ذلك، فغني عن القول، أنه ينبغي أن يُعهد بمهمة رقابة ومراجعة تلك القوانين للتأكد من توافقها مع الدستور إلى إحدى الجهات التي تتوافر في آليات إختيار أعضائها قدراً مناسباً من الديمقراطية.^{١٨} ومن أجل تعزيز الشرعية الديمقراطية، تحرص معظم النظم القانونية على أن يتم إختيار القضاة المُخول لهم سلطة الرقابة الدستورية عن طريق إجراءات وآليات ديمقراطية مثل أن يُشارك البرلمان المنتخب في إختيارهم وأن لا تطول مدة خدمتهم.^{١٩}

خطة الدراسة

بعد أن عرضنا للفوارق الجوهرية بين النظامين المركزي واللامركزي للقضاء الدستوري، يمكننا

^{١٦} مثال ذلك ما نصت عليه المادة (١٤٦) من الدستور التركي لسنة (١٩٨٢) بأن تتألف المحكمة الدستورية من سبعة عشر عضواً. تنتخب الجمعية الوطنية الكبرى لتركيا بالإقتراع السري عضوين من بين ثلاثة مرشحين ترشحهم محكمة المحاسبة من بين رئيسها وأعضائها، وعضو واحد من بين ثلاثة مرشحين يرشحهم رؤساء نقابات المحامين من بين المحامين الذين يعملون لحسابهم الخاص. يقوم رئيس الجمهورية بتعيين ثلاثة أعضاء من المحكمة العليا الإستئنافية وعضوين من مجلس الدولة، وعضواً واحداً من المحكمة العسكرية العليا الإستئنافية، وعضواً واحداً من المحكمة الإدارية العسكرية العليا من بين ثلاثة مرشحين يتم ترشيحهم؛ ثلاثة أعضاء، إثنان منهم على الأقل من خريجي كليات القانون، من بين ثلاثة مرشحين يتم ترشيحهم لكل وظيفة شاغرة من قبل مجلس التعليم العالي من بين أعضاء هيئة التدريس الذين ليسوا أعضاء في المجلس، في مجالات القانون، الإقتصاد، والعلوم السياسية؛ أربعة أعضاء من بين المديرين التنفيذيين في مستويات الإدارة العليا، والمحامين العاملين لحسابهم الخاص، وقضاة الفئة الأولى والمدعين العامين أو مقررين للمحكمة الدستورية.

^{١٧} المرجع السابق، ص. ١٣.

^{١٨} المرجع السابق، ص. ١٣.

^{١٩} يُذكر أن هاجس الديمقراطية كان حاضراً بقوة في المناقشات التي لازمت كتابة الدستور الفيدرالي الأمريكي، حيث أن البعض من الأباء المؤسسين قد أبدوا إعتراضهم على منح حفنة من القضاة الغير منتخبين "قضاة المحاكم الفيدرالية" سلطة مراجعة ورقابة القوانين التي تم إقرارها بواسطة مسئولين منتخبين.

القول بأن النظام الإيطالي للقضاء الدستوري هو نظاماً مركزياً وذلك بعد أن فضل المشرع الإيطالي إنشاء محكمة مركزية واحدة لتختص دون غيرها بالفصل في المسائل الدستورية، وذلك بمقتضى القسم الأول من الباب السادس من الدستور الإيطالي الحالى لسنة (١٩٤٧) بعنوان "الضمانات الدستورية" والتي حددت المادة (١٣٤) منه إختصاصات المحكمة الدستورية فى الفصل فى "حالات الجدل المتعلقة بالشرعية الدستورية للقوانين والقرارات التي تتمتع بقوة القانون وتصدرها الدولة وأقاليمها، النزاعات المتعلقة بالسلطات المخصصة للدولة والأقاليم وبين الأقاليم وبعضها البعض، والإتهامات الموجهة ضد رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور". وكذلك المادة (١٣٦) من نفس الدستور حيث نصت على أنه "عندما تعلن المحكمة عدم دستورية أحد القوانين أو أحد القرارات التي تتمتع بقوة القانون، يتوقف نفاذ هذا القانون أو القرار من اليوم التالي لنشر الحكم. ويتم نشر حكم المحكمة وتوزيعه على البرلمان وعلى المجالس الإقليمية المعنية حتى يتسنى لهم التصرف وفقاً للإجراءات الدستورية حيثما كان ذلك مناسباً".

أما بشأن التنظيم العضوى والتنظيم الوظيفى للمحكمة فقد تكفلت بذلك المادة (١٣٥) من الدستور الإيطالي ببيان تشكيل المحكمة وكيفية إختيار أعضائها والشروط الواجب توافرها فيهم،^{٢٠} وكذلك المادة (١٣٧) من الدستور والتي نصت على أن "يحدد قانون دستوري معين الشروط والأشكال والحدود الزمنية لطرح أحكام الأهلية الدستورية، وضمانات استقلالية قضاة المحكمة الدستورية. وتحدد قوانين عادية الأحكام الأخرى الضرورية لعمل المحكمة. ولا يُسمح بإستئناف أحكام المحكمة الدستورية." بناء على ذلك، ونزولاً على حكم المادة (١٣٧) من الدستور، أصدر المشرع الإيطالي حزمة من القوانين التي نظمت عمل المحكمة الدستورية

^{٢٠} تتكون المحكمة الدستورية من خمسة عشر قاضياً يتم ترشيح ثلثهم من قبل رئيس الجمهورية، وثلث من قبل البرلمان فى جلسة مشتركة، وثلث من قبل المحاكم العليا العادية والإدارية. يتم اختيار قضاة المحكمة الدستورية من بين قضاة المحاكم العليا العادية والإدارية، وأساتذة القانون فى الجامعات والمحامين الممارسين لمدة عشرين سنة على الأقل، وحتى المتقاعدين منهم. يتم تعيين قضاة المحكمة الدستورية لفترة تسع سنوات، تبدأ من يوم تلاوة القسم، ولا يمكن إعادة تعيينهم. عند إنتهاء فترة خدمة القاضي الدستوري يتوقف عن أداء مهامه وعن ممارسه وظائفه. تنتخب المحكمة من بين أعضائها، وفقاً لأحكام القانون، رئيساً يبقى فى هذا المنصب لمدة ثلاث سنوات، ويجوز إعادة إنتخابه، مع مراعاة إنتهاء فترة خدمة القضاة الدستوريين فى جميع الأحوال. لا يتوافق شغل منصب قاضي المحكمة مع شغل منصب عضوية البرلمان أو المجلس الإقليمي أو ممارسة مهنة المحاماة وجميع المهام والمناصب التي يشير إليها القانون. فى الأحكام الإتهامية ضد رئيس الجمهورية، يشارك، بالإضافة إلى قضاة المحكمة العاديين، ستة عشر عضو يُختارون بالقرعة من قائمة المواطنين الذين يلبون متطلبات الأهلية ليخوضوا إنتخابات عضوية مجلس الشيوخ، حيث يقوم البرلمان بإعداد هذه القائمة كل تسعة أعوام من خلال الانتخاب بنفس الطرق المنصوص عليها لتعيين القضاة العاديين."

وفسرت جملة إختصاصاتها وكفلت إستقلال قضاتها.^{٢١}

بناء على ذلك سوف يتركز حديثنا فى هذه الدراسة حول محاولة بيان طبيعة الرقابة القضائية الممارسة من قبل المحكمة الدستورية الإيطالية على دستورية القوانين، وذلك قبل التطرق للحديث عن إجتهااد القضاء الدستوري الإيطالى الذى قاد المحكمة الدستورية الإيطالية إلى إبتداع بعضاً ما يُسمى فى الفقه الدستوري الغربى بالأحكام التلاعيبية "sentenze manipolative"، كأحد الصور الفريدة للحكم بعدم الدستورية، وتصنيفاتهم إلى ثلاثة أنواع:^{٢٢} (١) الحكم الجالب "sentenza ablativa"؛ (٢) الحكم الإستبدالى "sentenze sostitutive"؛ (٣) والحكم المُضيف "sentenze additive"، وذلك فى محاولة لبيان كيف إستطاعت المحكمة الدستورية

^{٢١} مثال تلك القوانين: (١) القانون الدستوري الصادر فى (٦ فبراير سنة ١٩٤٨) بعنوان "القواعد المنظمة للأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية وضمانات إستقلال المحكمة" والمنشور فى العدد رقم (٤٣) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر فى (٢٠ فبراير سنة ١٩٤٨). وقد كان هذا القانون هو أول القوانين التى وضعت الأحكام التى أوردها الدستور فى شأن المحكمة الدستورية موضع التنفيذ؛ (٢) القانون الدستوري الصادر فى (١١ مارس سنة ١٩٥٣) بعنوان "أحكام الدستور التكميلية المتعلقة بالمحكمة الدستورية" والمنشور فى العدد رقم (٦٢) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر فى (١٤ مارس سنة ١٩٥٣). وقد نص هذا القانون فى مادته الأولى على أن يتم تنظيم إختصاصات المحكمة الدستورية بمقتضى الأحكام والضوابط المنصوص عليها فى الدستور الإيطالى والقانون الدستوري الصادر فى (٦ فبراير سنة ١٩٤٨)؛ (٣) القانون الدستوري الصادر فى (يناير سنة ١٩٦٢) بعنوان "القواعد التى تحكم إجراءات وأحكام الإتهام" والمنشور فى العدد رقم (٣٩) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر فى (١٣ فبراير سنة ١٩٦٢)؛ (٤) القانون الدستوري الصادر فى (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٧) بعنوان "تعديل المادة (١٣٥) من الدستور والأحكام المتعلقة بالمحكمة الدستورية" والمنشور فى العدد رقم (٢٩٤) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر فى (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٧)؛ (٤) القانون الدستوري الصادر فى (٢٥ مايو سنة ١٩٧٠) بعنوان "قواعد الإستفتاء فى الدستور والمبادرة التشريعية للشعب" والمنشور فى العدد رقم (١٤٧) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر فى (١٥ يونيو سنة ١٩٧٠)؛ (٥) القانون الدستوري الصادر فى (٢٠ يناير سنة ١٩٦٦) بعنوان "اللائحة العامة للمحكمة الدستورية" والمنشور فى العدد رقم (٤٥) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر فى (١٩ فبراير سنة ١٩٦٦)؛ (٦) القانون الدستوري الصادر فى (٥ يونيو سنة ٢٠٠٣) بعنوان "الأحكام المتعلقة بتعديل النظام الجمهورى" والمنشور فى العدد رقم (١٣٢) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر فى (١٠ يونيو سنة ٢٠٠٣)؛ (٧) والقانون الدستوري الصادر فى (٧ أكتوبر سنة ٢٠٠٨) بعنوان "قواعد إضافية للمراجعة أمام المحكمة الدستورية" والمنشور فى العدد رقم (٢٦١) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر فى (٧ نوفمبر سنة ٢٠٠٨).

^{٢٢} أنظر فى ذلك باللغة الإيطالية:

M. Bellocci & T. Giovannetti, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, REPORT PREPARED FOR THE VISIT OF THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COURT, (11 June 2010).

الإيطالية عن طريق تلك الأحكام من تطوير المفهوم التقليدي للرقابة القضائية على دستورية القوانين وكذلك الآثار التي تترتب على القضاء بعدم الدستورية.

أولاً: الوظيفة المتميزة للمحكمة الدستورية الإيطالية

للهولة الأولى قد يتبادر إلى ذهن دارسى القانون الدستوري والباحثين فيه أن المحاكم الدستورية ما هي إلا جهات قضائية تتركز مهمتها الأساسية في الرقابة على دستورية القوانين والقرارات التنفيذية الوطنية للتيقن من توافقها مع الدستور، وهو ما يُفسر القول بأن المحاكم الدستورية من بين المحاكم المختلفة التي تتشكل منها السلطة القضائية لدولة ما هي الحارس الأمين على الشرعية الدستورية التي تكفل صون وإحترام أحكام وقواعد الدستور بإعتباره القانون الأساسى فى الدولة.

على الرغم من أن أحداً لا يمكنه القدح أبداً فى هذا الفهم، إلا أنه إلى حد ما يُعتبر قاصراً خاصة إذا ما نظرنا بإمعان إلى المحاكم الدستورية الأوروبية — التي تمثلها فى هذه الدراسة المحكمة الدستورية الإيطالية. بعبارة أكثر وضوحاً، على الرغم من أن حماية حقوق الإنسان في المجتمع الأوروبى قد أضحت قضية على قدر كبير من الأهمية منذ إنشاء السوق الأوروبية المشتركة بمقتضى إتفاقية روما لسنة (١٩٥٧)^{٢٣}، إلا أنه بعد التطور الكبير الذى طرأ على المجتمع الأوروبى ليتحول من مجرد سوق إقتصادي لإتحاد سياسي تؤثر أنشطته وممارساته مباشرة على الحقوق والحريات الأساسية لمواطنى الإتحاد، أصبحت حماية تلك الحقوق والحريات هي مسألة وثيقة الصلة باختصاصات وسلطات المحاكم الدستورية لدول الإتحاد الأوروبى.

حقيقة أن الدول الأعضاء فى الإتحاد الأوروبى ليسوا فقط أعضاء فى هذا الإتحاد الدوليل أيضاً أطراف فى جميع الإلتزامات الدولية المترتبة على تلك العضوية هي التي جعلت المحاكم الوطنية لتلك الدول لاسيما الدستورية منها مطالبة، عند النهوض بالدور المنوط بها فى أعمال مقتضيات الرقابة القضائية على الدستورية، بالنظر فى عدة مصادر مختلفة للقانون: (١) القانون الوطنى - وعلى رأسه الدساتير الوطنية؛ (٢) القانون الدولى - مثل الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ (٣) وكذلك المصادر القانونية الخاصة بالإتحاد الأوروبى نفسه - مثل مجموع أحكام وفقه محكمة العدل الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، التي ساهمت ولاتزال فى سد الثغرات الواردة

^{٢٣} إتفاقية روما هي إتفاقاً دولياً تم إبرامه فى (٢٥ مارس ١٩٥٧) بين إيطاليا وبلجيكا وفرنسا ولوكسمبورغ وهولندا وألمانيا الغربية، ودخلت حيز النفاذ فى أول يناير عام (١٩٥٨). تُعد إتفاقية روما، والتي أنشأت السوق الإقتصادية الأوروبية المشتركة، هي إحدى أهم الإتفاقيات الدولية التي أرست دائم الإتحاد الأوروبى على الوضع الذى نعرفه فى يومنا هذا.

في إتفاقيات الإتحاد الأوروبي وميثاق الإتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية.^{٢٤}

الحقيقة أن إلتزام المحكمة الدستورية العليا بمراقبة دستورية التشريعات في ضوء مدى توافقها مع القانون الدولي والمصادر القانونية الخاصة بالإتحاد الأوروبي بإعتبارهم مصدرًا من مصادر القانون الإيطالي نفسه هو أمراً يجد سنده في نص المادة العاشرة من الدستور الإيطالي حين نصت على أن النظام القانوني الإيطالي يجب أن يتقيد "بمبادئ القانون الدولي المعترف بها عموماً". وقد قضت المحكمة الدستورية الإيطالية في أحد أحكامها أن الشرط الوارد في المادة العاشرة من الدستور يجب أن يُقرأ على أنه يُشير إلى تلك المبادئ التي تُشكل جزءاً من القانون الدولي العرفي والتي يمكن استخدامها لإختبار مدى دستورية القوانين الإيطالية.^{٢٥}

من الجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية الإيطالية في حكمها الأول قد أكدت على أنها سوف تستخدم كل النصوص الدستورية كمعيار أساسي لتوجيه آلية الرقابة القضائية.^{٢٦} الحقيقة أن ما ذكرته المحكمة ينبغي النظر إليه بعين الإعتبار ذلك لأنه في الفترة ما بين إعتقاد العمل بالدستور الإيطالي الحالي لسنة (١٩٤٧) وبدء المحكمة الدستورية مهام عملها في (١٩٥٦)، كانت تملك كل المحاكم العادية إختصاص رقابة دستورية التشريعات.^{٢٧} بناء على ذلك، في عام (١٩٤٨) صرحت محكمة النقض الإيطالية في أحد أحكامها أن النصوص الدستورية المتعلقة بضمان الحقوق الأساسية لابد وأن يتم النظر إليها بإعتبارها نصوصاً آلية ومبرمجة بدلاً من إعتبارها نصوصاً توجيهية للمحاكم، الأمر الذي يعنى، وفقاً لتقدير محكمة النقض، أن تلك النصوص الدستورية لا يمكن أن يتم تطبيقها قضائياً من دون أن يتدخل البرلمان أولاً لوضعها موضع التطبيق عن طريق القوانين التي تصدر عنه.^{٢٨} غير أن المحكمة الدستورية الإيطالية قد

^{٢٤} يكرس ميثاق الإتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية لبعض الحقوق السياسية والاجتماعية والإقتصادية لمواطني الإتحاد الأوروبي والخاضعين لمظلة قانون الإتحاد الأوروبي بحكم إقامتهم داخل الإتحاد. على الرغم من أن برلمان الإتحاد الأوروبي ومجلس الإتحاد الأوروبي والمفوضية الأوروبية قد وافقوا على الميثاق في (٧ ديسمبر ٢٠٠٠)، إلا أن الوضع القانوني لهذا الميثاق ظل غير مؤكداً وبلا فعالية قانونية كاملة حتى دخلت معاهدة لشبونة حيز النفاذ في (١ ديسمبر ٢٠٠٩).

^{٢٥} أنظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٦٨/١٩٩٤ الصادر في (٢٧ أبريل ١٩٩٤).

^{٢٦} حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١/١٩٥٦ الصادر في (٥ يونيو ١٩٥٦). أشارت المحكمة في قضائها أن "المادة ١٣٤ من الدستور الإيطالي وكذلك المادة الأولى من القانون الدستوري الصادر في (٩ فبراير ١٩٤٨) لم يلزما المحكمة بالتفريق بين النصوص الدستورية عند إعمالها لمقتضيات الرقابة القضائية، الأمر الذي يعنى أن المحكمة يحق لها مراقبة القوانين في ضوء مدى توافقها مع جميع النصوص الدستورية. كذلك أكدت المحكمة أن القوانين الدستورية مثلها مثل القوانين العادية تخضع لرقابة المحكمة."

^{٢٧} البند السابع من النصوص الإنتقالية والختامية للدستور الإيطالي لسنة (١٩٤٧).

^{٢٨} أنظر حكم محكمة النقض الإيطالية في قضية

رفضت هذه التفرقة التي حاولت محكمة النقض إرسائها حيث أكدت أن النص الكامل للدستور، متضمناً النصوص المتعلقة بالحقوق الأساسية، يمكن الإلتجاء إليه كمعيار عند تقييم دستورية القوانين.^{٢٩}

علاوة على ذلك، فالدستور الإيطالي يُشير إلى مصدر آخر للقانون الذي يُعتبر وفقاً لذلك ذوصفة ومكانة دستورية، ويمكن استخدامه من قبل المحكمة الدستورية كمعيار مرجعي عند مراقبة صحة القوانين العادية الصادرة عن البرلمان. المصدر الأول يتكون من القوانين الدستورية والتي تم إعتماها وفقاً للإجراءات الخاصة المنصوص عليها في المادة (١٣٨) من الدستور، ومن شأنها أن تضع بعض الأحكام الدستورية موضع التنفيذ.^{٣٠}

كذلك تستخدم المحكمة الدستورية الإيطالية ما يُعرف "بالمعايير الوسيطة" "interposed norms" في إطار أعمالها لمقتضيات الرقابة على الدستورية.^{٣١} فسر الفقه الدستوري الإيطالي المعايير الوسيطة بأنها تلك المعايير التي يتم إثارتها في حالات بحيث يمكن الإحتجاج بشكل غير مباشر بأحد المعايير الدستورية، وذلك لوجود العديد من النصوص الإبتدائية بين المعيار الدستوري والنص التشريعي المشتبه في كونه غير دستوري.^{٣٢}

Cass 7 February 1948, *Marcianò*, Giur It 1948, II, 129.

^{٢٩} "التفرقة المعروفة بين المعايير التوجيهية والبرنامجية ليس عاملاً حاسماً في الحكم على الشرعية الدستورية، ذلك لأن عدم دستورية القانون قد تستمد، في بعض الحالات، من عدم توافقه مع المعايير البرنامجية." أنظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية ١٩٥٦/١ الصادر في (٥ يونيو ١٩٥٦).

^{٣٠} من الجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية الإيطالية قد بسطت رقابتها على القوانين الدستورية للتأكد من توافقه مع المبادئ الدستورية العليا وذلك حين قضت أن "الدستور الإيطالي يتضمن بعض المبادئ العليا التي لا يمكن تخريب أو تعديل مضمونها الأساسي إما عن طريق القوانين العادية أو التعديلات الدستورية أو القوانين الدستورية الأخرى مثل تلك المبادئ التي ينص الدستور نفسه صراحة على الحدود المسموح بها عند أعمال سلطة التعديل الدستوري في شأنها، مثل الشكل الجمهوري للدولة (المادة ١٣٩ من الدستور)، وكذلك المبادئ التي، بالرغم من عدم ذكرها صراحة بين تلك التي لا تخضع لسلطة التعديل الدستوري، هي جزء من القيم العليا التي يستند الدستور الإيطالي عليها." أنظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية ١٩٨٨/١١٤٦ الصادر في (١٥ ديسمبر ١٩٨٨).

^{٣١} أنظر باللغة الإنجليزية

Giuseppe Martinico, *Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, 23 EJIL 401, 414 (2012).

^{٣٢} أنظر باللغة الإنجليزية

برزت فكرة المعايير الوسيطة في قضاء المحكمة بعد التعديل الدستوري في (٢٠٠١)، والذي بمقتضاه تم نقل العديد من السلطات والمسئوليات من الحكومة الإيطالية المركزية إلى الأقاليم. فنصت المادة ١١٧(١) على أن "تُمارس الصلاحيات التشريعية من قبل الدولة ومن قبل الأقاليم بما يتماشى مع الدستور والقيود الناشئة عن تشريعاتنا لإتحاد الأوروبي والإلتزامات الدولية." بناء على ذلك، أوجبت هذه المادة ضرورة أخذ تشريعات الإتحاد الأوروبي والإتفاقيات والمعاهدات الدولية بعين الإعتبار عند ممارسة عملية التشريع، إلا أنه وجب التنويه إلى أنه، وفقاً للنظام القانوني الإيطالي، فالمعاهدات الدولية لا تضحى جزء من القوانين الوطنية مباشرة بعد تمام عملية إبرامها، ولكن يجب أن يتم نقلها ودمجها في القانون الوطني عن طريق التشريعات العادية التي تصدر من البرلمان، الأمر الذي يعنى أن التشريعات التي صدرت عن هذا الأخير تأخذ أسبقية التطبيق في حالة تعارضها مع التشريعات التي نقلت ودمجت المعاهدات الدولية. للخروج من هذا المأزق، قضت المحكمة الدستورية الإيطالية في عدة أحكام على أن نص المادة ١١٧(١) من الدستور لا بد وأن يتم تفسيرها على أساس كون أن الإتفاقيات الدولية، بما في ذلك الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، هي معايير وسيطة يمكن إستخدامها لتقييم مدى صحة ودستورية التشريعات الصادرة عن الدولة المركزية أو الأقاليم.^{٣٣}

ما نود الإشارة إليه أيضاً أن تلك المصادر القانونية المختلفة ليست مجزأة بحيث أن كل منها يُطبق على حدة في شأن النزاع أو النظام القانوني الخاص بها. على العكس من ذلك، فأحياناً تجد المحاكم الدستورية الوطنية نفسها مُلزَمة بتطبيق عدة مصادر قانونية مختلفة بالتوازي وفي نفس التوقيت، وذلك، على سبيل المثال، عندما تحاول أن تضمن حماية فعالة وقوية للحقوق والحريات الأساسية أو عند محاولة تغليب القانون الوطني على القانون الدولي. فمثل هذا الوضع غالباً ما يثير مسألة كيفية توفيق المحكمة بين التطبيق السليم للإلتزامات الدولية وفقاً

F. Dal Monte and F. Fontanelli, *The Decisions No 348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: The Efficacy of the European Convention in the Italian Legal System*, 9 GERMAN L. J. 889, 897 (2008).

^{٣٣} أنظر أحكام المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٣٤٧، ٣٤٨، و ٣٤٩ لسنة ٢٠٠٧. "نظراً لتيقن المحكمة في القضية المعروضة أمامها أن التعويض النقدي الذي لا يتوافق مع القيمة الحقيقية للممتلكات غير شرعي، فالأحكام المتعلقة بتنظيم تصفية التعويضات المنصوص عليها في التشريعات الوطنية محل الطعن لا يمكن، من خلال التفسير الذي أعطته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان للمادة ١ من بروتوكول الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، تلافى المخالفة التي شابتها. بناء على ذلك، تكون تلك التشريعات مخالفة لمقتضيات المادة ١١٧(١) من الدستور الإيطالي، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم دستورتها." حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٣٤٩/٢٠٠٧.

لقوانينها الداخلية والتزاماتها بموجب الإتفاقيات الدولية التي تُعد طرفاً فيها. أخيراً وجب التنويه على أن المحكمة الدستورية الإيطالية، في سبيل نهوضها بولايتها الدستورية، تستعين بالعديد من الحقوق والمبادئ الغير المكتوبة، مثل مبدأ الديمقراطية ومبادئ القانون الدولي العرفي.^{٣٤} فضلاً عن ذلك، فقد نظرت المحكمة الدستورية الإيطالية إلى المادة الثانية من الدستور، التي تؤكد أن إيطاليا تحترم حرمة الحقوق الشخصية، باعتبارها نصاً "مفتوح النهايات" يُخول للمحكمة سلطة الاعتراف بحقوق أساسية جديدة بالإضافة إلى تلك المحمية صراحة في الدستور.^{٣٥}

حقيقة أن المحكمة الدستورية الإيطالية، كونها المحكمة العليا لإحدى الدولة الأعضاء في الإتحاد الأوروبي، لا يتوقف دورها عند أعمال مقتضيات الرقابة القضائية عند مطابقة النصوص التشريعية الطعينة بالدستور الوطنى للتأكد من توافق الأولى مع الأخير، بل كثيراً ما تجد نفسها مضطرة بمطابقة النصوص التشريعية الطعينة بعدة مصادر قانونية مختلفة أغلبها ذات طابع دولى بجانب الدستور الوطنى، وكذلك حقيقة أن المحكمة منوط بها حماية الحقوق والحريات الأساسية لمواطنى دولة إيطاليا باعتبارهم مواطنين فى الإتحاد الأوروبى، كل هذا دفع المحكمة إلى تطوير مفهوماً جديداً للرقابة القضائية من خلال الأحكام التى تصدر عنها يُعينها على النهوض بالقيام بدورها.

ثانياً: تطبيقات الرقابة القضائية فى قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية

١. المقصود بالرقابة القضائية

فى البداية يقتضى منطق الأشياء التسليم بأن "الرقابة" التى نعنيها فى هذا المقام هى "رقابة قضائية"، حيث أن الجهة المنوطة بالقيام بتلك الرقابة هى جهة قضائية. من الجدير بالذكر أن "الرقابة القضائية" التى نعنيها تختلف عما يُسمى "بالرقابة السياسية"، فتلك الأخيرة

^{٣٤} أنظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية ١٩٦٧/٤٨ الصادر فى (١٢ أبريل ١٩٦٧).

^{٣٥} أنظر فى ذلك المعنى، باللغة الإنجليزية

C. Fusaro, *Italy, in* D. OLIVER AND C. FUSARO (EDS), HOW CONSTITUTIONS CHANGE: A COMPARATIVE STUDY 224 (2011).

على سبيل المثال، تعتبر الحرية الجنسية وحق الفرد فى حماية شخصيته الذاتية والحق فى الزواج بعضاً من الحقوق الأساسية التى اعترفت بها المحكمة الدستورية الإيطالية رغم كونها غير محمية صراحة فى الدستور الإيطالى. بالإضافة إلى ذلك ذهب بعض من الفقه الإيطالى إلى أن "مبدأ المعقولية"، التى كثيراً ما تلجأ إليه المحكمة الدستورية لتحديد مدى دستورية القوانين الطعينة، هو فى حد ذاته أحد المبادئ الدستورية الغير مكتوبة التى تنقيد بها المحكمة عند أعمال سلطتها فى الرقابة القضائية. أنظر فى ذلك باللغة الإيطالية

G. RAZZANO, IL PARAMETRO DELLE NORME NON SCRITTE NELLA COSTITUZIONALE (2002).

يتولاها هيئة أو لجنة خاصة ومستقلة تنشأ بمقتضى نصاً صريحاً فى الدستور لتتولى الفصل فى دستورية القوانين واللوائح.^{٣٦} أيضاً لإصباح الصفة السياسية على الرقابة التى تمارسها هذه الهيئة أو تلك اللجنة لابد وأن يتولى الرقابة غير القضاة، بحيث يغلب رجال الساسة والشخصيات العامة على تشكيلها، حتى وإن شمل هذا التشكيل بعض رجال القانون، فهذا يكون على سبيل الإستثناء.

ويرى جانب من الفقه أن من أهم مظاهر الرقابة السياسية على الدستورية هى كون أعضاء الهيئة أو اللجنة المنوط بها مهمة الرقابة يتم تعيينهم من قبل السلطة التنفيذية منفردة أو بالإشتراك مع السلطة التشريعية.^{٣٧} غير أننا لا نساير هذا الرأى، حيث نرى أن مناط تحديد ما إذا كانت الرقابة الممارسة قضائية أو سياسية هى طبيعة الجهة القائمة على تلك الرقابة، فإذا ما عُهد إلى المحاكم بصفة عامة أو إلى محكمة خاصة مهمة الرقابة بحيث يغلب على تشكيلها العنصر القضائى، كانت تلك الرقابة بلا شك قضائية. أما إذا ما تولت الرقابة إحدى الهيئات أو اللجان التى يندر التمثيل القضائى فى تشكيلها، كانت الرقابة الممارسة من نوع الرقابة السياسية. القول أيضاً بأنه إذا كانت السلطة التنفيذية تنفرد بتعيين أعضاء الهيئة أو اللجنة يقطع بالطبيعة السياسية للرقابة التى تمارسها الهيئة أو اللجنة، لا يصلح، فى رأينا، كمعياراً لتصنيف الرقابة كونها سياسية على سبيل الإطلاق، ذلك لأنه، كما سبق وبيننا، فإن أغلب النظم الدستورية المقارنة إما تطلق يد السلطة التنفيذية، ممثلة فى رئيس الدولة، لتعيين أعضاء الجهة التى تمارس الرقابة على دستورية القوانين -مئثما هو الحال فى الدستور الأردنى والإماراتى،^{٣٨} أو أن تطلق يد السلطة التشريعية، ممثلة فى برلمان الدولة، لتعيين أعضاء الجهة المنوط بها ممارسة الرقابة -

^{٣٦}أ. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الدستورى: رقابة دستورية القوانين (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية: ٢٠١٢)، ص. ٢٠٦.

^{٣٧}أ. د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق.

أنظر أيضاً باللغة الفرنسية

GEORGES BURDEAU, DROIT CONSTITUTIONNEL ET INSTITUTIONS POLITIQUES 95 (1972).

^{٣٨}تنص المادة ٥٨(١) من الدستور الأردنى لسنة (١٩٥٢) على أن "تنشأ بقانون محكمة دستورية يكون مقرها فى العاصمة وتعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، وتؤلف من تسعة أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس يعينهم الملك."

تنص المادة ٤٧ من الدستور الإماراتى لسنة (١٩٧١) على أن "يتولى المجلس الأعلى للإتحاد الأمور التالية: (٦) الموافقة على تعيين رئيس وقضاة المحكمة الإتحادية العليا وقبول إستقلالهم وفصلهم فى الأحوال التى ينص عليها هذا الدستور، ويتم كل ذلك بمراسم."

مثلاً هو الحال في الدستور الألماني،^{٣٩} أو أن تُشرك السلطتين التنفيذية والتشريعية في إختيار أعضاء الجهة التي تتولى الرقابة - كما هو الوضع في الدستور الفيدرالي الأمريكي والدستور التركي.^{٤٠} ورغم ذلك لم تتردد هذه الأنظمة في المجاهرة بأن نوع الرقابة التي تُمارس على قوانينها هي رقابة قضائية صرفة كون القائم عليها هي محكمة عليا أو دستورية يغلب على

^{٣٩} تنص المادة (١٩٤) من الدستور الألماني لسنة (١٩٤٩) على أن "تتألف المحكمة الدستورية الاتحادية من قضاة إتحاديين وأعضاء آخرين. يُنتخب نصف أعضاء المحكمة الدستورية الاتحادية من قبل البوندستاغ بينما ينتخب النصف الآخر من قبل البوندسترات. ولا يجوز أن يكون هؤلاء أعضاء في البوندستاغ، أو في البوندسرات، أو في الحكومة الاتحادية، أو فيما يقابلها من هيئات في الولايات."

^{٤٠} نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من الدستور الأمريكي الفيدرالي لسنة (١٧٨٧) على أن رئيس الدولة "تكون له السلطة، بمشورة مجلس الشيوخ وموافقته، لعقد معاهدات، شرط أن يوافق عليها ثلثا عدد أعضاء المجلس الحاضرين، كما له أن يرشح، و بمشورة مجلس الشيوخ وموافقته، أن يعين، سفراء ووزراء مفوضين آخرين وقناصل وقضاة للمحكمة العليا وسائر موظفي الولايات المتحدة الآخرين، الذين لا ينص هذا الدستور على أحكام تعيينهم والتي سيتم إستحداثها بقانون. ولكن يمكن للكونغرس حسبما يرى أن ينيط بواسطة قانون بالرئيس وحده أو بالمحاكم أو بالوزراء تعيين الموظفين الأدنى رتبة."

نصت المادة (١٤٦) من الدستور التركي لسنة (١٩٨٢) على أن "تتكون المحكمة الدستورية من سبعة عشر عضواً. وتنتخب الجمعية الوطنية الكبرى لتركيا بالإقتراع السري عضوين اثنين، من بين ثلاثة يرشحهم رئيس ديوان المحاسبات وأعضاؤه من بينهم لكل مقعد شاغر، وعضواً من بين ثلاثة يرشحهم رؤساء نقابات المحامين من بين المحامين المستقلين. وفي تلك الإقتخابات التي تُجرى في الجمعية الوطنية الكبرى لتركيا، يتطلب الفوز بكل مقعد أغلبية الثلثين من إجمالي عدد الأعضاء في الإقتراع الأول، والأغلبية المطلقة لإجمالي عدد الأعضاء في الإقتراع الثاني. فإذا تعذر الحصول على أغلبية مطلقة في الإقتراع الثاني، يُجرى إقتراع ثالث بين المرشحين الإثنين اللذين حازا على أكثر الأصوات في الإقتراع الثاني، ويُنتخب المرشح الذي يحصل على أعلى عدد من الأصوات. ويُعيّن رئيس الجمهورية ثلاثة أعضاء من محكمة الإستئناف العليا، وعضوين اثنين من مجلس الدولة، وعضواً واحداً من محكمة الإستئناف العسكرية العليا، وعضواً واحداً من المحكمة الإدارية العسكرية العليا، من بين ثلاثة ترشحهم الجمعيات العمومية لهذه الهيئات من بين رؤسائها وأعضائها لكل مقعد شاغر؛ وثلاثة أعضاء، من بين ثلاثة مرشحين يقدمهم مجلس التعليم الأعلى لكل مقعد شاغر من بين أعضاء هيئات التدريس في مجالات القانون والاقتصاد والعلوم السياسية من غير الأعضاء بالمجلس، على أن يكون اثنان من الثلاثة المرشحين لكل مقعد على الأقل من خريجي كليات الحقوق؛ وأربعة أعضاء من بين كبار الموظفين التنفيذيين والمحامين المستقلين والمدعين العامين وقضاة الفئة الأولى ومقرري المحكمة الدستورية. وفي الإقتخابات التي تُجرى في الجمعيات العمومية لمحكمة الإستئناف العليا، ومجلس الدولة، ومحكمة الإستئناف العسكرية العليا، والمحكمة الإدارية العسكرية العليا، وديوان المحاسبات، ومجلس التعليم الأعلى، لإختيار المرشحين لعضوية المحكمة الدستورية، يُعتبر أنّ الأشخاص الثلاثة الحائزين على أكثر الأصوات هم المرشحون لكل مقعد شاغر. وفي الإقتخابات التي تُجرى لإختيار المرشحين الثلاثة الذين يسميهم رؤساء نقابات المحامين، يُعتبر أنّ الأشخاص الثلاثة الحائزين على أكثر الأصوات هم المرشحون."

تشكيلها العنصر القضائي، بغض النظر عن كيفية تعيين أعضائها.

أخيراً بقي أن نذكر أن الرقابة السياسية يميزها كونها رقابة سابقة على إصدار القانون من قبل رئيس الدولة.^{٤١} فالجهة المختصة بممارسة هذا النوع من الرقابة تُخضع القانون إلى معايير الرقابة بمجرد إقراره من السلطة التشريعية وقبلنفاذه بتمام عملية إصداره من رئيس الدولة. وبذلك تتميز الرقابة السياسية بكونها رقابة وقائية سابقة على صدور القانون، تهدف إلى تلافى فرضية صدور قانوناً معيباً يعيب عدم الدستورية.

الآن وبعد توضيح الفارق بين الرقابة السياسية ونظيرتها القضائية، وبعد الإستقرار على كون تلك الأخيرة هي المقصد في مقامنا عند الحديث عن المحكمة الدستورية الإيطالية، يعن التساؤل عن ما المقصود بالرقابة القضائية. من الجدير بالذكر أن مصطلح "الرقابة القضائية" هو بالأصل مصطلحاً غريباً، عُرف أول ما عُرف بمناسبة صدور الدستور الفيدرالي الأمريكي. وقد إستقر الفقه الدستوري الأمريكي ومن بعده الفقه الدستوري الغربي على تسمية الرقابة القضائية بمصطلح المراجعة القضائية "The Judicial Review".

تعنى الرقابة أو المراجعة القضائية في أبسط معانيها قدرة المحكمة، أي محكمة، على فحص القانون وتقدير ما إذا كان يخالف نص أو مبدأً دستوري. في هذا السياق، قد يكون القانون تشريعاً أو معاهدة دولية أو لائحة إدارية.^{٤٢} وبالتالي، يمكن وصف الرقابة القضائية بأنها تلك العملية التي بمقتضاها يتم تخويل المحاكم سلطة فحص دستورية الأعمال التشريعية والتنفيذية على السواء.^{٤٣} تلك السلطة تستخدمها المحكمة في معرض تطبيقها لقانون معين أو لائحة إدارية أو قراراً تنفيذياً، حيث أنها ملزمة أولاً بتحديد مدى توافق هذا القانون أو اللائحة أو القرار مع

^{٤١} أ. د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. ٢٠٧.

^{٤٢} أحياناً ما تتجاهل بعض الأنظمة القانونية حقيقة أن المعاهدات الدولية هي نوعاً من أنواع التشريعات التي تختلف عن التشريعات العادية والفرعية التي لا بد وأن تنسحب عليها الرقابة القضائية، وذلك من منطلق أنه في أغلب الأنظمة القانونية تكتسب المعاهدة الدولية قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها وموافقة برلمان الدولة عليها. وبالتالي لا يوجد ما يبرر كون المعاهدة الدولية تعلق على دستور الدولة، الأمر الذي يقتضى معه التأكد من توافق نصوصها مع النصوص الدستورية. الأمر مختلف في الفقه الأمريكي الذي يعبر صراحة عن كون المعاهدات الدولية تدرج تحت مصطلح "القانون"، الأمر الذي يؤكد خضوعها صراحة للرقابة القضائية. وفي حكم حديث للمحكمة الدستورية الروسية صادر في (١ يوليو ٢٠١٥) بمناسبة توافق مبادئ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - المنشأة طبقاً لإتفاقية حقوق الإنسان المصدق عليها من قبل الحكومة الروسية - أكدت المحكمة أن الإتفاقيات الدولية يجب ألا تفضى في النهاية إلى مخالفة الدستور الروسى الذى له كل الأولوية على الإلتزامات الدولية.

^{٤٣} أنظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Alvin B. Rubin, *Judicial Review in the United States*, 40(1) LA. L. REV. 67 (1979).

٢. الرقابة القضائية الإيطالية

بتطبيق ما سبق على الوضع في إيطاليا، يتضح أن الرقابة التي إعتدها الدستور الإيطالي الحالي لسنة (١٩٤٧) وسابره فيها القوانين الدستورية المتعاقبة الصادرة عن البرلمان الإيطالي، على النحو السابق بيانه، هي رقابة قضائية، كون أنها رقابة تمارسها جهة قضائية يغلب على تشكيلها العنصر القضائي ومنشأة بنص صريح في الدستور. هي أيضاً رقابة قضائية لأنها رقابة لاحقة على صدور القوانين، فهي ليست رقابة سابقة ووقائية بل إن مناط إعمالها هو نفاذ القانون بعد إقراره من السلطة التشريعية وإصداره من رئيس الجمهورية ونشره.

تجدر الإشارة إلى أن الفقه القانوني في إيطاليا يعترف بصفة المحكمة "العليا" لثلاثة محاكم مختلفة في الدولة:^{٤٥} هم محكمة النقض (Corte di cassazione) للنظر في القضايا المدنية والجنائية؛ مجلس الدولة (Consiglio di Stato) للنظر في القضايا الإدارية؛ والمحكمة الدستورية (Corte costituzionale) التي هي الوحيدة المنوط بها القيام بعملية الرقابة والمراجعة القضائية.^{٤٦} الواقع أنه من بين هذه المحاكم العليا تبرز المحكمة الدستورية كأكثر المحاكم إستعانة بالقانون الأجنبي في أحكامها، ليس فقط كونها لا تصدر أحكاماً كثيرة العدد مقارنة بالمحاكم الأخرى وبالتالي يصبح لديها متسعاً لفحص جوانب النزاع المعروض أمامها من وجهة نظر القانون الأجنبي المقارن، بل أيضاً لكونها محكمة معنية بأحكامها في الأساس بنظريات التفسير

^{٤٤} قد يذهب البعض إلى التشكيك في مشروعية الرقابة القضائية على سند من أنها تخالف مبدأ الفصل بين السلطات. ولكن الحقيقة هي أن مبدأ الفصل بين السلطات لا يمكن صونه بدون تخويل المحاكم سلطة الرقابة القضائية على الدستورية. بعبارة أكثر وضوحاً، الفصل بين السلطات لا يعني فقط التقسيم التقليدي لسلطات الحكم في الدولة إلى سلطة تنفيذية، وسلطة تشريعية، وسلطة قضائية بحيث تتحمل كل منهم بالتزامات وواجبات مختلفة ويُعهد لهم باختصاصات مختلفة. ولكن يفترض مبدأ الفصل بين السلطات أيضاً نموذجاً من الرقابة والتوازن -وهو ما يُعرف في النظام الأمريكي بمصطلح Checks and Balances- بحيث يحق لسلطات الحكم في الدولة مراقبة بعضهما البعض في محاولة لمنع إحداها من الإدعاء بكونها السلطة العليا، وكذلك لتجنب تراكم وتعاظم القوى وتوفير التوازن والإستقرار المطلوب. بناء على ذلك، تعتبر الرقابة القضائية إحدى أهم متطلبات الرقابة والتوازن بين السلطات نظراً لأنها تمكن السلطة القضائية من مراقبة السلطتين التشريعية والتنفيذية وكبح جماحهما.

^{٤٥} أنظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Giuseppe Franco Ferrari and Antonio Gambaro, *The Italian Constitutional Court and Comparative Law: A Premise*, 1 COMPARATIVE LAW REVIEW 1, 2 (2010).

^{٤٦} المرجع السابق.

الدستوري المختلفة وإعمال مقتضيات الرقابة القضائية.^{٤٧}

الحقيقة أن إستثناس وإسترشاد المحكمة الدستورية الإيطالية بالقانون الأجنبي قد ساعدها إلى حد كبير في النهوض بدورها في إعلاء الشرعية الدستورية للحد الذي ساعدها على تقديم مفهوماً جديداً لآلية الرقابة القضائية من خلال تطوير صوراً فريدة للحكم بعدم الدستورية، على تفصيل يأتي لاحقاً. غير أنه لكي نفهم تماماً أهمية إستخدام القانون الأجنبي من قبل المحكمة الدستورية الإيطالية يجب أن نأخذ في الإعتبار بعض السمات المميزة للنظام القانوني الإيطالي.

أولاً: في إيطاليا، كما هو الحال في أنظمة القانون المدني الأخرى القائمة على أساس النموذج الفرنسي، ليس هناك أي تمييز بين سابقة قضائية ملزمة وسابقة قضائية مقنعة غير ملزمة. فضلاً عن ذلك، فقد استقر الأمر في أغلب الأنظمة القانونية على أن القانون الأجنبي والأحكام الأجنبية كقاعدة عامة ليس لهم قيمة السابقة القضائية الملزمة أمام المحاكم الوطنية، وبالتالي فإذا ما إستعانت المحكمة الدستورية الإيطالية بالقانون الأجنبي لحل النزاع المعروض أمامها فهذا يكون على سبيل الإستثناس والإسترشاد وليس على سبيل الإلزام،^{٤٨} خاصة وأن أحكام المحكمة الدستورية الإيطالية نفسها لا تعتبر سوابق قضائية ملزمة للمحكمة.^{٤٩} على سبيل المثال، أحياناً كثيرة وجدت المحكمة الدستورية الإيطالية نفسها مجبرة على إصدار أحكاماً قضائية خالفت بها بعضاً من سوابقها القضائية التي سبق وكانت قد قررتها من قبل ولكن بالموافقة مع الأحكام الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومحكمة العدل الدولية.^{٥٠}

ثانياً: نادراً ما تحتوى الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإيطالية، بما في ذلك

^{٤٧} أنظر في ذلك باللغة الإيطالية

V. Zeno-Zencovich, *Il contributo storico – comparativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, DIR. PUBBL. COMP EUR. 193 (2005); L. Pegoraro, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, QUAD. COST. 601 (1987, III); L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in G.F. FERRARI, A. GAMBARO (EDS.), CORTI NAZIONALI E COMPARAZIONE GIURIDICA, 477 (2006).

^{٤٨} أنظر في ذلك باللغة الإنجليزية

R. POSNER, HOW JUDGES THINK 348 (2008).

^{٤٩} أنظر في ذلك

Giuseppe Franco Ferrari and Antonio Gambaro, *The Italian Constitutional Court and Comparative Law: A Premise*.

المرجع السابق، ص. ٣.

^{٥٠} المرجع السابق.

المحكمة الدستورية، ما تحتوي على الإستشهادات والإقتباسات. على سبيل المثال، نصت المادة (١١٨) من أحكام تنفيذ قانون الإجراءات المدنية والأحكام الإنتقالية على أنه "يجب حذف الإشارات والإقتباسات من الباحثين القانونيين فى الأحكام القضائية".^{٥١} على الرغم من أن الحكم الذى أوردته هذه المادة لا يتضمن عقوبة حال مخالفته، ولا يمكن التيقن عن ما إذا كانت المحكمة الدستورية الإيطالية مخاطبة به، إلا أنه قد جرى العرف فى عمل المحكمة على عدم الإشارة إلى باحثى القانون وأساتذته.^{٥٢} بناء على ذلك وكأصل عامتقتصر الإستشهادات والإقتباسات الواردة فى أحكام المحاكم الإيطالية، بما فى ذلك المحكمة الدستورية، على سوابق هذه المحكمة نفسها، وذلك فى محاولة للتأكيد على تماسك هذه المحكمة.

غير أن ذلك لا يقدح فيما سبق وأوردناه من أن المحكمة الدستورية الإيطالية، على خلاف المحاكم الإيطالية الأخرى، أحياناً ما قد تجد نفسها مضطرة إلى الإشارة إلى القانون الأجنبى أو إلى حكم أجنبى كأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومحكمة العدل الدولية. غير أن ذلك الأمر يتم فى أضيق الحدود. على سبيل المثال فقد ذكر الأستاذين الإيطاليين جيوسيبي فرانكو فيراري وأنطونيو جامبارو أن الدراسات التى أجريت على الأحكام التى أصدرتها المحكمة الدستورية الإيطالية بين عامي (١٩٨٠) و (١٩٨٧) قد أثبتت أن متوسط الإشارة إلى القانون الأجنبى لا يزيد عن خمس مرات فى السنة،^{٥٣} أما فى السنوات اللاحقة وحتى عام (١٩٩٨) فقد انخفض هذا المعدل بشكل ملحوظ.^{٥٤}

^{٥١} المادة (١١٨) من أحكام تنفيذ قانون الإجراءات المدنية والأحكام الإنتقالية الصادر بمقتضى المرسوم الملكى رقم ١٣٦٨ (١٨ ديسمبر ١٩٤١).

^{٥٢} أنظر فى ذلك باللغة الإيطالية

G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. Preliminari c.c. 1942.un problema di diritto costituzionale?*, in *STUDI IN MEMORIA DI C. ESPOSITO* (1971).

^{٥٣} أنظر فى ذلك، المرجع السابق

Giuseppe Franco Ferrari and Antonio Gambaro, *The Italian Constitutional Court and Comparative Law: A Premise*.

المرجع السابق، ص. ٤.

^{٥٤} المرجع السابق.

على سبيل المثال، عام (١٩٦٤)، وبالتحديد فى قضية كوستا ضد الكيان الوطنى للكهرباء، أشارت المحكمة الدستورية الإيطالية للقانون الأجنبى عندما قررت تغليب قانون تأميم الكهرباء الصادر فى (١٩٦٢) على إتفاقية روما المبرمة فى (١٩٥٨) إعمالاً لقاعدة أن القانون اللاحق هو الأولى بالتطبيق فى حالة تنازعه مع القانون السابق. أنظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٩٦٤/٦ الصادر فى (١٥ يوليو ١٩٦٤).

والآن وبعد أن سلطنا الضوء بشكل مختصر على الوظيفة المتميزة للمحكمة الدستورية الإيطالية وكذلك المصادر القانونية المختلفة التي تلجأ إليها المحكمة في سبيل إعمالها لمقتضيات الرقابة القضائية على الدستورية، يعن التساؤل حول ماهية الرقابة القضائية الممارسة من قبل هذه المحكمة. على الرغم من أننا قد وضعنا أن نوع الرقابة الممارسة في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية هي رقابة قضائية بالمعنى الضيق نظراً لأن المحكمة هي جهة قضائية يغلب على تشكيلها العنصر القضائي ومنشأة بنص صريح في الدستور، إلا أنه يبقى أمراً هاماً وهو تحديد صورة الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة.

غنى عن البيان أن مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين كما نعرفه اليوم كان قد ظهر أول ما ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية كآلية قانونية بمقتضاها تتمكن المحاكم من مراجعة القوانين للتأكد من توافقها مع الدستور بحيث تمتع عن تطبيقها وتزيل ما لها من أثر قانوني حال ثبتت مخالفتها له. وقد ابتدعت المحكمة العليا الأمريكية تلك الآلية في معرض فصلها في القضية الشهيرة ماربوري ضد ماديسون "Marbury v. Madison" عام (١٨٠٣)، وذلك حين قررت أن من واجب السلطة القضائية أن تحدد ما المقصود بالقانون وأن الدستور هو القانون الأعلى في الدولة الواجب تغليبه على ما عداه من القوانين حال وجود تعارض بينهم.^{٥٦} الحقيقة أن هذا النوع من الرقابة الذي قدمته الولايات المتحدة الأمريكية إلى العالم يُمثل الرقابة القضائية في أقوى صورها على الإطلاق حيث تملك المحكمة بمقتضاه الحكم بعدم دستورية القانون وهو الأمر الذي يترتب عليه الإمتناع عن تطبيقه فيزول ما له من قوة القانون. علاوة على ذلك، ظلت هذه الصورة من الرقابة القضائية هي الصورة الوحيدة المعروفة عالمياً على مدار قرناً من الزمان.^{٥٦}

الواقع أن آلية الرقابة القضائية القوية التي أرسنها المحكمة العليا الأمريكية لم تحظى بشعبية كبيرة في الأنظمة القانونية الأخرى التي وجدت آنذاك، ذلك لقوة وهيمنة البرلمانات، بإعتبارها

أيضاً، في إطار فصلها في دستورية المادتين (٧٠٧) و(٧٠٨) من قانون العقوبات الإيطالي حيث نصا على معاقبة أي شخص يحوز حيازة غير مبررة لمفاتيح فاتحة أقفال مزيفة، أشارت المحكمة الدستورية الإيطالية إلى القانون الفرنسي والإنجليزي على السواء (قانون السرقة لعام ١٩٦٨) لنقضى أنه كون أن هناك بعض الدول التي تنص قوانينها على نفس الجريمة لا يمكن معه إعتبار الأحكام الواردة في المادتين (٧٠٧) و(٧٠٨) من قانون العقوبات أمراً غير منطقي. أنظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٩٩٦/٣٧٠ الصادر في (١٧ أكتوبر ١٩٩٦).

^{٥٥} أنظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

^{٥٦} د. محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. ١١٨.

الممثل الرسمي عن إرادة الأغلبية. فلم يكن من المتصور أن يستسيغ أحد البرلمانات فكرة أن تأتي أحد المحاكم، ذات القضاة المعينون، فتقضى بعدم دستورية قانوناً صادراً عنه وتزيل ما له من قوة نفاذ.^{٥٧} الأمر الذي دفع إلى ظهور بعض النظريات الفقهية التي حاولت التوفيق بين المصلحتين المتعارضتين — (١) مصلحة كون أن البرلمان هو الجهة الأعلى والمهيمنة في الدولة؛ (٢) ومصلحة ضرورة الإلتزام بالمبادئ والأحكام الدستورية — وذلك عن طريق منح البرلمانات نفسها سلطة رقابة القوانين الصادرة عنها للتأكد من موافقتها مع نصوص وأحكام الدستور.^{٥٨}

الحقيقة أن الإعتراف للبرلمانات بسلطة رقابة القوانين التي تصدر عنها في ضوء مدى موافقتها مع الدستور هي فكرة إلى حد ما شاذة حيث أنها من شأنها أن تُنصب البرلمان خصماً وحكماً في آن واحد، هي كذلك تُجافي منطق الرقابة على الدستورية التي تتطلب حسن إعمالها أن تتولها جهة محايدة إعلاءً للشرعية الدستورية.^{٥٩} إلا أن ذلك لم ينف حقيقة أن بعضاً من الدساتير المعاصرة قد إستوعبت فكرة المسؤولية التشريعية لإعمال مقتضيات الرقابة على الدستورية وضمن إنصياح القوانين إلى قواعد وأحكام الدستور. على سبيل المثال، ينص دستور هولندا لسنة (١٨١٥) المعدل في (٢٠٠٨) صراحة على أن "دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان وكذلك المعاهدات الدولية لا يمكن النظر فيها من قبل المحاكم."^{٦٠} الأمر نفسه نجده مطبقاً في السويد مع إختلافاً طفيفاً، حيث إعترف الدستور السويدي لسنة (١٩٧٤) والمعدل في (٢٠١٢) بسلطة المحاكم في إعمال الرقابة القضائية في أقوى صورها كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، غير أنه عاد وأكد أن المحاكم لا تملك مباشرة تلك السلطة إلا إذا كانت المخالفة الدستورية واضحة.^{٦١}

من الجدير بالإشارة أن النموذج الأمريكي للرقابة على دستورية القوانين يسعى لوضع آليات

^{٥٧} المرجع السابق.

^{٥٨} أنظر في ذلك، المرجع السابق.

^{٥٩} المرجع السابق.

^{٦٠} المادة ١٢٠ من الدستور الهولندي لسنة (١٨١٥) المعدل في (٢٠٠٨).

من الجدير بالذكر أن هذا النص يحد من تطبيقه نصاً آخر وهو المادة (٩٤) التي تتطلب أن يتم تطبيق نصوص المعاهدات الدولية قضائياً عن طريق المحاكم، حيث تنص على أن "القواعد والأنظمة واللوائح القانونية السارية في داخل المملكة، لا يجوز أن تصبح قابلة للتطبيق إذا كان ذلك التطبيق يتعارض مع أحكام المعاهدات الملزمة لجميع الأشخاص أو مع أحكام القرارات من قبل المؤسسات الدولية."

^{٦١} المادة (١٤) الفصل (١١) الجزء (٨)، المادة (١٠) الفصل (١٢) الجزء (٥) من الدستور السويدي لسنة (١٩٧٤) المعدل في (٢٠١٢). حتى في الولايات المتحدة الأمريكية نفسها، التي هي موطن الرقابة القضائية في أشد مظاهرها، يحد من سلطة المحاكم في رقابة دستورية القوانين ما يُعرف "بالمسألة السياسية".

مؤسسية لضمان إحترام القيود الدستورية على السيادة البرلمانية. هذه الآليات عادة ما تفترض أن يتم تفعيلها من قبل جهة مستقلة عن السلطة التشريعية لتحديد مدى إتساق القوانين البرلمانية مع القيود الدستورية.^{٦٢} غير أنه مع تزايد إقبال دساتير الدول المختلفة على الأخذ بالنموذج الأمريكي للرقابة القضائية، برزت بعض الأصوات المعارضة على سند من أن تبنى النموذج الأمريكي للرقابة القضائية يثير العديد من الشكوك حول مدى حقيقة كون الشعب هو صاحب السيادة ويملك الحق فى حكم نفسه بنفسه من خلال التشريعات التي يصنعها ممثلهم فى البرلمان.^{٦٣} فضلاً عن ذلك، يفترض النموذج الأمريكى للرقابة القضائية على الدستورية، أن المحاكم تملك السلطة لإنكار الأثر القانوني للتشريعات المتعارضة مع القيم والمعايير الدستورية والإمتناع عن تطبيقها.

الحقيقة أن مبلغ الإختلاف بين المؤيدين والمعارضين لفكرة الرقابة القضائية يكمن فى إعطاء المحاكم الكلمة الفاصلة والختامية فى تحديد مدى توافق التشريعات مع نصوص الدستور ومبادئه. بعبارة أكثر دقة، لماذا يُعطى أفضلية إلى رأى المحكمة حول دستورية التشريع فوق رأى البرلمان صانع التشريع على الرغم من أن أعضاء البرلمان منتخبون بواسطة الشعب صاحب السيادة على عكس المحاكم التي يتشكل أغلب أعضائها بألية التعيين.^{٦٤}

كمحاولة للتخفيف من أثر هذا الإختلاف وحدة الحكم بعدم الدستورية، طور واضعو الدساتير وكذلك المحاكم الدستورية والعليا بعضاً من الآليات التي تمكنها من أعمال مقتضيات الرقابة القضائية ولكن من دون الوصول إلى حد القضاء بعدم دستورية النص التشريعى الطعين، وذلك فى محاولة لتقليل الفجوة بين مبدأ سمو الدستور من جهة ومبدأ سمو البرلمان من جهة أخرى.^{٦٥} يُستفاد من ذلك أن آليات الرقابة القضائية الجديدة التي ظهرت لخدمة هذا الغرض لا تمثل الرقابة القضائية فى أقوى صورها — والتي تملك من خلالها المحاكم القضاء بعدم دستورية النص التشريعى محل الطعن والإمتناع عن تطبيقه وبالتالي زوال ما له من قوة نفاذ — على خلاف ذلك تمثل هذه الآليات الصورة الضعيفة للرقابة القضائية بحيث لا تملك المحاكم سلطة القضاء بعدم دستورية النص التشريعى من الأساس. بعبارة أكثر وضوحاً، على الرغم من أن الرقابة القضائية الضعيفة تسمح للمحاكم، مثلها فى ذلك مثل الرقابة القضائية القوية، بأن تفحص القانون من حيث مدى إتفاقه وإتساقه مع المعايير والإشترطات الدستورية إلا أنها، بجانب عدم تمكين

^{٦٢} قد تكون هذه الجهة هى مجرد هيئة تقوم بفرز المقترحات التشريعية قبل تقديمها للبرلمان مثلما هو الحال فى اليابان والسويد حيث لا يتم مراجعة القوانين قضائياً بواسطة المحاكم.

^{٦٣} د. محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. ١٢٠.

^{٦٤} المرجع السابق، ص. ١٢١.

^{٦٥} المرجع السابق.

المحاكم من القضاء بعدم الدستورية، تمنح السلطة التشريعية فرصة للرد على ما انتهت إليه المحكمة من وجود مخالفة دستورية في القانون الطعين وذلك إذا ما خلص المشرعون إلى أن القانون يتفق مع القواعد الدستورية وفقاً لفهمهم المعقول الغير متطلب لأي خبرة قانونية.^{٦٦} وتعتبر آلية "التفسيرالبحث" "Pure Interpretive Mandate"،^{٦٧} وآلية "إعلان عدم توافق النص التشريعي مع الحقوق الأساسية" "Incompatibility with Fundamental Rights"،^{٦٨} وآلية "تعليق الأثر القانوني للنص التشريعي" "Suspending the Legal Effect of the

^{٦٦} أنظر باللغة الإنجليزية

Mark Tushnet, *The rise of weak-form judicial review* 323 in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* (TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON ED., 2011).

"الواقع أنه حتى في الأنظمة القوية للرقابة القضائية على دستورية القوانين غالباً ما يكون هناك باباً ضيقاً لا يزال مفتوحاً للرد على أحكام القضاء التي تقرر بصورة خاطئة عدم دستورية قانوناً معيناً لاغية ما له من قوة. في تلك الأنظمة القوية يأتي الرد على تلك الأحكام الخاطئة عن طريق آلية تعديل دستور الدولة نفسه. بعبارة أكثر وضوحاً، إذا ما أدركنا أن الحكم الصادر عن المحاكم الدستورية والعلية بشأن عدم دستورية قانوناً معيناً هو حكماً نهائياً غير قابل للطعن عليه، فلا يزال الشعب بإعتباره صاحب السيادة بإمكانه التغلب على مثل هذا الحكم لاسيما إذا ما صدر على خلاف القانون عن طريق تعديل المبدأ الدستوري أو القيمة الدستورية التي ادعى الحكم كون التشريع قد صدر مخالفاً لها. غير أنه وجب التنويه أن الرد على أحكام عدم الدستورية الخاطئة قد يفقد كثيراً من قيمته في الدول التي تنص دساتيرها على آلية صعبة ومعقدة لتعديل الدستور تختلف عن تلك المتبعة لتعديل القانون العادي." أنظر في ذلك، المرجع السابق؛ وكذلك د. محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. ١٢١-١٢٢.

^{٦٧} تكمن مظاهر ضعف تلك الآلية في أن المحاكم، بدلاً من القضاء بعدم دستورية التشريع الطعين إذا ما تيقنت من مخالفته لوثيقة الحقوق، يجب عليها محاولة تفسير النص التشريعي الطعين تفسيراً من شأنه أن يزيل المخالفة. أما في حالة ما إذا استعصى على المحكمة تلافى المخالفة بسبب ظاهر ألفاظ النص، فلا تملك حينها سوى إعلان عدم إتساق القانون مع وثيقة الحقوق، ولا يُعد هذا الحكم إلا مجرد حافز للبرلمان لتعديل القانون لإزالة المخالفة. تعتبر الأنظمة القانونية التي تخول لبرلمان الدولة إصدار ما يُسمى بوثيقة الحقوق والحريات هي أفضل الأنظمة لتطبيق مثل آلية التفسير البحث، وذلك على سند من أن وثيقة الحقوق والحريات إذا ما صدرت من البرلمان تكون منفصلة عن الدستور وتأخذ حكم القانون العادي الذي يملك البرلمان سلطة تعديلها بنفس إجراءات تعديل القوانين العادية. أنظر في ذلك، المرجع السابق

Mark Tushnet, *The rise of weak-form judicial review* 329.

^{٦٨} تتجلى مظاهر ضعف تلك الآلية في أنه فضلاً عن أن المحكمة لا تملك سلطة مراقبة القانون إلا من حيث مدى توافقه مع الحقوق الأساسية الممنوحة بمقتضى الدستور، أما ما عدا ذلك من نصوص دستورية، فلا تملك المحكمة سلطة مراقبة القانون بشأنها، فهي أيضاً لا تملك سلطة النطق بعدم دستورية النص القانوني المخالف. أنظر في ذلك، المرجع السابق.

Statute^{٦٩} أشهر صور الرقابة القضائية الضعيفة التي قد تلجأ إليها بعض الأنظمة القانونية للتوفيق بين مقتضيات احترام الدستور من جهة ومقتضيات احترام البرلمان من جهة أخرى. الواقع أن أحداً لا يمكنه التشكيك في أن المحكمة الدستورية الإيطالية قد أعملت مقتضيات الرقابة القضائية في أقوى صورها حيث أنها تملك سلطة القضاء بعدم دستورية النص التشريعي إذا ما تيقنت من وجود المخالفة الدستورية ومن ثم تمتنع عن تطبيقه فيزول ما له من قوة نفاذ قانوني. إلا أن المحكمة الدستورية الإيطالية قد طورت المفهوم التقليدي للرقابة القضائية القوية من خلال ما يُعرف في قضائها "بالأحكام التلاعبية"، التي مكنتها من الذهاب أبعد من الحكم بعدم الدستورية فأضافت لنفسها وظائف جديدة وأضفت بُعداً جديداً لآثار الحكم بعدم الدستورية.

ثالثاً: الأحكام التلاعبية في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية

الواقع أن الأحكام التلاعبية التي تفردت بها المحكمة الدستورية الإيطالية هي في جوهرها تقدم مفهوماً جديداً للقضاء الدستوري، بحيث تختلط فيها وظيفة المحكمة الأساسية في أعمال مقتضيات الرقابة القضائية، للتأكد من إعلاء قيم الشرعية الدستورية بتغليب نصوص الدستور على ما عداها من نصوص قانونية أخرى مخالفة لها، ببعض الوظائف الأخرى التي تبدو لأول وهلة أمراً شاذاً وغريباً إذا ما تم ممارستها من قبل السلطة القضائية، على النحو الذي فصله لاحقاً.

١- الأحكام التلاعبية في القضاء بدستورية النصوص القانونية

قبل التطرق للحديث عن ماهية الأحكام التلاعبية، نود الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية الإيطالية قد اعتمدت نظرية متطورة للقانون الدستوري والتي يمكن من خلالها الوصول إلى فهم أفضل للمنهجية القضائية التي قادت المحكمة لإبتداع تلك الأحكام التلاعبية التي بها تقرر دستورية النص القانوني محل الطعن.

بداية من عام (١٩٦٥) تبنت المحكمة الدستورية الإيطالية ما يُعرف في الفقه الدستوري

^{٦٩}تفترض تلك الآلية أن للمحكمة سلطة تعليق الأثر القانوني -أي توقيفه- مؤقتاً إنتظاراً لتدخل تشريعي بتعديل القانون العادي دون الدستور الأساسي، ويُعتبر هذا أهم مظاهر ضعف هذه الآلية حيث أن بقاء الحكم القضائي الصادر من المحكمة بعدم إتساق النص التشريعي مع الأحكام الدستورية إنما هو في حقيقته مرهوناً بعدم تدخل البرلمان تشريعياً على النحو الذي يسمح بإستمرار نفاذ القانون الطعين لفترة زمنية يُحددها البرلمان نفسه بغض النظر عن العوار الدستوري الذي شاب القانون. ويعتبر البند ٣٣(١) من الميثاق الدستوري الكندي للحقوق والحريات الأساسية والذي يُتيح للبرلمان الفيدرالي أو برلمانات المقاطعات تجاهل الأحكام المنصوص عليها في بعض أجزاء الميثاق الدستوري هو خير مثال على تطبيق آلية تعليق الأثر القانوني للنص التشريعي. أنظر في ذلك، المرجع السابق.

الإيطالي بنظرية "القانون الحي" "dottrina del diritto vivente"،^{٧٠} والتي بمقتضاها تقرر المحكمة دستورية القانون المطعون فيه أمامها ليس بشكل مجرد كونه قانوناً على ورق، ولكن وفقاً للكيفية التي فهم بها وتم تفسيره في قضاء المحاكم العادية، وخاصة قضاء محكمة النقض.^{٧١}

في عام (١٩٩٧) شرحت المحكمة الدستورية الإيطالية موقفها تجاه نظرية "القانون الحي" عندما ذكرت في أحد أحكامها أنه "على الرغم من أنه لا شك في أن النظام القانوني الحالي لا يوجد فيه أي التزام على القاضى العادى أن يُلزم نفسه بتوجيهات محكمة النقض، فمن صحيح القول أيضاً أنه إذا كانت هذه التوجيهات مطردة بشكل مستقر في السوابق القضائية - إلى حد أن تلك التوجيهات تعبر عن خصائص القانون الحي - فمن المتصور جداً أن يكون المبدأ أو المعيار الوارد في النص القانوني، كما فسرتة محكمة النقض والقضاة النظاميين، خاضعاً لرقابة دستورية. ذلك على سند من أن تغيير المبدأ أو المعيار أو تفسيره تفسيراً مختلفاً هو أمراً غير متصور حدوثه إلا بتدخل من السلطة التشريعية أو هذه المحكمة، خاصة إذا ما كان هذا المبدأ أو المعيار بطبيعته ضارياً بجذوره في النظام القانوني."^{٧٢}

المتأمل لقضاء المحكمة يتضح له أن تلك الأخيرة، في إطار أعمالها لمقتضيات الرقابة القضائية، تراقب التفسير الذي أعطته المحكمة العادية للنص القانوني والذي جعلها تتشكك في دستوريته. الحقيقة أن أعمال مقتضيات الرقابة على الدستورية في إطار رقابة تفسيرات المحاكم العادية للقانون الطعين تجد ما يبررها في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية على سند من أن تلك الأخيرة تحاول أن توازن بين حق المحاكم العادية في تفسير النص القانوني وبالتالي إمكانية تأويل المبدأ أو الحكم الوارد فيها تأويلاً يتناسب مع قراءتها للنص من جهة، وبين مصلحة الحفاظ على هو مستقر ومتواتر في السوابق القضائية من جهة أخرى، لاسيما إذا ما كان تفسير المحكمة العادية للنص القانوني يتعارض مع هذه السوابق.

^{٧٠} أنظر في ذلك باللغة الإنجليزية

MAARTJE DE VISSER, CONSTITUTIONAL REVIEW IN EUROPE: A COMPARATIVE ANALYSIS 286 (2014).

^{٧١} المرجع السابق.

^{٧٢} أنظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٩٩٧/٣٥٠ الصادر في (١٣ نوفمبر ١٩٩٧).

وقد إستطردت المحكمة لتؤكد على أنه "وبعبارة أخرى، في ظل وجود قانون حي ونافذ، تشكك قاضياً عادياً حالياً في تطبيقه لكونه في رأيه غير دستوري، يثبت له الإختيار أن يتبع بصد هذا القانون تفسيراً مختلفاً أو أن يُحيله لتلك المحكمة للتأكد من دستوريته، خاصة إذا ما كان هذا القانون يتمتع بإحترام في العديد من السوابق القضائية."

• الأحكام التفسيرية

تجدر الإشارة إلى أن إجراء الإحالة الأولية هو السبيل الرئيسي الذي من خلاله يمكن أن تتصل المحكمة الدستورية الإيطالية بالطعون المتعلقة بعدم دستورية القوانين. ويقصد بهذا الإجراء سلطة المحاكم العادية، وذلك بمناسبة نظرها في أحد القضايا وقبل الفصل فيها، في إحالة تلك المسائل المتعلقة بتفسير النصوص الدستورية الغامضة أو تلك المتعلقة بمدى دستورية القوانين للمحكمة الدستورية.^{٧٣}

الواقع أن نظرية "القانون الحي" تبرز بشدة في نوعين من أحكام المحكمة الدستورية الإيطالية حين تتصل تلك الأخيرة بالمسألة الدستورية عن طريق إجراء الإحالة الأولية. النوع الأول هو ما يُعرف "بالحكم التصحيحي" "sentenza correzione" والذي بمقتضاه ترفض المحكمة الدستورية الفصل في جوهر المسألة الدستورية المحالة إليها، وذلك على سند من أن المحكمة قد تيقنت أن القاضى المُحيل قد فسر النص القانوني تفسيراً خاطئاً جعله يتشكك في دستورية المبدأ القانوني الذي صاغه النص،^{٧٤} الأمر الذي يتعين معه ضرورة تعديل هذا التفسير ليتوافق مع التفسيرات القضائية الأخرى واسعة النطاق بشأن هذا النص القانوني، والتي تمثل القانون الحي.^{٧٥}

النوع الثانى من الأحكام الذى تعتمد عليه المحكمة الدستورية الإيطالية لإبراز نظرية القانون الحي هو ما يُعرف "بالحكم التفسيري" "sentenza interpretativa" والذي بمقتضاه تفصل المحكمة في جوهر المسألة الدستورية المُحالة من قبل المحكمة العادية،^{٧٦} على خلاف الأمر في الحكم التصحيحي، على النحو السابق بيانه.

الحقيقة أنه عندما تفحص المحاكم الدستورية المسألة الدستورية المعروضة أمامها للتأكد من توافق القانون الطعين مع الإشتراطات والمعايير الدستورية، فإنها قد تنتهى فى العديد من

^{٧٣} أنظر باللغة الإنجليزية

Maarten Vink, Monica Claes, and Christine Arnold, *Explaining the Use of Preliminary References by Domestic Courts in EU Member States: A Mixed-Method Comparative Analysis*, 11TH BIENNIAL CONFERENCE OF THE EUROPEAN UNION STUDIES ASSOCIATION (April 24, 2009).

^{٧٤} أنظر باللغة الإنجليزية

MAARTJE DE VISSER, CONSTITUTIONAL REVIEW IN EUROPE

المرجع السابق، ص. ٢٨٦.

^{٧٥} المرجع السابق، ص. ٢٨٧.

^{٧٦} المرجع السابق، ص. ٢٨٧.

الحالات إلى القضاء بدستورية القانون ورفض الطعن بعدم الدستورية المقدم ضده. مثل تلك الأحكام يكون لها حُجبة مطلقة وتتمتع بقوة الإلزام على العموم، غير أن الأمر يبدو مختلفاً نوعاً ما في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية. بعبارة أكثر وضوحاً، عند تقرير المحكمة الدستورية الإيطالية بدستورية النص القانوني محل الطعن فإنها لا تفعل ذلك بمراقبة ألفاظ ومباني النص للتأكد من مطابقتها للدستور، ولكن عن طريق تحديد ما إذا كان الإدعاء بعدم دستورية النص مقبولاً أم لا - أي أن المحكمة سوف تراقب التفسير الذي أعطته المحكمة العادية للنص القانوني فجعلها تتشكك في كونه غير دستوري. يُستفاد من ذلك أنه حتى في حالة ما إذا رفضت المحكمة الدستورية الإدعاء بعدم دستورية القانون، فإنها لن تُصرح بأن هذا الأخير دستورياً، ولكنها سوف تقضى فقط بأنها رفضت الحكم بعدم دستورية القانون بناء على الأسباب والأسانيد التي ساققتها المحكمة العادية في قرارها بالإحالة. تتبنى المحكمة الدستورية الإيطالية تلك الصورة الفريدة من الرقابة القضائية على الدستورية عن طريق سلطتها في إصدار ما يُعرف بالأحكام التفسيرية. يأتي الحكم التفسيري على نوعين. النوع الأول يُخول للمحكمة رفض الطعن بعدم الدستورية المُحال إليها من المحكمة العادية *sentenza interpretativa di rigetto*.^{٧٧} بمقتضى هذا الحكم، ترفض المحكمة تفسير القاضى العادى للقانون، والذي قد يكون متسقاً مع السوابق القضائية الراسخة ويثير بالفعل شكوكاً بشأن دستورية القانون. بعبارة أكثر وضوحاً، إذا ما تشكك القاضى العادى فى دستورية نص قانونى معين فقد يقوده إجتهاده القضائى إلى تفسير هذا النص تفسيراً معيناً، أى إعطاء المبدأ أو الحكم الوارد فى النص معنى مغاير لما تنطق به ألفاظ الحكم. هذا المعنى هو فى جوهره متسقاً مع السوابق القضائية. غير أن المحكمة الدستورية تملك سلطة رفض هذا التفسير الجديد، وهو الأمر الذى يعنى أن المحكمة قد رفضت فرضية إعتبار أن هذا التفسير هو السبيل الوحيد لجعل النص القانونى متوافقاً مع الدستور.^{٧٨} على سبيل المثال فى أحد

^{٧٧} المرجع السابق، ص. ٢٨٧.

^{٧٨} أنظر أحكام المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٢٠٠٤/٩١ الصادر فى (٨ مارس ٢٠٠٤)؛ حكم رقم ٢٠٠٧/١٧٩ الصادر فى (٥ نوفمبر ٢٠٠٧). على سبيل المثال فى هذا الحكم الأخير رفضت المحكمة الدستورية الإيطالية تفسير محكمة بولونيا الإستثنائية لنص المادة (١٥٥) من القانون المدنى الإيطالى كونها والتي عدلت من قواعد تنظيم العلاقة بين الأباء والأبناء فى حالات الطلاق. بمقتضى هذه المادة إذا ما تم إعطاء أحد الأباء، الذى يملك حق حضانة الطفل، حق العيش فى مسكن العائلة، فإن هذا الحق يسقط تلقائياً إذا ما تزوج أو قرر العيش مع شريكاً آخر. وفقاً لتفسير محكمة بولونيا لهذا النص، فإن غل يد القاضى عن أخذ مصلحة الطفل فى الإعتبار وضرورة الحكم بسقوط الحق فى العيش فى منزل العائلة تلقائياً يجعل النص برمته مشوباً بعدم الدستورية. بناء على ذلك، فسرت المحكمة النص على أساس أنه يعنى أن المحكمة لها سلطة النظر فى الظروف الإقتصادية للأباء قبل التقرير بسقوط حق أحدهما فى البقاء فى منزل العائلة وذلك لمصلحة الطفل. غير أن المحكمة الدستورية رفضت مثل هذا التفسير وقضت أن "التقرير بعدم دستورية المبدأ الوارد فى النص

أحكامها الصادرة عام (٢٠٠٨)، رفضت المحكمة الدستورية الإيطالية تفسير محكمة بولونيا الإستئنافية لنص المادة (١٥٥) من القانون المدني الإيطالي والذي عدل من قواعد تنظيم العلاقة بين الأباء والأبناء في حالات الطلاق. بمقتضى هذه المادة إذا ما تم إعطاء أحد الأباء، الذي يملك حق حضانة الطفل، حق الإستمرار في العيش في مسكن العائلة، فإن هذا الحق يسقط تلقائياً إذا ما تزوجاً وقرر العيش مع شريكاً آخر. وفقاً لتفسير محكمة بولونيا لهذا النص، فإن غل يد القاضى عن أخذ مصلحة الطفل في الإعتبار وضرورة الحكم بسقوط الحق في العيش في منزل العائلة تلقائياً يجعل النص برمته مشوباً بعدم الدستورية.

بناء على ذلك، فسرت المحكمة النص على أساس أنه يعنى أن المحكمة لها سلطة النظر في الظروف الإقتصادية للأباء قبل التقرير بسقوط حق أحدهما في البقاء في منزل العائلة وذلك لمصلحة الطفل. غير أن المحكمة الدستورية رفضت تمثّل هذا التفسير وقضت أن "التقرير بعدم دستورية المبدأ الوارد في النص القانونى يمكن تبريره إذا ما ثبت عدم موجود أى تفسير من شأنه أن يجعل المبدأ متوافقاً مع الدستور، وليس لمجرد أنه يمكن تأويله تأويلاً يجعله مخالفاً للمعايير الدستورية." إستطردت المحكمة لتؤكد على أن "ليس فقط مقتضيات الحق في منح منزل العائلة إلى أحد الأباء هو فقط الذى يخضع لرقابة المحكمة، بل تمتد رقابة المحكمة أيضاً لتشمل مقتضيات سقوط هذا الحق وفقاً لصالح الأبناء. والأمر كذلك، فتفسير نص المادة (١١٥) من القانون المدني تفسيراً حرفياً ليعنى أن مجرد زواج الأب أو الأم مرة أخرى أو تعايشهم عيش الأزواج مع شريك آخر يسقط حقهم في الإستمرار في العيش في منزل العائلة بقوة القانون، هو أمر غير متناسب مع مصلحة الأبناء، ومن ثم غير دستوري. غير أن هذا النص يمكنه الإستمرار في التمتع بصفة الدستورية إذا ما تم تفسيره على أساس أن حق الأباء لا يسقط تلقائياً بقوة القانون في إستمرار العيش في منزل العائلة، وإنما التقرير بهذا السقوط يظل دائماً مرتبطاً بحكم قضائي يُراعى فيه مصالح الأبناء القصر."^{٧٩} النوع الثانى للحكم التفسيري، على خلاف النوع الأول، تقبل فيه المحكمة الطعن بعدم الدستورية المُحال إليها من المحكمة العادية *sentenza interpretativa di accoglimento*. بمقتضى هذا الحكم، تملك المحكمة الدستورية سلطة القضاء بأن تفسير المحكمة العادية للنص القانونى هو في جوهره متعارضاً مع المتطلبات والإشترطات الدستورية، وبالتالي يمكن للمحكمة أن تحكم بعدم دستورية التفسير فقط مع الإبقاء على النص القانونى قائماً. بعبارة أكثر وضوحاً، بمقتضى هذا الحكم لا ترفض

القانونى يمكن تبريره إذا ما ثبت عدم وجود أى تفسير من شأنه أن يجعل المبدأ متوافقاً مع الدستور، وليس لمجرد أنه يمكن تأويله تأويلاً يجعله مخالفاً للمعايير الدستورية.

^{٧٩} أنظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٣٠٨/٢٠٠٨ الصادر في (٢٩ يوليو ٢٠٠٨).

المحكمة الدستورية النص القانوني محل الطعن ولكنها ترفض تأويل المحكمة العادية للمبدأ أو للحكم الوارد في النص كون أن هذا التأويل قد جاء مشوباً بعدم الدستورية.

الحقيقة أن المتأمل للحكم التفسيري بنوعيه قد يتضح له للوهلة الأولى أنه لا فرق بينهما فكلاهما يُخول للمحكمة سلطة رفض تفسير المحكمة العادية للنص القانوني محل الطعن بعدم الدستورية. غير أنه ينبغي التنبه على أن الفارق الدقيق بين نوعي الحكم التفسيري يكمن في أن الحكم التفسيري الذي فيه تقبل المحكمة الدستورية الطعن المحال إليها بعدم دستورية نصاً قانونياً معيناً، على الرغم من أنها تقضى فيه بعدم دستورية تفسير المحكمة العادية للنص القانوني مع الإبقاء على هذا الأخير، إلا أنها لا تفرض على المحاكم العادية تفسيراً معيناً من عندياتها وجب الإلتزام به سامحة بذلك بقراءات أخرى للنص القانوني. وذلك على خلاف النوع الأول للحكم التفسيري الذي فيه تفسر المحكمة الدستورية النص القانوني محل الطعن تفسيراً ملزماً، بعد رفض التفسير الصادر من المحكمة العادية.^{٨٠}

المتأمل للحكم التفسيري بنوعيه، يتضح له أن المحكمة الدستورية الإيطالية تُفرق بين النص القانوني، أي الألفاظ الواردة في القانون، وبين المعنى المنسوب إلى ذلك النص من خلال عملية التفسير القانوني، أي عملية تأويل المبدأ أو الحكم الوارد في ألفاظ النص.^{٨١} بناء على ذلك، يثور التساؤل حول ما إذا كانت الرقابة القضائية على الدستورية تتعلق في المقام الأول بالمبدأ أو الحكم الوارد في النص القانوني أم بألفاظ النص القانوني نفسه.

استقرت المحكمة الدستورية الإيطالية في قضائها على أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تتعلق بصفة أساسية بالمبادئ والأحكام الواردة في النصوص القانونية،^{٨٢} فالمبادئ والأحكام الواردة في النصوص القانونية العادية لابد وأن تأتي متوافقة مع المبادئ والأحكام الواردة في النصوص الدستورية، بحيث تضحى الأولى بلا أي أثر أو فاعلية قانونية إذا ما تيقنت

^{٨٠}أنظر في ذلك المعنى باللغة الفرنسية

A. Pizzorusso, *Présentation de la Cour Constitutionnelle Italienne*, 6 CAHIERS DDU CONSEIL CONSTITUTIONNEL (1999).

^{٨١}أنظر باللغة الإنجليزية

VITTORIA BARSOTTI, PAOLO G. CAROZZA, MARTA CARTABIA, AND ANDREA SIMONCINI, ITALIAN CONSTITUTIONAL JUSTICE IN GLOBAL CONTEXT 84 (2016).

^{٨٢}أنظر باللغة الإنجليزية

Danielle Pinard, *Quest for Methodological Coherence in Judicial Review on Constitutional Grounds: Recent Examples from the Supreme Court of Canada*, 10 NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS 293, 309 (2005).

المحكمة من وجود التعارض. يُستفاد من ذلك أن المحكمة الدستورية الإيطالية لا تعتبر النص القانوني والمبدأ أو الحكم الوارد فيه شيئاً واحداً.

من الجدير بالذكر أنه على الرغم من أن الحكم التفسيري يُخول للمحكمة الدستورية الإيطالية سلطة رفض تفسير المحاكم العادية للنص القانوني الطعين، إلا أن المحكمة قد أبدت الكثير من الحرص عند إستخدامها لتلك السلطة وذلك في محاولة منها للحفاظ على نظرية "القانون الحي" وعدم العبث بما هو مستقر عليه في السوابق القضائية للمحاكم العادية لاسيما محكمة النقض. بعبارة أكثر وضوحاً، إذا كانت السوابق القضائية للمحاكم العادية، وخاصة محكمة النقض، مضطرب ومستقر على تبنى تفسيراً موحداً للنص القانوني المطعون في عدم دستوريته، فمن المرجح أن تقبل المحكمة الدستورية هذا التفسير على أساس كونه يمثل "القانون الحي" الذي تواترت المحاكم على تطبيقه.^{٨٣}

يُستفاد من ذلك أنه في حالة تحقق المحكمة الدستورية الإيطالية من أن تفسير المحكمة العادية للنص القانوني محل الطعن هو التفسير المتواتر الذي يمثل القانون الحي في سوابق المحاكم العادية، فسوف تفصل في المسألة الدستورية مفترضة أن هذا التفسير هو التفسير الصحيح، فإذا ما ثبت عكس ذلك وتيقنت المحكمة من أن هذا التفسير غير دستوري، فسوف تقضى بعدم دستورية القانون نفسه متفادية التصريح بعدم دستورية المبدأ أو الحكم المستخلص من تفسير المحاكم العادية الذي سبق وتواتر في سوابقها القضائية. والمحكمة في ذلك تفرق بشكل واضح بين ألفاظ النص القانوني وبين المبدأ أو الحكم الذي يمكن إستخلاصه من ألفاظ النص بعد تفسيره قضائياً.^{٨٤}

الحقيقة أن نظرية "القانون الحي" قد برزت في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية كمحاولة لتأكيد حسن العمل بينها وبين المحاكم العادية وخاصة محكمة النقض. فقد كانت المحكمة الدستورية الإيطالية حريصة في أحكامها المبكرة على التأكيد على إختصاصها بتقديم تفسيراً مستقلاً للقانون المدعى بعدم دستوريته، لتحديد ما إذا كان التوافق الدستوري يمكن أن يتحقق عن طريق آليات التفسير القضائي، كما هو الحال في الأحكام التفسيرية، وذلك في محاولة لإنقاذ القانون من إمكانية القضاء بعدم دستوريته وإبطاله.^{٨٥}

^{٨٣} أنظر باللغة الإنجليزية

VITTORIA BARSOTTI, ET, ITALIAN CONSTITUTIONAL JUSTICE IN GLOBAL CONTEXT

المرجع السابق، ص. ٨٥.

^{٨٤} المرجع السابق، ص. ٨٥-٨٦.

^{٨٥} على سبيل المثال قضت المحكمة الدستورية الإيطالية في أحد أحكامها المبكرة أن نص المادة (٥٧) من قانون العقوبات والمادة (٣) من قانون رقم (٤٧) لسنة (١٩٤٨) في نصهما على أن إهمال الرئيس في الإشراف على

في الوقت نفسه دعت المحكمة الدستورية المحاكم العادية إلى تبنى المبادئ والمعايير الدستورية في الأحكام الصادرة عنها وعند ممارسة ولايتها القضائية، وقراءة القوانين وتفسيرها وفقاً للنصوص والأحكام الدستورية ذات الصلة، وذلك إلى جانب إختصاصها في القيام بإجراء الإحالة الأولية إذا ما تشككت في عدم دستورية قانوناً ما.^{٨٦} من الجدير بالذكر، أن بعضاً من الفقه الدستوري الإيطالي قد ذهب للقول بأن تقديم المحكمة الدستورية الإيطالية لنظرية "القانون الحي" كان في حقيقته مكافأة للمحاكم العادية بعد أن إستجابت تلك الأخيرة لدعوات المحكمة بتأسيس أحكامها وتفسيراتها على المبادئ والمعايير الدستورية. فكما سبق البيان، تقتضى تلك النظرية أن لا تراجع المحكمة الدستورية القوانين المتنازع على دستورتها بصورة مجردة بمجرد مقارنتها بالنصوص الدستورية، بل تراجعها من حيث كيفية تطبيقها بالفعل في سوابق المحاكم الأخرى وخاصة محكمة النقض.^{٨٧}

وبذلك تكون المحكمة الدستورية قد إعترفت بسلطة محكمة النقض، نظراً لموقعها على قمة القضاء العادي، في تحديد معانى القوانين العادية الصادرة عن برلمان الدولة. بعبارة أخرى، لم تتكرر المحكمة الدستورية كون أن محكمة النقض مسئولة، مثلها مثل أى محكمة عادية أخرى، عن القيام بعملية التفسير القانوني، غير أنها احتفظت لنفسها بالكلمة الأخيرة حول ما إذا كان هذا التفسير يبقى ضمن الحدود المنصوص عليها في الدستور.^{٨٨} وبالتالي إستطاعت المحكمة الدستورية إلى حد كبير تجنب تضارب التفسيرات بينها وبين المحاكم العادية، وخاصة محكمة

المرووس يستتبع إثارة المسئولية الشخصية للأول لا يُخالفاً روح المادة (١٧) من الدستور الإيطالي في نصها على شخصية المسئولية الجنائية. وقد توصلت المحكمة إلى هذا الإستنتاج عن طريق آلية الحكم التفسيري، وذلك عندما عمدت إلى تفسير المادة (١٧) من الدستور لتعنى أن شخصية المسئولية الجنائية تعترف برابطة السببية بين تصرف الرئيس والظروف التي أحاطت بالتصرف. تلك الظروف، وفقاً للمحكمة، تستوعب مسئولية الرئيس في الإشراف. أنظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٩٥٦/٣ الصادر في (١٥ أبريل ١٩٥٦).^{٨٦} أنظر باللغة الإنجليزية

MAARTJE DE VISSER, CONSTITUTIONAL REVIEW IN EUROPE

المرجع السابق، ص. ٢٨٨.

E. Lamarque, *Interpreting Statutes in Conformity with the Constitution: The Role of the Italian Constitutional Court and Ordinary Judges*, ITALIAN JOURNAL OF PUBLIC LAW 91, 112 (2010).

^{٨٧} أنظر باللغة الإنجليزية

Lech Garlicki, *Constitutional Courts versus Supreme Courts*, 5 I•CON 44, 55 (2007).

^{٨٨} المرجع السابق.

من الجدير بالإشارة أن حاجة المحكمة الدستورية الإيطالية إلى التعايش الجيد والتعاون مع محكمة النقض والمحاكم العادية الأقل تجد أساسها في حقيقة أن الأول تتعمد بشكل كبير على تلك الأخيرة لإمدادها بالمسائل الدستورية المتعلقة بمدى صحة القوانين وإتفاقها مع المبادئ والأحكام الدستورية، وذلك من أجل أن تكون قادرة على تنفيذ مهمتها في الإبقاء على أعمال السلطة التشريعية تحت الرقابة الدستورية.

فضلاً عن ذلك، وجب التويه على أن النوع الأول من الحكم التفسيري، الذي فيه ترفض المحكمة الدستورية الطعن بعدم الدستورية المُحال إليها من المحكمة العادية لعدم إقتناعها

^{٨٩} غير أن ذلك لم يمح أي إمكانية لقيام تنازع بين المحكمة الدستورية ومحكمة النقض. على سبيل المثال، في عام (١٩٥٨)، أجابت محكمة النقض الإيطالية في أحد أحكامها على بعض الأسئلة المتعلقة بإجراءات "التحقيق الموجز" وقضت بأن بعض ضمانات المحاكمة العادلة لا يلزم تطبيقها على هذا النوع من الإجراءات. في فبراير (١٩٦٥)، عُرضت نفس المسألة على المحكمة الدستورية، التي رفضت إعلان النصوص المطعون فيها غير دستورية، ولكن حددت الكيفية التي ينبغي أن تفسر بها تلك النصوص من قبل المحاكم الجنائية العادية، مستخدمة في ذلك النوع الأول من الحكم التفسيري. غير أن هذا التفسير اقتضى أن تغير محكمة النقض من حكمها السابق، وهو الأمر الذي رفضته المحكمة. بناء على ذلك، في يونيو (١٩٦٥)، استخدمت المحكمة الدستورية النوع الثاني من الحكم التفسيري لتقضي بعدم دستورية النصوص القانونية المطعون فيها بالقدر الذي جعلت التفسير الذي تبنته محكمة النقض تفسيراً يمكن الإعتماد عليه. أنظر في ذلك حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٩٧٠/٤٩.

خلافاً آخر قد ثار بين المحكمتين بشأن تفسير المادة (٣٠٣) من قانون الإجراءات الجنائية، بشأن حساب المدة القصوى للحبس الإحتياطي. في عام (١٩٩٨)، أعلنت المحكمة الدستورية أن المادة (٣٠٣) يجب أن تتفق مع المادتين ٣ و ١٣ من الدستور، بشأن حق جميع المواطنين في الكرامة والمساواة وأن لحياتهم الشخصية حرمة لا تمس، وأشارت إلى التفسير الصحيح للمادة. (حكم رقم ١٩٩٨/٢٩٢ الصادر في (٧ يوليو ١٩٩٨)). وقد تم تأييد هذا الحكم في بحكم رقم ١٩٩٩/٤٢٩ (١٩ نوفمبر ١٩٩٩) وحكم رقم ٢٠٠٠/٢١٤ (١٩ يونيو ٢٠٠٠) وحكم رقم ٢٠٠٠/٥٢٩ (٢٢ نوفمبر ٢٠٠٠). غير أن محكمة النقض، بعد أن تشككت في دستورية المادة (٣٠٣) من قانون الإجراءات الجنائية، أحالت المسألة للمحكمة الدستورية من أجل الفصل فيها، فما كان من تلك الأخيرة إلا أنها رفضت الطعن وقضت بأن المادة يجب أن يتم تفسيرها على النحو الذي سبق وقررت المحكمة من قبل. (حكم رقم ٢٠٠٣/٢٤٣ الصادر في ٣٠ يونيو ٢٠٠٣). في المقابل، رفضت محكمة النقض هذا التفسير على سند من أن "الأحكام التفسيرية للمحكمة الدستورية ليست لها حجية على الكافة، وهي في ذلك تختلف عن أحكام المحكمة الصادرة بتحديد مدى دستورية نصاً قانونياً مطعوناً فيه. لذلك فأحكام المحكمة التفسيرية تحمل رسالة سلبية مفادها أنه لم تنشأ حالة من حالات عدم الدستورية، وتكون حاسمة وملزمة بشأن القضية التي أحيلت بمناسبة المسألة الدستورية. في جميع القضايا الأخرى، يحتفظ القضاة العاديين بسلطتهم وواجبهم (المنصوص عليه في المادة ١٠١ (٢) من الدستور) لتفسير محتوى النصوص القانونية بشكل مستقل." (حكم محكمة النقض الإيطالية رقم ٢٠٠٤/٢٣٠١٦ الصادر في ٣١ مارس ٢٠٠٤).

بالتفسير الذى أعطته تلك الأخيرة للنص القانونى وجعلها تتشكك فى دستوريتها، لا يتمتع بحُجية مطلقة - أى أنه لا يُلزم إلا المحكمة العادية المُحيَلة. بناء على ذلك، يكون النوع الأول من الحكم التفسيري، الذى تقرر فيه المحكمة الدستورية أن تفسيرها للنص القانونى محل الطعن هو التفسير الوحيد المتوافق مع الدستور، يعتمد إلى حد كبير على قبول المحكمة العادية له، الأمر الذى يؤكد أن المحكمة الدستورية الإيطالية، عن طريق الأحكام التفسيرية ونظرية القانون الحى، قد أوجدت بشكل ضمني نوعاً من تقسيم العمل بينها وبين المحاكم العادية، بحيث يمكن لكل منهم قبول وتأييد التفسير الصادر منهما كل فى حدود إختصاصه.^{٩٠}

٢- الأحكام التلاعيبية فى القضاء بعدم دستورية النص القانونى

كما سبق الذكر، فالأحكام التفسيرية تقتصر فيها سلطة المحكمة الدستورية الإيطالية على القضاء بعدم دستورية التفسير المُستقى من نص قانونى معين مع الحفاظ على النص نفسه، وذلك لفنائة المحكمة بأن مجرد الحكم بعدم دستورية نصاً قانونياً معيناً من شأنه أن يُرتب المزيد من الأضرار أكثر من الفوائد التى قد تعود على أطراف الدعوى والنظام القانونى للدولة. غير أن المتأمل لفحوى الرقابة القضائية التى تمارسها المحكمة الدستورية الإيطالية من خلال الأحكام التفسيرية التى تصدر عنها يلحظ أنها رقابة قاصرة تفترض فى الأساس صحة النص القانونى المطعون فيه، وإن حدث وتشككت المحكمة فى دستورية النص، فستفترض أن هذا التشكك ناجم عن تفسير المحكمة العادية للنص القانونى، فنقضى بعدم دستورية الأول مع الإبقاء على الثانى. وجب التنويه على أن الرقابة القضائية التى تمارسها المحكمة الدستورية الإيطالية من خلال الأحكام التفسيرية هى ليست الصورة الوحيدة للرقابة التى تعتمدها المحكمة، فتلك الأخيرة، كما سبق القول، تعرف نموذج الرقابة القضائية فى أقوى صورها، والذى فيه تملك المحكمة سلطة القضاء بعدم دستورية النص القانونى الطعين والإمتناع عن تطبيقه. غير أن المحكمة الدستورية الإيطالية لم تتوقف عن هذا الحد بل طورت مفهوماً جديداً للرقابة القضائية بإعتماد صور مختلفة من صور أحكام عدم الدستورية تُعرف فى الفقه الدستورى الإيطالى "بالأحكام التلاعيبية"، والتى أضفت بعداً جديداً لوظائف المحكمة الأساسية.

يمكن للمحكمة الدستورية أن تصدر عدة أنواع من القرارات التى يمكن تصنيفها وفقاً لمعايير

^{٩٠} من الجدير بالذكر أنه فى حالة ما إذا رفضت المحكمة الدستورية المطاعن الدستورية الموجهة إلى القانون الطعين أو بعض نصوصه بمقتضى سلطتها فى إصدار الأحكام التفسيرية، فهذا لا يعنى أنها قد أنهت أى جدل يمكن أن يُثار مستقبلاً بشأن المبادئ أو الأحكام الواردة فى هذا القانون، ذلك لأنها قد تجد نفسها مضطرة لمعاودة فحص نصوصاً أخرى فى القانون غير تلك التى سبق وفحصتها أو أن تفحص تلك الأخيرة مرة أخرى بناء على مطاعن جديدة تكون قد وجهت إليها.

مختلفة.^{٩١} من زاوية إجرائية، (١) الأحكام هي قرارات نهائية وختامية تفصل فى الإجراءات والمواضيع حيث أثرت المسألة الدستورية: (٢) الأوامر هي قرارات إجرائية لا تفصل فى إجراءات الدعوى أو موضوعها بصفة نهائية بل تفصل فيها لفترة مؤقتة فقط: (٣) أخيراً، قد تصدر المحكمة الدستورية مراسيم يتم تبنيها من قبل رئيس الجمهورية وهى التى عادة ما تكون معنية بأمور تنظيمية.^{٩٢}

من زاوية موضوعية، تفصل المحكمة فى الدعوى المثارة أمامها إما بالقضاء بعدم قبولها وذلك، على سبيل المثال، لرفعها من قبل هيئة تفتقر لطابع الجهة القضائية، أو لكون المسألة الدستورية قد بُنيت على أساس واهى أو لكونها غير مثمرة بشأن الدعوى الأصلية أمام المحاكم العادية، أو لكون القانون المطعون بعدم دستوريته قد تم إلغائه أو تعديله وهو الأمر الذى يستتبع إعادة تقييم من قبل المحكمة المُحيلة. وأخيراً قد تقضى المحكمة بعدم قبول الدعوى الدستورية على أسس موضوعية بعدم فحص القانون الطعين والتأكد من سلامته من أى عوار دستوري.^{٩٣}

غير أنه وجب التنويه على أنه فى هذه الحالة الأخيرة، التى فيها تقرر المحكمة الفصل فى المسألة الدستورية بفحص موضوعها، قد يأتى حكم المحكمة الدستورية إما بالقبول الطعن بعدم الدستورية أو بعدم قبوله.^{٩٤} فالحكم الصادر بعدم القبول يرفض الطعن بعدم الدستورية الموجه إلى القانون ويأمر ببقاء هذا الأخير نافذاً ومرتباً لآثاره، إلا أنه لا يُلزم إلا المحكمة المُحيلة.^{٩٥} على خلاف ذلك، فالحكم الصادر بالقبول من شأنه أن يقرر عدم دستورية القانون محل الطعن ويكون له حُجبة مطلقة على الكافة.^{٩٦}

^{٩١} أنظر باللغة الإنجليزية

Giuseppe Franco Ferrari, *The Conceptual Definition of the Constitutional Court in Italy*, in SHIMON SHETREET ED., *THE CULTURAL OF JUDICIAL INDEPENDENCE* 161 (2014).

^{٩٢} المرجع السابق.

^{٩٣} المرجع السابق.

^{٩٤} المرجع السابق.

^{٩٥} المرجع السابق.

^{٩٦} المرجع السابق، ص. ١٦٢. ينبغى فى هذا المقام عدم الخلط بين سلطة المحكمة الدستورية الإيطالية فى القضاء بعدم دستورية النص القانونى محل الطعن وكونه يتمتع بحُجبة مطلقة فى مواجهة الكافة وبين سلطتها فى تفسير النص القانونى الطعين بعد القضاء بعدم دستورية التفسير الذى أعطته المحكمة العادية المُحيلة للنص القانونى وجعلها تتشكك فى دستورية النص الطعين كونه لا يتمتع بحُجبة مطلقة ولا يُلزم إلا المحكمة المُحيلة، ذلك على سند من أن الحكم الأول إنما تصدره المحكمة الدستورية بمقتضى أعمالها لمقتضيات الرقابة القضائية القوية، أما الحكم الثانى فتصدره المحكمة بمقتضى سلطتها فى إصدار الأحكام التفسيرية، على النحو السابق تفصيله.

علاوة على ذلك، إعترفت المحكمة الدستورية الإيطالية بقدرتها على إصدار أحكام تقرر فيها تأقيت دستورية القانون،^{٩٧} والتي فيها تقضى المحكمة بأن القانون المطعون فيه يتفق مع الدستور فى الوقت الراهن ولكنه قريباً سوف يزول هذا الإتفاق،^{٩٨} أو أن القانون الطعين يدخل ظاهرياً فقط ضمن الحدود الدستورية، ومن ثم يضحى هذا الحكم مناشدة للسلطة التشريعية لإتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق التوافق الكامل بين القانون والأحكام والمبادئ الدستورية.^{٩٩} بالإضافة إلى ذلك، دائماً ما تحرص المحكمة الدستورية الألمانية على إستخدام سلطتها فى إصدار أحكام تأقيت الدستورية عندما يكون من الواضح أن القانون المطعون بعدم دستوريته أمامها

^{٩٧} أنظر باللغة الإنجليزية

MAARTJE DE VISSER, CONSTITUTIONAL REVIEW IN EUROPE

المرجع السابق، ص. ٣١٠.

^{٩٨} المرجع السابق.

^{٩٩} المرجع السابق.

من الجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية الألمانية كانت هى الأولى فى إبتداع الأحكام الدستورية المؤقتة. ففى عام (١٩٥٥) قضت المحكمة الدستورية الألمانية لأول مرة بأن "إتفاقية سار"، التى أبرمت نتيجة مفاوضات مطولة بين فرنسا وألمانيا الغربية لتمهيد الطريق لمجتمع أوروبى أكثر حداثة بعد توترات الحرب العالمية الثانية والنزاعات الجيوسياسية، لاتزال ضمن الحدود الدستورية، رغم أنها لا تتفق إتفاقاً كاملاً من الدستور الألمانى. إلا أنه، من وجهة نظر المحكمة، ورغم عدم توافق الإتفاقية مع الدستور بشكل كامل، فهى تعتبر خطوة فى المسار الصحيح، وبالتالي مرغوباً فيها من وجهة نظر دستورية. وقد ذكرت المحكمة فى معرض قضائها أن "التقرير القضائى بعدم الدستورية مستبعداً بمقتضى أن الوضع الذى أنشأته الإتفاقية هو "أقرب إلى الدستور الألمانى". فإعتبار أن الإتفاقية ستكون دستورية فى حالة واحدة فقط وهى مونها متفقة إتفاقاً كاملاً مع الدستور، فذلك يعنى ترسيخ هذه المحكمة لفكرة التيبس الدستورى، وهى فكرة يمكن إيجازها فى عبارة أن: السئ لا يمكنه أن يُفسح المجال للجيد ذلك لأن الأفضل لا يمكن تحقيقه حالياً. وهو ما لا يمكن أن يكون مقصود الدستور الألمانى بأى شكل من الأشكال."

أنظر حكم المحكمة الدستورية الألمانية

BVerfG 4, 157 (1955).

وقد أكدت المحكمة الدستورية الألمانية هذا النهج فى أحد أحكامها الصادرة عام (١٩٦٣)، مع إختلاف طفيف، عندما قضت أن تحديد ورسم الدوائر الإنتخابية فى قانون الإنتخابات البرلمانية لا يزال يمكن التسامح فى شأن مدى دستوريته وذلك من أجل تجنب الفراغ التشريعى والفوضى القانونية التى قد تتجم عن الحكم بعدم دستوريته لاسيما بالنسبة لنتيجة الإنتخابات البرلمانية التى تمت على أساسه. وقد ذكرت المحكمة فى معرض قضائها أن "عدم دستورية تقسيم الدوائر الإنتخابية لم تكن واضحة بجلاء فى (١٧ سبتمبر ١٩٦١)، يوم جرت فيه الإنتخابات البرلمانية، للحد الذى كان يتحتم معه إعتباره غير دستورياً فى هذا الوقت."

أنظر حكم المحكمة الدستورية الألمانية

BverfG 16, 130 (1963).

يتطلب إعادة النظر فيه في ضوء التغيرات التي طرأت في البيئة الاجتماعية أو في القيم والمعايير السائدة.^{١٠٠} في مثل تلك الحالات غالباً ما تكون مناشدة المحكمة للبرلمان مُلزِمة للحد الذي قد تفرض فيه المحكمة على البرلمان موعداً نهائياً للتدخل من أجل القيام بالإصلاحات اللازمة.^{١٠١}

من الجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية الإيطالية قد سارت على درب نظيرتها الألمانية بشأن إصدار أحكام الدستورية المؤقتة في الطعون الدستورية التي ترى فيها المحكمة أن القضاء بعدم دستورية القانون المطعون فيه لن يؤدي إلا إلى تفاقم الأمور، أو تلك الطعون التي يكون محلها قوانين مؤقتة مآلها الزوال،^{١٠٢} أو عندما ترى المحكمة ضرورة تمكين البرلمان من التعامل مع حالة معينة بشكل خاص.^{١٠٣} على سبيل المثال، في أحد الأحكام الصادرة عنها، بناء على

^{١٠٠} على سبيل المثال، قضت المحكمة الدستورية الألمانية في أحد أحكامها أن أحد أحكامها السابقة الصادر في (١٩٦٣) بخصوص دستورية قانون معاشات الأرمال قد جاء متفقاً مع الدستور، غير أنه في ظل التغيرات المجتمعية والتطور الذي طرأ على دور المرأة في المجتمع الألماني حيث لم يعد من الممكن إختزال دورها في مجرد كونها زوجة وربة منزل لا أكثر. بناء على ذلك، على الرغم من رفض المحكمة للدعوى الدستورية، إلا أنها ألزمت سلطات الدولة بالتدخل بتعويض الشاكبة بالنفقات اللازمة، وكذلك ناشدت البرلمان بالتدخل لصياغة تنظيمًا جديدًا يراعى فيه الأرمال وحقوقهم المالية في ضوء التغيرات المجتمعية الجديدة. أنظر حكم المحكمة الدستورية الألمانية

BVerfG 39, 169 (1975).

^{١٠١} أنظر باللغة الإنجليزية

MAARTJE DE VISSER, CONSTITUTIONAL REVIEW IN EUROPE

المرجع السابق، ص. ٣١١.

^{١٠٢} على سبيل المثال، قضت المحكمة الدستورية الإيطالية في أحد أحكامها الصادرة عام (١٩٩٣) بدستورية المادة (٣٢) من قانون تنظيم نظام البث العام والخاص الصادر بمرسوم رقم (٣ مارس ١٩٩٠)، والتي أجازت لأولئك الذين يحتكرون أنظمة البث وسبق ترخيص إشارة بثهم الإستمرار في مواصلة أنشطتهم في البث مؤقتاً وقت نفاذ هذا القانون كونها غير مخالفة للمادة الثالثة من الدستور الإيطالي في نصها على أن "على الدولة رفع جميع العوائق الاقتصادية والاجتماعية التي تحد من حرية المواطنين والمساواة بينهم وتحويل دون التنمية الكاملة للشخصية الإنسانية والمشاركة الفعلية لكل العمال في هيئات البلاد السياسية والاقتصادية والاجتماعية." وقد أسست المحكمة قضائها على سند من أن المادة (٣٢) من القانون تخدم غرضاً مؤقتاً في تجميد الأوضاع القائمة وإستقرارها في وقت بدء نفاذ القانون حتى يتم الإفراج عن التدابير الإدارية المباشرة التي تحدد إشتراطات البث الإذاعي والنقل التليفزيوني بشكل دائم.

^{١٠٣} أنظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٩٩٣/١١٢ الصادر في (٢٦ مارس ١٩٩٣).

^{١٠٣} أنظر باللغة الإنجليزية

MAARTJE DE VISSER, CONSTITUTIONAL REVIEW IN EUROPE

طلب العديد من المحاكم العادية المختلفة من المحكمة بإعادة النظر في دستورية قانون تمديد الفترة القصوى للإحتجاز الوقائي،^{١٠٤} قضت المحكمة الدستورية الإيطالية بضرورة الإبقاء على هذا القانون، بالرغم من تيقنها أنه قد صدر متعارضاً مع العديد من الضمانات الدستورية، مؤكدة على أن إعتماده قد مثل حاجة ملحة لحماية النظام الديمقراطي والأمن العام ضد موجة من الأعمال الإرهابية والتخريبية.^{١٠٥} الحقيقة أن المتأمل لقضاء المحكمة يتضح له أن حالة الطوارئ التي أعلنتها الدولة وقت إصدار هذا القانون والخوف من الهجمات الإرهابية والأعمال التخريبية قد دفعا المحكمة إلى الإبقاء على القانون نافذاً وعدم القضاء بعدم دستوريته، إلا أن ذلك لم يمنع المحكمة من حث السلطة التشريعية على ضرورة إتخاذ الخطوات اللازمة نحو إصلاح القانون وضمان توافقه مع الضمانات الدستورية على النحو الذي أوردته المحكمة في قضائها.^{١٠٦} وقد تجلى ذلك عندما ذكرت المحكمة أن "حالة الطوارئ هي بلا شك أمراً إستثنائياً وخطيراً، ولذلك يجب أن تكون في الأساس مؤقتة. فعلى الرغم من أن حالة الطوارئ تُرخص في إتخاذ بعض التدابير غير عادية، غير أن تلك التدابير هي على سبيل الإستثناء وتفقد شرعيتها إذا ما تم تمديدها لفترات طويلة دون مسوغ."^{١٠٧}

من الجدير بالذكر أن الفقه الدستوري الإيطالي قد صنف الأحكام التي تصدر عن المحكمة الدستورية الإيطالية وفيها تؤقت دستورية القانون الطعين كونها "أحكام متابعة" *doppia*^{١٠٨}

المرجع السابق، ص. ٣١١.

^{١٠٤} أنظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٩٨٢/١٥ الصادر في (١ فبراير ١٩٨٢).

^{١٠٥} الحكم السابق.

^{١٠٦} الحكم السابق.

^{١٠٧} الحكم السابق. وقد استطرقت المحكمة لتؤكد على أن "تشريعات الطوارئ يجب ألا تغفل تبنى معايير وتدابير العدالة المستقر عليها وقت إصدارها، وفي ذلك ضمانة كبيرة للتوفيق بين إعتبارات العدالة والأمن القومي، وهو أمراً يجب ألا تغفله السلطة التشريعية بما يتماشى مع التدابير العاجلة والإستثنائية التي تم النص عليها."

^{١٠٨} أحكام المتابعة هي في حقيقتها آلية تستخدمها المحكمة الدستورية الإيطالية للقضاء بدستورية القانون المطعون فيه أمامها وإضفاء الشرعية عليه كمرحلة أولى وذلك برفض الطعن المقدم بعدم الدستورية وإعطاء القانون الطعين تفسيراً معيناً من شأنه أن يزيل العوار الدستوري المدعى به ولكن بصفة ضمنية مؤقتة ومشروطة بتبنى السلطات المعنية، لاسيما السلطة التشريعية، ذلك التفسير بما يتضمنه من توجيهات وتوصيات للإصلاح لضمان إتساق القانون من الدستور بشكل كامل لا شبهة فيه. أما عن المرحلة الثانية من أحكام المتابعة، ففيها تملك المحكمة القضاء بعدم دستورية القانون وإلزام المحاكم بالإمتناع عن تطبيقه وبالتالي زوال ما له من قوة نفاذ إذا ما طُعن أمامها في دستورية القانون للمرة الثانية وتيقنت المحكمة من عدم الإلتزام بالتوجيهات والتوصيات التي أوردتها في حكمها الأول.

أنظر في هذا المعنى باللغة الإيطالية

"pronuncia" — حيث ترفض المحكمة الطعن بعدم الدستورية الموجه إلى القانون بينما تناشد في الوقت نفسه البرلمان للتدخل لإتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان إتساق القانون مع المبادئ والمعايير الدستورية بشكل كامل.^{١٠٩} الحقيقة أن هذا النوع من الأحكام، بما يتضمنه من مناشدة للسلطة التشريعية، تتخذه المحكمة الدستورية كأساس للقضاء بعدم دستورية القانون إذا ما قُدم إليها طعناً بعدم دستوريته للمرة الثانية وتيقنت من أن البرلمان قد فشل في القيام بالتعديلات اللازمة.^{١١٠}

غير أنه وجب التنويه على أنه في حين أن أحكام التأكيد الدستوري تخدم بشكل كبير الإحتياجات القانونية العملية، إلا أن ذلك لا ينف حقيقة أن بها العديد من أوجه القصور. فقد وجه جانب من الفقه الدستوري سهام نقده إلى تلك الأحكام على سند من أنها تُعطي رسالة ضمنية مفادها أن وجود البرلمان لا يكون مبرراً إلا في إطار دوره في إقرار القوانين، وذلك بالتبعية إلى دور المحكمة الدستورية الإيطالية من حيث أن إقرارها بدستورية القانون هو إضفاء للشرعية عليه – إلا أن تلك الشرعية قد تكون مؤقتة ولا تمثل في حقيقتها إلا عاملاً للضغط على البرلمان من أجل تدخل تشريعي لإصلاح القانون أو تعديله برمته وفقاً لرؤية المحكمة.^{١١١} بناء على ذلك، قد تأتي أحكام تأقيت دستورية القوانين بنتائج عكسية كون أنها ترسل رسالة مفادها أن "القانون يجب إصلاحه ولكن ليس هناك ما يستوجب العجلة".^{١١٢}

الحقيقة أن التدخل التشريعي اللازم لإصلاح القانون المطعون فيه هو أمراً يمكن إستيعابه من خلال تحديد المحكمة حداً أقصى يلتزم خلاله البرلمان بالتدخل التشريعي، غير أن الرسالة الضمنية التي تحملها أحكام تأقيت الدستورية من أن الدور التشريعي للبرلمان مرتبط وجوداً وعدمياً بسلطة المحكمة في القضاء بدستورية القوانين وإضفاء الشرعية عليها – حتى وإن كانت

Cfr. A. Pizzorusso, *Dalle "doppie pronunce" alle decisioni "overruling"*, NOTO A C. COST. 16 marzo 1971, n. 49, in GIUR.COST.527(1971).

^{١٠٩} أنظر باللغة الإنجليزية

VITTORIA BARSOTTI, ET, ITALIAN CONSTITUTIONAL JUSTICE IN GLOBAL CONTEXT

المرجع السابق.

^{١١٠} أنظر باللغة الإنجليزية

MAARTJE DE VISSER, CONSTITUTIONAL REVIEW IN EUROPE

المرجع السابق، ص. ٣١١.

^{١١١} أنظر باللغة الإنجليزية

W. Nardini, *Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court*, 30 SETON HALL L. REV. 1, 29 (1999).

^{١١٢} المرجع السابق.

شرعية مؤقتة تتحكم بها المحكمة بكيفية وماهية التدخل التشريعي المتصور - هو أمراً يصعب التسليم به في ظل مبدأ الفصل بين السلطات والمقاومة السياسية المتوقعة من السلطة التشريعية، وهو الأمر الذي يُفسر حرص المحكمة الدستورية الإيطالية على استخدام مثل تلك الأحكام باعتدال.

رابعاً: الصور الأخرى للأحكام التلاعيبية

قبل التطرق للحديث عن الصور الأخرى للأحكام التلاعيبية في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية، ينبغي التذكير بأن الأحكام التفسيرية التي تصدر عن المحكمة - بحيث تفسر فيها النص القانوني تفسيراً، من وجهة نظرها متوافقاً مع الدستور، بعد أن ترفض الطعن بعدم الدستورية الموجه إلى النص القانوني المطعون فيه لعدم صحة التفسير الذي أعطته المحكمة العادية المُحيلة للنص وجعلها تتشكك في دستوريته - هي أحكاماً لا تتمتع بحجية مطلقة في مواجهة الكافة بل تتوقف نطاق حُجيتها على إلزام المحكمة المُحيلة فقط.^{١١٣}

لعل هذا هو السبب الذي دفع المحكمة الدستورية الإيطالية إلى تفضيل القضاء بعدم دستورية النصوص القانونية، حيث أن مثل تلك الأحكام تتمتع بحجية مطلقة في مواجهة الكافة، وذلك بدلاً اللجوء إلى الأحكام التفسيرية والإنخراط في التفرقة المعقدة بين النصوص القانونية نفسها والتفسيرات التي قد تعطيها المحاكم العادية لها. غير أن المحكمة الدستورية الإيطالية في قضائها بعدم دستورية النصوص التشريعية المعروضة عليها قد ابتكرت أنواعاً فريدة من أحكام عدم الدستورية صنفتها الفقه الدستوري الإيطالي كونها تتبع "الأحكام التلاعيبية" التي تنفرد المحكمة بإصدارها.^{١١٤}

من الجدير بالذكر كذلك أنه، كما سبق البيان، بعض سهام النقد التي تم توجيهها إلى الأحكام التفسيرية استندت إلى كون تلك الأحكام ما هي إلا صورة قاصرة من صور الرقابة القضائية التي تحاول بها المحكمة بقدر الإمكان تجنب النطق بعدم دستورية القانون محل الطعن. بناء على ذلك، فالأحكام التلاعيبية التي فيها تقضى المحكمة بعدم دستورية القانون المطعون عليه تمثل، بدون أدنى شك، الرقابة القضائية في أقوى صورها. غير أن الآثار الفريدة التي ترتبها تلك الأحكام قد خلقت مفهوماً متميزاً للرقابة القضائية يختلف عن المفهوم التقليدي المعروف في

^{١١٣} راجع ما سبق بيانه في شأن النوع الأول من الأحكام التفسيرية الصادرة عن المحكمة الدستورية الإيطالية.

^{١١٤} انظر باللغة الإيطالية

M. Bellocci and T. Giovannetti, *Il Quadro Delle Tipologie Decisorie Nelle Pronunce Della Corte Costituzionale*, REPORT PREPARED FOR THE VISIT OF THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COURT, (11 June 2010).

أغلب النظم القانونية، فمثل تلك الأحكام لا تقضى على القانون الطعين أو جزءاً منه بإعلانه غير دستورياً، بل يتعدى مداها هذا لتعدل من الآثار التي تترتب على عدم الدستورية. لتوضيح المفهوم المتميز للرقابة القضائية المتبعة في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية، سيتم تسليط الضوء على ثلاثة أنواع من الأحكام التلاعبية في المعنى بهذا الشأن: (١) الحكم المضيف (sentenze additive)؛ (٢) الحكم الاستبدالي (sentenze sostitutive)؛ (٣) والحكم الجالب (sentenza ablativa).

١. الحكم المضيف (sentenze additive)

تتلخص فلسفة الحكم المضيف، كأحد أنواع الأحكام التلاعبية، في أن المحكمة الدستورية الإيطالية تملك سلطة القضاء بعدم دستورية القانون محل الطعن، لكونه أغفل النص على قاعدة معينة أو معيار قانوني معين، فتضيف المحكمة تلك القاعدة أو ذلك المعيار المفقود بنفسها، وبالتالي تُصحح الإغفال التشريعي المرتكب.^{١١٥} بناءً على ذلك، فالحكم المضيف

^{١١٥} من الجدير بالذكر في هذا المقام، أن المحكمة الدستورية الإيطالية لن تضيف القاعدة أو المبدأ المفقود في القوانين الجنائية إذا كان هذا من شأنه أن يُعرض الأفراد لمسئولية جنائية أكبر. على سبيل المثال، في عام (١٩٩١) كان قد طُعن أمام المحكمة الدستورية الإيطالية في دستورية المادة رقم (٨) من القانون رقم (٧٧٢) الصادر في (١٥ ديسمبر ١٩٧٢) بشأن (التنظيم القانوني للمستأنفين ضميرياً من الخدمة العسكرية) كون أن هذه المادة تُعاير في المعاملة بين من تمسك بتطبيق المادة عليه قبل إلتحاقه بالخدمة العسكرية وبين من إلتحق بالفعل بالخدمة العسكرية، فأجازت لأول الإختيار بين قضاء مدة في الحبس أو في الخدمة المدنية مقابل إعفائه من الخدمة العسكرية على الإطلاق، بينما لم تجز هذا الأمر للثاني. وقد تركز الطعن بعدم الدستورية في كون أن المادة قد خالفت المادة (٣) من الدستور الإيطالي (لكل المواطنين نفس القدر من الكرامة الإجتماعية وهم سواء أمام القانون دون تمييز في الجنس أو العرق أو اللغة أو الدين أو الآراء السياسية أو الأوضاع الشخصية والإجتماعية)، والمادة (١٩) من الدستور (للجميع الحق في المجاهرة بمعتقدهم الديني بحرية وبأي شكل، فردي أو جماعي، والدعاية له وممارسة شعائره في الحياة الخاصة وفي العلن، شرط ألا تتنافى طوقسه مع الآداب العامة)، والمادة (٢١) من الدستور (للجميع حق إبداء الرأي بحرية قولاً وكتابةً وبأي من وسائل النشر الأخرى). وقد رفضت المحكمة سلطتها في إستخدام الحكم المضيف والقضاء بعدم دستورية القانون وإضافة المبدأ القانوني الذي أغفل المشرع النص عليه (مبدأ المعاملة المتساوية أمام القانون)، حيث رأت المحكمة أن ذلك من شأنه أن مساواة هؤلاء الذين تمسكوا بتطبيق المادة عليهم قبل الإلتحاق بالخدمة العسكرية هؤلاء الذين إلتحقوا بها بالفعل سوف يُعرضهم إلى مسائلة جنائية أكبر إذا ما امتنعوا عن تأدية الخدمة العسكرية كما أن قضائهم لمدة العقوبة لن يؤهلهم إلى الإعفاء من الخدمة العسكرية. وفي الوقت نفسه رأت المحكمة ضرورة ملحة في تغليب مصلحة حرية الرأي والإعتقاد على مصلحة المساواة بين المخاطبين بالمادة الثامنة من القانون محل الطعن. وفي ذلك تقول المحكمة أن "حيث أن الضمير الفردي يحظى بأهمية دستورية كبيرة، كونه يمثل مبدأ إبداعي بحيث يجعل تحقيق التمتع الكامل بالحرية الفردية أمراً ممكناً ويُعظم من فكرة كون أن الحق في حرية التعبير هو في حقيقته حقاً لصيقاً بالشخصية له حرمة، فيجب الإعتراف له بالحماية الدستورية الملائمة والتي يجب ألا يتم فرض قيوداً

يفترض أمرين أساسيين: (١) إستحالة التغلب على الأثر السلبي التي تخلف بعد أن تيقنت المحكمة من عدم دستورية القانون الطعين؛^{١١٦} (٢) وكذلك وجود حلاً واحداً ملزماً كونه ببساطة، وفقاً للمحكمة، هو الحل الدستوري الوحيد.^{١١٧}

من بين الأمثلة الأولى للأحكام المضيفة يبرز حكماً هاماً كانت قد أصدرته المحكمة الإيطالية الدستورية عام (١٩٧٠) حين قضت بعدم دستورية المادة (٣٠٤) من قانون الإجراءات الجنائية في نصها على حق سلطة الإدعاء في التواجد أثناء إستجواب المتهم وإغفالها النص على إمكانية حضور دفاعه عملية الإستجواب، وذلك لمخالفتها لنص المادة (٢٤) من الدستور الإيطالي التي تضمن حق الدفاع لكل من تم إتهامه بجريمة.^{١١٨} وقد إستطردت المحكمة لتؤكد على أن "كون أن المخالفة الدستورية التي وصمت المادة (٣٠٤) من قانون الإجراءات الجنائية لا يمكن تلافيها، فوفقاً لهذه المحكمة، من أجل الحفاظ على المبادئ الدستورية الخاصة بضمانات حقوق الدفاع والمساواة، فالنص على حق دفاع المتهم على حضور عملية الإستجواب على قدم المساواة مع سلطة الإدعاء وتصحيح الإغفال التشريعي المرتكب من قبل السلطة التشريعية، هو الحل الوحيد المتناسق مع المعايير والمبادئ التي يركز عليها النظام الدستوري الإيطالي."^{١١٩}

المتأمل لقضاء المحكمة السابق يلحظ أن المحكمة لم تقض بعدم دستورية المادة (٣٠٤) بسبب ما ذكرته من أن سلطة الإدعاء يحق لها الحضور أثناء إستجواب المتهم ولكن بسبب ما أغفلت النص عليه بشأن حق دفاع المتهم حضور إجراء إستجوابه.^{١٢٠} فإذا كان تواجد سلطة

غير مبررة عليها. فالمجال الحميم لضمير الفرد وإعتقاده يجب أن ينظر إليه على أساس كونه إنعكاساً قانونياً أعمق من فكرة عالمية الكرامة الإنسانية التي تحكم الأفراد."^{١١٦} أنظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٤٦٧/١٩٩١ الصادر في (١٩ ديسمبر ١٩٩١).^{١١٦} أنظر باللغة الإيطالية

M. Bellocci and T. Giovannetti, *Il Quadro Delle Tipologie Decisorie Nelle Pronunce Della Corte Costituzionale*.

المرجع السابق.

^{١١٧}المرجع السابق.

^{١١٨}حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٩٠/١٩٧٠ الصادر في (١٦ ديسمبر ١٩٧٠).

^{١١٩}أنظر الحكم السابق.

^{١٢٠}أنظر باللغة الإيطالية

M. Bellocci and T. Giovannetti, *Il Quadro Delle Tipologie Decisorie Nelle Pronunce Della Corte Costituzionale*.

المرجع السابق.

الإدعاء فى جميع مراحل وإجراءات التحقيق ضرورياً لمساعدتها فى النهوض بدورها فى تمثيل المجتمع والمساعدة فى أعمال التحقيق، فتواجد دفاع المتهم أثناء عملية الإستجواب هو أيضاً أمراً ضرورياً للمساعدة المتهم وكفالة حقوق الدفاع الدستورية.

مثالاً آخر على الأحكام المضيفة التى تصدرها المحكمة الدستورية الإيطالية نجده فى ردها على الطعن الموجه حول مدى دستورية المادة (٥/٤٢) منقانون "حماية ودعم الأمومة والأبوة"،^{١٢١} فى منحها إجازة إستثنائية مدفوعة الأجر لمختلف أفراد الأسرة الذين يرتبطون بعلاقة مساكنة مع أشخاص من ذوى الإعاقة الشديدة، حيث وجدت المحكمة المحلية تناقضاً بينها وبين المواد (٢)، (٣)، و(٣٢) من الدستور فى ضمانهم لحقوق الأفراد والكرامة الإنسانية والرعاية الصحية دون تفرقة،^{١٢٢} قضت المحكمة الدستورية الإيطالية بعدم دستورية المادة (٥/٤٢) من القانون وذلك لإغفالها النص على "الأطفال" ضمن فئة الأشخاص ذوى الإعاقة الشديدة التى تجعل المسئول عن رعايتهم مستحقاً لأجازة إستثنائية مدفوعة الأجر فى ظل عدم وجود من ينوب عنه فى تحمل واجب الرعاية، وبالتالي تكون المادة قد خالفت مبدأ المساواة المنصوص عليه فى الدستور الإيطالى.^{١٢٣} وقد استخدمت المحكمة سلطتها بمقتضى الحكم المضيف لتتدارك ما أغفله المشرع وتضيف "الأطفال" ضمن الأشخاص ذوى الإعاقة على النحو الذى حددته المادة المطعون فيها.^{١٢٤}

أ. الحكم المضيف لأداء (Le sentenze additive di prestazione)

أحياناً ما يتحلى الحكم المضيف ببعض الخصوصية عندما تستخدمه المحكمة للإضافة معياراً أو

^{١٢١} المرسوم التشريعى رقم (١٥١) الصادر فى (٢٦ مارس ٢٠٠١).

^{١٢٢} "تعترف الجمهورية بحقوق الإنسان غير القابلة للإنتهاك وتضمنها له سواء كفراد أو من خلال المجموعات الاجتماعية التى يعبر من خلالها عن شخصيته الإنسانية. على الجمهورية أن تضمن واجب التضامن السياسى والاقتصادى والاجتماعى". المادة (٢) من الدستور الإيطالى لسنة (١٩٤٧).

"لكل المواطنين نفس القدر من الكرامة الاجتماعية وهم سواء أمام القانون دون تمييز فى الجنس أو العرق أو اللغة أو الدين أو الآراء السياسية أو الأوضاع الشخصية والاجتماعية. على الجمهورية رفع جميع العوائق الاقتصادية والاجتماعية التى تحد من حرية المواطنين والمساواة بينهم وتحول دون التنمية الكاملة للشخصية الإنسانية والمشاركة الفعلية لكل العمال فى هيئات البلاد السياسية والاقتصادية والاجتماعية". المادة (٣) من الدستور الإيطالى لسنة (١٩٤٧).

"تصون الجمهورية الصحة كحق أساسى للأفراد ومن مصلحة الجماعة، وتضمن الرعاية الطبية المجانية للفقراء. لا يمكن إجبار أى شخص على الخضوع لعلاج صحى إلا بمقتضى القانون. لا يجوز للقانون، فى أى حال، تجاوز الحدود المفروضة لإحترام الشخص البشرى". المادة (٣٢) من الدستور الإيطالى لسنة (١٩٤٧).

^{١٢٣} حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٢٠٠٩/١٩ الصادر فى (٢٦ يناير ٢٠٠٩).

^{١٢٤} أنظر الحكم السابق.

قاعدة قانونية معينة أغفل البرلمان ذكرها ولكن لإضافة أداء معين أو خدمة معينة وجب على سلطات الدولة الإلتزام بالقيام بها.^{١٢٥} الحقيقة أن هذا النوع من الأحكام المضيفة، في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية، يرتبط إرتباطاً وثيقاً بواجب الدولة تجاه تقديم الرفاهية والرعاية المجتمعية للأفراد. فالحكم المضيف لأداء لا يتميز في إجراءات صدوره عن بقية الأحكام المضيفة العادية، ولكنه في الحقيقة دائماً ما يتميز بالدافع الذي شجع أدى بالمحكمة إلى إصداره والقضاء بعدم دستورية القانون الطعين، وهو دافع غالباً ما يحركه تيقن المحكمة من أن الدولة قد قصرت في النهوض بالإلتزامها الدستوري بكفالة حقوق الرفاهية والرعاية تجاه مواطنيها.

من الجدير بالذكر أن تدخل المحكمة بإضافة أداء جديد تلتزم به السلطات المعنية أو خدمة جديدة واجب تقديمها قد يأخذ شكل إضافة فئة جديدة من المنتفعين من خدمة معينة أي توسعة دائرة المنتفعين،^{١٢٦} غير أن ذلك بلا أدنى شك سيكون له تداعيات ذات طابع مالي لا مفر منها.^{١٢٧} الواقع أنه إذا ما لجأت المحكمة الدستورية إلى إستخدام سلطتها في إصدار الحكم المضيف لإضافة خدمة معينة أو فئة جديدة من المنتفعين تبرز مشكلة تطبيق المادة (٣/٨١) من الدستور الإيطالي والتي تنص على أن "أي قانون ينطوي على نفقات جديدة أو زائدة، عليه توفير الموارد اللازمة لتغطية هذه النفقات"، وهو ما يُسمى "بالتمول الذاتي".^{١٢٨} بناء على ذلك، إذا ما أدى تدخل المحكمة إلى إضافة نفقات جديدة أو منتفعين جدد، فإنها سوف تعتمد إلى فرض توازن بين النفقات والحقوق التي تكفلها الخدمات المؤداة وإحترام المبدأ الأساسي للإدارة

^{١٢٥} أنظر باللغة الإيطالية

M. Bellocci and T. Giovannetti, *Il Quadro Delle Tipologie Decisorie Nelle Pronunce Della Corte Costituzionale*.

المرجع السابق.

^{١٢٦} على سبيل المثال، قضت المحكمة الدستورية الإيطالية بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم (٢١٠) بشأن "تعويض الأفراد المتضررين من مضاعفات صحية بسبب التطعيمات الإلزامية وعمليات نقل الدم والحقن" الصادر في (٢٥ فبراير ١٩٩٢) لإغفالها النص على أن التعويضات التي يعترف بها القانون تشمل الأضرار الناجمة عن إلتهاب الكبد نتيجة الخطأ في عمليات نقل الدم." حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٢٨/٢٠٠٩ الصادر في (٢٦ يناير ٢٠٠٩).

^{١٢٧} أنظر باللغة الإيطالية

M. Bellocci and T. Giovannetti, *Il Quadro Delle Tipologie Decisorie Nelle Pronunce Della Corte Costituzionale*.

المرجع السابق.

^{١٢٨} المرجع السابق.

الحقيقة أن ذلك التوازن له العديد من الآثار الهامة. فعلى سبيل المثال، إذا ما قضت المحكمة بعدم دستورية النص القانوني المطعون عليه لإنتهاكه مبدأ المساواة الدستوري،^{١٣٠} فالفضل في مراعاة تداعيات هذا الحكم على المالية العامة للدولة قد يقود إلى تحقيق المساواة بشكل تصاعدياً عن طريق توسيع نطاق المستفيدين بضم هؤلاء الذيم لم يشملهم القانون بشكل غير دستوري،^{١٣١} غير أن التوازن الناجح بين المصالح المتعارضة أحياناً ما يدفع المحكمة إلى محاولة تحقيق مبدأ المساواة بشكل تنازلي عن طريق الحد من عدد المستفيدين فينص قانوني معين، وبالتالي يتم إستبعاد أولئك الذين كانوا في حالة مماثلة للآخرين الذين تم إغفالهم من قبل السلطة التشريعية في القانون.^{١٣٢}

المتأمل لهذه التقنية يلحظ أنه يمكن تبريرها في عدم القدرة على تجاهل "أن هناك حدوداً معينة للموارد المتاحة ضمن الميزانية العامة للدولة تفرض على عاتق السلطتين التشريعية والتنفيذية التعاون لإدخال التعديلات اللازمة على التشريعات والقرارات التنفيذية حيثما يكون ذلك ضرورياً للحفاظ على موارد الميزانية وتحقيق الأهداف المالية للدولة."^{١٣٣} علاوة على ذلك، فلاشك في أن "الأمر متروك للمشرع، عند ممارسته لتقديراته التشريعية في مراعاة السياسة الإقتصادية للدولة، لتحقيق التوازن بين جميع العوامل ذات الصلة من الناحية القانونية."^{١٣٤}

الحقيقة أن "الحكم المُضيف لأداء" يكشف بشكل واضح ليس فقط عن المفهوم الغير تقليدي الذي تأخذه آلية الرقابة القضائية بل أيضاً عن الوظيفة المميزة للمحكمة الدستورية الإيطالية التي تفرض عليها النظر في العديد من الإعتبارات على النحو السابق توضيحه. بناء على ذلك، طالما ما ربطت المحكمة الدستورية الإيطالية، عن طريق إستخدام سلطتها في إصدار "الحكم المُضيف لأداء"، بين القضاء بعدم دستورية القوانين الطعينة وبعض الإعتبارات الهامة مثل الخدمة المدنية، الضمانات الإجتماعية، الحد الأدنى والأقصى للأجور، الرعاية الصحية والإجتماعية، والقرارات التي تنطوي على تحميل الدولة أعباء مالية جديدة،^{١٣٥} لاسيما إذا ما كان

^{١٢٩} المرجع السابق.

^{١٣٠} المرجع السابق.

^{١٣١} المرجع السابق.

^{١٣٢} المرجع السابق.

^{١٣٣} أنظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٩٩٣/٤٧٧ الصادر في (٢٢ ديسمبر ١٩٩٣)؛ وحكم رقم ١٩٩٣/٢٦٦ الصادر في (٢٣ أبريل ١٩٩٣).

^{١٣٤} أنظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٩٩٥/٩٩ الصادر في (٢٢ مارس ١٩٩٥).

^{١٣٥} أنظر باللغة الإيطالية

لتلك الإعتبارات دوراً في وصم القانون بعدم الدستورية.

ب. الحكم المُضيف لإجراء (Le sentenze additive di procedura)

بخلاف الحكم المُضيف لأداء، بدأت مؤخراً المحكمة الدستورية الإيطالية في الإشارة إلى نوع جديد من الأحكام المُضيفة وهو ما يُعرف بإسم "الحكم المُضيف لإجراء". يكمن الفرق الجوهرى بين "الحكم المُضيف لأداء" و"الحكم المُضيف لإجراء" فى فحوى وماهية المحتوى المُضاف من قبل المحكمة - فإذا كان الحكم الأول يُضيف مبدأً أو معيار قانوني معين إلى القانون الطعين، فالحكم الثانى تكون فيه المحكمة معنية بعملية صناعة القانون نفسها، فنُضيف المحكمة بمقتضاه محتوى معيارى من نوع إجرائى وذلك من أجل إدراج مراحل جديدة فى عملية إقرار القانون.

الحقيقة أن أهمية مثل هذا النوع من الأحكام المُضيفة تبرز من ناحية نظرية عند الحاجة إلى إضافة إجراء معين يكتسب أهمية خاصة فى تنظيم العلاقة بين الدولة المركزية والأقاليم، خاصة وأن المحكمة الدستورية قد استقرت فى أحكامها على ضرورة تطبيق مبدأ التعاون الولائى بين السلطات المحلية فى الدولة، وذلك إنطلاقاً من الإزدواجية الإقليمية، بوجود حكومة مركزية للدولة وأقاليم تتمتع بعضها بحكم ذاتى يمكنها من إقرار تشريعات بخصوص بعض المواضيع المتعلقة بها،^{١٣٦} التى تمكن من تبادل الخبرات بين الجهات المؤسسية لمختلف مستويات الحكومة.

بناء على ذلك، طورت المحكمة الدستورية الإيطالية من طبيعة الحكم المُضيف ليشمل سلطتها المحكمة فى إضافة إجراء معين للقانون خاصة بعد أن فطنت المحكمة إلى أهمية الإجراءات الجديدة المضافة إلى عملية إقرار التشريعات نتيجة التقسيم الجديد للسلطات التشريعية والإدارية بين الدولة المركزية والأقاليم ذات الحكم الذاتى.

من الجدير بالإشارة كذلك أن أهمية تطلب إجراءات جديدة لإقرار التشريعات، للحفاظ على التقسيم الإدارى للدولة بين حكومة مركزية وأقاليم تتمتع بقدر من الإستقلال، لم تفتن له المحكمة الدستورية الإيطالية فقط بل نجده كذلك منصوصاً عليه بوضوح فى المادة الثالثة من القانون الدستورى رقم (١٨) لسنة (٢٠٠١) حين نصت على أن "الأقاليم والمحافظات ذات الحكم الذاتى فى تريننتو وبولزانو تشارك، فى المسائل الداخلة فى إختصاصها، فى إتخاذ القرارات المتعلقة

M. Bellocci and T. Giovannetti, *Il Quadro Delle Tipologie Decisorie Nelle Pronunce Della Corte Costituzionale*.

المرجع السابق.

^{١٣٦}تنقسم إيطاليا إلى عشرين إقليم، تم الإعتراف لخمسة منهم بحكم ذاتى خاص يمكنهم من سن تشريعات بشأن بعض المسائل المحلية.

بتشكيل اللوائح التنظيمية للمجتمع الأوروبي وتنفيذ الإتفاقيات الدولية وقوانين الإتحاد الأوروبي، وفقاً للقواعد الإجرائية التي وضعتها دولة القانون.^{١٣٧}

في الواقع غالباً ما تتداخل الإختصاصات خاصة إذا ما غاب أو غمض المعيار المنظم للإختصاصات المتنازعة، وبالتالي تجد المحكمة الدستورية ضرورة للتدخل من أجل علاج الفجوة التي خلفها التشريع الذي أغفل النص على الإجراءات التي من شأنها تنظيم العلاقات والإختصاصات المتنازعة عليها بين الدولة والأقاليم. غير أن ذلك لا ينف حقيقة أن تدخل السلطة التشريعية لعلاج الخطأ الذي ارتكبته وتصحيح إغفالها التشريعي يمكن بمقتضاه تجنب أى تدخل من قبل المحكمة.

خير مثال على سلطة المحكمة الدستورية الإيطالية في إصدار الأحكام المضيفة لإجراء يبرز في قضائها بعدم دستورية المادة (٣) الفقرات (٧٦، ٧٧، و٨٢) من القانون رقم (٣٥٠) الصادر في (٢٤ ديسمبر ٢٠٠٣) بشأن "الأحكام المنظمة لإعداد الموازنة العامة للدولة لسنة ٢٠٠٤" وذلك لترخيصها لوزير العمل تمديد الإتفاقيات الخاصة بالخدمة والمدنية السارية في السنوات السابقة لتظل سارية أيضاً في عام (٢٠٠٤)، وكذلك في منحها للوزير حق الدخول في إتفاقيات جديدة مباشرة مع البلديات في عام (٢٠٠٤)، مع إغفال النص على إجراء معين لتوفير وسيلة مناسبة لضمان شراكة عادلة بين الدولة والأقاليم.^{١٣٨}

من الجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية الإيطالية قد استخدمت سلطتها في إصدار الأحكام المضيفة بكثرة في الفترة من بين عامين (١٩٦٠) و (١٩٧٠) من القرن العشرين،^{١٣٩} وذلك للتمديد من نطاق قوانين الرعاية الإجتماعية للتغلب على المخالفات الدستورية التي قد يرتكبها البرلمان بشأن مبدأ المساواة. غير أنه في السنوات الأخيرة،^{١٤٠} قد قيدت المحكمة من سلطتها في إصدار مثل تلك الأحكام حيث اقتصر إصدارها على الحاجة الملحة في إضافة النصوص

^{١٣٧} وقد نصت المادة أيضاً على أن "تتولى الدولة السلطة التنظيمية في مسائل التشريع التي تدخل حصرياً في إختصاصها والتي يمكن تفويضها إلى الأقاليم. أما عن بقية السلطات التنظيمية المتعلقة بكافة الموضوعات الأخرى التي تخرج عن الإختصاص الحصري للدولة المركزية، فهي من إختصاص الأقاليم والمقاطعات والمدن لتنظيم وتنفيذ المهام الموكلة لهم." المادة الثالثة من القانون الدستوري رقم (١٨) لسنة (٢٠٠١) الصادر في (١٨ أكتوبر ٢٠٠١) والمنشور في العدد رقم (٢٤٨) من الجريدة الرسمية الصادر في (٢٤ أكتوبر ٢٠٠١).

^{١٣٨} حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٢٠٠٥/٢١٩ الصادر في (٦ يونيو ٢٠٠٥).

^{١٣٩} انظر باللغة الإنجليزية

الإلزامية (rime obligate) إلى القانون وهي تلك النصوص الضرورية التي لا غنى عنها والتي تعتبر موروثاً في السياق المعياري للقانون.^{١٤١} وفي ذلك تقول المحكمة أن "الحكم المُضيف، تمثيلاً مع السوابق القضائية، لن يكون مقبولاً إلا إذا كان الحل البديل الذي يقدمه ليس نتيجة لتقييمات تقديرية، ولكن كونه لازماً وضرورياً لتحقيق حكماً مشروعاً - أي أن المحكمة قد لجأت إلى إمتداد منطقي وضروري وغالباً ما يُفصح عنه تفسير المبادئ والمعايير الواردة في القانون الطعين بشكل ضمنى. على الجانب الآخر، في حالة ما إذا وجد عدد وافر من الحلول المستفاه من التقييمات المختلفة الممكنة، فلا يكون تدخل المحكمة مقبولاً ذلك لأن الإختيار من بين تلك الحلول يكون حقاً حصرياً للسلطة التشريعية."^{١٤٢}

أخيراً، يمكن للمحاكم الدستورية صياغة الشروط الموضوعية التي لا بد وأن يتوافق معها القانون من أجل إجتيازه إختباراً دستورياً - أي أن المحكمة، بعد قضائها بعدم دستورية القانون المطعون فيه، تملك سلطة تحديد وتسمية مبادئ معينة لا بد وأن تلتزم بها السلطة التشريعية من أجل تلافي العيوب الدستورية على النحو الذي أعلنته المحكمة. الحقيقة أن المحكمة الدستورية الألمانية ومن بعدها المحكمة الدستورية الأسبانية كان لهما السبق في التعريف بتلك السلطة.^{١٤٣} بالنظر إلى

^{١٤١} المرجع السابق.

^{١٤٢} حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٠٩/١٩٨٦ الصادر في (٢٢ أبريل ١٩٨٦).

^{١٤٣} على سبيل المثال، بعد توحيد ألمانيا إعتبر الإجهاض جريمة وتم النص في قانون العقوبات الألماني على عقاب المرأة الحامل التي تجهض جنينها عمداً بالسجن لمدة خمس سنوات (البند ٢١٨ من قانون العقوبات الألماني لسنة ١٨٧١). غير أنه في عام (١٩٧٤) أصدر البرلمان الألماني قانوناً أسماه قانون تعديل الإجهاض. بمقتضى هذا القانون تم الإعتراف بمشروعية الإجهاض إذا ما تم خلال الأشهر الثلاثة الأولى من الحمل بشرط أن يتم إجراءه بواسطة طبيباً مرخصاً وبعد إستشارة إلزامية وفترة إنتظار قصيرة. ومع ذلك، فسوف يتم الإستمرار في تطبيق عقوبات جنائية إذا ما تم الإجهاض بعد الثلاثة أشهر الأولى للحمل وبدون توافر الشروط، إلا أن يتم ذلك لضرورة أخلاقية أو طبية أو وراثية خطيرة. وقد تم الطعن في دستورية القانون في عام (١٩٧٥) من قبل (١٩٣) عضواً من أعضاء الحزب الديمقراطي المسيحي في البرلمان الوطني على سند من أن هذا القانون يُخالف مفهوم الكرامة الإنسانية، التي هي أكثر المبادئ الدستورية تكريماً في الدستور الألماني بموجب المادة (١)١ حيث نصت على أن "كرامة الإنسان مصونة. وتضطلع جميع السلطات في الدولة بواجبات إحترامها وصونها". أبطلت المحكمة الدستورية الفيدرالية قانون تعديل الإجهاض لسنة (١٩٧٤) على سند من أن النصوص الدستورية المتعلقة بالحق في الحياة والحق في الكرامة الإنسانية لا تتوقف نطاقها على حماية حياة الجنين التي تنمو داخل الرحم، بل تمتد لتفرض "إلتزاماً على الدولة لتعزيز هذه الحياة حيث أن لها قيمة قانونية مستقلة بموجب الدستور. من الجدير بالإشارة أيضاً، أن المحكمة قد أكدت في قضائها أن تسلسل القيم الدستورية وعلى رأسها الحق في الحياة والكرامة الإنسانية تؤكد أن واجب الدولة لحماية حياة من لم يولد بعد يعلو على رغبة الأم في إجهاض نفسها." بناء على ذلك، إستخلصت المحكمة ضرورة أن يتم وصف الإجهاض كجريمة في كافة مراحل الحمل. غير أنه وجب التتويه على أن المحكمة قد أشارت إلى أنها قد أبطلت القانون المنظم للإجهاض

العوائق الإقتصادية والمالية المرتبطة بالأحكام المضيفة خاصة الحكم المضيف لأداء على النحو السابق بيانه، بدأت المحكمة الدستورية الإيطالية من منتصف عام (١٩٩٠) فصاعداً في الإستعانة بالآلية التي إبتدعتها نظيرتها الألمانية وذلك بإصدار نوع مختلف من الأحكام المضيفة يُعرف بإسم الأحكام المضيفة لمبدأ *sentenza additive di principio*. على خلاف ما هو معهود في الأحكام المضيفة التقليدية، فهذا النوع من الأحكام لأتضيف المحكمة بمقتضاه معايير أو قواعد جديدة للنظام الأساسي، ولكن تحدد المبادئ التوجيهية التي يجب على المشرع تجسيدها وتحويلها إلى قواعد محددة عند تعديل أو إستبدال القانون الذي تم إعلان عدم دستوريته.^{١٤٤}

٢. الحكم الإستبدالي (*sentenze sostitutive*)

بجانب الحكم المضيف، يبرز الحكم الإستبدالي كنوع فريد من أنواع الأحكام التلاعبية في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية. تتجلى مظاهر التلاعب في هذا الحكم في كونه يُخرج المحكمة عن وظيفتها القضائية المعتادة بشكل صريح ومميز يدعو للتأمل. بعبارة أكثر وضوحاً، بمقتضى الحكم الإستبدالي أثبتت المحكمة الدستورية الإيطالية لنفسها سلطة إستبدال جزء من النص الأصلي للقانون المطعون عليه أمامها الذي من شأنه أن ينتج عنه مخالفة دستورية بمحتوى آخر من عندياتها وذلك بغرض الوصول إلى نتيجة متوافقة مع المبادئ والمعايير الدستورية.^{١٤٥} يُستفاد من ذلك أنه بمقتضى الحكم الإستبدالي، تقضى المحكمة بعدم دستورية

وليس فكرة الإجهاض نفسها التي يمكن للبرلمان معاودة تنظيمها مرة أخرى شريطة إتباع المبادئ التوجيهية التي وضعتها المحكمة. أنظر حكم المحكمة الدستورية الألمانية في القضية

BVerfGE 39, 1 (1975).

أنظر في ذلك أيضاً باللغة الإنجليزية

Donald P. Kommers, *Autonomy, dignity and abortion*, in TOM GINSBURG & ROSALIND DIXON ED., *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 449 (2011).

أنظر كذلك حكم المحكمة الدستورية الأسبانية رقم ١٩٨٨/٤٩ الصادر في (٢٢ مارس ١٩٨٨).

^{١٤٤} أنظر على سبيل المثال حكم المحكمة الدستورية الإيطالية بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة الثانية من القرار بقانون رقم (٢٣) الصادر في (١٧ فبراير ١٩٩٨) بشأن (الأحكام العاجلة الحاكمة للتجارب السريرية في علم الأورام وغيرها من التدابير في مجال الصحة)، حين نصت على أن تلتزم الدولة بصرف وتوصيل أدوية معينة معالجة لمرض السرطان للمستشفيات التي تأوى مرضى السرطان بغرض التجارب والأبحاث، وذلك لمخالفتها للمواد (٣، ٧٠، ٧٧) من الدستور بشأن المساواة بين جميع المواطنين فيما يخص الكرامة الإنسانية والخدمة العلاجية والإجراءات التشريعية الواجب إتباعها في إصدار القرارات بقوانين. حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٩٩٨/١٨٥ الصادر في (٢٦ مايو ١٩٩٨).

^{١٤٥} أنظر باللغة الإنجليزية

القانون المطعون عليه أمامها لتيقنها من أنه قد شابه عواراً دستورياً، إلا أن سلطتها لا تقف عند هذا الحد بل تمتد لتزيل بنفسها العوار الدستوري عن طريق إستبدال الجزء المُخالف في القانون بأخر من عندياتها متوافق مع الدستور.^{١٤٦}

برهنت المحكمة الدستورية الإيطالية في العديد من أحكامها على سلطتها في إصدار الأحكام الإستبدالية الصادرة في إطار إعمالها لمقتضيات الرقابة على دستورية القوانين. على سبيل المثال، عام (١٩٦٩) قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة (٣١٣) من القانون الجنائي الإيطالي في نصها على سلطة وزير العدل في الترخيص في التقاضي بشأن الشروع في القضايا التي تتعلق بجريمة إزدراء المحكمة الدستورية والحط من قدرها.^{١٤٧} بررت المحكمة قضائها بعدم الدستورية على سند من أن الفقرة الثالثة من المادة (٣١٣) من القانون الجنائي الإيطالي هي إنتهاكاً صريحاً لإستقلال المحكمة من خلال تحويل وزير العدل سلطة الترخيص في التقاضي بشأن جريمة إزدراء المحكمة الدستورية والحط من قدرها، وذلك بدلاً من المحكمة نفسها.^{١٤٨} كذلك رأت المحكمة أن الفقرة الثالثة من المادة (٣١٣) قد خالفت المادة (١٣٤) من الدستور التي حددت إختصاصات المحكمة ومن ضمنها "النزاعات المتعلقة بالسلطات المخصصة للدولة والأقاليم وبين الأقاليم وبعضها البعض".^{١٤٩} فضلاً عن ذلك، تيقنت المحكمة من أن الفقرة الثالثة من المادة (٣١٣) قد جاءت أيضاً مخالفة للفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون الدستوري رقم (١) لسنة (١٩٥٣) عندما منحت البرلمان الإيطالي وحده سلطة الترخيص في الشروع في القضايا التي تتعلق بجريمة الحد من قدره وتشويه سمعته.^{١٥٠} يُستفاد من ذلك أن المحكمة الدستورية الإيطالية قد أيقنت أن الفقرة الثالثة من المادة (٣١٣) من القانون الجنائي، في منحها لوزير العدل سلطة الترخيص في التقاضي بشأن جريمة إزدراء المحكمة الدستورية والحط من قدرها، قد خالفت مبدأ المساواة بين سلطات الحكم في الدولة وانتهكت

VITTORIA BARSOTTI, PAOLO G. CAROZZA, MARTA CARTABIA, AND ANDREA SIMONCINI,
ITALIAN CONSTITUTIONAL JUSTICE IN GLOBAL CONTEXT.

المرجع السابق، ص. ٨٦.

^{١٤٦} أنظر باللغة الإيطالية

M. Bellocci and T. Giovannetti, *Il Quadro Delle Tipologie Decisorie Nelle Pronunce Della Corte Costituzionale*.

المرجع السابق.

^{١٤٧} حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٥/١٩٦٩ الصادر في (١٢ فبراير ١٩٦٩).

^{١٤٨} أنظر الحكم السابق.

^{١٤٩} أنظر الحكم السابق.

^{١٥٠} أنظر الحكم السابق.

إستقلالية المحكمة. وبناء على ذلك، أعملت المحكمة سلطتها فى إصدار الأحكام الإستبدالية، بحيث أنها بعد أن قضت بعدم دستورية النص الطعين إستبدلت الجزء المشوب بعدم الدستورية (سلطة وزير العدل فى الترخيص) بأخر من عندياتها (سلطة المحكمة نفسها فى الترخيص) متوافقاً مع المبادئ والمعايير الدستورية.^{١٥١}

مثالاً آخر للحكم الإستبدالى نجده فى أحد الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية الإيطالية فى عام (٢٠٠٥) وذلك عندما قضت بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٤٠٣) من القانون الجنائى حين عاقبت بالسجن مدة تصل إلى عامين لكل من أساء إلى دين من الأديان من خلال الحط من قدر أولئك الذين يؤمنون به (الفقرة الأولى)، وبالسجن مدة تتراوح من سنة إلى ثلاث سنوات لكل من إرتكب فعل "إهانة رجل دين كاثوليكي" (الفقرة الثانية).^{١٥٢} وقد توصلت المحكمة إلى القضاء بعدم دستورية تلك المادة عندما قرأتها فى ضوء نص المادة (٣٠٦) من القانون الجنائى التى تنص على ضرورة "تخفيف العقوبة إذا كانت عن نفس الأفعال المرتكبة ضد أحد الطوائف الدينية المعترف بها فى الدولة".^{١٥٣}

بعبارة أكثر وضوحاً، وفقاً للمحكمة، المغايرة فى العقاب بين المتهم بإزدراء الدين المسيحى الكاثوليكي بإهانة هؤلاء الذين يدينون به وبين المتهم بإزدراء الدين المسيحى لكاثوليكي بإهانة أحد رجال هذا الدين، بحيث تتم معاقبة الأول بالسجن لعامين فى حين أن عقوبة الثانى قد تصل إلى ثلاثة أعوام، تتعارض مع إمكانية تخفيف العقوبة على المتهم الثانى وفقاً لمقتضيات المادة (٣٠٦) من القانون الجنائى، على النحو السابق بيانه. وبالتالي تكون المادة (٣٠٤) بفقرتيها الأولى والثانية قد حرمت المتهم من الإستفادة من المادة (٣٠٦). فضلاً عن ذلك، رأيت المحكمة أن المادة (٣٠٤) بفقرتيها الأولى والثانية قد خالفت المتطلبات الدستورية للحماية المتساوية للمشاعر الدينية الكامنة فى ضرورة المساواة فى المعاملة العقابية بشأن الجرائم التى ترتكب على حد سواء ضد الديانة الكاثوليكية والطوائف الدينية الأخرى، وهو الأمر الذى قد سبق واستقرت عليه المحكمة فى العديد من سوابقها القضائية.^{١٥٤} أخيراً، أكدت المحكمة أن المادة (٣٠٤) بفقرتيها الأولى والثانية قد جاءت متعارضة مع المادة (٨) من الدستور الإيطالى التى تنص على أن "جميع الملل الدينية حرة سواء أمام القانون".^{١٥٥} بناء على ذلك، وبمقتضى سلطتها فى إصدار الأحكام الدستورية، قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الأولى والثانية من المادة (٣٠٤) من

^{١٥١} أنظر الحكم السابق.

^{١٥٢} حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٢٠٠٥/١٦٨ الصادر فى (١٨ أبريل ٢٠٠٥).

^{١٥٣} أنظر الحكم السابق.

^{١٥٤} أنظر الحكم السابق.

^{١٥٥} أنظر الحكم السابق.

القانون الجنائي مستبدلة إياها بالعقوبة المخففة المنصوص عليها في المادة (٣٠٦) من نفس القانون.^{١٥٦}

٣. الحكم الجالب (sentenza ablativa)

يُعتبر الحكم الجالب مثلاً آخر للأحكام التلاعبية في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية. يأخذ الحكم الجالب شكل أن المحكمة تملك سلطة القضاء بعدم دستورية جزء من القانون بسبب أنه يجلب حالة معينة غير مشروعة أو لأنه قد جاء منظماً لأمر معين ما كان يجب أن ينظمه من الأساس.^{١٥٧} بعبارة أكثر وضوحاً، تبطل المحكمة الدستورية هذا الجزء من القانون على سند من أنه في حالة توافر حالة معينة أو ظروف معينة سيكون متعارضاً مع الدستور.^{١٥٨}

واحد من الأمثلة الأولى التي فيها استخدمت المحكمة الدستورية الإيطالية هذا النوع من الأحكام التلاعبية يتمثل في أحد أحكامها الصادر في عام (١٩٦٦)، حين نظرت المحكمة طعناً بعدم دستورية المواد رقم (٥/٤/٢٩٤٨)، (٢/٢٩٥٥)، و(١/٢٩٥٦) من القانون المدني الإيطالي بشأن تنظيم عملية دفع الأجر مقابل العمل. اللافت للنظر أن المحكمة لم تصم المواد كلها بعبء عدم الدستورية بل قضت فقط بعدم دستورية الجزء الخاص بقصر الحق في المطالبة بالأجر أثناء سريان علاقة العمل،^{١٥٩} وكذلك الجزء الخاص بإفترض التخلي طوعاً عن الأجر إذا ما مضى خمس سنوات دون المطالبة به.^{١٦٠} وفي ذلك تقول المحكمة أن "أحياناً ما يكون هناك عوائق مادية تعيق المطالبة بالأجر مثل الخوف من بطش الدولة في حالات العمل لصالح الدولة، أو الخوف من إنهاء الخدمة، فالسكوت عن المطالبة بالأجر في هذه الحالات لا يمكن تفسيره على أساس أنه تنازل بالإرادة الحرة عن الحق في الأجر المكفول بمقتضى المادة (٣٦) من الدستوري الإيطالي لعام (١٩٤٧)".^{١٦١}

^{١٥٦} أنظر الحكم السابق.

^{١٥٧} أنظر باللغة الإنجليزية

VITTORIA BARSOTTI, ET, ITALIAN CONSTITUTIONAL JUSTICE IN GLOBAL CONTEXT

المرجع السابق، ص. ٨٦.

^{١٥٨} أنظر باللغة الإنجليزية

MAARTJE DE VISSER, CONSTITUTIONAL REVIEW IN EUROPE

المرجع السابق، ص. ٣١٥.

^{١٥٩} حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٩٦٦/٦٣ الصادر في (١ يونيو ١٩٦٦).

^{١٦٠} أنظر الحكم السابق.

^{١٦١} أنظر الحكم السابق.

مثالاً آخر على الحكم الجالب نجد في حكم المحكمة الدستورية الإيطالية الصادر في عام (١٩٧٩)، عندما نظرت في دستورية المادة (٣/١٨) من المرسوم الملكي الصادر رقم (٧٧٣) في (١٨ يونيو ١٩٣١) حين إعتبرت أولئك الذين نظموا تجمعاً في مكان عام للحديث في شأن عام دون إخطار مسبق للسلطات مرتكبين لجنحة. وقد قضت المحكمة بعدم دستورية هذه المادة لمخالفتها لمقتضى المادة (١٧) من الدستور الإيطالي التي تنص على أن "للمواطنين حق الاجتماع سلمياً ودون أسلحة. ولا حاجة لإشعار مسبق بالنسبة إلى الاجتماعات، بما فيها تلك التي تُعقد في أماكن مفتوحة للعامة".^{١٦٢} غير أن المحكمة لم تقف عند هذا الحد، بل أضافت أن المادة (١٨) من المرسوم الملكي يمكن كذلك إعتبرها غير دستورية على سند من أنها تُعاقب من نظم ودعا إلى التجمع دون هؤلاء الذين ساعدوا بشكل آخر في إنعقاد التجمع ودون هؤلاء الذين تحدثوا فيه، وهو الأمر الذي يقع، وفقاً للمحكمة، مخالفاً للمادة (٣) من الدستور بشأن ضرورة المساواة بين المواطنين أمام القانون، وهو ما يستتبع المساواة في المعاملة العقابية بين من نظم ودعا إلى التجمع ومن تحدث فيه على السواء.^{١٦٣}

طبقت المحكمة الدستورية الإيطالية نفس الآلية في أحد أحكامها في عام (٢٠١٥)، وذلك بمناسبة نظرها لطعناً مقدماً بعدم دستورية الفقرة رقم (٢٥) من المادة رقم (٢٤) من المرسوم بقانون رقم (٢٠١) الصادر في (٦ ديسمبر ٢٠١١) بشأن "التدابير العاجلة للنمو والمساواة وتعزيز المالية العامة". بمقتضى النص الطعين، "تُحسب القيمة التلقائية لمعاشات التقاعد للسنوات (٢٠١٢) و (٢٠١٣) فقط على أساس مبلغ إجمالي يصل إلى ثلاثة أضعاف الحد الأدنى للعلاج كما هو محدد من قبل الهيئة الوطنية للضمان الاجتماعي. أما بالنسبة إلى إمكانية الحصول على معاشات تزيد على ثلاثة أضعاف الحد الأدنى للعلاج أو تقل عن هذا الحد، فلا بد من إجراء إعادة تقييم شاملة بمراعاة الإجراءات المذكورة في المادة".

وقد قضت المحكمة بعدم دستورية النص الطعين كونه يفرق في المعاملة بين معاشات التقاعد المستحقة عن السنوات (٢٠١٢) و (٢٠١٣) وما عداها من سنين أخرى، وذلك بالمخالفة لضمان المساواة الدستوري الوارد في المادة الثالثة من الدستور الإيطالي لسنة (١٩٤٧) حين نصت على أن "لكل المواطنين نفس القدر من الكرامة الاجتماعية وهم سواء أمام القانون دون تمييز في الجنس أو العرق أو اللغة أو الدين أو الآراء السياسية أو الأوضاع الشخصية والاجتماعية. وعلى الجمهورية رفع جميع العوائق الاقتصادية والاجتماعية التي تحد من حرية المواطنين والمساواة بينهم وتحول دون التنمية الكاملة للشخصية الإنسانية والمشاركة الفعلية لكل

^{١٦٢} حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٩٧٩/١١ الصادر في (٤ مايو ١٩٧٩).

^{١٦٣} انظر الحكم السابق.

العمال في هيئات البلاد السياسية والإقتصادية والإجتماعية.^{١٦٤}

فضلاً عن ذلك، وجدت المحكمة أن النص الطعين فيما قرره من أحكام قد جاء مخالفاً لمقتضيات المادة (٣٦) من الدستور فيما نصت عليه من أن "للعامل الحق في أجر متناسب مع كم ونوع عمله، وينبغي أن يكون، في أي حال، كافياً ليؤمن له ولعائلته حياة حرة كريمة،"^{١٦٥} وكذلك المادة (٣٨) حين نصت على أن "لكل مواطن عاجز عن العمل ومحروم من وسائل العيش الضرورية حق الإعالة الإجتماعية. وللعمال الحق في أن يؤمن لهم وسائل كافية تتناسب وإحتياجاتهم المعيشية في حالة الحوادث والمرض والإعاقة، والشيخوخة وفي حال البطالة غير الطوعية."^{١٦٦}

وقد توصلت المحكمة الدستورية الإيطالية إلى قضاءها هذا مستخدمة سلطتها في إصدار الأحكام الجالبة. بعبارة أكثر وضوحاً، المتأمل لحكم المحكمة يلحظ وبحق أن تلك الأخيرة قد انطلقت من مسلمة بديهية مفادها أن الظروف الإقتصادية والحالة المالية متقلبة ومتغيرة بطريقة سريعة ومطرده وأحياناً غير متوقعة، وذلك للتقرير بأن المنهجية التي اتبعتها المشرع في النص الطعين بشأن حساب معاشات التقاعد على أساس مبلغ إجمالي يصل إلى ثلاثة أضعاف الحد الأدنى للعلاج هو أمر يُخالف مقتضيات المعقولة التي أحياناً ما تتخذها المحكمة معياراً لتقييم مدى دستورية النصوص التشريعية.^{١٦٧}

الحقيقة أنه على الرغم من أن حساب معاشات التقاعد في وقت إصدار هذا الحكم قد يكون معقولاً ومتناسباً، إلا أن المحكمة قد قررت الذهاب أبعد من ذلك بجلب واقعة إفتراضية مفادها إمكانية تغير الظروف الإقتصادية والحالة المالية للدولة بشكل قد يدفع الهيئة الوطنية للضمان الإجتماعي إما إلى رفع الحد الأدنى للعلاج أو التقليل منه، وهو الأمر الذي سيستتبع بالضرورة المغايرة في قيمة معاشات التقاعد المتقاضية عن عام (٢٠١٢) و (٢٠١٣).^{١٦٨} وفقاً للمحكمة، تلك المغايرة سوف تتسبب في إلقاء عبء إضافي على المواطن الإيطالي دافع الضرائب لاسيما إذا ما اقتضى التغير في الظروف الإقتصادية والحالة المالية للدولة رفع الحد الأدنى للعلاج، وذلك على سند من أن تلك الزيادة قد يتم تغطيتها من خلال فرض أعباء ضريبية جديدة على المواطنين لتمكين الدولة من أداء معاشات التقاعد المستحقة عن (٢٠١٢) و (٢٠١٣) فقط، وهو أمراً، في رأى المحكمة، أبعد ما يكون عن مقتضيات المعقولة الواجب مراعاتها في

^{١٦٤} حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٢٠١٥/٧١ الصادر في (١٠ مارس ٢٠١٥).

^{١٦٥} أنظر الحكم السابق.

^{١٦٦} أنظر الحكم السابق.

^{١٦٧} أنظر الحكم السابق.

^{١٦٨} أنظر الحكم السابق.

علاوة على ذلك، رأت المحكمة أن النص الطعين قد جاء مخالفاً لمقتضيات المعقولية من زاوية أخرى تتعلق بأن ربط حساب معاشات التقاعد المتقاضية عن عام (٢٠١٢) و (٢٠١٣) بالحد الأدنى للعلاج، يفرض أن هذا الأخير عرضة للتغير زيادة أو نقصاناً تبعاً للتغير في الظروف الإقتصادية والحالة المالية، يجعل المستفيدين من معاشات التقاعد بالتبعية عرضة إلى أن يتم الإنتقاص من قيمة ما هو مستحق لهم في كل مرة على حسب الظروف ذات الصلة.^{١٧٠}

أخيراً، بمقتضى سلطتها في إصدار الأحكام الجالبة، قضت المحكمة بعدم دستورية وإبطال الجزء المخالف من المرسوم بقانون رقم (٢٠١) الصادر في (٦ ديسمبر ٢٠١١) بشأن "التدابير العاجلة للنمو والمساواة وتعزيز المالية العامة" وهو الفقرة رقم (٢٥) من المادة رقم (٢٤) فقط مع الإبقاء على الفقرات الأخرى وسائر مواد المرسوم بقانون.^{١٧١}

من الجدير بالذكر أن الرقابة القضائية على الدستورية التي تمارسها المحكمة الدستورية الإيطالية بمقتضى الأحكام الجالبة تشبه إلى حد كبير ما هو متبع في قضاء المحكمة الدستورية الألمانية في الرقابة على دستورية القوانين عن طريق آلية الإبطال الجزئي الكمي (Quantitative Partial Annulment)، والتي بمقتضاها تملك المحكمة القضاء بعدم دستورية جزء من القانون أو نص معين فيه وإبطاله مع الإبقاء على بقية نصوص القانون التي لم يحكم بعدم دستورتها نافذة ومعمولاً بها.^{١٧٢}

خامساً: الدور الجديد للمحاكم الدستورية في ضوء الأحكام التلاعبية

في أغلب الأنظمة الديمقراطية انحصر دور المحاكم الدستورية في الوظيفة التقليدية في إلغاء الأثر القانوني للنصوص التشريعية المخالفة للدستور وإنهاء ما لها من قوة نفاذ بالحكم عليها بعدم دستورية، وما يستتبع ذلك من مهمة تفسير النصوص الدستورية وتطبيقها بشكل يضمن الإلتزام بمقتضيات سمو الدستور على ما عداه من نصوص تشريعية أخرى والإعلاء من شأن الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في الدستور.

^{١٦٩} أنظر الحكم السابق.

^{١٧٠} أنظر الحكم السابق.

^{١٧١} أنظر الحكم السابق.

^{١٧٢} ويعرف هذا النوع من الرقابة القضائية أيضاً بآلية "التقليل من معنى أو مفهوم المبدأ القانوني الوارد في النص الطعين" (Reduzierung des Wortlauts).

أنظر في ذلك باللغة الألمانية

K. SCHLAICH & S. KORIOTH, DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT: STELLUNG, VERFAHREN, ENTSCHEIDUNGEN 246 (8th Ed, Munich, CH Beck, 2010).

ويدخل ضمن الوظيفة التقليدية للمحاكم الدستورية سلطتها في مواجهة المستجدات والمتغيرات القانونية والإجتماعية عن طريق تبني نظريات التفسير الدستورية المرنة التي تتيح للمحكمة إمكانية الذهاب أبعد من ظاهر النصوص لإستجلاء نية المشرع الدستوري أو لتفسير النصوص الدستورية تفسيراً برجماتياً في إطار أعمال مقتضيات الرقابة القضائية.

الحقيقة أن تلك الوظيفة التقليدية المتبعة في كافة الأنظمة القانونية التي تملك المحاكم فيها سلطة الرقابة القضائية على دستورية القوانين قد خلقت نوعاً من التقارب الشديد في المفاهيم والحلول الخاصة بإعمال مقتضيات الرقابة القضائية على الدستورية وذلك بصرف النظر عن ما إذا كانت تلك الأنظمة القانونية تمكن كل محاكمها من ممارسة الرقابة القضائية أم أنها تمنح تلك السلطة فقط لأحد محاكمها باعتبارها المحكمة العليا أو الدستورية الوحيدة. بناء على ذلك، أصبح من الصعب حتى ملاحظة التفرقة الكلاسيكية بين نظام القضاء الدستوري المركزي ونظام القضاء الدستوري اللامركزي نظراً لأن الرقابة القضائية على الدستورية الممارسة في كلا النظامين هي رقابة تقليدية ومتشابهة إلى حد كبير.^{١٧٣}

من الجدير بالذكر أن الوظيفة التقليدية للمحاكم الدستورية السابق الإشارة إليها قد دفعت جانب من الفقه الدستوري المقارن لوصف المحاكم الدستورية بأنها تشبه "المشرع السلبي" فهي لا تملك أن تكون بديلاً عن المشرع ولا تملك أن تسن قوانين تتضمن المبادئ التي يمكن إستخلاصها من عملية تفسير الدستور. بالتالي فالمبدأ الأساسي الذي يحكم أي محكمة دستورية، عند إنجاز وظيفتها التقليدية، هو أنها يجب أن تخضع دائماً للدستور بحيث لا يتسع نطاق وظيفتها ليجعلها مؤهلة لغزو مجالات عمل المشرع أو السلطة التأسيسية،^{١٧٤} ذلك على سند من أن خلاف ذلك سوف يُرسخ لنظام قضائي شمولي غير مسئول.^{١٧٥}

بناء على ذلك، فالوظيفة التقليدية للمحاكم الدستورية تمكن تلك الأخيرة من تقديم المساعدة للمشرع لإنجاز مهامه، لكنها أبداً لا تنصب المحاكم الدستورية لتكون بديلاً يحل محل المشرع في

^{١٧٣} أنظر في ذلك باللغة الإنجليزية

MAURO CAPPELLETTI, JUDICIAL REVIEW IN CONTEMPORARY WORLD 45 (1971).

Mauro Cappelletti and J.C. Adams, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, HARV. L. REV. 79, 1207 (1966).

^{١٧٤} أنظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Sandra Morelli, *The Colombian Constitutional Court: From Institutional Leadership, to Conceptual Audacity* 3, COLOMBIAN NATIONAL REPORT, XVIII INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW (July, 2010).

^{١٧٥} المرجع السابق.

وضع السياسات و سن التشريعات. فضلاً عن ذلك، لا تؤمن الوظيفة التقليدية للمحاكم الدستورية أي غطاء قانوني لتمكين تلك الأخيرة من إستخدام سلطتها التقديرية لإنشاء قواعد أو مبادئ قانونية يمكن إستخلاصها من الدستور بعد تفسيره.

على الرغم من أنه من غير المنطقي المجادلة في أن الوظيفة التقليدية للمحاكم الدستورية في ممارسة الرقابة القضائية بالشكل الذي يمكنها من إلغاء الأثر القانوني للنصوص التشريعية المخالفة للدستور وإنهاء ما لها من قوة نفاذ تمثل الدور الرئيسي والأساسي المنوط بالمحاكم الدستورية، إلا أن تلك الوظيفة وهذا الدور قد أخذ في التغير تدريجياً، فلم يعد دور المحاكم الدستورية مقصوراً فقط على القضاء بعدم دستورية القوانين وإلغاء ما لها من قوة نفاذ حال تيقنها من المخالفة الدستورية.

بعبارة أكثر وضوحاً، خلال العقد الماضي طرأت العديد من المستجدات على المفهوم التقليدي لآلية الرقابة القضائية الذي كان السبب الأساسي في حصر وظيفة المحاكم الدستورية فقط القضاء بعدم دستورية القوانين وإلغاء ما لها من قوة نفاذ، للحد الذي يمكن القول معه أن العديد من المحاكم الدستورية اليوم في أعمالها لمقتضيات الرقابة القضائية على الدستورية تنطلق من إفتراض دستورية القوانين محل الطعن. يُستفاد من ذلك، أن المفهوم الجديد للرقابة القضائية تؤسس فيه المحاكم الدستورية قضاءها على أساس إفتراض سلامة القوانين الطعينة من الناحية الدستورية، وهو الأمر الذي يُحتم عليها تفسير تلك القوانين بشكل يضمن توافقها وإتساقها مع النصوص الدستورية في محاولة لإنقاذها من الطعن الموجه إليها والحفاظ عليها بدلاً من القضاء بعدم دستورتها وإنهاء ما لها من قوة نفاذ.

بناء على ذلك، فالمفهوم الغير تقليدي للرقابة القضائية على دستورية القوانين يفترض أن المحكمة سوف تحاول عن طريق آليات التفسير الدستوري أن تجد التناسق والتوافق بين الدستور والقانون المطعون فيه أمامها لن تقضى بعدم الدستورية هذا الأخير إلا في حالة وضوح المخالفة الدستورية بشكل صارخ يجعل إمكانية تلافيتها أمراً صعباً وغير منطقياً.

الحقيقة أن الوظيفة الجديدة للمحاكم الدستورية، التي فرضها المفهوم الغير تقليدي للرقابة القضائية، قد مكنت المحاكم من أن تستخلص مبادئ وأحكام معينة غير منصوص عليها صراحة في الدستور من خلال قيامها بعملية تفسير هذا الأخير. فضلاً عن ذلك، فالمفهوم الغير تقليدي للرقابة القضائية مكن المحاكم الدستورية أحياناً من أن تحل محل المشرع العادي عندما تضع من عندياتها قاعدة معينة أو مبدأ معين لتدارك ما أغفل المشرع النص عليه "تصحيح الإغفال التشريعي" في محاولة لإنقاذ القانون من المطاعن الدستورية المقدمة ضده، وهو الأمر الذي لم يكن متاحاً في ظل المفهوم التقليدي للرقابة القضائية حيث وُصف دور المحاكم الدستورية بالمشرع السلبي، على النحو السابق توضيحه.

المتأمل للوظيفة الغير تقليدية للمحاكم الدستورية التي فرضها المفهوم الجديد للرقابة القضائية يلحظ وبحق أن المحاكم الدستورية في كثير من الحالات تتولى دور المساعد للمشرع العادي وذلك من خلال التحكم في تصحيح الإغفال الذي وقع فيه المشرع العادي وذلك عن طريق إستخلاص قواعد ومبادئ معينة متفقة مع الدستور ليتم تطبيقها على مسائل محددة لحين تدخل المشرع العادي بإقرار تشريعاً جديداً.^{١٧٦} والأمر كذلك، يمكن القول أن المفهوم الجديد والغير تقليدي للرقابة القضائية قد نصب المحاكم الدستورية في كثير من الأحيان "كمشرع إيجابي" وذلك على خلاف دورها القديم "كمشرع سلبي".^{١٧٧}

من الجدير بالذكر أن المفهوم الجديد والغير تقليدي للرقابة القضائية الذي تبنته بعض المحاكم الدستورية في بعض الأنظمة القانونية المقارنة لم يقف عند حد تطوير دور المحكمة بإضافة وظيفة جديدة لها كمشرع إيجابي، بل على العكس من ذلك امتد أثر المفهوم الجديد للرقابة القضائية ليطور من الوظيفة التقليدية للمحاكم الدستورية كمشرع سلبي، وهو الأمر الذي ساهم في خلق بيئة قانونية غالباً ما تختلط فيها الوظيفة القضائية للمحكمة مع وظيفة المشرع الدستوري وكذلك المشرع العادي.^{١٧٨} بعبارة أكثر تفصيلاً، كان للمفهوم الجديد للرقابة القضائية الفضل في تمكين المحاكم الدستورية التي تبنته من أن تتداخل في عمل المشرع الدستوري سواء تمثل ذلك في السلطة التأسيسية الغير أصلية أو السلطة التأسيسية الأصلية من خلال رقابة ما يصدر عنهم من أعمال.

سابعاً: المفهوم الجديد للرقابة القضائية: المحاكم الدستورية كمشرع سلبي

من ناحية أولى، قد تتداخل الوظيفة القضائية للمحاكم الدستورية مع أعمال السلطة التأسيسية الغير أصلية بحيث تمارس المحاكم الدستورية مقتضيات الرقابة القضائية على ما يصدر من السلطة التأسيسية الغير أصلية من أعمال. على سبيل المثال، تنص دساتير بعض الدول على سلطة المجالس التشريعية في سن ما يُعرف بالقوانين الدستورية بطريقة تغاير سن القوانين العادية وتأخذ حكم النصوص الدستورية بعد إقرارها.

خير مثال على ذلك نجده في المادة (٤٤) من دستور دولة النمسا لعام (١٩٢٠) والمعدل في

^{١٧٦} انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, in K.B. BROWN AND D.V. SNYDER (EDS.), GENERAL REPORTS OF THE XVIIITH CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ACADEMY OF COMPARATIVE LAW/RAPPORTS GÉNÉRAUX DU XVIIIÈME CONGRÈS DE L'ACADÉMIE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ 550 (2012).

^{١٧٧} المرجع السابق، ص. ٥٥١.

^{١٧٨} المرجع السابق.

عام (٢٠١٤) حين نصت على أن "إقرار القوانين الدستورية أو الأحكام الدستورية الواردة في القوانين العادية يكون عن طريق المجلس الوطني بحضور ما لا يقل عن نصف أعضاء المجلس وبأغلبية ثلثي الأصوات التي يتم الإدلاء بها؛ ويتعين تحديدها بشكل واضح على هذا النحو" (قانون دستوري، "أحكام دستوري"). وقد نصت المادة كذلك على أن إقرار تلك القوانين يتطلب "موافقة المجلس الإتحادي (الفيدرالي) والتي يجب الحصول عليها في حضور ما لا يقل عن نصف أعضاء المجلس وبأغلبية ثلثي الأصوات التي يتم الإدلاء بها".

على الرغم من أن تلك القوانين الدستورية تأخذ حكم النصوص الدستورية بمجرد إقرارها بما يعنى أنها تتمتع بمرتبة أعلى من القوانين العادية، وعلى الرغم من أن دستور دولة النمسا لم يصرح بأن للمحكمة الدستورية النمساوية سلطة رقابة مثل تلك القوانين، إلا أن تلك الأخيرة قد منحت نفسها هذه السلطة في عام (٢٠٠١) حدث ذلك بمناسبة إقرار المجلس الوطني النمساوي (البرلمان) لأحد القوانين الدستورية "قانون المشتريات العامة الفيدرالية"، وقد حاول هذا القانون منح قدر كبير من حرية التصرف للسلطات العامة بالنص على أن السلطات المختصة للدولة بشأن المشتريات العامة الفيدرالية لا تخضع للأحكام الواردة في الدستور.^{١٧٩}

وفي سابقة تعد الأولى من نوعها، قضت المحكمة الدستورية النمساوية بعدم دستورية القانون الدستوري بشأن المشتريات العامة الفيدرالية.^{١٨٠} وقد أسست المحكمة قضاءها على سند من أن قانون المشتريات العامة الفيدرالية في نصه على إطلاق يد السلطات العامة بالنسبة لكل ما يتعلق بالمشتريات الفيدرالية وجعلها بمنأى عن الإلتزام والإنصياع للقواعد والأحكام المنصوص عليها في دستور دولة النمسا، قد حصن مجالاً قانونياً كاملاً (المشتريات العامة الفيدرالية) من الرقابة الدستورية وفي ذلك مخالفة صريحة لمبدأ سيادة القانون والديمقراطية التي هي مبادئ راسخة في معنى وفحوى الدستور النمساوي.^{١٨١}

يُستفاد من ذلك أن المحكمة الدستورية النمساوية قد أثبتت لنفسها سلطة الرقابة القضائية على دستورية القوانين الدستورية بحيث يمكن لها أن تقضى بعدم دستورية تلك الأخيرة إذا ما تيقنت من أنها تخالف المبادئ الدستورية الراسخة التي لا يجوز تعديلها أو إلغائها في الدستور

^{١٧٩} المادة ١٢٦ (أ) من قانون المشتريات العامة الفيدرالية لعام (١٩٩٧).

^{١٨٠} أنظر حكم المحكمة الدستورية النمساوية في القضية رقم (٣٢٧) لسنة (٢٠٠١) الصادر في (١١ أكتوبر ٢٠٠١).

Verfassungsgerichtshof [Constitutional Court] VfSlg 16.327/2001.

^{١٨١} أنظر الحكم السابق.

النمساوي.^{١٨٢} بناء على ذلك، تكون المحكمة الدستورية النمساوية قد أخذت بمفهوماً جديداً وغير تقليدي للرقابة القضائية على الدستورية، ذلك المفهوم الذي جعل وظيفتها تتجاوز حد الرقابة على دستورية القوانين العادية ليمتد فيشمل كذلك الرقابة على دستورية القوانين الدستورية. والأمر كذلك، وبمقتضى المفهوم الجديد للرقابة القضائية، تداخلت وظيفة المحكمة الدستورية مع وظيفة السلطة التأسيسية الغير أصلية (برلمان دولة النمسا في هذه الحالة)، غير أنه وجب التنويه أن هذا التداخل يُبقى على المحكمة الدستورية النمساوية بإعتبارها مشرعاً سلبياً يتوقف دورها عند القضاء بعدم دستورية القوانين الدستورية دون أن تتدخل بوضع قاعدة قانونية من عندياتها أو إستخلاصها من عملية التفسير الدستوري، كما سبق البيان.

من ناحية أخرى، قد تتداخل الوظيفة القضائية للمحاكم الدستورية مع أعمال السلطة التأسيسية الأصلية بحيث تمارس المحاكم الدستورية مقتضيات الرقابة القضائية على ما يصدر من السلطة التأسيسية الأصلية من أعمال. تتجلى مظاهر هذا التدخل في الأنظمة القانونية التي تملك فيها المحاكم الدستورية سلطة مراقبة دستورية التعديلات الدستورية. الحقيقة أن مسألة ما إذا كانت عملية الرقابة القضائية تمتد لتستوعب رقابة دستورية التعديلات الدستورية تولد العديد من الإختلافات في القانون الدستوري المقارن للحد الذي دفع بعض الفقهاء لوصف الرقابة القضائية على دستورية التعديلات الدستورية بأنها عملية محيرة غير مترابطة الأركان ولا ترتقى لتكون في مرتبة النظريات الدستورية القضائية.^{١٨٣}

قد تبدو الرقابة القضائية على دستورية التعديلات الدستورية أمراً غريباً وغير مبرراً ذلك لأن مفهوم الرقابة القضائية إنما ينصب على رقابة دستورية التشريعات لضمان إتساقها وموافقته لأحكام ومبادئ الدستور. غيرأنه، وإن كان هذا الرأي لا يخلو من وجهة، إلا أنه لا بد من التأكيد دائماً على أن الدستور، على الرغم من علوه وسموه، ما هو إلا قانون في النهاية "التشريع أو القانون الأساسى".

من الجدير بالإشارة أن العديد من الأنظمة القانونية قد بدأت في إدراك أهمية الرقابة القضائية على دستورية التعديلات الدستورية منذ أن بدأ المشرع الدستوري تضمين الدساتير ما يُعرف بإسم "النصوص الدستورية الراسخة" أو "النصوص الدستورية الغير قابلة للتعديل"، وذلك من أجل

^{١٨٢} أنظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Konrad Lachmayer, *Constitutional Courts as 'Positive Legislators'*AUSTRIAN NATIONAL REPORT, XVIII INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW 6 (2010).

^{١٨٣} أنظر في ذلك باللغة الإنجليزية

WILLIAM F. HARRIS II, *THE INTERPRETABLE CONSTITUTION* 169 (1993).

حماية تلك الأخيرة من أى محاولة للتعديل أو الإلغاء.^{١٨٤}

من الجدير بالإشارة أن أغلب الأنظمة القانونية التي اعترفت بسلطة محاكمها الدستورية بالرقابة القضائية على دستورية التعديلات الدستورية عمدت إلى جعل ممارسة ذلك النوع من الرقابة قبل إقرار التعديل الدستوري فى إستفتاء شعبى وفى ذلك صوتاً وحماية للإرادة الشعبية وعدم مصادرتها. غير أنه وجب التويه أن بعض الأنظمة القانونية الأخرى تملك فيها المحاكم الدستورية رقابة دستورية التعديلات الدستورية حتى وإن تم إقرارها فى إستفتاء شعبى.

على سبيل المثال، نصت المادة (١٤٨) من الدستور التركى لسنة (١٩٨٢) على سلطة المحكمة الدستورية فى مراجعة دستورية التعديلات الدستورية من الناحية الشكلية فقط للتأكد من صحة الوصول إلى الأغلبية المطلوبة للمقترح بالتعديل أو لإقرار التعديل.^{١٨٥} لعل دافع المشرع الدستورى التركى فى قصر سلطة المحكمة الدستورية على مراقبة التعديلات الدستورية من الناحية الشكلية هو محاولة التخفيف من آثار هذا النوع من الرقابة لاسيما وأن الدستور التركى لم يُصرح بأن المحكمة الدستورية تمارس سلطتها فى الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية قبل إقرار تلك الأخيرة فى إستفتاء شعبى.

على الجانب الآخر، فى رومانيا نص المشرع الدستورى فى المادة ١٤٦ (أ) من دستور سنة (١٩٩١) على سلطة المحكمة الدستورية فى تحديد مدى دستورية التعديلات الدستورية سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية.^{١٨٦} كذلك فعل المشرع الدستورى التشيلى بنصه فى المادة ٩٣ (٣) من دستور سنة (١٩٨٠) على حق المحكمة الدستورية فى تحديد مدى دستورية التعديلات

^{١٨٤} لمزيد من المعلومات حول مفهوم النصوص الدستورية الراسخة أو النصوص التى لا يجوز تعديلها، أنظر د. محمد عبد العال، القضاء الدستورى المقارن، المرجع السابق.

^{١٨٥} تراجع المحكمةُ التعديلاتِ الدستوريةَ وتحقق من صحتها من حيث الشكل فحسب. ولا يمكن الطعن أمام المحكمة الدستورية ضد المراسيم التي لها قوة القانون التي تصدر أثناء حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية أو في زمن الحرب، بسبب عدم دستورتها، شكلاً أو موضوعاً. وتقتصر مراجعة صحة القوانين من حيث الشكل على التحقق مما إذا كانت الأغلبية المطلوبة في الإقتراع الأخير قد تحققت؛ وتقتصر مراجعة صحة التعديلات الدستورية على التحقق مما إذا كانت الأغلبية المطلوبة للمقترح بالتعديل وإقرار التعديل في الإقتراع، قد تحققت؛ والإمتثال للحظر المفروض على المناقشات التي تُجرى بموجب الإجراءات المستعجلة. المادة (١٤٨) من الدستور التركى لسنة (١٩٨٢) والمُعدل في (٢٠١١).

^{١٨٦} للمحكمة الدستورية الصلاحيات التالية: أ- إصدار قراراتها بخصوص دستورية القوانين، وقبل المصادقة عليها، وبناء على تبليغ الرئيس الروماني أو أي من رئيسي المجلسين أو الحكومة أو محكمة القضاء العالي أو من ٥٠ نائب على الأقل أو ٢٥ عضو مجلس شيوخ، وكذلك بخصوص مبادرات تعديل الدستور. المادة ١٤٦ (أ) من الدستور الروماني لسنة (١٩٩١) المُعدل في (٢٠٠٣).

الدستورية المقترحة على نصوص الدستور.^{١٨٧}

من الجدير بالإشارة أن سلوك المشرع الدستوري في قصر سلطة المحاكم الدستورية على رقابة دستورية التعديلات الدستورية من الناحية الشكلية فقط أو مد هذه السلطة لتشمل الرقابة من الناحية الشكلية والموضوعية معاً يُعتبر أمراً ثانوياً، ذلك لأن المَعول عليه في مقامنا هذا هو أن المحاكم الدستورية، كما هو الحال في تركيا، ورومانيا، وتشيلي، تملك سلطة مراقبة دستورية التعديلات الدستورية حتى بعد إقرارها من قبل الشعب في الإستفتاء.

الحقيقة أن الرقابة القضائية على دستورية التعديلات الدستورية بعد إقرارها في إستفتاء شعبي تمثل صورة صارخة من صور تداخل الوظيفة القضائية للمحاكم الدستورية مع عمل السلطة التأسيسية الأصلية، ذلك لأن بمقتضى هذا النوع من الرقابة القضائية تملك المحاكم الدستورية إبطال التعديل الدستوري إذا ما تيقنت من مخالفته للمبادئ الأساسية الحاكمة للدستور أو للقواعد والأحكام الدستورية الراسخة التي لا يجوز تعديلها حتى وإن أقر الشعب، بإعتباره ممثلاً للسلطة التأسيسية الأصلية، هذا التعديل الدستوري. يُستفاد من ذلك أن الأنظمة القانونية التي تمكن محاكمها الدستورية من رقابة التعديلات الدستورية بعد إقرارها من قبل الشعب وإبطالها في حالة ثبوت المخالفة لا تعترف بفكرة أن الإقرار الشعبي اللاحق لا يُصحح المخالفة الدستورية المرتكبة. ولعل ذلك يجد مبرره في فكرة أن الأغلبية ليست دائماً على حق.

من ناحية أخرى، بعض الأنظمة القانونية اعترفت بعض الأنظمة الأخرى بسلطة محاكمها الدستورية أو العليا في رقابة دستورية التعديلات الدستورية إلا أنها قصرت هذا النوع من الرقابة على التعديلات الدستورية التي يتم إقرارها بواسطة برلمان الدولة فقط، بحيث تتحسر رقابة القضاء على التعديلات الدستورية المقررة بواسطة الشعب في الإستفتاء. على سبيل المثال، في إبطالها للتعديل الدستوري الثالث الصادر في (١٧ فبراير ١٩٩٣) والقانون التكميلي رقم (٧٧) لسنة (١٩٩٣)، قضت المحكمة العليا البرازيلية "أن التعديل الدستوري، الذي تولد عن سلطة تأسيسية مُنشأة، يجب الحكم بعدم دستوريته إذا ما خالف الدستور الأصلي".^{١٨٨} الأمر نفسه نجده

^{١٨٧} تتمثل صلاحيات المحكمة الدستورية في الآتي: (٣) حل المسائل المتصلة بالدستورية، التي تظهر في خلال معالجة مشاريع القوانين أو الإصلاح الدستوري والمعاهدات الخاضعة لموافقة الكونجرس. " المادة ٩٣ (٣) من الدستور التشيلي لسنة (١٩٨٠) المعدل في (٢٠١٤).

^{١٨٨} انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

ADIN 939-7 DF. Luciano Maia, *The Creation and Amendment Process in the Brazilian Constitution*, in MADS ANDENAS ED. THE CREATION AND THE AMENDMENT OF CONSTITUTIONAL NORMS 54, 9 (2000).

مطبّقاً في دولة الهند التي يضع دستورها سلطة تعديل أحكامه في يد برلمان الدولة منفرداً،^{١٨٩} والتي قضت محكمتها العليا أن أي تعديل دستوري وجب الحكم ببطلانه إذا ما خالف "الهيكل الأساسي للدستور"، وذلك قبل أن تبطل التعديل الدستوري رقم (٤٢) على سند من أنه يُخالف الهيكل الأساسي للدستور الهندي لسنة (١٩٤٩).^{١٩٠}

من الجدير بالذكر أنه حتى في الأنظمة القانونية التي تملك فيها المحاكم الدستورية سلطة رقابة دستورية التعديلات الدستورية -سواء تمت تلك الرقابة بعد إقرار التعديلات في إستفتاء شعبي، كما هو الحال في تركيا ورومانيا وتشيلي، أو قبل إقرارها كما هو مستقر عليه في البرازيل والهند - فيبقى دور المحاكم الدستورية مشابهاً لدور المشرع السلبي حيث يتوقف دورها عند حد القضاء بعدم دستورية التعديل الدستوري وإبطاله دون أن يمتد ليشمل وضع قاعدة قانونية جديدة من عندياتها أو إستخلاصها من تفسير الدستور.

ثامناً: المفهوم الجديد للرقابة القضائية: المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي

الحقيقة أن المفهوم الجديد للرقابة القضائية الذي قاد المحكمة الدستورية الإيطالية لإبتداع الأحكام التلاعبية على النحو الذي سبق وطرحناه، إنما يكمن على وجه الخصوص في تداخل الوظيفة القضائية للمحاكم الدستورية مع الوظيفة التشريعية للمشرع العادي فيما يتعلق بالتشريعات القائمة، وذلك بالذهاب أبعد من مجرد القضاء بعدم دستورية تلك الأخيرة لتفسير القوانين المطعون عليها بطريقة تضمن توافقها وإتساقها مع الدستور أو تتسق معه، وهو الأمر الذي يمكن المحاكم الدستورية أحياناً من التصريح بقواعد قانونية جديدة من عندياتها أو إستخلاصها من تفسير الدستور أو حتى إعطاء توجيهات معينة إلى المشرع تتعلق بضرورة التدخل لتعديل القانون الطعين الذي أنقذته المحكمة من القضاء بعدم دستوريته أو التدخل لسد فجوة معينة تشريعياً بعد أن تداركتها المحكمة قضائياً.

^{١٨٩} بخلاف ما هو وارد في هذا الدستور، يجوز للبرلمان أثناء ممارسة سلطته التأسيسية أن يعمل على تعديل الدستور من خلال إضافة، أو تغيير أو إلغاء أي حكم من أحكام هذا الدستور، وفقاً للإجراء المنصوص عليه في هذه المادة. لا يمكن الشروع في إجراء أي تعديل لهذا الدستور إلا من خلال طرح مشروع قانون لهذا الغرض في أي من مجلسي البرلمان، وعندما يتم تمرير مشروع القانون في كل من المجلسين بأغلبية مجموع أعضاء كل من كلا المجلسين وبأغلبية لا تقل عن ثلثي أعضاء المجلس الحاضرين والمصوتين، فإنه يجب تقديمه إلى الرئيس الذي سيعطي موافقته على مشروع القانون، وبناءً على ذلك، فإن الدستور يصبح معدلاً وفقاً للشروط الواردة في مشروع التعديل... "الفقرتين الأولى والثانية من البند رقم (٣٦٨) من الدستور الهندي لسنة (١٩٤٩) المعدل في (٢٠١٢).

^{١٩٠} أنظر حكم المحكمة العليا الهندية في قضية

Kesavananda Bharati v. State of Kerala, AIR 1973 SC 1461.

كما سبق القول، بدأت المحكمة الدستورية الإيطالية تدريجياً فى التطلع بدور أكثر نشاطاً فى تفسير الدستور والتشريعات ليس فقط لإبطالها أو عدم تطبيقها عند التيقن من عدم دستورتيتها، وإنما للحفاظ عليها وعلى الأعمال والإجراءات التى اتخذها المشرع بشأنها وذلك بتفسيرها بما يتفق مع الدستور. أحد أهم الآليات التى تستخدمها المحكمة الدستورية الإيطالية تتمثل فى سلطتها فى إصدار الأحكام التفسيرية. فكما سبق القول، استخدمت المحكمة الدستورية الإيطالية الأحكام التفسيرية كأحد الإنعكاسات الهامة للمفهوم الغير تقليدى للرقابة القضائية وذلك ليس لإلغاء القانون المطعون فيه، ولكن لتعديل معناها من خلال إنشاء محتوى جديد أو إعطائها معنى جديد وذلك كله عن طريق النص الدستورى المدعى مخالفته بطريقة جديدة تجعله متسقاً مع القانون الطعين.

علاوة على ذلك، فيما يتعلق بعملية تفسير القوانين بطريقة تتسق مع الدستور، فإن المحكمة الدستورية الإيطالية عند نظرها للطعن المقدم إليها بعدم دستورية قانوناً معيناً، تعتمد أحياناً إلى المغايرة فى معانى الأحكام والمبادئ الواردة فى هذه القوانين،^{١٩١} وأحياناً أخرى تعتمد إلى توليد قواعد تشريعية جديدة فتضيف جديداً إلى صياغة القوانين الطعينة لجعلها متوافقة مع الدستور تقادياً القضاء بعدم دستورتيتها وإبطالها،^{١٩٢} وهو ما يُعرف فى قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية بالأحكام التلاعيبية.

على سبيل المثال، فالحكم المُضيف بنوعيه، الحكم المُضيف لأداء والحكم المُضيف لإجراء، على الرغم من أن المحكمة الدستورية الإيطالية بمقتضاه تقضى بعدم دستورية القانون الطعين، إلا أنه يُمكن المحكمة من أن "تُضيف" إلى القانون الطعين مبدأ قانوني معين أو أداء معين أو إجراء معين كان قد أغفل المشرع العادى تضمينه وهو الأمر الذى تسبب، وفقاً للمحكمة، فى جعل القانون غير دستورياً، على النحو السابق توضيحه. الحقيقة أنه ناهيك عن أن سلوك المحكمة فى إضافة المعيار أو المبدأ أو الأداء أو الإجراء الذى أغفل المشرع ذكره فى القانون يُعد صورة من صور تصحيح الإغفال التشريعي، إلا أن هذا السلوك فى جوهره يُمثل المفهوم الجديد والغير تقليدى للرقابة القضائية على الدستورية الذى فيه تتداخل الوظيفة القضائية للمحكمة الدستورية مع وظيفة المشرع العادى.^{١٩٣}

^{١٩١} أنظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*.

المرجع السابق، ص. ٥٥٦.

^{١٩٢} المرجع السابق.

^{١٩٣} من الجدير بالذكر أنه فى عام (١٩٩٣) أصدرت المحكمة الدستورية العليا المصرية حكماً يُنظر إليه على أساس كونه يُمثل موقف المحكمة تجاه ظاهرة الإغفال التشريعي. كانت المحكمة قد أصدرت المحكمة قضاءها

فى نفس السياق، يبرز المفهوم الجديد والغير تقليدى للرقابة القضائية فى سلطة المحكمة الدستورية الإيطالية فى إصدار الحكم الإستبدالى والذى بمقتضاه لا تقف سلطة المحكمة

بمناسبة إحدى منازعات التنفيذ المعروضة عليها حيث تلخصت الوقائع فى أن المدعى كان قد أقام دعوى أمام محكمة جنوب القاهرة يلتبس فيها من رئيس الجمهورية أن يصدر قانوناً بحد الأموال التى أممها العهد الناصري عيناً إلى أصحابها على إثر الأحكام التى أصدرتها المحكمة بعدم دستورية قوانين التأميم التى أقرها العهد الناصري لإنطوائها على عدوان على الملكية الخاصة. وذلك على سند من أن بغير صدور مثل هذا القانون تغدو أحكام المحكمة بعدم دستورية قوانين التأميم مجرد أحكام أفلاطونية واهية ومجرد من كل قيمة. بالتالى طلب المدعى تكليف المدعى عليهم بالحضور أمام المحكمة لسماع الحكم التقريرى بإشكال موضوعي فى التنفيذ. على الرغم من أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت برفض الدعوى وألزمت المدعى بالمصروفات، إلا أنها ذكرت فى معرض قضاءها أن تدخل السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية بإصدار قانوناً أو قراراً بقانون يعد أمراً مرغوباً للتقرير "بالتصفية الشاملة والنهائية التى تقر السلطة التشريعية أو التنفيذية ضرورتها لإنهاء كافة الآثار المخالفة للدستور التى رتبها النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته خلال فترة نفاذه، إلا أن تدخل السلطة التشريعية أو التنفيذية على هذا النحو، لا يتمحض طريفاً وحيداً لإعمال آثار الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة فى المسائل الدستورية." وذلك قبل أن تستطرد المحكمة لتؤكد على أن "إقرار قانون أو إصدار قرار بقانون فى موضوع معين، هو مما تستقل السلطان التشريعية والتنفيذية بتقديره وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز بالتالى حملها على التدخل فى زمن معين، أو على نحو ما. كذلك فإن قعودها عن إقرار تنظيم تشريعي فى هذا النطاق، لا يعتبر بمثابة عقبة قانونية تحول بذاتها دون إنفاذ الأحكام الصادرة فى المسائل الدستورية وفرضها على المعارضين لها لضمان النزول عليها." أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم (٧) لسنة (١٤) قضائية الصادر فى (١٩ يونيو ١٩٩٣).

على الرغم من حقيقة أن مثل هذا الحكم يمكن أن يعكس وجهة نظر المحكمة تجاه ظاهرة الإغفال التشريعي خاصة عندما أكدت المحكمة أن تقاعس السلطين التشريعية والتنفيذية عن التدخل بإقرار قانوناً أو قراراً بقانون لتفعيل أحكام المحكمة الصادرة بعدم دستورية قوانين التأميم لا يجر تلك الأحكام من قيمتها القانونية كأحكام نهائية تتمتع بحجية مطلقة وواجبة النفاذ، إلا أنه لا بد ألا يتم غض الطرف عن منهجية المحكمة فى تصنيف قعود السلطين التشريعية والتنفيذية عن التدخل بقانون أو بقرار بقانون كونه مجرد عقبة مادية لا قانونية. فضلاً عن ذلك، رأت المحكمة أن السلوك السلبى الذى اتخذته السلطين التشريعية والتنفيذية لا يعد كذلك عقبة قانونية هدفها تعطيل أحكام المحكمة. الحقيقة أن المتأمل لقضاء المحكمة قد يلتبس إليها العذر فيما ذهبت إليه على أساس أنها محكومة بنوع الدعوى المقدمة إليها وهى منازعة التنفيذ، بالتالى جاءت منهجيتها فى رفض مثل تلك الدعوى مقيدة بشروط رفعها وهو ضرورة وجود عقبة قانونية حالت دون تنفيذ الحكم. غير أنه لا بد من القول بأن إلتماس العذر للمحكمة فى هذا الخصوص لا ينفى حقيقة أن قضاءها فى هذه الدعوى، وإن كان يتعلق بشكل أو بآخر بظاهرة الإغفال التشريعي، إلا أنه لم يتعرض لتلك الظاهرة بشكل صريح ولم يقدم حلاً حاسماً بشأنها، وهو الأمر الذى يضحى معه من الصعب المقارنة بين موقف المحكمة الدستورية الإيطالية من مواجهة ظاهرة الإغفال التشريعي بشكل صريح وحاسم من خلال تطويرها لمفهوم الرقابة القضائية التى تمارسها وموقف نظيرتها المصرية الذى يتصف إلى حد كبير بالخبيل تجاه مواجهة ظاهرة الإغفال التشريعي.

عند حذف القضاء بعدم دستورية القانون الطعين بل تمتد لتزيل بنفسها العوار الدستوري عن طريق إستبدال الجزء المُخالف فى القانون بأخر من عندياتها متوافق مع الدستور. المتأمل لفحوى الحكم الإستبدالى لا يمكنه أن ينكر أن الوظيفة القضائية الأساسية للمحكمة الدستورية الإيطالية فى القضاء بعدم دستورية القوانين المخالفة للدستور قد تداخلت مع وظيفة المشرع العادى للحد الذى تملك فيه المحكمة إستبدال الجزء المخالف بأخر من عندياتها تراه متوافقاً مع الدستور. وهو الأمر الذى يعنى أن المحكمة قد أثبتت لنفسها سلطة "التغيير المادى" فى ألفاظ النص القانونى الطعين دون الحاجة للرجوع إلى المشرع العادى.

الأمر نفسه ينطبق على الحكم الجالب الذى تصدره المحكمة الدستورية الإيطالية بحيث تملك سلطة قراءة القانون الطعين قراءة مجزأة فتبقى على الجزء المتوافق مع الدستور وتقضى بعدم دستورية الجزء الذى شابه عواراً دستورياً بسبب أنه يجلب حالة معينة غير مشروعة أو لأنه قد جاء منظماً لأمر معين ما كان يجب أن ينظمه من الأساس. بناء على ذلك، تتداخل وظيفة المحكمة مع المشرع العادى بحيث أنها تتدارك المخالفة التى ارتكبتها عندما لم يضع فى حسبانها أن تحقق ظرفاً معيناً أو حالة معينة من شأنه أن يجعل جزءاً من القانون غير دستوري. وبالتالي، تقضى المحكمة بعدم دستورية هذا الجزء، إلا أنها لا تهدر العمل الصادر عن المشرع العادى برمته، فتبقى على الجزء الغير مُخالف.

المتأمل للأحكام التلاعبية السابق الإشارة إليها فى قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية يلحظ وبحق أن المحكمة قد أثبتت لنفسها دور المشرع الإيجابى بجانب دورها القضائى التقليدى، فتارة نراها تضيف المبدأ أو المعيار القانونى الذى أغفل المشرع العادى النص عليه فى القانون الطعين وتارة أخرى نراها تستبدل الجزء المخالف فى القانون الطعين بأخر من عندياتها متوافقاً مع الدستور. وأحياناً نرى وظيفتها تتداخل مع عمل المشرع العادى عندما تبطل النص القانونى وتقضى بعدم دستوريته لمجرد أن المشرع قد نظم أمراً لم يكن لينظمه من البداية.

الخاتمة

تركزت هذه الدراسة حول إبراز المفهوم الجديد والغير تقليدى للرقابة القضائية على دستورية القوانين الذى تبنته المحكمة الدستورية الإيطالية وقادها إلى إبتداع ما يُعرف بإسم الأحكام التلاعبية. الحقيقة أنه فى بعض النظم القانونية المعاصرة أخذت المحاكم الدستورية تدريجياً فى النهوض بالقيام بأدوار معينة التى هى فى الأصل منوطة تاريخياً بالسلطة التأسيسية الأصلية أو بالمشرع العادى، وذلك إما عن طريق الأحكام التفسيرية التى تفترض بدهة دستورية القانون الطعين وعدم صحة تفسير القاضى المُحيل وبالتالي تفسير النص الدستوري المزعوم مخالفته بطريقة تجعله متوافقاً مع القانون الطعين، وإما عن طريق إستخلاص مبادئ ومعايير قانونية جديدة وإضافتها إلى القوانين الطعينة.

بالإضافة إلى ذلك، حاولنا في هذه الدراسة التركيز على أحد أهم الحلول التي يقدمها المفهوم الغير تقليدى للرقابة القضائية وفقه الأحكام التلاعبية وذلك عندما تتدخل المحاكم الدستورية فى كثير من الحالات لتكمل دور المشرع عن طريق سد الثغرات الناتجة عن الإغفال التشريعى، أو عن طريق خلق نوع من الحوار القضائى-التشريعى بمخاطبة المشرع ببعض المبادئ التوجيهية الواجب الإلتزام بها عند تعديل القانون الطعين الذى أنقذته أحكام المحكمة التفسيرية من المطاعن الدستورية الموجهة إليه.

أخيراً، يجدر التأكيد على أن تطوير المفهوم التقليدى للرقابة القضائية بالشكل الذى يؤدى إلى تقديم نوع جديد من أحكام عدم الدستورية يتعلق فى المقام الأول بمدى قوة ونشاط المحكمة. بعبارة أكثر وضوحاً، القراءة المتأنية للدستور الإيטالى لعام (١٩٤٧) والقوانين الدستورية التى تلت صدوره تكشف عن أن سلطة المحكمة الدستورية الإيטالية فى إصدار الأحكام التلاعبية لم تثبت لها بمقتضى أى نص تشريعى، بل على خلاف ذلك أثبتت المحكمة لنفسها تلك السلطة من خلال قوتها ونشاطها بشأن المسائل الدستورية.

الحقيقة أن المتأمل لطبيعة ومضمون الأحكام الدستورية التفسيرية والمضيفة والإستبدالية والجالبة التى تصدر عن المحكمة الدستورية الإيטالية يتضح له وبحق أن تلك الأخيرة تتمتع بقدر كبير من القوة بحيث أن أحداً من سلطات الدولة لم ينازعها فى الوظيفة الجديدة كمشرع إيجابى التى أثبتتها لنفسها بعد أن أخذت على عاتقها تطوير المفهوم التقليدى للرقابة القضائية. بالإضافة إلى قوة وسطوة المحكمة، فنشاطها الملحوظ بشأن الفصل فى المسائل الدستورية، بإعتبارها المحكمة الوحيدة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين كون أن القضاء الدستورى الإيטالى قضاءً مركزياً، خول لها قدراً كبيراً من حرية التقدير بشأن الرقابة القضائية وأحكام عدم الدستورية للدرجة التى دعت المحكمة للقول بأن سلطتها فى إصدار الأحكام الإستبدالية التى فيها تستبدل الجزء المخالف من النص التشريعى بأخر من عندياتها يجب ألا يتم تفسيرها بإعتبارها تغولاً من السلطة القضائية فى أعمال نظيرتها التشريعية، بل مظهر من مظاهر هيمنة المحكمة على الدعوى الدستورية المعروضة أمامها.

قائمة المراجع

أولاً: مراجع باللغة العربية

- أ. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الدستورى: رقابة دستورية القوانين (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية: ٢٠١٢).
- أ. د. محمد باهى أبو يونس، أصول المرافعات الدستورية: محاضرات فى القضاء الدستورى (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية: ٢٠١١).
- أ. د. محمد عبد اللطيف، إجراءات القضاء الدستورى، (دار النهضة الجديدة، القاهرة: ١٩٨٩).

د. محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية: ٢٠١٧).
المستشار الدكتور حمدان حسن فهمي، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها (دار أبو المجد للطباعة، القاهرة: ٢٠٠٩).

ثانياً: مراجع باللغة الإنجليزية

Giuseppe Martinico, *Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, 23 EJIL 401 (2012).

F. Dal Monte and F. Fontanelli, *The Decisions No 348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: The Efficacy of the European Convention in the Italian Legal System*, 9 GERMAN L. J. 889 (2008).

C. Fusaro, *Italy*, in D. OLIVER AND C. FUSARO (EDS), HOW CONSTITUTIONS CHANGE: A COMPARATIVE STUDY 224 (2011).

Alvin B. Rubin, *Judicial Review in the United States*, 40(1) LA. L. REV. 67 (1979).

Giuseppe Franco Ferrari and Antonio Gambaro, *The Italian Constitutional Court and Comparative Law: A Premise*, 1 COMPARATIVE LAW REVIEW 1 (2010).

R. POSNER, HOW JUDGES THINK (2008).

Mark Tushnet, *The rise of weak-form judicial review* in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON ED., 2011).

MAARTJE DE VISSER, CONSTITUTIONAL REVIEW IN EUROPE: A COMPARATIVE ANALYSIS (2014).

Maarten Vink, Monica Claes, and Christine Arnold, *Explaining the Use of Preliminary References by Domestic Courts in EU Member States: A Mixed-Method Comparative Analysis*, 11TH BIENNIAL CONFERENCE OF THE EUROPEAN UNION STUDIES ASSOCIATION (April 24, 2009).

VITTORIA BARSOTTI, PAOLO G. CAROZZA, MARTA CARTABIA, AND ANDREA SIMONCINI, ITALIAN CONSTITUTIONAL JUSTICE IN GLOBAL CONTEXT (2016).

Danielle Pinard, *Quest for Methodological Coherence in Judicial Review on Constitutional Grounds: Recent Examples from the Supreme*

Court of Canada, 10 NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS 293 (2005).

Lech Garlicki, *Constitutional Courts versus Supreme Courts*, 5 I•CON 44 (2007).

Giuseppe Franco Ferrari, *The Conceptual Definition of the Constitutional Court in Italy*, in SHIMON SHETREET ED., THE CULTURAL OF JUDICIAL INDEPENDENCE (2014).

W. Nardini, *Passive Activism and the Limits of Judicial Self–Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court*, 30 SETON HALL L. REV. 1 (1999).

Donald P. Kommers, *Autonomy, dignity and abortion*, in TOM GINSBURG & ROSALIND DIXON ED., COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (2011).

MAURO CAPPELLETTI, JUDICIAL REVIEW IN CONTEMPORARY WORLD (1971).

Sandra Morelli, *The Colombian Constitutional Court: From Institutional Leadership, to Conceptual Audacity* 3, COLOMBIAN NATIONAL REPORT, XVIII INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW (July, 2010).

Allan R. Brewer–Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, in K.B. BROWN AND D.V. SNYDER (EDS.), GENERAL REPORTS OF THE XVIII TH CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ACADEMY OF COMPARATIVE LAW/RAPPORTS GÉNÉRAUX DU XVIIIÈME CONGRÈS DE L’ACADÉMIE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ 550 (2012).

Konrad Lachmayer, *Constitutional Courts as ‘Positive Legislators’* AUSTRIAN NATIONAL REPORT, XVIII INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW 6 (2010).

WILLIAM F. HARRIS II, THE INTERPRETABLE CONSTITUTION (1993).

ADIN 939–7 DF. Luciano Maia, *The Creation and Amendment Process in the Brazilian Constitution*, in MADS ANDENAS ED. THE CREATION AND THE AMENDMENT OF CONSTITUTIONAL NORMS 54 (2000).

ثالثاً: مراجع باللغة الإيطالية

M. Bellocci & T. Giovannetti, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, REPORT PREPARED FOR THE VISIT OF THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COURT, (11 June 2010).

G. RAZZANO, IL PARAMETRO DELLE NORME NON SCRITTE NELLA COSTITUZIONALE (2002).

V. Zeno-Zencovich, *Il contributo storico – comparativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, DIR. PUBBL. COMP EUR. 193 (2005); L. Pegoraro, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni 80*, QUAD. COST. 601 (1987, III); L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in G.F. FERRARI, A. GAMBARO (EDS.), CORTI NAZIONALI E COMPARAZIONE GIURIDICA, 477 (2006).

G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. Preliminari c.c. 1942. un problema di diritto costituzionale?*, in STUDI IN MEMORIA DI C. ESPOSITO (1971).

Cfr. A. Pizzorusso, *Dalle "doppie pronunce" alle decisioni "overruling"*, NOTO A C. COST. 16 marzo 1971, n. 49, in GIUR. COST. 527 (1971).

M. Bellocci and T. Giovannetti, *Il Quadro Delle Tipologie Decisorie Nelle Pronunce Della Corte Costituzionale*, REPORT PREPARED FOR THE VISIT OF THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COURT, (11 June 2010).

القانون الدستوري الصادر في (٦ فبراير سنة ١٩٤٨) بعنوان "القواعد المنظمة للأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية وضمانات إستقلال المحكمة"، المنشور في العدد رقم (٤٣) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر في (٢٠ فبراير سنة ١٩٤٨).

القانون الدستوري الصادر في (١١ مارس سنة ١٩٥٣) بعنوان "أحكام الدستور التكاملية المتعلقة بالمحكمة الدستورية"، المنشور في العدد رقم (٦٢) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر في (١٤ مارس سنة ١٩٥٣).

القانون الدستوري الصادر في يناير سنة ١٩٦٢ بعنوان "القواعد التي تحكم إجراءات وأحكام الإتهام"، المنشور في العدد رقم (٣٩) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر في (١٣ فبراير سنة

(١٩٦٢).

القانون الدستوري الصادر في (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٧) بعنوان "تعديل المادة ١٣٥ من الدستور والأحكام المتعلقة بالمحكمة الدستورية"، المنشور في العدد رقم (٢٩٤) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر في (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٧).

القانون الدستوري الصادر في (٢٥ مايو سنة ١٩٧٠) بعنوان "قواعد الإستفتاء في الدستور والمبادرة التشريعية للشعب"، المنشور في العدد رقم (١٤٧) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر في (١٥ يونيو سنة ١٩٧٠).

القانون الدستوري الصادر في (٢٠ يناير سنة ١٩٦٦) بعنوان "اللائحة العامة للمحكمة الدستورية"، المنشور في العدد رقم (٤٥) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر في (١٩ فبراير سنة ١٩٦٦).

القانون الدستوري الصادر في (٥ يونيو سنة ٢٠٠٣) بعنوان "الأحكام المتعلقة بتعديل النظام الجمهوري"، المنشور في العدد رقم (١٣٢) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر في (١٠ يونيو سنة ٢٠٠٣).

القانون الدستوري الصادر في (٧ أكتوبر سنة ٢٠٠٨) بعنوان "قواعد إضافية للمراجعة أمام المحكمة الدستورية"، المنشور في العدد رقم (٢٦١) من الجريدة الرسمية الإيطالية الصادر في (٧ نوفمبر سنة ٢٠٠٨).

حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٦٨/١٩٩٤ الصادر في (٢٧ أبريل ١٩٩٤).

حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١/١٩٥٦ الصادر في (٥ يونيو ١٩٥٦).

حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١١٤٦/١٩٨٨ الصادر في (١٥ ديسمبر ١٩٨٨).

حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٤٨/١٩٦٧ الصادر في (١٢ أبريل ١٩٦٧).

حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٦/١٩٦٤ الصادر في (١٥ يوليو ١٩٦٤).

حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٣٧٠/١٩٩٦ الصادر في (١٧ أكتوبر ١٩٩٦).

حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٣٥٠/١٩٩٧ الصادر في (١٣ نوفمبر ١٩٩٧).

حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٣٠٨/٢٠٠٨ الصادر في (٢٩ يوليو ٢٠٠٨).

حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٣/١٩٥٦ الصادر في (١٥ أبريل ١٩٥٦).

حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١١٢/١٩٩٣ الصادر في (٢٦ مارس ١٩٩٣).

حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٥/١٩٨٢ الصادر في (١ فبراير ١٩٨٢).

حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٤٦٧/١٩٩١ الصادر في (١٩ ديسمبر ١٩٩١).

حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٤٧٧/١٩٩٣ الصادر في (٢٢ ديسمبر ١٩٩٣).

حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٢٦٦/١٩٩٣ الصادر في (٢٣ أبريل ١٩٩٣).
حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٩٩٥/٩٩ الصادر في (٢٢ مارس ١٩٩٥).

رابعاً: مراجع باللغة الفرنسية

GEORGES BURDEAU, DROIT CONSTITUTIONNEL ET INSTITUTIONS POLITIQUES
(1972).

A. Pizzorusso, *Présentation de la Cour Constitutionnelle Italienne*, 6
CAHIERS DDU CONSEIL CONSTITUTIONNEL (1999).

خامساً: مراجع أخرى

حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

حكم المحكمة الدستورية الأسبانية رقم ١٩٨٨/٤٩ الصادر في (٢٢ مارس ١٩٨٨).

حكم المحكمة العليا الهندية في قضية

Kesavananda Bharati v. State of Kerala, AIR 1973 SC 1461.

**الشهادة كوسيلة إثبات أمام القضاء
الإدارى الأردنى**

" دراسة تحليلية تطبيقية "

دكتور/ أحمد عارف الضلاعىن دكتور/ صفاء محمود السولمىىن

الشهادة كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري الأردني دراسة تحليلية تطبيقية

دكتور صفاء محمود السويلمين
أستاذ مساعد - جامعة اليرموك

دكتور احمد عارف الضلايين
أستاذ مساعد - جامعة اليرموك

ملخص

تعد البيئة الشخصية من طرق الإثبات الإداري، يمكن اللجوء إليها لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، حيث تسعى هذه الدراسة إلى بيان ماهية الشهادة أمام القضاء الإداري الأردني، شروطها وكيفية تطبيقها في ظل وسائل إثبات متعددة يلجأ إليها القاضي الإداري.

طبق القضاء الإداري الأردني الشهادة كوسيلة إثبات في العديد من الدعاوى الإدارية، وبما لا يتعارض مع الصيغة الكتابية التي يمتاز بها القضاء الإداري، ذلك أن القضاء الإداري غير ملزم بوسيلة إثبات محددة، فللقاضي الإداري وزن البنية وتقدير إنتاجيتها تأكيداً على الدور الايجابي للقاضي الإداري في الإثبات.

خلصت الدراسة إلى العديد من النتائج و التوصيات أبرزها ما تعلق باعتبار المحكمة الدستورية الأردنية القضاء الإداري الأردني من القضاء النظامي، بما يتيح تطبيق قانون الإجراءات المدنية على المنازعات الإدارية، وبما لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الإدارية. الكلمات المفتاحية :- الشهادة، الإجراءات الإدارية، القضاء الإداري، المحاكم الإدارية

Abstract

The testimony of witnesses as a proving way in
administration courts

This study aims to classify the actual role of testimony in front of the managerial judiciary. The role of testimony as a proving method became as supplemental role in case of lack of written method by identifying the importance of this method, and the condition and meaning of it, then to show kinds of cases that testimony of witnesses can be used in.

This study get many conclusion ,one of the best dealing with administrative court as a kind of courts in Jordanian normalcy court, so we hope that we can an administrative legislation for procedures.

Key words:

Testimony of witnesses , managerial judiciary, administrative court , managerial procedures

المقدمة:

ترتبط المنازعات الإدارية بمبدأ المشروعية، والتي تتحدد عبر وسائل الإثبات التي تفرض عبئها على من يدعيها، في ظل دور إيجابي لقاض إداري، حيث اكتسبت وسائل الإثبات في هذه المنازعات أهمية وخصوصية، باعتبار انه ليس هناك قانون للإجراءات الإدارية يحدد فيه أصول الدعوى الإدارية بما تتضمنه من وسائل إثبات لكل منها مكانتها وأهميتها.

تنطلق إشكالية الدراسة من منطلق اختلاف الإثبات أمام القضاء باختلاف طبيعة الواقعة، إلا أن هذا الاختلاف يتعلق بدور القاضي، فحيث أن القاضي المدني مقيد بما يقدمه الخصوم من أدلة وبراهين تؤثر على منطوق الحكم، فإن الإثبات المدني يتسم بالدقة، فإن للقاضي الجنائي دوره الذي يقوم به لكشف الحقيقة والوصول إليها وتكوين القناعة التي يبني عليها حكمه، في حين نجد الإثبات في القانون الإداري مختلفاً بسبب طبيعة الدعوى الإدارية والعلاقات

القائمة فيها بين الإدارة والفريق المقابل لها وما تتمتع به الإدارة من امتيازات.

فضلا عن أن عدم وجود تقنين لقواعد الإثبات في القانون الإداري أدى إلى تناثر قواعد الإثبات الشكلية والموضوعية في عدة قوانين، منها قانون البيئات الأردني وتعديلاته رقم (٢٠) لسنة ١٩٥٢، وقانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته وقانون القضاء الإداري الأردني رقم ٢٧ لعام ٢٠١٤، والذي لم يحقق الغاية الكاملة منه في صياغة قواعد خاصة للإثبات أمام القضاء الإداري، والذي اكتفى بالنص في المادة ٤١ منه "أنه في غير الحالات المنصوص عليها في هذا القانون تسري أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية و بما يتلاءم مع طبيعة القضاء الإداري"، الأمر الذي يعني الرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات والتي منها الشهادة.

بل ويرى الباحث أنه وبالرجوع إلى القرار التفسيري الصادر عن المحكمة الدستورية الأردنية رقم ١٠ لسنة ٢٠١٣ والذي أكدت فيه المحكمة أن المحاكم الإدارية تعد جزءا من القضاء النظامي، وأنها محاكم نظامية تختص بنظر الدعاوى المتعلقة بالمنازعات الإدارية و طلبات التعويض، و الصادر رداً على سؤال طرح فيما إذا كانت المحاكم الإدارية التي ستنشأ وفقا لأحكام المادة ١٠٠ من الدستور تعد جزءا من المحاكم النظامية أم المحاكم الخاصة؟

وبناء على تحليل المحكمة الدستورية الوارد في قرارها التفسيري والذي استندت فيه إلى نصوص أحكام الدستور و تحليلها، و التي أكدت فيها أنه سبق لمحكمه التمييز أن فصلت في المنازعات الإدارية إلى حين صدور قانون محكمه العدل العليا المؤقت الملغى لعام ١٩٨٩ وبتحليل المواد (١٢٢، ١٠٣، ١٠٢، ١٠٠، ٩٩، ٩٨، ٢٧)

فان المحاكم الأردنية ثلاثة أنواع لكل منها ميدانها حيث تعد المحاكم الإدارية جزءاً من المحاكم النظامية^(١)، فيرى الباحث أن هذا التحليل القضائي أثار و يثير تساؤلاً حول تقبل القضاء الإداري الأخذ بالشهادتين كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري.

وعليه ستعتمد الدراسة على الأسلوب التحليلي التطبيقي، حيث لجأ الباحث إلى بيان ماهية الشهادة وطبيعتها وأنواع الدعاوى التي من الممكن أن تستخدم فيها الشهادة كوسيلة إثبات، حيث استخدم الباحث العديد من القرارات القضائية لإثبات فحوى الشهادة كوسيلة إثبات.

ولتحقيق الغاية المرجوة فقد قسمت الدراسة إلى ثلاثة مباحث تتضمن البحث في ماهية الشهادة كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري في مبحث أول، وتناول القواعد التي تحكم الأخذ بالشهادة في مبحث ثاني، و في المبحث الثالث مجالات الإثبات بالشهادة أمام القضاء الإداري الأردني.

المبحث الأول

ماهية الشهادة كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري

تعد الشهادة من وسائل الإثبات المعتبرة أمام القضاء الإداري، إذ أن هناك من الدعاوى الإدارية ما يصعب إثباته كتابة، فتكون الشهادة أسلوباً ناجحاً و مساهماً في إثبات المنازعة الإدارية كلما أمكن ذلك، حيث يقصد بالإثبات "إقامة المدعي الدليل أمام القضاء على وجود واقعة ترتب آثارها"^(٢).

(١) القرار التفسيري رقم ١٠ لسنة ٢٠١٣ الصادر عن المحكمة الدستورية الأردنية الصادر في ٢٠١٤١١١٩.

(٢) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، الإثبات و آثار الالتزام تنقيح المستشار أحمد المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، (٢٠٠٤) ص ١٠.

ولا يخفى على أحد أهمية الإثبات باعتبار أن أدلة الإثبات شرعت لحماية الحقوق بصفة عامة، فالحق يتجرد من قوته، إذا لم يرق دليل على ثبوته^(١)، أي إذا لم يستطيع صاحبه إثباته، فهناك فرق بين الإثبات للحق وثبوته فقد يكون الحق ثابتاً ولكن ليس هناك من سبيل لدى صاحبه لإقامة الدليل عليه.

لذا سنتناول ماهية الشهادة كوسيلة إثبات في عده مطالب تتفق وطبيعة الدراسة :-

المطلب الأول

الشهادة: مفهومها وأنواعها وأهميتها

لما كانت الدعوى الإدارية ذات طبيعة خاصة قائمة على عدم التوازن بين طرفي الدعوى بالإضافة إلى الصبغة الكتابية التي تسيطر في معظم الأحيان على هذه الدعوى، فقد كان لزاماً أن يكون للقاضي الإداري دوره الإيجابي في إدارة دفة الدعوى، الأمر الذي جعل له دوره في وزن البينات وقبول وسائل الإثبات التي من بينها الشهادة كوسيلة قد تعجز أمامها الوسائل المادية في إقامة الدليل على الوقائع النفسية والشخصية للشاهد.

الفرع الأول

مفهوم الشهادة (البينة الشخصية)

تعني الشهادة كوسيلة إثبات بأنها إخبار شخص من غير أطراف الخصومة أمام القضاء بصدور واقعة من غيره تثبت حقاً لآخر أو تنسئ التزاماً على الغير^(٢)، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية "الشهادة في الأصل هي تقرير الشخص لما يكون قد

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، نقابة المحامين، ط٢، المكتب الفني، عمان، ج١، ١٩٩٢، ص٨٦.

(٢) محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والالكتروني، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠١٠) ص١٢٩.

رآه أو سمعه بنفسه، أو أدركه على وجه العموم بحواسه^(١)، ويرى د. أحمد نشأت بأن الشهادة "إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره"^(٢).

هذا ولم يضع المشرع الأردني في قانون البيئات الأردني رقم () لسنة تعريفاً للشهادة مكتفياً ببيان حالاتها وأنواعها والحالات التي يجوز الاستشهاد فيها بالشهادة وتلك التي لا تجوز، وإن كانت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٦٨٤) عرفتها بأنها "الإخبار بلفظ الشهادة يعني أشهد بإثبات حق واحد في ذمة الآخر بحضور الحاكم ومواجهة الخصمين".

فالشهادة تدور حول واقعة قائمة بين خصمين مثارة أمام القضاء تقتضي الإخبار الشفهي عن الواقعة لإثبات حق لأحد المتخاصمين دون الشاهد.

كما ويرى الباحث أن المشرع الفرنسي قد تبنى المفهوم الكتابي للشهادة باعتبارها "الكتابة الصادرة عن شخص استوفى شروط الشاهد، متضمنة الحقائق التي حضرها أو أثبتها شخصياً"^(٣)، ويعرفها الفقيه Pactet : "إجراء من إجراءات التحقيق معد لإحضار الشهود بالاستناد إلى طلب أو دفع، وهي التقارير المكتوبة الصادرة عن الغير والتي يقدمها أحد الخصوم أثناء السير في الخصومة تأييداً لادعاءاته"^(٤)، ويستفاد مما سبق بأن القضاء الإداري الفرنسي لا يجد حرجاً في الأخذ بالشهادة المكتوبة شأنها شأن الشهادة الشفوية، فهو يأخذ بالشهادة بالمفهوم الشامل.

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم (٤٣٩١ و ٨٧٧٠) س٥٣، جلسة

٢٠٠٨/٤/١٩، المجموعة س ٥٣-٢، المكتب الفني، ص ١١٠٠.

(٢) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ص ٥٤٤.

(٣) المادة (٢٠١، ٢٠٢) مرافعات فرنسي جديد.

(٤) ورد لدى محمد يوسف علام (٢٠٠٤)، شهادة الشهود كوسيلة إثبات أمام

القضاء الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، ص ١٩.

وعلى ذلك يرى الباحث بأن الشهادة هي إخبار شخص ليس
بخصم، في واقعة أمام القضاء - بمعناه الواسع- بما يكون قد علمه
بنفسه أو أدركه بحواسه أو بواسطة غيره بما يثبت مسألة لخصم في
تلك الدعوى.

الفرع الثاني أنواع الشهادة

تظهر التعريفات السابقة للشهادة أن لها أنواعاً مختلفة أدت
إلى اختلاف النظم القانونية فيما تعتمده من أنواع الشهادة، فحيث
 نجد أن القضاء الإداري المصري والأردني يأخذ بالشهادة
المباشرة كالقضاء الإداري الفرنسي، إلا أن هذا الأخير يأخذ بالشهادة
المكتوبة ولا يأخذ بالشهادة السماعية^(١).

والشهادة في قانون البيئات الأردني وردت على النحو التالي:

١- الشهادة المباشرة: وهي الأصل العام في الشهادة وتعني إخبار
الشخص بنفسه عما وقع من غيره تحت سمعه وبصره كمن
يشهد تعاقداً أو حادثة فيروي ما سمعه أو رآه^(٢). وهذا يقتضي
أن تتم الشهادة أمام هيئة المحكمة فيدلي الشاهد بقوله فيما رآه
أو سمعه بنفسه معتمداً على الوقائع كما هي في ذاكرته التي
تكونت بفعل واقع عايشه.

٢- الشهادة السماعية: الشهادة غير المباشرة. وتعني أن يخبر
الشاهد بما يكون قد سمعه عن شهد الواقعة بنفسه، وليس بما
أدركه بحواسه فرآه بعينه أو سمعه بأذنه ولخطورة هذه
الشهادة فقد اكتفى المشرع الأردني بالأخذ بها في حالات ثلاث:

(١) ورد لدى علام، شهادة الشهود كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري، مرجع

سابق، ص ١٩

(٢) مفلح القضاة، البيئات في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، (عمان

دار الثقافة، ٢٠٠٧) ط ١، ص ١٥٨.

أ. الوفاة. ب. النسب. ج. الوقف الصحيح الموقوف لجهة خيرية
منذ مدة طويلة^(١).

وإذا كان المشرع الأردني لم يأخذ بالشهادة المكتوبة إلا أننا نرى أنها قد تشكل دليلاً يُعتد به لا سيما إذا كان الشاهد ذوّن ما أدركه بنفسه في مذكرات أياً كانت طبيعتها ثم توفي ذلك الشاهد أو أصيب بعارض من عوارض الأهلية أو فقد أو غيره من الأسباب، فتكون هذه المدونات هي الدليل الوحيد على الواقعة مع إدراك الباحث أن هذه المسائل تقع تحت تقدير القاضي.

الفرع الثالث

أهمية الشهادة

يمتاز القانون الإداري بصبغته القضائية والدور الإيجابي لقاضيه في وزن البينة، لا سيما أن أدلته في معظمها مكتوبة، بل وتتواجد لدى الإدارة أكثر من الخصوم، الأمر الذي يقتضي أن يستعين القاضي الإداري - حسب الحال - بالشهادة لإزالة ما قد يكتنف البيانات والأوراق من الغموض، أو لإزالة اللبس وعدم الوضوح أو لتكملة النقص في البيانات، حتى يستطيع القاضي أن يكمل تصوره بشأن الوقائع التي قد يُصعب إيجادها في الوثائق المكتوبة، كما لو كنا بصدد إثبات عيب إساءة استعمال السلطة مثلاً، أو في قضاء التأديب.

وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا "وبما أنه من الرجوع إلى أوراق الدعوى وخاصة شهادات بعض الشهود الذين استمعت إليهم المحكمة، وفتحت بشهاداتهم - نجد أن هناك خلافات شخصية بين وزيرة التخطيط السابقة، وبين المستدعي كشف عن بواعث تخرج بتسببها بإعفاء المستدعي من وظيفته عن استهداف الصالح العام

(١) نص المادة (٣٩) من قانون البينات الأردني رقم 30 لسنة ١٩٥٢ المعدل بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥

المجرد بما يزعم قرينة السلامة التي يجب أن يقترن بها
التنسيب^(١).

إن استعانة القضاء الإداري بالشهادة إنما يأتي ليس لتغطية
نقص خبرة القاضي، وإنما لتكملة النقص في الأدلة أو عدم كفايتها
أو في حال فقدان هذه الأوراق وإكمال قناعة القاضي فيما يعرضه
الخصوم من أدلة، وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا الأردنية
"احتراق ملف خدمة المستدعي ووجود قرينة خطية على أن خدمته
قد بدأت سنة ١٩٢٩ ببيان سماع البيئة الشخصية لتحديد تاريخ
الاستخدام"^(٢). ويتم الاستعانة بالشهود إما بقرار المحكمة أو بطلب
من الخصوم حيث يبقى تقدير الاستعانة بالشهادة مسألة خاضعة
لتقدير القضاء.

المطلب الثاني دور القاضي الإداري في الإثبات

يسعى القاضي الإداري في الدعوى الإدارية إلى إقامة التوازن
والعدالة بين فريقين غير متعادلين، الأمر الذي يجعل منه أميراً في
قضائه، فهو يلعب دوراً إيجابياً عند تعامله مع الدعوى الإدارية بحيث
يكون مهيمناً على إجراءات الخصومة الإدارية، ذلك أنه ليس هناك
من تنظيم تشريعي شامل يبين طرق الإثبات الإداري أو يحدد
إجراءاتها أو قيمة كل منها، الأمر الذي يبين أن القاضي الإداري
ليس ملزماً باتباع طريق معينة للإثبات، فهو الذي يحدد طريقة
الإثبات الأنسب للدعوى المرفوعة أمامه ويبين قيمة كل طريقة
وجدواها ويقدر مدى اقتناعه بها دون قيد أو دون مراعاة لترتيب

(١) عدل عليا رقم (٩٩/٦٠٢) مجلة نقابة المحامين، س ٤٩، عدد (١، ٢، ٣)
٢٠٠١، ص ٩٠.

(٢) عدل عليا رقم (٧٢/١٢)، مجلة نقابة المحامين، س ١٩، عدد (٧، ٨، ٩)،
١٩٧١، ص ٨٨٢.

معين لطرق الإثبات، فجميع الأدلة تتساوى أمامه ويستخلص عقيدته من أي دليل يطمئن إليه مع مراعاة حقوق الدفاع^(١)، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية "إن الأصل فيما يتعلق بالإثبات أمام القضاء الإداري أن جميع الأدلة تتساوى في المجال الإداري، والقاضي حر يكون اقتناعه من أي دليل، فالكتابة فيه ليست أقوى من القرائن، كما هو المستقر عليه في قواعد القانون الخاص، وذلك بالنظر إلى الطبيعة المتميزة للخصومة الإدارية، وأن الأوراق الإدارية هي من قبيل القرائن القانونية المكتوبة القابلة لإثبات العكس"^(٢).

فالقاضي الإداري له أن يلجأ إلى طرق الإثبات المتبعة في القانون الخاص في الحدود التي لا تتعارض وطبيعة الدعوى الإدارية، وتقول المحكمة الإدارية للقضاء الإداري أن يطبق من قواعد القانون المدني ما يتلاءم مع روابط القانون العام، وله أن يطورها بما يتفق مع طبيعتها"^(٣)، وفي ذلك تنص المادة (٤١) من قانون القضاء الإداري الأردني لعام ٢٠١٤ في غير الحالات المنصوص عليها في هذا القانون تسري أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، وبما يتلاءم مع طبيعة القضاء الإداري"

هذا يعني أننا نقف أمام مبدأ سائد في القضاء الإداري مؤداه بأنه وإن كان الدليل الإداري مقيداً، إلا أن حرية القاضي في تقديره واسعة، أي أن الدعاوى الإدارية يحكمها مبدأ تحميل القضاء الإداري

(١) هشام عبد المنعم عكاشة، دور القاضي الإداري في الإثبات، (القاهرة: دار النهضة العربية ٢٠٠٣) ص ٣٧.

(٢) إدارية عليا مصرية، طعن رقم (١٢٠٤)، سنة ٢٤، جلسة ١٦/١٦/١٩٧٠، ص ٣٩٤.

(٣) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم (٨٣٧٢) سنة ٥٠ ق.ع، جلسة ١٦/١٢/٢٠٠٦ مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، س ٥١، يناير-مارس، ٢٠٠٧، ص ٢٢٢-٢٢٣.

عبء البحث عن الدليل في الدعوى، الأمر الذي أدى إلى اختلاف وسائل وإجراءات الإثبات فيها^(١)، وإذا كان القضاء الإداري يأخذ بمبدأ الرجحان الكافي^(٢) لاقتناع القاضي في تقديره وفق قناعته لقيمة وسيلة الإثبات إلا أن هذا لا يعني تحكمه حسب هواه، فحرية الاقتناع لا تعني حرية الإثبات فالقاضي يبقى حبيس الحدود القانونية، ويرى الباحث أن القاضي الإداري لا بد أن يستمد قناعته من دليل صحيح مشروع وموجود في الدعوى وأن يبني الاقتناع على أسانيد صحيحة تؤدي إلى النتائج التي انتهى إليها القاضي، إذ ليس للقاضي أن يلجأ إلى أي طريق للإثبات يعتمد على الإحساس والمشاعر كما هو الحال في القضاء المدني فليس له أن يستخدم اليمين الحاسمة أو المتممة لتعارضها مع طبيعة الدعوى الإدارية حيث أكد القضاء الفرنسي على ذلك بقوله "لا يوجد أي نص قانوني يمد آثار اليمين الحاسمة إلى القضاء الإداري، بالإضافة إلى تعارض حيثيات النظام العام مع اللجوء إلى مثل هذه اليمين أمام القضاء"^(٣)، ومن ذلك قضت المحكمة الإدارية الأردنية في القضية رقم ٢٠١٤١٩٣ "يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها بالبيينة على اختلاف أنواعها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها و يجوز قبولها و ذلك وفقا لأحكام المادة ٤ من قانون البيينات"

(١) مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، (مصر: مطبعة الأمانة ١٩٧٨) ص ٣٢٧.

(٢) حول مبدأ الرجحان الكافي، انظر: سالم العضاليل، القرائن وحجيتها في الإثبات أمام قضاء محكمة العدل العليا الأردنية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، (٢٠٠٢) ص ٣٢.

(٣) ورد لدى هشام الكساسبة، وسائل الإثبات أمام القضاء الإداري، دراسة مقارنة بين الأردن ومصر وفرنسا، رسالة دكتوراة، القاهرة، (٢٠١٣) ص ٤٩.

(٤) المحكمة الإدارية الأردنية قرار رقم ٢٠١٤١٩٣ منشورات مركز عدالة.

وهذا الدور الإيجابي للقاضي الإداري يمتد إلى نطاقين من حيث الناحية الإجرائية للدعوى والآخر من الناحية الموضوعية، ذلك أن دور القاضي الإداري ليس مجرد تطبيق القانون وإنما استنباط الأحكام والحلول.

أ- أما دوره الإجرائي فيتعلق بتحضير الدعوى الإدارية وتهيتها للفصل فيها، بما يتطلبه ذلك من جمع لأدلة وعناصر الإثبات بما يساهم في سرعة الفصل في الدعوى لا سيما مع ما يتطلبه الأمر من معونة للطرف الأضعف الذي يواجه امتيازات الإدارة بما يساهم في إعادة التوازن بين طرفي الخصومة الإدارية، ويعد تحضير الدعوى مجموعة الوسائل التي تتخذ اعتباراً من تاريخ إيداع عريضة الدعوى بقصد تهيتها للفصل فيها^(١).

ومن هذه الوسائل ما يأتي بعد تقديم لائحة الدعوى كتبادل اللوائح والإطلاع عليها حيث يقوم القاضي الإداري بدور موجه مباشر كتكليف الإدارة بتقديم المستندات والبيانات التي يراها ضرورية للفصل في الدعوى، منها ما يطلبه القاضي للتخفيف من العبء الواقع على عاتق المدعي بشأن الإثبات وهناك وسائل تعبر عن دور القاضي الإداري في الدعوى يستطيع أن يأمر بها من تلقاء نفسه وإن لم يطلبها الخصوم كالشهادة والخبرة والمعينة.

ويرى الباحث أن وسائل التحضير أو الإثبات إنما هي سبل ضرورية للدعوى لا يمكن مباشرتها إلا بموافقة القاضي الإداري ومعرفة، حيث أنها تتطلب إجراءات وأوضاع معينة يغلب عليها الصبغة الإجرائية خلافاً لطرق الإثبات ذات الصبغة الموضوعية.

(١) أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، ص ١٨٠-١٨٣.

فالدور الإجرائي يتسم بحرية القاضي الإداري بتقدير وسيلة الإثبات ووزنها والافتتاح بإنتاجيتها واحترام القاضي مبدأ المواجهة، وذلك بأن تسيّر كافة إجراءات الدعوى في مواجهة الخصوم بما يسمح لهم الاطلاع على ما يقدم من أوراق ومستندات^(١).

ب- أما الدور الموضوعي فيتسم باستخلاص القرائن لما لها من أثر في الدعوى الإدارية تتفق مع طبيعتها وتيسر عبء الإثبات، فالقرينة القضائية تعني استنباط القاضي أمر غير ثابت أو غير معلوم من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة^(٢)، فهي على خلاف القرائن القانونية ليست محددة حصراً في نصوص قانونية محددة، فلما كان القاضي الإداري يتمتع بسلطة تقديرية واسعة وحرية في الإثبات فإن القرائن القضائية تشكل بالنسبة له فائدة كبيرة لما لها من فائدة في تخفيف عبء الإثبات عن كاهل المدعي باعتبار الطرف الأضعف في الخصومة والأولى بالرعاية القضائية.

ج- عبء الإثبات، يقوم الإثبات في أصله العام على القاعدة المعروفة (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)^(٣). وهذا يشمل كل خصم يدعي على خصمه أمراً خلاف الظاهر^(٤)، وهذه هي القاعدة في الإثبات، إلا في المنازعات الإدارية فإننا نقف أمام خصمين غير متكافئين من حيث القوة والصفة والمصلحة والطبيعة،

(١) عبدالعزيز خليفه، إجراءات التقاضي الإثبات في الدعوى الإدارية، (الإسكندرية: منشاه المعارف، ٢٠٠٨)، ص ١٢٥.

(٢) ماجد راغب الحلوي، القضاء الإداري، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٦) ص ٥٢٧.

(٣) المادة (٧٧) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، وأنظر شروحات المنكرة الإيضاحية للقانون المدني.

(٤) قرار النقض المصرية رقم ٤٠٨/٣٩٢ لسنة ٥٢ ق، جلسة ١٩٨٣/١/٢٣، س ٣٤، ١٤، ص ٢٨٢.

ورغم ذلك لم يجد الباحث قاعدة ثابتة تستعمل للإثبات أمام القضاء الإداري، الأمر الذي يعني الرجوع إلى القاعدة العامة في الإثبات، بما يعني أنه يتعين على القاضي الإداري أن يعمل فكره ودوره الإيجابي بموضوع قاعدة الإثبات لتتسجم مع طبيعة المنازعة الإدارية تقع عبء الإثبات على عاتق المدعي إلا أنه لا يؤخذ بهذه القاعدة على إطلاقها في مجال المنازعات الإدارية حيث تحتفظ الإدارة بجميع الوثائق والملفات المتعلقة بالمنازعة^(١).

وهناك رأي فقهي^(٢) يرى بأن الأصل هو وقوع عبء الإثبات على المدعي، إلا أن هذا الأصل تعرض لتيسيرات أساسية في التطبيق، كما في قضاء التأديب حيث يقلب القضاء عبء الإثبات ويكتفي من المدعي بتقديم قرائن بسيطة ينتقل على أثرها العبء إلى الإدارة المدعى عليها^(٣)، ويرى الدكتور أحمد كمال الدين موسى الأخذ بمبدأ بداية الثبوت أي أن ينتقل عبء الإثبات على عاتق الإدارة حيث يكتفي من المدعي تقديم قرائن مقنعة ومؤثرة وبالقدر المتاح وعندئذ يلتزم الإدارة بدفع هذه الادعاءات وإثبات عكسها، وإلا خسرت الدعوى الأمر الذي يساعد على تحمل عبء الإثبات الواقع على عاتقه ويعاونه في إقامة الدليل حيث أن القاضي الإداري هو الذي يقدر هذه القرائن ومدى اقتناعه بها^(٤).

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٠٨، ق١٧، والطعن رقم ٢٦٨٣،

س ٤٠ ق.ع، جلسة ٢٠٠١/٦/١٣.

(٢) الفقيه odent ورد لدى أحمد كمال الدين، نظرية الإثبات في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٥٥٢.

(٣) الفقيه odent ورد لدى أحمد كمال الدين، نظرية الإثبات في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٥٥٢.

(٤) أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٥٩٧.

فعلى المدعي أن يقدم دعواه ويدعمها بالأدلة التي يستطيع الحصول عليها ويستطيع من خلالها حمل القضاء على التشكيك في موقف الإدارة لينقل عبء الإثبات إليها^(١)، ويمكن للباحث القول أن تقاعس الإدارة في مجال المنازعات الإدارية عن تقديم ما قد يطلب منها من أوراق أو مستندات وغيرها مما يوكله إليها القضاء، يقيم قرينة لصالح المدعي، بحيث ينقل عبء الإثبات ويلقيه على عاتق الجهة الإدارية، أي أن قيام المدعي بالتشكيك في صحة القرار لا يؤدي إلى نقض قرينة صحة وسلامة القرار الإداري بصفة نهائية، وإنما يعمل مفعولاً ناقلاً لعبء الإثبات مؤقتاً من المدعي إلى الإدارة.

وللشهادة بوصفها من وسائل الإثبات المقبولة أمام القضاء الإداري، أثرها الواضح في إقامة الدليل وتنظيم عبء الإثبات، فلما كان للقاضي الإداري أن يختار بحكم دوره الإيجابي وسيلة التحقيق فيأمر بها إما يخفف من عبء الإثبات، فإن للمدعي أن يتمسك بالشهادة كوسيلة إثبات تعينه في دعواه التي يقف فيها مواجهاً الإدارة صاحبة السلطة والامتياز، ومن ذلك يرى البعض^(٢) التمسك بالشهادة لا سيما في مجال إثبات إساءة استعمال الإدارة لسلطتها، إذ لا سبيل لكشف البواعث والنوايا إلا بوسائل الإثبات على اختلافها ومنها الشهادة.

ويرى الباحث في هذا منطوق للقول بأنه متى ادعى الفرد واقعة إدارية لم تنكرها الإدارة بل ماطلت ولم تقدم ما طلب منها من أوراق ومستلزمات كان ذلك دافعاً للقاضي وقرينة تبناها لصالح

(١) موقف الفقه الإداري راجع سالم العضائله القرائن وحجتها في الإثبات، مرجع سابق، ص ٥١.

(٢) سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، (المنصورة: مكتبه حقوق، ١٩٨٦) ط ٣، ص ١٦٧.

المدعي، أما الوقائع غير الإدارية فإنه يقع عليه عبء إثباتها، دون أن يخل هذا القول بدور القاضي الإداري الإيجابي في تحريك الدعوى الإدارية وتنظيمها.

كما يرى الباحث أن مسألة الاستعانة بالشهادة أمام القضاء الإداري الهدف منها التخفيف من عبء الإثبات الملقى أصلاً على عاتق المدعي بما لا يخل بالأصل العام في الإثبات، إذ أن طبيعة المنازعة الإدارية تقتضي التخفيف من هذا المبدأ العام وليس العكس. هذا ولا بد من مراعاة أنه إذا كان مؤدى الإثبات أمام القضاء العادي أن الوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ومنها الشهادة لتعارض طبيعتها مع استلزام دليل معين لإثباتها وأن التصرفات القانونية يتعين إثباتها بالكتابة أساساً، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للقضاء الإداري إذ لا فرق في مجال الإثبات الإداري بين الوقائع المادية والتصرفات القانونية فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات المقبولة أمام القضاء الإداري ومنها الشهادة على الوجه الذي يقتضيه القاضي دون اشتراط دليل معين من حيث الأصل العام^(١)، سناً لما للقاضي الإداري من سلطات استيعابية وإيجابية مستمدة من الصفة الإيجابية والإجرائية والكتابية للدعوى الإدارية^(٢)^(٣).

(١) ورد لدى محمد علام، الشهادة كوسيلة إثبات، د. إسماعيل، خميس السيد

قضاء مجلس الدولة، وإجراءات صيغ الدعاوى الإدارية، سنة ١٩٨٧

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٥٢٧١) سنة ٤٥ ق ٢/١١/٢٠٠٢

"القاضي الإداري هيمنة إيجابية كاملة على إجراءات الخصومة الإدارية فهو يملك توجيهها دون أن يترك ذلك لإدارة الخصوم في الدعوى"

(٣) للتوسع حول عبء الإثبات انظر سالم العضال، القرائن وحجتها في الإثبات

أمام قضاء محكمة العدل العليا، مرجع سابق، ص ٣٦ وما بعدها. وكذلك هشام الكساسبة، مرجع سابق، ص ٥٩ وما بعدها.

المطلب الثالث موقف الفقه والقضاء من الأخذ بالشهادة

نظراً لخطورة الشهادة وتعلقها بالأشخاص فيما سمعوه أو رأوه أو تناقلوه، ولتعلقها بصدق روايتهم ومشاعرهم وعن تفاوت الشهود ولطبيعة العمل الإداري الذي يميل إلى الصيغة المكتوبة، فإن جانباً من فقهاء القانون الإداري يرفض الأخذ بالشهادة أمام القضاء الإداري، خلافاً لآخرين يؤيدون اتجاه القضاء الإداري للأخذ بها كوسيلة إثبات.

يرى أنصار الاتجاه الرافض^(١) أن الصيغة الكتابية هي السائدة أمام القضاء الإداري فهو قضاء ورقي، الأمر الذي يعنى وجوب استبعاد الأخذ بالشهادة لما تثيره من صعوبات عملية تجعلها في مرتبة أدنى إلى الكتابة، فالكتابة أكثر مدعاة للدقة تجعلها تتفق وطبيعة العمل الإداري، ويؤسس أنصار هذا الاتجاه رأيهم على حجج منها:

- الصيغة الكتابية للإجراءات الإدارية تجعل الأوراق وسيلة الإثبات الوحيدة أمام القضاء الإداري^(٢).
- الصعوبة العملية حيث تتطلب الشهادة جمع أناس وسماع أقوالهم الأمر الذي يقتضي مراعاة ظروفهم، وأماكن عملهم أو سكنهم أو حتى الثقة بصدق أقوالهم.
- ما يثيره سماع الشهود من مسائل تتعلق باعتمادهم على ذاكرتهم، إذ قد تطول الفترة الزمنية بين حدوث الواقعة

(١) ومنهم د. طعيمة الجرف، قضاء الإلغاء، (القاهرة: دار النهضة العربية ١٩٧١) ص ٣١٩، مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، ج ٢، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (٢٠٠٠) ص ٦٦٤.

(٢) سليمان الظماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، (القاهرة: دار الفكر العربي ١٩٨٦)، ط ٦.

وسماع الشهادة، الأمر الذي يعني اضياع المعلومات أو نسيانها فضلاً عن الضغط الذي قد يتعرض له الشاهد بما يؤثر على شهادته أمام القضاء.

إن الحصول على المعلومة التي يشهد بها الشاهد يختلف بحسب طبيعة القاضي أو جهة التحقيق بما يعني أنه قد يترتب على هذا الاختلاف في نتيجة الأخذ بالشهادة حسب طبيعة أو دقة الموضوع الذي قد يعتمد عليه قاضي على آخر.

ويرى الباحث أن الأسباب السابقة تحوي العديد من المصادقية والصحة التي تؤيد فكرة عدم الأخذ بالشهادة كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري، إلا أننا في ذات الوقت نرى أن هذا الاتجاه كان من الممكن أن يكون صحيحاً فيما لو استطعنا أن نسجل كافة الإجراءات والتصرفات في مدونات وأوراق وهي مسألة صعبة التحقق، وحتى لو عممنا الحكومة الالكترونية في معاملتنا الإدارية فإنها لن تستطيع أن تغطي كافة الميادين، وإذا كانت الأوراق عرضة للتلف أو فقدان أو الحرق أو الضياع وغيرها، فإن البيانات المخزنة إلكترونياً معرضة أيضاً للاختراق والتعديل والإتلاف والتلاعب مما يعني أنه لا بد من الأخذ بالشهادة كوسيلة إثبات متممة بل وقد تكون أحياناً لوحدها كافية في إثبات الحقوق.

أما الجانب الآخر من الفقه^(١)، فيرى بتأييد قضائي أن للقاضي الإداري حرية الإثبات بما له من دور إيجابي في الدعوى الإدارية المطروحة أمامه، بالإضافة إلى نصوص قانون القضاء الإداري الأردني ووسائل الإثبات في قانون البيئات، التي سمحت

(١) موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، مرجع سابق ص ٣٧٨. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص ٨٠.

بالشهادة باعتبارها وسيلة إثبات منظمة، إذ يرى هذا الفقه أننا عندما نقف أمام عيب إساءة استعمال السلطة فإنه ما من سبيل لكشف نوايا الإدارة، إلا إذا سُمح للطاعن أن يستخدم الشهادة.

وعلى ذلك يرى الباحث أن الشهادة وسيلة إثبات لا يمكن إنكارها أو إلغاؤها فهي وسيلة ضرورية عندما تنعدم السبل أمام المدعي لإثبات دعواه، وإلا لما كان القضاء منصفاً المدعي بوصفه خصماً ضعيفاً أمام إدارة قوية تملك في يدها مفاتيح القوة، لا سيما أن الشهادة وإجراءاتها منظمة قانوناً بما يكفل إحاطة حقوق الخصوم بضمانات قانونية كفيلة بإظهار الحق لا سيما مع انعدام الوسائل أو قصورها، ويرى الباحث أنه متى كانت الشهادة مقبولة أمام القضاء الجنائي فيما يتعلق بأرواح وأعراض وأموال وما يحويه ذلك القضاء من خطورة يبني عليها القاضي الجنائي اقتناعه فإنه لا شيء يمنع دون الأخذ بها في القضاء الإداري.

أما عن موقف القضاء الإداري في الأخذ بالشهادة كوسيلة إثبات، فإن الباحث باستقراء العديد من الأحكام القضائية المستندة إلى النصوص القانونية يرى أن القضاء الإداري لا يتوانى عن استخدام الشهادة كلما رأى القاضي الإداري الأخذ بها، لعلمه بدوره الإنشائي في ضرورة ابتداع الحلول، إذ أنه قضاء يقف أمام علاقات مختلفة عن علاقات القانون الخاص الأمر الذي يعني ضرورة استخدام كافة وسائل الإثبات المتاحة ومنها الشهادة إذ يؤكد القضاء الإداري على أهمية سماع الشهادة متى كانت منتجة ومتعلقة بالدعوى ومؤثرة فيها^(١)، وهذا يعني عدم الأخذ بالشهادة متى كانت غير منتجة، أو إذا تعارضت مع مستندات رسمية ثابتة قاطعة بصحة ما تضمنته من

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم (١٢٢٢) لسنة ٣٧ ق، جلسة ١٩٩٦/٣/٩، والطعن رقم ١٦١٢ سنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٩٦/١١/٢٣.

بيانات، كما ترفض الشهادة متى تبين وجود ضغائن أو تناقض في الشهادات^(١)، "إن الشهادة تعد من أهم الأدلة إثباتاً أو نفيًا سواء في المجال الجنائي أو التأديبي ومن ثم تبعاً لذلك أن تكون سليمة ومنزهة عن كل ما يقدم أو يشكك في صحتها أو يمنع من قبولها، وأن لا تكون صادرة من شخص له مصلحة من وزنها أو هوى أو بقصد الانتقام أو التشفي أو التحامل على المتهم، مما ينبغي معه توافر العدالة في هذه الشهادة، ولذا فمن المقرر الذي لا جدال فيه أنه لا يقبل شهادة الخصم على خصمه أو منهم على آخر كدليل إثبات دون أدلة مؤكدة"^(٢).

وبالنظر لما سبق فإن الباحث يرى توجهاً قوياً للقضاء الإداري بالأخذ بالشهادة كوسيلة إثبات مساوية لغيرها من الوسائل متى كان هناك من سبيل للعمل بها.

المبحث الأول

القواعد التي تحكم الأخذ بالشهادة

سنتناول في هذا المبحث القواعد الواجبة عند سماع الشهادة والميدان الذي يمكن اللجوء إلى الشهادة فيه وكيف ينظر القضاء الإداري إلى الشهادة باعتباره قضاء ورقياً.

المطلب الأول

المبادئ الأساسية التي تحكم الإثبات بالشهادة

إن الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي الإداري في تسيير الدعوى الإدارية، وفي تقييمه ووزنه للبيانات ومنها الشهادة، لا يعني تركها دون تنظيم أو قيود توجب مراعاتها عند استخدام هذه الوسيلة

-
- (١) المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٦٤١ سنة ٢٥ ق، جلسة ١٩٨٣/٢/٢١، الطعن رقم ٥٤٨ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٩٤/١١/٢٦.
- (٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٦٩٧٤ جلسة ٢٠٠٨/١١/١٢ س٥٢ ق، مجلة هيئة قضايا الدولة، س٥٣، عدد ٢، إبريل ٢٠٠٩، ص ١٧٦.

للإثبات، ذلك أن اللجوء إلى هذه الوسيلة يحده مبدأ المشروعية بمعنى أن يكون مصدر العمل بالشهادة مشروعاً، فلا يلجأ إليها إلا إذا وجد نص قانوني أو عرف قضائي يسمح بها في حدود الدعوى المطروحة، ذلك أن الغاية من وسائل الإثبات إحقاق العدل، فإذا ما رأى القاضي الاحتكام إلى الشهادة وقبولها كوسيلة إثبات فإنه يتعين عليه مراعاة جملة من المبادئ عند العمل بالشهادة حتى تكون الشهادة متفقة والأصول القانونية المرعية.

الفرع الأول مبدأ المشروعية

والذي يعني خضوع كافة حكماً ومحكومين للقانون بمعناه الواسع، ذلك أن غاية القضاء إحقاق العدل في أن تسري أعمال كافة ومنها الإدارة في حدود القانون وأن تكون متفقة معه وفي إطار الشهادة فإن هذا يقتضي أن يعمل القاضي الإداري الشهادة في الحدود الإجرائية والموضوعية كما رسمها القانون، وذلك في سبيل تحقيق الصالح العام الذي يتحقق عبر رقابة أعمال السلطة العامة - ومنها السلطة الإدارية- والذي يمكن أن يتحقق عبر سماع أقوال ذوي الشأن^(١)، بمعنى التمكين لهم بالإدلاء بأقوالهم وإبداء أدلتهم أثناء سير إجراءات الدعوى ومناقشة كافة العناصر المتعلقة بالدعوى والشهود فيها، الأمر الذي يفرض على الإدارة مراعاة المشروعية في تصرفاتها عبر علمها بأن ذوي الشأن لهم الحق في متابعة كافة الإجراءات والإطلاع عليها ومناقشتها، وهي مسألة ترتبط بمبدأ المواجهة والذي يعني السير بكافة إجراءات الدعوى في مواجهة جميع الأطراف وذلك احتراماً

(١) محمد علام، الشهادة كوسيلة إثبات، مرجع سابق، ص ٩٨.

لحق الدفاع^(١) وهو "حق الخصم في أن يعلم علماً تاماً وفي وقت مفيد بكافة إجراءات الخصومة وما تحتويه من عناصر واقعية وقانونية يمكن أن تكون أساساً في تكوين اقتناع القاضي"^(٢).

وهذا يعني أن تكون كافة الإجراءات حضورية بقدر المستطاع وهي مسألة لا تحتاج إلى نص خاص لتفعيل تطبيقها ذلك أن إغفالها يجعل الإجراءات القضائية المتخذة معيبة قانوناً^(٣)، هذا وقد أكد نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣ وتعديلاته على هذا المبدأ في المادة (١٤٥/ب) منه وكذلك في إجراءات الدعوى الإدارية كما جاء النص عليها في قانون القضاء الإداري الأردني رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤.

ونود قبل ختام هذا المطلب أن نثير تساؤلاً حول مدى إمكانية تقديم طلب مستعجل إلى المحكمة الإدارية بخصوص سماع شاهد يخشى من فقدانه لمرض أو هجرة أو لأي سبب آخر في مسألة لم تعرض بعد على القضاء الإداري وهي مسألة تتعلق بتهيئة الدليل قبل رفع الدعوى بوصفها من الدعوى المستعجلة.

يرى الباحث أنه وبالرجوع إلى قانون القضاء الإداري الأردني فإنه أشار إلى مسألة وقف تنفيذ القرار المطعون فيه مؤقتاً بصدد دعوى مرفوعة أمامه بما يعني أن مسألة تهيئة الدليل غير مقبولة أمام القضاء الإداري، إلا أن قضاء المحكمة الإدارية العليا

(١) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، إجراءات التقاضي والإثبات في الدعوى الإدارية (الإسكندرية، منشأة المعارف ٢٠٠٨)، ص ٣٦٤.

(٢) عيد محمد عبدالله القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، (دون سنه) ص ١٨.

(٣) هشام عبد المنعم عكاشة، دور القاضي الإداري في الإثبات، (القاهرة: دار النهضة العربية ٢٠٠٣) ص ١١٢.

المصرية استقر على وجود المصلحة في دعوى إثبات الحالة سواء لحق قائم أو محتمل الوجود خشية زوال الدليل عند النزاع فيه، نجدها قد انتهت مؤخراً إلى جواز رفع دعوى تهينة الدليل بصورة مستقلة دون أن ترتبط بطلب موضوعي إذا ما تعلق بتقرير أو تصرف إداري. ويرى الباحث صحة هذا التوجه القضائي، ذلك أنه إذا كان الهدف من دعوى وقف تنفيذ القرار المطعون فيه تلافي آثاره التي قد يصعب تجنبها^(١)، فإن الغاية من طلب تهينة الدليل أن يشكل إجراءً وقائياً خشية ضياع دليل قد يحمي حقاً للمدعي في المستقبل.

الفرع الثاني:- مبدأ المساواة بين الشهود

وهذا يقتضي أن يعامل كافة الشهود على اختلافهم على قدم المساواة في حقوقهم وواجباتهم أمام كافة الجهات القضائية وأعاونها، نعني بالمساواة المساواة النسبية وليست المطلقة إذ قد تتفاوت ظروف شاهد عن آخر أو صحته أو حاله بما يقتضي وجوب مراعاة هذا التفاوت بين الشهود دون أن يخل ذلك بمبدأ المساواة.

وهذه المساواة تقتضي وجوب التزام الشاهد بالحضور أمام المحكمة^(٢) باعتبار دعوتها لهم تعكس حاجتها لاستجلاء غموض وإطلاع ومعرفة لمسألة تريدها المحكمة تساهم في إظهار الحقيقة، وإلا جاز للمحكمة أن توقع عليه عقوبة الغرامة المقررة قانوناً، وكان واجباً عليه الإدلاء بما يعرفه بعد حلفه اليمين، إلا أن هناك من الأشخاص من يلزمهم القانون بعدم الإدلاء بالشهادة إما بسبب وظائفهم كالمحامي والطبيب أو لمانع أدبي كقيام رابطة الزوجية

(١) حول وقف تنفيذ القرار المطعون به، انظر نواف كنعان، القضاء الإداري، (عمان: دار الثقافة، ١٩٩٦) ص ٣٧٤.

(٢) أحمد نشأت، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، ص ٧٦٣.

مثلاً^(١)، أو لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة رغم صدور قانون ضمان حق الحصول على المعلومات رقم (٤٧) لسنة ٢٠٠٧^(٢) الذي نص في المادة (٨) "على المسئول تسهيل الحصول على المعلومات، وضمان كشفها دون إبطاء وبالكيفية المنصوص عليها في هذا القانون" إلا أنه عاد في المادة (١٣) من ذات القانون ووضع مجموعة من القيود على هذا الحق فضلاً عن قانون حماية أسرار وثائق الدولة رقم (٥٠) لسنة ١٩٧١^(٣).

المطلب الثاني

القواعد الإجرائية في الإثبات بالشهادة أمام القضاء الإداري

نظم المشرع الإجراءات الواجب مراعاتها عند اللجوء إلى الشهادة كوسيلة إثبات أمام القضاء ومنه القضاء الإداري لما لخطورة هذه الوسيلة وتأثيرها بشخص الشاهد نفسه، وعلى ذلك سنبحث في هذه القواعد ذات الصلة بشخص الشاهد نفسه.

أولاً- قواعد سماع شهادة الشهود

هناك عدة قواعد لا بد من توافرها في شخص الشاهد وأخرى فيما يتعين مراعاته من اعتبارات واجبة عند سماع الشهادة.

أ. القواعد المتعلقة بالشاهد

هناك عدة شروط لا بد من توافرها في شخص الشاهد منها ما يتعلق بأهليته وغيرها من الجنس والعقل والخبرة.

(١) علي شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، (عمان: دار الثقافة، ٢٠٠٨) ج ٢، ص ٦٨٣.

(٢) المنشور على الصفحة ٤١٤٢ الجريدة الرسمية رقم ٤٨٣١ بتاريخ ٢٠٠٧/٦/١٧

(٣) للتوسع حول القيود انظر قانون ضمان حق الحصول على المعلومة م ١٣١، وقانون حماية أسرار وثائق الدولة

١- أهلية أداء الشاهد وهذا يقتضي في الشاهد أن يكون مميزاً، ذلك أن التمييز مناط الإدراك باعتباره يتعلق بالمقدرة على فهم الفعل وطبيعته وتوقع الآثار المترتبة عليه فإذا انتفى التمييز انتفت الشهادة المترتبة عليه^(١)، وهو شرط مطلوب عند المشاهدة وعند الإدلاء بالشهادة، وقد اعتبر المشرع الأردني في المادة (٧٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بشهادة الذين لم يبلغوا الرابعة عشر من عمرهم متى رأى المدعي العام أنهم يدركون كنه أفعالهم^(٢)، وهي مسألة تحمد للمشرع باعتبار أن هناك من الأفعال ما قد يصعب إثباتها إلا بشهادة أولئك الصغار كالأحداث في المدارس، لا سيما إذا اتفقت أقوالهم على قول واحد، إلا أن مناط الإدراك يتأثر بسن الشاهد لما لذلك العمر من أثر على القرارات العقلية والملكات الذهنية للشاهد، فالشاهد صغير السن لا بد من مراعاة قدراته وعدم نضجه في التفكير السليم للزمان أو المكان أو حتى تفاصيل الأحداث بل ونفسية الصغير بعدم إرهابه أو إرهابه، أما لو كان الشاهد كبير السن هرماً فإنه لا بد من مراعاة عمره والحاجة إلى الصبر معه والتأني.

٢- جنس الشاهد، لم يفرق المشرع بين شهادة الرجل أو المرأة فشهادة كليهما متساوية أمام القضاء وتبقى قابلة للتأثر بمؤثرات نفسية مختلفة من حقد أو كراهية أو غيرها، ورغم ذلك تبقى هذه الشهادة خاضعة لتقدير القضاء.

(١) عبدالفتاح بيومي، أصول التحقيق الابتدائي أمام النيابة الإدارية، (دون دار نشر، ١٩٩٥) ص ١٠٩.

(٢) قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم ٩ لسنة ١٩٦١.

٣- العقل، لم يكفي المشرع بالنسب المؤهلة للشهادة وإنما تطلب مع ذلك السلامة العقلية البعيدة عن المؤثرات والمثيرات من اضطرابات عقلية أو كل ما من شأنه أن يؤثر على حرية الشاهد في سرد ما شاهده أو أدركه، ويندخل في هذا الإكراه المادي أو المعنوي كما لو كان الشاهد يسأل عن طريقة رئيسه في العمل، الأمر الذي يخشى معه من بطشه وجبروته عليه.

ب- الاعتبارات واجبة الإلتباع والمراعاة عند سماع الشهود.

لا بد لصحة الشهادة من اعتبارات تؤخذ بعين الاعتبار لضمان صحة ومصداقية الشهادة:

١- حرية الشاهد في الإدلاء بشهادته، وهذا يتفق مع القول بأن الشاهد يُسمع ولا يستجوب فالشاهد يذلي بشهادته عما يرى إثباته بحرية تامة دون تأثير عليه من أطراف الدعوى أو المحكمة.

٢- المساواة بين الشهود وهذا يقتضي عدم التمييز في المعاملة بين شاهد وآخر حتى لا يكون ذلك عائقاً نفسياً يمنعه من الشهادة.

٣- عدم إجهاد الشاهد، وفي ذلك يقول د. حسن المرصفاوي "إن الشاهد هو الشخص الذي ساقته الظروف إلى أن يصل لمدرجاته بعض المعلومات وأن يكشف عما وصل إلى علمه دون أن يجني من وراءه شيئاً وهو في قيامه بهذا الأمر يفقد جزءاً من وقته، وبعضاً من راحته، والشاهد في هذه الحالة تسيطر عليه نفسية حساسة يكون فيها دوماً على استعداد أن ينأى بنفسه عن الشهادة وهنا هو يوازن بين مصلحته الشخصية المتعلقة أساساً بقلقه النفسي وضياح وقته وراحته من جانب وبين مصلحة إقامة العدل بين الناس فالأولى تشده

إلى التفهق عن الشهادة والأخرى تدفعه إلى الإقدام عليها^(١) وهذا يقتضي ضرورة مراعاة نفسية الشاهد بأسلوب الحوار المتبع وطريقة الأسئلة بل مكان وزمان الشهادة الأمر الذي يرى معه الشاهد وجوب مراعاة القضاء والتشريع لهذه العوامل النفسية والمجهدات البدنية وأثرها على الشاهد وبالنتيجة على ما يشهد عليه من أحداث.

٤- عدم إخراج الشاهد وتجنب أساليب الإيقاع به ، تعقياً على ما سبق فإنه ليس لأحد أن يؤثر على الشاهد أياً كانت منزلته وقدرته فليس هو بمحترف يستطيع أن يتلاعب مع ما يوجه إليه من أسئلة، فلا يجوز لأحد أن يخرجه أو يوقع به بأساليب الخداع أو الاستهزاء، بل لا بد من مراعاة رهبة الموقف بالنسبة إليه أو عدم فهمه للموقف أو أي ظرف أو مسألة يوجد فيها الشاهد دون أن يشكل ذلك عبئاً عليه، ذلك أن المنازعة بحاجة إلى الشاهد فلا بد من احتماله وسعة الصدر معه حتى يبلغ شهادته ويعطيها حقها.

ثانياً: إجراءات سماع الشهادة

إذا كانت الاعتبارات السابقة تتحدث عن شخص الشاهد فإننا نبحث هنا فيما يجب اتخاذه من إجراءات لسماع الشهادة، وفقاً لما نصت عليه المادة ١٠ من قانون القضاء الإداري الأردني لعام ٢٠١٤ "يجب على المستدعي أن يرفق باستدعاء الدعوى قائمه بأسماء الشهود الذين يرغب بسماع شهادتهم إثباتاً لدعواه و عناوينهم كاملة"

١- استدعاء الشاهد وتكليفه بالحضور، لم يضع المشرع الأردني قانوناً خاصاً للإجراءات الإدارية الأمر الذي يعني وجوب التقيد

(١) د. حسن صادق المرصفاوي، قانون الإجراءات الجنائية، (الإسكندرية منشأه المعارف، ١٩٩٧) ص ١٨٩.

بالإجراءات الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية وقانون
البيانات الأردني حيث أشارت على وجوب تبليغ الشهود من قبل
المحكمة وفق الإجراءات الخاصة بتبليغ الخصوم ومذكرة حضور
تصدر عنها وفقاً لأحكام المادة (١١٠) من قانون أصول
المحاكمات المدنية حيث يتم بيان اسم الشاهد وعنوانه ورقم
الدعوى وتاريخ الحضور والغاية من الشهادة مع مراعاة تطبيق
القواعد الخاصة باستبعاد البعض ممن لا تجوز شهادتهم^(١).

٢- حلف اليمين، لما كانت الشهادة ترتبط بشخص الشاهد
ومصادقته فقد ارتأت التشريعات وجوب إسباغ مصداقية أعلى،
وحمل الشاهد على قول الحق عبر حلفه اليمين قبل الإدلاء
وسماع أقواله، ذلك أن حلف اليمين يحمل الشاهد في كثير من
الأحيان على قول الحقيقة، وإن لم يكن يريد لها فلا يغير أو يعدل
فيها، فهي من الشكليات الجوهرية التي لا بد أن يتعين على
إهمالها بطلان الشهادة التي سمعت بدونها، هذا وقد نصت
المادة (٨١) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على
صيغة الشهادة بقولها "أقسم بالله العظيم أن أقول الحق ولا شيء
غير الحق".

ويرى الباحث أن هذه الصيغة ناقصة، إذ أنها لا تلزم الشاهد
بقول كل الحق فلا بد من تعديلها لتشمل كل الحق، كما أن الباحث لا
يؤيد ما ذهب إليه المحكمة الإدارية العليا^(٢) المصرية من عدم ترتيب
البطلان على عدم حلف اليمين إلا إذا وجد نص يقضي بذلك لما تقوله
من آثار نفسية في حلف اليمين على نفسية الشاهد وليس صحيحاً أن
تراجع الوازع الديني سبب للتراجع عن حلف اليمين.

(١) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٦٨٢.

(٢) حول حكم المحكمة الإدارية العليا المصري، انظر علام، الشهادة كوسيلة
إثبات، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

٣- أداء الشهادة، لا بد لضمان صحة الشهادة من تدوينها (كما صدرت بالفاظها) في محضر المحكمة دون زيادة أو نقصان، وذلك بعد تثبيت البيانات الخاصة بالشاهد إذ سيوقع الشاهد والمحكمة والكتاب بعد ذلك عليها حسب الأصول^(١)، هذا ولا بد لصحة الشهادة من أدائها أمام الخصوم وبالوقائع المحددة سلفاً^(٢)، ويرى الباحث تحفظاً حول سماع الشهادة بحضور الخصوم، لما يعتقد أن من شأنه أن يلقي في نفس الشاهد الرهبة أو الخوف أو يؤثر على الشاهد، إذ يرى الباحث سماع الشهادة دون الخصوم مع تمكينهم من الاطلاع عليها طالما أنها تدون في المحضر كما صدرت من الشاهد وذيلت بتوقيعه، رغم أن القضاء الإداري الأردني ذهب إلى القول "استقر الاجتهاد القضائي على أن سماع شهادات الشهود بغياب الخصوم دون إتاحة الفرصة للمستدعي من مناقشتهم و تخليفهم القسم القانوني يخالف المبادئ العامة وحقوق الدفاع التي كفلها القانون و القواعد العامة المستقرة في الإجراءات"^(٣)

هذا وقد أكد المشرع الأردني على أنه "إذا كان من الضروري سماع شهادة شاهد تعذر حضوره لسبب اقتنعت به المحكمة تأخذ شهادته بحضور الطرفين في محل إقامته أو في غرفة القاضي أو في محل آخر تستنيبه أو تنيب أحد قضاتها في ذلك، والشهادة التي تسمع على هذا الوجه تتلى أثناء نظر الدعوى"^(٤). هذا ولا بد من مراعاة الأصول الإجرائية المسبقة في تبليغ الشهود والمرعية حسب قانون

(١) خليفة، إجراءات التناضي، مرجع سابق، ص ١٨٧.

(٢) علام، الشهادة كوسيلة إثبات، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

(٣) المحكمة الإدارية الأردنية قرار رقم ٢٠١٤١١٠١ تاريخ ٢٠١٥١٢١٢٤ منشورات مركز عدالة.

(٤) المادة (٢/٨٢) أصول المحاكمات المدنية الأردني.

أصول المحاكمات المدنية^(١) بل اعتبر المشرع تخلف الشاهد عن الحضور جريمة يعاقب عليها القانون^(٢).

ثالثاً: شفوية الشهادة.

والأصل أن تؤدي الشهادة شفاهة بإدلاء الشاهد بكل ما يعلمه حول الوقائع المطلوب إثباتها بالشهادة لما للأداء الذاتي لشخص شاهد من أثر على قناعة المحكمة تعكسه مشاعره وحركاته، وهي مسألة يصعب على المحكمة اكتشافها فيما لو كانت الشهادة مكتوبة إذ أن هذه الأخيرة تسمح للشاهد بترتيب شهادته وصياغتها كما يشاء مما يفقد الغاية من الشهادة.

وقد أكدت المادة (٥/٨١) من قانون أصول المحاكمات الأردني على أن تؤدي الشهادة شفاهة ولا يجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة إلا فيما يصعب استظهاره ومن لا قدرة له على الكلام يؤدي شهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالإشارة" كما أكدت المادة (٨١) القانون المدني الأردني على أن يعتد بشهادة الأخرس وحلفه بإشارته المعهودة، إلا أن طبيعة العلاقات الإدارية المكتوبة في معظمها لاعتمادها على مستندات وأرقام وبيانات مدونة قد تفرض مجرى آخر لهذا المبدأ العام، ويرى الباحث أن مثل هذه المستندات المعدة لتنظيم الأمور الإدارية لا تعد من قبيل الشهادات المعدة سابقاً، والتي يخشى منها ترتيب شهادة ما، ذلك أنها ترتبط بوقائع وأرقام أو معلومات لا بد من توثيقها ولا بد من الرجوع إليها حتى في معرض مناقشة الشهود، إذ أن هذه الكتابة لا تمنع من سماع الشاهد وبالتالي

(١) المادة (٨٢) أصول المحاكمات المدنية الأردني.

(٢) المادة (٧٥) أصول محاكمات جزائية أردني محمد ماجد ياقوت، أصول التحقيق الإداري في المخالفات التأديبية، دراسة مقارنة، (٢٠٠٠) ط ١، ص ٢٣٩.

التمعن في لغة الجسد لمعرفة الصدق من الكذب ولتكوين قناعة المحكمة.

فإذا تعذر سماع أحد الشهود، فإنه لا شيء يمنع من طلب مذكرة مكتوبة تتضمن معلومات الشاهد عن الواقعة محل الإثبات بحيث تضم إلى أوراق الدعوى بعد التأشير عليها وإثبات مضمونها^(١)، كما لو تعلق الأمر بالملف الوظيفي أو حسابات أو تفتيش إداري أو مالي^(٢).

المبحث الثاني

مجالات إعمال الشهادة في القضاء الإداري

تعتبر الشهادة كوسيلة إثبات وسيلة من وسائل التحقيق تفرض على القاضي عند مباشرتها مراعاة الإجراءات والأحكام كما وردت في قانون البينات (الإثبات) باعتبارها قواعد عامة، لكن بالقدر الذي يتفق مع طبيعة الدعوى الإدارية وعلى ذلك نستطيع أن نرى الشهادة في منازعات التأديب والإلغاء المؤسس على عيب إساءة استعمال السلطة ومنازعات التعويض وضياع المستندات وغيرها مما يملك فيه القاضي الصلاحية الواسعة.

إلا إن الأخذ بشهادة الشهود معلق على شرطين الأول: موافقتها للدعوى أو للواقعة المشهود عليها كلياً أو بقدر، وهو شرط قانوني. والثاني: اقتناع المحكمة بها وهو شرط تقديري يعود للمحكمة، والشرط الأول باعتباره شرطاً قانونياً لا بد أن تتحقق منه المحكمة من تلقاء نفسها وإن غفل عنه الخصوم^(٣).

(١) نبيله عبد الحليم كامل، الوظيفة العامة وفقاً لأحكام القضاء الإداري في مصر وفرنسا (١٩٩٦)، ص ٥٧٦.

(٢) للمزيد انظر: علام، الشهادة كوسيلة إثبات، مرجع سابق، ص ٢٦١.

(٣) تمييز حقوق رقم (١٩٥)، ٧٥، مجلة نقابة المحامين، س ٢٤، عدد ٢-١، ١٩٧٦، ص ٢٤٩.

والأخذ بشهادة الشهود يختلف أثره ودوره بحسب نوع
الوقائع المراد إثباتها، فهو ميدان خصب في دعوى التأديب لتعلقها
بمسلكيات مختلفة، خلافاً للعقود الإدارية وغيرها مما سنبجته في
المطالب التالية:

المطلب الأول شهادة الشهود في قضاء التأديب

لما كان قضاء التأديب يتعلق بمخالفات مسلكية غير مقتنة
لارتباطها بوقائع مادية يصعب حصرها تتعلق بسلوكيات تصدر عن
شخص الموظف، ولما كان القاضي الإداري غير ملتزم بطرق معينة
للإثبات، فهو يختار وسيلة الإثبات الأنسب حسب ظروف الدعوى
المطروحة أمامه، فإن الواقع العملي يثبت أن الميدان الخصب
لاستعمال الشهادة وسيلة إثبات هو في الدعوى التأديبية.

أولاً: مجال العمل بالشهادة أمام قضاء التأديب.

للقاضي الإداري في هذه المنازعات أن يستخدم وسيلة
الإثبات التي يراها مناسبة، فهو يقبل الشهادة لإثبات واقعة معينة أياً
كانت قيمتها أو نوعها، وإذا كان يتعذر إعداد دليل مسبق في هذه
المنازعات فإن الشهادة تصبح هي الطريق العادي للإثبات^(١)، فإذا
تبين للمحكمة غموض مسألة ما أو ضرورة التحقق من ملف ما، أو
البحث في مسألة تساهم في تكوين عقيدتهم فإن لجهات التحقيق أن
تسمع الشهود بنفسها ولما كنا في الأردن ليس لدينا قضاء إداري
متخصص في المنازعات التأديبية فإن ما يتم من إجراءات أمام جهات
التحقيق المختلفة يسمح بالأخذ بالشهادة مع وجوب مراعاتها وفق
الأصول القانونية المرعية.

(١) محمد علام، الشهادة كوسيلة إثبات، مرجع سابق، ص ١٠٠.

ويمكن القول بأننا في هذا المجال إنما نتحدث عن وقائع مادية أكدتها المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها "إن ارتكاب الواقعة المادية من عدمه يعتمد على أقوال الشهود"^(١) إذ تتركز شهادة الشهود كوسيلة إثبات أو دليل كاف على ثبوت أو نفي واقعة لا تحتمل في إثباتها إلا بوجود شهود.

ومن الوقائع المادية التي يستشهد بها بشهادة الشهود في مجال قضاء التأديب:

أ- إثبات إثيان الموظف لفعل مناف للآداب، إن مثل هذه الوقائع المادية من جانب الموظف هي مما لا يمكن إثباته بأوراق ومستندات، إذ أن طبيعتها وخروجها عن مألوف العمل ونطاقه، تحول دون إمكان إثباتها بغير الشهادة، فهي مما يخالف الالتزام الواجب على الموظف بالحفاظ على كرامة الوظيفة وأكدت عليه المحكمة الإدارية المصرية بأنها مما يعتمد في إثباتها بالشهادة^(٢).

كما ويلحق بذلك حالة إثبات ظهور الموظف بمظهر غير أخلاقي كالغناء مثلاً بصوت عال أو الرقص في مكان العمل، بل ويمكن اعتبار إثيان الموظف تصرفاً مخالفاً لما يتعين عليه مراعاته ضمن أصول وظيفته فعلاً مخلأً، كالقاضي مثلاً الذي يلقي عليه بتهمة الغش في الامتحان والذي يمكن إثبات واقعته بالشهادة.

وكذلك الحال بالنسبة لإثبات الشحناء والعداوة والسباب بين الموظف ورئيسه، إذ يعد ذلك خروجاً على ما تقتضيه طبيعة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤١٣٩ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٩٣/١١/٢٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤٢٦٢ لسنة ٤٦ ق، جلسة ٢٠٠٢/٣/٢.

العلاقة الرئاسية التي يتعين أن تقوم على الاحترام والتقدير وحسن الخطاب.

ب- إثبات التزام الموظف بالمحافظة على مواعيد العمل الرسمي رغم أن هذه الواقعة مما يتم إثباته عادة بالكتابة في محضر الحضور والمغادرة للموظفين بصفة عامة، أو مع التطور التكنولوجي الحالي وفي ظل الحكومات الالكترونية باعتماد نظام البصمة إلا أن هناك من الوقائع المادية التي قد تحدث بمغادرة العمل أثناء ساعات الدوام لترسمي أو البقاء بعد انتهاءه مما لا يمكن إثباته إلا بالشهادة، فتؤدي الشهادة دوراً تكملياً، بل ومستقداً أحياناً لدقتر الحضور أو للبصمة، فواقعة مغادرة ممرضة أو طبيب لإسعاف مريض أثناء ساعات الدوام أي في مهمة رسمية لا يمكن إثباتها إلا بالشهادة.

ويرى الباحث بناء على الأمثلة السابقة للوقائع المادية أنها مما يجوز فيه الاعتداد بالشهادة لإثباتها بما يتفق والقواعد الواردة في قانون البيئات الأردني، ويتلاءم مع طبيعة المنازعة الإدارية، وذلك كله يقتضي ضرورة كفالة حق الدفاع، ومن ذلك اعتبار شهادة الشهود من أهم وسائل الدفاع لا سيما في قضاء التأديب، خاصة فيما يتعلق باستظهار مدى مشروعية الجزاء التأديبي الواقع على الموظف ومدى ملاءمته للذنب المرتكب إذ يعد عدم سماع شهادة شهود النفي رغم جوهريتها، إخلالاً جسيماً بحق الدفاع يفقد التحقيق أركانه الجوهرية فيصير باطلاً.

ثانياً: إثبات المخالفات ذات الطبيعة المالية والمحاسبية.

الأصل في إثبات هذا النوع من المخالفات هو الدليل الكتابي المستندي، ومع ذلك فقد اعتد القضاء الإداري بالشهادة كوسيلة إثبات تكملية أو أساسية في إثبات المخالفات المالية والمحاسبية إذا ما

تعلق الأمر بإتلاف أو الإضرار بالمال العام نتيجة الإهمال وعدم مراعاة أصول الحيطه والحذر أو الأصول الفنية المحاسبية المتعارف عليها.

ثالثاً: مبررات طرح الشهادة أمام قضاء التأديب.

رغمًا عن الأثر والبعد القانوني الذي قد تلعبه الشهادة في التحقيق التأديبي، إلا أنه لا شيء يمنع من طرحها جانباً متى وجدت المبررات القوية لذلك، ويعد من قبيل هذه المبررات:

١- إذا كانت الشهادة غير منتجة في الدعوى، ذهب القضاء

الإداري أنه لا إلزام على سلطة التأديب الأخذ بالشهادة

لإثبات واقعة معينة، متى كانت الواقعة المراد إثباتها غير

منتجة في الدعوى، وغير متعلقة بها، وكان في أوراق

الدعوى ما يكفي لإثبات تلك الواقعة، وفي ذلك تقول محكمة

العدل العليا الأردنية - سابقاً - "أما بالنسبة للبيئة الشخصية

التي طلب وكيل المستدعي سماعها، فقد وجدنا مما توصلنا

إليه - مما ذكرناه سابقاً استخلاصاً من الأوراق - أن البيئة

المراد سماعها غير منتجة، فنلتفت عن سماعها"^(١).

٢- مخالفة الشهادة لما ثبت في الأوراق الرسمية أو معارضة

نص قانوني، فإذا كان لسلطة التأديب تقدير أهمية الشهادة،

فإنها مقيدة في ذلك بأن لا تخالف ما هو ثابت ومؤكد بأوراق

ووثائق رسمية لا يطعن فيها إلا بالتزوير، وفي ذلك تقول

المحكمة الإدارية العليا المصرية: "في مجال تحديد حقيقة

الاتهام المنسوب إلى المتهم المحال للمحكمة التأديبية يتعين

أن يقدم الاتهام على سند صحيح من الواقع، وأن يكون منقفاً

مع الأوضاع القانونية السليمة التي تفترض إخلال العامل

بها، ولا يجوز في هذا المقام التعويل على شهادة الشهود في

(١) عدل عليا رقم ١٩٩٥/٥/٨، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩٦، ص ١٧٠٠.

مجال يستوجب فيه القانون أدلة كتابية من نصوصه، أو من نصوص اللوائح أو القرارات المنظمة للعمل أو العرف الإداري في المكاتب الحكومية، وإلا انهار النظام العام الإداري بأكمله بإعلاء شهادة الشهود على الأدلة الكتابية^(١). وتقول محكمة العدل العليا الأردنية "أما بالنسبة لطلب المستدعي سماع البينة الشخصية لإثبات أن الإصابة التي لحقت بالمستدعي إنما كانت في أثناء الوظيفة وبسببها فقول غير جائز قانوناً لأن تقارير اللجنة الطبية العسكرية لها الحجية الكاملة، سواء من حيث انعقاد اللجنة، أو من حيث مضمونها ويؤخذ بهذه البينة ما لم يثبت عكس ما جاء بها، ولا يمكن نحض مثل هذه البينة بأقوال أفراد عاديين لا علاقة لهم بالأمر الطبية"^(٢).

٣- الشهادة الكيدية، إذ أجاز القضاء استبعاد الشهادة المشكوك في صحتها لوجود خلافات سابقة بين الشاهد ومن سيتأثر بالشهادة، متى كانت الشهادة هي الوسيلة الوحيدة للإثبات "فحتى تكون الشهادة سليمة ومقبولة ومنزهة عن كل ما يقدر في صحتها ويمنع قبولها، فلا تقبل شهادة خصم على خصمه، ولا يصح أن تكون الأدلة مبنية على تلك الشهادة دون أي دليل آخر"^(٣) فلا يجوز التعويل على شهادة ذوي المصلحة، ولا من كان بينه وبين الخصم ضغينة سابقة^(٤).

(١) المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٥٥١٦، س ٥٢ ق، جلسة ٢٠٠٧/١٢/١٥، المجموعة س ١/٥٣، ص ٣٢٦.

(٢) عدل عليا، جلسة ١٩٩٩/٢/١٨، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩٩، ص ١٧٦.

(٣) المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤١٤٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٩٥/١٢/٣٠، محمد ماهر أبو العينين، التأديب في الوظيفة العامة، (دون سنه) ص ١٠٠٧، ١٠٠٨.

(٤) محمد ماهر أبو العينين، قضاء التأديب، مرجع سابق، ص ١٠٠٣، ١٠٠٩.

٤- الشهادة السماعية حيث رفض القضاء الإداري الأردني الأخذ بالشهادة السماعية^(١) إن البيّنات السماعية غير جائز قبولها قبولاً قانونياً، ولهذا فالقرار الإداري الصادر بالاستناد إلى البيّنات على السماع هو قرار مخالف للقانون^(٢).

ويرى الباحث أن هذه المبررات السابقة وغيرها مما يجوز الاعتداد به لطرح الشهادة جانباً هي ما يتفق مع الأصل العام في وجوب الاعتداد بالدليل الكتابي وأصول الإثبات الواردة في القواعد الواجبة الإتباع للإثبات، رغم أن الشهادة هي مما يؤخذ بها في الوقائع المادية نظراً لصعوبة توفر الدليل الكتابي اللازم حسب قواعد الإثبات المرعية متى اتفقت وطبيعة المنازعة الإدارية.

المطلب الثاني: شهادة الشهود في قضاء الإلغاء

ذهب القضاء الإداري إلى قبول الشهادة كوسيلة إثبات لإلغاء القرار الإداري بالنسبة للعيوب ذات الصلة بقناعة مصدر القرار أو تقديره أي فيما يبني عليه القرار من أسباب أو ما قد يصيب القرار من انحراف في استخدام السلطة.

أولاً: الشهادة وعيب السبب.

تعد الرقابة القضائية على أسباب القرار الإداري بوصفه - مجموعة العناصر القانونية والواقعية التي تدفع رجل الإدارة إلى إصداره^(٣)، من أهم الضمانات الأساسية لاحترام مبدأ المشروعية، بعيداً عن التحكم والهوى^(٤)، إذ ذهب القضاء الإداري إلى قبول

(١) عدل عليا قرار رقم ٥٦/٣ عدد ٣ سنة ٤، ص ١٣٢، مجلة نقابة المحامين ورد لدى حنا ندة، القضاء الإداري في الأردن، (دون ناشر: ١٩٧٢) ص ٤٣١.

(٢) للتوسع انظر شطناوي، القضاء الإداري، مرجع سابق ص ٨٦٦، كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

(٣) محمد حسين عبد العال، (١٩٧١)، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، القاهرة.

الشهادة لإثبات عيب السبب بقولنه "متى ثبت أن المحكمة قد استخلصت النتيجة التي انتهت إليها بإلغاء القرار الطعن استخلاصاً سائغاً من أصول مادية وقانونية تبرر اقتناعها... ولها في سبيل ذلك أن تأخذ بما تظمن إليه من أقوال الشهود وأن تطرح ما عداها إن هي أقامت حكمها بإلغاء القرار الصادر بمجازاة المطعون ضده على الأخذ بأقوال بعض الشهود فإن وزن أدلة الدعوى بما فيها شهادة الشهود من الأمور الموضوعية التي تستقل بها المحكمة"^(١)، حيث استخدمت الشهادة مثلاً لإثبات عدم صحة المخالفة المنسوبة إلى المطعون ضده والتي كانت سبباً لصدور القرار "وإذا أُنعد من الشهود لم يزعم أن المطعون ضده سيء الخلق أو تعدى على الشاكية فإن المخالفة المنسوبة إلى المطعون ضده... غير قائمة على سند من الواقع والقانون فيكون القرار مخالفاً للقانون وجديراً بالإلغاء"^(٢).

هذا ويمكن الإثبات بالشهادة لنفي واقعة تسبب الموظف بإتلاف أو ضياع ما سلم إليه من عهدة أو إحالة موظف إلى الاستيداع لمرض ثبت أنه لم يصب به^(٣).

ثانياً: الشهادة وإثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة^(٤)

ليس عيب الانحراف في استعمال السلطة إلا مجانية للمصلحة العامة أو للهدف المخصص، وليس أشد منه إلا ابتغاءه، تحقيق نفع

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٤٩٠، لسنة ٣٧ ق، عليا، جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧.

(٢) المحكمة الإدارية طعن رقم ٥٦٧٨، جلسة ١٩٩٧/٥/١٠، أورددلى علام، الشهادة كوسيلة إثبات، مرجع سابق ص ٣٢٢.

(٣) سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، (القاهرة: دار الفكر العربي) ص ٥٦ وما بعدها.

(٤) للتوسع حول عيوب القرار الإداري انظر: محمد الخلايلة، القانون الإداري، الكتاب الثاني، (عمان: دار الثقافة، ٢٠١٢) ص ١٩٠، شطناوي، القضاء الإداري، مرجع سابق ص ٨٢٩.

شخصي له أو محاباة لأحد أو بدافع الانتقام الأمر الذي يعني استنباط هذا العيب بعناصر نفسية وذاتية متصلة بنية مصدر القرار. إذ يتوخى مصدر القرار كافة معايير الصحة الممكنة في إصدار قراره ويحيطه بمعايير الشفافية والمصادقية لتغطية انحرافه، الأمر الذي يجعل إثبات هذا العيب مسألة صعبة تدفع القضاء للبحث عن عيوب أخرى لإلغاء القرار قبل الوصول إلى هذا العيب.

إلا أنه ولما كان القضاء الإداري مقيد في أسباب الإلغاء الواردة في القانون إلا أنه ليس مقيداً في وسائل الإثبات، فإن له في سبيل إثبات هذا العيب استخدام كافة وسائل الإثبات الممكنة بما فيها الشهادة، ذلك أنه لما كان عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي خصم الإدارة القوية، فإنه لا بد من تمكينه من إثبات دعواه ليس فقط من أصول ثابتة في الأوراق فهذه عناصر موضوعية قد يصعب على المدعي إثبات خلافها، وإنما له أن يستخدم كافة الوسائل بما في ذلك القرانن القانونية والقضائية، إذ أجاز القضاء الإداري الأردني سماع الشهود كبينة لإثبات عيب الانحراف^(١)، وتقول "إنها غير مقيدة بالملف ومن حقها سماع البينة على الظروف التي أحاطت بإصدار القرار وطريقة تنفيذه"^(٢)، ويُحمد للقضاء الإداري قبوله الإثبات بالشهادة إذ أن رفض هذه الوسيلة للإثبات قد يؤدي إلى ظلم بين، حيث لا يستطيع المدعي إثبات دعواه فيضيع حقه في مواجهة الإدارة.

كما يلجأ القاضي الإداري إلى الشهادة في حال كانت بعض الأدلة أمامه غامضة أو غير مكتملة فتحتاج إلى توضيح أو تساند

(١) عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري الأردني، (عمان: دار الثقافة، ٢٠١١)، ص ٣٧٥.

(٢) عدل عليا-قرار رقم ٦٧/٢٧، مجلة نقابة المحامين، عدد ٤، لسنة ١٦ ق، ص ١٨٦.

الأدلة الموجودة فترسخ قناعة القاضي في إثبات الواقعة كما هو الحال مثلاً في عيب إساءة استعمال السلطة، إذ إن هناك أمور قد لا تدون في سجلات أو تحفظ في ملفات، فيكون الأمر بالاستعانة بالشهود، بما أنه بالرجوع إلى أوراق الدعوى وخاصة شهادات بعض الشهود الذين استمعت إليهم المحكمة، وقنعت بشهاداتهم نجد أن هناك خلافاً شخصية بين وزيرة التخطيط السابقة وبين المستدعي تشف عن بواعث تخرج بتسببها بإعفاء المستدعي من وظيفته عن استهداف الصالح العام المجرد بما يزعم قرينة السلامة التي يجب أن يقترن بها التسبب^(١).

المطلب الثالث

دور الشهادة أمام قضاء التعويض

يرتبط التعويض في القضاء بقرار إداري يطلب المدعي إلغائه، فهو يدور في فلك القرار الإداري وجوداً وهدماً، ما لم يرفع بصورة مستقلة أمام القضاء النظامي، خاصة أمام عدم وجود قواعد مستقلة للمسؤولية الإدارية الأمر الذي يقتضي وجوب إعمال قواعد المسؤولية العامة مع القضاء الإداري.

بالرجوع إلى نص المادة (٢٥٦) مدني أردني نجدها قد حددت أقطاب المسؤولية التقصيرية بقولها "كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالتعويض ولو كان غير مميز"، ويرى الباحث أن هذا النص أقام أركان المسؤولية على الفعل الضار والضرر والعلاقة السببية بينهما، رغم وجود مسلك في قرارات محكمتي التمييز والعدل العليا تقيمان المسؤولية فيه على أساس الخطأ^(٢)، وفي ذلك تقول "والفعل

(١) عدل عليا رقم ٩٩/٦١٢، مجلة نقابة المحامين، س ٤٩، عدد ١، ٢، ٣، ٢٠٠١، ص ٩٠.

(٢) للمزيد انظر علي خطار شطناوي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها الضارة، (عمان: دار وائل، ٢٠١١)..

الضار حتى الخطأ إنما هي وقائع مادية بما يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها الشهادة ويثبت الضرر والعلاقة السببية أيضاً بالمعينة أو الشهادة الطبية أو تقارير الخبراء كتقرير شرط السير في الحادث المروري.

وفي المسؤولية التقصيرية تعتبر الشهادة وسيلة إثبات على نطاق أوسع نظراً لصعوبة ترتيب دليل كتابي سابق، خلافاً للحال بالنسبة للمسؤولية العقدية، وبناءً على ما سبق فقد اختلف قبول القضاء الإداري للشهادة كوسيلة إثبات بين مسؤولية الإدارة العقدية وغير العقدية، إذ يربط القضاء الإداري دعوى التعويض - كما سبق أن أشرنا - بدعوى إلغاء القرار الإداري، وحسب نص المادة (٥) من قانون القضاء الإداري الأردني إلا أننا نرى أنه لما كان بالإمكان إقامة دعوى التعويض أمام القضاء المدني، حيث أسست طلبات التعويض أمام القضاء الإداري على أساس الخطأ أو المخاطر وفي حالة القرارات المبنية على السلطة التقديرية^(١) وامتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي^(٢).

وبالرجوع إلى المسؤولية العقدية نجدتها تقوم على وجوب إثبات مسؤولية الإدارة ابتداءً عن قراراتها الإدارية بوجود عيب يشوب ذلك القرار، حتى يُقضى بالتعويض رغم قبول القضاء الإداري الحكم بالتعويض عن أضرار مادية وأدبية ناتجة عن الاعتقال المشوب بعيب إساءة استعمال السلطة، بالعودة إلى شهادة الشهود المثبتة لواقعة الاعتقال ومدته وما له من آثار نفسية ومادية على

(١) سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، (القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٦٧)، ص ٥٥٤.

(٢) حافظ، دروس في القانون الإداري ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، ط ١٩٥٦، ص ١٣٤.

المعتقل^(١)، كما يمكن اللجوء إلى الشهادة لإثبات مسؤولية مرفق النقل عن حوادث الطائرات أو السفن أو حتى الباصات بل وعن حوادث الغرق الناتجة عن عدم تنظيف مصارف المياه قبل موسم الشتاء، إذ يرى الباحث أن عمل القاضي الإداري لا ينتقص منه مراعاته لظروف وملابسات ونوع الحادث وأثره على المتضرر والقضاء الإداري زلخر بمثل هذه الوقائع التي تقتضي طبيعتها اللجوء إلى الشهادة في إثبات الوقائع المادية فيها^(٢).

كما يود الباحث قبل ختام هذه الدراسة الإشارة إلى مدى إمكانية الاستعانة بالشهادة في دعاوى الاستحقاق، حيث يجد الباحث أن دعوى الاستحقاق تعد من الدعاوى التي يستمد الحق فيها مباشرة من قاعدة تنظيمية يقتصر دور الإدارة فيها على مجرد تطبيق لتلك القواعد، الأمر الذي يجد صعوبة قبول الشهادة كوسيلة إثبات لهذا النوع من الدعاوى، وإن كان يمكن لنا القول أن الشهادة ممكنة لإثبات العمل مثلاً أو لتقدير عمر الموظف الذي سيحال إلى التقاعد في حال عدم وجود شهادة ميلاد خاصة، وفي رواتب الاعتلال تقول محكمة العدل العليا من خلال الشهادات المستحقة إن المستدعي كان سنة ١٩٧٠ تلميذاً في كلية الأركان الواقعة على مقربة من بلدة ناعور ونتيجة حصول حادث سير معه أدى إلى كسر ساقه اليسرى وحيث أن ذهابه من محل إقامته إلى مكان عمله الرسمي قد انتقل

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٨٢٦٧، سنة ٥٤ ق، ٢٠٠٣/٢/٢٥، انظر أيضاً مجدي النهري، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار أم القرى، المنصورة (١٩٩٧) ص ٣٨٤.

(٢) للتوسع حول مسؤولية الإدارة وحقوق الإنسان انظر: صفاء السوليمين، دور مسؤولية الإدارة بالتعويض في تعزيز احترام حقوق الإنسان، (عمان: مكتبة وائل للنشر، ٢٠١٤) ط١.

بحكم وظيفته، لذلك فهو يستحق راتب اعتلال ثبت بتقرير اللجنة الطبية^(١).

هذا وقد استعانت محكمة العدل العليا أيضاً بشهادة الشهود بخصوص تنظيم المدن والقرى والعمران بقولها "استمعت المحكمة إلى شهادة مقدم التقرير الهندسي أنس قطان مدير دائرة التخطيط لأمانة العاصمة، وصرح أن أرض المدعي كانت في الأصل حديقة بموجب المخطط القديم وفي التعديل تم اعتبارها تجاري محلي ضمن منطقة سكن ج، وأن التعديل قد مر بمراحله القانونية، ووضع موضع التنفيذ بعد اكتسابه الدرجة القطعية"^(٢).

وتقول محكمة العدل العليا الأردنية لإثبات الحقوق المكتسبة "والشهادات التي استمعتها المحكمة أثبتت أن المستدعي عمل في حقل الأمراض الداخلية في مستشفيات معترف بها مدة تزيد على ثلاث سنوات فإن من حقه الحصول على لقب أخصائي في هذا الحقل ويصبح حقاً مكتسباً"^(٣).

وقرارها "بشهادات عدد من الأطباء المختصين التي استمعتها المحكمة أن المستدعي بعد أن حصل على درجته العلمية سنة ١٩٦٤ عمل طبيب في وزارة الصحة عام ١٩٦٤... كما أنه أوفد في بعثة علمية للتخصص في أمراض القلب ١/٥/١٩٦٧... فإن من حقه

(١) عدل عليا رقم ٧٧/٣٧، مجلة نقابة المحامين س ٢٦، عدد ١-٢، ١٩٧٦، ص ١٧، قرار رقم ٢٠٠٥/٢٠٩ مجلة نقابة المحامين، س ٥٤، عدد ١، ٢، ٣، ٢٠٠٦، ص ٩٢.

(٢) عدل عليا ٧٧/١٢٧، مجلة نقابة المحامين، س ٢٧، عدد ٨، ١٩٧٩، ص ٧٨، و ٩٣/٦٧ مجلة نقابة المحامين، س ٤٢، عدد ١، ٢، ٣، ١٩٩٤، ص ٣٢.

(٣) عدل عليا قرار رقم ٧٩/٣٧، مجلة نقابة المحامين، س ٢٨، عدد ١١، ١٩٨٠، ص ١٤٧٧.

الحصول على لقب أخصائي...، وأصبح حقه في ذلك حقاً مكتسباً^(١).

كما يمكن اللجوء إلى الشهادة في حال فقد أوراق التحقيق أو لتوضيح أو تكملة بعض عناصر الإثبات إذا كان عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، فإن فقد أوراق تعد إثباتاً في الدعوى لا يعني ضياع الحق إذ يجوز اللجوء إلى وسائل إثبات أخرى ومنها الشهادة، "احتراق ملف خدمة المستدعي ووجود قرينة خطية على أن خدمته قد بدأت في سنة ١٩٢٩ ببرنامج سماع البيئة الشخصية لتحديد تاريخ الاستخدام"^(٢)،

بل و يرى الباحث أنه لا شيء يمنع من اللجوء للإثبات بالشهادة لإقامة الدليل على وجود العرف حيث تتصف القاعدة العرفية بعدم تدوينها، مما يصعب إثباتها، ذلك أن وجود العرف مسألة واقع يتوجب على الخصم إثباتها، وهي بخلاف تطبيق العرف فهذه مسألة قانون^(٣)، فالعرف باعتباره مسكاً جرى عليه العمل فاعتاده الناس، يتطلب من القاضي إثبات وجوده وتحديد مضمونه وضبط أحكامه، ولما كان القاضي الإداري يتمتع بحرية الإثبات فإن له اللجوء إلى الشهادة والاستعانة بها لإثبات وجود العرف الإداري.

(١) عدل عليا قرار رقم ٧٩/٣٧، مجلة نقابة المحامين، س ٢٨، عدد ٧، ١٩٨٠، ص ٨٩٥.

(٢) عدل عليا قرار رقم ٧٢/١٢، مجلة نقابة المحامين، س ١٩، عدد ٧، ٨، ٩، ١٩٧١، ص ٨٨٢.

(٣) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، (الإسكندرية، منشأة دار المعارف ١٩٩٨) ص ٣١.

وفي ختام هذه الجزئية نود أن نشير إلى أن هناك مسائلًا تخرج عن إمكانية الاستعانة بالشهادة لإثباتها كإثبات المسائل المالية أو ما يشترط المشرع له الإثبات بالكتابة، ومن ذلك قضاء محكمة القضاء الإداري "لا يجوز الاعتماد على شهادة الشهود لإثبات حالتي العجز الكلي الطبيعي أو العجز الجزئي الدائم المفضي إلى إنهاء الخدمة لأن المادة ٤٧ج من قانون الضمان الاجتماعي أوجبت ثبوتها من المرجع الطبي الذي يعينه المجلس..." (١)

هذا ويشير الباحث أنه لم يتطرق إلى الإثبات بالشهادة في العقود الإدارية، ذلك أن المشرع الأردني، وفي قانون القضاء الإداري رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤ استبعد وبصراحة نص المادة العقود الإدارية من نطاق انطباقه .

الخاتمة

تناولت الدراسة دور وأهمية الشهادة كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري الأردني مع بيان أهمية الإثبات أمام هذا القضاء، والمجالات التي يمكن استعمال الشهادة فيها أمام القضاء الإداري، حيث انتهت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات توردها على النحو التالي:

أولاً- النتائج

- يعتبر القضاء الإداري الأردني جزءاً من المحاكم النظامية تختص بالنظر في الدعوى المتعلقة بالمنازعات الإدارية و طلبات التعويض.
- يتمتع القاضي الإداري الأردني بدور إيجابي في الإثبات فيما يعرض عليه من منازعات، الأمر الذي يلقي عليه عبئاً إضافياً في

(١) محكمة القضاء الإداري-العدل العليا الأردنية-رقم ١٩٩٣١١٦٨ منشورات مركز عدالة.

وزن البيئة، وتقديرها لتحقيق التوازن بين طرفي الدعوى، نظراً لما تتمتع به الإدارة من قوة مقابل المدعي فهي عادةً من تملك الأوراق و المستندات .

- سوى القضاء الإداري الأردني بين وسائل الإثبات، فهو لم يضع نظرية معينة للإثبات، ولم يلزم قضاءه بوسيلة معينة مما يعني إمكانية استعانتهم بأي وسيلة يرونها الأنسب، إذ لا يوجد تشريع يتناول أصول الإجراءات الإدارية في الأردن، الأمر الذي اقتضى اللجوء إلى الشريعة العامة في الإثبات ممثلة بقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، سندا أيضاً لنص المادة ٤١ من قانون القضاء الإداري الأردني رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤.

- تفاوت أخذ القضاء الإداري الأردني بالشهادة حسب طبيعة الوقائع محل المنازعة والمراد إثباتها .

- لم يأخذ المشرع الأردني بالشهادة المكتوبة مثل المشرع الفرنسي والذي أخذ بالمفهوم الشامل للشهادة (المكتوبة و الشفهية)، رغم إنها قد تعالج بعض المسائل التي يخشى فيها من ضياع الدليل.

- لم يتم النص في قانون القضاء الإداري الأردني على مسألة تهيئة الدليل قبل رفع الدعوى بوصفها من الدعاوى المستعجلة .

ثانياً - التوصيات

- يدعو الباحث المشرع الأردني إلى وجوب استحداث قانون خاص بإجراءات التقاضي ووسائل الإثبات أمام القضاء الإداري، وبيان طبيعة القواعد الموضوعية والإجرائية بما يتناسب مع طبيعة الدعوى الإدارية.

- يدعو الباحث إلى ضرورة بيان آلية استدعاء الشهود وكيفية التعامل معهم، لاسيما مع التطور الحاصل في وسائل التواصل

الاجتماعي ، بتقبل فكرة الشهادة عن بعد مثلاً لشاهد خارج البلاد.

- يرى الباحث ضرورة النص على الأخذ بالشهادة المكتوبة أمام القضاء الإداري الأردني.

- يرى الباحث ضرورة النص على تهيئة الدليل والذي يشكل إجراء وقائياً والسماح بتقديم طلب مستعجل إلى المحكمة الإدارية بخصوص سماع شاهد يخشى فقدانه لهجرة أو مرض أو وفاة.

المراجع

١- الجرف، طعيمة، قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧

٢- الحلو، ماجد راغب، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦

٣- الخلايلة، محمد علي، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢

٤- السويلمين، صفاء محمود، دور مسؤولية الإدارة بالتعويض في تعزيز احترام حقوق الانسان، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١١.

٥- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، الإثبات وآثار الالتزام تنقيح المستشار / احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤ .

٦- الشوبكي، عمر محمد، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة، ٢٠١١.

٧- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، دون ناشر، ١٩٨٤.

الطماوي، سليمان، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٦٧.

- الطماوي، سليمان، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ٦، ١٩٨٦.
- الطماوي، سليمان، النظرية العامة للعقود الإدارية، (المنصورة: مكتبة حقوق، ١٩٧٨)، ط ٣.
- ٨- القضاة، مفلح، البيئات في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط ١، ٢٠٠٧.
- ٩- المرصفاوي، حسن صادق، قانون الإجراءات الجنائية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧.
- ١٠- النهري، مجدي، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار ام القرى، المنصورة، ١٩٩٧.
- ١١- أبو العينين، محمد ماهر، التأديب في الوظيفة العامة، دون ناشر.
- ١٢- إسماعيل، خميس السيد، قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ الدعاوى الإدارية، دون ناشر، ١٩٨٦-١٩٨٧.
- ١٣- بيومي، عبد الفتاح، أصول التحقيق الابتدائي، دون دار نشر، ١٩٩٥.
- ١٤- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، إجراءات التقاضي والإثبات في الدعوى الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، القرارات الإدارية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ١٥- شطناوي، علي خطر، موسوعة القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر، عمان، (ج ١، ٢)، ٢٠٠٨.
- شطناوي، علي خطر، مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها الضارة، دار وائل للنشر، ط ١، ٢٠٠٨.

- ١٦- عبد العال، محمد حسنين، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، حقوق القاهرة، ١٩٧١.
- ١٧- عكاشة، هشام عبد المنعم، دور القاضي الإداري في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ١٨- فهمي، مصطفى: أبو زيد، الوسيط في القانون الإداري، ج ٢، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- ١٩- كامل، نبيلة عبد الحليم، الوظيفة العامة وفقا لأحكام القضاء الإداري في مصر وفرنسا، ١٩٩٦.
- ٢٠- كنعان، نواف، القضاء الإداري، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٦.
- ٢١- منصور محمد حسين، قانون الإثبات، منشأة دار المعارف، ١٩٩٨.
- منصور محمد حسين، الإثبات التقليدي والالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- ٢٢- ندة، حنا إبراهيم، القضاء الإداري في الأردن، دون ناشر، ١٩٧٢.
- ٢٣- نشأت، احمد بك، رسالة الإثبات.
- ٢٤- وصفي، مصطفى كمال، أصول إجراءات القضاء الإداري، مطبعة الأمانة، مصر، ط ٢، ١٩٧٨.
- ٢٥- ياقوت، محمد ماجد، أصول التنقيف الإداري في المخالفات التأديبية، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، ط ١، ٢٠٠٠.

الرسائل:

- ١- العضائله، سالم حمود ، القرائن وحجيتها في الإثبات أمام قضاء محكمة العدل العليا، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان (٢٠٠٢).

- ٢- القصاص، عيد محمد عبدالله، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق (دون سنة).
- ٣- الكساسة، هشام حامد، وسائل الإثبات أمام القضاء الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر (٢٠١٣).
- ٤- المجار، نظريه البطلان في العقود الإدارية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعه عين شمس (١٩٨١).
- ٥- زريق، برهان خليل، النظرية العامة للعرف الإداري، رسالة دكتوراه، القاهرة (١٩٨٤).
- ٦- علام، محمد يوسف، شهادة الشهود كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر (٢٠٠٤).
- ٧- موسى، احمد كمال الدين، نظرية الإثبات في القانون الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة (١٩٧٦).

**تطوير جهاز العدالة لمكافحة الفساد
من منظور الفقه الإسلامى والقانون
(دراسة مقارنة)**

دكتور شبل إسماعيل عطية

تطوير جهاز العدالة لمكافحة الفساد
من منظور الفقه الإسلامى والقانون
(دراسة مقارنة)
دكتور شبل إسماعيل عطية
مدرس القانون بالمعهد العالى للحاسب الآلى
كنج مريوط - الاسكندرية
دكتورة فى الحقوق جامعة القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم
قال الله تعالى: (...فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ)
سورة الحشر (٢)

مقدمة

تكاد ظاهرة الفساد تقضى على هيبة القانون وتشكك فى النظام وتقضى على كل آمال وتطلعات الإستقرار والتنمية التى يسعى إليها الجميع، فلم يعد هناك شكل من أشكال الفساد لم يعرفه المجتمع المصرى ولم يبقى مستوى من المستويات فى الدولة لم يصل إليه الفساد، وبين ضياع موارد الدولة ونهب ثرواتها فى صفقات الفساد الكبرى وتحطم آمال المواطن فى الحصول على حق من حقوقه دون دفع رشوة أو البحث عن بدائل غير مشروعة للوصول إلى حقه تقف الدولة عاجزة عن حماية ثرواتها وأبنائها من الفساد حتى باتت تحتل مراكز متقدمة بين الدول الأكثر فسادا فى العالم.

وفى ظل هذا الوضع المتأزم تزداد المشكلة تعقيدا ويزداد الفساد انتشارا بشكل لا يمكن السكوت عليه بعد أن أصبح السكوت على الفساد يولد مزيدا من الفساد وأدى إفلات الجناة من العقاب إلى

إغراء الآخرين في اقتناص أى صفقة فاسدة دون خوف، وذلك كله فى ظل وجود أجهزة رقابية متعددة يفترض أن تكشف عن الصفقات السرية للفساد فإذا تعجز عن مواجهته بعد أن أصبح ظاهرا للعيان، ودخل القضاء دائرة المواجهة دون أن توفير آلية له تسمح بالسرعة والحسم فى مواجهة قضايا الفساد، وهرب المتهمون من تنفيذ العقوبة ليلحقوا بالأموال المنهوبة والمهربية خارج البلاد.

لذلك كانت المواجهة المحتومة مع الفساد يجب أن تنطلق من رؤية واضحة تستفيد من تجارب الماضى الناجحة فى مواجهة الفساد وتضع خطة لتطويرها بما يجعلها قابلة للتطبيق والقضاء أسباب الفشل الحالى ومعالجتها، خاصة إذا كانت تجارب الماضى قد انطلقت من نفس الأسباب التى أدى إغفالها إلى تفاقم هذه الظاهرة الآن، ومرت بمراحل من التطور لتواكب تطور المجتمع الإسلامى فى هذه الفترة من الزمن فأثبتت أنها صالحة للتكيف مع أى مجتمع ومواجهة الفساد فى أى مرحلة، ومن ثم كان بحثنا هذا لإيجاد وسيلة لتطوير النظام الإسلامى لمكافحة الفساد.

وتعتمد عملية التطوير على الأعمدة الرئيسية لمواجهة الفساد بين الماضى والحاضر وهى الرقابة والقضاء والتنفيذ، التى يمثل فيها القضاء حجر الزاوية والذى اعتمد عليه المسلمون دائما فى مواجهة ما تأتى به المتغيرات الإجتماعية من عادات وسلوكيات لم تكن مألوفة من قبل أو لم تكن بتلك الحدة وهذا الإبتشار، وهذا ما ينطبق تماما على جريمة الفساد فهى التى دفعت الأقدمون إلى تطوير جهاز إقامة العدل ومحو الظلم وهى التى تدعونا اليوم الى دراسة كيفية تطوير جهاز العدالة لمواجهة الفساد.

فالقضاء النزىه الذى يستعصى على كل محاولات الإفساد أو الإخضاع حتى وصف بأنه أفضل المؤسسات فى الدولة من حيث

النزاهة وأكثرها استقلالا، يجب أن تركز عليه أى محاولة للتصدى للفساد بتمكينه من قيادة المواجهة المحتومة مع الفساد فى ظل آلية تسمح له بالإشراف على كافة الأجهزة العاملة فى حقل المواجهة فتستمد نزاهتها من نزاهته واستقلالها من استقلاله ومصداقيتها من مصداقيته، فيتم التخلص من كافة المعوقات التى تعوق عمل هذه الأجهزة عن طريق تطوير نظام العدالة لمكافحة الفساد.

مشكلة البحث :

فى ظل تفاقم ظاهرة الفساد وعدم ظهور أى بارقة أمل لحلها وتفعيلا لنصوص الدستور التى تلتزم الدولة بمقتضاه بالعمل على مكافحة الفساد وتنفيذا للإتفاقيات الدولية والإستراتيجيات الوطنية لمقاومة الفساد، يأتى هذا البحث الذى نحاول من خلاله وضع إطار عام لما يمكن أن يشكل إصلاحا شاملا لنظام مكافحة الفساد يعتمد على تطوير النظام القائم بنفس الأجهزة العاملة وتوحيد جهودها تحت قيادة السلطة القضائية.

منهج البحث

اعتمد هذا البحث على:

- ١- المنهج الإستقرائى : يتتبع ظاهرة الفساد منذ فجر الإسلام واستخلاص معالم النظام التى لجأ إليه المسلمون لمواجهته.
- ٢- منهج المقارنة : بمقارنة النظام الذى استقر عليه المسلمون فى مواجهة الفساد مع النظام المتبع حاليا للوصول إلى النظام الأمثل لمواجهة هذه الظاهرة.

مقاصد البحث

سوف ينبثق من هذا البحث تحقيق مجموعة من المقاصد، أهمها :

- ١- بيان مدى إهتمام النظام الإسلامى بمكافحة الفساد وإدراكه لخطورته.

٢- بيان مرونة النظم الإسلامية وقابليتها للتطوير والتكيف مع الواقع.

٣- كيفية تطوير النظام الإسلامى لمكافحة الفساد لتطبيقها على أرض الواقع.

٤- أهمية الدور الذى يلعبه القضاء فى حماية المصالح العامة والخاصة.

٥- الاستفادة من خبرات الأجهزة العاملة فى مكافحة الفساد وتطوير دورها.

خطة البحث : خطط هذا البحث ليكون فى تمهيد ومبحثين، على النحو التالى:

- تمهيد فى: تعريف الفساد وأنواعه.

- المبحث الأول: معالم النظام الإسلامى لمكافحة الفساد
وبه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : الإجراءات الإحترازية لمنع الفساد.

المطلب الثانى : تطوير نظام القضاء.

المطلب الثالث : طبيعة الجهاز الإسلامى ودورها فى مكافحة الفساد.

- المبحث الثانى : آليات التطوير المعاصر لنظام مكافحة الفساد
وبه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : التطوير المؤسسى لمكافحة الفساد.

المطلب الثانى : التطوير العملى فى مواجهة الفساد.

المطلب الثالث : التواصل مع المواطنين وتفعيل المشاركة الشعبية.

تمهيد فى : تعريف الفساد وأنواعه:

قبل التعرض لكيفية مكافحة الفساد يجب أن نحدد أولا ما هو

الفساد الذى نحاول الوصول إلى النظام المناسب لمقاومته، وهل يأخذ

هذا الفساد شكلا أو نوعا واحدا أم أنه تتعدد أشكاله وصوره ومن ثم

يجب الأخذ في الحسبان أن يكون النظام المقترح صالحاً للتعامل مع كل هذه الأنواع، لذا سنحدد أولاً المقصود بالفساد ونتبع هذا البيان بمعرفة أنواعه.

أولاً : مفهوم الفساد :

تتردد كلمة الفساد كثيراً في معاجم اللغة العربية وفي مصادر الشريعة الإسلامية وفي الدراسات القانونية وفي مجالات متعددة ، إلا أن ما يقربنا من تحديد معنى الفساد المقصود في هذا البحث هو المعنى اللغوي ، وبه نبدأ في التعرف على معنى الفساد.

الفساد في اللغة :

جاء الفساد في اللغة نقيض الصلاح والمفسدة على خلاف المصلحة، فيقال هذا الأمر فيه مفسدة أي فيه فساداً وفي الأموال يقال أفسد المال يفسد فساداً (١) ، فالإنسان خلق ليسلك السلوك النافع وهو الصلاح فإذا تحول إلى نقيض ذلك يكون قد فسد في نفسه وأفسد بفعلة ، وكذلك في الأشياء إذا لم تعد صالحة لما أعدت له تكون قد فسدت، لهذا قيل إن الفساد هو الخلل والخروج عن الاعتدال سواء كان في النفس أو البدن أو الأشياء الخارجة عن الاستقامة (٢).

وفي معنى قريب مما تستهدفه الدراسة وهو المقصود بالفساد بمعناه المعاصر، جاء في أحد التعريفات اللغوية أن الفساد هو أخذ المال ظلماً (٣) لأن المال يجب أن يتصرف فيه الإنسان ليحقق به المصلحة فالذي يتصرف فيه على خلاف هذه المصلحة يكون قد أفسد

1- ابن منظور / لسان العرب ج ١١ (حرف الفاء) فسد - دار صادر بيروت ٢٠٠٣ .

2 - الراغب الأصفهاني / المفردات في غريب القرآن ص ٣٨١ - دار المعرفة - بيروت - لبنان - الطبعة الثالثة ٢٠٠١ .

3 - الفيروز آبادي / القاموس المحيط - مادة (فسد) دار المعرفة - بيروت - الطبعة الثالثة ٢٠٠٧ .

هذا المال، فإن كان مخصصا لمصلحة عامة أو خاصة وجاء من يأخذه لتحقيق مصلحته الخاصة فهذا هو الفساد.

ثانياً: الفساد اصطلاحاً:

يختلف المعنى المراد بالفساد فى الإصطلاح الشرعى عما يراد به فى اصطلاحات المعاصرين لأن الشريعة الإسلامية تنظر إلى الفساد من منظور أشمل وأوسع مما يستخدم فيه هذا المصطلح فى الدراسات المعاصرة.

أ - مفهوم الفساد فى الشريعة الإسلامية:

لم يتحدث الفقهاء عن الفساد بالمعنى الشائع لهذا المصطلح اليوم وإنما ورد هذا اللفظ فى بيئاتهم لأحكام المعاملات فالأحناف يرون أن المقصود بالفساد كون الفعل مشروعاً بأصله أى صحيح الأركان غير مشروعاً بوصفه أى بشروطه، فالفساد منزلة وسطى بين الصحة والبطلان^(١)، بينما لا يفرق جمهور الفقهاء بين الفساد والبطلان فالمعاملة الفاسدة هى معاملة باطلة^(٢)، ويفرق آخرون بين نوعين من الفساد الأول ما كان راجعاً إلى أفعال بنى آدم واقترافهم السيئات وتقاطعهم وتظالمهم وتقاتلهم والثانى ما كان راجعاً إلى ما هو من جهة الله تعالى بسبب ذنوبهم كالحقظ ونقصان الزرع والثمار^(٣)

المراد بلفظ الفساد فى القرآن الكريم: جاء الفساد فى القرآن الكريم بمعنى الخروج عن الاعتدال أى الطريق السوى للفكر والسلوك فهو " ضد الصلاح وحقيقته العدول عن الإستقامة إلى

1 - التفتازانى / شرح التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٤٦ - مكتبة صبيح - القاهرة

2 - الجرجانى / التعريفات ص ٢١٤ - دار الكتاب العربى - بيروت

3 - الشوكانى / فتح القدير ج ٤ ص ٢٨٤ - دار الكتب العلمية - لبنان

ضدها ^(١) قال تعالى (وإذا قيل لهم لا تفسدوا في الأرض قالوا إنما نحن مصلحون) ^(٢) فإذا كان الصلاح هو اتباع ما جاء به الشرع فإن الفساد هو مخالفته الشرع فالصلاح بالطاعة والفساد بالمعصية ^(٣) ، وعلى ذلك فإن الشريعة الإسلامية تطلق لفظ الفساد على كل المعاصي وعلى جميع أنواع الشرور ^(٤) .

- وهذا هو نفس المعنى الذي ذهب إليه بعض علماء الشريعة المعاصرين من أن المراد بالفساد في الإصطلاح الشرعي هو إظهار معصية الله تعالى وانحراف عن هديه تفتن بالحق الضرر بالآخرين في أنفسهم وأموالهم وأحيانا في أعراضهم وكراماتهم ^(٥) ، فالفساد يقترب بالخراب والإتلاف والتدمير : يقول تعالى (وإذا تولى سعى في الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد) ^(٦) فالفساد هنا جاء بمعناه العام الذي يشمل الاعتداء على الأنفس والأموال والموارد ^(٧) .

- 1 - القرطبي / الجامع لأحكام القرآن - ج ١ ص ٢٠٢ - دار الشعب - القاهرة ١٣٧٢ هـ - الطبعة الثانية .
- 2 - سورة البقرة - الآية (١١) .
- 3 - ابن كثير / تفسير القرآن العظيم - ج ١ ص ٤٨ - دار الجيل بيروت .
- 4 - مجموع فتاوى أحمد بن تيمية - ج ٧ ص ٨٣ - مكتبة العبيكان الرياض .
- 5 - وهبه الزجيلي / التعريف بالفساد وصورة من الوجهة الشرعية - بحث مقدم إلى المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية ٦ - ٨ / ١٠ / ٢٠٠٣ ص ١٣ .
- 6 - سورة البقرة - الآية (٢٠٥) .
- 7 - محمد عبدالحليم عمر / الإجراءات العملية الإسلامية لعلاج الفساد الاقتصادي ص ٣ - مركز صالح للإقتصاد الإسلامي - جامعة الأزهر - ندوة الفساد الاقتصادي : الواقع المعاصر - العلاج الإسلامي - القاهرة ٢٢ - ٢٣ مارس ٢٠٠٠

ولهذه ولهذه الخطورة التي يشكّلها الفساد على جميع المستويات جاء تشديد القرآن على تحريمه والوعيد الشديد لمن يفعله في قوله تعالى : (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم)^(١)، فالواجب أن يقابل المفسد بأشد العقوبات البدنية والمالية.

المعنى المعاصر للفساد :

تتعدد الأشكال والمظاهر التي يتخذها الفساد وتختلف باختلاف المجتمعات وتختلف النظرة إليه، لذا لا يوجد تعريف محدد للفساد بالمعنى الذي يستخدم فيه هذا المصطلح في الوقت الراهن، فلم يتفق الكتاب أو المنظمات المعنية بمكافحة الفساد أو التشريعات التي تعرضت لوضع تعريف له على تعريف شامل له يطال كافة أبعاده ، لأن الفساد ظاهرة مجتمعية متعددة الأبعاد السياسية والثقافية والأخلاقية والقانونية^(٢) وهو ما أثر على وضع تعريف لمفهوم الفساد مما دفع مندوبو أعضاء الأسرة الدولية لدى اجتماعهم لصياغة أهم الموثائق الدولية بشأن الفساد إلى تجنب وضع تعريف شامل له معتبرين أن هذا التعريف غير ممكن وغير ضروري تاركين لكل دولة إمكانية معالجة ما قد يظهر من أشكال مختلفة من الفساد بعد ذلك، على أساس أن الفساد فيه من المرونه ما يجعله قابلاً للاختلاف والتكيف بين مجتمع وآخر^(٣).

1 - المائدة (٣٣)

2 - عبد الفتاح الجبالي / نحو مجتمع أكثر شفافية في مصر ٧ / ٧ / ٢٠٠٧
على الموقع التالي <https://www0cipe-arabia0org>

3 - داوود خير الله / الفساد ومعوقات التطور في الوطن العربي - ٩ / ٥ / ٢٠١٤
- موقع دنيا الوطن الالكتروني <https://pulpit0alwatanvolce0com>

ولكن لما كانت ظاهرة الفساد قد نالت من الإهتمام فى الآونة الأخيرة من الباحثين والمنظمات الدولية والتشريعات المختلفة ما لم تنله ظاهرة أخرى ظهرت بعض التعريفات للفساد من كل هؤلاء.

- **فالتعريفات الفقهية:** منها ما ينظر إلى الفساد بشكل موسع فيعتبر أن الفساد هو " كل ما يتعلق بالكسب غير المشروع وما ينتج عنه لعنصرى القوة فى المجتمع: السلطة السياسية والثروة فى جميع قطاعات المجتمع " (1) وهذا التعريف يحاول التركيز على مظاهر الفساد المنتشر فى الدول العربية فيشير إلى الإستغلال غير المشروع للمال وهو قاسم مشترك إلى حد ما بين الدول العربية والدول المتقدمة، بالإضافة إلى الفساد المرتبط بالسلطة السياسية فى مختلف الدول العربية وهو ما تتميز به الدول العربية عن الدول المتقدمة، وهذا النوع قد استطاعت الدول المتقدمة اجتيازه من خلال الممارسات الديمقراطية وما نتج عنها من آليات المحاسبة والمسائلة وتطوير المشاركة الشعبية، لأنه أى الفساد أثر مشترك لاحتكار السلطة مضافا إليه ممارسة حرية التقدير فى اتخاذ القرارات فى ظل غياب شبه تام للقابلية للمسائلة (2).

فالفساد عند البعض لا بد أن يدخله عنصر الإستغلال للمنصب أو مكانه أو الوظيفة التى تمنح لبعض الأفراد فى سبيل قيامهم ببعض الأمور التى تتعلق بالمصلحة العامة، فيتحول بها الفرد إلى تحقيق مصلحته الخاصة على حساب المصلحة العامة: فيكون فى صورة "

- 1 - عامر خياط / مفهوم الفساد - مقال فى كتاب المشاريع الدولية لمكافحة الفساد والدعوة للإصلاح السياسى والاقتصادى فى الاقطار العربية ص ٥٠ - بحوث ومناقشات الندوة التى أعتها المنظمة العربية لمكافحة الفساد - بيروت ٢٠٠٦ .
- 2 - ظاهر حكمت / الدور التشريعى فى مكافحة الفساد - رسالة مجلس الأمة الأردنى - المجلد ٤ - العدد ١٨ - يناير ١٩٩٥ ص ٤٤

إستغلال الموظف وظيفته أو أى شخص منصبه العام لتحقيق مصلحة خاصة لنفسه أو لمن يخاصه من أفراد المجتمع، مثل أصدقائه أو حزبه السياسى أو عشيرته دون وجه حق" (١) لكن هذا التعريف يربط بين الفساد والمنصب العام وكأن الفساد لا يكون إلا فى القطاع العام أو لا يقع إلا من الموظف العام، وهذا غير صحيح فرغم أن القطاع العام هو المجال الخصب للفساد إلا أن ذلك لا ينفى وجوده أيضا فى القطاع الخاص.

فالفساد يكون عندما يحيد المسئول العام أو الخاص عن الغاية أو الهدف العام أو الخاص المراد تحقيقه بحثا عن مصلحته فقط، وبالتالي يعد فسادا "كل ما يمثل انحرافا يقع فيه موظف أو مكلف بخدمة عامة أو خاصة أو مهامه المعهودة إليه أو بالأموال المعهودة إليه قاصدا من هذا الانحراف تحقيق منافع مادية أو معنوية لشخصه أو لشخص غيره" (٢) فهو سلوك لا يبحث إلا عن مصلحة شخصية ذاتية لا تهتم إلا بجمع المال ولا يهتم بعد ذلك أكان هذا المال عاما ومخصص لخدمة عامة أو خاصا بأحد الأفراد.

التعريفات التشريعية للفساد :

تجنب المشرع فى كثير من الدول وضع تعريف للفساد واكتفى بالإشارة إلى بعض صورته ومظاهره بدلا من تعريفه تعريفا فلسفيا أو وصفيا ، فالمشرع المصرى لم يعرف مصطلح الفساد وإن كان قد أشار إلى بعض مظاهره (٣) ولكنه ركز على الرشوة فى المادة

- 1 - أحمد أبو دية/الفساد الداء والدواء- منشورات الإئتلاف من أجل النزاهة والمسائلة - أمان- الطبعة الأولى ٢٠٠٤ ص ٢ - ٢٠١٥.
- 2 - اياد كاظم سعدون / الصور الجرمية للفساد المالى والإدارى - مجلة جامعة بابل - العلوم الإنسانية - المجلد ٢٣ العدد ٣ - ٢٠١٥ ص ١٠٩٢.
- 3 - د. سليمان عبد المنعم / القسم الخاص من قانون العقوبات ص ٣٨ - بدون ناشر ٢٠٠٣.

(١٠٣ و ١٠٣ مكرر) من قانون العقوبات، بينما وردت تعريف له في الخطة الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد بمصر على أنه "إساءة استخدام السلطة المخولة لتحقيق مكاسب خاصة" (١) في حين عرفته لجنة الشفافية والنزاهة بوزارة التنمية الإدارية (٢) بأنه "الأفعال التي يقدم على ممارستها شخص أو مجموعة من الأشخاص بدون وجه حق للحصول على منافع ومزايا بطرق ووسائل مخالفة لما نصت القوانين والتشريعات الوطنية" (٣).

وعلى جانب آخر تعرضت له بعض التشريعات بالتفصيل كالمشروع الفرنسي الذي تحدث عن صورتين من صور الفساد هما الفساد النشط أو الإيجابي الذي يكون بناء على طلب من المسئول كشرط للقيام بالعمل، والفساد السلبي الذي يتم بعد انتهاء الخدمة بدون طلب من الموظف ولكنه يقبلها، وهذه الهدية أو المكافأة بسبب مركزه الوظيفي فعرف الفساد الإيجابي بأنه "سعى الموظف الحكومي بنشاط من أجل الحصول على هدية أو منفعة أو رشوة قبل تقديمه الخدمة أو منح العقد" أما الفساد السلبي فقد عرفه بأنه "قبول المسئول هدية أو مكافأة أخرى بعد منح العقد أو تقديم الخدمة" (٤).

وقد تعرضت بعض التشريعات العربية لتعريف الفساد، ففي قرار لمجلس وزراء المملكة العربية السعودية عرف الفساد بأنه "كل

- 1 - جريدة الجمهورية في ١١-١٢-٢٠١٤ - رئيس الوزراء في الاحتفال باليوم العالمي لمكافحة الفساد - الخطة الوطنية لمكافحة الفساد لمدة ٤ سنوات من ٢٠١٤ - ٢٠١٨ .
- 2 - قرار وزير الدولة للتنمية الإدارية رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٧ بتشكيل وتحديد اختصاصات لجنة الشفافية والنزاهة .
- 3 - وزارة الدولة للتنمية الإدارية - لجنة الشفافية والنزاهة / التقرير الثاني أغسطس ٢٠٠٨ أولويات العمل والياتة ص ٦ .
- 4 - المادة (٤٣٢ - ١١) من قانون العقوبات الفرنسي .

. www0legifrance0gouvfr

سلوك انتهك أيا من القواعد والضوابط التي يفرضها النظام، كما يعد فسادا كل سلوك يهدد المصلحة العامة بخيانتها وعدم الالتزام بها وذلك بتعيب المصلحة العامة لتحقيق مصلحة خاصة. وكذلك أي إسائة لاستخدام الوظيفة العامة لتحقيق مكاسب خاصة»^(١) ويتضح من هذا التعريف أن المشرع السعودي يركز على الفساد في القطاع العام.

وفي تقرير للمجلس التشريعي الفلسطيني جاء تعريف للفساد بأنه " خروج عن أحكام القانون أو الأنظمة الصادرة بموجبه أو مخالفة السياسات العامة بهدف جنى مكاسب له أو لآخرين ذوى علاقة أو استغلال غياب القانون بشكل واع للحصول على هذه المنافع" ^(٢) فالفساد وفقا لهذا التعريف لا يقتصر على مخالفة قاعدة قانونية بل يكون أيضا إذا لم يكن هناك نص قانوني يحكم تصرف معين فيستغل فرد أو جماعة غياب حكم القانون لتحقيق منافع له شخصيا أو لمن يهمه أمرهم، ولكن يشترط أن يكون ذلك مقصودا وبشكل مدروس لتحقيق الغاية المشار إليها.

بينما تجنب المشرع الجزائري وضع تعريف للفساد رغم أنه استحدثه قانون خاص بجرائم الفساد^(٣) أطلق عليه قانون الوقاية من الفساد ومكافحته^(٤) واكتفى فقط بالنص على تجريم مجموعة من

- 1 - قرار مجلس الوزراء بالمملكة العربية السعودية رقم ٤٣، في ١ صفر ١٤٢٨ - الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد .
- 2- فلسطين ما بعد الإضماع إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد - دنيا الوطن ٢٢-٩-٢٠١٥ م .
- 3 - عبد الحليم بن مشري، وعمر فرحاتي / الفساد الإداري : مدخل مفاهيمي ص ١٦ مجلة الإجتهد القضائي - العدد الخامس - مخبر أثر الإجتهد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خضير بسكرة .
- 4 - القانون رقم (١٠٦) في ٢٠ فبراير ٢٠٠٦ / الجريدة الرسمية في ٨ / ٣ / ٢٠٠٦ .

الأفعال وعدّها جرائم فساد ، وكذلك فعل المشرع الأردني حيث لم يتطرق لتعريف الفساد رغم أنه أنشأ هيئة لمكافحة الفساد^(١) ورغم أنه تعرض لبعض صورته وأشكاله.

تعريف الفساد من منظور المنظمات والهيئات الدولية :

ألقي مفهوم الفساد المرن والمتشعب بظلاله على مندوبي الدول أعضاء الأسرة الدولية لدى اجتماعهم لصياغة أهم المواثيق الدولية بشأن الفساد ، فأدركوا أن هذا التعريف غير ممكن وغير ضروري وتركوا للدول الأعضاء إمكانية معالجة ما قد يظهر من أشكال للفساد في المستقبل^(٢) فلم تتضمن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تعريفاً له، وكان مشروع هذه الاتفاقية يتضمن تعريفاً للفساد بأنه " القيام بأعمال تمثل أداء غير سليم للواجب، أو إساءة استغلال لمنصب أو سلطة بما في ذلك أفعال الإغفال توقعاً لمزية أو سعياً للحصول على مزية يوعد بها أو تعرض أو تطلب بشكل مباشر أو غير مباشر أو إثر قبول مزية ممنوحة بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء للشخص ذاته أو لشخص آخر "٣.

في حين حددت منظمة الشفافية الدولية المقصود بالفساد بأنه " سوء استخدام السلطة من أجل تحقيق مكاسب شخصية "٤) ويبدو من هنا التعريف أن منظمة الشفافية الدولية لا تفرق بين الفساد في القطاع العام أو الخاص لأن السلطة التي يستند إليها الشخص تكون في أي من القطاعين.

- 1 - قانون رقم ٦٢ لسنة ٢٠٠٦ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٧٩ في ٣٠ - ١١ - ٢٠٠٦ المملكة الأردنية الهاشمية.
- 2 - داود خير الله / الفساد ومعوقات التطور في الواقع العربي - مرجع سابق.
- 3 - جعفر عبد السلام / التعريف بالفساد وصوره من الوجهة الشرعية ص ٥٥ - المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد - مرجع سابق.
- 4 - موقع منظمة الشفافية الدولية www0transparency0org

بينما يقصر البنك الدولي الفساد على القطاع العام حيث يعتبر أن الفساد هو "إساءة استغلال السلطة العامة لتحقيق مكاسب خاصة" وهذا التعريف منتقد لتقييده السلطة بالسلطة العامة (٢) وعلى نفس المنوال جاء تعريف البنك الدولي للفساد بأنه "استغلال أو إساءة استعمال الوظيفة العامة للكسب الخاص" (١)

أنواع الفساد :

يمكن تقسيم الفساد إلى عدة أقسام تختلف باختلاف المعيار الذي يتخذ أساساً للتقسيم، ونكتفى بالإشارة إلى تقسيمين فقط لأهميتهما في هذا البحث، هما : الفساد من حيث الحجم، والفساد من حيث المجال الذي نشأ فيه :

أولاً: الفساد من حيث الحجم :

يعتمد هذا التقسيم على أساس درجة تغلغل الفساد في المجتمع والمستويات التي وصل إليها، وينقسم إلى نوعين هما :

١- الفساد الكبير :

وهو الذي يرتكبه رؤساء الدول والوزراء وكبار المسؤولين في الدولة، ويتشكل بالتزواج بين رأس المال والسلطة ويطلق عليه جرائم الصفوة حيث يرتكب من أفراد يحتلون أماكن اجتماعية عالية ويستغلون سلطاتهم لخرق القوانين (٢) بتغيير القواعد المنظمة للدولة لكي تحابي مصالح البعض على حساب المصلحة العامة بالتأثير

- 1 - مفيد دنون يونس/ تأثير الفساد على الأداء الاقتصادي للحكومة - مجلة تنمية الراقدين - العدد ١٠١ - المجلد ٣٢ ص ٢٤٥ - كلية الإدارة والاقتصاد جامعة الموصل ٢٠١٠
- 2 - احمد صقر عاشور / قياس ودراسة الفساد في الدول العربية ص ٣٦ - المنظمة العربية لمكافحة الفساد والمؤسسة العربية للديمقراطية - بيروت ٢٠٠٦

المباشر في التشريعات، وهذا النوع من الخطورة لدرجة أنه يطلق عليه (الاستيلاء على الدولة) ^(١) ومن أكثر المجالات التي ينتشر فيها هذا النوع الصفقات الكبرى كصفقات السلاح والتوكلات التجارية للشركات متعددة الجنسيات ^(٢) والعقود الحكومية.

٢- الفساد الصغير:

وهو فساد الموظفين في القطاعات المختلفة وينتج عن الحاجة الاقتصادية ودائما يكون في صورة قبول الموظف رشوة أو طلبها أو ابتزاز ^(٣) لتقديم خدمة معينة.

ثانياً: الفساد من حيث المجال التي ينتشر فيه:

ينقسم الفساد حسب هذا المعيار إلى:

١- الفساد السياسي:

وهو الفساد الذي يتعلق بمجمل الإحراقات المالية ومخالفة القواعد والأحكام التي تنظم عمل المؤسسات السياسية في الدولة وهو مرهون بنظام الحكم الشمولي، وقد عرفته هيئة الأمم المتحدة ^(٤) بأنه "سوء استغلال السلطة العامة لتحقيق منافع خاصة" ^(٥) كما أنه يعتبر الأساس والثروة لبقية أنواع الفساد، لذا تعرضت له منظمة الشفافية الدولية ووضحت أسبابه ومظاهره والمنخرطين فيه بالقول

1 - عبد الفتاح الجبالي / نحو مجتمع أكثر شفافية في مصر - مرجع سابق ص ٧ .

2 - محمود عبد الفضيل / الفساد وتداعياته في الوطن العربي ص ٥٠٤ - المستقبل العربي العدد ٢٤٣ مارس ١٩٩٩

3 - د . علي وتوت / توصيف ظاهرة الفساد - مقال بجريدة النبا - العراق - العدد ٧٩ تشرين الثاني ٢٠٠٥ .

4 - النشرة الاقتصادية - وزارة المالية الكويتية ص ٥ - العدد الحادي عشر .

5 - عبد الله محمد الجيوس / الفساد : مفهومه - أسبابه - أنواعه وسبل القضاء عليه ص ١٨ - رؤية قرآنية - المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد - أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض ٦ - ٨ / ١٠ / ٢٠٠٣

بأنه : "إساءة استخدام سلطة مؤتمنة من قبل مسئوليين سياسيين من أجل مكاسب خاصة بهدف زيادة السلطة أو الثروة ولا يشترط تبادل المال فقد يتخذ شكل تبادل النفوذ أو منح تفضيل معين" (١)

٢- الفساد الاقتصادي :

يتصل هذا النوع من الفساد بالممارسات المنحرفة والإستغلالية كالاحتكارات والتهرب الضريبي والجمركي فيتحقق من رآؤه مصالح ومنافع فردية على حساب مصلحة المجتمع، وتحدث هذه الممارسة نتيجة غياب الرقابة أو ضعف الضوابط الحاكمة للنشاط الاقتصادي (٢).

٣- الفساد المالي :

يتعلق هذا النوع من الفساد بالإحرفات المالية ومخالفة القواعد والأحكام التي تنظم سير العمل الإداري والمالي فى الدولة ومخالفة التعليمات الخاصة بأجهزة الرقابة المالية (٣) والمخالفات المالية فى المناقصات والمزايدات والمشتريات، أو الأهمال والتقصير التي يترتب عليه ضياع حق مالى للدولة وأى تصرف مالى ويترتب عليه صرف مبلغ من أموال الدولة (٤).

٤- الفساد الإداري :

ويتعلق بإساءة استخدام السلطة من قبل العاملين وذلك بالاستعمال غير المشروع من قبل الموظف للصلاحيات الإدارية أو

1 - رمزي ردايدة / اثر العولمة على الفساد السياسي والاقتصادي ص ٣٥ -

رسالة مجاستير جامعة اليرموك - الاردن ٢٠٠٦ .

2 - أحمد صقر عاشور / قياس دراسة قياس الفساد فى الدول العربية - مرجع سابق ص ٣٧ .

3 - محمد خالد المهاني / آليات حماية المال العام والحد من الفساد الإداري ص ٢٦ - جامعة الدولة العربية - المنظمة العربية للتنمية الإدارية ٢٠٠٩ .

4 - عادل عبد الرحمن / الفساد الإداري بالتطبيق على محافظة أسيوط / مجلة مصر المعاصرة مجلد ١٠٣ العدد ٥٠٢ - ٢٠١١ ص ٣٦٢ - ٢٦٣ .

المنصب الحكومي المخول له بنفسه أو من خلال غيره لأغراض شخصية أو نفعية^(١) وهو يختلف عن الفساد السياسي لأنه يقع من الموظفين الذين لا يندرجون ضمن رجال السياسة ، فقبول الموظف هدية أو مال للقيام بعمل أو امتنع عن القيام بعمل مكلف به أو مارس سلطته التقديرية على وجه ينبئ عن سوء استغلال المنصب أو قام بتغليب مصلحته الشخصية سواء لنفسه أو لأقاربه على المصلحة العامة يعد هذا التصرف فسادا إداريا^(٢).

المبحث الأول

معالم النظام الإسلامي في مكافحة الفساد

تميز النظام الإسلامي في مواجهة الأزمات والمستجدات التي تفرضها التطورات الاجتماعية بالحلول المناسبة التي تميزت بأمرين :
الأول: واقعية هذه الحلول وقدرتها على تحقيق المراد على أفضل الوجوه وأحسنها.

الثاني: إنبثاق هذه الحلول من نصوص الشريعة وقواعدها وتطويرها حسب مقتضيات الحاجة.

ويعد النظام الذي وضعه المسلمون لمكافحة ما بات يعرف الآن بالفساد من تلك الحلول التي واجهوا بها الحالات التي يستغل فيها الموظف أو المسئول وظيفته أو أي شخص مكانته أو قوته لتحقيق مصلحته الخاصة على حساب مصلحة المجتمع أو على حساب مصلحة غيره من الناس ، وفي هذه الحالات قد تعجز الإجراءات

- 1 - البنك الدولي - مركز العقد الاجتماعي / الإطار القانوني والمؤسسي لمكافحة الفساد الإداري في مصر - ٢٠١٠ - ص ١٠ .
- 2 - أحمد إبراهيم أبو سن / استخدام أساليب الترغيب والترهيب لمكافحة الفساد الإداري - المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب ص ٩٢ - ٩٣ - الرياض أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - العدد ٢١ - مايو ١٩٩٦ ؟

العادية والنظم الطبيعية التي تواجه بها بقية الجرائم من مواجهه مثل هذه الجريمة فتأخذ في الانتشار وتضيع الأموال وتقل الموارد.

من هنا واجه المسلمون الفساد بنظام خاص وأخضعوا هذا النظام للتطوير المستمر الذي يواكب تطور هذه الجريمة ، وأحاطوه بكل الضمانات التي تكفل فعاليته ونجاحه ، بعد ان أخذوا كل الإجراءات الاحترازية التي تمنع وقوعه أولاً، وبذلك تتحدد معالم النظام الإسلامى فى مكافحة الفساد فى النقاط التالية : الإجراءات الاحترازية لمنع وقوع الفساد ، النظام الخاص لمواجهة الفساد ، قواعد فعالية هذا النظام ونجاحه، ونبحث كل منها فى مطلب مستقل.

المطلب الأول

الإجراءات الاحترازية لمنع الفساد

تهتم الشريعة الإسلامىة بالجانب الوقائى لمنع وقوع الجرائم أكثر من اهتمامها بالأساليب العلاجية، وما التصوص الشرعية التي وردت بالترغيب فى فعل الخير والسير فى طريق الصلاح والترهيب من كافة أنواع المعاصى والشور والفساد إلا لحمل الناس على الابتعاد قدر الإمكان عن الوقوع فيها، وقد وضع الحكام هذا المبدأ موضع التنفيذ لوقاية المجتمع من كافة أنواع الجرائم وبصورة خاصة لمنع الفساد بكافة صورته وأشكاله فوضعوا أولاً قواعد لاختيار العمال والولاه ، ومنعهم من بعض التصرفات التي تعد نوعاً من الفساد أو تكون سبباً من أسبابه، وذلك كما يلى :

أولاً : قواعد الإختيار للوظيفة :

تنبه المسلمون لأهمية توافر شروط معينة فيمن يتولى إحدى الوظائف فوضعوا قواعد معينة لإختيار العمال ، وتعتبر هذه القواعد من أهم الإجراءات التي تمنع الفساد ، حيث تمثل مرحلة إختيار الموظف الخطوة الرئيسية والأولى فى تعزيز النزاهة ومكافحة

الفساد^(١) ففى وجودها وتوافرها منعا للفساد وسدا لمنافذة، وفى التغاضى عنها وإهمالها أحد أهم أسباب انتشاره ، وأهم القواعد والشروط التى تشكل حاجلا بين الموظف وبين الفساد ما يلى :

١- القوة والأمانة :

بعد اشتراط القوة والأمانة فىمن يتولى وظيفة أو شأنا من الشئون أهم عوامل منع الفساد ، فالقوة تعنى القدرة على القيام بالعمل - وهى تختلف من عمل لآخر - وفى خصوص منع الفساد فى الوظيفة العامة أو الخاصة فإنها تعنى القدرة على القيام بالعمل وضبط تصرفات المرؤوسين وحفظ الأموال قال تعالى " قال اجعبنى على خزائن الأرض إنى حفيظ عليم " ^(٢) فالقوة المقصودة فى الوظيفة المتعلقة بالأموال كما أشارت هذه الآية تكون بالقدرة على حفظها وعدم التفريط فيها، وكذلك العلم بشروط وضوابط التصرف فيها وصرفها فيما خصصت له، والعم بحيل التحايل على هذه القواعد والضوابط وهذه كلها صور وأسباب للفساد ، لأن القوة فى كل ولاية بحسبها ^(٣) أى على حسب نوع العمل.

أما الأمانة فهى صفة لا تنفك عن أى عمل يقوم به الإنسان خاصة فيما يتعلق بالأموال، والعمل أمانه قال الله فيها " إن الله يأمركم ان تؤدوا الأمانات إلى أهلها... " ^(٤) وقد طبق المسلمون ذلك وأشار إليه النبى صلى الله عليه وسلم كأهم شرط من شروط اختيار العامل، فعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى

- 1 - عادل عبد العزيز السن / دور الثقافة التنظيمية والعدالة الاجتماعية فى مكافحة الفساد ص ٣٢٧ - بدون ناشر .
- 2 - سورة يوسف - الآية (٥٥)
- 3 - ابن تيمية / السياسة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعية - تحقيق على بن محمد العمران - دار ابن كثير - دمشق .
- 4 - سورة النساء - الآية (٥٨)

الله عليه وسلم : " إذا ضيعت الأمانة فانتظر الساعة " قالوا : كيف إضاعتها يارسول الله ؟ قال " إذا أسند الأمر لغير أهله " (١) فهذا تحذير من النبي صلى الله عليه وسلم من عدم التدقيق فى توافر الأمانة فىمن يلى أى أمر من الأمور ، بل إن ممارسات الفساد مرجعها فى الأصل عدم وجود أى مظهر من مظاهر الاستقامة الذاتية للشخص الذى يمارسه (٢) أى انعدام الأمانة والإستعداد لانتهاك القيم .

* ونجد الفقهاء المسلمون وكأنهم يتحدثون عن كيفية الوقاية من الفساد بـمعناه المعاصر ومدى أهمية اشتراط الأمانة فى العامل كوسيلة لمكافحة الفساد، حيث تعتبرهـى الأساس عندما يتعلق الأمر بحفظ الأموال وعدم إضاعتها بقولهم " وإن كانت الحاجة فى الولاية إلى الأمانة أشد قدم الأمين، مثل حفظ الأموال ونحوها فأما استخراجها وحفظها فلا بد فيه من قوة وأمانه فىولى عليها قوى وكاتب أمين يحفظها بخبرته وامانته " (٣) أى مسئول أمين يحصلها ويجمعها ومسئول آخر يحفظها .

٢- قلة الطمع :

تختلف شروط اختيار العامل باختلاف نوع العمل فقد يكون الرجل صالحا لعمل معين ولا يصلح لعمل آخر فيجب إختيار الأنسب للعمل المراد شغله ، وفى خصوص الأعمال التنفيذية كالوزارة وما دونها من الوظائف اشترط الفقهاء شرطا ينطبق بنصه على الوقاية من الفساد المعاصر وهو " قلة الطمع : حتى لا يرتشى فيما يلى ولا

١ - صحيح البخاري / كتاب الرقاق - باب رفع الأمانة - حديث رقم ٦٤٩٦ ص ١٦١٥ - دار ابن كثير - دمشق .

٢ - نبيل على صالح / الفساد فى العالم العربي - معناه - دوافعه - اسبابه - نتائج وعلاجه - الحوار المتمدن - العدد ٢٢٠١ - ٢٤ - ٢ - ٢٠٠٨ .

٣ - ابن نيمة / السياسة الشرعية - مرجع سابق ص ٢٥ .

ينخدع فيتساهل^(١) فالرشوة وهى أشهر جرائم الفساد وأكثرها انتشارا تغلق دونها كافة المنافذ فيجب ألا يكون العامل متطلعا إلى المال من أى باب وهو الطمع، وعلى إدراك واسع بحيل الفساد كأن تقدم له رشوة فى صورة هدية فينخدع ويقبلها ويتساهل فى حفظ الأموال.

٢- الذكاء والفتنة :

أى ان يكون علما بما يلى لديه قدر من الاطلاع على بواطن الأمور حتى لا تشته عليه ولا يخدعه غيره " فلا يصح مع اشتباها عزم ولا يصلح من التباسها حزم"^(٢)

ثانياً : منع العمال من بعض الأعمال :

هناك بعض الأعمال لا يجوز الجمع بينها وبين الوظيفة العامة لأنها تتعارض بطبيعتها مع الوظيفة التى تسند إلى العامل وتتخذ ذريعة للتستر على ممارسات الفساد، لذا تم منع الموظف أو العامل من القيام بأى عمل يتعارض مع وظيفة مخافة استغلال الوظيفة أو المنصب للمصالح الشخصية، وقد تغافلت بعض الأنظمة عن هذا الشرط فى هذه الأيام فصار أصحاب المناصب العليا بمثابة رجال أعمال^(٣) على حساب وظائفهم بل صارت بعض الحكومات بأكملها حكومات رجال أعمال، بينما كان النظام الإسلامى يمنع العامل مثلاً من التجارة فى مناطق نفوذه.

- 1 - الماودرى / الأحكام السلطانية ج ١ ص ٩٨ - ط دار الاعتصام - تحقيق عبد الرحمن أبو عميرة .
- 2 - المرجع السابق نفس الموضع .
- 3 - حمدي القبيلال ، فيصل شنطاوي / مكافحة الفساد فى ضوء قانون هيئة مكافحة الفساد الأردني رقم ٦٢ لسنة ٢٠٠٦ - دراسة مقارنة باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد - مجلة دراسات الشريعة والقانون - المجلد ٣٥ العدد ٢ سنة ٢٠٠٨ ص ٤١٤ .

وقد كان منع العمال من بعض الأعمال من الأهمية بمكان حيث كانت مخالفة هذا الحظر بمثابة مبرر لعزل العامل ومصادرة جميع أمواله، وهذا ما فعله عمر بن الخطاب رضى الله عنه مع عتبة بن أبي سفيان عندما اشتغل بالتجارة أثناء ولايته (١) ثم تطور هذا الأمر بعد ذلك وصار بمثابة قانون ملزم فى زمن عمر بن عبد العزيز، ورد ذلك فى كتابه الذى بعث به إلى جميع العمال جاء فيه ما نصه " ونرى ألا يتجر إمام ولا يحل لعامل تجارة فى سلطانه الذى هو عليه ، فإن الأمير متى يتجر يستأثر ويصيب أمورا فيها عنت وإن حرص على أن لا يفعل " (٢).

ثالثاً : المنع من المتاجرة بالنفوذ :

من الصور الشائعة للفساد الآن ما يعرف بالمتاجرة بالنفوذ وذلك عندما يقوم موظف عام أو شخص عادى باستخدام نفوذه الحقيقى أو المزعوم داخل الحكومة أو المؤسسات العامة للحصول على امتيازات شخصية دون وجه حق (٣) ، وقد أدرك المسلمون خطورة هذه الصورة من صور استغلال المنصب أو المنزلة، بل عدها النبي صلى الله عليه وسلم سبباً لهلاك الدول وزوالها فى أحد المواقف التى حاول فيها أحد الصحابة استغلال نفوذه وقربه من النبي صلى الله عليه وسلم فجاء يحاول تعطيل أحكام القاتون والحصول لغيره على ميزة لا يستحقها وذلك فى واقعه المرأة التى سرق فطلب قومها من أسامة بن زيد أن يتدخل لقربة - نفوذه - من النبي صلى الله عليه وسلم حتى لا ينفذ عليها الحد : فقال له النبي

- 1 - تاريخ الطبرى ص ٧١٣ - بيت الأفكار الدولية - عمان الأردن، الرياض السعودية .
- 2 - ابن عبد الحكم / سيرة عمر بن عبد العزيز على ما رواه الامام مالك ص ٨٧ - دار عالم الكتب - الطبعة السادسة ١٩٨٤ .
- 3 - محمد زكي أبو عامر / قانون العقوبات - القسم الخاص ص ١٢٢ - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية .

صلى الله عليه وسلم مبينا خطورة هذا السلوك وذلك فيما رواه عروة بن الزبير " أتكلمنى فى حد من حدود الله...فإنما أهلك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، والذي نفس محمد بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها ثم أمر بتلك المرأة ففقطعت يدها "(١).

فهذه الواقعة تشمل منع أكثر من صورة من صور الفساد الشائعة فى العصر الحاضر والتي تتم باستغلال المنصب أو النفوذ، حيث يحرم النبى صلى الله عليه وسلم على أى فرد أن يستغل نفوذه ويمنع من له الولاية أو الحكم من الاستجابة له وذلك فى موقفه الراض لطلب أسامة، وهذه إحدى أشد أنواع الفساد المعاصر خطورة لما تتضمنه من الخروج على مقتضيات العدل وخرق القوانين (٢) بل قد يصل استغلال النفوذ إلى تعديل بعض القوانين (٣) لخدمة صاحب النفوذ، وتشتمل أيضا على منع وتجريم التنفيذ الانتقائى للقوانين الذى يعد أيضا أحد الأسباب الرئيسية للفساد خاصة فى مصر حسب الاعتقاد السائد عند غالبية المصريين (٤) كما سنرى ذلك فى موضعه.

- 1 - صحيح البخاري / كتاب المغازي حديث رقم ٤٣٠٤ ص ١٠٥٢ - ١٠٥٤ - مصدر سابق.
- 2 - آدم نوح على معابده / مفهوم الفساد الاداري ومعاييرة فى التشريع الإسلامى ص ٤٢٩ - مجلة جامعه دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية - المجلد ٢١ - العدد الثانى ٢٠٠٥.
- 3 - تم تعديل قانون منع الممارسات الاحتكارية بعد أربع وعشرين ساعة من صدوره لإلغاء الإعفاء من العقاب فى حالة الإبلاغ عن جرائم الاحترار تحت تأثير أمين التنظيم بالحزب الوطنى الحاكم آن ذاك رغم اعتراض وزير التجارة على هذا التعديل - مقال لوزير التجارة بجريدة المصرى اليوم - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار - مركز العقد الاجتماعى / دراسة تحليلية لاسباب الفساد فى مصر - مرجع سابق ص ١٥.
- 4 - المرجع السابق / نفس الموضوع.

وقد مرت فترة من التاريخ الإسلامى اشتهرت بما يوصف الآن باستغلال النفوذ وهى الفترة التى تولى فيها بنى أمية أمر الخلافة فأكثروا من الاستئثار لأنفسهم بما يشائون بسبب نفوذهم، فأبطل عمر بن عبد العزيز كل ما خصوا أنفسهم به وورده إلى خزانة الدولة وقطع عنهم كل ما كانوا يأخذوه استنادا إلى منزلتهم وقربهم من الحاكم وصادر كافة الأراضي التى اقتطعوها بدون حق.

ثالثاً : منع إساءة إستغلال السلطة :

وعلى جانب آخر يحرم النظام الإسلامى على الموظف أو المقربين منه إستغلال الوظيفة أو المنصب لتحقيق منافع شخصية لأى منهم، وهو ما يعرف الآن باستغلال السلطة ويكون فى صورة قيام الموظف العام باستغلال منصبه للحصول أو لمحاولة الحصول على منفعه له أو لغيره (١)، وهذه الصورة تختلف عن الصورة السابقة (استغلال النفوذ) لأن صاحب النفوذ قد لا يكون موظفا عاما وهو الوضع الذى كان عليه أسامة، أما من يستغل السلطة فهو بالضرورة صاحب منصب - وظيفة - يستغل السلطات التى يمنحها له منصبه.

وقد كانت أول واقعة فساد فى التاريخ الإسلامى بسبب هذه الصورة وهى استغلال السلطة حيث استغل أحد الموظفين سلطته التى منحها له النبى صلى الله عليه وسلم حين جعله واليا على الصدقة فحاول استغلال هذه السلطة للحصول على منفعة لنفسه فقال للنبى صلى الله عليه وسلم بعد أن رجع من عمله هذا لكم وهذا أهدى إلى فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر وقال متعجبا من هذا السلوك ومحرمًا له : " ما بال العامل أبعثه فيقول : هذا لكم وهذا

1 - محمود نجيب حسني / شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ص ١٤ -
دار النهضة العربية ٢٠١٣ .

أهدى إلى أفلا قعد فى بيت أبيه او أمه فىنظر أيهدى إليه أم لا...^(١) أى لولا السلطة التى منحتها له الوظيفة ما أهدى إليه شئ، وذلك منع لهذا العامل ومن يأتى بعده من استغلال منصبه للحصول على أى منفعة تحت أى مسمى .

المطلب الثاني

تطوير نظام القضاء

أدرك المسلمون منذ عصر مبكر أن جرائم الفساد تحتاج إلى نظام خاص لمواجهةها يجمع بين القوة والعدالة فى آن واحد، ويسمح بالخروج على القواعد والاجراءات التى يسير عليها النظام الذى استقروا عليه لمواجهة باقى الجرائم وهو القضاء العادى ، فانتقوا مجموعة من الجرائم تتشابه إلى حد بعيد مع ما يعترف اليوم بجرائم الفساد وأنشأوا لها ولاية خاصة عرفت بولاية المظالم، وهى إحدى الولايات التى تقوم على تحقيق العدل ومحو الظلم فى النظام الإسلامى، ورغم أن هذه الولاية لم تظهر إلا بعد فترة من الزمن إلا ان أصلها يرجع إلى فعل النبى صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون من بعده.

من هنا يمكن القول أن جرائم الفساد هى أهم أسباب ظهور هذه الولاية حيث غلب على عملها بعد إنشائها التصدى للفساد بكافة أشكاله وصوره، ويبدو ذلك جليا من بيان اختصاصاتها التى تعتبر جرائم فساد بالمعنى المعاصر، وهو ما أثر على تشكيلها الخاص الذى انفردت به ولا يوجد فى غيرها، ولبيان ذلك نتناول دوافع إنشاء هذه الولاية وأصلها أو دوافع تطوير نظام القضاء، واختصاصاتها لاسيما

1 - صحيح مسلم / كتاب الإمارة - باب تحريم هدايا العمال - ج ٢ - ص ٨٨٩ - دار طيبة - حديث رقم ١٨٣٢ .

ما يتعلق منها بالفساد ، وهيئة هذه الولاية وتكوينها وكيفية عملها ،
فى النقاط التالية:

أولاً : دوافع تطوير النظام القضائى الإسلامى وعلاقته بالفساد:

بدأ نظام مكافحة الفساد فى الإسلام فى الظهور منذ عصر النبوة حيث قام به النبى صلى الله عليه وسلم بصفته رئيساً للدولة الإسلامىة وظل كذلك بيد الخلفاء فى عصر الخلافة الراشدة مع بعض التطور البسيط فى أواخر هذا العصر ، ثم تقدم بعد ذلك قليلاً فى الدولة الأموىة إلا أنه لم يصل بعد إلى مرحلة النضج والكمال التى وصل إليها مع وصول المجتمع الإسلامى والحضارة الإسلامىة إلى مرحلة متقدمة من التطور فى العصر العباسى ، وقد كانت بداية هذا النظام وتطوره ترجع فى الأساس إلى مسابرة تطور جرائم الفساد مما أدى فى النهاية إلى تطوير نظام العدالة الإسلامى، لمواجهة انتشار هذه الجريمة وارتفاع معدلاتها وعدم قدرة القضاء العادى على مواجهتها بالإجراءات العادىة، لذلك سنعرض لهذه الولاية باعتبارها نظام مكافحة الفساد لنرى كيف نشأت لمكافحة الفساد وكيف تطورت لنفس الغرض.

أ- بداية ظهور نظام مكافحة الفساد :

بدأت بوادر نظام مكافحة الفساد فى الظهور والمسلمون لا يزالون فى المدينة عند بداية ظهور الوظيفة العامة ومعها بدأ جور الولاية واستغلال الوظيفة العامة والحصول على منافع خاصة بسببها، وقد تمثل ذلك فى الحصول على رشوة بحجة أنها هدية وهوسلوك قديم لم يتغير حتى اليوم وإن أخذ مسميات أخرى، لكن النبى صلى الله عليه وسلم بين أن هدايا الشعوب للولاية والحكام ليست هدايا إختيارىة بل هى ثمرة ظلم واقع أو توقى لظلم متوقع فكان يمنعها بل كان يصادرها^(١)، والرشوة المشار إليها هى أكثر صور الفساد

1 - د. نصر فريد واصل / السلطة القضائية ونظام القضاء فى الإسلام ص ٩٢ المكتبة التوفيقية - القاهرة.

انتشارا وتجلب ورائها كثيرا من صور الفساد الأخرى ، مما يبين أن هذا النظام هو في حقيقته نظام لمكافحة الفساد وإن كان المسلمون قد أطلقوا عليه بعد ذلك المظالم لأن هذا المصطلح - الفساد - لم يكن معروفا بمفهومه المعاصر في هذا الوقت ومع ذلك فإن الفساد بهذا المفهوم يعد نوعا من المظالم وهي المظالم المتعلقة بالأموال^(١).

فالنبي صلى الله عليه وسلم يضع نظام مكافحة الفساد بكل ما تعنيه الكلمة موضع التطبيق العملي، فيباشر بنفسه الرقابة والمحاسبة والحكم والتنفيذ ولا تستدعي مكافحة الفساد أكثر من ذلك، وهو ما قام به فيما رواه أبو حميد الساعد : قال : استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من الأسد على صدقات بنى سليم يدعى ابن اللثبية فلما جاء حاسبه ، فقال هذا لكم وهذا لى أهدى إلى : فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر... وقال " ما بال العامل أبعثه فيقول : هذا لكم وهذا أهدى إلى أفلا قعد في بيت أبيه أو أمه فينظر أيهدى إليه أم لا... " ^(٢).

فهنا بدأ النبي صلى الله عليه وسلم بالرقابة: فيراقب أداء هذا العامل فيما أسند إليه من عمل وذلك كما جاء في قول الراوى " فلما جاء حاسبه " أى سأله عن مصدر المال الذى جاء به ، فقال الرجل هذا لكم وهذا لى أهدى إلى، فأسفرت الرقابة عن اكتشاف جريمة رشوة فى صورة هدية وغالبا ما تأخذ الرشوة أى مظهر كما يحدث الآن فيقال عنها(بقشيش أو إكرامية أو بخان) أو ما شابه ذلك من مبررات لا أساس لها.

- 1 - سهام حمدان محمد دبايره / السظلم فى المجال السياسى الإسلامى ص ١١١ - رسالة ماجستير - كلية الدراسات العليا - جامعة النجاح - نابلس - فلسطين
- 2 - صحيح مسلم / كتاب الإمامه - باب تحريم هدايا العمال ج ٢ ص ٨٨٩ - دار طيبة - حديث رقم ١٨٣٢.

ثم تأتي بعد ذلك مرحلة المحاكمة : لأن النبي صلى الله عليه وسلم يبين حكم هذا التصرف وأنه محرم وغير جائز، وسببه أن هذا الإهداء بسبب العمل ولولا هذا العمل ما أهدى إليه شيء بقوله " أفلا جلس في بيت أبيه أو أمه فينتظر أي هدى إليه أم لا " .

ثم تأتي مرحلة التنفيذ : وهي المرحلة التالية والمترتبة على المحاسبة والمحاكمة، وهي أن يرد هذا المال إلى مهديه فإن تعذر فإلى بيت المال (١).

* فهذه الإجراءات من النبي صلى الله عليه وسلم هي بعينها إجراءات مكافحة الفساد ولكنها جاءت كلها من شخص واحد وفي وقت واحد لأنه كان يتولى الشئون العامة بنفسه ويجمع بيده كل السلطات فجمع هنا بين الرقابة والقضاء والتنفيذ ، وما قام به صلى الله عليه وسلم مع ابن اللثبية هو أساس واضح لقضاء المظالم وولايتها(٢)، لذا قلنا ان ولاية المظالم هي ولاية مكافحة الفساد وإن اقتصت ببعض الاختصاصات الأخرى إلا أنها في الأصل وغالب عملها للتصدي لجرائم الفساد كما سيتضح في موضعه.

وظلت مكافحة الفساد على هذا الحال في عصر الخلافة الراشدة بيد الخلفاء يخاسبون عمالهم بأنفسهم فحاسب أبو بكر رضي الله عنه معاذ بن جبل وكان عاملاً على اليمن لرسول الله صلى الله عليه وسلم فلما قدم قال له " إرفع حسابك " فقال " أحسابان حساب الله وحسابكم... " (٣) وحاسب عمر رضي الله عنه عماله وقاسمهم أموالهم

- 1 - شرح النووي على صحيح مسلم - ص ٣ ص ٥٣٣ حديث رقم ١٨٣٢ - دار السلام القاهرة.
- 2 - ظفيرة القاسمي / نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي ص ٢ ص ٥٥٧ - دار النفائس - بيروت ١٩٧٨ الطبعة الأولى.
- 3 - ابن قتيبة / عيون الأخبار ج ١ ص ٦٠ - تحقيق لجنة من دار الكتب المصرية - ط دار الكتب المصرية - القاهرة الطبعة الثانية ١٩٩٦.

أوصادرها، ومنهم أبو هريرة حاسبه وقاسمه ماله، وأبو موسى الأشعري حاسبه وقاسمه ماله أيضا (١) وحاسب عتبة بن أبو سفيان وصادر أمواله (٢).

٢- تطور النظام الإسلامي لمكافحة الفساد:

أخذ هذا النظام الذي اعتبرناه لسوابقه التاريخية مسئولاً عن مكافحة الفساد بالإضافة إلى بعض الاختصاصات الأخرى أخذ في التطور شيئاً فشيئاً حتى وصل إلى مرحلة الكمال بعد فترة بسبب تطور جرائم الفساد، فازدياد معدلات هذه الجريمة بشكل واسع منذ نهاية عصر الراشدين (٣) وعدم قدرة القضاء العادي بإجراءاته المعتادة على مواجهتها دفع المسلمين لتطوير نظام جديد ذو طبيعة خاصة ويمكّن صلاحيات واسعة في التحقيق والاستدلال ويتمتع بالهبة والقوة لمواجهة جرائم الفساد.

* ويمكن أن نلاحظ مرحلتين لهذا التطور الأولى حين ظل مرتبطاً بالحاكم مع دخول القضاء دائرة المواجهة والثانية عندما استقل تماماً بشكله النهائي وأخذ القضاء موقعه الرسمي.

- ففي المرحلة الأولى بدأ دور القضاء في الظهور وإن ظل هذا النظام مرتبطاً بالحاكم ولكن مع بعض التغييرات البسيطة لمواجهة المستجدات فمواجهة ازدياد معدلات الفساد الذي يمكن أن نسميه الفساد المتعلق بتعدى أصحاب الأيدي القوية على بعض الضعفاء من الناس وزيادة عدد التظلمات والشكوى من هؤلاء قام أحد الخلفاء

1 - ابن عبد ربه / العقد الفريد ج ١ ص ٣٣ - تحقيق محمد سعيد العريان - ط دار الفكر.

2 - تاريخ الطبري / مرجع سابق ص ٧١٣.

3 - يقول الماوردي " واحتاج على حين تأخرت إمامته واختلط الناس فيها وتوجروا إلى فضل صرامة في التناسخ وزيادة تيقظ في الوصول إلى الأحكام، فكان أول من سلك هذه الطريقة - الماوردي / الأحكام السلطانية - مرجع سابق ص ١٩٥.

وهو عبد الملك بن مروان من خلفاء بني أمية بتخصيص يوم لرد هذه المظالم ، وظهرت مع ذلك أول بادرة لتشكل هذه الولاية حيث استعان بأهم عضو في هذا التشكيل الذي يأتي في مرحلة لاحقة كأحد أعمدة هذا النظام وهو القاضي فاستعان بأحد القضاة ليضمن تحقق العدالة في الأحكام^(١).

* وفي التطور الأخير أخذ هذا النظام الإسلامي شكله النهائي باستقلاله عن الخليفة وتشكيله النهائي الذي يضم جميع العناصر اللازمة لمواجهة الفساد، وقد حدث هذا التطور في بداية العصر العباسي في خلافة المهدي ثالث الخلفاء العباسيين^(٢) حيث تبلور هذا النظام وأخذ شكلا ثابتا ومحددا وتم بيان اختصاصات هذه الولاية وشروط متوليها وأخذ القضاء موضعه الرسمي حيث كان هو من يصدر الأحكام فعليا ولكنها كانت تصدر باسم رئيس المجلس، وتبين اختصاصات هذه الولاية مدى صلتها بالفساد وكأنها تم إنشاؤها أساسا لأجل مقاومته وهو ما نبينه حالا.

ثانياً : اختصاصات الولاية الجديدة وعلاقتها بالفساد :

بدأ النظام الإسلامي لمكافحة الفساد بسيطا كأي نظام في بدايته كالمولود الجديد يولد صغيرا ثم يأخذ في النمو حتى يصل إلى منتهى نضجه وقوته ، ولا يكون الإهتمام بأي نظام وتطويره إلا لما يمثله وجود هذا النظام من ضرورة ملحة لا غنى عنها لمواجهة مستجدات معينة وما ينتظر منه بعد ذلك من تحقيق المراد من تطويره على أفضل وجه، لذا تمت العناية بهذا النظام ووضعته المسلمون في أعلى درجات مؤسسة العدالة بما يضمن قيامه بدوره المنتظر، ونعتقد أن إنشاء ولاية المظالم أولا ثم تطويرها بعد ذلك

- 1 - الأحكام السلطانية / المأوردي ص ١٩٦ مرجع سابق ، الأحكام السلطانية للفرأ ص ٧٥ - تحقيق محمد حامد الفقي دار الكتب العلمية بيروت.
- 2 - نصر فريد واصل / السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام ص ٩٦ - المكتبة التوفيقية - القاهرة.

حتى وصلت إلى صورتها النهائية كما نقلها لنا الفقهاء^(١) جاء لمواجهة الفساد^(٢).

فالتأثيرات ان الجهات القضائية الثلاث في الشريعة الإسلامية وهي (القضاء العادي ، وقضاء المظالم ، وقضاء الحسبة) لم تظهر جميعها في وقت واحد وإنما ظهرت حسب دواعي الحاجة لكل نوع^(٣) لذا فإن ولاية المظالم أنشأها المسلمون خصيصاً لمكافحة الفساد بعد أن أخذت هذه الجريمة في الإنتشار، وكان أول من سلك هذه الطريقة هو الإمام على رضي الله عنه بعد أن تأخرت ولايته قليلاً عن الصدر الأول واختلط الناس فيها ولم يعد الوعظ يزرهم عن الظلم، ولم يعد القضاء وحده كافياً لمواجهة هذه المستجدات التي تحتاج إلى صرامة في السياسة وزيادة تيقظ في الوصول إلى الأحكام^(٤)

ويتضح ذلك بجلاء من بيان اختصاصات هذه الولاية التي يتعلق جل عملها بمكافحة الفساد والقضاء عليه ، وهذا ما سيتبين حالاً :

* الاختصاصات وعلاقتها بالفساد :

عدد الفقهاء^(٥) اختصاصات ولاية المظالم وأجملوها في عشرة اختصاصات تعتبر غالبيتها جرائم فساد بالمعنى التي تستعمل فيه هذه الكلمة اليوم، ونعرض الآن لهذه الاختصاصات:

- 1 - الماوردي / المرجع السابق ص ١٩٤، الفراء / المرجع السابق ص ٧٣.
- 2 - آدم نوح القضاة / سياسة الإسلام في الوقاية والمنع من الفساد - المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد ج ١ ص ٢١٤ - أكاديمية تأليف للعلوم الأمنية - الرياض.
- 3 - على حسن فهمي / الحسبة في الإسلام - دراسة مقارنة بالتشريعات المشابهة في التشريع الوضعي - بحث مقدم إلى مؤتمر أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان ابن تيمية - دمشق ١٦ - ٢٠ شوال ١٣٨٠ هـ ص ٦١١.
- 4 - الماوردي / مرجع سابق ص ١٩٥.
- 5 - الماوردي / الأحكام السلطانية - مرجع سابق ص ٢٠٠ - ٢٠٥، الفراء / الأحكام السلطانية ص ٧٦ - ٧٨ - تحقيق محمد حتمد الفقي - دار الكتب العلمية - بيروت ٢٠٠٠.

١- مراقبة الولاية : لمنعهم من التعدي على الرعية وظلمهم، وهذا يشمل كل أنواع التعدي خاصة ما يتعلق بالأموال، والولاية هم حكام الأقاليم ويدخل ذلك تحت ما يعرف الآن بالفساد الكبير أو الفساد السياسي، لذا كانت العقوبة شديدة تصل إلى العزل من المنصب وهو ما نص عليه بقولهم " النظر في تعدي الولاية على الرعية فيتصفح أحوالهم ليقريهم إذا أنصفوا ويكفهم إذا عفوا ويستبدل بهم إذا لم ينصفوا "

٢- الرقابة المالية على الموازنة : وهو ما عبر عنه الفقهاء بقولهم (جور العمال فيما يجبونه من أموال) للتأكد من التزامهم بالقوانين في تحصيل موارد الدولة وهذا يشبه ديوان المحاسبة أو الجهاز المركزي للمحاسبات من ناحية حقة في مراقبة تنفيذ الموازنة في الجباية والإتفاق^(١) ومدى مراعاة تنفيذ القوانين.

٣- التفتيش المالي على الموظفين : أو " كتاب الدواوين لأنهم أمناء المسلمين على بيوت الأموال فيما يستوفونه ويوفونه "، وهذا هو التفتيش المالي بعينه^(٢).

٤- حماية العمال من ظلم الإدارة من الناحية المالية : وتطبيق القانون الخاص بالمرتببات واسترداد ما أخذه الرؤساء لأنفسهم أو أدخلوه خزانة الدول ورده للعمال.

٥- استرداد الأموال المنهوبة : منع استغلال النفوذ وإساءة استعمال السلطة، وهو ما أطلق عليه "رد الغصوب" فإذا استند الغصب إلى منصبه الرسمي كان ذلك صورة من صور إساءة استعمال السلطة لذلك عرفت بأنها غصوب سلطانية يقوم بها الوزراء وكبار المسؤولين وهؤلاء يتصدى لهم ولو لم يرفع إليه طلب بذلك أي لو

١ - ظافر القاسمي / نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي ص ٢ ص

٥٧٠ - مرجع سابق.

٢ - المرجع السابق نفس الموضوع.

كان التعدي قد وقع على مال خاص ، ومن باب أولى استرداد الأموال العامة بأن كان التعدي قد وقع عليها لأنه ممثل عن الدولة ، أما إذا كان المعتصب من أصحاب النفوذ فقط دون أن يكون صاحب منصب فينظر ما إذا كان المال المعتصب من الأموال الخاصة أو الأموال العامة، فإذا كان مالا خاصا فاسترداد موقوف على طلب أصحابه، وهذا فقط ما أشار إليه الفقهاء وغنى عنه البيان انه لا يتوقف على شكوى من أحد إذا كان مالا عاما لأنه لا مطالب له الا الدولة وهو ممثل لها وهو الذي يقوم بحماية هذه الأموال دون طلب من أحد.

٦- مراقبة الأموال العامة المخصصة لغرض معين : كالأوقاف العامة لحمايتها ومراقبة الالتزام بالغرض المخصصة لأجلته ، ويفعل ذلك من تلقاء نفسه في هذا النوع ، اما النوع الآخر أي الوقف الخاص فحمايته لا بد لها من طلب من ذوى الشأن .

٧- تنفيذ الأحكام القضائية: التي لا يستطيع القاضى تنفيذها لعجزه عن مواجهة المحكوم عليه لقوته وعلو قدره فيقوم والى المظالم بالتصدي له وإنفاذ الحكم فيه، وقد أصبح عدم تنفيذ هذه الأحكام إحدى صور الفساد وقد انتشر هذا النوع من الفساد فى مصر (١)

٨- حماية أملاك الدولة: وذلك عن طريق " النظر فى ما عجز عنه الناظرون فى الحسبة فى المصالح العامة.....التعدي فى طريق عجز - أى المحتسب - عن منعه " ومن باب أولى التعدي على أراضي الدولة أو الإنتفاع بها على غير ما خصصت له - (إقامة المنتجعات الساحية على الاراضى المخصصة للزراعة وتبويرها لإعادة بيعها، وإقامة حمامات السباحة وغيره) حيث كانت سلطته أعلى من سلطة المحتسب فيملك صلاحياته خاصة فى الحالات التى يعجز فيها الأخير عن تنفيذ أوامره .

1 - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار - مركز العقد الاجتماعي / دراسة تحليلية لاسباب الفساد فى مصر - مرجع سابق ص ١٥ .

إلى جانب اختصاص يتعلق بالعبادات وبعض الأحكام التي تدخل في اختصاص القضاء العادي ، بذلك نكون أمام ثمانية اختصاصات من عشرة تتعلق بالفساد بمعنى الكلمة وبمفهومها المعاصر، وإذا كانت هناك صور من الفساد ظهرت حديثا ولم يرد ذكرها في هذه الاختصاصات فذلك يرجع فقط إلى أنها لم تكن معروفة في ذلك الوقت وإلا لما خرجت عن اختصاص هذه الولاية، ومن ثم تعتبر هذه الولاية بحق هي النظام الإسلامي لمكافحة الفساد.

* ولنرى الآن هيئة هذه الولاية وتشكيلها وعلاقة ذلك أيضا بالتصدي للفساد.

ثالثاً : التشكيل وضرورته لمكافحة الفساد :

يرتبط تشكيل هذه الولاية وهيئتها ارتباطا وثيقا بمكافحة الفساد خاصة ما ينتشر منه الآن في مصر والعالم العربي وهو المستند إلى عنصرى القوة فى المجتمع والسلطة السياسية^(١)، ويبدو أن هذا النوع من الفساد ليس بالجديد على المجتمعات العربية، حيث تم تشكيل هذا المجلس الرهيب منذ القدم للتصدي لهؤلاء الذين يطلق عليهم الآن (لصوص الدولة)^(٢)، حيث يقوم هؤلاء بعمليات فساد تكاد تصل إلى الاستيلاء على الدولة، وهو أيضا من المصطلحات التي أطلقت على هذا النوع من الفساد^(٣) لما يمثله من نهب منظم لثروات ومقدرات الشعوب.

وإذا رجعنا قليلا إلى أصول هذا النظام لوجدنا أنه كان من اختصاص أعلى سلطة فى دولة الإسلام وهو الرسول صلى الله عليه

1 - عامر خياط / مفهوم الفساد - مرجع سابق ص ٥٠.

2 - مقالة بهذا العنوان بمجلة السياسة الدولية مؤسسة الاهرام - سارة شأيز فى ٢٦ / ١ / ٢٠١٧.

3 - عبد الفتاح الجبالي / نحو مجتمع أكثر شفافىة فى مصر - مرجع سابق ص ٧.

وسلم والخلفاء من بعده قبل أن يتم تشكيل هذه الولاية وتخصيصها لمكافحة الفساد ، لذا ظلت محتفظة بنفس القدر من القوة والرهبة من خلال تشكيلها مع مراعاة ضمان تحقيق العدل بوصفها إحدى مؤسسات العدالة في الدولة ، فهى تجمع بين (سطوة السلطنة ونصفة القضاء وتحتاج إلى علو يد وعظيم رهبة تقمع الظالم من الخصمين وتزجر المعتدى ، وكأنه يمضى ما عجز القضاء عن إمضاءه)^(١) فيجمع بين عدالة القضاء وقوة السلطة التنفيذية.

فاشترط هذه الشروط وضرورة توافر هذه الصفات ضرورة لا مفر منها لمواجهة الفساد ولأن هذه الولاية تقوم بما كان يقوم به الحاكم قبل ذلك فلا بد أن تتمتع بسطوة السلطنة ، كما أنها من مؤسسات العدالة فلا بد من وجود من يضمن تحققها حتى يجتمع فيها مع سطوة السلطنة نصفة القضاء ، ولأنها تتصدى لكبار القوم فى صفقات الفساد الكبير فلا بد لها من قوة تنفيذية لقمع الظالم، وكل ذلك يعجز القاضى وحده عن تحقيقه، لذلك كان تشكيل الجهاز يضم بجانب الرئيس العناصر التالية^(٢) :

١- كبار القادة ورجال الشرطة : أو (الحماية والاعوان) لجذب

القوى وتقويم الجرىء.

٢- القضاة والحكام : لضمان توافر العدالة.

٣- الفقهاء : ليصدر الحكم عن علم وبيينة.

٤- قلم الكتاب والمحضرين: أى رجال التوثيق ليثبتوا : (ما جرى

بين الخصوم وما توجه عليهم أو لهم من الحقوق).

1 - مقدمة ابن خلدون ص ١٧٤ - ١٨١ رالكتب العلمية - بيروت ١٩٩٣. الطبعة الأولى .

2 - الماوردى / الأحكام السلطانية - مرجع سابق ص ١٩٩ - ٢٠٠ ، الفراء / الأحكام السلطانية - ص ٧٦ مرجع سابق .

٥- الشهود : لتكون جلسات التصدي للفساد علنية فيشهدو على ما دار بين الخصوم أو ما دار داخل جلسات دعاوى الفساد فهذه الهيئة وهذا المجلس الأعلى الرهيب باعتباره ممثلا عن السلطة العليا ولضمان العدالة في الأحكام تم تمثيل القضاء، وقد استعان عبد الملك بن مروان قبل ذلك بأحد قضاة للتأكد من صدور الأحكام وموافقتها للشرع فالقاضي ركن العدالة، ولتعويض نقص العلم تم أيضا الإستعانة بالعلماء ، والكتاب لتوثيق ما يصدر من أحكام وما يجرى داخل المجلس أوبين الخصوم ، وبذلك يعتبر هذا الجهاز امتدادا لجذور نظام مكافحة الفساد الإسلامي وتطويرا له.

المطلب الثالث

طبيعة الجهاز ودورها في مكافحة الفساد

تعتبر طبيعة الجهاز المكلف بمكافحة الفساد هي التي مكنته من تحقيق المراد منه على أفضل ما يكون فهذا الجهاز تمتزج طبيعته بين القضاء و التنفيذ، فهي وظيفة ممتزجة من سطوة السلطنة ونصفه القضاء^(١) لتحقيق المصلحة العامة، لأن جرائم الفساد من يقوم بها يستغل نفوذه أو وظيفته فكان لازما أن يكون التصدي لها من سلطة أعلى من سلطته وهي السلطة المستمدة من رئاسة النظام أو كما قال الفقهاء "هيبة السلطة"، ومن ناحية أخرى تقيم الشريعة الإسلامية جميع أحكامها على العدل وترفض الظلم تحت أي مبرر حتى لو كانت لمواجهة إحدى الجرائم تهدد المجتمع بأكمله كجرائم الفساد، والضامن الوحيد للعدالة هو القضاء فكان من أركان هذه الولاية العنصر القضائي حتى تم الجمع بين "هيبة السلطنة ونصفه القضاء" لذلك كانت اختصاصات هذا الجهاز تشمل ما يدخل في

صلاحية القضاة وما يدخل في اختصاص السلطة التنفيذية، فهو نوع طبيعية مزدوجة بين السلطة التنفيذية والقضائية (١).

فقد أدى التطور الذي أصاب النظام القضائي الإسلامي إلى إيجاد نوع جديد من القضاء يضطلع بالدور الرقابي والقضائي على أعمال الإدارة (٢)، فوجوده أصلاً للوقوف في وجه زوؤ السلطة والنفوذ من رجال الدولة ممن يستمدون سلطتهم هذه من الاتصال بسلطة الحكم، سواء كانوا مسئولين تنفيذيين أو على علاقة قوية بدوائر القرار لأي سبب لمراقبة تصرفاتهم وتتبع أحوالهم، فإذا ثبت أي تجاوز من هؤلاء على المال العام أو الخاص اختص هذا الجهاز دون غيره بمحاسبتهم وتطبيق قواعد العدل والشرع عليهم

* ومن ثم تمكن هذا الجهاز بطبيعته المزدوجة هذه من التصدي لكافة أنواع الفساد، فصفته الإدارية مكنته من الإشراف على الأموال العامة ومراقبة العمال في التصرف في هذه الأموال ووقف أي اعتداء على الأموال الخاصة، وبصفته القضائية كان يقوم بإصدار الأحكام، وبقوته التنفيذية تمكن من تنفيذها، وبهذا العمل المتكامل تمكن من أداء دوره على أكمل وجه حيث تمكن من تحقيق الرقابة وتفعيل نتائجها بإصدار الأحكام فور وقوع الجريمة من تلقاء نفسه ولو لم يرفع إليه طلب في بعض الحالات، وتمكين الأفراد من اللجوء إليه للتظلم من أي واقعة فساد.

أولاً : تحقيق الرقابة وتفعيل نتائجها :

ترتبط نشأة نظام مكافحة الفساد وبداياته بعملية رقابية دقيقة قام بها النبي صلى الله عليه وسلم على المال العام وذلك بمراقبة أحد

1 - عبد الكريم زيدان / نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٢٩٩ - مؤسسة الرسالة - بيروت ١٩٨٩.

2 - د . محمد وليد العبادي / قضاء المظالم وسيلة لقمع الظلم واحقاق العدل - المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية - المجلد الخامس العدد ١ - ٢٠٠٩.

كبار المسئولين الذي يعتبر على رأس جهاز تحصيل موارد الدولة في هذا الوقت ، وكان من نتائج هذه الرقابة أن اكتشف النبي أول واقعة فساد، تلخصت وقائعها في إساءة استخدام هذا المسئول نفوذه وسلطته الوظيفية في الحصول على منافع شخصية لنفسه على حساب الصالح العام وهو عين الفساد بمعناه المعاصر ، وعلى الفور وبمجرد التأكد من ثبوت جريمة الفساد بتقنين حجة هذا المسئول ودون أي إجراء آخر يصدر النبي حكمه بتجريم هذا العمل وما يترتب عليه من رد هذا المال المنهوب إلى خزينة الدولة والإعلان عن كل ما تم في هذه الواقعة.

فارتباط الرقابة بسلطة الحكم فيما ترصده يمكن من تفعيل نتائجها في الحال، لأجل ذلك ظلت الرقابة مرتبطة بسلطة الحكم في جرائم الفساد في النظام الإسلامي لا تنفصل عنه منذ أن كان هذا النظام مسلكا فرديا يقوم به الحاكم إلى أن تبلور في صورته النهائية ، بل إن الحاكم كان يعتبر أنه إن لم يقم بمراقبة العمال لكشف الفساد فإنه لا يكون قد أدى ما أوجبه الشرع عليه تجاه الأمة، وهذا ما كان يفعله عمر بن الخطاب حيث كان يراقب العامل ويختبره قبل أن يستعمله بل كان يحتسبه لضمان الرقابة المستمرة فقد احتسب الأحنف بن قيس عاما كاملا قبل أن يوليه (١)، وبعد التولية كانت لا تنفك رقابته على جميع عماله في شتى الأقاليم فإذا أراد محاسبة أحدا منهم أرسل إليه محمد بن مسلمة حيث كان محمد بن مسلمة هو صاحب العمال (٢).

- 1 - ابن الجوزي / مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ص ١١٣ - دار العقيدة - الاسكندرية.
- 2 - تاريخ الطبري ص ٦٧٧ - بيت الافكار الدولية - الأردن و الرياض - مرجع سابق.

وظلت الرقابة على هذا النحو من الإهتمام والفعالية يقوم بها الحاكم بنفسه، فلما توسعت الدولة أناب الخلفاء عنهم من يقومون بها، فقد بعث على بن أبي طالب إلى أحد أفراد جهاز الرقابة يأمره بأن يقوم بإجراء الرقابة الدقيقة والشاملة " استخلف على عمك واخراج في طائفة من أصحابك حتى تمر بأرض السواد - العراق - كورة كورة أى بلدة بلدة فتسألهم عن عمالهم وتنظر فى سيرتهم "(1)، ثم تصبح الرقابة بعد ذلك هى الأساس الذى تقوم عليه محاسبة العمال مباشرة دون انتظار بمجرد ثبوت ما يستوجب العقاب حتى تؤتى العقوبة ثمارها ويتحقق الردع العام والخاص للعامل وغيره .

فالنظام الإسلامى يرتب المحاسبة المباشرة على الرقابة دون تأخير، وقد تم وضع ذلك فى تعليمات أشبه ما يكون بالقانون الذى يجب أن يطبقه الحاكم حتى يحافظ على مالية الدولة من عبث العمال ويقضى على الفساد أولاً بأول، حيث ورد ذلك فى رسالة من أحد أكبر الفقهاء تعتبر أهم التشريعات المالية : " أرى أن تبعث قوماً من أهل الصلاح..يسألون عن سيرة العمال وما عملوا به فى البلاد وكيف جبو الخراج على ما أمروا به وعلى ما وظف على أهل الخراج واستقر، فإذا ثبت عندك وصح أخذوا بما استفضلوا من ذلك أشد الأخذ حتى يؤدوه بعد العقوبة الموجعة والنكال "(2).

فإذا لم تكن هذه رقابة صارمة ودقيقة بكل ما تعنيه الكلمة فكيف تكون الرقابة إذن ، فهى رقابة على الموارد العامة للدولة وعلى الإنفاق العام فى أوضح صوردها ، وهى رقابة تم تقنينها لتكون ملزمة و يتم تفعيل نتائجها فى الحال حيث يترتب على رصدها أى جريمة فساد الحكم والعقاب المباشر " فإذا ثبت....أخذوا حتى

1 - الخراج / أبى يوسف ص ١٣١ - المطبعة السلفية . القاهرة ١٣٨٢
الطبعة الثالثة.

2 - المرجع السابق ص ١٢٤.

يؤدوة بعد العقوبة الموجهة والنكال " أى العقوبة بعد استرداد الأموال المتحصلة من الفساد، لأن من عوامل شيوع الفساد وانتشاره عدم وجود المراقب والمحاسب وتأخر العقاب فيتمكّن الجناة من الإفلات من العقاب وإخفاء الأموال المتحصلة من الفساد أو تهريبها.

*** تنظيم الرقابة :**

تتال الرقابة الفاعلة حظها من التنظيم بعد تطور جهاز مكافحة الفساد، وقد بدا ذلك واضحا فى كل ما يتعلق بالأموال العامة ومراقبة من يعمل فى الجهاز الإدارى للدولة من الوزراء - الولاة - حتى صغار الموظفين أو كتاب الدواوين فهؤلاء يقوم الجهاز بمراقبة تصرفاتهم من تلقاء نفسه فهو صميم عمله، لأن من قانون ونظام عمل الجهاز أن يراقب الولاة، ويقوم بالتفتيش على الأموال العامة " ولا يحتاج فى تصفحها إلى متظلم " (1) أما الأموال الخاصة فهوى ضمن الأموال التى يحميها هذا الجهاز ليس من الموظفين فقط بل من ذوا النفوز لكن يتوقف ذلك على طلب من أهلها.

*** وتمتد الرقابة لتشمل الأموال العامة المخصصة لمنفعة معينه كالأموال المخصصة للوقف، فهوى رقابة شاملة لكافة الجوانب، مرتبطة بالقرار الحاسم لأن القاضى أحد أهم عناصر الجهاز حيث يصدر الحكم باسم الجهاز فى الحال.**

ثانياً : العلانية والمشاركة الشعبية :

لا تزال أول واقعه فساد فى التاريخ الإسلامى تبين بوضوح ما يجب أن يتسم به نشاط الدولة فى مكافحة الفساد، ومن أهم ما يجب مراعاته هو الإعلان عن كل ما يتم كشفه وعدم التستر عليه وأن يكون الإعلان عن طريق أوسع وسائل الاعلام وأكثرها انتشاراً، فأول ملاحظة على تصرف النبى صلى الله عليه وسلم عند كشفه واقعة

1 - الماوردى / الأحكام السلطانية - مرجع سابق ص ٢٠٣.

الفساد الأولى فى التاريخ الإسلامى أنه قام بالإعلان عنها عن طريق أكبر وسيلة للإعلام فى هذا الوقت وهو المنبر، حيث قام عليه وأعلم الناس بما حدث وحذر كل من يلى أمرا عاما أن يأتى بمثل ما جاء به هذا الرجل وإلا نال جزاؤه حتى يكون رادعا لغيره.

• فكافة الفساد فى الماضى والحاضر تقتضى الإفصاح عن كل ما يتعلق بهذا الأمر وتمكين الأفراد من المشاركة مع الدولة.

١- ضرورة الإعلان عن جهود مكافحة الفساد :

يتخذ الإعلان عن نتائج الرقابة وما تم بناء عليها أهمية خاصة فى تحقيق الردع المطلوب من الرقابة ومن العقوبة حتى يعلم الجميع أن أحدا لا يستطيع أن يختفى عن أعين الرقابة وبالتالي ليس بمأمن من العقوبة، فلا تقتصر المقاومة الفعالة للفساد على معاقبة الجناة بل لابد من وسيلة ردع تمنع من ارتكابه، و يتحقق ذلك الردع بالإعلان من جانب الدولة عما تتخذه من إجراءات وما تقوم به من مجهودات وما تحققة من إنجازات، فإذا فعلت ذلك كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم تكون قد حققت المأمول من الرقابة ومن العقوبة، لذا صار نظام مكافحة الفساد الإسلامى على هذا النهج بالإعلان عن كافة وقائع الفساد التى تكشفها الرقابة وما تم بشأنها ، لبث الرعب فى من يفكر فى فعل الفساد .

فحرص المسلمون دائما على الإعلان عن نتائج الرقابة والأحكام التى تصدر فيها، فكان عمر بن الخطاب عندما يرفع إليه أمر عامل من عماله شكاه الناس يدعوهم ويخبرهم بما لهم على العمال وما للعمال عليهم^(١) ويعلن أنه لن يقلت أحد من العقاب على جرم ارتكبه ، وبعد تنظيم جهاز مكافحة الفساد كان هذا الجهاز يباشر

1 - ابن الجوزى / مناقب عمر بن الخطاب ص ١١٣-١١٤ - دار العقيدة للتراث - الاسكندرية.

عمله بعلاية تامه حيث كان انعقادة في يوم معلوم وفي مكان معلوم لكافة الناس ليتمكن من يريد الإبلاغ عن أى فساد أو ظلم من الحضور، وللتأكيد على العلاية كان من بين أفراد الجهاز ذاته الشهود ليشهدوا بما يدور وما يقوم به الجهاز^(١) وهو منتهى العلاية.

٢- دور المجتمع في مكافحة الفساد :

تختلف الشريعة الإسلامية عن أى قانون آخر في نظرتها إلى المجتمع وواجباته وأهمية مشاركته في كافة الشؤون العامة وتعتبر أن هذه المشاركة واجبة على الجميع كل حسب مقدرته وإمكاناته، فالمجتمع الإسلامي مجتمعا إيجابيا يبحث عن الفساد وعن فاعله ويتصدى له إذا فإن مشاركة أى فرد في مكافحته ليس أمرا مباحا أو اختياريا إن شاء فطه وإن شاء تركه بل هو واجب على كل من يعلم به أن يقوم بما يملك من وسائل مشروعه للتصدى له، باعتبار أن الفساد صورة من صور المنكر بل هو من أشد صورته لما يترتب عليه من أضرار تلحق أشد أنواع الأذى بالأفراد والمجتمعات وقد قال الله تعالى " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر...." (٢)

فالإسلام لا يشجع الأفراد على مكافحة الفساد بل يأمرهم بذلك ويوجب عليهم القيام به ، كل حسب استطاعته وقدرته، وقد مكنهم الخلفاء والحكام من المشاركة فيقول عمر بن الخطاب " أيما عامل ظلم احد أو بلغنى مظلّمته ولم أغيرها فأنا ظلمته " ويأمر عماله بالأبغض احد منهم بابه دون جوائح الناس^(٣)، واتخذ على بن أبى طالب

- 1 - الماوردى / الأحكام السلطانية ص ١٩٩ - ٢٠٠ مرجع سابق - الفراء / الأحكام السلطانية ص ٧٦ - مرجع سابق .
- 2 - ال عمران الآية ١٠٤ .
- 3 - ابن الجوزي / مناقب امير المؤمنين عمر بن الخطاب ص ١١١ - ١١٣ - دار العقيدة للتراث - الاسكندرية .

بيتا يأتي اليه كل من له طلب أو مظلمة وبالغ عمر بن عبد العزيز في ذلك حيث أعطى لمن أراد أن يشكو من واقعة فساد الحق في أن يدخل اليه بدون (١) إذن، ولضمان التواصل مع الناس أقام بعض الخلفاء العباسيين - المهدي - بيتا على الطريق العام لتلقى شكاوى المواطنين ومع أن هذا المكان كان يعتبر مخصصا لعرض وقائع الفساد إلا أنه لم يسلم من قيام المسؤولين عنه أنفسهم من ارتكاب وقائع فساد بأخذهم رشوة من المتظلمين لتقديم بعض التظلمات على بعض فاستغنى عن هؤلاء العمال جميعا وقام هو بتسليم التظلمات والشكاوى حسب ترتيبها (٢).

* أما علاقة جهاز مكافحة الفساد بعد تنظيمه بالجمهور فكانت على أكبر قدر من التعاون والمكاشفة حيث يستوى قيام الجهاز بالتصدي للفساد بناء على رقابة من الجهاز من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من الأفراد فاختصاصات الجهاز منها ما يقوم بها بنفسه ودون اشتراط طلب من أحد وهي مرافبة الأموال العامة والموظفين العامين ، ومنها ما يتوقف على طلب من أصحاب الشأن إذا كان الاعتداء قد وقع على مال خاص من غير رجال السلطة العامة أى من ذوى الأيدي القوية (٣) فيتوقف على تظلم وطلب أصحابه وكانت جلسات المحاكمة علنية.

وقد أدرك المسلمون مبكرا أن مقاومة الفساد وإشراك الناس فيها هى الأساس لشرعية الحكم والنظام وأن الناس لا تثق فى الحكام إذا لم يوفروا لهم سبل المشاركة مع الدولة ، فيقول احد الوزراء

1 - سيرة عمر بن عبد العزيز / ابن الحكم - ص ٤١ مرجع سابق .

2 - محمد الخضرى / محاضرات فى تاريخ الأمم الإسلامية - الدولة العباسية ص ١٠٤ - تحقيق محمد العثمانى - دار القلم - بيروت - الطبعة الأولى

3 - الماوردى / الأحكام السلطانية - مرجع سابق ص ٢٠٤

للخليفة بعد ان ترك سماع شكاوى الناس وترك المظالم ثلاثة أيام " وأن العامه لا تنقاد على مال أنت عليه ولم تنظر فى المظالم منذ ثلاثة أيام " (١) أى لا تثق فى عدالة الحاكم ما لم ينصفها من الظلم والفساد ويستمع إليها، فبدأ على الفور بالنظر فى هذه المظالم ودخل عليه كل من أراد أن يشكوا أو يتظلم.

المبحث الثانى

آليات التطوير المعاصر

نظام مكافحة الفساد

تقتضى المواجهة الفعالة لجريمة الفساد مواجهتها بما يتناسب معها من إجراءات قد تكون مختلفة شيئاً ما عن الإجراءات والنظم المعتادة لبقية الجرائم ولكنها ضرورية عند ثبوت عجز هذه النظم عن الحد من هذه الجريمة أو القضاء عليها، فليس للعدالة قالبا جامدا يجب أن تصب فيه ولكنها هى الغاية التى يسعى إليها أى نظام طالما أن هذه العدالة تتوافر شروطها ويقوم على تحقيقها ورعايتها الجهاز الذى تحمل هذه المهمة على مر العصور وهو الجهاز القضائى .

وقد كان الغرض من العرض السابق للنظام الإسلامى لمكافحة الفساد بيان أوجه الشبه بين الظروف والدوافع التى اقتضت تطوير نظام العدالة الإسلامى فى ذلك الوقت وبين الواقع المعاصر، فإذا كانت جريمة الفساد منذ البداية تم التصدى لها بإجراءات خاصة ومن أعلى سلطة فى الدولة قبل أن يتم تنظيم الجهاز الخاص بمكافحة الفساد بعد شيوع هذا النوع من الجرائم، فما وصل إليه الفساد الآن لا يخفى على أحد حيث انتشر فى كل المجالات وعلى كافة المستويات دون أن تظهر فى الأفق أى بارقة أمل فى التخفيف من حدة هذه الجريمة أو انحسارها، وهذا يؤكد عجز النظام الحالى فى مواجهة هذه الجريمة، مما يستدعى البحث عن بدائل وحلول بتنظيم خاص

يقبل التطبيق ويحقق الغرض منها على أكمل وجه دون الخروج على قواعد العدالة أو مخالفتها في ضوء دراسة أسباب فشل النظام الحالي ومراعات التغلب عليها من خلال نظام جديد يكفل تحقيق كل ذلك.

* وهذا يتم من خلال تشكيل جهاز أو هيئة تختص بمكافحة الفساد تتوافر لها كافة المقومات التي تضمن تطبيق القانون تطبيقاً يتسم بالحزم والحسم، وتستطيع إحداث التوازن المطلوب بين مقتضيات الشرعية وحماية المصالح الأساسية للمجتمع الذي تهدده هذه الجريمة، فتجمع بين السلطة الأمنية على تحقيق العدل ومحو الظلم وهي السلطة القضائية، والجهات التي تقوم بالبحث والرقابة وتتبع الفساد وتكشف عنه وهي الأجهزة الرقابية والأجهزة التي تتولى تنفيذ الأحكام والأوامر التي تصدر في جرائم الفساد، في نظام يحقق الشمول ووحدة العمل في مواجهة الفساد ويضمن الإستقلال اللازم لعمل هذا الجهاز ويضمن المشاركة الشعبية والعلانية في مقاومة الفساد.

فيتم تشكيل جهاز متكامل من هذه السلطات برئاسة قضائية لضمان استقلال هذا الجهاز وحياده، ويتم تنظيم العمل في مكافحة الفساد بما يتفق مع النظام الجديد للقضاء على كافة معوقات العمل الحالي، وفتح قنوات التواصل بين المواطنين والجهاز لربث ثقة المواطنين في الجهاز ولتحقيق المشاركة الشعبية وتنظيمها.

بذلك نقسم الحديث عن تطوير نظام مكافحة الفساد إلى ثلاثة مطالب، نخصص أولها للحديث عن التطوير المؤسسي، ونتحدث في الثاني عن تطوير العمل وتنظيمه، ونبين في الثالث دور الجهاز في تفعيل المشاركة الشعبية في مكافحة الفساد.

المطلب الأول

التطوير المؤسسي لمكافحة الفساد

تتوقف الخطوة الأولى في مكافحة الفساد على تطوير المؤسسات المعنية بهذا الأمر، ويتوقف تحديد القدر المطلوب من

التطوير على حجم هذه الظاهرة في المجتمع، فإذا كان الفساد قد وصل إلى حد الاستيطان في الدولة لدرجة أن دولة ما كمصر أصبحت تحتل مكانة مرموقة بين الدول الأكثر فسادا في العالم فلا شك أن هذه الدولة تحتاج إلى إصلاحات جوهرية فلا تصلح معها الحلول الجزئية التي قد تكون مجدية في الدول التي لم يصل الفساد فيها إلى نفس الدرجة المتقدمة.

فعندما يكون الفساد مستشريًا ومتغلغلا حتى أصبح يقتات على نفسه ويولد مزيدا من الفساد⁽¹⁾ فهذا يوجب أن يكون الإصلاح مؤسسيا يعتمد على الشمول والتكامل⁽²⁾، ليتم القضاء على كافة أسبابه وأشكاله والحد من عوامل انتشاره وأسباب ضعف القدرة على مواجهته، وهو ما يتم عن طريق تشكيل جهاز متكامل لمكافحة الفساد يجمع كل الأجهزة المعنية وهي الأجهزة الرقابية والجهاز القضائي وأجهزة التنفيذ، ويضمن له الإستقلال التام في عمله خاصة عن السلطة التنفيذية، وهذا بالتأكيد سيقضى على أهم المعوقات التي تعيق عمل هذه الأجهزة متفرقة وعلى تبعية بعضها للسلطة التنفيذية.

أولاً: تشكيل الجهاز واستقلاله :

يتكون جهاز مكافحة الفساد من نفس السلطات التي تقوم بهذا العمل وهي الأضلاع الرئيسية الثلاث لمثلث مكافحة الفساد التي لا غنى عنها، حيث يلزم قيام سلطة برصد الفساد وكشفه لأنه جريمة تتسم بالسرية وهي سلطة الرقابة، ويتبع ذلك قيام سلطة بمحاكمة من

- 1 - الفساد والحكم الرشيد / ورقة مناقشة رقم ٣ ص ٧ - برنامج الأمم المتحدة الإنمائي - شعبة التطوير وإدارة الحكم - مكتب السياسات الإنمائية بنيويورك - يولية ٢٠٠٧.
- 2 - أحمد أبو دية / حول الفساد ، مفهومه مظاهره - أسبابه - أشكاله - آليات التغلب عليه - الائتلاف من أجل النزاهة والمسائلة - امان على العنوان الإلكتروني www.0aman-palestine0org.

يتم ضبطه وهي السلطة القضائية، وأخيرا تتولى سلطة أخرى تنفيذ الأحكام على من تتم ادانته.

وعلى ذلك يتشكل الجهاز من السلطات الآتية مرتبة حسب مراحل مكافحة.

١- سلطة الرقابة : وهي تمثل رأس الحربة في مقاومة الفساد والمرحلة الأولى من مراحل هذه المقاومة وعليها تبنى باقى المراحل.

٢- السلطة القضائية : التي تتولى المحاسبة والفصل فيما تكشفه الرقابة ووضع النصوص القانونية موضع التطبيق .

٣- سلطة تنفيذ الأحكام : التي تقوم بوضع الأحكام الصادرة موضع التنفيذ واتخاذ الاجراءات اللازمة لمساعدة السلطات الرقابية والقضائية.

وبجمع هذه السلطات فى جهاز واحد تأخذ عملية مكافحة شكلا آخر إذ تستقل هذه السلطات عن الجهات التي كانت تابعه لها وتخضع لرئاسة الجهاز التي يجب أن تضمن لها الإستقلال، وهذه أهم نتائج تأسيس الجهاز وإلا فلا معنى لوجود الجهاز فى ظل خضوع كل سلطة من سلطاته للجهة التي كانت تابعة لها قبل ذلك، وهذا الإستقلال يضمن بالضرورة الجدية فى تحقيق الغرض الذى من أجله أنشئ الجهاز، لذلك سنتحدث أولا عن رئاسة الجهاز واستقلاله، ثم عن نتائج استقلال الجهاز الناتج عن استقلال رئاسته.

أ- رئاسة الجهاز:

يعد العنصر القضائي هو العنصر الأهم فى عملية مكافحة الفساد للدور الذى يقوم به وهو حماية المصالح العامة والخاصة بوضع القواعد القانونية موضع التطبيق والفصل فيما تكشفه الرقابة من وقائع فساد، كما أن القضاء هو السلطة الوحيدة التي تتمتع بالاحترام والتقدير فى نفوس العامة لأداة المشرف ودورة فى نظام

النزاهة الوطنية وهو ما يحقق المصداقية والثقة للجهاز فى نفوس الأفراد على أساس أن السلطة القضائية هى الأقل فسادا والأكثر استقلالا بين السلطات العامة فى الدولة بشهادة المؤسسات الدولية المعنية بمكافحة الفساد^(١) والتي لا تتوانى عن التصدى للسلطة التنفيذية وتكشف تورطها فى وقائع فساد كتصديها لتزوير الانتخابات وإصدارها أحكاما متعددة بفساد العملية الانتخابية، وهى التى تضمن استقلال الجهاز.

* و تتضح أهمية الدور القضائى فى حماية المجتمع من الفساد وإدراك السلطة التنفيذية لهذا الدور من النظر إلى بعض القوانين التى وصفت بأنه تقن الفساد أو أنها سترتب فسادا بحكم القانون^(٢) وذلك لأنها تمنع الأفراد من الطعن على العقود الحكومية بالإلغاء أمام القضاء، لأنها تعلم من السوابق القضائية أن القضاء لن يتردد فى التصدى لآى عقد معيب وإلغاؤه، وأن القضاء سلطة مستقلة وأن هذا الإستقلال قد رسخ فى عقيدة أعضاء السلطة القضائية فلا يمارسون أعمالهم إلا فى ظل الإستقلال التام عن السلطة التنفيذية، وهو المطلوب فى مكافحة الفساد.

ب- ضمان استقلال الجهاز:

يأخذ عنصر الإستقلال لرجال السلطة القضائية التابعة للجهاز أهمية خاصة لأن هذا الإستقلال وان كان لازما فى تائر المنازعات الا أن له أهمية خاصة عند نظر قضايا متعلقة بالفساد نظرا لطبيعتها وتعلقها فى أحيان كثيرة بزوى المناصب العليا وأصحاب النفوذ^(٣).

- 1 - منظمة الشفافية الدولية / دراسة حول نظام النزاهة الوطنى - مصر ٢٠٠٩ - ترجمة شركة التنمية العالمية - مصر - ص ٩٨.
- 2 - سليمان عبد المنعم / الفساد بأمر القانون - مقال بجريدة الأهرام فى ١٢ - ٦ - ٢٠١٤.
- 3 - المستشار سري صيام / دور أجهزة القضاء والتنفيذ فى مكافحة الفساد - المؤتمر العربى الدولى لمكافحة الفساد - مرجع سابق ج ٢ ص ٨٢٩.

كما أن استقلال جهاز مكافحة الفساد يقتضى استقلال رئاسته عن باقى السلطات خاصة عن السلطة التنفيذية وقد جاء اقتراح إسناد رئاسة الجهاز للسلطة القضائية التى تعتبر إحدى السلطات داخل الجهاز لضمان هذا الإستقلال حيث أن أعضاء هذه السلطة قد تفرسوا على هذا الإستقلال وهو أمر مشهود لهم ، ولتأكيد هذا الإستقلال المأمول يجب ان يخضع إختيار أعضاء الجهاز من السلطة القضائية لقواعد مشددة للتأكد من صلاحية كل منهم للقيام بهذه المهمة الخطيرة، وهذه القواعد وإن كانت لازمة لكافة أعضاء السلطة القضائية وكافة العاملين فى الجهاز من السلطات الأخرى الا أنها فى جانب السلطة القضائية تأخذ أهمية خاصة، وأهم هذه القواعد :

١- توافر النزاهة : ويلزم لتوافر هذا العنصر التدقيق الخاص عند الإختيار حيث يتم إختيارهم ممن يتصفون بالأخلاق الحميدة والمشهود لهم بالنزاهة التامة والالتزام بالقيم الأخلاقية والدينية والاستعصاء على الترغيب والترهيب (١).

٢- وضع قواعد لتحقيق الإستقلال : نظرا لأن الجهاز يستمد استقلاله من استقلال من استقلال السلطة القضائية العاملة به واستقلال رئاسته فينبغى وضع قواعد خاصة لضمان تحقيق هذا الإستقلال فعلا ومنها :

- ألا يكون أى عضو من أعضاء السلطة القضائية التابعة للجهاز قد سبق نديه للعمل فى السلطة التنفيذية ، حتى لا يؤثر ذلك على حياده إذا عرضت عليه قضية فساد متعلقة بالجبهة التى كان منتدبا إليها ، وألا يسمح له بالإنتداب إلى هذه السلطة فى حالة ترك عمله بالجهاز لنفس العلة، أى حتى لا يؤثر ذلك فى عمله إذا عرضت عليه قضية متعلقة بالجبهة التى يأمل فى الإنتداب إليها.

- أن يكون التفتيش على أعضاء الجهاز من السلطة العليا للجهاز
التي تضم ممثلين عن الجهات المكونة له أو من سلطة يتم تشكيلها
بمعرفة رئاسة الجهاز.

ثانياً : نتائج استقلال جهاز مكافحة الفساد :

يعتبر عنصر الإستقلال أهم عناصر نجاح جهاز مكافحة
الفساد في أداء الغرض الذي أنشئ من أجله فبمقتضاه يتخلص نظام
مواجهة الفساد بأكمله من أهم المعوقات التي تعيق نجاحه، ففي
مصر تحديدا يرجع فشل نظام مكافحة الفساد إلى افتقار الأجهزة
المعنية بهذا الأمر إلى الإستقلال التام عن السلطة التنفيذية بشهادة
الأجهزة الحكومية ذاتها^(١)، فاستقلال الجهاز يرفع عن بعض
مكوناته أية ضغوط قد تتعرض لها من الجهات التابعة لها ، ويوفر
للأخرى الوقت الكافي لإنجاز الفصل في جرائم الفساد بعيدا عن
الجرائم الأخرى التي تشغل معظم أوقاتها.

فأول ما يترتب على إنشاء جهاز مكافحة الفساد استقلال
الأجهزة الرقابية عن تبعيتها للسلطة التنفيذية، كما يساعد استقلال
الجهاز وتفرغه للتصدى للفساد مزيدا من الوقت للسلطة القضائية
الداخلية للجهاز مما يحقق سرعة إنجاز الفصل في جرائم الفساد،
ويساعد هذا الإستقلال سلطة تنفيذ الأحكام على تادية هذا الواجب
بعيدا عن أية ضغوط : كما يلي :

١ - استقلال الأجهزة الرقابية :

تتعدد الأجهزة الرقابية العاملة في حقل مكافحة الفساد
وتدور كلها في فلك السلطة التنفيذية، وتتسلسل الجهات التنفيذية
التي تتبعها الأجهزة الرقابية بدءا من رئاسة الجمهورية وهي رأس
السلطة التنفيذية التي يتبعها أهم الأجهزة الرقابية وهو الجهاز

1 - وزارة التنمية الإدارية - لجنة الشافوية والنزاهة - التقرير الثاني -
أولويات العمل وآلياته أغسطس ٢٠٠٨ ص ٢ .

المركزي للمحاسبات، إلى رئاسة الوزراء التي تتبعها هيئة الرقابة الإدارية إلى وزارة العدل والتي تتبعها النيابة الإدارية وهذه التبعية بلا شك لها أكبر الأثر في نظام المافحة بأكملها، فهو يعنى أن السلطة التنفيذية ستكون المراقب والمراقب عليه في نفس الوقت وهو ما يخالف المبادئ الرقابية السليمة، حيث تقوم هذه السلطة باستغلال الأموال العامة لتوفير الخدمات وإدارة المرافق العامة وهذا هو المجال الخصب للفساد.

فجدية العملية الرقابية تقتضى ألا تكون الأجهزة الرقابية تابعة لهذه السلطة، على الأقل هذه الأجهزة الثلاثة لأنها الأجهزة الرئيسية في العملية الرقابية وتمثل أهمية خاصة في مكافحة الفساد⁽¹⁾، حيث تملك السلطة التنفيذية من الوسائل ما يمكنها من إلزام الأفراد باتباع القواعد القانونية عند تعاملهم معها بينما لا يملكون هم هذه القدرة عندما تحيد السلطة التنفيذية عن واجبها، فيبحث كل منهم عن أى طريق ليتمكن من قضاء حاجاته ومصالحه ومن أولها دفع الأموال، فجدية الرقابة تقتضى استقلال الأجهزة الرقابية عن هذه السلطة التي تنصب عليها عملية الرقابة، وتتضح هذه التبعية من العرض التالى :

أ. الجهاز المركزي للمحاسبات :

ينظر إلى الجهاز المركزي للمحاسبات على أنه جهة المراقبة الأساسية على السلطة التنفيذية والقطاع العام⁽²⁾، وهو جهاز تابع لرئيس الجمهورية بنص القانون⁽³⁾ الذى يقضى بأن الجهاز المركزي " هيئة مستقلة ذات شخصية اعتبارية عامة تتبع رئيس

- 1 - وزارة التنمية الإدارية / لجنة الشفافية والنزاهة - التقرير الثاى - اولويات العمل وآلياته ص ٢ - اغسطس ٢٠٠٨ .
- 2 - منظمة الشفافية الدولية / دراسة حول نظام النزاهة الوطنى فى مصر - مرجع سابق ص ٩١ .
- 3 - القانون رقم ٤٤ لسنة ٨٨ بشأن اصدار قانون الجهاز المركزي للمحاسبات - الجريدة الرسمية العدد ١٥٧ فى ٢٢ - ٨ - ١٩٤٢ .

الجمهورية..^(١) فهذه التبعية تعيق عمل الجهاز وتؤثر على حياده على اعتبار أن رئيس الجمهورية هو رئيس السلطة التنفيذية وهي في نفس الوقت السلطة التي ينصب عليها العمل الرقابية للجهاز.

وتؤكد تبعية الجهاز لرئيس الجمهورية عندما ينص القانون^(٢) على أن رئيس الجهاز يعين بقرار من رئيس الجمهورية، ومع ذلك كان هناك بعض الإستقلال لرئيس الجهاز على الأقل بعد صدور قرار تعيينه حتى انتهاء مدة رئاسته وهي أربع سنوات فقد كان القانون المذكور لا يجيز إعفاء رئيس الجهاز من منصبه، وحتى هذه الضمانة تم القضاء عليها ومصادرتها بالقانون رقم ٩٨ لسنة ٢٠١٥ الذي نص على اختصاص رئيس الجمهورية بإعفاء رؤساء وأعضاء الهيئات المستقلة والأجهزة الرقابية من مناصبهم^(٣)، وهذا الاختصاص لرئيس الجمهورية بالتعيين والعزل ولو لم تنتهي مدة رئاسته للجهاز وهي خمس سنوات يؤثر على استقلال الجهاز لما له من دور هام في أداء الجهاز لعمله لأنه يجعل التعيين أو البقاء في المنصب رهنا بإرادة رئيس الجمهورية.

وهذه المسألة المتعلقة بتبعية الجهاز المركزي للمحاسبات لرئيس الجمهورية تحديدا كانت محل نقد في التقارير الدولية المتعلقة بدراسة نظام النزاهة الوطني في مصر^(٤)، ففي حين اعتبرت هذه الدراسات أن أهم مظاهر الإستقلال الجزئي يتمثل في تحصين رئيس

- 1 - مستبدلة بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٩٨ - الجريدة الرسمية العدد ٢٤ تابع في ١١ - ٦ - ١٩٩٨ م .
- 2 - المادة (٢٠) مستبدلة بالقانون ١٥٧ لسنة ١٩٩٨ .
- 3 - قرار بقانون رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٥ الجريدة الرسمية في ١١ - ٧ - ٢٠١٥ .
- 4 - منظمة الشفافية الدولية / دراسة حول نظام النزاهة الوطني في مصر - مرجع سابق ص ٩١٠

الجهاز من العزل قبل انتهاء فترة رئاسته وأوصت بفك تبعية الجهاز لرئيس الجمهورية بشكل كامل بسحب الاختصاص بتعيينه من رئيس الجمهورية، فجاء القانون الأخير رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٥ لينسف ما تبقى من استقلال الجهاز على الأقل في فترة الأربع سنوات التي كان رئيس الجهاز محصنا فيها من العزل فأصدر القانون المذكور هذه الحصانة، وبينما طالبت دراسة دولية مشتركة مع الحكومة المصرية^(١) بمد التحصين من العزل ليشمل جميع أعضاء الجهاز لضمان نجاح الجهاز إذ بالقانون المذكور يهدر هذا التحصين من العزل لرئيس الجهاز ويساوى بينه وبين باقي العاملين في الجهاز ليس في التحصين من العزل بل في القابلية للعزل.

ب- هيئة الرقابة الإدارية :

أما هيئة الرقبة الإدارية فهي أكثر خضوعا للسلطة التنفيذية، فهي تخضع لرئيس الوزراء أي رئيس الحكومة التي يفترض أن تقوم الهيئة بمراقبتها، حيث ينص القانون على أن "هيئة الرقابة الإدارية هيئة مستقلة تتبع رئيس المجلس التنفيذي"^(٢) ويتم تعيين رئيسها بقرار من رئيس الجمهورية بناء على ترشيح من رئيس المجلس التنفيذي، ويكون تعين ثائر أعضاء الهيئة وترقيتهم وعلاواتهم ونقلهم بقرار منه، كما يجوز إعاره أعضاء الرقابة الإدارية للعمل بوزارة الحكومة ومصالحها والهيئات العامة أو إلى الحكومات الأجنبية بقرار من رئيس المجلس التنفيذي^(٣).

فهذه النصوص تبين بوضوح مدى خضوع هذه الجهة للسلطة التنفيذية فبالإضافة إلى سلطة رئيس الوزراء في تعيين رئيس الهيئة

- 1 - البنك الدولي - مركز المعلومات دعم اتخاذ القرار - الاطار القانوني والمؤسس لمكافحة الفساد الإداري ص ٥٤.
- 2 - المادة (١) من القانون رقم ٥٤ لسنة ٦٤.
- 3 - م (١٣) ، م (٢٣) .

وسائر أعضائها ونقلهم. وهذا يبين مدى سيطرة السلطة التنفيذية على هذه الهيئة، يأتي النص على إمكانية إعارة أى عضو بالهيئة للعمل بالوزارات المختلفة لمدة سنتين ثم يعود إلى عمله بالرقابة بعد هذه المدة فهذا بالضرورة لا بد أن يؤثر على حياده حال قيامه أى عمل رقابى على الوزارة أو المصلحة التى كان معار إليها سابقا ، كما أن هذا النص يؤثر على حياد وجدية أى عضو بالهيئة ابتداءا إذا كان هذا العضو يمتح إلى الإعارة لأى وزارة أو جهة حكومية حيث يعتمد هذا العضو مجاملة هذه الجهة على حساب واجبه الرقابى وعدم تأدية هذا الواجب بالشكل المطلوب.

جـ- النيابة الإدارية (١) :

من تبعية الجهاز المركزى للمحاسبات لرئيس الجمهورية إلى تبعية هيئة الرقابة الإدارية لرئيس الوزراء ثم إلى تبعية النيابة الإدارية إلى وزير العدل تكتمل تبعية الجهات الرقابية الرئيسية إلى السلطة التنفيذية، فرئيس وأعضاء النيابة الإدارية يتبعون وزير العدل ولوزير العدل حق الرقابة والإشراف على النيابة وأعضائها (٢) فهذا النص يوضح بجلاء مدى هيمنة السلطة التنفيذية على النيابة الإدارية، فهى تابعة لوزير العدل وله الإشراف والرقابة عليها وعلى أعضائها فمإذا يبقى لها فى حرية الرقابة دون ارادة الوزير. فالعمل الرقابى يتطلب حماية أعضاء النيابة الإدارية وتحصينهم واعتبارهم غير قابلين للعزل أسوة بأعضاء مجلس الدولة والنيابة العامة حتى تكون لهم القدرة على مباشرة اختصاصاتهم الموكلة اليهم على أكمل وجه (٣).

١ - القانون رقم ١١٧ منشأة بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ م .

٢ - م (١) مستبدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ٨٩ .

٣ - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار - الاطار القانونى والمؤسسى لمكافحة

الفساد - مرجع سابق ص ٦٨ - ٦٩ .

* نتائج التبعية على العملية الرقابية :

عندما يحرص المشرع المصري على إبقاء الأجهزة الرقابية وعلى رأسها هذه الأجهزة الثلاثة خاضعة للسلطة التنفيذية فإنه يعتبر حريصا بنفس الدرجة على عدم مسائلة السلطة التنفيذية إلا على ما تريد ان تكشف عنه لإرضاء الرأي العام ، فكل هذه الأجهزة تدور في فلك السلطة التنفيذية وتتدرج في التبعية في سلم هذه السلطة من أعلى إلى أسفل، لذا يمكن القول إن أهم نقاط الضعف التي تعاني منها جميع أجهزة مكافحة الفساد بلا استثناء تتمثل في تبعيةها للفرع التنفيذي^(١).

فالمبادئ الرقابية السليمة تقتضى استقلال أجهزة الرقابة عن السلطة التنفيذية حتى لا تتحول إلى أجهزة سياسية تتبع المسؤولين ولا تراقبهم^(٢) وهذا الإستقلال ينبغي أن يكون منظما وفي إطار خطة شاملة لإعادة هيكلة نظام مكافحة الفساد بأكمله، فهذا النظام يشبه المثلث المكون من ثلاثة أضلاع وتعتبر الرقابة هي قاعدة هذا المثلث حيث تمثل أولى مراحل مكافحة الفساد ويترتب نجاحها نجاح باقي مراحل مواجهه ، فإذا لم تتاح للرقابة الحرية التي تمكنها من فتح أى ملف من ملفات الفساد بدون أية ضغوط أو موانع سيظل الفساد بعيدا عن المحاسبة فقط مع أنه ظاهرا للعيان يأكل الأخضر واليابس ويذهب بمقدرات البلاد إلى قلة فاسدة.

* تنظيم استقلال الرقابة

يعد التنظيم المقترح لجهاز مكافحة الفساد واعتبار سلطة الرقابة جزءا أصيلا من هذا الجهاز هو أفضل الوسائل لتخليص الرقابة من

- 1 - منظمة الشفافية الدولية - دراسة حول نظام النزاهة الوطني في مصر - مرجع سابق ص ١٤٤.
- 2 - عادل عبد العزيز / دور الثقافة التنظيمية والعدالة الاجتماعية في مكافحة الفساد ص ٣٣ - جامعة الدول العربية.

تبعيتها للسلطة التنفيذية، فهو يمثل الحل الشامل لتبعية جميع الأجهزة الرقابية لهذه السلطة من ناحية اعتبار الرقابة وحدة متكاملة داخل الجهاز وبالتالي لن تكون منفصلة عن بعضها وأقصى ما فى الأمر قد تكون هناك وحدات متعددة تحت مظلة إدارة الرقابة بالجهاز، وبذلك تخرج الرقابة بأكملها من الخضوع والتبعية للسلطة التنفيذية وليس جهاز واحد فقط من الأجهزة العاملة فى مجال الرقابة كما ذهبت إلى ذلك بعض الدراسات.

ففى حين ذهبت بعض الدراسات الدولية^(١) إلى ضرورة إعادة النظر فى تبعية الجهاز المركزى إلى السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية ليصبح تابعا للسلطة القضائية، ذهبت دراسة أخرى حكومية دولية مشتركة إلى تحويل هذا الجهاز إلى محكمة محاسبات بعد إمداده بالعنصر القضائى واعتبار الأعضاء الحاليين فى الجهاز أعضاء فنيين^(٢)، فهذه المقترحات وإن كانت قريبة مما نذهب إليه إلا أنها تقتصر على الجهاز المركزى فقط دون باقى الأجهزة الرقابية، أما مانحن بصدده فى معنى إخراج العملية الرقابية بأكملها من هيمنة السلطة التنفيذية فى ضوء تنظيم كامل لنظام مكافحة الفساد.

ثانياً: الإستقلال وسرعة الفصل فى جرائم الفساد:

يبدو أن هذا التطوير لنظام مكافحة الفساد يقضى على كل المعوقات التى تشوب عمل كافة المؤسسات المعنية بمكافحة الفساد ومنها جهاز القضاء الذى يتولى الفصل فى جرائم الفساد حيث تشكل أزمة طول اجراءات المحاكمة أحد الأسباب الهامة من أسباب انتشار الفساد والحد من فعالية الإجراءات التى تتخذ لمواجهة لأن بطء اجراءات التقاضى يؤدي إلى عدم ردع الفاسدين وعدم اكتراث الغير

1 - منظمة الشفافية الدولية / مرجع سابق ص ٩٠ .

2 - البنك الدلى ومركز دعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء / الاطار القانونى والمؤسسى لمكافحة الفساد فى مصر - مرجع سابق ص ٥٥

بالعقوبة التي تأتي متأخرة ويتذكر الناس الجريمة ولا يتذكرون العقوبة^(١).

فالإشكال هنا ليس في نقص النصوص القانونية التي ترصد عقوبات الجرائم الفساد أي الردع القانوني لكنها تتمثل في أن هذه النصوص لا يتم تفعيلها بالشكل المناسب ، وهذا يؤدي إلى اهتزاز الثقة بجهاز القضاء - مع أنه ليس مسؤولاً عن ذلك - وتنامي الشعور بأن القانون لا يطبق بالتساوي على الكافة^(٢)، فالإصرار على مواجهة جرائم الفساد ومعاملتها بالأساليب التقليدية كغيرها من الجرائم ووضعها ضمن طابور الجرائم التي تنتظر دورها أمام المحاكم وعدم مواجهتها بنظام خاص يسمح للقضاء بتسريع اجراءات الفصل فيها يؤدي إلى إفلات الكثيرين من العقاب^(٣) أو عدم جدوى العقوبة.

فليس من المعقول ان تستغرق مدة المحاكمة في جرائم على هذه الدرجة من الخطورة كجرائم الفساد عشرات السنين مما يتيح الفرصة لهروب المتهمين إلى الخارج خاصة ممن يكونوا مقربين من السلطة وتمكن آخرين من طمس الأدلة والتأثير على الشهود أو فقدهم للسفر أو الوفاة ، ويرجع ذلك إلى كثرة الأعباء الملقة على عاتق القضاء وعدم وجود قضاء مخصص لجرائم الفساد، فأصبح الفساد جريمة

1 - د . طارق خضر / مقال على موقع الاهرام بعنوان - دوائر الفساد ومؤتمر العدالة قانونيون يطرحون حلولاً لازمة بطء الفصل في القضايا في ١٠ / ١٢ / ٢٠١٤ على العنوان

• <http://gate0ahtram0org0eg/newg/5712190aspx>

2 - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار / دراسة لاسباب الفساد في مصر - مرجع سابق ص ١٥ .

3 - عادل عبد العزيز السن / مكافحة اعمال الرشوة - مكافحة الفساد في الوطن العربي - المنظمة العربية للتنمية الإدارية - جامعة الدول العربية - القاهرة ٢٠٠٩ م .

منظمة لعدم تحقق الردع المنشود من العقوبة ولم يعد هناك رادع الا
الرادع الذاتي لمن يملك حصانة ذاتية ضد الفساد.

* لذا يجب اللجوء إلى نظام يتسم بالفعالية والمرونة والسرعة
ليتمكن من الحد من هذه الظاهرة بعد تحديد أسباب الفشل في النظام
الحالي وذلك بتطوير جهاز مكافحة الفساد الإسلامي لأن دوافع إنشأوة
في الوقت الراهن تتشابه إلى حد بعيد مع كان عليه الحال وقتها
وعدم تحمل المجتمع نتيجة أى قصور في مكافحة الفساد وازدياد
معدل هذه الجريمة، فقابل الأوائل هذه المستجدات بإنشاء هذا النظام
الذى يتبين من تشكيلة أنه يهدف أولاً إلى الفصل المباشر فى هذه
الجرائم دون أى تأخير، حيث يجمع هذا الجهاز بين كافة الأطراف
التي تعتبر ضرورية لصدور الحكم فى الحال، وهذا ما يحققه هذا
الجهاز المفترض حيث يجمع بين شهود الإثبات والمتمثل فى الرقابة
والأدلة التي جمعتها ، والقضاء الذى يحكم بناء على هذه الادلة بعد
سماع دفاع المتهم ، وأجهزة التنفيذ المختصة بضبط المتهم
وإحضاره وتنفيذ الحكم .

ثانياً - الإستقلال وضمان تنفيذ الأحكام :

لعل أبرز الأسباب التي دفعت إلى تطوير نظام العدالة الإسلامى
هو ضمان تنفيذ الأحكام على بعض الأفراد ممن يعتبرون مراكز قوة
فى المجتمع بسبب السلطة أو النفوذ، ونظرا لما يمثله تنفيذ الأحكام
من أهمية تم تطوير النظام المعمول به فى مواجهة الجرائم لضمان
تنفيذ الأحكام على هؤلاء التي تدخل غالبا تحت ما بات يعرف الآن
بالفساد، فمن الثابت عندهم أن صدور الأحكام وعدم تنفيذها يعد نوعا
من العبث أو على حد قول عمر بن الخطاب رضى الله عن فى
رسالته لأحد القضاة " واعلم أنه لا ينفع التكلم بحق لا نفاذ له " (١)،

١ - ابن القيم / إعلام الموقعين ج١ - ص ٩١ - مطبعة المدنى - القاهرة

فكان من أسباب وجود هذه الولاية واختصاص أصيل من اختصاصاتها تنفيذ ما يعجز عن تنفيذه القضاة لما للتنفيذ من قيمة وفعالية في مقاومة الجريمة لا تقل عن الحكم ذاته.

فالأحكام القضائية إذا لم تقترن بوسائل تنفيذها تفقد قيمتها وتعتبر كأن لم تكن وبالتعبير المعاصر تفرغ حق اللجوء إلى القضاء ومباشرة الدعوى الجنائية من كل مضمون^(١)، ومن هنا كان من أهم أعضاء مجلس المظالم الذي يتصدى للفساد من يتمكنون من التنفيذ الفوري للأحكام وهم الحماة والأعوان، أي كبار القادة ورجال الشرطة الذين لا يأمرون إلا بأوامر رئيس المجلس، ولنفس السبب يجب أن يكون هؤلاء أحد الأعمدة الرئيسية في جهاز مكافحة الفساد فيكون استقلالهم من استقلاله.

فجرائم الفساد الكبرى والمؤثرة والتي تعرف بالفساد الكبير التي يترتب عليها ضياع أموال الدولة أو نهب الدولة مثل عمليات توريد السلع والمعدات مرتفعة الثمن ومشاريع البنية التحتية والمعدات العسكرية^(٢) والفساد السياسي، دائما يكون أبطالها كبار المسؤولين وهؤلاء أقدر من غيرهم على استعمال الوسائل الحديثة للإفلات من تنفيذ العقوبات سواء كانت عقوبات سالبة للحرية أو عقوبات مالية، خاصة مع تعدد طرق تهريب الأموال إلى الخارج^(٣)، وهذا بالضبط ما حدث في إحدى جرائم الفساد الكبرى والتي تعدت فقدان الأموال

1 - احمد فتحي سرور / التشريع الجنائي الدستوري ص ٥٢٢ - ط دار الشروق ٢٠٠٢ م

2 - حاحة عبد العال / الآليات القانونية لمكافحة الفساد ص ٢٧ - رسالة دكتوراه بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خضير بكرة - الجزائر ٢٠١٢ - ٢٠١٣ م .

3 - سري صيام / دور أجهزة القضاء والتنفيذ في مكافحة الفساد / المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد - أكاديمية نأيف مرجع سابق ص ٨٣٦ ج ٢ .

إلى فقدان أكثر من ألف شخص حين سمح للمسئول الأول عن هذا الحادث بالهروب إلى الخارج بعد أن أثبتت التحقيقات أنه المسئول الأول عن الحادث، وتم أيضا السماح له بتحويل أمواله إلى الخارج وتهريبها.

فمن أهم أسباب انتشار الفساد في الفترة الأخيرة هو التنفيذ الإنتقالي للقانون، حيث يتوقف تنفيذ الأحكام القضائية على نفوذ المحكوم ضده فإذا كان هذا الشخص ذو حيوية سياسية أو مالية وهو الغالب في جرائم الفساد الكبرى لا يتم تنفيذ الحكم^(١) مما أفقد القانون هيئته في نفوس الأفراد وأصبح ذلك مدعاة للتحايل عليه، ففي الواقعه المشار إليها وغيرها كثير لم تكن أجهزة تنفيذ الأحكام عاجزة عن اتخاذ اللازم تجاه المتهم بل تم تسهيل خروجه من البلاد على مرأى ومسمع من الجميع وبعد ذلك تم استصدار أمر بمنعه من السفر نتيجة لتواطؤ بعض أصحاب النفوذ السياسي مع هذا المتهم، ومرجع ذلك كله عدم استقلال أجهزة تنفيذ الأحكام خاصة في وقائع الفساد فيتم التأثير عليها من أصحاب القرار والمصلحة في ذات الوقت.

وهذا يظهر بجلاء أهمية استقلال هذه الأجهزة التي يتصل عملها بجرائم الفساد عن السلطة التنفيذية إذ يقترن ارتكاب جرائم الفساد الكبرى بذوى النفوذ السياسي والتنفيذي وربطها مباشرة بالجهة التي تصدر الأحكام وأوامر الضبط والمنع من السفر وكافة الإجراءات، ولا يتخذ هذا الإستقلال جدواه ولا يحقق الدافع إليه إلا إذا كان مرتبطا بسياسة شاملة لمقاومة الفساد في ظل استقلال كافة الأجهزة المعنية، وهو ما يتحقق من خلال إنشاء جهاز مكافحة

1 - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار / دراسة تحليلية لاسباب الفساد في مصر ص ١٥ - مرجع سابق .

الفساد الذي يعتمد في الأساس على استقلال كافة الأجهزة الرقابية والقضائية والتنفيذية وهي الأجهزة المعنية بمكافحة الفساد.

وقد أدرك المجتمع الدولي الأهمية القصوى لتنفيذ الأحكام القضائية في جرائم الفساد وعدم جدوى أى جهود تتخذ لمكافحة هذه الجريمة فى ظل عدم ضمان تنفيذ هذه الأحكام لعدم توافر الإستقلال اللارم لكافة أجهزة مكافحة الفساد فنصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على أن " تتخذ كل دولة طرف..... ما قد يلزم من تدابير لضمان وجود هيئة أو هيئات متخصصة أو أشخاص متخصصين فى مكافحة الفساد من خلال إنفاذ القانون وتمنح تلك الهيئة أو الهيئات أو هؤلاء الأشخاص ما يلزم من الإستقلالية لكي يستطيعوا أداء وظائفهم بفاعلية ودون أى تأثير لا مسوغ له " (١).

المطلب الثانى

التطوير العملى فى مواجهة الفساد

يقتضى التنظيم الجديد لجهاز مكافحة الفساد أن يمتد هذا التنظيم ليشمل نشاط الجهاز وكيفية قيامه بمهامه حيث يختلف هذا التنظيم فى الوضع الجديد عما الوضع القائم والناجى عن تبعية كل جهة من الجهات الثلاث المعنية بهذا الأمر إلى سلطة مختلفة، وقد يكون نوعا واحدا من العمل كالعمل الرقابى مقسم بين عدة هيئات وأجهزة مختلفة تابعة لجهات مختلفة تعمل دون أى تنسيق بينها مما أدى إلى تشتت مكافحة بين سلطات متعددة وحتى فى النشاط الواحد بين عدة جهات، مما أسفر عن تداخل الإختصاصات وانفصال كل جهة من الجهات الرئيسية المعنية عن الأخرى.

أما التنظيم الجديد فهو يخلق نوعا من التنسيق الكامل بين السلطات الثلاث القضائية والرقابية والتنفيذية من جهة، كما يساعد

على تنظيم العمل داخل كل سلطة فيقضى على تداخل الاختصاصات، فالسلطة الرقابية الممثلة في الجهاز والتي ستصبح إدارة واحدة يتم التنسيق الداخلي لعملها كنوع من تنظيم العمل داخل أى إدارة تقوم بأى نشاط، كما يمتد هذا التنسيق إلى التنسيق مع باقى سلطات الجهاز فيترتب على ذلك بالضرورة تفعيل لنتائج النشاط الذى تقوم به، والسلطة القضائية سيحقق لها هذا الجهاز التخصص المطلوب فى هذا النوع من الجرائم مما يزيد من كفاءتها المهنية فى مواجهة جرائم الفساد التى تختلف عن غيرها من الجرائم ، بينما يعزز هذا التخصص من قدرة سلطة تنفيذ الأحكام على مواجهة أساليب الإجرام المتطورة لهذه الجريمة.

أولاً : التنسيق فى مواجهة الفساد :

يترتب على توحيد الجهات العاملة فى مكافحة الفساد فى جهة واحدة إعادة تنسيق وتنظيم عمل هذه الجهة بما يتفق مع الوضع الجديد، وتفعيل نتائج عملها بعد أن أصبح هناك نوعاً من التواصل الكامل مع غيرها من وحدات الجهاز العاملة فى نفس المجال، ويتم تفعيل نتائج الرقابة نتيجة للتواصل المباشر مع السلطة القضائية بالجهاز، كما يضمن هذا التنسيق والتكامل تنفيذ الأوامر والأحكام القضائية لتعقب الجناة أو التحفظ عليهم واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع تبديد وضياع الأموال المنهوبة.

أ - تنسيق العمل الرقابى :

أثبت الواقع العملى المتبع فى الرقابة تداخل الاختصاصات بين الأجهزة الرقابية المختلفة نتيجة لتعدد هذه الأجهزة وعم التنسيق بينها ، ولكن تشكيل جهاز موحد لمكافحة الفساد يضم كافة الأجهزة المعنية بهذا الأمر واعتبار كل منها وحدة داخلية فى الجهاز سيقضى على مشكلة تعدد الجهات الرقابية خاصة وأن مصر لديها العديد من

الأجهزة الرقابية مقارنة بغيرها من الدول (١) وظالما ظلت هذه الأجهزة متعددة سيظل عدم التنسيق قائما وستظل هذه الأجهزة يمارس كل منها عمله على انفراد مما يشكل عبئا كبيرا على الجهات الخاضعة لرقابة هذه الأجهزة حيث يجب عليها أن تقوم بالتعاون معها جميعا وإعداد التقارير اللازمة لكل جهاز رقابي على حدة بدلا من قيامها بدورها الأساسي في تقديم الخدمات وزيادة الإنتاج .

ومن ثم يجب العمل على خلق نوع من التنسيق بين الأجهزة الرقابية لأن هذا التنسيق هو ما ينقص الرقابة في مصر الآن (٢) وقيام الدولة بإنشاء جهاز موحد لمكافحة الفساد وتوحيد الجهات الرقابية في جهة واحدة داخل الجهاز يضمن هذا التنسيق بل يتعداه حيث يصبح هذا التنسيق نوع من تنظيم العمل الداخلي للجهة المختصة بالرقابة داخل الجهاز ، وبذلك يتم وضع نصوص الدستور التي تلزم الهيئات والأجهزة الرقابية بالتنسيق فيما بينها في مكافحة الفساد (٣) موضع التنفيذ.

ب- ... القضاء على تداخل الاختصاصات :

وعلى جانب آخر يتكفل النظام الجديد بالقضاء على تداخل الاختصاصات بين الهيئات والأجهزة الرقابية وهو عيب آخر من عيوب النظام الرقابي يعتبر نتاجا طبيعيا لعدم التنسيق بين الأجهزة الرقابية، فعدم التنسيق لابد أن يتبعه تداخل الاختصاصات إذا كانت بعض هذه الأجهزة تقوم بنفس النوع الرقابة وهو ما يحدث عملا بين

- 1 - البنك الدولي - مركز العقد الاجتماعي / الاطار القانوني والمؤسسي لمكافحة الفساد الاداري في مصر ص ٧٣ - حسين محمود حسن ٢٠١٠ .
- 2 - د . يسرى العزباوى / المواجهه المحتملة - سبل وآليات مكافحة الفساد السياسي في مصر - المركز العربي للبحوث ٢٩ - ٣ - ٢٠١٤ م .
- 3 - تنص المادة (٢١٨) من الدستور على أن "تلتزم الهيئات والأجهزة الرقابية المختصة بالتنسيق فيما بينها في مكافحة الفساد " .

جميع الأجهزة الرقابية الرئيسية التي أشرنا إليها، حيث تتداخل اختصاصاتها بقيام أكثر من جهاز بنفس النوع من الرقابة. ففي مجال متابعة الخطأ وتقييم الأداء يتداخل اختصاص الجهاز المركزي للمحاسبات مع هيئة الرقابة الإدارية حيث يقوم كل منهما بنفس الدور، وفي مجال الرقابة للكشف عن المخالفة يقوم كل الجهاز المركزي وهيئة الرقابة الإدارية بنفس الدور، وفيما يتعلق بفحص شكاوى المواطنين يتداخل اختصاص الأجهزة الثلاثة أي الجهاز المركزي للمحاسبات وهيئة الرقابة الإدارية والنيابة الإدارية كما تختص بعض الجهات الأخرى بفحص هذه الشكاوى^(١).

٢- التنسيق بين الرقابة والقضاء:

تقتضى مكافحة الفساد الفعالة تفعيل دور كافة الأجهزة التي تقوم بهذا الواجب والتنسيق بينها، ومن أولها الأجهزة الرقابية، فليس المهم وجود نظام رقابي وأجهزة رقابية بل الأهم أن يكون هذا النظام فاعلا توضع نتائج النشاط الذي يقوم به موضع التطبيق، وإلا فما الفائدة من قيام أجهزة متعددة بالرقابة ورصد وقائع الفساد ثم لا يتم تفعيل نتائج هذا النشاط، فمرحلة الرقابة هي المرحلة الأساسية في مكافحة الفساد وعليها تبنى باقى المراحل، فبناء على ما ترصده الرقابة يقدم المتهم إلى المحاكمة، وبناء على دقة الرقابة وأدلة الإثبات التي تقدمها يتم القصاص من المتهم وينال جزاؤه من العقاب وما يتبعه من إجراءات التنفيذ.

ف طالما أن واقعه الفساد التي قامت الرقابة بكشفها هي في كل الأحوال جريمة فمن المفترض أن يكون طريقها بعد ذلك إلى القضاء وليس أدراج المسؤولين ليقول القضاء كلمته فيها كغيرها من الجرائم التي يتصدى لها وهذا هو الأساس فى مواجهة الجرائم ولهذا

1 - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار - مركز العقد الاجتماعي - دراسة تحليلية لاسباب الفساد فى مصر - مرجع سابق ص ٣٥ .

وجد القضاء، ولا مانع بعد ذلك من إرسال التقارير الرقابية إلى أي جهة أو سلطة لتتخذ ما يلزم من محاسبة سياسية أو إدارية تجاه الشخص أو الجهة التي تثبت إدانتها لتعزيز العقوبات التي يصدرها القضاء ولتلافى العيوب وتحسين العمل أو الخدمة لكن لا يجوز الاكتفاء بهذه التقارير وكأنها تقنى عن المحاكمة حتى لو تم بعد ذلك الإحالة إلى القضاء فالإحالة يجب ان تكون من الرقابة إلى القضاء مباشرة حتى لا تتم بصورة انتقائية أو تفرغ من مضمونها.

وهذا ما يتحقق من خلال التنسيق بين الأجهزة المختلفة داخل جهاز مكافحة الفساد والاتصال المباشر بين الرقابية والقضاء داخل هذا الجهاز الواحد، حيث تتخلص الأجهزة الرقابية من تبعيتها للسلطة التنفيذية وتكون تابعة فقط للجهاز المذكور باعتبارها مكون رئيسي من مكوناته، وهذه أول نتيجة من نتائج تشكيل هذا الجهاز ومن أهم الأهداف التي أنشئ الجهاز لتحقيقها، فإذا كان متصورا قبل استقلال العمل في مواجهة الفساد بما فيه العمل الرقابى أن تقوم الأجهزة الرقابية بإرسال تقاريرها إلى الجهات التابعة فلم يعد هناك أى وجه يبرر هذا العمل يعد ان تخلصت الأجهزة الرقابية التي كانت منفصلة قبل تطوير نظام مكافحة الفساد من هيمنة السلطة التنفيذية وأصبحت وحدة واحدة داخل جهاز مكافحة الفساد.

وقد أفرغ هذا النظام المعمول به حاليا نتائج عمل جميع الأجهزة الرقابية من مضمونها، لتحكم الجهات التي تتبعها هذه الأجهزة وانفرادها في التصرف في نتيجة الرقابة وعجز هذه الأجهزة عن تفعيل نتائج رقابتها بنفسها، فالجهاز المركزى للمحاسبات وهو الجهاز الأعلى للرقابة لا يملك السلطة ولا القدرة على مراقبة تنفيذ توصياته⁽¹⁾ فهو لا يملك الحق في الإحالة إلى المحاكمة مباشرة عند

1 - منظمة الشفافية الدولية / دراسة حول نظام النزاهة الوطني مصر ٢٠٠٩ ص ١٢.

اكتشاف مخالفة لم تستطع الجهة الإدارية تبريرها^(١) ويرسل ملاحظاتها على الموازنة العامة إلى رئيس الجمهورية وإلى البرلمان^(٢) وهذا يعد نتاجا طبيعيا لتبعية الجهاز للسلطة التنفيذية فإذا تعدى هذه التبعية وكشف عما لا يربق لهذه السلطة الكشف عنه حالت دون تفعيل نتائج رقابته .

ولا يغير من الأمر شيء إرسال التقارير الرقابية إلى البرلمان لأن البرلمان في بلادنا يعتبر انعكاسا للسلطة التنفيذية التي تحرص على السيطرة على الأغلبية فيه بشتى الطرق، لذلك اقتصر عمله على تشكيل لجان وقيام هذه اللجان بإعداد التقارير لكى يتم مناقشتها كإجراء روتينى أو تحويل هذه التقارير إلى الوزارات المختصة التى تمت فيها واقعة الفساد، دون ان تتم ملاحقة أى مسئول عن وقائع فساد رصدها الجهاز، وكيف يتم ذلك وقد يكون المتهم عن هذه الواقعة أحد أعضاء البرلمان^(٣) ومن الأغلبية، فإذا كان من المعارضة اتخذت فى مواجهته كافة الإجراءات على الفور.

بينما يقيد القانون الخاص بإنشاء هيئة الرقابة الإدارية سلطاتها فى التصرف فى نتيجة تحرياتهم ومقترحتهم بشرط لا يعقل وهو الحصول على موافقة رئيس المجلس التنفيذى الذى تقوم الهيئة بمراقبة حكومته والذى تطلب الرقابة مسائلة أحد أعضائها، ويتكفل القانون الخاص بالعمليين بالقطاع العام^(٤) بتقييد سلطة النيابة الإدارية فى التحقيق فى أخطر أنواع الفساد وهو فساد أصحاب

- 1 - البنك الدولي / مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار / الاطار القانوني والمؤسس لمكافحة الفساد فى مصر - مرجع سابق .
- 2 - م (٨) من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٨٨ .
- 3 - د . على الصاوى / البنى القانونية والمؤسسية لمكافحة الفساد فى مصر - مقال على الموقع الإلكتروني www0adelamer0com
- 4 - القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ م .

الوظائف العليا - الفساد الكبير - بالحصول على طلب سابق من رئيس مجلس الإدارة، ولا تملك التحقيق مع رئيس مجلس الإدارة نفسه إلا بطلب من رئيس الجمعية العمومية للشركة، معنى ذلك أنها لا تملك التحقيق في الجرائم الخطيرة لمجرد ان مرتكبها من شاغلي الوظائف العليا في القطاع العام.

وهذه الاستثناءات موجودة في قطاعات أخرى مثل الجامعات والبنوك والجمارك^(١) وحتى لو أمرت النيابة الإدارية بعقاب العامل فإن الجهة الإدارية التي يتبعها العامل تستطيع ان تحفظ هذه العقوبة أو أن توقع عقوبة مخالفة، وهذا يحد من قدرة النيابة الإدارية على تحقيق الردع لدى الموظفين ويفتح أبوابا للتستر على الفساد لإحجام الرؤساء الإداريين عن إحالة موظفيهم للتحقيق تجنباً لإسائة السمعة - أو أن تطالهم المسائلة - بغض النظر عن وقوع فساد من عدمه^(٢).

* وهذا القصور في دور الرقابة كان نتيجة طبيعية لعدم استقلالها عن السلطة التنفيذية و عدم الإتصال المباشر بينها وبين القضاء لكن بعد أن تتخلص الرقابة فعليا من هذه التبعية وتصبح جزءا من جهاز مكافحة الفساد الذي يجمع بين الرقابة والقضاء فإنها ستحيل واقعة الفساد المضبوطة مباشرة إلى سلطة القضاء بالجهاز فتسترد الرقابة سلطتها الحقيقية ويترتب عليها نتائجها إحالة أي مسئول إلى المحاكمة ، وبعد ان كان تقييد سلطة الرقابة معوقا كبيرا للعمل في مكافحة الفساد فقد بات في ظل النظام الجديد من الأمور التنظيمية التي يسهل التغلب عليها بتنظيم العمل داخل الجهاز والتنسيق بين وحداته.

- 1 - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار / دراسة تحليلية لاسباب الفساد في مصر ص ٣٥ .
- 2 - البنك الدولي / الاطار القانوني والمؤسس لمكافحة الفساد في مصر - مرجع سابق ص ٦٥ .

٣. التنسيق وضمان تنفيذ الأحكام والأوامر:

يتطلب اكتمال مكافحة الفساد الفعالة للفساد في كافة مراحلها تنسيق العمل بين أجهزة تنفيذ الأحكام مع باقي الأجهزة المعنية بذات المهمة وهي الأجهزة الرقابية والأجهزة القضائية لتسهيل الكشف والتعقب والقبض والتحفظ على الأشخاص والأموال وتنفيذ الأحكام^(١) فلا جدوى من إجراءات المراقبة والرصد والإسراع في إصدار الأحكام القضائية ما لم يقترن ذلك بالتنسيق مع أجهزة التنفيذ، لأن تطور أساليب الإجرام المعاصر خاصة في جرائم الفساد والذي يستخدم من المحكوم عليهم في هذه الجرائم للافلات من تنفيذ العقوبات المحكوم بها سواء اكانت عقوبات سالبة للحرية أو عقوبات مالية يتطلب التنسيق بين أجهزة التنفيذ والأجهزة القضائية والأجهزة الرقابية لتنفيذ العقوبات والإجراءات التحفظية وغيرها من الإجراءات الضرورية التي يناط بأجهزة التنفيذ القيام بها.

ولأهمية هذا التنسيق جاء النص عليه في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وضرورة الاهتمام بهذا التعاون والتنسيق وتحقيقه لضمان عملية التنفيذ فنصت على أن "تتعاون الدول الأطراف.. كي تعزز فاعلية تدابير إنفاذ القانون من أجل مكافحة الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية وتتخذ على وجه الخصوص تدابير فعالة لأجل (أ) تعزيز قنوات الاتصال بين سلطاتها وأجهزتها ودوائرها المعنية وإنشاء تلك القنوات عند الضرورة من أجل تيسير تبادل المعلومات بطريقة آمنة وسريعة عن كل جوانب الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية"^(٢).

1 - العميد م . د . د . علي حسن الشرفي / جهاز الضبط الجنائي ودوره في مكافحة الفساد / المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد - مرجع سابق

2 - المادة (٤٨) فقرة (١٠ أ) .

ثانياً: التطور الفني في مواجهة الفساد:

يحقق النظام الجديد في مكافحة الفساد ما يمكن أن تسمية تطورا فنيا أو كفاءة عملية لكافة السلطات العاملة في حقل هذه المكافحة، ذلك أن تخصص الجهاز وتفرغ كل سلطاته وتخصيصها فقط في مقاومة هذه الجريمة يكسبها الخبرة والتمرس في مواجهتها، ويمكنها أيضا من ملاحقة التطور المستمر للأساليب الإجرامية التي يلجأ إليها الجناة، وملاحقة التطورات المتتالية لأساليب الإجرام الحديثة والمتلاحقة التي يلجأ إليها هؤلاء خاصة في هذا النوع من الجرائم لإيجاد سبل حديثة من للإحتيال على المال العام أو الخاص، ويقضى على ما يشوب عمل هذه الأجهزة وهي في وضع التشتت الحال، وذلك كما يلي:

١- كفاءة جهاز الرقابة:

يترتب على ضم الأجهزة الرقابية في جهاز واحد وإنشاء سلطة رقابية متكاملة ومتناسقة تجمع بين كل خبرات هذه الأجهزة قبل توحيد الرقابة توافر عدد كبير من المتخصصين في كافة أنواع الرقابة بحكم عملهم السابق في الأجهزة الرقابية المختلفة وتفوق كل جهة منها في نوع الرقابة الذي تمرست فيه، فالأفراد المنضمون للجهاز الجديد والقادمون من الجهاز المركزي للمحاسبات مثلا قد تمرسوا في الرقابة المالية بشقيها المحاسبي والقانوني ومتابعة تنفيذ الخطة وتقييم الأداء والرقابة القانونية على القرارات الصادرة في المخالفات المالية. وكذلك أعضاء الرقابة الذين سبق لهم العمل في هيئة الرقابة الإدارية فلهم خبرة خاصة في البحث عن أسباب القصور في العمل والتعامل مع الشكاوى التي يقدمها المواطنون والمتعلقة بمخالفة القوانين أو الإهمال الوظيفي وأيضا من سبق لهم العمل في النيابة الإدارية لهم دراية خاصة بإجراء التحقيق في المخالفات

الإدارية والمالية وفحص الشكاوى التي يتقدم بها رؤساء العمل عن مخالفة الموظفين للقوانين أو الإهمال الوظيفي.

وهذه الخبرات المتعددة توفر الكفاءة البشرية والفنية التي تنقص العمل الحالي نتيجة لتفرق الرقابة بين أكثر من جهاز وما نتج عنه من عدم كفاءة بعض الأجهزة لتنفيذ المهام المطلوبة منها لعدم توافر العدد الكافي من الأفراد لزيادة هذه الاعباء عن طاقتهم، فمثلا لا يتمكن أعضاء هيئة الرقابة الإدارية من ملاحقة العدد الهائل من الشكاوى التي تقدم للهيئة أو تنشر في الصحف^(١)، ولكن بتنظيم العمل داخل سلطة الرقابة الموحدة بعد تكوين جهاز مكافحة الفساد يتم توجيه الشكاوى مثلا وتقسيمها على أساس نوعي فتحال الشكاوى المتعلقة بالقصور في العمل إلى الإدارة المختصة بمراقبة هذا النشاط وهكذا في باقى أوجه النشاط الرقابى ، فبتوحيد الرقابة وشمولها يتم توزيع المهام الرقابية على مستوى الوحدات حسب التخصص مما يوفر العدد الكافي من الرقباء لأى نوع من أنواع النشاط.

كما يقضى هذا التنظيم للرقابة على عدم الكفاية الفنية التي تتسبب فى أخطاء جرائية فادحة يترتب عليها إفلات بعض كبار المجرمين من العقاب ليس بسبب برائتهم الموضوعية أو نزاهتهم بل بسبب عيب فى الإجراءات لعدم خبرة من يقوم بالرقابة^(٢) وهذا النقص أشرنا إلى كيفية التغلب عليه عن طريق تقسيم العمل على أساس الخبرات السابقة لأعضاء الرقابة فلا يقوم كل عضو بكل أنواع الرقابة ولكن يخصص لكل نوع منها وحدة رقابية متخصصة فقط فى هذا النوع.

1 - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار / دراسة تحليلية لاسباب الفساد فى

مصر / مرجع سابق ص ٣٦ .

2 - المرجع السابق نفس الموضع .

٢. الكفاءة المهنية للقضاة في قضايا الفساد :

يتدخل القضاء لمواجهة جرائم الفساد وتفعيل النصوص القانونية ذات الصلة وهو السلطة الأساسية التي تكفل لجهاز مكافحة الفساد مصداقيته واستقلاله نظرا لتاريخه الطويل في مواجهة كافة أنواع الفساد ، ولن يكون تدخل القضاء مجديا في التصدي لجرائم الفساد ولن تثمر الجهود المتوالية لتحقيق هذا الغرض ولن تكون القوانين التي تمنع لمواجهة الفساد ذات جدوى إذا لم تكفل الدونة قضاءا تتوافر لأجهزته العاملة في مكافحة الفساد كافة المقومات التي تضمن تضمن تطبيق هذه القوانين^(١) وتحقيق هذه الجهود.

وأول هذه المقومات وأهمها هي الصلاحية المهنية لرجال القضاء في التعامل مع جرائم الفساد ، حيث يلزم مراعاة ماطراً على جرائم الفساد من تطور وتنظيم وأساليب غير مألوفة تستلزم مواجهتها بخبرات خاصة تواكب تلك المتغيرات، وهذا يتم باستحداث جهاز مكافحة الفساد وتخصيص مجموعة من القضاة لمواجهة جرائم الفساد وهم من يشكلون السلطة القضائية في هذا الجهاز ليكتسبوا الخبرات اللازمة للتعامل مع جرائم الفساد وملاحقة تطورها.

فتخصيص القضاء في جرائم الفساد ضرورة تقتضيها طبيعة هذه الجرائم ، فإذا كان تعدد الدعاوى وتنوعها يقتضى اختلاف المحاكم وتنوعها وهذا يقتضى تخصيص القضاء لكل نوع من الدعاوى لحسن سير القضاء وتحقيق العدالة حتى يتفرغ كل قاضى لنظر الدعاوى التي تخصص فيها طوال عمله في القضاء^(٢)، فإن

- 1 - المستشار سرى صيام / دور أجهزة القضاء والتنفيذ في مكافحة الفساد / المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد - مرجع سابق ج ٢ ص ٨١٩ .
- 2 - د . احمد عوض هندي / العدالة الاجرائية في الفقه الإسلامى ورقة عمل لمؤتمر الفقه الإسلامى : المشترك الإنسانى والمصالح - تطور العلوم الفقهية - سلطنة عمان ٦ - ٩ أبريل ٢٠١٤ ص ٣٤ .

جرائم الفساد نظراً لطبيعتها الخاصة وتطوراتها المتلاحقة هي أولى الجرائم التي يجب أن ترصد لها الدولة قضاءً متخصصاً.

وهذا يعنى أن القضاة العاملون في جهاز مكافحة الفساد يجب أن يتخصصوا طوال مدة عملهم بالقضاء أو لمدة طويلة على الأقل للعمل في جهاز مكافحة الفساد، لأن تخصيص القضاء هو العنصر الأهم لنجاح التخصص وليس تخصيص دوائر بالمحكمة أو حتى وجود محاكم متخصصة بل لا غنى عن القاضى المتخصص لأن المحاكم المتخصصة وإن كانت لا تنظر إلا دعاوى معينة إلا أن القضاة فيها غير متخصصين فالمحاكم الاقتصادية هي محاكم متخصصة فى الدعاوى الاقتصادية لكنها ليست متخصصة بمعنى أن القضاء بها لا يتخصصون فى الدعاوى التجارية والاقتصادية وإنما يعملون فى قضايا أخرى (١).

وهذا التخصص المطلوب والأهم لتحقيق الكفاءة المهنية للقضاة فى مواجهة الفساد يتحقق من خلال تشكيل جهاز مكافحة الفساد وإمداده بالعنصر القضائى وهو العماد الرئيسى للجهاز وهو أيضاً من له حق الرقابة والإشراف على عمل باقى أفرع الجهاز، فيتخصص القضاة العاملون فى هذا الجهاز فقط فى مواجهة جرائم الفساد التى تستلزم إعداداً خاصاً لهم ودورات تدريبية متقدمة وتخصصية فى مجال قضايا الفساد لإقامة العدل وفرض سيادة القانون (٢).

٣- الارتقاء بالمستوى المهني لرجال التنفيذ :

سبق الإشارة إلى أن أحد أضلع جهاز مكافحة الفساد هم رجال السلطة العامة ممن يقومون بتنفيذ الأوامر الجنائية فى مرحلة

- 1 - احمد عوض هندي / المرجع السابق نفس الموضوع .
- 2 - سرى صيام / دور أجهزة القضاء التنفيذى ومواجهة الفساد مرجع سابق ص ٨٣٠ .

التحقيق وتنفيذ الأحكام الصادرة في دعاوى الفساد ، ويتحقق من خلال جهاز مكافحة الفساد إيجاد الكفائة المطلوبة في رجال التنفيذ لضمان المكافحة الفعالة لأعمال الفساد، عن طريق تخصيص أجهزة التنفيذ لبعض الأفراد للعمل بالجهاز، فلقد أصبح التخصص التقني والفني أمر أساسيا لتوفير أكبر قدر من النجاح في مواجهة الفساد^(١).

فخصيص سلطة خاصة بالتنفيذ برجال متخصصين من رجال التنفيذ في جهاز مكافحة الفساد يتخصصون للعمل فقط في جرائم الفساد يؤدي إلى تركيز الجهود وتنمية الخبرات، حيث يكفل لهم التدريب الكافي والقدرة على التعامل مع قضايا الفساد التي تحتاج إلى تعامل خاص يختلف عن العمل التقليدي لرجال التنفيذ^(٢) وهذا التخصص تحت مظلة جهاز مكافحة الفساد يضمن فعالية الاجراءات التي يقوم بها هؤلاء ويضمن تنفيذ الأحكام ويؤكد أن القانون يطبق على الجميع بالتساوي ويمحو ما استقر في أذهان الناس من أن القانون يطبق بطريقة انتقائية^(٣).

المطلب الثالث

التواصل مع المواطنين وتفعيل المشاركة الشعبية

بين الماضي والحاضر تكتسب المشاركة الشعبية أهمية خاصة في مكافحة الفساد ، فقديمًا فتح الحكام أبوابهم لكل من يريد

1 - العميد م . د / علي حسن الشرفي / جهاز الضبط الجنائي ودوره في مكافحة الفساد - المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد - مرجع سابق ص ٨٥٢ .

2 - الفريق د / عباس أبو شامة / جهاز الضبط الجنائي ودوره في مكافحة الفساد ص ٨٨٨ - المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد - الرياض ٢٠٠٣ .

3 - مركز العقد الاجتماعي، مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار / دراسة تحليلية لأسباب الفساد في مصر - مرجع سابق ص ١٥٥ .

التظلم من واقعة فساد، وحديثا يدرك المجتمع الدولي هذه الأهمية فيطلب من كافة الدول الأعضاء في الأسرة الدولية اتخاذ الإجراءات اللازمة لتعزيز مشاركة المجتمع - أفرادا وجماعات - في مكافحة الفساد، وخاصة العمل على " ضمان تعريف الناس بهيئات مكافحة الفساد ذات الصلة... وأن توفر لهم سبل الاتصال بهذه الهيئات لكي يبلغوها ، بما في ذلك دون بيان هوياتهم ، عن أى حوادث قد يرى أنها تشكل فعلا مجرما وفقا لهذه الاتفاقية" (١).

وكان واضح الاتفاقية يرصد واقع المجتمع المصري وغياب المعرفة لدى غالبية الناس عن الجهات المعنية بمكافحة الفساد حيث لا يوجد إلا ٤ % فقط من المصريين لديهم معلومات عن هذه الهيئات (٢)، وتتعمد الحكومة منع نشر الأخبار للمواطنين حول الفساد إلا بمقدار محدود وتنتهج في ذلك سياسة عدم إتاحة المعلومات للمواطنين ووضع القيود على عمل الصحفيين بما يحبط من ارادتهم على المشاركة في مقاومة الفساد بل ينمى لديهم الشعور بالشك في إرادة الدولة الحقيقية في التعامل مع الفساد (٣).

فجهود مكافحة الفساد لن تكتمل إلا بتفعيل دور المجتمع في مواجهة مع الفساد بالقضاء على كافة العوقات التي تعطل هذا الدور والتي ترجع في الأساس إلى هيمنة الحكومة على عملية مكافحة الفساد وامتلاكها حرية التصرف في المعلومات التي تتيحها الأجهزة الرقابية فتكشف ما تراه للمواطنين وتحيله إلى المحاكمة وتتستر على الباقي حيث لا تريد محاسبة المتورطين فيها، لأن مجرد الكشف

1 - مادة (١) فقر (د) رقم (٣)

2 - مركز العقد الاجتماعي / تقرير المسح القومي لآراء المواطنين حول الفساد والنظام القضائي وجودة الخدمات ٢٠١٠ م .

3 - ندوة مكافحة الفساد على المستوى المحلي في مصر - مجلة السياسة الدولية ١٩ - ١١ - ٢٠١٦ م .

عن وقائع الفساد للرأى العام لا بد أن يتبعه الإحالة إلى القضاء للحفاظ على مصداقيتها أمام الرأى العام فتختار أسهل الطرق الذى يغبها عن ذلك كله فتستتر على ما ترصده الرقابة وتحجبه عن المواطنين.

من هنا تبرز أهمية استقلال هذه الجهات عن السلطات الأخرى وبخاصة السلطة التنفيذية التى تخشى من كشف وقائع الفساد التى تتورط فيها، كما تبدو أهمية فتح قنوات الاتصال المتبادل بين سلطة مكافحة الفساد والأفراد بباتاحة المعلومات التى تملكها هذه السلطة للأفراد وتلقى البلاغات المتعلقة بوقائع فساد منهم، وتقليل إجراءات الاتصال وتوحيد الجهة التى يتعامل معها الأفراد لمشاركتها فى مقاومة الفساد.

ويأتى الدور المنتظر لجهاز مكافحة الفساد فى تحقيق ذلك كله، فهو يقضى على تعدد الأجهزة الرقابية التى لا يعلمها إلا القليل لكثرتها وحتى لو علموا بها فلن يتمكنوا باضبط من تحديد الجهة المختصة بما يريدون الإبلاغ عنه فيوجد هذه الأجهزة، كما أن استقلال هذا الجهاز عن السلطة التنفيذية المتورطة دائما فى الفساد يترتب عليه عدم الخشية من الإعلان عن أى ممارسات فساد تصل إليه فتتخلص الرقابة من السرية المفروضة على ما تعده من تقارير، فتتاح العلومات لكافة الأفراد وتفتح الأبواب المغلقة أمامهم للمشاركة لتكملة الدور الذى يلعبه الجهاز، وذلك على التفصيل التالى :

1- تحديد الجهة المسؤولة عن ملف الفساد :
نتج عن تعدد الجهات المختصة بمكافحة الفساد عدم معرفة المواطنين لهذه الجهات أو ما تختص به كل منها عدم قدرتهم على تحديد الجهة التى يلجأون إليها، فيقوم الكثير منهم بإرسال منات الشكاوى إلى جميع الجهات المختصة وغير المختصة⁽¹⁾، وأدى ذلك

1 - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار / دراسة عن الفساد فى مصر - مرجع سابق ص ٣٣ .

إلى ضرورة نظر جميع الجهات الرقابية فى شكوى واحدة أو اعتماد كل جهة على الأخرى لظمنها المسبق بضرورة وصول نفس الشكوى إلى غيرها من الجهات، فإما إن تأخذ الشكوى أكثر من حقها من الجهد لتعدد الجهات التى تنظرها أولا تنظر من الأساس وكلا الأمرين يمثل عائقا كبيرا فى مكافحة الفساد ، فهو إما أن يعطل عمل الأجهزة المعنية وإما أن يضيع فرصة اكتشاف جريمة فساد بسهولة أمداها المواطن إلى الأجهزة الرقابية.

وبتحديد الجهة المختصة بمكافحة الفساد وتوحيدها فى جهاز تم إنشاؤه لهذا الغرض يتم التغلب على كل هذه العوائق ، فمن ناحية لن يجد المواطن أى صعوبة فى تحديد الجهة التى يلجأ إليها فهى جهة واحدة لا أكثر فيتواصل معها مباشرة ، ولن يتكرر النظر فى موضوع واحد هو موضوع الشكوى حيث ستكون هناك جهة واحدة لتلقى الشكاوى وتحويلها لإدارة المختصة داخل السلطة الرقابية العاملة بالجهاز التى يتصل عملها بموضوع الشكوى نتيجة لتنسيق العمل المشار إليه سابقا ، ولن تهدر أى فرصة لاقتناص واقعة فساد كشفت الشكوى عن أول خيوطها.

* وبالإضافة إلى ذلك يحقق جهاز مكافحة الفساد العدالة والمساواة ويقضى على أى مزايا أو حصانات لمرتكبي جرائم الفساد حتى لو كانت نتيجة لتشريع معيب ، ومن أمثلة هذه الحالة القانون رقم (١٦ لسنة ٢٠١٥) الذى يمنح رئيس الوزراء التصالح بديلا عن المحكمة الجنائية فى جرائم الاعتداء على المال العام ، فهذا القانون لم يبين طبيعة هذا القرار بالتصالح هل هو قرار إدارى يخضع لرقابة مجلس الدولة، وما هى الآثار التى تترتب عليه هل سترتب عليه حظر رفع الدعوى الجنائية على الموظف أو المسئول أثناء المفاوضات أم أن الحظر يشمل رفع الدعوى أو اتخاذ أى إجراء

من إجراءات التحقيق فهذا القانون يؤثر كثيرا من الأزمات بأثر مما يقدمه من حلول ويعتبر ارتدادا بالتشريع على الوراء (١).

فقيام جهاز مكافحة الفساد بعمله يختلف عن رفع الدعوى الجنائية في قضايا الفساد وإن كان يؤدي إلى نفس النتيجة وهي معاقبة المتهم الذي ثبتت إدانته، فليس هناك دعوى حقيقية مرفوعة بل هو تسلسل للإجراءات الطبيعية للجهاز التي تبدأ بالرقابة ثم المحاكمة ثم التنفيذ، وهذا يخرجنا من البحث عن الآثار التي تترتب عليه بالنسبة للدعوى الجنائية لأنه ليس هناك دعوى حقيقية بل نحن أمام مرحلة من مراحل التصدي للفساد تقوم بها الجهة الوحيدة المسئولة عن هذا الأمر بدءا من الرقابة حتى تنفيذ الأحكام وهذا يعني عدم السماح لرئيس الوزراء الذي هو رئيس الحكومة التي تمثل السلطة التنفيذية بالتدخل في إجراءات المحاكمة لأنه إذا كان لا يجوز له أن يتدخل في عمل الرقابة فمن باب أولى ألا يتدخل في أهم مرحلة وهي مرحلة المحاكمة.

كما أن هذا القانون يتناقض تماما مع عمل الجهاز وأهم سبب من أسباب إنشاؤه، فهو أشد خطورة من القيود المفروضة على الأجهزة الرقابية التي تحد من سلطاتها عن رصد الفساد وتزهن اتخاذ أي إجراء من الإجراءات الضرورية التي يجب أن تترتب مباشرة على الرقابة على موافقة السلطة التنفيذية وهو ما تم التغلب عليه بكفالة استقلال الجهاز عن السلطة التنفيذية واعتبار الجهاز وحدة متكاملة تختص دون غيرها بمكافحة الفساد وهي التي تملك تقدير ما إذا كان التصالح مع المتهم المحال إليها أولى أم العقاب في كل حالة على حدة دون تدخل من أحد.

١ - د. سليمان عبد المنعم/ التشريعات إذ تترد إلى الوراء - مقال بجريدة الشروق في ١٩-٤-٢٠١٥

٢- تحقيق المصداقية والردع في مكافحة الفساد :

تعزز وحدة عمل الجهاز واتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاسبة من يتم كشفه على مصداقية الجهاز وتبين عدم حرصه على التستر على أي معلومات تتعلق بأي فرد مهما كان هذا الفرد ومهما كانت منزلته كما تحقق الردع في مواجهة الفساد ، فامتناع السلطة التنفيذية عن الإفصاح عن حجم الفساد وتعدها التكتم على أغلب ما يتم ضبطه هو عدم رغبتها في محاسبة المتهمين بهذه القضايا، وهذا يؤثر على مصداقيتها أمام الرأي العام الذي يرى الفساد أمامه في كل وقت ولا يسمع إلا عن عدد قليل جدا من المحاكمات التي غالبا لا تطل الرئوس الكبيرة للفساد والمديرة له.

فعلى الرغم من ان الفساد كظاهرة تهدد جميع المجتمعات في العصر الحديث سواء في الدول المتقدمة أو الدول النامية إلا أن بعض الدول ترفض رفضا تاما الإعلان عن وجود بعض هذه الظواهر التي تعتبر ظواهر طبيعية ونتاجا عاديا لأي عمليات تحديث وتنمية بل تعتبر ذلك تشكيكا في قدرات الدولة^(١)، فوجود الفساد في أوقات التحولات الاقتصادية والاجتماعية لبعض البلاد ومنها مصر هو ظاهرة طبيعية ليس علاجها بالتكتم والتستر عليها بل يكون العلاج بدراسة أسبابه للتغلب عليها ووضع الحلول المناسبة لها.

من هنا يتبين الارتباط الوثيق بين سلطة الجهاز في التصرف والمحكمة وتحقيق المصداقية في مكافحة الفساد باعتبار أن ما تضبطه الرقابة ويتم الإعلان عنه يحال مباشرة إلى المحكمة كمرحلة تالية وطبيعية من مراحل عمل الجهاز وعدم خضوعه لتأثير أي سلطة خاصة السلطة التنفيذية، وعدم خشية من الإعلان عن أي

1 - د . صلاح الدين فهمي محمود / الفساد الاداري كمعوق لعمليات التنمية الاجتماعية والاقتصادية ج ١٨ - المركز العربي للدراسات الامنية والتدريب - الرياض ١٤١٤هـ .

واقعه فساد حيث ان ضبط الرقابة للفساد يعتبر عمليا بدءا للمحاسبة
أى أن المحاسبة والمحاكمة ستتم سواء تم الاعلان أو لم يتم فلن
يكون هناك أى مانع من الإعلان عن أى واقعة فساد يتم اكتشافها.

- وباعتبار أن من أهم أسباب انتشار الفساد في مصر يرجع إلى عدم
إتاحة المعلومات المتعلقة بالفساد للمواطنين^(١) فلا يمكن أن يتم
إنشاء جهاز موحد ومخصص في مكافحة ثم يسير على التكم على
الفساد حيث يتناقض ذلك مع هدف الجهاز الذى أنشئ من أجله وهو
تحقيق النجاح في مكافحة الفساد، حيث يمثل الإعلان عن اكتشاف
الفساد ومحاكمة المتهمين به أكبر رادع لمن يفكر في الإقدام عليه،
وغنى عن البيان ما يشكله الردع من دور في مقاومة هذه الجريمة
وبالتالى نجاح الجهاز في عمله.

فاتباع سياسة إتاحة المعلومات للمواطنين وإتاحة المعلومات
لوسائل الاعلام هو الوسيلة التى تحقق هذا الردع الذى يبحث عنه
الجهاز ، أما السير في نفس الطريق واتباع نفس السياسة التى
تنتجها الدولة الآن وعدم الإفصاح عما تكشفه الأجهزة^(٢) لن يقدم
جديدا في مكافحة الفساد ويناقض الهدف الأساسى من إنشاء الجهاز،
ولن يغير من شعور الأفراد المتنامى بعدم جدية الدولة في التعامل مع
الفساد^(٣) الذى يفترض أن يكون إنشاء الجهاز تعبيراً عن هذه
الارادة.

- 1 - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار / دراسة تحليلية لاسباب الفساد فى
مصر - مرجع سابق ص ٢٣ .
- 2 - منظمة الشفافية الدولية / دراسة حول نظام النزاهة الوطني / مصر
٢٠٠٩ ص ١٣ .
- 3 - مجلة السياسة الدولية - مؤسسة الاهرام - ندوة مكافحة الفساد على
المستوى المحلي فى مصر - ١٩ - ١١ - ٢٠١٦ م .

٢- تفعيل الدور الشعبي في مكافحة الفساد:

تعتبر إتاحة المعلومات للأفراد ضرورية للحصول على مساهمتهم في مكافحة الفساد، ويشكل التواصل بين الجهاز والمواطنين مطلباً هاماً لتحقيق هذه المساهمة، لذا فإن نجاح الجهاز في عمله يحتم عليه تحقيق التواصل لبناء الثقافة العامة الراضية للفساد والتي تتشكل من مجموعه القيم والمبادئ التي ترفض سلوك الفساد والتي تعتبر حجر الزاوية في مكافحة الفساد^(١)، والإستفادة من إمكانيات المجتمع في رقابة السلطة التنفيذية والتصدي للفساد.

فالأفراد وحدهم من يملكون مراقبة نشاط الحكومة في كل مفصل تعمل فيه لتشعبهم في كل مفاصل المجتمع وفي كل القطاعات والفئات^(٢) وقيامهم بهذه المهمة يتوقف على إمدادهم بالمعلومات والقضاء على أهم أسباب غياب المشاركة الشعبية، وإنشاء الجهاز في ذاته يعتبر إيذاناً ببداية تفعيل هذه المشاركة، أما تجاهل الرأي العام وعدم إطلاعه على الجهود التي تبذل في مكافحة الفساد فلن يترتب عليه إلا استمرار إعراض الأفراد عن المشاركة، وهذا بالضبط ما نتج عن السياسة التي تنتهجها الدولة في الوقت الحالي التي تتسم بالغياب التام للشفافية في مكافحة الفساد كما قدمنا .

٤- طبيعة الجهاز والدفاع عن المصلحة العامة :

تسمح طبيعة هذا الجهاز بهذا التشكيل بممارسة بعض التصرفات القانونية التي لم يكن مسموحاً بها من قبل أو التي لا يمكن استخدامها في الواقع الحالي، فهذا الجهاز ليس قضائياً بحتاً ولا تنفيذياً مطلقاً بل هون جهاز قضائي تنفيذي يجمع في مكوناته

1 - د . عادل عبد العزيز السن / دور الثقافة التنظيمية والعدالة الاجتماعية في مكافحة الفساد ص ٣٣٣ .

2 - نبيل علي صالح / الفساد في العالم العربي - معناه - دوافعه - اسبابه - نتائج - علاجة - مجلة الحوار المتمدن - العدد ٢٢١١ في ٢٤ / ٢ / ٢٠٠٨ م .

الأساسية بين القضاء ويختص باختصاصات بعضها تنفيذي وبعضها قضائي ولا يعنى أن رئاسته قضائية أنه جهاز قضائي فذلك للتأكيد على استقلال الجهاز إذ لا يثق أحد في استقلال أى سلطة عن السلطة التنفيذية إلا فى السلطة القضائية ويثبت الواقع العملى وتثبت السوابق التاريخية أن السلطة القضائية هى فقط من تقف دائما فى وجه تفول السلطة التنفيذية.

فقدما كانت رئاسة الجهاز المشابه والذى يعد هذا الأخير تطويرا له كانت رئاسته تنفيذية وكان القضاء من مكوناته الأساسية فكانت طبيعته مشتركة أى ليست قضائية خالصة أو تنفيذية خالصة بل هى طبيعة مزدوجة أى قضائية تنفيذية^(١) ولكن للمصلحة التى أنشئ الجهاز من أجلها تقتضى أن تكون رئاسة الجهاز قضائية دون الاستغناء عن السلطة التنفيذية ذلك لأن رئيس الجهاز فى الماضى كان هو الذى يضمن تنفيذ الأوامر والأحكام التى تصدر أما فى الوضع الراهن فإن من يضمن ذلك هو القانون الذى يعبر عن إرادة الشعب الذى لا يثق إلا فى السلطة القضائية.

وهذه الطبيعة المختلطة تفتح الباب امام من يريد أن يدافع عن المصلحة العامة والمتمثلة فى حماية المجتمع من الفساد أن يلجأ مباشرة إلى الجهاز بطلب اتخاذ الإجراءات اللازمة ضد أى مسئول حكومى أو غير حكومى على إثر قيام هذا المسئول باتخاذ قرار يؤثر سلبا على مصلحة المجتمع أو يتعارض مع هذه المصلحة أو أتى بفعل ترتب عليه إضرار بالمصلحة العامة طالما شكل هذا التصرف جريمة من جرائم الفساد دون التقيد بشروط قبول الدعوى أمام القضاء.

1 - وهبة الزحيلي / نظام القضاء فى الشريعة الإسلامية ص ٢٩٩ - مؤسسة الرسالة بيروت - الطبعة الثانية ١٩٨٩.

* فهذا التصرف فى الواقع يعتبر تحريكا لرقابة الجهاز يشبه الدعوى القضائية إلى حد بعيد ويترتب عليه كل ما يترتب على الدعوى القضائية إلا أنه ليس دعوى بالمعنى الدقيق لأنه لا يتم تقديمه إلى جهة قضائية أى إلى المحاكم بل هو مقدم إلى جهة قضائية تنفيذية فيتم قبوله باعتباره شكوى لسلطة الرقابة بالجهاز، فإذا تحققت الرقابة من صحة ما جاء بهذه الشكوى أو الطلب أحالته إلى المرحلة التالية أى إلى المحاكمة كمرحلة من مراحل عمل الجهاز وتتخذ الاجراءات الطبيعية للتصرف فى هذا الطلب فى الندى يشبه الدعوى.

بذلك يتحقق عمليا التغلب على غياب دعوى الحسبة والتي أضعف غيابها من درجة شفافية النظام^(١)، حيث كان يمكن أن يكون لها دور كبير فى مكافحة الفساد باعتبارها وسيلة للدفاع عن المصلحة العامة التي يمثل الفساد اعتداء صارخا عليها، فكان بواسطتها يمكن لأى مواطن رفع دعوى على قرارات حكومية أو مؤسسات عامة أو حتى شخصيات عامة متعلقة بأغراض عامة، فلم يعد بالإمكان مثلا قيام مواطن بطلب ممثل المسؤولين الحكوميين أمام المحاكم بدعوى أن ما اتخذوه من قرارات تضر المجتمع وإن لم يكن وقع عليه ضرر مباشر ولا يحق ذلك سوى للمتضررين من هذا القرار أنفسهم وهذا بدوره أضعف من فاعلية الأفراد فى مقاومة الفساد مع أنهم يرونه أمام أعينهم.

* وكذلك يتغلب هذا الجهاز بتنظيمه وطريقة عمله على ما يصدر من قوانين معيبة تحمى الفساد ولا تقاومة وتقننه بدلا من ان تعاقب على فعله، فهذه القوانين وأمثالها تعتبر وبحق عاملا من

1 - منظمة الشفافية الدولية / دراسة حول نظام النزاهة الوطني - مصر

عوامل الفساد بدلا من أن تكون أداة لمكافحة^(١) وقد صدر مؤخرا أحد هذه القوانين وهو القانون الذي يحصن العقود التي تبرمها الحكومة من رقابة الرأي العام وذلك بأن يحظر الطعن على هذه العقود، وكان الحكومة تحتاط لحماية الفساد الذي تنوى الإقدام عليه عند إبرام هذه العقود فتقوم بتحصينها من الطعن عليها، وهذا يعد في الواقع تحصينا للفساد ذاته عن طريق تحصين مصادره، لأن الفساد هو أثر مشترك لاحتكار السلطة مضافا إليه ممارسة حرية التقدير في اتخاذ القرارات في ظل غياب القابلية للمسائلة^(٢).

ج- ويبدو أن انتشار الفساد بدأت آثاره تصل إلى المنظومة القانونية بظهور هذه التشريعات التي جديدة لا تحقق الردع بل وتساعد الفاسدين على الهروب من العقاب^(٣) فهو يعد شكلا من أشكال التحايل على مكافحة القانون للفساد وأن الفساد قد وصل إلى درجة متقدمة فصار له من يحميه ويقنن وسائله، حيث إن العقود الحكومية هي أهم مجالات الفساد الكبير، فعندما تكون الحكومة هي القائمة بالشراء أو التعاقد تتعدد الأسباب لدفع الرشوة للمسئولين فقد تدفع الرشوة لإدراج شركة ما في قائمة مقدمي العرض المقبولين وحصر حجم القائمة، وقد تدفع للحصول على معلومات داخلية أو لصياغة مواصفات العرض بطريقة تجعل دافع الرشوة هو المؤهل الوحيد الذي تنطبق عليه شروط العرض، وهذه الصفقات يقوم بها كبار المسئولين وتتورط فيها شركات متعددة الجنسيات^(٤)

- 1 - د . سليمان عبد المنعم / الفساد بأمر القانون - مقال بجريدة الاهرام فى ٢١ / ٦ / ٢٠١٤ م .
- 2 - ظاهر حكمت / الدور التشريعى فى مكافحة الفساد - رسالة مجلس الأمة الأردنى - المجلد ٤ - العدد ١٨ - كانون أول (يناير) ١٩٩٥ ص ٤٤
- 3 - يوسف جلال / الفساد وأثره على التنمية - اساليب الرقابة الإدارية والمالية - تصحيح التجاوزات والأحرفات - جامعة الدول العربية والمنظمة العربية للتنمية الإدارية القاهرة ٢٠٠٦ .
- 4 - الفساد والحكم الرشيد - برنامج الامم المتحدة الإئتماني - مرجع سابق ص ٣٠ .

ومع أن هذه الصفقات تحدث في كل دول العالم وتعاثي جميع الدول من احتمالات فساد في عقود الخصخصة وبيع أملاك الدولة (١) حتى في الدول التي توجد في أعلى سلم مؤشر النزاهة، فلماذا يخشى المشرع من اكتشاف أي واقعة فساد تصاحب صفقة من هذه الصفقات ويحاول أن يقطع الطريق على رقابة القضاء على كل هذه العقود ويحظر على الأفراد المشاركة في مراقبة تصرفات الحكومة في هذا الشأن بإبلاغ القضاء، وهذا خير شاهد على استقلال القضاء ونزاهته.

فالدولة التي تريد حقاً أن تكافح الفساد وتتحدث ليلاً ونهاراً عن خطورة الفساد وتضع الإستراتيجية تلو الأخرى لمقاومته يجب عليها أولاً أن تحاول سد أي ثغرة في القانون يمكن أن يستفيد منها محترفى الفساد بدلاً من أن تسن القوانين التي تحصنهم، كما يجب على الدولة التي أثبت واقعتها القريب أن أهم وأوسع المجالات التي ترعرع فيها الفساد هي العقود التي تكون الحكومة طرفاً فيها بالبيع أو الشراء أن تعمل على منع تكرار الماضي وتبحث عن الأسباب التي أدت لهذا الوضع وتشجع الأفراد على مساعدتها في كشف أي ممارسات فساد مستقبلًا في نفس المجال بدلاً من أن تمنعهم من أي مشاركة.

ولماذا لا تواجه الدولة هذه الإحتمالات بشفافية وردد إلا ان يكون الهدف من ذلك هو شرعنة الفساد أي إضفاء صفة المشروعية على فكرة فاسدة^(٢) لأنها لا تعبر عن مصلحة حقيقية لمتطلبات المجتمع عن طريق إصدار تشريع يكرس هذه الفكرة وبذلك تكون أمام تشريع فاسد أو أمام حالة قانونية فاسدة تخدم مجموعة من

- 1 - سليمان عبد المنعم / الفساد بأمر القانون - مرجع سابق.
- ٢ - حيدر أدهم عبد الهادي / شرعنة الفساد - دراسة في التشريعات الناتجة عن ظاهرة الفساد ص ٨ - كلية الحقوق - جامعة النهرين - العراق.

الأفراد على حساب المجتمع، فإذا كان الفساد بمعناه القانوني هو أى تصرف يرتكب بالمخالفة للقاعدة القانونية وبالشكل الذى يؤدى إلى إلحاق الضرر بالمصلحة العامة، فإن شرعنة الفساد تعنى التحايل على مكافحة القانونية للفساد ويعد شكلا متقدما من صور الفساد لكافة أشكال النظم السياسية (١).

* وهنا أيضا تلعب الطبيعة التنفيذية والقضائية لجهاز مكافحة الفساد دورا رئيسيا فى التغلب على هذا القانون وما ورد به من تقرير الحماية لفساد قد يحدث، حيث ان الجهاز ليس قضائيا وبالتالي لن يكون رفع الأمر إلى الجهاز لإلغاء أى عقد تبرمه الحكومة فى صورة دعوى بل يكون اعتراض الأفراد على هذه العقود وتعبيرهم عن عدم رضاهم عنها ومحاولة إلغائها فى صورة طلب أو شكوى للجهاز كإى شكوى من تصرف موظف حكومى تثار حوله شبهة فساد، وبالتالي لن يحرم الأفراد من مراقبة تصرفات الحومة والاعتراض عليها بالطرق المشروعة ولن تستيع الحطومة تحصين قراراتها من رقابة القضاء.

و بهذه الصورة يترتب على هذه الشكوى من الآثار أكثر مما يترتب على دعوى إلغاء التصرف التى حاول القانون إلغائها الطلب، حيث تتعدى إلغاء هذا التصرف إلى معاقبة المسئول الحكومى الذى قام بإبرامه وهذا ما لم تصل إليه دعوى الإلغاء، لأننا هنا سنكون أمام واقعة فساد كإى واقعة أخرى بدأت خيوطها تتكشف بشكوى تقدم بها أحد الأفراد - بديلا عن دعوى الإلغاء - وقامت سلطة الرقابة بالجهاز بالتحرى عنها وتأكدت من صحتها وأحالت المسئول عنها إلى القضاء بالجهاز لينال جزاؤه بالإضافة إلى الحكم ببطلان التصرف .

نتائج البحث :

من خلال هذا البحث توصلنا إلى النتائج التالية :

- ١- مدى خطورة ما يشكله الفساد على أى مجتمع وحتمية التصدى له على أعلى المستويات بالطريقة المناسبة.
- ٢- ضرورة التدخل المستمر بتطوير النظم المعنية بمكافحة الفساد لمواجهة تطور جرائم الفساد بما يناسبها من الوسائل.
- ٣- أهمية التنسيق بين الأجهزة العاملة فى مكافحة الفساد لتحقيق التكامل ووحدة العمل وتحقيق العدالة الناجزة فى مواجهة الفساد.
- ٤- أهمية الدور القضائى فى المواجهة الشاملة مع الفساد بشرط تمكنه وفق آلية تسمح له بقيادة هذه المواجهة.
- ٥- عدم جدوى أى جهود لإصلاح نظام مكافحة الفساد مع السماح للسلطة التنفيذية بالتدخل فى أى مرحلة من مراحل المواجهة.
- ٦- أهمية التواصل المتبادل بين أجهزة مكافحة الفساد والمواطنين والتغلب على كل معوقات هذا التواصل أيا كان سببها.
- ٧- ضرورة الإهتمام بالوقاية من الفساد وبناء ثقافة رافضة له والإهتمام بتحقيق الردع العام والخاص من العقاب .

التوصيات

- على ضوء هذه النتائج يمكن أن نتقدم بالتوصيات الآتية :
- ١- إنشاء جهاز موحد ومستقل لمكافحة الفساد يمسك بجميع مراحل مكافحة للقضاء على تعدد الأجهزة العاملة فى هذا المجال .
 - ٢- يشكل الجهاز برئاسة قضائية ويضم : إدارة الرقابة من الأجهزة الرقابية، ويخصص له أعضاء للتحقيق والمحاكمة من السلطة القضائية، ووحدة تنفيذ الأحكام والأوامر الجنائية.

٣- تستقل مكونات الجهاز عن السلطات التي كانت تابعة لها وتتبع رئاسة الجهاز، و تتواصل فيما بينها مباشرة لتفعيل نتائج الرقابة والإسراع بإصدار الأحكام والتنفيذ المباشر.

٤- تشكل إدارة للإتصال والإعلام والتنسيق داخل الجهاز تقوم بالتواصل مع المواطنين ونشر إنجازات الجهاز ونتائج عمله وتلقى شكاوى واقتراحات المواطنين وتوجيهها إلى الجهات المسؤولة داخل الجهاز ونشر ثقافة رفض الفساد فى وسائل الإعلام.

٥- يتم النص على الطبيعة القضائية والتنفيذية للجهاز لضمان تغلب الطابع التنفيذى على أى عراقيل توضع للحد من قدرة الأفراد فى رفع الدعاوى القضائية، وضمان الطابع القضائى لاستقلال الجهاز.

المراجع

- ١- القرآن الكريم
- ٢- القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - دار الشعب - القاهرة ١٣٧٢هـ الطبعة الثانية
- ٣- ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - دار الجيل بيروت
- ٤- صحيح البخارى - دار ابن كثير دمشق
- ٥- صحيح مسلم - دار طيبة - القاهرة
- ٦- شرح النووى على صحيح مسلم - دار السلام - القاهرة
- ٧- الشوكاتى - فتح القدير - دار الكتب العلمية - بيروت
- ٨- التفزازانى - شرح التلويح على التوضيح - مكتبة صبيح - القاهرة
- ٩- أبى يوسف - الخراج - المطبعة السلفية - القاهرة - ١٤٠٣هـ
- ١٠- ابن رجب الحنبلى - القواعد الفقهية - دار الكتب العلمية - بيروت

- ١١- ابن تيمية - السياسة الشرعية في إصلاح الراعى والرعية -
دار ابن كثير دمشق
- ١٢- مقدمة ابن خلدون - دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٩٣
- ١٣- ابن الجوزى - مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - دار
العقيدة للتراث الإسكندرية
- ١٤- ابن قتيبة - عيون الأخبار - دار الكتب المصرية - القاهرة -
١٩٦٠
- ١٥- ابن عبد ربه - العقد الفريد - تحقيق محمد سعيد العريان -
دار الفكر
- ١٦- ابن عبد الحكم - بسرة عمر ابن عبد العزيز - عالم الكتب -
بيروت
- ١٧- تاريخ الطبرى - بيت الأفكار الدولية - الأردن
- ١٨- ابن تيمية - مجموع فتاوى أحمد بن تيمية - مكتبة العبيكان
- الرياض
- ١٩- الماوردى - الأحكام السلطانية - دار الإعتصام - القاهرة
- ٢٠- الفراء - الأحكام السلطانية - تحقيق محمد حامد الفقى - دار
التب العلمية - بيروت
- ٢١- ابن منظور - لسان العرب - دار صادر بيروت - ٢٠٠٣
- ٢٢- الراغب الصفهاني - المفردات فى غريب القرآن - دار المعرفة
- بيروت - ٢٠٠١
- ٢٣- الفيروث آبادى - القاموس المحيط - دار المعرفة - بيروت
٢٠٠٧
- ٢٤- نصر فريد واصل - السلطة القضائية ونظام القضاء فى الإسلام
- المكتبة التوفيقية - القاهرة
- ٢٥- محمد عبد الحليم عمر - الإجراءات العملية لعلاج الفساد
الإقتصادى - ندوة الفساد الإقتصادى - الواقع المعاصر -
العلاج الإسلامى - مركز صالح للإقتصاد الإسلامى - جامعة
الأزهر - مارس ٢٠٠٠

- ٢٦- وهبة الزحيلي - التعريف بالفساد وصوره من الواجهة الشرعية - بحث مقدم على المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد - أكاديمية نايف - الرياض ٢٠٠٣
- ٢٧- جعفر عبد السلام - التعريف بالفساد وصوره من الواجهة الشرعية - بحث مقدم للمؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد - الرياض ٢٠٠٣
- ٢٨- ابراهيم بن محمد قاسم الميمن - ضمانات مكافحة الفساد في الشريعة الإسلامية - مجلة العلوم الشرعية - العدد الخامس والعشرون - ١٤٣٣هـ
- ٢٩- عبدالفتاح الجبالي - نحو مجتمع أكثر شفافية في مصر - على العنوان الإلكتروني <https://www.cipe-Arabia.org>
- ٣٠- داوود خير الله - الفساد ومعوقات التطور في الوطن العربي في ٩-٥-٢٠١٤ - موقع دنيا الوطن الإلكتروني: <https://putpit.alwatanvoice.com>
- ٣١- عامر خياط - مفهوم الفساد - مقال في كتاب المشاريع الدولية لمكافحة الفساد والدعوة إلى الإصلاح السياسي والاقتصادي في الأقطار العربية - المنظمة العربية لمكافحة الفساد بيروت ٢٠٠٦
- ٣٢- طاهر حكمت - الدور التشريعي في مكافحة الفساد - رسالة مجلس الأمة الأردني - المجلد ٤ العدد ١٨ - يناير ١٩٩٥
- ٣٣- أحمد أبو دية - الفساد الداء والدواء - الإنقاذ من أجل النزاهة والمسائلة - امان - ٢٠١٥ - الطبعة الأولى
- ٣٤- اياد كاظم سعدون - الصور الجرمية للفساد المالي والإداري - مجلة جامعة بابل - المجلد ٣٣ - العدد ٣ - ٢٠١٥
- ٣٥- سليمان عبد المنعم - القسم الخاص من قانون العقوبات - بدون ناشر ٢٠٠٣
- ٣٦- عبد الحليم بن مشرى وعمر فرحاتي - الفساد الإداري مدخل مفاهيمي - مجلة الإجتهد القضائي - العدد الخامس - جامعة خضير بسكرة

- ٣٧- مفيد دنون يونس - تأثير الفساد على الأداء الإقتصادي للحكومة - مجلة تنمية الرافدين - العدد ١٠١ - المجلد ٣٢ -
جامعة الموصل - كلية الإدارة والاقتصاد
- ٣٨- أحمد صقر عاشور - قياس ودراسة الفساد في الدول العربية -
المنظمة العربية لمكافحة الفساد - والمؤسسة العربية
لديمقراطية - بيروت ٢٠٠٦
- ٣٩- محمود عبد الفضيل - الفساد وتداعياته في الوطن العربي -
المستقبل العربي - العدد ٢٤٣ - مارس ١٩٩٩
- ٤٠- عيد الله محمد الجيوس - الفساد مفهومه، أسبابه، أنواعه، سبل
القضاء عليه رؤية قرآنية - المؤتمر العربي لمكافحة الفساد -
الرياض ٢٠٠٣
- ٤١- محمد خالد المهائني - آليات حماية المال العام والحد من
الفساد الإداري - المنظمة العربية للتنمية الإدارية - جامعة
الدول العربية - ٢٠٠٩
- ٤٢- عادل عبد الرحمن - الفساد بالتطبيق على محافظة أسيوط -
مجلة مصر المعاصرة - مجلد ١٠٣ - العدد ٥٠٢ - ٢٠١١
- ٤٣- أحمد إبراهيم أبو سن - استخدام أساليب الترغيب والترهيب
لمكافحة الفساد - المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب
- أكاديمية نايف - الرياض - العدد ٢١ - مايو ١٩٩٦
- ٤٤- عادل عبد العزيز السن - دور الثقافة التنظيمية والعدالة
الاجتماعية في مكافحة الفساد - بدون ناشر
- ٤٥- نبيل علي صالح - الفساد في العالم العربي - معناه، دوافعه،
أسبابه، نتائجه، علاجه - الحوار المتمدن - العدد ٢٢٠١ -
٢٠٠٨
- ٤٦- حمدي القبيلات، فيصل شنتاوي - مكافحة الفساد في ضوء
قانون هيئة مكافحة الفساد الأردني - مجلة دراسات الشريعة
والقانون - المجلد ٣٥ العدد ٢ - ٢٠٠٨
- ٤٧- محمد زكي أبو عامر - قانون العقوبات - القسم الخاص -
دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية

- ٤٨- آدم نوح على معابده - مفهوم الفساد ومعاييرته فى التشريع الإسلامى - مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية - مجلد ٢١ - العدد الثانى - أغسطس ٢٠٠٥
- ٤٩- محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠١٣
- ٥٠- ظافر القاسمى - نظام الحكم فى الشريعة والتاريخ الإسلامى - دار النفائس - بيروت ١٩٧٨
- ٥١- آدم نوح القضاة - سياسة الإسلام فى الوقاية والمنع من الفساد - المؤتمر العربى الدولى لمكافحة الفساد - أكاديمية نايف - الرياض ٢٠٠٣
- ٥٢- على حسن فهمى - الحسبة فى الإسلام - دراسة مقرنة بالأنظمة المشابهة فى القانون الوضعى - مؤتمر الفقه الإسلامى ومهرجان ابن تيمية - دمشق ١٣٨٠هـ
- ٥٣- سارة شايز - لصوص الدولة - مجلة السياسة الدولية - مؤسسة الأهرام ٢٦-١-٢٠١٧
- ٥٤- عبد الكريم زيدان - نظام القضاء فى الشريعة الإسلامية - مؤسسة الرسالة - بيروت ١٩٨٩
- ٥٥- محمد وليد العبادى - قضاء المظالم وسيلة لإحقاق العدل ومحو الظلم - المجلة الأردنية فى الدراسات الأمنية - المجلد الخامس - العدد الأول ٢٠٠٩
- ٥٦- محمد الخضرى بك - محاضرات فى تاريخ الأمم الإسلامية - الدولة العباسية - دار القلم - بيروت - ١٩٨٦
- ٥٨- سليمان عبد المنعم - الفساد بأمر القانون - جريدة الأهرام ١٢-٦-٢٠١٤
- ٥٩- سرى صيام - دور أجهزة القضاء والتنفيذ فى مكافحة الفساد - المؤتمر العربى الدولى لمكافحة الفساد - الرياض ٢٠٠٣
- ٦٠- طارق خضر - قانونيون يطرحون حلولاً لأزمة بطء التقاضى - موقع جريدة الأهرام ١٠-١٢-٢٠١٤ - على العنوان <http://gate.ahtrumeg.eg/newg/57129.aspx>

- ٦١- ابن القيم - اعلام الموقعين مطبعة المدني - القاهرة ١٩٦٩
- ٦٢- أحمد فتحى سرور - التشريع الجنائى الدستورى - دار الشروق ٢٠٠٢
- ٦٣- يسري العزباوى - المواجهة الختومة - سبل مكافحة الفساد السياسى فى مصر - المركز العربى للبحوث
- ٦٤- على الصاوي - البنا القانونية والمؤسسية لمكافحة الفساد فى مصر على العنوان التالى: www.adclamcr.com
- ٦٥- على حسن الشرفى - جهاز الضبط الجنائى ودوره فى مكافحة الفساد - المؤتمر العربى الدولى لمكافحة الفساد - اكااديمية نايف - الرياض ٢٠٠٣ م.
- ٦٦- أحمد عوض هندي - العدالة الاجرائية فى الفقه الاسلامى المشترك الاسلامى والمصالح تطور العلوم الفقهية مؤتمر الفقه الاسلامى سلطنة عمان ابريل ٢٠١٤ م.
- ٦٧- عباس ابو شامه عبد المحمود - جهاز الضبط الجنائى ودوره فى مكافحة الفساد - المؤتمر العربى الدولى لمكافحة الفساد - اكااديمية نايف - الرياض ٢٠٠٣ م.
- ٦٨- سليمان عبد المنعم - التشريعات اذ تترتد الى الوراء - جريدة الشروق ١٩ - ٤ - ٢٠١٥ م
- ٦٩- صلاح الدين فهمي محمود - الفساد الادارى كمعوق لعنليات التنمية الاجتماعية والاقتصادية - المركز العربى للدرسات العلمية والتدريب - الرياض ١٤١٤ هـ.
- ٧٠- مجلة السياسة الدولية - ندوة مكافحة الفساد على المستوى المحلى - ١٩ - ١١ - ٢٠١٦ م.
- ٧١- سليمان عبد المنعم - الفساد بامر القانون - جريدة الاهرام ٢١ - ٦ - ٢١٤ م.
- ٧٢- يوسف جلال - الفساد واثرة على التنمية - اساليب الرقابة الادارية والمالية - تصحيح التجاوزت ولاحرفات - جامعة الدول العربية والمنظمة العربية للتنمية - القاهرة ٢٠٠٦ م.

- ٧٣ - حيدر ادهم عبد الهادي - شرعنة الفساد - دراسة في التشريعات الناتجة عن الفساد - كلية الحقوق - جامعة النهرين - العراق.
- ٧٤ - قرار وزير الدولة للتنمية الادارية رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٧ - بتشكيل وتحديد اختصاصات لجنة الشفافية والنزاهة - مصر.
- ٧٥ - لجنة الشفافية والنزاهة - التقرير الثاني - اولوية العمل والياتة - اغسطس ٢٠٠٨.
- ٧٦ - قرار مجلس الوزراء السعودي رقم ٤٣ ١ صفر ١٤٢٨ الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد السعودية.
- ٧٧ - جريدة الجمهورية كلمة رئيس الوزراء في الاحتفال باليوم العالمي لمكافحة الفساد - الخطة الوطنية لمكافحة الفساد لمدة ٤ سنوات من ٢٠١٤ الى ٢٠١٨.
- ٧٨ - الجريدة الرسمية - الاردن - ٣٠ - ١١ - ٢٠٠٦ م.
- ٧٩ - سهام محمد محمد دبابيرية - التنظيم في المجال السياسي الاسلامي - رسالة ماجستير - جامعة النجاح - كلية الدراسات العليا مجلس فلسطين.
- ٨٠ - رمزي رديدة - اثر العولمة على الفساد الاقتصادي والسياسي - رسالة ماجستير جامعة اليرموق الاردن.
- ٨١ - منظمة الشفافية الدولية - دراسة حول نظام النزاهة الوطني - ترجمة شركة التنمية العالمية مصر ٢٠٠٩ م - على العنوان www.transparency.org.
- ٨٢ - البنك الدولي - مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار الاطار القانوني والمؤسسي لمكافحة الفساد - مصر.

الرقابة المالية في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية

دكتور / هيثم محمد حرمي محمود شريف

الرقابة المالية في

القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية

د/هيثم محمد حرمي محمود شريف

أستاذ المالية العامة والتشريعات الاقتصادية المساعد

كلية القانون الجامعة الأمريكية في الإمارات

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَقَالَ الْمَلِكُ أَتُورِي بِيَمِيَّ أَسْتَخْلِصُهُ لِنَفْسِي ۗ فَلَمَّا كَلَّمَهُ قَالَ
إِنَّكَ الْيَوْمَ لَدَيْنَا مَكِينٌ أَمِينٌ ﴿٥٤﴾ قَالَ أَجْعَلْنِي عَلَىٰ خَزَائِنِ الْأَرْضِ
إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ ﴾ صدق الله العظيم سورة يوسف الآيتان 54 ، 55

تهدية

الدول في تحقيق أهداف خطط التنمية الاقتصادية ، و الاجتماعية لا تعتمد على مدى سلامة البرامج والسياسات المختلفة الملائمة للإنجاز ، ولا على توفر الأموال فحسب ، بل تعتمد أيضا و بنفس الدرجة على مدى توافر أدوات الرقابة المناسبة ، لتابعة وتقييم هذا الإنجاز ، وعلى توافر المقومات الأساسية اللازمة لزيادة فاعلية الرقابة على مختلف الأنشطة ، و البرامج التي تتولاها الأجهزة ، و الوحدات الحكومية و هذا ما لا يوجد في غالبية الدول.

ولقد تطورت وظيفة الرقابة ، منذ القدم بتطور دور الدولة فبينما كان دورها في السابق قاصرا على المحافظة على كل من الأمن الداخلي ، و الخارجي ، و إقامة العدل ، و هو ما يعرف بالدولة الحارسة ، فقد تغير هذا الدور بشكل كبير نتيجة التقلبات الإقتصادية العديدة التي عاشتها الدول و ما نتج عنها من آثار سلبية على المجتمعات ، فأصبحت

الدول تتدخل بشكل متزايد في مختلف المجالات بحثا عن رفاهية مجتمعاتها، مما أدى إلى نمو القطاع العام بشكل كبير، واحتكار الدولة للعديد من القطاعات الإستراتيجية.

ونتيجة عن ذلك استخدام أموال طائلة في مختلف المشاريع، الأمر الذي استدعى إنشاء أجهزة رقابية مختلفة، وإصدار العديد من القوانين المنظمة لعمل هذه الأجهزة، لذلك تطورت وظيفة الرقابة مع تطور دور الدولة، وأصبحت لها أهمية كبيرة في مختلف المجالات خاصة في المجال المالي، ومن ثم تعتبر الرقابة المالية من أبرز الميادين التي شهدت تطورا كبيرا في مختلف الدول المعاصرة خاصة بعد الحرب العالمية الثانية^(١).

وأصبح هناك نوع خاص من الرقابة (الرقابة السابقة) والتي تهدف به الدولة إلى اكتشاف وتحليل المشاكل الممكن حدوثها وتفاديها ومعالجتها قبل حدوثها، والموافقة السابقة لأجهزة الرقابة على القرارات المتعلقة بصرف الأموال، وتعتبر الحاسمة في تأدية الغرض التي تهدف إلى

١- تم اعتماد مشروع الميزانية العامة للإتحاد عن السنة المالية ٢٠١٧ - ٢٠٢١ وبنفقات تقديرية قدرها ٢٤٨ مليار درهم لخمس سنوات وميزانية قدرها ٤٨,٧ مليار درهم لعام ٢٠١٧ وتعد دولة الإمارات أول دولة عربية تقوم بإعداد ميزانية دورية لخمس سنوات حيث تأتي توجيهات صاحب السمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم بإعداد مشروع الميزانية على شكل خطط دورية كل خمس سنوات بهدف تطوير مستوى الخدمات الاجتماعية المقدمة والتركيز على رفع مستوى الخدمات الحكومية الذكية وزيادة نسبة رضا المتعاملين على جهود الحكومة الاتحادية في توفير الرفاهية والرخاء والسعادة والأمن لأفراد المجتمع. وتطبق الميزانية الصفرية من قبل مجلس الوزراء بحسب القرار ١/١٨١ لسنة ٢٠٠٨.

انظر: موقع وزارة المالية لدولة الإمارات www.mof.gov.ae في

٢٠١٤/١١/٢٥

تحقيقه، والمتمثل في تطبيق القوانين و القواعد التنظيمية و التحقق من الشرعية المالية للنفقات العامة .

كما تتولى الحكومة ممثلة في وزارة المالية، تحصيل و جباية، ومراقبة الميزانية للتأكد من مراعاة واحترام المكلفين بالتنفيذ كافة القواعد المالية، أثناء ممارستهم لوظائفهم، والهدف من الرقابة هنا يكون التأكد من أن تنفيذ الميزانية قد تم على الوجه المحدد ووفق السياسة التي وضعتها السلطة التنفيذية و أجازتها من طرف السلطة التشريعية، خاصة وأن الميزانية لم تعد مجرد جداول، تتضمن أرقام صماء بل أرقام ناطقة تهدف إلى تحقيق أهداف معينة يخطط لها مسبقا ويحدد لها فترة زمنية معينة لتحقيق التوازن الاقتصادي، والاجتماعي ولنجاح الرقابة في تأدية دورها المنوط بها لا بد من أن تتوافر بها الخصائص الآتية: ^(١)

١. الدقة :

إن النظام الرقابي الذي يعتمد على بيانات ومعلومات غير دقيقة، سينتج عنه قرارات إدارية رقابية غير قادرة على مواجهة، أو حل المشكلات المتعلقة بالعملية الإنتاجية، وحتى يكون النظام الرقابي دقيق يجب إن يعتمد على بيانات، ومعلومات مثبتة وصحيحة .

٢. الاقتصاد :

حتى يكون هناك نظام رقابي فعال يجب أن يكون اقتصادياً بمعنى أن يساوي النظام الرقابي تكلفته فالهدف الأساسي من وجوده هو ضبط العمليات، والنشاطات المختلفة في المؤسسة، للحد قدر الإمكان من إهدار التكاليف فإذا كانت تكلفة النظام الرقابي المستخدم تفوق الفوائد المحققة منه، فهذا قد يعني أن هناك انحراف أدى إلى زيادة التكلفة عما هو مقرر، وبالتالي أصبحت العملية الرقابية انحرافاً بحد ذاتها .

1 - J.-Ph.colson et p.Idoux,Droit public economique, 2010, n .
458 et s.

٣. سهولة الفهم :

إن أي نظام رقابي لا يكون واضحاً ومفهوماً فلا قيمة له، وقد يؤدي إلى الوقوع في أخطاء كثيرة ومحبط الموظفين ومن ثم سيتم تجاهله، فبعض النظم الرقابية وخاصة تلك التي تقوم على المعادلات الرياضية وخرائط التعادل، التحاليل الإحصائية والتفصيلية لا يفهمها المدبرون، الذين يجب عليهم استخدامها.

٤. يعكس طبيعة النشاط واحتياجاته :

حتى يكون النشاط الرقابي المستخدم فعال يجب أن يتلاءم مع طبيعة الأعمال والأنشطة في المؤسسة، فالنظام الرقابي المستخدم في عملية تقييم أداء الأفراد في المؤسسة يختلف عن ذلك المستخدم في الإدارة المالية، إلا أننا لا نستطيع الافتراض أن هناك أسلوب رقابي أمثل يمكن استخدامه في كل مجال بل يختلف الأسلوب المستخدم في المنشأة الكبيرة عنه في المنشأة الصغيرة.

٥. المرونة :

إن النظام الرقابي الجيد والفعال والقادر على الاستمرار هو ذلك النظام الذي يمكن تعديله ليس فقط لمواجهة الخطط المتغيرة، والظروف غير المتوقعة، وإنما هو ذلك النظام الرقابي القادر على التكيف مع المتغيرات دون تغيير جذري في معالمة الأساسية.

والفكر المالي الإسلامي لم يكن أبداً بعيداً عن ذلك، فالمالية في الدولة الإسلامية سبقت أوربا، من حيث معرفة الموازنة العامة سواء من حيث الفكر، أو المضمون، أو الرقابة (فهي أول من فصل بين أموال الحاكم والأموال العامة للدولة، وبين وظيفة الأمر بالصرف والمحاسب العمومي، وفصل كذلك بين سجلات الإيرادات وسجلات النفقات) الأمر الذي

يُستخدم إعادة ترتيب الحلقات ليأخذ الفكر المالي الإسلامي مكانة اللائق^(١).

وفي ضوء ما سبق يمكن تعريف الرقابة كالآتي:
الرقابة لغة:

من رقب الشيء يرقبه ، ورقبه يرقبه ، ورقبناه بالكسر فيهما ، ورقوباً وترقبه وارقبه انتظره ورصده - والترقب الإنتظار.^(٢)

وجاء في المنجد^(٣) : رقب يرقب رقوباً ورقبه بمعنى حرسه
الرقابة اصطلاحاً:

لها مفاهيم متعددة ومتنوعة ، تختلف في معظمها من حيث درجة التفاصيل ، وتتفق غالبيتها من حيث المحتوى ، ويبدو أن الخلاف على تحديد معنى موحد للرقابة يضيء عليها أهمية خاصة ، وأهم هذه المفاهيم:
١. أنها: وظيفة تقوم بها السلطة المختصة ، بقصد التحقق من أن العمل يسير وفقاً للأهداف المرسومة بكفاءة ، وفي الوقت المحدد لها.^(٤)

٢. وقيل: إنها التأكد من أن كل شيء يجري وفقاً للقواعد التي وضعت والتعليمات التي أعطيت.^(٥)

٣. ويمكن تعريفها وفقاً للمفاهيم الحديثة والشاملة للرقابة المالية " أنها تمثل منهج علمي شامل يتطلب التكامل والاندماج بين المفاهيم

١ - محمد عبد الحليم عمر: الموازنة العامة في الفكر الإسلامي ، مجلة الدراسات التجارية الإسلامية ، جامعة الأزهر ، كلية التجارة ، العدد الأول مصر ١٩٨٤ ص٦٣

٢- جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن منظور: لسان العرب - مادة: رقب. المجلد الأول طبعة بيروت دار صادر ١٩٦٨ المجلد الأول ص٤٢٤ -

٣- لويس معلوف : المنجد في اللغة والأعلام ، دار الفقه للطباعة والنشر بيروت الطبعة ٣٥ ، ١٩٦٦م - ص٢٧٤

٤- د/فؤاد عطار مبادئ الإدارة بدون تاريخ نشر ص١٧٩

٥- د/شوقي الساهي : الموازنة العامة في ضوء الإسلام ، ١٩٨٣ ص٧٩

القانونية، والاقتصادية والمحاسبية والإدارية بهدف التأكد من المحافظة على الأموال العامة ورفع كفاءة استخدامها وتحقيق الفعالية في النتائج المتوقعة على أن يقوم بهذه المهمة جهاز مستقل ينوب عن السلطة التنفيذية^(١)

وطبقاً للتعريفات السابقة يمكن استنتاج الآتي :^(٢)

- ١- أن يكون هناك أداء مخططاً له .
- ٢- أن هناك أداء سيتحقق عند التنفيذ .
- ٣- سيتم تقييم الأدائيين .
- ٤- سيتم كشف الانحرافات .
- ٥- سيتم تصحيح الانحراف بالسرعة المناسبة .
- ٦- لا بد من وجود هدف مخطط له .
- ٧- التأكد من أن الهدف قد تحقق .

إذا الهدف الأساسي من الرقابة على تنفيذ الميزانية هو ضمان تحقيقها لأقصى قدر من المنافع للمجتمع في حدود السياسة العامة للدولة، والتأكد من أن ما تم التخطيط له هو ما تم تنفيذه وكشف، الانحرافات وتصحيحها إن وجدت للوصول إلى الأهداف المحددة مسبقاً

الرقابة المالية في المفهوم الإسلامي متكاملة وشاملة لأنها تتضمن الآتي :

رقابة شرعية على المال العام : بمعنى أنه يتعين الإلتزام بما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بقواعد المال العام إيراداً وإنفاقاً، والتي تعني أن الموارد قد جمعت وفقاً للتعليمات والتوجيهات الإسلامية، وأن

١- د/علي كاظم حسين: الرقابة المالية في الإسلام، مجلة كلية بغداد للعلوم

الاقتصادية الجامعة العدد الثاني والعشرون العرق، ٢٠٠٩ ص ٢٥٠

2 - Kathryn. Batrol and David martin "Management"

McGraw-Hill, INC. 1991 , P 595

هذه الموارد قد استخدمت في الأغراض المخصصة لها دون إسراف أو تبذير بهدف تحقيقها أقصى منفعة.

رقابة إدارية: التي تهدف إلى حسن إدارة الأموال بواسطة المتابعة ، والتنبيه إلى نقاط الضعف ، والقصور في الأداء وتحديد الانحرافات ، ثم محاولة إيجاد العلاج المناسب ، وإجراء التعليقات الملائمة للقضاء عليها. ومن ثم يمكن تعريفها بأنها: عملية تقوم بها جهات معينة ؛ لمراقبة المال العام (إيراداً وإنفاقاً) وفقاً لمعايير الشريعة الإسلامية بإدارة رشيدة ، وبكفاءة اقتصادية عالية^(١)

إشكالية البحث

تدور إشكالية البحث حول التعرض للأساليب الفعالة للرقابة المالية ، في النظام الوضعي والنظام المالي الإسلامي ، خاصة في ظل قيام الدول بالتدخل في مختلف أوجه النشاط الاقتصادي والاجتماعي ، بهدف توفير الرعاية ، والرعاية للمواطنين.

أهمية البحث

إبراز أهمية الرقابة على المال العام ، والأجهزة القائمة بها سواء في التاريخ الإسلامي أو في وقتنا الحاضر ، والمكانة التي تمتعت بها الرقابة على المال العام في الإسلام ، الأمر الذي يؤكد أن الدولة الإسلامية إنما تقدمت وازدهرت في تلك العصور عندما كانت أجهزة الرقابة المالية تعمل من أجل الحفاظ على المال العام تعمل بصورة فعالة.

هدف الدراسة

التعريف بطبيعة ومفهوم وأهداف الرقابة المالية وأجهزتها وفقاً للمفهومين الإسلامي والوضعي واستنباط نقاط التلاقح ، والاختلاف بين المفهومين من أجل اقتراح المتطلبات اللازمة ، لزيادة كفاءة وفاعلية الرقابة المالية.

١ - فخري خليل أبو صفية - بسلام عوض عبد الرحيم : نظام الرقابة على المال العام في الاقتصاد الإسلامي ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، الكويت عدد ٥٢ مجلد ١٨ ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٠٥.

منهج البحث

اعتمد البحث منهجاً علمياً موضوعياً يتلخص في الآتي:

المنهج الاستقرائي: في مجال تحديد نطاق المشكلة، وفهم العلاقات القائمة بين صورها، ومصادرها، وأسبابها المختلفة، وكذلك بشأن استيعاب علاقات الربط بين أسبابها، ونتائجها، وبينها وبين غيرها من الظواهر الاقتصادية، والمالية المرتبطة بها والمؤثرة فيها.

المنهج المقارن: يقوم على عرض الرقابة على المال العام في النظام المالي الإسلامي، ومقارنتها ببعض النظم الحديثة نظرياً لبيان أيهما أكثر حفاظاً على المال العام.

خطة البحث

وفي ضوء ما تقدم يتم تقسيم هذا البحث:

- المطلب الأول:** صور الرقابة على الميزانية العامة في القانون الوضعي.
- المطلب الثاني:** الأجهزة الرقابية على الميزانية العامة في القانون الوضعي.
- المطلب الثالث:** صور الرقابة على المال العام من المنظور الإسلامي.
- المطلب الرابع:** السلطات الرقابية على المال العام في الدولة الإسلامية.
- الخاتمة.**
- المراجع.**

المطلب الأول

صور الرقابة على الميزانية العامة في القانون الوضعي

الرقابة كانت مطبقة منذ نشأة الدولة لكن بصورة بدائية، فبمجرد تطور مهام الدولة أصبحت الحاجة ملحة إلى جهاز رقابي، للمحافظة على المال العام، لأنها وفق المنهج الحديث لم تعد قاصرة على الإجراءات التي تتبع لمراجع الحسابات، والتصرفات المالية، بل تجاوزت هذا المفهوم إلى تقييم أعمال الأجهزة الخاضعة للرقابة، وقياس مدى كفاءتها، وقدرتها على تحقيق الأهداف الموضوعية وفق الزمن المحدد لها.^(١)

1- Klingner, Donald E., Public Administration: A Management Approach, Boston: Houghton Mifflin Co., 1983 p156

إذا يمكننا القول بأن عملية الرقابة المالية انتقلت من قسم في ديوان المحاسبة، إلى جهاز مستقل تحت إشراف السلطة التشريعية. في تونس لم يستقر حق البرلمان في مناقشة النفقات العامة، إلا حين قامت الثورة في ١٧٨٩م، وتضمن إعلان حقوق الإنسان والمواطن، الصادر في نفس العام بالمادة ١٤ (لجميع المواطنين الحق بأنفسهم، أو بواسطة ممثليهم، في تقرير ضرورة الضريبة العامة، والرضا بها بحرية، ومتابعة استخدامها).^(١)

في مصر أنشئ مجلس النواب في ٧ فبراير ١٨٨٢م، ونص في الأمر العالي مبدأ مناقشة المجلس للميزانية واعتماده لها^(٢) وفي دولة الإمارات العربية المتحدة نصت المادة ٢٥ (يعرض على المجلس الوطني الاتحادي، مشروع ربط الميزانية العامة، والميزانيات المستقلة السنوي شاملاً الإيرادات، والمصروفات، مقسماً على أساس الأبواب ومجموعات الصرف، قبل بدء السنة المالية بشهرين على الأقل).^(٣)

الهدف الأساسي من الرقابة على تنفيذ الميزانية هو ضمان تحقيقها لأقصى قدر من المنافع للمجتمع في حدود السياسة العامة للدولة (التأكد من سلامة عملية تحصيل الإيرادات وأن جميع المبالغ المحصلة وردت إلى الخزانة العامة، والتأكد من أن المصروفات قدمت وفق بنود اعتمادها، دون زيادة أو نقص) وتختلف الرقابة على تنفيذ الميزانية باختلاف توقيتها: قبل، أو أثناء، أو بعد تنفيذ الميزانية.^(٤)

١- د/محمد محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية لقوانين الميزانية، طبعة جامعة الكويت ٢٠٠٧ ص ٥

٢- المادتان ٣١، ٣٠ من الأمر العالي الصادر من مجلس النواب في ٧ فبراير ١٨٨٢
٣- مادة (٢٥) مرسوم بقانون اتحادي رقم (٨) لسنة ٢٠١١ بشأن قواعد إعداد الميزانية العامة والحساب الختامي

٤- د/ زكريا محمد بيومي: الاتجاهات الحديثة في تطوير أساليب الموازنة العامة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الواحد والخمسون. مطبعة جامعة القاهرة، مصر ١٩٨٣ ص ١٤٦

وفي ضوء ما سبق سوف يتم تقسيم المطلب إلى

الفرع الأول: الرقابة السابقة على التنفيذ.

الفرع الثاني: الرقابة أثناء التنفيذ.

الفرع الثالث: الرقابة اللاحقة علي التنفيذ.

الفرع الأول

الرقابة السابقة على التنفيذ^(١)

يعد هذا النوع من الرقابة ، أحد عناصر التوجيه في العمل الإداري ، إذا ما استعمل في الإطار السليم للوقاية من أخطاء التنفيذ ، لذلك أطلق عليه اسم الرقابة الوقائية لأنه يعمل على تلافي وقوع الأخطاء والانحرافات المالية ، ويستهدف هذا النوع من الرقابة التحقق من مشروعية التصرف المالي قبل تنفيذه ، إذ تتم عمليات المراجعة والرقابة قبل الصرف ، فلا يجوز لأي وحدة تنفيذية الارتباط بالتزام ودفع اي مبلغ قبل الحصول على موافقة الجهة الرقابية على القرارات المتعلقة بالتصرف في الأموال العامة.

ومن الطبيعي أن تتم الرقابة المسبقة على جانب النفقات فقط ، وعلى هيئة الرقابة التأكيد من المبالغ سوف تنفق في الأغراض التي قررتها الميزانية وقد تتولي الرقابة السابقة ، إدارة داخلية تتبع نفس الجهة التي تقوم بالصرف ، أو تتولي الرقابة جهة خارجية .

١ - لا يوجد في دولة الإمارات رقابة مالية مسبقة تقوم بها وزارة المالية إلا من خلال القانون المنظم لعمل ديوان المحاسبة كجهة مراقبة مالية حكومية وحيدة .
في مصر تختص وزارة المالية بالرقابة قبل الصرف علي تنفيذ الموازنة ، بواسطة ممثلي لها في الوزاران المختلفة ولهم الحق في الاطلاع علي جميع المستندات ولو كانت سرية

انظر :

- قانون ديوان المحاسبة رقم ٧/ لسنة ١٩٧٦ - دولة الإمارات العربية المتحدة
- مادة ٣٣ قانون الموازنة العامة - جمهورية مصر العربية

وللرقابة السابقة مزايا ، كما أن لها بعض العيوب، وسوف نوضح ذلك من خلال الأتي: ^(١)

المزايا

- تساعد علي تطبيق الميزانية تطبيق سليماً من خلال متابعة مدى احترام كافة القواعد المالية المقررة، وعدم السماح بالعمليات المالية المخالفة ، والعمل علي تصحيحها قبل إصدارها أو سحبها قبل تنفيذها، مما يؤدي إلى رفع مستوى العمل بالجهاز الإداري.
 - الرقابة السابقة تطبق في بداية عمليات الإنفاق العام، وبذلك تسمح بكشف المخالفات المالية، والعمل على إزالتها، قبل أن تصبح العمليات نهائية.
 - تؤدي إلى تخفيف المسؤولية الملقاة علي عاتق رجل الإدارة نتيجة الفصل بين الأمر بالصرف وبين اعتماد الصرف من قبل وزارة المالية.
- العيوب
- يصعب معها مراجعة العمليات المالية، في مجموعها وخاصة بالنسبة لارتباطات المالية الكبيرة للمشروعات الإنشائية الضخمة (تم مراجعتها كأجزاء متفرقة كلما بدأ في تنفيذ جزء منها).
 - تتم في وقت طويل ، وتعطل سير العمل في وحدات الاقتصاد العام، نتيجة نقل الاختصاصات من رؤساء الإدارات إلى المراجعين ، مما قد يترتب عليه أضرار تفوق المزايا المترتبة عليها.
 - عندما تولي جهة خارجية ومستقلة عن السلطة التنفيذية عملية الرقابة السابقة، يؤدي ذلك إلى سلب الكثير من اختصاصات السلطة التنفيذية ، وظهور المركزية الإدارية ، وتزايد الخلافات بين جهة الرقابة وبين الوزارات ^(٢)

١ - د/ السيد عبد المولي: المالية العامة ، دارا لنهضة العربية القاهرة، مصر ١٩٨٨

٢- غير أن المآخذ المترتبة على الرقابة من جهة خارجية يمكن تفاديها في حالة إذا قامت بها جهة قضائية أو تتمتع ببعض السلطات القضائية مثل (محكمة المحاسبات في فرنسا)

الفرع الثاني الرقابة أثناء التنفيذ

وهي رقابة ذاتية تقوم بها أجهزة داخل الوحدة الإدارية لتأكد من أن ما يجري عليه العمل بداخلها يتم وفقاً للتخطيط والسياسات الموضوعية. وتتميز هذه الصورة باستمرار والشمول حيث تبدأ مع العمل وتساير خطوات تنفيذه ومتابعة العمل بهذا الوضع يساعد على مقارنة النتائج الواقعية، بما هو مخطط لها، وعلى اكتشاف الخطأ، والقصور أو الإهمال كما يحدد نقاط الضعف واقتراح حلول لها.

الفرع الثالث

الرقابة اللاحقة على التنفيذ

تبدأ بعد انتهاء السنة المالية، واستخراج الحساب الختامي للدولة، وهذه الرقابة لا تشمل النفقات فقط كما هو الحال في الرقابة السابقة، وإنما تمتد لتشمل جانب الإيرادات العامة، وهي لا تستطيع أن تعدل في عمليات تنفيذ النفقة، ولا أن تعود بها كما كانت قبل الصرف، وإنما هدفها هو الإبلاغ عن المخالفات التي تم ارتكابها والعمل على عدم تكرارها في المستقبل، ويمارس الرقابة في هذه المرحلة أكثر من جهة رقابية منها ما يمارسها بطريقة غير مباشرة، ومنها ما يمارسها بطريقة أساسية ومباشرة^(١).

المطلب الثاني

الأجهزة الرقابية على الميزانية العامة في القانون الوضعي تخضع النفقات والإيرادات للموافقة القانونية حيث تمثل شرط أساسي لتنفيذها ويجب أن يأخذ بعين الاعتبار ثلاث جوانب هي: ^(٢)

= د/زينب حسين عوض الله: مبادئ المالية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر ٢٠١٢ ص ٣٥٥

١ - د/أشرف السيد حامد قبال: دور الأجهزة الرقابية في الرقابة على تنفيذ الموازنة العامة للدولة، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية كلية الحقوق، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠ ص ٢٥٩

2 - Haimann, Theo; Scott, William G., and Connor, Patrick E., Management, 4th, ed., Boston: Houghton Mifflin Co., 1982 p.439

- ١ - **الجانب السياسي** : إذا يجب موافقة البرلمان علي الميزانية و بالتالي توفر رخصة صرف النفقات و تحصيل الإيرادات .
- ٢ - **الجانب المالي** : يجب أن لا يتعدى الإنفاق سقف محدد مسبقا و هذا للحفاظ علي التوازن المالي.
- ٣ - **الجانب الإداري** : يجب توافر الشروط اللازمة لمنع كل تبذير أو سوء استعمال من طرف أعوان الإدارة المكلفين بتنفيذ الميزانية و لتجنب أن تفقد هذه الإجازة معانيها بسبب عدم احترام هذه الجوانب فإن تنفيذ الميزانية يخضع لعدة إجراءات صارمة تخص طرق التنفيذ .
وفي ضوء ذلك يتم تقسيم المطلب إلى :

الفرع الأول: الرقابة الإدارية.

الفرع الثاني: الرقابة السياسية.

الفرع الثالث: الرقابة القضائية.

الفرع الأول

.....الرقابة الإدارية^(١)

تعد من قبيل الرقابة الداخلية لأنها تتم داخل السلطة التنفيذية نفسها طبقا للقواعد التي تضعها، سواء ما يقوم به رؤساء المصالح ومديرو الوحدات من رقابة على مرؤوسيههم، أو ما تقوم به وزارة المالية من رقابة علي مختلف الوزارات والمصالح، وهي إما أن تكون موضوعية عن طريق انتقال الرئيس الإداري إلى موقع عمل المرؤوس ليتحقق من أعماله، أو عن طريق فحص المستندات التي ترسل إليه وتأخذ الصور الآتية :

- ١- كل مصروف غير وارد بالميزانية، أو زائد عن التقديرات الواردة بها، وكل نقل لأي مبلغ من باب إلى آخر من أبواب الميزانية، يجب أن يكون بقانون.
انظر:

• مادة ١٣١ دستور دولة الإمارات العربية المتحدة

● المراجعة المحاسبية، والمستندية لجميع العمليات المالية، لكشف المخالفات المالية التي ارتكبت، وقد تشمل أيضاً بحث مدى كفاءة الوحدة الإدارية في استخدام الأموال العامة.

● التفويض المالي الذي يمارسه وزارة المالية على الوحدات الإدارية التنفيذية.

الفرع الثاني

الرقابة السياسية

بالنظر لما كشفت عنه معظم التطبيقات المالية من ترك الإدارة تراقب نفسها بنفسها لم يعد أمراً مقبولاً لكثرة ما لوحظ من مظاهر الانحراف في استخدام المال العام، من هنا كان من الطبيعي أن يتاح للبرلمان فرصة رقابة المشروعات العامة،^(١) والميزانية التي سبق وقام باعتمادها، كي يتأكد من سلامة تنفيذها طبقاً لما تم إجازته، كما أن السلطة التشريعية هي التي تمنح الإجازة بالجباية والإنفاق ولها أن تراقب مدى احترام الإجازة في التطبيق باعتبارها الرقيب على أعمال السلطة التنفيذية، وتأخذ الصور الآتية:^(٢)

● للجنة الشؤون المالية بالمجلس الحق في طلب البيانات والوثائق اللازمة عن سير تنفيذ الموازنة، أثناء السنة المالية.

● للأعضاء الحق في تقديم أسئلة أو استجوابات للوزراء عن كيفية تنفيذ الموازنة، ويمكن لهم تحريك المسؤولية السياسية على من يثبت في حقه ارتكاب مخالفة للقواعد المالية الخاصة بتنفيذ الموازنة.

● عدم جواز نقل أي مبالغ من باب لآخر إلا بموافقة السلطة التشريعية.

1- P.Bruneau, Le controle du parlement sur la gestion des entreprises publiques, RDA, 1975 P.119

٢- انظر:

- د/ السيد عبد المولي: المالية العامة، مرجع سابق ص ٦٧٢
- د/ عادل حشيش: أصول الفن المالي لاقتصاد العام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية مصر ١٩٨٨ ص ٥٦٩

• للبرلمان مراقبة الميزانية عندما تطلب السلطة التنفيذية فتح اعتمادات إضافية، إذ لا بد من تقديم معلومات كافية عن حالة تنفيذ الميزانية، وما دفعها إلى طلب اعتمادات إضافية.^(١)

• مناقشة الحساب الختامي واعتمادة بعد نهاية السنة المالية، والتأكد من التزام السلطة التنفيذية بالقواعد المالية الخاصة بتنفيذ المالية والتأكد من الأرقام الواردة به تتطابق مع تلك التي سبق وتم اعتمادها.

فرنسا تلتزم الحكومة أن ترفق بمشروع قانون الحساب الختامي التقارير السنوية للأداء التي تظهر في كل برنامج المسافة بين النتائج وتوقعات الميزانية، وأن ترفق به أيضا جميع الملاحق الشارحة التي تضم توقعات الأداء لكل برنامج ولكل متخصص، وغير ذلك من المستندات.

واستناداً لتلك المعلومات يمكن لأعضاء البرلمان أن يقرروا إذا كان قد تم إنجاز البرنامج أم لا، وفي حالة التقصير يمكن نقل الإعتمادات إلى برنامج آخر إذا كانت نتائجه أكثر إقناعاً، ومناقشة قانون الحساب الختامي مع إعداد الميزانية فرصة للبرلمان لإجراء تقويم سياسي واقتصادي للحقيقة النفقات العامة بالنظر إلى أهداف وتعهدات الميزانية.

الحكومة تكون مسؤولة عن نتائج البرامج، ولم يعد نجاحها مرتبط بما تحصل عليه من اعتمادات ولكن بقدرتها على تحقيق الأهداف، فإذا كانت النتائج باهتة، لن تستمر الحكومة، فالبرلمان أصبح مهتم بشكل أكبر بالهدف من النشاط العام وليس بالإعتماد، فمناقشة الميزانية الآن تدور حول أهداف النشاط العام، وليس المتغيرات الهامشية للاعتمادات.^(٢) وفي مصر يعتبر من المخالفات المالية عدم تقديم الجهة للموازنة أو الحسابات الختامية أو الميزانية العمومية الخاصة بها، أو بياناتها

١- د/جيهان حسن السيد خليل: دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال

العامة، دار النهضة العربية - مصر ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م ص ٦٠

2- L.Philip, la nouvelle loi organique du 1er aout relative aux lois de finances, RFDC, 2002, P199

التفصيلية أو تقديمها غير مستوفاة أو في موعد يجاوز المواعيد المحددة، أو تجاوز الاعتمادات المدرجة بالموازنة دون الحصول على الموافقة والترخيص المالي اللازمين أو الأمر بالصرف في حالة تجاوز اعتمادات باب من أبواب الموازنة قبل الحصول على موافقة مجلس الشعب أو مخالف أي حكم من أحكام هذا القانون والقرارات واللوائح الصادرة تنفيذاً له^(١)

- الحلول الدستورية لعدم إقرار البرلمان الميزانية^(٢) في حالة عدم صدور قانون الميزانية قبل بداية السنة المالية، نتيجة رفض البرلمان اعتماد الميزانية، أو عدم إقرارها، أو الإقرار الجزئي لها، أو نتيجة تأخير الحكومة في إيداع مشروع الميزانية، فقد اختلف الأمر من دولة لأخرى كالآتي:
- دولة الإمارات نصت المادة ٢٧ مرسوم بقانون اتحادي رقم (٨) لسنة ٢٠١١ على أن يتم إقرار اعتمادات شهرية مؤقتة على أساس جزء من اثني عشر جزءاً من اعتمادات السنة المالية السابقة، وذلك بناء على عرض الوزير.
- مصر نصت المادة (٣/١١٥) نصت على أن يتم العمل بالميزانية القديمة إلى حين اعتماد الموازنة الجديدة، وهذا الإجراء لا يفترض استصدار قانون من البرلمان باستمرار العمل بالموازنة القديمة.
- وفي إنجلترا يستخدم نظام الاعتمادات الجزئية Votes on account حيث يوافق مجلس العموم على اعتمادات جزئية للصرف منها حين الانتهاء من مناقشة الميزانية واعتمادها.

- ١- عدنان محسن طاهر: دور البرلمان في مراقبة الموازنة دراسة مقارنة بالدول العربية، مؤسسة وستمنستر للديمقراطية، مصر ٢٠٠٧ ص ٢٥
- ٢- د/ طارق محمود عبد السلام، المالية العامة، جامعة الجزيرة، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٢ م. ص ٨٥

- لكن حقيقة الأمر أن ممارسة البرلمان للرقابة المالية تواجهه مشكلات وعقبات لا يستهان بها، بعضها يرجع إلى ضعف السلطة التشريعية في مواجهة السلطة التنفيذية، وبعضها يرجع إلى مصير الرقابة بشكل خاص. ضعف السلطة التشريعية في مواجهة السلطة التنفيذية يرجع للآتي: (١)
١. عدم اللجوء إلى لجان تقصى الحقائق المنصوص عليها في الدستور، كما أن الالتزام الواقع على الجهات الرسمية بمدهذه اللجان بالمعلومات والبيانات وسماع من ترى سماعه غير مقترن بجزء. (٢)
 ٢. المجلس يتدخل في تحديد الاستجابات الجائز مناقشتها، وتتدخل الحكومة بطريقة أو بأخرى لإعاقة استخدام النواب لهذا الحق.
 ٣. ممارسة رقابة برلمانية حقيقية على السلطة التنفيذية لن يكون ممكنا مادام هناك اغلبية برلمانية ولاؤها الأول والأخير للحكومة.
- أما عن ضعف الرقابة المالية بشكل خاص فترجع إلى الأسباب الآتية:
١. مناقشة قانون الحساب الختامي من جانب المجلس لا يعد وسيلة للرقابة، حيث غالبا ما يتم عرضه متاخرا من جانب الحكومة.

١- د/محمد محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية، مرجع سابق ص ٢٤٠

٢- المادة ١٣٥ من الدستور المصري الصادر في عام ٢٠١٤ (لمجلس النواب أن يشكل لجنة خاصة، أو يكلف لجنة من لجانه بتقصي الحقائق في موضوع عام، أو بفحص نشاط إحدى الجهات الإدارية، أو الهيئات العامة، أو المشروعات العامة، وذلك من أجل تقصى الحقائق في موضوع معين، وإبلاغ المجلس بحقيقة الأوضاع المالية، أو الإدارية، أو الاقتصادية، أو إجراء تحقيقات في أى موضوع يتعلق بعمل من الأعمال السابقة أو غيرها، ويقرر المجلس ما يراه مناسباً في هذا الشأن، وللجنة في سبيل القيام بمهمتها أن تجمع ما تراه من أدلة، وأن تطلب سماع من ترى سماع أقواله، وعلى جميع الجهات أن تستجيب إلى طلبها، وأن تضع تحت تصرفها ما تطلبه من وثائق أو مستندات أو غير ذلك، وفي جميع الأحوال لكل عضو في مجلس النواب الحق في الحصول على أية بيانات أو معلومات من السلطة التنفيذية تتعلق بأداء عمله في المجلس).

٢. تقارير الجهاز المركزي للمحاسبات على الرغم من أهميتها ، فإن مصيرها الإحالة للحكومة لاتخاذ ما تراه، دون أن يتخذ المجلس نفسه موقفا تجاه تلك التقارير.

٣. حق البرلمان في الرقابة المالية لا يحظى بحق تشريعي خاص يكفل له وللجانة المختصة الحق في الوصول للحقيقة والمعلومات. من هنا أصبح دور البرلمان في مناقشة الميزانية متواضعا، فقد أصبح حدث عادي وروتين دوري، يتم المجازة بسرعة للتمرغ لما هو اهم من تشريعات أخرى تحظى باهتمام أكبر، كما أن حق المجلس في تعديل مشروع الميزانية يخضع لموافقة الحكومة دائما.

الفرع الثالث الرقابة القضائية

هي تلك الرقابة التي تأخذ الطابع القضائي، في الإجراءات والحكم والحسم، وتستهدف الرقابة علي المحاسبين، والرقابة علي الحسابات، وتأخذ بهذا النموذج الرقابي العديد من الدول منها:

- أولاً فرنسا (محكمة الحسابات)

يتخذ نظام الرقابة المالية في فرنسا الشكل القضائي حيث حددت المادة ٤٧ من الدستور الفرنسي مهمة محكمة الحسابات^(١) محكمة إدارية يتم تنظيمها علي نسق المحاكم القضائية فتأسست منذ عام ١٨٠٧م التي ترفع لها التقارير النهائية عن نتائج الرقابة المالية، بهدف الرقابة على صحة ودقة ما يقوم به المحاسبون الحكوميون من أعمال، ولحكمها القوة التنفيذية، كالتي تتصف بها الأحكام القضائية، مما جعل هذه المحكمة التي تتولى مسؤولية الرقابة المالية العليا في فرنسا سلطة رابعة مضافة إلى السلطات الثلاث التقليدية.

1 -La cour des comptes assiste le parlement et le gouvernement dans le controle de l'execution des lois de finances"

وساعد على ذلك استقلالها وأحاطتها بالضمانات اللازمة لذلك ،
فتمتع كما سبق بالسلطة القضائية ، ويتم تعيين قضاة المحكمة بمرسوم
جمهوري وهم غير قابلين للعزل ، ويعتبر تقديم الحساب أمامها إلزاماً
وتكليفاً ووظيفياً يقع على عاتق المحاسبين وهم وحدهم المسؤولون عن
ذلك ، ويجب أن يتم ذلك دورياً وفي حالة التأخير في تقديم الحساب ، يتم
توقيع غرامة مالية على المتسبين ، وتقدم الحسابات للمحكمة موقعة من
المحاسب ومرقفاً بها المستندات وتقوم المحكمة بفحص الحسابات ، ثم يكتب
تقريراً عنه تصدر المحكمة حكمها على أساسه ، ففي حالة ثبات انتظام
الحساب تصدر المحكمة حكماً بإبراء ذمة المحاسب ، أما في حالة إداة
المحاسب بسبب سوء إدارته ، أو إهماله ، أو مخالفته للقواعد المالية
والمحاسبية ، فتصدر المحكمة قراراً بإدائته ، ويصدر بناء على ذلك قرار من
وزير المالية بإدائته ويكون حكم الإداة واجب التنفيذ .

وتقوم المحكمة بالتحقق من صحة الحسابات النهائية ، ومدى مطابقتها
مع الموازنة العامة للدولة وفي سبيل ذلك تتلقى دورياً مستندات الإيرادات
والمصروفات الحكومية لمراجعتها ، ويقوم رئيس المحكمة بتقديم تقرير
سنوي عام على الحسابات النهائية يرفعه للجنة المالية الخاصة بالبرلمان .

وتشهد المحكمة في التقرير بتحقيق التطابق بين الحسابات المعدة من
المحاسبين الحكوميين وبين الحسابات العامة للدولة ، مع إبداء التحفظات في
حالات وجود مخالف مالية ، وبيان هذه المخالفات ، واقتراح التعديلات
والاقتراحات اللازمة ، بالإضافة إلى تقرير إجمالي يقدم كل عامين عن
أنشطة ، وإدارة ، ونتائج المشروعات العامة .

وترسل المحكمة تقريراً إلى مختلف المستويات الحكومية ، ومذكرات إلى
الوزراء المختصين ، وصوره منها إلى وزير المالية عن المخالفات ، وتقترح
فيها الإصلاحات المطلوبة هذا فيما يختص بالوحدات الحكومية ، أما فيما
يتعلق بالمشروعات العامة ، فترسل المحكمة تقريراً بنتائج الفحص إلى

الوزارات المسؤولة عن هذه المشروعات، ويشمل التقرير رأي المحكمة في حسابات المشروع، من حيث مدى دقتها، وسلامتها والاقتراحات، بالإصلاحات المطلوبة كذلك توضح المحكمة رأيها في مدى فاعلية إدارة المشروع، في تحقيق أهدافه.

• **ثانياً: مصر: (الجهاز المركزي للمحاسبات)**

مع اتساع نشاط الدولة ودخولها في أنشطة متعددة مثل التعليم، والصحة، والرعاية الاجتماعية، بالإضافة إلى إنشاء وتسيير العديد من المشروعات، والمرافق العامة مثل الكهرباء، والمياه والصرف الصحي، فضلاً عن جانب من المشروعات الإنتاجية، هذا إلى جانب الأنشطة التقليدية، التي مارستها الدولة من قديم الزمان مثل الدفاع، والأمن والقضاء، مما أدى إلى زيادة كبيرة في النفقات، وإيرادات الدولة.

من هنا شعرت السلطة التشريعية، بعجزها عن ممارسة دورها في الرقابة على الأموال العامة وعن مواجهة الانحراف في استخدامها، ويرجع ذلك لسيطرة السلطة التنفيذية على المعلومات التي تقدم للبرلمان، كما أن انشغال البرلمان بممارسة الرقابة على المال العام أثر على ممارسة البرلمان لمهامه الأخرى.

كل ذلك خلق قناعة لدى البرلمانات في الدول الدستورية المتقدمة في الديمقراطية بضرورة، وجود هيئة مستقلة تمارس وظيفة الرقابة على الأموال العامة، والمحاسبة على الاعتداء عليها، أو إساءة استعمالها وتقديم تقارير بنتيجة رقابتها للبرلمان وخاصة عما إذا كانت الحكومة قد التزمت بإنفاق الموارد العامة، في الوجوه التي عينها البرلمان في الموازنة العامة للدولة، التي يقرها البرلمان سنوياً، ومدى تعبير الحساب الختامي للدولة عن حقيقة ما تم تحصيله من موارد، وما تم إنفاقه من مصروفات خلال السنة المالية، المعد عنها ذلك الحساب.

لذلك عهد بالرقابة على الميزانية لجهاز مستقل يتولى عملية المراقبة والمراجعة ويعرض النتائج في صورة تقرير يقدم إلى الحكومة والسلطة

التشريعية، (الجهاز المركزي للمحاسبات) ويعد هيئة مستقلة ذات شخصية اعتبارية عامة تلحق بمجلس النواب.

نصت المادة ٢١٩ من دستور عام ٢٠١٤ على (يتولى الجهاز المركزي للمحاسبات الرقابة على أموال الدولة، والأشخاص الاعتبارية العامة، والجهات الأخرى التي يحددها القانون، ومراقبة تنفيذ الموازنة العامة للدولة والموازنات المستقلة، ومراجعة حساباتها الختامية).

ونصت المادة ٢ من قانون ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ قانون الجهاز المركزي للمحاسبات على الآتي (يمارس الجهاز أنواع الرقابة الآتية: ١- الرقابة المالية بشقيها المحاسبي والقانوني 2- الرقابة على الأداء ومتابعة تنفيذ الخطة ٣- الرقابة القانونية على القرارات الصادرة في شأن المخالفات المالية).

• ثالثاً: الإمارات: (ديوان المحاسبة)

في دولة الإمارات تم إنشاء ديوان المحاسبة لمراجعة حسابات الاتحاد والأجهزة والهيئات التابعة له، حيث نصت المادة رقم ١٣٦ من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة على " تنشأ إدارة اتحادية مستقلة يرأسها مراجع عام يتم تعيينه بمرسوم لمراجعة حسابات الاتحاد والأجهزة والهيئات التابعة له، وكذلك لمراجعة أية حسابات أخرى يوكل إلى الإدارة المذكورة مراجعتها، طبقاً للقانون^(١) تقييم الرقابة اللاحقة

يترتب على تطبيق الرقابة اللاحقة عدة مزايا تتمثل في:
١. تتم على أساس واقعي لأنها تكون بعد تنفيذ الميزانية.

١- فهمي محمود شكري: الرقابة المالية العليا مفهوم عام وتنظيمات اجتزتها في الدول العربية وعدد من الدول الأجنبية، دار مجدلاوي، عمان- بلون تاريخ، ص ٣٣

٢- تمكن من تحقيق رقابة الإنجاز وهو ما لا يتوافر في الرقابة السابقة علي التنفيذ.

٣- أداة فعالة لتقييم أعمال الوحدات الإدارية وتساعد علي تحديد المسؤوليات ومحاسبة المقصرين.

العيوب

١- اقتصر دورها علي تسجيل المخالفات بعد وقوعها، أي لا تمنع من ارتكاب المخالفات وإنما فقط التنبيه إليها بعد وقوعها.

٢- اكتشاف المخالفات وفقا لهذا الأسلوب يكون بعد وقت طويل من ارتكاب الواقعة يكون الشخص المسؤول عنها قد تغير إما لانتقاله لعمل آخر أو تقاعده، مما يقلل من أهميتها.

٣- تفقيد الرقابة اللاحقة مما قرره الرقابة السابقة من نتائج في المواضع التي يتم إعادة بحثها، خاصة إذا كان يقوم بكل نوع من الرقابة جهاز مستقل.

المطلب الثالث

صور الرقابة علي المال العام من المنظور الإسلامي

الموازنة العامة للدولة وجدت فكرا وتطبيقا في الفكر الإسلامي قبل أن تعرفها الأفكار الأخرى، في إنجلترا وفرنسا، ويمكن إثبات ذلك بواسطة تحليل مضمون الموازنة العامة التي هي إيرادات ونفقات الدولة عن فترة مقبلة .

ويتحليل هذا المفهوم إلى عناصره الأساسية نجد الأتي :

١. الموازنة العامة إحدى الأدوات التي تستخدم في التخطيط المالي، النظرة المستقبلية للأمر، وهي بهذا المعنى لها سند شرعي في الفكر المالي الإسلامي في قصة سيدنا يوسف عليه السلام

قال تعالي "قَالَ تَزْرَعُونَ سَبْعَ سِنِينَ دَأْبًا فَمَا حَصَدْتُمْ فَذَرُوهُ فِي سُنْبُلِهِ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا تَأْكُلُونَ ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ سَبْعٌ شِدَادٌ يَأْكُلْنَ مَا قَدَّمْتُمْ لَهُنَّ إِلَّا

قَلِيلًا مِمَّا تُحْصِرُونَ ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ عَامٌ فِيهِ يُغَاثُ النَّاسُ وَفِيهِ
يُغْصِرُونَ يوسف ٤٩، ٤٨

٢. الشكل الذي يحتوي قائمة بالإيرادات والنفقات، وكان موجوداً كما يقوم الحياة بتدوين أسماء المكلفين في جداول رسمية، وكشوف دورية، وذلك أقرب ما يكون بنظام الضرائب المباشرة، وهو ما يتبناه المشرع الإسلامي، بالنسبة للجزية والخراج.

٣. وفيما يتعلق بالنفقات العامة كان النبي صلى الله عليه وسلم يحتفظ بسجلات بأسماء المسلمين، فقد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اكتبوا لي كل من تلفظ بالإسلام. فكتبنا له ألف وخمسمائة رجل^(١) ضرورة موافقة السلطة التشريعية على الميزانية، نظم الإسلام ذلك بصورة واضحة، حيث نهى النبي صلى الله عليه وسلم بضرورة الفصل بين مال من ولي من أمر المسلمين شيئاً، وبين المال العام فلقد حاسب عامله على صدقات بني سليم حينما قال هذه الصدقات لكم وهذا أهدي لي، عندها غضب النبي صلى الله عليه وسلم وصعد المنبر وقال "ما بال العامل نبعثه فيقول: هذا لكم وهذا أهدي لي، أفلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر هل يهدي إليه أم لا"^(٢)

فقد تولت الشريعة تحديد الإيرادات والنفقات تحديد دقيق كما في الزكاة، والغنيمة وهو يعد بمثابة اعتماد من السلطة التشريعية، أما ما استجد بعد ذلك كالخراج والعشور، فإن الفقه الإسلامي مستقر علي ضرورة الحصول على إذن مسبق من السلطة التشريعية متمثلة في أهل الحل والعقد والاجتهاد^(٣)

١- د/ غازي عنايه: النظام الضريبي في الفكر المالي الإسلامي، دراسة مقارنة

، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية مصر ٢٠٠٣م ص ٣٥٠.

٢- أبو عبيد القاسم بن سلام: كتاب الأموال، تحقيق د/ محمد عمارة، دار

الشروق مصر ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، رقم ٧٣٧ ص ٦٤٥.

٣- يراجع هنا:

• محمد عبد الحليم عمر: الموازنة العامة في الفكر الإسلامي، مرجع ص ٦٥.

• د/ صبرينة كردودي: الموازنة العامة للدولة في الاقتصاد الإسلامي، مجلة مركز

صالح عبدا لله كامل للاقتصاد الإسلامي مجلد ١٣ عدد ٣٩ مصر

٢٠٠٩ ص ١٩٣، ١٩١

وإذا كانت الرقابة المالية قد تعددت تعريفاتها، اعتماداً على المداخل المختلفة التي يدخل منها ويعتمد عليها في تحديد مفهوم الرقابة المالية، بالشكل الذي يهدف من خلاله إلى معالجة مشكلة ما، فإنه بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، سواء ما ورد في الآيات القرآنية الكريمة أو الأحاديث النبوية الشريفة أو سير الخلفاء والأمراء المسلمين، يمكن أن نلاحظ أن المفاهيم السابقة للرقابة المالية كان موجوداً أصلاً ومعمولاً به قبل أكثر من أربعة عشر قرناً، وتمثلت في الآتي:

الفرع الأول الرقابة الذاتية

هي رقابة التضمير التي تنفرد بها المالية العامة الإسلامية، وهي أعلي درجات الرقابة، باعتبارها تمثل خط الدفاع الأول، والضمانة القوية ضد التعدي على المال العام أو إساءة استخدامه لأن الفرد أعلم من السلطة بمضمون تصرفه ومكنون نواياه، فإذا وضع ربه أمامه تصرف كأنه يراه، لم يكن في حاجة إلى رقيب، وإذا طرح ربه وراء ظهره أعيا كل رقيب^(١) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا أراد الله بقوم خيراً، استعمل عليهم العلماء، وجعل أموالهم في أيدي السحباء، وإذا أراد الله بقوم بلاءً استعمل عليهم السفهاء، وجعل أموالهم في أيدي البخلاء، ألا من ولى أمر أمي شيئاً فرقق بهم في حوائجهم، رفق الله به يوم حاجته، ومن احتجب عنهم دون حوائجهم، احتجب الله عنه دون خلقه، وحاجته"^(٢). فالمسلم لن يستطيع أن يفلت من رقابه من لا تخفى عليه خافية، ومن يعلم السر وأخفى

- ١- د/عبد الباسط وفا: سياسات وأدوات مالية الدولة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر ٢٠٠٥ ص ٣٠٧
- ٢- أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم: كتاب الخراج، حققه طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث مصر ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م ص ١٩.

- قال تعالى " وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ رَقِيبًا " الأحزاب ٥٢
- قال تعالى " فَإِنَّهُ يَعْلَمُ السِّرَّ وَأَخْفَى " ٧٥
- قال تعالى " وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَبْدُلُوا الْخَيْثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا " النساء ٦
- تواعد الحق سبحانه وتعالى من يحتلس شيئا من أموال المسلمين قال تعالى " وَمَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ثُمَّ تُوَفَّىٰ كُلُّ نَفْسٍ مَا كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ " آل عمران ١٦١

- قال تعالى " إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا " الأحزاب ٧٢
- فالمسلم مؤتمن ويجب أن يقوم بأعباء الأمانة، فلا يتصرف في أموال الناس جباية أو إنفاقا إلا بالقدر الذي سمح به الشارع (رقيبه وخالقه)، ومن بعده ضميره، ولا يخشى في الله لومة لائم.

الشارع الحكيم حدد شرطين لمن يتولى أمر من شؤون المسلمين في قصة سيدنا يوسف عليه السلام هما (التقوى، والقدرة على تحمل الأمانة)

قال تعالى " وَقَالَ الْمَلِكُ اثْنُونِي بِهِ اسْتَخْلِصْنِي لِنَفْسِي فَلَمَّا كَلَّمَهُ قَالَ إِنَّكَ الْيَوْمَ لَدَيْتَنَا مَكِينٌ أَمِينٌ قَالَ اجْعَلْنِي عَلَىٰ خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَصِيظٌ عَلِيمٌ "

يوسف ٥٤، ٥٥

بعض صور الرقابة الذاتية في التطبيق المالي الإسلامي:

١. ها هو خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر الصديق رضي الله عنه يضرب المثال الرائع في الزهد والحرص على أموال المسلمين، قال لعائشة في مرضه "أما والله لقد كنت حريصا علي أن أوفر فيء المسلمين، على أنى قد أصبت من اللحم واللبن فانظري ما كان عندنا فأبلغه عمر" وما كان عنده دينار ولا درهم ما كان إلا خادما ولقحة ومحلبا

، فلما رجعوا من جنازته أمر به عائشة إلى عمر فقال رحم الله أبا بكر لقد
أتعب من بعده^(١)

٢. وعمر ابن الخطاب حينما جاء وفد من العراق ليزوره، ومعهم الأحنف بن
قيس فيفاجأون به والحر الشديد، والصفيف قائظ منهمكا في تليب بعير من
إبل الصدقة يطلبه بالقطران، ثم لا يكاد يرى ضيوفه، وفيهم الأحنف
حتى يناديه، ضع ثيابك يا أحنف وهلم فأعن أمير المؤمنين على هذا البعير
فإنه من إبل الصدقة وفيه حق للأمة واليتيم والمسكين، فيقول له رجل من
الوفد وقد أذهلته المفاجأة يفر الله لك يا أمير المؤمنين أن عبداً من عبيد
الصدقة يكفيك هذا، فيجيبه عمر "وأى عبد أعبد منى ومن الأحنف ثم
يستأنف تطيبه للبعير^(٢)

٣. كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه إذا بعث سرية ولى أمرها رجلا ثم
قال له: أوصيك بتقوى الله الذي لا بد لك من لقائه ولا تنتهى لك
دونه، وهو يملك الدنيا والآخرة، وعليك بالذي بعثت له، وعليك بالذي
يقربك إلى الله عز وجل فإن فيما عند الله خلفاً من الدنيا.^(٣)

٤. لما استخلف عمر بن عبد العزيز مكث شهرين مقبلاً علي بثه وحزنه لما
ابتلي به من أمور الناس، ثم أخذ في النظر في أمورهم ورد المظالم إلى أهلها
، حتى كان همه بالناس أشد من همه بأمر نفسه، فعمل بذلك حتى انقضى
أجله رحمه الله تعالى^(٤)

٥. وكذلك ما روي عن الخليفة عمر بن عبد العزيز أنه كان يضيء
شمعة في بيت مال المسلمين لينظر على ضوءها في شؤون المسلمين

١ - أبو عبيد القاسم بن سلام : كتاب الأموال، مرجع سابق، رقم ٦٦٠
ص ٢٨١، ٢٨٠

٢ - خالد محمد خالد: بين يدي عمر، دار المعارف، الطبعة السادسة، مصر بدون
تاريخ ص ١٥٤

٣ - أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم: كتاب الخراج، مرجع سابق ص ٢٥

٤ - المرجع السابق، ص ٢٦

، وبينما هو يسأل محدثه عن أحوال المسلمين ، إذ بمحدثه يسأله عن حاله ، فيقوم عمر ليطفئ الشمعة ويضئ غيرها ، فسأله عن السبب ، فقال له كنت أضئ شمعة من مال المسلمين وأنا أنظر في مصالحهم أما وأنت تريد أن تسأل عن أحوالي فقد أضأت شمعة من مالي الخاص^(١)

الفرع الثاني

الرقابة الجماعية

هي رقابة أفراد الشعب للإنفاق العام ، حيث يحق لكل فرد مراقبة تصرفات الأجهزة الإدارية الموجودة في الدولة ، فالجميع يتقبل النقد بنفس راضية ، ويتراجع عن خطئه متى كان مخطئا ومستند هذه الرقابة هو خلافة الإنسان لله تعالى في الأموال المتاحة للجماعة ، وبالتالي حق عليه أن يحسن التصرف فيها

قال تعالى " وَأَنْقِبُوا مَعًا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ " الحديد ٧
قال تعالى " وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ " آل عمران ١٠٤

ولاشك أن المشاركة في الرقابة علي الإنفاق العام بالإبلاغ عن كل تصرف غير سليم يتعلق به ، هو فيء مقام الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهو غير قاصر علي فئة معينة "مجلس النواب ، المجلس الوطني" بل لكل فرد في المجتمع الإسلامي ممارسة هذا الحق.

صور الرقابة الجماعية

١. كان رسول صلى الله عليه وسلم يستمع إلى أخبار الولاية من الوفود التي تصل إلى المدينة من جهة ولايته ، ويحقق فيما ينقل إليه من أخبار عماله

١ - د / محمد طاهر عبد الوهاب ، الرقابة الإدارية في النظم الإسلامية ، وقائع ندوة النظم الإسلامية ، مكتب التربية لدول الخليج ، الجزء الأول ، ١٨ - ٢٠ صفر ١٤٠٥ هـ / ١١ - ١٣ نوفمبر ١٩٨٤ م ، أبو ظبي ، ص ٣٠٥

فقد روى أن وفد عبد القيس اشتكى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، الغلاء بن الحضرمي، واليه عليهم، فاستمع إليهم ولما تحقق من شكاوهم، عزله وولى عليهم أبان بن سعد، وزوده بوصية قال فيها "استوص بعبد القيس خيرا وأكرم سراتهم"^(١)

٢. بعث إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أثواب كثيرة جديدة، فقسمها بين الناس فأصاب كل رجل ثوب، ثم سعد النير وعليه حله، والحلة ثوبان. فقال: أيها الناس اسمعوا. فقال سلمان رضي الله عنه: لا سمع لك ولا طاعة. فقال عمر رضي الله عنه في غرابة: ولم يا أبا عبد الله قال: إنك قسمت علينا ثوبا وأعطيت لنفسك ثوبان قال عمر رضي الله عنه: لا تعجل يا أبا عبد الله ثم صاح: يا عبد الله بن عمر، قال ابن عمر رضي الله عنهما: لبيك يا أمير المؤمنين. فقال: ناشدتك الله الثوب الذي انتزرت به أهو ثوبك؟ قال: اللهم نعم. فقال سلمان رضي الله عنه: الآن نسمع ونطيع.^(٢)

والأمر هنا تابع من حق الفرد رقابة الإنفاق العام، ويجب على ولي الأمر أن يتسع صدره.

الفرع الثالث الرقابة المسبقة

هي رقابة تتم قبل الإنفاق العام، عن طريق حسن اختيار من يتولى أمر من شؤون المسلمين، والأوجه التي يتم فيها الإنفاق سلفا، وهي رقابة وقائية لأنها تمكن من تدارك الأخطاء قبل وقوعها، وقد حرص النظام المالي الإسلامي على تقرير الرقابة السابقة، على كافة العمليات المالية ومن أهم وسائل الرقابة المسبقة الآتي:^(٣)

- ١- أشرف السيد حامد: دور الأجهزة الرقابية، مرجع سابق ص ٣٠١
- ٢- المرجع السابق
- ٣- فخري خليل أبو صفية: نظام الرقابة على المال العام في الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق ص ٣٣٤

أولاً: حسن اختيار العمال

ولمجد الإمام أبا يوسف يحدد شروط من يتولى مال المسلمين رأيت (أبقى الله أمير المؤمنين) أن تتخذ قوما من أهل الصلاح والدين والأمانة فتوليهم الخراج ، ومن وليت منهم فليكن فقيها عالما مشاورا لأهل الرأي عفيفا لا يطلع الناس منه على عورة ولا يخاف في الله لومة لائم ، ما حفظ من حق وأدى من أمانة احتسب به الجنة وما عمل به من غير ذلك خاف عقوبة الله فيما بعد ، الموت .

تجوز شهادته إن شهد ، ولا يخاف منه جور في حكم إن حكم ، فإنك إنما توليه جباية الأموال وأخذها من حملها وتجنب ما حرم منها يرفع من ذلك ما يشاء ويحتجن منه ما يشاء ، فإذا لم يكن عدلا ثقة أمينا فلا يؤتمن على الأموال ، إنني قد أراهم لا يحتاطون فيمن يولون الخراج ، إذا لزم الرجل منهم باب أحدهم ، أياما ولاء رقاب المسلمين وجباية خراجهم ولعله أن لا يكون عرفه بسلامة ناحية ولا بعفاف ولا باستقامة طريقة ولا بغير ذلك .

ويجب الاحتياط فيمن يولى شيئا من أمر الخراج والبحث عن مذاهبهم والسؤال عن طرائقهم كما يجب ذلك فيمن أريد للحكم والقضاء وتقدم إلى من وليت أن لا يكون عسوقا لأهل عمله ولا محتقرا لهم ولا مستخفا بهم ، ولكن يلبس لهم جلبابا من اللين يشوبه بطرف من الشدة والاستقصاء من غير أن يظلموا أو يظلموا ما لا يجب عليهم ، واللين للمسلم ، والغلظة على الفاجر ، والعدل على أهل الذمة وإنصاف المظلوم ، والشدة على الظالم والعتو عن الناس ، فإن ذلك يدعوهم إلى الطاعة ، وأن تكون جبايته للخراج كما يرسم له ، وترك الابتداع فيما يعاملهم به ، والمساواة بينهم في مجلسه ووجهه حتى يكون ، القريب والبعيد والشريف والوضيع عنده في الحق سواء ، وترك اتباع الهوى ، فإن الله ميز من اتقاه وآثر طاعته وأمره على من سواه ، وإنني لأرجو إن أمرت بذلك وعلم الله من قبلك إثارك ذلك على غيره ثم بدل منه مبدل

أو خالفتمه بخالف أن يأخذه الله به دونك وأن يكتب لك أجره وما نويت إن شاء الله. ^(١)

وصف لعمر بن الخطاب رضي الله عنه العسل دواء، وفي بيت المال عكة منه، فوقف علي المنبر يطلب إذن المسلمين قائلاً "إن أنتم أذنتم لي فيها، وإلا فهي حرام" مع العلم لو أن عمر أراد أن يعطي العسل لفقير لما احتاج لهذا الإذن، "لدية إذن عام بالإفناق على الفقراء" ^(٢)

ثانياً: تدريب العمال

اهتم الاقتصاد الإسلامي بتدريب العاملين بهدف تنمية قدراتهم ومهاراتهم على أداء العمل الموكل إليهم على أكمل وجه. وكان النبي صلى الله عليه وسلم يحرص على تدريب من يستعملهم على مصالح المسلمين ويزودهم بالنصائح، والإرشادات، وفي هذا يروى عن علي رضي الله عنه قال - بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضياً، وضرب علي صدري وقال (اللهم اهد قلبه، وسدد لسانه، وقال له إذا جلس بين يداك الخصمان فلا تقض حتى تسمع كلام الآخر، كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء) ^(٣)

كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذا استعمل رجلاً اشترط عليه أربعاً أن لا يركب برذونا، ولا يلبس ثوباً رقيقاً، ولا يأكل نقياً، ولا يغلق باباً دون حوائج الناس ^(٤)

- ١- أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم: كتاب الخراج، مرجع سابق ص ١٢٠
- ٢- د/عبد الباسط وفا: سياسات وأدوات مالية الدولة الإسلامية، مرجع سابق ص ٣١٩
- ٣- د/محمد سلام مذكور: القضاء في الإسلام، مكتبة الجامعة الأردنية ٢٠١٤ ص ٢٢
- ٤- برذونا: الفرس، نقياً: الخبز المصنوع من الدقيق المنخول - انظر: الخراج للابن يوسف، مرجع سابق ص ١٢٩

كان رضى الله عنه إذا استعمل العمال على الأقاليم خرج معهم يشيعهم ويوصيهم فيقول: إني لم أستعملكم على أشعارهم ولا على أبشارهم، وإنما استعملتكم عليهم لتقيموا بهم الصلاة، وتقضوا بينهم بالحق، وتقسموا بالعدل، وإني لم أسلطكم على أبشارهم ولا أشعارهم.

الفروع الرابع الرقابة أثناء التنفيذ

تعد الرقابة أثناء التنفيذ من وسائل الرقابة الفعالة على المال العام لذلك كانت محور اهتمام ولاية الامور ولقد تمثل ذلك في الآتي:
أولاً: مراقبة العمال أثناء قيامهم بأعمالهم

دائماً ما تكون هناك متابعة حثيثة للعمال فيما عهد إليهم، بهدف الحيلولة دون التعدي على المال العام من جهة الإسراف أو الاختلاس روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال (أريتم أن استعملت عليكم خير من أعلم ثم أمرته بالعدل أفقضيت ما علي؟ قالوا: نعم قال: لا حتى أنظر في عمله أعمل بما أمرته أم لا)^(١)

قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب لحذيفة وثمان (رضى الله تعالى عنهم أجمعين)، حين أتياه بجنبرائه على ما كان استعملهما عليه من أرض العراق "لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق" فقال عثمان: حملت الأرض أمراً هي له مطيقة، ولو شئت لأضعفت أرضي وقال حذيفة: وضعت عليها أمراً هي له محتملة، وما فيها كثير فضل^(٢).

أقام عمر بن الخطاب جهاز لهذا الأمر يرأسه محمد بن سلمه لتقصي الحقائق والسؤال عن سير العمال وأحوالهم مع الرعية، والتحقق فيما يصل للدولة الخلافة من تظلمات، وتعد على المال العام^(٣)

- ١- أبو بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي: السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ج ٨ دار الكتب العلمية بيروت ٢٠٠٢م - ١٤٢٤هـ ص ١٦٣
- ٢- كتاب الخراج لأبي يوسف - مرجع سابق - ص ٤٨.
- ٣- د/أكرم ضياء العمري، عصر الخلافة الراشدة، مكتبة العبيكان بدون تاريخ نشر ص ١٢٤

ثانياً: التفتيش من قبل الخليفة

تفقد الخليفة عمر بن الخطاب رضى الله عنه أحوال الولاية والقادة في الشام بنفسه حينما زار بيت المقدس لتسليم مفاتيحها، وأصر على زيارتهم في بيوتهم ليتعرف عن مدى تعلقهم بالدنيا، وقد عانق أباعبيده عامر بن الجراح حينما رأى زهده في الدنيا وقال له (مامن أحد من أصحابي إلا وقد نال من الدنيا ونالت منه ، غيرك)^(١)

مرُّ على عمر بن الخطاب غنم من الصدقة ، فرأى فيها شاة حافلا ذات ضرع عظيم ، فقال عمر : ما هذه الشاة ؟ فقالوا : شاة من الصدقة . فقال عمر : ما أعطى هذه أهلها وهم طائعون ، لا تفتنوا الناس ، لا تأخذوا حرزات المسلمين (خيار أموالهم).^(٢)

ثالثاً: موسم الحج

جعل الخليفة عمر بن الخطاب رضى الله عنه موسم الحج للمراجعة والمحاسبة واستطلاع الآراء في أقطار الدولة من أقصاها إلى أقصاها، يفد فيه العمال والولاية لعرض حسابهم وأخبار ولايتهم، ويفد فيه أصحاب المظالم والشكايات لبسط مظالمهم وشكاويهم، ويفد فيه الرقباء الذين كان يثبهم في أنحاء البلاد لمراقبة الولاية والعمال، فهو مؤتمر الجميع فيه تمثيله، وكان عمر يستشير جميع هؤلاء، ويشير عليهم، ويستمع إليهم، ويتوخى في جميع ذلك تمحيص الرأي وإبراء الذمة^(٣)

١ - محمد عبدالله الصري الأزدي، فتوح الشام تحقيق عبد المنعم عامر، مؤسسة

سجل العرب القارة ١٩٧٠م ص٢٥٥

٢- الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلاني : فتح الباري بشرح صحيح

البخاري - راجعه قصي محب الدين الخطيب ج ٣. دار الريان للتراث القاهرة

١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م ص٣٥٧.

٣- عباس محمود العقاد، عبقرية عمر، دار الهلال القاهرة ص٢٥

الفرع الخامس الرقابة اللاحقة

وهي رقابة بعد تمام الإنفاق العام بهدف التأكد من إنفاقه في الأوجه المحددة، وهي داخلة في عموم الرقابة في الفكر المالي الإسلامي، وتمارس على كافة الأفراد الذين أسند إليهم أعمال من قبل الدولة مهما كان مكائتهم في المجتمع الإسلامي، من هنا تم أخذ أهم مبادئ العدالة المتمثل في: أنه لا أحد فوق المسألة، فمن تولى أمراً من شؤون المسلمين، يجب أن يخضع للمحاسبة؛ ومن تطبيقات الرقابة اللاحقة الآتي:

أولاً: الحسبة

فقد كان يوجد في النظام المالي الإسلامي وظيفة المحتسب هي: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

قال تعالى "وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ" آل عمران ١٠٤

وللمحتسب اختصاصات متعددة منها ما يتعلق بحقوق الله تعالى أو حقوق العباد، أو الحقوق المشتركة بينهم، وما يدخل في اختصاصه في الجانب المالي "صلاح شربهم وبناء سورهم ومعونة بني السبيل، وبناء المساجد" وإذا رأى رجلاً يتعرض لمساءلة وعلم أنه غني إما بمال أو بعمل أدبه فيه.^(١)

وكان نظام الحسبة من الوسائل التي تستخدمها الدولة الإسلامية لحسن الإشراف علي الصناعة فقد كان من مهامه أن يحضر عمليات الصناعة ويراقبها ويحتمها وله أن يجعل لكل صنعة عريفاً من صالح أهلها، مشهوراً بالثقة والأمانة، وخبيراً بالصنعة حتى تضمن فعالية هذه الرقابة.^(٢)

١- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري: الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

٢- د/ السيد عطية عبد الواحد، الموازنة العامة للدولة، مرجع سابق ص ٤٢٠.

اهتمام الحضارة الإسلامية بتشديد الرقابة على كل مهنة ينتج عنها نفع عام منذ فترة مبكرة جداً، يؤكد لدينا أن غاية هذه الحضارة، تتمثل في المحافظة على الإنسان، وتوفير جميع السبل لراحته ولإسعاده، وهذه القواعد الصارمة، باتت للأسف الشديد مفتقدة في كثير من الخدمات والمنافع العامة في بلداننا الإسلامية في واقعنا المعيش.

ثانياً: المصادر

ولم يقصر الخلفاء في الرقابة اللاحقة على الإنفاق العام فها هو عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه، كان لا يتوانى عن محاسبة كبار الصحابة أمثال: عمرو بن العاص، وأبي هريرة، وسعد بن أبي وقاص وغيرهم، فقد صادر الخليفة الفاروق أموالاً كثيرة من عماله الصحابة، لا يخشى في الله لومة لائم، تطبيقاً لمبدأ من أين لك هذا؟

• ومنهم فاتح العراق، وأحد المبشرين بالجنة سعد بن أبي وقاص "رضي الله عنه"، وكان الخليفة الفاروق يقول له عندما يغضب: عزمت عليك ألا تدعو على أخيك، ويضاحكه: فإذا سكت عنه الغضب، يقول له عمر: تعالى لتجاسب فإنه اليوم أيسر من غد^(١).

• والصحابي الجليل عمرو بن العاص عندما تبين الخليفة الفاروق أنه، وأثناء ولايته على مصر ملك متاعاً، ورقيقاً، وأبنيّة، وحيواناً فقاسمه عمر.

• والصحابي الجليل أبو هريرة، لم تشفع صحابته للرسول صلي الله عليه وسلم عند الخليفة الفاروق، والذي قاسمه أمواله التي بلغت عشرة آلاف درهم أثناء ولايته على البحرين.

١- د/ عيسى عبده: النظم المالية في الإسلام، مطبوعات معهد الدراسات الإسلامية ١٩٧٣م ص ١٤٨.

- وكذلك قاسم الخليفة الفاروق عمر سيف الله المسلول خالد بن الوليد عامله أثناء ولايته على الشام^(١)
- عزل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عامله علي مصر "عياض بن غنم" حينما علم أنه لبس الرقيق واتخذ الحاجب، أرسل إليه محمد بن سلمه كبير المفتشين: وقال أتيني به على الحال الذي تجده عليه، ولما جيء به قال عمر: انزع قميصك ودعا بمدرعة صوف وبريضة من غنم وعصا وقال: لبس هذه المدرعة وخذ هذه العصا واراع هذه الغنم واشرب واسق من مريك واحفظ الفضل علينا. أسمعت^(٢)
- كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذا بلغه أن عامله لا يعود المريض ولا يدخل عليه عزله.

المطلب الرابع الأجهزة الرقابية في الدولة الإسلامية

تمثل الرقابة بصورة عامة مبدأ من بين المبادئ التي أكدها الإسلام من خلال ما جاء في القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، وما أجمع عليه مجتهداً الأمة الإسلامية، حيث وضع الإسلام إطاراً عاماً ومحاسبة الأفراد، والجماعة، وتمثلت في رقابة الخليفة فني بداية عهد الدولة الإسلامية حيث كانت الدولة الإسلامية حديثة النشأة، صغيرة المساحة، قليل السكان وكانت تنظيماتها الإدارية بسيطة جداً ومواردها المالية تقتصر على الغنائم التي يتم الحصول عليها أثناء المعارك التي كان يخوضها المسلمون ضد المشركين، فقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم هو القائم على إدارتها وتنظيمها، وتقسيماً بين المسلمين، حيث كانت الأموال، تحفظ في بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت

١- د/هيثم محمد حرمي: مكافحة التهريب الضريبي في ضوء القانون المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة بنها مصر ٢٠١١ ص ٢٦٧.

٢- د/ السيد عطية: الموازنة العامة للدولة، مرجع سابق ص ٤٥٥.

الموارد المالية توزع لمستحقيها في يومها، أو في اليوم التالي، خصوصاً إذا كانت الموارد من الناطق مثل الإبل، والغنم، والخيل.^(١)

وعندما توسعت الدولة الإسلامية كان يبعث عماله إلى مختلف الجهات لجمع الزكاة، والجزية، وهما الموردان الأساسيان في عهده، وكان يوصي عماله بتحري العدالة في جمعها، والحرص على عدم امتداد أياديهم إلى شيء منها^(٢)، فقد كان يتابع أعمالهم ويسمع ما ينقل إليه من تصرفاتهم، فإذا وجد تصرفاً معيباً حاسب عليه ونهى عنه، ونظراً لعدم تغير ظروف الدولة الإسلامية في زمن الخليفة أبي بكر الصديق رضي الله عنه عما كان عليه في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، فإنه يمكن القول أن أساليب الرقابة المالية استمرت على ما هي عليه، حيث كان الخليفة يباشر الرقابة على عماله بنفسه من خلال مراقبتهم والقيام بتوجيههم وإرشادهم بعد فراغهم من عملهم.

في عهد الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وبسبب زيادة الفتوحات الإسلامية، اتسعت مساحة الدولة الإسلامية فزاد عدد سكانها، وتعددت أجناسهم وديانتهم الأمر الذي أدى إلى زيادة الأموال، التي كانت ترد من البلدات الإسلامية، وبالتالي جعل هناك ضرورة، في زيادة التنظيمات الإدارية اللازمة للإشراف على أحوال وأموال المسلمين في شتى أنحاء الدولة وقد تمثلت في الآتي:

الفرع الأول رقابة بيت المال

في زمن الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ورد للمدينة مال كثير (قدم عليه أبا هريرة بمال من البحرين، فقال له عمر ماذا جئت به؟ فقال

- ١- د. محمد كمال عطية، نظم محاسبية في الإسلام، طبعة 2، منشأة الإسكندرية، مصر 1983 ص ١٩٠، ١٨٩
- ٢- د/إبراهيم فؤاد أحمد علي، الموارد المالية في الإسلام، دار الشرق العربي، القاهرة الطبعة الثالثة، مصر ١٩٧٢ ص ٣٠٦، ٢٩٩

خمس مائة ألف درهم فاستكثره عمر فقال أتدري ما تقول قال نعم مائة ألف خمس مرات فقال عمر أطيب هو ؟ فقال لا أدري فصعد عمر المنبر فحمد الله تعالى واثني عليه ثم قال :أيها الناس أنه قد جاءنا مال كثير فان شئتم كلنا كيلا ، وإن شئتم عددنا عدا ، فقال رجل من القوم يا أمير المؤمنين دون للناس دواوين يعطون عليها، فأمر بإنشاء بيت المال بغرض حفظ وصيانة الأموال والتصرف فيها طبقا لمصارفها المختلفة وإثبات حقوق المسلمين فيها، وأنشأ بيت المال^(١).

والغرض منة حسن جباية الإيرادات، وترشيد إنفاقها، نظر خزائن السلاح، وليحفظ ما ينفق علي هذه العدد من الضياع، ويأت بما تأتي به الضياع علي أحسن الوجوه وأجمل الأوضاع وليحفظ ما يصرف عليها من أموال^(٢)

ينقسم ديوان بيت المال إلى ثلاثة أقسام^(٣)

١. دواوين تتعلق بالإيرادات وتشمل "ديوان الفيء والخراج، وديوان الملكية العامة، ديوان الصدقات.

١- قام عمر بن الخطاب رضي الله عنه بوضع نظام خاص للعطاء خالف فيه ما سار عليه رسول الله صلي الله عليه وسلم وأبي بكر الصديق، فلم يسو بين الناس بل بدأ في تدوين الناس حسب ضوابط ومعايير معينة حددها مع بداية تولية الخلافة حيث قال "لا أجعل من قاتل رسول الله صلي الله عليه وسلم كمن قاتل معه"

يراجع هنا:

• د/ محمد ضياء الدين الرئيس: الخراج والنظم المالية للدولة الإسلامية - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٠م ص٤١٠ .

• أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم: كتاب الخراج، مرجع سابق ص٣٥

٢- أبي العباس أحمد القلقشندي: صبح الأعشى، دار الكتب الخديوية المطبعة الأميرية القاهرة، مصر ١٣٣٣هـ - ١٩١٥م ج ٤ ص٢٨

٣- دماء عبد الباسط البناء، الرقابة الداخلية في النظام الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية التجارة البنات، جامعة الأزهر القاهرة ١٩٩٥ ص٦٧

٢. دواوين تختص بالنفقات وتشمل "ديوان الجهاد، ديوان مصارف الصدقات، ديوان مصارف الملكية العامة، ديوان الطوارئ".

٣. دواوين تختص بضبط ومحاسبة دواوين الإيرادات والمصروفات وتشمل "ديوان الموازنة العامة، ديوان المراقبة، ديوان المحاسبة العامة.

النظام المحاسبي لبيت المال

لبيت المال نظام محاسبي حتى يتمكن من أداء وظائفه تتمثل في الآتي

• دفتر المياومة (دفتر اليومية)

٤. دفتر يثبت فيه الموظف المختص كل ما يرد للديوان، وما يصرف مسلسلًا

حسب تاريخ الورد والصرف، ويرفع لصاحب الديوان

يقول النويري^(١) "أول ما يحتاج إليه كل مباشر أن يضع له تعليق اليومية

يلذكر فيه تاريخ اليوم والشهر من السنة الهلالية، ويلذكر فيه جميع ما

يتجدد، ويقع في ذلك اليوم في ديوانه من محضر ومستخرج ومجري، ومبتاع

ومبيع ومصروف"

• اعتماد المستند قبل الصرف

لبيت المال نماذج خاصة، كانت تحفظ في بيت المال كمستند دال على

صحة الصرف وهي:

أ. المخرومة":

نوع من الدفاتر يخرق ويضم بخيط وينورد فيه الإيرادات

والمصروفات، بعد الانتهاء من المياومة يتم التسجيل في المخرومة"

يقول النويري^(٢)، "يكتب العامل مخرومة يورد فيها المستخرج

والمحضر والمجري والمصروف ويرفعها على عدة نسخ"

١ - شهاب الدين أحمد بن عبد الوهاب النويري: نهاية الأرب في فنون

الأدب، المؤسسة المصرية للطباعة والتأليف والنشر، بدون تاريخ ج ٨ ص ٢٧٣

٢ - المرجع السابق ص ٢٧٤

ب. الجريدة:

دفتر مخصص فيه كل مستحق صفحة يذكر فيها مستحقاته نقدية أو عينية، ثم يشطب أمامه ما قبضه مفصلاً بتواريخه من جهة قبضه مما يسهل معه محاسبة كل شخص عند الاحتياج لمحاسبته.^(١) وكان لصاحب ديوان بيت المال علامة يضعها على المستند بعد قيدها بالسجلات، لا يتم الصرف من قبل المسؤولين إلا بعد التأكد من وجود هذه العلامة ليطمئنوا أنها قيدت ببيت المال.

• يلزم كاتب الديوان رفع موازنة تقديرية كل سنة يلزم في كل سنة عمل "موازنة تقديرية توضح جملة إيراداتها مخصوصاً بها جملة مصروفاتها المستحقة عن سنة كاملة ويكون الناتج إما فائض في الإيرادات أو عجز

يقول النويري^(٢) "ومما يلزمه رفعة كل سنة تقدير الارتفاع وهو الارتفاع بعينة إلا أنه لا يضيف فيه حاصلًا أو باقياً، ولا يفصل فيه الجوالي بالأسماء بل يعقد الجملة في صدره علي ما يستحق بتلك المعاملة، من جهة الأصول والمضاف، ويخصم بالمرتب عليها عن سنة كاملة ويسوقه إلى خالص أو فائض ليظهر بذلك ميزان تلك الجهة"

• يلزم كاتب الديوان رفع كشوف تفصيلية كل ثلاث سنوات يقول النويري ويلزم الكاتب أن يرفع كشوفاً تفصيلية كل ثلاث سنين يذكر فيها "أسماء النواحي العامرة، والغامرة، والقدن الكادية (الضعيفة) والعاطلة وذكر البذار والريع وما إلي ذلك، ثم يذكر المتحصل منها في

١ - دماء عبد الباسط البنا، الرقابة الداخلية في النظام الإسلامي، مرجع سابق

ص ١٢٣

٢- شهاب الدين أحمد بن عبد الوهاب النويري: نهاية الأرب في فنون الأدب،

مرجع السابق ص ٢٩٧

ثلاث سنين لثلاث مغلات، ويعقد علي ذلك جملة، ويفصله بسننيه وأقلامه^(١).

وبما سبق يمكن أن نوجز دور الرقابة علي الإنفاق العام التي يقوم بها بيت المال في الآتي^(٢)

١. الحسابات في بيت المال تقوم أساسا علي الإيرادات والمصروفات وهي "الرسائل، والكتب، والصكاك والوصولات".
٢. تسجيل كل من الإيرادات والمصروفات لضبط الحسابات وإمكانية مراجعتها بسهولة ووضوح، مع بيان التأخرات لمتابعة تحصيلها، والمستحقات التي لم تدفع لدفعها لمستحقيها.
٣. ضرورة إثبات جميع المستندات المؤيدة للإيرادات والمصروفات في الديوان.
٤. عمل حساب يومي لضبط المضاف والمنصرف من الأموال والغلال، مع وجود كشف بالإيرادات والمصروفات.
٥. قيام موظفي بيت المال بأعمال المراجعة فمنهم من يختص بمراجعة جميع مفردات الحساب، ومنهم من يختص بمراجعة الحواصل فقط ومنهم من يقوم بمراجعة المياومة.
٦. القيام بترحيل القيود اليومية إلى الجريدة.
٧. عمل حسابات ختامية كل سنة، وتكون علي شكل الميزان، ويجب أن يتوازن جانبها دلالة علي صحة التوقع.

الفرع الثاني رقابة الدواوين

أدخلت كل دولة من دول الإسلام مصالح اقتضتها أحوالها فاختلفت بغداد، عما في قرطبة، عما في القاهرة وهكذا، وعليه فقد تم

١- المرجع السابق: ص ٢٩٧

٢- د/السيد عطية عبد الواحد، الموازنة العامة للدولة، دراسة مقارنة بالفكر الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر ١٩٩٦ ص ٤١٨

فصل الولاية المالية عن الولاية السياسية وأخذ الوزراء يتولون تعيين العمال وعزلهم ويراقبون تحصيل الأموال وإنفاقها ، مع أن ذلك لم يمنع من خضوع هؤلاء الوزراء لرقابة الخليفة حيث قام أبو جعفر المنصور بالإشراف على بناء مدينة بغداد والرقابة بنفسه على كافة المبالغ التي تنفق في البناء بهدف منع أي مجال للاختلاس أو حدوث هدر في أموال المسلمين ، كما قام بنقل بيت المال والدواوين من الكوفة إلى بغداد. (١)

وفي عهد الخليفة المهدي بدأ ظهور الدواوين التي تمثلت في الآتي:
ديوان الأزمة "الزمام" (٢)

وولي عليه "عمر بن يزيد" بهدف الرقابة على جميع دواوين الدولة ومراجعة حسابات دواوين الولايات فضلا عن أنه أداة فعالة لتحسين الإدارة وكان يتبعه جميع العمال المختصين بمراجعة الحسابات.
ديوان النظر أو (السلطنة) (٣)

خلال تلك فترة اكتمل الجهاز الإداري لديوان الرقابة المالية المتمثل بـ"ديوان النظر" أو السلطنة حيث أصبحت نظاما متكاملا للرقابة المالية آنذاك وقد شمل هذا الجهاز عدة وظائف كل منها تكون مسؤولة عن

-
- ١- يراجع هنا
 - د/علي كاظم حسين: الرقابة المالية في الإسلام، مرجع سابق ص ٢٥٥
 - / محمد ضياء الدين الرئيس: الخراج والتنظيم المالية للدولة الإسلامية، مرجع سابق ص ٤١٢، ٤١١.
 - عبد القادر موفق: الرقابة المالية من منظور اقتصاد إسلامي، والاقتصاديات المعاصرة، مجلة جامعة محمد خيضر بسكر كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، العدد الخامس، الجزائر جوان ٢٠٠٩ ص ٩٠: ٨٠
 - ٢- د/ السيد عطية عبد الواحد، الموازنة العامة للدولة، مرجع سابق ص ٤٢٠
 - ٣- خولة شاكر الدجيلي، بيت المال: نشأته وتطوره من القرن الأول حتى القرن الرابع الهجري، جامعة بغداد، ١٩٧٦ ص ٦٣

جانب معين من الأمور المالية للدولة ، ونظرا لأهمية الوظائف التي يقوم بها هذا الديوان اشترط العلماء لصحة ولاية رئيس الديوان شرطان هما: (١)

العدالة: لأنه موثمن علي حق بيت المال والرعية فافتضى ذلك أن تتوافر فيه العدالة.

الكفاية: لأنه مباشر لعمل يقضى أن يكون في القيام به مستقلا غير محتاج. وقسم المارودي سلطات واختصاصات ديوان السلطنة إلى ما يلي: (٢)

- حفظ القوانين العادلة: من غير زيادة تتحيف بها الرعية أو نقصان يتلثم به حق بيت المال، فإن قررت
- في أيامه لبلاد استؤنف فتحها أو لموات ابتدئ في إحيائه أثبتها في ديوان الناحية وديوان بيت المال الجامع للحكم المستقر فيها
- استيفاء الحقوق وهو علي ضربين:

أ. إن كان خراجا إلى بيت المال: لم يحتاج فيه إلى توقيع ولي الأمر، ويعد اعتراف صاحب بيت المال بقبضها حجة علب براءة العمال منها.

ت. وإن كان خراجا من حقوق بيت المال ولم تكن خراجا إليه لم يمض العمال إلا بتوقيع ولي الأمر" أي لم يدفع للعمال إلا بتوقيع ولي الأمر"، أي في حالة المصروفات لا يكفى إقرار العامل، ولا بد من توقيع ولي الأمر.

١ - د/شوقي عبده الساهي: مراقبة الموازنة العامة للدولة في ضوء الإسلام طبعة ١٩٨٣ ص ١١٣

٢- أبو الحسن على بن محمد بن حبيب المارودي البصري: الأحكام السلطانية ، تحقيق القاضي نبيل عبد الرحمن حيادي ، دار الأرقم بن أبي الأرقم ، بيروت بدون تاريخ ، ص ٢٩٤ : ٢٩٩.

- **إثبات الرفوع: قسم إلى ثلاثة أقسام.**
- أ - رفوع المساحة والعمل "فإن كانت أصولها مقبرة في الديوان اعتبر صحة الرفع بمقابلة الأصل وأثبت في الديوان إن وافقها، وإن لم يكن لها في الديوان أصول عمل في إثباتها علي قول رافعها"
- ب - رفوع القبض والاستيفاء "فيعمل في إثباتها علي مجرد قول رافعها لأنه مقربها علي نفسه لا لها"
- ج - رفوع الخرج والنفقة "فرافعها مدعي لها، فلا تقبل دعواه إلا بالحجج البالغة"

- محاسبة العمال ويختلف حكمها باختلاف ما تقلدوه
- أ. فإن كانوا عمال خراج لزمهم رفع الحساب ووجب علي كل كاتب ديوان محاسبتهم علي صحة ما كتبوه.
- ب. وإن كانوا من عمال العشر لم يلزمهم رفع الحساب ولم يجب علي كاتب الديوان محاسبتهم عليه.؟ (وفقا لمذهب الإمام الشافعي)
- **إخراج الأموال:**

هو استشهاد صاحب الديوان علي ما ثبت فيه من قوانين وحقوق فصار كالشهادة واعتبر فيه شرطان

١. أن لا يخرج من الأموال إلا ما علم صحته، كما لا يشهد إلا بما علمه وتحققه.

٢. أن لا يتدئ بذلك حتى يستدعي منه، كما لا يشهد حتى يستشهد. فإذا أخرج مالا لزم الموقع بإخراجها الأخذ بها والعمل عليها، كما لزم الحاكم تنفيذ الحكم بما يشهد به الشهود عنده، فإن استراب الموقع بإخراج المال جاز أن يسأله من أين أخرجه ويطلبه بإحضار شواهد الديوان بها فإن أحضرها ووقع في النفس صحتها زالت عنه الريبة.

• تصفح الظلامات

وهو علي قسمين "حيث لا يخلوا أن يكون المتظلم من الرعية أو من العمال

١. فإن كان من الرعية: تظلم من عامل تحيفه في معاملته، كان صاحب الديوان فيها حاكما بينهما، وجاز له أن يتصفح الظلامة ويزيل التحيف سواء وقع النظر إليه بذلك أو لم يقع، لأنه مندوب لحفظ القوانين واستيفاء الحقوق، فصار بعقد الولاية مستحقا لتصفح الظلامة فإن منع منها امتنع وصار عزلا عن بعض ما كان إليه

٢. وإن كان المتظلم من عاملا: جوزف في حساب أو غولط في معاملة صار صاحب الديوان فيها خصما، وكان المتصفح لها ولي الأمر.

ومن خلال ما تقدم يتضح أن الرقابة المالية في الإسلام قد تطورت تدريجيا ابتداءً من عصر لرسالة حيث كان الرسول صلى الله عليه وسلم يدير شؤون المسلمين ويشرف عليها بصورة مباشرة من مسجده عندما كانت الدولة الإسلامية في بداية عهدها قليلة السكان والمساحة الموارد، نهاية بديوان السلطنة الذي تنوعت فيه مظاهر الرقابة التي يمارسها سواء الرقابة علي السجلات المالية لموازنة الدولة، والتحقق من قيام عمال الجباية بتحصيل الإيرادات وتوريدها لبيت المال دون نقص أو تأخير، ومراقبة الإنفاق من خلال مراجعة الأصول الموجودة في الديوان ومدى مطابقة ذلك الأمر مع أصله الموجود في الديوان، ومحاسبة العمال علي المنفق والمحصل، وإذا استغل كاتب الديوان سلطته وقام بظلم العمال في الحساب أو أساء معاملتهم، كان من حق العامل أن يرفع تظلمه ضد كاتب الديوان إلى ولي الأمر (وهو ما يعد ضمانا للعمال)^(١)

الخاتمة

الأجهزة الرقابية تلعب دورا هاما في المحافظة على المال العام، وتأخذ صور شتى وتمارسها أجهزة مختلفة بعضها داخلي والآخر خارجي، وأن

١ - د/أشرف السيد حامد قبال: دور الأجهزة الرقابية في الرقابة علي تنفيذ الموازنة العامة للدولة، مرجع سابق ص ٢٥٩

الأخير قد تأخذ شكلاً تنظيمياً إدارياً، كما تأخذ شكلاً قضائياً وبعضها يمارس رقابة سابقة، أو لاحقة، أو معاصرة، وتهدف إلى التأكد من حسن سير العمل ومدى تحقق النتائج المستهدفة، دون إسراف أو تبذير، وأثار ذلك علي النشاط الاقتصادي للدولة، كما أوضح البحث ان الرقابة المالية في الإسلام سمات مميزة تنطوي على قواعد وأسس ومبادئ عامة، تفوق في العديد من جوانب الرقابة المالية المطبقة في عدد من الدول.

وبالفراغ مما سبق بيانه من إيضاحات، فإن البحث توصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وهي علي النحو التالي:

أولاً: نتائج الدراسة:

1. الموازنة العامة للدولة وجدت في الفكر الإسلامي مضموناً وشكلاً قبل أن تظهر في إنجلترا التي يعتقد الكثيرون أنها أول دولة عرفت الموازنة.
2. نجاح أي نظام للرقابة المالية في تحقيق أهدافه، يعتمد على مجموعة من الشروط والخصائص والعوامل البيئية، والسلوكية، والفنية والمادية.
3. الموازنة العامة للدولة في الفكر الإسلامي تقوم علي مبادئ مستقرة ومستقاة من النصوص الدينية، وفي صورة تتفق مع حقائق الأشياء.
4. الرقابة المالية في الإسلام لا تقف عند مجرد كشف الأخطاء بل تمتد لتعاقب وتضاد ما يأخذه العامل بدون وجه حق ليعود إلى بيت مال المسلمين.
5. أقر النظام المالي الإسلامي الرقابة الذاتية قوامها الدين والخلق وهما صمام الأمان لكل رقابة سليمة، وأساس هذه الرقابة هو ما يستشعره كل مسلم بأن الله مطلع علي كل ما يسره ويخفيه، فكيف يمكن أن يقوم المسلم بالتهرب ممن لا يخفى عليه خافية، وعن يعلم السر وأخفى، وهو يعلم أن الله محاسبه يوم لا ينفع مال ولا بنون؟

٦. الرقابة السياسية تنهض بها في النظم الوضعية المجالس النيابية، وتم ذلك علي إثر ثورات شعبية عنيفة انتهت إلى الاعتراف بحق ممثلي الشعب في رقابة الميزانية العامة إيراداً وإنفاقاً، وهي رقابة أقرها الفكر الإسلامي "أهل الحل والعقد"، أهل العلم والمعرفة والرأي والحكمة، وكانوا يقومون برقابة حقيقية تتسم بالفاعلية بفضل ما يتمتع به الأعضاء من حكمة وعلم، بخلاف أعضاء المجالس النيابية في الوقت الحالي، الذين ينقصهم التخصص والخبرة الكافية والمكاتب الإستشارية التي تتبع النائب وتقوم بإجراء الدراسات المطلوبة وتزويد النائب بكل المعلومات اللازمة التي تتعلق بالموضوع.

٧. أقر النظام المالي الإسلامي الرقابة الجماعية أي حق الجماعة في مراقبة التصرفات المتعلقة بالنفقات العامة، وهو ما يتفق مع أسس قيادة المجتمع الإسلامي التي تقوم علي الشورى، فالكل رقيب علي الإنفاق العام، لأن المال العام حق للجميع ولذلك وجب أن يشارك الجميع في المحافظة عليه.

٨. الرقابة السابقة يقرها النظام المالي الإسلامي، وإن لم تكن بالصورة المفصلة التي تراها في الفكر المعاصر، لكن ذلك لا يمنع من تنظيمها علي أفضل نحو يضمن حسن التصرف في الإنفاق العام وبأفضل الأساليب العلمية الحديثة من المنظور الإسلامي.

ثانياً: التوصيات

١. يجب ألا يؤدي تعدد الأجهزة الرقابية إلى ازدواجية العمل الرقابي بل ينبغي أن تتكامل فيما بينها بحيث يسد الجهاز القصور الرقابي لدى جهاز آخر.
٢. لا بد من التأكيد علي أهمية الشفافية في التعامل بأموال الدولة، وفي إنفاقها، فالسرية في غير مجالاتها المشروعة مدعاة للفساد، وعدم تحمل المسؤولية.

٣. ضرورة تفعيل دور الرقابة البرلمانية ، والرقابة الشعبية في مراقبة تصرفات وسلوكيات الحكومة فيما يتعلق بالإيرادات والنفقات ، لأن ذلك يعد الدور الرئيسي الذي يجب أن تقوم به هذه الجهات .
٤. يجب أن يتم العمل الرقابي بالمرونة ، وألا يؤدي إلى إعاقة الإنتاج ، وبطء إجراءات الصرف وان تكون الرقابة في الأساس وقائية ، وعلاجية قدر الإمكان ، وألا يكون هدفها تصيد الأخطاء .
٥. يجب على الأجهزة والوحدات الحكومية أن تحدد أهدافها بدقة ووضوح لأن ذلك يحقق وحدة الهدف بين كافة الوحدات ويمدها بالأساس اللازم لتوجيه أعمالها وتحديد غايتها بدقة ، بحيث يمكن توجيه التنفيذ نحو تحقيقها .
٦. ضرورة الاهتمام عند إعداد تقارير الرقابة ، إتمامها بطريقة سليمة إذ يوفر ذلك الأساس اللازم لمعرفة مدى فاعلية الأعمال التي يتولاها الجهاز الإداري الحكومي ، ومدى اتفاقها مع الخطط الموضوعة للإنتفاق العام .
٧. لا بد من وجود دعم سياسي على أعلى المستويات تبدأ من رئيس الدولة ، والوزراء والمديرين بالإضافة إلى حسن اختيارا لقادة الإداريين ، ومراقبة التقدم في أعمال الميزانية ، ومكافأة المتميزين واتخاذ إجراءات صارمة ضد المفسدين والمعوقين .

ثالثا: المراجع

- د/ إبراهيم فؤاد أحمد علي ، الموارد المالية في الإسلام ، دار الشرق العربي ، القاهرة الطبعة الثالثة مصر ١٩٧٢ .
- أبو بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي : السنن الكبرى ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، ج ٨ دار الكتب العلمية بيروت ٢٠٠٢ م - ١٤٢٤ هـ .

- الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري - راجعه قصي محب الدين الخطيب ج ٣- دار الريان للتراث القاهرة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م. على الإنشاء العام التي يحرم بها
- د/ أشرف السيد حامد قبال: دور الأجهزة الرقابية في الرقابة علي تنفيذ الموازنة العامة للدولة، رسالة دكتوراه جامعة المنوفية كلية الحقوق، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- د/ جيهان حسن السيد خليل: دور السلطة التشريعية في الرقابة علي الأموال العامة، دار النهضة العربية - مصر ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.
- خالد محمد خالد: بين يدي عمر، دار المعارف، الطبعة السادسة، مصر بدون تاريخ.
- د/ زكريا محمد بيومي: الاتجاهات الحديثة في تطوير أساليب الموازنة العامة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الواحد والخمسون، مطبعة جامعة القاهرة، مصر ١٩٨٣
- د/ زينب حسين عوض الله: مبادئ المالية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر ٢٠١٢
- د/ السيد عبد المولي: المالية العامة، دارا النهضة العربية القاهرة، مصر ١٩٨٦.
- د/ السيد عطية عبد الواحد، الموازنة العامة للدولة، دراسة مقارنة بالفكر الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر ١٩٩٦.
- _____ الاتجاهات الحديثة في العلاقة بين السياسة المالية والتقديرة، دار النهضة العربية الطبعة الأولى القاهرة ٢٠٠٣م.
- د/ شوقي عبده الساهي: مراقبة الموازنة العامة للدولة في ضوء الإسلام طبعة ١٩٨٣.
- د/ صبرينة كردودي: الموازنة العامة للدولة في الاقتصاد الإسلامي، مجلة مركز صالح عبدالله كامل للاقتصاد الإسلامي مجلد ١٣ عدد ٣٩، مصر ٢٠٠٩.

- د/ طارق محمود عبد السلام والسالوس، «المالية العامة»، جامعة الجزيرة الدولية، دلي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٢م. من أروع الأعمال وأفضلها.
- د/ عادل حشيش: أصول الفن المالي للاقتصاد العام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية مَصر ١٩٨٨: حبه الشمس من أروع الأعمال.
- د/ عبد الباقظ وفان: سياسات وأدوات مالية الدولة الإسلامية، دار النهضة العربية، مَصر ٢٠٠٥. من أروع الأعمال وأفضلها.
- د/ عبد القادر موقوف: الرقابة المالية من منظور اقتصاد إسلامي، والاقتصاديات المعاصرة، مجلة جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، العدد الخامس، الجزائر جوان ٢٠٠٩.

- د/ علي كاظم حسين: الرقابة المالية في الإسلام، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة العدد الثاني والعشرون العرق، ٢٠٠٩.
- عيسى عبده: النظم المالية في الإسلام - مطبوعات معهد الدراسات الإسلامية ١٩٧٣م.

- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري: الأحكام السلطانية، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة ١٤١٧هـ - ٢٠٠٢م.

- د/ غازي عناية: النظام الضريبي في الفكر المالي الإسلامي... دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية مَصر ٢٠٠٣م.
- فخري خليل أبو صافية، بسام عوض عبد الرحيم: نظام الرقابة على المال العام في الاقتصاد الإسلامي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، ٢٠٠٣.

- أبو عبيد القاسم بن سلام: كتاب الأموال، تحقيق د/ محمد عمارة، دار الشروق مَصر ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- د/ محمد سلام مذكور: القضاء في الإسلام، مكتبة الجامعة الأردنية ٢٠١٤.

- د/محمد ضياء الدين الرئيس: الخراج والنظم المالية للدولة الإسلامية - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٠ م.
- الأستاذ محمد عبد الحليم عمر: الموازنة العامة في الفكر الإسلامي، مجلة الدراسات التجارية الإسلامية، جامعة الأزهر، كلية التجارة، العدد الأول مصر ١٩٨٤.
- د/محمد محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية لقوانين الميزانية، طبعة جامعة الكويت ٢٠٠٧.
- هيثم محمد حزمي: مكافحة التهرب الضريبي في ضوء القانون المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة بنها مصر ٢٠١١.
- أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم: كتاب الخراج، حققه طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث مصر ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م.

المراجع الأجنبية

- L.Philip, la nouvelle loi organique du 1er aout relative aux lois de finances, RFDC, 2002,.
- P.Bruneau, Le controle du parlement sur la gestion des entreprises publiques, RDA, 1975
- J.-Ph.colson et p.Idoux, Droit public economique, 2010, n.458 et s.
- Haimann, Theo; Scott, William G., and Connor, Patrick E., Management, 4th, ed., Boston: Houghton Mifflin Co., 1982.
- Klingner, Donald E., Public Administration: A Management Approach, Boston: Houghton Mifflin Co., 1983

فحص الناقل البحري للبضائع

دكتور / طاهر شوقي مؤمن

فحص الناقل البحري للبضائع

دكتور / طاهر شوقي مؤمن
أستاذ القانون التجاري المشارك بقسم القانون
كلية العلوم الإدارية والمالية
جامعة الملك خالد - السعودية

ملخص

فحص الناقل البحري للبضائع

يناقش البحث مسألة فحص الناقل البحري للبضائع ، وذلك من خلال ثلاثة مباحث. في المبحث الأول عرفنا فحص البضائع وأهميته وعناصره من فحص مستندي ومادي والكتروني ، وفي المبحث الثاني تكلمنا عن الأحكام القانونية لفحص الناقل البحري للبضائع ببيان الأساس القانوني بالتزامه باستلام البضائع ، ودور الشاحن في فحص البضائع بتسليم المستندات والبضائع المراد شحنها ، والتزام الناقل بفحص البضائع ، وفي المبحث الثالث تكلمنا عن التحفظ على فحص الناقل البحري للبضائع بالسماح للناقل بالتحفظ ، وأثر التحفظ على تحديد مسؤولية الناقل والحصول على خطاب ضمان من الشاحن حال الاعتراض على التحفظات وشرحنا أثر التحفظ على سند الشحن بجعله غير نظيف ، وأنهينا البحث بعدة توصيات.

Summary

Transporter Maritime Examination For Goods

The research discusses the issue of transporter maritime examine for goods in international maritime transport through three sections.

In the first section, we knew check of the goods and its importance and its elements of the documentary examination and physical and electronic. In the second

section we talked about the legal provisions to check the transporter of goods, a statement on the legal basis by obligation receipt of goods, and the role of charger in check the good by deliver documents and goods to be shipped, and transporter was obligated for examine the goods. In the third section we talked about reservation on checking goods, by allow to transporter for reservation and effect of reservation on responsibility of transporter, and obtaining a letter of guarantee from shipper if objection to reservations, and we explained effect of reservation on the bill of lading support makes it unclean, and we finished the search for several recommendations.

مقدمة:

[١] تعتمد حركة التجارة الدولية commerce international على نقل البضائع marchandises من مكان لآخر حول العالم، ويتم النقل للبضائع عبر السيارات والشاحنات والسكك الحديدية فيما تسمى بوسائل النقل البري routier، كما يتم نقل البضائع عبر الجو من خلال الطائرات فيما يسمى بالنقل الجوي aérien، كما يتم نقل البضائع عبر البحر من خلال السفن navires والناقلات والعبارات فيما يسمى بوسائل النقل البحري.

ويعد النقل البحري transport maritime أهم أنواع النقل على الإطلاق، وهو عصب التجارة الدولية وأحد محركات العولمة globalisation الرئيسية، فهو ينقل زهاء ٨٠٪ من حجم التجارة العالمية commerce mondial^(١)، بينما جاء أن النقل البحري ينقل من ٨٠٪ إلى ٩٠٪ من تجارة العالم le monde^(٢).

- (١) راجع رأي سوباتشاي بانيتشياكدي "الأمين العام للاونكتاد" في مقدمة استعراض النقل البحري ٢٠١٢، على الموقع: unctad.org/en، وراجع تقرير الاونكتاد "مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية" عن النقل البحري لعام ٢٠١٥، ص ٢٢، على الموقع: unctad.org/en
- (٢) أ. درية احمد الهادي: الآثار الاقتصادية للاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات "Gats" على النقل البحري في السودان، رسالة ماجستير بكلية الدراسات =

[٢٢] وترجع أهمية النقل البحري واستحواده على غالبية عمليات النقل الدولي للبضائع، إلى المزايا التي يتمتع بها فهو أرخص أنواع النقل وأقل تكلفة moins coûteux بالمقارنة مع النقل البري والنقل الجوي، وكمية البضاعة التي تنقل بالبحر أقل تكلفة بنسبة الثلث من تكلفتها في النقل الجوي^(٢١)، كما أنه يتيح نقل أكبر حمولة ممكنة من السلع المختلفة ولمسافات طويلة^(٢٢)، كما يتميز النقل البحري بأنه أقل أنواع النقل إصداراً للكربون والأقل تلوثاً pollutants للبيئة، فالسفن يصدر منها من ١٠ : ١٥ جرام كربون للطن في الكيلومتر مقابل ٦٧٣ : ٨٦٧ جرام للطن في الكيلومتر يصدر من الطائرات في النقل الجوي^(٢٣).

[٢٣] ولقد حظي النقل البحري باهتمام الدول والمنظمات الدولية، فجاءت الاتفاقية الدولية لسلامة الحياة في البحر "سولاس SOLAS"^(٢٤)

=الاقتصادية والاجتماعية، جامعة الخرطوم، سنة ٢٠٠٣، ص ١٤ على الموقع:

kartoumspace.uofk.edu& Gilbert Chevalier, Valentin Colcomb, expliquez - nous ... le transport maritime, le 6 Octobre 2015, sur le site, www.franceinfo.fr/emission
(1) Samy Ghorbal, Transport aérien: les nouvelles ambitions de Djibouti, le 26 Novembre 2015, sur le site, www.jeuneafrique.com/mag & Sandrine Oudol, transport de marchandises, quel mode choisir: aérien ou maritime?, le 1 Février 2015, sur le site, blog.cotraitance.com/transport & Stéphanie Salti, le fret glisse de l' aérien ou maritime, le 29/03/2011, sur le site, www.lesechs.fr/29/03/2011 & Jean - Claude Samyde, le transport maritime s' organise face au low cost aérien, le 07/04/2016, sur le site, [la1ere.francetvinfo. fr/maritinique](http://la1ere.francetvinfo.fr/maritinique)

(٢) أ. درية احمد الهادي: مرجع سابق، ص ١٤.

(3) Audrey Garric, comment réduire les émissions de co2 du transport maritime?, le 8 Septembre 2011, sur le site, ecologie.blog.lemonde.fr/...

(٤) اختصاراً لـ Safety Of Life At Sea.

عام ١٩١٤ عقب غرق السفينة تيتانيك Titanic والتي أوجبت على كل ريان سفينة بتوجيه رسائل الخطر في حالة مواجهة خطر الجليد العائم والأعاصير أو أي خطر على سلامة الملاحه، بجميع الوسائل المتاحة لهم لجميع السفن المتواجدة في المنطقة، وتقديم المساعدة للأشخاص المنكوبين في البحر والتوجه بأقصى سرعة ممكنة لمساعدتهم، وتم تعديلها عدة مرات، أهمها تعديل ١٩٧٤ والذي يعد أول منجزات منظمة البحرية الدولية IMO^(١)، كما تم إنشاء لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يونستيرال UNCITRAL في ١٧ ديسمبر ١٩٦٦^(٢)، والتي عملت على إصلاح القانون التجاري على مستوى العالم بإنجاز موضوعات عدة تتعلق بتيسير التجارة الدولية ومراعاة مصالح جميع الشعوب، ومنها النقل الدولي للبضائع، فقامت بإنجاز اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع عام ١٩٧٨ والمسماة بقواعد هامبورج Hamburg Rules^(٣) والتي دخلت حيز النفاذ في أول نوفمبر ١٩٩٢ ونظمت حقوق والتزامات الشاحن والناقلين والمرسل إليهم بموجب عقد نقل البضائع بحراً.

[٤] وقد رأت لجنة اليونسسترال أن قواعد هامبورج الحاكمة لقواعد النقل الدولي للبضائع بحراً تفتقر إلى التوحيد، ولا تأخذ في الاعتبار بشكل كاف ممارسات النقل الحديثة بما في ذلك النقل بالحاويات وعقود النقل من الباب للباب Door-to-Door وتحمل الناقل للمسئولية عن نقل البضائع من

(١) اختصاراً لـ International Maritime Organization

(٢) تم إنشاء Uncitral بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٢٠٥ (د- ٢١) في ١٧ ديسمبر ١٩٦٦، راجع ذلك على موقع اليونسسترال www.uncitral.org

(٣) صدرت القواعد بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بناء على تقرير اللجنة السادسة "Uncitral" في الدورة ٤٨ بالوثيقة رقم A/CONF.89/13 على الموقع: documents-dds-ny.un.org/doc/undoc/

بداية الشحن حتى التسليم في مكان المرسل إليه، وتوافر مستندات النقل والمساواة القانونية بين مستندات الشحن الالكترونية والمستندات الورقية وتمتعها بنفس القيمة القانونية، وهو ما عملت عليه اللجنة وأعدت عنه تقرير بقواعد روتردام **Rotterdam Rules** ⁽¹⁾.

[5] وقواعد روتردام ٢٠٠٨ هي مسمى لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً ⁽²⁾، بناء على ما جاء في توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة عند إصدار قرارها بالاتفاقية في دورتها ٦٣ بجلستها في ١١ ديسمبر ٢٠٠٨ على أن يبدأ فتح باب التوقيع للدول الراغبة بالانضمام إليها في ٢٣ سبتمبر ٢٠٠٩، وحتى نهاية مايو ٢٠١٦ لم يصادق عليها سوى ثلاث دول، ويلزم لنفاذها تصديق عشرين دولة وفقاً للمادة ٩٤ من قواعد روتردام، والأمر يتطلب من مصر التصديق على تلك الاتفاقية لما تحمله من مزايا بإقرار مسؤولية الناقل من الباب للباب "من استلام البضاعة حتى تسليمها للمرسل إليه" بدلاً من المسؤولية وفقاً لقواعد هامبورج التي كانت تقضي بالمسؤولية من الميناء إلى الميناء Port-to-Port، والأخذ بالمستندات الالكترونية وفقاً لقواعد التجارة الالكترونية وإقرار الحرية العقدية للمتعاقدين في النقل البحري الدولي ⁽³⁾.

- (1) Elhadji Diallo, le règles de Rotterdam: la convention du futur, le 22 Février 2016, sur le site, cosec.sn/?p & Philippe Delebecque, les règles de Rotterdam, sur le site, acopm.ma/53 & Hisham Baban, Rotterdam Rules, A step into the 21st century, EJLES Journal, n1, March 2014, P. 275.
- (2) Convention des nations unies sur le contrat de transport international de marchandises effectuée entièrement ou partiellement par mer
- (3) Philippe Delebecque, op. cit., & Elhadji Diallo, op. cit., & Hisham Baban, op. cit., pp. 275:280 & Ebénézer Kenguep, la notion de conteneur en droit des=

[٦٦] وجاءت قواعد روتردام في ٩٦ مادة مقسمة إلى ١٨ فصلاً، تناولت الأحكام المتعلقة بالنقل البحري الدولي للبضائع، وقد لفت نظرنا من تلك الأحكام موضوع فحص البضائع ومن الملتمزم بالقيام به، خاصة وأن الفحص يترتب عليه إما قبول نقل البضاعة أو رفضها لعدم الملائمة للنقل، ويترتب عليه أيضاً القيام بتسليم البضاعة أو عدم تسليمها وهو أحد التزامات الناقل في تنفيذ عقد النقل البحري الدولي، وهناك إشكاليات تتعلق بالفحص والتسليم للبضائع خاصة عند نقل البضائع في الحاويات المحكمة الغلق وبالتالي يصعب على الناقل التأكد من محتوى الحاويات وحالة البضائع التي يتم نقلها، وهو أمر يتوقف عليه تحديد المسؤولية القانونية للناقل عند هلاك البضاعة أو تلفها، وهو الأمر الذي استدعى بحث موضوع فحص البضائع من جانب الناقل أثناء تنفيذ عقد النقل البحري الدولي، ويخرج عن إطار البحث فحص البضائع من جانب المرسل إليه عند تفريغ البضاعة.

منهج البحث:

[٧٧] وسوف نتناول بالبحث فحص الناقل البحري للبضائع وفقاً لما جاء من نصوص قانونية في القانون المصري للتجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، وقواعد روتردام ٢٠٠٨، وسوف نتبع في البحث المنهج الاستقرائي والتحليلي لما ورد من نصوص قانونية مع التأصيل اللازم لها مع عرض الآراء الفقهية والقضائية المرتبطة بموضوع البحث.

=transports international de marchandises par mer: l'apport des regles de Rotterdam, Revue droit commercial, maritime, aérien et des transports, n1, 2011, P. 23 & Philippe Delebecque, les règles de Rotterdam ant - elles un avenir?, Revue droit commercial, maritime, Aérien et des transports, n4, 2009, p. 165.

خطة البحث:

[٨] وسوف نعتمد في خطة البحث على تقسيم البحث إلى ثلاث

مباحث نعرضها على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية فحص البضائع.

المبحث الثاني: الأحكام القانونية لفحص الناقل البحري للبضائع.

المبحث الثالث: تحفظ الناقل البحري على فحص البضائع.

المبحث الأول

ماهية فحص البضائع

[٩] تعد عملية فحص البضائع من العمليات الهامة في مجال التجارة

الدولية، وهي محور لأهم عقدين من العقود الدولية، وهما عقد البيع الدولي للبضائع حيث يقع على عاتق المشتري الالتزام بفحص البضائع ومدى مطابقتها للاتفاق، وعقد النقل الدولي للبضائع سواء تم النقل برياً أو جواً أو بحرياً حيث يلتزم الناقل بفحص البضائع المشحونة.

وتشير عملية فحص البضائع الكثير من المشاكل، خاصة مع الطابع السريع لحركة التجارة وأهمية عنصر الوقت عند نقل البضائع، لما قد تؤدي إليه عملية الفحص من تأخير في تحرك السفن وفقاً للمواعيد المحددة، كما تصبح عملية فحص البضائع المنقولة بالحاويات أكثر صعوبة لما تتصف به الحاويات من الخلق المحكم وكثرة عدد الحاويات مما يجعل مسألة فحص البضائع بها كلها أمر من الصعب تنفيذه عملياً.

وفي هذا المبحث نوضح المقصود بفحص البضائع ثم نبين أهمية الفحص وعناصره في الفروع الثلاثة التالية.

الفرع الأول

تعريف فحص البضائع

[١٠] الفحص vérification (véifier) لغة كما جاء في قاموس

المعاني: تدقيق النظر في الشيء ليعلم كنهه، وراجعهُ بتمنن^(١)، وجاء في

(١) راجع كلمة "فحص" في قاموس المعاني على الموقع:

www.almaany.com/ar/dict

مختار الصحاح هو البحث عن شيء^(١)، وفي القاموس المحيط هو البحث، ويقال فاحصني: يبحث عن عيب صاحبه ومسه^(٢).

ولم يرد تعريف لفحص البضائع سواء في قانون التجارة البحرية المصري أو في قواعد روتردام، باعتبار أن التعريف ليس من عمل المشرع، إنما الأمر متروك للفقهاء يخوض فيه كيفما شاء، فجاء أن الفحص يقتضي القيام بجملة عمليات مادية حسب طبيعة البضاعة كوزنها أو كيلها أو مقاسها أو التأكد من مذاقها، ويتم ذلك وفقاً للاتفاق بين الأطراف أو وفقاً للعرف الدولي في التجارة الدولية^(٣).

وجاء أن فحص البضائع يتم للتأكد من مطابقة البضائع لشروط التعاقد عن طريق مجموعة من العمليات المادية مثل الكيل أو الوزن للتأكد من الكمية وتوافر المواصفات^(٤).

ونرى أن فحص البضائع عملية مادية تهدف إلى التأكد من مطابقة البيانات للحقيقة على أرض الواقع وأن ما جاء بسند الشحن من معلومات

(١) مختار الصحاح للإمام محمد ابن أبي بكر الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٤، ص ٢٥٦.

(٢) راجع ترتيب القاموس المحيط لـ الطاهر احمد الزاوي، الجزء الثالث، عيسى الحلبي وشركاه، الطبعة الثانية، سنة ١٩٧٣، "باب الفاء"، ص ٤٥٢ & وراجع القاموس المحيط لـ مجد الدين الفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة لتحقيق التراث، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، سنة ٢٠٠٥، حرف "الفاء"، ص ٦٢٥.

(٣) د. جودت هندي: الالتزام بالمطابقة وبضمان ادعاء الغير حسب نصوص اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، سنة ٢٠١٢، ص ١١٩، متاح على الموقع: www.damascusuniversity.edu.sy

(٤) د. احمد السعيد الزقرد: أصول قانون التجارة الدولية "البيع الدولي للبضائع"، المكتبة العصرية، سنة ٢٠٠٦، ص ١٧٩.

صحيحة والتأكد من خلو البضائع من عيوب تؤدي إلى تلفها والتأكد من كميتها وعددها.

الفرع الثاني

أهمية فحص البضائع في النقل البحري

[١١] سبق الذكر أن فحص البضائع أحد التزامات المشتري في عقد البيع الدولي للبضائع، ولكن ما يعنينا هنا بيان أهمية فحص البضائع في عقد النقل البحري الدولي، وفيما يلي نبين ذلك في النقاط التالية.

[١٢] ١- أن فحص البضائع هي الخطوة الأولى في تنفيذ عقد النقل البحري الدولي^(١)، وبناء على نتيجة الفحص يتم السير في باقي خطوات النقل إذا تم قبول البضاعة بشحنها على السفينة، أما إذا تم رفض البضاعة فيتوقف نقلها.

٢- بفحص البضائع وقبولها يتحقق الاستلام، وهو أحد التزامات الناقل الذي يترتب عليه تنفيذ عقد النقل بشحن البضائع ورفضها ونقلها وتفريغها في ميناء الوصول^(٢).

٣- بفحص البضائع يتحقق الاستلام، ويتم إثبات استلام البضائع بسند الشحن، الذي يقوم الناقل بإصداره للشاحن، فإذا صدر سند الشحن كان قرينة على استلام الناقل للبضاعة وتصبح البيانات الواردة

(1) Abdrazzak Elhaddad, les obligations du transporteur maritime de marchandises: droit et jurisprudence, master degree, universite sidé Mohammed Ben Abdellah, 2014, maroc droit, p. 50, sur le site, www.marocdroit.com/memoire

(٢) أ. محمد علي خليفة: الالتزام بتسليم البضائع المنقولة بحراً في القانون السوداني، رسالة ماجستير بكلية النقل البحري والتكنولوجيا بالإسكندرية، سنة ٢٠٠٣، ص ٣١، على الموقع:

openaccess.aast.edu/pdf & Abderrazzak Elhaddad, op. cit., p. 37.

بسند الشحن حجة على الناقل، ويفترض صحتها، فإذا كان هناك بيان أو أكثر غير صحيح كان للناقل إبداء التحفظ على سند الشحن^(١).

٤[١٣] - يترتب على فحص واستلام البضاعة تحمل الناقل للمسئولية عن الأضرار التي تلحق بالبضاعة من هلاك أو تلف كلي أو جزئي منذ استلامها وحتى تسليمها للمرسل إليه، وهو الأمر الذي أكد عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية بحكمها في ١٣ مارس ٢٠١٢ بأن استلام الناقل للبضاعة بدون تحفظ يلزمه بالمسئولية عن الأضرار أو التلف بالبضاعة^(٢).

٥ - فحص البضاعة يحمي الناقل من تحمل مسئولية وجود عيوب يمكن اكتشافها بالكشف الظاهري، كما يحدد للناقل حالة البضائع المشحونة في ميناء الشحن وبالتالي تحدد له ما يجب تفريفه في ميناء الوصول^(٣).

٦ - فحص البضائع يتم من جانب المرسل إليه أيضاً عند تفريف البضائع في ميناء التفريف للتحقق من سلامة البضائع وخلوها من العيوب

(١) د. شيهاب عينونه: طبيعة نقل البضائع بالحاويات عن طريق البحر، مجلة القانون والأعمال في ١٨ أغسطس ٢٠١٥، على الموقع: www.droitentreprise.org & أ. محمد علي خليفة: مرجع سابق، ص ٣٢ & د. عصام حنفي محمود: التجارة الدولية، سنة ٢٠١٣، متاح على الموقع: enamilsdroit.ahladalil.com/t607 & د. سوزان علي حسن: الطابع الخاص لمسئولية الناقل البحري عن نقل البضائع المشحونة على سطح السفينة دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا بالإمارات، العدد الثاني، يوليو ٢٠١٣، ص ١٤٧ & د. عبدالقادر حسين العطير: الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري، رسالة دكتوراه، كلية حقوق القاهرة، سنة ١٩٨١، ص ١٩٧.

Abderazzak Elhaddad, op. cit., p. 38

(2) Cass. Com, 13-Mars 2012, N11-11578, sur le site, legifrance.gouv.fr

(3) Adberazzak Elhaddad, op. cit., p. 39.

ومطابقتها لما جاء بحالة البضائع في سند الشحن ، وتحديد مدى مسئولية الناقل عن الأضرار التي قد تلحق بالبضائع.

٧١٤]- فحص البضائع يعد ضرورة أمنية للحفاظ على الأمن ، خاصة وأن الحاويات وهي وحدات يتم من خلالها نقل البضائع ، يمكن استخدامها في ارتكاب العديد من الجرائم العابرة للحدود مثل الاتجار بالبشر عبر البحر والعمليات الإرهابية وتجارة الأسلحة وتجارة المخدرات وتهريب البضائع دون دفع الرسوم الجمركية ، وفقاً لما جاء بمراجعة الاونكتاد ٢٠١٤ عن النقل البحري^(١).

٨- فحص البضائع يعد ضرورة للحفاظ على السلامة البحرية ، سواء بالحفاظ على الأسطول البحري بمراعاة حمولة كل سفينة وتوزيع الحمولة بوزن البضائع على مراكز الثقل في السفينة من خلال عملية رص البضاعة ، أو سواء بحماية البيئة البحرية من التلوث عند نقل البضائع الخطرة أو النفايات النووية أو المواد البيولوجية^(٢).

الفرع الثالث

عناصر فحص البضائع

[١٥] نظراً لأهمية عملية فحص البضائع أثناء النقل البحري الدولي كما سبق ، لذا أصبحت عملية الفحص تتكون من عناصر تستوعب التطورات العلمية الحديثة ، فقديمًا كان الفحص يتم مستندياً ، ولكن الآن يتم الفحص بالمسح الضوئي "الاسكانر" ولا يغني الفحص بالمسح الضوئي عن ضرورة الفحص المستندي للأوراق المتعلقة بالبضائع ، ويضاف إليهما

(1) Review of maritime transport 2014, p. 95, sur le site, unctad.org/en

(٢) راجع تقرير لجنة السلامة البحرية في دورتها ٩٣ بتاريخ ٩ يونيو ٢٠١٤ ، ص ١٦ على الموقع : & www.unece.org

Review of Maritime Transport 2014, p. 98, sur le site, unctad.org/en

الفحص المادي للبضائع ، وعليه أصبحت عناصر فحص البضائع تتكون من ثلاثة عناصر نوضحها في النقاط التالية.

[١٦] أولاً: الفحص المستندي:

هو التحقق من المستندات والأوراق المتعلقة بالبضائع ، وهي وثائق لازمة لشحن البضائع ، وبدونها لا يتم الشحن ومن المستندات ما يلي :

١- الفاتورة التجارية : وهي ورقة تحتوي على وصف البضاعة وكميتها أو وزنها الإجمالي.

٢- شهادة المنشأ : وهي تحديد من أين أتت البضاعة ويتم اعتماد هذه الشهادة عادة من الجهات التجارية المختصة مثل الغرفة التجارية ووزارة التجارة.

٣- أوراق تفيد الحصول على الموافقات اللازمة : وذلك من الجهات الإدارية المختصة بالنسبة لأنواع معينة من البضائع مثل الأغذية والدواء والمواد الزراعية.

٤- شهادة الجمارك : وهي ورقة تفيد بخضوع البضاعة ومعاينتها وفحصها من جانب هيئة الجمارك ودفع الرسوم اللازمة إذا تطلب الأمر ذلك.

٥- بوليصة التأمين على البضاعة : وهي وثيقة تثبت قيام الشاحن بالتأمين على البضاعة من المخاطر المعتادة لنقلها.

٦- إيصال حجز الشحنة : وهو مستند يفيد بقيام الشاحن بالاتفاق مع الناقل وحجز مكان للبضاعة سواء داخل كونتر واحد أو أكثر حسب حجم البضاعة وكميتها.

وأحياناً يكتب الناقل بهذه المستندات ويقوم بإعطاء الشاحن سند الشحن ، وهو ما يفيد فحصه للبضاعة واستلامه لها ويصبح مسؤولاً عنها حتى تسليمها للمرسل إليه ، وهو ما أكد عليه الفقه بأن التزام الناقل باستلام ومعرفة البضاعة يتم بفحص مستندات البضاعة لمعرفة مما تتكون والتحقق من كمية البضاعة وفقاً للمستندات والتأكد من وضع العلامات

المميزة لها عن غيرها من البضائع ، وعند الشحن بالحاويات يجب التحقق من عدد الطرود بالحاويات ومطابقته مع العدد المذكور في المستندات^(١) ، واستلام البضاعة من الشاحن في الزمان والمكان المتفق عليهما في العقد يتطلب مراجعة بيانات البضاعة أثناء استلامها للتحقق من أنها تتطابق مع البيانات الواردة في عقد النقل وسند الشحن ، فإذا وجد أن البضائع غير متطابقة كان عليه الامتناع عن الاستلام أو كتابة محفظات في سند الشحن^(٢).

[١٧] ثانياً: الفحص المادي:

يتم بقيام الناقل أو من يمثله قانوناً مثل الريان بمعاينة البضائع المشحونة للوقوف على سلامة عملية الشحن قبل مغادرة السفينة لميناء القيام ، وهو ما أكد عليه الفقه بأن استلام الناقل للبضاعة يتحقق مادياً من خلال المعاينة الفعلية للبضاعة للتأكد من وزنها والحمولة الإجمالية وتوزيع الحمولة على مراكز الثقل في السفينة لضمان سلامتها أثناء الإبحار^(٣).

والفحص المادي يسمى عند البعض بالفحص الظاهري للبضاعة وفيه يتم تحديد الحالة الظاهرية للبضاعة وما إذا كانت سليمة ومطابقة للمستندات أم لا ، والفحص الظاهري يقوم به الناقل أو الريان بإجراء عملية التفتيش المعقول فلا يفترض وجود خبير أو إجراء فحص دقيق إنما يكفي الفحص العادي للرجل المعتاد^(٤).

وهذا الأمر أكد عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية بحكمها في ١١ أبريل ٢٠١٢ بأن عملية تسليم البضاعة ذات طبيعة مادية للتحقق من البضاعة وهي مسئولية الناقل^(٥).

(1) Abderazzak Elhaddad, op. cit., p. 37.

(٢) د. عصام حنفي محمود: مرجع سابق.

(3) Abderazzak Elhaddad, op. cit., p. 51.

(٤) د. عبدالقادر حسين العطير: مرجع سابق، ص ٢٠٠، ص ٢٢٢.

(5) Cass. Com, 11 Avril 2012, N10-27146, sur le site, legifrance.gouv.fr

[١٨] والفحص المادي للبضاعة ذو أهمية كبيرة لضمان سلامة الرحلات البحرية فأجانباً الأوزاق ومستندات البضاعة لا تعبر عن حقيقة وطبيعة البضاعة المشحونة، فقد يتم شحن بضائع ذات طبيعة خطيرة، وهذا الأمر تناوله قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ في المادة ٢٠٩ بأن الشاحن إذا وضع في السفينة بضائع خطيرة أو قابلة للالتهاب والانفجار، فيجوز للناقل في كل وقت إخراجها من السفينة أو إتلافها أو إزالة خطورتها ولا يسأل الناقل عن ذلك إذا ثبت أنه ما كان ليرضى بشحنها في السفينة لو علم بطبيعتها، وفي هذه الحالة يسأل الشاحن عن الأضرار والمصروفات التي تنشأ عن وضع هذه البضائع في السفينة، ويجوز للريان إذا وجد في السفينة قبل السفر بضائع غير مذكورة في سند الشحن أو في إيصال تسلم البضائع أو تبين له عدم صحة البيانات المتعلقة بها أن يخرجها من السفينة في مكان الشحن أو إبقاؤها فيها ونقلها بأجرة تعادل ما يدفع لبضائع من نوعها في المكان المذكور مع عدم الإخلال بما يستحق من تعويض، وإذا تبين وجود البضائع المذكورة أثناء السفر جاز للريان الأمر بإلقتها في البحر إذا كان من شأنها إحداث أضرار للسفينة أو للبضائع المشحونة فيها أو كان نقلها يستلزم دفع غرامات أو مصروفات تزيد على قيمتها أو كان بيعها أو تصديرها ممنوعاً^(١).

وعليه يتضح أن القانون المصري يفرض الفحص المادي للبضائع قبل شحنها وحتى بعد شحنها في السفينة وأثناء الإبحار، ويجوز التصرف فيها سواء في ميناء الشحن أو أثناء الإبحار.

[١٩] وفي هذا الإطار جاء بقواعد روتردام ٢٠٠٨ في المادة ١٥ بأن للناقل أن يرفض تسلم البضائع أو تحميلها، كما يجوز له اتخاذ ما يراه معقولاً من تدابير أخرى بما في ذلك تفريغ البضائع أو إتلافها أو إبطال أذاها، إذا كانت البضائع تشكل خطراً فعلياً على الأشخاص أو الممتلكات

(١) المادة ٢٠٨ من قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠.

أو البيئة أو يبدو من المعقول أنها يحتمل أن تصبح كذلك أثناء مدة مسئولية الناقل.

كما يجوز للناقل أو الطرف المنفذ أن يضحى ببضائع في عرض البحر عندما يكون القيام بتلك التضحية معقولاً للحفاظ على السلامة العامة أو لدرء الخطر عن أرواح البشر أو الممتلكات الأخرى المعرضة للخطر المشترك^(١).

[٢٠] ٢. الفحص الإلكتروني:

أدى التطور العلمي الحديث إلى تطور المعاملات والعمليات التجارية على مستوى العالم، وأصبح النقل البحري للبضائع يتم من خلال سفن الحاويات والناقلات، ونقل البضائع بالحاويات^(٢) تحول دون إطلاع الناقل على محتوى البضائع نظراً لأنها محكمة الغلق وتحتاج إلى بعض الوقت لفتحها، كما تحمل السفينة عدد كبير من الحاويات مما يجعل من الصعب عملياً قيام الناقل أو من يمثله بفتح كل الحاويات ومعرفة ما بها، وهذا الأمر جعل الحاويات وسيلة لتهرب البضائع غير المشروعة مثل الأسلحة والمخدرات والاتجار بالبشر، وفقاً لما جاء بتقرير لجنة السلامة البحرية في دورتها ٩٣^(٣).

(١) المادة ١٦ من قواعد روتردام ٢٠٠٨.

(٢) الحاويات les conteneurs هي وسيلة تغليف متينة وسميكة ومغلقة بإحكام لتحمل الصدمات وتحمي البضائع من السرقة، وتخضع الحاويات للاتفاقية الدولية لسلامة الحاويات: Convention For Safe Containers (CSC) لعام ١٩٧٢، راجع د. سوزان علي حسن: مرجع سابق، ص ١٣٣ : ١٣٤.

وتعد الحاويات من أشكال التغليف emballage راجع د. عبدالقادر حسين العطير: مرجع سابق، ص ٥ & p. cit., Ebénézer Kenguep, op. cit., p. 27.

(٣) راجع تقرير اللجنة الصادر في ٩ يونيو ٢٠١٤ بالوثيقة رقم USC93/22 على الموقع: www.unece.org

[٢١] وإزاء خطورة نقل البضائع بالحاويات وفي ظل زيادة العمليات الإرهابية والقرصنة البحرية والمنازعات الإقليمية وعمليات الهجرة غير المشروعة، وضع الاتحاد الأوروبي معايير مشتركة لتحليل المخاطر الأمنية قبل وصول البضائع وضرورة قيام التجار بالإعلان الإلزامي الإلكتروني المسبق عن البيانات الأمنية المناسبة عن البضائع وذلك من أول يناير ٢٠١١^(١).

ولتفادي كل تلك المخاطر أصبح فحص البضائع يتم بوسائل تكنولوجية حديثة بحيث تعطي صورة واضحة عن محتويات الحاويات دون فتحها عن طريق إظهارها عبر شاشات تلفزيونية والاسكانر le scanner وجهاز الكشف الإشعاعي (الاندوسكوب)، وأصبحت الموانئ في الدول المتقدمة تستخدم الفحص الإلكتروني لفحص البضائع لتفادي المخاطر الأمنية، إلا أن المشكلة لازالت موجودة لعدم الأخذ بالفحص الإلكتروني في موانئ الدول النامية نظراً للتكلفة المالية التي يتطلبها الأخذ بهذا النظام. [٢٢] وهذا الأمر دعى الولايات المتحدة لإصدار قانون commission

act of 2007 يتيح من يوليو ٢٠١٢ إجراء مسح بنسبة ١٠٠٪ لجميع حاويات البضائع قبل تحميلها في ميناء أجنبي، وتم تأجيل تنفيذ القانون إلى يوليو ٢٠١٤ بطلب من وزير الأمن الوطني فيما يتعلق بشرط مسح الحاويات للبضائع المتجهة إلى الولايات المتحدة بنسبة ١٠٠٪، وفي عام ٢٠١٤ قرر وزير الأمن الوطني تمديد الأجل لسنتين وأشار إلى أن الظروف الدولية والمساحات الضوئية لرصد الحاويات الواردة إلى الولايات المتحدة والبالغ عددها ١٢ مليون حاوية كل سنة لا يمكن شراؤها أو استخدامها أو تشغيلها في موانئ خارج الولايات المتحدة لأن الموانئ الأجنبية تعوزها

(1) Review of Maritime Transport 2014, p. 95, www.unctad.org/rmt

المواصفات الفنية والمادية لتشغيل ذلك، خاصة وأن هذا الإجراء يتطلب تنفيذه ١٦ بليون دولار^(١).

وجاء بتقرير المنظمة العالمية للجمارك OMD^(٢) السنوي لعام ٢٠١٤ أن المنظمة بدأت في ٢٠٠٤ بالتعاون مع مكتب الأمم المتحدة للمخدرات والجريمة ONUDC^(٣)، برنامج رقابة الحاويات PCC^(٤) ويهدف إلى مساعدة الدول في رقابة الحاويات التي تستخدم في التجارة غير المشروعة من خلال الفحص التكنولوجي للحاويات في الموانئ والمطارات ومكافحة التجارة غير المشروعة^(٥).

المبحث الثاني

الأحكام القانونية لفحص الناقل البحري للبضائع

[٢٣] تخضع عملية فحص البضائع التي يتم نقلها بالبحر لعدة أحكام قانونية، فبين من خلال هذا المبحث الأساس القانوني لفحص الناقل البحري للبضائع، ثم نوضح دور الشاحن في تنفيذ فحص البضائع، وأخيراً نوضح قيام الناقل بتنفيذ فحص البضائع، وذلك في الفروع الثلاثة التالية.

الفرع الأول

الأساس القانوني لفحص الناقل البحري للبضائع

١٢٤١ لا يوجد نص صريح سواء في قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، أو في قواعد روتردام ٢٠٠٨ يوضح التزام الناقل

(1) Review of Maritime Transport 2014, pp. 95: 96, www.unctad.org/rmt

(٢) اختصاراً لـ Organisation Mondiale des Douanes

(٣) بالفرنسية اختصاراً لـ Office des Nations Unies Contre la

United Nations Office on Drugs and Crime واختصاراً لـ Drogue et le Crime وبالإنجليزية UNODC اختصاراً لـ Nations Office on Drugs and Crime

(٤) اختصاراً لـ Programme de Contrôle des conteneurs

(٥) راجع التقرير السنوي ٢٠١٤ "برنامج مراقبة الحاويات"، ص ٣٩، على الموقع: www.wcoomd.org/en/topics/enforcement

بفحص البضائع ، ولكن الفقه والقضاء أرسى الأساس القانوني لفحص الناقل البحري للبضائع ، وذلك ما سوف نوضحه في النقاط التالية.
[٢٥] أولاً: رأي الفقه في الأساس القانوني لفحص الناقل البحري للبضائع:

ذهب معظم الفقه إن لم يكن جلهم إلى أن عملية فحص الناقل البحري للبضائع تندرج ضمن عملية استلام البضائع والتي يلتزم بها الناقل وفقاً لعقد النقل ، وفيما يلي نعرض لآراء بعض الفقهاء.
فجاء أن الناقل يلتزم باستلام *réception*^(١) البضاعة ومعرفتها، ويتم الاستلام بفحص مستندات البضاعة لمعرفة مما تكون والتحقق *vérification* من كميتها وفقاً للمستندات ووضع العلامات المميزة عليها لتمييزها عن غيرها من البضائع ، والاستلام يقتضي التأكد من التغليف *emballage* والوزن والعلامات وأن وصف البضاعة في سند الشحن يطابق الاستلام^(٢).

وذكر آخريين أن التزام الناقل باستلام البضائع من الشاحن في الزمان والمكان المحددين في العقد سواء من على رصيف ميناء القيام أو من مخازن الشاحن وفقاً للعرف ، يعطي الحق للناقل في التحقق من البضاعة وفحصها والتأكد من مطابقتها للمواصفات المعلنة من جانب الشاحن ، والاستلام عمل مادي يتطلب التحقق من التغليف والعلامات التي على الطرود وعددها ووزنها أو حجمها^(٣).

[٢٦] وقال آخر أن قبول الناقل لسند الشحن بما يحتويه من بيانات خاصة بالبضائع يعني أنه تحقق من مضمون الحاوية وصحة البيانات^(٤).

(١) أو *recevoir*

(2) Abderazzak Elhaddad, op. cit., pp. 37:38.

(٣) أ. علي محمد خليفة: مرجع سابق ، ص ٢٩ : ٣١ & د. عبدالقادر حسين العطير: مرجع سابق ، ص ص ١١٩ ، ١٩٧.

(٤) د. سوزان علي حسن: مرجع سابق ، ص ١٤٧.

كما جاء أن الأصل قيام الناقل باستلام الحاوية من مخازن الشاحن وشحنها على سفينته وتفريغها في ميناء الوصول، وهو ما يعطي الحق له في التحقق من صحة بيانات الشاحن ومطابقتها للبضائع، إلا أنها مهمة صعبة عملياً لعامل الوقت واحتمال تأخر السفينة عن السفر^(١)، وذكر آخرين أن الشاحن يتولى تقديم بيانات متعلقة بالبضاعة مثل نوعها وعدد طرودها ووزنها أو كميتها، ويتعين على الناقل أن يتحقق من هذه البيانات قبل تضمينها سند الشحن لأنه ملزم بتسليمها بالحالة التي تلقاها بها، فإذا لم يتم الناقل بالتحقق من صحة بيانات الشاحن وظهر نقص في البضاعة عند التسليم كان مقصراً وتحمل تبعه التقصير^(٢).

وجاء أن للناقل التحقق من صحة البيان ومطابقته للبضائع لأنه المستول عن تسليمها وفقاً لسند الشحن، وفي الواقع العملي قد لا يتوافر للناقل القدرة على فحص البضاعة والتحقق من وزنها وحجمها، خاصة أن عملية الشحن لا بد أن تتم بسرعة لكي لا تبقى البضاعة أسيرة الرصيف وتتأخر السفينة عن السفر^(٣).

وذكر آخر أن التزام الناقل باستلام البضاعة من الشاحن في الزمان والمكان المتفق عليهما، ويجب عليه مراجعة بيانات البضاعة أثناء استلامها للتحقق من أنها تتطابق مع البيانات الواردة في عقد النقل وسند الشحن، فإذا وجد أنها غير متطابقة كان عليه الامتناع عن الاستلام أو كتابة

(١) د. شيهاب عينونه: مرجع سابق.

(٢) د. فاروق ملش: النقل المتعدد الوسائط، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ١٩٩٦، ص ٢٠٢ & ٢٠٣ د. مصطفى كمال طه: القانون البحري الجديد، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، سنة ١٩٩٥، ص ٢٦١.

(٣) أ. محمد سامر عاشور: البيوع البحرية، متاح على موقع الموسوعة العربية، بدون تاريخ، على الموقع: www.arab-ency.com/_details.law

تحفظات في سند الشحن^(١)، وجاء أن الالتزام باستلام البضاعة يقتضي التحقق منها *véifier* ومطابقتها *conformité* للبيانات بسند الشحن^(٢). وبذلك يتضح أنه لا خلاف في الفقه على أن فحص البضائع في النقل البحري الدولي مرتبط بالالتزام الناقل باستلام البضائع، وهو التزام قانوني ناشئ عن عقد النقل مع الشاحن.

٢٧] ثانياً: رأي القضاء في الأساس القانوني لفحص الناقل

للبيضائع:

ذهب القضاء المصري والفرنسي إلى أن عملية فحص البضائع مرتبطة بتنفيذ الناقل لالتزامه بالاستلام من الشاحن، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية أن عبء إثبات جدية أسباب الشك في صحة بيانات الشاحن أو عدم توافر الوسائل الكافية للتحقق منها، يقع على عاتق الناقل باعتباره الملتزم باستلام البضاعة وأخذها في عهده وعليه أن يسلم إلى الشاحن بناء على طلبه سند الشحن متضمناً البيانات المعتادة عن البضاعة، فإذا توافر لديه الشك في عدم مطابقتها للبضائع المسلمة فعليه التحفظ بسند الشحن تدليلاً على جهله بمحتويات البضاعة المسلمة إليه، فإذا عجز الناقل عن هذا الإثبات تعين عدم التعويل على هذا التحفظ^(٣). وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية قضت بأن عبء إثبات أسباب جدية الشك في صحة بيانات الشحن أو عدم كفاية وسائل التحقق من

(١) د. عصام حنفي محمود: مرجع سابق.

(2) Younes Zbir, la responsabilité du transporteur maritime, sur le site, www.memoireonline.com/02/10/3199

(٣) طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٢ق، جلسة ١/٢٤/١٩٦٧، السنة ١٨، العدد الأول، ص ١٧٧ & طعن رقم ١٤٥ لسنة ٣٨ق، جلسة ٤/١٧/١٩٧٣، السنة ٢٤، العدد الثاني، ص ٦١٧، راجع الأحكام بموقع حلمي للمحاماة والاستشارات القانونية عن سند الشحن في قضاء النقض، في ١٦ مايو ٢٠٠٩، متاح على الموقع: helmylawyers.blogspot.com/2009/05

صحة تلك البيانات يقع على عاتق الناقل ، فإن عجز عن هذا الإثبات تعين عدم التعويل على تحفظه ، ويعتبر سند الشحن المحرر بهذه الكيفية قرينة على أن ناقل البضاعة تسلمها بالكيفية الموصوفة بها ما لم يقدم الدليل على خلاف ذلك^(١).

وفي حكم محكمة استئناف القاهرة جاء أن المحكمة ترى نفسها في غير حاجة لبحث ما إذا كانت الشركة الناقلة قد قامت بوزن الحديد فعلاً أو لم تقم بذلك من عدم وزنه عند تسليمه لمخازنها بالإسكندرية لإيداعه بها إلى حين نقله للقاهرة ، وكذا عدم الوزن عند النقل للقاهرة أو عند التسليم للمخازن بالقاهرة يعتبر من ضروب الإهمال الجسيمة التي لا يصح أن تقع من شركة تقوم بعملية من عمليات المرافق العامة ولا يحل لها أن تتخذ من إهمالها الذي تقتضيه عمداً أو من غير عمد وسيلة لدرء المسؤولية عن نفسها وترك أموال الناس عرضة للضياع أو السرقة من غماليها أو من غير عماليها وإباحة مثل هذا العذر ينطوي على معاونة على الفرار من المسؤولية وهو غير جائز ، وإذا كان أمناء النقل يريدون بتقصيرهم أن يفرّوا من أول واجب يفرضه القانون عليهم وهو توصيل البضاعة سليمة كاملة فعلاً الأجر الذي يحصلونه ، وأن ما يقال من استحالة الوزن عملياً نظراً لضخامة الكميات التي تتولى شركات النقل إيداعها مخازنها أو نقلها إلى مختلف الجهات لا يحول دون توقيع المسؤولية التي رتبها القانون وفرضها على أمناء النقل وعلى النقيض من ذلك فكثرة العمل توجب التنظيم وتستدعي اليقظة والانتباه حفظاً لأموال الناس وإنفاذاً للقانون ، وأن ما تقوله الشركة الناقلة من أنها قد اعتمدت هذا الوزن حسب إقرار الشاحن لا بحسب الحقيقة والواقع لا يغير من الأمر شيئاً وكان لزاماً عليها إذا هي أرادت تجنب المسؤولية أن تقوم بوزنه حتى تستبين حقيقة الأمر ، أما أنها

(١) طعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٥ق ، جلسة ١١/٢/١٩٦٠ ، ص ١١ ، ص ١٢٧ ، راجع موقع حلمي للمحاماة : helmylawyers.blogspot.com/2009/05

لم تفعل فلا تلومن إلا نفسها ولا تلومن إلا هذه الخطة الخاطئة التي تسير عليها ظناً منها أنها تجعلها بمنأى عن حكم القانون الذي لا يحل لأحد أن يتخذ من إهماله وتقصيره وسيلة للإفلات من المسؤولية^(١).

وحكم محكمة الاستئناف وإن كان يتعلق بالنقل البري إلا أن نفس القواعد تطبق في النقل البحري، وفيه يتضح أن عدم قيام الشركة الناقلة بوزن الحديد يعد تقصيراً منها تتحمل مسؤوليته وكان عليها إذا هي أرادت تجنب المسؤولية أن تقوم بوزنه حتى تستبين حقيقة الأمر.

وفي فرنسا استقر القضاء على أن الناقل البحري ملتزم بفحص المحتوى للبضائع^(٢)، كما جاء في حكم آخر أن الناقل يلتزم بالتحقق من البضائع الخطرة وتغليفها لأنه يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تصيب البضائع من هلاك أو تلف منذ إصداره سند الشحن حتى التسليم في ميناء التفريغ^(٣).

كما جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٤ أكتوبر ١٩٩٥ أن التزام الناقل بفحص examen البضائع في الحاويات وغياب التحفظات Réserves على شحن البضائع وسند الشحن عند استلام البضائع بحمله المسؤولية عن التلف الذي يصيب البضائع^(٤).

وفي حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية في ٢٤ مارس ٢٠٠٩ جاء أن الناقل البحري في حالة نقل البضائع بالحاويات يجب عليه معرفة البضاعة

(١) حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة التجارية الأولى في ١٦/٦/١٩٥٢، رقم ٣٤٤ لسنة ٦٨ ق، راجع القاعدة رقم ٣٥٩ لدى أ. عبدالمعين لطفي جمعه: موسوعة القضاء في المواد التجارية، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر، سنة ١٩٦٧، ص ١٦١ : ١٦٢.

(2) Cass. Com, 7 Avril 2004, N02-17494, sur le site, legifrance.gouv.fr

(3) CA de versailles, 5 Avril 2001, N de RG: 1998-3815, sur le site, www.legifrance.gouv.fr

(4) Cass. Com, 24 Octobre 1995, N94-11275, sur le site, www.legifrance.gouv.fr

والتحقق *la vérification* من البضاعة ويتحمل المسؤولية عن ذلك^(١).

وعليه لا يوجد خلاف في الفقه والقضاء على أن فحص البضائع يتم بناء على التزام الناقل باستلام البضائع من الشاحن.

الفرع الثاني

دور الشاحن في فحص الناقل للبضائع

[٢٨] سبق الذكر أن من عناصر فحص البضائع مرحلة الفحص المستندي، ويتم ذلك بموجب المستندات التي يقوم بتقديمها الشاحن إلى الناقل، كما أن الفحص المادي والالكتروني يتم على البضاعة الموجودة بناء على تسليم من الشاحن، وعلى ذلك فإن دور الشاحن في فحص البضائع يتم من خلال تقديم الأوراق والمستندات المتعلقة بالبضاعة، وقيامه بتسليم البضاعة، وهو ما نوضحه أكثر في النقاط التالية.

[٢٩] أولاً: تقديم الشاحن للمستندات والمعلومات:

تبدأ عملية فحص البضائع بتقديم الشاحن للمستندات والمعلومات المتعلقة بالبضائع التي سيتم شحنها على السفينة، وهذا ما أكد عليه تقرير لجنة السلامة البحرية في دورتها ٩٣ في ٩ يونيو ٢٠١٤ أن الشاحن مسئول عن ضمان تسليم جميع المستندات وأنها صحيحة وأن يتم تسليمها إلى الناقل قبل بدء النقل^(٢).

كما جاء بذات التقرير سالف الذكر أن الشاحن مسئول عن توفير المعلومات للناقل بوصف كامل للبضاعة وتحديد الكتلة الإجمالية، وعليه إبلاغ الكتلة الإجمالية بعد التحقق منها إلى الناقل، وفي حالة البضائع

(1) Cass. Com, 24 Mars 2009, N08-11589, sur le site, legifrance.gouv.fr

(٢) راجع الوثيقة رقم MSC93/22 والخاص بتقرير لجنة السلامة البحرية في دورتها ٩٣ في ٩ يونيو ٢٠١٤ وهذه اللجنة منبثقة عن المنظمة البحرية الدولية، راجع ص ٤٨، بالتقرير على الموقع: www.unece.org

٢٧ من قواعد روتردام ٢٠٠٨ بأن يسلم الشاحن البضائع جاهزة للنقل ما لم يتفق على خلاف ذلك في عقد النقل، وفي أي حال يسلم الشاحن البضائع بحالة تكفل تحملها ظروف النقل، بما في ذلك تحميلها ومناولتها وتثبيتها وربطها وتثبيتها وتفريغها، وعندما يتولى الشاحن تعبئة البضائع في حاوية أو تحميلها في عربة، يقوم بتثبيت وربط وتثبيت المحتويات في الحاوية أو في العربة على نحو ملائم وبعناية، وبحيث لا تسبب أذى للأشخاص أو الممتلكات.

وعليه يتضح أن الخطوة الأولى في فحص البضائع هو قيام الشاحن بتسليم المستندات الخاصة بالبضاعة وتسليم البضاعة ذاتها محل عقد النقل حتى يستطيع الناقل القيام بعملية الفحص بعناصرها المختلفة.

الفرع الثالث

التزام الناقل بفحص البضائع

[٣١] أولاً: التزام الناقل أو ممثله بفحص البضائع:

بداية يقع على عاتق الناقل البحري التزام بفحص البضائع التي تسلم إليه، ولا يشترط أن يقوم الناقل البحري بهذا الالتزام بنفسه، فيجوز غيره أن يتولى نيابة عنه القيام بذلك، ففي المادة ٢٠٢ من قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ يقوم الناقل أو من ينوب عنه بالتوقيع على النسخة المسلمة من سند الشحن للشاحن، كما يقوم الريان "أحد التابعين للناقل" بالتأكد من صحة بيانات البضاعة، فإذا تبين له عدم صحة البيانات جاز له إخراجها من السفينة أو إبقاؤها فيها ونقلها بأجرة تعادل ما يدفع للبضائع من نوعها وفق ما جاء بالمادة ٢٠٨ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠.

وفي قواعد روتردام ٢٠٠٨ جاء بالمادة ١٨ أن الناقل مسئول عن الإخلال بالواجبات المترتبة عليه نتيجة لأفعال يقدم عليها أو يغفلها أي طرف منفذ أو ريان السفينة أو طاقمها أو موظفو الناقل أو الطرف المنفذ أو أي شخص آخر يؤدي أو يتعهد بأداء أي من واجبات الناقل بمقتضى عقد

النقل متى كان ذلك الشخص يتصرف بصورة مباشرة أو غير مباشرة بناء على طلب الناقل أو تحت إشرافه أو سيطرته.

كما جاء بالمادة ١٩ من قواعد روتردام ٢٠٠٨ بأن الطرف المنفذ البحري يتحمل الواجبات والمسئوليات الملقاة على عاتق الناقل بمقتضى هذه الاتفاقية وله الحق في أن تنطبق عليه الدفع و حدود المسئولية المنطبقة على الناقل إذا تسلم البضائع بفرض نقلها أو سلم البضائع في دولة متعاقدة.

وعليه يتضح أن الالتزام بفحص البضائع يقع بحسب الأصل على الناقل، ويجوز لمن ينوب عنه أن يتولى الفحص سواء كان ريان السفينة أو غيره مثل الطرف المنفذ الذي يتولى القيام بأعمال وواجبات الناقل، ويتحمل الناقل المسئولية عن تقصير من يقوم بواجباته وفقاً لعقد النقل البحري.

[٣٢] ثانياً: التأكد من صحة المستندات:

تتم عملية فحص البضائع من جانب الناقل أو من ينوب عنه مثل الريان أو الطرف المنفذ partie exécutante أو غيرهم، ويتم الفحص أولاً بالتأكد من صحة البيانات والمستندات التي يقدمها الشاحن عند تسليم البضائع للناقل وفقاً للمادة ١/٢٠٥ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، ويكون الشاحن مسئولاً قبل الناقل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن عدم صحة البيانات التي قدمها عن البضاعة ولو نزل عن سند الشحن إلى الغير وفق ما جاء بالمادة ٢٠٦ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠.

وفي قواعد روتردام ٢٠٠٨ يلتزم الشاحن بتوفير المعلومات والمستندات والتعليمات للناقل في الوقت المناسب وفق ما جاء بالمادة ٢٩ من القواعد، ويكون تزويد الشاحن للناقل بالمعلومات الصحيحة اللازمة لإعداد تفاصيل العقد وإصدار مستندات النقل أو سجلات النقل الالكترونية

ويتكفل الشاحن بصحة المعلومات التي يوفرها، ويتحمل التعويض عما
ينتج عن عدم صحة تلك المعلومات من خسارة أو ضرر وفق ما جاء
بالمادة ٣١ من قواعد روتردام ٢٠٠٨، وفي هذا قضت محكمة النقض
المصرية أن المادة الثالثة من معاهدة بروكسل المتعلقة بسندات الشحن
فرضت على الناقل ضرورة التحقق من البيانات التي يقدمها الشاحن فإذا
لم يتم الناقل بالتحقق من صحة هذه البيانات أو أقرها دون أي تحفظ منه
فلا يقبل منه أي إثبات عكسي^(١).

[٣٣] ثالثاً: التأكيد من مطابقة البضائع للمستندات: المطابقة في عقد البيع
الدولي للبضائع تعني اتفاق المبيع المسلم من حيث كميته ومواصفاته
وخصائصه مع اتفاق الطرفين^(٢)، وبالمقاييس في عقد النقل الدولي للبضائع
نقول أن المطابقة تعني اتفاق حالة البضائع من حيث كميته ومواصفاتها
مع البيانات الواردة بأوراق الشحن.

وللتأكد من مطابقة البضائع للمستندات قد يقتضي الأمر من الناقل أو
من يمثله معاينة البضاعة والتأكد من حالتها وتحملها لظروف النقل حتى
تصل بنهاية الرحلة سليمة وخالية من أي عيوب قد تصيبها، وعادة ما تتم
المعاينة الظاهرية للبضائع خاصة إذا كانت منقولة عبر الحاويات، فلا يمكن
عملياً فتح كافة الطرود المشحونة للتأكد من سلامتها وتحملها لظروف
النقل البحري، وإنما جرى العمل على التأكيد من كمية البضاعة ووزنها
ومطابقة ذلك مع المستندات المقدمة من الشاحن.

ويذكر بسند الشحن صفات البضاعة وعلى الأخص طبيعتها وعدد
الطرود ووزنها أو حجمها أو العلامات المميزة الموضوع عليها وحالتها

(١) الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٣٠ق، جلسة ١٤/١٢/١٩٦٥، س ١٦، ص ١٢٤٩،
الحكم رقم ١٠٣ في مجموعة أحكام سند الشحن في قضاء النقض لدى حلمي
للمحاماة والاستشارات القانونية، على الموقع:
helmylawyers.blogspot.com/2009/05/blog
(٢) د. رضا عبيد: القانون التجاري، الطبعة الخامسة، سنة ١٩٨٤، ص ١٥١.

الظاهرة بما في ذلك حالة الأوعية الموضوعة فيها "الحاويات" وفق ما جاء بالمادة ٢٠٠ من قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، وهذه البيانات يذكرها الشاحن، وللناقل أن يتأكد من صحة ومطابقة البيانات على أرض الواقع حيث يتحمل المسؤولية عن سلامة البضائع وفقاً للحالة التي تم التسليم بها، كما يلتزم الناقل بالمحافظة على البضائع التي تشحن على السفينة^(١)، كما يضمن الناقل هلاك البضائع وتلفها إذا حدث الهلاك أو التلف في المدة بين تسليم الناقل البضائع في ميناء الشحن وبين تسليمها في ميناء التفريغ^(٢).

وقبول الناقل لسند الشحن بما يحتويه من بيانات خاصة بالبضائع يعني أنه تحقق من مضمون الحاوية وصحة البيانات^(٣)، وإذا أصدر الناقل سند الشحن كانت قرينة على تسلم البضاعة بالحاوية وللناقل حق التحقق من صحة بيانات الشاحن ومطابقتها للبضائع، إلا أنها مهمة صعبة عملياً لعامل الوقت واحتمال تأخر السفينة عن السفر^(٤)، وجاء أن التزام الناقل باستلام البضائع يتطلب التحقق من التغليف والعلامات التي على الطرود وعددها ووزنها^(٥).

ولإي هذا أشارت المادة ٣٦ من قواعد روتردام ٢٠٠٨ بإدراج وصف للبضائع في مستند النقل "سند الشحن" وعدد الرزم أو القطع أو كمية البضائع ووزنها، وبيان بترتيب البضائع وحالتها الظاهرين عندما يتسلمها الناقل أو الطرف المنفذ بغية نقلها، ويقصد بترتيب البضائع وحالتها الظاهرين كما جاء بالفقرة الرابعة لذات المادة هي التفقد الخارجي المعقول

(١) المادة ٢/٢١٥ من قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠.

(٢) المادة ١/٢٢٧ من قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠.

(٣) د. سوزان علي حسن: مرجع سابق، ص ١٤٧.

(٤) د. شيهاب عينونه: مرجع سابق.

(٥) أ. محمد علي خليفة: مرجع سابق، ص ٢٩.

للبيضائع وهي مرزومة وقتما يستلمها الشاحن إلى الناقل أو الطرف المنفذ، وأي نفقة إضافية يقوم به الناقل أو الطرف المنفذ فعلياً قبل إصدار مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني، وهو ما يعني قيام الناقل أو من يمثله سواء كان الزبائن أو الطرف المنفذ بالمعاينة الظاهرية للبيضائع والتأكد من حالتها وفق ما جاء بمستندات الشحن المرفقة من المادة ٢٠١ من قواعد التجارة الدولية.

المبحث الثالث

من حيث بدأت المادة في الفقرة الرابعة بالناقل أن يحفظ على البضائع

تحفظ الناقل البحري على فحص البضائع

[٣٤] إذا كان الأصل أن يقوم الناقل أو من يمثله بفحص البضائع، إلا أن الواقع العملي يجعل من الصعب تنفيذ هذا الالتزام لأن التحقق من حالة البضائع يأخذ الكثير من الوقت وقد يؤدي إلى ضرر بالبضائع واحتمال سرقتها أو تأخر السفينة عن القيام برحلتها، وفي نفس الوقت يتحمل الناقل المسؤولية عن البضائع التي يستلمها وقد تكون البضائع المشحونة معيبة، ولا تتحمل ظروف الرحلة البحرية مما يؤدي إلى ظهور عيوب بها عند تسليمها في ميناء التفريغ، وهو ما يحمل الناقل مسؤولية شيء لم يكن من المفروض تحمله نتيجة عدم تيسير التحقق ومطابقة البضائع التي يتسلمها، لذا ظهر ما يسمى بالتحفظ على سند الشحن لدى المسؤولية عن العيوب التي تظهر بالبضائع نتيجة عدم التمكن من فحصها. فهل مثل هذه التحفظات جائزة من الناحية القانونية وإذا كان كذلك فهل يؤثر ذلك على حدود مسؤولية الناقل عن البضائع ويؤثر على سند الشحن، ذلك ما سوف نوضحه تفصيلاً من خلال الفروع الثلاثة التالية، في الفرع الأول نتكلم عن مدى جواز التحفظ على فحص البضائع، وفي الفرع الثاني نتكلم عن أثر التحفظ على مسؤولية الناقل، وفي الفرع الثالث نتكلم عن أثر التحفظ على سند الشحن.

الفرع الأول مدى جواز تحفظ الناقل على فحص البضائع

[٣٥] يجمع الفقه على صعوبة فحص البضائع والتحقق من حالتها^(١)، خاصة في حالة نقل البضائع بالحاوية والتي تعد وسيلة تغليف من نوع جديد وهي أداة مستقلة عن السفينة وقابلة للاستخدام المتكرر وهي متينة وسميكة ومغلقة بإحكام لتتحمل الصدمات وتحمي البضائع من السرقة إلا أنها تحول دون إطلاع الناقل على محتوياتها^(٢)، وتتمتع الحاويات بأهمية كبيرة حالياً فقد بلغت نسبة البضائع المنقولة في سفن الحاويات حوالي ٧٠٪ من نسبة البضائع المنقولة بمرأ^(٣).

ولإزاء صعوبة فحص البضائع عملياً ظهر ما يعرف بالتحفظات réserves على سندات الشحن، وفيما يلي نبين مفهوم التحفظ وراي الفقه والقضاء في الأخذ بالتحفظات وموقف القانون المصري وقواعد روتردام ٢٠٠٨ بشأن التحفظات.

[٣٦] أولاً: مفهوم التحفظ على سند الشحن:

يقصد بالتحفظ كل عبارة تدرج بسند الشحن وتكون مناقضة للبيانات التي ذكرها الشاحن^(٤)، ويفهم منها الغير أن البيانات التي وردت بسند الشحن لم يتحقق الناقل من صحتها^(٥).

(١) د. عصام حنفي محمود: مرجع سابق & د. سوزان علي حسن: مرجع سابق، ص ١٤٧ & د. شيهاب عينونه: مرجع سابق & أ. محمد سامر عاشور: مرجع سابق & د. فاروق ملش: مرجع سابق، ص ٢٠٣ & د. مصطفى كامل طه: مرجع سابق، ص ٢٦١.

(٢) د. سوزان علي حسن: مرجع سابق، ص ١٣٣ : ١٣٤ & د. عبدالقادر حسين العطير: مرجع سابق، ص ٥.

(٣) تقرير ٢٠١٤ عن النقل البحري الصادر عن الاونكتاد، ص ٥، على الموقع: www.unctad.org/rmt

(٤) أ. مدحت عباس خلوصي: السفينة والقانون البحري، الشنهابي للطباعة والنشر بالإسكندرية، سنة ١٩٩٩، ص ٣٩٨.

(٥) د. مصطفى كمال طه: مرجع سابق، ص ٢٦١.

والتحفظ يعد شرط *la clause* يحق للناقل التمسك به حال عدم تمكنه من فحص البضائع والتأكد من صحة البيانات التي ذكرها الشاحن في سند الشحن، وعلى الناقل إثبات عدم تحققه من حالة البضاعة وبياناتها من خلال التحفظ أو الشرط كما ذكر الفقه^(١).

والتحفظ على سند الشحن عادة ما يأتي في صيغة عبارات متداولة في العرف البحري، مثل عبارة *said to contain* "وفقاً لما يدعيه الشاحن أو يقال أن المحتوى ويطلق عليها اختصاراً *STC*"^(٢)، ومضمونها الجهل بالمحتوى سواء من حيث طبيعة البضاعة أو عددها أو حجمها، ويوجد عبارات أخرى *said to weight* "يقال أن الوزن" يطلق عليها اختصاراً *STW* ومضمونها الجهل بوزن البضاعة، وعبارة *Said to be* "حسب إقرار الشاحن"^(٣).

(١) د. سوزان علي حسن: مرجع سابق، ص ١٣٤ & أ. مدحت عباس

خلوصي: مرجع سابق، ص ٣٩٨ &

Olivier Cachard, *la clause said to contain et trafic conteneurisé*, n3, sur le site, www.lexmaritima.net/lex & Didier Picon, *l'absence de faute du transporteur maritime de marchandises*, sur le site, www.memoireonline.com/07/12/6036 & Erwan Briant, Mohé Jezequel, *la responsabilité du transporteur maritime face à la conteneurisation, vers une solution contractuelle avec la clause "said to contain"?*, le Juin 2015, sur le site, www.lepetitjuriste.fr/droit-maritime

(٢) د. سوزان علي حسن: مرجع سابق، ص ١٤٤ & د. صلاح محمد المقدم: تنازع

القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة، الدار الجامعية، بدون

سنة، ص ٢٥٨ & د. عبدالقادر حسين العطير: مرجع سابق، ص ٢١٣ &

Abderazzak Elhaddad, *op. cit.*, p. 72 & Olivier Cachard, *op. cit.*, n2 et n4 & Jean - Pierre Beurier, *droits maritimes*, Dalloz, éd, 2006, n345.33, p.322.

(٣) د. صلاح محمد المقدم: المرجع السابق، ص ٢٥٨ & د. مختار السويقي:

مصطلحات التجارة الدولية والنقل البحري، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة

الخامسة، سنة ١٩٩٣، ص ١٦٤ & د. فاروق ملش: مرجع سابق، ص ٢٠٣

بالبهامش & Olivier Cachard, *la clause "said to contain"*,

[٣٧] ثانياً: رأي الفقه في الأخذ بتحفيز الناقل على فحص البضائع:

يرى الفقه وجود إشكالية في إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة لكلا من الشاحن والناقلين، فمصلحة الشاحن أن يقبل الناقلين بضاعتهم كما وردت بياناتها في سندات الشحن دون تحفظات عليها، فرغبتهم الحصول على سندات شحن نظيفة خالية من التحفظات يحمل الناقل المسؤولية عن هلاك أو تلف البضاعة منذ توقيعه على سند الشحن دون تحفظ، كما يعطي للشاحن حق التصرف في البضاعة بإمكانية التظهير للغير على سند الشحن وهو ما يصبح معه السند قابلاً للتداول، كما يسمح للشاحن بإمكانية التعامل على السند في البنوك بالحصول على الضمانات المالية اللازمة^(١)، كما يعطي فرصة للشاحن المخادع بأن يخدع الناقل بتسليمه بضاعة تالفة وغير صالحة للنقل البحري فينقل مسؤوليته عن ذلك إلى الناقل، كما يعطي فرصة للشاحن إذا تم النقل في حاويات أن يستخدم الحاويات في التهريب والتجارة غير المشروعة مستغلاً عدم قيام الناقل بفحص البضائع والتحقق منها بداعي توفير عامل الوقت أو عدم توافر الإمكانيات للقيام بذلك، وهو الأمر الذي يجعل السيادة التعاقدية للشاحن الذي يفرض على الناقل بيانات خاطئة أو غير صحيحة^(٢).

=de la pratique à la théorie (et non l' inverse),
Gazette de la chambre, n37, 2015, p. 1, sur le site,
www.arbitrage-maritime.org

- (١) أ. مدحت عباس خلوصي: مرجع سابق، ص ٣٩٧ & د. عبدالقادر حسين العطير: مرجع سابق، ص ٢٨١ : ٢٨٢ & راجع الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٢٠١١، جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢، ص ١٧، القاعدة رقم ١٠١ لدى حلمي للمحاماة والاستشارات القانونية في موضوع "سند الشحن في قضاء النقض"، على الموقع: helmylawyers.blogspot.com/2009/05
- (٢) د. سوزان علي حسن: مرجع سابق، ص ١٤٨ & أ. مدحت عباس خلوصي: مرجع سابق، ص ٣٩٧ & أ. علي محمد خليفة: مرجع سابق، ص ٣٢ & د. عصام حنفي محمود: مرجع سابق.

وعلى الجانب الآخر تمثل مصلحة الناقلين في التحفظ على سندات الشحن لأنهم غير متأكدين من طبيعة البضاعة ومدى سلامتها، وصلاحياتها للنقل البحري وعملها للظروف المناخية أثناء النقل، خاصة مع تحملهم المسؤولية منذ استلام البضاعة والتوقيع على سند الشحن يعد قرينة قاطعة على أن البيانات التي وردت بسند الشحن صحيحة بغض النظر عن الحالة الفعلية للبضاعة أو طبيعتها، وتصبح مسؤولية الناقل أكثر وضوحاً وتحققاً في حالة نقل البضائع بالخاويات المحكمة الغلق ولا يمكن الإطلاع على محتوياتها، وهو الأمر الذي قد يذهب فيه الناقل ضحية للشاحن إذا كانت بيانات سند الشحن غير صحيحة، لذا فإن الوضع المنطقي والعادل جواز الأخذ بالتحفظ في سند الشحن نتيجة لصعوبة القيام بالفحص والتحقق من حالة البضاعة، وهو الأمر الذي يحمي الناقل مما قد يتعرض له من ظلم وغبن من جانب الشاحن، وعليه ينتهي الفقه على جواز الأخذ بالتحفظات بسندات الشحن^(١).

[٢٨] ثالثاً: اتجاه القضاء في مسألة تحفظ الناقل على فحص البضائع:

ذهب القضاء المصري في عدة أحكام إلى جواز قيام الناقل بالتحفظ على سندات الشحن نتيجة عدم قيامه بفحص البضائع، فقضت محكمة النقض المصرية بأن مؤدى تطبيق معاهدة بروكسل لسندات الشحن بأن إثبات عكس بيانات سند الشحن الخاصة بالبضاعة جائز في العلاقة بين الناقل والشاحن ولا يجوز إزاء من عداهما كالمرسل إليه، فإذا فرضت المعاهدة على الناقل في المادة الثالثة ضرورة التحقق من البيانات التي

(١) د. سوزان علي حسن: مرجع سابق، ص ١٤٩. & د. عصام حفني محمود:

مرجع سابق & أ. مدحت عباس خلوصي: مرجع سابق، ص ٣٩٨ & د.

فاروق ملش: مرجع سابق، ص ٢٠٣ & د. مصطفى كمال طه: مرجع

سابق، ص ٢٦١ & د. عبدالقادر حسين العطير: مرجع سابق، ص ٢٣١ &

Abderazzak Elhaddad, op. cit., p. 71 & Jean - Pierre
Beurier, op. cit., n345.33, p. 322.

يقدمها الشاحن فإذا لم يتم الناقل بالتحقق من صحة هذه البيانات أو أقرها دون تحفظ منه فلا يقبل منه أي إثبات عكسي في مواجهة المرسل إليه الذي اعتمد على هذه البيانات^(١).

كما جاء بأحكام أخرى لمحكمة النقض المصرية أن التحفظ الذي يدونه الناقل في سند الشحن تديلاً على جهله بمحتويات البضاعة المسلمة إليه أو بصحة البيانات المدونة عنها بسند الشحن لا يعتد به ولا يكون له اعتبار في رفع مسؤوليته عن فقد البضاعة المسلمة إليه إلا إذا كانت لديه أسباب جدية للشك في صحة بيانات الشاحن أو لم تكن لديه الوسائل الكافية للتحقق من ذلك، ويقع عبء إثبات جدية أسباب هذا الشك أو عدم كفاية وسائل التحقق من صحة تلك البيانات على ما جرى به قضاء محكمة النقض على عاتق الناقل فإذا عجز عن هذا الإثبات تعين عدم التعويل على هذا التحفظ^(٢).

كما جاء في حكم آخر أن التحفظ الذي يدرجه الناقل في سند الشحن تديلاً على جهله بصحة البيانات المدونة به والمتعلقة بالبضائع المسلمة إليه لا يعتد به ولا يسري أثره في رفع مسؤوليته عن فقد هذه البضائع إلا بالنسبة للبيان الذي أدرج التحفظ من أجله^(٣).

(١) الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٣٠ق، جلسة ١٤/١٢/١٩٦٥، س ١٦، ص ١٢٤٩، القاعدة رقم ١٠٣ في موضوع "سند الشحن في قضاء النقض" بموقع حلمي للمحاماة والاستشارات القانونية على الموقع: helmylawyers.blogspot.com/2009/05

(٢) الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٢ق، جلسة ٢٤/١/١٩٦٧، س ١٨، العدد الأول، ص ١٧٧ & الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٣٨ق، جلسة ١٧/٤/١٩٧٣، س ٢٤، العدد الثاني، ص ٦١٧ & الطعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٥ق، جلسة ١١/٢/١٩٦٠، س ١١، ص ١٢٧، راجع القاعدتين ٦٩، ١٢١ في موضوع "سند الشحن في قضاء النقض" بموقع حلمي للمحاماة والاستشارات القانونية، على الموقع: helmylawyers.blogspot.com/2009/05

(٣) الطعن رقم ١٠٢٦ لسنة ٥١ق، جلسة ٩/٢/١٩٨٧، س ٣٨، ع ١، ص ٢١٩، راجع القاعدة ٢٧ في موضوع "سند الشحن في قضاء النقض" لدى =

وقضت محكمة استئناف القاهرة في ٢٣/٤/١٩٥٧ أن النص في بوالص الشحن على أن مقدار وزن البضاعة المبين فيها إنما كان بناء على تعريف الشاحن نفسه ومودى هذا أن تسليم البضاعة لأمين النقل قد تم على أساس هذا التعريف ودون حصول الوزن الفعلي للتحقق من صحته ، وإذا كانت بوليصة الشحن قد تضمنت شرطاً فحواه أن الناقل لا يتحمل المسؤولية عن وزن البضاعة طبقاً للبيانات التي أدلى بها الشاحن وتحت مسؤوليته وإنما يتحملها إذا ما تم وزنها فعلاً قبل النقل وارتضى الشاحن دفع نفقات الوزن مقدماً وهو ما لم يحدث فلا محل لمساءلة أمين النقل عن العجز المدعى به^(١).

وجاء بحكم محكمة النقض الفرنسية في ١٣ مارس ٢٠١٢ أن استلام الناقل للبضاعة بدون تحفظ يلزمه بالمسئولية عن الأضرار أو التلف بالبضاعة إذا جاءت تعليمات الشاحن بالحفاظ على البضاعة تحت درجة حرارة معينة^(٢).

كما قضت المحكمة في ٢٤ أكتوبر ١٩٩٥ أن التزام الناقل بفحص examen البضائع في الحاويات وغياب التحفظ على سند شحن البضائع عند استلام البضائع يحمله المسؤولية عن التلف الذي يصيبها أثناء النقل^(٣). ورفضت محكمة النقض الفرنسية بحكمها في ٢٩ يناير ١٩٨٠ شرط said to contain واعتبرته تحفظ غير كافي وبدون قيمة وإن الناقل

=حلمي للمحاماة والاستشارات القانونية، علسى الموقع :
helmylawyers.blogspot.com/2009/05
د. أحمد حسني : قضاء النقض البحري ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة ١٩٧٧ ، القاعدة ١٢٤ ، ص ١٣٧ .

- (١) حكم استئناف القاهرة بجلسة ١٩٥٧/٤/٢٣ رقم ٤١٠ لسنة ٧٣ق، القاعدة رقم ٤١٧ لدى أ. عبدالمعين لطفي جمعه : مرجع سابق ، ص ١٨٩ .
(2) Cass. Com, 13 Mars 2012, N11-11578, sur le site, legifrance.gouv.fr
(3) Cass. Com, 24 Octobre 1995, N94-11275, sur le site, legifrance.gouv.fr

مستول عن العدد المذكور في الحاوية فإذا كان ناقصاً باله واحدة فهو مستول عن هذا النقصان^(١).

وعليه يتضح أن القضاء المصري والفرنسي أجازا بصحة التحفظ على سند الشحن بأسباب محددة وفي حالات معينة ولم يقبلا التحفظ بصورة مطلقة وعامة.

[٣٩] رابعاً: موقف القانون المصري من تحفظ الناقل على فحص البضائع:

أجاز قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ في المادة ٢٠٥ للناقل إبداء تحفظاته على البيانات التي يقيدها الشاحن في سند الشحن إن كان لديه أسباب جدية للشك في صحتها أو لم يكن لديه الوسائل العادية للتأكد منها وتذكر أسباب التحفظ على قيد البيانات في سند الشحن.

[٤٠] خامساً: تحفظ الناقل على فحص البضائع في قواعد روتردام ٢٠٠٨:

جاء بالمادة ٤٠ من قواعد روتردام ٢٠٠٨ أن للناقل أن يتحفظ على المعلومات المشار إليها في الفقرة ١ من المادة ٣٦ "تتعلق بوصف البضائع والعلامات الدالة للتعرف على البضائع وعدد الرزم أو القطع أو كمية البضائع ووزن البضائع" لكي لا يتحمل المسؤولية عن صحة المعلومات التي قدمها الشاحن إذا كان لدى الناقل علم فعلي بأن أياً من البيانات الجوهرية الواردة في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني زائفاً أو مضللاً أو كانت لدى الناقل أسباب وجيهة للاعتقاد بأن بياناً جوهرياً في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني زائف أو مضلل "فحص مستندي"، وجاء بالفقرة الثانية للمادة ٤٠ من قواعد روتردام ٢٠٠٨ أنه يجوز للناقل أن يتحفظ على المعلومات المشار إليها في المادة ٣٦ لكي لا يتحمل المسؤولية عن صحة المعلومات التي قدمها الشاحن.

ويجوز للناقل أن يتحفظ على المعلومات إذا سلمت البضائع إلى الناقل أو الطرف المنفذ في حاوية أو عربة مغلقة بغرض نقلها إذا لم يكن لدى

(1) Cass. Com, 29 Janvier 1980, N77-14923, sur le site, legifrance.gouv.fr

الناقل وسيلة عملية فعلياً أو معقولة تجارياً للتحقق من المعلومات التي قدمها الشاحن، ويجوز له في هذه الحالة أن يبين المعلومات التي تعذر عليه التحقق منها، أو كانت لدى الناقل أسباب وجيهة للاعتقاد بأن المعلومات التي قدمها الشاحن غير صحيحة، ويجوز له في هذه الحالة أن يورد بنداً يعتبره معلومات دقيقة وفق الفقرة الثالثة من المادة ٤٠. من قواعد روتردام ٢٠٠٨.

وجاء بذات المادة في الفقرة الرابعة بأن للناقل أن يتحفظ على المعلومات عند تسليم البضائع إلى الناقل أو الطرف المنفذ في حاوية أو عربة مغلقة بغرض نقلها إذا لم يكن للناقل أو الطرف المنفذ قد تفقد فعلياً "الفحص المادي" البضائع الموجودة داخل تلك الحاوية أو العربة، ولم يكن الناقل أو الطرف المنفذ على علم فعلي بمحتوياتها من مصدر آخر قبل إصدار مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني، وإذا لم يقم الناقل ولا الطرف المنفذ بوزن تلك الحاوية أو العربة، ولم تكن ثمة وسيلة عملية فعلياً أو معقولة تجارياً للتحقق من وزن الحاوية أو العربة.

وعليه يتضح أن قواعد روتردام ٢٠٠٨ في المادة ٤٠ أجازت التحفظ على فحص البضائع سواء كان الفحص المستندي أو الفحص المادي للبضائع في حالتين هما^(١):

الحالة الأولى: عدم صحة بيانات البضاعة المستلمة مع تحديد البيانات الغير صحيحة ووجود أسباب جدية للشك فيها.

(١) د. سوزان علي حسن: مرجع سابق، ص ١٤٦ & د. غصام حنفي محمود: مرجع سابق & أ. علي محمد خليفة: مرجع سابق، ص ٢٣ & د. مصطفى كمال طه: مرجع سابق، ص ٢٦١ & د. فاروق ملش: مرجع سابق، ص ٢٠٣ & د. عبدالقادر حسين العطير: مرجع سابق، ص ٢٣٣.

Olivier Cachard, la clause "said to contain" de la pratique ..., op. cit., p.1 & Abderazzak Elhaddad, op. cit., p. 72.

العالة الثانية: عدم توافر الوسائل المناسبة للتحقق من البضائع والتأكد من صحة البيانات.

الفرع الثاني

أثر التحفظ على تحديد مسؤولية الناقل

[٤١] يؤدي التحفظ على بيانات سند الشحن إلى حماية الناقل من المخاطر المتوقعة نتيجة هلاك البضاعة أو تلفها أثناء نقلها منذ استلامها من الشاحن حتى تسليمها إلى المرسل إليه ، وحماية الناقل من مخاطر هلاك أو تلف البضائع يتم بنقل المسؤولية كاملة إلى الشاحن بالإعفاء الكلي منها ، أو بالإعفاء الجزئي ، وفيما يلي تبين إعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من المسؤولية ، ثم تبين حق الناقل في ضمان تحمل الشاحن للمسؤولية.

[٤٢] أولاً: الإعفاء الكلي أو الجزئي للناقل من المسؤولية:

استقر الفقه والقضاء والقانون على تمتع الناقل البحري بالإعفاء من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالبضائع المنقولة بجرأ ، وفيما يلي نبين ذلك في النقاط التالية.

١- رأي الفقه في إعفاء الناقل من المسؤولية:

يرى البعض أن تحفظ الناقل بعبارة said to contain على محتوى الحاوية يدل على أن التفاصيل المدونة بسند الشحن لم يتم مراجعتها وأنها مجهولة الوزن والحجم والمقدار ، وبموجب التحفظ يبرأ الناقل من المسؤولية عن هلاك أو تلف البضائع التي تعبأ داخل حاوية بواسطة الشاحن إذا كان الضرر يرجع إلى طريقة تعبئة الحاوية أو بسبب عدم ملائمة البضائع للنقل داخل حاوية أو بسبب عدم ملائمة الحاوية نفسها أو سوء حالتها^(١) .
وجاء أن التزام الناقل بنقل البضاعة كاملة سليمة وتسليمها في ميناء الوصول في الموعد المتفق عليه هو التزام بتحقيق نتيجة إذا أخفق في تحقيقها اعتبر مخالفاً بالتزامه ولا يستطيع إبراء نفسه إلا بإثبات السبب الأجنبي ،

(١) د. سوزان علي حسن: مرجع سابق ، ص ١٤٤ : ١٤٥ .

والتزامات الناقل لا تتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها فيجوز إدراج تحفظات في سند الشحن بخصوص الجهل بالوزن *said to weight* والجهل بالمحتويات *said to contain* وهي تحفظات تؤدي إلى إعفاء الناقل من أي تقصير في الوزن أو المحتويات أثناء عملية النقل^(١)، وذكر آخر أن مسؤولية الناقل عن التلف في البضاعة إذ يفترض أن الناقل تسلم البضاعة من الشاحن بحالة جيدة ما لم تدرج تحفظات في سند الشحن بحالة البضاعة^(٢)، وجاء أن الأصل أن يعرف الناقل المعلومات عن البضاعة المشحونة من الشاحن فإذا جاء بالسند شرط *said to contain* بما يفيد تحفظ الناقل على المحتوى وعدم معرفة طبيعة البضاعة، ومثل هذه الشروط تؤدي إلى عدم مسؤولية *irresponsabilité* الناقل وبالتالي تحمل الشاحن للمسئولية^(٣).

[٤٣] ٢ - موقف القضاء من إعفاء الناقل من المسؤولية:

ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها في ٢٤ أكتوبر ١٩٩٥ أن التزام الناقل بفحص البضائع في الحاويات وغياب التحفظ على شحن البضائع وسند الشحن عند استلام البضائع يحمله المسؤولية عن التلف الذي يصيب البضائع^(٤).

كما قررت محكمة النقض الفرنسية بحكمها في ١٤ أكتوبر ٢٠١٤ أن مسؤولية الناقل تخضع للحرية التعاقدية بين الأطراف وأن الناقل البحري لم يحترم درجة الحرارة المتفق عليها للالتزام بالحفاظ على البضائع وبالتالي تتحقق مسؤولية الناقل البحري في غياب التحفظات يفيد بمطابقة استلام

(١) د. صلاح محمد المقدم: مرجع سابق، ص ٢٥٨.

(٢) د. مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

(٣) د. عبد القادر حسين العطير: مرجع سابق، ص ٢٥٣ &

Erwan Briout, Mohé Jezequel, op. cit.

(4) Cass. Com, 24 Octobre 1995, N94-11275, sur le site, legifrance.gouv.eg

البضاعة للبيانات بسند الشحن^(١)، كما جاء بحكمها في ٤ أبريل ٢٠٠٦ أن غياب التحفظ على سند الشحن يحمل الناقل المسئولية عن العجز في البضاعة^(٢).

وفي القضاء المصري قررت محكمة النقض أن التحفظ الذي يدونه الناقل في سند الشحن تدليلاً على جهله بمحتويات البضاعة المسلمة إليه أو بصحة البيانات المدونة عنها بسند الشحن، لا يعتد به ولا يكون له اعتبار في رفع مسئوليته عن فقد البضاعة المسلمة إليه إلا إذا كانت لديه أسباب جدية للشك في صحة بيانات الشاحن أو لم تكن لديه الوسائل الكفيلة للتحقق من ذلك^(٣)، كما قررت في حكم آخر أن التحفظ الذي يدرجه الناقل في سند الشحن تدليلاً على جهله بصحة البيانات المدونة به والمتعلقة بالبضاعة المسلمة إليه لا يعتد به ولا يسري أثره في رفع مسئوليته عن فقد هذه البضائع إلا بالنسبة لليان الذي أدرج التحفظ من أجله^(٤).

(1) Cass. Com, 14 Octobre 2014, N13-19072, sur le site, legifrance.gouv.fr

(2) Cass. Com, 4 Avril 2006, N03-11466, sur le site, legifrance.gouv.fr

(٣) الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٢ق، جلسة ١٩٦٧/١/٢٤، س ١٨، ص ١٧٧ & الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٣٨ق، جلسة ١٩٧٣/٤/١٧، س ٢٤، ص ٦١٧ & الطعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٥ق، جلسة ١٩٦٠/٢/١١، س ١١، ص ١٢٧، راجع القاعدتين رقمي ٦٩، ١٢١ في موضوع "سند الشحن في قضاء النقض" لدى حلمي للمحاماة والاستشارات القانونية على الموقع:

Helmylawyers.blogspot.com/2009/05

(٤) الطعن رقم ١٠٢٦ لسنة ٥١ق، جلسة ١٩٨٧/٢/٩، س ٣٨، ع ١٤، ص ٢١٩، القاعدة رقم ٢٧ في موضوع "سند الشحن في قضاء النقض" لدى حلمي للمحاماة والاستشارات القانونية، على الموقع: helmylawyers.blogspot.com/2009/05 وراجع نفس الحكم

لدى د. أحمد حسني: مرجع سابق، ص ١٣٧.

وذكرت محكمة استئناف القاهرة في حكم لها أن مقدار وزن البضاعة المبين بسند الشحن إنما كان بناء على تعريف الشاحن نفسه ودون حصول الوزن الفعلي للتحقق من صحته وتضمنت بوليصة الشحن شرطاً فحواه أن الناقل لا يتحمل المسؤولية عن وزن البضاعة طبقاً للبيانات التي أدلى بها الشاحن وتحت مسؤوليته، وعليه فلا محل لمساءلة أمين النقل عن العجز المدعى به^(١).

وعليه يتضح أن القضاء أقر بأثر التحفظ في تحديد المسؤولية بشرط أن يأتي محمداً فلا يجوز التحفظ على كل البيانات سند الشحن، فلا يجوز أن يأتي عاماً مطلقاً.

[٤٤] ٣- موقف القانون المصري من تحفظ الناقل وتحديد مسؤوليته:

جاء بالمادة ٢٠٦ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ أن الشاحن مسئول تجاه الناقل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن عدم صحة البيانات التي قدمها عن البضاعة ولو نزل عن سند الشحن إلى الغير، وعليه يصبح الشاحن مسئول عن الأضرار التي تلحق بالبضاعة المنقولة إذا كان الناقل متحفظاً على سند الشحن بشأن عدم صحة بيانات السند، ولتفادي مسؤوليته عن الأضرار يجب عليه إثبات عدم صحة البيانات ومخالفة البيانات لحالة البضاعة الفعلية عند استلامها وبالتالي تنتقل المسؤولية من الناقل إلى الشاحن متى نجح في إثبات ذلك.

[٤٥] ٤- تحديد مسؤولية الناقل عن التحفظ في قواعد روتردام ٢٠٠٨:

وفقاً للمادة ٢/١٧ من قواعد روتردام ٢٠٠٨ يعفى الناقل من كامل مسؤوليته، أو من جزء منها إذا أثبت أن سبب الهلاك أو التلف أو التأخر أو أحد أسبابه لا يعزى إلى خطأ ارتكبه هو أو أي شخص يمثله أو تابع له، كما يعفى الناقل من كامل مسؤوليته أو من جزء منها إذا أثبت أن سبب

(١) حكم محكمة استئناف القاهرة بجلسة ١٩٥٧/٤/٢٣ رقم ٤١ لسنة ١٩٧٣،

القاعدة رقم ٤١٧ لدى أ. عبد المعين لطفي جمعه: مرجع سابق، ص ١٨٩.

الهلاك أو التلف أو التأخر راجع لأسباب عدة وردت في المادة ١٧ من القواعد منها وجود عيوب خفية يتعذر اكتشافها ببذل العناية الواجبة، أو حدوث فقد في الحجم أو الوزن أو أي شكل آخر من الهلاك أو التلف من جراء خلل أو سمة أو عيب متأصل *vice propre* في البضائع، وجاء في ختام المادة ١٧ من القواعد أنه عندما يعنى الناقل من جزء من مسؤوليته لا يكون الناقل مسؤولاً إلا عن ذلك الجزء من الهلاك أو التلف أو التأخر الذي يفرى إلى الحادث أو الظرف الذي هو مسئول عنه بمقتضى هذه المادة. وعليه أجازت القواعد للناقل إعفائه كلياً أو جزئياً من المسؤولية عن الهلاك أو التلف أو التأخر في وصول البضائع سليمة وفق ما جاء بالمادة ١٧ ومنها إثبات وجود عيوب خفية في البضائع أو وجود خلل أو عيب متأصل في البضاعة يتعذر اكتشافه ببذل العناية الواجبة أو إذا أثبت أن البيانات التي قدمها الشاحن غير صحيحة وتحفظ عليها بسند الشحن كما جاء بالمادة ٤٠ من القواعد.

[٤٦] ثانياً: حق الناقل في ضمان تحمل الشاحن للمسئولية:

إزاء صعوبة التعامل على سندات الشحن الغير نظيفة أو المحملة بتحفظات في الحياة التجارية وعدم إمكانية حصول الشاحن على ائتمان بنكي بموجب سندات الشحن المحملة بالتحفظات، لذا جرى العمل على قيام الشاحن بتحرير خطاب ضمان *lettre de garantie* للناقل يثبت فيه التحفظات التي طلب الناقل إدراجها في سند الشحن ولكنها لم تدرج به استجابة لرغبة الشاحن والتي يتعهد الشاحن بمقتضاها بضمان كافة النتائج التي تترتب على عدم مطابقة البضاعة عند التسليم للبيانات الواردة في سند الشحن إذا ما تعرض الناقل للمطالبة من قبل الغير بالتعويض، إلا أن القيمة القانونية لخطاب الضمان في حجيته بين الشاحن والناقل فقط ولا يجوز الاحتجاج به تجاه الغير حامل سند الشحن ولا يرتب خطاب الضمان أي أثر تجاه المرسل إليه أو المحول إليه سند الشحن، وفقاً لما استقر عليه

الفقه والقضاء^(١)، وهو ما نص عليه قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ في المادة ٢٠٧ بأن كل خطاب ضمان أو اتفاق يضمن بمقتضاه الشاحن تعويض الناقل من الأضرار التي تنتج عن إصدار سند شحن خال من أي تحفظ على البيانات الواردة به لا يحتج به قبل الغير الذي لا يعلم وقت حصوله على السند بعدم صحة تلك البيانات، ويعتبر المرسل إليه الذي صدر السند باسمه ولأمره من الغير في حكم هذه المادة إلا إذا كان من الشاحن نفسه.

الفرع الثالث

أثر تحفظ الناقل بفحص البضائع على سند الشحن

[٤٧] سند الشحن *connaissance* هو صك يثبت شحن البضاعة كما يثبت عقد النقل ويمثل البضاعة وله حجية في البيانات الواردة به، ويقوم سند الشحن بعدة وظائف منها أنها أداة إثبات شحن البضاعة ودليل تسلم الريان لها بصفته تابعاً للناقل ويتم إصداره من الناقل أو من يمثله وتوقيعه بطلب من الشاحن، ويستخدم السند لنقل حيازة البضاعة وبالتالي ينتقل الحق في تسلم البضاعة بانتقال سند الشحن، فهو قابل للتداول بتظهير السند للغير، كما يعد سند الشحن أداة ائتمان يمكن

(١) د. سوزان علي حسن: مرجع سابق، ص ١٣٥ : ١٣٦ & أ. مدحت عباس خلوصي: مرجع سابق، ص ٣٩٩ & الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٤٣ق، جلسة ١٩٧٦/٢/٢٧، ص ١٨١٤، القاعدة رقم ٥٦ & الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٤٠ق، جلسة ١٩٧٥/٦/٢٣، ص ٢٦، ص ١٢٤٧، القاعدة ٥٨ & الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٣١ق، جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢، ص ١٧، ص ٦٢٧، القاعدة ١٠١، راجع ذلك في موضوع "سند الشحن في قضاء النقض"، لدى حلمي للمحاماة والاستشارات القانونية، على الموقع:

helmylawyers.blogspot.com/2009/05&
Olivier Cachard, la clause "said to contain" de la
pratique á la théorie, op. cit., n2.

للساحن الحصول على ائتمان من البنوك بضمان البضائع المثلثة بسند الشحن^(١).

ويأخذ سند الشحن أشكال متعددة ولكن ما يعيننا هنا التمييز بين سند الشحن النظيف وغير النظيف، فإذا صدر سند الشحن خالياً من التحفظات كان نظيفاً، أما إذا صدر محملاً بالتحفظات كان سند شحن غير نظيف.

ومزايا سند الشحن ووظائفه والسالف بيانها من قابليته للتداول بالتظهير والحواله واعتباره أداة ائتمان يمكن الحصول بواسطته على قروض من البنوك بضمان البضائع، كل ذلك ينطبق على سند الشحن النظيف والخالي من التحفظات، أما إذا كان سند الشحن غير نظيف لوجود شروط أو تحفظات عليه فيجعله غير قابل للتداول وغير مقبول أمام البنوك في تيسير إجراءات القروض، ويقلل من اعتباره كوسيلة ائتمان، وهو الأمر الذي أكد عليه الفقه والقضاء^(٢).

(١) د. سوزان علي حسن: مرجع سابق، ص ١٣٥ & د. مصطفى كمال طه: مرجع سابق، ص ٢٥٩ & د. عصام حنفي محمود: مرجع سابق & د. علي حسن يونس: العقود البحرية، دار الفكر العربي، سنة ١٩٧٧، ص ٦٢ & د. فاروق ملش: مرجع سابق، ص ١٩٤ : ٢٠٠ & د. محمد محمد هلاله: الوجيز في القانون الخاص البحري: دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ٢٩٥.

(٢) د. عصام حنفي محمود: مرجع سابق & د. عبدالقادر حسين العطير: مرجع سابق، ص ٢٨١ : ٢٨٢ & الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٣٠ ق، جلسة ١٩٦٥/١٢/١٤، ص ١٦، قاعده رقم ١٠٣ & الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢، ص ١٧، قاعده رقم ١٠١ & الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٤٠ ق، جلسة ١٩٧٥/٦/٢٣، ص ٢٦، ص ١٢٤٧، قاعده رقم ٥٨، راجع ذلك لدى حلمي للمحاماة والاستشارات القانونية في موضوع "سند الشحن في قضاء النقض"، متاح على الموقع:

helmylawyers.blogspot.com/2009/05&

Xavier Van Overmeire, op. cit.

الخاتمة

[٤٨] تناولنا بالبحث فحص الناقل للبضائع في النقل البحري الدولي وفقاً لما جاء من أحكام في القانون المصري للتجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ وقواعد روتردام ٢٠٠٨، وقد قسمنا البحث إلى ثلاثة مباحث.

جاء بالمبحث الأول الحديث عن ماهية فحص البضائع وفيه قمنا بتعريف فحص البضائع بأنها عملية مادية تهدف إلى التأكد من مطابقة البيانات للحقيقة على أرض الواقع وأن ما جاء بسند الشحن من معلومات صحيحة والتأكد من خلو البضائع من عيوب تؤدي إلى تلفها والتأكد من كميتها وعددها، وذكرنا أهمية عملية الفحص ودورها في تنفيذ عقد النقل البحري باعتبارها ضمن التزامات الناقل باستلام البضائع ودور الفحص في تحقيق السلامة البحرية والأمن البحري، ثم بينا عناصر فحص البضائع بالفحص المستندي للأوراق والفحص المادي بالكشف الظاهري أو المعاينة على الطبيعة والفحص الإلكتروني بالاسكانر أو الشاشات التليفزيونية.

وفي المبحث الثاني تكلمنا عن الأحكام القانونية لفحص الناقل للبضائع في النقل البحري، وذكرنا أن الأساس القانوني لعملية الفحص هو التزام الناقل باستلام البضائع ولن يتحقق الاستلام بدون فحص البضائع، وبيننا دور الشاحن في فحص الناقل للبضائع بتقديمه المستندات والمعلومات والتعليمات الخاصة بنقل البضائع وقيامه بتسليم البضاعة، ثم ذكرنا التزام الناقل بفحص البضائع وهو التزام يقوم به الناقل أو من يمثله سواء كان الريان أو الطرف المنفذ لعقد النقل، وعلى الناقل التأكد من صحة المستندات المقدمة والتأكد من مطابقة البضائع للمستندات بالمعاينة الظاهرية.

وفي المبحث الثالث تكلمنا عن التحفظ على فحص البضائع وذكرنا بجواز قيام الناقل بالتحفظ لسببين هما: الشك في صحة البيانات التي يقدمها الشاحن وذكر أسباب الشك، وعدم توافر الوسائل المادية للتحقق من

المحتويات وصحة البيانات، ثم بينا أثر التحفظ على تحديد مسئولية الناقل فيتم إعفائه كلياً أو جزئياً عن هلاك أو تلف البضائع أو تأخرها، كما يجوز للناقل الحصول على خطاب ضمان من الشاحن حالة عدم موافقة الأخير على تضمين سند الشحن لأية تحفظات، ثم ذكرنا أثر التحفظ على سند الشحن وقلنا أنه يجعل سند الشحن غير نظيف وبالتالي يؤثر على قابليته للتداول وحوالته للغير فيصبح غير قابل للتداول كما يؤثر على قيمة سند الشحن كأداة ائتمان فلا يمكن الحصول من خلاله على قروض بنكية. [٤٩] وأخيراً ينتهي البحث إلى عدة توصيات وهي:

- ١- سرعة الموافقة على قواعد روتردام ٢٠٠٨ لما لها من مزايا سبق إيضاها.
- ٢- تعديل قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ ليشمل بوضوح التزام الناقل بفحص البضائع واعتباره التزام منفصل عن الالتزام بالاستلام أو ذكره بوضوح في الالتزام بالاستلام، لأن على أساس ذلك تتحدد مسئولية الناقل.
- ٣- نرى الأخذ بالفحص الإلكتروني للبضائع خاصة التي تنقل في الحاويات حفاظاً على سلامة الملاحة البحرية والحماية من المخاطر البحرية والحد من الجرائم التي تتم عبر البحر من تجارة غير مشروعة أو تجارة المخدرات أو الاتجار بالبشر أو العمليات الإرهابية.
- ٤- تحديد المعايير الفنية والقانونية للنقل بالحاويات في ظل ما جاء بتقرير لجنة سلامة الملاحة البحرية.
- ٥- تعديل قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ ليشمل شروط نقل البضائع بالحاويات، خاصة في ظل زيادة الانتشار للنقل بالحاويات، وتحديد المسئولية القانونية عن ذلك لكلاً من الشاحن والناقل.

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- ١- احمد السعيد الزقرد: أصول قانون التجارة الدولية "البيع الدولي للبضائع"، المكتبة العصرية، سنة ٢٠٠٦.
- ٢- أحمد حسني: قضاء النقص البحري، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ١٩٧٧.
- ٣- الطاهر احمد الزاوي: ترتيب القاموس المحيط، الجزء الثالث، عيسى الحلبي وشركاه، الطبعة الثانية، سنة ١٩٧٣.
- ٤- جودت هندي: الالتزام بالمطابقة وبضمان ادعاء الغير حسب نصوص اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، سنة ٢٠١٢، متاح على الموقع: www.damascusuniversity.edu.sy
- ٥- درية احمد الهادي: الآثار الاقتصادية للاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات "Gats" على النقل البحري في السودان، رسالة ماجستير بكلية الدراسات الاقتصادية والاجتماعية، جامعة الخرطوم، سنة ٢٠٠٣، على الموقع: kartoumspace.uofk.edu
- ٦- رضا عبيد: القانون التجاري، الطبعة الخامسة، بدون ناشر، سنة ١٩٨٤.
- ٧- سوزان علي حسن: الطابع الخاص لمسئولية الناقل البحري عن نقل البضائع المشحونة على سطح السفينة "دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية، جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا بالإمارات، العدد الثاني، يوليو ٢٠١٣.
- ٨- شيهاب عينونه: طبيعة نقل البضائع بالحاويات عن طريق البحر، مجلة القانون والأعمال في ١٨ أغسطس ٢٠١٥، على الموقع: www.droitentreprise.org

- ٩- صلاح محمد المقدم: تنازع القوانين في سندات الشحن ومشاركات إيجار السفينة، الدار الجامعية، بدون سنة.
- ١٠- عبدالقادر حسين العطير: الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري، رسالة دكتوراه، كلية حقوق القاهرة، سنة ١٩٨١.
- ١١- عبدالمعين لطفي جمعه: موسوعة القضاء في المواد التجارية، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر، سنة ١٩٦٧.
- ١٢- عصام حنفي محمود: التجارة الدولية، سنة ٢٠١٣، متاح على الموقع: enamilsdroit.ahladalil.com/t607
- ١٣- علي حسن يونس: العقود البحرية، دار الفكر العربي، سنة ١٩٧٧.
- ١٤- فاروق ملش: النقل المتعدد الوسائط، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ١٩٩٦.
- ١٥- مجد الدين الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة لتحقيق التراث، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، سنة ٢٠٠٥.
- ١٦- محمد ابن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٤.
- ١٧- محمد سامر عاشور: البيوع البحرية، متاح على موقع الموسوعة العربية، بدون تاريخ، على الموقع: www.arab-ency.com/_details.law
- ١٨- محمد علي خليفة: الالتزام بتسليم البضائع المنقولة بحراً في القانون السوداني، رسالة ماجستير بكلية النقل البحري والتكنولوجيا بالإسكندرية، سنة ٢٠٠٣، على الموقع: openaccess.aast.edu/pdf
- ١٩- محمد محمد هلايه: الوجيز في القانون الخاص البحري: دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١.

٢٥- مختار السويفي: مصطلحات التجارة الدولية والنقل البحري،

الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الخامسة، سنة ١٩٩٣.

٢١- مدحت عباس خلوصي: السفينة والقانون البحري، الشنهابي

للطباعة والنشر بالإسكندرية، سنة ١٩٩٩.

٢٢- مصطفى كمال طه: القانون البحري الجديد، دار الجامعة

الجديدة بالإسكندرية، سنة ١٩٩٥.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- 1- **Abdrazzak Elhaddad, les obligations du transporteur maritime de marchandises: droit et jurisprudence, master degree, universite sidé Mohammed Ben Abdellah, 2014, maroc droit, sur le site, www.marocdroit.com/memoire**
- 2- **Audrey Garrie; comment réduire les émissions de CO₂ du transport maritime?, le 8 Septembre 2011, sur le site, ecologie.blog.lemonde.fr/...**
- 3- **Didier Picon, l' absence de faute du transporteur maritime de marchandises, sur le site, www.memoireonline.com/07/12/6036**
- 4- **Ebénézer Kenguep, la notion de conteneur en droit des transports international de marchandises par mer: l' apport des regles de Rotterdam, Revue droit commercial, maritime, aérien et des transports, n1, 2011.**
- 5- **Elhadji Diallo, le régles de Rotterdam: la convention du futur, le 22 Février 2016, sur le site, ww.cosec.sn/?p**
- 6- **Erwan Briant, Mohé Jezequel, la responsabilité du transporteur maritime face á la conteneurisation, vers une solution contractuelle avec la clause "said to contain"?, le Juin 2015, sur le site, www.lepetitjuriste.fr/droit-maritime**
- 7- **Gilbert Chevalier, Valentin Colcomb, expliquez – nous, le transport maritime, le 6 Octobre 2015, sur le site, www.franceinfo.fr/emission**

- 8- **Hisham Baban, Rotterdam Rules, A step into the 21st century, EJLES Journal, n1, March 2014**
- 9- **Jean - Claude Samyde, le transport maritime s'organise face au low cost aérien, le 09/04/2016, sur le site, la1ere.francetvinfo.fr/maritinique**
- 10- **Jean - Pierre Beurier, droits maritimes, Dalloz, éd, 2006, n345.33.**
- 11- **Olivier Cachard, la clause said to contain et le trafic conteneurisé, sur le site, www.lexmaritima.net/lex**
- 12- **Olivier Cachard, la clause "said to contain", de la pratique à la théorie (et non l' inverse), Gazette de la chambre, n37, 2015, sur le site, www.arbitrage-maritime.org**
- 13- **Philippe Delebecque, les règles de Rotterdam, sur le site, acopm.ma/53**
- 14- **Philippe Delebecque, les règles de Rotterdam ant - elles un avenir?, Revue droit commercial, maritime, Aérien et des transports, n4, 2009.**
- 15- **Samy Ghorbal, Transport aérien: les nouvelles ambitions de Djibouti, le 26 Novembre 2015, sur le site, www.jeuneafrique.com/mag**
- 16- **Sandrine Oudol, transport de marchandises, quel mode choisir: aérien ou maritime?, le 1 Février 2015, sur le site, blog.cotraitance.com/transport**
- 17- **Stéphanie Salti, le fret glisse de l' aérien ou maritime, le 29/03/2011, sur le site, www.lesechs.fr/29/03/2011**
- 18- **Xavier Van Overmeire, roles et Formes du connaissance maritime négociable, sur le site, www.awex.be/fr**
- 19- **Younes Zbir, la responsabilité du transporteur maritime, sur le site, www.memoireonline.com/02/10/3199**

التنظيم القانوني للعلامات التجارية
المستعملة غير المسجلة
(دراسة مقارنة)

دكتور / مؤيد أحمد عبيدات

" التنظيم القانوني للعلامة التجارية المستعملة

(غير المسجلة) : دراسة مقارنة "

الدكتور / مؤيد احمد عبيدات

استاذ القانون التجاري المشارك /

جامعة الشارقة / كلية القانون / قسم القانون الخاص

Email: obeidat72@yahoo.com

mobeidat@sharjati.ac.ae

المقدمة

تعد العلامة التجارية من أبرز أنواع حقوق الملكية التجارية، باعتبارها تلك الاشارة أو الدلالة المميزة التي يتخذها التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة من أجل تمييز بضائعه أو منتجاته أو خدماته عما يماثلها من بضائع أو منتجات أو خدمات الغير. وقد جاءت اتفاقية تريبس لحماية حقوق الملكية الفكرية لوضع قواعد لحماية هذه العلامة بضغط من الدول الصناعية من خلال التوسع في نطاق الحماية لتشمل علامة الخدمة والعلامة المشهورة، والتقليل من حالات الاعتداء على العلامة التجارية من خلال الحد من حالات تقليد العلامة التجارية.

وحتى تتمتع العلامة التجارية بالحماية القانونية التي فرضتها التشريعات المختلفة، لابد من تسجيلها وفقاً للأوضاع القانونية الموضوعية والشكلية التي تشترطها هذه التشريعات، وهي عادة تمر في مرحلة الايداع

١ د. صلاح زين الدين، المدخل الى الملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠٠٤، ص ٢٩.

٢ د. صبري حمد خاطر، تفريد قواعد تريبس في قوانين الملكية الفكرية (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، سنة ٢٠١٢، ص ٨٧.

المنتهية بتسجيل العلامة، بعد أن يتم التحقق من قبل جهة التسجيل المختصة في الدول المختلفة بأن من أودع طلب التسجيل له الحق في ابداع هذا الطلب.

وتعد حسب اتفاقية تريبس العلامة تجارية إذا كان من شأنها أن تسمح بتمييز السلع والخدمات المنتجة من منشأ ما عن تلك التي يتم انتاجها من قبل المنشآت الأخرى، ويشمل ذلك الأسماء الشخصية والأرقام والحروف والأشكال ومجموعات الألوان، أو خليط من هذه المسائل جميعها، وقد أجازت هذه الاتفاقية للدول الأعضاء أن يكون تسجيل العلامة معتمدا على الاستخدام، دون أن يكون الاستخدام الفعلي للعلامة السابق على التسجيل شرطا للتقدم بطلب لتسجيل هذه العلامة لدى الجهات المختصة بالتسجيل في الدولة.

كما اشترطت اتفاقية تريبس في المادة (١٦/١) منها لتمتع صاحب العلامة التجارية بالحماية ضرورة تسجيل هذه العلامة، لأن ذلك يعد شرطا حتى يستطيع منع الغير من استخدام هذه العلامة ذاتها أو أي علامة مشابهة لها، إذا كان من شأن هذا الاستخدام أن يؤدي الى احتمالية حدوث لبس، وهذا الشرط حسب اتفاقية تريبس لا يجب أن يكون له أي أثر بخصوص قيام الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية بمنح حقوق في العلامات التجارية مستندة في ذلك على أساس الاستخدام.

وتبحث هذه الدراسة في التنظيم القانوني للعلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) في التشريعات الاماراتية والاردنية على حد سواء، باعتبار أن أحد الأشخاص قد يقوم باستعمال علامة تجارية وقد تكون هذه العلامة مملوكة له، الا أنه لا يقوم بتسجيل هذه العلامة لدى جهة التسجيل المختصة بتسجيل العلامات التجارية في كل من الامارات العربية المتحدة والمملكة الاردنية الهاشمية، إذ أن لدى كلا المشرعين تشريعات

1 انظر بخصوص ذلك نص المادة (١٥/٣، ٢، ١) من اتفاقية تريبس.

خاصة متعلقة بالعلامات التجارية ، كما أن لديهما بعض التشريعات التي تبحث في حماية الحقوق بشكل عام.

وتتجلى مشكلة هذه الدراسة في أنه وبالرغم من أن اتفاقية تريبس قد أشارت للاستخدام السابق على التسجيل للعلامة التجارية ، وبإمكانية الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية منح حقوق تستند في أساسها الى الاستخدام ، الا أن المشرع الاماراتي لم يوضح الأحكام الخاصة المتعلقة بالعلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) ، سوى ما تعلق الأمر بجواز أن يستند تسجيل العلامة الى استعمالها سابقا من قبل طالب التسجيل ، كما أنه لم يبين طبيعة الحق على العلامة قبل تسجيلها ، ومدى إمكانية صاحب هذه العلامة بمنع الغير من التعدي عليها ، والمطالبة بالتعويض في حال حصول مثل هذا التعدي. ويبدو الأمر مختلفا بالنسبة للمشرع الاردني فهو في قانون العلامات التجارية لم يفرض أية حماية لهذه العلامة ، الا أنه في قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية قد اعتبر أن التعدي على هذه العلامة يعد من اعمال المنافسة غير المشروعة التي تتعارض مع المنافسات التجارية الشريفة ، وفي ضوء ذلك لا بد من ازالة هذا التناقض ، وتحديد القانون الواجب التطبيق في حال وجود علامة مستعملة (غير مسجلة) في الاردن وحصل تعدي من قبل الغير عليها. وتحاول هذه الدراسة من الاجابة على الاسئلة التالية :

(١) ما المقصود بالعلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) وما

شروطها؟

(٢) ما الطبيعة القانونية للعلامة التجارية المستعملة؟

(٣) ما مدى اكتساب ملكية العلامة التجارية بالاستعمال بموجب

التشريعات محل المقارنة؟

(٤) ما الحقوق التي تخولها العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة)

لصاحبها؟

٥) هل تم حماية العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) من قبل التشريعات محل المقارنة؟

٦) ما مدى امكانية فرض حماية مدنية للعلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة)؟

٧) ما القانون الواجب التطبيق في حال حصول تعارض حول الحماية القانونية لهذه العلامة؟

٨) ما مدى امكانية أن يستند صاحب هذه العلامة للقواعد العامة لحماية هذه العلامة والمطالبة بالتعويض ووقف التعدي؟

وقد اعتمدت هذه الدراسة منهج البحث الوصفي التحليلي والمقارن لأحكام وقواعد القانون الاتحادي الاماراتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ في شأن العلامات التجارية المعدل بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ والقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢، وقانون العلامات التجارية الاردني رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٢ المعدل بموجب القانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٩٩، مع الاستعانة كذلك بأحكام القوانين المختلفة لدى المشرعين ذات الصلة بحماية العلامة التجارية، كما اعتمدت الدراسة على آراء الفقهاء وأحكام القضاء كلما استلزم الأمر ذلك.

وقد تم تقسيم هذه الدراسة الى مباحث ثلاثة خصص الاول منها للبحث في ماهية العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة)، أما الثاني فقد تناول الحقوق التي تخولها العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) لصاحبها، ويتعلق المبحث الثالث من هذه الدراسة بالحماية القانونية للعلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة).

المبحث الأول

ماهية العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة)

حدد المشرع الاماراتي في المادة (١٧) من القانون الاتحادي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ في شأن العلامات التجارية المعدل بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ والقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢ طريقة اكتساب ملكية العلامة

التجارية، إذ اعتبر بأن من يقوم بتسجيل علامة تجارية يعد مالكا لها ولا تجوز منازعته، إذا ثبت أن من قام بتسجيلها قد استعملها بصفة مستمرة خمس سنوات على الأقل من تاريخ التسجيل، الأمر الذي يتضح منه أن المشرع الاماراتي قد اعتبر بأن ملكية العلامة لا تكتسب بواقعة التسجيل المنفصل عن الاستعمال بعد التسجيل¹.

ويتناول هذا البحث تحديد تعريف للعلامة المستعملة (غير المسجلة) وليس تلك المسجلة، كما يتناول بيان الطبيعة القانونية لهذه العلامة، وتمييزها عما يشبهه بها وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

تعريف العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة)

عند الرجوع الى القانون الاتحادي الاماراتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ والمعدل بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ والقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢ في شأن العلامات التجارية والى أحكام قانون العلامات التجارية الاردني رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٢ والقانون المعدل له رقم (٣٤) لسنة ١٩٩٩ نجد أنهما لم يعرفا العلامة التجارية المستعملة غير المسجلة، ولكن بالرجوع الى أحكام المادة (٢) من القانون الاتحادي الاماراتي المشار له أعلاه والمادة (٢) من قانون العلامات التجارية الاردني نجد أنهما قد أشارا الى كلمة الاستعمال عند تعريف العلامة التجارية، إذ استخدم المشرع الاماراتي لفظ "تستخدم أو يراد أن تستخدم"، اما المشرع الاردني فاستخدم لفظ "يستعملها أو يراد استعمالها".

ويجدر أن يلحظ هنا بأن كلا المشرعين قد استخدموا لفظا مختلفا عن الآخر، لكن يؤدي ذلك الى نفس المعنى، كما أن ما أورده لا ينطبق على موضوع دراستنا في تحديد تعريف للعلامة التجارية المستعملة، فقد ينطبق تعريفهما على بيان مدى امكانية تسجيل العلامات التجارية المستعملة،

1 ناصر محمد عبدالله سلطان، حقوق الملكية الفكرية، اثرء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢٨٤.

وليس على تحديد مفهوم العلامة المستعملة (غير المسجلة) ، أو قد يشمل التعريف الذي أورده تلك العلامة المسجلة وغير المستعملة من قبل أصحابها وإنما يراد استعمالها مستقبلاً (العلامة الوقائية)¹.

ويجدر أن يلحظ هنا أن كلا المشرعين الإماراتي والاردني قد اعترفا باستعمال العلامة التجارية² كأساس لتسجيلها³. كما أن القضاء الاردني قد جعل استعمال العلامة التجارية (SHUMA) منذ أكثر من خمس سنوات من تاريخ حلف اليمين من قبل مؤسسة محمد صبحي استانبولي ، فتكون هي الأسبق في الاستعمال ، وبالتالي لها الحق في ملكية هذه العلامة ، ويستطيع المسجل منع تسجيل أي علامة من شأنها التشجيع على المنافسة غير المحقة ، كما أن معيار أسبقية الاستعمال للعلامة التجارية لا يتحدد من تاريخ تسجيلها في السجل التجاري ، إذ يعد الاستعمال قرينة على الملكية ،

1 انظر في تفصيل انواع العلامات التجارية د.صلاح زين الدين ، العلامات التجارية وطنيا ودوليا ، دار الثقافة للطباعة للنشر ، عمان ، ٢٠١٥ ، ص (٧١) - (٨٠).

2 عرفت المادة (٢) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته العلامة التجارية على أنها "تعتبر علامة تجارية كل ما يأخذ شكل مميز من أسماء أو كلمات إذا كانت تستخدم أو يراد ان تستخدم". كما عرفت المادة (٢) من قانون العلامات التجارية الاردني على أنها "إية اشارة ظاهرة يستعملها أو يريد استعمالها أي شخص لتمييز بضائعه أو منتجاته أو خدماته عن بضائع أو منتجات أو خدمات غيره".

3 تنص المادة ١/١١ من قانون العلامات التجارية الاردني النافذ على أنه "كل من يدعي انه صاحب علامة تجارية استعملت أو في النية استعمالها ... ويرغب في تسجيل تلك العلامة عليه أن يقدم طلبا خطيا الى المسجل وفاقا للاصول المقررة". كما تنص المادة (٤٤) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٧ على أنه "على اصحاب العلامات التجارية المسجلة أو المستعملة في الامارات عند العمل بأحكام هذا القانون ان يتقدموا بطلب قيدها في سجل الوزارة طبقا للأحكام والشروط المنصوص عليها فيه خلال سنه من تاريخ العمل بأحكامه.....".

وأساس ملكية العلامة التجارية هو استعمالها، فإذا حدث خلاف بين شخصين على ملكية علامة تجارية، فالأفضلية تكون هنا لمن يستطيع أن يثبت أنه قد قام باستعمال العلامة التجارية قبل الآخر¹.

وفي ظل خلو التشريعات من تعريف واضح للعلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) فإنه يمكن إبراز بعض صفات هذه العلامة، وبعد ذلك استخلاص تعريف لها، وتبرز صفات هذه العلامة في كونها:

- ١- أنها علامة غير مسجلة من قبل مالكيها.
 - ٢- أنها علامة قد تكون مسجلة وانتهت مدة الحماية المقررة لها قانوناً.
 - ٣- تستخدم لتمييز أنواع المنتجات والبضائع والخدمات.
 - ٤- تتكون من العناصر المسموح بها لأن تكون علامة تجارية.
- ومن هنا يمكن استخلاص تعريف لهذه العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) على أنها كل إشارة أو دلالة مستعملة من أي شخص لتمييز بضائعه أو منتجاته أو خدماته عن بضائع الغير أو منتجاته أو خدماته دون أن تتوافر فيها الأركان الشكلية المطلوبة من قبل المشرع لأضفاء الحماية القانونية على العلامة التجارية. ومن مزايا هذا التعريف أنه يشترط لأضفاء صفة العلامة المستعملة على العلامة التجارية أن تتوافر فيها الشروط الموضوعية دون الشكلية، كما أنها قد تكون علامة تميز بضاعة عن بضاعة أو منتج عن منتج أو خدمة عن أخرى.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للعلامة التجارية المستعملة

ينطلق البحث في هذا الموضوع من خلال تحديد فيما إذا كانت العلامة التجارية هي منقول أم عقار، أو منقول ذو طبيعة خاصة يستلزم إجراءات

1 قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ١٠٩/١٩٩٧ الصادر بتاريخ ١٠/٢٥/١٩٩٧ والمنشور في المجلة القضائية، ع ٤٤، لسنة ١٩٩٧، ص ٥٤٩.

خاصة لثبوت ملكيته للشخص، باعتبارها من عناصر الملكية التجارية^١.
فان من أهم الخصائص التي تميز الحق في العلامة التجارية كونه حق ملكية
على منقول غير مادي^٢.

ويجدر أن يلاحظ هنا أن المشرع الاماراتي في قانون المعاملات المدنية
الاماراتي في المادة (١٠١) قد اعتبر أن كل شيء مستقر بميزه ثابت فيه
بميت لا يمكن نقله من مكان الى اخر دون تلف أو تغيير على هيئته فهو
عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول^٣.

ويرى اتجاه في الفقه بأن هذا الوصف لا يمكن أن يصلح سوى للأعيان
المادية باعتبارها وحدها هي التي تقبل النقل من مكان الى اخر^٤. وبناء على
ذلك فان العلامة التجارية تعد من الناحية القانونية منقولا، وكما يرى
اتجاه في الفقه فان هذا المنقول له خصائصه الخاصة التي تميزه عن باقي
المنقولات المادية، لذا فالعلامة التجارية تعد منقولا غير مادي، باعتبارها
تدرك بالفكر، كما أن العلامة التجارية تعد من المنقولات غير المادية التي
يتكون منها المتجر شأنها شأن الاسم التجاري والشعار والرخص الادارية
وغيرها^٥.

1 د. صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر
والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص ١٧.

2 د. غسان برانبو عدنان، التنظيم القانوني للعلامة التجارية: دراسة مقارنة،
منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص (٣٢٧، ٣٢٨).

3 قانون اتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ الصادر بتاريخ ١٥/١٢/١٩٨٥ والمنشور في
الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٩/١٢/١٩٨٥ ويقابل هذه المادة نص المادة (٥٨) من
القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المؤقت والذي اصبح قانون دائما
بموجب اعلان اعتبار القانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٩٦ قانونا دائما لسنة ١٩٩٦
والمنشور على الصفحة رقم (٨٢٩) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٤١٠٦)
بتاريخ ١٦/٣/١٩٩٦.

4 د. جاك يوسف الحكيم، الحقوق التجارية (الأعمال التجارية والتجار والمتجر)،
ط ٧، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٦، ص ٢٣٨.

5 د. عدنان غسان برانبو، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

وقد انقسم الفقه حول الطبيعة القانونية للحق في العلامة التجارية، فهناك من يرى بأنه حق ملكية باعتبار أن الحق العيني ما هو الا سلطة قانونية لشخص معين على شيء معين^١. وبالتالي فإن باستطاعة الشخص الوصول الى حقه بدون تدخل أو واسطة أحد، بينما صاحب الحق الشخصي يحتاج الى الوصول الى حقه تدخل المدين^٢، بينما يرى اتجاه اخر في الفقه أن الحق على العلامة التجارية ليس حق ملكية، لأن الملكية لا ترد الا على الأشياء المادية المحسوسة، والعلامة التجارية لا تعد شيئاً مادياً، على اعتبار أنه لا تحويها اليد ولا تتعلق بها الحيازة، فهي من غير الممكن أن تكون محلاً لحق الملكية أو غيره من الحقوق العينية.

بينما يرى اتجاه آخر بأن الحق على العلامة التجارية هو نوع من أنواع حقوق الملكية المعنوية، باعتبارها غير مادية، وهذه الملكية المعنوية تعد نوعاً جديداً من أنواع الملكية تتميز عن ملكية الأشياء المادية، فمن يملك علامة تجارية يكون له حق ملكية مادية على المنتجات التي تحمل هذه العلامة، كما يكون له حق ملكية معنوية، بحيث يكون له الحق وحده باستغلال العلامة التجارية التي وضعها على المنتجات، من خلال إعادة وضعها على منتجات اخرى^٣.

ويأتي ادراج الحق في العلامة التجارية باعتباره حق ملكية معنوية من باب فشل المحاولات الفقهية في ادخال هذا الحق ضمن طائفة الحقوق

- 1 د.حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الاليات القانونية للتبعية الدولية، منشورات دار المستقبل العربي، مصر، ١٩٨٧، ص ٦٥.
- 2 د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٨، حق الملكية مع شرح مفصل عن الأشياء والأموال، دار احياء التراث العربي، بيروت، د.ت، ص ١٨٦.
- 3 وهذا اتجاه لكل من بلانيول وريبير وجوسران، وقد أشار لهذا الاتجاه د.محمد حسني عباس، التشريع الصناعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٢٠.

العينية أو الشخصية ، لذا فهذه العلامة يمكن ادراجها تحت بند جديد من الحقوق وهي حقوق الملكية المعنوية التي تتوسط الحقوق العينية والشخصية دون أن يكون لها ارتباط بها¹.

وكما يبدو هنا فإن الطبيعة القانونية للعلامة التجارية هي منقول غير مادي ذات طبيعة خاصة، كما أن الحق على العلامة التجارية هو حق ملكية معنوي، وهو أمر يقود الى التساؤل حول الطبيعة القانونية للعلامة التجارية المستعملة وغير المسجلة من قبل من يستعملها؟ للإجابة على هذا التساؤل لا بد من الإشارة هنا الى أن الطبيعة القانونية للعلامة المستعملة لا تختلف عن تلك الطبيعة للعلامة المسجلة، لذا فهي منقول غير مادي لها خصائصها الخاصة التي تميزها عن باقي المنقولات المادية، أما الحق على العلامة التجارية المستعملة فهو نوع من أنواع حقوق الملكية المعنوية، ولكنها فاقدة لأحد عناصر هذه الحقوق وهو عنصر الحماية القانونية من وجهة نظر كلا المشرعين الاماراتي والاردني.

المطلب الثالث

اكتساب ملكية العلامة التجارية بالاستعمال

استقر الاجتهاد القضائي في الأردن من خلال اجتهادات محكمة العدل العليا، على منح الحماية للعلامات التجارية المشهورة بغض النظر عن تسجيلها أو استعمالها في الاردن، لأن الحماية غير مقتصرة فقط للعلامة التجارية، وإنما لحماية الجمهور من الخداع والتضليل والغش².

1 د.صلاح سلمان الاسمر، العلامة التجارية في القانون الاردني والمصري، دن، ١٩٨٦، ص ٦٨.

2 لقد استبدلت محكمة العدل العليا الاردنية بالمحاكم الادارية في الاردن بموجب قانون القضاء الاداري رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤ في المادة (٣) منه المنشور في الجريدة الرسمية الاردنية في العدد رقم (٥٢٩٧) على الصفحة (٤٨٦٦) بتاريخ ٢٠١٤/٨/١٧.

3 قراري محكمة العدل العليا الاردنية قرار رقم (٢٠٠١/٢٣٠) الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٩/٢٦ والقرار رقم (٢٠٠١/٢٢٩) الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٩/٢٦ منشورات مركز عدالة.

وهذا بنظري يعد دليل واضح على ملكية العلامة التجارية المشهورة حتى لو لم تسجل أو تستعمل داخل المملكة الاردنية الهاشمية، أما بخصوص اعضاء صفة الملكية على العلامة التجارية المستعملة فهو بحث يتلرج تحت مواضيع عدة سيتم تناولها تباعا من خلال هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الاول استعمال العلامة وملكيتها في القضاء

اعتبرت محكمة الشارقة المدنية بأن الاتجاه الراجح في القوانين والفقهاء المقارن أن ملكية العلامة التجارية تكون مستندة الى استعمالها وليس لتسجيلها، وأن التسجيل ما هو الا قرينة بسيطة على ملكية هذه العلامة، وهذه القرينة قابلة لاثبات العكس، اذ يجوز لمن قام باستعمال علامة تجارية استعمالا ظاهرا من خلال وضعها على المنتجات لغرض بيعها بالأسواق أن ينازع في ملكية هذه العلامة بالرغم من عدم قيامه بتسجيل تلك العلامة، وقد رأت المحكمة في قرارها أن واقعة استعمال العلامة التجارية (عافية) من قبل المدعية أسبق في وجودها من كشف المدعى عليها الاولى عن ملكيتها لهذه العلامة، الأمر الذي يترتب عليه أحقية المدعية في استخدام هذه العلامة دون غيرها، وعلى المدعي عليها عدم المساس بهذا الحق والامتناع عن استخدام هذه العلامة.

وفي قرار لمحكمة النقض السورية جاء فيه أن سبق تسجيل العلامة التجارية لا يعطى حق أولوية استعمالها، وإنما العبرة هنا تكون للاستعمال الفعلي لهذه العلامة، وهذا الاستعمال الفعلي يعد مصدر حق ملكيتها حتى لو لم يقتزن هذا الاستعمال بالتسجيل.

- 1 قرار محكمة الشارقة المدنية في القضية رقم ١٩٨٨/٦٦ بشأن العلامة التجارية (عافية) الصادر بتاريخ ١٩٨٩/١١/٢٢، والمنشور على الموقع الإلكتروني www.startimes.com تاريخ الدخول للموقع ٢٠١٦/١/١٨.
- 2 قرار محكمة النقض السورية رقم (٣٠٧) الصادر بتاريخ ١٩٦٢/٦/٥، والمنشور على الموقع الإلكتروني www.startimes.com تاريخ الدخول للموقع ٢٠١٦/١/١٨.

ولم يخرج القضاء الاردني عما هو الحال عليه في القضاء الاماراتي والسوري، فقد رأت محكمة العدل العليا الاردنية بأن الأسبق في استعمال العلامة التجارية هو صاحب الحق في ملكيتها، لأن ملكية العلامة تنقرر للطرف الذي يثبت أسبقيته في استعمال العلامة التجارية، حتى لو كان الطرف الاخر قد سبقه في تسجيلها، أو تقدم بطلب بهذا الخصوص، واعتبرت المحكمة بأن من حق مسجل العلامات التجارية منع تسجيل أي علامة من شأنها أن تشجع المنافسة غير المشروعة، لأن من شأن ذلك أن يؤدي الى غش الجمهور¹.

كما أعطت محكمة العدل العليا الاردنية الحق لمستعمل العلامة التجارية السابقة في التسجيل والتي تميز بضائعة، الحق في طلب ترقيين العلامة المسجلة بأسم شخص اخر، في الاحوال التي يثبت فيها أن هناك تشابها بين العلامتين من شأنه أن يؤدي الى ايقاع الجمهور في الغش، اذا ما تبين أن الاستعمال هو سابق لتاريخ تسجيل العلامة المطلوب ترقيتها من سجل العلامات، ولم يمض على تسجيل العلامة المطلوب ترقيتها مدة خمس سنوات².

وكما يبدو لي فان القضاء الاردني لم يعط حماية للعلامة التجارية المستعملة سوى خمس سنوات لاحقة على تسجيلها من قبل شخص آخر، وهو ثابت في قرار محكمة العدل العليا رقم (١٩٩٩/٤٥٤)، وهو أمر يتناقض مع قرار المحكمة ذاتها رقم (١٩٩٩/٥٢٨) الذي اعترف صراحة بأن الاستعمال من شأنه أن يعطي المستعمل حق ملكية العلامة التجارية، وليس حق أولوية، وكما يبدو لي فان القرار رقم (١٩٩٩/٥٢٨) هو أصوب من القرار رقم (١٩٩٩/٤٥٤) كونه يعترف بملكية المستعمل

1. قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ١٩٩٩/٥٢٨ الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٩/٢١ منشوراً بمركز عدالة.
2. قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ١٩٩٩/٤٥٤ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٢/٢٨، منشورات مركز عدالة.

للعلامة التجارية ، ولا يعطيه فقط حق أولوية في التسجيل في حال تسجيل العلامة التجارية من قبل شخص آخر.

الفرع الثاني ملكية العلامة التجارية المستعملة قانوناً

أن الأحكام المتعلقة بالعلامات التجارية المستعملة تختلف ما بين التشريعات المختلفة وعلى النحو التالي:
أولاً: لدى المشرع الاماراتي

اعترف المشرع الاماراتي لمالك العلامة التجارية المستعملة بحق الأولوية وقيد هذا الحق بخمس سنوات من تاريخ تسجيلها ، اذ اعتبر بأن تسجيل العلامة يعد قرينة بسيطة على ملكية العلامة اذا أضفى هذا التسجيل الى استعمال العلامة التجارية بصفة مستمرة خمس سنوات على الأقل من تاريخ التسجيل ، دون أن يتم رفع دعوى عليه من قبل مستعمل العلامة التجارية مفادها عدم ملكيته للعلامة التجارية المسجلة¹.

وكما يبدو لي فان المشرع الاماراتي قد اعترف لصاحب العلامة التجارية المستعملة بحق ملكيته للعلامة ، ولكنه قد قيد هذا الاعتراف بشروط عدة أهمها: أن يستخدم حقه فقط خلال خمس سنوات من تسجيلها في سجل الوزارة² ، وهو أمر بالضرورة يعني أن المشرع الاماراتي قد أعطى صاحب العلامة المستعملة حق أولوية بادعاء الملكية ، وهو حق مؤقت وليس ابدى ، ويأتي ذلك من باب رغبة المشرع الاماراتي بالمحافظة على المراكز القانونية وضمان استقرارها ، وهو أمر يقود للقول بأن المشرع الاماراتي قد فرض حماية قانونية للعلامة التجارية المستعملة عند تسجيلها من قبل شخص آخر.

1 نص المادة (١٧) من القانون الاتحادي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ في شأن العلامات التجارية والمعدل بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ والقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢.

2 يقصد بالوزارة هنا حسب أحكام القانوني الاتحادي الاماراتي ذاته في المادة (١) منه ".....الوزارة: وزارة الاقتصاد والتجارة".

وجدير بالملاحظة هنا أن المشرع الاماراتي قد حث أصحاب العلامات التجارية المستعملة في الامارات وفرض عليهم واجبا ، وهو أمر ثابت بنص المادة (٤٤) من القانون الاتحادي الاماراتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ بشأن العلامات التجارية المعدل بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ والقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢ ، عندما كان مطلع هذه المادة يشير الى "على اصحاب العلامات التجارية المسجلة و المستعملة في الامارات" بضرورة طلب قيد العلامة في سجل وزارة الاقتصاد والتجارة خلال سنة من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون، كما أعطى المشرع الاماراتي للمستعمل الاول للعلامة التجارية حق أولوية في تسجيلها خلال مدة سنة بعد مراعاة تاريخ بدء الاستعمال ، ومدى استمراريته والظروف المحيطة به ، اضافة الى واقعة تسجيل العلامة التجارية .

وهنا لا بد من الاشارة الى أن المشرع الاماراتي وعلى الرغم أنه أعطى حق اولوية لمستعمل العلامة التجارية في ملكيتها، الا أنه لم يفرض حماية جزائية أو مدنية للعلامة التجارية المستعملة، وهو أمر ثابت بنص المادتين (٣٧، ٤٣) من القانون الاتحادي ذاته، اذ كان حديثة بهذا الخصوص عن العلامات التجارية المسجلة وليس المستعملة وفرض الجزاءات الجنائية ، وسمح باقامة الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الأفعال الواردة في المادتين (٣٧، ٣٨) من ذات القانون لصاحب العلامة المسجلة وليس المستعملة ، وهو أمر يقودنا للقول بأن المشرع الاماراتي في قانون العلامات التجارية لم يفرض أية حماية للعلامة المستعملة ، الا في حال تسجيلها من قبل شخص آخر فقط.

1 تنص المادة (٤٤) من القانون الاتحادي الاماراتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ في شأن العلامات التجارية المعدل بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٢ والقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢ على أنه ".....ويكون للمستعمل الاول حق الاولوية في تسجيل علامته خلال هذه الفترة وبراعي في تحديد الاستعمال الاول تاريخ البدء به واستمراريته والظروف المحيطة به وواقعة تسجيل العلامة".

وأشير هنا بأن المشرع الاماراتي في القانون الاتحادي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣ بشأن المعاملات التجارية، وعلى وجه الخصوص في الفرع الثالث من الفصل الأول من الباب الثاني والخاص بالمنافسة غير المشروعة لم يعتبر التعدي على العلامة التجارية المستعملة من قبيل المنافسة غير المشروعة، وهو أمر يقودنا للقول بأن المشرع الاماراتي في القانون الاتحادي الخاص بالمعاملات التجارية، لم يعترف لصاحب العلامة التجارية المستعملة بحق ملكية على هذه العلامة، لأنه لم يورد موضوع التعدي على هذه العلامة من حالات المنافسة غير المشروعة، لذا فقد جاء هذا القانون خاليا من أي حماية للعلامة التجارية المستعملة^١. لذلك يكون التسجيل الوسيلة الوحيدة التي قررها المشرع الاماراتي حتى يتمكن صاحب العلامة من التمتع بالحماية التي فرضها القانون، على أساس أن التسجيل يعد قرينة بسيطة على ملكية الشخص للعلامة، ثم تتحول هذه القرينة الى سبب مكسب للملكية، في الأحوال التي يستعمل فيها من قام بتسجيل العلامة تلك العلامة لمدة خمس سنوات استعمالا هادئا، ويشترط أن يكون ذلك قائما على مبدأ حسن النية^٢.

ثانياً: لدى المشرع الاوطني

تعد الأحكام المتعلقة باستعمال وتسجيل العلامة التجارية من أهم المواضيع التي حازت على الاهتمام، كونها تتعلق باثبات ملكية العلامة وعائديتها الى صاحبها، كما أنها تعد الأساس في منح العلامة التجارية الحماية القانونية في حال حصول التعدي عليها^٣.

1 انظر المواد (٦٤ - ٧٠) من القانون الاتحادي الاماراتي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣ في شأن المعاملات التجارية.

2 د. محمد حسن عبدالله، حقوق الملكية الفكرية (الأحكام الأساسية)، الافاق المشرقة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ١١٩.

3 المحامية ربا طاهر قليوبي، حقوق الملكية الفكرية (تشريعات، أحكام قضائية، اتفاقيات دولية، مصطلحات قانونية)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ١٧٥.

وبخصوص الموضوع المشروح الأزدي في ملحقاً يتفليق بملكية العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) فهو باتجاه مختلف تماماً عن المشروح الاماراتي ، فقد تناول هذا الموضوع من خلال قانونين وعلى النحو التالي : ١٩٧٦ بشأن ١- قانون العلامات التجارية الاردني رقم (٣٢) لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته .
منع المشروح الاردني في المادة: (١/٣٣) أي شخص من اقامة دعوى للمطالبة بأي تعويضات تتعلق بالتعدي على العلامة التجارية غير مسجلة في المملكة ، وقيد ذلك باعطاء الحق لهذا الشخص بالتقدم بطلب لمسجل العلامات التجارية للمطالبة بانطال تسجيل علامة تجارية مسجلة في المملكة من قبل شخص لا يملكها ، وذلك اذا كانت هذه العلامة مسجلة خارج المملكة سندا للأسباب الواردة في الفقرات (١٢ ، ١٠ ، ٧ ، ٦) من المادة (٨) من قانون العلامات التجارية .

كما أعطى المشروح الاردني في قانون العلامات التجارية لرعايا الدول المرتبطة مع الاردن باتفاقية دولية ثنائية أو معاهدة دولية جماعية التقدم بطلب لمسجل العلامات التجارية من أجل حماية علامته التجارية والمسجلة في دولة اخرى ، وأعطاه بذلك حق أولوية على من سبقه في طلب تسجيل تلك العلامة في المملكة ، واشترط المشروح الاردني على من

1 نشر تعديل لهذا القانون على الصفحة رقم (٢٥٩٨) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٤٨٢٣) وعُدل بموجب القانون المعدل رقم (٣٤) لسنة ١٩٩٩ ، وكذلك عدل بتاريخ ٢٠٠٧/٥/١ تحت عنوان قانون العلامات التجارية المعدل رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٧ .

2 تنص المادة (٨) من قانون العلامات التجارية الاردني رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته على أنه "لا يجوز تسجيل ما يأتي" ٦- العلامات المخلة بالنظام العام أو الاداب العامة أو التي تؤدي الى غش الجمهور أو العلامات التي تشجع المنافسة التجارية غير المحقة أو التي تدل على غير مصدرها الحقيقي ١٢- العلامة التجارية التي تطابق أو تشابه أو تشكل ترجمة لعلامة تجارية مشهورة ، وذلك لاستعمالها لتمييز بضائع مشابهة أو مماثلة للبضائع التي اشتهرت بها .

يدعي حق الأولوية أن يقوم بإيداع طلبه لدى مسجل العلامات في الأردن خلال ستة أشهر من اليوم التالي لتاريخ ايداع طلب تسجيلها لدى الجهة المختصة في دولته، واعتبر المشرع الأردني أن تاريخ التسجيل في المملكة هو تاريخ تقديم طلب التسجيل للعلامة التجارية في تلك الدولة، كما منع هذا المشرع مدعي حق الأولوية من اقامة أي دعوى مدنية أو جزائية قبل التاريخ الحقيقي الذي سجلت فيه العلامة التجارية في المملكة¹.

وكما يبدو لي فإن المشرع الأردني في قانون العلامات التجارية لم يعترف بملكية العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) داخل المملكة، وأن ما اعترف به المشرع الأردني يتعلق فقط في تلك العلامة التجارية المسجلة خارج المملكة، اذ منع هذا المشرع صاحب هذه العلامة من اقامة دعوى مدنية أو جزائية داخل المملكة، وإنما حصر حقه في المطالبة بإبطال تسجيل تلك العلامة لدى المسجل في الأحوال التي يقوم فيها أحد الأشخاص بتسجيلها داخل المملكة، وهو كذلك مقيد بتحقيق أحد الأسباب التي سبق ذكرها، والتي نصت عليها المادة (٨) من قانون العلامات التجارية الأردني.

وكما يبدو لي فإن المشرع الأردني لم يضع سقفا أو مدة زمنية يستطيع من خلالها هذا الشخص ممارسة الحق الذي خوله إياه في المطالبة بإبطال التسجيل، وأن سند دعوى ابطال التسجيل هو أساسا يقوم على تسجيلها خارج المملكة، وليس سندا لاستعمال العلامة التجارية من قبل هذا الشخص.

وبناء على طلب الإبطال والقرار الصادر من المسجل بإبطال تسجيل تلك العلامة، فإن الأثر المترتب على ذلك يتمثل بفقدان تلك العلامة لأهم حماية تتمتع بها وهي الحماية الجزائية، إضافة إلى انتهاء حق

1 انظر في تفصيل ذلك المادة (٤٠) من قانون العلامات التجارية الأردني رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٢. وتعديلاته.

الاستثارة بها من قبل من قام بتسجيلها^١. والاحظ على المشرع الاردني بخصوص نص المادة (١/٣٣) من قانون العلامات التجارية وتعديلاته أنه لم يحدد مصير العلامة بعد صدور قرار المسجل بالابطال، وهل بإمكانه تسجيلها باسم من طلب ابطال تسجيلها، أم أنها تدخل في الدومين العام؟

٢- قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الاردني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠. اعتبر المشرع الاردني في قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠ أن المنافسة قد تكون غير مشروعة اذا تعلقت بعلامة تجارية غير مستعملة في المملكة الاردنية الهاشمية، سواء كانت تلك العلامة مسجلة أم غير مسجلة، اذا كان من شأن التعدي عليها أن يؤدي الى تضليل الجمهور^٤.

وكما يبدو لي فإن نص الفقرة (ب) من المادة (٢) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الاردني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠ يلاحظ عليها التالي:

(١) ان الفقرة (ب) قد اعتبرت التعدي على العلامة التجارية المستعملة من قبيل أعمال المنافسة غير المشروعة وربطت ذلك بتضليل الجمهور، أي أن يؤدي هذا الاستعمال من قبل شخص ليس مالكا لها الى تضليل الجمهور.

- 1 د. صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص ١٧١.
- 2 نشر هذا القانون على الصفحة رقم (١٣١٦) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٤٤٢٣) الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٤/٢.
- 3 نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية على الصفحة رقم (١٣١٦) في العدد رقم (٤٤٢٣). بتاريخ ٢٠٠٠/٤/٢.
- 4 تنص المادة (٢/ب) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الاردني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠ على أنه ".....ب- اذا كانت المنافسة غير المشروعة متعلقة بعلامة تجارية مستعملة في المملكة سواء كانت مسجلة أم غير مسجلة وتؤدي الى تضليل الجمهور فتطبق في هذه الحالة أحكام الفقرة أ من هذه المادة".

(٢) ان هذه الفقرة لم تميز في اعتبار أعمال التعدي على العلامة المسجلة فيما اذا كانت هذه العلامة مسجلة أو غير مسجلة.

(٣) ان المشرع الاردني لم يعط فقط حق أولوية لمالك العلامة التجارية المستعملة في قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية، وإنما اعترف هذا المشرع لصاحب العلامة بحق الملكية على هذه العلامة، وما يترتب للمالك من حقوق على ملكيته كحق الاستعمال والاستغلال والتصرف.

(٤) لم يربط المشرع الاردني حماية العلامة التجارية المستعملة بمدة زمنية سابقة على التعدي أو لاحقة له.

(٥) لم يميز المشرع الاردني فيما اذا كانت العلامة التجارية المستعملة محل التعدي علامة وطنية أو اجنبية، وبالتالي لا فرق فيما اذا كان مالكاها اردنيا أو اجنبيا، ولكنها اشترطت أن يكون الاستعمال داخل المملكة الاردنية الهاشمية.

المبحث الثاني

الحقوق التي تخولها العلامة التجارية المستعملة لصاحبها

يعد استعمال العلامة التجارية هو المبرر لاعطاء أي شخص الحق الحصري في استعمال صورة أو كلمة كعلامة تجارية دون الآخرين من الأشخاص، فهذه الكلمات والصور لا تعد محلا للتملك بحد ذاتها، الا أن استعمالها على منتجات أو بضائع أو خدمات لشخص معين يجعل من هذه الصور أو الكلمات تلعب دورا مهما مستقلا عن وظيفتها الأساسية في كونها مجرد صور أو كلمات، ويشترط حتى يعد الاستعمال معتبرا أن يكون هذا الاستعمال تجاريا، أي يستخدمه شخص لتمييز بضائعه وخدماته ومنتجاته عند تلك التي يقدمها الآخرين، وأن يكون هذا الاستعمال مرافقا لهذه البضائع أو السلع أو الخدمات.

كما يشترط في هذا الاستعمال أن يكون مشروعا، بحيث يكون نابعا عن حسن نية ولا يقصد من ورائه التعدي على حقوق الآخرين، وأن

يكون مستمرا يعطي البضاعة ذاتيتها، فلا يكفي أن يكون الاستعمال لمرة واحدة أو استعمالها من وقت لآخر بشكل عرضي أو متقطع كما يجب أن يكون علنيا ظاهرا للزبائن والراغبين بالبضائع أو المنتجات أو الخدمات، وأن يكون هذا الاستعمال داخل اقليم الدولة، وأن يكون ذاتيا بحيث يتم لحساب مستعمل العلامة التجارية وليس لحساب الغير، لأن استعمالها من قبل الغير هو أمر من الممكن أن يؤدي الى اعطاء الحقوق التي تمنحها العلامة التجارية المستعملة للغير¹.

ويعد الاستعمال لتمييز البضائع والمنتجات واقعة مادة بحجة يترتب عليها اكتساب الحق في العلامة التجارية، واثبات هذه الواقعة وجديتها يكون بكافة طرق الاثبات ومن ضمنها القرائن وشهادة الشهود، وهو أمر متروك لقاضي الموضوع كونه يدخل سلطنة التقديرية².

وبناء على ذلك فهناك حقوق يملكها صاحب العلامة التجارية المستعملة في مواجهة الغير، وتتعدد هذه الحقوق كالتالي:

المطلب الأول

الحق في التسجيل

أعطى المشرع الاماراتي في القانون الاتحادي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ بشأن العلامات التجارية المعدل بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٢، الحق لصاحب العلامة التجارية المستعملة في الامارات بطلب قيدها في سجل الوزارة (وزارة الاقتصاد والتجارة) وفق الأحكام والشروط التي نص عليها هذا القانون، واشترط هنا المشرع الاماراتي أن يكون هذا القيد خلال سنة من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون، كما أشار المشرع الاماراتي الى حالة عدم استيفاء الشروط المقررة في هذا القانون من قبل

- 1 د. عدنان غسان براتبو، المرجع السابق، ص ٢٠٣ - ٢٢٠.
- 2 قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ١٩٩٥/٣٠٦ م، منشور في مجلة نقابة المحامين الاردنيين، سنة ١٩٩٦، ص ٦٤١، ذكره الدكتور صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنيا ودوليا، المرجع السابق، ص ١٩٩.

أصحاب هذه العلامات ، واشترط عليهم تعديل أوضاعهم خلال سنة من تاريخ العمل في هذا القانون ، كما حرم هذا المشرع أصحاب العلامة التجارية المستعملة من حقهم في التسجيل في سجل الوزارة ، إذا لم تستوف العلامة التجارية الشروط المقررة لها خلال مدة السنة واعتبرها منقضية بحكم القانون¹

والأحظ هنا على المشرع الإماراتي أنه أعطى الحق لصاحب العلامة المستعملة في تسجيلها اعترافاً منه بأن هناك رابط ما يربط بين صاحب هذه العلامة والعلامة نفسها ، وبنفس الوقت فرض عليه واجبا يتمثل بضرورة التقدم بتسجيلها خلال مدة سنة ، وإلا اعتبرت هذه منقضية بحكم القانون ، وبناء على ذلك فإن اعتراف المشرع الإماراتي بحق التسجيل للعلامة المستعملة مقيد بسنة من تاريخ العمل بالقانون الاتحادي بشأن العلامات التجارية ، وبعد ذلك فإن هذا الشخص لا يستطيع أن يتقدم بطلب لتسجيلها ، لأنها منقضية بحكم القانون ، ويكون من حق أي شخص بعد مرور السنة أن يتقدم بطلب لقيدها في سجل الوزارة دون أن يكون لصاحب هذه العلامة الحق في الاعتراض على هذا القيد.

أما بخصوص المشرع الأردني فإنه في قانون العلامات التجارية قد أعطى الحق لكل من يدعي أنه صاحب علامة تجارية استعملت ويرغب في تسجيلها ، أن يتقدم بطلب خطي الى مسجل العلامات التجارية وفق الأصول والأشكال التي نص عليها هذا القانون ، وأجاز المشرع الأردني للمسجل رفض الطلب أو قبوله دون قيد أو شرط أو بشروط أو تعديلات أو تحويرات بخصوص طريقة استعمال العلامة أو مكان هذا الاستعمال².

- 1 نص المادة (٤٤) من القانون الاتحادي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ بشأن العلامات التجارية المعدل بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ والقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢.
- 2 تنص المادة (١١) من قانون العلامات التجارية الأردني المعدل على أنه ١° - كل من يدعي أنه صاحب علامة تجارية استعملت أو في النية استعمالها ويرغب في تسجيل تلك العلامة عليه أن يقدم طلبا خطيا الى المسجل وفاقا للأصول =

وكما يبدو لي هنا فان المشرع الاردني شأنه شأن المشرع الاماراتي، قد اعطى الحق لمستعمل العلامة التجارية بالتقدم لتسجيل العلامة التجارية، واعترف بحقه في هذا التسجيل، وحسنا فعل المشرع الاردني عندما لم يقيد مستعمل العلامة التجارية بمدة زمنية للتسجيل، ولم يرتب الجزاء على المتخلفين في تسجيل علاماتهم التجارية المستعملة بانقضائها بحكم القانون، وهو أمر يقود الى القول بأن مستعمل العلامة التجارية في الاردن له الحق بالتقدم لسجل العلامات التجارية في أي وقت يشاء، وأن تخلفه عن التسجيل لا يؤدي الى انقضاء حقه، لأنه سيستخدم حق الأولوية الذي اعطاه إياه المشرع الاردني.

ويرى اتجاه في الفقه أن الاستعمال المقصود في المادة (١/١١) من قانون العلامات التجارية الاردني هو ذلك الاستعمال لعلامة تجارية خاصة لتمييز بضائع صاحب العلامة ذاته، كما يرى بأن يكون ذلك الاستعمال مستمرا لمدة من شأنها أن تؤدي الى أن تصبح خلالها تلك العلامة مميزة لمنتجات أو بضائع أو خدمات مستعملها ومعروفه باسمه لدى الجمهور، كما أنها راسخة في عقول المستهلكين!

وأميل هنا الى هذا الاتجاه الفقهي، فليس من المعقول أن يقصد بالاستعمال لأغراض تطبيق نص المادة (١/١١) من قانون العلامات التجارية الاردني هو ذلك الاستعمال الذي يكون لمرة واحدة أو لمرات عدة متباعدة، بل يجب أن يكون مستمرا أو مستقرا في أذهان وعقول المستهلكين.

ولابد من الإشارة هنا الى أن الواقعة المنشئة للملكية العلامة التجارية في دولة الامارات العربية المتحدة هي واقعة التسجيل، ويعد من قام بتسجيل

=المقررة ٢- يجوز للمسجل مع مراعاة احكام هذا القانون أن يرفض أي طلب كهذا وأن يقبله بتمامه من دون قيد أو شرط أو أن يعلن قبوله اياه بموجب شروط أو تعديلات أو تحويرات في طريقة استعمال العلامة أو مكان استعمالها.....".
1 الحماية ربا طاهر القليوبي، المرجع السابق، ص ١٧٧.

العلامة التجارية مالكا لها، لا يجوز منازعته في هذه الملكية من قبل أي شخص، إذا أثبت أنه قام باستعمال العلامة التجارية بصفة مستمرة خمس سنوات من تاريخ التسجيل دون أن ينازعه أحد¹. وبناء على ذلك فإن ملكية العلامة التجارية في دولة الامارات تكتسب فقط بالتسجيل مع الاستعمال المستمر للعلامة².

وبما أن ملكية العلامة في دولة الامارات تثبت بواقعة التسجيل المرتبطة بالاستعمال، فإن من يدعي خلاف ذلك عليه اثبات العكس، وهنا يستطيع من استعمل العلامة قبل من قام بتسجيلها أن يثبت أسبقيته في الاستعمال، شرط أن يكون ذلك الاستعمال ظاهرا وذلك قبل انقضاء خمس سنوات من تاريخ التسجيل³.

المطلب الثاني حق الأولوية

منح المشرع الاماراتي حق الأولوية للمستعمل الاول في تسجيل علامته التجارية خلال مدة سنة من تاريخ العمل في القانون الاتحادي الاماراتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ في شأن العلامات التجارية المعدل بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ والقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢، ولكن المشرع الاماراتي قد قيد حق الأولوية بقيود عدة أهمها:

- 1 المادة (١٧) من القانون الاتحادي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ في شأن العلامات التجارية المعدل بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ والقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢.
- 2 د. ناصر محمد سلطان، المرجع السابق، ص ٢٨٤. انظر بهذا الخصوص قرار محكمة تمييز دبي رقم ٢٠٠٣/٥٩٥ الصادر بتاريخ ١٢/٦/٢٠٠٤، ذكره د. ناصر محمد سلطان. المرجع ذاته، ص ٢٨٥.
- 3 د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، ط ٥، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٥. ص ٥٣٥ - ٥٣٨. وكذلك د. فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، ١٩٩٠، ص ٤٣٥، ٤٣٤.
- 4 انظر بهذا الخصوص نص المادة (٣/٤٤) من القانون الاتحادي الاماراتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ في شأن العلامات التجارية المعدل بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ والقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢.

(١) أن صاحب العلامة التجارية المستعملة لا يستطيع استعمال حق الأولوية الا خلال سنة، وبعد ذلك وكما يبدو لي فإنه لا يستطيع الادعاء بالأولوية في التسجيل، وبالتالي سيتمكن أي شخص من تسجيلها، ولن يعترف المشرع الاماراتي بهذا الحق لمستعمل العلامة التجارية.

(٢) ان المشرع الاماراتي قد وضع شروطا لتحديد أولوية المستعمل الأول للعلامة التجارية تتمثل بتاريخ البدء بالاستعمال، واستمراريته، والظروف المحيطة به وواقعة تسجيل العلامة. وهنا أشير بهذا الخصوص بأن المشرع الاماراتي قد أصاب في بعض الشروط، لكن جاء بعضها غامضا كالظروف المحيطة بالاستعمال وواقعة تسجيل العلامة، اذ لم يبين المشرع الاماراتي المقصود بها خاصة واقعة تسجيل العلامة ومدى تأثيرها على حق مستعمل العلامة في استخدام حق الأولوية.

ويرى اتجاه في الفقه أن تسجيل العلامة من قبل شخص لا يعني تقرير الحق في ملكيتها، لأن الحق يبقى للمالكها الحقيقي وهو الأسبق في استعمال العلامة التجارية، وهنا يجب التمييز بين حالتين اولهما اذا كان تسجيل العلامة بسوء نية وهنا لا يترتب حق لمن حصل التسجيل لمصلحته في مواجهة المستعمل الاول للعلامة التجارية، ويبقى التسجيل مجرد قرينة على ملكية العلامة حتى يتمكن المستعمل من اثبات أسبقيته واثبات سوء نية من قام بتسجيل العلامة، أما الثانية فتتمثل بقيام أحد الأشخاص بتسجيل العلامة، واستخدامها لمدة خمس سنوات دون معارضة من أحد فهنا يكتسب ملكية العلامة التجارية.

وجدير بالملاحظة هنا أن المشرع الاردني لم يتطرق الى حق الأولوية صراحة، وانما هو أمر يمكن استخلاصه من نص المادة (١١) من قانون

1 د. محمد حسن عبدالله، المرجع السابق، ص ١١٩.

العلامات التجارية الاردني المعدل، والتي حددت الأشخاص الذين من حقهم تقديم طلب لتسجيل العلامة التجارية، إذ أعطت هذه المادة الحق لمن يدعي أنه صاحب علامة تجارية استعملت أو في النية استعمالها ويرغب في تسجيل هذه العلامة، فيجب عليه في هذه الحالة أن يقدم طلباً خطياً وفقاً للأصول المقررة في هذا القانون.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن المشرع الاردني في قانون العلامات التجارية المعدل قد عالج موضوع تقديم أكثر من شخص لتسجيل علامات تجارية متماثلة أو قريبة الشبه، وكانت هذه العلامات متعلقة بنفس الأصناف والبضائع، فهنا يعطي الحق لمسجل العلامات برفض التسجيل، إلا بعد أن يقوم هؤلاء بتسوية حقوقهم¹، وهنا وكما يبدو لي فإن المشرع الاردني لم يأخذ حكماً مشابهاً للمشرع الاماراتي، إذ منع المسجل من أن يتأكد بنفسه من أسبقية الاستعمال وبالتالي اعطاء أحدهم الأولوية على الآخر، وإنما جعل تسوية الأمر بينهم تتم بالاتفاق، أو من خلال محكمة العدل العليا.

كما أجاز المشرع الاردني للمسجل في حالة استعمال العلامة من قبل أكثر من شخص بطريقة المزاحمة الشريفة أن يقوم بتسجيل هذه العلامة باسم أكثر من شخص واحد، أو أن يسمح بتسجيل أية علامات أخرى إذا كانت قريبة الشبه لنفس البضائع أو الأصناف مع وضعة القيود والشروط التي يراها مناسبة من حيث طريقة الاستعمال أو مكانه² وأشير هنا وبالعودة لنص المادة (١٧) من قانون العلامات التجارية فإن المشرع الأردني لم يعط المسجل صلاحية تحديد ملكية العلامة التجارية

1 انظر في تفصيل ذلك نص المادة (١٧) من قانون العلامات الاردنية المعدل.

2 لقد حلت محل محكمة العدل العليا الاردنية المحكمة الادارية بموجب المادة (٣) من قانون القضاء الاداري الاردني رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤، المنشور على الصفحة رقم (٤٨٦٦) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٥٢٩٧) بتاريخ ١٧/٨/٢٠١٤.

3 انظر في ذلك نص المادة (١٨) من قانون العلامات التجارية الاردني المعدل.

وأولوية تسجيلها، وإنما ترك الأمر لاتفاق المتنازعين، أو لمحكمة العدل العليا، ولم يشر من قريب أو بعيد الى الأسس التي تعتمد عليها تلك المحكمة في الفصل في النزاع على تسجيل هذه العلامة.

وبهذا الخصوص قررت محكمة العدل العليا الاردنية أنه في الاحوال التي يصطدم فيها حق طالب التسجيل للعلامة التجارية مع حق مستعمل سابق للعلامة التجارية، فتكون هنا للمستعمل السابق الأولوية في تسجيل العلامة التجارية على طالب التسجيل¹. وفي قرار آخر أيدت فيه محكمة العدل العليا قرار مسجل العلامات بترقيين تسجيل العلامة التجارية (GIANT) المسجلة في الجمهورية اللبنانية، باعتبار أن من سجلها في لبنان قد استعمل العلامة التجارية استعمالاً سابقاً لتاريخ تسجيل العلامة في الاردن، بحيث أصبحت هذه العلامة معروفة ومشهورة ومستقرة في لبنان، وبما أن العلامة المسجلة في الاردن مطابقة لهذه العلامة تمام التطابق في اللفظ والأحرف، وهذا التطابق من شأنه أن يؤدي الى غش الجمهور كون العلامتين هما لصنف واحد (البوظة والجيلاتيني)، وبما أنه لم يعض على التسجيل خمس سنوات، فان قرار مسجل العلامات قد صدر موافقا للقانون².

المطلب الثالث

الطعن في تسجيل العلامة

يعطى صاحب العلامة المستعملة حق الطعن في حال تسجيل هذه العلامة من قبل شخص آخر، وهنا لا بد من الإشارة الى أن استعمال العلامة التجارية بعد تسجيلها من قبل من قام بتسجيلها يعد شرطاً لازماً لاستمرار التسجيل إلا في الاحوال التي يستند فيها مسجل هذه العلامة

1. قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ١٩٩٦/٧٣ الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٢/٢٦ والمنشور في مجلة نقابة المحامين الاردنيين على الصفحة رقم (٦٣٨) لسنة ١٩٩٧.
2. قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ١٩٩٩/٤٥٤ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٢/٢٨ منشورات مركز عدالة.

الى أسباب مشروعة حالت دون استعماله لهذه العلامة، كقيام الدولة بفرض قيود على استيراد المواد الأولية الداخلة في مكونات السلعة أو المنتج الذي تستخدم العلامة التجارية في تمييزه، أو أن تقوم الدولة بوضع قيود على استعمال العلامة التجارية.

ويجدر أن يلاحظ هنا أن المشرع الاماراتي قد أعطى الحق في المادة (١٧) من القانون الاتحادي الاماراتي بشأن العلامات التجارية بالظعن في تسجيل العلامة التجارية المسجلة في حال وجود منازعة على ملكية هذه العلامة، وأن تكون هذه المنازعة خلال خمس سنوات من تاريخ التسجيل وهنا وكما يبدو لي فان المشرع الاماراتي لم يحدد في المادة (١٧) من القانون الاتحادي الاماراتي بشأن العلامات التجارية الأشخاص الذين يحق لهم المنازعة في ملكية هذه العلامة، كأن يكون أشخاص قد سبق لهم تسجيل هذه العلامة، أو أشخاص سبق وأن استعملوا العلامة بوقت أسبق ممن قام بتسجيلها، وهنا أقول بهذا الخصوص لا يوجد في نصوص هذا القانون ما يمنع مستعمل العلامة التجارية من المنازعة على ملكية هذه العلامة، اذا ما قام أحد الأشخاص بتسجيلها. خاصة أن المشرع الاماراتي قد أعطى حق الأولوية للمستعمل الأول في تسجيل العلامة التجارية التي يستعملها خلال سنة من تاريخ العمل بأحكام القانون وهو أمر ثابت بنص المادة (٣/٤٤) من القانون الاتحادي الاماراتي بشأن العلامات التجارية، وبالتالي استطيع القول هنا أنه لا يوجد ما يمنع مستعمل العلامة التجارية من المنازعة على ملكية العلامة في حال تسجيلها، وأن يمارس حقه هذا خلال

- 1 د. عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الكتب الجديدة ودار شتات للنشر والتوزيع، مصر، سنة ٢٠٠٨، ص ٥١.
- 2 د. حسام الدين عبد الغني الصغير، الجديد في العلامات التجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة ٢٠٠٨، ف ٦٨، ص ٤٧.

خمس سنوات من تاريخ التسجيل والا فقد حقه في المنازعة على ملكية العلامة التجارية .

أما بخصوص المشرع الاردني فيظهر جليا في نص المادة (١١/١) من قانون العلامات التجارية وتعديلاته أنه أعطى الحق لمن يدعي بأنه صاحب لعلامة تجارية مستعملة وأراد تسجيلها فعليه أن يقوم بتقديم طلب لمسجل العلامات التجارية في وزارة الصناعة والتجارة من أجل تسجيلها ، ولم يبين المشرع الاردني امكانية الطعن من قبل مستعمل العلامة التجارية في حال تسجيلها من قبل شخص آخر ، الا أن هذا الأمر يمكن أن يفهم ضمنا من نص المادة (١٧) من القانون ذاته ، وهذه المادة حقيقة وحسب ما أرى فانها تتعلق بالعلامة التجارية المستعملة قبل تسجيلها وليس بعد تسجيلها ، وتمثل بالأحوال التي يدعي فيها أكثر من شخص ملكيته للعلامة التجارية قبل تسجيلها ، وهنا أعطى المشرع الحق لمسجل العلامات رفض تسجيل هذه العلامة باسم أي شخص من هؤلاء حتى يقوموا بتسوية أوضاعهم وحل نزاعهم هذا اما بالاتفاق أو من خلال محكمة العدل العليا .

وقد اعتبر المشرع الاردني بأن أي طلب يقدم من أجل حذف أي علامة تجارية مسجلة في سجل العلامات التجارية لعدم وجود ما يسوغ تسجيلها وفق احكام المواد (٦، ٧، ٨) من قانون العلامات التجارية ، أو اذا كان من شأن هذا التسجيل أن يؤدي الى منافسة غير عادلة ، وجب تقديم هذا الطلب خلال خمس سنوات من تاريخ تسجيل هذه العلامة .

1 لقد حلت محل محكمة العدل العليا المحكمة الادارية في الاردن.

2 تنص المادة (٥/٢٥) من قانون العلامات التجارية الاردني رقم (٣٣) لسنة

١٩٥٢ المعدل بموجب القانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٩٩ والقانون رقم (٢٩) لسنة

٢٠٠٧ والقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ على أنه "أن كل طلب يقدم لحذف

علامة تجارية من السجل بسبب عدم وجود ما يسوغ تسجيلها بمقتضى احكام

المواد (٦، ٧، ٨) من هذا القانون او بسبب ان تسجيل تلك العلامة تنشأ عنه =

أود الإشارة هنا الى أن المشرع الاردني قد استخدم لفظ منافسة غير عادلة، ولم يوضح المقصود بالمنافسة غير العادلة، وأقول هنا أن المقصود بالمنافسة غير العادلة، وأقول هنا أن المقصود بالمنافسة غير العادلة هي كل منافسة غير مشروعة، لأن المصطلح القانوني الأسلم للاستخدام هو المنافسة غير المشروعة، وهو المصطلح القانوني الأقرب للدقة. كما أود القول هنا أن المشرع الاردني لم يبين جهة الطعن بقرار التسجيل فيما اذا كان مسجل العلامات التجارية، أم المحاكم الادارية في الاردن، وأقول هنا وبما أن العلامة قد تم تسجيلها في السجل، ويرغب أحد الأشخاص بحذف هذا التسجيل للعلامة، فقد انتهى دور مسجل العلامات عند صدور شهادة التسجيل للعلامة، واذا لحق أي شخص ضرر أو حيف نتيجة تسجيل هذه العلامة فعليه التوجه هنا الى المحكمة الادارية للطعن بقرار التسجيل. وأرى هنا أن من حق من استعمل علامة تجارية في وقت سابق على التسجيل أن يقوم بالطعن بقرار التسجيل أمام المحكمة الادارية مدعيا احقيته في العلامة التجارية، بشرط أن تقيد مدة الطعن بخمس سنوات من تاريخ التسجيل.

وفي قرار محكمة التمييز الاردنية أيدت فيه قرار محكمة الاستئناف واعتبرت فيه أن اصدار الحكم من قبل محكمة الاستئناف بشطب العلامة التجارية (تايكوي) التي سجلتها المدعى عليها لدى مسجل العلامات التجارية في وزارة الصناعة والتجارة في الاردن كعلامة تجارية لها، هو أمر يعد من مقتضيات الحكم بالزام المدعى عليها بعدم استعمال هذه العلامة، خاصة أن تسجيل هذه العلامة من قبل مسجل العلامات كان يستند أساسا الى ادعاء الميزة للملكية هذه العلامة، ويعد أن ثبت أنها غير

=منافسة غير عادلة بالنسبة لحقوق الطالب في المملكة الاردنية الهاشمية يجب ان يقدم خلال خمس سنوات من تسجيل تلك العلامة"

محنة بادعائها هذا، فإن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بشطب هذا التسجيل يعد موافقا للقانون والأصول¹.

وفي قرار آخر لمحكمة العدل العليا الاردنية أشارت فيه الى أن العلامة التجارية (DELTA) اذا كانت مسجلة باسم المستأنف عليها، وهذه الأخيرة هي أسبق في استعمالها لهذه العلامة من المستأنفة، وأن العلامة العائدة للمستأنفة المعرضة عليها (DELTA COAT) فيها تشابه مع علامة المستأنف عليها، وهما متعلقان بذات الصنف، وأن الجزء الرئيسي من العلامتين هو (DELTA)، وهذه علامة مسجلة نهائيا باسم المستأنف عليها منذ سنة ١٩٨٨، وتقوم المستأنف عليها باستعمالها بشكل مستمر حتى أصبحت مشهورة، فإن التشابه الحاصل بين العلامتين يؤدي الى غش الجمهور، وأن المادة (٦/٨) من قانون العلامات التجارية رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته قد منعت تسجيل أي علامة من شأنها أن تؤدي الى غش الجمهور، أو من شأنها تشجيع المنافسة التجارية غير المشروعة، أو التي تؤدي الى أن تبعث اعتقاد يدل على غير مصدرها الحقيقي².

وبقى القول هنا أن المشرع الاردني أجاز لمن تم التعدي على علامته التجارية غير المسجلة في الملكية الاردنية الهاشمية، أن يرفع دعوى للمطالبة بإبطال علامة تجارية مسجلة في الاردن، اذا حصل التسجيل من قبل شخص لا يملكها ولكن هذا يحتاج الى شروط أهمها³:

1 قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٢٠٠٠/١٣٤٥ منشور على الموقع الالكتروني (<https://Jamallawfirm.wordpress.com>) تاريخ الدخول للموقع ٢٠١٥/١٠/٢٥.

2 قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ٢٠٠٢/٦١ الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٦/١٨، منشورات مركز عدالة، وكذلك منشور على الموقع الالكتروني (<https://Jamallawfirm.wordpress.com>) تاريخ الدخول للموقع ٢٠١٥/١٠/١١.

3 أنظر بهذا الخصوص نص المادة (١/٣٤) من قانون العلامات التجارية الاردني النافذ.

- ١- أن تكون العلامة مسجلة خارج المملكة الاردنية الهاشمية.
- ٢- أن تستند الدعوى في سببها الى أحد الأسباب الواردة في الفقرات (١٢، ١٠، ٧، ٦) من المادة (٨) من قانون العلامات التجارية الاردني النافذ.

وجدير بالذكر هنا أن المشرع الاردني قد جعل جهة اقامة دعوى الابطال هو مسجل العلامات التجارية في الاردن. وهو في حقيقة الامر اتجاه منتقد للمشرع الاردني، وخاصة أنه أسماها دعوى لابطال علامة تجارية في نص المادة (١/٣٤) من قانون العلامات التجارية النافذ، كما أجاز الطعن بقرار المسجل امام المحكمة الادارية خلال ستين يوما من تاريخ تبلغ من يريد الطعن بهذا القرار.

المبحث الثالث

الحماية القانونية للعلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة)

تمتع الحقوق بشكل عام بحماية مدنية والعلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) شأنها شأن أي حق آخر، فهي كذلك تتمتع بالحماية القانونية، وهو أمر قد يتحقق من خلال قواعد العامة في المسؤولية، باعتبارها المظلة

- 1 أشارت المادة (٨) من قانون العلامات التجارية الاردني النافذ لهذه الأسباب في حالة مخالفة العلامة التجارية للنظام العام والاداب العامة أو تلك التي من شأنها أن تؤدي الى غش الجمهور أو تشجيع المنافسة غير المشروعة، أو التي تدل على غير مصدرها الحقيقي، أو تلك التي تستعمل في التجارة عادة لتمييز بضائع أو اصناف اذا كانت مؤلفه من ارقام أو حروف أو الفاظ أو تدل على وصف نوع البضائع أو جنسها، أو أي كلمة تدل على معنى جغرافي أو لقب الا اذا كان لها شكل خاص يميزها عن غيرها، أو كانت مطابقة أو مشابهة أو تشكل ترجمة لعلامة مشهورة، أو تطابق علامة يملكها شخص اخر وسبق له تسجيلها.
- 2 انظر في تفصيل ذلك نص المادة (٢/٣٤) من قانون العلامات التجارية الاردني رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٢ والمعدل بموجب القانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٩٩ والقانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٧ والقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨.

التي تستظل بها كافة الحقوق^١. وبالتالي فإن باستطاعة مالك الحق في العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) رفع دعوى على من قام بالتعدي على حقه، وذلك في الأحوال التي تتوفر فيها اركان هذه الدعوى، ويتحقق ذلك على وفق الاجراءات الخاصة المتبعة في التشريعات المختلفة المتعلقة بالعلامات التجارية^٢.

وتختلف الحماية القانونية للعلامة التجارية المستعملة غير المسجلة في التشريعات المختلفة، اذ يختلف حكم المشرع الاماراتي في القانون الاتحادي بشأن العلامات التجارية عما هو الحال عليه في قانون العلامات التجارية الاردني وقانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية، لذا سيتم تناول هذه الحماية من جوانب عدة، وسيتم تقسيم هذا المبحث الى مطالب وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

حماية العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) في التشريعات الاماراتية

تعددت التشريعات التي تناولت موضوع العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) في دولة الامارات العربية المتحدة، وهي على الرغم من اشارتها الى هذه العلامة في بعض المواضع، إلا أن هذه التشريعات وخاصة تلك المتعلقة بالعلامة التجارية أو بالمنافسة غير المشروعة كما هو الحال عليه في قانون المعاملات التجارية الاماراتي كانت غير واضحة بخصوص حماية هذه العلامة وهو أمر يتجلى على النحو التالي:

الفرع الأول

القانون الاتحادي الاماراتي بشأن العلامات التجارية

ففي القانون الاتحادي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ بشأن العلامات التجارية والقوانين المعدلة له اشترطت المادة (٧) منه بأن العلامة التي من شأنها أن

1 د. صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

2 زينة غانم عيّد الجبار الصفار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠٠٧، ص ١٢١.

تستخدم لتمييز البضائع أو المنتجات أو الخدمات يجب أن تكون مسجلة ،
وبالتالي فإن على أي شخص يرغب باستعمال هذه العلامة لهذه الغايات
أن يقوم بتسجيلها في وزارة الاقتصاد والتجارة.

ولابد من الإشارة هنا الى أن المادة (١٧) من ذات القانون لا تجيز
منازعة من قام بتسجيل العلامة في ملكية هذه العلامة اذا استعملها على
وجه الاستمرار لمدة خمس سنوات على الأقل من تاريخ التسجيل دون
رفع دعوى عليه تقضي بعدم ملكيته للعلامة التجارية، وهنا لابد من
التأكيد على أن المشرع الاماراتي في المادة (١٧) من القانون الاتحادي بشأن
العلامات التجارية لم يحدد الحالات التي يمكن أن يتم الاستناد اليها لرفع
دعوى على من قام بتسجيل العلامة التجارية وترك الأمر مفتوحاً، الا أنه
عند استعراض نص المادة (٤٤) من ذات القانون، والتي أعطت حق
الأولوية للمستعمل الاول في تسجيل علامته خلال مدة سنة من تاريخ
نفاذ القانون، فهي لم تعالج مسألة قيام شخص بتسجيل العلامة المستعملة
غير المسجلة أولاً، ومن ثم قيام مستعملها بالطعن في هذا التسجيل من
خلال منازعة من قام بالتسجيل في ملكية هذه العلامة التجارية.

ومن هنا نخلص بأن المشرع الاماراتي في القانون الاتحادي رقم (٣٧)
لسنة ١٩٩٢ بشأن العلامات التجارية والقوانين المعدلة له لم يفرض أية
حماية للعلامة التجارية المستعملة غير المسجلة في حال التعدي عليها من
قبل شخص آخر، إذا قام بتسجيلها لدى مسجل العلامات التجارية في
وزارة الاقتصاد والتجارة الاماراتية.

الفرع الثاني

القانون الاتحادي بشأن المعاملات التجارية

أما بخصوص القانون الاتحادي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣ بشأن المعاملات
التجارية الاماراتي^١، فقد قام بتعداد بعض الحالات التي تعد من قبيل

1 نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية لدولة الامارات العربية المتحدة بتاريخ ٢٠
سبتمبر لسنة ١٩٩٣.

المنافسة غير المشروعة في المواد من (٦٤ - ٧٠)، إلا أنه لم يذكر حالة التعدي على العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) من بين هذه الحالات، وهنا لا بد من التويه أن هذا المشرع في هذا القانون قد أحال كل ما يتعلق بالعلامات والبيانات التجارية إلى القوانين الخاصة بها، وهو أمر وكما يبدو لي يقود بالضرورة إلى القول بأن المشرع الإماراتي لم يعتبر التعدي على العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) من قبل شخص آخر هو حالة من حالات المنافسة غير المشروعة، وبالتالي لا يجوز لصاحب هذه العلامة رفع أية دعوى للمطالبة بالتعويض عن التعدي على علامته على أساس أن هذا التعدي يعد من قبيل المنافسة غير المشروعة.

ويرى اتجاه في الفقه أن العلامة المستعملة (غير المسجلة) تتمتع بالحماية المدنية من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة، في حال تحقق أركانها، لذا فإن من حق مالك العلامة حتى لو كانت غير مسجلة رفع دعوى المنافسة غير المشروعة على أي شخص إذا قام هذا الشخص بالتعدي على علامته، كون هذه الدعوى تعد الوسيلة الوحيدة لحماية العلامة عندما لا تتحقق أركان المسؤولية الجزائية، ويرى هذا الاتجاه بعدم اشتراط وجود ضرر لاحق بمالك العلامة لقبول الدعوى، وأن الأمر يقتصر فقط على توافر خطر الخلط بين المنتجات.

الفرع الثالث

القانون الاتحادي بشأن المعاملات المدنية

يعد قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ من القوانين المتأثرة بالفقه الإسلامي، من خلال تبنيه لفكرة المسؤولية

- 1 تنص المادة (٧١) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣ على أنه "العلامات والبيانات التجارية تنظمها القوانين الخاصة الصادرة في هذا الشأن".
- 2 د.علي سيد قاسم، حقوق الملكية الفكرية في قانون دولة الامارات العربية المتحدة: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٢، ص ١٢٤، ١٢٥.

الموضوعية القائمة أساساً على حماية المضرور وتعويضه عن الأضرار التي تصيبه، أما بخصوص سلوك الشخص المرتكب للفعل الضار فلا يدخل في حسابات هذه المسؤولية الا في حالات عارضة، وقد يكون الأضرار أصيلاً ويتحقق عندما يقوم شخص بالأضرار بغيره بفعله الشخصي، كما قد يكون تبعياً ويتحقق ذلك عندما يكون الأضرار بواسطة الغير سواء كان هذا الغير إنساناً أم حيواناً أم شيئاً¹.

وتنص المادة (٢٨٢) من القانون أعلاه على أن "كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر" وقد يكون الأضرار على شكلين إما بالمباشرة أو التسبب². كما اشترط المشرع الاماراتي للزوم الضمان بالتسبب التعدي أو التعمد، ولم يشترط ذلك إذا كان الأضرار بالمباشرة³.

كما يتناول حق الضمان الضرر الادبي الناتج عن التعدي على الغير في حرته أو شرفه أو عرضه أو السمعة أو المركز الاجتماعي أو الاعتبار المالي⁴. وبناء على ذلك وكما يبدو لي فان صاحب العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) بإمكانه رفع دعوى للمطالبة بالضمان على كل شخص يتعدى على هذه العلامة، وأن يستند في دعواه الى أحكام المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، باعتبارها مظلة الحماية التي تستظل بظلها كافة الحقوق ومن بينها الحق على العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة).

المطلب الثاني

حماية العلامة التجارية المستعملة غير المسجلة في التشريعات الاردنية
اختلفت التشريعات الاردنية فيما بينها بشأن الحماية التي فرضتها للعلامة التجارية غير المسجلة، وقد برز هذا الاختلاف بين قانون

- 1 د. عدنان السرحان، المصادر غير الارادية للالتزام (الحق الشخصي)، مكتبة الجامعة، الشارقة، اثراء للنشر والتوزيع، الأردن، سنة ٢٠١٠، ص ١٧.
- 2 نص المادة (١/٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.
- 3 نص المادة (٢/٢٨٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.
- 4 نص المادة (١/٢٩٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.

العلامات التجارية الاردني وقانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية ، وقد ظهر جليا أن هناك اتفاقا بين التشريعات الاردنية على عدم اعطاء حماية جزائية لهذه العلامة ، وتركز الاختلاف حول اضعاف الحماية المدنية لهذه العلامة ، لذا سيتم تناول هذا المطلب من خلال فروع عدة أهمها:

الفرع الأول الحماية في قانون العلامات التجارية الاردني

فرض المشرع الاردني قاعدة عامة مفادها أنه لا حماية لعلامة تجارية غير مسجلة في الاردن ، وقد ظهر هذا جليا في نص المادة (٣٤) من قانون العلامات التجارية الاردني ، اذ منعت الفقرة الاولى من هذه المادة أي شخص من اقامة دعوى للمطالبة بأية تعويضات عن التعدي على علامة تجارية غير مسجلة داخل الاردن ، وسمحت هذه الفقرة لهذا الشخص فقط اقامة دعوى ابطال علامة تجارية ، اذا تم تسجيل هذه العلامة من قبل شخص لا يملكها بعد أن سجلت هذه العلامة في الخارج. ويشترط أن تستند دعوى الابطال الى الأسباب الواردة في الفقرات (١٢، ١٠، ٧، ٦) من المادة الثامنة من قانون العلامات التجارية الاردني.

وهنا وكما يلحظ فان المشرع الاردني في قانون العلامات التجارية لا يعطي أية حماية للعلامة التجارية غير المسجلة ، اذا كانت هذه العلامة مستعملة في الاردن أي كانت وطنية ، وإنما يضمني هذه الحماية على العلامة الاجنبية المستعملة في الاردن وغير المسجلة ، حتى أن هذه الحماية لا تميز لملكها استخدامها والاستفادة منها ، الا في حال اقدم أحد الأشخاص على تسجيل هذه العلامة لدى مسجل العلامات في وزارة الصناعة والتجارة في الاردن ، أما بدون اقدم هذا الشخص على تسجيل هذه العلامة لدى المسجل في الاردن ، فلا تقوم الحماية لهذه العلامة بتاتا ، بالتالي يمكن لأي شخص التعدي عليها دون أن يقوم بتسجيلها ، استنادا الى عدم وجود حماية مفروضة لهذه العلامة في قانون العلامات التجارية ،

ويتحقق ذلك اما بتقليدها أو تزويرها أو بأي صورة من صور التعدي الأخرى كوضع العلامة على منتجات لبيعها أو عرضها بقصد البيع.

وقد برر اتجاه في الفقه ما ذهب اليه المشرع الأردني في المادة (٣٤) من قانون العلامات التجارية الاردني باشتراطه تسجيل العلامة لإضفاء الحماية المدنية عليها هو رغبة من قبل هذا المشرع من أجل تشجيع أصحاب هذه العلامات لتسجيلها من أجل معرفتها وحصرها. كما يرى اتجاه في الفقه بأن ما ذهب اليه المشرع الاردني في المادة (٣٤) من قانون العلامات التجارية، يعد تشجيعاً ضمناً للمالك هذه العلامة من أجل تسجيلها، وبالرغم من ذلك فإن هذا يعد اتجاهها غريباً للمشرع الاردني كونه بمجرد العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) من أبسط أنواع الحماية وهي الحماية المدنية لأي حق^١. وهذا يعد مخالفة واضحة لقواعد المسؤولية المدنية وخروجاً صارخاً، كما يعد تحكماً من قبل المشرع الاردني حرم به العلامة التجارية غير المسجلة من الوسيلة الوحيدة لحمايتها^٢.

وقد أعطى القضاء الاردني في قرار محكمة العدل العليا الحق لمستعمل العلامة التجارية التي أصبحت مميزة لبضاعة أن يطلب ترقين تسجيل هذه العلامة باسم أي شخص، اذا ظهر بأن هناك تشابهاً بين العلامتين من شأنه أن يؤدي الى غش الجمهور^٣. ولا بد من التنويه هنا أن مستعمل العلامة

- 1 د. عادل المقدادي، الحماية القانونية للعلامات التجارية في القانون الاردني، ورقة عمل قدمت في المؤتمر العلمي العالمي الأول حول الملكية الفكرية الذي عقد في رحاب جامعة اليرموك في الفترة ١٠ - ١١/٧/٢٠٠٠، ص ١٦.
- 2 د. صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، المرجع السابق، ص ١٧٤، ١٧٥.
- 3 د. صلاح زين الدين، العلامات التجارية ووطنياً ودولياً، المرجع السابق، ص ٢٤٤.
- 4 قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ٩٥/٣٠٦ منشور في مجلة نقابة المحامين الاردنيين، لسنة ١٩٩٦، ص ٦٤١.

التجارية غير المسجلة لا يكون بمقدوره المطالبة بالتعويض عن الخسائر التي مني بها أو الأضرار اللاحقة به سواء كانت مادية أم معنوية إذا ما حصل تعدي على علامته المستعملة، فهو حق مقصور لمالك العلامة التجارية المسجلة حصراً¹.

الفرع الثاني

الحماية بموجب قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية²

انجبه المشرع الأردني اتجاهها مغايراً في قانون المنافسة غير المشروعة عما هو الحال عليه في قانون العلامات التجارية بشأن العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة)، فقد اعتبر التعدي على هذه العلامة يعد من قبيل المنافسة غير المشروعة³، ولم يفرق المشرع الأردني بهذا الخصوص بين العلامة المستعملة المسجلة أو غير المسجلة⁴.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن التشريعات التي تنظم المنافسة في الدول المختلفة والأسواق، تعد من أهم الآليات المستقرة في النظم القانونية القائمة على مبدأ حرية التجارة⁵. كون أن المنافسة المشروعة هي الركيزة الأساسية التي تعتمد عليها الدول في نموها الاقتصادي، إضافة إلى ما يمكن

1 الحماية ربا طاهر قليوبي، المرجع السابق، ص ١٧٨.

2 يسمى هذا القانون قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠، وقد نشر على الصفحة رقم (١٣١٦) في الجريدة الرسمية في العدد رقم (٤٤٢٣) بتاريخ ٢/٤/٢٠٠٠م.

3 تعرف المنافسة حسب احكام المادة (١/٢) قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠ على أنها "يعتبر عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة كل منافسة تتعارض مع الممارسات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية.....".

4 انظر بخصوص ذلك نص المادة (٢/ب) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠.

5 خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، ص ٣٥٢، لسنة ٢٠٠٢.

أن تشارك وتساهم في التنمية الاقتصادية للدول وتحسين مستوى الانتاج فيها، على اعتبار أن النظام الاقتصادي الحر يقوم أساسا على مبدأ المنافسة¹.

وعلى اعتبار أن العلامة التجارية تعد وسيلة الاتصال الأساسية والرئيسية ما بين الشركات المنتجة والمستهلكة²، فقد لجأ المشرع الاردني الى حماية هذه العلامة المستعملة من قبل شخص حتى في الأحوال التي لا تكون فيها هذه العلامة مسجلة، على أساس كما يبدو لي أن التعدي على هذه العلامة من شأنه أن يتعارض مع الممارسات الشريفة في الشؤون الصناعية والتجارية، كما اشترط المشرع الاردني أن يؤدي ذلك التعدي الى تضليل الجمهور³، فان تحقق هذا الشرط المتمثل بالتضليل الذي قد يقع به الجمهور نتيجة التعدي على علامة تجارية مستعملة (غير مسجلة)، فاننا نكون في هذه الحالة أمام منافسة غير مشروعة من قبل من قام بالتعدي على العلامة التجارية.

ولابد من التأكيد هنا الى أن الحماية التي فرضها المشرع الاردني للعلامة المستعملة غير المسجلة هي الحماية المدنية في قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية، على أساس أن الحماية الجزائية للعلامة التجارية تكون حكرا على العلامة المسجلة⁴، الأمر الذي حدا بمحكمة

1 د. صفوت بهنساوي، القانون التجاري، ج 1، دار النهضة العربية، بني سويف، سنة ٢٠٠٧، ص ١٨٩.

2 رجائي الدقي، مختار سعيد، العلامات التجارية ودورها في حماية المنتج، مطبعة الاعتماد، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٠، ص ٧.

3 انظر بخصوص ذلك نص المادة (٢/ب) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الاردني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠.

4 قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ٢٠٠٧/٥٠٧٣ منشور على الموقع الالكتروني <https://jamallawfirm.wordpress.com> تاريخ الدخول للموقع ٢٠١٥/١٠/٢٥.

العدل العليا الى اعتبار العلامة التجارية تايجر (TIGER) جديزه بالحماية الجزائية ، لكونها مسجلة في سجل العلامات التجارية، وتم تجديد التسجيل بشأنها، الأمر الذي يعطي الحق للمالكها وحده باستعمالها، ويحق له منع الغير من استعمال علامة مطابقة على منتجات شبيهة، وقد اعتمدت المحكمة على ركنين بهذا الخصوص يتمثل الأول بأن تكون العلامة المستعملة من قبل شخص آخر بذات الشكل المسجل فيه العلامة التجارية، وأن يكون استعمال الغير لهذه العلامة على منتجات مماثلة للمنتجات التي تميزها العلامة، وقد ثبت للمحكمة من خلال الخبرة انتفاء الركنين، على أساس أن العلامة التجارية المسجلة (TIGER) تميز الأحذية الرياضية، أما العلامة المستعملة من قبل المشتكى عليهما (TIGER STEEL) فهي خاصة بأحذية السلامة العامة، لذا توصلت المحكمة الى عدم وجود تماثل بينهما، الأمر الذي يتنفي بوجوده الركن الاول، كما أنهما مختلفان من حيث الصنف المسجلة به كل علامة ، وهو أمر يتنفي بوجوده الركن الثاني

ورأت كذلك محكمة العدل العليا الاردنية أن المادة الثانية بفقرتها الاولى قد تحدثت عن اربع حالات للمنافسة غير المشروعة في الشؤون الصناعية والتجارية، وأقرت حالة خامسة وهي المنافسة غير المشروعة لمالك العلامة بشرط أن تكون مستعملة داخل الأردن حتى لو لم تكن مسجلة، وأن تؤدي هذه المنافسة الى تضليل الجمهور، وبما أن موضوع المنافسة غير المشروعة هو تقليد للعلامة التجارية ونستون (Winston)، وبما أنه تم ضبط ثلاث حاويات للدخان المقلد في ميناء العقبة، ولم تقدم الجهة المدعية أية بينة تثبت تداول الدخان المقلد في الاردن بالعلامة التجارية

1 قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ٢٠٠٩/٢١٥٦ منشور على الموقع الالكتروني <https://jamallawfirm.wordpress.com> تاريخ الدخول للموقع ٢٥/١٠/٢٠١٥.

(Winston) ، كما أن المدعية أقرت بأن الحاويات قد ضبطت في العقبة ، من خلال هذه الوقائع فإن المحكمة تجدد أن شروط قانون المنافسة غير المشروعة والتي أشار لها في الفقرة (ب) من المادة الثانية غير متوفرة ، وهو الأمر الذي بوجوده تفقد فيه الجهة المدعية سندها القانوني ، لذا تكون الدعوى واجبة الرد.

وبناء على ذلك فقد كان المشرع الاردني حذرا في التعامل مع العلامة التجارية المستعملة غير المسجلة ، واشترط لحمايتها في قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠ شروط عدة أهمها:
اولا: أن يكون هناك تعدي على علامة تجارية مستعملة ، سواء تعلق الأمر بالادعاءات المغايرة للحقيقة ، أم بتقليد أو تزوير هذه العلامة ، أو أي ممارسة تنال من شهرتها ، أو أي عمل من شأنه أن يسبب لبسا مع هذه العلامة.

ثانيا: أن تؤدي هذه المنافسة غير المشروعة الى تضليل الجمهور ، والا لاتتحقق المنافسة غير المشروعة.

ثالثا: أن تلحق هذه المنافسة غير المشروعة ضررا بصاحب العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) ، ومن هنا يمكن القول بأنه لتفعيل نص المادة (٢/ب) من قانون المنافسة غير المشروعة لا بد أن يكون هناك تعدي على العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) بمختلف أشكال وصور هذا التعدي ، وأن يلحق هذا التعدي ضررا بمالك العلامة التجارية المستعملة ، وأن يكون هذا الضرر سببا مباشرا لفعل التعدي الحاصل من الغير. كما أضاف القضاء الاردني شرطا يتمثل بضرورة أن يؤدي التعدي على العلامة

- 1 قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ٢٥٤٧/٢٠٠٦ والمنشور على الموقع الالكتروني <https://jamallawfirm.wordpress.com> تاريخ الدخول للموقع ٢٥/١٠/٢٠١٥.
- 2 انظر بهذا الخصوص نص المادة (٣/أ) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الاردني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠.

التجارية المستعملة (غير المسجلة) الى تضليل الجمهور داخل المملكة الاردنية الهاشمية، وبعبارة لا يفعل موضوع حماية هذه العلامة في قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الاردني.

الفرع الثالث

حماية العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) وفقاً للقواعد العامة

فرضت المادة (٢٥٦) من القانون المدني الاردني حماية قانونية تستظل بها كافة الحقوق، كونها نظمت أحكام المسؤولية التقصيرية، اذ أعطت الحق لكل من لحقه الضرر المطالبة بالتعويض من محدث هذا الضرر ولو كان هذا الأخير غير مميز، والضرر المقصود بغايات هذه المادة هو الضرر المادي والادبي معا سواء تعلق الأمر بالتعدي على حرية الشخص أم على عرضه أو شرفه أو السمعة التي يتمتع بها أو المركز الاجتماعي الذي يتبوأه أو اعتباره المالي^١.

وهنا أشير الى أن المشرع الاردني بهذا الخصوص لا يجعل الربح الفائت من ضمن التعويض الذي يمكن المطالبة به، وإنما يكتفي بالخسارة اللاحقة بهذا الخصوص^٢.

وهنا يمكن القول بأن من تم التعدي على علامته التجارية المستعملة غير المسجلة بإمكانه أن يرفع دعوى للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء هذا التعدي، كما يستطيع المطالبة بوقف التعدي سنداً للقواعد العامة الواردة في القانون المدني، ولكن التعويض هنا يشمل الخسارة اللاحقة به نتيجة هذا التعدي دون امتدادها الى الربح الفائت.

المطلب الثالث

الحماية المدنية للعلامة التجارية المستعمل غير المسجلة باعتبارها وصفاً آخر

تتحقق الحماية المدنية للعلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) بصورة تلقائية، وأن تحقق هذه الحماية لهذه العلامة ليس بوصفها علامة تجارية،

1 المادة (١/٢٦٧) من القانون المدني الاردني النافذ.

2 المادة (٣٦٣) من القانون المدني الاردني النافذ.

يل بسبب اتخاذها وصفاً آخر، فحمايتها لا تستند أساساً الى قوانين
العلامات التجارية في الامارات والاردن، وهو أمر يمكن بحثه على النحو
التالي:

الفرع الاول

اتخاذ شخص اسمه الشخصي علامة تجارية

قد يقوم شخص باتخاذ اسمه الشخصي علامة تجارية لبضاعة أو
منتجاته أو خدماته التي يقدمها، ففي هذه الحالة تتحقق الحماية المدنية
لهذه العلامة، ولكن ليس باعتبارها علامة تجارية مستعملة (غير
مسجلة)، وإنما باعتبار أن التعدي على هذه العلامة يعد تعدياً على الحقوق
الشخصية الملازمة لصفة الانسان. وفي قرار للمحكمة الاتحادية الاماراتية
العليا رأت فيه جواز قيام الشخص (التاجر، الصانع) باتخاذ اسمه
الشخصي علامة تجارية يضعها على منتجاته¹.

ويرى اتجاه في الفقه أيضاً بجواز استعمال الشخص اسمه الشخصي أو
اسم عائلته (اللقب) أو كلاهما كعلامة تجارية ومثالها (بيجو، فورد)².
ويشترط هنا في هذه الأسماء حتى تكون علامة تجارية أن تتخذ شكلاً
مميزاً كوضعها في إطار رسم ما كان شكلاً هندسياً مربعاً أو مثلثاً أو
دائرة أو غيرها³.

واعتبر المشرع الاماراتي في قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة
١٩٨٥ أنه يكون لكل شخص اسم ولقب، وهذا اللقب ينصرف ويلحق
بأولاده⁴. كما أجاز هذا المشرع لكل من يتم الاعتداء على حق من حقوقه

- 1 قرار المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية الصادر في ٢٦ يونيو ٢٠٠٦، ذكره د. محمد
حسن عبدالله، المرجع السابق، ص ١٠٦.
- 2 د. علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص ٨٢.
- 3 د. علي سيد قاسم، المرجع ذاته، ص ٨٣.
- 4 انظر بهذا الخصوص نص المادة (٨٠) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم
(٥) لسنة ١٩٨٥.

الملازمة لشخصيته كالاسم واللقب أن يطلب وقف هذا التعدي^١. كما يحق لهذا الشخص في حال منازعته من قبل الغير سواء تعلقت هذه المنازعة باستعمال اسمه أو لقبه أو الإثنيين معا، أو في حال انتحال اسمه أو لقبه أو كليهما، دون أن يستند في ذلك الى تصريح أو تفويض من هذا الشخص أن يطلب وقف الاعتداء مع المطالبة بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب هذا الاستعمال أو الانتحال^٢.

ولا يختلف الوضع لدى المشرع الاردني في القانون المدني الاردني عما ذهب اليه المشرع الاماراتي في حماية الحقوق الملازمة لشخصية الانسان ومنها الاسم الشخصي له^٣.

ويرى اتجاه في الفقه بأن الضرر الحاصل لمن تم التعدي على اسمه الشخصي هو ضرر مفترض، وبالتالي لا حاجة لاثباته وهو في الغالب يكون معنويا، لأن تفسيره على غير هذا الوجه من شأنه أن يؤدي الى انعدام الجدوى من حماية الحقوق الملازمة لشخصية الانسان الواردة في المادتين (٤٨، ٤٩) من القانون المدني الاردني. كما من شأنه أن يجعل من هاتين المادتين تزيديا في ظل وجود المادة (٢٥٦) من ذات القانون ومفادها كل اضرار بالغير من شأنه أن يلزم فاعله بتعويض الضرر ولو كان غير مميز^٤.

وكما يبدو لي فإن العلامة يتم حمايتها هنا ليس باعتبارها علامة تجارية، وإنما لكونها تعد اسما شخصيا مستعملها، وهذا الاسم يعد لصيقا بالانسان لا يجوز التعدي عليه، وفي حال التعدي فيجوز في هذه الحالة منع ذلك التعدي مع المطالبة بالتعويض في حال حصول الضرر، وبدوري هنا

- 1 المادة (٩٠) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.
- 2 المادة (٩١) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.
- 3 المادتين (٤٨، ٤٩) من القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
- 4 ماهر فوزي حمدان، حماية العلامات التجارية : دراسة مقارنة، مطبعة الجامعة الاردنية، عمان، سنة ١٩٩٩، ص ١١٤.

فلا أميل الى الاتجاه الفقهي القائل بأن الضرر هنا مفترض وغالبا ما يكون معنويا ، فالضرر وجب اثباته من قبل المتضرر، وقد يكون كذلك ماديا وخاصة في الأحوال التي يستخدم فيها الشخص اسمة كعلامة تجارية. ويجدر أن يلحظ هنا أنه في الأحوال التي يتم فيها تسجيل هذا الاسم من قبل الغير كعلامة تجارية، فإن كلا المشرعين الاماراتي والاردني قد منعنا تسجيله ابتداء ، واذا ما تم التسجيل فيمكن لصاحبه طلب ترقيين هذا التسجيل ليس باعتباره علامة تجارية مستعملة، بل باعتباره اسما شخصيا له يتمتع بالحماية القانونية بموجب قانوني المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الاردني، وكذلك لكون كلا المشرعين الاماراتي والاردني قد منعنا تسجيله بموجب القانون الاتحادي الإماراتي بشأن العلامات التجارية وقانون العلامات التجارية الاردني.

الفرع الثاني

اتخاذ الشخص اسمه أو عنوانه التجاريين علامة تجارية

يعد كلا من الاسم التجاري والعلامة التجارية من الاشارات المميزة، الأول هو لفظ يميز المحل التجاري عن غيره من المحلات التجارية، أما الثانية فهي لتمييز البضائع والمنتجات والخدمات عن غيرها، لذا فان الاختلاف يكمن في محل التمييز، كما يختلفان من حيث الكم، اذ يمكن استعمال العلامة من قبل اكثر من شخص من خلال ترخيص يمنحه صاحبها، أو استقلالها من قبل تاجر آخر على صنف اخر من البضائع، كما يكمن الاختلاف من حيث نطاق الحماية، اذ أن حماية الاسم

- 1 انظر بهذا الخصوص نص المادة (٧/٣) من القانون الاتحادي الاماراتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ في شأن العلامات التجارية المعدل بموجب القانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ والقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢.
- 2 المادة (٩/٨) من قانون العلامات التجارية الاردني النافذ.

التجاري مقتصرة على حدود اقليم معين في الدولة، أما العلامة فتتمتد حمايتها لتشمل كافة اقليم الدولة¹.

ويرى اتجاه في الفقه أنه اذا استخدمت العلامة التجارية من قبل أي شخص وكان هذا الشخص يحمل الاسم أو العنوان نفسه، فإن ذلك لا يشكل أي اعتداء على هذه العلامة، وهو أمر مشروط باستخدام هذه العلامة في مجال الصناعة والتجارة، وأن يكون ذلك متفقا مع الممارسات الشريفة². ويتفق الاسم التجاري مع العلامة التجارية في أن كلاهما يعد من حقوق الملكية الصناعية والتجارية، والتي يكون هدفها توفير سلطة استثنائية للمالك على الزبائن³.

كما تختلف العلامة التجارية عن العنوان أن الأخير يستخدم لتمييز التاجر عن غيره من التجار، ويرى اتجاه في الفقه أن مصطلحي العنوان والاسم مستقلان عن بعضهما البعض من حيث الطبيعة والوظيفة والعناصر، وهو أمر بوجوده يمكن القول بأن الاسم التجاري للتاجر من شأنه أن يقابل الاسم المدني لغير التاجر، أما العنوان التجاري فانه يقابل الموطن بالنسبة للشخص غير التاجر⁴.

ولابد من الإشارة هنا الى أنه قد يقوم أحد الأشخاص باستخدام عنوانه أو اسمه التجاريين كعلامة تجارية، ففي هذه الحالة تتمتع العلامة التجارية بالحماية القانونية حتى في الأحوال التي لا يتم فيها تسجيل هذه العلامة، أي أن القانون يحمي هذه العلامة المستعملة (غير المسجلة) ليس باعتبارها علامة تجارية، وإنما يحميها بصورة عرضية كونها اسما تجاريا أو عنوانا تجاريا.

- 1 حمادي زويير، المرجع السابق، ص ٣٥ - ٣٧.
- 2 امنة الصامت، الحماية الجنائية الموضوعية للعلامات التجارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ١١٦.
- 3 د. محمد حسن عبدالله، المرجع السابق، ص ١٣٣.
- 4 د. صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنيا ودوليا، المرجع السابق، ص ٥٩.

ويجدر أن يلاحظ بهذا الخصوص أن المشرع الاماراتي في القانون الاتحادي الاماراتي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣ بشأن المعاملات التجارية قد منع أي شخص من استعمال الاسم التجاري لشخص آخر دون وجود اتفاق سابق على هذا الاستعمال، وفي حال وجود مثل هذا الاستعمال غير المشروع أي دون ترخيص فيحق للمتضرر هنا المطالبة بالتعويض في حال وجود الضرر، كما فرض هذا المشرع عقوبة جزائية تتمثل بالحبس والغرامة التي لا تقل عن عشرة الاف درهم. وبناء على ذلك يمكن القول بأن العلامة التجارية اذا كانت متطابقة مع الاسم التجاري للتاجر يمكن حمايتها لدى المشرع الاماراتي حتى لو لم تكن هذه العلامة مسجلة.

أما بخصوص المشرع الاردني فقد فرض حماية قانونية جزائية ومدنية للعنوان التجاري، بأن منع هذا المشرع في قانون التجارة الاردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ أي شخص من وضع عنوان غيره بشكل مقصود على أية منشورات أو أغلفة أو رسائل أو أوراق تجارية أو بضائع بصورة غير محقة، أو قام بعرض بضاعة من أجل بيعها وكانت تتضمن عنوانا تجاريا لغيره وفرض المشرع الاردني عقوبة الحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد على سنة، أو الغرامة التي لا تقل عن خمسين دينارا ولا تزيد على مائتي دينار^١. كما فرض هذا المشرع حماية مدنية لهذا العنوان بأن أجاز لذوي الشأن المطالبة بمنع استعماله أو شطبه في حال تسجيله من قبل شخص آخر. كما أجاز للمتضرر المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر^٢.

أما بخصوص الاسم التجاري فقد فرض المشرع الاردني حماية مدنية لهذا الاسم، وأجاز للمالك هذا الاسم في الأحوال التي يقوم فيها برفع دعوى مدنية لمنع التعدي على هذا الاسم أو أثنائها بعد تقديم كفالة مصرفية أو نقدية أن يطالب بوقف التعدي والحجز التحفظي على البضائع

1 المادة (١/٤٧) من قانون التجارة الاردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦.

2 المادة (٢، ١/٤٩) من قانون التجارة الاردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦.

ذات العلاقة، والمحافظة على كل دليل ذي صلة بالتعدي^١، كما أجاز هذا
المشرع للمتحكمة بأن تقرر مصادرة كافة المواد والادوات أو اتلافها اذا
كانت على صلة بالتعدي أو التصرف بها لأغراض غير تجارية^٢.

وكما يبدو لي فإن المشرع الاردني هنا لم يشر صراحة الى وجود عقوبة
جزائية في حال التعدي على الاسم التجاري، واكتفى فقط بالحماية
المدنية، وبهذا الخصوص يرى اتجاه في الفقه أنه لقيام جريمة الاستعمال
المشار لها في المادة (٤١٦) من قانون العقوبات الاردني، لابد من توافر
شروط ثلاثة وهي: الاستعمال المتمثل باثبات فعل من شأنه اخراج الشيء
من حيازة المالك، وأن يكون هذا الاستعمال دون وجه حق، وأن يترتب
على هذا الاستعمال ضرراً مادياً أو معنوياً، ويعد استعمال الاسم
التجاري من قبل شخص اخر كما يرى اتجاه في الفقه يتوافر فيه الشرط
الثاني ولكن لا يتوافر فيه الشرطان الاول والثالث^٣.

وأشير هنا الى أن المشرع الاردني كذلك قد منع صراحة تسجيل العلامة
التي تحتوي على اسم المحل التجاري لأي شخص، الا في الأحوال التي
يوافق فيها ذلك الشخص على هذا التسجيل^٤. أما بخصوص المشرع
الاماراتي فلم يشر صراحة الى هذا المنع في اطار نص المادة (٣) من القانون
الاتحادي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ المعدل، والتي أشارت الى العلامات
التجارية أو عناصرها التي لا يمكن تسجيلها.

1 المادة (١٢/أ، ب) من قانون الأسماء التجارية الاردني رقم (٩) لسنة ٢٠٠٦ نشر
هذا القانون في الجريدة الرسمية على الصفحة (٧١٧) في العدد رقم (٤٧٥١)
بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٦.

2 المادة (١٢/ج) من قانون الأسماء التجارية الاردني رقم (٩) لسنة ٢٠٠٦.

3 ماهر فوزي حمدان، المرجع السابق، ص ١١٦، ١١٧.

4 المادة (٩/٨) من قانون العلامات التجارية الاردني النافذ.

الخاتمة

يعد استعمال أحد الأشخاص لعلامة تجارية غير مستعملة مدعاة للكثير من الإشكاليات التي قد تثور بهذا الخصوص، خاصة المتعلقة بتحديد مفهوم هذه العلامة، والحقوق التي تخولها لصاحبها، وفيما إذا كان حق صاحبها عليها حق ملكية أم شيئاً آخر، فقد وجدت هذه الدراسة أن اتفاقية تريبس قد أشارت للعلامات التجارية المستخدمة قبل تسجيلها، كما أنها لم تمنح الدول الأعضاء من إعطاء حقوق لأصحاب هذه العلامات، مع ادراك هذه الاتفاقية لوجود مثل هذا النوع من العلامات لتمييز السلع والمنتجات والخدمات للأشخاص عما يماثلها من سلع وخدمات ومنتجات الآخرين.

وقد أشارت الدراسة الى، أن هناك كما هائلا من العلامات المستعملة من قبل اصحابها دون أن يلجأوا الى تسجيلها لدى الجهات المختصة في الدولة من أجل اضافة الحماية القانونية التي ترتبها التشريعات المختلفة للعلامات التجارية بشقيها الجزائية والمدنية، اذ اشترط كلا المشرعين الاردني والإماراتي لوجوب تمتع العلامة التجارية بالحماية بشقيها ضرورة تسجيلها لدى الجهات المختصة بذلك، وقد بحثت هذه الدراسة مدى امكانية اضافة الحماية على العلامة التجارية دون تسجيلها، خاصة في اطار القواعد العامة التي تضي الحماية على الحقوق بشكل عام، اذ لا يوجد ما يمنع من اضافة حماية مدنية لهذه العلامة، ذلك أن شرط التسجيل يعد شرطا لازما لتحقيق الحماية الجزائية لهذه العلامة دون المدنية وقد خلصت هذه الدراسة الى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

اولا: النتائج:

(١) عدم اختلاف العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) عن تلك المسجلة من حيث العناصر التي يجوز أن تتكون منها هذه العلامة، وفي استخدامها لتمييز المنتجات والخدمات والبضائع،

الا أن هذه العلامة تختلف عن العلامة المسجلة في عدم توفر الشروط الشكلية فيها والمتعلقة بالتسجيل.

(٢) ان الحق على العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) يعد نوعاً من أنواع حقوق الملكية الفكرية لدى كلا المشرعين الاماراتي والاردني، الا أنه يعد فاقداً لشروط الحماية وهو التسجيل لدى المشرع الاماراتي، أما بخصوص المشرع الاردني فقد حصل تناقض واضح بين قانون العلامات التجارية وقانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية، إذ اضى هذا الاخير حماية مدنية على العلامة غير المسجلة، الأمر الذي أنكره قانون العلامات التجارية.

(٣) بما أن حق صاحب العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) يعد حقاً بالمعنى القانوني فإنه يمكن حمايته من خلال القواعد العامة لحماية مدنية والسماح للمتضرر بالمطالبة بالتعويض، وكذلك الاستناد الى بعض التشريعات الخاصة.

(٤) لم يفرق كلا المشرعين الاماراتي والاردني بين العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) الوطنية والأجنبية، الا بقدر تعلق الأمر بالعلامة التجارية المشهورة، إذ اضى كلا المشرعين عليها الحماية القانونية دون تسجيلها، حتى أن هذه الحماية تفوق الحماية التي فرضها كلا المشرعين للعلامة التجارية الوطنية المسجلة، وذلك بمنعها أي شخص تسجيل علامة مماثلة أو مشابهة أو تشكل ترجمة لهذه العلامة على نفس المنتجات أو البضائع أو الخدمات أو غيرها.

(٥) اعتبر القضاء الاماراتي أن ملكية العلامة التجارية تستند الى الاستعمال وليس التسجيل، وأن هذا الاخير ما هو الا قرينة

بسيطة على اكتساب ملكية العلامة، وبهذا الاتجاه يسير القضاء الاردني.

(٦) لقد اعترف المشرع الاماراتي لصاحب العلامة التجارية المستعملة بحقه في طلب تسجيل العلامة، كما سمح له بطلب ترقيين العلامة اذا سجلها شخص اخر، وهو أمر مقيد بمدة زمنية من أجل استقرار المراكز القانونية، ولم يخرج المشرع الاردني عما جاء به المشرع الاماراتي بهذا الخصوص، وهو أمر يقود للقول بوجود حق ما لصاحب هذه العلامة عليها، الا أن كلا المشرعين في القوانين الخاصة في العلامات التجارية لم يعطياها حماية مدنية تتعلق بجواز المطالبة بالتعويض عن التعدي عليها من قبل شخص اخر، وانما اكتفيا بحق هؤلاء بالادعاء بحق الأولوية في التسجيل ويطلب ترقيين العلامة في حال التعدي عليها ووقف هذا التعدي.

(٧) لقد ساير المشرع الاردني اتفاقية تريبس فيما يتعلق بتسوية المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية المستعملة من قبل اكثر من شخص، اذ اعتبر بأن التسوية الودية هي الوسيلة الاولى التي يتم اللجوء لها بين المتنازعين لحل هذا النزاع، ثم بعد ذلك يتم اللجوء الى المحاكم الادارية لتسوية النزاع في حال فشل التسوية الودية.

(٨) ان المشرع الاماراتي لا يميز في القانون الاتحادي بشأن العلامات التجارية ولا في قانون المعاملات التجارية الاماراتي رفع دعوى للمطالبة بالتعويض في حال التعدي على العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة)، الا أن هذه العلامة يمكن حمايتها من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة المستندة الى قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

٩) ان المشرع الاردني لا يميز رفع دعوى للمطالبة بالتعويض في حال التعدي على العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) ، وقد كان صريحا بهذا الخصوص في قانون العلامات التجارية ، الا أنه أجاز حماية هذه العلامة في قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية ، وأجاز للمتضرر رفع دعوى للمطالبة بالتعويض في حال التعدي على علامته ، كما يمكن الاستناد الى احكام القانون المدني الاردني للمطالبة بالتعويض.

١٠) ان رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض في حال التعدي على العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) سيكون محل رد من قبل المحكمة اذا استند المتضرر في دعواه على قانون العلامات التجارية الاردني ، وانما يجب أن يستند في هذه الدعوى الى قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية أو القانون المدني ، أما بخصوص المتضرر في الامارات فيجب أن يستند على قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

ثانيا : التوصيات :

١) ضرورة أن يقوم كلا المشرعين الاماراتي والاردني وبنصوص صريحة في القانون الاتحادي الاماراتي بشأن العلامات التجارية وقانون العلامات التجارية الاردني باضفاء حماية على العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة) ، وأن تكون هذه الحماية هي حماية مدنية دون الجزائية ، واقتصار الحماية الجزائية على العلامة التجارية المسجلة.

٢) أن يقوم كلا المشرعين الاماراتي والاردني بالاستفادة من نص المادة (١٦) من اتفاقية تريبس لتوسيع الحماية للعلامة التجارية المستعملة وتقرير بعض الحقوق لصاحب العلامة المستعملة (غير المسجلة) ، وذلك من خلال اعطاء حقوق اخرى لصاحبها كحق المطالبة بالتعويض في حال التعدي عليها ، وخاصة اذا كانت هذه

العلامة هي وطنية وليست أجنبية، وعدم الاقتصار على حق الأولوية في التسجيل وطلب الترقين.

(٣) ضرورة أن يقوم المشرع الاردني بازالة التناقض الوارد في قانون العلامات التجارية في المادة (٣٤) وقانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية في المادة (٢/ب)، وأن يكون ذلك بالسماح لصاحب هذه العلامة باقامة دعوى المنافسة غير المشروعة للمطالبة بالتعويض في حال التعدي على العلامة التجارية المستعملة (غير المسجلة)، وبالشروط التي حددها قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية، وتوسيع مظلة الحماية لهذه العلامة، خاصة اذا كانت وطنية، من خلال الابقاء على نص المادة (٢/ب) من قانون المنافسة غير المشروعة وتعديل نص المادة (٣٤) من قانون العلامات بأعطاء الحق لصاحب العلامة المستعملة (غير المسجلة) للمطالبة بتعويضات عن أي تعد على علامته.

(٤) أن يقوم المشرع الاردني بتعديل نص المادة (٢/٣٤) من قانون العلامات التجارية المتعلقة باستئناف القرار الوارد طبقاً لنص الفقرة الاولى من ذات المادة أمام المحكمة الادارية العليا، على اعتبار أن المشرع الاردني بنص الفقرة (١) قد أشار الى دعوى ابطال العلامة ، فلا يمكن أن تكون هذه الدعوى أمام المسجل ، فكان يجب أن يسميها المشرع في الفقرة (١) اعتراضاً على تسجيل العلامة، وقرار المسجل في هذا الاعتراض يخضع للطعن أمام المحكمة الادارية.

(٥) تعديل نص المادة (١٧) من القانون الاتحادي الاماراتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ في شأن العلامات التجارية المعدل، من خلال اضافة فقرة تسمح لصاحب العلامة التجارية المستعملة واعطائه حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تحصل له بسبب التعدي على

علامته من قبل الغير، أو إضافة مثل هذا النص الى النصوص الواردة في قانون المعاملات التجارية الاماراتي الخاصة بالمنافسة غير المشروعة. أو أن يقوم المشرع الاماراتي بتعديل نص المادة (٤٠) من القانون الاتحادي بشأن العلامات التجارية المعدل من خلال إجراء إضافة على النص بحيث يكون كالتالي:

"يجوز لكل من أصابه ضرر نتيجة لأي من الأفعال المنصوص عليها في المادتين (٣٧، ٣٨) من هذا القانون أو حصل تعدي على علامته التجارية المستعملة (غير المسجلة)، أن يرفع دعوى أمام المحكمة المدنية المختصة لمطالبة المسؤول عن الفعل بتعويض مناسب عما لحقه من اضرار".

المراجع

- ١- امنة الصامت، الحماية الجنائية الموضوعية للعلامات التجارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١.
- ٢- د. جاك يوسف الحكيم، الحقوق التجارية (الأعمال التجارية والتجار والمتجر)، ط٧، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٦.
- ٣- د. حسام الدين عبد الغني الصغير، الجديد في العلامات التجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة ٢٠٠٨.
- ٤- د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، منشورات دار المستقبل العربي، مصر، ١٩٨٧.
- ٥- خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، لسنة ٢٠٠٢.
- ٦- المحامية ربا طاهر قليوبي، حقوق الملكية الفكرية (تشريعات، أحكام قضائية، اتفاقيات دولية، مصطلحات قانونية)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.

- ٧- رجائي الدقي، مختار سعيد، العلامات التجارية ودورها في حماية المنتج، مطبعة الاعتماد، الاسكندرية، سنة ٢٠٠٠.
- ٨- زينة غانم عبد الجبار الصفار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠٠٧.
- ٩- د.سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، ط ٥، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٥.
- ١٠- د. صبري حمد خاطر، تفريد قواعد ترينيس في قوانين الملكية الفكرية (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية ودارشترات للنشر والبرمجيات، مصر، سنة ٢٠١٢.
- ١١- د. صفوت بهنساوي، القانون التجاري، ج ١، دار النهضة العربية، بني سويف، سنة ٢٠٠٧.
- ١٢- د. صلاح زين الدين، المدخل الى الملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠٠٤.
- ١٣- د. صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنيا ودوليا، دار الثقافة للطباعة للنشر، عمان، ٢٠١٥.
- ١٤- صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧.
- ١٥- د. صلاح سلمان الاسمر، العلامة التجارية في القانون الاردني والمصري، دن، ١٩٨٦.
- ١٦- د. عادل المقدادي، الحماية القانونية للعلامات التجارية في القانون الاردني، ورقة عمل قدمت في المؤتمر العلمي العالمي الأول حول الملكية الفكرية الذي عقد في رحاب جامعة اليرموك في الفترة ١٠-١١/٧/٢٠٠٠.
- ١٧- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الكتب الجديدة ودارشترات للنشر والتوزيع، مصر، سنة ٢٠٠٨.

- ١٨- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٨،
حق الملكية مع شرح مفصل عن الأشياء والأموال، دار احياء
التراث العربي، بيروت
- ١٩- د.علي سيد قاسم، حقوق الملكية الفكرية في قانون دولة الامارات
العربية المتحدة: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة
٢٠١٢.
- ٢٠- د. عدنان السرحان، المصادر غير الارادية للالتزام (الحق
الشخصي)، مكتبة الجامعة، الشارقة، اثناء للنشر والتوزيع،
الأردن، سنة ٢٠١٠.
- ٢١- د.غسان يرانبو عدنان، التنظيم القانوني للعلامة التجارية: دراسة
مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.
- ٢٢- د. فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء الجديدة،
مصر، ١٩٩٠.
- ٢٣- ماهر فوزي حمدان، حماية العلامات التجارية : دراسة مقارنة،
مطبعة الجامعة الاردنية، عمان، سنة ١٩٩٩.
- ٢٤- د.محمد حسن عبدالله، حقوق الملكية الفكرية (الأحكام الأساسية)
، الافاق المشرقة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
- ٢٥- د. محمد حسني عباس، التشريع الصناعي، دار النهضة العربية،
القاهرة، ١٩٦٧.
- ٢٦- ناصر محمد عبدالله سلطان، حقوق الملكية الفكرية، اثناء للنشر
والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
- المواقع الالكترونية

1- www.startimes.com

2- <https://Jamallawfirm.wordpress.com>

**أثر الأداء الاقتصادي على الاستقرار
السياسي في دول الربيع العربي**

دكتور/ شيرين عادل نصير



أثر الأداء الاقتصادي على الاستقرار السياسي
في دول الربيع العربي
دكتور/ شيرين عادل نصير
مدرسة الاقتصاد بكلية الدراسات الاقتصادية والعلوم السياسية -
جامعة الإسكندرية

ملخص البحث

أثر الأداء الاقتصادي على الاستقرار السياسي في دول الربيع العربي

تعاني عديد من الدول العربية من عدم الاستقرار السياسي ، الذي تمثل في سلسلة من الإحتجاجات تطورت إلى ما عرف بثورات الربيع العربي التي بدأت بتونس لتعاقب في مصر وليبيا واليمن وسوريا وغيرها من دول المنطقة. بالرغم من تبني معظم هذه الدول لبرامج الإصلاح الاقتصادي منذ بداية التسعينيات إلا أن هذه البرامج لم تنجح في تحقيق معدلات نمو مرتفعة ، كما اتسم النمو المحقق بأنه نمواً بلا تنمية أدى إلى زيادة معدلات التضخم والبطالة ، مما أثر سلباً بشكل أكثر حدة على محدودي الدخل ، وعمق من حدة التفاوت في توزيع الدخل بين أبناء الوطن الواحد. وكان لذلك أكبر الأثر على عدم الرضا العام من قبل معظم الأفراد مما أدى في النهاية إلى إندلاع الإحتجاجات التي تحولت إلى ثورات.

تهدف الدراسة إلى التعرف على أهم الأسباب الاقتصادية والسياسية التي أدت إلى عدم الاستقرار السياسي بمنطقة الثورات العربية وبخاصة في كل من : تونس ومصر وليبيا واليمن ، فضلاً عن السودان. وذلك من خلال تحديد دور النمو الاقتصادي المحقق خلال العقدين السابقين ، وارتفاع معدلي البطالة والتضخم ، ومن ثم ارتفاع معدل البؤس الاقتصادي ، فضلاً عن أثر مشاركة المواطنين في الحياة السياسية

على الاستقرار السياسي بالمنطقة. لتحقيق أهداف الدراسة، قام الباحث ببناء نموذج قياسي يعتمد على أسلوب التكامل المشترك ونموذج تصحيح الخطأ (CIECM)، باستخدام أسلوب PMG لتقدير العلاقة طويلة الأجل بين الاستقرار السياسي كمتغير تابع وكل من النمو الاقتصادي والتضخم والبطالة والديمقراطية في دول الدراسة خلال الفترة (١٩٩٦ - ٢٠١٣).

توضح نتائج القياس أن هناك توازن طويل الأجل بين الاستقرار السياسي من ناحية، وكل من النمو الاقتصادي والبطالة والتضخم والديمقراطية من ناحية أخرى. عند حدوث خلل أو عدم توازن بين متغيرات النموذج في الأجل القصير، تحتاج المتغيرات إلى سنة ونصف تقريباً للعودة إلى التوازن من جديد. كما أثبتت النتائج أن النمو الاقتصادي بدول الدراسة لم ينجح خلال العقدين السابقين في تحقيق الاستقرار السياسي، بل أدى إلى انخفاض الاستقرار السياسي بمعدل أكبر. كما أن ارتفاع كل من معدلي البطالة والتضخم يؤدي بالضرورة إلى انخفاض الاستقرار السياسي بدول الدراسة. أخيراً تبين الدراسة أن زيادة معدل الديمقراطية في بلدان عانى مواطنيها من الديكتاتورية لفترات طويلة من الزمن يؤثر سلباً على الاستقرار السياسي بالبلاد.

Abstract

The Effect of the Economic Performance of the Arab Spring Countries on the Political Stability

Most of the Arab countries suffer from the political instability; this is represented in a series of protests developed into what so called 'the Arab spring revolutions' which began in Tunisia followed by Egypt, Libya, Yemen, Syria and other Arab countries. Although most of these countries adopt economic reform programmes since the beginning of the 1990s,

they failed to achieve high rate of economic growth. Instead this economic growth does not obtain economic development, and lead to an increase in the inflation rate and unemployment rate and therefore an increase in the inequality of income distribution among citizens.

The study aims to identify the main economic and political factors that significantly affect political instability in Arab spring countries, especially Tunisia, Egypt, Libya, Yemen and Sudan over the period (1996-2013). This can be obtained through determining the significant effect of economic growth, inflation, unemployment, and democracy on the political instability in these countries. To achieve this goal, the co-integration and error correction model (CI/ECM) has been constructed, using pooled mean group approach (PMG) to estimate the long-run relation between political stability as a dependent variable and economic growth, inflation, unemployment, and democracy as explanatory variables in the Arab spring countries over the period (1996-2013).

The results of the estimation indicate that political stability is found to be co-integrated with its fundamental determinants at the 1% significance level, with a high adjustment speed toward the steady state equilibrium, reach 68%. Therefore, the short-run disequilibrium is corrected and all the variables reach new steady state equilibrium through only one year and half. The long-run results indicate that economic growth failed to achieve the political stability in the Arab spring countries over the last two decades. An increase in economic growth, inflation rate, unemployment rate, and level of democracy affect the political stability negatively in these countries over the period of the study.

عانت عديد من الدول العربية خلال السنوات القليلة الماضية ولازالت تعاني من عدم الاستقرار السياسي، الذي تمثل في سلسلة من الإحتجاجات تطورت إلى ما عرف بثورات الربيع العربي التي بدأت بتونس لتتعاقب في مصر وليبيا واليمن وسوريا وغيرها من دول المنطقة. تلك الثورات المتتالية إنما جاءت أثر سنوات عديدة من تردي الأوضاع الاقتصادية في المنطقة العربية، فضلاً عن القمع وعدم مشاركة الأغلبية في الحياة السياسية ببلادهم. وبالرغم من تبني معظم هذه الدول لبرامج الإصلاح الاقتصادي منذ بداية تسعينيات القرن الماضي إلا أن هذه البرامج لم تنجح في تحقيق معدلات نمو مرتفعة، فضلاً عن زيادة معدلات التضخم التي أثرت سلباً بشكل أكثر حدة على محدودي الدخل، مما عمق من حدة التفاوت في توزيع الدخل بين أبناء الوطن الواحد. وكان لذلك أكبر الأثر على عدم الرضا العام من قبل معظم الأفراد، مما أدى في النهاية إلى إندلاع مثل هذه الإحتجاجات التي تأججت وتحولت إلى ثورات بسبب تجاهل الحكومات لمطالب الشعوب وتبني سياسة القمع الشديد لهذه الإحتجاجات.

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على أهم الأسباب الاقتصادية والسياسية التي أدت إلى عدم الاستقرار السياسي بمنطقة الثورات العربية وبخاصة في كل من: تونس ومصر وليبيا واليمن، فضلاً عن السودان، التي عبر عنها المواطن العربي بالعيش، والحرية، والعدالة الإجتماعية كمطالب أساسية لهم. إنطلاقاً من ذلك هدفت هذه الورقة إلى الإجابة على الأسئلة التالية:

- هل حقق النمو الاقتصادي خلال العقدين السابقين الاستقرار السياسي في المنطقة؟
- هل كان للأوضاع الاقتصادية المتردية في هذه الدول التي انعكست في ارتفاع معدلي البطالة والتضخم، ومن ثم ارتفاع معدل البؤس

الاقتصادي دوراً معنوياً في زعزعة الاستقرار السياسي في دول الدراسة؟

- ما أثر مشاركة المواطنين في الحياة السياسية على الاستقرار السياسي بالمنطقة؟

لتحقيق أهداف الدراسة والإجابة على الأسئلة التي تطرحها، قام الباحث ببناء نموذج قياسي يعتمد على أسلوب التكامل المشترك ونموذج تصحيح الخطأ (CI/ECM)، باستخدام أسلوب Pooled Mean Group (PMG) لتقدير العلاقة طويلة الأجل بين الاستقرار السياسي كمتغير تابع وكل من النمو الاقتصادي والتضخم والبطالة والديمقراطية في دول الدراسة خلال الفترة (١٩٩٦ - ٢٠١٣).

تتكون الدراسة من سبعة أجزاء رئيسية: الجزء الأول يعرض المقدمة، وتتناول مشكلة الدراسة، وهدفها، والمنهج المستخدم. الجزء الثاني يتناول تطور وتحليل أهم مؤشرات الاستقرار السياسي والأداء الاقتصادي بدول الدراسة، ويتناول الجزء الثالث الدراسات السابقة التي اهتمت بتحديد أهم أسباب الاستقرار السياسي في مناطق العالم المختلفة. واهتم الجزء الرابع ببناء نموذج قياسي لمحددات الاستقرار السياسي في تونس ومصر وليبيا واليمن والسودان معاً خلال الفترة (١٩٩٦ - ٢٠١٣). أما الجزئين الخامس والسادس فيتناولان منهجية النموذج القياسي وعرض نتائج القياس، بينما النتائج والتوصيات تم عرضها في الجزء الأخير من الدراسة.

٢. تطور الاستقرار السياسي والأداء الاقتصادي بدول الدراسة خلال الفترة (١٩٩٦-٢٠١٣)

يقوم هذا الجزء من الدراسة بالتعرف على مدى الاستقرار السياسي في كل من تونس ومصر وليبيا واليمن والسودان وتطوره عبر الزمن. كما يتناول تحليل مؤشرات الأداء الاقتصادي لدول الدراسة

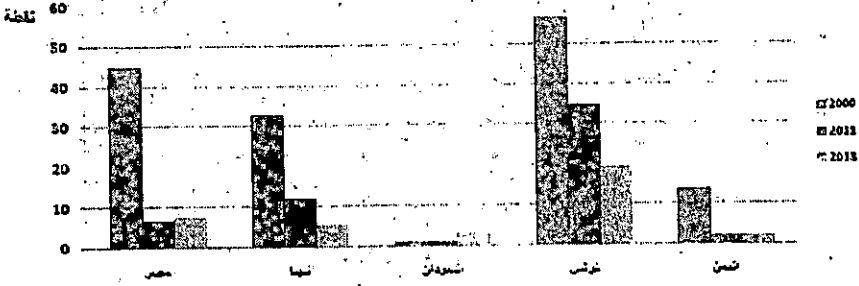
وتطورها والمقارنة بينها من ناحية وفيما بينها وبين المناطق الأخرى من العالم من ناحية أخرى خلال سنوات الدراسة.

١-٢: الاستقرار السياسي وتطوره بدول الدراسة

تعاني معظم دول الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، باستثناء دول الخليج العربي مرتفعة الدخل من عدم الاستقرار السياسي، ولاسيما في السنوات الأخيرة، والتمثل في عدم استقرار الحكومات والنظام السياسي بأكمله والتغير المستمر في سياساتهم وتعرض النظام للمظاهرات الشعبية، فضلاً عن الثورات والإضرابات والمظاهر المختلفة للعنف والإرهاب. وتنبع مظاهر عدم الاستقرار السياسي في هذه الدول من عدم رضا المواطنين عن الحكومة وشعورهم بالحرمان والظلم وعدم الرضا عن ظروفهم المعيشية مادياً ومعنوياً.

يمكن التعبير عن الاستقرار السياسي بدول الدراسة من خلال تحليل بعض المؤشرات، التي تعكس الاستقرار في الحكومة وسياساتها وإحتمالية الإطاحة بها، وتأخذ الرقم صفر في حالة عدم الاستقرار، ١٠٠ في حالة أقصى استقرار - كما سيتم توضيحه في الجزء الرابع من الدراسة. وتعد تونس من أكثر البلاد استقراراً خلال فترة الدراسة كما يتبين من الشكل رقم (١)، حيث تراوح مؤشر الاستقرار بها ٥٦,٧ درجة عام ٢٠٠٠ وهو أعلى درجة استقرار في كل دول الدراسة لهذا العام، بينما كانت السودان ثم اليمن من أكثر الدول عدم استقراراً بالمنطقة، حيث بلغ المؤشر بهما ٠,٩٦، ١٣,٥ نقطة على التوالي عام ٢٠٠٠.

١ تستخدم الدراسة مؤشر الاستقرار السياسي المقاس ضمن مؤشرات الحكم العالمية (WGI) كمقياس للاستقرار السياسي، وتمثل مؤشرات الحكم في ستة مؤشرات هي: التصويت والمساءلة، والاستقرار السياسي، وفاعلية الحكومة، والجودة التنظيمية، وسيادة القانون، والسيطرة على الفساد، لزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: (World Bank, b, 2011).



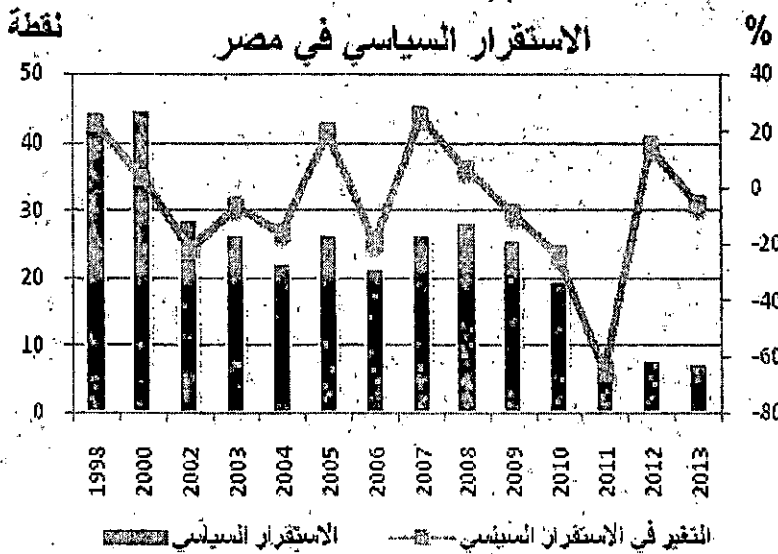
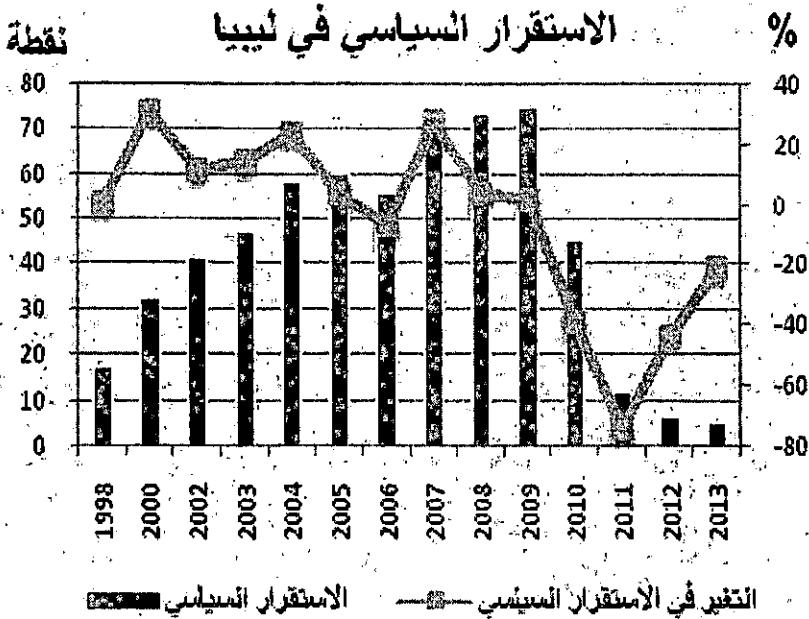
شكل رقم ١

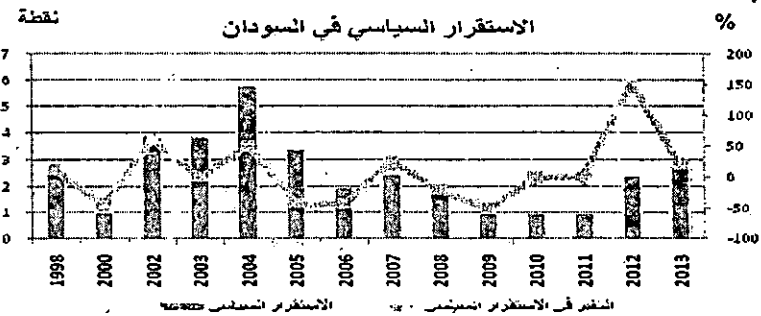
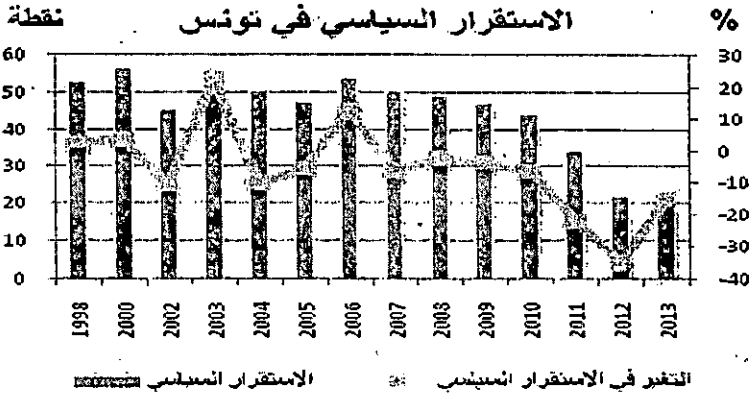
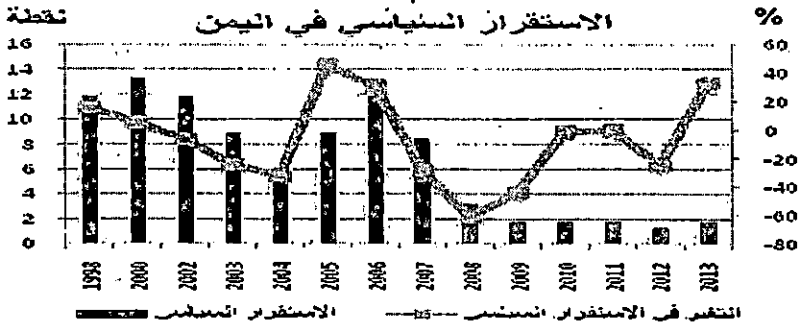
مستوى الاستقرار السياسي لدول الدراسة في السنوات (٢٠١٢، ٢٠١١، ٢٠٠٠)

المصدر: محسوب من بيانات:

World Bank(2015), *The Worldwide Governance Indicators (WGI)*, <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>.

غير أنه بمتابعة معدل التغير في مؤشرات الاستقرار السياسي في دول الدراسة خلال الفترة من ١٩٩٨ إلى ٢٠١٣ كما يتضح من الشكل رقم (٢)، يلاحظ أنها تتناقض دائماً منذ بداية فترة الدراسة ولاسيما في تونس ومصر وليبيا، حتى بلغت هذه الحركات أقصاها في أواخر عام ٢٠١٠ وبداية عام ٢٠١١ لتفجر الثورات المتتالية بالمنطقة بدءاً بثورة تونس ثم مصر فليبيا واليمن، ومن ثم انخفاض مؤشر الاستقرار السياسي بشدة ليبلغ أدناه عام ٢٠١١ في مصر والسودان. وقد تحسن في مصر قليلاً عام ٢٠١٢ ثم واصل إنخفاضه عام ٢٠١٣ بسبب ثورة ٣٠ يونيو، بينما تحسن تدريجياً في السودان في السنتين الأخيرتين. انخفاض المؤشر بشدة في تونس منذ ٢٠١١ واستمر في الإنخفاض ليصل إلى أدنى قيمة له، وهي حوالي ١٩ نقطة عام ٢٠١٣. كذلك بدأ إنخفاض مؤشر الاستقرار السياسي في ليبيا منذ ٢٠١٠ ليسجل أدنى قيمة له عام ٢٠١١، ثم استمر في الإنخفاض حتى نهاية فترة الدراسة ولو بمعدلات أقل. أما اليمن فقد سجلت أقل إستقرار سياسي بعد السودان خلال كافة سنوات الدراسة، وقد بلغ هذا المؤشر أقصاه ١٣,٤ نقطة عام ٢٠٠٠ وأدنا قيمة له ١,٤ نقطة عام ٢٠١٢.





شكل رقم ٢

تطور الاستقرار السياسي والتغير فيه بدول الدراسة خلال الفترة (١٩٩٨-٢٠١٣).

المصدر: محسوب من بيانات:

World Bank (2015), *The Worldwide Governance Indicators (WGI)*,

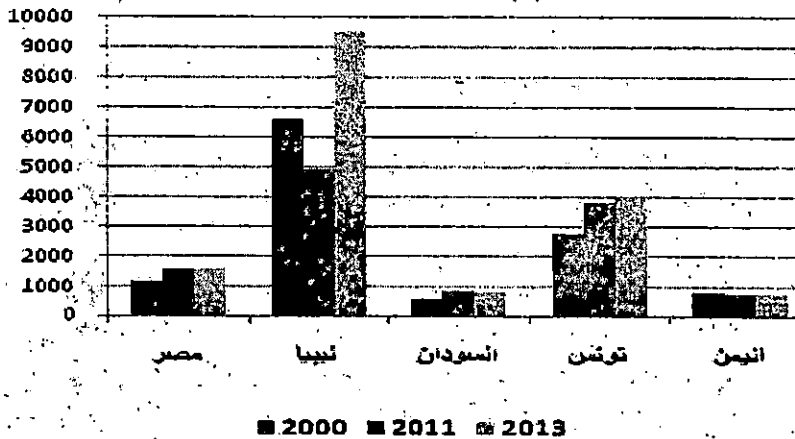
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الثاني (٥٧٥)

يمكن التعبير عن الأداء الاقتصادي في المجتمع من خلال عديد من المتغيرات الاقتصادية، مثل معدل البطالة، ومعدل التضخم، وحجم الناتج المحلي أو القومي الإجمالي ونصيب الفرد منه ومعدل النمو فيه، فضلاً عن عجز الموازنة العامة بالدولة أو غيرها من المتغيرات والمؤشرات التي تعكس مدى قوة أو ضعف مستوى الأداء الاقتصادي خلال فترة زمنية معينة. وسوف تركز هذه الدراسة على ثلاثة مؤشرات للأداء الاقتصادي في دول الدراسة الخمسة، وهي: متوسط نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي، ومعدل البطالة، ومعدل التضخم.

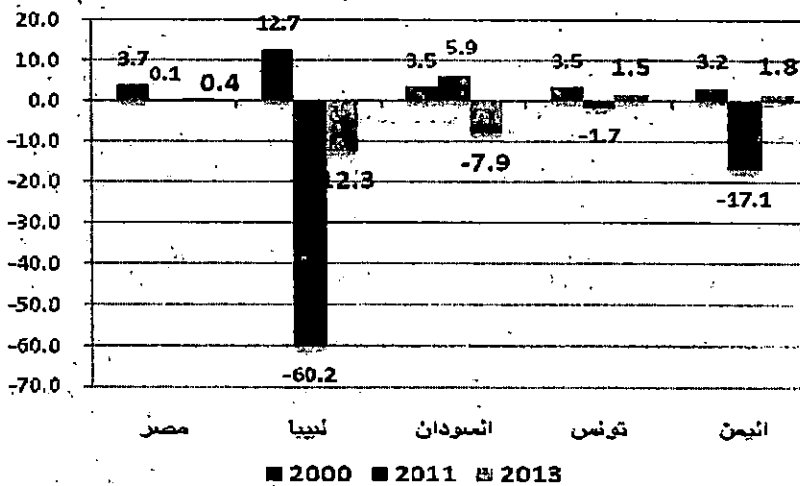
٢-٢-١: متوسط نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي ومعدل النمو فيه

سجلت ليبيا أعلى متوسط في نصيب الفرد من الناتج بالنسبة لباقي الدول في كل سنوات الدراسة وهذا أمر متوقع، حيث أنها الدولة النفطية الوحيدة بالدراسة، حيث بلغ نصيب الفرد من الناتج سنوياً - كمتوسط للفترة كلها- حوالي \$8,688، بحد أقصى \$12,375 عام ٢٠١٠ قبل اندلاع الثورة في مارس ٢٠١١. ومع ذلك فقد سجل هذا الناتج أعلى معدل تغير خلال فترة الدراسة تراوح ما بين ٦٠٪ انخفاض عام ٢٠١١ إلى ١٢٢٪ ارتفاع عام ٢٠١٢، حيث أن الناتج الإجمالي في ليبيا يعتمد على الإيرادات الربعية الناتجة عن البترول ولا يعتمد على نمو مرتبط بإنتاج حقيقي، وبالتالي كان الأكثر تقلباً من عام لآخر كما يتضح من الشكل رقم (٣).

أ- متوسط نصيب الفرد من الناتج



ب- معدلات تغير متوسط نصيب الفرد من الناتج

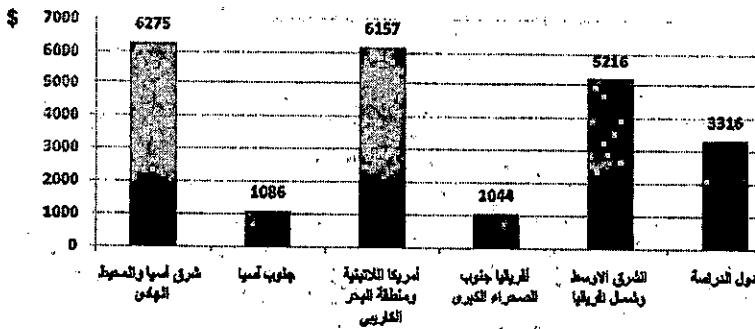


شكل رقم ٢
متوسط نصيب الفرد من الناتج بدول الدراسة ومعدلات النمو فيه
(٢٠١٢، ٢٠١١، ٢٠٠٠)

المصدر: محسوب من بيانات:

World Bank (2014), *World Development Indicators (WDI)*,
Economic and Social Data Service (ESDS) International,
(Mimas) University of Manchester.

تأتي تونس في المرتبة الثانية بمتوسط نصيب للفرد من الناتج يعادل \$٣,٢٠٠ سنوياً كمتوسط لفترة الدراسة يزداد بمعدلات بسيطة خلال هذه الفترة. ثم تأتي مصر بمتوسط نصيب للفرد من الناتج يعادل \$١,٢٨٧ في المتوسط سنوياً ويزداد بمعدلات طفيفة خلال سنوات الدراسة من \$١,٥٠٠ عام ٢٠٠٩ إلى \$١,٥٦٦ عام ٢٠١٣، بمعدل زيادة سنوية قدرها ٠,١٪، ٠,٥٪، ٠,٤٪ للسنوات ٢٠١١، ٢٠١٢، ٢٠١٣ على الترتيب. بينما سجلت كل من اليمن والسودان أقل متوسط ناتج للفرد سنوياً وأقل معدلات نمو خلال فترة الدراسة. وبمقارنة متوسط نصيب الفرد من الناتج لدول الدراسة بنظيره في مناطق العالم النامي الأخرى، يتبين أنها تعاني من انخفاض في متوسط ناتج الفرد مقارنة بدول الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، ومقارنة بدول شرق آسيا والمحيط الهادي وكذلك دول أمريكا اللاتينية ومنطقة الكاريبي عام ٢٠١٣، كما يتضح من الشكل رقم (٤). إلا أن متوسط نصيب الفرد من الناتج في دول الدراسة يرتفع عن نظيره في كل من جنوب آسيا وإفريقيا جنوب الصحراء الكبرى.



شكل رقم ٤

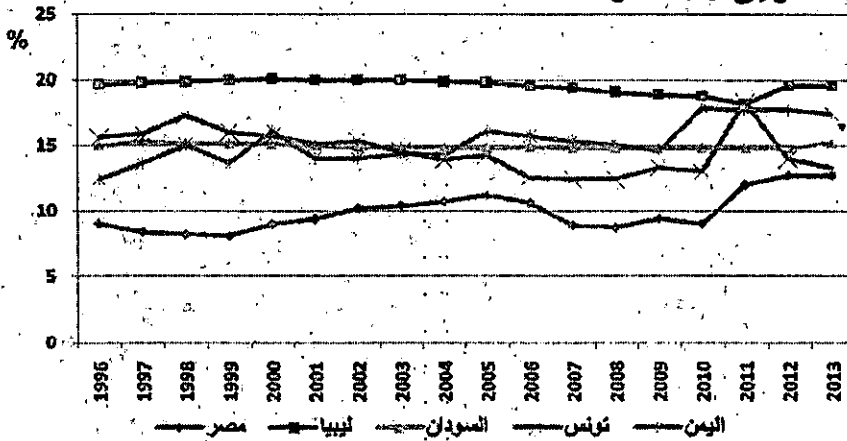
متوسط نصيب الفرد من الناتج عام ٢٠١٢ مقارنة بمناطق العالم النامي

المصدر: محسوب من بيانات:

World Bank (2014), *World Development Indicators (WDI)*,
Economic and Social Data Service (ESDS) International,
(Mimas) University of Manchester.

٢-٢-٢: معدل البطالة

يعد معدل البطالة في مصر أقل معدل بطالة في الدول العربية محل الدراسة، وذلك خلال جميع سنوات الدراسة. ومن الملاحظ ارتفاع معدل البطالة في مصر من ٩% عام ٢٠١٠ - أي قبل ثورة ٢٥ يناير - إلى ١٢%، ١٢.٧%، ١٢.٧% عام ٢٠١١، ٢٠١٢، ٢٠١٣ على الترتيب كما يتضح من الشكل رقم (٥). بينما سجلت ليبيا أعلى معدل للبطالة خلال فترة الدراسة، إذ بلغ حوالي ١٩.٥% كمتوسط للفترة وتميز بالثبات خلال سنوات الدراسة. وتشابهت معدلات البطالة في باقي الدول من حيث معدلاتها التي بلغت ١٥% في السودان، ١٤.٨% في تونس، ١٤% في اليمن كمتوسط لفترة الدراسة. وارتفع معدل البطالة بشدة في تونس في أعقاب الثورة في عام ٢٠١١ إلى ١٨.٥% ثم عاد إلى مستوياته الطبيعية ١٤% منذ عام ٢٠١٢. بينما ارتفع هذا المعدل في اليمن ليصبح ١٧.٨% منذ ٢٠١٠ واستمر إلى نهاية الفترة.



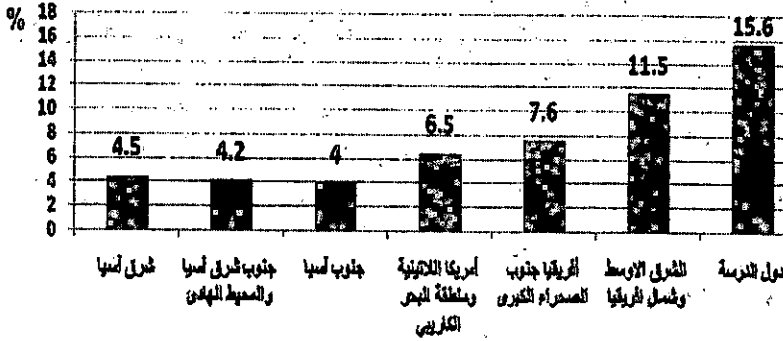
شكل رقم ٥

تطور معدلات البطالة بدول الدراسة خلال الفترة (١٩٩٦-٢٠١٣)

المصدر: محسوب من بيانات:

World Bank (2014), World Development Indicators (WDI),
Economic and Social Data Service (ESDS) International, (Mimas)
University of Manchester.

بمقارنة معدلات البطالة بدول الدراسة بنظائرها بمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا (MENA) أو بالمناطق الأخرى بالعالم عام ٢٠١٣، يتبين أن الدول محل الدراسة تعاني بشدة من ارتفاع معدلات البطالة بها كما يتضح من الشكل رقم (6).



شكل رقم ٦

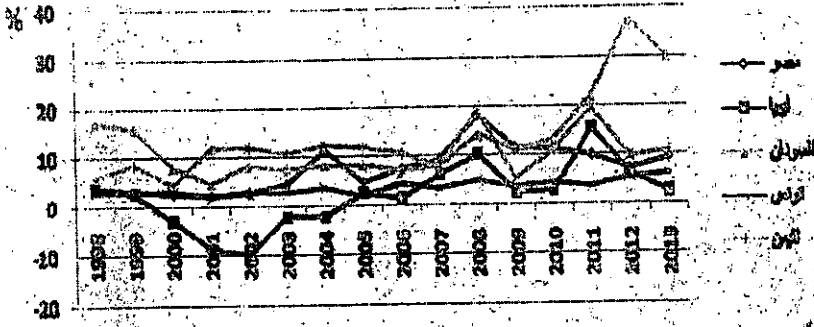
معدلات البطالة بمناطق العالم المختلفة عام ٢٠١٣.

المصدر: محسوب من بيانات:

World Bank (2014), *World Development Indicators (WDI)*,
Economic and Social Data Service (ESDS) International,
(Mimas) University of Manchester.

٢٠٢٠٢: معدل التضخم

بلغت معدلات التضخم في ليبيا أقل من مثيلتها في باقي البلاد العربية محل الدراسة - ٣.٦% كمتوسط لسنوات الدراسة - إلا أنها من أكثر المعدلات تذبذباً إنخفاضاً إلى - ١٠% عام ٢٠٠٢ وارتفاعاً إلى ١٥.٥% عام ٢٠١١. ثم جاءت تونس لتحتل مرتبة ثاني أقل معدل تضخم بين دول الدراسة، إذ بلغ ٤% كمتوسط للفترة ولكنه تميز بالاستقرار النسبي طول الفترة، غير أنه ارتفع قليلاً في السنتين الأخيرتين ليصل إلى ٦% عام ٢٠١٣ كما يتضح من الشكل رقم (٧).



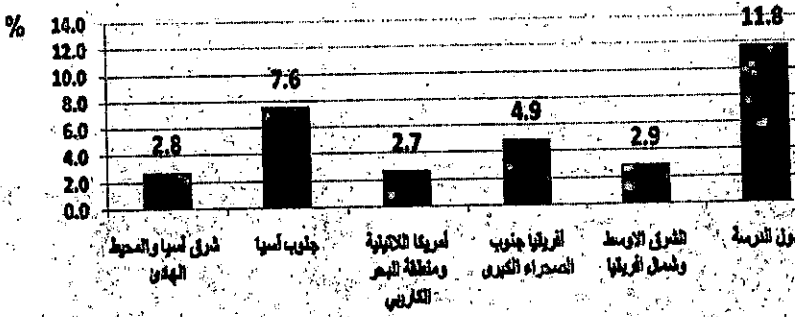
شكل رقم ٧

تطور معدلات التضخم ببلول الدراسة خلال الفترة (١٩٩٨ - ٢٠١٣).

المصدر: محسوب من بيانات:

World Bank (2014), *World Development Indicators (WDI)*,
Economic and Social Data Service (ESDS) International,
(Mimas) University of Manchester.

بلغ معدل التضخم في مصر حوالي ٨,٨٪ كمتوسط لفترة
الدراسة، أخذ يزداد منذ عام ٢٠٠٤ ليبلغ ١١,٣٪ ويصل إلى أقصاه عام
٢٠٠٨ بسبب الأزمة المالية العالمية ليصل إلى ١٨,٣٪، ثم انخفض ليصل
إلى ٧,١٪ عام ٢٠١٢ وارتفع مجدداً عام ٢٠١٣ إلى ٩,٥٪. في حين بلغت
معدلات التضخم في اليمن ١٨٪ وفي السودان ٤٠٪ كمتوسط للفترة مع
تقلبات كبيرة في معدلاتها طوال فترة الدراسة. وبمقارنة دول الدراسة بباقي
مناطق العالم النامية عام ٢٠١٣، كما يتضح من الشكل رقم (٨)، يتبين
الإرتفاع الكبير لمعدل التضخم بتلك الدول، مما يشير إلى وجود مشكلة
حقيقية بتلك الدول.



شكل رقم ٨

معدلات التضخم في مناطق العالم المختلفة عام ٢٠١٢.

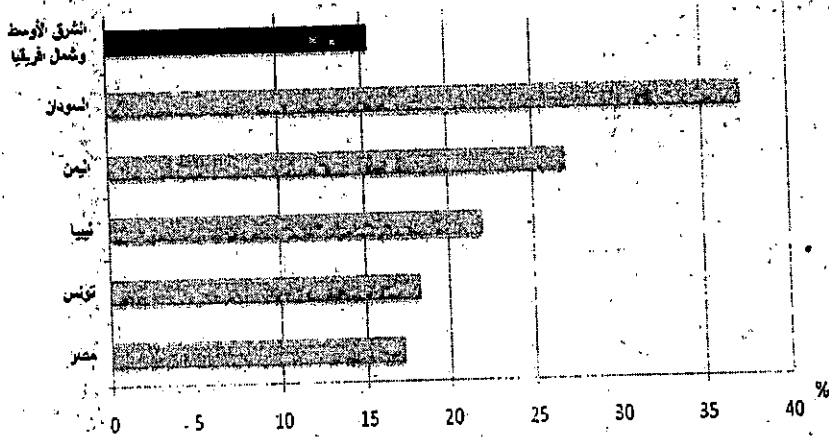
المصدر: محسوب من بيانات:

World Bank (2014), World Development Indicators (WDI), Economic and Social Data Service (ESDS) International, (Mimas) University of Manchester.

٣،٢،٢: مؤشر اليأس الاقتصادي (Economic Misery Index) بدول الدراسة

مؤشر اليأس الاقتصادي هو مجموع معدلي التضخم والبطالة، وارتفاع هذين المعدلين يرفع من التكاليف الاجتماعية للمجتمع، مما يعكس تدهور مستوى الأداء الاقتصادي في هذا المجتمع Herman (2010). ويعتبر مؤشر اليأس الاقتصادي مرتفع جداً في كافة دول الدراسة، حيث يزداد عن ١٠٪ خلال كل سنوات الدراسة، وبلغ ٣٧٪ كمتوسط لفترة الدراسة في السودان، ثم ٢٧٪ في اليمن، تبعها ليبيا ٢٢٪ ثم كل من تونس ومصر بمعدل متقارب بلغ ١٨٪، ١٧٪ على التوالي كما يتضح من الشكل رقم (٩). إلا أن مؤشر اليأس الاقتصادي قد سجل تحسناً مؤقتاً في معظم دول الدراسة منذ عام ١٩٩٦ حتى عام ٢٠٠٠، ولكنه أخذ في الزيادة منذ ذلك التاريخ، حتى بلغ أقصاه في مصر عام ٢٠٠٨ بسبب الأزمة المالية العالمية، حيث بلغ ٢٧٪، وبلغ أقصاه في ليبيا وتونس واليمن عام ٢٠١١ بسبب ثورات الربيع العربي، حيث بلغ مؤشر

البؤس ٣٧٪ في اليمن، ٣٣٪ في ليبيا، ٢٢٪ في تونس، وبلغ أقصاه في السودان ٤٥٪ عام ٢٠١٣. وبمقارنة دول الدراسة وفقاً لمؤشر البؤس الاقتصادي تبين أن السودان تعاني من أكبر معدل للبؤس، تليها اليمن. بينما أحرزت مصر أقل معدل بؤس في بداية سنوات الدراسة إلا أن معدل البؤس ارتفع عن تونس منذ عام ٢٠٠٤ وخلال باقي سنوات الدراسة، ويرتفع معدل البؤس في ليبيا قليلاً عن مصر وتونس في كل سنوات الدراسة ويتساوى مع نظيره في مصر عام ٢٠١٣. وبمقارنة معدلات البؤس في دول الدراسة بمعدل البؤس في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، يتبين ارتفاع ذلك المعدل في كل دول الدراسة كما يتبين من الشكل السابق ذكره.



شكل رقم ٩
مؤشر البؤس الاقتصادي بدول الدراسة كمتوسط للفترة (٢٠١٣-١٩٩٦)

المصدر: محسوب من بيانات:

World Bank (2014), *World Development Indicators (WDI)*,
Economic and Social Data Service (ESDS) International,
(Mimas) University of Manchester

٢. الدراسات السابقة

لقد قامت عديد من الأبحاث بدراسة العلاقة بين النمو الاقتصادي والاستقرار السياسي خلال العقود الماضية، ولكنها اختلفت فيما بينها في عديد من النقاط: الهدف من الدراسة، طريقة قياس المتغيرات، نطاق الدراسة، فضلاً عن منهج الدراسة والفترة الزمنية التي تناولتها. وباختلاف الهدف والمنهج ونطاق الدراسة فقد اختلفت النتائج أحياناً واتفقت أحياناً أخرى، وهذا ما سيتم توضيحه في هذا الجزء من الدراسة.

هدفت بعض الدراسات إلى تحديد أثر النمو الاقتصادي على الاستقرار السياسي، بينما هدفت عديد من الدراسات الأخرى إلى تحديد أثر الاستقرار السياسي على النمو الاقتصادي. تحقيقاً للهدف الأخير توصل كل من (Zureiqat (2005)، (Alesina et al. (1996)، (1991) Barro، (De Haan & Siermann (1996)، (Campos & Nugent إلى أن الاستقرار السياسي هو مطلب مبدئي أو شرط ضروري (prerequisite) لتحقيق النمو الاقتصادي، ولا يصلح الحديث عن نمو اقتصادي في دولة أو منطقة تعاني من اضطرابات وعدم استقرار سياسي. وفسر الباحثين تلك النتيجة بأن عدم الاستقرار السياسي له تأثير سلبي على حقوق الملكية، ومن ثم الإستثمار والنمو الاقتصادي. كما برر (Alesina et al. (1996) ذلك مستخدماً مفهوم عدم التأكد (uncertainty)، حيث أن زيادة احتمال أن تتغير الحكومة كمؤشر لعدم الاستقرار السياسي يشير إلى إمكانية تغير في سياسات الحكومة الجديدة، وبالتالي هروب المستثمرين الفعليين والمحتملين بحثاً عن بيئة أكثر استقراراً، فتتخفض حجم الإستثمارات، ومن ثم ينخفض معدل النمو الاقتصادي. بينما أشارت دراسة (De Haan & Siermann (1996) إلى أن عدم الاستقرار السياسي يقلل من عرض كل من رأس المال والعمل، مما يعوق الإستثمار من ناحية ويؤدي إلى هروب رؤوس الأموال وهجرة العقول وعرقلة حقوق الملكية من ناحية أخرى، مما يؤثر في النهاية بالسلب على

الإنتاجية والتنمية الاقتصادية. كما ناقش آخرون أن عدم الاستقرار السياسي يقلل الحافز لتراكم رأس المال المادي، وبالتالي انخفاض الإستثمارات. في رأس المال المادي، حيث أن المستثمر سوف يوجّل المشاريع الرأسمالية الجديدة ويقوم بالانتظار حتى تصبح البيئة السياسية أكثر إستقراراً، واللجوء إلى أنشطة المضاربة، أو نقل الأموال إلى الخارج.

بينما تناولت دراسات أخرى تحليل دور النمو الاقتصادي في دولة ما أو منطقة ما في تحقيق الاستقرار السياسي لهذه الدولة أو هذه المنطقة. وتوصلت معظم هذه الدراسات إلى أن ضعف الأداء الاقتصادي هو أحد الأسباب الرئيسة لعدم الاستقرار السياسي في دولة أو منطقة ما (Blanco & Grier (2009)، Annett, Cuzan et al. (1988)، (2000)، Booth (1991)، Campos & Blomberg & Hess (2002)، Nugent (2000)). أثبتت دراسة Collier & Hoeffler (2004) أن العوامل الاقتصادية غير المواتية هي الأسباب الأكثر معنوية لعدم الاستقرار السياسي، ويرر ذلك بأنه عندما تنخفض دخول الأفراد أو تتدنى معدلات النمو فيها، فإن تكلفة الفرصة البديلة لإحتجاج الأفراد وإخراطهم في الإحتجاجات والإعتصامات تكون منخفضة، حيث من السهل أن يترك الأفراد أعمالهم لممارسة الإحتجاجات والثورات، مما يزيد من عدم الاستقرار السياسي بالبلاد. كما بين Ellingsen (2000) أن شعور المواطنين بالحرمان يدفعهم إلى التمرد والإعتراض، حيث أنهم يعتقدون أن الحكومة غير كفء وغير قادرة على تحسين أحوالهم ومستوى معيشتهم.

هدفت مجموعة أخرى من الدراسات إلى تحديد اتجاه العلاقة السببية بين المتغيرين، فقامت دراسة Farr (1998) et al. بتحديد العلاقة السببية بين الحرية السياسية كمؤشر للاستقرار السياسي، والنمو الاقتصادي في مجموعتي الدول الصناعية والدول غير الصناعية، مستخدماً تحليل السببية لجرانجر (Granger causality)، وأثبتت النتائج أن النمو

الاقتصادي بسبب الحرية السياسية والعكس غير صحيح. بينما توصلت دراسات أخرى إلى أن العلاقة بين المتغيرين سببية تبادلية أي أن كلاهما يسبب الآخر، حيث اثبت (1996) Zablotsky أن العلاقة بين الاستقرار السياسي والنمو الاقتصادي في 102 دولة حول العالم عبر الفترة (1950 - 1992) هي علاقة ثنائية الإتجاه، حيث يدفع النمو الاقتصادي إلى مزيد من الاستقرار السياسي، كما يعتبر الاستقرار السياسي شرط ضروري لتحقيق النمو الاقتصادي في هذه الدول. كما أثبتت دراسة (2002) Blomberg & Hess أن الركود وانخفاض معدل النمو الاقتصادي سوف يزيد احتمال حدوث صراع سياسي داخلي وخارجي الذي بدوره سوف يرفع احتمالات الكساد من جديد. واطلق الكاتبان على هذه الظاهرة التبادلية بين المتغيرات السياسية والاقتصادية "مصيدة الفقر - الصراع السياسي". أثبتت بعض الدراسات على الجانب الآخر أنه لا توجد علاقة سببية بين الاستقرار السياسي والنمو الاقتصادي. استخدمت دراسة (2001) Heo & Tan تحليل السببية لتحديد العلاقة بين الديمقراطية كمؤشر للاستقرار السياسي والنمو الاقتصادي لإثبات وثلاثون دولة نامية خلال الفترة (1982 - 1984)، وتبين أنه لا توجد علاقة سببية في أي من الإتجاهين في هذه الدول. كما استخدم (2003) Kirmanoglu تحليل جرانجر للسببية لمعرفة اتجاه العلاقة السببية بين الديمقراطية والأداء الاقتصادي لتسعة عشر دولة من الدول الأقل تقدماً (LDC) كل على حدة مستخدماً تحليل السلاسل الزمنية خلال الفترة (1972 - 2001)، واستنتج أنه لا يوجد دليل على مثل هذه العلاقة لأغلب دول الدراسة بإستثناء بوليفيا وماليزيا، حيث تبين أن الديمقراطية تسبب النمو الاقتصادي، وفي كل من كوريا وبنما وتركيا تبين أن النمو الاقتصادي يسبب الديمقراطية.

فضلاً عن الهدف من الدراسة، اختلفت الدراسات فيما بينها في كيفية قياس المتغيرات المعبرة عن النمو الاقتصادي والاستقرار السياسي، فبينما استخدمت معظم الدراسات الناتج المحلي الإجمالي للفرد (GDPP) كمقياس للأداء الاقتصادي في دولة أو مجموعة من الدول، وذلك كما بدراسة كل من: (2005) Zureiqat ، Barro (1991) ، (1992) Levine & Renelt ، Schneider & Frey (1985) ، استخدمت بعض الدراسات النمو في الناتج القومي الإجمالي Londregan & Poole (1990) أو النمو في الناتج المحلي الإجمالي (1996) Alesina et al. كمعبر عن الأداء الاقتصادي. بينما قامت دراسة (1992) Levine & Renelt باستخدام الإستثمار كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي مؤشراً للأداء الاقتصادي، واختار Veiga (2006) & Aisen التضخم مقياساً له بينما قام آخرون باختيار مجموعة من المتغيرات الاقتصادية للتعبير عن الأداء الاقتصادي، فاستخدمت دراسة (1995) Mauro الإستثمار الخاص ومعدل النمو الاقتصادي كمقياسين للأداء الاقتصادي بينما اختار Blanco & Grier (2009) كل من مساهمة الإستثمار في الناتج، والتضخم، وعجز الموازنة العامة للدولة كنسبة من الناتج، والإنفتاح التجاري كمؤشرات للأداء الاقتصادي بدول الدراسة.

كما اختلفت الدراسات فيما بينها في قياس الاستقرار السياسي، فقد استخدمت العديد من الدراسات مفهوم الديمقراطية كمؤشر للاستقرار السياسي [Zureiqat (2005) ، McGuire & Olson (1996) ، (1991) Olson ، (2003) Kirmanoglu ، (1998) et al. ، (2001) Heo & Tan]. إلا أن استخدام الديمقراطية كمؤشر للاستقرار السياسي قد لا يكون مقياساً جيداً، حيث أن الاستقرار السياسي هو مقياس مركب وقد يتناسب عكسياً مع الديمقراطية كما تبين في بعض الدراسات، ومن ثم فإعتبار الديمقراطية مؤشراً للاستقرار

السياسي أمراً مفضلاً في بعض الأحيان. تفادياً لتلك العيوب فقد استخدمت دراسة (Londregan & Poole, 1990, 1991) ودراسة (Zablotsky, 1996) الانقلابات والإطاحة بنظام الحكم (coups d'état) كمؤشراً لعدم الاستقرار السياسي، بينما استخدمت دراسة (Alesina et al., 1996) مؤشر نزعة الحكومة للسقوط أو الإنهيار أو التغييرات الجذرية في الحكومة كمقياس لعدم الاستقرار السياسي. وعمدت دراسات أخرى إلى استخدام رقم قياسي مكون من مجموعة من المتغيرات التي تعكس بصورة أكثر دقة حالة عدم الاستقرار السياسي للدول أو المناطق محل الدراسة. فقد قام عدد من الباحثين بتركيب رقم قياسي مكون من عدة مؤشرات، مثل عدد الإغتيالات ووقوع أعمال العنف والثورات والانقلابات العسكرية كمقياس لعدم الاستقرار السياسي (Barro, 1991). أخيراً استخدم (Blanco & Grier, 2009) رقم قياسي مركب من تسعة مؤشرات فرعية لتعكس عدم الاستقرار السياسي في دول أمريكا اللاتينية، وهي: الاغتيالات، والانقلابات، والأزمات الحكومية، والمظاهرات المناهضة للحكومة، وأعمال الشغب، والإضرابات، وعمليات التطهير، وحرب العصابات، والثورات.

كما اختلفت الدراسات فيما بينها في نطاق الدراسة، فنظراً لأن الهدف الرئيس لمعظم الدراسات كان تحديد العلاقة بين المتغيرين في عديد من الدول أو في مناطق العالم المختلفة، فإن تحليل السلاسل القطاعية (Panel Data) هو الأنسب لمثل هذا الهدف. بينما هدفت بعض الدراسات إلى دراسة العلاقة بين المتغيرين حول العالم، حيث قامت دراسة (Alesina et al., 1996) بدراسة العلاقة بين الاستقرار السياسي والنمو الاقتصادي في ١١٣ دولة عبر العالم خلال الفترة (١٩٥٠ - ١٩٨٢)، اهتم آخرون بدراسة هذه العلاقة في الدول الأقل استقراراً والأقل ثمناً في العالم، حيث قامت دراسة (Zureiqat, 2005) بتحليل

وقياس هذه العلاقة لخمسة وعشرون دولة في خمسة مناطق أقل استقراراً في العالم: إفريقيا وأوروبا الوسطى وأوروبا الشرقية وأمريكا اللاتينية والشرق الأوسط وجنوب شرق آسيا خلال الفترة (١٩٨٥ - ٢٠٠٢). كما قامت دراسة Campos (1999) et al. بقياس العلاقة بين الاستقرار السياسي والنمو الاقتصادي في ٢١ دولة بمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا خلال الفترة (١٩٧٠ - ١٩٩٠)، واهتم Blanco & (2009) Grier بدراسة هذه العلاقة في ١٨ دولة من دول أمريكا اللاتينية خلال الفترة (١٩٧١ - ٢٠٠٠). أخيراً قامت دراسة Brada et al. (2004) بقياس العلاقة بين الاستقرار السياسي والاستثمار الأجنبي المباشر (FDI) في دول أوروبا الوسطى ومنطقة البلقان، خلال الفترة (١٩٨٠ - ٢٠٠١).

فضلاً عن اختلاف الدراسات السابقة في الهدف ونطاق البحث والمؤشرات المستخدمة في قياس كل من الاستقرار السياسي والنمو الاقتصادي، فقد اختلفت هذه الدراسات في منهج البحث، وبالتالي في النتائج التي تم التوصل إليها. فقد استخدم Zureiqat (2005) طريقة المعادلة الواحدة ونموذج المعادلات الآتية (Simultaneous Equation Model) لتقدير معادلتين لكل من الاستقرار السياسي والنمو الاقتصادي معاً. وتوصلت الدراسة إلى وجود أثر معنوي للاستقرار السياسي على النمو الاقتصادي والعكس صحيح، حيث أن ارتفاع مؤشر الحرية - كمقياس للاستقرار السياسي - بنقطة واحدة يؤدي إلى زيادة ناتج الفرد بحوالي \$١٥٤ مع ثبات العوامل الأخرى على حالها، بينما جاء أثر النمو الاقتصادي على الاستقرار السياسي أقل، حيث تبين أن ارتفاع ناتج الفرد بحوالي \$10,000 يؤدي إلى زيادة مؤشر الديمقراطية أو الاستقرار السياسي بحوالي ١,٢ نقطة فقط. كما قامت دراسة Alesina et al (١٩٩٦) باستخدام نفس المنهج، وتوصلت إلى أن عدم الاستقرار السياسي يؤثر سلباً على النمو الاقتصادي، والعكس ليس صحيحاً.

كما استخدمت دراسة Campos et al. (1999) تحليل السلاسل القطاعية (Panel Data) باستخدام Fixed Effect Method، وتوصلت إلى أن عدم الاستقرار الداخلي بمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا له آثار إيجابية على الاستثمار - كمؤشر للنمو الاقتصادي - حيث أنه يحفز الحكومات على تحسين السياسات الداخلية المتبعة، بينما عدم الاستقرار الخارجي له آثار سلبية على الاستثمار. فضلاً عن ذلك فقد قامت دراسة Brada et al. (2004) بقياس أثر الاستقرار السياسي على الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI) في دول أوروبا الوسطى ومنطقة البلقان باستخدام طريقة المربعات الصغرى المجمعة للسلاسل القطاعية (GLS Pooled Panel Regression)، وتوصلت الدراسة إلى أن التكاليف الاقتصادية لعدم الاستقرار السياسي معنوية وباهظة جداً سيما في منطقة البلقان. وأخيراً استخدم Blanco & Grier (2009) تحليل السلاسل القطاعية باستخدام المربعات الصغرى العادية (OLS) لإثبات الفرض بأن العوامل الاقتصادية تؤثر على الاستقرار السياسي. وبينت النتائج أن الإنفتاح التجاري هو المتغير الاقتصادي الوحيد ذو الأثر المعنوي الإيجابي على الاستقرار السياسي في تلك الدول خلال فترة الدراسة. تختلف الدراسة الحالية عن الدراسات السابقة في نطاق الدراسة، والمنهج المستخدم، والهدف من الدراسة. بينما حللت بعض الدراسات السابقة العلاقة بين الاستقرار السياسي والنمو الاقتصادي في مجموعات مختلفة من الدول بقارات ومناطق العالم المختلفة، مثل أوروبا وأمريكا اللاتينية ومنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا والدول الأقل تقدماً والدول الصناعية وغير الصناعية، تركز الدراسة الحالية على ما يلقب بدول الربيع العربي أو الدول القريبة منها، مثل تونس ومصر وليبيا واليمن والسودان. وذلك للتعرف على أسباب الثورات التي اندلعت مؤخراً في هذه الدول وإلى أي مدى تعتبر العوامل الاقتصادية مسؤولة عن هذه الثورات. فضلاً عن ذلك اهتمت معظم الدراسات السابقة بدراسة أثر

النمو الاقتصادي على الاستقرار السياسي، بينما تبنت هذه الدراسة أثر الأداء الاقتصادي - متضمناً النمو الاقتصادي ومعدل البطالة ومعدل التضخم - على الاستقرار السياسي لتصل إلى نتائج أكثر عمقاً عن أسباب الثورات المتتالية بالمنطقة. وأخيراً فإن الدراسة الحالية تتبنى منهج قياسي مختلف تماماً عن المنهج المتبع في الدراسات السابقة، ولو أن الدراسة تستخدم السلاسل القطاعية (Panel data) التي تتناسب مع طبيعة الدراسة متعددة الدول إلا أنها استخدمت نموذج Pooled Mean Group (PMG) الذي يسمح لتغيرات النموذج أن تعتمد على بعضها البعض، فضلاً عن المزايا الأخرى التي سيتم إيضاحها في الجزء الخاص بمنهج الدراسة.

4. تعيين نموذج الدراسة

تهدف الدراسة إلى تحديد أسباب عدم الاستقرار السياسي في بعض الدول العربية - متمثلة في تونس ومصر وليبيا واليمن والسودان - الذي تحول في النهاية إلى ثورات عارمة أسقطت نظم حكم في بعض الدول وأحدثت تغيرات جوهرية في نظم أخرى. تعتمد الدراسة في تعيين متغيرات النموذج على استقراء الواقع التجريبي الذي تعيشه دول الدراسة، سعياً إلى الوصول إلى الأسباب الحقيقية للثورات العربية المتتالية المنبثقة في هذه الدول، فضلاً عن عدم الاستقرار السياسي المستمر حتى بعد انتهاء هذه الثورات. لقد طالب المتظاهرين في الميادين برفع مستوى المعيشة وشعور المواطن بالعدالة الاجتماعية وممارسة حقوقه في حرية التعبير عن الرأي، وتبلورت تلك المطالب في الشعارات المرفوعة آنذاك التي تمثلت في "عيش - حرية - عدالة اجتماعية". ستقوم الدراسة بترجمة ذلك الواقع وتحويله إلى نموذج قابل للقياس، يكون المتغير التابع به هو الاستقرار السياسي، والمتغيرات المستقلة هي المتغيرات المعبرة عن الأداء الاقتصادي بكل دولة من دول الدراسة، فضلاً عن الحرية السياسية التي يتمتع بها المواطنين بهذه الدول. ستتحذ الدراسة ثلاثة مؤشرات رئيسة

للتعبير عن مستوى الأداء الاقتصادي في دول الدراسة: النمو الاقتصادي مقاساً بمتوسط نصيب الفرد من الناتج، ومعدل التصخم، ومعدل البطالة. وسيتم تجميع معدل التضخم ومعدل البطالة معاً في متغير واحد يعبر عن مؤشر البؤس الاقتصادي - الذي أنشأه الاقتصادي Okun Arthur عام ١٩٦٢ - في نموذج آخر. كما تستخدم الدراسة الديمقراطية كمقياس للحرية السياسية بدول الدراسة، ومؤشر الاستقرار السياسي المقاس ضمن مؤشرات الحكم العالمية (WGI) كمقياس للاستقرار السياسي في دول الدراسة الخمس خلال فترة الدراسة (١٩٩٦ - ٢٠١٣). ويعرض الجدول رقم (١) المتغيرات المختلفة للدراسة وكيفية قياسها، فضلاً عن مصادر البيانات الخاصة بها.

جدول رقم ١: متغيرات الدراسة

مصدر البيانات	الوصف	المقياس	المتغير
WB, The Worldwide Governance Indicators (WGI), Online Data, 2015 http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home	عدم الاستقرار في الحكومة وسياساتها واحتمالية الإطاحة بها بإستخدام وسائل غير دستورية أو عنيفة، ويتضمن العنف أو الإرهاب لأسباب سياسية. ويأخذ الرقم صفر في حالة عدم الاستقرار، ١٠٠ في حالة أقصى إستقرار.	مؤشر الاستقرار السياسي، أحد مؤشرات الحكم العالمية	الاستقرار السياسي (PS)
WB, WDI, Online Data, 2014	متوسط نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي سنوياً مقوماً بالأسعار الثابتة - ٢٠٠٥ سنة	متوسط نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي	النمو الاقتصادي (EG)

^١ وقد تم اختيار تلك الفترة، حيث أن بيانات مؤشرات الحكم العالمية (WGI) تبدأ منذ عام ١٩٩٦.

	الأساس - وبالدولار الأمريكي		
WB, WDI, Online Data, 2014	التضخممقوم سنوياً على أساس الأرقام القياسية لأسعار المستهلك (CPI).	معدل التضخم	التضخم (INF)
WB, WDI, Online Data, 2014.	معدل البطالة مقاساً بإجمالي حجم البطالة مقسوماً على إجمالي قوة العمل.	معدل البطالة	البطالة (UN)
WB, The Worldwide Governance Indicators (WGI), Online Data, 2015 http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home , 2015me	يعكس مدى قدرة مواطني بلد ما على المشاركة في انتخاب حكومتهم، بالإضافة إلى حرية التعبير وحرية تكوين الجمعيات، والإعلام الحر.	مؤشر التصويت والساءلة، أحد مؤشرات الحكم العالمية	الديمقراطية (DEM)
WB, WDI, Online Data, 2014 CAPMAS, Online Data, 2014	يقيس اليؤس الاقتصادي للمواطنين الناتج عن ارتفاع معدل التضخم وارتفاع معدل البطالة معاً.	معدل اليؤس (معدل التضخم + معدل البطالة)	اليؤس الاقتصادي (MIS) *

تستخدم الدراسة الصيغة اللوغاريتمية المزدوجة كصيغة لقياس هذا النموذج، نظراً لأن هذه الصيغة تتمتع ببعض المزايا عن غيرها من الصيغ الأخرى، مثل تدنية الخطأ المعياري للبواقي، وتحويل المعادلة إلى الصيغة الخطية، ومن ثم يمكن تقديرها باستخدام أساليب القياس المعتادة، فضلاً عن ذلك فإن العلامات المقدرة باستخدام هذه الصيغة هي المرونات ذات الدلالات الاقتصادية المهمة وأكثر سهولة في التفسير.

٥. منهجية نموذج الدراسة

تهدف هذه الدراسة التعرف على الأسباب الحقيقية التي تؤدي إلى عدم الاستقرار السياسي في دول الدراسة: تونس ومصر وليبيا واليمن والسودان خلال الفترة (١٩٩٦ - ٢٠١٣)، ولتحقيق هذا الهدف تستخدم الدراسة منهج التكامل المشترك ونموذج تصحيح الخطأ باستخدام أسلوب PMG. جاءت أهمية تحليل التكامل المشترك في التسعينيات كحل فعال لعلاج مشكلة الإنحدار الزائف (Spurious Regression)، نظراً لأنه يحتمل بالعلاقات طويلة الأجل - ذات الأهمية الكبيرة في وضع الإستراتيجيات والسياسات الاقتصادية - حتى في حالة أن تكون المتغيرات الاقتصادية الداخلة في النموذج متغيرات غير مستقرة، وعلاوة على ذلك فإن نموذج تصحيح الخطأ (ECM) المرتبط به يسمح بتقدير العلاقات الديناميكية قصيرة الأجل، بالإضافة إلى تقدير سرعة التعديل إلى توازن الأجل الطويل. إلا أن هناك بعض القيود على استخدام مدخل التكامل المشترك في تفسير العلاقة بين المتغيرات الاقتصادية، حيث يجب أن تكون كل المتغيرات لها نفس درجة التكامل وبخاصة متكاملة من الدرجة الأولى $I(1)$ ، كما يجب أن تكون كل المتغيرات متكاملة $(C0-Integrated)$ معاً خلال فترة الدراسة.

١,٥: اختبار جذر الوحدة باستخدام بيانات سلاسل قطاعية (Panel Unit Root)

يعتبر اختبار جذر الوحدة هو اختبار ضروري لتحديد المنهج المتبع في الدراسة، فإذا ثبت أن كل متغيرات الدراسة هي متغيرات لها نفس درجة التكامل (*integrated in the same order*)، ولا سيما متكاملة من الدرجة الأولى $I(1)$ ، يمكننا إجراء اختبار التكامل المشترك بين هذه المتغيرات كخطوة تالية. لقد ظهرت عديد من إختبارات جذر الوحدة باستخدام بيانات السلاسل القطاعية منذ بداية القرن الحادي والعشرون

وفقاً للافتراضات المختلفة. سوف تستخدم الدراسة أربعة إختيارات لجذر الوحدة: (Im- (1997), Levin-Lin-Chu (LLC) (2002)، Fisher (1999، 2001)، Pesaran-Shin (IPS) (2000) Breitung، حيث أن الافتراضات التي تقوم عليها هذه الإختيارات متوافقة مع بيانات الدراسة التي تزيد الفترة الزمنية فيها وهي ١٨ عام عن عدد الدول محل الدراسة وهي ٥ دول.

٢،٥: أسلوب PMG للتكامل المشترك ونموذج تصحيح الخطأ

يوجد عديد من الأساليب القياسية التي تستخدم في الدراسات الاقتصادية المعاصرة لتطبيق منهج التكامل المشترك ونموذج تصحيح الخطأ. وتستخدم الدراسة أسلوب PMG الذي قدمه Pesaran et al عام ١٩٩٩، الذي يسمح للمعلمات المقدرة بأن تختلف من دولة إلى أخرى في الأجل القصير - كما هو الحال باستخدام أسلوب Mean Group (MG) - ولكنها تقدر معلمة واحدة في الأجل الطويل لكل الدول - كما هو الحال باستخدام أسلوب Fixed Effect (FE) - أي أن أسلوب PMG يفترض تجانس المعلمات المقدرة بالدول المختلفة في الأجل الطويل، فإذا لم يتم إثبات صحة هذا الافتراض يكون أسلوب PMG غير متسق (inconsistent estimator). على الجانب الآخر فإن أسلوب MG يفترض عدم تجانس معلمات النموذج في كل من الأجل القصير والأجل الطويل أيضاً، ولذا هو دائماً متسق (consistent)، ولكن إذا تبين أن معلمات النموذج متجانسة في الأجل الطويل، فإن أسلوب MG يكون متسق ولكن غير كفاء (inefficient estimator)، ويكون أسلوب PMG متسق وكفاء (efficient). ستقوم الدراسة بإختبار هذا الافتراض باستخدام إختبار هوسمان (Hausman test) (Tan, 2006).

تم إختيار هذا الأسلوب في القياس لأنه يمتاز عن غيره من أساليب القياس، أولاً: أن الملمات المقدرة تكون متسقة وتتميز بالكفاءة. ثانياً: أن أسلوب PMG للتكامل المشترك يسمح بالكشف عن وجود علاقة تكامل مشترك بين متغيرات النموذج في حالة أن تكون كل المتغيرات متكاملة من الدرجة الأولى $I(1)$ فقط، أو بعضها متكامل من الدرجة الأولى والبعض الآخر متكامل من الدرجة الصفرية $I(0)$ ، بالرغم من أن معظم أساليب القياس تتطلب أن تكون متغيرات النموذج كلها متكاملة من الدرجة الأولى $I(1)$ كشرط أساسي لوجود علاقة تكامل مشترك بينهم. ثالثاً: إن أسلوب PMG للتكامل المشترك هو أسلوب ديناميكي يسمح للمتغيرات المستقلة أن تكون متغيرات داخلية تحدد من داخل النموذج، وذلك عن طريق إضافة عدد كاف من فترات التباطؤ لكل متغير (Binder & Offermanns, 2007).

يستخدم أسلوب PMG الصيغة العامة لنموذج $ARDL(p, q)$

يستخدم q باستخدام بيانات سلسلة قطاعية، وبالتطبيق على بيانات الدراسة يمكن صياغة النموذج كما يلي:

$$\hat{y}_{it} = \sum_{j=1}^p \alpha_j \hat{y}_{it-j} + \sum_{k=0}^q \beta_k \hat{x}_{it-k} + \epsilon_{it} \quad (1)$$

حيث يعبر $lnPS_{it}$ عن اللوغاريتم الطبيعي للاستقرار السياسي في مصر، t هي الفترة الزمنية، i هي الدول محل الدراسة حيث تستخدم الدراسة تحليل السلاسل القطاعية باستخدام بيانات سنوية تغطي الفترة (1996-2013) لخمسة دول هي تونس، ومصر، وليبيا، واليمن، والسودان. lnX_{it} اللوغاريتم الطبيعي لمصفوفة مكونة من المتغيرات المستقلة التي تتضمن 4 متغيرات في النموذج الأول ($lnINF_{it}$, $lnEG_{it}$, $lnDEM_{it}$, $lnUN_{it}$) و 3 متغيرات في النموذج

الثاني ($\ln DEM_{it}$, $\ln EG_{it}$, $\ln MIS_{it}$). حيث أن $\ln EG_{it}$ هو اللوغاريتم الطبيعي للنمو الاقتصادي، $\ln INF_{it}$ اللوغاريتم الطبيعي لمعدل التضخم، $\ln UN_{it}$ اللوغاريتم الطبيعي لمعدل البطالة، $\ln DEM_{it}$ اللوغاريتم الطبيعي للديمقراطية، $\ln MIS_{it}$ اللوغاريتم الطبيعي لمعدل البؤس الاقتصادي بدول الدراسة خلال الفترة (1996 - 2013) ، λ_i هو الحد الثابت الخاص بكل دولة، δ_i هي مصفوفتين بأبعاد 4 X في النموذج الأول، X في النموذج الثاني التي تمثل المعلمات الخاصة بكل دولة. ϵ_{it} الحد الخطأ العشوائي للمعادلة، ويفترض أن يكون (IID) ويتوزع باستقلال عن المتغيرات التفسيرية بالنموذج (Pesaran et al., 1999).

يمكن إعادة كتابة المعادلة رقم (1) في صيغة نموذج تصحيح الخطأ كي يمكن تقدير معلمات الأجلين الطويل والقصير، فضلاً عن سرعة تعديل النموذج كما يلي:

$$\ln DEM_{it} = \beta_1 \ln DEM_{it-1} + \beta_2 \ln EG_{it} + \beta_3 \ln INF_{it} + \beta_4 \ln UN_{it} + \beta_5 \ln MIS_{it} + \lambda_i + \epsilon_{it} \quad (2)$$

حيث Φ_i هي المعلمة المعبرة عن سرعة تعديل النموذج، β_1 هو مرونة الاستقرار السياسي بالنسبة للمتغيرات التفسيرية بكل دولة، β_2 ثابت الدالة لكل دولة من دول الدراسة، ϵ_{it} البواقي وفقاً لاسلوب PMG تكون المتغيرات متكاملة معاً إذا كانت سرعة التعديل معنوية وذات إشارة سالبة.

نظراً لأن اسلوب PMG قائم على افتراض أن معلمات الأجل الطويل متجانسة بين الدول، ومن ثم فإن $\theta = \theta$ التي تم تقييدها لأن تكون واحدة لكل الدول في الأجل الطويل

(Lamartina & Zaghini, 2008) وبالتالي يمكن إعادة كتابة

المعادلة (٢) في الصيغة الأخيرة لها كما يلي:

$$(3) \quad \dots = \dots + \dots + \dots + \dots + \dots$$

٦. نتائج نموذج الدراسة.

١،٦: نتائج اختبار جذر الوحدة (Panel Unit Root Test)

لإختبار مدى إستقرار كل المتغيرات في النموذج، تم إجراء ٤ اختبارات لجذر الوحدة على كل متغير في وضعه الأصلي وفي الفرق الأول، كما يتبين من بيانات الجدولين رقم (٢)، ورقم (٣)، حيث أن هذه الإختبارات تناسب طبيعة بيانات الدراسة ($N < T$). إتفقت كل الإختبارات على أن الإستقرار السياسي ومتوسط نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي، هي متغيرات مستقرة عند الفرق الأول أي $I(1)$ سواء في حالة وجود ثابت للدالة فقط أو في حالة وجود ثابت للدالة واتجاه زمني، بينما اتضح أن باقي المتغيرات متكاملة من الدرجة الأولى أو الدرجة الصفرية. ويتضح مما سبق أن كل متغيرات النموذج هي متغيرات متكاملة من الدرجة الأولى أو الدرجة الصفرية وفقاً لإختبارات جذر الوحدة، ومن ثم فإن أسلوب PMG للتكامل المشترك الذي يسمح بوجود تكامل مشترك بين متغيرات النموذج حتى وإن كانت لها درجات تكامل مختلفة - متكاملة من الدرجة الصفرية ومن الدرجة الأولى - هو أنسب أسلوب يمكن إتباعه في مثل هذه الحالة.

جدول رقم ٧:
نتائج اختبار جذر الوحدة لتغيرات النموذج في الوضع الأصلي
(variables in level)

Breitung (robust)		Fisher (PP)		Fisher (ADF)		IPS		LLC		المتغير
حد ثابت	حد ثابت واتجاه زمني	حد ثابت	حد ثابت واتجاه زمني	حد ثابت	حد ثابت واتجاه زمني	حد ثابت	حد ثابت واتجاه زمني	حد ثابت	حد ثابت واتجاه زمني	
-0.76 (0.224)	0.234 (0.592)	3.104 (0.979)	3.96 (0.949)	4.983 (0.892)	7.14 (0.712)	2.288 (0.989)	1.799 (0.964)	2.538 (0.994)	1.827 (0.966)	lnPS
2.474 (0.993)	2.283 (0.989)	9.114 (0.521)	3.373 (0.971)	8.444 (0.586)	12.862 (0.232)	0.058 (0.523)	0.147 (0.559)	-1.355 (0.088)	0.225 (0.589)	lnGDPP
-0.485 (0.314)	0.392 (0.652)	29.468 (0.001)	49.771 (0.00)	19.808 (0.031)	27.537 (0.002)	-1.804 (0.036)	-3.112 (0.001)	-2.638 (0.004)	-4.227 (0.00)	lnMIS
-1.116 (0.132)	-0.372 (0.355)	10.626 (0.387)	12.788 (0.236)	17.649 (0.061)	19.85 (0.031)	-1.604 (0.054)	-1.921 (0.027)	-1.296 (0.098)	0.902 (0.817)	lnUN
-1.155 (0.124)	-0.484 (0.314)	33.611 (0.00)	52.802 (0.00)	17.674 (0.061)	21.713 (0.017)	-0.924 (0.178)	-2.347 (0.01)	-1.988 (0.023)	-4.108 (0.00)	lnINF
-1.064 (0.144)	0.795 (0.787)	7.93 (0.636)	14.812 (0.139)	12.684 (0.242)	12.916 (0.228)	-1.014 (0.155)	0.848 (0.802)	-1.791 (0.037)	-0.041 (0.484)	lnFR

المصدر: إعداد الباحث باستخدام برنامج STATA، EViews الأرقام ما بين القوسين تعبر عن معنوية إحصائية.

جدول رقم ٢
نتائج اختبار جذر الوحدة لمتغيرات النموذج عند الفرق الأول
(variables in first difference)

IPS	Breitung (robust)		Fisher (PP)		Fisher (ADF)		LLC		المتغير
	حد ثابت	لا يوجد	حد ثابت	لا يوجد	حد ثابت	لا يوجد	حد ثابت	لا يوجد	
-3.465 (0.000)	-4.154 (0.000)	-5.137 (0.000)	25.041 (0.005)	45.990 (0.000)	29.610 (0.000)	49.899 (0.000)	-4.907 (0.000)	-6.053 (0.000)	$\Delta \ln PS$
-4.693 (0.000)	-2.773 (0.003)	-3.722 (0.000)	35.782 (0.000)	50.535 (0.000)	39.301 (0.000)	49.416 (0.000)	-5.472 (0.000)	-4.168 (0.000)	$\Delta \ln GDP$
-8.203 (0.000)	-2.992 (0.001)	-8.895 (0.000)	319.698 (0.000)	98.201 (0.000)	66.497 (0.000)	96.744 (0.000)	-7.151 (0.000)	-9.270 (0.000)	$\Delta \ln MIS$
-8.155 (0.000)	-4.919 (0.000)	-7.716 (0.000)	71.422 (0.000)	95.577 (0.000)	66.783 (0.000)	88.931 (0.000)	-6.795 (0.000)	-9.710 (0.000)	$\Delta \ln UM$
-10.007 (0.000)	-10.683 (0.000)	-1.968 (0.025)	329.649 (0.000)	102.471 (0.000)	83.366 (0.000)	102.810 (0.000)	-9.039 (0.000)	-10.64 (0.000)	$\Delta \ln INF$
-4.875 (0.000)	-5.555 (0.000)	-5.962 (0.000)	57.992 (0.000)	70.755 (0.000)	40.123 (0.000)	70.737 (0.000)	-5.919 (0.000)	-8.135 (0.000)	$\Delta \ln FR$

المصدر: إعداد الباحث باستخدام برنامج STATA، EViews. الأرقام ما بين القوسين تعبر عن معنوية إحصائية.

٢،٦ اختبار التكامل المشترك وتقدير العلاقات طويلة الأجل

يستخدم معايير البيانات (Information Criteria) الملائمة لإختيار العدد الأمثل لفترات التباطؤ بكل متغير من متغيرات النموذج -مثل AIC، SC- قد تم إختيار نموذج $ARDL(2,2,1,2,1)$ لتقدير النموذج الأول، فضلاً عن $ARDL(2,2,2,2)$ لتقدير النموذج الثاني، وفقاً لمعيار AIC كما يتضح من الجدولين رقم (١) م، (٢) م بالملحق الاحصائي.

١,٢,٦ اختبار التكامل المشترك

يتضح من الجدول رقم (٤) أن حد تصحيح الخطأ معنوي عند مستوى معنوية ١٪، كما أنه يأخذ الإشارة السالبة كما هو متوقع، كدليل على وجود علاقة تكامل مشترك بين متغيرات النموذج، وأن النظام الاقتصادي الذي يضم هذه المتغيرات هو نظام مستقر وليس به تشوهات هيكلية تحول دون رجوعه إلى وضع التوازن الساكن في الأجل الطويل. كما أن سرعة تعديل النموذج نحو التوازن طويل الأجل كبيرة إلى حد ما، تبلغ ٦٣٪، ٦٨٪ في نموذجي الدراسة على التوالي، أي أنه خلال عام واحد يتم تعديل ٦٣٪ بالنموذج الأول، ٦٨٪ بالنموذج الثاني من الإختلال الحادث في الأجل القصير، ويتم الوصول إلى وضع توازن جديد. أي أنه عند حدوث خلل بين متغيرات النموذج في الأجل القصير، تحتاج المتغيرات إلى ١.٥ سنة تقريباً للعودة إلى التوازن في الأجل الطويل.

جدول رقم ٤: تقدير علاقات الأجل الطويل باستخدام نموذج

PMG (١٩٩٦ - ٢٠١٣)

النموذج الثاني: ARDL(٢,٢,٢,٢)		النموذج الأول: ARDL(2,2,1,2,1)	
المعتمدة المقدر	المتغير	المعتمدة المقدر	المتغير
-1.853***	lnGDPP	-1.34***	lnGDPP
-1.043***	lnMIS	-1.213**	lnUN
		-0.399***	lnINF
-0.404***	lnDEM	-0.216*	lnDEM
-0.683***	ECT	-0.626***	ECT
4.08[0.253]	Hausman test	1.78 [0.776]	Hausman test
0.435	R ²	0.326	R ²
90	N	72	N

المصدر: إعداد الباحث باستخدام برنامج STATA.

يتضح من الجدول السابق أنه ما بين ٣٣٪ - ٤٤٪ من التغيير في الاستقرار السياسي في دول الدراسة يمكن تفسيره بالتغير في متوسط نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي، ومعدل البطالة، ومعدل التضخم، والديمقراطية خلال فترة الدراسة في دول الدراسة المختلفة، مما يدل على جودة توفيق النموذج. كما بينت مصفوفة الارتباط لنموذجي الدراسة عدم وجود ارتباط قوي بين المتغيرات التفسيرية للنموذجين، كما يتضح من الجدولين رقم (٣)م، (٤)م بالملحق الإحصائي، مما يعني عدم وجود ظاهرة الإمتداد الخطي المتعدد (Multicollinearity) بين متغيرات النموذج. وأخيراً فقد تبين من اختبار هوسمان (Hausman Test) أن أسلوب PMG هو متسق وأكثر كفاءة من أسلوب MIG، حيث لم يتم رفض فرض العدم بأن المعلمات المقدرة متجانسة عبر الدول في الأجل الطويل.

٢,٢,٦ تفسير العلاقات طويلة الأجل

يتضح من الجدول السابق أن المرونات المقدرة كلها جاءت معنوية لتدل على المقدرة التفسيرية للمحددات المقترحة في تفسير الاستقرار السياسي في دول الدراسة خلال الفترة (١٩٩٦ - ٢٠١٣). وتشير قيم المعلمات المقدرة إلى أن زيادة متوسط نصيب الفرد من الناتج الإجمالي بمقدار ١٪ يؤدي إلى إنخفاض الاستقرار السياسي بمقدار ١,٣٪ - ١,٨٪ عند مستوى معنوية ١٪. وتبدو هذه النتيجة غير منطقية للوهلة الأولى ولكن طبيعة النمو في دول الدراسة يفسر هذه النتيجة، حيث يمكن تفسير العلاقة بين النمو الاقتصادي والاستقرار السياسي من خلال عدة قنوات. القناة الأولى هي علاقة النمو الاقتصادي بالتضخم، حيث يؤدي النمو الاقتصادي وفقاً للعديد من النظريات الاقتصادية إلى التضخم، الذي غالباً ما يدفع ضريبته ذوي الدخل المنخفضة من الموظفين وأرباب المعاشات، ومن ثم زيادة التفاوت الطبقي المؤدي في النهاية إلى عدم رضا

المواطنين عن الحكومة وعدم الاستقرار السياسي. القناة الثانية هي البطالة، حيث أن النمو الاقتصادي يؤدي إلى تخفيض معدلات البطالة ولكن سوق العمل في هذه الدول غير مرن وغير متجانس عبر المهن المختلفة، كما أن النمو الاقتصادي بدول الدراسة يرتبط بإيرادات ريعية لا تؤدي إلى خلق فرص عمل حقيقية ومستدامة. مثل هذا النمو يمكن أن يطلق عليه نمو بلا تنمية، حيث تنصب الفائدة والعائد منه على فئات بسيطة في المجتمع فيزيد من الاختلال في توزيع الدخل، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى عدم الرضا والإحتجاجات والإضرابات والإضطرابات السياسية وأخيراً الثورات الشعبية. القناة الثالثة بين النمو الاقتصادي والاستقرار السياسي يمكن أن تتحقق من خلال علاقة النمو بالديمقراطية، فالمزيد من النمو الاقتصادي يؤدي إلى زيادة تعليم المواطنين، ومن ثم وعيهم بحقوقهم السياسية والمطالبة بحرية الرأي والديمقراطية، مما يؤدي إلى زيادة الثورات والمطالبة بالحقوق، وبالتالي عدم الاستقرار السياسي Pennar et al., (1993).

تتوافق هذه النتيجة مع بعض الدراسات السابقة، حيث تشير دراسة (Huntington 1968) إلى أنه في حالة الدول مرتفعة الدخل، فإن الاستقرار السياسي والنمو يسيران جنباً إلى جنب في نفس الإتجاه، أما في البلدان متوسطة الدخل، قد تصاحب فترات الإنطلاق - تحقيق معدلات نمو مرتفعة بشكل إستثنائي - تحولات إجتماعية سريعة وعدم إستقرار سياسي. كما تحدث (Paldam 1998) عن نوعين من النمو: النمو الجيد الذي يؤدي إلى الاستقرار السياسي من خلال تخفيض معدلات البطالة وإعادة توزيع الدخل لصالح الطبقات الأكثر فقراً، وذلك بدوره سوف يؤدي إلى رضا المواطنين عن الحكومة، وبالتالي مزيداً من الاستقرار السياسي. أما النوع الثاني من النمو وهو الموجود بالدول الأقل تقدماً أو الدول النامية فإنه عادة ما يؤدي إلى زيادة الفجوة بين دخول المواطنين، كما يؤدي إلى التضخم، والمحصلة تكون زيادة الإعتراض

وعدم الرضا عن الحكومات وفي النهاية مزيد من عدم الاستقرار السياسي بالدولة.

كما يتبين من النتائج أن زيادة معدل البطالة بحوالي ١٪ يؤدي إلى انخفاض الاستقرار السياسي بأكثر من ١.٢٪ عند مستوى معنوية ٥٪. بإفتراض ثبات العوامل الأخرى. وهذه النتيجة متفقة مع النظرية الاقتصادية، حيث أن زيادة معدل البطالة يؤدي إلى تدهور المستوى المعيشي للأفراد وعدم رضا المواطنين عن الحكومة، مما يحدث التوترات والإضرابات والمظاهرات، ومن ثم عدم الاستقرار السياسي، فضلاً عن ذلك فإن البطالة والفراغ مع الفقر الناتج عن عدم توافر فرص العمل قد يؤدي إلى زيادة معدلات الجريمة والانحراف، وربما الإرهاب.

كما أظهرت النتائج أن زيادة معدل التضخم ١٪ يؤدي إلى انخفاض الاستقرار السياسي كما هو متوقع بحوالي ٠.٤٪ عند مستوى معنوية ١٪، حيث أن الإرتفاع المستمر في الأسعار، لاسيما أسعار السلع والخدمات الأساسية والضرورية يؤدي بالضرورة إلى انخفاض المستوى المعيشي للأفراد وزيادة معدلات الفقر وبخاصة في دول الدراسة التي تتسم بانخفاض متوسط نصيب الفرد من الناتج-ياستثناء ليبيا- مما يؤدي إلى زيادة العبء المعيشي والتزمير بين أفراد المجتمع وبخاصة أن آثار التضخم غالباً ما تقع بدرجة أكبر على عاتق محدودي الدخل، مما يزيد من التفاوت في توزيع الدخل وزيادة حدة الفقر. ومحصلة كل هذه العوامل هي بالطبع عدم الاستقرار السياسي. وقد توافقت هذه النتائج مع نتائج دراسة Paldam (1987) التي طبقت على تسعة دول من أمريكا اللاتينية للفترة (١٩٤٦ - ١٩٨٣)، وأثبتت أن العلاقة بين التضخم وعدم الاستقرار السياسي في هذه البلدان هي علاقة سببية تبادلية، أي أن كل متغير يسبب الآخر. وأشارت الدراسة إلى أنه لا يوجد أي نظام في المنطقة استطاع أن يستمر في ظل وجود تضخم جامح، بل أدى ذلك إلى إسقاط النظام.

من أجل تحديد أثر المتغيرين التضخم والبطالة معاً على الاستقرار السياسي، استعانت الدراسة بمؤشر البؤس الاقتصادي، وجاءت النتائج متفقة مع النظرية الاقتصادية، حيث أن زيادة معدل البؤس الاقتصادي ١٪ ترتفع معه درجة عدم الرضا بين المواطنين، مما يدفعهم للتعبير عن هذا الغضب في صورة مظاهرات واحتجاجات قد يشوبها العنف، وبالتالي انخفاض الاستقرار السياسي بحوالي ١.٠٤٪ عند مستوى معنوية ١٪.

تبين الدراسة أن الديمقراطية تؤثر سلباً على الاستقرار السياسي، حيث تشير قيمة المعلمة المقدرة إلى أن زيادة مستوى الديمقراطية ١٪ تؤدي إلى انخفاض الاستقرار السياسي فيما بين ٠.٢٪ إلى ٠.٤٪ في ظل بقاء العوامل الأخرى على حالها عند مستوى معنوية ٥٪. وتعتبر هذه النتيجة غير مقبولة في دول تتمتع بدرجات مرتفعة من الديمقراطية وذات نظم سياسية مستقرة، أما في بلدان يعاني مواطنيها من الديكتاتورية وعدم المشاركة في اتخاذ القرار السياسي لفترات طويلة من الزمن، ويستشري فيها الجهل والفساد فإن زيادة درجة الحرية والديمقراطية تؤدي بالضرورة إلى زيادة المظاهرات والإضرابات التي سوف تقاوم بشدة من قبل النظام ويسود التمرد والتوتر والإضطراب، ومن ثم تنخفض درجة الاستقرار السياسي بالبلاد.

قد تتفق هذه النتيجة مع دراسة Goldstone et al (٢٠٠٤)، التي وجدت أن الديمقراطية واجدة من أهم العوامل التي تؤدي إلى الاستقرار السياسي حول العالم، ولكن الديمقراطيات الضعيفة ذات الأحزاب المنقسمة والمتناحرة من أكثر النظم عدم استقراراً في العالم. كما أثبتت دراسة Collier & Hoeffler (2004) عدم معنوية الديمقراطية في التأثير على الاستقرار السياسي متمثلاً في الحروب الأهلية في ١٦١ دولة نامية خلال الفترة (١٩٦٠ - ١٩٩٩). بينما تعارض نتيجة الدراسة مع دراسة Feng (١٩٩٧) التي توصلت إلى أن الديمقراطية تؤثر إيجابياً على

الاستقرار السياسي في ٩٦ دولة حول العالم خلال الفترة (١٩٦٠ - ١٩٨٠) (Blanco & Grier, 2009). فضلاً عن ذلك، فقد توصلت دراسة (Ellingsen, ٢٠٠٠) ودراسة (Parsa, ٢٠٠٣) إلى أن البلاد التي يسودها النظام الديمقراطي تتمتع بدرجة أعلى من الاستقرار السياسي من الدول ذات الأنظمة الديكتاتورية، حيث أنها تسمح للأفراد بالمشاركة في العملية السياسية، وبالتالي ينخفض العنف لأن التعارض السياسي سوف يتم حسمه من خلال الانتخابات.

٧. النتائج والتوصيات والدراسات المستقبلية

١,٧: النتائج

تعد تونس من أكثر بلاد الدراسة التي تتمتع بالاستقرار السياسي نسبياً خلال الفترة (١٩٩٦ - ٢٠١٣)، بينما كانت السودان ثم اليمن من أكثر الدول عدم استقراراً، هذا فضلاً عن انخفاض معدلات الاستقرار السياسي بصورة مستمرة منذ بداية فترة الدراسة. كما يتضح من خلال تحليل مؤشرات الأداء الاقتصادي أن السودان تليها اليمن إحتلالاً أدنى أداء اقتصادي خلال فترة الدراسة وفقاً لكل من معدل النمو الاقتصادي ومعدلي البطالة والتضخم، ومن ثم معدل البؤس الاقتصادي. وحققت ليبيا أعلى متوسطاً لنصيب الفرد من الناتج وأكثرها تذبذباً بين دول الدراسة، فضلاً عن أكبر معدل بطالة وأقل معدل تضخم. بينما جاء معدل البطالة في مصر أقل من مثيله في باقي الدول، إلا أن التضخم جاء ضعف معدل التضخم في تونس. أما بالنسبة لتقييم أداء هذه الدول بالنسبة لمثيلتها في دول MENA أو بالنسبة لباقي المناطق المختلفة في العالم، يتبين بوضوح انخفاض مستوى الأداء الاقتصادي لهذه الدول وفقاً لكافة المؤشرات.

توضح نتائج القياس أن هناك توازن طويل الأجل بين الاستقرار السياسي من ناحية، وكل من النمو الاقتصادي والبطالة والتضخم

والديمقراطية من ناحية أخرى. عند حدوث خلل أو عدم توازن بين متغيرات النموذج في الأجل القصير، تحتاج المتغيرات إلى سنة ونصف تقريباً للعودة إلى التوازن من جديد. كما أثبتت النتائج أن النمو الاقتصادي بدول الدراسة لم ينجح خلال العقدين السابقين في تحقيق الاستقرار السياسي، بل على العكس أدى إلى انخفاض الاستقرار السياسي بمعدل أكبر. وجاء ذلك نتيجة عاملين، أولهما طبيعة عملية النمو الاقتصادي بدول الدراسة، الذي يطلق عليه النمو بلا تنمية، المرتبط بإيرادات ريعية لا تؤدي إلى خلق فرص عمل مستدامة، كما يزيد من معدل التضخم، ومن ثم زيادة التفاوت الطبقي الذي يؤدي بالضرورة إلى زعزعة الاستقرار السياسي. ويتمثل العامل الآخر في مساهمة النمو الاقتصادي في زيادة تعليم المواطنين ووعيهم السياسي، مما يؤدي إلى زيادة الثورات والمطالبات بالحقوق، وبالتالي عدم الاستقرار السياسي.

كما تبين النتائج أن ارتفاع كل من معدلي البطالة والتضخم يؤدي بالضرورة إلى انخفاض الاستقرار السياسي بدول الدراسة، لما يسببه من تدهور المستوى المعيشي للأفراد وارتفاع معدل البطالة الاقتصادي، مما يسبب الإضرابات والمظاهرات، ومن ثم عدم الاستقرار السياسي. فضلاً عن ذلك فإن البطالة والفراغ مع ارتفاع مستوى الأسعار، ومن ثم الفقر يؤدي إلى زيادة معدلات الجريمة والإرهاب. أخيراً تبين الدراسة أن الديمقراطية تؤثر سلباً على الاستقرار السياسي، حيث أن زيادة درجة الحرية والديمقراطية في بلدان عانى مواطنيها من الديكتاتورية لفترات طويلة من الزمن تؤدي إلى زيادة المظاهرات والإضرابات التي سوف تقاوم بشدة من قبل النظام، ومن ثم تنخفض درجة الاستقرار السياسي بالبلاد.

٢,٧: التوصيات

في ضوء ما تم التوصل إليه من نتائج، تتمثل أهم التوصيات التي يمكن أن تسهم في تحقيق الاستقرار السياسي والإرتفاع بمستوى الأداء الاقتصادي بدول الدراسة في المستقبل فيما يلي:

● إصلاح هيكل الإقتصاد بدول الدراسة، ليعتمد النمو على الإنتاج الحقيقي القائم على إقامة مشروعات إنتاجية قادرة على خلق فرص عمل حقيقية ومستدامة، مع مراعاة توجيه الإستثمارات إلى القطاعات كثيفة إستخدام العمالة، مما يرفع من مستوى التوظيف ويزيد الإنتاج من السلع والخدمات، ومن ثم يسهم في تخفيض معدل التضخم، وبالتالي يؤدي إلى تقليل الفجوة بين الدخل وتحقيق مزيداً من الاستقرار السياسي. كما يجب توجيه الإستثمارات إلى إنتاج السلع الموجهة للتصدير مع تنوع الصادرات بما يقلل من الآثار السلبية للإنتفاخ التجاري على العمالة في هذه الدول.

● لا تعد مشكلة البطالة مشكلة إقتصادية فقط، لها آثار سلبية على الناتج ومعدل النمو، بل تعتبر مشكلة إجتماعية ذات أبعاد إستراتيجية مهمة، ومن ثم فلا مجال للحفاظ على أمن وإستقرار هذه الدول دون العمل الدؤب على التخفيف من حدة هذه المشكلة من خلال سياسات سريعة تؤتي ثمارها في الأجل القصير، بالتزامن مع علاج المشكلة من خلال سياسات طويلة الأجل.

● توخي الحذر عند إتباع السياسات النقدية التوسعية أو زيادة الإصدار النقدي لتغطية عجز الموازنة، لما لهذه السياسات من آثار تضخمية تؤدي إلى تدهور قيمة العملة المحلية وضعف ثقة الأفراد بها وهروب رؤوس الأموال للخارج، وعدم تدفق الاستثمارات الأجنبية للداخل، مما يؤثر بالسلب على معدلات الإستثمار ويزيد من البطالة، ويفاقم من مشكلة التفاوت الطبقي، والمحصلة في النهاية زعزعة الأمن والاستقرار السياسي بالبلاد.

● التحول التدريجي نحو الديمقراطية، حيث أن الديمقراطية تحتاج إلى تراكم معرفي وممارسات عملية، تتحول مع الزمن إلى تجربة ذاتية نابعة من البيئة الاجتماعية التي تولد فيها. وهذا يستلزم على المدى الطويل

تطوير منظومة القيم والأفكار السائدة في المجتمع ، والداعمة لثقافة الديمقراطية ، مثل التسامح والحوار واحترام آراء الآخرين. أما على المدى القصير ، فيجب تأهيل المواطنين بدول الدراسة على ممارسة الديمقراطية وزيادة وعيهم السياسي من خلال تعريفهم بحقوقهم وواجباتهم السياسية ، وذلك بمساعدة الأحزاب السياسية والإعلام. حيث أن الديمقراطية في دول الدراسة لم تنضج بعد ، ومن ثم فإن زيادة مشاركة المواطن في اتخاذ القرارات السياسية سيؤدي في البداية إلى تعميق عدم الاستقرار السياسي ، إلى أن تصل الدولة إلى درجة من الديمقراطية التي تمكن مواطنيها من التعبير عن آرائهم ووجهات نظرهم من خلال الصناديق وليس الإحتجاجات والإضرابات وزعزعة الاستقرار السياسي.

٣-٧: الدراسات المستقبلية

توصي الدراسة بمزيد من الدراسات المستقبلية في موضوع البحث وبخاصة التي تركز على النقاط التالية:

- تطوير المزيد من المقاييس والمؤشرات المعبرة عن الاستقرار السياسي بجوانبه المختلفة ، إذ أن ذلك يعتبر أمراً ضرورياً للتوصل إلى نتائج أكثر دقة بشأن العلاقة بين المتغيرين.
- تحليل وقياس أثر التنمية الاقتصادية على الاستقرار السياسي في مجموعات مختلفة من الدول ؛ كمجموعة الدول النامية ومجموعة أخرى من الدول المتقدمة بإستخدام نفس المتغيرات ونفس منهج القياس. وذلك لإستنتاج الفرق في النتائج الناتج عن مرحلة النمو الاقتصادي التي تمر بها الدول المختلفة.
- اجراء مزيد من الدراسات لاستكشاف العلاقة السببية بين التنمية الاقتصادية والاستقرار السياسي في الدول النامية ، فهل تسبب التنمية الاقتصادية بمؤشراتها المختلفة الاستقرار السياسي أم أن الاستقرار

السياسي هو الذي يسبب التنمية الاقتصادية، أم أن العلاقة بينهما
ثنائية الاتجاه.

٨. المراجع

- Alesina, A., Ozler, S., Roubini, N. and Swagel P. (1996), 'Political instability and economic growth', *Journal of Economic Growth*, 1(2): 189-211.
- Annett, A. (2000), 'Social fractionalization, political instability, and the size of government', *IMF Working Paper No. 82*, Washington DC, International Monetary Fund.
- Barro, R. (1991), 'Economic growth in a cross section of countries', *Quarterly Journal of Economics*, 106: 407-444.
- Binder, M. and Offermanns, C.J. (2007), 'International Investment Positions and Exchange Rate Dynamics: A Dynamic Panel Analysis', Discussion Paper Series 1: *Economic Studies No. 23*, Deutsche Bundesbank.
- Blanco, L. and Grier, R. (2009), 'Long Live Democracy: The Determinants of Political Instability in Latin America', *Journal of Development Studies*, 45 (1): 76 - 95.
- Blomberg, B. and Hess, G. (2002), 'The temporal links between conflict and economic activity', *Journal of Conflict Resolution*, 46(1): 74-90.
- Booth, J. (1991), 'Socio-economic and political roots of national revolts in Central America', *Latin American Research Review*, 26(1): 33-73.
- Brada, J. C.; Kutan, A. M. and Yigit, T. M. (2004), 'The Effects of Transition and Political Instability on Foreign Direct Investment Inflows: Central Europe and the Balkans', *William Davidson Institute at the University of Michigan Business School*.
- Breitung, J. (2000), 'The Local Power of Some Unit Root Tests for Panel Data', in: B. Baltagi (ed.), *Nonstationary*

- Panels, Panel Cointegration, and Dynamic Panels, *Advances in Econometrics*, 15, JAI: Amsterdam: 161-178.
- Campos, N. F., Nugent, J. B. and Robinson, J. A. (1999), 'Can Political Instability be Good for Growth? The Case of the Middle East and North Africa', *Department of Economics*, University of Southern California.
 - Campos, N.F. and Nugent, J.B. (2000), 'Who is Afraid of Political Instability', *Journal of Development Economics*, 67: 157-172.
 - Choi, I. (2001), 'Unit Root Tests for Panel Data', *Journal of International Money and Finance*, Vol.20: 249-272.
 - Collier, P. and Hoeffler, A. (2004), 'Greed and grievance in civil war', *Oxford Economic Papers*, 56(4): 563-595.
 - Cuzan, A., Moussalli, S. and Bundrick, C. (1988), 'Fiscal expansion and political instability in the Iberic-Latin region', *Public Choice*, 59(3): 225-238.
 - De Haan, J. and Siermann, C.L.J. (1996), 'Political Instability, Freedom and Economic Growth: Some Further Evidence', *Economic Development and Cultural Change*, (44)2: 339- 350.
 - Ellingsen, T. (2000), 'Colorful community or ethnic witches' brew? Multiethnicity and domestic conflict during and after the Cold War', *Journal of Conflict Resolution*, 44(2): 228-249.
 - Farr, W.K., Lord, R.A. and Wolfenbarger, J.L. (1998), 'Economic freedom, political freedom, and economic wellbeing: A causality analysis', *Cato Journal*, 18: 247-262.
 - Feng, Y. (1997), 'Democracy, political stability and economic growth', *British Journal of Political Science*, 27(3): 391- 418.
 - Goldstone, J., Bates, R., Gurr, T., Marshall, M., Ulfelder, J., and Woodward, M. (2004), 'It's all about State Structure: New Findings on Revolutionary Origins', *Homo Oeconomicus*, 21: 429-455.

- Heo, U.k. and Tan, A. C. (2001), 'Democracy and Economic Growth: A Causal Analysis', *Comparative Politics*, 33(4): 463-473.
- Herman E.(2010), 'Inflation and Unemployment in the Romanian Economy', *Annals of the University of Petroșani, Economics, Performance and excellence in postdoctoral research in Romanian economics science domain*: 157-170.
- Huntington, S. (1968), *Political Order in Changing Societies*, Yale University Press: New Haven, COM.
- Im, K.S., Pesaran, M.H. and Shin, Y. (1997), 'Testing for Unit Roots in Heterogeneous Panels', substantially revised version of Department of Applied Economics (DAE) Working Paper No. 9526, Cambridge University (1995).
- Kirmanoglu H. (2003), 'Political Freedom and Economic Well-Being: A Causality Analysis', *International Conference on Policy Modeling*, Istanbul, Turkey.
- Lamartina, S. and Zaghini, A. (2008), 'Increasing Public Expenditures: Wagner's Law in OECD Countries', *CFS Working Paper Series*.
- Levin, A., Lin, C.F. and Chu, C.J. (2002), 'Unit Root Tests in Panel Data: Asymptotic and Finite-Sample Properties', *Journal of Econometrics*, 108: 1-24.
- Levine, R., Renelt, D. (1992), 'A sensitivity analysis of cross-country growth regressions', *American Economic Review*, 82: 942- 963.
- Londregan, J., and Poole, K. (1990), 'Poverty, the Coup Trap, and the Seizure of Executive Power', *World Politics*, 42 (2): 151-183.
- Maddala, G.S. and Wu, S. (1999), 'A Comparative Study of Unit Root Tests with Panel Data and a New Simple Test', *Oxford Bulletin Of Economics And Statistics*, Special Issue: 1-22.
- Mauro, P. (1995), 'Corruption and Growth', *The Quarterly Journal of Economics*, 110(3): 681-712.

- McGuire, M.C. and Olson, M. (1996), 'The Economics of Autocracy and Majority Rule: The Invisible Hand and the Use of Force', *Journal of Economic Literature*, 1996.
- Okun, A. M. (1962), 'Potential GNP: Its measurement and significance, In Proceedings of the Business and Economic Statistics Section', *American Statistical Association*: 98-104.
- Olson, M. (1991), 'Autocracy, Democracy, and Prosperity', in Richard Zeckhauser, ed., *Strategy and Choice*.
- Paldam, M. (1987), 'Inflation and Political Instability in Eight Latin American Countries 1946-83', *Public Choice*, 52(2): 143-68.
- Paldam, M. (1987), 'Inflation and political instability in eight Latin American countries 1946-83', *Public Choice*, 52(2): 143-168.
- Paldam, M. (1998), 'Does Economic Growth Lead to Political Stability?', In *The Political Dimension of Economic Growth*, Palgrave Macmillan UK: 171-190.
- Parsa, M. (2003), 'Will democratization and globalization make revolutions obsolete?' in: J. Foran (ed.) *The Future of Revolutions, Rethinking Radical Change in the Age of Globalization* (New York: Zed Books): 73-82.
- Pennar, K., Robert B., Dave L., John R., and Glenn S. (1993), 'Is Democracy Bad for Growth?', *Business Week*, 7: 84-88.
- Pesaran, M.H., Shin, Y. and Smith R.J. (1999), 'Pooled Mean Group Estimation of Dynamic Heterogeneous Panels', *Journal of the American Statistical Association*, 94(446): 621-634.
- Schneider, F. and Frey, B.S. (1985), 'Economic and political determinants of foreign direct investment', *World Development*, 13: 161- 175.
- Tan, Z. (2006), 'Regression and Weighting Methods for Causal Inference Using Instrumental Variables', *Journal of the American Statistical Association*, 101: 1607-1618.

- The Central Agency for Public Mobilization and Statistics (CAPMAS) (2014), Website, Misr Intranet.
- World Bank (2015), *The Worldwide Governance Indicators (WGI)*, <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>>
- World Bank (2014), *World Development Indicators (WDI)*, Economic and Social Data Service (ESDS) International, (Mimas) University of Manchester.
- World Bank, (2011), *The Worldwide Governance Indicators (WGI)*, <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp>.
- World Bank, (2011), *The Worldwide Governance Indicators (WGI)*, <http://info.worldbank.org/governance/wgi/resources.htm>.
- Zablotsky, E.E. (1996), 'Political Stability and Economic Growth, A two way relation' Universidad del CEMA, *CEMA Working Papers*: 109.
- Zureiqat, H. M. (2005), 'Political Instability and Economic Performance: A Panel Data Analysis', *Award Winning Economics Papers*, Paper 1.

٩. الملحق الإحصائي

جدول رقم (١) مقدرات التباين لتغيرات النموذج الأول
(PS, GDPP, UN, INF, DEM)

٣ فترات تباطؤ		فترتين تباطؤ		فترة تباطؤ واحدة		المتغير
AIC	SC	AIC	SC	AIC	SC	
0.833	1.392	0.694	1.065	0.790	0.986	PS
-3.821	-3.262	-3.997	-3.626	-3.854	-3.658	GDPP
-1.758	-1.200	-1.883	-1.512	-1.963	-1.767	UN
1.245	1.804	1.132	1.503	1.436	1.632	INF
0.415	0.974	0.275	0.646	0.161	0.357	DEM

المصدر: إعداد الباحث باستخدام برنامج EViews.

جدول رقم (٢) مقترات التباطؤ لتغيرات النموذج الثاني
(PS, GDPP, MIS, DEM)

٣ فترات تباطؤ		فترتين تباطؤ		فترة تباطؤ واحدة		التغير
AIC	SC	AIC	SC	AIC	SC	
0.821	1.223	0.771	1.039	0.830	0.974	PS
-0.778	-0.376	-0.787	-0.519	-0.710	-0.567	GDPP
-0.351	0.051	-0.371	-0.103	-0.335	-0.192	MIS
0.353	0.755	0.274	0.542	0.444	0.587	DEM

المصدر: إعداد الباحث باستخدام برنامج EViews.

جدول رقم (٣) م مصفوفة الارتباط لتغيرات نموذج (١)

DEM	INF	UN	GDPP	PS	التغير
				1	PS
			1	0.675	GDPP
		1	0.448	-0.113	UN
	1	-0.219	-0.454	-0.468	INF
1	0.030	-0.476	-0.134	0.307	DEM

المصدر: إعداد الباحث باستخدام برنامج EViews.

جدول رقم (٤) م مصفوفة الارتباط لتغيرات نموذج (٢)

DEM	MIS	GDPP	PS	التغير
			1	PS
		1	0.675	GDPP
	1	-0.297	-0.605	MIS
1	-0.380	-0.134	0.307	DEM

المصدر: إعداد الباحث باستخدام برنامج EViews.

ملخص البحث

أثر الأداء الاقتصادي على الاستقرار السياسي في دول الربيع العربي

تعاني عديد من الدول العربية من عدم الاستقرار السياسي، الذي تمثل في سلسلة من الإحتجاجات تطورت إلى ما عرف بثورات الربيع العربي التي بدأت بتونس لتتعاقب في مصر وليبيا واليمن وسوريا وغيرها من دول المنطقة. بالرغم من تبني معظم هذه الدول لبرامج الإصلاح الاقتصادي منذ بداية التسعينيات إلا أن هذه البرامج لم تنجح في تحقيق معدلات نمو مرتفعة، كما اتسم النمو المحقق بأنه نمواً بلا تنمية أدى إلى زيادة معدلات التضخم والبطالة، مما أثر سلباً بشكل أكثر حدة على محدودي الدخل، وعمق من حدة التفاوت في توزيع الدخل بين أبناء الوطن الواحد. وكان لذلك أكبر الأثر على عدم الرضا العام من قبل معظم الأفراد مما أدى في النهاية إلى إندلاع الإحتجاجات التي تحولت إلى ثورات.

تهدف الدراسة إلى التعرف على أهم الأسباب الاقتصادية والسياسية التي أدت إلى عدم الاستقرار السياسي بمنطقة الثورات العربية وبخاصة في كل من: تونس ومصر وليبيا واليمن، فضلاً عن السودان. وذلك من خلال تحديد دور النمو الاقتصادي المحقق خلال العقدين السابقين، وارتفاع معدلي البطالة والتضخم، ومن ثم ارتفاع معدل البؤس الاقتصادي، فضلاً عن أثر مشاركة المواطنين في الحياة السياسية على الاستقرار السياسي بالمنطقة. لتحقيق أهداف الدراسة، قام الباحث ببناء نموذج قياسي يعتمد على أسلوب التكامل المشترك ونموذج تصحيح الخطأ (CI/ECM)، بإستخدام أسلوب PMG لتقدير العلاقة طويلة الأجل بين الاستقرار السياسي كمتغير تابع وكل من النمو الاقتصادي والتضخم والبطالة والديمقراطية في دول الدراسة خلال الفترة (١٩٩٦ - ٢٠١٣).

توضح نتائج القياس أن هناك توازن طويل الأجل بين الاستقرار السياسي من ناحية، وكل من النمو الاقتصادي والبطالة والتضخم والديمقراطية من ناحية أخرى. عند حدوث خلل أو عدم توازن بين متغيرات النموذج في الأجل القصير، تحتاج المتغيرات إلى سنة ونصف تقريباً للعودة إلى التوازن من جديد. كما أثبتت النتائج أن النمو الاقتصادي بدول الدراسة لم ينجح خلال العقدين السابقين في تحقيق الاستقرار السياسي، بل أدى إلى انخفاض الاستقرار السياسي بمعدل أكبر. كما أن ارتفاع كل من معدلي البطالة والتضخم يؤدي بالضرورة إلى انخفاض الاستقرار السياسي بدول الدراسة. أخيراً تبين الدراسة أن زيادة معدل الديمقراطية في بلدان عانى مواطنيها من الديكتاتورية لفترات طويلة من الزمن يؤثر سلباً على الاستقرار السياسي بالبلاد.

Abstract

The Effect of the Economic Performance of the Arab Spring Countries on the Political Stability

Most of the Arab countries suffer from the political instability; this is represented in a series of protests developed into what so called 'the Arab spring revolutions' which began in Tunisia followed by Egypt, Libya, Yemen, Syria and other Arab countries. Although most of these countries adopt economic reform programmes since the beginning of the 1990s, they failed to achieve high rate of economic growth. Instead this economic growth does not obtain economic development, and lead to an increase in the inflation rate and unemployment rate and therefore an increase in the inequality of income distribution among citizens.

The study aims to identify the main economic and political factors that significantly affect political

instability in Arab spring countries, especially Tunisia, Egypt, Libya, Yemen and Sudan over the period (1996-2013). This can be obtained through determining the significant effect of economic growth, inflation, unemployment, and democracy on the political instability in these countries. To achieve this goal, the co-integration and error correction model (CI/ECM) has been constructed, using pooled mean group approach (PMG) to estimate the long-run relation between political stability as a dependent variable and economic growth, inflation, unemployment, and democracy as explanatory variables in the Arab spring countries over the period (1996-2013).

The results of the estimation indicate that political stability is found to be co-integrated with its fundamental determinants at the 1% significance level, with a high adjustment speed toward the steady state equilibrium, reach 68%. Therefore, the short-run disequilibrium is corrected and all the variables reach new steady state equilibrium through only one year and half. The long-run results indicate that economic growth failed to achieve the political stability in the Arab spring countries over the last two decades. An increase in economic growth, inflation rate, unemployment rate, and level of democracy affect the political stability negatively in these countries over the period of the study.

النظام الإجرائي للتوفيق الإلكتروني

دكتور / خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني

النظام الاجرائي للتوفيق الإلكتروني
دكتور / خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني
استاذ مساعد قانون المرافعات
وكيل كلية الحقوق - جامعة أسوان
محام بالنقض ومحكم دولي ووسيط قانوني
وموفق بمركز مكتة الدولي للتوفيق والتحكيم

بسم الله الرحمن الرحيم

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 السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾
سورة الأحزاب: آية (٧٠ - ٧٢)

وقال تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ، فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ﴾ سورة الأنبياء: آية (٧٧، ٧٨).

ويقول تبارك تعالي: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾ سورة الشورى: آية (١٠).
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 (٥٨).

يقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبِعُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ سورة النساء آية (٣٥).

ويقول تعالى ﴿: لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نُّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ سورة النساء آية (١١٤).

ويقول الله تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما...
إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخوتكم واتقوا الله لعلكم ترحموا﴾
سورة الحجرات آية (٩، ١٠).

ويقول عز وجل: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ سورة النساء آية (٦٥).

وقال تعالى: ﴿... اذْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَن ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ...﴾ سورة النحل آية (١٢٥).

واعترف عما قد يكون من نقص أو قصور بقول العماد الأصفهاني ((إنني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غدة 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).

إهداء

إلي :

مصر الحبيبة التي في خاطري

أرواح شهداء مصر الأبرار

والدي إخوتي زوجتي أصدقائي

ابني محمود، وابنتي يمنى، وابني يس ...

الأمل والمنى رمز عرفان وتقدير

١. العدالة القضائية والعدالة الرضائية: عرف الإنسان الصراع والنزاع منذ بدء الخليقة علي سطح المعمورة كالذي حدث بين ولدي آدم وحواء (قاييل وهاييل)؛ نظراً لتباين أهواء وعداوة النفوس البشرية لقوله تعالي: "...وَقَلْنَا اهْبَطُوا بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَىٰ حِينٍ" (١). وكانت القوة في المجتمعات القديمة وسيلة اقتضاء الحقوق والدفاع عنها. وبعد أن أدرك الإنسان أن التفاهم مع الآخرين قد يكون خيراً وأبقي، بدأ الاتجاه نحو فض المنازعات بالوسائل الودية. ثم أخذت الدولة الحديثة على عاتقها واجب إعطاء كل ذي حق حقه، وتحقيق الاستقرار القانوني والعدالة والصالح العام كغاية للقانون، وذلك بقيام المحاكم بالوظيفة القضائية لحماية الحقوق والمراكز القانونية التي يقررها القانون للأشخاص، والدفاع عنها ضد ما يواجهها من عوارض قانونية، وتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة في العلاقات المتداخلة، ورد الاعتداء علي الحقوق، وردع المعتدين. ويستهدف القضاء حماية النظام القانوني كحارس للحقوق والحريات والعدل في المجتمع (٢).

إلا أن القضاء كطريق أصيل لفض المنازعات لم يقم بأداء رسالته على الوجه المنشود، فمعظم دول العالم تثن من ظاهرتي بقاء التقاضي وعدم فاعلية الأحكام؛ نتيجة المعوقات التي تقف عقبة كثوداً وحائلاً منيعاً أمام تحقيق العدالة القضائية الناجزة، ومنها: قلة عدد القضاة، وحيل وتلاعب بعض أعوان القضاة والمحامين والخصوم لخلط الحق بالباطل، وتعارض المصالح وضعف الوازع الديني وفساد الذمم والأخلاق، وزيادة العنف والغضب والطمع، وتباين الأهواء والنزعات، وتضاعف كم القضايا

(١) سورة البقرة: آية رقم (٣٦).

(٢) د.أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠١٤ م، بند ١ - ٢، ص ٥ وما بعدها. د.أحمد محمد حشيش، تطور قانون المرافعات واتجاهاته، ١٩٨٩م، ص ٦٦ وما بعدها. د.مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٥ م، بند ١، ص ٥ وما بعدها.

وكثرة تأجيلها، وتعدد درجات التقاضي وتعقيد وطول إجراءاتها، ومشاكل تنفيذ الأحكام، وتعدد القوانين وتشابكها وقدم أغلبها، وعدم تجاوب النظم القانونية الداخلية مع متطلبات التجارة الدولية، وعدم ثقة المستثمر الأجنبي في استقلال القضاء الوطني أمام الأجهزة السياسية، ومشاكل تنازع القوانين، وعدم الثبات والاستقرار التشريعي، والرغبة في التحرر من القوانين الوطنية والمخاطر السياسية والاقتصادية، وكثرة الثغرات القانونية...ولذا أصبحت العدالة القضائية الناجزة أمراً عسيراً صعب المنال إزاء عدم فعالية القضاء في حسم المنازعات، وفي ذلك ضياع للعدالة والحقوق، فزاد تفعيل النظم الودية البديلة لتسوية المنازعات لتلافي هذه العيوب، وضمان اقتضاء الحقوق وحماية المصالح محل ودي(١).

ولذا أصبحت تسوية المنازعات بالوسائل الودية *Les moyens amiables* ضرورة حتمية كوسائل أخلاقية ذات بُعد مثالي إنساني لضمان تحريم استخدام القوة وحفظ الأمن في المجتمع، ولتحقيق العدالة الرضائية التي تقوم على مبدأ الموائمة والوسطية حتي تنال رضا طرفي النزاع، وتبقي المودة بينهما، وتعيد إلي النفوس صفاءها بما يحقق السلام والعدل الاجتماعيين. كما أنها أكثر إيجابية وفعالية من العدالة القضائية المبينة على النصوص القانونية المجردة والتي تورث الضغائن والأحقاد. ولا جناح علي أطراف النزاع إن هم عرضوا عن استعمال حق التقاضي

(١) ذ.أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، بند ٣، ص ٨ وما بعدها. دعزمي عبد الفتاح، قواعد الاختصاص والإجراءات في أحكام المنازعات المدنية البسيطة، الندوة المشتركة المصرية - الفرنسية حول تسوية المنازعات المدنية البسيطة باستخدام الحلول التشريعية والتقنيات الحديثة، القاهرة ١٨ - ٢٠ ديسمبر ١٩٨٩م، المركز القومي للدراسات القانونية، القاهرة، ١٩٩١ف، بند ٤، ص ٣٢. د.أسامة أحمد شوقي المليجي، ظاهرة بطء التقاضي في المنازعات المدنية في التشريع الإجمالي المصري (أسبابها - مقترحات علاجها) بحث منشور في أعمال المؤتمر السنوي السابع للجمعية العلمية لكلليات الحقوق العربية بعنوان "تيسير إجراءات التقاضي في التشريعات العربية" المغرب ٢٠٠٧م، بند ٣٤، ص ٣٧.

باتفاقهم ، وارتضوا فض منازعاتهم بأحد نظم العدالة الرضائية الناجزة ليخرجوا من ظلمات العداوة والبغضاء والفتن إلي نور الود والإخاء في علاقاتهم القائمة والقادمة ؛ لأن استرجاع الحق رضاءً خيرٌ من اقتناصه قضاءً ، وخاصة في ظل اعتقاد الناس بأن أيسر طريق لتعطيل الحق هو طلب حمايته أمام القضاء ، فكان لابد من حماية الحقوق والمراكز القانونية بالطرق الودية البديلة التي تحقق العدالة الرضائية الناجزة والإنصاف بنزعة إنسانية وحوار اجتماعي وتهدئة للتوتر بين طرفي النزاع ، ودراسة متعمقة للنزاع من مختلف جوانبه القانونية والفنية ، وأدلة وحجج الأطراف لحل المنازعات بطريقة وقائية دبلوماسية قبل وصولها إلى المحاكم ؛ لتخفيف العبء عن القضاء ، فتسوية ودية سيئة بنصف الحق خيرٌ من دعوي قضائية حسنة (١).

والوسائل البديلة هي طرق ودية لفض المنازعات المدنية والتجارية دون اللجوء إلى القضاء ، بقصد الوصول إلى تسوية سلمية سريعة مرنة وسرية وغير مكلفة ، وتحقيق مصالح الأطراف بروح العدالة الرضائية ، وتنمية روح التصالح بين طرفي النزاع بحل ودي وعلاقات ودية دائمة متصلة

(١) د. أحمد عبدالكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات ، ط ١ ، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣ م ، ص ٥ وما بعدها. د. مصطفى المتولي محمد قنديل ، التوفيق كوسيلة لفض المنازعات في ضوء القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م بشأن فض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها ، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق / جامعة طنطا في ٢٥ مارس ٢٠٠٢م تحت عنوان (المشاكل الناجمة عن تطبيق قانون فض المنازعات) ، ص ٣ وما بعدها.

- Michel Olivier; La conciliation et la médiation judiciaires en matière Civile; Gaz. Pal 18-19 oct. 1996; P. 257.
- G. Cornu et J. Foyer; pocédure civile; 3e éd.; P.U.F; Paris ;1996; P. 91.
- M. Floch; La médiation judiciaire et ses moyens; Gaz. Pal 28-30 Nov.1999; P. 9.
- Pierre Couvrat; conciliation; juris. Class. Pr. Civ.; Fasc. 160; N. 3; P. 6.

وبإجراءات أسهل، .وعلي الجانب الآخر يعتبر خوف الخصوم من خسارة القضية وصعوبة توقعهم لنتيجة الحكم القضائي تجعله كلعبة قمار يكون مآلها الربح لطرف، وخسارة الطرف الآخر فهو لعبة (الكاسب لكل شيء " الكل " - الخاسر لكل شيء " الصفر أو لا شيء ") (١).

وجدير بالذكر أن النظم الودية البديلة لتسوية المنازعات قد أخذ بها كثير من الدول، ومن هذه النظم: التحكيم L'arbitrage، والوساطة La Médiation، والتوفيق La Conciliation، والصلح La Transaction، والمفاوضة أو التفاوض La Négociation، والاستشارة La Consultation، والمحاکمات المصغرة -Mini Disputes adjudication board، ومجالس تسوية المطالبات Le غير أن نجاح الوسائل البديلة لفض المنازعات مرهون بزيادة وعي وثقافة أفراد المجتمع بأهميتها، وتفعيل دور الدولة من الناحية التشريعية والقضائية، والإعداد الجيد للكوادر الوطنية عالية الدراية والخبرة والتدريب والمهارة باعتباره واجباً وطنياً وضرورة قومية. وهذه الوسائل في الأصل منبثقة من قانون الشغوب ولها علاقة وطيدة وثيقة بالثقافة والتقاليد والعادات الاجتماعية لكل بلد (٢).

- (١) د. الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي " دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم "، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠١م، بند ١٢، ص ٥٠. د. شارل جاروسون، الوساطة الطب العذب للقانون، ترجمة جمال سلطان، ندوة القانون المقارن، دمشق ٥ - ٨/١٠/١٩٩٦م، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالجمهورية العربية السورية ١٩٩٦م، ص ٢٨٢ وما بعدها.
- (٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية، ص ١٠ وما بعدها. د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٦م، ص ٥٨١. د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣م، ص ٣٢٢ - ٣٢٤. د. أحمد فوزي عبد المنعم، وسائل فض المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي، مجلد ٦١، ٢٠٠٥م، ص ٥٢٣ =

ونظراً لما تؤديه الوسائل الودية كطريق مواز Voie Parallèle للقضاء في البحث عن حل ودي للنزاع، ولما توفره من مرونة وسرية وسرعة، بل إن الأطراف المتنازعة هي نفسها التي تصوغ بنود حل النزاع بشكل اتفافي، فقد أصبح الإقبال عليها في حل المنازعات المختلفة والمتنوعة مطرداً ومنهجياً. ولا تعد بديلاً عن القضاء ولا هي منافسة له، بل مكمل له ومعززة لاستقلالته، ومساعد نزيه للأطراف في إيجاد الحل الأمثل الذي لا يضر أي طرف ولا يتجنى علي مصلحة أي أحد. وأصبحت هذه الوسائل مفضلة عند الكثير من رجال الأعمال والمستثمرين لما فيها من ربح للوقت، واقتصاد للمال، واختصار للإجراءات، وإذا كانت البلدان المتقدمة قد قطعت أشواطاً مهمة في استعمال هذه الوسائل البديلة في حل كثير من المنازعات، بل إن بعض قوانينها تنص على اعتماد هذه الوسائل بشكل إلزامي، فإن البلدان النامية لازالت تتلمس سبيل الوصول إلى المعايير الدولية في اعتمادها(١).

-- Gilles Eymery; La médiation dans le monde...Gaz. Pal 28-30 Nov. 1999; P. 7.

- Élodie-Anne Télé maque; la médiation en propriété intellectuelle; Gaz. Pal.9-11 mars2008; doct.;P.8.

- B. Blohorn-Brenneur; Conciliation amiable composition et mediation judiciaire dans les conflits individuels du travail; La pratique Grenobloise; Rév. arb. 1999; N. 4; P. 788.

- B. Opett; Les modes alternatifs des règlement des différends de la vie économique; chronique justices; 1995; P. 55.

- J. El Hakim; Les modes alternatifs des règlement des conflits dans les droits des contrats; Rév. Int. Dr. Com. 1997; P. 351.

- G. Cornu; Les modes alternatifs des règlement de Règlement des conflits; Rév.Int. Dr.Com.1997; N.2; P. 316.

(١) الإشارة السابقة.

هذا ويعتبر استخدام أحد الطرق الودية البديلة لفض المنازعات قبل اتفاق أطراف النزاع علي استعمالها مكنة أو رخصة *une Faculté* ، فيجوز للأطراف استعمالها باتفاقهم عليها - شرط إرادي - أو طرحها حسبما يتراءى محققاً لمصالحهم ، فقد تكون تسوية ودية سيئة خيراً من قضية رابحة ، والتفاهم علي نصف الحق خير من التقاضي علي كامل الحق. فاللجوء إلي أحد الطرق الودية البديلة يكون اختيارياً أمام أطراف النزاع ، ولا يجوز إجبارهم علي استخدامها ؛ إذ أنه من غير القانوني إجبار شخص علي استخدام رخصة ؛ لأن الرخصة تخرج عن إطار ما تنظمه القواعد الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام. أما بعد اتفاق أطراف النزاع علي استعمال إحدى الطرق الودية البديلة سواء في صورة شرط أو مشاركة أو شرط بالإحالة يصبح الأمر إلزامياً ، ويجب احترام أولوية اللجوء إلي استعمال إحدى هذه الطرق ، ويحظر علي أي طرف من أطراف النزاع إنكار وجود الاتفاق علي تسوية النزاع بإحدى الطرق الودية البديلة ، إعمالاً لمبدأ القوة الملزمة للاتفاق ، ويعتبر هذا الاتفاق قيداً علي رفع الدعوي القضائية(١).

ويكون الجزاء أمام القضاء علي مخالفة هذا الاتفاق هو عدم قبول الدعوي القضائية أو وقف الفصل فيها حين استنفاد إحدى الطرق الودية البديلة الوارد الاتفاق بشأنها عندما يتجاهلها أحد أطراف النزاع

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية ، ص ٢١ وما بعدها ؛ التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية ؛ ط ١ ، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣م ، بند ٩٣ وما بعده ، ص ٢٧٩ وما بعدها.

- A. Baudoin; *La Conciliation et la médiation; deux modes de Règlement des différends commerciaux*; thèse Paris II; 1992; P. 66.
- Lôië Cadiet et Emmanuel Jeuland; *Droit Judiciaire privé*; 5.éd.; Litec; Paris; 2006; N. 416; P. 256.
- Ph. Barrière; *Nouvelles Pratiques des conciliateurs de justice dans les tribunaux d'instance*; *Gaz. Pal.* 21-22 Fév.2001; P. 3.

ويلجأ مباشرة إلى القضاء. وعليه فلا يجوز لأي من أطراف النزاع تجاهل الاتفاق علي اللجوء إلى إحدى الطرق الودية البديلة لفض النزاع، واللجوء مباشرة إلى القضاء. ويجب علي المحكمة المرفوع أمامها الدعوي القضائية التي يوجد بشأنها اتفاق علي اللجوء إلى إحدى الطرق الودية البديلة أن تقضي بعدم قبول الدعوي أو بتأجيل الفصل فيها لحين استنفاد الطرق الودية البديلة الوارد الاتفاق بشأنها؛ وذلك احتراماً لمبدأ القوة الملزمة للاتفاق، والذي يمكن تنفيذه عينياً بمساعدة القضاء (١).

٢- عدم الاهتمام بدراسة النظام الإجرائي للتوفيق الإلكتروني كوسيلة بديلة لفض المنازعات (مشكلة البحث): لم تف الدراسات التي تناولت النظم الودية لتسوية المنازعات موضوع (النظام الإجرائي للتوفيق الإلكتروني) بدراسة كافة زواياه، وهذا ليس قصوراً من الباحثين الذين اجتهدوا قدر طاقتهم، لكن جودة الموضوع هي الباعث على صعوبته، وتحتاج لمن ينييه من الباحثين قدر أكبر من العناء والجهد لأجل البحث العلمي وخدمة البشرية، ولعل البحث فيه ما زال يعاني معاناة أشبه بخطوات الطفل الأولى، خاصة وأن التقنيات التي استند إليها التوفيق الإلكتروني تقنيات تسبق في تطورها أية دراسة، وهنا تكمن درجة الصعوبة حيث يكون على الباحث دائماً في المجال القانوني أن يسهم بوضع أطر عامة أمام المشرع بما يعينه على وضع تشريعات تكون لها صفة الدوام والاستمرار والإحاطة بما قد ينشأ من منازعات أو يجد من تفسيرات لأطول فترة زمنية ممكنة، وهو الأمر العسير في مجال دراستنا.

ويجتهد الباحث مدفوعاً برغبة ملحة في التعرف علي آلية التوفيق الإلكتروني في محاولة للإسهام بوضع أنموذج أو صياغة مثلى لفكرة النظام الإجرائي للتوفيق الإلكتروني كوسيلة بديلة عن القضاء لفض المنازعات، ليسهل بعد ذلك تطهيرها وتقنينها بما يتناسب وأهميتها التي أصبحت ملحة في حياتنا اليومية؛ وذلك لتقديم إفادة علمية وتطبيقية للمجتمع القانوني بشكل خاص وللمجتمع الإنساني بشكل عام. ولعل من أبرز صعوبات

(١) الإشارة السابقة.

البحث التي تصادف الباحث هي جدة موضوع النظام الإجرائي للتوفيق الإلكتروني، وندرة الدراسات القانونية المتخصصة المقارنة، وقلة المراجع والكتب، وندرة أحكام القضاء بشأنه، وعدم نشر الكثير من أعمال مراكز التسوية الودية التي تتناول موضوع تلك الدراسة؛ وذلك نظراً لأنه أمر حديث العهد نتج عن التطور التقني في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

٢. سبب اختيار موضوع البحث وأهميته وتساؤلاته: تم التركيز على دراسة موضوع النظام الإجرائي للتوفيق الإلكتروني، لجلي جوانبه وسبر أغواره نظراً لأهميته العلمية والعملية، وتوضيح آثاره وبيان مدي وكيفية الاستفادة منه، وسد ثغرة بالمكتبة القانونية العربية في موضوع (النظام الإجرائي للتوفيق الإلكتروني)؛ لأنه لم ينل ما يستحقه من العناية والاهتمام، وهي في أشد الحاجة إليه، وليكون هادياً ومعيناً لكل مشتغل بالقانون والقضاء والمحاماة. وكما ترجع أهمية هذا البحث إلي ارتباطه بالتجارة الإلكترونية التي أصبحت تفرض نفسها علي مجتمعا الوطني والدولي، ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها. ويهدف هذا البحث إلي محاولة خلق فكرة متطورة ومتكاملة ذات طابع إجرائي عن آلية التوفيق الإلكتروني كوسيلة ودية بديلة لفض المنازعات باعتبار أن التطور هدفٌ مرجحي لا نهاية له، وتطلعاً للأفضل.

ويشير هذا الموضوع عدة تساؤلات منها: ما هو مفهوم التوفيق الإلكتروني؟ ومزاياه، وعيوبه، وأنواعه، وطبيعته القانونية، ونطاقه، وتنظيمه التشريعي؛ وجهود مراكز التوفيق الإلكتروني؟ وما هو معيار التمييز بينه وبين غيره من النظم القانونية المشابهة؛ كالقضاء والتحكيم والوساطة والمفاوضة والصلح والوكالة والخبرة والمقاولاة وعقد العمل... وما هو اتفاق التوفيق الإلكتروني، والهيئة القائمة بعملية التوفيق الإلكتروني، وماهي طبيعة التزامات وسلطة ومسئولية الموفق تجاه الأطراف والغير. وماهي الإجراءات الخاصة الواجبة الاتباع في عملية التوفيق الإلكتروني؟ وهل له ميعاد قانوني أم لا؟ وما هو مصير عملية

التوفيق الإلكتروني ، وهل يتمتع اتفاق التسوية بالقوة التنفيذية؟ وكيف يتم تنفيذه، وماهي دعوي بطلان اتفاق التسوية الودية؟...

١- منهج البحث وخطته: من أجل عرض الأفكار المتعلقة بالبحث، وإبراز إشكالياته، وبسبب أهمية الموضوع فقد تم اتباع عدة مناهج علمية لتكامل فيما بينها في محاولة لفحص جميع جوانب الموضوع، ألا وهي: المنهج الوصفي التحليلي التأصيلي المقارن بين التشريعات وأحكام القضاء والآراء الفقهية المختلفة، لتوصيف وتحليل وتفسير وتأصيل واستنباط نتائج لظاهرة (النظام الإجرائي للتوفيق الإلكتروني) بهدف التوصل إلي أفضل الحلول الممكنة والترجيح بينها - بعد إبراز المحاسن والمساوي، وأوجه النقص والقصور، وأوجه القوة والضعف - من أجل تطوير أحكام القانون الوطني علي ضوء أحكام الدراسة المقارنة، للإسهام في معالجة أي قصور تشريعي بما لا يدع مجالاً لوجود ثغرات قانونية أو نقص تشريعي.

وبناء على ذلك نتناول موضوع (النظام الإجرائي للتوفيق الإلكتروني)، في فصلين يسبقهما مبحث تمهيدي، ويعقبهما خاتمة، وذلك على النحو التالي:

المبحث التمهيدي، ويتناول: التبادل الإلكتروني بتقنية المعلومات والاتصالات.

الفصل الأول: ويتناول: مفهوم واتفاق التوفيق الإلكتروني ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم التوفيق الإلكتروني.

المبحث الثاني: اتفاق التوفيق الإلكتروني.

الفصل الثاني، ويتناول: عملية التوفيق الإلكتروني، ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول: هيئة التوفيق الإلكتروني.

المبحث الثاني: إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني.

الخاتمة: وتتضمن أهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات.

وذلك بالتفصيل على النحو الآتي:

مبحث تمهيدي

علاقة التبادل الإلكتروني بتقنية المعلومات والاتصالات بالوسائل

البديلة لفض المنازعات

هـ. تقنية المعلومات والاتصالات الإلكترونية والوسائل البديلة لفض المنازعات: لم تقف عجلة تطور الزمن طويلاً أمام الراديو والتلفاز والتليفون والفاكس والتلكس كوسائل اتصال، بل استمرت في تطورها حتى وصلت عصر المعلوماتية بقيادة الكمبيوتر والإنترنت، والتي أصبحت الوسيلة المثلى والأكثر انتشاراً في الاتصال ونقل المعلومات وتبادلها، وبفضلها زالت الحدود الجغرافية، وأضحى العالم قرية صغيرة رغم بُعد المسافات، واختلاف التوقيت. وأصبح الإنترنت العمود الفقري للمعاملات الاجتماعية والثقافية والصناعية والاقتصادية والتجارية والمالية وعقد الصفقات وإبرام عقود التجارة الإلكترونية... وأصبحت الدولة المتقدمة هي الدولة القادرة على إدخال تكنولوجيا وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة في جميع مجالاتها، وحوسبة أعمالها الإدارية والمالية والتعليمية وغيرها (الحكومة الإلكترونية) بشكل يحقق لها قيمة وقوة اقتصادية. ويلزم لتشغيل الإنترنت؛ شبكة اتصالات، وجهاز كمبيوتر أو حاسب آلي عبارة عن جهاز إلكتروني يمكنه استقبال المعلومات والبيانات وتخزينها واسترجاعها عند الحاجة، والتعامل معها بالتحليل أو البرمجة أو الإرسال أو الاستقبال بوساطة برامج وأنظمة إلكترونية بسرعة فائقة، ويتكون من أجزاء مادية Hardware، وبرامج Software (١).

ويعد التطور العلمي المتجدد لتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، أصبحت شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) الأكثر شيوعاً في التجارة

(١) د.حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨م، ص ٤. د.أنصاري حسن النيداني، القاضي والوسائل الإلكترونية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٩م، ص ١٠. د.عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٩٤م، ص ٨.

الإلكترونية حيث تتيح لمستخدميها إبرام العقود، والصفقات... ويستلزم عصر الاتصالات الإلكترونية الحديثة ضرورة اعتراف دول العالم بوسائل فض المنازعات إلكترونياً، وذلك بعد سن قوانين خاصة لنظرية (القانون المعلوماتي)، والاعتراف التشريعي بالكتابة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني، والدعائم الإلكترونية... كما يجب توعية المواطنين، وإصدار التشريعات اللازمة، وزيادة حماية أمن وتوثيق وتصديق المعلومات الإلكترونية للتفاعل مع عصر تكنولوجيا المعلومات (١).

وظهرت وسائل التسوية الإلكترونية لفض منازعات التجارة الدولية التي تتم عبر الإنترنت بنفس الطريقة التي تمت بها عقود وصفقات التجارة الإلكترونية، وذلك بظهور مواقع إلكترونية متخصصة في تقديم خدمات التسوية الإلكترونية للمنازعات، حيث تقوم بفض المنازعات بالوسائل البديلة بطريقة إلكترونية من خلال موقعها عبر شبكة الإنترنت، فيوجد في موقع كل منها أمانة عامة تتلقى طلبات فض المنازعات إلكترونياً. طلب تحكيم، طلب وساطة، طلب توفيق... والتي يقوم المدعي بإرسالها بعد ملء نموذج الطلب المعد سلفاً على الموقع بشبكة الإنترنت مرفقاً به: اتفاق طرقي النزاع على حل النزاع يأخذى الوسائل البديلة إلكترونياً، والطلبات، والأدلة، والمستندات الإلكترونية والورقية عبر جهاز الماسح Scanner، ويقوم المركز بإخطار المدعي عليه ودعوته للمشاركة، فإذا

- (١) د. محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة ١٩٩٣م، ص ٢ وما بعدها. د. محمد عبد الظاهر حسين، الاتجاهات الحديثة في حماية برامج الكمبيوتر المعلوماتية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠/٢٠٠١م، ص ٥ وما بعدها. د. السيد محمد السيد عمران، الطيبة القانونية لعقود المعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٢م، ص ٩ وما بعدها. د. عدلي أمير خالد، فض منازعات المديونية، منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ٢٩٣. د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٥م، ص ٣٦٢-٣٦٣. د. محمد صابر الدميري، دور الحاسب الآلي في تيسير إجراءات التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠١٤م، ص ٤٠.

رفض انتهت الإجراءات عند هذا الحد، أما إذا قبل ذلك وقدم أدلته ومستنداته، فيقوم المركز بإعداد صفحة للنزاع على موقعه بشبكة الإنترنت، ويزود طرفي النزاع، وهيئة الفصل في موضوع النزاع بكلمة سر Password لدخول الموقع واستعراض النزاع (١).

وتدار جلسات فض النزاع إلكترونياً من خلال البريد الإلكتروني E-mail أو الفيديو كونفرانس أو بأي وسيلة مماثلة... ثم يحرر في نهاية كل جلسة محضراً يرسل إلى طرفي النزاع بصورة إلكترونية لقراءته والتوقيع عليه إلكترونياً، ثم يعيده إلى موقع القضية على الإنترنت، ويتم تقديم وتبادل الأدلة والمستندات والوثائق وعرض كل طرف لأدلته من خلاله المرافعة، والحوار باستخدام وسائل اتصال إلكترونية. وتقوم هيئة فض النزاع بعد سماع الادعاء، والدفاع، وفحص أدلة الإثبات... وقفل باب المرافعة بإصدار القرار، وتقييده على الموقع الخاص بالقضية على شبكة الإنترنت (٢).

(١) د. أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة ٢٠٠٣م، ص ٣٨. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، تسوية المنازعات القضائية بالطرق البديلة (الصلح، الوساطة والتوفيق)، ورقة عمل مقدمة للدورة التي عقدها مركز الدراسات القانونية والاقتصادية حول إجراءات تسوية وفض المنازعات القضائية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، في الفترة من ١٨ - ٢٢ / ١٢ / ٢٠٠٥م، ص ٦. د. محمد أبو العينين، مقدمة في خسم منازعات التجارة الإلكترونية، مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية ووسائل حسم المنازعات، جامعة الدول العربية ١٢ - ١٣ يناير ٢٠٠٢م، ص ٢. عادل حماد أبو عزة، التحكيم الإلكتروني في منازعات المعاملات الإلكترونية، مجلة العالم الرقمي، ع ١٦٠٤، ٢٠٠٦م، ص ٥. د. إناس الخالدي، مدى ملائمة قواعد التحكيم الحالية لحسم منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة التحكيم العربي، تصدرها الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، ع ١٢، يوليو ٢٠٠٩م، ص ٦٦. د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، دار الثقافة للنشر، الأردن ٢٠٠٢م، ص ٥٨.

(٢) د. أحمد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونياً، بحث ضمن فعاليات المؤتمر الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم بالتعاون مع جامعة الدول

وأصبح من الواجب أن تعترف كل دول العالم بوسائل فض المنازعات إلكترونياً بتشريعات وطنية، واتفاقيات دولية، وإنشاء مراكز متخصصة في فض المنازعات إلكترونياً حيث تكون المستندات، والملفات، والاتصالات، والجلسات الإلكترونية، تتم عبر شبكة الإنترنت، وتقوم مراكز وهيئات فض النزاعات إلكترونياً بتحديد إجراءات رفع ونظر النزاع بوسائلها المعدة لذلك. فبمجرد الدخول لأي موقع من تلك المراكز أو الهيئات على الإنترنت نجد الوسائل أو الخدمات التي تقدمها، وآلية تقديم كل خدمة سواء أكانت خدمة التحكيم الإلكتروني أو الوساطة الإلكترونية أو المفاوضة الإلكترونية أو التوفيق الإلكتروني أو الصلح الإلكتروني... ويلاحظ أن الطابع العالمي لشبكات الاتصال الإلكترونية يؤدي إلى استبعاد القواعد التقليدية للاختصاص التشريعي والقضائي لحسم منازعات التجارة الإلكترونية(١).

وتعتبر الوسائل البديلة لفض المنازعات إلكترونياً السلطة القضائية للعالم الافتراضي، حيث تبدأ باتفاق، وتتم بإجراءات، وتنتهي بقرار، وذلك بملء نموذج الطلب والمعد مسبقاً على موقع مركز فض المنازعات إلكترونياً، والمتضمن البيانات الشخصية: الاسم واللقب والمهنة والعنوان

=العربية ٢٠٠٢م، ص ١ وما بعدها. د.سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م، ص ٨. د.شريف محمد غنام، حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق / جامعة الكويت، ص ٢٨، ع ٣ سبتمبر ٢٠٠٤م، ص ٤٠٢ وما بعدها. د.بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس، ص ٤٨، ع ١، ٢٠٠٦م، ص ٩٠-٩١.

- Philippe Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman;
Traité de L'arbitrage commercial international;
Litec 1996; N. 7; P. 11.

(١) د.أحمد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونياً، بحث ضمن فعاليات المؤتمر الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم بالتعاون مع جامعة الدولة العربية ٢٠٠٢م، ص ١.

الإلكتروني وموضوع النزاع والبيانات الشخصية للمدعي والمدعي عليه، وبعد استلام المركز للطلب يقوم بالاتصال بالمدعي عليه وتزويده بتسخة من الطلب، فإذا رد المدعي عليه على المركز بالرفض، أو لم يرد خلال ميعاد معين محدد له تنتهي الإجراءات عند هذا الحد. أما إذا كان رد المدعي عليه بالقبول فعليه إرسال موافقته للمركز بتعبئة النموذج المعد لذلك وتقوم هيئة فض النزاع إلكترونياً بتوضيح آلية سير فض النزاع إلكترونياً للطرفين، وكيفية عقد الجلسات، وبعد موافقة طرفي النزاع على هيئة فض النزاع وعلى الإجراءات، يتم الانتقال للمرحلة التالية من عملية فض النزاع إلكترونياً، وهي مناقشة موضوع النزاع، وإثارة نقاط الخلاف الجوهرية، وتقديم الأدلة والمستندات، والطلبات، والدفع (١).

ومن خلال موقع ملف القضية على موقع المركز بشبكة الإنترنت يتم دخول طرفي النزاع، وهيئة فض النزاع على صفحة النزاع بكلمة المرور (Password) بعد الضغط على اختيار (My Cases)، ويتم تبادل الإعلانات في خصومة النزاع مع سكرتارية المركز وهيئة فض النزاع والأطراف من خلال نماذج معدة سلفاً على موقع القضية ليتم تعبئتها وإرسالها بالبريد الإلكتروني، ويستمر انعقاد الجلسات، وتقديم الأدلة، والرد والاستماع إلى الشهود... وتستمر الإجراءات إلكترونياً في سيرها حتى انقضائها انقضاءً طبيعياً بصدور قرار في موضوعها بصورة إلكترونية، وبعد صدوره تأتي مرحلة تنفيذه، وتخضع جميع الإجراءات والأعمال والطلبات والمستندات والوثائق لقرينة الصحة طالما كانت محلاً للتبادل

(١) د. حسام أسامة شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية ٢٠٠٨ م، ص ١٨١ وما بعدها. د. مصلح أحمد الطراونة، دكتور محمد الحجابيا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، تصدرها كلية حقوق البحرين، ج ٢، ع ١، يناير ٢٠٠٥ م، ص ٢٣٢ وما بعدها.

Eric A. Caprioli; arbitrage et médiation dans le commerce électronique (L'expérience du cyber Tribunal); Rév. arb. 1999; N. 2; P. 225.

والمناقشة بين أطراف النزاع وهيئة فض النزاع إلكترونياً، وعلى من يدعي خلاف ذلك إقامة الدليل على صحة ادعائه(١).

وظهر التوفيق الإلكتروني في العالم الافتراضي باستخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية وفرض تواجده، فزاد الاقبال عليه شيئاً فشيئاً وأصبح حقيقة مستقرة نظراً لتوافر الخبرة، والسرية، والثقة، والأمان التقني، والاقتصاد في الجهد والوقت والإجراءات، ويعتبر وسيلة واعدة وأكيدة لحل الكثير من المنازعات المدنية والتجارية والإدارية والبيئية والملكية الفكرية، والرياضية... وذلك بعد الاعتراف التشريعي بحجية المحرر والتوقيع الإلكتروني(٢).

ويتطلب التوفيق الإلكتروني لتحقيق العدالة الرضائية الإلكترونية تعديل التشريعات الوطنية والدولية بما يسمح باستخدام الملفات الإلكترونية الرقمية في عملية التوفيق الإلكتروني، فلا يستطيع الموفق ومعاونوه استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة في عملهم إلا

(١) د.بلال غيدالمطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني، ص ٩٠ - ٩١. د.محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣م، ص ١٤ وما بعدها.

(٢) وقد أقرت التشريعات الوطنية والدولية حجية كل من المحرر والتوقيع الإلكتروني منها: التوجيه الأوربي للتوقيعات الإلكترونية رقم ٩٣/ ١٩٩٩م الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩م. وقانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١م. وقانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ١٩٩٦م. والتشريع الفرنسي رقم ٢٣٠/ ٢٠٠٠م الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠م. وقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٤م، والقانون المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات. والقانون التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠م الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية. والقانون الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م بشأن المعاملات الإلكترونية. والقانون الإماراتي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية. وقانون مملكة البحرين الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية لسنة ٢٠٠٢م. وقرار اللجنة الشعبية العامة لليبية رقم ٧ لسنة ٢٠٠٥م بإنشاء الهيئة العامة للمعلومات والتوثيق والاتصالات...

إذا وجد تنظيم تشريعي يسمح لهم بذلك ، وإعداد فني وتقني متقدم ، وتوفير الكفاءات البشرية اللازمة من فنيين متخصصين ومبرمجين وكتبة وإدارة... لتفعيل نظام التوقيع الإلكتروني ، وإنشاء مراكز ومؤسسات متخصصة ومعتمدة بمواقع إلكترونية مجهزة لفض المنازعات بالتوقيع الإلكتروني ، وتنمية الوعي الإلكتروني والتقني لدى القائمين عليه ، وتوفير الأجهزة والمعدات اللازمة ، وإنشاء سجل إلكتروني يحوي قاعدة البيانات لكل دعوي ويستخرج من هذا السجل برنامج ملف الدعوي ، والاعتراف التشريعي بمساواة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع التقليدي ، ومساواة المحررات الإلكترونية بالمحررات الورقية ، والاعتراف بحجية كل من المحرر والتوقيع الإلكتروني ، وضمان التحقق من شخصية الموقع علي المحرر الإلكتروني ، وصياغة التشريعات اللازمة لحماية أمن وسلامة المحررات الإلكترونية ، وأخذ الاحتياطات اللازمة لسلامة وتلافي أخطاء الأجهزة والمعدات وأنظمة التشغيل والبرامج الإلكترونية(١).

(١) د.أحمد هندي ، التقاضي الإلكتروني ، بند ٨ ، ص ١٨ وما بعدها. د.سيد أحمد محمود ، إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني والتحكيم الإلكتروني والتحكيم الإلكتروني ، دار الفكر والقانون بالمنصورة ٢٠١٥ م ، ص ٣ وما بعدها. د.أسامة أحمد شوقي المليجي ، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره علي قواعد الإثبات المدني ، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م ، ص ١٣٩. حازم محمد الشريعة ، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠١٠م ، ص ٥٣ وما بعدها. د.محمود مختار عبد المغيث محمد ، استخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير إجراءات التقاضي المدني ، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣م ، ص ٩٨ وما بعدها. د.يوسف سيد عواض ، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية ، رسالة دكتوراه - حقوق عين شمس ٢٠١٢م ، ص ٣٣٤ وما بعدها. صفاء أوتاني ، المحكمة الإلكترونية " المفهوم والتطبيق " ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٨ ، العدد الأول ٢٠١٢م ، ص ١٧٥ - ١٧٦. د.محمد محمد الألفي ، المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول ، بحث مقدم في مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس " الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية " بدبي خلال الفترة من ٩ - ١٢ ديسمبر ٢٠٠٧م ، منشور علي :

<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/ara/do/unpan029801.pdf>

وقد حقق نظام التوفيق الإلكتروني - كمحاولة *La tentative* تسوية النزاع بين طرفيه بمساعدة الموفق بعد بذل العناية الواجبة - نجاحاً ملحوظاً في الحد من ظاهرة البطء في التقاضي في التشريعات المقارنة التي طبقتها. ففي دولة الإمارات العربية المتحدة أنهى التوفيق كوسيلة أولية قبل قيد الدعوي أكثر من ٥٠٪ من المنازعات، وكما هو الحال أيضاً في النظام الأمريكي الذي أخذ بالتوفيق بموجب قانون إصلاح العدالة عام ١٩٩٠م، وكذلك النظام الفرنسي الذي اتجه نحو التوسع في فكرة التوفيق والوساطة منذ عام ١٩٥٥م (١).

ويهتم الموفق بالتوفيق بين المصالح المتعارضة بروح العدالة وحسن النية لصالح جميع الأطراف، وتغليب المصالحة على روح النزاع، أكثر من الاهتمام بالتطبيق الصارم للقانون، ودون التقيد بإجراءات التقاضي المعقدة الطويلة. والموفق غير ملزم عادة بتطبيق القانون الوطني، فيمكنه الرجوع إلى قواعد العدل والإنصاف، وبالتالي يجنب الأطراف روتين القضاء، وتحيز القضاء الوطني للوطنيين ومصالح وطنه، وبذلك يعتبر التوفيق أداة للثقة والطمأنينة في علاقات التجارة الدولية. فالتوفيق هو طوق النجاة لتحقيق رغبة أطراف معاملات التجارة الدولية في التحرر من قيود القوانين والقواعد الوطنية، وذلك باختيارهم القانون الواجب التطبيق على الموضوع، والإجراءات. كما أن الموفق لا يتقيد إلا بالضمانات الأساسية للتقاضي والنظام العام في الدولة التي سيجري فيها تنفيذ اتفاق التسوية.

وبعد أن انتهينا من دراسة المبحث التمهيدي (علاقة التبادل الإلكتروني بتقنية المعلومات والاتصالات بالوسائل البديلة لفض المنازعات) علي النحو السابق، ننتقل الآن إلي دراسة الفصل الأول

(١) د. ثروت عبدالعال أحمد، التوفيق في منازعات الأشخاص الاعتبارية العامة وفقاً لأحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م، ص ١٩ هامش (٢). عبدالرحيم علي محمد، قانون لجان التوفيق في بعض منازعات الدولة، ط ١، ٢٠٠٠م، ص ٩ هامش (١).

(مفهوم واتفاق التوفيق الإلكتروني) وهناك تفصيل القول في ذلك:

الفصل الأول

مفهوم واتفاق التوفيق الإلكتروني

٦ - تمهيد وتقسيم: يقصد بالتوفيق تبادل وجهات نظر طرفي النزاع لاحتواء النزاع، وتحديد محتواه والتوصل إلي تسويته، ووضع نهاية له تحول دون توتر العلاقات بين أطرافه، وذلك بقيام الموفق بمهمة تنظيم النقاش، ونقل وتقريب وجهات نظر الأطراف المتنازعة، وتهيئة المناخ الذي يمكن في ظلّه الوصول بالأطراف إلي إبرام اتفاق تسوية ودية محل النزاع موقعا منهم ومن الموفق، وذلك بعد قيام الموفق بمحاولات لتضييق الفجوة بين أطراف النزاع(١).

ويتميز التوفيق بأنه طريق اختياري ودي بديل يمتاز بالسرعة والسرية والمرونة التي تجعله يتلاءم مع الكثير من المنازعات، كما أنه يؤدي إلي ضمان توفير الاحترام الكامل لسيادة إرادة أطراف النزاع، حيث أن الحلول التي تسفر عنها عملية التوفيق لن تفرض علي الأطراف إلا حال قبولها والرضا بها منهم وتوقيعهم عليها. ولا يلتزم الموفق بالاعتبارات القانونية المحضة، وإنما يأخذ في اعتباره جميع الظروف والملابسات الخاصة بالنزاع(٢).

ونظراً للنشأة الاتفاقية للتوفيق؛ فإن سلطة الموفق تتحدد بموجب اتفاق التوفيق والقانون، فاتفاق التوفيق هو دستور عملية التوفيق،

(١) د.ثروة عبد العال أحمد، التوفيق، ص ٢٨. طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ٤٠٨. د.محمد أحمد عبد النعيم، مدى إخلال آلية التوفيق الإجباري بحق التقاضي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م، ص ١٢، ٢٣.

(٢) هدي جمال الدين الأهواني، النظام القانوني للتوفيق التجاري في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠١٥م، ص ٢٣ وما بعدها.

والأساس الذي يستمد منه الموفق سلطاته، فليس للموفق سلطة مطلقة في إدارة عملية التوفيق وتوجيهها بكافة الطرق والوسائل، دون أن يكون مقيداً بضوابط نظام التوفيق واتفاق التوفيق. ويقتصر دوره علي التقريب بين وجهات النظر لحل النزاع في ضوء الطلبات، والأدلة المقدمة في عملية التوفيق، وبذلك يختلف دور الموفق عن دور القاضي، والمحكم، والوسيط، والمصلح، والوكيل، والخبير، والمقاول...

وبناءً علي ذلك نتناول في هذا الفصل ماهية التوفيق الإلكتروني، وذلك ببيان تعريف التوفيق الإلكتروني، ومزاياه وعيوبه ومعوقاته وأنواعه وطبيعته القانونية وقابلية النزاع للتوفيق، وتنظيمه التشريعي، وجهود مراكز التوفيق الإلكتروني، والتفرقة بينه وبين غيره من النظم القانونية المشابهة كالقضاء والتحكيم والوساطة والصلح والوكالة والخبرة والمقاول والمفاوضة وعقد العمل... ثم توضيح مفهوم اتفاق التوفيق الإلكتروني، وذلك ببيان تعريفه، وأنواعه، وشروط صحته، ومبدأ استقلاله عن العقد الأصلي، وآثاره، والقانون الواجب التطبيق عليه... وبناءً على ذلك نتناول مفهوم واتفاق التوفيق الإلكتروني في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم التوفيق الإلكتروني.

المبحث الثاني: اتفاق التوفيق الإلكتروني.

وإليك تفصيل القول في ذلك:

المبحث الأول

مفهوم التوفيق الإلكتروني

٧- **تعريف التوفيق الإلكتروني:** معنى التوفيق في اللغة: تَوْفِيقٌ: (اسمٌ عَلَمٌ)، وهو: مصدرٌ وَفَّقَ يُوَفِّقُ تَوْفِيقًا، فهو مُوَفِّقٌ. وَفَّقَ الرَّجُلَ بَيْنَ الْقَوْمِ: أَصْلَحَ بَيْنَهُمْ، وَفَّقَ الْحَكِيمُ بَيْنَ الْمُخْتَصِمِينَ {...إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا...}(١)، أي حَاوَلَ التَّوْفِيقَ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ وَإِصْلَاحَ ذَاتِ بَيْنِهِمَا، وَالْوَفَّقُ مِنَ الْمُوَافَقَةِ بَيْنَ الْأَشْيَاءِ الْمُخْتَلِفَةِ وَضَمُّهَا فِي تَنَاسُقٍ، وَوَفَّقَ

(١) سورة النساء، الآية رقم (٣٥).

بين القوم: أصلح ورفع وأزال الخلاف بين مُتَنَازِعِينَ وَسَبَدَ طريق الشَّرِّ^١
وسهل طريق الخير كالتوفيق بين الزوجين، ووفق فلان بين شيئين: وافق
ولاءم بينهما وجعلهما مُتَسَجِّمِينَ، وفق بين سلوكه وأقواله. أوفق القوم
لَهُ: إقترَبُوا مِنْهُ واجتمعت كلمتهم عليه... (١).

ويعرف التوفيق اصطلاحاً بأنه: طريق استثنائي مؤقت بديل عن
القضاء لفض نزاع معين باتفاق طرفيه - شرطاً أو مشاركة - لتسوية
كل أو بعض منازعاتهم القابلة للتوفيق، والتي نشأت أو ستنشأ بينهم
بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية بمساعدة الموفق
Conciliateur (هيئة التوفيق) ويكون من الغير وتُعين باختيارهما أو
بتفويض منهما، لتقوم بالاجتماع والتشاور والنقاش مع طرفي النزاع
لتحديد النقاط محل الخلاف ولتخفيف وطأة الشقاق وسوء التفاهم
وتوضيح المشاكل التي يثيرها النزاع وتبديد الخلاف بينهما بمحاولة
التقريب بين وجهات النظر المتعارضة، وتطبيب الخواطر بين طرفي
النزاع وصولاً بهما إلى نقطة التقاء تتحقق فيها أمانيهما ورغباتهما لكي
يتوصلا إلى حل يرضيانه ليرما اتفاق تسوية من إعدادهما، ويوقع
عليه منهما ومن الموفق ويكون ملزماً، ثم يصدق عليه من القاضي
المختص أو يتم توثيقه ليكتسب قوة السند التنفيذي (٢).

(١) وراجع بتفصيل أكثر في معنى الفعل (وفق): أحمد الفيومي، المصباح
النير، تحقيق د. عبد العظيم الشناوي، دار المعارف ١٩٧٧ م. ابن الحسين
أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد
هارون، ط ٢، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر
١٩٧١ م. ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف. طاهر أحمد الزاوي،
ترتيب قاموس المحيط، ط ١، مطبعة الاستقامة بالقاهرة ١٩٥٩ م. مجمع اللغة
العربية، المعجم الوسيط، ط ٣، مطابع الأوقاف بشركة الإعلانات الشرقية
١٩٨٥ م. مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، طبعة وزارة التربية والتعليم،
١٩٩٥ م.

(٢) دنيل أحمد حلمي، التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات الدولية في
القانون الدولي العام، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٣ م، ص ٢٧.
د. أحمد السيد صاوي، التوفيق كبديل لحل المنازعات عن غير طريق =

وعرفت (م ١) من قواعد التوفيق بمركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم التوفيق بأنه طريق ودي لفض المنازعات الناشئة بين الأطراف، يتم عن طريق الأطراف أنفسهم أو بواسطة شخص من الغير، يصل فيه الأطراف إلى حل ينهي النزاع ويرضي الأطراف ويحضر محضراً بذلك. وكذلك نص (م ١) من قواعد التوفيق بمركز الإسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات.

والاتفاق علي التوفيق سواء أكان شرطاً أم مشاركة ملزم لطرفيه عملاً بمبدأ القوة الملزمة للاتفاق *Le Principe de Force obligatoire de la convention* - هناك فرق بين إلزامية اتفاق طرفي النزاع، وعدم إلزامية القرار الصادر من هيئة التوفيق - فقد يكون سابقاً علي قيام النزاع أو لاحقاً بعد قيام النزاع. فيجوز التوفيق حتى لو كان النزاع قد أقيمت بشأنه دعوى تحكيمية أو قضائية حتي لو كانت الدعوي أمام الاستئناف مادام لم يصدر فيها حكماً نهائياً، وإذا تم الاتفاق

=القضاء، مركز البحوث البرلمانية، مجلس الشعب، الأمانة العامة، القاهرة، فبراير ٢٠٠٠م، ص ١١. د. محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديد بالإسكندرية ٢٠٠٥م، ص ٤٩ - ٥٣. د. جابر جاد نصار، التوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م، ص ٩. د. عاشور مبروك، نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م، ص ٢٣ - ٢٤.

- Y. Desdevises et G. Wiederkehr; *Equité et Conciliation*; Dalloz 2009; P. 209.
- Serge Guinchard, Gabriel Montagnier, André Varinard et Thierry Debard; *Institutions Juridictionnelles*; éd. 10; Dalloz 2009; N. 43; P. 50.
- Munoz; *Pour une Logique de conciliation*; A. J. D. A. ; 1997; P. 46.
- Moustafa El metwaly kandeel; *La conciliation et médiation judiciaires; étude de droit français et de droit égyptien*; thèse Paris 1; 2001; N. 98; P. 73.

علي التوفيق أثناء نظر النزاع أمام المحكمة القضائية المختصة، وجب عليها أن تقرر إحالة النزاع إلي التوفيق(١).

ويساهم طرفي النزاع في صنع اتفاق التسوية الذي يعتمد الحلول التي وصل إليها الطرفين بمساعدة الموفق، ولا يلزم طرفي النزاع بالحلول المقترحة التي توصل إليها الموفق. ويشكل التوفيق مرحلة سابقة على مرحلة الوساطة، والوساطة مرحلة سابقة على مرحلة التحكيم، ولا يجوز لأي طرف اللجوء مباشرة إلى أي وسيلة لفض النزاع قبل استفاد الوسيلة السابقة عليها احتراماً لمبدأ القوة الملزمة للاتفاق إذا وجدا اتفاقاً على ذلك، وبعد صدور اتفاق التسوية وقبول وثوقيع الأطراف عليه(٢).

ولا يجوز التوفيق دون موافقة طرفي النزاع علي اتفاق التوفيق، كما يمكنهم الانسحاب في أي وقت من عملية التوفيق كوسيلة ودية بديلة لفض المنازعات، فهو أداة من أدوات تحقيق العدالة الرضائية في النظم القانونية تعتمد على سلطان إرادة الأفراد في إطار الحدود العامة التي يسمح فيها النظام القانوني لسلطان الإرادة بترتيب الآثار القانونية. فالتوفيق يعني تحقيق مدي شرعية ادعاءات طرفي النزاع حول حق أو مركز قانوني معين عن طريق الموفق، وهو طرف ثالث من الغير محايد يختارانه ويثقان في خبرته وحسن تقديره.

ويهدف التوفيق كوسيلة اتفاقية ودية *un mode conventionnel amiable* لفض المنازعات إلي زيادة روح المودة واستمرار العلاقات

(١) دشمس ميرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، ص ٤٥٠. د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى، مصر ٢٠٠٦م، بند ١٤، ص ١٨. د. خالفي عبد اللطيف، الوسائل السلمية لحل منازعات العمل الجماعية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٧م، ص ٢٩٤ وما بعدها. د. عبد الباسط عبد المحسن، دور الوساطة في تسوية منازعات العمل الجماعية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م، ص ٢٥ وما بعدها.

- Bruno oppetit; arbitrage, Médiation et Conciliation; Rév. arb. 1984; P. 307.

(٢) الاشارة السابقة.

والتعامل بروح التعاون بين أطراف العلاقة القانونية، لذا نود لفت انتباه أطراف معاملات التجارة الدولية بصفة خاصة إلي التوفيق لفض منازعاتهم وللمساهمة منهم في تطور وانتشار التوفيق في معاملات التجارة الدولية وذلك لمحافظة التوفيق على روح المودة والتعاون بين طرفي النزاع بحل يرتضيانه يكون غالباً مقترح منهما في شكل اتفاق تسوية يقبلانه بعد توقيعه منهما ومن الموفق ليدخل حيز التنفيذ عن طريق التنفيذ الاختياري.

وتمثل الدور الرئيسي للموفق في تسهيل التواصل والحوار بين طرفي النزاع، ومساعدتهما على القيام بمفاوضات بناءة ومناقشة حيثيات النزاع واستعمال طاقتهما الخلاقة للتواصل وإيجاد حل يناسب ويرضي جميع الأطراف في جو من الاحترام المتبادل لمنح الأطراف الثقة اللازمة لإجراء حوار مثمر. فالتوفيق هدفه التوصل لحل ودي بصيغة طرفي النزاع أنفسهما بفضل تدخل طرف ثالث كموفق، بعد مساعدة الموفق لطرفي النزاع بالمناقشة والحوار بطريقة عقلانية، وفي سياق مشجع على التعاون، وديمومة العلاقات والروابط بينهما، ودون التقيّد بالقواعد القانونية اللجوء لإجراءات التوفيق لا يقلص بأي شكل من الأشكال حق طرفي النزاع في اللجوء إلى قضاء الدولة الرسمي برفع دعوى للمحكمة المختصة، فليس هناك مانع من إحالة النزاع على القضاء إذا لم ينجح التوفيق أو اللجوء إلى التحكيم. وذلك في جميع المنازعات المدنية والتجارية عدا المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، وماله ارتباط بالنظام العام والآداب العامة أي في المسائل التي يجوز فيها الصلح، وعلى ذلك يكون التوفيق باللجوء إلى طرف ثالث لمساعدة طرفي النزاع في إزالة سوء التفاهم والوصول إلى اتفاق تسوية بحل النزاع، وتكمن الفكرة من وراء نظام التوفيق في إتاحة الفرصة لطرفي النزاع من الحديث إلى بعضهم البعض - حوار مباشر أو غير مباشر - بطريقة تهدف إلى حل

المشكلات التي نشبت بينهم وإزالة سوء الفهم حول النقاط التي ثارت بينهما(١).

والتوفيق عملية إجرائية إرادية غير ملزمة وسرية يقوم فيها طرف ثالث محايد ومدرب جيداً بتيسير التفاوض حول تسوية نزاع ما، ويعمل الموفق على تحسين الاتصال بين الأطراف ومساعدتهم على التعبير عن مصالحهم وتفهم مصالح الطرف الآخر وتوضيح نقاط القوة والضعف في الموقف القانوني لكل طرف، أو على تعريف الأمور القانونية والاستدلالية والمصالح المشتركة ومجالات الاتفاق وطرح البدائل والخيارات من أجل حل مرضٍ لطرفي النزاع موضوع التوفيق(٢).

ويتدخل الموفق في عملية التوفيق لينقل وجهات نظر طرفي النزاع، ولا يصدر قراراً أو حكماً ملزماً لأطراف النزاع، ولكنه يقوم بدور ودي وتسوية غير ملزمة لطرفي النزاع إلا إذا وافقوا عليها. وأساس آلية التوفيق عملية اختيارية وليست إجبارية فهي تهدف إلى إيجاد حل يرضي كلا الطرفين وعليه يجوز لطرفي النزاع الانسحاب من التوفيق في أية مرحلة من مراحل عملية التوفيق(٣).

-
- (1) Phillippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman; *Traité de l'arbitrage commercial international*; 1996; P. 16.
- Gérard Couchez; *Procédure Civile*; éd. 12; Dalloz; Paris 2002; N. 148; P. 122.
- (٢) د. جابر جاد نصار، التوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م، ص ٢٨.
- F. Ruellan; *Le Conciliateur civil entre utopie et réalités*; J.C.P. 1990; I; 3431.
- Serge Guinchard, Gabriel Montagnier, André Varinard et Thierry Debard; *Institutions Juridictionnelles*; éd. 10; Dalloz 2009; N. 939; P. 942.
- (٣) د. أحمد فوزي عبد المنعم، وسائل فض المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي، مجلد ٦١، ٢٠٠٥م، ص ٥٢٣.

وتعتمد آلية التوفيق الإلكتروني على استعانة طرفي النزاع بطرف ثالث أجنبي تسمح له مؤهلاته الشخصية وتجربته بالمساهمة في إيجاد حل للنزاع باتفاق تسوية، وذلك بمحاولة تقريب وجهات النظر ووضع التسهيلات والحلول البديلة التي يمكن التوصل إليها بناءً على ما يقوم به الموفق من بحث وتحقيق، وعلى ما يقدمه له الطرفان من معلومات وبيانات بخصوص النزاع مع الأخذ في الاعتبار الظروف والملازمات المحيطة بموضوع النزاع.

ولا تكون مقترحات الموفق ملزمة للأطراف، فلهم مطلق الحرية في قبولها أو رفضها، ويمكن للأطراف تحويل تلك المقترحات إلى اتفاق تسوية ملزم لهم بعد توقيعه منهم ومن الموفق. وفي حالة فشل عملية التوفيق، قد يحيل الأطراف النزاع إلى الوساطة، أو الصلح، أو التحكيم وهو الإجراء الأكثر شيوعاً طالما تم الاتفاق على التحكيم أو القضاء. وقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بأنه لا يتم تعيين الموفق كمحكم في نفس القضية إذا فشل التوفيق بحجة أن الموفق قد سبق له معرفة النزاع أثناء عملية التوفيق، وبالتالي يكون غير صالح لممارسة وظيفة محكم في النزاع نفسه، كما أن ذلك سيؤثر على استقلاله وحياده كمحكم (١).

٨ - التوفيق الإلكتروني نظام قانوني اتفاقي بديل عن القضاء بفض المنازعات: التوفيق الإلكتروني وسيلة ودية بديلة من وسائل فض المنازعات قوامه الخروج عن القضاء في فض المنازعات، يتفق الأطراف على اللجوء إليه باتفاق توفيق شرطاً كان أو مشاركة، فهو نوع من العدالة الرضائية البديلة عن القضاء. ويسمح بمقتضاه بإخراج بعض المنازعات التي يقبل فيها الصلح من ولاية القضاء لكي تفض عن طريق

-
- (1) G. Herrmann; La Conciliation: nouvelle méthode de règlement des différends; Rév. arb. 1985; P. 367.
-B. Faucher; Réflexion sur les Conciliateurs; Gaz. Pal. 1978; 2; doctr.; P. 633.

هيئة توفيق يختارها أطراف النزاع(١). فالتوفيق ظاهرة دولية وليدة ثقافات متعددة، ووسيلة رضائية بديلة لفض بعض المنازعات المدنية والتجارية، الوطنية أو الدولية، عن طريق هيئة توفيق من اختيار أطراف النزاع. فالتوفيق يرتبط بوجود نزاع يراد حسمه عن طريق غير القضاء باتفاق تسوية، من صنع الخصوم أنفسهم وبمساعدة الموفق(٢).

فالتوفيق هو طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إرادة طرفي النزاع إلى عرضه على هيئة التوفيق التي يتم تشكيلها باتفاقهما كأصل للفصل فيه باتفاق تسوية تنحسم به الخصومة بينهما بعد توقيعهما عليه. والأصل في التوفيق هو عرض نزاع معين بين طرفين على موفق من الغير يعين باختيارهما لفض النزاع باتفاق تسوية قاطع للدابر الخصومة، فالتوفيق مصدره الاتفاق وإليه ترتد سلطة الموفق باعتباره دستور التوفيق(٣).

واتفاق التوفيق هو اتفاق طرفي النزاع على اللجوء إلى التوفيق لفض كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التوفيق

(١) د.سامي عبد الباقي أبو صالح، التوفيق التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م، ص ٨.

- Philippe Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman; Traité de L'arbitrage Commercial International; Litec 1996; N. 7; P. 11.

(٢) د.محمد عبدالحالق عمر، النظام القضائي المدني، ج ١، ط ١٩٧٦م، ص ٩٧. نقض مدني ٢٠٠٣/٦/١٠م، طعن رقم ٧٤٣٥ لسنة ٦٣ ق، مج، س ٥٤، ج ٢، ق ١٦٧، ص ٩٥٥.

- Alfred Jauffret; Procédure civile et voies d' exécution; éd. 1980; N. 57; P. 31.

- A. Pekar Lempereur; La technique de Conciliation; Gaz. Pal. 4-6 oct. 1998; P. 36.

(٣) نقض مدني ٢٠٠٣/٦/١٠م، طعن رقم ٧٤٣٥ لسنة ٦٣ ق، مج، س ٥٤، ج ٢، ق ١٦٧، ص ٩٥٥.

سابقاً على قيام النزاع (شرط توفيق) أو لاحقاً بعد قيام النزاع (مشاركته توفيق) أو في شكل إحالة ترد في العقد الأصلي إلى وثيقة تتضمن شرط توفيق بالإحالة. ويجب أن يكون اتفاق التوفيق صحيحاً بتراضٍ - إيجاب، وقبول - صحيح خال من عيوب الإرادة، وصادراً عن شخص لديه أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه، وأن يرد هذا التراضي على محل صحيح ويمكن ومشروع، ويستند إلى سبب مشروع.

والأصل في التوفيق الإلكتروني هو عرض نزاع معين بين طرفين على موقف من الغير يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها، ولا يجوز أن يكون إجبارياً؛ لأن مصدره الاتفاق، وإليه ترد السلطة الكاملة التي يباشرها الموفق عند محاولة التوفيق بين طرفي النزاع، فهو نظام بديل عن القضاء ولا يجتمعان.

وهيئة التوفيق الإلكتروني هي الموفق الفرد أو الفريق من الموقنين، وتعتبر المهمة التوفيقية المنوطة بالموفق جوهر فض المنازعة، ويعتبر الموفق الإلكتروني هو الدينامو المحرك ومحور عملية التوفيق الإلكتروني، وعلى قدر دقة الموفق ومهارته تكون سلامة إجراءات عملية التوفيق. والجدير بالذكر أن حسن أداء الموفق لمهمته يتوقف على ما يحمله من مؤهلات علمية وعملية وخبرات فنية، فالموفق هو شخص يتمتع بثقة أطراف التوفيق، ويتم تعيينه من طرفي النزاع أو من الغير أو من المحكمة القضائية المختصة قانوناً بنظر النزاع في الحالات المنصوص عليها قانوناً.

فالموفق هو المحور الأساسي لعملية التوفيق، ويقدر كفاءته ودقته تكون سلامة إجراءات التوفيق، فحسن أداء الموفق وكفاءته ومهارته في تأدية مهمته يظل رهناً بشخص الموفق ومؤهلاته وخبراته، لذا يجب تأهيل الموفق من خلال عقد الدورات والمؤتمرات والندوات وورش العمل المتخصصة. فالموفق يستمد سلطاته من إرادة طرفي النزاع من جهة، ومن إرادة القانون الذي أجاز له ممارسة مهمته من جهة أخرى، لذا يجب اختيار

الموفق الكفاء القادر على تحقيق العدالة الرضائية بعيداً عن المصالح
والرغبات الشخصية(١).

والأصل في تكوين هيئة التوفيق قيام أطراف النزاع باختيار هيئة
التوفيق، فإذا كانت هيئة التوفيق مشكلة من موفق واحد فقط، فيتم
اختياره والاتفاق عليه من طرفي النزاع. أما إذا كانت هيئة التوفيق مشكلة
من ثلاثة موفقين اختار كل طرف موفقاً، ثم يتفق الموفقان بالاتفاق مع
طرفي النزاع على اختيار الموفق الثالث، وإذا كان هناك أطراف متعددون
- كمدعين أو كمدعى عليهم - وكان ينبغي أن يحال النزاع إلى هيئة
توفيق مشكلة من ثلاثة موفقين كان على المدعين المتعددين أن يعينوا
موفقاً، وعلى المدعى عليهم المتعددين أن يعينوا موفقاً، وفي حالة
اختلافهم وعدم اتفاقهم على التشكيل، يأتي الدور الاحتياطي المساعد
من القضاء في تشكيل هيئة التوفيق بناءً على طلب أحد أطراف النزاع
صاحب الصفة والمصلحة في ذلك، ويقدم طلب بذلك إلى المحكمة
القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع. ويتدخل القضاء في حالة عدم اتفاق
الأطراف على اختيار هيئة التوفيق، أو امتناع أحدهما عن المشاركة في
اختيار هيئة التوفيق، أو اختلاف الموفقين المعينين على اختيار الموفق
المرجح، أو تخلف مركز التوفيق عن أداء ما عهد إليه في شأن اختيار هيئة
التوفيق.

فالموفق يستمد ولايته من اتفاق التوفيق - شرطاً كان أو مشارطه -
بين طرفي النزاع، ومن عقد التوفيق المبرم بين الموفق وطرفي النزاع باعتبار
أن رضاء طرفي النزاع هو أساس التوفيق بما يتضمنه من تفويض الموفق
بتولي مهمة محاولة التوفيق فيما شجر بينهما من خلاف.
وإذا قام الموفق بمهمة التوفيق دون وجود اتفاق وعقد توفيق يخوله هذا
الحق فإن ما يصدر عنه من أعمال تكون باطلة لانتفاء ولايته، ويؤدي

(١) د.عكاشة محمد عبد الغال، المقترضات الموضوعية والشروط الذاتية في المحكم،
مؤتمر مراكز التحكيم العربية، جامعة بيروت العربية / كلية الحقوق، في الفترة
من ١٧ - ١٨ مايو ١٩٩٩م، ص ١.

ذلك حتماً إلى عدم قبول محاولاته من طرفي النزاع أو من أحدهما مما يترتب عليه فشل عملية التوفيق، بالإضافة إلى تعرضه للمساءلة القانونية تجاه طرفي النزاع طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

فالعلاقة بين الموفق وطرفي النزاع ينظمها عقد التوفيق المبرم بينهما، والذي يتحدد بموجبه حقوق والتزامات كل منهما، وإخلال أي منهما بأي التزام تجاه الطرف الآخر يترتب مسؤوليته طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية.

ويعد اختيار طرفي النزاع لشخص ما موقفاً في نزاع شجر بينهما مبعثاً للفخر وشرفاً عظيماً يكسبه سمعة طيبة ومكانة رفيعة في المجتمع لدرجة أن أصبحت مهنة التوفيق مهنة الصفوة من كبار رجال القانون والسياسة والشخصيات المرموقة في المجتمع، وذلك نتيجة ثقة الأطراف في عدالة ونزاهة وهيبة وحياد الموفق.

ويجب على الموفق في سبيل حل النزاع أن يبذل مساعيه بمحاولة التوفيق والتقريب بين وجهات نظر طرفي النزاع، فإذا فشل في ذلك كان عليه أن يتقدم بالمقترحات التي يراها لحل النزاع، وللموفق كافة السلطات التي تمكنه من فحص النزاع والإلمام بكافة عناصره كأن يستمع لأقوال طرفي النزاع، ويطلع على ما يراه من مستندات، ويلتزم الطرفان بتقديم ما يطلبه من بيانات ومعلومات والتعاون معه لإنجاز مهمته. ويتعين على الموفق معرفة أن التوفيق يقوم على مبادئ منها: أن اتخاذ القرار النهائي مسؤولية طرفي النزاع وليس مسؤولية الموفق، ومنها كذلك قيام الموفق بتنظيم وإدارة عملية التوفيق والاتصال بين الأطراف وتبادل المعلومات بمنتهي الحياد، والكشف عن تضارب المصالح، والالتزام بالتسوية والسرعة والسرية...

٩- أهمية التوفيق الإلكتروني، وأسباب اللجوء إليه: تتطلب آلية التوفيق الإلكتروني كنظام بديل مواز للقضاء وجود نزاع قائم أو محتمل بين طرفي النزاع، ووجود اتفاق على حل النزاع عن طريق التوفيق الإلكتروني، ووجود طلب التوفيق لفض النزاع، ووجود اتفاق تسوية بحل النزاع

موقع من طرفي النزاع والموفق. فالتوفيق يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة لأطراف اتفاق التوفيق، في حين أن القضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة (١).

وتبدو أهمية التوفيق في اعتباره طريق خاص بديل عن القضاء في فض النزاع بطريقة مشروعة يقرها القانون، وبالتالي تحقيق المصالح المعتدى عليها بتطبيق القاعدة القانونية المخالفة الواجبة التطبيق، وتجنب مساوئ الإجراءات القضائية الطويلة المعقدة البطيئة، وتخفيف العبء عن كاهل القضاء، في الوقت الذي ازدادت فيه ظاهرة تكديس القضايا بأنواعها المختلفة أمام المحاكم، وبمعدلات لا يستوعبها الجهاز القضائي، مما يترتب عليه ذلك زيادة عدد القضاة، وبالتالي زيادة أعباء الدولة. كما أن نظام التوفيق يزيل الشكوك حول قيام أي نوع من الانحياز لأحد الأطراف المتنازعة، ويعتبر بمثابة طوق نجاة في مجال التجارة الدولية لمواجهة تحيز القضاء الوطني، وتشدّد وتغيير القوانين الوطنية (٢).

ونظراً للأهمية القصوى للتوفيق، فقد ازداد اللجوء إليه نتيجة للأسباب الآتية: تكديس القضايا أمام المحاكم، وبطء التقاضي، وعدم فاعلية الأحكام القضائية، وقصورها عن الاستجابة لمتطلبات التجارة

(١) د. جمال الدين نصار، شرط التحكيم في عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، دورة عقود الفيديك والمطالبات والتحكيم، الجمعية المصرية للمهندسين، ١٩٩٣م، ص ٢٨ - ٢٩.

- Roger Perrot; *Institutions Judiciaires*; 10.éd.; Montchrestien-Delta; Paris; 2002; N. 483; P. 374-375.

(٢) د. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٦م، ص ٢٧ - ٢٨. د. كمال عبد الحميد عبد الرحيم فزاري، آثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٠م، بند ٥٢ - ٥٣، ص ٣٩ - ٤٠.

- Ruellan; *Le Conciliation Civil entre utopie et réalités*; J.C.P. 1990; □; 3431.

- J.P. Viennois; *Eamiable; Procédures*. 1999; P. 471.

- Cl. Fournier; *Les Conciliateurs de justice*; *Gaz. Pal.* 1998; *chron.*; P. 29.

الدولية ، مما أدى إلى زيادة العبء على القضاة ، وتعدد درجات التقاضي. فكثرة المنازعات ضاعف أعباء العمل على القضاة مما انعكس ذلك سلباً على كفاءة أدائهم ، وطبيعة بعض المنازعات التي يفضل أطرافها اللجوء إلى التوفيق بدلاً عن القضاء كالحلافات الأسرية ، ومنازعات التجارة الدولية ... ، وتفادي صعوبات عدم العلم بالقانون الأجنبي ، وتعقيد إجراءات التقاضي أمام القضاء الوطني ، ومشكلة عدم معرفة لغة القضاء ، وتحقيق العدالة الرضائية المنشودة بالتوفيق على يد موفقين من ذوي الخبرة والتخصص في المنازعة محل التوفيق. مما يترتب عليه تلافي الشحنة بين المتخاصمين ؛ لأن حسم النزاع سيكون بعد التراضي بطيب خاطر من الأطراف. كما يعتبر التوفيق المتنفس الوحيد لتحقيق رغبات مسلمي الدول غير الإسلامية كدول أوروبا وأمريكا لتطبيق الشريعة الإسلامية (١).

١٠- مزايا التوفيق الإلكتروني: للتوفيق الإلكتروني مزايا عديدة منها:

يُلبّي التوفيق الإلكتروني رغبة الأطراف في تحقيق عدالة رضائية ناجزة بأقل تكلفة وتتم بمشاركة جادة وفعالة منهم في الوصول إلى تسوية ودية للنزاع من صنعهم ، دون اضطرارهم إلى ولوج سبيل التقاضي ، بما يحقق مبدأ اشتراك الأطراف في فض النزاع ، ويشجعهم على اللجوء إلى الطرق الودية البديلة لتسوية المنازعات دون خشية من ضياع حقوقهم (٢).

(١) دمصطفى محمد عرجاوي ، التحكيم وضوابطه ، مجلة القضاة ، نادي القضاة ، ع ٣١ ، ع ١ - ٢ ، يناير / ديسمبر ١٩٩٩ م. د. عبيد صقر يوسف ، تأملات في النظريات الناظمة للتحكيم ، مجلة الأمن والقانون كلية شرطة دبي ، سن ١ ، ع ١ ، يناير ١٩٩٣ م ، ص ٢٤٣.

(2) Roger Perrot; Justice de proximité: Conciliation et médiation; Procédures; avril. 1995; P. 1.
-H. Kotz et R. Ottenhof; Les Conciliateurs , La Conciliation; une étude Comparative; éd. Economica; Paris 1983; P. 5.

- وتتسم عمليات التوفيق بالسرعة، والسرية، وتوفير الوقت، والمال لبساطة الإجراءات، وقلة التكاليف، والتحرر من الشكلية. ويجنب الأطراف بطء التقاضي وعدم فاعلية الأحكام القضائية، واللدن في الخصومة، وكما يجنب طرفي النزاع علانية القضاء، والكشف عن الأسرار التجارية، أو الصناعية أو التكنولوجية، مما يتطلب سرية الإجراءات، فلا يحضر جلسات التوفيق إلا أطراف النزاع، والشهود، والخبراء، ومن يؤذن له بالحضور في جلسات سرية لا يحضرها الجمهور. ولا تنشرها الصحف، مما يؤدي إلى إشاعة السلام الاجتماعي، واستقرار المعاملات وازدهارها(١).

- كما تتسم بالاستفادة من خبرة الموفق الفنية، وتجنب مشاكل التنزع الدولي للقوانين. كما أن التوفيق يكون على درجة واحدة بعكس القضاء، فالتوفيق هو قضاء العلاقات المتصلة يدخله الأطراف وهم ينظرون إلى الأمام، مما يؤدي إلى وجود التعايش السلمي بينهم في المستقبل بعلاقات مستمرة(٢).

(١) د.مصطفى المتولي محمد قنديل، التوفيق كوسيلة لفض المنازعات في ضوء القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م بشأن فض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، بحث مقدم إلي مؤتمر كلية الحقوق/ جامعة طنطا في ٢٥ مارس ٢٠٠٢م تحت عنوان (المشاكل الناجمة عن تطبيق قانون فض المنازعات)، ص ٥ وما بعدها.

(٢) د.أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠١م، ص ٧ وما بعدها. د.أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، القاهرة ١٩٩٣م، ص ٢٣. د.حسين يوسف غنایم، شرط التحكيم في عقود الوكالات التجارية، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، ع ٦٦، ١٩٩٦م، ص ٣٣١. د.أمال الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٣م، ص ٧. د.مصطفى المتولي محمد قنديل، التوفيق كوسيلة لفض المنازعات في ضوء القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م، ص ٥-٦.

- R. Perrot; Justice de Proximité: Conciliation et médiation; Procédures; avril 1995; P. 1.

- ويهتم الموفق بالتوفيق بين المصالح المتعارضة أكثر من الاهتمام بالتطبيق الصارم للقانون، ودون التقيد بإجراءات التقاضي المعقدة الطويلة. والموفق غير ملزم عادة بتطبيق القانون الوطني، فيمكنه الرجوع إلى قواعد العدالة والإنصاف، وبالتالي يجنب أطراف التوفيق روتين القضاء، وتحميل القضاء الوطني للوطنيين ومصالح وطنه، وبذلك يعتبر التوفيق أداة للثقة والطمأنينة في علاقات التجارة الدولية، والتحرر من قيود القوانين والقواعد الوطنية، كما يتيح التوفيق لطرفي النزاع فرصة كبيرة لتقديم وشرح وجهات نظرهما، ومناقشتها مع الموفق، ومع الطرف الآخر، والموفق يبحث عن العدالة لصالح جميع الأطراف. ولا يلزم أن يكون الموفق رجل قانون، فالأطراف يمكنهم اختيار موفق له خبرة فنية معينة في مجال النشاط الذي يتعلق به موضوع النزاع، مما يجعله مؤهلاً لفهم وإدراك طبيعة النزاع، دون أن يكون مضطراً للاستعانة بالخبراء (١).

١١- **عيوب التوفيق الإلكتروني:** علي الرغم من أهمية التوفيق الإلكتروني، والمزايا العديدة التي يمتاز بها إلا أن له بعض المساوئ التي لا تقلل من اعتباره وسيلة هامة بديلة لفض المنازعات منها: أنه قد يكون مكلفاً بسبب ارتفاع أتعاب الموفقين أحياناً مقارنة بمصاريف التقاضي أمام المحاكم القضائية، إلا أن هذا العيب يجب ألا يقدر بمعزل عن العامل الزمني، فلوقت قيمة كبيرة خاصة في معاملات التجارة الدولية، بالإضافة إلى انخفاض قيمة العملة بمرور الوقت. كما أن التوفيق قد لا يضع حداً للمنازعة، فقد لا تتوافق الأطراف المتنازعة علي ما تحقق لها عن طريق

(١) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٠م، ص ١٣ - ١٤. د.سيد أحمد محمود، التحكيم العادي في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي ١٩٩٨م، ص ٧٧ - ٧٥. د.إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، ورقة عمل مقدمة لدورة إعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس، يناير ٢٠٠٠م، ص ٧. د.ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦م، ص ٦٨ - ٦٩. د.علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦م، ص ٦٨ - ٦٩.

التوفيق باتفاق تسوية، وتجد نفسها في النهاية مضطرة إلى العودة إلى القضاء أو التحكيم، ولم تحصد من سلوك طريق التوفيق إلا ضياع الوقت، وزيادة النفقات، والموفق قد يكون من المتخصصين في مجال معين، وخبرته القانونية ضئيلة قد لا تسعفه في تحقيق العدالة الرضائية بالفهم الصحيح لنصوص القانون. كما قد يقوم بالتوفيق موقفون غير أكفاء يشوب سلوكهم التحيز تجاه مصالح شخصية، وقد يكون التوفيق مضیعة للوقت والنفقات عند فشل محاولة التوفيق، وعودة أطراف التوفيق للقضاء(١).

١٧- **معوقات التوفيق الإلكتروني:** على الرغم من المزايا العديدة للتوفيق الإلكتروني كوسيلة ودية بديلة لفض المنازعات موازية للقضاء، إلا أن هناك بعض المعوقات التي تعترض انتشاره في دول العالم النامي بصفة خاصة منها:

- العقوبات التشريعية التي تتمثل في عدم وجود تشريعات كافية تنظم اتفاق التوفيق الإلكتروني، وإجراءات آلية التوفيق، وتشكيل هيئة التوفيق، وقوائم الموقفين، وتنظيم مراكز كافية للتوفيق، وميعاد التوفيق، واتفاق التسوية، وتنظيم القوة التنفيذية لاتفاق التسوية، وأثار اتفاق التوفيق شرطاً كان أو مشاركة.

- ومنها عقبات الكوادر الوطنية من الموقفين لعدم وجود تشريع ينظم مهنة الموقفين، وعدم تدريب وتأهيل الموقفين، وعدم وجود قوائم موقفين

(١) د. جلال وفائي محمدین، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة الحقوق، حقوق إسكندرية، ع ٢، ١٩٩٩م، ص ٢٨١ - ٢٨٢. د. أحمد مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٧٩م، ص ١٨٣. د. محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، ص ٩٨. د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٨١م، ص ١٩٤ وما بعدها. ديهاء دسوقي، قانون التجارة الدولي الجديد، القاهرة ١٩٩٣م، ص ١٠٠ - ١٠١. د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ط ٢، ١٩٩٨م، ص ٢٥.

من مختلف التخصصات، لذا ينصح بعمل دورات متخصصة في آلية محاولة التوفيق الإلكتروني، وعمل برنامج دبلوم دراسات عليا في كليات القانون أو الحقوق خاص بالتوفيق الإلكتروني على منوال دبلوم التحكيم.

- وكذلك انتشار الأمية القانونية والتكنولوجية في دول العالم الثالث، فغالبية أفراد المجتمع تجهل ماهية الوسائل الودية البديلة لفض المنازعات بما فيها التوفيق الإلكتروني، فتخشى اللجوء إلى التوفيق دون أن تعلم عنه شيئا، لذا ينصح بعمل برامج توعية وثقافة قانوني للمواطنين بخصوص آلية التوفيق الإلكتروني، كما أن الكثير من مواطنين دول العام الثالث يجهلون كيفية التعامل مع وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة.

- وأيضاً الرسوم القضائية البسيطة، وتعدد درجات التقاضي، واستفادة بعض المتقاضين من نظام المساعدة القضائية، وإطالة أمد التقاضي وعرقلة تنفيذ الأحكام القضائية... كل ذلك يشجع بعض المتقاضين سيئ النية في اللجوء إلى القضاء للمماطلة وكسب الوقت والتعسف دون جزاء رادع بحجة استعمال حق التقاضي كحق دستوري.

١٢- أنواع التوفيق الإلكتروني: يتنوع التوفيق بالنسبة إلى الوسيلة المستخدمة إلى توفيق تقليدي يتم بالوسائل العادية التقليدية، وتوفيق إلكتروني يتم بوسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة كالإنترنت... ويتنوع التوفيق الإلكتروني إلى: توفيق وطني إذا اتصلت جميع عناصره بدولة معينة دون غيرها، وتوفيق أجنبي إذا اتصلت عناصره بأكثر من دولة.

كما يتنوع التوفيق الإلكتروني إلى: توفيق منظم أو مؤسسي تتولاه هيئة أو منظمة أو محكمة أو جمعية أو مركز أو غرفة... والتي غالباً ما تكون مؤسسات تحكيمية تدرج ضمن نشاطها التوفيق، وإن كانت قد تشتق بعض القواعد التي تنظم إدارة إجراءات عملية التوفيق من القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم، وتعتبر آلية إجراءات عملية التوفيق فيها مستقلة ومغايرة ومتميزة عن إجراءات التحكيم، كقواعد التوفيق الخاصة بمركز الوساطة والمصالحة التابع لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وقواعد التوفيق الاختياري لغرفة التجارة الدولية، وقواعد

التوفيق بمركز نظام التحكيم الأوربي العربي ١٩٩٧م في المواد من (١١) -
(١٨) والاتفاق على التوفيق أمام هيئة أو منظمة أو جمعية أو مركز أو غرفة
توفيق مؤسسي يعني إقرار طرفي النزاع بالاطلاع على أحكام نظامها
والقبول بها والالتزام بتنفيذها. وهناك توفيق خاص متى كان للأطراف
حرية كاملة في اللجوء إليه بمحض إراداتهم كقواعد التوفيق التي اعتمدها
لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) لعام ٢٠٠٢م (١).

كما يتنوع التوفيق الإلكتروني إلي: توفيق إجباري **La**
conciliation obligatoire بنص القانون - استثناء - إذا جعله
المشرع في بعض المنازعات - لاعتبارات المصلحة العامة - أمراً واجباً
مفروضاً على إرادة الأطراف قبل رفع دعواهم القضائية وإلا حكم بعدم
قبولها، كنظام التوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية وفقاً
لقانون لجان فض المنازعات المصري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م لفض
المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص الاعتبارية العامة وبين العاملين بها،
أو بينها وبين الأشخاص الطبيعيين، أو بينها وبين الأشخاص المعنوية
الخاصة. وتوجد شبهة بعدم دستورية التوفيق الإجباري الإلكتروني
لإخلاله بحق التقاضي كحق دستوري بتعطيل وتأجيل اللجوء إلي القضاء
بعد استنفاد طريق التوفيق، وتعارضه مع مبدأ سلطان الإرادة، واعتباره
قيداً علي استعمال حق الدعوي القضائية. وتوفيق غير قضائي **la**
conciliation extra-judiciaire أو اختياري **La**
conciliation facultative متى كان للأطراف حرية كاملة في اللجوء إليه بمحض
إراداتهم الصحيحة وهو الأصل. والتوفيق عن طريق المحاكم أو التوفيق
القضائي **la conciliation judiciaire** إذا تم عن طريق القضاء بمناسبة

(١) كريستوفر إيمهوس **Christopher Imhoos**، هيرمان فيريست
Herman Verbist، التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات (كيفية
حسم منازعات التجارة الدولية)، ترجمة أ. خالد محمود عثمان، ومراجعة
د. محمد عبدالرؤوف علي، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري
الدولي ٢٠٠٠م، ص ٤٢ وما بعدها.

خصوصية قضائية قائمة ؛ حيث يتمتع القضاء في بعض النظم القانونية بسلطة إجراء التوفيق في المنازعات القضائية، وفي نظم قانونية أخرى تكون محاولة التوفيق إلزامية قبل البدء في إجراءات الخصومة القضائية، وفي حالة نجاح إجراءات عملية التوفيق يتم إثبات التسوية في محضر موقع من الأطراف وموفق العدل أو القاضي ويكون له قوة تنفيذية ؛ كما هو الحال في (م ٢١م، ١٢٧م - ١٣١ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد) التي أجازت للخصوم أن يطلبوا من المحكمة في أية حالة تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة، ويوقع منهم أو من وكلائهم، فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه الحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه. ويكون لمحضر الجلسة في الحالين قوة السند التنفيذي وتعطى صورته وفقا للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام كما هو الحال في (م ١٠٣ مرافعات مصري)(١).

وقد منح المشرع الفرنسي القاضي المختص حق ممارسة مهمة التوفيق بين الخصوم في كافة المنازعات الداخلة في اختصاصه بنفسه أو عن طريق موفق عدل، وذلك بنص المادة ٢١ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد (art. 21 N.C.P.C.F.)، وكذلك بموجب نص (م ٤/٢١١) من قانون المحاكم الإدارية الفرنسي، وأيضاً بنص المادة ٢٢ من القانون رقم ١٤

(١) د. محمد أحمد عبد النعيم، مدي إخلال آلية التوفيق الإجباري بحق التقاضي، ص ٢٩ وما بعدها.

- Hervé Croze, Christian Morel et Olivier Fradin; Procédure Civile; Litec; Paris; 2001; N. 148; P. 57.
- Lôïc Cadiet et Emmanuel Jeuland; Droit Judiciaire privé; N. 420; P. 260.
- Jean Vincent, Serge Guinchard, Gabriel Montagnier et André Varinard; La Justice et ses institutions; 4^e éd.; Dalloz; 1996; N. 217-218; P. 276-277.
- Henery Solus et Roger Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; Sirey; Paris 1991; N. 1179; P. 987-988.

الصادر في ٦ يناير ١٩٨٦م. وقد أنشئء موفق العدل بمقتضى (-78 D. N°. 381 du 20 mars 1978; mod. D. 1er oct. 2010).

ويعتبر مجلس الصلح المنصوص عليه في المادة ٦٤ مرافعات مصري الذي يتولى مهمة التوفيق بين الخصوم هو أحد تطبيقات التوفيق القضائي، والذي لم يتم تفعيله حتي الآن منذ صدور قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، لعدم صدور قرار من وزير العدل لتفعيله. حيث نصت علي أنه: " يكون حضور الخصوم في الدعاوى الجزئية التي ترفع ابتداء في اليوم والساعة المحددين بصحيفة افتتاح الدعوى أمام مجلس صلح يتولى التوفيق بين الخصوم وذلك فيما عدا الدعاوى التي لا يجوز فيها الصلح والدعاوى المستعجلة ومنازعات التنفيذ والطلبات الخاصة بأوامر الأداء.

ويشكل مجلس الصلح المشار إليه برئاسة أحد وكلاء النائب العام، ويعقد جلساته في مقر محكمة المواد الجزئية المختصة بنظر النزاع، وعليه أن ينتهي من مهمته في مدى ثلاثين يوماً لا يجوز مدها إلا باتفاق الطرفين ولمدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً أخرى، فإذا تم الصلح في هذا الأجل، أعد بذلك محضراً تكون له قوة السندات واجبة التنفيذ، وإذا لم يتم الصلح في الأجل المذكور أحال الدعوى إلى المحكمة لنظرها في جلسة يحددها.

-
- (1) Serge Guinchard; Dalloz Action; Droit et Pratique de la Procédure civile; Dalloz; Paris; 2004; N. 325.11; P. 584.
-Natalie Fricero; Procédure civile; 8^e éd; 2012-2013;Lextenso;Paris; P. 35.
- P. Estoup; Etude et Pratique de la Conciliation; D. 1986; chron; P. 164.
- G. Keromnes; Les modes alternatifs de règlement des litiges en matière administrative; Gaz. Pal. 1997; Doct.; P. 348.
- R. Perrot; Notion et régime de la Conciliation; Rev. int. dr. Com. 1988; vol. 10; P. 237.
- Jarrosson; Le régime juridique de la Conciliation; Gaz. Pal. 4-6 oct. 1998; P.10.

ويصدر بتنظيم هذا المجلس وبيان الإجراءات التي تتبع أمامه قرار من رئيس الجمهورية ويحدد وزير العدل بقرار منه المحاكم الجزئية التي تشكل مجالس الصلح بدائلتها.

وإذا عرضت الدعاوى المشار إليها في الفقرة الأولى على محكمة شكل مجلس صلح بدائلتها قبل عرضها على هذا المجلس وجب على المحكمة إحالتها إليه.

١٤- الطبيعة القانونية للتوفيق الإلكتروني: يعتبر نظام التوفيق الإلكتروني نظاماً قانونياً مستقلاً وقائماً بذاته، وأداة متميزة لحل المنازعات بين طرفي النزاع، فهو طريق ودي خاص بديل عن القضاء لفض المنازعات في حدود ضوابط معينة، وله من القواعد والأحكام ما يتناسب مع طبيعته الخاصة المستقلة كطريق مواز للقضاء، وأصبح للتوفيق قواعده وقوانينه التي تنظمه في بعض دول العالم، وله هيئات ومراكز ومؤسسات مختلفة وطنية ودولية، كما تم إبرام العديد من المعاهدات الدولية التي تتعلق بالتوفيق الإلكتروني مما يؤيد استقلاليتها.

• ويتمتع التوفيق الاختياري الإلكتروني بالطبيعة التعاقدية على اعتبار أن أساس التوفيق الإلكتروني هو إرادة طرفي النزاع في إبرام اتفاق التوفيق الإلكتروني، فالملف الإلكتروني شخص طبيعي يجلس أمام جهاز كمبيوتر لفض المنازعات عبر شبكة الإنترنت يتم اختياره بإرادة طرفي النزاع، ويستمد سلطته واختصاصه من اتفاق التوفيق الإلكتروني، ويستطيع رفض القيام بمهمة محاولة التوفيق الإلكتروني بين طرفي النزاع دون أن يكون منكرًا للعدالة لأنه ليس قاضيًا، ولا يتمتع بسلطة الأمر أو الإيجاب، كما أن التوفيق الإلكتروني يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة للأطراف. ويحدد اتفاق التوفيق القواعد الإجرائية والموضوعية لآلية عملية التوفيق الإلكتروني، فاتفاق التوفيق هو أساس ودستور عملية التوفيق الإلكتروني، ومصدره، والدينامو المحرك لكل نظامه القانوني: إرادة طرفي اتفاق التوفيق الإلكتروني تقوم بالدور الرئيسي في آلية عملية التوفيق

الإلكتروني، ولا يستطيع الموفق إلزام شاهد بالحضور، ولا إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده،... ولذا يعتبر نظام التوفيق الإلكتروني نظاماً قانونياً ذا طبيعة عقدية خاصة، فهو يبدأ باتفاق ويستمر بإجراءات وينتهي باتفاق تسوية(١).

هذا وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه يوجد في عالم القانون نوعان من التوفيق هما: التوفيق الموضوعي، والتوفيق الإجرائي. فالتوفيق الموضوعي هو ذلك الذي ينظمه القانون الموضوعي، ويرتب عليه بالتالي مجرد آثار موضوعية... وهي قيام شخص ثالث بمعاونة الأطراف في تحديد عنصر ينقص تصرفاً قانونياً أبرموه... مثل تفويض شخص ثالث في عقد بيع في تحديد ثمن المبيع، فهذا الشخص يكمل تصرفاً قانونياً لم تكتمل عناصره... ونظام التوفيق الموضوعي هو بطبيعته نظام جوازي، لا وجوبي، أي نظام اختياري لا إجباري أو نظام اتفائي لا إلزامي... (٢).

والتوفيق الإجرائي الإلكتروني الذي ينظمه القانون الإجرائي، ويرتب عليه بالتالي آثاراً إجرائية، ونظام هذا التوفيق باعتباره نظاماً إجرائياً - فهو نظام اختياري أو اتفائي - يعود أساسه إلى اتفاق التوفيق الإلكتروني المبرم بين طرفي النزاع سواء أكان شرطاً أو مشاركة، وذلك بالنسبة لطرفي النزاع في التوفيق الاختياري، أما بالنسبة للمحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع فيكون من مهامها الأساسية محاولة التوفيق بين الخصوم قبل نظر الدعوى المرفوعة أمامها... ونظام التوفيق الإجرائي الإلكتروني بكافة صورته، سواء أكان التوفيق في منازعة مدنية أو تجارية أو

(1) -Hervé Croze, Christian Morel et Olivier Fradin;
Procédure Civile; N. 150; P. 58.

(٢) د. أحمد محمد حشيش، نحو فكرة عامة للوساطة الإجرائية باعتبارها عوناً للقضاء، مجلة روح القوانين، حقوق طنطا، مارس ٢٠٠٢م، ج ١، ص ٤ وما بعدها. وبحث مقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق / جامعة طنطا في ٢٥ مارس ٢٠٠٢م تحت عنوان (المشاكل الناجمة عن تطبيق قانون فض المنازعات)، ص ٣ وما بعدها.

عمالية أو أحوال شخصية... وسواء أكان التوفيق الإجرائي الإلكتروني لازم قبل رفع الدعوى أو أثناء نظر الدعوى، هو نظام إجرائي، وهذا النظام يستند أساساً إلى مبدأ الاقتصاد في الإجراءات باعتباره من المبادئ العامة، بل من المبادئ الأساسية في القانون الإجرائي الذي يؤمه قانون المرافعات... وفي تقديرنا أن أنظمة التوفيق الإجرائي الإلكتروني بصوره المختلفة إذ تستند إلى مبدأ الاقتصاد في الإجراءات تستند في نفس الوقت إلى مبدأ ضرورة تقريب العدالة من المتقاضين... والتوفيق الإجرائي إنما هو من أعوان القضاء... وفكرة التوفيق الإجرائي الإلكتروني بهذا تعد فكرة حضارية تناسب عصر تكنولوجيا المعلومات والاتصالات... (١).

١٥. **النطاق الشخصي للتوفيق الإلكتروني:** لا يسري اتفاق التوفيق الإلكتروني إلا على أطرافه فقط دون غيرهم، ويمتد أثره إلى من يعتبر طرفاً فيه، حتى لو لم يقع بنفسه على اتفاق التوفيق، كأن يقع عليه من يمثله بموجب وكالة خاصة اتفاقية أو قانونية أو قضائية. ويعتبر ممثلاً في اتفاق التوفيق: خلف الأطراف سواء أكان خلفاً عاماً كالورثة أم خلفاً خاصاً ومن في حكمهما من الدائنين، والموكلون بموجب توكيل خاص. ولا تنصرف آثار اتفاق التوفيق إلى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه، ولم تربطه صلة ما بأي من طرفي اتفاق التوفيق، سواء أكانت هذه الآثار حقاً أم التزاماً (م ١٤٥ مدني مصري) (٢).

وبالنسبة الخصومة القضائية فقد تتسع أطرافاً غير المدعى، والمدعي عليه، ويتسع نطاقها الشخصي بعد سيرها عن طريق تدخل شخص من

(١) الإشارة السابقة.

(٢) دمصطفى محمد الجمال، امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، بحث مؤتمر تحكيم القاهرة، ٢٨ يناير ٢٠٠٠م، ص ١ وما بعدها. د. محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦م، بنسبة ٧٤، ص ٥٥. تقض مدني ٢٠١٢/٣/٢٢، طعن رقم ٤٩٨ لسنة ٨٠ق،

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx

الغير لم يكن طرفاً فيها عند بدءها (م ١١٧، ١٢٦ مرافعات مصري). استناداً إلى وجود مصلحة له في تدخله أو مصلحة لأحد الأطراف في إدخاله، سواء كان التدخل انضمامياً للدفاع عن أحد الأطراف، أو كان تدخلاً هجوماً أو اختصاصياً بقصد المطالبة بحق شخصي له في مواجهة المدعي أو المدعي عليه، أو كان إدخاله خصماً في الدعوى بناءً على طلب أحد الأطراف ليكون الحكم حجة عليه، والحكم عليه بنفس الطلبات، أو لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده، أو كان الإدخال بناءً على طلب المحكمة لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة (م ١١٨ مرافعات مصري)، وفي جميع الأحوال يجب توافر المصلحة، والارتباط بين طلب التدخل أو الإدخال وبين الدعوى الأصلية.

ونظراً لخصوصية عملية التوفيق الإلكتروني، فيحدد نطاقها الشخصي بأطراف اتفاق التوفيق. فلا يتسع نطاقها الشخصي إلى غير أطرافها، حتى ولو امتد أثر اتفاق التوفيق، إلا بإتفاق جميع أطراف عملية التوفيق والغير. ولذلك فإنه لا يجوز لهيئة التوفيق قبول التدخل الانضمامي أو الهجومي أو بالإدخال في عملية التوفيق الإلكتروني كأصل عام ما لم يتفق جميع الأطراف على غير ذلك، سواء باتفاق مسبق على قيام النزاع أو باتفاق لاحق عليه كأن يتفقا على إمكانية تدخل الكفيل أو الضامن لأحدهما أو للغير للمطالبة بحق شخصي له يرتبط بعملية التوفيق أو أن يتفقا على طلب أحدهما بإدخال شركة التأمين بعد موافقتها. وعلة ذلك أن سلطة الموفق تستمد من اتفاق التوفيق، وهو نسبي الأثر، ولا يلزم الغير بالخضوع لسلطة الموفق، ولا يملك الموفق إلزام شخص بالمثل أمامه لم يكن طرفاً في اتفاق التوفيق، ولهذا فلا تقبل دعوى الضمان الفرعية أمام هيئة التوفيق، إلا إذا كان الضامن طرفاً في اتفاق التوفيق (١).

(١) د. فححي والي، الوسيط، بند ٤٧٨، ص ٩٧٤. نقض مدني ١١/٥/٢٠١٠م،
طعن رقم ١٠١٣٢ لسنة ٧٨ ق،
<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

وعلى ذلك لا يسري اتفاق التوفيق الإلكتروني إلا على أطرافه فقط دون غيرهم ، ولا تنصرف آثاره إلى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه. وعلى ذلك لا يستطيع الغير التمسك باتفاق توفيق لم يكن طرفاً فيه ، كما لا يستطيع أطراف اتفاق التوفيق إلزام الغير به ، كما لا يجوز للغير الاعتراض على تنفيذ اتفاق التوفيق الإلكتروني ما لم يوجد رضا باتفاق سابق أو لاحق على النزاع بين الأطراف والغير على ذلك. ولكن ليس لامتناد أثر اتفاق التوفيق إلى غير أطرافه إمكانية توسيع النطاق الشخصي لأطراف خصومة التوفيق بالتدخل أو الإدخال إلا باتفاق جميع الأطراف استثناءً ؛ نظراً لخصوصية عملية التوفيق التي تميزها عن الخصومة القضائية(١).

ولا يستطيع أطراف اتفاق التوفيق الإلكتروني إلزام الغير به ، كما لا يجوز للغير الاعتراض على اتفاق التوفيق ، ولا يستطيع الغير التمسك باتفاق توفيق إلكتروني لم يكن طرفاً فيه ، ما لم يوجد رضا باتفاق توفيق جديد سابق أو لاحق على قيام النزاع بين الأطراف والغير ، ولذا يتحدد النطاق الشخصي لخصومة التوفيق الإلكتروني بأطراف اتفاق التوفيق الإلكتروني ، ولا يجوز لهيئة التوفيق الإلكتروني قبول خصوم جدد ، أو قبول التدخل الانضمامي أو الاختصاصي أو الإدخال في عملية محاولة التوفيق الإلكتروني بين طرفي النزاع كأصل عام ما لم يتفق جميع الأطراف على غير ذلك باتفاق توفيق جديد ؛ نظراً لخصوصية عملية محاولة التوفيق الإلكتروني ، واحتراماً لمبدأ نسبية أثر اتفاق التوفيق الإلكتروني(٢).

(١) د.سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، بند ١٨٤، ص ٣٣٦ - ٣٣٨. د.مختار بري، التحكيم، بند ٣١، ص ٥١. د.مصطفى محمد الجمال، امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للنقد المتعلق به، ص ١ وما بعدها. د.محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، بند ٧٤، ص ٥٥. نقض مدني ٢٠٠٤/٦/٢٢، طعن رقم ٤٧٢٩ لسنة ٧٢ ق، مج، س ٥٥، ق ١١٧، ص ٦٣٨. نقض مدني ٢٠١٢/٣/٢٢، طعن رقم ٤٩٨ لسنة ٨٠ ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

(٢) د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط ٥، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠١م، بند ٥٤، ص ١٣٩. د.عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٢٧٢.

وعلي ذلك يتمتع اتفاق التوفيق الإلكتروني بمبدأ نسبية اتفاق التوفيق كأثر من نتاج نشأته الاتفاقية، فلا يسري إلا على أطرافه دون الغير، أي عدم نفاذه إلا في مواجهة أطرافه، ويمتد أثره إلى من يعتبر طرفاً فيه حتى لو لم يوقع عليه بنفسه وكان ممثله هو الذي وقع عليه. ويعتبر ممثلاً في اتفاق التوفيق الإلكتروني: خلف الأطراف سواء أكان خلفاً عاماً كالورثة أو الشركة الداعجة باعتبارها خلفاً عاماً للشركة المندجة أم خلفاً خاصاً كالمحال إليه أو الموصي له بجزء معين من التركة، ومن في حكمهما من الدائنين، والموكلين بموجب وكالة خاصة أو بموجب وكالة مفترضة أو ضمنية كالمدينين والدائنين المتضامنين، وذلك في إطار القاعدة العامة أن التضامن ينتج أثره فيما ينفع لا فيما يضر. كما أنه إذا حدث حلول محل الدائن في الالتزام، فإنه يتضمن حلولاً في شرط التوفيق. وإذا جدد أو امتد عقد متضمن لشرط التوفيق، فإن شرط التوفيق يسري علي العقد المجدد أو يمتد إلي المدة التي امتد إليها العقد الأصلي. أما إذا كان موضوع الالتزام لا يقبل التجزئة ولم يوقع البعض علي اتفاق التوفيق فيجب رفع الدعوى ضد الجميع أمام قضاء الدولة، ولا يسري اتفاق التوفيق الذي تبرمه أي من الشركتين القابضة (الأم) والشركة التابعة لها إلا في مواجهة أطرافه دون الشركة الأخرى؛ لأن لكل شركة شخصيتها المعنوية المستقلة (١).

إلا أنه استثناءً من نسبية اتفاق التوفيق الإلكتروني، قد يرتب آثاره بالنسبة للغير، كالغير المشترط لصالحه في الاشتراط لمصلحة الغير، والشركة

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧م، بند ٧٤ وما بعده، ص ١٥٥ وما بعدها. درضا عبيد، شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية، تصدرها حقوق أسبوط، ع ٦٤، ص ١٩٥. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م، بند ١٣١، ص ٤٤٦ وما بعدها. نقض مدني ١١/٢٧/١٩٧٥م، طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٣٨ ق، مج، س ٢٦، ج ١، ق ٥٨، ص ٢٥٧. نقض مدني ١١/١١/١٩٦٦م، طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣٠ ق، مج، س ١٧، ج ١، ق ٨، ص ٦٥.

الفرع إذا أبرمت اتفاق توفيق بخصوص أعمالها نيابة عن الشركة الأم فيكون ملزماً لها وللشركة الأم؛ لأن الفرع لا يتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن الشركة الأم (١). وعلي ذلك فإنه استثناء من نسبية آثار اتفاق التوفيق، فقد يترتب الاتفاق أحياناً آثاره بالنسبة للغير: فشرط التوفيق في عقد يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير لا يمكن أن يلزم به الغير، ولكن للغير أن يستفيد منه إذا صدر اتفاق التسوية لصالحه. وشرط التوفيق في عقد بين الدائن والمدين لا يسري في مواجهة الكفيل، ولكن إذا صدر اتفاق التسوية لصالح الدائن فله أن يحتج به في مواجهة الكفيل، واتفاق التوفيق مع الشركة الأم يمتد أثره إلى فروع هذه الشركة الأم التي كانت تعلم بوجوده ومحتواه، ولو لم توقع على العقد الذي تضمن شرط التوفيق (٢).

ونظراً لخصوصية عملية التوفيق الإلكتروني، فيتحدد نطاقها الشخصي بأطراف اتفاق التوفيق. فلا يتسع نطاقه الشخصي إلى غير أطرافه، حتى ولو امتد أثره، إلا باتفاق جميع أطرافه والغير. ولذلك فإنه لا يجوز لهيئة التوفيق قبول التدخل الانضمامي أو الهجومي أو الإدخال في عملية التوفيق الإلكتروني كأصل عام ما لم يتفق جميع الأطراف على غير ذلك، سواء باتفاق مسبق على قيام النزاع أو باتفاق لاحق عليه كأن يتفقا على

(١) د. فتحي. والي، قانون التحكيم، بند ٨٧ وما بعده، ص ١٧١ وما بعدها. د. مصطفى محمد الجمال، ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ١٩٩٨م، بند ٤٤٠، ٤٤١، ص ٤٩٧ وما بعدها. د. مصطفى محمد الجمال، امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، ص ١ وما بعدها. د. محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، بند ٧٤، ص ٥٥. نقض مدني ٢٠٠٤/٦/٢٢، طعن رقم ٤٧٢٩ لسنة ٧٢ق، مج، ص ٥٥، ق ١١٧، ص ٦٢٨. نقض مدني ٢٠١٢/٣/٢٢، طعن رقم ٤٩٨ لسنة ٨٠ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم، بند ١٣١ وما بعده، ص ٤٤٦ وما بعدها.

نقض مدني ١٩٧٥/١/٢٧، طعن رقم ٤٢٩، لسنة ٣٨ ق، مج، ص ٢٦، ج ١، ق ٥٨، ص ٢٥٧. نقض مدني ١٩٦٦/١/١١، طعن رقم ٢٨٩، لسنة ٣٠ ق، مج، ص ١٧، ج ١، ق ٨، ص ٦٥.

إمكانية تدخل الكفيل أو الضامن لأحدهما أو للغير للمطالبة بحق شخصي له يرتبط بعملية التوفيق أو أن يتفقا على طلب أحدهما بإدخال شركة التأمين بعد موافقتها. وعلة ذلك أن سلطة الموفق تستمد من اتفاق التوفيق، وهو نسبي الأثر، ولا يلزم الغير بالخضوع لسلطة الموفق، ولا يملك الموفق إلزام شخص بالمثل أمامه لم يكن طرفاً في اتفاق التوفيق، ولهذا فلا تقبل دعوى الضمان الفرعية أمام هيئة التوفيق، إلا إذا كان الضامن طرفاً في اتفاق التوفيق(١).

١٦. النطاق الموضوعي للتوفيق الإلكتروني (المسائل التي يجوز فيها التوفيق): نظراً لأن التوفيق الإلكتروني كوسيلة ودية رضائية بديلة عن القضاء لفض المنازعات يعتمد أساساً على فكرة البحث عن حل رضائي وسط ينهي النزاع، وأن ليس كل المنازعات تقبل فكرة الحل الوسط بطبيعة الحال، فثمة منازعات يصعب فيها قبول فكرة الحل الوسط، لذا يكون إدخالها في نطاق التوفيق الإلكتروني أمر غير مُجدد؛ لأنها منازعات لا تقبل بطبيعتها الخضوع لفكرة التوفيق الإلكتروني كالمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام(٢).

ونظراً لأن عملية التوفيق الإلكتروني كآلية لفض المنازعات تبني على أساس إرادي دائماً - اتفاق توفيق شرطاً أو مشاركة - لذا فلا يتقيد الموفق الحر عند قيامه بمحاولة التوفيق في التوفيق الاختياري بقواعد الاختصاص القيمي أو المحلي أو النوعي التي يتقيد بها القاضي، وإنما يتقيد بمحدود وضوابط النظام العام والآداب العامة فقط. بينما الموفق القضائي (موفق عدل) يقوم بمهمة محاولة التوفيق بين الخصوم بتكليف من القاضي في حدود النزاع المعروض على القضاء... والموفق غير ملزم دائماً بالقيام بعملية التوفيق، فقد يري أن: موضوع النزاع غير قابل للتوفيق أو يكتفه

(١) د. فتحي والي، الوسيط، بند ٤٧٨، ص ٩٧٤. نقض مدني ٢٠١٠/٥/١١، طعن رقم ١٠١٣٢ لسنة ٧٨ ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation.Court/Civil/CassationCourtCivil.aspx>

(٢) د. جابر جاد نصار، التوفيق في بعض منازعات الدولة، ص ٥٠.

الغموض والتعقيد وأنه يصعب عليه القيام بعملية التوفيق بين الخصوم بشأن موضوع معين... (١).

وعلى ذلك يجوز التوفيق في كافة المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تكون محلاً للصلح، وأمام كافة درجات المحاكم باستثناء محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون. وعلى ذلك لا يجوز التوفيق في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، والمسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، لكنها تجوز في الحقوق المالية المترتبة عليها، أي أنه يقاس محل اتفاق التوفيق على محل عقد الصلح ما لم يرد نص قانوني بغير ذلك. وفي القانون المدني الفرنسي يجوز لجميع الأفراد الصلح في كل الحقوق التي يتمتعون بحرية التصرف فيها (art. 2059 C.C.F.)، ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، والأهلية، والطلاق، والانفصال الجسماني (art. 2060 C.F.C.)، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم (م ٥٥١ مدني مصري). ويتعين أن يتوافر في محل التوفيق كافة الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بصفة عامة، فيجب أن يكون محل التوفيق موجوداً أو ممكناً وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وقابلاً للتصرف فيه، وجائز الصلح فيه، وقابلاً للتنازل عنه (٢).

وترتيباً على ذلك يتمتع الاتفاق على التوفيق - شرطاً أو مشاركة - في مسائل الأهلية، وصحة أو بطلان الزواج، وإثبات النسب أو الإقرار بالبنوة، وعلاقة غير مشروعة، وعقد مقامرة، وقرض بفوائد ربوية، وتحديد أسعار سلع تخضع للتسعير الجبري، وتحديد قيمة إيجارية على نحو مخالف للقانون، والاتجار في المخدرات، ومخالفة القيود القانونية على زواج المصرية بأجنبي، وأحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في الشركات

(1) -J. Courrouy; Conciliateur; Ency. Dalloz. Rép. Proc. Civ. 1990; N. 25-26 et 30.

(٢) د. علي بركات، خصومة التحكيم، بند ٥٦، ص ٥٧.

لن له الحق فيها شرعاً، والضرائب والرسوم، وأحكام قانون إيجار الأماكن، وأحكام قانون الإصلاح الزراعي... (١).

فلا يجوز التوفيق بشأن ما إذا كان عقد الزواج باطلاً أو صحيحاً أو بشأن ما إذا كان الولد شرعياً أو غير شرعي، أو بشأن ما إذا كان الشخص وارثاً أو غير وارث، أو بشأن تحديد الأشخاص الذين لهم الحق في حضنة طفل، أو بشأن ما إذا كان شخص ما لديه أهليه لإبرام التصرفات والأعمال القانونية أولاً، أو على الإقرار بالجنسية أو نفيها، أو على تعديل أحكام الولاية، والوصاية، والقوامة، ونزع ملكية عقار للمنفعة العامة وأعمال السيادة، وتراخيص الصحة العامة والأمن العام والمنازعات المتعلقة بإجراءات التقاضي والتنفيذ، والنزاع على تفسير معاهدة أو دستورية قانون أو قانونية لائحة أو صحة قرار إداري أو ورد أحد القضاة (٢).

ولا يجوز التوفيق في المسائل التي تخالف النظام العام - مجموعة الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية في الدولة التي تتعلق بالمصالح العليا للبلاد والآداب العامة - كدين قمار، والتعويض عن

(١) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٤٤، ص ٨٧. د. سمير الشراوي، معيار التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري الجديد مقارنة بالقانون النموذجي، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بالقاهرة ٢٢ - ٢٧ / ٣ / ١٩٩٥ م. د. محمد نور شحاته، اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء، دار الفكر العربي بالقاهرة، بند ٤٧، ص ٩٥. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ١٩٧ وما بعده، ص ١٦٥ وما بعدها.

- Mayer; Les limites de la separabilité de la clause compromissoire; Rév. arb. 1998; P. 359.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية، بند ١٨٣، ص ٢٧٠ وما بعدها.

- Serge Braudo; Propos sur la médiation en matière civile; Gaz. Pal. 14-15 avril.1995; doctrine; P. 4.

- Béatrice Blohorn-Brenneur; La médiation judiciaire en France; Gaz. Pal. 11-12 mai 2005; doctrine; P. 2.

معاشرة غير مشروعة، والإلزام بثمان مخدرات، وبيع الأسلحة والذخائر دون ترخيص، وتجارة النفوذ، وتقديم رشوة أو عمولة بشكل غير مشروع، والأموال العامة للدولة؛ لأنها تخرج عن دائرة التعامل، وعقد إيجار أو بيع عقار لاستغلاله في ممارسة الدعارة، والتعامل في الشركات المستقبلية... ونظراً لأن النيابة العامة تتدخل وجوباً كقاعدة عامة في جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، والتي لا تصلح لأن تكون محلاً لعملية التوفيق؛ لذا لا يتصور تدخل النيابة العامة في إجراءات عملية محاولة التوفيق الإلكتروني بين طرفي النزاع (١).

ويجوز أن يكون محل اتفاق التوفيق إحدى منازعات العقود الإدارية بعد موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك لاعتبارات الصالح العام، وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة في وزارته، ولا خلاف في صحة الاتفاق على التوفيق بالنسبة لعقود الدولة المدنية.

ونظراً لأن القضاء هو الحارس على حماية النظام العام، ولأن النيابة العامة تتدخل وجوباً كقاعدة عامة في القضايا التي تتعلق بالنظام العام، فلا يتصور تدخل النيابة العامة في عملية التوفيق. فلا يصلح الحق محلاً للتوفيق إذا كان مما يجب أن تتدخل فيه النيابة العامة فيما لو عرض على القضاء، وذلك تنفيذاً لبرغبة المشرع بوجود التدخل أمام القضاء من جهة، ولأن النيابة العامة لا تعمل أمام هيئة توفيق من جهة أخرى، وأن كل المسائل التي تتدخل فيها النيابة العامة تتعلق بالنظام العام، فلا تكون محلاً للتوفيق عدا المسائل المدنية والتجارية أمام محكمة النقض. وتعلق المنازعة بالنظام العام لا يعني مجرد المساس بالنظام العام، وإنما يتعين أن تحدث مخالفة لنص قانوني أمر متعلق بالنظام العام كقاعدة عامة (٢).

(١) الإشارة السابقة.

(٢) والنظام العام فكرة مرتنة يختلف مضمونها بحسب الزمان والمكان الذي تطبق فيه وما يعد من النظام العام في زمن معين قد لا يعد في غيره، وما يعد من النظام العام في مكان معين قد يعد منها في مكان آخر. وتعني فكرة النظام العام مجموعة =

ولا يجوز التوفيق في المسائل التي قصرها المشرع علي اختصاص القضاء الوطني بها. ولا يجوز التوفيق في الأعمال التي تخرج عن ولاية القضاء. كما لا يجوز التوفيق بشأن المسائل المتعلقة بأعمال سلطات الدولة الثلاث التشريعية، والتنفيذية، والقضائية، فطبيعة الدولة ودستورها يعلان الرقابة عليها داخلية متبادلة تمارسها كل سلطة على الأخرى. ولا يجوز التوفيق بصدد نزاع على تفسير المعاهدات، أو دستورية قانون، أو قانونية لائحة، أو صحة قرار إداري، أو على إجراء من إجراءات التقاضي أمام المحاكم، أو رد أحد القضاة. وكذلك المسائل الخاصة بالجنسية باعتبارها تتعلق بحق المواطنة، وهي تمس سيادة الدولة على مواطنيها. بالإضافة إلى المنازعات التي تخرج عن ولاية القضاء الوطني كأعمال السيادة، ومع ذلك يجوز التوفيق في الحقوق المالية الناشئة عن تلك المسائل (١).

ولا يجوز التوفيق بشأن المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب، فهي من الأمور التي ينفرد بها قضاء الدولة، فالإتهام لا تملكه إلا سلطات الدولة ممثلة في النيابة العامة كطرف أصلي في الخصومة الجنائية، والنيابة العامة لا تتدخل في عملية التوفيق، وذلك باستثناء الجرائم التي يجوز فيها الصلح كمخالفات المرور والجمارك والضرائب (٢).

=الأصول والمبادئ والقيم العليا اللازمة للمحافظة على المصالح الأساسية في المجتمع سواء أكانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو عسكرية أو ثقافية أو دينية أو عرفية أو خلقية...والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي أو المعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد. د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ١٠٨ وما بعدها. د.حسام الدين الأهواني، المسائل التي يجوز فيها التحكيم، ص ٩٣ وما بعدها. د.محمد نور شحاته، نشأة الاتفاقية، ص ١٤٨ هامش (١).

(١) د.حسام الأهواني، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، ص ٩٩. د.مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ١٠٨.

(٢) ديس محمد يحيى، عقد الصلح، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٧٨م، ص ٤٢٦. د.أشرف الرفاعي، اتفاق التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ج ١، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٣م. نقض مدني ١٢/٢/١٩٨٠م، طعن رقم ٥٦٢ لسنة ٤٧ق، ص ٣١، ق ٣٦٩، ص ١٩٨٩.

ولا يجوز التوفيق بشأن المسائل المتعلقة بالأموال العامة للدولة، والأموال المخصصة للمنفعة العامة، والضرائب، والرسوم المستحقة للدولة. نظراً لأن هذه المسائل تتعلق بنظام الدولة، والفصل فيها لا يكون إلا للقضاء وحده، فلا يجوز اللجوء للتوفيق بصدد نزاع على استحقاق ضريبة معينة تفرضها الدولة أو على مقدار الضريبة المستحقة، والرقابة على قرارات الإدارة بشأن الضرائب (١).

ولا يجوز التوفيق في المسائل التي لا يجوز التصرف فيها المتعلقة بالنظام العام. كالحقوق المعنوية، والحقوق الذهنية، وحقوق الملكية الصناعية، كحق امتلاك الرسوم والنماذج والعلامات التجارية، وبراءات الاختراع، ومسائل الإفلاس، وتراخيص الصحة العامة أو الأمن العام نظر لتدخل النيابة العامة في تلك المسائل (٢).

كما لا يجوز التوفيق في المنازعات المتعلقة بإجراءات التقاضي، والتنفيذ. فلا يصح التوفيق حول ما إذا كانت الخصومة أمام محكمة الدولة قد زالت لسبب إجرائي كالسقوط، أو الترك، أو اعتبارها كأن لم تكن أو اعتبار أطراف التوفيق حاضرين أو غائبين أمام قضاء الدولة، ودعوى رد القاضي، ومنازعات التنفيذ الموضوعية أو الوقتية التي يترتب عليها صحة أو بطلان إجراءات التنفيذ كدعوى رفع الحجز، وصحة الحجز، وعدم الاعتداد بالحجز، وقصر الحجز، والاعتراض على قائمة شروط بيع العقار المحجوز عليه أو الحكم بصحة أو بطلان إجراء من إجراءات التقاضي أمام قضاء الدولة... لأن هذه المسائل تنظم أمر متعلق بالنظام العام، ويتعلق بها حق للغير. ولذلك لا يصح فيها التوفيق، ولا ينظرها غير القضاء. والمسائل التي يختص بها القضاء المستعجل ومنازعات التنفيذ والطلبات الخاصة بالأوامر علي العرائض والطلبات الخاصة بأوامر

(١) د. حسام الأهواني، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، ص ١٠٠.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١١٦ - ١١٨. د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ١١٧، ص ١٧٨ وما بعدها.

الأداء وطلبات الغاء القرارات الادارية المقترنة بطلبات وقف التنفيذ(١).

ولا يجوز التوفيق في بعض مسائل الأحوال الشخصية؛ كالمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص، وأهليتهم، والولاية عليهم، والزواج، والطلاق، والنسب، والنفقة، والحضانة، والميراث، والوصية، والقوامة... (٢).

وترتيباً على ذلك فلا يجوز التحكيم في منازعة الزواج بالمرحمت، أو إثبات الطلاق، أو فسخ الزواج أو بطلان الوصية، أو دعوى إثبات أو نفي النسب أو دعوى الوقف، أو دعوى صحة أو بطلان عقد زواج أو حضانة صغير، أو دعوى الحجر أو حق الزوجة في النفقة، أو حق الزوج في الطلاق... كما لا يجوز التوفيق في منازعة تتعلق بأهلية شخص لاكتساب حق معين كحقه في التملك أو حقه في الانتخاب، ومع ذلك يجوز التوفيق في الحقوق المالية الناشئة عن تلك المسائل....(٣).

كما تستثني القضايا العينية العقارية من اللجوء إلي لجان فض المنازعات بنص المادة (٤) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م بشأن إنشاء لجان التوفيق لفض بعض المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة وبين العاملين بها أو بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة، فإنها تستثني كذلك من التوفيق

(١) د.عزمي عبد الفتاح قانون التحكيم، بند ٧، ص ١٠٦. د.محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم، بند ٤٦، ص ٩٣.

(٢) د. حسام الأهواني، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، ص ١٠٠. د.أشرف عيد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ط ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨م، ص ١٦٠. نقض مدني ٢٠١٢/٢/٢٠م، طعن رقم ٣١٨٨ لسنة ٦٦ق

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

(٣) دمصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ١١٠، ص ١٦٦ - ١٦٧. د.محمود السيد التخيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديد للنشر بالإسكندرية، ١٩٩٩م، ص ١١٥.

الإلكتروني؛ لتعلقها بالنظام العام، وتعلق حق للغير بها قد لا يكون طرفاً في اتفاق التوفيق، كما لا يجوز إجبار الغير علي الدخول في اتفاق توفيق لأن التوفيق اختياري وليس اجباري.

وعلي ذلك لا يجوز التوفيق الإلكتروني في دعوي صحة و نفاذ التعاقد علي حق من الحقوق العينية العقارية؛ لأنه يجب شهر صحيفتها وإلا حكم القضاء بعدم قبولها (م ٦٥ / أخيرة مرافعات مصري مضافة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١م)، كما يجب تسجيل الحكم الصادر فيها حتي محتج به في مواجهة الغير؛ وذلك لمنع التهرب من دفع رسوم شهر صحيفة الدعوي ورسوم تسجيل الحكم الصادر فيها، وللحفاظ علي الثروة العقارية. ويعتبر التوفيق فيها قائم علي إحدي حالات التحايل والغش نحو القانون لأنها من المسائل المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز فيها الصلح، فعدم تسجيل هذه التصرفات العقارية يترتب عليه ضياع الملايين من الجنيئات التي تسدد في شكل رسوم لخزينة الدولة، كما أن عدم تسجيل هذه التصرفات يتسبب في زعزعة أسس الملكية العقارية التي استهدف المشرع حمايتها وتوفير الاستقرار لها، لذا يجب شهر صحيفة دعوي صحة و نفاذ التعاقد علي حق من الحقوق العينية العقارية؛ لأنها إجراءات أمره تتعلق بالنظام العام. وعلي ذلك يتعين بطلان اتفاق الأطراف علي اللجوء إلي التوفيق الإلكتروني بشأن صحة و نفاذ التعاقد علي حق من الحقوق العينية العقارية للتهرب من دفع رسوم شهر صحيفتها وتسجيل الحكم الصادر فيها(١).

وصدر قرار وزير العدل رقم ٨٣١٠ لسنة ٢٠٠٨م بتنظيم إجراءات إيداع أحكام التحكيم، معدلاً بقرار وزير العدل رقم ٩٧٣٩ لسنة ٢٠١١م، والذي أضاف قيدياً جديداً لتنفيذ حكم التحكيم.

(١) دفتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٧٦، ص ١٥٠ ومابعدها. د. أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية علي اتفاق التحكيم وآثاره، ٢٠١١م، ص ٢٢ - ٢٤. د. حسام الدين كامل الأهواني، المسائل القابلة للتحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع ١٦، ص ٣٩ ومابعدها. د. مريم محمد العوا، مدي جواز التحكيم في العقود العقارية، مجلة التحكيم ٢٠١٠م، ع ٥، ص ١٤٧ ومابعدها. استئناف القاهرة ٦/٨/٢٠١٠م، دعوي رقم ٦١ لسنة ١٢٦ ق. تحكيم، مجلة التحكيم ٢٠١١م، ع ٩، ص ٥٤٧.

فبموجب هذا القرار يلزم فور إيداع حكم التحكيم - المطلوب تنفيذه جبراً - قلم كتاب محكمة المختصة، أن يقوم القلم بإرساله الي المكتب الفني للتحكيم بوزارة العدل (بالقاهرة)، كي يحدد ما اذا كان هذا الحكم صالحاً للتنفيذ الجبري أم لا، وذلك علي ضوء احترامه للنظام العام وصدوره في مسألة يجوز التحكيم فيها، أي يجب أن يتفق هذا الحكم مع النظام العام في مصر والألا يكون صادراً في مسألة أحوال شخصية أو مسألة جنائية أو يتعلق بملكية أو استغلال قسمة أو ادارة عقار...

وهذا القرار يصطدم مع المبادئ العامة للقانون، ومع نصوص قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، ومع اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمة الأجنبية لسنة ١٩٥٨، كما أنه يتعارض مع فكرة التحكيم كوسيلة ودية سريعة لحسم النزاع عن غير طريق القضاء.

وقد صدر الكتاب الدوري رقم (٦) لسنة ٢٠٠٦م من مساعد وزير العدل لشئون التفتيش القضائي لرؤساء المحاكم الابتدائية إلى اصدار تعليماتهم إلى قلم الكتاب بالمحكمة بعدم قبول إيداع أحكام محكمين صادرة بصحة التعاقد على أي حق من الحقوق العينية العقارية وعدم قبول طلبات تذييل تلك الأحكام بالصيغة التنفيذية إلا بعد تقديم ما يفيد شهر الحكم أو المشاركة من الشهر العقاري. ويمكن تطبيق تلك الأحكام علي اتفاق التسوية الودية بعد محاولة التوفيق بين الخصوم في الحقوق العينية العقارية.

١٧- القانون الواجب التطبيق علي التوفيق الإلكتروني: من المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، بإرادة الأطراف هي ضابط الإسناد في قاعدة التنازع المتعلقة بالعقود الدولية، وعلى ذلك تخضع عقود التجارة الدولية الإلكترونية للقانون الذي اختاره الأطراف، سواء أكان اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الإلكترونية صريحاً أو ضمناً. أما في حالة غياب الإرادة الصريحة للأطراف، وتعدر الكشف عن إرادتهم الضمنية، فإنه يجب على هيئة التوفيق الإلكتروني البحث عن القانون

الواجب التطبيق من خلال ظروف ووقائع النزاع، والذي ترى أنه الأكثر اتصالاً، والأوثق صلة بالنزاع مع الأخذ في الاعتبار شروط وأحكام العقد موضوع النزاع والأعراف التجارية السائدة، كما يجوز لهيئة التوفيق الإلكتروني بناءً على اتفاق الأطراف نظر الموضوع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف ودون التقييد بأحكام قانون معين بشرط عدم التعارض مع قواعد النظام العام والآداب العامة لضمان تنفيذ اتفاق التسوية البودية(١).

وإذا كانت إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني تخضع لقانون إرادة الأطراف، فإن القانون الذي يحكم إجراءات عملية محاولة التوفيق الإلكتروني بين طرفي النزاع يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون إرادة أطراف التوفيق الإلكتروني، فالأطراف لديهم حرية اختيار القانون الذي يحكم إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني. وقد تكون إرادة الأطراف في اختيار

(١) دهشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٥م، بند ٦٩١، ص ٧٩٣ - ٧٩٤. د. أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، ص ٥٨ - ٥٩. د. خالد عبدالفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م، ص ٧١. د. فيصل محمد كمال عيد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، ص ٧٥٣ - ٧٥٤. د. عماد الدين محمد، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الإنترنت، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) لكلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، ص ١٠٥٨ - ١٠٦٠. حكم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في جلسة ١٢ / ٣ / ١٩٩٨، قضية رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٧، مجلة التحكيم العربي، مايو ١٩٩٩م، ع ١، بند ٧، ص ٥١.

- B. Goldman; La volonté des parties et Le rôle de L'arbitre dans L'arbitrage international; Rév. arb. 1981; P. 469.
- J. Robert; L'arbitrage en matière international; D. S. 1981; Chron.; P. 209.
- Paris; 10 mars 1988; Rév. arb. 1989; P. 269.
- Paris; 28 Fév. 1980; Rév. arb. 1980; P. 538.

القانون الواجب التطبيق على إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني إرادة صريحة أو ضمنية (١).

ويقوم أطراف التوفيق الإلكتروني باختيار القواعد الإجرائية التي تحكم سير عملية التوفيق الإلكتروني في اتفاق التوفيق الإلكتروني، وقد يتفق الأطراف على إسناد تلك المهمة لهيئة التوفيق الإلكتروني بالنيابة عنهم، أو على اختيار أحكام قانون معين أو على اتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز توفيق معين... ونظراً لأن التوفيق الإلكتروني يتم في عالم افتراضي غير مرتبط بمكان محدد، فإنه يتعين اتفاق أطراف التوفيق مسبقاً على تحديد القانون الواجب التطبيق، أو إعطاء هيئة التوفيق الإلكتروني سلطة اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني باعتبارها قواعد وإجراءات تلاءم وتناسب التجارة الإلكترونية في العالم الافتراضي مع مراعاة قواعد العدالة والإنصاف وإتاحة الفرصة لكل طرف لإبداء دفاعه. وفي حالة التوفيق الإلكتروني المؤسسي فإن مركز التوفيق الإلكتروني المؤسسي سيقوم بتطبيق إجراءات التوفيق الإلكتروني المنصوص عليها في لوائحه الداخلية مع

(١) د. هشام علي صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية الفنية للطباعة والنشر ١٩٨٧م، بند ٣٥، ص ٥٨. د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، ص ٢٩٥. د. حفيفة السيد الحداد، الطعن بالبطان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ١٩٩٧م، ص ١٩١. د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٣م، ص ٥٠. د. أبو العلا علي النمر، دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، ط ١، ٢٠٠٤م، ص ٣٠٤، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ١١، ٦٠، ٦١. د. أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٣م، ص ٩٠ وما بعدها.

مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام ؛ لضمان تنفيذ اتفاق التسوية الودية
مالم يتفق طرفي النزاع علي تطبيق قواعد أخرى محددة(١).

١٨- التوفيق الإلكتروني، والإلكترونية التوفيق: تلعب الأجهزة
الإلكترونية الحديثة كالفاكس، والتلكس، والكمبيوتر، والإنترنت،
والبريد الإلكتروني... دوراً هاماً في الحياة القانونية حتي أصبحت جهازاً
معاوناً للقضاء، وللطرق الودية البديلة لفض المنازعات كالتحكيم،
والتوفيق، والوساطة، والصلح، والمفاوضة... في جميع القوانين
واللوائح والأحكام القضائية والآراء الفقهية، وتخزين وحفظ ملفات
القضايا، والإعلانات، والاستجاب، وتبادل المذكرات والمستندات،
والإثبات...

وهنا يثار تساؤل عما إذا كان يشترط إتمام التوفيق بأكمله عبر الوسائل
الإلكترونية لاعتباره توفيقاً إلكترونياً أم يكفي استعمال الوسائل
الإلكترونية في أي مرحلة من مراحلها ؟ وفي الجواب على هذا التساؤل
نقول: اختلف الفقهاء في ذلك، فانقسموا فريقين: فريق يرى أن:
التوفيق يعتبر إلكترونياً سواء تم بأكمله عبر وسائل إلكترونية كالبريد
الإلكتروني أو الفيديو كونفرانس أم اقتصر استعمال الوسائل الإلكترونية
على بعض مراحلها، أي كانت تلك المرحلة وإتمام باقي المراحل الأخرى
بوسائل تقليدية كالتليفون أو الفاكس، كما أنه قد يتخلله عقد جلسات في
حضور الطرفين وتواجههما مادياً، بمعنى أن التوفيق الإلكتروني قد لا
يجري دائماً باستخدام شبكة الإنترنت، فقد يتم بأكمله أو بعض مراحلها
إلكترونياً وفي مراحل أخرى بالطرق التقليدية(٢).

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د.أحمد هندي، حكم التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية
والاقتصادية، تصدرها حقوق إسكندرية ٢٠٠٩م، ٢٤، بند ٣، ص ٤٩.
د.فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة
الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٨م، ص ٧٤٥. د.حازم
حسن جمعة، اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل
الاتصال الحديثة، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية =

وفريق آخر يرى أن التوفيق لا يكون إلكترونياً إلا إذا تم بأكمله عبر الوسائل الإلكترونية، بمعنى أن يستخدم في كافة مراحل وإجراءاته وسائل الاتصال الحديثة التي توفرها تقنية المعلومات والاتصالات، وعلى رأسها شبكة الإنترنت منذ الاتفاق عليه ومروراً بإجراءاته، وانتهاءً بصدور اتفاق تسوية ودية فيه. وسند هذا الرأي هو أن القول بعكس ذلك يجعل من أي توفيق توفيقاً إلكترونياً؛ إذ لا يخلو أي توفيق الآن في العصر الحاضر من استعمال وسائل الاتصال الحديثة في أي مرحلة من مراحلها، فمن الممكن استخدام وسائط نقل المعلومات الحديثة في بعض إجراءات عملية التوفيق التقليدي دون تحويله إلى توفيق إلكتروني كالإعلان بالبريد الإلكتروني، أو إرسال مستندات البريد الإلكتروني أو بالفاكس... كما أن مراكز ومؤسسات فض المنازعات تستخدم وسائل الاتصال الحديثة في بعض مراحل التوفيق التقليدي دون أن تضيف عليه وصف توفيق إلكتروني مادامت تعقد جلسات التوفيق التقليدي بحضور طرفيه وتواجههما تواجداً مادياً، واستعمال الورق العادي، والتوقيع التقليدي (١).

=العمليات الإلكترونية، دبي - إبريل ٢٠٠٣م، ص ٦٩. د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، ص ٢٠. د. إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م، ص ٣١ هامش (٣)، ص ٣٩. د. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٩م، ص ٤١. د. توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني (التحكيم عبر الإنترنت) كوسيلة لفضل منازعات التجارة الإلكترونية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر لكية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، (بعنوان التحكيم التجاري الدولي)، إبريل ٢٠٠٨م، ص ١٠٩٢. د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ٢٧٩.

(١) د. مصلح أحمد الطراونة، د. نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة البحرين، ج ٢، ع ١، يناير ٢٠٠٥م، ص ٢٠٧. د. آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية القانون بجامعة الإمارات (التحكيم التجاري الدولي)، ص ٩٧٧.

وعلي ذلك لا يمكن لجهاز الكمبيوتر القيام بدور أصلي بديل عن القضاء، أو الطرق الودية البديلة كالتحكيم، والتوفيق... كقاعدة عامة، حيث لا يوجد جهاز إلكتروني يفصل بذاته في النزاع بدلاً من القاضي أو الموفق الشخص الطبيعي، ولكن يمكن مستقبلاً أن يقوم جهاز الكمبيوتر بدور بديلي استشاري علي سبيل الاستثناء في بعض القضايا التي تستند إلي حسابات مالية مثل قضايا البنوك والنفقة والميراث... فتكون القواعد القانونية الحسابية مجمعة ومخزنة علي الكمبيوتر كي يعطي الحل القانوني للقضية الحسابية المطروحة عليه... وذلك بعد توافر الأمان التقني والتشريعي لاعتبار الأجهزة الإلكترونية الحديثة معاونة للقضاء وللطرق الودية البديلة في إقامة العدل بين الناس (١).

وعلي ذلك يكون التوفيق إلكترونياً (الحاسب الآلي موقفاً) يتدخل العنصر البشري كمشغل لتشغيل جهاز الكمبيوتر وإدخال البيانات فقط - إذا تم بأكمله عبر الوسائل الإلكترونية من بدايته حتي صدور اتفاق التسوية بموفق آلي، فلا يوجد فيه أوراق أو مكاتبات أو حضور جسدي لأطراف النزاع، حيث يكون الموفق جهازاً إلكترونياً. بمعنى أن التوفيق الإلكتروني يستخدم في كافة مراحل وإجراءاته وسائل الاتصال الإلكترونية منذ الاتفاق عليه ومروراً بإجراءاته، وانتهاءً بصدور قرار تسوية إلكتروني فيه. أي أنه يتم تقديم خدمة التوفيق الإلكتروني عبر قنوات ووسائط إلكترونية، حيث تجري الإجراءات بطرق إلكترونية على الموقع الشبكي للقضية من خلال موقع أحد مراكز تسوية المنازعات إلكترونيا والتي تقدم خدمة التوفيق الإلكتروني بداية من ملء نموذج طلب التوفيق الإلكتروني، ومروراً بالإجراءات التي تتم في شكل إلكتروني وانتهاءً

(١) د. سيد أحمد محمود، إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني والإلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني، دار الفكر والقانون بالمنصورة ٢٠١٥م، ص ٣ وما بعدها.

بصدور قرار تسوية، وقيده على الموقع الشبكي للقضية وإعلانه للأطراف... (١).

بينما إلكترونية التوفيق هي استعمال واستخدام الأجهزة والوسائل الإلكترونية الحديثة كالإنترنت في خدمة بعض مراحل عملية التوفيق للقيام بدور خادم ومساعد ومعاون في بعض إجراءات عملية التوفيق كسماع شاهد أو خبير عبر الدوائر التلفزيونية المغلقة عبر الإنترنت أو تبادل المذكرات بالبريد الإلكتروني... حيث يتم اختيار طرفي النزاع لموفق - شخص طبيعي - له موقع إلكتروني على الإنترنت لفض النزاع أو اختيار مركز توفيق له موقع إلكتروني على الإنترنت لحسم النزاع. وعلي ذلك يعتبر نظام التوفيق الإلكتروني هو الصورة الكاملة لنظام إلكترونية التوفيق (٢).

١٩- التنظيم التشريعي وجهود مراكز التوفيق الإلكتروني: أعدت بعض الدول والمؤسسات أنظمة خاصة بالتوفيق الإلكتروني لمواجهة خصوصية منازعات التجارة الإلكترونية، في الوقت الذي غضت بعض التشريعات الوطنية الطزف عنه... وكما ظهرت عدة مراكز متخصصة لفض المنازعات إلكترونياً كمراكز تسوية ودية إلكترونية للمنازعات عن طريق التحكيم، والتوفيق، والمفاوضة، والوساطة، والمصالحة... ولذا تعد لوائح تلك المراكز مصدراً لقواعد وأسس التوفيق الإلكتروني في ظل

(١) ديوسف سيد عواض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٢م، ص ٣١٣ وما بعدها. دجمال الدين مبروك موسي علي، إلكترونية التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٥م، ص ١٢ وما بعدها.

(٢) د. أحمد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونياً، ص ٤. د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقود الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية: ٢٠٠٢م، ص ٣٨ - ٣٩. د. مصلح أحمد الطراونه، دنور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٠٧. د. آلاء يعقوب أنعمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، ص ٩٧٧.

غياب تشريعات وطنية ، واتفاقيات دولية تنظم قواعد وإجراءات عملية التوفيق الإلكتروني...

وقد استحدثت المشرع المصري بموجب القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م التوفيق الإجباري في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، وأوجب اللجوء إلى لجان فض المنازعات بطلب التوفيق قبل رفع الدعوي، سواء أرفعت الدعوي من الدولة أو رفعت عليها، وإلا كانت الدعوي غير مقبولة.

واستحدثت (م ٦٤) من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م نظام مجالس الصلح - برئاسة أحد وكلاء النائب العام في مقر محكمة المواد الجزئية المختصة بنظر النزاع - لتتولى التوفيق بين الخصوم، والذي أصبح نسبياً منسياً؛ لعدم صدور قرار من وزير العدل بتحديد المحاكم الجزئية التي تشكل مجالس الصلح بدائلتها. وخولت (م ٢٨) من قانون مجلس الدولة لمفوض الدولة اقتراح عرض تسوية النزاع ودياً علي أطرافه وفقاً لما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا في خلال أجل يحدده، فإن تمت التسوية أثبت في محضر يوقع من الخصوم أو وكلائهم، تكون له قوة السند التنفيذي، وتعطي صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام، وتستبعد القضية من الجدول لانتهاء النزاع فيها، وإن لم تتم التسوية جاز للمحكمة عند الفصل في الدعوي أن تحكم علي المعارض علي التسوية بغرامة... يجوز منحها للطرف الآخر.

كما نظم قانون المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢م معدلاً بالقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥م قواعد التوفيق بمرکز تسوية المنازعات بتلك المناطق في (م ٥١ : ٥٩) منه. وخولت (م ٨) من قانون المحاكم الاقتصادية رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م لهيئة التحضير محاولة التوفيق بين الخصوم.

وأثناء القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٩م لجان التوفيق والمصالحة بالمحاكم الاتحادية، والمعدل بموجب القانون الاتحادي رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٥م. وبموجبه تنشأ في مقر كل محكمة اتحادية ابتدائية مدنية أو

شرعية لجنة أو أكثر تسمى (لجنة التوفيق والمصالحة) وتشكل برئاسة أحد القضاة وعضوية اثنين من أعضاء السلطة القضائية أو من ذوي الخبرة المشهود لهم بالحيدة والنزاهة. وتختص لجنة التوفيق والمصالحة بتسوية المنازعات المدنية والتجارية والعمالية أيا كانت قيمتها، وكذلك المنازعات غير مقطرة القيمة بطريق الصلح. وكذلك قانون التوفيق والمصالحة العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٨ لسنة ٢٠٠٥ م.

ونظم قانون المرافعات الفرنسي التوفيق القضائي في (art. 21; art. 1530 (127: 131 N.C.P.C.F.) والتوفيق الاختياري أو الرضائي في (art. 1536: 1541 N.C.P.C.F. et 1531). وقد اعتبر قانون المرافعات الفرنسي التوفيق بين الخصوم من مهمة القاضي بنص (art. 21 N.C.P.C.F.). كما أنه أجاز التوفيق بناءً على طلب الخصوم أو من تلقاء المحكمة نفسها، في أي حالة كانت عليها الخصومة (art. 127 N.C.P.C.F.). ويمكن إجراء عملية التوفيق في المكان والزمان الذي يحدده القاضي (art. 128 N.C.P.C.F.). وتطبيقاً لذلك قضت محكمة باريس الابتدائية بأنه لا يوجد نص قانوني في نصوص التحكيم يمنع المحكم من القيام بالتوفيق مثل القاضي، ويضع نهاية للنزاع باتفاق تسوية مقبول من جميع الخصوم، وفي حالة فشل محاولة التوفيق من القاضي فإنه يقوم بالفصل في النزاع بحكم قضائي (١).

وكذلك قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢ م، وقواعد التوفيق/الوساطة لدى المركز الدولي للتسوية الودية للمنازعات التابع لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC لعام ٢٠١٤ م، وقواعد التوفيق الإلكتروني بالمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار تحت إشراف البنك الدولي للإنشاء والتعمير (اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ م) ICSID، ونظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي، ولائحة إجراءات مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم

(1) - Trib. Gran. inst. Paris; 19 déc. 1996; Rév. arb. 1998; N. 1; P. 162; Not. Ch. Jarrosson.

التجاري لعام ١٩٩٣م، ومركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم ٢٠١٢م، ونظام التوفيق والتحكيم التجاري لمركز الكويت للتحكيم التجاري، وقواعد التوفيق في مركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم، وقواعد التوفيق لدي مركز الإسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات، ولائحة التوفيق لدي المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، ...

٢٠- التمييز بين التوفيق الإلكتروني، وغيره من النظم القانونية المشابهة:

الوسائل البديلة لفض المنازعات هي طرق اتفاقية لتسوية المنازعات دون اللجوء إلى قضاء الدولة مثل: التوفيق، والتحكيم، والوساطة، والصلح، والمفاوضة... وهذه الوسائل تتواءم مع متطلبات عصر المعلومات وتكنولوجيا الاتصالات والتجارة الإلكترونية من سرعة، وتوفير للوقت والجهد والنفقات، والحد من إجراءات التقاضي الكيدية، وتخفيف العبء عن قضاء الدولة، ويقوم بها شخص ثالث محايد متخصص من اختيار الأطراف أنفسهم، ولذلك فإن تلك الوسائل البديلة قد تتشابه أو تختلط ببعضها لدرجة أنه قد يصعب التمييز بينها، وقد حدث هذا لدي بعض الفقهاء واختلط الأمر لديهم بين نظام التوفيق Conciliation، وآلية الوساطة Médiation حتى أن البعض منهم قد اعتبرهما فكرة واحدة أو مصطلحين مترادفين، فيقول التوفيق أو الوساطة (١). من أجل ذلك فإننا نحاول التمييز بين التوفيق الإلكتروني كآلية قائمة بذاتها ومستقلة عن غيرها من الأفكار القانونية، وبين ما قد يتشابه معه من أفكار أخرى شبيهة.

٢١- التوفيق الإلكتروني، والقضاء الإلكتروني: القضاء هو أحد سلطات

الدولة الثلاث - التشريعية، والتنفيذية، والقضائية - يتولاها مرفق عام في الدولة ممثل في المحاكم، ويقوم بها قضاة يتقاضون مرتبات من الدولة، يتمتعون بولاية قضائية عامة ودائمة لإصدار حكم قضائي يحوز حجية الأمر المقضي، بينما التوفيق الإلكتروني وسيلة اتفاقية بديلة مؤقتة قاصرة

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٧، ص ٢١.

- Ch. Jarrosson; La notion d'arbitrage; thèse; Paris. 1987;
L.G.D.J.; N. 348; P. 177.

على نزاع معين يقوم به موفق يختاره طرفي النزاع للقيام بمهمة حسم النزاع بينهما مقابل أجر أو بدون مقابل بناءً على اتفاق توفيق شرطاً أو مشاركة. والعلائية مظهر للقضاء بينما السرية مظهر للتوفيق الإلكتروني. والقاضي رجل قانون بينما الموفق خبير فني بموضوع النزاع. والقاضي معين من الدولة بينما الموفق يختاره الأطراف. والقاضي موظف عام يتقاضى مرتب من الدولة وولايته عامة دائمة بينما الموفق شخص طبيعي عادي يتقاضى أجره من طرفي النزاع وولايته خاصة مؤقتة ومحددة بنزاع معين تنتهي بانتهائه (١).

كما أن مصدر سلطة القاضي نص القانون بينما مصدر سلطة الموفق اتفاق التوفيق، ويتمتع القاضي بسلطة الأمر علي عكس الموفق، وتشترط الجنسية الوطنية في القاضي عكس الموفق، ويخضع القاضي لنظام دعوى المخاصمة علي عكس الموفق الذي يُسأل طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، كما أن لطرفي النزاع عزل الموفق، علي عكس القاضي، والقاضي تابع للدولة وتُسأل عنه مسؤولية المتبوع عن عمل التابع علي عكس الموفق. وحكم القاضي يقبل التنفيذ الجبري - معجلاً أو عادياً - فور صدوره دون حاجة لأمر بتنفيذه أو بتوثيقه علي عكس قرار التسوية. وللقاضي سلطة اختصاص الغير في الخصومة لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة علي عكس الموفق، كما أن للقاضي سلطة الإيجاب وتحليف الخصوم والشهود بينما الموفق ليس له ذلك. ويحق للنيابة العامة التدخل وجوباً أو جوازاً في الخصومة القضائية علي العكس في إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني (٢).

- (١) د. أحمد محمد مليجي موسى، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ١٩٧٩ ف، ص ١٨٣ وما بعدها. د. أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٠ م، بند ١٣٠، ص ٣٣٠. د. أمال الفزاري، دور قضاء الدولة، ص ٢٨٤. د. علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء علي التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٦ م، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧ م، ص ١٤٨ وما بعدها.
- (٢) الإشارة السابقة.

ويعتبر القاضي مرتكباً لجرمة إنكار العدالة إذا امتنع عن القيام بعمله علي عكس الموفق، ويحتاج الموفق لاختيار جديد لكل نزاع على حده، علي عكس القاضي فولايته دائمة عامة، ويجب علي القاضي حلف اليمين القانونية عند تعيينه في القضاء علي عكس الموفق، ولا يخضع الموفق للضمانات القانونية التي يتمتع بها القاضي كضمانات عدم القابلية للعزل، والندب، والإعارة، والترقية... وأداة تعيين الموفق هي اختيار أطراف النزاع له، بينما أداة تعيين القاضي هي قرار رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى (م ٤٤ من قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م) (١).

على أن هناك أوجه شبه عديدة بين كل من القاضي والموفق الإلكتروني، حيث يعتبر كل من القاضي والموفق من الغير بالنسبة لطرفي النزاع، ويشارك الموفق مع القاضي في ضرورة توافر الموضوعية والحياد والنزاهة والاستقلال أثناء ممارسة مهتهما.

٢٢- التوفيق الإلكتروني، والتحكيم الإلكتروني: يتفق كل من التوفيق الإلكتروني والتحكيم الإلكتروني في أن كل منهما وسيلة بديلة عن القضاء لفض كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين طرفي النزاع، وأن أساس كل منهما مشترك وهو اتفاق طرفي النزاع في شكل شرط أو مشاركة، وأن اختيار هيئة الفصل في النزاع من اختيار أطرافه، وأن المسائل القابلة للتحكيم والتوفيق واحدة، ومحددة بالمسائل غير المتعلقة بالنظام العام، والمسائل التي يجوز فيها الصلح، وأن المحكم والموفق ليسا عضوين في الجهاز القضائي، وليسا من الموظفين العموميين، وبالتالي فهما ليسا تابعين للدولة، ولا تسأل عنهما الدولة مسئولية المتبوع عن عمل التابع، وإنما يسأل كل منهم طبقاً للقواعد العامة في المسئولية المدنية، ولا يخضع أي منهم لإجراءات دعوى المخاصمة، وبحق للأطراف اللجوء إلى القضاء بعد فشل التحكيم أو التوفيق (٢).

- (١) د.نبيل اسماعيل عمر، التحكيم، بند ٩، ص ١٢. د.علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، ص ١٤٨ وما بعدها.
- (٢) د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الإجباري والاختياري، ص ٥. د.نبيل حلمي، =

ويجوز لكل من المحكم والموفق التنحي من تلقاء نفسه عن القيام بمهمته دون اعتباره منكراً للعدالة، ولا يجوز لأي منهما أن يمثلاً في مصالح متعارضة مع مصلحة أي منهما، ويقوم كل منهما بعمل مؤقت غير دائم محدد بالنزاع المعروض عليه فقط بمقتضى اتفاق طرفي النزاع، ولا تشترط الجنسية الوطنية في أي منهما، ولا يجوز للنيابة العامة التدخل وجوباً أو جوازاً في عمل أي منهما، ولا يلزم أي منهما بحلف اليمين القانونية، ولا يجوز لأي منهما تحليف الشاهد اليمين، وقد يكون من مهمة المحكم أن يحاول التوفيق أولاً بين طرفي النزاع، وقد تتوقف إجراءات التحكيم من أجل منح فرصة للتوفيق بين طرفي النزاع. وكل من الموفق والمحكم يعتبر من الغير بالنسبة لطرفي النزاع، ويشترك الموفق مع المحكم في ضرورة توافر الموضوعية والحياد والنزاهة والاستقلال أثناء ممارسة مهمتهما (١).

ويختلف التحكيم عن التوفيق الإلكتروني في أن الموفق لا يجوز أية سلطة بعكس المحكم، كما أن المحكم يصدر حكماً ملزماً يجوز الحجية، بينما يصدر الموفق اتفاقاً تسوية لا يجوز الحجية وغير ملزم إلا بقبول طرفي النزاع له، والتوقيع عليه مع الموفق بعد قيامه بسماع أقوالهما والتعرف على وجهة نظرهما ومحاولة التوفيق والتقريب بينهما. ويرجع الأساس الملزم لطرفي النزاع باتفاق تسوية الموفق إلى مبدأ القوة الملزمة

=التوفيق، ص ٢٧. د. هدي محمد مجدي، دور المحكم، بند ٣٩، ص ٥٧. د. محمد إبراهيم موسى، التوفيق، ص ٤٩ - ٥٣. د. باسمه لطفي دباس، شروط واتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٥ م، ص ٥٣. د. محمد أحمد عبد النعيم، حدود الرقابة القضائية علي التحكيم الداخلي في منازعات العقود الادارية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢ م، ص ٢ وما بعدها.

- Serge Guinchard; Dalloz Action; N. 325.14; P. 585.
- Bruno oppetit; arbitrage, médiation et conciliation; Rév. arb. 1984; P. 307 ets.
- P. Estoup; Etude et Pratique de la conciliation; D.. 1986; Chron.; P. 161-164.

(١) الإشارة السابقة.

للعقد، فالتوفيق له قيمة سلمية أكثر مما للتحكيم، فالمحكم يعمل في خصومة تحكيم بينما الموفق لا تقوم أمامه خصومة بالمعنى الدقيق. ويعتبر المحكم موظفاً عاماً في تطبيق نصوص جريمة الرشوة (م ١١١ عقوبات مصري) بخلاف الموفق، والتوفيق يتضمن تنازلات من طرفي النزاع لكي يمكن حل النزاع بينهما بحل وسط توفيق، فيقوم الموفق بتحديد محل النزاع والتقريب بينهما بحل وسط توفيق للنزاع يظل أمره معلقاً علي قبوله والتوقيع عليه من الأطراف. ويشترط وجود نزاع في التحكيم، بينما لا يشترط وجود نزاع في التوفيق، فقد يتم التوفيق لإعادة التفاوض في ضوء متغيرات الظروف الجديدة للأطراف، كما أن موضوعه ليس بالضرورة مسائل قانونية، ويملي الأطراف علي الموفق الحل الذي يرغبون في اتباعه، ولا يشترط في الموفق أية مؤهلات قانونية، ولا يلتزم بمسلك محدد، ولا يخضع لرقابة أو طعن. ويقوم الموفق بمحاولة التوفيق بين وجهتي نظر الطرفين، وليس للموفق أن يحدد بإرادته حلاً للنزاع يعرضه علي الطرفين لقبوله أو رفضه، والتسوية التي يصدرها الموفق غير ملزمة للطرفين إلا بتوقيع الأطراف عليها، فمصدر الإلزام هو اتفاق الأطراف وليس قرار التسوية (١).

وغالباً فإن سلوك كل من التفاوض والتوفيق والوساطة يسبق التحكيم. وقد يقترن اتفاق التوفيق بشرط تحكيم عندئذ يطلق عليه شرط Conciliation - Arbitration، فيقوم الغير بعمل الموفق أولاً وإذا فشل في مهمته فإنه يتحول إلي محكم، كما قد يقترن اتفاق الوساطة بشرط

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٧، ص ٢١ - ٢٣. د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط ٤، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٠م، بند ١٠، ص ١٩ - ٢٠. د. حفيفة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ٢٠٠٧م، بند ٧٦، ص ٨٢ - ٨٤. د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١١م، بند ٦، ص ١١ - ١٣. د. عصام بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، رسالة عين شمس ١٩٧٢م، ص ١٨٢.

تحكيم **Médiation-Arbitration** فيقوم الغير بعمل الوسيط أولاً وإذا فشل في مهمته فإنه يتحول إلي محكم. وقد يقترن شرط التوفيق أو الوساطة المعاصرة للتحكيم **Conciliation- Médiation - Arbitration** فيقوم شخصان من الغير بعملين منفصلين علي سبيل التابع والتعاقب شخص بعد الآخر، أحدهما بصفته موقفاً أو وسيطاً، والآخر يعمل محكماً بعد فشل الأول في مهمته (١).

٢٢- التوفيق الإلكتروني، والوساطة الإلكترونية: الوساطة **Médiation** الإلكترونية هي اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية علي تسوية كل أو بعض منازعاتهم القابلة للوساطة، والتي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما عن طريق هيئة وساطة من اختيارهم لإصدار توصية لا تحسم النزاع، ولا تحوز الحجية، وغير ملزمة إلا بقبولها من طرفي النزاع، بديلاً عن قضاء الدولة مثل قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الوايو) (٢).

وقد حدث خلط لدي بعض الفقهاء بين نظام التوفيق **Conciliation**، وآلية الوساطة **Médiation** واعتبرهما فكرة واحدة أو مصطلحان مترادفان فيقول التوفيق أو الوساطة (٣). وذهب بعضهم إلي أن التوفيق في فض المنازعات هو في حقيقته وساطة (٤)، بينما اعتبر آخرون

(١) د.سيد أحمد محمود، آلية تسوية المنازعات الناجمة عن تطبيق اتفاقات الجات ومنظمة التجارة العالمية، القاهرة ١٩٩٨م، ص ٤١. د.مصطفى قنديل، دور الأطراف، بند ٦٠ ومابعده، ص ١٣٦ ومابعدها.

- (2) - F.Ruellan; médiation – conciliation; J.C.P. 1999; I; 135.
- C.Jarrosson; médiation – conciliation; Gaz. Pal.1996; II; doct.; 951.
- J. Joly-Hurard; Médiation et Conciliation; Rép. Proc. Civ. Dalloz.

(٣) د.فتححي والي، قانون التحكيم، بند ٧، ص ٢١.
- Ch. Jarrosson; La notion d'arbitrage; thèse; Paris. 1987; L.G.D.J.; N. 348; P. 177.

(٤) د.جابر جاد نصار، التوفيق في بعض منازعات الدولة، ص ٩.

أن الوساطة شكلاً من أشكال التوفيق (١). كما اعتبرت (م ١/٢) من لائحة قواعد الوساطة بمرکز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي النافذة في ٢٠١٣م أن الوساطة والتوفيق... بمثابة عملية واحدة. وكذلك (م ٣/١) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي (٢٠٠٢م) حيث نصت علي أنه: " يقصد بمصطلح " التوفيق " أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، ويصرف النظر عن الاسم المعطى، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين.

ويقوم الوسيط ببيان المركز القانوني لكل طرف من طرفي النزاع، واقتراح الحلول الممكنة للنزاع في شكل بدائل وخيارات كتعديل أو إلغاء بعض الشروط، وزيادة أو تخفيض الثمن، وزيادة أو تخفيض مدة تنفيذ العقد... فلولوسيط دور إيجابي فعال في احتواء أسباب الخلاف، ويشترك الوسيط طرفي النزاع في صنع القرار النهائي للنزاع في شكل توصية بعد اجتماعات مشتركة أو فردية منفصلة لطرفي النزاع، بمحاولة الحصول على موافقة طرفي النزاع على الحل الذي ينتهي إليه الوسيط وتوقيعها علي التوصية. فدور الوسيط أكثر فعالية من الشخص الذي يقوم بدور التوفيق، وأقل قوة ودرجة من دور المحكم في عملية التحكيم، فالوسيط يبحث عن حل يرضي طرفي النزاع ويقدم مقترحاته الشخصية بهذا الشأن بغرض مناقشتها. فمهمة الموفق تكون بصفة عامة إبداء المشورة شفاهة أو

(1) -Moustafa kandeel; La conciliation et médiation judiciaires; N. 97; P. 71.

- Ch. Jarrosson; Les modes alternatifs de règlement des conflits; Rév. int. dr. comp. 1997; P. 325.

كتابة، بينما دور الوسيط هو إقناع الأطراف حتي يتم التوصل إلي تسوية ودية للنزاع(١).

ويتفق كل من التوفيق الإلكتروني، والوساطة الإلكترونية في أن كلاً منهما وسيلة بديلة عن قضاء الدولة لفض كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين الأطراف، وأن أساس كل منها اتفاق الأطراف في صورة شرط أو مشاركة، وأن اختيار هيئة الفصل في النزاع من اختيار الأطراف، وأن المسائل القابلة للتوفيق والوساطة واحدة ومحددة بالمسائل الغير متعلقة بالنظام العام والمسائل التي يجوز فيها الصلح. كما أن كلاً من الموفق والوسيط شخص عادي ليست لأي منهما صفة رسمية وليساً عضوين في الجهاز القضائي للدولة، ولا يجوز لأي من الوسيط أو الموفق أن يمثل في مصالح متعارضة مع مصلحة أي منهما(٢).

(١) د.نبيل عمر، التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٤م، بند ٦، ص ٨. د.عبد الباسط عبد المحسن، دور الوساطة، ص ٣٠ وما بعدها. د.ضحى إبراهيم الزياتي، شرط التحكيم في العقود المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٣م، ص ٨٣ وما بعدها. كريستوفر إيمهوس، Herman Verbist، Christopher Imhoos، هيرمان فيربست، التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات، ص ٤٣ وما بعدها.

- Serge Guinchard; Dalloz Action; N. 325.12; P. 584.
- Jean Timsit; La médiation: une alternative à la Justice et non une Justice alternative; Gaz. Pal. 15 Nov. 2001; P. 53.

(2) - Serge Guinchard; Dalloz Action; N. 325.240 ets; P. 594-595.

- Maustafa El matwalyKandeel; La conciliation et la médiation Judiciaires; thèse Paris.1; 2001;P.69.
- Bruno oppetit; arbitrage, médiation et conciliation; Rév. arb. 1984 ;P. 308-310.
- Jean Timsit; La médiation: une alternative à la Justice et non une Justice alternative; Gaz. Pal.15 Nov. 2001; P. 53.

ويجوز لكل من الموفق والوسيط التنحي من تلقاء نفسه عن القيام بمهمته دون اعتباره منكراً للعدالة، والجمع بين مهمته والقيام بعمل آخر؛ لأنهما لا يعتبران موظفين عموميين. وكل من الموفق والوسيط يقوم بعمل مؤقت غير دائم محدد بالنزاع المعروض عليه فقط. ولا يخضع أي من الموفق أو الوسيط لنظام دعوى مخاصمة القضاة، ولا تسأل الدولة عنهما فهما ليسا من تابعيها. ويجوز عزل الوسيط أو الموفق باتفاق طرفي النزاع، ولا تشترط الجنسية الوطنية في أي منهما، ويسأل أي منهما بالتعويض طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية. ولا يجوز للنيابة العامة التدخل وجوباً أو جوازاً في عمل الموفق ولا في عمل الوسيط. ولا يلزم أي منهما بخلف اليمين القانونية؛ لأنهما ليسا من موظفي الدولة، ولا يجوز لأي منهما تخليف الشاهد اليمين. ويحق لطرفي النزاع اللجوء إلى القضاء بعد فشل التوفيق أو الوساطة. ويعتبر الموفق والوسيط من الغير بالنسبة لطرفي النزاع. وتشترط الموضوعية والحياد والنزاهة والاستقلال في عمل كل من الموفق الإلكتروني والوسيط الإلكتروني (١).

واتفاق الوساطة شأنه شأن أي اتفاق يكون ملزماً لأطرافه، لذا يتحتم عليهم الدخول في عملية وساطة بحسن نية وإلا تعرض الطرف المخل بالتزامه للحكم عليه بالتعويض عن الأضرار، بالإضافة إلى الحكم بعدم قبول دعواه القضائية لوجود اتفاق وساطة، وكما هو الحال بشأن اتفاق التوفيق الإلكتروني. وتوصية الوسيط لا تحسم النزاع، ولا تلزم أطرافه، ولا تخموز الحجية إلا بقبولها والتوقيع عليها من طرفي النزاع تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وكذلك أيضاً اتفاق التسوية. ويحق للوسيط والموفق الانفراد بأحد أطراف النزاع على حده بخلاف المحكم لتحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم. والوساطة وسيلة وسط بين التوفيق والتحكيم، فالوسيط

(١) د. ضحى إبراهيم الزباني، شرط التحكيم في العقود المدنية، ص ٨٣ وما بعدها.
- Serge Braundo; propos sur la Médiation en matière civile;
Gaz. pal 14-15 avril 1995; doct.; P. 3.

أكثر فعالية من الموفق وأقل قوة من المحكم، ويحق لكل من الموفق والوسيط ندب خبير لفحص المسائل الفنية في النزاع (١).

ويجوز لأطراف النزاع الانسحاب في أي مرحلة كانت عليها الإجراءات، كما يتجرد كل من الوسيط والموفق من كل سلطات الإلزام دون أن يملك الحق في فرض تسوية للنزاع، بخلاف المحكم الذي يتمتع ببعض سلطات الإلزام للخصوم أثناء سير عملية التحكيم. وقد يكون من مهمة المحكم محاولة التوفيق أو الوساطة أولاً بين طرفي النزاع، وقد تتوقف إجراءات التحكيم من أجل منح فرصة للتوفيق أو للوساطة بين طرفي النزاع، وقد تكون الوساطة في صورة قضاء صوري، فتشكل هيئة الوساطة من الوسيط رئيساً وعضوية وكلاء عن أطراف النزاع بهدف الوصول إلى حل مقبول، أو تكون الوساطة في صورة وساطة استشارية حيث يطلب من خبير استشارته أولاً في موضوع النزاع ثم يتدخل كوسيط لحل النزاع، وهناك وساطة قضائية يعرضها قاضي النزاع على الأطراف قبل الفصل في النزاع، ويقوم القاضي أو الخصوم بتعيين الوسيط، وهناك أخيراً الوساطة التحكيمية فيقوم الوسيط بمهمة المحكم إذا فشلت مهمته في الوساطة (٢).

والأختلاف بين التوفيق الإلكتروني والوساطة هو فقط في الدرجة وليس في الطبيعة، فيقتصر عمل الموفق على مجرد نقل وجهة نظر كل طرف إلى الآخر مع بيان نقاط الخلاف، وتسهيل الاتصال بينهم، والتقريب بين وجهات النظر المتعارضة في الواقع دون الخوض في مسائل القانون، وتطبيق الخواطر بين طرفي النزاع وصولاً بالأطراف إلى نقطة التقاء تتحقق فيها أمانهم و رغباتهم، عندها قد يبرم اتفاق تسوية من إعداد

- (١) د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٧م، ص ٣٣٩ - ٣٤٠. د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن ٢٠٠٩م، ص ٢٨ هامش (١).
- (٢) د. أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدولة العربية، ط ٣، ٢٠٠٥م، ص ٦٥ وما بعدها. د. إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٥.

الأطراف، ويوقع عليه كل منهما ومن الموفق ليكون ملزماً، ثم يصدق عليه من القاضي أو يتم توثيقه ليكتسب قوة السند التنفيذي. بينما عمل الوسيط يستغرق ويوجب عمل الموفق، ويمتد إلى حد بيان وتحديد المركز القانوني لكل منهما واقتراح الحلول على طرفي النزاع، أي أن عمل الوسيط أكثر اتساعاً وأقوى نشاطاً وأبعد مدى وأكثر إيجابية من عمل الموفق في تسوية النزاع، لذا يبدأ بالتوفيق، فإن أخفق ينتقل إلى الوساطة فإن أخفق يلجأ إلى التحكيم، ولا يجوز لأي طرف اللجوء مباشرة إلى أي وسيلة لفض النزاع قبل استنفاد الوسيلة السابقة عليها احتراماً لمبدأ القوة الملزمة للاتفاق على ذلك (١).

٢٤- التوفيق الإلكتروني، والصلح الإلكتروني: La transaction

هو عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً - في القانون أو في الواقع - وذلك بنزول كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته (م ٥٤٩ مدني مصري، art. 2044 C.C.F.)، وعلى ذلك فالصلح يحتوي على ثلاثة عناصر: وجود نزاع قائم أو محتمل، ونية حسم النزاع، ونزول كل من طرفي النزاع عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل. ولا يشترط في الصلح أن يكون النزول من الجانبين متعادلاً أو متساوياً، ولذا لا محل للادعاء بالغبن في الصلح، ولا يعتبر التنازل في الصلح تبرعاً، ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام،

(١) د.حسنى المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى ٢٠٠٦م، بند ١٤، ص ١٨. د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم، بند ١٩، ص ٥٥ - ٥٩. د.عاشور مبروك، نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م، بند ١٢، ص ٢٦. د.مصطفى قنديل، دور الأطراف، بند ٤٨ وما بعده، ص ١١٥ وما بعدها. د.علي بركات، خصومة التحكيم، بند ٥٦، ص ٥٦.

- Serge Guinchard, Frédérique Ferrand et Cécile Chainais; Procédure Civile; 2^e éd.; Paris; 2011; N. 57-58; P. 355-356.
- Serge Guinchard; Dalloz Action; N. 325.13; P. 585.
- Maustafa Kandeel; La conciliation et la médiation; P. 17.

ولكن يجوز على المصالح المالية المترتبة على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب الجرائم (م ٥٥١ مدني) (١).

والصلح عقد رضائي لا تشترط الكتابة لانعقاده بل تلزم لإثباته ؛ لأنه يتضمن شروطاً واتفاقات معقدة نتيجة المساومات الطويلة والأخذ والرد. فالصلح عقد رضائي تبادلي ملزم للجائين ، كاشف للحقوق لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يبطل العقد كله أياً كان سبب البطلان أو الإبطال (م ٥٥٧ مدني). وبالصلح ينحسم النزاع وتنتهي الخصومة وتنقضي الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين نزولاً نهائياً (م ٥٥٣ مدني) ، وتعقد الصلح يمكن الطعن عليه كأي عقد بدعوى بطلان أصلية لعيب من العيوب التي تلحق العقد (٢).

والصلح ينهي النزاع بالتراضي ويصبح سبباً لعدم قبول الدعوى القضائية إذا رفعت بعده ؛ لأنه يعتبر تنازلاً عن حق الدعوي ، ويعتبر سبباً لانقضاء الخصومة إذا تم الصلح بعد رفع الدعوي لانقضاء مصلحة الخصم في استمرار الخصومة ، أما الموفق فينهي الخصومة باتفاق تسوية موقع عليه من طرفي النزاع والموفق . ومحضر الصلح لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد توثيقه أو تصديقه من القضاء ، ولا يحتاج إلى أمر بتنفيذه. ويتطلب الصلح تضحيات متبادلة بنزول كل من طرفي النزاع عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل للوصول إلى نقطة توازن يرتضون بها ، والصلح يتم في صورة عقد رسمي موثق أو مصدق عليه أمام المحكمة القضائية المطروح عليها النزاع ، وفي الصلح يعرف كل خصم مقدماً ما يتنازل عنه. ويتمتع عقد

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٥ ، تنقيح أحمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٤م ، ص ٣٨٩ وما بعدها. د. عزمي عبدالفتاح عطية ، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوي ، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩١م ، ص ٢٣٣ وما بعدها.

(٢) ديس محمد يحيى ، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني ، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٧٨م ، ص ٢٥٢. شيماء محمد سعيد خضر البوراني ، ط ١ ، أحكام عقد الصلح ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠٣م ، ص ٣٨ وما بعدها.

الصلح بالقوة الملزمة للعقد، ويمكن الطعن عليه بدعوى بطلان لأي عيب من العيوب التي تلحق العقد. ولا يمكن التمسك بالدفع بسابقة تسوية النزاع صلحاً أمام المحكمة كدفع بعدم القبول الموضوعي لعدم تجديد النزاع مرة أخرى إلا إذا كان عقد الصلح صحيحاً مستوفياً لكافة شروطه وأركانه وناقلاً بين طرفيه ولم يتقرر فسخه أو بطلانه، فإذا تم فسخه اعتبر كأن لم يكن ويعود النزاع القديم بين طرفيه (١).

هذا ويتفق التوفيق الإلكتروني مع الصلح في أن كلا منهما وسيلة اتفاقية ودية اختيارية محددة ومؤقتة لفض المنازعات، وأن المنازعات القابلة للصلح هي نفسها القابلة للتوفيق، وكلاهما يتطلب لصحته توافر أهلية التصرف في أطرافه. وأيضاً كل منهما يجد مصدره في اتفاق أطرافه على فض النزاع بينهما باتفاق توفيق أو عقد صلح أي يجمع بينهما النشأة الاتفاقية، والحل الحاسم للنزاع في الصلح والتوفيق هو من اختيار الخصوم أنفسهم (٢).

ويختلف التوفيق عن الصلح في أن أداة حسم النزاع في الصلح هي عقد الصلح ذاته الذي تم توقيعه من الأطراف، بينما أداة حسم النزاع في التوفيق هو اتفاق التسوية الذي تم توقيعه من الأطراف والموفق. ويجوز للأطراف اللجوء للقضاء قبل الصلح، بينما لا يجوز ذلك مع وجود اتفاق توفيق.

(١) د. محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية، ص ٨٤. د. أسامة الشناوي، المحاكم الخاصة في مصر، رسالة دكتوراه. حقوق القاهرة ١٩٩٠م، ص ٤٤١. د. الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، ص ١٠١ وما بعدها. د. إبراهيم حرب محسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دار الثقافة للنشر، عمان ١٩٩٩م، ص ١٩ وما بعدها.

-Serge Guinchard; Dalloz Action; N. 325.13; P. 585.

(٢) د. عزمي عبدالفتاح عطية، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى، ص ٢٣٤. د. فايز عبد الله الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس، ص ٤٢، ع ٢، يوليو ٢٠٠٠م، ص ١٤٧ وما بعدها. د. السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، ص ٣٢ وما بعدها.

٢٥- التوفيق الإلكتروني، والمفاوضة الإلكترونية: المفاوضة Négociation

هي وسيلة اتفاقية بديلة لتسوية النزاع بمشاورات ومحادثات وقتية سريعة ؛ لاستكشاف وتبادل وجهات النظر والرأي بالحوار المباشر بين طرفي النزاع أنفسهم دون تدخل من الغير، بهدف تلاقح الإرادات وتوصلهما إلى اتفاق عادل يحقق مصلحتهما بعد تقديم تنازلات متبادلة، وذلك من خلال لقاءات مباشرة بينهما أو بواسطة محاميها أو وكلائهما. فالمفاوضة عمل تفاعلي واتصالي بين طرفي النزاع يتحقق بوسائل الجدل والتأثير والإقناع بهدف الوصول إلى اتفاق عادل يحقق مصالحهما المشتركة. ويعني التفاوض حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة، بهدف الوصول إلى اتفاق بشأن خلاف معين، فالتفاوض هو موقف تمييزي حركي قائم بين طرفين أو أكثر حول قضية من القضايا يتم من خلاله عرض وتبادل وتقريب ومواءمة وتكييف وجهات النظر واستخدام كافة أساليب الإقناع للحفاظ على المصالح القائمة، أو للحصول على منفعة جديدة بإجبار الخصم على القيام بعمل معين، أو الامتناع عن عمل معين في إطار علاقة الارتباط بين أطراف العملية التفاوضية تجاه أنفسهم أو اتجاه الغير. ويعد التفاوض موقفاً ديناميكياً أي حركياً يقوم على الحركة والفعل ورد الفعل إيجاباً وسلباً وتأثيراً أو تأثراً، وهو أيضاً موقف مرن يتطلب قدرات هائلة للتكيف السريع والمستمر والموائمة الكاملة مع التغيرات المحيطة بالعملية التفاوضية (١).

(١) د. أحمد عبدالكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية، بند ١٢ وما بعده، ص ٣٥ وما بعدها. د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية السابقة علي التعاقد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق / جامعة القاهرة فرع بني سويف، يوليو ٢٠١٠م. د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، بند ١٠، ص ٢٢ - ٢٣. د. عبد الرسول عبدالرضا، هل يوجد حل أمثلة لتسوية المنازعات، نشرة التحكيم التجاري الخليجي، ع ٢٧، ديسمبر ٢٠٠٣م، ص ٩ - ١٢؛ ع ٢٨، مارس ٢٠٠٤م، ص ١٩ - ٢٣. إنناس مكلي عيد نصار، التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة بابل ٢٠١٣م، العلوم الإنسانية، ج ٢١، ع ٣، ص ٩٥١.

ويرجع أساس القوة الملزمة لاتفاق المفاوضة إلى توقيعهما عليه وإعمال مبدأ القوة الملزمة للعقد بين أطرافه. وقد تكون المفاوضة مفاوضة خاصة أو مؤسسية تتم من خلال أحد مراكز أو مؤسسات التسوية الودية لتقديم خدمة الاتصال أو اللقاء بين الأطراف. وقد تتم المفاوضة بالوسائل التقليدية أو بوسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة كالتليفون أو التلكس أو الفاكس أو بالبريد الإلكتروني عبر الإنترنت...

ويتوقف نجاح المفاوضة على مدى مرونة طرفي النزاع في الحوار للوصول إلى نتيجة لصالحهما، وتنصب المفاوضة على موضوع النزاع لا على الأشخاص، فكل طرف في المفاوضة يرى الأمور حسب وجهة نظره فيعتقد أن كل ما لديه هو الصحيح وأن ما لدى الطرف الآخر خطأ، لذا فالحل المثالي يوفق بين المصالح ولا شأن له بمواقف الأشخاص التي قد توصل إلى طريق مسدود بفشل عملية المفاوضة(١).

وإذا كانت المفاوضة هي وسيلة حوار بغرض الإقناع، فيجب على المفاوض الإلمام بكل وقائع المنازعة ثم وضع حلول حتى يكون على بينة من أمره أثناء سير المفاوضات، وقد لا يبدأ المفاوضة بالحل الذي يدور في ذهنه، وإنما يبدأ بحل آخر أشد منه، وربما يرفضه الطرف الآخر، ثم يدعي المفاوض أنه سيصل إلى حل وسط يرضي جميع الأطراف، ويعرض الحل الذي يسعى إليه منذ البداية، فعلى المفاوض أن يبدأ بحل قد يصعب أن يوافق عليه الطرف الآخر إلى أن يعرض مراده فربما يجده الطرف الآخر أكثر منطقية ومعقولة، فتكون هذه وسيلة للوصول إلى الحل الذي يسعى إليه المفاوض منذ البداية. كما يجب على المفاوض أن يجعل الطرف الآخر يعرض حله أولاً، فغالباً ما يكون الطرف الخاسر هو الطرف الذي قدم حله أولاً في المفاوضات، ويتعين على المفاوض أن يعرض طلباته تدريجياً مع تطور المفاوضات فلا يعرضها كلها جملة واحدة؛ حتى لا تكون محلاً لقبول بعضها وطرح البعض الآخر. ومن الأفضل أن يشكل فريق المفاوضة من أكثر من مفاوض، فإذا كانوا اثنين فيقوم أحدهما بعرض حلول يصعب أن

(١) الإشارة السابقة.

يقبلها الطرف الآخر بينما يقوم المفاوض الثاني بعرض حلول تبدو أكثر منطقية ومعقولة فتجد قبولاً من الطرف الآخر. ويتعين على المفاوض أن يأخذ في اعتباره العدالة والقانون، فإذا لم يكن القانون في صف المفاوض فعليه أن يتجنبه قدر الإمكان أثناء المناقشة والحوار مركزاً على اعتبارات العدالة بين الأطراف (١).

هذا ويتفق التوفيق الإلكتروني مع المفاوضة في النشأة الاتفاقية لكل منهما، وفي أن كلاهما وسيلة بديلة لفض المنازعات. ولا يجوز تدخل النيابة العامة وجوباً أو جوازاً في كل منهما، وأن كلاً منهما قد يتم في صورة تقليدية أو بصورة إلكترونية، وأيضاً كل منهما يطبق حلولاً عرفية غير مستمدة من قواعد قانونية محددة تتمثل في إجراء مقارنة بين طلبات كل طرف في النزاع للتوصل إلى تسوية وسط بينهما في مصلحة الطرفين.

أما أوجه الاختلاف بينهما فتتمثل في أن التوفيق يتم عن طريق تدخل شخص ثالث من الغير (الموفق) ليصدر اتفاقاً بتسوية النزاع، بخلاف المفاوضة التي تتم بين طرفي النزاع نفسهما دون تدخل شخص ثالث من الغير لإصدار اتفاق يوقعه طرفي النزاع (٢).

٢٦- التوفيق الإلكتروني، وأعمال الخبرة: الخبرة في اللغة: العلم بيوطن الأمور عن تجربة وممارسة ومهارة فائقة ومعارف فنية في مسألة غير

(١) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣م، ص ٣١٨ - ٣٢١. د. عبد الرسول عبد الرضا، هل يوجد حل أمثلة لتسوية المنازعات، نشرة التحكيم التجاري الخليجي، ع ٢٧، ديسمبر ٢٠٠٣م، ص ٩ - ١٢، ع ٢٨، مارس ٢٠٠٤م، ص ١٩ - ٢٣. د. إبراهيم أحمد سعيد زمزي، القانون الواجب التطبيق، ص ٣٣٤.

(٢) د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، بند ١٠، ص ٢٢ - ٢٣. د. عبد الرسول عبد الرضا، هل يوجد حل أمثلة لتسوية المنازعات، نشرة التحكيم التجاري الخليجي، ع ٢٧، ديسمبر ٢٠٠٣م، ص ٩ - ١٢، ع ٢٨، مارس ٢٠٠٤م، ص ١٩ - ٢٣. د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٠ - ٢٥. د. إبراهيم أحمد سعيد زمزي، القانون الواجب التطبيق، ص ٣٣٤.

القانونية، وإبداء رأى استشاري فني متخصص غير ملزم للخصوم ولا للمحكمة كإجراء من إجراءات الإثبات (١).

واصطلاحاً: هي استعانة الموفق بأشخاص فنيين متخصصين لإبداء رأى فني غير ملزم في مسألة فنية يصعب الإلمام بها بناء علي طلب أحد أطراف التوفيق، أو من تلقاء الموفق نفسه بعد أخذ رأى طرفي النزاع. ولا يجوز للخبير إبداء رأيه في مسائل فنية خارج مهمته، فمهمة الخبير تقديم رأي استشاري فني في مسألة واقعية مادية بحتة في شكل تقرير فني يجوز طرحه أو تجزئته والتعديل فيه. والخبير لا يصدر قرارات، وإنما يبدى رأياً فنياً يجوز طرحه أو تجزئته أو التعديل فيه أو قبوله أو المنازعة فيه، والعودة لطلب تقارير خبرة أخرى من خبراء آخرين. فكل من الخبير والموفق يعتمد على معلوماته وخبراته فضلاً عما يقدمه له الأطراف من معلومات، فالخبير له التصدي وإبداء رأيه الفني دون حاجة للرجوع إلى الأطراف، بينما الموفق لا بد له من الرجوع إلى الأطراف بتحويل الأطراف إمكانية تقديم مستنداتهم وحق كل طرف في الإطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر، فكل من الموفق والخبير يبدى رأياً غير ملزم للأطراف (٢).

• ومهمة الخبير تقديم رأى استشاري فني متخصص، بينما الموفق قد لا يكون بالضرورة فني متخصص وإنما قد يكون رجل قانون مثلاً يقوم بتقريب وجهات نظر طرفي النزاع وتقديم مشروع اتفاق تسوية غير ملزم بحلول للنزاع. ومصدر سلطات الموفق هو اتفاق التوفيق بينما مصدر

(١) د.حسان عبد السميع هاشم، الخبرة في قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، ص ٩ وما بعدها. د.مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ٢٠٠٥م، ص ٥٩. نقض مدني مصري ١٣ / ١ / ١٩٨٨م، طعن ٥٩٣ لسنة ٥٠ ق، مج، س ٣٩، ج ١، ق ٢١، ص ٩٢.

(٢) د.محمود جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠م، ص ٣٠. د.علي الشحات الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٨٩م، ص ٩٧ وما بعدها. د.حسان عبد السميع هاشم، الخبرة، ص ٩ وما بعدها.

سلطات التحبير هو قرار المحكمة بنذب خبير. ولا يجوز لأي من الموفق أو الخبير أن يمثل في مصالح متعارضة مع مصلحة أي منهما(١). والتقريب الفني للخبير لا يجوز الطعن عليه بطرق الطعن في الأحكام؛ لأنه ليس حكماً، وإنما قرار يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع(٢).

ونفس الأمر بالنسبة لاتفاق التسوية، فلا يجوز الطعن عليه بطرق الطعن في الأحكام؛ لأنه ليس حكماً، وقد ينتهي النزاع بالتوفيق خاصة بعد قبول طرفي النزاع لاتفاق التسوية وتوقيعها عليه مع الموفق بينما تقرير الخبير لا ينهي النزاع بين الطرفين، وإنما ينتهي بحكم القضاء، ويجب أن يؤدي الخبير اليمين القانونية أمام المحكمة القضائية قبل القيام بمهمته بخلاف الموفق.

ويمكن اللجوء إلى التوفيق في المسائل التي يجوز فيها الصلح، والتي لا تتعلق بالنظام العام فقط، بينما يجوز اللجوء إلى الخبرة في جميع المسائل بغض النظر عن محلها حتى لو لم يمكن اللجوء فيها إلى التوفيق. فالمعيار المميز بين الموفق والخبير هو حقيقة المهمة التي يتعين عليهما القيام بها، فمهمة الموفق التقريب بين وجهات نظر طرفي النزاع وتقديم مشروع اتفاق تسوية غير ملزم بحل للنزاع، بينما مهمة الخبير تقديم رأي استشاري فني في مسألة واقعية مادية بحجة في شكل تقرير فني.

ولا يجوز للخبير التعرض للمسائل القانونية وإنما يتعرض للمسائل الواقعية أو الفنية أو العملية فقط، بينما يجوز للموفق التعرض للمسائل القانونية والواقعية معاً. كما أن كلاً من الخبير والموفق ليسا عضوين في الجهاز القضائي للدولة، وكذلك كل منهما يخضع عند ممارسة مهمته لشروط واحدة هي الموضوعية والاستقلال والحياد... (٣).

(١) د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، القاهرة، ١٩٧٥م، ص ١٠٤. د. محمود مختار أحمد بربري، التحكيم، بند ١٢، ص ٢١ - ٢٢.
(٢) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، بند ٩، ص ٢٩ - ٣٠.
د. علي الحديدوي، دور الخبير، ص ٩٧.

(3) - Serge Braudo; Propos sur la médiation en matière civile; Gaz. pal 14-15 avril 1995; doctrine; P.4.

هذا ويتفق كل من الموفق والخبير في أن كلا منهما شخص من الغير محايد بالنسبة لطرفي النزاع، والتوفيق والخبرة لا يلجأ إليهما الأطراف إلا بخصوص مسألة محل نزاع أو خلاف، وقد يختار خبير كعضو في هيئة التوفيق، والعكس غير صحيح فالموفق لا يكون عضواً في هيئة الخبرة كموفق بل كخبير فقط.

فالخبير يعطي رأياً فنياً في مسألة معينة استناداً إلى معرفته واختصاصه في الأمور التي يبدي رأيه فيها، وهذا الرأي غير ملزم للمحكمة، بينما اتفاق التسوية ملزم للخصوم بعد توقيعهم عليه وواجب التنفيذ بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه. أي أن رأي الخبير يكون استشارياً ليس له سوى قيمة الرأي بالنسبة للقاضي (١). وينحصر دور الخبير في تقديم تقرير فني يساعد الموفق في تكوين اقتناعه؛ للوصول إلى الرأي الذي ينهي الخصومة المطروحة عليه، فتقرير الخبير لا يكون سوى عنصر من عناصر الإثبات. وتقتصر مهمة الخبير على تحقيق الواقع، وإبداء رأيه في مسائل فنية تتم عن معرفه شخصية برأي استشاري غير ملزم. (٢) في حين أن الموفق يقوم بحسم النزاع بين أطرافه باتفاق تسوية، كما أن رأيه يمتد إلى المسائل الواقعية والقانونية مع أنه قد لا يكون بالضرورة شخصاً قانونياً.

ويجب أن يؤدي الخبير قبل إنجاز مهمته اليمين القانونية أمام القاضي علي عكس الموفق، كما يجب عرض تقرير الخبير على أطراف التوفيق قبل الحكم لإبداء رأيهم فيه؛ احتراماً لمبدأ المواجهة بين أطراف التوفيق، كما أن عمل الخبير يمثل إجراء من إجراءات الإثبات، ولا يمكن أن يكون عملاً قضائياً. ويعتبر الخبير والموفق من الغير بالنسبة لأطراف النزاع.

ويتطلب من كل من الموفق والخبير الحياد والاستقلال والعمل بالعدل وانتقاء الموانع القانونية. ويجوز رد الموفق كما يجوز رد الخبير، ويجوز اختيار

(١) نقض مدني ١٣/١/١٩٨٨م، طعن رقم ٥٩٣ لسنة ٥٠ ق، مج، س ٣٩، ج ١، ق ٢١، ص ٩٢.

(٢) د. سيد أحمد محمود، التحكيم العادي في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ط ١٩٩٨، م ١، ص ٨٣ وما بعدها.

الخبير محكماً نظراً لخبرته الفنية ، ولا يجوز تعيين موفق في مسألة لا يجوز فيها التوفيق، بينما يجوز تعيين خبيراً فيها. ولا يجوز الطعن في قرار الخبير؛ لأنه لا يصدر حكماً، بل يصدر تقريراً ليس له حجية الأمر المقضي إلا بصدور حكم من المحكمة في الموضوع. وتعيين الخبير من قبل المحكمة المعروض عليها النزاع دون وجود شرط أو مشاركة رضائي بعكس التوفيق الاختياري الذي يشترط وجود شرط أو مشاركة التوفيق. كما أن الخبير والموفق ليس كل منهما عضواً في القضاء، فالخبير يطلب منه استشارة بتقرير استيضاحي، بينما الموفق يطلب منه حسم النزاع باتفاق تسوية (١). والتوفيق ليس عملاً من أعمال الخبرة، فعمل الخبير يقتصر على التعرض لمسألة تتعلق بالواقع فقط؛ لأنه ليس لديه علم بالقانون، بينما عمل الموفق يمتد لعمل متعلق بالواقع والقانون. وليس للخبير فض النزاع، بل إبداء رأيه الفني في الموضوع فقط، بينما مهمة الموفق فض النزاع، كما أنه لا يجوز للقاضي تفويض الخبير أو الفني الاستشاري في القيام بمهمة التوفيق بين الخصوم؛ لأن مهمة الموفق من مهام القاضي وليست من مهام الخبير الذي يقدم رأياً فنياً في موضوع النزاع (art. 240 N.C.P.C.F. (٢).

وعلي ذلك تنفق الخبرة والتوفيق الإلكتروني في أن كلا من الخبير والموفق يعتبر من الغير بالنسبة لأطراف النزاع، ويشترط في كل منهما الحياد والاستقلال وانتفاء الموانع القانونية، ويجوز رد كل منهما من الخصوم، ويجوز اختيار الخبير محكماً لخبرته الفنية. وكل من الخبير والموفق ليسا عضوين في الجهاز القضائي للدولة، ولا يجوز لأي منهما أن يمثل في مصالح متعارضة مع مصلحة أي منهما. ويعد الخبير في حكم الموظف العام عند

(١) د. محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم، ص ١٧ وما بعدها. د. مختار بزيري، التحكيم، ص ١٩. د. أحمد سعيد الدهن، موقع الخبير من التحكيم التجاري، مجلة التحكيم اليمنية، ٢٠٠٠م، ع ٣، ص ٢٦.

(٢) د. علي الشحات الحديدي، دور الخبير، ص ٧ وما بعدها.

- Cass. Civ. 2 □; 21 mars 1979 Rév. trim. dr. civ. 1980; P. 162; obs. Perrot.

تطبيق نصوص جرائم الرشوة بنص (م ١١١ عقوبات مصري)، ولا يجوز للنيابة العامة التدخل وجوباً أو جوازاً في عمل أي منهما، وتشترب الموضوعية والحياد والنزاهة والاستقلال في مهمة كل منهما (١).

وتختلف الخبرة عن التوفيق الإلكتروني في أن الخبير يعطي رأياً فنياً غير ملزم لأي من أطراف النزاع ولا للمحكمة، ولا يجوز الحجية، وغير واجب التنفيذ بخلاف الموفق الذي يعطي مشروع اتفاق تسوية يصبح ملزماً بعد توقيع الخصوم عليه، ويصبح واجب التنفيذ بعد توثيقه ووضع الصيغة التنفيذية عليه. وتقتصر مهمة الخبير على فحص وتحقيق الوقائع لتقديم تقرير فني يساعد القاضي في تكوين عقيدته، بخلاف الموفق الذي يقوم بتحقيق الواقع والقانون معاً. ويجب على الخبير أداء اليمين القانونية أمام القاضي قبل إنجاز مهمته بخلاف الموفق. وعمل الخبير هو إجراء من إجراءات الإثبات ولا يمكن أن يكون عملاً قضائياً. ولا يجوز تعيين موفق في مسألة لا يجوز فيها التوفيق، بينما قد يجوز تعيين خبير فيها. كما أن الخبير يطلب منه الاستشارة والاستيضاح، بينما يطلب من الموفق محاولة التوفيق بين الخصوم. ومصدر سلطة الخبير قرار المحكمة بنده، بينما مصدر سلطة الموفق هو اتفاق التوفيق الإلكتروني (٢).

ومع ذلك فقد نص المشرع البلجيكي في القانون القضائي (art. 972 al. 3.C.J.P.belge.) أنه يجوز للخبير القيام بدور الموفق بين أطراف النزاع عند قيامه بأموريته، وإثبات ذلك بالمحضر (٣).

(١) د.حسان عبد السميع هاشم - الخبرة، ص ٩ وما بعدها. د.مهنا أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٥م، ص ٥٩.

(٢) د.محمود السيد التحيوي، التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٤٤. د.هدى محمد مجدي، دور المحكم، بند ٤٠، ص ٥٨. أحمد سعيد الدهن، موقع الخبير من التحكيم التجاري، مجلة التحكيم اليمنية ٢٠٠٠م، ع ٣، ص ٢٦.

(3) -Jacques van compernelle; Le juge et la Conciliation en droit judiciaire belge.; D. 1996; P. 530.

٢٧. التوفيق الإلكتروني، وعقد المعاولة: عقد المعاولة هو عقد يتعهد بمقتضاه المقاول بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر دون أن يكون تابعا له أو نائبا عنه (م ٦٤٦ مدني).

هذا ويتفق عقد التوفيق مع عقد المعاولة في أن محل كل منهما هو تقديم خدمة أو أداء عمل مقابل أجر، وأن التزام الموفق، والمقاول بأداء مهمتهما هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس ببذل عناية، كما أن الموفق والمقاول ليسا تابعين ولا نائبين عن الطرف الآخر المتعاقد معه.

ويختلف عقد التوفيق عن عقد المعاولة في أن الموفق يلتزم بالقيام بالعمل بنفسه، فلا يجوز له أن يعهد بعملية التوفيق لموفق آخر، بينما يستطيع المقاول القيام بالعمل عن طريق مقاول من الباطن، ويقوم الموفق بفض النزاع في مصالح متعارضة بعمل ذهني يعتمد على خبرة وكفاءة وثقافة الموفق، بينما يقوم المقاول بعمل مادي لمصلحة رب العمل وحده، ولا يجوز لطرفي النزاع في التوفيق طلب التنفيذ العيني لعمل الموفق على نفقته الخاصة، بينما يجوز لرب العمل طلب التنفيذ العيني لعمل المقاول على نفقته.

٢٨. التوفيق الإلكتروني، وعقد الوكالة: الوكالة عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل (م ٦٩٩ مدني)، ويلتزم الوكيل بالقيام بالعمل باسم موكله وحسابه، بحيث تنصرف آثاره لموكله، ويلزم الوكيل بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة، ويجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذ الوكالة العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة مع مراعاة معيار عناية الشخص المعتاد، وليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه.

وعلى الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية فيما وصل إليه في تنفيذ الوكالة، وأن يقدم له حساباً عنها. وتنتهي الوكالة بعزل الموكل للوكيل، أو بإتمام العمل الموكل فيه، أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة، وتنتهي أيضاً بموت الموكل أو الوكيل، أو بتنازل الوكيل عن الوكالة.

والأصل في الوكالة أن تكون تبرعية ما لم تكن بأجر محدد في العقد وإلا قدر القاضي هذا الأجر.

وطرفا عقد الوكالة هما الوكيل والموكل، وموضوعه هو قيام الوكيل بعمل من الأعمال القانونية نيابة عن موكله، فلا يكون الوكيل مستقلاً عن موكله عند قيامه بأعمال الوكالة، ولا يملك الوكيل أكثر مما يملكه الموكل وإنما يأتمر الوكيل بأوامر الموكل، وإن خرج عنها الوكيل كان للموكل الاتصال من الأعمال التي قام بها الوكيل لحساب الموكل، فالوكيل يلتزم بأوامر وتعليمات الموكل ويكون مسئولاً عن عدم اتباعها تجاه موكله، والموكل وحده يتحمل أجر الوكيل، ويستطيع الموكل أن ينهي وكالة الوكيل وقتما يشاء وأن يستبدل به غيره، فالوكيل لا يملك إلا ما يملكه الأصيل من سلطات، ويعمل لحساب ومصلحة موكله، ولا يملك مخالفة تعليمات موكله أو العمل ضد إرادته (١).

هذا ويتفق التوفيق مع الوكالة في أن محل كل منهما القيام بعمل قائم على الثقة والاعتبار الشخصي، ولا يعتبر الموفق وكيلاً عن أي من طرفي النزاع، ولا عن الطرف الذي عينه ولا حتى وكيلاً مشتركاً عن طرفي النزاع؛ لتعارض مصالحهما، ولذلك ليس من سلطة الموفق مد مهلة التوفيق دون الرجوع إلى طرفي النزاع، كما لا يمكن تأسيس مسئولية الموفق على أساس فكرة الوكالة.

بينما في التوفيق يتحمل طرفي النزاع أجر الموفق معاً، ولا يملك أي منهما منفرداً عزل الموفق، وإنما يملك رفض مشروع اتفاق التسوية، ويكون الموفق مستقلاً في عمله عن طرفي النزاع. وكل من الموفق والوكيل ليسا عضوين في الجهاز القضائي للدولة، وكذلك عمل كل من الموفق والوكيل ليس عملاً قضائياً، وبالتالي لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام القضائية.

(١) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، بند ١١، ص ٣١.
دهدي محمد مجدي، دور المحكم، بند ٣٥، ص ٥٠. د. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم، ص ٦٠.

فكل من عقد التوفيق والوكالة من العقود الرضائية تجمعهما النشأة الاتفاقية، أي أن مصدر كل من التوفيق والوكالة اتفاق الأطراف على العهد لشخص ثالث من الغير بمهمة معينة، وتلك المهمة في التوفيق هي فض النزاع بين الأطراف عن طريق التقریب بين وجهات النظر وتقديم مشروع اتفاق التسوية محل النزاع. بينما المهمة في الوكالة هي قيام الوكيل بعمل من الأعمال القانونية نيابة عن الموكل، كما أنه في التوفيق يكفي لأحد أطراف النزاع رفض أو عدم قبول مشروع اتفاق التسوية للتصل من عمل الموفق، بينما يلزم الموكل رفع دعوى قضائية للتصل من أعمال الوكيل. ومصدر سلطات كل من الموفق والوكيل هو اتفاق النشأة، ولا يجوز للموفق أو الوكيل أن يمثل في مصالح متعارضة مع مصلحة أي منهما، وعلي ذلك تتفق الوكالة والتوفيق الإلكتروني في النشأة الاتفاقية لكل منهما، وفي أن محل كل منهما عمل قائم على الثقة والاعتبار. وكل من الموفق والوكيل ليسا عضوين في الجهاز القضائي للدولة، ولا يجوز للنيابة العامة التدخل وجوباً أو جوازاً في عمل أي منهما، ولا يخضعان لإجراءات دعوى مخاصمة القضاة بل للقواعد العامة في المسؤولية المدنية (١).

وتختلف الوكالة عن التوفيق الإلكتروني في أن الموفق لا يعتبر وكيلاً عن أي طرف من أطراف النزاع ولا وكيلاً عن الطرف الذي عينه ولا حتى وكيلاً مشتركاً عن طرفي النزاع؛ لتعارض مصالحهما بخلاف الوكيل. ولذا لا يمكن تأسيس مسؤولية الموفق الإلكتروني على أساس فكرة الوكالة بخلاف الوكيل، ويعمل الموفق مستقلاً في عمله عن طرفي النزاع بخلاف الوكيل الذي يأتمر بأوامر موكله. ويعمل الموفق بأجر بينما الأصل في الوكالة أن تكون تبرعية، ما لم تكن بأجر. ويستطيع الموكل عزل وكيله أو استبداله متى شاء، بخلاف طرفي عملية التوفيق فلا يستطيع أي منهما عزل الموفق دون مبرر شرعي. ويستطيع الموكل إلغاء عقد الوكالة بينما لا يستطيع طرفي عملية التوفيق إلغاء اتفاق التوفيق، ويتصرف الوكيل بما هو

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٢، ص ٣٠ - ٣١. د. نبيل عمر، التحكيم، بند ٨، ص ١١. د. علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٤٥.

في صالح موكله بخلاف الموفق. والوكيل غير مستقل عن موكله ولا يحل نزاعاً ولا يصدر أحكاماً بخلاف الموفق (١).

٢٩- التوفيق الإلكتروني، وعقد العمل: عقد العمل هو عقد يلتزم بمقتضاه العامل بتقديم عمل لصاحب عمل تحت إدارته وإشرافه مقابل أجر (م ٦٧٤ مدني). ويتفق عقد التوفيق مع عقد العمل في أن محل كل منهما تقديم عمل نظير أجر، وأن كلا منهما من عقود الثقة. ويختلف عقد التوفيق عن عقد العمل في أن العامل يخضع لرقابة وإشراف وإدارة صاحب العمل؛ نظراً لوجود رابطة التبعية بين العامل وصاحب العمل، بينما الموفق يمارس مهمة التوفيق مستقلاً عن طرفي النزاع بما يناسب طبيعة عمله، وهي فض النزاع بينهما دون الخضوع لرقابة وإشراف أي من طرفي النزاع.

ويشترط في الموفق التمتع بالأهلية المدنية الكاملة، بينما لا يشترط في العامل الأهلية المدنية الكاملة، ولا يجوز لطرفي النزاع توقيع عقاب على الموفق بالجزاءات التي يستطيع توقيعها صاحب العمل على العامل لديه، ويقوم الموفق بعمل ذهني هو مهمة التوفيق لفض النزاع، بينما يقوم العامل بعمل مادي ولا يمكن إخضاع الموفق لأحكام قانون العمل بخلاف العامل.

٣٠- التوفيق الإلكتروني، والاتفاق على نقل أو جلب الاختصاص القضائي: الاتفاق على نقل أو جلب الاختصاص القضائي هو تصرف إرادي محله تعديل الاختصاص القضائي عن طريق سلب اختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، ومنحه لمحكمة قضائية أخرى وطنية أو أجنبية غير مختصة أصلاً بنظر هذا النزاع، وإنما يمنح الاختصاص القضائي باتفاق طرفي النزاع (٢). وأحياناً يحدث اتفاق في عقد ما على اختصاص محكمة معينة غير المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاعات الناشئة عن هذا

- (١) د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ١٦ - ١٧، ص ٣١ - ٣٤. د. هدى محمد مجدي، دور المحكم، بند ٣٥، ص ٥٠ - ٥١.
- (٢) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكم التجاري الدولي، ص ٤٧ - ٤٨.

العقد، حيث يتفق طرفي العقد على اختصاص محكمة وطنية بنظر نزاع لم تكن مختصة به أصلاً، أو على اختصاص محكمة أجنبية بنزاع يكون من اختصاص محكمة وطنية، فالعامل المشترك بين التوفيق واتفاق نقل أو جلب الاختصاص القضائي هو وجود اتفاق على عدم الخضوع للقضاء صاحب الولاية، والطريق البديل هو اللجوء إلى التوفيق باتفاق التوفيق، واللجوء إلى محكمة أخرى بالاتفاق على نقل أو جلب الاختصاص القضائي (١).

٣١- الموقف الإلكتروني، وأعوان القضاء: لتسهيل عمل القضاة، وتأمين سير العدالة القضائية يلزم وجود عدة أشخاص يقومون بمعاونة رجال القضاء في تأدية وظائفهم، ومعاونة المتقاضين في القيام بالأعمال التي يتطلبها سير الدعوى القضائية. لذلك أوجب المشرع بجانب القضاة أعوان القضاة مثل الكتبة، والمحضرين، والمرجمين، والخبراء، ومعاوني التنفيذ...

ورغم اختلاف طبيعة مهمة الموفق عن أعوان القضاء، إلا أن البعض يزي أن الموفق يعد من أعوان القضاء الإجرائيين؛ وذلك لأن المهمة التوفيقية تخضع للمبادئ العامة في فكرة أعوان القضاء، وقد رفض القضاء الفرنسي إضفاء هذا التكييف على عمل المحكم حيث قضت محكمة استئناف Reims بأن تعيين المحكم من قبل القاضي لا يعني أن المحكم من أعوان القضاء، ومن ثم لا تطبق القواعد المقررة لأعوان القضاء على المحكم. فالسلطة المخولة للمحكم تجد أساسها القانوني في اتفاق الأطراف بشرط أو بمشاركة تحكيم علي حل النزاع المحتمل نشوئه في المستقبل أو القائم بينهم بمناسبة العقد المبرم بينهم عن طريق التحكيم دون القضاء (٢).

- (١) د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم، بند ١٨، ص ٣٤.
- (٢) د. أحمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٠م، بند ١٣٠ - ١٣١، ص ٣٣٠ - ٣٣٣.

وبعد أن انتهينا في الفصل الأول من دراسة المبحث الأول (مفهوم التوفيق الإلكتروني) على النحو السابق، ننتقل الآن إلى دراسة المبحث الثاني (اتفاق التوفيق الإلكتروني) على النحو التالي:

المبحث الثاني اتفاق التوفيق الإلكتروني

٢٢. مفهوم اتفاق التوفيق الإلكتروني: الأصل في التوفيق الإلكتروني هو عرض نزاع معين بين طرفين على موق من الغير يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها طرفي النزاع، ولا يجوز أن يكون إجبارياً؛ لأن مصدره اتفاق التوفيق الإلكتروني، وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها الموفق عند محاولة التوفيق بين طرفي النزاع، فهو نظام بديل عن القضاء ولا يجتمعان.

ويعتبر اتفاق التوفيق هو دستور عملية التوفيق الإلكتروني، وقد يرد كبند ضمن بنود العقد الأصلي المبرم بين الأطراف، أو في ورقة ملحقة به تنص على التجاؤم إلى التوفيق دون قضاء الدولة بشأن ما قد ينشب مستقبلاً بينهم من منازعات - قبل قيام النزاع - ويسمى هذا الاتفاق بشرط التوفيق. وقد يتم الاتفاق على الالتجاء إلى التوفيق بعد أن يثور النزاع فعلاً، ويسمى في هذه الحالة بمشارطة التوفيق، وذلك باتفاق لاحق بعد قيام النزاع. ويعد في حكم شرط التوفيق الإلكتروني كل إحالة في العقد الأصلي إلى أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية، أو عقد آخر متصل بالعقد الأصلي، أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط توفيق إذا كانت الإحالة واضحة وصریحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد. ويفترض شرط التوفيق بالإحالة أن العقد الأصلي قد جاء خالياً من شرط توفيق عادي، وأن إرادة الطرفين توجهت إلى أحكام عقد نموذجي مدرجاً به شرط توفيق لتكملة بنود العقد الأصلي، وتختص هيئة التوفيق الإلكتروني بتقدير هذه المسألة إذا دُفع أمامها بعدم الاختصاص، كما تختص بها أيضاً

الحكمة القضائية التي عرض عليها النزاع إذا دفع أمامها بعدم قبول الدعوى لوجود شرط توفيق بالإحالة (١).

٢٢- تعريف اتفاق التوفيق الإلكتروني: اتفاق التوفيق هو اتفاق طرفي النزاع على الالتجاء إلى التوفيق لفض كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التوفيق سابقاً على قيام النزاع (شرط توفيق)، أو لاحقاً بعد قيام النزاع (مشارطة توفيق)، أو في شكل إحالة ترد في العقد الأصلي إلى وثيقة تتضمن شرط توفيق. ويتطلب اتفاق التوفيق الإلكتروني وجود رضا، ومحل، وسبب، وكتابة عرفية أو رسمية، ورقية أو الكترونية. ويجب أن يتم اتفاق التوفيق الإلكتروني صحيحاً بتراضٍ - إيجاب وقبول - صحيح خالٍ من عيوب الإرادة، وصادراً عن شخص لديه أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه، وأن يرد هذا التراضي علي محل صحيح وممكن ومشروع، وأن يستند إلي سبب مشروع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة (٢).

(١) د. ناجي عبد المؤمن، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، يناير ٢٠٠٠م، ص ٧٩ وما بعدها. د. حفيفة السيد الحداد، التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، مجلة الحقوق، تصدرها حقوق الإسكندرية ١٩٩٥م، ع ١- ٢، ص ١ - ٢. ٢. نقص مدني ١٤/٤/١٩٧٠م، مج، ص ٢١، ص ٥٩٨. نقص مدني ٢٦/٦/١٩٧٨م، مج، ص ٢٩، ص ١٠٤٨.

- Boucobzax; La clause Compromissoire par Référence en matière d'arbitrage commercial international; Réfv. arb. 1998; N. 3; P. 495.

- Cass.civ.2^e; 30 Juin 1993; Rév. arb.1994; P. 95; obs. y. paclot.

- Cass.civ.1^e; 18 Fév.1992; Rév. arb.1993; P. 103; Note. J .H. Moitry.

(٢) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٤٧، ص ٩٥. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ١٧٢ وما بعده، ص ١٤٧ وما بعدها. د. ماهر محمد صالح، إتفاق وحكم =

ويجب أن تتطابق الإرادتان - الإيجاب والقبول - (م ٣١ - ٣٣ مدني) حول موضوع اتفاق التوفيق، وعناصره، وأسبابه. ويكون اتفاق التوفيق مكتوباً سواء أكان شرطاً أم مشاركة أم شرط توفيق بالإحالة علي قواعد مركز توفيق، ويثبت هذا الاتفاق بالكتابة - الإلكترونية أو الورقية - في ورقة عرفية (موقعة أو مختومة أو عليها البصمة)، أو رسمية، أو موثقة، أو مصدق على التوقيع عليها، أو مثبتة في محضر الجلسة في المحكمة أيا كانت درجتها، ويجب أن يكون الرضا صحيحاً وخالياً من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال (م ٨٣، ١٤٧، ١٥١، ١٥٦، ١٥٩ مدني) وإلا كان قابلاً للإبطال.

وسبب اتفاق التوفيق هو استبعاد طرح النزاع علي القضاء وحل المنازعة التي يراد حلها بالتوفيق بواسطة هيئة التوفيق، فإذا لم توجد هذه المنازعة، أو كانت موجودة ثم زالت كان اتفاق التوفيق باطلاً لعدم وجود المحل، ولانعدام السبب في ذات الوقت. ويجب أن يكون موضوع منازعة التوفيق محددًا أو قابلاً للتحديد في المستقبل (١).

ومحل اتفاق التوفيق هو المنازعة التي يراد حلها بالتوفيق، فيجب أن يكون موضوع اتفاق التوفيق موجوداً أو ممكناً وجوده وإلا كان باطلاً، ويجب أن يكون موضوع اتفاق التوفيق معيناً أو قابلاً للتعين وإلا كان باطلاً، كما يجب ألا يكون مخالفاً للقانون والنظام العام أو الآداب العامة وإلا كان باطلاً. ويجب توافر أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه، وألا

التحكيم، ص ٤٩٧. د. ناجي عبدالمؤمن، مدى جواز الاتفاق على التحكيم، ص ٧٩ وما بعدها. د. حفيظة السيد الحداد، التحكيم بالإشارة، ص ١ - ٢. - Boucobzax; La clause Compromissoire par Référence en matière d'arbitrage commercial international; Rév. arb. 1998; N. 3; P. 495.

(١) د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، بند ٨، ص ١٠٦ - ١٠٧. د. فايز عبد الله الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، ص ٤٢، ع ٢٤، يوليو ٢٠٠٠م، ص ١٥٥ - ١٥٦.

يشوب الرضا عيباً من عيوب الإرادة كالغلط والإكراه والتدليس والإستغلال، وأن يكون للطرف سلطة أو صفة قانونية تخوله الاتفاق على التوفيق (١).

وعلى ذلك يجوز التوفيق في كافة المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تكون محلاً للصلح، وأمام كافة درجات المحاكم باستثناء محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون. وعلى ذلك لا يجوز التوفيق في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، والمسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، لكنها تجوز في الحقوق المالية المترتبة عليها، أي أنه يقاس محل اتفاق التوفيق على محل عقد الصلح ما لم يرد نص قانوني بغير ذلك. وفي القانون المدني الفرنسي يجوز لجميع الأفراد الصلح في كل الحقوق التي يتمتعون بحرية التصرف فيها (art. 2059 C.C. F.)، ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، والأهلية، والطلاق، والانفصال الجسماني (art. 2060 C.F.C.)، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم (م ٥٥١ مدني مصري). ويتعين أن يتوافر في محل التوفيق كافة الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بصفة عامة، فيجب أن يكون محل التوفيق موجوداً أو ممكناً وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، وأن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وقابلاً للتصرف فيه، وجائز الصلح فيه، وقابلاً للتنازل عنه (٢).

وإذا تعدد موضوعات الاتفاق على التوفيق، وكان بعضها يتعلق بالنظام العام دون البعض الآخر، وكانت قابلة للتجزئة، فإن اتفاق التوفيق يبطل في الشق المتعلق بالنظام العام دون الشق الآخر، أما إذا كانت

- (١) د. محمد نور شحاتة، نشأة الاتفاقية، ص ١٤٨. د. محمد عبد الحميد حسين القاضي، أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، حقوق المنصورة، س ١٦، عدد يوليو ٢٠٠١، ص ١٣٢ - ١٣٣.
- (٢) د. علي بركات، خصومة التحكيم، بند ٥٦، ص ٥٧.

غير قابلة للتجزئة فيبطل اتفاق التوفيق بأكمله (١). ويتعين أن يتوافر في محل التوفيق كافة الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بصفة عامة، فيجب أن يكون محل التوفيق موجوداً أو ممكناً وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وقابلاً للتصرف فيه، وجائز الصلح فيه، وقابلاً للتنازل عنه (٢).

ويجب أن يكون موضوع منازعة التوفيق محدداً أو قابلاً للتحديد في المستقبل، وذلك في اتفاق التوفيق (مشاركة أو شرط) وإلا كان التوفيق باطلاً، فلا يجوز للموفق أن يقضي بشيء لم يطلبه أطراف التوفيق، ولا بأكثر مما طلبوه، فهو مقيد بما يطرح عليه من منازعات، وإلا خرج عن حدود مهمته، مما يعرض اتفاق التسوية للطعن فيه بالبطلان (٣).

والأصل أن يتحدد محل التوفيق في اتفاق التوفيق، ويجب أن يكون محل اتفاق التوفيق حقاً مالياً قابلاً للتصرف فيه، وقابلاً للتنازل عنه، وجائز الصلح فيه، وغير متعلق بالنظام العام أو الآداب العامة. ولكن يجوز التوفيق في الحقوق المالية الناشئة عن المسائل المستبعدة من مجال التوفيق. وإذا تم اتفاق توفيق في منازعة لا يجوز التوفيق فيها، فإن هذا الاتفاق يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، نظراً لافتقاده لركن المحل، الذي يجب أن يكون موجوداً أو معيناً ومشروعاً. والحكمة من عدم جواز اللجوء للتوفيق في المسائل المتعلقة بالنظام العام هو أن تخضع تلك المسائل لرقابة وإشراف السلطة التي يعينها ذلك، فمناط القابلية للتوفيق هو الحقوق المالية بصرف النظر عن مصدرها، وما إذا كان تصرفاً قانونياً كالعقد، أو واقعة قانونية كواقعة الفعل الضار أو الفعل النافع، وبصرف النظر عن محلها، وسواء

(١) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٤م، بند ٣٥، ص ٨٦. د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٩٠م، بند ٥١، ص ١٤٠.

(٢) د. علي بركات، خصومة التحكيم، بند ٥٦، ص ٥٧.

(٣) د. محمد نور شحاتة النشأة الاتفاقية، ص ١٤٩ - ١٥١.

أكان النزاع مدني أم تجاري. وسواء أكانت العلاقة بين أشخاص القانون الخاص، أو بين أحد أشخاص القانون الخاص وأحد أشخاص القانون العام، أو بين شخصين من أشخاص القانون العام... (١).

ويجب أن يكون محل اتفاق التوفيق حق مالي قابلاً للتصرف فيه، وجائز الصلح فيه، وقابلاً للتنازل عنه. وموادي ذلك أنه لا يقبل التوفيق فيما لا يجوز التصرف فيه، وهو مالا يجوز الصلح عليه. فما يجوز التصرف فيه، يجوز أن يكون محلاً للتوفيق، متى توافرت الأهلية اللازمة لذلك لدى أطراف التوفيق. وعلى ذلك لا يجوز التوفيق في المسائل التي تتعلق بالأموال العامة للدولة، لأنها تخرج عن دائرة التعامل، ولا يجوز التصرف فيها، ما دامت مخصصة للمنفعة العامة، وذلك على خلاف الأموال الخاصة للدولة، حيث تخضع لقواعد القانون الخاص، وتتميز بقابليتها للتصرف فيها (٢).

ولا يسري اتفاق التوفيق الإلكتروني إلا على أطرافه فقط دون غيرهم، ولا تنصرف آثاره إلى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه (م ١٤٥ مدني). وعلى ذلك لا يستطيع الغير التمسك باتفاق توفيق لم يكن طرفاً فيه، كما لا يستطيع أطراف اتفاق التوفيق إلزام الغير به، كما لا يجوز للغير الاعتراض على تنفيذ اتفاق التوفيق الإلكتروني ما لم يوجد رضا باتفاق سابق أو لاحق على النزاع بين الأطراف والغير على ذلك.

(١) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، بند ٤٤، ص ٨٧. د. سمير الشرفاوي، معيار التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري الجديد مقارنة بالقانون النموذجي، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بالقاهرة ٢٢ - ٢٧ / ٣ / ١٩٩٥ م. د. محمد نور شحاته، اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء، دار الفكر العربي بالقاهرة، بند ٤٧، ص ٩٥. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ١٩٧ وما بعده، ص ١٦٥ وما بعدها.

- Mayer; Les limites de la separabilité de la clause
compromissoire; Rév. arb. 1998; P. 359.

(٢) د. حسام الدين كامل الأهواني، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، مجلة
القضاة، س ٣١، ع ١٤ - ٢، يناير، ديسمبر ١٩٩٩ م، ص ٩٦.

ولكن ليس لامتناد أثر اتفاق التوفيق إلى غير أطرافه إمكانية توسيع النطاق الشخصي لأطراف خصومة التوفيق بالتدخل أو الإدخال إلا باتفاق جميع الأطراف استثناءً؛ نظراً لخصوصية عملية التوفيق التي تميزها عن الخصومة القضائية (١).

وعموماً فإن اللجوء إلى استعمال النظم الودية البديلة لتسوية المنازعات هو رخصة لطرفي النزاع لا تنال من حقهم في اللجوء إلى القضاء، فيجوز لهم استعمالها أو تركها حسبما يرونها محققة لمصالحهم، فهي قد تغني عن اللجوء إلى القضاء، وعن الخصومة القضائية، ولا تمس حق التقاضي في محتواه أو مقاصده، فاللجوء إليها كمرحلة أولية سابقة علي القضاء لفض النزاع لا يسلب الأطراف حق الالتجاء إلى قاضيهم الطبيعي (٢). والاتفاق على التوفيق لا يمنع قاضي الأمور المستعجلة من الحكم بالإجراء الوقي متى توافر شرطي الخطر والاستعجال

٢٤- أنواع اتفاق التوفيق الإلكتروني: يتنوع اتفاق التوفيق الإلكتروني

إلى ثلاث صور: شرط توفيق إلكتروني، ومشاركة توفيق إلكتروني، وشرط توفيق إلكتروني بالإحالة. وهذه الأنواع يمكن إجراؤها بين طرفي اتفاق التوفيق الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية عبر الإنترنت سواء أكان ذلك في شكل شرط بالعقد الأصلي كبنود ضمن بنوده، أو في شكل اتفاق لاحق بعد قيام النزاع، أو في شكل شرط إحالة يرد في العقد الأصلي إلى وثيقة تتضمن شرط توفيق. ويتم إبرام اتفاق التوفيق الإلكتروني

(١) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، بند ١٨٤، ص ٣٣٦ - ٣٣٨. د. مختار بريري، التحكيم، بند ٣١، ص ٥١. د. مصطفى محمد الجمال، امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، بحث مؤتمر تحكيم القاهرة، ٢٨ يناير ٢٠٠٠ م، ص ١ وما بعدها. د. محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦ م، بند ٧٤، ص ٥٥. نقض مدني ٢٢/٦/٢٠٠٤ م، طعن رقم ٤٧٢٩ لسنة ٧٢ ق، مخ، س ٥٥، ق ١١٧، ص ٦٣٨.

(٢) دستورية عليا ٦/٦/١٩٩٨ م، طعن رقم ١٤٥ لسنة ١٩ ق. دستورية، الجريدة الرسمية ١٩٩٨ م، ع ٣٥.

إلكترونيًا بوثائق إلكترونية تتم عبر وسائل الاتصالات الإلكترونية كالإنترنت، فالتوقيع الإلكتروني يتم عبر الإنترنت، وكل الوثائق والمستندات الخاصة به هي وثائق إلكترونية في صفحة إلكترونية من صفحات الإنترنت تديره مراكز توقيع إلكترونية موثوق بها(١).

(أ) - شرط التوقيع الإلكتروني: هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية على الالتجاء إلى التوقيع الإلكتروني لفض كل أو بعض المنازعات التي ستنشأ بينهما مستقبلاً. فشرط التوقيع يتم الاتفاق عليه كبنود ضمن بنود العقد الأصلي، أو باتفاق لاحق قبل حدوث النزاع. بمعنى أنه يتم شرط التوقيع قبل ميلاد النزاع، أي يتعلق بنزاع مستقبلي غير محدد ومحمّل.

ويرد دائماً شرط التوقيع الإلكتروني - كبنود في نهاية العقد الأصلي - بعبارات أكثر عمومية ولا يدخل في تفاصيل دقيقة، ونادراً ما يعيره الطرفان أهمية كبيرة عند إدراجه، ربما لأنهما لا يتصوران وقوع خلاف بينهما عند توقيع العقد الأصلي. ويرد بند شرط التوقيع الإلكتروني في العقد الأصلي بلغة العقد الأصلي نفسها، ويكفي توقيع الطرفين علي العقد الأصلي لارتباطهما بشرط التوقيع. وإذا كان شرط التوقيع باطلاً، وأبرم الطرفان مشاركة توقيع بعد قيام النزاع، فإن بطلان الشرط لا يؤدي إلى بطلان المشاركة، كما أن بطلان المشاركة لا يؤدي إلى بطلان شرط التوقيع السابق على إبرامها؛ وذلك نتيجة لاستقلال كل منهما عن الآخر(٢).

(١) دحمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ٢٠٠٧م، ص ٩٠ وما بعدها. د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، بند ٣٩، ص ٤٣.

- Bruno oppetit; La clause arbitrale par Référence; Rév. arb. 1990; P. 55.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ١٣٦. د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، ج ٢، دار المغارف، مصر ١٩٩٨م، ص ١٠٠ - ١٠١. د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦م، ص ٢٠٤.

ويتعلق شرط التوفيق الإلكتروني بالمنازعات المستقبلية وليس بالمنازعات القائمة، وعندما تحدث المنازعة تحال إلى التوفيق، وقد لا تقع أي منازعة فلا يعمل بشرط التوفيق. فالمعيار إذن هو أن يتم الاتفاق على شرط التوفيق قبل قيام النزاع سواء أكان بنداً في العقد الأصلي أو كان باتفاق مستقل لاحق عن العقد الأصلي قبل وقوع النزاع، ولذلك يعتبر شرط التوفيق شرطاً، ولا يعد وعداً بالتوفيق؛ لأنه اتفاق كامل نهائي بإيجاب وقبول ملزم للطرفين وليس مجرد إيجاب فقط ملزم لجانب واحد وهو الواعد يرد على أمر عارض محتمل الوجود في المستقبل - قيام نزاع - غير محقق الوقوع وغير محدد أي منازعات محتملة غير محددة (١).

فقد يتم الاتفاق على التوفيق بشرط مدرج ضمن بنود العقد الأصلي، أو باتفاق لاحق مستقل عن العقد الأصلي قبل وقوع النزاع، حيث يأخذ اتفاق التوفيق اللاحق بعد إبرام العقد الأصلي وقبل قيام النزاع حكم شرط التوفيق؛ لأنه يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل غير محدد. بمعنى أن شرط التوفيق هو اتفاق ملزم ونهائي على فض نزاع احتمالي مستقبلي غير محدد. لا يجوز العدول عنه إلا باتفاق أطرافه أو بنزول أحدهما عن التمسك بالدفع بالتوفيق، ومن ثم يغني عن إبرام مشاركة توفيق، وإن احتاج الأمر إلى إبرام وثيقة توفيق عند فض النزاع بالتوفيق مستقبلاً لتحديد موضوع النزاع، وميعاد التوفيق، وتسمية الموفقين، ومكان التوفيق... بين أطراف النزاع وهيئة التوفيق. وفي عقود التجارة الإلكترونية غالباً ما يوجد شرط توفيق ضمن الشروط العامة التي تم عرضها وقبولها بإحدى وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة بتوقيع مؤمن ومحصن إلكترونياً، فاستخدام الوسائط الإلكترونية يميز إجراء التوفيق الإلكتروني بعد الاعتراف تشريعياً بالتوقيع وبالمستند الإلكتروني (٢).

- (١) د. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م، ص ١٠٧. ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية ٢٠٠٨م، ص ٧٧.
- (٢) الإشارة السابقة.

(ب) - **مشاركة التوفيق الإلكتروني**: هي اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية على اللجوء إلى التوفيق الإلكتروني لفض كل أو بعض المنازعات التي نشأت بينهم، بمعنى أن مشاركة التوفيق الإلكتروني تكون باتفاق مستقل ولاحق على العقد الأصلي وبعد نشوء النزاع حتى لو كان هذا النزاع معروضاً على جهة قضائية للفصل فيه، وترد في اتفاق لاحق مستقل عن العقد الأصلي، أي أنها تكون بعد ميلاد نزاع نشأ فعلاً، أي تالية ولاحقة لقيام النزاع (١).

وتفترض مشاركة التوفيق الإلكتروني عدم وجود شرط توفيق في العقد الأصلي، ولا في اتفاق لاحق على العقد الأصلي قبل قيام النزاع أو بطلان شرط التوفيق، ووجود نزاع قائم نشأ فعلاً، فلا يجوز إبرام مشاركة توفيق في نزاع حسمه حكم قضائي نهائي أو حكم تحكيم أو صلح... لذا يجب أن تتضمن ماهية النزاع، والمسائل التي يشملها التوفيق وإلا كانت باطلة (٢).

بمعنى أن مشاركة التوفيق تتعلق بنزاع قائم فعلاً ومؤكّد ومحدد وواضح، لذا تكون باتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي بعد قيام النزاع. ومثال ذلك الاتفاق على التوفيق الإلكتروني في شكل مشاركة توفيق بعد عرض النزاع على القضاء ما دام النزاع قائماً، وإن كان في مرحلة المداولة القضائية وفي مرحلة الدرجة الأولى أو في مرحلة الاستئناف... (٣).

ويمكن إبرام مشاركة توفيق إلكتروني بين أطراف التوفيق الإلكتروني باستخدام وسائل تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات عبر وسائط إلكترونية بالشكل المتعارف عليه حديثاً في كثير من دول العالم في

- (١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ٢٣. د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٤٦، ص ١٠٣.
- (٢) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٤٦، ص ١٠٣. د. نبيل عمر، التحكيم، بند ٤٩، ص ٥٩. د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ١٢٦. د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص ١٥٥ وما بعدها.
- (٣) الإشارة السابقة.

إبرام العقود الإلكترونية. وقد يسند الأطراف فض النزاع إلى مركز توفيق إلكتروني بإرسال رسالة إلكترونية باتفاقهم على عرض النزاع القائم بينهم على أي من مراكز تسوية المنازعات إلكترونيًا، والتي تقدم خدمة التوفيق الإلكتروني. بمعنى أنه يمكن أن تتم مشاركة التوفيق الإلكتروني بصورة إلكترونية عندما يرسل أطراف النزاع إلى مركز التوفيق الإلكتروني رسالة إلكترونية باتفاقهم على عرض النزاع على هذا المركز.

ونظرًا لعدم التوازن الاقتصادي بين أطراف عقود التجارة الإلكترونية الدولية، فقد تمتع بعض التشريعات الخاصة بحماية المستهلك أي اتفاق بين التاجر والمستهلك الضعيف يتضمن شروطاً تعسفية يفرضاها التاجر المهني، مثل شرط التوفيق وشرط تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم أو النزاع الذي يثار بينهم بشأنه؛ خشية فقدان المستهلك للحماية المقررة له بموجب قانونه الوطني (١).

وعلى ذلك لا يجوز الاتفاق على التوفيق الإلكتروني في صورة شرط توفيق بالعقد الأصلي إذا كان أحد الطرفين مستهلكًا، خشية قيام المستهلك بالتنازل عن حقوقه مقدمًا بتوقيعه على عقود انفراد التاجر المحترف بإعدادها كاملة بما تضمنته من شرط توفيق وشروط أخرى. أما إذا تم اتفاق التوفيق في صورة مشاركة توفيق بعد قيام النزاع فإن هذه الخشية تنتفي وتختفي؛ لأن المستهلك سيكون بالخيار بين اللجوء إلى التوفيق أو القضاء، ولذلك تقوم مواقع التجارة الإلكترونية على الإنترنت في تعاملاتها بتقديم تعهد ملزم لها وغير ملزم للمستهلك باللجوء إلى التوفيق أو بإدراج بند في العقد الأصلي يعطي الخيار للمستهلك باللجوء إلى التوفيق أو القضاء. بمعنى أن اتفاقات التوفيق الإلكتروني المبرمة من خلال مواقع التجارة الإلكترونية تأخذ صورة مشاركة توفيق

(١) د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم، ص ٥٦. د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦م، ص ١٢-١٣. د. طرح البحور على حسن، عقود المستهلكين الدولية، ج ١، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٧م، ص ٢١٣-٢١٤.

حيث يلجأ إليها المستهلك بعد قيام النزاع لنفي أي طابع تعسفي عنها(١).

(ج) - شرط التوفيق الإلكتروني بالإحالة: ويعتبر اتفاقاً على التوفيق الإلكتروني كل إحالة ترد في العقد الأصلي إلى وثيقة تتضمن شرط توفيق إلكتروني إذا كانت الإحالة واضحة وصریحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد الأصلي. بمعنى أنه يعد في حكم شرط التوفيق الإلكتروني كل إحالة في العقد الأصلي إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو عقد آخر متصل بالعقد الأصلي، كعقد مقاوله من الباطن مشار فيه إلى عقد المقاوله الأصلي... أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط توفيق إذا كانت الإحالة واضحة وصریحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد. ويفترض شرط التوفيق بالإحالة أن العقد الأصلي قد جاء خالياً من شرط توفيق عادي، وأن إرادة الطرفين اتجهت إلى أحكام عقد نموذجي مدرج به شرط توفيق لتكملة بنود العقد الأصلي، وتختص هيئة التوفيق الإلكتروني بتقدير هذه المسألة إذا دُفع أمامها بعدم الاختصاص، كما تختص بها أيضاً المحكمة القضائية التي عرض عليها النزاع إذا دفع أمامها بعدم قبول الدعوى لوجود شرط توفيق بالإحالة(٢).

(١) د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م، ص ١٨٣. د. حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، بند ٢٤١، ص ٢٢٤، بند ٢٤٤، ص ٢٥٥. د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م، ص ٣٢ - ٣٣. د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، ص ١٢-١٣. د. آلاء يعقوب النعمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، ص ١٠٠٥ وما بعدها. د. طرح البحور على حسن، عقود المستهلكين الدولية، ص ٢١٣ - ٢١٤.

(٢) د. ناجي عبد المؤمن، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، يناير ٢٠٠٠م، ص ٧٩ وما بعدها. د. حفيظة السيد الحداد، التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، مجلة الحقوق، تصدرها حقوق الإسكندرية ١٩٩٥م، ع=

وشرط التوفيق الإلكتروني بالإحالة لا يختلف عن شرط ولا عن مشاركة التوفيق من حيث القوة الملزمة لكل منهما؛ إذ يعتبر كل منهما اتفاقاً ملزماً لأطرافه. ويعتبر شرط التوفيق مكتوباً إذا وردت الإحالة إليه واضحة وصريحة بصفة خاصة أي أنه يعتد بالإحالة الخاصة فقط دون الإحالة العامة إلى العقد الذي يحتوي على شرط التوفيق، هذا وقد ذهب بعض الفقهاء إلى قبول الإحالة العامة طالما تحقق العلم اليقيني للأطراف بمضمون شرط التوفيق بأي وسيلة (١).

٢٥- شروط صحة اتفاق التوفيق الإلكتروني: ينعقد اتفاق التوفيق الإلكتروني بالتراضي بين الطرفين بإيجاب وقبول كتعبير عن إرادتهما، والتعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً أو ضمناً، وقد يتم بوسيلة تقليدية أو باستخدام وسيلة اتصال إلكترونية حديثة، ولذا يمكن اعتبار الضغط على مفتاح الموافقة (ok) على جهاز الحاسب الآلي الذي تلقى الإيجاب تعبيراً عن إرادة الموجب له عن قبول اتفاق التوفيق مادام القابل قد تأكد من محتويات الوثيقة الإلكترونية وقبلها (٢).

بمعنى أنه يجوز التعبير عن الإرادة بأي وسيلة تقليدية أو إلكترونية مادامت الإرادة سليمة خالية من عيوب الغلط أو الإكراه أو التدليس أو

١- ٢، ص ١، ٢. نقض مدني ١٤/٤/١٩٧٠م، مج، س ٢١، ص ٥٩٨. نقض مدني ٢٦/٦/١٩٧٨م، مج، س ٢٩، ص ١٠٤٨.

- Boucobzax; La clause Compromissaire par Référence en matière d'arbitrage commercial international; Rév. arb. 1998; N. 3; P. 495.
- Cass. civ. 2^e; 30 Juin. 1993; Rév. arb. 1994; P. 95; obs. y. paclot.
- Cass. civ. 1^{re}; 18 Fév. 1992; Rév. arb. 1993; P. 103; Note. J. H. Moitry.

(١) د. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، ص ١٤٨. د. عبد الحميد محمد الحوسني، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٧م، ص ١٤٧.

(٢) د. أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، دبي إبريل ٢٠٠٣م، ص ١ وما بعدها.

الاستغلال، وصادرة عن شخص كامل الأهلية القانونية طبقاً لقانون جنسيته. وعلى ذلك يجوز التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول باستخدام وسائل الاتصال الفوري، كالهاتف، والتلكس، والفاكس، والإنترنت... مع تنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني للحد من ظاهرة الغش والقرصنة الإلكترونية بالإنترنت. ويتم ذلك بقيام مقدم خدمة التوثيق الإلكتروني بتتبع المواقع الإلكترونية على الإنترنت للتحري عنها وعن جديتها ومصداقيتها في المعاملات فإذا تبين عدم توافر الثقة والأمان في أحد المواقع يقوم بتوجيه رسائل تحذيرية للمتعاملين عبر الشبكة، ويوضح لهم فيها عدم مصداقية الموقع وأنه موقع وهمي لا وجود له، أو أن الموقع غير مسجل لدى إحدى هيئات تسجيل أسماء أو المواقع الإلكترونية(١).

ويلزم لصحة اتفاق التوفيق الإلكتروني ضرورة توافر رضا الأطراف باختيار التوفيق كوسيلة بديلة لفض كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، وأن يرد هذا الرضا على محل، ألا هو منازعات قابلة للتوفيق فيها، وأن يكون السبب الذي دفع الأطراف لفض منازعاتهم بالتوفيق مشروعاً. كما يلزم توافر الشكلية الكتابية سواء أكانت كشرط صحة أم كانت كشرط انعقاد.

(أ) - الرضا: هو اتفاق إرادتين على اللجوء إلى التوفيق الإلكتروني لفض نزاع قائم أو محتمل بينهما. ويجب صدور الرضا باتفاق التوفيق الإلكتروني من شخص كامل الأهلية القانونية طبقاً لقانون جنسيته (م ١/١١ مدني مصري)، فلا يجوز الاتفاق على التوفيق إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، فالأهلية المطلوبة لصحة اتفاق التوفيق هي أهلية التصرف بالنسبة للحق المتفق على التوفيق فيه، وإلا كان اتفاق التوفيق باطلاً. ويجب أن تكون الإرادة خالية من العيوب كالغلط والإكراه والاستغلال والتدليس، كما يجب تلاقي إرادة الطرفين على اختيار التوفيق كوسيلة بديلة لفض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما، وأن تكون إرادة الأطراف صريحة؛

(١) الإشارة السابقة.

لأن وجود الرضا يتحقق بالتعبير عن الإرادة في شكل إيجاب وقبول باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المفهمة أو بالمبادلة الفعلية(١).

ويجب أن يكون لكل طرف في اتفاق التوفيق أهلية التصرف في الحق محل التوفيق، وعلى ذلك لا يجوز الرضا باتفاق التوفيق من القاصر أو المحجور عليه أو ناقص الأهلية، والمفلس الممنوع من التصرف في حقوقه تجاه الدائنين، والمحامي أو الوكيل بغير توكيل خاص، وبمثل الشخص الاعتباري بغير أن تكون له سلطة الإدارة، والولي أو الوصي أو مصفي التركة أو وكيل التفليسة بغير إذن المحكمة(٢).

وفي عقود التجارة الإلكترونية التي تعقد بين تاجر أو شركة - تدير موقعاً إلكترونياً تجارياً على الإنترنت - ومستهلك يمكن التحقق من توافر أهلية التاجر من خلال رقم قيده في السجل التجاري بدولته الموجود بالصفحة الرئيسية للموقع، بخلاف المستهلك الذي يلزم بتقديم معلومات شخصية لتحديد هويته، فقد يصعب التحقق من صحتها، وغالباً ما يعتمد المستهلك تقديم معلومات غير صحيحة لحماية خصوصيته وخشية استعمالها ضده، ولذلك قد يتعرض اتفاق التسوية للبطلان إذا تبين أن المستهلك ليس له أهلية التصرف في الحق محل النزاع، ولهذا يجب الاستعانة بشهادة التصديق الإلكترونية الصادرة عن أحد مقدمي خدمة التصديق الإلكتروني الموثوق بهم، ويتم التعبير عن الإرادة إيجاباً وقبولاً في اتفاق التوفيق الإلكتروني عبر وسائط إلكترونية باستخدام الإنترنت بالشكل القانوني الذي يجعله يرتب جميع آثاره القانونية بالضغط على أيقونة القبول بعد الاطلاع على شروط التعاقد والعلم بها(٣).

(١) دناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦م، ص ٢١٩. د. محمد عبد الحميد حسين القاضي، أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، حقوق المنصورة، س ١٦، ع يوليو ٢٠٠١م، ص ١٣٢-١٣٣.

(٢) الإشارة السابقة.

(٣) د. آلاء النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مؤتمر كلية القانون، بجامعة الإمارات السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، = إبريل ٢٠٠٨م، ج ٣، ص ١٠٠٠ وما بعدها.

(ب) - المصل: يتمثل محل اتفاق التوفيق الإلكتروني في النزاع الذي يراد فضه بالتوفيق الإلكتروني، ونظراً لأن القضاء يختص بالفصل في كافة المنازعات باعتباره صاحب الولاية العامة في تحقيق الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية، وأن التوفيق استثناء من الأصل العام، لذا يتحدد نطاق عملية التوفيق الإلكتروني بمنازعات معينة، وهي المسائل التي يجوز فيها الصلح فقط، ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام كالمسائل الجنائية، والحقوق السياسية، والجنسية... ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن جريمة (م ٥٥١ مدني مصري) (١).

ومحل اتفاق التوفيق الإلكتروني هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التوفيق الإلكتروني لتسوية كل أو بعض المنازعات القابلة للتوفيق فيها والتي ليست متعلقة بالنظام العام والآداب العامة التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، ويجب أن يكون محل اتفاق التوفيق الإلكتروني - المنازعة التي يراد حلها بالتوفيق الإلكتروني - مشروعاً بكونه حقاً مالياً، قابلاً للتصرف فيه، جائز الصلح فيه، ويقبل التنازع فيه، والتنازل عنه، وأن يكون موجوداً أو على الأقل ممكناً في ذاته. بمعنى أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين في المستقبل، وألا يكون موضوع اتفاق التوفيق مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب العامة... وإلا بطل اتفاق التوفيق الإلكتروني لعدم وجود المحل، فلا توفيق بلا منازعة. ولا يجوز لهيئة التوفيق الإلكتروني التصدي لشيء لم يطلبه أطراف اتفاق التوفيق، ولا بأكثر مما طلبوه، فهي مقيدة بما يطرح عليها من منازعات وإلا خرجت عن حدود مهمتها مما يعرض حكمها للطعن فيه بالبطلان (٢).

- (١) د. محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية، ص ١٤٨. د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، بند ٥١، ص ١٤٠. د. حسام الدين كامل الأهواني، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، مجلة القضاة، س ٣١، ع ١ - ٢، ديسمبر ١٩٩٩م، ص ٩٣.
- (٢) د. سامية راشد، التحكيم، بند ٣٥، ص ٨٦. د. حسام الدين كامل الأهواني، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، مجلة القضاة، س ٣١، ع ١ - ٢، ديسمبر ١٩٩٩م، ص ٩٣.

ويدخل في نطاق أو مجال التوفيق الإلكتروني - ليكون محلاً لاتفاق التوفيق الإلكتروني شرطاً كان أو مشاركة - كثير من المنازعات منها: منازعات التجارة الإلكترونية، ومنازعات عقود الملكية الفكرية، وبعض منازعات عقود المستهلكين، ومنازعات نظم وتقنية المعلومات، والمنازعات المتعلقة بأسماء المواقع الإلكترونية، والمنازعات المتعلقة باستخدام شبكة الإنترنت في شراء السلع والخدمات، وبعض منازعات الملكية الصناعية، والمنازعات المتعلقة بأمن المعلومات وحماية الحياة الخاصة، والمنافسة غير المشروعة، وحماية الأسرار التجارية، والمنازعات المتعلقة بحقوق المؤلف عبر الإنترنت، والمنازعات الناشئة بين مزودي خدمة الإنترنت ومستخدميها، والمنازعات الناتجة عن الإخلال بينود العقود الإلكترونية، وحقوق والتزامات كل طرف، ومسئولية مزودي خدمة الإنترنت، وحقوق الطبع، ومنازعات الدفع الإلكتروني، ومنازعات القرصنة أو السطو الإلكتروني... (١).

ويخرج من نطاق أو مجال التوفيق الإلكتروني، فلا يكون محلاً لاتفاق التوفيق الإلكتروني شرطاً كان أو مشاركة، بعض المنازعات التي تدخل أصلاً في اختصاص القضاء؛ لعدم قابليتها للتوفيق فيها، ومن تلك المنازعات: منازعات الحقوق غير المالية، والغير قابلة للتصرف فيها، والغير جائز الصلح فيها، والغير قابلة للتنازل عنها، والمتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، والمنازعات التي تتدخل فيها النيابة العامة وجوباً أمام القضاء لتعلقها بالنظام العام، والمنازعات المتعلقة بأعمال سلطات الدولة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، والمنازعات المتعلقة بتفسير معاهدة، أو دستورية قانون، أو قانونية لائحة أو صحة قرار إداري، أو إجراءات التقاضي والتنفيذ، أو رد أحد القضاء، والجنسية، والمسائل الجنائية، والحقوق السياسية، وأعمال السيادة، والمسائل

(١) د. حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٩م، ص ١٤ وما بعدها؛ التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الإلكترونية، ص ٣٢ - ٣٣.

المتعلقة بالتجريم والعقاب، والمسائل المتعلقة بالأموال العامة للدولة، والأموال المخصصة للمنفعة العامة والضرائب والرسوم المستحقة للدولة (١).

(ج) - السبب: يتمثل السبب في اتفاق التوفيق الإلكتروني في التزام

كل طرف باللجوء إلى التوفيق، بمعنى أن سبب اتفاق التوفيق الإلكتروني هو الرغبة في تسوية أو فض النزاع عن طريق التوفيق الإلكتروني بدلاً من القضاء، سواء أكان نزاعاً قائماً أو محتملاً بين الأطراف بمعنى أن الباعث الدافع لإبرام اتفاق التوفيق الإلكتروني، شرطاً كان أو مشاركة، هو الرغبة في فض نزاع قائم أو محتمل بين طرفي اتفاق التوفيق من أجل الاستفادة بمزايا التوفيق من السرعة، والسرية، والثقة، والخبرة، والتخصص...

ويجب أن يكون سبب اتفاق التوفيق الإلكتروني مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، فإذا أبرم اتفاق توفيق بين شخص ما وعشيقته لفض نزاع بشأن علاقته الآثمة معها كان اتفاق التوفيق باطلاً لعدم مشروعية السبب، وكذلك الحكم لو أبرم اتفاق توفيق بين طرفي نزاع بشأن دين قمار أو فائدة غير قانونية أو ريع منزل تمارس فيه الدعارة... (٢). وقد عرضت حالات على القضاء الفرنسي كان شرط التوفيق فيها يتمثل في ترك الخيار لأحد الطرفين دون الآخر للجوء إلى التوفيق أو إلى قضاء

(١) د. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ١٩٩٩م، ص ١١٥. د. محمد نور شحاتة، اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، دار الفكر العربي بالقاهرة، بند ٤٧، ص ٩٥. نقض مدني ١٩٩٦/٥/٢٦م، طعن رقم ٧٩٥ لسنة ٦٠ ق، مج، س ٤٧، ج ١، ق ١٦٢، ص ٨٦٣. نقض مدني ١٩٨٠/١٢/٢م، طعن رقم ٥٦٢ لسنة ٤٧ ق، مج، س ٣١، ق ٣٦٩، ص ١٩٨٩. نقض مدني ١٩٧٥/١/٢٧م، طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٣٨ ق، مج، س ٢٦، ج ١، ق ٥٨، ص ٢٥٧. نقض مدني ١٩٦٦/١/١١م، طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣٠ ق، مج، س ١٧، ج ١، ق ٨، ص ٦٥.

(٢) د. نجيب أحمد عبد الله الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية ٢٠٠٦م، ص ٢٠٥-٢٠٦.

الدولة، واعتبر القضاء الفرنسي هذه الشروط جائزة ولا تخالف النظام العام مادامت باتفاق الأطراف ولم تكن شروطاً تعسفية مفروضة من الطرف الأقوى (١).

(د) - الكتابة كشروط شكلية: قد تتطلب تشريعات التوفيق الوطنية والدولية شكلية معينة في اتفاق التوفيق الإلكتروني، وتمثل تلك الشكلية في اشتراط الكتابة، بمعنى أن يكون اتفاق التوفيق مكتوباً. كما قد تختلف تلك التشريعات في تحديد دور شكلية الكتابة في اتفاق التوفيق، هل هي شكلية مطلوبة للإثبات أم للانعقاد؟ (٢) فبعض القوانين قد تعتبر الكتابة شرطاً لانعقاد اتفاق التوفيق، وبعضها يعتبر الكتابة شرطاً لإثبات اتفاق التوفيق، وليست ركناً فيه ولا شرطاً لصحته، فاتفاق التوفيق من العقود الرضائية يرتب آثاره بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول، فالكتابة وسيلة إثبات وفقاً للقواعد العامة ولا يترتب على مخالفتها بطلان اتفاق التوفيق.

وتشترط شكلية الكتابة سواء أكانت شكلية للانعقاد أم للإثبات في اتفاق التوفيق الإلكتروني أيا كانت صورته شرطاً أو مشاركة أو شرط توفيق بالإحالة. والكتابة قد تكون تقليدية، أي كتابة بخط اليد على ورقة موقعة بإمضاء كتابي أو بصمة الإبهام أو بالخطم، وقد تكون كتابة

(1) - Angers 25 Sept. 1972; Rév. arb. 1973; P. 164; obs. Divichi.

(٢) د.حازم حسن جمعة، اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، مركز البحوث والدراسات بشرطة دبي، ٢٨: ٢٦ أبريل ٢٠٠٣م، ص ٧٦ وما بعدها. د.سيد أحمد محمود، نظام التحكيم ٢٠٠٠م، ص ٣٠٦.

- Valmachino; Réflexion sur L'arbitrage électronique dans Le commerce international; Gaz. Pal. 2000; doct.; P. 7.
- Rene david; L'arbitrage dans Le commerce international Economica; 1982; P. 273.
- Paris 13 Janv. 1984; Rév. arb. 1984; P. 530; obs. Barnard.
- Cass. Civ. 2e 17 Nov. 1993; Rév. arb. 1995; P. 78; Note; Fouchard.

الإلكترونية وهي المطلوبة في اتفاق التوفيق الإلكتروني (١). بمعنى أن الكتابة الإلكترونية تحقق شرط الكتابة المطلوبة في القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية المتعلقة بالتوفيق، أي مساواة الكتابة الإلكترونية بالكتابة التقليدية على ورق كسندات قانونية.

ويشترط للاعتداد بالكتابة الإلكترونية: وجوب كون مضمون الكتابة الإلكترونية مفهوماً بالنسبة لأطرافها والقاضي والخبير والغير، وتكون له مصلحة في الاطلاع عليها، واستمرار وجود الكتابة الإلكترونية على دعائم مدة زمنية معينة، وعدم قابلية الكتابة الإلكترونية للكشط والحو والإضافة بمعنى أن تكون مقروءة، وباقية، وغير قابلة للتعديل (٢).

ولذلك أصبحت الدول في سباق محموم بتشريعات تميز الكتابة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني؛ لضمان استيفاء الكتابة الإلكترونية الموقعة إلكترونياً لشرط الكتابة في أي تعامل يتطلب فيه القانون أن يكون مكتوباً، بشرط أن تكون الكتابة الإلكترونية موثقة، ومصدقة، وثابتة، بحيث يمكن استخدامها والرجوع إليها فيما بعد طوال مدة تقادم الحق المتنازع فيه محل اتفاق التوفيق، وذلك عن طريق تبني مبدأ التكافؤ الوظيفي في القانون بين المحررات الإلكترونية وبين المحررات الورقية، أي مساواة المحررات الإلكترونية بالمحررات الورقية، ومساواة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع بخط اليد بنص (C.C.F. art. 1316) مدني فرنسي، و(م ١٥، م ١٧) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م وخاصة بعد التطور التكنولوجي المستمر في وسائل الاتصال الإلكترونية مثل الفاكس، والتلكس، والمصغرات الفيديوية،

(١) د. أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م، ص ٧٧. د. محمد حسام لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة ٢٠٠٢م، ص ٢٧.

(٢) د. حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م، ص ٢٠ وما بعدها.

ومخرجات الكمبيوتر، والشرائط الممغنطة. ويجب التوسع في مفهوم الكتابة ليستوعب التطور في عصر ثورة المعلومات والاتصالات (١).

ويجب عند صياغة اتفاق التوفيق شرطاً كان أم مشاركة مراعاة: تحديد نوع التوفيق المتفق عليه، وتحديد نطاق التوفيق الشخصي والموضوعي، تحديد عدد أعضاء هيئة التوفيق ومؤهلاتهم وجنسياتهم وطريقة تعيينهم، وتحديد مكان أو مقر التوفيق، تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، وعلى الموضوع، وتحديد لغة التوفيق، وإدراج شرط النزول عن الحصانات، تحديد مدى سلطة هيئة التوفيق في اتخاذ تدابير تحفظية، والنص على أن الطريق المتفق عليه هو الطريق الوحيد الذي لا يجوز لأي من الطرفين أن يعترض عليه أي لا يجوز لأي منهما سلوك طريق آخر غيره، والنص على سرية الإجراءات، والنص على ضرورة مراعاة الأوضاع القانونية في بلد التنفيذ خاصة المتعلقة بالنظام العام، حتى يكون اتفاق التسوية قابلاً للتنفيذ الجبري، والنص على الأغلبية المطلوبة لإصدار اتفاق التسوية وأنه إذا انقسمت أراء هيئة التوفيق بقدر عددهم وتعتبر إيجاد أغلبية صدر اتفاق التسوية برأي الرئيس (٢).

٢٦٠. مبدأ استقلال اتفاق التوفيق الإلكتروني عن العقد الأصلي: يعتبر اتفاق التوفيق الإلكتروني تصرفاً قانونياً قائماً بذاته، أي اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأصلي الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التوفيق الذي يتضمنه متى كان صحيحاً في ذاته. ويختلف محل وسبب اتفاق التوفيق كنظام قانوني عن العقد الأصلي؛ فمحل اتفاق التوفيق هو تسوية النزاع بين طرفيه بالتوفيق، وسبب اتفاق التوفيق

(١) د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، بند ٤٢، ص ١٠٧ وما بعدها. د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر الأردن ٢٠٠٠م، ص ٧٨.

- Cass. civ. 17 Nov. 1993; Rév. arb. 1995; P. 78; Not. Philippe Fouchard.

(٢) د. محي الدين علم الدين، اتفاق التحكيم وصوره، مؤتمر تحكيم القاهرة ٢٨ يناير ٢٠٠٠م، ص ٥ وما بعدها.

هو رغبة أطرافه سلب النزاع من القضاء وتخويله للتوفيق، بينما محل العقد الأصلي هو أحد موضوعات التجارة الدولية كبيع أو مقاوله... وسببه هو الباعث لإبرام عقد البيع أو المقاوله (١).

واستقلال اتفاق التوفيق هو استقلال متبادل بمعنى أن بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه لا يؤثر في وجود اتفاق التوفيق متى كان صحيحاً في ذاته، كما أن بطلان اتفاق التوفيق أياً كان سببه لا يؤثر على العقد الأصلي متى كان صحيحاً في ذاته.

ويترتب على مبدأ استقلال اتفاق التوفيق عن العقد الأصلي إمكانية اتفاق طرفي التوفيق على خضوع اتفاق التوفيق لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي، وعدم ارتباط مصير اتفاق التوفيق بمصير العقد الأصلي، فبطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه لا يمنع من إنتاج اتفاق التوفيق لأثاره متى كان صحيحاً في ذاته، وتمكين الموفق من الفصل في مسألة اختصاصه قبل محاولة التوفيق بين طرفي النزاع كنتيجة لفكرة الأثر السلبي لاتفاق التوفيق بمنح قضاء الدولة من نظر أية منازعات يوجد بشأنها اتفاق توفيق، وتطبيقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص (٢).

وتلك القواعد والأحكام القانونية السابقة تطبق بشأن التوفيق التقليدي بصفة عامة، ولا يوجد ما يمنع من تطبيقها على التوفيق الإلكتروني، وعلى ذلك يكون لهيئة التوفيق الإلكتروني سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق توفيق أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، ولهيئة التوفيق الإلكتروني كذلك الفصل في الدفوع المتعلقة بصحة أو مشروعية العقد الأصلي المتضمن شرط التوفيق، ويعتبر شرط التوفيق الإلكتروني اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأصلي، ولا يترتب على

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٤٤، ص ٩٤ - ٩٥.

(٢) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٤٤، ص ٩٦. د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٥٠.

بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التوفيق الوارد به إذا كان شرط التوفيق الإلكتروني صحيحاً في ذاته.

٢٧- آثار اتفاق التوفيق الإلكتروني: ينتج اتفاق التوفيق الإلكتروني

- شرطاً كان أو مشاركة أو شرط توفيق بالإحالة - بمجرد إبرامه، عدة آثار:

(١)- آثار اتفاق التوفيق الإلكتروني على الأطراف: ليس لأحد أطراف اتفاق التوفيق أن يتخلى عنه أو يعطل مقتضاه بإرادته المنفرد، وإلا جاز للطرف الآخر أن يلجأ لقضاء الدولة استناداً إلى ولايته العامة بدعوى لإلزام الطرف الآخر بتنفيذ اتفاق التوفيق. فبمقتضى القوة الملزمة لاتفاق التوفيق أن هناك التزاماً بنتيجة يقع على عاتق كل من طرفي اتفاق التوفيق، هو ضرورة قيام كل منهما بتنفيذ اتفاق التوفيق باتخاذ إجراءات التوفيق، والامتناع عن عرض النزاع على قضاء الدولة وإلا كان مخالفاً بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية الناشئة عن اتفاق التوفيق. ويكون ذلك في صورة طلب قضائي بتعين موقف من المحكمة المختصة أو في صورة الدفع بالتوفيق بعد رفع الدعوى القضائية (١).

ويقع على طرفي اتفاق التوفيق الإلكتروني التزام بتحقيق نتيجة وهي وجوب قيام كل منهما بالمساهمة في اتخاذ إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني، والامتناع عن الالتجاء إلى قضاء الدولة لفض النزاع بينهما تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التوفيق، وعلى ذلك لا يجوز لأي من طرفي اتفاق التوفيق التخلي عنه أو طرحه أو تعطيله أو النكول عنه أو تعديله بإرادته المنفردة، وإلا جاز للطرف الآخر إجباره على تنفيذ التزامه عيناً باللجوء إلى القضاء؛ لإجباره على تعيين موقفه وتقديم مستنداته واتخاذ

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م، بند ١٢٨ - ١٢٩، ص ٤٣٨. د. حسان عبد السميع هاشم أبو العلا، مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠٠١م، ص ٤٨٩.

إجراءات التوفيق فالتنفيذ العيني للالتزام الناشئ عن مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التوفيق يتم بمساعدة من قضاء الدولة(١).

فاتفاق التوفيق الإلكتروني الذي توافرت فيه الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لصحته قانوناً يلزم طرفيه، ولا يجوز العدول عنه بالإرادة المنفردة، بل يجب على طرفيه اتخاذ إجراءات التوفيق مالم يتفق الطرفان معاً على إلغائه والتنصل منه(٢). فإذا رفض أحد الطرفين أو تجاهل المشاركة في عملية التوفيق الإلكتروني كلياً أو جزئياً يجب على هيئة التوفيق الإلكتروني مباشرة إجراءات التوفيق بصرف النظر عن هذا الرفض أو ذلك التجاهل.

وإذا تم التنازل عن اتفاق التوفيق الإلكتروني صراحةً أو ضمناً من طرفيه باتفاق مكتوب، أو بإبرام عقد صلح، أو بالنزول عن التمسك بالدفع بالتوفيق أمام القضاء، فيمنع كلا الطرفين من اللجوء إلى التوفيق لسقوط اتفاق التوفيق(٣).

واتفاق التوفيق - سواء أكان شرطاً أم مشاركة - كأى عقد ملزم للجانبين يستمد قوته الملزمة من التراضي، ويرتب أثرين هامين في ذمة طرفيه: أولهما: يتمثل في التزام عاقديه بعرض النزاع على التوفيق (الأثر الإيجابي)، والآخر يتمثل في حرمان أطراف العقد من عرض النزاع على القضاء (الأثر السلبي). وعلي ذلك يترتب علي اتفاق التوفيق أياً كانت صورته شرطاً كان أم مشاركته أثراً إيجابياً إجرائياً يتمثل في التزام طرفيه بالخضوع لعملية التوفيق، والإستمرار فيها، وذلك بعرض النزاع

(١) د. محمود السيد التحيوي، التحكيم، ص ٣٦.

(٢) د. فايز عبد الله الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، ص ٤٢، ع ٢٤، يوليو ٢٠٠٠م، ص ١٥٦، ١٥٥. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم، بند ١٢٩، ص ٤٣٩ وما بعدها.

- A. Dimalista; autonomie et compétence
Compétence; Rév. arb. 1998; P. 305.

(٣) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٣٩، ص ٨٨ - ٩٠. دمضطفي الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ٣٤٨، ص ٥١١ - ٥١٢.

على التوفيق لفض النزاع بالتوفيق بدلاً من المحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع. وأثراً سلبياً يتمثل في منع الأطراف من عرض النزاع المحدد باتفاق التوفيق على قضاء الدولة، واستبعاد أو منع أو حجب أو إقصاء قضاء الدولة من الفصل فيه، عن طريق الدفع بالتوفيق لو نكص أحد طرفي اتفاق التوفيق عنه ورفع دعوى قضائية، بشرط أن يكون تنفيذ اتفاق التوفيق ممكناً، أي أن يكون صحيحاً. ويجب علي طرفي اتفاق التوفيق تنفيذه بحسن نية، ولا يجوز الرجوع فيه من جانب أحد طرفيه دون موافقة الطرف الآخر. وتترتب هذه الآثار من لحظة الإتفاق علي التوفيق، ولو قبل اختيار الموفق أو قيامه بمباشرة مهمته. ولا يحول رفع دعوى قضائية لنزاع يوجد بشأنه إتفاق توفيق، دون البدء في اجراءات التوفيق أو الإستمرار فيها أو إصدار اتفاق تسوية، كنتيجة للأثر الملزم للإتفاق التوفيق(١).

(ب) - الأثر السلبي لاتفاق التوفيق الإلكتروني: يتمثل في التزام طرفي اتفاق التوفيق الإلكتروني بعدم جواز اللجوء إلى القضاء، ومنع القضاء من نظر دعوى يوجد بشأنها اتفاق توفيق، أي الامتناع عن الالتجاء إلى القضاء لفض النزاع بينهما تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التوفيق الإلكتروني، باستثناء المسائل المستعجلة. وتترتب على اتفاق التوفيق نزول طرفيه عن حقهما في الالتجاء إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أي منع عرض النزاع موضوع اتفاق التوفيق الإلكتروني علي قضاء الدولة، ومنعه من الفصل فيه.

(١) د. وجدي راغب، طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم، بحث مقدم إلي مؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، المطبعة العربية الحديثة بالقاهرة، ص ٩٧ وما بعدها. د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية بالحلّة الكبرى ٢٠٠٥م، ص ١٤١ وما بعدها. د. علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراة حقوق عين شمس ١٩٩٦م، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، ص ١١٥. نقض مدني ١٩٨١/٣/٢٦، طعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٧ق، مج، س ٣٢، ج ١، ق ١٧٦، ص ٩٥٣. نقض مدني ١٩٧٦/١/٦، مج، س ٢٧، ج ١، ص ١٣٨. نقض مدني ١٩٧٢/٢/٢٥، مج، س ٢٣، ص ١٦٨. نقض مدني ١٩٦٥/٢/٢٥، مج، س ١٦، ص ٢٢٠.

فلا يجوز رفع دعوى قضائية يوجد بشأنها اتفاق توفيق، وللمحكمة التي رفع إليها النزاع أن تحكم بعدم سماع الدعوى *une fin de non-recevoir* أي دفع بعدم القبول *Exception à irrecevabilité* إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إيدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى. فاتفاق التوفيق لا ينزع الاختصاص من المحكمة القضائية المختصة، وإنما يمنعها فقط من قبول الدعوى بشرط أن يكون اتفاق التوفيق صحيحاً منتجاً لآثاره، وإلا تستمر في نظر النزاع، ولكل طرف الحق في الدفع بالتوفيق إذا حاول الطرف الآخر التوصل من اتفاق التوفيق والالتجاء إلى القضاء، وإذا امتنع أحد الأطراف عن المشاركة في عملية التوفيق في أي مرحلة، فإن إجراءات التوفيق تستمر في مواجهته بالرغم من امتناعه أو رفضه كنتيجة لمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التوفيق(1).

-
- (1)- Serge Guinchard, Cécile Chainais et Frédérique Ferrand; Procédure Civile; Droit interne et droit de l'Union européenne; 30^e éd.; Dalloz; Paris; 2010; N. 330; P. 289.
- Serge Guinchard, Frédérique Ferrand et Cécile Chainais; Procédure Civile; 2 éd.; Paris; 2011; N. 27; P. 76.
 - Pierre Julien; Droit Judiciaire Prive; éd. 2^e; L.G.D.J.; 2003; N. 482; P. 270; Not. (129), N. 735; P. 444.
 - X. Lagarde; L'efficacité des clauses de Conciliation ou de médiation; Rév. arb. 2000; P. 377.
 - Serge Guinchard; Dalloz Action; N. 325.195; P. 591.
 - Cass. Ch. Mixte; 14 Févr. 2003; D. 2003; 1386; Note. P. Ancel. et M. Cottin. Rév. Trim. dr. Civ. 2003; P. 349; obs. Perrot.
 - Paris; 23 mai 2001; Rév. arb. 2003; P. 406; Not. Jarrosson.
 - Cass. Cive. 1^{re}; 8 avr. 2009; D. 2009; 1284; obs. Delpech., D. 2010; 170; obs. Fricero., Rév. Trim. dr. Civ. 2009; P. 774; obs. Théry.
 - Cass. Cive. 1^{re}; 28 nov. 1973; Rév. Trim. dr. Civ. 1974; P. 667; obs. Perrot.

وإذا رفع أحد طرفي النزاع دعوى أمام المحكمة رغم وجود اتفاق توفيق - سواء أكان شرطاً أم مشاركة - يستطيع المدعي عليه الدفع بوجود الاتفاق على التوفيق، وهو دفع بعدم قبول الدعوى، سواء أكان ذلك قبل أو أثناء عرض النزاع على التوفيق، كما يملك المدعي عليه أن يطلب من المحكمة المعروض عليها النزاع (موضوع اتفاق التوفيق). وقف سير الخصومة القضائية، وتأجيل الفصل فيها لحين انتهاء إجراءات عملية التوفيق؛ لأن اتفاق التوفيق يعتبر قيداً علي حق مباشرة الدعوى القضائية، هذا ويعتبر اتفاق التوفيق قيداً علي حق مباشرة الدعوى القضائية؛ لأنه يؤدي إلي منع نظر الدعوى القضائية وعدم قبولها، بحيث لا يسوغ لأي من طرفي النزاع تجاهل اتفاق التوفيق والقفز مباشرة إلي القضاء. ويجب علي صاحب المصلحة التمسك بالدفع بوجود اتفاق التوفيق لحجب المحكمة القضائية أو هيئة التحكيم عن سماع أو نظر الدعوى قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق فيه، ويترتب علي التمسك بالدفع بوجود اتفاق التوفيق: امتناع القضاء أو التحكيم عن نظر النزاع، وإحالة الأطراف إلي إتخاذ إجراءات التوفيق إنفاذاً لاتفاق التوفيق واحتراماً لمبدأ القوة الملزمة له (١).

وعلي ذلك إذا خالف أحد طرفي النزاع اتفاق التوفيق الإلكتروني وقام برفع دعوى قضائية بشأنه دون اتباع إجراءات عملية التوفيق فإن جزاء ذلك يكون هو الحكم بعدم قبول الدعوى. ويمكن إجبار الطرف المخالف لاتفاق التوفيق باللجوء إلي القضاء المختص للأمر بالتنفيذ العيني لاتفاق التوفيق الإلكتروني واستبعاد اللجوء إلي القضاء مؤقتاً؛ تنفيذاً لمبدأ القوة الملزمة للاتفاق، بهدف محاولة الوصول إلي تسوية ودية للنزاع، وذلك أيضاً بالقياس علي ما هو متبع في التحكيم (م ١٣م تحكيم مصري) باعتبار أن مخالفة اتفاق التحكيم يدخل ضمن الدفع بعدم

(١) د. أحمد عبدالكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية، بند ١٨٦ وما بعده، ص ٢٧٦ ما بعدها.

القبول المتعلق بالإجراءات، والذي يمنع المحكمة من سماع الدعوى مادام اتفاق التحكيم قائماً (١).

وعلى ذلك يكون لكل من طرفي اتفاق التوفيق الحق في الدفع بالتوفيق، وذهب البعض إلى أن الدفع بالتوفيق هو دفع بعدم القبول *exception d'irrecevabilité* على أساس تنازل الطرفين عن حق الدعوى القضائية باتفاق التوفيق. أي باتفاق المتعاقدين على الالتجاء إلى التوفيق لفض المنازعات بينهما، ويجب التمسك بشرط التوفيق قبل التكلم في موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه، فالدفع بعدم قبول الدعوى في هذه الحالة ليس دفعا موضوعيا. ويجب على المحكمة القضائية المرفوع أمامها الدعوى الحكم بعدم قبولها عند الدفع بالتوفيق من صاحب المصلحة قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى مالم يتبين لها أن اتفاق التوفيق باطل أو لاغ أو معدوم أو لا يمكن تنفيذه، أي بشرط أن يكون اتفاق التوفيق صحيحا. بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الدفع بالتوفيق هو دفع بعدم الإختصاص *exception d'incompétence* على أساس سلب إختصاص المحكمة القضائية لصالح هيئة التوفيق كأثر لاتفاق التوفيق، وشرط الالتجاء إلى التوفيق في المنازعات لا يتعلق - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض المصرية- بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بإعماله من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها (٢).

- (1) - Cass. Com. 28 Nove. 1995; Rev. arb. 1996; N.14; P. 617; Not. Ch. Jarroson.
- Cass. Civ. 2 ; 6 juille 2000; Rev. arb. 2001; P. 749; Not. Ch. Jarroson. Rév. Trim. dr. Civ. 2001; P. 359; obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. Civ. 3 ; 5 juille 1989; J.C.P.; éd. G. 1989; IV; P. 337.
- Cass. Civ. 3; 15 Févr. 1978; Bull. Civ. 1978; III; N. 83; P. 64.

(٢) د. محمود بربري، التحكيم، بند ٣٧، ص ٦٦ - ٦٧. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٢١٨، ص ١٨١. نقض مدني ١٩٨١/٣/٢٦ م، طعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٧ ق، مج، س ٣٢، ج ١، ق ١٧٦، ص ٩٥٣. نقض مدني ٢٠١٠/٥/٢٧ م، طعن رقم ٧٦٧ لسنة ٧٦ ق، =

وللمحكمة سلطة الفصل في صحة اتفاق التوفيق قبل الحكم برفض الدفع بعدم القبول، فإذا تبين لها بوضوح بطلان اتفاق التوفيق أو سقوطه أو عدم وجوده، فستمر في نظر موضوع الخصومة القضائية؛ لأن قاضي الدعوي هو قاضي الدفع، ولأن القضاء هو صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل في الدفوع المطروحة عليه، فلا يجوز الزام القاضي باتفاق توفيق اكتشف بطلانه أو سقوطه أو انعدامه(١).

والحكم بعدم قبول الدعوى القضائية لوجود شرط التوفيق هو حكم إجرائي منهي للخصومة القضائية، يجوز الطعن فيه بالإستئناف عقب صدوره. وإذا حكمت محكمة الإستئناف بإلغاء حكم أول درجة ورفض الدفع، وجب عليها إعادة القضية إلي محكمة أول درجة للفصل فيها، لأنها لم تستنفد ولايتها في نظر موضوع الدعوي، وإحتراماً لمبدأ التقاضي علي درجتين. ولأن الاتفاق على التوفيق لا يتعلق بالنظام العام، فمؤدى ذلك أنه ليس للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها ووجوب التمسك به أمامها، جواز النزول عنه صراحةً أو ضمناً، ويسقط الحق فيه إذا أثير بعد الكلام في الموضوع. ولا يجوز الادلاء أمام المحكمة القضائية بالدفع بالإحالة إلى الموفق لقيام ذات النزاع أو نزاع آخر مرتبط به أمامه؛ لأن القاعدة أن هذه الإحالة لا تجوز إلا بين المحاكم القضائية ما لم ينص القانون على غير ذلك، والقانون خال من أي نص يميز الإحالة إلى الموفق(٢).

ولا أثر لاتفاق التوفيق على تقادم الدعوى القضائية أو على سريان الفوائد؛ لأنه لا يعد مطالبة قضائية بل إن تقديم طلب التوفيق لهيئة التوفيق

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx

- (١) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، بند ٢١٨، ص ١٨١. نقض مدني ١٩٧٦/١/٦م، مج، س ٢٧، ج ١، ص ١٣٨.
- (٢) نقض مدني ١٩٨١/٣/٢٦م، طعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٧ق، مج، س ٣٢، ج ١، ق ١٧٦، ص ٩٥٣. نقض مدني ١٩٧٦/١/٦م، مج، س ٢٧، ج ١، ص ١٣٨.

هو الذي يعتبر مطالبة قضائية، ولا أثر لاتفاق التوفيق على مواعيد الطعن، ولا على مواعيد السقوط أو التقادم في الخصومة القضائية؛ لأنه لا يعد من حالات سقوط وتقدم الخصومة القضائية. كما أنه لا أثر لاتفاق التوفيق على ولاية محاكم الدولة بالدعاوى المستعجلة وإصدار الأوامر الوقيية، ولا يعتبر اللجوء إلى القضاء بدعاوى مستعجلة أو بطلب استصدار أمر وقتي تنازلاً أو إسقاطاً لاتفاق التوفيق (Décret N. 78-381 du 20 mars 1978, art.5 (1)).

ووفقاً للاتحة الموحدة لهيئة الأيكان المتضمنة قواعد وإجراءات حل المنازعات الناشئة عن استخدام أسماء أو عناوين المواقع الإلكترونية، فإنها لا تمنح أي طرف من اللجوء إلى القضاء المختص أصلاً بنظر النزاع سواء أكان ذلك قبل بدء إجراءات التوفيق أو أثنائها أو بعدها، وذلك لأن قرار هيئة التوفيق في المنازعة طبقاً لأحكام تلك اللاتحة الموحدة لا يجوز حجية الأمر المقضي، ويكون مجرداً من القيمة القانونية إلا إذا قبله الأطراف. وعلى ذلك لا يترتب على اتفاق التوفيق طبقاً للاتحة الموحدة لهيئة الأيكان سلب الاختصاص القضائي بنظر الدعوى من القضاء الوطني، حيث يجوز لأي طرف من أطراف التوفيق الرجوع للقضاء الوطني (2).

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٩٢، ص ١٧٧. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ٣٥٠، ص ٥١٤-٥١٥. نقض مدني ١٩٦٥/٤/١٧م، طعن رقم ٤٠٦ لسنة ٣٠ ق، مج، س ١٦، ج ٢، ق ١٢٣، ص ٧٧٨.

- Croze, Morel et Fradin; Procédure Civile; N. 149; P. 57 Not. (91).
- Jean Courrouy; Conciliateur; Encyc. Dalloz; II; N. 30; P. 4.
- Ph. Bonnet; Du suppléant du juge de paix au conciliateur; J. C. P. 1979; I; 2949.
(2) د. حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، ص ١٨١ وما بعدها.

(ج) - الأثر الإيجابي لاتفاق التوفيق الإلكتروني: فيتمثل في التزام طرفي اتفاق التوفيق الإلكتروني باللجوء إلى التوفيق الإلكتروني كوسيلة بديلة عن قضاء الدولة لفض كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما، فإذا اتفق الأطراف على فض نزاعهم بالتوفيق الإلكتروني يمتنع على أيه جهة أخرى نظر ذات النزاع.

فباللجوء إلى آلية التوفيق الإلكتروني إذاً هو حق لطرفي اتفاق التوفيق، وواجب عليهما في نفس الوقت، بمعنى أن ينتقل الاختصاص من قضاء الدولة إلى التوفيق، أي تثبت سلطة فض النزاع للتوفيق دون قضاء الدولة، وذلك بقيام كل من طرفي اتفاق التوفيق باتخاذ إجراءات عرض النزاع على هيئة التوفيق، وقيام هيئة التوفيق بفض النزاع (١).

ونظراً لأن اتفاق التوفيق لا يتعلق بالنظام العام، لذا لا يجوز للمحكمة القضائية أن تطبق الأثر الإيجابي أو الأثر السلبي من تلقاء نفسها، بل لابد من الدفع بوجود اتفاق التوفيق من أحد أطرافه للحكم بعدم قبول الدعوى القضائية، وإذا حدثت قوة قاهرة فليس من شأنها إهدار اتفاق التوفيق، بل يبقى منتجاً لجميع آثاره، وكل ما يترتب على القوة القاهرة هو وقف سريان ميعاد التوفيق (٢).

٢٨- القانون الواجب التطبيق على اتفاق التوفيق الإلكتروني: إذا كان اتفاق التوفيق، شرطاً كان أو مشاركة، هو جوهر عملية التوفيق ومحصلة إرادة الأطراف بشأن كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما، فإن القانون الواجب تطبيقه على اتفاق التوفيق هو قانون الإرادة (م ١٩/١ مدني مصري). أي القانون الذي اتفق عليه الأطراف واختاروه بإرادتهم الحرة. وذلك إعمالاً لمبدأ حرية أطراف عملية التوفيق الإلكتروني في اختيار القانون الواجب تطبيقه على اتفاق التوفيق. كما يمكنهم تحديد القانون الواجب تطبيقه على إجراءات

- (١) د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، بند ٣١، ص ٨٩ هامش
- (٢) د. محمود السيد التحيوي، التحكيم، ص ٣٦.
- (٢) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٩٢، ص ١٧٧.

التوفيق، وعلى موضوع التوفيق... فيتمتع الأطراف بحرية كاملة في تحديد القانون الواجب تطبيقه في اتفاق التوفيق، كما يمكنهم الخضوع للوائح أحد مراكز التوفيق الإلكتروني(١).

ولا يؤثر اختيار أطراف عملية التوفيق الإلكتروني لقانون معين أن يحكم اتفاق التوفيق على حقهم في إخضاع العقد الأصلي محل النزاع لأحكام قانون آخر؛ حيث أنه يجوز تطبيق قانون معين على اتفاق التوفيق، وتطبيق قانون آخر على العقد الأصلي. وتحديد القانون الواجب تطبيقه على اتفاق التوفيق الإلكتروني مسألة هامة؛ لأن هذا القانون هو الذي يحكم صحة اتفاق التوفيق الإلكتروني، ووجوده، ونفاذه، وآثاره من حقوق والتزامات أطرافه. وبخصوص القانون الواجب التطبيق على شرط كتابة اتفاق التوفيق الإلكتروني فيمكن رده لفكرة شكل التصرف التي يحكمها قانون محل إبرام التصرف أو القانون الذي يحكم موضوع الاتفاق. وذلك بنص (م ١٩ مدني مصري) التي نصت على أن "شكل التصرف يخضع لقانون بلد الإبرام أو للقانون الذي يحكم الموضوع" (٢).

وينقضي اتفاق التوفيق الإلكتروني باعتباره عقداً بالأسباب العامة لإنقضاء العقد وفقاً للقواعد العامة. فينقضي بتنفيذ طرفي العقد الأصلي التزاماته العقدية كاملة دون وجود منازعة بينهما. كما ينقضي بطلانه لانعدام أو لنقص أهلية أحد أطرافه، أو لوجود عيب من عيوب الإرادة أو لعدم مشروعية محله أو لعدم مشروعية سببه. وينقضي باتفاق طرفيه علي إنهائه صراحة بالمراسلات مثلاً أو ضمناً بالتنازل عن الدفع بالتوفيق. كما ينقضي بإنقضاء ميعاد التوفيق دون مد إتفاقي أو قضائي. وينقضي بصدور حكم قضائي منهي لخصومة الموضوع محل اتفاق التوفيق، ... ويترب علي إنقضاء اتفاق التوفيق؛ زوال ولاية الفصل في النزاع عن هيئة التوفيق،

(١) د.حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني، ص ٣٤ وما بعدها.

د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم، بند ٨٩، ص ٢٨٨ وما بعدها.

(٢) د.هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة

المعارف بالإسكندرية ١٩٩٥م، ص ٦١٠.

وانتقالها إلي القضاء صاحب الاختصاص الأصيل. ويترتب علي الحكم
ببطلان اتفاق التوفيق، زوال جميع اتفاقات التسوية تطبيقاً للأثر الرجعي
للبطلان، ولزوال أساس ومناط التوفيق(١).

وبعد أن انتهينا من دراسة الفصل الأول (مفهوم واتفاق التوفيق الإلكتروني)
علي النحو السابق، ننتقل الآن إلي دراسة الفصل الثاني (عملية التوفيق
الإلكتروني) علي النحو التالي:

الفصل الثاني عملية التوفيق الإلكتروني

٢٩ = تمهيد وتقسيم: يعتبر التوفيق الإلكتروني وسيلة ودية بديلة قوامه
الخروج عن القضاء في فض المنازعات. ويتفق الأطراف علي اللجوء إليه
باتفاق توفيق شرطاً كان أو مشاركة، ويسمح بمقتضاه بإخراج بعض
المنازعات التي يقبل فيها الصلح والغير متعلقة بالنظام العام من ولاية
القضاء لفض النزاع فيها عن طريق هيئة توفيق يختارها أطراف النزاع
للقيام بإجراءات عملية التوفيق الإلكتروني بينهما(٢). فالتوفيق
الإلكتروني ظاهرة دولية واعدة وليدة ثقافات متعددة. ويرتبط التوفيق
بوجود نزاع يراد حسمه عن غير طريق القضاء باتفاق تسوية ودية من

(١) د. محمود سمير الشراوي، التحكيم، بند ١١٠ وما بعده، ص ١٥٨ وما بعدها.

د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبدالعال، التحكيم، بند ٣٨٢ وما بعده، ص
٥٥٨ وما بعدها. نقض مدني ١٩/٦/١٩٥٨م، مج، س ٩، ص ٥٧١.

- Philippe Fouchard; E.Gaillard et B.Goldman; Traité de
L'arbitrage Commercial International; Litec 1996.
N.728 ets; P. 453 ets.

- Paris; 9 déc.1987; Rév.arb.1988; P.573.

- Cass.civ.18 Mai1989; Rév.arb.1990; P.913.

(٢) د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، ص ٨.

- Philippe Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman; Traité de
L'arbitrage Commercial International; Litec 1996; N. 7;
P. 11.

صنع الأطراف أنفسهم وبمساعدة الموفق قابل للتنفيذ الجبري بعد تصديقه من القاضي المختص أو توثيقه و وضع الصيغة التنفيذية عليه (١).
فالتوفيق هو طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، فهو مقصور حتما على ما تنصرف إرادة طرفي النزاع إلى عرضه على هيئة التوفيق التي يتم تشكيلها باتفاقهما كأصل للفصل فيه باتفاق تسوية تنحسم به الخصومة بينهما بعد توقيعهما عليه. والأصل في التوفيق الإلكتروني هو عرض نزاع معين بين طرفين على موفّق من الغير يعين باختيارهما، ليفصل في هذا النزاع باتفاق تسوية قاطع لدابر الخصومة المحالة إليه، فالتوفيق مصدره اتفاق التوفيق، وإليه ترتد سلطة الموفق عند البت في النزاع باعتباره دستور التوفيق (٢).
وفي التوفيق المؤسسي تقوم أمانة مركز التوفيق الإلكتروني بتلقي طلب التوفيق من المدعي الذي يقوم بإرساله بعد ملء نموذج الطلب المعد سلفاً على موقع المركز. وتقوم سكرتيرية المركز بإخطار المدعي عليه ودعوته للمشاركة في إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني بتقديم وتبادل الأدلة والمستندات والوثائق وعرض كل طرف لأدلته من خلاله جلسات التوفيق، والحوار عبر البريد الإلكتروني E-mail أو الفيديو كونفرانس أو بأي وسيلة مماثلة...

وبناءً على ذلك تتناول عملية التوفيق الإلكتروني في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: هيئة التوفيق الإلكتروني.

المبحث الثاني: إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني.

(١) د. محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، ج ١، ط ١٩٧٦ م، ص ٩٧. تقض مدني ٢٠٠٣/٦/١٠ م، طعن رقم ٧٤٣٥ لسنة ٦٣ ق، مج، س ٥٤، ج ٢، ق ١٦٧، ص ٩٥٥.

- Alfred Jauffret; Procédure civile et voies d' exécution; éd.1980; N. 57; P.31.

(٢) تقض مدني ٢٠٠٣/٦/١٠ م، طعن رقم ٧٤٣٥ لسنة ٦٣ ق، مج، س ٥٤، ج ٢، ق ١٦٧، ص ٩٥٥.

و ذلك بالتفصيل الآتي :

المبحث الأول هيئة التوفيق الإلكتروني

٤٠- مفهوم هيئة التوفيق الإلكتروني: هيئة التوفيق الإلكتروني هي الموفق الفرد أو الفريق من الموفقين ، والذي يفصل في النزاع المحال إلي التوفيق ، وتعتبر المهمة التوفيقية المنوطة بالموفق هي فض المنازعة. ويعتبر الموفق الإلكتروني هو الدينامو المحرك ومحور عملية التوفيق الإلكتروني ، وعلى قدر دقة الموفق ومهارته تكون سلامة إجراءات عملية التوفيق. وجدير بالذكر أن حسن أداء الموفق لمهمته يتوقف على ما يحمله من مؤهلات علمية وعملية وخبرات فنية ، فالموفق شخص طبيعي يتمتع بثقة أطراف التوفيق ، أولوه عناية الفصل في النزاع بينهم. ويتم تعيين الموفق من طرفي النزاع أو من الغير أو من المحكمة القضائية المختصة قانوناً بنظر النزاع في الحالات المنصوص عليها قانوناً.

والموفق هو المحور الأساسي لعملية التوفيق الإلكتروني ، ويقدر كفاءته ودقته تكون سلامة إجراءات التوفيق ، فحسن أداء الموفق وكفاءته ومهارته في تأدية مهمته يظل رهناً بشخص الموفق ومؤهلاته وخبراته ، لذا يجب تأهيل الموفقين من خلال عقد الدورات والمؤتمرات والندوات وورش العمل المتخصصة. ويستمد الموفق سلطاته من إرادة طرفي النزاع من جهة ، ومن إرادة القانون الذي أجاز له ممارسة مهمته من جهة أخرى. لذا يجب اختيار الموفق الكفاء القادر على تحقيق العدالة الرضائية بعيداً عن المصالح والرغبات الشخصية (١).

(١) د.عكاشة محمد عبد العال ، المفترضات الموضوعية والشروط الذاتية في المحكم ، مؤتمر مراكز التحكيم العربية المنعقد في بيروت ، كلية الحقوق ، جامعة بيروت العربية ، في الفترة من ١٧ - ١٨ مايو ١٩٩٩م ، ص ١.
- Cl. Fournier; Les Conciliateurs de justice; Gaz. Pal.1998; chron.; P. 29.

والأصل في تكوين هيئة التوفيق الإلكتروني قيام أطراف النزاع باختيار هيئة التوفيق، فإذا كانت هيئة التوفيق مشكلة من موفق واحد فقط، فيتم اختياره والاتفاق عليه من طرفي النزاع، أما إذا كانت هيئة التوفيق مشكلة من ثلاثة موفقين اختار كل طرف موفقاً ثم يتفق الموفقان على اختيار الموفق الثالث بالاتفاق مع طرفي النزاع، وإذا كان هناك أطراف متعددون سواء أكانوا مدعين أو مدعى عليهم، وكان ينبغي أن يحال النزاع إلى هيئة توفيق مشكلة من ثلاثة موفقين كان على المدعين المتعددين أن يعينوا موفقاً، وعلى المدعى عليهم المتعددين أن يعينوا موفقاً. وفي حال اختلافهم وعدم اتفاهم علي التشكيل، يأتي الدور الاحتياطي المساعد من القضاء في تشكيل هيئة التوفيق بناءً علي طلب أحد أطراف النزاع صاحب الصفة والمصلحة في ذلك، ويقدم طلباً بذلك إلي المحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع، ويتدخل القضاء في حال عدم اتفاق الأطراف علي اختيار هيئة التوفيق، أو امتناع أحدهم عن المشاركة في اختيار هيئة التوفيق، أو اختلاف الموفقين المعيّنين علي اختيار الموفق المرجح، أو تخلف مركز التوفيق عن أداء ما عهد إليه شأن اختيار هيئة التوفيق.

٤١- الطبيعة القانونية لهيئة التوفيق الإلكتروني: لا تعتبر هيئة التوفيق الإلكتروني الاختياري محكمة قضائية؛ لأنها لا تشكل من قضاة متخصصين في القانون، بل تشكل من أشخاص عاديين أو فنيين من اختيار طرفي النزاع، كما أن اختصاصها قاصر علي أنواع معينة من المنازعات، ولا تنفذ بإجراءات قانون المرافعات؛ حيث تكون الإجراءات أمامها أبسط وأيسر من الإجراءات القضائية ويتم تحديدها باتفاق طرفي النزاع، كما أنها لا تفصل في خصومة قضائية بالمعني الفني الدقيق، ولا تخضع في عملها لرقابة القضاء إلا في حالات استثنائية، ولا يعتبر اتفاق التسوية الودية حكماً قضائياً ولا يجوز الطعن عليه أمام القضاء إلا في حالات استثنائية بدعوي البطلان. ولا تعتبر هيئة التوفيق الإلكتروني لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي؛ لأنها تنشأ باختيار طرفي النزاع وليس بنص القانون، كما لا يعتبر اتفاق التسوية الودية الصادر في النزاع قراراً إدارياً؛

لأنها ليست جهة إدارية، ولا يمكن الطعن عليه بالإلغاء أمام القضاء الإداري، ولا تعتبر كذلك هيئة تحكيم؛ لأن ما يصدر عنها هو اتفاق تسوية ودية وليس حكم تحكيم ملزم (١).

وعلى ذلك تعتبر هيئة التوفيق الإلكتروني هيئة تسوية ودية ذات طبيعة خاصة، يكون اللجوء إليها اختيارياً ما لم ينص القانون على غير ذلك، وتتولى مهمة إيجاد تسوية ودية رضائية بين طرفي النزاع باتفاق تسوية شامل للنزاع كله أو بعضه، ويكون وجوده وتنفيذه معلقاً على قبوله من طرفي النزاع بالتوقيع عليه منهما ومن الموفق بعد محاولة التوفيق بين طرفي النزاع وبذله مساع حميدة لفض النزاع، وفي حالة فشله يجبل الأطراف النزاع إلى التحكيم باتفاق تحكيم أو إلى القضاء.

٤٢- شروط الموفق: كانت العرب تشترط في الموفق قبل الإسلام: أن يكون من أهل الفصاحة والبلاغة والبيان، وأن يكون له معرفة بأحوال الناس ومآثرهم ومفاخرهم، وأن يكون ذا مكانة اجتماعية مرموقة من أهل الشرف والرياسة والمجد والعصبية القوية، وأن يكون عريق النسب والزعامة والقيادة والحكمة والكرم والتواضع وكثرة الثروة والعزوة، وأن يكون ذا خبرة وتجربة سابقة وقادراً على استنباط الأحكام، وأن يتصف بصراحة البديهة والقدرة على التحليل واستخلاص النتائج، وأن يكون من أهل الصدق والأمانة والعدل والنزاهة والفتنة والذكاء والمشورة والورع، وأن يكون صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقفاً المأثم، مأموناً في الرضا والغضب، يفض طرفه عما يؤذيه، لا تمتد يده إلى رشوة أو هدية، شديداً في الحق، لا يميل إلى الهوى، ولا يكون جائراً، ولا ضعيفاً... (٢).

(١) القانونية، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق / جامعة طنطا، المشاكل الناجمة عن تطبيق قانون فض المنازعات رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م، مارس ٢٠٠٢م، ص ١١ وما بعدها.

(٢) محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الكتب العلمية ببيروت، ط ١، ج ٤، ص ٨٨. د. مصطفى أبو زيد فهمي، فن الحكم في الإسلام، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٩٣م، ص ٣١، ص ٥١١. د. حميد محمد علي اللهيبي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١٧.

ويجب توافر عدة شروط قانونية في شخص الموفق هي :

(١) - أن يكون الموفق كامل الأهلية المدنية الكاملة: يشترط في الموفق أن يكون كامل الأهلية في مباشرة حقوقه المدنية، فمهمة الموفق لا تعهد إلا إلى شخص طبيعي يتمتع بالأهلية المدنية الكاملة، والتي تبيح له مباشرة كافة حقوقه المدنية؛ وذلك حتى ينزل منزلة الاحترام ويكون محل ثقة وهيبة. فلا يكون الموفق قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف، أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره.

ويقصد بالأهلية صلاحية الموفق لمباشرة حقوقه المدنية باكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ويكون كامل أهلية الأداء، عاقلاً بالغاً لا تعتره إحدى عوارض الأهلية، وألا يكون محجوراً عليه لأي سبب كان، كالسفه أو العته أو الجنون، وألا يكون قد حكم عليه بحكم نهائي، حتى لو لم تنفذ العقوبة لأي سبب في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يرد إليه اعتباره أو يحكم ببراءته. ولا يصح أن يكون الموفق قاصراً سواء أكان مأذوناً له بالإدارة أو كان غير مأذون له بها، ولا يصح لمن بلغ سن الرشد وخضع للقوامة بسبب الحجر أن يكون موقفاً، وكذلك المحروم من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية في جريمة مخلة بالشرف أو المفلس ما لم يرد إليه اعتباره. فالمحظور تعيينه موقفاً هو المحروم من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف، وليس المحروم من مباشرة حقوقه السياسية؛ لأن الحرمان من مباشرة الحقوق السياسية لدوافع سياسية لا ينتقص من إرادة الشخص، ولا من كمال أهليته المدنية، فلا يشترط في الموفق أن يكون متمتعاً بحقوقه السياسية. وإذا كان الموفق أجنبياً تحددت أهليته طبقاً لقانون جنسيته (م ١١ مدني مصري). ويتعين اختيار موفق بديلاً عند انتفاء صلاحية الموفق السابق لانتفاء أهليته (١).

(١) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٧٨. نقض مدني ١٩٥٦/٤/٢م،
 طعن رقم ٣٦٩ لسنة ٢٢ ق، مج، س ٧، ص ٥٢٢.
 - Jean Courrouy; Conciliateur; Encyc. Dalloz; N. 3; P. 1.=

ومرجع ضرورة شرط الأهلية؛ أن ناقص الأهلية لا يستطيع أن يلي أمر نفسه، فمن باب أولى أن لا يلي أمر غيره، كما أن المحكوم عليه في جنائية أو جنحة مثلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاس لا يتمتع بحسن السمعة والنزاهة والثقة التي يجب أن يتمتع بها الموفق. والمحروم من حقوقه المدنية فقط هو المحظور تعيينه موقفاً (١).

(٢) - أن يكون الموفق شخصاً طبيعياً وطنياً أو أجنبياً: يجب أن يكون الموفق شخصاً طبيعياً حكيماً ذا شخصية وخبرة ولديه حس مرهف للعدالة والانصاف، وعليه دراية بأحكام القانون؛ حتى يستطيع الوصول بأطراف النزاع إلي حل رضائي موافق لصحيح القانون، وأن يكون لديه موهبة وفن إدارة الحوار وسواء أكان ذكراً أم أنثى، وطنياً أم أجنبياً، جاهلاً أم متعلماً، موظفاً أم غير موظف، طالما لم يوجد فيه مانع قانوني يمنعه من القيام بمهمته، ما لم يتفق طرفا التوفيق أو ينص القانون على غير ذلك، ويطبق هذا الشرط في جميع أنواع التوفيق سواء أكان وطنياً أو دولياً (٢).

وعليه فالشخص المعنوي سواء أكان مركزاً أو شركة أو مؤسسة أو جمعية أو نقابة أو هيئة عامة أو غرفة تجارية... لا يجوز له أن يكون

= Ph.Foucherd; Le statut de L'arbitre dans La Jurisprudence Française; Rév. arb. 1996; P. 359.

- Alain Héraud et André Maurin; institutions juridictionnelles; Dalloz; 7^e éd. 2008; P. 185.

- Cass. Civ. 2^e; 3 Juill1996; Rév. arb.1996; P.405; Not.Ph. Fouchard.

- Cass. Civ.; 30 Juill.1978; Rév. arb. 1979; P. 343.

(١) دهدي محمد مجدي، دور المحكم، بند ٦٠، ص ٩٢ - ٩٥. د.مدوح طنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان المنازعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٣م، ص ٥٣ وما بعدها.

(٢) مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي جلسة ١٢/٣/١٩٩٨م، القضية رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٧م، مجلة التحكيم العربي، مايو ١٩٩٩م، بند ٩، ص ٥١.

-Paris; 13 Nov.1980; Rév. arb.1984; P. 129.

-Paris; 22 Fev.1965; Rév. arb.1965; P. 23.

موفقاً. بمعنى عدم قدرته على مباشرة التوفيق إلا عن طريق الأشخاص الطبيعيين الموفقين المتضمن إليه، ويقوم الشخص المعنوي بتنظيم إجراءات عملية التوفيق دون أن يكون موفقاً؛ لأنه لا يتصور قيام الشخص المعنوي بمهمة التوفيق، وإن استطاع تنظيم وإدارة عملية التوفيق الإلكتروني عند اللجوء إليه كمركز أو غرفة أو مؤسسة توفيق (١).

(٣) - أن يكون الموفق صالحاً لما وفق فيه: لا يقصد بهذا الشرط خيرة الموفق، فخبرة الموفق ليست شرطاً لتعيينه، وإنما يقصد به التمرس على إدارة عملية التوفيق بكفاءة وخبرة وعلم بقواعد وأصول ممارسة المهنة، وفطنة وتقدير لما يثيره النزاع من مشكلات، والإلمام بجوانبه المختلفة، والإحاطة بالأعراف التجارية، وعدم الوقوع في أخطاء قد تؤدي إلى بطلان اتفاق التسوية، وكذلك القدرة على إدارة المهمة التوفيقية، والتغلب على ما قد يعترض سيرها من عقبات. فتخصص الموفق يوفر له القدرة على حسن إدارة عملية التوفيق في إطار تخصصه، وذلك لا يتأتى إلا بالخبرة والتمرس على التوفيق (٢).

ولا يوجد ما يمنع جواز توفيق الأمي أو الجاهل، ورغم ذلك نرى أفضلية أن يكون الموفق على معرفة كاملة بأصول التقاضي، والقواعد الموضوعية القانونية الآمرة، وقواعد النظام العام. ويضاف إلى ذلك أن يكون على علم ودراية بأصول حرفته أو مهنته، والأعراف التي تحكمها؛ حتى يستطيع موازنة مصالح أطراف التوفيق بالعدل، وحتى يستطيع كتابة وتسبيب وتوقيع محضر اتفاق التسوية. كما يجب ألا يتحقق في شخص الموفق أحد أسباب عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى أو أحد أسباب

(١) د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٧٦ - ١٧٧. دهدي محمد مجدي، دور المحكم، ص ٩٤. د.سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م، ط ١، ص ٧٨.
(٢) د.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ص ٨.

Rene David; L'arbitrage dans Le droit commercial international; P. 15. -

الرد بعد تعيينه موقفاً، ويجب على الموفق الإفصاح للأطراف عن ذلك حتى يكونوا على بينة من الأمر.

(٤) - ألا يكون الموفق ممنوعاً من التوفيق: قد يحظر القانون أحياناً بنص خاص علي بعض الأشخاص تولي مهمة التوفيق. فقد ينص القانون على أنه لا يجوز للقاضي بغير موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية أن يكون موقفاً ولو بغير أجر وإن كان النزاع غير مطروح علي القضاء، إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره حتي الدرجة الرابعة بدخول الغاية. كما لا يجوز بغير موافقة المجلس المذكور نذب القاضي ليكون موقفاً عن الحكومة أو الهيئات العامة متي كان طرفاً في نزاع يراد فضه بطريق التوفيق، وفي هذه الحالة يتولى هذا المجلس وحده تحديد المكافأة التي يستحقها القاضي.

فالأصل هو الحظر وعدم جواز اختيار القاضي موقفاً أيا كانت درجته، ولو بغير أجر، ولو كان النزاع غير معروض علي القضاء، ولو بموافقة مجلس القضاء الأعلى؛ وذلك لتفرغ القضاة للعمل القضائي وعدم تأخير الفصل في الدعاوي القضائية، ولعدم المساس بهيية القضاء، ومنع القضاة من الوقوع في مواطن الشبهات، كما أنه يعرض استقلال وكرامة القضاة للخطر، ولعدم تسبب الحرج للقاضي إذا عرض عليه نزاع آخر كان أحد طرفيه قد اختاره موقفاً في نزاع سابق(١).

ولكن يجوز للقاضي القيام بالتوفيق بعد الحصول علي موافقة مجلس القضاء الأعلى له بالعمل موقفاً استثناءً في حالتين فقط هما: الأولى: إذا كان أحد أطراف النزاع من أقارب القاضي أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة بدخول الغاية، وبشرط أن يكون الطرف القريب للقاضي خصماً حقيقياً في النزاع، وبعد الحصول علي إذن المجلس الأعلى للهيئات القضائية.

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٢٣، ص ٢٤٠. د. علي بركات، خصومة التحكيم، بند ٢٠١، ص ١٩٣ - ١٩٤. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبدالعال، التحكيم، بند ٤٢٢، ص ٦٠٩. د. هدي محمد مجدي، دور المحكم، بند ٦٢، ص ٩٦ هامش (١).

والثانية: ندب القاضي موقفاً عن الحكومة أو الهيئات العامة إذ كانت طرفاً في نزاع يراد فضه بالتوفيق.

وقد ذهبت بعض الأحكام القضائية إلى أن عدم حصول الموظف علي إذن جهة عمله لا يعد سبباً من أسباب عدم صلاحيته موقفاً، كما لا يعتبر سبباً من أسباب بطلان اتفاق التسوية. ويقتصر أثر عدم الحصول علي إذن جهة العمل علي العلاقة بين الموفق وجهة عمله، بما يعرضه للمساءلة التأديبية ولكنه لا ينقص من صلاحيته لتولي مهمة التوفيق (١).

ويترتب على مخالفة هذا الحظر بطلان عملية التوفيق؛ لأنه يمس النظام القضائي في الدولة، وأن القاضي ممنوع من التوفيق، ولبطلان تعيين الموفق، وبالتالي بطلان تشكيل هيئة التوفيق، ولو جوب تفرغهم للقضاء وإبعادهم عن مواطن الشبهات، وعدم الحيطة والاستقلال ولا يحتاج بالعمل في فرنسا علي إجازة تولي القضاة للتوفيق؛ لأن ذلك مرجعه عدم وجود نص بالمنع في فرنسا، بل إن المشرع الفرنسي قد نظم التوفيق القضائي عن طريق القاضي نفسه أو بواسطة موفق العدل (٢).

وعلة هذا الحظر هي الحرص على عدم إغراء القضاة بميزات التوفيق، ومغرياته المادية، حتى يتفرغوا لمهمتهم الأساسية خاصة مع قلة عددهم، وكثرة عدد الدعاوي القضائية، وتلك المهمة هي إقامة العدل بين المتقاضين أمام القضاء الذين يؤرقهم بطء التقاضي، وتراكم القضايا أمام

(١) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ١١٨، ص ٢٣٥. ويند ١٢٤، ص ٢٤١. استئناف القاهرة ٢٨/٤/٢٠٠٤م، دائرة ٩١ تجاري، دعوي رقم ١٦٩ لسنة ١٢٠٠ق. استئناف القاهرة ٢٢/١١/٢٠٠٣م، دائرة ٩١ تجاري، دعوي رقم ١٧ لسنة ١٢٠٠ق.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم، بند ٦٥، ص ١٥٧. دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٢٢، ص ٢٣٨. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبدالعال، التحكيم، بند ٤٢٢، ص ٦٠٩. د. محمود الشرقاوي، التحكيم، بند ١٤١، ص ٢٠٣. د. عيد القصاص، حكم التحكيم، ص ٣١.

- Jean Vincent et Sarge Gunchard; Procédure Civile; 27^e éd.; Dalloz; 2003; N. 762; P. 648-649.

المحاكم سنين بغير فصل فيها. ولثلا يهتم القاضي بعمله كموفق أكثر من عمله كقاضي (١).

لذا نقتراح قصر هذا الحظر على القاضي في الخدمة الوظيفية دون القاضي المتقاعد، بمعنى جواز تولي القاضي المتقاعد مهمة التوفيق بعد تركه للوظيفة القضائية. ونرى سريان هذا الحظر على القضاة، والمستشارين، وأعضاء النيابة العامة، وأعضاء النيابة الإدارية، وأعضاء مجلس الدولة، وأعضاء هيئة قضايا الدولة... طالما كانوا في الخدمة الوظيفية، نظراً لتوافر علة الحظر في شأنهم (٢).

(٥) - ألا تكون للموفق مصلحة ما في النزاع: يجب ألا يكون له مصلحة في النزاع، وألا تكون له صلة بموضوع النزاع أو بأحد الأطراف أو ممثلهم، وألا تكون له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة مادية أو معنوية في النزاع الذي ينظره، وألا توجد علاقة مالية أو مهنية أو اجتماعية سابقة أو حالية تربط الموفق بأطراف النزاع (٣). فلا يجوز أن يكون الموفق أحد أطراف التوفيق، فالموفق لا يجوز أن يكون خصماً وموقفاً في الوقت ذاته، كما لا يجوز للدائن أو الكفيل أو الضامن أن يكون موقفاً في النزاع الواقع بين المدين والغير. ولا يجوز للشريك أو المساهم في شركة أن يكون موقفاً في نزاع بين الشركة والغير، وكذلك لا يجوز للمهندس المشرف على تنفيذ عملية البناء أن يكون موقفاً في نزاع بين صاحب العمل والمقاول (٤).

ويجب علي الموفق أن يفصح عند قبوله القيام بمهمة التوفيق عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده؛ وذلك عملاً

(١) د. أحمد مليجي موسى، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٧٩م، ص ١٨٧. د. أسامة الشناوي، المحاكم الخاصة، ص ٤٢٨.

(٢) د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ٤٢٢، ص ٦١٠.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم، ص ١٤٩. د. حميد محمد علي اللهيبي، المحكم، ص ١١٢.

(٤) د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ٤٢٠، ص ٦٠٧ - ٦٠٨. د. محمود التحيوي، التحكيم، ص ١٥٠.

بمبدأ الشفافية وحسن النية في مجال التوفيق، ولحسن أداء العدالة التوفيقية الرضائية.

(٦) - أن يكون عدد الموفقين في هيئة التوفيق وتراً: يجب ألا يكون عدد أعضاء هيئة التوفيق شفع، بل يجب أن يكون العدد وتراً؛ وذلك تجنباً لاختلاف الزأي ولسهولة تكوين رأي الأغلبية (١). وإذا اتفق أطراف التوفيق على عدد زوجي فإن اتفاق التوفيق لا يبطل، ويجب تعيين من يكمل العدد وفقاً لاتفاق التوفيق، ولولم يوجد اتفاق توفيق بتعيين الموفق اللازم لاستكمال هيئة التوفيق تولت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى بناءً على طلب أحد أطراف التوفيق، ويجب ألا يكون في اختيار الموفق أي لبث أو غموض في تحديد شخصية الموفق (٢).

وكما قلنا يجب أن يكون عدد الموفقين وتراً، ولا يوجد حد أقصى لعدد الموفقين في هيئة التوفيق، وإذا لم يتفق الطرفان على عدد الموفقين كان العدد ثلاثة، فيقوم كل طرف بتعيين موقفاً ويعين الموفق الثالث الرئيس باتفاق الموفقين المعينين مع طرفي النزاع (م ٢٩٠/٢ من اتفاقية

(١) د. محمود بريري، التحكيم، بند ٤٠، ص ٧٤. د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٨٠ - ١٨٢. استئناف مصر ١٢/٢٥/١٩٣٢م، مجلة المحاماة، س ١٣، رقم ٤٩٧، ص ١٠٠٥. نقض مدني ٢/٢٥/١٩٦٥م، طعن رقم ٦٠ لسنة ق، مج، س ١٦، ج ١، ق ٣٥، ص ٢٢٠. نقض مدني ١٧/٦/١٩٦٥م، طعن رقم ٤٠٦ لسنة ٣٠ ق، مج، س ١٦، ج ١، ق ١٢٣، ص ٧٧٨.

-Paris; 18 avril. 1989; Rév. arb. 1990; P. 915

-Paris; 15 Mai 1987; Rév. arb. 1987; P. 503.

-Paris; 2 déc. 1983; Rév. arb. 1985; P. 107.

(٢) د. محمود بريري، التحكيم، بند ٤٠، ص ٧٤. د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٨٠ - ١٨٢. نقض مدني ١٤/٢/١٩٨٨م، طعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق، مج، س ٣٩، ج ١، ق ٥٢، ص ٢٤٢.

-Paris; 18 avril. 1989; Rév. arb. 1990; P. 915.

-Paris; 15 Mai 1987; Rév. arb. 1987; P. 503.

-Paris; 2 déc. 1983; Rév. arb. 1985; P. 107.

واشنطن لعام ١٩٦٥م بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى).

وذهب بعض الفقهاء إلى أنه ليس بلازم أن يكون العدد فردياً؛ لأن الموفق ليس محكماً، وبالنظر إلى الدور الذي يلعبه والمهمة التي يقوم بها؛ لأن الأمر لن يحتاج إلى مرجح وتحقيق أغلبية حيث لا يتخذ الموفق في نهاية مهمته قراراً ولا يصدر حكماً، وعليه ذلك يمكن أن يكون العدد زوجياً أو أكثر (١).

(٧) - قبول الموفق لمباشرة مهمته التوفيقية: يجب أن يقبل الموفق القيام بمهمة التوفيق سواء أكان موقفاً وطنياً أم أجنبياً، رجلاً أم امرأة، وطنياً أو أجنبياً، جاهلاً أم متعلماً، وسواء أكان معيناً من الأطراف أو عينته المحكمة أو مركز تحكيم أو الغير؛ لأنه لا يمكن إجبار الموفق على ممارسة المهمة التوفيقية دون رضاه، لذلك فإن تعيين الموفق يعتبر إجراءً مؤقتاً، ولا يصبح نهائياً إلا بعد قبول الموفق القيام بمهمته. وإذا رفض الموفق قبول التوفيق بعد تعيينه، فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التوفيق ذاته، ولكن تتوقف آثاره حتى يتم تعيين موفّق بديل باتفاق أطراف التوفيق أو من القضاء. ولا يشترط لقبول الموفق لمهمته التوفيقية أن يحلف مينا؛ لأنه موفّق مختار بناءً على قناعة وثقة في أمانته ونزاهته وعدالته، وولايته خاصة بهذا النزاع فقط، وليست عامة كولاية القاضي، وليس شاهداً، ولا خبيراً حتى يحلف مينا (٢).

وقيام الموفق بمهمته ليس إجبارياً، بل يجب قبوله صراحة، كأن يوقع على محضر اتفاق الأطراف على التوفيق، أو ضمناً يستتج من حضوره جلسات التوفيق، وقد يكون القبول مكتوباً، والكتابة هنا ليست ركناً لانعقاد عقد التوفيق أو شرطاً لصحته، ولكن وسيلة لإثبات قبول الموفق

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية، بند ١٩٤، ص ٢٩٢.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٨٣. د. أحمد محمد مليجي موسى، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، ط ١، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٦م، ص ١٣٤.

بمهمة التوفيق؛ لأن عقد التوفيق بين الموفق والاطراف ليس عقداً شكلياً بل رضائياً، وليس ثمة مانع من إثبات القبول بما يقوم مقامه كالإقرار أو اليمين الحاسمة (١). ومتى قبل الموفق مهمة التوفيق يجب عليه الاستمرار في مهمته حتى نهايتها، ولا يجوز له التنحي دون سبب مشروع، وإلا جاز الحكم عليه بالتعويضات طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية، ولا يخضع الموفق لجرمة إنكار العدالة، ولا لدعوى المخاصمة؛ لأنه ليس موظفاً عاماً، ولا مكلفاً بخدمة عامة، وإنما تكون مسؤوليته تجاه الأطراف عقدية، وتجاه الغير تقصيرية (٢).

٤٢- تشكيل هيئة التوفيق الإلكتروني: تشكل هيئة التوفيق الإلكتروني

بثلاثة طرق؛ إذ يقرم أطراف النزاع أنفسهم بتعيينها كأصل عام، وقد تقوم بذلك المحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع، وقد يقوم مركز أو غرفة أو مؤسسة توفيق أو الغير بتعيين هيئة التوفيق. بمعنى أنه قد يتفق أطراف التوفيق في اتفاق التوفيق شرطاً كان أو مشاركة على أن يعهدوا بالتوفيق إلى موفق فردي أو عدد من الموقفين، وقد يفوضون مؤسسة أو مركز من مراكز التوفيق لإجراء هذا الاختيار. وفي حالة عدم وجود اتفاق بينهم، أو الاختلاف في تعيين هيئة التوفيق، فإن المحكمة المختصة هي التي تتولى تعيين هيئة التوفيق بناءً على طلب الأطراف أو أحدهم. ولا يبطل اتفاق التوفيق لعدم اشتمال بنوده على كيفية اختيار هيئة التوفيق. ولا بد أن يسعى كل طرف من الأطراف عند اختيارهم هيئة التوفيق إلى الموفق الذي تتوافر فيه المقتضيات التي تبعث في نفسه الطمأنينة والثقة، وعلى الموفق المختار أن يبذل قصارى جهده في تأدية مهمته التوفيقية متسلحاً بالنزاهة، والحياد، والأمانة (٣).

(١) د. محمد نور شحاته، المنشأة الاتفاقية، ص ١٢٥. نقض مدني ١٩٧٣/٢/٢٤م.

ظعن رقم ٤٨٩ لسنة ٣٧ ق، مج، س ٢، ج ١، ق ٥٦، ص ١٥٠.

(٢) د. أحمد مليجي، قواعد التحكيم، ص ١٥٠ وما بعدها.

(٣) د. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم، ص ٢٠٠.

وتتشكل هيئة التوفيق الإلكتروني من عدد وتري تحسباً لاختلاف
وجهات النظر بين أعضائها، وطبقاً لاعتبارات بقدرها أطراف النزاع،
وللأطراف الحرية الكاملة في تحديد عدد هيئة التوفيق الإلكتروني وفي
اختيارها علي قدم المساواة بينهم. وعلي ذلك يمكن تشكيل هيئة التوفيق
من موفق واحد تنفق عليه طرفي النزاع، أو من أي عدد يحدده، أو من
ثلاثة موفقين بحيث يقوم كل طرف بتعيين موفقه ثم يتم تعيين الموفق
الثالث الذي تكون له رئاسة هيئة التوفيق بالاتفاق بين موفقي طرفي
النزاع (١).

بينما نصت (م ٢٩) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ م علي أن: "...
تشكل اللجنة من ثلاثة موفقين يقوم كل طرف بتعيين واحدا ويتم تعيين
الموفق الثالث الذي يتولى في هذه الحالة رئاسة اللجنة بالاتفاق بين طرفي
النزاع".

وتتم تشكيل هيئة التوفيق باتفاق طرفي النزاع، عملاً بمبدأ سلطان
الإرادة فيما يتعلق باختيار هيئة التوفيق. وقد تنفق طرفي النزاع علي
تشكيل هيئة التوفيق الإلكتروني من عدد فردي أو زوجي طالما أن قرار
التسوية لا يمكن إجار طرفي النزاع علي قبوله، ولا يمكن فرضه علي أحد
متهم. وهو ما نصت عليه (م ٢/١) من قانون الأونسترال النموذجي
للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢ م بقولها: "ولأغراض هذا القانون،
يقصد بمصطلح "الموفق" موفق واحد أو موققان اثنان أو أكثر، حسبما
تكون الحال". وكذلك نص (م ٤، ٥) من قواعد مركز قطر الدولي
للتوفيق والتحكيم.

وإن لم يتمكن الأطراف من الاتفاق على تعيين هيئة التوفيق، أو قصر
أحدهم، أو أهمل في القيام بواجبه في تعيين موفقه، أو إذا أغفل اتفاق
التوفيق تعيين هيئة التوفيق عن طريق الأطراف لسبب أو لآخر تم اللجوء
إلى القضاء لاستكمال تشكيل هيئة التوفيق (٢).

(١) د. محمد إبراهيم موسي، التوفيق، ص ١٦٢ ومابعداها.

(٢) د. عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية بالقاهرة
١٩٩٧ م، ص ٢٦٦. نقض مدني ١٠/٦/٢٠٠٣ م، طعن رقم ٧٤٣٥ لسنة ٦٣
ق، مج، س ٥٤، ج ٢، ق ١٦٧، ص ٩٥٥.

وفي التوفيق المؤسسي الذي يتم من خلال مؤسسة أو مركز توفيق دائم له قواعد ولوائح تحكيم خاصة به، يتم التوفيق وفقاً للقواعد التي تتبعها المؤسسة أو المركز بعد اختيار طرفي التوفيق لمركز أو مؤسسة التوفيق التي يعهد إليها بحل النزاع، ويتم اختيار هيئة التوفيق طبقاً لقواعد ولوائح ذلك المركز أو تلك المؤسسة، وذلك ما لم يتفق طرفا التوفيق على تطبيق قواعد أخرى، ولا يتدخل القضاء في هذا الاختيار (١).

وإذا حدث تعارض بين بنود اتفاق التوفيق، ونصوص مركز التوفيق فيما يتعلق بتعيين هيئة التوفيق كانت الأرجحية والأولية لما ورد في اتفاق التوفيق؛ إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في التوفيق الاختياري واحتراماً لمبدأ التعيين الاتفاقي لهيئة التوفيق (٢). فالميزة الكبرى للتوفيق تكمن في اختيار هيئة التوفيق بالإرادة المشتركة للأطراف، وثقة الأطراف في الموفق المختار لمحاولة التوفيق في النزاع على ضوء شروط اتفاق الأطراف. فالأصل أن التوفيق مكنته اختيارية للأطراف باتفاقهم عليه بإرادتهم الحرة، ولا يجوز إجراؤه قسراً أو تسلطاً أو كرهاً على الأطراف.

ويجب ضرورة مراعاة مبدأ المساواة بين أطراف التوفيق في تشكيل هيئة التوفيق، فمبدأ المساواة مبدأ إجرائي عام يندرج في مفهوم النظام العام الإجرائي (٣). ويترتب على عدم مراعاته بطلان كل شرط يقضي

(١) د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط ١، ص ٣ وما بعدها.

(٢) د. أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، ط ١، ص ٢١٠.

- Cass. Civ. 4déc. 1990; Rév. arb. 1991; P. 81; Not. Ph. Fouchard.

- Paris 28 mars 1984; Rév. arb. 1985; P.141.

- Trib. Gran. Inst. Paris 22 Mars 1983; Rév. arb. 1983; P. 479.

(3) - Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldmam; Traité de l'arbitrage Commercial international; Paris 1996; N. 783; P. 48.

- Cass. Civ. 7 Jav. 1992; Rév. arb. 1992; P. 470; Not. Piesse pellet. de Boisseson.

باستقلال أحدهما دون الآخر بالاختيار، ويقضي باختيار أحدهم عدد من الموفقين يفوق العدد الذي يقوم الطرف الآخر باختياره، أو يقضي باستقلال الموفق المختار من أحدهم في النزاع في حالة تخلف الطرف الآخر عن اختيار موفقه (١).

والأصل أن يتم اختيار الموفقين بإرادة الأطراف المشتركة مباشرة؛ سواء أتم هذا الاتفاق في شرط التوفيق أو في مشاركة التوفيق أو باتفاق لاحق مستقل. وإذا لم يتم الاتفاق على عدد الموفقين كان العدد واحد كحد أدنى، ودون وضع حد أقصى لعدد الموفقين بشرط وتيرة العدد. وللأطراف تفويض شخص أو جهة أو هيئة أو منظمة تتولي اختيار هيئة التوفيق، وهذا هو أسلوب الاختيار غير المباشر أو بالتفويض. ويجب أن يتم اختيار الموفق بوضوح سواء أتم الاختيار بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. وإذا اتفق الأطراف على التوفيق ولم يتفقوا على اختيار هيئة التوفيق تولت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع هذا الاختيار، بناءً على طلب أحد ذوي الشأن، وتنتظره المحكمة، وتصدر فيه قراراً غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، وتخضع إجراءات تقديم الطلب للقانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات والمرافعات المعمول بها أمام المحكمة المطلوب منها التدخل للمعاونة والمساعدة في تشكيل هيئة التوفيق (٢). وتعد قاعدة حرية طرفي التوفيق في عرض النزاع التوفيق بينهما على موفق معين من اختيارهما أو بتفويض منهما بمثابة قاعدة دستورية؛ لأن اللجوء إلى التوفيق يكون اختيارياً وليس إجبارياً يتولد عن إرادة حرة، ولا يجوز إجراؤه تسليطاً أو كرهاً أو جبراً (٣).

ولا تعتبر هيئات أو مراكز التوفيق المؤسسي جهة قضاء، وإنما هي مجرد كيان إداري مساعد يضع تحت تصرف الأطراف قوائم موفقيه، ولوائح

(١) - Paris 25 Mai 1990; Rév. arb. 1990; P. 892; Not. M.
-Trib. Gran. Inst. Paris; 30 Mai 1986; Rév. arb. 1988; P. 371.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم، ص ٦١٣ وما بعدها.

(٣) دستورية عليا ١٩٩٩/٧/٣م، الجريدة الرسمية المصرية، ع ٢٨، الصادر في ١٥/٧/١٩٩٩م، ص.

إجراءاته، ومصادره القانونية والفنية، وخبرته العملية كسباً لثقتهم في سلامة عملية التوفيق الذي تديره. وقراراتها في شأن تنظيم عملية التوفيق، كالقرارات المتعلقة باختيار الموفقين، وردهم، واستبدالهم، وبدء الإجراءات، وتحديد المواعيد، ومدتها... وغير ذلك من القرارات التنظيمية التي تصدرها لا تعتبر أحكاماً قضائية، وإنما هي أقرب إلى القرارات الإدارية التنظيمية أو القرار المتعلقة بالإدارة القضائية (١). فهيئات التوفيق الدائمة المنتشرة في أنحاء العالم تقوم بتقديم خدمات لأطراف النزاع، وتهيئ الظروف لإجراء التوفيق بما لديها من سكرتارية دائمة، ولوائح، وقائمة بأسماء الموفقين المؤهلين، بل وتقوم بتقديم التسهيلات اللازمة لإجراء التوفيق (٢).

ويتم اختيار هيئة التوفيق لمحاولة التوفيق بين أطراف النزاع؛ لأن هؤلاء الموفقين موضع ثقة الأطراف، كما أنهم خبراء في مجال النزاع التوفيقى أو أكثر كفاءة وقدرة في النواحي الفنية للنزاع من القضاء. (٣) وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن لجوء طرفي النزاع إلى منظمة أو مؤسسة أو مركز في اتفاق التوفيق بينهما يجعل لائحة تلك المنظمة أو المؤسسة أو مركز التوفيق جزء لا يتجزأ من اتفاق التوفيق، وتصبح مندمجة فيه كأحد بنوده (٤).

وإذا كانت هيئة التوفيق الإلكتروني مشكلة من موفق وحيد يتم اختياره بإرادة الأطراف، وإذا كانت مشكلة من ثلاثة موفقين اختار كل طرف موفقه، ثم يقوم الموفقان المختاران باختيار الموفق الثالث، وإذا كانت هيئة التوفيق مشكلة من خمسة أو سبعة... اختار كل طرف موفقين

(١) د. محمد نور شحاته، الرقابة على أعمال المحكمين، ورقة عمل إلى مؤتمر التحكيم الدولي بالقاهرة في ٢٥ - ٢٧ / ٣ / ١٩٩٥ م. دمصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم، ص ١٣٣.

(٢) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم، بند ١٢، ص ٢١.

(٣) د. مصلح أحمد الطراونه، د. جورج حزيون، د. عامر عبد الله محمود النواسيه، مسؤولية المحكم المدنية عن أخطائه التحكيمية، مجلة الحقوق، حقوق البحرين، ج ١، ع ٢، يوليو ٢٠٠٤ م، ص ١١٦.

(4) - Paris; 15 Janv. 1985; Rév. arb. 1986; P. 87.

أو ثلاثة أو أكثر... ثم يقوم الموقفون المختارون من الأطراف باختيار الموقف المرجح. وإذا عين أي من الطرفين موقفه، فلا يجوز له العدول عنه أو تغييره بعد أن يبلغ الطرف الآخر بذلك التعيين ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك؛ لمنع التلاعب أو التسوية في تشكيل هيئة التوفيق الإلكتروني(١).

ويتدخل القضاء في تشكيل هيئة التوفيق عند: عدم اتفاق الأطراف على تعيين الموقف المنفرد الذي تشكل منه هيئة التوفيق، أو عند امتناع أحد الأطراف عن تعيين موقفه أو عدم اتفاق أعضاء هيئة التوفيق المعيّنين من طرفي التوفيق على اختيار الموقف المرجح، أو إذا خالف أحد طرفي التوفيق إجراءات اختيار أعضاء هيئة التوفيق أو إذا تخلف الغير عن تعيين الموقف الوحيد أو الموقف المرجح...

ويجب على المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع اختيار الموقف على وجه السرعة دون تأخير، وبناءً على طلب أحد أطراف التوفيق. ويكون طلب تعيين الموقف بطريق الدعوي التي ترفع بصحيفة، وتنظره المحكمة بكامل هيئتها بالإجراءات المعتادة لنظر الدعوي علي وجه السرعة، وتنظره البدائرة في جلسة يحضرها الخصم الآخر أو يكلف بالحضور أمامها، وتصدر حكمها بتعيين الموقف، ويكون حكمها غير قابل للطعن بأي طريق. وليس للمحكمة أن ترفض طلب تعيين الموقف ما لم يتبين لها أن اتفاق التوفيق ظاهر البطلان. وتعيين الموقف من النظام العام؛ لأنه يتعلق بإجراءات التقاضي(٢).

- (١) د. أحمد عبد الكريم سلامه، قانون التحكيم، ص ٦٣٥.
- (٢) د. فتحي والي، الوسيط، بند ٤٦٣، ص ٩٤٧ وما بعدها. د. علي بركات، خصومة التحكيم، بند ١٥٠، ص ١٤٢. د. محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التوفيق بالصلح، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٢ م، ص ٤٩ - ٥١. تقض مدني ٢٢/٣/٢٠١١ م، طعن رقم ١٤٥ لسنة ٧٥ ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

وليس لهيئة التوفيق المشكلة من عدد وتري، كثلاثة مثلاً أن تتعقد في أية جلسة من جلساتها. بعضوين فقط أو بأي عدد زوجي أو بعضو واحد فقط، وإن حدث ذلك فإن تشكيل هيئة التوفيق يكون باطلاً (١).

٤٤ وثيقة مهمة هيئة التوفيق الإلكتروني: تقوم هيئة التوفيق الإلكتروني بعد تشكيلها باستلام ملف التوفيق الذي يحتوي على طلب التوفيق، وطلبات المدعي وأدلة ومدكراته، وطلبات المدعي عليه وأدلة ومدكراته بالرد... لدراسته وتكوين فكرة عن موضوع النزاع، لتقوم هيئة التوفيق بعد ذلك بإعداد وثيقة مهمة هيئة التوفيق، والتي تتضمن بيانات أطراف التوفيق وعناوينهم وبيانات هيئة التوفيق ومكان ولغة التوفيق وبيان القواعد الإجرائية والموضوعية التي ستطبق، ومواعيد الجلسات، وتحديد أدلة الإثبات، وميعاد التوفيق، ومواعيد تقديم المذكرات والمستندات، وملخصاً لوقائع النزاع، وطلبات المدعي، وطلبات المدعي عليه، والمسائل التي ستفصل فيها هيئة التوفيق، وتحديد ممثل عن كل طرف (٢).

وتعرض هيئة التوفيق الإلكتروني الوثيقة بعد إعدادها على أطراف النزاع الذين لهم حق في بيان رأيهم فيها و التعليق عليها، وذلك قبل اعتمادها والتوقيع عليها من هيئة التوفيق، ومن أطراف النزاع - تكون بمثابة تصور لإجراءات عملية التوفيق - ثم ترسل وثيقة مهمة هيئة التوفيق إلى مركز التوفيق في التوفيق الموسمي للمصادقة عليها، ثم تبدأ هيئة التوفيق عملها في المهمة التوفيقية لمحاولة التوفيق بين طرفي النزاع بعد

- (١) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٦٢، ص ٣٠٩. دعلي بركات، خصومة التحكيم، بند ١٥٠، ص ١٤٢.
- (٢) دإبراهيم الدسوقي، قواعد وإجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق يصدرها مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، ص ١٧، ع ١، ٢ مارس - يونيو ١٩٩٣ م، ص ٩٣-٩٥. د.عاطف الفقهي، التحكيم في المنازعات التجارية، ص ٤٥٩-٤٦٠. د.عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، بند ٧٥، ص ١٧٦ وما بعدها.

تلك المصادقة (١). وأوضحت (م ٢٢) من لائحة إجراءات مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري أن تباشر هيئة التوفيق مهمتها في الجلسة المشتركة بتلاوة طلب التوفيق ومذكرة الرد، وتسال الأطراف إن كانوا يرغبون بتوضيح أو إضافة أي طلبات أو معلومات أو مستندات غير ما انطوى عليه ملف القضية، ثم يصار إلى تلخيص النزاع وتحديد بمحضر يوقعه الأطراف وهيئة التوفيق وتسلم صور هذا المحضر إلى الأطراف ويؤجل نظر القضية إلى جلسة تالية.

والهدف من وثيقة مهمة هيئة التوفيق التي تنظم في الجلسة التمهيدية المشتركة التي تمر بها إجراءات التوفيق قبل تصدي هيئة التوفيق لمحاولة التوفيق في موضوع النزاع هو التقاء أطراف النزاع مع هيئة التوفيق لتحديد محل النزاع، والاتفاق على الإجراءات ومواعيد الجلسات، وترتيب عملية تقديم المستندات... من أجل إنهاء إجراءات التوفيق بسرعة لتوفير الوقت والجهد والتفقات. ووثيقة مهمة هيئة التوفيق لا يمكن أن تحمل محل اتفاق التوفيق، ولا يمكن أن تغني عنه كأساس لعملية التوفيق؛ لأن الاتفاق على التوفيق لا يفترض، وهو مصدر سلطات هيئة التوفيق، ولا تتأثر إجراءات عملية التوفيق بعدم توقيع أحد الأطراف على وثيقة مهمة هيئة التوفيق ولا بعدم وجودها أصلاً (٢).

ولذا فإن عدم تحرير وثيقة مهمة هيئة التوفيق أو عدم توقيعها من الأطراف لا يمنع هيئة التوفيق من السير في إجراءات التوفيق استناداً إلى

(١) د. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم، ص ٢٢٠ - ٢٢٢.

- B. Hanotiau; arbitrage, médiation, conciliation, approches d'Europe continentale et de commun Law; Rév. arb. 1996; N. 2; P. 208.

- Paris; 19 Mars 1987; Rév. arb. 1987; P. 498; Not. Louis Zollinger.

(٢) د. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم، ص ٢٢١. د. شارل جاروسون، الوساطة الطب العذب للقانون، ترجمة جمال سلطان، ندوة القانون المقارن، دمشق ٥ - ٨/١٠/١٩٩٦م، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالجمهورية العربية السورية ١٩٩٦م، ص ٢٩٩.

اتفاق التوفيق. كما أن تحرير وثيقة مهمة هيئة التوفيق لا يغني عن اتفاق التوفيق؛ لأن اتفاق التوفيق شرطاً أو مشاركة هو الأصل، بينما وثيقة مهمة هيئة التوفيق فرع، ولا يمكن حلول الفرع محل الأصل، وفي حالة وجود الأصل يمكن الاستغناء عن الفرع.

٤٥ - عقد التوفيق المبرم بين الموفق وطرفي النزاع: اتفاق التوفيق -

شرطاً كان أو مشاركة - هو أساس عملية التوفيق؛ حيث يعتبر عمل الموفق تنفيذاً لاتفاق التوفيق، فالتوفيق يبدأ باتفاق، ويسير بمجموعة إجراءات، وينتهي باتفاق تسوية. ويتميز التوفيق بالطابع الاختياري، وعدم تمتع الموفق بسلطة الأمر والإلزام، ولا حسم النزاع بقرار ملزم لطرفي النزاع، فالتوفيق ذاته له طبيعة تعاقدية أساسها إرادة طرفي النزاع حيث يبدأ باتفاق توفيق تنطبق عليه أحكام النظرية العامة للعقد. ويعرف عقد التوفيق المبرم بين الموفق وأطراف التوفيق بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه الموفق القيام بمحاولة التوفيق بين طرفي النزاع خلال مهلة التوفيق مقابل أجر لفض النزاع بينهما باتفاق تسوية قابل للتنفيذ(١).

وينعقد عقد التوفيق بين الموفق وأطراف النزاع بمجرد إيجاب وقبول؛ لأنه عقد رضائي، والرضا قد يكون صريحاً أو ضمناً، كتابةً أو شفويةً، ويثبت عقد التوفيق بكافة طرق الإثبات باعتباره من العقود الرضائية فتكون الكتابة للإثبات فقط لا للانعقاد، وهو ملزم للجانبين، ومعاوضة، ويقوم على مبدأ حسن النية والثقة والاعتبار الشخصي، ومن ثم فإنه يخضع للقواعد العامة في العقد بشأن التراضي، وعيوب الإرادة. ويجب عند اختيار الموفق إبرام عقد مستقل معه توضح فيه أتعابه، وتودع نسخة من العقد بملف التوفيق. وتعيين الموفق من الموفقين أو من القضاء يعتبر إيجاباً موجهاً يلزم قبوله من الموفق.

(١) د. أحمد اللحام، عقد التحكيم، ص ١٩٢. د. فايز عبد الله الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س ٤٢، ع ٢٤، يوليو ٢٠٠٠م، ص ١٥١ - ١٥٢.

ويعتبر عقد التوفيق مصدر حقوق والتزامات الموفق تجاه أطراف النزاع، وهو عقد تقديم عمل أو خدمة يقدمها الموفق، كما أنه عقد غير مسمى، لم يرد له تنظيم خاص ضمن العقود المسماة، وهو عقد معاوضة؛ لأن الموفق يلتزم بعمل معين مقابل الأجر الذي يتقاضاه، كما أنه عقد ملزم للجانبين؛ لأنه ينشئ التزامات متقابلة على عاتق طرفيه؛ وإذا أخل أحد طرفيه بما عليه من التزام كان مسئولاً أمام الطرف الآخر عن تعويض الأضرار التي تصيبه، ويجوز لكل طرف أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه (م ١٦١ مدني). كما أنه عقد من عقود الثقة؛ حيث يلزم الموفق بالإفصاح عن كل الظروف والملابسات التي يكون من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله وحياده، وكذلك يتم اختيار الموفق على أساس الثقة فيه، وعلى الموفق الحفاظ على سرية التوفيق وعلى المعلومات التي أفضى بها الأطراف إليه، كما يجب تنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه من حسن النية (م ١/١٤٨ مدني).

وعلى ذلك فعقد التوفيق هو: اتفاق يبرم بين الموفق، وأطراف اتفاق التوفيق، يتم بمقتضاه وضع اتفاق التوفيق - شرطاً أو مشاركة - موضع التنفيذ، ويكون ذلك بقيام الموفق بالمهمة التوفيقية لإنهاء النزاع بين أطرافه. بمعنى أن عقد التوفيق هو آلة أو أداة تنفيذ اتفاق التوفيق، فالموفق ليس طرفاً في اتفاق التوفيق شرطاً كان أو مشاركة، وإنما هو طرف في عقد التوفيق، وعلى ذلك لا يلتزم الموفق مباشرة بإجراءات التوفيق إلا بعد قبوله المهمة التوفيقية. وقد يندمج عقد التوفيق مع اتفاق التوفيق عندما يتضمن اتفاق التوفيق - شرطاً أو مشاركة - تعيين شخص الموفق، فيعتبر ذلك إيجاباً موجهاً للموفق، فإن تم قبوله من الموفق انعقد عقد التوفيق بين الموفق وطرفي النزاع (١).

(١) د. فايز عبدالله الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س ٤٢، ع ٢، يوليو ٢٠٠٠م، ص ١٥١ - ١٥٢.

- Eric Loquin; Compétence arbitrale; Juriss. Class.; Fasc. 1032; N. 106; P. 27.

وعلي ذلك لا يمكن اعتبار الموفق موظفاً عاماً يؤدي خدمة عامة ؛ لأن الموظف العام لا يملك رفض مهام وظيفته، ولا يتقاضى أجراً من طالبي الخدمة نظير عمله، ويتم تعيينه من الدولة، لا من طالبي الخدمة. بينما الموفق يملك رفض قبول مهمته، ويتقاضى أجراً من طرفي النزاع نظير عمله، ويتم تعيينه من طرفي النزاع، فالعلاقة بين الموفق وطرفي النزاع علاقة عقدية من علاقات القانون الخاص (١). فالموفق شخص خاص يستمد ولايته من اتفاق التوفيق، ولا تسأل عنه الدولة؛ لأنها لم تعينه، وليس تابعاً لها، كما لا يمكن تطبيق جريمة إنكار العدالة عليه (٢).

ويرم عقد التوفيق بين كل طرف والموفق الذي اختاره على حده، ثم يبرم الأطراف عقداً آخر مع الموفق المرجح، أو يبرم الأطراف والموفق عقداً واحداً. وقد تتولى مؤسسة أو مركز توفيق اختيار الموفق نيابة عن طرفي النزاع، فينعقد عقد التوفيق بين أطراف التوفيق والموفق، وذهب رأي إلى أن عقد التوفيق في هذه الحالة يكون قد تم بين أطراف التوفيق ومؤسسة أو مركز التوفيق. فيقوم عقد التوفيق على إرادة طرفي النزاع والموفق بطريقة مباشرة، أو بطريقة غير مباشرة إذا ترك أمر اختيار الموفق لمؤسسة أو مركز توفيق (٣).

ويجب أن يكون الموفق شخصاً طبيعياً كامل الأهلية متمتعاً بالحياد والاستقلال، كما يجب توافر أهلية التصرف في الحق المتنازع فيه للأطراف لاحتمال خسارة الحق المتنازع فيه. بمعنى وجوب توافر الأهلية المدنية أو

= Cass. Civ. 2e ; 17 Juin 1975; Rév. arb. 1976; P. 189; Not.E. Lquin.

- Cass. Civ. 2e; 29 Janv. 1960; D. 1960; P. 262.

(١) د. محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨م، ص ٣٤ - ٣٦.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ١٨٤. د. أحمد الملحم، عقد التحكيم، ص ٢٠٦.

(٣) د. أحمد الملحم، عقد التحكيم، ص ٢٠٦. د. محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، ص ٥٠ - ٥١.

Alexandre Ditchew; Le Contrat d'arbitrage; Rév. arb. 1981; N. 3; P. 395.-

التجارية لدى كل طرف من طرفي النزاع، وخلوه من عوارض أو موانع الأهلية طبقاً لقانونه الشخصي، أي قانون الدولة التي يحمل جنسيتها، وليس القانون المختار من طرفي النزاع ليطبق على موضوع النزاع التوفيقي (١).

وينعقد عقد التوفيق بين الموفق والموفقين بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول؛ لأنه عقد رضائي، ولا يقدح في الرضائية كون الموفق معيناً من قبل مركز أو مؤسسة توفيق، كما لا ينال من الرضائية طلب المشرع صدور قبول الموفق للمهمة التوفيقية كتابة، فالكتابة هنا شرط لإثبات عقد التوفيق، وليست شرطاً لانعقاد عقد التوفيق؛ لتفادي أي نزاع ينشأ في المستقبل. فرضاء الموفق، وأطراف التوفيق ركن من أركان عقد التوفيق، ويجب أن يتحقق صراحة أو ضمناً، ويخضع عقد التوفيق لحكم القواعد العامة في العقد بشأن التراضي، وغيوب الإرادة (٢).

ومسألة قبول الموفق القيام بالمهمة التوفيقية ترجع إلى تقديره الشخصي في إطار طبيعة النزاع، وشخصية أطرافه، وأسماء الموفقين الآخرين، ولا يشترط صيغة معينة لقبول الموفق، فقد يكون صريحاً أو ضمناً. ولا يلزم لانعقاد عقد التوفيق حصول الرضا به في شكل معين مالم يقض القانون بغير ذلك، فلا يعتبر عقداً شكلياً تطبيقاً للقاعدة العامة؛ لأن الرضائية هي الأصل في العقود، والشكلية استثناء (٣).

وتعتبر العلاقة في عقد التوفيق بين الموفق وطرفي النزاع علاقة عقدية من علاقات القانون الخاص، تولد التزامات وحقوق متبادلة بينهما طبقاً للقواعد العامة للعقد في القانون المدني؛ لأن عقد التوفيق عقد غير

- (١) د. أحمد الملحم، عقد التحكيم، ص ٢٠٦. د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم، بند ٢٠١، ص ٦٩٦.
- (٢) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن / عمان ١٩٩٧م، ص ٢٣٥ - ٢٣٨. د. محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، ص ٦٨. د. أحمد الملحم، عقد التحكيم، ص ٢٠٦.
- (٣) د. فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٢٣٥ - ٢٣٨. د. محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، ص ٦٨.

مسمي ، ولم يرد له تنظيم خاص ضمن العقود المسماة في القانون المدني. ومحل عمل أو خدمة يقدمها الموفق لطرفي النزاع ، قوامها محاولة التوفيق بين طرفي النزاع لتسويته بينهما باتفاق تسوية صحيح (١). وقد تتولي مؤسسة أو مركز التوفيق اختيار الموفق نيابة عن طرفي النزاع ، فينعقد عقد التوفيق بين الموفق وطرفي النزاع ، ولأن الموفق لا يعد وكيلاً عن طرفي النزاع فإن مسؤوليته لاتعتبر مسئولية وكيل.

وعقد التوفيق كذلك عقد معاوضة ، فالموفق يلتزم بعمل معين ، إلا هو محاولة التوفيق بين أطراف النزاع خلال ميعاد التوفيق ، مقابل الأجر الذي يتقاضاه من طرفي النزاع. وعقد التوفيق أيضاً عقد ملزم للجانبين ؛ لأنه ينشئ التزامات متقابلة على عاتق طرفيه ، فإذا أحل أحد طرفيه بما عليه من التزام ، كان مسئولاً أمام الطرف الأخر عن تعويض الأضرار التي تصيبه ، ويجوز لكل طرف أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يقوم الطرف الأخر بتنفيذ التزامه (م ١٦١ مدني). كما أن عقد التوفيق عقد من عقود الثقة ؛ حيث يلزم الموفق بالإفصاح عن كل الظروف والملاسات التي يكون من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله وحياده ، ويتم اختيار الموفق من قبل الموقفين على أساس الثقة فيه ، وعلى الموفق الحفاظ على سرية التوفيق ، وعلى المعلومات التي أفضى بها الأطراف إليه ، كما يجب تنفيذه بطريقة تتفق مع ما توجهه حسن النية (م ١٤٨/١ مدني) (٢).

(١) د. وجددي راغب ، تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل ، مجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق جامعة الكويت ، ص ٧ ، ع ٤ ، ديسمبر ١٩٨٣ م ، ص ١٠٦. د. أبو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم ، ص ٩٧. د. أمال أحمد الفزائري ، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٣ م ، ص ٤٦.

-Paris; 25 Fév. 1994; Rév. arb. 1995; P. 129.

Paris; 14 Juin. 1985; Rév. arb. 1987; P. 395.-

-Paris; 8 Janv. 1984; Rév. arb. 1984; P. 530.

(2) د. محمد سعد خليفة ، عقد التحكيم ، ص ٥٥ - ٥٧. د. مصطفى الجمال ، ود. عكاشة عبد العال ، التحكيم ، ص ٥٩٤.

Bruno oppetit; La clause arbitrale par Référence; Rév. arb. 1990; P 55. -

ومحل عقد التوفيق كركن من أركانه يتمثل في إجراء محاولة التوفيق بين طرفي النزاع لتسوية النزاع خلال مهلة التوفيق باتفاق تسوية، عن طريق موفق من ذوي الخبرة والكفاءة والثقة، مقابل أجر يتقاضاه الموفق من طرفي النزاع.

أما سبب عقد التوفيق كركن من أركانه فيتمثل في رغبة طرفي النزاع في تسوية النزاع القائم بينهما بالتوفيق دون القضاء عن طريق هيئة توفيق من اختيارهم. ويجب أن يكون النزاع كسبب لعقد التوفيق مشروعاً، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

وبعد توافر أركان عقد التوفيق ينتج آثاره بين أطرافه مرتباً حقوقاً والتزامات لكل من طرفيه، وذلك في ضوء اتفاق التوفيق والقانون الواجب التطبيق على التوفيق. وتلك الحقوق والالتزامات المتبادلة لطرفي عقد التوفيق تمثل نطاق مسؤولية الموفق، ويثبت عقد التوفيق بين الموفق والموفقين بكافة طرق الإثبات؛ لأنه من العقود الرضائية، واشتراط الكتابة للإثبات لا للانعقاد، فإن لم يكن العقد مكتوباً جاز للموفق إثباته بكافة طرق الإثبات.

• وتعتبر العلاقة في عقد التوفيق بين الموفق والأطراف علاقة عقدية من علاقات القانون الخاص، محلها عمل أو خدمة يقدمها الموفق للأطراف، قوامها الفصل في النزاع بينهما باتفاق تسوية صحيح خلال مهلة التوفيق، ويخضع للقواعد العامة في العقود طبقاً لأحكام القانون المدني، والقواعد الخاصة بالتوفيق(١).

(١) د. وجدي راغب، تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق جامعة الكويت، س٧، ع٤٤، ديسمبر ١٩٨٣م، ص ١٠٦. د. أمال أحمد الفزيري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٣م، ص ٤٦. د. أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم، ص ٩٧.

- Paris; 25 Fév. 1994; Rév.arb.1995; P.129.

-Paris; 14 Juin 1985; Rév.arb.1987; P.395.-

- Paris; 8 Janv. 1984; Rév.arb.1984; P.530.

وتعتبر العلاقة بين الموفق ومركز التوفيق في التوفيق المؤسسي علاقة عقدية بين الطرفين ، تولد حقوقاً والتزامات متبادلة لمصلحة كل منهما ولمصلحة الغير (أطراف عملية التوفيق) ؛ حيث يقوم مركز التوفيق بإدارة ورعاية عملية التوفيق ، ويقوم الموفق بمهمته التوفيقية برعاية ومساعدة المركز وفقاً لما تنص عليه قواعد المركز ، ويقوم الموفق مباشرة بمهمته التوفيقية بصفة مستقلة دون تبعية لمركز التوفيق أو الغير الذي اختاره (١). كما تعتبر العلاقة بين مركز التوفيق في التوفيق المؤسسي وأطراف التوفيق علاقة عقدية تولد حقوقاً والتزامات متبادلة لمصلحة كل منهما ؛ إذ يكون مركز التوفيق في حالة إيجاب عام موجه للجماهير الراغبين في التوفيق وفقاً لقواعده وإجراءاته ، ومنتظر قبولاً من طرفي التوفيق برضاهم في اتفاق التوفيق علي الخضوع لقواعد وإجراءات هذا المركز بالتحديد (٢). ويعتبر عقد التوفيق عقداً رضائياً غير مسمي من عقود الثقة له طبيعة خاصة ، وهو عقد ولاية ؛ إذ بمقتضاه يولي طرفي النزاع الموفق سلطة القيام بمهمة التوفيق في النزاع بينهما ، ويلتزم الموفق بمحاولة التوفيق لتسوية النزاع ، ولذا نهيب بالمشرع المصري تقنين أحكام عقد التوفيق ضمن نصوص قانون خاص بالتوفيق كوسيلة ودية لفض المنازعات ، بتحديد الشروط الواجب توافرها في الموفق ، وواجباته ، وحقوقه ، ومسئوليته ، وحصانته ، وشروط انعقاد عقد التوفيق ، وتكوينه ، وأحكامه ، وانقضاؤه...

وينقضي عقد التوفيق انقضاءً طبيعياً بإحجاز الموفق المهمة الموكولة إليه بإصداره قرار تسوية للنزاع المعروض عليه خلال ميعاد التوفيق ، وقد ينقضي عقد التوفيق انقضاءً غير طبيعي (انقضاء مبتسر) إما لأسباب ترجع إلى الموفق : كوفاته ، أو لحرمانه من حقوقه المدنية ، أو الحجر عليه ، أو لوجود مانع قانوني لديه كمرض ، أو شغله وظيفية معينة ، أو امتناعه

- (١) د.فتحى والي ، قانون التحكيم ، بند ١٤٨ ، ص ٢٨١. د.مصطفى الجمال ، ود.عكاشة عبد العال ، التحكيم ، بند ٤١٥ ، ص ٦٠٢.
- (٢) د.فتحى والي ، قانون التحكيم ، بند ١٤٧ ، ص ٢٨٠ - ٢٨١.

عن مباشرة مهمته. وإما لأسباب ترجع إلى طرفي النزاع: كالتنازل عن اتفاق التوفيق، أو اتفاق طرفي النزاع على تسويته بالتحكيم أو بالقضاء، أو عزل أو رد الموفق، أو إنهاء عملية التوفيق بترك إجراءات التوفيق، أو بوفاء طرفي النزاع أو أحدهما، أو رفض طرفي النزاع أو أحدهما مد مهلة التوفيق التي انقضت دون الوصول إلي اتفاق تسوية (١).

ويانقضاء عقد التوفيق المبرم بين الموفق وطرفي النزاع تنقضي ولاية الموفق، ويفقد صفته كموفق ويصبح شخصاً عادياً؛ لأن ولايته خاصة ومؤقتة ومحددة بنزاع معين بموجب اتفاق التوفيق، وقد ينقضي عقد التوفيق انقضاءً طبيعياً بإتمام اتفاق تسوية في النزاع خلال ميعاد التوفيق. فالعلاقة بين الموفق، وطرفي النزاع هي علاقة عقدية من علاقات القانون الخاص أساسها عقد التوفيق الذي يولد حقوق والتزامات متبادلة بينهما (٢).

٤٦. **حقوق والتزامات الموفق:** يرتبط الموفق مع طرفي النزاع بعقد توفيق يرتب مجموعة من الحقوق والواجبات على عاتق الموفق من جهة، وعلى طرفي النزاع من جهة أخرى. وبالتالي تعتبر التزامات كل منهما التزامات إبادية مصدرها عقد التوفيق المبرم بينهما، وتعتبر التزامات الموفق التزامات مدنية، ويمكن إجباره على تنفيذها تنفيذاً عينياً إذا لم يتم بتنفيذها اختيارياً، وإلا أمكن إلزامه بتنفيذها بمقابل أي عن طريق التعويض.

(١) دفتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٦٦ وما بعده، ص ٤٦٤ وما بعدها. د. عيد القصاص، حكم التحكيم، بند ٦٧، ص ٢١٠ وما بعدها.

- Alexandre Ditchew; Le Contrat d'arbitrage; Rév. arb. 1981; N. 9; P. 404.

- Eric Loquin; Compétence arbitrale; Juri. Class. Fasc.1032; N.106; P. 27.

- Cass. Civ.2 □ ; 17 Juin 1975; Rév. arb.1976; P. 189; Not. E. Loquin.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم، بند ٦٢ - ٦٣، ص ١٤٢ - ١٤٨، بند ٩١،

ص ٢١٤ - ٢١٥. د. فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٢٤٥ وما بعدها.

د. عزمي عبدالفتاح، إجراءات رداً للمحكمن في قانون المرافعات الكويتي، المجلة

العربية للفقه والقضاء، تصدر عن اتحاد وزراء العدل العرب، المغرب، العدد

الثالث، إبريل ١٩٨٦، ص ٤٤٧.

أولاً: التزامات الموفق: يقع على عاتق الموفق سواء أكان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز أو من الغير أو من المحكمة القضائية، مجموعة من الالتزامات تمثل واجبات قانونية، وذلك بمقتضى عقد التوفيق المبرم بينه وبين الأطراف، ويلتزم الموفق بأن يبذل مساعيه بمحاولة التوفيق، والتقريب بين وجهات نظر الأطراف، وعليه بذل عناية الشخص المعتاد دون أن يكون ملتزماً بتحقيق نتيجة معينة هي حل المنازعة، ومن تلك الالتزامات:

(أ) - التزام الموفق بالكشف عن الظروف والوقائع التي من شأنها إثارة شكوك حول حياده واستقلاله: يجب توافر استقلال الموفق عن الخصوم، وحيده تجاههم، سواء كان الموفق معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز توفيق أو من الغير أو من المحكمة القضائية. وسواء كان في توفيق حر أم مؤسسي، وطني أم دولي. ويعني الاستقلال: انتفاء رابطة التبعية بين الموفق والخصوم أو الدولة أو الغير، وعدم وجود روابط مادية تنافي استقلاله والميل لأحد الأطراف. ويعني الحياد: ألا يكون للموفق ميل ذهني أو نفسي لصالح أو ضد أحد الأطراف بحيث يرجح معه الحكم لأحد الأطراف بميل أو هوي أو تحيز لأحد الأطراف لوجود صلة ما كقربان أو مصلحة أو مودة أو عداوة. ولا يتنافى مع استقلال الموفق أو حياده؛ أن يأخذ أتعابه من الطرف الذي اختاره، والعلاقات التبادلية بين الموفق وغيره من الموفقين أو المحامين بحكم وجودهم في مجال مهني واحد. وتعد قواعد التوفيق المتعلقة بمهنة الموفق واستقلاله من النظام العام(١).

(١) د. يحيى الجمل، حيدة واستقلال المحكمين، مجلة التحكيم العربي، ع٤، ص ١٥. د. أكثم الخولي، خليات التحكيم وآدابه، بحث صادر عن اتحاد المحامين العرب عن التحكيم، ص ١٩. د. وائل طيارة، حياد المحكم، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، ع٣، ١٩٩٦م، ص ٣٠. د. عادل محمد خير، حصانة المحكمين مقارناً بحصانة القضاء، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٦م، ص ٩٧. نقض مدني ٢٠٠٧/٢/٨، طعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ق.

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

- Goldman; La débat sur l'indépendance de l'arbitre; Rév. arb. 1970; P. 229.

يجب على الموفق أن يفصح عند قبوله - كتابة أو شفاهة - القيام بمهمته عن أي ظروف ووقائع من شأنها إثارة شكوك حول حياده، واستقلاله، وأن يفضي منذ تعيينه وطوال إجراءات عملية التوفيق، وبلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظروف أو وقائع من هذا القبيل. ويجب أن يظهر حياد الموفق منذ قبوله لمهمة التوفيق، ويستمر إلي حين انتهاء عملية التوفيق، ويتحقق ذلك بتقديمه ملخصاً مكتوباً عن علاقاته، ومصالحه وأعماله الحالية والسابقة واللاحقة المتعلقة بموضوع نزاع التوفيق، وأطرافه وأقاربهم، ويجب عليه أيضاً الإفصاح عن أسباب رده عن مهمة التوفيق لطرفي النزاع، ولا يباشر مهمته إلا بموافقة جميع أطراف النزاع، وعدم اعتراض أحدهم على تعيينه في الوقت المحدد حتى يحيطوا علماً بتلك الظروف والوقائع (١). ويكمن أساس هذا الالتزام في أن رضا الأطراف هو أساس عملية التوفيق، وعدم تقييد الموفق بهذا الالتزام يؤدي إلى فشل عملية التوفيق بعدم قبول اتفاق التسوية، فضلاً عن تقرير مسؤوليته طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية عن ضياع الوقت والنفقات والمصاريف التي تحملها طرفي النزاع هدرأ (٢).

• ويجب على الموفق الالتزام بالحياد والاستقلال وعدم الانحياز لأحد أطراف النزاع أو ضده لأسباب شخصية أو مهنية؛ لأن ذلك يخل بمبدأ الثقة في الموفق. ويتعلق الاستقلال بصلة الموفق بأطراف النزاع، أما الحياد فيتعلق بصلة الموفق بموضوع النزاع، فيجب ألا يكون للموفق صلة بموضوع النزاع، ولا بأطرافه، وألا يكون له مصلحة مالية أو أدبية،

(١) - Michel Bénichou; L'avocat et la médiation, Gaz. Pal. 28-30 novembre.1999; P. 32.

(٢) ديجي الجمل، حيدة واستقلال المحكمين، ص ١٥. دوائل طيارة، حياد المحكم، ص ٣٠. د. عبد الحميد الأحذب، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، ع ٢، يناير ٢٠٠٠م، ص ٢٤٥. تقض مدني ٢٠٠٧/٢/٨م، طعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ ق.

- <http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>
- Goldman; La débat sur l'indépendance de l'arbitre; Rév.arb.1970; P.229.

حقيقية قائمة أو محتملة، حتى يستطيع القيام بمهمة التوفيق بعيداً عن العواطف والعلاقات والمصالح مهما كان شكلها، ولذلك يجب أن يكون الموفق حيادياً وموضوعياً وعادلاً في أداء مهمة التوفيق ومستقلاً في عمله؛ وذلك لضمان سير عملية التوفيق بأمان وحياد وعدالة نزيهة على الوجه المطلوب بعيداً عن الجور والشطط والتعسف والاستبداد، والتزام الموفق بالحياد وعدم المحاباة يستمر طوال عملية التوفيق، حتى بعد فشل التوفيق، فلا يجوز له العمل كمستشار قانوني لأحد الخصوم (١).

(ب) - التزام الموفق باحترام الواجبات السلوكية والأخلاقية للموفقين: يجب على الموفق عدم الاتصال بطرفي النزاع للسعي نحو اختياره أو تعيينه موقفاً، والقيام بمهمته دون تحيز، وفي الوقت المحدد لها، وعدم قبوله لأي هدايا أو مزايا مباشرة أو غير مباشرة من أحد طرفي النزاع، وعدم الاستفادة الشخصية من المعلومات التي حصل عليها أثناء عملية التوفيق لحل النزاع، والمحافظة على أسرار طرفي النزاع وعدم إفشائها، ويجب على الموفق التحقق من وجود اتفاق التوفيق - شرطاً كان أو مشارطه - وصحته؛ لأنه مناط اختصاصه، وكمسألة أولية لازمة قبل الخوض في موضوع مهمة التوفيق (٢).

ويقوم الموفق ببحث وجود وصحة اتفاق التوفيق من تلقاء نفسه؛ أو

(١) د.سحر عيد الستار، المركز القانوني، بند ٤١، ص ١٠٨ - ١٠٩؛ بند ٥٣، ص ١٩٥. د.أبو العلا النمر، ميعاد التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٩م، ص ١٩١. د.علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٢٠٣ وما بعدها. د.هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٠٢ وما بعدها، ص ١٦٠ وما بعدها. د.محمد محمود بدران، المشاكل الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم، مجلة التحكيم العربي، ٣ع، أكتوبر ٢٠٠٠م، ص ٣٩ - ٤٣.

- B.oppetit; Les modes alternatifs de règlement des différends De la vie économique; Justices 1995, N.1, P.56.

(٢) د.حميد محمد علي اللهيبي، المحكم، ص ١٩٩ - ٢٠٣. د.أكثم أمين الخولي، خليات التحكيم، مجلة التحكيم اليمنية، ٣ع، ٢٠٠٠م، ص ١٧. نقض مدني ١٩٩١/١/١٤م، طعن رقم ٨٨٧، ١١٥٤ السنة ٥٩ق، ص ٤٢، ج ١، ق ٣٣، ص ١٨٤.

-Paris; 20 déc.1984; Rév.arb.1987; P.84.

بناء على طلب أحد طرفي النزاع إذا ما دفع بعدم وجود اتفاق التوفيق أو بعدم صحته ، كما يجب على الموفق تبليغ طرفي النزاع بمواعيد جلسات عملية التوفيق ، وبالمعاينات ، والاستعانة بكافة طرق الإثبات لإظهار الحقيقة والعدالة بعد العمل بحسن نية بعيداً عن الغش والاحتيال (١).

ولا يجوز للموفق أن يتولى مهام محكم أو وكيل أو مستشار لأحد الأطراف في أي إجراءات قضائية أو تحكيمية تتعلق بصورة مباشرة أو غير مباشرة بالنزاع الذي تولي فيه مهمة التوفيق ، كما لا يجوز للأطراف دعوة الموفق لأداء الشهادة في مثل هذه الإجراءات. كما يلتزم الموفق بالامتناع عن استعمال الآراء والمقترحات التي تقدم بها في أي إجراء قضائي أو تحكيمي.

(ج) - التزام الموفق بقبول مهمة التوفيق ، ومباشرتها بنفسه ، والاستمرار فيها حتى نهايتها: يجب على الموفق سواء كان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز توفيق أو من الغير أو من المحكمة القضائية إصدار موافقته لطرفي النزاع على قبوله مهمة التوفيق صراحةً أو ضمناً دون إبداء أي تحفظات ، ويكون قبول الموفق لمهمته شفاهة أو كتابةً ، ولا يشترط في الكتابة شكلاً معيناً ، ولا يترتب على عدم الكتابة أي بطلان ؛ لأنها شرط إثبات لا شرط صحة ، وإنما تفضل الكتابة على الشفاهة لتفادي أي نزاع قد ينشأ في المستقبل بشأن قبول أو عدم قبول الموفق لمهمة التوفيق. ويثبت قبول الموفق مهمة التوفيق بأية وسيلة من طرق الإثبات ، فقد يثبت بتوقيعه على عقد التوفيق المبرم بينه وبين طرفي النزاع ، أو بالفاكس ، أو بخطاب موقع منه لطرفي النزاع ، أو بتوقيعه على محاضر جلسات التوفيق ، أو بأي عمل من أعمال التوفيق موقع عليه من الموفق... ولا يترتب على رفض الموفق القيام بمهمة التوفيق بطلان اتفاق التوفيق ، شرطاً كان أو مشارطه ، بل يتعين على طرفي النزاع تعيين موفق آخر

(١) - Michel Béni chou; L'avocat et la médiation; Gaz.Pal.28-30 nov.1999;P.31-32.

بدليل (١).

هذا ويعتبر عقد التوفيق المبرم بين الموفق وطرفي النزاع عقداً رضائياً، من عقود الثقة التي تقوم على الاعتبار الشخصي... فالثقة في شخص الموفق هي مناط اختياره موقفاً، وبالتالي يجب على الموفق القيام بمهمة التوفيق بنفسه، ومن ثم فلا يجوز للموفق تفويض غيره منها كانت شخصية هذا الغير في القيام بمهمة التوفيق نيابة عنه؛ لأن هذا الغير لم يكن طرفاً في عقد التوفيق مع طرفي النزاع، ما لم يوافق طرفي النزاع للموفق المختار على إنابة غيره باتفاق صريح في عقد التوفيق أو باتفاق لاحق له في القيام بمهمة التوفيق أو بجزء منها، وإلا كان الموفق المختار محلاً للمساءلة القانونية تجاه المضرور من طرفي النزاع. وعلي ذلك لا يجوز تفويض الموفق غيره في أداء مهمته، وهذا الالتزام لم يرد النص عليه في القانون، رغم أنه التزام مفروض بطبيعة عملية التوفيق، والفلسفة التي يقوم عليها، ولأن المهمة التوفيقية ذات طابع شخصي بحيث تتمثل في الثقة في شخص الموفق وعدالته (٢).

كما يجب على الموفق احترام مبدأ استمراريته في أداء مهمة التوفيق ومتابعتها حتى نهايتها، ولا يحق له التنحي أو الاستقالة دون مبرر قوى وإلا عرض نفسه للمساءلة القانونية عن الإخلال بهذا الالتزام؛ إذ يختص الموفق بتسيير إجراءات عملية التوفيق عن طريق وضع نظام متكامل بخطة زمنية، وفرض رقابته المستمرة على طرفي النزاع ابتداءً من تقديم طلب

(١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم، ص ١٧٣. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٥٨. د. أشرف الرفاعي، النظام العام للتحكيم، ص ٢٣٤. د. أبو العلا النمر، ميعاد التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م، ص ١٩١. د. حسني المصري، التحكيم، ص ١٧٣. د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ٨٣. نقض مدني ١٩٧٤/٢/٢٤م، طعن رقم ٤٨٩ لسنة ٣٧ق، س، ٣٤، ج ١، ص ٣٢١.

- Trib. Gran. Inst. Paris; 28 Oct. 1983; Rév. arb. 1985; P.151.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم، ص ٢٦٢. د. سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم، ص ٨٠. د. سحر عبد الستار، المركز القانوني، ص ١٢٥.

التوفيق إلى الإعلانات، وتقديم الطلبات والمستندات، وإدارة الجلسات وتنظيمها، وإجراء التحقيق، وسماع الشهود، والاستعانة بالخبراء... وانتهاءً باتفاق التسوية.

ويجب على الموفق أن يبذل مساعيه بمحاولة التوفيق والتقريب بين وجهات نظر طرفي النزاع، وله كافة السلطات التي تمكنه من فحص النزاع والإلمام بكافة عناصره والاستعانة بالخبرات اللازمة لتسوية النزاع، ويجب على طرفي النزاع تقديم كل ما يطلبه الموفق من أدلة ومستندات وبيانات ومعلومات والتعاون معه لإنجاز مهمة التوفيق بنجاح (١).

كما يجب على الموفق أن يكون مجتهداً ومستمعاً جيداً وموضوعياً ومتفهماً ومرناً وصبوراً، وعدلاً في معاملة طرفي النزاع، ولديه الوقت الكافي والعناية اللازمة لتوفيق فعال، ولديه احترام لآراء زملائه عند تعدد أعضاء هيئة التوفيق بسماع وجهات النظر المختلفة (٢).

(د) - التزام الموفق بالمساواة بين طرفي النزاع واحترام مبدأ المواجهة بينهما: يجب على الموفق أثناء قيامه بمهمة التوفيق الالتزام بتطبيق مبدأ المساواة بين طرفي النزاع، وأن يعامل طرفي النزاع على قدم المساواة، ويهيئ لكل منهما فرصاً متكافئة وكاملة لعرض مشكلته ووجهة نظره؛ وذلك حتى تتحقق ثقة وطمأنينة طرفي النزاع في شخص الموفق وعملية التوفيق، فيجب على الموفق أن يساوي بينهما في كل شيء حتى في العبارات، والإشارات والجلوس أمامه في مجلس التوفيق؛ لأن المساواة بينهما سمة من سمات العدل والإنصاف.

وعلى ذلك لا يجوز للموفق أن يسمح لأحد طرفي النزاع بعرض

(١) د. محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، ص ٥٥ - ٥٧. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم، ص ٥٩٤. د. أحمد الملحم، عقد التحكيم، ص ٢٠٦. ناهد حسن حسين علي عشري، الوسائل الرضائية لفض منازعات العمل الجماعية، رسالة ماجستير حقوق القاهرة ٢٠٠٠م، ص ١٠٦.

(٢) د. عادل محمد خير، حصانة المحكمين مقارنة بحصانة القضاء، دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٩٦م. د. حميد محمد علي اللهيبي، المحكم، ص ٢١٥ - ٢١٧.

مشكلته ووجهة نظره وتقديم أدلته دون الطرف الآخر، أو أن يسمح لأحدهما بتوكيل محام دون الآخر، أو أن يسمح لأحدهما بحضور جلسات عملية التوفيق دون الآخر، أو يتجسس لسماع أحدهما دون الآخر، أو يسمع شهود أحدهما دون الآخر، أو يرفض دون مبرر سماع اعتراضات أو رد أحدهما دون الآخر، أو يسمع دفاع أحدهما دون الآخر، أو يقبل دون مبرر دليلاً لصالح أحدهما دون الآخر، أو يتبنى دون مبرر أو يقبل دون مبرر وجهة نظر أحدهما دون الآخر، أو يتصرف كمحام عن أحدهما دون الآخر...

فيجب على الموفق المساواة بين الأطراف، وذلك بتمكين كل طرف منهما من شرح دعواه، وعرض حججه، وأدلته، ودفاعه، ودحض حجج خصمه، واحترام مبدأ المواجهة بين طرفي النزاع بإعلام كل منهما بطلبات خصمه ودفاعه ومناقشته لضمان حسن أداء العدالة، ولإظهار الحقيقة، ويتحقق ذلك بإتاحة الفرصة كاملة لكل طرف في المثول أمام الموفق لشرح ادعاءاته، وتفنيد مزاعم خصمه، وتمكينه من إثبات دعواه، وفحص كل الأدلة التي يكون من شأنها تغيير وجه الرأي في عملية التوفيق، فمبدأ المواجهة يقرب بين وجهات نظر طرفي النزاع، ويسهم في تحقيق الحوار والمناقشة بينهما (١).

(هـ) - التزام الموفق بأداء مهمته بنزاهة وعدالة مع احترام مبدأ سرية التوفيق: يجب على الموفق الالتزام بأداء مهمته بنزاهة وعدالة، فقد يقوم بالدور الإرشادي لطرفي النزاع عن طريق تقديم الدعوة لهما بتقديم إيضاحات حول واقعة يرى أنها ضرورية لحل النزاع، فيجب على الموفق عدم الانحياز لأحد طرفي النزاع أو ضده، بل العمل بمحيطة وحذر شديدتين. ويعد متعارضاً مع نزاهة وعدالة الموفق: استغلال الموفق لعدم خبرة أحد طرفي النزاع أو محاميه من خلال حرمانه من الاطلاع على مستندات

(1)- D. pollet; Principe de contradiction et médiation; Gaz. Pal. 2 - 3 juin 1999, P. 3.
- PH-Grandjean; L'expérience d'un médiateur; Gaz. Pal. 1996; 2; doct; P. 962.

خصمه، وارتكاب غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم بسوء نية بقصد الإضرار بأحد طرفي النزاع أو لتحقيق مصلحة خاصة للموفق أو وصف مستند على غير حقيقته، أو قيامه بتصرف معين يضر بأحد طرفي النزاع نتيجة رشوة من الطرف الآخر، أو تحريف الموفق للوقائع أو الأقوال أو المستندات أو حقائق عملية التوفيق، أو سوء نية الموفق وغشه تجاه أحد طرفي النزاع...

وقاعدة " الغش يبطل التصرفات " قاعدة قانونية سليمة حتي ولو لم يجربها نص خاص في القانون، وتقوم هذه القاعدة على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها في التصرفات والإجراءات عموماً، صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات، فقاعدة الغش يفسد كل شيء هي قاعدة قانونية مصدرها القانون الطبيعي وقواعد العدالة الوارد ذكرها في (م ١ مدني)، ونظرية التعسف في استعمال الحق (م ٥ مدني)(١).

ويجب على الموفق أن يتصرف في كل الظروف بطريقة نزيهة مع كل الأطراف ومع كل مشارك آخر في التوفيق، وأن يسير على هذا المنوال في أي وقت، كما يجب عليه تطبيق مبدأ المساواة بين الأطراف طيلة إجراءات عملية التوفيق.

ويجب على الموفق سواء كان معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز توفيق أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في توفيق وطني أو دولي، حر أم مؤسسي احترام مبدأ سرية عملية التوفيق تجاه الغير، وإلا وقع تحت طائلة المسؤولية القانونية، فجلسات التوفيق تكون سرية، ويجوز للغير ممن له علاقة بالنزاع حضور الجلسات في حالة موافقة الأطراف والموفق، وذلك استناداً إلى خصوصية منازعة التوفيق، فعملية التوفيق تكون سرية إلا على أطراف التوفيق وممثلهم بخلاف القضاء.

(١) نقص مدني ١٧/١/١٩٨٠ م، طعن رقم ٥٤٥ لسنة ٤٨ ق، مج، س ٣١، ج ١، ق ٢٤، ص ١٩٧. نقص مدني ٢٢/١/٢٠٠١ م، طعن رقم ١٠٣ لسنة ٦٥ ق، مستحدث دوائر الأحوال الشخصية ٢٠٠٠/٢٠٠١ م، ص ٦١.

فالأصل فيه العلانية. ويمتنع على الموفق الاستفادة من المعلومات مادياً أو معنوياً، كما يحظر عليه اطلاع الغير على المستندات أو الإدلاء بشهادة أمام القضاء عن معلومات أطراف التوفيق، ويعتبر إفشاء المعلومات إلى وسائل الإعلام للترحيح من ورائها إخلال بعنصر الثقة والكتمان... وذلك ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني مخالف (١).

ويشمل نطاق حظر إفشاء السرية على الموفق: وجهات النظر أو الاقتراحات، والإقرارات أو التصريحات، والمعلومات التي يصرح بها الأطراف أو الشهود للموفق خلال عملية التوفيق، والمحاضر والتقارير أو المستندات الأخرى التي يستلمها الموفق خلال قيامه بالتوفيق، وإجراءات التوفيق والجلسات والمعلومات والوثائق والأقوال والأفعال والأدلة الخاصة بعملية التوفيق والاستفادة بالمعلومات مادياً أو معنوياً، واطلاع الغير على المستندات، أو الإدلاء بشهادة أمام القضاء عن مهمة التوفيق، أو إفشاء المعلومات إلى وسائل الإعلام للترحيح من ورائها، أو نشر إجراءات التوفيق. ولا يجوز للموفق العمل كمستشار قانوني لأحد طرفي النزاع أو محكم أو خبير أو شاهد... ضماناً لسرية التوفيق.

ويلتزم الموفق ومن يساعده من خبراء وغيرهم بالمحافظة على الأسرار المهنية التي تصل إلى علمهم أثناء نظرهم النزاع المعروض على التوفيق، وإلا كان للمضرور من إفشاء هذه الأسرار مطالبتهم بالتعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية (٢).

(١) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم، ص ٢٤٨، ٢٤٩. د. عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، ص ٢١٢. مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جلسة ٢٠٠٢/١/٢ في قضية تحكيمية رقم ١٨٦ لسنة ٢٠٠٠ ف، مجلة التحكيم العربي، ٥٤، سبتمبر ٢٠٠٢، بند ١٨، ص ١٩٣.

(٢) نقص مدني ١٩٨٠/١/١٧م، طعن رقم ٥٤٥ لسنة ٤٨ ق، مج، س ٣١، ج ١، ق ٢٤، ص ١٩٧. نقص مدني ٢٠٠١/١/٢٢م، طعن رقم ١٠٣ لسنة ٦٥ ق، مستحدث دوائر الأحوال الشخصية ٢٠٠٠/٢٠٠١م، ص ٦١.

- Serge Braudomm; Propos sur la médiation en matière civile; Gaz. Pal.14-15 avril 1995; doct. P.3.

وإذا خالف الموفق واجب الالتزام بالسرية بكافة أشكالها وصورها المتعلقة بالدعوى التوفيقية المعروضة عليه، فإن هذه المخالفة توقعه تحت طائلة المسؤولية الجنائية، والتأديبية، والمدنية، إلا إذا كان الكشف قد تم بموافقة خطية من أطراف النزاع التوفيقية (١):

وبعد إنهاء عملية التوفيق يتم إرجاع جميع الوثائق والمستندات المرسلة للأطراف دون احتفاظهم بنسخة منها. ولا تستعمل الوثائق والمعلومات التي تم حصول الأطراف عليها أثناء سريان عملية التوفيق إلا لغرض التوفيق.

وترجع العلة في وجوب التزام الموفق بسرية عملية التوفيق إلى الرغبة في توطيد ثقة طرفي النزاع في التوفيق لعدم إثارة أو تداول أدلة ومعلومات التوفيق أثناء متابعة إجراءات الخصومة القضائية، نظراً لاستقلال إجراءات التوفيق عن الإجراءات القضائية. ويمتد نطاق الالتزام بالسرية إلى الخصوم، والمحامين، والخبراء، وإجراءات وتحقيقات عملية التوفيق لايحوز إثارتها أمام القاضي المختص بنظر النزاع إلا بعد موافقة صريحة ومكتوبة باتفاق الخصوم، ولا يمكن استخدامها في خصومة أخرى. بمعنى أن إجراءات التوفيق سرية ولا يجوز الاحتجاج بها أو بما تم فيها من تنازلات أمام أي محكمة أو أي جهة كانت (٢).

(١) د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، ج ٢، ص ٢٤٣. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٦١.

N.3; P.395. Alexander Ditchave; Le Contrat d 'arbitrage; Rév. arb. 1981;-

Eric Loquin; Compétence arbitrale; Juris. Class. Fasc.1032. N.107.-

(2) -Evelyne serverin; Le médiateur civil et le service public de la justice; Rév. trim. Dr. Civ. 2003; N. 2; P. 236.

- Roger Perrot; Institutions judiciaires; 7 éd.; mantchrestien 1996; N. 485; P. 426.

- G. Herrmann; La conciliation: nouvelle méthode des différends; Rév. arb. 1985; P. 367.

(و) - التزام الموفق باحترام حدود النطاق الشخصي لاتفاق التوفيق: يجب على الموفق سواء كان معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز توفيق أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في تحكيم وطني أو دولي، حرّام مؤسسي، إحترام حدود النطاق الشخصي لاتفاق وخصومة التوفيق. فاتفاق التوفيق لا يلزم إلا طرفيه الذين أبرموه، أو الغير الذي يمتد إليه أثر اتفاق التوفيق (م ١٤٥ مدني مصري). ولذا لا يخضع لولاية هيئة التوفيق بمقتضى اتفاق توفيق من ليس طرفاً فيه، ولا يستفيد من هذا الاتفاق إلا أطرافه، ولا يضار منه غيرهم، ولا يملك التمسك ببطلانه إلا هم. ويمتد هذا الاتفاق ويتسع ليشمل الخلف العام والخلف الخاص كالورثة والمحال إليه (١).

وعليه لا يجوز للموفق تمديد النطاق الشخصي لاتفاق التوفيق الإلكتروني إلا بموافقة طرفي النزاع باتفاق توفيق لاحق، ولا يجوز السماح لأشخاص غير أطراف اتفاق التوفيق الإلكتروني بالتدخل أو الإدخال في إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني، ولا في اتفاق التسوية الودية بعد محاولة التوفيق الإلكتروني. فاتفاق التوفيق لا يلزم، ولا يلتزم به سوى أطرافه فقط، لذا لا يدخل في عملية التوفيق الإلكتروني من ليس طرفاً فيه، ولا يستفيد منه إلا أطرافه، ولا يضار منه غيرهم، ويمتد اتفاق التوفيق الإلكتروني ويتسع ليشمل فقط الخلف العام، والخلف الخاص - كالورثة، والمشتري - لأطرافه (٢).

ويحدد أطراف عملية التوفيق بأشخاص اتفاق التوفيق، ويظل هذا النطاق الشخصي ثابت طوال سير عملية التوفيق؛ بحيث لا يجوز كقاعدة عامة التدخل الاختياري أو الإدخال في عملية التوفيق للغير، وذلك

(١) دسامية راشد، التحكيم، بند ١٨٤، ص ٣٣٦. تقض مدني ١٤/٤/١٩٧٠م، طعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ ق، مج، س ٢١، ج ١، ق ٩٦، ص ٥٩٨. تقض مدني ٢٥/٢/١٩٦٥م، طعن رقم ٦٠ لسنة ٣٠ ق، مج، س ١٦، ج ١، ق، ص ٢٣٠.

(٢) الإشارة السابقة.

لإحترام إرادة أشخاص اتفاق التوفيق، ومع ذلك يجوز لهم أن يسمحوا للغير بالتدخل بإدراج نص يميز ذلك في اتفاق التوفيق نفسه، وإما باتفاق لاحق. ونفس الأمر بالنسبة للإدخال لا يكون مقبولاً إلا باتفاق طرفي التوفيق، وسواء كان الإدخال بناءً على طلب أحد أطراف التوفيق أو بناءً على طلب الموفق وبشرط موافقة الشخص الذي يراد إدخاله (١).

وعلي ذلك فيمكن ادخال الغير الذي ليس طرفاً في اتفاق التوفيق بناءً على طلب من الأطراف، وموافقة الشخص المطلوب إدخاله، وحضوره شخصياً أو بوكيل وكالة خاصة يميز له إبرام اتفاق التوفيق، والإمكان اتفاق التسوية الودية باطل؛ لصدوره دون اتفاق توفيق بالنسبة للشخص المدخل. وللطرف في اتفاق التوفيق الذي لم يدخل في عملية التوفيق الإلكتروني عند بدء الإجراءات، أن يتدخل فيها هجوماً أو انضمامياً، ودون موافقة طرفي عملية التوفيق الإلكتروني، لأنه طرفاً في اتفاق التوفيق، ومنعاً لصدور اتفاقات تسوية متعارضة، وتجنباً لتقطيع أوصال القضية. وللموفق سلطة تقديرية في قبول أو رفض طلب التدخل أو الإدخال حسبما يتراءى له من جدية الطلب ومدى قدرته على الفصل في النزاع خلال ميعاد التوفيق من عدمه، وتكييف التدخل والإدخال يدخل في السلطة التقديرية لهيئة التوفيق. ويجب لصحة اجراءات عملية التوفيق؛ أن يقوم بها من لديه أهلية التقاضي أو ممثله القانوني حتي يتمكن من الدفاع عن مصالحه (٢).

- (١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٨٠ وما بعده، ص ٣٣٨ وما بعدها. دمصطفى الجمال، ود. عكاشة عبدالعال، قانون التحكيم، بند ٤٣٩، ص ٦٣٠. د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، ص ٢٧٢، د. علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٢٩٤ - ٢٩٦. نقض مدني ١/٢٠/١٩٧١م، طعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ق، مج، س ٢٢، ج ١، ق، ص ١٤٦. نقض مدني ٧/٢/١٩٦٧م، طعن رقم ١٣٥ لسنة ٣٣ق، مج، س ١٨، ج ١، ق ٤٦، ص ٣٠٠. مركز القاهرة الاقليمي ٧/٣/٢٠٠٠م، قضية رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٩، مجلة التحكيم العربي، ع ٣، ص ٢٠٩.
- (٢) الإشارة السابقة.

(و) - التزام الموفق باحترام حدود النطاق الموضوعي لمهمة التوفيق: يجب على الموفق سواء كان معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز توفيق أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في توفيق وطني أو دولي، حر أم مؤسسي، احترام حدود النطاق الموضوعي لإتفاق التوفيق ما لم يتفق طرفي النزاع في اتفاق لاحق علي مد نطاق اتفاق التوفيق لمسائل أخرى. فلا يجوز للموفق التعرض لمسائل بين طرفي النزاع لا تدخل في النطاق الموضوعي لاتفاق التوفيق بينهما، فلا يتعرض لمسائل لم تطلب منه، ولا لمسائل أكثر مما طلبها طرفي النزاع في اتفاق التوفيق، فيتحدد اختصاص الموفق في مهمة التوفيق بالنسبة لموضوع النزاع بما ورد في اتفاق التوفيق، ويظل هذا التحديد ثابتاً دون تغيير ما لم يتفق طرفي النزاع على غير ذلك في اتفاق لاحق (١).

ويعني ذلك أنه يجب على الموفق عدم التعرض إلا للمسائل المطلوبة منه فقط دون زيادة أو نقصان، ولا يقبل الطلبات الإضافية، ولا المقابلة إلا إذا كانت مرتبطة بموضوع النزاع الأصلي ارتباطاً لا يقبل التجزئة ما لم يتفق طرفي النزاع على غير ذلك في اتفاق لاحق إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ولذا لا يجوز للموفق التصدي لوقائع لم تعرض عليه، أو لوقائع استقاها من خارج جلسات عملية التوفيق، ولم تكن مطروحة عليه وقت عملية التوفيق. وبذلك يظل الموفق محصوراً داخل السياج الواقعي لاتفاق أطراف التوفيق بحيث إذا تجاوزه يكون قد غير أساس الادعاء في عملية التوفيق. بل يجوز للموفق القيام بالدور الإرشادي المبكر، عن طريق دعوة طرفي التوفيق لتقديم إيضاحات حول واقعة يرى أنها ضرورية لحل النزاع، بشرط أن تكون تلك الوقائع كائنة بملف عملية التوفيق، بحيث يمكن للموفق الإطلاع عليها، وتحقيق مبدأ المواجهة بين الأطراف بشأنها (٢).

- (١) د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، بند ٢٧، ص ٨٠ - ٨٣.
د. عزمي عبدالفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، ص ٣٢١.
(٢) الإشارة السابقة.

ثانياً - حقوق الموفق: علي الرغم من تقييد الموفق بمجموعة من الالتزامات عند مباشرة مهمته، فإنه يتمتع بمجموعة من الحقوق، وذلك بمقتضى عقد التوفيق المبرم بينه وبين طرفي النزاع سواء كان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز توفيق أو من الغير أو من المحكمة القضائية، ومن تلك الحقوق:

(أ) - حق الموفق في احترامه، وتقديم المعونة له ومساعدته على فض النزاع: يتعين على الأطراف مخاطبة الموفق بالاحترام والتوقير، ويتعاملوا معه بحسن نية على اعتبار أنه الشخص الذي وثقوا فيه، وفي نزاهته وكفاءته وخبرته لحل النزاع. مع ملاحظة أنه لا يجوز للموفق تطبيق النصوص المتعلقة بجرائم الجلسات أمام القضاء على الجلسات التي تتم أمامه. وحق الموفق في عرض النزاع عليه هو حق شخصي له، وبالتالي لا يجوز لطرفي النزاع عرض نزاعهما على غيره، وإلا كان ذلك إخلالاً بالتزامهما تجاه الموفق بعرض النزاع عليه، وكانا محلاً للمساءلة القانونية بالتعويض عن الأضرار التي أصابت الموفق - خاصة إذا كان قد بدأ فعلاً في تنفيذ مهمة التوفيق - مادياً بالأتعاب التي كان ينتظرها، ومعنوياً بالإساءة إلى المركز الأدبي له. ومن حق الموفق على طرفي النزاع بمجرد قبوله مهمة التوفيق احترامه، وتوقيره، وعدم الإساءة إليه، وعدم اتهامه بما ليس فيه مما قد يخلد عدالته وأمانته ونزاهته، ومخاطبته بتوقير واحترام، ومعاملته بحسن نية، واحترام الحوار معه، واتباع ما يقرره من تعليمات والتعاون معه بحسن نية لحل النزاع بطريقة سليمة وسريعة، ومساعدته بتقديم الإيضاحات والمعلومات الضرورية والأدلة المفيدة لإظهار الحقيقة والعدالة (١).

(ب) - حق الموفق في قبول أو رفض مهمة التوفيق: يقوم نظام التوفيق على أساس الإرادة الحرة الاختيارية لطرفي النزاع والموفق عند إبرام عقد التوفيق بينهما، لذا يكون للموفق الحرية في إصدار موافقته على قبول

(١) د.سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، ص ٢٩٦. د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ١٩٠. د. فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٢٤٦.

مهمة التوفيق أو رفضها، ولا يجوز إجبار أحد طرفي النزاع على قبول تعيين موفق لا يرغب فيه، وكذلك لا يجوز إجبار موفق على القيام بمهمة التوفيق في نزاع لا يرغب في تولي مهمة التوفيق فيه، وعليه فمسألة قبول أو رفض القيام بمهمة التوفيق أمر اختياري لا يجوز إجباره عليه بل حق مطلق لإراداته. فللموفق حق قبول أو رفض مهمة التوفيق، ولكن متى قبل الموفق القيام بمهمة التوفيق فإنه يصدر موافقته وقبوله بشكل صريح أو ضمني، شفويًا أو كتابيًا، ويجب أن يكون قبوله للمهمة نهائيًا ومنجزًا ودون أي تحفظات وغير معلق على شرط أو مضافًا إلى أجل (١).

وإذا رفض الموفق القيام بمهمة التوفيق، فإنه غير ملزم بأن يوضح أسباب الرفض، فإن شاء ذكرها، وإن شاء سكت عنها، ولا تثريب عليه في ذلك، فمرجع الأمر لتقديره الشخصي. ورفض الموفق قد يكون شفويًا أو كتابيًا، صريحًا أو ضمنيًا، ومن قبيل الرفض الضمني طلب الموفق من طرفي النزاع أجرًا أكبر من قيمة النزاع ذاته، ولا يعتبر الموفق مرتكبًا لجريمة إنكار العدالة - لأنه ليس قاضيا - عند امتناعه عن القيام بمهمة التوفيق بعد قبولها، إلا أنه سيكون محلاً للمساءلة القانونية ما لم يكن لديه عذر مقبول يبرر امتناعه، ويجوز للأطراف إقالة الموفق مع حقه في التعويض (٢).

٥ - حق الموفق في التنحي عن مهمة التوفيق بمبرر مشروع: يجب على الموفق بعد قبوله القيام بمهمة التوفيق الالتزام بالسير في إجراءات عملية التوفيق حتى نهايتها الطبيعية بصدر اتفاق تسوية في موضوع النزاع، ولا يحق له التنحي أثناء سير عملية التوفيق إلا بمبرر مشروع، فقد يستجد من الظروف والأسباب ما يضطر الموفق إلى تقديم استقالته، أو التنحي في أي مرحلة من مراحل سير عملية التوفيق خاصة عندما يقدم الموفق مبررًا مشروعًا لذلك، كما لو جدت ظروف للموفق جعلته يستشعر

(١) د. حميد محمد علي اللهيبي، المحكم، ص ٢٢٧ - ٢٢٨. د. هدى عبد الرحمن،

دور المحكم، ص ١٥٩.

(٢) الإشارة السابقة.

الخرج في القيام بمهمة التوفيق، أو أدت إلى عدم استقلاله أو حيده، أو إذا أصابه مانع قانوني أو أدبي يمنعه من مزاوله مهنة التوفيق، أو أصابه مرض عضال أعجزه عن القيام بمهمة التوفيق، أو أجبر على سفر طويل يحول دون أداء مهمته خلال ميعاد التوفيق الإلكتروني(١).

وعلى ذلك يجوز للموفق التخلي طواعية عن مهمة التوفيق إذا وجد في نفسه ما يمكن اعتباره غير محايد، وغير مستقل في أداء مهمته تجاه أحد طرفي النزاع بسبب وجود صلة أو علاقة قرابة أو مصاهرة أو عداوة شديدة مع أحد طرفي النزاع أو مع أحد أعضاء هيئة التوفيق الإلكتروني الآخرين(٢).

٥ - حق الموفق في عدم عزله دون مبرر قانوني: يجب على الموفق عند قبوله مهمة التوفيق أن يكشف لطرفي النزاع عن الظروف والوقائع التي من شأنها إثارة الشكوك حول حياده واستقلاله حتى لا يكون عرضه للعزل فيما بعد، مما يؤدي إلى عرقلة سير عملية التوفيق، وإساءة سمعة الموفق وسط زملائه، ويجعله عرضه للتطاول عليه والاستهتار به(٣).

ويقصد بالعزل سحب طرفي النزاع الثقة من الموفق في قيامه بمهمة التوفيق في النزاع بينهما في أية مرحلة من مراحل عملية التوفيق، والأصل والقاعدة هو عدم قابلية الموفق للعزل إلا بمبرر شرعي وبتوافق جميع أطراف النزاع وقبل صدور اتفاق التسوية. والعزل قد يكون صريحاً أو ضمناً، كامتناع طرفي النزاع عن حضور جلسات عملية التوفيق مع الموفق المعزول وتعيين موفق آخر بديل للقيام بنفس مهمة الموفق المعزول أو اللجوء إلى التحكيم أو القضاء لفض النزاع، وقد يكون للعزل ما يبرره كما لو أصبح الموفق غير قادر بحكم القانون أو بحكم الواقع على أداء

(١) د.عبد الحميد الأحمد، مسئولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، يناير ٢٠٠٠م، ع ٢٤، ص ٢٠٦.

(٢) د.مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم، ص ٧٦٦. د.أبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ٣٤٥.

(٣) د.فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٣٥ وما بعده، ص ٢٥٧ وما بعدها. د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم، بند ٢٠٧، ص ٢٢٤ - ٢٢٥.

مهمة التوفيق، أو إذا مرض الموفق مرضاً شديداً يعجزه عن القيام بمهمته، ولا يؤثر عزل الموفق علي اتفاق التوفيق، بل يتعين علي طرفا التوفيق تعيين موفق بديل له (١).

وقد يقوم طرفي النزاع بإقالة الموفق في أي مرحلة من مراحل سير عملية التوفيق، ولو لم تتوفر أي ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً حول حيده أو استقلاله، فيلتزم طرفي النزاع تجاه الموفق المُقال بالتعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية؛ لأنه في تلك الحالة يعتبر عزلاً دون مبرر شرعي يوجب المساءلة القانونية (٢).

٥ - حق الموفق في الأتعاب والمصاريف والتعويض: من الحقوق المكفولة للموفق بمقتضى عقد التوفيق المبرم بينه وبين طرفي النزاع حقه في الأتعاب والمصاريف والتعويض ما لم يكن قد تنازل عنه الموفق دون مقابل، على أن يكون الأجر متناسب مع الوقت والجهد الذي بذله الموفق في عملية التوفيق.

ويقصد بأتعاب الموفق: المبالغ المالية التي يحصل عليها الموفق كمقابل للعمل والجهد والعناء الذي يبذله أثناء القيام بعملية التوفيق. ويقصد بالمصاريف: المبالغ المالية التي أنفقها الموفق في السفر من موطنه إلى مكان التوفيق، ونفقات الإقامة، ونفقات المساعدين له في عملية التوفيق. ويقصد بالتعويض: المبالغ المالية التي يستحقها الموفق مقابل خطأ طرفي النزاع أو أحدهما، والذي ترتب عليه ضرراً مادياً أو أدبياً طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، كما لو طلب طرفي النزاع أو أحدهما رد أو عزل الموفق دون مبرر قانوني لمجرد التشهير به وإساءة سمعته وكان ذلك

- (١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم، ص ٢١٧. د. فوزي محمد سامي، التحكيم، ص ٢٤٧ - ٢٤٨. د. أبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ٣٤٦ - ٣٤٧. د. محمد سليم الغوا، سلوك المحكمين، مجلة التحكيم العربي، أكتوبر ٢٠٠٠، ع ٣٤، بنده، ص ٤٤.
- (٢) د. حميد محمد علي اللهيبي، المحكم، ص ٢٢٧ - ٢٢٨. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، ص ١٥٩.

بسوء نية (١).

وتحدد أتعاب ومصاريف الموفق بالاتفاق بينه وبين طرفي النزاع، وتحديد الطرف الذي سيتحمل دفعها كلها أو بعضها، وقد يكون الدفع بين الأطراف مناصفة عند عدم وجود اتفاق بشأن الأتعاب والمصروفات، ويجوز للموفق أن يقوم بتقديرها وتحديد كيفية دفعها ومن سيتحملها في اتفاق التسوية، ويستحق الموفق أتعابه بمقدار ما بذله من جهد وعناء في دراسة وفحص ملف عملية التوفيق إذا انقضت مهمة التوفيق - لأي سبب كان - انقضاءً مبسراً قبل صدور اتفاق التسوية ما لم يرجع سبب الانقضاء المبسر إلى إهمال الموفق أو خطئه أو سوء نيته؛ لأنه يكون قد تسبب في ضياع وقت وجهد طرفي النزاع دون جدوى ويكون محلاً للمساءلة القانونية عن ذلك الخطأ أو الإهمال أو التقصير (٢).

وقد تحدد أتعاب الموفق والمصاريف باتفاق مع طرفي النزاع، أو من خلال لوائح مؤسسات ومراكز التوفيق المختلفة، وأتعاب الموفق تتناسب طردياً مع قيمة النزاع في وجود حد أدنى لأتعاب الموفق ومصاريفه لا يقل عنه مهما كانت قيمة النزاع المعروض على عملية التوفيق، وفي حالة حدوث خلاف حول قيمة أتعاب الموفق، ولم يوجد اتفاق بشأنه فيمكن تحديده عن طريق القضاء بأمر تقدير، ويجوز لمن دفع من طرفي النزاع الرجوع على الطرف الآخر بمقدار نصيبه في مستحقات الموفق (٣).

ولا يستطيع الموفق استعمال الحق في الحبس لاقتضاء مستحقاته، فلا يجوز له حجز الوثائق، والأدلة، والمستندات المقدمة إليه من طرفي النزاع

(١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ٢١٧. د. أحمد الملحم، عقد التحكيم، ص ٢٢٦.

(٢) د. حميد محمد علي اللهبي، المحكم، ص ٢٣٢. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم، ص ٢١٨ - ٢١٩. د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبدالعال، التحكيم، ص ٥٩٧.

- Alexander Ditchve; Le contrat d 'arbitrage ; Rév. arb. 1981; P.403.

(٣) د. عبد الحميد الأحمد، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، يناير ٢٠٠٠م، ع ٢٠، ص ٣٠.

حتى يستوفي مستحقاته، ولا يستطيع وقف سير عملية التوفيق حتى يستوفي مستحقاته؛ لما قد يترتب على ذلك من أضرار بعملية التوفيق وبطرفي النزاع، وإنما قد يكون من حق الموفق ضماناً لاستيفاء مستحقاته قبل السير في عملية التوفيق أن يلزم طرفي النزاع بإيداع مبالغ مالية كافية أو أي ضمانات أخرى لضمان استيفاء مستحقاته في حال امتناع طرفي النزاع عن سداد مستحقات الموفق. وللموفق الحق في استرداد ما أنفقه من مصاريف، ومكافأة مقابل ما قام به من عمل كمصاريف الانتقال، والإقامة، والبريد، والاتصال، وإيجار مكان للتوفيق، وأتعاب كل من الكاتب، والشهود، والمترجم، والخبير... (١).

وتحسب أتعاب الموفق على أساس الساعة أو على أساس اليوم، وترتبط قيمة هذه الأتعاب تصاعدياً بظروف النزاع ومدى تعقده، وقيمة الحق المتنازع عليه، وخبرة الموفق، والمدة التي استغرقها الموفق في عمله... وغالباً ما يتناصف طرفي النزاع أتعاب ومصاريف التوفيق ما لم يتفقا على غير ذلك.

وفي القانون الفرنسي يتضمن قرار القاضي الصادر باتخاذ إجراءات التوفيق القضائية تحديد قيمة مقابل أو ضمان الوفاء بأجر الموفق، كما يحدد الخصم الذي يتعين عليه إيداع هذا المقابل أو الضمان، ومدة هذا الإيداع، وإذا لم يتم الإيداع خلال الميعاد يصدر القاضي قراراً بإنهاء إجراءات التوفيق وتستانف الخصومة القضائية سيرها. وقد يتفق القاضي مع الخصوم والموفق على الدفع مباشرة للموفق (loi N.95-125 du 8 février 1995; art. 21 N.C.P.C.F.).

وقد يتفق الأطراف على تحمل أعباء التوفيق فيما بينهم، وفي حال عدم الاتفاق توزع بالتساوي عليهم إلا إذا رأى القاضي غير ذلك مع مراعاة الحالة الاقتصادية لكل طرف، وإذا كان أحد طرفي النزاع مستفيداً من نظام المساعدة القضائية فإن الدولة ستتحمل عنه الجزء الذي يخصه (loi N.95-125 du 8 février 1995; art. 22 N.C.P.C.F.).

(١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ٢٢٠. د. سحر عبد الستار، المركز القانوني للمحكم، بند ٤٣، ص ١٣٦.

وعند انتهاء موفوق العدل من مهمته يقدم تقريراً مكتوباً للقاضي موضحاً به ما إذا كان الخصوم قد توصلوا إلى حل لتزاعهم أم لا ، ويقوم القاضي بتحديد أتعاب الموفوق بمجرد انتهاء مهمته ، ويعين المبالغ التكميلية التي يجب دفعها مجدداً أو المبالغ الزائدة التي يجب إرجاعها للخصوم ويمكن للموفوق أن يطلب من القاضي الحصول على سند تنفيذي بالمبالغ المستحقة له بأمر تقدير (art.131-13 N.C.P C.F.).

٤٧- طبيعة وحدود مسؤولية الموفوق تجاه الأطراف والغير: اتفاق التوفيق - شرطاً كان أو مشاركة - هو أساس عملية التوفيق ، وعقد التوفيق المبرم بين الموفوق وطرفي النزاع هو أداة تنفيذ اتفاق التوفيق ، والموفوق ليس طرفاً في اتفاق التوفيق ، وإنما هو طرف في عقد التوفيق. والعلاقة بين الموفوق وطرفي النزاع هي علاقة عقدية من علاقات القانون الخاص أساسها عقد التوفيق الذي يولد حقوق والتزامات متبادلة بينهما لكل طرف تجاه الطرف الآخر ، ويترتب علي الإخلال بالواجبات المفروضة عليه تجاه طرفي النزاع المسؤولية العقدية طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية. لذا يجب مساءلة الموفوق عن تعويض الأضرار التي أصابت طرفي النزاع جراء مسلكه الغير مشروع ، والإخلال بواجباته المهنية ، ومن ثم يتعين أن يتحمل مغبة أي تقصير أو إهمال في أداء عمله. كما أن تقرير مسؤولية الموفوق ضمان لعدالته وعدم تقصيره ، وعدم استبداده وتعسفه فلا خطأ دون عقاب. وكجزء رادع يعبر عن القيم الأخلاقية ويستجيب للمقتضيات الاجتماعية والاقتصادية ، ويضمن سلامة مسلك الموفوق. ولم تحظ المسؤولية المهنية المدنية للموفوق علي اهتمام الفقه العربي والأجنبي (١).

وتعتبر التزامات الموفوق في عملية التوفيق الإلكتروني التزامات قانونية

(١) د.أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم، ص ١٣٦. دهدي محمد مجدي، دور المحكم، ص ٣٥٨.

- Jean Courrouy; Conciliateur; Encyc. Dalloz; N. 14-15; P. 2.
- Fouchard; Le statut de l'arbitre; Rév. arb. 1996; P. 360.
- Paris; 29 Mai 1992; Rév. Trim. de. Com. 1992; P. 588; obs. Dubarry et Loquin.

وإرادية مصدرها القانون، وعقد التوفيق المبرم بين الموفق وطرفي النزاع، وتعتبر المسؤولية المدنية للموفق مسئولية ذات طبيعة شخصية أساسها خطأ الموفق الذي سبب ضرراً للمضرور، وبينهما علاقة سببية وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المهنية، ولا يخضع الموفق لنظام المخاصمة المقررة للقضاة ولأعضاء النيابة العامة فقط(١).

وتهدف مجموع واجبات الموفق في مجملها إلى نجاح عملية التوفيق، فيتعين على الموفق الاستمرار في مباشرة عمله حتى انتهاء مهمته، وقيامه بمباشرة المهمة بنفسه خلال ميعاد التوفيق، واحترام حقوق الدفاع، والالتزام بالسرية والحياد... وعلى ذلك يسأل الموفق طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية بالقانون المدني في حال إخلاله بأحد واجباته بموجب عقد التوفيق المبرم بينه وبين طرفي النزاع، وذلك إزاء صمت المشرع عن تقرير مسؤولية الموفق بوضع نصوص قانونية خاصة تعالج إطار مسؤوليته المهنية.

ومن أمثله الخطأ الذي يرتكبه الموفق مما يستوجب مسؤوليته: عدم استمرار الموفق في مباشرة مهمة التوفيق، وتفويض الموفق غيره في القيام بمهمة التوفيق دون إذن طرفي النزاع، وفوات ميعاد التوفيق دون إنجاز مهمة التوفيق، وارتكاب الموفق غش أو تدليس باتفاق مع أحد طرفي النزاع، أو ارتكاب الموفق خطأ مهني جسيم مثل تحريف الوقائع، وضياع مستندات النزاع. ويجب على المدعي في دعوى مسؤولية الموفق المدنية - أحد طرفي النزاع أو هما معاً - إثبات خطأ الموفق لإمكان مساءلته مدنياً، ويلتزم الموفق بدفع التعويض للمضرور عن الأضرار التي لحقت، وكانت نتيجة للخطأ الذي ارتكبه الموفق.

ويمكن أن تكون - في بعض الحالات - مسؤولية الموفق تجاه طرفي

(١) د.مصلح الطراونة، د.جورج حزيون، د.عامر النوايسة، مسؤولية المحكم المدنية عن أخطائه التحكيمية، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق / جامعة البحرين، ج ١، ع ٢، يوليو ٢٠٠٤م، ص ١٢٢. د.عبد الحميد الأحمد، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، ع ٢، يناير ٢٠٠٠م، ص ٤٢.

النزاع مسئولية تقصيرية تقوم على أساس الخطأ وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني للمسئولية التقصيرية، ويكون ذلك عند عدم وجود عقد توفيق بين الموفق وطرفي النزاع، أو عندما يكون عقد التوفيق باطلاً بطلاناً مطلقاً لتخلف أحد أركان عقد التوفيق كالرضاء، والمحل، والسبب...

ويكون التزام الموفق بالقيام بمهمة التوفيق هو التزام بتحقيق نتيجة؛ لأنه التزام يدخل ضمن إرادة إمكانية الموفق - أما نجاح أو فشل عملية التوفيق فهو التزام ببذل عناية؛ لأنه قد تتدخل أمور خارجة عن إرادة الموفق تمنع إتمام اتفاق التسوية خلال ميعاد التوفيق - فهو التزام إرادي مصدره عقد التوفيق المبرم بين الموفق وطرفي النزاع، كما أنه التزام مدني يمكن إجبار الموفق على تنفيذه عينياً - إذا لم يتم بتنفيذه اختيارياً - أو بمقابل عن طريق التعويض، وهو التزام بعمل إيجابي يتمثل في قيام الموفق بمهمة عملية التوفيق خلال ميعاد التوفيق.

ولا شك أن المسئولية المهنية المدنية التي يسأل عنها المهني هي مسئولية شخصية تخضع للقواعد العامة في المسئولية القانونية من حيث وجود خطأ صدر من المهني، وضرر أصاب العميل، وتوافر علاقة السببية بين هذا الخطأ وذاك الضرر. وطبقاً للقاعدة العامة في المسئولية المدنية أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يؤدي إلى مسئولية فاعله عن تعويض المضرور عما لحق به من ضرر(١).

وتتحدد أركان المسئولية المهنية للموفق بالخطأ والضرر وعلاقة السببية: فخطأ الموفق هو إخلال بأحد الالتزامات الناشئة عن عقد التوفيق المبرم بين الموفق وطرفي النزاع، فإذا لم يتم الموفق بتنفيذ أحد التزاماته الناشئة عن هذا العقد - سواء أكان التنفيذ بالامتناع أصلاً، أو

(١) د.محمد عبد الظاهر حسين، صور ممارسة المهن الحرة وأثرها على مسئولية المهني، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٧م، ص ٣٨. د.جابر محجوب على محجوب، قواعد أخلاقيات المهنة، دراسة مقارنة، ط ٢، ٢٠٠١/٢م، ص ٣٢.

كان بتنفيذ غير مطابق لما تم الاتفاق عليه أو غير محقق للهدف من العقد، وسواء أكان عدم التنفيذ قد حدث عمداً أو عن إهماله، وبلا حاجة إلى أن يثبت صاحب المصلحة في التنفيذ العمد أو الإهمال ما لم يثبت الموفق أن عدم قيامه بالتنفيذ يرجع إلى أسباب خارجة عن إرادته ولم تكن له يد فيها. ويمكن أن يتم نفي الخطأ عن طريق تبرير الفعل نفسه، وإباحة هذا الفعل. وصور نفي الخطأ هي حالات تطرأ على الخطأ فتخرجه من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة. وإباحة خطأ الموفق تتمثل في ثلاثة أسباب هي: حالة الدفاع الشرعي، وتنفيذ أمر الرئيس، وحالة الضرورة. وقد نص المشرع المصري على هذه الحالات الثلاثة في المواد (١٦٦، ١٦٧، ١٦٨ مدني مصري). وكاد الفقه أن يجمع على إضافة حالة رابعة لهذه الحالات الثلاثة المنصوص عليها؛ لأن هذه النصوص ليست على سبيل الحصر، وهي حالة رضا المضرور بحدوث الضرر الذي أصابه وقبوله المخاطر، فإذا كان راضياً ترتب على ذلك - في تلك الأحوال - نفي الخطأ عن الفعل الضار المعتبر بحسب أصله خطأ (١).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصادر الالتزام، العقد، ط ١٩٨١م، دار النهضة العربية، بند ٤٢٧، ص ٨٩٢. د. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة السعادة، بند ١٠٧، ص ٢٢٤. د. جميل الشراوي، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ط ١٩٨١م، بند ٨٣، ص ٣٧٨. د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإدارية، ط ٢٠٠٣م، بند ١٦٣، ص ٣٢٤-٣٢٥. د. أحمد محمود سعد، مصادر الالتزام في القانون المصري واليميني، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٠م، بند ٢٩٣، ص ٧١٣-٧١٤. د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٤، بند ٣، ٤، ص ٧-٩. د. محمد عبد الظاهر حسين، خطأ الغير وأثره على المسؤولية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م، ص ٩ وما بعدها. د. عبد الحكيم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، ط ١٩٩٦م، دار الفكر الجامعي، بند ٥٩، ص ٧٢. د. محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر وسوء السلوك الفاحش والمقصود، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٥م، ص ٧٤ وما بعدها. د. محمد شتا أبو سعد، خطأ المضرور كسب للإعفاء من المسؤولية المدنية، مجلة مصر المعاصرة، =

والضرر الذي يتمثل في المساس بحق أو مصلحة مشروعة يتنوع إلى ضرر مادي كخسارة مالية أو ضرر أدبي كإفشاء الموفق سراً. وعلاقة السببية بين خطأ الموفق والضرر الذي أصاب المضرور، وتتحقق علاقة السببية بمجرد أن خطأ الموفق قد أدى فعلاً إلى إحداث ضرر، ولولا خطأ الموفق لما حدث هذا الضرر، ويكون ظاهر الحال يشير إلى ترتب الضرر على خطأ الموفق، وتنتفي علاقة السببية بالسبب الأجنبي، كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وخطأ المضرور، وخطأ الغير (١).

ولا يخضع الموفق في مسؤوليته لنظام المخاصمة؛ لأنه لا يعتبر قاضياً، فلا يجوز لأحد طرفي النزاع أو كليهما اتباع إجراءات مخاصمة القضاة عند مطالبة الموفق بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بأحدهما أو بهما معاً بسبب خطأ ارتكبه الموفق أثناء مباشرة مهمة التوفيق، وإنما يخضع للقواعد العامة في المسؤولية المدنية كفرد عادي، ويعتمد معيار الشخص المعتاد، وهو معيار موضوعي يقتضى عدم مواخذه الموفق إلا إذا صدر منه خطأ لا يصدر من الموفق العادي في نفس الظروف التي صدر فيها هذا الخطأ (٢).

س= ٧٥، أكتوبر ١٩٨٤م، ص ١١٣ وما بعدها. د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقديرية والتقصيرية، ط ٢ دار المعارف ١٩٧٩م، ص ٥٧٩. د. محمد شكري سرور، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة من الأشخاص، دار الفكر العربي ١٩٨٣م، ص ١٣٠. د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ط ١٩٩٨م، ص ٢١٢. محمد نظمي محمد صعبانة، مسؤولية المحكم المدنية، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٨م، ص ١٦٢. د. أماني عبد اللطيف حافظ عليان، المسؤولية المدنية للمحضر، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة ٢٠٠٠م، ص ٣٥٠ - ٣٥٢.

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د. مصلح الطراونة، د. جورج حزبون، د. عامر النوايسة، مسؤولية المحكم المدنية عن أخطائه التحكيمية، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الأول، العدد الثاني، يوليو ٢٠٠٤ف، ص ١٢٢. د. عبد الحميد الأحمد، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، ع ٢، يناير ٢٠٠٠، ص ٤٢. د. أبو العلا النمر، المركز القانوني، ص ١٣٨.

وترفع دعوي مسؤولية الموفق بالإجراءات المعتادة لرفع دعوي عادية، وتختص بها المحكمة المختصة طبقاً للقواعد العامة للاختصاص القضائي - المحلي، والنوعي، والقيمي - في قانون المرافعات وبالمواعيد القانونية، وتعتبر دعوي مسؤولية مدنية مهنية تخضع للأحكام العامة في دعاوي المسؤولية المهنية عندما يخرج الموفق عن سلوك الشخص المعتاد في مهنة التوفيق في نفس الظروف التي صدر فيها الخطأ، وذلك بالنظر لما لمهمة التوفيق من طابع مهني خاص مرجعه العادات المهنية، فالطابع المهني لخطأ الموفق يشكل معياراً يخصصاً لتقدير خطأ الموفق عند مساءلته قانوناً (١). أما إذا عهد إلى شخص معنوي بتنظيم عملية التوفيق الإلكتروني، كمركز أو مؤسسة أو هيئة أو منظمة توفيق، فإنه يتدخل في عملية التوفيق بناءً على عقد تنظيم وإدارة خدمة التوفيق المبرم بينه وبين طرفي النزاع مقابل رسوم ومصاريف. ولا يسأل وفقاً لذات القواعد التي يسأل عنها الموفق بشخصه، بل تتعدد مسؤوليته عقدياً طبقاً للقواعد العامة تأسيساً على انتهاك واجب الثقة في تنظيم وإدارة خدمة التوفيق في مواجهة طرفي التوفيق، ويكون مسئولاً مسؤولية تقصيرية طبقاً للقواعد العامة في مواجهة الغير لعدم وجود عقد معه. وإذا تقاضى هذا الشخص المعنوي، مركز أو مؤسسة أو هيئة توفيق، أجراً فلا تسري على هذا الأجر القواعد الخاصة بأتعاب ومصاريف التوفيق التي يدفعها الأطراف للموفق (٢).

ومع ذلك ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه إذا عهد إلى شخص معنوي بتنظيم عملية التوفيق (مركز أو هيئة أو مؤسسة توفيق) كاختيار الموفق، وتحديد مهلة التوفيق ومدتها فإن هذا الشخص المعنوي يعد وكيلاً ويسأل بقواعد مسؤولية الوكيل؛ لأنه يتدخل في التوفيق بناءً على هذه

- (١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٥١، ص ٢٨٨. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، بند ٢٩٢، ص ٣٩٤. د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم، ص ١٩٢ - ١٩٣. د. محمد سعد خليفة، عقد التحكيم، ص ٣٤ - ٣٦. د. محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية، ص ١٧.
- (٢) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٥١ - ١٥٢، ص ٢٨٤ وما بعدها. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم، بند ٢٩٢، ص ٣٩٤.

الصفة ، ولا يسأل وفقاً لذات القواعد التي يسأل بها الموفق بشخصه ، فإذا تقاضى هذا الشخص المعنوي أجراً تكون مسئولية الوكيل بأجر ، ولا تسرى على هذا الأجر القواعد الخاصة بأتعاب الموفق التي تدفع لشخص الموفق نفسه(١).

ولا يمكن الرجوع على الدولة في حالة الحكم على الموفق المهني الخاص بالتعويض ؛ لأنه ليس تابعاً لها ، علي عكس القاضي ؛ لأنه يكون مختاراً من طرفي النزاع أو عن طريق هيئة أو مؤسسة أو مركز توفيق ، كما أن مبدأ استقلال الموفق في أداء مهمة التوفيق يحول دون قيام علاقة التبعية بينه وبين مركز التوفيق بالمعنى الذي يرتب مسؤولية الأخير عن أعمال الموفق(٢).

ولكن ذلك لا يمنع من المساءلة القانونية للهيئة أو المركز أو المؤسسة عما يمكن إثباته في مواجهتها من تقصير في إعداد قوائم الموقفين بها ، أو في اختيارها للموقفين ، أو في إدارتها لعملية التوفيق ، أولاتهاك واجب الثقة في إدارة عملية التوفيق.

ومسئولية الموفق تجاه طرفي النزاع مسئولية عقدية نظراً لوجود عقد التوفيق بينهما ، ومسئولية تقصيرية تجاه الغير لعدم وجود رابطة عقدية بين الموفق والغير. أما إذا عهد إلى شخص معنوي بتنظيم عملية التوفيق كمركز أو مؤسسة أو هيئة توفيق فإنه يتدخل في عملية التوفيق بناءً على عقد

(١) د. محمد عبد الظاهر حسين ، صور ممارسة المهن الحرة ، ص ٣٨. د. جابر محجوب

على محجوب ، قواعد أخلاقيات المهنة ، ص ٣٢.

(٢) د. مصطفى الجمال ، دعكاشة عبد العال ، التحكيم ، بند ٤١٥ ، ص ٦٠٢ -

٦٠٣. د. أبو العلا النمر ، المركز القانوني ، ص ١٤٨ - ١٥٠.

- Jean Robert; L'arbitrage droit interne droit international privé; Dalloz. 1993; P. 128.-

- B. Hanotiau; arbitrage, médiation, conciliation, approches d'Europe continentale et de common Law; Rév. arb. 1996; N. 2; P. 208.

- Paris; 29 Mai 1992; Rév. Trim. dr. Com. 1992; P. 588; obs. Dubarry et Loquin.

تنظيم وإدارة خدمة التوفيق المبرم بينه وبين طرفي النزاع مقابل رسوم ومصاريف، ولا يسأل وفقاً لذات القواعد التي يسأل عنها الموفق بشخصه، بل تنعقد مسؤوليته عقدياً طبقاً للقواعد العامة تأسيساً على انتهاك واجب الثقة في تنظيم وإدارة خدمة التوفيق في مواجهة طرفي النزاع، ويكون مسئولاً مسئولاً تقصيرية طبقاً للقواعد العامة في مواجهة الغير لعدم وجود عقد معه. وإذا تقاضى هذا الشخص المعنوي، مركز أو مؤسسة توفيق، أجراً فلا تسري على هذا الأجر القواعد الخاصة بأتعاب ومصاريف التوفيق التي يدفعها طرفي النزاع للموفق (١).

ومبدأ استقلال الموفق في أداء مهمته يحول دون قيام علاقة تبعية بينه وبين منظمة أو مركز التوفيق بالمعنى الذي يرتب مسؤولية منظمة أو مركز التوفيق عن أعمال الموفق. وعلى ذلك لا تسأل منظمة أو مركز التوفيق عن أخطاء الموفقين المدرجين بقوائم الموفقين لديها مسؤولية المتبوع عن عمل التابع، ولا يوجد ارتباط بين بطلان اتفاق التسوية وتقرير مسؤولية الموفق، فقد تقرّر مسؤولية الموفق رغم عدم قبول دعوى البطلان أو رفضها، وقد ترفض دعوى مسؤولية الموفق رغم بطلان اتفاق التسوية، ولا يجوز الحكم على الموفق بالتعويض بمجرد الحكم ببطلان اتفاق التسوية، فلا يحكم بالتعويض إلا عن الضرر الذي تسبب فيه خطأ الموفق طبقاً للقواعد العامة (٢).

وتكون العلاقة بين الموفق والغير علاقة غير عقدية لعدم وجود عقد بينهما؛ حيث لا يعتبر الغير طرفاً في عقد التوفيق المبرم بين الموفق وطرفي النزاع، لذا تكون مسؤولية الموفق تجاه الغير عن الأضرار التي

- (١) د.فتححي والي، قانون التحكيم، بند ١٥١ - ١٥٢، ص ٢٨٤ وما بعدها.
- دهدي محمد مجدي، دور المحكم، بند ٢٩٢، ص ٣٩٤.
- (٢) د.فتححي والي، قانون التحكيم، بند ١٥١، ص ٢٨٨. د.أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم، ص ١٣٦. د.دهدي عبد الرحمن، دور المحكم، بند ٢٩٢، ص ٣٩٤.

- Alexandre Ditchew; Le contrat d'arbitrage; Rév. arb.1981; N. 3; P. 395 ets.

تصيب الغير جراء عمل الموفق في القيام بمهمة التوفيق مسئولية تقصيرية طبقاً للقواعد العامة في المسئولية المدنية، وذلك إزاء صمت المشرع عن تقرير قواعد خاصة بمسئولية الموفق بتنظيم نصوص قانونية خاصة تعالج مسئولية الموفق. فإذا أصاب الغير أضراراً من عمل الموفق، فيسأل الموفق نحو الغير وفق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية في القانون المدني.

ويجب على الغير إثبات خطأ الموفق الذي تسبب في الأضرار التي أصابته من جراء عمل الموفق، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وترفع دعوى المسئولية المدنية ضد الموفق طبقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعاوي العادية؛ نظراً لعدم وجود قواعد خاصة بشأنها، وتختص بها المحكمة المختصة طبقاً للقواعد العامة في الاختصاص القضائي.

أما عن المسئولية الجنائية للموفق فيخضع الموفق لأحكام قانون العقوبات، والإجراءات الجنائية مثله في ذلك مثل غيره من أفراد الناس في الخضوع لأحكام المسئولية الجنائية عندما يقع منه أخطاء تشكل جريمة جنائية كسرقة بعض الأوراق أو الوثائق أو الأدلة المقدمة له في عملية التوفيق أو التزوير فيها أو قبول رشوة أو قبول وساطة... (١). ويلاحظ أنه ليست هناك مسئولية تأديبية بالنسبة للموفق المهني الخاص حتى في حالة التوفيق لدى هيئات ومنظمات ومؤسسات ومراكز التوفيق، وإنما نأمل مستقبلاً أن يخضع الموفق للأحكام العامة في المسئولية التأديبية، عندما يرتكب أخطاء توجب مساءلته تأديبياً من نقابة الموفقين التي تملك حق توقيع العقوبات التأديبية عليه كنقابة مهنية لها سلطة اتخاذ الإجراءات التأديبية، وتوقيع الجزاءات التأديبية على الموفق المدان تأديبياً، ويكون ذلك تحت رقابة وإشراف القضاء (٢).

وعلى ذلك فإننا نهيب بالمشرع إصدار ميثاق شرف لمهنة التوفيق يتضمن قواعد وأصول ممارسة مهنة التوفيق، ليكون نبراساً يضيء الطريق أمام الطامحين في مهنة التوفيق، كما يجب إنشاء نقابة للموفقين على

(١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، بند ٨٦، ص ٢١٠.

(٢) الإشارة السابقة.

مستوى الجمهورية تتضمن نقابة عامة بالعاصمة، ونقابات فرعية بالأقاليم تضم جميع الموقفين العاملين في مهنة التوفيق لكي تمارس رقابة فعالة وجدية على قبول الأشخاص كموقفين وقيدهم بجدول الموقفين، وتدافع عن حقوقهم ومصالحهم.

وقد يتمسك الموفق بشرط الإعفاء من المسؤولية الذي يؤدي إلي رفع المسؤولية عن الموفق أو تحديدها بمدي أو نطاق معين قبل وقوع الضرر، وذلك باتفاق بين الموفق وأطراف التوفيق في عقد التوفيق المبرم بينهما أو باتفاق لاحق بينهما. فيجوز الاتفاق علي إعفاء المدين - الموفق - من أية مسؤولية تترتب علي عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كلياً أو جزئياً، أو بسبب تنفيذه علي وجه معيب، أو تأخر فيه إلا ما ينشأ عن غشه وخطئه الجسيم... ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة علي العمل غير المشروع (م ١٧م مدني). وذلك استناداً إلي مبدأ سلطان الإرادة، وأن من يملك الإنشاء يملك التعديل أو الإنهاء، وعلي ذلك لا يجوز إعفاء الموفق من أية مسؤولية إذا وقع منه غش أو خطأ مهني جسيم. ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً علي طلب ذوي الشأن أن تعدل الاتفاق المعدل للمسؤولية بما يجعل التعويض مساوياً للضرر. وقد يرد شرط الإعفاء من المسؤولية - حصانة مطلقة - شاملاً لكل من الموفق، ومركز أو مؤسسة التوفيق، والعاملين فيها... (١).

وبعد أن انتهينا في الفصل الثاني من دراسة المحث الأول (هشة التوفيق الإلكتروني) علي النحو السابق، ننتقل الآن إلي دراسة المبحث الثاني (إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني) علي النحو التالي:

(١) د.محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر وسوء السلوك الفاحش والمقصود، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٥م، ص ٧٤ وما بعدها. د.طه عبد المولى طه إبراهيم، التعويض القضائي عن الأضرار التي تقع على الأشخاص، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، ٢٠٠٠م، ص ٣٨٨. د.أماني عبد اللطيف، المسؤولية المدنية للمحضر، ص ٣٦٣.

المبحث الثاني إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني

٤٨- طلب التوفيق الإلكتروني: في حالة التوفيق الإلكتروني المؤسسي يتم التقدم لمركز فض المنازعات إلكترونياً والذي يقدم خدمة التوفيق الإلكتروني بطلب توفيق عن طريق كتابة النموذج المعد سلفاً على موقعه بالإنترنت مبنياً به موضوع النزاع، وأسماء الخصوم وعناوينهم وكيفية الاتصال بهم، والأدلة والمستندات المؤيدة، واتفاق التوفيق... وقد يعتبر تاريخ تقديم هذا الطلب بمثابة تاريخ بداية الإجراءات أمام مركز التوفيق المؤسسي، وتتم إجراءات التوفيق بطريقة إلكترونية على موقع مركز التوفيق الإلكتروني على شبكة الإنترنت، ويتم خلال هذه الإجراءات تخزين البيانات والمعلومات والمستندات والوثائق الخاصة بالقضية التوفيقية على الصفحة الخاصة بها بموقع المركز على الإنترنت (١).

وإذا كان طلب التوفيق الإلكتروني يقدم من المدعي، فيجب على المدعي عليه أن يقدم مذكرة دفاع بالرد متضمنة بياناته الشخصية، وعنوانه، وبيده الإلكتروني، ووسائل الاتصال به، والأدلة، والمستندات المؤيدة لدفاعه... وذلك خلال ميعاد محدد من تاريخ إخطاره بطلب التوفيق. ويجب تقديم طلب التوفيق خلال الميعاد المحدد، وبالبيانات المطلوبة اتفاقاً وقانوناً، ويترتب على تقديم طلب التوفيق القضائي قطع التقادم كالمطالبة القضائية، ويصبح الحق متنازعا فيه... وكافة الآثار القانونية التي ترتبها صحيفة افتتاح الدعوى من الناحية الموضوعية والإجرائية. وإذا وقع النزاع بين الأطراف، وتم الاتفاق بينهم على اللجوء إلى مركز من مراكز تسوية المنازعات إلكترونياً، والتي تقدم خدمة التوفيق الإلكتروني فإنه يتعين القيام بمجموعة

(١) د. أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي، ص ٥٣. د. محمد نور شحاتة، الوفاء الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر التجارة الإلكترونية، المنعقد بالمركز القومي للدراسات القضائية بوزارة العدل، القاهرة خلال الفترة من ١٨-١٩ مايو ٢٠٠٢م، ص ٣٢.

إجراءات معينة لعرض نزاعهم على التوفيق الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت (١).

ويتم التقدم بطلب توفيق إلكتروني إلى أحد مراكز تسوية المنازعات إلكترونياً، والتي تقدم خدمة التوفيق الإلكتروني من بين الخدمات التي تقدمها عن طريق كتابة النموذج المعد لذلك سلفاً على موقع المركز بالإنترنت موضحاً به طبيعة موضوع النزاع، وأسماء أطراف النزاع وعناوينهم ووسيلة الاتصال بهم، والطلبات، والأدلة، واتفاق التوفيق شرطاً كان أو مشاركة، وتحديد عدد الموفقين، ومدة التوفيق، واختيار إجراءات التوفيق... مع أداء الرسوم الإدارية المحددة، والتي تختلف من مركز إلى آخر بأي وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني، ويعتبر تاريخ تقديم طلب التوفيق الإلكتروني هو ذاته تاريخ بدء الإجراءات أمام مركز التوفيق الموسمي (٢).

ويقوم المركز بالاتصال بأطراف النزاع بالبريد الإلكتروني أو الفاكس أو التلكس... لمتابعة الإجراءات وفق جدول زمني معين... كما يقوم المركز بإخطار المدعي عليه ودعوته للمشاركة في إجراءات التوفيق الإلكتروني. فإذا رفض المدعي عليه المشاركة أو لم يرد على المركز خلال ميعاد معين محدد له سلفاً انتهت الإجراءات عند هذا الحد. أما إذا رد المدعي عليه بالقبول والمشاركة وقدم أدلته ومستنداته ووثائقه، فيقوم المركز بإعداد صفحة

(١) د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، ص ٤٩.
- Paris; 8 Janv. 1981; Rév. arb. 1982; P. 62.
- Paris; 30 Mars 1962; J.C.P. éd. G. 1962; N. 2; P. 128; obs. Level.

(٢) د. بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني، ص ٩٠، ٩١. د. توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم، ص ١٠٩٢. د. فيصل محمد كمال عبدالعزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٨م، ص ٧٤٥. د. مصلح أحمد الطراونة، ود. نور الحجابيا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٠٧. د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، ص ٤٩.

- Paris; 8 Janv. 1981; Rév. arb. 1982; P. 62.
- Paris; 30 Mars 1962; J.C.P. éd. G. 1962; N. 2; P. 128; obs. Level.

خاصة بالنزاع على موقعه بشبكة الإنترنت ، ويزود أطراف النزاع وهيئة التوفيق سواء أكانت موقفاً واحداً أو أكثر حسب اختيار أطراف النزاع بكلمة سر (Password) للدخول لصفحة النزاع ومتابعة إجراءاته من خلال جلسات تدار عن طريق البريد الإلكتروني (E-mail) أو الفيديو كوفرنانس (Conference - Video) أو بأي وسيلة إلكترونية عبر وسائط الاتصال الإلكترونية... بتاريخ أول جلسة تحدد لنظر النزاع ، وتحدد لهم موعداً لتقديم كل ما لديهم من مستندات ، ومذكرات ، وأدلة إثبات ، وأوجه دفاع ، وطلبات... وتستمر عملية التوفيق الإلكتروني إلى أن تنتهي بإصدار اتفاق تسوية إلكتروني موقع عليه من طرفي النزاع والموفق ، ويتم قيده على الموقع الخاص بالقضية التوفيقية على الإنترنت (١).

ويجب أن تقوم سكرتارية المركز بإخطار المدعي عليه بطلب التوفيق بعد أن يستوفى الشروط القانونية ، ويتم الإعلان على عنوان المدعي عليه الوارد بطلب التوفيق. ويعتبر المدعي عليه قد تسلم الإعلان بطلب التوفيق عند اتصال سكرتارية المركز به بأي وسيلة من وسائل الاتصال ، أو تلقي سكرتارية المركز منه ما يفيد استلامه الإخطار. ويجب على المدعي عليه الرد على طلب التوفيق المقدم من المدعي خلال ميعاد محدد من تاريخ إخطاره بهذا الطلب ، ويجوز للمدعي عليه أن يرفق برده أي طلبات يرى تقديمها لهيئة التوفيق (٢). وعلى ذلك فجميع مستندات عملية التوفيق الإلكتروني يتم نشرها على موقع القضية بما فيها طلب التوفيق والرد عليه وكل القرارات وأدلة الإثبات والإعلانات وأوجه دفاع كل خصم ، ويلتزم الأطراف وهيئة التوفيق بالدخول لموقع القضية بطريقة شرعية من حين لآخر للاطلاع على مستجدات القضية ، ويجب المحافظة على البيانات المنشورة على موقع

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د. جمال محمد الكردي ، مدى ملاءمة الاختصاص القضائي الدولي ، ص ١٦١ .
- A. Huet et valmachinos; Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international. Gaz. Pal; janv - Fév. 2000; P.103 ets.

القضية والتي تعتبر سرية ولا يمكن مراجعتها إلا من خلال سكرتارية المركز وهيئة التوفيق وأطراف النزاع (١).

ويجب على مركز التوفيق بمجرد تلقي مصاريف طلب التوفيق من المدعي القيام بمراجعة طلب التوفيق الإلكتروني للتأكد من توافر شروطه وبياناته، وإنشاء موقع خاص بالقضية على شبكة الإنترنت خلال ميعاد محدد وإعلانه لأطراف التوفيق. وتبدأ إجراءات التوفيق من تاريخ إنشاء الموقع الإلكتروني للقضية... وإذا كان طلب التوفيق معيماً عند مراجعته من المركز يتعين عليه إخطار المدعي بهذا الغيب تحلي وجه السرعة. ويجب لقبول طلب التوفيق توافر شروط قبول الدعوى أمام القضاء، من توافر شرط الصفة، وشرط الميعاد، وشرط المصلحة الشخصية المباشرة القائمة التي يقرها القانون، وشرط المنازعة، وشرط الأهلية، وشرط احترام الشكل القانوني... وإلا حكم بعدم قبول طلب التوفيق بنفس أحكام الدفع بعدم القبول أمام القضاء، ويجوز الدفع بعدم القبول طلب التوفيق في أي حال كانت عليها الإجراءات، وتقضي به هيئة التوفيق من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الأطراف (٢).

٤٩ ميعاد التوفيق الإلكتروني: قد توجب قوانين وأنظمة التوفيق الإلكتروني المختلفة على الموفق سواء أكان الموفق معيناً أو مختاراً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز توفيق أو من الغير أو من المحكمة القضائية، في توفيق وطني أو دولي، حر أو مؤسسي، التزاماً باحترام مواعيد التوفيق، والانتهاء من عملية التوفيق خلال ميعاد محدد يسمى بميعاد التوفيق وإلا تعرضت عملية التوفيق للانقضاء المبسر، ويبدأ ميعاد التوفيق من تاريخ بدء إجراءات التوفيق الإلكتروني.

- (١) د.مصلح أحمد الطراونة، دنور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، ص ٢٢٨ وما بعدها. د.محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، ص ٣٨٦، ٣٨٨. د.صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، النظام القانوني التجاري للتجارة الإلكترونية، ص ١٦٤.
- (٢) د.فتححي والي، قانون التحكيم، بند ١٨٩، ص ٣٥٠.

وقد تحدد معظم قوانين وأنظمة التوفيق مدة لانتهاء من عملية التوفيق خلالها، وقد تتباين هذه المدة في مقدارها، وفي بدءها، وفي تمديدتها؛ وذلك لمنع تعنت ومماطلة أي طرف والموقفين في سبيل تعطيل إجراءات التوفيق. وبناءً على ذلك: يجب على الموفق التقيد بالمواعيد المحددة لإتمام عملية التوفيق، والانتهاء من عملية التوفيق خلالها، وتلك المواعيد قد تحدد في اتفاق التوفيق ذاته أو بالإحالة إلى نظام مركز أو هيئة توفيق أو بالإحالة إلى نصوص قانون التوفيق في دولة ما، ويختلف مقدار تلك المواعيد من نظام إلى آخر. وبانتهاء تلك المدة ينتهي اختصاص الموفق، وتنتهي عملية التوفيق ذاتها، وإذا لم ينته الموفق خلال ميعاد التوفيق تنقضي عملية التوفيق، ويضيع كل أثر لعقد واتفاق التوفيق، ويقع الموفق تحت طائلة المسؤولية لإخلاله بواجب الالتزام بميعاد التوفيق (١).

والأصل أن لأطراف التوفيق كامل الحرية في تحديد مدة التوفيق، فطرفي النزاع يحددان ميعاد التوفيق الذي يجب على الموفق الالتزام به منعاً للتسوية والمماطلة. إلا أن بعض قوانين وأنظمة التوفيق قد تتدخل وتحدد هذا الميعاد في حالة عدم تحديده من الأطراف حفاظاً على مبدأ السرعة في إجراءات التوفيق، وعدم إطالة أمد الإجراءات حرصاً على مصلحة الأطراف، فميعاد التوفيق قد يكون ستة أشهر من تاريخ بدء إجراءات التوفيق ما لم يتفق أطراف التوفيق على غير ذلك. فالقاعدة هي إعطاء الأولوية في تحديد المدة التي تنتهي بانتهائها إجراءات التوفيق لاتفاق أطراف النزاع، وإلا فنص القانون، وقد يتفق أطراف النزاع على تحديد مدة التوفيق، وتمديدتها باتفاق صريح أو ضمني أو تفويض هيئة التوفيق في ذلك، فالموفق لا يملك تمديد مواعيد التوفيق من تلقاء نفسه، بل بإرادة أطراف النزاع (٢).

(١) د.عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، ج ٢، ص ٢٤٣. د.علي بركات، خصومة التحكيم، ص ٢٨٤.

(2) - Cass. Civ. 5Avril. 1993; Rév. arb. 1995; P. 68.

-Cass. Civ.2 □; 14 Mai. 1997; Rév. arb. 1998; P. 703.

ويجب على هيئة التوفيق الانتهاء من عملية التوفيق كلها أياً كانت النتيجة التي انتهت إليها خلال ميعاد التوفيق مالم يتفق الطرفان علي تمديد الميعاد، فإن لم يوجد اتفاق وجب الانتهاء خلال ستة أشهر من تاريخ بدء إجراءات التوفيق. وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التوفيق مدد الميعاد على الأتزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك، وليس ما يمنع من الاتفاق أمام الخبير المنتدب من هيئة التوفيق على مد ميعاد التوفيق لحين انتهاء أعمال الخبير وقيام هيئة التوفيق بعملها لفض النزاع، ويكون تمديد ميعاد التوفيق باتفاق مكتوب لاحق مستقل من طرفي النزاع (١).

وقد حددت (٩م) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م ميعاد التوفيق بستين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق للجنة فض المنازعات. وحددت (٨م) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م بإنشاء المحاكم الاقتصادية مدة التوفيق من هيئة التحضير بثلاثين يوماً قابلة للتمديد مرة واحدة، كما حددت (١/١٢٩م) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد ميعاد التوفيق القضائي بمدة شهرين ويمكن تمديدها لمدة أخرى.

وفي التوفيق المؤسسي تحدد لوائح مراكز ومؤسسات التوفيق - تنظيمياً لإجراءات عملية التوفيق الإلكتروني - تحدد فيها ميعاد التوفيق عند عدم تحديده باتفاق طرفي النزاع، والذي يختلف من مركز عن آخر. فلائحة نظام التوفيق والتحكيم التجاري بغرفة تجارة وصناعة دبي لسنة ١٩٩٤م حددت ميعاد التوفيق بمدة شهرين من تاريخ بدء إجراءات التوفيق، ويجوز تمديدها لفترة أخرى ماثلة في (٨/٢١م). وللائحة نظام التوفيق والتحكيم التجاري لمركز الكويت للتحكيم التجاري لسنة ٢٠٠٠م

(١) نقض مدني ١٩ / ٦ / ١٩٥٨ م، طعن رقم ١٧٦ لسنة ٢٤ ق، مج، س ٩، ص ٥٧١، نقض مدني ١٦ / ٢ / ١٩٧١ م، طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق، مج، س ٢٢، ج ١، ق ٣١، ص ١٧٩. نقض مدني ١٥ / ١٢ / ٢٠١٠ م، طعن رقم ٣٦٦٩ لسنة ٦٨ ق،

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

حددت ميعاد التوفيق بمدة ثلاثة أشهر من تاريخ أول اجتماع لهيئة التوفيق، ويجوز تمديدتها لفترة أخرى ماثلة في (م ١٨/٧). بينما هناك بعض لوائح مراكز وجمعيات التوفيق المؤسسي لم تحدد ميعاداً للتوفيق.

٥٠. **كيفية التسوية الودية للنزاع بالتوفيق الإلكتروني:** تتم عملية التسوية الودية للنزاع بالتوفيق الإلكتروني من خلال مجموعة أعمال إجرائية متتابعة ومرتبطة تهدف إلى حسم النزاع بين طرفيه بمساعدة الموفق؛ لإبرام اتفاق تسوية ودية يحمل حلاً للنزاع يرضيه الطرفان، ولأن التوفيق نظام إرادي رضائي تهيمن عليه إرادة الأطراف، فيبدأ باتفاق توفيق شرطاً كان أو مشاركة، ويسير بإجراءات، وينتهي باتفاق تسوية أو بقرار بفشل محاولة التوفيق.

وبعد تشكيل هيئة التوفيق الإلكتروني من واحد أو ثلاثة موفقين، تتولي هيئة التوفيق الإلكتروني عقد جلسات التوفيق لدراسة ملف النزاع وتحديد عناصر النزاع وسماع أقوال وطلبات ودفاع ودفوع طرفي النزاع، والاطلاع على مستندات طرفي النزاع وفحصها، ودراسة أسباب النزاع، ووجهات النظر المتباينة... لفحص النزاع والإلمام بعناصره. وبعد تشكيل هيئة التوفيق وبدء عملها تقوم هيئة التوفيق بتحديد اختصاصها بالنزاع من عدمه تطبيقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

وعلى كل طرف الحضور بشخصه أو من ينوب عنه، لقيام الموفق بمهمة تخفيف حدة الخلاف والشقاق وتقريب وجهات النظر. وتتحدد مدة التوفيق باتفاق الموفق مع طرفي النزاع بمدة محددة، ويجوز تمديدتها لمدة ماثلة أخرى قبل اللجوء إلي وسيلة أخرى لفض النزاع كالتحكيم أو القضاء... ويجوز لأي طرف من أطراف النزاع أن يطلب التوفيق في أي وقت، ويجوز بدؤه في أي وقت وإنهاؤه في أي وقت، بمعنى أنه يكون لأطراف النزاع الحرية الكاملة في اختيار وقت بداية ونهاية إجراءات التوفيق (١)، فلا يوجد أي قيد على حرية الأطراف في تحديد بداية

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية، بند ١٨٣، ص ٢٧٠ وما بعدها.

التوفيق أو تحديد نهايته. ويكون لكل طرف من طرفي النزاع تقديم المستندات التي تثبت ادعاءاته وطلباته حتي يستطيع الموفق الإلمام بكافة جوانب النزاع وحصر نقاط الخلاف بعد الاستماع للأطراف في جلسات مشتركة وفردية (١).

وتقوم هيئة التوفيق الإلكتروني بتحديد مواعيد جلسات التوفيق ويبلغ الأطراف بالتاريخ والزمان والمكان. وفي البداية يقوم الموفق بشرح نمط إجراءات عملية التوفيق، ويطلب من المدعي والمدعي عليه شرح وجهة نظرهما وذلك لتحديد القضايا والمشاكل محل النزاع. ثم يقوم بجلسات انفرادية بكل طرف من طرفي النزاع على حدة لمناقشة نقاط الخلاف بينهما والبدائل والمخاطر ومحاولة اقتراح خيارات للحلول الممكنة وتقييمها بهدف الوصول إلى اتفاق مشترك لحل النزاع بتحقيق مكاسب لكل طرف؛ ليكونا خصمين راجحين بعد قيام الموفق بما يراه مناسباً للتوفيق والتقريب بين وجهات النظر كإبداء الرأي، وتقييم الأدلة، وعرض الأسانيد القانونية، وتوفير مناخ ملائم لعملية الحوار والتفاوض واقتراح الحلول الممكنة وتقييمها. ويكون الموفق بالخيار بين أن يمارس إجراءات عملية التوفيق في حضور الطرفين، أو أن يمارسها مع كل طرف على حده، ويكون ذلك من خلال نقل وتفسير مقترحات أحد طرفي النزاع إلى الآخر، وتقديم مقترحاته أيضاً بناءً على المعلومات المتوفرة لديه من قبل أطراف النزاع، والقيام بالتحقيق في المسألة محل النزاع (٢).

= -Serge Braudo; Propos sur la médiation en matière civile; Gaz. Pal. 14-15 avril. 1995; doct.; P. 4.

-Béatrice Blohorn-Brenneur; La médiation judiciaire en France; Gaz. Pal.11-12 mai 2005; doct.; P.2.

(١) د.منيرة عبد الله البشاري، فض المنازعات التجارية، دراسة لمبدأ التفاوض في إطار منظمة التجارة العالمية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٣، ص ٣٧٢. د.خالد محمد الجمعة، آلية تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، دراسات استراتيجية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ع ٦٤٤، ص ٤٧.

(٢) د.نبيل أحمد حلمي، التوفيق، ص ١٠١ - ١٠٢. د.أحمد فوزي عبد المنعم، وسائل فض المنازعات، ص ٥٢٤ - ٥٢٥.

ويقوم الموفق - كشخص موهوب حكيم خبير بخلق الثقة بين طرفي النزاع عن طريق الحوار المشترك بينهما، وتوضيح عناصر النزاع وحصر نقاط الخلاف والاتفاق بين طرفي النزاع، وتحجيم المواقف المتطرفة، وتحطّي التشدد في المواقف محل الخلاف، ومحاولة تخفيف حدة الخلاف التي توغر الصدور وتصعد المواقف، وتنظيم عملية التفاوض وتبادل العروض والمقترحات، وتقريب وجهات النظر توصلًا إلى تسوية نهائية للنزاع، واقتراح الحلول المبتكرة، والبحث عن الحل الأكثر ذكاءً، ومساعدة طرفي النزاع على اختيار مصالحهما ليكونا خصمين راجحين، وتشجيعهما على تبادل الآراء والمناقشة، واستنهاض أفكارهما وإشعارهما باستقلاليتهما ومسئوليتهما تجاه حل النزاع بعد تقييم المراكز القانونية لهما وعرض وجهة نظره القانونية، وجلي الرؤي والأفكار التي تجود بها أطراف النزاع. ويمكن أن نشبه دور الموفق بالدور الذي يقوم به المايسترو؛ حيث يقوم بإقناع الأطراف بالتنازلات الممكنة، والتوفيق بينهم لتقريب وجهات النظر، ودفعهم إلى صنع القرار بأنفسهم بشكل ودي يرتضونه بعد أن يقدم لهم سلة الحلول المناسبة لمصالحهم (١).

٥١ - وسائل الإثبات في عملية التوفيق الإلكتروني: الإثبات ليس ركناً من أركان الحق، بل هو سلاح الخصم في معركة أية خصومة لتأييد إدعاءاته أو لنقض إدعاءات خصمه وإثبات عكسها، حيث يتباري كل خصم في تقديم الأدلة التي تبرهن صدق دعواه وتدحض أدلة خصمه، فالحق

= - Serge Braudo; La pratique de la médiation aux États-unis; Gaz. Pal.1-4 mai 1996; doct.; P. 5.

(١) د.حسام لطفي، تسوية منازعات الملكية الفكرية في إطار اتفاقية منظمة التجارة العالمية، الدورة المعقدة لإعداد المحكم التي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس في ٢٤ مارس حتى ١ إبريل ٢٠٠٤م، ص ١٦٦ - ١٦٧. د.ناهد حسن حسين على عشري، التوفيق والوساطة في منازعات العمل الجماعية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٤م، ص ١٥٥. د.خلفي عبداللطيف، الوسائل السلمية لحل منازعات العمل الجماعية، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس، ١٩٨٢م، ص ٣٢٥.

- Moustafa kandeel; La conciliation et médiation judiciaires; N. 411; P. 253.

يتجرد من قيمته مالم يقيم الدليل عليه، والدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه. وحق الخصم في إثبات ما يدعيه يقابله حق الخصم الأخر في إثبات العكس، ولكل خصم حق مناقشة أدلة وحجج خصمه. ويجري الإثبات أمام هيئة التوفيق الإلكتروني بأدلة الإثبات المقررة قانوناً وهي محددة في القانون علي سبيل الحصر وبالتالي لا يجوز القياس عليها أو الإضافة إليها، ولا يجوز للأطراف الاتفاق علي الإثبات بوسيلة لا يقرها القانون كالإثبات بقراءة الكف أو الفنجان، وعلي من يدعي واقعة عبء إثباتها بالدليل. وللأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم قواعد وإجراءات الإثبات بأنفسهم أو بتفويض الغير في هذا الاختيار أو طبقاً لقواعد مركز توفيق مؤسسي، ويجب علي هيئة التوفيق الإلكتروني احترام إرادة الأطراف في ذلك مع مراعاة المبادئ الأساسية في الإثبات (١). ولا يجوز للموفق إصدار أمر بالإجابة القضائية الدولية للحصول علي أدلة إثبات موجودة خارج الدولة التي يجري فيها التوفيق، لأنه لا يملك سلطة الجبر، بل يستطيع طلب الإجابة من المحكمة القضائية المختصة (٢).

ولأطراف عملية التوفيق الإلكتروني حرية الاتفاق فيما بينهم على تحديد وسائل الإثبات، والقانون الذي يحكم قواعد وإجراءات الإثبات، فإن لم يتفقوا على ذلك تولت هيئة التوفيق الإلكتروني تحديد القانون الذي تراه أكثر ملاءمة وارتباطاً بالنزاع مع مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، ويجوز أن تستعين بكافة طرق الإثبات، كتقديم المستندات والأدلة والوثائق التي تراها مناسبة لمحاولة تسوية النزاع، ولها أن تتخذ إجراءات المعاينة، أو الاستماع لشهادة الشهود، أو الاستعانة

(١) د. الأنصاري حسن التيداني، القاضي والوسائل الإلكترونية الحديثة، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٩م، ص ٣٢ - ٣٥. د. علي أبو عطية هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠١١م، بند ١ وما بعدها، ص ٥ وما بعدها.

(٢) د. محمود الشراوي، التحكيم، بند ٢٦٨، ص ٣٥٧. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ٤٨٧، ص ٧١٥.

بالخبراء... وتقوم هيئة التوفيق الإلكتروني بالتحقيق في وقائع النزاع بكافة الطرق التي تراها مناسبة بشرط معاملة أطراف عملية التوفيق الإلكتروني على قدم المساواة، وتهيئة الفرصة الكاملة لكل طرف لإبداء رأيه وعرض أدلته في وقت كافٍ. ولهيئة التوفيق الإلكتروني سلطة تقديرية كاملة في قبول طلب اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات، ولهيئة أن تطلب من طرفي النزاع تقديم أية وثائق ومستندات وأدلة تراها ضرورية لتسوية النزاع (١).

ولهيئة التوفيق الإلكتروني حرية تقدير أدلة الإثبات وأدلة النفي المقدمة من الأطراف؛ لأنها تبني رأياها على ما تقتنع به من وقائع النزاع مقيدة بمحدود اتفاق التوفيق. وللأطراف حرية الاتفاق على طرق الإثبات وأدلته والقانون الذي يحكم الإثبات، وإن لم يتفقوا تولت هيئة التوفيق الاختيار، ولها أن تستعين بكافة وسائل الإثبات المقررة قانوناً، وعلى من يدعي واقعة عبء إثباتها ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، ويجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة ومتعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائز إثباتها بالدليل المطلوب تقديمه (٢).

ويجوز لأطراف التوفيق الإلكتروني إثبات ادعاءاتهم بأي طريقة من طرق الإثبات، ولهيئة التوفيق أو سكرتارية مركز التوفيق المؤسسي حق طلب تقديم الأصول الأصلية للمستندات المقدمة من الأطراف في أية حالة كانت عليها عملية التوفيق في شكل إلكتروني، ويجب على هيئة التوفيق الإلكتروني فحص وقائع الدعوى في أسرع وقت ممكن، وتكليف الخصوم

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، ص ٣٥٨ وما بعدها. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، ص ٢٥٢ وما بعدها. د. محمود التحيوي، التحكيم، ص ٢٣٧ وما بعدها. دهني محمد مجدي، دور المحكم، بند ١٨١، ص ٢٢٨ وما بعدها.

(٢) د. سامية راشد، التحكيم، ص ٣٤٥. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم، ص ١٣٦. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، ص ٢٥٢ وما بعدها. د. علي بركات، خصومة التحكيم، بند ٤٣٩، ص ٣٤٤. د. محمود التحيوي، التحكيم، ص ٢٣٧ وما بعدها. د. علي هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات، بند ٨، ص ٢٠ وما بعدها.

بالإثبات بطرق الإثبات المناسبة طبقاً لقانون محدد أو عدة قوانين معينة. ومن أدلة الإثبات في عملية التوقيع الإلكتروني: المحررات الإلكترونية، شهادة الشهود، والاستعانة بالخبرة، والمعاينة، والاستجواب... (١).

(أ) = المحررات الإلكترونية: يعتبر الدليل الكتابي أقوى أدلة الإثبات، وحرصت كثير من التشريعات الوطنية والدولية على الاعتراف بالكتابة الإلكترونية وإكسابها نفس حجية الكتابة التقليدية بخط اليد في الإثبات، أي بالمساواة في القيمة القانونية والحجية في الإثبات بين المحررات الإلكترونية، والمحررات التقليدية، وبين التوقيع الإلكتروني، والتوقيع التقليدي بخط اليد، وذلك عن طريق تطبيق مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات الإلكترونية والتقليدية، وبين التوقيع الإلكتروني، والتقليدي. ويجوز لهيئة التوقيع الإلكتروني خلال سير إجراءات عملية التوقيع الإلكتروني أن تطلب من الأطراف مدها بالأدلة الكتابية والمستندات اللازمة، ويجب عليها إحاطة الطرف الآخر علماً بها وتمكنه من الإطلاع والرد عليها (٢). وعلى ذلك يجب الاعتراف بقبول التوقيع والمحرر الإلكتروني كدليل إثبات في التوقيع الإلكتروني، والاعتراف له بحجية كاملة في الإثبات، ولهيئة التوقيع الإلكتروني سلطة الاكتفاء بالمستندات، والوثائق الإلكترونية المكتوبة وحدها إذا قدرت أنها كافية للفصل في النزاع بشرط أن تكون الكتابة الإلكترونية مقروءة وباقية وغير قابلة للتعديل (٣).

(١) د.علي بركات، خصومة التحكيم، بند ٤٣٩ وما بعده، ص ٣٤٤ وما بعدها. د.محمود التحيوي، التحكيم، ص ٢٣٧ وما بعدها. د.علي هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات، بند ٦٦، ص ١٤٧.

(٢) د.خالد حمدي عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، ص ١٢٢. د.ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ص ٦٣. د.علي هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات، بند ٦٧، ص ١٤٨ - ١٤٩.

(٣) د.حازم حسن جمعة، اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، دبي، إبريل ٢٠١٣م، ص ٦٩. د.علي هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات، بند ٦٧، ص ١٤٨.

(ب) - شهادة الشهود: هي إخبار بحق للغير علي الغير، أي إخبار شاهد من غير أطراف عملية التوفيق الإلكتروني أمام هيئة التوفيق الإلكتروني بواقعة مادية تصلح محلاً للإثبات ترتب حقاً لغيره جرت تحت سمعه، وبصره. ويجوز لهيئة التوفيق الإلكتروني أثناء المرافعة أن تقرر الاستماع إلى شهادة الشهود واستجوابهم بدون أداء يمين في حالة عدم كفاية الأدلة الكتابية لتكوين عقيدتها، ويجب على الطرف طالب سماع الشاهد إبلاغ هيئة التوفيق الإلكتروني باسم الشاهد، وعنوانه، ووسائل الاتصال به، والوقائع التي سيشهد بها (١).

ويدلي الشاهد بشهادته شفويًا باستعمال وسائط الاتصال الإلكترونية كالفيديو كونفرانس في جلسات التوفيق بالإجابة على الأسئلة الموجهة إليه من هيئة التوفيق والأطراف، ويمكن مناقشة الشاهد في شهادته. وتستمع هيئة التوفيق إلي الشاهد بدون أداء اليمين ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، كما يجوز للشاهد الإدلاء بشهادته في شكل محرر مكتوب وموقع وموثق من مكتب توثيق، وإرساله لموقع القضية التوفيقية على الإنترنت بعد إبلاغه بموقع القضية. ويجوز لهيئة التوفيق الإلكتروني رفض سماع الشهود استناداً إلى قدرتها على الفصل في النزاع بناءً على المستندات والمرافعات والوثائق المقدمة إليها، وتخضع أقوال الشهود لتقدير هيئة التوفيق الإلكتروني. ويجوز لهيئة التوفيق الإلكتروني طلب تدخل القضاء بالمساعدة؛ لأنها تفقد سلطة الجبر والإلزام عند تخلف شاهد عن الحضور أو حضر وامتنع عن الإجابة علي الأسئلة التي توجه إليه. ولهيئة التوفيق الإلكتروني سلطة تقدير شهادة الشهود الشفوية أو المكتوبة (٢).

- (١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٠٥، ص ٣٦٨ - ٣٦٩. د. علي بركات خصوصية التحكيم، بند ٤٠١، ص ٣٩٢. د. هدي محمد مجدي، دور المحكم، بند ١٨٢ - ١٨٣، ص ٢٢٩ وما بعدها. د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة، ص ٣٤٥. د. علي هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات، بند ٨٠ وما بعده، ص ١٧٦ وما بعدها.
- (٢) الإشارة السابقة.

(ج) - الخبرة: هي العلم عن تجربة علمية وعملية بمجال معين من مجالات المعرفة الفنية. والخبير هو شخص يتمتع بمعلومات فنية خاصة ومهارة فائقة بحكم التجربة والممارسة العملية والعلمية، لا يمتلكها الموفق، ولأن هيئة التوفيق الإلكتروني ملزمة بفحص وتحقيق وتمحيص ما يطرح عليها من أجل الوصول إلى الحقيقة فإنها تلجأ إلى الاستعانة بالخبرة الفنية التي لا تمتلكها؛ لإبداء رأي فني غير ملزم لها في مسألة فنية حسائية أو ميكانيكية أو زراعية أو هندسية أو طبية أو قانونية...، وذلك نظراً لتشعب المعارف الفنية، وسيادة مبدأ التخصص، وهذا عند اقتضاء الإثبات الفني، ولذا يجوز لهيئة التوفيق الإلكتروني ندب خبير أو أكثر لمعرفة رأيه في مسألة فنية من مسائل الواقع أو القانون سواء كان قانون وطني أم أجنبي (١).

ويتمتع الموفق بسلطة تقديرية في الاستعانة بالخبرة، فله أن يأمر بها من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد طرفي النزاع. وغالباً ما تلجأ هيئة التوفيق للخبرة عندما يكون بالعملية التوفيقية أمر فني تعجز هيئة التوفيق عن تفهمه جيداً، ولا تكفي الأدلة المقدمة لتكوين عقيدتها حول موضوع النزاع. والخبير الفني لا يعتبر من الشهود الذين قد يستعان بهم في الإثبات بالشهادة، ولهيئة التوفيق الإلكتروني سلطة تقديرية في تقدير تقارير الخبراء، فلها أن تأخذ بها أو ترفضها أو تقبل جزءاً منها دون الآخر، ولأطراف التوفيق حق مناقشة الخبير حول تقريره، ويجب أن يكون عدد الخبراء عند فردي حتى يمكن الترجيح بينهم عند الاختلاف في الرأي، كما يجب أن يؤدي الخبير عمله بالصدق والأمانة، ويجب كذلك أن تتوافر فيه الحيدة والاستقلال والنزاهة، وعليه الكشف عن أية ظروف تثير شكوكاً حول

(١) د. محمود جمال الدين زكي، الخبرة، ص ٣٠. د. علي الشحات الحليدي، دور الخبير الفني، ص ٩٧ وما بعدها. د. حسان عبدالسميع هاشم، الخبرة في قانون التحكيم، ص ٩ وما بعدها. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ص ١٣٦. د. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم، ص ٥٩.

نزاهته وحياده. وتستمع هيئة التوفيق الإلكتروني إلى الخبراء دون أداء اليمين القانونية ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك (١).

(د) - المعاينة: يجوز لهيئة التوفيق الإلكتروني اللجوء إلى المعاينة كإجراء تحقيق مباشر للإثبات في حضور الأطراف أو ممثلهم بفحص محل النزاع سواء أكان ذلك من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الأطراف متى كان ذلك ضرورياً لكشف الحقيقة واستخلاص الدليل من مشاهدتها وقائع النزاع على الطبيعة ومعاينتها لمحل المعاينة بنفسها بقصد تكوين عقيدتها، سواء أكان ذلك في مكان محل النزاع أو في الجلسة إذا وجد محل المعاينة بالجلسة، وذلك بعد تنبيه الأطراف بموعد المعاينة احتراماً لحق الدفاع، وتقوم هيئة التوفيق بالمعاينة وتحرر محضر معاينة يتضمن ما انتهت إليه من نتائج بهدف الوقوف على حقيقة النزاع. وقد تكون المعاينة بفحص هيئة التوفيق الإلكتروني للمواقع الإلكترونية المتنازع عليها على شبكة الإنترنت للوقوف على حقيقة النزاع وإظهار العدالة، أو بفحص السلع، والبضائع، والخدمات محل النزاع في مجال التجارة الإلكترونية... ويجوز لأي من طرفي النزاع التقدم بطلب وقتي إلى هيئة التوفيق الإلكتروني لإثبات حالة مستعجلة يخشى تغيير معالمها لتقوم بمعاينتها قبل نظر النزاع (٢).

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٠٦، ص ٣٦٩ وما بعدها. د. عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الموثي، ص ١٩٢. د. نبيل غمر، التحكيم، بند ١٦٩، ص ٢٠٣، ٢٠٢. د. هادي محمد مجدي، دور المحكم، بند ١٨٥ - ١٨٦، ص ٢٢٣ - ٢٢٤. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ص ٣٦. د. علي هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات، بند ١٢٦ وما بعده، ص ٢٦٦ وما بعدها.

(٢) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ٢٠٤، ص ٣٦٧ - ٣٦٨. د. نبيل غمر، التحكيم، بند ١٧٠، ص ٢٠٣. د. عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص ٢٩١. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ٤٨٤، ص ٧٠٩. د. أسامة المليجي، شرح القواعد الإجرائية في الإثبات ١٩٩٧م، بند ١٢٧، ص ١٩٦. د. علي بركات، خصومة التحكيم، بند ٤٠٤، ص ٣٩٥. د. سحر عبدالستار امام يوسف، دور القاضي في الإثبات، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م، بند ٢٧٧، ص ٤٧٧. د. علي هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات، بند ١٠٨ وما بعده، ص ٢٢٨ وما بعدها.

(هـ) - الاستجواب: الاستجواب هو طريق من طرق تحقيق الدعوي تقوم به هيئة التوفيق الإلكتروني من تلقاء نفسها كرخصة لها إذا رأت أن النزاع بحاجة إلى استجواب لتتوير عقيدتها أو بناءً علي طلب أحد الأطراف شفاهة أو كتابة، بسؤال أحد الخصوم في أي حالة كانت عليها الدعوي عن أية وقائع قانونية منتجة في النزاع لتصل من وراءها إلى الحصول علي إقرار وإعتراف منه بالحق في الدعوي. ولا يجوز استجواب الخصم إلا إذا كان أهلاً للتصرف في الحق المتنازع عليه، وتستجوب الأشخاص الاعتبارية عن طريق من يمثلها قانوناً، ويجب علي من تقرر استجوابه الحضور بنفسه لاستجوابه ولا يجوز له توكيل غيره في استجوابه عنه (١).

ويكون الاستجواب عن طريق أسئلة يوجهها الموفق إلى الخصم الذي يراد استجوابه، ويوجه إليه كذلك ما يطلب الخصم الأخر توجيهه من أسئلة، ويجب علي الخصم أن يجيب علي ما يوجه إليه من أسئلة، وله أن يطلب ميعاد للأجابة، وتكون الإجابة في مواجهة من طلب الاستجواب. وتدون الأسئلة التي توجه إلى الخصم وإجابته عليها بالتفصيل والدقة في محضر الجلسة، وبعد تلاوتها يوقع عليها من الرئيس والكتيب والمستجوب، وإذا امتنع المستجوب عن الإجابة أو التوقيع ذكر ذلك في المحضر امتناعه وسببه. ولهيئة التوفيق الإلكتروني حرية العدول عن إجراء الاستجواب، أو عدم الأخذ بنتيجة الاستجواب إذا لم تقتنع بما أسفر عنه، ولها حرية تكوين عقيدتها من أوراق ومستندات أخرى (٢).

(١) د. أحمد أبو الوفاء، التعليق علي نصوص قانون الإثبات، ط ٤، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٤م، ص ٤٣٩ - ٤٤٣. د. نبيل عمر، التحكيم، بند ١٧١، ص ٢٠٤. د. أسامة المليجي، شرح القواعد الإجرائية في الإثبات ١٩٩٧م، بند ١٠٦، ص ١٦٣. د. سحر عبدالستار، دور القاضي في الإثبات، بند ٢٦١ وما بعده، ص ٤٤٥ وما بعدها. د. نبيلة رسلان، الإثبات، ٢٠٠١م، ص ٢٨٦ - ٢٨٩. د. علي هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات، بند ١٠١ وما بعده، ص ٢١٥ وما بعدها. نقض مدني ١٢/٢/١٩٦٥م، مج، س ١٦، ص ١١٨٤.

(٢) د. أحمد أبو الوفاء، التعليق، ص ٤٣٩ - ٤٤٣. د. أسامة المليجي، شرح القواعد الإجرائية في الإثبات، بند ١٠٦، ص ١٦٣. د. سحر عبدالستار، =

٥٢. سلطة هيئة التوفيق الإلكتروني: يقوم الموفق سواء كان معيناً من الأطراف أو من أحدهم أو من مركز توفيق أو من الغير أو من المحكمة القضائية، وسواء كان في توفيق وطني أم دولي، حرماً مؤسسي باستدعاء أطراف النزاع للمشول أمامه في الزمان والمكان المحددين، سواء أكانوا مجتمعين معاً أم منفردين كل علي حده؛ لمباشرة مهمته في عملية محاولة التوفيق بينهما دون التمتع بسلطة الأمر.

وتحدد سلطة هيئة التوفيق الإلكتروني بنطاق عملية التوفيق الذي حدده الأطراف في اتفاق التوفيق، والذي يتحدد بثلاثة عناصر: أشخاص عملية التوفيق، وقائع النزاع، وطلبات الأطراف. ونظراً لإعمال مبدأ نسبية أثر اتفاق التوفيق الإلكتروني فإنه يشمل الأطراف والخلف عاماً كان أو خاصاً، ولذا لا يجوز للهيئة التوفيق أن تدخل الغير في عملية التوفيق إلا بموافقة جميع الأطراف، كما لا يجوز لها إدخال الغير في عملية التوفيق إلا بموافقة جميع الأطراف وموافقة من سيتم إدخاله؛ وذلك لأن هيئة التوفيق لا تملك سلطة الأمر أو الإيجاب التي يمتلكها القاضي (١).

• وكما تتحدد سلطة هيئة التوفيق الإلكتروني في وقائع النزاع، وطلبات الأطراف بنطاق اتفاق الأطراف علي التوفيق. أي أن النطاق الموضوعي لعملية التوفيق الإلكتروني يتحدد بمنازعات اتفاق التوفيق، ويقدم الأطراف تلك المنازعات في شكل طلبات أصلية وطلبات عارضة سواء أكانت إضافية أم مقابلة بشرط أن تكون مرتبطة ارتباطاً وثيقاً

= دور القاضي في الإثبات، بند ٢٦١ وما بعده، ص ٤٤٥ وما بعدها. د. نبيلة رسلان، الإثبات، ٢٠٠١م، ص ٢٨٦ - ٢٨٩. د. علي هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات، بند ١٠١ وما بعده، ص ٢١٥ وما بعدها. (١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٨٠ - ١٨٣، ص ٣٣٨ وما بعدها. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم، بند ٤٣٩ - ٤٤٢، ص ٦٣٠ وما بعدها. نقض مدني ٢٠ / ١ / ١٩٧٠م، طعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ ق، مج، س ٢١، ج ١، ص ١٤٦.

-Paris; 3 Nov.1988; Rév. arb. 1989; P. 186.

بموضوع التوفيق وصرحة وجازمة، ولم يكن من شأنها عرقلة الفصل في موضوع التوفيق الأصلي خلال ميعاد التوفيق. ولكل طرف تعديل طلباته أو استكمالها في أي حال كانت عليها الإجراءات خلال سير عملية التوفيق في حدود نطاق اتفاق التوفيق مالم يتفقا علي غير ذلك. ويجوز للأطراف الاتفاق على تعديل نطاق موضوع عملية التوفيق - ولا يجوز ذلك لهيئة التوفيق - باتفاق توفيق جديد، ويجوز لهيئة التوفيق إعادة تصحيح تكيف طلبات الأطراف أو تغيير وصفها القانوني تفادياً لبطلانها على النحو الذي يقره القانون بشرط موافقة الأطراف، والتقييد بموضوع النزاع وأساسه القانوني (١).

ويجب علي هيئة التوفيق الإلكتروني الالتزام بالحدود المرسومة لها في اتفاق التوفيق، واحترام مبدأ المواجهة، والنظام العام، والسرية، والمساواة بين الأطراف، وحقوق الدفاع، والقانون الواجب التطبيق علي الإجراءات والموضوع، والتقييد بحدود النطاق الشخصي والموضوعي لعملية التوفيق، والمبادئ العامة في القانون، والمبادئ الأساسية في التقاضي والإثبات... (٢).

وإذا كان تقديم دليل الإثبات أو دليل النفي واجباً علي أطراف النزاع، فإن هيئة التوفيق الإلكتروني تقف من الأطراف موقفاً سواء دون تمييز ويقتصر دورها علي تلقي الأدلة من الأطراف، ثم تتولي تقديرها ووزنها في حدود قيمتها القانونية بضوابط تناسب طبيعة التوفيق، تمكيناً لاستجلاء

(١) د. فتحي والي، قانون التحكيم، بند ١٨٤-١٨٧، ص ٣٤٥ وما بعدها. د. هدى

محمد مجدي، دور المحكم، بند ١٩٣، ص ٢٤٢-٢٤٣.

-Paris; 30 mars 1962; J.C.P. éd. G. 1962; N. 2; P. 128.

-Paris; 23 Juin 1984; Rév. arb. 1984; P. 82.

-Paris; 25 Juin 1983; Rév. arb. 1983; P. 344.

-Paris; 11 déc 1981; Rév. arb. 1982; P. 311.

-Paris; 25 Jonv. 1972; Rév. arb. 1973; P. 158.

(٢) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية،

بند ٢٩١ وما بعده، ص ٥٢٨ وما بعدها. د. محمود مصطفى بونس، المرجع في

أصول التحكيم، بند ٣٧٥ وما بعده، ص ٣١١ وما بعدها. د. علي بركات،

خصوصية التحكيم، بند ٣١٧ وما بعده، ص ٣١٣ وما بعدها.

الحقيقة كاملة وكشف الواقع. ويجوز لها القيام بعمل معاينة لمكان النزاع في وجود طرفي النزاع أو أحدهما فقط إذا استدعت الظروف ذلك، كما يجوز لها الاستعانة بأهل الخبرة بعد موافقة طرفي النزاع إذا تطلب الأمر ذلك، وكذلك يجوز لها الاستماع إلي أشخاص آخرين يري ضرورة سماعهم» ولا تملك سلطة التحقيق ولا إجبار شاهد علي الحضور ولا تخليفه اليمين... (١).

وتنتهي محاولة التوفيق بين الأطراف إما بالوصول إلي اتفاق بتسوية النزاع كلياً أو جزئياً - بمساعدة الموفق، ويجوز في محرر موقع عليه من الموفق ومن طرفي النزاع حتي يمكن القيام بتوثيقه ليصبح سنداً تنفيذياً للتنفيذ الجبري وتذييله بالصيغة التنفيذية، ولتجنب المشاكل التي قد تنجم عن إنكاره فيما بعد، وتقديمه كدليل علي حسم النزاع. وإما بالفشل في الوصول إلي اتفاق بتسوية النزاع واللجوء إلي وسيلة ودية بديلة أخري لفض النزاع بين الخصوم، أو اللجوء إلي القضاء المختص للحصول علي حكم قضائي يحسم موضوع النزاع. وفشل محاولة التوفيق بين أطراف النزاع بالوصول إلي اتفاق بتسوية النزاع كلياً أو جزئياً مرة لا يحول دون اللجوء إلي عملية التوفيق مرة أخري (٢).

٥٣ - عملية التوفيق الإلكتروني في القانون المصري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م: عرف المشرع المصري العديد من اللجان القضائية والإدارية لفض المنازعات ونظر التظلمات؛ لتخفيف العبء عن القضاء، والتيسير علي المواطنين في الحصول علي حقوقهم في وقت أسرع وإجراءات ميسرة. ويكون

- (١) د. أحمد شرف الدين، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طبعة نادي القضاة ٢٠٠٤م، بند ٨، ص ١٥ - ١٧.
- (٢) د. فتحي والي، الوسيط، بند ٤٤٣، ص ٨٦٣ - ٨٦٤. د. عاشور مبروك، نحو محاولة، ص ١٧٠. د. الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، بند ١٨٩ وما بعده، ص ٣١٩ وما بعدها. د. علي بركات، التناضي مدنياً ضد الدولة، ص ١٦١ - ١٦٢. د. عيسى غازي عبدالحليم، فلسفة لجان التوفيق في المنازعات الادارية وأهدافها، رسالة دكتوراه، حقوق طنطا ٢٠٠٧م، ص ٥٩٢.

اختصاص هذه اللجان علي سبيل الحصر استثناءً من القاعدة العامة لاختصاص المحاكم شامل. فاختصاص لجان التوفيق هو اختصاص قاصر علي أنواع محصورة من المنازعات محددة بقانون إنشائها وبإجراءات أبسط وأسرع، ودون رقابة قضائية إلا في حالات استثنائية بنص القانون (١).

كما عرف المشرع المصري أيضاً نظام التوفيق في المنازعات بصفة عامة منذ وقت مبكر نسبياً، ومن قبل صدور القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ م، فقد أنشأ العديد من اللجان المنوط بها مهمة التوفيق بين الخصوم، للتقريب بين وجهات النظر المتعارضة لأطراف النزاع قبل عرضه أمام القضاء، مثل لجان التوفيق في المنازعات العمالية بين صاحب العمل وعماله بقانون العمل الأسبق رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ م في المواد من (١٨٨ : ١٩٦)، ولجان التوفيق في المنازعات بين هيئة التأمين الاجتماعي وبين أصحاب العمل والمؤمن عليهم وأصحاب المعاشات بنص (م ١٥٧) من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ م (٢).

وقد استحدث المشرع المصري بموجب القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ م التوفيق الإجمالي في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، وأوجب اللجوء إلى لجان فض المنازعات بطلب التوفيق قبل رفع الدعوي، سواء أرفعت الدعوي من الدولة أو رفعت عليها، وإلا كانت الدعوي غير مقبولة؛ وذلك لتخفيف العبء عن كاهل القضاء وعلاج ظاهرة بطء التقاضي،

(١) د.السعيد محمد الأزمازي، الجوانب الإجرائية لقانون فض المنازعات بين الواقع النظري والتطبيق العملي، بحث مقدم إلي مؤتمر كلية الحقوق / جامعة طنطا، المشاكل الناجمة عن تطبيق قانون فض المنازعات رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ م، مارس ٢٠٠٢ م، بند ٤.

(٢) د.أسامة أحمد شوقي المليجي، فكرة التوفيق في القانون المصري وطبيعته القانونية، بحث مقدم إلي مؤتمر كلية الحقوق / جامعة طنطا، المشاكل الناجمة عن تطبيق قانون فض المنازعات رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ م، مارس ٢٠٠٢ م، ص ٢.

واستقرار حقوق طرفي النزاع بإجراءات سهلة ميسرة سريعة ناجزة، وتوفيراً للوقت والجهد والنفقات. هذا وقد اعتبر بعض الفقهاء أن القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م، يثير فكرة الوساطة الإجرائية أكثر مما يثير فكرة التوفيق (١).

وقد قضت المحكمة الدستورية بأن نظام لجان التوفيق يمثل مرحلة أولية لفض النزاع... ولا يُعدُّ درجة من درجات التقاضي، ولا يؤثر علي حق التقاضي من قريب أو بعيد، ولا يقيد حق التقاضي، ولا يعني التنازل عنه، ولا ينال من حق التقاضي ذاته؛ لأنه لا يمس حق التقاضي سواء في محتواه أو مقاصده. والالتجاء إلي التوفيق قد يعني عن الخصومة القضائية، وإن كان لا يحول دونها، ذلك أن اختصاص لجان التوفيق لا يمس حق الخصوم في الالتجاء إلي قاضيهم الطبيعي؛ لأن اختصاص تلك اللجان لا يتضمن تعديلاً لاختصاص جهات القضاء، ولا ينحيا عن مباشرة وظائفها، ولا صلة لها بجهات القضاء، ولا بمواقعها التي تباشر فيها وظائفها (٢). ويعتبر وجوب تقديم المدعي لطلب توفيق إلي لجنة فض المنازعات المختصة كإجراء أولي بمثابة شرط عرض النزاع على لجنة فض المنازعات قبل اللجوء إلى المحكمة، وإلا كان مصيرها الرفض لعدم رفعها بغير الطريق القانوني.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: "... ولا يعتبر نظام التوفيق وفقاً لقانون لجان فض المنازعات رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م مانعاً من موانع التقاضي... ويعتبر تقديم المدعي لطلب التوفيق إلي لجنة فض المنازعات

(١) د. أحمد محمد حشيش، نحو فكرة عامة للوساطة الإجرائية باعتبارها عوناً للقضاء، بحث مقدم إلي مؤتمر كلية الحقوق/جامعة طنطا، المشاكل الأناجعة عن تطبيق قانون فض المنازعات رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م، مارس ٢٠٠٢م، ص ٢.

(٢) دستورية عليا ٩ / ٥ / ٢٠٠٤م، قضية رقم ١١ لسنة ٢٤ ق، الجريدة الرسمية، ع ٢٤، صادر في ١٠ / ٦ / ٢٠٠٤م، ص ٤٨ وما بعدها. دستورية عليا ٦ / ٦ / ١٩٩٨م، قضية رقم ١٤٥ لسنة ١٩ ق، الجريدة الرسمية، ع ٣٥، صادر في ١٨ / ٦ / ١٩٩٩م.

إجراء أوجب القانون اتخاذه قبل رفع الدعوى، وإلا حكم بعدم قبول الدعوى القضائية شكلاً؛ لعدم سلوك الطريق الذي رسمه القانون قبل إقامتها، إذ لم يقدم طلب توفيق أصلاً للجنة فض المنازعات، أو قدم طلب التوفيق في تاريخ لاحق على تاريخ إقامة الدعوى مما لا ينتج أثره القانوني كإجراء يجب أن يستوفى قبل رفع الدعوى لا بعدها... (١).

إلا أن محكمة النقض قضت في حكم حديث لها بأن: "...المشروع في القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م بشأن إنشاء لجان التوفيق لفض المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، تطلب لقبول الدعوى بشأن إحدى المنازعات الخاضعة لأحكام هذا القانون؛ أن يتقدم المدعي فيها قبل رفعها بطلب توفيق للجنة فض المنازعات المختصة وإلا كانت هذه الدعوى غير مقبولة... وأنه إذا تعلق الأمر بإجراء أوجب القانون اتخاذه، وحتى تستقيم الدعوى، فإن الدفع المبني علي تخلف تلك الإجراءات يُعدّ دفعا شكلياً، ويخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول، متى انتهت صلته بالصفة، أو المصلحة في الدعوى، أو بالحق في رفعه، وإن اتخذ اسماً بعدم القبول؛ لأن العبرة في تكييف الدفع هي بحقيقة جوهره ومرماه... مؤدي ذلك أنه عند رفع المدعي إحدى المنازعات الخاضعة لأحكام هذا القانون دعواه مباشرة إلى المحكمة المختصة قبل اللجوء إلى إحدى اللجان التي أنشأها هذا القانون، ولكنه أثناء نظر هذه الدعوى، وقبل صدور الحكم النهائي للخصومة فيها تدارك الأمر، وتقدم بطلبه إلى اللجنة المختصة إعمالاً لأحكام القانون سالف الذكر، وأن اللجنة المختصة نظرت الطلب وأصدرت توصيتها فيه وكانت الدعوى الماثلة مازالت منظورة أمام المحكمة حتى أصدرت حكمها بعد ذلك، فإن هذا المدعي يكون قد استوفى الإجراء الذي أوجبه هذا القانون، بما لا تشرب معه علي المحكمة إن هي مضت في السير في نظر الدعوى دون

(١) إدارية عليا ٢٧ / ٥ / ٢٠١٠م، الطعن رقم ٥٣٣٢ لسنة ٥٣ ق، حكم غير منشور.

حاجة للحكم بعدم قبولها، لعدم اتخاذ هذا الإجراء الشكلي... (١).
و بموجب قانون لجان فض المنازعات رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ ف تنشأ في كل وزارة أو محافظة أو هيئة عامة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة لجنة أو أكثر للتوفيق بين الخصوم في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين هذه الجهات وبين العاملين بها، أو بينها وبين الأفراد، أو بينها وبين الأشخاص الاعتبارية الخاصة (٢).

ويخرج من اختصاص لجان فض المنازعات بالتوفيق: المنازعات التي تكون وزارة الدفاع والإنتاج الحربي أو أي من أجهزتها طرفاً فيها، والمنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية، والمنازعات التي أفرد لها المشرع نظاماً خاصاً لتسوية منازعاتها بوسيلة أخرى بنص قانوني خاص، والمنازعات التي تختص بها اللجان القضائية أو الإدارية أو هيئات التحكيم، والمسائل التي يختص بها القضاء المستعجل، ومنازعات التنفيذ، والطلبات الخاصة بالأوامر علي العرائض، والطلبات الخاصة بأوامر الأداء، وطلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترنة بطلبات وقف التنفيذ باعتبار أن هذه المسائل مستعجلة بطبيعتها وقد يقتضي الأمر الفصل فيها في وقت أقل من ميعاد إصدار التوصية من لجنة فض المنازعات، وخصومة الطعن في الأحكام باعتبار أن القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ يقتصر علي

(١) نقض مدني ٦ / ٧ / ٢٠١٥ م، طعن رقم ١٧٢٤ لسنة ٧٧ ق، منشور علي موقع محكمة النقض

<http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassation Court Civil.aspx>

(٢) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة ٢٠٠٩ م، بند ٤٤٠، ص ٨٥٩ وما بعدها. د. جابر جاد نصار، التوفيق في بعض منازعات الدولة، ص ٣٥. د. علي بركات، التقاضي مدنياً ضد الدولة، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٣ م، ص ١٠٨. د. عمرو أحمد حسبو، لجان التوفيق في المنازعات في ضوء القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ م، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١ م، ص ١٩. عبدالرحيم علي محمد، قانون لجان التوفيق، ص ٢٠.

الدعاوي التي تُرفع ابتداءً بشأن المنازعات الخاضعة لأحكامه (١). وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها بأن: "...
المشروع استثنائي من اختصاص لجان فض المنازعات بموجب القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م؛ المنازعات التي أفرد لها المشروع نظاماً خاصاً لتسوية منازعاتها بوسيلة أخرى بنص قانوني خاص... كالقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م بشأن المحاكم الاقتصادية ككيان قضائي خاص، وحيث أن المشروع قد أفرد للمنازعات الداخلة في اختصاص المحاكم الاقتصادية نظاماً خاصاً يجعلها من المنازعات المستثناة من وجوب العرض علي لجان فض المنازعات المنصوص عليها في القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م قبل رفع الدعوي من أو علي الجهات الحكومية وإلا حكم بعدم قبولها... وذلك لسرعة حسم تلك المنازعات، ولتشجيع الاستثمار العربي والأجنبي في البلاد..." (٢).

وتشكل لجنة فض المنازعات بالتوفيق بقرار من وزير العدل برئاسة أحد رجال القضاء أو أحد أعضاء الهيئات القضائية السابقين من درجة مستشار علي الأقل ممن لا يشغلون وظيفة أو يمارسون مهنة في الداخل أو في الخارج؛ حتي يكون متفرغاً لعمله في لجنة فض المنازعات بحيدة وموضوعية، وعضوية كل من يمثل عن الجهة الإدارية يكون بدرجة مدير عام علي الأقل أو ما يعادلها تختاره السلطة المختصة، والطرف الآخر في النزاع أو من ينوب عنه. وقد أصدر وزير العدل القرار رقم ٤٥٩٨ لسنة ٢٠٠٠م بتشكيل لجان التوفيق وتعيين مقارها تطبيقاً للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م.

(١) د.فحي والي، الوسيط، بند ٤٤٠، ص ٨٥٩ وما بعدها. د.جابر جاد نصار، التوفيق في بعض منازعات الدولة، ص ٥٣ وما بعدها. د.عمرو أحمد حسبو، لجان التوفيق، ص ٢٢ وما بعدها. محمود طنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات، ط ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٣م، ص ١٦٢.

(٢) قرض مدني ٢٢ / ٦ / ٢٠١٥م، طعن رقم ٨١٧١ لسنة ٨١ ق، منشور علي موقع محكمة النقض

ويقدم ذو الشأن صاحب الصفة والمصلحة بنفسه، أو بوكيل عنه طلب التوفيق إلى الأمانة الفنية للجنة فض المنازعات المختصة دون رسوم متضمناً البيانات القانونية، وبيانات الطالب والطرف الآخر في النزاع، وصفة كل منهما، وموطنه وموضوع الطلب، وأسايدته ومذكرة شارحة، وحافضة بالمستندات المؤيدة ومرفقاته. وتقوم الأمانة الفنية باللجنة بقيد الطلب وفقاً لرقمه المسلسل، وتسلم لمقدم الطلب إيصالاً باستلامه، وترتب علي تقديم طلب التوفيق للجنة فض المنازعات وقف المدد المقررة قانوناً لسقوط وتقدم الحقوق أو رفع الدعوى التي تتعلق بها حتي تنتهي اللجنة من مهمتها، ويستمر طوال مدة نظر الطلب حتي الفصل فيه وإصدار توصية، ما دام أن مدة السقوط أو التقادم أو المدة المقررة لرفع الدعوى لم تنقصر، ولو لم يكن موضوع الطلب من بين المنازعات التي تختص بها اللجنة (١).

ويحدد رئيس اللجنة ميعاد نظر الطلب، وتقوم الأمانة الفنية بإخطار الخصوم بميعاد الجلسة بكتاب موصي عليه بعلم وصول، وتنتظر اللجنة النزاع بحضور طرفي النزاع أو من ينوب عن أي منهما دون التقييد بإجراءات ومواعيد قانون المرافعات، مع ضرورة الالتزام بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي كالعلائية والمواجهة والدفاع، لتأكيد الثقة فيها. وقد الزم القانون قلم كتاب المحكمة التي ترفع إليها الدعوى عن ذات النزاع ضم ملف التوفيق إلي أوراق الدعوى.

وتفحص اللجنة بحضور جميع أعضائها طلبات ودفاع ودفوع طرفي النزاع وتحققها، ولها الاستعانة بما تراه منتجاً من وسائل الإثبات، وليس لها سلطة الجبر التي تستطيع بها إلزام الخصوم أو الغير بتقديم ما لديهم من مستندات، فتملك اللجنة الاستعانة بأهل الخبرة، وإجراء المعاينة، وسماع الشهود دون حلف يمين؛ وذلك لأنها ليست بسلطة قضائية. ويقوم

(١) د. فتحي والي، الوسيط، بند ٤٤٢، ص ٨٦٣. نقض مدني ٢٨ / ١٢ / ٢٠١٥م، طعن رقم ٨٠٦ لسنة ٧٧ ق، منشور علي موقع محكمة النقض
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx

الأطراف بإثبات ما يدعون به أمام اللجنة طبقاً للقواعد العامة في الإثبات، وتستمبر اللجنة في نظر طلب التوفيق حتى إصدار توصيتها من خلال الأوراق والمستندات المقدمة لها بعد مداوولات سرية، بأغلبية الآراء، وإن تساوت الأصوات رجح الجانب الذي منه الرئيس، مع إشارة موجزة لأسباب التوصية تثبت بمحضرها لإقناع أطراف النزاع بمصداقيتها وحتى تستير المحكمة وأطراف النزاع بالأسانيد الواقعية والقانونية عند عرض النزاع علي القضاء، وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب إلي اللجنة، وتنتهي مهمة اللجنة بإصدار التوصية أو بانقضاء ميعاد ستين يوماً دون إصدارها (م ٩ من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م)، ويترتب على أي منهما انقضاء أثر طلب التوفيق في وقف التقادم أو السقوط. وإذا لم تصدر اللجنة التوصية خلال ميعاد (٦٠) يوماً، أو أصدرتها ولم يقبلها أي من طرفي النزاع، فيحق لأي منهما اللجوء إلى المحكمة المختصة، ويقوم قلم كتاب المحكمة بضم ملف التوفيق إلى ملف الدعوى، وتقوم لجنة فض المنازعات بتسوية المنازعة بتوصية غير ملزمة إلا إذا وافق عليها كل من الجهة الإدارية والطرف الآخر في النزاع خلال (١٥) يوماً من تاريخ عرض لجنة التوفيق التوصية على طرفي النزاع خلال سبعة أيام من صدورهما، وتثبت التوصية في محضر جلسة موقع من طرفي النزاع، وتكون له قوة السند التنفيذي (١).

وقد ذهبت دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا إلي أن المواعيد المقررة في نص (م ٩) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م مواعيد تنظيمية وليست مواعيد سقوط، وقضت بأن: "... ميعاد إصدار التوصية خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق إلي لجان فض المنازعات هو ميعاد تنظيمي - في خطاب من المشرع إلى اللجنة - يجوز امتداده

(١) د. فتحي والي، الوسيط، بند ٤٤٣، ص ٨٦٣ - ٨٦٤. د. عاشور مبروك، نحو محاولة للتوفيق، ص ١٧٠. د. الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، بند ١٨٩ وما بعده، ص ٣١٩ وما بعدها. د. علي بركات، التقاضي مدنياً ضد الدولة، ص ١٦١ - ١٦٢.

طبقا لظروف كل طلب ؛ لاستقرار المراكز القانونية إذا تراخت اللجنة في إصدار التوصية إلى ما بعد الستين يوما المشار إليها وتراخى صاحب الشأن بالتالي في اللجوء للقضاء ، ويبدأ أو يستكمل بحسب الأحوال ميعاد رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة من تاريخ صدور التوصية من اللجنة. أي يكون ميعاد رفع الدعوى من تاريخ إصدار اللجنة توصيتها في المنازعة المعروضة عليها وليس من تاريخ انتهاء ميعاد الستين يوما المشار إليها بالمادة التاسعة من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م. وعليه فإن ميعاد رفع الدعوى لا يبدأ إلا من التاريخ الذي تصدر فيه اللجنة توصيتها وليس بعد انقضاء الستين يوما المقررة لإصدار التوصية. وحين نص في المادة التاسعة من هذا القانون على أن تصدر اللجنة توصيتها في المنازعة مع إشارة موجزة لأسبابها تثبت بحضورها وذلك في ميعاد لا يجاوز ستين يوما من تاريخ تقديم طلب التوفيق إليها إنما هو في حقيقته خطاب من المشرع إلى هذه اللجان لحثها على سرعة الفصل في هذه الطلبات على النحو الذي يحقق الغرض من إنشائها ، وهذا الخطاب من المشرع إلى اللجنة أتبعه بقيامها بعرض التوصية خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها على السلطة المختصة وعلى الطرف الآخر في النزاع ، فإذا اعتمدها السلطة المختصة وقبلها الطرف الآخر كتابة خلال الخمسة عشر يوما التالية لحصول العرض قررت اللجنة إثبات ما تم الاتفاق عليه في محضر يوقع من الطرفين ويلحق بحضورها وتكون له قوة السند التنفيذي ويبلغ إلى السلطة المختصة لتنفيذه ، فالخطاب موجه إلى اللجنة وليس لمقدم الطلب لتنظيم العمل داخل اللجنة حتى تصدر توصيتها في وقت مناسب تحقيقا للغرض من إنشائها. وإذا كان القانون المشار إليه قد نص في المادة العاشرة منه على أنه في حالة عدم قبول طرفي النزاع لتوصية اللجنة خلال المدة المشار إليها في المادة التاسعة أو انقضت هذه المدة دون أن يبدي الطرفان أو أحدهما رأيه بالقبول أو بالرفض أو لم تصدر اللجنة توصيتها خلال ميعاد الستين يوما يكون لكل من طرفي النزاع اللجوء إلى المحكمة المختصة ، فهذه المواعيد على ما يبين من سياق النصوص والغرض من إنشاء اللجنة هي مواعيد

تنظيمية لحس قيام اللجنة بعملها، خاصة أن اختصاص اللجنة يشمل المنازعات الإدارية والمدنية والتجارية - على تفاوت إجراءات ومواعيد كل نوع من تلك الدعاوى، وآية القول بأنها مواعيد تنظيمية أن المشرع لم يرتب أثراً أو جزاء على عدم عرض التوصية خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى كان نص المادة العاشرة صريحاً (...يكون لكل من طرفي النزاع اللجوء إلى المحكمة المختصة) فجعلها لإرادة صاحب الشأن وليس بصيغة اللزوم... ولكل ذلك فإن ما يتفق وهدف المشرع من إنشاء هذه اللجنة وأخذاً بنصوص القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م في مجموعها وعلى وجهها الصحيح يجعل من المواعيد المقررة في نص المادة التاسعة من هذا القانون مجرد مواعيد تنظيمية لعمل اللجان وليست مواعيد سقوط (١).

وقد صدر الكتاب الدوري رقم ٥ لسنة ٢٠٠١م بشأن المبادئ الحاكمة لتنفيذ توصيات لجان فض المنازعات الذي أصدرته وزارتي المالية والتنمية الإدارية ليضع قيوداً وشروطاً لتنفيذ التوصية هي: أن تصدر التوصية بالإجماع وليس بالأغلبية كما هو منصوص عليه قانوناً، وصدور موافقة الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة ووزارة المالية قبل صدور التوصية التي يترتب عليها أعباء مالية جديدة لضمان تنفيذها وللحفاظ على المال العام، وضرورة اتفاق التوصية مع المبادئ الحاكمة لعلاقة الموظفين المالية والوظيفية بالإدارة التي يصدرها الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة وإلا يرفضها ممثل الجهة الإدارية في اللجان، واستناد التوصية إلى أسانيد قانونية وأسباب ومبررات موضوعية ومنطقية. وبذلك تستطيع الحكومة الامتناع عن تنفيذ توصيات لجان فض المنازعات. ويعتبر الكتاب الدوري رقم ٥ لسنة ٢٠٠١م، قراراً إدارياً مخالفاً للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م، يؤدي إلى عدم جدوي وفقدان الثقة في عمل لجان فض المنازعات لدى المتقاضين، وعصف بها في مهب الريح وحاد بها عن غايتها، كما أن الشخص الذي

(١) إدارية عليا (دائرة توحيد المبادئ) ١٤/٤ / ٢٠٠٧م، طعن رقم ١١٢٣٤ لسنة ٤٨ق، حكم غير منشور.

أصدر الكتاب الدوري كممثل للسلطة التنفيذية ليس له الحق في تقييد أو إلغاء أو تعديل أحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م فهذا الحق منوط بالسلطة التشريعية وليس للسلطة التنفيذية (١).

ويجب أن تلتزم جهة الإدارة بتنفيذ التوصيات الصادرة من لجان فض المنازعات بحسن نية، فإذا رفضت اعتبرت ممتنعة عن التنفيذ، وبالتالي يستطيع صاحب الشأن أن يتخذ الإجراءات الجنائية ضد المسئول القانوني عن هذه الجهة الإدارية، فيستطيع أن يقيم جنحة مباشرة ضد صاحب الصفة في تمثيل الجهة الإدارية المختصة للامتناع عن التنفيذ عملاً بأحكام المادة ١٢٣ عقوبات مصري، وذلك باعتبار أن التوصية بعد أن تم قبولها من طرفي النزاع قد أصبحت سنداً تنفيذياً واجب النفاذ (٢).

وإذا كان يجوز رفع دعوي أصلية ببطلان حكم التحكيم طبقاً لنص (م ٢/٥٢تحكيم)، فإن بعض الفقهاء يرون أنه لا يجوز سلوك هذا الطريق بخصوص التوصية التي تصدرها لجان التوفيق وفقاً للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م؛ لأن التوصية لا تُعد سنداً تنفيذياً في حد ذاتها، بل يكفي صاحب الشأن الأي قبل هذه التوصية فحسب حتي يتحلل منها ويلجأ إلي المحكمة، ويمكن رفع دعوي بطلان أصلية لمخضر اتفاق الأطراف علي قبول

(١) د.عبد الفضيل أحمد، دراسة في القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م بشأن لجان التوفيق في بعض المنازعات، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق / جامعة المنصورة، ع ٢٩، إبريل ٢٠٠١م، ص ١٣٨. د.جابر جاد نصار، التوفيق في بعض منازعات الدولة، ص ١١٤ وما بعدها. د.أحمد صدقي محمود، نطاق تطبيق قانون فض المنازعات رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م "دراسة تحليلية انتقادية"، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م، ص ١٥٨ وما بعدها. د.السيد محمد السيد بدوي، الوسائل البديلة للقضاء في حل المنازعات الادارية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٣م، ص ٦٥٥ وما بعدها.

(٢) د.علي بركات، التقاضي مدنياً ضد الدولة، ص ١٧٥. د.عيسى غازي عبدالحليم عيسى، فلسفة لجان التوفيق في المنازعات الادارية وأهدافها، رسالة دكتوراه، حقوق طنطا ٢٠٠٧م، ص ٥٩٢.

التوصية، ولا توجه هذه الدعوي إلي التوصية(١). بينما يري البعض الآخر من الفقهاء العكس فيجوز عندهم لذوي الشأن رفع دعوي بطلان أصلية إذا صدرت التوصية من اللجنة خارج حدود ولايتها شريطة ألا تكون التوصية قد نفذت بالفعل(٢).

وهناك بعض المشاكل والمعوقات التي تعترض نجاح لجان فض المنازعات علي الوجه المنشود، ومنها: كثرة عدد النزاعات المطروحة عليها، وكبر سن وإصابة المستشار رئيس اللجنة بأمراض الشيخوخة، وعدم انعقاد بعض اللجان نتيجة لعدم حضور ممثل الجهة الإدارية لضعف مكافأته، والخشية من تواطؤ ممثل الجهة الإدارية مع الطرف الآخر في النزاع بما يترتب عليه ضياع المال العام، وأغلب القضايا المعروضة عليها قضايا إدارية ذات طبيعة فنية خاصة يختص بها مجلس الدولة وتحتاج إلي متخصصين، ولم ينظم القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م حالة الشكوى من عمل رئيس اللجنة، وحدث ازدواج بين اختصاص لجان التوفيق ومفوضي الدولة عند تطبيق نص (م٥٩ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م)، وتوصية اللجنة بمجرد رأي قانوني غير ملزم لا يحسم النزاع إلا بقبوله من طرفي النزاع، وعدم وضع آلية خاصة لتنفيذ توصية اللجنة... (٣).

٥٤. التوفيق الإلكتروني بمركز تسوية المنازعات بالمناطق الاقتصادية ذات

(١) د.السعيد محمد الأزمازي، الجوانب الإجرائية لقانون فض المنازعات بين الواقع النظري والتطبيق العملي " دراسة تحليلية علي ضوء أحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م بشأن لجان التوفيق في فض منازعات الدولة، بحث مقدم لمؤتمر كلية الحقوق / جامعة طنطا، مارس ٢٠٠٢م، المشكلات العملية الناجمة عن تطبيق القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م، بند ٢٤، ص ٣٥ هامش(١).

(٢) عبدالرحيم علي محمد، قانون لجان التوفيق، بند ١٨٦، ص ١٣١ - ١٣٢.

(٣) د.محمد ظهري محمود، تفعيل دور لجان التوفيق لتحقيق هدفها رغم المشاكل التي تواجهها، بحث مقدم إلي مؤتمر كلية الحقوق/جامعة طنطا، المشاكل الناجمة عن تطبيق قانون فض المنازعات رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م، مارس ٢٠٠٢م، ص ٢ وما بعدها.

الطبيعة الخاصة: نظم قانون المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢م (١)، معدلاً بالقرار الجمهوري بقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥م (٢) قواعد التوفيق بمركز تسوية المنازعات بتلك المناطق في المواد من ٥١ حتى ٥٩ منه. حيث ينشأ بالمنطقة الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة مركز يسمى "مركز تسوية المنازعات" يختص بتسوية المنازعات - بطريق التوفيق - التي تنشأ بين الهيئة المنوط بها إقامة وتنمية المنطقة الاقتصادية، والشركات والمشروعات التي تنشأ بالمنطقة (٣).

وينعقد الاختصاص لمركز تسوية المنازعات بالمنطقة الاقتصادية إذا اتفق أطراف النزاع على اللجوء إليه، أو كانت إقامة أو محل عمل أو مركز إدارة أو مقر فرع جميع أطراف المنازعات أو أحدهم واقعة بالمنطقة الاقتصادية الخاصة. وفي جميع الأحوال يجوز للهيئة قبول التحكيم، أيا كانت طبيعة المنازعة وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م (٤).
ويختص المركز باتخاذ الإجراءات اللازمة للتوفيق في المنازعات الضريبية، والمنازعات الجمركية، ومنازعات العمل الفردية والجماعية، ومنازعات التأمينات الاجتماعية، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود بين أطراف لهم أو لأحدهم نشاط اقتصادي في المنطقة، والمنازعات الناشئة عن فعل تقصيري وقع في المنطقة، وأي منازعة تكون الهيئة أو شركة التنمية طرفاً فيها (٥).

- (١) منشور في الجريدة الرسمية بالعدد ١٢ مكرر (أ) في ٦/٥/٢٠٠٢م.
- (٢) صدر برئاسة الجمهورية في ٦ رمضان سنة ١٤٣٦ هجرية، الموافق ٢٣ يونيو سنة ٢٠١٥م، ويعمل به اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية.
- (٣) المادة (٥١) من قانون المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢م.
- (٤) المادة (٥٢) من قانون المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢م.
- (٥) المادة (٥٣) من قانون المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢م.

ويصدر مجلس إدارة الهيئة قراراً بنظام أداء المركز لأعماله، وإجراءات مباشرة لاختصاصاته، وقواعد تقدير وتحصيل مصروفاته، ومقابل خدمات وقواعد تقدير مكافآت رؤساء وأعضاء هيئات التوفيق، وكيفية تنفيذ القرارات التي تصدر عن هيئاته... (١).

ويتولى رئاسة المركز أحد المستشارين الحاليين أو السابقين من درجة رئيس محكمة استئناف أو ما يعادلها على الأقل أو أحد رجال القانون. ويكون اختيار المستشارين الحاليين بطريق الندب وفقاً للقوانين والنظم الخاصة بهم، ويكون اختيار المستشارين السابقين ورجال القانون بترشيح من وزير العدل وذلك بناء على طلب مجلس إدارة الهيئة. ويصدر بتعيين رئيس المركز ومعاونيه وتحديد مهامهم المالية قراراً من مجلس إدارة الهيئة (٢). ويتخذ رئيس المركز جميع الإجراءات والترتيبات اللازمة لتوفير التسهيلات والمساعدات التي تمكن هيئات التوفيق من أداء أعمالها. وإذا توصلت هيئة التوفيق إلى تسوية النزاع وقبلها الأطراف كان قرارها ملزماً واجب التنفيذ (٣).

وفيما عدا الطلبات التي يختص بها القضاء المستعجل، وكذلك طلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترنة بطلبات وقف التنفيذ، يكون اللجوء إلى القضاء بعد عرض النزاع على إحدى هيئات التوفيق المختصة بالمركز وصدور قرارها فيه، أو انقضاء ستين يوماً من تاريخ التقرير بالاعتراض أمامها دون صدور قرار. وفي جميع الأحوال يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على تسوية تلك المنازعات عن طريق اللجوء إلى التحكيم وفقاً لقواعد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، ويجوز أن يتم التحكيم أمام

-
- (١) المادة (٥٤) من قانون المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢م معدلة بالقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥م.
 - (٢) المادة (٥٥) من قانون المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢م معدلة بالقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥م.
 - (٣) المادة (٥٦، ٥٧) من قانون المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢م.

فرع من فروع التحكيم التجاري الدولي الذي ينشأ بالمنطقة لهذا الغرض (١).

وتنوب الإدارة القانونية التي تنشأ بقرار من مجلس إدارة الهيئة عن جميع أجهزة وإدارات الهيئة فيما يرفع منها أو عليها من قضايا لدى المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ولدى الجهات الأخرى التي خولها القانون اختصاصاً قضائياً، وتسلم إليها صور الإعلانات الخاصة بصحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام. ويجوز لرئيس الهيئة أن يعهد إلى هيئة قضايا الدولة مباشرة أي عمل من الأعمال، ولرئيس الهيئة أو لمن يفوضه أن يتعاقد مع المحامين المقبولين للمرافعة أمام المحاكم في مباشرة أي من الأعمال المذكورة (٢).

٥٥. التوفيق الإلكتروني لدى هيئة التحضير بالمحاكم الاقتصادية: حرص المشرع في الدول التي تبني نظام الازدواج القضائي ومن بينها مصر على إنشاء بعض المحاكم المتخصصة إعمالاً لمبدأ التخصص القضائي، وللنظر في منازعات محددة تتسم بالتعقيد والغموض؛ بهدف تيسير إجراءات التقاضي وسرعة الفصل في القضايا التي تحتاج إلى إجراءات وخبرة ودراسة فنية خاصة كمحاكم الأسرة والعمالية والاقتصادية وإدارة التنفيذ... (٣).
وابتدع المشرع المصري نظام قاضي التحضير بنص (م ٨) من قانون المحاكم الاقتصادية رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م، و(م ٧) من قرار وزير العدل رقم ٦٩٢٩ لسنة ٢٠٠٨م في شأن تحضير الدعاوى والمنازعات بالمحاكم

- (١) المادة (٥٨) من قانون المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢م.
- (٢) المادة (٥٩) من قانون المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢م.
- (٣) د. أحمد شرف الدين، مشكلات الاختصاص النوعي للمحاكم الاقتصادية، طبعة نادي القضاة ٢٠٠٩م، بند ١، ص ٧. د. محمد عبد الغريب، القضاء التخصص وفكرة إنشاء المحاكم الاقتصادية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية حقوق المنصورة، أكتوبر ٢٠٠٤م، بند ٣، ص ٧٨ - ٧٩.

الاقتصادية، فأنشأ بكل محكمة اقتصادية هيئة لتحضير المنازعات والدعاوى التي تختص بها هذه المحكمة، تختص بتجهيز القضية وإعداد ملفها وتجميع مستندات الخصوم ودفعهم وأسانيد دفاعهم وتجهيتها للمرافعة علي يد قاضي فرد، ثم إحالتها إلي المحكمة لنظرها، فهو نظام مصفاة شبيهة بطبيب الاستقبال أو العيادة الخارجية في المستشفى (١).

ويستثنى من نظام قاضي التحضير؛ الدعاوى الجنائية - جنح وجنايات - والدعاوى المبتأفة والدعاوى المستعجلة والأوامر علي العرائض والأوامر الوقائية وأوامر الأداء ومنازعات التنفيذ الوقية والموضوعية (م ٣، ٧ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ م)؛ وذلك لأن طبيعتها لا تنسجم مع نظام قاضي التحضير. وتشكل هيئة التحضير برئاسة قاض من بين قضاة الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية على الأقل، وعضوية عدد كاف من قضاتها بدرجة رئيس محكمة أو قاض بالمحكمة الابتدائية تختارهم جمعيتها العامة في بداية كل عام قضائي، ويلحق بها العدد اللازم من الإداريين والكتائين.

ويحدد عضو هيئة التحضير المختص مواعيد جلسات الاستماع، ولا يجوز أن يتجاوز ميعاد أول جلسة سبعة أيام - ميعاد تنظيمي لا يترتب علي مخالفته سقوط أو بطلان - من تاريخ عرض المنازعة أو الدعوى عليه، ويكلف قلم الكتاب بإخطار الخصوم بالجلسات وما يصدره من قرارات أخرى، ويكون الإخطار بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، أو ببرقية، أو تلكس، أو فاكس، أو غير ذلك من وسائل

(١) د. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي أمام المحاكم الاقتصادية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠١٠م، ص ١١١ وما بعدها. د. طلعت دويدار، المحاكم الاقتصادية خطوة أخرى نحو التخصص القضائي، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٩م، ص ١٠٣ وما بعده. د. سحر عبدالستار، المحاكم الاقتصادية في القانون المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٨م، بند ٢٩، ص ٧٠ وما بعدها؛ وبند ٣٣ وما بعده، ص ٨٢ وما بعدها. د. هادي محمد مجدي، المحاكم الاقتصادية بين التقنين والتطبيق، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م، ص ٣٣ - ٣٦، ص ٧٠ - ٧٢.

الاتصال التي يكون لها حجية في الإثبات قانوناً. وتعقد جلسات التحضير في غير علانية، ويجب على عضو الهيئة أن يستعين بكاتب ليثبت حضور الخصوم ويدون وقائع الجلسات في محاضر تعد لذلك وفقاً للقواعد العامة، ويكون حضور الجلسات للخصوم بأشخاصهم أو من يمثلهم قانوناً.

وتختص هيئة التحضير بالتحقق من استيفاء مستندات المنازعات والدعوى، ودراسة هذه المستندات، وعقد جلسات استماع مشتركة أو منفردة لأطرافها في غير علانية لمحاولة التوفيق بين الخصوم والتقريب بين وجهات نظر الأطراف لتسوية النزاع ودياً، وإعداد مذكرة بطلبات الخصوم وأسانيدهم، وأوجه الاتفاق والاختلاف بينهم، وتجهيز القضية وإعداد ملفها وتجهيزها للمرافعة، وذلك خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ قيد الدعوى. ولرئيس الدائرة المختصة أن يمنح الهيئة بناء على طلب رئيسها مدة جديدة للتحضير لا تتجاوز ثلاثين يوماً وإلا تولت الدائرة نظر الدعوى. ويتولى عضو الهيئة محاولة التوفيق بين الخصوم وعرض الصلح عليهم تحت إشراف رئيسها، والاستماع لوجهات نظرهم فيه، وما يمكن أن يقدمه كل طرف منهم لتحقيق الصلح (١).

بمعنى تولى هيئة التحضير بذل محاولات التوفيق والصلح بين الخصوم، وعرضه عليهم في الدعاوى التي يجوز فيها الصلح، واتخاذ ما يلزم من محاولات لإجراء التوفيق والصلح بين الخصوم، والاستماع لوجهات نظرهم فيه، وما يمكن أن يقدمه كل طرف منهم لتحقيق هذا الصلح. أي يجب على هيئة التحضير أن تقوم بمساعي التوفيق والصلح بين الخصوم لتقريب وجهات النظر بينهم بعد تحديد أوجه الاختلاف والاتفاق بين الخصوم، وإعداد مذكرة موجزة للدائرة المختصة بنظر النزاع أو الدعوى تتضمن ما اتخذته الهيئة من إجراءات تحضير، وما عقدته من جلسات استماع انفرادية أو مشتركة، ووجهة نظر كل طرف، وأسانيده، والمستندات المقدمة منه وطلباته في النزاع أو الدعوى، وما أسفر

(١) الإشارة السابقة.

عنه عرض محاولات التوفيق والصلح بينهم، وإلا كان الحكم باطلاً (١).

وعلي ذلك يتولى عضو هيئة التحضير بذل محاولات التوفيق والصلح بين الخصوم وعرضه عليهم لتسوية النزاع ودياً، ولا يجوز له إبداء الرأي القانوني لصالح طرف ضد طرف آخر، وله في سبيل حث الخصوم على الصلح أن يعقد جلسات استماع مشتركة معهم، أو منفردة مع كل خصم على حدة لتبصيرهم بموضوع النزاع، وأن يناقش ما يقدمونه من حلول فيه ويطورها وصولاً إلى صيغة توافقية بينهم. على أن يراعى منحهم فرصاً متساوية لعرض وجهات نظرهم، وأن يحافظ على سرية ما يوحون به من معلومات في جلساتهم الانفرادية ويطلبون عدم الإفصاح عنها، ويجوز لهيئة التحضير أن تستعين في سبيل أداء أعمالها بمن تري الاستعانة بهم من الخبراء والمتخصصين (٢).

فإذا تم التوفيق والصلح بين كافة عناصر الدعوى أثبت ذلك في محضر خاص يوقع عليه منهم، ويرفعه رئيس هيئة التحضير للدائرة المختصة بنظر النزاع بطلب إلحاق الصلح موقعا منهم بمحضر جلسة نظر الدعوى. ويتصدىق المحكمة علي المحضر المثبت للصلح والموقع من طرفي النزاع يجوز القوة التنفيذية ويعد سنداً تنفيذياً وتعطي صورته التنفيذية وفقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات تطبيقاً لنص (م ١٠٣ مرافعات). أما في حالة انتهاء محاولات الصلح إلى اتفاق على التصالح في بعض نقاط النزاع دون البعض الآخر، يقوم عضو الهيئة بإعداد مذكرة بذلك يرفقها بملف التحضير وبالمذكرة التي يرفعها للدائرة المختصة. وإذا لم يتم الصلح،

- (١) دفتحي والي، الوسيط، بند ٤٧٥، ص ٨٩١ - ٨٩٣. د. سيد أحمد محمود وآخرون، التعليق علي نصوص قانون المحاكم الاقتصادية، ط ١، ٢٠١٤/٢٠١٥م، ص ٥٩٩ وما بعدها. د. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي أمام المحاكم الاقتصادية، ص ١١١ وما بعدها. د. علي بركات، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٦م، بند ٨٩٨، ص ١٢٤٥.
- (٢) الإشارة السابقة.

وأحيل ملف الدعوى للدائرة المختصة فلا يجوز الاعتداد بالأوراق أو المستندات أو المكاتبات أو التنازلات المقدمة أو المستخدمة من أي طرف في شأن محاولة التوفيق والصلح كدليل أو مستند أمام المحكمة أو أي جهة قضائية أخرى مالم يتمسك بها مقدمها؛ لأن الخصوم غالباً يقدمون تنازلات ويتساهلون في اظهار مستنداتهم من أجل التصالح، فإذا فشل الصلح وجب عدم الاعتداد بتلك التنازلات والعودة للقواعد العامة في الإثبات في مرحلة التقاضي (١).

ولا يجوز لعضو هيئة التحضير أن يكون عضواً في الدائرة التي تنظر موضوع الدعوى، ولا يجوز له الإفصاح عما أسر به الخصوم إليه من معلومات في سبيل إتمام الصلح. وللهيئة أن تستعين في سبيل أداء أعمالها بمن ترى الاستعانة بهم من الخبراء والمتخصصين لإبداء رأيه مشافهة، أو بمذكرة مختصرة في أي من المسائل الفنية المتعلقة بتحضير المنازعة أو الدعوى أو الصلح فيها، ويكون ذلك بقرار مكتوب يعين فيه الخبير، ويحدد مهمته، والجلسة المحددة لحضوره (٢).

٥٦. عملية التوفيق الإلكتروني في قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢م (٣): يقصد بمصطلح "التوفيق" في قانون

(١) د. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي، ص ١١٧ وما بعدها. د. طلعت دويدار، المحاكم الاقتصادية، ص ١٠٣ وما بعده. د. سحر عبدالستار، المحاكم الاقتصادية، بند ٣٣، ص ٨٤ - ٨٥. د. علي بركات، الوسيط، بند ٨٩، ص ١٢٤٥ - ١٢٤٦.

(٢) الإشارة السابقة.

(٣) وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي في ٢٤ حزيران/يونيه ٢٠٠٢م، وهو يقدم قواعد موحدة فيما يتعلق بعملية التوفيق تشجيعاً على اللجوء إلى التوفيق وحرصاً على زيادة القابلية للتنبؤ واليقين في استخدام التوفيق. وتلافياً لعدم اليقين الناجم عن عدم وجود أحكام تشريعية. ويتناول القانون النموذجي الجوانب الإجرائية للتوفيق، بما في ذلك تعيين الموفقين، وبدء التوفيق وإنهاؤه، وتسيير إجراءات التوفيق، والاتصالات بين الموفق والأطراف الأخرى، وسرية الأدلة ومقبوليتها في الإجراءات الأخرى، بالإضافة إلى قضايا ما بعد التوفيق، مثل قيام الموفق بدور المحكم ووجوب =

الأونسيترال النموذجي؛ أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، ويصرف النظر عن الاسم المعطى، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين (الموفق)، مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لتزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة. ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين (١). كما يُقصد بمصطلح "الموفق" في قانون الأونسيترال النموذجي؛ موفق واحد أو موققان اثنان أو أكثر، حسبما تكون الحال (٢).

ويكون التوفيق دولياً؛ إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التوفيق وقت إبرام ذلك الاتفاق، واقعين في دولتين مختلفتين، أو كانت الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين مختلفة عن الدولة التي ينفذ فيها جزء جوهري من التزامات العلاقة التجارية، أو الدولة التي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة بها، أو عندما يتفق الطرفان على أن يكون التوفيق دولياً، أو تطبيق قانون توفيق دولي...

ويقصد بتجارية التوفيق جميع المسائل الناشئة عن العلاقات التجارية، سواء أكانت تعاقدية أم لم تكن، وتشمل على سبيل المثال لا

=إنقاذ اتفاقات التسوية. ويلاحظ أنه يُصاغ أي قانون نموذجي باعتباره نمطاً مقترحاً لكي ينظر المشرعون في اعتماده ضمن تشريعاتهم الداخلية، وأن الدول التي تسن تشريعات استناداً إلى قانون نموذجي لديها المرونة لكي تخرج عن نص ذلك القانون، ولذا ينبغي النظر في قانون كل دولة. والقانون النموذجي سيساعد الدول كثيراً في تعزيز تشريعاتها التي تحكم استخدام التوفيق، وفي وضع هذه التشريعات إن لم تكن موجودة أصلاً، وحتى تُستبان بدقة طبيعة أي انحراف محتمل عن القانون النموذجي في النص التشريعي المعتمد لديها. وأن إعداد القانون النموذجي قد خضع لمداولات ومشاورات واسعة مع الحكومات والدوائر المعنية. ونوصي جميع الدول بتشريع قانون متجانس موحد علي ضوء نهج القانون النموذجي لتسوية النزاعات التجارية الدولية بطريقة نزيهة وفعالة.

- (١) المادة (٣/١) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢ م.
(٢) المادة (٢/١) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢ م.

الخصر أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها، واتفاق التوزيع، والتمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، والعمولة، والبيع الإيجاري، وتشديد المنشآت، والخدمات الاستشارية، والأعمال الهندسية، ومنح الرخص، والاستثمار، والتمويل، والأعمال المصرفية، والتأمين، واتفاق أو امتياز الاستغلال، والمشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، ونقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو براً.

وتبدأ إجراءات التوفيق في اليوم الذي يتفق فيه طرفي النزاع على المشاركة في إجراءات التوفيق، وإذا لم يتلق الطرف الذي دعا طرفاً آخر إلى التوفيق قبولاً للدعوة في غضون ثلاثين يوماً من اليوم الذي أرسلت فيه الدعوة، أو في غضون مدة أخرى محددة في الدعوة، جاز له أن يعتبر ذلك رفضاً للدعوة إلى التوفيق (١). ولم يتناول قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق حكم سحب الدعوة إلى التوفيق بعد توجيهها؛ نظراً للإمكانية المتاحة للطرفين بإنهاء إجراءات التوفيق في أي وقت.

ولاحترم الطابع التوافقي وتعزيز الثقة في إجراءات عملية التوفيق، فإن الطرفين يرغبان عادة في أن يتولى معالجة النزاع موقف واحد، ويكون هناك موقف واحد، ما لم يتفق الطرفان على أن يكون هناك موقفان أو أكثر، وعلى الطرفين أن يسعيا للتوصل إلى اتفاق على موقف أو أكثر ما لم يكونا قد اتفقا على إجراء مختلف لتعيينهم. ويجوز للطرفين أن يلتمسا المساعدة من مؤسسة أو من شخص فيما يتعلق بتعيين الموقفين، وذلك عندما يتعذر التوصل إلى اتفاق على موقف... وعند مفاتحة شخص بشأن احتمال تعيينه موقفاً عليه أن يكشف عن أي ظروف يُحتمل أن تثير شكوكاً - لها ما يسوغها - بشأن حياده أو استقلاليته. وعلى الموقف منذ تعيينه وطوال إجراءات التوفيق أن يكشف للطرفين دون إبطاء عن أي ظروف من هذا القبيل ما لم يكن قد سبق له أن أبلغهما بذلك (٢).

(١) المادة (٤) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢م.

(٢) المادة (٥) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢م.

وللطرفين الحرية في الاتفاق على الطريقة التي يُجرى بها التوفيق، وفي حال عدم الاتفاق على الطريقة التي يُجرى بها التوفيق، يجوز للموفق تسير إجراءات التوفيق بالطريقة التي يراها مناسبة، مع مراعاة ظروف القضية وأي رغبات قد يبديها الطرفان والحاجة إلى تسوية سريعة للنزاع. وعلى أية حال يسعى الموفق في تسير الإجراءات إلى معاملة الطرفين بإنصاف، وعليه لدى القيام بذلك أن يراعي الظروف المحيطة بالقضية. ويجوز للموفق أن يقدم في أي مرحلة من مراحل إجراءات التوفيق اقتراحات لتسوية النزاع، والأساليب التي يرى أنها الأنسب للتوصل إلى تسوية، ويجوز للموفق الاجتماع أو الاتصال بالطرفين معاً، أو بكل منهما على حدة، وذلك لوضع هذه المسألة فوق أي شك (١).

ولكي ينجح التوفيق يجب على الطرفين والموفق أن يكونوا قادرين على أن يستكشفوا ويفهموا قدر الإمكان المسائل المثارة بين الطرفين، والخلفية والظروف التي ترتبت عليها تلك المسائل (بما في ذلك الأسباب التي حالت دون توصل الطرفين إلى اتفاق)، والإمكانات المتاحة للطرفين للتغلب على المسائل الراهنة وتسوية النزاع. وفي سياق التوفيق يمكن أن يشمل نطاق المناقشة مسائل تتجاوز تلك التي كانت موضع خلاف عند بدء التوفيق، ويمكن أن يشمل على سبيل المثال إمكانات إعادة هيكلة العلاقة بين الطرفين في المستقبل، أو تقديم اقتراحات بشأن تنازلات من الجانبين. ولكي يكتب النجاح لتلك المناقشات ينبغي للطرفين أن يكونا مستعدين للغوص في مسائل لا ينظر فيها عادة في سياق الإجراءات التحكيمية أو القضائية، بما في ذلك المسائل التي يعتبرها الطرفان حساسة أو سرية.

وإذا كان هناك احتمال أن تُفشي بعض تلك المعلومات إلى شخص ثالث أو يُجهر بها علناً، أو أن يستعمل أحد الطرفين في حال فشل التوفيق ما أفشي من معلومات أو صدر من تصريحات من الطرف الآخر كدليل في الإجراءات التحكيمية أو القضائية، يصبح الطرفان نافرين أثناء التوفيق

(١) المادة (٦،٧) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢م.

وتتضاءل احتمالات توصلهما إلى تسوية. لذلك فإن من الهام جدا أن يضع النظام القانوني الذي يسري على إجراءات التوفيق ضمانات توفر القدر المنشود من الحماية القانونية من إفشاء بعض الحقائق والمعلومات غير المرغوب فيها. وهذه الضمانات هي محور نظام التوفيق، كما أنها تمثل سببا هاما بوجه خاص يبرر الحاجة إلى تشريع بشأن التوفيق.

والقصد من ذلك هو الحرص على اتباع أسلوب منفتح وصریح في الاتصال وتبادل المعلومات بين كل من الطرفين والموفق، والحرص في الوقت نفسه على حقوق الطرفين في الحفاظ على السرية. علما بأن دور الموفق هو العناية بتوخي الصدق في تبادل المعلومات بخصوص النزاع. فهذا الإفشاء يعزز ثقة الطرفين في عملية التوفيق. غير أن مبدأ الإفشاء ليس مطلقا، حيث إن للموفق الحرية في إفشاء تلك المعلومات للطرف الآخر، لكن ذلك لا يعتبر واجبا عليه، ولا شك في أن من واجب الموفق ألا يفشي معلومة معينة إذا كان الطرف الذي قدم تلك المعلومة إلى الموفق اشترط إبقائها طي الكتمان، ولهذا النهج ما يسوغه؛ إذ أن الموفق لا يفرض على الطرفين قرارا ملزما.

وعندما يتلقى الموفق من أحد الطرفين معلومات متعلقة بالنزاع، يجوز للموفق إفشاء مضمون تلك المعلومات لأي طرف آخر في إجراءات التوفيق. غير أنه عندما يعطي أحد الطرفين الموفق أي معلومات يُشترط بالتحديد إبقاؤها سرية، لا يجوز إفشاء تلك المعلومات لأي طرف آخر في إجراءات التوفيق. وقد يبلغ الموفق الطرفين بأن المعلومات التي تقدم إلى الموفق قد تُفشي مالم يتلق الموفق تعليمات خلاف ذلك. ويُحرص على الحفاظ على سرية جميع المعلومات المتعلقة بإجراءات التوفيق مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، ومالم يكن إفشاؤها لازما بمقتضى القانون أو لأغراض تنفيذ اتفاق تسوية أو إنفاذه؛ وذلك لأن التوفيق يكون أكثر جاذبية إذا كان بإمكان الطرفين أن يشعرا بالثقة في الحفاظ على المعلومات ذات الصلة في طي الكتمان بسبب وجود نص قانوني يؤكد ذلك الواجب (١).

(١) المادة (٨، ٩) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢م.

ولا يجوز لطرف في إجراءات التوفيق ولا للموفق ولا لأي شخص آخر ولا القائمين بإدارة إجراءات التوفيق الاعتماد على أي من المعلومات أو الأدلة أو تقديمها كدليل أو الإدلاء بشهادة أو إعطاء دليل بشأنه في إجراءات تحكيمية أو قضائية أو إجراءات مماثلة: الدعوة الموجهة من أحد الطرفين للمشاركة في إجراءات توفيق، أو كون أحد الطرفين راغباً في المشاركة في إجراءات توفيق، والآراء أو الاقتراحات التي أبدتها أحد طرفي التوفيق بشأن تسوية ممكنة للنزاع، والبيانات أو الإقرارات التي قدمها أحد الطرفين أثناء إجراءات التوفيق، والاقتراحات المقدمة من الموفق، وكون أحد الطرفين قد أبدى رغبته في قبول اقتراح تسوية مقدم من الموفق، ووثيقة أعدت لأغراض إجراءات التوفيق فحسب. ولا يجوز لهيئة تحكيم أو محكمة أو سلطة حكومية مختصة أخرى أن تأمر بإفشاء المعلومات، وإذا قدمت تلك المعلومات كدليل وجب اعتبار ذلك الدليل غير مقبول. غير أنه يجوز إفشاء تلك المعلومات أو قبولها كدليل إذا كان ذلك لازماً بمقتضى القانون أو لأغراض تنفيذ اتفاق تسوية أو إنفاذه (١).

وتنتهي إجراءات التوفيق: بإبرام الطرفين اتفاق تسوية في تاريخ إبرام الاتفاق، وبإصدار الموفق بعد التشاور مع الطرفين إعلاناً يبين أنه لا يوجد ما يسوغ القيام بمزيد من جهود التوفيق، في تاريخ صدور الإعلان، أو بإصدار الطرفين إعلاناً موجهاً إلى الموفق يفيد بإنهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان، أو بإصدار أحد الطرفين إعلاناً موجهاً إلى الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى وإلى الموفق في حال تعيينه يفيد إنهاء إجراءات التوفيق، في تاريخ صدور الإعلان (٢).

ولا يجوز للموفق أن يقوم بدور مُحكم في نزاع يُشكل موضوع إجراءات التوفيق، أو في نزاع آخر كان قد نشأ عن العقد ذاته، أو عن

(١) المادة (١٠) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢م.

(٢) المادة (١١) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢م.

العلاقة القانونية ذاتها، أو عن أي عقد أو علاقة قانونية ذات صلة به، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك (١).

وحشما يكون الطرفان قد اتفقا على التوفيق وتعهدا صراحة بأن لا يستهلا خلال فترة زمنية معينة أو إلى حين وقوع حدث معين إجراءات تحكيمية أو قضائية فيما يتعلق بنزاع حالي أو مستقبلي، تنفذ هيئة التحكيم أو المحكمة مفعول ذلك التعهد إلى أن يتم الامتثال لأحكامه، إلا بالقدر الذي يراه أحد الطرفين لازماً لصون حقوقه، ولا يُعتبر استهلال تلك الإجراءات في حد ذاته تخلياً عن اتفاق التوفيق أو إجراءات التوفيق (٢).

وإذا أبرم الطرفان اتفاقاً يسوي النزاع كان ذلك الاتفاق ملزماً وواجب النفاذ... ويجوز للدولة المشرعة أن تدرج وصفا للطريقة التي تنفذ بموجبها اتفاقات التسوية، أو تشير إلى الأحكام التي تنظم ذلك الإنفاذ (٣).

٥٧. عملية التوفيق الإلكتروني لدى المركز الدولي للتسوية الودية للمنازعات التابع لغرفة التجارة الدولية بباريس: www.iccd.org ICC

حلت قواعد الوساطة المعمول بها منذ سنة ٢٠١٤م محل قواعد التسوية الودية للمنازعات الواردة في الملحقين الثالث والرابع من قواعد التحكيم بالإحالة إلى قواعد الوساطة، ويمكن استخدام قواعد الوساطة لتسيير إجراءات أخرى تهدف إلى تسوية المنازعات ودياً، مثل الوساطة (التوفيق) أو التقييم الحيادي... ويقوم المركز الدولي للتسوية الودية للمنازعات التابع لغرفة التجارة الدولية - وهو جهاز إداري مستقل منبثق عن غرفة التجارة الدولية - على أعمال قواعد الوساطة الخاصة بغرفة التجارة الدولية. ويُعد مصطلح «الوساطة» كما هو مستخدم في «قواعد الوساطة» شاملاً لهذا الإجراء أو تلك الإجراءات الخاصة بالتسوية، ويُعد مصطلح «الوسيط» شاملاً الشخص المحايد الذي يقوم

(١) المادة (١٢) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢م.

(٢) المادة (١٣) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢م.

(٣) المادة (١٤) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢م.

بإجراء أو بإجراءات التسوية. ويشير مصطلح «الإجراءات» كما هو مستخدم في «قواعد الوساطة» أيا كان إجراء التسوية المطبق (١).

وفي حالة وجود اتفاق على التوفيق يتعين على الطرف الراغب في بدء إجراءات التوفيق تقديم طلب توفيق مكتوب إلى المركز، متضمناً جميع بيانات وأسماء وعناوين وأرقام الهواتف وعناوين البريد الإلكتروني وأي بيانات اتصال أخرى خاصة بأطراف المنازعة وبأي شخص يمثلهم في الإجراءات، ووصفاً للمنازعة وتقديراً لقيمتها والمدة الزمنية واللغة أو اللغات ومكان وزمان انعقاد أية اجتماعات فعلية... ودفع رسوم التسجيل المطلوبة، وإرسال نسخة منه في نفس الوقت إلى جميع الأطراف الأخرى، ويُعتبر تاريخ تسلم المركز للطلب هو تاريخ بدء الإجراءات (٢).

وفي حالة عدم وجود اتفاق على الإحالة إلى قواعد المركز يمكن لأي طرف يرغب في التسوية أن يقوم بإرسال طلب مكتوب إلى المركز يتضمن كافة البيانات القانونية، وعند استلام المركز للطلب يُعلم جميع الأطراف الأخرى بهذا الاقتراح، ويمكنه مساعدة الأطراف في دراسته. وتدفع رسوم التسجيل المطلوبة غير القابلة للاسترداد، ودفعة مقدمة على الحساب لتغطية النفقات الإدارية للمركز، ومصاريف وأتعاب الموفق... يتحملها الأطراف مناصفة فيما بينهم ما لم يتفقوا على خلاف ذلك كتابةً، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف يجوز للمركز تحديد مكان وزمان ولغة انعقاد أي اجتماع (٣).

ويجوز للأطراف تسمية هيئة التوفيق وتكون هذه التسمية خاضعةً للتثبيت من المركز، وإذا لم يقرم الأطراف مجتمعين بالتسمية يتولى المركز بعد التشاور مع الأطراف تعيين هيئة التوفيق أو اقتراح قائمة وسطاء على الأطراف، ويجوز للأطراف التسمية من القائمة المذكورة لتأكيد من

- (١) المادة (١) من قواعد الوساطة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC لعام ٢٠١٤م.
- (٢) المادة (٢) من قواعد الوساطة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC لعام ٢٠١٤م.
- (٣) المادة (٣، ٤، ٦) من قواعد الوساطة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC لعام ٢٠١٤م.

المركز، وفي حالة الفشل في ذلك يقوم المركز بالتعيين. ويجب أن يوقع الموفق المحتمل قبل تعيينه أو تثبيته إقراراً يبين قبوله وحيدته واستقلاله. ويجب كذلك أن يفصح الموفق المحتمل للمركز كتابة عن أية وقائع أو ملاسبات من شأنها أن تشكل في استقلاله من وجهة نظر الأطراف وأية ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً معقولة حول حيدته. ويجب أن يبلغ المركز بهذه المعلومات كتابة إلى الأطراف، ويحدد لهم مهلة زمنية لإبداء أية ملاحظات من جانبهم. وعند تثبيت الموفق أو تعيينه يأخذ المركز بعين الاعتبار صفات الموفق المحتمل؛ جنسيته ومهاراته. اللغوية وتدريبه ومؤهلاته وخبرته(١).

ويجب أن يناقش الموفق والأطراف على وجه السرعة طريقة التوفيق وعقب هذا النقاش يجب أن يزود الموفق على وجه السرعة الأطراف بمذكرة مكتوبة لاطلاعهم على طريقة التوفيق، ويوافق كل طرف من واقع اتفاقه على إحالة المنازعة للتسوية طبقاً «لقواعد الوساطة» وعلى المشاركة في الإجراءات إلى أن يتلقى مذكرة من الموفق أو الإنهاء المبكر للإجراءات. وعند إنشاء وتسيير عملية التوفيق يجب أن يسترشد الموفق بوجبات الأطراف، كما يجب أن يتعامل معهم بعدالة وحيدة، ويجب على كل طرف أن يتصرف بحسن نية طوال إجراءات التوفيق(٢).

وتنتهي إجراءات عملية التوفيق بمقتضى تأكيد كتابي بالإنتهاء يرسله المركز إلى الأطراف وذلك بعد توقيع الأطراف على اتفاق تسوية، أو قيام أي طرف بإخطار الموفق كتابة في أي وقت بعدم الاستمرار في التوفيق، أو قيام الموفق بإخطار الأطراف كتابة باكمال التوفيق، أو قيامه كذلك بإخطار الأطراف كتابة بأن عملية التوفيق في رأيه لن تؤدي إلى تسوية للمنازعة القائمة بين الأطراف، أو قيام المركز بإخطار الأطراف كتابة بانتهاء المدة المحددة للإجراءات بما في ذلك أي تمديد لها، أو قيام المركز أيضاً بإخطارهم كتابة - بعد مرور ما لا يقل عن سبعة أيام من تاريخ

(١) المادة (٥) من قواعد الوساطة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC لعام ٢٠١٤م.

(٢) المادة (٧) من قواعد الوساطة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC لعام ٢٠١٤م.

استحقاق أية مبالغ من طرف أو أكثر وفقاً « لقواعد الوساطة » - بعدم تسديد هذه المبالغ ، أو قيامه بإخطارهم كتابة بأنه حسب تقديره قد وقع إخفاق في تسمية موفق أو بأنه لم يكن بالإمكان بشكل معقول تعيين موفق. ويجب أن يقوم الموفق بإخطار المركز على الفور بتوقيع الأطراف على اتفاق تسوية أو بأي إخطار مرسل إليه أو صادر عنه ، كما يتعين عليه تزويد المركز بنسخة من أي إخطار من هذا القبيل (١).

وتعتبر إجراءات التوفيق خاصة وسرية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ، وما لم يكن ذلك محظوراً بموجب قانون واجب التطبيق ، ويظل أي اتفاق تسوية بين الأطراف سرياً ما لم يكن لأحد الأطراف الحق في الإفصاح عنه إلى الحد الذي يقتضيه القانون واجب التطبيق ، أو إذا كان هذا الإفصاح ضرورياً لأغراض تطبيق أو تنفيذ هذا الاتفاق.

ولا يجوز لأي طرف في أي إجراءات قضائية أو تحكيمية أو إجراءات مماثلة - ما لم يقتضيه القانون واجب التطبيق ذلك أو ما لم يتفق الأطراف على خلافه - أن يقدم على أي نحو كدليل ما يلي : أية مستندات أو بيانات أو مراسلات يقدمها طرف آخر أو الموفق خلال الإجراءات ما لم يكن من الممكن الحصول عليها بشكل مستقل بواسطة الطرف الذي يسعى لتقديمها في أية إجراءات قضائية أو تحكيمية أو إجراءات مماثلة ، وأية آراء أو مقترحات يعبر عنها أو يقدمها أي طرف خلال الإجراءات فيما يتعلق بالنازعة أو بالتسوية الممكنة للنازعة ، وأية اعترافات مقدمة من طرف آخر خلال الإجراءات ، وأية آراء أو مقترحات طرحها الموفق خلال الإجراءات ، أو تعبير أي طرف خلال الإجراءات عن استعداده لقبول اقتراح بشأن تسوية المنازعة (٢).

وما لم يتفق جميع الأطراف كتابة على خلاف ذلك ، ولم يكن ذلك محظوراً بموجب القانون واجب التطبيق يجوز للأطراف بدء أو مواصلة

(١) المادة (٨) من قواعد الوساطة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC لعام ٢٠١٤م.

(٢) المادة (٩) من قواعد الوساطة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC لعام ٢٠١٤م.

أية إجراءات قضائية أو تحكيمية أو إجراءات مماثلة فيما يتعلق المنازعة، مع عدم الإخلال بإجراءات التوفيق طبقاً «لقواعد الوساطة بالمركز» (١). وإذا لم يتفق جميع الأطراف كتابةً على خلاف ذلك، لا يجوز للموفق أن يعمل أو يكون قد سبق له أن عمل قاضياً أو محكماً أو خبيراً أو ممثلاً لأحد الأطراف أو مستشاراً له في أية إجراءات قضائية أو تحكيمية أو إجراءات مماثلة فيما يتعلق بتلك المنازعة. كما لا يجوز للموفق أن يدلي بشهادة في أي إجراءات قضائية أو تحكيمية أو إجراءات مماثلة فيما يتعلق بعملية التوفيق (٢).

ولا يتحمل الموفق أو المركز أو غرفة التجارة الدولية وموظفوها أو اللجان الوطنية والمجموعات وموظفوها وممثلوها المسؤولية تجاه أي شخص عن أي فعل أو امتناع عن فعل متعلق بإجراءات عملية فيما عدا إلى الحد الذي يكون فيه تحديد تلك المسؤولية محظوراً بموجب القانون واجب التطبيق (٣).

وبالنسبة لكل المسائل التي لم يرد بشأنها نص صريح في «قواعد الوساطة»، يلتزم كل من المركز والموفق بروح قواعد الوساطة (٤).

٥٨ - عملية التوفيق الإلكتروني بالمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار تحت إشراف البنك الدولي للإنشاء والتعمير (اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥) ICSID (٥): لأي دولة متعاقدة أو أي مواطن بدولة متعاقدة

- (١) المادة (٢/١٠) من قواعد الوساطة لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام ٢٠١٤م.
- (٢) المادة (٤،٣/١٠) من قواعد الوساطة لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام ٢٠١٤م.
- (٣) المادة (٥/١٠) من قواعد الوساطة لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام ٢٠١٤م.
- (٤) المادة (٦/١٠) من قواعد الوساطة لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام ٢٠١٤م.
- (٥) صدر قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١م في ٧ نوفمبر سنة ١٩٧١م بشأن الموافقة على انضمام جمهورية مصر العربية إلى =

ترغب في إقامة إجراءات التوفيق الحق في تقديم طلب كتابي في هذا الخصوص إلى السكرتير العام الذي يرسل نسخة من الطلب للطرف الآخر في النزاع، وينبغي أن يتضمن الطلب كافة المعلومات الخاصة بعناصر النزاع وشخصية الأطراف وموافقتها على التوفيق تطبيقاً لقواعد إجراءات التوفيق. ويقوم السكرتير العام بتسجيل الطلب ما لم يتبين له - على أساس المعلومات التي اشتمل عليها الطلب - أن النزاع خارج عن اختصاص المركز، وعندئذ يتعين عليه إخطار طرفي النزاع بقيامه أو رفضه تسجيل الطلب (١).

وتشكل لجنة التوفيق فوراً بعد تمام تسجيل طلب التوفيق من موفق واحد أو أي عدد فردي من الموفقين يتم تعيينهم بموافقة الأطراف المتنازعة. وإذا لم يتفق الطرفان على عدد الموفقين وعلى طريقة تعيينهم تشكل اللجنة من ثلاثة موفقين يقوم كل طرف بتعيين واحد ويتم تعيين الموفق الثالث الذي يتولى في هذه الحالة رئاسة اللجنة بالاتفاق بين طرفي النزاع (٢). وإذا لم تشكل اللجنة خلال ٩٠ يوماً بعد إرسال إخطار بتسجيل الطلب من جانب السكرتير العام، أو بعد فترة أخري يوافق عليها

=الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى المنعقدة في مدينة واشنطن في ١٨ مارس سنة ١٩٦٥م - (اتفاقية واشنطن) - لدي المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار تحت رعاية البنك الدولي للإنشاء والتعمير بواشنطن، ويعمل بها اعتباراً من ٢ يونيو سنة ١٩٧٢م، وتقع الاتفاقية في حوالي ٧٥ مادة. وذلك دعماً لإسباغ حماية موضوعية وإجرائية على الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، وتوضح معايير معاملة هذه الاستثمارات وطرق تسويتها عن طريق المصالحة والتحكيم، وإيجاد توازن بين مصالح المستثمرين ومصالح الدول التي يتم فيها الاستثمار للتنمية الاقتصادية. وتحل هذه القواعد محل القانون الوطني بالقبول الكتابي الصريح من الدولة والمستثمر على أنه إذا وافق الطرفان فلا يحق لأي من الطرفين أن يسحب هذه الموافقة دون قبول من الطرف الأخر.

(١) المادة (٢٨) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م.

(٢) المادة (٢٩) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م.

الطرفان يقوم الرئيس بناء على طلب أي من الطرفين، ويعد مشاورتهما كلما أمكن بتعيين الموفق أو الموفقين الذين لم يتم تعيينهم بعد. ويجوز تعيين الموفقين من خارج قائمة الموفقين إلا في حالة التعيينات التي تتم من جانب الرئيس، وينبغي أن تتوافر في الموفقين من خارج قائمة الموفقين كافة الصفات المطلوبة (١).

ولجنة التوفيق هي التي تحدد اختصاصاتها، وأي اعتراض مقدم من أحد طرفي النزاع - على أساس أن النزاع المذكور لا يقع في اختصاص المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، أو لأية أسباب أخرى - لا يدخل في اختصاص اللجنة، وللجنة الحق في أن تبحث هذا الإعتراض على اعتبار أنه مسألة مبدئية منفصلة أو تقرر ضمه إلى عناصر النزاع (٢).

ويتم السير في إجراءات التوفيق طبقاً لأحكام قواعد التوفيق السنارية يوم الاتفاق على التوفيق بالمركز ما لم تنضج الأطراف المعنية على خلاف ذلك، وإذا ظهرت أي مشكلة تتعلق بالإجراءات تقوم لجنة التوفيق باتخاذ ما تراه في هذه المشكلة. ويكون من واجب اللجنة أن توضح عناصر النزاع بين الأطراف وأن تحاول الوصول إلى شروط يقبلها الطرفان، وتحقيقاً لهذا الغرض يجوز للجنة في أي مرحلة من مراحل الإجراءات وكذا من حين لآخر أن توصي بوضع شروط للتسوية بين الطرفين، ويقوم الطرفان بالتعاون بإخلاص مع لجنة التوفيق لتمكينها من القيام بوظائفها وأخذ توضيحاتها بعين الاعتبار. وإذا وصل الطرفان إلى اتفاق، تقوم لجنة التوفيق بعمل محضر تثبت فيه عناصر النزاع وتثبت فيه كذلك الاتفاق الذي وصل إليه الطرفان، ولو تبين للجنة التوفيق في مرحلة من مراحل الإجراءات أنه ليس هناك احتمال للاتفاق بين الطرفين تقوم اللجنة بإنهاء الإجراءات وتعد تقريراً تبين فيه موضوع النزاع وتسجل فشل الطرفين في الوصول إلى اتفاق، وإذا لم يحضر أحد الطرفين أو لم يشترك في الإجراءات تقوم

(١) المادة (٣٠، ٣١) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ م.

(٢) المادة (٣٢) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ م.

اللجنة بإنهاء هذه الإجراءات، وتعد تقريراً تبين فيه عدم حضوره أو عدم اشتراك ذلك الطرف (١). ومالم يتفق طرفي النزاع علي غير ذلك، يجوز لأي منها عند اللجوء إلى إجراء آخر أو إلى تحكيم أو إلى محكمة قضائية الاستناد إلى آراء أبلدت أو قرارات أو تصريحات أو عروض للتسوية صدرت عن الطرف الآخر للنزاع أو إلى تقرير أو توصية صدرت عن اللجنة (٢).

وبعد تشكيل لجنة التوفيق وبدء الإجراءات لا يمكن القيام بأي تعديل في تشكيلها إلا في حالة وفاة أو عجز أو استقالة أحد الموقعين، ويتم ملء محله الشاغر طبقاً للقواعد تعيينه. ويستمر كل عضو من أعضاء لجنة التوفيق في القيام بمهام ووظائفه ولا يعوقه عن ذلك عدم ظهور اسمه في الجدول. وإذا استقال أحد الموقعين المعينين من جانب أحد الطرفين دون موافقة لجنة التوفيق التي هو عضو فيها، كان على الرئيس أن يعين بدلاً منه شخصاً من الجدول الخاص للمكان الشاغر. ويستطيع أي من الطرفين الاقتراح على لجنة التوفيق تنحية أحد أعضاء لجنة التوفيق حسب الاقتراح المعروض المطلوبة، ويقوم باقي أعضاء لجنة التوفيق حسب الاقتراح المعروض بإصدار القرار الخاص باقتراح رد موفق بشرط عدم تساوى الأصوات، أو في حالة اقتراح رد موفق وحيد أو اقتراح أغلبية الموقعين يكون للرئيس حق إصدار القرار. وإذا تقرر أن الاقتراح بالرد مبنى على أساس سليم فيستبدل الموفق المقصود بالقرار (٣).

ويحدد السكرتير العام طبقاً للوائح التي يقرها المجلس الإداري الرسوم المستحقة على الطرفين لاستخدامهما التسهيلات التي تتيحها، وتحديد كل لجنة أتعاب ومصاريف أعضائها في الحدود التي يقرها المجلس الإداري من وقت لآخر بعد استشارة السكرتير العام. ولا يوجد ما يمنع من اتفاق الطرفين مقدماً مع اللجنة على أتعاب ومصاريف الأعضاء، وفي

(١) المادة (٣٣، ٣٤) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م.

(٢) المادة (٣٥) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م.

(٣) المادة (٥٦، ٥٧، ٥٨) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م.

حالة إجراءات التوفيق يتحمل الطرفان بالتساوي أتعاب ومصاريف أعضاء لجنة التوفيق وكذا الرسوم المستحقة لاستخدام التسهيلات التي يتيحها المركز، ويتحمل كل طرف أي نفقات أخرى أثناء الإجراءات (١).
وتجرى إجراءات التوفيق في مقر المركز، ويجوز بموافقة الطرفين أن تتم إجراءات التوفيق في أي مكان آخر توافق عليه هيئة التوفيق بعد استشارة السكرتير العام (٢).

٥٩- عملية التوفيق الإلكتروني في القانون الفرنسي: نظم المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الفرنسي الجديد التوفيق القضائي La Conciliation Judiciaire في المواد (م ٢١، وم ١٢٧ إلى م ١٣١).
والتوفيق الاتفاقي La Conciliation Conventionnelle في المواد (م ١٥٣٠ - ١٥٣١، وم ١٥٣٦ إلى م ١٥٤١). وقد أنشئ موفيق العدالة بمقتضى (D. N° 78-381 du 20 mars 1978; mod. D. 1) (2 oct. 2010).

(١)- التوفيق القضائي في القانون الفرنسي: نظم المشرع الفرنسي قواعد محاولة التوفيق القضائي الذي يتم بعد رفع الدعوي أمام القضاء بين الخصوم أثناء نظر الخصومة سواء أكانت تلك المحاولة بناءً علي طلب أحد الأطراف أنفسهم من المحكمة بالتدخل لتسوية النزاع بالتوفيق أو من تلقاء نفس القاضي قبل اتخاذ إجراءات التقاضي بشأنها، فيعرض القاضي علي طرفي النزاع الدخول في التوفيق بدلاً من الدخول في الإجراءات القضائية الطويلة المعقدة، وسواء أقام بها القاضي بنفسه أم عين موقفاً من الغير من خارج الجدول أو من الموقفين المقيدين بالجدول - الذي أنشئ منذ عام ١٩٧٨م - كموفق عدل le conciliateur de justice يمارس مهمة رسمية exerce une mission officielle كموظف Fonctionnaire، والذي لا يعتبر قاضياً، بل يعتبر حقاً من أعوان

(١) المادة (٥٩، ٦٠، ٦١) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م.

(٢) المادة (٦٢، ٦٣) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م.

القضاء، وذلك في المواد (م ٢١، وم ١٢٧ إلى م ١٣١) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد (١).

وقد اعتبر المشرع الفرنسي التوفيق القضائي بين الخصوم من مهمة القاضي وذلك بموجب نص (م ٢١) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد. كما أنه أجاز التوفيق بين الخصوم بناءً على طلب أطراف النزاع شفاهة وثبت في محضر الجلسة، أو مكتوباً موقفاً من الأطراف وثبت أمام المحكمة، ويكون ذلك في بداية الخصومة أو أثناء سيرها في أي مرحلة منها بعد إيقاف الخصومة القضائية لإفساح المجال أمام التوفيق، أو من تلقاء نفس المحكمة دون أخذ رأي الأطراف مسبقاً في أي حالة كانت عليها الخصومة، وذلك بموجب نص (م ١٢٧) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، وهذا الأمر رخصة *une faculté* للقاضي. ويجوز لأطراف النزاع التقدم بطلب التوفيق القضائي أمام محكمة الدرجة الأولى، ومحكمة الدرجة الثانية، ولا يجوز أمام محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون، وذلك لكل موضوع النزاع أو لجزء منه فقط، كما لا يجوز

(١) وفي عام ٢٠٠٧م كان مسجل في فرنسا عدد ١٨٠٩ موفوق عدل، وفي عام ٢٠٠٦م كان العدد ١٨٠٨ موفوق عدل، وتقدم لهم عدد ١٢١٩٠٩ طلب توفيق، تم حسم النزاع في ٦٨٥٤٣ طلب منهم أي بنسبة ٥٦٪. بينما كان العدد في عام ٢٠٠٥م يساوي ١٧٢٨ موفوق عدل، وتقدم لهم عدد ١٠٦٨٩١ طلب توفيق، تم حسم النزاع في ٥٠١١٦ طلب منهم أي بنسبة ٤٧٪.

- Serge Guinchard, Gabriel Montagnier, André Varinard et Thierry Debarb; *Institutions Juridictionnelles*; éd.10; Dalloz. 2009; N. 942; P. 946.
- Jacques Héron et Thierry Le Bars; *Droit Judiciaire Privé*; éd. 4; Montchrestien; Paris; 2010; N. 1162; P. 970-971.
- Roger Perrot; *Institutions Judiciaires*; 2002; N. 485; P. 376. Not. (55 et 56).
- Jean-Pierre Scara; *institutions juridictionnelles*; ellipses 2007; N. 33; P. 30.
- Cass. Civ. 1; 13 déc. 2005; Bull. Civ.; □; N.492, D. 2006; 2532.

لأطراف النزاع التقدم بطلب التوفيق القضائي أمام قاضي الأمور المستعجلة نظراً لطبيعة موضوع النزاع (١).

وإذا رفض طرفي النزاع محاولة القاضي التوفيق بين الخصوم، يجب علي القاضي السير في نظر الخصومة القضائية المرفوعة أمامه تطبيقاً لمبدأ الرضائية في التوفيق، أما إذا وافق طرفي النزاع علي محاولة القاضي التوفيق بينهم فيجب علي القاضي السير في عملية التوفيق بين الخصوم، سواء أقام بها القاضي بنفسه أم فوض بها موفق عدل تحت إشرافه. وإذا تم الوصول إلي اتفاق تسوية ودية تدخل القاضي للتصديق عليه ليصير سنداً تنفيذياً (٢).

وتبدأ عملية التوفيق القضائي بتعيين القاضي موفق عدل للقيام بمحاولة التوفيق بين الخصوم، ويحدد القاضي التاريخ الذي يبدأ فيه موفق العدل مهمة التوفيق، ويستدعي موفق العدل طرفي النزاع في المكان والزمان محدد باليوم والساعة للحضور أمامه، ويمكن أن يمثل أطراف النزاع أمام موفق العدل بشخص له صفة القيام بتمثيلهم أمام القاضي، ويتلقى الموفق وجهة نظر كل طرف من طرفي النزاع ويحاول التوفيق بينهما ويفتحص المستندات لمعرفة أسباب النزاع والاختلاف بينهم وتمكينهما من إيجاد تسوية للنزاع بالوصول إلي اتفاق، ويجب علي الموفق سواء أكان

-
- (1) -Loïc Cadiet; Droit judiciaire Privé; Litec; Paris; éd. 2000; N. 932; P. 401.
-Serge Guinchard, Frédérique Ferrand et Cécile Chainais; Procédure Civile; 2^e éd.; Paris; 2011; N. 59; P. 356.
- Cass. Civ. 1^{re} □; 8 mars 2005; J. C. P. 2005; IV; 1899 , D. 2005; inf. rap. P. 857 , Procédures. 2005; com. 124; obs. Perrot.
- Cass. Civ. 1^{re} □ ; 27 févr. 1985; Gaz. Pal. 1985; pano.; 204; obs. Guinchard et Moussa.
- Trib. Com. Châlons -sur-Marne; 1^{er} juin 1978; Gaz. Pal. 1978; 555; Not. Decheix. Rév. Trim. dr. Civ. 1979; P.198; obs. Perrot.
(2) - J. Joly-Hurard; Le nouveau Pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire; D. 2003; P. 928.

القاضي نفسه أم كان موفق العدل الانتهاء من مهمته خلال مدة شهرين، ويجوز تجديدها، ويجوز للموفق الانتقال لمعينة محل النزاع، والاستماع لأي شخص يري فائدة من استماعه، ويجب علي القاضي تقديم المعونة والمساعدة والرأي القانوني لموفق العدل عند طلب ذلك منه؛ لأنه يعمل تحت إشرافه، ويجب علي الموفق أيضاً بذل العناية اللازمة للوصول بعملية التوفيق إلي اتفاق تسوية(١).

ويمكن إجراء عملية التوفيق في المكان والزمان اللذين يحددهما القاضي مالم ينص القانون علي خلاف ذلك. وللخصوم أن يطلبوا من المحكمة المرفوع إليها الدعوي إثبات ما اتفقوا عليه كتابياً أو شفوياً من حل للنزاع المعروض أمام المحكمة كلياً أو جزئياً قبل انقضاء الخصومة وإثباته في محضر الجلسة بواسطة الكاتب، ويوقع من القاضي وجميع الخصوم، ويكون له قوة السند التنفيذي وتعطي صورة منه لذوي الشأن، ويجوز التنفيذ الجبري بمقتضاها في حالة الامتناع عن التنفيذ الرضائي، وتنقضي الخصومة كلياً أو جزئياً وتصبح غير ذات موضوع. ولا يستطيع القاضي الامتناع عن تصديق أو توثيق اتفاق التسوية الودية المقدم من الخصوم طالما كان مستوفياً لأركانها وشروط صحته، كما لا يستطيع فرض حل معين للنزاع علي الخصوم أو إجبارهم علي قبول حل معين؛ لأن القاضي يقتصر دوره هنا علي إثبات وتصديق اتفاق التسوية الودية(٢).

- (1) -Alain Héraud et André Maurin; institutions juridictionnelles; Dalloz; 7^e éd. 2008; P. 185.
- Didier Del Prete et Eva Fischer; institutions juridictionnelles; Hachette. 2006; N. 664-668; P. 285-286.
- (2) -Pierre Couvrat; Conciliation; Jurs. Class. Pro. Civ.; Fasc. 160; N. 60 ets.; P. 12 ets.
- P.Estoup; etude et pratique de la Conciliation; D. 1986; chron.; P. 164.
- Emmanuel Blanc et Jean Viatte; Nouveau Code de Procédure Civile Commenté dans L'ordre des articles; Paris; 1991; P.135.

ويجب علي موفق العدل إعلام القاضي بالصعوبات التي يواجهها في أداء مهمته ، وبيان مدي النجاح والإخفاق في عملية التوفيق والتي علي ضوءها يستطيع القاضي إنهاء عملية التوفيق في أي لحظة بناءً علي طلب طرفي النزاع أو الموفق أو القاضي من تلقاء نفسه، وعندئذ يقوم قلم الكتاب بإخطار الموفق والأطراف بذلك. وتعتبر كل القرارات التي يتخذها القاضي في شأن تفويض سلطة التوفيق من أعمال الإدارة القضائية، وإذا فشلت عملية التوفيق في التوصل إلي حل رضائي فإن المحكمة تستمر في نظر الدعوي، وللمحكمة القضائية إمكانية إعادة محاولة التوفيق مرة أخرى طالما لم تنتهي الخصومة أمامها، والأعمال التي تمت في عملية التوفيق لا تحوز أية حجية أمام المحكمة عند نظر الدعوي(١).

ونظم المشرع الفرنسي كذلك في قانون المرافعات الفرنسي الجديد قواعد محاولة التوفيق بين الخصوم أمام المحكمة الجزئية في المواد من ٨٣٠ إلي ٨٣٥ منه علي نفس منوال القواعد السابقة، وكذلك أمام المحكمة الكلية(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة باريس الابتدائية بأنه لا يوجد نص قانوني في نصوص التحكيم يمنع المحكم من القيام بالتوفيق مثل القاضي، ويضع نهاية للنزاع باتفاق تسوية مقبول وموقع من جميع الخصوم، وفي حالة فشل محاولة التوفيق من القاضي فإنه يقوم بالفصل في النزاع بحكم قضائي(٣).

- (1) - Cass. Civ.; 22 déc. 1806; S. 1807; I; 110.
- (2) - Gérard Couchez et Xavier Lagarde; Procédure civile; éd. 16; Sirey; Paris; 2011; N. 289; P. 333; Not.(2).
-Serge Guinchard, Frédérique Ferrand et Cécile Chainais; Procédure Civile; 2 éd.; Paris; 2011; N. 17-19; P. 403-404.
-Natalie Fricero; Procédure civile; 8^l. éd; 2012-2013; Lextenso; Paris; P. 120.
- Cass. Civ. 2 \square ; 4 mars 2004; D. 2004; 853.
- (3) - T.G.I. Paris; 19 déc. 1996; Rév. arb. 1998; N. 1; P. 162; Not. Ch. Jarrosson.
- Cass. Civ. 2; 14 mars 1984; Gaz.Pal. 1984; 2; Pano. P. 223; obs. G.

(ب)- التوفيق الاتفاقي في القانون الفرنسي: نظم قانون المرافعات الفرنسي التوفيق الاتفاقي بين طرفي النزاع خارج دائرة التقاضي وذلك في المواد (م ١٥٣٠ - ١٥٣١ ، وم ١٥٣٦ إلي م ١٥٤١). والتوفيق الاتفاقي طريق ودي اتفاقي لا يوجد بغير اتفاق توفيق بين طرفي النزاع سواء أكان شرطاً أم كان مشاركة ، وهو الأكثر شيوعاً في مجال التجارة الدولية ، ويتم التوفيق بين طرفي النزاع بمساعدة الموفق ، والذي قد يكون قاضياً سابقاً أو محامياً أو عضو هيئة تدريس... كمنارس مهني (١). ويقصد بالتوفيق الاتفاقي: التوفيق غير القضائي -Extra judiciaire الذي يتحقق في غياب القاضي كوسيلة اتفاقية ودية بديلة عن القضاء لتسوية النزاع ، تهيمن عليه إرادة أطرافه في مبتدئه وأثناء سير إجراءاته وفي نهايته ، ويسعى بمقتضاه طرفي النزاع للتوصل بأنفسهم إلي اتفاق تسوية بحلول ودية ملائمة لنزاعهم تحظي بالقبول منهم للخروج من مأزق الفرقة والخلاف والشقاق ، بمساعدة موفق من الغير يقوم بإبجاز مهمته بحياد وإنصاف وخبرة واجتهاد وسرية تامة... ويقوم الموفق بتسهيل الاتصال بين طرفي النزاع ، ويوضح المشاكل محل النزاع ونقاط الخلاف ، والتقريب بين وجهات النظر المختلفة. ويقوم كذلك بدعوة طرفي النزاع للتمثل أمامه ، ويستطيع الانتقال إلي مكان معاينة محل النزاع ، والاستماع لأي شخص يري ضرورة سماعه بشرط موافقة طرفي النزاع. ويصدر اتفاق التسوية موقعا عليه من طرفي النزاع والموفق مرفقاً به محضر باتفاق التسوية ، ويمكن إعطاء صورة منه لكل طرف من ذوي الشأن ، وعلي الموفق إيداع صورة لقلم كتاب المحكمة المختصة دون تأخير ، ثم يقدم للتصديق عليه من القاضي (٢).

(1) - Gérard Couchez et Xavier Lagarde; Procédure civile; N.148; P. 176-177.

-Serge Guinchard, Cécile Chainais et Frédérique Ferrand; Procédure Civile; N. 866; P. 607.

-Jean- Pierre Scara; institutions juridictionnelles; ellipses 2007; N. 33; P. 30.

(٢) الإشارة السابقة.

٦٠- عملية التوفيق الإلكتروني في مركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم :

عرفت قواعد مركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم التوفيق بأنه: طريق ودي لفض المنازعات الناشئة بين الأطراف يتم بين الأطراف أنفسهم بواسطة شخص من الغير يصل فيه الأطراف إلى حل ينهي النزاع ويرضي الأطراف ويحضر محضراً بذلك. وإذا اتفق أطراف العقد كتابة على قبول تسوية ودية للمنازعات الناشئة عن أو المتصلة بالعقد المبرم بينهم عن طريق التوفيق وفقاً لقواعد مركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم يتم التوفيق وفقاً لقواعد المركز الخاصة بالتوفيق إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك (١).

ويقدم الطرف الساعي إلى التوفيق للمركز طلباً بموضوع التوفيق على أن يحدد فيه قيمة النزاع، ويرفق به نسخة من الإتفاق على التوفيق مدون به بياناته كاملة وبيانات الطرف الآخر (أسماء وعناوين وأرقام الهاتف والفاكس والبريد الإلكتروني...)، بالإضافة إلى مبلغ ١٠٠٠ دولار في القضايا الدولية و ٥٠٠ دولار أو ما يعادلها بالريال السعودي في القضايا المحلية كرسوم إدارية لازمة لإجراء التسجيل، على أن تدفع من قبل كل من الطرفين نقداً أو بواسطة شيك مقبول الدفع باسم المركز يتم تسليمه إلى المركز في مقره مع تقديم نسخة أو صورة من العقد التي تنص بنوده على التوفيق، ويجوز لهذا الطرف أن يطلب من المركز دعوة الطرف الآخر للانضمام إلى تقديم طلب التوفيق مع الطرف الساعي إلى التوفيق في وقت واحد، على أن يقوم المركز بإرسال نسخة من طلب التوفيق في أقرب وقت ممكن إلى الطرف أو الأطراف الأخرى. ويجب البدء في إجراءات التوفيق عندما يقبلها الطرف الآخر بموافقته الصريحة على طلب الوساطة كتابة. وإذا رفض الطرف الآخر طلب التوفيق أو إذا لم يتلق المركز أي رد منه خلال ١٥ يوماً من تاريخ تسليمه لطلب التوفيق أو في غضون فترة زمنية أخرى متفق عليها بينهما يقوم المركز بإبلاغ الطرف المبادر بالتوفيق

(١) المادة (١) من قواعد التوفيق بمركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم.

بالرفض أو بعدم الرد(١).

وإذا لم يتفق الطرفان على اسم الموفق يقوم الرئيس والأمين العام بعرض قائمة الموفقين المقيدتين بمجدول الموفقين لدى المركز وعلى الطرفين أو الأطراف للاختيار منها، فإذا لم يتفقا كان للرئيس والأمين العام أن يعينا موقفاً وفقاً لهذه القواعد؛ حيث يعد المركز في هذا الشأن هو سلطة التعيين. ويكون الموفق المختار من قبل المركز مقبولاً من الأطراف ما لم يتم رفض تعيينه من قبل أي طرف لأسباب موضوعية(٢).

ويجوز بناءً على طلب الموفق أو أي من الطرفين أن يطلب من الرئيس والأمين العام أن يرتب المرافق من أجل تقديم المساعدة الإدارية ويتدخل لتسهيل سير إجراءات التوفيق. ويجب على كل طرف خلال خمسة عشر يوماً على الأقل قبل انعقاد المرحلة الأولى من الوساطة (التوفيق) أن يزود المركز بعدد من النسخ من جميع البيانات الخطية والوثائق التي ستقدم إلى الوسيط أو الوسطاء، ويقوم المركز بإرسال نسخ من جميع البيانات والمستندات والوثائق المكتوبة للأطراف الأخرى والموفق، ويجوز للطرفين الاتفاق على أي وسيلة أخرى لتبادل وجهات نظرهم ومقترحاتهم لتسوية النزاع ما لم يتفقا على خلاف ذلك. ويجب على الموفق عند الانتهاء من إجراءات التوفيق أن يقدم إلى الرئيس والأمين العام اتفاق التسوية الذي وقعه الطرفان، أو تقريراً بأسباب إنهاء إجراءات التوفيق دون التوصل إلى تسوية(٣).

ولا يجوز للمركز ولا لأي موفق أن يكون طرفاً في الإجراءات القضائية المتعلقة بالتوفيق، ولا يجوز أن يكون أي منهما مسئولاً أمام أي طرف من الأطراف عن أي فعل أو إغفال فيما يتصل بأي توفيق يجرى بموجب هذه القواعد(٤).

- (١) المادة (٢) من قواعد التوفيق بمركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم.
- (٢) المادة (٣) من قواعد التوفيق بمركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم.
- (٣) المادة (٤، ٥) من قواعد التوفيق بمركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم.
- (٤) المادة (٦) من قواعد التوفيق بمركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم.

وتكلفة التوفيق تشمل نفقات معقولة يتكدها المركز في الاتصال مع الموفق فضلاً عن الرسوم الإدارية، ويكون تقدير أتعاب الموفق بالاتفاق بين المركز والموفق والأطراف، ويجب ألا يتجاوز المبلغ المحسوب وفقاً لقواعد مركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم لتحديد أتعاب المحكم. ويقوم الرئيس والأمين العام بعد التشاور مع الموفق والأطراف بتحديد أسس تقدير الرسوم والنفقات، ويجوز لهما الحد من الرسوم والمصاريف إذا كانت طبيعة الحالة تستدعي ذلك. وفي بعض الحالات ذات الطابع المعقد للنزاع أو التي تحتاج لجلسات استماع طويلة يجوز للرئيس والأمين العام القيام بالتشاور مع الموفق والأطراف في زيادة أساس التقييم من الرسوم والمصروفات، ويتولى الرئيس والأمين العام إعداد تقدير لتكاليف التوفيق، ويطلب من كل طرف إيداع المبالغ المدفوعة مقدماً على قدم المساواة أثناء سير التوفيق، ويجوز للرئيس والأمين العام إيداع مبالغ مقدماً من الطرفين. وإذا لم يتم دفع الرسوم والأتعاب المطلوبة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استلام الطلب فيجب على الرئيس والأمين العام إبلاغ الأطراف بذلك بغية تعليق أو إنهاء إجراءات التوفيق، وعند انتهاء التوفيق يتعين على الرئيس والأمين العام إصدار المحاسبة للأطراف من المبالغ المودعة لدى المركز وإعادة أي رصيد يتبقى إلى الأطراف (١).

٦١- **انقضاء عملية التوفيق الإلكتروني:** تنتهي إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني إما بنجاح عملية التوفيق الإلكتروني والتوصل إلي اتفاق تسوية مكتوب وموقع متضمناً أسماء طرفي النزاع وصفاتهم وموضوع النزاع وطلبات كل طرف وادعاءاته وما تم من إجراءات في عملية التوفيق، أو بإخفاق عملية التوفيق الإلكتروني وإصدار الموفق قراراً بإنهاء وفشل محاولة التوفيق، أو بإعلان طرفي النزاع عدم الرغبة في استمرار عملية التوفيق وإنهاء إجراءات عملية التوفيق... وإخفاق محاولة التوفيق في الوصول إلي اتفاق تسوية لا يقطع الأمل في إمكانية معاودة محاولة التوفيق

(١) المادة (٧، ٨) من قواعد التوفيق بمركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم.

مرة أخرى باتفاق الأطراف(١).

وفي التوفيق القضائي يستطيع القاضي إنهاء إجراءات عملية التوفيق بقرار في أية لحظة بناءً على طلب أحد أطراف النزاع أو طلب الموفق أو من تلقاء نفس المحكمة عندما يتبين لها استحالة استكمال السير في عملية التوفيق، وعندئذ يقوم قلم كتاب المحكمة بإخطار الموفق وأطراف النزاع (م ٤/١٢٩ - ٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد).

وقد لا تحقق عملية التوفيق الإلكتروني غايتها الطبيعية، فتقضي انقضاءً مبسراً دون إصدار اتفاق تسوية في موضوع النزاع لأسباب متنوعة منها: اتفاق طرفي النزاع على الانسحاب وترك عملية التوفيق لاعتقاد كل طرف بأنه على حق وأن غريمه على غير صواب، واتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى الصلح أو الوساطة أو التحكيم أو القضاء؛ إذ يستطيع طرفي النزاع الانسحاب من عملية التوفيق في أي وقت، وضرورة النزاع من دون محل كوفاة الخصم المدين بالنفقة أو نزاع ملكية العقار محل النزاع للمنفعة العامة، وانقضاء الحق المتنازع عليه بالتقادم أو باتحاد الذمة كما لو توفي أحدهما وورثة الآخر، وعدم قبول طلب التوفيق لرفعه من غير ذي مصلحة أو من غير ذي صفة كما لو رفع من الولي أو الوصي أو القيم بعد انقضاء الولاية أو الوصاية أو القوامة، وانتهاء ولاية هيئة التوفيق كما لو تبين عدم وجود اتفاق توفيق أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع أو عدم قابلية موضوع النزاع للتوفيق، وإذا تعذر على الموفق أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في عملية التوفيق، ورد الموفق أو عزله أو تنحيه مالم يعين طرفي النزاع موقفاً بديلاً عنه طبقاً لقواعد اختيار الموفق لاستكمال إجراءات عملية التوفيق... (٢).

(١) د. فتحي والي، الوسيط، بند ٤٤٤، ص ٨٦٥.

(2) - Jean Courrouy; Conciliateur; Encyc. Dalloz; II; N.38-40; P. 5.

- Béatrice Blohorn-brenneur; La médiation judiciaire en France; Gaz. Pal. 11-12 mai 2005; doct.; P. 5 ets.

وعلى أية حال فإن محاولة التوفيق الإلكتروني حتى لو كان مصيرها الفشل، وعاد الأطراف إلى نقطة الصفر فهي على الأقل ستبين لكل طرف ماله وما عليه في النزاع المطروح على عملية التوفيق. وإذا لم يتم التوصل إلى تسوية بين الأطراف يقوم الموفق بعد بذل العناية الواجبة بتحرير محضر بإنهاء عملية التوفيق وعدم تسوية النزاع يحمل توقيعه ثم يسلمه لأطراف النزاع، وتظل الحقوق والمراكز القانونية للخصوم قائمة بمحالتها محل نزاع بين الأطراف يتناضل بشأنها الخصوم بعد فشل محاولة التوفيق بين الخصوم، كما يصبح الموفق غير صالح كقاضٍ لنظر النزاع الذي كان يحاول تسويته ودياً بالتوفيق بين الخصوم؛ لأنه أصبح لديه علم شخصي بوقائع النزاع وأدلتها وطلبات طرفيه فيمتنع عليه القضاء به (م ٥/١٤٦٦ مرافعات)، بينما يجوز للموفق في النزاع العمل فيه كمحكم أو كوسيط أو كمصالحح باتفاق طرفي النزاع علي ذلك وإلا جاز طلب رده. ولا يجوز للأطراف ولا للموفق ولا لأي شخص له علاقه بعملية التوفيق استخدام أوراق ومستندات وأدلة وأقوال وأفعال وبيانات عملية التوفيق في أية إجراءات تحكيمية أو قضائية أو إجراءات مماثلة تالية لعملية التوفيق (م ١٠ من قانون اليونستيرال للتوفيق ٢٠٠٢م)، و(م ١١ من نظام التوفيق لغرفة التجارة الدولية بباريس)، و(م ٣٥ من اتفاقية واشنطن ١٩٦٥م).

والأصل أن جُلّ عملية التوفيق الإلكتروني تسير نحو تحقيق هدفها المنشود والغاية المبتغاة الطبيعية والنهائية لعملية التوفيق لحسم كل النزاع أو جزء منه فقط باتفاق تسوية موقع عليه من طرفي النزاع، ومن هيئة التوفيق في موضوع النزاع، لتنتهي حالة الخصام حول الحق أو المركز القانوني محل المنازعة. ونظراً لأن ما يتم التوصل إليه من حل باتفاق التسوية هو من صنع أطراف النزاع ونابع من إرادتهم بعد مساعدة الموفق لهم، لذا فإنه يعتبر عقداً من العقود الرضائية، ويلزم لانعقاده توافق الإيجاب والقبول من طرفي النزاع، وتطبق عليه القواعد العامة في نظرية العقد لعدم وجود تنظيم خاص بشأنه. وعليه يلزم لصحة اتفاق

التسوية توافر الأهلية القانونية في طرفي النزاع، وأن تكون إرادتهما خالية من عيوب الإرادة كالغلط والاكراه والتدليس والاستغلال وإلا جاز طلب إبطال اتفاق التسوية الذي تم التوصل إليه وفقاً للقواعد العامة، وأن يكون محل النزاع الذي حصل اتفاق التسوية بشأنه موجوداً وممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين ومن المسائل التي يجوز فيها الصلح، وأن يكون سببه - فض النزاع - مشروعاً... (١).

ويصبح اتفاق التسوية ملزماً لأطرافه منذ اللحظة التي يبدي فيها طرفي النزاع قبولهما ورضاهما به والتوقيع عليه منهما ومن هيئة التوفيق. وبعد ذلك يقدم اتفاق التسوية للتصديق عليه من المحكمة المختصة بموجب سلطتها الولائية، أو ليتم توثيقه حتي يكتسب قوة السند التنفيذي، ثم تمنح صورته التنفيذية لطالب التنفيذ. وعلي ذلك يمكن القول بأن اتفاق التسوية المحرر في محضر قبل التوقيع عليه يعدّ اتفاقاً ذا طبيعة خاصة، فهو اتفاق معلق علي شرط واقف، ألا وهو اعتماده من أطراف النزاع بالتوقيع عليه، أما بعد التوقيع عليه فهو اتفاق يتمتع بالقوة الملزمة للعقد، وهذا ما يؤكد الفلسفة التي يقوم عليها نظام التوفيق الإلكتروني باعتماده علي مبدأ التراضي بين الخصوم في حسم المنازعات، واحترام إرادة الأطراف في الحل الرضائي للنزاع (٢).

وتنقضي عملية التوفيق انقضاءً طبيعياً بصدور اتفاق تسوية موقع من طرفي النزاع ومن الموفق في موضوع النزاع كله أو في جزء منه بعد قيام الموفق بتقريب وجهات نظرهما وجعلهما خصمين راجحين بحسب ظروف كل منهما، وقد تشمل تلك التسوية للنزاع تسوية نزاعات أخرى مرتبطة بالنزاع الأصلي. ويجب على هيئة التوفيق إصدار اتفاق التسوية خلال ميعاد التوفيق بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التوفيق سواء أكان ذلك بالاجتماع المباشر أو بالمراسلة أو بالهاتف أو بأي

(١) د. فتحى والي، الوسيط، بند ٤٤٤، ص ٨٦٥. د. عاشور مبروك، نحو محاولة

للتوفيق، بند ٥٤ وما بعده، ص ١١٥ وما بعدها.

(٢) الإشارة السابقة.

وسيلة إلكترونية أخرى حديثة مكتوبة ومسببة وموقعة، ولا يجوز نشر اتفاق التسوية أو أجزاء منه إلا بموافقة طرفي النزاع؛ التزاماً بالسرية (١).
ويجب علي الموفق أن يحرر محضراً un Procé-verbal باتفاق التسوية مشتملاً على مجموعة من البيانات تحمل مقوماته، منها: ملخص لأقوال طرفي النزاع وطلباتهم ومستنداتهم، وأسماء طرفي النزاع وصفاتهم وعناوينهم ومن يباشر الإجراءات نيابة عنهم، وأسماء أعضاء هيئة التوفيق الإلكتروني وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم، وتاريخ ومكان إصدارها، وصورة من اتفاق التوفيق شرطاً كان أو مشارطة، والأسباب الواقعية والقانونية، والكتابة باللغة الرسمية للدولة، وعرض مجمل لوقائع وطلبات ودفاع ودفع طرفي النزاع، ومنطوق القرار الذي انتهت إليه هيئة التوفيق والتوقيع عليه منها ومن طرفي النزاع (٢).

ويرتب علي وجود اتفاق تسوية - صحيح نافذ بين طرفيه مشتمل علي كافة أركانه وشروطه - حسم النزاع. وبالتالي لا يجوز لأي من طرفي النزاع تجديده أو إثارتة مرة أخرى لا بإقامة دعوي قضائية به، ولا بمعاودة السير في الدعوي إذا كانت مرفوعة من قبل بخصوص ذلك النزاع، ويعتبر مانعاً لطرفيه من تجديد النزاع مرة أخرى. ويجب علي المحكمة الامتناع عن الفصل في هذا النزاع وإنهاء إجراءات الخصومة أمامها عند تمسك صاحب المصلحة بالدفع بوجود اتفاق التسوية ولسابقة تسوية النزاع باتفاق التسوية، وهو دفع بعدم القبول لتخلف شرط المصلحة في رفع الدعوي. وبحسب النزاع بين طرفيه باتفاق التسوية لم يعد للنزاع محلاً يرد عليه، وبالتالي يجوز التمسك به في أي حالة كانت عليها الإجراءات، ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون.

ويجوز لطرفي النزاع تصحيح الخطأ المادي في اتفاق التسوية، كما يجوز لهيئة التوفيق أن تصحح من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي

(١) د. عاشور مبروك، نحو محاولة للتوفيق، بند ٥٤ ومابعده، ص ١١٥ ومابعدها.

(٢) د. فتحي والي، الوسيط، بند ٤٤٤، ص ٨٦٥.

النزاع أي خطأ مادي أو حسابي أو مطبعي، أو أية أخطاء ذات طبيعة مماثلة واردة في اتفاق التسوية، كما يجوز لها إكمال النقص الذي يعترى اتفاق التسوية أو تقوم بتفسيره، وذلك كله عقب إصداره وقبل التصديق عليه من المحكمة المختصة. أما بعد التصديق على اتفاق التسوية من المحكمة المختصة فإن محضر الاتفاق المصدق عليه يخضع للنظام الخاص بمراجعة العقود من تصحيح أو تفسير... ولتصحيح اتفاق التسوية المصدق عليه من المحكمة من أخطاء مادية يخضع لنظام تصحيح الأخطاء المادية في العقود؛ وذلك لأن الخطأ الذي يمكن أن يقع في بنود اتفاق التسوية هو خطأ وقع فيه طرفي النزاع أنفسهما، وذلك باللجوء إلى المحكمة وطلب التصحيح لهذا الخطأ طبقاً لما قصده طرفا الاتفاق. ولا يجوز للمحكمة القيام بالتصحيح من تلقاء نفسها؛ لأنها ليست هي التي وقعت في الخطأ المادي، ولا يجوز للمحكمة التي صدقت على محضر اتفاق التسوية عند القيام بالتصحيح المساس بمضمونه، بل يقتصر التصحيح على الأخطاء المادية فقط... ولا يتم ذلك طبقاً لقواعد مراجعة الأحكام القضائية المنصوص عليها في المواد (١٩١-١٩٣) مرافعات مضري لعدم توافر شروطها(١).

٦٢- رسوم التوفيق الإلكتروني والمصاريف والأتعاب: تتنوع رسوم التوفيق الإلكتروني إلى: رسوم تسجيل طلب التوفيق، ورسوم إدارية، ومصاريف، وأتعاب موقنين... ويتم تحديد رسوم تسجيل طلب التوفيق الإلكتروني حسب قيمة محل النزاع ووفق جدول الرسوم المحدد في لائحة مركز تسوية المنازعات إلكترونياً، وترتفع تلك الرسوم طردياً بارتفاع قيمة النزاع التوفيق، وتقدم الرسوم بوسيلة دفع إلكتروني مع طلب التوفيق. كما يلتزم أطراف التوفيق الإلكتروني بدفع رسوم إدارية مقابل الخدمات الإدارية التي يقدمها مركز تسوية المنازعات إلكترونياً، وتحدد بمبلغ معين

(١) د. الانصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، بند ١٥٥ - ١٥٦، ص ٢٦٠ وما بعدها.

-Paris, 23 janv. 1991; D. 1991; inf. rap.; P. 67.

كحد أدنى ثم تزداد بزيادة قيمة محل النزاع، أي ترتفع الرسوم الإدارية طردياً بزيادة قيمة موضوع النزاع، وتشمل مصاريف الإعلان، والاتصال، وأعمال السكرتارية، والطباعة، والتصوير... ويلتزم أطراف التوفيق الإلكتروني أيضاً بدفع مصاريف عملية التوفيق الإلكتروني، كمصاريف الشهود، ومصاريف الخبراء... وكافة النفقات، ويتم احتساب هذه الرسوم وفق جدول الرسوم المطبق وقت بدء عملية التوفيق. كما يلتزم أطراف التوفيق الإلكتروني بدفع أتعاب الموفقين المحددة بجدول أتعاب الموفقين في لائحة مركز تسوية المنازعات إلكترونياً، والتي تحدد بمبلغ معين كحد أدنى ثم تزداد طردياً بزيادة قيمة محل النزاع (١).

ويمكن لهيئة التوفيق الإلكتروني الاستعانة بقواعد قانون المرافعات إذا لم توجد قواعد خاصة بشأن تكاليف عملية التوفيق، ويمكن إلزام الطرف الخاسر بها كاملة أو بنسبة ما خسره من طلبات إذا كان قد كسب جزءاً وخسر جزءاً آخر. ويجوز لأي من الطرفين التقدم بطلب إضافي لهيئة التوفيق للفصل في تكاليف عملية التوفيق بقرار إضافي إذا أغفلت الفصل فيها.

• وإذا كان القانون هو مصدر الالتزام بدفع المصاريف القضائية، وكان أساس الإلزام بالمصاريف هو بحسب الأصل واقعة الخسارة، عملاً بقاعدة إلزام الخصم الخاسر بالمصاريف فإن اتفاق طرفي نزاع التوفيق هو مصدر الالتزام بدفع مصاريف عملية التوفيق، ويحدد هذا الاتفاق الطرف الملزم بدفع المصاريف، وكيفية دفعها، وغالباً ما يتم الاتفاق على دفعها مناصفة بين طرفي النزاع، ويرجع ذلك إلى الطبيعة الاتفاقية للتوفيق الإلكتروني. ويدخل في حساب المصاريف: مقابل أتعاب المحاماة، وأتعاب الموفق، ومصاريف الانتقال، وأتعاب الخبراء، ومصاريف الشهود... وتتحدد نفقات عملية التوفيق المؤسسي عن طريق لوائح المركز الذي يقوم بعملية التوفيق الإلكتروني المؤسسي.

٦٣- القوة التنفيذية لاتفاق التسوية الودية: الموفق شخص محايد

(١) د. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، ص ٤٩٥ - ٤٩٦.

يقوم بمساعدة طرفي النزاع في التوصل إلى اتفاق تسوية لحل النزاع، ويخضع لرغبات طرفي النزاع، ولا يتمتع بسلطة صنع القرار، بل يسعى بمحاولة التوفيق بينهما لتقريب وجهات نظرهما في شكل اتفاق تسوية لا يلزم طرفيه إلا بالتوقيع عليه، أما إذا رفضا التوقيع فلا إلزام عليهما بما جاء به. بمعنى أن مفتاح نجاح التوفيق هو رغبة الأطراف في تسوية النزاع، فلم يعط حق تحريك التوفيق إلا لطرفي النزاع أو ممثليهما. فالموفق لا يتمتع بسلطة فرض الحل بل يعود لطرفي النزاع وحدهما تبني الحل الذي يحظى بموافقتهم أو الموافقة على الحل الذي يقترحه الموفق، فيسعي الموفق لاستعراض الحلول الممكنة واقتراح بعضها على طرفي النزاع والسعي للتقريب بين مواقفهما (١).

وإذا كان اتفاق التسوية هو غاية التوفيق الإلكتروني فإنه يتمتع بقوة إلزامية بعدما يتم الاتفاق على قبوله وتوقيعه تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للاتفاق *Force obligatoire de la Convention*، فاتفاق التسوية يستمد قوته الملزمة من قبوله والتراضي عليه بالتوقيع. وفي حالة عدم الوصول إلى قبوله والتوقيع عليه فإن الأثر القانوني لممارسة عملية التوفيق يظل معنوياً استشارياً لا يتمتع بأية صفة قضائية أو غير قضائية، فالتوفيق مبني على سلطان الإرادة. واتفاق التسوية ليس له بحسب الأصل أي قوة ملزمة ما لم يقبله طرفي النزاع، ولا يعد قراراً، ولا حكماً، ولا تكون له حجية الأمر المقضي، ولا القوة التنفيذية بمجرد صدوره إلا بعد قبوله وتوقيعه من طرفي النزاع والموفق وتصديق القاضي عليه أو توثيقه. ويدخل طرفي النزاع في عملية التوفيق بناء على اتفاق توفيق - شرطاً كان أو مشارطه - يتمتع بالقوة الملزمة للعقد، فرغبة طرفي النزاع في إيجاد حل لنزاعهما هي الأساس في التوفيق، ويترتب على ذلك نتيجة منطقية هي وجوب التزام طرفي النزاع بتنفيذ اتفاق التسوية تنفيذاً إرادياً أو اختيارياً، واحترام هذا الاتفاق، وعلى

(١) د. جاك الحكيم، الأساليب البديلة للتسوية، ندوة القانون المقارن، دمشق

ذلك يتأسس التزام طرفي النزاع باتفاق التسوية وتنفيذه على مبدأ القوة الملزمة للعقد بعد قبوله وتوقيعه من طرفي النزاع (١).

وتنتهي عملية التوفيق باتفاق تسوية لا يحمل أي طابع إلزامي لطرفي النزاع في قبوله أو رفضه، فإذا تم قبوله من طرفي النزاع فإن الموفق وطرفي النزاع يقوموا بالتوقيع عليه، وإذا امتنع أحد طرفي النزاع أو كلاهما عن التوقيع عليه فإن هذا الرفض يؤدي إلى فشل عملية التوفيق؛ وذلك لأن التوفيق وسيلة اختيارية غير ملزمة لطرفي النزاع يؤدي إلى سيطرة الأطراف على النزاع في جميع مراحل تسويته، بحيث يكون لهم التخلي عنه في أي وقت دون أن يكون في وسع أي منهما التمسك برأي أبداه أو اقتراح طرحه أثناء عملية التوفيق (٢).

وبالرغم من عدم وجود أي إلزام قانوني علي الأطراف لقبول اتفاق التسوية الذي تنتهي إليه هيئة التوفيق فإن هذا يعطي قوة دفع للقبول الاختياري للحل من الأطراف، فكل طرف يعلم أنه بدون موافقته لن يكون هناك حل توفيقى سلمي للنزاع، ولحرصه علي تسوية النزاع فإنه ينظر لحلول اتفاق التسوية نظرة موضوعية خالية من أي حساسيات يمكن أن تؤثر عليه، أي أن موافقة الأطراف تعني أنه لن يكون هناك طرف منتصر وطرف مهزوم في تسوية النزاع (٣).

وبعد نجاح عملية التوفيق بتوصل الموفق إلى اتفاق تسوية ودية بين طرفي النزاع فإن هذا الاتفاق - سواء أكان كلياً أم جزئياً - لا يحوز القوة التنفيذية، بل يعتبر عقداً يحسم به طرفا النزاع نزاعهما، فيخضع من

(١) د.عبد القادر الطورة، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٨٨م، ص ٥٠ - ٥١. د.إبراهيم نجار، الأساليب البديلة لتسوية المنازعات، ندوة القانون المقارن، دمشق ٥-١٩٩٦/٨م، ص ١٧٨.

(٢) د.حسام لطفي، تسوية منازعات الملكية الفكرية في إطار اتفاقية منظمة التجارة العالمية، الدورة المعقدة لإعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس في ٢٤ مارس إلى ١ أبريل ٢٠٠٤م، ص ٦٤.

(٣) د.نبيل أحمد حلمي، التوفيق، ص ١٠٢.

حيث شكله أو أركانه أو صحته أو بطلانه أو إثباته أو آثاره للأحكام العامة في العقود في القانون المدني ؛ وذلك لأن هذا الاتفاق يعتمد بصفة مطلقة على إرادة طرفي النزاع ، ويتمتع بالقوة الملزمة للعقد ، ولا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية ، أي أنه يبقى كعقد ويخضع لمبدأ القوة الملزمة للعقد في القانون المدني (art.1134 et 2052 C.C.F.) (١).

ويمكن لطرفي النزاع أن يطلبوا من القاضي الذي كان مختصاً بنظر النزاع المضادة على اتفاق التسوية الذي تم التوصل إليه من خلال عملية التوفيق لتضفي عليه تلك المصادقة القوة الرسمية ، ويصدق القاضي على اتفاق الأطراف بالتسوية ، ويعتبر هذا التصديق داخلاً في اختصاصه الولائي ، أي من قبيل الأعمال الولائية. أي يمكن لطرفي النزاع أن يخضعاه لتصديق القاضي أو لتوثيق الوثائق حتى يمنح القوة التنفيذية ، ويتم تذييله بالصيغة التنفيذية ، ويعتبر محرراً رسمياً موثقاً لا يجوز إنكاره إلا بالطعن بالتزوير أو بدعوى بطلان أصلية. ويتعين على القاضي المختص الذي يقوم بالتصديق على اتفاق التسوية التحقق قبل التصديق من عدم صدور حكم قضائي أو تحكيمي في موضوع النزاع ، وأنه مختص بموضوع النزاع ، ومن أهلية طرفي النزاع ، وأن المسألة محل النزاع لا تخالف النظام العام والآداب العامة (٢). وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف باريس بأن الأمر

(١) - Gaëlle Deharo; Médiation: une justice équitable et durable? Gaz. Pal. 18 -22 août 2006; doctrine; P. 8 ets.

- Serge Guinchard; Nouveau code de procédure civile; Dalloz 1999; P.238.

(٢) د.فادي محمد أحمد شعيشع ، مجالس وآليات تفعيل الصلح بين الخصوم في قانوني المرافعات المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية الغراء ، رسالة دكتوراه ، حقوق المنصورة ٢٠٠٦م ، بند ٤٠٩ ، ص ٣٧٢.

- Jean Vincent et Sarge Gunchard; Procédure Civile; N. 762; P. 648-649.

- Moustafa kandeel; La conciliation et mediation; N. 497; P. 306, N. 502; P. 309.

- Michel Olivier; La conciliation et la médiation=

الصادر من قاضي أمريكي لم يمارس فيه سلطته القضائية - أمر القاضي بالتصديق علي محضر اتفاق الأطراف - بأنه محرر رسمي أجنبي غير قضائي، ومنحته أمراً بالتنفيذ(١).

ويشترط لتنفيذ اتفاق التسوية المصدق عليه من المحكمة والقابل للتنفيذ الجبري مايلي: اتفاق التوفيق، وتحرير محضر باتفاق التسوية، وتوقيع طرفي النزاع علي محضر اتفاق التسوية، وتقديم صاحب المصلحة اتفاق التسوية للتصديق عليه وتوثيقه من جهة أو هيئة أو محكمة مختصة تتمتع بولاية القضاء لمنحه القوة التنفيذية، وأن يتضمن إلزاماً بأداء معين لأحد طرفي الاتفاق أو لكليهما، وأن توضع الصيغة التنفيذية عليه للحصول صاحب المصلحة في التنفيذ وخلفه العام أو الخاص علي صورته التنفيذية. ويجوز تنفيذ اتفاق التسوية المصدق عليه تنفيذاً جبرياً عادياً وليس تنفيذاً معجلاً؛ لأنه لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام، وبالتالي فهو لا يخضع لقواعد النفاذ المعجل(٢).

ونظراً لأن بقاء الحق في التنفيذ الجبري عن طريق قضاء التنفيذ مرهون ببقاء السند التنفيذي نفسه، فلا تنفيذ دون سند تنفيذي، فالغاء أو بطلان أو فسخ اتفاق التسوية المصدق عليه كسند تنفيذي يؤدي إلي زوال الحق في التنفيذ، واعتباره كأن لم يكن بإعادة الحال إلي ما كان عليه؛ وذلك لعدم وجود السند التنفيذي كمفترض لعملية التنفيذ، كما أن تنفيذ اتفاق

=judiciaires en matière Civile; Gaze. Pal. 18-19 oct. 1996; P.11 ets.

- Bernard Boubli; Le protocole d'accord; Gaz. Pal. 28-30 novembre 1999; P. 36.

- Trib. Com. Châlons-sur-Marne; 1^{er} Juin 1978; Gaz. Pal. 1978;2;555; Not. Decheix., Rév. Trim. dr. Civ. 1979; P. 198; obs. Perrot.

(1)- Paris; 2 avril 1998; D.1998; inf. rap.; P.133.

(2)- Hervé Croze, Christian Morel et Olivier Fradin; Procédure Civile; N. 156; P. 59.

-Henery Solus et Roger Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3; Sirey; Paris 1991; N. 440; P. 391.

التسوية المصدق عليه كعقد حتي لو كان دون تحفظ لا يعتبر تنازلاً عن الحق في التمسك ببطلانه أو فسخه، كما لا يعتبر إجازة لهذا العقد أو تصحيحاً لما به من عيوب، وذلك عكس الحال بالنسبة للحكم القضائي حيث أن قيام المدين المنفذ ضده بتنفيذ الحكم دون تحفظ يعتبر قبولاً منه لهذا الحكم، ويؤدي إلي سقوط الحق في الطعن فيه أو التمسك بما به من بطلان أو مخالفة للقانون(١).

ويجوز لصاحب المصلحة أن يطلب من قاضي التنفيذ وقف التنفيذ أو الحكم ببطلانه بحسب الأحوال؛ حيث يخضع تنفيذ اتفاق التسوية الودية كسند تنفيذي بعد توثيقه للقواعد العامة لمنازعات التنفيذ شكلية كانت أم موضوعية.

٦٤- دعوي بطلان اتفاق التسوية: ولا يجوز الطعن علي محضر اتفاق التسوية الودية بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام القضائية أيا كان نوع الخطأ الحاصل فيه، سواء أكان خطأ في التقدير أم كان خطأ في الإجراءات؛ لأنه محضر اتفاقي وليس حكماً قضائياً، بل هو من صنع طرفي النزاع بمساعد الموفق، وهو أيضاً بمثابة عقد بينهم(٢).

وإنما يجوز الطعن علي اتفاق التسوية الودية بدعوي البطلان إذا ما توافرت بشأنه حالة من حالات البطلان المنصوص عليها قانوناً، وذلك برفع دعوي مبتدأة ببطلانه كعقد إذا توافرت إحدى حالاتها، كتخلف أحد شروط انعقاده، أو صحته، أو أركانه الأساسية كان كان المحل منعديماً أو غير مشروع بمخالفته للنظام العام والآداب العامة، أو كان

(١) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط ٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩ م، بند ٤٨٦، ص ٧٨٢ وما بعدها. محمد نصر الدين كامل، الاستئناف في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، بند ٢٣٩، ص ٣٥٢.

(2) -Pierre Julien; Droit Judiciaire Prive; éd. 2^e; L.G.D.J.; 2003; N. 735; P. 444.
-Cass. Ch. Mixte; 14 Févr. 2003; D. 2003; 1386; Note. P. Ancel. et M. Cottin.

سببه غير مشروع، أو توافر فيه عيب من عيوب الإرادة أو الأهلية...، ويكون ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى المختصة طبقاً للقواعد العامة حتى لو كانت هي المحكمة التي صدقت عليه؛ لأن اتفاق التسوية الودية الذي تم تصديقه وتوثيقه يُعتبر عقداً تم بين طرفي النزاع وليس حكماً قضائياً، وتقضي المحكمة ببطلان اتفاق التسوية نفسه، وبالتالي بطلان التصديق عليه؛ لأن ما بني علي باطل فهو باطل أيضاً - ورفع دعوي بطلان اتفاق التسوية كعقد لا يوقف التنفيذ - ويعود طرفي النزاع إلي الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام اتفاق التسوية، ويجب إعادة الامور إلي ما كانت عليه قبل التنفيذ بالتنفيذ العكسي، ويعتبر الحكم القضائي الصادر في دعوي بطلان اتفاق التسوية هو السند التنفيذي للتنفيذ العكسي (١).

ويجوز للأطراف التنازل عن دعوي بطلان اتفاق التسوية صراحةً أو ضمناً. والتنازل الضمني يجب أن يكون واضح الدلالة بشكل لا يثير اللبس أو الغموض علي حدوث هذا التنازل، كأن يتمتع صاحب المصلحة في البطلان عن رفع دعوي البطلان خلال الميعاد القانوني، فإن ذلك يؤدي إلي سقوط الحق في رفعها حتماً، فإن عاد وفكر في رفعها بعد فوات الميعاد قضت المحكمة بعدم قبول الدعوي، وكان يقوم المدين بالتنفيذ الاختياري، فيعد ذلك قرينة علي التنازل عن رفع دعوي البطلان. ولا يعتد بالتنازل عن رفع دعوي البطلان إلا بعد صدور اتفاق التسوية

(١) د. أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م، بند ٤٤٨، ص ٩٧٩ - ٩٨٠؛ أصول التنفيذ، ج ١، ط ٤، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٩م، بند ١٦٤، ص ٣٠٣. د. عاشور مبروك، نحو محاولة، بند ١٣٥ وما بعده، ص ٢٤٥ وما بعدها. د. الأنصاري حسن التيداني، الصلح القضائي، بند ١٦٥، ص ٢٨٤؛ بند ١٥٤، ص ٢٥٧.

- J. Courrouy; Conciliateur; Ency. Dalloz. Rép. Proc. Civ. 1990; N. 43.
- Pierre Rouard; Traité Élémentaire de Droit Judiciaire Privé; T.1; Bruxelles; 1973; N. 202; P. 250 ets.
- Trib. Gran. Inst. Paris; 6 juin 1980; Gaz. Pal. 1981; I; P. 254; Not. A.

الودية، وصدور حكم من القضاء ببطلان اتفاق التسوية يحول دون رفع دعوي البطلان التي لم يعد لها وجود بصدور حكم قضائي بالبطلان حائز لحجية الأمر المقضي.

ودعوي بطلان اتفاق التسوية الودية كعقد هي دعوي قضائية ترفع أمام محكمة الدرجة الأولى المختصة، ويصدر فيها حكم قضائي، ويخضع هذا الحكم للقواعد العامة لطرق الطعن في الأحكام القضائية من استئناف أو التماس إعادة النظر أو النقض وفقاً للشروط الخاصة بكل طعن. وتتقادم دعوي بطلان اتفاق تسوية النزاع كعقد بثلاث سنوات من وقت زوال السبب أو بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرامه، بينما الحق في التمسك ببطلان اتفاق التسوية عن طريق الدفع لا يسقط بمرور الزمان. والحكم بإبطال اتفاق التسوية هو حكم مقرر (م ١٤٠، ١٤١ مدني)، ويرتب علي بطلانه كعقد إلغائه، ويعتبر كأن لم يكن ولا ينتج أية آثار قانونية، ويزول بجميع آثاره من يوم نشأته، ويعود النزاع بين طرفيه كما كان قبل إبرام اتفاق التسوية بأثر رجعي (م ١٤٢ مدني).

كما قد يرد أيضاً علي اتفاق تسوية النزاع كعقد الفسخ القضائي (م ١٥٧ مدني) أو الاتفاقي (م ١٥٨ مدني) إذا توافر سبب أي منهما، وذلك بناءً علي طلب صاحب المصلحة من طرفي اتفاق التسوية عند تخلف مدينه عن الوفاء بالتزامه بغير حق. فإذا لم يتم أحد طرفي اتفاق التسوية بتنفيذ ما التزم به في اتفاق التسوية جاز للطرف الآخر - حتي يتحلل من التزاماته - مطالبة مدينه بعد إعذاره بتنفيذ اتفاق التسوية إذا كان ذلك ممكناً، وإلا كان له أن يطالبه بفسخ اتفاق التسوية مع التعويض إن كان له مقتضي (م ١/١٥٧ مدني). وإذا تم فسخ اتفاق تسوية النزاع كعقد قضاء أو اتفاقاً فيلغي، ويعتبر كأن لم يكن، ويزول بجميع آثاره من يوم نشأته، ويعود النزاع بين طرفيه كما كان قبل إبرام اتفاق تسوية النزاع؛ لأن الحكم بالفسخ حكم منشيء له أثر رجعي (١).

(١) د. عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام، ١٩٨٩ م، بند ٣٩٧ وما بعده، ص ٥٠٧ وما بعدها. د. محسن عبد الحميد إبراهيم اليه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج ١، المصادر الارادية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، بند ٣٥٠ وما بعده، ص ٤٤٦ وما بعدها.

وللدائن في اتفاق التسوية الودية الخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ، وإن اختار أحدهما كان له مع ذلك أن يعدل عنه ويتخذ الطريق الآخر. وإذا طلب الدائن الفسخ جاز للمدين أن يتوقى طلب الفسخ بأن يعرض التنفيذ أثناء سير الدعوي حتي قفل باب المرافعة. كما يجوز لكل من طرفي اتفاق تسوية النزاع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ ما التزم به في اتفاق التسوية، ولا يسأل عن الأضرار التي تصيب الطرف الآخر نتيجة لهذا الامتناع عن الوفاء بالتزامه؛ لأنه يُعدّ امتناعاً مشروعاً (م ١٦١ مدني) (١).

وبعد أن انتهينا من دراسة بحث (التوفيق الإلكتروني) على النحو السابق، نتقل الآن إلي بيان خاتمة البحث التي تتضمن أهم النتائج والتوصيات على النحو التالي :

الخاتمة

تناولت موضوع "النظام الإجرائي للتوفيق الإلكتروني" من خلال مقدمته ومبحث تمهيدي ثم فصلين، في كل منهما مبحثين. ففي المقدمة تم توضيح مفهوم العدالة القضائية والعدالة الرضائية، ومشكلة وتساؤلات ومنهجية وخطة البحث. وفي المبحث التمهيدي تم بيان التبادل الإلكتروني بوسائل الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات. أما الفصل الأول فتمت بتوضيح مفهوم واتفاق التوفيق الإلكتروني، وذلك في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: ويتناول مفهوم التوفيق الإلكتروني من خلال بيان ما يلي: تعريف التوفيق الإلكتروني، وأهميته، ومزاياه وعيوبه ومعوقاته وأنواعه وطبيعته القانونية وقابلية النزاع للتوفيق، والتوفيق الإلكتروني

(١) د.عبدالمعزم البدرابي، مصادر الالتزام، بند ٣٧٥ وما بعده، ص ٤٧٩ وما بعدها. د.محسن البيه، المصادر الارادية، بند ٣٤٥ وما بعده، ص ٤٣٩ وما بعدها. نقض مدني ٢٢ / ٥ / ١٩٨٤ م، مج، س ٣٥، ق ٢٦٨، ص ١٣٩٠.

والكترونية التوفيق، وتنظيمه التشريعي، وجهود مراكز التوفيق الإلكتروني، والفرقة بين التوفيق الإلكتروني وغيره من النظم القانونية المشابهة كالقضاء والتحكيم والوساطة والمفاوضة والصلح والوكالة والخبرة والمقابلة وعقد العمل...

المبحث الثاني: ويتناول اتفاق التوفيق الإلكتروني من خلال بيان ما يلي: تعريف اتفاق التوفيق الإلكتروني، وأنواعه، وشروطه، وأثاره، ومبدأ استقلال شرط التوفيق عن العقد الأصلي، والقانون الواجب التطبيق على اتفاق التوفيق.

وأما الفصل الثاني فقد قمت فيه بتوضيح عملية التوفيق الإلكتروني، وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: ويتناول هيئة التوفيق الإلكتروني من خلال بيان: مفهوم هيئة التوفيق الإلكتروني، وطبيعتها القانونية، وشروط الموفق، وكيفية تشكيل هيئة التوفيق، ووثيقة المهمة التوفيقية، وسلطة هيئة التوفيق، وعقد التوفيق المبرم بين هيئة التوفيق وأطراف النزاع، وطبيعة التزام وطبيعة مسئولية الموفق تجاه الأطراف والغير.

المبحث الثاني: ويتناول إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني من خلال بيان: طلب التوفيق الإلكتروني، وميعاده، وعملية التوفيق الإلكتروني في القانون المصري والفرنسي واليونستيرال، ولدى غرفة التجارة الدولية بباريس ICC، وفي ICSID، ولدى مراكز التوفيق والتحكيم في مكة...، ثم بيان القانون الواجب التطبيق على عملية التوفيق الإلكتروني، وانقضاءها، ورسومها ومصاريفها وأتعاب هيئة التوفيق، والقوة التنفيذية لاتفاق التسوية، ودعوي بطلان اتفاق التسوية.

وقد تبين بعد هذه الدراسة:

- ضرورة تفعيل حكم المادة الثانية عشرة من قانون السلطة القضائية والتي تقرر مبدأ تخصص القاضي في فرع أو أكثر من فروع القانون؛ لسرعة الفصل في القضايا، ودقة الأحكام القضائية باعتبارها عنوان الحقيقة. وإنشاء شرطة قضائية متخصصة يسند إليها القيام بسائر المهام

التي تعين على حسن سير العدالة وتنفيذ الأحكام، وضرورة الأخذ
ببدائل تسوية المنازعات؛ وذلك للقضاء علي ظاهرتي ببطء التقاضي
وعدم فاعلية الأحكام القضائية.

- كما تبين بعد هذه الدراسة: ضرورة التوسع في استخدام الوسائل
الرضائية البديلة لتسوية المنازعات؛ لتخفيف العبء عن كاهل القضاء
نظراً لعدم التناسب بين كم القضايا المعروضة وأعداد القضاة، وتشجيعاً
لجذب الاستثمار الأجنبي والوطني. كما يجب وضع تنظيم قانوني موحد
يحدد كيفية تنفيذ كافة القرارات الصادرة عن الوسائل الرضائية البديلة
لتسوية المنازعات.

- ومن أجل تطوير مرفق القضاء: يجب العناية بعمارة المحاكم شكلاً
ومحتوى، على أن تضم كافة الأجهزة المعاونة للقضاء، وتحديث وسائل
خدمة العدالة كالأخذ بنظام التسجيل الصوتي للجلسات، وتعميم نظام
الميكرو فيلم لحفظ القضايا والمستندات والاستعانة بالحاسبات الآلية، وكذا
تزويد مصلحة الخبرة بأحدث الأجهزة التي تعينهم على أداء رسالتهم،
والأخذ بأدلة الإثبات العلمية الحديثة لتأخذ دورها المأمول في مجال
الإثبات، وتحسين أوضاع أعوان القضاة من خبراء وكتبة ومحضرين
ومعاوني تنفيذ... مع العناية بطرق اختيارهم والاهتمام بتدريبهم العلمي
والعملي طوال مدة عملهم. ويضاف إلي ذلك الاهتمام بتطوير مناهج
الدراسة بكلية الحقوق بحيث توفر للمجتمع خريجاً كفواً قادراً على
الاستيعاب الجيد لأحكام القانون ومستجدات الواقع المحلي والدولي،
وهو ما يتوافق مع متطلبات سوق العمل، والأخذ بفكرة التخصص
لطالب الحقوق ابتداء من العام الثالث للاستفادة من مزايا التخصص،
ونشر الوعي القانوني لدى الكافة من خلال وسائل الإعلام المختلفة
والمناهج التعليمية بمراحلها، وعمل تعاون فعال بين كليات الحقوق
ووزارة العدل ونقابة المحامين من خلال برامج التأهيل والتدريب المستمر
للقضاة والمحامين، وضرورة مراعاة شروط وكفاءة شغل الوظائف
القضائية.

- ويعتبر التوفيق الإلكتروني وسيلة بديلة عن القضاء لفض المنازعات، ويهدف إلى تحقيق العدالة الرضائية بين أطراف النزاع. إلا أن ذلك مرهون بزيادة الثقافة القانونية، وتفعيل دور الدولة من الناحية التشريعية والقضائية، وإعداد الكوادر الوطنية من الموفقين ذوي الخبرة والكفاءة في كل التخصصات المختلفة، ومواكبة تطورات تكنولوجيا وسائل الاتصالات الحديثة. فالتوفيق الإلكتروني وسيلة إنسانية وفعالة وأقل تكلفة وأكثر مرونة وخصوصية وسرية... تساهم في حل مشكلة أزمة العدالة القضائية.

- كما يعتبر التوفيق الإلكتروني وسيلة رائدة وواعدة لحل كثير من المنازعات المدنية والتجارية والإدارية... في معظم دول العالم، ويلبي احتياجات ملحة نحو إيجاد بدائل لفض المنازعات، وسيلعب مجملها في المستقبل القريب ليكون في صدارة الوسائل البديلة لفض المنازعات، وسيستزج من التحكيم نجوميته خاصة في منازعات التجارة الدولية؛ لتحقيق عدالة ناجزة من صنع الخصوم وبمساعدة الموفق؛ وذلك بهدف تجنب ظاهرتي بطء التقاضي وعدم فاعلية الأحكام القضائية، والحد من إساءة استعمال حق التقاضي، وتلافي الكيد واللدن في الخصومة القضائية. لذا يجب تعزيز ثقة المتقاضين في آلية التوفيق الإلكتروني كوسيلة بديلة لفض المنازعات، ومواجهة التحديات والمشاكل القانونية التي تعترضه.

- وأظهرت الدراسة أهمية دور سلطان الإرادة في حل المنازعات بالطرق البديلة عن قضاء الدولة الرسمي كنظم قانونية بديلة لفض المنازعات تقوم علي أساس دور مبدأ سلطان الإرادة في التوصل إلي حل المنازعات بوسائل التسوية الودية غير القضائية كرخصة لطرفي النزاع في محاولة للتأكيد علي أهمية وفاعلية دور إرادة طرفي النزاع في التوصل إلي حل المنازعات بهدف التخفيف عن كاهل القضاء، ويتطلب ذلك ترك الحرية الكاملة لطرفي النزاع في تحديد جميع المسائل الإجرائية والموضوعية التي تتعلق بالتوفيق احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة. والهدف من إبرام اتفاق

التوفيق الإلكتروني - شرطاً كان أو مشارطة - هو حل النزاع ودياً قبل اللجوء إلى القضاء، ولا توجد صياغة محددة أو مصطلحات معينة تستخدم في صياغة اتفاق التوفيق الإلكتروني، فلا يخضع لشكل معين، وليست له شروط خاصة به، بل تتم صياغته بطريقة موجزة تحدد العلاقة بين طرفيه، واحتمال وجود نزاع بينهما، ورغبة الطرفين في تسوية النزاع بالتوفيق الإلكتروني. وإذا خالف أحد طرفي النزاع اتفاق التوفيق وقام برفع دعوي قضائية بشأنه فسيحكم بعدم قبول الدعوي، ويمكن إجبار الطرف المخالف لاتفاق التوفيق باللجوء إلى القضاء المختص للأمر بالتنفيذ العيني لاتفاق التوفيق.

- وتبين كذلك من خلال الدراسة أن محور دور الموفق في عملية التوفيق الإلكتروني هو متابعة وتنظيم المناقشات لمحاولة تقريب وجهات النظر وتطبيب الخواطر بالحوار والاتصال بين طرفي النزاع - دون أن يمتد دوره إلى اقتراح حل يرتضيانه - بهدف تحديد المشاكل والمسائل محل الخلاف المتنازع عليها، وقطع الشقاق والنزاع وصولاً إلى أرضية التقاء مشتركة تتحقق فيها أمانهم ورغباتهم، وتبلور في تحضير مشروع اتفاق تسوية تمهيداً لإقراره وتوقيعه من طرفي النزاع وهيئة التوفيق الإلكتروني، ويتم تصديقه من القاضي المختص بموجب سلطته الولائية أو توثيقه؛ ليكون له قوة السند التنفيذي، ثم تمنح صورته التنفيذية لطالب التنفيذ.

- وأخيراً وليس آخراً نقترح ما يلي: ضرورة العمل على نشر ثقافة التوفيق الإلكتروني على المستوي المحلي والإقليمي والدولي، وذلك بإعداد الدورات التدريبية، ومواصلة عقد الملتقيات وورش العمل والندوات والمؤتمرات، وإعداد كوادر فنية وطنية مدربة، وإنشاء قوانين محلية واتفاقيات دولية للتوفيق الإلكتروني تنظم قواعده وإجراءاته وأحكامه، والاعتراف لاتفاق تسوية النزاع بالتوفيق الإلكتروني بحجية الأمر المقضي واعتباره سنداً تنفيذياً، والتوسع في إنشاء مراكز للتوفيق الإلكتروني دائمة، وإنشاء قائمة بالموفقين...

- توحيد تشريعات التوفيق الإلكتروني العربية وتوحيد مصطلحاتها القانونية لتسهيل مهام الموفقين في فهم مضمون التشريعات العربية ، وإنشاء وتفعيل دور الاتحاد العربي للتوفيق التجاري الدولي الإلكتروني تحت رعاية جامعة الدول العربية والذي يضم جميع مراكز التوفيق العربية بما من شأنه خلق التواصل بينها ودعم دورها ، بحيث يتاح للموفق العربي أن يلجأ إلى التوفيق الدولي .

- دعوة الدول العربية إلى اتخاذ موقف عربي موحد لإعادة النظر في بعض نصوص اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية لعام ١٩٥٨م بما يكفل تحقيق مصالح الدول العربية .

- ونهيب بالمشرع المصري وبالمشرعين العرب بصفة خاصة النص صراحة على تنظيم الأحكام القانونية للوسائل البديلة لفض المنازعات كالتحكيم ، والوساطة ، والتوفيق ، والمفاوضة... وذلك في تشريعات خاصة ، وإعداد اتفاقية عربية موحدة بين الدول العربية مستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء تحت مظلة جامعة الدول العربية ، وإنشاء مراكز عربية لفض المنازعات بالطرق البديلة .

- ونهيب كذلك بالقائمين علي التعليم العالي في الدول العربية بتدريس مادة الوسائل البديلة لفض المنازعات (التحكيم ، والوساطة ، والمفاوضة ، والصلح ، والتوفيق...) ، كمادة تدرس ضمن مناهج المرحلة الجامعية الأولى ، وتضمن مناهج درجة الدراسات العليا بكليات الحقوق مادة التوفيق التجاري الدولي الإلكتروني ، ونشر ثقافة التوفيق الإلكتروني بالدول العربية حديثة العهد بتبني نظام التوفيق وتفعيل دور مراكز التوفيق بها ، والاهتمام بالبحوث والدراسات القانونية المتعلقة بالتوفيق والموفق ، وعمل ندوات علمية ، ودورات تدريبية بصفة مستمرة لتدريب الموفقين علي كل ما هو جديد في عالم التوفيق .

- كما يجب إنشاء مراكز متخصصة موثوق بها لفض المنازعات بالوسائل البديلة كالتحكيم ، والوساطة ، والتوفيق... وتكون تابعة لوزارة العدل أو غرفة التجارة والصناعة أو مراكز مهنية خاصة متخصصة. وهذا

يتطلب إنشاء قوائم بأسماء المحكمين، وقوائم للموفقين، وقوائم للوسطاء... وتنمية الكوادر الوطنية من محكمين ووسطاء وموفقين، ويكون ذلك بعمل دبلوم دراسي متخصص في كل منها أو عمل دورات متخصصة فيها، وإصدار ميثاق شرف مهني لكل منها يتضمن قواعد وأصول وشروط ممارسة تلك المهن؛ وإنشاء نقابة عامة لكل مهنة منها بالعاصمة يتبعها نقابات فرعية بالأقاليم لممارسة رقابة فعالة وجدية على هؤلاء المهنيين، ومتابعة مصالحهم وحقوقهم ومساءلتهم...

- ويجب أيضاً تذليل العقبات التقنية والتشريعية الحائلة دون نجاح التوفيق الإلكتروني والارتقاء به على الصعيدين الداخلي والخارجي، وتوفير البنية التحتية الإلكترونية الداعمة للتجارة الإلكترونية، وتشمل شبكات الاتصال وأجهزة الاتصالات والتطبيقات والبرامج ورأس المال المستخدم في التجارة الإلكترونية، بالإضافة إلى دعم الدولة لتقنيات المعلومات، فهذه المكونات تشكل البنية التحتية الإلكترونية التي تساعد على انتشار استخدام الإنترنت وتهيئ البيئة المناسبة للتجارة الإلكترونية؛ لأنها بمثابة السوق الإلكتروني الذي تتم من خلاله المعاملات التجارية. ويضاف إلى ذلك ضرورة تأمين المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت ووضع قائمة للمراكز الخاصة بحل النزاعات الإلكترونية محلياً ودولياً والاعتراف بقراراتها، ووضع آليات فاعلة لتنفيذها.

- وضرورة إلغاء الكتاب الدوري رقم 5 لسنة 2001م الصادر عن وزير المالية والتنمية الإدارية بتاريخ 19 يونيو 2001م بشأن المبادئ الحاكمة لتنفيذ توصيات لجان فض المنازعات الذي أصدرته وزارتا المالية والتنمية الإدارية، والذي بمقتضاه لا تستطيع الجهة الإدارية الموافقة علي أية توصية ترتب أعباء مالية علي الدولة؛ لأنه وضع قيوداً وشروطاً لتنفيذ توصية لجنة فض المنازعات، وبها تستطيع الحكومة الامتناع عن تنفيذ توصيات لجان فض المنازعات، وهي: أن تصدر التوصية بالإجماع وليس بالأغلبية بالمخالفة للقانون، وصدور موافقة الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة ووزارة المالية قبل صدور التوصية التي يترتب عليها أعباء مالية

جديدة لضمان تنفيذها، وضرورة اتفاق التوصية مع المبادئ الحاكمة لعلاقة الموظفين المالية والوظيفية بالإدارة التي يصدرها الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة، وإلا يرفضها ممثل الجهة الإدارية في اللجان، واستناد التوصية إلى أسانيد قانونية وأسباب ومبررات موضوعية ومنطقية. ويعتبر الكتاب الدوري رقم ٥ لسنة ٢٠٠١م، قراراً إدارياً مخالفاً للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م؛ لأنه يؤدي إلى عدم جدوي وفقدان الثقة في عمل لجان فض المنازعات لدي المتقاضين، وعصف بها في مهب الريح وحاد بها عن غايتها، كما أن الشخص الذي أصدر الكتاب الدوري كممثل للسلطة التنفيذية ليس له الحق في تقييد أو إلغاء أو تعديل أحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م، فهذا الحق منوط بالسلطة التشريعية وليس للسلطة التنفيذية.

- وهناك بعض المشاكل والمعوقات التي تعترض نجاح لجان فض المنازعات علي الوجه المنشود، منها: كثرة عدد النزاعات المطروحة عليها، وكبر سن وإصابة المستشار رئيس اللجنة بأمراض الشيخوخة، وعدم انعقاد بعض اللجان نتيجة لعدم حضور ممثل الجهة الإدارية لضعف مكافأته، والخشية من تواطؤ ممثل الجهة الإدارية مع الطرف الآخر في النزاع بما يترتب عليه ضياع المال العام، وأغلب القضايا المعروضة عليها قضايا إدارية ذات طبيعة فنية خاصة يختص بها مجلس الدولة وتحتاج إلي متخصصين. وهنا لم ينظم القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م حالة الشكوى من عمل رئيس اللجنة، وحدث ازدواج بين اختصاص لجان التوفيق ومفوضي الدولة عند تطبيق نص (م ٥٩ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م)، وتوصية اللجنة مجرد رأي قانوني غير ملزم لا يحسم النزاع إلا بقبوله من طرفي النزاع، وعدم وضع آلية خاصة لتنفيذ توصية اللجنة... - ونري ضرورة تفعيل نظام مجالس الصلح المنصوص عليه في المادة (٦٤) مرافعات مصري، بتوفير الإمكانيات وإصدار القرارات اللازمة لتفعيله نظراً للأهمية العملي.

- ونهيب بالمشرع إصدار ميثاق شرف لمهنة التوفيق يتضمن قواعد وأصول ممارسة مهنة التوفيق ؛ ليكون نبراساً يضيئ الطريق أمام الطامحين في مهنة التوفيق، كما يجب إنشاء نقابة للموفقين على مستوى الجمهورية تتضمن نقابة عامة بالعاصمة، ونقابات فرعية بالأقاليم تضم جميع الموفقين العاملين في مهنة التوفيق لكي تمارس رقابة فعالة وجدية على قبول الأشخاص كموفقين وقيدهم بمجدول الموفقين، وتدافع عن حقوقهم ومصالحهم.

- ويعتبر عقد التوفيق المبرم بين الموفق وطرفي النزاع عقد رضائي غير مسمى، من طبيعة خاصة له خصوصيته، وهو من عقود الخدمات، ويرجع في أحكامه إلى القواعد العامة في التوفيق والقانون المدني والاتفاقيات الدولية ؛ وذلك لأن أحكام عقد التوفيق ترفض الخضوع الكامل لأحكام أية عقد من عقود الخدمات المسماة التي نظمها القانون المدني. والآن أصبحت الحاجة ملحة دون شك إلي تقنين عقد التوفيق وجعله عقد مسمى، وتحديد شروطه وانعقاده، وتكوينه، وأحكامه، وانقضائه... ؛ لذلك نهيب بالمشرع المصري تقنين أحكام عقد التوفيق، وتحديد الشروط الواجب توافرها في الموفق وواجباته وحقوقه ومسئولياته وحصانته...

- كما نهيب بالمشرع وجوب النص علي تطبيق نظام تأمين مسئولية الموفق لضمان حق المضرور في التعويض، إما من الموفق المستول والذي قد يكون معسراً، وإما من شركة التأمين ؛ وذلك لضمان حماية العدالة الرضائية، وتخفيف العبء عن كاهل قضاء الدولة.

وهكذا نكون قد انتهينا من هذه الدراسة، فإن تحقق الهدف منها فهذا توفيق من الله تبارك وتعالى،

وإن تحقق بعضه، فما لا يدرك كله لا يترك جله. وإن لم يتحقق، فيكفينا شرف صدق المحاولة.

فالكمال لله وحده

تم بحمد الله وتوفيقه

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين
(رَبَّنَا آتِنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ أَمْرِنَا رَشَدًا)

(سورة الكهف، آية ١٠)

قائمة المراجع^(٥)

أولاً: المراجع العربية:

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: - اختيار طريق التحكيم ومفهومه، ورقة عمل مقدمة لدورة إعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس، يناير ٢٠٠٠م.
- التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط٢، ١٩٩٧م.
- تسوية المنازعات القضائية بالطرق البديلة (الصلح، الوساطة والتوفيق)، ورقة عمل مقدمة للدورة التي عقدها مركز الدراسات القانونية والاقتصادية حول إجراءات تسوية وفض المنازعات القضائية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، في الفترة من ١٨ - ٢٢ / ١٢ / ٢٠٠٥م.
- د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي: - القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٧م.
- د. إبراهيم الدسوقي: - قواعد وإجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق يصدرها مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، س ١٧، ع ١، ٢ مارس - يونيو ١٩٩٣م.
- د. إبراهيم حرب محيسن: - طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دار الثقافة للنشر، عمان ١٩٩٩.
- د. إبراهيم نجار: - الأساليب البديلة لتسوية المنازعات في قانون العقود اللبناني، ندوة القانون المقارن، دمشق ٥ - ٨ / ١٩٩٦م.

(*) ملاحظة: في حالة عدم الإشارة إلي دار النشر أو مكانه أو سنته فذلك لأن المرجع بدون هذا البيان.

- ابن الحسين أحمد بن فارس بن زكريا: - معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ط ٢، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ١٩٧١م.
- ابن منظور: - لسان العرب، دار المعارف - مصر.
- د. أبو العلا علي أبو العلا النمر: - تكوين هيئات التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط ١.
- دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، ط ١، ٢٠٠٤م.
- القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية.
- المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، ط ١.
- د. أبو زيد رضوان: - الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٨١م.
- د. أحمد مخلوف: - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م.
- د. أحمد أبو الوفا: - التحكيم الاختياري والإجباري، ط ٥، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠١م.
- نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط ٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩م.
- د. أحمد أبو الوفا: - الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦م.
- د. أحمد السيد صاوي: - التوفيق كبديل لحل المنازعات عن غير طريق القضاء، مركز البحوث البرلمانية، مجلس الشعب، الأمانة العامة، القاهرة، فبراير ٢٠٠٠م.
- أحمد الفيومي: - المصباح المنير، تحقيق د. عبد العظيم الشناوي، دار المعارف ١٩٧٧م.
- د. أحمد السيد خليل: - خصوصيات التقاضي أمام المحاكم

- الاقتصادية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠١٠م.
- د. أحمد سعيد الدهن: - موقع الخبر من التحكيم التجاري، مجلة التحكيم اليمينية، ٢٠٠٠م، ع ٣.
- د. أحمد شرف الدين: - الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، دبي إبريل ٢٠٠٣م.
- د. أحمد شرف الدين: - أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طبعة نادي القضاة ٢٠٠٤م.
- تسوية المنازعات إلكترونياً، بحث ضمن فعاليات المؤتمر الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم بالتعاون مع جامعة الدولة العربية ٢٠٠٢م.
- تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدولة العربية، ط ٣، ٢٠٠٥م.
- جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة ٢٠٠٣م.
- دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، القاهرة ١٩٩٣م.
- الرقابة القضائية علي اتفاق التحكيم وآثاره، ٢٠١١م.
- مشكلات الاختصاص النوعي للمحاكم الاقتصادية، طبعة نادي القضاة ٢٠٠٩م.
- نظرية الالتزام، الجزء الأول، مضاد الالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإدارية، ط ٢٠٠٣م.
- د. أحمد صدقي محمود: - مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م.
- نطاق تطبيق قانون فض المنازعات رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م " دراسة تحليلية انتقادية"، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م.
- د. أحمد عبد الرحمن الملحم: - عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، س ١٨، ع ٢، يونيو ١٩٩٤م.

د. أحمد عبدالكريم سلامة: - التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣م.

- النظرية العامة لتنظيم الودية لتسوية المنازعات، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣م.

- قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م.

د. أحمد فوزي عبد المنعم: - وسائل فض المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي، مجلد ٦١، ٢٠٠٥م.

د. أحمد ماهر زغلول: - أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م.

- أصول التنفيذ، ج ١، ط ٤، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٩م.

د. أحمد محمد حشيش: - تطور قانون المرافعات وأجهزته، ١٩٨٩م.

- طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٠م.

- نحو فكرة عامة للوساطة الإجرائية باعتبارها عوناً للقضاء، مجلة

روح القوانين، حقوق طنطا، مارس ٢٠٠٢م، ج ١. وبحث مقدم

إلى مؤتمر كلية الحقوق / جامعة طنطا في ٢٥ مارس ٢٠٠٢م تحت

عنوان (المشاكل الناجمة عن تطبيق قانون فض المنازعات).

د. أحمد محمد مليجي موسى: - تحديد نطاق الولاية القضائية

والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ١٩٧٩م.

- قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، ط ١،

١٩٩٦م.

د. أحمد محمود سعد: - مصادر الالتزام في القانون المصري واليميني،

الكتاب الأول، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٠م.

د. أحمد مخلوف: - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة

الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م.

- د. أحمد هندي: - التقاضي الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠١٤م.
- تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠١م.
- حكم التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق إسكندرية ٢٠٠٩م، ع ٢.
- د. أسامة أحمد بدر: - حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م.
- د. أسامة أحمد شوقي المليجي: - استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره علي قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م.
- مشرح القواعد الإجرائية في الإثبات ١٩٩٧م.
- ظاهرة بطء التقاضي في المنازعات المدنية في التشريع الإجرائي المصري (أسبابها - مقترحات علاجها) بحث منشور في أعمال المؤتمر السنوي السابع للجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية بعنوان "تيسير إجراءات التقاضي في التشريعات العربية" المغرب ٢٠٠٧م.
- فكرة التوفيق في القانون المصري وطبيعته القانونية، بحث مقدم إلي مؤتمر كلية الحقوق / جامعة طنطا، المشاكل الناجمة عن تطبيق قانون فض المنازعات رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م، مارس ٢٠٠٢م.
- د. أسامة الشناوي: - المحاكم الخاصة في مصر، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ١٩٩٠م.
- د. أشرف عبد العليم الرفاعي: - النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٣م.
- د. آلاء يعقوب النعمي: - الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية القانون بجامعة الإمارات (التحكيم التجاري الدولي)، إبريل ٢٠٠٨م، ج ٣.

د. السعيد محمد الأزمازي: - الجوانب الإجرائية لقانون فض المنازعات بين الواقع النظري والتطبيق العملي " دراسة تحليلية علي ضوء أحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م بشأن لجان التوفيق في فض منازعات الدولة، بحث مقدم لمؤتمر كلية الحقوق / جامعة طنطا، مارس ٢٠٠٢م، المشكلات العملية الناجمة عن تطبيق القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م.

- السيد المراكبي: - التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١ م.

د. السيد محمد السيد بدوي: - الوسائل البديلة للقضاء في حل المنازعات الإدارية " دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٣م.

د. السيد محمد السيد عمران: - الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٢م.

د. أمال أحمد الفزائري: - دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٣م.

د. أماني عبد اللطيف حافظ عليان: - المسؤولية المدنية للمحضر، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة ٢٠٠٠م.

د. الأنصاري حسن النيداني: - الصلح القضائي " دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم"، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠١م.

- القاضي والوسائل الإلكترونية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٩م.

د. أيمن إبراهيم العشماوي: - تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسئولية المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ط ١٩٩٨م.

د. إيناس الخالدي: - التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م.

- مدى ملائمة قواعد التحكيم الحالية لحسم منازعات التجارة

- الإلكترونية، مجلة التحكيم العربي، تصدرها الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، ع ١٢، يوليو ٢٠٠٩م.
- د. إيناس مكى عيد نصار: - التفاوض الإلكتروني، دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة بابل ٢٠١٣م، العلوم الإنسانية، ج ٢١، ع ٣.
- د. ياسمة لطفى دبّاس: - شروط واتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٥م.
- د. بلال عبد المطلب بدوي: - التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس، س ٤٨، ع ١، ٢٠٠٦م.
- د. بهاء دسوقي: - قانون التجارة الدولي الجديد، القاهرة ١٩٩٣م.
- د. توجان فيصل الشريدة: - ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني (التحكيم عبر الإنترنت) كوسيلة لفضل منازعات التجارة الإلكترونية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر لكية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، (بعنوان التحكيم التجاري الدولي)، إبريل ٢٠٠٨م.
- د. ثروت حبيب: - دراسة في قانون التجارة الدولية، القاهرة، ١٩٧٥م.
- د. ثروت عبد الحميد: - التوقيع الإلكتروني، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ٢٠٠٢م.
- د. ثروت عبدالعال أحمد: - التوفيق في منازعات الأشخاص الاعتبارية العامة وفقاً لأحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م.
- د. جابر جاد نصار: - التوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م.
- د. جابر محبوب على محبوب: - قواعد أخلاقيات المهنة، دراسة مقارنة، ط ٢، ٢٠٠٠/٢٠٠١م.
- د. جاك الحكيم: - الأساليب البديلة للتسوية، ندوة القانون المقارن، دمشق ٥- ١٠/٨ ١٩٩٦م.

- د. جلال وفائي محمددين: - التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيغة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة الحقوق، حقوق إسكندرية، ع ٢، ١٩٩٩ م.
- د. جمال الدين مبروك موسي علي: - إلكترونية التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٥ م.
- د. جمال الدين نصار: - شرط التحكيم في عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، دورة عقود القيدك والمطالبات والتحكيم، الجمعية المصرية للمهندسين، ١٩٩٣ م.
- د. جمال محمود الكردي: - مدى ملائمة الاختصاص القضائي الدولي التقليدي لمنازعات الحياة العصرية منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥ م.
- القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٣ م.
- د. جميل الشرقاوي: - مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٨١ م.
- د. حازم حسن جمعة: - اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، مركز البحوث والدراسات بشرطة دبي، ٢٦ - ٢٨ أبريل ٢٠٠٣ م.
- د. حازم محمد الشرعة: - التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠١٠ م.
- د. حسام أسامة شعبان: - الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية ٢٠٠٨ م.
- د. حسام الدين فتحى ناصف: - التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥ م.
- قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٩ م.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: - المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، مجلة القضاة، س ٣١، ع ١ - ٢، ديسمبر ١٩٩٩ م.

- المسائل القابلة للتحكيم، مجلة التحكيم العربي، ع ١٦.
- حسان عبد السميع هاشم: - الخبرة في قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م.
- د.حسان عبد السميع هاشم أبو العلا: - مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠٠١م.
- د. حسن عبد الباسط جميعي: - إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م.
- حماية المستهلك، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦م.
- عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨م.
- د. حسنى المصري: - التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى ٢٠٠٦م.
- حسين عامر وعبد الرحيم عامر: - المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية، ط ٢ دار المعارف ١٩٧٩م.
- د. حسين يوسف غنايم: - شرط التحكيم في عقود الوكالات التجارية، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، ع ٦٦، ١٩٩٦م.
- د. حفيظة السيد الحداد: - التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، مجلة الحقوق، تصدرها حقوق الإسكندرية ١٩٩٥م، ع ١ - ٢.
- الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٠م.
- الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ١٩٩٧م.
- الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ٢٠٠٧م.
- د. حمزة حداد: - التحكيم في القوانين العربية، ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ٢٠٠٧م.
- حميد محمد علي اللهبي: - المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠م.

- د. خالد حمدي عبد الرحمن: - التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م.
- د. خالد عبد الفتاح محمد: - حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م.
- خالد محمد الجمعة: - آلية تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، دراسات استراتيجية، مركز الأبحاث للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ع ٦٤.
- د. خالد ممدوح إبراهيم: - التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٨م.
- د. خالفي عبد اللطيف: - الوسائل السلمية لحل منازعات العمل الجماعية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٧م.
- د. رضا عبيد: - شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية، تصدرها حقوق أسيوط، ع ٦٤.
- د. سامي عبد الباقي أبو صالح: - التحكيم التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤م.
- د. نهامية راشد: - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ج ١، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٤م.
- د. سحر عبدالستار امام يوسف: - المحاكم الاقتصادية في القانون المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٨م.
- دور القاضي في الإثبات، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م.
- د. سيد أحمد محمود: - التحكيم العادي في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ط ١، ١٩٩٨م.
- إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني والإلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني، دار الفكر والقانون بالمنصورة ٢٠١٥م.
- آلية تسوية المنازعات الناجمة عن تطبيق اتفاقات الجات ومنظمة التجارة العالمية، القاهرة ١٩٩٨م.
- خصومة التحكيم القضائي، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م.

- نظام التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م.
- د. سيد أحمد محمود وآخرون: - التعليق علي نصوص قانون المحاكم الاقتصادية، ط ١، ٢٠١٤/٢٠١٥م.
- شارل جاروسون: - الوساطة الطب العذب للقانون، ترجمة جمال سلطان، ندوة القانون المقارن، دمشق ٥ - ٨/١٠/١٩٩٦م، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالجمهورية العربية السورية ١٩٩٦م.
- د. شريف محمد غنام: - حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق / جامعة الكويت، س ٢٨، ع ٣ سبتمبر ٢٠٠٤م.
- د. شمس ميرغني: - التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٧٣م.
- شيماء محمد سعيد خضر البوراني: - أحكام عقد الصلح، ط ١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٣م.
- د. صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي: - النظام القانوني التجاري للتجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، ٢٠٠٥م.
- د. صفاء أوتاني: - المحكمة الإلكترونية "المفهوم والتطبيق"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد الأول ٢٠١٢م.
- د. ضحى إبراهيم الزباني: - شرط التحكيم في العقود المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٣م.
- طاهر أحمد الزاوي: - ترتيب قاموس المحيط، ط ١، مطبعة الاستقامة بالقاهرة ١٩٥٩م.
- د. طرح البحور على حسن: - عقود المستهلكين الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٧م.
- د. طلعت محمد دويدار: - المحاكم الاقتصادية خطوة أخرى نحو التخصص القضائي، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٩م.

- د. طه أحمد علي قاسم: - تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٨م.
- د. طه عبد المولى طه إبراهيم: - التعويض القضائي عن الأضرار التي تقع على الأشخاص، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، ٢٠٠٠م.
- عادل حماد أبو عزة: - التحكيم الإلكتروني في منازعات المعاملات الإلكترونية، مجلة العالم الرقمي، ع ١٦٠، ٢٠٠٦م.
- د. عادل محمد خير: - حصانة المحكمين مقارنا بحصانة القضاء، دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٩٦م.
- د. عاشور مبروك: - النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ط ٢، ١٩٩٨م.
- نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢م.
- د. عاطف محمد الفقي: - التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧م.
- د. عباس العبودي: - الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر الأردن ٢٠٠٠م.
- د. عبد الباسط عبد المحسن: - دور الوساطة في تسوية منازعات العمل الجماعية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م.
- د. عبد الحكيم فودة: - الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي، ط ١٩٩٦م.
- د. عبد الحميد الأحذب: موسوعة التحكيم، ج ٢، دار المعارف، مصر ١٩٩٨م.
- مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، ع ٢، يناير ٢٠٠٠م.
- د. عبد الحميد الشواربي: - التحكيم والتصالح، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٦م.
- د. عبد الحميد محمد الحوسني: - التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٧م.
- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج ١، مصادر الالتزام، العقد، ط ١٩٨١م، دار النهضة العربية بالقاهرة.

- الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٥، تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٤م.
- د عبد الرسول عبد الرضا: - هل يوجد حل أمثلة لتسوية المنازعات، نشرة التحكيم التجاري الخليجي، ع ٢٧، ديسمبر ٢٠٠٣ ف، ص ٩ - ١٢ ع ٢٨، مارس ٢٠٠٤م.
- د. عبد الفضيل محمد أحمد محمد: - دراسة في القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م بشأن لجان التوفيق في بعض المنازعات، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق / جامعة المنصورة، ع ٢٩، إبريل ٢٠٠١م.
- د. عبد القادر الطورة: - قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٨٨م.
- د. عبد الناصر توفيق العطار: - نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة السعادة.
- د. عبد الودود يحيى: - الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٤م.
- عبد الرحيم علي محمد: - قانون لجان التوفيق في بعض منازعات الدولة، ط ١، ٢٠٠٠م.
- د. عبد المنعم البدر اوي: - النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام، ١٩٨٩م.
- عدي أمير خالد: - فض منازعات المديونية، منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٨م.
- د. عزة محمود أحمد خليل: - مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤م.
- د. عزمي عبد الفتاح عطية: - قانون التحكيم الكويتي، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٠م.
- قواعد الاختصاص والإجراءات في أحكام المنازعات المدنية

البيسطة، الندوة المشتركة المصرية - الفرنسية حول تسوية المنازعات المدنية البسيطة باستخدام الحلول التشريعية والتقنيات الحديثة، القاهرة ١٨ - ٢٠ ديسمبر ١٩٨٩ م، المركز القومي للدراسات القانونية، القاهرة، ١٩٩١ م.

- نحو نظرية عامة لفكرة الدعوي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩١ م.

د. عصام بسيم: - النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٧٢ م.
د. عصام عبد الفتاح مطر: - التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٩ م.

د. عكاشة محمد عبد العال: - المقترحات الموضوعية والشروط الذاتية في المحكم، مؤتمر مراكز التحكيم العربية، جامعة بيروت العربية / كلية الحقوق، في الفترة من ١٧ - ١٨ مايو ١٩٩٩ م.

د. علي أبو عطية هيكل: - القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠١١ م.

د. علي الشحات الحديدي: دور الخبير الفني في الخصومة المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٨٩ م.

د. علي رمضان علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦ م.

- التقاضي مدياً ضد الدولة، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٣ م.

- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٦ م.

د. علي سالم إبراهيم: ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه،

حقوق عين شمس ١٩٩٦ م، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٧ م.

عماد الدين محمد: - طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم

عبر الإنترنت، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم

التجاري الدولي) لكلية القانون بجامعة الإمارات.

- د. عمرو أحمد حسبو: - لجان التوفيق في المنازعات في ضوء القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ م، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١ م.
- د. عيد محمد القصاص: - حكم التحكيم، ط ٢، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٧ م.
- د. عيسى غازي عبدالحليم عيسي: - فلسفة لجان التوفيق في المنازعات الإدارية واهدافها، رسالة دكتوراه، حقوق طنطا ٢٠٠٧ م.
- د. فادي محمد أحمد شعيع: - مجالس وآليات تفعيل الصلح بين الخصوم في قانوني المرافعات المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية الغراء، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة ٢٠٠٦ م.
- د. فاروق محمد أحمد الأباصيري: - عقود الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٢ م، ص ٣٨-٣٩.
- د. فايز عبد الله الكندري: - مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس، س ٤٢، ع ٢، يوليو ٢٠٠٠ م.
- د. فتحي والي: - التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، ط ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠١٤ م.
- الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة ٢٠٠٩ م.
- قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط ١، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧ م.
- د. فوزي محمد سامي: - التحكيم التجاري الدولي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن / عمان ١٩٩٧ م.
- د. فيصل محمد كمال عبد العزيز: - الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٨ م.
- كريستوفر إمهوس Christopher Imhoos، هيرمان فيرست Herman Verbist: - التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات (كيفية حسم منازعات التجارة الدولية)، ترجمة أ. خالد محمود عثمان،

- ومراجعة د. محمد عبدالرؤف علي، مركز القاهرة الإقليمي
للتحكيم التجاري الدولي ٢٠٠٠ م.
- د. كمال عبد الحميد عبد الرحيم فزاري: - آثار حكم التحكيم في القانون
الوضعي والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٠ م.
مجمع اللغة العربية: - المعجم الوجيز، طبعة وزارة التربية والتعليم،
١٩٩٥ م.
- المعجم الوسيط، ط ٣، مطابع الأوفست بشركة الإعلانات
الشرقية ١٩٨٥ م.
- د. محسن شفيق: - التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية
بالقاهرة ١٩٩٧ م.
- د. محسن عبدالحميد ابراهيم البيه: - النظرية العامة للالتزامات، مصادر
الالتزام، ج ١، المصادر الارادية، مكتبة الجلاء بالمنصورة.
د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء: - التحكيم الإلكتروني، ط ١، دار الثقافة
للنشر والتوزيع بالأردن ٢٠٠٩ م.
- التحكيم بواسطة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن
٢٠٠٢ م.
- د. محمد إبراهيم موسى: - التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة
الجديد بالإسكندرية ٢٠٠٥ م.
- د. محمد أبو العينين: - مقدمة في حسم منازعات التجارة الإلكترونية،
مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية ووسائل حسم المنازعات،
جامعة الدول العربية ١٢-١٣ يناير ٢٠٠٢ م.
- د. محمد أحمد عبد النعيم: - حدود الرقابة القضائية علي التحكيم
الداخلي في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية بالقاهرة
٢٠٠٢ م.
- مدي إخلال آلية التوفيق الإجباري بحق التقاضي، دار النهضة
العربية بالقاهرة ٢٠٠٦ م.
- د. محمد السعيد رشدي: - الخطأ غير المغتفر وسوء السلوك الفاحش

- والمقصود، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٥م.
- محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني: - سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الكتب العلمية ببيروت، ط ١، ج ٤.
- د. محمد حسام محمود لطفى: استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة ١٩٩٣م.
- الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة ٢٠٠٢م.
- تسوية منازعات الملكية الفكرية في إطار اتفاقية منظمة التجارة العالمية، الدورة المعمقة لإعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس في ٢٤ مارس إلى ١ إبريل ٢٠٠٤م.
- د. محمد سعد خليفة: - عقد التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨م.
- د. محمد سعيد أحمد إسماعيل: - أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٥م.
- د. محمد شتا أبو سعد: - خطأ المضرور كسب للإعفاء من المسؤولية المدنية، مجلة مصر المعاصرة، س ٧٥، أكتوبر ١٩٨٤م.
- د. محمد شكري سرور: - مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة من الأشخاص، دار الفكر العربي ١٩٨٣م.
- د. محمد صابر الدميري: - دور الحاسب الآلي في تيسير إجراءات التقاضي، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠١٤م.
- د. محمد ظهري محمود: - تفعيل دور لجان التوفيق لتحقيق هدفها رغم المشاكل التي تواجهها، بحث مقدم إلي مؤتمر كلية الحقوق / جامعة طنطا، المشاكل الناجمة عن تطبيق قانون فض المنازعات رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م، مارس ٢٠٠٢م.
- د. محمد عبد الحميد حسين القاضي: - أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، حقوق المنصورة، س ١٦، ع يوليو ٢٠٠١م.
- د. محمد عبد الخالق عمر: - النظام القضائي المدني، ج ١، ط ١٩٧٦م.

د. محمد عبد الظاهر حسين: - الاتجاهات الحديثة في حماية برامج الكمبيوتر المعلوماتية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠/٢٠٠١ م.
- الجوانب القانونية السابقة علي التعاقد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق / جامعة القاهرة فرع بني سويف، يوليو ٢٠٠٠ م.

- خطأ الغير وأثره على المسؤولية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢ م.
- صور ممارسة المهن الحرة وأثرها على مسؤولية المهني، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٧ م.

د. محمد عبد المجيد إسماعيل: - عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣ م.

د. محمد عيد الغريب: - القضاء المتخصص وفكرة إنشاء المحاكم الاقتصادية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية حقوق المنصورة، أكتوبر ٢٠٠٤ م.

د. محمد محمد الألفي: - المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، بحث مقدم في مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس "الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية" بدبي خلال الفترة من ٩ - ١٢ ديسمبر ٢٠٠٧ م، منشور علي:

<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/ara do/unpan029801.pdf>

محمد نصر الدين كامل: - الاستئناف في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية.

محمد نظمي محمد صعبانة: - مسؤولية المحكم المدنية، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٨ م.

د. محمد نور شحاتة: - اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، دار الفكر العربي بالقاهرة.

- المنشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣ م.

- الوفاء الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر التجارة الإلكترونية، المنعقد

- بالمركز القومي للدراسات القضائية بوزارة العدل، القاهرة خلال
الفترة من ١٨ - ١٩ مايو ٢٠٠٢ م.
- الرقابة على أعمال المحكمين، ورقة عمل إلى مؤتمر التحكيم الدولي
بالقاهرة في ٢٥ - ٢٧ / ٣ / ١٩٩٥ م.
- مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٦ م.
- د. محمود محمد هاشم: - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية
والتجارية، ط ١، ج ١، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي بالقاهرة
١٩٩٠ م.
- د. محمود السيد التحيوي: - التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه
في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر
بالإسكندرية ١٩٩٩ م.
- التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف
بالإسكندرية، ٢٠٠٢ م.
- التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف
بالإسكندرية ٢٠٠٢ م.
- د. محمود جمال الدين زكي: - الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة
جامعة القاهرة، ١٩٩٠ م.
- د. محمود سمير الشراوي: - التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة
العربية بالقاهرة ٢٠١١ م.
- د. محمود مختار أحمد يريري: - التحكيم التجاري الدولي، ط ٣، دار
النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٤ م، ط ٤، دار النهضة العربية بالقاهرة
٢٠١٠ م.
- د. محمود مختار عبد المغيث محمد: - استخدام تكنولوجيا المعلومات
لتيسير إجراءات التقاضي المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة
٢٠١٣ م.
- د. مريم محمد العوا: - مدي جواز التحكيم في العقود العقارية، مجلة
التحكيم ٢٠١٠ م، ع ٥.

- د. مصطفى أبوزيد فهمي: - فن الحكم في الإسلام، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٩٣م.
- د. مصطفى محمد الجمال: - امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، بحث مؤتمر تحكيم القاهرة، ٢٨ يناير ٢٠٠٠م.
- د. مصطفى محمد عرجاوي: - التحكيم وضوابطه، مجلة القضاة، نادي القضاة، س ٣١، ع ١ - ٢، يناير/ ديسمبر ١٩٩٩م. د. عبيد صقر يوسف، تأملات في النظريات الناظمة للتحكيم، مجلة الأمن والقانون كلية شرطة دبي، س ١، ع ١، يناير ١٩٩٣م.
- د. مصطفى المتولي محمد قنديل: - التوفيق كوسيلة لفض المنازعات في ضوء القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م بشأن فض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، بحث مقدم إلي مؤتمر كلية الحقوق/ جامعة طنطا في ٢٥ مارس ٢٠٠٢م تحت عنوان (المشاكل الناجمة عن تطبيق قانون فض المنازعات).
- دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٥م.
- د. مصطفى محمد الجمال، ود. عكاشة محمد عبد العال: - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ١٩٩٨م.
- د. مصلح أحمد الطراونة، د. نور حمد الحجابيا: - التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، تصدرها كلية حقوق البحرين، ج ٢، ع ١، يناير ٢٠٠٥م.
- د. مصلح أحمد الطراونة، د. جورج حزيون، د. عامر عبد الله محمود النواسيه: - مسئولية المحكم المدنية عن أخطائه التحكيمية، مجلة الحقوق، حقوق البحرين، ج ١، ع ٢، يوليو ٢٠٠٤م.
- مدوح طنطاوي: - التوفيق والتحكيم ولجان المنازعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٣م.
- د. منيرة عبد الله البشاري: - فض المنازعات التجارية، دراسة لمبدأ

- التفاوض في إطار منظمة التجارة العالمية، رسالة دكتوراه، حقوق
القاهرة ٢٠٠٣م.
- د. مهند أحمد الصانوري: - دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي
الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ٢٠٠٥م.
- د. ناجي عبد المؤمن: - مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق
الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، مجلة العلوم
القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، يناير ٢٠٠٠م.
- د. ناريمان عبد القادر: - اتفاق التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية
بالقاهرة ١٩٩٦م.
- ناصر ناجي محمد جمعان: - شرط التحكيم في العقود التجارية،
المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية ٢٠٠٨م.
- د. ناهد حسن حسين على عشري: - التوفيق والوساطة في منازعات
العمل الجماعية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠٠٤م.
- الوسائل الرضائية لفض منازعات العمل الجماعية، رسالة
ماجستير حقوق القاهرة ٢٠٠٠م.
- د. نبيل إسماعيل عمر: - التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر
بالإسكندرية ٢٠٠٤م.
- د. نبيل أحمد حلمي محمود: - التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات
الدولية في القانون الدولي العام، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة
١٩٨٣م.
- د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي: - التحكيم في القوانين العربية،
المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية ٢٠٠٦م.
- هدي جمال الدين الأهواني: - النظام القانوني للتوفيق التجاري في
منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠١٥م.
- د. هدي محمد مجدي عبدالرحمن: - المحاكم الاقتصادية بين التقنين
والتطبيق، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٩م.
- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية
بالقاهرة ١٩٩٧م.

- د. هشام علي صادق: - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٥م.
- مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية الفنية للطباعة والنشر ١٩٨٧م.
- د. وجدي راغب فهمي: - تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق جامعة الكويت، س ٧، ع ٤، ديسمبر ١٩٨٣م.
- طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم، بحث مقدم إلي مؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، المطبعة العربية الحديثة بالقاهرة.
- د. يس محمد يحيى: - عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٧٨م.
- د. يوسف سيد عواض: - خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٢م.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- A. Baudoin; La Conciliation et la médiation; deux modes de Règlement des différends commerciaux; thèse Paris 11; 1992.
- A. Dimalista ; autonomie et compétence - Compétence; Rév. arb. 1998; P. 305.
- A. Huet et valmachinos; Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international. Gaz. Pal ; janv - Fév. 2000; P.103 ets.
- A. Pekar Lempereur; La technique de Conciliation; Gaz. Pal. 4-6 oct. 1998; P. 36.
- Alain Héraud et André Maurin; institutions juridictionnelles; Dalloz; 7^e. éd. 2008.
- Alexandre Ditchev; Le contrat d'arbitrage; Rév. arb.1981; N. 3; P. 395 ets.
- Alfred Jauffret; Procédure civile et voies d'exécution; éd. 1980.
- B. Blohorn-Brenneur; Conciliation amiable composition

- et médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail ; La pratique Grenobloise; Rev. arb. 1999; N. 4; P. 788.
- B. Faucher; Réflexion sur les Conciliateurs; Gaz. Pal. 1978; 2 ; doct.; P. 633.
 - B. Goldman; La volonté des parties et Le rôle de L'arbitre dans L'arbitrage international; Rév. arb. 1981; P. 469.
 - B. Hanotiau; arbitrage, médiation, conciliation, approches d'Europe continentale et de commun Law; Rév. arb. 1996; N. 2; P. 208.
 - B. Oppetit; Les modes alternatifs des règlement des différends de la vie économique; chronique justices; 1995; N. 1; P. 55.
 - Béatrice Blohorn-Brenneur; La médiation judiciaire en France; Gaz. Pal. 11-12 mai 2005; doct. ; P. 2 ets.
 - Bernard Boubli; Le protocole d'accord ;Gaz. Pal. 28-30 novembre 1999; P.36.
 - Boucobzax; La clause Compromissoire par Référence en matière l'arbitrage commercial international; Rév. arb. 1998; N. 3; P. 495.
 - Bruno oppetit; arbitrage, médiation et conciliation; Rév. arb. 1984; P. 307 ets.
 - Bruno oppetit; La clause arbitrale par Référence; Rév. arb. 1990; P. 55.
 - C. Jarrosson; médiation – conciliation; Gaz. Pal.1996; | | ; doct. ; 951.
 - Ch. Jarrosson; La notion d'arbitrage; thèse; Paris. 1987; L.G.D.J.
 - Ch. Jarrosson; Les modes alternatifs de règlement des conflits; Rév. int. dr. comp. 1997; P. 325.
 - Cl. Fournier ; Les Conciliateurs de justice ; Gaz. Pal.1998; chron. ; P. 29.
 - Croze, Morel et Fradin; Procédure Civile.
 - D. pollet ; Principe de contradiction et médiation; Gaz. Pal. 2-3 juin 1999, P. 3.
 - Didier Del Prete et Eva Fischer; institutions juridictionnelles; Hachettf. 2006.
 - Elodie-Anne Télé maque; la médiation en propriété

- intellectuelle; Gaz. Pal.9 -11 mars 2008; doct.; P. 8.
- Emmanuel Blanc et Jean Viatte; Nouveau Code de Procédure Civile Commenté dans L'ordre des articles ; Paris;1991.
 - Eric A. Caprioli ; arbitrage et médiation dans le commerce électronique (L'expérience du cyber Tribunal); Rév. arb. 1999; N. 2; P. 225.
 - Eric Loquin; Compétence arbitrale; Juriss. Class.; Fasc. 1032; N. 106; P. 27.
 - Evelyne serverin ; Le médiateur civil et le service public de la justice; Rév. trim. Dr. Civ. 2003; N. 2; P. 236.
 - F. Ruellan; Le Conciliateur Civil entre utopie et réalités ; J.C.P. 1990; I ; 3431.
 - F. Ruellan; médiation – conciliation; J.C.P. 1999; I ; 135.
 - Fouchard; Le statut de l'arbitre; Rév. arb. 1996; P. 360.
 - G. Cornu et J. Foyer; pocédure civile; 3â éd. ; P.U.F ; Paris ;1996; P. 91.
 - G. Cornu; Les modes alternatifs des règlement de Règlement des confitts; Rév. Int. Dr. Com. 1997; N. 2; P. 316.
 - G. Herrmann; La Conciliation: nouvelle méthode de règlement des différends; Rév. arb. 1985; P. 367.
 - G. Keromnes; Les modes alternatifs de règlement des litiges en matière administrative; Gaz. Pal. 1997; Doct. ; P. 348.
 - Gaëlle Deharo; Médiation: une justice équitable et durable? Gaz. Pal. 18 –22 août 2006; doctrine; P. 8 ets.
 - Gérard Couchez et Xavier Lagarde; Procédure civile; éd. 16; Sirey; Paris; 2011.
 - Gérard Couchez; Procédure Civile; éd. 12; Dalloz; Paris 2002.
 - Gilles Eymery; La médiation dans le monde...Gaz. Pal 28-30 Nov. 1999; P. 7.
 - H. Kotz et R. Ottenhof ; Les Conciliateurs , La Conciliation; une étude Comparative ; éd. Economica; Paris 1983.
 - Henery Solus et Roger Perrot; Droit Judiciaire Privé; T. 3 ; Sirey ; Paris 1991.
 - Hervé Croze, Christian Morel et Olivier Fradin;

- Procédure Civile; Litec; Paris; 2001.**
- **Hervé Croze, Christian Morel et Olivier Fradin; Procédure Civile; N. 156; P. 59. international; Paris 1996.**
 - **J. Courrouy; Conciliateur; Ency. Dalloz. Rép. Proc. Civ. 1990.**
 - **J. El Hakim; Les modes alternatifs des règlement des conflits dans les droit des contrats; Rev. Int. Dr. Com. 1997; P. 351.**
 - **J. Joly-Hurard; Le nouveau Pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire; D. 2003; P. 928.**
 - **J. Joly-Hurard; Médiation et Conciliation ; Rép. Proc. Civ. Dalloz.**
 - **J. P. Viennois; L'arbitrage amiable ; Procédures. 1999; P. 471.**
 - **J. Robert; L'arbitrage en matière internationale; D. S. 1981; Chron.; P. 209.**
 - **Jacques Héron et Thierry Le Bars; Droit Judiciaire Privé; éd. 4; Montchrestien; Paris; 2010.**
 - **Jacques van Compernelle; Le juge et la Conciliation en droit judiciaire belge.; D. 1996; P. 530.**
 - **Jarrosson; Le régime juridique de la Conciliation; Gaz. Pal. 4-6 oct. 1998; P.10.**
 - **Jean Courrouy; Conciliateur; Encyc. Dalloz; □□.**
 - **Jean- Pierre Scara; institutions juridictionnelles; ellipses 2007.**
- Jean Robert; L'arbitrage droit interne droit international privé; Dalloz. 1993.-**
- **Jean Timsit ; La médiation: une alternative à la Justice et non une Justice alternative; Gaz. Pal. 15 Nov. 2001; P. 53.**
 - **Jean Timsit; La médiation: une alternative à la Justice et non une Justice alternative; Gaz. Pal.15 Nov. 2001; P. 53.**
 - **Jean Vincent et Sarge Gunchard; Procédure Civile; 27^e éd.; Dalloz; 2003.**
 - **Jean Vincent, Serge Guinchard, Gabriel Montagnier et André Varinard; La Justice et ses institutions; 4^e éd. ; Dalloz; 1996.**
 - **Jean-Pierre Scara; institutions juridictionnelles; ellipses 2007.**

- Loïc Cadiet; Droit judiciaire Privé; Litec; Paris; éd. 2000.
- Mayer; Les limites de la separabilité de la clause compromissoire; Rév. arb. 1998.
- Lôçc Cadiet et Emmanuel Jeuland; Droit Judiciaire privé; 5.éd.; Litec; Paris; 2006.
- M. Floch; La médiation judiciaire et ses moyens; Gaz. Pal 28-30 Nov.1999; P. 9.
- Michel Olivier; La conciliation et la médiation judiciaires en matière Civile; Gaze. Pal. 18-19 oct. 1996; P.11 ets.
- Michel Béni chou; L'avocat et la médiation; Gaz. Pal. 28-30 nov. 1999; P. 31- 32.
- Michel Olivier; La conciliation et la médiation judiciaires en matière Civile; Gaz. Pal 18-19 oct. 1996; P. 257.
- Moustafa El metwaly kandeel; La conciliation et médiation judiciaires; étude de droit français et de droit égyptien; thèse paris 1; 2001.
- Munoz; Pour une Logique de conciliation; A. J. D. A. ;1997.
- Natalie Fricero; Procédure civile; 8^e . éd; 2012-2013;Lextenso; Paris.
- P. Estoup; Etude et Pratique de la conciliation; D.. 1986; Chron. ; P. 161-164.
- Ph. Barrière ; Nouvelles Pratiques des conciliateurs de justice dans les tribunaux instance ; Gaz. Pal. 21-22 Fév.2001; P. 3.
- Ph. Bonnet ; Du suppléant du juge de paix au coniliateur; J. C. P. 1979; I ; 2949.
- Ph.Foucherd ; Le statut de L'arbitre dans La Jurisprudence Française; Rév. arb. 1996; P. 359.
- PH-Grandjean ; ¼expérience ün médiateur; Gaz. Pal. 1996; 2; doct; P. 962.
- Philippe Fouchard, E.Gaillard et B.Goldman ; Traité de L'arbitrage Commercial International; Litec 1996.
- Pierre Couvrat; Conciliation; Jurs. Class. Pro. Civ.;Fasc. 160.
- Pierre Julien ; Droit Judiciaire Prive; éd. 2^e; L.G.D.J.; 2003.
- Pierre Rouard ; Traité Élémentaire de Droit Judiciaire

- Privé; T. 1; Bruxelles; 1973.
- Rene David; L'arbitrage dans Le commerce international *Economica*; 1982.
 - Roger Perrot ; Institutions Judiciaires; 10.éd.; Montchrestien-Delta; Paris; 2002.
 - Roger Perrot ; Institutions judiciaires; 7 éd.; mantchrestien 1996.
 - Roger Perrot ; Notion et régime de la Conciliation; Rév. int. dr. Com. 1988; vol. 10; P. 237.
 - Roger Perrot; Justice de Proximité: Conciliation et médiation; Procédures; avril 1995; P.1.
 - Ruellan; Le Conciliation Civil entre utopie et réalités ; J.C.P. 1990; I ; 3431.
 - Serge Braudo ; Propos sur la médiation en matière civile; Gaz.pal 14-15 avril 1995; doctrine ; P. 3-5.
 - Serge Guinchard ; Dalloz Action; Droit et Pratique de la Procédure civile; Dalloz; Paris; 2004.
 - Serge Guinchard, Cécile Chainais et Frédérique Ferrand ; Procédure Civile; Droit interne et droit de l'Union européenne; 30^e éd.; Dalloz; Paris; 2010.
 - Serge Guinchard, Frédérique Ferrand et Cécile Chainais ; Procédure Civile; 2^e éd.; Paris; 2011.
 - Serge Guinchard, Gabriel Montagnier, André Varinard et Thierry Debard ; Institutions Juridictionnelles; éd.10; Dalloz 2009.
 - Serge Guinchard; Nouveau code de procédure civile; Dalloz 1999; P.238.
 - Valmachino; Réflexion sur L'arbitrage électronique dans Le commerce international; Gaz. Pal. 2000; doct.; P. 7.
 - X. Lagarde ; L'efficacité des clauses de Conciliation ou de médiation ; Rév. arb. 2000; P. 377.
 - Y. Desdevises et G. Wiederkehr ; Equité et Conciliation; Dalloz. 2009.

ثالثاً: التعليقات على الأحكام الأجنبية :

- A. ; Not.sous; Trib. Gran. Inst. Paris; 6 juin 1980; Gaz. Pal. 1981; I ; P. 254.
- Barnard ; obs. sous; Paris 13 Janv.1984; Rév. arb. 1984; P. 530.

- Ch. Jarrosson ; Not. sous; Cass. Civ. 2 □ ; 6 juille 2000; Rev. arb. 2001; P. 749.
- Ch. Jarrosson ; Not. Sous; Trib. Gran. inst. Paris ; 19 déc. 1996; Rév. arb. 1998; N. 1; P. 162.
- Ch. Jarrosson ; Not.sous; Cass. Com. 28 Nove. 1995; Rév. arb. 1996; N.14; P. 617.
- Decheix ; Not. Sous; Trib. Com. Châlons-sur-Marne; 10 Juin 1978; Gaz. Pal. 1978; 2; 555.
- Delpech ; obs. sous; Cass. Cive. 1 □ □ ; 8 avr. 2009; D. 2009; 1284.
- Divichi ; obs. Sous; Angers 25 Sept. 1972; Rév. arb. 1973; P. 164.
- Dubarry et Loquin; obs .sous; Paris; 29 Mai 1992; Rév. Trim. de. Com. 1992; P. 588.
- E. Lquin ; Not. Sous. Cass .Civ.2e ;17 Juin 1975; Rév. arb. 1976; P. 189.
- Fouchard ; Note. sous; Cass. Civ. 2e 17 Nov.1993; Rév. arb.1995; P. 78.
- Fricero ; obs. Cass. Cive. 1 □ □ ; 8 avr. 2009; D. 2010; 170.
- G. ; obs. sous; Cass. Civ. 2 □ ; 14 mars 1984; Gaz. Pal. 1984; 2; Pano. P. 223.
- Guinchard et Moussa ; obs. Sous; Cass. Civ. 1 □ □ ; 27 févr. 1985; Gaz. Pal. 1985; pano.; 204.
- J. H. Moitry; Note. sous; Cass. civ. 1re; 18 Fév. 1992; Rév. arb. 1993; P. 103.
- J. Mestre et B. Fages ; obs. sous; Cass. Civ. 2 □ ; 6 juille 2000; Rév. Trim. dr. Civ. 2001; P. 359
- Jarrosson ; Not. sous. Paris; 23 mai 2001; Rév. arb. 2003; P. 406.
- Level ; obs. Sous; Paris; 30 Mars 1962; J.C.P. éd. G. 1962; N. 2; P. 128.
- Louis Zollinger ; Not.sous; Paris; 19 Mars 1987; Rév. arb.1987; P. 498.
- M. ; Not. sous; Paris; 25 Mai 1990; Rév. arb. 1990; P. 892.
- P. Ancel. et M. Cottin ; Note. sous; Cass. Ch. Mixte; 14 Févr. 2003; D. 2003; 1386.
- Perrot ; obs. sous; Cass. Ch. Mixte; 14 Févr. 2003; Rév.

- Trim. dr. Civ.2003; P. 349.
- Perrot ; obs. sous; Cass. Civ. .2 □ ; 21 mars 1979 Rév. trim. dr. civ. 1980; P. 162.
 - Perrot ; obs. Sous; Cass. Civ. 1□ □ ; 8 mars 2005; Procédures. 2005; com. 124.
 - Perrot ; obs. sous; Cass. Cive. 1□ □ ; 28 nov. 1973; Rév. Trim. dr. Civ. 1974; P. 667.
 - Perrot ; obs. sous; Trib. Com. Châlons -sur-Marne; Rév. Trim. dr. Civ. 1979; P.198.
 - Ph. Fouchard ; Not. Sous; Cass. Civ. 2e; 3 Juill1996 ; Rév. arb.1996; P. 405.
 - Ph. Fouchard ; Not.sous; Cass. Civ. 4déc. 1990; Rév. arb. 1991; P. 81.
 - Philippe Fouchard ; Not. sous; Cass. civ. 17 Nov. 1993; Rév. arb. 1995; P. 78.
 - Piesse pellet. de Boisseson ; Not.sous; Cass. Civ. 7 Jav. 1992; Rév. arb. 1992; P. 470.
 - Théry ; obs. Sous; Cass. Cive. 1 ; 8 avr. 2009; Rév. Trim. dr. Civ. 2009; P. 774.
 - y. paclot ; obs Cass.civ.2e; 30 Juin 1993; Rév. arb.1994; P. 95.

رابعاً: الدوريات الأجنبية :

- 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/Cassati>

- [on Court Civil.aspx](http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation Court/Civil/Cassati)

- <http://www.eastlaws.com> موقع شبكة قوانين الشرق

- <http://www.iasj.net/iasj>

- www.eiles.com

- <http://www.Cour de Cassation.fr> موقع محكمة النقض الفرنسية

- <http://www.unictral.org>

سادساً: قائمة المختصرات :

١- 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 والضريبة ودوائر الإيجارات 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 ٢٠٠٣ لغاية آخر ديسمبر ٢٠١٢ م.

مج دستورية = مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً (١٩٦٩ - ٢٠٠٩ م) - المكتب الفني للمحكمة الدستورية العليا.

٢- 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^r □ = première chambre civile.
Civ.2 □ = deuxième chambre civile.
Civ.3 □ = 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 intermional privé
Soc. = Chambre Sociale.
Somm. = sommaire.
T. = Tome.
T.Conflits. = Tribunal des conflits.
Trib. Gran. inst = décision de tribunal de grande instance.

الفهرس

الصفحة	الموضوع	بند
٦٢٣	مقدمة العدالة القضائية والعدالة الرضائية	١
٦٢٩	عدم الاهتمام بدراسة النظام الإجرائي للتوفيق الإلكتروني كوسيلة بديلة لفض المنازعات (مشكلة البحث)	٢
٦٣٠	سبب اختيار موضوع البحث وأهميته وتساؤلاته	٣
٦٣١	منهج البحث وخطته	٤
٦٣٢	مبحث تمهيدي	
٦٣٢	التبادل الإلكتروني للبيانات	
٦٣٢	تقنية المعلومات والاتصالات الإلكترونية والوسائل البديلة لفض المنازعات	٥
٦٤٠	الفصل الأول	
٦٤٠	مفهوم واتفاق التوفيق الإلكتروني	
٦٤٠	تمهيد وتقسيم	٦
٦٤١	المبحث الأول	
٦٤١	مفهوم التوفيق الإلكتروني	
٦٤١	تعريف التوفيق الإلكتروني	٧
٦٤٧	التوفيق الإلكتروني نظام قانوني اتفاقي بديل عن القضاء لفض المنازعات	٨
٦٥١	أهمية التوفيق الإلكتروني، وأسباب اللجوء إليه	٩
٦٥٣	مزايا التوفيق الإلكتروني	١٠
٦٥٥	عيوب التوفيق الإلكتروني	١١

الصفحة	الموضوع	بند
٦٥٦	معوقات التوفيق الإلكتروني	١٢
٦٥٧	أنواع التوفيق الإلكتروني	١٣
٦٦١	الطبيعة القانونية للتوفيق الإلكتروني	١٤
٦٦٣	النطاق الشخصي للتوفيق الإلكتروني	١٥
٦٦٨	النطاق الموضوعي للتوفيق الإلكتروني (المسائل التي يجوز فيها التوفيق)	١٦
٦٧٦	القانون الواجب التطبيق علي التوفيق الإلكتروني	١٧
٦٧٩	التوفيق الإلكتروني، وإلكترونية التوفيق	١٨
٦٨٢	التنظيم التشريعي وجهود مراكز التوفيق الإلكتروني	١٩
٦٨٥	التمييز بين التوفيق الإلكتروني وغيره من النظم القانونية المشابهة	٢٠
٦٨٥	التوفيق الإلكتروني، والقضاء الإلكتروني	٢١
٦٨٧	التوفيق الإلكتروني، والتحكيم الإلكتروني	٢٢
٦٩٠	التوفيق الإلكتروني، والوساطة الإلكترونية	٢٣
٦٩٥	التوفيق الإلكتروني، والصلح الإلكتروني	٢٤
٦٩٨	التوفيق الإلكتروني، والمفاوضة الإلكترونية	٢٥
٧٠٠	التوفيق الإلكتروني، وأعمال الخبرة	٢٦
٧٠٦	التوفيق الإلكتروني، وعقد المقاوله	٢٧
٧٠٦	التوفيق الإلكتروني، وعقد الوكالة	٢٨
٧٠٩	التوفيق الإلكتروني، وعقد العمل	٢٩
٧٠٩	التوفيق الإلكتروني، والاتفاق على نقل أو جلب الاختصاص القضائي	٣٠
٧١٠	الموفق الإلكتروني، وأعوان القضاء	٣١

الصفحة	الموضوع	بند
٧١١	البحث الثاني	
	اتفاق التوفيق الإلكتروني	
٧١١	مفهوم اتفاق التوفيق الإلكتروني	٣٢
٧١٢	تعريف اتفاق التوفيق الإلكتروني	٣٣
٧١٧	أنواع اتفاق التوفيق الإلكتروني	٣٤
٧١٨	(أ) - شرط التوفيق الإلكتروني	
٧٢٠	(ب) - مشاركة التوفيق الإلكتروني	
٧٢٢	(ج) - شرط التوفيق الإلكتروني بالإحالة	
٧٢٣	شروط صحة اتفاق التوفيق الإلكتروني	٣٥
٧٢٤	(أ) - الرضا	
٧٢٦	(ب) - المحل	
٧٢٨	(ج) - السبب	
٧٢٩	(د) - الكتابة كشرط شكلي	
٧٣١	مبدأ استقلال اتفاق التوفيق الإلكتروني عن العقد الأصلي	٣٦
٧٣٣	آثار اتفاق التوفيق الإلكتروني	٣٧
٧٣٣	(أ) آثار اتفاق التوفيق الإلكتروني على الأطراف	
٧٣٥	(ب) الأثر السلبي لاتفاق التوفيق الإلكتروني	
٧٤١	(ج) الأثر الايجابي لاتفاق التوفيق الإلكتروني	
٧٤١	القانون الواجب التطبيق على اتفاق التوفيق الإلكتروني	٣٨
٧٤٣	الفصل الثاني	
	عملية التوفيق الإلكتروني	
٤٧٣	تمهيد وتقسيم	٣٩

الصفحة	الموضوع	بند
٧٤٥	المبحث الأول	
	هيئة التوفيق الإلكتروني	
٧٤٥	مفهوم هيئة التوفيق الإلكتروني	٤٠
٧٤٦	الطبيعة القانونية لهيئة التوفيق الإلكتروني	٤١
٧٤٧	شروط الموفق	٤٢
٧٥٦	تشكيل هيئة التوفيق	٤٣
٧٦٢	وثيقة مهمة هيئة التوفيق الإلكتروني	٤٤
٧٦٤	عقد التوفيق المبرم بين الموفق وطرفي النزاع	٤٥
٧٧١	حقوق والتزامات الموفق	٤٦
٧٧٢	أولاً : التزامات الموفق	
٧٨٥	ثانياً : حقوق الموفق	
٧٩١	طبيعة وحدود مسؤولية الموفق تجاه الأطراف والغير	٤٧
	المبحث الثاني	
٨٠١	إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني	
٨٠١	طلب التوفيق الإلكتروني	٤٨
٨٠٤	ميعاد التوفيق الإلكتروني	٤٩
٨٠٧	كيفية التسوية الودية للنزاع بالتوفيق الإلكتروني	٥٠
٨٠٩	وسائل الإثبات في عملية التوفيق الإلكتروني	٥١
٨١٧	سلطة هيئة التوفيق الإلكتروني	٥٢
٨١٩	التوفيق الإلكتروني في القانون المصري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ م	٥٣
	التوفيق الإلكتروني بمركز تسوية المنازعات بالمناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة طبقاً للقانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢ م	٥٤
٨٣٠		

الصفحة	الموضوع	بند
٨٣٣	التوفيق الإلكتروني من هيئة التحضير بالمحاكم الاقتصادية طبقاً للقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م	٥٥
٨٣٧	عملية التوفيق الإلكتروني في القانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ٢٠٠٢م	٥٦
٨٤٣	عملية التوفيق الإلكتروني لبيد المركز الدولي للتسوية الودية للمنازعات التابع لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC	٥٧
٨٤٧	عملية التوفيق الإلكتروني بالمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار تحت إشراف البنك الدولي للإنشاء والتعمير (اتفاقية واشنطن) ICSID	٥٨
٨٥١	عملية التوفيق الإلكتروني في القانون الفرنسي	٥٩
٨٥١	(أ) التوفيق الاختياري في القانون الفرنسي	
٨٥٦	(ب) التوفيق القضائي في القانون الفرنسي	
٨٥٧	عملية التوفيق الإلكتروني في مركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم	٦٠
٨٥٩	انقضاء عملية التوفيق الإلكتروني	٦١
٨٦٤	رسوم التوفيق الإلكتروني والمصاريف والأتعاب	٦٢
٨٦٥	القوة التنفيذية لاتفاق التسوية الودية	٦٣
٨٧٠	دعوى بطلان اتفاق التسوية	٦٤
٨٧٣	الخاتمة	
٨٨٢	قائمة المراجع	
٩١٣	المفهرس	
٩١٨	مستخلص البحث	

مستخلص بحث

(النظام الإجرائي للتوفيق الإلكتروني)

تناولت موضوع " النظام الإجرائي للتوفيق الإلكتروني " من خلال مقدمه ومبحث تمهيدي ثم فصلين ، في كل منهما مبحثين .
ففي المقدمة تم توضيح مفهوم العدالة القضائية والعدالة الرضائية ، ومشكلة وتساؤلات ومنهجية وخطة البحث . وفي المبحث التمهيدي تم بيان التبادل الإلكتروني بوسائل الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات .
وفي الفصل الأول قمت بتوضيح مفهوم و اتفاق التوفيق الإلكتروني ، وذلك في مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : ويتناول مفهوم التوفيق الإلكتروني من خلال بيان : تعريف التوفيق الإلكتروني ، وأهميته ، ومزاياه وعيوبه ومعوقاته وأنواعه وطبيعته القانونية والنطاق الشخصي والموضوعي للتوفيق الإلكتروني ، والتوفيق الإلكتروني وإلكترونية التوفيق ، وتنظيمه التشريعي ، وجهود مراكز التوفيق الإلكتروني . والفرقة بين التوفيق الإلكتروني وغيره من النظم القانونية المشابهة كالقضاء والتحكيم والوساطة والمفاوضة والصلح والوكالة والخبرة والمقاولة وعقد العمل ...

المبحث الثاني : ويتناول اتفاق التوفيق الإلكتروني من خلال بيان : تعريف اتفاق التوفيق الإلكتروني ، وأنواعه ، وشروطه ، وآثاره ، ومبدأ استقلال شرط التوفيق عن العقد الأصلي ، والقانون الواجب التطبيق علي اتفاق التوفيق .

و اما الفصل الثاني فقد قمت فيه بتوضيح عملية التوفيق الإلكتروني ، وذلك في مبحثين :

المبحث الأول : ويتناول هيئة التوفيق الإلكتروني من خلال بيان : مفهوم هيئة التوفيق الإلكتروني ، وطبيعتها القانونية ، وشروط الموفق ، وكيفية تشكيل هيئة التوفيق ، ووثيقة المهمة التوفيقية ، وسلطة هيئة

التوفيق، وعقد التوفيق المبرم بين هيئة التوفيق وأطراف النزاع، وطبيعة التزام ومسئولية الموفق تجاه الأطراف والغير.

المبحث الثاني: ويتناول إجراءات عملية التوفيق الإلكتروني من خلال بيان: طلب التوفيق الإلكتروني، وميعاده، وعملية التوفيق الإلكتروني في القانون المصري، والفرنسي، واليونستيرال، ولدي غرفة التجارة الدولية بباريس ICC، وفي ICSID، ولدي مركز التوفيق والتحكيم في مكة...، ثم بيان القانون الواجب التطبيق علي عملية التوفيق الإلكتروني، وانقضاءها، ورسومها ومصاريفها وأتعاب هيئة التوفيق، والقوة التنفيذية لاتفاق التسوية، ودعوي بطلان اتفاق التسوية.

Résumé de la recherche **" Le système Procédural de La Conciliation électronique "**

Nous avons parlé du "Système Procédural de la Conciliation électronique". Ceci est composé d'une introduction, une préface, et deux chapitres, chaque chapitre comprend deux sections.

Dans l'introduction, Nous avons traité le concept de la Justice Judiciaire et la Justice Consensuelle, ses problématiques, des interrogations, de la méthodologie, et le plan de la recherche.

Nous avons également traité dans la préface, les échanges électroniques à propos des moyens de communication et la technologie de l'informatique.

Dans le Premier Chapitre, nous avons expliqué le Concept et l'Accord de la Conciliation Electronique dans deux sections:

Dans la Première Section: nous avons parlé du concept de la Conciliation Electronique en indiquant: la définition de la Conciliation Electronique, de son importance, de ses avantages et ses défauts, de ses inconvénients, de ses différentes espèces, de sa nature juridique, de la disponibilité de la conciliation en cas du litige, de la Conciliation Electronique et de la programmation électronique de la conciliation, de l'organisation de son règlement législatif, de l'effort déployé par les Centres de la Conciliation

Electronique, de la différence entre la Conciliation Electronique et les autres systèmes juridiques similaires comme la Magistrature, l'Arbitrage, la Médiation, la Négociation, la Réconciliation, la Procuration, l'Expertise, l'Entreprenariat, et le Contrat du Travail.

Dans la Deuxième Section: nous avons expliqué l'accord de la Conciliation Electronique en indiquant, la définition de l'accord de la Conciliation Electronique, ses différentes espèces, ses conditions, ses effets, le principe de l'indépendance de la condition de la conciliation de son contrat principal, et de la Loi d'application concernant l'accord de la Conciliation.

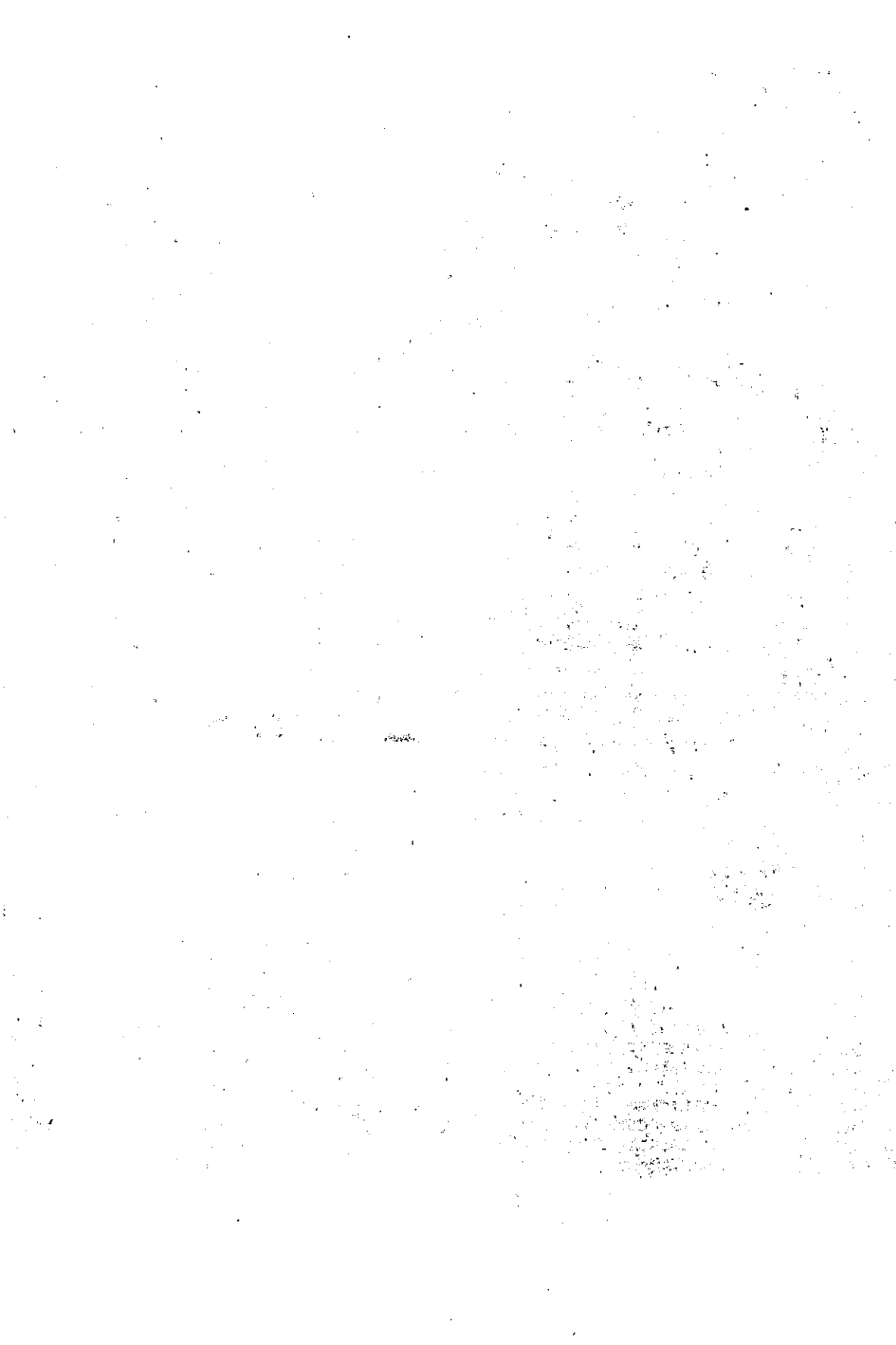
Dans le Deuxième Chapitre, Nous avons expliqué l'Opération de l'Accord de la Conciliation, dans deux sections:

Dans la Première Section: Nous avons parlé de l'Organisme de la Conciliation Electronique en indiquant: le Concept de l'Organisme de la Conciliation Electronique, sa nature juridique, les conditions concernant le conciliateur, de la composition de l'Organisme de la Conciliation, de la pièce écrite de la Mission de la Conciliation, de l'autorité de l'Organisme de la Conciliation, du Contrat de la Conciliation conclu entre l'Organisme de la Conciliation et les parties en litige, de la nature de l'obligation et celle du Conciliateur vers les parties et autrui.

Dans la Deuxième Section: Nous avons expliqué les procédures de l'opération de la Conciliation Electronique en indiquant: la demande de la Conciliation Electronique, son délai, l'opération de la Conciliation Electronique dans la Loi Egyptienne et la Loi Française et celle de l'Arbitrage Commercial International et Conciliation (UNCITRAL), la Chambre du Commerce International à Paris (ICC), au ICSID, les Centres de la Conciliation et d'Arbitrage à Mecque,...etc. Puis l'indication de la Loi Applicable concernant l'opération de la Conciliation Electronique, son expiration, ses droits à payer, ses taxes, ses dépenses, les honoraires de l'Organisme de la Conciliation, la force exécutoire de l'accord de la conciliation, et le procès de la nullité de l'accord de la conciliation.

**النظام القانوني لتبادل أوراق المرافعات بالطريق
الإلكتروني وفقاً لقانون المرافعات الفرنسي**

الدكتور / مصطفى المتولي قنديل



**النظام القانوني لتبادل أوراق المرافعات بالطريق
الإلكتروني وفقاً لقانون المرافعات الفرنسي
الأستاذ الدكتور / مصطفى المتولي قنديل
أستاذ قانون المرافعات - كلية الحقوق - جامعة طنطا
(جمهورية مصر العربية)**

والمعارف لجامعة العين للعلوم والتكنولوجيا (الإمارات العربية المتحدة)

مقدمة

١ - يشهد العالم المعاصر ثورة هائلة في مجال الاتصالات، والتي كان لها أعظم الأثر على تطور تكنولوجيا المعلومات. وقد ساهم هذا التطور في سرعة انتقال المعلومات، فضلاً عن توافر مكنة الاتصال والتعامل المباشر سواء عبر شبكة المعلومات الدولية (الشبكة العنكبوتية) **Internet** أو عبر شبكات المعلومات المحلية **Intranet**، فضلاً عن تقديم مالا يحصى من الخدمات الإلكترونية.

ويستخدم مجتمع القانونيين تكنولوجيا المعلومات والاتصالات **Technologies de l'information et de la Communication** في ظل ظروف مختلفة من دولة لأخرى، وحسب مهام ووظائف مستخدميها، وفي ضوء التجهيزات المادية التي توجد تحت تصرفهم. وتسعى الدول إلى إنشاء قواعد بيانات قانونية **bases de données juridiques** يمكن لكل من الفقه، والممارسين للمهن القانونية والقضائية، والدارسين الرجوع إليها من خلال النافذة المعلوماتية **informatique** الخاصة به. كما تبذل الدول جهوداً كبيرة لانتخاذ التدابير اللازمة لكي تسمح للجميع بالدخول إلى البيانات العامة **données publique**، والتي تشكل القواعد القانونية جزءاً كبيراً منها^(١).

(١) راجع في ذلك:

LEGRAS M.: Les technologies de l'information et de la

ويوماً بعد يوم، تقوم المحاكم في الدول التي تساير هذا التقدم بتحديث أدوات عملها: كاستخدام المعلوماتية في إدارة ملفات القضايا (تكنولوجيا إدارة الملفات) *informatique des gestion des dossiers*، وفي مجال الأعمال المكتبية التي يقوم بها القضاة *bureautique des magistrats*، واستخدام وسائل التبادل أو الاتصال *moyens de télécommunication*.

وتعتبر فرنسا من الدول التي بذلت مساعي ملحوظة في سبيل استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مجال عمل المحاكم^(١). وقد تنوعت هذه الجهود سواء على المستوى الرسمي المتمثل في وزارة العدل أو على المستوى غير الرسمي المتمثل في المحاولات التي بذلتها نقابات المحامين. وقد تبلورت هذه المحاولات في النهاية إلى وضع سلسلة من التشريعات استهدفت في مجملها وضع نظام قانوني وتقني لتبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني، حتى وصلت هذه المساعي مداها في شهر أغسطس من عام ٢٠١٢ بوضع تنظيم تقني وقانوني للإعلان بالطريق الإلكتروني، فضلاً عن قيامه أخيراً في ٢١ يونيو ٢٠١٣ بوضع قواعد خاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم التجارية.

وتسعى هذه الدراسة إلى التعرف على التجربة الفرنسية في مجال

=communication, la justice et le droit: Contribution à la réflexion sur l'incidence de la technique sur le droit, Lex Electronica, vol. 7, n° 2, Printemps/Spring 2002, <http://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/legras.htm>.

(١) راجع في ذلك:

TAILHADES E.: La modernisation de la justice: Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1995.

- وحول استخدام التكنولوجيا في مجال أعمال المحاكم في دول الاتحاد الأوروبي، راجع تفصيلاً:

CCJE: Questionnaire sur la dématérialisation du processus judiciaire et l'utilisation des nouvelles technologies par les juges et le personnel des tribunaux, Conseil de l'Europe, Strasbourg, mars 2011, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/meetings/.../Compil_GT_2011_3.pdf.

التنظيم القانوني لتبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني حتى تكون تحت نظر المشرع المصري حين يقرر الدخول إلى عالم الخصومة الإلكترونية والذي بدأت الكثير من الدول الدخول فيه.

٢- المحاولات الأولى لاستخدام التكنولوجيا في المجال القضائي الفرنسي:

كما لا شك فيه أن استخدام تكنولوجيا المعلومات في مجال عمل المحاكم، وبصفة خاصة في نطاق إجراءات الدعوى، من شأنه أن يساهم في حسن إدارة الوقت الذي يبذله كافة الأطراف المشاركون في إجراءات الدعوى القضائية^(١). وإذا كان المشرع الفرنسي يبدو اليوم كأنه قد قفز قفزات هائلة في مجال تبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني، فإن ذلك لم يكن وليد الصدفة، وإنما كان نتيجة محاولات متنوعة من قبل عدد غير قليل من أصحاب المهن القانونية أو القضائية أو الجهات القائمة على هذه المهن، ويمكن أن نذكر من ذلك:

٣- (أ) المرحلة الأولى: استخدام الـ "تليماتيك" *Télématique* للتبادل فيما بين المحامين^(٢):

في عام ١٩٨٤، واقتناعاً منها بما حققه استخدام جهاز "الميني تل" *Minitel*^(٣)، فقد تقدمت نقابة محامي باريس إلى "الإدارة العامة للاتصالات عن بعد" *la direction générale des telecommunications* بطلب اتخاذ التدابير التي تهدف إلى تسهيل

(١) حول تأثير تبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني على المبادئ التي تنظم الدعوى المدنية، راجع: مايلي، بند ١٦٨. وراجع أيضاً:
GARIC B.: Pourquoi informatiser les contentieux civils?,
Gaz. Pal., 29 juin 1993, p. 865.

(٢) راجع في ذلك:

HUGEL J.-P. et FERL-SCHUHL: La communication informatisée entre les avocats et les juridictions, Gaz. Pal., 29 juin 1993, p. 861.

(٣) كان الـ *Minitel* عبارة عن خدمة البث النصي *Videotex* على الإنترنت يمكن الوصول إليها من خلال خطوط الهاتف، ويعتبر واحداً من الخدمات في العالم الأكثر نجاحاً قبل الشبكة العالمية للإنترنت.

نشر هذا الجهاز في مكاتب المحامين. وكان من نتيجة ذلك أن وصلت نسبة إشغال مكاتب المحامين بهذا النوع من الأجهزة في عام ١٩٩٣ إلى حوالي ٩٠٪.

وفي شهر يونيو من عام ١٩٨٥ افتتحت نقابة محامي باريس مركز الخدمة الخاص بها وأطلق عليه اسم "Avocatel"، ووضعت النقابة تحت تصرف المحامين دليل "تليماتيك" "Télématique"^(١). وكذلك أنشأت النقابة بريدًا إلكترونيًا E-mail للاتصال بين المحامين. ومنذ ذلك الحين، فقد سمح نظام ال Avocatel للمحامين بأن يرسلوا - مع توافر كامل السرية والأمان - رسائل "تليماتيك" موجهة إلى زملائهم عن طريق استخدام جهاز "المني تي"، ويكون لكل رسالة تاريخ، وأن قراءتها بواسطة المرسل إليه يولد إيصال استلام يكون له أيضًا تاريخ ويمكن الاطلاع عليه على شاشة جهاز "المني تي" لدى المرسل. بالإضافة إلى ذلك، فإن هذه الرسائل يتم طباعتها أسبوعيًا على ورق ويتم توزيعها في الصندوق الذي يحوزه كل محام في مقر النقابة.

٤ - (ب) المرحلة الثانية: البدء في استخدام الـ "تليماتيك"

Télématique للتبادل بين المحامين وقلم الكتاب:

تمثلت هذه المرحلة في البدء في تنفيذ التبادل بين المحامين وقلم الكتاب باستخدام الـ "تليماتيك"؛ إذ في شهر يونيو من عام ١٩٨٧ تم توقيع اتفاق بين محكمتي استئناف باريس وباريس الابتدائية مع نقابة المحامين بمحكمة استئناف باريس للتبادل المعلوماتي عن طريق الـ "تليماتيك" بين المحامين والمحاكم الجزئية في باريس. ولا شك أن استخدام هذا النظام للتبادل يحقق مزايا لكل من المحامين والمحاكم^(٢): فالمكسب الأول المتوقع بالنسبة للمحامين يتمثل في الحد من الانتقال والذهاب إلى المحاكم، وأن يقتصر

(١) هو عبارة عن مجموع التقنيات والخدمات التي تمزج وسائل المعلوماتية بوسائل الاتصال، وهو خاص بمهنة المحاماة.

(٢) راجع في ذلك:

HUGEL J.-P. et FERAI-SCHUHL: La communication informatisée..., art. préc., p. 861 et 862.

الأمر فقط على الذهاب إلى جلسات المرافعة. أما بالنسبة للمحاكم، فإن استخدام هذا النظام يترتب عليه تخفيف العبء عن المحاكم، وبصفة خاصة الإقلال من عدد المكالمات التليفونية التي لا تخصى والتي تتم بعد كل جلسة بهدف طلب معلومات حول التاريخ الذي أُجّلت إليه الدعاوى، وكذلك فحوى أو مضمون الأحكام الصادرة فيها.

غير أن استخدام نظام الـ Avocatel لعدة سنوات أظهر قصوراً سواء من الناحية الجغرافية أو من الناحية المهنية^(١): ويتمثل القصور الجغرافي في أن استخدام هذا النظام كان مقتصرًا بصفة أساسية على محاكم باريس الجزئية. كما يكشف هذا النظام عن قصور مهني يتمثل في أن الأطراف الذين يستخدمون هذا النظام هم قلم الكتاب في المحاكم المشار إليها وكذلك المحامون في دائرة هذه المحاكم. ومن ثم يمثل هذا النظام عدم مساواة في المعاملة بين المهنيين والأفراد من ناحية أولى، وكذلك بين المهنيين المشتركين وغير المشتركين في هذا النظام من ناحية أخرى.

٥ - (ج) المرحلة الثالثة: استخدام ما أُطلق عليه تبادل البيانات باستخدام المعلوماتية EDI^(٢):

تمثلت هذه المرحلة في محاولات متعددة من قِبَل كل من نقابة المحامين والمحاكم للتبادل فيما بينهم وذلك باستخدام الـ EDI والتي تعتبر اختصارًا لـ (échange de données informatisé) أو استخدام المعلوماتية في

(١) راجع في ذلك:

BERTRAND B.: Peut-on publier les décisions de justice..., Gaz. Pal., 20 janvier 1998, p. 125; HUGEL J.-P. et FERAL-SCHUHL: La communication informatisée..., art. préc., p. 861 et 862.

(٢) من أجل نظرة عامة عن دور الـ EDI في المجال القضائي حتى عام ٢٠٠٧، راجع:

EDIFACT: La situation actuelle de l'edi dans la sphere judiciaire,
http://www.edifact.fr/index.php?option=com_content&task=view&id=98&Itemid; EDIFACT: L'edi et le deroulement de l'instance,,
http://www.edifact.fr/index.php?option=com_content&task=view&id=98&Itemid.

تبادل البيانات^(١)، والتي أطلق عليها عند التبادل بين المحامين -EDI Avocat، وأما عند استخدامها للتبادل بين المحامين والمحاكم فقد أطلق عليها EDI-Justice^(٢).

٦- (د) المرحلة الرابعة: المحاولات الفردية لبعض القضاة وبعض نقابات المحامين:

في هذه المرحلة تعددت المحاولات التي تم القيام بها لاستخدام تكنولوجيا المعلومات في المجال القضائي، نذكر من هذه المحاولات ما يلي^(٣):

(١) بصفة عامة، فإن الـ EDI هي عبارة عن ممارسة للشركات أو المؤسسات أو المشروعات، وتتكون من قيام هذه المشروعات بالربط بين أجهزة الحاسب الآلي الخاصة بها لاستخدامها لمبادلة الوثائق التجارية بالطريق الإلكتروني والتي تنشأ تقليدياً في شكل مكتوب. وقد اتسع استخدامها في العديد من المشروعات والمؤسسات من بينها البنوك EDI-Finance، والمحاسبين EDI-Ficas، والمؤمنين EDI-Assur، والمهنة الصحية EDI-Sant، والجغرافيا EDI-Geo، والأدوية EDI-Pharm، راجع في ذلك:

PIETTE-COUDOL T.: La consécration de la facture E.D.I., Expertises, 1992, p. 182; Le remplacement de l'écrit par un message électronique (E.D.I.), Gaz. Pal., 21-22 octobre, 1992, p. 3; Quel régime juridique pour l'E.D.I., Expertises, août 1990, p. 271; L'échange de données informatisées (E.D.I.) et la concurrence, Expertises, mars 1991, p. 101; L'échange de données informatisées (E.D.I.), Gaz. Pal., 1991, p. 551.

(٢) تم استخدام نظام الـ EDI فيما بين المحامين EDI-Avocat لتبادل الوثائق المهنية وأوراق المرافعات، ثم تم استخدامها في مجال التبادل بين المحامين والقضاء EDI-Justice. ومن الضروري في ظل هذا النوع من التبادل توافر عدد من الضمانات تتمثل في التأمين والسرية.

- PIETTE-COUDOL T.: La dématérialisation de l'assignation, le premier message E.D.I. conçu par et pour les avocats, Gaz. Pal., 29 janvier 1994, p. 185 et s.;

- BENSOUSSAN A: L'échange de données informatisé et el droit, Hermès, 1991, n° 500 et s.

(٣) راجع في هذه المحاولات:

SABATER G., FLEURIOT D. et LECLERCQ P.: Les nouvelles technologies d'information et de communication au service des juridictions et des avocates, Gaz. Pal., 21 janvier 1999, p. 118.

من ناحية أولى: قام بعض القضاة بعمل بعض مواقع الانترنت sites internet الخاصة بهم ، وذلك لكي يستخدموها في نشر مواعيد جلساتهم ، وما أسفرت عنه هذه الجلسات في بعض الأحوال (مع وجود مرشحات للدخول filters d'accès على هذه المواقع). وفضلاً عن ذلك ، فقد كان البعض من هؤلاء القضاة يقبلون من مخاطبتهم المعتادين رسائل من خلال البريد الإلكتروني E-Mail تساعد في إمكانية تحضير الدعوى إلكترونياً mise en état électronique^(١).

ومن ناحية ثانية: قامت نقابة محامي باريس le Bureau de Paris بالتعاون مع كل من مؤتمر نقباء المحامين la Conférence des Bâtonniers والجمعية الوطنية للمساعدة الإدارية والضريبية l'ANAAFA^(٢) بإنشاء شبكة تسمى Avocaweb (وهي شبكة انترانت intranet^(٣) داخلية خاصة بنقابة المحامين ومؤمنة ومفتوحة على الانترنت) وكذلك إنشاء موقع إلكتروني لنقابات محامين فرنسا.

ومن ناحية ثالثة: قامت وزارة العدل الفرنسية بعمل دراسة خاصة حول نشر جزء من الأحكام القضائية على شبكة الانترنت. ثم قامت

(١) في شأن التحضير الإلكتروني للدعوى أمام المحاكم الابتدائية في ظل النصوص التشريعية الحالية لتبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني ، راجع: ما يلي ، بند ١١٧.

(2) Association Nationale d'Assistance Administrative et Fiscale

(٣) الإنترانت intranet هي شبكة إنترنت عادية تستخدم ذات التقنية المستعملة في الإنترنت ، لكنها مصغرة بحيث تسمح للأعضاء المسجلين بمنظمة أو مؤسسة ما فقط بالدخول إليها. ومن بين مزاياها المتعددة ارتفاع مستوى الحماية الذي لا يمكن مقارنته بمستوى الحماية الموجود على شبكة الإنترنت العادية (جريدة الجزيرة السعودية - تاريخ النشر 13 يوليو 2003). فالإنترانت هي عبارة عن شبكة حاسوبية خاصة تستخدم تقنيات وبرتوكولات الإنترنت ، بهدف المشاركة الآمنة لأي جزء من أجزاء المعلومات. وكلمة " خاصة " هنا تعني عدم القدرة على الوصول إليها من قبل الجميع وإنما من قبل أشخاص معينين. وتستخدم الانترانت من أجل المشاركة الخاصة بالمعلومات. راجع ذلك على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://ar.wikipedia.org/wiki/>

الوزارة بعد ذلك بتطوير هذا المشروع وقامت بإنشاء شبكة انترانت intranet مؤمنة ومخصصة، في المرحلة الأولى، للتبادل فيما بين المحاكم أو بينها وبين وزارة العدل. ثم في مرحلة تالية بتلقي المحاكم للرسائل المرسلة من المحامين، وبطبيعة الحال بإرسال رسائل إليهم؛ أي التبادل بين المحامين والمحاكم.

٧- (هـ) المرحلة الخامسة: اتجاه المشرع الفرنسي نحو عدم مادية الأعمال القانونية وتنظيم تبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني:

في ضوء المحاولات السابقة، وبعد عدد من التقارير والدراسات التي قامت بها وزارة العدل^(١)، بدأ المشرع الفرنسي في عام ٢٠٠٠ بتبني فكرة عدم مادية الأعمال القانونية *dématérialisation des actes juridiques*^(٢). وقد كانت هذه الفكرة بمثابة النواة الأولى لوضع أول لبنات نظام التبادل بالطريق الإلكتروني لأوراق المرافعات في عام ٢٠٠٥^(٣). ثم تسارعت التعديلات التشريعية إلى أن أصبح نظام التبادل بالطريق الإلكتروني مستخدماً أمام جميع المحاكم تقريباً، بل أن المشرع قد جعله وجوبياً في بعض الحالات^(٤). وقد تجلّت قمة اهتمام المشرع بنظام تبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني في عام ٢٠١٢ بأن قرر تطبيق هذا النظام على أوراق المحضرين، وبصفة خاصة الإعلان بالطريق الإلكتروني^(٥). وأخيراً فقد تمثلت أحدث التعديلات التشريعية في عام

(١) حول بعض مشروعات وزارة العدل الفرنسية والتي كرسّت لها ميزانية خاصة وخصوصاً بالنسبة لاستخدام تكنولوجيا المعلومات في مجال القضاء - E Justice، راجع:

WERY E.: Dame justice se met à l'informatique; <http://www.droit-technologie.org/actuality-312/dame-justice-se-met-a-l-informatique.html> - 14/5/2013.

- (٢) راجع: ما يلي، بند ٨.
(٣) راجع: ما يلي، بند ١٠.
(٤) راجع التبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق إجراءات الاستئناف التي تستلزم التمثيل الإلزامي، ما يلي، بند ١١٨ وما بعده.
(٥) راجع: ما يلي، بند ١٤٢ وما بعده. ويلاحظ أن بعض الدول الأوربية كانت أسبق من فرنسا في استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني، مثل بلجيكا؛ حيث =

=أصدرت في ٢٠ أكتوبر ٢٠٠٠ قانونًا بشأن استخدام وسائل الاتصالات في الإجراءات القضائية وغير القضائية. راجع في ذلك:

- GUINOTTE L. et MOUGENOT D.: La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire: www.droit-technologie.org- 29/7/2007.

- JACQUEMIN H.: Commentaire de la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire: http://www.internet-observatory.be/internet_observatory/pdf/legislation/cm_t/law_be_2000-10-20_cmt_fr.pdf - 25/5/2013.

- ويعوجب هذا القانون استحداث في القانون المدني البلجيكي مادة جديدة برقم ٢٢٨١ جاء نصها في الفقرتين الأولى والثانية على النحو التالي:

(Lorsqu'une notification doit avoir lieu par écrit pour pouvoir être invoquée par celui qui l'a faite, une notification faite par télégramme, par télex, par télécopie, par courrier électronique ou par tout autre moyen de communication, qui se matérialise par un document écrit chez le destinataire, est également considérée comme une notification écrite. La notification est également considérée comme écrite si elle ne se matérialise pas par un document écrit chez le destinataire pour la seule raison que celui-ci utilise un autre mode de réception.

La notification est accomplie dès sa réception dans les formes énumérées à l'alinéa 1).

- وراجع أيضًا المادة ٣١ وما بعدها من التقنين القضائي البلجيكي وبصفة خاصة المادة ٣٢ مكرراً التي تنص على أن:

(Tout dépôt ou communication peut avoir lieu valablement par pli simple ou, dans les cas prévus par la loi, par pli recommandé.

Les dépôts ou communications par pli simple ou recommandé adressés au greffe et au parquet peuvent avoir lieu valablement par voie électronique par introduction dans le système Phenix.

Toute autre communication par pli simple peut avoir lieu valablement par courrier électronique à l'adresse judiciaire électronique.

Toute autre communication par lettre recommandée peut avoir lieu valablement par courrier électronique à l'adresse judiciaire électronique, pour autant qu'une preuve d'envoi soit remise à l'expéditeur. Cette preuve=

٢٠١٣ بصدور قرار وزير العدل بتاريخ ٢١ يونيو ٢٠١٣ المتعلق بتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني بين المحامين وكذلك بين المحامين والمحكمة في نطاق الإجراءات أمام المحاكم التجارية^(١).

٨- الاعتراف القانوني بعدم مادية الأعمال القانونية:

يندرج التبادل بالطريق الإلكتروني *la communication par voie électronique* في نطاق الإجراءات المدنية في إطار ما يسمى بعدم مادية الأعمال القانونية في القانون الخاص، والذي قام المشرع الفرنسي بتنظيمه على مرحلتين^(٢):

المرحلة الأولى: تمت بموجب القانون رقم ٢٠٠٠-٢٣٠ الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠ بشأن توفيق قانون الإثبات مع تكنولوجيا المعلومات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني *la signature électronique*^(٣)، وذلك

=d'envoi ne peut être créée automatiquement par le système d'expédition de l'expéditeur).

- راجع في هذا الموضوع:

CAUSIN E.: Portée juridique des télécopies et des courriels, <http://www.bailleuxcausin.be> - 27/7/2007

(١) راجع في ذلك:

Arrêté du 21 juin 2013 portant communication par voie électronique entre les avocats et entre les avocats et la juridiction dans les procédures devant les tribunaux de commerce, JORF, n° 0146, 26 juin 2013, p. 10526.

(٢) راجع في ذلك:

CROZE H.: Le décret du 29 avril 2010 relatif à la communication par voie électronique en matière de procédure civile: les significations d'un texte insignifiant, Gaz. Pal. 9-11 mai 2010, no 131, p. 7, n° 4.

- وحول إدخال ورقة من أوراق المرافعات *acte de procédure* في نطاق

العمل القانوني *acte juridique*، راجع:

CORNU G.: L'élaboration du code de procédure civile, dans BEIGNIER (dir.), La codification, Dalloz, 1996, p. 71 s., spéc. p. 72.

(٣) راجع:

Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF, n°62, 14 mars 2000, p. 3968.

- ولزيد من التفصيل حول التوقيع الإلكتروني، راجع على سبيل المثال: =

نقلاً عن التوجيه رقم CE/٩٣/٩٩ الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ حول إطار إتحادي للتوقيعات الإلكترونية^(١). وقد أدخل قانون ١٣ مارس ٢٠٠٠ المشار إليه في القانون المدني الفرنسي نصوصاً أدرجت في الجزء المتعلق بالإثبات؛ حيث تضع هذه النصوص مبادئ عامة تتعلق بإنشاء الأعمال القانونية على دعامة إلكترونية *support électronique*، وبصفة خاصة توقيعها إلكترونياً. ومن أبرز ما أدخل على القانون المدني الفرنسي من تعديلات في هذا الشأن ما يلي:

- استحدثت المادة الأولى من قانون ١٣ مارس ٢٠٠٠ المشار إليه مادة جديدة في القانون المدني برقم ١٣١٦ - ١ أكدت على مبدأ التكافؤ أو التساوي في قيمة الكتابة *le principe d'équivalence de la valeur des écrits* سواء كانت منشأة على دعامة مادية *support materiel* (أي دعامة ورقية *support papier*) أو دعامة إلكترونية *support électronique*^(٢).

-
- = - FRAENKEL B. : Dogmatisme vs. Professionnalisme : regards rétrospectifs sur la Loi sur la signature électronique du 13 mars 2000, in *Pratiques juridiques et écrit électronique: le cas des huissiers de justice, Rapport au Ministère de la Justice, Laboratoire d'Anthropologie et d'Histoire de l'Institution de la Culture, 2005, p. 164.*
 - BITAN H.: Un décret fixe les conditions de fiabilité de la signature électronique, art. préc., p. 19;
 - ASSAYA L. et BAUDOUIN V.: Signature électronique par cryptographie à clé publique, JCP, éd. E., n° 4, 23 janvier 2003, p. 146;
 - GUINIER D.: Une signature numérique insatisfaisante est-elle encore une signature ?; *Gaz. Pal.*, 2001, no 109, p. 14.
 - BITAN H.: Un décret fixe les conditions de fiabilité de la signature électronique, *Communication commerce électronique, 2001, chron.*, p. 19.

(١) راجع:

Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures, *Official Journal*. L 013, 19/01/2000, p. 0012 - 0020.

(٢) جاء نص المادة ١٣١٦ - ١ من القانون المدني الفرنسي المستحدثة بالمادة الأولى =

- أكدت المادة ١٣١٦ - ٣ من القانون المدني الفرنسي المستحدثة بالمادة الثالثة من قانون ١٣ مارس ٢٠٠٠ المشار إليه على مبدأ التكافؤ بين الكتابة المنشأة على دعامة ورقية وتلك المنشأة على دعامة ورقية، وذلك بنصها على أن: (الكتابة على دعامة إلكترونية لها قوة الإثبات كالكتابة المنشأة على دعامة ورقية)^(١).

- وفقاً للمادة ١٣١٦ - ٤ من القانون المدني المستحدثة بالمادة الرابعة من قانون ١٣ مارس ٢٠٠٠ المشار إليه، فإن شخصية الموقع إلكترونيًا تكون مؤمنة، وكذلك سلامة واكتمال العمل القانوني تكون مضمونة وذلك وفقاً للشروط التي يصدر بها مرسوم من مجلس الدولة^(٢). ولذلك فقد صدر المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٢٧٢ بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠٠١ تطبيقاً للمادة ١٣١٦ - ٤ والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني^(٣).

= من القانون رقم ٢٠٠٠ - ٢٣٠ بتاريخ ١٣ مارس ٢٠٠٠ المشار إليه على النحو التالي:

(L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité).

(١) جاء نص المادة ١٣١٦ - ٣ من القانون المدني المستحدثة بالمادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٠٠ - ٢٣٠ بتاريخ ١٣ مارس ٢٠٠٠ المشار إليه على النحو التالي:

(L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier).

(٢) راجع الفقرة الثانية من المادة ١٣١٦ - ٤ من القانون المدني المستحدثة بالمادة الرابعة من قانون ١٣ مارس ٢٠٠٠ المشار إليه، والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat).

(٣) راجع في ذلك:

Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JORF, n°77, 31 mars 2001, p. 5070.

المرحلة الثانية: تمت بموجب القانون رقم ٢٠٠٤ - ٥٧٥ الصادر في ٢١ يونيو ٢٠٠٤ والمتعلق بالثقة أو الائتمان في مجال الاقتصاد الرقمي la confiance dans l'économie numérique (LCEN)^(١) ليتجاوز المرحلة المتعلقة بالقانون رقم ٢٠٠٠ - ٢٣٠ الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠ وذلك في مجال الصلاحية للإثبات؛ حيث استحدث هذا القانون في القانون المدني الفرنسي مادة جديدة برقم ١١٠٨ - ١ أجاز بموجبها إنشاء وحفظ الأعمال القانونية في شكل إلكتروني، ويشمل ذلك أيضاً الأعمال الموثقة (actes authentiques (solemnels)).^(٢)

٩- الاعتراف القانوني بالتبادل بالطريق الإلكتروني بصفة عامة:
لقد أدخلت فكرة التبادل بالطريق الإلكتروني لأول مرة في التشريع الفرنسي بالقانون رقم ٢٠٠٤ - ٦٦٩ الصادر بتاريخ ٩ يوليو ٢٠٠٤ والمتعلق بالاتصالات الإلكترونية وخدمات الاتصال السمعي والبصري

(١) راجع في هذا القانون:

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF, n°143, 22 juin 2004, p. 11168.

ROCHFELD J.: La loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique, RTD Civ., 2004, p. 574.

(٢) جاء نص الفقرة الأولى المادة ١١٠٨ - ١ من القانون المدني الفرنسي المستحدثة بالقانون رقم ٢٠٠٤ - ٥٧٥ بتاريخ ٢١ يونيو ٢٠٠٤ على النحو التالي:

Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317.

- وراجع حول العمل الموثق الإلكتروني acte authentique électronique

- LAMBERTERIE I. (dir.): Les actes authentiques électroniques. Réflexion juridique prospective, La documentation française, 2002;
- HUET J.: L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi, D., 2005, p. 2903.
- BLANCHETTE J.-F. et BANAT-BERGER F.: La dématérialisation des actes authentiques de droit français:
http://www.inter pares.org/display file.cfm?doc=ip1 dissemination_jar blanchette~banat-berger_comma_2005.pdf.

audiovisuelle^(١). وبموجب هذا القانون تم تغيير اسم قانون البريد والاتصالات Code des postes et télécommunications إلى قانون البريد والاتصالات الإلكترونية Code des postes et communications électroniques^(٢)، فضلاً عن تعديل عدد من نصوصه. ولقد تضمنت المادة 32 L. من قانون البريد والاتصالات الإلكترونية المذكور تعريفاً للاتصالات الإلكترونية بنصها في البند الأول على أنه: (يقصد بالاتصالات الإلكترونية الانبعاثات les émissions والمراسلات les transmissions أو استقبال الإشارات، أو الكتابات أو الصور أو الأصوات بالطريق الإلكتروني^(٣)).

١٠ - الاعتراف القانوني بالتبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق الإجراءات المدنية (موضوع الدراسة):

(١) راجع:

Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JORF, n°159, 10 juillet 2004, p. 12483.

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٢٠٠٤ - ٦٦٩ الصادر بتاريخ ٩ يوليو ٢٠٠٤ والمتعلق بالاتصالات الإلكترونية وخدمات الاتصال السمعي والبصري على أن:

(Le code des postes et télécommunications devient le code des postes et des communications électroniques. Dans ce code, les mots: «télécommunication» et «télécommunications» sont remplacés par les mots: «communications électroniques», sauf dans les mots: «Autorité de régulation des télécommunications» et dans les mots: «Union internationale des télécommunications», et les mots: «Commission supérieure du service public des postes et télécommunications» sont remplacés par les mots: «Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques»).

(٣) جاء نص البند الأول من المادة 32 L. من قانون البريد والاتصالات الإلكترونية على النحو التالي:

(On entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique).

تم تنظيم التبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق الإجراءات المدنية^(١)، بصفة أساسية في الباب الحادي والعشرين من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية الفرنسي^(٢)؛ حيث يتضمن هذا الباب المواد من ٧٤٨- ١ إلى ٧٤٨- ٧. وقد أستحدث هذا الباب في قانون المرافعات المدنية الفرنسي بموجب المادة ٧٣ من المرسوم رقم ٢٠٠٥- ١٦٧٨ الصادر بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ والمتعلق بالإجراءات المدنية وبعض إجراءات التنفيذ وإجراءات تغير الاسم^(٣). وقد تم تعديل بعض نصوص هذا الباب

(١) راجع حول هذا الموضوع:

- IEPJ: Rapport sur la dématérialisation des procédures judiciaires en France et en Europe, septembre 2011, <http://www.iepj.fr>.
- GHERA Th.: Replacer le droit au coeur de la dématérialisation des procédures judiciaires, D., 2011. p. 2264.
- CCJE: Questionnaire sur la dématérialisation du processus judiciaire et l'utilisation des nouvelles technologies par les juges et le personnel des tribunaux, op.cit., <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/meetings/.../Compil GT 2011 3.pdf>.
- LEIRS E.: Communication électronique, Rép. pr. civ. Dalloz, septembre 2012.

- وحول استخدام التقدم التقني والتكنولوجي في مجال الإجراءات المدنية،

راجع:

- CROZE H.: Le progrès technique de la procédure civile, JCP, éd. G., 2009, I, 108.
- BINET S.: L'utilisation des nouvelles technologies dans le procès civile: vers une procédure civile intégralement informatisée, Memoire, Lumière Lyon 2, 2005.

(٢) منذ صدور المرسوم رقم ٢٠٠٨- ٤٨٤ بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨ المتعلق

بالإجراءات أمام محكمة النقض (Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation, 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation, (JORF, n°0120, 24 mai 2008, p. 8477)، أصبح قانون المرافعات المدنية الجديد يسمى بقانون المرافعات المدنية، وذلك وفقاً للمادة ٢٢ من هذا المرسوم التي تنص على أن: (في جميع النصوص القانونية السارية، تستبدل عبارة "قانون المرافعات المدنية" بعبارة "قانون المرافعات المدنية الجديد").

(Dans toutes les dispositions réglementaires en vigueur, les mots: « nouveau code de procédure civile » sont remplacés par les mots: « code de procédure civile »).

(٣) راجع في ذلك:

Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et=

أربع مرات، وهي:

الأولى: تمت بموجب المرسوم رقم ٢٠٠٨ - ٤٨٤ الصادر بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨ والمتعلق بالإجراءات أمام محكمة النقض^(١).

والثانية: تمت بموجب المرسوم رقم ٢٠٠٩ - ١٥٢٤ الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ والمتعلق بإجراءات الاستئناف التي تشترط التمثيل الإلزامي في المسائل المدنية^(٢).

والثالثة: تمت بموجب المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٦٣٤ الصادر بتاريخ

=à la procédure de changement de nom, JORF, n°302, 29 décembre 2005, p. 20350.

- وحول هذا المرسوم، راجع:

- PERROT R.: Décret no 2005-1678 du 28 décembre 2005, Procédures, février 2006, n° 2, Etude, p. 4;
- LISSARRAGUE B.: Décret de procédure du 28 décembre 2005: quel cadeau?, Gaz. Pal., 29 au 31 janvier 2006, Libres Propos, p. 2;
- FRICERO N.: Le décret no 2005-1678 du 28 décembre 2005: pour un nouveau procès civil ?, Droit et procédures, no 2, 2006, Chron., p. 68;
- AMRANI-MEKKI S., JEULAND E., SERINET Y.-M. et CADIET L.: Le procès civil français à son point de déséquilibre? A propos du décret "procédure", JCP, éd. G., 2006, I, 146, p. 1159.

(١) بموجب المادة ١٧ من هذا المرسوم تم تعديل المادة ٧٤٨ - ٣ من قانون المرافعات المدنية، راجع:

Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation, JORF, 24 mai 2008.

(٢) بموجب المادة الثالثة من هذا المرسوم تم تعديل المادتين ٧٤٨ - ١ و ٧٤٨ - ٢ من قانون المرافعات المدنية. أما المادة الرابعة من ذات المرسوم فقد أضافت إلى الباب رقم ٢١ من قانون المرافعات المدنية - بعد المادة ٧٤٨ - ٦ - مادة جديدة برقم ٧٤٨ - ٧. أما المادة الخامسة من ذات المرسوم فقد أضافت إلى المبحث الأول من الفصل الأول من العنوان الفرعي الأول من الباب السادس من الكتاب الثاني من قانون المرافعات عنوان فرعي ٤ بعنوان نصوص عامة «Dispositions communes» يتضمن المادة ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات المدنية. أما المادة السادسة منه فقد عدلت المادتين ٩٥٥ - ١ و ٩٥٩ من قانون المرافعات المدنية. وأخيراً، فإن المادة السابعة من ذات المرسوم قد عدلت المادة ٩٥٥ - ٢ من قانون المرافعات المدنية. راجع في ذلك:

Décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, JORF, n°0287, 11 décembre 2009, p. 21386.

٣ مايو ٢٠١٢ والمتعلق بدمج وظائف المحامي ووكيل الدعوى *avoué* أمام محاكم الاستئناف^(١).

والرابعة: تمت بموجب المرسوم رقم ٢٠١٢-١٥١٥ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢ المتناول لنصوص متعددة متعلقة بالمرافعات المدنية وبالتنظيم القضائي^(٢).

والمتفحص لهذه النصوص - فضلاً عن القرارات التقنية الصادرة من وزير العدل^(٣) - يجد أنها تحاول التأكيد على مبدأ التكافؤ بين أوراق المرافعات المنشأة على دعامة ورقية وتلك المنشأة على دعامة إلكترونية؛ أي التكافؤ بين التبادل التقليدي لأوراق المرافعات وتبادلها بالطريق

(١) وفقاً للمادة ١٩ من هذا المرسوم، تُستبدل كلمتي *avocat* و *avocats* على التوالي بكلمتي *avoué* و *avoués* في عدد من نصوص قانون المرافعات ومن بينهما المادة ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات المدنية. راجع في ذلك:

Décret n° 2012-634 du 3 mai 2012 relatif à la fusion des professions d'avocat et d'avoué près les cours d'appel, JORF, n°0106, 5 mai 2012, p. 7969.

- راجع حول هذا المرسوم:

CLAUDE Ch.: La réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, La letter, n° 37, mars 2011, <http://www.claude-associes.com/fichiers/Lettre SELAS - Bulletin 37 - Mars 2011.pdf>

(٢) وفقاً للمادة السابعة من هذا المرسوم تُعدل المادة ٤٥٦ من قانون المرافعات المدنية ليكون نصها على النحو التالي: (يمكن إنشاء الحكم القضائي على دعامة ورقية أو دعامة إلكترونية. ويتم توقيعه بواسطة الرئيس وال كاتب. وفي حالة وجود مانع لدى الرئيس، يذكر ذلك على نسخة الحكم ويوقع عليها أحد القضاة الذين حضروا المداولة. وعندما يكون الحكم القضائي قد تم إنشاؤه على دعامة الكترونية، فإن الإجراءات المستخدمة يجب أن تضمن سلامته (اكتماله) وحفظه. والحكم القضائي المنشأ على دعامة إلكترونية يتم التوقيع عليه بطريقة التوقيع الإلكتروني الآمن الذي يتوافر فيه اشتراطات المرسوم رقم ٢٠٠١-٢٧٢ بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠٠١ الصادر تطبيقاً للمادة ١٣١٦ - ٤ من القانون المدني والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني). راجع في ذلك:

Décret n° 2012-1515 du 28 décembre 2012 portant diverses dispositions relatives à la procédure civile et à l'organisation judiciaire, JORF, n°0304, 30 décembre 2012, p. 21018.

(٣) حول هذه القرارات والقواعد التقنية الواردة فيها، راجع: ما يلي، بند ٤٩.

الإلكتروني.

غير أن منهج التكافؤ الذي تقوم عليه عدم مادية المبادلات *la dématérialisation des échanges* في المرافعات المدنية لا يقصد به وجوب أن يكون النظام القانوني للكتابات غير المادية (الإلكترونية) *les écrits dématérialisés* في المرافعات المدنية مماثلاً بدقة للكتابات المنشأة على دعامة ورقية^(١). وهذا ما يبرر دراسة خاصة في التشريع الفرنسي تركز بصفة رئيسية على النظام القانوني لتبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني؛ حيث نبحت فيها التعديلات التي حدثت للشكليات المرتبطة بالكتابة الإجرائية *l'écrit procédural*، والتي تتعلق كذلك بالآثار الأصلية التي تنتج بواسطة الأوراق التي يتم تبادلها بالطريق الإلكتروني.

١١- خطة الدراسة:

إذا كان الهدف من هذه الدراسة هو بيان النظام القانوني الذي وضعه المشرع الفرنسي لتبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني، فإننا نشير إلى أن المشرع قد وضع القواعد العامة لهذا النوع من التبادل ضمن النصوص العامة لقانون المرافعات المدنية، ثم أفرد بعض القواعد الخاصة للتبادل أمام المحاكم الابتدائية والاستئناف ومحكمة النقض، فضلاً عن قيامه بوضع قواعد خاصة تنظم الإعلان بالطريق الإلكتروني، وقيامه أخيراً في ٢١ يونيو ٢٠١٣ بوضع قواعد خاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم التجارية.

غير أن دراسة النظام القانوني لتبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني يقتضي أن نحدد الإطار القانوني لهذا النوع من أنواع التبادل. ويمكننا أن نبرز اهتمام المشرع بتحديد هذا الإطار القانوني من خلال دراسة مسألتين: الأولى تتعلق بنطاق تطبيقه، والثانية تنصب على الإطار التقني الخاص به؛ إذ أن هذا النوع من التبادل يتطلب عدد غير قليل من القواعد التقنية التي تضمن تأمينه وسريته واكتماله.

وفي ضوء ذلك، فإن الدراسة في هذا البحث تنقسم إلى أربعة

(١) راجع: ما يلي، بند ١٦٩.

فصول: نتناول في الأول منهما دراسة نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني، ثم ندرس في الثاني القواعد التقنية التي تحكم هذا النوع من أنواع التبادل، ونتعرض في الفصل الثالث لقواعده العامة، ونتناول أخير قواعد التبادل بالطريق الإلكتروني الخاصة ببعض المحاكم أو ببعض الأوراق، وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني.

الفصل الثاني: القواعد التقنية للتبادل بالطريق الإلكتروني.

الفصل الثالث: القواعد العامة للتبادل بالطريق الإلكتروني.

الفصل الرابع: قواعد التبادل بالطريق الإلكتروني الخاصة ببعض المحاكم أو ببعض أوراق المرافعات.

الفصل الأول

نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني

١٢- تمهيد وتقسيم:

تنص المادة ٧٤٨ - ١ من قانون المرافعات المدنية على أن: (المراسلات - أي ما يتم إرساله - ، والتسليمات - أي ما يتم تسليمه - ، وإعلانات كل من أوراق المرافعات، والمستندات، والإخطارات، والتبهيّات أو الاستدعاءات، والتقارير، والمحاضر، وكذلك الصور والنسخ المذيلة بالصيغة التنفيذية من القرارات القضائية يمكن أن تتم بالطريق الإلكتروني، وفقاً للشروط وبالطرق التي تحدّد في هذا الباب، وذلك دون الإخلال بالنصوص الخاصة التي تفرض استخدام هذه الوسيلة في التبادل)^(١).

وعلى ذلك يحدّد هذا النص نطاق تطبيق التبادل بالطريق

(١) جاء نص المادة ٧٤٨ - ١ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles peuvent être effectués par voie électronique dans les conditions et selon les modalités fixées par le présent titre, sans préjudice des dispositions spéciales imposant l'usage de ce mode de communication).

الإلكتروني في مسائل الإجراءات المدنية^(١)؛ إذ أنه يمحصر - من ناحية أولى - آليات التبادل التي يمكن أن تتم على دعامة إلكترونية، وبالتالي تدخل في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني، وهي: المراسلات والتسليمات والإعلانات. كما أن التبادل بالطريق الإلكتروني يتعلق بكافة أوراق المرافعات. وهذا هو النطاق المادي للتبادل بالطريق الإلكتروني؛ أي نطاق تطبيقه من حيث الأوراق وآليات التبادل. ومن ناحية ثانية، فإن هذا النص - شأنه شأن باقي النصوص التي تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني - لم يُقصر نطاق تطبيقه على أشخاص محددين، وبالتالي فإن التبادل بالطريق الإلكتروني يتعلق بكافة الأشخاص المباشرين للإجراءات. وهذا هو النطاق الشخصي للتبادل بالطريق الإلكتروني؛ أي نطاق تطبيقه من حيث الأشخاص. ومن ناحية ثالثة وأخيرة، فإن المشرع الفرنسي أدخل نظام التبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات المدنية - كما سبق أن ذكرنا - في عام ٢٠٠٥^(٢)، ولكنه لم يدخل حيز التطبيق إلا في عام ٢٠٠٩، كما أنه لم ينص على تطبيقه أمام كافة المحاكم على دفعة واحدة، وإنما تم ذلك على مراحل زمنية متتابعة. وهذا ما يدعونا إلى دراسة النطاق الزمني للتبادل بالطريق الإلكتروني؛ أي نطاق تطبيقه من حيث الزمان. وفي ضوء ذلك، فإن الدراسة في هذا الفصل تنقسم إلى ثلاثة مباحث: نتناول في الأول منهما دراسة نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني من حيث الأوراق وآليات التبادل، ونعرض في الثاني لنطاق تطبيقه من حيث الأشخاص، ونبحث في الثالث لنطاق تطبيقه من حيث الزمان. وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني من حيث الأوراق وآلية تبادلها.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني من حيث الأشخاص.

(١) راجع في ذلك:

FRICERO N.: Procédure civile: La généralisation de la communication par voie électronique, D., 2013, p. 269.

(٢) راجع: ما سبق، بند ١١.

المبحث الثالث: نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني من حيث الزمان.

المبحث الأول
نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني من حيث الأوراق وآليات التبادل

١٢- تقسيم:

انتهينا فيما سبق إلى أن المشرع الفرنسي قد حدد في المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية النطاق المادي لتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني. وقد تمثل هذا التحديد في مسألتين: الأولى هي حصر آليات تبادل أوراق المرافعات التي تدخل في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني، وهي: المراسلات والتسليمات والإعلانات. والثانية هي التأكيد على أن نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني يتعلق بكافة أوراق المرافعات^(١).

وتتناول هاتين المسألتين في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: التبادل بالطريق الإلكتروني يتعلق فقط بالإرسال والتسليم والإعلان.

المطلب الثاني: التبادل بالطريق الإلكتروني يتعلق بكافة أوراق المرافعات.

(١) نشير في هذا الشأن إلى الحكم الصادر من محكمة استئناف Bordeaux في ٥ مارس ٢٠١٢ والذي جاء على النحو التالي:

(Les dispositions de l'article 748-1 C. pr. civ., qui revêtent une portée générale et s'étendent expressément à la signification des décisions, ont eu pour conséquence de permettre une troisième voie de notification d'un jugement entre avocats, préalable indispensable à la signification à partie, s'ajoutant aux deux précédents, prévues par les dispositions des art. 672 et 673 C. pr. civ., par voie de signification par acte d'huissier ou de notification directe entre avocats). Bordeaux, 5 mars 2012 (1re ch. civ. A, n° 11/04968), D., actualité, 20 mars 2012; D., 2012, p. 824; Gaz. Pal., 27 mars 2012, n° 87, p. 11, note Moore; JCP, éd. G, 2012, 406, note Croze H.

- ولمزيد من التفصيل حول هذا الحكم، راجع:

TAHRI C.: Consécration jurisprudentielle du Réseau privé virtuel avocat, D., actualité, 20 mars 2012.

- وراجع في نقد هذا الحكم:

LHERMITTE Ch.: Les enjeux des actes de procédure via le réseau privé virtuel des avocats [RPVA], D., 2012, Entretien, p. 1664.

المطلب الأول

التبادل بالطريق الإلكتروني يتعلق فقط بالإرسال والتسليم والإعلان

١٤- حدد المشرع على سبيل الحصر آليات التبادل التي تندرج في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني؛ أي التي يمكن أن تتم على دعامة إلكترونية في كل من: المراسلات والتسليمات والإعلانات (أولاً). ومن ثم، فإن أي آلية أخرى للتبادل غير الآليات المذكورة لا تدخل في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني (ثانياً). أضف إلى ذلك، أن التساؤل يثار حول مكان التبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة لما يطلق عليه في القانون الفرنسي بالإجراءات الشفهية *les procédures orales* (ثالثاً). وهذا ما سنعرض له تفصيلاً على النحو التالي:

١٥- أولاً: حصر آليات التبادل التي تدخل في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني:

حصر المشرع في المادة ٧٤٨ - ١ المشار إليها الآليات التي يتم بموجبها نقل أو تبادل الأوراق، والتي يمكن أن تتم على دعامة إلكترونية. ولكي يمكن التمييز بينها، فإنه يتعين استخدام المصطلحات التي تشير إلى تلك الآليات وهي: الإرسال والتسليم والإعلان.

١٦- [١١] الإرسال *L'envoi*:

لا يوجد تعريف محدد لكلمة الإرسال، سواء في نطاق النصوص محل الدراسة والتي تتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني، أو في نطاق باقي نصوص قانون المرافعات المدنية بصفة عامة. غير أنه يمكن أن نلفت الانتباه إلى أن مصطلح إرسال ورقة *l'envoi d'un acte* يشير إلى انتقالها *transmission* بالطريق البريدي، وأن قانون المرافعات المدنية الفرنسية يستخدم على السواء ولا تميز أو تفرقة أفعال «*envoyer*» و «*adresser*»^(١). وقد يقصد بذلك الخطاب البسيط الذي يتعلق بصفة

(١) راجع في ذلك على سبيل المثال: نص المادة ٩٣٢ من قانون المرافعات المدنية التي تنص على أن:

(L'annuel est formé par une déclaration que la partie ou tout mandataire fait ou adresse, par pli recommandé, au greffe de la cour).

- وكذلك الفقرة الثانية من المادة ٦٥٩ من قانون المرافعات المدنية التي تنص=

خاصة بالاختارات *les avis* أو بالتنسّمات *les avertissements*^(١) ، كما قد يقصد به الخطاب المسجل الذي يتعين - في الغالب - أن يتم إرساله مع طلب إيصال علم الوصول^(٢) .

غير أنه في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني ، فلا بد من التمييز بعناية بين المفاهيم السابقة: فعندما يحل الإرسال بالطريق الإلكتروني محل الإرسال بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، فلا يمكن الحديث في هذا الشأن عن خطاب مسجل إلكتروني *une lettre recommandée électronique* ، - والذي أدخل في المجال التعاقدية بموجب المادة ١٣٦٩ - ٨ من القانون المدني^(٣) والمرسومين الصادرين تطبيقاً لها^(٤) - ، ولكن المقصود هنا هو

= علم، أن:

(Le même jour ou, au plus tard le premier jour ouvrable suivant à peine de nullité l'huissier de justice envoie au destinataire, à la dernière adresse connue, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception une copie du procès-verbal à laquelle est jointe une copie de l'acte objet de la signification.

(١) راجع ما يلي ، بند ٢٥ وما بعده.

(٢) راجع على سبيل المثال المادتين ٩٣٢ ، ٢/٦٥٩ المشار إليهما.

(٣) جاء نص المادة ١٣٦٩ - ٨ من القانون المدني المستحدثة بالأمر رقم ٢٠٠٥ -

٦٧٤ بتاريخ ١٦ من شهر ٢٠٠٥ المتعلقة ، باتمام بعض الشكليات التعاقدية بالطريقة الإلكترونية ، (*Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique* *JORF n°140 du 17 juin 2005 page 10342*) ، والتي جاء نصها على النحو التالي :

(Une lettre recommandée relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat ne peut être envoyée par courrier électronique à condition que ce courrier soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire.

Le contenu de cette lettre au choix de l'expéditeur ne peut être imprimé par le tiers sur papier pour être distribué au destinataire ou peut être adressé à celui-ci par voie électronique. Dans ce dernier cas si le destinataire n'est pas un professionnel il doit avoir demandé l'envoi par ce moyen ou en avoir accepté l'usage au cours d'échanges antérieurs.

Lorsque l'apposition de la date d'expédition ou de réception résulte d'un procédé électronique, la fiabilité=

إرسال إلكتروني un envoi électronique فقط وذلك تطبيقاً للنظام القانوني للتبادل بالطريق الإلكتروني، والذي يُنتج بطريقة أوتوماتيكية إيصال استلام إلكتروني un avis de réception électronique. وبذات الطريقة، وعلى الرغم من أن الإخطارات (الاستدعاءات) والتنبيهات التي تصدر من قلم الكتاب - في نطاق المرافعات المدنية - يتم إرسالها - كقاعدة عامة - بخطاب بسيط. ولا يكون هناك محل لإرسال إيصال استلام من قبل المرسل إليه، فعندما يتم إرسالها بالطريق الإلكتروني، فإن هذه الأوراق يتعين أن تتم وفقاً للنظام القانوني للتبادل بالطريق الإلكتروني، وذلك بأن ترتب أوتوماتيكياً إيصال استلام إلكتروني^(١).

=de celui-ci est présumée, jusqu'à preuve contraire, s'il satisfait à des exigences fixées par un décret en Conseil d'Etat.

Un avis de réception peut être adressé à l'expéditeur par voie électronique ou par tout autre dispositif lui permettant de le conserver.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat).

- وحول الخطاب المسجل الإلكتروني، راجع:

CAPRIOLI É.: Les lettres recommandées électroniques, Cahiers de droit de l'entreprise, mai 2011, n° 3, Prat. 15; La lettre recommandée électronique, un nouveau décret pour la « confiance numérique », Communication Commerce électronique, avril 2011, n° 4, chronique, p. 40 ; BALLET Ph. et BENSOUSSAN-BRULÉ V.: La lettre recommandée électronique, enfin ?, in droit des technologies avancées, Gaz. Pal., 22 au 23 avril 2011, nos 112 à 113, p. 9; HOSCHEIT V.: La chambre de commerce: le recommandé électronique, [http://www.ccilb.be/xml/fiche article-IDC-406-IDD-18698-.html](http://www.ccilb.be/xml/fiche_article-IDC-406-IDD-18698-.html) - 27/9/2007. □

(١) راجع في ذلك:

- Décret n° 2011-144 du 2 février 2011 relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat, JORF, n°0029, 4 février 2011, p. 2274.

- Décret n° 2011-434 du 20 avril 2011 relatif à l'horodatage des courriers expédiés ou reçus par voie électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat, JORF, n°0094, 21 avril 2011, p. 7093.

(٢) راجع ما يلي، بند ٩١ وما بعده.

١٧ - [٢] التسليم La remise :

يتعلق التسليم بالإعطاء أو التسليم اليدوى لورقة ما. ووفقاً لنصوص قانون المرافعات المدنية الفرنسى، يوجد عدد من أوراق المرافعات يمكن أو يجب - على حسب الأحوال - أن تسلم إلى أحد الموجهة إليهم، وذلك فى الغالب نظير إيصال تسليم un récépissé.

ومن أمثلة الحالات التى يمكن أن يستخدم فيها طريق التسليم: تقرير الاستئناف déclaration d'appel الذى يمكن أن يتم تقديمه إلى قلم الكتاب عن طريق التسليم، وذلك فى نطاق الإجراءات أمام محكمة الاستئناف التى لا تستلزم التمثيل الإلزامى للخصوم la procédure Sans représentation obligatoire (م ٩٣٢ مرافعات)^(١).

أما بالنسبة للحالات التى يتعين فيها استخدام طريق التسليم، فنذكر من ذلك تقرير الاستئناف الذى يتعين أن يتم تقديمه إلى قلم الكتاب بطريق التسليم، وذلك فى نطاق إجراءات الاستئناف التى تشترط التمثيل الإلزامى للخصوم la procédure avec représentation obligatoire (م ٩٠١ مرافعات)^(٢).

(١) جاء نص المادة ٩٣٢ م: قانون المرافعات علم، النحو التالى: (L'annuel est formé par une déclaration que la partie ou tout mandataire fait ou adresse, par pli recommandé, au greffe de la cour).

- ونذكر من ذلك أيضاً تقرير الطعن بالنقض إعمالاً للمادة ٩٨٤ بالنسبة للإجراءات التى لا تشترط التمثيل الإلزامى، والتى تنص علم، أن:

(Le pourvoi en cassation est formé par déclaration écrite que la partie ou tout mandataire muni d'un pouvoir spécial remet ou adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au greffe de la Cour de cassation).

(٢) جاء نص الفقرة الثالثة م: المادة ٩٠١ م: قانون المرافعات علم، أن: (Elle (la déclaration d'annuel) est signée par l'avocat constitué. Elle est accompagnée d'une copie de la décision. Elle est remise au greffe et vaut demande d'inscription au rôle).

- ويمكن أن نذكر من ذلك أيضاً تقرير الطعن بالنقض إعمالاً للمادة ٩٧٦ بالنسبة للإجراءات التى تشترط التمثيل الإلزامى، والتى تنص علم، أن: (La déclaration est remise au greffe en autant d'exemplaires qu'il y a de défendeurs, plus deux. =

على العكس من الطريقتين السابقتين للتبادل ، فإن الإعلان يشير ، ليس إلى مفاهيم مادية - كأعطاء وخطاب بريدي - ولكنه يشير إلى مفهوم قانوني ، يمكن أن يتخذ أشكالاً عدة (تسليم أو إرسال وثيقة أو تبادل شفهي^(١)) ويتم في أغلب الأحوال في عملية معقدة ، تتضمن إنجان أو إتمام إجراءات عدة .

ونذكر من ذلك أن الإعلان في صيغته العادية^(٢) يمكن أن يتخذ شكل تسليم مقابل إيصال استلام أو يتخذ شكل خطاب يكون - كقاعدة عامة - مسجلاً ومصحوباً بإيصال بعلم الوصول (م ٦٦٧ مرافعات)^(٣) . كذلك فإن إعلان ورقة من أوراق المرافعات يمكن أيضاً أن يتخذ شكل إعلان عن طريق محضري المحكمة une signification والذي يتم - من حيث المبدأ - بالتسليم المباشر للموجه إليه الإعلان ؛ أي إلى شخص المعلن إليه à personne (م ٦٥١ ، ٦٥٤ مرافعات)^(٤) . غير أن الإعلان

= La remise est constatée par la mention de sa date et le visa du greffier sur chaque exemplaire, dont l'un est immédiatement restitué).

(١) راجع ما سيرد ذكره في ذات البند عن الإعلان الشفهي .

(٢) نظم المشرع الفرنسي الإعلان في صيغته العادية en la notification en la forme ordinaire في المواد من ٦٦٥ إلى ٦٧٠ - ٣ من قانون المرافعات المدنية .

(٣) جاء نص المادة ٦٦٧ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي :
(La notification est faite sous enveloppe ou pli fermé, soit par la voie postale, soit par la remise de l'acte au destinataire contre émargement ou récépissé.

La notification en la forme ordinaire peut toujours être faite par remise contre émargement ou récépissé alors même que la loi n'aurait prévu que la notification par la voie postale).

(٤) جاء نص المادة ٦٥١ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي :
(Les actes sont portés à la connaissance des intéressés par la notification qui leur en est faite.

La notification faite par acte d'huissier de justice est une signification.

La notification peut toujours être faite par voie de signification alors même que la loi l'aurait prévue sous une autre forme).

- أما نص المادة ٦٥٤ من قانون المرافعات المدنية ، فجاء على النحو التالي = :

يمكن أيضاً أن يتم عن طريق التسليم في محل العمل remise à l'étude أو تحرير محضر على النحو المنصوص عليه في المادة ٦٥٩ من قانون المرافعات المدنية^(١). وأخيراً، وهذا يحدث نادراً وينص خاص، أن ينص المشرع على إعلان شفهي une notification verbale، وذلك على سبيل المثال بالنسبة لبعض الأحكام؛ حيث يتم إعلان الخصوم شفاهة بتلك الأحكام الصادرة في الجلسة أثناء حضورهم وذلك في مقابل توقيعهم بالعلم بها^(٢).

=(La signification doit être faite à personne

La signification à une personne morale est faite à personne lorsque l'acte est délivré à son représentant légal, à un fondé de pouvoir de ce dernier, ou à toute autre personne habilitée à cet effet).

(١) وجاء نص المادة ٦٥٩ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Lorsque la personne à qui l'acte doit être signifié n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus, l'huissier de justice dresse un procès-verbal où il relate avec précision les diligences qu'il a accomplies pour rechercher le destinataire de l'acte

Le même jour ou, au plus tard le premier jour ouvrable suivant à peine de nullité l'huissier de justice envoie au destinataire, à la dernière adresse connue, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception une copie du procès-verbal à laquelle est jointe une copie de l'acte objet de la signification

Le jour même, l'huissier de justice avise le destinataire, par lettre simple de l'accomplissement de cette formalité

Les dispositions du présent article sont applicables à la signification d'un acte concernant une personne morale qui n'a plus d'établissement connu au lieu indiqué comme siège social par le registre du commerce et des sociétés

FRICERO N. La rédaction des actes des huissiers de justice, J.-Cl. Pr. civ., fasc. 140, nos 65 s.

(٢) من ذلك على سبيل المثال إعلان الأحكام الصادرة من قاض المحبات والاحتجاز في أمهات المدننة (le juge des libertés et de la détention) عملاً للمادة 16-3211 R. من قانون الصحة العامة (CSP) (Code de la santé publique)، والتي جاء نص الفقرتين الأولى والثانية منها على النحو التالي:

(L'ordonnance du juge est rendue dans un délai de douze jours à compter de l'enregistrement de la requête au greffe. Ce délai est porté à vingt-cinq jours si une expertise est ordonnée

L'ordonnance est notifiée contre récépissé ou émargement, aux parties présentes à l'audience au cours de laquelle la décision est rendue. Le juge leur fait connaître verbalement le délai d'appel et les modalités=

١٩ - ثانياً: استبعاد كل ما لا يتناسب مع الإرسال والتسليم والإعلان من نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني:

إذا كان المشرع قد قصر نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني على الإرسال والتسليم والإعلان، فإن الإجراءات التي تتم في شكل شفهي لا تندرج في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني. وكذلك الأمر فإن، نظام الفيديو كونفرانس visioconférence لا يخضع لنظام التبادل بالطريق الإلكتروني.

٢٠ - [١] استبعاد الإجراءات التي تتم شفاهة من نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني:

بعيداً عن الحالات الخاصة بالإعلان الشفهي المشار إليها^(١)، فإن المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية - على الرغم من مظهرها الشمولي - لا تتعلق بالإجراءات الشفهية les actes verbaux. ففي الواقع، فإن الشكل الشفهي la forme verbale لا يتناسب لا مع الإرسال ولا مع التسليم، وبالتالي فلا مجال لانطباق نظام التبادل بالطريق الإلكتروني.

وبالإضافة إلى ذلك، فعندما يميز قانون المرافعات الشكل الشفهي، فإنه يستخدم مصطلحات خاصة غير الإرسال والتسليم. نذكر من ذلك بصفة خاصة أن المشرع الفرنسي قد يستخدم في شأن رفع الدعوى أو الطعن مصطلح "fait" وليس فقط مصطلح إرسال "envoi" أو تسليم "remise". فعلى سبيل المثال - وعلى العكس من تقرير الاستئناف في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي، والذي يتعين أن يسلم إلى قلم الكتاب «remise au greffe» وذلك إعمالاً للفقرة الثالثة

=suivant lesquelles cette voie de recours peut être exercée. Il les informe que seul l'appel formé par le ministère public peut être déclaré suspensif par le premier président de la cour d'appel ou son délégué. La notification aux personnes avisées qui ne se sont pas présentées, ainsi qu'au ministère public, est faite dans les meilleurs délais par tout moyen permettant d'en établir la réception).

(١) راجع: ما سبق، بند ١٨.

من المادة ٩٠١ من قانون المرافعات المدنية كما سبق أن درسنا^(١) - فإن الاستئناف في الإجراءات التي لا تشترط التمثيل الإلزامي يتم رفعه عن طريق تقرير الاستئناف الذي "يتم" "fait" أو يوجه "adresse" إلى قلم الكتاب بواسطة الخصم أو وكيله وذلك إعمالاً للمادة ٩٣٢ من ذات القانون^(٢). ومن ثم، فإن مصطلح "يتم" "fait" يفيد إمكانية التقرير بالاستئناف شفاهة في قلم الكتاب، ثم يقوم قلم الكتاب بإثبات ذلك التقرير في حضور الخصم أو وكيله. وكذلك، فإن إدعاءات الأطراف ووسائلهم في المرافعات الشفوية لا مجال لإتمامها بالتسليم أو الإرسال، ولكنها تقدم شفاهة في الجلسة وذلك إعمالاً للفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ - ١ من قانون المرافعات المدنية^(٣) ويتم إثباتها في محضر الجلسة. ونستخلص من ذلك أن التبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق الإجراءات المدنية يرتبط بفكرة عدم مادية الكتابات أو المحررات *dématérialisation des écritures*^(٤). ولذلك فعلى الرغم من الأهمية

(١) راجع: ما سبق، بند ١٨. وراجع نص الفقرة الثالثة من المادة ٩٠١ من قانون المرافعات المدنية المشار إليها. وأيضاً: نص المادة ٩٧٦ من ذات القانون بشأن تقرير الطعن بالتقاضي بالنسبة للإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي المشار إليها.
(٢) راجع: ما سبق، بند ١٧. وراجع نص المادة ٩٣٢ من قانون المرافعات المدنية المشار إليها. وأيضاً: نص المادة ٨٤٣ من ذات القانون بشأن التقرير أمام قلم كتاب المحكمة الجزئية. ونذكر من ذلك أن نص المادة ٦٤٣ جاء على النحو التالي: (Lorsque le montant de la demande n'excède pas 4 000 euros, la juridiction peut être saisie par une déclaration faite, remise ou adressée au greffe, où elle est enregistrée. La prescription et les délais pour agir sont interrompus par l'enregistrement de la déclaration).
(٣) راجع: ما يلي، بند ٢٢؛ وقد جاء نص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ - ١ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Les parties présentent oralement à l'audience leurs prétentions et les moyens à leur soutien. Elles peuvent également se référer aux prétentions et aux moyens qu'elles auraient formulés par écrit. Les observations des parties sont notées au dossier ou consignées dans un procès-verbal).

(٤) راجع في ذلك:

DEHARO G.: L'écrit dans les procédures judiciaires, Gaz. Pal., 8 mars 2005, no 67, p. 2.

المتزايدة للإجراءات التي يمكن أن تتم شفاهة في نطاق قانون المرافعات المدنية، فإن هذه الإجراءات لا تدخل في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني.

٢١- [٢] استبعاد نظام الفيديو كونفرنس *visioconférence* المنصوص

عليه في قانون التنظيم القضائي من نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني :

نشير بصفة خاصة بشأن هذا الاستبعاد إلى أن المناقشات والمرافعات

الإلكتروني المنصوص عليه في المادة ٧٤٨-١ وما بعدها من قانون

المرافعات المدنية. ويعتبر ذلك تدعيماً وتأكيذاً لأحد المبادئ الجوهرية في

النظام القضائي ألا وهو مبدأ علانية المرافعات *le principe de la*

publicité des débats^(١).

وإذا كان من الممكن أن تنعقد جلسة ما عن طريق ما يسمى بنظام

الفيديو كونفرنس، والذي يعتبر بدون أدنى شك بمثابة لجوء إلى

التكنولوجيا الرقمية *la technologie numérique*^(٢)، فإن هذا النظام لا

يدخل مع ذلك في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني في المرافعات المدنية؛

إذ أن نظام الفيديو كونفرنس يخضع لنظام قانوني خاص، منصوص عليه

في المادة 111-12 L. من قانون التنظيم القضائي^(٣). ومن ثم، فعلى الرغم

(١) راجع في ذلك :

GRAYOT S.: Le droit à un procès civil équitable à l'aune des nouvelles technologies. in Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies. Colloque de l'Institut de recherche en droit des affaires de l'université Paris 13. 20 novembre 2009, Procédures, avril 2010, n° 4, Dossier 2, no 22.

(٢) راجع في ذلك :

CROZE H.: Les actes de procédure civile et les nouvelles technologies. in Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies, op. cit., Dossier 4, no 3.

(٣) جاء نص المادة 111-12 L. من قانون التنظيم القضائي والمعدلة بالقانون رقم

٢٠١١-٨٠٣ بتاريخ ٥ يوليو ٢٠١١ (JORF, n°0155, du 6 juillet)

(2011, p. 11705) على النحو التالي :

(Les audiences devant les juridictions judiciaires, sans préjudice des dispositions particulières du code de la santé publique du code de procédure pénale et du code de

من الإعراف به إجرائياً؛ أي في نطاق الإجراءات المدنية، فإن التبادل بالطريق الإلكتروني لا يختلط مع استخدام التقنيات الرقمية la technique numérique.

وبالإضافة إلى احترام مبدأ علانية المرافعات، فإن هذا الاستبعاد لجلسات المرافعة من نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني يجد تبريره كاملاً في النشاط الحوارية الذي تتميز به الجلسات l'interactivité des audiences والذي لا يسمح نظام التبادل بالطريق الإلكتروني بتحقيقه على العكس من نظام الفيديو كونفرنس^(١).

٢٢- ثالثاً: دور التبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات الشفهية les procédures orales:

على الرغم من أنه يتعين أن يتم السماح به إعمالاً لعدد من القرارات التقنية المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني^(٢)، فإن دور التبادل

=l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, peuvent, par décision du président de la formation de jugement, d'office ou à la demande d'une partie, et avec le consentement de l'ensemble des parties, se dérouler dans plusieurs salles d'audience reliées directement par un moyen de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la transmission.

L'une ou plusieurs de ces salles d'audience peuvent se trouver en dehors du ressort de la juridiction saisie.

Pour la tenue des débats en audience publique, chacune des salles d'audience est ouverte au public. Pour la tenue des débats en chambre du conseil, il est procédé hors la présence du public dans chacune des salles d'audience.

Les prises de vue et les prises de son ne peuvent faire l'objet d'aucun enregistrement ni d'aucune fixation, hors le cas prévu par les articles L. 221-1 et suivants du code du patrimoine.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État.

(١) ومع ذلك، فإن البعض من الفقه قد عرض لحالة إلغاء جلسة اجتماع رئيس محكمة Tullès الابتدائية مع محامي الأطراف (يطلق عليها la conférence du président) المنصوص عليه في المادة ٧٥٩ من قانون المرافعات المدنية. راجع في ذلك: ما يلي، بند ١١٧. وأيضاً:

DEPARIS B.: RPVA : expérience pratique, bilan positif, Gaz. Pal., 11 au 13 juillet 2010, nos 192 à 194, p. 9.

(٢) راجع بصفة خاصة قرار وزير العدل بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٠ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي لا تستلزم التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف (=Arrêté du 5 mai 2010 relatif à la

بالطريق الإلكتروني في نطاق الإجراءات الشفوية^(١) لا يمكن إلا أن يظل محصوراً في الحالات التي تكون فيها كتابات أو محركات écritures أحد الأطراف لها قيمة إجرائية. ففي الواقع، فعندما تكون الإجراءات شفوية، فإن الأطراف يقدمون شفويًا verbalement في الجلسة إدعاءاتهم والوسائل التي يستندون إليها^(٢). وفي هذا الفرض، فإن التبادل بالطريق الإلكتروني لا يمكن أن يتعلق إلا بالحالة التي يسمح فيها للأطراف باللجوء إلى الكتابة. وهذا يشمل فرضين يندرجان في الإطار المحدد بالمادة ٤٤٦ - ١ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية والتي أدرجت في قانون المرافعات المدنية بموجب المرسوم رقم ٢٠١٠ - ١١٦٥ الصادر بتاريخ الأول من

=communication par voie électronique dans la procédure sans représentation obligatoire devant les cours d'appel, (JORF, n°0111, 15 mai 2010, p. 9041, راجع: ما يلي، بند ١٤٠.

(١) نذكر من ذلك أن الإجراءات تكون شفوية أمام المحكمة التجارية إعمالاً للمادة ٨٦٠ - ١ من قانون المرافعات المدنية (المستحدثة بالقانون رقم ٢٠١٠ - ١١٦٥ الصادر بتاريخ الأول من أكتوبر ٢٠١٠ والمتعلق بالتوفيق وبالإجراءات الشفوية في المواد المدنية والتجارية والعمالية، JORF, n°0230, 3 octobre 2010, p. 17986) التي تنص على أن: (La procédure est orale) - وكذلك أمام المحكمة الجزئية إعمالاً للمادة ٨٤٦ من قانون المرافعات المدنية المعدلة بذات القانون المشار إليه والتي تنص على أن:

(La procédure est orale).

- وهو ذات الوضع بالنسبة للإجراءات أمام محكمة الإيجارات الزراعية tribunal paritaire de baux ruraux ؛ حيث تنص المادة ٨٨٢ من قانون المرافعات المدنية على أن:

(La procédure applicable devant le tribunal paritaire est celle qui est suivie devant le tribunal d'instance sous réserve des dispositions ci-dessous).

- وهو ذات الوضع بالنسبة للإجراءات أمام المحكمة العمالية Le conseil de prud'hommes ؛ حيث تنص المادة 3-1453 R. من قانون العمل على أن:

(La procédure prud'homale est orale).

(٢) راجع: الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ - ١ من قانون المرافعات المدنية، والتي تنص في الشطر الأول منها على أن:

(Les parties présentent oralement à l'audience leurs prétentions et les moyens à leur soutien....).

أكتوبر ٢٠١٠^(١). ويتمثل هذين الفرضين في أن:

من ناحية أولى، فإعمالاً للفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ - ١ من قانون المرافعات المدنية، يستطيع الأطراف دائماً في أثناء الجلسة أن يرجعوا إلى إدعاءاتهم ووسائلهم التي قدموها كتابة^(٢)، والتي من الممكن حيثثذ أن تكون فيما سبق قد تم تبادلها بالطريق الإلكتروني.

ومن ناحية ثانية، فإعمالاً للفقرة الثانية من ذات المادة، يجوز بنص خاص أن يسمح لأحد الأطراف بصياغة إدعاءاته ووسائله بالكتابة دون أن يحضر في الجلسة^(٣). نذكر من ذلك على سبيل المثال ما تنص عليه المادة

(١) راجع المرسوم رقم ٢٠١٠ - ١١٦٥ بتاريخ الأول من أكتوبر ٢٠١٠ المتعلق بالتوفيق وبالإجراء الشفهي في المواد المدنية والتجارية والاجتماعية (Décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, JORF, n°0230, du 3 octobre 2010, p. 17986). وفقاً للمادة الخامسة من هذا المرسوم، فقد تم تعديل المبحث الفرعي الأول (عنوانه: Les débats) من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثالث عشر من الكتاب الأول من قانون المرافعات المتضمن للقواعد العامة على النحو التالي:

١ - تم تجميع المواد من ٤٣٠ إلى ٤٤٦ في فقرة مستقلة تحت العنوان الآتي (Paragraphe 1: Dispositions générales).

٢ - استحدثت بعد هذه الفقرة فقرة جديدة تضمنت المواد من ٤٤٦ - ١ إلى ٤٤٦ - ٤ تحت عنوان (Paragraphe 2: Dispositions propres à la procédure orale).

(٢) جاء نص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ - ١ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Les parties présentent oralement à l'audience leurs prétentions et les moyens à leur soutien. Elles peuvent également se référer aux prétentions et aux moyens qu'elles auraient formulés par écrit. Les observations des parties sont notées au dossier ou consignées dans un procès-verbal).

(٣) جاء نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ - ١ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Lorsqu'une disposition particulière le prévoit, les parties peuvent être autorisées à formuler leurs prétentions et leurs moyens par écrit sans se présenter à l'audience. Le jugement rendu dans ces conditions est contradictoire. Néanmoins, le juge a toujours la faculté d'ordonner que les parties se présentent devant lui).

٤٤٦ - ٢ من ذات القانون من قيام القاضي - في حالة ما إذا تم تأجيل المرافعات إلى جلسة تالية - بتنظيم كيفية تبادل الأطراف لإدعاءاتهم ووسائلهم ومستنداتهم، ويشترط موافقتهم على ذلك^(١). وهو ما يطلق عليه في الفقه الفرنسي "calendrier de procedure"^(٢).

وفي تلك الحالات، وتطبيقاً للمادة ٤٤٦ - ٤ من قانون المرافعات المدنية، فإن تاريخ هذه الإدعاءات والوسائل هو تاريخ تبادلها بين الأطراف^(٣)، وهذا التبادل يمكن لذلك أن يتم بسهولة بالطريق الإلكتروني وفقاً للتنظيم الذي وضعه المشرع، وحسب القواعد المخصصة للتبادل أمام كل نوع من أنواع المحاكم^(٤).

(١) جاء نص المادة ٤٤٦ - ٢ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:
Lorsque les débats sont renvoyés à une audience ultérieure, le juge peut organiser les échanges entre les parties comparantes. Si les parties en sont d'accord, le juge peut ainsi fixer les délais et les conditions de communication de leurs prétentions, moyens et pièces.
Lorsque les parties formulent leurs prétentions et moyens par écrit, le juge peut, avec leur accord, prévoir qu'elles seront réputées avoir abandonné les prétentions et moyens non repris dans leurs dernières écritures communiquées.
A défaut pour les parties de respecter les modalités de communication fixées par le juge, celui-ci peut rappeler l'affaire à l'audience, en vue de la juger ou de la radier.
Le juge peut écarter des débats les prétentions, moyens et pièces communiqués sans motif légitime après la date fixée pour les échanges et dont la tardiveté porte atteinte aux droits de la défense).

- وراجع أيضاً فيما يتعلق بجدولة أو تنظيم الإجراءات أمام المحكمة الجزئية المادتين ٨٤٧ - ١، ٨٤٧ - ٢ من قانون المرافعات المدنية والمعدلتين بموجب المادة ٦ من المرسوم رقم ٢٠١٠ - ١١٦٥ الصادر بتاريخ الأول من أكتوبر ٢٠١٠.

(٢) راجع على سبيل المثال:
BRENNER C. et FRICERO N.: La nouvelle procédure d'appel, édition Lamy, 2ème édition, 2011, n° 306.

(٣) جاء نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ - ٤ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(La date des prétentions et des moyens d'une partie régulièrement présentés par écrit est celle de leur communication entre parties).

(٤) راجع في ذلك:
LEIRS É.: Communication électronique, art. préc., n° 15.

وأخيراً، وبعيداً عن هاتين الحالتين، وبصفة خاصة فيما يتعلق بالمذكرات التي توجه إلكترونياً دون أن يحضر الخصم إلى الجلسة، فإن الكتابة لن يكون لها أي أثر أو قيمة إجرائية *valeur procédurale*.

المطلب الثاني

التبادل بالطريق الإلكتروني يتعلق بكافة أوراق المرافعات

٢٣- فيما يتعلق بأوراق المرافعات التي يمكن أن يتم تبادلها بالطريق الإلكتروني، فإن المشرع الفرنسي قد نص في المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية على تعداد للأوراق التي تدخل في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني (أولاً). غير أن هذا التعداد لا يتضمن الأوراق التي تتم خارج نطاق القضاء *les actes extrajudiciaires*، وبالتالي لا تندرج في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني، ما لم يوجد نص خاص على خلاف ذلك (ثانياً). كذلك، فإن ذلك التعداد لا يتعلق إلا بتبادل تلك الأوراق بالطريق الإلكتروني؛ إذ لا يتعلق بتحريرها أو إنشائها، وإن كان لا يمكن تبادل ورقة بالطريق الإلكتروني ذول أن يتم تحويلها من الشكل التقليدي إلى الشكل الإلكتروني (ثالثاً). وهذا ما سنعرض له تفصيلاً على النحو التالي:

٢٤- أولاً: قائمة الأوراق الداخلة في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني:

إذا كان المشرع قد حدد في المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية أوراق المرافعات التي يمكن تبادلها بالطريق الإلكتروني، فإن كل ورقة من هذه الأوراق ترتبط أو تتفق مع طريقة أو أكثر من طرق التبادل المذكورة في ذات النص، وذلك على النحو التالي:

٢٥- [١١] تعداد الأوراق الداخلة في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني: تحتوي المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية على قائمة طويلة للأوراق القابلة لأن يتم تبادلها بالطريق الإلكتروني؛ حيث تشمل هذه القائمة كل من: أوراق المرافعات *les actes de procédure*، والمستندات *les pièces*، والإخطارات *les avis*، والتنبيهات *les*

les convocations أو avertissements والتقارير ، les rapports والمحاضر les procès-verbaux ، وكذلك الصور والنسخ المذيلة بالصيغة التنفيذية من القرارات القضائية les copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles .

ويسمح هذا التعداد بمحاولة التعرف على المعنى المقصود لكل منهما في ذهن المشرع عند وضع هذا النص. فإذا كان تعبير ورقة المرافعات "acte de la procedure" وفقا لمفهومه الواسع يشمل كل ورقة تنجز أو تتم أثناء الإجراءات ، وأيا كان من يقوم بها ، فإن تعبير ورقة المرافعات "acte de procedure" المنصوص عليها في المادة ٧٤٨-١ المشار إليها يبدو كأنه ينحصر في المعنى الضيق للورقة l'acte التي تصدر من أحد الخصوم من أجل المضي أو السير في الإجراءات^(١). أما أوراق قلم الكتاب فتمثل في باقي الأوراق الواردة في النص المذكور^(٢).

أما بالنسبة لتعبير القرار القضائي "décision juridictionnelle" الوارد في ذات النص ، فيتعين علينا ألا نجعل هذا التعبير يقتصر فقط على الحكم الذي يعتبر عملاً حقيقياً للوظيفة القضائية للقاضي ، ولكن يتعين أخذ هذا التعبير كمرادف للحكم القضائي بالمعنى الواسع^(٣) ؛ أي يدخل في مفهوم القرار القضائي هنا الأوامر على عرائض وأوامر الأداء. ٢٦- [٢] اقتران كل ورقة من أوراق المرافعات مع آلية أو أكثر من آليات التبادل:

يتعين أن يلاحظ أن كل ورقة من أوراق المرافعات الواردة في المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية والتي يمكن تبادلها بالطريق

(١) راجع في ذلك :

GUINCHARD, CHAINAIS C. et FERRAND F.: Procédure civile, Dalloz, 30e éd., 2010, no 875.

(٢) راجع في ذلك :

LEIRS É.: Communication électronique, art. préc., n° 16.

(٣) راجع في ذلك :

LEIRS É.: Communication électronique, art. préc., n° 16.

الإلكتروني تقترن أو تتوافق مع واحدة أو أكثر من آليات التبادل المذكورة في ذات النص والتي استعرضناها فيما سبق، وهي: الإرسال، والتسليم، والإعلان^(١). وعلى ذلك، فإن أوراق المرافعات les actes de procédures يتم - على حسب الأحوال - تسليمها أو إرسالها أو إعلانها. أما الإخطارات les avis أو التنبيهات (الإنذارات) les avertissements فيتم تسليمها أو إعلانها. أما الاستدعاءات les convocations فيتم تسليمها أو إعلانها. أما صور الأحكام les copies des jugements فيتم إعلانها أو إرسالها. أما التقارير les rapports والمحاضر les procès-verbaux فبصفة عامة يتم إرسالها.

غير أنه إذا كانت كل ورقة من أوراق المرافعات - وفقاً للمعنى الواسع - تتوافق مع آلية أو أكثر من آليات التبادل التي درستها والمتمثلة في التسليم، والإرسال، والإعلان، فعلى العكس من ذلك، فإن تبادل هذه الأوراق بالطريق الإلكتروني - والذي يحل محل التسليم أو الإرسال أو الإعلان - يخضع لنظام قانوني واحد، منصوص عليه في المادة ٧٤٨ - ٢ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية، وهو موضوع الدراسة في الفصل الثاني من هذه الدراسة^(٢).

٢٧ - ثانياً: القائمة تستبعد الأوراق غير القضائية من نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني ما لم يوجد نص خاص:

نظراً لعمومية المادة ٧٤٨ - ١ من قانون المرافعات المدنية ووضعها ضمن النصوص العامة لهذا القانون، فيبدو أنها تحكم أو تنظم كافة الأوراق التي تدخل في نطاق قانون المرافعات المدنية. فمجال تطبيق هذا القانون يكون أكثر اتساعاً من مجال الخصومة القضائية. من ذلك، أن جميع أوراق المحضرين تم تنظيمها في هذا القانون، تطبيقاً للمادة ٦٤٨^(٣)،

(١) راجع: ما سبق، بند ١٥ وما بعده.

(٢) راجع: ما يلي، بند ٧٤ وما بعده.

(٣) جاء نص المادة ٦٤٨ من قانون المرافعات على النحو التالي:

(Tout acte d'huissier de justice indique, indépendamment des mentions prescrites par ailleurs :

1. Sa date ;

=

حتى ولو كانت غير قضائية ؛ أي حتى لو كان يتم إنجازها خارج الإجراءات القضائية^(١).

غير أنه رغم هذه العمومية، فإن قائمة الأوراق التي يمكن أن يتم تبادلها بالطريق الإلكتروني الواردة في المادة ٧٤٨-١ لا تتضمن الأوراق غير القضائية. وعلى ذلك، ليس من السهل أن ندخل الأوراق غير القضائية (الأوراق التي تتم خارج نطاق القضاء) في فئة أوراق المرافعات التي تدخل في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني، ما لم يوجد نص خاص يؤكد إمكانية تبادلها إلكترونياً. وهذا هو السبب الذي بموجبه نص المرسوم رقم ٢٠١٢-٣٦٦ الصادر بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢^(٢) صراحة على توسيع نطاق تطبيق نص المادة ٧٤٨-١ وما بعدها على الإعلان بالطريق الإلكتروني *la signification par voie électronique*، دون تمييز بين إعلان الأوراق القضائية *les actes judiciaires* والأوراق غير القضائية *les actes extrajudiciaires*^(٣).

٢٨- ثالثاً: القائمة تتعلق فقط بتبادل الأوراق ولا تتعلق بإنشائها إلكترونياً:

إذا كانت المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية لم تتناول إلا

-
2. a) Si le requérant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ;
 - b) Si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement.
 3. Les nom, prénoms, demeure et signature de l'huissier de justice ;
 4. Si l'acte doit être signifié, les nom et domicile du destinataire, ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social.
- Ces mentions sont prescrites à peine de nullité).

(١) راجع في ذلك:

GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F.:
Procédure civile, op. cit., no 875

(٢) المرسوم رقم ٢٠١٢-٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المتعلق بإعلان أوراق المحضرين بالطريق الإلكتروني وإعلانات الدولية، المشار إليه سابقاً.

(٣) راجع: ما يلي، بند ١٤٢.

التبادل الإلكتروني لأوراق المرافعات، ولم تتناول مراحل أو عملية عدم ماديتها، أي وضعها على دعامة إلكترونية، فإن المؤكد هو صعوبة تبادل ورقة ما إلكترونياً ما لم يتم تحويلها من وضعها على دعامة ورقة إلى وضعها على دعامة إلكترونية.

٢٩- [١٦] المادة ٧٤٨- ١ لا تتناول عملية عدم مادية الأوراق التي يتم تبادلها إلكترونياً:

إذا كان التعداد الطويل للأوراق الوارد في المادة ٧٤٨- ١ من قانون المرافعات المدنية يبدو أنه يتميز بشموليته، ويتضمن جميع المبادلات القابلة لأن تتم في نطاق الإجراءات المدنية، فإن هذا التعداد لا يتعلق مع ذلك بمراحل أو بإجراءات عدم المادية le processus de dématérialisation المتعلقة بتلك الورقة؛ أي بتحويل الورقة من شكلها التقليدي إلى الشكل الإلكتروني؛ حيث تعتبر هذه العملية منفصلة عن عملية تبادل الأوراق بالطريق الإلكتروني^(١).

ولذلك، فإن المادة ٧٤٨- ١ المشار إليها والمنظمة للتبادل بالطريق الإلكتروني لا تتعلق إلا بعدم مادية عملية تبادل أو انتقال الأوراق la dématérialisation de la transmission des actes، دون أن تتعرض إلى مسألة إنشاء أو تحرير هذه الأوراق l'établissement de ces actes نفسها^(٢).

٣٠- [٢١] صعوبة التبادل بالطريق الإلكتروني لورقة غير مادية: إذا كانت الورقة التي يتم تبادلها تدخل بوضوح في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني المنظم بالمواد ٧٤٨- ١ وما بعدها من قانون

(١) راجع في ذلك:

HARRAR E.: Signature électronique: le décret qui contourne le Code de procédure civile, <http://www.blog.dreyfus.fr/2010/06/signature-electronique-le-decret-qui-contourne-le-code-de-procedure-civile/>

(٢) راجع في ذلك:

LAVRIC S.: Communication par voie électronique en matière civile: nouvelle précision, D., actualité, 5 mai 2010.

المرافعات، فإن ذلك يفرض التساؤل حول معرفة كيف يتم التبادل الإلكتروني لورقة هي نفسها لن تكون غير مادية^(١)، كما لو كانت محضر إعلان un procès-verbal de notification؟ وهذا ما يجعلنا نتعرض بالدراسة لعدم مادية أوراق المرافعات.

٣١- (أ) ضرورة عدم مادية (إلكترونية) الأوراق التي تسلم

«Actes réceptives» :

على الرغم من أن التبادل بالطريق الإلكتروني هو فقط الذي يتعلق بالمادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية، فيمكن مع ذلك أن يمتد نطاق تطبيقه إلى إنشاء الأوراق التي يطلق عليها "الأوراق التي تسلم" «actes réceptives»، وهي الأوراق التي لا يكون لها وجود قانوني إلا بنقلها إلى مستلم^(٢). فظنراً لاستحالة فصل إنشاء هذه الأوراق عن نقلها، فإن هذه الإنشاء يبدو ضرورياً أن ينظم بواسطة الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني.

غير أن فكرة الورقة التي تسلم لا تنتج من نص قانوني، ولا من أحكام القضاء، ولكنها تشكل أداة للتصنيف مستخدمة بواسطة الفقه. ونذكر من هذه الأوراق على سبيل المثال: استدعاء convocation، أو إخطار avis، أو تنبيه avertissement أو أمر قضائي injUNCTION.

(١) راجع: ما يلي، بند ٩٨.

(٢) يمكن تعريف الأوراق التي تُسلم بأنها عمل قانوني فردي يتعين أن يصل عن طريق الإعلان إلى علم الشخص الذي وجه إليه، وإلا لن ينتج أي أثر قانوني. ومن ذلك على سبيل المثال: الإعداء la mise en demeure، وإلغاء وكالة la révocation de mandat، تنبيه بالإخلاء congé de bail. راجع التعريف الوارد في Lexique Juridique على العنوان الإلكتروني التالي: <http://www.actes-types.com/lexique-mot=acte-receptive-756.html>

- وجاء هذا التعريف على النحو التالي:

- (Acte juridique unilatéral qui doit être porté, par une notification, à la connaissance de la personne envers laquelle il est dirigé, sous peine de ne produire aucun effet juridique. Il s'agit par exemple de la mise en demeure, de la révocation de mandat ou du congé de bail).

وضرورة عدم مادية الأوراق التي تسلم تم تأكيدها أيضًا بواسطة
المرسوم رقم ٢٠١٠ - ٤٣٤ بتاريخ ٢٩ أبريل ٢٠١٠ المتعلق بالتبادل
بالطريق الإلكتروني في المواد المدنية^(١) الذي عدل بالتوقيع الإلكتروني
عملية التحقق من شخصية أو هوية identification المساعد القانوني^(٢) في
حالة الدخول إلى منصة الاتصالات المؤمنة plateforme sécurisée de
communication التي تنفذها هيئته المهنية^(٣).

(١) راجع:

Décret n° 2010-434 du 29 avril 2010 relatif à la
communication par voie électronique en matière de
procédure civile, JORF, n°0102, 2 mai 2010, texte n° 17.

(٢) راجع المادة الأولى من هذا المرسوم التي تنص على أن: (يعتبر توقيعًا، من أجل
تطبيق نصوص قانون المرافعات المدنية على أوراق المرافعات التي يقوم أعوان
القضاء المساعدين أو الممثلين للأطراف بإعلانها أو تسليمها بمناسبة الإجراءات
المتبعة أمام محاكم أول درجة وثاني درجة، عملية التحقق من شخصية أو هوية
من يقوم بالإجراءات والتي تتم في حالة التبادل بالطريق الإلكتروني، وفقا
للآليات المنصوص عليها في القرار الوزاري الصادر تطبيقًا للمادة ٧٤٨ - ٦ من
قانون المرافعات المدنية). وقد جاء نصها على النحو التالي:

(Vaut signature, pour l'application des dispositions du
code de procédure civile aux actes que les auxiliaires de
justice assistant ou représentant les parties notifient ou
remettent à l'occasion des procédures suivies devant les
juridictions des premier et second degrés, l'identification
réalisée, lors de la transmission par voie électronique,
selon les modalités prévues par les arrêtés ministériels pris
en application de l'article 748-6 du code de procédure
civile).

- ويتعين أن يلاحظ أن هذا المرسوم يستخدم عبارة معاون القضاء
auxiliaire de justice أو أعوان القضاء auxiliaires de justice
للتعبير عن ممثلي الخصوم أو المساعدين لهم، أي المحامين. ويمكن أن نستخدم
أيضًا عبارة (المساعد القانوني أو المساعدين القانونيين).

(٣) راجع في ذلك:

DEPARIS B.: RPVA: expérience pratique, art. préc., p. 9.

- وقد كتب سيادته أن: هذا المرسوم الصادر بتاريخ ٢٩ أبريل ٢٠١٠ يتعين
نتيجة لذلك أن يعالج أو يضبط، أمام المحكمة الابتدائية، مسألة إعلان المذكرات
بين المحامين والتي يمكن أن تُدرك من الآن فصاعدًا عن طريق الإرسال بين المحامين
لرسائل مصحوبة بالمذكرات غير المادية والتي تفترض تحديد هوية وكذلك تمثل
إعلان، ومع ذلك فإن هذا المرسوم لا ينظم مع ذلك إلا انتقال أوراق المرافعات =
وليس إنشائها.

ويعتبر الإعلان أيضاً ورقة من الأوراق التي تسلم، وكذلك الأمر بالنسبة لكافة أوراق التنفيذ *actes d'exécution*^(١). ويتمي التبادل الإلكتروني لهذه الأوراق إلى الإعلان بالطريق الإلكتروني الذي سنخصص له جزءاً خاصاً من هذه الدراسة^(٢).

٣٢- (ب) ضرورة عدم مادية (إلكترونية) الأوراق الأخرى التي يتم تبادلها أثناء الإجراءات:

على العكس من الأوراق التي تسلم "*actes réceptives*"، فإن بعض الأوراق قد توجد بذاتها، دون أن يكون تواجدها مرتبطاً باشتراط نقلها إلى مرسل إليه. غير أن هذا الانتقال يكون بالتأكيد ضرورياً لكي يؤمن لهذه الأوراق الخضوع لمبدأ المواجهة؛ وإن كان ذلك الانتقال لا يعتبر شرطاً لصحة هذه الأوراق. ونذكر من ذلك بصفة خاصة الحكم القضائي: فصدور الحكم القضائي يرتب آثاراً قانونية، وبصفة خاصة، إعمالاً للمادة ٤٨١ من قانون المرافعات المدنية، استفاد ولاية القاضي *le dessaisissement du juge* الذي أصدره^(٣) وحجيته. وعلى العكس من ذلك، فإن إعلانه فقط يترتب عليه بدء سريان مواعيد الطعن بالنسبة لمن

"Ce décret du 29 avril 2010 devrait par conséquent régler, devant le TGI, la question de la signification des conclusions entre avocats, qui peut s'entendre désormais par l'envoi entre avocats de messages assortis des conclusions dématérialisées, lesquelles vaudront présomption d'identification et, partant, de signification, bien que cette disposition ne régitte toutefois que la transmission des actes de procédure et non leur établissement".

(١) راجع في ذلك:

VINCKLER: Acte de saisie, J.-Cl. Encycl. huissiers justice, fasc. unique, no 18.

(٢) راجع: ما يلي، بند ١٤٢ وما بعده.

(٣) تنص المادة ٤٨١ من قانون المرافعات المدنية على أن:

(Le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche.

Toutefois, le juge a le pouvoir de rétracter sa décision en cas d'opposition, de tierce opposition ou de recours en révision.

Il peut également l'interpréter ou la rectifier sous les distinctions établies aux articles 461 à 464).

صدر ضده أو يسمح بأن يجعله قابلاً للتنفيذ (م ٥٠٣، ٥٢٨ مرافعات)^(١). وفي ظل النصوص الحالية للقانون، يبدو لنا أن عدم مادية هذه الأوراق تكون غير منظمة بواسطة نصوص قانون المرافعات المدنية المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني؛ إذ أن إنشاء هذه الأوراق على دعامة إلكترونية يتعين إذاً أن يتم وفقاً لنظام قانوني خاص. من ذلك بصفة خاصة أوراق المحضرين *actes des huissiers de justice*: فعلى الرغم من عدم دخولها في نظام "الأعمال التي تسلم" السابق دراستها، فيمكن أن يتم إنشاؤها على دعامة إلكترونية وذلك تطبيقاً للمادة ١٣١٧ من القانون المدني^(٢)، وفقاً للشروط المحددة بالمادة ٢٥ وما بعدها من المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المنظم لأحكام المحضرين^(٣) والمعدل بالمرسوم رقم ٢٠٠٥ - ٩٧٢ بتاريخ ١٠ أغسطس ٢٠٠٨^(٤).

(١) تنص المادة ٥٠٣ من قانون المرافعات المدنية على أن:

(Les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire. En cas d'exécution au seul vu de la minute, la présentation de celle-ci vaut notification).

أما المادة ٥٢٨ من قانون المرافعات المدنية فتص على أن:

(Le délai à l'expiration duquel un recours ne peut plus être exercé court à compter de la notification du jugement, à moins que ce délai n'ait commencé à courir, en vertu de la loi, dès la date du jugement. Le délai court même à l'encontre de celui qui notifie).

(٢) تنص المادة ١٣١٧ من القانون المدني على أن:

(L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat).

(٣) راجع في ذلك:

Décret n°56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice.

(٤) راجع في ذلك:

Décret n° 2005-972 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice, JORF, n°186, 11 août 2005, p. 13095.

أما فيما يتعلق بالأحكام القضائية، فإن المادة ٧٤٨ - ١ من قانون المرافعات المدنية لم تشر إلا إلى التبادل بالطريق الإلكتروني لصورة الحكم، أو نسخة الحكم المذيلة بالصيغة التنفيذية؛ أي الصورة التنفيذية للحكم. ومن ثم، لم يكن ممكناً في ظل تلك المادة أو غيرها أن يتم إنشاء الحكم القضائي على دعامة غير مادية (دعامة إلكترونية)، وذلك على العكس من الأحكام الصادرة في المواد الجنائية^(١). غير أن المشرع تدخل بالمادة السابعة من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ١٥١٥ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢^(٢) وذلك بتعديل المادة ٤٥٦ من قانون المرافعات المدنية. وبموجب هذا التعديل أصبح من الممكن إنشاء الحكم القضائي على دعامة ورقية أو دعامة إلكترونية^(٣)؛ حيث تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٦ بعد تعديلها على أن: (يمكن إنشاء الحكم القضائي على دعامة ورقية أو دعامة إلكترونية. ويتم توقيعه بواسطة الرئيس والكاتب. وفي حالة وجود مانع لدى الرئيس، يذكر ذلك على نسخة الحكم ويوقع عليها أحد القضاة الذين حضروا المداولة). وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أن: (عندما يكون الحكم القضائي قد تم إنشاؤه على دعامة إلكترونية، فإن

(١) راجع المادة ٨٠١ - ١ من قانون الإجراءات الجنائية والمستحدثة بالمادة ١٣١

من القانون رقم ٢٠٠٩ - ٥٢٦ بتاريخ ١٢ مايو ٢٠٠٩

(2) Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures,

JORF, n°0110, 13 mai 2009, p. 7920 والتي تنص على أن:

(Tous les actes mentionnés au présent code, qu'il s'agisse d'actes d'enquête ou d'instruction ou de décisions juridictionnelles, peuvent être revêtus d'une signature numérique ou électronique, selon des modalités qui sont précisées par décret en Conseil d'Etat).

(٢) راجع المرسوم رقم ٢٠١٢ - ١٥١٥ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢ المتناول

لنصوص متعددة متعلقة بالمرافعات المدنية وبالتنظيم القضائي.

Décret n° 2012-1515 du 28 décembre 2012 portant diverses dispositions relatives à la procédure civile et à l'organisation judiciaire, JORF, n°0304, 30 décembre 2012, p. 21018.

(٣) راجع في ذلك:

FINYEAR: Procédure civile : de nouvelles règles en 2013, http://larevue.ssd.com/ProcEDURE-civile-de-nouvelles-regles-en-2013_a1959.html.

المراحل المستخدمة يجب أن تضمن سلامته (اكتماله) وحفظه. والحكم القضائي المنشأ على دعامة إلكترونية يتم التوقيع عليه بطريقة التوقيع الإلكتروني الآمن الذي يتوافر فيه اشتراطات المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٢٧٢ بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠٠١ الصادر تطبيقاً للمادة ١٣١٦ - ٤ من القانون المدني والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني). وقد نصت الفقرة الثالثة من ذات المادة على أن: (آليات تطبيق المادة الحالية يتم تحديدها بقرار من وزير العدل)^(١).

المبحث الثاني

نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني من حيث الأشخاص

٢٢- تقسيم:

وردت المادة ٧٤٨ - ١ من قانون المرافعات المدنية بصيغة عامة، بما من شأنه أن التبادل بالطريق الإلكتروني ينطبق بالنسبة لكافة الأشخاص المباشرين للإجراءات les acteurs de la procedure. غير أن الواقع العملي يضيق من نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني من حيث

(١) جاء نص المادة ٤٥٦ من قانون المرافعات المدنية (معدلة بالمادة السابعة من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ١٥١٥ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢ المتناول لنصوص متعددة متعلقة بالمرافعات المدنية وبالتنظيم القضائي) على النحو التالي:
(Le jugement peut être établi sur support papier ou électronique. Il est signé par le président et par le greffier. En cas d'empêchement du président, mention en est faite sur la minute qui est signée par l'un des juges qui en ont délibéré.

Lorsque le jugement est établi sur support électronique, les procédés utilisés doivent en garantir l'intégrité et la conservation. Le jugement établi sur support électronique est signé au moyen d'un procédé de signature électronique sécurisée répondant aux exigences du décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique.

Les modalités d'application du présent article sont précisées par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice).

الأشخاص؛ إذ أن هذه العمومية تستلزم لتطبيقها وجود قرارات تقنية تنظم آليات تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة لكل من له صلة بالإجراءات. وعلى ذلك، فإن الدراسة في هذا المبحث تنقسم إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: التبادل بالطريق الإلكتروني يتعلق بكافة الأشخاص المباشرين للإجراءات.

المطلب الثاني: الواقع العملي يضيق من نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني من حيث الأشخاص.

المطلب الأول

التبادل بالطريق الإلكتروني يتعلق بكافة الأشخاص المباشرين للإجراءات
٣٤- الأوراق القابلة لأن يتم إنجازها بالطريق الإلكتروني تم تعدادها في المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية بطريقة غير شخصية؛ أي دون الربط بين أي من هذه الأوراق وشخص معين من الأشخاص المباشرين للإجراءات؛ وبحيث أن كافة الأشخاص المباشرين لإجراء من الإجراءات المدنية يمكن أن يكونوا ممن يرسل أو يستقبل أوراقا بالطريق الإلكتروني^(١).

غير أن بعض هذه الأوراق يكون أكثر تناسبا أو توافقا مع بعض الأشخاص المحددين في الإجراءات: فأوراق المرافعات *les actes de procédure* في مفهومها الضيق تكون من حيث المبدأ من صنع الأطراف، بما فيهم النيابة العامة، وممثلهم وبصفة خاصة معاوني القضاء *les auxiliaires de justice*. أما الإخطارات *les avis* والتبهيئات *les avertissements* ومحاضر الصلح *les procès-verbaux* وصور ونسخ القرارات القضائية المزيلة بالصيغة التنفيذية *les copies et expéditions revêtus de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles* تكون من عمل قلم الكتاب، سواء بمفرده أو بمعاونة القاضي. أما التقارير فهي من عمل الفنيين (الخبراء) أو الوكلاء (المفوضين) المعينين بواسطة المحكمة.

(١) راجع في ذلك:

FRICERO N.: Procédure civile: La généralisation de la communication....., art. préc., p. 270.

المطلب الثاني الواقع العملي يضييق من نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني من حيث الأشخاص

٣٥- على الرغم من عمومية التبادل بالطريق الإلكتروني، فإن كل المباشرين للإجراءات المدنية لا يكونوا من الناحية العملية ذوي صلة بالتبادل الإلكتروني. ففي الواقع، فإن القرارات التقنية التي تحدد الآليات العملية التي بموجبها يتعين أن تتم المبادلات الإلكترونية^(١)، لا تفتح باب التبادل الإلكتروني إلا لبعض الأشخاص المباشرين للإجراءات.

٣٦- أولاً: المحامون وأقلام الكتاب:

أشرنا فيما سبق أن الإرهاسات الأولى لنظام التبادل بالطريق الإلكتروني كانت فيما بين المحامين وأقلام كتاب المحاكم^(٢). ولذلك، فعندما بدأ المشرع في تطبيق النصوص العامة المنظمة للتبادل بالطريق الإلكتروني والواردة في المادة ٧٤٨-١ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية، فقد اهتم بصفة خاصة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بين المحامين^(٣)، وأقلام كتاب المحاكم، وذلك في القرارات التقنية اللازمة لتطبيقه. نذكر من ذلك، على سبيل المثال، أن القرار التقني الصادر من

(١) حول حصر لهذه القرارات التقنية، راجع: ما يلي، بند ٤٩.

(٢) راجع: ما سبق، بند ٢.

(٣) يلاحظ أنه على الرغم من عمومية النصوص المنظمة للتبادل بالطريق الإلكتروني والواردة في المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية، فإن القرارات التقنية اللازمة لتطبيقها لم تشر إلى إمكانية لجوء الأطراف بأنفسهم إلى التبادل بالطريق الإلكتروني، حيث تقصر هذه القرارات ذلك على ممثلي الخصوم دون الخصوم أنفسهم. ونعتقد أن السبب في ذلك يرجع إلى صعوبة لجوء الأطراف بأنفسهم إلى التبادل بالطريق الإلكتروني، وذلك بسبب التعقيدات التقنية، فضلاً عن صعوبة توفير الضمانات التي تشترطها المادة ٧٤٨-٦ من قانون المرافعات المدنية التي تنص على أن: (يتعين أن تضمن المراحل التقنية المستخدمة، وفقاً لشروط تحدّد بواسطة قرار من وزير العدل، الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل الإلكتروني، وسلامة واكتمال الوثائق المرسلة، وأمان وسرية المبادلات، وحفظ المبادلات التي تتم، وأن تسمح هذه المراحل بطريقة مؤكدة بإنشاء تاريخ الإرسال وكذلك تاريخ الاستلام من قبل المرسل إليه).

وزير العدل بتاريخ ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٨ والمتضمن التطبيق المبكر للنصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للإجراءات أمام المحاكم الابتدائية^(١)، ومن بعده القرار الصادر بتاريخ ٧ يناير ٢٠٠٩ والمتعلق بالتبادل الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية^(٢) لم ينظما إلا التبادل الإلكتروني بين المحامين أو بين أحد المحامين والمحكمة^(٣).

ونذكر أيضاً أن الفقرة الثانية من المادة الأولى من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ١٧ يونيو ٢٠٠٨ والمتضمن التطبيق المبكر للنصوص

(١) راجع في ذلك :

Arrêté du 25 septembre 2008 portant application anticipée pour la procédure devant le tribunal de grande instance des dispositions relatives à la communication par voie électronique, JORF, n° 236, 9 octobre 2008.

- راجع في هذا القرار :

SABATER G.: Nouvelles technologies et système judiciaire – Le deployment de la communication dans les juridictions judiciaires, JCP, éd. G., 2008, I, 123.

(٢) راجع في ذلك :

Arrêté du 7 avril 2009 relatif à la communication par voie électronique devant les tribunaux de grande instance, JORF, 11 avril 2009.

(٣) راجع المادة الأولى من قرار وزير العدل الصادر في ٧ أبريل ٢٠٠٩ التي تنص على أن: عندما يتم تنفيذها بالطريق الإلكتروني بين المحامين أو بين أحد المحامين والمحكمة، في إطار الإجراءات أمام المحكمة الابتدائية، فإن المراسلات – أي ما يتم إرساله –، والتسليمات – أي ما يتم تسليمه –، وإعلانات كل من أوراق المرافعات، والمستندات، والإخطارات، والتنبيهات أو الاستدعاءات، والتقارير، والمحاضر، وكذلك الصور والنسخ المذيلة بالصيغة التنفيذية من القرارات القضائية يتعين أن تستوفي الضمانات المحددة في هذا القرار. وقد جاء نص تلك المادة على النحو التالي :

(Lorsqu'ils sont effectués par voie électronique entre avocats ou entre un avocat et la juridiction, dans le cadre d'une procédure devant le tribunal de grande instance, les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles doivent répondre aux garanties fixées par le présent arrêté).

المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للإجراءات أمام محكمة النقض^(١) تنص على أن: (في المسائل المدنية المنظمة بواسطة قانون المرافعات المدنية، وعندما يتم تمثيل الأطراف بواسطة محام بمجلس الدولة وبمحكمة النقض، فإن المراسلات - أي ما يتم إرساله - ، والتسليمات - أي ما يتم تسليمه - ، وإعلانات أوراق المرافعات والمستندات التالية يمكن أن يتم إجراؤها بالطريق الإلكتروني: صحيفة الطعن بالنقض والمستندات المرفقة بها؛ والمذكرات والمستندات المرفقة بها، وبصفة خاصة المذكرات بالطلبات، والدفاع، والنقض العارض (الفرعي) أو النقض المثار (المقابل)، ومذكرات الرد على هذه الطعون، وبصفة عامة كل المذكرات التي تسمح بتبادل توكيل، أو طلب، أو ملاحظات)^(٢).

ويؤكد ذلك أيضاً ما سيلي ذكره بشأن القرارات التقنية المتتالية الصادرة من وزير العدل والمتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف؛ حيث تنطبق هذه القرارات على الأوراق التي تتم بالطريق الإلكتروني بواسطة

(١) راجع في ذلك:

Arrêté du 17 juin 2008 portant application anticipée pour la procédure devant la Cour de cassation des dispositions relatives à la communication par voie électronique, JORF, 26 juin 2008.

- راجع في هذا القرار:

SABATER G.: Nouvelles technologies et système judiciaire..., art. péc.

(٢) جاء نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من قرار وزير العدل بتاريخ ١٧ يونيو

٢٠٠٨ المشار إليه على النحو التالي:

(Dans les matières régies par le code de procédure civile, lorsque les parties sont représentées par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les envois, remises et notifications des actes de procédure et des pièces suivants peuvent être effectués par voie électronique : les déclarations de pourvoi et les pièces qui leur sont associées ; les mémoires et les pièces qui leur sont associées, en particulier les mémoires en demande, en défense, les pourvois incidents ou provoqués, les mémoires en réponse à ces pourvois et d'une façon générale tous les mémoires permettant la transmission d'une constitution, d'une requête ou d'observations).

المحامين^(١).

وهو ذات النهج الذي اتبعه المشرع أخيراً في قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٢١ يونيو ٢٠١٣ والمتعلق بتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني بين المحامين وكذلك بين المحامين والمحكمة في نطاق الإجراءات أمام المحاكم التجارية^(٢).

٣٧ - ثانياً: محضرو المحاكم:

إذا كان المشرع قد أظهر من البداية اهتمامه بوضع القواعد اللازمة لتطبيق نظام التبادل بالطريق الإلكتروني بين المحامين وأقلام كتاب المحاكم، فإن الأمر قد تم مؤخراً بالنسبة للمحضرين. فقد صدر المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المتعلق بإعلان أوراق المحضرين بالطريق الإلكتروني وبالإعلانات الدولية^(٣). وقد ورد في

(١) راجع: ما يلي، بند ١٢٣ وما بعده.

(٢) راجع في ذلك:

Arrêté du 21 juin 2013 portant communication par voie électronique entre les avocats et entre les avocats et la juridiction dans les procédures devant les tribunaux de commerce, JORF, n° 0146, 26 juin 2013, p. 10526.

- وفي هذا الشأن تنص المادة الأولى من هذا القرار على أنه: (عندما يتم تنفيذها بالطريق الإلكتروني بين المحامين أو بين المحامين والمحكمة، بمناسبة إجراء أمام المحكمة التجارية، فإن المراسلات - أي ما يتم إرساله - ، والتسليمات - أي ما يتم تسليمه - ، وإعلانات كل من أوراق المرافعات، والمستندات، والإخطارات، والتنبيهات أو الاستدعاءات، والتقارير، والمحاضر، وكذلك الصور والنسخ المذيلة بالصيغة التنفيذية من القرارات القضائية يتعين أن تستوفي الضمانات المحددة في هذا القرار)

(Lorsqu'ils sont effectués par voie électronique entre les avocats et entre les avocats et la juridiction à l'occasion d'une procédure devant le tribunal de commerce, les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles doivent répondre aux garanties fixées par le présent arrêté).

(٣) راجع في ذلك:

Décret n° 2012-366 du 15 mars 2012 relatif à la signification des actes d'huissier de justice par voie électronique et aux notifications internationales, JORF, n°0066, 17 mars 2012, p. 4899.

مقدمته بشأن سريان نصوصه أن: (النصوص المتعلقة بالإعلان بالطريق الإلكتروني والمنصوص عليها في الفصل الأول من هذا المرسوم يبدأ سريانها في ذات الوقت الذي يحدده قرار وزير العدل، تطبيقاً للمادة ٧٤٨-٦ من قانون المرافعات بشأن الضمانات التي يتعين أن يقدمها الطرق المستخدمة بواسطة المحضرين من أجل إعلان الأوراق بالطريق الإلكتروني. وأن هذا القرار يجب أن يصدر على أقصى تقدير قبل الأول من سبتمبر ٢٠١٢. أما النصوص الأخرى لهذا المرسوم فيبدأ سريانها من اليوم التالي لنشره).

وقد تم ذلك بموجب القرار التقني الصادر من وزير العدل في ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ والمتعلق بتطبيق نصوص الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية (أي النصوص المنظمة للتبادل بالطريق الإلكتروني، وهي المادة ٧٤٨-١ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية) على محضري المحاكم^(١). وفي هذا الشأن، فإن المادة الثانية من القرار المذكور تنص على أن: (المراسلات، والتسليمات، والإعلانات المذكورة في المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات والتي يقوم بها المحضرين يتم تنفيذها عن طريق استخدام إجراء الربط على شبكة مستقلة وخاصة تدار تحت مسئولية الغرفة الوطنية للمحضرين وتسمى «réseau privé sécurisé» (RPSH) «huissiers» ومن خلال برنامج خدمات مؤمن للتبادل الإلكتروني يسمى «e-huissier»^(٢)).

(١) راجع في ذلك:

Arrêté du 28 août 2012 portant application des dispositions du titre XXI du livre 1er du code de procédure civile aux huissiers de justice, JORF, n°0202, 31 août 2012, p. 14049 - JCP, éd. G, Zoom p. 955, obs. Teboul.

(٢) جاء نص المادة الثانية المشار إليها على النحو التالي:

(Les envois, remises et notifications énoncés à l'article 748-1 du code de procédure civile réalisés par les huissiers de justice sont effectués par l'utilisation d'un procédé de raccordement à un réseau indépendant privé opéré sous la responsabilité de la Chambre nationale des huissiers de justice, dénommé « réseau privé sécurisé huissiers » (RPSH), et à travers la plate-forme de services de communication électronique sécurisée dénommée « e-huissier »).

٣٨- ثالثاً: النيابة العامة:

بالنسبة للنيابة العامة، وتسهيلاً لاستخدامها للتبادل بالطريق الإلكتروني، فإن المادة ١٧ من المرسوم رقم ٢٠١٢-٢٠١٥ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢^(١) قد أضافت إلى المرسوم رقم المرسوم رقم ٢٠١٠-٤٣٤ الصادر بتاريخ ٢٩ إبريل ٢٠١٠ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في المواد المدنية^(٢) مادة جديدة برقم ١-١ تنص على أن: (يعتبر توقيعاً، من أجل تطبيق نصوص قانون المرافعات المدنية على الأوراق التي تودعها النيابة العامة بمناسبة الإجراءات التي تستلزم التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف، عملية التحقق من شخصية أو هوية من يقوم بالإجراءات والتي تتم في حالة التبادل بالطريق الإلكتروني، وفقاً للآليات المنصوص عليها في القرار الوزاري الصادر تطبيقاً للمادة ٧٤٨-٦ من قانون المرافعات المدنية)^(٣).

وقد اهتمت القرارات التقنية بتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني بواسطة النيابة العامة، نذكر من ذلك أن المادة الأولى من قرار وزير العدل بتاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠١٢ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في

(١) راجع المرسوم رقم ٢٠١٢-٢٠١٥ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢ المتناول نصوص متعددة متعلقة بالمرافعات المدنية وبالتنظيم القضائي.
Décret n° 2012-1515 du 28 décembre 2012 portant diverses dispositions relatives à la procédure civile et à l'organisation judiciaire, JORF, n°0304, 30 décembre 2012, p. 21018.

(٢) راجع في ذلك:

Décret n° 2010-434 du 29 avril 2010 relatif à la communication par voie électronique en matière de procédure civile, JORF, n°0102, 2 mai 2010, p. 8690.

(٣) جاء نص المادة ١-١ المضافة إلى المرسوم رقم ٢٠١٠-٤٣٤ الصادر بتاريخ ٢٩ إبريل ٢٠١٠ على النحو التالي:

(Vaut signature, pour l'application des dispositions du code de procédure civile aux actes que le ministère public remet à l'occasion des procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, l'identification réalisée, lors de la transmission par voie électronique, selon les modalités prévues par l'arrêté ministériel pris en application de l'article 748-6 du code de procédure civile).

الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف^(١) تنص على أن: (ينطبق هذا القرار على الأوراق التي تتم بالطريق الإلكتروني بواسطة... النيابة العامة في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف)^(٢). وكذلك فإن المادة الثالثة من ذات القرار قد أضافت إلى المادة الثانية من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ١٨ إبريل ٢٠١٢^(٣) ثلاث فقرات جديدة تنص على أن: (تتم أيضًا بالطريق الإلكتروني المراسلات - أي ما يتم إرساله، والتسليمات - أي ما يتم تسليمه - إلى قلم كتاب المحكمة من صحف الاستئناف ومذكرات النيابة العامة وذلك تطبيقًا للمادة ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات المدنية. ويتم تسليم هذه الأوراق إلى قلم كتاب محكمة الاستئناف بالطريق الإلكتروني عن طريق رسالة إلكترونية ترسل أو توجه من خلال شبكة الاتصال الخاصة بالقضاء من الصندوق الإلكتروني المخصص للنيابة العامة: سواء بالنسبة للنيابات لدي المحاكم الابتدائية "parquet01. tgi-ville @ justice. Fr" أو بالنسبة للنيابات بصفة عامة "ca-ville @ justice. Fr". ويتج أو يولد استلام هذه الرسائل إيصال استلام يوجه إلى من أرسلها)^(٤).

(١) راجع في ذلك:

Arrêté du 20 décembre 2012 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, JORF, n°0001, 1 janvier 2013, p. 72.

(٢) جاء نص تلك المادة على النحو التالي:

(Le présent arrêté s'applique aux actes effectués par voie électronique par les avocats et le ministère public dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel).

(٣) راجع قرار وزير العدل بتاريخ ١٨ أبريل ٢٠١٢ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف، المشار إليه سابقًا.

(٤) جاء نص المادة الثالثة من قرار وزير العدل في ٢٠ ديسمبر ٢٠١٢ المشار إليه على النحو التالي:

L'article 2 de l'arrêté du 18 avril 2012 susvisé est complété ainsi qu'il suit:

«Sont également effectués par voie électronique les envois et remises au greffe de la cour des déclarations d'appel et des conclusions du ministère public en application de=

في ظل النصوص الحالية، لا يوجد - حتى هذا اليوم - أي قرار تقني يتعلق بتطبيق نظام التبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة لخبراء المحاكم (الخبراء القضائيين) les experts judiciaires. ونعتقد أن السبب في ذلك يرجع إلى أن المشرع الفرنسي لم ينظم اللجوء إلى التبادل بالطريق الإلكتروني دفعة واحدة أمام جميع المحاكم وبالنسبة لكافة المباشرين للإجراءات، وإنما اتبع في ذلك منهجاً تدرجياً^(١). ومن ثم، فلا يعتبر ذلك بمثابة إغفال وإنما قد يكون تدرجاً زمنياً لتطبيق نظام التبادل بالطريق الإلكتروني، وخصوصاً وأن تطبيقه يتطلب تنظيمياً تقنياً مُحكماً تتوافر فيه كافة الضمانات المشار إليها في المادة ٧٤٨ - ٦ من قانون المرافعات المدنية التي تنص على أن: (يتعين أن تضمن المراحل التقنية المستخدمة، وفقاً لشروط تحدد بواسطة قرار من وزير العدل، الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل الإلكتروني، وسلامة واكتمال الوثائق المرسلة، وأمان وسرية المبادلات، وحفظ المبادلات التي تتم، وأن تسمح هذه المراحل بطريقة مؤكدة بإنشاء تاريخ الإرسال وكذلك تاريخ الاستلام من قبل المرسل إليه).

المبحث الثالث

نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني من حيث الزمان

٤٠ تقسيم:

إذا كان المشرع الفرنسي نظم التبادل بالطريق الإلكتروني في عام ٢٠٠٥، فإنه قد حدد ميعاداً لدخول هذا النظام حيز السريان ألا وهو

=l'article 930-1 du code de procédure civile.

Ces actes sont remis au greffe de la cour d'appel par la voie électronique au moyen d'un message électronique acheminé au sein du réseau privé virtuel justice depuis la boîte électronique dédiée du ministère public, soit pour les parquets près les tribunaux de grande instance du type "parquet01.tgi-ville@justice.fr" et pour les parquets généraux "parquetgeneral.ca-ville@justice.fr".

La réception de ce message génère un avis de réception à destination de son expéditeur».

(١) راجع - على سبيل المثال - المتبع بالنسبة للتبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق إجراءات الاستئناف التي تشترط التمثيل الإلزامي، ما يلي، بند ١٢٣ وما بعده.

الأول من يناير ٢٠٠٩. ومع ذلك، فإن موعد السريان المشار إليه يرد عليه قيدان: يتمثل الأول في أن المشرع قد نص على التطبيق المبكر لنظام التبادل بالطريق الإلكتروني أمام بعض المحاكم قبل الميعاد المشار إليه. والثاني، أن دخول هذا النظام حيز السريان يقتضي وضع تنظيم للقواعد التقنية التي توفر الضمانات التي تتطلبها المادة ٧٤٨ - ٦ من قانون المرافعات المدنية. وعلى ذلك، فإن الدراسة في هذا المبحث تنقسم إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: النص على بدء سريان التبادل بالطريق الإلكتروني في الأول من يناير ٢٠٠٩.

المطلب الثاني: التطبيق المبكر للتبادل بالطريق الإلكتروني.

المطلب الثالث: سريان التبادل بالطريق الإلكتروني يستلزم قراراً يحدد الشروط التقنية للتبادل.

المطلب الأول

النص على بدء سريان التبادل بالطريق الإلكتروني في الأول من يناير ٢٠٠٩.
٤١ - على الرغم من أن النصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني أدخلت في قانون المرافعات المدنية بواسطة المادة ٧٣ من المرسوم رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ الصادر في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ والمتعلق بالإجراءات المدنية وبعض إجراءات التنفيذ وإجراءات تغيير الاسم^(١)، فإن هذه النصوص لم تدخل حيز السريان إلا في الأول من يناير ٢٠٠٩^(٢)؛ حيث تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٨ من هذا المرسوم على أنه (استثناء من نص المادة ٨٧^(٣))، فإن نص المادة ٧٣ (التي تتعلق بالتبادل بالطريق

(١) راجع في ذلك:

Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, JORF, n°302, 29 décembre 2005, p. 20350.

(٢) راجع في ذلك:

DUPETIT D.: La procédure civile électronique, une réalité pour 2008?, <http://www.dupetit-avocat.fr.>, p. 4.

(٣) تنص المادة ٨٧ من المرسوم رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ الصادر في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ =
المشار إليه على أن:

الإلكتروني)^(١) تسري ابتداءً من الأول من يناير ٢٠٠٩^(٢).

المطلب الثاني

التطبيق المبكر للتبادل بالطريق الإلكتروني

٤٢- على الرغم من النص على بدء دخول نظام التبادل بالطريق الإلكتروني في الأول من يناير ٢٠٠٩ على نحو ما ذكرنا، فإن الفقرة الثانية من المادة ٨٨ من المرسوم رقم ٢٠٠٥-١٦٧٨ المشار إليه كانت تنص على أنه: (ومع ذلك، يجوز لوزير العدل أن يصدر قراراً بالتطبيق المبكر للمادة ٧٣ في نطاق بعض المحاكم وبالنسبة لأوراق المرافعات التي يحددها، وذلك بعد التصديق على الاتفاقيات المبرمة بين رئيس المحكمة وبين فئة أو أكثر من فئات أعوان القضاء، والتي تنظم اللجوء إلى التبادل بالطريق الإلكتروني في إطار الشروط المنصوص عليها في هذه المادة. ويتعين أن يتم التصديق على هذه الاتفاقيات بواسطة وزير العدل، أو، في حالة غيابه، يتعين أن تكون مطابقة لاتفاقيات الكادر الوطنية المبرمة بين الوزير وبين الهيئات الممثلة لأعوان القضاء من الفئة المعتمدة على المستوى المحلي)^(٣).

(Le présent décret entre en vigueur le 1er mars 2006 à l'exception de son article 84. Il est applicable aux procédures en cours.

Toutefois, les articles 77, 78 et 81 ne sont applicables qu'aux instances introduites et procédures diligentées après la date de son entrée en vigueur).

(يدخل هذا المرسوم حيز التطبيق ابتداءً من الأول من مارس ٢٠٠٦، وذلك باستثناء المادة ٨٤ منه؛ حيث تنطبق على الإجراءات الحالية (الدعاوى السارية). ومع ذلك، فإن المواد ٧٧، ٧٨، و٨١ لن تنطبق إلا على الخصومات المقدمة والإجراءات المستعجلة (والدعاوى المستعجلة) بعد تاريخ دخوله حيز السريان). (١) وفقاً للمادة ٧٣ من هذا المرسوم، يضاف إلى الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية باب جديد برقم ٢١ بعنوان التبادل بالطريق الإلكتروني (La communication par voie électronique) والذي تضمن المادة

٧٤٨-١ وما بعدها. راجع: ما سبق، بند ١٠.

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٨ من ذات المرسوم المشار إليه على أن:

(Par dérogation aux dispositions de l'article 87, l'article 73 entre en vigueur le 1er janvier 2009.

(٣) تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٨ من ذات المرسوم المشار إليه على أن:

(Toutefois, un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, peut prévoir une application anticipée de l'article 73 dans le ressort des juridictions et pour les actes de=

وفي مرحلة لاحقة تم تعديل المادة ٨٨ المشار إليها وذلك بالمادة ٢١ من المرسوم رقم ٢٠٠٨ - ٤٨٤ بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨ المتعلق بالإجراءات أمام محكمة النقض والذي جعل من الممكن التطبيق المبكر *une application anticipée* لنظام التبادل بالطريق الإلكتروني ، وذلك بموجب قرار من وزير العدل يحدد فيه المحاكم والأوراق القابلة لأن يتم تبادلها بالطريق الإلكتروني ، وفقاً للشروط التي يتفق عليها في اتفاقية بين رئيس المحكمة ورئيس فئة أعوان القضاء ذي الصلة ؛ حيث تنص المادة المذكورة بعد تعديلها على أنه (استثناء من المادة ٨٧ من ذات المرسوم ، يسري نص المادة ٧٣ من ذات المرسوم - أي التي تتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني - ابتداءً من الأول من يناير ٢٠٠٩. ومع ذلك ، يجوز لوزير العدل أن يصدر قراراً بالتطبيق المبكر للمادة ٧٣ في نطاق بعض المحاكم وبالنسبة للأعمال الإجرائية التي يحددها. وفيما يتعلق بالإجراءات التي تستلزم التمثيل الإلزامي ، فإن هذا المرسوم يتم الأخذ به بعد الموافقة على الاتفاقيات المبرمة بين رئيس المحكمة وبين فئة أو أكثر من فئات أعوان القضاء ، والتي تنظم اللجوء إلى التبادل الإلكتروني في إطار الشروط المنصوص عليها في هذه المادة)^(١).

=procédure qu'il désigne, après approbation de conventions passées entre le président de la juridiction et une ou plusieurs catégories d'auxiliaires de justice et organisant le recours à la communication électronique dans les conditions prévues par cet article. Ces conventions doivent être approuvées par le garde des sceaux, ministre de la justice, ou, à défaut, être conformes aux conventions-cadre nationales conclues entre le ministre et les instances représentatives, au niveau national, des auxiliaires de justice de la catégorie considérée).

- وراجع في ذلك :

DUPETIT D.: La procédure civile électronique..., art. préc., p. 4.

(١) راجع في ذلك :

Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation .

- وجاء نص المادة ٢١ من هذا المرسوم على النحو التالي :

(A modifié les dispositions suivantes : Modifié Décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 - art. 88.

وقد تم التطبيق المبكر لنظام التبادل بالطريق الإلكتروني أمام كل من : محكمة النقض وبعض المحاكم الابتدائية :
٤٣- أولاً: التطبيق المبكر للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام محكمة النقض في يونيو ٢٠٠٨ :

تم هذا التطبيق المبكر بموجب قرار وزير العدل بتاريخ ١٧ يونيو ٢٠٠٨ المتضمن التطبيق المبكر للنصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للإجراءات أمام محكمة النقض^(١)؛ حيث تنص المادة الأولى من هذا القرار على أن: (تكون المادة ٧٣ من المرسوم رقم ٢٠٠٥-١٦٧٨ الصادر في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ المشار إليه قابلة للتطبيق أمام محكمة النقض في اليوم الأول من الشهر التالي لنشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية. وفي المسائل المنظمة بواسطة قانون المرافعات المدنية، وعندما يتم تمثيل الأطراف بواسطة محام بمجلس الدولة وبمحكمة النقض، فإن المراسلات، والتسليمات، وإعلانات الأوراق القضائية والمستندات التالية يمكن أن يتم إجراؤها بالطريق الإلكتروني: صحيفة الطعن بالنقض والمستندات المرفقة بها؛ والمذكرات والمستندات المرفقة بها، وبصفة خاصة المذكرات بالطلبات، والدفاع، والنقض العارض (الفرعي) أو النقض المقابل، ومذكرات الرد على هذه الطعون، وبصفة عامة كل المذكرات التي تسمح بتبادل توكيل، أو طلب، أو

=Article 88 du Décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 :
Par dérogation aux dispositions de l'article 87, l'article 73
entre en vigueur le 1er janvier 2009.

Toutefois, un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, peut prévoir une application anticipée de l'article 73 dans le ressort des juridictions et pour les actes de procédure qu'il désigne. Pour les procédures avec représentation obligatoire, cet arrêté est pris après conclusion de conventions passées entre le président de la juridiction et une ou plusieurs catégories d'auxiliaires de justice et organisant le recours à la communication électronique dans les conditions prévues par cet article).

(١) راجع في ذلك :

Arrêté du 17 juin 2008 portant application anticipée pour la procédure devant la Cour de cassation des dispositions relatives à la communication par voie électronique, JORF, 26 juin 2008.

ملاحظات^(١).

٤٤ - ثانياً: التطبيق المبكر للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام بعض المحاكم الابتدائية في سبتمبر ٢٠٠٨:

لم يقتصر التطبيق المبكر لنظام التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محكمة النقض، وإنما سعى المشرع أيضاً إلى تطبيقه مبكراً أمام المحاكم الابتدائية. وقد تم ذلك بموجب قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٨ والمتضمن التطبيق المبكر للنصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للإجراءات أمام المحاكم الابتدائية^(٢). حيث كانت المادة الأولى من هذا القرار تنص على أن (تكون المادة ٧٣ من المرسوم الصادر في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ المشار إليه قابلة للتطبيق أمام المحاكم المحددة في المادة ٢ وبالنسبة لأوراق المرافعات التالية، وذلك في اليوم الأول من الشهر التالي لنشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية. وأن المراسلات، والتسليمات، وإعلانات أوراق المرافعات والمستندات التالية يمكن أن تتم بالطريق الإلكتروني:

- في الحالات التي يكون فيها المدعي أو الطالب أو الطالبين قد

(١) جاء نص المادة الأولى من قرار وزير العدل بتاريخ ١٧ يونيو ٢٠٠٨ المشار إليه

على النحو التالي:

(L'article 73 du décret du 28 décembre 2005 susvisé est applicable, devant la Cour de cassation, le premier jour du mois suivant la publication du présent arrêté au Journal officiel de la République française.

Dans les matières régies par le code de procédure civile, lorsque les parties sont représentées par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les envois, remises et notifications des actes de procédure et des pièces suivants peuvent être effectués par voie électronique : les déclarations de pourvoi et les pièces qui leur sont associées ; les mémoires et les pièces qui leur sont associées, en particulier les mémoires en demande, en défense, les pourvois incidents ou provoqués, les mémoires en réponse à ces pourvois et d'une façon générale tous les mémoires permettant la transmission d'une constitution, d'une requête ou d'observations).

(٢) راجع في ذلك :

Arrêté du 25 septembre 2008 portant application anticipée pour la procédure devant le tribunal de grande instance des dispositions relatives à la communication par voie électronique, JORF, n° 236, 9 octobre 2008.

وكلوا محامياً، وتسليم نسخة من التكليف بالحضور (صحيفة الدعوى) أو عريضة مشتركة أو عريضة (طلب) والمستندات المرفقة بها.

- سندات وكالة المحامين (أوراق توكيل المحامين).
 - الإخطارات الموجهة من قلم كتاب المحكمة إلى المحامين أو النيابة العامة.
 - المذكرات والمستندات المتبادلة بواسطة المحامين فيما بينهم وإلى القاضي وإلى النيابة العامة وإلى قلم كتاب المحكمة.
 - الإجراءات المتخذة بواسطة قاضي التحضير والمذكورة في الفقرة الأولى من المادة ٧٧٣ من قانون المرافعات.
 - النسخة الخاصة بالمحامين والنيابة العامة من الأحكام الصادرة بواسطة قاضي التحضير^(١).
- أما المادة الثانية من هذا القرار فقد حددت المحاكم الابتدائية التي

(١) جاء نص المادة الأولى من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٨ المشار إليه على النحو التالي:

(L'article 73 du décret du 28 décembre 2005 susvisé est applicable devant les juridictions désignées à l'article 2 et pour les actes de procédure suivants, le premier jour du mois suivant la publication du présent arrêté au Journal officiel de la République française.

Les envois, remises et notifications des actes de procédure et des pièces suivants peuvent être effectués par voie électronique :

— dans les cas où le demandeur ou le ou les requérants ont constitué avocat, remise de la copie d'une assignation, d'une requête conjointe ou d'une requête et des pièces qui leur sont jointes ;

— actes de constitution des avocats ;

— avis adressés par le greffe de la juridiction aux avocats et au ministère public ;

— conclusions et pièces communiquées par les avocats entre eux, au juge, au ministère public et au greffe de la juridiction ;

— mesures prises par le juge de la mise en état mentionnées au premier alinéa de l'article 773 du code de procédure civile ;

— copie aux avocats et au ministère public des décisions rendues par le juge de la mise en état).

يسرى أمامها التطبيق المبكر للتبادل بالطريق الإلكتروني^(١).

المطلب الثالث

سريان التبادل بالطريق الإلكتروني يستلزم قراراً يحدد الشروط

التقنية للتبادل

٤٥ - إذا كان المشرع قد نص على سريان نظام التبادل بالطريق الإلكتروني ابتداءً من الأول من يناير ٢٠٠٩، فإن ذلك مشروط بصدور القرار المشار إليه في المادة ٦ - ٧٤٨ من قانون المرافعات المدنية، والذي يتمثل موضوعه في تحديد الشروط التقنية التي بموجبها يمكن أن يتم التبادل الإلكتروني؛ حيث تنص تلك المادة على أن: (يتعين أن تضمن الإجراءات التقنية المستخدمة، وفقاً لشروط تحدد بواسطة قرار من وزير العدل، الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل الإلكتروني، وسلامة وإكمال الوثائق المرسلة، وأمان وسرية المبادلات، وحفظ المبادلات التي تتم، وأن تسمح بطريقة مؤكدة بإنشاء تاريخ الإرسال وكذلك تاريخ الاستلام من قبل المرسل إليه)^(٢).

(١) تمثلت تلك المحاكم الابتدائية فيما يلي:

Agen, Aix-en-Provence, Alès, Amiens, Angers, Avignon, Avranches, Bayonne, Béthune, Béziers, Bordeaux, Bourgoin-Jallieu, Brest, Brive-la-Gaillarde, Cahors, Carcassonne, Carpentras, Chambéry, Charleville-Mézières, Chartres, Coutances, Dax, Draguignan, Evreux, Evry, Gap, Grasse, Grenoble, Le Havre, Les Sables-d'Olonne, Lille, Lisieux, Lons-le-Saunier, Marmande, Marseille, Meaux, Millau, Montauban, Montpellier, Narbonne, Nevers, Nice, Nîmes, Niort, Pau, Poitiers, Pontoise, Privas, Quimper, Rochefort, Saint-Denis, Saint-Malo, Saint-Omer, Saint-Pierre, Sarreguemines, Saverne, Strasbourg, Tarbes, Toulon, Toulouse, Tours, Tulle, Valence, Valenciennes, Verdun, Versailles, Vienne et Villefranche-sur-Saône.

(٢) جاء نص المادة ٧٤٨ - ٦ من قانون المرافعات المدنية كما يلي:

(Les procédés techniques utilisés doivent garantir, dans des conditions fixées par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité des documents adressés, la sécurité et la confidentialité des échanges, la conservation des transmissions opérées et permettre d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire).

غير أنه قد صدرت فقط بعض القرارات التقنية التي تتعلق بقطاعات معينة، سواء تعلقت ببعض المحاكم، أو ببعض أعوان القضاء، أو ببعض الأوراق. ولذلك، إذا كان التبادل بالطريق الإلكتروني قد دخل حيز السريان حالياً، فإنه - مع ذلك - لم يتم تعميمه، وأن من الملائم دائماً أن نحيل أو نرجع إلى القرارات التقنية المتعددة لكي يمكن التعرف على نطاق التطبيق الحقيقي للتبادل بالطريق الإلكتروني، وهذا هو موضوع المبحث الثاني من هذا الفصل^(١).

الفصل الثاني

القواعد التقنية للتبادل بالطريق الإلكتروني

٤٦. تمهيد تقسيم:

وفقاً للمادة ٧٤٨ - ٦ من قانون المرافعات المدنية، يتعين أن تضمن المراحل التقنية المستخدمة في التبادل بالطريق الإلكتروني، وفقاً لشروط تحدد بواسطة قرار من وزير العدل، الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل الإلكتروني، وسلامة واكتمال الوثائق المرسلة، وأمان وسرية المبادلات، وحفظ المبادلات التي تتم، وأن تسمح هذه المراحل بطريقة مؤكدة بإنشاء تاريخ الإرسال وكذلك تاريخ الاستلام من قبل المرسل إليه^(٢).

ومن ثم، فعلى العكس من تبادل الأوراق المنشأة على دعامة ورقية، فإن تنفيذ التبادل بالطريق الإلكتروني يتطلب في مرحلة سابقة مجموعة من القواعد التقنية، يتم بموجبها ضمان تحقيق الإشرطات التقنية الواردة في هذا النص. ويتم تحديد هذه القواعد التقنية بواسطة قرار تقني un arrêté technique يصدر من وزير العدل في هذا الشأن.

(١) راجع: ما يلي، بند ٤٠ وما بعده.

(٢) جاء نص المادة ٧٤٨ - ٦ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Les procédés techniques utilisés doivent garantir, dans des conditions fixées par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité des documents adressés, la sécurité et la confidentialité des échanges, la conservation des transmissions opérées et permettre d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire).

وفي ضوء ذلك ، فإن دراسة القواعد التقنية للتبادل بالطريق الإلكتروني يكون في مبحثين : نتناول في الأول منهما التأكيد على ضرورة وجود قرار تقني ينظم هذا التبادل ، ونحدد في الثاني الاشتراطات التقنية المتعين أن يتم النص عليها في هذا القرار ، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول: ضرورة وجود قرار تقني ينظم التبادل بالطريق الإلكتروني.

المبحث الثاني: تحديد الاشتراطات التقنية الواجب النص عليها في القرار التقني.

المبحث الأول

ضرورة وجود قرار تقني ينظم التبادل بالطريق الإلكتروني
٤٧. تمهيد وتقسيم:

يعتبر صدور قرار من وزير العدل يتضمن القواعد التقنية التي تتبع لتطبيق نظام التبادل بالطريق الإلكتروني المنصوص عليه في الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية (م. ٧٤٨ - ١ وما بعدها) مسألة سابقة وجوهرية لتطبيق هذا النظام. ولذلك ، ففي ظل غياب هذا القرار التقني فإن التبادل بالطريق الإلكتروني يكون محظوراً. ومن هنا فقد أصدر وزير العدل الفرنسي عدداً من القرارات التقنية اللازمة لتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني ؛ حيث تتعلق هذه القرارات أحياناً ببعض المحاكم ، أو ببعض الأشخاص المباشرين للإجراءات ، أو ببعض أوراق المرافعات. وهذا ما يثير التساؤل حول الجزاء على التبادل بالطريق الإلكتروني الذي يتم خارج إطار القرار التقني. غير أن التبادل بالطريق الإلكتروني قد يستخدم في بعض الحالات بالرغم من عدم وجود قرار تقني ، وهذا ما يثير التساؤل حول أثره الإجرائي. وأخيراً ، فإن المشرع في بعض الأحوال لا يفرض طريقة معينة للتبادل ، كما يجيز في بعض الحالات التبادل بأي وسيلة "par tout moyen" ، وهنا يثار التساؤل حول مدى جواز استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني في تلك الحالات.

وفي ضوء ذلك، فإن الدراسة في هذا البحث تنقسم إلى خمسة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: حظر التبادل بالطريق الإلكتروني دون وجود قرار تقني.
المطلب الثاني: القرارات التقنية الصادرة من وزير العدل لتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني.

المطلب الثالث: الجزاء على التبادل بالطريق الإلكتروني الذي يتم خارج إطار القرار التقني.

المطلب الرابع: استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني بالرغم من عدم وجود قرار تقني.

المطلب الخامس: مدى جواز التبادل بالطريق الإلكتروني عندما يميز المشرع التبادل بأي وسيلة « par tout moyen ».

المطلب الأول

حظر التبادل بالطريق الإلكتروني دون وجود قرار تقني

٤٨ - على الرغم من أن المادة ٧٤٨ - ١ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية التي تتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني كان يتعين أن تدخل حيز السريان ابتداءً من الأول من يناير ٢٠٠٩^(١)، فإن التطبيق الفعلي لهذا النظام كان متوقفاً على صدور قرار تقني. ففي الواقع، وتطبيقاً للمادة ٧٤٨ - ٦ من قانون المرافعات المدنية، فإن المرحل التقنية المستخدمة يتعين أن تضمن، وفقاً لشروط تحدّد بواسطة قرار من وزير العدل، الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل الإلكتروني، وسلامة واكتمال الوثائق المرسلة، وتأمين وسرية المبادلات، وحفظ المبادلات التي تتم،

(١) راجع الفقرة الأولى من المادة ٨٨ من المرسوم رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ الصادر في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ والمتعلق بالإجراءات المدنية وبعض إجراءات التنفيذ وإجراءات تغير الاسم، والذي أدخل في قانون المرافعات المدنية - بموجب المادة ٧٣ منه - النصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني؛ إذ وفقاً للمادة ٨٨ المشار إليها، فإن نص المادة ٧٣ تسري ابتداءً من الأول من يناير ٢٠٠٩. وجاء نص الفقرة الأولى من المادة ٨٨ كما يلي:

(Par dérogation aux dispositions de l'article 87, l'article 73 entre en vigueur le 1er janvier 2009).

وأن تسمح هذه المراحل - بطريقة مؤكدة - بإنشاء تاريخ الإرسال وكذلك تاريخ الاستلام من قبل المرسل إليه. وهذه الإحالة إلى اتخاذ قرار تقني من قبل وزير العدل تبدو أنها تشكل شرطاً سابقاً وجوهرياً لتطبيق نصوص قانون المرافعات المدنية التي تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني، وذلك على الرغم من دخول المادة ٧٤٨ - ١ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية حيز السريان^(١).

وفي الواقع، فإن المادة ٧٤٨ - ٦ المشار إليها تتميز بعموميتها، وبمبث أنه في حالة عدم وجود قرار تقني، فإن أي تبادل بالطريق الإلكتروني يكون محظوراً^(٢). وعلى الرغم من ندرة الأحكام القضائية الفرنسية في هذا الشأن، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن المرسوم الذي يحدد تاريخ دخوله حيز السريان في تاريخ محدد، لا ينطبق مع ذلك قبل اتخاذ قرار تقني ضروري لهذا التطبيق^(٣).

(١) راجع في ذلك:

FRICERO N.: Procédure civile: La généralisation de la communication....., art. préc., p. 270.

(٢) راجع ضمناً حكم محكمة النقض الفرنسية في شأن حالة صحيفة قدمت إلى قلم الكتاب عن طريق الفاكس والبريد الإلكتروني، في حين أن النص يستلزم أن الصحيفة تقدم في قلم الكتاب. Cass. soc., 18 novembre 2009, no 09-60.047, Bull. civ., 2009, V, no 262.

- وجاء في هذا الحكم أن:

(Attendu que ni la télécopie, ni un envoi par courriel ne répondent aux exigences de l'article R. 2143 5 du code du travail, selon lequel la contestation est formée par voie d'une simple déclaration faite au greffe dans les quinze jours suivant la designation).

(٣) راجع في ذلك:

CE 26 mars 2008, req. no 301254, Recueil Lebon - LEIRIS E.: Communication électronique, art. préc., n° 25: (Le décret n° 2006-781 du 3 juillet 2006, en fixant sa propre date d'entrée en vigueur au 1er novembre 2006, n'a pas eu pour objet et ne saurait avoir légalement pour effet d'habiliter le ministre à prévoir que son arrêté, postérieur à la date ainsi prévue, entrerait en vigueur au 1er novembre 2006. La seule conséquence de l'intervention tardive de cet arrêté nécessaire à la mise en oeuvre du décret est que, jusqu'à sa publication, les dispositions antérieures au décret du 3 juillet 2006 sont demeurées en vigueur. L'intervention tardive de l'arrêté n'a donc créé aucun vide juridique).

المطلب الثاني

القرارات التقنية الصادرة من وزير العدل لتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني.

٤٩- إعمالاً للمادة ٧٤٨-٦ من قانون المرافعات المدنية، فقد أصدر وزير العدل العديد من القرارات المتتابعة اللازمة لتطبيق نظام التبادل بالطريق الإلكتروني. وتتعلق هذه القرارات أحياناً ببعض المحاكم، أو ببعض الأشخاص المباشرين للإجراءات، أو ببعض أوراق المرافعات. وتمثل هذه القرارات فيما يلي:

١- قرار وزير العدل بتاريخ ١٧ يونيو ٢٠٠٨ المتضمن التطبيق المبكر للنصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للإجراءات أمام محكمة النقض^(١).

٢- قرار وزير العدل بتاريخ ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٨ والمتضمن لتطبيق المبكر للنصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للإجراءات أمام المحاكم الابتدائية^(٢).

٣- قرار وزير العدل بتاريخ ٧ إبريل ٢٠٠٩ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية^(٣).

٤- قرار وزير العدل بتاريخ ١٤ ديسمبر ٢٠٠٩ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي لا تستلزم التمثيل الإلزامي

(١) راجع في ذلك:

Arrêté du 17 juin 2008 portant application anticipée pour la procédure devant la Cour de cassation des dispositions relatives à la communication par voie électronique, JORF, 26 juin 2008.

(٢) راجع في ذلك:

Arrêté du 25 septembre 2008 portant application anticipée pour la procédure devant le tribunal de grande instance des dispositions relatives à la communication par voie électronique, JORF, 10 octobre 2008.

(٣) راجع في ذلك:

Arrêté du 7 avril 2009 relatif à la communication par voie électronique devant les tribunaux de grande instance, JORF, 11 avril 2009.

- (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف^(١).
- ٥- قرار وزير العدل بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٠ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي لا تستلزم التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف^(٢).
- ٦- قرار وزير العدل بتاريخ ٢٣ ديسمبر ٢٠١٠ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف^(٣).
- ٧- قرار وزير العدل في ٣٠ مارس ٢٠١١ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف^(٤).
- ٨- قرار وزير العدل بتاريخ ١٨ أبريل ٢٠١٢ والمتعلق بالتبادل

(١) راجع في ذلك:

Arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures sans représentation obligatoire devant les cours d'appel.

- نشير في هذا الشأن إلى أنه تم إلغاء هذا القرار واستبدل بقرار وزير العدل بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٠ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي لا تستلزم التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف.

(٢) راجع في ذلك:

Arrêté du 5 mai 2010 relatif à la communication par voie électronique dans la procédure sans représentation obligatoire devant les cours d'appel, JORF, n° 0111, 15 mai 2010, p. 9041.

(٣) راجع في ذلك:

Arrêté du 23 décembre 2010 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, JORF, n° 0301, 29 décembre 2010, p. 22920.

- وحول هذا القرار، راجع:

FLEURIOT C.: Procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile: des modifications, D., actualité, 13 janvier 2011.

(٤) راجع في ذلك:

Arrêté du 30 mars 2011 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, JORF, n° 0076, 31 mars 2011, p. 5600.

بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف^(١).

٩- قرار وزير العدل بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ المتضمن تطبيق نصوص الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية على المحضرين^(٢).

١٠- قرار وزير العدل بتاريخ ١٠ سبتمبر ٢٠١٢ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف^(٣).

١١- قرار وزير العدل بتاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠١٢ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف^(٤).

١٢- قرار وزير العدل بتاريخ ٢٢ أبريل ٢٠١٣ المعدل للقرار الصادر في ٢٠ ديسمبر ٢٠١٢ المتعلق والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني

(١) راجع في ذلك :

Arrêté du 18 avril 2012 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, JORF, n° 0109, 10 mai 2012, p. 8690.

(٢) راجع في ذلك :

Arrêté du 28 août 2012 portant application des dispositions du titre XXI du livre Ier du code de procédure civile aux huissiers de justice, JORF, n° 0202, 31 août 2012, p. 14049.

- حول هذا القرار، راجع :

FLEURIOT C.: Signification des actes d'huissier par voie électronique: les garanties, D., actualité, 12 septembre 2012.

(٣) راجع في ذلك :

Arrêté du 10 septembre 2012 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, JORF, n° 0241, 16 octobre 2012, p. 16120.

(٤) راجع في ذلك :

Arrêté du 20 décembre 2012 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, JORF, n° 0001, 1 janvier 2013, p. 72.

في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف^(١).

١٣- قرار وزير العدل بتاريخ ٢١ يونيو ٢٠١٣، المتعلق بتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني بين المحامين وكذلك بين المحامين والمحكمة في نطاق الإجراءات أمام المحاكم التجارية^(٢).

المطلب الثالث

الجزء على التبادل بالطريق الإلكتروني الذي يتم خارج إطار القرار التقني

٥٠- ذكرنا فيما سبق أن وزير العدل الفرنسي قد أصدر العديد من القرارات المتتالية اللازمة لتطبيق نظام التبادل بالطريق الإلكتروني، وأن هذه القرارات تتعلق أحياناً ببعض المحاكم، أو ببعض الأشخاص المباشرين للإجراءات، أو ببعض أوراق المرافعات^(٣). وهذا يفرض التساؤل حول قيمة المبادلات الإلكترونية التي تحدث خارج النطاق المحدد بواسطة القرار التقني، وبصفة خاصة تلك المبادلات التي تتم أمام محكمة لم يصدر بشأنها أي قرار تقني. المقصود إذا هو التعرف على الجزء الذي يتعين توقيعه في حالة عدم صحة الإرسال إلكتروني^(٤).

نشير في البداية إلى أن ذلك الفرض يشير للوهلة الأولى أننا بصدد عيب في الشكل، un vice de forme، وأن الجزء على هذا العيب يخضع لنظام تقييدي un régime restrictif يؤدي نادراً إلى الحكم بالبطلان^(٥).

(١) راجع في ذلك:

Arrêté du 22 avril 2013 modifiant l'arrêté du 20 décembre 2012 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, JORF, n° 0101, 30 avril 2013, p. 7429.

(٢) راجع في ذلك:

Arrêté du 21 juin 2013 portant communication par voie électronique entre les avocats et entre les avocats et la juridiction dans les procédures devant les tribunaux de commerce, JORF, n° 0146, 26 juin 2013, p. 10526.

(٣) راجع: ما سبق، بند ٤٧، ٤٩.

(٤) راجع في ذلك: CROZE H.: Le décret du 29 avril

2010....., art. préc., p. 7, no 5.

(٥) راجع في ذلك: LEIRIS É.: Communication électronique,

art. préc., n° 26.

ومع ذلك، فإن محكمة النقض، الفرنسية قد قضت في مجال طريقة التبادل بعدم قبول الأوراق irrecevabilité les actes التي تنقل إلى محكمة وفقاً لطريقة غير منصوص عليها، وأن هذه الأوراق لا تؤدي إلى رفع النزاع أمام المحكمة. ويحدث ذلك في مجال استخدام الفاكس أو التليفون أو حتى استخدام الكتابة في الإجراءات الشفهية:

- فيالنسبة لاستخدام الفاكس télécopie: قضت محكمة النقض الفرنسية بأن النزاع لا يرفع أمام المحكمة عن طريق إرسال فاكس، وأن إرسال هذا الفاكس لن يحل محل تسليم تقرير déclaration في قلم الكتاب^(١). كما لا يحل إرسال الفاكس محل تسليم تقرير الطعن بالاستئناف في قلم كتاب محكمة الاستئناف^(٢). ولا يحل إرسال الفاكس كذلك محل

(١) راجع على سبيل المثال ما قضت به محكمة النقض في مجال الطعن على الانتخابات المهنية بعدم قبول الطعن الانتخابي المقدم عن طريق الفاكس والذي لم يتم بتقرير يسلم إلى قلم كتاب المحكمة الجزئية في الميعاد المنصوص عليه في المادة 3-423 R. من قانون العمل.

(Une contestation électorale formée par télécopie qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration au greffe du tribunal d'instance dans le délai prévu par l'article R. 423-3 du code du travail n'est pas receivable). Cass. soc., 16 janvier 2008, no 06-60.289, Bull. civ., 2008, V, no 4 - JCP, éd. G., 2008, nos 41-42, note Kerboure'h.

(٢) راجع ما قضت به محكمة النقض في مجال الطعن بالاستئناف بأن الاستئناف لا يمكن أن يرفع إلا بتقرير يسلم إلى قلم الكتاب مصحوباً بنسخ بقدر عدد المستأنف ضدهم ونسختين إضافيتين، وأن إرسال التقرير بالفاكس لا يتوافر فيه هذه الشروط.

(L'appel ne pouvant être formé que par la remise au greffe d'une déclaration, en autant d'exemplaires qu'il y a d'intimés, plus deux, il en résulte que la télécopie ne répond pas à ces conditions). Cass. civ. 2e, 28 févr. 2006, no 04-15.406, Bull. civ., 2006, II, no 51, p. 46; procédures, 2006, n° 94, note Perrof R.

- وراجع كذلك ما قضت به محكمة النقض بأن الاستئناف يكون غير مقبول إذا تم رفعه في اليوم الأخير عن طريق فاكس مرسلًا إلى قلم الكتاب.

(L'appel est irrecevable s'il a été formé le dernier jour au moyen d'une télécopie adressée au greffe). Cass. civ. 2e, 6 mai 2010, no 09-66.523, D., actualité, 26 mai 2010.

- وحول تحليل أحكام النقض الصادرة في هذا الشأن، راجع: DARGENT L.: Déclaration d'appel par télécopie: irrecevabilité, D., actualité, 26 mai 2010.

المذكرات les conclusions في مجال الإجراءات المكتوبة la
(1) procédure écrite .

- وبالنسبة لاستخدام التليفون: فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الاستئناف لا يمكن أن يرفع عن طريق التليفون (2)، على الرغم من أن الاستئناف في هذه الحالة كان قد قدم بواسطة محام غير التليفون، وتم تسجيل هذا الاستئناف بواسطة قلم كتاب المحكمة العمالية le greffe du conseil de prud'hommes؛ حيث أشار كاتب المحكمة إلى التعرف بيقين على هوية المتصل تليفونياً، لأن المحامي المتصل كان عضواً في أحد المكاتب يحتوي على عدد قليل جداً من المحامين معروفين لدى قلم كتاب المحكمة (3).

- وبالنسبة لاستخدام الكتابة في الإجراءات الشفهية: فباتباع ذات المنطق، فإن قضاء محكمة النقض الفرنسية مستقر على أنه عندما تكون الإجراءات شفهية، فإن المذكرات les conclusions أو المستندات les pieces أو الملفات les dossiers المرسلة بواسطة أحد الأطراف الذي لم يحضر، سواء بشخصه أو بوكيل، لا يترتب عليها أن يكون للمحكمة ولاية بشأنها (4).

(1) راجع ما قضت به محكمة النقض بأن:

(Ne satisfait pas aux exigences des articles 954, 455 et 4 du nouveau Code de procédure civile, la cour d'appel qui, pour écarter des débats les écritures d'une partie, retient que celle-ci a fait parvenir au greffe deux jeux de conclusions par fax, sans préciser les conclusions qu'elle déclarait irrecevables et sans rechercher si cette irrecevabilité ne laissait pas subsister des écritures antérieures valables comprenant les prétentions et moyens sur lesquels elle devait se prononcer). Cass. civ. 2e, 13 juin 2002, no 00-20.674, Bull. civ., 2002, II, no 127, p. 102.

(2) راجع في ذلك:

Cass. soc., 8 juillet 1992, JCP, éd. G., 1992, I, n° 3636, note Pierchon. □

(3) راجع في ذلك:

PIERCHON: Note sous Cass. soc., 8 juillet 1992, JCP, éd. G., 1992, I, n° 3636.

(4) نذكر من الأحكام الغزيرة في هذا الشأن: بالنسبة للإجراءات الشفهية أمام المحكمة الجزئية، ما يلي:

وأخيراً، نشير إلى أن محكمة النقض الفرنسية قد اعتبرت الاستدعاء citation بواسطة ورقة من أوراق المحضرين يكون غير مقبول، وذلك عندما يتعين أن يكون اللجوء إلى المحكمة عن طريق تقرير déclaration^(١). وكذلك فإن التقرير في قلم كتاب المحكمة بالنسبة لطلب يتجاوز الحدود المسموح بها، لا يترتب عليه رفع المسألة أمام المحكمة الجزئية^(٢).

والمحصلة التي يمكن استخلاصها من الأحكام القضائية السابقة، أن استخدام طريقة للإرسال un mode de transmission غير مسموح بها يتعين بكل بساطة أن يتم تجاهلها بواسطة المحكمة، وبمحيث لا تكون المسألة

=(Devant le tribunal d'instance la procédure étant orale, ne sont pas recevables les conclusions adressés au juge par une partie qui ne comparait pas ou qui n'est pas représentée ; dès lors la fin de non-recevoir tirée de la prescription soulevée par courrier par les défendeurs non comparants ne saurait saisir le Tribunal). Cass. civ. 2e, 14 juin 1989, no 88-14.425, Bull. civ., 1989, II, no 129, p. 65 - D., 1991, jurisprudence, p. 245, note Fricero.

- وفي مجال الإجراءات الشفهية بالنسبة لأوامر الأداء، ما يلي:

(L'opposition à une ordonnance d'injonction de payer étant une procédure orale, le dépôt du dossier de l'opposant n'est pas de nature à suppléer son défaut de comparution. Encourt par suite la cassation le jugement qui pour accueillir une telle opposition se fonde sur les pièces du dossier adressé par l'opposant qui n'avait pas comparu et n'avait pas été représenté). Cass. civ. 2e, 26 octobre 1994, no 92-14.815, Bull. civ., 1994, II, no 205, p. 118.

- وفي مجال الإجراءات الشفهية بالنسبة لمنازعات العمل، ما يلي:

(La procédure prud'homale étant orale, les conclusions déposées par une partie lors d'une audience où l'affaire a été renvoyée ne peuvent être prises en considération, à défaut de comparution de cette partie à l'audience où l'affaire a été retenue). Cass. soc. 19 juillet 1994, no 90-45.908, Bull. civ., 1994, V, n° 247, p. 168.

(١) راجع على سبيل المثال:

Cass. soc., 23 juillet, 1980, Bull. civ., 1980, V, no 693.

(٢) راجع في ذلك ما قضت به محكمة النقض بأن:

(Ayant relevé que la déclaration au greffe avait été faite pour une demande supérieure au taux du dernier ressort, la cour d'appel, qui constatait l'existence d'une fin de non recevoir, a exactement décidé que cette demande n'avait pas saisi le tribunal). Cass. civ. 2e, 6 mai 2010, no 09-10.974, Bull. civ., II, no 93.

التي تم إرسالها قد دخلت في ولايتها. وبذات المنطق، فإن جزاءً مماثلاً يتعين توقيعه في حالة استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني في حالة عدم وجود قرار تقني يسمح به، أو في حالة استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني خارج الإطار الذي حدده القرار التقني.

وبالإضافة إلى ما سبق، ففي ظل الوضع القانوني السابق على سريان القانون رقم ٢٠٠٠ - ٢٣٠ بتاريخ ٣١ مارس ٢٠٠٠ بشأن توفيق قانون الإثبات مع تكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني^(١)، والذي أدخل التوقيع الإلكتروني في القانون الفرنسي، فإن محكمة النقض الفرنسية قد قضت - بشأن تقرير بالاستئناف تم إلكترونيًا - بأن تقرير الاستئناف الذي لا يتضمن توقيع المستأنف لا يمثل تقريراً بالاستئناف^(٢).

المطلب الرابع

استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني بالرغم من عدم وجود قرار تقني . . .
٥١ - قد يتم استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني بالرغم من عدم وجود قرار تقني بشأنه، غير أن ذلك يثير التساؤل حول مدى صلاحية ذلك التبادل في حالة ما إذا كانت الورقة التي سيتم تبادلها مخصصة لترتيب أثر إجرائي محدد. ويمكن أن نذكر من هذه الحالات استخدام البريد الإلكتروني، وكذلك التبادل الذي يتم وفقاً لاتفاقية محلية

(١) راجع:

Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF, n° 62, 14 mars 2000, p. 3968 .

(٢) راجع في ذلك:

(1° Dans les procédures sans représentation obligatoire, la cour d'appel est saisie par une déclaration d'appel que la partie ou tout mandataire fait ou adresse par pli recommandé ; ne peut être considéré comme valant déclaration d'appel, l'acte qui ne comporte pas la signature de son auteur.

2° Justifie sa décision une cour d'appel qui après avoir relevé qu'il existait un doute sur l'identification de la personne ayant fait usage d'une signature électronique, en déduit que dans le régime antérieur à la loi du 13 mars 2000, la validité du recours à cette signature ne pouvait être admise). Cass, civ. 2e, 30 avril 2003, no 00-46.467, Bull. civ., 2003, II, no 118, p. 101 - D., 2003, jurisprudence, p. 2827, note Christian Le Stanc.

تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني:

٥٢- أولاً: التبادل باستخدام البريد الإلكتروني:

الملاحظ أن التبادل بالطريق الإلكتروني يستخدم على نطاق واسع في الإجراءات المدنية، بواسطة المحاكم، والفنيين les techniciens الذين تعينهم تلك المحاكم، أو أعوان القضاء (المحامين)؛ حيث يتبادل كل منهم بالتأكيد عن طريق البريد الإلكتروني^(١).

٥٣- ثانياً: التبادل إعمالاً لاتفاقية محلية تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني:

نشير في هذا الشأن إلى أنه تم إبرام عدد من الاتفاقيات المحلية التي تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني، نذكر منها الاتفاقية المبرمة بتاريخ ١٦ يونيو ٢٠١٠ بين وزير العدل وبين رئيس المجلس الوطني لنقابات المحامين le Conseil national des barreaux^(٢).

ونذكر كذلك الاتفاقيات المبرمة بواسطة بعض المحاكم مع إحدى الجهات الممثلة لأعوان القضاء (ك نقابة المحامين) والتي تعزز غالباً اللجوء إلى هذه الطريقة من طرق التبادل على المستوى المحلي، كالاتفاقية المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني في المواد المدنية بالنسبة للإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي والمبرمة في ٢٦ أكتوبر ٢٠١١ بين محكمة استئناف AIX-EN-PROVENCE وعدد من نقابات المحامين في نطاق هذه

(١) راجع في ذلك:

LEIRIS É.: Communication électronique, art. préc., n° 27.

(٢) حول هذه الاتفاقية:

JANSOLIN J.: RPVA: La convention du 16 juin 2010 entre la chancellerie et le CNB soumise à la censure du Conseil d'État.

ويمكن الرجوع بشأنها إلى الموقع الإلكتروني التالي:

<http://jansolin-avocat.blogspot.ae/2010/08/rpva-la-convention-du-16-juin-2010.html> - 6/4/2013.

- وحول صحة هذه الاتفاقية، راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي المستعجل الآتي:

CE, ord. réf. (Conseil d'État, Juge des référés), 18 octobre 2010, req. n° 343365,

<http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-CONSEILDETAT-20101018-343365> - 6/4/2013.

- ولزيت من التفصيل حول هذا الحكم، راجع:

BABONNEAU M.: RPVA: l'exclusivité du boîtier Navista mise en péril, D., actualité, 24 avril 2013.

المحكمة^(١). وكذلك الاتفاقية المبرمة بين محكمة Nice الابتدائية ونقابة المحامين في دائرتها والمتعلقة ببروتوكول التبادل بالطريق الإلكتروني بين المحكمة الابتدائية والمحامين^(٢).

٥٤ - **ثالثاً: مدى صلاحية هذا التبادل لترتيب الأثر الإجرائي للورقة المرسله:**

تفرق في هذا الشأن بين ما إذا كان التبادل بالطريق الإلكتروني قد تم - على الرغم من عدم وجود قرار تقني - وفقاً للآليات المحددة في الاتفاقية المبرمة بين إحدى المحاكم وأحد الممثلين عن أحد أعوان القضاء (نقابة المحامين)، أو تم باستخدام البريد الإلكتروني:

فمن ناحية أولى: ففي حالة استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني إعمالاً لإحدى الاتفاقيات المشار إليها، فإن الورقة المرسله ترتب الأثر الإجرائي المنصوص عليه في القانون. ويرجع ذلك إلى أن المشرع الفرنسي أصلاً قد نظم التبادل بالطريق الإلكتروني في المادة ٧٤٨ - ١ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية، وأن هذه النصوص وزدت في الكتاب الأول من هذا القانون والمتضمن للنصوص العامة التي تنطبق أمام كافة المحاكم. غير أن تطبيق هذا النظام يظل متوقفاً - كما سبق أن درسنا - على وضع القواعد التقنية التي تضمن تحقيق الإشتراطات المنصوص عليها في المادة ٧٤٨ - ٦ من ذات القانون، وقد تكفلت تلك الاتفاقيات بتحديدها. ومن ثم، فإن التبادل بالطريق الإلكتروني الذي يتم في هذا الإطار يرتب آثاره الإجرائية.

(١) راجع في ذلك:

Convention relative a la communication par voie électronique en matière civile dans les procédures avec représentation obligatoire entre la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence avec les Ordres des avocat des Barreaux d'Aix-en-Provence...., du 26 octobre 2011, <http://www.barreau-marseille.avocat.fr/upload/ebarreau/convention-ca.pdf>

(٢) راجع في ذلك:

Convention entre le tribunal de grande instance de Nice et l'Ordre des avocats de Nice concernant le protocole de communication électronique entre le tribunal de grande instance et les avocats;
www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/1_ConventionCOMCI.doc

ومن ناحية ثانية، ففي حالة استخدام البريد الإلكتروني، فإن الوضع مختلف تماماً عن الحالة السابقة؛ إذ يتعين التأكيد على أنه عندما تكون الورقة مخصصة لترتيب أثر إجرائي محدد، فإن إرسالها بالبريد الإلكتروني *courrier électronique* يبدو أنه لا يكفي وحده لإحداث هذا الأثر، وإنما يتعين أن يتم تكرار الإجراء، على حسب الأحوال، إما بتسليم *remise* أو إرسال *envoi* أو إعلان *notification* وفقاً للشروط التي تنظم الإجراء المطلوب. نذكر من ذلك، أن إرسال المذكرات *lès conclusions* بالبريد الإلكتروني قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى قد يكون ممكناً، بل وأيضاً مأمولاً، أمام المحكمة التجارية أو المحكمة الجزئية؛ حيث أن ذلك يعزز احترام وتفعيل مبدأ المواجهة بين الخصوم. غير أن هذا الإرسال لا يكفي وحده لترتيب أي أثر إجرائي، ومن ثم يتعين تكرار الإجراء بحضور الخصم في الجلسة والتي خلالها يستند إلى مذكراته المكتوبة التي سبق إرسالها بالبريد الإلكتروني^(١). وكذلك، فإن بعض المحاكم تقوم - على سبيل الإخطار - بإرسال صورة من الحكم، غير أن هذا الإرسال لا يحل محل الإلتزام بتسليم نسخة ورقية مذيلة بالصيغة التنفيذية *une expédition papier revêtue de la formule exécutoire* لكل طرف من الأطراف^(٢)، تطبيقاً للمادة ٤٦٥ من قانون المرافعات المدنية^(٣).

(١) راجع: ماسبق، بند ٢٢. وأيضاً الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ - ٤٤٧ من قانون المرافعات المدنية التي وردت ضمن النصوص العامة التي تنطبق أمام جميع المحاكم، والتي تنص على أن: (Les parties présentent oralement à l'audience leurs prétentions et les moyens à leur soutien. Elles peuvent également se référer aux prétentions et aux moyens qu'elles auraient formulés par écrit. Les observations des parties sont notées au dossier ou consignées dans un procès-verbal).

(٢) راجع في ذلك:

REBBOUH: L'efficacité au service de la justice civile, La mise en état électronique, Table ronde, Gaz. Pal., 27 novembre 2007, no 331, p. 5; DEPARIS B.: RPVA: expérience pratique..., art. préc., p. 9.

(٣) تنص المادة ٤٦٥ من قانون المرافعات المدنية على أن:

(Chacune des parties a la faculté de se faire délivrer une expédition revêtue de la formule exécutoire. =

وأخيراً، نشير إلى أنه عندما يكون المقصود ليس تبادل أوراق المرافعات ولكن الدخول إلى المعلومات *accéder à une information* وبصفة خاصة الملف الإلكتروني لقضية ما *le dossier électronique d'une affaire*، فإن هذا الدخول لا يخضع للتنظيم الوارد في المادة ٧٤٨-١ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية؛ ومن ثم يكون هذا الدخول إلى المعلومات مجرداً من أي أثر إجرائي، ويمكن بالتالي أن يتم خارج أي إطار محدد بواسطة أي قرار تقني^(١).

المطلب الخامس

مدى جواز التبادل بالطريق الإلكتروني

عندما يجيز المشرع التبادل بأي وسيلة « *par tout moyen* » ٥٥- يوجد عدد من نصوص قانون المرافعات المدنية لا تفرض وسيلة أو شكلاً خاصاً *formalisme particulier* للتبادل. نذكر من ذلك، على سبيل المثال، تبادل المستندات في الإجراءات الشفوية المنصوص عليها في المواد من ٤٤٦-١ إلى ٤٤٦-٤ من قانون المرافعات المدنية^(٢).

وأضف إلى ذلك أن هناك عدداً من نصوص قانون المرافعات المدنية قد أشارت صراحة إلى أن التبادل يكون قابلاً لأن يتم بأية وسيلة *"par tout moyen"* ومنها المواد ١٢٦-٤، ١٢٦-٧، ٣٣٨-٧،

= S'il y a un motif légitime, une seconde expédition, revêtue de cette formule, peut être délivrée à la même partie par le secrétaire de la juridiction qui a rendu le jugement. En cas de difficulté, le président de cette juridiction statue par ordonnance sur requête).

(١) راجع في ذلك:

DEPARIS B.: RPVA : expérience pratique..., art. préc., p. 9.
(٢) وردت المواد من ٤٤٦-١ إلى ٤٤٦-٤ من قانون المرافعات المدنية المتعلقة بالإجراءات الشفوية ضمن النصوص العامة التي تنطبق أمام جميع المحاكم. وقد استحدثت بالمرسوم رقم Décret n° 2010-1165 (٢٠١٠ أكتوبر) du 1er octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, (JORF, n°0230, 3 octobre 2010, p. 17986). وراجع أيضاً ما سبق دراسته حول الإجراءات الشفوية أمام المحاكم التجارية والجزئية والعمالية والإيجارات الزراعية، ما سبق، بند ٢٢.

٣٣٨ - ٩ ، ٣٦٦ - ٤ ، ٤٥٠ ، وكلها وردت ضمن النصوص العامة لقانون المرافعات المدنية التي تنطبق أمام كافة المحاكم^(١). ومن ثم ، فإن تعبير بأي وسيلة "par tout moyen" الوارد في هذه النصوص يستفاد منه تشجيع المبادلات الإلكترونية بكافة الوسائل ، ومن بينها - على سبيل المثال - الفاكس.

(١) وجاءت نصوص هذه المواد على النحو التالي :

١- المادة ١٢٦ - ٤ من قانون المرافعات المدنية تنص على أن :
(Le juge statue sans délai, selon les règles de procédure qui lui sont applicables, sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, le ministère public avisé et les parties entendues ou appelées.

Ceux-ci sont avisés par tout moyen de la date à laquelle la décision sera rendue. Les parties sont en outre avisées qu'elles devront, le cas échéant, se conformer aux dispositions de l'article 126-9.

٢- الفقرة الأولى من المادة ١٢٦ - ٧ من ذات القانون تنص على أن :
(Le greffe avise les parties et le ministère public par tout moyen et sans délai de la décision statuant sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation).

٣- المادة ٣٣٨ - ٧ من ذات القانون تنص على أن :
(Si le mineur demande à être entendu avec un avocat et s'il ne choisit pas lui-même celui-ci, le juge requiert, par tout moyen, la désignation d'un avocat par le bâtonnier).

٤- المادة ٣٣٨ - ٩ من ذات القانون تنص على أن :
(Lorsque le juge estime que l'intérêt de l'enfant le commande, il désigne pour procéder à son audition une personne qui ne doit entretenir de liens ni avec le mineur ni avec une partie.

Cette personne doit exercer ou avoir exercé une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique.

Elle est avisée de sa mission sans délai et par tout moyen par le greffe).

٥- المادة ٣٦٦ - ٤ من ذات القانون تنص على أن :
(La décision du premier président autorisant la procédure de prise à partie fixe le jour où l'affaire sera examinée par deux chambres réunies de la cour. Le greffe porte par tout moyen la décision à la connaissance du juge et du président de la juridiction à laquelle il appartient).

٦- الفقرة الثالثة من المادة ٤٥٠ من ذات القانون تنص على أن :
(S'il décide de renvoyer le prononcé du jugement à une date ultérieure, le président en avise les parties par tout moyen. Cet avis comporte les motifs de la prorogation ainsi que la nouvelle date à laquelle la décision sera rendue).

وفي هذا الشأن، يمكن أن نشير إلى أن محكمة النقض الفرنسية - على الرغم من قضائها المتكرر بعدم قانونية استخدام الفاكس لتقديم تقرير الاستئناف^(١) - قد قبلت ما يتم إرساله عن طريق الفاكس عندما يكون المشرع قد نص على جواز الإرسال بأي وسيلة "par tout moyen". نذكر من ذلك، أنها قد قضت بصحة الاستئناف الذي يرفع بالفاكس أمام الرئيس الأول le premier président ضد القرار الصادر من قاضي الحريات والاحتجاز juge des libertés et de la détention في مسألة متعلقة بإجراءات الاحتجاز الإداري للأجانب procédure de rétention administrative des étrangers^(٢)؛ حيث تجيز النصوص القانونية رفع هذا الاستئناف بأي وسيلة^(٣).

وفي هذا الإطار يشار التساؤل الآتي: هل يمكن تطبيق التبادل

(١) حول الأحكام الصادرة في هذا الشأن، راجع: ما سبق، بند ٥٠.

(٢) عرف الموقع الرسمي للإدارة الفرنسية هذه الإجراءات بأنها:

(Il s'agit d'une procédure qui permet de maintenir dans un lieu fermé un étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement, dans l'attente de son renvoi forcé. La rétention est décidée par l'administration, puis éventuellement prolongée par le juge, lorsque le départ immédiat de l'étranger de France est impossible. Elle est limitée au temps strictement nécessaire à son renvoi et ne peut pas dépasser 45 jours, sauf exceptions).

راجع:

<http://vosdroits.service-public.fr/F2780.xhtml#N10138>

(٣) راجع في ذلك، ما قضت به محكمة النقض بأن:

(Il résulte des articles 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, 9 et 18 du décret du 12 novembre 1991 que le premier président saisi de l'appel d'une ordonnance rendue en exécution du premier de ces textes doit statuer dans un délai de 48 heures à compter de la réception au greffe de la déclaration, laquelle peut être faite par tous moyens. Violer, par suite, ces textes, le premier président qui statue plus de 48 heures après sa saisine par appel reçu au greffe par télécopie horodatée). Cass. civ. 2e, 27 mars 1996, no 95-50.023, Bull. civ., 1996, II, no 75, p. 46 - D., jurisprudence, 1997, p. 49.

وراجع أيضاً:

Cass. civ. 1re, 22 mars 2005, no 04-50.026, Bull. civ., 2005, I, no 151, p. 129.

بالطريق الإلكتروني في الحالات التي ينص فيها المشرع على جواز التبادل بأي وسيلة المشار إليها؟ الإجابة على هذا التساؤل تختلف بحسب ما إذا كنا قبل أو بعد بدء سريان النصوص التي تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني: وبالتأكيد، الإجابة ستكون بالإيجاب وذلك إذا كنا قبل بدء سريان المرسوم رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ الصادر بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ الذي أدخل التبادل بالطريق الإلكتروني في قانون المرافعات المدنية^(١)؛ حيث أن كلاً من الفاكس والتبادل بالطريق الإلكتروني لم يكونا معترفاً بهما في ظل نصوص هذا القانون.

غير أنه بعد سريان هذا المرسوم، فإن التبادل بالطريق الإلكتروني يتطلب صدور قرار تقني، وبحيث أنه، في حالة عدم وجود هذا القرار التقني، لا يكون من الممكن أن نعرف هل يتعين تفضيل النصوص الخاصة التي تميز أي وسيلة للتبادل عن النصوص العامة التي تشترط لاستخدام التبادل بالطريق الإلكتروني صدور قرار تقني. ويبدو لنا أن روح النصوص التي تميز أي وسيلة للتبادل - وبصفة خاصة أنها تحقق السرعة *célérité* وسهولة الوصول إليها *accessibilité* - تبرر السماح أو إجازة الإرسال باستخدام مجرد بريد إلكتروني إلى المرسل إليه الذي قبل التبادل بهذه الطريقة، بما يكون من شأنه تفضيل النصوص الخاصة عن النصوص العامة^(٢).

المبحث الثاني

تحديد الاشتراطات التقنية الواجب النص عليها في القرار التقني

٥٦- تمهيد وتقسيم:

حددت المادة ٧٤٨ - ٦ من قانون المرافعات المدنية الاشتراطات التقنية الواجب النص عليها في القرار التقني الذي يحدد المراحل التقنية التي تستخدم في التبادل بالطريق الإلكتروني؛ حيث تنص هذه المادة على أنه (يتعين أن تضمن المراحل التقنية المستخدمة في التبادل بالطريق

(١) راجع المادة ٧٣ من هذا المرسوم؛ وما سبق، بند ١٠.

(٢) راجع في ذلك: LEIRIS É.: *Communication électronique, art. préc., n° 28.*

الإلكتروني، وفقاً لشروط تحدّد بواسطة قرار من وزير العدل، الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل الإلكتروني، وسلامة واكتمال الوثائق المرسلّة، وتأمين وسريّة المبادلات، وحفظ المبادلات التي تتم، وأنّ تسمّح هذه المراحل بطريقة مؤكّدة بإنشاء تاريخ الإرسال وكذلك تاريخ الاستلام من قبل المرسل إليه).

ويتأمّل هذا النصّ في ضوء النصوص الأخرى نستنتج أمرين: الأول: أنّ الاشتراط المتعلّق بالدقة في تحديد شخصيّة أو هوية أطراف التبادل بالطريق الإلكتروني له أهميّة خاصّة؛ إذ أنّ المشرع الفرنسي جعله بمثابة توقيع إلكتروني للأوراق التي يتم تبادلها^(١)، وإن كان ذلك يثير صعوبات وتساؤلات عديدة. والثاني: أنّ المشرع استهدف بالاشتراطات الأخرى تحقيق التكافؤ بين إرسال الورقة المنشأة على دعامة ورقية وتلك المنشأة على دعامة إلكترونية. ولذلك، فإننا نتناول في البداية الاشتراط المتعلّق بالدقة في تحديد شخصيّة أو هوية أطراف التبادل بالطريق الإلكتروني، ثمّ نتبع ذلك بدراسة باقي الاشتراطات المذكورة في المادة سالفة الذكر والتي تضمّن التكافؤ على نحو ما ذكرنا. وبعد عرض هذه الاشتراطات التقنيّة، فإننا نتساءل عن الجزء الذي يتمّ توقيعه بالنسبة للتبادل الذي لا يخضع لتلك الاشتراطات.

وفي ضوء ما سبق، فإنّ الدراسة في هذا المبحث تنقسم إلى ثلاثة

مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل بالطريق الإلكتروني.

المطلب الثاني: الشروط التقنيّة التي تضمّن تكافؤ الإرسال.

المطلب الثالث: الجزء على التبادل بالطريق الإلكتروني الذي يتمّ بالمخالفة للاشتراطات التقنيّة.

(١) راجع في ذلك:

HARRAR E.: Signature électronique: le décret qui contourne le Code de procédure civile, <http://www.blog.dreyfus.fr/2010/06/signature-electronique-le-decret-qui-contourne-le-code-de-procedure-civile/>

المطلب الأول

الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل بالطريق الإلكتروني

٥٧- يتطلب استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني عدد من الاشتراطات التقنية من أهمها التوقيع الإلكتروني على الأوراق التي يتم تبادلها. وقد أحالت المادة ٧٤٨-٦ من قانون المرافعات المدنية في هذا الشأن إلى قرار تقني يحدد المراحل التقنية التي تضمن الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل بالطريق الإلكتروني؛ أي أن المشرع مائل بين التوقيع الإلكتروني والتحقق من هوية أطراف التبادل بالطريق الإلكتروني^(١). وهذا يتطلب التعرف على الإطار القانوني العام للتوقيع الإلكتروني (أولاً)، ثم لكيفية تطبيق التوقيع الإلكتروني في نطاق الإجراءات المدنية (ثانياً).

٥٨- أولاً: الإطار القانوني العام للتوقيع الإلكتروني:

إعمالاً للفقرة الثانية من المادة ١٣١٦-٤ من القانون المدني المستحدثة بالقانون رقم ٢٠٠٠-٢٣٠ بتاريخ ٣١ مارس ٢٠٠٠ بشأن توفيق قانون الإثبات مع تكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني^(٢)، فإن التوقيع الإلكتروني يتكون من استخدام طريقة دقيقة أو موثوق بها *fiable* لتحديد هوية الشخص *identification* وتضمن صلته بالورقة الموضوع عليها^(٣).

وبالنسبة للتوقيع الإلكتروني لورقة من أوراق المرافعات، فإن المادة

(١) راجع في ذلك:

MOUROT: La communication par voie électronique des actes de procédure devant les juridictions civiles, <http://www.legavox.fr/communication-voie-electronique-actes-procedure-2189.htm>.

(٢) راجع:

Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF, n° 62, 14 mars 2000, p. 3968.

(٣) جاء نص الفقرة الثانية من المادة ١٣١٦-٤ من القانون المدني على النحو التالي:

(Lorsqu'elle (la signature) est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat).

٧٤٨- ٦ من قانون المرافعات المدنية أكدت على هذا الشرط العام، وذلك بأن أحالت إلى قرار تقني مهمة تحديد الشروط التي بموجبها تكون الطرق التقنية المستخدمة تضمن هذه الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل بالطريق الإلكتروني^(١)؛ حيث تنص هذه المادة على أن (يتعين أن تضمن المراحل التقنية المستخدمة، وفقاً لشروط تحدد بواسطة قرار من وزير العدل، الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل الإلكتروني.....).

وقد تم تحديد الإطار القانوني العام للتوقيع الإلكتروني بالمرسوم رقم ٢٠٠١- ٢٧٢ الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠٠١ المتعلق بالتوقيع الإلكتروني والصادر تطبيقاً للمادة ١٣١٦- ٤ من القانون المدني^(٢)؛ حيث تضمن هذا المرسوم تعريف التوقيع الإلكتروني، والشروط التقنية الضرورية من أجل الحفاظ على دقته *fiabilité*^(٣). وقد اعتمد هذا المرسوم على الطريقة المستخدمة عادة في التشفير برموز غير متماثلة *cryptographie à clefs asymétriques*، رمز خاص ورمز عام؛ حيث تنص المادة الثانية من هذا المرسوم على توقيع إلكتروني ينشأ بواسطة جهاز مؤمن، وأن هذا التوقيع يتم فحصه (أي يتم فك شفرته *décrypté*) وذلك باستخدام شهادة إلكترونية معتمدة^(٤).

(١) راجع في ذلك:

DUPETIT D.: La procédure civile électronique..., art. préc., p. 5.

(٢) راجع في ذلك:

Décret no 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JORF, n°77, 31 mars 2001, p. 5070.

(٣) راجع في ذلك:

BITAN H.: Un décret fixe les conditions de fiabilité de la signature électronique, Communication commerce électronique, 2001, chron., p. 19.

(٤) راجع في ذلك المادة الثانية من المرسوم ٣٠ مارس ٢٠٠١ المشار إليه والتي تنص على أن:

(La fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire lorsque ce procédé met en oeuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié).

ومع ذلك، فإن هناك أنظمة أخرى ممكنة للتوقيع. من ذلك، أن الإجراءات الجنائية تعرف ما يسمى بالتوقيع الرقمي signature numérique لبعض الأوراق، والذي عرفته المادة 11-249 R. من قانون الإجراءات الجنائية بأنه التوقيع بخط اليد المحفوظ في شكل رقمي بعد وضعه على شاشة تعمل باللمس، وذلك باستخدام جهاز آمن لضمان سلامة الورقة عندما يتم تسجيل التوقيع^(١).

٥٩- ثانياً: تطبيق التوقيع الإلكتروني في نطاق الإجراءات المدنية:

إذا كان التبادل بالطريق الإلكتروني يتطلب التوقيع الإلكتروني على الأوراق التي يتم تبادلها، فيوجد فرق في هذا الشأن بين القواعد التي تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محكمة النقص وتلك التي تنظمه أمام محاكم الدرجتين الأولى والثانية (محاكم الموضوع).

٦٠- [١١] تطبيق التوقيع الإلكتروني في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محكمة النقص:

= - ولزيد من التحليل التقني التفصيلي في هذا الشأن، راجع: BITAN H.: Un décret fixe les conditions de fiabilité de la signature électronique, art. préc., p. 19; ASSAYA L. et BAUDOIN V.: Signature électronique par cryptographie à clé publique, JCP, éd. E., n° 4, 23 janvier 2003, p. 146; GUINIER D.: Une signature numérique insatisfaisante est-elle encore une signature?, Gaz. Pal., 2001, no 109, p. 14.

(١) راجع المادة 11-249 R. من قانون الإجراءات الجنائية المستحدثة بالمرسوم رقم ٢٠١٠-٦٧١ بتاريخ ١٨ يونيو ٢٠١٠ المتعلق بالتوقيع الإلكتروني والرقمي في المواد الجنائية والمعدل لبعض نصوص القانون الجنائي وقانون الإجراءات الجنائية والصادر تطبيقاً للمادة ٨٠١-١ من قانون الإجراءات الجنائية (JORF, n°0141, 20 juin 2010, p. 11183). وجاء نص هذه المادة على النحو التالي:

(La signature numérique consiste en une signature manuscrite conservée sous forme numérique après avoir été apposée sur un écran tactile, au moyen d'un appareil sécurisé garantissant l'intégrité de l'acte dès que la signature a été enregistrée).

- ونشير في هذا الشأن إلى أن المادة ٨٠١-١ من قانون الإجراءات الجنائية المشار إليها تنص على أن:

(Tous les actes mentionnés au présent code, qu'il s'agisse d'actes d'enquête ou d'instruction ou de décisions juridictionnelles, peuvent être revêtus d'une signature numérique ou électronique, selon des modalités qui sont précisées par décret en Conseil d'Etat).

يترتب على التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محكمة النقض إنشاء توقيع إلكتروني على هذه المبادلات يتطابق مع الإشرطاطات المنصوص عليها في المرسوم رقم ٢٠٠١-٢٧٢ الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠٠١ المتعلق بالتوقيع الإلكتروني والصادر تطبيقاً للمادة ١٣١٦ - ٤ من القانون المدني ؛ حيث تنص المادة الرابعة من القرار التقني الصادر من وزير العدل بتاريخ ١٧ يونيو ٢٠٠٨ والمتعلق بالتطبيق المبكر للنصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للإجراءات أمام محكمة النقض^(١) على أن (أوراق المرافعات التي يتم نقلها بالطريق الإلكتروني تكون موقعة من مصدرها عن طريق جهاز مؤمن لإنشاء التوقيع الإلكتروني يتوافر فيه الإشرطاطات المنصوص عليها في مرسوم ٣٠ مارس ٢٠٠١ المشار إليه. ويكون التوقيع الإلكتروني خاضعاً للرقابة بواسطة مزود خدمات المصادقة الإلكترونية (التصديق الإلكتروني) في لحظة إرسال الورقة أو بواسطة المحكمة عند استلام الورقة. ويمكن أيضاً أن تتم الرقابة على التوقيع الإلكتروني في كل لحظة بواسطة المحكمة عندما تقوم بنفسها بحفظ الورقة)^(٢).

غير أن النص السابق يتعلق فقط بالتوقيع الإلكتروني للأوراق التي يتم إرسالها من المحامين إلى محكمة النقض ولم يشر إلى التوقيع الإلكتروني للأوراق التي ترسلها المحكمة إلى المحامين. ولذلك فقد جاء نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من ذات المرسوم لتجعل التحقق من شخصية أو هوية من يقوم بالإرسال من قضاة أو موظفي قلم كتاب محكمة النقض

(١) راجع في ذلك:

Arrêté du 17 juin 2008 portant application anticipée pour la procédure devant la Cour de cassation des dispositions relatives à la communication par voie électronique, JORF, 26 juin 2008.

(٢) راجع ما يلي ؛ بند ٧١ ؛ وجاء نص المادة الرابعة من المرسوم المشار إليه على النحو التالي :

(Les actes de procédure transmis par voie électronique sont signés par leur auteur au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique remplissant les exigences du décret du 30 mars 2001 susvisé.

La signature électronique est contrôlée par le prestataire de services de certification électronique au moment de l'envoi de l'acte ou par la juridiction au moment de la réception de l'acte. Elle peut être contrôlée à tout moment par la juridiction lorsque l'acte est conservé par celle-ci).

بمشاركة توقيع إلكتروني على ما يتم إرساله من أوراق ؛ حيث تنص على أن (تأمين اتصال قضاة وموظفي قلم كتاب محكمة النقض وكذلك سرية المعلومات المتبادلة بواسطة المحكمة إلى المحامين تكون مضمونة عن طريق استخدام أحد تطبيقات إدارة التشغيل على شبكة انترانت intranet ، وتسمى شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء «réseau privé virtuel justice» (RPVJ). وأن موظفي محكمة النقض المأذون لهم القيام بإجراء هذه المبادلات على هذا التطبيق لإدارة التشغيل يكون لهم تحديد شخصي ودقيق لهويتهم^(١).

٦١ - [٢] تطبيق التوقيع الإلكتروني في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محاكم الموضوع:

فيما يتعلق بتطبيق التوقيع الإلكتروني في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محكمة الموضوع ، فإن المشرع تعرض فقط لكيفية التوقيع الإلكتروني للأوراق التي تصدر من أعوان القضاء إلى المحكمة ، ولم يشير إلى التوقيع الإلكتروني للأوراق التي تصدر من المحكمة ذاتها^(٢) ، وهذا يثير التساؤل حوا القيمة القانونية لتلك الأخيرة.

٦٢ - (أ) التوقيع الإلكتروني على الأوراق المرسلة إلى محاكم الموضوع:

(١) جاء نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من مرسوم ١٧ يونيو ٢٠٠٨ المشار إليه على النحو التالي:

(La sécurité de la connexion des magistrats et des agents du greffe de la Cour de cassation ainsi que la confidentialité des informations communiquées par la juridiction aux avocats sont garanties par l'utilisation d'un applicatif de gestion fonctionnant sur un réseau intranet, dénommé « réseau privé virtuel justice » (RPVJ). Les agents habilités de la Cour de cassation pour procéder à ces échanges sur cet applicatif de gestion disposent d'un identifiant strictement personnel).

(٢) راجع في ذلك:

HARRAR E.: Signature électronique: le décret qui contourne le Code de procédure civile, <http://www.blog.dreyfus.fr/2010/06/signature-electronique-le-decret-qui-contourne-le-code-de-procedure-civile/>

على العكس من تنظيم التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محكمة النقض، يوجد نقص أو قصور بالنسبة لمحاكم الموضوع فيما يتعلق بإمكانية قيامها بفك رموز التوقيعات الإلكترونية للأوراق المرسلة إليها؛ حيث لا يوجد في النصوص التي تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محاكم الموضوع نصاً مماثلاً يتعلق بفك رموز التوقيعات الإلكترونية^(١).

غير أن المرسوم رقم ٢٠١٠ - ٤٣٤ الصادر بتاريخ ٢٩ أبريل ٢٠١٠ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في المواد المدنية^(٢) جاء ليخفف أمام هذه المحاكم من الاشتراطات المفروضة بواسطة مرسوم ٣٠ مارس ٢٠٠١ المتعلق بالتوقيع الإلكتروني المشار إليه^(٣)؛ حيث مائل بين التوقيع الإلكتروني وبين عملية التحقق من شخصية أو هوية من يقوم من أعوان القضاء المساعدين أو الممثلين للخصوم بالتبادل بالطريق الإلكتروني^(٤). ثم تدخل المشرع في مرحلة لاحقة وأضاف إلى هذا المرسوم مادة جديدة برقم ١ - ١ أشارت صراحة إلى فكرة التماثل بين التوقيع الإلكتروني والتحقق من شخصية أو هوية من يقوم بالإرسال إلى المحكمة؛ وذلك بمناسبة النص على استخدام النيابة العامة للتبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف.

٦٣ - (١) بالنسبة للأوراق التي يرسلها أعوان القضاء المساعدين أو الممثلين للخصوم إلى المحكمة بالطريق الإلكتروني:

(١) راجع في ذلك:

MOUROT: La communication par voie électronique des actes de procédure devant les juridictions civiles, <http://www.legavox.fr/communication-voie-electronique-actes-procedure-2189.htm>.

(٢) المرسوم رقم ٢٠١٠ - ٤٣٤ الصادر بتاريخ ٢٩ أبريل ٢٠١٠ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في المواد المدنية.

Décret n° 2010-434 du 29 avril 2010 relatif à la communication par voie électronique en matière de procédure civile, JORF, n°0102, 2 mai 2010, texte n° 17.

(٣) راجع في ذلك:

CROZE H.: Le décret du 29 avril 2010 relatif à la communication..., art. préc., p. 7.

(٤) راجع في ذلك:

LAVRIC S.: Communication par voie électronique en matière civile: nouvelle précision, D., actualité, 5 mai.

sécurisé des transmissions استناداً إلى خاصية تأمين البيانات **des transmissions** بين أعوان القضاء **auxiliaires de justice** (المحامين) والمحكمة، فإن المرسوم المشار إليه ماثل بالتوقيع الإلكتروني مسألة التحقق من الهوية **l'identification** للمعاون القضائي (المحامي) وذلك عند دخوله (ارتباطه أو اتصاله) بشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة **particulière** بجهته^(١)، بحيث أن المرسل إليه الورقة، وبصفة خاصة المحكمة، لا يكون في حاجة إلى أن يجوز جهاز فك رموز التوقيع الإلكتروني^(٢). وفي هذا الشأن تنص المادة الأولى من مرسوم ٢٩ أبريل ٢٠١٠ المشار إليه على أن (يعتبر توقيعاً، من أجل تطبيق نصوص قانون المرافعات المدنية على الأوراق التي يقوم أعوان القضاء - المساعدين أو الممثلين للأطراف - بإعلانها أو تسليمها بمناسبة الإجراءات المتبعة أمام محاكم أول فئات درجة، عملية التحقق من الشخصية أو الهوية التي تتم أثناء التبادل بالطريق الإلكتروني، وفقاً للآليات المنصوص عليها في القرار الوزاري الصادر تطبيقاً للمادة ٧٤٨-٦ من قانون المرافعات المدنية)^(٣).

ونذكر من ذلك - على سبيل المثال - ما ورد في القرار التقني الصادر من وزير العدل بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠١١ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام

(١) يشير كما سترى فيما بعد أن الشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحامين هي : **réseau privé virtuel avocat (RPVA)**

(٢) راجع في ذلك : **HARRAR E.: Signature électronique: le décret qui contourne le Code de procédure civile,** <http://www.blog.dreyfus.fr/2010/06/signature-electronique-le-decret-qui-contourne-le-code-de-procedure-civile/>

(٣) جاء نص المادة الأولى من مرسوم ٢٩ أبريل ٢٠١٠ على النحو التالي :
 (Vaut signature, pour l'application des dispositions du code de procédure civile aux actes que les auxiliaires de justice assistant ou représentant les parties notifient ou remettent à l'occasion des procédures suivies devant les juridictions des premier et second degrés, l'identification réalisée, lors de la transmission par voie électronique, selon les modalités prévues par les arrêtés ministériels pris en application de l'article 748-6 du code de procédure civile).

محاكم الاستئناف^(١) بأن المعاون القضائي يحوز شهادة إلكترونية un *certificat électronique* تخضع للمراجعة أو التحقق منها عند الدخول (الارتباط أو الاتصال) *la connexion* على شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحاميين RPVA (réseau privé virtuel)؛ حيث تنص المادة ١٨ من هذا القرار على أن (تأمين اتصال أو إرتباط أعوان القضاء بشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحاميين RPVA (réseau privé virtuel avocet) يكون مضموناً بواسطة جهاز تحديد الشخصية أو الهوية. ويعتمد هذا الجهاز على خدمة التصديق التي تضمن المصادقة على صفة المعاون القضائي كشخص طبيعي، بالمعنى المقصود في المراسيم الصادرة بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠٠١ و ٢٩ إبريل ٢٠١٠ المشار إليهما أعلاه. ويتضمن الجهاز وظيفة أو إمكانية التحقق من صحة الشهادة الإلكترونية. هذه الشهادة تصدر من قبل أحد مزودي خدمات المصادقة الإلكترونية الذي يعمل نيابة عن (أو باسم) المجلس الوطني لنقابات المحامين، صاحب سلطة التصديق)^(٢).

وقد أكدت على ذات المعنى المادة السابعة من القرار الصادر من وزير العدل بتاريخ ٢١ يونيو ٢٠١٣ والمتعلق بتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني بين المحامين وكذلك بين المحامين والمحكمة في نطاق الإجراءات

(١) راجع في ذلك:

Arrêté du 30 mars 2011 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, JORF, n°0076, 31 mars 2011, p. 5600.

(٢) جاء نص المادة ١٨ من القرار المشار إليه على النحو التالي:

(La sécurité de la connexion des auxiliaires de justice au RPVA est garantie par un dispositif d'identification. Ce dispositif est fondé sur un service de certification garantissant l'authentification de la qualité de l'auxiliaire de justice personne physique, au sens des décrets des 30 mars 2001 et 29 avril 2010 susvisés. Le dispositif comporte une fonction de vérification de la validité du certificat électronique. Celui-ci est délivré par un prestataire de services de certification électronique agissant au nom du Conseil national des barreaux, autorité de certification).

أمام المحاكم التجارية^(١).

٦٤ - (٢) بالنسبة للأوراق التي ترسلها النيابة العامة بالطريق الإلكتروني إلى محكمة الاستئناف في نطاق الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي: تسهياً لاستخدام النيابة العامة للتبادل بالطريق الإلكتروني^(٣)، فإن المادة ١٧ من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ١٥١٥ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢^(٣) قد أضاف إلى المرسوم رقم المرسوم رقم ٢٠١٠ - ٤٣٤ الصادر بتاريخ ٢٩ إبريل ٢٠١٠ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في المواد المدنية المشار إليه مادة جديدة برقم ١ - ١ تنص على أن: (يعتبر توقيعاً، من أجل تطبيق نصوص قانون المرافعات المدنية على الأوراق التي تودعها النيابة العامة بمناسبة الإجراءات التي تستلزم التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف، عملية التحقق من الشخصية أو الهوية التي تتم في حالة التبادل بالطريق الإلكتروني، وفقاً للآليات المنصوص عليها في القرار

(١) تنص المادة السابعة من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٢١ يونيو ٢٠١٣ المشار إليه على أن: (تأمين اتصال أو ارتباط المحامين بشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحامين RPVA (réseau privé virtuel-avocat) يكون مضموناً بواسطة جهاز تصديق (توثيق). ويعتمد هذا الجهاز على خدمة التصديق التي تضمن المصادقة على صفة المحامي كشخص طبيعي، بالمعنى المقصود في المرسوم الصادر في ٣٠ مارس ٢٠٠١ المشار إليه أعلاه. ويتضمن الجهاز وظيفة أو إمكانية التحقق من صحة الشهادة الإلكترونية. هذه الشهادة تصدر من قبل أحد مزودي خدمات المصادقة الإلكترونية الذي يعمل نيابة عن (أو باسم) المجلس الوطني لنقابات المحامين، صاحب سلطة التصديق)

(La sécurité de la connexion des avocats au RPVA est garantie par un dispositif d'authentification. Ce dispositif est fondé sur un service de certification garantissant l'authentification de la qualité d'avocat personne physique, au sens du décret du 30 mars 2001 susvisé. Le dispositif comporte une fonction de vérification de la validité du certificat électronique. Celui-ci est délivré par un prestataire de services de certification électronique agissant au nom du Conseil national des barreaux, autorité de certification).

(٢) حول استخدام النيابة العامة للتبادل بالطريق الإلكتروني، راجع: ما سبق، بند ٣٨.

(٣) راجع المرسوم رقم ٢٠١٢ - ١٥١٥ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢ المتعلق لـنصوص متعددة متعلقة بالمرافعات المدنية وبالتنظيم القضائي.

Décret n° 2012-1515 du 28 décembre 2012 portant diverses dispositions relatives à la procédure civile et à l'organisation judiciaire, JORF, n°0304, 30 décembre 2012, p. 21018.

الوزاري الصادر تطبيقاً للمادة ٧٤٨-٦ من قانون المرافعات المدنية^(١). وعلى ذلك، فقد أشار المشرع صراحة إلى أن التحقق من شخصية أو هوية من يقوم بالتبادل بالطريق الإلكتروني من أعضاء النيابة العامة هو بمثابة توقيع إلكتروني على الأوراق التي يتم إرسالها. ويتم التحقق من الشخصية أو الهوية، وفقاً للقواعد الواردة في القرارات التقنية وذلك إعمالاً للمادة ٧٤٨-٦ من قانون المرافعات المدنية^(٢).

وأخيراً، نشير إلى أنه وفقاً للمادة الثانية من مرسوم ٢٩ أبريل ٢٠١٠ السابق ذكره، فإن التشبيه أو التماثل بين التوقيع الإلكتروني والتحقق من هوية الأطراف المشار إليه في المادة الأولى من هذا المرسوم يكون محددًا من حيث الوقت؛ إذ أنه يتعلق فقط بكل تحقق من الشخصية أو الهوية يتم حتى ٣١ ديسمبر ٢٠١٤^(٣). ومن ثم، فبعد هذا التاريخ يتعين أن يكون التوقيع الإلكتروني مطابقاً للإشتراطات الواردة في المرسوم رقم ٢٧٢-٢٠٠١ الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠٠١ المتعلق بالتوقيع

(١) جاء نص المادة ١-١ المضافة إلى المرسوم رقم ٢٠١٠-٤٣٤ الصادر بتاريخ ٢٩ أبريل ٢٠١٠ على النحو التالي:

(Vaut signature, pour l'application des dispositions du code de procédure civile aux actes que le ministère public remet à l'occasion des procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, l'identification réalisée, lors de la transmission par voie électronique, selon les modalités prévues par l'arrêté ministériel pris en application de l'article 748-6 du code de procédure civile).

- ونشير في هذا الشأن إلى أن المادة ١٩ من المرسوم رقم ٢٠١٢-١٥١٥ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢ تنص على أن يبدأ سريان نص المادة ١٧ منه (أي المادة التي أضافت نص المادة ١-١ المشار إليها) ابتداءً من الأول من يناير ٢٠١٣.

(٢) راجع في ذلك:

HARRAR E.: Signature électronique: le décret qui contourne le Code de procédure civile,
<http://www.blog.dreyfus.fr/2010/06/signature-electronique-le-decret-qui-contourne-le-code-de-procedure-civile/>

(٣) راجع المادة الثانية من المرسوم رقم ٢٠١٠-٤٣٤ الصادر بتاريخ ٢٩ أبريل ٢٠١٠ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في المواد المدنية المشار إليه، والتي تنص على أن: (يكون هذا المرسوم قابلاً للتطبيق حتى ٣١ ديسمبر ٢٠١٤).

(Le présent décret est applicable jusqu'au 31 décembre 2014).

الإلكتروني والمتعين تطبيقه أمام كافة محاكم القضاء العادي.

٦٥- (ب) التوقيع الإلكتروني للأوراق الصادرة من محاكم الموضوع:

لم يشر المرسوم رقم ٢٠١٠-٤٣٤ الصادر بتاريخ ٢٩ أبريل ٢٠١٠ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في المواد المدنية إلا للتوقيع الإلكتروني للأوراق التي تصدر عن أعوان القضاء؛ أي لا يتعلق بالأوراق التي تصدر عن المحاكم نفسها. ومن ثم، فإرسال الأوراق بواسطة المحكمة لا يعتبر إذاً كأنها موقعة إلكترونياً.

غير أن الاستثناء الوحيد الذي تمت معالجته هو إيصال الاستلام الذي يصدر عن المحكمة: فوفقاً للفقرتين الأولى والثانية من المادة ٧٤٨-

٣ من قانون المرافعات المدنية^(١)، فإن إيصال الاستلام الذي يصدر بواسطة المرسل إليه ورقة تم تبادلها بالطريق الإلكتروني يحل محل التوقيع؛ حيث تنص هذه المادة على أن (المراسلات، والتسليمات، والإعلانات المذكورة في المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية تكون محلاً لإيصال استلام إلكتروني يُرسل بواسطة المرسل إليه، الذي يذكر فيه - في هذه الحالة - تاريخ وساعة هذا الإيصال الإلكتروني؛ ويقوم هذا الإيصال مقام التأشير أو الختم أو التوقيع أو أي تنويه أو ذكر للاستلام يوضع على الورقة أو صورتها، وذلك عندما يتم النص على هذه الصيغة في القانون الحالي؛ وفي حالة الإرسال باستخدام الطريق الإلكتروني، فلا يتم تطبيق نصوص هذا القانون التي تنص على إرسال نسخ متعددة ورد أصل الورقة أو المستندات المسلمة أو المعلنة)^(٢). وبمعنى آخر، فإن هذا النص قد وضع

(١) استحدثت الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٧٤٨-٣ من قانون المرافعات المدنية بموجب المادة ١٧ من المرسوم رقم ٢٠٠٨-٤٨٤ بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨ المتعلق بالإجراءات أمام محكمة النقض (Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation, JORF, n°0120, 24 mai 2008, p. 8477).

(٢) تنص المادة ٧٤٨-٣ من قانون المرافعات المدنية بعد تعديلها بالمادة ١٧ من المرسوم رقم ٢٠٠٨-٤٨٤ بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨ المتعلق بالإجراءات أمام محكمة النقض على أن: (Les envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 font l'objet d'un avis électronique de réception adressé par le destinataire, qui indique la date et, le cas échéant, l'heure de celle-ci.)

استثناءً على الاشتراطات التي وضعها مرسوم ٣٠ مارس ٢٠٠١ المشار إليه، وذلك عندما يكون التوقيع مشروطاً بواسطة نص إجرائي بهدف إثبات استلام ورقة ما.

وعلى العكس من ذلك، لا يوجد نص مماثل بالنسبة للأوراق الأخرى التي تصدر من المحاكم مثل الاستدعاءات les convocations والمذكرات les bulletins وإعلانات القرارات القضائية les notifications des décisions juridictionnelles... إلخ. وهنا يثار التساؤل حول القيمة القانونية لهذه المراسلات الإلكترونية، والتي تكون مع ذلك أمراً مألوفاً أمام المحاكم التي تمارس التبادل بالطريق الإلكتروني. وللإجابة على هذا التساؤل نفرق بين المبادلات الإلكترونية التي تصدر من محاكم الاستئناف وتلك التي تصدر من المحاكم الابتدائية والتجارية:

٦٦- (١) المبادلات الإلكترونية التي تصدر من محاكم الاستئناف:

فيما يتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني أمام محكمة الاستئناف، وحيث أن القرارات التقنية لم تنص إلا على التبادل بالطريق الإلكتروني الذي يصدر من أعوان القضاء (المحامون والنيابة العامة) إلى المحكمة، ولم تشر إلى المبادلات التي تصدر من المحكمة إليهم^(١)، فإن التساؤل حول

= Cet avis tient lieu de visa, cachet et signature ou autre mention de réception qui sont apposés sur l'acte ou sa copie lorsque ces formalités sont prévues par le présent code.

En cas de transmission par voie électronique, il n'est pas fait application des dispositions du présent code prévoyant la transmission en plusieurs exemplaires et la restitution matérielle des actes, et pièces remis ou notifiés).

(١) راجع: ما سبق، بند ٦٥. وأيضاً - على سبيل المثال - المادة الأولى من قرار وزير العدل بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٠ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي لا تستلزم التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف (Arrêté du 5 mai 2010 relatif à la communication par voie électronique dans la procédure sans représentation obligatoire devant les cours d'appel, JORF, 0111, 15 mai 2010, p. 9041) التي تنص على أن: (عندما يتم تنفيذها بالطريق الإلكتروني بين أعوان القضاء المساعدين أو الممثلين للأطراف أو بين هذا المعاون والمحكمة، في إطار الإجراءات التي لا تستلزم التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محكمة الاستئناف، فإن ما يتم إرساله، وما يتم تسليمه من تقارير الاستئناف، وأوراق التوكيل، =

القيمة القانونية لتلك المبادلات لن يثار هنا.

وحتى لو تمت مثل هذه المبادلات من المحكمة، فإن الأمر لن يختلف عن الحالة التي سبق دراستها في حالة التبادل بالطريق الإلكتروني الذي يتم في عدم وجود قرار تقني؛ حيث سيتم توقيع ذات الجزاء، ونكتفي بالإحالة إليها منعاً للتكرار^(١).

٦٧- (٢) المبادلات الإلكترونية التي تصدر من المحاكم الابتدائية والمحاكم التجارية:

= والمستندات المرفقة بهما يتعين أن يتوافر فيها الضمانات المحددة في القرار الحالي).
(Lorsqu'ils sont effectués par voie électronique entre auxiliaires de justice assistant ou représentant les parties ou entre un tel auxiliaire et la juridiction, dans le cadre d'une procédure sans représentation obligatoire devant la cour d'appel, les envois et remises des déclarations d'appel, des actes de constitution et des pièces qui leur sont associées doivent répondre aux garanties fixées par le présent arrêt).

- وهو ما نصت عليه أيضاً المادة الثانية من قرار وزير العدل في ٣٠ مارس ٢٠١١ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف (Arrêté du 30 mars 2011 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, JORF, n°0076, 31 mars 2011, p. 5600 بذات الرقم وذلك بموجب المادة الثانية من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ١٨ أبريل ٢٠١٢ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف (Arrêté du 18 avril 2012 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, JORF, n°0109, 10 mai 2012, p. 8690). وقد أصبحت الصيغة الحالية

للمادة الثانية من القرار الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠١١ بعد استبدالها على النحو التالي:
(Peuvent être effectués par voie électronique, entre auxiliaires de justice représentant une partie ou entre un tel auxiliaire et la juridiction, les envois et remises des déclarations d'appel et des actes de constitution, avec les pièces qui leur sont associées, ainsi que les conclusions faits en application des articles 901,903,908,909,910, 911, 960 et 961 du code de procédure civile).

(يمكن أن يتم تنفيذها بالطريق الإلكتروني، بين أحوان القضاء الممثلين لأحد الأطراف (الحامي) أو بين هذا المعاون والمحكمة، ما يتم إرساله، وما يتم تسليمه من تقارير الاستئناف، وسندات الوكالة، وذلك مع المستندات المرفقة بهم، وكذلك المذكرات التي تتم إعمالاً للمواد ٩٠١، ٩٠٣، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩٦٠، ٩٦١ من قانون المرافعات المدنية).

(١) راجع، ما سبق، بند ٥٠.

على العكس مما سبق ذكره بالنسبة للمبادلات الإلكترونية التي تصدر من محكمة الاستئناف، فإن التساؤل سوف يثار حول القيمة القانونية للأوراق التي تصدر إلكترونياً من المحكمة الابتدائية والمحكمة التجارية، والتي أجاز لها القرار التقني بصفة عامة تبادل الأوراق بالطريق الإلكتروني؛ حيث تنص المادة الأولى من قرار وزير العدل الصادر في ٧ إبريل ٢٠٠٩ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية على أن: (عندما يتم تنفيذها بالطريق الإلكتروني بين المحامين أو بين محام والمحكمة، في إطار الإجراءات أمام المحكمة الابتدائية، فإن المراسلات (ما يتم إرساله)، والتسليمات (ما يتم تسليمه)، وإعلانات كل من أوراق المرافعات، والمستندات، والإخطارات، والتنبيهات (الإنذارات) أو الاستدعاءات، والتقارير، والمحاضر، وكذلك الصور والنسخ المذيلة بالصيغة التنفيذية من القرارات القضائية يتعين أن تستوفي الاشتراطات المحددة في هذا القرار^(١) ^(٢)).

وهو ما أكدت عليه المادة الأولى من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٢١ يونيو ٢٠١٣ والمتعلق بتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني بين المحامين وكذلك بين المحامين والمحكمة في نطاق الإجراءات أمام المحاكم التجارية^(٣)؛ حيث تنص هذه المادة على أنه: (عندما يتم تنفيذها بالطريق الإلكتروني

(١) سبق أن درسنا أن الإخطارات، والتنبيهات، الاستدعاءات، والمحاضر، والتقارير، ونسخ

القرارات القضائية تصدر في الغالب من قلم كتاب المحكمة، راجع: ما سبق، بند ٢٥.

(٢) جاء نص المادة الأولى من قرار وزير العدل في ٧ إبريل ٢٠٠٩ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية (Arrêté du 7 avril 2009 relatif à la communication par voie électronique devant les tribunaux de grande instance, JORF, 11 avril 2009) على

النحو التالي:

(Lorsqu'ils sont effectués par voie électronique entre avocats ou entre un avocat et la juridiction, dans le cadre d'une procédure devant le tribunal de grande instance, les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles doivent répondre aux garanties fixées par le présent arrêté).

(٣) راجع في ذلك: JORF, n° 0146, 26 juin 2013, p. 10526

بين المحامين أو بين المحامين والمحكمة، بمناسبة إجراء أمام المحكمة التجارية، فإن المراسلات - أي ما يتم إرساله - ، والتسليمات - أي ما يتم تسليمه - ، وإعلانات كل من أوراق المرافعات، والمستندات، والإخطارات، والتنبيهات (الإنذارات) أو الاستدعاءات، والتقارير، والمحاضر، وكذلك الصور والنسخ المذيلة بالصيغة التنفيذية من القرارات القضائية تعتبر أن تستوفي الضمانات المحددة في هذا القرار^(١).

وحتى لو لم تكن المحكمة الابتدائية أو المحكمة التجارية تحوز جهازاً للتوقيع الإلكتروني، ففي ظل توقع تطور التوقيع الإلكتروني، يبدو ممكناً - مع ذلك - اعتبار المبادلات من قبل المحكمة وفقاً للشروط المحددة في القرار المشار إليها مبادلات قانونية استناداً إلى أن هذه القرارات ما هي إلا أعمال قانونية، وأن قانونيتها ليست محل شك؛ إذ أنها قد صدرت تطبيقاً للمادة ٧٤٨ - ٦ من قانون المرافعات المدنية بهدف إجازة المبادلات التي تتم وفقاً للشروط التقنية التي حددتها^(٢).

وأضف إلى ما سبق، أن تحديد هوية القائم بالورقة لا يتضمن افتراض الدقة المرتبطة بالتوقيع الإلكتروني المؤمن؛ حيث أن هذه الدقة تعتبر أن يقام الدليل عليها^(٣)؛ إذ أن المادة ٢٨٨ - ١ من قانون المرافعات المدنية تنص على أنه (عندما يحتوي التوقيع الإلكتروني على افتراض

(١) جاء نص المادة الأولى من قرار ٢١ يونيو ٢٠١٣ المشار إليه على النحو التالي:
(Lorsqu'ils sont effectués par voie électronique entre les avocats et entre les avocats et la juridiction à l'occasion d'une procédure devant le tribunal de commerce, les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles doivent répondre aux garanties fixées par le présent arrêt).

(٢) تنص المادة ٧٤٨ - ٦ من قانون المرافعات المدنية على أن (يعتبر أن تتضمن المراحل التقنية المستخدمة، وفقاً لشروط تحدّد بواسطة قرار من وزير العدل، الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل الإلكتروني، وسلامة واكتمال الوثائق المرسلة، وأمان وسرية المبادلات، وحفظ المبادلات التي تتم، وأن تسمح هذه المراحل بطريقة مؤكدة بإنشاء تاريخ الإرسال وكذلك تاريخ الاستلام من قبل المرسل إليه).

(٣) راجع في ذلك: LEIRS É.: Communication électronique, art. préc., n° 31.

الدقة، فإن الأمر متروك للقاضي في أن يقول ما إذا كانت العناصر أو الأدلة المعروضة عليه تبرر عكس هذه القرينة^(١).

وأخيراً، فإن القضاء الحديث لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في مسألة غياب التوقيع المادي signature physique على ورقة من أوراق المرافعات يمكن أن يستتج منه الربط بين التمسك بنقص الدقة في تحديد الهوية والدفع بالبطلان لعيب من عيوب الشكل، والذي سيكون من الصعب - في هذه الحالة - استنتاج العيب الذي كان السبب فيه^(٢).

المطلب الثاني

الشروط التقنية التي تضمن تكافؤ الإرسال

٦٨- تتمثل الاشتراطات التقنية الواجب توافرها في المراحل التقنية اللازمة لاستخدام التبادل بالطريق الإلكتروني، والتي من شأنها ضمان التكافؤ بين إرسال الورقة المنشأة على دعامة ورقية وتلك المنشأة على دعامة إلكترونية في: تأمين وسرية المبادلات (أولاً)، وسلامة واكتمال الوثائق المتبادلة (ثانياً)، وحفظ المبادلات التي تتم (ثالثاً)، وتحديد تاريخ الإرسال والاستلام على وجه الدقة (رابعاً)، وذلك على النحو التالي:

٦٩- أولاً: تأمين وسرية المبادلات:

إن تأمين La sécurité وسرية la confidentialité المبادلات فكرتان مرتبطتان بقوة؛ إذ أن سرية المبادلات تكون مضمونة عن طريق

(١) المادة ٢٨٨-١ من قانون المرافعات المدنية مستحدثة بالمادة التاسعة من القانون رقم ٢٠٠٢-١٤٣٦ الصادر بتاريخ ٣ ديسمبر ٢٠٠٢ (Décret n° 2002-1436 du 3 décembre 2002 modifiant le code de l'organisation judiciaire, le code de procédure civile, le nouveau code de procédure civile et le décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996 portant tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale, JORF, n°289, 12 décembre 2002, p. 20482). وجاء نصها على النحو التالي:

(Lorsque la signature électronique bénéficie d'une présomption de fiabilité, il appartient au juge de dire si les éléments dont il dispose justifient le renversement de cette presumption).

(٢) راجع في ذلك:

BLÉRY C. et RASCHEL L.: Focus: Absence de signature d'un acte de procédure: petite mise au point sur sa sanction, Procédures, décembre 2011, n° 12, p. 56.

آليات التأمين les mécanismes de sécurité المنصوص عليها في القرارات التقنية^(١)، كما تساهم السرية ذاتها في تحقق اشتراط تأمين

(١) راجع المادة ٢١ من قرار وزير العدل بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٠ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي لا تستلزم التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف (Arrêté du 5 mai 2010 relatif à la communication par voie électronique dans la procédure sans représentation obligatoire devant les cours d'appel, JORF, n°0111, 15 mai 2010, p. 9041) والتي جاء نصها على النحو التالي:

(La confidentialité des informations communiquées par la juridiction et circulant entre le point de terminaison sécurisé du RPVJ et le lieu où l'auxiliaire de justice exerce son activité est assurée par les fonctions de sécurité mises en œuvre au sein du RPVA. La confidentialité des informations communiquées par l'auxiliaire de justice et circulant entre le point de terminaison sécurisé du RPVJ et l'équipement terminal mis à disposition des agents des juridictions habilités est assurée par les fonctions de sécurité mises en œuvre au sein du RPVJ).

سرية المعلومات المرسله بواسطة المحكمة والمتداولة (والمقولة) بين نقطة الطرف (نقطة الاتصال) المؤمنة لشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء **réseau privé virtuel justice (RPVJ)** وبين المكان الذي يمارس منه المعاون القضائي (المحامي) أعماله تكون مؤمنة بواسطة وظائف التأمين الموجودة داخل شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحامي **RPVA**. وأن سرية المعلومات المرسله بواسطة المعاون القضائي (المحامي) والمتداولة بين نقطة الطرف (نقطة الاتصال) المؤمنة لشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء **réseau privé virtuel justice (RPVJ)** والتجهيزات الطرفية (تجهيزات الاتصال) الموجودة تحت تصرف موظفي المحاكم (المقصود هنا محاكم الاستئناف) المعتمدين (أو المؤهلين) تكون مؤمنة بواسطة وظائف التأمين الموجودة في داخل شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء **réseau privé virtuel justice (RPVJ)**.

- وهي ذات الصيغة الواردة في المادة ٢٥ من قرار وزير العدل في ٣٠ مارس ٢٠١١ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف (Arrêté du 30 mars 2011 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, JORF, n°0076, 31 mars 2011, p. 5600) والتي جاء نصها على النحو التالي:

(La confidentialité des informations communiquées par la juridiction et circulant entre le point de terminaison sécurisé du RPVJ et le lieu où l'auxiliaire de justice exerce son activité est assurée par les fonctions de sécurité mises en œuvre au sein du RPVA. La confidentialité des informations communiquées par les auxiliaires de justice et circulant entre le point de terminaison sécurisé du RPVJ et l'équipement terminal mis à disposition des agents des juridictions habilités est assurée par les fonctions de sécurité mises en œuvre au sein du RPVJ.) =

= (سرية المعلومات المرسله بواسطة المحكمة والمتداولة بين نقطة الطرف (نقطة الاتصال) المؤمنة لشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء **réseau privé virtuel justice (RPVJ)** وبين المكان الذي يمارس منه المعاون القضائي (المحامي) أعماله تكون مؤمنة بواسطة وظائف التأمين الموجودة داخل شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحامي **RPVA**. وأن سرية المعلومات المرسله بواسطة المعاون القضائي (المحامي) والمتداولة بين نقطة الطرف (نقطة الاتصال) المؤمنة لشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء **réseau privé virtuel justice (RPVJ)** والتجهيزات الطرفية (تجهيزات الاتصال) الموجودة تحت تصرف موظفي المحاكم (المقصود هنا محاكم الاستئناف) المعتمدين (أو المؤهلين) تكون مؤمنة بواسطة وظائف التأمين الموجودة في داخل شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء **réseau privé virtuel justice (RPVJ)**.

- وهي ذات الصيغة الواردة في المادة ١٨ من قرار وزير العدل بتاريخ ٢٣ ديسمبر ٢٠١٠ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف (**JORF, n°0301, 29 décembre 2010, p. 22920**) والذي كان قابلا للتطبيق فقط حتى الأول من سبتمبر ٢٠١١. وكان نص هذه المادة على النحو التالي :

(La confidentialité des informations communiquées par la juridiction et circulant entre le point de terminaison sécurisé du RPVJ et le lieu où l'avoué exerce son activité est assurée par les fonctions de sécurité mises en œuvre au sein du réseau privé unique des chambres des compagnies des avoués. La confidentialité des informations communiquées par les avoués et circulant entre le point de terminaison sécurisé du RPVJ et l'équipement terminal mis à disposition des agents des cours d'appel habilités est assurée par les fonctions de sécurité mises en œuvre au sein du RPVJ. Des filtres sont opérationnels pour empêcher les messages indésirables de pénétrer dans le réseau dédié à ces échanges).

- وهو ذات النص الوارد في المادة ١٧ من قرار وزير العدل في ٧ إبريل ٢٠٠٩ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية (**Arrêté du 7 avril 2009**) **relatif à la communication par voie électronique devant les tribunaux de grande instance, JORF, n°0086, 11 avril 2009, p. 6365** والتي جاء نصها على النحو التالي :

(La confidentialité des informations communiquées par la juridiction et circulant entre le point de terminaison sécurisé du RPVJ et le lieu où l'avocat exerce son activité est assurée par les fonctions de sécurité mises en œuvre au sein du RPVA. La confidentialité des informations communiquées par les avocats et circulant entre le point de terminaison sécurisé du RPVJ et l'équipement terminal mis à disposition des agents des juridictions habilités est assurée par les fonctions de sécurité mises en œuvre au sein du RPVJ).

(سرية المعلومات المرسله بواسطة المحكمة (المقصود هنا المحكمة الابتدائية) والمتداولة بين نقطة الطرف (نقطة الاتصال) المؤمنة لشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء **réseau privé virtuel justice (RPVJ)** وبين المكان الذي يمارس منه المحامي أعماله =

وتستند فكرة تأمين المبادلات على كل مرحلة من المراحل المتتابعة للتبادل بالطريق الإلكتروني؛ حيث تم تنظيم هذه المراحل بدقة بواسطة القرارات التقنية الصادرة من وزير العدل بهدف تأمين وسرية المبادلات، وبحيث يترتب على ذلك أن البيانات المتبادلة بالطريق الإلكتروني تكون دقيقة وموثوقاً فيها *fiables*.

ويتضح من قراءة القرارات التقنية المتعددة أن تأمين المبادلات ينتج بصفة أساسية من تداول أو سريان تلك المبادلات خلال شبكات الاتصال الافتراضية الخاصة، سواء شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالحامي (RPVA) *réseau privé virtuel avocat* أو شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء *réseau privé virtuel justice*.

تكون مومنة بواسطة وظائف التأمين الموجودة داخل شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالحامي RPVA. وإن سرية المعلومات المرسله بواسطة الحامي والتداول بين نقطة الطرف (نقطة الاتصال) المومنة لشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء *réseau privé virtuel justice (RPVJ)* والتجهيزات الطرفية الموجودة تحت تصرف موظفي المحاكم (أي المحاكم الابتدائية) المعتمدين (أو المؤهلين) تكون مومنة بواسطة وظائف التأمين الموجودة في داخل شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء *réseau privé virtuel justice (RPVJ)*.

وهو ما أكدت عليه أيضاً المادة ١١ من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٢١ يونيو ٢٠١٣ والمتعلق بتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني بين الحامين وكذلك بين الحامين والمحكمة في نطاق الإجراءات أمام المحاكم التجارية والتي جاء نصها على النحو التالي:

(La confidentialité des informations communiquées par la juridiction et circulant entre le point de terminaison sécurisé de la plate-forme nationale d'échanges et de suivi sécurisée dénommée « i-greffes » et le lieu où l'avocat exerce son activité est assurée par les fonctions de sécurité mises en œuvre au sein du RPVA. La confidentialité des informations communiquées par les avocats et circulant entre le point de terminaison sécurisé de la plate-forme nationale et de suivi sécurisée et les greffiers des tribunaux de commerce est assurée par les fonctions de sécurité mises en œuvre au sein de la plate-forme nationale d'échanges et de suivi sécurisée dénommée « i-greffes »).

(١) الحديث عن تأمين المبادلات هنا ليس جديداً؛ إذ أن الفقه أكد على ذلك منذ مدة طويلة وذلك عند عرض المحاولات الأولى لاستخدام التكنولوجيا في نطاق عمل المحاكم. راجع في ذلك:

BERTRAND B.: Peut-on publier les décisions de justice sur internet?, art. préc., p. 126.

(RPVJ). ويكون الدخول على هذه الشبكات مؤمناً وفقاً لقواعد تحديد شخصية أو هوية من يقوم بالتبادل بالطريق الإلكتروني، وذلك من خلال تطبيقات أو برامج متعددة، سواء بالنسبة للمحامي كالتطبيق المسمى «e-barreau»^(١)، أو بالنسبة للمحاكم كالتطبيق المسمى «ComCiCA» بالنسبة لمحاكم الاستئناف^(٢) أو المسمى «ComCi TGI» بالنسبة

(١) راجع المادة السابعة من قرار وزير العدل الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف (JORF, n°0076, 31 mars 2011, p. 5600)، والتي جاء نصها على النحو التالي:

(L'acte de procédure remis par un auxiliaire de justice à un service de la cour d'appel sous la forme d'un message de données est adressé au moyen d'un courrier électronique mis en forme et expédié au nom du professionnel par une plate-forme de services de communication électronique sécurisée dénommée « e-barreau ». La plate-forme de services « e-barreau » est opérée par un prestataire de services de confiance agissant sous la responsabilité du Conseil national des barreaux).

(الورقة القضائية التي يتم تسليمها بواسطة أحد أعوان القضاء إلى أحد أقسام محكمة الاستئناف في شكل رسالة بيانات يتم إرسالها عن طريق رسالة بالبريد الإلكتروني منسقة ومرسله باسم صاحب المهنة بواسطة برنامج مؤمن لخدمات التبادل الإلكتروني، يسمى «e-barreau». ويدار برنامج خدمات التبادل المسمى «e-barreau» من قبل أحد مزودي خدمات الثقة يعمل تحت مسؤولية المجلس الوطني لنقابات المحامين).

- وراجع المادة السابعة من قرار وزير العدل في ٧ إبريل ٢٠٠٩ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية المشار إليه (JORF, n°0086, 11 avril 2009, p. 6365)، والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Le contrôle de l'accès des avocats au RPVA fait l'objet d'une procédure d'habilitation au moyen d'une application informatique hébergée par une plate-forme de services de communication électronique sécurisée dénommée « e-barreau ». Cette plate-forme est opérée par un prestataire de services de confiance qualifié, agissant sous la responsabilité du Conseil national des barreaux).

(الرقابة على (أو التحكم في) دخول المحامين إلى شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحامي (RPVA) réseau privé virtuel avocat) يكون من خلال إجراءات تدقيق أو اعتماد عن طريق استخدام تطبيق معلوماتي مستوعب (أو مستضاف) بواسطة برنامج خدمات التبادل الإلكتروني المؤمن المسمى «e-barreau». ويتم تشغيل هذا البرنامج بواسطة أحد مزودي خدمات الثقة المؤهلين أو المعتمدين والذي يعمل تحت مسؤولية المجلس الوطني لنقابات المحامين).

(٢) راجع المادة ١١ من قرار وزير العدل الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف =

للمحاكم الابتدائية^(١)، أو المسمى «i-greffes» بالنسبة للمحاكم

=المشار إليه، والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Le système de communication électronique mis à disposition des agents du ministère de la justice chargés du traitement et de l'exploitation des informations recueillies ou expédiées par la voie électronique, conformément aux dispositions de l'article 748-1 du code de procédure civile, est un système d'information fondé sur les procédés techniques d'une messagerie automatisée dénommée «ComCi CA»).

نظام التبادل الإلكتروني المتاح لموظفي وزارة العدل المكلفين بمعالجة واستخدام المعلومات التي تم جمعها (استقبالها) أو إرسالها بالطريق الإلكتروني، وفقاً لنص المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية، هو نظام معلومات يعتمد على المراحل أو العمليات التقنية للتراسل الآلي المسمى «ComCi CA».

- وراجع أيضاً المادة ١٢ من ذات القرار المشار إليه، والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Les agents du ministère de la justice susvisés accèdent au système de messagerie automatisé ComCi CA, composante de l'application informatique de la chaîne civile WinCi CA, adossée sur le réseau privé virtuel justice (RPVJ). L'accès à l'application WinCi CA est contrôlé par un identifiant strictement personnel).

(موظفي وزارة العدل المشار إليهم ينفذوا (يدخلوا أو يصلوا) إلى نظام التراسل الآلي المسمى «ComCi AC»، والذي يكون عنصراً من تطبيق معلوماتي من النافذة المسماة «CA WinCi» المدعومة على شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء «réseau privé virtuel justice (RPVJ)». ويكون النفاذ أو الدخول إلى التطبيق المعلوماتي المسمى «WinCi CA» متحكماً فيه عن طريق التحديد الضارم والدقيق للهوية أو الشخصية).

(١) راجع المادة الثانية من قرار وزير العدل في ٧ إبريل ٢٠٠٩. والمتعلق بالتبادل بالطريق

الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية المشار إليه، والتي جاء نصها على النحو التالي

(Le système de communication électronique mis à disposition des agents du ministère de la justice chargés du traitement et de l'exploitation des informations recueillies ou expédiées par la voie électronique, conformément aux dispositions de l'article 748-1 du code de procédure civile, est un système d'information fondé sur les procédés techniques d'une messagerie automatisée dénommée «ComCi TGI» et qui utilise des produits de sécurité references).

نظام التبادل الإلكتروني المتاح (الموضوع تحت تصرف) لموظفي وزارة العدل المكلفين بمعالجة واستخدام المعلومات التي تم جمعها (استقبالها) أو إرسالها بالطريق الإلكتروني، وفقاً لنص المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية، هو نظام معلوماتي يعتمد على العمليات التقنية (المراحل الفنية) لنظام تراسل الآلي المسمى «ComCi TGI» والذي يستخدم منتجات (وسائل) الأمان المشار إليها.

- وهو ذات النص الذي كان وارداً في المادة الثالثة من قرار وزير العدل بتاريخ ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٨ والمتضمن للتطبيق المبكر للنصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للإجراءات أمام المحاكم الابتدائية (JORF n° 236 - 9 octobre 2008).

- وراجع أيضاً المادة الثالثة من قرار وزير العدل في ٧ أبريل ٢٠٠٩ المشار إليه والتي جاء =

التجارية^(١). كما أن الدخول أو الارتباط أو الاتصال بهذه الشبكات يكون مؤمناً عن طريق شخص من الغير موضع ثقة (مزود خدمات الثقة أو المصادقة الإلكترونية)^(٢).

=نصها على النحو التالي:

(Les agents du ministère de la justice supervisés accèdent au système de messagerie automatisé « ComCi TGI », composante de l'application informatique de la chaîne civile « WinCi TGI », adossée sur le réseau privé virtuel justice (RPVJ). L'accès à l'application « WinCi TGI » est contrôlé par un identifiant strictement personnel).

(موظفي وزارة العدل المشار إليهم ينفذوا (يدخلوا أو يصلوا) إلى نظام التراسل الآلي المسمى ComCi TGI، الذي يكون عنصراً من تطبيق معلوماتي من النافذة المسماة TGI réseau privé virtuel justice (RPVJ). ويكون النفاذ أو الدخول إلى التطبيق المعلوماتي المسمى WinCi TGI متحكماً فيه عن طريق التحديد الصارم والدقيق للهوية أو الشخصية)

- وهو ذات النص الذي كان وارداً في المادة الرابعة من قرار وزير العدل بتاريخ ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٨ والمتضمن للتطبيق المبكر للنصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للإجراءات أمام المحاكم الابتدائية المشار إليه.

(١) راجع المادتين الثانية والثالثة من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٢١ يونيو ٢٠١٣ والمتعلق بتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني بين المحامين وكذلك بين المحامين والمحكمة في نطاق الإجراءات أمام المحاكم التجارية، وقد جاء نصهم على النحو التالي:

Article 2: (Le système de communication électronique, opéré sous la responsabilité du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, est accessible aux greffiers des tribunaux de commerce. Ce système d'information est fondé sur des procédés techniques d'échanges sécurisés pour le traitement des envois, remises et notifications prévus à l'article 1er. Le système dispose d'un point de terminaison sécurisé autorisant une interconnexion avec le réseau privé virtuel décrit à l'article 4).

Article 3: (Pour procéder au traitement prévu à l'article 2, les greffiers des tribunaux de commerce accèdent à la plate-forme d'échanges et de suivi sécurisée, dénommée « i-greffes », au moyen d'une liaison dont la sécurité est assurée, pour la réception des envois, remises et notifications mentionnés à l'article 1er, selon le mode login/mot de passe, et pour leur transmission, par certificat électronique d'authentification).

(٢) من ذلك على سبيل المثال أنه - فيما يتعلق بالإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محكمة الاستئناف - فإن المعاون القضائي يجوز شهادة إلكترونية un certificat électronique تخضع للمراجعة أو التحقق منها عند الدخول (الارتباط أو الاتصال) la connexion على شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحامين réseau privé virtuel justice (RPVJ) (virtuel avocet)، وذلك وفقاً للمادة ١٨ من قرار وزير العدل بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠١١ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل =

=الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف التي جاء نصها على النحو التالي :

(La sécurité de la connexion des auxiliaires de justice au RPVA est garantie par un dispositif d'identification. Ce dispositif est fondé sur un service de certification garantissant l'authentification de la qualité de l'auxiliaire de justice personne physique, au sens des décrets des 30 mars 2001 et 29 avril 2010 susvisés. Le dispositif comporte une fonction de vérification de la validité du certificat électronique. Celui-ci est délivré par un prestataire de services de certification électronique agissant au nom du Conseil national des barreaux, autorité de certification).

(يكون تأمين ارتباط أو اتصال أعوان القضاء بشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحامين RPVA مضموناً بواسطة جهاز تحديد الشخصية أو الهوية. ويعتمد هذا الجهاز على خدمة التصديق التي تضمن المصادقة على صفة المعاون القضائي كشخص طبيعي، بالمعنى المقصود في المراسيم الصادرة بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠٠١ و ٢٩ إبريل ٢٠١٠ المشار إليهما أعلاه. ويتضمن الجهاز وظيفة (أو إمكانية) التحقق من صحة الشهادة الإلكترونية. وتصدر هذه الشهادة من قبل أحد مزودي خدمات المصادقة الإلكترونية الذي يعمل نيابة عن (أو باسم) المجلس الوطني لنقابات المحامين، صاحب سلطة التصديق).

- وراجع أيضاً المادة ١٧ من قرار وزير العدل بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٠ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي لا تستلزم التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف المشار إليه، والتي جاء نصها على النحو التالي :

(L'adresse de la boîte aux lettres sécurisée de l'auxiliaire de justice est hébergée par un serveur de messagerie, l'utilisation de cette adresse de messagerie couplée à l'utilisation du certificat électronique permet de garantir l'identité de l'auxiliaire de justice en tant qu'expéditeur ou destinataire du courrier électronique).

(عنوان صندوق البريد المؤمن للمعاون القضائي يكون مستضاف (أو يكون موجود) على سرفر بريد إلكتروني، وأن استخدام هذا العنوان البريدي الإلكتروني المقترن باستخدام شهادة إلكترونية يسمح بأن يضمن هوية المعاون القضائي باعتباره المرسل أو المتلقي للبريد الإلكتروني).

- وراجع أيضاً الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قرار وزير العدل بتاريخ ١٧ يونيو ٢٠٠٨ المتضمن التطبيق المبكر للنصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للإجراءات أمام محكمة النقض المشار إليه، والتي جاء نصها على أن :

(Pour accéder au réseau intranet, la société civile professionnelle ou l'avocat exerçant à titre individuel doit s'authentifier grâce à un certificat électronique délivré par un prestataire de services de certification électronique satisfaisant aux exigences du décret du 30 mars 2001 susvisé).

(لكي يمكن النفاذ أو الدخول إلى شبكة الانترانت، فإنه يتعين على الشركات المدنية المحترفة لأعمال المحاماة أو المحامي الذي يمارس المهنة على سبيل الانفراد أن يحصل على المصادقة بواسطة شهادة الكترونية، تصدر عن مزود خدمات المصادقة الالكترونية، يتوافر فيها متطلبات مرسوم ٣٠ مارس ٢٠٠١ المشار إليه).

- ونشير إلى أن المرسوم المذكور في نهاية المادة السابقة هو المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٢٧٢ بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠٠١ المتعلق بالتوقيع الإلكتروني والذي صدر تطبيقاً للمادة ١٣١٦ - ٤ من القانون المدني.

٧٠- ثانياً: سلامة واكتمال الوثائق المتبادلة:

تعتبر سلامة واكتمال الكتابة *L'intégrité de l'écrit* في الشكل الإلكتروني (الكتابة المنشأة على دعامة إلكترونية) شرطاً عاماً للأعمال القانونية التي تتم في الشكل الإلكتروني^(١) مفروضاً بالمادة ١٣١٦ - ١ من القانون المدني المستحدثة بالمادة الأولى من القانون رقم ٢٠٠٠ - ٢٣٠ الصادر بتاريخ ١٣ مارس ٢٠٠٠ والمتعلق بتوفيق قانون الإثبات مع تكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني^(٢). ويتمثل الهدف من هذا الاكتمال في أن يكون محتوى الورقة التي تم نقلها إلكترونياً لم يتم تحريفه بين لحظة إنشائه ولحظة استلامه، وذلك وفقاً لنظام تبادل يتم عن طريق جهاز حاجز للبيانات *un dispositif de verrouillage des données* أو محافظاً عليها^(٣).

غير أنه يتعين الإشارة إلى أنه على الرغم من أن المادة ٧٤٨ - ٦ من قانون المرافعات المدنية أكدت على سلامة واكتمال الوثائق المرسلة كأحد الضمانات المستعينة توافرها في المراحل التقنية للتبادل بالطريق الإلكتروني^(٤)، فإن القرارات التقنية الصادرة من وزير العدل والتي نظمت تلك المراحل لم تشر مباشرة إلى مسألة الاكتمال. غير أننا نرى من الناحية الواقعية أن ذلك لا يعتبر نقصاً أو إغفالاً من المشرع؛ إذ أن هذا الاكتمال

(١) راجع في ذلك:

GRYNBAUM L.: La preuve littérale: Dispositions générales: Écrit électronique, J.-Cl. Civ. Code, art. 1316 à 1316-4, fasc. 10, nos 1 et 34.

(٢) راجع في ذلك: Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF, n° 62, 14 mars 2000, p. 3968. وجاء نص المادة ١٣١٦ - ١ من

القانون المدني على النحو التالي:

(L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité).

(٣) راجع في ذلك:

GRYNBAUM L.: La preuve littérale: Dispositions générales: Écrit électronique, art. préc. no 34.

(٤) راجع: ما سبق، بند ٥٦.

يمكن النظر إليه على المستوى القانوني بأنه نتيجة لتمام أو توافر الشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة المشار إليها، والتي تنبع من التدقيق في تحديد هوية أو شخصية القائم بالورقة المتبادلة إلكترونياً^(١)، وكذلك من تأمين وسرية المبادلات^(٢). وأخيراً، فإن هذا الاكتمال يتم التحقق منه أيضاً من خلال حفظ المبادلات conservation des transmissions على نحو ما سنرى.

٧١- ثالثاً: حفظ المبادلات:

تعتبر الكتابة وسيلة للحفاظ على محتوى أو مضمون الورقة^(٣). وإذا كان كل تبادل لمعلومات إلكترونية transmission d'une donnée électronique يتحرك - على العكس من الكلام أو الحديث - بطريقة آلية أو أتماتيكية أثراً معلوماتياً une trace informatique، فإن ذلك لا يسمح - مع ذلك - باستعادة هذه المعلومات، والتي يتعين أن تكون، ليس فقط محفوظة، وإنما أيضاً - وعلى وجه الخصوص - من الممكن حصرها localizable. وأن تكون مرتبة classé، ويمكن الاطلاع عليها accessible. وأن يكون من الممكن استغلالها exploitable والاستفادة منها في إطار الإجراءات. ومن ثم، فإن حفظ الوثائق المتبادلة بالطريق الإلكتروني يساهم بدون شك في عملية الإثبات.

ولتحقيق هذا الهدف، فإن المرسوم رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ الصادر بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥^(٤) - من ناحية أولى - قد نص في المادة ٧١ منه على أن يضاف إلى قانون المرافعات المدنية مادة جديدة برقم ٧٢٩ - ١ يستفاد منها أن ملف القضية يمكن وضعه على دغامة إلكترونية، مثله في ذلك مثل الجدول العام للقضايا le répertoire général des affaires المرفوعة أمام المحكمة، وكذلك سجل الجلسات le registre

(١) راجع: ما سبق، بند ٥٧ وما بعده.

(٢) راجع: ما سبق، بند ٦٩.

(3) verba volant, scripta manent

(٤) المرسوم رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ الصادر بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ المتعلق بالإجراءات المدنية وبعض إجراءات التنفيذ وإجراءات تغيير الاسم المشار إليه

(JORF, n°302, 29 décembre 2005, p. 20350).

des audiences ، وأن نظام معالجة المعلومات يتعين أن يضمن السلامة والسرية ، وأن يسمح بحفظ الملفات ، والجدول العام وسجل الجلسات^(١) . ومن ناحية ثانية ، فإن حفظ المبادلات يكون مضموناً ومتوافقاً أيضاً من الناحية التقنية ، وذلك من خلال ما تنص عليه القرارات التقنية الصادرة من وزير العدل في مجال التبادل بالطريق الإلكتروني من حفظ هذه المبادلات في سجل تاريخي للرسائل المتبادلة *journal de l'historique des messages échangés*^(٢) .

(١) وفقاً للمادة ٧١ من المرسوم المشار إليه ، يضاف إلى الباب التاسع عشر من الكتاب الأول من قانون المرافعات مادة برقم ٧٢٩ - ١ يكون نصها على النحو التالي :

(Le répertoire général, le dossier et le registre peuvent être tenus sur support électronique. Le système de traitement des informations doit en garantir l'intégrité et la confidentialité et permettre d'en assurer la conservation).

(٢) راجع على سبيل المثال قرار وزير العدل بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٠ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي لا تستلزم التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف المشار إليه ، حيث جاء نص المادة السادسة منه على النحو التالي :

(Les courriers électroniques expédiés par les agents habilités de la juridiction ou les auxiliaires de justice, ainsi que le journal de l'historique des échanges, sont enregistrés et conservés au moyen de dispositifs de stockage mis à disposition de chaque juridiction au travers des applications « Winci CA » et « ComCi CA »).

(رسائل البريد الإلكتروني المرسلة بواسطة الموظفين المأذونين من قبل المحكمة (المقصود هنا محكمة الاستئناف) أو بواسطة أعوان القضاء ، وكذلك سجل تاريخ المبادلات ، يتم تسجيلهما وحفظهما من خلال أجهزة تخزين موجودة في كل محكمة عبر تطبيقات نظامي *ComCi CA, Winci CA* .

- وجاء نص المادة ٢٠ من ذات القرار على النحو التالي :

(Les dispositifs techniques mis à disposition des juridictions pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des courriers électroniques sont synchronisés sur le serveur de temps du RPVJ, lui-même synchronisé sur plusieurs serveurs de temps reconnus au plan international. La réception ou l'expédition d'un message de données par le système d'information «ComCi» fait l'objet de l'enregistrement de ses données de transmission dans un journal de l'historique des messages échangés).

(الأجهزة التقنية التي توضع تحت تصرف المحاكم (المقصود هنا محاكم الاستئناف) لكي تُنشىء أو ترسل أو تستقبل أو تحفظ أو تعالج كافة الاشكال الأخرى من البريد الإلكتروني تكون متزامنة على سرفر الوقت الخاص بشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء *réseau privé virtuel justice (RPVJ)* والذي هو نفسه يكون متزامن على عدد من سيرفرات الوقت المعترف بها على المستوى الدولي. وأن استقبال أو إرسال رسالة بيانات =

وعلى العكس، لا يوجد نص من هذا القبيل بالنسبة للمعاون القضائي الذي يستخدم أو يلجأ إلى التبادل بالطريق الإلكتروني؛ إذ لم يتم النص بصفة خاصة على جهاز عام ينشر ملخصاً للعملية التي تتم إلكترونياً، كما لم يتم النص أيضاً على إعادة تجسيد *rematériation* الورقة المتبادلة إلكترونياً والمستندات المرفقة بها^(١)، وذلك باستثناء حالة خاصة تنص على أن إيصال الاستلام الإلكتروني *avis de réception électronique* يحتوي على النسخة التي تم إعادة تجسيدها من الورقة المتبادلة^(٢).

=بواسطة النظام الإلكتروني أو النظام المعلوماتي المسمى ComCi يكون محلاً لتسجيل البيانات التي تنقل خلاله في سجل تاريخي للرسائل المتبادلة (سجل تاريخ المبادلات).

- وراجع كذلك المادة ١٥ من قرار وزير العدل في ٧ أبريل ٢٠٠٩ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية المشار إليه، والتي جاء نصها على التالي:

(Les dispositifs techniques mis à disposition des juridictions pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des courriers électroniques sont synchronisés sur le serveur de temps du RPVJ, lui-même synchronisé sur plusieurs serveurs de temps reconnus au plan international. La réception ou l'expédition d'un message de données par le système d'information ComCi fait l'objet de l'enregistrement de ses données de transmission dans un journal de l'historique des messages échangés).

(الأجهزة التقنية التي توضع تحت تصرف المحاكم (المقصود هنا المحاكم الابتدائية) لكي تُسنى أو ترسل أو تستقبل أو تحفظ أو تعالج كافة الأشكال الأخرى من البريد الإلكتروني تكون متزامنة على سيزرف الوقت الخاص بشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء *réseau privé virtuel justice (RPVJ)* والذي هو نفسه يكون متزامن على عدد من سيرفرات الوقت المعترف بها على المستوى الدولي. وأن استقبال أو إرسال رسالة بيانات بواسطة النظام الإلكتروني أو النظام المعلوماتي المسمى ComCi يكون محلاً لتسجيل البيانات التي تنقل خلاله في سجل تاريخي للرسائل المتبادلة (سجل تاريخ المبادلات).

- وكذلك المادة ١٦ من ذات القرار المشار إليه، والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Les courriers électroniques expédiés par les agents habilités de la juridiction ou les avocats, ainsi que le journal de l'historique des échanges, sont enregistrés et conservés au moyen de dispositifs de stockage mis à disposition de chaque juridiction).

(رسائل البريد الإلكتروني المرسله بواسطة الموظفين المأذون لهم في المحكمة (المقصود هنا المحكمة الابتدائية) أو المحامين، وكذلك سجل تاريخ المبادلات، تكون مسجلة ومحفوظة باستخدام أجهزة التخزين الموجودة أو المتاحة بكل محكمة).

- (١) راجع: ما يلي، بند ١٠١.
 (٢) راجع: ما يلي، بند ٩٢. وراجع على سبيل المثال المادة ٨ من قرار وزير العدل في ٣٠ مارس =

٧٧- رابعاً: إنشاء تاريخ مؤكد لإرسال واستقبال الورقة:

تشرط الفقرة الأولى من المادة ٧٤٨-٣ من قانون المرافعات المدنية أن تبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني - إعمالاً للمادة ٧٤٨-١ من ذات القانون - يُؤكد أو ينتج إيصال استلام إلكتروني يتضمن تاريخ وكذلك ساعة هذا الإيصال^(١). وعلى ذلك يتعين أن يضمن القرار التقني التأكيد أو التيقن من تاريخ التبادل، والذي يكون من شأنه إمكانية إثبات أن الإجراء المطلوب قد تم إنجازَه في المواعيد المحددة، أو يترتب عليه

٢٠١١= المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشرط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف المشار إليه، والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Un courrier électronique expédié par la plate-forme de services « e-barreau » provoque l'envoi d'un avis de réception technique par le destinataire. Les dispositifs techniques du système de messagerie justice adressent automatiquement les avis demandés conformément aux normes et standards en vigueur).

(رسالة البريد الإلكتروني المرسلَة بواسطة برنامج الخدمات المسمى «e-barreau» تولد أو تنتج إيصال بالاستلام (إيصال استلام إلكتروني) من قبل المرسل إليه. وترسل الأجهزة التقنية لنظام البريد الإلكتروني الخاص بالقضاء بطريقة أوتوماتيكية (بشكل تلقائي) إيصالات الاستلام المطلوبة طبقاً للقواعد والمعايير السارية).

- وكذلك المادة العاشرة من ذات القرار التي جاء نصها على النحو التالي:

(Le message de données relatif à une déclaration d'appel provoque un avis de réception par les services du greffe, auquel est joint un fichier récapitulatif reprenant les données du message. Ce récapitulatif tient lieu de déclaration d'appel, de même que son édition par l'auxiliaire de justice tient lieu d'exemplaire de cette déclaration lorsqu'elle doit être produite sous un format papier).

(رسالة البيانات المتعلقة بتقرير الاستئناف تولد إيصال استلام بواسطة أقسام قلم الكتاب، الذي يكون مرفقاً به ملف تلخيصي يحتوي على بيانات الرسالة. ويحل هذا الملخص محل تقرير الاستئناف، وكذلك فإن تحريره من قبل معاون القضاء يحل محل نسخة من هذا التقرير عندما يتعين أن يتم تقديمه في شكل ورقي (على دعامة ورقية).

(١) راجع: ما يلي، بند ٩٢. وتنص الفقرة الأولى من المادة ٧٤٨-٣ من قانون المرافعات المدنية على أن:

(Les envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 font l'objet d'un avis électronique de réception adressé par le destinataire, qui indique la date et, le cas échéant, l'heure de celle-ci).

(المراسلات، والتسليمات، والإعلانات المذكورة في المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية تكون موضوعاً لإيصال استلام إلكتروني مرسل بواسطة المرسل إليه، الذي يذكر فيه - في هذه الحالة - تاريخ وساعة هذا الإيصال الإلكتروني).

بدء سريان ميعاد يبدأ حسابه من التاريخ الذي تم تسجيله.
ومن الناحية التقنية، يتم تحقيق هذا المتطلب عن طريق تزامن
synchronisation منتظم ودقيق على الساعة الإلكترونية Phorloge
électronique لشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة، مثل شبكة الاتصال
réseau privé virtuel justice الافتراضية الخاصة بالقضاء
(RPVJ)، والتي تكون هي نفسها متزامنة على عدد من سيرفرات الوقت
المعترف بها على المستوى الدولي^(١).

وأخيراً، نشير إلى أن ذكر الساعة التي تم فيها التبادل بالطريق
الإلكتروني له بالتأكيد أهمية في الحفاظ على حقوق الأطراف، وبصفة
خاصة فيما يتعلق بالتسلسل أو الترتيب الزمني للأوراق المتبادلة la
chronologie des actes.

المطلب الثالث

الجزء على التبادل بالطريق الإلكتروني الذي يتم بالمخالفة للإشراطات التقنية

٧٣- لا يوجد أي نص يتعلق بالجزء الذي يتعين إعماله عند عدم

(١) راجع المادة ٢٤ من قرار وزير العدل في ٣٠ مارس ٢٠١١ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني
في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف المشار إليه، والتي جاء نصها
على النحو التالي:

(Les dispositifs techniques mis à disposition des
juridictions pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou
traiter de toute autre manière des courriers électroniques
sont synchronisés sur le serveur de temps du RPVJ, lui-
même synchronisé sur plusieurs serveurs de temps
reconnus au plan international. La réception ou
l'expédition d'un message de données par le système
d'information ComCi fait l'objet de l'enregistrement de
ses données de transmission dans un journal de
l'historique des messages échangés).

(الأجهزة التقنية التي توضع تحت تصرف المحاكم (المقصود هنا محاكم الاستئناف) لكي تُنشئ أو
ترسل أو تستقبل أو تحفظ أو تعالج كافة الأشكال الأخرى من البريد الإلكتروني تكون متزامنة
على سيرفر الوقت الخاص بشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء réseau privé
virtuel justice (RPVJ) والذي هو نفسه يكون متزامن على عدد من سيرفرات
الوقت المعترف بها على المستوى الدولي. وأن استيقبال أو إرسال رسالة بيانات بواسطة النظام
الإلكتروني أو النظام المعلوماتي المسمى ComCi يكون محلاً لتسجيل البيانات التي تنقل
خلاله في سجل تاريخي للرسائل المتبادلة (سجل تاريخ المبادلات).

وهي ذات الصيغة المنصوص عليها في المادة ١٥ من قرار وزير العدل في ٧ أبريل ٢٠٠٩
المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية المشار إليه. ما سبق، بند ٧١.

الالتزام أو مخالفة الشروط التقنية المنصوص عليها في المادة ٧٤٨ - ٦ من قانون المرافعات المدنية، سواء في الباب المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في ذات القانون، أو في القرارات التقنية الصادرة من وزير العدل في شأن التبادل بالطريق الإلكتروني.

وفي بعض الحالات يبدو أن من المرجح أن مخالفة هذه الاشتراطات لا يؤدي إلى توقيع جزاءات إجرائية: نذكر من ذلك على سبيل المثال ما تم النص عليه بشأن اشتراط حفظ المبادلات؛ إذ لا يمكن توقيع جزاء إجرائي في حالة مخالفة هذا الشرط، لأن الغرض منه - كما سبق أن رأينا - هو الصلاحية للإثبات، فضلاً عن هدفه التنظيمي^(١).

وأما بالنسبة لباقي الشروط التقنية الأخرى، فلا يبدو أنه يمكن توقيع جزاء إجرائي على مخالفتها إلا بطريقة غير مباشرة، استناداً إلى أن عدم احترام هذه الشروط يؤثر على قانونية أو فعالية التسليم أو الإرسال أو إعلان الورقة التي تتم بالطريق الإلكتروني. نذكر من ذلك على سبيل المثال أن تقرير الاستئناف الذي يصل إلى قلم الكتاب دون المستندات التي يتعين أن ترفق به أو يصل غير مقروء *illisible* يمكن أن يترتب عليه البطلان لعيب من عيوب الشكل، وذلك في حالة التمسك بالبطلان من قبل المستأنف ضده. وكذلك قد يترتب على ذلك الحكم بعدم القبول *l'irrecevabilité* إذا كان لا يمكن التعرف على الميعاد الذي تم فيه تقرير الاستئناف. وكذلك الأمر بالنسبة للمذكرات التي تصل غير مقروءة إلى المرسل إليه؛ إذ يمكن أيضاً أن يحكم بعدم قبولها.

وأخيراً نشير إلى أن هذا الجزاء يعتبر جزاءً قاسياً، وذلك لأنه يمكن أن يؤثر في دفاع الخصم المعني، وبصفة خاصة في الاستئنافات التي يتم نظرها وفقاً للإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي للخصوم، والتي تقتضي تبادل المذكرات في مهلة محددة ومنتاعة؛ حيث يحكم بسقوط الحق في الاستئناف *la caducité de l'appel*^(٢) أو عدم قبول الدفاع

(١) راجع: ما سبق، بند ٧١.

(٢) راجع المادة ٩٠٨ من قانون المرافعات المدنية المعدلة بالمادة ٤ من المرسوم رقم ٢٠١٠ - ١٦٤٧ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٠، والتي جاء نصها على النحو التالي:

(A peine de caducité de la déclaration d'appel, relevée d'office, l'appelant dispose d'un délai de trois mois à compter de la déclaration d'appel pour conclure).

الفصل الثالث

القواعد العامة التي تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني

٧٤- تمهيد:

٧٥- [١] الآليات التي يمكن أن يتم بها التبادل بالطريق الإلكتروني بصفة عامة:

بصفة عامة، فإن الإطار المحدد في المادة ٧٤٨- ١ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية يسمح بالقيام بالمبادلات وفقاً لآليات تقنية متنوعة: فمن ناحية أولى، يمكن أن يتم التبادل بالطريق الإلكتروني عبر الإنترنت en ligne، وذلك عن طريق تسجيل المعلومات التي يعتزم طرف ما نقلها على موقع انترنت، وذلك على ذات النحو المستخدم في مجال التجارة الإلكترونية le commerce électronique. غير أنه لأسباب التأمين sécurisation وبسبب الواقع المتمثل في أن التبادل بالطريق الإلكتروني لم يتم استخدامه إلا من قبل المهنيين ذي الصلة بأعمال القضاء les professionnels de la justice، فإن ذلك ليس هو التصور الذي تبنته القرارات التقنية.

ومن ناحية ثانية، فإن نظام الاطلاع على الملفات عبر الانترنت، على سبيل المثال من أجل معرفة حالة تطور أحد الملفات، يمر بالنسبة للمحامين من خلال البرنامج أو التطبيق المسمى «e-barreau». ومن ثم، فإن هذا النظام غير متاح بالنسبة للمتقاضين؛ إذ أن اللجوء إلى الانترنت هو الأداة الوحيدة التي يمكن تصورها بالنسبة إليهم^(٢)، فضلاً عن أنه يستخدم من قبلهم بطريقة منتظمة ودقيقة، من

(١) راجع المادة ٩٠٩ من قانون المرافعات المدنية المعدلة بالمادة ٤ من المرسوم رقم ٢٠١٠-

١٦٤٧ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٠، والتي جاء نصها على النحو التالي:

(L'intimé dispose, à peine d'irrecevabilité relevée d'office, d'un délai de deux mois à compter de la notification des conclusions de l'appelant prévues à l'article 908 pour conclure et former, le cas échéant, appel incident).

(٢) راجع في ذلك:

DUPETIT D.: La procédure civile électronique..., art. préc., p. 4 et 5.

أجل السماح بطلب بعض الوثائق غير القضائية documents non juridictionnels مثل طلب شهادة عدم طعن un certificat de non-recours^(١).

٧٦- [٢٢] الأدوات التقنية المستخدمة لتبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني:

لم تبين القرارات التقنية المنظمة للمراحل التقنية للتبادل بالطريق الإلكتروني أي من الآليات المشار إليها آنفاً، وإنما تبنت تلك القرارات نظاماً يركز على أن تبادل أوراق المرافعات بالطرق الإلكترونية يتم من خلال إرسال وسائل بريد إلكتروني courriers électroniques. ويتم إرسال هذه الرسائل الإلكترونية من خلال الاتصال أو الدخول على شبكة افتراضية خاصة مؤمنة: تسمى هذه الشبكة من ناحية المحاكم بشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء «réseau privé virtuel (RPVJ) justice»، وبالنسبة للمهنيين فهي الشبكة المستخدمة لكل مهنة، وبصفة خاصة شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحامي (RPVA) «réseau privé virtuel avocat»^(٢).

ويدخل كل منهما، سواء موظفي المحاكم المعنيين أو المحامين، على شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة به من خلال برنامج أو تطبيق مؤمن: فالمحاميين يدخلون من خلال التطبيق المسمى «e-barreau»، أما موظفي المحاكم فإنهم يدخلون من خلال تطبيق يسمى «ComCi-CA» بالنسبة لمحاكم الاستئناف، ويسمى «ComCi-TGI» بالنسبة للمحاكم الابتدائية، ويسمى «i-greffes» بالنسبة للمحاكم التجارية^(٣). وكذلك فإن أعضاء النيابة يرسلون رسائل إلكترونية ترسل أو توجه من خلال شبكة الاتصال الخاصة بالقضاء من الصندوق الإلكتروني المخصص للنيابة

(١) راجع حول عرض الأنظمة المختلفة المتبعة في العالم:

DERLANGÉ S. et ERRARA A.: L'essor des téléprocédures judiciaires en France et à l'étranger : vers la justice de demain, JCP, éd. G, 2008, I, 224.

(٢) راجع: ما سبق، بند ٣٧، ٣٨، ٦٠، ٦٣، ٦٩، ٧٢.

(٣) راجع: ما سبق، بند ٦٩.

العامّة: سواء بالنسبة للنيابات لدي المحاكم الابتدائية. "parquet01"
"ca-ville @ justice. Fr" أو بالنسبة للنيابات بصفة عامّة "ca-ville"
"ca-ville @ justice. Fr"^(١).

٧٧- [٣٦] مبدأ تكافؤ الإرسال يقتضي الرجوع من الناحية النظرية إلى القواعد التي تنظم التبادل بالطريق التقليدي.

نظراً لأن مبدأ التكافؤ بين الورقة المنشأة على دعامة ورقية وتلك المنشأة على دعامة إلكترونية هو الذي يحكم التبادل الإلكتروني لأوراق المرافعات^(٢)، فإنه يبدو من الناحية النظرية أن نرجع إلى القواعد التي تنظم إرسال أو تسليم أو إعلان تلك الأوراق عندما يتم ذلك بالطريقة التقليدية، لكي يمكن تحديد الشروط التي يتعين احترامها عندما يتم تبادل هذه الأوراق إلكترونياً. وفضلاً عن ذلك، فإن هذا التبادل بالطريق الإلكتروني يخضع لقواعد أصلية تُشكل في مجموعها نظام خاص ينتج بشكل مشترك من كلا من: النصوص العامة لكل التبادلات الإلكترونية، والنصوص الخاصة لبعض منها، كالقواعد التي تتعلق ببعض المحاكم، أو ببعض الإجراءات، أو ببعض أوراق المرافعات.

٧٨- تقسيم:

عندما بدأ المشرع الفرنسي في تنظيم التبادل بالطريق الإلكتروني فقد وضع النصوص التي تنظمه في الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من قانون المرافعات المتضمن للقواعد العامة التي تنطبق أمام كافة المحاكم، وهي المواد من ٧٤٨-١ إلى ٧٤٨-٧. ومن ثم، تعبر تلك النصوص عن القواعد العامة التي تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني أمام كافة المحاكم، وبالنسبة لكافة الأوراق التي يتم تبادلها. ومن هذه المواد يمكن استخلاص ما يلي:

من ناحية أولى: يتوقف استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني على الموافقة الصريحة من المرسل إليه، باعتبار أن هذا القبول هو أحد المسائل

(١) راجع: ما سبق، بند ٣٨.

(٢) راجع: ما سبق، بند ٦٨ وما بعده، وما يلي، بند ١٧٠.

الرئيسية في استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني، وإن كان المشرع لم يحدد الطريقة التي يتم بها التعبير عن هذا القبول الصريح.

ومن ناحية ثانية: يُنتج التبادل بالطريق الإلكتروني بطريقة أوتوماتيكية لإيصال استلام إلكتروني يُوجه من المرسل إليه إلى مرسل الورقة، بحيث يحل هذا الإيصال محل الشكليات المرتبطة باستلام الورقة في شكلها التقليدي.

ومن ناحية ثالثة: يترتب على التخلي عن الطريق الورقي أو الدعامة الورقية واستخدام التبادل بالطريق الإلكتروني أو باستخدام الدعامة الإلكترونية وضع أحكام قانونية تعالج ذلك، سواء فيما يتعلق بالإعفاء من بعض الشكليات الخاصة بالطريق الورقي، أو بتكوين أدلة الإثبات، أو بإعادة التجسيد المادي للأوراق المنشأة على دعامة إلكترونية بمناسبة التبادل بالطريق الإلكتروني.

ومن ناحية رابعة وأخيرة: قد يحدث أثناء التبادل بالطريق الإلكتروني خلل ما يترتب عليه عدم إمكانية إرسال الورقة إلكترونياً في الموعد المحدد، وذلك بسبب أجنبي عن المرسل، وهذا ما استدعى تدخل المشرع لمعالجة آثار هذا الخلل وذلك بتمديد الموعد المحدد لانجاز الورقة. وفي ضوء ذلك، فإننا نتناول في هذا الفصل دراسة تلك المسائل في أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: الموافقة على استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني.

المبحث الثاني: إرسال إيصال استلام إلكتروني محل الشكليات المرتبطة باستلام الورقة.

المبحث الثالث: نتائج التخلي عن الطريق الورقي.

المبحث الرابع: معالجة الأثر المترتب على الخلل في نظام التبادل بالطريق الإلكتروني.

المبحث الأول

الموافقة على استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني

٧٩- تمهيد وتقسيم:

المستقر عليه أن أشكال التقاضي لا تترك مجالاً لاستقلال الإرادة، وذلك على العكس من الوجوه الأخرى للإجراءات المدنية مثل تحديد

الأطراف للمسائل المتنازع عليها^(١)، ودورهم في تسلسل الإجراءات le déroulement de la procédure الإجرائي l'impulsion procédurale^(٢).

غير أن دور استقلال الإرادة أصبح بارزاً - بصفة خاصة - في التطورات الحديثة في مجال الإجراءات المدنية، سواء كان ذلك على المستوى الجماعي^(٣) أو على المستوى الفردي، كما هو الحال بالنسبة لدور الأطراف فيما يسمى بالجدول الزمني للإجراءات أو المرافعات calendriers de procédure المنصوص عليه في نطاق الإجراءات المكتوبة les procédures écrites^(٤). وكذلك ما تم النص عليه -

(١) يعتبر ذلك إعمالاً لما يطلق عليه في الفقه الفرنسي le principe dispositif. وقد عبر المشرع الفرنسي عن هذا المبدأ ضمن المواد من ١ إلى من قانون الإجراءات المدنية التي تضمنت المبادئ الموجهة للدعوى (Les principes directeurs du procès).
(٢) راجع في ذلك:

GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F.: Procédure civile, op. cit., nos 406 et 461.

(٣) راجع على سبيل المثال الاتفاقيات أو البروتوكولات المبرمة بين وزير العدل أو المحاكم مع الممثلين للمهن ذات الصلة بأعمال القضاء. حول الاتفاقيات أو هذه البروتوكولات، راجع: BLÉRY C.: De la contractualisation à la réglementation unilatérale: dérive des protocoles de la mise en état, Procédures, février 2012, n° 2, Alertés, p. 5; GRUMBACH T. et SERVERIN E.: Un protocole sur les écritures entre la cour d'appel de Paris et les bâtonniers du ressort. Au service de quelle justice?, Rev. Dr. Trav., avril 2012, p. 236; TRAVIER B. et GUICHARD R.: Les protocoles sur les écritures judiciaires, justice coutumière ou justice moderne?, JCP, éd. G, 2012, Libres Propos, p. 1149.

(٤) من ذلك المادة ٧٦٤ من قانون المرافعات المدنية، والتي جاء نصها على النحو التالي:
(Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats.

Il peut accorder des prorogations de délai.

Il peut, après avoir recueilli l'accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état.

Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision.

Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée.

Le juge peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige).

حديثاً - بالنسبة للإجراءات الشفهية ^(١) "les procédures orales" ،
أو بصفة عامة بالنسبة للوسائل الودية لتسوية المنازعات ^(٢) .
ويعتبر التبادل بالطريق الإلكتروني جزءاً من تطور دور استقلال
الإرادة في مجال الإجراءات المدنية ؛ حيث يعتبر القبول الصريح شرطاً
جوهرياً لاستخدام هذا الطريق من طرق التبادل. ومن ثم ، فالمبدأ هو
موافقة أو قبول المرسل إليه صراحة على استخدام التبادل بالطريق
الإلكتروني. وهذا يتطلب تحديد القواعد التي تحكم أو تنظم هذا القبول
الصريح. وفي ضوء ذلك ، فإن الدراسة في هذا المبحث تنقسم إلى مطلبين
على النحو التالي :

المطلب الأول: القبول الصريح لاستخدام التبادل بالطريق الإلكتروني.
المطلب الثاني: قواعد قبول التبادل بالطريق الإلكتروني.

(١) راجع في ذلك :

CADIET L.: Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies, Rapport de synthèse, in Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies, op. cit., Dossier 8, no 28.

- راجع كذلك المادة ٤٤٦ - ٢ من قانون المرافعات المدنية المستحدثة بالمرسوم رقم
Décret n° 2010-1165 du ٢٠١٠-١١٠٦ بتاريخ الأول من أكتوبر ٢٠١٠ (1er octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, JORF, n°0230, 3 octobre 2010, p. 17986 ، والتي جاء نصها على النحو التالي :

(Lorsque les débats sont renvoyés à une audience ultérieure, le juge peut organiser les échanges entre les parties comparantes. Si les parties en sont d'accord, le juge peut ainsi fixer les délais et les conditions de communication de leurs prétentions, moyens et pièces.

Lorsque les parties formulent leurs prétentions et moyens par écrit, le juge peut, avec leur accord, prévoir qu'elles seront réputées avoir abandonné les prétentions et moyens non repris dans leurs dernières écritures communiquées.

A défaut pour les parties de respecter les modalités de communication fixées par le juge, celui-ci peut rappeler l'affaire à l'audience, en vue de la juger ou de la radier.

Le juge peut écarter des débats les prétentions, moyens et pièces communiqués sans motif légitime après la date fixée pour les échanges et dont la tardiveté porte atteinte aux droits de la défense).

(٢) راجع بصفة خاصة المواد ١٢٧ ، ١٢٩ ، والفقرة الأولى من المادة ١٣١ - ١ من قانون المرافعات المدنية. وراجع حول الوسائل البديلة لتسوية المنازعات :

Moustafa KANDEEL: La conciliation et la médiation judiciaires: étude de droit français et de droit égyptien, thèse, Paris I (Panthéon - Sorbonne), 2001.

المطلب الأول

القبول الصريح لاستخدام التبادل بالطريق الإلكتروني

٨٠- في الواقع، باستثناء إجراءات الاستئناف التي تشترط التمثيل الإلزامي، فإن التبادل بالطريق الإلكتروني لا يتم تنظيمه كطريقة للتبادل، ولا يمكن - من حيث المبدأ - أن يتم إلا باتفاق الأطراف أصحاب المصلحة.

٨١- أولاً: القاعدة: مبدأ قبول المرسل إليه صراحة استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني

عبر المشرع الفرنسي عن قبول المرسل إليه صراحة استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني في المادة ٧٤٨-٢ من قانون المرافعات المدنية التي تنص على أن: (يتعين على المرسل إليه المراسلات، والتسليمات، والإعلانات المذكورة في المادة ٧٤٨-١ أن يوافق صراحة على استخدام الطريق الإلكتروني، ما لم تفرض نصوص خاصة استخدام هذه الوسيلة للتبادل)^(١). وبذلك يعتبر القبول مظهرًا بارزًا للتبادل بالطريق الإلكتروني يترتب عليه بسط نطاق الإرادة في مجال أشكال التقاضي، في حين أن موضوع التعبير عن الإرادة يكون - كقاعدة عامة - مرتبطًا بمحتوى الورقة *le negotium* أكثر من ارتباطه بشكلها *l'instrumentum*^(٢).

(١) جاء نص المادة ٧٤٨-٢ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Le destinataire des envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 doit consentir expressément à l'utilisation de la voie électronique, à moins que des dispositions spéciales n'imposent l'usage de ce mode de communication).

- ويتعين أن يلاحظ أن نص المادة ٧٤٨-٢ من قانون المرافعات المدنية عندما وضع بالمادة ٧٣ من المرسوم رقم ٢٠٠٥-١٦٧٨ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ كان ينص على أن استخدام الطريق الإلكتروني في تبادل أوراق المرافعات مسألة اختيارية إعمالاً للمادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية، وأنه يتعين موافقة المرسل إليه على استخدام هذه الوسيلة من وسائل التبادل. غير أنه تم تعديل هذا النص الأصلي بالمادة ٣ من المرسوم رقم ٢٠٠٩-١٥٢٤ بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ المتعلق بإجراءات الاستئناف مع التمثيل الإلزامي في المسائل المدنية؛ حيث أضاف هذا المرسوم إلى النص الأصلي عبارة (ما لم تفرض نصوص خاصة استخدام هذه الوسيلة للتبادل).

(٢) راجع في ذلك:

GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F.:
Procédure civile, op. cit., no 874, spéc. no 289.

غير أننا نرى أن هذا القبول الصريح لا يكون مشروطاً فقط من قبل المرسل إليه *le destinataire* في التبادل بالطريق الإلكتروني، ولكن - بالتأكيد - يكون مشروطاً أيضاً من قبل المرسل *l'expéditeur*؛ إذ أن قبول هذا الأخير يستفاد ضمناً من لجوئه من تلقاء نفسه إلى التبادل بالطريق الإلكتروني. وعلى ذلك، فمن حيث المبدأ، فكل من يُرسل إليه ورقة يتعين عليه أن يوافق على أن يتسلمها بالطريق الإلكتروني. وتطبيقاً لذلك، فإن الإرسال الإلكتروني لورقة ما إلى إحدى المحاكم يتطلب قبولها^(١).

٨٢ - ثانياً: الاستثناء: التبادل الإلكتروني الإجباري:

إذا كان القبول الصريح يعتبر شرطاً أساسياً لاستخدام التبادل بالطريق الإلكتروني، فيستثنى من ذلك الإجراءات أمام محكمة الاستئناف التي تشترط التمثيل الإلزامي؛ حيث يكون التبادل بالطريق الإلكتروني مفروضاً في نطاق هذه الإجراءات. فقد جاء المرسوم رقم ٢٠٠٩ - ١٥٤ بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٩^(٢) ليكمل نص المادة ٧٤٨ - ٢ من قانون المرافعات المدنية وذلك بالتأكيد على أن قبول المرسل إليه في التبادل بالطريق الإلكتروني يمكن استبعاده بموجب نصوص خاصة تفرض

(١) ومع ذلك - تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان *la Cour européenne des droits de l'homme* تمسكت بوجود انتهاك أو مخالفة للحق في اللجوء للتقاضى، وذلك عندما تكون المحكمة - التي رفع أمامها عدد كبير من الطلبات منسوخة على DVD - قد رفضت أن تقوم بتسجيلها بحجة النقص في التجهيزات التقنية *équipement technique*، في حين أن قانون الدولة المعنية أجاز تقديم الطلب القضائي بالطريق الإلكتروني. حول هذا الحكم، راجع:

FRICERO N.: *Demande en justice par voie électronique*, (obs. sous CEDH 16 juin 2009, SA Lawyer Partner c/ Slovaquie; req. no 54252/07 et a.), *Procédures*, novembre 2009, n° 11, *Commentaires* 358, p. 19.

(٢) المرسوم رقم ٢٠٠٩ - ١٥٢٤ بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ المتعلق بإجراءات الاستئناف التي تشترط التمثيل الإلزامي في المسائل المدنية (*JORF n°0287 du 11 décembre 2009* page 21386). راجع تفصيلاً في ذلك:

CADIET L. et LORIFERNE D. (dir.): *La réforme de la procédure d'appel*, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, Tome 33, IRJS Editions, 2011.

استخدام هذه الوسيلة من وسائل التبادل^(١). ومن ثم، فإن هذا المرسوم أنشأ التزاماً بالتبادل بالطريق الإلكتروني أمام محاكم الاستئناف، وذلك في نطاق الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي^(٢).

المطلب الثاني

قواعد قبول التبادل بالطريق الإلكتروني

٨٣- إذا كان المشرع يشترط في المادة ٧٤٨-٢ من قانون المرافعات المدنية أن يكون قبول المرسل إليه للتبادل بالطريق الإلكتروني صريحاً، فإنه لم يحدد - مع ذلك - الطريقة التي يتم بها التعبير عن هذا القبول، على الرغم من أن هذه المسألة تعتبر أحد النقاط الرئيسية في مجال استخدام وتطور التبادل بالطريق الإلكتروني.

ولذلك، فإن قبول المرسل إليه للتبادل بالطريق الإلكتروني يشير أربعة أسئلة، هي:

- هل يتعين أن يتم هذا القبول في صيغة محددة؟
- هل يتعين أن يكون هذا القبول سابقاً على استقبال الورقة المرسلة بالطريق الإلكتروني أم يمكن أن يتم لاحقاً بعد الاستقبال؟
- ما هو الجزء على مخالفة القبول الصريح للتبادل بالطريق الإلكتروني؟
- هل يتعين أن يكون هذا القبول متعلقاً بخصومة محددة؟ أم يمكن أن يرد هذا القبول بصيغة عامة من قبل أحد الأطراف بالنسبة لكل الخصومات التي يمكن أن يكون له صلة بها؟ وأيضاً بالنسبة للمعاون القضائي هل يكون بالنسبة لكل الأعمال التي يقوم بإنجازها بهذه الصيغة؟

٨٤- أولاً: عدم وجود صيغة محددة للتعبير عن القبول:

على الرغم من أن قبول استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني يتعين أن يكون صريحاً، فلم يتم النص في قانون المرافعات المدنية على صيغة

(١) راجع الفقرة الثانية من المادة الثالثة من المرسوم المشار إليه والتي جاء نصها على النحو التالي: (L'article 748-2 est complété par les mots : « à moins que des dispositions spéciales n'imposent l'usage de ce mode de communication »).

(II) - يضاف إلى المادة ٧٤٨-٢ من قانون المرافعات المدنية العبارة التالية: (ما لم تفرض نصوص خاصة استخدام هذه الوسيلة للتبادل).

(٢) راجع: ما يلي، بند ١١٩ وما بعده.

محددة يتم بها التعبير عن هذا القبول. ومن ثم، فلا يوجد ما يبرر أن القبول يتعين أن يصدر من خلال مذكرات وذلك في الإجراءات المكتوبة، أو أن يصدر شفاهة في الجلسة وذلك في الإجراءات الشفوية.

ويرجع ذلك إلى أن القبول في التبادل بالطريق الإلكتروني لا يتعلق لا بموضوع النزاع؛ أي الادعاءات الخاصة بالأطراف، ولا بالوسائل التي تدعم هذه الادعاءات، ولكنه مجرد آلية بسيطة للتسلسل الجزائي *déroulement procédural*، وذلك على غرار آليات أخرى عديدة تخضع لتلقي الملاحظات، وكذلك لاتفاق الأطراف، دون أن تخضع - مع ذلك - لأي شكل أو صيغة. ومن قبيل ذلك الجدول الزمني للمرافعات أو للإجراءات^(١)، أو اللجوء للوساطة أو للتوفيق^(٢)... الخ. ويبدو من ذلك إذا أن الصيغة التي يتم بها القبول في التبادل بالطريق الإلكتروني ليست على قدر كبير من الأهمية.

٨٥ - ثانياً: توقيت صدور القبول:

بالنسبة للتساؤل الخاص بمدى اشتراط أو عدم اشتراط أن يكون قبول استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني سابقاً على إرسال الورقة، فيمكن القول أنه نظراً لعدم وجود نص إلزامي في هذا الشأن، فإن هذا القبول قد يكون سابقاً على إرسال الورقة إلى المرسل إليه، كما يمكن أن يصدر أيضاً عند استلام الورقة المرسلة. ونذكر من ذلك على سبيل المثال أن إيصال الاستلام الذي يصدر من المرسل إليه الورقة تطبيقاً للمادة

(١) راجع: ما سبق، بند ٧٩. وخصوصاً المادتين ٧٦٤ و٤٤٦ - ٢ من قانون المرافعات المدنية.

(٢) من ذلك المادة ١٢٧ من قانون المرافعات المدنية التي جاء نصها على النحو التالي: **(Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance).**

- وكذلك المادة ١٢٩ من ذات القانون التي جاء نصها على النحو التالي:

(Les parties peuvent toujours demander au juge de constater leur conciliation).

- وكذلك الفقرة الأولى من المادة ١٣١ - ١ من ذات القانون التي جاء نصها على النحو

التالي:

(Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose).

٧٤٨- ٣ من قانون المرافعات المدنية كما سنرى لاحقاً^(١)، يعتبر بمثابة قبول صريح على استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني.

ويبدو أن نظام الجزاء الإجرائي المتعلق بمخالفة القبول الصريح يعزز من هذا التحليل الذي يتوافق مع أكبر قدر من المرونة، سواء فيما يتعلق بالصيغة التي يتم بها التعبير عن القبول أو بتوقيت صدور هذا القبول.

٨٦- ثالثاً: الجزاء على مخالفة القبول الصريح: البطلان لعيب في الشكل:

على النحو المتبع كثيراً في مجال الإجراءات المدنية، فإن تحديد الجزاء المناسب لعمل ما يسمح بتحديد طبيعة هذا العمل. وفي شأن المسألة محل الدراسة، فإن اشتراط قبول التبادل بالطريق الإلكتروني - الذي يشترط أن يتم التعبير عنه بعمل صريح - لم يتم النص على جزاء مناسب له في المادة ٧٤٨- ٢ من قانون المرافعات المدنية المشار إليها.

ونرى أن مسألة القبول الصريح لاستقبال ورقة من أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني تعتبر مسألة شكلية محضة، تتعلق أو تمس إتمام أو إنجاز الورقة، وأن غياب هذا القبول الصريح لا يمكن أن يشكل إلا عيب من عيوب الشكل.

(١) راجع: ما يلي، بند ٩١ وما بعده. ونشير إلى أن المادة ٧٤٨- ٣ من قانون المرافعات - بعد تعديلها بالمادة ١٧ من المرسوم رقم ٢٠٠٨- ٤٨٤ بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨ المتعلق بالإجراءات أمام محكمة النقض - تنص على أن:

(Les envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 font l'objet d'un avis électronique de réception adressé par le destinataire, qui indique la date et, le cas échéant, l'heure de celle-ci.

Cet avis tient lieu de visa, cachet et signature ou autre mention de réception qui sont apposés sur l'acte ou sa copie lorsque ces formalités sont prévues par le présent code.

En cas de transmission par voie électronique, il n'est pas fait application des dispositions du présent code prévoyant la transmission en plusieurs exemplaires et la restitution matérielle des actes, et pièces remis ou notifiés).

(المراسلات، والتسليمات، والإعلانات المذكورة في المادة ٧٤٨- ١ من قانون المرافعات المدنية تكون موضوعاً لإيصال استلام إلكتروني مرسل بواسطة المرسل إليه، الذي يذكر فيه - في هذه الحالة - تاريخ وساعة هذا الإيصال الإلكتروني.

ويقوم هذا الإيصال مقام التأشير أو الختم أو التوقيع أو أي تنويه أو ذكر للاستلام يوضع على الورقة أو صورتها، وذلك عندما يتم التبص على هذه الصيغة في القانون الحالي.

وفي حالة الإرسال باستخدام الطريق الإلكتروني، فلا يتم تطبيق نصوص هذا القانون التي تنص على إرسال نسخ متعددة ورد أصل الورقة أو المستندات المسلمة أو المعلقة).

ووفقاً لهذا التحليل ، فإن الجزاء على عدم وجود القبول الصريح لاستقبال ورقة بالطريق الإلكتروني يندرج إذاً تحت نظام بطلان أوراق المرافعات بسبب عيب من عيوب الشكل ، وذلك إعمالاً للفقرة الأولى من المادة ١١٤ من قانون المرافعات المدنية ، والتي يستفاد منها أنه لا يمكن الحكم ببطلان ورقة من أوراق المرافعات بسبب عيب من عيوب الشكل إلا إذا تم النص صراحة على البطلان بواسطة المشرع ، وذلك فيما عدا حالة مخالفة إجراء جوهري *une formalité substantielle* ، أو مخالفة النظام العام^(١).

ويتطبيق هذا النظام القانوني على مسألة اشتراط أن يكون قبول استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني صريحاً ، فإننا نؤكد على أن المشرع لم ينص على البطلان عند مخالفة ذلك. ومع ذلك فإن اشتراط أن يكون القبول صريحاً يعتبر مسألة تمس القبول ذاته ، الذي يعتبر شرطاً جوهرياً لاستخدام التبادل بالطريق الإلكتروني ؛ وبمحيث يمكن تحليله على أنه يتوافق مع فكرة الإجراء الجوهري المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ١١٤ المشار إليها.

ولكي يُحكم بالبطلان ، فإنه يتعين أيضاً أن يتم إقامة الدليل على عيب الشكل المسبب للبطلان وذلك من قبل المرسل إليه الورقة. ويكون هذا الإثبات سهلاً في الحالات التي يكون فيها المرسل إليه الورقة لن يقوم بإصدار إيصال لاستلامها ؛ إذ في هذه الحالات لن يكون ممكناً بدون هذا الإيصال إثبات أن المرسل إليه تلقى الورقة المرسلة بالطريق الإلكتروني^(٢). وعلى العكس مما سبق ، فإنه يبدو أكثر صعوبة بالنسبة للمرسل إليه والذي أفاد باستلام الورقة المرسلة إليه أن يثبت عيب الشكل ، ومن باب

(١) راجع الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من قانون المرافعات المدنية التي جاء نصها على النحو التالي:

(Aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public).

(٢) أما بالنسبة لمن أرسل الورقة بالطريق الإلكتروني ، والذي - بدوره - لم يتسلم إيصال الاستلام ، فإنه سيكون في جميع الحالات حريص جداً في أن يكرر رسالته.

أولى إذا كان هو نفسه باشر أو أجرى مراسلات إلكترونية ؛ إذ أن إيصال الاستلام الصادر منه يمكن - بالإضافة إلى ذلك - أن يتم تحليله كأنه تصحيح للشكل ، وذلك إعمالاً للمادة ١١٥ من قانون المرافعات المدنية^(١). وأخيراً ، ففي جميع الفروض ، فإن البطلان سيتم التجاوز عنه إذا كان من أثاره قد قام لاحقاً بتقديم دفوع موضوعية أو دفع بعدم القبول دون أن يتمسك بالبطلان ، وذلك إعمالاً للمادة ١١٢ من قانون المرافعات المدنية^(٢).

٨٧- رابعاً: من الذي يصدر القبول:

القبول الصريح على استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني قد يصدر من الخصم نفسه ، وقد يصدر من المعاون القضائي ، وقد يستتج هذا القبول من الاتفاقيات التي تبرم بواسطة النقابات التي تمثل أعوان القضاء.

٨٨- [١] القبول الصادر من الخصم نفسه:

من خلال تفحص النصوص المنظمة للتبادل بالطريق الإلكتروني ، نلاحظ أنه لا يوجد ما يمنع من أن يقبل أحد الخصوم مقدماً استخدام هذا الطريق من طرق التبادل فيما يتعلق بكافة الخصومات التي يمكن أن يكون طرفاً فيها.

غير أن الصعوبة تتمثل في مدى إمكانية تحقق ذلك من الناحية العملية. وهي صعوبة مبزرة في كل خصومة بالنسبة لهذا القبول السابق ؛ إذ أن ملف القضية المنصوص عليه في المادة ٧٢٧ من قانون المرافعات المدنية لا يتكون إلا من الوثائق التي تصدر من المحكمة ، أو تلك التي تقدم

(١) راجع المادة ١١٥ من قانون المرافعات المدنية التي جاء نصها على النحو التالي :

(La nullité est couverte par la régularisation ultérieure de l'acte si aucune forclusion n'est intervenue et si la régularisation ne laisse subsister aucun grief).

(٢) راجع المادة ١١٢ من قانون المرافعات المدنية التي جاء نصها على النحو التالي :

(La nullité des actes de procédure peut être invoquée au fur et à mesure de leur accomplissement; mais elle est couverte si celui qui l'invoque a, postérieurement à l'acte critiqué, fait valoir des défenses au fond ou opposé une fin de non-recevoir sans soulever la nullité).

بواسطة الخصوم أثناء الخصومة^(١)، وأنه لا يوجد أي قائمة أو بطاقة إحصائية **fichier recensant** تتضمن الموافقات الصادرة من الأشخاص على استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني في الخصومات القضائية^(٢)، وذلك على عكس ما هو منصوص عليه بالنسبة لاستلام ورقة معينة عن طريق المحضرين^(٣).

٨٩- [٢] القبول الصادر من أعوان القضاء:

في إطار النصوص الحالية، فإن استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني يتم عن طريق وساطة أعوان القضاء، وبصفة خاصة المحامين. ومن ثم، فإن القبول الصريح على استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني يصدر من هؤلاء باعتبارهم يمثلون الأطراف إعمالاً للمادة ٦٥٢ من قانون المرافعات المدنية^(٤). ونؤكد في هذا الشأن - بصفة خاصة - أن ممثل أحد الأطراف له سلطة إنجاز أوراق المرافعات باسم موكله إعمالاً للمادة ٤١١ من قانون المرافعات المدنية^(٥)، كما أن له سلطة خاصة في أن يصدر قبول

(١) جاء نص المادة ٧٢٧ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Pour chaque affaire inscrite au répertoire général, le secrétaire constitue un dossier sur lequel sont portés, outre les indications figurant à ce répertoire, le nom du ou des juges ayant à connaître de l'affaire et, s'il y a lieu, le nom des personnes qui représentent ou assistent les parties.

Sont versés au dossier, après avoir été visés par le juge ou le secrétaire, les actes, notes et documents relatifs à l'affaire.

Y sont mentionnés ou versés en copie les décisions auxquelles celle-ci donne lieu, les avis et les lettres adressés par la juridiction.

Lorsque la procédure est orale, les prétentions des parties ou la référence qu'elles font aux prétentions qu'elles auraient formulées par écrit, sont notées au dossier ou consignées dans un procès-verbal).

(٢) راجع في ذلك:

LEIRS É.: Communication électronique, art. préc., n° 44.

(٣) راجع: ما يلي، بند ١٤٦ وما بعده.

(٤) جاء نص المادة ٦٥٢ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Lorsqu'une partie a chargé une personne de la représenter en justice, les actes qui lui sont destinés sont notifiés à son représentant sous réserve des règles particulières à la notification des jugements).

(٥) جاء نص المادة ٤١١ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Le mandat de représentation en justice emporte pouvoir=

أو موافقة إعمالاً للمادة ٤١٧ من ذات القانون^(١).

وفي هذا الشأن يثار التساؤل حول مدى إمكانية أن يصدر المحامي قبولاً أو موافقة عامة لاستخدام التبادل بالطريق الإلكتروني؛ وبحيث لا يكون هذا القبول مرتبطاً بمخضومة محددة أو بشخص محدد، وإنما يكون بالنسبة لكل الإجراءات التي يتدخل فيها هذا المحامي.

ونرى أنه لا يوجد في النصوص المنظمة للتبادل بالطريق الإلكتروني ما يمنع من حدوث ذلك. ونستند في هذا التصور إلى أنه إذا أخذنا في اعتبارنا الآلية التي يتم بها تسجيل المحامي في التبادل بالطريق الإلكتروني، والتي تفترض مبادرة أو سعياً إيجابياً من جانبه، فإن القبول الصريح على استخدام هذا الطريق من طرق التبادل يستتج من هذا التسجيل^(٢). وفي هذا الشأن فقد قضى بأن انضمام المحامي إلى شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحاميين (RPVJ) *réseau privé virtuel justice*، وحصوله على عنوان شخصي، مسألة يفترض معها أن هذا المحامي قد قبل ووافق على استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني في إعلانه بالأحكام؛ إذ ليس من الضروري إذاً الحصول على القبول الصريح المنصوص عليه في المادة ٧٤٨-٢ من قانون المرافعات المدنية، والتي لم يقصد أن تنطبق بين المحامين المنضمين إلى شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحاميين (RPVJ)^(٣).

=et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure).

(١) جاء نص المادة ٤١٧ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(La personne investie d'un mandat de représentation en justice est réputée, à l'égard du juge et de la partie adverse, avoir reçu pouvoir spécial de faire ou accepter un désistement, d'acquiescer, de faire, accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement).

(٢) راجع أيضاً:

LEIRS É.: Communication électronique, art. préc., n° 45.

(٣) راجع في ذلك: حكم محكمة استئناف Bordeaux بتاريخ ٥ مارس ٢٠١٢ والذي جاء فيه:

(En adhérant au RPVA et en devenant contributaire d'une adresse personnelle [...] l'avocat doit être présumé avoir accepté de consentir à l'utilisation de la voie électronique pour la signification des jugements à son égard. Il n'est=

وفضلاً عما سمة، فإن قرار المجلس الوطني لتقابات المحامين
Conseil national des barreaux، رقم ٢٠٠٥ - ٠٠٣ المتعلقة
باللائحة الداخلية له طنة لجنة المحاماة
national de la profession d'avocat (RIN) ^(١) قد نص في المادة

=donc pas nécessaire de recueillir son accord exprès en application de l'article 748-2 du code de procédure civile qui n'a pas vocation à s'appliquer entre avocats postulants adhérents au RPVA). Bordeaux, 5 mars 2012 (1re ch. civ. A, n° 11/04968), D., actualité, 20 mars 2012; D., 2012, p. 824; Gaz. Pal., 27 mars 2012, n° 87, p. 11, note Moore ; JCP, éd. G, 2012, 406, note Croze H.

- ولزيد من التفصيل حول هذا الحكم، راجع:

TAHRI C.: Consécration jurisprudentielle du Réseau privé virtuel avocat, D., actualité, 20 mars 2012.

- وراجع في نقد هذا الحكم:

LHERMITTE Ch.: Les enjeux des actes de procédure via le réseau privé virtuel des avocats [RPVA], D., 2012, Entretien, p. 1664.

- وقارن عكس ذلك الحكم الصادر من محكمة استئناف Toulouse في ٤ ديسمبر ٢٠١٢ والذي جاء فيه أنه في ظل النصوص الحالية، فإن الجزء إلى شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحاميين RPVA لإجراء الإعلان بين المحامين لا يكون إلا في حالة الموافقة الصريحة وليست الضمنية من المحامي المرسل إليه، وبمجرد أن هذا القبول لا يمكن في أي حالة أن يكون ضمناً أو مفترضاً ولا يمكن أن يستتج من مجرد تسجيل المحامي المرسل إليه في البرنامج الإلكتروني المسمى e-barreau أو مجرد انضمامه إلى شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحاميين RPVA. وقد جاء هذا الحكم على النحو التالي:

(Dans l'état actuel du droit, le recours au RPVA ne peut se faire, s'agissant de la notification entre avocats de leurs conclusions, qu'en cas d'accord exprès et non tacite de l'avocat destinataire, étant relevé que cet accord ne peut en aucun cas être tacite ou se présumer et qu'il ne peut dès lors résulter de la seule inscription de l'avocat destinataire à e-barreau.fr ou de l'adhésion de ce dernier au RPVA). Toulouse, 4 décembre 2012, JCP, éd. G, 2013, 69, obs. Bléry C.; JCP, éd. G., 2013, 622, n° 6, obs. Caseau-Roche; Gaz. Pal., 24-26 février 2013, p. 19, obs Berrebi; D., 2013, p. 315.

- غير أن الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية قد قضت برفض الطعن بالنقض المرفوع ضد الحكم الصادر من محكمة Bordeaux المشار إليه. راجع في ذلك: Cass. Civ. 2e, 16 mai 2013, F-D, n° 12-19-086, D., actualité, 23 mai 2013.

PORTMAN A.: Notification entre avocats par voie électronique: la Cour de cassation élude la question, D., actualité, 23 mai 2013. □

(١) راجع هذه اللائحة على الموقع الإلكتروني للمجلس الوطني لتقابات المحامين التالي:

http://cnb.avocat.fr/Reglement-Interieur-National-de-la-profession-d-avocat-RIN_a281.html-18/4/2013.

- وراجع أيضاً نصوص هذه اللائحة في: JORF, n°185, 11 août 2007, p.

13503

٥- ١ من هذه اللائحة على أن المحامي يتوافق مع زميله بالطريق الإلكتروني وذلك على العنوان الذي يظهر على الوثائق المهنية للمتوافق معه^(١). ويمكن أن يستتج من هذا النص أن قيام المحامي بالكتابة إلكترونياً إلى زملائه يمثل قبولا منه للتبادل بالطريق الإلكتروني بين المحامين.

٩٠- [٣] القبول الناتج من الاتفاقيات المبرمة بواسطة النقابات التي تمثل المعاوين القضائيين:

قد يستتج القبول على استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني من خلال الاتفاقيات التي تبرم بين نقابات المحامين والمحاكم. وفي هذا الشأن فقد قضى في حكم حديث صادر من محكمة استئناف Pau في ١٩ مارس ٢٠١٣ بأن وجود اتفاقية موقعة بين محكمة الاستئناف ونقابات المحامين تكون مفروضة على جميع المحامين المسجلين في نطاق هذه النقابات وبمحت أنه لا يكون من الضروري الحصول على الموافقة أو القبول السابق من محامي الطرف الخصم لمباشرة الإعلان بالطريق الإلكتروني^(٢).

وفي هذا الشأن توجد بعض الاتفاقيات المبرمة بين إحدى نقابات المحامين ومحكمة ما. وبموجب هذه الاتفاقيات يلتزم المحامون باستخدام

(١) راجع المادة ٥- ١ من اللائحة المشار إليها والتي جاء نصها على النحو التالي:

(L'avocat se conforme aux exigences du procès équitable. Il se comporte loyalement à l'égard de la partie adverse. Il respecte les droits de la défense et le principe du contradictoire.

La communication mutuelle et complète des moyens de fait, des éléments de preuve et des moyens de droit se fait spontanément, en temps utile et par les moyens prévus par les règles de procédure.

Un avocat correspond avec un confrère par voie électronique à l'adresse figurant sur les documents professionnels de son correspondant).

(٢) راجع في ذلك: حكم محكمة استئناف Pau بتاريخ ١٩ مارس ٢٠١٣ والذي جاء فيه:

(L'existence d'une convention signée entre la cour d'appel de Pau et les ordres des avocats des barreaux s'impose à l'ensemble des avocats dudit ressort de sorte qu'il n'est pas nécessaire de recueillir l'accord préalable de l'avocat de la partie adverse pour procéder à une notification par voie électronique). Pau, 19 mars 2013, JCP, éd. G., 2013, 622, n° 6, obs. Caseau-Roche.

- وقارن عكس ذلك الحكم الصادر من محكمة استئناف Toulouse في ٤ ديسمبر ٢٠١٢، ما سبق، بند ٨٩.

التبادل بالطريق الإلكتروني. نذكر من ذلك - على سبيل المثال - الاتفاقية المبرمة بين محكمة استئناف ليون مع نقابات المحامين التي تقع في نطاقها والمبرمة في ٩ يناير ٢٠١٢^(١).

وفي هذا الشأن، نشير إلى أن هذه الطريقة من طرق القبول على استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني يمكن أن تستند إلى القواعد التي تنظم سلطة الإلزام المتاحة للنقابات الممثلة للمحامين؛ حيث اعترف المشرع في المادة ٢١-١ من القانون رقم ٧١-١١٣٠ بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٧١ للمجلس الوطني لنقابات المحامين باختصاصه بتوحيد قواعد وممارسات مهنة المحاماة وذلك عن طريق أحكام عامة^(٢). وتطبيقاً للمادة ١٨ من ذات القانون المعدلة بالمادة ٦ من القانون ٢٠١١-٩٤ بتاريخ ٢٥ يناير ٢٠١١، فإن نقابات المحامين تتخذ الوسائل المناسبة لمعالجة وحل القضايا ذات الاهتمام المشترك، مثل التبادل بالطريق الإلكتروني^(٣).

(١) راجع حول هذه الاتفاقية:

Mise en oeuvre de la communication par voie électronique entre les avocats et les chambres civiles de la cour d'appel de Lyon, Signature du protocole 9 janvier 2012, Dossier de Presse, http://www.ca-lyon.justice.fr/fichiers/Protocole%20communication%20elctronique/dossier_de_presse.pdf.

- حول عرض لبعض الاتفاقيات الأخرى المبرمة بين بعض المحاكم ونقابات المحامين التي تقع في دائرتها والتي تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني، راجع: ما سبق؛ بند ٤٢، ٥٣، ٥٤. (٢) راجع الفقرة الأولى من المادة ٢١-١ من القانون رقم ٧١-١١٣٠ بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٧١ والمتعلق بإعادة صياغة بعض الوظائف القضائية والقانونية (Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) والمعدلة بالمادة ٥٤ من القانون رقم ٢٠١١-٩٠٠ بتاريخ ٢٩ يوليو ٢٠١١ والمتعلق بالموازنة التكميلية لسنة ٢٠١١ (Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011) والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Le Conseil national des barreaux, établissement d'utilité publique doté de la personnalité morale, est chargé de représenter la profession d'avocat notamment auprès des pouvoirs publics. Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, le Conseil national des barreaux unifie par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat).

(٣) راجع المادة ١٨ من القانون رقم ٧١-١١٣٠ بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٧١ المشار إليه والمعدلة بالمادة ٦ من القانون رقم ٢٠١١-٩٤ والمتعلق بإعادة صياغة التمثيل أمام محاكم الاستئناف (Loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 portant réforme de la)=

وأخيراً، إذا كان يبدو أنه يتعين الأخذ بالتعهدات أو الاتفاقات التي تبرم بواسطة النقابات التي تمثل المحامين واحترامها، فإنه يتعين التذكير بأن تلك الالتزامات والقرارات الصادرة من النقابات الممثلة للمحامين لا يوجد جزاء إجرائي على مخالفتها؛ إذ أنها قد تُرتب فقط جزاءات تأديبية أو أخلاقية على من يخالفها من المحامين.

المبحث الثاني

إرسال إيصال استلام إلكتروني

يحل محل الشكليات المرتبطة باستلام الورقة

٩١- تمهيد وتقسيم:

يترتب على التبادل بالطريق الإلكتروني إرسال إيصال استلام إلكتروني يوجه من المرسل إليه إلى مرسل الورقة. غير أن هذا الإيصال يصدر بطريقة أوتوماتيكية دون أي مسعى إيجابي من قبل المرسل إليه. أضف إلى ذلك أن إيصال الاستلام الإلكتروني، شأنه شأن إيصال الاستلام الورقي، يرتب آثاراً تباين موقف المشرع الفرنسي بشأنها في ظل النص الأصلي للمادة ٧٤٨-٣ من قانون المرافعات المدنية وفي ظل النص المعدل لتلك المادة.

وفي ضوء ما سبق، فإن الدراسة في هذا المبحث تنقسم إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: إرسال إيصال استلام إلكتروني.

المطلب الثاني: آثار إيصال استلام إلكتروني.

=représentation devant les cours d'appel, JORF, n°0021, 26 janvier 2011, p. 1544) والتي جاء نص الفقرة الأولى منها على النحو التالي:

(Les ordres des avocats mettent en oeuvre, par délibération conjointe et dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires, les moyens appropriés pour régler les problèmes d'intérêt commun, tels: l'informatique, la communication électronique, la formation professionnelle, la représentation de la profession, le régime de la garantie).

المطلب الأول إرسال إيصال استلام إلكتروني

٩٢- تطبيقاً للمادة ٧٤٨-٣ من قانون المرافعات المدنية، فإن المراسلات والتسليمات والإعلانات التي تتم بالطريق الإلكتروني تكون محلاً لإيصال استلام إلكتروني *avis électronique de reception* يُوجه بواسطة المرسل إليه، ويذكر في هذا الإيصال تاريخه وساعته^(١). وقد حددت المادة ٧٤٨-٦ من ذات القانون أن القرار التقني يتعين أن يسمح بطريقة مؤكدة بإنشاء تاريخ الإرسال وكذلك تاريخ الاستلام من قبل المرسل إليه^(٢).

(١) تنص المادة ٧٤٨-٣ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالمادة ١٧ من المرسوم رقم ٢٠٠٨-٤٨٤ بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨ التعلق بالإجراءات أمام محكمة النقض على أن: **(Les envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 font l'objet d'un avis électronique de réception adressé par le destinataire, qui indique la date et, le cas échéant, l'heure de celle-ci.)**

Cet avis tient lieu de visa, cachet et signature ou autre mention de réception qui sont apposés sur l'acte ou sa copie lorsque ces formalités sont prévues par le présent code.

En cas de transmission par voie électronique, il n'est pas fait application des dispositions du présent code prévoyant la transmission en plusieurs exemplaires et la restitution matérielle des actes, et pièces remis ou notifiés).

(المراسلات، والتسليمات، والإعلانات المذكورة في المادة ٧٤٨-٦ من قانون المرافعات المدنية تكون موضوعاً لإيصال استلام إلكتروني مُرسل بواسطة المرسل إليه، الذي يذكر فيه - في هذه الحالة - تاريخ وساعة هذا الإيصال الإلكتروني.

ويقوم هذا الإيصال مقام التأشير أو الختم أو التوقيع أو أي تنويه أو ذكر للاستلام يوضع على الورقة أو صورتها، وذلك عندما يتم النص على هذه الصيغة في القانون الحالي. وفي حالة الإرسال باستخدام الطريق الإلكتروني، فلا يتم تطبيق نصوص هذا القانون التي تنص على إرسال نسخ متعددة ورد أصل الورقة أو المستندات المسلمة أو المعلنة).

(٢) جاء نص المادة ٧٤٨-٦ من قانون المرافعات المدنية كما يلي:

(Les procédés techniques utilisés doivent garantir, dans des conditions fixées par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité des documents adressés, la sécurité et la confidentialité des échanges, la conservation des transmissions opérées et permettre d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire).

(الإجراءات الفنية المستخدمة يتعين أن تضمن، وفقاً لشروط تحدّد بواسطة قرار من وزير العدل، الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل الإلكتروني، وسلامة واكتمال الوثائق المرسلة، وأمان=

غير أن إيصال الاستلام الإلكتروني المنصوص عليه في المادة ٧٤٨-٣ المشار إليها يثير حتماً في الذهن إيصال الاستلام الذي يكون مصحوباً مع الخطاب المسجل المرسل بالطريق الورقي. وكذلك فإن النص على أن إيصال الاستلام يكون موجهاً من قبل المرسل إليه "adressé par le destinataire" يثير في الذهن للوهلة الأولى أنه يستلزم عملاً إيجابياً من هذا الأخير يقر فيه استكمال هذه الخطوة أم لا.

ومع ذلك، فإن تلك الأفكار تزول بمجرد التذكر أننا في نطاق استخدام الدعامة الإلكترونية وليست الورقية؛ إذ على العكس من الطريق الورقي للتبادل، فإن التبادل بالطريق الإلكتروني يسمح - من الناحية التقنية - بإنشاء أوتوماتيكي *génération automatique* وشبه فوري لإيصال استلام بواسطة سيرفر الرسائل الخاص بالمرسل إليه. ففي ظل الأنظمة التي وضعت بواسطة كل من وزارة العدل والمجلس الوطني لنقابات المحامين CNB، فإن إيصالات الاستلام تصدر أوتوماتيكياً. نذكر من ذلك - على سبيل المثال - أن الإرسال الذي يتم بين اثنين من المحامين من خلال التطبيق أو البرنامج المسمى "e-barreau" يولد أو ينتج في الحال إيصال استلام، وذلك دون أي عمل إيجابي من قبل المرسل إليه. ويعتبر هذا الإرسال الأوتوماتيكي لإيصال الاستلام أمراً محموداً؛ إذ يمكن أن يحقق متطلبات السرعة ومبدأ الأمانة أو الإنصاف *principe de loyauté*^(١). فالمحامي الذي يسجل في نظام التبادل بالطريق الإلكتروني يعطى مقدماً موافقته على إرسال إيصالات استلام فورية. وتعتبر هذه التلقائية ضماناً هامة بالنسبة لمرسل الورقة، وبالتالي بالنسبة لكل محام مسجل في التبادل بالطريق الإلكتروني، وذلك لأن كل محام يكون بالتناوب مرسلًا ومستقبلاً للأوراق.

=وسرية المبادلات، وحفظ المبادلات التي تتم، وأن تسمح بطريقة مؤكدة بإنشاء تاريخ الإرسال وكذلك تاريخ الاستلام من قبل المرسل إليه).
(١) راجع في ذلك:

GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F.:
Procédure civile, op. cit., no 763.

ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أن هذه التلقائية تتطلب يقظة أو حرص خاص من قِبل المرسل إليه، وبصفة خاصة في جميع الحالات التي يكون فيها تاريخ الاستلام يفتح بالنسبة له ميعاداً لإنجاز ورقة ما، مثل تقديم مذكرة بطلباته الختامية في إطار الجدول الزمني للإجراءات^(١). ولا تختلف هذه اليقظة أو الحرص عن ذلك المتوقع من المحامي الذي يتسلم إعلان من قِبل محام آخر، وهو ما يطلق عليه في القانون الفرنسي "acte du Palais"^(٢)؛ إذ أن هذا الإعلان يتم إنجازه - تطبيقاً للمادة ٦٧٢ من قانون المرافعات^(٣) - بواسطة المرسل عند تسليم الورقة المراد إعلانها إلى محضر الجلسة "l'huissier audiencier"^(٤) أو ما يطلق عليه

(١) راجع: ما سبق، بند ٧٩، ٨٤.

(٢) تم تعريف (acte du Palais) على النحو التالي:

(On désigne par "acte du Palais", l'ensemble des écritures que s'échangent ou se notifient les avocats, à l'occasion d'une procédure pendante devant une juridiction. Il s'agit d'une forme de notification simplifiée que prévoient les articles 671 et suivants du Code de Procédure civile. La notification se fait en principe par l'intermédiaire d'un huissier audiencier, mais pour éviter les frais que comportent leurs interventions, elle a lieu le plus souvent directement entre avocats ou entre avoués sans l'intermédiaire de ce dernier).

- راجع في هذا التعريف:

BRAUDO S.: Lexique juridique, <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/acte-du-palais.php>. □

(٣) جاء نص المادة ٦٧٢ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(La signification est constatée par l'apposition du cachet et de la signature de l'huissier de justice sur l'acte et sa copie avec l'indication de la date et du nom de l'avocat destinataire). □

(٤) راجع على سبيل المثال:

Cass. civ. 2e, 13 mai 1987, no 85-14.028, Bull. civ., II, no 110, p. 63.

- وقد أشار هذا الحكم إلى أن المحضر لم يحدد إلى من تم تسليم الورقة، وجاء فيه أن:

(Selon les articles 671 et 672 du nouveau Code de procédure civile, les dispositions des sections I et II du chapitre III du livre XVII dudit Code ne sont pas applicables aux actes d'avocat à avocat, et la signification est constatée par l'apposition du cachet et de la signature de l'huissier de justice sur l'acte et sa copie avec l'indication de la date et du nom de l'avocat destinataire. Il résulte de l'article 114 du même code que la nullité d'un acte pour vice de forme ne peut être prononcée qu'à charge pour la partie qui l'invoque de prouver le grief=

L'huissier du palais^(١). وفي هذا السياق، بالنسبة للإجراءات أمام محكمة النقض، فإن الاتفاقية المبرمة بين تجمع محضري جلسات محكمة النقض ونقابة المحامين أمام المجلس والمحكمة^(٢) تنص على أن الإعلانات التي تتم بين المحامين بواسطة محضري جلسات محكمة النقض تكون قد أنجزت منذ التسليم في صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالمحامي la boîte aux lettres électronique virtuelle de l'avocat الموجود على سيرفر.

المطلب الثاني أثار إيصال الاستلام الإلكتروني

٩٣- تفرق في هذا الشأن بين موقف المشرع الفرنسي في ظل الصياغة الأصلية للمادة ٧٤٨-٣ من قانون المرافعات المدنية (أولاً) وموقفه في ظل الصياغة المعدلة لتلك المادة (ثانياً).

=que lui cause l'irrégularité. Par suite viole ces textes l'arrêt qui se fonde sur leurs dispositions pour accueillir la demande de l'adjudicataire en nullité de l'adjudication sur surenchère par suite de la nullité de la dénonciation de surenchère faite par acte d'avocat à avocat, aux motifs que l'acte critiqué ne portant pas le cachet de l'huissier, que le " parlant à " n'était suivi d'aucune indication pouvant faire présumer sa remise à l'avocat destinataire ou à son clerc et qu'en l'absence de " parlant à " il ne pouvait être établi que cet avocat avait eu connaissance de la surenchère, alors que les textes susvisés n'exigent pas que l'huissier audiencier indique sur l'acte à qui la copie a été remise et que l'arrêt ne pouvait retenir pour seul grief le préjudice résultant du " parlant à ").

(١) راجع في ذلك:

LEBORGNE A.: Actes de procédure (section 2: Notification entre avocats et avoués), Rép. pr. civ. Dalloz, mars 2012.

(٢) راجع في ذلك:

- CANAL G. et SARAGOUSSI A.: Perspectives et enjeux de la signification dématérialisée au regard de l'expérience de la Cour de cassation, in droit des technologies avancées, Gaz. Pal., ٢٣ juillet 2011, n° 203 à 204, Étude, 16591, p. 9.
- ND: La signification électronique des actes du palais en matière civile à la Cour de cassation : le papier s'envole, la procédure reste! <http://www.huissiersdeparis.com/la-signification-electronique-des-actes-du-palais-en-matiere-civile-a-la-cour-de-cassation-le-papier-senvole-la-procedure-reste>

٩٤ - أولاً: آثار معدودة لإيصال الاستلام الإلكتروني في ظل الصياغة الأصلية للمادة ٢٠٧٤٨:

كان النص الأصلي للمادة ٧٤٨ - ٣ من قانون المرافعات المدنية المستحدث بالمادة ٧٣ من المرسوم رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥^(١) مقتصرًا على فقرة واحدة تنص على أن (المراسلات، والتسليمات، والإعلانات المذكورة في المادة ٧٤٨ - ١ من قانون المرافعات المدنية تكون محلاً لإيصال استلام إلكتروني يوجه من قبل المرسل إليه، الذي يذكر فيه - في هذه الحالة - تاريخ وساعة هذا الإيصال الإلكتروني)^(٢).

وعلى ذلك، ففي ظل الصياغة الأصلية للمادة ٧٤٨ - ٣، لم يكن هناك مجالاً لاستخلاص أي نتيجة خاصة من إيصال الاستلام المذكور. وإن كان هذا الإيصال محل الطبع محل إيصال الاستلام المرتبط بعدد من أوراق المرافعات، وبصفة خاصة الإعلانات التي تتم بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول. وكذلك، فإنه يقدم ميزة تعزيز اليقين القانوني، وذلك بالسماح بضمان استلام الورقة، عندما يكون النص الذي ينص على هذه الورقة لا يتطلب دليلاً على الاستلام، كما هو الشأن - سبيل المثال - بالنسبة للتنبيه (الإنذار) أو الإخطار الصادر من قلم الكتاب^(٣). ومع ذلك، فإن الفائدة من هذا النص تتوقف عند هذا الحد.

٩٥ - ثانياً: آثار إيصال الاستلام الإلكتروني في ظل الصياغة المعدلة للمادة ٢٠٧٤٨:

(١) المرسوم رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ الصادر بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ المتعلق بالإجراءات المدنية وبعض إجراءات التنفيذ وإجراءات تغير الاسم والذي أدخل التبادل بالطريق الإلكتروني في قانون المرافعات المدنية (JORF, n°302, 29 décembre 2005, p. 20350).

(٢) جاء نص هذه الفقرة على النحو التالي:

(Les envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 font l'objet d'un avis électronique de réception adressé par le destinataire, qui indique la date et, le cas échéant, l'heure de celle-ci).

LEIRS É.: Communication électronique, art. (٣) راجع في ذلك: péc., n° 49.

بموجب المرسوم رقم ٢٠٠٨ - ٤٨٤ بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨^(١)، فقد أضيف إلى المادة ٧٤٨ - ٣ من قانون المرافعات المدنية فقرتين جديدتين هما الفقرتين الثانية والثالثة؛ حيث تنص الفقرة الثانية^(٢) على أنه: (ويقوم هذا الإيصال مقام التأشير أو الختم أو التوقيع أو أي تنويه أو ذكر للاستلام يوضع على الورقة أو صورتها، وذلك عندما يتم النص على هذه الصيغة في القانون الحالي)^(٣).

ومن ثم، فوفقاً للفقرة الثانية المضافة إلى نص المادة ٧٤٨ - ٣، فإن إيصال الاستلام الإلكتروني يحقق ما يسمى بـ "التكافؤ الوظيفي" "équivalent fonctionnel"؛ حيث يحل هذا الإيصال الإلكتروني محل الشكليات المرتبطة بتسليم أو استلام ورقة ما، أيًا كانت تلك الشكليات: التأشير visa أو التوقيع أو الختم cachet... الخ^(٤).

وتطبيقاً لذلك، فإن إيصال الاستلام الإلكتروني يسمح - على سبيل المثال - بإتمام الأوراق التالية: الإعلان المباشر بين المحامين la notification directe entre avocats^(٥) والذي يتطلب - إعمالاً

(١) المرسوم رقم ٢٠٠٨ - ٤٨٤ بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨ المتعلق بالإجراءات أمام محكمة النقض (JORF, n°0120, 24 mai 2008, p. 8477).

(٢) حول الفقرة الثالثة المضافة بذات المرسوم، راجع: ما يلي، بند ٩٧.

(٣) جاء نص هذه الفقرة على النحو التالي:

(Cet avis tient lieu de visa, cachet et signature ou autre mention de réception qui sont apposés sur l'acte ou sa copie lorsque ces formalités sont prévues par le présent code).

(٤) راجع في ذلك:

FINYEAR: Procédure civile : de nouvelles règles en 2013, http://larevue.ssd.com/ProcEDURE-civile-de-nouvelles-regles-en-2013_a1959.html.

(٥) يطلق المشرع الفرنسي على الأوراق التي يتم تبادلها مباشرة بين المحامين بـ "actes" "d'avocat à avocat ou d'avoué à avoué". راجع في ذلك الفقرة الأولى من المادة ٨٦٦ من القانون العام للضرائب (Code général des impôts) التي تنص على أن:

(A l'exception des actes en matière pénale et des actes d'avocat à avocat ou d'avoué à avoué, les huissiers sont tenus d'établir leurs actes et procès-verbaux en double original ; l'un, dispensé de timbre comme il est dit au 1° du 2 de l'article 902 et de toutes formalités fiscales, est remis à la partie ou à son représentant et l'autre est conservé par l'huissier, dans les conditions qui sont fixées=

للمادة ٦٧٣ من قانون المرافعات المدنية - تأشير المرسل إليه^(١). وكذلك الإعلان بين المحامين الذي يتم بواسطة المحضرين la signification entre avocats؛ حيث يتطلب - إعمالاً للمادة ٦٧٢ من قانون المرافعات المدنية - وضع ختم وتوقيع المحضر^(٢). وكذلك إعلان الأوراق في الشكل المعتاد la notification des actes en la forme ordinaire والذي يتم - إعمالاً للمادة ٦٦٩ من قانون المرافعات المدنية - عن طريق التسليم في مقابل إيصال أو توقيع على الهامش^(٣)... الخ.

وعلى الرغم من أن الفقرة الثانية من المادة ٧٤٨ - ٣ من قانون المرافعات المدنية لم تشر إلا إلى الشكليات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية، فإنه يبدو منطقيًا أن يتم تمديد "مبدأ التكافؤ الوظيفي لإيصال الاستلام الإلكتروني" إلى كافة أوراق المرافعات المنصوص عليها في أي نص آخر، شريطة أن يكون الإجراء المعني يدخل في نطاق تطبيق قانون المرافعات المدنية. ونستند في ذلك إلى أنه تطبيقًا للمادة ٧٤٩ من قانون المرافعات المدنية، فإن نصوص الباب الأول من هذا القانون تنطبق أمام جميع محاكم جهة القضاء العادي التي تفصل في المواد المدنية، أو

=par un décret en Conseil d'Etat).

- أما إذا كان للمحضرين دورًا في تبادل الأوراق بين المحامين فتسمى تلك الأوراق بـ "acte du Palais". راجع: ما سبق، بند ٩٢، وما يلي، بند ١٤٣، ١٦٤ وما بعده.

(١) جاء نص المادة ٦٧٣ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(La notification directe s'opère par la remise de l'acte en double exemplaire à l'avocat destinataire, lequel restitue aussitôt à son confrère l'un des exemplaires après l'avoir daté et visé).

- وراجع ما يلي: بند ٩٧، وذلك فيما يتعلق باشتراط هذه المادة أن يكون الإعلان من نسختين.

(٢) راجع: ما يلي، بند ١٤١، ١٦٦.

(٣) جاء نص المادة ٦٦٩ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(La date de l'expédition d'une notification faite par la voie postale est celle qui figure sur le cachet du bureau d'émission.

La date de la remise est celle du récépissé ou de l'émargement.

La date de réception d'une notification faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception est celle qui est apposée par l'administration des postes lors de la remise de la lettre à son destinataire).

التجارية، أو الاجتماعية، أو الزراعية، أو العمالية، وذلك مع مراعاة القواعد الخاصة بكل موضوع والقواعد الخاصة بكل محكمة^(١). وتطبيقاً لذلك، فإن إيصال الاستلام الإلكتروني يتعين أن يحل محل استلام قلم كتاب المحكمة المنصوص عليه في المادة 12-464 R. من القانون التجاري، وذلك عند تسليم تقرير الطعن أمام محكمة استئناف باريس ضد قرار سلطة المنافسة^(٢).

المبحث الثالث نتائج التخلي عن الطريق الورقي

٩٦- تمهيد وتقسيم:

ما من شك في أن التخلي عن الطريق الورقي في التبادل واستخدام الطريق الإلكتروني أي استخدام الدعامة الإلكترونية بدلاً من الدعامة الورقية يتطلب وضع أحكام قانونية تعالج النتائج المترتبة على ذلك. وتمثل تلك الأحكام من ناحية أولى في الإعفاء من بعض الشكليات الخاصة باستخدام الطريق الورقي، ومن ناحية ثانية فيما يتعلق بإنشاء أو تكوين أدلة الإثبات، ومن ناحية ثالثة فيما يتعلق بإعادة التجسيد المادي للأوراق المنشأة على دعامة إلكترونية بمناسبة التبادل بالطريق الإلكتروني. وعلى ذلك، فإن الدراسة في هذا المبحث تنقسم إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

- المطلب الأول: الإعفاء من بعض الشكليات الخاصة بالطريق الورقي.
- المطلب الثاني: إنشاء أو تكوين أدلة الإثبات.
- المطلب الثالث: إعادة التجسيد المادي للأوراق المتبادلة إلكترونياً.

(١) جاء نص المادة ٧٤٩ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Les dispositions du présent livre s'appliquent devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction).

(٢) جاء نص الفقرة الأولى المادة 12-464 R. من القانون التجاري على النحو التالي:

(Les recours prévus à l'article L. 464-8 sont formés par une déclaration écrite en triple exemplaire déposée contre récépissé au greffe de la cour d'appel de Paris contenant, à peine de nullité....).

المطلب الأول

الإعفاء من بعض الشكليات الخاصة بالطريق الورقي

٩٧- تطبيقا للفقرة الثالثة من المادة ٧٤٨-٣ من قانون المرافعات المدنية، المضافة بالمرسوم رقم ٢٠٠٨-٤٨٤ بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨^(١)، فإنه في حالة الإرسال باستخدام الطريق الإلكتروني، فلا يتم تطبيق نصوص قانون المرافعات المدنية التي تنص على إرسال نسخ متعددة ورد أصل الورقة أو المستندات المسلمة أو المعلنة^(٢).

وتكشف هذه القاعدة عن بعض الأمور البديهية؛ إذ ينبغي قراءتها بالاقتران أو بالنظر مع حكم الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٢٥ من القانون المدني، المتعلقة بالتصرف القانوني بصفة عامة، والتي تنص على أن اشتراط وجود تعدد النسخ الأصلية يعتبر تم الوفاء به بالنسبة للعقود التي تتم في الشكل الإلكتروني، عندما يكون التصرف تم إنشاؤه وحفظه وفقا للمادتين ١٣١٦-١ و ١٣١٦-٤، وأن تكون تلك العملية تتيح لكل طرف الحصول على نسخة منه أو الوصول إليها^(٣).

وعلى غرار الفقرة الثانية من المادة ٧٤٨-٣ من قانون المرافعات المدنية المتعلقة بالقيمة القانونية لإيصال الاستلام الإلكتروني^(٤)، فإن القاعدة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من ذات المادة محل الدراسة يتعين تطبيقها بالنسبة لأي شكلية مطلوبة بواسطة أي نص متعلق بالإجراءات

(١) المرسوم رقم ٢٠٠٨-٤٨٤ بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨ المتعلق بالإجراءات أمام محكمة النقض (JORF, n°0120, 24 mai 2008, p. 8477).

(٢) جاء نص الفقرة الثالثة من المادة ٧٤٨-٣ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(En cas de transmission par voie électronique, il n'est pas fait application des dispositions du présent code prévoyant la transmission en plusieurs exemplaires et la restitution matérielle des actes, et pièces remis ou notifiés).

(في حالة الإرسال باستخدام الطريق الإلكتروني، فلا يتم تطبيق نصوص هذا القانون التي تنص على إرسال نسخ متعددة ورد أصل الورقة أو المستندات المسلمة أو المعلنة).

(٣) جاء نص الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٢٥ من القانون المدني على أن:

(L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès).

(٤) راجع: ما سبق، بند ٩٥.

المدنية، حتى ولو كان غير وارد في قانون المرافعات المدنية نفسه^(١). ونستند في ذلك إلى ذات الحجّة المستفادّة من المادة ٧٤٩ من قانون المرافعات المدنية المشار إليها، والتي وفقاً لتطبيق نصوص الباب الأول من هذا القانون أمام جميع محاكم جهة القضاء العادي التي تفصل في المواد المدنية، أو التجارية، أو الاجتماعية، أو الزراعية، أو العمالية، وذلك مع مراعاة القواعد الخاصة بكل موضوع والقواعد الخاصة بكل محكمة^(٢).

المطلب الثاني

إنشاء أو تكوين أدلة الإثبات

٩٨- رأينا فيما سبق أن نصوص قانون المرافعات المدنية التي تنظم التبادل بالطبقة، الالكترون، لا تتعلق، إلا بعدم مادية الأوراق الت. سته إرسالها بالطبعة، الالكترون، و"receptices". وكذلك فإن التبادل بالطريق الإلكتروني يكون ممكناً بالنسبة لأدلة الأثبات غم المادة؛ أي أدلة الإثبات المنشأة على دعامة رقمية support numérique وفقاً للقواعد التي تنظم الورقة محل الإثبات. نذكر من ذلك، على سبيل المثال، أعمال الموثقين التي تُنشأ على دعامة إلكترونية، وذلك بموجب المرسوم رقم ٧١-٩٤١ الصادر بتاريخ ٢٦ نوفمبر ١٩٧١ والمعدل بالمرسوم رقم ٢٠٠٥-٩٧٣ بتاريخ ١٠ أغسطس ٢٠٠٥^(٤).

(١) راجع في ذلك:

LEIRS É.: Communication électronique, art. péc., n° 50.

(٢) راجع: ما سبق، بند ٩٥.

(٣) راجع: ما سبق، بند ٢٨ وما بعده.

(٤) راجع في ذلك المرسوم رقم ٢٠٠٥-٩٧٣ بتاريخ ١٠ أغسطس ٢٠٠٥ المعدل للمرسوم رقم

٧١-٩٤١ بتاريخ ٢٦ نوفمبر ١٩٧١ (Décret n° 2005-973 du 10 août)

2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971
relatif aux actes établis par les notaries, JORF, n°186, 11

août 2005, p. 13096

بعبارة "أوراق تُنشأ على دعامة إلكترونية" (Actes établis sur support

électronique)، ويتضمن المواد من ١٦ إلى ٢٠. وفي هذا الشأن تنص الفقرة الأولى من

المادة ١٦ على أن:

(Le notaire qui établit un acte sur support électronique utilise un système de traitement et de transmission de l'information agréé par le Conseil supérieur du notariat et garantissant l'intégrité et la confidentialité du contenu de l'acte).

غير أن ما يحدث في الواقع العملي، هو الفرض العكسي؛ إذ أن دليل الإثبات هو الذي يكون منشأً على دعامة ورقية، ومن ثم تثار مسألة كيفية تبادله بالطريق الإلكتروني.

وفي هذا الشأن، فإن المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية تجيز تبادل المستندات بالطريق الإلكتروني^(١)، غير أنها لم تقصر هذا التبادل فقط على الأوراق المنشأة على دعامة إلكترونية. وعلى العكس من ذلك، فإن هذا التبادل بالطريق الإلكتروني تم السماح به ضمناً بواسطة المادة ٧٤٨-٤ من ذات القانون التي تنص على أن: (عندما تكون وثيقة معينة قد تم إعدادها من الأصل على مستند ورقي، فإنه يجوز للقاضي أن يطلب تقديمها)^(٢). ومن ثم فإن التبادل بالطريق الإلكتروني لمستند تم إنشاؤه في الأصل على دعامة ورقية يمكن أن يتم صحيحاً عن طريق إرسال نسخة إلكترونية أو رقمية *une version numérisée*، وذلك دون تطلب أن تخضع تلك الرقمية لشروط خاصة.

ويتفق هذا الحل مع القواعد التي تنظم تبادل المستندات، والذي يمكن أن يتم بصور منها، ما لم يطلب القاضي أو الخصم تقديم أصل المستند^(٣). ويمكن أن نستند في ذلك إلى نص المادة ١٣٣٤ من القانون المدني التي تنص على أنه: (عندما يكون المستند الأصلي موجوداً، فلا تكون صورته دليلاً للإثبات إلا بالقدر الموجود في محتوى الأصل والذي يمكن أن يُطلب تقديمه دائماً^(٤)). وكذلك، فإن قرار المجلس الوطني لتقابات المحامين

(١) راجع: ما سبق، بند ١٢.

(٢) جاء نص المادة ٧٤٨-٤ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Lorsqu'un document a été établi en original sur support papier, le juge peut en exiger la production).

(٣) راجع في ذلك:

COUCHEZ G.: Incidents de procédure, Communication des pièces, J.-Cl. Pr. civ., fasc. 622, no 17.

- نذكر من ذلك على سبيل المثال - فيما يتعلق بقاضي التحضير Le juge de la mise en état - ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٦٥ من قانون المرافعات المدنية من أن:

(Il peut se faire communiquer l'original des pièces versées aux débats ou en demander la remise en copie).

(٤) جاء نص المادة ١٣٣٤ من القانون المدني على النحو التالي: =

باللائحة الداخلية الوطنية لمهنة المحاماة Conseil national des barreaux رقم ٢٠٠٥ - ٠٠٣ المتعلق règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) قد تبني هذا الحل في المادة ٥ - ٣ من هذه اللائحة^(١).

وأضف إلى ما سبق، أن القرارات التقنية الصادرة من وزير العدل تنص على تحويل المستندات المرفقة بأي إرسال إلى مستند رقمي (إلكتروني) باستخدام جهاز الماسح الضوئي: من ذلك على سبيل المثال قرار وزير العدل الصادر في ٥ مايو ٢٠١٠ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي لا تستلزم التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف^(٢)؛ حيث تنص المادة الثالثة من هذا القرار على أن: (عندما يجب إرفاق وثيقة (مستند) بورقة من أوراق المرافعات، فيتم تبادل هذه الوثيقة (المستند) كملف منفصل في شكل ملف تنسيق XML يحتوي على الورقة في شكل رسالة بيانات. والملف الذي يحتوي على الوثيقة (المستند) المرفقة بالورقة هو ملف في شكل (تنسيق) PDF. ويتم إنتاج الملف في تنسيق PDF إما عن طريق التحويل الرقمي (الإلكتروني) باستخدام جهاز الماسح الضوئي إذا كان المستند أو الوثيقة المتبادلة منشأه على دعامة ورقية، أو عن طريق التسجيل المباشر في شكل (تنسيق) PDF من خلال الأداة الإلكترونية (الكمبيوتر) المستخدمة في إنشاء وحفظ الوثيقة (المستند) الأصلية في شكل رقمي (إلكتروني)^(٣).

=(Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée).

(١) راجع هذه اللائحة على الموقع الإلكتروني للمجلس الوطني لنقابة المحامين التالي: http://cnb.avocat.fr/Reglement-Interieur-National-de-la-profession-d-avocat-RIN_a281.html-18/4/2013.

وراجع أيضاً نصوص هذه اللائحة في: JORF, n°185, 11 août 2007, p.

13503

(٢) راجع في ذلك: JORF, n°0111, 15 mai 2010, p. 9041.

(٣) جاء نص المادة الثالثة من القرار المشار إليه على النحو التالي: (Lorsqu'un document doit être joint à un acte, le document est communiqué sous la forme d'un fichier séparé du fichier au format XML contenant l'acte sous forme de message de données. Le fichier contenant le=

المطلب الثالث

إعادة التجسيد المادي للأوراق المتبادلة إلكترونياً

٩٩- قد يتطلب الأمر إعادة التجسيد المادي للورقة التي أنشئت على دعامة إلكترونية بمناسبة التبادل بالطريق الإلكتروني؛ أي تحويل الورقة المنشأة على دعامة إلكترونية إلى ورقة منشأة على دعامة ورقية. وقد عالج المشرع ذلك بالنسبة لنسخة الحكم القضائي المنشأة على دعامة إلكترونية (أولاً)، دون أن يضع نصاً يعالج المسألة بالنسبة لباقي أوراق المرافعات بالمعنى العام (ثانياً).

١٠٠- أولاً: إعادة التجسيد المادي لنسخة الحكم القضائي المنشأة على دعامة إلكترونية:

تنص المادة ٧٤٨-٥ من قانون المرافعات المدنية على أن استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني لا يحول دون حق الخصم صاحب المصلحة في أن يطلب تسليم نسخة الحكم القضائي المذيلة بالصيغة التنفيذية على دعامة ورقية^(١). وفي الواقع، يعتبر هذا النص ضرورياً لتنفيذ الحكم القضائي، ليس فقط عن طريق إجراءات التنفيذ الجبري، ولكن أيضاً - على سبيل المثال - عن طريق نشره أو تسجيله في سجل.

غير أن إرسال صورة تنفيذية من الحكم القضائي بالطريق الإلكتروني يكون مشروطاً بإمكانية إنشاء الحكم القضائي على دعامة

=document joint accompagnant l'acte est un fichier au format PDF. Le fichier au format PDF est produit soit au moyen d'un dispositif de numérisation par scanner si le document à communiquer est établi sur support papier, soit par enregistrement direct au format PDF au moyen de l'outil informatique utilisé pour créer et conserver le document original sous forme numérique).

- وتشير في هذا الشأن إلى أن هناك نصوص عديدة مطابقة لهذا النص منها المادة السادسة من قرار وزير العدل في ٣٠ مارس ٢٠١١ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف (JORF, n°0076, 31 mars 2011, p. 5600).

(١) جاء نص المادة ٧٤٨-٥ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(L'usage de la communication par voie électronique ne fait pas obstacle au droit de la partie intéressée de demander la délivrance, sur support papier, de l'expédition de la décision juridictionnelle revêtue de la formule exécutoire).

إلكترونية. وعلى الرغم من عدم النص على ذلك بواسطة المادة ٧٤٨ - ١ من قانون المرافعات المدنية^(١)، فقد تدخل المشرع بالمادة السابعة من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ١٥١٥ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢^(٢) وذلك بتعديل المادة ٤٥٦ من قانون المرافعات المدنية. وبموجب هذا التعديل أصبح من الممكن - كما سبق أن درسنا - إنشاء الحكم القضائي على دعامة ورقية أو دعامة إلكترونية^(٣). حيث تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٦ بعد تعديلها على أن: (يمكن إنشاء الحكم القضائي على دعامة ورقية أو دعامة إلكترونية. ويتم توقيعه بواسطة الرئيس والكاتب. وفي حالة وجود مانع لدى الرئيس، يذكر ذلك على نسخة الحكم ويوقع عليها أحد القضاة الذين حضروا المداولة). وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أن: (عندما يكون الحكم القضائي قد تم إنشاؤه على دعامة إلكترونية، فإن المراحل المستخدمة يجب أن تضمن سلامته (اكتماله) وحفظه. والحكم القضائي المنشأ على دعامة إلكترونية يتم التوقيع عليه بطريقة التوقيع الإلكتروني الآمن الذي يتوافق فيه اشتراطات المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٢٧٢ بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠٠١ الصادر تطبيقاً للمادة ١٣١٦ - ٤ من القانون المدني والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني). وقد نصت الفقرة الثالثة من ذات المادة على أن: (آليات تطبيق المادة الحالية يتم تحديدها بقرار من وزير العدل)^(٤).

(١) راجع: ما سبق، بند ٢٩.

(٢) راجع المرسوم رقم ٢٠١٢ - ١٥١٥ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢ المتناول لنصوص متعددة متعلقة بالمرافعات المدنية وبالتنظيم القضائي (JORF, n°0304, 30 décembre 2012, p. 21018).

(٣) راجع: ما سبق، بند ٣٢. وقبل هذا التعديل، فقد كان من الممكن فقط إرسال صورة بسيطة من الحكم القضائي بالطريق الإلكتروني. فالحكم القضائي يمكن أن يتم إعلانه عن طريق تسليم نسخة بسيطة من الحكم (م ٦٧٦ مرافعات)، وبحيث أن هذا الإعلان يمكن أن يتم عن طريق الإرسال الإلكتروني لصورة ممسوحة ضوئياً من الحكم (أي باستخدام جهاز المسح الضوئي) راجع في ذلك: حكيم محكمة بوزدو المشار إليه، فيما يتعلق بالإخطار المسبق بين المحامين بشأن الموافقة على استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني. ما سبق، بند ٨٩.

(٤) وهو ذات الوضع بالنسبة لأوراق المحضرين. راجع: الفقرة الثانية من المادة ٢٩ - ٦ من Décret n°56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 29

١٠١ - ثانياً: إعادة التجسيد المادي لباقي أوراق المرافعات المنشأة على دعامة إلكترونية:

فيما يتعلق بإعادة التجسيد المادي لباقي أوراق المرافعات بالمعنى العام المنشأة على دعامة إلكترونية، لا يوجد حكم عام مشابه لذلك المنصوص عليه في المادة ٧٤٨ - ٥ من قانون المرافعات المدنية بالنسبة للأحكام القضائية المنشأة على دعامة إلكترونية.

ومع ذلك، فإن بعض هذه الأوراق يتعين أن تخضع لإعادة التجسيد المادي. وهذا ما تم النص عليه بالنسبة للأوراق التي تصدر من المحضر إعمالاً للمواد ٢٧، ٢٨، ٢٩ - ٦ من المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المعدل بالمرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ والمرسوم رقم ٢٠٠٥ - ٩٧٢ بتاريخ ١٠ أغسطس ٢٠٠٥ المعدل المشار إليها^(١). وبعيداً عن هذه الحالة، فلا يوجد نص عام في قانون

=novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice et المعدلة بالمادة السادسة من المرسوم رقم ٢٠٠٥ - ٩٧٢ بتاريخ ١٠ أغسطس (Décret n° 2005-972 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice, JORF, n°186, 11 août 2005, p. 13095 التي مفادها أن الذي يسلم نسخة من الأوراق على دعامة إلكترونية يضع عليها توقيعها الإلكتروني المؤمن. وجاء نص المادة ٢٩ - ٦ المشار إليها على النحو التالي:

(Les huissiers de justice peuvent délivrer des expéditions des actes ou procès-verbaux qu'ils détiennent en minute à toutes personnes intéressées qui, lors de l'établissement du procès-verbal ou de la signification de l'acte auront déjà reçu soit le second original, soit une copie. L'expédition est établie à la demande et aux frais du requérant, soit sur support papier, soit sur support électronique, quel que soit le support initial de l'acte.

Celui qui délivre une expédition sur support électronique y mentionne la date et y appose sa signature électronique sécurisée.

L'huissier de justice qui reçoit un acte authentique sur support électronique peut en établir une expédition sur support papier aux fins de signification ou d'exécution).

(١) راجع: ما سبق، بند ١٠٠. راجع المادة ٢٧ من هذا المرسوم، والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Lorsqu'il est dressé sur support électronique, le second original peut être transmis par voie de communication électronique, dans des conditions garantissant sa=

المرافعات المدنية ينص على إعادة التجسيد المادي للورقة المنشأة على دعامة إلكترونية.

غير أن إعادة التجسيد تبدو ضرورية، على سبيل المثال، بالنسبة للأوراق التي تكون محلاً للنشر في مجال الحفاظ على الرهون العقارية la conservation des hypothèques⁽¹⁾.

=confidentialité, l'intégrité de l'acte, l'identité de l'expéditeur et celle du destinataire).

- وكذلك المادة ٢٨ من ذات المرسوم، والتي جاء نصها على النحو التالي:
(Même lorsque l'acte a été dressé sur support électronique, la copie, ainsi que celle des pièces qui y sont annexées, est éditée sur un support papier, afin d'être remise au destinataire selon les modalités prescrites par les textes en vigueur.

Il peut être annexé à l'acte tout document, soit constitué originellement sur support électronique, soit transféré sur ce support au moyen d'un procédé de numérisation garantissant sa reproduction à l'identique. Les pièces annexées sont indissociablement liées à l'acte auquel elle se rapportent).

- وأخيراً المادة ٢٩ - ٦ من ذات المرسوم المشار إليها، راجع: ما سبق، بند ١٠٠.
FRICERO N.: La rédaction des actes des huissiers..., art. préc., fasc. 140, no 120.

(1) راجع على سبيل المثال في مجال الحجز على العقار، المادة ٨٠ من المرسوم رقم ٥٥ - ١٣٥٠ بتاريخ ١٤ أكتوبر ١٩٥٥. والتي جاء نصها بعد تعديلها بالمرسوم رقم ٢٠١٢ - ١٤٦٢ بتاريخ ٢٦ ديسمبر ٢٠١٢ (26 décembre 2012 pris) 2012-1462 pour l'application de l'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques et pour l'adaptation de la publicité foncière, (JORF, n°0302, 28 décembre 2012, p. 20582) على النحو التالي:

(Sont publiés, sous forme de mentions en marge de la copie du commandement valant saisie :

- 1° Le refus du service de la publicité foncière de publier un autre commandement en application de l'article 22 du décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble ;
- 2° L'assignation à comparaître à l'audience d'orientation et sa dénonciation aux créanciers ;
- 3° Le jugement d'orientation ;
- 4° Le jugement prorogeant le délai d'adjudication ;
- 5° La formalité de publicité de l'acte de vente amiable ou du titre de vente ;
- 6° La publication du jugement ou de l'ordonnance prescrivant la radiation des inscriptions ;
- 7° La radiation ;
- 8° D'une manière générale, les divers actes de la procédure se rattachant au commandement, tels que la=

وكذلك، فإن إعادة التجسيد تبدو ضرورية لإبلاغ **dénonciation** بعض أوراق المرافعات. فبعيداً عن حالة الحكم القضائي، فقد نص المشرع على حالة خاصة لإعادة التجسيد المادي للورقة المنشأة على دعامة إلكترونية، وهي تقرير الاستئناف الذي يرفع وفقاً للإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي^(١). حيث تنص المادة العاشرة من القرار التقني الصادر من وزير العدل في ٣٠ مارس ٢٠١١^(٢) على أن (رسالة البيانات المتعلقة بتقرير الاستئناف تولد إيصال استلام من قِبل أقسام قلم الكتاب، والذي يكون مرفقاً به ملف تلخيصي يحتوي على بيانات الرسالة. ومحل هذا الملخص محل تقرير الاستئناف، وكذلك فإن تحريرها من قبل معاون القضاة يحل محل نسخة من هذا التقرير عندما يتعين أن يتم تقديمه في شكل ورقي (على دعامة ورقية)^(٣)).

المبحث الرابع

١٠٢- معالجة الأثر المترتب على الخلل في نظام التبادل بالطريق الإلكتروني.

تمهيد وتقسيم:

ذكرنا فيما سبق أن نظام التبادل بالطريق الإلكتروني يتم من خلال مجموعة من العمليات التقنية التي تعتمد على أجهزة متنوعة وجهات متعددة، وذلك في ضوء الإشتراطات التقنية الواردة في القرارات التقنية المشار إليها والصادرة من وزير العدل^(٤). غير أنه لسبب أو آخر قد يحدث

=subrogation dans les poursuites, le jugement prononçant la distraction de tout ou partie des immeubles, saisis etc.).

(١) راجع: ما يلي، بند ١٣٠.

(٢) قرار وزير العدل في ٣٠ مارس ٢٠١١ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف (JORF, n°0076, 31 mars 2011, p. 5600).

(٣) جاء نص المادة العاشرة من قرار وزير العدل في ٣٠ مارس ٢٠١١ على النحو التالي: (Le message de données relatif à une déclaration d'appel provoque un avis de réception par les services du greffe, auquel est joint un fichier récapitulatif reprenant les données du message. Ce récapitulatif tient lieu de déclaration d'appel, de même que son édition par l'auxiliaire de justice tient lieu d'exemplaire de cette déclaration lorsqu'elle doit être produite sous un format papier).

(٤) راجع: ما سبق، بند ٤٦ وما بعده.

أن يصيب التبادل بالطريق الإلكتروني خلافاً ليرتب عليه عدم قيام صاحب الشأن بإرسال ورقة ما في الموعد المحدد لإرسالها. ولذلك فقد تدخل المشرع لمعالجة ذلك بالنص على امتداد المواعيد الإجرائية المتعين إنجاز الورقة خلالها إلى أول يوم عمل تال، وذلك إذا كان هذا الخلل راجعاً إلى سبب خارجي أو أجنبي *cause étrangère* عن مرسل الورقة.

وفي ضوء ما سبق، فإن الدراسة في هذا المبحث تنقسم إلى مطلبين

على النحو التالي:

المطلب الأول: امتداد المواعيد الإجرائية في حالة حدوث خلل في التبادل بالطريق الإلكتروني.

المطلب الثاني: السبب الأجنبي المتسبب في حدوث الخلل في التبادل بالطريق الإلكتروني.

المطلب الأول

امتداد المواعيد الإجرائية في حالة حدوث خلل في التبادل بالطريق الإلكتروني

١٠٣- وفقاً للمادة ٧٤٨-٧ من قانون المرافعات المدنية

المستحدثة بالمادة الرابعة من المرسوم رقم ٢٠٠٩-١٥٢٤ بتاريخ ٩

ديسمبر ٢٠٠٩^(١)، عندما يتعين إنجاز ورقة ما قبل نهاية ميعاد محدد، ولم

يمكن إرسالها بالطريق الإلكتروني في اليوم الأخير للميعاد، وذلك بسبب

أجنبي عن الشخص الذي قام بإجرائها، فإن الميعاد يمتد إلى أول يوم عمل

لاحق^(٢).

وعلى الرغم من أن تلك القاعدة وردت ضمن النصوص التي تنظم

التبادل بالطريق الإلكتروني، فإنها يمكن أن تكون ذات نطاق تطبيق عام؛

إذ كيف يمكن - على سبيل المثال - رفع استئناف في اليوم الأخير من

(١) المرسوم رقم ٢٠٠٩-١٥٢٤ بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ المتعلق بإجراءات الاستئناف التي

تشتترط التمثيل الإلزامي في المسائل المدنية (JORF, n°0287, 11 décembre 2009, p. 21386).

(٢) جاء نص المادة ٧٤٨-٧ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Lorsqu'un acte doit être accompli avant l'expiration d'un délai et ne peut être transmis par voie électronique le dernier jour du délai pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant).

الميعاد الذي يتعين رفعه خلاله ، إذا كان قلم كتاب المحكمة الذي يتعين أن يتم تسليم تقرير الاستئناف إليه مغلقاً ، سواء كان المقصود بذلك ساعات الإغلاق العادية ، أو كان الإغلاق لأي سبب آخر ، كما يضرب يمنع الوصول إلى قلم الكتاب؟

أضف إلى ذلك أنه ، استناداً إلى المادة ٦٤٢ من قانون المرافعات المدنية^(١) ، فقد قضت محكمة النقض بأن الاستئناف الذي يتم رفعه في اليوم التالي لليوم الأخير يكون مقبولاً ، وذلك في حالة ما إذا كان قلم الكتاب مغلقاً في مساء اليوم السابق^(٢) .

(١) جاء نص المادة ٦٤٢ من قانون المرافعات المدنية علي النحو التالي :

(Tout délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures.

Le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant).

(٢) راجع في ذلك : ما قضت به محكمة النقض بأن :

(Ayant fait constater par un acte d'huissier de justice que le greffe était fermé à 19 heures le dernier jour du délai, l'appelant qui n'a pu faire enregistrer son appel en temps utile est recevable à le régulariser le lendemain). Cass. civ. 2e, 4 octobre 2001, n° 00-14.705, Bull. civ., II, n° 149; Procédures, 2001, Commentaires, 208, note Perrot R.

- وراجع أيضاً في حالة تقرير استئناف في قلم الكتاب تم بواسطة الفاكس والبريد الإلكتروني ، في حين أن النص يشترط أن يتم تقرير الاستئناف في قلم الكتاب ؛ حيث قضت محكمة النقض بأن :

(Ni la télécopie, ni un envoi par courriel ne répondent aux exigences de l'article R. 2143-5 du code du travail selon lequel la contestation de la désignation d'un représentant syndical de la section syndicale est formée par voie de simple déclaration faite au greffe.

Le jugement qui relève que l'auteur de la contestation n'avait pas justifié, ni allégué s'être présenté en vain après l'heure de fermeture du greffe le jour où le délai expirait pour former son recours, a, sans méconnaître les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni violer l'article 642 du code de procédure civile, exactement décidé qu'il ne démontrait pas avoir été privé d'une partie du délai accordé par la loi pour former la contestation). Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 09-60.047, Bull. civ., V, n° 262.

المطلب الثاني

السبب الأجنبي المتسبب في حدوث الخلل في التبادل بالطريق الإلكتروني

١٠٤ - الحديث عن السبب الأجنبي المتسبب في حدوث خلل في التبادل بالطريق الإلكتروني يتطلب منا تحديد فكرته، وبيان أنماطه، وإثباته، والأثر المترتب على تحققه، والجزاء المترتب على تخلفه.

١٠٥ - أولاً: فكرة السبب الأجنبي:

الاستفادة من امتداد المعاد لكي يمكن إنجاز ورقة من أوراق المرافعات في اليوم التالي يكون متوقفاً على توافر سبب أجنبي عن الشخص الذي ينجزها. وقد ورد في المنشور التطبيقي الصادر من وزير العدل في ٣١ يناير ٢٠١١ بشأن السبب الأجنبي أن: (ليس المقصود - مع ذلك - ستر أو إخفاء إهمال منسوب إلى الشخص الذي أنجز الورقة، ولكن خلل في جهاز الإرسال، أو التبادل، أو الاستلام)^(١).

وفي هذا الشأن، إذا كان السبب الأجنبي يعتبر أحد شروط حالة القوة القاهرة *force majeure*، فهو يتميز عنها؛ إذ من الخطأ الرجوع في شأن السبب الأجنبي إلى شرط عدم التوقع *la condition d'imprévisibilité* الذي تتميز به القوة القاهرة^(٢): ففي الواقع فإن خطر حدوث الخلل يعتبر مسألة أصلية في أنظمة التبادلات الإلكترونية، وبمجرد أن هذا الخطر أمراً محتملاً بالنسبة لمن يستخدم التبادل بالطريق الإلكتروني، وبصفة خاصة على المهنيين. ومن ثم، فلكي يكون السبب أجنبياً بالنسبة لمن يستخدم التبادل بالطريق الإلكتروني، ويتم حمايته ضد المخاطر العادية التي يمكن أن تؤثر في هذا التبادل، فيتعين عليه، على

(١) راجع في ذلك:

(ne s'agit toutefois pas de pallier une négligence imputable à l'auteur de l'acte, mais un dysfonctionnement dans le dispositif d'émission, de transmission ou de réception).
Circulaire DACS du 31 janv. 2011, de présentation de la réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire.

(٢) راجع في ذلك:

CROZE H.: Contre la communication électronique, Procédures, mai 2011, n° 5, Repère, p. 5.

سبيل المثال، اقتناء أجهزة إلكترونية ذات أداء مرتفع، والارتقاء بمستواها والصيانة الدورية.

ويمكن أن نشير أيضاً إلى أن المعيار الثالث للقوة القاهرة، وهو صفة عدم التجنب *le caractère insurmontable*، لم يعد مطلباً صراحة. ويرجع ذلك إلى أن المادة ٧٤٨-٧ من قانون المرافعات المدنية تتحدث عن ورقة لم يمكن إرسالها بالطريق الإلكتروني. غير أن تلك الصيغة لم يتم ذكرها كشرط للاستفادة من امتداد الميعاد، وإنما هي الحالة أو الموقف الذي يواجهه المستخدم. وبعبارة أخرى، يبدو أن المستخدم يمكن أن يكتفي بإثبات بسيط أن الإرسال الذي حاول أن يقوم به لم يصل إلى المرسل إليه، أو أنه لم يصله إيصال استلام من قبل المرسل إليه، دون أن يكون ملتزماً بأن يبحث عن كل الوسائل الأخرى لكي يرسل ورقته إلكترونياً (كان يحاول أن ينوع الرسائل الإلكترونية من نقاط اتصال مختلفة أو أن يستدعي الصيانة،... الخ). وينبغي تبني هذا التحليل المرن؛ إذ أن الصعوبة تظهر في الفرض محل الدراسة في اليوم الأخير من المهلة المحددة لاستكمال الإجراء المتعين القيام به، وهذا ما يكون سبباً - من الناحية العملية - في منع صاحب المصلحة في إرسال الورقة من أن يقوم بممارسة عدة محاولات لإرسالها.

١٠٦ - ثانياً: أنماط السبب الأجنبي:

نشير في هذا الشأن إلى أن الخلل يمكن أن يحدث على كافة مستويات نظام التبادل بالطريق الإلكتروني واستناداً إلى كل أنماط الأسباب:

- فقد يحدث الخلل على مستوى الاستلام، وبصفة خاصة خلل في النظام الإلكتروني للمحاكم (COMCI): سواء بالنسبة للتطبيق المسمى « ComCiCA » بالنسبة لمحاكم الاستئناف^(١)، أو المسمى « ComCi TGI » بالنسبة للمحاكم الابتدائية^(٢).

(١) حول هذا التطبيق، راجع: المادتين ١١، ١٢ من قرار وزير العدل الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي (الإجباري) أمام محاكم الاستئناف المشار إليه، ما سبق، بند ٦٩.

(٢) حول هذا التطبيق، راجع: المادتين الثانية والثالثة من قرار وزير العدل في ٧ إبريل ٢٠٠٩ =

- وقد يحدث الخلل على مستوى الإرسال أو الدخول أو الاتصال بشبكات الاتصال الافتراضية الخاصة، سواء شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحامي (RPVA) *réseau privé virtuel avocat* أو شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء *réseau privé virtuel justice* (RPVJ)^(١).

- أو خلل على مستوى البرنامج الإلكتروني الخاص بالمحامي والذي يسمى "e-barreau"^(٢)، أو على مستوى الإرسال بواسطة المستخدم نفسه (عطل في الكمبيوتر الشخصي).

أو خلل في نظام الصندوق الإلكتروني المخصص للنيابة العامة: سواء بالنسبة للنيابات لدي المحاكم الابتدائية *parquet01.tgi-villé* " *justice. Fr* @ أو بالنسبة للنيابات بصفة عامة *ca-ville @ justice. Fr*"^(٣).

- وأخيراً قد يحدث الخلل على مستوى مزودي خدمات الدخول على الشبكات، كغياب أو خلل في مفتاح تحديد الشخصية المؤمن *la clef d'identification sécurisée*. على أنه يتعين ألا يكون هذا الخلل بسبب المستخدم نفسه؛ أي يكون أجنبي عنه: من ذلك، قطع الاتصال من قبل مزود خدمات الاتصال. ولذلك، فإذا كان بسبب هذا الانقطاع هو عدم دفع فاتورة تلك الخدمات، فإن ذلك لا يعتبر بمثابة سبب أجنبي عن المستخدم. أما إذا كان السبب هو انقطاع سير عمل الشبكة الخاصة بمزودي الخدمة، فإن ذلك يعتبر بالتأكيد سبباً أجنبياً عن المستخدم.

ويعتبر السبب أجنبياً أيضاً عن المستخدم في حالة انقطاع التيار الكهربائي. وكذلك في حالة عدم وجود مفتاح تحديد الهوية، والذي يكون

= والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية المشار إليه. وكذلك النص الذي كان وارداً في المادتين الثالثة والرابعة من قرار وزير العدل بتاريخ ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٨ والمتضمن للتطبيق المبكر للنصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للإجراءات أمام المحاكم الابتدائية المشار إليه، ما سبق، بند ٦٩.

(١) حول هذه الشبكات، راجع: ما سبق، بند ٣٧، ٣٨، ٦٠، ٦٣، ٦٩، ٧٢.

(٢) حول هذا البرنامج: راجع: ما سبق، بند ٦٩.

(٣) حول هذه التقنية، راجع: ما سبق، بند ٣٨.

من فعل الخصم نفسه إذا كان المحامي لم يتخذ الخطوة اللازمة لتسجيل التبادلات الالكترونية لدى المجلس الوطني للمحاميين CNA، أو يكون أجنبياً عنه إذا كان هذا الأخير، على الرغم من قيام المحامي بالتسجيل، لم يوفر الأدوات اللازمة لاستخدام التبادل بالطريق الإلكتروني.

١٠٧ - **ثالثاً: إثبات السبب الأجنبي:**

المقصود هنا هو إثبات واقعة قانونية. ومن ثم، لا يخضع هذا الإثبات لنظام خاص، وإنما يمكن أن يتم ذلك بكافة وسائل الإثبات. كذلك، فمن المنطقي أنه يقع على عاتق صاحب الورقة والذي لم يستطع إرسالها في الميعاد المحدد عبء إثبات السبب الأجنبي الذي تسبب في هذا التأخير.

وفي الواقع العملي، فإن هذا الإثبات يتعين أن يأخذ بصفة خاصة شكل شهادة تصدر من الجهة المسئولة عن الخلل، وتضاع وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة ٢٠٢ من قانون المرافعات المدنية^(١)، ومن هذه الجهات: أقسام المجلس الوطني لتقنيات المحامين CNB أو مزود prestataire هذه الخدمات، والمسئول عن الخدمات الإلكترونية في المحاكم، ومزود خدمات الاتصال بالشبكات، ... الخ.

وعلى الرغم من أن المادة ٧٤٨ - ٧ من قانون المرافعات المدنية لم تشترط أن تتضمن الورقة التي يتم إنشاؤها في الميعاد الممتد نتيجة للسبب

(١) جاء نص المادة ٢٠٢ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés.

Elle mentionne les nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession de son auteur ainsi que, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles.

Elle indique en outre qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales.

L'attestation est écrite, datée et signée de la main de son auteur. Celui-ci doit lui annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature).

الأجنبي ذكر الصعوبات التي واجهت إرسالها في الميعاد الأصلي، فإن من الأفضل ذكر ذلك، وذلك بهدف تجنب أي منازعة حول تجاوز الموعد المخصص أصلاً لإنجاز تلك الورقة. وعلى العكس، فإن الدليل على السبب الأجنبي سوف يقدم بالتأكيد فيما بعد، أثناء المرافعة التي تسبق الحكم، أو أثناء المرافعة التي تتم بعد طلب التعجيل في حالة شطب الدعوى استناداً إلى المادة ٣٨٣ من قانون المرافعات المدنية^(١).

١٠٨ - رابعاً: الأثر المترتب على تحقق السبب الأجنبي: امتداد الميعاد الإجرائي (إحالة):

إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة ٧٤٨-٧ من قانون المرافعات المدنية، فإن الأثر المترتب على ذلك هو امتداد الميعاد الذي كان يتعين إنجاز الورقة خلاله إلى أول يوم عمل تالٍ لانتهائه، وتلك مسألة سبق لنا معالجتها ونكتفي بالإحالة إليها^(٢). ونشير فقط في هذا الشأن أنه إعمالاً للمادة ٦٤٢ من ذات القانون، فإن أيام السبت والأحد وأيام العطلات أو الأجازات لا تعتبر أيام عمل في مجال الإجراءات المدنية^(٣). ولذلك فإن الميعاد الذي ينتهي يوم الجمعة سيمتد حتى يوم الاثنين الساعة

(١) جاء نص المادة ٣٨٣ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(La radiation et le retrait du rôle sont des mesures d'administration judiciaire.

A moins que la péremption de l'instance ne soit acquise, l'affaire est rétablie, en cas de radiation, sur justification de l'accomplissement des diligences dont le défaut avait entraîné celle-ci ou, en cas de retrait du rôle, à la demande de l'une des parties).

(٢) راجع: ما سبق، بند ١٣٠.

(٣) جاء نص المادة ٦٤٢ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Tout délai expiré le dernier jour à vingt-quatre heures.

Le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant).

- ونشير في هذا الشأن إلى أن المادة ٦٦٤ من قانون المرافعات المدنية تنص على أنه لا يجوز الإعلان قبل الساعة السادسة صباحاً ولا بعد الساعة التاسعة مساءً ولا في أيام الأحد أو الأجازات أو العطلات، ما لم يتم ذلك بإذن من القاضي في حالة الضرورة. ولذلك فوفقاً لهذا النص فإن الإعلان يمكن أن يتم يوم السبت. وقد جاء هذا النص على النحو التالي:

(Aucune signification ne peut être faite avant six heures et après vingt et une heures, non plus que les dimanches, les jours fériés ou chômés, si ce n'est en vertu de la permission du juge en cas de nécessité).

١٠٩ - خامساً: الجزاء المترتب على تغلف السبب الأجنبي:

لم يرد في المادة ٧٤٨-٧ من قانون المرافعات المدنية النص على أي جزاء خاص عند مخالفة القاعدة المنصوص عليها فيها؛ أي الجزاء المتعين توقيعه عند تغلف السبب الأجنبي. وفي الواقع، من غير المفيد البحث عن جزاء مستقل يتم توقيعه عند غياب إثبات السبب الأجنبي؛ إذ أن الجزاء المترتب على فوات الميعاد الممنوح لإنجاز الورقة سيحكم به في هذه الحالة وفقاً للقواعد التي تحكم أو تنظم الإجراءات المتعين القيام به^(٢).

ولذلك، فإن فوات الميعاد المشار إليه يترتب عليه بصفة عامة جزاءً يتمثل في عدم قبول الإجراء *l'irrecevabilité de l'acte* الذي تم بعد الميعاد، وبصفة خاصة في حالة ميعاد التقاضي *délai pour agir* إعمالاً للفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من قانون المرافعات^(٣).

غير أن هناك جزاءات أخرى يمكن أن يتم الحكم بها، مثل: بطلان تقرير الاستئناف وذلك في حالة تجاوز الميعاد المحدد للخصم لتقديم مذكراته في نطاق الإجراءات مع التمثيل الإلزامي إعمالاً للمادة ٩٠٨ من ذات القانون^(٤)، أو قفل جزئي لإجراءات التحضير فيما يتعلق بالطرف المقصر إعمالاً للمادة ٧٨٠ من ذات القانون^(٥)، أو شطب الدعوى في حالة غياب

(١) حول الأثر الخاص للسبب الأجنبي في سبب الاستئناف والذي يتعين أن يتناسق مع قاعدة التمديد، راجع: ما يلي: بند ١٣٧ وما بعده.

(٢) راجع في ذلك: LEIRS É.: *Communication électronique, art. préc., n° 59.*

(٣) راجع الفقرة الأولى المادة ١٢٥ من قانون المرافعات المدنية، والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours).

(٤) جاء نص المادة ٩٠٨ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(A peine de caducité de la déclaration d'appel, relevée d'office, l'appelant dispose d'un délai de trois mois à compter de la déclaration d'appel pour conclure).

(٥) جاء نص المادة ٧٨٠ من قانون المرافعات المدنية بخصوص سلطة قاضي التحضير في هذا الشأن على النحو التالي:

همة الخصوم إعمالاً للمادة ٧٨١ من ذات القانون^(١). والأصل - وفقاً لهذه النصوص - أن القاضي يحكم بهذه الجزاءات من تلقاء نفسه، وكذلك، فإنها - باستثناء حالة شطب الدعوى - يحكم بها بعد المرافعة.

الفصل الرابع

قواعد التبادل بالطريق الإلكتروني الخاصة ببعض المحاكم أو ببعض أوراق المرافعات

١١٠ تمهيد وتقسيم:

يتم إكمال القواعد العامة للتبادل بالطريق الإلكتروني التي سبق دراستها بواسطة مجموعة من القواعد الخاصة ببعض المحاكم أو ببعض أوراق المرافعات. ويمكن استنتاج هذه القواعد الخاصة من القرارات التقنية التي تنظم بعض التبادلات بالطريق الإلكتروني، أو من بعض النصوص الخاصة في قانون المرافعات المدنية والتي تتعلق بإجراءات الاستئناف مع التمثيل الإلزامي وبالإعلان بالطريق الإلكتروني.

وفي ضوء ذلك، فإننا سنتناول في البداية دراسة القواعد الخاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام بعض المحاكم، ثم نتبع ذلك بدراسة

=(Si l'un des avocats n'a pas accompli les actes de la procédure dans le délai imparti, le juge peut ordonner la clôture à son égard, d'office ou à la demande d'une autre partie, sauf, en ce dernier cas, la possibilité pour le juge de refuser par ordonnance motivée non susceptible de recours. Copie de l'ordonnance est adressée à la partie défaillante, à son domicile réel ou à sa résidence.

Le juge rétracte l'ordonnance de clôture partielle, d'office ou lorsqu'il est saisi de conclusions à cette fin, pour permettre de répliquer à des demandes ou des moyens nouveaux présentés par une partie postérieurement à cette ordonnance. Il en est de même en cas de cause grave et dûment justifiée.

Si aucune autre partie ne doit conclure, le juge ordonne la clôture de l'instruction et le renvoi devant le tribunal).

(١) جاء نص المادة ٧٨١ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Si les avocats s'abstiennent d'accomplir les actes de la procédure dans les délais impartis, le juge de la mise en état peut, d'office, après avis donné aux avocats, prendre une ordonnance de radiation motivée non susceptible de recours.

Copie de cette ordonnance est adressée à chacune des parties par lettre simple adressée à leur domicile réel ou à leur résidence).

القواعد الخاصة بالإعلان بالطريق الإلكتروني، وذلك في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: القواعد الخاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام بعض المحاكم.

المبحث الثاني: الإعلان بالطريق الإلكتروني.

المبحث الأول

القواعد الخاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام بعض المحاكم

١١١- تمهيد وتقسيم:

تضمنت القرارات التقنية الصادرة من وزير العدل لتنظيم التبادل بالطريق الإلكتروني قواعد خاصة لهذا التبادل بالنسبة لكل محكمة من المحاكم، سواء أمام المحاكم التجارية أو المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف أو محكمة النقض. غير أن ما ورد في القرار الصادر من وزير العدل بتاريخ ٢١ يونيو ٢٠١٣ والمتعلق بتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني بين المحامين وكذلك بين المحامين والمحكمة في نطاق الإجراءات أمام المحاكم التجارية^(١) ما هو إلا ترديد للقواعد التي وزدت في القرارات السابقة عليه، والصادرة بشأن المحاكم الأخرى، ومن ثم فلن نفرده جزء مستقل للدراسة، ونكتفي فقط بما سبق أن أشرنا إليه بخصوص هذا القرار.

وفي ضوء ذلك، فإننا سنتناول في البداية القواعد الخاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية، ثم نتبع ذلك بتلك القواعد أمام محاكم الاستئناف، ونختتم بدراسة القواعد الخاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام محكمة النقض، وذلك في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: القواعد الخاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية.

المطلب الثاني: القواعد الخاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام محاكم الاستئناف.

(١) راجع في ذلك:

Arrêté du 21 juin 2013 portant communication par voie électronique entre les avocats et entre les avocats et la juridiction dans les procédures devant les tribunaux de commerce, JORF, n° 0146, 26 juin 2013, p. 10526.

المطلب الثالث: القواعد الخاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام محكمة النقض.

المطلب الأول

القواعد الخاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية

١١٢ - تمثل السمة الأساسية التي تميز التبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية في الاستخدام الواسع لهذا النظام أمام كافة المحاكم الابتدائية، وبحيث يتم السماح باللجوء إليه في كافة مراحل الخصومة القضائية. وهذا ما يفسر تطوره بصفة خاصة في مجال التحضير *la mise en état*، أي نكون بصدد ما يطلق عليه تحضير الدعوى إلكترونياً *la mise en état électronique*

١١٣ - **أولاً: التوسع في استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية:**

نتناول في هذا الشأن تحديد المحاكم الابتدائية التي يمكن تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني أمامها، وكذلك الأشخاص الذين لهم الحق في ممارسة ذلك، فضلاً عن الأوراق التي يمكن تبادلها إلكترونياً أمام تلك المحاكم.

١١٤ - [١] المحاكم الابتدائية التي تطبق التبادل بالطريق الإلكتروني :

بتاريخ ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٥ أصدر وزير العدل قراراً بشأن التطبيق المبكر للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية^(١). وقد كان هذا القرار يحدد المحاكم الابتدائية التي ينطبق أمامها نظام التبادل بالطريق الإلكتروني؛ حيث كانت الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذا القرار تنص على أن: (تكون المادة ٧٣ من المرسوم الصادر في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ - أي المادة التي تضمنت نصوص التبادل بالطريق الإلكتروني والتي أدرجت في قانون المرافعات المدنية - قابلة للتطبيق أمام المحاكم المحددة في المادة ٢ وذلك في اليوم الأول من الشهر التالي لنشر هذا القرار في

(١) قرار وزير العدل بتاريخ ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٨ والمتضمن للتطبيق المبكر للنصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للإجراءات أمام المحاكم الابتدائية (JORF, n° 236, 9 octobre 2008)

الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية^(١). وقد حددت المادة الثانية المشار إليها المحاكم الابتدائية التي ينطبق أمامها التبادل بالطريق الإلكتروني،

وهي:

Agen, Aix-en-Provence, Alès, Amiens, Angers, Avignon, Avranches, Bayonne, Béthune, Béziers, Bordeaux, Bourgoin-Jallieu, Brest, Brive-la-Gaillarde, Cahors, Carcassonne, Carpentras, Chambéry, Charleville-Mézières, Chartres, Coutances, Dax, Draguignan, Evreux, Evry, Gap, Grasse, Grenoble, Le Havre, Les Sables-d'Olonne, Lille, Lisieux, Lons-le-Saunier, Marmande, Marseille, Meaux, Millau, Montauban, Montpellier, Narbonne, Nevers, Nice, Nîmes, Niort, Pau, Poitiers, Pontoise, Privas, Quimper, Rochefort, Saint-Denis, Saint-Malo, Saint-Omer, Saint-Pierre, Sarreguemines, Saverne, Strasbourg, Tarbes, Toulon, Toulouse, Tours, Tulle, Valence, Valenciennes, Verdun, Versailles, Vienne et Villefranche-sur-Saône).

غير أن قرار وزير العدل الصادر في ٧ إبريل ٢٠٠٩ والمنظم للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية حالياً^(٢) جاء خالياً من أي تحديد في هذا الشأن. ومن ثم، فإن نظام التبادل بالطريق الإلكتروني المنظم بالقرار المشار إليه يمكن أن ينطبق أمام كافة المحاكم الابتدائية دون استثناء. أضف إلى ذلك، أنه على الرغم من أن هذا القرار لم يحدد تشكيلات المحكمة الابتدائية التي يمكن تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني أمامها، فيبدو أن مصطلح المحكمة الابتدائية يتعين أن يفهم بالمعنى العام، وبمبداً أن ذلك لا يتعلق فقط بأنشطة الدوائر المدنية للمحكمة، وإنما أيضاً بالأنشطة المدنية للقضاة المتخصصين بالمحكمة: المهام الرئاسية fonctions présidentielles (الأمور المستعجلة référés، العائض requêtes)، قاضى المنازعات الأسرية juge aux affaires familiales، قاضى التنفيذ juge de l'exécution الأطفال، قاضى

(١) جاء نص الفقرة الأولى من المادة الأولى من قرار وزير العدل الصادر في ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٨ المشار إليه على النحو التالي:

(L'article 73 du décret du 28 décembre 2005 susvisé est applicable devant les juridictions désignées à l'article 2 et pour les actes de procédure suivants, le premier jour du mois suivant la publication du présent arrêté au Journal officiel de la République française).

(٢) راجع قرار وزير العدل الصادر في ٧ إبريل ٢٠٠٩ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية (JORF, n°0086, 11 avril 2009, p. 6365).

enfants ، قاض ، المحامات والاحتجاز ، المواد المدنية juge des libertés
et de la détention en matière civile ، لجنة تعويض ضحايا الجريمة
... ، commission d'indemnisation des victimes d'infraction
الخ.

وعلى العكس من ذلك، فإننا نذكر بأن بعض المحاكم ذات
الاختصاص، على الرغم من أنها تطة ارتباطاً وثيقاً بالمحكمة
الابتدائية، تعتبرها محاكم مستقلة ومشكلة على النحو المنصوص عليه في
قانون التنظيم القضائي، وبالتالي فإنها تستعد من نطاق تغطية قرار وزير
العدل الصادر في ٧ أيار ٢٠٠٩ المشار إليه، وهو: المحكمة الختمة Le
tribunal d'instance ، ومحاكم الضمان الاجتماعي juridictions de
sécurité sociale. ولذلك فقد تم النص في القرار المشار إليه على أن
التبادل بالطريق الإلكتروني يتم من خلال الربط بين شبكة الاتصال
الافتراضية الخاصة بالمحامين RPVA وشبكة الاتصال الافتراضية الخاصة
بالقضاء RPVJ من خلال المنصة أو البرنامج la plateforme المسماة "e-
barreau بالنسبة للمحامين وتطبيق الرسائل الإلكترونية la messagerie
l'application de ComCiTGI" بالنسبة للمحكمة
الابتدائية^(١)

١١٥ - [٢] المستخدمين للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم
الابتدائية:

ينظم قرار وزير العدل الصادر في ٧ إبريل ٢٠٠٩ المشار إليه التبادل
بالطريق الإلكتروني للأوراق عندما يتم إنجازها بالطريق الإلكتروني بين
محامين أو بين محام والمحكمة، وذلك إعمالاً للمادة الأولى من هذا القرار^(٢).
ولذلك، فإن المحامين فقط هم الذين يستطيعون التبادل بالطريق

(١) راجع: ما سبق، بند ٧٦.

(٢) راجع المادة الأولى من قرار وزير العدل في ٧ إبريل ٢٠٠٩ والمتعلق بالتبادل بالطريق
الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية، والتي تنص على أن:

(Lorsqu'ils sont effectués par voie électronique entre
avocats ou entre un avocat et la juridiction, dans le cadre
d'une procédure devant le tribunal de grande instance, les
envois, remises et notifications des actes de procédure, des
pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports,
des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions
revêtues de la formule exécutoire des décisions
juridictionnelles doivent répondre aux garanties fixées par
le présent arrêté).

الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية، ولا تتوافر هذه الإمكانية للأطراف أنفسهم، وكذلك بالنسبة لباقي أعوان القضاء *auxiliaires de justice*، أي الخبراء القضائيين *experts judiciaires*، والموثقين *notaires*، والمحضرين *huissiers de justice*^(١).

١١٦ - [٣] الأوراق التي يمكن تبادلها بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية:

تنص المادة الأولى من قرار وزير العدل المشار إليه إلى أنه (عندما يتم إنجازها بالطريق الإلكتروني بين محامين أو بين محام والمحكمة، في إطار الإجراءات أمام المحكمة الابتدائية، فإن المراسلات، والتسليمات، وإعلانات كل من أوراق المرافعات، والمستندات، والإخطارات، والتنبيهات أو الاستدعاءات، والتقارير، والمحاضر، وكذلك الصور والنسخ المذيلة بالصيغة التنفيذية من القرارات القضائية يتعين أن تستوفي الضمانات المحددة في هذا القرار).

ويرتب على ذلك، أن كل الأوراق المذكورة في المادة ٧٤٨ - ١ من قانون المرافعات المدنية والتي أعاد القرار ذكرها في المادة الأولى المشار إليها يمكن أن يتم إنجازها بالطريق الإلكتروني، وسواء كانت تصدر من المحامين أو المحكمة الابتدائية. وهذه النقطة تميز التبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية عن مثيله أمام محاكم الاستئناف؛ حيث أن القرارات التقنية التي تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني أمام الأخيرة حددت فقط عددًا من الأوراق التي يمكن تبادلها بهذا الطريق^(٢).

١١٧ - ثانيًا: تحضير الدعوى إلكترونيًا *La mise en état électronique*

(٣)

(١) مع مراعاة ما وضعه المشرع من تنظيم خاص للإعلان بالطريق الإلكتروني بواسطة المحضرين، ما يلي، بند ١٤٢ وما بعده.

(٢) راجع: ما يلي، بند ١١٨ وما بعده.

(٣) راجع في ذلك:

DEPARIS B.: RPVA : expérience pratique, bilan positif, art. préc., no 194, p. 9.

- حيث عرض المؤلف في هذه المقالة للاتفاقية المبرمة بين محكمة Tulle الابتدائية مع نقابة المحامين في نطاقها. وراجع أيضًا:

لجأت عدد من المحاكم الابتدائية منذ وقت طويل، وحتى قبل الأول من يناير ٢٠٠٩ وهو موعد دخول نظام التبادل بالطريق الإلكتروني حيز التطبيق كما نص عليه المشرع^(١)، إلى تحضر الدعوى بالطريق الإلكتروني، وذلك عن طريق ما يسمى بالميني تل 'le Minitel' أو باستخدام البريد الإلكتروني 'la messagerie électronique'^(٢).

وبمجرد دخول نظام التبادل بالطريق الإلكتروني حيز السريان أصبح التحضير الإلكتروني للدعوى مسموحاً به صراحة. فما من شك في أن التبادل بالطريق الإلكتروني من شأنه أن يسهل إلى حد كبير تسلسل إجراءات تحضير الدعوى، فضلاً عن تحسين وتعزيز الحوار بين مختلف المشاركين في تحضير الدعوى^(٣).

وتوجد العديد من الممارسات داخل المحاكم الابتدائية بشأن استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني في مجال تحضير الدعوى، وذلك وفقاً لقيود ومحاولات محلية^(٤). ويسمح ذلك بالتبادل بالطريق الإلكتروني لكافة

=FRICERO N.: La mise en état: entre tradition et modernité, in Ou'est devenue la pensée de Henri Motulsky?, Colloque organisé à l'occasion du quarantième anniversaire de la disparition de Henri Motulsky (1905-1971), Procédures, mars 2012, n° 3, Dossier 7, no 12, note 11; Bordeaux, 5 mars 2012, RG no 11/4968, Gaz. Pal., 27 mars 2012, no 87, p. 11, note Moore P. - JCP, éd. G., 2012, 406, note Croze H.

- حيث أجاز هذا الحكم إعلان مباشر بين المحامين لحكم صادر من المحكمة الابتدائية؛ ما سبق، بند ٨٩.

(١) وفقاً للمادة ٨٨ من المرسوم رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥، فإنه استثناء من المادة ٨٧، فإن المادة ٧٣ من ذات المرسوم (أي التي تضمنت التصوص التي تتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني والتي أدرجت في قانون المرافعات المدنية بالمادة رقم ٧٤٨ - ١ وما بعدها) تسري ابتداءً من الأول من يناير ٢٠٠٩.

(٢) راجع في ذلك: LEIRS É.: Communication électronique, art. préc., n° 63.

(٣) راجع في ذلك:

FRICERO N.: La mise en état: entre tradition et modernité, art. préc., Dossier 7, n° 10.

(٤) راجع عرض للاتفاقية الموقعة بين محكمة Tulle الابتدائية مع نقابة المحامين التي تقع في نطاقها، في:

DEPARIS B.: RPVA : expérience pratique, bilan positif, art. préc., no 194, p. 9.

الأوراق المتعلقة بتحضير الدعوى. نذكر من ذلك على سبيل المثال الإعلان، وتسليم المذكرات بواسطة المحامين، والإخطار الصادر من قلم الكتاب - إعمالاً للمادة ٧٦٤ من قانون المرافعات المدنية - من أجل إخطار الأطراف بتحديد قاضي التحضير للمواعيد اللازمة لتحقيق الدعوى *instruction de l'affaire*، أو للحصول على موافقة المحامين على الجدول الزمني للإجراءات المقترح من القاضي، وأيضاً تسليم أمر قضائي *la délivrance d'une injonction* (١).

غير أنه في ظل غياب أي قاعدة لتوفيق نظام تحضير الدعوى مع نظام التبادل الإلكتروني لأوراق المرافعات، فإن التحضير الإلكتروني للدعوى ليس له خصوصية إجرائية تميزه بصفة جوهرية عن نظام التحضير التقليدي. وهذا هو السبب الذي من أجله، على الرغم من وجود ممارسات عملية عكس ذلك (٢)، يمكن اعتبار أن التبادل بالطريق الإلكتروني لا يسمح بالاستغناء عن التمسك بالجلسات المفروضة بواسطة قانون المرافعات المدنية، وبصفة خاصة اجتماع رئيس الدائرة المختصة بنظر

(١) جاء نص المادة ٧٦٤ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats.

Il peut accorder des prorogations de délai.

Il peut, après avoir recueilli l'accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état.

Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision.

Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée.

Le juge peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige).

(٢) راجع: ما سبق دراسته في بند ٢١ بشأن عرض البعض من الفقه لحالة إلغاء جلسة اجتماع

رئيس محكمة Tulle الابتدائية مع محامي الأطراف (يطلق عليها *la conférence du président*) المنصوص عليها في المادة ٧٥٩ من قانون المرافعات المدنية. راجع في ذلك: DEPARIS B.: RPVA: expérience pratique, bilan positif, art. préc., no 194, p. 9.

الدعوى مع المحامين والذي يطلق عليه 'la conférence du président' والمنصوص عليها في المادة ٧٥٩^(١)، وجلسات الاستماع العارضة audience d'incident المنصوص عليها في المادة ٧٧٤^(٢).

وفي ذات السياق، فإن الأمر لا يختلف بالنسبة للقواعد التي تنظم إعلان المذكرات وتسليمها إلى قلم الكتاب. فوفقاً للفقرة الخامسة من المادة ٧٥٣ من قانون المرافعات المدنية، يتم تسليم صورة المذكرات إلى قلم الكتاب مصحوبة بما يثبت إعلانها^(٣). وفي ظل غياب نص لتوفيق ذلك الالتزام مع نظام التبادل بالطريق الإلكتروني، فإنه لا يكفي للوفاء بهذا الالتزام أن يتم إرسال المذكرات إلى الخصم وقلم الكتاب في رسالة إلكترونية واحدة. فهذه الممارسة لا تسمح لمن قام بالإرسال أن يثبت لدى قلم الكتاب استلام المذكرات بواسطة الخصم الآخر؛ إذ أن هذا الإثبات لا ينتج إعمالاً للمادة ٧٤٨-٣ من قانون المرافعات المدنية - إلا من إيصال الاستلام الإلكتروني l'avis électronique de reception الصادر من قبل المرسل إليه. وفي ظل النصوص الحالية، فإنه يتعين أن تتم العملية في وقتين متتابعين: في البداية يتم إرسال المذكرات إلى الخصم وأن

(١) جاء نص المادة ٧٥٩ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:
(Au jour fixé, l'affaire est obligatoirement appelée devant le président de la chambre à laquelle elle a été distribuée. Celui-ci confère de l'état de la cause avec les avocats présents).

(٢) جاء نص المادة ٧٧٤ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:
(L'ordonnance est rendue, immédiatement s'il y a lieu, les avocats entendus ou appelés.

Les avocats sont convoqués par le juge à son audience. En cas d'urgence, une partie peut, par notification entre avocats, inviter l'autre à se présenter devant le juge aux jour, heure et lieu fixés par celui-ci).

(٣) جاء نص الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة ٧٥٣ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Les conclusions sont notifiées et les pièces communiquées par l'avocat de chacune des parties à celui de l'autre partie ; en cas de pluralité de demandeurs ou de défendeurs, elles doivent l'être à tous les avocats constitués.

Copie des conclusions est remise au greffe avec la justification de leur notification).

ينتج هذا الإرسال إيصال استلام إلكتروني ، ثم يتبع ذلك بإرسال إلى قلم الكتاب يتضمن هذه المذكرات ويرفق بها إيصال الاستلام المذكور^(١). وتجدر الإشارة إلى أن مخالفة ما سبق يترتب عليه توقيع جزاء يتمثل في عدم قبول هذه المذكرات. غير أنه يمكن تصحيح ذلك عن طريق الإرسال اللاحق إلى قلم الكتاب لإيصال الاستلام الصادر عن الخصم ، وذلك إعمالاً للمادة ١٢٦ من قانون المرافعات المدنية^(٢).

المطلب الثاني

القواعد الخاصة بالتبادل بالطريق الإلكتروني أمام محاكم الاستئناف
١١٨- نتناول في البداية دراسة التبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق إجراءات الاستئناف التي تستلزم التمثيل الإلزامي (الإجباري) ، ثم نتبع ذلك بدراسته في نطاق الإجراءات التي لا تستلزم التمثيل الإلزامي (الإجباري).

١١٩- أولاً: التبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق إجراءات الاستئناف التي تستلزم التمثيل الإلزامي^(٣) :

١٢٠- ١١١ الاهتمام الملحوظ بالتبادل بالطريق الإلكتروني :

في إطار الاستئناف في المواد النزاعية en matière contentieuse ، فإن التبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق الإجراءات التي تستلزم التمثيل الإلزامي قد شهد التطورات الأكثر ملاحظة. ففي الواقع ، فبالنسبة لهذا

(١) قارن فيما يتعلق بإجراءات الاستئناف التي تشترط التمثيل الإلزامي ، ما يلي ، بند ١٣١ .

(٢) جاء نص المادة ١٢٦ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي :

(Dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue.

Il en est de même lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance).

(٣) حول أهم التعديلات التي أدخلت على إجراءات الاستئناف التي تستلزم التمثيل الإلزامي ،

راجع :

DUCASSE M.: Projet de réforme de la procédure d'appel en matière civile, Rapport à l'Assemblée générale, http://www.conferecedesbatonniers.com/images/Prochains_rendezvous/Rformes_en_cours/RAPPORT_reforme_procedure_appel-DUCASSE.pdf.

النوع من إجراءات الاستئناف، فإن المرسوم رقم ٢٠٠٩-١٥٢٤ الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٩^(١) جعل إنجاز بعض أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني مسألة إجبارية^(٢). وبالتحديد، فابتداءً من الأول من يناير ٢٠١١ وهو موعد دخول المرسوم المشار إليه حيز التطبيق^(٣)، فإن قانون المرافعات المدنية تم إكماله بالمادة رقم ٩٣٠-١^(٤) التي تنص الفقرة الأولى منها على أن: (تحت طائلة الحكم بعدم القبول من تلقاء نفس القاضي ودون حاجة إلى طلب من صاحب المصلحة، تقدم أوراق المرافعات إلى

(١) المرسوم رقم ٢٠٠٩-١٥٢٤ بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ المتعلق بإجراءات الاستئناف التي تشترط التمثيل الإلزامي في المسائل المدنية (JORF, n°0287, 11 décembre 2009, p. 21386).

(٢) من أجل تحليل انتقادي حول هذه المسألة، راجع:

CROZE H.: Contre la communication électronique, art. préc., p. 5.

(٣) راجع في ذلك المادة ١٥ من مرسوم ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ المشار إليه (معدلة بالمرسوم رقم ٢٠١٠-١٦٤٧ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٠ المعدل لإجراءات الاستئناف مع التمثيل الإلزامي في المواد المدنية) والتي تنص على أن:

(يبدأ سريان المرسوم الحالي من أول يناير ٢٠١١ فيما عدا المادة الرابعة (استحدثت المادة الرابعة من هذا المرسوم المادة ٧٤٨-٧ من قانون المرافعات المدنية). وتطبق نصوص المواد ٢، ٣، ٨، ٩، ١١، ١٢، ١١٣ على الاستئنافات التي ترفع ابتداءً من أول يناير ٢٠١١. (المادة ٣ جزء من النصوص المتعلقة بالتبادل الإلكتروني وبموجبها تم تعديل المادتين ٧٤٨-٧، ١٠، ١١، ١٢، ١٣ من قانون المرافعات). ويكون نص المادة ٥ التي استحدثت المادة ٩٣٠-١ من قانون المرافعات وكذلك المواد ٦ و ٧ من هذا المرسوم قابلة للتطبيق ابتداءً من التاريخ ووفقاً للشروط التي تحدد بواسطة القرار المنصوص عليه في المادة ٩٣٠-١ وبمحد أقصى في الأول من يناير ٢٠١٣).

(٤) استحدثت نص المادة ٩٣٠-١ من قانون المرافعات المدنية بموجب المادة ٥ من المرسوم رقم

٢٠٠٩-١٥٢٤ الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ والمتعلق بإجراءات الاستئناف مع التمثيل الإلزامي في المسائل المدنية. فوفقاً للمادة ٥ المشار إليها، أضيف إلى المبحث الأول (بعتوان: الإجراءات مع التمثيل الإلزامي **La procédure avec représentation obligatoire**) من الفصل الأول من العنوان الفرعي الأول من الباب السادس من الكتاب الأول من قانون المرافعات عنوان فرعي ٤ بعنوان نصوص عامة « **Dispositions communes** » يتضمن المادة ٩٣٠-١. ثم عدلت المادة الأخيرة بالمرسوم رقم ٢٠١٢-٦٣٤ بتاريخ ٣ مايو ٢٠١٢ المتعلق بدمج وظائف كل من **avoué** و **avocat**

أمام محاكم الاستئناف (م ١٩/أ من المرسوم). راجع تفصيلاً في ذلك:

CADIET L. et LORIFERNE D. (dir.): La réforme de la procédure d'appel, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, T. 33, IRJS Editions, 2011.

المحاكم - أي محاكم الاستئناف - بالطريق الإلكتروني^(١). ويقصد بهذا النص أنه يتعين تقديم أوراق المرافعات أمام محاكم الاستئناف بالطريق الإلكتروني، وإلا حكم القاضي بعدم القبول من تلقاء نفسه، وذلك في نطاق إجراءات الاستئناف التي تستلزم التمثيل الإلزامي في المواد المدنية^(٢). أما الفقرة الثالثة من ذات المادة فتتص على أن: (يتم تسليم الإخطارات والتهيئات أو الاستدعاءات إلى محامي الخصوم بالطريق الإلكتروني، ما لم يكن هناك استحالة لسبب خارجي عن المرسل)^(٣).

وأضف إلى ما سبق، أن الفقرة الأخيرة من المادة ٩٣٠ - ١ المشار إليها تنص على أن: (يصدر من وزير العدل قراراً يُحدّد فيه آليات التبادل بالطريق الإلكتروني). ولذلك، فقد أصدر وزير العدل قراراً بتاريخ ٢٣ ديسمبر ٢٠١٠ يتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف^(٤). غير أن هذا القرار كان قابلاً للتطبيق فقط حتى الأول من سبتمبر ٢٠١١، وذلك إعمالاً للمادة ٢٧ من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠١١ والمتعلق بالتبادل الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف^(٥). غير أن هذا القرار قد عدل بقرار وزير العدل بتاريخ ١٨

(١) جاء نص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي: (A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique).

(٢) راجع في ذلك:

- MOUROT: La communication par voie électronique des actes de procédure devant les juridictions civiles, <http://www.legavox.fr/communication-voie-electronique-actes-procedure-2189.htm>.
- CNB (Conseil national des barreaux): Réforme de la procédure d'appel en matière civile: communication électronique obligatoire, <http://cnb.avocat.fr/Reforme-de-la-procedure-d-appel-en-matiere-civile-communication-electronique-obligatoire> a781.html, p. 1.

(٣) جاء نص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Les avis, avertissements ou convocations sont remis aux avocats des parties par voie électronique, sauf impossibilité pour cause étrangère à l'expéditeur).

(٤) راجع في ذلك: JORF, n°0301, 29 décembre 2010, p. 22920

(٥) إعمالاً للمادة ٢٧ من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠١١، والمتعلق بالتبادل

أبريل ٢٠١٢ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي
تشرط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف^(١). ثم عدل القرار الأخير
مرتين: الأولى: بموجب قرار وزير العدل بتاريخ ١٠ سبتمبر ٢٠١٢
والمعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق الإجراءات التي تشرط
التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف^(٢). والثانية: بموجب قرار وزير
العدل بتاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠١٢ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في
الإجراءات التي تشرط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف^(٣).

١٢١ - [٢] نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني:

١٢٢ - (أ) تبادل إجباري واختياري بالطريق الإلكتروني:

يعتبر التبادل بالطريق الإلكتروني إجباري بالنسبة لبعض أوراق
المرافعات في نطاق إجراءات الاستئناف التي تستلزم التمثيل الإلزامي:
أوراق المرافعات بالمعنى الدقيق للكلمة *les actes de procédure*
stricto sensu^(٤) الموجهة إلى محكمة الاستئناف، وكذلك بعض أوراق
قلم الكتاب الموجهة إلى الأطراف. أما باقي أوراق المرافعات التي يتم
إنجازها في خصومة الاستئناف، فإنها - على العكس - تنتمي إلى نظام
التبادل بالطريق الإلكتروني الاختياري، تطبيقاً للقواعد العامة في شأن
التبادل بالطريق الإلكتروني الواردة في المادة ٧٤٨ - ١ وما بعدها من
قانون المرافعات المدنية. المقصود إذا بصفة خاصة الأوراق التي يتبادلها
الأطراف فيما بينهم: إعلان كل من المذكرات *les conclusions* وسند
الوكالة *l'acte de constitution*، ... الخ.

= بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشرط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف، تم
تعديل المادة ١٩ من القرار الوزاري الصادر بتاريخ ٢٣ ديسمبر ٢٠١٠ والتي كانت تنص على
أن (يسرى هذا القرار حتى نشر القرار الذي سينص على تطبيقاً للمادة ٩٣٠ - ١ من قانون
المرافعات المدنية وفي موعد أقصاه ٣١ ديسمبر ٢٠١١). ليكون نصها بعد التعديل كالآتي:
(يكون هذا القرار قابلاً للتطبيق حتى الأول من سبتمبر ٢٠١١). راجع في ذلك:

JORF, n°0076, 31 mars 2011, p. 5600.

(١) راجع في ذلك: JORF, n°0109, 10 mai 2012, p. 8690

(٢) راجع في ذلك: JORF, n°0241, 16 octobre 2012, p. 16120

(٣) راجع في ذلك: JORF, n°0001, 1 janvier 2013, p. 72

(٤) راجع: ما سبق، بند ٢٥.

إن صياغة المادة ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات المدنية يمكن أن تسبب نوع من التردد بشأن الأوزاق الموجهة إلى أحد الفئتين المعين بواسطة المحكمة؛ إذ على الرغم من أن الفئتين يعتبرون مفوضين من المحكمة، فيمكن أن نعتبر أنهم لا يدخلوا ضمن نطاق هذه المادة. وبالتالي ينبغي عدم الخلط بينهم وبين المحكمة، وأنهم لا يلتزمون، في ظل الوضع الحالي للنصوص، بأن يجوزوا تجهيزات أو أدوات إلكترونية يتوافر فيها الضمانات التقنية المنصوص عليها في المادة ٧٤٨ - ٦ من ذات القانون.

١٢٣ - (ب) تطبيق تدريجي للتبادل بالطريق الإلكتروني:

إذا كانت المادة ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات المدنية قد فرضت التبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق إجراءات الاستئناف التي تشترط التمثيل الإلزامي في المواد المدنية، فإن تطبيق هذا النص تم بطريقة متدرجة حتى الأول من يناير ٢٠١٣، وذلك وفقاً للشروط المحددة بواسطة القرارات التقنية الصادرة من وزير العدل لتطبيقها^(١). وذات الأمر بالنسبة

(١) راجع المادة ١٥ من المرسوم رقم ٢٠٠٩ - ١٥٢٤ بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ المتعلق بإجراءات الاستئناف التي تشترط التمثيل الإلزامي في المسائل المدنية (JORF, n°0287, 11 décembre 2009, p. 2138) والمعدلة بالمادة ١٤ من المرسوم رقم ٢٠١٠ - ١٦٤٧ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٠ المعدل لإجراءات الاستئناف مع التمثيل الإلزامي في المواد المدنية (JORF, n°0301, 29 décembre 2010, p. 22919)، حيث تنص الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ١٥ المشار إليها على أن:

(Les dispositions de l'article 5 instituant l'article 930-1 du code de procédure civile et celles de l'article 6 ne sont applicables qu'aux déclarations d'appel et aux constitutions d'avoué afférentes aux appels formés à compter du 1er janvier 2011.

Les dispositions de l'article 5 sont applicables aux autres actes mentionnés à l'article 930-1 du code de procédure civile à compter de la date fixée par l'arrêté prévu à cet article et au plus tard au 1er janvier 2013. Les dispositions des articles 7 et 8 sont applicables à compter de la même date).

للتبادل بالطريق الإلكتروني الاختياري أمام محاكم الاستئناف.

١٢٤ - (١) التبادل بالطريق الإلكتروني في ظل الصياغة الأولية لقرار وزير العدل الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١:

في الواقع، وفي صياغته الأولية، فإن قرار وزير العدل الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١^(١)، والصادر تطبيقاً للمادتين ٧٤٨ - ٦^(٢)، ٩٣٠ - ١^(٣) من قانون المرافعات المدنية، لم يحز التبادل بالطريق الإلكتروني إلا للمراسلات (أي ما يتم إرساله)، والتسليمات (ما يتم تسليمه) إلى قلم

= - ويستفاد من الفقرة الثانية من المادة ١٥ المشار إليها أن نص المادة ٥ من ذات المرسوم التي استحدثت المادة ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات المدنية لا تنطبق إلا على تقارير الاستئناف وسندات الوكالة التي تقدم في الاستئناف التي ترفع ابتداءً من الأول من يناير ٢٠١١.

- أما الفقرة الرابعة من ذات المادة فيستفاد منها أن نص المادة ٥ المشار إليها التي استحدثت المادة ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات المدنية وكذلك المواد ٦ و ٧ من هذا المرسوم تكون قابلة للتطبيق ابتداءً من التاريخ وفقاً للشروط التي تحددها بواسطة القرار المنصوص عليه في المادة ٩٣٠ - ١ ويحدد أقصي في الأول من يناير ٢٠١٣. راجع في ذلك:

- CLAUDE Ch.: La réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire, art. préc., p. 1.

- CNB (Conseil national des barreaux): Réforme de la procédure d'appel en matière civile..., art. préc., p. 2.

(١) قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠١١ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف (JORF, n°0076, 31 mars 2011, p. 5600).

(٢) تنص المادة ٧٤٨ - ٦ من قانون المرافعات المدنية على أن: (يتمتع أن تضمن المراحل التقنية المستخدمة، وفقاً لشروط تحددها بواسطة قرار من وزير العدل، الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل الإلكتروني، وسلامة واكتمال الوثائق المرسلة، وأمان وسرية المبادلات، وحفظ المبادلات التي تتم، وأن تسمح هذه المراحل بطريقة مؤكدة بإنشاء تاريخ الإرسال وكذلك تاريخ الاستلام من قبل المرسل إليه).

(٣) جاء نص الفقرة الزابغة من المادة ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات على النحو التالي: (Un arrêté du garde des sceaux définit les modalités des échanges par voie électronique).

(يصدر من وزير العدل قراراً يُحدّد فيه آليات التبادل بالطريق الإلكتروني).

الكتاب من تقارير الاستئناف وسندات الوكالة، وذلك تطبيقاً للمادتين ٩٠١^(١)، ٩٠٣^(٢) من قانون المرافعات المدنية، وكذلك المستندات المرفقة بهما، وذلك بين إخوان القضاء الممثلين لأحد الأطراف (ويقصد بهم المحامين ابتداءً من الأول من يناير ٢٠١٢^(٣)) أو بين هذا المعاون القضائي والمحكمة^(٤). ومن ناحيته يصدر قلم الكتاب إيصال استلام

(١) جاء نص المادة ٩٠١ من قانون المرافعات المعدلة بالمادتين ١٩، ٢١ من المرسوم المرسوم رقم ٢٠١٢-٦٣٤ الصادر بتاريخ ٣ مايو ٢٠١٢ والمتعلق بدمج وظائف المحامي ووكيل الدعوى أمام محاكم الاستئناف (Décret n° 2012-634 du 3 mai 2012 relatif à la fusion des professions d'avocat et d'avoué près les cours d'appel, JORF, n°0106, 5 mai 2012, p. 7969 على النحو

التالي:

(La déclaration d'appel est faite par acte contenant, outre les mentions prescrites par l'article 58, et à peine de nullité:

- 1° La constitution de l'avocat de l'appelant ;
- 2° L'indication de la décision attaquée ;
- 3° L'indication de la cour devant laquelle l'appel est porté.

La déclaration indique, le cas échéant, les chefs du jugement auxquels l'appel est limité.

Elle est signée par l'avocat constitué. Elle est accompagnée d'une copie de la décision. Elle est remise au greffe et vaut demande d'inscription au rôle).

(٢) جاء نص المادة ٩٠٣ من قانون المرافعات المدنية، المعدلة بالمادة ١٩ من المرسوم المرسوم رقم ٢٠١٢-٦٣٤ الصادر بتاريخ ٣ مايو ٢٠١٢ والمتعلق بدمج وظائف المحامي ووكيل الدعوى أمام محاكم الاستئناف المشار إليه، على النحو التالي:

(Dès qu'il est constitué, l'avocat de l'intimé en informe celui de l'appelant et remet une copie de son acte de constitution au greffe).

(٣) راجع في ذلك:

CLAUDE Ch.: La réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire..., art. préc., p. 1.

(٤) راجع المادتين الأولى والثانية من قرار وزير العدل الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف المشار إليه، والتي جاء نصها على النحو التالي:

Article 1: (Le présent arrêté s'applique à la communication par voie électronique aux procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel).

مادة ١: ينطبق هذا القرار على التبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تستلزم التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف.

Article 2: (Peuvent être effectués par voie électronique, entre auxiliaires de justice représentant une partie ou entre un tel auxiliaire et la juridiction, les envois et remises des déclarations d'appel et des actes de=

الإلكتروني^(١).

ونشير في هذا الشأن إلى أنه وفقاً للمادة الثالثة من قرار وزير العدل الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ المشار إليه، فإنه بالنسبة للاستئناف التي كانت سترفع ابتداءً من أول سبتمبر ٢٠١١، فإن المراسلات (أي ما يتم إرساله)، والتسليمات (أي ما يتم تسليمه) من أوراق المرافعات المنصوص عليها في المادة الثانية (أي تقارير الاستئناف وسندات الوكالة)، وكذلك المستندات المرفقة بها يتعين أن تتم بالطريق الإلكتروني^(٢).

=constitution faits en application des articles 901 et 903 du code de procédure civile, ainsi que des pièces qui leur sont associées).

مادة ٢: يمكن أن يتم تنفيذها بالطريق الإلكتروني، بين أعوان القضاء الممثلين لأحد الأطراف أو بين هذا المعاون والمحكمة، المراسلات (أي ما يتم إرساله)، والتسليمات (أي ما يتم تسليمه) من تقارير الاستئناف، وسندات الوكالة، التي تتم إعمالاً للمادتين ٩٠١، ٩٠٣ من قانون المرافعات المدنية. وكذلك المستندات المرفقة بهم.

- ونشير في هذا الشأن إلى أن المادة الأولى من قرار وزير العدل بتاريخ ٢٣ ديسمبر ٢٠١٠ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف (والذي كان قابلاً للتطبيق فقط حتى الأول من سبتمبر ٢٠١١ إعمالاً للمادة ٢٧ من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠١١ المشار إليه)، كانت تنص على أن:

(Lorsqu'ils sont effectués par voie électronique entre un avoué et les cours d'appel, dans le cadre d'une procédure avec représentation obligatoire, les échanges doivent répondre aux garanties fixées par le présent arrêté.

Les cours d'appel concernées par les dispositions du présent arrêté sont les cours d'appel d'Agén, Aix, Amiens, Angers, Montpellier, Orléans, Paris, Pau, Rennes, Toulouse, et Versailles.

Sont concernés par le présent arrêté, les actes suivants :

- la déclaration d'appel ;
- la constitution d'avoué ;
- les accusés de réception associés ;
- les événements de la mise en état et l'événement associé à l'arrêt ;
- la copie de décision ;
- la consultation par les avoués des informations relatives aux affaires les concernant).

(١) راجع المواد من ٨ إلى ١٠ من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠١١ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف المشار إليه. وراجع تفصيلاً حول إيصال الاستلام الإلكتروني عن تقرير الاستئناف، ما يلي، بند ١٣٠.

(٢) راجع المادة الثالثة من قرار وزير العدل الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ المشار إليه، والتي جاء =

١٢٥ - (٢) التبادل بالطريق الإلكتروني في ظل قرار وزير العدل الصادر في ١٨ أبريل ٢٠١٢:

منذ صدور قرار وزير العدل بتاريخ ١٨ أبريل ٢٠١٢ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف، والمعدل للقرار الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ المشار إليه، فإن المذكرات les conclusions أصبحت أيضًا من الممكن أن يتم تبادلها بالطريق الإلكتروني أمام عشرة من محاكم الاستئناف وهي: Agen, Aix, Dijon, Douai, Grenoble, Lyon, Reims, Rennes, Toulouse et Versailles^(١).

=نصها على النحو التالي:

(Pour les appels formés à compter du 1er septembre 2011, les envois et remises des actes prévus à l'article 2 ainsi que des pièces qui leur sont associées doivent être effectués par voie électronique).

- وراجع في ذلك:

MOUROT: La communication par voie électronique des actes de procédure devant les juridictions civiles, <http://www.legavox.fr/communication-voie-electronique-actes-procedure-2189.htm>.

(١) راجع المواد ١، ٢، ٥ من هذا القرار، والتي جاء نصها على النحو التالي:

Article 1: (L'arrêté du 30 mars 2011 susvisé est modifié conformément aux articles 2 à 4 du présent arrêté).

مادة ١: يُعدّل القرار الوزاري الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠١١ المشار إليه وفقًا للمواد من ٢ إلى ٤ من القرار الحالي.

Article 2: L'article 2 est ainsi rédigé :

« Art. 2.-Peuvent être effectués par voie électronique, entre auxiliaires de justice représentant une partie ou entre un tel auxiliaire et la juridiction, les envois et remises des déclarations d'appel et des actes de constitution, avec les pièces qui leur sont associées, ainsi que les conclusions faits en application des articles 901,903,908,909,910,911,960 et 961 du code de procédure civile. »

مادة ٢: تصاغ المادة ٢ من القرار الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠١١ على النحو التالي: يمكن أن يتم تنفيذها بالطريق الإلكتروني، بين أعوان القضاء الممثلين لأحد الأطراف أو بين هذا المعاون والمحكمة، المراسلات (أي ما يتم إرساله)، والتسليمات (أي ما يتم تسليمه) من تقارير الاستئناف، وسندات الوكالة، وذلك مع المستندات المرفقة بهم، وكذلك المذكرات التي تتم إعمالًا للمواد ٩٠١، ٩٠٣، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩٦٠، ٩٦١ من قانون المرافعات المدنية.

مادة ٥: لا تكون نصوص هذا القرار المعدلة للقرار الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ المشار إليه قابلة للتطبيق إلا على محاكم الاستئناف الآتية:

١٢٦- (٣) التبادل بالطريق الإلكتروني في ظل قرار وزير العدل الصادر في ١٠ سبتمبر ٢٠١٢:

بتاريخ ١٠ سبتمبر ٢٠١٢ صدر قرار وزير العدل المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف. وبموجب المادة الأولى من هذا القرار، تم زيادة عدد محاكم الاستئناف التي ينطبق أمامها نظام التبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للمذكرات إلى ستة عشر محكمة؛ حيث ألغت المادة ٥ من القرار الصادر في ١٨ إبريل ٢٠١٢ المشار إليه، واستبدلتها بمادة جديدة بذات الرقم، جاء نصها على النحو التالي: "تنطبق نصوص هذا القرار، فيما يرد به بشأن التبادل بالطريق الإلكتروني للمذكرات، على سبيل التجربة على محاكم الاستئناف الآتية: Agen, Aix, Amiens, Bordeaux, Caen, Chambéry, Dijon, Douai, Grenoble, Lyon, Montpellier, Nancy, Reims, Rennes, Toulouse et ^(١)Versailles

١٢٧- (٤) التبادل بالطريق الإلكتروني في ظل قرار وزير العدل الصادر في ٢٠ ديسمبر ٢٠١٢:

بتاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠١٢ صدر قرار وزير العدل المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف معدلا للقرار الصادر في ١٨ إبريل ٢٠١٢^(٢). وبموجب هذا التعديل فلاحظ متغيرين: الأول: أن نظام التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محاكم الاستئناف بالنسبة للإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي

=Agen, Aix, Dijon, Douai, Grenoble, Lyon, Reims, Rennes, Toulouse et Versailles.

(١) جاء نص المادة الأولى من قرار وزير العدل بتاريخ ١٠ سبتمبر ٢٠١٢ على النحو التالي: (L'article 5 de l'arrêté du 18 avril 2012 susvisé est remplacé par un article 5 nouveau ainsi rédigé: « Art. 5.-Les dispositions du présent arrêté, en ce qu'elles concernent la communication par voie électronique des conclusions, sont applicables à titre expérimental aux cours d'appel d' Agen, Aix, Amiens, Bordeaux, Caen, Chambéry, Dijon, Douai, Grenoble, Lyon, Montpellier, Nancy, Reims, Rennes, Toulouse et Versailles. »

(٢) راجع في ذلك:

FINYEAR: Procédure civile : de nouvelles règles en 2013, http://larevue.ssd.com/ProcEDURE-civile-de-nouvelles-regles-en-2013_a1959.html.

أصبح لا يقتصر فقط على أوراق المرافعات التي يتبادلها المحامون وإنما يسري أيضاً بالنسبة للأوراق التي يتبادلها النيابة العامة^(١). والثاني: هو توسيع نطاق تطبيق نظام التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محاكم الاستئناف بالنسبة لعدد المحاكم التي تطبق هذا النظام^(٢):

ويستفاد ذلك من المادة الأولى من هذا لقرار التي تنص على أن: (ينطبق هذا القرار على أوراق المرافعات التي تتم بالطريق الإلكتروني بواسطة المحامين أو النيابة العامة في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف)^(٣). وكذلك فإن المادة الثانية من هذا القرار عدلت المادة ٥ من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ١٨ إبريل ٢٠١٢ المشار إليه ليكون نصها على أن: (تسري أحكام هذا القرار على جميع محاكم الاستئناف، باستثناء محكمتي استئناف Nouméa و Papeete)^(٤).

وتفعيلاً لقيام النيابة العامة بتبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني تنص المادة الثالثة من قرار ٢٠ ديسمبر ٢٠١٢ المشار إليه على أن: (يضاف إلى نص المادة الثانية من قرار وزير العدل الصادر في ١٨ إبريل ٢٠١٢ المشار إليه ما يلي: ويتم أيضاً بالطريق الإلكتروني المراسلات

(١) راجع في ذلك:

FINYEAR: Procédure civile : de nouvelles règles en 2013, art. préc.

(٢) راجع في ذلك:

AUTEVILLE R.: Extension de la communication par voie électronique devant la Cour d'Appel, <http://avocats.fr/space/raymond.auteville/content/extension-de-la-communication-par-voie-electronique-devant-la-cour-d-appel>.

(٣) جاء نص المادة الأولى من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠١٢ المشار إليه على النحو التالي:

(Le présent arrêté s'applique aux actes effectués par voie électronique par les avocats et le ministère public dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel). □

(٤) جاء نص المادة الثانية من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠١٢ المشار إليه على النحو التالي:

(L'article 5 de l'arrêté du 18 avril 2012 susvisé est ainsi rédigé: «Art. 5.-Les dispositions du présent arrêté sont applicables à l'ensemble des cours d'appel, à l'exception de celles de Nouméa et Papeete.»).

(أي ما يتم إرساله) ، والتسليمات (أي ما يتم تسليمه) إلى قلم كتاب المحكمة من تقارير الاستئناف ومذكرات النيابة العامة وذلك تطبيقاً للمادة ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات المدنية ؛ ويتم تسليم هذه الأوراق إلى قلم كتاب محكمة الاستئناف بالطريق الإلكتروني عن طريق رسالة إلكترونية ترسل أو توجه من خلال شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالقضاء من الصندوق الإلكتروني المخصص للنيابة العامة: سواء بالنسبة للنيابات لدى المحاكم الابتدائية "parquet01.tgi-ville@justice.fr" أو بالنسبة للنيابات بصفة عامة "ca-ville@justice.fr" ، ويتيح أو يولد استلام هذه الرسائل إيصال استلام يوجه إلى من أرسلها^(١).

وقد استدعى قيام القيام النيابة العامة بالتبادل بالطريق الإلكتروني أمام محاكم الاستئناف بالنسبة للإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أن المرسوم رقم ٢٠١٢ - ١٥١٥ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢ المتناول لنصوص متعددة متعلقة بالمرافعات المدنية وبالتنظيم القضائي^(٢) قد أضاف مادة جديدة برقم ١ - ١ إلى المرسوم رقم ٢٠١٠ - ٤٣٤ الصادر بتاريخ ٢٩ إبريل ٢٠١٠ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في المواد المدنية^(٣) ؛ حيث تنص المادة ١٧ من مرسوم ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢ المشار إليه على أن:

(١) جاء نص المادة الثالثة من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠١٢ المشار إليه على النحو التالي:

(L'article 2 de l'arrêté du 18 avril 2012 susvisé est complété ainsi qu'il suit:

«Sont également effectués par voie électronique les envois et remises au greffe de la cour des déclarations d'appel et des conclusions du ministère public en application de l'article 930-1 du code de procédure civile.

Ces actes sont remis au greffe de la cour d'appel par la voie électronique au moyen d'un message électronique acheminé au sein du réseau privé virtuel justice depuis la boîte électronique dédiée du ministère public, soit pour les parquets près les tribunaux de grande instance du type "parquet01.tgi-ville@justice.fr" et pour les parquets généraux "parquetgeneral.ca-ville@justice.fr".

La réception de ce message génère un avis de réception à destination de son expéditeur. »).

(٢) راجع في ذلك: JORF, n°0304, 30 décembre 2012, p. 21018.

(٣) راجع في ذلك: JORF, n°0102, 2 mai 2010, p. 8690.

(يستحدث في المرسوم رقم ٢٠١٠ - ٤٣٤ بتاريخ ٢٩ أبريل ٢٠١٠ مادة جديدة برقم ١ - ١ يكون نصها على النحو التالي: يعتبر توقيعاً، من أجل تطبيق نصوص قانون المرافعات المدنية على أوراق المرافعات التي تودعها النيابة العامة بمناسبة الإجراءات التي تستلزم التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف، عملية التحقق من شخصية أو هوية من يقوم بالإجراءات والتي تتم في حالة التبادل بالطريق الإلكتروني، وفقاً للآليات المنصوص عليها في القرار الوزاري الصادر تطبيقاً للمادة ٧٤٨ - ٦ من قانون المرافعات المدنية)^(١). أضيف إلى ذلك أن المادة ١٩ من ذات المرسوم نصت على أن يبدأ سريان نص المادة ١٧ المشار إليها (أي المادة التي أضافت نص المادة ١ - ١ إلى المرسوم رقم ٢٠١٠ - ٤٣٤ بتاريخ ٢٩ أبريل ٢٠١٠) ابتداءً من الأول من يناير ٢٠١٣.

وفي ضوء هذه النصوص، فإن نطاق تطبيق نظام التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محاكم الاستئناف بالنسبة للإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي يعتبر محدوداً، سواء من حيث أوراق المرافعات التي يتم تبادلها، أو من حيث أطراف هذا التبادل:

فمن ناحية أولى، وفيما يتعلق بأوراق المرافعات التي يتم تبادلها، فإن الأمر يتعلق فقط بتقارير الاستئناف les déclarations d'appel، وأوراق سند وكالة المحامي les actes de constitution d'avocat، وكذلك المذكرات les conclusions وذلك بالنسبة للمحاكم المشار إليها فقط في الاستئنافات التي ترفع بواسطة محام والتي تخضع للإجراء

(١) جاء نص المادة ١٧ من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ١٥١٥ بتاريخ ٢٨ المشار إليه على النحو

التالي:
A modifié les dispositions suivantes : Créé Décret n°2010-434 du 29 avril 2010 - art. 1-1 (V)
Article 1-1 du Décret n°2010-434 du 29 avril 2010 - art. 1-1: Vaut signature, pour l'application des dispositions du code de procédure civile aux actes que le ministère public remet à l'occasion des procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, l'identification réalisée, lors de la transmission par voie électronique, selon les modalités prévues par l'arrêté ministériel pris en application de l'article 748-6 du code de procédure civile).

النزاعى مع التمثيل الإلزامى la procédure contentieuse avec
la procédure eadى - représentation obligatoire
ordinaire أو الإجراء فى يوم محدد la procédure à jour fixe - مع
استبعاد باقى الأوراق، مثل الاستئناف الذى يتم بعريضة مشتركة l'appel
par requête conjointe بالمنظم بالمواد من ٩٢٦ إلى ٩٣٠ من قانون
المرافعات المدنية^(١).

ومن ناحية ثانية، فيما يتعلق بنطاق التبادل بالطريق الإلكترونى من
حيث الأطراف، فتستبعد أوراق المرافعات التى يقوم بها الأطراف المعفيون
من توكيل محام^(٢). ويشمل ذلك بصفة خاصة بعض السلطات المعفية من
توكيل محام، حتى لو كانت المنازعة سيحكم فيها وفقاً للإجراءات التى
تسمى مع التمثيل الإلزامى. ويمكن أن نذكر من ذلك حالة وزير الاقتصاد
(DGCCRF)^(٣) عندما يتصرف تطبيقاً للمادة 1-141 L. من قانون
الاستهلاك^(٤)، أو فى الحالة المنصوص عليها فى المادتين 6-442 L.، L.

(١) ونشير إلى أن المادة ٦٢٧ من قانون المرافعات المدنية جاء نصها على النحو التالى:
(Outre les mentions prescrites à l'article 57, la requête
conjointe contient, à peine d'irrecevabilité :

- 1° Une copie certifiée conforme du jugement ;
- 2° Le cas échéant, l'indication des chefs du jugement
auquel l'appel est limité ;
- 3° La constitution des avocats des parties.
Elle est signée par les avocats constitués).

أما المادة ٦٢٨ من ذات القانون فجاء نصها على النحو التالى:
(La cour est saisie par la remise au greffe de la requête
conjointe. Cette remise doit être faite dans le délai
d'appel).

(٢) يبدو أن هذه الحالة كانت تتعلق بصفة خاصة بالنيابة العامة عندما تكون طرفاً أصلياً. وإن
كانت تلك المسألة قد تغيرت - كما سبق أن ذكرنا - فى ٢٠ ديسمبر ٢٠١٢، حيث صدر
قرار وزير العدل المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكترونى فى الإجراءات التى تشترط التمثيل
الإلزامى أمام محاكم الاستئناف معدلاً للقرار الصادر فى ١٨ أبريل ٢٠١٢، وبموجب المادة
الأولى منه أصبح نظام التبادل بالطريق الإلكترونى أمام محاكم الاستئناف بالنسبة للإجراءات
التي تشترط التمثيل الإلزامى لا يقتصر فقط على أوراق المرافعات التى يتبادلها المحامون وإنما
يسرى أيضاً على النيابة العامة.

(3) Direction Générale de la Concurrence, de la
Consommation et de la Répression des Fraudes

(٤) راجع المادة 5-141 R. من قانون الاستهلاك (معدلة بالمادة ٢١ من المرسوم رقم ٢٠١٢-
٦٣٤ الصادر بتاريخ ٣ مايو ٢٠١٢ والمتعلق بدمج وظائف المحامى ووكيل الدعوى أمام=

470-5 من القانون التجاري^(١). وقد أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٨٣٩ بتاريخ ٢٩ يونيو ٢٠١٢ والمتعلق بالسلطات الإدارية المختصة بالتصالح أو رفع الدعاوى المدنية أو الإدارية في مجال الاستهلاك والمنافسة والتي تمثل وزير الاقتصاد بالنسبة لتطبيق المادة 470-5 L. من القانون التجاري^(٢).

١٢٨ - ١٣٦ الشروط التقنية والإجرائية للتبادل بالطريق الإلكتروني :
يتم التبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق إجراءات الاستئناف التي تشترط التمثيل الإلزامي في المواد المدنية وفقاً للشروط المحددة بواسطة القرار التقني المشار إليه في المادة ٧٤٨ - ٦ من قانون المرافعات المدنية. وفضلاً عن ذلك، فإن الفقرة الأخيرة من المادة ٩٣٠ - ١ من ذات القانون تنص على أن يصدر من وزير العدل قرار يحدد آليات التبادل بالطريق الإلكتروني « définit les modalités des échanges par

=محاكم الاستئناف (JORF, n°0106, 5 mai 2012, p. 7969) والتي جاء نصها

على النحو التالي :

(Lorsqu'elle agit en application du VI de l'article L. 141-1, l'autorité administrative est dispensée de ministère d'avocat).

(١) راجع المادة 1-442 R. من القانون التجاري (معدلة بالمادة ٢١ من المرسوم رقم ٢٠١٢ -

٦٣٤ المشار إليه) والتي جاء نصها على النحو التالي :

(Lorsque le ministre chargé de l'économie ou le président de l'Autorité de la concurrence exerce l'action prévue par l'article L. 442-6 et les voies de recours y afférentes, il est dispensé de représentation par un avocat).

- وكذلك المادة 1-471 R. من ذات القانون (معدلة بالمادة ٢١ من المرسوم رقم

٢٠١٢ - ٦٣٤ المشار إليه) والتي جاء نصها على النحو التالي :

(Lorsque le ministre chargé de l'économie intervient sur le fondement de l'article L. 470-5, il est dispensé de représentation par un avocat).

(٢) راجع في ذلك :

Décret n° 2012-839 du 29 juin 2012 relatif à la désignation des autorités administratives compétentes pour transiger ou saisir la juridiction civile ou administrative en matière de consommation et de concurrence et représenter le ministre chargé de l'économie pour l'application de l'article L. 470-5 du code de commerce dans les départements et régions d'outre-mer, le Département de Mayotte et à Saint-Pierre-et-Miquelon. JORF, n°0152, 1 juillet 2012, p. 10837.

ويستنتج من هذه الصيغة أن القرار التقني المشار إليه في المادة ٩٣٠ - ١ غير مخصص فقط لضمان التأمين التقني للمبادلات *garantir la sécurité technique des échanges*، ولكن يمكن أيضاً أن يحدد القواعد الإجرائية الخاصة بالتبادل بالطريق الإلكتروني. وتلك هي حالة قرار وزير العدل الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١^(١) الذي تضمن - فضلاً عن القواعد التقنية المعتادة والتي لسنا في حاجة إلى العودة إليها بعد دراستها تفصيلاً^(٢) - ثلاثة نصوص إجرائية في غاية الأهمية، على النحو التالي:

١٢٩ - (أ) استرداد وفصل بيانات الورقة المرسلة إلكترونياً بواسطة البرنامج الإلكتروني للمتلقي:

تنص المادة الخامسة من قرار وزير العدل الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ المشار إليه على أن: (رسالة البيانات المتعلقة بإرسال ورقة من أوراق المرافعات يتم تسليمها بالطريق الإلكتروني تتكون من ملف بتنسيق XML مخصصه لكي يتم معالجته تلقائياً (أتماتيكياً) باستخدام تطبيق (برنامج) إلكتروني للمتلقي)^(٣). وبعبارة أخرى، فإن محتوى الوثيقة الإلكترونية يتعين أن يسمح بتبادل البيانات المهيكلة، وبحيث أن التطبيق أو البرنامج الإلكتروني للمستلم يضمن الاسترداد التلقائي، ويرتب كل معلومة من المعلومات المسجلة في الورقة. ولذلك، فإن البيانات الإلزامية في تقرير الاستئناف يتعين أن يكون من الممكن استردادها وفصلها بواسطة قلم الكتاب عن طريق استخدام التطبيق المستخدم بالنسبة لمحاكم

(١) قرار وزير العدل في ٣٠ مارس ٢٠١١ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف.

(٢) راجع: ما سبق، بند ٤٦ وما بعده.

(٣) جاء نص المادة الخامسة من القرار المشار إليه على النحو التالي:

(Le message de données relatif à l'envoi d'un acte de procédure remis par la voie électronique est constitué d'un fichier au format XML destiné à faire l'objet d'un traitement automatisé par une application informatique du destinataire).

الاستئناف والمسمى بـ "ComCiCA"، دون أن يكون هناك حاجة للحصول على مزيد من البيانات. ولئن كان صحيحاً في الممارسة العملية أن التبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الأخرى يؤدي أيضاً إلى تبادل البيانات الهيكلية، فإن قرار ٣٠ مارس ٢٠١١ المشار إليه - ومعه قرار ٥ مايو ٢٠١٠ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في إجراءات الاستئناف دون تمثيل إلزامي^(١) - هو الوحيد الذي فرض ذلك.

١٣٠ - (ب) إعادة التجسيد المادي لتقرير الاستئناف المرسل إلكترونياً: ينص قرار ٣٠ مارس ٢٠١١ المشار إليه على ما أتفق على تسميته بـ "إعادة التجسيد المادي" (rematériation)، لتقرير الاستئناف، وذلك من أجل السماح لمقدم التقرير بأن يحوز وثيقة معادلة أو مكافئة لنسخة من تقرير الاستئناف، والتي كانت قبل بدء نفاذ المرسوم رقم ٢٠٠٩ - ١٥٢٤ المؤرخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٩^(٢)، تسلم بواسطة قلم الكتاب مرفقاً بها إثبات إيداع التقرير. فالمادة العاشرة من القرار تنص على أن رسالة البيانات المتعلقة بتقرير استئناف تنتج إيصال استلام بواسطة أقسام قلم الكتاب، ويكون مرفقاً بهذا الإيصال ملف تلخيصي يحتوي على بيانات الرسالة. ويحل هذا الملخص محل تقرير الاستئناف، وكذلك فإن تحريرها من قبل معاون القضاة يحل محل نسخة من هذا التقرير عندما يتعين أن يتم تقديمه في شكل ورقي (على دعامة ورقية)^(٣).

وتجد هذه القاعدة تبريرها في حاجة المستأنف في أن يقدم تقريره

(١) راجع المادة ٢ من هذا القرار، والتي جاءت في صيغة مطابقة مع المادة ٥ من قرار ٣٠ مارس ٢٠١١ المشار إليها.

(٢) المرسوم رقم ٢٠٠٩ - ١٥٢٤ بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ المتعلق بإجراءات الاستئناف التي تشترط التمثيل الإلزامي في المسائل المدنية.

(٣) جاء نص المادة العاشرة من قرار ٣٠ مارس ٢٠١١ على النحو التالي:

(Le message de données relatif à une déclaration d'appel provoque un avis de réception par les services du greffe, auquel est joint un fichier récapitulatif reprenant les données du message. Ce récapitulatif tient lieu de déclaration d'appel, de même que son édition par l'auxiliaire de justice tient lieu d'exemplaire de cette déclaration lorsqu'elle doit être produite sous un format papier).

بالاستئناف في فروض مختلفة، مثل طلب وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إعمالاً للمواد من ٥١٤ إلى ٥٢٦ من قانون المرافعات المدنية^(١)، وإعلان تقرير الاستئناف بواسطة قلم الكتاب إلى المستأنف ضده، وأيضاً إعلانه بواسطة المستأنف إلى مستأنف ضده خاسر إعمالاً للمادة ٩٠٢ من ذات القانون^(٢). غير أن هذه الاحتياجات المختلفة تتوافر أيضاً بذلتها في نطاق إجراءات الاستئناف التي لا تشترط التمثيل الإلزامي، على الرغم من أن إعادة التجسيد "rematériation" المشار إليها غير منصوص عليها في قرار وزير العدل بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٠ المتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في تلك الإجراءات.

١٣١ - (ج) آليات خاصة لإعلان المذكرات أمام محاكم الاستئناف التي تطبق تبادل المذكرات إلكترونياً:

نظم قرار ٣٠ مارس ٢٠١١ المشار إليه، في نسخته المعدلة بقرار وزير العدل الصادر في ١٨ أبريل ٢٠١٢ والذي بدأ سريانه منذ ١٠ مايو ٢٠١٢، آليات خاصة لإعلان المذكرات في محاكم الاستئناف المحددة في

(١) وردت المواد من ٥١٤ إلى ٥٢٦ من قانون المرافعات المدنية في الفصل الرابع الذي يحمل عنوان (L'exécution provisoire)، وذلك ضمن الباب الخامس عشر الخاص بتنفيذ الحكم (L'exécution du jugement)، ضمن الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية.

(٢) جاء نص المادة ٩٠٢ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي: (Le greffier adresse aussitôt à chacun des intimés, par lettre simple, un exemplaire de la déclaration avec l'indication de l'obligation de constituer avocat.

En cas de retour au greffe de la lettre de notification ou lorsque l'intimé n'a pas constitué avocat dans un délai d'un mois à compter de l'envoi de la lettre de notification, le greffier en avise l'avocat de l'appelant afin que celui-ci procède par voie de signification de la déclaration d'appel.

A peine de caducité de la déclaration d'appel, la signification doit être effectuée dans le mois de l'avis adressé par le greffe.

A peine de nullité, l'acte de signification indique à l'intimé que, faute pour lui de constituer avocat dans un délai de quinze jours à compter de celle-ci, il s'expose à ce qu'un arrêt soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire et que, faute de conclure dans le délai mentionné à l'article 909, il s'expose à ce que ses écritures soient déclarées d'office irrecevables).

القرار؛ حيث أضافت المادة الرابعة من قرار ١٨ أبريل ٢٠١٢ إلى المادة الخامسة من قرار ٣٠ مارس ٢٠١١ فقرتين جديدتين هما: الثانية والثالثة. وتنص الفقرة الثانية على أن (المذكرات المذكورة في المادة ٢ من هذا القرار يتم إرسالها بورقة مرفقة برسالة إلكترونية (رسالة بريد إلكتروني). وأن استقبال هذه الرسالة ينتج إيصال استلام يوجه إلى مرسلها..... وأن الإرسال المتزامن (في وقت واحد) إلى قلم الكتاب وإلى الأطراف للملف الذي يحتويها محل التسليم في قلم الكتاب بالمعنى المقصود في المادة ٩٠٦ من قانون المرافعات المدنية)^(١).

ويتربط على ذلك، أن الشرط الذي تفرضه المادة ٩٠٦ من قانون المرافعات بإثبات إعلان هذه المذكرات إلى الأطراف الآخرين عند تسليمها في قلم الكتاب^(٢) يتم استبعاده عندما تكون تلك المذكرات قد تم إرسالها بالتزامن إلى الأطراف وقلم الكتاب. ويعتبر هذا التبسيط، بالرغم من كونه غريباً على الإجراءات الأخرى^(٣)، مناسباً ويمكن تفضيله استناداً إلى حقيقة أن المراسلات الإلكترونية بين المحامين تمر من خلال شبكة آمنة

(١) جاء نص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قرار ٣٠ مارس ٢٠١١ المضافة بالمادة الرابعة من قرار ١٨ أبريل ٢٠١٢ على النحو التالي:

(Les conclusions mentionnées à l'article 2 du présent arrêté sont communiquées en pièce jointe d'un message électronique. La réception de ce message génère un avis de réception à destination de ses expéditeurs. Cet avis tient lieu de visa par la partie destinataire au sens de l'article 673 du code de procédure civile. L'envoi simultané au greffe et aux parties du fichier les contenant tient lieu de remise au greffe au sens de l'article 906 du code de procédure civile).

(٢) جاء نص المادة ٩٠٦ من قانون المرافعات المدنية (معدلة بالمادة ١٩ من المرسوم رقم ٢٠١٢-٦٣٤ الصادر بتاريخ ٣ مايو ٢٠١٢ والمتعلق بدمج وظائف المحامي ووكيل الدعوى أمام محاكم الاستئناف المشار إليه) على النحو التالي:

(Les conclusions sont notifiées et les pièces communiquées simultanément par l'avocat de chacune des parties à celui de l'autre partie ; en cas de pluralité de demandeurs ou de défendeurs, elles doivent l'être à tous les avocats constitués.

Copie des conclusions est remise au greffe avec la justification de leur notification).

(٣) راجع بالنسبة للمحاكم الابتدائية: ما سبق، بند ١١٧.

وتؤدي إلى الإصدار التلقائي لإيصال استلام إلكتروني^(١) .
١٣٢- [٤] الجزء على مخالفة التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محاكم
الاستئناف: على الرغم من عدم وجود جزاء خاص على مخالفة محاكم
الاستئناف للتبادل بالطريق الإلكتروني، فقد نص المشرع صراحة على
عدم قبول الأوراق التي لم تُرسل من قبل الأطراف بالطريق الإلكتروني
ووفقاً للنظام الذي وضعه المشرع: (أ) عدم وجود جزاء خاص على مخالفة محاكم الاستئناف

للتبادل بالطريق الإلكتروني: بالنسبة للأوراق التي يتعين على المحاكم إرسالها إلى الأطراف
بالتقريب الإلكتروني (تنبيه أو إنذار: *avis*، *avertissement*، استدعاء: *convocation*)، فلم يتم النص على جزاء خاص على مخالفة
ذلك. وإذا كان ذلك هو الوضع بالنسبة للنصوص الحالية التي تنظم التبادل
بالتقريب الإلكتروني، فيمكن مع ذلك التمسك، استناداً إلى المادة ١٦ من
قانون المرافعات المدنية^(٢)، بحق محكمة الاستئناف في أن تستخلص من ذلك
النتائج الملزمة، وذلك بأن تأمر بتكرار القيام بإرسال الأوراق مرة ثانية،
في كل حالة يبدو فيها ذلك أساسياً لاحترام مبدأ المواجهة بين الخصوم
principe de la contradiction^(٣)

١٣٤- (ب) عدم قبول الأوراق التي لم يرسلها الأطراف إلى محاكم

(١) راجع: ما سبق، بند ٩١ وما بعده.

(٢) جاء نص المادة ١٦ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.)

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations).

LEIRS E.: Communication électronique, art. (٣) راجع في ذلك: préc., n° 68.

الإستئناف بالطريق الإلكتروني :

على العكس مما سبق ، فإن الالتزام المفروض على الأطراف بالإنجاء إلى التبادل بالطريق الإلكتروني تم النص صراحة على توقيع جزاء على مخالفته. ويتمثل هذا الجزاء في قيام محكمة الاستئناف بالحكم بعدم القبول من تلقاء نفسها «irrecevabilité relevée d'office»^(١) ، وذلك تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٩٣٠-١ من قانون المرافعات المدنية التي تنص على أن: (تحت طائلة الحكم بعدم القبول من تلقاء نفس القاضي ، ودون حاجة إلى طلب من صاحب المصلحة ، تقدم أوراق المرافعات إلى المحاكم - أي محاكم الاستئناف - بالطريق الإلكتروني)^(٢) . ومن ثم ، وطبقاً لما جرت عليه أحكام محكمة النقض ، ينبغي أن نستخلص من ذلك أن القاضي يلتزم بأن يحكم بعدم القبول إذا كان ذلك له صلة بالشكل الذي بموجبه يتعين تقديم ورقة ما إلى المحكمة^(٣) . ويتم توقيع جزاء عدم القبول بقرار من مستشار التحضير le conseiller de la mise en état عملاً للمادة ٩١٤ من قانون المرافعات المدنية^(٤) .

(١) راجع في ذلك :

FLEURIOT C.: Communication par voie électronique et actes de procédure, D., actualité, 1 avril 2011.

(٢) جاء نص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٠-١ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي :
(A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique).

(٣) راجع : ما سبق ، بند ٥٠ والأحام المشار إليها.

(٤) جاء نص المادة ٩١٤ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي :

(Le conseiller de la mise en état est, lorsqu'il est désigné et jusqu'à son dessaisissement, seul compétent pour prononcer la caducité de l'appel, pour déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel ou pour déclarer les conclusions irrecevables en application des articles 909 et 910. Les parties ne sont plus recevables à invoquer la caducité ou l'irrecevabilité après son dessaisissement, à moins que leur cause ne survienne ou ne soit révélée postérieurement.

Les ordonnances du conseiller de la mise en état statuant sur la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de l'appel, sur la caducité de celui-ci ou sur l'irrecevabilité des conclusions en application des articles 909 et 910 ont autorité de la chose jugée au principal).

وإذا كانت محكمة النقض قد قضت في أحكامها المشار إليها بأن المحكمة التي تتلقى ورقة ما وفقا للشكل غير المرخص به لها الحق في تجاهلها دون أن تثيرها أثناء المرافعات^(١)، فلا يبدو أن هذا الحل يمكن الأخذ به فيما يتعلق بتقرير الاستئناف أو المذكرات التي لم يتم تبادلها بالطريق الإلكتروني. ففي الواقع، فإن تسليم هذه الأوراق على دعامة ورقية يبقى - في هذه الحالة - جائزاً في حالة حدوث خلل في نظام التبادل بالطريق الإلكتروني^(٢).

وعندما يكون التبادل بالطريق الإلكتروني إلزامياً بالنسبة للمجموعة الأولى من مذكرات الأطراف، والتي يتعين أن تقدم في ميعاد محدد إعمالاً للمادتين ٩٠٨، ٩٠٩ من قانون المرافعات المدنية^(٣)، فمن المنطقي أن عدم قبول الطريق الورقي يتعين أن يحكم به بواسطة مستشار التحضير^(٤) وفقاً للإجراء المحدد بالمادة ٩١١ - ١ من قانون المرافعات المدنية التي تنص على استلام الملاحظات المكتوبة للأطراف في كل حالة تنقضي فيها مواعيد تقديم المذكرات^(٥).

(١) راجع: ما سبق، بند ٥٠ والأحام المشار إليها.

(٢) راجع: ما يلي، بند ١٣٧ وما بعده.

(٣) جاء نص المادة ٩٠٨ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(A peine de caducité de la déclaration d'appel, relevée d'office, l'appelant dispose d'un délai de trois mois à compter de la déclaration d'appel pour conclure).

- أما المادة ٩٠٨ من قانون المرافعات المدنية فجاء نصها على النحو التالي:

(L'intimé dispose, à peine d'irrecevabilité relevée d'office, d'un délai de deux mois à compter de la notification des conclusions de l'appelant prévues à l'article 908 pour conclure et former, le cas échéant, appel incident).

(٤) راجع في ذلك:

SALATI O.: Mise en état, Rép. pr. civ. Dalloz, mars 2013.

(٥) جاء نص المادة ٩١١ - ١ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Le conseiller de la mise en état peut d'office, par ordonnance et en raison de la nature de l'affaire, impartir des délais plus courts que ceux prévus aux articles 908 à 910.

La caducité de la déclaration d'appel en application des articles 902 et 908 ou l'irrecevabilité des conclusions en application des articles 909 et 910 sont prononcées par ordonnance du conseiller de la mise en état qui statue après avoir sollicité les observations écrites des parties. L'ordonnance qui prononce la caducité ne peut être rapportée).

١٣٥ - ٥١] أثر الالتزام باللجوء إلى التبادل بالطريق الإلكتروني على قواعده العامة:

الالتزام باللجوء إلى التبادل بالطريق الإلكتروني يرتب عدداً من النتائج وردت بعضها في المرسوم رقم ٢٠٠٩ - ١٥٢٤ بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ المتعلق بإجراءات الاستئناف التي تشترط التمثيل الإلزامي في المسائل المدنية، ولكن من المرجح أن البعض الآخر منها لا يتضح إلا من خلال التطبيق. فقد جاء هذا المرسوم ببعض التعديلات على النظام القانوني العام للتبادل بالطريق الإلكتروني وذلك استناداً إلى النتائج المستخلصة من جعله إلزامياً. فمن ناحية أولى، لا يشترط قبول المرسل إليه. ومن ناحية ثانية، فإن التعديلات الرئيسية التي يتطلبها الاستخدام الإلزامي للتبادل بالطريق الإلكتروني تتعلق بما يبذل من معالجات للخلل في هذا النظام.

١٣٦ - (أ) لا يشترط قبول المرسل إليه: إحالة:

لا يشترط القبول الصريح للمرسل إليه تبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني عندما يكون اللجوء إلى هذا الطريق من طرق التبادل إلزامياً (م ٧٤٨ - ٢ مرافعات)^(١)، على نحو ما درسنا فيما سبق^(٢). ومع ذلك، فمن الناحية العملية، ليس من الممكن أن يتم إرسال ورقة بالطريق الإلكتروني إلى الملقى الذي لم يُسجل في نظام التبادل بالطريق الإلكتروني. وقد سبق أن درسنا أن تسجيل محام في التبادل

(١) جاء نص المادة ٧٤٨ - ٢ من قانون المرافعات المدنية المعدلة بالمرسوم رقم المرسوم رقم ٢٠٠٩ - ١٥٢٤ بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ المتعلق بإجراءات الاستئناف التي تشترط التمثيل الإلزامي في المسائل المدنية على النحو التالي:

(Le destinataire des envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 doit consentir expressément à l'utilisation de la voie électronique, à moins que des dispositions spéciales n'imposent l'usage de ce mode de communication).

(يتعين على المرسل إليه المراسلات، والتسليمات، والإعلانات المذكورة في المادة ٧٤٨ - ١، أن يوافق صراحة على استخدام الطريق الإلكتروني، ما لم تفرض نصوص خاصة استخدام هذه الوسيلة للتبادل).

(٢) راجع: ما سبق، بند ٨٢، ١٢٠.

بالطريق الإلكتروني المفروض عليه يسمح له بتطبيق هذا النظام؛ حيث يمثل هذا التسجيل موافقة منه على التبادل بهذا الطريق^(١).

١٣٧ - (ب) قواعد خاصة لمعالجة الخلل في نظام التبادل بالطريق الإلكتروني^(٢)؛

الالتزام باللجوء إلى التبادل بالطريق الإلكتروني يشير صعوبة خاصة وذلك في حالة ما إذا اتضح أن هذا الطريق يستحيل استخدامه بسبب أجنبي عن مرسل الورقة. ففي الواقع، عندما يكون اللجوء إلى التبادل بالطريق الإلكتروني اختيارياً، ففي حالة حدوث خلل في هذا الطريق، فإن صاحب الورقة يمكن أن يقوم بتكرار إرسالها بالطريق الورقي، وبحيث أن ذلك يترتب عليه فقط مجرد امتداد للميعاد الإجرائي، على النحو المنصوص عليه في المادة ٧٤٨ - ٧ من قانون المرافعات المدنية^(٣)، بما يكفي للحفاظ على حقوقه.

غير أن هذا الحل لا يصلح عندما يكون التبادل بالطريق الإلكتروني إلزامياً، وذلك لأن الخلل الإلكتروني من المرجح أن يكون قابلاً للاستمرار بعد تمديد الميعاد. وهذا هو السبب الذي من أجله، إعمالاً للمادة ٩٣٠ -

١ من قانون المرافعات المدنية، في حالة استحالة إرسال ورقة بالطريق الإلكتروني بسبب أجنبي عن المرسل، فإن هذه الورقة يتم إنشاؤها على دعامة ورقية وتسليمها إلى قلم الكتاب. وبالنسبة للسبب الأجنبي المتعلق بعدم القدرة على التبادل بالطريق الإلكتروني في هذا الفرض فيكون مماثلاً لما سبق دراسته ضمن القواعد العامة للتبادل بالطريق الإلكتروني^(٤).

١٣٨ - (١) التنسيق بين المادتين ٧٤٨ - ٧ و ٩٣٠ - ١ من قانون

(١) راجع: ما سبق، بند ٨٩، والأحكام المشار إليها.

(٢) راجع في ذلك:

CNB (Conseil national des barreaux): Réforme de la procédure d'appel en matière civile..., art. préc., p. 2.

(٣) راجع: ما سبق، بند ١٠٢ وما بعده. وتنص المادة ٧٤٨ - ٧ من قانون المرافعات المدنية على أن (عندما يتعين إنجاز بورقة ما قبل نهاية ميعاد محدد، ولم يمكن إرسالها بالطريق الإلكتروني في اليوم الأخير للميعاد، وذلك بسبب أجنبي عن الشخص الذي قام بإجرائها، فإن الميعاد يمتد إلى أول يوم عمل لاحق).

(٤) راجع: ما سبق، بند ١٠٤ وما بعده.

المرافعات المدنية :

على الرغم ما سبق، فإن تطبيق القاعدة المفروضة بالمادة ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات المدنية في نطاق إجراءات الاستئناف لا يستبعد إطلاقاً تطبيق المادة ٧٤٨ - ٧ من ذات القانون. وعلى ذلك، إذا كان التبادل بالطريق الإلكتروني لورقة ما أمام محكمة الاستئناف - كتقرير الاستئناف - قد تم في اليوم الأخير للجائز رفع الاستئناف فيه، فإن التطبيق المشترك للمادتين المشار إليهما يؤدي إلى أن الورقة يتعين أن يتم إنشاؤها على دعامة ورقية وتسلم إلى قلم كتاب محكمة الاستئناف في أول يوم عمل بعد انقضاء الميعاد الأصلي.

وعلى العكس من ذلك، إذا كانت محاولة رفع تقرير الاستئناف بطريقة إلكترونية قد تمت القيام بها قبل اليوم الأخير من ميعاد الاستئناف، فلا يمكن الحصول على أي تمديد للميعاد استناداً إلى المادة ٧٤٨ - ٧ من قانون المرافعات المدنية. ويكون أمام المستأنف في هذا الفرض اختيارين: الأول: وهو يتم إعمالاً للمادة ٩٣٠ - ١؛ حيث يستطيع المستأنف إنجاز الورقة التي يرغب القيام بها عن طريق تسليمها إلى قلم الكتاب في الشكل الورقي، دون الحاجة إلى إعادة محاولة إرسالها من جديد بالطريق الإلكتروني. أما الاختيار الثاني: إذا كان ميعاد الاستئناف لم ينقض، فإن المستأنف يستطيع أن يحاول من جديد أن ينجز الورقة بالطريق الإلكتروني؛ إذ على الرغم من أن صياغة المادة ٩٣٠ - ١ يبدو أنها وردت بصيغة أمره «il est établi sur support papier»، فإن المستأنف يحتفظ مع ذلك بالحق في أن يرفع استئنافه بالطريق الإلكتروني، طالما أن ميعاد الاستئناف مازال سارياً.

وفي الممارسة العملية، ينبغي أيضاً أن يميل الخصم إلى محاولة تكرار إرسال الورقة بالطريق الإلكتروني طالما أن ميعاد الاستئناف مازال سارياً؛ إذ أنه بذلك سيتجنب الخضوع لتقدير المحكمة فيما يتعلق بوجود السبب الأجنبي الذي يتمسك به، فضلاً عن تجنب خطر الحكم بعدم قبول تقرير الاستئناف الذي رفعه بسبب عدم وجود دليل على هذا السبب الأجنبي.

١٣٩ - (٢) قواعد خاصة بتسليم أوراق المرافعات على دعامة ورقية :
 عندما يقوم الأطراف بوضع تقرير الاستئناف على دعامة ورقية
 بسبب الخلل في نظام التبادل بالطريق الإلكتروني، فإن الفقرة الثانية من
 المادة ٩٣٠ - ١ تنص على أن: (عندما لا يتم إرسال ورقة من أوراق
 المرافعات بطريقة إلكترونية، وذلك بسبب أجنبي عن الشخص الذي قام
 بإجرائها، فيتم إنشاؤها على دعامة ورقية وتسلم إلى قلم الكتاب. وفي
 هذه الحالة، فإن تقرير الاستئناف يتم تسليمه إلى قلم الكتاب وكذلك
 صور منه بقدر عدد الأطراف الموجه إليهم، بالإضافة إلى اثنتين. ويتم
 إثبات هذا التسليم عن طريق ذكر تاريخه وتأشير الكاتب على كل نسخة
 والتي يتم على الفور إعادة إحداها^(١)). وهذا الإجراء الشكلى منصوص
 عليه بالنسبة لتقرير الاستئناف في الفقرة الأولى من المادة ٩٠٢ من قانون
 المرافعات المدنية وذلك قبل بدء دخول مرسوم ٩ ديسمبر ٢٠٠٩ حيز
 التنفيذ^(٢).

ويتسق نص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٠ - ١ إلى حد ما مع الفقرة
 الثالثة من المادة ٧٤٨ - ٣ من ذات القانون التي تعفي من اشتراط تعدد
 النسخ في حالة التبادل بالطريق الإلكتروني؛ حيث تنص على أنه (في حالة
 الإرسال باستخدام الطريق الإلكتروني، فلا يتم تطبيق نصوص هذا

(١) جاء نص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٠ - ١ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:
 (Lorsqu'un acte ne peut être transmis par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit, il est établi sur support papier et remis au greffe. En ce cas, la déclaration d'appel est remise au greffe en autant d'exemplaires qu'il y a de parties destinataires, plus deux. La remise est constatée par la mention de sa date et le visa du greffier sur chaque exemplaire, dont l'un est immédiatement restitué). □

(٢) جاء نص الفقرة الأولى المادة ٩٠٢ من قانون المرافعات المدنية (معدلة بالمادة ١٩ من المرسوم رقم
 ٢٠١٢ - ٦٣٤ الصادر بتاريخ ٣ مايو ٢٠١٢. والمتعلق بدمج وظائف المحامي ووكيل الدعوى
 أمام محاكم الاستئناف المشار إليه) على النحو التالي:

(Le greffier adresse aussitôt à chacun des intimés, par lettre simple, un exemplaire de la déclaration avec l'indication de l'obligation de constituer avocat).

القانون التي تنص على إرسال نسخ متعددة ورد أصل الورقة أو المستندات المسلمة أو المعلنة^(١).

وبعيداً عن الحالة الخاصة بتقرير الاستئناف، فإن المادة ٩٣٠-١٠ من قانون المرافعات المدنية لم تنص على أي أحكام تحدد الأشكال التي وفقاً لها يتعين إتمام أوراق المرافعات الأخرى على دعامة ورقية بسبب الخلل في نظام التبادل بالطريق الإلكتروني. وفي هذا الشأن، يمكن تطبيق القواعد العامة التي تنطبق أمام محكمة الاستئناف والتي تحدد شكل هذه الأوراق، وبصفة خاصة المادة ٩٦٦ من قانون المرافعات المدنية التي تنص على الآليات العامة التي وفقاً لها يتم تسليم صورة ورقة من أوراق المرافعات إلى قلم الكتاب^(٢).

١٤٠ - ثانياً: التبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق إجراءات الاستئناف التي لا تشترط التمثيل الإلزامي:

التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محاكم الاستئناف في الإجراءات التي لا تستلزم التمثيل الإلزامي تم السماح به بصفة خاصة وتنظيمه بقرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٠^(٣). وعلى غرار قرار وزير العدل الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني أمام محاكم الاستئناف في الإجراءات التي تستلزم التمثيل الإلزامي، فإن قرار ٥ مايو ٢٠١٠ لم ينظم التبادل بالطريق الإلكتروني إلا لبعض أوراق المرافعات، هما: تقرير الاستئناف la déclaration d'appel، وسند

(١) جاء نص الفقرة الثالثة من المادة ٧٤٨-٣ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي: (En cas de transmission par voie électronique, il n'est pas fait application des dispositions du présent code prévoyant la transmission en plusieurs exemplaires et la restitution matérielle des actes, et pièces remis ou notifiés).

(٢) جاء نص المادة ٩٦٦ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي: (La remise au greffe de la copie d'un acte de procédure ou d'une pièce est constatée par la mention de la date de remise et le visa du greffier sur la copie, ainsi que sur l'original qui est immédiatement restitué).

(٣) قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٠ والمتعلق بالتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات التي لا تستلزم التمثيل الإلزامي أمام محاكم الاستئناف (JORF, n°0111, 15 mai 2010, p. 9041).

وكالة المحامي *la constitution d'avocat*؛ حيث تنص المادة الأولى من هذا القرار على أن: (عندما يتم إنجازها بالطريق الإلكتروني بين أعوان القضاء المساعدين أو الممثلين للأطراف أو بين هذا المعاون من أعوان القضاء والمحكمة، في إطار الإجراءات التي لا تستلزم التمثيل الإلزامي أمام محكمة الاستئناف، فإن المراسلات - أي ما يتم إرساله - ، والتسليمات - أي ما يتم تسليمه - من تقارير الاستئناف، وسندات الوكالة، والمستندات المرفقة بهما يتعين أن تستوفي الضمانات المحددة في هذا القرار^(١)).

ولا يتعلق قرار ٥ مايو ٢٠١٠ إلا بإجراءات الاستئناف بالمعنى الدقيق؛ أي تستبعد الطعون الأخرى التي ترفع أمام محكمة الاستئناف، مثل الطعون ضد قرارات السلطات الإدارية المستقلة *les autorités administratives indépendantes* التي ترفع أمام محكمة استئناف باريس^(٢). ومع ذلك، فإن ذلك يعتبر بمثابة عدم تحديد من قبل القرار أكثر من كونه مجرد اقصاء أو استبعاد اختياري لهذه الإجراءات، والتي تبدو بصفة خاصة ملائمة لاستخدام التبادل بالطريق الإلكتروني، وخصوصاً في حالة قيام الأطراف باختيار أن يتم تمثيلهم بواسطة محام. ففي الواقع،

(١) جاء نص المادة الأولى من قرار وزير العدل بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٠ المشار إليه على النحو التالي:

(Lorsqu'ils sont effectués par voie électronique entre auxiliaires de justice assistant ou représentant les parties ou entre un tel auxiliaire et la juridiction, dans le cadre d'une procédure sans représentation obligatoire devant la cour d'appel, les envois et remises des déclarations d'appel, des actes de constitution et des pièces qui leur sont associées doivent répondre aux garanties fixées par le présent arrêté).

(٢) راجع تفصيلاً حول هذا الموضوع:

DECOOPMAN N.: Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes, in *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 211 et s.; COLLIARD C.-A. et TIMSIT G. (dir.): *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Coll. "Les Voies du Droit", 1988; GENTPT M.: *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Clefs Politique, 1991; GUEDON M.-J.: *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, Coll. "Systèmes", 1991.

وعلى غرار الحالة التي سبق دراستها، فإن قرار ٥ مايو ٢٠١٠ لا يتعلق إلا بالتبادل بالطريق الإلكتروني بين أعوان القضاء المساعدين أو الممثلين للأطراف أو بين هذا المعاون من أعوان القضاء والمحكمة^(١). أما بالنسبة لباقي الإجراءات، فإن التبادل بالطريق الإلكتروني في هذه الإجراءات ليس له أي خصوصية، ولا يستدعي إذا دراسة خاصة.

المطلب الثالث

القواعد الخاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام محكمة النقض

١٤١- تم تنظيم التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محكمة النقض بقرار وزير العدل بتاريخ ١٧ يونيو ٢٠٠٨ المتضمن التطبيق المبكر للنصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للإجراءات أمام محكمة النقض^(٢).

ووفقاً للمادة الأولى من هذا القرار، فإن كل الأوراق التي تكون موضوعاً للإجراءات أمام محكمة النقض يمكن أن يتم إنجازها بالطريق الإلكتروني؛ حيث تنص المادة الأولى من هذا القرار على أن: (تكون المادة ٧٣ من المرسوم رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ الصادر في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ المشار إليه - أي التي تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني - قابلة للتطبيق أمام محكمة النقض في اليوم الأول من الشهر التالي لنشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية. وفي المسائل المدنية المنظمة بواسطة قانون المرافعات المدنية، وعندما يتم تمثيل الأطراف بواسطة محام بمجلس

(١) راجع المادة الأولى من قرار وزير العدل بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٠ والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Lorsqu'ils sont effectués par voie électronique entre auxiliaires de justice assistant ou représentant les parties ou entre un tel auxiliaire et la juridiction, dans le cadre d'une procédure sans représentation obligatoire devant la cour d'appel, les envois et remises des déclarations d'appel, des actes de constitution et des pièces qui leur sont associées doivent répondre aux garanties fixées par le présent arrêté).

(٢) راجع في ذلك:

Arrêté du 17 juin 2008 portant application anticipée pour la procédure devant la Cour de cassation des dispositions relatives à la communication par voie électronique, JORF, 26 juin 2008.

الدولة وبمحكمة النقض، فإن المراسلات - أي ما يتم إرساله - ،
والتسليمات - أي ما يتم تسليمه - ، وإعلانات الأوراق القضائية
والمستندات التالية يمكن أن يتم إجراؤها بالطريق الإلكتروني: تقرير الطعن
بالنقض والمستندات المرفقة به ؛ والمذكرات والمستندات المرفقة بها، وبصفة
خاصة المذكرات بالطلبات، والدفاع، والنقض العارض - أي الفرعي
- أو النقض المثار - أي المقابل - ، ومذكرات الرد على هذه الطعون،
وبصفة عامة كل المذكرات التي تسمح بتبادل توكيل، أو طلب، أو
ملاحظات^(١). ومن ثم، فوفقاً لهذا القرار فإن الإجراءات المقصودة هنا
هي الإجراءات التي يتم فيها تمثيل الأطراف بواسطة محام بمجلس الدولة
وبمحكمة النقض. وتعتبر نقابة هؤلاء المحامون هي الجهة المسؤولة عن ضمان
تنفيذ ذلك، وفقاً للقواعد العامة التي سبق دراستها^(٢).

غير أن الخصوصية الوحيدة تتمثل في المكانة المخصصة من قبل قرار
وزير العدل المشار إليه لمحضري جلسات *les huissiers audienciers*
محكمة النقض عندما يقومون بممارسة الإعلان بالطريق الإلكتروني
للأوراق التي يقوم المحامون بإعلانها فيما بينهم بطريقة بسيطة إعمالاً
للمادة ٦٧١ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية^(٣). فوفقاً لنصوص القرار
المشار إليه، فإن المحامي يقوم بإيداع الورقة التي سيتم إعلانها، والموقعه

(١) جاء نص المادة الأولى من قرار ١٧ يونيو ٢٠٠٨ المشار إليه على النحو التالي :
(L'article 73 du décret du 28 décembre 2005 susvisé est applicable, devant la Cour de cassation, le premier jour du mois suivant la publication du présent arrêté au Journal officiel de la République française.

Dans les matières régies par le code de procédure civile, lorsque les parties sont représentées par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les envois, remises et notifications des actes de procédure et des pièces suivants peuvent être effectués par voie électronique : les déclarations de pourvoi et les pièces qui leur sont associées ; les mémoires et les pièces qui leur sont associées, en particulier les mémoires en demande, en défense, les pourvois incidents ou provoqués, les mémoires en réponse à ces pourvois et d'une façon générale tous les mémoires permettant la transmission d'une constitution, d'une requête ou d'observations).

(٢) راجع : ما سبق ، بند ٧٦ والهوامش الملحقة.

(٣) يطلق على هذه الأوراق : *actes du palais*. راجع : ما سبق ، بند ٩٢ ، ٩٥.

إلكترونيًا، على سيرفر شبكة الانترنت الداخلية (intranet) الخاصة بالمحامين بمجلس الدولة ومحكمة النقض، وذلك بهدف أن يتم إرسالها بطريقة مؤمنة على السيرفر الخاص بمحضرى الجلسات. ويقوم محضر الجلسة بالتوقيع عليه، توقيعًا مصدقًا عليه، طبقًا للمادة ٦٧٢ من قانون المرافعات المدنية^(١)، بعد ممارسة الرقابة على اكتمال وسلامة ودقة الوثيقة، ثم يقوم بوضعها على السيرفر الخاص بالمحامين ويقوم بإرسال ورقة الإعلان^(٢).

ونؤكد أخيرًا أنه على الرغم من أنه يظل اختياريًا، فإن التبادل بالطريق الإلكتروني يتم من الناحية الواقعية على نطاق واسع في الإجراءات التي تشترط التمثيل الإلزامي للخصوم بمحام أمام محكمة النقض^(٣)، وأن اللجوء إلى الطريق الورقي في نطاق تلك الإجراءات لا يكون في الأساس إلا آلية أو وسيلة لحماية الحقوق في حالة وجود عطل أو إخلل إلكتروني^(٤).

(١) جاء نص المادة ٦٧٢ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(La signification est constatée par l'apposition du cachet et de la signature de l'huissier de justice sur l'acte et sa copie avec l'indication de la date et du nom de l'avocat destinataire).

(٢) راجع في ذلك:

DESSARD N.: Les premières significations par voie électronique en matière civile devant la Cour de cassation, in droit des technologies avancées, Gaz. Pal., 22 au 23 avril 2011, nos 112 à 113, p. 13.

(٣) راجع في ذلك:

DESSARD N.: Les premières significations....., art. préc., p. 13.

- حيث أشار المؤلف إلى إحصائية تفيد بأن ٧٩٠٪ من المذكرات أمام محكمة النقض تم تبادلها بالطريق الإلكتروني.

(٤) راجع في ذلك:

CANAL G. et SARAGOUSSI A.: Perspectives et enjeux de la signification dématérialisée au regard de l'expérience de la Cour de cassation, art. préc., p. 11.

المبحث الثاني

الإعلان بالطريق الإلكتروني^(١)

١٤٢ - تمهيد: الحاجة إلى تنظيم الإعلان الإلكتروني للأوراق القضائية وغير القضائية:

يعتبر الإعلان الذي يتم بواسطة المحضرين والذي يطلق عليه في اللغة الفرنسية "La signification"^(٢)، صورة من صور الإعلان بصفة عامة "la notification"^(٣)، وأن إنجازها عن طريق التبادل الإلكتروني تم إجازته منذ الأول من يناير ٢٠٠٩، وذلك بالمادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية^(٤)، وذلك عندما يتعلق هذا الإعلان بأورقة قضائية acte

(١) راجع حول هذا الموضوع:

- MECARELLI G. et POISSON S.: La signification par voie électronique: entre défi technologique et théorie du process, D, 2012, actualité, p. 2533;
- MECARELLI G.: Demain, la signification par voie électronique, "Droit et procédures", n° 7, juillet-août 2012, p. 172;
- HARRAR E.: Signature électronique: le décret qui contourne le Code de procédure civile, <http://www.bjbg.dreyfus.fr/2010/06/signature-electronique-le-decret-qui-contourne-le-code-de-procedure-civile/>

(2) La signification: Notification par huissier d'un acte de procédure ou d'une decision judiciaire

- راجع: معجم LAROUSSE، وذلك على العنوان الإلكتروني التالي:

<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>

(٣) ورد في معجم LAROUSSE المشار إليه تعريف مصطلح "Notification" على النحو التالي:

Action de notifier, de faire connaître expressément quelque chose à quelqu'un; pièce par laquelle on notifie quelque chose (acte administratif, extrajudiciaire, judiciaire ou jugement).

(٤) أضيفت المادة ٧٤٨-١ إلى قانون المرافعات المدنية بموجب المادة ٧٣ من المرسوم رقم ٢٠٠٥-١٦٧٨ الصادر بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ المتعلق بالإجراءات المدنية وبعض إجراءات التنفيذ وإجراءات تغيير الاسم المشار إليه (JORF, n°302, 29 décembre 2005, p. 20350) التي أدخلت التبادل بالطريق الإلكتروني في قانون المرافعات المدنية. ووفقاً للمادة ٨٨ من ذات المرسوم، فإن نص المادة ٧٣ المشار إليها تسري ابتداءً من الأول من يناير ٢٠٠٩. ومع ذلك، يجوز لوزير العدل أن يصدر قراراً بالتطبيق المبكر للمادة ٧٣ في نطاق بعض المحاكم وبالنسبة لأوراق المرافعات التي يحددها، وذلك بعد التصديق على الاتفاقيات المبرمة بين رئيس المحكمة وبين فئة أو أكثر من فئات أعوان القضاء، والتي تنظم اللجوء إلى التبادل الإلكتروني في إطار الشروط المنصوص عليها في هذه المادة. وقد جاء =

ومع ذلك، فباستثناء الإعلانات الإلكترونية التي تتم بواسطة المحضرين في نطاق الإجراءات أمام محكمة النقص^(٢)، فإن إمكانية اللجوء للإعلان بالطريق الإلكتروني la signification par voie électronique ظلت حبراً على ورق lettre morte، نظراً لعدم وجود قرار تقني من وزير العدل ينظم هذا الطريق من طرق الإعلان.

وقد جاء المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢، المتعلق بإعلان أوراق المحضرين بالطريق الإلكتروني وبالإعلانات الدولية^(٣)، ليعالج هذا النقص المزدوج، وذلك بأن نظم بطريقة شاملة الإعلان بالطريق الإلكتروني لأوراق المحضرين actes des huissiers de justice^(٤). وقد أدخل هذا المرسوم تعديلاً على العديد من نصوص قانون

=نص المادة ٨٨ المشار إليها على النحو التالي:

(Par dérogation aux dispositions de l'article 87, l'article 73 entre en vigueur le 1er janvier 2009.

Toutefois, un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, peut prévoir une application anticipée de l'article 73 dans le ressort des juridictions et pour les actes de procédure qu'il désigne, après approbation de conventions passées entre le président de la juridiction et une ou plusieurs catégories d'auxiliaires de justice et organisant le recours à la communication électronique dans les conditions prévues par cet article. Ces conventions doivent être approuvées par le garde des sceaux, ministre de la justice, ou, à défaut, être conformes aux conventions-cadre nationales conclues entre le ministre et les instances représentatives, au niveau national, des auxiliaires de justice de la catégorie considérée).

(١) راجع: ما سبق، بند ٢٤ وما بعده.

(٢) راجع: ما سبق، بند ١٤١.

(٣) راجع في ذلك:

Décret n° 2012-366 du 15 mars 2012 relatif à la signification des actes d'huissier de justice par voie électronique et aux notifications internationales, JORF, n°0066, 17 mars 2012, p. 4899.

(٤) راجع حول هذا المرسوم:

- GHERA Th.: Le décret no 2012-366 du 15 mars 2012, entre équilibre et modernité, la sécurité juridique au coeur de la communication électronique judiciaire, Droit et procédure, n° 5, mai 2012, Chron., p. 114;
- TAILLER T.: Trois Questions à Me Jean-François Bauvin, JCP, éd: G., 2012, P. 430;

المرافعات المدنية، ومن أهمها النصوص المنظمة للإعلان لكي يمكن إنجازه بالطريق الإلكتروني. ونذكر من ذلك، أن المادة ٦٥٣ من قانون المرافعات المعدلة بهذا المرسوم أصبحت تنص على أن: (يتم الإعلان على دعامة ورقية أو بالطريق الإلكتروني)^(١). ومن ثم، فإن هذا النص يجعلنا أمام صورتين من الإعلان: الإعلان التقليدي أو الورقي أو الذي يتم على دعامة ورقية "sur support papier" من ناحية أولى، والإعلان بالطريق الإلكتروني "par voie électronique" من ناحية ثانية. وبمعنى آخر أنه ترتب على هذا التعديل إنشاء نمط جديد واختياري من الإعلان، وهو الإعلان بالطريق الإلكتروني^(٢). على أن نطاق هذا الإعلان بالطريق الإلكتروني يتجاوز الأوراق القضائية لكي يمتد إلى كافة الأوراق غير القضائية، من ذلك على سبيل المثال، التنبيه بالإخلاء congé الذي يُسلم في نطاق الإيجار^(٣).

ويتم الإعلان بالطريق الإلكتروني وفقاً لآليات تقنية تم تحديدها بقرار وزير العدل الصادر في ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ والمتعلق بتطبيق نصوص الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية على

-
- = MECARELLI G. et POISSON S.: La signification par voie électronique..., art. préc., p. 2533
 - MECARELLI G.: Demain, la signification par voie électronique, art. préc., p. 172;
 - LAUVERGNAT L.: Le décret no 2012-366 du 15 mars 2012: un souffle nouveau en matière de notifications, Procédures, n° 6, juin 2012, Étude, p. 6;
 - C. B.: Décret sur la signification des actes d'huissier de justice par voie électronique et les notifications internationales, RLDC, 2012., Chron. 93.
 - DARGENT L.: Signification des actes d'huissier de justice par voie électronique, D., actualité, 22 mars 2012.

(١) جاء نص المادة ٦٥٣ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:
 (La signification est faite sur support papier ou par voie électronique).

(٢) راجع في ذلك:

MECARELLI G. et POISSON S.: La signification par voie électronique..., art. préc., p. 2534.

(٣) راجع في ذلك:

LEIRIS É.: Communication électronique, art. préc., n° 75.

المحضرين^(١)، والذي كان نشره شرطاً جوهرياً لبدء تنفيذ الرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ الصادر بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ والمتعلق بإعلان أوراق المحضرين بالطريق الإلكتروني وبالإعلانات الدولية^(٢).

(١) راجع في ذلك:

Arrêté du 28 août 2012 portant application des dispositions du titre XXI du livre Ier du code de procédure civile aux huissiers de justice, JORF, n°0202, 31 août 2012, p. 14049 - JCP, éd. G, 2012, Zomm, p. 955, obs. Teboul.

- وراجع المادة الأولى من هذا القرار التي تنص على أن (ينطبق هذا القرار على المبادلات الإلكترونية التي تتم بواسطة المحضرين طبقاً لنصوص الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية على المحضرين). وقد جاء نص هذه المادة على النحو التالي:

(Le présent arrêté s'applique aux transmissions électroniques effectuées par les huissiers de justice conformément aux dispositions du titre XXI du livre Ier du code de procédure civile aux huissiers de justice).

- حول هذا القرار، راجع:

FLEURIOT C.: Signification des actes d'huissier par voie électronique: les garanties, D., actualité, 12 septembre 2012. □

(٢) وفقاً للمادة ٢٤ من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه، يبدأ تنفيذ نصوص الفصل الأول من هذا المرسوم في ذات الوقت الذي يصدر فيها قرار وزير العدل - تطبيقاً للمادة ٧٤٨-٦ من قانون المرافعات المدنية - لتحديد الضمانات التي يتعين أن تتوافر في المراحل المستخدمة بواسطة المحضرين لكي يقوموا بإعلان الأوراق بالطريق الإلكتروني. وأن هذا القرار يتعين أن يصدر على أقصى تقدير في الأول من سبتمبر ٢٠١٢. وقد جاء نص هذه المادة على النحو التالي:

(Les dispositions du chapitre Ier du présent décret entrent en vigueur en même temps que l'arrêté du garde des sceaux définissant, en application de l'article 748-6 du code de procédure civile, les garanties que doivent présenter les procédés utilisés par les huissiers de justice pour signifier les actes par voie électronique. Cet arrêté doit intervenir au plus tard le 1er septembre 2012).

- ونشير في هذا الشأن إلى أن المادة ٧٤٨-٦ من قانون المرافعات المدنية تنص على أنه (يتعين أن تتضمن المراحل التقنية المستخدمة، وفقاً لشروط تحدد بواسطة قرار من وزير العدل، الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل الإلكتروني، وسلامة واكتمال الوثائق المرسلة، وأمان وسرية المبادلات، وحفظ المبادلات التي تتم، وأن تسمح هذه المراحل بطريقة مؤكدة بإنشاء تاريخ الإرسال وكذلك تاريخ الاستلام من قبل المرسل إليه).

(Les procédés techniques utilisés doivent garantir, dans des conditions fixées par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité des documents adressés, la sécurité et la confidentialité des échanges, la conservation des transmissions opérées et permettre d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire).

إذا كانت نصوص كل من المرسوم والقرار التقني المشار إليهما قد تضمنت تنظيمًا لإعلان أوراق المحضرين بالطريق الإلكتروني، فإن القرار التقني قد أفرد نصوصًا خاصة لإعلان الأوراق بين المحامين بواسطة محضري الجلسات (م ٦٧١ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية) والتي يطلق عليها 'acte du palais'. وفي ضوء ذلك، فإننا سنتناول في البداية القواعد العامة للإعلان بالطريق الإلكتروني، ثم نتبع ذلك بدراسة إعلان الأوراق بين المحامين بواسطة محضري الجلسات - les huissiers audienciers، وذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: القواعد العامة للإعلان بالطريق الإلكتروني.

المطلب الثاني: إعلان الأوراق بين المحامين بالطريق الإلكتروني.

المطلب الأول

القواعد العامة للإعلان بالطريق الإلكتروني

١٤٤ - لكي يمكن تحديد النظام القانوني العام للإعلان بالطريق

الإلكتروني، فإن من الملائم الجمع بين ثلاث مجموعات من النصوص^(١) على النحو التالي:

من ناحية أولى، يستفاد من المادة ٦٦٢ - ١ من قانون المرافعات المدنية، التي تنظم بصفة خاصة الإعلان بالطريق الإلكتروني، أنه يتم وفقًا للشروط المنصوص عليها في الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من ذات القانون^(٢)؛ أي يتم وفقًا للقواعد المنصوص عليها في المادة ٧٤٨ - ١

(١) راجع في ذلك:

LEIRIS É.: Communication électronique, art. préc., n° 76.

(٢) جاء نص المادة ٦٦٢ - ١ من قانون المرافعات (مستحدثة بالمرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ

١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه) على النحو التالي:

(La signification par voie électronique est faite par la transmission de l'acte à son destinataire dans les conditions prévues par le titre XXI du présent livre. Les articles 654 à 662 ne sont pas applicables.

L'acte de signification porte mention du consentement du destinataire à ce mode de signification.

La signification par voie électronique est une signification faite à personne si le destinataire de l'acte en a pris connaissance le jour de la transmission de l'acte.=

وما بعدها من هذا القانون والتي سبق لنا دراستها تفصيلاً^(١). ويمكن أن نطلق عليها "القواعد العامة للتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات المدنية".

ومن ناحية ثانية، فإن تلك القواعد العامة للتبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات المدنية يتم إكمالها ببعض القواعد الخاصة بالإعلان بالطريق الإلكتروني: بعض هذه القواعد ورد في المواد من ٢ إلى ١٠ من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه، وهي قواعد عامة لكل الإعلانات الإلكترونية؛ وبعض القواعد الأخرى تم النص عليها في المواد من ١١ إلى ١٦ من ذات المرسوم، وهي قواعد خاصة ببعض هذه الإعلانات، وبصفة خاصة في نطاق الإجراءات المدنية للتنفيذ.

ومن ناحية ثالثة، إذا كانت هاتين المجموعتين من النصوص تحددان نظاماً للإعلان بالطريق الإلكتروني يعتبر بمثابة استثناءً واسعاً على القواعد التي تنظم الإعلان بالطريق الورقي «la signification par voie papier» لأوراق المرافعات، فإن بعض القواعد التي تنظم حتى الوقت الحالي هذا الإعلان الورقي فقط، تكون كذلك قواعد عامة للإعلان بالطريق الإلكتروني.

وفي ضوء هذه القواعد، فإن الإعلان بالطريق الإلكتروني يُبأشر من خلال نمط معقد يرسم أو يبرز نظام قانوني قائم على أربع نقاط رئيسية: الأولى هي استقلالية نظام الإعلان بالطريق الإلكتروني عن نظام الإعلان بالطريق الورقي، وبحيث يعتبر الإعلان بالطريق الإلكتروني نظام اختياري للإعلان بديلاً عن الإعلان التقليدي. أما الثانية فتتمثل في أن استخدام الإعلان بالطريق الإلكتروني يتطلب الموافقة أو القبول السابق للمرسل إليه

=Dans les autres cas, la signification est une signification faite à domicile et l'huissier de justice doit aviser l'intéressé de la signification, le premier jour ouvrable, par lettre simple mentionnant la délivrance de la signification par voie électronique ainsi que la nature de l'acte et le nom du requérant).

(١) راجع: ما سبق، بند ٧٨ وما بعده.

الإعلان. وتمثل الثالثة في الاختصاص المحلي للمحضرين عند مباشرة الإعلان بالطريق الإلكتروني. أما الرابعة فتمثل في الآليات التي يتم وفقاً لها هذا النمط من الإعلان.

١٤٥ - أولاً: الإعلان بالطريق الإلكتروني نظام اختياري للإعلان بدلاً عن الإعلان بالطريق الورقي:

يرتبط نظام الإعلان التقليدي أي الإعلان على دعامة ورقية «sur support papier» كما وصفته المادة ٦٥٣ من قانون المرافعات المدنية بصفة جوهرية بمادية المراحل التي يتعين على المحضر أن يقوم بها، وبصفة خاصة الانتقال إلى موطن أو محل إقامة أو مكان عمل الشخص المراد إعلانه من أجل تسليم الورقة المطلوب إعلانها. ولذلك، فسيكون من العبث محاولة تعديل شكلينات ذلك الإعلان الذي يتم بالطريق الورقي لكي تنطبق على الإعلان بالطريق الإلكتروني^(١). وهذا هو السبب الذي من أجله اتجه المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه إلى النص على نظام مستقل وأصلي أو جديد تماماً للإعلان بالطريق الإلكتروني^(٢)، والذي يقترب أكثر من الإعلان البريدي غير المادي notification postale dématérialisée أي "الإعلان بالبريد الإلكتروني"^(٣). ولذلك، تنص المادة ٦٦٢ - ١ من قانون المرافعات المدنية المستحدثة بالمرسوم المشار إليه على عدم انطباق المواد من ٦٥٤ إلى ٦٦٢ من ذات القانون على الإعلان بالطريق الإلكتروني. ويتربط على ما سبق أن للإعلان بالطريق الإلكتروني نظام خاص لا يتشابه مع مجرد طريقة بسيطة لتسليم الورقة المعلنة، كالتسليم في الموطن

(١) راجع في ذلك:

DESSARD N.: Signification et notification électroniques certifiées par voie d'huissier de justice, Gaz. Pal., 20 juillet 2006, no 201, p. 18.

(٢) راجع في ذلك:

MECARELLI G. et POISSON S.: La signification par voie électronique..., art. préc., p. 2534.

(٣) راجع في ذلك:

LEIRIS É.: Communication électronique, art. préc., n° 76.

لأي شخص حاضر إعمالاً للمادة ٦٥٥ من قانون المرافعات المدنية، أو بتحرير محضر إعمالاً للمادة ٦٥٩ في حالة عدم التمكن من تسليم الإعلان لعم وجرد موطن أو محل إقامة أو محل عمل معلوم للشخص المطلوب إعلانه. ومن ثم، يمكن النظر إلى نظام الإعلان بالطريق الإلكتروني كأنه نظام اختياري للإعلان بديلاً عن الإعلان التقليدي^(١)؛ أي أن الإعلان على دعامة ورقية يظل ممكناً دائماً^(٢).

١٤٦ - ثانياً: قبول المرسل إليه استخدام الإعلان بالطريق الإلكتروني:

يشترط المشرع لإجراء الإعلان بالطريق الإلكتروني أن يوافق المرسل إليه صراحة على استخدام هذا الطريق من طرق الإعلان، وأن يكون هذا القبول سابقاً على إجراء الإعلان، وهذا ما يثير التساؤل حول آلية الحصول على هذا القبول. أضف إلى ذلك أنه تفادياً لما قد يثار من صعوبات في هذا الشأن فإن من الملائم أن يتم تحديد الأوراق التي يصدر بشأنها هذا القبول. وهذا ما يثير التساؤل عن الجزاء الإجرائي الذي يحكم به في حالة إعلان ورقة بالطريق الإلكتروني لم يصدر بشأنها القبول.

١٤٧- [١] اشتراط أن يكون القبول سريعاً وسابقاً:

فيما يتعلق بالمرسل إليه الورقة المراد إعلانها بالطريق الإلكتروني، فإن القيد الوحيد المفروض على إعلانه بهذا الطريق هو موافقته الصريحة والسابقة على استخدام هذا الطريق من طرق الإعلان^(٣). وبعيداً عن هذا القيد، لا توجد قيود أخرى فيما يتعلق بالمرسل إليه، والذي يمكن أن يكون أي شخص، طبيعي أو اعتباري (معنوي)، من أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون العام. ففي الواقع، يخضع الإعلان بالطريق

(١) راجع في ذلك:

FINYEAR: Procédure civile : de nouvelles règles en 2013, http://larevue.ssd.com/ProcEDURE-civile-de-nouvelles-regles-en-2013_a1959.html.

(٢) راجع في ذلك:

MECARELLI G. et POISSON S.: La signification par voie électronique..., art. préc., p. 2534.

(٣) راجع في ذلك:

MECARELLI G. et POISSON S.: La signification par voie électronique..., art. préc., p. 2538.

الإلكتروني لتطبيق المادة ٧٤٨ - ٢ من قانون المرافعات المدنية التي تشترط القبول أو الموافقة الصريحة لمن يوجه إليه إرسال الإلكتروني *une transmission électronique* ^(١). ويتعين أن يكون هذا القبول سابقاً على الإعلان. ولذلك ينص المشرع صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٦٦٢ - ١ من ذات القانون على أن ورقة الإعلان تشير إلى قبول أو موافقة المرسل إليه على هذا الطريق من طرق الإعلان ^(٢).

وفي هذا الشأن، فإن المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المتعلق بإعلان أوراق المحضرين بالطريق الإلكتروني وبالإعلانات الدولية المشار إليه يطبق حول هذه المسألة المادة ٨ من الأمر رقم ٤٥ - ٢٥٩٢ بتاريخ ٢ نوفمبر ١٩٤٥ ^(٣)، بصيغتها المعدلة بالقانون رقم ٢٠١٠ - ١٦٠٩ المؤرخ ٢٢ ديسمبر ٢٠١٠ ^(٤)، وبالقانون رقم ٢٠١١ - ٣٣١ بتاريخ ٢٨ مارس ٢٠١١ ^(٥)، والتي تعطى للغرفة الوطنية للمحضرين *la Chambre nationale des huissiers de justice* مهمة إعداد قائمة بالأشخاص الذين وافقوا على استلام ورقة الإعلان بالطريق

(١) راجع: ما سبق، بند ٧٩ وما بعده.

(٢) جاء نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٦٦٢ - ١ من قانون المرافعات المدنية (المستحدثة

بالمرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه) على النحو التالي:

(La signification par voie électronique est faite par la transmission de l'acte à son destinataire dans les conditions prévues par le titre XXI du présent livre. Les articles 654 à 662 ne sont pas applicables.

L'acte de signification porte mention du consentement du destinataire à ce mode de signification).

(٣) راجع في ذلك:

Ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers, JORF, 8 novembre 1945.

(٤) راجع في ذلك:

Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, JORF, n°0297, 23 décembre 2010, p. 22552.

(٥) راجع في ذلك:

Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, JORF, n°0074, 29 mars 2011, p. 5447.

الإلكتروني^(١).

غير أن هذا القبول على استخدام الإعلان بالطريق الإلكتروني يمكن أن يستتج من خلال الاتفاقيات التي تبرم بين نقابات المحامين والمحاكم. وفي هذا الشأن فقد قضى في حكم حديث صادر من محكمة استئناف Pau في ١٩ مارس ٢٠١٣ بأن وجود اتفاقية موقعة بين محكمة الاستئناف ونقابات المحامين تكون مفروضة على جميع المحامين المسجلين في نطاق هذه النقابات وبمجرد أنه لا يكون من الضروري الحصول على الموافقة أو القبول السابق من محامي الطرف الخصم لمباشرة الإعلان بالطريق الإلكتروني^(٢).

وكذلك فقد قضى بأن انضمام المحامي إلى شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحامين (RPVJ) *réseau privé virtuel justice*، وحصوله على عنوان شخصي، مسألة يفترض معها أن هذا المحامي قد قبل ووافق على استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني في إعلانه بالأحكام؛ إذ ليس من الضروري إذا الحصول على القبول الصريح المنصوص عليه في المادة ٧٤٨-٢ من قانون المرافعات المدنية، والتي لم يقصد أن تنطبق بين المحامين المنضمين إلى شبكة الاتصال الافتراضية

(١) جاء نص الفقرة السابعة من المادة الثامنة من الأمر رقم ٤٥ - ٢٥٩٢ بتاريخ ٢ نوفمبر ١٩٤٥ المعدل على النحو المشار إليه على النحو التالي:

(La chambre nationale tient à jour, dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, la liste des personnes ayant consenti à recevoir un acte de signification par voie électronique, assortie des renseignements utiles, et à ce titre conclut, au nom de l'ensemble de la profession, toute convention organisant le recours à la communication électronique).

(٢) راجع في ذلك: حكم محكمة استئناف Pau بتاريخ ١٩ مارس ٢٠١٣ والذي جاء فيه:

(L'existence d'une convention signée entre la cour d'appel de Pau et les ordres des avocats des barreaux s'impose à l'ensemble des avocats dudit ressort de sorte qu'il n'est pas nécessaire de recueillir l'accord préalable de l'avocat de la partie adverse pour procéder à une notification par voie électronique). Pau, 19 mars 2013, JCP, éd. G., 2013, 622, n° 6, obs. Caseau-Roche.

الخاصة بالمحاميين (RPVJ)^(١).

١٤٨- [٢] آلية الحصول على القبول:

إذا كان المشرع قد أعطى الغرفة الوطنية للمحضرين مهمة إعداد قائمة بالأشخاص الذين وافقوا على استلام ورقة الإعلان بالطريق الإلكتروني على نحو ما ذكرنا^(٢)، فإن المرسوم رقم ٢٠١٢-٢٦٦

(١) راجع في ذلك: حكم محكمة استئناف Bordeaux بتاريخ ٥ مارس ٢٠١٢ والذي جاء فيه:

(En adhérant au RPVA et en devenant attributaire d'une adresse personnelle [...] l'avocat doit être présumé avoir accepté de consentir à l'utilisation de la voie électronique pour la signification des jugements à son égard. Il n'est donc pas nécessaire de recueillir son accord exprès en application de l'article 748-2 du code de procédure civile qui n'a pas vocation à s'appliquer entre avocats postulants adhérents au RPVA). Bordeaux, 5 mars 2012 (1re ch. civ. A, n° 11/04968), D., actualité, 20 mars 2012; D., 2012, p. 824; Gaz. Pal., 27 mars 2012, n° 87, p. 11, note Moore; JCP, éd. G, 2012, 406, note Croze H.

- ولتزيد من التفصيل حول هذا الحكم، راجع:

TAHRI C.: Consécration jurisprudentielle du Réseau privé virtuel avocat, D., actualité, 20 mars 2012.

- وراجع في نقد هذا الحكم:

LHERMITTE Ch.: Les enjeux des actes de procédure..., art. préc., p. 1664.

- وقارن عكس ذلك الحكم الصادر من محكمة استئناف Toulouse في ٤ ديسمبر

٢٠١٢ والذي جاء فيه أنه في ظل النصوص الحالية، فإن اللجوء إلى شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحاميين RPVA لإجراء الإعلان بين المحاميين لا يكون إلا في حالة الموافقة الصريحة وليست الضمنية من المحامي المرسل إليه، وبحيث أن هذا القبول لا يمكن في أي حالة أن يكون ضمنيًا أو مفترضًا ولا يمكن أن يستنتج من مجرد تسجيل المحامي المرسل إليه في البرنامج الإلكتروني المسمى e-barreau أو مجرد انضمامه إلى شبكة الاتصال الافتراضية الخاصة بالمحاميين RPVA.

Toulouse, 4 décembre 2012, JCP, éd. G, 2013, 69, obs. Bléry C.; JCP, éd. G., 2013, 622, n° 6, obs. Caseau-Roche; Gaz. Pal., 24-26 février 2013, p. 19, obs Berrebi; D., 2013, p. 315.

- غير أن الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية قد قضت برفض الطعن بالنقض

المرفوع ضد الحكم الصادر من محكمة Bordeaux المشار إليه. راجع في ذلك:

Cass. Civ. 2e, 16 mai 2013, F-D, n° 12-19-086, D., actualité, 23 mai 2013.

PORTMAN A.: Notification entre avocats par voie électronique: la Cour de cassation élude la question, D., actualité, 23 mai 2013.

- وراجع أيضًا ما سبق، بند ٨٩.

(٢) راجع: ما سبق، بند ١٤٧.

بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه قد أكمل المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المتعلق بأحكام المحضرين^(١) من أجل تحديد الآليات التي يتم بها الحصول على الموافقات وإعداد القائمة المشار إليها. فوفقاً للمادة السادسة من مرسوم ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه، يُعدّل المرسوم الصادر في ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المشار إليه طبقاً للمواد من ٧ إلى ٩ من ذات المرسوم^(٢). ووفقاً للمادة التاسعة يضاف بعد المادة ٧٣ من مرسوم ٢٩ فبراير ١٩٥٦ ثلاث مواد جديدة تحمل أرقام ٧٣ - ١، ٧٣ - ٢، ٧٣ - ٣^(٣):

- وفقاً للمادة ٧٣ - ١، يتم الحصول على الموافقة على الإعلان بالطريق الإلكتروني عن طريق إقرار يصدر من الشخص الذي سيتم إعلانه إلكترونياً؛ حيث يقوم بإرسال هذا الإقرار بالطريق الإلكتروني إلى الغرفة الوطنية للمحضرين، وفقاً للشروط والنموذج المحددين بواسطة تلك الغرفة. ويتعين أن يتضمن هذا الإقرار عدد من البيانات من بينها بصفة خاصة: تحديد شخصية صاحب الإقرار والمستندات الدالة على ذلك، وطبيعة الأوراق التي صدر بشأنها قبول الإعلان بالطريق الإلكتروني، والمدة الزمنية التي يسري خلالها هذا القبول^(٤).

(١) راجع في ذلك: المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المُعدّل والصادر تطبيقاً للأمر الصادر بتاريخ ٢ نوفمبر ١٩٤٥ المتعلق بأحكام المحضرين.

Décret n°56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice

(٢) جاء نص المادة السادسة من مرسوم ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه على النحو التالي: (Le décret du 29 février 1956 susvisé est modifié conformément aux articles 7 à 9 du présent décret).

(٣) راجع تفصيلاً في ذلك:

DARGENT L.: Signification des actes d'huissier de justice par voie électronique, D., actualité, 22 mars 2012.

(٤) جاء نص المادة ٧٣ - ١ المضافة إلى المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المشار إليه على النحو التالي:

(La personne destinataire d'un acte établi par huissier de justice, qui consent à sa signification par voie électronique, adresse par voie électronique une déclaration à la Chambre nationale des huissiers de justice selon un=

وتطبيقاً للمادة ٧٣-١ المشار إليها، وتحديدًا لقائمة المستندات

المؤيدة لشخصية من يصدر الإقرار بقبول الإعلان بالطريق الإلكتروني

لورقة من أوراق المحضرين، فقد صدر قرار وزير العدل بتاريخ ٢٢ مايو

٢٠١٢^(١)، ثم عدل بالقرار الصادر في الأول من أكتوبر ٢٠١٢^(٢)؛

حيث تضمنت المادة الأولى من هذا القرار قائمة المستندات المشار إليها

تفصيلاً^(٣).

=modèle établi par celle-ci.

La déclaration précise :

1° L'identité du déclarant (nom, prénoms, date et lieu de naissance et domicile pour les personnes physiques ; dénomination sociale, forme juridique, nom et prénoms du représentant légal, siège social pour les personnes morales) ; les pièces justifiant de cette identité, dont la liste est fixée par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, sont joints en annexe ;

2° La nature des actes sur lesquels porte le consentement ;

3° La durée pour laquelle le consentement est donné ;

4° Les modalités selon lesquelles le consentement peut être révoqué.

Elle mentionne de façon claire et apparente les dispositions des articles 653,662-1,663 et 664-1 du code de procédure civile). □

(١) راجع : قرار وزير العدل بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠١٢ المتعلق بتحديد قائمة المستندات المؤيدة

لشخصية من يصدر الإقرار بقبول الإعلان بالطريق الإلكتروني لورقة من أوراق المحضرين

Arrêté du 22 mai 2012 fixant la liste des pièces justifiant

de l'identité de l'auteur de la déclaration de consentement

à la signification par voie électronique d'un acte

d'huissier de justice, JORF, 1er juin 2012 ; JCP, éd. G,

(2012, Somm. 693

(٢) راجع : قرار وزير العدل بتاريخ الأول من أكتوبر ٢٠١٢ المتعلق بتعديل قائمة المستندات

المؤيدة لشخصية من يصدر الإقرار بقبول الإعلان بالطريق الإلكتروني لورقة من أوراق

المحضرين (Arrêté du 1er octobre 2012 modifiant la liste des

pièces justifiant de l'identité de l'auteur de la déclaration

de consentement à la signification par voie électronique

d'un acte d'huissier de justice, JORF, n°0236, 10 octobre

(2012, p. 15809

(٣) جاء نص المادة الأولى من قرار وزير العدل بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠١٢ المشار إليه والمعدل بالقرار

الصادر في الأول من أكتوبر ٢٠١٢ المشار إليه على النحو التالي :

(Pour l'application du 1° de l'article 73-1 du décret du 29

février 1956 susvisé, sont jointes à la déclaration adressée

à la Chambre nationale des huissiers de justice les pièces

ci-dessous :

=1. Pour une personne physique :

1.1. La copie recto verso de l'une des pièces d'identité en cours de validité suivantes :

- a) Carte nationale d'identité française ou étrangère ;
- b) Passeport français ou étranger ;
- c) Permis de conduire français ou étranger ;
- d) Carte de combattant délivrée par les autorités françaises ;
- e) Carte d'identité ou carte de circulation délivrée par les autorités militaires françaises ;
- f) Carte de séjour temporaire, carte de résident, carte de ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen.

1.2. L'original ou la copie de l'un des justificatifs de domicile suivants :

- a) Titre de propriété ;
- b) Certificat d'imposition ou de non-imposition de l'année précédente ;
- c) Quittance de loyer de moins de trois mois ;
- d) Facture de gaz, d'électricité ou de téléphone ligne fixe de moins de trois mois ;
- e) Attestation d'assurance logement de moins de trois mois ;
- f) Livret ou carnet de circulation en cours de validité ;
- g) Attestation d'élection de domicile établissant le lien avec un organisme d'accueil figurant sur une liste établie par le préfet de département ;
- h) Attestation sur l'honneur de l'hébergeant indiquant que le déclarant réside à son domicile, pièce d'identité et justificatif de domicile de l'hébergeant.

1.3. Un document officiel attestant de l'activité professionnelle, le cas échéant.

2. Pour une entreprise individuelle :

2.1. Un des documents d'identification suivants :

- a) Pour les personnes physiques ayant la qualité de commerçant assujetties à une immatriculation au registre du commerce et des sociétés : extrait K bis original du registre du commerce et des sociétés de moins de trois mois ;
- b) Pour les autres entreprises : carte d'identification d'entreprise délivrée par la chambre des métiers ou, à défaut, certificat d'entreprise délivré par l'INSEE et comportant les numéros d'identification.

2.2. L'original ou la copie de l'un des justificatifs de l'adresse d'établissement de l'entreprise suivants :

- a) Titre de propriété ;
- b) Quittance de loyer de moins de trois mois ;
- c) Facture de gaz, d'électricité, de téléphone ligne fixe de moins de trois mois.

3. Pour une personne morale de droit privé ou un établissement public français à caractère industriel et commercial :

3.1. Un des documents d'identification suivants :

- a) Pour les personnes immatriculées au registre du=

- ووفقاً للمادة ٧٣ - ٢، تلتزم الغرفة الوطنية للمحضرين
بالاحتفاظ بالبيانات التي جمعتها، وتضمن سريتها، على أن تقوم
بتدميرها بعد مرور خمس سنوات تحتسب من بداية الحصول على
الموافقة على الإعلان بالطريق الإلكتروني^(١).

=commerce et des sociétés : extrait K bis ou L bis original
du registre du commerce et des sociétés de moins de trois
mois ;

b) Pour les autres personnes morales : extrait original
d'immatriculation au répertoire des métiers de moins de
trois mois ou journal d'annonces légales datant de moins
de deux ans mentionnant le nom du représentant légal et
l'adresse du siège de la personne morale ou statuts ou
toutes autres pièces justificatives attestant de l'existence
légale de la personne morale et faisant apparaître le nom
de son représentant légal, l'adresse de son siège ainsi que
la preuve de la déclaration auprès des organismes
compétents.

3.2. L'original ou la copie de l'un des justificatifs de
l'adresse du siège de la personne morale suivants :

a) Titre de propriété ;

b) Quittance de loyer de moins de trois mois ;

c) Facture de gaz, d'électricité, de téléphone ligne fixe de
moins de trois mois.

3.3. Un justificatif d'identité du représentant légal de la
personne morale ou de la personne physique ayant reçu
pouvoir d'établir la déclaration au nom et pour le compte
de la personne morale.

3.4. Un document émanant du représentant légal ou de
l'organe compétent attestant de la capacité de l'auteur de
la déclaration à engager la personne morale.

4. Pour une personne morale de droit public autre que
l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements
publics français à caractère industriel et commercial :

4.1. Les statuts établis par la loi, le règlement ou les
délibérations et conventions constitutives.

4.2. Un document émanant de l'organe compétent
attestant de la capacité de l'auteur de la déclaration à
engager la personne morale.

4.3. Un justificatif d'identité de la personne physique
ayant reçu pouvoir d'établir la déclaration au nom et pour
le compte de la personne morale.

5. Pour l'Etat et les collectivités territoriales :

5.1. Un document émanant de l'organe compétent
attestant de la capacité de l'auteur de la déclaration à
engager la personne morale.

5.2. Un justificatif d'identité de la personne physique
ayant reçu pouvoir d'établir la déclaration au nom et pour
le compte de la personne morale).

(١) جاء نص المادة ٧٣ - ٢ المضافة إلى المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المشار

إليه على النحو التالي :

- ووفقاً للمادة ٧٣ - ٣ ، فإن الغرفة الوطنية للمحضرين تجعل البيانات المشار إليها في المادة السابقة متاحة لكل من المحضرين من ناحية ، والسلطة القضائية لأغراض الإجراءات من ناحية أخرى^(١) .

١٤٩ - [٣] ضرورة تحديد الأوراق التي يصدر بشأنها القبول :

يتعين أن يكون القبول أو الموافقة على استلام ورقة من خلال الإعلان بالطريق الإلكتروني محدوداً فقط بالنسبة لبعض الأوراق. ويجد ذلك تبريره في الطبيعة الاستثنائية le caractère dérogatoire لهذا الطريق من طرق الإعلان ، فضلاً عن الحاجة إلى تعزيز تطويره ، والتكيف مع احتياجات المستفيدين الذين سوف يوافقون على استخدام هذا الطريق ؛ إذ أن الإعلان بالطريق الإلكتروني سوف يتعلق ، في الممارسة العملية ، بصفة خاصة بالأشخاص المعنوية الذين يسعون إلى ترشيح المؤسسة لبعض أقسامها الإدارية ، مثل إدارة الحجوز في المؤسسات البنكية بالنسبة لحجز ما للمدين لدى الغير^(٢) .

وأضف إلى ما سبق أن قصر القبول أو الموافقة على بعض الأوراق يجد تبريره من ناحية الملائمة ؛ إذ أن عدم التحديد سيؤدي - من الناحية العملية - إلى إثارة بعض الصعوبات. ويمكن تصور تلك

=(La Chambre nationale des huissiers de justice dresse et tient à jour, conformément à l'article 8 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée, la liste des personnes ayant consenti à la signification électronique d'un acte d'huissier de justice.

Les données recueillies sont conservées dans des conditions garantissant leur intégrité et leur confidentialité.

Ces données sont détruites à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la date de la révocation du consentement à la signification par voie électronique).

(١) جاء نص المادة ٧٣ - ٣ المضافة إلى المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المشار إليه على النحو التالي :

(Ne peuvent, à leur demande, obtenir communication des données que:

1° Les huissiers de justice pour l'accomplissement de leur mission de signification;

2° L'autorité judiciaire pour les besoins des procédures judiciaires).

LEIRIS E.: Communication électronique, art. : (٢) راجع في ذلك :
préc., n° 77.

الصعوبات في حالة ما إذا أثير النقاش حول اندراج أو عدم اندراج الورقة المعلنة في نطاق الأوراق التي وافق المرسل إليه أن يتسلمها عن طريق الإعلان بالطريق الإلكتروني. وهذا ما يثير التساؤل حول الجزاء الإجرائي الذي سيحكم به بالنسبة لهذا الإعلان بالطريق الإلكتروني؟
١٥٠ - [٤] الجزاء الإجرائي على إعلان ورقة لم يصدر بشأنها القبول:

تشير في هذا الشأن إلى أن الحكم بالبطلان لم يتم النص عليه ضمن التعديلات التي وردت على النصوص الخاصة بالإعلان. ففي الواقع، فإن المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه قد عدل المادة ٦٩٣ من قانون المرافعات المدنية. وقد عدت المادة الأخيرة النصوص التي يتعين مراعاة الشكلية المنصوص عليها فيها وإلا حكم بالبطلان^(١)، دون أن يشتمل هذا التعداد المادة ٦٦٢ - ١ المستحدثة والتي حددت الآليات التي وفقاً لها يتم الإعلان بالطريق الإلكتروني^(٢). وكذلك فإن الموافقة على الإعلان بالطريق الإلكتروني لا

(١) جاء نص المادة ٦٩٣ من قانون المرافعات المدنية المعدلة بالمرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ على النحو التالي:

(Ce qui est prescrit par les articles 654 à 659, 663 à 665-1, 672, 675, 678, 680, 683 à 684-1, 686, le premier alinéa de l'article 688 et les articles 689 à 692 est observé à peine de nullité.

Doivent être également observées, à peine de nullité les dispositions des articles 4, 6, 7 et 8, paragraphes 1, 2, 4 et 5 du règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 en cas d'expédition d'un acte vers un autre Etat membre de l'Union européenne).

(٢) جاء نص المادة ٦٦٢ - ١ من قانون المرافعات المدنية المستحدثة بالمرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ على النحو التالي:

(La signification par voie électronique est faite par la transmission de l'acte à son destinataire dans les conditions prévues par le titre XXI du présent livre. Les articles 654 à 662 ne sont pas applicables.

L'acte de signification porte mention du consentement du destinataire à ce mode de signification.

La signification par voie électronique est une signification faite à personne si le destinataire de l'acte en a pris connaissance le jour de la transmission de l'acte. Dans les autres cas, la signification est une signification faite à domicile et l'huissier de justice doit aviser=

يمكن اعتباره شكلاً جوهرياً يترتب البطلان على مخالفته، عندما يتم إثبات ضرر، وذلك إعمالاً للمادة ١١٤ من قانون المرافعات المدنية^(١). وفي ظل عدم وجود جزاء، يمكن اعتبار أن غياب الموافقة على استلام الإعلان بالطريق الإلكتروني يسمح للمرسل إليه بأن يقوم بإنكار هذا القبول^(٢). غير أن هذا الإنكار، والذي يقترب من عدم وجود الورقة، والذي تميل محكمة النقض إلى استبعاده كجزء^(٣) يضع المرسل في حالة من عدم التيقن غير مرضية تماماً. وبالإضافة إلى ذلك، فهناك شك حول هذا الإنكار في الحالات التي يكون فيها المرسل إليه الورقة أصدر إيصلاً بالاستلام دون أن يدفع بعدم مشروعية الإعلان. وفي ضوء ذلك، فإنه يقع على عاتق الغرفة الوطنية للمحضرين - التي تجمع أو تتلقي إقرار القبول أو الموافقة على استلام الإعلان بالطريق الإلكتروني - أن تتوخى الحذر بصفة خاصة فيما يتعلق بدقة وصحة هذا الإقرار. وكذلك يتعين على المحضر الذي يسند إليه إتمام إعلان بالطريق الإلكتروني أن يطلع بعناية على عبارات وألفاظ ذلك القبول. ونشير في هذا الشأن إلى أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٢ - ١ من قانون المرافعات المدنية تنص على أن الورقة المعلنة تتضمن ذكر قبول أو

=l'intéressé de la signification, le premier jour ouvrable, par lettre simple mentionnant la délivrance de la signification par voie électronique ainsi que la nature de l'acte et le nom du requérant).

(١) راجع: ما سبق، بند ٨٦.

(٢) راجع: ما سبق، بند ٥٠.

(٣) راجع في ذلك:

Cass., ch. mixte, 7 juillet 2006, no.03-20.026, Bull. Civ., 2006, ch. mixte no 6, p. 18.

- وقد جاء في هذا الحكم أن فكرة عدم الوجود لا يمكن إجازتها بجانب فكري البطلان الشكلية والبطلان الموضوعي المنصوص عليهما فقط بواسطة قانون المرافعات المدنية (...). (La notion d'inexistence ne saurait être admise aux cotés des nullités de forme et des nullités de fond seules prévues par le nouveau code de procédure civile. Quelle que soit la gravité de l'irrégularité alléguée, seules affectent la validité d'un acte de procédure, indépendamment du grief qu'elles ont pu causer, les irrégularités de fond limitativement énumérées à l'article 117 du nouveau code de procédure civile).

موافقة المرسل إليه على هذه الطريقة من طرق الإعلان. وهذا ينبغي أن يقود المحضر إلى أن ينقل بدقة في ورقة الإعلان بيانات الإقرار بقبول أو موافقة المرسل إليه على إجراء الإعلان بالطريق الإلكتروني.

١٥١- ثانياً: الاختصاص المحلي للمحضرين لمباشرة الإعلان بالطريق الإلكتروني:

نظراً لأن الإعلان بالطريق الإلكتروني يتم دون الانتقال المادي *déplacement physique* للمحضر، فإن ذلك يلقي بتأثيره على معيار الارتباط بالمكان الذي سيتم فيه الإعلان أو معيار الارتباط الجغرافي المطبق عندما يتم الإعلان بالطريق التقليدي أي الإعلان على دعامة ورقية "sur support papier". ولذلك فقد تدخل المشرع بتعديلين على القواعد العامة في الاختصاص المحلي للمحضرين: الأول ينشأ اختصاصاً بديلاً لتلك القواعد، والثاني يضع استثناءً عليها.

١٥٢- [١] معيار الارتباط الجغرافي في مجال الإعلان بالطريق الإلكتروني:

يتضح من نص المادة الخامسة من المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المتعلق بأحكام المحضرين أن الاختصاص المحلي للمحضرين يكون مرتبطاً بالمكان الذي سيتم فيه الإعلان^(١)؛ أي موطن *le domicile* أو محل إقامة *l'établissement* المرسل إليه؛ حيث يكون الإعلان قد تم عندما يتم تسليمه إلى شخص المعلن إليه نفسه *à personne* أو إلى أحد أعضاء الشخص المعنوي الذي له أهلية تسلّم الإعلان^(٢). وتعتبر هذه القاعدة منطقية إذ أن الإعلان يفترض نقل أو

(١) جاء نص المادة الخامسة من المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المتعلق بأحكام المحضرين على النحو التالي:

(Les actes prévus aux alinéas 1er et 2 de l'article premier de l'ordonnance du 2 novembre 1945, modifié par l'article 32 du décret du 20 mai 1955, sont faits concurremment par les huissiers de justice dans le ressort du tribunal de grande instance de leur résidence, sauf les exceptions prévues aux articles ci-après).

(٢) جاء نص المادة ٣٧٥ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Les notifications sont faites au lieu où demeure le destinataire s'il s'agit d'une personne physique.

Toutefois, lorsqu'elle est faite à personne, la notification est valable quel que soit le lieu où elle est délivrée, y compris le lieu de travail.

تسليم ورقة بواسطة المحضر الذي يعمل في نطاق جغرافي محدد.
وفيما يتعلق بالإعلان بالطريق الإلكتروني، فنظراً لعدم وجود
فكرة الانتقال المادي للمحضر، فإن معيار الارتباط بالمكان الذي سيتم فيه
الإعلان أو معيار الارتباط الجغرافي يكون أقل أهمية، وهذا هو السبب
الذي من أجله جاء المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢
المشار إليه بنوعين من التعديلات: الأول يضيف اختصاصاً بديلاً *une*
compétence alternative للقواعد العامة في الاختصاص المحلي
للمحضرين في حالة تعدد المرسل إليهم الإعلان، والثاني يمثل استثناءً
على تلك القواعد العامة^(١).

وقبل دراسة قواعد الاختصاص المحلي المشار إليها، يتعين علينا
التأكيد على أن الإعلان بالطريق الإلكتروني يتم - من حيث المبدأ -
بواسطة توقيع إلكتروني يرتبط بشخص، طبيعي أو معنوي، بما يترتب
على ذلك أن إتمام الإعلان الإلكتروني "عن بعد" *à distance*، يمكن أن
يُعفي المحضر أن يقوم بنفسه بالإجراء.

١٥٣- [٢]. الاختصاص البديل (أو المشترك) في حالة تعدد المرسل إليهم:

أضافت المادة السابعة من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ
١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه إلى المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩
فبراير ١٩٥٦ المتعلق بأحكام المحضرين مادتين جديدتين تحملان رقما
٥ - ١، ٥ - ٢. وتنص المادة ٥ - ١ على أن: (الأوراق التي يتم
إعلانها بالطريق الإلكتروني يمكن أيضاً أن يتم إعلانها أيضاً بواسطة
المحضرين في نطاق اختصاص المحكمة الابتدائية التي يكون في نطاقها

=La notification est aussi valablement faite au domicile
élu lorsque la loi l'admet ou l'impose).

- أما المادة ٦٩٠ من ذات القانون، فجاء نصها على النحو التالي:

(La notification destinée à une personne morale de droit
privé ou à un établissement public à caractère industriel
ou commercial, est faite au lieu de son établissement.

A défaut d'un tel lieu, elle l'est en la personne de l'un de
ses membres habilité à la recevoir).

(١) راجع في ذلك:

MECARELLI G. et POISSON S.: La signification par
voie électronique..., art. préc., p. 2537.

موطن أياً من الموجة إليهم. ورقة الإعلان أو محل إقامته ؛ والإبلاغ بالطريق الإلكتروني لورقة ما يمكن أن يتم بواسطة المحضر المختص بإعلان أو تحرير الورقة^(١). ولذلك، فعندما يتعين أن يتم إعلان signifier أو إبلاغ dénoncer ورقة ما إلى مرسل إليهم متعددين يقيمون في دوائر اختصاص مختلفة، فإن المرسلون أنشأ اختصاص منافس une compétence concurrente أو مشترك بين المحضرين الذي يقع في دوائر اختصاصهم موطن أو محل إقامة أياً من المرسل إليهم.

ونظراً لأن الحالات التي يمكن أن يحدث فيها هذا الفرض متعددة، فإن هذا التعديل يعتبر تبسيطاً مقبولاً؛ إذ يتميز هذا الحل في أنه يؤدي - في هذا الفرض - إلى تجنب الحاجة إلى تدخل محضرين متعددين، بما قد يترتب عليه، فضلاً عن البطء والتكلفة المرهقة التي يسببها، أن يكون مصدراً لإطالة مواعيد الإعلان، وبصفة خاصة عندما تكشف مراحل الإعلان عن عدم وجود أحدًا من المرسل إليهم الإعلان.

١٥٤- [٢] الاختصاص الاستثنائي في حالة إعلان الغير بالحجز:

تنص المادة ٥ - ٢ من المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المتعلق بأحكام المحضرين المضافة بالمادة السابعة من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ على أن: (الأوراق التي يتم إعلانها بالطريق الإلكتروني إلى شخص من الغير في إطار إجراءات تنفيذ أو إجراءات تحفظية بالمعنى الوارد في المادة الأولى

(١) جاء نص المادة ٥ - ١ من المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المتعلق بأحكام المحضرين المضافة بالمادة السابعة من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه على النحو التالي:

(Les actes signifiés par voie électronique peuvent également être faits concurrentement par les huissiers de justice du ressort du tribunal de grande instance où l'un quelconque des destinataires de l'acte a son domicile ou sa résidence ; la dénonciation par la voie électronique d'un acte peut être faite par l'huissier de justice compétent pour signifier ou établir l'acte).

من القانون رقم ٩١ - ٦٥٠ الصادر في ٩ يوليو ١٩٩١ والمتضمن تعديلاً للإجراءات المدنية للتنفيذ يتم إعلانها أيضاً بواسطة المحضرين في نطاق اختصاص المحكمة الابتدائية التي يكون في نطاقها موطن المدين أو محل إقامته، ما لم يكن هذا الموطن أو محل الإقامة يقع خارج البلاد^(١). المقصود هنا استثناءً حقيقياً على قواعد الاختصاص المحلي للمحضرين، والذي لم يعد يربط الاختصاص بالمكان الذي يوجد فيه المرسل إليه الإعلان، ولكن بالمكان الذي يقيم فيه المدين الذي تتخذ في مواجهته إجراءات مدنية للتنفيذ بالمعنى الواسع. فعندما تتطلب إجراءات التنفيذ إرسال إعلان إلى المدين، فإن الحل المنصوص عليه في المادة ٥ - ٢ تتوافر فيه ذات الفائدة المستفادة من المادة ٥ - ١ المشار إليها والمتمثلة في التبسيط.

ولكن، عندما يتعلق الأمر باستثناء على القاعدة العامة في الاختصاص، فإن الإعلان بالطريق الإلكتروني يكون محظوراً على المحضر الذي يشمل نطاق اختصاصه مكان إقامة الغير المحجوز لديه، والذي يمكنه فقط أن يقوم بإجراء إعلان بالطريق الورقي *une signification par voie papier*؛ وفي حالة عدم اتباع هذا الطريق، فإن ذلك يمثل مخالفة يترتب عليها الحكم بالبطلان^(٢).

(١) جاء نص المادة ٥ - ٢ من المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المتعلق بأحكام المحضرين المضافة بالمادة السابعة من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه على النحو التالي:

(Les actes signifiés par voie électronique à un tiers dans le cadre d'une procédure d'exécution ou d'une mesure conservatoire au sens de l'article 1er de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution sont faits concurremment par les huissiers de justice du ressort du tribunal de grande instance où le débiteur a son domicile ou sa résidence sauf lorsque ceux-ci sont situés à l'étranger).

(٢) حول طبيعة المخالفة وما إذا كانت تمثل عيباً من عيوب الشكل أم الموضوع، راجع:

Cass. Civ. 2e, 20 mai 1976, D., 1977, p. 125, note Cornu G..
وقد تبني هذا الحكم أن تلك المخالفة يترتب عليها البطلان ليعيب في الموضوع *une nullité pour vice de fond*. وقارن:

Cass., ch. mixte, 7 juillet 2006, no 03-20.026, Bull. Civ., ch. mixte no 6, p. 18.

ولا تحصر المادة ٥ - ٢ نطاق تطبيقها في الإجراءات المدنية للتنفيذ،
فإجراءات الحجز من أجل استيفاء الديون النقدية ذات الصلة بالقانون
الإداري تندرج أيضاً في نطاق تطبيق تلك المادة، وذلك عندما يتم
مباشرتها بواسطة المحضرين.

وبصفة عامة، وعلى الرغم من أن الإعلان بالطريق الإلكتروني
يمكن أن يتم فصله عن أي ارتباط جغرافي، فإن هذا الإعلان - إعمالاً
للمادة ٥ - ٢ المشار إليها - لا يمكن أن يتم إلى شخص يقيم في الخارج،
ما لم يكن هذا الطريق من طرق الإعلان قد أجاز بموجب اتفاقية دولية أو
لائحة مشتركة^(١).

وأخيراً، فباستثناء المادتين ٥ - ١، ٥ - ٢ المضافتين إلى المرسوم
رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المتعلق بأحكام المحضرين، فإن
معييار الارتباط الجغرافي *le rattachement géographique* في شأن
الاختصاص المحلي للمحضرين المنصوص عليه في المادة الخامسة من ذات
المرسوم يظل مطبقاً^(٢). غير أن الطبيعة الإلكترونية للإعلان يمكن أن تؤدي
بالتأكيد إلى إدخال تعديلات أكثر أهمية بالنسبة لهذا الاختصاص المحلي في
المستقبل.

١٥٥ - رابعا: آليات إجراء الإعلان بالطريق الإلكتروني:

وفقاً للمادة ٦٦٢ - ١ من قانون المرافعات المدنية المستحدثة

= ويستتج من هذا الحكم أن المخالفة التي لا تندرج ضمن القائمة المحددة في المادة ١١٧ من قانون
المرافعات المدنية تمثل عيباً من عيوب الشكل.

(Quelle que soit la gravité de l'irrégularité alléguée, seules affectent la validité d'un acte de procédure, indépendamment du grief qu'elles ont pu causer, les irrégularités de fond limitativement énumérées à l'article 117 du nouveau code de procédure civile).

(١) راجع المادة ٦٨٣ من قانون المرافعات المدنية التي جاء نصها على النحو التالي:

(Sous réserve de l'application des règlements communautaires et des traités internationaux, la transmission des actes judiciaires et extrajudiciaires à l'étranger est faite par voie de notification ou de signification internationales dans les conditions prévues par la présente sous-section).

(٢) حول هذا المعيار، راجع: ما سبق، بند ١٥١ وما بعده.

بالمرسوم رقم ٢٠١٢-٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه، يتم الإعلان بالطريق الإلكتروني عن طريق إرسال الورقة إلى المعلن إليه وفقاً للشروط المنصوص عليها في الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من ذات القانون^(١)، ولا تنطبق صراحة نصوص المواد من ٦٥٤ إلى ٦٦٢ من قانون المرافعات المدنية^(٢)؛ أي لا تنطبق نصوص قانون المرافعات التي تنظم الإعلان على دعامة ورقية *la signification sur support papier* إلى شخص المعلن إليه نفسه، أو في الموطن، أو محل الإقامة، أو بمحضر حسب نص المادة ٦٥٩ من ذات القانون^(٣). فضلاً عن هذه القواعد العامة لكافة الإعلانات التي تتم بالطريق الإلكتروني، فإنه يتعين ملاحظة أمرين: الأول هو أن بعض نصوص قانون المرافعات المدنية تنطبق على كافة الإعلانات، سواء تم إنجازها على دعامة ورقية أو بالطريق الإلكتروني. والثاني هو أن بعض الإعلانات تخضع لتعديلات عندما يتم إنجازها بالطريق الإلكتروني؛ أي أن المشرع قد وضع قواعد خاصة لبعض

(١) يتضمن الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية المواد من ٧٤٨-١ إلى ٧٤٨-٧.

(٢) جاء نص الفقرة الأولى من المادة ٦٦٢-١ من قانون المرافعات المدنية المستحدثة بالمرسوم رقم ٢٠١٢-٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه على النحو التالي:

(La signification par voie électronique est faite par la transmission de l'acte à son destinataire dans les conditions prévues par le titre XXI du présent livre. Les articles 654 à 662 ne sont pas applicables).

(٣) جاء نص المادة ٦٥٩ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Lorsque la personne à qui l'acte doit être signifié n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus, l'huissier de justice dresse un procès-verbal où il relate avec précision les diligences qu'il a accomplies pour rechercher le destinataire de l'acte.

Le même jour ou, au plus tard le premier jour ouvrable suivant, à peine de nullité, l'huissier de justice envoie au destinataire, à la dernière adresse connue, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une copie du procès-verbal à laquelle est jointe une copie de l'acte objet de la signification.

Le jour même, l'huissier de justice avise le destinataire, par lettre simple, de l'accomplissement de cette formalité.

Les dispositions du présent article sont applicables à la signification d'un acte concernant une personne morale qui n'a plus d'établissement connu au lieu indiqué comme siège social par le registre du commerce et des sociétés).

الإعلانات التي تتم بالطريق الإلكتروني.

١٥٦- [١] القواعد القانونية والتقنية للإعلان بالطريق الإلكتروني:

إعمالاً للمادة ٦٢٢ - ١ من قانون المرافعات المدنية المشار إليها، فإن الإعلان بالطريق الإلكتروني يتم بواسطة المحضر الذي يقوم بإرسال الورقة إلى المرسل إليه، وذلك وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة ٧٤٨ - ١ وما بعدها من ذات القانون؛ أي يتم عن طريق إرسال إلكتروني يترتب عليه في المقابل الإشارة من قبل المحضر بأن الورقة وصلت إلى الصندوق الخاص بالمرسل إليه، ثم إرسال إيصال استلام إلكتروني بواسطة المرسل إليه. ويتم الإعلان بالطريق الإلكتروني وفقاً لآليات تقنية تم تحديدها بقرار وزير العدل الصادر في ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ والمتعلق بتطبيق نصوص الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية على المحضرين^(١)، والذي كان نشره شرطاً جوهرياً لبدء تنفيذ الرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المتعلق بإعلان أوراق المحضرين بالطريق الإلكتروني وبالإعلانات الدولية^(٢).

١٥٧- (أ) آلية إرسال وتسليم الإعلان بالطريق الإلكتروني:

على غرار النصوص التقنية الأخرى، فإن قرار وزير العدل الصادر في ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ ينص على أن يتم التبادل من خلال شبكة افتراضية (إلكترونية) خاصة réseau privé virtuel توضع تحت إشراف الغرفة الوطنية للمحضرين de la Chambre nationale des huissiers de

(١) راجع في ذلك:

Arrêté du 28 août 2012 portant application des dispositions du titre XXI du livre 1er du code de procédure civile aux huissiers de justice, JORF, n°0202, 31 août 2012, p. 14049 - JCP, éd. G, 2012, Zomm, p. 955, obs. Teboul.

وراجع المادة الأولى من هذا القرار التي تنص على أن (ينطبق هذا القرار على المبادلات الإلكترونية التي تتم بواسطة المحضرين طبقاً لنصوص الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية على المحضرين). وقد جاء نص هذه المادة على النحو التالي:

(Le présent arrêté s'applique aux transmissions électroniques effectuées par les huissiers de justice conformément aux dispositions du titre XXI du livre 1er du code de procédure civile aux huissiers de justice).

(٢) راجع: ما سبق، بند ٤٦ وما بعده، ١٤٢.

justice، وتسمى "الشبكة الافتراضية الخاصة المؤمنة للمحضرين" (RPSH) «réseau privé sécurisé huissiers»، والتي يكون الدخول عليها من خلال برنامج (منصة) plateforme مؤمن لخدمات الاتصال الإلكتروني يسمى «e-huissier»^(١)، أو من خلال شبكة الإنترنت المفتوحة للعامة ولكن - في هذه الحالة - باستخدام وسائل التشفير moyens de cryptologie التي توضع تحت تصرف المحضرين بواسطة أحد موردي خدمات الثقة الذي يعمل تحت مسؤولية الغرفة الوطنية للمحضرين^(٢). ويقوم المحضر بوضع توقيعه الإلكتروني المعد أو المهياً على كافة المراسلات والتسليمات والإعلانات المذكورة في المادة ٧٤٨-١ التي يقوم بإنجازها، كما يتعين ضمان سلامة واكتمال تلك المراسلات والتسليمات والإعلانات أثناء إرسالها^(٣).

(١) راجع المادة الثانية من قرار وزير العدل بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ المشار إليه والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Les envois, remises et notifications énoncés à l'article 748-1 du code de procédure civile réalisés par les huissiers de justice sont effectués par l'utilisation d'un procédé de raccordement à un réseau indépendant privé opéré sous la responsabilité de la Chambre nationale des huissiers de justice, dénommé « réseau privé sécurisé huissiers » (RPSH), et à travers la plate-forme de services de communication électronique sécurisée dénommée « e-huissier »).

(٢) راجع المادة الثالثة من قرار وزير العدل بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ المشار إليه والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Dans le cas où le raccordement de l'équipement terminal de l'huissier de justice au RPSH se fait via le réseau ouvert au public internet, il utilise des moyens de cryptologie préservant la confidentialité des informations et mis à sa disposition par un prestataire de services de confiance agissant sous la responsabilité de la Chambre nationale des huissiers de justice préservant la confidentialité des informations).

- ولذلك تنص المادة السابعة من ذات القرار على أن المراسلات والتسليمات والإعلانات المذكورة في المادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية يتعين أن يتم تشفيرها قبل أي إرسال إلى المرسل إليه وفقاً لشروط من شأنها تضمن سريتها.

(Tous les envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 du code de procédure civile sont chiffrés avant toute transmission au destinataire dans des conditions de nature à en garantir la confidentialité).

(٣) راجع المادة السادسة من قرار وزير العدل بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ المشار إليه والتي جاء=

وتتمثل خصوصية القرار التقني المنظم للإعلان بالطريق الإلكتروني بواسطة المحضرين (أي قرار ٢٨ أغسطس ٢٠١٢) - بالمقارنة بالقرارات التقنية السابق دراستها - في أن النظام الإلكتروني للمرسل إليه الورقة المعلنة إلكترونياً ليس شبكة افتراضية خاصة منظمة بواسطة مهنة قضائية أو وزارة العدل، والتي كان يمكن الاعتماد عليها فيما يتعلق بالضمانات التقنية المتعين توافرها^(١). ولذلك، فقد اقتضى الأمر أن ينص القرار التقني المشار إليه على إطار تقني ملائم لكل مرسل إليه، وأن يتوافر فيه بالتأكيد متطلبات الدقة في تحديد الهوية، والتأمين، والسرية، وسلامة واكتمال الورقة المرسلة^(٢). وفي هذا الشأن فقد نص القرار التقني الصادر من وزير العدل على أن الورقة المعلنة بالطريق الإلكتروني بواسطة المحضر - وفقاً للمواد من ٦٥٣ إلى ٦٦٤ - ٢ من قانون المرافعات المدنية - توضع تحت تصرف المرسل إليه في خزانة إلكترونية «un coffre-fort électronique» تحت إشراف الغرفة الوطنية للمحضرين. ويتم إخطار المرسل إليه بتسليم الورقة في خزائنه الإلكترونية برسالة بريد إلكتروني un courrier électronique أو عن طريق خدمة الرسائل القصيرة SMS بواسطة المحضر، وذلك من خلال برنامج (منصة) مخصص للإعلان بالتبادل بالطريق الإلكتروني يسمى «SECURACT». ويقوم المرسل إليه بالدخول على خزائنه الإلكترونية عن طريق المصادقة على تسجيل دخول المستخدم (كلمة السر أو المرور)^(٣).

=نصها على النحو التالي:

(L'huissier de justice doit apposer sa signature électronique qualifiée sur les envois, remises et notifications énoncés à l'article 748-1 du code de procédure civile. L'intégrité de ces envois, remises et notifications doit être assurée lors de leur transmission).

(١) راجع: ما سبق دراسته حول RPVJ و RPVA. ما سبق بند ٢٧، ٢٨، ٦٠، ٦٣، ٦٩، ٧٢، ٧٦.

(٢) حول هذه الشروط التقنية، راجع: ما سبق، بند ٥٦ وما بعده.

(٣) راجع المادة الثامنة من قرار وزير العدل بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ المشار إليه والتي جاء نصها على النحو التالي:

(L'acte signifié par voie électronique par un huissier de justice selon les articles 653 à 664-1 du code de procédure=

ونلاحظ من خلال نصوص قرار وزير العدل الصادر في ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ أن نطاق تطبيقه تجاوز النطاق المحدد للإعلان؛ حيث أن نطاقه يتضمن - بالإضافة إلى الإعلان - كل من مراسلات وتسليمات أوراق المرافعات المشار إليها بالمادة ٧٤٨ - ١ من قانون المرافعات المدنية. ومن ثم، فإن الطريق التقني الذي عرضنا له بالنسبة للإعلان بالطريق الإلكتروني ينطبق على كافة المبادلات التي يمكن أن يقوم المحضر بإنجازها خلال الإجراءات القضائية.

١٥٨- (ب) إرسال إيصال استلام إلكتروني من قبل المرسل إليه:

يسمح إيصال الاستلام الإلكتروني *avis de réception électronique* الذي يصدر من المرسل إليه بضمان العلم الفعلي من قبل الأخير بما تم إرساله. ويتم وضع تاريخ وساعة هذا الإيصال بواسطة المحضر على أصل ورقة الإعلان وذلك عندما يصدر هذا الإيصال في ذات يوم الإعلان^(١)، وذلك لكي يمكن التحقق من تكييف الإعلان بأنه تم إلى

=civile est mis à la disposition du destinataire, après son scellement et signature par l'huissier de justice, dans un coffre-fort électronique placé sous la responsabilité de la Chambre nationale des huissiers de justice.

Le dépôt dans le coffre-fort électronique du destinataire s'effectue par liaison privée et sécurisée.

Le destinataire est averti de la remise de l'acte dans son coffre-fort électronique par le moyen d'un courrier électronique ou par un message (SMS) mis en forme et expédié par l'huissier de justice à travers une plate-forme dédiée à la signification par voie électronique (dénommée « SECURACT »).

Le destinataire accède à son coffre-fort électronique par une authentification sur le mode login/mot de passe).

(١) راجع الفقرة الأولى من المادة ٦٦٣ من قانون المرافعات المدنية (معدلة بالمادة الرابعة من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المتعلق بإعلان أوراق المحضرين بالطريق الإلكتروني وبالإعلانات الدولية) التي جاء نصها على النحو التالي:

(Les originaux des actes d'huissier de justice doivent porter mention des formalités et diligences auxquelles donne lieu l'application des dispositions de la présente section, avec l'indication de leurs dates. En cas de signification par voie électronique faite à personne, ils mentionnent les date et heure auxquelles le destinataire de l'acte en a pris connaissance).

شخص المعلن إليه^(١).

ومع ذلك، فعلى العكس من القواعد العامة للتبادل بالطريق الإلكتروني، فإن وجود إيصال الاستلام الإلكتروني في مجال الإعلان بالطريق الإلكتروني لا يعتبر شرطاً لصحة الإعلان^(٢)؛ حيث أن هذا الإيصال له هدف واحد يتمثل في تحديد الطبيعة القانونية للإعلان؛ أي التعرف على ما إذا كان الإعلان تم تسليمه إلى شخص المعلن إليه أو في موطنه. ففي الواقع، تنص الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٢ - ١ المستحدثة بالمادة الزابعة من مرسوم ١٥ مارس ٢٠١٢ على أن: (الإعلان بالطريق الإلكتروني هو إعلان يتم تسليمه إلى شخص المرسل إليه نفسه إذا كان الأخير قد علم بالورقة المعلنة في ذات يوم إرسالها. وفي الحالات الأخرى، فإن الإعلان يعبر إعلان تم تسليمه في الوطن)^(٣).

وقد يبدو من المستغرب أن عدم وجود إيصال الاستلام الإلكتروني المشار إليه لا يُعيب الورقة المعلنة إلكترونياً. ومع ذلك، فإن هذا الوضع يجد تبريره تماماً في القبول السابق الصادر من المرسل إليه، والذي إذا لم يهتم باستلام الورقة المعلنة إليه إلكترونياً، فإن ذلك لن يؤثر على القيمة القانونية للإعلان المرسل إليه على العنوان ووفقاً للإليات التي قام بتحديدتها أو وافق عليها؛ إذ أن اليقين القانوني يبرر أو يثبت أن قيمة

(١) راجع: الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٢ - ١ من قانون المرافعات المستحدثة بالمادة الثالثة من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليها لاحقاً.

(٢) حول إيصال الاستلام الإلكتروني وفقاً للقواعد العامة للتبادل بالطريق الإلكتروني، راجع: ما سبق، بند ٩١ وما بعده.

(٣) جاء نص الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٢ - ١ من قانون المرافعات المدنية (مستحدثة بالمادة الثالثة من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المتعلق بإعلان أوراق المحضرين بالطريق الإلكتروني وبالإعلانات الدولية) على النحو التالي:

(La signification par voie électronique est une signification faite à personne si le destinataire de l'acte en a pris connaissance le jour de la transmission de l'acte. Dans les autres cas, la signification est une signification faite à domicile et l'huissier de justice doit aviser l'intéressé de la signification, le premier jour ouvrable, par lettre simple mentionnant la délivrance de la signification par voie électronique ainsi que la nature de l'acte et le nom du requérant).

وفعالية الإعلان بالطريق الإلكتروني لا تتوقف على همة المرسل إليه، كما هو الحال بالنسبة لإعلان يتم على دعامة ورقية. ومع ذلك، فإن القرار التقني الصادر من وزير العدل في ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ لم يحدد الآليات التي وفقاً لها يصدر هذا الإعلان الإلكتروني من الوجه إليه الورقة المعلنة. وأخذاً في الاعتبار بالغرض من هذا الإيصال، فيبدو جوهرياً أن يتطابق هذا الإيصال مع العلم الفعلي بالورقة من قبل المرسل إليه، والذي ينتج من اطلاع المرسل إليه على الخزانة الإلكترونية « coffre-fort électronique »، الموضوع تحت تصرفه من قبيل الغرفة الوطنية للمحضرين^(١).

١٥٩- (ج) تاريخ الإعلان بالطريق الإلكتروني:

يكون الإعلان بالطريق الإلكتروني قد تم منذ إرساله إلى المرسل إليه؛ حيث أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٤ - ١ من قانون المرافعات المدنية تنص على أن (تاريخ وساعة الإعلان بالطرق الإلكترونية هما تاريخ وساعة إرسال ورقة الإعلان إلى المرسل إليه)^(٢). ويتعين أن يتم ذكر تاريخ وساعة الإعلان على ورقة الإعلان إعمالاً للمادة ٦٤٨ من قانون المرافعات المدنية^(٣). وفي هذا الشأن، فإن نظام الإعلان بالطريق الإلكتروني يكون متشابهاً مع نظام الإعلان على دعامة ورقية، والذي لا يعتمد تاريخه على همة الوجه إليه^(٤).

(١) راجع المادة الثامنة من قرار وزير العدل الصادر بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ المشار إليه
(٢) استحدثت المادة ٦٦٤ - ١ من قانون المرافعات المدنية بموجب المادة الخامسة من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه. وقد جاء نص الفقرة الثانية من المادة ٦٦٤ - ١ على النحو التالي:

(La date et l'heure de la signification par voie électronique sont celles de l'envoi de l'acte à son destinataire).

(٣) جاء نص المادة ٦٤٨ من قانون المرافعات المدنية التي تحدد البيانات التي ترد في أوراق المحضرين على النحو التالي:

(Tout acte d'huissier de justice indique, indépendamment des mentions prescrites par ailleurs:

1. Sa date ; 2.....; 3.....; 4.....

Ces mentions sont prescrites à peine de nullité).

(٤) راجع على سبيل المثال استرداد ورقة الإعلان إلى مكان عمل المحضر وذلك في حالة الإعلان عن طريق التسليم في مكان العمل. وفي هذا الشأن فقد جاء نص المادة ٦٥٦ من قانون=

يمكن أن يتاب المرء القلق حول الحفاظ على حقوق المرسل إليه، وذلك في ظل عدم وجود دليل على استلام الورقة، أي في حالة عدم وجود إيصال استلام إلكتروني. ومع ذلك، فعلى الرغم من أن الإعلان بالطريق الإلكتروني يعتبر قد تم منذ إرسال الورقة كما ذكرنا فيما سبق^(١)، فإن حقوق المرسل إليه ليست أقل حماية.

ولذلك فقد تدخل المشرع - كما سبق أن ذكرنا^(٢) - واستحدثت بالمادة الثالثة من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه مادة جديدة في قانون المرافعات المدنية برقم ٦٦٢ - ١. ووفقاً للفقرة الثالثة من تلك المادة، فإن الإعلان بالطريق الإلكتروني هو إعلان إلى شخص المعلن إليه، وذلك إذا كان المرسل إليه قد علم بالورقة المعلنة

=المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Si personne ne peut ou ne veut recevoir la copie de l'acte et s'il résulte des vérifications faites par l'huissier de justice, dont il sera fait mention dans l'acte de signification, que le destinataire demeure bien à l'adresse indiquée, la signification est faite à domicile. Dans ce cas, l'huissier de justice laisse au domicile ou à la résidence de celui-ci un avis de passage conforme aux prescriptions du dernier alinéa de l'article 655. Cet avis mentionne, en outre, que la copie de l'acte doit être retirée dans le plus bref délai à l'étude de l'huissier de justice, contre récépissé ou émargement, par l'intéressé ou par toute personne spécialement mandatée.

La copie de l'acte est conservée à l'étude pendant trois mois. Passé ce délai, l'huissier de justice en est déchargé.

L'huissier de justice peut, à la demande du destinataire, transmettre la copie de l'acte à une autre étude où celui-ci pourra le retirer dans les mêmes conditions).

- وراجع كذلك فإن الفقرة الأولى من المادة ٦٦٤ - ١ من ذات القانون المستحدثة بمرسوم ٢٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه على النحو التالي:

(La date de la signification d'un acte d'huissier de justice, sous réserve de l'article 647-1, est celle du jour où elle est faite à personne, à domicile, à résidence ou, dans le cas mentionné à l'article 659, celle de l'établissement du procès-verbal).

- راجع في ذلك:

MECARELLI G. et POISSON S.: La signification par voie électronique..., art. préc., p. 2536.

(١) راجع: ما سبق، بند ١٥٦ وما بعده.

(٢) راجع: ما سبق، بند ١٤٤، ١٥٥ وما بعده.

في يوم إرسالها. وفي غير هذه الحالة، وحماية لحقوق المرسل إليه الإعلان بالطريق الإلكتروني، فإن الفقرة الثالثة المشار إليها تضمنت أمرين:

من ناحية أولى، تكييف الإعلان بالطريق الإلكتروني - في غير الحالة السابقة - على أنه إعلان في موطن المعلن إليه à domicile. **ومن ناحية ثانية**، فقد أوجب المشرع على المحضر أن يقوم بإرسال خطاب عادي إلى صاحب الشأن، وذلك على الأكثر في أول يوم عمل بعد الإعلان، وأن يتضمن هذا الخطاب بيان تسليم الإعلان بالطريق الإلكتروني وكذلك طبيعة الورقة المعلنه واسم طالب الإعلان^(١). وهذا الإجراء الشكلي يتطابق مع ما هو منصوص عليه في المادة ٦٥٨ من قانون المرافعات المدنية فيما يتعلق بالإعلان بالطريق الورقي الذي يتم في الموطن أو إلى شخص معنوي^(٢). ويتم ذكر هذه الإجراءات على أصل ورقة الإعلان إعمالاً للمادة ٦٦٣ من ذات القانون.

١٦١- [٢] تطبيق القواعد العامة لكافة الإعلانات على الإعلان بالطريق الإلكتروني:

إن وضع نظام قانوني للإعلان بالطريق الإلكتروني لا يستبعد مع

(١) راجع الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٢ - ١ من قانون المرافعات المدنية (مستحدثة بالمادة الثالثة من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه) والتي جاء نصها على النحو التالي:

(La signification par voie électronique est une signification faite à personne si le destinataire de l'acte en a pris connaissance le jour de la transmission de l'acte. Dans les autres cas, la signification est une signification faite à domicile et l'huissier de justice doit aviser l'intéressé de la signification, le premier jour ouvrable, par lettre simple mentionnant la délivrance de la signification par voie électronique ainsi que la nature de l'acte et le nom du requérant).

(٢) جاء نص المادة ٦٥٨ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Dans tous les cas prévus aux articles 655 et 656, l'huissier de justice doit aviser l'intéressé de la signification, le jour même ou au plus tard le premier jour ouvrable, par lettre simple comportant les mêmes mentions que l'avis de passage et rappelant, si la copie de l'acte a été déposée en son étude, les dispositions du dernier alinéa de l'article 656. La lettre contient en outre une copie de l'acte de signification.

Il en est de même en cas de signification à domicile élu ou lorsque la signification est faite à une personne morale. Le cachet de l'huissier est apposé sur l'enveloppe).

ذلك تطبيق عدد من القواعد الواردة في النصوص التي تنظم الإعلان بصفة عامة، ومن أهم هذه القواعد ما يلي:

- ١- أن ورقة المحضرين يتعين أن يتم تحريرها وفقاً لنص المادة ٦٤٨ من قانون المرافعات المدنية^(١)، وأن صحتها تخضع لنظام بطلان أوراق المرافعات تطبيقاً للمادة ٦٤٩ من ذات القانون^(٢).
- ٢- أن الإعلان يمكن أن يتم إلى ممثل أحد الأطراف أمام القضاء (م ٦٥٢ مرافعات)^(٣)، وذلك باستثناء إعلان الأحكام القضائية التي يتعين أن يتم إلى الخصوم أنفسهم إعمالاً للمادة ٦٧٧ من ذات القانون^(٤).

(١) جاء نص المادة ٦٤٨ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

Tout acte d'huissier de justice indique, indépendamment des mentions prescrites par ailleurs :

1. Sa date ;
 2. a) Si le requérant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ;
b) Si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement.
 3. Les nom, prénoms, demeure et signature de l'huissier de justice ;
 4. Si l'acte doit être signifié, les nom et domicile du destinataire, ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social.
- Ces mentions sont prescrites à peine de nullité).

(٢) جاء نص المادة ٦٤٩ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(La nullité des actes d'huissier de justice est régie par les dispositions qui gouvernent la nullité des actes de procédure).

(٣) جاء نص المادة ٦٥٢ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Lorsqu'une partie a chargé une personne de la représenter en justice, les actes qui lui sont destinés sont notifiés à son représentant sous réserve des règles particulières à la notification des jugements).

(٤) جاء نص المادة ٦٧٧ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:

(Les jugements sont notifiés aux parties elles-mêmes.)

وراجع أيضاً في هذا الشأن المادة ٦٨٠ من ذات القانون المدنية بالمادة ٢١ من المرسوم رقم ٢٠١٢-٦٣٤ بتاريخ ٣ مايو ٢٠١٢ المتعلق بدمج وظائف المحامي avocet ووكيل الدعوى avoué أمام محاكم الاستئناف (Décret n° 2012-634 du 3 mai 2012) relatif à la fusion des professions d'avocat et d'avoué près les cours d'appel, JORF, n°0106, 5 mai 2012, p. 7969 وقد

جاء نص هذه المادة على النحو التالي:

(L'acte de notification d'un jugement à une partie doit indiquer de manière très apparente le délai d'opposition,=

٣- يتعين أن يتم الإعلان خلال الساعات وفي الأيام المنصوص عليها في المادة ٦٦٤ من قانون المرافعات المدنية؛ حيث لا يجوز إجراء الإعلان قبل الساعة السادسة صباحاً وبعد الساعة التاسعة مساءً، ولا في أيام الأحد والأجازات أو العطلات، ما لم يتم السماح بذلك بإذن من القاضي في حالة الضرورة^(١).

غير أن تطبيق هذه القاعدة على الإعلان بالطريق الإلكتروني يتطلب بعض التوضيح. ففي الواقع، فإن حظر القيام بالإعلان قبل السادسة صباحاً وبعد التاسعة مساءً، ولا في أيام الأحد وأيام الأجازات أو العطلات يرجع بصفة خاصة إلى الرغبة في تجنب الإعلانات المتطفلة 'significations intrusives'^(٢). وهذا ليس بالتأكيد حالة إرسال الإعلان بالطريق الإلكتروني، حيث يمكن أن يتم بعد الساعة التاسعة مساءً، على أنه لا يرتب آثاره إلا ابتداءً من الساعة السادسة من صباح اليوم التالي.

٤- أن الأتعاب التي يستحقها المحضر تكون متماثلة سواء تم الإعلان بالطريق الورقي أو بالطريق الإلكتروني، مع قيد وحيد يتمثل في أن مصاريف الانتقال في نطاق الإعلان بالطريق الإلكتروني تم استبدالها بمبلغ مقطوع إعمالاً للمادة ١٨ من المرسوم رقم ٩٦- ١٠٨٠ بتاريخ ١٢ ديسمبر ١٩٩٦ المعدل بالمرسوم رقم ٢٠١٢- ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس

=d'appel ou de pourvoi en cassation dans le cas où l'une de ces voies de recours est ouverte, ainsi que les modalités selon lesquelles le recours peut être exercé ; il indique, en outre, que l'auteur d'un recours abusif ou dilatoire peut être condamné à une amende civile et au paiement d'une indemnité à l'autre partie.

Lorsque le recours peut être formé sans le ministère d'un avocat et est assujéti à l'acquiescement de la contribution pour l'aide juridique, l'acte de notification rappelle cette exigence, ainsi que l'irrecevabilité encourue en cas de non-respect et les modalités selon lesquelles la partie non représentée doit justifier de cet acquiescement).

(١) جاء نص المادة ٦٦٤ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي :

(Aucune signification ne peut être faite avant six heures et après vingt et une heures, non plus que les dimanches, les jours fériés ou chômés, si ce n'est en vertu de la permission du juge en cas de nécessité).

LEIRIS E.: Communication électronique, art. : راجع في ذلك :
préc., n° 86.

٢٠١٢ المشار إليه^(١).

١٦٢- [٢] قواعد خاصة ببعض الإعلانات التي تتم بالطريق الإلكتروني:

باستثناء تعديلين متواضعين في مجال إعلان أوامر الأداء - سواء كنا في نطاق أمر الأداء العادي^(٢) أو أمر الأداء الصادر عمالاً للتوجيه الأوربي أو ما يسمى بـ "أمر الأداء الأوربي" L'injonction de payer européenne^(٣) - فإن الرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ الصادر بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ قد تضمن تعديلاً لبعض النصوص التي تتعلق على وجه الخصوص بالإجراءات المدنية للتنفيذ، والتي تؤكد على الأهمية الخاصة للإعلان بالطريق الإلكتروني في مجال التنفيذ^(٤).

(١) جاء نص المادة ١١٨ من المرسوم رقم ٩٦-١٠٨٠ بتاريخ ١٢ ديسمبر ١٩٩٦ المتعلق بتحديد أتعاب المحضرين في المواد المدنية والتجارية والمعدل بالمادة العاشرة من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ على النحو التالي:

(Il est alloué à chaque huissier de justice pour chaque acte signifié ou procès-verbal dressé par ses soins une indemnité pour frais de déplacement fixée forfaitairement à trente-deux fois la taxe kilométrique ferroviaire en première classe.

Toutefois, cette indemnité n'est pas due pour les significations d'avocat à avocat et pour les significations réalisées exclusivement par voie électronique. Dans ce dernier cas, il est dû une indemnité forfaitaire unique égale à quatre taux de base).

(٢) راجع المادة ١٤١٤ من قانون المرافعات المدنية المعدلة بالمادة ١١ من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Si la signification est faite à la personne du débiteur et à moins qu'elle ne soit effectuée par voie électronique, l'huissier de justice doit porter verbalement à la connaissance du débiteur les indications mentionnées à l'article 1413; l'accomplissement de cette formalité est mentionné dans l'acte de signification).

(٣) راجع المادة ١٤٢٤ - ٦ من قانون المرافعات المدنية المعدلة بالمادة ١١ من المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Si la signification est faite à la personne du défendeur et à moins qu'elle ne soit effectuée par voie électronique, l'huissier de justice doit porter verbalement à sa connaissance les informations qualifiées d'importantes par le formulaire d'injonction de payer européenne ainsi que les indications mentionnées à l'article 1424-5. L'accomplissement de cette formalité est mentionné dans l'acte de signification).

(٤) راجع في ذلك:

CROZE H.: Les huissiers de justice rêvent-ils de saisies=

ونشير إلى وجود سابقة تشريعية في هذا الشأن، وذلك في مجال المعارضة الإدارية *opposition administrative*. وقد تمثلت في أن وزارة الخزانة يمكنها أن تُعلن الغير واضح اليد (الحائز) بالطريق الإلكتروني، وذلك إعمالاً للبند الثاني من المادة ٦ - ١ من المرسوم رقم ٦٤ - ١٣٣٣ بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٦٤ المتعلق بتحصيل الغرامات والإدانات المالية بواسطة المحاسبة المباشرة للخزانة^(١) والمعدل بالمرسوم رقم ٢٠٠٧ - ١٥٢٨ بتاريخ ٢٤ أكتوبر ٢٠٠٧^(٢).

وقد كان هذا النص ملهمًا لوضع المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ الصادر بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه؛ حيث أجري هذا المرسوم تعديلاً يتعلق بالحجز الاستحقاق *la saisie-attribution* والحجز التحفظي *la saisie conservatoire de créance*.

=électroniques, Procédures, n° 7, juillet 2012, Repère 7.

(١) راجع المرسوم المتعلق بتحصيل الغرامات والإدانات المالية بواسطة المحاسبة المباشرة للخزانة. Décret n°64-1333 du 22 décembre 1964 relatif au recouvrement des amendes et condamnations pécuniaires par les comptables directs du Trésor, JORF, 29 décembre 1964, p. 11794.

(٢) راجع في ذلك:

Décret n°2007-1528 du 24 octobre 2007 relatif au recouvrement des amendes et condamnations pécuniaires par les comptables directs du Trésor et modifiant le décret n° 64-1333 du 22 décembre 1964, JORF, n°249, 26 octobre 2007, p. 17556.

- وقد جاء نص البند الثاني من المادة ٦ - ١ المشار إليها بعد تعديلها على النحو التالي:

(II. Le Trésor public notifie l'opposition administrative au redevable en même temps qu'elle est adressée au tiers détenteur. Cette notification reproduit, à peine de nullité, les dispositions du II de l'article 128 de la loi du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004.

Le Trésor public peut notifier l'opposition administrative au tiers détenteur, par voie électronique, sous réserve de son accord préalable. Cet envoi fait l'objet d'un avis électronique de réception adressé par son destinataire, qui indique la date et l'heure de celle-ci. Les procédés techniques utilisés pour cet envoi doivent garantir la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégralité des documents adressés, la sécurité et la confidentialité des échanges, la conservation des transmissions opérées, et permettre d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire).

ووفقاً لهذين النوعين من الحجز يكون الغير المحجوز لديه ملتزماً بأن يقدم فوراً sur-le-champ المعلومات المفيدة والمتعلقة بالأموال المحجوز عليها. وقد كان ذلك منظماً بالمادة ٥٩ من المرسوم رقم ٩٢-٧٥٥ بتاريخ ٣١ يوليو ١٩٩٢^(١) التي حلت محلها المادة R.211-4 من المرسوم رقم ٢٠١٢-٧٨٣ بتاريخ ٣٠ مايو ٢٠١٢ والمتعلق بالجزء اللاتحي من قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ code des procédures civiles d'exécution والذي ألغى مرسوم ٣١ يوليو ١٩٩٢^{(٢)(٣)}.

(١) راجع المرسوم رقم ٩٢-٧٥٥ بتاريخ ٣١ يوليو ١٩٩٢ المنشئ للقواعد الجديدة المتعلقة بالإجراءات المدنية للتنفيذ لتطبيق القانون رقم ٩١-٦٥٠ الصادر في ٩ يوليو ١٩٩١ المتضمن إعادة صياغة الإجراءات المدنية للتنفيذ (Décret n°92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution,

- وقد كانت المادة ٥٩ من هذا المرسوم تنص على أن:

(Le tiers saisi est tenu de fournir sur-le-champ à l'huissier de justice les renseignements prévus à l'article 44 de la loi du 9 juillet 1991 et de lui communiquer les pièces justificatives.

Il en est fait mention dans l'acte de saisie).

(٢) راجع المرسوم رقم ٢٠١٢-٧٨٣ بتاريخ ٣٠ مايو ٢٠١٢ والمتعلق بالجزء اللاتحي من قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ (Décret n° 2012-783 du 30 mai 2012 relatif à la partie réglementaire du code des procédures civiles d'exécution, JORF, n°0125, 31 mai 2012, p. 9375

- وقد جاء نص الفقرات الثلاثة الأولى من المادة R.211-4 من قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ المستحدثة بالمادة ١٣ من مرسوم ٣٠ مايو ٢٠١٢ المشار إليه على النحو التالي:

(Le tiers saisi est tenu de fournir sur-le-champ à l'huissier de justice les renseignements prévus à l'article L. 211-3 et de lui communiquer les pièces justificatives.

Il en est fait mention dans l'acte de saisie.

Par dérogation au premier alinéa, lorsque la saisie est pratiquée entre les mains d'un comptable public, celui-ci dispose d'un délai de vingt-quatre heures pour fournir à l'huissier de justice les renseignements prévus à l'article L. 211-3 et lui communiquer les pièces justificatives):

(٣) نشير في هذا الشأن إلى أنه أصبح يوجد في فرنسا حالياً قانون مستقل للتنفيذ الجبري code des procédures civiles d'exécution يتضمن شقيق أحدهما تشريعي (المواد L.11-1 إلى L.651-1) والآخر لاتحي (المواد من R.122-1 إلى R.651-1):

- وقد تكفل الأمر رقم ٢٠١١-١٨٩٥ الصادر بتاريخ ١٩ ديسمبر ٢٠١١ بتنظيم الجانب التشريعي والذي ألغى بموجب المادة الرابعة منه القانون رقم ٩١-٦٥٠ بتاريخ ٩ يوليو ١٩٩١ المتعلق بإعادة صياغة الإجراءات المدنية للتنفيذ (Ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative=

والفورية التي يؤكد عليها تعبير *sur-le-champ* تجدد تبريرها في المبدأ الذي وفقاً له أن الإعلان يتم إلى شخص المعلن إليه *personne* □، وهذا ما يسمح بإنشاء حوار بين المحضر والغير المحجوز لديه. ومع ذلك، فإن هذا الحوار وتلك الفورية في الاستجابة يكونا مستبعدين من الحدوث عندما لا يتم الإعلان إلى الشخص نفسه، وبصفة خاصة في خارج ساعات عمل المؤسسات البنكية، وقد أجاز القضاء إذاً رد متأخر قليلاً^(١). ومع ذلك، فإن المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ قد نص على نظام خاص، تم تبنيه في المرسوم ٢٠١٢ - ٧٨٣ رقم ٣٠ مايو ٢٠١٢ المتعلق بالجزء اللائحي من قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ، والذي حدد النتائج المترتبة على هذا الغياب للحوار في حالة إعلان الحجز بالطريق الإلكتروني، وذلك بأن نص في الفقرة الرابعة من المادة R. 211.4 من قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ المستحدثة بالمادة ١٣ من مرسوم ٣٠ مايو ٢٠١٢ على أن (يلتزم الغير المحجوز لديه بأن يخطر المحضر بالمعلومات والمستندات الداعمة المشار إليها في الفقرة الأولى خلال موعد لا يتجاوز أول يوم عمل بعد الإعلان، وذلك بالطريق الإلكتروني، مع مراعاة أحكام المادة ٧٤٨ - ٧ من قانون المرافعات المدنية)^(٢). وإعمالاً لهذا النص، فيتعين على الغير المحجوز لديه أن يقوم

=du code des procédures civiles d'exécution, JORF, (n°0294, 20 décembre 2011, p. 21464

- أما الجزء اللائحي فقد تكفل بتنظيمه المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٧٨٣ الصادر بتاريخ ٣٠ مايو ٢٠١٢ والذي ألغى بموجب المادة التاسعة منه المرسوم رقم ٩٢ - ٧٥٥ بتاريخ ٣١ يوليو ١٩٩٢ (Décret n° 2012-783 du 30 mai 2012 relatif à la partie réglementaire du code des procédures civiles d'exécution, JORF, n°0125, 31 mai 2012, p. 9375

- راجع في ذلك:

DARGENT L.: Le code des procédures civiles d'exécution est né, D., actualité, 1 juin 2012.

(١) راجع في ذلك:

GUINCHARD S. et MOUSSA T. (dir.): *Dalloz Action: Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz, 2010-2011, n° 821, p. 103. □

(٢) جاء نص المادة R. 211-4 من قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ المستحدثة بالمادة ١٣ من مرسوم ٣٠ مايو ٢٠١٢ على النحو التالي:

بالإخطار المشار إليه بالطريق الإلكتروني. وفضلاً عن ذلك، فإن المادة ٧٤٨-٧ من قانون المرافعات المدنية أصبحت تنطبق على هذا الإخطار بالطريق الإلكتروني، وبموجب أن ميعاد هذا الرد من قبل الغير يكون قابلاً لأن يمتد، وذلك عندما يتعذر على الغير الإرسال بسبب أجنبي عنه^(١).
وأخيراً نشير إلى وجود نصل مماثل تم النص عليه بالنسبة للإخطار من قبل المؤسسة البنكية (الغير المحجوز لديها) لبيان العمليات الجارية يوم الحجز في حالة انخفاض الرصيد المحجوز عليه^(٢).

=(Si l'acte de saisie est signifié par voie électronique, le tiers saisi est tenu de communiquer à l'huissier de justice les renseignements et pièces justificatives mentionnés au premier alinéa au plus tard le premier jour ouvré suivant la signification, par voie électronique, sous réserve des dispositions prévues à l'article 748-7 du code de procédure civile).

- وهو ذات النص الذي ورد في المادة ١٤ من المرسوم رقم ٢٠١٢-٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المشار إليه والتي كانت تنص على تعديل المادة ٥٩ من رقم ٩٢-٧٥٥ بتاريخ ٣١ يوليو ١٩٩٢ والتي أعاد النص عليها مرسوم ٣٠ مايو ٢٠١٢ المشار إليه وأصبحت حالياً R. 211-4 من قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ. وقد جاء نص المادة ١٤ من مرسوم ١٥ مارس ٢٠١٢ على النحو التالي:

L'article 59 est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Si l'acte de saisie est signifié par voie électronique, le tiers saisi est tenu de communiquer à l'huissier de justice les renseignements et pièces justificatives mentionnés au premier alinéa au plus tard le premier jour ouvré suivant la signification, par voie électronique, sous réserve des dispositions prévues à l'article 748-7 du code de procédure civile ».

(١) حول مسألة امتداد الميعاد إعمالاً للمادة ٧٤٨-٧ من قانون المرافعات المدنية، راجع: ما سبق، بند ١٠٢ وما بعده.

(٢) راجع المادة R. 162-1 من قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ المستحدثة بالمادة ١٣ من مرسوم ٣٠ مايو ٢٠١٢ المشار إليه. وقد جاء نص هذه المادة على النحو التالي:

(Pour l'application de l'article L. 162-1, en cas de diminution des sommes rendues indisponibles, l'établissement doit fournir un relevé de toutes les opérations qui ont affecté les comptes depuis le jour de la saisie inclusivement.

Ce relevé d'opérations est communiqué par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au créancier saisissant au plus tard huit jours après l'expiration du délai de contre-passation.

Sous réserve des dispositions de l'article 748-7 du code de procédure civile, si l'acte de saisie est signifié par voie électronique, le tiers saisi communique le relevé par voie électronique dans ce même délai).

وقد حددت المادة العاشرة من القرار التقني الصادر من وزير العدل بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠١٢^(١) أن المعلومات والمستندات الداعمة المقدمة بواسطة الغير المحجوز لديه إعمالاً للمادة ٥٩ من المرسوم رقم ٩٢ - ٧٥٥ بتاريخ ٣١ يوليو ١٩٩٢ والتي أصبحت R. 211-4 من قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ يتم إرسالها إلى المحضر بالطريق الإلكتروني وذلك من خلال تطبيق أو "سطح بيني" interface موضوع تحت تصرفه بواسطة الغرفة الوطنية للمحضرين^(٢).

المطلب الثاني

إعلان الأوراق بين المحامين بالطريق الإلكتروني

١٦٣ - إذا كان المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ والقرار التقني الصادر من وزير العدل بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ المشار إليهما قد تضمنتا تنظيمًا لإعلان أوراق المحضرين بالطريق الإلكتروني، فإن القرار التقني قد أفرد نصوصًا خاصة لإعلان الأوراق بين المحامين بواسطة محضري الجلسات (م ٦٧١ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية)^(٣). وستناول في هذا الشأن نطاق تطبيق نظام الإعلان بالطريق الإلكتروني للأوراق بين المحامين (أولاً)، واختصاص محضري الجلسات في هذا الشأن (ثانيًا)، فضلاً عن الآليات التي يتم بها هذا الإعلان بالطريق الإلكتروني (ثالثًا).

(١) وهو القرار المتعلق بتطبيق نصوص الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية (أي النصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني) على المحضرين. راجع: JORF, n°0202, 31 août 2012, p. 14049

(٢) وجاء نص المادة ١٠ المشار إليها على النحو التالي:

(Les renseignements et pièces justificatives fournis par le tiers saisi en vertu d'un acte signifié par voie électronique selon l'article 59 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 susvisé sont adressés à l'huissier de justice par voie électronique par une interface mise à sa disposition par la Chambre nationale des huissiers de justice).

(٣) راجع حول هذا الموضوع:

- BOURDILLAT J.-J.: La signification des actes entre avocats a-t-elle encore une signification? D., 1999, p. 658.
- LEBORGNE A.: Actes de procédure (section 2: Notification entre avocats et avoués), Rép. pr. civ. Dalloz, mars 2012.

١٦٤ - أولاً: نطاق تطبيق إعلان الأوراق بين المحامين بالطريق الإلكتروني: .
إعمالاً للمادة ٦٧١ من قانون المرافعات المدنية، لا يخضع إعلان الأوراق بين المحامين والتي يُطلق عليها "acte du palais" لنظام الإعلان وفقاً للقواعد العامة؛ حيث يتم إعلانها إما بواسطة المحضرين أو عن طريق الإعلان المباشر بين المحامين^(١). ومع ذلك، فإن عدم مادية هذا الإعلان أصبحت ممكنة بواسطة المادة ٧٤٨ - ١ من قانون المرافعات المدنية التي تشمل في الواقع كافة أوراق المرافعات^(٢). فالإعلان الإلكتروني لأوراق المرافعات بين المحامين "acte du palais" تم تنفيذه في البداية أمام محكمة النقض بواسطة قرار وزير العدل بتاريخ ١٧ يونيو ٢٠٠٨ المتضمن التطبيق المبكر للنصوص المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني بالنسبة للإجراءات أمام محكمة النقض^(٣).

وقد جاءت المادة التاسعة من قرار وزير العدل بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ المتعلق بتطبيق نصوص التبادل بالطريق الإلكتروني على المحضرين أيضاً ليُجعل من الممكن إعلان أوراق المرافعات بين المحامين بالطريق الإلكتروني وذلك أمام المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف والمحكمة التجارية^(٤).

(١) جاء نص المادة ٦٧١ من قانون المرافعات المدنية على النحو التالي:
(Les dispositions des sections I et II ne sont pas applicables à la notification des actes entre avocats. Celle-ci se fait par signification ou par notification directe).

- وحول مصطلح "acte du palais"، راجع: ما سبق، بند ٩٢، ٩٥، ١٤١.

(٢) راجع: ما سبق، بند ١٢ وما بعده.

(٣) راجع: ما سبق، بند ١٤١.

(٤) راجع في ذلك:

TEBOUL: Obs. Sous Arrêté du 28 août 2012 portant application des dispositions du titre XXI du livre 1er du code de procédure civile aux huissiers de justice, JCP, éd. G, 2012, Zomm, p. 955.

- وقد أشار المؤلف إلى أن التطبيق أمام المحكمة التجارية يستتج من إشارة المادة التاسعة من قرار ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ إلى المادة ٨٦١ - ١ من قانون المرافعات المدنية. وهذا ما يمكن استنتاجه من الفقرة الثانية من المادة التاسعة المشار إليها والتي جاء نصها على النحو التالي:
(Pour l'application de l'article 861-1 du code de procédure civile, les avocats chargés de la représentation des parties devant le tribunal de commerce procèdent selon les mêmes modalités techniques afin de permettre aux huissiers de=

ونشير إلى أنه في حالة عدم وجود تمثيل postulation أمام المحكمة التجارية، فإن الإعلان بالطريق الإلكتروني يكون له أهمية خاصة، وذلك في الحالة التي يكون فيها المحامي تم توكيله من خارج دائرة اختصاص المحكمة: حيث يمكن أن يتم الإعلان بين المحامين دون حاجة إلى الذهاب إلى هذه المحكمة.

وأخيراً، لا يوجد نص يوسع من نطاق تطبيق هذا الإعلان بالطريق الإلكتروني على المحاكم الأخرى التي لا يسري التمثيل أمامها. من ذلك - على سبيل المثال - أن الإعلانات بين المحامين المتعلقة بمخضومة تخضع لاختصاص محكمة جزئية تظل تخضع لنظام الإعلان بالطريق الورقي.

١٦٥- ثانياً: اختصاص محضر الجلسة بإعلان الأوراق بين المحامين بالطريق الإلكتروني:

وفقاً للفقرة الأولى من المادة التاسعة من قرار وزير العدل بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ المشار إليه، فإن محضر الجلسة المختص بإجراء الإعلان بالطريق الإلكتروني لورقة ما بين المحامين "acte du palais" يتم تعيينه طبقاً للمادة ١٢ من المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦^(١).

=justice audienciers d'accomplir les actes mentionnés à l'article 672 du code de procédure civile).

(١) راجع الشطر الأول من الفقرة الأولى من المادة التاسعة من مرسوم ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢ المشار إليه والتي جاء نصها على النحو التالي:

(Pour permettre aux huissiers audienciers, désignés conformément à l'article 12 du décret n° 56-222 du 29 février 1956, d'accomplir les actes mentionnés à l'article 672 du code de procédure civile par voie électronique,.....).

- وراجع أيضاً: المرسوم رقم ٥٦ - ٢٢٢ بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٥٦ المتعلق بأحكام المحضرين والصادر تطبيقاً للأمر الصادر بتاريخ ٢ نوفمبر ١٩٤٥ المتعلق بأحكام المحضرين. وقد جاء نص المادة ١٢ من هذا المرسوم المعدلة بالمادة الرابعة من المرسوم رقم ٢٠٠٧ - ١٣٩٧ بتاريخ ٢٧ سبتمبر ٢٠٠٧ على النحو التالي:

(Les cours d'appel et les tribunaux de grande instance choisissent leurs huissiers audienciers parmi les huissiers de justice en résidence à leur siège.

Chaque année, dans la première quinzaine qui suit la rentrée judiciaire, ces juridictions fixent, après avoir consulté les intéressés, l'ordre de service desdits huissiers audienciers.

Les tribunaux d'instance choisissent dans les mêmes conditions leurs huissiers audienciers parmi les huissiers=

وعلى غرار النصوص التي تنظم الإعلان الإلكتروني العام، فإن هذه الإجابة يمكن فهمها بأنها تُقصر على محضري الجلسات - الذين يعملون بمحكمة ما - الاختصاص بإنجاز الإعلان بالطريق الإلكتروني لأوراق المرافعات المتعلقة بخصومة تخضع لاختصاص تلك المحكمة. من ذلك على سبيل المثال، عندما يكون الإعلان الإلكتروني لورقة ما بين اثنين من المحامين متممين إلى ذات نقابة المحامين يتم إنجازه في إطار استئناف، فإن محضري الجلسات في محكمة الاستئناف يظهرون وحدهم كمختصين لإتمام هذا الإعلان بالطريق الإلكتروني؛ أي يستثنى محضري جلسات المحكمة الابتدائية التي يقع في نطاق اختصاصها هذين المحامين.

١٦٦- ثانياً: آليات إعلان الأوراق بين المحامين بالطريق الإلكتروني:

وفقاً للفقرة الأولى من المادة التاسعة من قرار وزير العدل الصادر في ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ المشار إليه، فإن المحامين في نطاق اختصاص المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف أو هؤلاء المكلفون بتمثيل الخصوم أمام المحكمة التجارية يضعون الورقة التي يرغبون في إعلانها على بوابة

=de justice établis dans le ressort du tribunal de grande instance dont ils dépendent ; les officiers ministériels ainsi désignés sont tenus de faire le service des audiences et d'assister le tribunal toutes les fois qu'ils en sont requis).

- ونشير في هذا الشأن إلى أن المادة ١١ من ذات المرسوم والمعدلة بالمادة ١٩ من المرسوم رقم ٢٠١٢-٦٣٤ بتاريخ ٣ مايو ٢٠١٢ والمتعلق بدمج وظائف المحامي avocat ووكيل الدعوى avoué قد حددت اختصاصات محضري الجلسات في المواد المدنية والجنائية، ومن بين أهمها إجراء الإعلانات بين المحامين؛ حيث جاء نصها على النحو التالي:

(Les huissiers-audienciers ont pour fonctions :

1° En matière pénale, d'assister aux audiences solennelles et aux audiences des cours d'assises ; s'agissant des autres audiences publiques, à l'exclusion de celles de la juridiction de proximité et à titre exceptionnel en ce qui concerne les audiences de la chambre des appels correctionnels, de faire l'appel des causes et, lorsque le président estime que le déroulement des débats le justifie, de maintenir l'ordre sous son autorité.

En matière civile, d'assister aux audiences solennelles, de faire l'appel des causes et, à titre exceptionnel, de maintenir l'ordre sous l'autorité du président ;

2° De signifier les actes d'avocat à avocat ;

Ils se partagent par parts égales les émoluments des appels de causes et des significations d'avocat à avocat).

الإلكترونية un portail électronique توضع تحت تصرفهم بواسطة (أو توفرها لهم) الغرفة الوطنية للمحضرين^(١). ومن ثم، فإن هذا الإعلان بالطريق الإلكتروني يكون مقصوراً فقط على المحامين الذين يطلبونه؛ أي لا يجوز للأطراف غير الممثلين بمحاميين ممارسة هذا النوع من الإعلان بالطريق الإلكتروني، وإنما يتعين عليهم الاستمرار بممارسة هذه الإعلانات بالطريق الورقي كما أجازته محكمة النقض^(٢).

وعلى الرغم من أن القرار التقني الصادر من وزير العدل بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ المشار إليه لم يحدد الآليات التي يتم بها إثبات هذا الإعلان، فإنه تطبيقاً للمادة ٧٤٨ - ٣ من قانون المرافعات المدنية، فإن هذا الإيداع للإعلان من قبل المحامين على البوابة الإلكترونية المشار إليها يتعين أن يؤكد إيصال استلام إلكتروني، ويحل هذا الإيصال - في الواقع - محل ختم وتوقيع محضر الجلسة، الذي يوضع في العادة على الورقة المعلنة - إعمالاً للمادة ٦٧٢ من ذات القانون - بهدف إثبات إعلانها^(٣).

(١) راجع الشرط الأخير من الفقرة الأولى من المادة التاسعة من قرار ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢ والتي جاء نصها على النحو التالي:

(....., les avocats dans le ressort du tribunal de grande instance ou de la cour d'appel déposent leurs actes aux fins de transmission à travers un portail dédié mis à leur disposition par la Chambre nationale des huissiers de justice).

(٢) راجع في ذلك:

(Lorsque la représentation est obligatoire, la formalité de l'article 678 du nouveau Code de procédure civile, prévoyant la notification préalable de la décision à l'avocat du destinataire de la signification à partie, doit être accomplie pour la signification d'un arrêt de cassation dès lors que le destinataire de cette signification était représenté devant la Cour de Cassation ; il n'importe que celui qui notifie l'arrêt n'y ait pas lui-même été représenté, la notification à avocat pouvant être faite par huissier de justice comme l'indique l'article 672 du nouveau Code de procédure civile et non pas uniquement par remise entre avocats.....). Cass. civ. 2e, 13 janvier 1988, no 86-16.636, Bull. Civ., II, no 17, p. 9.

(٣) راجع المادة ٦٧٢ من قانون المرافعات المدنية التي جاء نصها على النحو التالي:

(La signification est constatée par l'apposition du cachet et de la signature de l'huissier de justice sur l'acte et sa copie avec l'indication de la date et du nom de l'avocat destinataire).

وبعد قيام المحامون بهذا الإيداع، يقوم محضري الجلسات - إعمالاً للفقرة الثالثة من المادة التاسعة من ذات القرار المشار إليه - بإرسال هذه الأوراق إلى المحامين المرسل إليهم وإلى أقلام كتاب المحاكم، وذلك وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة الثامنة من ذات القرار^(١).

وأخيراً، إذا كانت إجراءات إرسال ذلك الإعلان المنصوص عليها في المادة الثامنة المشار إليها مماثلة لتلك المتعلقة بالإعلان الإلكتروني العام، فإنه يوجد مع ذلك اختلاف قانوني بين هذين الطريقتين من طرق الإعلان. ففي الواقع، فإن الإعلان بالطريق الإلكتروني للأوراق بين المحامين "acte du palais" سيكون قد تم عند إرسال إيصال الاستلام الإلكتروني بواسطة محضر الجلسة عند إيداع الورقة من قبل المحامي الذي قام بها، بغض النظر عن التاريخ الذي سيتم فيه وضع الورقة من قبل محضر الجلسة في الخزانة الإلكترونية "coffre-fort électronique" للمحامي المرسل إليه، وسواء تم الإطلاع عليه أم لا من قبل من تم وضع الورقة في خزانه الإلكترونية^(٢).

(١) جاء نص الفقرة الثالثة من المادة التاسعة المشار إليها على النحو التالي:

(Les huissiers de justice audienciers transmettent ces actes aux avocats destinataires et aux greffes des juridictions selon la procédure indiquée à l'article 8).

ومن الجدير بالذكر أن المادة الثامنة من قرار ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢ المشار إليه تنص على أن:

(L'acte signifié par voie électronique par un huissier de justice selon les articles 653 à 664-1 du code de procédure civile est mis à la disposition du destinataire, après son scellement et signature par l'huissier de justice, dans un coffre-fort électronique placé sous la responsabilité de la Chambre nationale des huissiers de justice.

Le dépôt dans le coffre-fort électronique du destinataire s'effectue par liaison privée et sécurisée.

Le destinataire est averti de la remise de l'acte dans son coffre-fort électronique par le moyen d'un courrier électronique ou par un message (SMS) mis en forme et expédié par l'huissier de justice à travers une plate-forme dédiée à la signification par voie électronique (dénommée « SECURACT »).

Le destinataire accède à son coffre-fort électronique par une authentification sur le mode login/mot de passé).

(٢) ونشير في هذا الشأن إلى أن الفقرة الرابعة من المادة التاسعة من قرار وزير العدل بتاريخ ٢٨ ديسمبر ٢٠١٢ المشار إليه جاء على النحو التالي:

(Les avocats destinataires ainsi que les greffes des juridictions accèdent à leurs coffres-forts électroniques=

الخاتمة

١٦٧- بعد دراسة النظام القانوني لتبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني وفقاً لقانون المرافعات الفرنسي يمكن استخلاص النتائج التالية:

[١] تعتبر فرنسا من الدول التي بذلت مساعي ملحوظة في سبيل استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مجال عمل المحاكم. وقد تبلورت هذه المساعي في وضع سلسلة من التشريعات استهدفت في مجملها وضع نظام قانوني وتقني لتبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني. وقد وضع المشرع الفرنسي أولى لبنات نظام تبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني في عام ٢٠٠٥. ثم تسارعت التعديلات التشريعية إلى أن أصبح نظام التبادل بالطريق الإلكتروني مستخدماً أمام جميع المحاكم تقريباً، بل أن المشرع قد جعله وجوبياً في بعض الحالات. وقد تجلّى قمة اهتمام المشرع بنظام تبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني في عام ٢٠١٢ بأن نص على تطبيق هذا النظام على أوراق المحضرين، وبصفة خاصة الإعلان بالطريق الإلكتروني. وأخيراً فقد تمثلت أحدث التعديلات التشريعية في عام ٢٠١٣ بصدور قرار وزير العدل بتاريخ ٢١ يونيو ٢٠١٣ المتعلق بتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني بين المحامين وكذلك بين المحامين والمحكمة في نطاق الإجراءات أمام المحاكم التجارية.

[٢] حدد المشرع الفرنسي نطاق تطبيق تبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني؛ إذ أنه حصر - من ناحية أولى - آليات التبادل التي يمكن أن تتم على دعامة إلكترونية، وبالتالي تدخل في نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني، وهي: المراسلات والتسليمات والإعلانات. كما أن التبادل بالطريق الإلكتروني يتعلق بكافة أوراق المرافعات. ومن ناحية ثانية، لم يقصر المشرع نطاق تطبيقه على أشخاص محددين؛ إذ أن التبادل بالطريق الإلكتروني يتعلق بكافة الأشخاص المباشرين للإجراءات. ومن ناحية ثالثة وأخيرة، فعلى الرغم من أن المشرع الفرنسي قد أدخل نظام

=par une authentification par login/mot de passe ou par certificat d'authentification).

التبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات المدنية في عام ٢٠٠٥، فإن هذا النظام لم يدخل حيز التطبيق إلا في عام ٢٠٠٩، كما أنه لم ينص على تطبيقه أمام كافة المحاكم على دفعة واحدة، وإنما تم ذلك على مراحل زمنية متتابعة.

[٣] على العكس من تبادل الأوراق المنشأة على دعامة ورقية، فإن تبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني يتطلب في مرحلة سابقة مجموعة من القواعد التقنية، يتم بموجبها ضمان تحقيق الإشتراطات التقنية التي تحددها القرارات التقنية التي يصدرها وزير العدل. ويتأمل هذه القرارات يمكن أن نستنتج أمرين: الأول: أن الإشتراط المتعلق بالدقة في تحديد شخصية أو هوية أطراف التبادل بالطريق الإلكتروني له أهمية خاصة؛ إذ أن المشرع الفرنسي جعله بمثابة توقيع إلكتروني للأوراق التي يتم تبادلها. والثاني: أن المشرع استهدف بالإشتراطات التقنية الأخرى تحقيق التكافؤ بين إرسال الورقة المنشأة على دعامة ورقية وتلك المنشأة على دعامة إلكترونية، وهي: تأمين وسرية المبادلات من ناحية أولى، وسلامة وإكمال الوثائق المتبادلة من ناحية ثانية، وحفظ المبادلات التي تتم من ناحية ثالثة، وتحديد تاريخ الإرسال والاستلام على وجه الدقة من ناحية رابعة وأخيرة.

[٤] عندما بدأ المشرع الفرنسي في تنظيم التبادل بالطريق الإلكتروني فقد وضع النصوص التي تنظمه في الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من قانون المرافعات المتضمن للقواعد العامة التي تنطبق أمام كافة المحاكم، وهي المواد من ٧٤٨ - ١ إلى ٧٤٨ - ٧. ومن ثم، تعبر تلك النصوص عن القواعد العامة التي تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني أمام كافة المحاكم، وبالنسبة لكافة الأوراق التي يتم تبادلها. وتمثل هذه القواعد العامة - من ناحية أولى - في أن استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني يتوقف على الموافقة الصريحة من المرسل إليه. ومن ناحية ثانية: يُنتج التبادل بالطريق الإلكتروني بطريقة أوتوماتيكية إيصال استلام إلكتروني يُوجه من المرسل إليه إلى مرسل الورقة، بحيث يحل هذا الإيصال محل

الشكليات المرتبطة باستلامه الورقة في شكلها التقليدي. ومن ناحية ثالثة: يترتب على التخلي عن الطريق الورقي أو الدعامة الورقية واستخدام التبادل بالطريق الإلكتروني أو الدعامة الإلكترونية وضع أحكام قانونية تعالج ذلك، سواء فيما يتعلق بالإعفاء من بعض الشكليات الخاصة بالطريق الورقي، أو بتكوين أدلة الإثبات، أو بإعادة التجسيد المادي للأوراق المنشأة على دعامة إلكترونية بمناسبة التبادل بالطريق الإلكتروني. ومن ناحية رابعة وأخيرة: قد يحدث أثناء التبادل بالطريق الإلكتروني خلل ما يترتب عليه عدم إمكانية إرسال الورقة إلكترونياً في الموعد المحدد، وذلك بسبب أجنبي عن المرسل، وهذا ما استدعى تدخل المشرع لمعالجة آثار هذا الخلل. وذلك بتمديد الموعد المحدد لإنجاز الورقة.

[5] يتم إكمال القواعد العامة للتبادل بالطريق الإلكتروني المشار إليها بواسطة مجموعة من القواعد الخاصة ببعض المحاكم. ويمكن استنتاج هذه القواعد من القرارات التقنية التي تنظم بعض التبادلات بالطريق الإلكتروني، أو من بعض النصوص الخاصة في قانون المرافعات المدنية والتي تتعلق بإجراءات الاستئناف مع التمثيل الإلزامي؛ حيث تضمنت القرارات التقنية الصادرة من وزير العدل لتنظيم التبادل بالطريق الإلكتروني قواعد خاصة لهذا التبادل بالنسبة لكل محكمة من المحاكم، سواء أمام المحاكم الابتدائية أو المحاكم التجارية أو محاكم الاستئناف أو محكمة النقض.

[6] أجاز المشرع إجراء الإعلان بالطريق الإلكتروني منذ الأول من يناير ٢٠٠٩، وذلك بالمادة ٧٤٨-١ من قانون المرافعات المدنية. ومع ذلك، فباستثناء الإعلانات الإلكترونية التي تتم بواسطة المحضرين في نطاق الإجراءات أمام محكمة النقض، فإن إمكانية اللجوء للإعلان بالطريق الإلكتروني ظلت حبراً على ورق؛ نظراً لعدم وجود قرار تقني من وزير العدل ينظم هذا الطريق من طرق الإعلان. وقد جاء المرسوم رقم ٢٠١٢-٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المتعلق بإعلان أوراق المحضرين بالطريق الإلكتروني وبالإعلانات الدولية ليعالج هذا النقص، وذلك بأن

نظم بطريقة شاملة الإعلان بالطريق الإلكتروني لأوراق المحضرين. وقد أدخل هذا المرسوم تعديلاً على العديد من نصوص قانون المرافعات المدنية، ومن أهمها النصوص المنظمة للإعلان لكي يمكن إنجازه بالطريق الإلكتروني. وبموجب هذه التعديلات أصبح لدينا صورتين من الإعلان: الإعلان التقليدي أو الورقي أو الذي يتم على دعامة ورقية من ناحية أولى، والإعلان بالطريق الإلكتروني من ناحية ثانية. وبمعنى آخر فقد ترتب على هذا التعديل إنشاء نمط جديد واختياري من الإعلان، وهو الإعلان بالطريق الإلكتروني الذي يتم وفقاً لآليات تقنية تم تحديدها بقرار وزير العدل الصادر في ٢٨ أغسطس ٢٠١٢ والمتعلق بتطبيق نصوص الباب رقم ٢١ من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية على المحضرين، والذي كان نشره شرطاً جوهرياً لبدء تنفيذ المرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ الصادر بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ والمتعلق بإعلان أوراق المحضرين بالطريق الإلكتروني وبالإعلانات الدولية.

[٧] ما من شك في أن قيام المشرع الفرنسي بتنظيم تبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني له تأثير ملحوظ على كل من: المبادئ الأساسية التي تنظم الدعاوى المدنية، وتوحيد صياغة أوراق المرافعات، والتكافؤ بين الورقة المنشأة على دعامة إلكترونية وتلك المنشأة على دعامة ورقية.

١٦٨ - (أ) تأثير تبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني على المبادئ الأساسية للتقاضى:

يتمثل تأثير التبادل بالطريق الإلكتروني على المبادئ التي تحكم الدعاوى المدنية في جانبين: أحدهما إيجابي، والآخر سلبي؛ أي أن هذا النوع من أنواع التبادل له مزايا كما أن له عيوب.

ويتمثل الجانب الإيجابي في أن التبادل بالطريق الإلكتروني يمكن أن يساهم في فعالية المبادئ الموجهة للدعوى المدنية *les principes directeurs du procès civil*؛ إذ يكون من شأن استخدام هذا الطريق لتبادل أوراق المرافعات الإسراع في سير الدعوى المدنية، وتفعيل

حق الخصوم في الحصول على حكم قضائي حاسم للنزاع في ميعاد معقول أو مناسب، وكذلك تبسيط المراحل الإجرائية للخصومة المدنية^(١). وباختصار، فإن استخدام تبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني يمكن أن يعتبر أحد الحلول التي تساهم في القضاء على ظاهرة البطء في إجراءات التقاضي^(٢)؛ حيث يكون من شأن هذا التبادل الإلكتروني: معالجة مشكلة تراكم القضايا، وتوفير الوقت والجهد والمال، وتسهيل وتسريع عمل المحاكم، وتقليص عدد العاملين في المحاكم، والحفظ الإلكتروني لأوراق المرافعات والمستندات المرفقة بها، وتسهيل استرجعها والاطلاع عليها، والحصول على صور منها بسهولة ويسر وفي أسرع وقت.

وأما الجانب السلمي فيتمثل - من ناحية أولى - في أن القواعد العامة التي تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني لا تكون بالضرورة متوافقة مع بعض المبادئ الأساسية أو الجوهرية للمرافعات المدنية *les principes fondamentaux de la procédure civile*، نذكر من ذلك، أن اشتراط سرية المبادلات الإلكترونية *la confidentialité des échanges électroniques*، والتي أكد عليها المشرع الفرنسي في النصوص القانونية أو في القرارات التي تنظم هذا التبادل من الناحية التقنية، والمفروضة لأسباب تتعلق بتأمين *sécurité* هذه المبادلات، يكون متناقضاً بطريقة أو بأخرى مع مبدأ علانية القضاء، والذي يشار إليه دائماً

(١) راجع في هذا الشأن:

AMRANI-MEKKI S.: *L'influence des nouvelles technologies sur la distinction des procédures écrites et orales*, in *Les entretiens d'Aguesseau*, PULIM, 2008; GRAYOT S.: *Le droit à un procès civil équitable à l'aune des nouvelles technologies*, art. nréc. Dossier 2. FRICERO N.: *La mise en état: entre tradition et modernité*, art. préc., n° 12, note 11.

(٢) حول تحديث القضاء واستخدام التكنولوجيا كأحد الوسائل التي تستخدم لعلاج ظاهرة البطء في التقاضي، راجع:

VINCENT J., GUINCHARD S., MONTAGNIER G. et VARINARD A.: *La justice et ses Institutions*, Dalloz, 1996, n°125, p. 160.

باعتباره أحد المبادئ الأساسية في المرافعات^(١).

ومن ناحية ثانية، فعلى الرغم من التطور الهائل في مجال تكنولوجيا الاتصالات والاستخدام الواسع للانترنت، فإن كل المتقاضين قد لا يتمكنون من الدخول إليه، وذلك نظراً للتكلفة العالية للتجهيزات الإلكترونية الأساسية، وضرورة إبقاؤها محدثة دائماً، فضلاً عن التكلفة والوقت المطلوبان للتدريب على استخدام الأجهزة الحديثة. ومن ثم، فإن إجبار المتقاضين على اللجوء إلى التبادل بالطريق الإلكتروني يمكن أن يصطدم بمقهم في الحصول على حماية قضائية فعالة^(٢).

ومن ناحية ثالثة، فإن اللجوء إلى التبادل بالطريق الإلكتروني يفرض في الواقع قيوداً في غاية الأهمية؛ إذ أن التطورات القانونية والقرارات التقنية الحديثة تُقصر استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني على العاملين في المهن القانونية والقضائية. غير أن تلك القيود المادية والقواعد التقنية تجعل استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني حتى يومنا هذا مقصوراً على المحترفين ممن سبق ذكرهم. فالحاجة إلى استخدام عمليات تقنية موثوق فيها تستلزم في الواقع استثمارات هيكلية، وكذلك حصول كل مستخدم على أجهزة وأدوات معينة، وتدريب على مستوى عالٍ من الحرفية^(٣).

(١) راجع: الفقرة الأولى من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (la Convention européenne de sauvegarde de droits fondamentaux)، والتي جاء نصها على النحو التالي:

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial... Le jugement doit être rendu publiquement...)

- وراجع أيضاً:

CADIET I. • *Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies*, art. préc., n° 25; GRAYOT S.: *Le droit à un procès civil équitable à l'aune des nouvelles technologies*, art. préc., n° 22.

(٢) ارجع في ذلك:

FRICERO N. • *La mise en état: entre tradition et modernité*, art. préc., n° 12.

(٣) هذا الواقع العملي يُفسَّر، على سبيل المثال، فيما يتعلق بالمحاميين، بأن عدم مادية الإجراءات la dématérialisation des procédures لا يعين أن يكون مصحوباً بزيادة =

وكل ذلك يمكن أن يكون منتقداً، حيث يشكل معوقاً للحق في اللجوء إلى القضاء^(١).

١٦٩- (ب) تأثير التبادل بالطريق الإلكتروني على صياغة أوراق المرافعات:
على الرغم من أن عدم مادية الإجراءات لا يفرض بالضرورة، من الناحية النظرية، توحيد نمط standardisation وتنظيم rationalisation أوراق المرافعات^(٢)، فإن هذه العملية الشاملة التي تحكم أو تنظم عدم المادية، وأهمية الاستثمارات التي تفترضها، والإمكانيات الخاصة التي تقدمها المعلوماتية (التخفيف من البيانات واسترجاعها ومعالجتها)، تؤدي حتماً أو بالضرورة إلى رؤية من شأنها تعديل مضمون الورقة نفسها التي يتم عدم ماديته.
ولا يعتبر القضاء استثناءً من هذا الاتجاه؛ إذ أن الاهتمام بالتأمين sécurité والفاعلية d'efficacité تؤدي بالضرورة إلى عدم إمكانية تعديل المستندات الإلكترونية المتبادلة les documents

مهام المجلس الوطني لنقابات المحامين les conseil nationail des barreaux، كما يشير بالإضافة إلى ذلك التساؤل حول دور نقابات المحامين les barreaux في مجال تظهير التبادل بالطرق الإلكترونية، راجع في ذلك:
BOCCARA E.: *RPVA : épilogue, première partie*, Gaz. Pal., 13 au 15 mars 2011, p.9; *RPVA : fin de la guerre froide*, Gaz. Pal., 3 au 5 avril 2011, p.7; PERRAULT N. et SACCOCCIO S.: *De la communication à la conservation électronique : les enjeux de la sécurité informatique pour la profession*, Avocat & Droit, mars-mai 2011, p. 20. GHERA Th.: *Dématérialisation des procédures judiciaires : l'équilibre entre professions à l'épreuve de l'évolution culturelle*, Gaz. Pal., 20 septembre 2011, n° 263, p. 9; GAMBERINI G.: *La course à la dématérialisation : bilan d'étape*, Culture Droit, décembre 2011, p. 26.

(١) راجع في ذلك:

CRAYOT S.: *Le droit à un procès civil équitable...*, art. préc., n° 22.

(٢) راجع في ذلك:

CROZE H.: *Les actes de procédure civile et les nouvelles technologies...*, art. préc., n° 3.

électroniques transmis ، وهذا من شأنه حتمًا توحيد النماذج المستخدمة^(١).

١٧٠ - (ج): مبدأ التكافؤ بين أوراق المرافعات المنشأة على دعامة ورقية والمنشأة على دعامة إلكترونية:

إذا كانت فكرة التكافؤ قد استخدمت - كما سبق أن درسنا - بصفة أساسية من منظور الصلاحية للإثبات ، بارتكازها على قيمة الورقة المعنية ، وذلك بأن تكون متماثلة بصرف النظر عن الدعامة الموجودة عليها ، ففي نطاق الإجراءات المدنية ، فإن التكافؤ لا يعنى التماثل أو التطابق ؛ إذ أن العمل الإجرائي الذي يتم إنشاؤه على دعامة إلكترونية له خصوصيات تمنع التشبيه المحض بينه وبين العمل الورقي *l'acte papier*. ومن ثم ، فإن الأمر يحتاج إلى إعادة توفيق. ولذلك ، ففي ظل غياب نص في القانون الفرنسي ، لا يكون من الممكن أن يحل محل الاشتراطات المادية المرتبطة باستخدام الورقة متطلبات أو اشتراطات ترتبط بدقة بالاستخدام الإلكتروني. ولذلك ، فإن التكافؤ قد تم تصميمه ، في إطار الإجراءات المدنية ، كمبدأ منهجي *un principe méthodologique* يقصد به وضع القواعد التي تسمح باستبدال الاشتراطات المفروضة لإتمام ورقة من أوراق المرافعات باشتراطات تحمل ضمانات مشابهة لورقة من أوراق المرافعات على دعامة إلكترونية.

ويؤكد ذلك أن التبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق الإجراءات المدنية قد نظم المشرع قواعده العامة بواسطة سبيع مواد مختصرة من نصوص قانون المرافعات ، وذلك في مقابل التنوع الهائل لأوراق المرافعات المنصوص عليها بواسطة قانون المرافعات المدنية. كما أن تلك القواعد المتعلقة بالتبادل بالطريق الإلكتروني تفتقر أحيانًا للدقة أو الوضوح.

(١) ا.ح. في ذلك :

MEKKI A.: *Efficacité et nouvelles technologies, in Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies, op. cit., Dossier 5, spéc. n° 3*; REBBOUH: *L'efficacité au service de la justice civile, La mise en état électronique, art. préc., p. 5.*

ولذلك فإن عملية التحول من الشكل الورقي إلى الشكل الإلكتروني يجب أن تكون مصحوبة برؤية متبصرة من أجل تحديد الطريقة التي بها أن ورقة، صممت أصلاً لكي يتم إنجازها أو إتمامها بالطريق الورقي، يمكن أن يتم إنجازها أو إتمامها بطريقة مكافئة بالطريق الإلكتروني. وهذا يفسر قول البعض من الفقه، فيما يتعلق بالتكنولوجيا الجديدة، بأنها تعد بمثابة (آلية إجرائية ثالثة تتميز بخصائص خاصة وتخضع إلى قواعد خاصة)، وذلك إلى جانب الشكلين الكتابي والشفهي^(١).

وأخيراً، فإننا نتفق مع البعض من الفقه استخدام مصطلح "متكافئ وظيفياً" «*équivalent fonctionnel*» فيما يتعلق بالقواعد التي تسمح بالانتقال من الشكل التقليدي *la forme traditionnelle* إلى الشكل الإلكتروني *la forme électronique*، ونفضل تبني ضمانات خاصة بالطريق الإلكتروني تحترم الأهداف المتبغاة من الشكل أو الصيغة التقليدية *le formalisme traditionnel*، أولى من البحث عن تكافؤ دقيق بين الأشكال التقليدية والشكل الإلكتروني، وبصفة خاصة فيما يتعلق بالإعلان^(٢). وفي هذا الشأن، فالإعلان بالطريق الإلكتروني والذي أدخل بالمرسوم رقم ٢٠١٢ - ٣٦٦ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠١٢ المتعلق بإعلان أوراق المحضرين بالطريق الإلكتروني وبالإعلانات الدولية يشكل نموذجاً واضحاً لهذا البحث. عن التكافؤ أكثر من البحث عن الشكلية.

- وأخيراً نأمل أن تكون هذه الدراسة قد ساهمت في التعرف على التجربة الفرنسية في مجال التنظيم القانوني لتبادل أوزاق المرافعات بالطريق الإلكتروني، حتى تكون تحت نظر المشرع المصري حين يقرر الدخول إلى عالم الخصومة الإلكترونية.
تم بحمد الله وتوفيقه،

(١) راجع في ذلك:

CADIET I. *Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies*, article préc., n° 17.

(٢) راجع في ذلك:

DESSARD N. *Signification et notification électroniques...*, art. préc., p. 18.

قائمة بأهم الاختصارات

art. préc.	Article précité
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation français
Cass. Civ.	Cour de cassation française, chambres civiles (1 ^{er} , 2 ^e et 3 ^e)
Cass. Com.	Cour de cassation française, chambre commerciale et financière
Cass. Soc.	Cour de cassation française, chambre sociale
CCJE	Conseil consultative de juges européens
Ch. chron.	Chambre Chronique
CNB	Conseil National des Barreaux
C. pr. civ.	Code de procédure civile
D.	Dalloz (Recueil)
dir.	Diriction
éd.	Edition
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IEPJ	Institut sur l'évolution des professions juridiques
IR	Informations rapides
JCP (éd. G, E)	Juris-Classeur Périodique (Semaine Juridique) – (édition générale, entreprise)
JORF	Journal officiel de la République française (Lois et décrets)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro
obs.	Observation
op. cit.	Ouvrage précité (<i>Opere citato</i>)
p.	Page
préc.	Précité (e)
PUF	Presses universitaires de France
Rép. proc. civ.	Répertoire de l'Encyclopédie juridique Dalloz – Procédure civile
Rev.	Revue
Rev. Dr. Trav.	Revue de Droit du Travail

RTD Civ.
s.
somm.
spéc.
T.
TGI
Vol.

Revue trimestrielle de droit civil
Suivant
Sommaire
spécial
Tome
Tribunal de grande instance
Volume

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة:

- GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F.: Procédure civile, Dalloz, 30^e éd., 2010.
- GUINCHARD S. et MOUSSA T. (dir.): Dalloz Action, Droit et pratique des voies d'exécution, 2010-2011.
- VINCENT J., GUINCHARD S., MONTAGNIER G. et VARINARD A.: La justice et ses Institutions, Dalloz, 1996, n°125, p. 160.
- ثانياً: المراجع المتخصصة:
- BEIGNIER B. (dir.): La codification, Dalloz, 1996.
- BENSOUSSAN A: L'échange de données informatisé et le droit, Hermès, 1991.
- BINET S.: L'utilisation des nouvelles technologies dans le procès civile: vers une procédure civile intégralement informatisée, Memoire, Lumière Lyon 2, 2005.
- BRAUDO S.: Lexique juridique, <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/acte-du-palais.php>.
- BRENNER C. et FRICERO N.: La nouvelle procédure d'appel, édition Lamy, 2^{ème} édition, 2011.
- CADIET L. et LORIFERNE D. (dir.): La réforme de la procédure d'annul. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, Tome 33. IRJS Editions, 2011.
- CHEVALLIER J. (dir.): Le droit administratif en mutation, PUF, 1993.
- COLLIARD C.-A. et TIMSIT G. (dir.): Les autorités administratives indépendantes, PUF, Coll. "Les Voies du Droit", 1988.
- CCJE: Questionnaire sur la dématérialisation du processus judiciaire et l'utilisation des nouvelles technologies par les juges et le personnel des tribunaux, Conseil de l'Europe, Strasbourg, mars 2011, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/meetings/.../Compil_GT_2011_3.pdf.

EDIFACT: La situation actuelle de l'edi dans la sphere judiciaire,
http://www.edifact.fr/index.php?option=com_content&task=view&id=98&Itemid.

EDIFACT: L'edi et le deroulement de l'instance,
http://www.edifact.fr/index.php?option=com_content&task=view&id=98&Itemid.

GHERRA Th.: Replacer le droit au coeur de la dématérialisation des procédures judiciaires, D., 2011. p. 2264.

GENTPT M.: Les autorités administratives indépendantes, Montchrestien, Clefs Politique, 1991.

GUÉDON M.-J.: Les autorités administratives indépendantes, LGDJ, Coll. "Systèmes", 1991.

IEPJ: Rapport sur la dématérialisation des procédures judiciaires en France et en Europe, septembre 2011, <http://www.iepi.fr>.

LAMBERTERIE I. (dir.): Les actes authentiques électroniques. Réflexion juridique prospective, La documentation française, 2002.

MAGENDIE J.-C.: Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel. Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice. 24 mai 2008, La Documentation française, 2008.

Moustafa KANDEEL: La conciliation et la médiation judiciaires: étude de droit français et de droit égyptien, thèse, Paris I (Panthéon - Sorbonne), 2001.

TAILHADES E.: La modernisation de la justice: Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1995.

ثالث: المقالات والتعليقات:

AMRANI-MEKKI S.: Efficacité et nouvelles technologies, in Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies, Colloque de l'Institut de recherche en droit des affaires de l'université Paris 13, 20 novembre 2009, Procédures avril 2010, Dossier 5.

AMRANI-MEKKI S.: L'influence des nouvelles technologies sur la distinction des procédures écrites et orales, in Les entretiens d'Aguesseau, PULIM, 2008.

AMRANI-MEKKI S., JEULAND E., SERINET Y.-M. et CADIET L.: Le procès civil français à son point de déséquilibre? A propos du décret "procédure", JCP, éd: G., 2006, I, 146, p. 1159.

- ASSAYA L. et BAUDOIN V.:** Signature électronique par cryptographie à clé publique, JCP, éd. E., n° 4, 23 janvier 2003, p. 146.
- AUTEVILLE R.:** Extension de la communication par voie électronique devant la Cour d'Appel, <http://avocats.fr/space/raymond.auteville/content/extension-de-la-communication-par-voie-electronique-devant-la-cour-d-appel>.
- BABONNEAU M.:** RPVA: l'exclusivité du hoïtier Navista mise en péril, D., actualité, 24 avril 2013.
- BALLET Ph. et BENSOUSSAN-BRULÉ V.:** La lettre recommandée électronique, enfin ?, in droit des technologies avancées, Gaz. Pal., 22 au 23 avril 2011. n°s 112 à 113. n. 9.
- BAUVIN J.-F., GHERA Th. et MECARELLI G.:** Dématérialisation des procédures judiciaires: regards sur l'arrêté du 28 août 2012. Droit et procédures, n° 9, octobre 2012.
- BERREBI:** Obs. sous Toulouse, 4 décembre 2012, Gaz. Pal., 24-26 février 2013, p. 19.
- BERTRAND B.:** Peut-on publier les décisions de justice sur internet?. Gaz. Pal., 20 janvier 1998. n. 124.
- BITAN H.:** Un décret fixe les conditions de fiabilité de la signature électronique: Communication commerce électronique, 2001, chronique, p. 19.
- BLANCHETTE J.-F. et BANAT-BERGER F.:** La dématérialisation des actes authentiques de droit français, http://www.interpares.org/display_file.cfm?doc=ip1_dissemination_jar_blanchette~banat-berger_comma_2005.ndf.
- BLÉRY C.:** De la contractualisation à la réglementation unilatérale: dérive des protocoles de la mise en état. Procédures, février 2012, n° 2, Alertes, p. 5.
: Obs. sous Toulouse, 4 décembre 2012, JCP. éd. G. 2013. 69.
- BLÉRY C. et RASCHEL L.:** Focus: Absence de signature d'un acte de procédure: petite mise au point sur sa sanction, Procédures, décembre 2011, n° 12, p. 2.
- BOCCARA E.:** RPVA : épilogue, première partie, Gaz. Pal, dimanche 13 au mardi 15 mars 2011, p.9.
: RPVA : fin de la guerre froide, Gaz. Pal, dimanche 3 au mardi 5 avril 2011, p.7.
: Ère pévéa et Cie, Gaz. Pal. 2011. 1. 5191.
- BOURDILLAT J.-J.:** La signification des actes entre avocats

- a-t-elle encore une signification? D., 1999, p. 658.
- CADIET L.:** Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies, Rapport de synthèse, *in* Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies, Colloque de l'Institut de recherche en droit des affaires de l'université Paris 13, 20 novembre 2009, Procédures avril 2010, n° n° 4, Dossier 8.
- CANAL G. et SARAGOUSSI A.:** Perspectives et enjeux de la signification dématérialisée au regard de l'expérience de la Cour de cassation, *in* droit des technologies avancées, Gaz. Pal., 2^e juillet 2011, n° s 203 à 204, Étude, 16591, p. 9.
- CAPRIOLI É.:** La lettre recommandée électronique, un nouveau décret pour la « confiance numérique », Communication Commerce électronique, avril 2011, n° 4, chronique, p. 40 :
- : Les lettres recommandées électroniques, Cahiers de droit de l'entreprise, mai 2011, n° 3, Prat. 15.
- CASEAU-ROCHE:** Obs. sous Pau, 19 mars 2013, JCP, éd. G., 2013, 622, n° 6.
- : Toulouse, 4 décembre 2012, JCP, éd. G., 2013, 622, n° 6, obs. Caseau-Roche;
- CAUSIN E.:** Portée juridique des télécopies et des courriels, <http://www.hailleuxcausin.be> - 27/7/2007.
- C. B.:** Décret sur la signification des actes d'huissier de justice par voie électronique et les notifications internationales, RLDC, 2012, Chron. 93.
- CLAUDE Ch.:** La réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, La letter, n° 37, mars 2011, p. 1, [http://www.claude-associés.com/fichiers/Lettre SELAS - Bulletin 37 - Mars 2011.pdf](http://www.claude-associés.com/fichiers/Lettre_SELAS - Bulletin 37 - Mars 2011.pdf).
- CNB (Conseil national des barreaux):** Réforme de la procédure d'appel en matière civile : communication électronique obligatoire, http://cnb.avocat.fr/Reforme-de-la-procedure-d-appel-en-matiere-civile-communication-electronique-obligatoire_a781.html.
- COLLIARD C.-A. et TIMSIT G. (dir.):** Les autorités administratives indépendantes, PUF, Coll. "Les Voies du Droit", 1988.

- CORNU G.:** L'élaboration du code de procédure civile, *in* BEIGNIER (dir.), La codification, Dalloz, 1996, p. 71.
: Note sous Cass. Civ. 2^e, 20 mai 1976, D, 1977, p. 125.
- COUCHEZ G.:** Incidents de procédure, Communication des pièces, J.-Cl. Pr. civ., fasc. 622.
- CROZE H:** Les actes de procédure civile et les nouvelles technologies, *in* Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies, Colloque de l'Institut de recherche en droit des affaires de l'université Paris 13, 20 novembre 2009, Procédures, avril 2010, n° 4, Dossier 4 ;
: Le décret du 29 avril 2010 relatif à la communication par voie électronique en matière de procédure civile : les significations d'un texte insignifiant, Gaz. Pal. 9-11 mai 2010. n° 131. n. 7 :
: Contre la communication électronique, Procédures, mai 2011. n° 5, Repère. n. 5.
: Les huissiers de justice révent-ils de saisies électroniques, Procédures, juillet 2012, n° 7, Renère 7.
: Note sous Bordeaux, 5 mars 2012, JCP, éd. G., 2012, 406.
: Le progrès technique de la procédure civile, JCP, éd. G., 2009, I, 108.
- DARGENT L.:** Déclaration d'appel par télécopie: irrecevabilité, D., actualité, 26 mai 2010.
: Signification des actes d'huissier de justice par voie électronique, D., actualité, 22 mars 2012.
: Le code des procédures civiles d'exécution est né, D., actualité, 1 juin 2012.
- DECOOPMAN N.:** Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes, *in* Le droit administratif en mutation, PUF, 1993, p. 211 et s.
- DEHARO G.:** L'écrit dans les procédures judiciaires, Gaz. Pal., 8 mars 2005, n° 67, p. 2.
- DEPARIS B.:** RPVA : expérience pratique, bilan positif, Gaz. Pal., 11 au 13 juillet 2010, n° 192 à 194, p. 9.
- DERLANGE S. et ERRARA A.:** L'essor des téléprocédures judiciaires en France et à l'étranger : vers la justice de demain, JCP, éd. G., 2008, I, 224.
- DESSARD N.:** Signification et notification électroniques certifiées par voie d'huissier de justice, Gaz. Pal., 20 juillet 2006, n° 201, p. 18 ;

- : Les premières significations par voie électronique en matière civile devant la Cour de cassation, *in* droit des technologies avancées, Gaz. Pal., 22 au 23 avril 2011, n^{os} 112 à 113, p. 13.
- DUCASSE M.:** Projet de réforme de la procédure d'appel en matière civile Rapport à l'Assemblée générale, http://www.conferencedesbatonniers.com/images/Prochains_rendezvous/Rformes_en_cours/RAPPORT-reforme_procedure_appel-DUCASSE.pdf.
- DUPETIT D.:** La procédure civile électronique, une réalité pour 2008?, <http://www.dupetit-avocat.fr>.
- FINYEAR:** Procédure civile : de nouvelles règles en 2013, <http://larevue.ssd.com/ProcEDURE-civile-de-nouvelles-regles-en-2013-a1959.html>
- FLEURIOT C.:** Communication par voie électronique et actes de procédure, D., actualité, 1 avril 2011.
- : Signification des actes d'huissier par voie électronique: les garanties, D., actualité, 12 septembre 2012.
- : Procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile: des modifications. D., actualité. 13 janvier 2011.
- FRAENKEL B. :** Dogmatisme vs. Professionnalisme : regards rétrospectifs sur la Loi sur la signature électronique du 13 mars 2000. in Pratiques juridiques et écrit électronique: le cas des huissiers de justice. Rapport au Ministère de la Justice. Laboratoire d'Anthropologie et d'Histoire de l'Institution de la Culture, 2005, p. 164.
- FRICERO N.:** Le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 : pour un nouveau procès civil?, Droit et procédures; n° 2, 2006, Chronique, p. 68 ;
- : La mise en état: entre tradition et modernité, *in* Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky?, Colloque organisé à l'occasion du quarantième anniversaire de la disparition de Henri Motulsky (1905-1971), Procédures, mars 2012, n° 3, Dossier 7 ;
- : La rédaction des actes des huissiers de justice, J.-Cl. Pr. civ., fasc. 140.
- : Demande en justice par voie électronique. (obs. sous CEDH 16 juin 2009. SA Lawyer Partner c/ Slovaquie, req. n° 54252/07 et a.),

- Procédures. novembre 2009, n° 11, Commentaires 358. n. 19.
 : Note sous Cass. civ. 2^e, 14 juin 1989, D., 1991, p. 245.
 : Procédure civile: La généralisation de la communication par voie électronique, D., 2013, p. 269.
- GAMBERINI G.:** La course à la dématérialisation : bilan d'étape, Culture Droit, décembre, 2011, p. 26.
- GARIC B.:** Pourquoi informatiser les contentieux civils?, Gaz. Pal., 29 juin 1993, p. 865.
- GENTPT M.:** Les autorités administratives indépendantes, Montchrestien, Clefs Politique, 1991.
- GHÉRA Th.:** Dématérialisation des procédures judiciaires : l'équilibre entre professions à l'épreuve de l'évolution culturelle, Gaz. Pal. 20 sept. 2011, n° 263, p. 9 ;
 : Le décret no 2012-366 du 15 mars 2012, entre équilibre et modernité, la sécurité juridique au coeur de la communication électronique judiciaire, Droit et procédure, n° 5, mai 2012, Chron., p. 114;
- GRAYOT S.:** Le droit à un procès civil équitable à l'aune des nouvelles technologies, *in* Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies, Colloque de l'Institut de recherche en droit des affaires de l'université Paris 13, 20 novembre 2009, Procédures, avril 2010, n° 4. Dossier 2.
- GRUMBACH T. et SERVERIN E.:** Un protocole sur les écritures entre la cour d'appel de Paris et les bâtonniers du ressort. Au service de quelle justice ?. Revue de droit du travail, avril 2012, p. 236.
- GRYNBAUM L.:** La preuve littérale: Dispositions générales: Écrit électronique, J.-Cl. Civ. Code, art. 1316 à 1316-4, fasc. 10.
- GUÉDON M.-J.:** Les autorités administratives indépendantes, L.G.D.J., Coll. "Systèmes", 1991.
- GUINOTTE L. et MOUGENOT D.:** La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire: www.droit-technologie.org - 29/7/2007.
- GUINIER D.:** Une signature numérique insatisfaisante est-elle encore une signature ?, Gaz. Pal. 2001, n° 109, p. 14.

- HARRAR E.:** Signature électronique: le décret qui contourne le Code de procédure civile, <http://www.blog.dreyfus.fr/2010/06/signature-electronique-le-decret-qui-contourne-le-code-de-procedure-civile/>
- HOSCHEIT V.:** La chambre de commerce: le recommandé électronique. voir au: http://www.ccilb.be/xml/fiche_article-IDC-406-IDD-18698-.html.
- HUET J.:** L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi, D., 2005, p. 2903.
- HUGEL J.-P. et FERAL-SCHUHL:** La communication informatisée entre les avocats et les juridictions, Gaz. Pal., ., 29 juin 1993, p. 861.
- JACQUEMIN H.:** Commentaire de la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, <http://www.internet-observatory.be/internet-observatory/pdf/legislation/cmt/law-be-2000-10-20-cmt-fr.pdf> - 25/5/2013.
- JANSOLIN J.:** RPVA: La convention du 16 juin 2010 entre la chancellerie et le CNB soumise à la censure du Conseil d'Etat, <http://jansolin-avocat.blogspot.ae/2010/08/rpva-la-convention-du-16-juin-2010.html>.
- LAUVERGNAT I.:** Le décret n° 2012-366 du 15 mars 2012: un souffle nouveau en matière de notifications, Procédures, n° 6, juin 2012, Etude, p. 6;
- LAVRIC S.:** Communication par voie électronique en matière civile: nouvelle précision, D., actualité, 5 mai 2010.
- LEBORGNE A.:** Actes de procédure (section 2: Notification entre avocats et avoués), Rép. pr. civ. Dalloz, mars 2012.
- LEGRAS M.:** Les technologies de l'information et de la communication, la justice et le droit: Contribution à la réflexion sur l'incidence de la technique sur le droit, Lex Electronica, vol. 7, n° 2, Printemps/Spring 2002, <http://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/legras.html>.
- LEIRS É.:** Communication électronique, Rép. pr. civ. Dalloz, septembre 2012.
- LE STANCE Ch.:** Note sous Cass. civ. 2^e. 30 avril 2003, D., 2003, jurisprudence, p. 2827.

- LHERMITTE Ch.** : Les enjeux des actes de procédure via le réseau privé virtuel des avocats [RPVA], D., 2012, Entretien, p. 1664.
- LISSARRAGUE B.**: Décret de procédure du 28 décembre 2005: quel cadeau?, Gaz. Pal., 29 au 31 janvier 2006, Libres Propos, p. 2.
- MECARELLI G.**: Demain. la signification par voie électronique. Droit et procédures, n° 7, juillet-août 2012, p. 172.
- MECARELLI G. et POISSON S.**: La signification par voie électronique: entre défi technologique et théorie du process, D., 2012, actualité, p. 2533.
- MOORE P.**: Note sous Bordeaux. 5 mars 2012, Gaz. Pal. 27 mars 2012, n° 87, p. 11.
- MOUROT**: La communication par voie électronique des actes de procédure devant les juridictions civiles,
<http://www.legavox.fr/communication-voie-electronique-actes-procedure-2189.htm>.
- ND**: La signification électronique des actes du palais en matière civile à la Cour de cassation : le papier s'envole, la procédure reste,
<http://www.huissiersdeparis.com/la-signification-electronique-des-actes-du-palais-en-matiere-civile-a-la-cour-de-cassation-le-papier-senvole-la-procedure-reste>.
- PERRAULT N. et SACCOCCIO S.**: De la communication à la conservation électronique : les enjeux de la sécurité informatique pour la profession, Avocat & Droit mars-mai 2011. 20.
- PERROT R.**: Commentaire du Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, Procédures, février 2006, n° 2. Etude. n. 4.
: Note sous Cass. civ. 2^e. 28 févr. 2006, n° 04-15.406. procédures. 2006. n° 94.
- PIERCHON**: Note sous Cass. soc. 8 juillet, 1992, JCP, éd. G., 1992, I, n° 3636.
- PIETTE-COUDOL T.**: La consécration de la facture E.D.I., Expertises, 1992, p. 182;
: Le remplacement de l'écrit par un message électronique (E.D.I.), Gaz. Pal., 21-22 octobre 1992, p. 3.
: Quel régime juridique pour l'E.D.I.?, Expertises, août 1990, p. 271.
: L'échange de données informatisées (E.D.I.) et la concurrence, Expertises, mars 1991, p.101.

- : L'échange de données informatisées (E.D.I.), Gaz. Pal., 1991, p. 551.
- : La dématérialisation de l'assignation, le premier message E.D.I. conçu par et pour les avocats, Gaz. Pal., 29 janvier 1994, p. 185.
- PORTMAN A.:** Notification entre avocats par voie électronique; la Cour de cassation élude la question, D., actualité, 23 mai 2013.
- REBBOUH:** L'efficacité au service de la justice civile, La mise en état électronique, Table ronde, Gaz. Pal., 27 novembre 2007, n° 331, p. 5.
- ROCHFELD J.:** La loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique, RTD Civ., 2004, p. 574.
- SABATER G.:** Nouvelles technologies et système judiciaire – Le deployment de la communication dans les juridictions judiciaires, JCP, éd. G., 2008, I, 123.
- SABATER G., FLEURIOT D. et LECLERCQ P.:** Les nouvelles technologies d'information et de communication au service des juridictions et des avocats, Gaz. Pal., 21 janvier 1999, p. 118.
- SALATI O.:** Mise en état, Rép. pr. civ. Dalloz, mars 2013.
- TAHRI C.:** Consécration jurisprudentielle du Réseau privé virtuel avocat, obs. Sous Bordeaux, 5 mars 2012 (1^{re} ch. civ. A, n° 11/04968), D., actualité. 20 mars 2012.
- TAILLER T.:** Trois Questions à M^e Jean-François Bauvin, JCP, éd. G., 2012, p. 430;
- TEBOUL:** Obs. Sous Arrêté du 28 août 2012 portant application des dispositions du titre XXI du livre Ier du code de procédure civile aux huissiers de justice, JCP, éd. G, 2012, Zomm. n. 955.
- TRAVIER B. et GUICHARD R.:** Les protocoles sur les écritures judiciaires, justice coutumière ou justice moderne ?, JCP, éd. G, 2012, Libres Propos, p. 1149.
- VINCKLER:** Acte de saisie, J.-Cl. Encycl. huissiers justice, fasc. unique.
- WERY E.:** Dame justice se met à l'informatique, <http://www.droit-technologie.org/actualite-312/dame-justice-se-met-a-l-informatique.html>.

- مقدمة
- المحاولات الأولى لاستخدام التكنولوجيا في المجال القضائي الفرنسي
- (أ) المرحلة الأولى: استخدام الـ "تليماتيك" Télématique للتبادل فيما بين المحامين
- (ب) المرحلة الثانية: البدء في استخدام الـ "تليماتيك" Télématique للتبادل بين المحامين وقلم الكتاب
- (ج) المرحلة الثالثة: استخدام ما أطلق عليه تبادل البيانات باستخدام المعلوماتية EDI
- (د) المرحلة الرابعة: المحاولات الفردية لبعض القضاة وبعض نقابات المحامين
- (هـ) المرحلة الخامسة: اتجاه المشرع الفرنسي نحو عدم مادية الأعمال القانونية وتنظيم تبادل أوراق المرافعات بالطريق الإلكتروني
- الاعتراف القانوني بعدم مادية الأعمال القانونية
- الاعتراف القانوني بالتبادل بالطريق الإلكتروني بصفة عامة
- الاعتراف القانوني بالتبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق الإجراءات المدنية (موضوع الدراسة)
- خطة الدراسة
- ٩٣٨
- ٩٣٩
- الفصل الأول
- نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني
- تمهيد وتقسيم
- ٩٤١ المبحث الأول: نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني من حيث الأوراق وآليات التبادل
- تقسيم
- ٩٤١

المطلب الأول: التبادل بالطريق الإلكتروني يتعلق فقط بالإرسال

٩٤٢

والتسليم والإعلان

أولاً: حصر آليات التبادل التي تدخل في نطاق التبادل

بالطريق الإلكتروني

[١] L'envoi الإرسال

[٢] La remise التسليم

[٣] La notification الإعلان

ثانياً: استبعاد كل ما لا يتناسب مع الإرسال والتسليم

والإعلان من نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني

[١] استبعاد الإجراءات التي تتم شفاهة من نطاق

التبادل بالطريق الإلكتروني

[٢] استبعاد نظام الفيديو كونفرنس visioconférence

المنصوص عليه في قانون التنظيم القضائي من

نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني

ثالثاً: دور التبادل بالطريق الإلكتروني في الإجراءات

الشفهية *les procédures orales*

المطلب الثاني: التبادل بالطريق الإلكتروني يتعلق بكافة أوراق

٩٥٥

المرافعات

أولاً: قائمة الأوراق الداخلة في نطاق التبادل بالطريق

الإلكتروني

[١] تعداد الأوراق الداخلة في نطاق التبادل بالطريق

الإلكتروني

[٢] اقتران كل ورقة من أوراق المرافعات مع آلية أو أكثر

من آليات التبادل

ثانياً: القائمة تستبعد الأوراق غير القضائية من نطاق

التبادل بالطريق الإلكتروني ما لم يوجد نص خاص

ثالثاً: القائمة تتعلق فقط بتبادل الأوراق ولا تتعلق

بإنشائها إلكترونياً

[١] المادة ٧٤٨ - ١ لا تتناول عملية عدم مادية

الأوراق التي يتم تبادلها إلكترونياً

[٢] صعوبة التبادل بالطريق الإلكتروني لورقة غير مادية

(أ) ضرورة عدم مادية (إلكترونية) الأوراق التي

تسلم «Actes réceptives»

(ب) ضرورة عدم مادية (إلكترونية) الأوراق

الأخرى التي يتم تبادلها أثناء الإجراءات

٩٦٥ **المبحث الثاني:** نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني من حيث الأشخاص

- تقسيم

٩٦٧ **المطلب الأول:** التبادل بالطريق الإلكتروني يتعلق بكافة الأشخاص المباشرين للإجراءات

٩٧٦ **المطلب الثاني:** الواقع العملي يضيق من نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني من حيث الأشخاص

أولاً: المحامون وأقلام الكتاب

ثانياً: محضرو المحاكم

ثالثاً: النيابة العامة

رابعاً: خبراء المحاكم

٩٧٤ **المبحث الثالث:** نطاق تطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني من حيث الزمان

- تقسيم

٩٧٥ **المطلب الأول:** النص على بدء سريان التبادل بالطريق الإلكتروني في الأول من يناير ٢٠٠٩

٩٧٦ **المطلب الثاني:** التطبيق المبكر للتبادل بالطريق الإلكتروني
أولاً: التطبيق المبكر للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام محكمة

- التقاضي في يونيو ٢٠٠٨
- ثانياً: التطبيق المبكر للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام بعض المحاكم الابتدائية في سبتمبر ٢٠٠٨**
- ٩٨١ **المطلب الثالث: سريان التبادل بالطريق الإلكتروني يستلزم قراراً يحدد الشروط التقنية للتبادل**
- ٩٨٢ **الفصل الثاني القواعد التقنية للتبادل بالطريق الإلكتروني**
- تمهيد تقسيم
- ٩٨٣ **المبحث الأول: ضرورة وجود قرار تقني ينظم التبادل بالطريق الإلكتروني**
- تمهيد وتقسيم
- ٩٨٤ **المطلب الأول: حظر التبادل بالطريق الإلكتروني دون وجود قرار تقني**
- ٩٨٦ **المطلب الثاني: القرارات التقنية الصادرة من وزير العدل لتطبيق التبادل بالطريق الإلكتروني**
- ٩٨٩ **المطلب الثالث: الجزاء على التبادل بالطريق الإلكتروني الذي يتم خارج إطار القرار التقني**
- ٩٩٣ **المطلب الرابع: استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني بالرغم من عدم وجود قرار تقني**
- أولاً: التبادل باستخدام البريد الإلكتروني**
- ثانياً: التبادل إعمالاً لاتفاقية محلية تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني**
- ثالثاً: مدى صلاحية هذا التبادل لترتيب الأثر الإجرائي للورقة المرسلة**
- ٩٩٧ **المطلب الخامس: مدى جواز التبادل بالطريق الإلكتروني عندما يميز المشرع التبادل بأي وسيلة « par tout moyen »**

١٠٠٠ المبحث الثاني: تحديد الاشتراطات التقنية الواجب النص عليها
في القرار التقني

- تمهيد وتقسيم

١٠٠٢ المطلب الأول: الدقة في تحديد هوية أطراف التبادل بالطريق
الإلكتروني

أولاً: الإطار القانوني العام للتوقيع الإلكتروني

ثانياً: تطبيق التوقيع الإلكتروني في نطاق الإجراءات المدنية

[١] تطبيق التوقيع الإلكتروني في نطاق التبادل بالطريق

الإلكتروني أمام محكمة النقض

[٢] تطبيق التوقيع الإلكتروني في نطاق التبادل بالطريق

الإلكتروني أمام محاكم الموضوع

(أ) التوقيع الإلكتروني على الأوراق المرسلة إلى محاكم

الموضوع

(١) بالنسبة للأوراق التي يرسلها أعوان القضاء

المساعدين أو الممثلين للخصوم إلى المحكمة

بالطريق الإلكتروني

(٢) بالنسبة للأوراق التي ترسلها النيابة العامة

بالطريق الإلكتروني إلى محكمة الاستئناف في

نطاق الإجراءات التي تشترط التمثيل

الإلزامي

(ب) التوقيع الإلكتروني للأوراق الصادرة من

محاكم الموضوع

(١) المبادلات الإلكترونية التي تصدر من محاكم الاستئناف

(٢) المبادلات الإلكترونية التي تصدر من المحاكم الابتدائية

والمحاكم التجارية

١٠١٧ المطلب الثاني: الشروط التقنية التي تضمن تكافؤ الإرسال

أولاً: تأمين وسرية المبادلات

ثانياً : سلامة واكتمال الوثائق المتبادلة

ثالثاً : حفظ المبادلات

رابعاً : إنشاء تاريخ مؤكد لإرسال واستقبال الورقة

١٠٣٠

المطلب الثالث : الجزاء على التبادل بالطريق الإلكتروني الذي

يتم بالمخالفة للاشتراطات التقنية

١٠٣٢

الفصل الثالث

القواعد العامة التي تنظم التبادل بالطريق الإلكتروني

- تمهيد

[١] الآليات التي يمكن أن يتم بها التبادل بالطريق الإلكتروني

بصفة عامة

[٢] الأدوات التقنية المستخدمة لتبادل أوراق المرافعات

بالطريق الإلكتروني

[٣] مبدأ تكافؤ الإرسال يقتضي الرجوع من الناحية النظرية

إلى القواعد التي تنظم التبادل بالطريق التقليدي

- تقسيم

١٠٣٥

المبحث الأول : الموافقة على استخدام التبادل بالطريق

الإلكتروني

- تمهيد وتقسيم

١٠٣٨

المطلب الأول : القبول الصريح لاستخدام التبادل بالطريق

الإلكتروني

أولاً : القاعدة : مبدأ قبول المرسل إليه صراحة استخدام

التبادل بالطريق الإلكتروني

ثانياً : الاستثناء : التبادل الإلكتروني الإجباري

١٠٤٠

المطلب الثاني : قواعد قبول التبادل بالطريق الإلكتروني

أولاً : عدم وجود صيغة محددة للتعبير عن القبول

ثانياً : توقيت صدور القبول

ثالثاً: الجزاء على مخالفة القبول الصريح: البطلان لعب في الشكل

رابعاً: من الذي يصدر القبول

[١] القبول الصادر من الخصم نفسه

[٢] القبول الصادر من أعوان القضاء

[٣] القبول الناتج من الاتفاقيات المبرمة بواسطة النقابات

التي تمثل المعاونين القضائيين

١٠٥٠ المبحث الثاني: إرسال إيصال استلام إلكتروني يحل محل الشكليات المرتبطة باستلام الورقة

- تمهيد وتقسيم

١٠٥١ المطلب الأول: إرسال إيصال استلام إلكتروني

المطلب الثاني: آثار إيصال الاستلام الإلكتروني

أولاً: آثار محدودة لإيصال الاستلام الإلكتروني في ظل

الصياغة الأصلية للمادة ٧٤٨ - ٣

ثانياً: آثار إيصال الاستلام الإلكتروني في ظل الصياغة

المعدلة للمادة ٧٤٨ - ٣

١٠٥٨ المبحث الثالث: نتائج التخلي عن الطريق الورقي

- تمهيد وتقسيم

١٠٥٩ المطلب الأول: الإغفاء من بعض الشكليات الخاصة بالطريق

الورقي

١٠٦٠ المطلب الثاني: إنشاء أو تكوين أدلة الإثبات

١٠٦٣ المطلب الثالث: إعادة التجسيد المادي للأوراق المتبادلة إلكترونياً

أولاً: إعادة التجسيد المادي لنسخة الحكم القضائي المنشأة على

دعامة إلكترونية

ثانياً: إعادة التجسيد المادي لباقي أوراق المرافعات المنشأة

على دعامة إلكترونية

الصفحة	الموضوع
١٠٦٧	المبحث الرابع: معالجة الأثر المترتب على الخلل في نظام التبادل بالطريق الإلكتروني
	- تمهيد وتقسيم
١٠٦٨	المطلب الأول: امتداد المواعيد الإجرائية في حالة حدوث خلل في التبادل بالطريق الإلكتروني
١٠٧٠	المطلب الثاني: السبب الأجنبي المتسبب في حدوث الخلل في التبادل بالطريق الإلكتروني
	أولاً: فكرة السبب الأجنبي
	ثانياً: أمطاط السبب الأجنبي
	ثالثاً: إثبات السبب الأجنبي
	رابعاً: الأثر المترتب على تحقق السبب الأجنبي: امتداد الميعاد الإجرائي (إحالة)
	خامساً: الجزاء المترتب على تخلف السبب الأجنبي
١٠٧٦	الفصل الرابع
	قواعد التبادل بالطريق الإلكتروني
	الخاصة ببعض المحاكم أو ببعض أوراق المرافعات
	- تمهيد وتقسيم
١٠٧٧	المبحث الأول: القواعد الخاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام بعض المحاكم
	- تمهيد وتقسيم
١٠٧٨	المطلب الأول: القواعد الخاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية
	أولاً: التوسع في استخدام التبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية
	[١] المحاكم الابتدائية التي تطبق التبادل بالطريق الإلكتروني
	[٢] المستخدمين للتبادل بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية

[٣] الأوراق التي يمكن تبادلها بالطريق الإلكتروني أمام المحاكم الابتدائية

ثانياً: تحضير الدعوى إلكترونياً La mise en état électronique

المطلب الثاني: القواعد الخاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني ١٠٨٥ أمام محاكم الاستئناف

أولاً: التبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق إجراءات الاستئناف التي تستلزم التمثيل الإلزامي

[١] الاهتمام الملحوظ بالتبادل بالطريق الإلكتروني

[٢] نطاق التبادل بالطريق الإلكتروني

(أ) تبادل إجباري واختياري بالطريق الإلكتروني

(ب) تطبيق تدريجي للتبادل بالطريق الإلكتروني

(١) التبادل بالطريق الإلكتروني في ظل الصياغة

الأولية لقرار وزير العدل الصادر في ٣٠

مارس ٢٠١١

(٢) التبادل بالطريق الإلكتروني في ظل قرار وزير

العدل الصادر في ١٨ أبريل ٢٠١٢

(٣) التبادل بالطريق الإلكتروني في ظل قرار وزير

العدل الصادر في ١٠ سبتمبر ٢٠١٢

(٤) التبادل بالطريق الإلكتروني في ظل قرار وزير

العدل الصادر في ٢٠ ديسمبر ٢٠١٢

[٣] الشروط التقنية والإجرائية للتبادل بالطريق

الإلكتروني

(أ) استرداد وفصل بيانات الورقة المرسلة إلكترونياً

بواسطة البرنامج الإلكتروني للمتلقي

(ب) إعادة التجسيد المادي لتقرير الاستئناف المرسل

إلكترونياً

(ج) آليات خاصة لإعلان المذكرات أمام محاكم الاستئناف التي تطبق تبادل المذكرات إلكترونياً

[٤٤] الجزء على مخالفة التبادل بالطريق الإلكتروني أمام محاكم الاستئناف

(أ) عدم وجود جزء خاص على مخالفة محاكم

الاستئناف للتبادل بالطريق الإلكتروني

(ب) عدم قبول الأوراق التي لم يرسلها الأطراف

إلى محاكم الاستئناف بالطريق الإلكتروني

[٥١] أثر الإلزام باللجوء إلى التبادل بالطريق الإلكتروني

على قواعده العامة

(أ) لا يشترط قبول المرسل إليه : إحالة

(ب) قواعد خاصة لمعالجة الخلل في نظام التبادل

بالطريق الإلكتروني

(١) التنسيق بين المادتين ٧٤٨ - ٧ و ٩٣٠ - ١ من

قانون المرافعات المدنية

(٢) قواعد خاصة بتسليم أوراق المرافعات على

دعامة ورقية

ثانياً: التبادل بالطريق الإلكتروني في نطاق إجراءات

الاستئناف التي لا تشترط التمثيل الإلزامي

المطلب الثالث: القواعد الخاصة للتبادل بالطريق الإلكتروني

١١١٣

أمام محكمة النقض

١١١٦

المبحث الثاني: الإعلان بالطريق الإلكتروني

- **تمهيد:** الحاجة إلى تنظيم الإعلان الإلكتروني للأوراق

القضائية وغير القضائية

- **تقسيم**

١١٢٠

المطلب الأول: القواعد العامة للإعلان بالطريق الإلكتروني

أولاً: الإعلان بالطريق الإلكتروني نظام اختياري للإعلان
بديلاً عن الإعلان بالطريق الورقي

ثانياً: قبول المرسل إليه استخدام الإعلان بالطريق
الإلكتروني

[١] اشتراط أن يكون القبول صريحاً وسابقاً

[٢] آلية الحصول على القبول

[٣] ضرورة تحديد الأوراق التي يصدر بشأنها القبول

[٤] الجزاء الإجرائي على إعلان ورقة لم يصدر بشأنها

القبول

ثالثاً: الاختصاص المحلي للمحضرين لمباشرة الإعلان
بالطريق الإلكتروني

[١] معيار الارتباط الجغرافي في مجال الإعلان بالطريق

الإلكتروني

[٢] الاختصاص البديل (أو المشترك) في حالة تعدد

المرسل إليهم

[٣] الاختصاص الاستثنائي في حالة إعلان الغير بالحجز

رابعاً: آليات إجراء الإعلان بالطريق الإلكتروني

[١] القواعد القانونية والتقنية للإعلان بالطريق

الإلكتروني

(أ) آلية إرسال وتسليم الإعلان بالطريق

الإلكتروني

(ب) إرسال إيصال استلام إلكتروني من قبل المرسل

إليه

(ج) تاريخ الإعلان بالطريق الإلكتروني

(د) الحفاظ على حقوق المرسل إليه

	[٢٦] تطبيق القواعد العامة لكافة الإعلانات على الإعلان بالطريق الإلكتروني	
	[٢٣] قواعد خاصة ببعض الإعلانات التي تتم بالطريق الإلكتروني	
١١٥٥	المطلب الثاني: إعلان الأوراق بين المحامين بالطريق الإلكتروني أولاً: نطاق تطبيق إعلان الأوراق بين المحامين بالطريق الإلكتروني	
	ثانياً: اختصاص محضر الجلسة بإعلان الأوراق بين المحامين بالطريق الإلكتروني	
	ثالثاً: آليات إعلان الأوراق بين المحامين بالطريق الإلكتروني	
١١٦١ الخاتمة	-
١١٧٠ قائمة بأهم الاختصارات	-
١١٧١ قائمة المراجع	-
١١٨١ الفهرس	-

الإشكالات القانونية لإدغام وض العقوبات بين النظرية والتطبيق

دكتور / عمر عبد المجيد مصبح



الإشكالات القانونية لإدغام وضع العقوبات

بين النظرية والتطبيق

الدكتور/ عمر عبد المجيد مصبح

أستاذ القانون الجنائي المساعد

جامعة الشارقة - كلية المجتمع - قسم القانون

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

تعتبر ضمانات حقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية مؤشراً على مدى التقدم الاقتصادي والاجتماعي للدول، حيث إن أهم المجتمعات احتراماً لحقوق الإنسان هي أكثرها تقدماً على المستوى الصناعي والاقتصادي والتقني، كما أن أكثر دول العالم انتهاكاً لحقوق وحرريات أبنائها هي أكثرها تخلفاً وأقلها نمواً^(١).

وبالنظر إلى أهمية حرية الأفراد فقد تم النص عليها في سائر الوثائق الحقوقية الدولية ومعظم الدساتير الوطنية^(٢) من ضمانات عديدة تتيح للفرد التمتع بالحقوق والحرريات التي أقرتها دون عوائق، وقانون العقوبات من أبرز غاياته من توقيع الجزاء على الجنائي تقويم سلوكه وتحقيق الردع الخاص والعام، وبالتالي لا بد أن تكون العقوبة في حدود المطلوب، لإعادة إدماج المحكوم عليه في البيئة الاجتماعية الملائمة، وذلك

- (١) د. علي حمودة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادي، ج ٢، النظرية العامة للجزاء الجنائي، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٣٧٣.
- (٢) أنظر المواد (٥ - ٢٣) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢، والمواد (٢٥ - ٤٤) من الدستور الاتحادي لدولة الإمارات العربية لسنة (١٩٧١).

من خلال نصه على قاعدة الإدغام (الجذب) في صورة تعدد الجرائم
للابتعاد عن التشدد في فرض الجزاء والمغالاة فيه.

فغاية المشرع من السياسة الجنائية هي ردع الجناة، وتعد ردة فعل
مناسبة للمجتمع على سلوكه غير المشروع الذي اقترفه بهدف ردعه عن
العودة لارتكابه ؛ ولما كان ذلك هو الحد الأقصى المطلوب من لدن المشرع
وليس الانتقام من المجرم سواء بإرهاقه جسدياً أو معنوياً، فإنه لم يكن من
المستغرب أن تسعى المجتمعات الإنسانية في تقدمها إلى تطوير هذه السياسة
الجزائية باعتبارها علماً من العلوم الإنسانية التي تتطور وترتقي بتطور
البشرية ؛ لذلك نجد أن التشريعات قد اتجهت في سبيل هذا التقدم إلى
تطوير السياسة العقابية، وبالتالي البحث عن وسائل ونظم لتحقيق هذه
السياسة الجزائية.

وفي هذا الإطار يمكن القول إن مبدأ الشرعية يعتبر ضماناً لحرية
الأفراد تجاه السلطة، وعدم تحديد الجرائم والعقوبات يجعل الأمر متروكاً
لاجتهاد القضاة دون أي مبرر، وبذلك كان المبدأ رداً على تعسف القضاء
وعدم تناقض أحكامه ؛ إلا أن هذا المبدأ يواجه بغاية وأهداف السياسة
العقابية للمشرع الجنائي، وأيضاً آراء بعض فقهاء القانون الجزائي والمطالبة
بتجنب التطرف في إيقاع الجزاء، واحترام قدسية حرية الفرد وجعل
العقوبة تقومها لسلوكه ومعاقبته في حدود ما هو ضروري لإعادة إدماجه
في المجتمع.

وهكذا، فإن مهمة المشرع وضع القواعد القانونية التي تكفل
معالجة مشاكل المجتمع من جهة، ومن جهة أخرى وضع الحلول الملائمة
للإشكاليات التي يفرزها التطبيق العملي للنصوص الجزائية، لذلك، فإن
قاعدة إدغام (جذب) العقوبات هي أحد الحلول التي ينص عليها المشرع
من أجل تفادي تراكم العقوبات السالبة للحرية، بشكل قد يخرج هذه

الجزاءات عن الغاية الموضوعة لها، وهو إصلاح وتأهيل المحكوم عليه وليس الانتقام منه.

وعلى عكس ما أخذت به معظم التشريعات الحديثة ومنها التشريع الفرنسي، نجد بأن بعض الدول التي تتبنى النظام الانجلوسكسوني وبعض الدول ذات النظام اللاتيني لا تتبنى هذه القاعدة - ادغام العقوبات - ومنها على سبيل المثال: ألمانيا، سويسرا، بعض الولايات في أمريكا^(١)... الخ

ومن هنا فقد نص المشرع على قيود قد يكون من شأنها تحقيق سياسته التشريعية سالفة البيان، وترك تنفيذها مربوطاً بسلطات التنفيذ المختصة، ولا تأثير لهذه القيود على اعتبار جميع الأحكام الصادرة بعقوبات متعددة سوابق في العود، وتلحق المحكوم عليه بالعقوبات التبعية والتكميلية المرتبطة بها، وإن كان منها لا ينفذ لـ (إدغام) العقوبة الأصلية، أو لتجاوز الحد الأقصى المقررة لها قانوناً الضم^(٢). ولذلك، خلصت معظم التشريعات الجنائية إلى الأخذ بتلك القاعدتين سوية إي أنها تجيز الضم بين العقوبات على ألا يتجاوز مجموعها حداً معيناً لكي تتفادى وتتجنب الإفراط في العقوبة من جهة، ومن جهة أخرى الأخذ بقاعدة دمج وإدغام العقوبات بتنفيذ الأشد منها.

إشكالية البحث:

عند الحديث عن قاعدتي إدغام وضم العقوبات تتبادر إلى ذهننا معادلة معقدة بثلاث متغيرات غير ثابتة، الجريمة والعقوبة والمجرم، وتعد العقوبة المجهول الصعب داخل هذه المعادلة، وتأسيساً على ما تقدم، نجد

(1) Pierre BOUZAT & Jean PINATEL - Traite de droit pénal et de cri - minologie - T 3 .Paris. librairie

(٢) د. علي حمودة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادي، ج ٢، النظرية العامة للجزاء الجنائي، ط ١ ٢٠٠٨، ص ٣٧٣.

أن تعدد الجرائم قد أفرز تطبيقه بعض الإشكاليات انعكست سلباً على
القضاة وعلى الجهات المختصة بتنفيذ القانون وذلك بسبب التضارب في
الأحكام القضائية في إعمال النصوص الجنائية المتعلقة بقاعدة الإدغام
وضم العقوبات؟ وكذلك فإن إعمال قاعدتي ضم وإدغام العقوبات يمكن
أن يشير عدة إشكاليات لدى التطبيق إذا ما ارتبطت مع مجموعة الأنظمة
القانونية كإيقاف التنفيذ، وأيضاً نظام العفو ونظام الإفراج الشرطي؟
أهمية البحث:

استناداً لما تقدم ذكره، ونظراً لما يثيره هذا الموضوع من صعوبة لدى
المختصين بالقانون ولدى الجهات القضائية وخاصة عند إصدار الحكم،
وذلك عندما يعرض بين يدي القاضي هذا النوع من التعدد، وبالإضافة
إلى أهمية تحديد نوع التعدد وتطبيق النص الجنائي الملائم للواقعة، وما
أثاره هذا الموضوع من نقاش وجدال وصعوبة لدى التطبيق العملي
للنصوص الجزائية. وبرجوعنا للتطبيق العملي لا سيما التطبيقات القضائية
يتبين لنا الخلط التي يقع فيها البعض لدى تطبيق النصوص الجزائية المتعلقة
بقاعدتي الإدغام والضم.

وبالتالي، يسعى البحث إلى معرفة العقوبة المقرر تطبيقها على
الجاني وتحديدتها، وفقاً لقانون العقوبات الاتحادي والتشريعات
المقارنة، وتطبيق ذلك من واقع أحكام القضاء الصادرة في هذا الشأن.
منهجية الدراسة:

نتبع في بحثنا المنهج النظري والتحليلي والمقارن عبر دراسة وتحليل
النصوص لقانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، وما
تيسر من النصوص القانونية الأخرى، سواء لبعض الدول العربية مثل
قانون العقوبات الأردني والمصري، أو الأجنبية كالقانون الجنائي

الفرنسي، وذلك عبر دراسة وتحليل هذه النصوص في ضوء آراء الفقه على نحو يحقق أهداف هذا البحث ويثريه.
خطة البحث.

يتكون هذا البحث من مبحثين رئيسيين: أولها سيلقي أضواء على شروط إعمال قاعدة إدغام العقوبات وتطبيقاتها العملية، وثانيها سيخصص للحديث عن الإشكالات القانونية لضم العقوبات

المبحث الأول

شروط إعمال قاعدة إدغام العقوبات وتطبيقاتها العملية

نجد من الأهمية بمكان البحث في شروط إعمال قاعدة إدغام العقوبات وتطبيقاتها العملية في مطلبين الأول: نخصه لبيان شروط إعمال قاعدة إدغام العقوبات، ونخصص المطلب الثاني لتحديد التطبيقات العملية لقاعدة إدغام العقوبات المطلب الأول شروط إعمال قاعدة إدغام العقوبات.

المطلب الأول

شروط إعمال قاعدة إدغام العقوبات

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بالجريمة

نص المشرع الاتحادي في متن المادة (٢٦) من الباب الثالث الخاص "بأنواع الجرائم"، حيث أورد أن الجرائم ثلاثة أنواع: جنایات وجنح ومخالفات. وتناول كذلك العقوبات الخاصة بكل نوع من هذه الأنواع.

وبالتالي إذا اقترف الجاني عدة أفعال إجرامية يطبق على كل فعل منها العقوبة المقررة له، وهو ما يطلق عليه بتعدد الجرائم؛ وقد عرف المشرع الاتحادي التعدد الحقيقي للجرائم وذلك في متن المادة (٩١)

عقوبات التحادي^(١) ، وهذا ما نص عليه قانون العقوبات الأردني في المادة (٧٢) منه ، وتمثله المادة (2.132) من القانون الجنائي الفرنسي .

وتطبيقاً لذلك ، ولتحقق التعدد المادي للجرائم يتعين أن لا يكون قد صدر حكم بات عن إحدى الجرائم أي أن لا يكون الجاني قد حكم عليه نهائياً بحكم قطعي من أجل إحدى هذه الجرائم عند ارتكاب الجاني الجريمة الأخرى فلا مجال لدمج وضم العقوبات^(٢) لأننا نكون بصدد ما يعرف بنظام العود لأن العود يفترض حكم قطعي في الجريمة الأولى وقبل ارتكاب الجريمة الثانية^(٣) ، وبالتالي التعدد المادي يعني أن يرتكب الجاني في وقت واحد أو في أوقات متعددة عدة جرائم لا يفصل بينها حكم نهائي ومن هنا يشترط لإدغام العقوبات اعتراف الجريمة الثانية قبل إبرام الحكم الصادر في الجريمة الأولى .

وبالتالي لا يكون الإدغام إلا في عقوبة جرائم اقترفت في وقت واحد أو أوقات متتالية شريطة ألا يكون قد صدر في أحدها حكم بات ، فإذا صدر وإبرم اعتبر الجاني عائداً وشددت العقوبة بمقمة .

(1) حيث تنص هذه المادة على أنه : " إذا ارتكب شخص عدة جرائم قبل الحكم عليه في إحداها ولم تتوافر في هذه الجرائم الشروط المنصوص عليها في المادتين (٨٧) و(٨٨) ، حكم عليه بالعقوبة المقررة لكل منها ونفذت عليه جميع العقوبات المحكوم بها بالتعاقب على ألا يزيد مجموع مدة السجن وحده أو مجموع مدة السجن والحبس معاً على عشرين سنة وألا تزيد مدة الحبس وحده على عشر سنوات "

(2) وهذا ما أورده المادة (٩١) من قانون الجزاء العماني بأنه : " لا يجوز الإدغام بين عقوبة وأخرى إذا حصلت الجريمة اللاحقة بعد صدور حكم مبرم بالجريمة السابقة ."

(3) د. أحمد شوقي أبوخطوة ، علم الإجرام وعلم العقاب ، ط ٢ ، ١٩٩٠ ، ص ٢٤٤

وعلى كل حال، وأياً كان وجه الرأي في هذا الموضوع ما يهمنا هنا هو التأكيد على أن هناك ثغرة قانونية تتمثل في عيب ينال من هذا النظام أنه يشجع مقترف الجريمة على ارتكاب عدد من الجرائم الأخف وهو آمن من عدم العقاب عليه، من خلال طلب الإدغام، وذلك في الفترة الممتدة بين إخلاء السبيل وصدور الحكم النهائي بحقه، بينما ذهب بعض الفقه للرد على ذلك بالقول إلى أنه عندما يفصل القاضي في طلب الإدغام، يأخذ في الاعتبار ظروف المحكوم عليه، لجهة ما إذا صدرت في حقه أحكام كثيرة لكونه ارتكب الجرم نفسه عدة مرات، أو أنه ليس من أصحاب السوابق، فيقرر الموافقة على الإدغام أو على ضم العقوبات، وفقاً لكل حالة على انفراد.

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بالعقوبة

تستهدف العقوبة - باعتبارها إحدى الصور التي تستخدمها الدولة للكفاح ضد الجريمة - غاية بعيدة تتمثل في مكافحة الظاهرة الإجرامية⁽¹⁾، ومن المعلوم أن العقوبة تهدف إلى تحقيق أهداف ثلاثة: العدالة، الردع العام والردع الخاص⁽²⁾. ومن هنا يتبادر إلى الذهن السؤال حول نوع العقوبة التي تسري عليها قاعدة الإدغام؟

بادئ ذي بدء، لا بد من القول بأنه ليس كل عقوبة تقبل أن تطبق عليها قاعدة إدغام العقوبات، بل إن العقوبات التي تقبل إدغام هي العقوبات الأصلية، سواء كانت جنائية أو جنحة فالعقوبة الأصلية - كما سبق وأن بينا - إما أن تكون جنائية أو جنحة أو مخالفة، وبالتالي

(1) د. أحمد شوقي أبو خطوة، علم الإجرام وعلم العقاب، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

(2) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، ط ٦، ١٩٩٦، ص ٣٦٠.

تكون العقوبات التي تطبق عليها قاعدة الإدغام محصورة في الجنايات والجنح دون المخالفات، إذ أن هذه الأخيرة لا تسري عليها هذه القاعدة، وذلك لكون هذا النوع من العقوبات لا يستهدف الجاني في بدنه ولا في ماله بل هي تستهدف شخصه، ولذلك لا تقبل الإدغام مع عقوبة أخرى سواء كانت من نوعها أو من آخر لأنها مرتبطة بالكيان المعنوي للجاني لا بكيانه المادي^(١).

وهكذا، يسوغ القول بأن تعدد الجرائم لا يتحقق إلا إذا ثبت قيام فاعل واحد بارتكاب عدة جرائم من نوع الجنايات أو الجنح أو الاثنين معاً دون المخالفات وهذا لم يأخذ به المشرع الإماراتي المادة (٩١) والتي نصت على أنه: "إذا ارتكب الشخص عدة جرائم (...)"، وبالتالي جاء النص ليشمل مختلف أنواع الجرائم من جنایات و جنح ومخالفات؛ ويمثله التشريع المصري، بينما ميز قانون العقوبات الأردني بين الجنايات والجنح من جهة والمخالفات من جهة أخرى، فبالنسبة للجنايات والجنح فقد أخذ المشرع الأردني بقاعدة إدغام العقوبات على أنه لا تنفذ منها إلا العقوبة الأشد، فالقاضي يقرر عقوبة لكل جريمة من الجرائم المرتكبة إلا أنه ينفذ من تلك العقوبات أشدها^(٢)، وذلك استناداً للفقرة الأولى من المادة (٧٢) من قانون العقوبات الأردني والتي جاء فيها: "١- إذا ثبتت عدة جنایات أو جنح قضي بعقوبة لكل جريمة ونفذت العقوبة الأشد دون سواها..."، يلاحظ من خلال هذا التنصيص أن تطبيق قاعدة إدغام العقوبات مقصور على الوقائع التي تكيف على أنها جنایات أو جنح فقط دون المخالفات؛ فهذه الأخيرة لا تدخل نطاق التي أوردتها المادة (٧٢)

(١) د. حسن البكري، تعدد الجرائم وأثره على العقوبة، مكتبة الرشاد، ١٩٩٩، ص ١٠٢

(٢) د. نظام المجالي، شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤، ص ٤٨٦.

من قانون العقوبات، وبالتالي فإن خطة الشارع تقوم على التمييز بين المخالفات من ناحية، والجنايات من ناحية أخرى، فاجتماع المخالفات يستتبع حتماً اجتماع عقوباتها، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٢) عقوبات أردني بقولها «تجمع العقوبات التكميلية حتماً». وهذه القاعدة مطلقة؟ وإطلاقها مستمد من لفظ «حتماً» الذي جاء في النص أعلاه، فلا وجود لحد أقصى يلتزم القاضي بالألا يتجاوزه، وتسري على هذه القاعدة على الغرامة والحبس التكميري على السواء! ولعل هذا المعنى يبدو جلياً في المادة (٢٠٥) من قانون العقوبات اللبناني، وكذلك أخذ المشرع المغربي بهذا الاتجاه في الفصل (١٢٠)^(١) من القانون الجنائي. بينما نجد بأن المشرع الفرنسي حدد الحد الأعلى الذي ينبغي تنفيذه في حالة تعدد العقوبات الصادرة في المخالفات^(٢).

وبالإضافة لما سبق إيضاحه على السياق المتقدم، فإن قاعدة إدغام العقوبات حسب أغلبية التشريعات الجنائية الحديثة لا تكون إلا في العقوبات السالبة للحرية (السجن والحبس) ولا يمكن أن تكون في

(١) بنص الفصل ١٢٠ من القانون الجنائي المغربي على أنه: "في حالة تعدد جنایات أو جنح إذا نظرت في وقت واحد أمام محكمة واحدة، يحكم بعقوبة واحدة سالبة للحرية لا تتجاوز مدتها الحد الأقصى المقرر لمعاقبة الجريمة الأشد. أما إذا صدر بشأنها عدة أحكام سالبة للحرية، بسبب تعدد المتابعات فإن العقوبة الأشد هي التي تنفذ".

(2) c'est ainsi que l'arrêt crim. 6 mars 1963 (bull. crim. n 108) (confirme le cumul de cent quarante deux amendes de 10 F. chacune pour contraventions en matière de vente à rédit. L'arrêt crim 10 mars 1959 (bull. crim. n°161) confirme le cumul de six cents amendes pour contraventions en matière d'étiquetage d'emballages. Trente contravention ont été cumulées pour l'expédition irrégulière de trente sacs de pomme de terre pourtant groupés dans un seul wagon. C. Paris, 2 fevr 1968. D. 1968. 165, note D.S et obslégale in Rev. sc. crim 1968. p 843.- BOUZART ET PINATEL. o. précite. p 729

عقوبات أخرى مثل الغرامة، وهناك اختلاف في العقوبات السالبة للحرية الموجبة للإدغام باختلاف النصوص الجزائية، ففي قانون العقوبات الاتحادي لا يتم الإدغام إلا إذا كانت هناك عقوبة السجن والحبس أعمالاً لنص المادة (٩١) عقوبات تحادي، أما في التشريع المصري قصر قاعدة الإدغام على العقوبات السالبة للحرية أعمالاً لمنطوق المادة (٣٥)^(١) منه، وهي عقوبات السجن المشدد أو السجن والحبس فتجب عقوبة السجن المؤبد لجميع هذه العقوبات وبالتالي فالعقوبة الوحيدة التي تجب ما دونها هي عقوبة السجن المشدد في القانون المصري.

وبالتالي فإن نطاق الإدغام يقتصر على عقوبة الإعدام والعقوبات السالبة للحرية، والعقوبة الوحيدة التي تجب غيرها من العقوبات السالبة للحرية هي عقوبة السجن، والعقوبة التي يتصور إدغامها هي عقوبة الحبس وإذا كانت عقوبة السجن هي التي تجب فإنها لا تخضع للإدغام من عقوبة أخرى تكون أدنى منها^(٢).

وخلافاً للنهج السابق، فإن قانون العقوبات الأردني وإعمالاً لنص المادة (٧٢) منه، فإن قاعدة الإدغام تشمل العقوبات السالبة للحرية والغرامة؛ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "تعتبر العقوبات المحكوم بها المميز وفقاً لأحكام المادة ٢٠٦ من قانون الجمارك والمادة ٣٥ من قانون الضريبة العامة على المبيعات هي عقوبات جزائية ولا يوجد نص في قانون الجمارك أو قانون الضريبة العامة على المبيعات يحول دون إدغام العقوبات الجزائية، وبالتالي فإن إدغام العقوبات الجزائية

(١) تنص المادة (٣٥) من قانون العقوبات المصري على أن: "تجب عقوبة السجن المشدد بمقدار مدتها، كل عقوبة مقيدة للحرية محكوم بها جريمة وقعت قبل الحكم بالسجن المشدد المذكورة".

(٢) د. علي حمودة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادي، المرجع السابق، ص ٣٦٥.

المحكوم بها المميز وتنفيذ العقوبة الأشد بحقه لا يخالف القانون ؛ وتشمل أحكام المادة ٧٢ من قانون العقوبات عقوبة الحبس والغرامة باعتبارها عقوبة جزائية ولا يقتصر تطبيقها على عقوبة الحبس^(١). وبالتالي فقاعدة إدماج العقوبات تنطبق على الغرامات وعلى العقوبات السالبة للحرية إعمالاً للمادة (٧٢) عقوبات أردني.

ولكن هل تقبل التدابير الاحترازية تطبيق قاعدة إدغام العقوبات عليها؟

بادئ ذي لا بدء، لا بد من القول بأن التدابير الاحترازية لا تسري عليها قاعدة الإدغام وتخرج من نطاق العقوبات التي تقبل تطبيق هذه القاعدة، ويعود السبب في ذلك إلى طبيعتها وغاياتها، فالتدابير الاحترازية تسعى إلى تحقيق اعتبارات الردع الخاص، أي تأهيل المحكوم عليه على نحو يكفل القضاء على الخطورة الإجرامية الكامنة فيه وتحويله إلى إنسان شريف^(٢). وعلى هذا النحو فإن التدبير الاحترازي يتخذ من القضاء على خطورة الشخص الإجرامية ووقاية المجتمع منها غرضاً له، وذلك عن طريق منع المجرم من العودة إلى الإجرام إما بإصلاحه وعلاجه وإما باستبعاده أو استئصاله ؛ وهذا يعني أن الغرض من التدبير هو غرض نفعي يمتد، يهدف إلى تحقيق المنع الخاص^(٣).

وتأسيساً على ما تم ذكره، فإن الإدغام لا يشمل العقوبات الفرعية وذلك لأن غرض إدغام العقوبات هو أن لا تزداد العقوبات السالبة

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم ٢٠٠٤/٩٣٨ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٤/٩/٥ منشورات مركز عدالة.

(2) د. أحمد شوقي أبو خطوة، علم الإجرام وعلم العقاب، كلية شرطة دبي، ط ٢، ١٩٩٠، ص ٢٩٤.

(3) د. محمود نجيب حسني، دروس في علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ١٣٧.

للحرية لدرجة المغالاة، ولما كانت العقوبات الفرعية ليست من قبيل العقوبات السالبة للحرية، لذلك فليس هناك سبب يحظر تطبيقها لتؤدي غايتها، وفي هذا الصدد أورد المشرع الاتحادي في الفقرة الأولى من المادة (٩٣) عقوبات اتحادي بأنه: "تنفذ جميع العقوبات التالية مهما تعددت: ١- عقوبة الغرامة والعقوبات الفرعية".

المطلب الثاني

التطبيقات العملية لقاعدة إدغام العقوبات

لعل حسن تناول موضوع تطبيقات إدغام العقوبات يقتضي بحسب المنطق الطبيعي للأشياء محاولة تلمس والوقوف على مظاهر تطبيق هذه القاعدة وانطلاقاً من تصور إن إدغام العقوبات يكون على مستويين: الأول، على مستوى جهة الحكم، والثاني، على مستوى جهة التنفيذ.

الفرع الأول

تطبيق قاعدة إدغام العقوبات على مستوى جهة الحكم

بداية يلاحظ أن الجاني قد يعترف عدة جرائم، وبالتالي يتوفر شرط التعدد المطلوب لتطبيق قاعدة إدغام العقوبات عليه وهو مازال في مرحلة المحاكمة، ولا ريب أن الحديث عن ذلك يختلف بحسب ما إذا كانت هذه الجرائم تنظر أمام محكمة واحدة أو أمام محاكم مختلفة، وكذلك بحسب ما إذا كانت هذه الجرائم قدمت بدعوى واحدة أو بدعاوى متعددة.

أولاً: اعتراف جرائم متعددة طرحت أمام محكمة واحدة بموجب دعوى واحدة.

يتصور أن يعترف الجاني عدة أفعال إجرامية ليتم مقاضاته من أجلها من قبل السلطة المختصة، ومن ثم إحالته على القضاء المختص لمحاكمته من أجل هذه الجرائم المرتكبة، وهذه الحالة من أسهل حالات التعدد الحقيقي للجرائم.

ومثال ذلك؛ عندما يرتكب الجاني مثلاً السرقة على البيوت وعقب قيامه بالسرقة يقتل حارس البيت الذي طارده، وأثناء هروبه بسيارته يصيب شخصاً آخر بإصابات جسيمة. وكذلك الضرب والجرح باستعمال السلاح وحياسة السلاح بدون ترخيص، وبحال على المحكمة من أجل هذه الجرائم لمحاكمته، ويدورها محكم طبقاً للمواد (٩١ و٩٣) عقوبات اتحادي وبالتالي تصدر في حقه حكماً بعقوبة واحدة سالبة للحرية مدتها غير متجاوزة الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة الأشد وهي جنحة الضرب.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي قد نص في المادة ٣-١٣٢ من قانون العقوبات على أنه في حالة إدانة الفاعل بجرائم متعددة تحال على المحكمة بموجب دعوى واحدة فإن المحكمة تحكم عليه بعقوبة واحدة في حدود الحد الأقصى لعقوبة الجريمة الأشد^(١).

ثانياً: اقتراح عدة جرائم تطرح أمام محكمة واحدة بموجب دعاوى متعددة.
في هذه الحالة يتصور أن تتم إحالة الفاعل على المحكمة بدعاوى متعددة، وذلك عندما يقترف الفاعل عدة جرائم متزامنة أو في أوقات مختلفة، وتتم ملاحظته من أجل هذه الجرائم بموجب نص قانوني مستقل لكل جريمة على حدا، ومن ثم تتم إحالته على نفس المحكمة ليحاكم عن كل هذه الجرائم بسبب دعاوى جنائية متعددة، لذلك إما يتم تحديد جلسة واحدة للنظر في كل القضايا الجنائية التي لوحق بسببها ليحاكم فيها عن كل الجرائم المقترفة، ففني هذه الفرضية فإن المحكمة تكون على علم بوجود أو تحقق شرط التعدد الحقيقي للجرائم، وبالتالي تصبح ملزمة

(١) ونص على نفس المعنى القانون الجزائري، حيث نصت المادة ٣٤ من قانون العقوبات الجزائري على أنه "في حالة تعدد جنایات أو جنح محالة معاً إلى محكمة واحدة فإنه يقضي بعقوبة واحدة سالبة للحرية ولا يجوز أن تتجاوز مدتها الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانوناً للجريمة الأشد".

بتطبيق قاعدة إدغام العقوبات ، والحكم بعقوبة واحدة هي عقوبة الجريمة الأشد .

نخلص إلى القول بأنه إذا كانت المحكمة تنظر في قضية ارتكب فيها الجاني عدة جرائم متعاقبة وتم تحريك الدعوى العامة عليه فيها جميعاً وثبتت إدانته بها أو بعضها فان على المحكمة عند إصدار حكمها أن تحدد عقوبة لكل جريمة يستحقها المتهم ثم تدغم هذه العقوبات جميعاً وتقرر أن أشد تلك العقوبات فقط هي التي تنفذ بحق المحكوم عليه.

ولكن قد يتم تحديد لكل دعوى جلسة مستقلة عن باقي الدعاوى ، فهنا يمكن للجاني أو النيابة العامة من خلال مطالباتها أن تطلب من المحكمة ضم ملفات الدعاوى إلى بعضها وتأجيلهم لنفس الجلسة ، لتتم مناقشة كل القضايا في وقت واحد وتطبق نفس الإجراءات الجزائية على جميع القضايا وبالتالي كما هو الحال في الفرضية الأولى فإن العقوبة التي تكون وأجبت التطبيق في هذه الفرضية أيضاً هي عقوبة الجريمة الأشد.

ثالثاً : اقرار جرائم متعددة نظرت أمام محاكم مختلفة من خلال دعاوى متعددة .

إذا كانت الفرضيتين اللتين سبق تناولهما لا تثيران صعوبة في التطبيق العملي ، إلا أنه قد تنشأ صعوبات عملية في الحالة التي يتم فيها مقاضاة متهم بمقتضى دعاوى قضائية متعددة ونحال كل دعوى لتنظر أمام محكمة مختلفة ، وبالتالي تكون كل محكمة من هاته المحاكم التي أحيلت عليها دعوى معينة غير عالمة بوجود دعوى أخرى في حق نفس المتهم وأمام محاكم مختلفة.

ففي هذه الفرضية فإن كل محكمة تصدر حكمها دون تطبيق قاعدة إدغام العقوبات لأنها من حيث المبدأ غير عالمة بتوفر شرط التعدد ، وعلى هذا النحو ، قد يتساءل البعض عما إذا علمت آخر محكمة بصدور أحكام

على نفس الشخص من محاكم أخرى تدينه بجرائم أخرى. فهل يحق لها تطبيق قاعدة الإدغام أثناء نطقها بالحكم؟

أجمع الفقه والقضاء على أن الحالة التي تتعدد فيها الجريمة ويتحد الفاعل بمحاكم الفاعل على كل الجرائم في محكمة واحدة ذلك ليتيسر للمحكمة في هذه الحالة متى وقفت على أعمال المتهم وما أتاه من جرائم أن تعلم درجة ميله إلى الشر والغواية وأن تتحد العقوبة التي يستحقها على ضوء هذه الاعتبارات؛ ويستفاد من نص المادة (٧٢) من قانون العقوبات الأردني بأنه في حالة تعدد الجرائم واتحاد الفاعل، يحاكم الفاعل لدى محكمة واحدة^(١).

وبالتالي، فالأهم في هذه الفرضية هو عندما يقترف الجاني عدة جرائم متفاوتة ويتم محاكمته في كل منها بدعوى مستقلة وأمام محاكم مختلفة وتصدر أحكام مختلفة عن تلك الجرائم، ففي هذه الفرضية لا بد أن يقوم المحكوم عليه أو وكيله القانوني بتقديم طلب الإدغام إلى المحكمة التي نظرت القضية الأخيرة، وعلى هذه المحكمة أن تأخذ بعين النظر العقوبات السابقة المحكوم بها وتقرر في نطاق سلطتها التي منحها أيها القانون ما إذا كانت تقرر الإدغام أو الضم، وعليها إذا ذهبت إلى الضم أن تبين الأسباب التي دعته إلى الأخذ بهذا الضم أو الدغم.

الضرع الثاني

تطبيق إدغام العقوبات على مستوى التنفيذ

يمكن تصور ثلاث فرضيات تطبق فيها قاعدة الإدغام، وتمثل هذه الفرضيات حسب ما إذا كان الجاني لم ينفذ أي عقوبة من العقوبات

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم القرار : ١٩٨١/٣٢ (جزاء) ، المنشور في المجلة القضائية ، رقم ١ ، لسنة : ١٩٨١ ، ص ١٣٢٤ .

المحكوم بها عليه ، أو أنه بدأ في تنفيذ إحداها، أو أنه نفذ واحدة بالكامل دون العقوبات الأخرى.

أولاً : الحكم بعدة أحكام قضائية سالبة للحرية.

أورد المشرع الاتحادي في الفقرة الثانية من المادة (٩١) من قانون العقوبات الاتحادي النص على أنه : " ... وإذا تنوعت العقوبات وجب تنفيذ عقوبة السجن ثم عقوبة الحبس"^(١) ، يدل هذا النص على أن هذه الفرضية تقرر عندما تصدر على الجاني عدة أحكام سالبة للحرية نتيجة تعدد الدعاوى بحقّه ، سواء كان ذلك صادراً عن محكمة واحدة أو عدة محاكم ، مما نتج عنه عدم تطبيق قاعدة إدغام العقوبات في مرحلة المحاكمة ، نظراً لعدم علم كل محكمة بتوافر شرط التعدد مما يؤدي إلى النطق بعدة عقوبات سالبة للحرية لكل جريمة على حدا ، وها هنا قد يطرح إشكالاً عند الشروع في تنفيذ هذه العقوبات حيث يطرح سؤال أي العقوبات واجبة التطبيق أولاً ، وهل سيتم تطبيق كل العقوبات المقررة على الجاني؟

يتضح من خلال استقراء مضمون نص المادة (٩١) من قانون العقوبات الاتحادي ، وكذلك نص المادة (٣٠٠) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته على أنه : " إذا تنوعت العقوبات المقيدة للحرية وجب تنفيذ العقوبة الأشد أولاً " ، وبهذا ، وبحسب هذا النص فإنه إذا كان قد حكم على المتهم بعدة عقوبات سالبة للحرية ، فإنه يبدأ بتنفيذ العقوبة الأشد ثم الأخف وهكذا دواليك أي أنه ينفذ كل العقوبات ، وهذا في الواقع فيه نوع من القسوة والإجحاف في حق المحكوم عليه لأن العقوبات المراد تنفيذها قد تستغرق جل حياته إذا نفذت مجتمعة .

(١) المادة (٩١) من قانون العقوبات الاتحادي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ والمعدلة بالقانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠٠٥ ثم بالقانون رقم (٥٢) لسنة ٢٠٠٦ .

ولذلك، إذا صدرت على المتهم عدة عقوبات سالبة للحرية بسبب تعدد الدعاوى فإن العقوبة الأشد هي التي تنفذ وحدها، أي أن المحكوم عليه يمكنه الاستفادة من قاعدة الإدغام خلال مرحلة التنفيذ أيضاً، لكن هذا المقتضى لا يستفيد منه المحكوم عليه إلا إذا توفرت شروط الإدغام التي سبق وأن تطرقنا إليها وهي شرط التعدد وأن تكون العقوبة سالبة للحرية بالإضافة إلى عدم الفصل بين الجرائم المرتكبة بحكم بات، فإذا توفرت هذه الشروط فإن المحكوم عليه يستفيد من إدغام عقوباته، غير أنه إذا لم يتوافر شرط من الشروط سالفة الذكر، فإنه يتم رفض طلب الإدغام. وهذا ما أورده قانون العقوبات الجزائري في الفقرة الأولى من المادة (٣٥) منه على أنه "إذا صدرت عدة أحكام سالبة للحرية بسبب تعدد المحاكمات فإن العقوبة الأشد وحدها هي التي تنفذ"

على النقيض من ذلك أجه قانون العقوبات الفرنسي إلى أنه إذا تعددت المحاكمات فإنه يتم تنفيذ العقوبات المقضي بها مجتمعة في حدود معينة على ألا يتجاوز مدتها الحد الأقصى المحددة قانوناً للجريمة الأشد مع الأخذ بعين النظر إمكانية الإدغام الكلي أو الجزئي الواردة في هذه الفرضية تبقى خاضعة لوجدان القاضي التقديرية وذلك بتقديم طلب بإدغام العقوبات إما لآخر محكمة أصدرت آخر حكم أو حسب شروط قانون العقوبات، وهذا ما يمكن استقراءه من منطوق المادة ٤ - ١٣٢ من قانون العقوبات.

ثانياً: صدور حكم قضائي بعقوبة سالبة للحرية أثناء تنفيذ المحكوم عليه لعقوبة أخرى سالبة للحرية.

تتحقق هذه الفرضية عندما تقرر على الجاني عقوبة سالبة للحرية أثناء تنفيذه عقوبة أخرى سالبة للحرية من أجل جريمة سبق وأن حكم عليه بسببها، فهنا إذا كان الحكم من أجل الواقعة الأولى التي ينفذ عقوبتها لم يصبح نهائياً، فإنه تبعاً لذلك بعد صدور الحكم في الجريمة

الثانية الاستفادة من منطوق الفقرة الثانية من المادة (٩١) من قانون العقوبات الاتحادي، وذلك بتنفيذ العقوبة الأشد، وذلك لتوافر شروط تعدد الجرائم، وأيضاً عدم الفصل بين الوقائع المرتكبة بحكم بات؛ وهكذا، إذا قضى الجاني جزءاً من العقوبة المقررة أولاً وكانت هي الأخف بينما العقوبة الأخرى هي الأشد، فهنا ينفذ بحقه العقوبة الأخيرة بعد أن يحسب له المدة التي قضاهما بسبب تنفيذ العقوبة الأخف؛ إعمالاً لنص المادة (٢٩٤) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته.

ثالثاً: ... صدور حكم قضائي بعقوبة سالبة للحرية بعد إكمال تنفيذه لعقوبة أخرى سالبة للحرية ..

تمثل هذه الفرضية عندما يصدر على الجاني حكم بعقوبة سالبة للحرية وبعد أن يبدأ في تنفيذها يقوم بالطعن بها بالتقضى ثم يطلق سراحه لانتهاء المدة، وأثناء مرحلة التمييز اقترف جريمة ثانية فيلاحق بسببها، ويحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية دون صيرورة الحكم الأول باتاً، ففي هذه الفرضية فإن الجاني ينفذ العقوبة الأشد؛ ففي حالة أنه سبق وأن نفذ بحقه إحدى العقوبتين، فإنه إذا كانت العقوبة الثانية هي الأشد فإنه يتم احتساب مدة العقوبة الأولى والتي نفذت بحقه ويكمل الفرق بين العقوبتين فقط، بينما إذا كانت العقوبة التي نفذها هي الأشد والعقوبة الأخرى هي الأخف فلا ينفذ.

ومثال ذلك أن يلاحق متهم بجريمة اغتصاب ويحكم عليه بسنة سجنناً نافذاً، وبعد قضائه لمحكوميته يقبض عليه ويحاكم من أجل حيازة المخدرات، ويعاقب بستة أشهر حبساً نافذاً وذلك قبل أن يصبح الحكم الأول نهائياً ودون علم المحكمة بالعقوبة الأولى، فهذا هنا لا ينفذ العقوبة الأخف وإنما ينفذ العقوبة الأشد، أن للجاني وأن كان قد نفذ العقوبة

الأولى كاملة الحق بالاستفادة من قاعدة إدغام العقوبات ، طالما أن الأفعال غير المشروعة المستول عنها لم يفصل بينها حكم غير قبل للنقض .

المبحث الثاني

الإشكالات القانونية لضم العقوبات

بداية ، يعتبر ضم العقوبات من الآثار الناتجة عن التعدد الحقيقي للجرائم ، فهو قاعدة تطبق باعتبارها استثناء من قاعدة إدغام العقوبات ؛ حدد المشرع مجال تطبيقها ضمن المادة (٩٣) من قانون العقوبات الاتحادي . وإذا تتبعنا المعنى الظاهر للضم فإن القاعدة تبدو لنا بسيطة ولا تحتاج إلى البحث ، إذ أنها عملية إضافة عقوبة إلى أخرى والمجموع هو حصلة العقوبتين اللتين اقترافهما الفاعل والذي يلزم أن يعاقب عليهما جميعاً باعتبارهما الأثر المترتب عن سلوكه .

إلا أن تطبيق قاعدة الضم بطريقة أتوماتيكية دون مراعاة الجوانب الإنسانية والواقعية للعقوبة قد لا يستفيد أحياناً فمن الناحية الواقعية هناك حالات يصعب تطبيق قاعدة الضم عليها بشكل كامل وإلا سيؤدي ذلك إلى مغالاة في العقوبة قد يستغرق حياة المحكوم عليه دون أن يستكمل العقوبة المفروضة عليه ، وهذا ما حدا بالمشرع الإماراتي كغيره من التشريعات الجنائية أن يضيق من نطاق ضم العقوبات بوضعه مجموعة من الضوابط والشروط تنظم أعمالها .

وعليه ، نجد من الأهمية بمكان البحث في الإشكالات القانونية لضم (جمع) العقوبات في مطلبين الأول : نخصه لبيان ماهية ضم العقوبات وأنواعه ، ونخصص المطلب الثاني لتحديد الاستثناءات المقررة على قاعدتي الإدغام والضم وأثار تطبيقهما .

المطلب الأول

ماهية ضم العقوبات وأنواعه

تتطلب قواعد العدالة الجنائية، أن يعاقب الفاعل عن كل فعل غير مشروع ارتكبه مهما تعددت هذه الأفعال غير أن المشرع الإماراتي - وكذلك الأردني والمصري - جعل من قاعدة إدغام العقوبات هي الأصل المطبقة في حالة تعدد الجرائم، بينما الضم هو استثناء خذ المشرع من مجال تطبيقه وخصده في حالات معينة، وللبحث في ماهية ضم العقوبات وأنواعه يستلزم بيان المقصود به من خلال تعريفه، وتحديد أنواعه.

الفرع الأول

تعريف ضم العقوبات.

بدء ذي بدء، لا بد من الإشارة إلى أن ضم العقوبات هو استثناء لقاعدة الإدغام ويكون دائما على مستوى جهة الحكم أثناء فصلها في القضايا المطروحة أمامها أو على الأقل أثناء نظرها في آخر قضية من هذه القضايا ويقصد به جمع عقوبات كافة الجرائم المقررة من المتهم، بينما قاعدة إدغام العقوبات هي على نقيض قاعدة الضم⁽¹⁾، والضم يكون كليا أو جزئيا بناء على طلب النيابة العامة أو تقرر جهة الحكم من تلقاء نفسها في حدود الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة الأشد، وذلك بموجب حكم أو قرار مسبب متضمن جميع البيانات التي تسمح للمحكمة العليا من بسط رقابتها عليه.

ويمكننا تعريف ضم العقوبات بأنه: "إطار قانوني تستعمله التشريعات الجزائية لمعالجة إشكالات صور التعدد الحقيقي للجرائم، فهو

(1) د. محمد زكي أبو عامر، ود. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات - القسم العام - بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٤، ص ٣٨٤.

يقوم على مبدأ " لكل جريمة عقوبة" وبالتالي فإن العقوبات تتعدد تبعاً لتعدد الجرائم مهما تكررت، إذ يضم مجموع العقوبات ليكون مدة العقوبة التي يتوجب على الجاني تنفيذها، لو فرضنا أن شخصاً ما حكم عليه بعقوبة مدتها ثلاث سنوات وحكم عليه بعقوبة أخرى مدتها ست سنوات وعن جريمة ثالثة بسنتين، فإنه وتطبيقاً لقاعدة الضم فإنه ملزم بتطبيق عقوبة واحدة مدتها مجموع مدة العقوبات الثلاثة أي إحدى عشر سنة غير أن السؤال المطروح هو ما هي العقوبات التي يطبق عليها قاعدة ضم العقوبات؟ وما هي أنواع الضم؟

الفرع الثاني

أنواع الضم.

تتطلب قاعدة ضم العقوبات بإجبار الجاني بتنفيذ جميع العقوبات المقررة عليه بها، إذ القاعدة العامة أن لكل جريمة عقوبة، وتتعدد العقوبات بالضرورة تبعاً لتعدد الجرائم، بيد أن المشرع الاتحادي وكغيره من التشريعات لم يتبنى هذه القاعدة على إطلاقها بل حصرها على عقوبات محددة منها ما نص عليه صراحة في القانون، وهذا ما يطلق عليه الضم القانوني؛ ومنها ما أجازته للمحكمة وهذا ما يصطلح عليه بالضم القضائي.

أولاً: الضم القانوني للعقوبات

أن المشرع الاتحادي حصر قاعدة ضم العقوبات في كل من العقوبات المالية، والعقوبات الإضافية والتدابير الاحترازية والعقوبات المقررة للمخالفات.

أ- العقوبات المالية

يقصد بالعقوبات المالية تلك التي تصيب الذمة المالية للمحكوم عليه فتزيد من عناصرها السلبية كما هو شأن عقوبة الغرامة والدية

والمصادرة الخاصة، أو تعدم الجانب الإيجابي كما هو الحال في عقوبة المصادرة العامة^(١)؛ وتعرف الغرامة اصطلاحاً، بأنها: إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من النقود يقدره الحكم القضائي إلى خزينة الدولة^(٢). والغرامة بتعريفها الفقهي هذا هي المقصودة بقاعدة ضم العقوبات، ويستوي أن تكون عقوبة أصلية أو عقوبة مضافة، وهذا ما يستفاد من نص الفقرة الأولى من المادة (٩٣) من قانون العقوبات الاتحادي والتي جاء فيها: "تنفذ جميع العقوبات التالية مهما تعددت: ١- عقوبة الغرامة والعقوبات الفرعية. ٢- ...؛ يلاحظ من خلال هذا التنصيص أن عقوبة الغرامة تتعدد بغير تحديد في التشريع الاتحادي حتى لو أدت إلى استغراق كل ثروة المحكوم عليه فلم يضع المشرع أي قيود عليها في حالة التعدد.

وتطبيقاً لما سبق ذكره، فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات بأنه: "لما كانت المادة ٣٣١ من قانون العقوبات توجب الضم بين الدية والعقوبات التعزيرية المقررة لجرائم المساس بحياة الإنسان وسلامة جسمه ومنها جريمة القتل الخطأ المنصوص عليها في المادة ٣٤٢ من القانون ذاته وذلك في الحالات التي يمتنع فيها توقيع عقوبة القصاص لأن الجريمة ليست في الأصل من جرائم القصاص وهنا تكون الدية هي العقوبة الأصلية طبقاً للمادة ٢/٦٦ عقوبات إلى جانب العقوبات التعزيرية التي رأى المشرع وجوب الضم بينها وبين الدية ..."^(٣).

- (١) وقد عرفتها المادة (٧١) من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات بأنها: "إلزام المحكوم عليه أن يدفع للخزينة المبلغ المحكوم به، ولا يجوز أن تقل الغرامة عن مائة درهم ولا أن يزيد حدها الأقصى على مائة ألف درهم في الجنائيات، وثلاثين ألف درهم في الجنح وذلك كله ما لم ينص القانون على خلافه".
- (٢) طعن (المحكمة الاتحادية العليا) رقم ٥٨٩ لسنة ٢٠١٢ جزائي؛ جلسة الاثنين الموافق ١١ نوفمبر ٢٠١٣

ويرجعنا لنص قانون العقوبات المصري نجد أن الأصل فيه هو تعدد العقوبات المالية دائماً، وهذا ما جاء في المادة ٣٧ منه على أن: "تعدد العقوبات بالغرامة دائماً" إذ أن عقوبة الغرامة تتعدد في جميع الأحوال سواء كانت مقررّة كعقوبة أصلية أو تكميلية، وتنفذ على المحكوم مهما بلغ مجموعها"^(١)، وهذا ما صار عليه التشريع الجنائي الجزائري المادة (٣٦) منه بخلاف التشريع الجنائي التونسي الذي لا يأخذ بقاعدة ضم العقوبات المالية وهذا ما يستفاد من نص المادة ٥٧ من المجلة الجزائية التونسية والذي جاء فيه: "العقوبات المالية لا تضم لبعضها البعض".

ب- العقوبات الإضافية والتدابير الاحترازية (الوقائية)...

إن عدم توقيع العقوبات الأصلية للجرائم الأخف يستتبع عدم توقيع العقوبات التبعية التي ستترتب عليها؛ أما العقوبات التكميلية المقررة للجرائم الأقل شدة، فإنه يتوجب توقيعها عند الحكم بالعقوبة الأصلية للجريمة الأشد، وذلك على الرغم من عدم توقيع العقوبات الأصلية المقررة لها"^(٢).

ولقد أورد قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات على ضرورة الأخذ بالعقوبات التكميلية في حالة الارتباط الذي لا يقبل التجزئة أعمالاً لمقتضيات المادة (٨٩) من قانون العقوبات الاتحادي والتي جاء فيها: "لا يخل الحكم بالعقوبة المقررة للجريمة الأشد في المادتين السابقتين بتوقيع العقوبات الفرعية المقررة بحكم القانون بالنسبة للجرائم الأخرى"؛ وبالرجوع للقانون الجزائري المصري نلاحظ أنه لم يبين حكم العقوبات

(1) د. عصام أحمد غريب، تعدد الجرائم وأثره في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، ط ٣، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣١٥.

(2) د. علي حمودة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادي، ج ٢، النظرية العامة للجزاء الجنائي، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٣٧٣.

التبعية والتكميلية في حالة التعدد الحقيقي للجرائم، غير أن القواعد العامة تقضي تعددها بتعدد العقوبات الأصلية ذلك أن العقوبات التبعية تتبع العقوبات الأصلية وجوداً وعدمياً كما أن العقوبات التكميلية تحصل اتصالاً وثيقاً بالجريمة المرتكبة، فتعدد الجرائم والعقوبات الأصلية المقررة يقتضي بحكم اللزوم القانوني أن تتعدد العقوبات التبعية والتكميلية أيضاً تبعاً لتعدد العقوبات الأصلية^(١)، ومما كان غرض العقوبات الإضافية فإنها تخضع لقاعدة ضم العقوبات وذلك إعمالاً لنص المادة (٩٣) من قانون العقوبات الاتحادي حيث تنص على أن: "تنفذ جميع العقوبات التالية مهما تعددت: ١- عقوبة الغرامة والعقوبات الفرعية ...". يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الاتحادي أورد قاعدة ضم العقوبات الفرعية بصيغة الأمر (تنفذ ...)، وكذلك فعل المشرع المصري في متن المادة (٣٨) من قانون العقوبات المصري. على خلاف من ذلك نجد أن المشرع المغربي أجاز للمحكمة الخروج عن مقتضيات قاعدة ضم العقوبات. وذلك في نص الفقرة الثانية من الفصل (١٢٢) من القانون الجنائي المغربي بقولها: "في حالة تعدد الجنايات أو الجنح تضم العقوبات الإضافية وتدابير الوقائية ما لم يقرر الحكم خلاف ذلك بنص معلل ..."، وكذلك فعل المشرع الجزائري في المادة (٣٧) من القانون الجنائي.

ووفقاً لما سبق إيضاحه على السياق المتقدم، فإنه لا يجوز الدغم بين التدابير الاحترازية^(٢) والعقوبة لاختلاف الطبيعة القانونية لكل منها إذ لا

(1) د. عصام أحمد غرب، تعدد الجرائم وأثره في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٣١٨.

(2) أخذ المشرع الاتحادي في دولة الإمارات بنظام التدابير الاحترازية إذ نص عليها القانون الاتحادي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ وذلك من خلال نظاماً خاصاً للتدابير الاحترازية وأفرد لها بابين السابع والثامن من الكتاب الأول من هذا القانون في المواد ١٠٩ - ١٤٢ منه.

يجوز الدغم إلا في العقوبات حصراً، حيث أورد المشرع الاتحادي ذلك في المادة (٩٣) من قانون العقوبات بقولها : " تنفذ جميع العقوبات التالية مهما تعددت : ١- ٢... - التدابير الجنائية على ألا يزيد مجموع مدد مراقبة الشرطة على خمس سنوات"^(١). ومهما اختلف غرض كل من العقوبات الإضافية والتدابير الوقائية فإنهما يخضعان معاً لقاعدة ضم العقوبات وذلك بصريح المادة ٩٣ عقوبات اتحادي؛ وهذا ما تؤكدته المادة (٣٨) من قانون العقوبات المصري والتي جاء فيها : "تتعدد عقوبات مراقبة البوليس؛ ولكن لا يجوز أن تزيد مدتها كلها على خمس سنين"؛ يلاحظ من خلال استقراء بسيط لنصوص التشريعات الجنائية وخاصة لقانون العقوبات الاتحادي وقانون العقوبات المصري عند إخضاعهم لمراقبة الشرطة كعقوبة إضافية لقاعدة الضم لم يأخذوا بهذه الأخيرة على إطلاقها بل حددوا هذه المراقبة في خمس سنوات فقط حتى لو نتج عن ضم مدد العقوبات المراقبة أكثر من ذلك.

أما بالنسبة للمشرع الأردني فقد استثناء نظام التدابير الاحترازية من قاعدتي ضم وإدماج العقوبات استناداً لنص المادة (٧٢) من قانون العقوبات؛ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأن : "الحكم بتنفيذ العقوبة الأشد وهي الإشغال الشاقة مدة ثلاث سنوات لا يمنع من تنفيذ التدبير الاحترازي وهو وقف العمل برخصة السوق لمدة سنة، لأن نص المادة (٧٢) إنما يبحث في الضم بين العقوبات أو إدغامها ولا صلة لهذا النص بالتدابير الاحترازية"^(٢).

- (١) المادة (٩٣) من قانون العقوبات الاتحادي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧. والمعدلة بالقانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠٠٥ ثم بالقانون رقم (٥٢) لسنة ٢٠٠٦.
- (٢) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم القرار : ١٩٨١/١٤٩ (جزاء)، المنشور في المجلة القضائية، رقم المجلة ١، لسنة : ١٩٨٢، ص ٣٩٦.

وبالتالي فإن جميع عقوبات الغرامة والعقوبات التبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية مهما تعددت على أن لا يزيد مجموع مراقبة الشرطة على خمس سنوات حسب المشرع الاتحادي والمصري . وبالتالي يتضح لنا أنه باستثناء العقوبات السالبة للحرية والمحددة لها لا تقيد بحد معين ، وبالمقابل فإن الغرامة والمصادرة والتدابير الاحترازية تتعدد دون حد معين في قانون العقوبات الاتحادي والمصري.

نخلص إلى القول : إلى أن القوانين العقابية اختلفت حول أثر تنفيذ العقوبات الإضافية (التبعية والتكميلية) والتدابير الاحترازية الناتجة على إدغام العقوبات الأصلية في ثلاثة آراء :

الرأي الأول : أوجب تنفيذها جميعاً وإن لم تنفذ عقوباتها الأصلية وهذا ما أخذ به المشرع الإماراتي والتونسي. أما الرأي الثاني فقد أجاز للقاضي صلاحية الحكم إدغام أو جمع هذه العقوبات تبعاً لعقوباتها الأصلية المدغمة وحسب ظروف الدعوى وهذا ما تبناه قانون العقوبات الأردني واللبناني . وأخيراً ذهب اتجاه ثالث إلى جواز ضم هذا النوع من العقوبات ، إلا إذا رأى القاضي وجوب تنفيذها جميعاً بقرار معلل ومثاله قانون العقوبات المغربي .

ج - العقوبات الخاصة بالمخالفات

المخالفات حسب المادة (٣٠) من قانون العقوبات الاتحادي تنص على أنه : "تعد مخالفة كل فعل أو امتناع معاقب عليه في القوانين أو اللوائح بالعقوبتين التاليتين أو بإحدهما .

١- الحجز مدة لا تقل عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على عشرة أيام ويكون الحجز بوضع المحكوم عليه في أماكن مخصص لذلك . ٢- الغرامة التي لا تزيد على ألف درهم". نلاحظ من خلال هاته المادة أن المشرع الاتحادي أورد قاعدة ضم العقوبات في المخالفات بشكل

إجباري وليس اختياري، وبالتالي ليس للمحكمة إي خيار في استبعادها كما سبق توضيحه بالنسبة للعقوبات المالية، والعقوبات الإضافية والتدابير الوقائية.

وكذلك نجد الفقرة الرابعة من المادة (٧٢) من قانون العقوبات الأردني تنص على أنه "٤. تضم العقوبات التكميلية حتماً". مما يلاحظ على هذا النص استخدام تعبير (حتماً) وكان الأولي بالمشرع الأردني إن يستبدل اللفظ السابق بلفظ قانوني مثل "حكماً" أو "بموجب القانون" أو "بشكل حكومي". أما "حتماً" فهو لفظ يتعلق بالواقع لا بالقانون وهو بهذه الصفة لا يصح أن يستخدم كلفظ محلل التشريع. وكذلك أورد المشرع المغربي في نص المادة ١٢٣ من القانون الجنائي قاعدة ضم العقوبات في المخالفات بشكل وجوبي. وبالتالي فإن الفاعل المقترف لعدة مخالفات يتفرضا كاملة دون تطبيق قاعدة الإدغام عليه، وتكون واجبة الضم دائماً سواء كانت صادرة بالغرامة أو الحبس.

ثانياً : الضم القضائي للعقوبات ..

تتطلب قاعدة ضم العقوبات مجموعة من الشروط أوجبها المشرع على المحكمة حتى تتمكن من ضم العقوبات السالبة للجزية : ومن أهم شروط الضم القضائي للعقوبات :

١- اتحاد نوع العقوبات محل الضم ..

لإعمال قاعدة ضم العقوبات من لدن المحكمة نصت بعض التشريعات على ضرورة اتحاد نوع العقوبة محل الضم، بمعنى أن تكون من فئة واحدة إضافة إلى أن تكون من درجة واحدة، ذلك أن وحدة الفئة لا تكفي للقول أنها من نوع واحد، فالسجن المؤبد مثلاً هو من فئة السجن المؤقت، إلا أنهما ليسا من درجة واحدة على عكس عقوبة السجن لمدة

خمس سنوات وعقوبة السجن لمدة عشر سنوات هما من فئة واحدة^(١)، وإذا كان جب العقوبات السالبة للحرية هو الأصل والاستثناء هو ضمها من قبل المحكمة المختصة وهذا ما أورده المشرع المغربي في الفقرة الثالثة من الفصل (١٢٠) منه بالنص على ما يلي: "غير أن العقوبات المحكوم بها إذا كانت من نوع واحد جاز للقاضي بقرار معلل أن يأمر بضمها كلها أو بعضها شرط أن لا تتجاوز الحد الأقصى المقرر في القانون للجريمة الأشد".

بينما نجد أن المشرع الاتحادي أخذ بقاعدة تعدد العقوبات بتعدد الجرائم، وتطبق هذه القاعدة على جميع الجرائم المقترفة سواء كانت جنائيات أو جنح أو مخالفات، فالأصل إن تعدد العقوبات بتعدد الجرائم سواء كانت هذه الجرائم من نوع واحد كانت كلها سرقة مثلاً، أو من أنواع مختلفة كان كانت السرقة واحتيال مثلاً وقد قررت هذا المبدأ المادة ٩١ والمادة ٩٣ من قانون العقوبات الاتحادي. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٩١) من قانون العقوبات الاتحادي على أنه: "... وإذا تنوعت العقوبات وجب تنفيذ عقوبة السجن ثم عقوبة الحبس وبالرجوع للمشرع المصري نجد أنه وضع قاعدة تحدد ترتيب تنفيذ العقوبات السالبة للحرية في نص المادة (٣٤) والتي تنص على أنه: "إذا تنوعت العقوبات المتعددة وجب تنفيذها على الترتيب الآتي: أولاً السجن المؤبد. ثانياً: السجن المشدد. ثالثاً: السجن، رابعاً: الحبس مع الشغل. خامساً: الحبس البسيط". يلاحظ من نص المادة أنه ذكر أن عقوبة السجن المشدد هي التي تجب غيرها من العقوبات السالبة للحرية، وكذلك فإن عقوبة السجن المشدد في الإدغام تكون محددة بمقدار مدتها فقط، فهي تستغرق ما عداها من عقوبات أخرى سالبة للحرية بما لا يتجاوز مقدار مدتها أما ما يزيد عن ذلك فلا يدغم.

(١) د. حسن البكري، تعدد الجرائم وأثره على العقوبة، المرجع السابق، ص

أما بالنسبة للمشرع الأردني فيلاحظ إن المادة (٧٢) من قانون العقوبات قد تركت الخيار لمحكمة الموضوع عند ثبوت عدة جنائيات أو جنح إما أن تقضي بعقوبة لكل جريمة وتنفذ العقوبة الأشد دون سواها وإما أن تقضي بالجمع بين العقوبات المحكوم بها بحيث لا يزيد مجموع العقوبات الموقعة على أقصى العقوبة المعينة للجريمة الأشد إلا بمقدار نصفها^(١)، بالنسبة للجنائيات ومقدار مثلها في الجنح ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها في ذلك .

وبما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام إلى أن المشرع الأردني حسب نص المادة ٧٢ عقوبات لم يبين الترتيب الذي بموجبه يتم اختيار العقوبة الأشد، بينما المشرع المصري فقد وضع قاعدة لترتيب تنفيذ العقوبات السالبة للحرية كما هو رد أعلاه في نص المادة (٣٤) عقوبات . وبالرجوع للمشرع الفرنسي وأعمالاً لنص المادة (١٣٢ - ٣) من قانون العقوبات الفرنسي فلا يشترط لتطبيق قاعدة ضم العقوبات السالبة للحرية اتحاد نوع العقوبة، لأن اتحاد نوع العقوبة بسبب محاكمة واحدة يؤدي إلى الحكم بعقوبة واحدة هي العقوبة الأشد وبالتالي يؤدي لضمها .

٢- عدم تجاوز الحد الأقصى لعقوبة الجريمة الأشد

تنص المادة (٩١) من قانون العقوبات الاتحادي على أنه : " إذا ارتكب شخص عدة جرائم قبل الحكم عليه في إحداها ولم تتوافر في هذه الجرائم الشروط المنصوص عليها في المادتين (٨٧ و ٨٨) حكم عليه بالعقوبة المقررة لكل منها ونفذت عليه جميع العقوبات المحكوم بها بالتعاقب على ألا يزيد مجموع مدة السجن وحده أو مجموع مدد السجن أو الحبس معاً على عشرين سنة وألا يزيد مدة الحبس وحده على عشر

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم القرار : ١٩٧٧/٢٣٣ (جزاء) ، المنشور في المجلة القضائية ، رقم المجلة ١ ، لسنة : ١٩٧٨ ، ص ٣٩٦ .

سنوات ...". وتطبيقاً لذلك أصدرت محكمة الجناح في دبي، أحكاماً بالسجن ضد المتهم ... ضمن القضية المعروفة باسم «محفظة اليوم»^(١)، بعد إدانته بـ ٣٦٩٥ تهمة خيانة أمانة وإعطاء شيك بسوء نية، وقضت بحبسه مدداً تصل إلى ٩٢٣ عاماً، بواقع ثلاثة أشهر عن كل تهمة، وطبقاً للمادة (٩١) من قانون العقوبات الاتحادي، فإن مدة حبس اليوم الفعلية لن تتجاوز ١٠ سنوات.

وهكذا، عني المشرع الاتحادي في دولة الإمارات كغيره من التشريعات المعاصرة في عدم تحول العقوبات السالبة للحرية المؤقتة إلى عقوبات مؤبدة وذلك على مقتضى نص المادة (٩١) من قانون العقوبات. وبالتالي، إذا كان ضم العقوبات المحكوم بها على الجاني يزيد عن الحد الأعلى يتعين في هذه الفرضية إسقاط المدة الزائدة عن هذا الحد وهو عشرين سنة، وهذا الحد قرره المشرع عندما يكون المحكوم عليه قد اترف أفعاله الإجرامية قبل الحكم عليه بمناسبة واحدة منها؛ فإذا حكم على الجاني بعقوبات السجن والحبس وبلغ مجموع مدد السجن عشرين سنة فلا ينفذ شيء من عقوبة الحبس (الأخف)، لا تتعدد العقوبات الماسة بالحرية سواء كانت سالبة أو مقيدة للحرية إلى غير مدة، بل يجب ألا يتجاوز مجموع

(١) ووفقاً للقضية التي استحوذت على اهتمام لافيت من المجتمع المحلي خلال السنوات الماضية، فقد «اختلس اليوم مبالغ نقدية سلمت إليه لاستعمالها لمنفعة أصحابها باستثمارها في مجال الاستثمار العقاري، وأعطى ما يتجاوز ٣٧٠٠ شيك بسوء نية لا يقابلها وفاء كاف، حيث تجاوزت المبالغ بحق اليوم ٩٠٠ مليون درهم، من ٣٧٠٠ مودع، فيما وجهت نيابة ديرة إلى المتهمين السبعة تهم المشاركة الإجرامية في تهمة خيانة الأمانة

للمزيد أنظر

<http://cdn->

wac.emaratayoum.com/polopoly_fs/1.361589.1298828773!/image/2656495210.jpg

عددتها حالة التعدد حداً معيناً، فقد نصت المادة ١/٩١ من قانون العقوبات الاتحادي على أنه إذا اجتمعت عقوبات السجن والحبس وزاد مجموعها على عشرين سنة، تسقط عندها عقوبات الحبس أو بعضها. فإذا بلغت مدة السجن عشرين سنة فلا ينفذ شيء من عقوبة الحبس، فما يسقط من التنفيذ يخصم من العقوبة الأخف^(١). أما إذا تنوعت العقوبات إما بالحبس فينبغي ألا يتجاوز عشر سنوات والقواعد المقررة في المادة ٩١ من قانون العقوبات الاتحادي تطبق على حالة تعدد الجرائم قبل صدور حكم بات في إحداها.

والمحكمة تحكم بالعقوبة التي تراها لكل جريمة من الجرائم المعروضة عليها وسلطة التنفيذ هي التي تراعي القيد الخاص بالمدة التي يجب ألا يتجاوزها وكذلك القيد الخاص بالحجب الذي تحدده عقوبات الإعدام والسجن. وهذا ما أورده المشرع المصري في نص المادة (٣٦) من قانون العقوبات فجاء في منطوقها أنه: "إذا ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه من أجل واحدة منها وجب أن لا تزيد مدة السجن المشدد على عشرين سنة ولو في حالة تعدد العقوبات وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس على عشرين سنة وأن لا تزيد مدة الحبس وحده على ست سنين"

أما قانون العقوبات الأردني فقد أجاز للقاضي أن يضم بين العقوبات المحكوم بها بشرط أن لا يزيد مجموع العقوبات المؤقتة على أقصى العقوبة المعينة للجريمة الأشد إلا بمقدار نصفها في الجنايات ومقدار مثلها في الجنح؛ وذلك أعمالاً للفقرة الثانية من المادة (٧٢) من قانون العقوبات والتي جاء فيها: "على أنه يمكن الضم بين العقوبات المحكوم بها

(1) وفي هذا السياق تنص المادة (٢٩٤) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته على أنه: "عند تعدد العقوبات المقيّدة للحرية المحكوم بها على المتهم تستنزل مدة الحبس الاحتياطي ومدة القبض من العقوبة الأخف أولاً".

بمحيث لا يزيد مجموع العقوبات المؤقتة على الحد الأعلى للعقوبة المقررة قانوناً للجريمة الأشد إلا بمقدار نصفها في حالة الجنائيات وبمقدار مثلها في حالة الجنح". وتطبيقاً لذلك جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية بأن: "أجازت الفقرة الثانية من المادة (٧٢) من قانون العقوبات ضم العقوبات المحكوم بها بمحيث لا يزيد مجموع العقوبات المؤقتة على أقصى العقوبة المعينة للجريمة الأشد...، وعليه وطالما إن العقوبة المفروضة على الظنين عن جرم إساءة الائتمان الحبس لمدة سنتين، في الحكم الأول، والحبس لمدة سنة في الحكم الثاني فتكون العقوبة المفروضة ضمن الحد المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة (٧٢) بالرغم من ضمها"^(١).

وبهذا الصدد نجد أن المشرع الاتحادي يجعل من قاعدة إدغام العقوبات قاعدة وجوبية إذ ليس أمام القاضي خيار وهذا ما نصت عليه المادة (٩٢) من قانون العقوبات الاتحادي والتي جاء فيها: "تجب عقوبة... يلاحظ أن هذه العبارة تدل بلا شك على معنى الإلزام، وهذا ما يأخذ به قانون العقوبات المصري في المادة (٣٥) منه. بمحيث يؤدي القول بذلك إلى حرمان المحكمة المختصة في تقدير شخصية الجاني ومدى قدرته على إصلاح نفسه ومدى استفادته من قاعدة الإدغام من عدمه والعودة إلى أحضان المجتمع.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن، إلى أن تطبيق إدغام العقوبة، والتقييد بالحد الأقصى لتنفيذ العقوبات المتعددة لا يتعلق بسلطة القاضي في إصدار الحكم في الدعوى التي يفصل فيها، وإنما يتصل بقواعد تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، وكذلك فإن الجهة التي تخاطب بتنفيذ أحكام هذين القيدتين هي تلك التي يناط بها تنفيذ هذه العقوبات.

(١) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم القرار: ١٩٩٧/٦ (جزاء)، المنشور في المجلة القضائية، رقم المجلة ١، لسنة: ١٩٩٨، ص ٢٧٤.

بينما يلاحظ أن المشرع الأردني جعل من الأخذ بقاعدة إدغام العقوبات اختيارياً، وذلك لتمكين المحكمة من تطبيقها متى ما اقتنع القاضي بذلك وبالرجوع لشخصية الجاني ومدى خطورته الإجرامية وقابليته للإصلاح، وبصرف النظر عن نوع العقوبات المفروضة عليه سواء أكانت سجن أم حبس. وبالتالي جعل المشرع الأردني الأمر جوازياً للمحكمة الأخذ بقاعدة إدغام العقوبات متى ما اقتنعت أن الجاني يستفيد من تطبيق النظام عليه، بما لها من حق التقدير المطلق أن تمنح الإدغام أو ترفضه وهي مسألة موضوعية وملاحظة ظروف القضية وملابساتها، كما انه لا يجوز للمحكمة أن تقرر رد طلب الدغم⁽¹⁾، رداً مطلقاً بعبارة: تقرر رد الطلب، بل عليها أما أن تقرر الدغم وتحدد العقوبة الأشد المحكوم بها أساساً للتنفيذ أو تختار الضم بالحكم بأقصى العقوبة المعينة للجريمة الأشد مضافاً إليها نصفها ذلك أن نص المادة ٧٢ عقوبات أردني في هذا الشأن هو نص أمر وهو ينسجم مع السياسة السليمة في العقاب، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "لا يعتبر القرار الصادر عن رئيس محكمة بداية... المتضمن رفض طلب دمج الأحكام الجزائية الصادرة بحق المميز، من القرارات القابلة للطعن وفقاً لأحكام المواد ٢٥٦ و ٢٧٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وبما أن القرار الصادر عن رئيس محكمة... قد اكتسب الدرجة القطعية فإنه وبموجب أحكام المادة ٢٩١ من الأصول الجزائية يجوز الطعن به نفعاً للقانون لإبطال أي إجراء

(1) وأما طريقة تقديم طلب دغم العقوبات فتتلخص باستدعاء يقدم إلى المحكمة التي نظرت بالقضية، أخيراً يتضمن تحديد أرقام الحكم أو الأحكام السابقة المطلوب دغمها ومرفقاً بصورة مصدقة عن هذه الأحكام وبأنها حازت الدرجة القطعية وبشرط هام هو أن يكون الحكم المطلوب دغمه قد ارتكب قبل أن ينبرم الحكم المتعلق بالجرم الأخر لان ارتكاب شخص لجرم جديد بعد انبرام حكم صادر لجرم سابق يجعله في عداد المكررين ولا سبيل هنا إلى إدغام العقوبات في مثل هذه الحال.

أو أي حكم مخالف للقانون ومن الرجوع إلى القرار الصادر موضوع الطعن نجد أنه قد تضمن من حيث النتيجة رفض الطلب . وهذا القرار مخالف لأحكام المادة ٧٢ من قانون العقوبات والتي أوجبت على المحكمة بحال تقديم مثل هذا الطلب إليها أن تقرر إما إجابة الطلب بدمج العقوبات أو ضمها ضمن الحدود التي قررتها الفقرة الثانية من المادة نفسها ويكون بذلك قد خالف القانون عندما قرر رفض الطلب^(١).

وفي هذا السياق يلاحظ أن المشرع الاتحادي في دولة الإمارات لم يعالج حكم إغفال محكمة الموضوع النص على إدغام العقوبات في قرار الحكم وتركة لاجتهاد القضاء ؛ بينما بين قانون العقوبات الأردني حكم ذلك في قرار الحكم .

ونعتقد بأنه ليس للنيابة العامة الزام المحكوم عليه بتفيذ جميع العقوبات استناداً لقاعدة ضم العقوبات ، لأن قاعدة الضم نص عليها المشرع فقط لآخر محكمة ، والتي يمكنها إقراره بالنسبة للعقوبات ذات النوع الواحد فقط ، دون تجاوز الحد الأعلى للعقوبة الأشد ، بينما إذا اختلف نوعها فيكون الإدغام حقاً للمحكوم عليه ، وهذا ما نجده لدى بعض الفقه الفرنسي^(٢).

المطلب الثاني

الاستثناءات المقررة على قاعدتي إدغام وضم العقوبات وأثار تطبيقهما

أورد المشرع الاتحادي في نطاق معالجته لآثار تعدد الجرائم عدة نصوص قانونية لتطبيق قاعدتي إدغام وضم العقوبات متخذاً من هذه القواعد القانونية نصوص عامة تطبق على كل الفرضيات التي تتضمن

(١) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم ١٢٧٨/٢٠٠٥ (هيئة خماسية) تاريخ ٣/١/٢٠٠٦ .

(2)- lorsque les peines sont de nature différente, la confusion est de droit. Bouzat ePinatel, o. precite .p 736.

الشروط سالفة الذكر ؛ إلا أن هناك فرضيات استثناءها المشرع الاتحادي - والمصري والأردني كذلك - من هذه القواعد عند إقراره لبعض الجرائم ؛ بالإضافة إلى ذلك فإن تطبيق قاعدتي الإدغام والضم قد يثير بعض الإشكاليات لدى تطبيق بعض النصوص الجنائية .

وهكذا ، وفي ضوء هذه النظرة ، فقد جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية بأنه : " يعتبر نص المادة ٧٢ عقوبات نص عام يطبق على كل العقوبات المحكوم بها في قانون العقوبات وأي قانون عقابي آخر إلا أن يكون هناك نص خاص في أي قانون عقابي آخر يحظر تطبيق أحكام المادة ٧٢ من قانون العقوبات " (١) .

الفرع الأول

الاستثناءات المقررة على قاعدتي إدغام وضم العقوبات

أولاً : ارتكاب الجريمة أثناء وجود المحكوم عليه في المنشأة العقابية

تبنى المشرع الاتحادي استثناء على قاعدتي إدغام وضم العقوبات في المادة (٤٦) من قانون تنظيم المنشآت العقابية القانون الاتحادي رقم (٤٣) لسنة ١٩٩٢ حيث جاء فيها : " مع مراعاة أحكام تعدد الجرائم والعقوبات المنصوص عليه في قانون العقوبات إذا تعددت العقوبات المحكوم بها لجرائم وقعت قبل دخول المحكوم عليه المنشأة يكون الإفراج على أساس مجموع مدد هذه العقوبات ؛ أما إذا ارتكب المحكوم عليه أثناء وجوده في المنشأة جريمة فيكون الإفراج على أساس المدة الباقية عليه وقت ارتكاب هذه الجريمة مضافاً مدة العقوبة المحكوم بها عليه بسبب ارتكابها " . وهذا ما أكدته القرار الوزاري رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٣ الصادر بشأن تعديل اللائحة التنفيذية رقم (٤٧١) لسنة ١٩٩٥ للقانون الاتحادي رقم

(١) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها التمييزية رقم ٨١٤/٢٠٠٢ (هيئة خماسية) بتاريخ ١٥/٨/٢٠٠٢ ..

(٤٣) لسنة ١٩٩٢ في شأن تنظيم المنشآت العقابية، حيث أورد في المادة (٨٩ مكرر ٦) على أنه: " إذا ارتكب المحكوم عليه أثناء وجوده بالمنشأة العقابية جريمة فيكون الإفراج عنه على أساس المدة الباقية وقت ارتكاب هذه الجريمة مضافاً إليها مدة العقوبة المحكوم بها عليه بسبب ارتكابها".

وبالنسبة للتشريع المصري فقد عالج حالة ارتكاب المحكوم عليه الجريمة أثناء وجوده في المنشأة العقابية، فقرر في المادة (٥٤) من قانون تنظيم السجون المصري رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ على أنه: "... أما إذا ارتكب المحكوم عليه أثناء وجوده في السجن جريمة فيكون الإفراج على أساس المدة الباقية عليه وقت ارتكاب هذه الجريمة مضافاً إليها مدة العقوبة المحكوم بها عليه من اجل ارتكابها".

ثانياً: جريمة هرب المحبوسين.

استثنى المشرع الاتحادي بمقتضى اللائحة التنفيذية رقم (٤٧١) لسنة ١٩٩٥ للقانون الاتحادي رقم (٤٣) لسنة ١٩٩٢ في شأن تنظيم المنشآت العقابية حيث نصت المادة (٨٩ مكرر ٧) منه على أنه: "... لا تحسب المدة التي يقضيها المسجون في الهرب من مدة حكمه".

يلاحظ من نص المادة أنفة الذكر أن هذا الاستثناء إنما يقتصر في عقوبة جريمة الهرب من جانب، وعقوبة الجريمة التي كان المحكوم عليه محبوساً بسببها من جانب آخر، هذا على فرض أن المحكوم عليه صدرت بحقه عقوبة سالبة للحرية بشأن الجريمة الأصلية. وهذا ما يأخذ به كذلك المشرع المصري، حيث أورد في نص المادة (١٣٨) من قانون العقوبات بأنه استثناء من حكم الفقرة الثانية من المادة (٣٢) ينص القانون على أنه: "تعدد العقوبات إذا كان الهروب في إحدى الحالتين السابقتين مصحوباً بالقوة أو بجريمة أخرى". وبالتالي تعدد العقوبات في حالة هرب المقبوض عليه أو المودع في السجن إذا كان الهرب مقترناً بالقوة أو بجريمة أخرى؛

وهذا ما جاء في قانون العقوبات الفرنسي في نص المادة ٣١ - ٤٣٤ منه حيث نص على أن العقوبات المحكوم بها بمناسبة الهروب تتعدد دون تطبيق قاعدة الإدغام مع العقوبات المحكوم بها على المحكوم عليه . ونجد بأن المشرع الفرنسي قرر عدم إدماج العقوبات الصادرة عن المحاكم العسكرية والأحكام الصادرة عن المحاكم العادية^(١).

ثالثاً : الجرائم الاقتصادية ..

أورد المشرع الأردني في الفقرة (ج) من المادة (٤) من قانون الجرائم الاقتصادية رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ (المعدل) النص على أنه : "لا يجوز للمحكمة استعمال الأسباب المخففة التقديرية ... ، كما لا يجوز لها دمج العقوبات المقررة لها إذا تعددت الجرائم التي أدين بها أي شخص بمقتضى أحكام القانون".

يستفاد من المادة (٤/ج) من القانون المؤقت رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ قانون معدل لقانون الجرائم الاقتصادية، أنه لا يجوز استعمال قاعدة دمج العقوبات المحكوم بها في الجرائم الاقتصادية الواردة في المادة (٤/ج) من قانون الجرائم الاقتصادية، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه : " لا يجوز دمج العقوبات المحكوم بها إذا أدين المتهم بعدد من الجرائم وحيث أن محكمة الاستئناف قد أيدت محكمة جنابات العقبة عندما نفذت بحق المحكوم عليه ... أحد العقوبات المحكوم بها إعمالاً لأحكام المادة (٧٢) من قانون العقوبات، فإنها تكون والحالة هذه خالفت حكم المادة (٤/ج) من قانون الجرائم الاقتصادية في ثوبها المعدل، لذا يكون هذا السبب ورداً على القرار المميز ويتعين نقضه"^(٢).

(1) V.Chron.MAGNOL -Sur le fonctionnement de la règle devant la jus -tice militaire- Rev. Sc. Crim . 1974.p 577

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم ٢٣٣/٢٠٠٦ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٣/٥/٢٠٠٦.

الفرع الثاني

الأثار المترتبة على قاعدتي إدغام وضم العقوبات

إن أعمال قاعدتي ضم وإدغام العقوبات يمكن أن يثير عدة إشكاليات للذئ التطبيق إذا ما ارتبطت مع مجموعة الأنظمة القانونية كإيقاف التنفيذ، وأيضاً نظام العفو ونظام الإفراج الشرطي .

أولاً : إيقاف التنفيذ وقاعدة إدغام وضم والعقوبات

أورد المشرع الاتحادي في نص المادة (٨٦) من قانون العقوبات الاتحادي على أنه : " إذا انقضت الفترة المبينة في المادة ٨٤ دون أن يتوفر سبب من أسباب إلغاء وقف التنفيذ اعتبر الحكم كأن لم يكن". وتكون المدة المطلوبة استناداً لمنطوق المادة (٨٤) عقوبات اتحادي والتي جاء فيها : " يكون وقف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً". والسؤال الذي يتبادر إلى الأذهان في هذا الصدد هو مدى قابلية تطبيق قاعدة الإدغام بشأن عقوبة موقوفة التنفيذ، اقترنت مع عقوبات أو عقوبة نافذة وكانت جميع هذه العقوبات أصلية سالبة للحرية؟

لبيان ذلك، نورد الفرضية التالية، لو فرضنا أن الجاني ارتكب جريمة سرقة استناداً لنص المادة (٣٨٢) عقوبات اتحادي، فأدين وحكم عليه بأربعة أشهر حبساً مع وقف التنفيذ ثم ارتكب جريمة السب استناداً لنص المادة (٣٧٣) عقوبات اتحادي، فحكم عليه بشهر واحد حبساً نافذاً. فبالرجوع لقاعدة الإدغام فإنه ينبغي الأخذ بعقوبة الجريمة الأشد، ومن ثم اعتبار عقوبة أربعة أشهر حبساً مع وقف التنفيذ دون عقوبة شهر واحد حبساً مع النفاذ. وذلك أن عقوبة جريمة السرقة هي أشد من عقوبة السب طبقاً للمادة (٣٧٣) عقوبات اتحادي .

ويلاحظ أنه إذا اقررت الجاني الجريمة ضمن الثلاث سنوات الواردة في متن المادة (٨٤) من قانون العقوبات الاتحادي فإن الحكم بالحبس أو بالعقوبة الأشد بسبب تلك الجريمة، ولو صدر الحكم بعد انقضاء المدة أفقة الذكر، فإنه يترتب على ذلك أن يصبح نهائياً إلغاء وقف تنفيذ الحكم

لذلك، يذهب بعض الفقه إلى شمول الحبس مع وقف التنفيذ بقاعدة الإدغام، حتى لا نجعل من حكم عليه بالحبس مع التنفيذ أحسن حالاً من حكم عليه بالحبس مع وقف التنفيذ على الرغم من أن الأخير أجدر بالرفقة^(١).

ثانياً : العفو وقاعدة ضم وإدغام العقوبات ..

في الحقيقة إن هذه الحالة لا تثير إشكالية في النطاق العملي، على اعتبار أن النص المتعلق بها واضح، حيث تنص اللائحة التنفيذية رقم (٤٧١) لسنة ١٩٩٥ للقانون الاتحادي لدولة الإمارات رقم (٤٣) لسنة ١٩٩٢ في المادة (٨٩ مكرر ٧) على أنه: " ... إذا صدر عفو بتخفيض مدة العقوبة فلا يدخل في حساب المدة الواجب قضاؤها في المنشأة العقابية للإفراج المدة التي خفضت من العقوبة بمقتضى العفو...". ولم يتطرق قانون العقوبات المصري إلى حالة صدور عفو في حالة التعدد المادي للجرائم؛ بينما أتجه قانون العقوبات الأردني إلى أنه في حالة صدور عفو عن الجريمة ذات العقوبة الأشد، فتسقط هذه الأخيرة. بمعنى أنه إذا طرأ أثناء تنفيذ العقوبات طارئ جديد كالعفو العام وشمل قانون العفو هذا بعض الجرائم واستثنى البعض الآخر أدى ذلك إلى فك الإدغام وإسقاط العقوبة عن الجرائم المشمولة له وتنفيذ العقوبات الأخرى التي استثنيت منه؛ وهذا ما اجمع عليه الفقه والقضاء فمثلاً لو كانت العقوبة الأشد هي

(١) إبراهيم السمحاوي، تنفيذ الأحكام الجزائية وإشكالاته، مطابع جريدة السفير، دت، ص ١٧٤.

القتل وقد جرى تشميل نسبها بقانون العفو العام فنزلت عقوبة هذا الجرم وصارت عقوبة السرقة الموصوفة هي العقوبة الأشد فينتقل التنفيذ إليها وتدغم العقوبات المستثناة بالعفو العام .

ثالثاً : أثر الإفراج الشرطي على قاعدتي الضم والإدغام .

تنص المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات الاتحادي على أنه : " يجوز الإفراج تحت شرط عن كل محكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية إذا توافرت في حقه الشروط المنصوص عليها في قانون المنشآت العقابية . ويخضع المقترح عنه تحت شرط خلال باقى المدة المحكوم بها عليه للشروط المبينة في القانون المشار إليه ... " .

وكذلك غالج المشرع المصري آثار الإفراج الشرطي في حالة تعدد العقوبات في نص المادة (٥٤) من قانون تنظيم السجون والتي أورد فيها أنه : "إذا تعددت العقوبات المحكوم بها لجرائم وقعت قبل دخول المحكوم عليه السجن يكون الإفراج على أساس مجموع مدد هذه العقوبات " .

الخاتمة

أقتصر الخاتمة على سرد أهم التوصيات المشاره من خلال هذا البحث ، ويشكل موجز ، فإن أصبتُ فمن الله ، وإن أخطأت فمن نفسي والخير أردتُ إن شاء الله .

أولاً : يلاحظ أن تزايد عدد الجرائم المقترفة داخل المؤسسات الإصلاحية من قبل المحكوم عليهم قد يكون بسبب التخفيض الذي يستفيدون منه تطبيقاً لقاعدة إدغام العقوبات ، وحتى لا يتم تشجيعهم على اقتراف الجرائم توصي الدراسة بالنص على ضم العقوبات في هذا الشأن .

ثانياً : التوصية بإيلاء قاعدة إدغام العقوبات الأهمية التي تستحقها والعمل على تطبيقها تلقائياً من لدن الجهات المختصة المنفذة للعقوبات حفاظاً على حريات وحقوق الأفراد.

ثالثاً : نأمل من المشرع الاتحادي في دولة الإمارات يجعل الأخذ بقاعدة الإدغام جوازياً ، لئتمكن العمل بها متى ما اقتنعت المحكمة بذلك حسب شخصية الجاني ، وقابليته للإصلاح ، بمعنى آخر أعطى المحكمة المختصة الأخذ بقاعدة الإدغام متى ما وجدت أن الجاني أهلاً لتطبيق هذا المبدأ عليه.

رابعاً : يلاحظ أن المشرع الاتحادي في دولة الإمارات لم يعالج حكم إغفال محكمة الموضوع النص على إدغام العقوبات في قرار الحكم وتركه لاجتهاد القضاء ؛ وتأتي التوصية بوجوب النص على إدغام العقوبات في قرار الحكم .

خامساً : نأمل من المشرع الأردني تعديل نص الفقرة الرابعة من المادة (٧٢) من قانون العقوبات الأردني والتي تنص على أنه : "٤. تضم العقوبات التكميلية حتماً". لتصبح : "تضم العقوبات التكميلية حكماً" وذلك لأن لفظ "حتماً" يتعلق بالواقع لا بالقانون وهو بهذه الصفة لا يصح أن يستخدم كلفظ محله التشريع.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

أولاً : الكتب ..

- ١- إبراهيم السمحاوي، تنفيذ الأحكام الجزائية وإشكالاته، مطابع جريدة السفير، دت، ص ١٧٤.
- ٢- د. أحمد شوقي أبو خطوة، علم الإجرام وعلم العقاب، كلية شرطة دبي، ط ٢، ١٩٩٠، ص ٢٩٤.

- ٣- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، ط ٦، ١٩٩٦، ص ٣٦٥.
- ٤- د. حسن البكري، تعدد الجرائم وأثره على العقوبة، مكتبة الرشاد، ١٩٩٩، ص ١٠٢.
- ٥- د. عبد الرحمن أبو توتة، أصول علم العقاب، منشورات ELGA، ٢٠٠١، ص ٤٩.
- ٦- د. عصام أحمد غريب، تعدد الجرائم وأثره في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، ط ٣، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣١٥.
- ٧- د. علي محمود، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادية، ج ٢، النظرية العامة للجزاء الجنائي، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٣٧٣.
- ٨- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ط ١٩٧٧، ص ٩٣.
- ٩- د. مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، ط ٤، لسنة ١٩٨٢-١٩٨٤، ص ٦٢٠.
- ١٠- د. نظام المجالي، شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤، ص ٤٨٦.
- ١١- د. محمود نجيب حسني، دروس في علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ١٣٧.
- ١٢- د. محمد زكي أبو عامر، و د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات - القسم العام - بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٤، ص ٣٨٤.

القوانين والأنظمة :

- ١- قانون العقوبات الاتحادي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ والمعدلة بالقانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠٠٥ ثم بالقانون رقم (٥٢) لسنة ٢٠٠٦ .
- ٢- قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته .
- ٣- قانون تنظيم المنشآت العقابية القانون الاتحادي رقم (٤٣) لسنة ١٩٩٢
- ٤- قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ وتعديلاته .
- ٥- قانون تنظيم السجون المصري رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ .
- ٦- قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة (١٩٦١) وتعديلاته .
- ٧- قانون الجرائم الاقتصادية رقم (٤٠) لسنة (٢٠٠٣) وتعديلاته .

المجلات القضائية :

- المجلة القضائية ، تصدر عن المعهد القضائي الأردني .

المراجع الأجنبية :

- Pierre BOUZAT & Jean PINATEL - Traite de droit pénal et de cri - minologie - T 3 .Paris. librairie Dalloz . 2 édition .1970 . p 726
- c'est ainsi que l'arrêt crim.6 mars1963 (bull.crim. n 108 (confirme lecumul de cent quarante deux amendesde 10 F chacune pour contraventionsen matière de vente a rédit .l'arrêt crim 10 mars 1959 (bull crim,n°161) confirme le cumul de six cents amendes pour contraventions enmatière d étiquetage d'emballages.Trente contravention ont été cumuléespour l'expédition irrégulière de trentesac de pomme de terre pourtant groupesdans un seul wagon .C. Paris, 2fevr

1968.D.1968.165, note D.S et obslégale in Rev sc. crim
1968.p 843.- BOUZART ET PINATEL .o. precite.p 729

- lorsque les peines sont de nature différente ,la confusion est de droit.-Bouzat ePinatel ,o. precite .p 736.
- V.Chron.MAGNOL -Sur le fonctionnementde la règle devant la jus -tice militaire- Rev. Sc. Crim . 1974.p 577

**الحماية الجنائية لأموال الشركات التجارية
في القوانين الخاصة
"دراسة تأصيلية تحليلية"**

دكتور / محمد فتحي شحته إبراهيم

الحماية الجنائية لأموال الشركات التجارية هي

القوانين الخاصة

"دراسة تأصيلية تحليلية"

دكتور/ محمد فتحي شحته إبراهيم

بسم الله الرحمن الرحيم

(إِنَّهُ مَنْ يَتَّقِ وَيَصْبِرْ فَإِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ)

صدق الله العظيم

سورة يوسف، الآية رقم ٩٠

"ما زال المرء عالماً ما طلب العلم فإذا ظن أنه علم فقد جهل"

علي بن أبي طالب

المقدمة

تهييد:

يساهم تطبيق قواعد الحوكمة في تحسين سبل إدارة الشركات من خلال وضع استراتيجية الشركة، وتحديد أهداف الشركة وكيفية تحقيقها، وتحفيز المديرين والعاملين على أداء عملهم بكفاءة وفاعلية.

حرص المشرع على سلامة العمل التجاري:

أولى المنظم الجنائي عناية خاصة للعمل التجاري أكبر من تلك التي أولاهما للعمل المدني. وتمثل هذه العناية في وجود صور متعددة للتجريم في مجال العمل التجاري لا يوجد لها مثيل إذا تعلق الأمر بتصرف مدني، وترجع العلة في ذلك إلى أن المنظم قدر أن الأمر يتعلق بالثقة اللصيقة بالعمل التجاري وليس فقط بمصالح خاصة هي مصالح الدائنين.

ومن ثم كان غاية النظام من النص على جرائم الشركات الخاصة بالحوكمة أو الإدارة الرشيدة للشركة إلى حماية الشركة من التصرفات غير

المشروعة التي تمسها بالاعتداء أو تعرضها للخطر، ولا يتدخل المنظم الجنائي اعتباراً، وإنما يهدف من وراء ذلك إلى حماية حقوق أو مصالح معينة يرى أن المساس بها أو تعريضها للخطر جدير بالتأثير، مما يقتضي الوقوف على أهداف النظام الجنائي للشركات والمصلحة المحمية في تلك الجرائم وبنائها النظامي وذلك كله عن طريق حماية الثقة العامة.

بالإضافة إلى الحماية التي أولاها المنظم في قانون العقوبات لأموال الشركات التجارية سواء في أثناء حياتها أو عند انقضائها، فقد حرص المنظم على تدعيم هذه الحماية بمقتضى نصوص القوانين الخاصة بداية من تأسيس الشركة مروراً بحياتها، وحرص المنظم "المشرع" على أن تكون هذه الحماية ذات فاعلية حفاظاً على أموال الشركات التجارية، وضمان قيام هذه الشركات بدورها في السياسة الاقتصادية.

أهداف النظام الجنائي للشركات:

يهدف المنظم الجنائي من وراء التدخل بالعقاب في مجال الشركات التجارية حماية خمسة أهداف رئيسية هي:

أ- حماية الشركات التجارية:

الغاية المستهدفة من الحماية الجنائية لأموال الشركات في الأحكام العامة للنظام الجنائي وفي الأنظمة الخاصة، هو العمل على عماد هذه الشركات وتمثل ذلك في حماية أموالها، وقد يكون سبب في إفلاسها، فمثلاً لو انتشر بين الكافة أن شركة ما ليست صادقة في تعاملاتها، فإنه سيعود عليها بالضرر من جراء إحجام المستثمرين عن التعامل معها، وذلك القول يصدق بصفة عامة على كل أنواع الشركات التجارية، ويبدو التلاعب بالخصص العينية عند تأسيس هذه الشركات على سبيل المثال، يؤدي إلى إحجام المستثمرين عن الاستثمار في هذه الشركات.

ب- حماية الادخار:

يعتبر الادخار أحد الأدوات الأساسية للحياة الاقتصادية وتحقيق التنمية والرخاء في المجتمع. ويعتبر عامل الثقة والاطمئنان من أهم عوامل

دفع الأفراد إلى ادخار أموالهم ؛ وذلك لما قد يتعرض له أيا منهم للغش أو
النصب والاحتيال ؛ ومن أجل ذلك تطلب الأمر إلى تدخل المنظم لرصد
جزاءات لحماية الادخار والائتمان^(١).

ج - الضرر بالاقتصاد القومي:

يضر الكذب بالاقتصاد القومي نظراً لإحجام المستثمرين عن استثمار
أموالهم في هذه الشركات، مما يؤدي إلى فقد مصداقية الأداء الاقتصادي،
ولقد أطلق البعض على الالتزام بهذه المصداقية رأس المال الاجتماعي^(٢).
د - حماية الغير:

المقصود بالغير هو كل من يتعامل مع الشركة، كالمدخرين الذين قد
يصبحون يوماً ما مساهمين في الشركة، وكل من له دور في الحياة
الاقتصادية.

هـ - حماية روح المبادرة:

يقصد بروح المبادرة الثقة في المشروع والتي تتطلب وضع جزاءات
جناية ضد المشروعات الوهمية والمؤسسين غير الأمناء الذين قد يؤثرون
بطريقة ضارة خطيرة على المعاملات الاقتصادية^(٣).

المقصود بأموال الشركات التجارية:

أضفى المنظم سواء في مصر أو المملكة العربية السعودية على الأموال
الخاصة بالشركات التجارية حماية خاصة نظراً لأهميتها في حياة الشركة.

1) د. محمد علي سويلم: حوكمة الشركات في الأنظمة العربية والمقارنة بين
التنظيم والمسئولية التأديبية والمدنية والجناحية، ط ١، دار النهضة العربية،
٢٠١٠م، ص ٣٨٨.

2) د. حازم البيلاوي: التعاون والمنافسة في المجتمعات، جريدة الأهرام، العدد
٤٦٦٧٨، ٢٤ سبتمبر سنة ٢٠١٤م، السنة ١٣٩.

3) د. محمد علي سويلم: حوكمة الشركات في الأنظمة العربية، نفس المرجع
السابق، ص ٣٨٩.

ومن الثابت أن الشركة بعد اتمام تأسيسها طبقاً للأوضاع النظامية تكتسب الشخصية المعنوية^(١)، ويصبح لها ذمة مالية تكون مستقلة عن ذمم الشركاء فيها^(٢).

وهذه الذمة المالية تتكون من الحصص التي قدمها الشركاء سواء النقدية أو العينية بالإضافة إلى الأموال الاحتياطية التي تكونها الشركات أثناء حياتها والأرباح التي تحققها من وراء العمليات التي تقوم بها في إطار الغرض الذي أنشئت من أجله وكافة موجودات الشركة والتي يملكها الشخص المعنوي^(٣).

بالإضافة إلى الأموال المعنوية التي تتمثل في الأموال التجارية مثل براءات الاختراع، وبناء على ذلك فإنه يمكن تحديد أموال الشركات التجارية فيما يلي:

١ - رأس مال الشركة.

٢ - موجودات الشركة، وهي مجموع الأموال التي تتشكل منها الذمة المالية للشركة وتشمل كل ما تملكه من أموال ثابتة أو منقولة وما لها من حقوق قبل الغير.

٣ - الأموال المعنوية ومنها على سبيل المثال، براءات الاختراع والاسم التجاري.

وهذه الأموال تشكل الذمة المالية للشخص المعنوي والتي تكون مستقلة عن ذمم الشركاء، وهذه الذمة المالية لها جانبين^(٤):

(١) ما عدا شركة المحاصة.

(٢) د. أبو زيد رضوان؛ د. رفعت فخري؛ د. حسام عيسى: الوجيز في القانون التجاري، بدون دار نشر، ١٩٩٠م، ص ١٠٨.

(٣) د. سامي عبد الباقي أبو صالح: قانون الأعمال، ط ٢، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص ٤٧٣.

(٤) د. أبو زيد رضوان: الوجيز في القانون التجاري، بدون دار نشر، ١٩٨٩م، ص ١٢٥.

الجانب الايجابي: ويتمثل ذلك في أن الشركة تكون مالكة للحصص التي قدمها الشركاء ولكافة الأموال الناتجة من الاستغلال الذي تباشره أثناء حياتها.

والجانب السلبي: يشمل الديون التي تسأل عنها الشركة بصفتها شخص قانوني.

وعلى هذا فإن الأموال المقصودة بالحماية الجنائية هي كافة عناصر الذمة المالية للشركة في جانبها الإيجابي يدخل في نطاق الأفعال غير المشروعة التي تنال من هذه الأموال وهي المقصودة بالحماية.

أهمية البحث:

- لقد أثبتت الانهيارات والفضائح المالية، التي طالت كبريات الشركات في العالم، والدرجة في أسواق رأس المال الحاجة إلى حوكمة الشركات التجارية بشكل خاص، وإبراز دور هذه الحوكمة في حماية النظام الاقتصادي للوصول إلى الحماية الجنائية لأموال الشركات في الأحكام العامة للنظام الجنائي وفي الأنظمة الخاصة.

- عدم كفاية القواعد العامة في توفير الحماية الكاملة لحماية أموال الشركات التجارية.

إشكاليات البحث:

الغرض من هذا البحث هو التعرف على فكرة الحماية الجنائية لأموال الشركات في الأنظمة الخاصة، والإجابة عن مدى نطاق هذه الحماية الجنائية في مرحلة التأسيس، واثناء مباشرة هذه الشركات لنشاطها في هذه الأنظمة.

منهجية البحث:

لقد اعتمدنا في تناولنا لهذا البحث على منهج تأصيلي تحليلي كما يلي:

تناولت هذا البحث بالاستناد إلى المنهج التأصيلي، حيث قمت بدراسة المسائل القانونية الجزئية أو الفرعية المتشابهة دراسة معمقة، وذلك بغرض الكشف عن القاسم المشترك بينها، ومنها على سبيل المثال استقراء اتجاهات أحكام القضاء في عدة موضوعات لبيان القاعدة العامة التي تحكم الموضوع.

كما اتبعت المنهج الاستنباطي (التحليلي)، حيث كنت أنطلق من قاعدة عامة لنقوم بتطبيقها على بعض القضايا، حيث استندت إلى القواعد العامة في النظام "القانون" لنرى إمكانية تطبيقها على توضيح دور الحماية الجنائية لأموال الشركات في الأنظمة الخاصة.

يراعى أنه تم استخدام كلمة النظام لاستخدامها في المملكة العربية السعودية وتعني مصطلح "القانون" في القانون المصري، كما تم استخدام كلمة المنظم وتعني مصطلح المشرع في القانون المصري.
خطة البحث:

يتبين مما أسلفنا، أن هناك مسألتين سوف تكون دعامتين لهذا البحث، وهي تتساوى في تقديري من حيث الأهمية بما يستوجب أن نخصص لكل منها مبحثاً مستقلاً كما يلي:

المبحث الأول: الحماية الجنائية لأموال الشركات التجارية عند تأسيسها.

المطلب الأول: إجراءات تأسيس الشركات التجارية.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية للمؤسسين.

المطلب الثالث: جريمة تقويم الحصص العينية بأكثر من قيمتها.

المبحث الثاني: الحماية الجنائية لأموال الشركات التجارية أثناء مباشرة نشاطها في القوانين الخاصة.

المطلب الأول: جريمة توزيع الأرباح الصورية.

المطلب الثاني: جريمة إساءة استعمال أموال الشركات وائتمان الشركات التجارية.

المبحث الأول

الحماية الجنائية لأموال الشركات التجارية عند تأسيسها

تمهيد:

اختلفت أنماط الحماية التي أولاها المنظم للشركات التجارية عند تأسيسها تبعاً لاختلاف أنواع هذه الشركات، فنجد المنظم قد أحاط تأسيس الشركات المساهمة بعدة ضمانات، حيث أخضع تأسيس

الشركات المساهمة لنموذج محدد وشروط كفلها في نظام الشركات ، ورتب المسؤولية المدنية والجنائية ، وجرم كل فعل من شأنه المساس بأموالها في هذه المرحلة (تقدير الحصص العينية) ، كما هو الحال في الشركات ذات المسؤولية المحددة والشركة ذات التوصية بالأسهم ورتب المسؤولية المدنية للمؤسسين عن الأخطاء التي تقع في مرحلة التأسيس^(١).

ولتبيان ما سبق سوف أقسم هذا البحث إلى ثلاث مطالب كما يلي:

المطلب الأول: إجراءات تأسيس الشركات التجارية.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية للمؤسسين.

المطلب الثالث: جريمة تقويم الحصص العينية بأكثر من قيمتها.

المطلب الأول إجراءات تأسيس الشركات التجارية

تمهيد:

نظم المشرع المصري أحكام تأسيس الشركات التجارية وبصفة خاصة الشركات المساهمة^(٢) نظراً لأهمية دورها في الحياة الاقتصادية وذلك بمقتضى أحكام القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١م بإصدار قانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة.

1) د. عادل عبد السميع عبد الفتاح العزباوي: الحماية الجنائية للشركات التجارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٢٧٠.

2) هي شركة تؤسس وفق إجراءات معينة نص عليها النظام، فيجب ألا يقل عدد الشركاء فيها عن ثلاثة، ويقسم رأسمالها إلى أسهم متساوية القيمة تطرح أسهمها للاكتتاب العام وقابلة للتداول وتحدد مسؤولية الشريك المساهم فيها بقدر حصته فقط، ولا يكون لهذه الشركة عنوان مستمد من أسماء الشركاء فيها وإنما اسم تجاري ويستمد من الغرض الذي تكونت من أجله، وهذا ويجب أن يكون رأسمالها كافياً لتحقيق غرضها، وتقتصر مسؤولية المساهم على أداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها ولا يسأل عن ديون الشركة إلا في حدود ما اكتتب فيه من أسهم. للمزيد راجع د. سميحة القليوبي: الشركات التجارية، ط ٥، دار النهضة العربية، ٢٠١١م، ص ٥٨٦.

وتقر الشركة بمرحلتين خلال عملية تأسيسها، أما المرحلة الأولى فهي المرحلة التمهيدية لتأسيس شركة المساهمة العامة، وتشمل إبرام العقد الابتدائي والنظام الأساسي للشركة، ثم طلب تأسيس الشركة وصدور قرار من السلطة المختصة^(١)، وتقيد طلبات التأسيس في سجل معد لذلك يتقدم العقد الابتدائي والنظام الأساسي للشركة، ودراسة الجدوى وزمن المشروع واللجنة التي اختارها المؤسسون وخلافه، وتقوم السلطة المختصة بدراسة ذلك ويكون لها حق الاعتراض خلال فترة محددة^(٢).

ثم يلي ذلك مرحلة الاكتتاب العام في رأس المال وذلك بالشركة المساهمة العامة دون الشركات المغلقة، ودعوة الجمعية العامة التأسيسية، وشهر شركة المساهمة وقيدتها.

والعقد الابتدائي للشركة المساهمة يتم إبرامه بين المؤسسين بالشركة فتمتى استقروا على مشروع تكوين الشركة فإنهم يبرمون فيما بينهم عقد التأسيس أو ما يسمى بالعقد الابتدائي للشركة. ويتضمن العقد الابتدائي كحد أدنى بيانات الشركة كاسمها ومركزها ومدتها والغرض الذي أنشئت من أجله وأسماء الشركاء المؤسسين وبياناتهم ومقدار رأس المال وعدد الأسهم وأنواعها^(٣).

أما بالنسبة للنظام الأساسي للشركة فيعتبر بمثابة الدستور للشركة، فهو الخطوة التالية مباشرة لعقد الشركة الابتدائي، ويقوم بتحريره المؤسسون أيضاً، ويتضمن كافة البيانات والشروط التي تتعلق بالشركة مثل الغرض الذي من أجله تتكون الشركة ورأسمالها ومدتها وإدارتها وتوزيع الأرباح والخسائر بها، ويتعين أن يتوافق النظام الأساسي لشركات المساهمة مع

1) يتوافق ذلك مع المادة ٥١ من نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ١٣٨٥/٣/٢٢هـ.

2) د. أحمد علي محمد حسين خضر: حوكمة الشركات في القانون المصري الإفصاح والشفافية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م، ص ٢٧٩.

3) د. رضا السيد عبد الحميد: تأسيس الشركة بغير ترخيص حكومي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص ٧٣ وما بعدها.

النظام النموذجي لشركات المساهمة الذي تصدره السلطة المختصة^(١). ولما كان نظام الشركة بمثابة عقدها، وأجب أن يوقع عليه كل من اشترك في التأسيس، وتشتغل المادة الثالثة في فقرتها الأولى من اللائحة التنفيذية التوقيع من جميع المؤسسين على نظام الشركة الأساسي.

ولقد أحاط المنظم بتأسيس الشركات التجارية بضمانات تكفل ضمان مسؤولية المؤسسين في هذه المرحلة من حياة الشركة بمقتضى نصوص نظامية أمرت بها في ذلك في قانون الشركات الصادر في ١٩٨٩م.

ف نجد أن المنظم قد أوجب أن يتم طلب تأسيس الشركات ذات المسؤولية المحدودة إلى لجنة فحص طلبات انشاء الشركات، وهي لجنة تشكل برئاسة أحد وكلاء الوزارة وعضوين ممثلين عن مجلس الدولة والجهة الإدارية المختصة والهيئة العامة لسوق المال وثلاثة ممثلين على الأكثر عن الجهات التي تحددها اللائحة التنفيذية للقانون^(٢)، واستلزم المشرع الوفاء برأس المال كلية وإيداعه أحد البنوك المرخص لها بذلك.

وهكذا نجد المنظم يشترط في هذه الشركة الأداء الكامل لقيمة الحصص النقدية على خلاف الحال في شركات المساهمة التي يكفى بأداء نسبة معينة عند الاكتاب^(٣). والحكمة من ذلك بحماية تأسيس شركة وهمية وحماية الغير الذي ليس لهم من ضمان سوى رأس المال^(٤).

(١) د. فايز نعيم رضوان: الشركات التجارية، ط ١، كلية الشرطة - دبي، ١٩٨٩م، ص ٢٢٢ وما بعدها.

(٢) أناط النظام الاختصاص بالموافقة على تأسيس الشركات بلجنة مكونة من عناصر فنية وقضائية متخصصة ومحايدة ذلك لضمان توفير الثقة لدى المستثمرين.

ونلاحظ أيضاً أنه لا يجوز لهذه اللجنة أن تعترض على تأسيس الشركة إلا بقرائن منسب وذلك في حالة توافر الأسباب الأربعة المحددة على سبيل الحصر وهي تدور حول مخالفة القانون أو كون غرض الشركة مخالفاً للنظام العام والآداب العامة ولا شك إن ذلك أمر يدعو لثقة المستثمر إذ يعرف سلفاً الأسباب المحددة للرفض فإذا تجنبها تأكد من امكانية تأسيس الشركة في الشكل الذي يريغه المؤسس.

(٣) معدلة بالنظام رقم ٣ لسنة ١٩٩٨، الجريدة الرسمية المصرية، العدد ٣ مكرر في ١٨ يناير سنة ١٩٩٨.

(٤) د. سميحة القليوبي: الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٤٤٥.

مسئولية الشركاء عن تقدير الحصص العينية:

يضع نظام الشركات المصري جزءاً خاصاً لحماية منه للغير في حالة المغالاة في تقدير الحصص العينية، هو اعتبار باقي الشركاء متضامين عن أداء هذا الفرق للشركة، مالم يثبت عدم علمهم به، وسبب هذه المسؤولية أن رأس مال الشركة هو الضمان الوحيد للغير، ويسأل عن حقيقة قيمته جميع الشركاء بالتضامن، وأساس المسؤولية التضامنية للشركاء في هذا الخصوص هو النظام الذي فرض عليهم الالتزام بالضمان بقيمة رأس المال ومطابقتها للحقيقة^(١). وتبرأ ذمة الشركاء إذا تبين عدم علمهم بالمبالغة في تقدير الحصص العينية.

ويعتبر مؤسسو الشركة وكذلك المديرون في حالة زيادة رأس المال مسئولين بالتضامن قبل كل ذي شأن ولو اتفق على غير ذلك، عن كل زيادة في قيمة الحصص العينية التي قدرت على خلاف الواقع في عقد تأسيس الشركة أو العقد الخاص بزيادة رأس المال، ويعتبرون بحكم النظام مشتركين بهذه الزيادة وتعين عليهم أداؤها متى ثبت ذلك^(٢).

المطلب الثاني

المسئولية الجنائية للمؤسسين

تمهيد:

إذا كان الأصل - في قانون العقوبات - هو مبدأ عدم المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية، فإن ذلك يعني مبدأ المسئولية الجنائية

1) : يأخذ نظام شركات دولة الإمارات العربية المتحدة بحكم متميز في هذا الخصوص هو مسؤولية المؤسسين في أموالهم الخاصة بالتضامن عن أداء الفرق بين القيمة الحقيقية للحصة العينية وقيمتها المقدرة بها في عقد الشركة. والواقع أن المسئولية تقع على المؤسسين الذين عليهم مطابقة التقييم للحصص العينية للحقيقة باعتبار ذلك من الإجراءات الأساسية لتكوين الشركة ورأس مالها، على أن تقرير مسؤولية جميع الشركاء، طبقاً للنظام المصري، سواء من وقع منهم على عقد تأسيس الشركة أو التحق بها أثناء حياتها أمر فيه ضمان آخر لصالح الغير في حالة المبالغة في تقييم الحصص وذلك ما لم يثبت عدم علمه بذلك.

2) المادة ٣٠ من نظام الشركات المصري والمادة ٧١ من اللائحة؛ د. منتصر سعيد حمودة: الجرائم الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١٠م، ص ٢٩٣.

للأشخاص الطبيعيين من ناحية، وتحديد الأشخاص المسئولون جنائياً من ناحية أخرى.

وتعد من عناصر قيام الركن المادي للظاهر حالة من يظهر أمام الغير في مشروعية هذا المركز، كذلك من يقوم بتكوين شركة يخلق مظهراً قد يخدع الغير حول وجود ومشروعية الشركة^(١).

ولما كان المؤسس يأخذ على عاتقه الدعوة إلى الشركة الجديدة والترويج لها؛ فإنه قد يستهدف لمسئولية كبيرة إذا ما فشلت الشركة، أو تبين أنها وهمية.

المسئولية الجنائية لأعضاء الشركة:

هؤلاء هم الأشخاص الذين يحددهم القانون، ويمكن أن يحدد هؤلاء الأشخاص على ضوء نصوص التجريم، وهي نصوص نظام الشركات فيما يتعلق بالشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة. علاوة على نصوص القانون الجنائي بصفة عامة وعلى الخصوص بالنسبة للجرائم التفالس بالتقصير والتدليس.

ويتبين من نصوص قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المصري أن الجرائم الواردة فيه تنسب إلى طائفة الجرائم ذات الصفة الخاصة، أي تنسب إلى أشخاص معينين لهم صلة أساسية بالشركة^(٢):

- البعض منهم يظهر في الصورة عند مرحلة التأسيس وهي جرائم المؤسسين:

- منهم من يتصل عمله بإدارة الشركة وهي جرائم المديرين وأعضاء مجلس الإدارة.

(١) د. سعودي حسن سرحان: نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ٤٢٩.

(٢) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، الكتاب الأول، القانون الجنائي للشركات، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٨٩م، فقرة ٣١، ص ١٠٧.

- ينسب البعض الآخر من الجرائم إلى مراقبي الشركة أو إلى موظفي الدولة.

- ينطوي القانون على مجموعة من الجرائم ترتكب من أي شخص من الشركاء بصفة عامة.

وسوف تنصب هذه الوضعية من البحث على المسؤولية الجنائية للمؤسسين.

- بالإضافة إلى المسؤولية المدنية للمؤسسين قرر المنظم "المشروع" سواء في مصر أو فرنسا المسؤولية الجنائية عن الأفعال التي تقع بالمخالفة لقواعد التأسيس في مرحلة تأسيس الشركات التجارية^(١).

ومن الجدير بالإشارة، أنه إذا كانت نصوص التجريم والعقاب التي تواجه الجرائم المرتكبة من الشركاء قد جاءت في ألفاظ عامة، فإن المنظم "المشروع" في نصوص خاصة تطلب صفة معينة في شخص الجنائي، ومن بين هذه الصفات شخص "المؤسس" فمن هو المؤسس إذن من وجهة نظر نظام الشركات^(٢).

تعريف المؤسس:

لا ريب أن للمؤسس أهمية بالغة في تأسيس الشركة وظهورها على مسرح الحياة، ويلعب المؤسس دورا كبيرا في تحديد غرضها ومقدار رأسمالها وكل ما يتعلق بها في حياتها^(٣). إذ أنه يتولى الفكرة ولم تظهر في العالم الخارجي بعد، فيعمل على إبرازها وظهورها في الشكل الذي يرغبه^(٤).

1) د. عادل عبد السميع عبد الفتاح العزباوي: الحماية الجنائية للشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٢٧٣؛ د. يعقوب يوسف صرخوه: الأسهم وتداولها في الشركات المساهمة في القانون الكويتي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٨٢م، ص ٣٣.

2) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ٣٣، ص ١١٠.

3) د. ثروت حبيب: القانون التجاري، الشركات التجارية، مكتبة الجلاء بالنصورة، ١٩٨٨م، ص ٢٠٣.

4) د. حماد مصطفى عزب: النظام القانوني لتصرفات شركة المساهمة تحت التأسيس، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق - جامعة اسبوط، ٢٠٠٠م، العدد ٢٣، ص ٣٥١؛ حمر العين عبد القادر: النظام القانوني لتأسيس شركة المساهمة، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١٣م، ص ١٥.

ويطبق لفظ المؤسس فقط عند التأسيس بالإكتساب العام وهذا اللفظ يعني كل من وضع الشركة في حركة وساهم في تنظيمها، بشرط أن تسمح طبيعة هذه المشاركة بأن ينسب له جزء من المبادأة في التصرفات التي انتهت لتأسيس المشروع في شكل شركة، ويكون سبباً في نشر مظهر براق عن المشروع، وتعاون مباشرة بما فيه الكفاية وقبل تحمل المسئوليات المرتبطة بالتأسيس وتنظيم هيكل الشركة، ولا يلزم أن يكون المؤسس مساهماً. فهؤلاء الذين تصرفوا باسم الشركة تحت التأسيس، ولذا فلا يلزم أن يكون لهؤلاء أن يوقعوا على العقد الابتدائي أو النظام الأساسي بل يكفي أن يكون لهم دور في التأسيس يمكن أن نسميهم بمؤسس الواقع، تمييزاً لهم عن المؤسسين القانونيين التعريف الضيق للمؤسس وهو الذي يطبق من الناحية الجنائية وذلك للتفسير الضيق للقانون الجنائي^(١).

ومن ثم فإن من يسأل عن أعمال التأسيس بقوة القانون^(٢) هم الآتي:

الموقع على العقد الابتدائي، أو طلب الترخيص بتأسيسها، أو قدم حصة عينية عند تأسيسها، أو اشترك اشتراكاً فعلياً في تأسيس الشركة^(٣).

الموقع على العقد الابتدائي:

إذ أن العقد الابتدائي هو العمل الأول في إجراءات تأسيس الشركة ويكون بين الأشخاص الذين اقتنعوا بجدية المشروع المزمع إنشاؤه، وهو أول عمل يكون في مواجهة الغير له علاقة بما يردده المؤسسون.

(١) والتفسير الواسع هو الذي يجعل مؤسساً كل من لعب دوراً في جعل الشركة في حالة حركة وساهم في انشائها أصلاً يناسب المسئولية المدنية. للمزيد راجع: د. عبد الله مصطفى إبراهيم الحفناوي: تأسيس شركة المساهمة في قوانين الاستثمار والقانون التجاري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٨٦.

(٢) لم يحدد المنظم في فرنسا المقصود بالمؤسس. وترك ذلك للفقهاء والقضاء انظر في ذلك الآتي:

Georges Ripert et Rene Roblot: Traite elementaire de droit commercial, 9 em , ed ,Paris 1977, P661. Cass , 1 er juill 1930 , d ,1932 , 1 , 97 not Hamel

(٣) يتوافق ذلك مع المادة ٥٣ من نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ١٣٨٥/٣/٢٢هـ.

لذا لزم أن يكون من وقع عليه على علم بما يفعل، وعلى بينة من أمره متحماً بذلك تبعه تصرفه، ولا يمكن له أن يتجسس منها أو يدعي عدم علمه بأهمية توقيعه وخطورته، فهو مؤسس نظاماً عليه أن يسعى لإتمام ما ابتدأه وأن ينهي ما شرع في عمله حتى ينفك من تلك المسؤولية وينتهي من هذه التبعة^(١).

ومن الجدير بالإشارة أن تعريف المؤسس في الفقرة ٥ من المادة ١٥ من نظام " قانون الشركات المصري بقوله " ويعتبر مؤسساً كل من وقع العقد الابتدائي للشركة" قد أثار هذا التعريف الضيق للمؤسس خلافاً، إذ لم يرض به أحد من الفقهاء بل انتقد في اجماع منهم، والقضاء كذلك كان له رأي في هذا التعريف.

ف نجد أن الفقه قد ذهب للتعريف الموسع للمؤسس، فذكر أنه كل من قام بمبادرة أو يعمل ايجابي ومؤثر في سبيل تأسيس هذه الشركة ولو لم يقع العقد الابتدائي أو النظام القانوني للشركة، أو حتى ولو لم يكن من المساهمين، كل ذلك بشرط ألا تكون هذه الأعمال من قبيل الدعاية والترويج للمشروع، كأن يكون أحد المصارف أو الأشخاص هو المحرك الحقيقي الذي كان وراء تأسيس الشركة بحيث يمكن اعتباره المؤسس الفعلي للمشروع^(٢).

وتأيداً للرأي الموسع، فإن المنظم " المشرع" لم يقصد التعريف الضيق في المادة ١٥ من نظام الشركات المصري بل قصد المؤسس في هذه المادة فقط وليس مؤسس شركة المساهمة بوجه عام، وعلى هذا فإن لفظ

- ١) د. أبو زيد رضوان: شركات المساهمة، بدون دار نشر، ١٩٨٢م، فقرة ٢٤، ص ٣٧؛ د. حسني المصري: دروس في القانون التجاري، ج ١، بدون دار نشر، ١٩٨٤م، فقرة ٢٧٩، ص ٤٦٢؛ د. محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري، ج ١، دار النهضة العربية، ١٩٥٧م، فقرة ٣٥٧، ص ٣٥٦.
- ٢) د. عبد الله مصطفى إبراهيم الحفناوي: تأسيس شركات المساهمة في قوانين الاستثمار والقانون التجاري، المرجع السابق، ص ٨٧.

المؤسس ينصرف إلى كل من قام بعمل في انشاء الشركة وسعى لإنجاح تأسيسها^(١).

وقد حكمت محكمة استئناف القاهرة بأن "من يشترك في عملية تأسيس الشركة يعتبر من المؤسسين الأول الذين يمثلون الشركة في فترة تكوينها حتى ولو كان انضمامه إلى المؤسسين بعد انتهاء عملية الاكتاب العام لأن المفروض أن الأموال التي اكتب بها المكتتبون توضع تحت يد المؤسسين جميعاً، فيسألون بالتالي عن ردها"^(٢).

وبهذا نجد أن التعريف الضيق للفقرة ٥ من المادة ١٥ من نظام الشركات المصري لم يؤخذ به القضاء وانتقده الفقه.

- **الموقع على طلب الترخيص المقدم لتأسيس الشركة:**

فمن وقع على طلب الترخيص وسعى إلى تأسيس الشركة لدى الجهات الرسمية لا بد أنه عازم على فعله، يعلم عاقبة أمره، قاصداً انتهاء مسئوليته بطلبه من الجهة إعطاء الترخيص فهو مؤسس ابتداء وإن اختلفا فكل منهما مؤسس بنص النظام.

كما يستوي أن يكون من وقع طلب الترخيص قد وقع العقد أو أنه اكتفى بتوقيع طلب الترخيص.

- **من قدم حصة عينية عند تأسيسها:**

نلاحظ أن المنظم "المشروع" قصره على من يقدم حصة عينية عند تأسيس الشركة ولم يجعله ينصرف إلى من يقدم حصة عينية عند زيادة رأسمالها. والعلة في اضمفاء صفة المؤسس على مقدم الحصة العينية هو ما يثيره تقديم مثل هذه الحصة من مخاطر تنجم عن تقويمها، وما يترتب على

- (1) د. أبو زيد رضوان: قانون الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، بدون دار نشر، ١٩٧٨م، فقرة ٧، ص ٣٦١؛ د. محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري، المرجع السابق، فقرة ٣٩٧، ص ٣٥٧.
- (2) عبد المعين لطفى جمعه: موسوعة القضاء في المواد التجارية، ج ١، بدون دار نشر، ١٩٦٧م، ص ٦٦١.

التلاعب في صحة هذا التكوين من أضرار تلحق بأصحاب الأسهم النقدية أو بالغير^(١).

ومن الجدير بالإشارة أن وصف المؤسس يرتبط بواقعة معينة، دون البحث عن الموقف النفسي فلسنا أمام قرينة نظامية "قانونية"، بل أمام قاعدة موضوعية أسبغها المنظم "المشروع" على من توافرت به، حينئذ نطلق عليه صفة المؤسس.

وترجع الحكمة من الربط بين صفة المؤسس وقيام تلك الجريمة إلى طبيعة الشركة وكيفية تكوينها، فالشركة ذات المسؤولية المحدودة تتكون من عدد قليل من الشركاء حصره المنظم "المشروع" في خمسين شخص، وقد ترتب على ذلك ضعف ائتمان تلك الشركة. ومتى كان هذا الائتمان يتكون من الحصص التي يقدمها الشركاء، وتبدأ الشركة في التأسيس بحصص الشركاء المؤسسين، فإن اخلال أحد المؤسسين بتوزيع هذه الحصص أو النفاء بكل قيمتها قد يكون سبباً في اضطراب نشاطها، أو يضر بسم سيرها وتحقيق أغراضها، وكان ذلك ادعى بالمنظم "المشروع" إلى التدخل لتجريم الأفعال المنصوص عليها إذا وقعت من مؤسس الشركة، علاوة على ذلك يجب أن يكون الجاني مؤسساً في شركة ذات مسؤولية محدودة^(٢).

نقد الفقه لاعتبار المنظم "المشروع" أن من يقدم حصة عينية عند تأسيسها يعد من المؤسسين^(٣):

(١) د. محمود سمير الشرفاوي: القانون التجاري، ج ١، دار النهضة العربية،

١٩٨٦م، فقرة ٣٢٥، ص ٢٨٨.

(٢) د. حسني أحمد الجندي: النظام القانوني للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١٠٧، ص ٢١٥.

(٣) وسع المنظم "المشروع" من دائرة المؤسسين لتخوفه من الحصص العينية بتقديدها بأكثر من قيمتها الحقيقية، وفي هذا ضرر على الشركة وعلى الاقتصاد القومي فأراد أن يدخلهم في المسؤولية عن الشركة خلال سنواتها الأولى. للمزيد راجع د. عبد الله مصطفى إبراهيم الحفناوي: تأسيس شركات المساهمة في قوانين الاستثمار والقانون التجاري، المرجع السابق، ص ٨٧.

- إن المنظم جعل مسئولية مقدم الحصص كمسئولية المؤسس إذ لا يجوز لأيهما التصرف في أسهمه قبل انتهاء سنتين من التأسيس واعداد ميزانيتين، فكان في هذه الكفاية.

- إن مقدم الصحة العينية كمقدم الأموال النقدية سواء بسواء فلما حتم على هذا وأبعد ذلك.

- قد يكون مقدم الحصة العينية مؤسساً سعى لتأسيس الشركة وبذل جهداً في ذلك فهذا يكفي بدون إدخال أمواله العينية في صفة المؤسسين.

- قد تكون الشركة لا تقوم إلا على مثل تلك الأموال العينية فلا يقدرها سوى مقدمها وتدخلها الشركة في أصولها ولا يرضى ببيعها بل يكون له نصيب من الأرباح بدلاً منها وأسهم وحقوق، فما ندخله في زمرة المؤسسين؟

- إن صاحب الحصة قد يذهب إلى الصورية في تقديم نقدية وبعد ذلك يشتري منه المؤسسون والمديرون تلك الأعين فلما هذا وفي تقديم الحصة العينية رقابة أشد من حيث وجود ختراء تقويم وموافقة المكتبين. إن هذا ما هو إلا ابتعاد عن الصدق.

صفوة القول، إن الفاعل في الجريمة يعد هو المؤسس أو مدير الشركة ذات المسئولية المحدودة، وكذلك يعد فاعلا كل من عرض أوراق تلك الشركة للاكتتاب. ومن هنا يستبين لنا أن المنظم خرج عن القاعدة العامة في الاشتراك في الجريمة والتي تقضي بوقوعه بطريق المساعدة وجعل مساهما أصليا في الجريمة من يعرض هذه الأوراق المالية للاكتتاب لحساب شركة ذات مسئولية محدودة، بالإضافة إلى الفاعل الأصلي وهو كل مؤسس أو مدير وجه الدعوة، ولكن هذا لا يمنع من معاقبة غير هؤلاء بوصفهم شركاء بالمساعدة، وفقا للقواعد العامة لتسهيل الاكتتاب المنوع^(١).

1 (د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م، فقرة ٥١، ص ٥٤.

ولكن هل يعتبر تحديد وصف المؤسس مسألة موضوعية من
اطلاقات محكمة الموضوع، أم مسألة تكييف نظامي "قانوني" يخضع فيها
قاض الموضوع لرقابة محكمة النقض؟

قد يرى البعض أنها مسألة واقع تدخل في سلطة قاضي الموضوع
النهائية^(١)، ولكن الراجح أنه إذا اشترط المنظم أن يكون الجاني "مؤسساً"
للشركة فإن ذلك يعني أن هذه الصفة هي عنصر ضروري لقيام الجريمة.
ومن ثم يلزم للقول بوجود تلك الجريمة تحقق هذه الصفة، وتقدير هذه
الصفة من عدمه يكون مسألة تكييف للواقع، وهي مسألة قانونية يخضع
حكم القاضي فيه لرقابة محكمة النقض^(٢)، وبناء عليه يلزم أيضاً أن يبين
القاضي في حكمه توافر هذه الصفة في شخص المتهم وإلا كان حكمه
معيباً.

الشروط الواجب توافرها في المؤسس:

١ - أن يكون المؤسس كامل الأهلية:

إن عبارة "بنية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك" والواردة بالفقرة
الأولى من المادة السابعة من نظام "قانون" الشركات، إنما تضع قيداً كبيراً
لإضفاء صفة المؤسس على كل من يشترك اشتراكاً فعلياً في تأسيس الشركة
وهو غير شريك^(٣)، ولزيادة في تأكيد ذلك كان يجب على المنظم "المشرع"
استبدال العبارة السابقة بعبارة "بطريقة تفيد الغير بنية تحمله المسؤولية" أو
بعبارة "ما لم يثبت أنه لم يقصد باشتراكه تحمل المسؤولية عن ذلك" أو
بعبارة "إذا لم يذكر صراحة أنه غير شريك".

(١) هذا ما عليه الفقه الإنجليزي:

Smith Kenneth – Kennan Denis: Essential of Mercantile law,
1977, P.17.

أشار إليه د. محمود مختار بربري: قانون المعاملات التجارية، ط ١، دار الفكر
العربي، ١٩٨٣م، ص ٢١٦، هامش رقم ١.

(٢) د. محمود مختار بربري: قانون المعاملات التجارية، المرجع السابق، ص ٢١٦؛

د. محمود سمير الشراوي: القانون التجاري، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(٣) د. سميحة القليوبي: الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٤٦٧.

ومن ثم يترتب على ذلك أن يكون المؤسس كامل الأهلية حتى يمكن أن يواجه تلك المسؤولية الناشئة عما يباشره من نشاط. أي أن يكون بالغاً سن الرشد، ولا يجوز أن يكون قاصراً حتى ولو كان مأذوناً له باحتراف التجارة نظراً للمسؤولية المشددة مديناً أو جنائياً.

٢- يجوز أن يكون المؤسس شخصاً طبيعياً، وقد يكون شخصاً معنوياً، وفي هذه الحالة يلزم أن يكون من أغراضه تأسيس شركات المساهمة.

٣- ألا يكون المؤسس قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة جنحة عن سرقة أو نصب أو خيانة أمانة أو تزوير أو تفالس أو بعقوبة من العقوبات المنصوص عليها في المواد ١٦٢ و ١٦٣ و ١٦٤ من القانون المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١؛ وذلك حرصاً على حماية الأنشطة الاقتصادية من المتحرفين.

٤- توافر النزاهة الوظيفية في المؤسس:

ضماناً لسلامة الوظيفة العامة وعدم استغلال النفوذ، نجد أن الأنظمة المتعاقبة على شركات المساهمة أو الاشتراك في تأسيسها أو الاشتغال ولو بصفة عرضية بأي عمل أو الاستشارة فيها سواء كان ذلك بأجر أو بغير أجر إلا إذا كان ممثلاً لهذه الجهات، ويجوز استثناء من حكم الفقرة السابقة ومن الأحكام الأخرى المانعة في القوانين الخاصة أن يرخص للشخص بالاشتراك في تأسيس إحدى شركات المساهمة أو بأعمال الاستشارة فيها وذلك بإذن خاص من الوزير المختص التابع له الشخص^(١).

وفي جميع الأحوال لا يصدر الإذن إلا بعد بحث الأمر والتأكد من عدم ارتباط وظيفة الشخص بعمل الشركة أو التأثير فيها وبشرط ألا

١) للمزيد راجع: د. عبد الله مصطفى إبراهيم الحفناوي: تأسيس شركات المساهمة في قوانين الاستثمار والقانون التجاري، المرجع السابق، ص ٩٦ وما بعدها.

يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن أدائها. وهذا الشرط الذي تطلبه النظام "القانون" لضمان حسن سير المرافق العامة، وعدم سطوة الموظفين على الشركات الخاصة، وحصولهم على مبالغ تحت مسميات مختلفة فلا بد من إذن بذلك من الوزارة التي يعمل بها الشخص حتى يضمن حسن سير العمل فيها.

صفوة القول، يتضمن نظام "قانون" الشركات بعض النصوص التجريبية التي لا تنصرف إلا للمؤسسي الشركة وحدهم، وهي كما يلي:

- الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ توجه إلى كل مؤسس ضمن عقد شركة ذات مسئولية محدودة اقرارات كاذبة متعلقة بتوزيع حصص رأس المال بين الشركاء أو بوفاء كل قيمتها مع علمه بذلك، وهنا لا يتعلق الأمر بشركة مساهمة أو توصية الأسهم ولكن بشركة ذات مسئولية محدودة، والعلة الظاهرة من عدم ذكر الشركات المساهمة والتوصية بالأسهم أن القانون وضع شروطاً دقيقة وضمانات تتعلق بهذا العقد وبالاكتساب العام، الأمر الذي لم يتطلبه بالنسبة للشركات ذات المسئولية المحدودة.

غير إن النص يعيبه الإبهام وعدم الوضوح، ذلك أنه يجرم الإقرارات الكاذبة التي ترد بعقد الشركة وتعلق بتوزيع حصص رأس المال بين الشركاء أو بوفاء كل قيمتها مع علمه بذلك. فما هو المقصود بتوزيع حصص رأس المال بين الشركاء؟ هل يجرم النظام هنا سلوك المؤسس عندما يذكر أن أحد الشركاء دفع أقل والآخر دفع أكثر على خلاف الواقع؟ أم يقصد المنظم "المشروع" أن يجوز دون أن تتكون الشركة من شريك واحد أو عدد من الشركاء أقل مما يتطلبه النظام.

لا يبدو أن الفرضين السابقين من شأنهما إحداث خلل بمصلحة اجتماعية يحميها المنظم بالتجريم. فالكذب في عقد الشركة ليس من شأنه الاضرار بدائني الشركة أو المتعاملين معها طالما أن رأس المال مدفوع، أما الصورية فلا يحتج بها أمام الغير خاصة وأن بنود العقد صريحة في تحديد نسبة كل شريك في رأس المال.

ولكننا نشايح الرأي^(١) الذي يذهب إلى أن المقصود من التجريم هنا أن يقر المؤسس أن رأس المال قد تم دفعه بالكامل بينما الأمر غير ذلك، هذا التفسير هو الذي يتسق والعلة من التجريم وهي حماية دائني الشركة والمتعاملين معها. غير أن هذا الرأي وإن كان يتمشى مع عجز الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ من النظام رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المصري "... أو بوفاء كل قيمتها مع علمه بذلك"، فإنه يجعل مقدمة الفقرة "... اقرارات كاذبة متعلقة بتوزيع حصص رأس المال..." بدون فائدة، ونحن نرى من جانبنا أن الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ يشوبها عدم الدقة، بحيث يتعين حذفها. فالكذب المتعلق بشخص المتعاقد أو بنسبة الحصص ليس من شأنه الاضرار بمصلحة محل للحماية، بسبب طبيعة الشركة ذات المسؤولية المحدودة، التي لشخصية الشريك فيها أهمية ثانوية، وذلك على خلاف شركات التضامن.

- الفقرة الرابعة من المادة ١٦٤ تواجه كل مؤسس وجه الدعوى للاكتتاب في أوراق مالية.

المطلب الثالث

جريمة تقويم الحصص العينية بأكثر من قيمتها

يتكون رأس مال الشركة من الحصص النقدية والعينية فقط. أما الحصص النقدية فليس فيها مشكلة؛ لأنها نقد لا يحتاج لتقييمه بنقد، لكن الذي قد يثير المشكلة هنا هو الحصص العينية، حيث أنه لا بد من تقييم نقدي لها، وتكمن المشكلة في كيفية تقييمها وتحديد القيمة الصحيحة لها، وهذا له أهمية كبرى؛ لأنه على ضوء هذا التقييم يتسنى تحديد مدى مساهمة ذو الحصص العينية في رأس المال، والتي على أساسها يتحدد نصيبه من الأرباح والخسائر.

النص النظامي "القانوني":

نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٩ من نظام الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على الآتي: "ويكون مقدم الحصص العينية مسئولاً قبل الغير عن قيمتها المقدرة لها في عقد الشركة، فإذا ثبت وجود زيادة في هذا

(١) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، فقرة ٧٧، ص ٩٠.

التقدير وجب أن يؤدي الفرق نقداً إلى الشركة، ويسأل باقي الشركاء بالتضامن عن أداء هذا الفرق إلا إذا أثبتوا عدم علمهم بذلك".
كما نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٦٢ من نظام "قانون" الشركات المصري على أنه "مع عدم الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في القوانين الأخرى...".

٣ - كل من يقوم من الشركاء بطريق التدليس حصصاً عينية بأكثر من قيمتها الحقيقية.

كما نصت المادة ٦٠ من نظام الشركات السعودي على الآتي " إذا وجدت حصص عينية أو مزايا خاصة للمؤسسين أو لغيرهم عينت الإدارة العامة للشركات بناء على طلب المؤسسين خبيراً أو أكثر تكون مهمتهم التحقق من صحة تقييم الحصص العينية وتقدير مبررات المزايا الخاصة وبيان عناصر تقييمها... فإذا قررت الجمعية تخفيض المقابل المحدد للحصص العينية أو تخفيض المزايا الخاصة وجب أن يوافق مقدمو الحصص العينية أو المستفيدون من المزايا الخاصة على هذا التخفيض في أثناء انعقاد الجمعية، وإذا رفض هؤلاء الموافقة على التخفيض اعتبر عقد الشركة كأن لم يكن بالنسبة لجميع أطرافها...".

صور حصص الشركاء:

يتم تقديم حصص الشركاء على ثلاث صور هي كما يلي:

١ - الحصة النقدية:

في هذه الصورة، يلتزم الشريك بتقديم مبلغاً نقدياً في الميعاد المتفق عليه، ولا يشير تقديم الحصة النقدية أي خلاف من حيث تقويمها.

٢ - حصة العمل^(١):

تأخذ شكل عمل يقدمه الشريك بأن يكرس جهده ووقته للعمل لحساب الشركة تنتفع منه ويعود عليها بالفائدة. وغالباً ما يكون الشريك في هذه الحالة ممن يتمتعون بخبرة معينة مثل المهندس أو المتخصص في الإدارة

1 (للمزيد راجع بصفة عامة: د. محمد عبد الحميد القاضي: النظام القانوني لحصة العمل في الشركات، دار النهضة العربية، ١٩٩٠م.

أو في عمليات الاستيراد والتصدير، والحصصة بالعمل لها صفة التابع، ويلزم مقدم حصة العمل بمنح الشركة نتائج كل عمله، ولا تدخل حصة العمل في تكوين رأس المال^(١)؛ نظراً لعدم قابليتها للتقييم بالنقد ولا استحالة أن تكون محلاً للتنفيذ الجبري^(٢)، ومن ثم ينبغي تقويمها حتى يتسنى تحديد نصيب الشريك في الأرباح والخسائر.

وقد بين النظام السعودي حكم هذه الحالة، حيث جاء في المادة التاسعة من نظام الشركات السعودي^(٣) "إذا كانت حصة الشريك قاصرة على عمله، ولم يعين في عقد الشركة نصيبه في الربح أو في الخسارة كان له أن يطلب تقويم عمله ويكون هذا التقويم أساساً لتحديد حصته في الربح أو في الخسارة، وفقاً للضوابط المتقدمة".

٢- الحصصة العينية:

هي مال منقول أو عقار، كتقديم سيارة أو آلات معينة أو منزل، كما قد تكون الحصصة مالاً معنوياً كبراءة اختراع أو علامة تجارية أو تصميم أو نموذج صناعي أو محل تجاري.

1) يتكون رأس مال الشركة فقط من الحصص النقدية والعينية فقط؛ د. سعيد علي يحيى: الوجيز في النظام التجاري السعودي، ط ٧، المكتب العربي الحديث، ٢٠٠٤م، ص ١٢٩.

2) تنص المادة ٣ من نظام الشركات السعودي على "يجوز أن تكون حصة الشريك مبلغاً معيناً من النقود (حصة نقدية) ويجوز أن تكون عينا (حصة عينية) كما يجوز في غير الأحوال المستفاد من أحكام هذا النظام أن تكون عملاً ولكن لا يجوز أن تكون حصة الشريك ما له من سمعه ونفوذه وتكون الحصص النقدية والحصص العينية وحدها رأس مال الشركة..." وتنص المادة ٦٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري ونصها "يجوز أن تكون حصة الشريك نقدية أو عينية، ولا يجوز أن تكون حصته في شكل عمل يؤديه إلى الشركة" للمزيد راجع: د. محمد حسن الجبر: القانون التجاري السعودي، ط ١، الدار الوطنية الجديدة - الخبر، ١٤٠٨هـ، ص ١٤٩، وأيضاً: د. محمود مختار بيري: قانون المعاملات التجارية، المرجع السابق، ص ٣٤.

3) د. عبد العزيز عزت الخياط: الشركات في الشريعة الإسلامية، ج ١، ط ٤، مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٣م، ص ١٧٨.

كثيراً ما يقوم المؤسسون بدفع أموالهم أعياناً بدلاً من النقود فيتنازلون عن ملكية عقار أو حق انتفاع به أو منقول مادي أو معنوي ، كملكية صناعية أو تجارية فيقدمون مثلاً علامة تجارية أو أسماء تجارية لمنشأة تخص بعضهم ذلك غالباً في حالة الاندماج أو يقدمون براءة اختراع محمية وقد تتمثل الحصص العينية في حق من حقوق الملكية الأدبية والفنية كحق من حقوق النشر أو التوزيع كل هذا وغيره يطلق عليه حصص عينية لمقابلة النقود التي تدفع وتسمى بالحصص النقدية^(١) ومن هنا نجد أن المادة ١٨٤٣ - ٣ من النظام المدني الفرنسي^(٢) تعرضت لذلك بقولها كل مشارك مدين نحو الشركة بكل ما وعد أن يقدمه من حصص عينية أو نقدية أو عمل.

أشكال تقديم الحصص العينية:

يتم تقديم الحصص العينية للشركة إما عن طريق التملك وإما عن طريق الانتفاع^(٣):

تقديم الحصص العينية لغرض التملك:

تقدم الحصص العينية للشركة بقصد التملك فتخرج نهائياً ملكيتها من ذمة الشريك ، وتصبح ضمن الضمان العام لدائني الشركة يجوز لهم الحجز عليها ، كما يجوز للشركة ذاتها التصرف فيها. وفي حالة تقديم الحصص على سبيل التملك فإن أحكام عقد البيع هي التي تطبق^(٤). وقد نصت على

(١) د. عبد الله مصطفى إبراهيم الحفناوي : تأسيس شركات المساهمة في قوانين الاستثمار والقانون التجاري ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩.

(٢) Article 1843-3: Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie.

(٣) د. سعد بن محمد شايع القحطاني : الحماية الجنائية للشركات التجارية في النظام السعودي ، دراسة تأصيلية مقارنة ، كلية العدالة الجنائية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م ، ص ٨٥.

(٤) لذا قضى أن " النص في الفقرة الأولى من المادة ٥١١ من القانون المدني المصري على أنه " إذا كانت حصص الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر فإن أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصص إذا هلكت أو استحققت أو ظهر فيها عيب أو نقص " يدل على أن تقديم حصص عينية للشركة على =

ذلك الفقرة الأولى من المادة الرابعة من نظام الشركات السعودي على أنه " إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق آخر من الحقوق التي ترد على المال كان الشريك مسئولاً وفقاً لأحكام عقد البيع عن ضمان الحصة في حالة الهلاك أو الاستحقاق أو ظهور عيب أو نقص فيها".

وقد نصت أيضاً المادة ٥٠٨ من القانون المدني المصري، حيث جاء فيها: " تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك". لذا قضى أن " مفاد النص في المادة ٥٠٨ من القانون المدني على أن تعتبر حصص الشركاء واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. فالمنظم وضع قرينة على أن الحصة تقدم للشركة على سبيل التملك لكنها قرينة بسيطة يجوز دحضها بالدليل العكسي"^(١).

=وجه التملك وإن لم يكن بمثابة بيع إلا أنه يشبه البيع من حيث إجراءات الشهر وتبعية الهلاك وضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، ومن ثم يلتزم الشريك الذي قدم هذه الحصة باستيفاء إجراءات الشهر المقررة حتى تنتقل ملكيتها إلى الشركة، كما يلتزم عملاً بالمادة ٤٣٩ من القانون المدني بضمان عدم التعرض للشركة في الانتفاع بهذه الحصة أو تنازعتها فيها كلها أو بعضها، غير أن عدم قيام الشريك بإجراءات التسجيل أو الشهر المقررة والتي يتم بمقتضاها نقل ملكية الحصة العينية إلى الشركة لا يحول دون التزامه بضمان عدم التعويض لأن هذا الالتزام يعتبر التزاماً شخصياً يتولد من عقد الشركة فور إبرامه باعتباره ناقلاً للملكية في خصوص هذه الحصة فيمتنع على الشريك أن يتعرض للشركة فيها ولو لم يشهر العقد لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض، ومؤدى ذلك أنه إذا انقضت الشركة فإن الحصة العينية لا تعود إلى الشريك الذي قدمها بل يوزع ثمنها على الشركاء جميعاً" نقض مدني مصري، جلسة ٤ مارس سنة ١٩٨٥، طعن رقم ٧٢٨، لسنة ٤١، ج ١، قاعدة رقم ٧٦، ص ٣٤٥.

(١) نقض مدني مصري، جلسة ٢٦ يناير سنة ١٩٨٧، طعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٢ ق.

وبالتالي على الشريك استيفاء جميع الإجراءات التي يتطلبها المنظم لنقل الحق العيني المقدم كحصة حتى يمكنه الاحتجاج به في مواجهة الغير. فإذا كانت الحصة المقدمة عقاراً يشترط التسجيل^(١)، ومن ثم يجب أن تكون الحصة التي قدمها - مقدم الحصة العينية - مملوكة كاملة غير متنازع عليها، وإذا كانت براءة اختراع وجب التأشير بذلك في سجلات براءات الاختراع^(٢).

والحصاص العينية تحقق عن طريق نقل الحقوق المطابقة ووضعها تحت التصرف وعندما تكون الحصة بالملكية فإن صاحب الحصة ضامن للشركة كالبائع للمشتري.
تقديم العنصر العينية يفرض الانتفاع فقط:

نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون الشركات المصري، حيث جاء فيها، "فإذا كانت الحصة واردة علم، مجرد الانتفاع بالمال طبقت أحكام عقد الإيجار علم، الأمور المذكورة". ومن ثم فعندما تكون الحصة بالمنفعة فإن صاحب الحصة يكون ضامناً للشركة كالمؤجر نحو المستأجر. على كل حال عندما تكون الحصة بالانتفاع على أشياء نوعية أو على أموال أخرى تُسمى عادة وتجدد أثناء مدة الشركة^(٣)، ولذا يظل الشريك مالكا لها ومن حقه استردادها عند انقضاء الشركة.

- 1) د. عبد العزيز المرسي حمود: أعضاء على المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العقاري غير المسجل، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م، ص ٦.
- 2) قضت محكمة النقض في هذا الخصوص أن مقتضى ما تنص عليه المادة ٥١١ من القانون المدني من تطبيق أحكام البيع إذا كانت حصة الشريك الموصي هي ملكية أو أي حق عيني آخر، أنه إذا كانت حصة الشريك الموصي هي ملكية عقار أو أي حق عيني آخر فإن هذا الشريك يكون ملزماً بمجرد عقد الشركة بنقل حق الملكية أو الحق العيني إلى الشركة كما يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ولا ينتقل هذا الحق إلا بالتسجيل سواء كان ذلك فيما بين الشريك و الشركة أو بالنسبة للغير لأن عقد الشركة في هذه الحالة يعتبر عقداً ناقلاً للملكية فيجب تسجيله حتى تنتقل ملكية الحصة العينية إلى الشركة. نقض مدني مصري، جلسة ١٦ يونيه سنة ١٩٦٩، طعن رقم ٢٨٣، ٣٥ ق السنة ٢٠، قاعدة رقم ١٥٨، ص ١٠٠٢.
- 3) د. عبد الله مصطفى إبراهيم الحفناوي: تأسيس شركات المساهمة في قوانين الاستثمار والقانون التجاري، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

واعتبار الشريك مقدماً لحصة عينية يجب أن يكون من الأمور الواضحة في عقد الشركة وأن يثبت انصراف النية إلى تقديمها كحصة في عقد الشركة ويخضع ذلك لكامل تقدير قاضي الموضوع الذي له الاستدلال على رأيه من قرائن وظروف كل نزاع على حده. وحكم في هذا الخصوص بأن قيام مستأجر العين باشتراك آخر معه في النشاط الذي يباشره فيها عن طريق تكوين شركة بينهما ماهيته عدم انطوائه ذلك بذاته على معنى تخلى المستأجر لتلك العين عن حقه في الانتفاع بها سواء كلها أو بعضها إلى شركة في المشروع الحالي^(١).

1) لذا قضى أن "مؤدى المادة والفقرة "ب" من المادة الثانية من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ أن الحظر الوارد بها مقصور على تأجير العين المؤجرة من الباطن وما يأخذ حكمه من التنازل عنها للغير، أما فيما عدا ذلك فإن للمستأجر أن يتنفع بالعين المؤجرة بسائر أوجه الانتفاع المقررة اتفاقاً أو قانوناً، ولما كان الإيجار من الباطن عقداً يوجب به المستأجر الأصلي منفعة العين المؤجرة له إلى آخر بأن يلتزم حيال هذا الأخير بتمكينه من الانتفاع بتلك العين - كلها أو بعضها - مدة معينة لقاء أجر معلوم يؤديه المستأجر من الباطن إليه، وكان التنازل عن الإيجار عقداً يحيل المستأجر الأصلي بموجبه حقوقه والتزاماته المتعلقة بالعين المؤجرة والمستعدة من عقد الإيجار إلى آخر يحل محله فيها بما مؤداه أن محل كل من هذين العقدتين هو منفعة العين المؤجرة، وأنه يترتب عليهما خروج هذه المنفعة - التي كان يرتبها عقد الإيجار الأصلي للمستأجر الأصلي - من حوزة هذا الأخير ودخولها في حوزة آخر سواء هو المستأجر من الباطن أو المتنازل إليه، وكانت الشركة عقداً يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ من هذا الموضوع من ربح أو من خسارة مما مؤداه أن محل هذا العقد هو تكوين رأس مال مشترك من مجموع حصص الشركاء وذلك بقصد استغلاله للحصول على ربح يوزع بينهم وكان لا رابطة بين هذا المؤدى وبين ما قد يكون من مباشرة الشركاء بعد قيام الشركة لنشاطهم المشترك في عين يستأجرها أحدهم، لانتهاء التلازم بين قيام الشركة ومن وجود مثل تلك العين أو تحقيق ذلك النشاط فيها، لما كان ذلك فإن قيام مستأجر العين باشتراك آخر معه في النشاط المالي الذي يباشره فيها عن طريق تكوين شركة بينهما، لا يعدو أن يكون متابعة من جانب المستأجر للانتفاع بالعين فيما أجريت من أجله بعد أن ضم إلى رأس ماله المستثمر فيها حصة لآخر على سبيل المشاركة في استغلال هذا المال المشترك، دون أن ينطوي هذا بذاته على معنى تخلى المستأجر لتلك

عيوب الحصة العينية:

تبدو أهمية الحصص العينية في أن:

- تدخل هذه القيمة المقدرة للحصص في الضمان العام للدائنين.
- مقدمو الحصص العينية يحصلون على مقاعد أكثر في الإدارة ويكون لهم حق أكبر في التصويت.
- يضر التقويم الغير متفق والقيمة الحقيقية لهذه الحصص بمصالح الشركة.
- تبدأ الشركة حياتها برأس مال اسمي يقل عن رأس المال الحقيقي. ومن ثم فإن جزءاً من رأس المال الإسمي للشركة لم يكتب به حقيقة، مما يعرض الدائنين للمخاطر، فإذا قومت الحصة مثلاً بمليون ريال وهي لا تساوي أكثر من نصف مليون ريال فإن النصف الثاني لم يدفع حقيقة ولم يدخل في الضمان العام، وفاز مقدمها ببيع أمواله بضعف ثمنها.

=العين عن حقه الانتفاع بها سواء كلها أو بعضها إلى شريكه في المشروع المالي بأي طريق من طرق التخلي - إيجارا كان من الباطن أو تنازلاً عن الإيجار - لاتضاء مقتضى ذلك قانوناً، بل يظل عند إيجار العين على حالة قائما لصالح المستأجر وحده ما لم يثبت بدليل آخر تخليه عن حقوقه المتولدة عن ذلك العقد إلى الغير نقض مدني مصري، جلسة ١٦ يونيه سنة ١٩٧٩، طعن ٥٥٢، قاعدة رقم ٢٠٤، س ٣٠ ق، ج ٢، ص ٦٣٦.

ومن جهة أخرى قضى بأن ما جاء بمدونات حكم الاستئناف المطعون عليه من أن التصفية تنصب على مجموع أموال تمارس الشركة نشاطها فيه إذ أن هذا المقرر هو أهم مقومات الشركة ولا يتال من ذلك وجود عقد إيجار عنه باسم أحد الشركاء له تاريخ سابق على تكوين الشركة لأن خلو عقد تأسيس الشركة من أي ذكر له يحمل قرينة على أن ذلك الشريك قد قدم ذلك المقرر لخدمة أغراض الشركة بحيث يكون أحد مقوماتها والذي تمارس فيه نشاطها وليس في أوراق عقد الشركة أو تعديلاته التي أجريت ما يشير إلى تحفظ بالنسبة لذلك المقرر ومن ثم فإن تصفية أموال الشركة تشملها كأحد عناصرها، لما كان ذلك وكان ما أورده الحكم المطعون فيه سائناً وله أصل ثابت في الأوراق ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها فإن النعي على الحكم المطعون فيه بهذا السبب يكون على غير أساس" نقض مدني مصري، جلسة ١٦ ديسمبر سنة ١٩٨٥، طعن رقم ١٥٦٤، لسنة ٥٠ ق.

- يحصل الشركاء المؤسسين على عدد من الأسهم في الشركة لا يقابله نصيب حقيقي في رأس المال علاوة على حصولهم على أكثر من المستحق أي منحهم حقوق ومزايا أكثر من المستحق وفي ذلك اضرار بمصالح الشركة والشركاء فيها.

- يحصل أصحاب الحصص العينية عند التصفية على فائض أكثر مما يستحقون وذلك للسبب نفسه التقويم بأكثر من الحقيقة، وقد تكون هذه الحصص هي السبب في تصفية الشركة مبكراً لعدم وجود ضمان لعملياتها، ووجود أسهم بلا رصيد حقيقي وبنقصان الائتمان تتعرض الشركة للزلل والتوقف.

الفرع الأول

الركن المادي

الحصة العينية هي تلك الحصة التي يكون محلها شيئاً آخر غير النقود، وتدخل في رأس مال الشركة.

علة التجريم:

يرجع حرص المنظم "المشرع" على عقاب كل من يبالغ - بطريق التبدليس - في تقييم الحصص العينية إلى ضمان سلامة تقويم هذه الحصص، والتأكيد على حقيقة رأس مال الشركة كما يلي:

١- حماية المساهمين ورعاية مصالحهم:

بعد المساهمين هم أصحاب الحصص النقدية. إذ قد يؤدي مبالغة الشركاء المؤسسين - وهم غالباً الذين يقدمون الحصص العينية - إلى الحصول على أرباح أكثر من المستحق أو أرباح وهمية، علاوة على حصولهم على عدد من الأسهم في الشركة لا يقابله نصيب حقيقي في رأس المال، وفي ذلك تعريض لمصالح الشركاء الآخرين للخطر^(١).

1) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١١٣، ص ٢٢٥.

٢ - حماية الدائنين:

حماية الدائنين الذين يعتمدون في ضمانهم على أرباح رأس المال الذي يجب أن يمثل الحقيقة. فالغير الذي يتعامل مع الشركة لا يجد في ذمتها عناصر الائتمان التي اعتمد عليها^(١).

عناصر الركن المادي:

يقوم الركن المادي على ثلاث عناصر هي كما يلي:

أولاً: تقويم الحصص العينية.

ثانياً: المغالاة في تقويم الحصص العينية.

ثالثاً: أن تكون المغالاة في تقويم الحصص العينية بسوء قصد.

أولاً: تقويم الحصص العينية:

نظم المنظم السعودي قواعد تقديم الحصص العينية بالنسبة لشركات المساهمة فقط بمقتضى المادتان ٦٠ و ٦١ من نظام الشركات السعودي.

أما في مصر تختلف قواعد تقويم الحصص العينية حسب نوع الشركة

كما يلي:

أولاً: تقييم الحصص العينية في الشركات المساهمة والتوصية بالأسهم:

تضمنت المادة ٢٥ من قانون الشركات في فقراتها السبع قواعد تقويم الحصص العينية مادية كانت أم معنوية، كما جاءت اللائحة التنفيذية للقانون في الفرع الثالث من الفصل الأول من الباب الأول بشرح تفصيلي لهذه القواعد وهي تتلخص فيما يأتي:

وقت تقدير أو تقويم الحصص العينية:

المراد بتقييم الحصص العينية هو حساب القيمة الفعلية والحقيقية لها، والأصل أن تقييم الحصص العينية وقت تقديمها، أي لحظة نقل الملكية أو حق الانتفاع عليها، دون النظر إلى التغييرات التي قد تحدث على قيمة

(١) د. علي العريف: شرح قانون الشركات في مصر، بدون دار نشر، ١٩٨٠م، ص ٩٧؛ محمد حسن الجبر: القانون التجاري السعودي، المرجع السابق، ص ٢٥٥؛ د. حمد الله محمد حمد الله: النظام التجاري السعودي، ط ٢، خوارزم للنشر والتوزيع - جدة، ١٤٢٥هـ، ص ١٩٩.

هذه الحصبة مستقبلاً سواء بالزيادة أو النقصان^(١)، ذلك أن جميع الحصص تقدم وقت تأسيس الشركة وهو الوقت الذي يصبح فيه الشخص شريكاً في الشركة، وتظل مسؤولية الشريك منعقدة عن الفرق في قيمة الحصبة ولو كان قد تنازل عنها للغير أو لأحد الشركاء.

ويلاحظ أن تقرير مسؤولية الشركاء رغم وجوب تقدير الحصبة بواسطة أهل الخبرة من أصحاب المهنة به تشديد في مسؤولية الشركاء طالما لم يقدموا إلى أهل الخبرة معلومات مضللة أو لم يشتركوا معهم في قصد

1) د. أمين أكرم الخولي: دروس في القانون التجاري السعودي، معهد الإدارة العامة - الرياض، ١٣٩٣ هـ، ص ١٩٦، د. محمود سمير الشراقوي: الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، ١٩٨٦ م، ص ١٥٤، إذ كان الحكم المطعون فيه قد خلص في حدود سلطته في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات المقدمة فيها والأخذ بما تطمئن إليه منها وإطراح ما عذاه وتفسير الإقرارات وسائر المحررات بما تراه أوفى بمقصود عاقدتها إلى رفض الدعوى على ما استخلصه من صورة عقد الاتفاق المؤرخ ١٩٩٣/٣/٢٨ أن الطاعن باع حصته من الأسهم في الشركة المطعون ضدها وعددها ٧٠٠٠ سهم تعادل حصته العينية وهي ٥٠ فدانا، وذلك على أساس قيمة السهم الاسمية هي ١٠٠ جنيه وقد دفعت بالكامل، وأنه التزم بالتخاذ إجراءات بيع هذه الأسهم في بورصة الأوراق المالية وقواعدها وإجراءاتها المعمول بها، وأنه لا يجوز له المجادلة في تقدير مقابل الحصبة العينية المقدمة منه ولا يمكن الإرتكان إلى التقرير المالي الصادر من الشركة في ١٩٩٢/٧/٩ الذي أفاد بأن القيمة الدفترية (السوقية) للسهم ٢٣٩ جنيهاً، كما أن الطاعن لم يقدم دليلاً على قيد الأسهم محل التصرف في جداول البورصة فلا يمكن التمسك ببطلان التصرف في الأسهم بسبب عدم إجراء البيع عن طريق البورصة، وخاصة أن الثابت من النظام الأساسي للشركة أنه تنتقل ملكية الأسهم بإثبات التصرف كتابة في سجل خاص لدى الشركة بعد تقديم إقرار موقع عليه من المتنازل والمتنازل إليه، وقد ثبت من صورة عقد الاتفاق المؤرخ ١٩٩٣/٨/٢٧ أنه موقع من الطاعن والمشتري والممثل القانوني للشركة، ومن ثم يكون التصرف في الأسهم قد سلم من البطلان. نقض تجاري مصري، جلسة ٢٨ يناير سنة ٢٠١٣، طعن رقم ٢٠٩٠، س ٨٠، حكم غير منشور.

المبالغة في التقدير، وعلى أي حال فهي مسئولية مرغوب فيها حماية لدائني الشركة^(١).

أحكام الرقابة على تقويم الحصص العينية:

نظر المنظم في معظم الأنظمة المقارنة إلى الحصص العينية نظرة ربيية، ولم يبعدوا مقدميها عن الشك واحتاطت التشريعات لذلك. تتلخص أحكام الرقابة على تقويم الحصص العينية (٢) فيما يأتي:
في النظام السعودي:

1 (د. سميحة القليوبي: الشركات التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢٠١، ص ٤٤٨

2) في فرنسا: نجد أن القانون الصادر ١٩٦٦ في فرنسا جعل تقويم هذه الحصص عن طريق خبراء متخصصين مقيدتين في سجلات محاكم الاستئناف من مراجعي الحسابات، وأحيانا من خبراء وزارة العدل والمالية وجعلت تعيينهم يتم بواسطة أمر على عريضة يقدم لرئيس المحكمة التجارية التي يقع في إقليمها مقر الشركة، وإن كان القانون الصادر في ١٩٦٦ جعل المؤسسين حرية كبيرة إذ يعرضون في طلباتهم أسماء الخبراء الذين يرضونهم لتقويم الحصص وعادة ما يصدر رئيس المحكمة الأمر بتعيين من ارتضاه هؤلاء ومع أن هذا الوضع هو الغالب فلا يمكن أن تغل يد القاضي عن سلطاته عند مباشرتها فله تعيين من يقع عليه الدور في جدول الخبراء المقيدين بالمحكمة.

ويقوم الخبراء بممارسة مهامهم على مسئوليتهم، ويكون لهم على سبيل ذلك أن يستينوا بمن يرون الاستعانة به من أهل الخبرات كما نصت على ذلك المادة ٦٤ من المرسوم الصادر في عام ١٩٦٧ فقرة ٣ ويمكن أن استدعوا لاستكمال مهمتهم واحدا أو أكثر من الخبراء باختيارهم ومصاريف هؤلاء المستدعين تكون على عاتق الشركة.

ويغلب ذلك في حالة وجود براءة اختراع لا يستطيعون تقديرها أو أموال مغنوية يصعب عليهم بحكم تكوينهم الحسابي والقانوني أن يقوموا، واجور الخبراء المعاوين وأولئك على نفقة الشركة التي تطلب التقويم.

ويكون أمر الاختيار صادرا لواحد أو أكثر حسب ما يترأى للقاضي، وذلك كأمر على عريضة وينظر عندئذ حالة الحصص وقيمتها وما يحتويه وصفها من تفصيلات دقيقة تحتاج لمهارة في التقويم وله الاستعانة بأكثر من رأي ليشد كل منهم أزر الآخر فيأتي أقرب ما يكون للحقيقة.

للمزيد راجع: د. محمد صالح بك: شركات المساهمة، بدون دار نشر، ١٩٤٩م، ص ٤٢٤؛ د. عبد الله مصطفى إبراهيم الحفناوي: تأسيس شركات المساهمة في قوانين الاستثمار والقانون التجاري، المرجع السابق، ص ٢٣١ وما بعدها.

نصت المادة "٦٠" من نظام الشركات السعودي على أنه "إذا وجدت حصص عينية أو مزايا خاصة للمؤسسين أو غيرهم، عينت الإدارة العامة للشركات بناءً على طلب المؤسسين خبيراً أو أكثر تكون مهمتهم التحقق من صحة تقييم الحصص العينية، وتقدير المميزات الخاصة وبيان عناصر تقييمها، ويقدم الخبير تقريره إلى الإدارة العامة للشركات خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تكليفه بالعمل، ويجوز للإدارة بناءً على طلب الخبير أن تمنحه مهلة أخرى لا تتجاوز ثلاثين يوماً".

وقد نصت أيضاً المادة "٦٠" سالفه الذكر على الإجراءات التالية^(١):

١ - ترسل الإدارة صورة من تقرير الخبير إلى المؤسسين، وعلى هؤلاء توزيعه على المكتبتين قبل انعقاد الجمعية التأسيسية بخمسة عشر يوماً على الأقل كما يودع التقرير المذكور المركز الرئيسي للشركة ويحق لكل ذي شأن الاطلاع عليه.

٢ - يعرض التقرير المذكور على الجمعية التأسيسية للمداولة فيه، فإذا قررت الجمعية تخفيض المقابل المحدد للخصص العينية أو تخفيض المزايا الخاصة وجب أن يوافق مقدمو الحصص العينية أو المستفيدون من المزايا الخاصة على هذا التخفيض في أثناء انعقاد الجمعية.

٣ - إذا رفض هؤلاء الموافقة على التخفيض، اعتبر عقد الشركة كأن لم يكن بالنسبة لجميع أطرافها.

٤ - لا تسلم الأسهم التي تمثل الحصص العينية إلى أصحابها إلا بعد نقل ملكية هذه الحصص كاملة على الشركة.

في النظام المصري:

التقدير المبدئي لقيمة الحصص العينية:

أ - يقوم المؤسسون بتقدير مبدئي للخصص العينية ولهم أن يستعينوا في ذلك بأهل الخبرة من المحاسبين أو الفنيين أو غيرهم بعد اطلاعهم على كافة الوثائق المتعلقة بتلك الحصص.

(١) أحمد منير فهمي: القواعد القانونية السعودية والعالمية للشركات التجارية، مجلس الغرف التجارية السعودية - الرياض، بدون دار نشر، ١٤١٦هـ، ص ٩٨ وما بعدها.

ب - تنص الفقرة الثانية من المادة " ٢٦ " من اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بأنه : " وعلى المؤسسين بعد التوقيع على العقد الابتدائي وقبل انتهاء الموعد المحدد لقفل باب الاكتتاب في الأسهم النقدية بوقت كاف ، أو في موعد مناسب بالنسبة لأصحاب الشأن بحسب الأحوال ، تقديم طلب إلى الهيئة لكي تتولى التحقق مما إذا كانت الحصص العينية قد قومت تقويماً صحيحاً ، ويذكر في الطلب جميع البيانات والحقائق المتعلقة بالحصص العينية المطلوب التحقق من صحة تقدير قيمتها مع بيان اسم الشريك أو الشركاء الذين قدموها وبيان كامل عن الشركة ، ويرفق بالطلب صورة من وثائق تأسيس الشركة والتقرير المبدئي الذي أجرى لتقدير قيمة هذه الحصص بمعرفة المؤسسين .
اللجنة المختصة بتقدير قيمة الحصص العينية :

يتم إحالة الطلب السابق إلى لجنة تشكل بالهيئة العامة لسوق المال بقرار من وزير شئون الاستثمار والتعاون الدولي بناء على عرض من رئيس الهيئة برئاسة مستشار بإحدى الهيئات القضائية يتم نديه بناء على طلب الوزير وعضوية اثنين على الأقل وأربعة على الأكثر من الخبراء في التخصصات الاقتصادية والمحاسبية والقانونية والفنية ، بحسب طبيعة الحصص العينية المطلوب تقييمها . ويضم إلى عضوية اللجنة ممثلون عن وزارة المالية وبنك الاستثمار القومي إذا كانت الحصص مملوكة للدولة أو إحدى الهيئات العامة أو شركات القطاع العام .

أما المدة المحددة للقيام بعملية تقويم الحصص العينية فهي مدة ستون يوماً من تاريخ إحالة الأوراق مستوفاة إلى اللجنة المنصوص عليها في المادة " ٣٥ " من القانون المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ وذلك بموجب المادة " ٢٧ " من اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

يجب أن يشتمل تقرير اللجنة على بيان دقيق للحصص العينية واسم مقدمها والتقدير الأولي الذي أعده المؤسسون عن قيمتها والأسس التي بنى عليها ، ورأي اللجنة في هذا التقدير والأسس التي استندت إليها في

تقريرها والبيانات الأخرى التي ترى اللجنة لزوم ادراجها بالتقرير^(١).

يتم توزيع التقرير على المكتبين والشركاء أعضاء الجمعية التأسيسية وكذلك على الجهاز المركزي للمحاسبات إذا كانت الحصة العينية مملوكة للدولة أو لإحدى الهيئات العامة أو شركات القطاع العام. وذلك قبل اجتماع الجمعية التأسيسية بأسبوعين على الأقل^(٢).

اختصاص الجمعية التأسيسية بإقرار تقدير الحصص العينية:

- لا يعتبر تقدير اللجنة المشار إليها أنفاً للحصص العينية تقديراً نهائياً إلا بعد اقراره من الجمعية التأسيسية.
- يتم التقدير النهائي بموجب قرار من الأغلبية العديدة الحائزة لثلثي الأسهم أو الحصص العينية تقديراً نهائياً بعد استبعاد ما يكون مملوكاً منها لمقدمي الحصص العينية^(٣).
- لا يكون لمقدمي هذه الحصص حتى التصويت في هذا الشأن ولو كانوا من أصحاب الأسهم أو الحصص النقدية.
- يجب أن تكون ملكية الحصة العينية ثابتة لمقدمها وغير متنازع عليها، ومتنازل عنها بالكامل للشركة.
- وفي هذه الحالة يعطي مقدمها أسهماً عينية تعادل التقدير النهائي لها الذي أقرته الجمعية التأسيسية، وتعتبر هذه الأسهم قد تم الوفاء بقيمتها كاملة.

عدم التوافق بين التقدير المبدئي للمؤسسين مع تقدير لجنة الخبراء للحصة العينية:

رسم المشرع المصري طرق حل مشكلة عدم توافق التقدير المبدئي للمؤسسين مع تقدير لجنة الخبراء ورفض المؤسسين لتقدير هذه اللجنة،

- 1) المادة ٢٧ من اللائحة الخاصة بنظام الشركات المصري.
- 2) يتم تسليم نسخة من التقرير إلى كل مكتب أو شريك يطلبه، للمزيد راجع: المادة ٢٨ من اللائحة الخاصة بنظام الشركات المصري.
- 3) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١١٧، ص ٢٣٠ وما بعدها.

وذلك عن طريق التظلم من تقدير هذه اللجنة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اخطارهم بقرار اللجنة أو علمهم به ويتم التظلم أمام لجنة التظلمات المنصوص عليها في الباب الخامس من قانون رأس المال^(١).

حرص المنظم الفرنسي في المادة ٨٠ من قانون ١٩٦٦ والمادة ٢٢٠ على أن يقوم خبراء التقويم بعماهم بحياد ونزاهة اشترط فيهم شروطاً حتى لا يقعوا تحت تأثير أدبي أو مادي وجعل لهم مبدأ التنحي وذلك عند وجود أحد الأسباب الآتية^(٢):

أ - إذا كان الخبراء هم المؤسسين أو أصحاب الحصص العينية.
ب - إذا كان الخبراء أقارب أو مناصهري لهؤلاء المؤسسين أو أصحاب الحصص العينية حتى الدرجة الرابعة.

ج - إذا كان الخبراء هم المديرون أو أعضاء مجلس الإدارة ومجلس الرقابة وذلك في حالة الاندماج أو تقديم حصة عينية من شركة قائمة إلى شركة أخرى مؤسسة أو تحت التأسيس.

د - إذا كان الخبراء من الأشخاص الذين يتصلون بمقدمي الحصص أو المستفيدين بالمصالح الخاصة بصله عمل بأجر لدى هؤلاء أو لدى المكتسبين بما قيمته ١٠٪ من رأس مال الشركة التي تتأسس.

هـ - إذا كان الخبراء من المكتسبين بمقدار ١٠٪ من رأس مال الشركة التي تتأسس.

ثانياً: تقييم الحصص العينية في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات الأشخاص بصفة عامة:

تضمنت اللائحة التنفيذية لقانون الشركات أحكام تقدير الحصص العينية في الشركات ذات المسؤولية المحدودة. حيث قضت بأنه "إذا كان ما

- (١) د. يوسف حسن يوسف هبه: الرقابة الحكومية على الشركات التجارية، دراسة مقارنة بين القانونين اليمني والمصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م، ص ٢٧٠.
- (٢) د. عبد الله مصطفى ابراهيم الحفناوي: تأسيس شركات المساهمة في قوانين الاستثمار والقانون التجاري، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

قدمه الشريك حصة عينية وجب أن تقدر بمعرفة أهل الخبرة من أصحاب المهن المنظمة بقانون وذلك حسب طبيعة كل حصة. ويتضمن تقرير أهل الخبرة في هذا الشأن وصفاً دقيقاً للحصة العينية، وما عساه يلحق بها من ضمانات أو يرد عليها من قيود أو حقوق للغير وأسس حساب قيمتها، ويبان هذه القيمة بحسب ما يجري في التعامل بشأنها. ويجب أن يوقع الشركاء بالاطلاع على هذا التقرير وموافقتهم عليه⁽¹⁾، ويكون مقدم الحصة مسئولاً قبل الغير عن قيمتها المقدرة لها في عقد الشركة⁽²⁾. أما في شركات الأشخاص بصفة عامة فيتم تقويم الحصة بالاتفاق بين الشركاء.

المقارنة بين النظام السعودي والنظام المصري في اجراءات التقييم:

بمقارنة إجمالية لما قرره المشرع السعودي وما قرره نظيره المصري، فيما يتعلق بإجراءات تقييم الحصص العينية، نجد أن المشرع المصري قد تميز وتفوق على نظيره السعودي في هذا الصدد⁽³⁾ وذلك وفق الآتي:

أ - انفرد المنظم المصري بتشكيل لجنة بالجهة الإدارية المختصة لتقييم الحصص العينية طبقاً لنص المادة ٢٥ من قانون الشركات المصري على النحو السالف ذكره، وأفرد تشكياً خاصاً للحصص العينية المملوكة للدولة أو لإحدى الهيئات العامة أو شركات قطاع العمال، كما أنه انفرد في أحوال الاستعجال بتحديد موعد لانتهاؤ اللجنة من أعمالها قبل الموعد المحدد وذلك بقرار من رئيس الهيئة، وهذه مواومة تتطلبها مستجدات الحياة الاقتصادية.

ب - انفرد المشرع المصري عن السعودي بتقريره الانسحاب من جانب مقدمي الحصص الذين يرفضون تأدية الفرق نقداً بين ما قررته

- 1 (الفقرة الثانية من المادة "٦٩" من لائحة نظام الشركات المصري.
- 2 (الفقرة الأولى من المادة "٧٠" من لائحة نظام الشركات المصري.
- 3 (د. سعد بن محمد شايع القحطاني: الحماية الجنائية للشركات التجارية في النظام السعودي، المرجع السابق، ص ٩٤.

اللجنة وقيمة حصصهم غير الواقعية^(١). في حين أن المنظم السعودي قرر في هذه الحالة بمقتضى المادة "٦٠" من نظام الشركات السعودي اعتبار عقد الشركة كأن لم يكن بالنسبة لجميع أطرافها، وجعل هذا الرفض مؤثراً على جميع أطراف الشركة، بقوله: "إذا رفض هؤلاء الموافقة على التخفيض اعتبر عقد الشركة كأن لم يكن بالنسبة لجميع أطرافها". ومن ثم يتضح لنا أن المنظم السعودي قد جانب الصواب في هذا الإبطال الكامل لعقد الشركة، وأن تقرير الانسحاب لهؤلاء الراضين أصوب^(٢)، وذلك للآتي:

- حفاظاً على كيان الشركة الذي يمثل أهمية خاصة بالنسبة لباقي الشركاء.
- يمثل أهمية عامة بالنسبة للنشاط الاقتصادي ككل.
- هذا الإبطال يعرقل انشاء الشركات.
- يتسبب الإبطال الكامل في تعويق حقها في الوجود لسبب لا دخل لباقي الشركاء فيه.

بيد أن ذهب البعض^(٣) إلى أن قاعدة ابطال عقد الشركة بالنسبة للجميع متفقة مع القواعد القانونية المستقرة؛ لأنه إذا رفض أصحاب الحصص العينية تخفيضها، اعتبر عقد الشركة كأن لم يكن بالنسبة للجميع، وذلك لانتهاء نية المشاركة.

ويجاب عليه^(٤) بأن انتهاء نية المشاركة تقتصر على الراضين وبالتالي يقرر لهم الانسحاب، أما باقي الشركاء فيتوافق في حقهم نية المشاركة بتقديمهم حصص نقدية أو أدائهم لفروق حصصهم العينية.

- 1 (المادة ٢٩ فقرة أخيرة من اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المصري، وجاء فيها: "... ما لم يؤد مقدم الحصة العينية الفرق نقداً، كما يجوز له أن ينسحب من المشاركة".
- 2 (د. سعد بن محمد شايع القحطاني: الحماية الجنائية للشركات التجارية في النظام السعودي، المرجع السابق، ص ٩٥.
- 3 (أحمد منير فهمي: القواعد القانونية السعودية والعالمية للشركات التجارية، ن المرجع السابق، ص ٩٩.
- 4 (د. سعد بن محمد شايع القحطاني: الحماية الجنائية للشركات التجارية في النظام السعودي، المرجع السابق، ص ٩٦.

ثانياً: تقويم الحصص العينية بأكثر من قيمتها الحقيقية:

خص المنظم السعودي والمصري الحصص العينية دون النقدية بحماية زائدة وينصوص تجريمه خاصة عند تجاوز الحد في تقديرها وتقويمها حيث جعل المنظم السعودي المغالاة في تقييم الحصص العينية بطريق الغش، جريمة معاقب عليها بنص المادة " ٢٢٩ " من نظام الشركات، حيث كان توصيفه للفعل التجريمي فيها هو " ... ٣ - كل من بالغ بسوء قصد من الشركاء أو من غيرهم في تقييم الحصص العينية أو المزايا الخاصة". ومثله فعل المشرع المصري حيث نص على توصيف هذا الفعل التجريمي في الفقرة الثالثة من المادة " ١٦٢ " من نظام الشركات المصري بقوله: " كل من يقدم من الشركاء بطريق التدليس حصصاً عينية بأكثر من قيمتها الحقيقية".

وبمقارنة النص السعودي بالنص المصري في تجريم المبالغة في تقييم الحصص العينية، نجد أن المنظم المصري قد نص على أن المبالغة في التقييم تعني الزيادة، وذلك بورود عبارة " بأكثر من قيمتها" أما المنظم السعودي فلم ينص عليها وإن كان يعنيها، ومن ثم كان النص المصري أكثر انضباطاً ووضوحاً بإيراد تلك العبارة الآتية.

لا تقوم الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة " ١٦٢ " بمجرد تقويم الحصة العينية، وإنما ينبغي أن يحدث مغالاة في تقدير هذه الحصة، أي أن تقوم تلك الحصة بأكثر من قيمتها الحقيقية^(١)، فلا وجود للجريمة لمجرد التقييم ولكن لا بد أن يتم تقييم الحصة بأكثر من قيمتها الفعلية، سواء كانت على سبيل التملك أو على سبيل الانتفاع، وفي كلتا الحالتين يجب أن تقيم دون مبالغة، ويجب أن يكون تقدير هذه الحصص بالنقود في رأس مال الشركة، ويذكر ذلك في عقد التأسيس أو نظامها.

(١) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١١٧، ص ٢٣١.

معيار تقويم أو تقدير الحصص العينية:

إذا كانت القاعدة أن الحصص العينية تقدر بالقيمة المستحقة لها في يوم تقديمها للشركة، غير أنه لم يتضمن نظام الشركات أو اللائحة التنفيذية له - على الرغم من بيان إجراءات التقدير - وكذلك النظام التجاري متى يكون تقدير الحصص العينية مبالغاً فيه، والمعايير التي يتم على أساسها تقويم هذه الحصص، وما هو المقصود بالقيمة الحقيقية للحصص، ومن ثم يترك للمحاكم سلطة واسعة مع الاستعانة بأهل الخبرة في تقدير وجود المبالغة في التقويم من عدمه، وذلك في ضوء ظروف ووقائع كل حالة على حده^(١)، وفي هذه الحالة ينبغي أن تكون هذه المبالغة واضحة لكي يطبق نص التجريم.

في الواقع أن قيمة الحصص العينية يمكن أن تكون محلاً لتقديرات متنوعة ومتغيرة، وهي تثير صعوبات كثيرة من الناحية العملية: فيختلف الحل ما إذا أخذنا بالمعايير الموضوعية أو المعايير الشخصية للتقدير، أو بحسب النظر إلى الحصص في قيمتها التجارية أو القيمة الاتفاقية التي تمثلها الحصص بالنسبة للشركة^(٢).

وهل تقوم هذه الحصص بالسعر الذي تدفعها الشركة للغير أم بسعر أعلى من ذلك؟

(١) د. محمد علي كومان؛ د. رضا السيد عبد الحميد: جرائم الشركات في النظام السعودي، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م، ص ١٠٨ وما بعدها؛ استعملت محكمة النقض الفرنسية تعبيراً دارجاً لتحديد معيار الزيادة المبالغ فيها والمعاقب عليها في تقدير الحصص العينية، فقضت بأن جريمة المبالغة في تقدير الحصص تتوافر عندما "تبلل" قيمة الحصص بالزيادة:

(pratique dite du "mouillage" ou watering" des apports) وإذا رجعنا المعنى العربي لكلمة "mouillage" نجد أنها قد تعني غش المشروب بإضافة الماء عليه، وكأن المحكمة قد شبهت القيمة باللبن والزيادة بالماء، فإضافة الزيادة للقيمة تفقد حقيقتها، كإضافة الماء للبن فيفقد طبعته. للمزيد راجع: د. محمد علي كومان؛ د. رضا السيد عبد الحميد: جرائم الشركات في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١٠٩.

(٢) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١١٨، ص ٢٣٢ وما بعدها.

وهل ينظر إلى الحصة من الناحية المجردة أم ينظر إلى القيمة الواقعية أو الفعلية، وهو ما يستند إلى الفائدة التي يمثلها الشيء محل الحصة بالنسبة للشركة فهذا الشيء أو المال يمكن أن يمثلها الشيء محل الحصة بالنسبة للشركة فهذا الشيء أو المال يمكن أن يمثل بالنسبة للشركة المستفيدة من الحصة مصلحة خاصة مما يزيد من قيمتها عما إذا قدرت في ظروف أخرى^(١).

كما يجب أن نضع في الاعتبار شخصية صاحب الحصة نفسه، فهو قطعاً - في اقتصاديات السوق - ليس شخصاً خبيراً أو يؤثر مصلحة الغير على مصلحته^(٢)، بل أنه بالقطع يسعى إلى الحصول - بدون تدليس طبعاً على أعلى سعر لحصته.

وذهب البعض إلى أن معيار القيمة الحقيقية هذا ليس معياراً حساسياً، بل هو معياراً قانونياً يتناقض مع المعيار الوهمي المتخصص عليه في مجال النصب^(٣).

من كل ما تقدم يمكن أن نقبل المعيار الذي يحدد قيمة الحصة العينية على أساس القيمة التجارية أو سعر السوق: بأن تقدر الحصة في مجموعها مكونة من العناصر التي تسمح بالحصول على سعر يقارب السعر الذي كان سيحصل عليه لو طبقنا قواعد العرض والطلب، والنظر أيضاً إلى الأهمية التي تمثلها هذه الحصة بالنسبة لنشاط الشركة واحتياجاتها والعادات المهنية.

والأصل أن تكون هذه التقديرات دقيقة وسليمة، فصحة التقدير هي تعبير واضح عن المركز المالي بصراحة ودون مواربة. وهو يتكون من

1) J . Marie Robert: Reflexions sur le delit de majoration frauduleuse d'apport en nature, D.1974 , P.97 et s.

2) J . Marie Robert: Reflexions sur le delit de majoration frauduleuse d'apport en nature, op.cit , p.98 et s.

٣) د. محمد سامي الشوا: المسؤولية الجنائية الناشئة عن المشروعات الاقتصادية الخاصة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٢٨.

تحديد القواعد والأسس الواجب اتباعها عند تقدير قيمة الحصص^(١).

وأرى أن التقدير الموضوعي لدقة التقديرات يجب أن يصطحب بتقدير شخصي لهذه الدقة من الأشخاص الذين تكون مهمتهم هي التحقق منها.

ويبين أماننا بعد السرد السابق لعدة معايير أن خلو الأنظمة "القوانين" من بيان معيار محدد يمكن الاهتداء به في مجال تقويم الحصص العينية يمثل خروجاً على القواعد العامة في القانون الجنائي التي تقتضي ضرورة تحديد النص للوقائع الإجرامية تحديداً دقيقاً بحيث لا يترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، وهو الأمر الذي يتعارض ومبدأ الشرعية.

ومن ثم يمكن الرجوع في هذا الأمر إلى القواعد العامة في النظام المدني فيما يتعلق بمقدار المبالغة على أساس قواعد الغبن التي يمكن من خلالها إبطال العقد بحيث إذا كانت هذه المبالغة في حدود الخمس لا يعد هذا مبالغة في التقدير^(٢)، ويستعين بأهل الخبرة في هذا التقدير.

عدم جواز تداول الحصص خلال عامين:

نجد أن المشرع المصري نص على عدم جواز تداول الأسهم التي تعطي مقابل الحصص العينية قبل مرور سنتين مالم يتين لا تقل كل منهما عن اثني عشر شهراً ونشر ميزانيتين وحساب الرياح والخسائر وسائر الوثائق المتعلقة بها عن سنتين من تاريخ تأسيس الشركة، ويحظر خلال هذه المدة فصل قسائم الأسهم من كعوبها الأصلية، ويوضع عليها طابع

(١) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١١٨، ص ٢٣٣ وما بعدها.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، دار احياء التراث العربي - بيروت، فقرة ٢٠٣، ص ٣٥٨.

يدل على نوعها - أسهم عينية - وتاريخ تأسيس الشركة والأداة التي تمت بها^(١).

واستثنت المادة ٤٥ من القانون فقرة ٣ والمادة ٣٧ من اللائحة التحول بين المؤسسين والسبب في انتهاج النظام هذا النهج وهو لم يأتي بدعاً بل اقتضى أثر القانون المصري السابق والقانون الفرنسي إن أصحاب تلك الحصص ممن اشتركوا في تأسيس الشركة وعملوا على اظهارها غالباً وهم مؤسسون بحكم المادة ١٠ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ من قانون الشركات المصري. ويمكن لهم التسلط على الجمعية التأسيسية للشركة بنفوذهم، ولا تملك حيالهم الجمعية التأسيسية غالباً شيئاً مذكوراً. لذا قرر المشرع المصري بقاءهم في الشركة تلك المدة حتى يضمن شيئاً ما صدق تقديمهم للحصة^(٢).

أحسن المنظم السعودي في أمر دون المصري، وهو انفراداً بإضافة جريمة أخرى تدور في فلك التقييم، وهي المبالغة في تقييم المزايا الخاصة. فقد ينص نظام الشركة على منح مزايا خاصة للمؤسسين، أو لغيرهم كحصة التأسيس التي تقدم مقابل حصول الشركة على حق امتياز أو براءة اختراع، وينطبق على هذه المزايا نفس الإجراءات والقواعد الخاصة بالمصادقة على تقييم الحصص العينية حيث يجب أن تعين الإدارة العامة للشركات خبيراً أو أكثر لتقدير مسوغات هذه المزايا وبيان عناصر تقييمها ثم يقدم هذا التقرير للجمعية التأسيسية التي تقوم بالفصل فيه طبقاً لنفس الأحكام الخاصة بالمصادقة على تقييم الحصص العينية^(٣). ويُقصد بالمزايا الخاصة، هي التي تمنح للمؤسسين أو غيرهم خلافاً للقواعد العامة وذلك على سبيل الاستثناء ومنها على سبيل المثال:

١ (المادة ٤٥ من قانون الشركات المصري ، والمادة ١٣٦. من لائحة قانون الشركات المصري.

٢ (د. عبد الله مصطفى ابراهيم الحفناوي : تأسيس شركات المساهمة في قوانين الاستثمار والقانون التجاري ، المرجع السابق ، ص ٢٣٧.

٣ (د. محمد حسن الجبر : القانون التجاري السعودي ، المرجع السابق ، ص ٢٥٥

١- منع الحصص:

ومن ذلك:

أ - حصص التأسيس التي تمنح لمن قدم للشركة براءة اختراع، أو التزاماً حصل عليه من شخص اعتباري عام كامتياز إدارة مرفق عام، حيث تنص المادة "١١٢" من نظام الشركات السعودي على أن "للشركة المساهمة بناء على نص في نظامها أن تصدر حصص تأسيس لمن قدم إليها عند التأسيس أو بعد ذلك، براءة اختراع، أو التزاماً حصل عليه من شخص اعتباري..."، وتنص المادة "١١٣" من نظام الشركات السعودي على الآتي "لا تدخل حصص التأسيس في تكوين رأس المال ولا يشترك أصحابها في إدارة الشركة أو في اعداد الحسابات أو في جمعيات المساهمين..."^(١).

ب - الحصص التي تعطي للمؤسسين مقابل خدمات قدموها للشركة^(٢).

٢ - الأسهم الممتازة:

وهي الأسهم التي لها الأولوية في قبض الأرباح أو استرداد ما دفع من رأس المال عند التصفية^(٣).

١. د. سعد بن محمد شايع القحطاني: الحماية الجنائية للشركات التجارية في النظام السعودي، المرجع السابق، ص ٨٩.
٢. يضيف د. أكثم الخولي "إلى جانب رأس المال بمعناه الصحيح، قد تلتقى الشركة من بعض الأشخاص خدمات لها وزنها المالي الكبير، فتكافئ الشركة مقلمي هذه الخدمات بمنحهم صكوكاً من طبيعة خاصة تسمى حصص التأسيس، وقد كان أول تطبيق لهذا الوضع هو انشاء حصص تأسيس في شركة قناة السويس مكافأة لمؤسسي الشركة والحكومتين الفرنسية والمصرية على الجهود التي بذلوها لنجاح المشروع، وكان عدد هذه الحصص ألف حصة، وتقرر لها الحق في عشر أرباح الشركة بعد أداء نصيب المساهمين وقدره ٥٠٪ من قيمة السهم وخصم الاستهلاكات" راجع: د. أمين أكثم الخولي: دروس في القانون التجاري السعودي، المرجع السابق، ص ١٩٦؛ د. سعيد علي يحيى: الوجيز في النظام التجاري السعودي، المرجع السابق، ص ١٩٨.
٣. د. أمين أكثم الخولي: دروس في القانون التجاري السعودي، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

القاعدة هي المساواة بين المساهمين في الحقوق والالتزامات التي تخولها الأسهم لأصحابها تطبيقاً لمبدأ المساواة بين المساهمين وذلك لتساوي قيمة الأسهم بين المساهمين، فالتساوي في الحقوق كالحق في الأرباح والتصويت ونتائج التصفية والتساوي في ممارسة حق الاطلاع والرقابة والتفتيش وسائر الحقوق الأخرى وكذلك الالتزام الذي يفرضه عقد الاكتتاب على المساهمين وهو الوفاء بقيمة الأسهم، وفي الالتزام باحترام مصلحة الشركة.

ولكن هذه القاعدة ليست من النظام العام فيجوز النص في نظام الشركة على تقرير امتياز لبعض أنواع الأسهم في الشركة، وهذا التقرير بالامتياز لا يمثل اخلاً بمبدأ المساواة بين المساهمين طالما أنها تخص طائفة معينة من المساهمين يتساوون في جميع المزايا الممنوحة لهم، أما إذا تحقق التفاوت بين اصحاب نفس الطائفة فيمثل ذلك اخلاً بمبدأ المساواة^(١). وبناء على ذلك نص نظام الشركات السعودي على أنه إذا قررت الشركة مزايا خاصة للمؤسسين أو غيرهم، فإنه يجب تقدير مسوغات تلك المزايا وبيان عناصر تقييمها^(٢).

ثالثاً: أن تتم المبالغة في تقدير الحصة العينية بطريق التدليس:
التدليس في اللغة:

هو اسم مشتق من الدلس "بالتحريك" وهو الظلمة، والدلس "بسكون اللام" وهو الخديعة، يقال: مالي في الشيء، أو في الأمر، ولس، ولا دلس، أي مالي فيه خيانة، ولا خديعة، والمداولة المخادعة^(٣).

1 (د. عماد محمد أمين السيد رمضان: حماية المساهم في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص ٩٦ وما بعدها.

2 (المادة ٦٠ من نظام الشركات، وجاء فيها: "إذا وجدت حصص عينية أو مزايا خاصة للمؤسسين أو لغيرهم عينت الإدارة العامة للشركات بناء على طلب المؤسسين خبيراً أو أكثر تكون مهمتهم التحقق من صحة تقييم الحصص العينية وتقدير مبررات المزايا الخاصة وبيان عناصر تقييمها".

3 (بن منظور: لسان العرب، ج ٢، دار المعارف بالقاهرة، ص ١٤٨.

تعريف التدليس في الفقه الاسلامي:

ورد معنى التدليس في كتب الفقه الاسلامي بألفاظ مختلفة منها: الغش، والخلاصة، والخديعة، والاحتيال، فكل من هذه الألفاظ تؤدي إلى المعنى المطلوب^(١).

عناصر التدليس^(٢):

- أولهما: عنصر موضوعي، وهو ما يطلق عليه في الفقه بالطرق أو الأساليب الاحتيالية، التي تصدر عن التدليس؛ بقصد تضليل المتعاقد المدلس عليه، وإيهامه بغير الحقيقة.

- ثانيهما: عنصر شخصي أو ذاتي، وهو ما تحدته تلك الطرق أو الأساليب الاحتيالية في إرادة المدلس عليه من وهم أو تضليل، ويطلق عليه الفقه "الغلط المستثار"، والناتج عن الخيل أو التدليس.

ومن الجدير بالإشارة، أنه لا يكفي لقيام الجريمة أن يكون تقويم الحصة العينية مبالغاً فيه، وإنما يجب أن تكون هذه المبالغة قد وقعت بطريق التدليس.

ويشير تفسير عبارة "بطريق التدليس" الواردة في النص التساؤل حول المعنى الذي يقصده المنظم كما يلي:

- هل يقصد بها نفس المعنى الذي يقرره لعبارة "طرق احتيالية" الواردة في المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات المصري بالنسبة لجريمة النصب؟ وإذا كان هذا هو قصد المنظم، ألم تكن جريمة النصب كافية للتطبيق في مجال الشركات، بحيث يعتبر إيراد نص بند رقم ٣ من المادة ١٦٢ من قانون الشركات المصري من قبيل التزديد؟

(١) د. عبد الكريم يوسف عبد الحق القاضي: نظرية التدليس في القانون المدني المصري واليمني، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، بدون سنة للنشر، ص ٣٢.

(٢) د. عبد الكريم يوسف عبد الحق القاضي: نظرية التدليس في القانون المدني المصري واليمني، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٦١.

في الواقع أنه لا يمكن القول بأن مقصود المنظم المصري هنا هو نفس المعنى الذي تقرره النصوص للطرق الاحتمالية المكونة لجريمة النصب فهذه الأخيرة لا تقتصر على مجرد الكذب وحده^(١)، بل يتطلب إلى جانب ذلك وقائع خارجية من شأنها الإيهام بأشياء حددتها نص المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات المصري على سبيل الحصر^(٢). في حين أن الفقرة الثالثة من المادة ١٦٢، والفقرة الثالثة من المادة ٢٢٩ من نظام الشركات السعودي، تطبق ولو اقتصر فعل الجاني على مجرد الكذب وحده، كما أن الجريمة يمكن أن تقوم الجريمة بقيام الجاني - عمداً - بمحدث تخفيض كبير في قيمة الأموال محل الحصة^(٣).

ومن ثم فإنه إذا كان المشرع المصري جرم الكذب الذي تقوم به جريمة النصب، ولكن قد يحدث أحيانا ألا يكون الكذب الذي يجرى بالشركة ويهددها لا يتخذ شكل التزوير، ولا تتوافر فيه أركان جريمة النصب.

ونظرا لخطورة هذا النوع من الكذب فقد جرم المنظم سواء في مصر أو فرنسا أنواع من الكذب المجرد، وعاقب عليها، وذلك لحماية الثقة العامة في هذه الشركات، إذ لو ترك الأمر للقواعد العامة لما أمكن تجريم مثل هذا النوع من الكذب، كما أن هناك حالات قد لا يقترن الكذب فيها بتسليم الأموال، وبالتالي يصعب وصفها بالنصب^(٤)، حيث اشترط المنظم في الكذب الذي تقوم به جريمة النصب أن يكون من شأن الطرق الاحتمالية إيهام الناس بوجود مشروع الكذب أو واقعة مزورة أو أحداث الأمل في

1 (د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١١٩، ص ٢٣٤).

2 (د. عمر السعيد رمضان: قانون العقوبات في جرائم الاعتداء على المال، القسم الأول، دار النهضة العربية، ١٩٦٢م، ص ١٦٧).

3 (د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١١٩، ص ٢٣٥).

4 (د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للاذخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، فقرة ٤٢، ص ٤٧).

الحصول على ربح وهمي أو سند مخالصة مزور، فهذه الغايات والطرق إنما حددها المنظم على سبيل الحصر^(١).

أما عن الوضع في المملكة العربية السعودية، فإننا نشير إلى أنه لا يوجد في النظام السعودي نظام مختص بتجريم أفعال النصب والاحتيال وسن عقوبات لها وتحديد المحكمة المختصة في إيقاع تلك العقوبات^(٢).

ويمكن اعتبار المادة ٩٠ من نظام التنفيذ السعودي ونصها " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة كل مدين ثبت أن سبب مديونيته قيامه بعمل احتيالي أو قيامه بتبديد أمواله إذا كانت الأموال كثيرة ولو ثبت اعساره في الحالتين، وتعد هذه الأفعال من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف" من أوائل المفردات القانونية المتعلقة بجريمة النصب والاحتيال، إذا ما اعتبرناها كذلك.

أمثلة على تقويم الحصص العينية بطريق التدليس بأكثر من قيمتها الحقيقية^(٣):

- قد يتحقق ذلك بالمجاملة البالغة في تحديد سعر الخصة بسبب شخصية صاحبها أو مكانته الاجتماعية، ويمكن أن يكون ذلك بالنظر إلى

1) د. فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، فقرة ٩٢٨، ص ٨٣٦؛ انظر في نفس المضمون: د. محمد محيي الدين عوض: القانون الجنائي، جرائمه الخاصة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م، ص ١٥٣.

2) وبناء عليه فإن علي المحكمة أن تطبق أحكام الفقه الإسلامي التي تجعل الاحتيال فعلاً معاقباً عليه استناداً إلى قاعدة حظر أكل أموال الناس بالباطل، ويكون تحديد العقوبة وفقاً لما يتجه إليه الرأي في المذهب الحنبلي المعول عليه في البلاد. للمزيد راجع: د. غنام محمد غنام: طبيعة العلاقة بين جرائم الاحتيال والجريمة المنظمة، الندوة العلمية "العلاقة بين جرائم الاحتيال والإجرام المنظم، مركز الدراسات والبحوث - جامعة نايف للعلوم الأمنية، ص ١٥؛ عبد القادر عوده: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء الثاني، دار التراث، ١٩٧٧م، ص ٥٣٩.

3) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١١٩، ص ٢٣٥.

الحصة نفسها بالادعاء بأنها من الحصاص الممتازة على خلاف الحقيقة.

- يمكن أن يتحقق التدليس بتقييم علامة من علامات الصناعة باعتبارها مسجلة في حين أنها لم يسبق تسجيلها، أو لم تكن مستعملة، أو استغنى عنها، أو لا تمثل أية أصالة خاصة.

- يمكن أن يتحقق التدليس عن طريق تقويم الحصة بمصاريف ايداع خاصة مع أن هذه المصاريف كانت مسحوبة لأكثر من حصة وليس حصة بعينها.

- يتحقق التدليس بإخفاء الأعباء التي تثقل المال محل الحصة - كرهن مثلاً - أو إذا تم تقويم الحصة على أنها خالصة من أي التزامات. وبصفة عامة تقع الجريمة بمجرد اعطاء بيانات غير صحيحة عن الحصة العينية.

ومن ناحية أخرى، لا يمنع ذلك من امكانية قيام الجريمة أيضاً باستعمال الطرق الاحتمالية المكونة لجريمة النصب. وفي هذه الحالة قد يتحقق التعدد المادي أو المعنوي للجرائم على حسب الأحوال. وعندئذ تطبق العقوبة الأشد أو عقوبة الجريمة الأشد^(١).

ومن الجدير بالملاحظة، يستوي أن يقع التدليس من مالك الحصة أم غيره من الشركاء، أو سواء كانوا من الشركاء المؤبطين، كما يستوي أن يتم هذا التقويم من شريك في شركات الأموال أم شركات الأشخاص. إذ أن عبارات النص واضحة ومطلقة، فقد استهلها المشرع بعبارة "...كل من" ولم يخصها بالشريك في شركة معينة بالذات كما فعل في الفقرة السابقة^(٢).

1) د. جميل عبد الباقي الصغير: الجوانب الجنائية في قانون شركات قطاع الأعمال العام، تقرير مقدم إلى المؤتمر المنعقد حول قانون شركات قطاع الأعمال العام، ص ١٨.

2) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١١٩، ص ٢٣٥.

الفرع الثاني

الركن المعنوي

تعتبر جريمة تقويم الحصة العينية بأكثر من قيمتها الحقيقية من الجرائم العمدية، الذي يأخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي^(١). ويتطلب هذا القصد لتكوينه ضرورة توافر عنصرين هما: العلم والإرادة.

١- العلم:

يمكن القول بأن العلم هو تصور الأشياء على وجه مطابق لحقيقتها، أي أنه حصول صورة الشيء في الذهن كما هي في عالم الواقع، أي هو الصورة الإدراكية لما يجري من أمور وأحداث^(٢).

ومن ثم يتكون العلم من علم الجاني بعناصر الجريمة: وهي علمه بأن: تقدير الحصة العينية مبالغاً فيه، أي تقويم هذه الحصة بأكثر من قيمتها الحقيقية، وأن تلك المبالغة وقعت بطريق التدليس، وعلمه أيضاً بطبيعة هذه الوسائل التدليسية التي استعملت لتقويم الحصة^(٣).

وعلى النقيض مما سبق لا تقوم هذه الجريمة إذا لم يتوافر العلم في جانب الجاني، فإذا انتفى علمه بالآتي:

- بوجود مبالغة في تقدير قيمة الحصة^(٤).
- إذا وقعت المبالغة في تقويم الحصة غير أنها وقعت بدون قصد التدليس.

١) د. ابراهيم عيد نايل: أثر العلم في تكوين القصد الجنائي، بدون دار نشر،

١٩٩٢م، الفقرة ٣، ص ٩.

٢) د. زكي نجيب محمود: نظرية المعرفة، بدون دار نشر، ١٩٥٦م، ص ١١، د.

ابراهيم عيد نايل: أثر العلم في تكوين القصد الجنائي، المرجع السابق، الفقرة

٢٨، ص ٣١.

٣) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع

السابق، فقرة ١٢٥، ص ٢٣٦.

٤) د. جميل عبد الباقي الصغير: الجوانب الجنائية في قانون شركات قطاع الأعمال

العام، نفس المرجع السابق، ص ١٩، د. محمد علي كومان؛ د. رضا السيد

عبد الحميد: جرائم الشركات في النظام السعودي، المرجع السابق، ص ١١٣.

يفترض العمد ابتداء توجيه الجاني ارادته إلى ارتكاب الجريمة^(١)، أي أن تكون ارادة الجاني قد انصرفت إلى استعمال التدليس في تقويم الحصة العينية بأكثر من قيمتها الحقيقية. ويلاحظ الفقه أن قيمة التدليس تستتج بداهة من مجرد استعمال الوسائل التدليسية في التقدير، ولكن ذلك لا يكون لازماً حتماً، بل يقتضي الأمر ضرورة توافر العناصر الأخرى للقصد الجنائي، ومرجع الأمر في ذلك لسلطة قاضي الموضوع^(٢). ومن ثم لا تتوافر ارادة التدليس في جانب المتهم إذا كان قد وقع منه هذا التقدير المبالغ فيه إما:

- بحسن نية.
- بطريق الخطأ.
- عن طريق الثقة الزائدة في تقديرات الخبراء والمتخصصين.
- إذا كانت المزايا الخاصة للحصة هي التي أدت إلى هذا التقدير المبالغ فيه.
- إذا كان قد وضع في تقديره الزيادة التي ستقع فيما بعد.

الفرع الثالث

العقوبات

الوضع في قانون الشركات المصري: عاقب المشرع المصري على جريمة تقويم الحصة العينية بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ويتحمل المخالف شخصياً هذه العقوبات إذا حكم بالإدانة^(٣).

- (١) د. رءوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ط ٤، دار الفكر العربي، ١٩٧٩م، ٢٧٦.
- (٢) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١٢٠، ص ٢٣٦.
- (٣) د. عادل عبد السميع عبد الفتاح العزباوي: الحماية الجنائية للشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

ويقصد بالشركاء المسئولين بالتضامن عن قيمة الحصص العينية، كل من يتمتع بصفة شريك وقت رفع دعوى المسئولية سواء أكان شريكاً عند تأسيس الشركة أو اكتسب هذه الصفة نتيجة التنازل إليه بحصة في الشركة. أما بالنسبة للشريك الذي يتنازل عن حصته أثناء الشركة فإنه يمكن للغير الرجوع عليه بناء على المسئولية التقصيرية لفقده صفة الشريك وقت رفع الدعوى.

وفي حالة العود أو الامتناع عن إزالة المخالفة التي صدر فيها حكم نهائي بالإدانة تضاعف الغرامات المنصوص عليها في حديها الأدنى والأقصى.

وفي نظام الشركات السعودي: العقوبة هي الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تتجاوز سنة، والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف ريال سعودي ولا تزيد على عشرة آلاف ريال سعودي، أو ياحدى هاتين العقوبتين، وذلك طبقاً لنص المادة ٢٢٩ من نظام الشركات السعودي.

ومن ثم نرى أن المشرع المصري قد أصاب حين تشدد في عقوبة الحبس أكثر من المنظم السعودي، نظراً لخطورة هذه الجريمة على النشاط الاقتصادي، ولذا يجب على المنظم السعودي أن يشدد في عقوبة الحبس، حتى يكون فيها ردع للمخالفين لا سيما وأن عقوبة الحبس التي قررها لهذه الجريمة بحديها الأدنى والأقصى لا تتناسب مع الجزم نفسه الذي يسبب أضراراً بالغة للشركاء حسني النية.

ومن الجدير بالملاحظة أن المشرع المصري قد أحسن عندما نص على عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في القوانين الأخرى، ليفتح بذلك المجال أمام القاضي للرجوع لأي قانون آخر إذا كان فيه عقوبة أشد لهذه الجريمة، وهذا ما لم يجده الباحث لدى المنظم السعودي ويعتبر قصوراً تنظيمياً في هذا الشأن.

كما يجب أن نشدد على أيدي المشرع المصري والمنظم السعودي لرفع عقوبة الغرامة في حديها الأدنى والأقصى لتحقيق الردع الكافي لدى

الكافة على أن يتم تفريد العقوبة من قاضي الدعوى طبقاً لظروف كل حالة على حده .

كما يجب على المشرع المصري والمنظم السعودي تجريم المبالغة في تقييم الحصص العينية إذا وقع هذا الفعل بدون تدليس في حالة الإهمال من قبل الجاني حتى يتم أخذ الحذر في جانب عملية تقييم الحصص العينية لزيادة الثقة في هذه الشركات وبالتالي حماية الاقتصاد القومي للدولة .

وفي التشريع الفرنسي : عاقب عليها المشرع الفرنسي بالحبس لمدة خمس سنوات والغرامة من ألفي فرنك فرنسي إلى ٤٠ ألف فرنك " المادة ١/٢٤٥ " بالنسبة للشركات ذات المسئولية المحدودة والتي نص أيضاً على ذات العقوبة بالنسبة لشركات التوصية بالسهم والشركة المساهمة^(١) .

المبحث الثاني

الحماية الجنائية لأموال الشركات التجارية أثناء مباشرة نشاطها في القوانين الخاصة

تمهيد:

بعد إتمام تأسيس الشركة التجارية باتباع الإجراءات التي نص عليها نظام الشركات - الموضوعية والشكلية - تبدأ في ممارسة نشاطها الذي أنشئت من أجله ، وفي أثناء حياتها حرص المنظم على أموالها حفاظاً على الضمان العام للدائنين ، وكفل الحماية الجنائية لرأس مال الشركة ضد القائمين عليها خشية من استغلالهم لمراكزهم ومدى علمهم بأحوال الشركة ، فنجده قد نص على حماية هذه الأموال عن طريق تجريم توزيع الأرباح الصورية ، وكذلك عن طريق تجريم إساءة استعمال هذه الأموال . ولتوضيح ما سبق ، سوف أقسم هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي :

المطلب الأول: توزيع الأرباح الصورية.

المطلب الثاني: جريم إساءة استعمال أموال الشركات التجارية.

(I) د. عادل عبد السميع عبد الفتاح العزباوي : الحماية الجنائية للشركات التجارية ، المرجع السابق ، ص ٢٨٠ .

المطلب الأول توزيع الأرباح الصورية

تمهيد:

تهدف الشركة إلى تحقيق ربح مادي وتوزيعه على المساهمين ولكن المشروع الاقتصادي الذي تستغله الشركة قد يحقق أرباحاً وقد تلحقه خسارة، والأرباح التي تحققها الشركة هي عبارة عن المبالغ التي تضاف إلى ذمتها وتكون المحصلة الإيجابية للعمليات التي تباشرها^(١).

ينصب التجريم على نوع معين من الفعل الكاذب المتخذ شكل توزيع أرباح صورية^(٢). فالكذب هنا لا يتخذ الشكل التقليدي وهو الكتابة، وإن كان يقترن عادة بكذب مكتوب عندما تظهر الميزانية أو حساب الأرباح والخسائر أن هناك فائضاً على خلاف الواقع يمكن توزيعه في شكل أرباح أو فوائد.

تعريف الربح:

معاني الربح لغة:

ربح: ربح في تجارته بالكسر ربحاً استشف و الربح و الربح
بفتحتين مثل شبه وشبه اسم ما ربحه وكذا الربح بالفتح وتجارة رايحة أي
يُربح فيها و أريحة على سلعته أعطاه ربحاً وياع الشيء مُرابحة^(٣).
تعريف الربح شرعاً:

لم أجد تعريفاً للربح عند الفقهاء ربما يسبب أن المعنى الشرعي
لا يخرج عندهم عن المعنى اللغوي، ولكن من خلال كلام الفقهاء
عن مفهوم الربح أو المراجعة في المعاملات يتضح أن مفهوم الربح هو^(٤):

- (1) د. أبو زيد رضوان: شركات المساهمة وفقاً لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، بدون داز نشر، بدون سنة نشر، ص ٢٣٠، د. مصطفى كمال طه: الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص ٣٠٨.
- (2) د. عبد الحميد الشواربي: الجرائم المالية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، ١٩٨٦م، ص ٣٢١.
- (3) انظر: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح مكتبة لبنان، ١٩٨٦م، ص ٩٧.
- (4) د. أحمد ذياب شويديح: ضوابط الربح في الشريعة الإسلامية، بدون دار نشر، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص ١.

- ما يحصل من زيادة على رأس المال أو قيمته.
 - ما يحصل عليه التاجر من زيادة على رأس مال السلعة أو قيمتها.
- عرف المنظم المصري الأرباح من خلال نص المادة ٤٠ من نظام الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والمادة ١٩١ من اللائحة التنفيذية على أن الأرباح الصافية هي الأرباح الناتجة عن العمليات التي باشرتها الشركة وذلك بعد خصم جميع التكاليف اللازمة لتحقيق هذه الأرباح وبعد حساب وتجنيب الاستهلاكات والمخصصات التي تقضي الأصول المحاسبية بحسابها وتجنيبها قبل اجراء أي توزيع بأية صورة من الصور.

وفي تعريف آخر تناولته اللائحة التنفيذية في المادة ١٩٤ خاص بالريح القابل للتوزيع وهي الأرباح الصافية مستنزلاً منها ما يكون قد لحق برأس مال الشركة من خسائر في السنوات السابقة وبعد تجنيب الاحتياطات المنصوص عليها في المادة ٤٠ من النظام والمادة ١٩١ من لائحة النظام.

وفي تعريف آخر، أن الأرباح التي توزع على المساهمين هي الأرباح الصافية^(١)، أي المبالغ التي تبقى من دخل الشركة في سنتها المالية بعد خصم المصاريف العمومية وفوائد الديون والضرائب وما يخصص للاستهلاك المالي والصناعي والأغراض الاجتماعية وغير ذلك من النفقات^(٢).

ونصت المادة ٤٣ من نظام الشركات المصري على أنه " لا يجوز توزيع الأرباح إذا ترتب على ذلك منع الشركة من أداء التزاماتها النقدية في مواعيدها. ويكون لدائني الشركة أن يطلبوا من المحكمة المختصة ابطال أي قرار صادر بالمخالفة لأحكام الفقرة السابقة ويكون اعضاء مجلس الإدارة

- 1) د. رحاب محمود داخلي: الجمعيات العمومية ودورها في إدارة شركات المساهمة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠١١م، ص ٢٧٧.
- 2) د. محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري المصري، ج ١، المرجع السابق، فقرة ٦٨٧، ص ٦١٥.

الذين وافقوا على التوزيع مسئولين بالتضامن قبل الدائنين في حدود مقدار الأرباح التي أبطل توزيعها كما يجوز الرجوع على المساهمين الذين علموا بأن التوزيع قد تم بالمخالفة لهذه المادة في حدود مقدار الأرباح التي قبضوها^(١).

واتجه القضاء المصري أيضاً في تعريفه للريج القابل للتوزيع : هو المكون لأموال أو قيم أو شكت أن تعتبر نقوداً والأرباح القابلة للتوزيع لا تشمل الأرباح العادية الناتجة عن استغلال رأس مال الشركة فحسب بل تشمل الأرباح الغير عادية التي تأتي من التصرف في الأموال المستغلة وذلك إذا كان التصرف يدخل في غرض الشركة^(٢).

1) وفي نفس المعنى أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أنه " استبان للجمعية العمومية أن حق المساهم في الأرباح هو حق احتمالي لا يتأكد إلا بمصادقة الجمعية العمومية على توزيع هذه الأرباح ، وعلى الجمعية العمومية طبقاً للمادة ٤٣ من قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والذي تسري أحكامه على شركات القطاع العام فيما لم يرد به نص خاص في قانون هيئات القطاع العام وشركاته أن تمتنع عن توزيع الأرباح إذا ترتب على ذلك منع الشركة من أداء التزاماتها النقدية في مواعيدها وذلك في ضوء تقرير مراقب الحسابات ويستحق المساهم حصته في الأرباح بصدور قرار الجمعية العامة بتوزيع الأرباح بعد اعتماد الميزانية وحساب الأرباح والخسائر. ومن حيث أن الجمعية العمومية لشركات السلع الاستهلاكية والهندسية امتنعت عن توزيع الأرباح عند اعتماد الحسابات الختامية لعامي ... وذلك في ضوء تقرير الجهاز المركزي للمحاسبات حتى تستطيع أن تفي بالتزاماتها النقدية وملائميتها ومن ثم فإن هذا القرار وأياً ما كانت آثاره على الخزانة العامة فإنه لا يخالف حكم القانون وإنما جاء متفقاً مع مقتضاه ومتسقاً مع مؤداه. لذلك انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى سلامة الإجراء الذي اتخذته الجمعية العمومية لشركات السلع الاستهلاكية التابعة لبيئة القطاع العام للسلع الاستهلاكية والهندسية بعد توزيع الفوائض المحققة عند اعتماد الحسابات الختامية لعامي...". الفتوى رقم ٥٣٣ ، سنة الفتوى ٤٧ ، جلسة ١٦ مايو سنة ١٩٩٣ ، تاريخ الفتوى ٤ يوليو ١٩٩٣ ، رقم الملف ٤٧/١/١٥٣ ، ص ٣٦٦.

2) د. مصطفى كمال وصفي : القضاء المصري في مسائل شركات المساهمة ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٠م ، فقرة ٧٨ ، ص ٥٠.

وقد عرفها المنظم الفرنسي بالقانون الصادر في ٤ مارس سنة ١٩٤٢، والمعدل بالمرسوم الصادر في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ بأن الربح الصافي عبارة عن مجموع الدخول الصافية عن السنة المالية بعد خصم النفقات العامة والأعباء الأخرى في الشركة وكذلك كافة الاستهلاكات لأصول الشركة وكل الأرصدة تجنباً للمخاطر التجارية والصناعية^(١).

وفي تعريف الفقه الفرنسي للأرباح بأن حصة الأرباح هي جزء من الأرباح الموزعة لكل مساهم والجمعية العامة هي التي تحدد قيمة الحصة الموزعة لكل مساهم وذلك بعد التصديق على حساب الأرباح والخسائر والتأكد من وجود مبالغ قابلة للتوزيع^(٢).

ومن الجدير بالإشارة لم تتناول التعريفات السابقة مباشرة تعريف الأرباح وإنما تناولت تعريف الربح الموزع على المساهمين ولكنها تشير بشكل غير مباشر لتعريف الربح الصافي الموزع والناتج عن مباشرة عمليات الشركة خلال السنة المالية.

ومن جماع هذه التعريفات فإنها تتفق جميعاً على أن:

- الشركة تتحقق لديها زيادة في قيمة الأصول على المجموع الكلي للخصوم نتيجة لمباشرة الشركة لمجموع العمليات خلال السنة المالية.
- تنتج الأرباح الصافية بعد خصم جميع الاستهلاكات والمصروفات والأعباء الأخرى.
- لتحديد قيمة الأرباح يجب على الشركة تقدير الموجودات بحسب قيمتها الفعلية وقت الجرد أي في نهاية السنة المالية للشركة وليس بحسب قيمتها وقت تأسيس الشركة.
- كل زيادة فعلية في قيمة الموجودات على قيمة المطلوبات صار ربحاً حقيقياً.

(١) د. عماد محمد أمين السيد رمضان: حماية المساهم في شركة المساهمة، المرجع السابق، ص ١١٤٠.

2) G. Ripert et R. Roblot : Traite de droit commercial, Paris, librairie generale de droit et de juris prudence, 1989, No.1513, P.1080.

ومن الجدير بالإشارة أن نظام الشركات المصري حدد الأرباح الصافية على وجه دقيق - وهو ما لم يفعله نظام الشركات السعودي - تفادياً لإظهار ميزانيات غير حقيقية^(١).

ويلخص أحد الباحثين صفة الأرباح الحقيقية بقاعدة مختصرة وهي " لا أرباح من رأس المال، ولا أرباح قبل جبر خسائر رأس المال"^(٢). والمقصود هنا أنه إذا لم يكن الربح مقتطعاً من رأس المال وهو فائض بعد جبر الخسائر المتحققة، فإنه ربح حقيقي.

وقد قرر المنظم السعودي ومثله المصري عدم جواز توزيع أرباح إذا كان من شأن ذلك منع الشركة من أداء التزاماتها النقدية في مواعيدها، وذلك حماية وتقوية لائتمان الشركة.

ولم يكتف المنظم السعودي ومثله المصري بذلك، بل إنه تدخل بتجريم عمليات توزيع الأرباح الصورية، والتي تتم على خلاف أحكام النظامين السعودي والمصري. إلا أن المنظم المصري مد نطاق العقاب في هذه الجريمة إلى كل مراقب يصادق على هذا التوزيع^(٣).

نصوص التجريم:

نصت الفقرة الخامسة من المادة " ١٦٢ " من نظام الشركات المصري التي تنص على أنه " مع عدم الإخلال بالعقوبات الشد المنصوص عليها في القوانين الأخرى، يعاقب... ٥ - كل عضو مجلس إدارة وزع أرباحاً أو

١) سعد بن محمد شايع القحطاني: الحماية الجنائية للشركات التجارية في النظام السعودي، المرجع السابق، ص ١٥٠.

٢) أضاف أيضاً هذا البحث أن نظام الشركات السعودي تقدم على غيره من القوانين في التشدد، إذ لا يكتفى بالامتناع عن التوزيع من رأس المال واستلزام جبر الخسائر المتحققة قبلها، بل يضع حد أدنى من الأرباح القابلة للتوزيع. انظر: محمد حسين اسماعيل: الحماية القانونية لثبات رأس المال في شركات الأموال السعودية، معهد الإدارة العامة - الرياض، ١٤٢٣هـ، ص ١١٥ وما بعدها.

٣) د. محمد فريد العريني: القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، ١٩٩٩م، ص ٢٨٠؛ د. محمد فريد العريني: الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ٣٣٣.

فوائد على خلاف أحكام هذا القانون أو نظام الشركة. وكل مراقب صادق على هذا التوزيع".

كما نصت الفقرة رقم " ٥ " من المادة " ٢٢٩ " من نظام الشركات السعودي: " مع عدم الإخلال بما تقتضيه أحكام الشريعة الإسلامية، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تتجاوز سنة، وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف ريال سعودي ولا تتجاوز عشرين ألف ريال سعودي أو بإحدى هاتين العقوبتين: ... ٥ - كل مدير أو عضو مجلس إدارة حصل أو وزع على الشركاء أو غيرهم أرباحاً صورية".
النص السعودي والمصري بين النظرية والتطبيق:

أ - اتفقا النص السعودي ونظيره المصري على اعتبار توزيع الأرباح الصورية سلوكاً مجرماً وعاقباً عليه، لكنهما اختلفا في تحديد الأشخاص المعنية بذلك.

فبينما نجد النص السعودي جرّم هذا السلوك إذا صدر من مدير الشركة أو عضو مجلس الإدارة مع أن هذه الجريمة شائع ارتباطها بمراقب الحسابات، نجد أن النص المصري جرّم هذا السلوك إذا صدر من عضو مجلس الإدارة أو مراقب الحسابات.

ويلاحظ أن تحديد الأشخاص الواردة في النصين في غير محله، ويساعد على الإفلات من العقاب إذا ما وقعت الجريمة من غير الأشخاص الواردين فيهما، لذلك يجب على كل من المنظم السعودي ونظيره المصري ايقاع التجريم والعقاب أيضاً على أشخاص من غير المديرين وأعضاء مجلس الإدارة ومراقب الحسابات، ما داموا يملكون صلاحية تقرير أو توزيع الأرباح الصورية كالموظفين اللذين يساهمون في اعداد الميزانية، وهم عاملون بكذب البيانات التي تحتويها^(١).

1) فعل ذلك المشرع العماني وقرره في نص في المادة " ٧٠ " من نظام الشركات حيث قال: " يعاقب الأشخاص المذكورون أدناه، عند ادانتهم، بالحبس من ثلاثة أيام إلى ثلاث سنوات أو بغرامة من عشرة إلى خمسمائة ريال عماني أو بكلتا هاتين العقوبتين: أ - ب - ج ... د - كل شخص يشترك، مع علمه =

ب - من ناحية أخرى يؤخذ على المشرع المصري في نص الفقرة "ه" من المادة "١٦٢" حصر نطاق التجريم في أعضاء مجلس الإدارة ومراقب الحسابات دون سواهما من القائمين على إدارة الشركة، مما يعني انحصار تطبيق هذا النص عن الشركات ذات المسؤولية المحدودة نظراً لعدم وجود نص مماثل. كما أن إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة يتولاها مدير من بين الشركاء أو من غيرهم، مما يعني عدم شمول الحماية لهذا النوع من الشركات من هذه الجريمة. بخلاف المنظم السعودي الذي نص على لفظ "المدير" ولفظ "الشركاء"^(١).

ج - تميز المنظم السعودي عن نظيره المصري، بانفراده بتجريم الحصول أو التلقي للأرباح الصورية من قبل المدير أو عضو مجلس الإدارة سواء كان هذا الحصول مقابل عمل أو مكافأة، أو باعتباره شريكاً أو مساهماً وهو ما غفل عنه النص المصري الذي اقتصر على تجريم التوزيع فقط^(٢).

د - تميز المشرع المصري عن نظيره السعودي، بتنصيبه على تجريم قيام مراقب الحسابات بالمصادقة على توزيع الأرباح الصورية^(٣).

=بالأمر، في توزيع أرباح صورية لشركة تجارية على أساس ميزانية مغشوشة أو دون ميزانية أو على أساس قائمة جرد أو حساب أرباح وخسائر مغشوشين".
للمزيد راجع: د. سعد بن محمد شايع القحطاني: الحماية الجنائية للشركات التجارية في النظام السعودي، المرجع السابق، ص ١٥٥.

1) د. سعد بن محمد شايع القحطاني: الحماية الجنائية للشركات التجارية في النظام السعودي، المرجع السابق، ص ١٥٧.

2) د. سعد بن محمد شايع القحطاني: الحماية الجنائية للشركات التجارية في النظام السعودي، المرجع السابق، ص ١٥٥ وما بعدها.

3) لا تتم مصادقة الجمعية العامة على توزيع الأرباح إلا بناء على تقرير مراقب الحسابات، ويعني ذلك أن هذه العملية هي من ضمن اختصاص ومسئولية مراقب الحسابات. للمزيد راجع: د. أمين أكثم الخولي: دروس في القانون التجاري السعودي، نفس المرجع السابق، ص ٢٤٦، وأيضاً: د. محمود كبيش: المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات في شركات المساهمة، دراسات مقارنة في القانونيين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م، =

هـ - انفرد المنظم المصري عن نظيره السعودي ، بتوسيعه لدائرة التجريم ، حيث نجد أنه لم يذكر كلمة الصورية مثلما فعل المنظم السعودي ، بل أتى بعبارة "وزع أرباحاً أو فوائد على خلاف أحكام هذا القانون أو نظام الشركة" مما يعني أن المشرع المصري يُعاقب على أي توزيع يمنع الشركة من أداء التزاماتها النقدية في مواعيدها ولو كان ذلك التوزيع منصباً على أرباح حقيقية ما دام هذا التوزيع مؤدياً للنتيجة المنوعة ، وهذه النتيجة المنوعة نص عليها المنظم المصري في مادة أخرى في نفس نظام الشركات وهي المادة "٤٣" حيث جاء فيها "لا يجوز توزيع الأرباح إذا ترتب على ذلك منع الشركة من أداء التزاماتها النقدية"^(١).

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا عن مدى امكانية تجريم التوزيع بالمخالفة لنظام الشركات السعودي؟ نرى أن التجريم في هذه الحالة يخرج عن نطاق تطبيق الفقرة "٥" من المادة "٢٢٩" ؛ لأنه لم يتم النص على هذه الحالة وأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص احتراماً لمبدأ الشرعية الجنائية.

علة التجريم:

١- حماية أموال الشركة:

يهدف المنظم المصري والسعودي إلى حماية أموال الشركات بنصوص قانونية خاصة من خلال نظام الشركات حفاظاً على رأس مال الشركة والذي يمثل أهم الركائز التي تعتمد عليها الشركة في تحقيق أغراضها ، وعلى ذلك فقد جرم المنظم المساس بأموال الشركة أثناء حياتها بجريمة توزيع الأرباح الصورية ؛ وذلك لأن هذا التوزيع ينطوي على مساس برأس مال الشركة ، حيث إنه ينطوي - في الحقيقة - على اقتطاع هذه الأرباح من رأس المال ويعمل في نفس الوقت على بيان الشركة في

=ص ١٣٣، وأيضاً: د. علي سيد قاسم: مراقب الحسابات، دار الفكر العربي، ١٩٩١م، فقرة ٢١٥، ص ٢٥٢.

1) د. سعد بن محمد شايع القحطاني: الحماية الجنائية للشركات التجارية في النظام السعودي، المرجع السابق، ص ١٥٦.

موقف ازدهار زائف، مما قد يؤثر على التعاملات داخل الأسواق المالية تجاه أسهم هذه الشركات ويدفع المستثمرين إلى الاكتتاب في أسهم الشركة^(١). أو قد يغري البنوك على اقراض هذه الشركات بالرغم من أن الشركة قد تكون في حالة تعثر، فضلاً عن الأضرار التي تصيب الأسواق المالية نتيجة الازدهار الزائف للاسم وما تحدثه من تأثيرات في الاقتصاد القومي المتمثل في ضعف الثقة في قدرة الأسواق المالية^(٢).

٢- يدفع توزيع الأرباح الصورية إلى النصب، فهو يحرك سلسلة من الأعمال التي تنتهي باقتراف جريمة النصب، مما جعل المنظم يتدخل بهدف القضاء على الجريمة في مهدها.

٣- عدم تبيد أموال الشركة: المساس بأموال الشركة عن طريق توزيع أرباح صورية على المساهمين فيها يعمل على تبيد هذه الأموال^(٣)؛ إذ أنه يعطي انطباعاً عاماً بازدهار مزيف.

٤- عدم الاضرار بالدائنين: تعرض عملية توزيع الأرباح الصوري حقوق الغير، وبالأحرى الدائنين للخطر من ناحية انقاص الضمان العام للدائنين^(٤)؛ إذ قد ينطوي على خداع حقيقي وإيهام بوجود أرباح صورية للشركة، على الرغم من أن هذه الأرباح لم تتحقق، أو تحققت بنسبة لا تتناسب مع التوزيع الصوري، مما قد يؤثر على أداء الالتزامات النقدية للشركة في مواعيد استحقاقها، سواء بالمنع أم بإنقاص نسبة هذا الأداء^(٥).

(١) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للاذخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، ص ٧٢.

(٢) د. عادل عبد السميع عبد الفتاح العزباوي: الحماية الجنائية للشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٢٨٢.

3) Wilfrid Jean-Didier: droit penal des affaires , 2^e edition, 1993, no.283, p.302.

4) Robert et Moreau (B.) : droit pénal des sociétés commerciales , xe qu'il vous faut savoir , 1967 , P.K 1.

(٥) د. محمد علي سويلم: حوكمة الشركات في الأنظمة العربية والمقارنة بين التنظيم والمسئولية التأديبية والمدنية والجنائية، المرجع السابق، ص ٤١٧.

٥ - عدم التأثير على الاقتصاد القومي : يؤثر التوزيع الصوري للأرباح على سوق المال، ويؤدي إلى المساس بالاقتصاد القومي؛ إذا يصاحب الصوري لأرباح الشركة الازدهار الزائف إلى تكالب جانب كبير من المستثمرين على الانضمام إليها فضلاً عن رضاء البنوك تقديم القروض وفتح الاعتمادات لهذه الشركة.

نطاق تطبيق جريمة توزيع أرباح صورية:

يسري التجريم على توزيع فوائد كما يسري على توزيع أرباح، وتقضي القواعد العامة بأن شرط الفائدة الثابتة - الذي بمقتضاه تضمن الشركة حد أدنى من الأرباح بغض النظر عن الموقف المالي للشركة - يبطل عقد الشركة بسبب أنه يقتطع جزءاً من رأس المال الذي يمثل الضمان العام للدائنين إذا لم تحقق الشركة أرباحاً^(١). وفي ذلك تنص الفقرة الأولى من المادة ٥١٥ من القانون المدني المصري على أنه "إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها، كان عقد الشركة باطلاً، ومع ذلك فإن القضاء المصري يقضي بصحة شرط الفائدة الثابتة في ميزانية الشركة في بند المصاريف العمومية. وتعتبر هذه الفوائد ديناً على الشركة. وترحل إلى سنوات لاحقة لاستقطاعها من الأرباح وهذه الطريقة في التوفيق بين اعتبارين متعارضين^(٢) :

أ - حاجة الشركة إلى تمويل.

ب - حماية دائني الشركة من استقطاع جزء من رأس المال هي التي حدث بالقضاء المصري إلى هذه المحاولة التوفيقية^(٣).

1 (للمزيد في اختلافات الفقه حول هذا الموضوع راجع : د. عبد الفضيل محمد أحمد : شرط الفائدة الثابتة في الشركات، مكتبة الجلاء بالمنصورة، بدون سنة نشر، ص ١٦ و ص ٢٥.

2 (د. عبد الفضيل محمد أحمد : الشركات، جامعة المنصورة، ١٩٨٧م، ص ٨١؛ د. عبد الفضيل محمد أحمد : شرط الفائدة الثابتة في الشركات، المرجع السابق، ص ٥٢.

3 (بدلاً من ذلك أجاز القانون الفرنسي الصادر في ٢٤ يوليو ١٩٦٦ أجاز أن تضمن الدولة توزيع فوائد ثابتة للمزيد راجع :

الفرع الأول الشروط المفترضة

يتمثل الشرط المفترض في جريمة توزيع الأرباح الصورية في عنصرين هما: أولهما غياب الجرد أو الميزانية المغشوشة، والثاني صفة الجاني.
العنصر الأول: الجرد والميزانية المغشوشة:

نصت المادة ٣٩ من نظام الشركات المصري المستبدلة بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ على أن " يكون للشركة سنة مالية يعينها النظام وتعد عنها قوائم مالية طبقاً لمعايير المحاسبة التي يصدر بها قرار من وزير الاقتصاد، ويجوز أن ينص نظام الشركة على أعداد قوائم مالية دورية لها لا تقل مدتها عن ثلاثة أشهر، على أنه يجب على الشركة التي يكون غرضها الاشتراك في تأسيس شركات أخرى أو الاشتراك فيها على أي وجه أن تعد قوائم مالية مجمعة عن تلك الشركات.

ونصت المادة ٦٤ من قانون الشركات المصري المستبدلة بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ على أن " على مجلس الإدارة أن يعد عن كل سنة مالية - في موعد يسمح بعقد الجمعية العامة للمساهمين خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ انتهائها - القوائم المالية للشركة وتقريراً عن نشاطها خلال السنة المالية وعن مركزها المالي في ختام السنة ذاتها".

ونصت المادة ٦٥ من قانون الشركات المصري أنه " يجب على مجلس الإدارة أن ينشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر و خلاصة وافية لتقريره والنص الكامل لتقرير مراقب الحسابات قبل اجتماع الجمعية العامة وتحدد اللائحة التنفيذية وسائل النشر ومواعيده. ويجوز إذا كان نظام الشركة يبيح ذلك الاكتفاء بإرسال نسخة من الأوراق الميينة في الفقرة الأولى إلى كل مساهم بطريق البريد الموصي أو بأي طريقة أخرى تحددها اللائحة التنفيذية ومواعيد إرسالها".

= A. Touffaltj , Robib , A.Audureau , J.Lacoste: délits et sanctions dans les sociétés , éd sirey , 1973 , p.174.

أشار إليه : د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، ص ٧٣، هامش رقم ٣.

ونصت المادة ١٨٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري المستبدلة بقرار وزير الاقتصاد رقم ٤٧١ لسنة ١٩٩٧ على أنه " يجب أن تكون ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر وتقرير مجلس الإدارة معداً خلال شهرين على الأكثر من انتهاء السنة المالية للشركة، ويتعين وضع هذه الوثائق تحت تصرف مراقبي الحسابات هلال انتهاء تلك الفترة". وطبقاً لنص المادة ٤٢٥ في فقرتها الثانية من قانون الشركات الفرنسي الصادر في ١٩٦٦ فإنه يشترط لقيام الجريمة عدم وجود جرد أو وجود تلاعب في الميزانية، وهو ما عبر عنه المشرع الفرنسي بقوله: "L'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux". وذلك بخلاف الحال في النظام المصري والنظام السعودي اللذان لم يشترطا وجود ميزانية بها تلاعب أو عدم وجود جرد^(١).

إلا أن الفقه يذهب إلى اشتراط ذلك كشرط مفترض لقيام جريمة توزيع الأرباح الصورية ويشترط لقيامها عدم وجود جرد أو وجود جرد به تلاعب^(٢).

وصفوة القول هنا أن الفرض هو قيام الشركة بجرد أصولها وخصومها في نهاية كل سنة مالية، وبناء عليه تكون حالة عدم وجود الجرد نادرة الحدوث من الناحية العملية. ولذلك ينحصر هذا العنصر في وجود الجرد الزائف أو الميزانية المغشوشة.

والمقصود بالجرد هنا هو معناه العام - وليس المحاسبي - باعتباره هو الوسيلة التي يتم على أساسها التعرف على المركز المالي للشركة. ويقع على مجلس الإدارة - في نهاية هذه السنة - واجب جرد موجودات الشركة واعداد ميزانيتها، ويرفق بها حساب الأرباح والخسائر وتقريراً عن نشاط الشركة خلال السنة المالية وعن مركزها المالي في ختام السنة ذاتها^(٣) طبقاً للمادة ٦٤ من نظام الشركات.

- 1) د. عادل عبد السميع عبد الفتاح العزناوي: الحماية الجنائية للشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٢٨٣.
- 2) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١٣٥، ص ٢٤٨.
- 3) انظر الفقرة "١" من المادة "٧٣" من نظام الشركات السعودي.

وتهدف الميزانية - بصفة عامة - إلى تحديد المركز المالي للشركة في تاريخ معين، وتمثل عناصر المركز المالي في مجموعة الأصول التي تملكها الشركة. وما يقابلها من حقوق للغير ولأصحاب المشروع، وهي تشمل مصادر الأموال التي يحصل عليها المشروع واستخدامات هذه الأموال في الأصول المختلفة. ومعنى ذلك أن الميزانية تتضمن جانبين: أحدهما للأصول تذكر فيه قيمة موجودات الشركة الثابتة والمتداولة، أي كل ما تملكه الشركة وما لها من حقوق لدى الغير. والآخر للخصوم ويذكر فيه رأس مال الشركة والاحتياطي بأنواعه والديون المستحقة على الشركة. ويقتضي قيد رأس المال في الخصوم الاحتفاظ في جانب الأصول بموجودات تعادل قيمته على الأقل^(١).

ويهدف حساب الأرباح والخسائر إلى تحديد الفائض القابل للتوزيع أو العجز الجاري المتعلق بنتيجة أعمال المشروع كله في نهاية السنة المالية. ويعد هذا الحساب على مرحلتين^(٢):

الأولى: تشمل في الجانب الدائن مجمل فائض الإنتاج والتجارة بالإضافة إلى إيرادات الأوراق المالية والإيرادات التحويلية، والجانب المدين يشمل تكاليف مراكز الخدمات الإدارية والتحويلات الجارية.

الثانية: الفائض أو العجز من المرحلة الأولى. وإذا تبقى بعد ذلك شيء فإن الجمعية العامة هي التي تقرر التصرف فيه: أما بتوزيعه على المساهمين، وإما بترجيله إلى سنة مالية مقبلة، وإما أن تقرر انشاء احتياطي اختياري بمقدار الباقي من الأرباح.

ويقصد بالجرد المزيف الجرد الذي لا يعبر بطريقة صحيحة عن المركز المالي الحقيقي للشركة في ختام السنة المالية. ويكون كذلك عندما لا

-
- ١) د. محمود سمير الشرقاري: القانون التجاري، ج ١، دار النهضة العربية، ١٩٨٩م، فقرة ٤١٦، ص ٣٩٣ وما بعدها.
 - ٢) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١٣٥، ص ٢٤٩.

يتضمن كل ما نص القانون أو نظام الشركة على وجوب اثباته فيه^(١) ، ولا يعبر عن الوجه الصحيح لأرباح الشركة وخسائرها عن السنة المالية المنتهية ، ولا يجري وفقاً للأصول المرعية كما لا يبين فيه المخالفات التي أثرت على نظام الشركة أو على مركزها المالي^(٢) .
ولكن يكون الجرد متكافئاً والميزانية صادقة يجب اتباع القواعد الآتية:

أ - احترام قاعدة استقلال السنوات المالية.

ب - ثبات رأس مال الشركة.

ج - تكوين الاحتياطي.

ولكن كيف تترجم هذه القواعد من الناحية العملية؟ يأخذ الفقه والقضاء بحلول تقوم كلها على مبادئ حسن النية والشرف والحرص. ويقتضي ذلك كل ضرورة وجود جرد وميزانية تعبران بوضوح وصدق عن المركز المالي للشركة في ختام السنة المالية: حيث يعد حساب للأرباح والخسائر يبين فيه ما إذا كانت هذه الشركة قد حققت خلال السنة المالية المنتهية أرباحاً أم لم تحقق أرباحاً اطلاقاً، أو منيت بخسارة. أن يكون الجرد قد أجري وفقاً للأصول المرعية.

ويتحقق تزييف الجرد بإعداد ميزانية كاذبة، بحيث يظهر فيها تحقيق الشركة أرباحاً على غير الحقيقة. ويكون ذلك بإحدى وسيلتين في الجانب الإيجابي "الأصول" وإما بحجب حقيقة الجانب السلبي "الخصوم"^(٣) .
أولاً المبالغة في تقييم أصول الشركة:
تتحقق هذه المبالغة بإحدى طريقتين^(٤) :

- 1) د. جميل عبد الباقي الصغير: الجوانب الجنائية في قانون شركات قطاع الأعمال العام، نفس المرجع السابق، ص ٢٠.
- 2) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، نفس المرجع السابق، فقرة ١٣٥، ص ٢٥٠.
- 3) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، نفس المرجع السابق، فقرة ١٣٥، ص ٢٥٠ وما بعدها.
- 4) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، نفس المرجع السابق، فقرة ١٣٥، ص ٢٥١.

الأولى طريقة مباشرة، وتتحقق باصطناع عناصر إيجابية غير موجودة في الحقيقة. ومثال ذلك أن يسجل في جانب الأصول ديون مستحقة للشركة لدى الغير، في حين أن هذا الدين أصبح غير قابل للتحويل، أو يظهر في الأصول ديون مستحقة في سنة تالية أو طويلة الأجل، ودون أن يثبت ما يقابلها في جانب الخصوم، أو اصطناع مخزون، أو إثبات قطع غيار غير صالحة للاستعمال، أو إثبات مبلغ مالي مدفوع من أحد العملاء عن عملية تم الغاؤها بعد ذلك أو إثبات عملية وهمية تحت حساب الاستغلالات: كان يبيع بضاعة لفرع من فروع الشركة في نهاية السنة المالية - ويثبت قيمتها في جانب الأصول بانتظار تحصيل مبلغ الدين، ثم يعيد شرائها بعد ذلك.

الثانية طريقة غير مباشرة، وتتحقق بإثبات عناصر حقيقية مبالغ فيها في الجانب الإيجابي من الميزانية، ومثال ذلك أن تقدر أسعار قيمة المخزون بقيمة تختلف عما هو عليه في الحقيقة، وكذلك المبالغ في تقدير قيمة الصكوك، أو العقارات المملوكة للشركة، ويقع على عاتق مراقب الحسابات ومجلس المراقبة مهمة اكتشاف المبالغة التي يخضع تقديرها للمحكمة الاقتصادية.

الوسيلة الثانية حجب حقيقة الجانب السلبي:

يعتبر رأس مال الشركة ديناً على الشركة في مواجهة المساهمين. ومن ثم يجب أن يكون جانب الخصوم في الميزانية صادقاً، وأن يظهر رأس المال في جانب الخصوم بطريقة ثابتة لا تتغير، أياً كانت حالة الشركة سواء حققت ربحاً أم لا⁽¹⁾.

وهناك طريقتان تلجأ الشركة إلى حجب الحقيقة أو اظهار الأرباح على غير الحقيقة:

1 (د. محمد علي سويلم: حوكمة الشركات في الأنظمة العربية والمقارنة بين التنظيم والمسئولية التأديبية والمدنية والجنائية، نفس المرجع السابق، ص ٤١٧).

- الأولى، التقليل من حجم المديونيات. ويتحقق ذلك بإخفاء الإعفاء. كإضافة المصاريف العامة على ميزانية سنة تالية، أو إخفاء الديون أو عدم تسجيلها كالحكم القضائي الصادر بالفرامة.

- الثانية، اغفال مخاطر جسيمة، وتحقق بالمساس بالضمان العام للشركة، ومثال ذلك منح أو تقديم ضمان لأحد الأشخاص المشكوك في قدرته ويساره^(١).

ومن ثم يتبين من كل هذه الصور أن الغش يقوم على تسجيل بعض العناصر في جانب الأصول دون أن يكون لها مقابل في جانب الخصوم. ويكون ذلك بقصد اثبات تحقيق الشركة للأرباح، في حين أن هذه الأرباح لم تتحقق فعلاً.

العنصر الثاني: صفة الجاني:

عدد النظام المخالفات الجنائية في الشركات بصيغة تنص على فاعل المخالفة لا على المخالفة ذاتها^(٢).

ويتطلب المنظم السعودي في هذه الجريمة، توافر صفة معينة في الفاعل "الجاني"، وهو إما كونه مديراً أو عضو مجلس إدارة، أما المشرع المصري فيتطلب في الفاعل "الجاني" صفة عضو في مجلس إدارة الشركة، أو مراقباً فيها، وبذلك تدخل هذه الجريمة في عداد الجرائم ذي الصفة^(٣).

١ - عضو مجلس الإدارة:

مجلس الإدارة هو الجهاز التنفيذي الذي يقوم بتسيير أمور الشركة ويضع توصيات وقرارات الجمعية العامة للمساهمين موضع

1) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، نفس المرجع السابق، فقرة ١٣٥، ص ٢٥٢ وما بعدها.

2) د. تركي بن محمد عبد الرحمن اليحيى: توزيع الأرباح الصورية في الشركات وأحكامه في الفقه والنظام، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ١٣٦.

3) محمد حسين اسماعيل: الحماية القانونية لثبات رأس المال في شركات الأموال السعودية، نفس المرجع السابق، ص ١٦٣.

التنفيذ ويرأس مجلس الإدارة أحد أعضائه الذي يتولى إدارة الشركة^(١).

الغالب فيمن يعين عضواً للشركة في هذه الفترة، أن يكون من بين المؤسسين، ولا شك أن في ذلك مصلحة كبيرة للشركة؛ لأن المؤسسين هم الذين خلقوا ذلك المشروع عالمين حدوده والهدف من انشائه ومدى امكانية اتساع نشاطه، وكذلك لديهم الرغبة الكاملة في انجاح الشركة^(٢)؛ ولهذا فالمؤسسون يهتمون كثيراً بتعيين أنفسهم في الادارة لضمان سيطرتهم على الشركة وحسن إدارتها خاصة في مراحليها الأولى والتي تحتاج إلى الحزم والإدراك بمعالم وأهداف خطط تنمية وسير الشركة. ويكون هذا التعيين من قبل المؤسسين نهائياً بتصديق الجمعية التأسيسية للشركة على اختيار أعضاء مجلس الإدارة الأول^(٣).

ومن ثم يخص النظام بالتجريم عضو مجلس الإدارة؛ لأنهم هم المسئولون عن توزيع الأرباح، ومدى خضوعها وملائمتها لأحكام نظام الشركات، وموافقتها لنظام الشركات وعقدتها. كما أنهم الجهة المخولة بإعداد قرار التوزيع ومسوغاته للجمعية العمومية، فمسؤوليتهم لا تقتصر على المسئولية المدنية كالمساهمين، بل تتجاوز على المسئولية الجنائية^(٤).

1) د. أحمد محمد محرز: الشركات التجارية، القواعد العامة للشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، القطاع العام والتحول إلى القطاع الخاص، مشروع قانون الشركات الموحد الجديد، بدون دار نشر، ٢٠٠٠م، فقرة ٤٨٦، ص ٥٢١.

2) د. أماني حسن أحمد محمد علي: مجلس الإدارة في شركات المساهمة، رسالة دكتوراه، كلية حقوق فرع بني سويف - جامعة القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٥٩.

3) حسب الفقرة ٤ من المادة ٢٨ من نظام الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، والفقرة ٢ من المادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية انظام الشركات المصري.

4) د. تركي بن محمد عبد الرحمن اليحيى: توزيع الأرباح الصورية في الشركات وأحكامها في الفقه والنظام، نفس المرجع السابق، ص ١٣٦.

يثور التساؤل الآتي: هل يدخل أعضاء مجلس الإدارة المعارضون أو الغائبون عند اتخاذ القرار بتوزيع الأرباح الصورية في المسؤولية الجنائية لهذه الجريمة؟

أ - فيما يخص نظام الشركات السعودي: بوسع هؤلاء المعارضين أو الغائبين اظهار معارضتهم، وذلك بالطرق النظامية، وإلا أصبحت معارضتهم ليست ذات قيمة، والطريقة النظامية لذلك هي: أن يسجل المعارض اعتراضاً خطياً على قرار التوزيع في محضر الاجتماع. فلا يكفي اعتراضه الشفوي، أو اعتراضه الخطي في غير محضر الاجتماع، ولو تقدم العضو باعتراض خطي على ذلك للإدارة المختصة بوزارة التجارة، كما لا يشفع للعضو غيابه عن تلك الجلسة إلا إذا أثبت عدم علمه بالقرار أو عدم تمكنه من الاعتراض عليه بعد علمه به، وهذا هو منطوق نص المادة "٧٦" من نظام الشركات السعودي^(١).

ب - الوضع في نظام الشركات المصري: لا يوجد فيه التفصيل الوارد في نظام الشركات السعودي، بل اقتضت العبارة فيه على مسؤولية من وافقوا على هذا التوزيع من المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة مسؤولية تضامنية تجاه الدائنين في حدود مقدار الأرباح التي أبطل توزيعها. ومن الجدير بالإشارة أن اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المصري، تقرر تدوين محاضر جلسات مجلس الإدارة واشتمالها على بيان من حضر ومن تغيب مع بيان أعمار من لم يحضر، وإثبات خلاصة واقية لجميع مناقشات المجلس، ويكل ما يحدث أثناء الاجتماع، وكل ما يطلب الأعضاء إثباته في المحضر. كحالة الاعتراض الأرباح الصورية. بيد أن نظام الشركات المصري ولائحته التنفيذية لم يضعاً شكلاً محدداً لإثبات اعتراض وعدم موافقة عضو مجلس الإدارة على قرار توزيع الأرباح كما فعل

1 (للمزيد راجع في هذا الموضوع: د. تركي بن محمد عبد الرحمن اليحيى: أثر المخالفات الشرعية والنظامية في عقود الشركات، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود، ١٤٢٩هـ - ١٤٣٠هـ.

وتشدد نظام الشركات في المادة "٧٦" لا سيما في حالة الغياب عن الجلسة حيث لم ينص نظام الشركات المصري على كونه ليس عذراً للعضو في سقوط المسؤولية عنه كما فعل المنظم السعودي.

ومن ثم يستبين أمامنا أن المنظم السعودي كان أكثر صواباً؛ لأن هذا التشدد في بيان طريقة الاعتراض من جانب أعضاء مجلس الإدارة وجعلها محصورة في إثبات ذلك الاعتراض في محضر الجلسة، أمر له وجهته، لا سيما وأن محاضر الجلسات والتقارير المرفوعة من مجلس الإدارة للجمعية العامة، لها التأثير الأكبر عند التصويت على القرارات ومنها توزيع الأرباح، وبالتالي فإن تضمينها لهذه الاعتراضات له أهمية كبرى، حيث أنه يجعل الجمعية العامة تترتب قبل استصدار القرار، للوصول إلى ما يخدم مصالح الشركة.

٢- مراقب الحسابات:

من العسير أن يعطي المساهم حق رقابة أعمال الشركة المساهمة؛ لأنها تتألف من شركاء بعيدين عن مركز الإدارة، ولأنه يتعذر مادياً على كل مساهم أو أكثر مراقبة إدارة الشركة رقابة دقيقة مستمرة. مما حدا بالمنظم على إيجاد أداة تكون هي المراقب أو المراجع. وتنحصر مهمة المراقب في أمرين:

الأول: التحقق من انتظام الحسابات، وأن القيود في الدفاتر منتظمة وكاملة حتى آخر لحظة، وأن الميزانية وحساب الأرباح والخسائر مطابقت للقيود الواردة في الدفتر.

الثاني: التحقق من أن تقويم الموجودات مطابق للقواعد المألوفة في التجارة. وليس في الإمكان تكليف المراقب بتقويم كل الموجودات؛ لأن ذلك قد يستغرق شهوراً، ولكن يجب عليه عمل جرد للخبزينة والأوراق المالية والأمانات في أي وقت. ويجب أن لا تقتصر المراقبة على الحسابات، بل يجب أن تشمل الإدارة؛ فإذا اكتشف المراقب مخالفة إدارية وجب عليه إبلاغها إلى مجلس الإدارة والتنويه بها في التقرير المقدم للجمعية العمومية.

ويحرر المراقب تقريره، ويشمل هذا التقرير بيان حالة الشركة، والميزانية الحسابات المقدمة من مجلس الإدارة. والغرض من هذا التقرير أن يبين للمساهمين أعمال الشركة ونتائجها، وبدونه لا تستطيع الجمعية العمومية أن تبدي رأياً صحيحاً عن أعمال مجلس الإدارة^(١).

ومن ثم يستبين أمامنا أن مراقب الحسابات ليس وكيلاً عن الشركة أو المساهمين، بل هو في الحقيقة عضواً في الشركة يتولى الرقابة على ادارتها، وإن كان مركزه القانوني متماثل مع مركز الوكيل المأجور^(٢).

الفروع الثاني

الركن المادي

عناصر الركن المادي:

يتحقق الركن المادي في الجريمة المنصوص عليها في الفقرة "ه" من المادة "١٦٢" من نظام الشركات المصري بقيام عضو مجلس الإدارة بتوزيع الأرباح أو الفوائد على خلاف أحكام القانون أو نظام الشركات، ومصادقة مراقب الحسابات على هذا التوزيع.

ومعنى ذلك أن هذا الركن المادي في هذه الجريمة يتكون من ثلاثة عناصر: ارتكاب فعل التوزيع أو المصادقة، وأن يرد هذا الفعل على الأرباح والفوائد، وأن يتم التوزيع أو المصادقة على خلاف أحكام القانون أو نظام الشركة^(٣).

1) د. محمد علي سويلم: حوكمة الشركات في الأنظمة العربية والمقارنة بين التنظيم والمسئولية التأديبية والمدنية والجنائية، نفس المرجع السابق، ص ٤٢٠ وما بعدها.

2) للمزيد راجع: د. أبو زيد رضوان؛ د. رضا السيد عبد الحميد: القانون التجاري، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، فقرة ٢١٣، ص ٢٨٦.

3) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، نفس المرجع السابق، فقرة ١٣٧، ص ٢٥٤؛ سعيد بن علي منصور الكريديس: جرائم الشركات التجارية في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م، ص ١٤٣.

العنصر الأول: التوزيع والمصادقة:

ينسب المنظم التوزيع لعضو مجلس إدارة الشركة، أما المصادقة فتنسب إلى مراقب الحسابات.

١- التوزيع:

لا يمكن توزيع الأرباح بدون أن يكون للمدير أو لعضو مجلس الإدارة دور رئيسي في ذلك، وبالتالي فإن التوزيع من مسئوليتهم. وتوزيع الأرباح الصورية على الشركاء بوصفهم شركاء أو مساهمين أمره واضح، ولكن قد يقال: ما المراد "بالغير" هنا؟ وما الصفة التي حصلوا بها على الأرباح؟

قد تتعاقد الشركة أحياناً مع أطراف أخرى مقابل نسبة محددة من الأرباح، كالمراقبين أو الاستشاريين أو غيرهم، فإذا حصلوا ذلك فإنه لا يحق للمدير الشركة أو أعضاء مجلس الإدارة فيها أن يمنحوا هؤلاء أرباحاً صورية لا تمثل أرباحاً حقيقية للشركة.

أما إن كان هؤلاء قد تعاقدوا مع الشركة نظير أجره محددة فإنه لا علاقة بما تقاضوه بكون الشركة تحقق أرباحاً أو لا، ولا يُعد ما قبضوه من أجره أرباحاً صورية بأي شكل من الأشكال^(١).

ويرى بعض الشراح أن المراد بتوزيع الأرباح هنا هو المعنى الواسع للتوزيع، والذي يشمل تقرير وجود أرباح قابلة للتوزيع، وذلك من خلال ميزانية الشركة التي يعدها المدير أو مجلس الإدارة، وليس المراد اقتصار التجريم على القيام بتسليم كل مساهم أو شريك نصيبه من الأرباح الصورية فعلياً؛ لأن هذا يجعل النص القانوني مشتملاً على إشكال مهم، وهو أن التسليم لا يكون إلا بقرار من الجمعية العامة وليس من مجلس الإدارة، وبالتالي فإن الأخذ بالمعنى الضيق لكلمة "توزيع" معناه أن الجمعية هي من تُسأل جنائياً عن فعل التوزيع، ولكن هذا ما لم يقرره القانون، بل قرر مساءلة المدير أو عضو مجلس الإدارة، ولذلك فإنه بمجرد

١) د. تركي بن محمد عبد الرحمن اليحيى: توزيع الأرباح الصورية في الشركات وأحكامه في الفقه والنظام، نفس المرجع السابق، ص ١٤١ وما بعدها.

إعداد الميزانية وحساب الأرباح والخسائر وتضمينها أرباحاً ليست حقيقية يُعد المدير أو العضو قد ارتكب جريمة توزيع الأرباح الصورية^(١).

غير أننا نرى أن التوزيع ليس معناه إعداد الميزانية، كما أن النص القانوني فيه إشكال مهم، وهو أن المدير ومجلس الإدارة لا يملكون التوزيع بأنفسهم بشكل مباشر. ومن ثم فإن المراد بالتوزيع في النص القانوني، هو صدور قرار التوزيع ممن يملك صلاحية إصداره بسبب ما قدمه المدير أو مجلس الإدارة من معلومات وميزانية وحسابات.

وتكون إضافة التوزيع هنا للإدارة من باب إضافة الشيء إلى سببه المهم والرئيسي، لا إلى فاعله المباشر له.

معييار التوزيع:

يقصد بالتوزيع وضع الأرباح تحت تصرف المساهمين بالشروط التي تجعل لهؤلاء المساهمين حقاً نهائياً. فليس من الضروري لكي يوجد هذا التوزيع أن يتسلم المساهمون فعلاً الأرباح التي تخصهم وإنما يكفي لكي يتوافر هذا العنصر أن تكون الأرباح قد وضعت تحت تصرف المساهمين، الذين يكسبون على القيمة الموزعة حقاً نهائياً^(٢).

ومن ثم فإن معيار التوزيع هو الوضع تحت التصرف، وليس التسليم الفعلي. والفعل المحقق للوضع تحت التصرف في فرنسا هو قرار مجلس الإدارة بدفع الأرباح بطرحها في خزانة الشركة أو شبك الصرف البنك، وليس فعل التصويت عليها في الجمعية العامة؛ لأن هذا الفعل لا يعطي للمساهم أي حق نهائي على الربح أو الفائدة. غير أنه يشترط أن يكون القرار الصادر بالتوزيع معد للتنفيذ، ولكن إذا أصدرت الجمعية العامة قراراً بالتوزيع ولكن مجلس الإدارة امتنع عن وضع هذا

1) د. محمد علي كومان؛ د. رضا السيد عبد الحميد: جرائم الشركات في النظام

السعودي، نفس المرجع السابق، ص ١٣٤.

2) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، نفس المرجع

السابق، فقرة ١٣٧، ص ٢٥٥.

القرار موضع التنفيذ، عندما استوضح حقيقة المر، فإن الجريمة لا تقع^(١).

وحكمة هذا المعيار هو أن المساهمين قد يتأخرون - عن عمد أو إهمال - في استلام أرباحهم، وبناء عليه يكون التعويل على لحظة الاستلام مؤدياً إلى تأخير اتمام الجريمة. ولا يمكن أن تتوقف لحظة اتمام الجريمة على إرادة هؤلاء المساهمين. ولهذا السبب توجد الجريمة من لحظة تخصيص الأرباح لصالح المساهمين^(٢). وهذا ما تقرره المادة ٤٤ من قانون الشركات المصري التي تنص على أنه "يستحق كل من المساهم والعامل حصته في الأرباح بمجرد صدور قرار الجمعية العامة بتوزيعها وغبى مجلس الإدارة أن يقوم بتوزيع الأرباح على المساهمين والعاملين خلال شهر على الأكثر من تاريخ صدور القرار..."^(٣).

هل يعد توزيع دفعة تحت حساب الأرباح مكوّن لفعل التوزيع الذي يتحقق به الفعل المادي للجريمة؟

قد يقال أن الشركة - في هذه الحالة - لم تقم بإجراء جرد أو اعداد الميزانية، وبناء عليه لكي يمكن أن نقول بوجود الجريمة يجب أن يتوافر عنصر سوء النية. ولكن الأمر غير ذلك. فعلى الرغم من أن الشركة لم تُعد ميزانية بعد، إلا أنها تستند في هذا التوزيع على كشوف جرد شهرية أو نصف سنوية تساوي في قيمتها الميزانية^(٤).

1) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة، نفس المرجع السابق، ص ٧٤.

2) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، نفس المرجع السابق، فقرة ١٣٧، ص ٢٥٦؛ محمد حسين اسماعيل: الحماية القانونية لثبات رأس المال في شركات الأموال السعودية، نفس المرجع السابق، ص ١٦٤.

3) وهذا ما تقرره أيضا المادة ١٩٧ من اللائحة التنفيذية.

4) انظر نقض فرنسي ٧ أبريل سنة ١٩٣٨، المجلة الفصلية ١٩٣٨. أشار إليه: د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، نفس المرجع السابق، فقرة ١٣٧، ص ٢٥٦.

كما أن بعض الشركات تقوم بتوزيع بعض المبالغ المالية على المساهمين تمثل فائدة الأموال التي دفعوها^(١). هذه الوضعية تمثل أيضاً جريمة توزيع أرباح صورية طالما أن هذا التوزيع لم يكن منصوصاً عليه في اللوائح، وفي هذه الحالة - أياً كانت التسمية المعطاة لهذا التوزيع - فإن ذلك يعد توزيعاً حقيقياً للأرباح كما لو كانت متحققة. وعلى العكس فإن الشكوك يمكن أن تثور إذا كان توزيع الفائدة منصوصاً عليه في اللوائح. لأن هذا التوزيع لا يمكن أن ينخدع الغير حول وجود الربح. ومع ذلك فإن هذا الحل يكون مشكوكاً فيه أيضاً. ومن ثم فإن توزيع الفائدة يقع تحت طائلة القانون من باب أولى إذا تم مع عدم وجود الجرد، طالما أنه سوف يترتب عليه المساس برأس المال^(٢).

هل يعد اعطاء مكافآت لأعضاء مجلس الإدارة توزيع لأرباح صورية؟

الأصل أن العضوية في مجلس الإدارة ليست مجانية وإنما يستحق المجلس أجراً على القيام بها يسمى بالمكافأة^(٣).

لا يعد توزيع مكافآت لأعضاء مجلس الإدارة توزيعاً لأرباح صورية في فرنسا للآتي:

- لأنها تكون مبالغ نقدية تدفع لهم باعتبارهم وكلاء عن الشركة وليست مكافأة عن رأس المال المسجل باسم الشركاء.
- يواجه النص توزيع الأرباح على المساهمين والشركاء.

1) يحظر في فرنسا طبقاً للمادة ٣٤٨ من قانون الشركات اشتراط فائدة محددة للمساهمين ما لم تكن الدولة قد منحت للأسهم ضمان الربح الإسمي.

2) انظر نقض فرنسي ١٩ نوفمبر سنة ١٨٨٧، مجلس الشركات ١٨٨٨، ص ١٢٨. أشار إليه: د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، نفس المرجع السابق، فقرة ١٣٧، ص ٢٥٧.

3) د. محمد فريد العريتي؛ د. هاني دويدار: مبادئ قانون المشروع الاقتصادي، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ٢٠٠١م، ص ٣٧٥.

بيد أنه إذا قام هؤلاء المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة بإعداد ميزانية مزيفة وحصلوا على هذه المكافآت بدون وجه حق^(١). فإنهم يسألون عن جريمة نصب أو خيانة أمانة على حسب الأحوال.
المصادقة على التوزيع:

إن مهمة المصادقة على الميزانية وحساب الأرباح والخسائر تقع على عاتق الجمعية العامة العادية ومراقب الحسابات.

لما كانت الجمعية العمومية العادية هي الجهة المنوط بها الموافقة على توزيع الأرباح وذلك وفقاً للمادة "٦٣" من قانون الشركات المصري والتي تنص على أن "الجمعية العمومية هي المختصة بالموافقة على توزيع الأرباح"، وأيضاً المادة "١٩٦" من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري والتي تنص على أن "تحدد الجمعية العمومية بعد اقرار الميزانية وحساب الأرباح والخسائر الأرباح القابلة للتوزيع".

وقد ذهبت لذات المضمون محكمة النقض المصري في حكم لها ونصت على أن "الجمعية العمومية هي تلك التي تملك وحدها اعتماد الميزانية وتعيين الأرباح الصافية والقابلة للتوزيع"^(٢)، فإنه يترتب على ما سبق أن الجمعية العمومية هي الجهة المنوط بها بإقرار توزيع الأرباح^(٣).

ومن ثم يستحق المساهم حقه في الأرباح بمجرد صدور قرار الجمعية العمومية بتوزيعها (الفقرة رقم "١" من المادة "١٤٤"، وذلك يعني أن لحظة نشوء حق المساهم في الربح هي اللحظة التي يصدر فيها قرار الجمعية العمومية العادية بتوزيع تلك الأرباح، وليست اللحظة التي تحقق الشركة فيها الأرباح، وهذا ما أكدتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

(١) نقض فرنسي ٣ أغسطس سنة ١٩٣٨ جازيت ١٩٣٨ - ١ - ٨٩٤، نقض ٣ فبراير سنة ١٩٣٩، الجازيت ١٩٣٩ - ١ - ٤٧٤. أشار إليه: د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، نفس المرجع السابق، فقرة ١٣٧، ص ٢٥٧.

(٢) نقض مصري، جلسة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٧١، طعن رقم ٤٦٠، س ٣٦ ق.

(٣) د. رحاب محمود داخلي: الجمعيات العمومية ودورها في إدارة شركات المساهمة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، نفس المرجع السابق، ص ١٨٦.

بمجلس الدولة حيث انتهت إلى " أن نشوء حق العمال في الريح هو بصدور قرار الجمعية العمومية للمساهمين بالتوزيع لا بواقعة تحقق الريح"^(١)، وأيضاً تأكيداً لذلك وفي ذات المضمون، فقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن "حق المساهم في الريح لا ينشأ بمجرد أن تحقق الشركة ربحاً، بل لابد من مصادقة الجمعية العمومية على التوزيع أولاً، وأساس ذلك أنه يجب الفصل بين واقعة تحقيق الريح وواقعة صدور قرار الجمعية العمومية بتوزيعه حيث إن واقعة تحقيق الريح تنشأ نتيجة العمليات على اختلاف أنواعها التي باشرتها الشركة خلال السنة المالية، بينما تنشأ واقعة ثانية بصدور قرار من الجمعية العمومية بتوزيع الريح، ومن ثم يتعين الفصل بين هاتين الواقعتين، إذ يجوز أن تحقق الشركة ربحاً خلال سنة مالية معينة ولكن لا تقرر الجمعية العمومية توزيعه وإنما تقرر ترحيله إلى سنة قادمة بوصفه احتياطياً اختيارياً للشركة لأسباب تراها الجمعية العمومية، وقد يحدث أن لا تحقق الشركة أي أرباح ومع ذلك تقرر الجمعية العمومية توزيعاً يؤخذ من الأرباح المرحلة من سنين سابقة أي من الاحتياطي الاختياري"^(٢).

ويضاف إلى ما سبق، أن مصادقة الجمعية العامة لا تتم إلا بناء على تقرير مراقب الحسابات، ويعني ذلك أن هذه العملية هي اختصاص أصيل لمراقب الحسابات. إذ عليه أن يدلي برأيه عند حضوره الجمعية العامة في كل ما يتعلق بعمله كمراقب للشركة، وبصفة خاصة في الموافقة على الميزانية بتحفظ أو بغير تحفظ أو في إعادتها إلى مجلس الإدارة. ويسأل المراقب عن صحة البيانات الواردة في تقريره بوصفه وكيلًا عن مجموع المساهمين. فإذا قام بالمصادقة على توزيع الأرباح رغم مخالفته فإنه يتوافر في حقه الركن المادي المكون لجرمة توزيع الأرباح الصورية.

1 (راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم " ٧٠٩"، جلسة ٤ يوليو سنة ١٩٦٣.

2 (راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم "٨"، جلسة ٣ نوفمبر سنة ١٩٨٢، ملف رقم ٨١/١/٤٧.

٣- أن يتم توزيع الأرباح والفوائد على خلاف أحكام القانون أو نظام الشركة:

مؤدى هذا الشرط أنه لا يكفي لكي تقوم الجريمة أن توزع أرباح أو فوائد، كما لا يكفي أن تكون الميزانية غير صحيحة، وإنما ينبغي أن يكون توزيع الأرباح أو الفوائد قد تم على خلاف أحكام قانون الشركات أو نظام الشركة، وتطبيقاً لذلك تتحقق الجريمة في فرضين:

الأول: توزيع الأرباح أو الفوائد بالمخالفة لأحكام قانون الشركات.
والثاني: توزيع الأرباح أو الفوائد بالمخالفة لنظام الشركة^(١).

وحاصل العنصرين السابقين أن الأرباح التي توزعها الشركة على أساس ميزانية غير صحيحة، فتوزع ربحاً أعلى من الربح المقدور التصرف فيه طبقاً لميزانية موضوعة بحسب النصوص القانونية أو الاتفاقية. وقد يكون الربح صورياً.

ويقتضي الحديث عن هذا العنصر بيان متى يكون الربح محققاً حتى يمكن توزيعه. ويتطلب ذلك بدوره الحديث عن نقطتين هما: الربح ومتى يكون متحققاً.

أ- الربح: لكي تقوم الشركة بتوزيع أرباح على المساهمين يجب أن تكون قد حققت أرباحاً فعلية من العمليات التي باشرتها وأن تكون هذه الأرباح قابلة للتصرف فيها. فإن لم تحقق ربحاً وأرادت توزيع أرباح على المساهمين أو انتفى منها الشرط الثاني وهو قابليتها للتصرف فيها، فإن هذه التوزيعات سوف تستقطع أو تستنزل من العناصر التي يجب أن تكون في مأمن من الاستفاداة أو الاستهلاك^(٢).

تعتبر الأرباح قد وزعت على خلاف أحكام القانون أو نظام الشركة في حالتين هما:

- 1) د. محمد علي سويلم: حوكمة الشركات في الأنظمة العربية والمقارنة بين التنظيم والمسئولية التأديبية والمدنية والجنائية، نفس المرجع السابق، ص ٤٣٠.
- 2) د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، نفس المرجع السابق، فقرة ١٣٧، ص ٢٦٠.

- **الحالة الأولى:** توزيع أرباح قبل التصديق على الحسابات واثبات وجود أموال قابلة للتوزيع، أو قبل أن تحدد الجمعية العامة الجزء الذي يوزع على الشركاء.

- **الحالة الثانية:** الاستقطاع من رأس مال الشركة، وهذا ما يخالف مبدأ ثبات رأس المال. فرأس المال غير قابل للمساس به. فإن توزيعها للأرباح لن يتأثر إلا باستقطاع من رأس المال، وهو ما تؤممه الفقرة "ه" من المادة "١٦٢" (١).

ويشور تساؤل آخر وهو، هل يعتبر توزيع الأرباح عن طريق الاستقطاع من الاحتياطي بمثابة توزيع لأرباح صورية يعاقب عليها النظام؟

يذهب جانب من الفقه في فرنسا إلى أنه على الرغم من عدم وجود الأرباح، فإنه لا جريمة إذا تم توزيع الأرباح من حساب الاحتياطي. وتقدير مدى صحة هذا الرأي يتطلب التمييز بين أنواع الاحتياطي المختلفة كما يلي:

المقصود بالاحتياطي: هو المبالغ التي تقتطعها الشركة من الأرباح الصافية التي تحققها خلال السنة المالية لمواجهة الحاجات والطوارئ التي قد تعرض لها الشركة في المستقبل (٢)، والاحتياطي له ثلاثة أنواع:

١ - الاحتياطي القانوني:

هو احتياطي يفرض بنص القانون حيث يوجب المنظم على مجلس الإدارة لدى اعداده للميزانية وحساب الأرباح والخسائر أن يجنب من صافي الربح جزء من عشرين على الأقل لتكوين احتياطي قانوني ويجوز للجمعية العمومية بناء على تقرير من مراقب الحسابات وقف تجنيب هذا

(١) انظر حكم محكمة السين الفرنسية في ٧ أبريل سنة ١٩٢٨ جورنال الشركات سنة ١٩٢٩، ص ٤٧٥. أشار إليه: د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للشركات التجارية، نفس المرجع السابق، فقرة ١٣٧، ص ٢٦٠.

(٢) د. محمود سمير الشراوي: الشركات التجارية في القانون المصري، نفس المرجع السابق، ص ٣٦٩.

الاحتياطي، إذا بلغ ما يساوي نصف رأس المال المصدر ويجوز استخدام الاحتياطي القانوني في تغطية خسائر الشركة وفي زيادة رأس المال^(١).
 وجواز استخدام هذا الاحتياطي في تغطية خسائر الشركة وفي زيادة رأس المال. ولكن لا يجوز للشركة التصرف فيه لأنه يأخذ حكم رأس المال^(٢)، ويعتبر ضماناً للدائنين إلى جانب رأس المال^(٣)، ومن ثم لا يجوز بأي حال من الأحوال أن تقرر الشركة توزيع أرباح على المساهمين قبل تجنيب ذلك الجزء من الأرباح - الاحتياطي القانوني - وإلا عُذ ذلك توزيع لأرباح صورية ويبطل القرار الصادر من الجمعية العمومية بالتوزيع. وبناء على ذلك لا يمكن لعضو مجلس الإدارة أو مراقب الحسابات أن يتحجج بوجود احتياطي قانوني لكي يجري توزيعاً مع عدم وجود الأرباح. فعلى فرض صحة ذلك فإن تلك الأرباح قد انتفى منها العنصر الثاني وهو القابلية للتوزيع.

لذا قضى "الأرباح القابلة للتوزيع هي الأرباح الصافية مستنزلاً منها خسائر رأس المال عن سنين سابقة، وأن الأصول الثابتة التي يبيعها المشروع أو يعوض عنها لا يعتبر عائدها من الأرباح التي يجوز توزيعها بل إن الأرباح الصافية لا يجوز صرفها كلما كان ذلك ضرورياً للحفاظ على المركز المالي للوحدة الاقتصادية أو لاستمرار نشاطها ولا مخالفة في ذلك

(١) المادة "١٩٢" من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، ونص نظام الشركات السعودي في المادة "١٢٥" على الآتي: "يجنب مجلس الإدارة كل سنة ١٠٪ من الأرباح الصافية لتكوين احتياطي يسنى الاحتياطي النظامي ويجوز أن تقرر الجمعية العامة العادية وقف هذا التجنيب متى بلغ الاحتياطي المذكور نصف رأس المال...".

(٢) د. رهاب محمود داخلي: الجمعيات العمومية ودورها في إدارة شركات المساهمة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، نفس المرجع السابق، ص ٢٩٢ وما بعدها.

(٣) M. Delmas : droit penal des affaires , P. U. F, Themis , 1973 , P.331.

أشار إليه: د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة، نفس المرجع السابق، ص ٧٨.

لنص المادة (٢٦) من الدستور التي تكفل للعمال نصيباً في الأرباح، ولا تطلق في الوقت ذاته صرفها من القيود، ولو كان تحققها صورياً، أو كان الاستمرار في توزيعها استنزافاً لقدرة المشروع على أداء دوره في مجال التنمية الاقتصادية، أو حائلاً دون تكوين أموال احتياطية يجنبها الأغراض محددة ويستنزها من الأرباح الصافية، بل يتعين دوماً أن يُفسر نص المادة (٢٦) من الدستور في إطار الأغراض التي توخاها، والتي تفترض لضمانها ألا يناقض حق العمال في الحصول على جزء من عائد عملهم، حق المشروع في أن يظل حياً وفعالاً^(١).

٢- الاحتياطي النظامي:

الاحتياطي النظامي هو عبارة عن احتياطي اتفاقي يتم النص عليه في نظام الشركة، وتحدد كل شركة في نظامها شروط تكوين هذا الاحتياطي ونسبته والأغراض التي يستخدم فيها^(٢).

١) المحكمة الدستورية العليا المصرية، جلسة ١ فبراير سنة ١٩٩٧، قضية رقم ٧ لسنة ١٦ ق دستورية عليا.

٢) د. جلال وفاء البديري محمددين: المبادئ العامة في القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ١٩٩٥م، ص ٢٦٨؛ وقد نص المنظم المصري، في المادة "١٩٣" من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات، رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على أنه يحوز أن نص نظام الشركة على تحبب نسبة معينة من الأرباح الصافية لتكوين احتياطي نظامي للأغراض التي يحددها النظام، وإذا لم يكن الاحتياطي النظامي مخصصاً لأغراض معينة جاز للجمعية العمومية العادية بناء على اقتراح مجلس الإدارة مشفوع بتقريب من أقب الحسابات أن تقبل استخدامه فيما بعد بالنفع على الشركة أو على المساهمين؛ وقد نصت على ذلك الفقرة "٢" من المادة "١٢٥" من نظام الشركات السعودي، ويحوز النص في نظام الشركة على تحبب نسبة معينة من الأرباح الصافية لتكوين احتياطي نظامي باسم الاتفاقية مخصص للأغراض التي يحددها النظام المذكور؛ نص نظام الشركات السعودي، في المادة "١٢٦" على أنه: "تستخدم الاحتياطي النظامي في تغطية خسائر الشركة أو في زيادة أسعالمها، وإذا جاز الاحتياطي المذكور نصف رأس المال جاز للجمعية العامة العادية أن تقبله في زيادة على المساهمين؛ وذلك في السنوات التي لا تحقق فيها الشركة أرباحاً صافية تكفي لتوزيع النصيب المقرر لهم في نظام الشركة".

ويترتب على ذلك الآتي:

- إذا كان هناك نص على الاحتياطي في نظام الشركة محدد به الأغراض التي يتم تجنيبه من أجلها، امتنع على الجمعية العمومية أن تقرر استخدامه إلا في الأغراض التي خصص لها، ولكن إذا انتهت الشركة من إنجاز الأعمال التي خصصت لها الأموال التي تجنب من الاحتياطي النظامي ورأت الشركة أن الضرورة والمصلحة تستلزم تغيير تلك الأغراض. فيجوز لها تغيير الأغراض التي خصص لها الاحتياطي النظامي وإضافة أغراض جديدة إذا استدعت مصلحة الشركة ذلك. غير أنه يجب أن نضع في الاعتبار أنه لا يجوز التصرف في الاحتياطي النظامي في غير الأبواب المخصصة لها إلا بموافقة الجمعية العمومية وذلك الأمر يستلزم موافقة الجمعية العمومية غير العادية أولاً؛ لأن الأمر يتعلق بتعديل النظام الأساسي للشركة^(١).

- يوجد قيد على الشركة في التصرف، وهو أن يكون استخدام الاحتياطي فيما يعود بالنفع على الشركة أو المساهمين. ويترتب على ذلك أن قيام الشركة بتوزيع جزء من هذا الاحتياطي على المساهمين باعتباره أرباحاً لا يكون محظوراً، شريطة أن:

❖ يتقرر ذلك بقرار من الجمعية العمومية.

❖ أن تعلن الشركة ذلك صراحة حتى لا ينخدع الغير في مصادر المبالغ الموزعة.

وعلى النقيض من ذلك إذا أعدت الشركة ميزانية زائفة وأثبتت فيها تحقيقاً للأرباح وقامت بتوزيعها على المساهمين، في حين أنها - في حقيقة الأمر - قد استقطعت جزء من الاحتياطي ووزعته باعتباره ربحاً فإنها تكون قد ارتكبت جريمة توزيع أرباح وهمية.

(١) د. محمد حسن الجبر: القانون التجاري السعودي، المرجع السابق، ص ٢٩٩؛
د. حمد الله محمد حمد الله: النظام التجاري السعودي، المرجع السابق، ص ٣٤٣.

٢- الاحتياطي الاختياري أو العر:

يكون في مُكنة الجمعية العمومية بناء على اقتراح مجلس الإدارة تكوين احتياطات أخرى غير الاحتياطي أو النظامي^(١).

ويقصد به أنه يجوز للجمعية العمومية أن تقرره أو لا تقرره فلها مطلق الحرية في ذلك، وعادة ما تقوم الجمعية العمومية العادية بتكوين هذا الاحتياطي لمواجهة أزمة عابرة أو أحداث طارئة^(٢).

وحق الجمعية العمومية في تكوين ذلك الاحتياطي لا يتوقف على ضرورة النص عليه في النظام الأساسي بل يجوز لها تقريره حتى ولو لم يعطها ذلك الحق النظام، فهي تستمد سلطتها في تكوين الاحتياطي الاختياري بنص النظام وبالإضافة إلى ذلك فإن الجمعية العمومية عندما تقرر انشاء احتياطي اختياري يجب عليها أن تحدد مقداره والأغراض التي سينفق فيها، كما يجوز لها الغاؤه أيضاً في أي وقت تشاء، على أنه يجوز أيضاً للجمعية العمومية أن تقرر انفاق ذلك الاحتياطي في غير الأبواب التي خصصتها له^(٣)، وعلى الجمعية العمومية أن توضح الضرورة التي كانت وراء إنشائها احتياطي اختياري حتى لا تكون هناك حجة أمام بعض المساهمين للتجائهم إلى القضاء لمراقبة وجهة الأسباب التي دعت الجمعية العمومية لتكوين ذلك الاحتياطي، والظن على ذلك القرار بالبطالان بحجة إساءة استعمال الحق من جانب الأغلبية في الجمعية العمومية ورغبتهم في حرمان الأقلية من حقيهم في توزيع الأرباح.

(١) الفقرة "هـ" من المادة ١٩٦ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١؛ نصت أيضاً الفقرة "ب" من المادة ١٢٥ من نظام الشركات السعودي على نفس الحكم. للمزيد راجع: د. عبد الهادي محمد سفر الغامدي؛ د. بن يونس محمد حسيبي: القانون التجاري، ط ٢، بدون دار نشر، ١٤٣٠هـ، ص ٢٨٣.

(٢) د. جلال وفاء البدري محمددين: المبادئ العامة في القانون التجاري، المرجع السابق، ص ٢٦٩.

(٣) د. رحاب محمود داخلي: الجمعيات العمومية ودورها في إدارة شركات المساهمة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

ويلاحظ أن هذا النوع لا يعتبر ضماناً للدائنين ، ومن ثم فإنه يجوز للجمعية العمومية توزيعه على المساهمين إذا قررت الاستغناء عنه^(١) دون حاجة إلى قرار من الجمعية العمومية غير العادية ودون أن يحق للدائنين الاعتراض على ذلك ، لأنه ليس رأسمال على خلاف الاحتياطي القانوني ، كما أن المبالغ الموزعة هي أرباح فعلية حققتها الشركة. ولكن متى ظهرت هذه الأرباح في الميزانية في صورة احتياطات ، فلا يجوز توزيعها إلا باعتبارها احتياطي وليس تحت عنوان الأرباح^(٢).

٤- الاحتياطي المستتر:

هذا النوع من الاحتياطي قد يتعمد تكوينه مجلس إدارة الشركة عن طريق تصوير الميزانية على خلاف الواقع ، وذلك بالمبالغة في الخصوم أو المبالغة في بحس قيمة أصول الشركة أو تصوير جانب من حقوقها كديون معدومة أو اخفاء أرباح كبيرة حققتها الشركة. وتكوين هذا الاحتياطي المستر بهذه الطرق يُعد عملاً غير مشروع لا يحق لمجلس الإدارة فعله ، ولو كان يهدف به إلى تقوية مركز الشركة ، ولذلك يجوز للمساهمين أن يطالبوا بتصحيح الوضع وتوزيع المبلغ الموازي للاحتياطي المستر عليهم كأرباح^(٣).

٥- الاحتياطات المتكونة من غير أرباح:

مثال ذلك الاحتياطي الناتج عن إعادة تقييم موجودات الشركة. هل يمكن للشركة أن تقوم بتوزيع هذه الزيادة - أو ذلك الاحتياطي - على أساس اعتبارها ربحاً من أرباح الاستغلال أو الاستثمار؟

- 1) د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق: قانون الشركات التجارية الكويتي رقم "١٥" لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته الجديدة بالقانون رقم "٩" لسنة ٢٠٠٨، معلقاً عليه بآراء الفقه وأحكام القضاء ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩م ، ص ٣٤٠.
- 2) انظر في نفس المضمون: د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة ، المرجع السابق ، ص ٧٥.
- 3) د. حمد الله محمد حمد الله: النظام التجاري السعودي ، المرجع السابق ، ص ٣٤٣ وما بعدها.

في الواقع إن الزيادة الناشئة عن إعادة تقييم الأصول الثابتة للشركة تعتبر بمثابة احتياطي يندمج في رأس المال الذي أعيد تقييمه، ولا يمكن أن يظهر في صورة أرباح. والتوزيع من هذا الاحتياطي يعتبر استقطاعاً من رأس المال، وليس من الأرباح التي تحققت. ففي هذه الصورة تنتفي شروط الأرباح الصالحة للتوزيع لأنها:

- لا تعتبر أرباحاً قد تحققت بالفعل.

- تعتبر أصولاً متوقعة وليست أرباحاً قابلة للتوزيع.

ومن ثم لا يكون التوزيع ممكناً إلا إذا تحولت هذه الأصول إلى نقود، ويشترط ألا توجد خسائر تخصم منها وأن تكون الاستهلاكات محسوبة دائماً بدقة^(١).

ومن الجدير بالإشارة، لا يوجد اعتراض على حق الشركة في تكوين احتياطيات سرية أو إخفاء جزء من أموالها. وإن كان ذلك يمكن أن يدخل تحت طائلة التجريم إذا اعتبرنا هذا الإخفاء منصباً على وقائع جوهرية أو بمثابة بيانات كاذبة أو غير صحيحة من شأنها التأثير على قرارات الجمعية العمومية^(٢).

يثور تساؤل، هل يمكن أن تستخدم هذه الاحتياطيات السرية في القيام بإجراء توزيع قانوني للأرباح؟

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على تحديد طبيعة تلك الاحتياطيات وما إذا كانت تعتبر أرباح حقيقية أم لا.

فتكون الإجابة بإثبات إذا كان ما تم توزيعه هو - في حقيقته - أرباحاً حققتها الشركة، ولم يستقطع من رأس المال. هنا وفي هذه الحالة لا تقوم جريمة توزيع الأرباح الصورية.

- (١) انظر في حكم محكمة باريس في ١٨ يوليو سنة ١٩٧٣، الجازيت ١٩٣٨ - ١ - ١٩٤. نقض جنائي فرنسي ٣ أغسطس ١٩٣٩، بلتان رقم ١٩٤. أشار إليه: د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١٣٧، ص ٢٦٤.
- (٢) وذلك حسب الفقرة "٦ و ٨" من المادة ١٦٢ من قانون الشركات المصري.

أما إذا كانت الشركة لم تحقق أرباحاً إطلاقاً، فإنه لكي يمكن القول بوجود الجريمة يجب أن نصحح الميزانية ونلغي كل العناصر التي وضعت خطأ في جانب الأصول. ونعيد هذه العناصر إلى جانب الخصوم الذي أغفلت وضعه فيها. كما يجب أيضاً أن نعيد إلى جانب الأصول المراكز التي تظهر فيه لأي سبب كان. وهكذا نجد مجموعتين: أصول وخصوم أعيد تكوينها بكاملها وعلى حقيقتها، وعندئذ نستطيع تقدير ما إذا كان يوجد أرباح أم لا^(١).

توزيع الأرباح رغم انخفاض قيمة أصول الشركة:

الفرض هنا أن أحد أو بعض أصول الشركة طرأ عليه انخفاض في قيمته بسبب انخفاض الأسعار. ومع ذلك فإن الشركة حققت أرباحاً في نشاطها الجاري. في هذه الحالة يتعين على المسؤولين فيها أن يقوموا بتعويض الانخفاض في رأس المال قبل توزيع الأرباح^(٢).

ويثور تساؤل، هل الأرباح المستقبلية تعتبر أرباحاً محققة؟

يجب أن ينشأ الربح من عملية تمت من قبل أو عن أموال مستقبلية ولكن شريطة أن تكون مؤكدة الحصول عليها، ومن ثم فإنه لا يكفي الأمل في ارتفاع الأسعار للقول بتحقيق الأرباح.

هل يجوز توزيع الأرباح المخصصة لغرض معين؟

لا تعتبر أرباحاً محققة لأنها غير قابلة للتصرف فيها، والتوزيع منها يعتبر توزيعاً لأرباحاً صورية كونها ليست أرباحاً محققة.

1) Houpin et Bosvieux : *Traité general théorique et pratique des sociétés et associations*, T.11, P1320 ;
Constantin et Gautrat : *Traité de droit penal en matière de sociétés*, P.589.

أشار إليهما: د. حسني أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية، نفس المرجع السابق، فقرة ١٣٧، ص ٢٦٥.

2) د. حسني المصري: شركات الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٨١م، ص ٢٣٨.

ومن الجدير بالملاحظة أنه من الصور الخارجة عن التجريم طبقاً لنظام الشركات السعودي إساءة توزيع الأرباح الحقيقية بين أصحاب الشأن كما لو تم توزيعها دون الالتفات لأولوية أصحاب الأسهم الممتازة، أو دون تمييز بين أسهم رأس المال وأسهم التمتع مثلاً، فما يؤول لأصحاب الأسهم العادية على حساب أصحاب الأسهم الممتازة، أو ما يؤول إلى أصحاب أسهم التمتع على حساب أصحاب أسهم رأس المال يعتبر أرباحاً حقيقية وليست صورية، وبالتالي لا تتحقق فيه أحكام توزيع الأرباح الصورية، ولا شأن لدائني الشركة به، بل هو شأن داخلي للشركة.

ومن ثم فإن إساءة توزيع الأرباح الحقيقية بين أصحاب الشأن هي محل تجريم في قانون الشركات المصري وذلك لأنها تتم بالمخالفة لنظام الشركة طبقاً للفقرة "ه" من المادة "١٦٢"، وهذا ما يجعل النص المصري أكثر شمولاً من النص السعودي بإضافة محل آخر للجريمة وهو التوزيع بالمخالفة لنظام الشركة.

الفرع الثالث

الركن المعنوي

تعد هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي يتخذ فيها الركن المعنوي صورة القصد الجنائي. ويتألف القصد الجنائي من عنصرين، هما: العلم والإرادة. فالعلم يقتضي ادراك الجاني لحقيقة النشاط الاجرامي، وهو أن يعلم الجاني بعدم وجود الجرد أو بالصفة الزائفة للجرد، وأن يتوافر لديه كذلك العلم بالصفة الصورية للأرباح الموزعة، سواء عند توزيعه الأرباح قبل تصديق الجمعية العمومية عليها، أم بتوزيعه أرباحاً لم تتحقق فعلاً^(١).

1) د. محمد علي سويلم: حوكمة الشركات في الأنظمة العربية والمقارنة بين التنظيم والمستولية التأديبية والمدنية والجنائية، المرجع السابق، ص ٤٣٣.

كما يتطلب القصد اتجاه ارادة الجاني إلى توزيع الأرباح الصورية، مما يقتضي توافر سوء النية لديه^(١)، وتحمل النيابة العامة أو هيئة التحقيق والادعاء العام عبء اثبات سوء النية لدى المتهم.

غير أنه من الملاحظ صعوبة اثبات ذلك من الناحية العملية، وقد

ساق البعض معايير تسترشد بها المحكمة في اثبات ذلك منها:

- طبيعة الوظيفة التي يمارسها المتهم في الشركة، والتي قد تفترض علمه بأنه يوزع أرباحاً قبل تصديق الجمعية العمومية.
 - الظروف المصاحبة للتوزيع والتي تسمح باستخلاص سوء النية لدى الجاني، كالوقت الذي باشر فيها وظيفته.
 - دور المتهم في اتخاذ قرار التوزيع.
 - طبيعته وحجم وجسامة الغش، وما إذا كان ظاهراً أم خفياً.
 - مدى صحة المعلومات المحاسبية التي تتوافر لديه.
 - المركز المالي المزعج للشركة، وعدم وجود المستندات المحاسبية.
- وإذا كانت الجريمة عمدية، فلا يكفي توافر الإهمال في حق المتهم لقيامها، ولا يفترض سوء النية، ومن ثم تنتفي المسؤولية الجنائية عن المتهم إذا:

- أثبت أنه لم يكن يمارس عمله وقت توزيع الأرباح.
 - أو أنه دخل الوظيفة بعد توزيع الأرباح.
 - أو أنه لم يساهم مطلقاً في إعداد الميزانية المزيفة^(٢).
- ولا يهيم الباعث على الجريمة في قيام الركن المعنوي أم في نفيه^(٣)؛ مشال ذلك أن يباشر الجاني توزيع الأرباح الصورية دون أي قصد

1) د. أحمد الورفلي: توزيع أرباح الشركات التجارية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٢٨٠ وما بعدها.

2) د. مصطفى كمال طه: جريمة توزيع الأرباح الصورية في شركات المساهمة، مجلة ادارة قضايا الحكومة هيئة قضايا الدولة، السنة ٤، العدد ١، ص ٧٣.

3) د. محمد عيد الغريب: شرح قانون العقوبات، القسم العام، ج ١، النظرية العامة للجريمة، بدون دار نشر، ١٩٩٤م، فقرة ٤٢٦، ص ٦٥٦.

شخصي ، ولا يهم أيضاً أنه كان يعتقد أن هذا التوزيع سوف يؤدي إلى تحسين مركز الشركة. ولكن هذه البواعث يكون لها تأثيرها في تخفيف العقاب.

الفروع الرابع

العقوبة

أولاً: العقوبة في نظام الشركات السعودي:

العقوبة المحددة في نظام الشركات السعودي لجرمة توزيع الأرباح هي العقوبة التي نصت عليها مقدمة المادة "٢٢٩" وهي المعاقبة بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة شهور ولا تتجاوز سنة ، وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف ريال سعودي ولا تتجاوز عشرين ألف ريال سعودي ، أو بإحدى هاتين العقوبتين. كما أن النظام ضاعف العقوبة على من تكررت منه الجريمة.

فالعقوبات هنا نوعان:

١- الحبس:

قيد النظام عقوبة الحبس وضيبتها بأن لا تقل عن ثلاثة أشهر، وأن لا تزيد مدة الحبس عن سنة.

وذلك من باب السياسة الشرعية ؛ حتى تنضبط الأحكام القضائية وتتسجم فيما بينها في الجملة، وهذا أقرب للعدل ؛ لكي لا يقع التفاوت الكبير بين الأحكام رغم تشابه المخالفات، ولكي يعطي القضاة كل حالة ما يناسبها بحسب حجم المخالفة^(١).

٢- الغرامة المالية:

هي في الاصطلاح: الزام الجاني بدفع مقدار من المال إلى بيت مال المسلمين^(٢)، وهي من جنس التعزيرات المالية، التي يحصل بها التأديب والزجر، منعاً من التهاون في الواجبات، أو الجراءة على المخالفات.، وأن لا تزيد عن عشرين ألفاً.

١. د. تركي بن محمد اليحيى: توزيع الأرباح الصورية في الشركات وأحكامه في الفقه والنظام، المرجع السابق، ص ١٥٤.
٢. د. راوية أحمد عبد الكريم الظهار: المقاصد الشرعية للعقوبات في الإسلام، ط ١، بدون دار نشر، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص ٤٠٨.

وقد يجتمعان ومرد ذلك إلى تقدير القاضي واجتهاده في نوع المخالفة وحجمها، وبالنظر إلى مرتكبتها، وإلى الظروف المخففة أو المشددة.

٣ - العقوبة قد تكون تقييرية بين الحبس أو الغرامة حسب تقدير القاضي.

٤ - عقوبة العود^(١) :

العود في اللغة هو الرجوع والارتداد، فهو يفيد التكرار. ولذا فعندما يتكرر وقوع المخالفة النظامية ممن وقعت منه سابقاً فإن النظام يجعل للقاضي سلطة الزيادة في العقوبة إلى ضعف الحد الأعلى المنصوص نظاماً في عقوبتي الحبس والغرامة المالية.

ثانياً: العقوبة في نظام الشركات المصري:

يعاقب نظام الشركات المصري على هذه الجريمة بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويعاقب بهذه العقوبات كل من شارك في أعداد الميزانية المزيفة.

وتضاعف الغرامات في حديها الأدنى والأقصى في حالة العود أو الامتناع عن إزالة المخالفة التي صدر فيها حكم نهائي بالإدانة.

ولا يخل تطبيق هذه العقوبة بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في الأنظمة الأخرى؛ إذ أنه في حالة إفلاس الشركة يحكم على أعضاء مجلس الإدارة ومديريها بالعقوبات المقررة للتفالس بالتدليس^٢ السجن من ثلاث

١ (للمزيد في موضوع العود راجع: د. أحمد حبيب السماك: ظاهرة العود إلى الجريمة في الشريعة الإسلامية والفقهاء الجنائي الوضعي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٥م، وأيضاً راجع: د. سيد حسن البغال: الظروف المشددة والمخففة في قانون العقوبات فقها وقضاء، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، وأيضاً راجع: د. محمد هشام أحمد أبو الفتوح بدوي: النظرية العامة للظروف المشددة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٨٠م، وأيضاً راجع: د. عادل عازر: النظرية العامة في ظروف الجريمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٦٦م؛ د. أحمد عوض بلال: قانون العقوبات، القسم العام، بدون دار نشر، ٢٠٠٠م، بند ٤٩٦، ص ٦٣٤.

سنوات إلى خمس سنوات، إذا ساعدوا على توقف الشركة عن الدفع بتوزيعهم أرباحاً وهمية" حسب المادة ٣٣٢ من نظام العقوبات المصري".
وفضلاً عن ذلك يكون لدائني الشركة أن يطلبوا من المحكمة المختصة ابطال أي قرار صادر بالمخالفة لأحكام الفقرة السابقة ويكون أعضاء مجلس الإدارة الذين وافقوا على التوزيع مسئولين بالتضامن قبل الدائنين في حدود مقدار الأرباح التي أبطل توزيعها كما يجوز الرجوع على المساهمين الذين علموا بأن التوزيع قد تم بالمخالفة لهذه المادة في حدود مقدار الأرباح التي قبضوها" حسب المادة ٤٣ من نظام الشركات المصري".
كما يكون مراقب الحسابات مسئولاً قبل الشركة عن تعويض الضرر الذي يلحقها بسبب الأخطاء التي تقع منه في تنفيذ عمله، وإذا كان للشركة أكثر من مراقب واشتركوا في الخطأ كانوا مسئولين قبل الشركة بالتضامن، وتسقط دعوى المسئولية المدنية المذكورة في الفقرة بمضي سنة من تاريخ انعقاد الجمعية العامة التي تلي فيها تقرير المراقب. وإذا كان الفعل المنسوب إلى المراقب يكون جريمة جنائية فلا تسقط دعوى المسئولية إلا بسقوط الدعوى العمومية، كما يسأل المراقب عن تعويض الضرر الذي يلحق المساهم أو الغير حسن النية بسبب خطئه" حسب المادة ١٠٩ من نظام الشركات المصري^(١).

وأساس ذلك كله أن يقع باطلاً كل قرار يصدر من الجمعية العامة بالمخالفة لأحكام القانون أو نظام الشركة وذلك مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية" حسب نص المادة ٧٦ من نظام الشركات المصري".
التقادم:

حدد المشرع المصري مدد تقادم الدعوى المدنية والجنائية على النحو

التالي:

1) د. محمد علي سويلم: حوكمة الشركات في الأنظمة العربية والمقارنة بين التنظيم والمسئولية التأديبية والمدنية والجنائية، المرجع السابق، ص ٤٣٥.

١ - الدعوى المدنية: تسقط دعوى البطلان بمضي سنة من تاريخ صدور قرار الجمعية العامة المخالفة لأحكام القانون أو نظام الشركة^(١)، وتسقط دعوى المسؤولية المدنية عن تعويض الضرر الذي يلحق الشركة بمضي سنة من تاريخ انعقاد الجمعية العامة التي تلي فيها تقرير المراقب. وإذا كان الفعل المنسوب إلى المراقب يكون جريمة جنائية فلا تسقط دعوى المسؤولية إلا بسقوط الدعوى العمومية.

٢ - بالنسبة للدعوى الجنائية: تسقط هذه الدعوى بمضي ثلاث سنوات تبدأ من يوم وضع الأرباح تحت تصرف المساهمين.
تعدد الجرائم:

يدفع توزيع الأرباح الصوري إلى النصب، فهو يحرك سلسلة من الأعمال التي تنتهي باقتراف جريمة النصب، حيث يعطي توزيع الأرباح الصورية مظهر الشركة الناجحة من الناحية المالية على خلاف الحقيقة، وبالتالي فإنه يغرر بالمساهمين وبالجمهور، فيقبل كثيرون الإكتتاب في الشركة. وهذا يعد من قبيل الوسائل الاحتيالية خاصة وأن ذلك يتم من خلال نشر في الصحف اليومية ويتوقع من مراجعي الحسابات، يتضمن صحة بنود الميزانية، فجريمة النصب يمكن أن تقوم مع جريمة توزيع أرباح صورية إذا كان غرض الفاعل هو تشجيع اكتتاب الجمهور في أوراق الشركة، ويتعلق الأمر عندئذ بتعدد معنوي للجرائم، أما إذا لم يكن هذا الفعل مصحوباً بدعوة إلى الإكتتاب أو كان الإكتتاب غير مرتبط بتوزيع الأرباح الصورية بعلاقة سببية، كما لو اكتتب شخص في أسهم أو سندات لسبب آخر، فإن جريمة النصب لا تقوم، كما لا تقوم جريمة النصب إذا اقتصر توزيع الأرباح الصورية على تشجيع الشخص على الدخول في تعاقدات مع الشركة كبيع أو شراء أو في مزادات أو مناقصات أو مقاولات... ومن هنا كانت أهمية تجريم توزيع الأرباح الصورية بنص خاص.

1. (الفقرة الأخيرة من المادة ٧٦ من نظام الشركات المصري.

المطلب الثاني

تجريم إساءة استعمال أموال وانتماء الشركات التجارية

تمهيد:

كما لا شك فيه أن العلاقة بين النظام الجنائي ونظام الشركات علاقة ثابتة، ذلك أن نظام الشركات ينظم علاقات خاصة يترتب عليها مصالح جماعية ومشاركة تهم الشركاء على وجه الخصوص والغير على وجه العموم، ويأتي القانون الجنائي ليحمي المصلحة الخاصة لكل متعاقد كما يحمي المصلحة الجماعية أو ما يسمى بمصلحة الشركة.

وعلى هذا الأساس فإن المنظم من أجل الحفاظ على مصالح الشركاء والأغيار وكذا مصلحة الشركة، عاقب كل من يستغل أموال الشركة لمصلحته الشخصية أو يتعسف في أموالها بأي وجه من أوجه التعسف بعقوبات زجرية، وهو ما جعل بعض الفقه يطلق وصف النظام الجنائي للشركات التجارية كفرع جديد من فروع القانون الجنائي على مقتضيات الجنائية التي تتضمنها نظام شركات المساهمة في قسيمه الأخير وكذا نظام الشركات التجارية الأخرى.

ويغلب على العقوبات التي تتضمنها المقتضيات الزجرية الخاصة بالشركات الطابع المالي، فهي عبارة عن غرامات مالية في غالبيتها ويرجع السبب في ذلك إلى كون تلك العقوبات هي التي تتلاءم مع الجرائم المرتكبة من طرف أعضاء هذه الشركات الذين لا يهمهم إلا الربح يكون للشركة ذمة مالية مستقلة، وهذه الذمة المالية تتكون من الحصص التي قدمها الشركاء "نقدية وعينية" بالإضافة إلى الأموال الاحتياطية التي تكونها الشركة أثناء حياتها والأرباح التي تحققها من وراء العمليات التي تقوم بها في إطار الغرض الذي أنشئت من أجله، وكافة الموجودات المملوكة للشركة والتي يملكها الشخص المعنوي، بالإضافة إلى الأموال المعنوية التي تتمثل في الأموال التجارية مثل براءات الاختراع⁽¹⁾.

1) د. أكثم أمين الخولي: دروس في القانون التجاري السعودي، المرجع السابق، ص ١٣٤ وما بعدها.

وهذه الأموال تشكل في مجموعها الذمة المالية للشخص المعنوي والتي تكون مستقلة عن ذمم الشركاء ، وهذه الذمة لها جانبان :
الأول : إيجابي ، وهو أن الشركة تكون مالكة للحصص التي قدمها الشركاء ولكافة الأموال المتأتية من الاستغلال الذي تباشره أثناء حياتها .
الثاني : سلبي ، ويشمل الديون التي تسأل عنها الشركة بصفتها شخصاً قانونياً .

وعلى هذا فإن الأموال المقصودة بالحماية الجنائية هي كافة عناصر الذمة المالية للشركة في جانبها الإيجابي ، وبالتالي فإن الاعتداء على أي عنصر من عناصر الذمة المالية للشركة في جانبها الإيجابي ، يدخل في نطاق الأفعال غير المشروعة التي تنال من هذه الأموال المقصودة بالحماية^(١) .
إفراد نظام خاص لحماية أموال الشركات المساهمة في القانون المصري :

استبعد المنظم المصري القواعد العامة التي تسري على حماية المال الخاص بالنسبة لأموال الشركات المساهمة . فقد نظم المشرع تلك الحماية على غرار حمايته للمال العام . فهناك جريمة اختلاس أموال الشركات المساهمة والتي تقع من أي مدير بالشركة أو حتى من عامل بها ، إذا كان المال محل الاختلاس مسلماً إليه بسبب عمله^(٢) . وهناك جريمة إذا لم يكن المال في حيازة الفاعل . وتقوم هذه الجريمة الأخيرة على غرار الاستيلاء على المال العام ، أي كان شكل النشاط ، أي سواء اختلس الفاعل المال أو تحصل عليه عن طريق استعمال وسيلة احتيالية تشكل جريمة النصب وفقاً للقواعد العامة^(٣) .

وعلى هذا فإن سلوك المدير الذي يختلس مالا من أموال الشركة ، والذي كان يمكن أن يمثل جريمة خيانة أمانة وفقاً للقواعد العامة ، أصبح جريمة اختلاس لمال شركة مساهمة ، هذه الجريمة ، على خلاف جريمة

- 1 (د. سعد بن محمد شايح القحطاني : الحماية الجنائية للشركات التجارية في النظام السعودي ، المرجع السابق ، ص ١٦٩ .
- 2 (الفقرة "١" من المادة "١١٣" مكرر من نظام العقوبات المصري .
- 3 (الفقرة "١" من المادة "١١٣" مكرر من نظام العقوبات المصري .

خيانة الأمانة، هي من الجنايات، حيث تعاقب الفقرة " ٢ " من المادة " ١١٣ " مكرر من قانون العقوبات المصري بالسجن، هذا من ناحية^(١).

ومن ناحية أخرى فإن المنظم المصري قد أغنى الفقه والقضاء من الخوض في تفسير " الاستعمال " كصورة من صور النشاط في هذه الجريمة عندما جرم الاستيلاء على مال شركة مساهمة بدون نية التملك^(٢).
سريان القواعد العامة في خيانة الأمانة في القانون الفرنسي على مديري الشركات التجارية:

تسري القواعد العامة في تجريم خيانة الأمانة في القانون الفرنسي على مديري الشركات التجارية، مع مراعاة الملاحظات الآتية:

١ - يجب أن يتخذ النشاط شكل اختلاس أو تبديد حتى يقع تحت طائلة التجريم الخاص بخيانة الأمانة " مادة ٣١٤ - ١ " عقوبات فرنسي^(٣) فلا يعاقب قانون العقوبات الفرنسي على الاستعمال تحت هذا الوصف، وذلك على عكس القانون المصري.

وعلى هذا فإن أعمال الإدارة التي يأتياها مدير الشركة لا تسري بخصوصها أحكام خيانة الأمانة على الرغم من خطورتها أحياناً بالنسبة للشركة ومن ذلك التوقيع على الأوراق التجارية (كميالة - سند إذني - شيك)^(٤).

(١) د. غنام محمد غنام: تجريم إساءة استعمال أموال واثمان الشركة المساهمة خطوة تحتّمها الأزمة المالية العالمية، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر تحت عنوان "الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، في الفترة من ١ - ٢ أبريل سنة ٢٠٠٩م، ص ٧٦٤.

(٢) الفقرة " ٢ " من المادة " ١١٣ " مكرر من قانون العقوبات المصري.

3) Article 314-1: L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.

L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.

4) A. TOUFFAIT . J. ROBIN . AUDUREAU . J. LACOSTE: Délits et sanctions dans les sociétés , éd . Sirey , p.256.

على خلاف ذلك يعد الرهن^(١) تصرفاً قانونياً يكشف عن ظهور الفاعل بمظهر المالك بالنسبة للشيء المرهون وبالتالي تقع به خيانة الأمانة. ولا يجوز دون وقوع جريمة النصب من المدير إذا استولى على مال مملوك للغير في مقابل هذا الرهن.

غير أن هذا لا يحدث دائماً، إذ قد يبرم الرهن على اعتراف المدير بأن الشيء المرهون مملوك للشركة، أي أنه يرهنه لحسابها؛ لأنه يمثل الشركة عادة أمام الغير. فقد يتجاوز المدير اختصاصاته ولكنه لا يرتكب بالضرورة خيانة أمانة، خاصة إذا ورد الرهن على منقول لا يستلزم القانون إجراءات نظامية لرهنه كتلك التي يتطلبها في رهن العقارات. فقد يكون من بين هذه الإجراءات موافقة الجمعية العمومية لشركة إذا تطلب نظام الشركة ذلك. وعلى العموم فإن جريمة خيانة الأمانة لا تقوم بالنسبة للعقارات التي تتطلب رهناً رسمياً. وهذا وجه آخر للقصور في تجريم خيانة الأمانة وعدم إمكان تطبيقه على رهن عقار للشركة بالمخالفة للقواعد المعمول بها في نظام الشركة^(٢).

وبالمثل فإن المدير الذي يقرض أحد أقاربه من أموال الشركة لا يرتكب بالضرورة خيانة الأمانة إذا كان من سلطته أن يقوم بالإقراض لمصلحة الشركة.

٢- ينطبق وصف خيانة الأمانة في القانون الفرنسي على المديرين وأعضاء مجلس الإدارة لأنهم في مركز الوكلاء عن الشركة، أما العاملون

(١) يتطلب عقد الرهن توافر شروط محددة لقيامه، فيجب أن يكون هناك اتفاق بين الدائن والمدين على وضع الشيء الخاص بالمدين رهناً لضمان دين الدائن، كما يجب أن يتم تسليم الشيء المرهون إلى الدائن وذلك ضماناً لدينه قبل المدين، وأخيراً يجب أن تتجه نية المدين إلى إعطاء الدائن حق الأفضلية على الشيء المرهون. للمزيد راجع:

J.Borricand : détournement et destruction d'objets saisis ou mis en gage. J.X.P, 1982, art 400.

(٢) د. غنام محمد غنام: تجريم أساءة استعمال أموال واثمان الشركة المساهمة خطوة تحتها الأزمة المالية العالمية، المرجع السابق، ص ٧٦٤.

في الشركة في الأعمال الإدارية أو الفنية في المصانع ، فليس لهم إلا يداً عارضة على ما بحوزتهم من منقولات ، ومن ثم فإنهم يرتكبون جريمة السرقة إذا اختلسوا شيئاً من ذلك ويختلف ذلك عن الوضع في القانون المصري لأنه أفرد تجزئاً خاصاً لاختلاس أموال شركة مساهمة التي وجدت في حياة المدير أو العامل وجعل منها جنائية وليس مجرد جنحة .

ويختلف الوضع في القانون الفرنسي إذا عهد المدير أو أحد المسئولين " كأعضاء مجلس الإدارة " لأحد عمال الشركة بحيازة بضائع أو أدوات حيازة ناقصة ، أي بعيداً عن مكتب أو مصنع الشركة للقيام بعمل من الأعمال لبيعها أو اصلاحها. ففي هذه الحالة يعتبر العامل في مركز الوكيل ومن ثم يرتكب جريمة خيانة الأمانة إذا اختلسها أو بددها ، ذلك أنه يجوز للوكيل " المدير أو المسئول عن الشركة " أن يوكل الغير " مثل العامل " في القيام بعمل قانوني أو مادي بحيث تنتقل الحيازة الناقصة إليه ^(١) .

ومن ثم إذا تم توكيل شريك في شركة ذات مسئولية محدودة من طرف أحد المديرين في القيام بأعمال معينة كالأعمال المصرفية من سحب وإيداع يصبح في مركز الوكيل ومن ثم يرتكب جريمة خيانة الأمانة ، إن هو قام بالنشاط المكون لها .

٣ - وصف خيانة الأمانة هو الذي ينطبق على تصرفات المدير في علاقته بالأموال التي تلقاها من شخص آخر حتى ولو كان هذا الأخير شريكاً . طالما أن هذه الأموال لم تدخل الذمة المالية للشركة ^(٢) .

ومن ثم يتم إدانة مدير الشركة كانت تمر بضائقة مالية تلقى مبلغاً من المال من أحد الشركاء مع وعد من المدير بتعيين هذا الأخير في مركز مسئولية في الشركة عن جريمة خيانة أمانة إذا كان الاتفاق بينهما أن يتم ايداع المبلغ في حساب محمد لصالح الشركة انتظاراً لقيام الشركة بزيادة

- 1) د. غنام محمد غنام : الحماية الجنائية للاذخار العام في شركات المساهمة ، المرجع السابق ، ص ١٢٧ .
- 2) د. غنام محمد غنام : تجريم إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمها الأزمة المالية العالمية ، المرجع السابق ، ص ٧٦٧ .

رأس مالها، فقام المدير بإيداعه في حساب جاري للشركة ولا تقوم في علاقته بالطرف الثاني في الاتفاق؛ لأننا عندئذ نصبح أمام عقد وكالة مع هذا الموكل وليس مع الشركة.

الأسباب الداعية إلى تجريم إساءة استعمال أموال وإتقان الشركة:

يبدو تجريم خيانة الأمانة قاصر عن مدم مظلة الحماية إلى مجال الشركات وخاصة شركات المساهمة؛ نظراً لعدم انطباقه في حالات كثيرة تهدد مصلحة المساهمين. وهي:

١ - أعمال الإدارة: تتمثل في استعمال الشركة كالتوقيع على ورقة من الأوراق التجارية "شيك - كمبيالة - سند إذني" الذي يلزم الشركة والذي يمكن أن يكلفها مبالغ كبيرة^(١)، ولو لم يتوفر لدى الموقع نية أن يستولي على قيمة الورقة لنفسه، بل مجرد مجاملة شركة أخرى أو شخص آخر.

ومن أعمال الإدارة أيضاً التي لا ينطبق عليه وصف خيانة الأمانة: سلطة المدير في صرف المكافآت، كما لو قرر صرف مكافأة له أو لغيره ممن يرتبط بهم بروابط القرابة أو الصداقة^(٢).

٢ - أعمال الامتناع لا يصدق عليها وصف خيانة الأمانة.

٣ - كثيراً من أعمال التصرف لا ينطبق عليها وصف خيانة الأمانة، مثل ضمان دين شركة أخرى أو شخص ثان أو المدير نفسه، كما لو وافق المدير على أن تكون شركته ضامنة لدين شخص خاص به أو أحد أقاربه أو شركة أخرى. كما لا تقع خيانة الأمانة إذا قدم مالاً على سبيل الرهن ليضمن به ديناً شخصياً أو ديناً مستحقاً على شركة أخرى^(٣).

1) Jean Larguier : Droit penal des affaires , éd. Collin , 1975 , p.239.

٢) د. غنام محمد غنام: تجريم إساءة استعمال أموال وإتقان الشركة المساهمة خطوة نحوها الأزمة المالية العالمية، المرجع السابق، ص ٧٦٨.

٣) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، ص ١٣٠.

ولا تعد الكفالة وكذلك الرهن من قبيل الاختلاس طالما قدم المال بوصفه من أموال الشركة. كما لا يعد الضمان أو الرهن من قبيل التبديد طالما لم يؤدي ذلك إلى بيع مال من أموال الشركة. أي طالما تم تسديد الدين ولم يترتب على تلك الأعمال ضياع المال على الشركة، فالتبديد لا يكون إلا في حالة ضياع المال بتصرف قانوني أو بتصرف مادي^(١).

لا ينطبق وصف خيانة الأمانة على التصرفات التي ترد على العقارات^(٢). فهذه الجريمة تقتصر في حمايتها على المنقولات.

تجريم القانون الفرنسي لإساءة استعمال أموال الشركة:

أدخل المنظم الفرنسي للأسباب السابق ذكرها، تجريم إساءة استعمال أموال الشركة^(٣) منذ ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥، نظراً لخطورة دور الشركات خاصة المساهمة والتوصية بالأسهم من الناحية الاقتصادية.

غير أن المشرع الفرنسي لم يحط بالأموال العامة لهذا القدر من العناية، فلا يجرم القانون الفرنسي إساءة استعمال الأموال العامة، مما يخلق وضعاً متناقضاً حيث يوفر المنظم للأموال الخاصة بالشركات حماية

1 (د. رؤوف عبيد: جرائم الاعتداء على الشخص والاموال، دار الفكر العربي، ١٩٨٥م، ص ٥٧٨.

2 (لأن العقارات ليس هناك خوف على مالها فله حق تتبعها، للمزيد راجع: حسني مصطفى: جريمة خيانة الأمانة في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧م، ص ١١، وأيضاً: د. أحمد لطفي السيد: أصول القسم الخاص في قانون العقوبات، الجزء الثالث، جرائم الاعتداء على الأموال، ط ٣، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م، فقرة ١٤٢، ص ٢١٧.

3 (من التشريعات العربية التي أخذت بهذه الجريمة نظام الشركات الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠، والذي نص في مادته رقم ٢٤٦ في فقرتها السادسة على أن كل عضو مجلس إدارة أو مدير أو مصفي مستغل بهذه الصفة أموال الشركة أو اسمها لتحقيق منافع شخصية له أو لغيره بطريق مباشر أو غير مباشر وعاقب عليها بالحبس الذي لا تزيد مدته على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين بالإضافة إلى رد قيمة ما حصل عليه أو غيره من منافع، وتعويض الأضرار التي تصيب الشركة أو الغير.

أكثر من تلك التي يقررها للأموال الأميرية، ويعزى هذا إلى طبيعة المجتمع الرأسمالي الذي يتعاظم فيه دور الشركات الخاصة في الاقتصاد القومي^(١). ولكن هذا لا يكفي لتبرير الوضع القائم ومن ثم ينبغي التدخل من المنظم لرفع هذا التناقض، ويكون ذلك بتجريم إساءة استعمال أموال الشركة.

ومن هنا بات ضرورياً أن يلتفت المنظم السعودي^(٢) والمصري، إذا ما قرر أن يدخل جريمة إساءة استعمال أموال الشركة في نطاق شركات المساهمة، إلى تفادي هذا التناقض وذلك بتجريم مثيله بالنسبة للأموال العامة.

أركان جريمة إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة: أساس التجريم:

جرمت المادة ٣٤٢- من التقنين التجاري الفرنسي إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة بقولها: " كل رئيس أو مدير أو مدير عام في شركة مساهمة، استعمل بسوء نية أموال وائتمان الشركة في أغراض كان يعلم أنها مخالفة لمصالح الشركة، لتحقيق أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أخرى أو مشروع آخر له فيها مصالح شخصية بطريق مباشر أو غير مباشر"، وعاقبت على ذلك بالحبس مدة خمس سنوات والغرامة مقدارها ٣٧٥ ألف يورو. من هذا النص يتضح أن الأمر يتعلق بجريمة عمدية وليس بمجرد

(١) د. غنام محمد غنام: تجريم إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمها الأزمة المالية العالمية، المرجع السابق، ص ٧٧٠.

(٢) القاعدة هي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص، وبحسب الاستقرار للأنظمة السعودية فإن جريمة خيانة الأمانة لم يتم تجريمها في نظام مستقل بذاته كما هو الحال في القانون المصري، وإنما ورد تجريم صورها في بعض الأنظمة السعودية مما أثار التباساً في ضبط أحكامها وتعيين معالم الأفعال المندرجة تحتيها، لذلك ينبغي على المنظم السعودي سرعة التدخل لتشريع نظام خاص بهذه الجريمة على غرار ما فعل في جريمة التزوير وغيرها من الجرائم الجنائية، ليجمع صورها المشتتة والمتفرقة تحت مظلة نظام واحد وجهة تحقيق واحدة.

إدارة سيئة التقدير وأن الركن المادي يتمثل في نشاط حدد القانون ملاحظه^(١).

هذا التجريم الذي يعرفه القانون الفرنسي لم يأخذ به القانون المصري ولا النظام السعودي^(٢) غير أن المنظم المصري يعاقب على استعمال أموال شركات المساهمة بغير نية التملك حسب المادة ١١٣ مكرر من قانون العقوبات المصري^(٣). هذا التجريم لا يتطابق مع إساءة استعمال أموال الشركة في القانون الفرنسي الذي يحمي الائتمان في الشركة، ومن هنا جاءت المصلحة في التجريم حيث يحمي المنظم هنا الذمة المالية للشركة التي تنفصل عن الذمة المالية للمديرين، بحيث لا يتصرفون أو يستعملون أموال الشركة أو ائتمانها وكأنهم يمتلكونها^(٤).

ولتبيان أركان هذه الجريمة سوف أقسم هذا المطلب إلى أربع فروع كما يلي:

الفرع الأول: الشرط المفترض.

الفرع الثاني: الركن المادي.

الفرع الثالث: الركن المعنوي.

الفرع الرابع: العقوبة

(١) د. غنام محمد غنام: تجريم إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمها الأزمة المالية العالمية، المرجع السابق، ص ٧٧٢.

(٢) د. سعد بن محمد شايع القحطاني: الحماية الجنائية للشركات التجارية في النظام السعودي، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٣) حيث نصت على الآتي "كل رئيس أو عضو مجلس إدارة إحدى شركات المساهمة أو مدير أو عامل بها اختلس أموالاً أو أوراقاً أو غيرها وجدت في حيازته بسبب وظيفته أو استولى بغير حق عليها أو سهل ذلك لغيره بأية طريقة كانت يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنين.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين والغرامة لا تزيد على مائتي جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين إذا وقع فعل الاستيلاء غير مصحوب بنية التملك.

(٤) قضى في خصوص شركة توصية بسيطة أن المدير يرتكب جريمة خيانة الأمانة حتى ولو كان يملك ٩٨٪ من رأس مال الشركة. للمزيد راجع:

C.Ducouloux-favard: droit penal des affaires , éd, Masson , 1987 , p.89.

الفرع الأول الشرط المفترض

الفاعل في جريمة إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة

إن جريمة إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة، ليست من الجرائم التي يمكن ارتكابها من طرف أي شخص، حيث نجد أن النصوص المجرمة لها قد حددت وبصفة حصرية الفاعلين وأن هذا التعداد الحصري قد جاء مطابقاً لمبدأ التفسير الضيق للقانون الجنائي الذي يمنع امتداد مجال تطبيق الجريمة إلى غير هؤلاء الأشخاص الذين لا يمكن متابعتهم كفاعلين أصليين للجريمة، وفي هذا الإطار فمن أهم الفوارق التي يكون فيها مجال جريمة خيانة الأمانة أوسع من مجال تطبيق إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة يتعلق بالأشخاص المعنيين بهما، فجريمة خيانة الأمانة تطبق على جميع الأشخاص عكس ما هو عليه في جريمة إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة.

لذا يعد الفاعل في هذه الجريمة هو رئيس مجلس الإدارة أو عضو في مجلس الإدارة أو المديرون. وبالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة فإن الفاعل هو المدير، وذلك نظراً لوجودهما الدائم على رأس هذه الشركات، إذ يتمتع بموجب مهامه بسلطات تسمح له باستعمال أموال الشركة وكأنها أمواله الخاصة متناسياً بذلك ضرورة عدم الخلط بين ذمته المالية وذمة الشركة التي كان من المفروض أن يعتني بها ويحافظ عليها لأنها ملك لشخص معنوي^(١)

وعلى ذلك فإن جريمة إساءة استعمال أموال وائتمان الشركات التجارية هي جريمة من جرائم ذوي الصفة الخاصة، وبالتالي لا ينطبق النص في حالة ارتكاب الجريمة من أي شخص آخر بخلاف المدير أو رئيس مجلس الإدارة أو أحد أعضائه. كما أن هذا التجريم خص هؤلاء نظراً إلى

1 (زكري ويس مائة الوهاب: جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الإخوة منتوري "قسنطينة"، ٢٠٠٤م - ٢٠٠٥م، ص ١٠٨.

إنهم هم المسئولين عن ادارة الشركة ، وقد وضع أساساً لسد النقض في قانون العقوبات ، وذلك عندما يتصرفون في أموال الشركة وكأنها اموالهم الخاصة.

المدير القانوني والمدير الفعلي:

رئيس وأعضاء مجلس الإدارة والمديرون هم الفاعلون في جريمة إساءة استعمال أموال الشركة ، والسبب في اقتصار التجريم على سلوك المسئولين في شركات المساهمة هو أنهم في مركز الوكيل. ولهذا فإنهم مخاطبون أصلاً بالتجريم عن خيانة الأمانة وفقاً للقواعد العامة. ولما كانت تلك القواعد تقف عاجزة امام الوضع المتميز للشركات والإمكانات المتاحة أمام المسئولين إساءة استعمال أموال الشركة دون انطباق النموذج القانوني لجريمة خيانة الأمانة على سلوكهم. فإن المنظم الفرنسي اختار تجريم إساءة استعمال أموال الشركة^(١).

مفهوم المدير الفعلي:

أن تحديد مفهوم المدير الفعلي مسألة صعبة، لذلك فهذه الصفة تنطبق على الأشخاص الذين رغم تنصبيهم قانونياً أو بموجب النظام الأساسي أو بتفويض من السلطات، يمارسون في الواقع سلطة الادارة والتسيير ومراقبة نشاط وسير الشركة^(٢).

فغالباً ما يكون هذا المدير شريكاً في الشركة التي لا يديرها بصفة قانونية، لكنه يتدخل في تسيير عمل الشركة حتى أنه يعتبر في الحقيقة المتصرف في الأعمال حيث لا يكون المسير القانوني في هذه الحالة سوى واجهة ظاهرة أمام الغير دون أن يكون هو صاحب القرار الحقيقي^(٣).

(١) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة،

المرجع السابق، فقرة ١٢٦، ص ١٦٣.

2) Jean Paul Antona ; François Langlart ; Philippe Colin: La responsabilité pénale des cadres dirigeants dans le monde des affaires , Dalloz 1996 avec le soutien de la foundation HEC , p.156.

3) Annie Medina : Abus de bien sociaux , Prévention – Détection – Poursuite , Dalloz , Référence droit de l'entreprise Dalloz 2001 , p.200.

وبذلك فالمسير الفعلي أو ما يطلق عليه في القانون الإنجليزي مدير الظل، هو ذلك الذي يسير الشركة من الناحية الفعلية لكنه لا يظهر في الصورة لأسباب متعددة ومختلفة، فهو عادة ذلك الشخص الذي له تأثير واضح على القرارات التي يتخذها مجلس الإدارة وهذا راجع لما له من نفوذ في الشركة كامتلاكه مثلاً لأغلبية الأصوات في الجمعية العامة أو بسبب سيطرة شركته على الشركة محل النزاع دون أن يكون من بين القائمين بالإدارة فيها بصفة رسمية^(١).

وبناء على ما تقدم وأمام غياب تعريف قانوني "نظامي" للإدارة العامة، فهل كل قيام بعمل من أعمال الإدارة يجعل من القائم به مديراً فعلياً؟

يتنازع هذا الموضوع معياران يسمحان بتكييف الإدارة الفعلية، يتمثل الأول في معيار الظهور، والثاني في معيار أعمال التصرف.

وفقاً لمعيار الظهور يكفي أن يقدم الشخص إلى الغير المتعامل مع الشركة على أن بيده زمام الأمور في الشركة وأنه صاحب التصرف فيها، بمعنى أن يمارس نشاط إدارة الشركة بطريقة مستقلة، أي أن تكون له سلطة التصرف كما يشاء دون الخضوع إلى أوامر رئيس تدريجي أو طاعته وهذا خلافاً للأجير الذي يكون في وضع تبعية، ومثال ذلك أن يوضع تحت تصرف الشخص دفتر شيكات خاص بالشركة موقفاً عليه على بياض من المدير القانوني أو أن يحتفظ بمستندات الشركة المحاسبية في منزله أو في مكتبه بالشركة وأن يقوم بنفسه بالرد على الخطابات الواردة إلى الشركة وتوقيع الصادر منها على أنه القائم بأعمال الإدارة فيها، أي أنه يمارس مهامه بكل استقلالية ويلاحظ أن هذه الخاصية تتعلق بسلطات الإدارة^(٢).

1. د. غنام محمد غنام: المسؤولية الجنائية للتاجر ومدير الشركة عن جرائم الإفلاس، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م، ص ٥١.
2. زكري ويسن مائة الوهاب: جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، المرجع السابق، ص ١١٨.

أما وفقاً لمعيار أعمال التصرف، فإنه لا يكفي بمظاهر الإدارة الفعلية بل يقتضي أن يصدر من الشخص أعمال للتصرف حتى يكتسب صفة المدير الفعلي إذا كانت هذه الأعمال لا تصدر إلا من المدير القانوني للشركة، بمعنى يجب أن يقوم بأعمال إيجابية في الإدارة أي التدخل في التسيير اليومي للشركة أو تولي تسيير الشركة على الدوام ويكون الحال كذلك عند اتخاذ لقرارات هامة كتعيين موظفين جدد، شراء معدات جديدة، سحب وإيداع أموال خاصة بالشركة، التوقيع على الأوراق التجارية... الخ، بمعنى أنه يتحقق العلم بوجود إدارة فعلية بمقارنة السلطات الممارسة من السير الفعلي بتلك التي يمارسها عادة المسيرين القانونيين، فامتلاك السلطات يمكن أن يستخلص أيضاً من العقود التي يبرمها المدير الفعلي إذ أن إبرام بعض العقود تثبت حقيقة السلطة التي يملكها الشخص الذي أبرمها، والتسيير الفعلي في الشركة ذات المسؤولية المحدود يمكن أن يلاحظ مثلاً من خلال قيام المدير الفعلي بإدارة الشركة أو من خلال علاقاته مع الموردين وغيرها⁽¹⁾.

وما يلاحظ هو امكانية اجتماع المعيارين معاً، فيظهر الشخص أمام الغير مع الشركة على أنه مدير الشركة والمتصرف في أموالها وتطبيقاً لذلك قضى " بأنه إذا كان من الثابت أن المتهم هو صاحب الكلمة في الشركة وأنه هو المدير الحقيقي لها وأنه استخدم المدير الرسمي كواجهة أو ستار يختفي وراءه وأنه لجأ إلى الإدارة الفعلية لأنه ليس من حقه إدارة الشركة لسبق الحكم عليه في جريمة تجعل من المحذور عليه تولي الإدارة بصفة قانونية " نظامية"، بأنه يعتبر مديراً فعلياً للشركة ويخاطب بالتالي بأحكام جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة⁽²⁾.

- 1) زكري ويس مائة الوهاب: جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، المرجع السابق، ص ١١٨ وما بعدها.
- 2) د. غنام محمد غنام: المسؤولية الجنائية للتاجر ومدير الشركة عن جرائم الإفلاس، المرجع السابق، ص ٥٢.

وبناءً على ذلك، فإنه يمكن الميل إلى عدم الاكتفاء بمعيار الظهور وحده أو أعمال التصرف وحده أو الجمع بينهما، بشكل لا يعتبر فيه الشخص مديراً فعلياً إلا إذا ظهر من خلال أعمال التصرف التي يقوم بها والتي لا تصدر عادة إلا من مدير الشركة بمظهر المدير أمام الغير. غير أنه تجدر الإشارة إلى أن فعلاً أو عملاً لا يمكن أن يُمنح صفة المدير الفعلي للشخص القائم به فالتدخل في التسيير والإدارة يقدر من خلال التصرفات الاعتيادية للمعنى، فهذه هي الميزة: أي القيام بأعمال الإدارة بصفة مستمرة والتي تُقرب المدير الفعلي إلى المدير القانوني حيث يعتمد في وصف أو تكييف المدير الفعلي هنا على شهادات الزبائن والموظفين القدامى أو المساعدين الذين يقدمون المتهم كمسير للشركة^(١).

أمثلة عن الإدارة الفعلية في نظام الشركات الفرنسي^(٢):

- الشريك صاحب الأغلبية الذي يستفيد من الأجرة الأكثر ارتفاعاً والذي كان مكلفاً بالتفاوض مع العملاء باسم الشركة ويتولى توجيه نشاطهم الاجتماعي.
- الشريك الأجير الذي يتمتع بسلطات واسعة للإدارة والتنظيم واتخاذ القرار ويتقاضى أجرة ومنافع عينية تقارب منافع رئيس الشركة في مستوى يجعله مديراً فعلياً.
- الأجير الذي يتخذ قرارات هامة مثل توظيف العمال وإعادة تنظيم الشبكة التجارية وتنظيم الانتاج.

مسئولية المدير الفعلي للشركة:

يتساوى في المسؤولية الجنائية مع مدير الشركة سواء كان مديراً طبقاً لنظام الشركة وذلك لتوافر الشروط القانونية "النظامية" التي يتطلبها نظام

1) Annie Medina : Abus de bien sociaux , Prévention - Détection - Poursuite , Dalloz , Référence droit de l'entreprise , op.cit , p.202.

(٢) زكري ويس مائة الوهاب: جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، المرجع السابق، ص ١١٩.

الشركة حتى يعد كذلك أو كونه مديراً فعلياً، وبالتالي تطبيق النصوص الخاصة على المدير سواء أكان مديراً قانونياً أم مديراً فعلياً.

ومن ثم فإن من يقوم بالإدارة بطريقة فعلية دون أن يكون من بين من أوكلت اليهم الجمعية العمومية رسمياً الإدارة، ذلك أنه في بعض الحالات يحظر على الشخص أن يقوم بإدارة الشركة المساهمة لسبب قانوني كالحكم عليه في جريمة من الجرائم التي ينص عليها القانون أو الحكم عليه في جنائية أو جنحة عن سرقة أو نصب أو خيانة أمانة أو تزوير أو تفالس أو بعقوبة من العقوبات المنصوص عليها في المواد ١٦٢ / ١٦٣ ، ١٦٤ من هذا القانون^(١). وهنا يضطر هذا الشخص الممنوع من الإدارة رسمياً أن يساعد أحد معاونيه على تولي الإدارة من الناحية النظامية، ويقوم هو بالإدارة الفعلية^(٢). ومن ثم يمكن أن تقع جريمة استعمال أموال الشركة من المدير الفعلي في مناسبات كان يقوم شخص يمتلك أغلبية الأسهم، بتوجيه تعليمات إلى المديرين القانونيين للشركة.

حكم المدير الفعلي في نظام الشركات المصري :

تستلزم المادة ١١٣ مكرر من قانون العقوبات المصري لوقوع جريمة اختلاس أموال شركة مساهمة أو جريمة الاستيلاء بدون نية التملك أن يكون الفاعل أما أن يكون :

- رئيس أو عضو مجلس إدارة إحدى شركات المساهمة.
- مدير إحدى شركات المساهمة.
- عامل بإحدى شركات المساهمة.

ومن ثم إذا لم يكن الفاعل يعمل بالشركة، فإنه لا يسأل عن هذه الجرائم بوصف الفاعل الأصلي.

(١) مادة " ٩٨ " من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في مصر.

2) C.Ducouloux-favard: droit penal des affaires , op.cit , p.22.

أشار إليه : د. غنام محمد غنام : الحماية الجنائية للاذخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، فقرة ١٢٦ ، ص ١٦٣.

وفي هذا يختلف النص المصري عن النص الفرنسي الذي يعاقب على إساءة استعمال أموال الشركة والذي يسمح بعقاب المدير الفعلي للشركة مثله في ذلك مثل المدير القانوني الأصلي في الجريمة.

بيد أن هذا لا يمنع من مساءلة المدير الفعلي في مصر عن هذه الجرائم بوصفه شريكاً للمدير القانوني أو العامل بالشركة الذي سهل له الاستيلاء على أموال الشركة، حتى ولو كان الركن المادي قد صدر من هذا المدير الفعلي، طالما أن مديراً قانونياً أو عاملاً بالشركة قد سهل له هذا الفعل بسلك إيجابي أو بسلك سلبي^(١).

ومن الجدير بالملاحظة أن المادة ١١٣ مكرر عقوبات قد خالفت القواعد العامة في المساهمة الجنائية عندما مساواة بين ارتكاب الجريمة وتسهيل ارتكابها، فأى من النشاطين يجعل المدير أو العامل بالشركة فاعلاً أصلياً في الجريمة؛ لأن لو ترك المنظم أمر التسهيل للمبادئ العامة لما عوقب الموظف أو من في حكمه بأكثر من عقوبة الشريك في الجريمة التي تقع ممن يستولي على المال^(٢) لأن المدير الفعلي لا يرتكب التسهيل في العادة دون اقتسام الغنم^(٣)، فهو تسهيل عمدي في الظاهر يعطي استيلاءً فعلياً وخفياً مما قد يتعذر اثباته أو متابته، وهذا ما حدا بالشرع إلى تناوله بالنص باعتباره فاعلاً إجرامياً متكافئاً ومتعادلاً مع فعل الاستيلاء ذاته، وتخلص من ذلك إلى أن مجرد تسهيل ارتكاب الجريمة هو مما يكفي لمساءلته فاعلاً أصلياً^(٤).

(١) د. غنام محمد غنام: تجريم إساءة استعمال أموال وإثتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمها الأزمة المالية العالمية، ن المرجع السابق، ص ٨٠١.

(٢) د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، ط ٤، دار النهضة العربية، ١٩٩١م، ص ٢٦٧ وما بعدها.

(٣) د. عبد المهيمن بكر: القسم الخاص في قانون العقوبات، ط ٧، دار النهضة العربية، ١٩٧٧م، ص ٣٨٢؛ د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط ٢، دار النهضة العربية، ١٩٩٤م، فقرة ١٥٨، ص ١١٤.

(٤) والبعض يعتبره شريكاً وفقاً للقواعد العامة، ولكنه يتلقى عقوبة اشد بتطبيق القاعدة العامة الوارد في المادة ٤١ من قانون العقوبات المصري التي تقول من =

أما إذا لم تتوافر الشروط السابقة فإن الجريمة لا تكتمل. لذا قضى أنه " من المقرر أن جريمة تسهيل الاستيلاء على مال إحدى الشركات المساهمة المنصوص عليها في المادة ١١٣ مكرراً من قانون العقوبات لا تقع إلا إذا كان الجاني رئيساً أو عضواً بمجلس إدارة إحدى الشركات المساهمة أو مديراً أو عاملاً بها وأن يكون المال المعتدى عليه ملكاً للشركة المساهمة التي يعمل فيها المتهم وأن يستغل سلطات وظيفته كسي يمد الغير بالإمكانات التي تتيح له الاستيلاء بغير حق على ذلك المال ويتعين أن يعلم المتهم أن من شأن فعله الاعتداء على ملكية المال وأن تتجه إرادته إلى تسهيل استيلاء الغير على مال الشركة، ويكون وجوباً على الحكم أن يبين صفة الطاعن وكونه موظفاً بالشركة المساهمة وكون وظيفته طوعت له تسهيل استيلاء الغير على المال وكيفية الإجراءات التي اتخذت بما تتوافر به أركان الجريمة. لما كان ذلك، وكان البين مما تقدم أن ما بدر من المتهم - الطاعن - لا يعدو كونه مجرد مخالقات إدارية لا تبلغ مبلغ الجريمة ومن ثم تنتفي عنه نية تسهيل الاستيلاء بغير حق على مال مملوك لإحدى الشركات المساهمة، وتنحسر بالتالي أية شبهة توجب تأثيم فعله جنائياً وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر نتيجة ترديه في الخطأ في الإسناد الذي أسنسه إلى مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، وكان هذا الخطأ لا يخضع لأي تقدير موضوعي فإنه يتعين وفقاً لنصي المادتين ١/٣٠، ٢/٣٩ من القانون المصري ٥٧ لسنة ١٩٥٩ المعدل في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام

=اشترك في جريمة فعلية عقوبتها إلا ما استثني قانوناً بنص خاص. والعيب فذ هذا الرأي مزدوج. فالمادة ١١٣ تحدد أفعالاً إذا ارتكب الموظف أحدها فقد توفرت بحقه الواقعة الاجرامية وفقاً للنص. بمعنى أنها أفعال متكافئة ومتعادلة في نظر القانون، ويكفي أحدها لقيام الركن المادي في جنابة الموظف فكل منهما يعد فعلاً أصلياً، ومقارفه يعد فاعلاً أصلياً بالنص. أما الغير فتحكم فعله القواعد العامة لأن القانون لم يواجهه بهذا النص. وثانياً، فهذا الوضع محدد بنص خاص في شأن الموظف فلا يجوز استبعاده للأخذ بقاعدة عامة في الاشتراك وتكليف الفعل على ضوئها أن الخاص مقدم على العام.

محكمة النقض، نقض الحكم المطعون فيه بمقتضى القانون وبراءة المتهم مما أسند إليه^(١).

الفرع الثاني

الركن المادي لجريمة إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة

يقوم الركن المادي لهذه الجريمة على الاستعمال الذي يكون ضد مصلحة الشركة، وعلى ذلك فإن النشاط في جريمة إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة يتكون من عنصرين هما إساءة الاستعمال والثاني أن يكون هذا الاستعمال بغرض تحقيق مصلحة شخصية.

أولاً: الاستعمال السيئ أو التعسفي:

إن مصطلح الاستعمال يثير ثلاث إشكاليات: يتعلق الأول بالمقصود بالتعسف والثاني المقصود بالاستعمال، وأخيراً ماهية المال الذي يكون محلاً لهذا الاستعمال.

١- مفهوم التعسف:

ينطوي الاستعمال المخالف لمصالح الشركة على تعسف من عضو أو رئيس مجلس الإدارة أو المدير، ومن ثم وطبقاً لنص المادة ٥ من القانون المدني المصري يعتبر تعسفاً في إحدى الحالات الآتية:

١ - إذا كان استعمال الحق لم يقصد به سوى الأضرار بالغير أو حصول المتعسف على منفعة خاص.

٢ - إذا كانت المصالح التي يرمى إليها المتعسف لتحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

٣ - إذا كانت المصالح التي يرمى إليها غير مشروعة.

وكلمة التعسف تعني^(٢) الاستخدام السيئ للحق أو السلطة، أي استخدام الحق أو السلطة في غير الأغراض المحددة له، ونظراً لأن التعسف ينطوي دائماً على نوايا خبيثة فإنه من الصعوبة الكشف عنه وإظهاره.

(١) نقض مصري، جلسة ٢٠ مارس سنة ١٩٩٧، الطعن رقم ١٢٤٩١، لسنة ٥، سن ٤٨، ع ١ ص ٣٨٠.

(٢) يُعد الإمام الشاطبي هو أول من عرف التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، بأنه تحايل على مقصود الشرع أو هو تحايل على بلوغ غرض لم

ولم يضع المشرع الفرنسي تعريف محدد للتعسف تاركاً الأمر للفقهاء والقضاء باعتبار التعسف بمفهومه الذي يوضح عنه مدلوله مفهوماً مرناً^(١). وأرى أن القرار التعسفي هو ذلك القرار الذي يصدر عن الجمعية العامة ويكون متناقضاً مع مصلحة الشركة، ويكون له هدف، هو تفضيل أعضاء الأغلبية على حساب الأقلية.

كما وضع المشرع المصري تعريف للقرار التعسفي ورد بالمادة ٢/٧٦ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والذي نص على الآتي "يجوز إبطال كل قرار يصدر لصالح فئة معينة من المساهمين أو للإضرار بهم أو لجلب نفع خاص لأعضاء مجلس الإدارة أو غيرهم دون اعتبار لمصلحة الشركة".

= يشرح الحق لأجله. للمزيد راجع: الشيخ. محمد أبو زهرة: إساءة استعمال الحق، مجلة إدارة قضايا الحكومة، سبتمبر ١٩٦١م، ص ٨٢ وما بعدها، وأيضاً: د. محمد زكي عبد البر: لا ضرر ولا ضرار وإساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٨٦م، ص ٥٠ وما بعدها، وأيضاً، الإمام: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق (المتوفى: ٧٩٠هـ): الموافقات في أصول الشريعة، ج ٢، ص ٣٨٢ وما بعدها، وأيضاً، د. عبد الله مبروك النجار: التعسف في استعمال حق النشر، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م، ص ٢٢٦. والتعريف السابق على ما فيه من الدقة، فإنه متقد لاستخدام لفظ تحايل، والذي يتسم بالاتساع والغموض وعدم التحديد، فهو يتضمن معظم صور العمل غير المشروع.

ويعنى التعسف من الناحية القانونية بأنه يحدث عندما يكون هناك انحراف عن الغاية من الحق. للمزيد راجع: د. حسن كيره: أصول القانون، ط ٢، دار المعارف بمصر، ١٩٥٩ - ١٩٦٠م، بند ٤٠٥، ص ١١١٢، ويعتبر آخر هو استعمال الحق لغير المصلحة أو الهدف الذي شرع من أجله مما يضر بالغير. للمزيد راجع: د. محمد شوقي السيد: معيار التعسف في استعمال الحق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٧٩م، بند ١١٧، ص ١٢٣، وأيضاً: د. هلالى عبد اللاه أحمد: تجريم فكرة التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، بند ٢٦، ص ٥٢.

(١) د. عماد محمد أمين السيد رمضان: حماية المساهم في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٤٩٩.

وهو أيضاً ما أكدته المادة ١٦١ من ذات القانون على البطلان لوجود تعسف في القرارات الصادرة عن الأغلبية بقولها "يقع باطلاً كل تصرف أو تعامل أو قرار يصدر على خلاف القواعد المقررة في هذا القانون أو يصدر من مجلس إدارة الشركة أو جمعيتها العامة المشكلة على خلاف أحكامه وذلك دون إخلال بحق الغير حسن النية".

كما يجب أن نضع في اعتبارنا أن القرار قد يستوفي الشكل المطلوب ولكن صدر بطريق الغش أو التحايل بصور قرار في صالح الأغلبية كحالة شراء الأصوات اللازمة بطريق التفويض في التصويت أو بطريق الجمعيات الخاصة بالمساهمين، أو كحالة اتفاقات التصويت المطبقة في التشريع الفرنسي.

إلا أنه لا يكفي للقول بأن القرار الصادر عن الجمعية بأغلبية المساهمين الحاضرين ينطوي على تعسف، أي مخالفاً لمصلحة الشركة وإنما ينبغي هنا تحديد عناصر التعسف.

العناصر الأساسية للتعسف:

ينطوي التعسف على عنصرين هما^(١):

- العنصر المادي: يتمثل في دافع الأغلبية في البحث عن مزايا خاصة وفي الضرر الذي يلحق بمصلحة الشركة ويتحملة المساهمون من غير أعضاء الأغلبية من جراء القرار^(٢).

1) P. Coppens : L'abus de majorite dans les societees amonymes , librairie R . Fonteyn , Paris 1947 , No .64 , p .90.

أشار إليه: د. عماد محمد أمين السيد رمضان: حماية المساهم في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٥٠١.

(٢) د. عبد الفضيل محمد أحمد: حماية الأقلية من القرارات التعسفية الصادرة من الجمعيات العامة للمساهمين، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٨٦م، ص ٤٣.

- **العنصر المعنوي:** يتمثل في اتجاه نية الأغلبية إلى السعي وراء مصلحة شخصية تتعارض مع مصلحة الشركة أو الاضرار بأقلية المساهمين^(١).

٢- مفهوم الاستعمال:

يعرف مصطلح الاستعمال بأنه " القيام باستخدام شيء ما" وهذا يعني استخدام مال مملوك للشركة بشكل مخالف لمصلحة هذه الأخيرة ومن أجل تلبية أغراض شخصية بحتة^(٢)، يكون هو مكون لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة.

ومما لا شك فيه أن اختيار المشرع الفرنسي لهذا المصطلح قد جاء عن قصد، كونه مفهوم واسع جداً^(٣) إذ يسمح لنظام الحوكمة القيام بمتابعة واسعة لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركات، كل ذلك مع مراعاة عدم الوقوع في تناقض مع ما قرره المشرع من احترام لمبدأ التفسير الضيق للقانون الجنائي^(٤).

ويجب أن نضع في اعتبارنا أن الاستعمال الذي يقصده المنظم هو " الاستخدام" ولو بطريقة مؤقتة مع نية الإرجاع. فيعتبر استعمالاً فعلياً الاستفادة من قروض أو سيارات أو مساكن، وحتى استعمال لعتاد وموظفي الشركة بدون حق^(٥).

- (١) د. أحمد بركات مصطفى: حماية أقلية المساهمين في شركات المساهمة، بدون دار نشر، ٢٠٠٨م، ص ٤٩.
- (٢) كرام محمد: جريمة إساءة استعمال أموال الشركة في قانون شركات المساهمة المغربيين مجلة المحاكم المغربي، العدد ٣٩، ص ٨.
- (٣) أحمد بوهددي: جريمة إساءة استعمال أموال الشركة، بدون دار نشر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الخامس السنوسي - الرباط، ٢٠٠٣م - ٢٠٠٤م، ص ٥١.
- (٤) لما كانت القوانين الجنائية لا يتوسع في تفسيرها، لهذا لا يسري على أي نوع من الشركات سوى الجرائم التي قررها القانون لكل نوع منها. انظر: د. عبد الحميد الشواربي: الجرائم المالية والتجارية، ط ٤، دار المعارف، ١٩٩٦م، ص ٤٦٥.

5) Jean Paul Antona; philipe Collin; François Langlart: La responsabilité pénale des cadres et dirigeants dans le monde des affaires, dalloz 1996 avec le soutien de la foundation HEC, P.39.

فمفهوم الاستعمال الذي أقره القضاء الفرنسي هو مفهوم واسع جداً، إذ يضم كل الاستخدامات التي تقع على هذه الجريمة^(١) وأن الاستعمال هو مفهوم يكفي نفسه، أي أنه لا يتطلب ولا يتضمن أي تملك للشيء المستعمل، فتقوم الجريمة مستقلة عنه ومنه فإن مجرد الاستعمال التعسفي لأموال الشركة يقيم المخالفة وذلك دون حاجة إلى نية أو إرادة تملك نهائية للشيء المستعمل.

وتطبيقاً لذلك، فقد أدانت محكمة النقض الفرنسية بجريمة الاستعمال التعسفي للأموال مدير شركة ذات مسئولية محدودة الذي قام باقتطاعات من أموال الشركة بموافقة الشركاء والمدونة في المحاسبة تحت عنوان "قروض أو مقدمات للموظفين"، حيث أكد المتهم أن هذه المبالغ المقطعة لا تمثل سوى قروض تتضمن نية الإرجاع، كما أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في قضية أخرى أن "القانون لا يعاقب فقط على تملك عضو مجلس إدارة أو أعضاء مجلس الإدارة لجزء كبير من أموال شركة المساهمة وإنما تعاقب أيضاً على مجرد الاستعمال التعسفي لها"^(٢).

وعليه فالاستعمال الوارد في هذه الجريمة هو مفهوم واسع من مفهوم الاختلاس الذي يتضمن نية التملك والذي يتمثل في العنصر المادي لجريمة خيانة الأمانة، كما أن جريمة خيانة الأمانة لا تقوم إذن إلا إذا اعتبر الأمين أن المال المؤمن عليه هو ملك خاص له يتصرف فيه كما يشاء ومن ثم يكون له الحق في الاختلاس والتبديد والاستعمال^(٣).

(١) المختار البقالي: جريمة إساءة استعمال أموال الشركة، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة المولى بكناس، ٢٠٠٩م - ٢٠١٠م، ص ٣٢؛ منير فوناني: جريمة إساءة استعمال أموال الشركة، مجلة القصر، العدد ١٩، يناير ٢٠٠٨م، ص ١٦٤.

(٢) Eva Joly et Caroline Joly- Baumgartner: L'abus de biens sociaux A L'Épreuve de la pratique, éd economica, 2002, p.58.

(٣) د. عبد الله سليمان: دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ط ٤، دار المطبوعات الجامعية بالجزائر، ١٩٩٦م، ص ٢٧٩، د. محمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ط ٢، دار المطبوعات الجامعية بالجزائر، ١٩٩٠م، ص ١٦٣.

ويبدو جلياً إذن، أنه من بين أوجه الاختلاف في أركان الجريمتين هو اشتراط استعمال عضو مجلس الإدارة أو المديرين لأموال الشركة لقيام جريمة الاستعمال التعسفي لأموالها، دون أن يشترط أن يبلغ هذا الاستعمال حداً معيناً أو قدراً من الجسامة، بل يكفي بمجرد الاستعمال البسيط لهذه الأموال حتى تقوم جريمة إساءة استعمال الأموال واثمان الشركات التجارية، بينما يقتضى النص المتعلق بجريمة خيانة الأمانة أن يكون هناك اختلاس أو تبديد وهي مفاهيم أضيق من مفهوم الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، لأن هذا الأخير لا يكفي لقيام جريمة خيانة الأمانة التي يتضمن فيها الاستعمال ارادة التملك والتصرف ولو مؤقتاً كمالك الشيء أو يتم اختلاس الشيء بطريقة تمنع المالك من ممارسة حقوقه عليه.

ومن الجدير بالإشارة يمكن أن يكون استعمال الأموال وقتياً محتأً دون أن تغرب عنه نية التملك النهائي، وعليه فمادام تملك الأموال غير ضروري لقيام جريمة إساءة استعمال الأموال واثمان الشركات التجارية فإن إعادة المبالغ المستعملة لا تنفي الجريمة، كما جاء عن محكمة النقض الفرنسية التي رفضت الطعن المرفوع حيث أوضحت أن قيامه لاحقاً وبناء على طلب صريح من مندوب الحسابات بالتشديد الكلي للأموال المأخوذة والغير مستحقة ذلك بغرض المشاركة في التخفيف عند الاقتضاء من العقوبة المستوجبة ليس من طبيعته الاعفاء من أي مسئولية جزائية⁽¹⁾ فيكفي مجرد القرض لقيام هذه الجريمة، ذلك أن هذه الأخيرة تقوم بمجرد ارتكابها دون أن تكون للتصرفات اللاحقة لعضو مجلس الإدارة أية أهمية.

وعليه فإذا كان الاستعمال لا يتضمن اختلاس الأموال وتملكها، فهل يتضمن أعمالاً أخرى؟

(1) زكري ويس مائة الوهاب: جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، نفس المرجع السابق، ص ٤٣.

إن مفهوم الاستعمال في هذه الجريمة يمكن أن يتضمن بعض أعمال التسيير التي يميز فيها عادة بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة^(١).

ويقصد بأعمال التصرف، العمليات التي تنصب على المال أو الذمة المالية بتحويلها، الانقاص منها، استخدامها أو الزامها حاضراً أو مستقبلاً كالبيع أو الهبة... وغيرها من التصرفات التي تدخل في نطاق الاستعمال التعسفي لأموال الشركة ومثال ذلك الاقتطاعات التي يجريها المسير لتغطية نفقاته الشخصية، كتحويل المسير لأموال الشركة من حسابها الخاص إلى حسابه الشخصي، وكذا اقتطاعه لأموال من صندوق الشركة لتغطية نفقاته الشخصية، ومن الأمثلة أيضاً تحمل الشركة تكاليف السفر والاستقبال دون اثبات أنها كانت لمصلحة الشركة^(٢).

أما أعمال الإدارة، فيقصد بها أعمال التسيير العادي: الأعمال العادية لاستغلال الأموال المشتملة على المجاز الأعمال الجارية كالصيانة، التأمين. ومثال ذلك الشراء التعسفي لمواد مصنوعة من مؤسسات مراقبة من قبل المسير والتي أدى تراكمها إلى بيعها بسعر منخفض من الشركة الشيء الذي أدى إلى اعلان إفلاسها.

إلا أنه لا يمكن الأخذ بهذه الأعمال "التصرف والإدارة" بطريقة منعزلة فحتى يشكل أحد هذه الأعمال جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة يجب أن يكون مخالفاً لمصلحتها وعليه يمكن القول أن كل عمل من أعمال التسيير يمكن أن يفتح المجال لارتكاب هذه الجريمة.

ويثور تساؤل هل يمكن أن تقع هذه الجريمة بنشاط سلبي؟ يبدو من الظاهر أن الاستعمال يفترض القيام بعمل إيجابي مخالف لمصلحة الشركة غير أن هذه المصلحة يمكن أن تقع بالامتناع، كامتناع المدير

- 1) Jacques Delga: Le droit des sociétés , dalloz 1988 , p.313.
- 2) Annie Medina: Abus de bien sociaux , Prévention - detection Poursuite , dallz , Référence droit de l'entreprise editions salloz 2001, p. 33-34.

عن مطابقتها لشركة له، فإنها مصالحة شخصية يستلزمها الدين الذي عليها
 للشركة التي يديرها، فهل يشكل هذا الامتناع استعمالاً لأموال الشركة؟
 لها أثر يمكن أن تقع الجريمة بالنشاط السلبي في الحالات قام فيها المدير فعلياً
 بتصرفات شعور الشركة، على الرغم من وجود مدير قانوني، فقد انسلب
 إلى المدير الفعلي نشاط الشركة، ووصف إساءة استعمال أموال الشركة، وعلم
 المدير القانوني بذلك ومع ذلك لم يقم بواجبه في الحيلولة دون هذا
 السلوك، وعليه فقد قضى بوقوع الجريمة أيضاً من الجانب المدير القانوني،
 والحقيقة أن ما يبرهن من المدير القانوني هو أكثر من مجرد المساعدة بالامتناع
 والذي يذهب غالبية الفقه في مصر إلى امكانية وقوع الاشتراك في الجريمة
 به^(١). فهذا الامتناع يكشف عن تواطؤ حقيقي بين المدير القانوني والمدير
 الفعلي، بحيث يمكن القول بأن لا شيء مما يحول دون وقوع الجريمة بطريق
 الامتناع، أن يكون شريكاً، لأنه يلزم بتلويح أصح من ذلك، أن إذا

فإذا لم يكن الفاعل مديراً فعلياً للشركة، أي إذا اقتصر دوره على
 القيام ببعض أعمال الإدارة، وكان ذلك بعلم من مدير الشركة، وقام
 بعمل يشكل اختلاساً أو تبديلاً أو استعمالاً متعاقباً عليه بوصفه خيانة
 الأمانة في القانون المصري، فإن لا شيء مما يحول دون مساءلته بهذا
 قتابل، وإنما حقيقة أنه يمل كسافة، فحكمس رخصة المايور، في

١- للمزيد راجع: دة إبراهيم عطا الله شعبان: النظرية العامة للامتناع، رسالة
 دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٨١م، ص ٢٠٣، وأيضاً: د.
 أشرف عبد القادر قنديل أحمد: جرائم الامتناع بين الفقه الإسلامي والقانون
 الوضعي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١٠م،
 ص ٣٦٣، لا تختلف المساهمة التبعية السلبية جوهرياً عن المساهمة التبعية
 الإيجابية، حيث يتطلب أولاً: أن تناقش فيما إذا كان السلوك السلبي متعلقاً
 بالجريمة أم لا، فإذا ثبت أن هذا السلوك كان ضرورياً للفعل التسبب في
 أحداث النتيجة أو النتائج الضارة (من خلال ارتباطه بأساسيات الجريمة) ومن
 ثم في هذه الحالة من الممكن قبوله فعل اشتراك في حدوث النتيجة، وبالترتيب
 على ما سبق إذا كان الامتناع له التأثير الكافي في أحداث الجريمة فإنه يصلح
 بذاته فعل اشتراك، إلا أنه في حالة المساهم التبعية إذا كان في موقف الضامن
 وامتنع فإنه يعتبر مساهماً تبعياً في الجريمة. إلا أن المسئول عن الرعاية يعتبر
 فاعلاً أصلياً وليس شريكاً.

الوصف، فهو يعد وكيلاً " وكالة ضمنية" عن المدير " الذي هو وكيل عن الشركة" فلا نرى مانعاً من مساءلة وكيل الوكيل عن جريمة خيانة الأمانة، المجني عليه فيها هو الأصيل وليس الوكيل الأول. أما المدير القانوني، فإنه يسأل بوصفه شريكاً بالمساعدة إذا امتنع عن علم عن القيام بواجبه لمنع وكيله من ارتكاب الجريمة، والامتناع يقع به الاشتراك في الجريمة، في حالة وجود التزام قانوني بالتدخل^(١) وفقاً للرأي الراجح في الفقه^(٢) والذي ننضم إليه^(٣).

المقصود بأموال الشركة واتتمان الشركة:

تقع جريمة استعمال أموال الشركة إذا كان محلها منقولات أو عقارات، ومن أمثلة المنقولات أثاث الشركة الذي قد يشتريه مدير الشركة بضمن بخس.

وقد تقع الجريمة على العقارات كما لو رهن مدير الشركة عقاراً من عقاراتها للحصول على قرض استولى عليه كله أو جزء منه لنفسه أو لشركة أخرى له فيها مصالح خاصة، بل أن الجريمة يمكن أن ترد على الحقوق الذهنية للشركة^(٤).

ولا يقتصر الاستعمال على مجرد استخدام المال، كالاستعمال دون مقابل ولاغراض شخصية لسيارة تابعة للشركة، وإنما يكون كذلك عن طريق التمويل كتمويل الشركة للنفقات الشخصية للمدير الفعلي أو تحملها لقيمة شراء سيارة مستعملة لتحقيق أغراضه الشخصية.

- 1 د. جلال ثروت: نظم القسم العام في قانون العقوبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٩م، فقرة ١٣٧، ص ١٥٣.
- 2 د. غنام محمد غنام: تجريم إساءة استعمال أموال واتتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمة الأزمة المالية العالمية، المرجع السابق، ص ٧٧٤ وما بعدها.
- 3 د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٨١م، ص ٦٤١.
- 4 د. غنام محمد غنام: تجريم إساءة استعمال أموال واتتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمة الأزمة المالية العالمية، نف المرجع السابق، ص ٧٧٥.

للشركة هذا فضلاً عن أنه يشترط أن تكون الأموال محل الجريمة مملوكة للشركة التي تقوم هذه الأخيرة وإلا فلا أساس لقيامها⁽¹⁾. لا يتسرب من مجلس ويمكن أن تقع هذه الجريمة على المقبولات بالتصرف بالبيع أو العمل من أعمال الإدارة العادية كال توقيع على خط سير سيارة الشركة للأغراض الشخصية ثم حدوث اضطدام للسيارة أو حتى بمجرد الاستخدام لأغراض شخصية بدون تفرض السيارة لحادثة، هذا أهم ما يميز استعمال أموال الشركة عن أخيانة الأمانة. مع الشركة فيما يخص ذلك من حقوق التمسك ويختلف الأمر إذا اقتصر دور رئيس أو عضو مجلس الإدارة في استعمال أخذ أموال الشركة على نحو معين وكان ذلك مخالفاً لمصلحة الشركة فلا تقع الجريمة إلا إذا أضيف إلى ذلك توافر نية تحقيق مصلحة شخصية على حساب مصلحة الشركة⁽²⁾. على أساس هذه الجريمة في

وتثور مسألة المال المستاجر، فهل تعتبر الأموال المستأجرة محلاً لقيام جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة؟

تدخل الأشياء المستأجرة في المفهوم الواسع للأموال موضوع الجريمة، باعتبار أن هذه الأشياء قد تم استئجارها بأموال الشركة، أي أن أموال هذه الأخيرة التي استعملت لتسديد مقابل أو بدل الإيجار والتي هي ملك للشركة هي التي تكون محلاً لجريمة إساءة استعمال أموال الشركة وليس الشيء أو العين المستأجرة كالحل أو السيارة التي تبقى مملوكة للمؤجر.

اتئمان الشركة محل الاستعمال:

يعني مصطلح القرض، والائتمان أو اعتماداً أولاً وقبل كل شيء: الثقة، والتقدير والاعتبار الذي يحظى به شخص ما أو شيء ما، كما أنها تعني: الثقة التي يوحى بها الشخص عن ملاءته، أي الثقة في ملاءة المدين والقيام بقرض" وكذلك: الثقة التي يمنحها شخص أو شيء ما فهي التأثير

نظراً

1) Jean Larguier: droit penal des affaires, 8^{ém}, éd, p.136.
 2) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، فقرة 112، ص 138.

أو النفوذ الذي يتمتع به شخص أو شيء تجاه شخص آخر من خلال الثقة التي يمنحها.

أما فيما يخص إساءة استعمال وائتمان أموال الشركة في موضوع الاعتماد المالي للشركة. يقصد بالاعتماد المالي للشركة في المعنى الاقتصادي الواسع: قدرتها على القرض. ومنه فائتمان الشركة يجب أن يفهم بأنه: مساحتها المالية وملاءتها، وقدرتها على الوفاء " اليسر" أو القرض، على الضمان^(١).

ومن ثم إذا حصل مدير شركة على قرض من أحد البنوك للقيام بعمل خاص به بعد الاتفاق ودياً مع مسئول البنك بأن يكون ذلك في مقابل أن يوافق المدير على ايداع الودائع الخاصة بشركتهم بالبنك واستمرار ذلك الايداع بنسبة لا تقل عن مجموع ما اقترضوه. لذا تعد جريمة بإساءة استعمال الائتمان في شكل عمليات مالية كالإيداع و القروض أو غيرها.

كما يعد التوقيع على ورقة تجارية كالسند الاذني أو الكمبيالة من قبيل استعمال الائتمان الخاص بالشركة ويقع تحت طائلة التجريم إذا تم الفعل بدون مقابل للشركة، ويدافع من مصلحة الفاعل الشخصية. ومن ثم إذا وقع رئيس مجلس إدارة إحدى الشركات بصفته على سندات اذنية وكمبيالات لصالح دائنيه هو شخصياً. هذا على الرغم من أن الفاعل كان دائناً لشركته ببلغ يزيد على قيمة السندات الاذنية والكمبيالات التي وقعها. لذا لا يعد ذلك دفاعاً مقبولاً، إذ أن مركز الدائن لدى الشركة لا يميز له أن يوقع تلك السندات الاذنية والكمبيالات باسم الشركة ومن أموالها لأغراض شخصية.

ثانياً: الاستعمال المخالف لمصالح الشركة:

يلزم أن يكون سلوك المدير مخالف لمصالح الشركة وتلتزم المحكمة ببيان ذلك في حكمها وإلا كان قاصراً في التسيب.

1) J-Hermard – F. Terré- P.Mabilat: societies commerciales , tome 11 dalloz , 1974 , p.1005.

ويعد هذا العنصر المكون لهذه الجريمة هو الأكثر صعوبة من حيث الإحاطة به، فهو الذي يبرز وجود الجريمة إلا أنه مفهوم غامض ومبهم. ومن الجدير بالإشارة، أن المتظم لم يحدد ضابط للاهتمام به لمعرفة متى يصبح استعمال أموال الشركة مخالفاً لمصلحتها. أما الفقه فكان هذا الموضوع مثار خلاف بين بعض رجال الفقه كما يلي:

يذهب الاتجاه الأول: إلى الأخذ بمعيار المقابل أي بعدم وجود مقابل في الصفقات التي يجريها المسئول.

غير أن البعض انتقد هذا المعيار باعتبار هذا المعيار ينظر إلى كل صفقة على حده وليس إلى مجموع الصفقات. فقد يرمم المدير صفقة تفيد شركة أخرى أكثر من شركته لأن ذلك يمكنه في المستقبل من إبرام صفقة أخرى يحصل لشركته فيها على مقابل أكثر أهمية^(١). فلا ينبغي اعتبار ذلك نشاطاً معاقباً عليه.

ويتمسك الاتجاه الثاني: بمعيار المخاطر بحيث يعد استعمالاً مكوناً للنشاط في الجريمة كل استخدام لأموال أو ائتمان الشركة بشكل يعرضها للخطر وذلك بدافع المصلحة الشخصية. حتى ولو لم ينتج عنه ضرر فعلي للشركة.

الاتجاه الثالث: تعتبر أن الشركاء، وحدهم مؤهلين لتعريف مصلحة الشركة وأنه لهم وحدهم سلطة تقدير ما إذا كان الفعل المرتكب من المدير يكون مطابقاً أو مخالفاً لمصلحة الشركة وهذا لسببين^(٢):

يرجع السبب الأول: إلى كون التعبير عن ارادة الشركة يتم من خلال الشركاء على أساس أن ارادة الشركة هي ارادة الشركاء، فهؤلاء هم الذين يقررون إذا ما كان الفعل المرتكب من قبل المدير لا يمس بمصلحة

1) Bechir BenHadj yahia : L'abus des biens et du credit sociaux, REV. dr.pén, 1987, p.101.

أشار إليه د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، فقرة ١١٤، ص ١٤٠.

٢) زكري ويس مائة الوهاب: جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، المرجع السابق، ص ٧١ وما بعدها.

الشركة، كما يضيف هذا الاتجاه أن الشركاء هم القادرين على وضع حدود لمصلحة الشركة وانهم المعنيين الأساسيين لأنه في كل الأحوال تختلط مصالحهم بازدهار ورفاعية الشخص المعنوي فلا يهم بعد ذلك إذا ما كان الفعل يمتما أخطاراً أو نتج عنه خسارة للشركة مادامت جماعة الشركاء قد قبلت لهذه الأخطار أو الخسارة.

أما السبب الثاني: يستشف من مبدأ أن القاضي لا يمكنه التدخل في تسيير الشركة. لذا يجب أن لا يغيب عن النظر أن المحاكم يجب أن لا تتدخل بصفة تعسفية في سير الشركات من أجل أن تحمل تصوراتها محل تلك الخاصة بالشركاء

غير أننا نرى أن هذا الرأي يجانب الواقع على اعتبار أن ترك تحديد مصلحة الشركة تصور لا يظهر إلى الوجود إلا عند الأزمات، أي عند وجود النزاع، سواء كان هذا الأخير فيما بين المتعاقدين: الشركاء - المساهمين" كتعسف الأغلبية أو الأقلية عند تعيين المدير" أو بين الشركاء ورئيس مجلس الإدارة، فالقاضي يتدخل كحاكم فاصل فهو الذي يضع في آخر المطاف حدود مصلحة الشركة، كما يحدد في الأخير إذا ما كان الفعل المتنازع فيه مخالفاً للمصلحة الاجتماعية⁽¹⁾ للشركة.

وبناء على ما سبق إذا استعمل رئيس مجلس إدارة الشركة ميزانية الشركة لتسديد نفقات ذات طابع شخصي زيادة على شرائه لمنزل تابع للشركة بثمن أقل من نصف قيمته، في حين أن نفقات اصلاحه لا تبرر هذا الانقاص في التقدير للمنزل، فإنه من حق المحكمة أن تجرم سلوك رئيس مجلس الإدارة طبقاً لجرمة إساءة استعمال وائتمان أموال الشركة ومن ثم

1) تعد المصلحة الاجتماعية أوسع وأشمل من المصلحة الاقتصادية؛ لأنها تغطي الجانب المالي للشركة، بالإضافة إلى مصلحة الدولة المتمثلة في الاستفادة من الضرائب المفروضة على الشركات التجارية. ولكنني أفضل مصطلح المصلحة الاقتصادية لتفادي الجدل الذي عرف في فرنسا، كما أن هذه الجريمة لا تزال مجهولة في وسط الشركات العربية وكذلك القضاء العربي.

فإن محضر مجلس الإدارة الموافق على التنازل ليس له أي قيمة مقنعة تدرأ عنه هذه التهمة.

ويظهر مما تقدم أنه يمكن الذهاب في هذا التفكير إلى أبعد من ذلك إذ تعتبر مسألة تقدير مطابقة أو عدم مطابقة الفعل لمصلحة الشركة لأعضائها، هي السماح لهم بأن يأذنوا ويرخصوا لعضو أو رئيس مجلس الإدارة أو المدير بارتكاب المخالفة وهو الشيء الذي لا يمكن أن يتساهل ويتسامح فيه القانون.

وعليه، فما هو أثر موافقة الشركاء أو المساهمين على أفعال عضو أو رئيس مجلس الإدارة أو المدير، هل تزيل صفة الجريمة عنه أو تمنع المتابعة؟

لا تزيل الموافقة المقدمة من الشركاء أو المساهمين سواء جاءت قبل أو بعد العملية المجرمة الطابع المجرم عن هذه الأفعال؛ لأن المساس في تجريمها هو وجوب حماية الذمة المالية للشخص المعنوي "الشركة" وهذا وفق التصور الواسع للمصلحة الاجتماعية للشركة، لأن الاستعمال المخالف لمصلحة الشركة صعب التعريف في حد ذاته فهو يتطلب الأخذ بعين الاعتبار التأثير الإيجابي أو السلبي الذي يمكن أن يكون لقرار عضو أو رئيس مجلس الإدارة أو المدير على نشاط ومستقبل الشركة⁽¹⁾.

ولذلك يذهب أغلبية الفقه إلى تقدير مخالفة الفعل لمصلحة الشركة بالنظر إلى الضرر الذي يسببه أو ذلك الذي يعرض ذمتها المالية إلى خطر الخسارة، حيث يعتبرون أن الفعل المضر بالشركة هو صراحة ذلك المخالف لمصلحتها من اللحظة التي يكون فيها موسوم بالنية المجرمة، بمعنى إذا ما تم بسوء نية ويهدف تحقيق أغراض شخصية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة⁽²⁾.

- 1) Dominique Vidal: droit des sociétés "manuel" L.G.D.J, 1993, P.170.
- 2) J-Hermard - F. Terré- P.Mabilat: sociétés commerciales, op cit, p.1006.

وهكذا فبالاستناد إلى الضرر الذي تتحمله الشركة، يكون الفعل المخالف لمصلحتها هو ذلك الذي يسبب لها أضراراً والذي يصيبها في ذمتها المالية وينقص من أصولها، وعليه يتم تقدير الفعل المخالف لمصلحة الشركة بالنظر إلى الخسارة التي تتحملها هذه الأخيرة.

ومن ثم فالاستعمال السيء لأموال الشركة يتضمن تأثيراً فورياً على الذمة المالية لهذه الأخيرة، فمخالفة الفعل لمصلحة الشركة يتسبب في خسارة مضرّة بأصولها كأن يكون هذا الاستعمال دون مقابل كما في حالة انعدام الأجر الواجب دفعه مقابل استعمال المال، وكذلك الحال بالنسبة لعضو أو رئيس مجلس إدارة أو مدير الذي يقطع مبالغ من الأموال المملوكة للشركة وتسديد هذه الأخيرة لنفقاته الشخصية وكذا القيم الإيجابية المبالغ فيها والمحصلة من قبل عضو أو مجلس الإدارة أو المدير، فهي تؤدي كلها إلى إفقار الشركة إما لكونها أجرات غير مستحقة بصفة قانونية وإما على العكس من ذلك تكون قانونية لكن مقدارها يكون مفرطاً فيه وإما للسببين معاً وهي الأكثر شيوعاً أو كبيع الشركة سلعاً أنتجها هو بأسعار تفوق أسعارها الحقيقية أو تأجير الشركة أماكن بأسعار تفوق سعرها الحقيقي^(١).

أما فيما يتعلق باستعمال ائتمان الشركة، فيكون مخالفاً لمصلحتها إذا ما عرض ذمتها المالية إلى خطر غير عادي وذلك مثلاً بتوقيع عضو أو مجلس الإدارة أو المدير الالتزام المالي باسمها، كما يكون استعمال الاعتماد مخالفاً لمصلحة الشركة عندما يؤدي إلى فقر هذه الأخيرة وذلك في حالة ما إذا انتهت العمليات المبرمة في غير صالحها كإعطاء عضو أو مجلس الإدارة أو المدير ضماناً باسم الشركة لديون شخصية ثم يتوقف هذا الأخير عن تسديد دينه فتلتزم الشركة بالضمان^(٢).

1 (د. مصطفى العوجي: المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، ط ١، مؤسسة نوفل، ١٩٨٢م، ص ٤٥٠.

2 (نفس المرجع السابق، نفس الموضوع السابق.

وأخيراً، فتقدير الفعل المخالف لمصلحة الشركة عند استعمال السلطات، يكون بالنظر إلى القرارات المضرة بأموال الشركة دون أن يكون لها أثر فوري على أموالها، ويكون الحال كذلك مثلاً في القرارات التي تؤدي إلى تفويت في الربح بسبب الامتناع، كامتناع عضو أو مجلس الإدارة أو المدير عن تحصيل دين يكون للشركة حق المطالبة به فحسب يعتبر قراراً مخالفاً لمصلحتها.

بالإضافة إلى القرارات التي تؤدي إلى فقر للشركة أو التي تقلص من امكانية الإثراء مستقبلاً كقرار الاندماج الذي يكون مضراً بالشركة فهو في غير مصلحتها^(١).

حكم أجور ومكافآت رئيس وأعضاء مجلس الإدارة:

يستحق عضو ورئيس مجلس الإدارة مكافأة عن عمل وإن كان من الضروري أن يكون شريكاً، لأنه يلتزم بتقديم أسهم لضمان ادارته شأنه في ذلك شأن سائر أعضاء مجلس الإدارة، ذلك أن المكافأة مقابل للعمل الذي يؤديه كوكيل عن الجمعية العمومية في شركة المساهمة.

فتقع جريمة إساءة استعمال أموال الشركة في حالة المبالغة في تقدير هذه المكافآت ويظهر ذلك بوضوح في حالة ما إذا كانت هذه المكافآت لا تقابل جهداً حقيقياً، بل كانت تعكس رغبة المدير في تفضيل مصلحته الشخصية أو مصلحة أصدقاء أو معارف له.

وقد يبدو في نهاية الأمر أن تحديد مكافأة أعضاء مجلس الإدارة لا تشكل جريمة إساءة استعمال أموال الشركة إذا علمنا أن الجمعية العمومية للشركة هي التي تحدد شكل المكافأة ونسبتها. غير أن هذا القول يعيبه عدم الدقة وذلك للأسباب الآتية^(٢):

1 (زكري ويس ماية الوهاب: جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، نفس المرجع السابق، ص ٧٥.

2 (د. غنام محمد غنام: تجريم إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمها الأزمة المالية العالمية، المرجع السابق، ص ٧٨١.

أ- أن أعضاء مجلس الإدارة قد يمتلكون الأغلبية في الجمعية العامة داخل الشركة المساهمة وبالتالي تكون الفئة المسيطرة في الشركة باعتبار أن القرارات تؤخذ بأغلبية الأصوات المملوكة للأسهم وليس الأغلبية العددية، وبالتالي قد يمكنهم هذا الوضع من تقرير مكافآت مبالغ فيها^(١).

ب- إن رئيس وأعضاء مجلس الإدارة قد يستقطعون تلك المكافأة من بنود مختلفة بالميزانية أو يحصلون عليها عن طريق تقرير مكافآت للعاملين بالشركة حتى يستفيدوا هم أيضاً بها، أو عن طريق آخر، ويصعب على الجمعية العمومية أحياناً أن تدرك الطرق المختلفة لاحتساب المكافآت. فالمسئولية تقع على عاتق مجلس الإدارة في حالة الغش.

ج- إن رفض الجمعية العامة منح مكافآت لا يعني بالضرورة أن الجريمة تقع إذا وزع مجلس الإدارة مكافآت لنفسه رغم ذلك، شريطة:

- أن يكون القرار معروف.
 - أن يكون أسلوب الإدارة سليم.
 - أن تكون الزيادة عادلة إذا ما قورنت بالموقف المالي الجيد للشركة.
- ومن ناحية أخرى، فإن تحديد مجلس الإدارة للمكافأة بنسبة من رقم أعمال الشركة يمكن أن يشكل جريمة إساءة استعمال أموال الشركات في الظروف الآتية^(٢):

أ- إذا كان أعضاء مجلس الإدارة يتمتعون بالأغلبية في الجمعية العامة وهذا يمكنهم من استصدار قرار بتحديد نسبة مبالغ فيها من المكافأة على رقم الأعمال.

ب- إذا كانت الإدارة غير سليمة، ويحدث ذلك في حالة اتباع رئيس مجلس الإدارة سياسة البيع العشوائي، فلا يهتم المدير بتحقيق أرباح

-
- 1) مزوار فتحي: حماية المساهم في شركة المساهمة، دراسة في القانون المقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق واللوم الإنسانية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان بالجزائر، ٢٠١١م - ٢٠١٢م، ص ٦٢.
 - 2) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، ص ١٤٣ وما بعدها.

للشركة. ولكن بزيادة مقدار البيع وبالتالي زيادة المكافأة التي يحصل عليها من ثمن البيع وليس من الأرباح التي تتحقق وهكذا يمكن أن يتحول رئيس مجلس الإدارة وأعضاء المجلس إلى وكلاء بالعمولة وليس وكلاء في الإدارة تقع على عاتقهم مسؤولية انجاح الشركة.
حكم المضاربة في سوق الأوراق المالية:

القاعدة أن الشركة تستطيع أن تشتري أسهم شركة أخرى أو جزء منها لتمتص هذه الشركة أو تصبح شريكة فيها بما يخوله ذلك من حق التصويت في جمعيتها العمومية. ويدخل قرار شراء هذه الأسهم في اختصاص الجمعية العمومية.
غير أن مشكلة يمكن أن تثار إذا:

- قرر مجلس الإدارة أن يضارب على أسهم شركة أخرى: هنا يتم شراء الأسهم بقصد بيعها بعد ذلك وتحقيق أرباح من فروق عمليتي البيع والشراء. وهذا نوع من المضاربة على الأوراق المالية.
 - تم تدعيم الموقف المالي لشركة أخرى تمر بضائقة مالية: هنا تتسبب ضائقة مالية تمر بها الشركة في هبوط قيمة أسهمها في بورصة الأوراق المالية، فتقوم الشركة بمساعدتها وشراء جزء من أسهمها المطروحة في السوق للبيع حتى تجول دون انهيار ثمن تلك الأسهم.
- يلذهب الرأي الراجح في الفقه إلى وقوع الجريمة في الحالتين، تأسيساً على أن عمليتي المضاربة ومساعدة شركة أخرى في ضائقة مالية ليس من صميم عمل الشركة التي تقرر ادارتها القيام بإحدى هاتين العميلتين. فليس ذلك نوعاً من الإدارة العادية للمشروع الاقتصادي⁽¹⁾.

1) J . Largier : droit penal des affaires , éd Collin 1975, p.291.

وهذه هي وجهة نظر القضاء :

Crim . 5 mars 1937 , BULL , Crim . n.47.

أشار لهقنأ: د. غنام محمد غنام: تجريم إساءة استعمال أموال وإتتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمها الأزمة المالية العالمية، المرجع السابق، ص ٧٨٣.

ولا يمنع من وقوع الجريمة، بحسب هذا الرأي، أن تؤدي المضاربة إلى زيادة أسعار استعمالاً لأموال الشركة في غير ما خصصت له. ومن تلك اللحظة تقع الجريمة مكتملة الأركان، فالعبرة بالنتيجة القانونية والتي تحدث بمجرد ذلك الاستعمال الذي يتحقق به تعريض أموال الشركة للخطر، بغض النظر عن النتيجة المادية والتي تتمثل في حدوث الضرر أو الخسارة، إلا أن المساهمين يمتنعون عادة عن التبليغ عن الجريمة إذا حققت المضاربة أرباحاً للشركة.

الجريمة من جرائم الخطر^(١):

غير أنه بالرجوع إلى النصوص المتعلقة بجريمة إساءة استعمال وائتمان أموال الشركة في القانون الفرنسي نجد أنها تقع بمجرد النشاط. فليس ثمة نتيجة مادية تختلف عن النتيجة القانونية "النظامية"، ومعنى هذا أن الضرر ليس شرطاً في الجريمة^(٢)، فهي من جرائم الخطر وليست من جرائم الضرر^(٣)، فالجريمة تقع حتى ولو تحقق مكسب مادي للشركة، وإن

1 (جرائم الخطر: هي الجرائم التي يكتفى فيها المشرع لتكامل ركنها المادي بتحقيق حالة الخطر، وهي احتمال تحقيق نتيجة ضارة بالنسبة للحق أو المصلحة محل الحماية الجنائية، أي التهديد بالضرر. وجرائم الخطر تنقسم إلى جرائم خطر فعلي حيث يتطلب فيها المنظم لقيام الجريمة إثبات تحقق حالة الخطر، وجرائم خطر مفترض حيث يفترض فيها المنظم من جانبها تحقق الخطر بمجرد ارتكاب السلوك دون أن يلزم القاضي بإثبات الخطر الفعلي. للمزيد راجع: د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط ١٠، بدون دار نشر، ١٩٨٣م، فقرة ١٩٠، ص ٢٨٠. وأيضاً: د. مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ص ١٢٠ و ص ١٤٠، هامش رقم ١.

2 د. أحمد عبد الظاهر: القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠١١م، ص ٤٢٥.

3 جرائم الضرر: هي الجرائم التي يتطلب فيها المشرع تحقيق السلوك الإجرامي ضرراً بالمصلحة محل الحماية الجنائية، ويستلزم الضرر للوجود القانوني للجريمة، وتتمثل النتيجة في هذا الإضرار. فجرائم الضرر تتطلب أن يسفر النشاط الإجرامي عن تدمير أو نقص أو فقد المال أو المصلحة موضوع الحماية الجنائية. للمزيد راجع: د. عبد الأحد جمال الدين؛ د. جميل عبد الباقي =

كان عادة ما يتمتع المساهمون عن التبليغ عن الجريمة في هذه الحالة. وفي غالبية الأحوال تشهر الشركة إفلاسها ويتضح للمصفي القضائي أو للمساهمين أن ثمة سلوكاً يقع تحت طائلة العقاب قد صدر عن مسئول الشركة^(١).

ومن ثم لا تستلزم لقيامها أن يلحق الشركة ضرر، فهذه الجريمة لا تكثر ولا تتطلب هذا الشرط، الشيء الذي يجعلها قائمة رغم غيابه في الفعل الملاحظ.

كما نلاحظ أن إتيان النشاط يتمثل الخطر في الجريمة في الضرر الاحتمالي الذي يثيره النشاط الاجرامي. ولا يشترط أن يكون مادياً. فيمكن أن يكون معنوياً، كما لو كان السلوك من شأنه أن يؤثر في سمعة الشركة أو الثقة في منتجاتها. كما لو غش المدير في منتجاتها وورد ثمنها إلى الشركة فلا خسارة مادية قد تحققت ولكن احتمال الضرر الأبي قد تحقق حتى ولو تم اكتشاف الغش وتداركه أثناء الانتاج.

تعاقب هذه الجريمة على المخالفات الصادرة عن تصرفات عضو أو مجلس الإدارة أو المدير فقط:

=الصغير: المبادئ الرئيسية في القانون الجنائي، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م، ص ٢٢٠. وأيضا: د. ممدوح أحمد محمد أبو حمادة: النتيجة الاجرامية وآثارها على المسؤولية الجنائية، دراسة لنظرية الجريمة المشددة لجسامة النتيجة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص ٦٧؛ والمقصود بالضرر هنا الضرر الجنائي وليس الضرر المدني، لأن الضرر الجنائي يتمثل في مجرد تهديد هذه المصلحة محل الحماية القانونية ويقابله الخطر الذي يتمثل في مجرد تهديد هذه المصلحة محل الحماية اهدارها، أما الضرر المدني فيختلف عن الضرر الجنائي في أنه الأثر الذي يلحق بالضرور من الجريمة ويخق له المطالبة بالتعويض عنه. للمزيد راجع: د. جلال ثروت: نظرية الجريمة متعددة القصد في القانون المصري والمقارن منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦م، فقرة ٨٥، ص ١٩٤.

(١) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة، نفس المرجع السابق، فقرة ١١٨، ص ١٥١.

فجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة لا تعاقب المخالفات المتعلقة بالاستيلاء بالنش " التملك " للإضرار بالذمة المالية للشركة، وإنما تعاقب فقط المخالفات الصادرة عن تصرفات عضو أو مجلس الإدارة أو المدير التي تشمل على خلط الذمة المالية للشركة بذمته المالية الشخصية^(١)، وذلك على خلاف جريمة خيانة الأمانة الذي يعتبر فيها الضرر شرطاً لقيامها وعليه فالفعل المخالف لمصلحة الشركة هو الذي يشتمل على مفهوم الضرر، حيث يبدو أنه إذا تضمنت هذه الجريمة هذا الشرط أي الضرر لكانت النصوص المتعلقة بها أكثر وضوحاً وتم تفادي كل الترددات الناجمة عن تحديد مفهوم مصلحة الشركة.

الفعل المضر بالشركة هو المخالف لمصلحتها:

وعليه نخلص إلى أن الفعل المضر بالشركة هو المخالف لمصلحتها، لكن تتواجد الصعوبات أساساً عندما يتعلق الأمر بمعرفة ما إذا ما كان الفعل الذي يعرض الشركة لخطر الخسارة هو مخالف لمصلحتها أيضاً؟ لقد أقر القضاء الفرنسي وكثير من الفقه هذه الفكرة بالإيجاب غير أن هناك تفاوت في هذا القول، فالبعض منهم قبل بالخطر ولو كان طفيفاً، أما الفريق الآخر فقد طالب بأن يكون هذا الخطر غير عادي أو استثنائي حتى يكون مخالفاً لمصلحة الشركة، إذ أن خطر الخسارة يجب أن لا يحصل منه عضو أو مجلس الإدارة أو المدير على نصيب من الربح، كما لا يكفي أن ينتج عن هذا الفعل مصلحة للشركة حتى يكون مطابقاً لها، بل يجب فضلاً عن ذلك أن لا يشكل عائقاً أو مانعاً يمنع هذه الأخيرة من الحصول على منافع أكبر.

وهذا مما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن هو وجوب التفرقة بين الخطر الغير عادي^(٢) المتعلق بجريمة إساءة استعمال وائتمان أموال الشركة وبين الخطر العادي المرتبط بتسيير أي شركة.

1) Didier Rebut : Abus de biens sociaux jurissclasseur " recueil v société " . Rép. société Dalloz , Août 1997, p. 7 - 41.

٢) فهو يتعلق بنوع من الميزان بين منفعة كلفة لفعل المسير، كما لا يشكل كل خطر فعلاً مخالفاً لمصلحة الشركة وإنما يكون ذلك الخطر غير اللازم أو=

فأما عن الخطر غير العادي: فيتمثل في الأخطار الاستثنائية الناتجة عن تصرفات عضو أو مجلس الإدارة أو المدير دون سواها والتي تعتبر غير طبيعية في حد ذاتها، أما الخطر العادي: فيتعلق بالأخطار العادية والتي يتضمنها كل قرار تسيير عادي صادر عن عضو أو مجلس الإدارة أو المدير في الشركة^(١).

إضافة إلى أنه يدخل في تقدير الفعل المخالف لمصلحة الشركة عنصر آخر وهو يتعلق بعنصر الوقت، الذي يحظى بأهمية كبيرة حيث يسمح بتقدير مدى هذه المخالفة.

تقدير الخطر يتم الرجوع فيه إلى وقت ارتكاب الأفعال:

فتقدير الأخطار أو اجتماع العناصر المكونة لجريمة الاستعمال السيئ واثمان أموال الشركة، يتم الرجوع فيه إلى وقت ارتكاب الأفعال وذلك حسب المبدأ السائد في القانون الجنائي، فعمل عضو أو مجلس الإدارة أو المدير الذي جاء مخالفاً لمصلحة الشركة يعتبر وقت ارتكابه مخالفة حتى وإن ترتبت عنه نتيجة ايجابية فيما بعد، إذ أنه ومن أجل تحديد تاريخ الفعل محل النزاع تقوم المحاكم بعمل جبار يركز على تقدير وفحص كل الحالات حالة بحالة والنظر إذا ما تم الحفاظ على مصلحة الشركة أم على العكس، يوجد احتمال أن يكون الفعل المرتكب مخالفاً لمصلحة الشركة وذلك بالرجوع إلى اليوم الذي ارتكب فيه هذا الأخير وذلك مهما كانت نتيجته، حتى وإن لم تهتم الشركة بهذا الفعل فيما بعد ولم تتابع مرتكب الفعل^(٢).

=الواجب عادة أن تتحملة الشركة، أو بالنظر إلى الحكم الذي يأخذه هذا الخطر مقارنة بالمنافع المحصلة وإلا فستكون كل أعمال التسيير السيئة داخلة في جريمة إساءة استعمال واثمان أموال الشركة، وبالتالي فلا يعتبر خطراً غير عادياً ذلك المرتبط بطبيعة السوق مثلاً. فالفرق الأكبر بين جريمة الاستعمال السيئ واثمان أموال الشركة والخطأ في التسيير يكمن في اشتراط توفر عنصر المصلحة الشخصية للمسير، للمزيد راجع: زكري ويس مائة الوهاب: جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، المرجع السابق، ص ٧٦، هامش رقم ٢.

1) Eva Joly et Caroline Joly- Baumgartner : L'abus de biens sociaux A L'Epreuve de la pratique, op cit, p.100.

2) Tayeb Bellola : droit penal des societees commerciales , commeny constituer une société , la gérer , émettre des=

الاستعمال السيء لأموال الشركة هو جريمة شكلية: رأى من جانب أقلية

الاستعمال السيء لأموال الشركة ليس جريمة مادية وإنما هي جريمة شكلية ذلك أن الجريمة المادية لا توجد إلا إذا كانت النتيجة المرجوة من قبل الفاعل قد تحققت، أما الجريمة الشكلية فهي عكس ذلك، حيث لم ينظر المشرع للنتيجة الإجرامية كعامل محدد للجرم بل نظر للسلوك نفسه، فهي تتطلب توفر نية الفاعل المتجهة نحو ارتكاب الفعل المجرم دون النتيجة^(١)، بمعنى أن العنصر المادي ليس هو النتيجة التي يريدها الفاعل بل الفعل المخصص لتحقيق تلك النتيجة^(٢).

ومن ثم تقوم جريمة إساءة استعمال وإثمان أموال الشركات التجارية متى كان الفعل مخالفاً لمصلحة الشركة وقت ارتكابه ومهما كانت النتيجة، فالجهات القضائية إذن تقوم بتقدير الطابع المخالف لمصلحة الشركة في الوقت الذي ارتكب فيه عضو أو مجلس الإدارة أو المدير الفعل. وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط النظامية والمادية للجريمة في حد ذاتها وكذا الوضعية المالية للشركة وحتى المحيط الاقتصادي الذي يحيط بنشاط الشخص المعنوي.

فريط تقدير الطابع المخالف لمصلحة الشركة بوقت ارتكاب الفعل، يجب أن يتم بعيداً عن الأحداث اللاحقة عليه. حيث يجب على القضاة إعادة الفعل محل النزاع " إلى محيطه الصناعي والتجاري، وذلك بالنظر إلى

من القرارات المتخذة من قبل المحكمة الإدارية في ١٢/١٠/١٩٩٥، في إطار دراسة مقارنة في القانون المصري، ص ١٠٠، ١٠١، ١٠٢، ١٠٣، ١٠٤، ١٠٥، ١٠٦، ١٠٧، ١٠٨، ١٠٩، ١١٠، ١١١، ١١٢، ١١٣، ١١٤، ١١٥، ١١٦، ١١٧، ١١٨، ١١٩، ١٢٠، ١٢١، ١٢٢، ١٢٣، ١٢٤، ١٢٥، ١٢٦، ١٢٧، ١٢٨، ١٢٩، ١٣٠، ١٣١، ١٣٢، ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨، ١٣٩، ١٤٠، ١٤١، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٤، ١٤٥، ١٤٦، ١٤٧، ١٤٨، ١٤٩، ١٥٠، ١٥١، ١٥٢، ١٥٣، ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠، ١٦١، ١٦٢، ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، ١٧١، ١٧٢، ١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩، ١٨٠، ١٨١، ١٨٢، ١٨٣، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٦، ١٨٧، ١٨٨، ١٨٩، ١٩٠، ١٩١، ١٩٢، ١٩٣، ١٩٤، ١٩٥، ١٩٦، ١٩٧، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١، ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥، ٢١٦، ٢١٧، ٢١٨، ٢١٩، ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٣٤، ٢٣٥، ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٤، ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧، ٢٤٨، ٢٤٩، ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٣، ٢٥٤، ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨، ٢٥٩، ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤، ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠، ٢٨١، ٢٨٢، ٢٨٣، ٢٨٤، ٢٨٥، ٢٨٦، ٢٨٧، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٠، ٢٩١، ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٧، ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠١، ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٤، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠، ٣١١، ٣١٢، ٣١٣، ٣١٤، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٢، ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٥، ٣٣٦، ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩، ٣٤٠، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩، ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦٢، ٣٦٣، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٦٧، ٣٦٨، ٣٦٩، ٣٧٠، ٣٧١، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٧٥، ٣٧٦، ٣٧٧، ٣٧٨، ٣٧٩، ٣٨٠، ٣٨١، ٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٤، ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٨٧، ٣٨٨، ٣٨٩، ٣٩٠، ٣٩١، ٣٩٢، ٣٩٣، ٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٦، ٣٩٧، ٣٩٨، ٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١، ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤١٠، ٤١١، ٤١٢، ٤١٣، ٤١٤، ٤١٥، ٤١٦، ٤١٧، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١٣٨٩، ١٣٩٠، ١٣٩١، ١٣٩٢، ١٣٩٣، ١٣٩٤، ١٣٩٥، ١٣٩٦، ١٣٩٧، ١٣٩٨، ١٣٩٩، ١٤٠٠، ١٤٠١، ١٤٠٢، ١٤٠٣، ١٤٠٤، ١٤٠٥، ١٤٠٦، ١٤٠٧، ١٤٠٨، ١٤٠٩، ١٤١٠، ١٤١١، ١٤١٢، ١٤١٣، ١٤١٤، ١٤١٥، ١٤١٦، ١٤١٧، ١٤١٨، ١٤١٩، ١٤٢٠، ١٤٢١، ١٤٢٢، ١٤٢٣، ١٤٢٤، ١٤٢٥، ١٤٢٦، ١٤٢٧، ١٤٢٨، ١٤٢٩، ١٤٣٠، ١٤٣١، ١٤٣٢، ١٤٣٣، ١٤٣٤، ١٤٣٥، ١٤٣٦، ١٤٣٧، ١٤٣٨، ١٤٣٩، ١٤٤٠، ١٤٤١، ١٤٤٢، ١٤٤٣، ١٤٤٤، ١٤٤٥، ١٤٤٦، ١٤٤٧، ١٤٤٨، ١٤٤٩، ١٤٥٠، ١٤٥١، ١٤٥٢، ١٤٥٣، ١٤٥٤، ١٤٥٥، ١٤٥٦، ١٤٥٧، ١٤٥٨، ١٤٥٩، ١٤٦٠، ١٤٦١، ١٤٦٢، ١٤٦٣، ١٤٦٤، ١٤٦٥، ١٤٦٦،

الضرر الذي يمكن أن تتحملة الشركة، وكذا المنافع التي يمكن لهذه الأخيرة انتظامها.
أما فيما يتعلق بعنصر الدليل، فإن إقامة الدليل على الفعل المادي لاستعمال أموال أو اعتماد الشركة لا يثير أي إشكال خاص، فإن إقامة الدليل على مصير ووجهة هذه الأموال المختلصة وهدف العملية المحققة يكون أكثر صعوبة فإذا استعمل عضو أو مجلس الإدارة أو المدير مثلاً أموالاً نقدية من صناديق الشركة، فكيف يتم إثبات أن استعمال هذه الأموال قد جاء مخالفاً لمصلحة الشركة خاصة وأنه لا يبقى هناك عادة أي أثر للعملية؟

مما يلاحظ في هذا الشأن، هو أن هذه الصعوبة في الإثبات تزيد وتعزز من اشتراط توفر عنصرين آخرين مكونين للجريمة، وهو أن يرتكب الفعل بسوء نية وقصد تحقيق مصلحة شخصية، فإذا تعدت إثبات أن الفعل جاء مخالفاً لمصلحة الشركة فسيكون صعباً إثبات أن العملية قد تمت لتحقيق مصلحة شخصية لعضو أو مجلس الإدارة أو المدير، وسيكون أصعب إثبات سوء نيته هذا العنصر النفسي الذي تستحيل إقامته بوسائل إثبات مباشرة ولدى عادة ما نجد المسيرين "عضو أو مجلس الإدارة أو المدير" المؤيدين لهذه النظرية يستغلون ويستفيدون من غياب مجموع هذه العناصر الثلاثة.

فالمسير "عضو أو مجلس الإدارة أو المدير" الذي يُحمّل ويلزم الشركة بنفقات مستعملاً اسمها يكون قد استعمل دون أي خلاف أموال الشركة، فالأمر بالنسبة له عادي والعملية يومية تدخل ضمن نشاطاته العادية وبهذا يكون العنصر المادي لجريمة إساء استعمال وإثمان أموال الشركات التجارية قد تم ضبطه.

بعدها يجب التساؤل عما يمثله هذا العمل بالنسبة للشخص المعنوي؟ والإشكال الأول الذي يُطرح في هذا الصدد هو إذ ما كان هذا الفعل "تحميل الشركات بنفقات" أجنبياً عن موضوع الشركة؟ ولقد سبق

أن ذكرنا، أن الفعل لا يعتبر بالضرورة مخالفاً لمصلحة الشركة فحتى يكون كذلك، يجب على النيابة أو المدعي أن يتمكن من إثبات أن هذه النفقة جاءت مخالفة لمصلحة الشركة وبالتالي يتعين عليها إقامة الدليل على وجهه أو مصير هذه النفقة من جهة والطابع المضرب بمصلحة الشركة من جهة أخرى.

وعليه فلا مراء، أن هذين العنصرين لهما أهمية كبيرة فإذا استطاعت جهة الاتهام معرفة وجهة هذه الأموال المستعملة، فستكشف في الوقت نفسه إذا ما استفاد بها عضو أو مجلس الإدارة أو المدير أو شركة أخرى تكون له فيها مصالح.

وانطلاقاً من ذلك، فإن الحجج التي يثيرها ويتمسك بها المسيرين" عضو أو مجلس الإدارة أو المدير" المتهمين تتعلق في نفس الوقت بغياب الدليل على الطابع المخالف لمصلحة الشركة وكذا غياب الدليل على أن الفعل قد ارتكب لمصلحته الشخصية، وبالتالي ينجر عن تخلف هذين العنصرين غياب نية الغش والمثال الأكثر شيوعاً عن هذه الحالة هو في اكتساب أسهم وحصص اجتماعية لشركة أخرى، فهذا يعتبر دون شك نفقة أجنبية عن موضوع الشركة إذا كان هذا الأخير لا يغطي هذا النوع من العمليات ودون أن يكون مسير الشركة الذي دخل في رأسمال شركة أخرى محل متابعة لجرمة إساءة استعمال واتتمان أموال الشركات التجارية. **عدم فعالية موافقة مجلس الإدارة:**

لا يتنفي وصف الجريمة عن الفعل إذا وافق مجلس الإدارة على سلوك رئيسه أو أحد أعضائه. فمجلس الإدارة في حكم الوكيل عن الشركة، ومن ثم فإن رضاه ليس بديلاً عن رضاه صاحب الحق، ولذا فإنه إذا قرر عضو مجلس الإدارة مكافآت لبعض معارفه لا تقابل جهداً حقيقياً من جانبهم فإنه يكون مرتكباً لجرمة إساءة استعمال أموال الشركة حتى ولو كان قد حصل على موافقة مسبقة على ذلك من رئيس مجلس الإدارة⁽¹⁾.

(1) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة، نفس المرجع السابق، فقرة ١١٩، ص ١٥٢.

على موافقة هذا المجلس بوسيلة من وسائل الغش. هذا الرضاء لا يكون طمحيحاً - فحيث كانت ارادة المجني عليه معيبة للغش والتدليس فهي غير ذات قيمة قانونية ومن ثم فالرضاء الصادر عنها معيب وذلك لأن المجني عليه لم يكن يعرف الفعل على حقيقته ولو علم بالحقيقة لما رضى به (١) - وبالتالي فإنه يظل غير فعال ومن ذلك أن يقوم رئيس مجلس إدارة إحدى الشركات بتكوين شركة وهمية لشراء العقارات من شركات أخرى، مسجلاً في العقد ثمناً منخفضاً بشكل كبير عن الثمن الحقيقي ثم تقوم هذه الشركة الوهمية ببيع العقار إلى الشركة التي يرأس المتهم مجلس إدارتها بالسعر الحقيقي المرتفع، وتخفي على أثر ذلك هذه الشركة، ويتم تهريب الأموال، ويكون الفاعل بذلك قد تهرب من الضرائب العقارية ومن الضرائب على الأرباح التجارية. وإذا ما كانت الشركة الوهمية تدفع ثمن العقار الذي تشتريه بأموال الشركة التي يرأس الفاعل مجلس إدارتها فإن هذا السلوك يمثل من جانب هذا الفاعل جريمة إساءة استعمال أموال الشركة (٢)

وفي حالة موافقة مجلس الإدارة على السلوك محل التجريم، يجب الرجوع إلى القواعد العامة لقانون العقوبات والتي تقضي باعتبار من يسهل الفعل محل التجريم شريكاً بالمساعدة. وهذا طبعاً يفترض تواطؤاً من جانب أعضائه يقوم على العلم والإرادة، وما يقال عن مجلس الإدارة

- 1) د. رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، ط ٣، بدون دار نشر، ١٩٧١م، ص ٤٣٨؛ د. السعيد مصطفى: الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط ٢، بدون دار نشر، ١٩٥٣م، ص ٢٤٠؛ د. محمود إبراهيم اسماعيل: شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي، ١٩٥٩م، ص ٤٩٤؛ د. عبد العظيم صابر حسن: مدى تأثير رضاء المجني عليه في مجال التجريم والعقاب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - فرع بني سويف جامعة القاهرة، بدون تاريخ، ص ١٥٠.
- 2) د. غنام محمد غنام: تجريم إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمها الأزمة المالية العالمية، المرجع السابق، ص ٧٩٠.

يمكن أن يقال أيضاً عن الجمعية العمومية لكن لا تقوم الجريمة على أساس الخطأ غير العمدى.

عدم فاعلية موافقة الجمعية العمومية:

الرضاء حق من الحقوق الشخصية، ومن ثم تقيده استعماله بأحكام القانون، وبمصلحة المجتمع، وعلى ذلك فما لم يقيده القانون استعماله فيحدد لصدوره وقتاً معيناً، فليس ما يمنع من صدوره في أي وقت، ومن ثم فقد يصدر الرضاء سابقاً للفعل، أو معاصراً له، أو لاحقاً على تمام الجريمة^(١)، غير أنني سوف أكثفي ببيان الرضاء قبل وبعد تمام الجريمة.

١- الرضاء بعد تمام الجريمة:

الوضع في الفقه: أجمع فقه الشريعة الاسلامية على أنه إذا كان الحق محل الاعتداء خالصاً لله تعالى، كان المجني عليه في الجريمة هو المجتمع وحده، ومن ثم لا أثر لرضاء أو عفو يصدر من أي شخص. أما فيما يتعلق بالحقوق المشتركة بين المجتمع والفرد فعلى الرغم من اتفاق الفقهاء على أن العفو لا يسقط الجريمة، بمعنى أنه لا يهدم أركانها، فلقد ذهبوا إلى أنه بمقدار قوة حق الفرد يكون أثر العفو الصادر عن المجني عليه لاحقاً لوقوع الجريمة^(٢). فيعتبر العفو "أو الرضاء" في نظرهم سبباً مانعاً للعقاب في بعض الأحوال.

الوضع في النظام "القانون": تقضي القواعد العامة بعدم فاعلية رضاء المجني عليه بعد تمام الجريمة. لذا فإن صدور الرضاء بعد استجماع الجريمة عناصرها وبعد تمامها، لا ينفي عنها أي ركن من أركانها، فهو ليس إلا عفوفاً لا قيمة له.

- (١) د. حسني محمد السيد الجديع: رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٨٣م، ص ١٦٧.
- (٢) شمس الدين محمد بن أبي العباس: نهاية المحتاج في شرح المحتاج، ج ٧، ص ٤٨ وما بعدها؛ علي الدين الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧، ط ١، مطبعة الجمالية، ص ٢٤٦ وما بعدها؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: المحلى، ج ١٣، مكتبة النهضة بمصر، ١٣٤٧هـ، ص ٢٨٦ وما بعدها؛ زين الدين نجم الحنفي: البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، ج ٥، ص ٧١ وما بعدها.

فإذا أجازت الجمعية العامة سلوك أحد أعضاء مجلس الإدارة الذي يشكل الجريمة. فإن ذلك يبقى غير ذي صفة أثر. تطبيقاً للقواعد العامة في عدم اعتبار رضا المجني عليه سبباً للإباحة^(١).

٢ - الرضا قبيل ارتكاب الجريمة:

تدق المشكلة بالنسبة للإذن السابق الصادر من الجمعية العمومية والذي يميز لعضو مجلس الإدارة تصرفاً معيناً يشكل جريمة إساءة استعمال أموال أو ائتمان الشركة.

يبدو لأول وهلة أن هذا الإذن السابق يرفع عن الفعل وصف التجريم، فلا يعد التصرف من قبيل إساءة الاستعمال. والسبب أن الأمر يتعلق بجريمة من جرائم الأموال، وأن هذا الإذن يصدر من صاحب المال، ومن ثم ينتفى وصف الجريمة لتخلف محلها، وقد يبدو مؤيداً لوجهة النظر هذه أن مجلس الإدارة هو في مركز الوكيل بالنسبة للجمعية العمومية، وتقضي القواعد العامة بأن جريمة خيانة الأمانة لا تقع إذا أجاز صاحب المال إلى الوكيل بالتصرف فيه.

غير أن هذا الرأي يرد عليه تحفظ هام، ألا وهو أن ثمة اختلافاً يظل باقياً بين موافقة صاحب المال وبين موافقة الجمعية العامة للشركة. فقرارات الجمعية العامة تصدر بأغلبية الحاضرين، ومعنى هذا أن هناك جزءاً هاماً من مساهمي الشركة لا يحضرون اجتماع العمومية العامة. هذا بالإضافة إلى أن القرار المميز لسلوك معين يصدر بأغلبية الحاضرين، مما يفتح الباب للتعسف من جانب أعضاء مجلس الإدارة الذين قد يمتلكون أغلبية الأسهم^(٢)، ومؤدى ذلك أنه يوجد جانب من الأقلية الحاضرة التي لم

(١) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٢م، ص ٢٤٣؛ د. عمرو إبراهيم الوقاد: دور الرضا في القانون الجنائي، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ٨١.

(٢) فالأغلبية ليس لها الحق في أن تستعمل سلطتها للإضرار وذلك بتفضيل بعض المساهمين على حساب مساهمين آخرين، فالمساهمون الذين يشكلون الأغلبية يخططون لالتزامهم إذا يتعسفون بسلطاتهم لكي يضحون بمصلحة الشركة لأجل مصلحتهم الشخصية. فإذا كان القانون قد اعترف بسلطة الأغلبية فلا

توافق على القرار، بل أكثر من ذلك فقد يتخذ القرار من جانب أقلية ولكنها تصبح أغلبية حاضرة عند اتخاذ القرار، لعدم حضور كثير من المساهمين لاجتماعات الجمعية العمومية^(١)، وحيث أن أولئك وهؤلاء هم أيضاً شركاء في الشركة، فإن القرار بالموافقة لا يكون إذن صادراً من كافة الشركاء، ناهيك عن أن شركة المساهمة أصبحت نظاماً قانونياً أكثر من عقد اتفاقياً. ومن ثم فإن القانون أصبح يتدخل مزاعاة منه لصالح المساهمين والدائنين غير تاركنا الأمر كله لموافقة ورضاء الجمعية العمومية^(٢).

ومن الجدير بالإشارة، أنه إذا كانت موافقة الجمعية العامة للشركة على السلوك العاقب عليه قد تم الحصول عليه من جانب المدير بناء على ادعاءات كاذبة، فإن هذا يجعل رضاء الجمعية العمومية ومجلس الإدارة رضاء غير صحيح، ويجعل من هذه الموافقة غير ذي أثر في إباحة الجريمة. أحكام الجريمة:

التعدد الصوري^(٣) مع خيانة الأمانة:

ينبغي أن تصبح بين أيدي الأغلبية وسيلة للإضرار على حساب الأقلية وتصبح من ناحية أخرى لمجلس الإدارة الاعتداء على مصالح الأقلية باعتبارها الجهة النوط بها تنفيذ قرار الجمعية العمومية.

(1) للمزيد راجع على وجه العموم: د. عبد الفضيل محمد أحمد: حماية الأقلية من القرارات التعسفية الصادرة عن الجمعيات العامة للمساهمين، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الأولى، أكتوبر ١٩٨٦م.

(2) د. غنام محمد غنام: تجريم إساعة استعمال أموال وإتتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمها الأزمة المالية العالمية، نف المرجع السابق، ص ٧٩٣.

(3) مضمون التعدد الصوري للجرائم في الفقه والقضاء المصريين، يتحدد بارتكاب الشخص لفعل واحد أدى إلى وجود عدة جرائم. ومن ثم اعتنق النظام المصري تعدد العقوبات أو الجب كحل لمشكلة تعدد الجرائم الناتج عن سلوك إجرامي واحد، وبمقتضاء تكون العقوبة الواجبة التطبيق هي العقوبة المقررة لأشد الجرائم المرتكبة، والاقتصار على توقيع العقوبة المقررة للجريمة الأشد مجري تفسيره من جانب الفقه والقضاء بأن المتهم في حالة تعدد الجرائم الصوري لم يصدر منه غير فعل واحد لم يقصد به ارتكاب غير جريمة واحدة=

إذا قام عضو مجلس إدارة شركة مساهمة باختلاس أو تبديد أحد منقولات الشركة، فإننا نجد أنفسنا أمام سلوك يحكمه في القانون المصري عدة نصوص:

- فهناك تجريم خيانة الأمانة باعتبار أن الفاعل في مركز الوكيل، والمعروف أن عقد الوكالة من العقود الخمسة التي يحميها القانون.

- كما أن المشرع المصري يعاقب على هذه الأفعال في مجال شركات المساهمة بنص وارد بالمادة ١١٣ مكرر عقوبات تحت وصف الاختلاس والاستيلاء على أموال هذا النوع من الشركات.

ويلاحظ أن الأمر لا يتعلق بتعدد معنوي للجرائم^(١)، إذ أن هذا الأخير يفترض ترتب تيجتان إجراميتان، وهو ما لا يتوافر في هذه الحالة،

= وهي الأشد، وبالتالي لا يستحق إلا عقوبة واحدة. للمزيد راجع: د. علي حسين الخلف: تعدد الجرائم وأثره في العقاب في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٥٤م، ص ٣٤٠، وأيضاً: د. أمين عبده محمد دهمش: تعدد الجرائم في التشريع الوضعي المقارن بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠١م، ص ٣٩٠، وأيضاً: نقض جنائي مصري، جلسة ٢ مايو سنة ١٩٦٦، طعن رقم ٣٣٠، أحكام محكمة النقض، س ١٧، ع ٢، قاعدة ٩٨، ص ٥٤٦؛

١) من جهة التكيف تتحقق في التعدد المعنوي للجرائم تتحقق من وجهة النظر القانونية أوصاف عدة جرائم، لكل منها عقوبتها، أما في التعدد الظاهري للنصوص فتبقى الجريمة واحدة، رغم تعدد النصوص التي تبدو منطبقة عليها. كذلك فارق من الناحية التطبيقية للنصوص المتعددة في الحالين: ففي حالة التعدد المعنوي للجرائم، تنطبق على الفعل عدة نصوص جنائية وتظل كلها منطبقة من الناحية القانونية. وبالرغم من تعدد النصوص المنطبقة في هذه الحالة، إلا أن القانون قد يتدخل من ناحية توقيع عقوبة واحدة مختار من بين العقوبات المقررة بالنصوص المتعددة بطريقة يحددها القانون نفسه تحديداً تحكيمياً لاعتبارات العدالة والإنسانية، بينما في التعدد الظاهري للنصوص، لا ينطبق إلا نص واحد تستبعد باقي النصوص، أما الفرق من الناحية الجنائية: فهو قائم على أنه في التعدد المعنوي للجرائم يوقع جزاء واحد من بين عدة جزاءات تكون له بمثابة جزاءات مساعدة، أما في التعدد الظاهري للنصوص فلا يوجد إلا جزاء واحد وأما في باقي الجزاءات فتستبعد تبعاً لاستبعاد =

ومن ثم فإن قواعد التعدد المعنوي في تطبيق الوصف الأشد لا تكون واجبة التطبيق^(١).

فالأمر يتعلق بتنازع ظاهري للنصوص، وحل مشكلة هذا التنازع هنا هو تطبيق القاعدة القانونية القائلة بأن "الخاص يقيد العام" ويلاحظ أن التجريم الوارد بالمادة ١١٣ مكرراً عقوبات هو نص خاص، بينما نص خيانة الأمانة هو هنا النص العام، فالنص الأول يخص طائفة معينة من الأموال وطائفة معينة من الفاعلين، بينما ينطبق النص الثاني على الكافة دون تمييز.

وإذا كان ينبغي استبعاد أية شبهة للمشكلة مع التعدد المعنوي للجرائم، الذي يفترض أن مصلحتين يحميهما القانون كانا محلاً للاعتداء عليهما، فإنه يصبح لزاماً تطبيق النص الخاص بغض النظر عن مقدار العقوبة الواردة به، أي حتى ولو كان هو النص الأخف^(٢).

أما في فرنسا، فإن التنازع الظاهري يقوم بين النص الذي ينطبق على خيانة الأمانة والنص الذي ينطبق على إساءة استعمال أموال الشركة. فالنص الثاني هو النص الخاص واجب التطبيق. فإذا أخطأت محكمة الموضوع وأضفت على الواقعة وصف خيانة الأمانة بدلاً من النص واجب التطبيق وهو إساءة استعمال أموال الشركة، فإن هذا الخطأ على ما ترى محكمة النقض الفرنسية، لا يستوجب نقض الحكم استناداً على نظرية العقوبة المبررة^(٣)، ذلك أن العقوبة التي حكم بها كانت تدخل في نطاق عقوبة إساءة استعمال أموال الشركة.

=نصوصها. للمزيد راجع: د. الفونس ميخائيل حنا: تعدد الجرائم وأثره في قانون العقوبات والإجراءات، ط ١، بدون دار نشر، ١٩٦٣م، فقرة ٢٣، ص ٦٦٥ وما بعدها.

(١) د. غنام محمد غنام: تجريم إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمها الأزمنة المالية العالمية، المرجع السابق، ص ٨٠٥ وما بعدها.

(٢) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للإدخار العام في شركات المساهمة، نفس المرجع السابق، فقرة ١٣١، ص ١٦٩.

(٣) نظرية العقوبة المبررة هي، النظرية التي تقتضي عدم قبول الطعن في الحكم مهما وقع فيه من خطأ في القانون أو من بطلان في الإجراءات متى كانت العقوبة لا

طبيعة الجريمة:

إن تحديد ما إذا كانت الجريمة مؤقتة^(١) أم مستمرة^(٢) يساعد على التعرف على اللحظة التي يبدأ فيها احتساب مدة التقادم في الجريمة. وفي ذلك ذهب حكم لمحكمة السين سنة ١٩٦٣ إلى أن جريمة إساءة استعمال أموال الشركة جريمة مستمرة، فلا عبء في رأيها بالفعل الذي يدخل بمقتضاه الفاعل المال في حيازته. وإنما تستمر الجريمة. طالما استمر الاستعمال المعاقب عليه.

إلا أن محكمة استئناف باريس اعتبرتها جريمة مؤقتة في حكم لها سنة ١٩٦٥^(٣)، مؤيدة في ذلك من محكمة النقض الفرنسية سنة

=تخرج عن نطاقها نوعاً ومقداراً لو لم يقع أي خطأ في القانون ولا بطلان. للمزيد راجع: رؤوف عبيد: المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ط ٨، دار الفكر العربي، ١٩٧٢م، ص ٣٥٦، وأيضاً: د. محمود كبيش: الموجز في الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، دار الثقافة العربية، ٢٠٠٢م - ٢٠٠٣م، ص ١٨١، وأيضاً: د. حسن عوض سالم الطراونة: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٤٤٥.

(١) الجريمة الوقتية لا يعلق القانون أهمية فيها على الوقت الذي يستغرقه ارتكابها ومثال ذلك في جرائم السرقة والضرب، فالجريمة الوقتية تتحقق في زمن محدود للغاية، ولكن هذا لا يعني أن الجريمة الوقتية لا تستغرق وقتاً طويلاً في التحضير لها، كل ما تتميز به أنها تتم في لحظة واحدة، ويلاحظ أن الجريمة تظل وقتية مهما ترتب عليها من آثار تمتد خلال زمن طويل، والمرجع في تقدير الزمن الذي يستغرقه الجريمة إن كان قصيراً أو طويلاً هو القاضي إذا لم يضع المشرع معياراً لهذا الزمن وعلى القاضي أن يرجع إلى النص النظامي لمعرفة عناصر الجريمة ثم يقوم بوضع تقريره لتحديد الزمن الذي يستغرقه تحقيق هذه العناصر ومدى وصف هذا الزمن بأنه قصير نسبياً مستعينا في ذلك بالظروف التي أحاطت بتنفيذ الجريمة. للمزيد راجع: د. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص ٣٩٧.

(٢) الجريمة المستمرة هي الجريمة التي يمتد ركنها المادي مصحوباً بركنها المعنوي زمناً طويلاً نسبياً. للمزيد راجع: د. عبد العظيم مرسى وزير: شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٢٢٧.

3) Cour de paris , 12 janv. 1965 , D , 1965 . 687.

أشار إليه: د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للدخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، فقرة ١٣٤، ص ١٧٥.

١٩٦٨^(١)، وبالتالي فقد قضت بأن مدة التقادم لا تبدأ من وقت التعرف على وقوع الجريمة نظراً للتشابه بينها وبين جريمة خيانة الأمانة. ولا يعني ذلك أن الجريمة مستمرة، ولكن يعني فقط أنه عندما لا يتم التعرف على لحظة وقوع الجريمة، فإن مدة التقادم لا يمكن أن تبدأ، بل تستمر متراخية حتى يظهر وقوع تلك الجريمة.

ونشايح الرأي الذي يؤيد الرأي السابق ومع التفرقة بين جريمة إساءة استعمال أموال الشركة التي تتم بطريق الاختلاس أو بطريق التبييد. وتلك التي تتم بطريق إساءة الاستعمال كما يلي^(٢):

- الجريمة في الحالة الأولى: مؤقتة وإن كان بدء التقادم يتراخى حتى ظهورها.

- الجريمة في الحالة الثانية: مستمرة طالما استمر النشاط والنتيجة. ذلك أن المال يبقى ملكاً للشركة يستعمله لفاعل لتحقيق غرض شخصي، فالنشاط يمتد بطبيعته في الزمان.

التقادم في جريمة إساءة استعمال أموال الشركة:

تنقضي عادة الدعوى الجنائية المباشرة من النيابة العامة في مصر "هيئة التحقيق والادعاء العام بالملكة العربية السعودية" بصدور حكم بات فيها، وقد تنقضي بأسباب أخرى، من بينها التقادم^(٣).

وبناء على ما سبق، تبين أن الاستعمال في جريمة التعسف في أموال الشركة يتميز بالطابع الفوري والآني للفعل، مما يجعل هذه الأخيرة تصنف ضمن فئة الجرائم الوقتية التي تتحقق في فترة وجيزة، ولا تستغرق فترة زمني لتحقيقها أو تنفيذها. غير أن بعض الاستعمالات المتسمة بإساءة

1) Crim . 14 mars , 1968 , Bull Crim , N. 90.

أشار إليه: د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، فقرة ١٣٤، ص ١٧٥.

(١) د. غنام محمد غنام: تجريم إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمها الأزمة المالية العالمية، المرجع السابق، ص ٨١١.

(٢) د. اسحاق ابراهيم منصور: المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجنائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، ١٩٩٣م، ص ٣٠.

استعمال أموال الشركة تكتسي أحياناً طابعاً خاصاً، ويكون الحال كذلك مثلاً في أفعال الامتناع عن التصرف أو عدم استعمال السلطات المخولة أو حالة الاستعمالات المستمرة " كاستعمال منزل مملوك للشركة مثلاً" ففي مثل هذه الحالات تعتبر الجريمة مستمرة طالما أن عضو أو رئيس مجلس الإدارة أو المدير مستمر في هذا النشاط، وينتج عن ذلك أن مدة سريان تقادم الدعوى الجنائية في هذه الحالة يبدأ من يوم تحقق التنفيذ النهائي للجريمة.

تاريخ ارتكاب الجريمة:

كان تحديد نقطة انطلاق جريمة إساءة استعمال وائتمان أموال الشركات التجارية محل عدة نقاشات نظراً للطبيعة الخاصة لهذه الجريمة، وللدور المهم الذي لعبه القضاء بتدخله في إعادة تحديد يوم ارتكاب هذه الجريمة مستبعداً في ذلك تطبيق النص القانوني الذي حدد نقطة الانطلاق بيوم ارتكاب الجريمة، مؤخراً هذا اليوم حسب الحالات على النحو الآتي: طبقت الجهات القضائية في فرنسا على جريمة إساءة استعمال وائتمان الشركات التجارية، الاجتهاد القضائي المتعلق بجريمة خيانة الأمانة المطبقة على أفعال مماثلة في شركات الأشخاص أن مدة التقادم في جريمة خيانة الأمانة " تبدأ من يوم اكتشاف الفعل أو الجريمة أو من الوقت الذي تمت معاينتها فيه. وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا المبدأ بالنسبة إلى الجرائم التي تقع خيانة لأمانة أموال الشركات ويلاحظ أن هذا القضاء يعد رجوعاً إلى تقنين برومير السنة الرابعة، حيث كان التقادم جزاء إهمال السلطات العامة، وبالتالي لا يبدأ سريانه إلا منذ علم السلطات بالجريمة، وقد أيد بعض الشراح اتجاه هذا القضاء، استناداً إلى صعوبة اكتشاف هذا النوع من الجرائم، ورغبة في تقييد نظام التقادم الذي يعتبر في نظرهم مكافأة للمجرم لما ارتكبه يقدمها المجتمع راضياً وبكل بساطة، ويضيف هؤلاء أن هذا القضاء يقوم على الواقعية التي تتفق مع ضروريات الحياة التجارية أكثر من اتفاقه مع مبادئ قانون العقوبات التقليدي⁽¹⁾.

1) Chavanne (Albert) : Le droit penal des sociétés et le droit penal general , Rev .sc . crim . 1963 , p.701. =

ويُفسر هذا الاختيار من خلال الطابع المادي المشترك للجريمتين، حيث تُعاقب كل منهما على أفعال غالباً ما يمكن لمرتكبيها إخفاؤها، إذ أن جريمة الاستعمال السوي لأموال الشركة هي مشتقة من جريمة خيانة الأمانة، كما أن تكتنف هذه الجريمة الخفية والسرية، إذ كثيراً ما يلجأ عضو أو رئيس مجلس الإدارة أو المدير إلى استعمال الحسابات الخفية والفواتير المزيفة التي تجعل اكتشاف الأفعال المكونة لهذا النوع من الجرائم شيئاً صعباً، إضافة إلى تواجد المتهمين عموماً في مناصب جيدة ووضعية ملائمة داخل الشركة تسمح لهم بستر وتغطية تصرفاتهم الاحتياطية: ولذا ومن أجل تجنب أن يفلت مرتكبي هذه الجريمة من العقاب لبقائها مجهولاً طويلاً هو ما يفسر اتجاه القضاة إلى تقوية وتعزيز العقوبة وذلك بتأجيل نقطة انطلاق التقادم إلى اليوم الذي يظهر فيه الفعل المخفي أو تتم معانيته وهذا ما جاء في القرار الصادر في ٧ ديسمبر ١٩٦٧ الذي كرس هذا المبدأ الذي أصبحت محكمة النقض الفرنسية تأخذ به كلما كان الأمر ضرورياً^(١).

غير إن موقف القضاء قد تطور ابتداء من سنة ١٩٨١ وفي القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في ١٠ أغسطس ١٩٨١ الذي حددت فيه بدقة أن نقطة انطلاق مدة التقادم تبدأ في السريان من "اليوم الذي ظهر فيه الفعل المجرم أو تمت معانيته في شروط تسمح بمباشرة الدعوى العمومية" هادفة من وراء ذلك تحسين النظام الذي استقرت عليه أحكام القضاء الفرنسي^(٢).

فقد أُجِّل هذا القرار هو الآخر نقطة انطلاق التقادم، فلم تعد تكفي معاناة الجريمة بل يجب إضافة إلى ذلك أن تتم في ظروف معينة تسمح

= أشار إليه: د. محمد عوض الأحول: انقضاء سلطة العقاب بالتقادم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٦٤م، ص ١٦١.

1) Jaques Delga : Le droit des societies , dalloz , 1998 , p.325

2) Jean Larguier : droit penal des des affaires , 8eme éd , p.150.

بممارسة الدعوى. ويقصد بذلك علم الجمعية العامة بالجريمة واكتشافها لها يسمح بممارسة الدعوى العمومية، إلا إذا أخفى الفاعل الجريمة ولم تكتشفها الجمعية العامة من واقع الحسابات والتقارير التي قدمت إليها. وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أنه إذا اكتشف مجلس الإدارة أو مراجع الحسابات هذه الجريمة ولكنه تستر عليها، حتى إذا ما أقلست الشركة اكتشافها المصفي القضائي من واقع حسابات وسجلات الشركة وقام بالتبليغ عنها، فإن مدة التقادم لا تبدأ من وقت اكتشافها والتستر عليها، ولكن من وقت اكتشاف المصفي القضائي لها، وهذا يظهر من الصيغة التي درجت المحاكم الفرنسية على استعمالها لتحديد لحظة بدء التقادم إذا اكتشفت الجريمة في ظروف تسمح بإقامة الدعوى الجنائية.

أثر تقادم احدى الجرائم المرتبطة:

تقضي القواعد العامة بعقاب الفاعل عن الجريمة الأشد، إذا نسب إليه أكثر من جريمة، بينهما ارتباط لا يقبل التجزئة.

غير إنه إذا تقادمت الجريمة ذات الوصف الأشد. فإن ذلك لا يعني بالضرورة أن غيرها من الجرائم المرتبطة معها قد تقادمت.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن مدير الشركة الذي يرتكب جنائية رشوة إيجابية. وجنة إساءة استعمال أموال الشركة وجنة اخفاء أموال متحصلة من هذه الجريمة يسأل عن جريمة إساءة استعمال أموال الشركة. على الرغم من أنها جنة، إذا ما تقادمت جنائية الرشوة بالنسبة له، ويرجع عدم تقادم الجنة على الرغم من تقادم الجنائية إلى أن القضاء الفرنسي يؤخر لحظة بدء التقادم في جنة إساءة استعمال أموال الشركة، بحيث تأتي هذه اللحظة عند اكتشاف الجريمة وليس من لحظة ارتكابها بالفعل⁽¹⁾.

(1) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للاذخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، فقرة ١٣٣، ص ١٧٤.

ارتباط جريمة الإساءة بجريمة الإخفاء:

قد ترتبط جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جنابة أو جنحة مع جريمة إساءة استعمال الشركة ارتباطاً لا يقبل التجزئة، إذا استولى الفاعل في الجريمة الأخيرة على أموال من ممتلكات الشركة. وقد يكون الفاعل في إخفاء الأموال المتحصلة من جريمة غير مسئول عن جريمة إساءة استعمال أموال الشركة، وفائدة تجريم إخفاء الأشياء المتحصلة من جنابة أو جنحة تظهر في الفرض الثاني بوضوح، حيث يسأل الشخص عن هذه الجريمة، متى توافر لديه العلم بمصدر الأموال محل الحيازة. غير أن فائدة تجريم الإخفاء يمكن أن تظهر حتى في الحالة الأولى، حيث يرتبط الإخفاء بجريمة الإساءة، إذا ما اكتملت مدة التقادم بالنسبة للجريمة الأخيرة. فالإخفاء هو جريمة ذات طبيعة مستمرة، وهذا من شأنه أن يؤخر لحظة بدء التقادم، فيمكن عدم مساءلة الفاعل في جريمة الإساءة من الناحية الجنائية إذا تقادمت الدعوى الجنائية عن تلك الجريمة، ومع ذلك فإنه يتعرض للمسئولية عن جريمة الإخفاء^(١).

ولكن يبدو أن هذه القاعدة الأخيرة ليست ذات بال إذا لاحظنا أن القضاء الفرنسي يؤخر من لحظة بدء التقادم في جريمة إساءة استعمال أموال الشركة، بحيث تبدأ مدته من لحظة اكتشاف الجريمة في ظروف تسمح بإقامة الدعوى الجنائية وليس من وقت وقوع الركن المادي لها.

وإذا كان الفاعل في الإخفاء لم يساهم في إساءة استعمال أموال الشركة كما لو كانت الزوجة هي التي تحصلت على المال أو المنقولات الخاصة بالشركة، فإنه يلزم توافر القصد الجنائي علماً وازادة عند لحظة

1) Pierre Gathier ; Bianca Lauret : droit penal des addaires , éd . economica 1986-1987 , p.397.

أشار اليه : د. غنام محمد غنام : تجريم إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمها الأزمة المالية العالمية ، ن المرجع السابق ، ص ٨٠٨ .

الحصول على المال أو المنقولات حسب القواعد العامة التي يستقر عليها القضاء الفرنسي في جريمة اخفاء الأشياء المتحصلة من جناية أو جنحة^(١).
الشريك في جريمة إساءة استعمال واثتمان أموال الشركات التجارية:

المساهم هو من يقوم بدور ثانوي في التكوين المادي للجريمة، وبذلك يمكن تعريف الشريك في الجريمة بأنه الشخص الذي لم يرتكب العناصر المادية والمعنوية للجريمة ولكنه شارك في ارتكاب هذه الأخيرة وفق شروط معينة، فحتى يكون هناك اشتراك يجب أن يكون الفعل الأصلي معاقب عليه وأن يكون الفعل المادي المساعد أو المعاونة سابقاً للاستعمال أي للفعل الأصلي أو معاصراً له، وأن يكون هناك علم بالطابع المجرم للفعل بمعنى أن الشريك في جريمة الاستعمال السوء لأموال الشركة التجارية يجب أن يكون عالماً بعناصرها والتي يتابع بها الفعل الأصلي، أي أن يكون عالماً بوجود تعارض مع مصلحة الشركة وقت ارتكاب الفعل أن يرتكب أفعالاً مادية تتمثل في مساعدة شخصية، ولا يهم في ذلك أن يكون هذا الأخير جاء على الصفحة الواجب توافرها في مرتكب الجريمة عند مساعدته على الجريمة مع علمه بالطابع المجرم للفعل^(٢).

وهذه المعاونة أو المساعدة المقدمة من الشريك يمكن أن تتجلى من خلال الموقف الذي يتخذه أو من خلال التأكيدات الاحتمالية المتمثلة في دفع الغير على تبرير اختلاسات عضو أو رئيس مجلس الإدارة أو المدير. وفي هذا الإطار يمكن أن يعتبر شريكاً في جريمة الاستعمال السيئ أموال الشركة على سبيل المثال الآتي:

- المدير الذي شارك أو حضر في مداورات مجلس الإدارة محل النزاع.

(١) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للاذخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، فقرة ١٣٣، ص ١٧٢.

2) Wifrid Jean didier : droit des affaires Tom 1: droit commercial general et societies , 7^{eme} edition economica , 1992 ,p.334.

- مراقب الحسابات الذي كان أصل العملية المجرمة وكان المحفز على ارتكابها.
- مراقب الحسابات الذي رغم علمه بالاختلاسات قام بإخفاء وستر هذه الاختلاسات الواقعة على أموال الشركة، وتحريره لمحاضر الجمعية العمومية التي تغطي بعض من هذه العمليات.
- غير أنه يجب دائماً إقامة الدليل على العلم بالأفعال الأصلية من قبل ذلك الذي ارتكب الفعل الشريك، وذلك حتى يكون الاشتراك مكيفاً بطريقة صحيحة ومقبولة وهذا نتيجة أن القصد الجنائي في هذه الجريمة هو عمدي ومن ثم فلا يمكن الاشتراك بطريقة الخطأ أو الإهمال البسيط^(١).
- وهذا يعني أنه لا يمكن متابعتها بالاشتراك في ارتكاب جريمة الاستعمال السيئ لأموال الشركة متى كان يجهل الطابع المجرم للأفعال على اعتبار أن الاشتراك يفترض سوء النية^(٢).

(١) يرى البعض أن المساعدة المؤتممة بوصفها اشتراكاً لا تكون إلا بعمل إيجابي، وأكدت في السابق محكمة النقض هذه القاعدة فقمت بأنه لا جدال في أن الاشتراك في الجريمة لا يتكون إلا من أعمال إيجابية، ولا ينتج أبداً من أعمال سلبية: نقض جنائي مصري، جلسة ٢٨ مايو سنة ١٩٤٥، مجموعة القواعد القانونية، ج ٦، رقم ٥٨٣، ص ٧١٩. غير أنني أرى أن المساهمة التبعية السلبية لا تختلف جوهرياً عن المساهمة التبعية الإيجابية، حيث يتطلب أولاً: أن تناقش فيما إذا كان السلوك السلبي متعلقاً بالجريمة أم لا، فإذا ثبت أن هذا السلوك كان ضرورياً للفعل التسبب في أحداث النتيجة أو النتائج الضارة (من خلال ارتباطه بأساسيات الجريمة) ومن ثم في هذه الحالة من الممكن قبوله فعل اشتراك في حدوث النتيجة، وبالترتيب على ما سبق إذا كان الامتناع له التأثير الكافي في أحداث الجريمة فإنه يصلح بذاته فعل اشتراك. إلا أنه في حالة المساهم التبعية إذا كان في موقف الضامن وامتنع فإنه يعتبر مساهماً تبعية في الجريمة، إلا أن المسئول عن الرعاية يعتبر فاعلاً أصلياً وليس شريكاً. وتأييداً لما سبق قضت محكمة النقض بأن الاشتراك بالاتفاق لا يستلزم حتماً عملاً إيجابياً من جانب الشريك. نقض جنائي مصري، جلسة ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٤، مجموعة القواعد القانونية، ج ٣، رقم ٢٩٩، ص ٤٠٣.

(٢) للمزيد راجع: د. رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع - الجزائر، بدون سنة نشر، ص ٣٤١، =

الفرع الثالث

الركن المعنوي

لا يكفي لقيام المسؤولية الجنائية أن يصدر عن الفاعل سلوك إجرامي معاقب عليه قانوناً "نظاماً" فلا بد لقيامها توافر ركن معنوي ينم عن اتجاه ارادة الجنائي إلى اتباع هذا المسلك وارتكاب الفعل المعاقب عليه قانوناً "نظاماً".

إذ يجب أن يكون هناك تلازم بين القصد الجنائي والركن المادي فلا يصح العقاب على استعمال أموال الشركة إلا إذا اقترن بالقصد الجنائي. ويقوم الركن المعنوي لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة على الإرادة الاثمة التي وجهت سلوك الجنائي المخالف للقانون، فهذه الأخيرة هي حلقة الوصل بين الجريمة كواقعة مادية لها كيان خارجي وبين الانسان الذي صدرت عنه والذي يعتبره القانون بالتالي مسئولاً .
تطلب قصد جنائي خاص:

تعد جريمة إساءة استعمال أموال الشركة جريمة عمدية، فهي لا تقوم بمجرد الخطأ العمدي كالإهمال أو عدم الاحتياط أو الرعونة في إدارة الشركة، ويتحمل المدير عندئذ مسؤولية مدنية.

ويتخذ القصد الجنائي في صورة القصد الخاص: وهو الرغبة في تحقيق مصلحة شخصية، فالقانون لا يهتم هنا بالبائع من وراء إساءة استعمال أموال الشركة، فلا تقع الجريمة لمجرد أن الإدارة سيئة بالشركة، فيلزم أن يكون فساد الإدارة في نشاطها يرجع إلى تدخل المصالح الشخصية للمسئولية عنها.

ولا يتطلب القانون، من جهة أخرى توافر نية الاضرار بأموال الشركة، بل أن الجريمة تقع حتى بدون أن ينتج عنها أية اضرار^(١).

= وأيضاً: د. إبراهيم الشباسي: الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار الكتاب اللبناني - الجزائر، ١٩٨١م، ص ١٥٥ وما بعدها. (١) د. غنام محمد غنام: تجريم إساءة استعمال أموال وأئتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمها الأزمة المالية العالمية، المرجع السابق، ص ٧٩٦.

قصد تحقيق مصلحة شخصية:

يتعلق الأمر هنا بشرط الباعث المدرج في النية المجرمة التي لا تتواجد إلا بهن وهذه النية المجرمة لجرمة إساءة استعمال أموال الشركة تفسر بأنها إرادة ارتكاب فعل مع العلم بطابعه المخالف لمصلحة الشركة بغرض الحصول على مصلحة شخصية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، ومنه يصبح الباعث أو النية الخاصة المتمثلة في المصلحة الشخصية عنصراً من عناصر الجريمة داخلاً في تكوين القصد الجنائي الخاص^(١) يضاف هكذا إلى عنصري العلم وسوء النية المطلوبين في كل الجرائم العمدية كعنصر ثالث مكون للنية المجرمة^(٢).

فمعايينة وجود الباعث لازمة خاصة أن العلم وسوء النية لا يفترضان وجوده، وهذا يفسر من خلال اعتبار الأغراض الشخصية عنصراً إضافياً للعلم وسوء النية اللذان يمكنهما الاجتماع بدونه ويصفة مستقلة عنهن فالمنفعة الشخصية تتضمن العلم وسوء النية بنفس الطريقة التي تتضمن بها سوء النية العلم، وهذا يعني أن وجود المنفعة الشخصية يفترض أن يكون المسئول قد ارتكب الفعل عن علم وسوء نية قصد تحقيقها، وبنفس الطريقة التي يعتبر فيها ارتكاب المسئول للفعل بسوء نية تستلزم أنه كان عالماً بتجريمه^(٣).

ولذلك فإن اشتراط وجود هذا الهدف الشخصي يبدو أنه غير ملائم لمصلحة الشركة دون أن يبحث صاحبه من ورائه إلى تحقيق مصلحته

(١) الباعث هو العنصر المطلوب لتخصيص القصد، للمزيد راجع: د. صابرين جابر محمد أحمد: الباعث في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة طنطا، ٢٠٠٨م، ص ٧١، وأيضاً: د. علي حسن عبد الله الشرفي: الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٨٦م، ص ١٥٦.

(٢) د. إبراهيم الشباسي: الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، المرجع السابق، ص ٩٩.

3) Didier Rebut : Abus de biens sociaux jurissclasseur , op cit , p. 15 - 93.

الشخصية لا يكون مجرمًا، إذ البحث عن المصلحة الشخصية يبين الباعث الذي دفع بالتهم إلى ارتكاب الفعل والتي تعتبر كسند للعنصر المعنوي للجريمة^(١).

وبناء على ما تقدم، فإن تجريم إساءة استعمال أموال الشركة يتطلب أن تكون هذه الإساءة قد جاءت لتحقيق أغراض شخصية^(٢)، أو لتفضيل شركة على أخرى، فلا يقتصر القانون إذن على معاقبة الأساليب المتبعة من المسئول لاستعمال أموال الشركة لتحقيق هدف شخصي فقط، بل وأيضاً تلك الأكثر اتقاناً وتعقيداً.

تعريف المصلحة الشخصية:

عرفها بعض الفقهاء بأنها، هي تلك المصلحة التي تتعارض والمصلحة المشتركة للشركة^(٣). إلا أنه لا يمكن الأخذ بهذا التعريف الشخصي لأن مسئول الشركة "عضو أو رئيس مجلس الإدارة أو المدير" الذي يتصرف ضد مصلحتها، لا يمكن أن يفترض فيه بالضرورة أنه قد تصرف لتحقيق مصلحته الشخصية كما هو عليه الحال مثلاً بالنسبة لعدم المهارة والكفاءة أو الإهمال، حيث تعتبر المصلحة الشخصية كميّار للتمييز بين جريمة الاستعمال السيئ لأموال الشركة، وبين جريمة الخطأ في تسيير أمور الشركة التي تقيم المسئولية المدنية.

إضافة إلى أنه يجب التمييز بين متابعة أغراض شخصية وبين الفعل المخالف لمصلحة الشركة، ذلك أن البحث عن مصلحة شخصية هو عنصر أكثر دقة من الهدف المخالف لمصلحة الشركة، لكن تجدر الإشارة إلى أن

1) Jean Larguier: droit penal des des affaires op cit ,p.142.

٢) د. عبد الجبار حمد الحنيص: الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال في النظام الجنائي السعودي، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ١٨٢ وما بعدها؛ عبد المحسن بن فهد الحسين: خيانة الأمانة تجريمها وعقوبتها، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م، ص ٩٥.

3) Wifrid Jean didier: droit des affaires Tom 1: droit commercial general et societies ,op cit ,p.334.

هذا الباعث لا يمكن أن يفرق بطبيعة الحال عن العلم بالطابع المخالف لمصلحة الشركة للفعل المرتكب^(١).

ويمكن القول بوجود مصلحة شخصية للمستول "عضو أو رئيس مجلس الإدارة أو المدير" كلما قام بخلط ذمته المالية بالذمة المالية للشركة، كان يدفع أتعاب محاميه الشخصي من أموال الشركة. ومن الجدير بالإشارة أن معيار توافر مصلحة الشركة هو معيار واقعي يعتمد على ظروف كل حالة على حده.

ويمكن التمييز في هذا المجال لوضوح الرؤية بين نوعين من المصالح وهما المصالح المادية والمصالح المعنوية^(٢).

١- المصالح المادية:

تتجسد المصالح المادية في أغلب الأحيان إلى تحقيق ربح مالي والحصول على فائدة وتمثل فيما يلي:

أ- نية التملك:

في كل حالة ينطبق فيها وصف خيانة الأمانة على سلوك الفاعل ينطبق بالضرورة وصف إساءة استعمال أموال الشركة بلا أدنى شك، ذلك أن خيانة الأمانة تتحقق بسلب ثروة الغير في شكل اختلاس أو تبيد والتي يتوافر بصدها نية التملك لدى الفاعل. وعلى هذا فإن المدير أو أحد أعضاء مجلس الإدارة الذي يستولي على مال من أموال الشركة بنية التملك يرتكب جريمة إساءة استعمال أموال الشركة^(٣)، كما لو اشترى أشياء خاصة به ودفع ثمنها من أموال الشركة، أو أخذ لنفسه بعض منقولات الشركة، كما قضت محكمة النقض الفرنسية بوقوع الجريمة في

1) Annie Medina: Abus de bien sociaux, op cit, p.215.

(٢) د. وحي فاروق لقمان: سلطات ومسئوليات المديرين في الشركات التجارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص ٢٨٧؛ د. عبد الرازق الموافي عبد المطلب: المسؤولية الجنائية لمدير المنشأة الاقتصادية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ١٩٩٩م، ص ٥٥ وما بعدها.

(٣) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للإدخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، فقرة ١٢١، ص ١٥٩.

حالة المدير الذي خلط بين أموال الشركة وأمواله الخاصة به ، لأن ذلك يدل على توافر نية الاختلاس ، كما هي الحال بالنسبة لجريمة خيانة الأمانة^(١).

ولا يختلف الأمر إذا اتخذ النشاط في خيانة الأمانة صورة الاستعمال فإذا فهمنا الاستعمال على أنه ذلك الذي لا يصدر إلا من مالك ، ويكشف في صورة قاطعة عن نيته في الظهور على الشيء بمظهر المالك ولو لم تنصرف تلك النية إلى التملك بالفعل^(٢) ، فإن هذا يكفي أيضاً لوصف إساءة استعمال أموال الشركة لتوافر قصد تحقيق المصلحة الشخصية. هذا القصد يتوافر أيضاً إذا أعطينا لمفهوم الاستعمال معنى آخر يشير إلى استعمال الشيء بشكل يعرضه للخطر ، لأن ذلك عادة ما يكون بدافع من المصلحة الشخصية ، حيث لم يكن يسمح بهذا الاستخدام أصلاً.

ب - قصد التزيح:

يتمثل قصد التزيح في فكرتين هما:

- الإثراء المباشر للمستول على حساب الشركة ، كأن يخصص لنفسه مبالغ غير مستحقة وأجور مبالغ فيها من الشركة. مثل تسديد فواتيره ونفقاته الشخصية من أموال الشركة أو كأن يحصل في سبيل القيام بصفقات خاصة على حساب الشركة أو الاستفادة من التسهيلات التي يمكن أن يحصل عليها دون أن تكون متوافقة مع الأصول المالية في الشركة كسحب أموال دون سند قانوني لتمويل عملية شراء خاصة به.
- اجتناب المستول الفقر أو الإنقاص من ثروته الخاصة وذلك يجعله الشركة تتكفل دون وجه حق بمصاريفه الشخصية. ويتمثل ذلك في

1) crim. 7 mars 1968 , D 1968 somm.82.

أشار إليه : د. غنام محمد غنام : الحماية الجنائية للدخار العام في شركات المساهمة - المرجع السابق ، فقرة ١٢١ ، ص ١٥٩ ، هامش رقم ٥ .
د. أحمد لطفى السيد مرعي : أصول القسم الخاص في قانون العقوبات ، ج ٣ ، جرائم الاعتداء على الأموال ، ط ٣ ، ن المرجع السابق ، فقرة ١٦٦ ، ص ٢٦١

تحمل الشركة مصاريف السفر الشخصية وتسديد أتعاب المحامي لقضاياها الشخصية.

٢- المصالح المعنوية:

يقصد بالمزاي الشخصية كل ما يحصل عليه المستول عن الشركة يزيد عما يستحقه هو أو يستحصل لغيره عليه بدون وجه حق سواء أكان هذا الغير هو أحد أقاربه أو اصدقائه أو معارفه أو شركة أخرى له بها علاقة^(١). ويتمثل الهدف الشخصي في المصالح المعنوية في الحصول على ميزة شخصية، مثل الحصول على مكانة أو نفوذ مهني أو حماية علاقاته مع اصدقائه، أو الرغبة في الاعتراف بالجميل من الأشخاص المستفيدين من التعسف وكذلك الحفاظ على علاقات تجارية جيدة مع الغير أو مع أشخاص مهمة.

٢- اجتماع المصالح المادية مع المصالح المعنوية:

يتمثل ذلك في خلط الذمة المالية للمستول مع الذمة المالية للشركة. ومن الجدير بالملاحظة أن محكمة النقض الفرنسية تعاقب تحت تكييف جريمة إساءة استعمال وائتمان أموال الشركات التجارية، أفعالاً هدفها غير شرعي دون أن تبحث فيما إذا أراد المتهم من خلال أفعاله متابعة مصلحة شخصية معتبرة أن الهدف غير الشرعي يشمل هذه الأخيرة^(٢).

ولكن نرى أنه من الأفضل تركيز جريمة إساءة استعمال وائتمان أموال الشركات التجارية على تحديد وجود هذه المصلحة الشخصية وأن يترك خارج مجال هذه الجريمة كل الأفعال التي لا تكون خاضعة لها، وأن

(١) د. غنام محمد غنام: تجريم إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة المساهمة خطوة تحتّمها الأزمة المالية العالمية، المرجع السابق، ص ٧٩٨.

(٢) زكري ويس مائة الوهاب: جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، المرجع السابق، ص ٩٧.

تم متابعة الأفعال غير الشرعية تحت تكييف آخر كالرشوة مثلاً إذا كانت العناصر المكونة لهذه الجريمة مجتمعة.

إثبات المصلحة الشخصية:

القصد الخاص كالعام هو عنصر نفسي، لذا فإن إثباته بطريقة موضوعية صعب التحقق أحياناً، ورغم ذلك يعود الاختصاص للقاضي في إقامة هذا القصد الذي لا تقوم جريمة إساءة استعمال واثمان أموال الشركات التجارية بدونه.

وبالنظر إلى مختلف الأشكال التي يمكن أن تكتسبها مصالح المسئول عن الشركة "عضو أو رئيس مجلس الإدارة، أو المدير" الشخصية، سيما تلك المتعلقة بالبحث عن مصلحة معنوية، يمكن أن تؤدي إلى الاعتقاد بأن شرط تدقيقها من طرف القضاة، ما هي إلا مسألة شكلية خاصة إذا كانت هذه المصلحة ترمي إلى الحفاظ على علاقات جيدة مع رجل سياسي.

فضلاً عن أن محكمة النقض الفرنسية، تشترط صراحة أن يحدد قضاة الموضوع ويوضح وجود المصلحة الشخصية، إذا كانت الأفعال المرتكبة لا تدل عنها بصفة كافية حيث قضت مستندة في ذلك على سبب صحيح بأن المعايينة البسيطة للوفاء بدين في ذمة الشركة لا تكفي لقيام جريمة الاستعمال السيء أموال الشركة، حتى وإن كانت الصعوبات المالية التي تواجهها الشركة المعنية تجعل من هذا الوفاء فعلاً مخالفاً لمصلحتها^(١).

وانطلاقاً من ذلك، فإنه لا يمكن التمسك بالبحث عن المصلحة الشخصية تجاه المسئول الذي لم يقم إلا بتسديد دين مستحق فصفته كأمين خزينة جماعة الدائنين، لا تثبت وحدها سعيه لتحقيق هدف شخصي من وراء قراره^(٢).

(١) زكري ويس مائة الوهاب: جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، المرجع السابق، ص ١٠١.

2) Didier Rebut : Abus de biens sociaux jurissclasseur, op cit, p. 16.

وفي هذا السياق، يقع عبء الإثبات على النيابة العامة توافر القصد الخاص، وأن إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة كان بهدف تحقيق مصلحة شخصية، وذلك بتقديم الدليل على ارتكاب المسئول لهذه الجريمة.

قرائن وجود المصلحة الشخصية:

أقام القضاء الفرنسي قرينة على وجود المصلحة الشخصية في حالتين: حالة العمليات الخفية، وحالة الأفعال غير المبررة بطريقة كافية كما يلي:

- العمليات الخفية:

إخفاء المسئول للعمليات التي ارتكبها مستعملاً في ذلك خدع وحيل محاسبية أو إخفائه لبعض العمليات عن قسم المحاسبة هي تصرفات تعتبر شكوك فيها بالضرورة، وعليه فقد أقامت محكمة النقض قرينة بسيطة مفادها أن كل فعل متمثل في القيام باقتطاعات بطريقة خفية تكون قد تمت من أجل تحقيق هدف شخصي حيث اعتبرت أن عدم تقديم تبرير على أن الأموال قد استعملت بهدف تحقيق المصلحة الوحيدة للشركة، تجعل هذه الاقتطاعات التي قام بها المسئول بطريقة خفية قد تمت بالضرورة لمصلحته الشخصية^(١).

- الأفعال غير المبررة بطريقة كافية:

تظهر قرينة على وجود المصلحة الشخصية في حالة المصاريف غير المبررة بطريقة كافية، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن جريمة الاستعمال السيء لأموال وائتمان الشركات التجارية تكون قائمة بكل أركانها في مواجهة المسئول، إذا لم يتمكن هذا الأخير من تبرير الطابع المهني لنفقات المهمة أو البعثة والاستقبال وكذا نفقات التنقل، حيث أن المسئول قد استند في قضية إلى كون هذه النفقات قد استخدمت لمصلحة

1) Bernard Saint - ouvens: Droit penal des affaires , contentieux et expertise , Vuibert 1996, p.94.

الشركة، وعليه فالمستول الذي لا يقدم أي إثبات يدعم به تصريحاته، ففي غياب تبرير للطابع المهني لهذه النفقات، فإن جريمة إساءة استعمال السيء لأموال وائتمان الشركة تعتبر قائمة بكل أركانها، وبذلك فإن هذه القرينة تصحب بنتائج تكون ثقيلة يقدر تواجد المصلحة الشخصية، فضلاً عن أنه يستخلص من وجود هذه الأخيرة تواجد سوء النية^(١).

الفرع الرابع

العقوبة

بعد التحقيق في جريمة إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة وتحديد المستول عن ارتكاب وقائعها يتم تحريك الدعوى الجنائية، تنتهي بنطق القاضي الجنائي بالعقوبات المقررة حيث يتعرض المتهم إلى نوعين من العقوبات إحداهما جزائية والأخرى مدنية.

أولاً: العقوبة الجنائية:

عاقب المشرع الفرنسي على إساءة استعمال أموال الشركة بالحبس الذي لا يزيد مدته على خمس سنوات، ولا يقل عن سنة أو الغرامة ٢٥٠ ألف فرنك فرنسي في حالة ما إذا كان الفاعل الأسلي هو المدير، والغرامة التي لا تقل عن ٦٠ ألف فرنك إذا كان الفاعل هو المصفي، ويلاحظ أن الشروع في هذه الجريمة غير معاقب عليه.

ويهدف المشرع "المنظم" من وراء وضع نص خاص يقيد النص العام إما إلى تشديد العقاب أو تخفيفه في حالات معينة. وقد كان ذلك هو حال المشرع "المنظم" الفرنسي عندما نص على تجريم إساءة استعمال أموال الشركة والذي يشترك في حالات عديدة مع جريمة خيانة الأمانة. وإن كان يزيد عليها في هذا المجال. حيث لا يقتصر على مجرد الاختلاس أو تبديد مال الشركة أو استعماله بشكل يؤدي إلى فقدانه، بل يشمل كل استعمال لمال الشركة في غير ما خصص له لتحقيق مصلحة شخصية^(٢).

- 1) Eva Joly et Caroline Joly- Baumgartner : L'abus de biens sociaux A L'Épreuve de la pratique, op cit, p.146, (٢) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للاذخار العام في شركات المساهمة، نفس المرجع السابق، فقرة ١٣٥، ص ١٧٥.

من الواضح أن المنظم قد جعل عقوبتها شديدة للغاية، وأظهر قساوة كبيرة في إطار جريمة الاستعمال السيء للأموال الشركة، ويظهر في هذا الإطار أن هذه العقوبة أثقل وأشد من تلك المقررة لجريمة خيانة الأمانة. ويبدو أن تبرير هذه الشدة يعود إلى:

- كون الجريمة موجهة لحماية الادخار.
- حماية الشركاء أو المساهمين.

وقد كان من الطبيعي إذن أن ينص المشرع الفرنسي على الحبس كعقوبة لجريمة إساءة استعمال أموال واثتمان الشركة لمدة أشد بشكل ملحوظ مما أورده لخيانة الأمانة.

- فعلى حين يقرر القانون الفرنسي لخيانة الأمانة عقوبة الحبس الذي لا تقل مدته عن شهرين ولا تزيد عن سنتين ويفرامة شديدة" أشد من التي قررها المشرع لجريمة إساءة الاستعمال السيئ لأموال واثتمان الشركة التجاري، وهو أمر يلفت النظر" فإن مدة الحبس عن جريمة إساءة استعمال السابقة تصل إلى خمس سنوات دون أن تقل عن سنة واحدة.

غير أنه يلاحظ أن المنظم الفرنسي جعل عقوبة الغرامة تخييرية مع الحبس في حالة إساءة استعمال أموال الشركة بينما هي عقوبة تكميلية مع الحبس في حالة خيانة الأمانة.

ويرجع السبب إلى اتساع مجال جريمة إساءة استعمال أموال الشركة بحيث يمكن أن تشمل حالات قليلة يمكن للقاضي فيها الاكتفاء بعقوبة الغرامة، بينما يعاقب المنظم على خيانة الأمانة استناداً لاعتبارات أخلاقية، وليس فقط استناداً إلى الاعتبارات النفعية، خلاف الحال في جرائم الشركات التي يصبو المنظم فيها إلى حماية الادخار^(١).

ثانياً: الجزاء المدني:

يلتزم الفاعل والشريك في هذه الجريمة بتعويض الشركة عن الأضرار التي لحقت بها من جراء استعمال أصولها أو التصرف فيها لأغراض شخصية منافية لمصالح الشركة.

(١) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة، المرجع السابق، فقرة ١٣٥، ص ١٧٦.

ولذا فلا تقتصر العقوبات المقررة لجرمة إساءة استعمال الأموال واثمان الشركات التجارية على تلك التي نص عليها القانون الفرنسي والموجهة ضد المتهم في ماله وشخصه وإنما تمتد أيضاً إلى قيامه بتعويض الأضرار التي سببها.

إن موضوع الدعوى المدنية التبعية المرفوعة أمام المحكمة الجنائية هو المطالبة بالتعويض عن الضرر^(١) الناجم عن الجريمة، فالأصل أن هذا الأخير هو احد أو أهم صور الجزاءات المدنية التي يقضي بها إذا ما ارتكب المخالف خطأ يستوجب ذلك.

من هو المدعي في الدعوى المدنية؟

المدعي في الدعوى المدنية هو من يطالب بتعويض ضرر ناشئ عن الجريمة، فيلزم حتى تتوافر للشخص صفة الادعاء عنصران: الأول منهما هو المطالبة بالتعويض والآخر أن يكون موضوع التعويض جبر للضرر الناشئ له عن الجريمة. فإن انتفى أحد الأمرين فلا صفة للمدعي في الدعوى المدنية بما يترتب على هذا من الآثار^(٢).

ومن الجدير بالإشارة أن التعويضات المقررة هنا تتعلق بالضرر الناجم عن جريمة إساءة استعمال الأموال واثمان الشركات التجارية التي ترتبط بصفة الضحية والمتمثلة هنا في الشركة أو الشركاء أو المساهمين،

- (١) يعد الضرر هو سبب الدعوى المدنية وعلى ذلك فلا أساس للدعوى المدنية إذا لم تكن الجريمة قد سببت ضرراً للشخص. فالدعوى المدنية تجمد أساسها في الضرر الذي سببته الجريمة، أيأ كان درجة جسامة الجريمة، وسواء زد النص عليها في قانون العقوبات أو في قوانين خاصة وعلى من يدعي الضرر اثباته. للمزيد راجع: د. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م، ص ١١٤٦، وأيضاً: د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م، ص ٣٥٨، وأيضاً: د. توفيق لويس توفيق: ذاتية الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة، بدون دار نشر، ٢٠٠٤م، ص ٥٣.
- (٢) د. حسن صادق المرصفاوي: الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية، دار المعارف، بدون سنة نشر، فقرة ٨، ص ١٦.

حيث يجب أن يعرض الضرر الذي أصابهم من المسئول باعتباره مرتكب هذه الجريمة.

وانطلاقاً من ذلك يخرج من هذه الدائرة الأشخاص الذين لا يتمتعون بصفة الشريك أو المساهم لأنهم ليسوا متضررين من الجريمة، غير أن هؤلاء يمكنهم المطالبة بالتعويض أمام القضاء المدني إذا ما توافرت شروط المسؤولية المدنية.

ويمكن للضحية المطالبة بتعويض عن كل فئات الأضرار الناجمة عن الجريمة، حيث يعرف الفقه الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك متعلقاً بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو شرفه واعتباره أو غير ذلك^(١).

(١) لذا قضى أنه "لما كان ما أورده الحكم بالنسبة إلى الدعوى المدنية - يكفى لبيان وجه الضرر الذي حاق بالمدعى بالحقوق المدنية - ذلك أن الحكم قد خلط بين الدعويين الجنائية والمدنية بالنسبة لركن الضرر إذ أن الدعوى التي تستند إلى الضرر الاجتماعي فحسب هي الدعوى المطروحة - أما الضرر في الدعوى المدنية أساسه الضرر المحقق الذي أصاب شخصياً المدعى بالحق المدني من الجريمة وكان دفاع الطاعن قام على أساس انتفاء الضرر من الجريمة ولما كان القانون إذ أجاز للمدعى بالحق المدني أن يطالب بتعويض عما لحقه من ضرر أمام المحكمة الجنائية إما عن طريق تدخله في دعوى جنائية أقيمت فعلاً على المتهم أو بالتجائه مباشرة إلى المحكمة المذكورة مطالباً بالتعويض ومحركاً للدعوى الجنائية، فإن هذه الإجازة إن هي إلا استثناء من أصلين مقررين حاصل أولهما أن المطالبة بمثل هذه الحقوق إنما تكون أمام المحاكم المدنية، وموody ثانيهما أن تحريك الدعوى الجنائية إنما هو حق تمارسه النيابة العامة وحدها . من ثم يتعين عدم التوسع في الاستثناء المذكور وقصره على الحالة التي يتوافر فيها الشروط الذي قصد الشارع أن يجعل الالتجاء إليه فيها منوطاً بتوافره وهو أن يكون المدعى بالحق المدني هو الشخص الذي أصابه ضرر شخصي مباشر من الجريمة وكان الحكم على تقدم لم يستظهر وجه الضرر الذي أصاب المدعى بالحق المدني وهو أساس الادعاء مدنياً، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد شابه القصور الذي يعيبه ويوجب نقضه وذلك بالنسبة إلى كلا الدعويين المدنية والجنائية. نقض جنائي مصري، جلسة ٩ إبريل سنة ١٩٩٢، الطعن رقم ٦٧٨٨، لسنة ٥٩، س ٤٣، ع ١، ص ٣٧١، ق ٥٤.

غير أن الأضرار الناجمة عن الوقائع المشككة لجرمة إساءة استعمال الأموال واثمان الشركات التجارية لا يمكن أن تكون إلا أضراراً مادية أو معنوية مستبعدة بذلك الأضرار الجسمانية.

والضرر المادي: هو الذي يمس عناصر الذمة المالية للمضرور، فيترتب عليه الانتقاص من عناصرها الإيجابية أو الزيادة في عناصرها السلبية، وكذلك كل مساس بحقوق الشخص ذات القيمة المالية^(١).
وعليه يكون الضرر الواقع على الشركة مادياً عندما تؤدي إساءة استعمال واثمان أموال الشركة إلى الانتقاص أو الإفطار من ذمتها المالية، وهذا هو الحال الغالب، كذلك إذا شكل هذا الضرر عائقاً أمام تحقيق أرباح، كما يمكن أن ينجم عنه اضطراباً تجارياً يمكن أن يعرقل الصفقات التجارية أو تضييع فرصة التطور، مما قد يؤدي إلى تشويه صورتها وسمعتها الأمر الذي يضعف ائتمانها مثل امتناع الغير عن اقراضها أو عدم إعطاء الدائنين أجلاً لها للوفاء بديونها.

وذلك فإن دعوى الشركة تهدف أساساً إلى إعادة انشاء أو تأسيس الذمة المالية للشركة وذلك عن طريق المطالبة بتعويض قيمة الإساءة عن استعمال الأموال، وبهذا فالمسئول المتهم بهذه الجريمة يمكن أن لا يُحكم عليه فقط بتعويض المبالغ المختلصة ولكن أيضاً بتعويضات أخرى إضافية، كما هو الحال بالنسبة للقرار الناتج عن التصرفات المجرمة للمسئول "عضو أو رئيس مجلس الإدارة أو المدير" التي ألزمت الشركة باللجوء إلى الحصول على قروض بنكية^(٢).

وفي هذا السياق، فإن التعويضات التي تتحصل عليها الشركة عن هذه الأضرار تختلف عن تلك التي يتحصل عليها الشركاء أو المساهمين والتي تكون مبنية على الضرر الشخصي الذي لحق بهم.

(١) د. توفيق لويس توفيق: ذاتية الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة، المرجع السابق، ص ٣٢٦.

2) Eva Joly et Caroline Joly- Baumgartner : L'abus de biens sociaux A L'Épreuve de la pratique, op cit, p.146.

وبذلك فدعوى الشركاء أو المساهمين باعتبارهم ضحايا تهدف إلى تعويض الضرر الشخصي^(١) الذي يعتبر مختلفاً عن ذلك الذي أصاب الشركة، وبالتالي فتعويض المسئول مرتكب الجريمة للأضرار التي أصابت الشركة لا يعيد تلقائياً للمساهمين أو الشركاء حقوقهم كلية.

ويتمثل الضرر المادي للشركاء أو المساهمين في الحرمان من جزء من فوائد الشركة، وفي التخفيض من قيمة السندات الناجم عن الانقاص من أصول الشركة، هذا حتى وإن كان الشركاء أو المساهمين قد اكتسبوا حصصهم بصفة لاحقة عن الأفعال المكونة لجريمة إساءة استعمال واثمان أموال الشركة، شريطة أن يكون هذا الاكتساب قد وقع قبل اكتشاف هذه الأفعال، فيكونون إذن غير عالمين بالقيمة الحقيقية للسندات التي اشتروها. كما يتمثل الضرر المادي أيضاً في الإنقاص من قيمة حصص الشركاء الناجم عن تضييع الشركة فرصة تحقيق عملية أساسية وجوهرية أو الإنقاص من الحصص الموزعة، وعليه يمكن القول أن تعويض الشركاء عن هذا الضرر يكون على أساس الضرر الناجم عن خسارة فرصة تحسين قيمة السندات، فالضرر المتمسك به من طرف الشركة ناتج عن تضييع فرصة فليس من المستحيل إذن التأكيد بيقين بأن ضرر الشريك يقوم على انخفاض قيمة حصصه، فالضرر يمكن أن يقوم إذن على خطر خسارة ذات قيمة أو على العكس تضييع فرصة تحسين هذه الأخيرة^(٢).

ولنا في الوضع في السعودية أمثلة كثيرة منها:

يوجد مجال واسع للتلاعب في أموال الشركة وتتمثل في مزايا أعضاء مجلس الإدارة وكبار التنفيذيين مع التمثيل ببعض الأمثلة، مثل الانتدابات المطولة والفارحة لأغراض الشركة وهي لا تستدعي عشر تلك التكاليف،

(١) للمزيد راجع: د. أحمد شوقي الشلقاني: مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع الجزائري، ج ١، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، بدون سنة نشر، ص ١٠٤.

2) Eva Joly et Caroline Joly- Baumgartner: L'abus de biens sociaux A L'Épreuve de la pratique, op cit, p.303.

أو الاستفادة من الشركات التي لها مصالح عندها فتقدم لكبار التنفيذيين في الشركة مزايا وعطايا، كبنك معين يعطيهم تسهيلات بنكية دون فوائد، ليجعلوا أموال الشركة في حساب هذا البنك مقابل فوائد شخصية لهم وليست للشركة، وقس على ذلك الكثير مما يطول سرده هنا كالسيارات الفارهة وتكاليف صيانتها، وقيمة الطعام لأعضاء مجلس الإدارة في وجبة غداء واخذة بعشرات الآلاف من الريالات فضلاً عن السكن الفندقية لهم وخلافه، وتكاليف سفريات باهظة لأغراض دورات أو زيارات عمل لا حاجة ماسة لها فتستغل للسياحة والترفيه وتوضع تحت بند مصروفات إدارية وكذلك تقديم موردين أقل كفاءة على غيرهم لمصالح شخصية، ومنها أيضاً إيقاف رئيس مجلس الإدارة شركة لتنفيذ حكم قضائي لمبلغ مستحق للشركة على شركة أخرى بسبب علاقة مصاهرة مع رئيس مجلس إدارة الشركة المحكوم عليها، ويؤمر المحاسب بتسجيلها كديون معدومة^(١).

أما الضرر المعنوي: فهو الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله " أي الضرر الذي يصيب الشخص في مصلحة غير مالية، وقد يتخذ صورة خدش الشرف أو الإساءة إلى السمعة والاعتبار والكرامة، أو ينحسر في مجرد الحزن ولام الشعور والعواطف^(٢).

ومن ثم يكون للشركة هي الأخرى الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيبها والذي يقع أساساً على ائتمان هذه الأخيرة وسمعتها التجارية، كالمساس بصورة وعلامة شركة مشهورة الذي يمكن أن يكون خطيراً وعليه فتعويض الشركة في هذه الحالة يكون غالباً عما

(١) د. سعد بن محمد شايع القحطاني: الحماية الجنائية للشركات التجارية في النظام السعودي، المرجع السابق، ص ١٧١، هامش رقم ٢.

(٢) د. سليمان مرقس: محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، بدون دار نشر، ١٩٧١م، فقرة ٢٠، ص ٤٤؛ د. عمر السعيد رمضان: مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، ج ١، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م، فقرة ١١٣، ص ٢١٠؛ د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المصري، ج ١، في مصادر الالتزام، بدون دار نشر، ١٩٧٦م، فقرة ٢٥٦، ص ٣٤٦.

لحقها من خسارة وما فاتها من كسب سواء كان الضرر متوقع أو غير متوقع^(١).

ومن الجدير بالإشارة، يجوز للشريك أو المساهم المطالبة بتعويض الضرر المعنوي الذي أصابه، كما هو الحال مثلاً عند اختلاس مبالغ لم تكن قابلة للتوزيع بسبب وضعية العجز التي تعرفها الشركة، فالمساهم أو الشريك الذي لم يكن في امكانه التمسك بالضرر المادي قد كان في المقابل بإمكانه المطالبة بتعويض الضرر المعنوي.

وفي عموم الضرر، يجب أن يكون الضرر محققاً فلا يمكن المطالبة بتعويض عن ضرر محتمل لم يتحقق ولم يقع بالفعل؛ لأن الدعوى هي المطالبة بالحق فيجب أن يولد الحق حتى يمكن رفع الدعوى، ومن جهة أخرى فإن الضرر لا يمكن تقديره قبل وقوعه^(٢)، ومن ثم لكي يتسنى للمحكمة قبول الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية، أن تكون أركانها قد تكونت، وعُلمت مقاديره، أما الأوهام والمخاوف، والاحتمالات فلا تكفي لأن تكون أساساً للدعاء بحق مدني أمام محكمة جزائية.

(١) د. محمد توفيق سعودي: المسؤولية المدنية والجنائية لأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة عن أعمال الشركة، دار الأمين، ٢٠٠١م، ص ٦٨.

(٢) د. تاج السر محمد حامد: حدود السلطة المدنية للمحكمة الجنائية، دراسة تطبيقية مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م، ص ١٥٢؛ يتفق ذلك مع الفقه الإسلامي، فالتعويض في رأي فقهاء الشريعة الغراء لا يكون إلا عن ضرر مالي واقع فعلاً، لأنه السبب في التعويض والمس لا يتقدم سببه، وإلا لم يكن سبباً له ولکن إذا وقع الضرر فعلاً وجب التعويض لأن السبب يفضي إلى سببه دائماً، وقد جاء في مجمع الضمانات، إذا ذبح رجل شاه لآخر لا ترجي حيايتها، لم يضمن قيمتهن سواء أكان أجنبيان أم راعياً لها، استحسنانا، إذ أنه بعلمه هذا لم يفوت عليه لحمها على حين يفوت عليه لو أنه تركها بدون ذبح ولكن إذا كان مكان الشاه فرس مثلاً فإنه يضمن قيمتها وقت ذبحها، لإتلافه مالا وقت الاعتداء وهو ضرر كان من المحتمل ألا يكون وذلك ببرئها. للمزيد راجع: الشيخ. على الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي دار الفكر العربي، ١٩٧١م، ص ٣٨ وما بعدها

وعليه فاشتراط الضرر الحقيقي هو الفرق بين شرط قبول الدعوى المدنية وشرط تعويض الضرر، ففي حين يُقبل تأسيس الشركاء أو المساهمين كطرف مدني على أساس ضرر احتمالي فقط فالتعويض في المقابل لا يمكن أن يُمنح لهم إلا في حالة الضرر المحقق.

علاقة الشركة بالغير بحسن النية^(١):

استحدث المنظم الفرنسي في القانون الصادر في ٢٤ يوليو سنة ١٩٦٦ أحكاماً خاصة تتعلق بحماية الغير بحسن النية المتعاملين مع الشركة

(١) من المبادئ المستقرة التي تعتبر من الأصول الكبرى في أنظمتنا القانونية أن التصرف لا يسري في مواجهة الشخص إذا كان من أجراء لا يملك سلطة التصرف نيابة عنه، والشركة باعتبارها شخص معنوي تحصل التصرفات لحسابه مع الغير عن طريق من يمثله، الأمر الذي يقتضي من الغير أن يتأكد من أنه إنما يتعامل مع من يمثل الشركة، ويملك سلطة التصرف نيابة عنها في الحقيقة والواقع، فإذا لم تكن ثمة نيابة أصلاً أو كانت وانقضت أو جاوز ممثل الشركة حدود سلطاته، فإن العمل الذي يقوم به من يتقدم للتعامل بهذه الصفة لا يكون نافذاً في جانب الشركة. هذا هو الاصل والقاعدة، وليس ذلك إلا النتيجة المنطقية التي يقتضيها تطبيق المبادئ التي سبق بيانها. إلا أن هذا التطبيق الدقيق لقواعد القانون وإن كان يبدو سليماً في نتائجه من الناحية المنطقية فضلاً عن اتفاهه مع النزعة الفردية، إلا أنه لا يلبث عند بحث نتائجه العملية إذا تبين ضرره ومساسه بسلامة المعاملات إذا اضطرت المتعامل إلى البحث في كل حالة عن وجود النيابة عن الشركة أو بيان نطاقها لدى من يمثّلها خاصة وأن الغير، إنما يتعامل مع الشركة على وجه عادي ومضطرد، وليس من المعقول - عملاً - أن تطالب المتعاملين مع الشركة بأن يطلعوا في السجل التجاري أو في المحاكم على عقد الشركة، كما أنه لا يمكن إلزامهم بمراجعة الصحف المقررة للإشهار في كل مرة يتعامل فيها مع ممثلي الشركة لمعرفة المدى الحقيقي لحدود سلطاتهم، فليس لدى الأفراد الوقت الكافي للتدبر والبحث والموازنة، فالبت السريع في الأمور أصبح سمة التقدم في العصر الحديث فضلاً عن أن العمل جرى على احترام الأوضاع الظاهرة والركون في التعامل مع الشركة إلى الأشخاص الذين يمثلونها أمام الناس ودرجوا على التعامل باسمها ولحسابها. للمزيد راجع: د. على حسن بونس: الشركات التجارية، بدون دار نشر، ١٩٩١م، ص ٥٠٣، وأيضاً: د. سعودي حسن سرحان: نحو نظرية لحماية الغير بحسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ١ وما بعدها

اعتماداً على الظاهر، وقد جاءت تلك الأحكام استجابة لمقتضيات الضرورات العملية واحتياجات المجتمع الواقعية، وحماية الأوضاع الظاهرة.

وقد نصت المادة ١٤ من قانون الشركات الفرنسي بأن "تسأل الشركة أمام الغير عن جميع أعمال وتصرفات المدير، ولو تجاوزت هذه التصرفات الحدود المرسومة له سلفاً في العقد، ولا يحد من ذلك إلا ما كان منها متعدياً لغرض الشركة"^(١).

وهكذا يكون المنظم الفرنسي قد أقر مبدأ حماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركة عن غير علم بالحدود الصحيحة لسلطات المدير ولو كانت هذه السلطات قد تم شهرها وفقاً للقانون، طالما كان الغير حسن النية. أي لا يعلم بالفعل ولم يكن بوسع أن يعلم بحقيقة الوضع بل ذهب المنظم الفرنسي وفقاً لنص المادة ٥/٤٩ معدلة بالقانون ١٩٦٩ الخاصة بالشركات ذات المسؤولية المحدودة إلى القول بالتزام الشركة بجميع تصرفات المديرين حتى بالنسبة للتصرفات التي تتجاوز غرض الشركة مثل لم يكن الغير سئياً النية"^(٢).

ويتجلى اتجاه المنظم الفرنسي في التوسع في سلطات المدير في مواجهة الغير سواء في ذلك تجاوز الحدود أو تجاوز الأغراض، وذلك بالنسبة للشركات بأنواعها سواء في ذلك شركات الأموال أو شركات الأشخاص.

1) Article 14: Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social.

En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus à l'alinéa précédent. L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance. Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers.

٢) د. سعودي حسن سرحان: نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية، ن المرجع السابق، ص ٩٨.

موقف القضاء المصري:

انجى القضاء المصري قبل صدور قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ إلى التخفيف من حدة مبدأ " حماية الغير حسن النية " ، وذلك على أثر ما ظهر من مساوئ تطبيق هذا المبدأ على اطلاقهن وما ترتب على ذلك من نتائج خطيرة تجافي العدالة وتتعارض مع مصلحة التعامل في المجتمع. لذلك ارتأى القضاء مسئولية الشركة أمام الغير عن أعمال المدير الذي يتعدى حدود سلطاته متى كانت الشركة قد خولت المدير سلطات ظاهرة من شأنها ايقاع الغير حسن النية في غلط بخصوص مدى سلطاته ومن الأحكام ما قد برر مسئولية الشركة عن أعمال المدير الذي يتعدى حدود سلطات ظاهرة من شأنها ايقاع الغير حسن النية في غلط بخصوص مدى سلطاته.

ومن الأحكام ما قد برر مسئولية الشركة عن أعمال المدير الذي يتعدى سلطاته على أساس المسئولية التقصيرية وقوامها الخطأ الشخصي وفقاً لحكم المادة ١٦٣ مدني مصري^(١) ، ومنها ما قرر مسئولية الشركة على أساس مسئولية التابع والمتبوع تطبيقاً لنص المادة ١٧٤ مدني مصري^(٢).

وأخيراً من الأحكام ما لجأ إلى فكرة الوكالة الظاهرة، باعتبارها وسيلة فنية أصلح كأساس للقول بمسئولية الشركة أمام الغير عن أعمال

(١) نصت على الآتي " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".
(٢) نصت على الآتي :-

- ١ - يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقفاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها.
- ٢ - وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة في رقبته وفي توجيهه.

وفي هذا المعنى، د. سليمان مرقس في تعليقه على حكم محكمة النقض المصرية في ١٤ مايو سنة ١٩٣٦، مجلة القانون والاقتصاد، س ٧، ص ٣٤٨، فقرة ٤، وأيضاً د. أنور سلطان: مصادر الالتزام، بدون دار نشر، ١٩٦٦م، فقرة ٤٨، ص ٦٧.

وتصرفات المدير في جميع الأحوال التي يتعاقد فيها المدير باسم الشركة، ولو تجاوزت تصرفاته السلطات المرسومة له سلفاً في العقد، بل وفي حالة المخرافه بها عن أغراضها، بل أيضاً وفي حالة بطلانها، متى قامت شواهد أو مظاهر من شأنها أن تولد لدى الغير حسن النية الاعتقاد في سلطات المدير أو صحتها أو مداها أو استمرارها^(١).

وقد اضطرت أحكام القضاء المصري على هذا المبدأ ومن ذلك حكم محكمة استئناف المنصورة الصادر في ٥ مارس سنة ١٩٦٦^(٢)، وقد طبق هذا المبدأ، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن مدير إحدى الشركات قد أجرى اتفاقاً مع مدير للشركة على إبرائه من جزء من الدين المتبقي في ذمته وقد رفضت الشركة هذا الاتفاق بدعوى أن المدير الذي أبدى الموافقة عليه لا يملك ذلك طبقاً لقانونها النظامي الشهر، وقد قضت محكمة الموضوع برفض الدعوى، فاستأنفت الشركة هذا الحكم لدى محكمة استئناف المنصورة التي قضت برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف، وقد قررت هذه الأخيرة أن موافقة المدير على الاتفاق لصدورها من وكيل يمثل الشركة ويملك التوقيع عنها في الظاهر، ولأن المتعاقد الآخر كان حسن النية في اعتقاده تمثيل المدير لها، وبالتالي فإن القيود الواردة على سلطة المدير لا يحاج بها الغير ولو كانت مشهورة وفقاً للقانون لقيام مظهر خارجي خلقه الموكل "أي الشركة" بوضع المدير في منصبه يباشر سلطاته بمقر الشركة، وأن هذا المظهر الخارجي في وضع المدير في منصبه يباشر سلطاته بمقر الشركة، وأن هذا المظهر الخارجي من شأنه أن يحد من مثل هذا المتعاقد، ومن ثم ينصرف أثر تصرف المدير "الوكيل الظاهر" إلى الشركة "الأصيل" وتلزم الشركة بما عقده مع الغير باسمها ونيابة عنه.

(١) د. عبد الباسط جمبجي: الوكالة الظاهرة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،

س ٥، ص ٢٧٦ وما بعدها.

(٢) نقض مدني مصري، جلسة ٢١ يناير سنة ١٩٧١، طعن رقم ٢٢٥، س ٢٢،

قاعدة رقم ١٨، ص ١٠٠

أما بالنسبة للوضع في قضاء النقض المصري ، فإن محكمة النقض لم تنطلق إلى نفس الآفاق التي انطلق إليها قضاء الموضوع في هذا الصدد إذ قضت محكمة النقض في حكم لها صدر في ٢١ يناير سنة ١٩٧١ بأن " ... القيود الواردة على سلطة مجلس الإدارة والمديرين سواء ما نص عليها في القانون أو نظام الشركة الذي تم شهره حتى تعتبر حجة على مورث المطعون عليهم لافتراض علمه بها".

ونرى أن هذا المسلك من جانب محكمة النقض ليس في محله ؛ لأنه وإن كانت ما صرحت به المحكمة يتمشى مع طبيعة المعاملات في مجال القانون المدني ، إلا أنه لا يتفق وطبيعة المعاملات التي تجري في مجال القانون التجاري ، حيث الحاجة الماسة إلى الائتمان وإلى السرعة ، وحيث يصعب مطالبة المتعامل البحث والتحري في السجل التجاري أو في أرقام الكتاب بالمحاكم للتعرف على مدى سلطة المدير في الزام الشركة ، كما أنه لا يمكن إلزامهم بمراجعة الصحف المقررة للإشهار في كل مرة يتعاملون فيها مع المدير لمعرفة حدود سلطاته ، فإن ضرورات التعامل ، وعلى وجه الخصوص المعاملات التجارية ، من شأنها أن تصنع - أصلاً - من الاطلاع على هذه القيود أو العلم بها ، لذلك فإن الزام الشركة بأعمال المدير في مثل هذه الحالة ، يمسى أمراً حتمياً تمليه علينا ضرورات الحياة التجارية ، وذلك حتى لو ثبت أن نظام الشركة قد أورد قيود تثقل من سلطات ذلك المدير ، وتم شهرها وفقاً للقانون على نحو يمكن معه القول وفقاً لمبدأ حجية الشهر افتراض علم الكافة بها طالما كان الغير حسن النية أي لا يعلم بهذه القيود ولم يكن بوسعها أن يعلم بذلك.

مبدأ حماية الغير حسن النية في ظل قانون الشركات المصري رقم

١٥٩ لسنة ١٩٨١ :

على خلاف ما تقضي به القواعد العامة في سلطة النائب جاء هذا النظام مفضلاً لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركة :

- نصت المادة ٥٥ من نظام الشركات المصري على الآتي: " يعتبر ملزماً للشركة أي عمل أو تصرف يصدر من الجمعية العامة أو مجلس الإدارة أو إحدى لجانه أو من ينوب عنه من أعضائه في الإدارة، أثناء ممارسته لأعمال الإدارة على الوجه المعتاد، ويكون للغير حسن النية أن يحتج بذلك في مواجهة الشركة. ولو كان التصرف ضاداً بالتجاوز لسلطة مصدره أو لم تتبع بشأنه الإجراءات المقررة قانوناً. وفي جميع الأحوال لا يجوز للشركة أن تدفع مسئوليتها عن أية أعمال أو أوجه نشاط تمارسها بالفعل، بأن نظام الشركة لم يصرح لها بالقيام بمثل تلك الأعمال أو أوجه النشاط".

- وأكدت أيضاً المادة ٥٦ من قانون الشركات المصري نفس القاعدة لمصلحة الغير، في مواجهة الشركة بالنسبة لأي تصرف يجريه أحد موظفي الشركة أو وكلائها إذا قدمه مجلس الإدارة أو الجمعية العامة على أنه يملك سلطة التصرف نيابة عنها واعتمد الغير على ذلك في تعامله مع الشركة.

- وضعت المادة ٥٧ من نظام الشركات المصري قاعدة عامة بأنه لا يجوز للشركة أن تتمسك في مواجهة الغير حسن النية المتعاملين معها بأن نصوص عقد الشركة أو لوائحها لم تتبع بشأن التصرف. كما لا يجوز لها أن تحتج بأن مجلس إدارتها أو بعض أعضائه أو مديري الشركة أو غيرهم من الموظفين أو الوكلاء لم يتم تعيينهم على الوجه الذي يتطلبه القانون أو نظام الشركة، طالما كانت تصرفاتهم في حدود المعتاد بالنسبة لمن كان في مثل وضعهم في الشركات التي تمارس نوع النشاط الذي تقوم به الشركة.

علماً أن المادة ٥٨ من نظام الشركات المصري حددت المقصود من حسن النية لدى المتعاملين مع الشركة، فنصت على أنه " لا يعتبر ملزماً للشركة أي تصرف يصدر عن أحد موظفيها أو الوكلاء عنها، ما لم يكن مرخصاً به صراحة أو ضمناً من الجمعية العامة أو مجلس الإدارة أو من يفوضه من أعضائه في الإدارة بحسب الأحوال، ومع ذلك يكون للغير

حسن النية أن يتمسك في مواجهة الشركة بأي تصرف يجريه أحد موظفي الشركة أو وكلائها، إذا قدمته إحدى الجهات المشار إليها على أنه يملك سلطة التصرف نيابة عنها، واعتمد الغير على ذلك في تعامله مع الشركة". ومن الجدير بالملاحظة، أنه إذا كان الأصل أن النشر أو الشهر وفقاً للقانون يعتبر قرينة قاطعة على العلم، إلا أنه وفقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة ٥٨ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، فإن مجرد نشر أو شهر اختصاصات مجلس الإدارة، أو القيود التي تفرض على رئيس المجلس أو العضو المنتدب أو المدير في السجل التجاري لا ينهض بذاته دليلاً على افتراض علم الغير بالعيب الذي شاب التصرف الصادر من الشركة على خلاف هذه الاختصاصات أو القيود، أي أن النشر أو الشهر لا يجعل من هذه الاختصاصات أو القيود حجة على الكافة.

مناط حسن نية الغير:

يكون مناط حسن نية من يتعامل مع الشركة الآتي:

- لا يعلم بأوجه النقص أو العيب في التصرف المراد التمسك به في مواجهة الشركة.

- العبرة بالعلم الفعلي، فلا يعتبر الشخص سيئ النية إذا كان من المقروض أن يعلم متى ثبت أنه لم يعلم فعلاً، فوفقاً للمبادئ العامة، فإن حسن النية مفترض حيث يتعلق بواقعة غير محددة، ولا يطلب من أي شخص اثباته، وعلة من يدعي خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه.

الخاتمة

حظيت الشركات التجارية في العصر الحديث بأهمية كبيرة نظراً لدورها المميز في عملية النهوض الاقتصادي، وأصبحت تصدر قواعد الشركات وتنظيماتها مواضيع القانون التجاري. وقد كان للشركات في المملكة العربية السعودية ومصر نصيبها من الرعاية والاهتمام حيث كانت تنظمها مواد خاصة بها مدرجة في نظام المحكمة التجارية الصادر في عام ١٣٥٠هـ، لكنها مع تسارع النهضة

وازدیاد المشروعات وتوجه الكثير إلى انشاء الشركات لم تكن كافية لمواجهة ذلك فبدت الحاجة الملحة إلى وضع نظام خاص بالشركات ويكون شاملاً لكل مسائلها وأحكامها قدر الإمكان حفظاً للصالح العام وكذلك لأموال الأفراد في تلك الشركات وهو ما قام به المنظم السعودي والمشرع المصري . وإذا كانت هذه الشركات أصبحت تمثل عصب الاقتصاد. ومن ثم كانت هناك الحاجة الملحة إلى حماية أموال هذه الشركات ليس عن طريق القواعد العامة فحسب وإنما عن طريقة القوانين " الأنظمة " الخاصة. وعلى قدر هذه الأهمية تناولت في هذا البحث حماية أموال هذه الشركة في مرحلة التأسيس ثم أثناء حياتها أي أثناء نشاطها ووجودها في الواقع العملي. ومن ثم قسمت هذا البحث إلى مبحثين :

تناولت في المبحث الأول: الحماية الجنائية لأموال الشركات التجارية عند تأسيسها وبينت من خلاله اجراءات تأسيس الشركات التجارية ، ثم المسؤولية الجنائية للمؤسسين ثم جريمة تقويم الحصص العينية بأكثر من قيمتها.

وتناولت في المبحث الثاني: الحماية الجنائية لأموال الشركات التجارية أثناء مباشرة نشاطها في القوانين الخاصة وبينت من خلاله جريمة توزيع الأرباح الصورية وأخيراً جريمة اساءة استعمال أموال وإتتمان الشركات التجاري.

وتمخضت عن هذه الدراسة عدة نتائج وتوصيات كما يلي:

أولاً: النتائج

- أحاط المنظم تأسيس الشركات التجارية بضمانات تكفل ضمان مسؤولية المؤسسين في هذه المرحلة من حياة الشركة بمقتضى نصوص نظامية أمره.
- يعتبر مؤسسو الشركة وكذلك المديرون في حالة زيادة رأس المال مسئولين بالتضامن قبل كل ذي شأن ولو اتفق على غير ذلك، عن كل زيادة في قيمة الحصص العينية التي قدرت على خلاف الواقع في عقد

تأسيس الشركة أو العقد الخاص بزيادة رأس المال، ويعتبرون بحكم النظام مشتركين بهذه الزيادة وتعين عليهم أدائها متى ثبت ذلك.

- إن الفاعل في جريمة تقويم الحصص العينية بأكثر من قيمتها يعد هو المؤسس أو مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وكذلك يعد فاعلاً كل من عرض أوراق تلك الشركة للاكتتاب. ومن هنا يستبين لنا أن المشرع خرج عن القاعدة العامة في الاشتراك في الجريمة والتي تقضي بوقوعه بطريق المساعدة وجعل مساهماً أصلياً في الجريمة من يعرض هذه الأوراق المالية للاكتتاب لحساب شركة ذات مسؤولية محدودة، بالإضافة إلى الفاعل الأصلي وهو كل مؤسس أو مدير وجه الدعوة، ولكن هذا لا يمنع من معاقبة غير هؤلاء بوصفهم شركاء بالمساعدة، وفقاً للقواعد العامة لتسهيل الاكتتاب الممنوع.

- اعتبار الشريك مقدماً لحصة عينية يجب أن يكون من الأمور الواضحة في عقد الشركة وأن يثبت انصراف النية إلى تقديمها كحصة في عقد الشركة ويخضع ذلك لكامل تقدير قاضي الموضوع الذي له الاستدلال على رأيه من قرائن وظروف كل نزاع على حده.

- المراد بتقييم الحصة العينية هو حساب القيمة الفعلية والحقيقية لها، والأصل أن تقييم الحصة العينية وقت تقديمها، أي لحظة نقل الملكية أو حق الانتفاع عليها، دون النظر إلى التغييرات التي قد تحدث على قيمة هذه الحصة مستقبلاً سواء بالزيادة أو النقصان.

- الأرباح الحقيقية هي: "لا أرباح من رأس المال، ولا أرباح قبل جبر خسائر رأس المال". والمقصود هنا أنه إذا لم يكن الربح مقطوعاً من رأس المال وهو فائض يعد جبر الخسائر المتحققة، فإنه ربح حقيقي.

- لحظة نشوء حق المساهم في الربح هي اللحظة التي يصدر فيها قرار الجمعية العمومية العادية بتوزيع تلك الأرباح، وليست اللحظة التي تحقق الشركة فيها الأرباح.

- أغنى المشرع المصري الفقه والقضاء من الخوض في تفسير "الاستعمال" كصورة من صور النشاط في هذه الجريمة عندما جرم الاستيلاء على مال شركة مساهمة بدون نية التملك.

- مفهوم الاستعمال الذي أقره القضاء الفرنسي هو مفهوم واسع جداً، إذ يضم كل الاستخدامات التي تقع على هذه الجريمة وأن الاستعمال هو مفهوم يكفي نفسه، أي أنه لا يتطلب ولا يتضمن أي تملك للشيء المستعمل، فتقوم الجريمة مستقلة عنه ومنه فإن مجرد الاستعمال التعسفي لأموال الشركة يقيم المخالفة وذلك دون حاجة إلى نية أو إرادة تملك نهائية للشيء المستعمل.

- يمكن أن يكون استعمال الأموال وقتياً بحتاً دون أن تترتب عنه نية التملك النهائي، وعليه فمادام تملك الأموال غير ضروري لقيام جريمة إساءة استعمال الأموال وإتئمان الشركات التجارية فإن إعادة المبالغ المستعملة لا تنفي الجريمة.

- تقع جريمة استعمال أموال الشركة إذا كان محلها منقولات أو عقارات، وقد تقع الجريمة على العقارات كما لو رهن مدير الشركة عقاراً من عقاراتها للحصول على قرض استولى عليه كله أو جزء منه لنفسه أو لشركة أخرى له فيها مصالح خاصة، بل أن الجريمة يمكن أن ترد على الحقوق الذهنية للشركة.

- يذهب أغلبية الفقه إلى تقدير مخالفة الفعل لمصلحة الشركة بالنظر إلى الضرر الذي يسببه أو ذلك الذي يعرض ذمتها المالية إلى خطر الخسارة، حيث يعتبرون أن الفعل المضر بالشركة هو صراحة ذلك المخالف لمصلحتها من اللحظة التي يكون فيها موسوم بالنية المجرمة، بمعنى إذا ما تم بسوء نية ويهدف تحقيق أغراض شخصية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة.

- يعد استعمال الشيء لأموال الشركة هو جريمة شكلية.

- يُعد الاستعمال السيئ لأموال وإئتمان الشركة جريمة خطر وليس من جرائم الضرر.
- يتطلب تجريم إساءة استعمال أموال الشركة أن تكون هذه الإساءة قد جاءت لتحقيق أغراض شخصية.
- تتوافر المصلحة الشخصية للمسئول "عضو أو رئيس مجلس الإدارة أو المدير" كلما قام بخلاط ذمته المالية بالذمة المالية للشركة.
- أقر المنظم الفرنسي مبدأ حماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركة عن غير علم بالحدود الصحيحة لسلطات المدير ولو كانت هذه السلطات قد تم شهرها وفقاً للقانون، طالما كان الغير حسن النية. أي لا يعلم بالفعل ولم يكن بوسعُه أن يعلم بحقيقة الوضع بل ذهب المنظم الفرنسي وفقاً لنص المادة ٥/٤٩ معدلة بالقانون ١٩٦٩ الخاصة بالشركات ذات المسؤولية المحدودة إلى القول بالتزام الشركة بجميع تصرفات المديرين حتى بالنسبة للتصرفات التي تتجاوز غرض الشركة ما لم يكن الغير سيئ النية.
- أحسن المشرع المصري عندما نص على عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في القوانين الأخرى، ليفتح بذلك المجال أمام القاضي للرجوع لأي قانون آخر إذا كان فيه عقوبة أشد لهذه الجريمة، وهذا ما لم يجده الباحث لدى المنظم السعودي ويعتبر قصوراً تنظيمياً في هذا الشأن.
- انفرد المنظم المصري عن نظيره السعودي، بتوسيعه لدائرة التجريم، حيث نجد أنه لم يذكر كلمة الصورية مثلما فعل المنظم السعودي، بل أتى بعبارة "وزع أرباحاً أو فوائد على خلاف أحكام هذا القانون أو نظام الشركة" مما يعني أن المنظم المصري يعاقب على أي توزيع يمنع الشركة من أداء التزاماتها النقدية في مواعيدها. ولو كان ذلك التوزيع منصباً على أرباح حقيقية ما دام هذا التوزيع مؤدياً للنتيجة الممنوعة، وهذه النتيجة الممنوعة نص عليها المنظم المصري في مادة أخرى في نفس

نظام الشركات وهي المادة "٤٣" حيث جاء فيها "لا يجوز توزيع الأرباح إذا ترتب على ذلك منع الشركة من أداء التزاماتها النقدية".

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا عن مدى امكانية تجريم التوزيع بالمخالفة لنظام الشركات السعودي؟ نرى أن التجريم في هذه الحالة يخرج عن نطاق تطبيق الفقرة "٥" من المادة "٢٢٩"؛ لأنه لم يتم النص على هذه الحالة وأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص احتراماً لمبدأ الشرعية الجنائية.

إن إساءة توزيع الأرباح الحقيقية بين أصحاب الشأن هي محل تجريم في قانون الشركات المصري وذلك لأنها تتم بالمخالفة لنظام الشركة طبقاً للفقرة "٥" من المادة "١٦٢"، وهذا ما يجعل النص المصري أكثر شمولاً من النص السعودي بإضافة محل آخر للجريمة وهو التوزيع بالمخالفة لنظام الشركة.

ثانياً: توصيات

أن يكون المؤسس كامل الأهلية:

إن عبارة "بنية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك" والواردة بالفقرة الأولى من المادة السابعة من نظام الشركات، إنما تضع قيداً كبيراً لإضفاء صفة المؤسس على كل من يشترك اشتراكاً فعلياً في تأسيس الشركة وهو غير شريك، ولزيادة في تأكيد ذلك كان يجب على المنظم استبدال العبارة السابقة بعبارة "بطريقة تفيد الغير بنية تحمله المسؤولية" أو بعبارة "ما لم يثبت أنه لم يقصد باشتراكه تحمل المسؤولية عن ذلك" أو بعبارة "إذا لم يذكر صراحة أنه غير شريك".

أن يكون هناك تسليم لكامل النظام، وكافة القرارات والتعاميم المعدلة له للمؤسسين قبل استلام العقد منهم، وأن يوضع اقرار معد من وزارة التجارة، يوقعه المؤسسون يتضمن اطلاعهم بشكل كامل على ما يتم تسليمه لهم "النظام والقرارات والتعاميم" وأنه لا يوجد مخالفة لها في عقد التأسيس المراد تقديمه لأخذ موافقة عليه.

- يجب أن تكون هناك جهات مستقلة بالمملكة العربية السعودية " مكاتب قانونية معتمدة" لدى وزارة التجارة، تقوم بمراجعة عقد التأسيس، وكذلك الملاحق التعديلية اللاحقة له وتصادق عليها، وتعتبر بمصادقتها متحملة لمسؤولية جنائية ومدنية إذا تبين مخالفة العقد لأي من الأنظمة أو القرارات أو التعاميم ذات العلاقة.
- يجب على المنظم السعودي أن يسلك مسلك نظيره المصري بالنص على تشكيل لجنة مماثلة حتى يكون التقييم أكثر دقة وموضوعية وخالياً من التشكيك ويكون فيه حماية للادخار العام وحفاظاً على ثقة المساهمين تجاه هذه الشركات، بدلاً من ان يقتصر دور الجهة المختصة على تعيين خبير أو أكثر، معرضون في نتيجة عملهم للخطأ.
- يجب تدخل المنظم السعودي لوضع نظام خاص بجرائم النصب ليضبط أحكامها، ويحدد معالم الأفعال ومعاييرها المدرجة تحتها، ويضع لها العقوبات التي تكفي لردعها ويجعل صورها المشتتة تحت مظلة نظام واحد وجهة تحقيق ومحاكمة واحدة على غرار نظام الرشوة.
- ينبغي على المنظم السعودي سرعة التدخل لتشريع نظام خاص بجريمة خيانة الأمانة على غرار ما فعل في نظام التزوير وغيرها من الجرائم الجنائية، ليجمع صورها المشتتة والمتفرقة تحت مظلة نظام واحد وجهة تحقيق ومحاكمة واحدة.
- يجب أن نشدد على أيدي المشرع المصري والمنظم السعودي لرفع عقوبة الغرامة في حديها الأدنى والأقصى لتحقيق الردع الكافي لدى الكافة على أن يتم تفريد العقوبة من قاضي الدعوى طبقاً لظروف كل حالة على حده.
- يجب على المشرع المصري والمنظم السعودي تجريم المبالغة في تقييم الحصص العينية إذا وقع هذا الفعل بدون تدليس في حالة الإهمال من قبل الجاني حتى يتم أخذ الحذر في جانب عملية تقييم الحصص العينية لزيادة الثقة في هذه الشركات وبالتالي حماية الاقتصاد القومي للدولة.

- يجب على كل من المنظم السعودي ونظيره المصري ايقاع التجريم والعقاب أيضاً على أشخاص من غير المديرين وأعضاء مجلس الإدارة ومراقب الحسابات، ما داموا يملكون صلاحية تقرير أو توزيع الأرباح الصورية كالموظفين اللذين يساهمون في اعداد الميزانية، وهم عالمون بكذب البيانات التي تحتويها.

- يجب على المنظم السعودي النص على تجريم التوزيع الأرباح بالمخالفة فقط دون تحديدها بنطاق نظام الشركات السعودي حتى لا يجعلها ضعاف النفوس منهجاً لهم في تدمير تلك الشركات.

- يجب على المنظم المصري والسعودي أن يتدخل ويقرر بنص صريح حق الأقلية في الاعتراض أمام القضاء على قرارات الجمعية العمومية متى كانت تلك القرارات تضر بمصلحتهم. ومن ثم يجب تحديد الجهة التي يوكل اليها تقدير توافر مصلحة الشركة من عدمها في قرارات الجمعية العمومية، حيث أننا لو أسندنا مهمة تقدير مصلحة الشركة للجمعية العمومية باعتبارها أعلى سلطة في الشركة فإننا سوف ننتهي إلى عدم أحقية أقلية المساهمين المتضررين في الطعن بالبطلان على القرار الصادر من الجمعية العمومية أمام القضاء حيث انه بذلك لن يكون للقضاء سلطة تقديرية على الجمعية العمومية باعتبارها هي التي تقدر مصلحة الشركاء بمفردها، أما في حالة اسنادنا مهمة تقدير مصلحة الشركاء للقضاء وطلب بطلان القرار المتضرر منه من قاضي الموضوع الذي سيكون له سلطة تقديرية في ابطال القرار من عدمه حيث أن البطلان هنا جوازي.

- يجب أن يحسم المنظم المصري والسعودي بنص صريح تنازع الاختصاص بتقدير مصلحة الشركة بين الجمعية العمومية وبين القضاء.

- من الأفضل تركيز جريمة إساءة استعمال وائتمان أموال الشركات التجارية على تحديد وجود هذه المصلحة الشخصية وأن يترك خارج مجال هذه الجريمة كل الأفعال التي لا تكون خاضعة لها، وأن تتم

متابعة الأفعال غير الشرعية تحت تكييف آخر كالرشوة مثلاً إذا كانت العناصر المكونة لهذه الجريمة مجتمعة.

- بات ضرورياً أن يلتفت المنظم السعودي والمصري، إلى إيراد نص خاص بإساءة استعمال أموال الشركة في نطاق شركات المساهمة وعدم تركها للقواعد العامة في تجريم خيانة الأمانة، ومن ثم تتكامل منظومة الحماية الجنائية لأموال وائتمان هذه الشركات من الأفعال التي قد يرتكبها المديرون أو أعضاء مجلس الإدارة لمصالحهم الشخصية أو لمصالح غيرهم دون مصلحة الشركة. وهذا التجريم يسد الثغرات التي يمكن للجاني من خلالها الإفلات من العقاب في حالات لا تنطبق عليها أركان جرمي خيانة الأمانة والاختلاس.

- من الضروري إيراد نص صريح يسوي بين المدير الفعلي والمدير القانوني في خصوص المسؤولية المدنية والجنائية.

- يجب أن يتحمل المسئول عن ارتكاب الجريمة الغرامة دون أن تتحملها الشركة.

- يجب أن يسلك المنظم السعودي مسلك المنظم المصري في تقييم الحصص العينية بالنص على تشكيل لجنة تختص بهذا التقييم، بدلاً من الاقتصار على تعيين الخبير.

- يجب أن يحل المنظم مشكلة الادعاء المدني من المساهمين في تلك الشركة لتحديد ما إذا كان من حقهم الادعاء المدني أو لا، درءاً لاختلاف المحاكم في التفسير.

المراجع

أولاً: المراجع الفوقية

بن منظور:

- لسان العرب، ج ٢، دار المعارف بالقاهرة.
- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي:
- مختار الصحاح، مكتبة لبنان، ١٩٨٦ م.

ثانياً: المراجع الفقهية

الإمام : إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الفرناطي أبو إسحاق (المتوفى : ٧٩٠هـ) :

- الموافقات في أصول الشريعة.

أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي :

- المحلى، ج ١٣، مكتبة النهضة بمصر، ١٣٤٧هـ.

د. أحمد ذياب شويديج :

- ضوابط الريح في الشريعة الإسلامية، بدون دار نشر، ١٤٢٧هـ-

٢٠٠٦م.

زين الدين نجم الحنفي :

- البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، ج ٥.

شمس الدين محمد بن أبي العباس :

- نهاية المحتاج في شرح المحتاج، ج ٧.

الشيخ. علي الحفيف

- الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، ١٩٧١م.

علي الدين الكاساني :

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧، ط ١، مطبعة الجمالية.

ثالثاً: المراجع القانونية العامة

د. إبراهيم الشباسي :

- الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار الكتاب

اللبتاني - الجزائر، ١٩٨١م.

د. أبو زيد رضوان :

- الوجيز في القانون التجاري، بدون دار نشر، ١٩٨٩م.

- شركات المساهمة، بدون دار نشر، ١٩٨٢م.

- شركات المساهمة وفقاً لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، بدون

دار نشر، بدون سنة نشر.

- قانون الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، بدون دار نشر، ١٩٧٨م.
- د. أبو زيد رضوان؛ د. رضا السيد عبد الحميد:
- القانون التجاري، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
- د. أبو زيد رضوان؛ د. رفعت فخري؛ د. حسام عيسى:
- الوجيز في القانون التجاري، بدون دار نشر، ١٩٩٠م.
- د. أحمد شوقي الشلقاني:
- مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع الجزائري، ج ١، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، بدون سنة نشر.
- د. أحمد عوض بلال:
- قانون العقوبات، القسم العام، بدون دار نشر، ٢٠٠٠م.
- د. أحمد فتحي سرور:
- الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، ط ٤، دار النهضة العربية، ١٩٩١م.
- الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٨١م.
- د. أحمد محمد محرز:
- الشركات التجارية، القواعد العامة للشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، القطاع العام والتحول إلى القطاع الخاص، مشروع قانون الشركات الموحد الجديد، بدون دار نشر، ٢٠٠٠م.
- د. أحمد لطفي السيد:
- أصول القسم الخاص في قانون العقوبات، الجزء الثالث، جرائم الاعتداء على الأموال، ط ٣، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م.
- د. اسحاق ابراهيم منصور:
- المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجنائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، ١٩٩٣م.

- د. السعيد مصطفى :
- الأحكام العامة في قانون العقوبات ، ط ٢ ، بدون دار نشر ، ١٩٥٣ م.
- د. أمين أكثم الخولي :
- دروس في القانون التجاري السعودي ، معهد الإدارة العامة - الرياض ، ١٣٩٢ هـ.
- د. ثروت حبيب :
- القانون التجاري ، الشركات التجارية ، مكتبة الجلاء بالمنصورة ، ١٩٨٨ م.
- د. جلال ثروت :
- نظم القسم العام في قانون العقوبات ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٩ م.
- د. جلال وفاء البديري محمددين :
- المبادئ العامة في القانون التجاري ، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ، ١٩٩٥ م.
- د. حسن كيره :
- أصول القانون ، ط ٢ ، دار المعارف بمصر ، ١٩٥٩ - ١٩٦٠ م.
- د. حسني المصري :
- دروس في القانون التجاري ، ج ١ ، بدون دار نشر ، ١٩٨٤ م.
- د. حمد الله محمد حمد الله :
- النظام التجاري السعودي ، ط ٢ ، خوارزم للنشر والتوزيع - جدة ، ١٤٢٥ هـ.
- د. رءوف عبيد :
- مبادئ القسم العام من التشريع العقابي ، ط ٤ ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٩ م.
- جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٥ م.

د. رضا فرج :

- شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع - الجزائر، بدون سنة نشر.

د. رمسيس بهنام :

- النظرية العامة للقانون الجنائي، ط ٣، بدون دار نشر، ١٩٧١ م.

د. سامي عبد الباقي أبو صالح :

- قانون الأعمال، ط ٢، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣ م.

د. سعيد علي يحيى :

- الوجيز في النظام التجاري السعودي، ط ٧، المكتب العربي الحديث،

٢٠٠٤ م.

د. سليمان مرقس :

- محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، بدون دار نشر،

١٩٧١ م.

د. سميحة القليوبي :

- الشركات التجارية، ط ٥، دار النهضة العربية، ٢٠١١ م.

د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق :

- قانون الشركات التجارية الكويتي رقم "١٥" لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته

الجديدة بالقانون رقم "٩" لسنة ٢٠٠٨ معلقاً عليه بأراء الفقه

واحكام القضاء، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩ م.

د. عبد الأحد جمال الدين ؛ د. جميل عبد الباقي الصغير :

- المبادئ الرئيسية في القانون الجنائي، القسم العام، دار النهضة

العربية، ١٩٩٩ م.

د. عبد الجبار حمد الحنيص :

- الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال في النظام الجنائي

السعودي، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

- د. عبد الرؤوف مهدي
- شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م.
 - شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري:
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- د. عبد العزيز عزت الحياط:
- الشركات في الشريعة الإسلامية، ج ١، ط ٤، مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٣م.
- د. عبد العظيم مرسي وزير:
- شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- د. عبد الفضيل محمد أحمد:
- الشركات، جامعة المنصورة، ١٩٨٧م.
- عبد القادر عودة:
- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء الثاني، دار التراث، ١٩٧٧م.
- د. عبد الله سليمان:
- دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ط ٤، دار المطبوعات الجامعية بالجزائر، ١٩٩٦م.
- عبد المهيمن بكر:
- القسم الخاص في قانون العقوبات، ط ٧، دار النهضة العربية، ١٩٧٧م.
- د. عبد الهادي محمد سفر الغامدي؛ د. بن يونس محمد حسيني:
- القانون التجاري، ط ٣، بدون دار نشر، ١٤٣٠هـ.

- د. علي العريف:
- شرح قانون الشركات في مصر، بدون دار نشر، ١٩٨٠م.
 - د. عمر السعيد رمضان:
 - قانون العقوبات في جرائم الاعتداء على المال، القسم الأول، دار النهضة العربية، ١٩٦٢م.
 - مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، ج ١، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م.
 - د. فايز نعيم رضوان:
 - الشركات التجارية، ط ١، كلية الشرطة - دبي، ١٩٨٩م.
 - د. فوزية عبد الستار:
 - شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.
 - شرح قانون العقوبات، القسم العام، بدون دار نشر، ١٩٩٢م.
 - د. مأمون محمد سلامة:
 - قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.
 - الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م.
 - د. محسن شفيق:
 - الوسيط في القانون التجاري، ج ١، بدون دار نشر، ١٩٥٧م.
 - د. محمد حسن الجبر:
 - القانون التجاري السعودي، ط ١، الدار الوطنية الجديدة - الخبر، ١٤٠٨هـ.
 - د. محمد صالح بك:
 - شركات المساهمة، بدون دار نشر، ١٩٤٩م.
 - د. محمد صبحي نجم:
 - شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ط ٢، دار المطبوعات الجامعية بالجزائر، ١٩٩٠م.

- د. محمد عيد الغريب :
- شرح قانون العقوبات، القسم العام، ج ١، النظرية العامة للجريمة، بدون دار نشر، ١٩٩٤م.
 - شرح قانون العقوبات، القسم العام، ج ١، بدون دار نشر، ١٩٩٤م.
- د. محمد فريد العريني :
- القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، ١٩٩٩م.
 - الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- د. محمد محيي الدين عوض :
- القانون الجنائي، جرائمه الخاصة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م.
- د. محمود ابراهيم اسماعيل :
- شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي، ١٩٥٩م.
- د. محمود جمال الدين زكي :
- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المصري، ج ١، في مصادر الالتزام، بدون دار نشر، ١٩٧٦م.
- د. محمود سمير الشراوي :
- الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م.
 - القانون التجاري، ج ١، دار النهضة العربية، ١٩٨٩م.
 - القانون التجاري، ج ١، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م.
- د. محمود كبيش :
- الموجز في الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، دار الثقافة العربية، ٢٠٠٢م - ٢٠٠٣م.
- د. محمود محمود مصطفى :
- شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط ١٠، بدون دار نشر، ١٩٨٣م.
- د. محمود مختار بربري :
- قانون المعاملات التجارية، دار الفكر العربي - القاهرة، ١٩٨٣م.

- د. محمود نجيب حسني :
- شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط ٢، دار النهضة العربية، ١٩٩٤م.
 - شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٢م.
 - د. مصطفى كمال طه :
 - الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، ١٩٩٧م.
 - رابعاً: المراجع القانونية الخاصة
 - د. ابراهيم عيد نايل :
 - أثر العلم في تكوين القصد الجنائي، بدون دار نشر، ١٩٩٢م.
 - د. أحمد الورفلي :
 - توزيع أرباح الشركات التجارية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
 - د. أحمد بركات مصطفى :
 - حماية أقلية المساهمين في شركات المساهمة، بدون دار نشر، ٢٠٠٨م.
 - أحمد بوهدي :
 - جريمة إساءة استعمال أموال الشركة، بدون دار نشر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الخامس السنوسي - الرباط، ٢٠٠٣م - ٢٠٠٤م.
 - د. أحمد حبيب السماك :
 - ظاهرة العود إلى الجريمة في الشريعة الإسلامية والفقهاء الجنائي الوضعي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٥م.
 - د. أحمد عبد الظاهر :
 - القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠١١م.
 - أحمد منير فهمي :
 - القواعد القانونية السعودية والعالمية للشركات التجارية، مجلس الغرف التجارية السعودية - الرياض، بدون دار نشر، ١٤١٦هـ.

- د. أشرف عبد القادر قنديل أحمد
- جرائم الامتناع بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١٠م.
 - د. الفونس ميخائيل حنا:
 - تعدد الجرائم وأثره في قانون العقوبات والإجراءات، ط ١، بدون دار نشر، ١٩٦٣م.
 - د. تركي بن محمد عبد الرحمن اليحيى:
 - توزيع الأرباح البصورية في الشركات وأحكامه في الفقه والنظام، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
 - د. توفيق لويس توفيق:
 - ذاتية الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة، بدون دار نشر، ٢٠٠٤م.
 - د. جلال ثروت:
 - نظرية الجريمة متعدية القصد في القانون المصري والمقارن منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦م.
 - د. جميل عبد الباقي الصغير:
 - الجوانب الجنائية في قانون شركات قطاع الأعمال العام، تقرير مقدم إلى المؤتمر المنعقد حول قانون شركات قطاع الأعمال العام.
 - د. حسن صادق المرصفاوي:
 - الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية، دار المعارف، بدون سنة نشر.
 - د. حسني أحمد الجندي:
 - القانون الجنائي للمعاملات التجارية، الكتاب الأول، القانون الجنائي للشركات، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٨٩م.
 - د. حسني المصري:
 - شركات الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٨١م.
 - حسني مصطفى:
 - جريمة خيانة الأمانة في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧م.

- حمر العين عبد القادر:
- النظام القانوني لتأسيس شركة المساهمة، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١٣م.
 - د. راوية أحمد عبد الكريم الظهار:
 - المقاصد الشرعية للعقوبات في الاسلام، ط ١، بدون دار نشر، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
 - د. رحاب محمود داخلي:
 - الجمعيات العمومية ودورها في إدارة شركات المساهمة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠١١م.
 - د. رضا السيد عبد الحميد:
 - تأسيس الشركة بغير ترخيص حكومي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م.
 - د. سعودي حسن سرحان:
 - نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
 - د. سيد حسن البغال:
 - الظروف المشددة والمخففة في قانون العقوبات فقهاً وقضاءً، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.
 - د. عبد الحميد الشواربي:
 - الجرائم المالية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، ١٩٨٦م.
 - الجرائم المالية والتجارية، ط ٤، دار المعارف، ١٩٩٦م.
 - د. عبد العزيز المرسي حمود:
 - أضواء على المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العقاري غير المسجل، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م.
 - د. عبد الفضيل محمد أحمد:
 - شرط الفائدة الثابتة في الشركات، مكتبة الجلاء بالمنصورة، بدون سنة نشر.

- حماية الأقلية من القرارات التعسفية الصادرة من الجمعيات العامة للمساهمين، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٨٦م.
- حماية الأغلبية من القرارات التعسفية الصادرة عن الجمعيات العامة للمساهمين، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الأولى، أكتوبر ١٩٨٦م.
- د. عبد الله مبروك النجار:
- التعسف في استعمال حق النشر، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.
- عبد المعين لطفي جمعه:
- موسوعة القضاء في المواد التجارية، ج ١، بدون دار نشر، ١٩٦٧م.
- د. علي سيد قاسم:
- مراقب الحسابات، دار الفكر العربي، ١٩٩١م.
- د. عمرو ابراهيم الوقاد:
- دور الرضاء في القانون الجنائي، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
- د. غنام محمد غنام:
- الحماية الجنائية للادخار العام في شركات المساهمة، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م.
- المسئولية الجنائية للتاجر ومدير الشركة عن جرائم الإفلاس، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م.
- د. محمد توفيق سعودي:
- المسئولية المدنية والجنائية لأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة عن أعمال الشركة، دار الأمين، ٢٠٠١م.
- محمد حسين اسماعيل:
- الحماية القانونية لثبات رأس المال في شركات الأموال السعودية، معهد الإدارة العامة - الرياض، ١٤٢٣هـ.

- د. محمد سامي الشوا:
- المسئولية الجنائية الناشئة عن المشروعات الاقتصادية الخاصة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- د. محمد عبد الحميد القاضي:
- النظام القانوني لحصة العمل في الشركات، دار النهضة العربية، ١٩٩٠م.
- د. محمد علي سويلم:
- حوكمة الشركات في الأنظمة العربية والمقارنة بين التنظيم والمسئولية التأديبية والمدنية والجنائية، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠١٠م.
- د. محمد علي كومان؛ د. رضا السيد عبد الحميد:
- جرائم الشركات في النظام السعودي، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م.
- د. محمد فريد العريني؛ د. هاني دويدار:
- مبادئ قانون المشروع الاقتصادي، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ٢٠٠١م.
- د. محمود كيش:
- المسئولية الجنائية لمراقب الحسابات في شركات المساهمة، دراسات مقارنة في القانونيين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م.
- د. مصطفى العوجي:
- المسئولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، ط ١، مؤسسة نوفل، ١٩٨٢م.
- د. مصطفى كمال وصفي:
- القضاء المصري في مسائل شركات المساهمة، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٠م.
- د. منتصر سعيد حمودة:
- الجزائم الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١٠م.

- د. هلالى عبد اللاه أحمد:
- تجزيم فكرة التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م.
 - د. وحي فاروق لقمان:
 - سلطات ومسئوليات المديرين في الشركات التجارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.
 - خامساً: رسائل الماجستير والدكتوراه
 - د. ابراهيم عطا الله شعبان:
 - النظرية العامة للائتمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٨١م.
 - د. أحمد علي محمد حسين خضر:
 - حوكمة الشركات في القانون المصري الإفصاح والشفافية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
 - المختار البقالي:
 - جريمة إساءة استعمال أموال الشركة، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة المولى بكناس، ٢٠٠٩م - ٢٠١٠م.
 - د. أماني حسن أحمد محمد علي:
 - مجلس الإدارة في شركات المساهمة، رسالة دكتوراه، كلية حقوق فرع بني سويف - جامعة القاهرة، ٢٠٠٢م.
 - د. أمين عبده محمد دهمش:
 - تعدد الجرائم في التشريع الوضعي المقارن بالفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠١م.
 - د. تركي بن محمد عبد الرحمن اليحيى:
 - أثر المخالفات الشرعية والنظامية في عقود الشركات، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود، ١٤٢٩هـ - ١٤٣٠هـ.

- د. حسن عوض سالم الطراونة:
- ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٥م.
- زكري ويس مائة الوهاب:
- جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الإخوة منتوري "قسنطينة"، ٢٠٠٤م - ٢٠٠٥م.
- د. سعد بن محمد شايع القحطاني:
- الحماية الجنائية للشركات التجارية في النظام السعودي، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
- سعيد بن علي منصور الكريديس:
- جرائم الشركات التجارية في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- د. صابرين جابر محمد أحمد:
- الباعث في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة طنطا، ٢٠٠٨م.
- د. عادل عازر:
- النظرية العامة في ظروف الجريمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٦٦م.
- د. عادل عبد السميع عبد الفتاح العزياوي:
- الحماية الجنائية للشركات التجارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٧م.
- د. عبد الرازق المواني عبد المطلب:
- المسؤولية الجنائية لمدير المنشأة الاقتصادية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ١٩٩٩م.

د. عبد العظيم صابر حسن:
- مدى تأثير رضاء المجني عليه في مجال التجزيم والعقاب، رسالة
دكتوراه، كلية الحقوق - فرع بني سويف جامعة القاهرة، بدون
تاريخ.

د. عبد الكريم يوسف عبد الحق القاضي
- نظرية اللادليس في القانون المدني المصري واليمني، دراسة مقارنة
بأحكام الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة
عين شمس، بدون سنة للنشر.

د. عبد الله مصطفى ابراهيم الحفناوي:
- تأسيس شركة المساهمة في قوانين الاستثمار والقانون التجاري، رسالة
دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٠م.

عبد المحسن بن فهد الحسين:
- خيانة الأمانة تجريمها وعقوبتها، رسالة ماجستير، كلية الدراسات
العليا - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

د. علي حسن عبد الله الشرفي:
- الباعث وأثره في المسئولية الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق -
جامعة القاهرة، ١٩٨٦م.

د. علي حسين الخلف:
- تعدد الجرائم وأثره في العقاب في القانون المقارن، رسالة دكتوراه،
كلية الحقوق جامعة القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٥٤م.

د. عماد محمد أمين السيد رمضان
- حماية المساهم في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه،
كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

د. محمد شوقي السيد:
- معيار التعسف في استعمال الحق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق -
جامعة القاهرة، ١٩٧٩م.

- د. محمد عوض الأحول:
- انقضاء سلطة العقاب بالتقادم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٦٤م.
 - د. محمد هشام أحمد أبو الفتوح بدوي:
 - النظرية العامة للظروف المشددة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٨٠م.
 - مزوار فتحي:
 - حماية المساهم في شركة المساهمة، دراسة في القانون المقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان بالجزائر، ٢٠١١م - ٢٠١٢م.
 - د. ممدوح أحمد محمد أبو حمادة:
 - النتيجة الاجرامية وآثارها على المسؤولية الجنائية، دراسة لنظرية الجريمة المشددة لجسامة النتيجة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
 - د. يعقوب يوسف صرخوه:
 - الأسهم وتداولها في الشركات المساهمة في القانون الكويتي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٨٢م.
 - د. يوسف حسن يوسف هبه:
 - الرقابة الحكومية على الشركات التجارية، دراسة مقارنة بين القانونين اليمني والمصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٤٢٣هـ - ٢٠١٢م.

سادساً: المقالات والأبحاث

- د. حازم البيلاوي:
- التعاون والمنافسة في المجتمعات، جريدة الأهرام، العدد ٤٦٦٧٨، ٢٤ سبتمبر سنة ٢٠١٤م، السنة ١٣٩.

د. حماد مصطفى عزب:

- النظام القانوني لتصرفات شركة المساهمة تحت التأسيس، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق - جامعة اسيوط، ٢٠٠٠م، العدد ٢٣.

د. عبد الباسط جميعي:

- الوكالة الظاهرة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ص ٥.

د. غنام محمد غنام:

- طبيعة العلاقة بين جرائم الاحتيال والجريمة المنظمة، الندوة العلمية "العلاقة بين جرائم الاحتيال والإجرام المنظم، مركز الدراسات والبحوث - جامعة نايف للعلوم الأمنية.
- تجريم إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة المساهمة خطوة تحتمها الأزمة المالية العالمية، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر تحت عنوان "الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، في الفترة من ١ - ٢ أبريل سنة ٢٠٠٩م.

كرام محمد:

- جريمة إساءة استعمال أموال الشركة في قانون شركات المساهمة المغربية مجلة المحاكم المغربي، العدد ٣٩.

الشيخ. محمد أبو زهرة:

- إساءة استعمال الحق، مجلة إدارة قضايا الحكومة، سبتمبر ١٩٦١م.

د. محمد زكي عبد البر:

- لا ضرر ولا ضرار وإساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٨٦م.

د. مصطفى كمال طه:

- جريمة توزيع الأرباح الصورية في شركات المساهمة، مجلة إدارة قضايا الحكومة هيئة قضايا الدولة، السنة ٤، العدد ١.

منير فوناني :

- جريمة إساءة استعمال أموال الشركة، مجلة القصر، العدد ١٩، يناير

٢٠٠٨ م.

سابعاً: الندوات والمؤتمرات

- الندوة العلمية "العلاقة بين جرائم الاحتيال والإجرام المنظم، مركز

الدراسات والبحوث - جامعة نايف للعلوم الأمنية.

- المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر تحت عنوان "الجوانب القانونية

والاقتصادية للأزمة المالية العالمية، كلية الحقوق - جامعة

المنصورة، في الفترة من ١ - ٢ أبريل سنة ٢٠٠٩ م.

Bibliographie En Francais

I. Ouvrages généraux

A.Touffait . J. Robin . Audureau . J. Lacoste:

- Délits et sanctions dans les sociétés , éd sirey , 1973.

C.Ducouloux-favard:

- droit pénal des affaires , éd, Masson ,1987.

Chavanne (Albert) :

- Le droit penal des sociétés et le droit penal general , Rev
.sc . crim . 1963.

Constantin et Gautrat :

- Traité de droit penal en matiere de sociétés.

Dominique Vidal:

- droit des sociétés " manuel" L.G.D.J , 1993.

DONNEDIEU DE VABRES (H.):

- Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du
faux documentaire , paris, sirey ,1943.

Georges Ripert et Rene Roblot:

- Traité elementaire de droit commercial, 9 em , ed ,Paris
1977.

Jaques Delga:

- Le droit des sociétés , dalloz , 1998.

Jean Larguier :

- Droit pénal des affaires , éd. Collin , 1975.

J-Hermard – F. Terré- P.Mabilat:

- sociétés commerciales , tome 11 dalloz , 1974.

J . Larguier :

- droit pénal des affaires , éd Collin 1975.

Houpin et Bosvieux :

Traité general théorique et pratique des sociétés et associations ,T .11 .

Pierre Gathier ; Bianca Lauret :

- droit pénal des affaires , éd . economica 1986-1987.

Smith Kenneth – Kennan Denis:

- Essential of Mercantile law , 1977.

Wilfrid Jean-Didier:

- droit penal des affaires , 2^e edition , 1993.

- droit des affaires Tom 1: droit commercial general et sociétés , 7^{eme} edition economica , 1992.

II . ouvrages spéciaux

Annie Medina :

- Abus de bien sociaux , Prévention – Détection – Poursuite ,
Dalloz , Référence droit de l'entreprise Dalloz 2001.

Bechir BenHadj yahia :

- L'abus des biens et du credit sociaux, 1987.

Didier Rebut :

- Abus de biens sociaux jurissclasseur “ recueil v société” .
RÉP .société Dalloz , Août 1997.

Eva Joly et Caroline Joly- Baumgartner :

- L'abus de biens sociaux A L'Épreuve de la pratique , éd
economica ,2002.

J.Borricand :

- détournement et destruction d'objets saisis ou mis en gage .
J.X.P,1982.

Jean Paul Antona ; François Langlart ; Philippe Colin:

La responsabilité penal des cadres dirigeants dans le monde
des affaires , dalloz 1996 avec le soutien de la
foundation HEC.

Tayeb Bellola :

- droit penal des sociétés commerciales , commenty
constituer une société , la gérer , émettre des actions
procéder aux modifications ou la dissoudre sans
s'exposer à des sanctions pénales , collection droit
pratique edition Dahlab , 1995.

M. Delmas :

- droit penal des affaires , P . U , F , Themis , 1973.

الفهرس

الصفحة	الموضوع	المقدمة
١٢٤٣	أهداف النظام الجنائي للشركات	
	المقصود بأموال الشركات التجارية	
١٢٤٤	أهمية البحث	
-	إشكاليات البحث	
١٢٤٧	منهجية البحث	
	خطة البحث	
١٢٤٨	الحماية الجنائية لأموال الشركات التجارية	المبحث الأول
	عند تأسيسها	
١٢٤٩	إجراءات تأسيس الشركات التجارية	المطلب الأول
١٢٥٢	المسؤولية الجنائية للمؤسسين	المطلب الثاني
١٢٦٣	جريمة تقويم الحصص العينية بأكثر من قيمتها	المطلب الثالث
١٢٧١	الركن المادي	الفرع الأول
١٢٩٢	الركن المعنوي	الفرع الثاني
١٢٩٣	العقوبات	الفرع الثالث
١٢٩٥	الحماية الجنائية لأموال الشركات التجارية أثناء مباشرة نشاطها في القوانين الخاصة	المبحث الثاني
١٢٩٦	توزيع الأرباح الصورية	المطلب الأول
	تعريف الربح	
	النص السعودي والمصري بين النظرية والتطبيق	
	علة التجريم	
١٣٠٦	الشرط المفترض	الفرع الأول

الصفحة	الموضوع	
١٣١٥	الركن المادي	الفرع الثاني
١٣٣١	الركن المعنوي	الفرع الثالث
١٣٣٣	العقوبة	الفرع الرابع
١٣٣٧	جريمة إساءة استعمال أموال الشركات التجارية	المطلب الثاني
١٣٤٢	الأسباب الداعية إلى تجريم إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة	
١٣٤٦	الفاعل في جريمة إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة	الفرع الأول
	المدير القانوني والفعلي	
١٣٥٤	الركن المادي لجريمة إساءة استعمال أموال وائتمان الشركة	الفرع الثاني
١٣٨٢	أحكام الجريمة	
١٣٩٣	الركن المعنوي	الفرع الثالث
١٤٠١	العقوبة	الفرع الرابع
١٤١٥		الخاتمة
١٤١٦		النتائج
١٤٢٠		التوصيات
١٤٢٣		المراجع
١٤٤٣		الفهرس

**الاختلاف الدولي والفقه حول مفهوم الإرهاب
الدولي والآثار السلبية المترتبة على ذلك**

دكتور/ أيمن جرجس حبيب

الإختلاف الدولي والفقهى حول مفهوم الإرهاب الدولي

والآثار السلبية المترتبة على ذلك

دكتور/ أيمن جرجس حبيب

دكتوراه في القانون الدولي العام

مقدمة

الإرهاب الدولي قديم قدم الدول ذاتها، وهو موضوع شائك ومتشعب ولكننا سنقتصر دراستنا هذه على مفهوم الإرهاب الدولي المعاصر، وفي هذا الشأن أقر واعترف بأنه عند قيامي بالاطلاع على كتب فقه القانون الدولي المعاصر في شأن موضوع الإرهاب الدولي، وجدت فيه ما يكفي القول بأن هذا الموضوع قد قتل بحثاً.

وكاد الحال يصل بي إلى الرجوع عن البحث والدراسة وإبداء الرأي في ذات الموضوع اكتفاء بما قيل في هذا الشأن، إلا أن ما شهدته بلدي مصر في الآونة الأخيرة، من جرائم إرهابية مقيتة والتي لا أبلغ إذا ما قلت عنها أنها بمثابة حرب على مصر، دفعني دفعا إلى أن أعيد النظر في هذا الأمر وأن أخذ موقفا جديا وإيجابيا في هذا الشأن، خاصة بعد أن بدا واضحا أن بعض القوى العظمى تغض الطرف عما تقوم به بعض الجماعات الإرهابية من عمل مشين ضد بلدي مصر وفي ذات الوقت تستنكر ما تتخذه مصر من إجراءات قانونية وأمنية لمواجهة هذا الإرهاب الأسود الذي تتعرض له (مصر)، وتبرر هذه القوة العظمى موقفها الشائن هذا بأنها تقف إلى الجانب الذي يحمي حقوق الإنسان.

وهذه الدول العظمى في موقفها هذا - والذي له أهداف سياسية بلا أدنى شك - تناست ما قامت هي به من إجراءات مخالفة لقواعد القانون الدولي أسمتها بالحروب الاستباقية وأسمتها بذلك الإسم في

محاولة منها لازالة الشبهات التي أثارها اللفظ السابق المسمى بالدفاع الشرعي الوقائي، وكان ذلك منها لمواجهة بعض العمليات الإرهابية المتفرقة والمتباعدة زمنيا والتي تعرض لها بعض مواطنيها.

ونحن بلا أدنى شك نرفض وندين مثل هذه العمليات الإرهابية التي يتعرض لها مواطني هذه الدول -وكذا تلك التي يتعرض لها مواطني جميع الدول- إلا أننا نذكر أولئك فقط بأنه عند مواجهتهم لمثل هذه العمليات الإرهابية لم يكتفوا فقط بمخالفة قواعد القانون الدولي العام بل أنهم انتهكوا كافة قواعد حقوق الإنسان، تلك القواعد التي شرعتها هي وقتنتها دوليا وكان ذلك على المقياس الذي يتوافق ومصالحها هي.

وقد دفعني هذا الأمر برمته دفعا لدراسة موضوع الإرهاب الدولي لعلي أضع النقاط فوق الحروف وأكشف بعض الحقائق في هذا الشأن، خاصة تلك التي تتعلق بالتأثيرات السياسية المباشرة لبعض القوى العظمى على موضوع مفهوم الإرهاب الدولي، هذه المواقف السياسية التي كان لها الأثر المباشر لعدم الوصول لتعريف محدد واضح لموضوع الإرهاب الدولي، ولعدم وضع تقنين دولي في شأن الإرهاب الدولي وتجريمه دوليا، وليس هذا فقط بل واستغلال هذه القوى العظمى لموضوع الإرهاب الدولي لإبزاز بقية دول العالم سياسيا وذلك للوصول لمآرب سياسية تبتغيها هي، والأكثر من هذا اكتفائها فيما يتعلق بالتقنين الدولي في هذا الشأن بتلك العمليات الإرهابية التي تمسها بشكل مباشر دون تلك العمليات التي تكون طرف فيها سواء بشكل مباشر أو غير مباشر وهذه العمليات قد تمس الكثير من دول العالم دون هذه الدول العظمى وذلك لاختلال ميزان القوى لصالح هذه الدول.

وهذا الجزء الأخير الوارد في السطور السابقة كان له دور هام ومباشر في ترجيحنا للأخذ بمسمى مفهوم الإرهاب الدولي دون غيره من مسميات وردت في شأن الإرهاب الدولي مثل جريمة الإرهاب الدولي عند دراسة موضوع الإرهاب الدولي وإبداء الرأي بشأنه لأن التجريم يتطلب وجود قاعدة قانونية منصوص فيها على الإطار القاعدي والإطار العقابي

أما مسمى مفهوم الإرهاب الدولي فهو مسمى عام شامل لا تحده قواعد الإطر العقابية ، ولا يحده الإدراج في نطاق قواعد القانون الدولي المكتوب ، حيث أنه قد يجد قواعده في العرف الدولي أو في مبادئ القانون الدولي العام.

ومفهوم الإرهاب الدولي هو من أكثر المفاهيم القانونية التي لم يتفق فقهاء القانون الدولي المعاصر بشأن تعريف موحد لها، وكان اختلافهم هذا راجعا في الغالب الأعم لانتمائهم السياسي هذا الانتماء الذي يعود بالضرورة لانتمائهم لدولة تزكي هذا الاتجاه أو ذلك. وإزاء ذلك وجدنا تعريف لمفهوم الإرهاب الدولي يذهب إلى إنه "اللجوء إلى العنف أو التهديد بالعنف بغية زرع الهلع في المجتمع لإضعاف أو لقلب السلطات الحاكمة والتسبب في التغيرات السياسية"^١.

وقد عرفه آخرون بأنه "الاستعمال المخطط للعنف أو التهديد باستعمال العنف من أجل تحقيق أهداف سياسية أو دينية أو أيديولوجية من حيث طبيعتها وذلك باستخدام التهديد أو الابتزاز أو بذر الخوف"^٢. بينما عرفه آخرون بأنه "كل فعل متضمنا استخدام القوة أو العنف وجه ضد الأشخاص أو الأموال وذلك بقصد إثارة الرعب أو الفزع في نفوس مواطني الدولة داخليا أو خارجيا"^٣.

وهناك من الفقهاء من عرف الإرهاب الدولي بأنه "كل اعتداء على الأرواح والأموال والممتلكات العامة أو الخاصة بالمخالفة لأحكام القانون الدولي بمصادره المختلفة بما في ذلك المبادئ العامة للقانون بالمعنى الذي

(١) د/ سامي جاد عبد الرحمن واصل. إرهاب الدولة في إطار قواعد القانون الدولي العام. دار الجامعة الجديدة الإسكندرية. عام ٢٠٠٨. ص (٥١)

(٢) د/ محمد عبد العزيز سهل. جرائم الارهاب الدولي. رسالة دكتوراه. جامعة عين شمس. عام ٢٠١١م. ص (٩٤)

(٣) د/ محمد سعادي ، الارهاب. الارهاب الدولي بين الغموض والتاويل. دار الجامعة الجديدة الإسكندرية. عام ٢٠٠٩م. ص (١٩٢)

حدده المادة (٣٨) من النظام القانوني الأساسي لمحكمة العدل الدولية^١

هذا وقد ورد تعريف للإرهاب الدولي في مقررات لجنة القانون الدولي، حيث ورد بها "أن الأعمال الإرهابية هي الأعمال الإجرامية الموجهة ضد دولة أخرى أو سكان دولة ما والتي من شأنها إثارة الرعب لدى شخصيات أو مجموعة من أشخاص أو لدى الجمهور".

أما نحن فنرى أن "الإرهاب الدولي يتمثل في قيام دولة ما أو أحد أو بعض رعاياها أو تنظيم دولي (معترف به أو غير معترف به) وبالمخالفة لقواعد القانون الدولي العام (بكافة صوره سواء ميثاق الأمم المتحدة أو الاتفاقيات الدولية أو العرف الدولي أو المبادئ العامة للقانون الدولي) بعمل ما أو التهديد بعمل ما ضد دولة أخرى أو أحد أو بعض أو كل رعاياها، أو ضد تنظيم دولي معترف به أو ضد أحد أو بعض ممثليه أو حتى ضد موظفيه، ويكون من شأن هذا العمل المرتكب أو التهديد به التأثير على إرادة دولة أخرى أو منظمة دولية معترف بها بغية الوصول لهدف سياسي محدد أيا كانت اعتباراته (الدينية أو الاثنية أو العرقية... إلخ) لصالح الدولة أو المنظمة المعتدية.

ويستوي في تأصيل هذا العمل الإرهابي تنوع أساليبه (مثل القرصنة البحرية أو الجوية أو خطف واحتجاز رهائن أو الحصار الاقتصادي أو التهديد بسلاح كيمياوي أو بيولوجي أو نووي أو القرصنة الإلكترونية أو حتى القرصنة الفضائية مستقبلاً)..

- (١) د/ عبد العزيز محمد سزحان. حول تعريف الارهاب الدولي وتحديد مضمونه من واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية. المجلة المصرية للقانون الدولي. المجلد ٢٩: ١٩٧٣. ص (١٢٤).
- (٢) د/ عبد العزيز محمير عبد الهادي. الارهاب الدولي مع دراسة للاتفاقيات الدولية والقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية. دار النهضة العربية، القاهرة. عام ١٩٨٦ م. ص (٦٨، وما بعدها)

كما يستوي كذلك في تأصيل العمل الإرهابي تنوع أماكن وقوعه سواء أكان على أراضي الدولة أو مقر المنظمة صراحة، أو على أراضي الدولة أو مقر المنظمة حكما مثل وقوع العمل الإرهابي على مقر البعثات الدبلوماسية للدولة أو طائراتها أو سفنها وكذا على مقر المنظمات الفرعية. وأيضا يستوي في تأصيل العمل الإرهابي وقوع العمل المرتكب على ممثلي الدولة أو رعاياها وأيضا على أعضاء المنظمة الدولية أو حتى على موظفيها الإداريين في ظل قدرة العمل الإرهابي على التأثير. ويستوي كذلك أن يكون هذا العمل هو عمل إرهابي وقع فعلا أو تهديد بإيقاعه، وذلك إذا ما كان لهذا التهديد القدرة في التأثير على إرادة الدولة أو المنظمة المعتدى عليها".

ولتأصيل مفهوم العمل الإرهابي على نحو أكاديمي يتعين أن نعرض (أولا) لمفهوم الإرهاب الدولي في ظل قواعد القانون الدولي المعاصر (ثم) نعرض لرأي الفقه الدولي في شأن مفهوم الإرهاب الدولي (وبعد ذلك) نعرض لاختلاف منظور الدول من مفهوم الإرهاب الدولي.

وهذا النهج يتفق مع بدء الدراسة والبحث لمفهوم الإرهاب الدولي من الناحية القاعدية، ثم التنظير الفقهي لهذه القواعد، ثم دراسة الموقف الفعلي للدول من هذا المفهوم.

والأخذ بهذا النهج الأكاديمي على النحو المشار إليه سلفا قد لا يصل بنا لكشف حقائق نود إيضاحها في هذا الشأن لعل من أبرزها استغلال بعض القوى العظمى لهذه العمليات الإرهابية في خدمة أهداف سياسية يتغنون هم تحقيقها.

وعليه فسنعرض نحن لمفهوم الإرهاب الدولي من خلال منهج يخالف المنهج الأكاديمي المشار إليه سلفا، ولكن من خلال منهج يوضح بعض الحقائق التي نود إيضاحها وإبرازها في هذا الشأن.

وإزاء ما سبق فإننا سنقوم فيما يلي بالعرض لمفهوم الإرهاب الدولي في القانون الدولي المعاصر وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: اختلاف منظور الدول من مفهوم الإرهاب الدولي.

المبحث الثاني: مفهوم الإرهاب الدولي في ظل قواعد القانون الدولي العام المعاصر.

المبحث الثالث: رؤية الفقه لمفهوم الإرهاب الدولي.

المبحث الرابع: الآثار السلبية المترتبة على اختلاف الرؤى حول مفهوم العمل الارهابي (جانبا تطبيقي).

المبحث الأول

اختلاف منظور الدول من مفهوم الإرهاب الدولي

لعل ما ذكرنا سلفا في المقدمة يرتب بالضرورة دراسة منظور الدول لمفهوم الإرهاب الدولي ، وهل جميعها على قلب رجل واحد من هذا المفهوم أم لا؟ وحتى تتضح هذه الصورة يتطلب الأمر التعرض للمطلبين التاليين:

المطلب الأول: ما قبل انهيار الاتحاد السوفيتي.

المطلب الثاني: ما بعد انهيار الاتحاد السوفيتي.

المطلب الأول

ما قبل انهيار الاتحاد السوفيتي

الاتحاد السوفيتي وقبل انهياره كان يمثل القوى العظمى الثانية في العالم ، وكان يحاول اللحاق بالولايات المتحدة الأمريكية التي كانت تمثل القوى العظمى الأولى في العالم ، إلا أنه وفي شأن تقنين الإرهاب الدولي أو حتى في شأن وضع تعريف محدد للإرهاب الدولي ، لم يكن لدى الاتحاد السوفيتي على ما يبدو مخطط استراتيجي ، وذلك على عكس الحال بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين ، ولذلك لم يكن لديه الفعل المؤثر في هذا الشأن ، وإنما كان موقفه بمثابة رد فعل ، وأقرب لشن يكون محاولة منه لكسب ود وتأييد الدول النامية في شأن تقنين الإرهاب الدولي وفي شأن وضع تعريف محدد له (الإرهاب الدولي)^(١)

(١) د/ علاء الدين راشد. الأمم المتحدة والإرهاب قبل وبعد ١١ سبتمبر مع تحليل نصوص الصكوك العالمية لمكافحة الإرهاب. دار النهضة العربية. القاهرة. ٢٠٠٥ م. ص (١٤) وما يليها.

فقد كان الموقف الأمريكي ينطلق من رغبة الولايات المتحدة الأمريكية في وضع قواعد قانونية في هذا الشأن بمقياس محدد يخدم مصالحها هي، أما موقف الاتحاد السوفيتي فكان قاصراً على محاولة كسب ود وتأيد الدول النامية.

وفي هذا الشأن لا يمكن القول بأن الدول النامية كانت أكثر تفهماً من الاتحاد السوفيتي في شأن فهم مخطط الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين فيما يتعلق بتقنين الإرهاب الدولي ووضع تعريف محدد وواضح له، ولكن كل ما هنالك أنها كانت أكثر تأثراً بظروفها هي وبأوضاعها السياسية، حيث أنها كانت لازالت في معظمها ترضخ لنفوذ قوى استعمارية إما بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر عن طريق أذنان هذه القوى الاستعمارية^(١).

ولذلك فقد كانت الدول النامية ترغب في أن يشمل التقنين الدولي للإرهاب - ومن ثم تعريف الإرهاب الدولي - تلك الظروف والأوضاع السياسية التي تمر هي بها، وأن يشمل كذلك النص على مشروعية المطالبة بحق تقرير المصير، وكذا النص على مشروعية الكفاح المسلح ضد القوى الاستعمارية، وأن يشمل بالإضافة لذلك ما تنادي به الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين - النص على تجريم العمليات الإرهابية الفردية من خطف وقتل واحتجاز رهائن وما شابه ذلك^(٢).

أما الاتحاد السوفيتي فلم يكن مدركاً لحقيقة الأمر وكان يعتقد أن الأمر أشبه باختلاف في وجهات النظر، لذا فقد سعى لكسب ود وتأيد الدول النامية^(٣).

(١) د. علاء الدين راشد. المشكلة في تعريف الإرهاب. دار النهضة العربية: القاهرة، ٢٠٠٦م، ص (١٢٦) وما يليها.

(٢) د/ عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، المرجع السابق، ص (٤١).

(٣) د/ صلاح الدين عامر. المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام مع إشارة خاصة إلى أسس الشرعية الدولية للمقاومة الفلسطينية دار الفكر العربي. عام ١٩٧٧. ص (٤٨٦، ٤٨٧).

وإيضاحاً وتفصيلاً لما سبق. نلاحظ أن الرؤية الغربية للإرهاب الدولي كانت قاصرة على تلك العمليات الإرهابية التي ينفذها بعض رعايا دولة ما أو تنظيم دولي (معترف به أو غير معترف به) ضد دولة أخرى أو ضد ممثلها أو ضد منظمة دولية أو ضد أعضائها أو حتى ضد موظفيها، وغالباً ما تتسم هذه العمليات بالجسامة التي تثير الرعب في نفوس رعايا الدولة أو المنظمة المعتدى على أيهما.

والملاحظ أنه عقب اعتلاء الولايات المتحدة الأمريكية لعرش نفوذ المجتمع الدولي باتت تسعى لتقنين قواعد القانون الدولي على النحو الذي يتوافق مع قواعدها وقوانينها ونظمها وقيمها هي (أولاً) ثم يتوافق مع ما يخدم مصالحها هي (ثانياً) وبعد ذلك لا بد أن يدعم نفوذها على الساحة الدولية (ثالثاً)^(١).

والواضح للعيان في شأن تقنين الإرهاب الدولي هو أن الولايات المتحدة الأمريكية كانت قادرة على استغلال بعض العمليات الإرهابية - التي تعرضت هي لها أو وقعت لبعض رعاياها أو لبعض حلفائها أو لبعض رعاياهم - الاستغلال الأمثل الذي يخدم الأهداف الثلاث المشار إليها سلفاً في السطور السابقة.

ومن بين العمليات الإرهابية التي تعرضت لها الولايات المتحدة أو تعرض لها بعض حلفائها واستغلتها سياسياً الولايات المتحدة الأمريكية بما يخدم أهدافها الثلاث المنوه عنها سلفاً، خطف السفن والطائرات التي ترفع علمها أو علم إحدى الدول الحليفة لها، وكذا قتل بعض الرياضيين الإسرائيليين في الدورة الأولمبية بميونخ في ٥ سبتمبر عام ١٩٧٢ م، وأيضاً مثل احتجاز الرهائن الأمريكيين بإيران في عام ١٩٧٩ م.

-
- (١) د/ أيمن حبيب. الوضع القانوني للإقليات في كل قواعد القانون الدولي العام وقواعد الشريعة الإسلامية. رسالة دكتوراه. جامعة عين شمس ٢٠١٠. ص ٣٢٥
- (٢) د/ إبراهيم العناني. القانون الدولي العام. دار الفكر العربي. القاهرة. عام ١٩٨٤ م، ص (٣٢١)

وكرر فعل لهذه العمليات الإرهابية، سعت الولايات المتحدة الأمريكية لتقنين تجريم هذه العمليات على الساحة الدولية، وذلك من خلال وضع قواعد قانونية دولية في هذا الشأن تخدم مصالحها هي وبما يحقق الاهداف الثلاث المنوّه عنها سلفاً^(١).

والولايات المتحدة في هذا الشأن كانت تبذل كل غالبي ونفيس من استغلال لنفوذها ومن عمل تحالفات وتحاليلات من أجل الوصول لتقنين وتجريم العمليات التي تمسها هي وتمس مصالحها وقد تمس حلفائها، وهي في ذلك كله لا تكتفي بتقنين وتجريم هذه العمليات الإرهابية في النطاق الدولي، بل تسعى دائماً وأبداً أن تكون القواعد القانونية الدولية الموضوعة في هذا الشأن على النحو الذي يمكنها من دعم نفوذها على المستوى الدولي، فداوماً ما تكون تلك القواعد من المرونة ما يكفي لتأويلها، بما يمكن الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين، إما من التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى، أو على أقل تقدير ابتزاز هذه الدول (غير الحليفة) سياسياً^(٢).

وتفصيلاً لما سبق تمكنت الولايات المتحدة الأمريكية - من خلال الأمم المتحدة وكتيجة لاستغلال نفوذها داخله الاستغلال الامثل - من وضع القواعد القانونية الدولية التي تجرم العمليات الإرهابية التي مست الولايات المتحدة الأمريكية ومست حلفائها، وقد جاءت هذه القواعد القانونية الدولية على النحو الذي يخدم الاهداف السياسية للولايات المتحدة الأمريكية المنوّه عنها سلفاً وسيوضح ذلك على مدار هذا البحث، وقد جاءت هذه القواعد الدولية في نطاق بعض الاتفاقيات الدولية^(٣)، ومن بين هذه الاتفاقيات ما يلي:

- (١) د/ جعفر عبد السلام. مبادئ القانون الدولي العام. الطبعة الثانية. دار النهضة العربية. عام ١٩٨٦م. ص (٢١٢).
- (٢) د/ سامي جاد عبد الرحمن واصل. المرجع السابق. ص (١٨٥).
- (٣) د/ محمد عبد العزيز سهيل. جرائم الإرهاب الدولي. المرجع السابق. ص (٨٥).
- (٤) د/ نبيل أحمد حلمي. الارهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي. دار النهضة العربية. القاهرة. ١٩٨٨. ص (٣٣).

- ١- اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣م المتعلقة بالجرائم الواقعة على متن الطائرات.
 - ٢- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠م المتعلقة بمخطف الطائرات.
 - ٣- اتفاقية مونتريال المعنية أيضا بمخطف الطائرات لعام ١٩٧١م.
 - ٤- البروتوكول المكمل لاتفاقية قمع الاعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني الدولي المتعلق بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني لعام ١٩٨٨م.
 - ٥- اتفاقية الجرائم المتعلقة بالأشخاص المتمتعين بحماية دولية لعام ١٩٧٣م.
 - ٦- الاتفاقية الدولية لأخذ الرهائن لعام ١٩٧٩م.
 - ٧- اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية لعام ١٩٨٠م.
 - ٨- اتفاقية الجرائم الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨م.
 - ٩- البروتوكول المتعلق بالجرائم الواقعة على المنصات المثبتة الواقعة على الجرف القاري لعام ١٩٨٨م.
- وقد يبدو من ظاهر هذه الاتفاقيات المنوه عنها سلفاً أنها فعلاً متعلقة ببعض العمليات الإرهابية الدولية التي كانت في حاجة فعلاً للتجريم الدولي من خلال وضع قواعد قانونية دولية بشأنها، وذلك من خلال بعض الاتفاقيات الدولية وذلك على النحو الذي وردت به والمنوه عنه سلفاً^(١).
- وقد يبدو من خلال ما ذكرناه في السطور السابقة أننا نبالغ في شأن ما ذكرناه عن الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها فيما يتعلق بالأهداف السياسية الثلاث التي تسعى لتحقيقها من وراء سعيها لتقنين تجريم بعض العمليات الإرهابية دولياً.

(١) د/ يوسف حسن يوسف. الجريمة المنظمة الدولية والإرهاب الدولي القومي للإصدارات القانونية. القاهرة، ٢٠١٠، ص (٧) وما يليها.

وحقيقة الأمر أننا لا نبالغ في شأن ما ذكرناه عن الولايات المتحدة، ولسنا في حالة عداوة معها حتى نتخذ منها موقفاً قد يبدو معادياً لها، ولكننا نقوم بتحليل الأمور بشكل منطقي سليم ونضع الأمور في نصابها بعد أن ننظر للصورة بأكملها وليس إلى جزء منها فقط.

ولإيضاح الأمر (نبدأ بسؤال) يعد استفسارياً لا أكثر ويتمثل في أنه إذا كانت معظم دول العالم بما فيها الدول النامية وكذلك الاتحاد السوفيتي قد وافقت على تجريم العمليات الإرهابية الفردية والتي تم إيضاحها وتفصيلها في الاتفاقيات الدولية المنوه عنها سلفاً، فلماذا وقفت الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين حجر عثرة أمام تجريم إرهاب الدولة، وذلك عندما تستغل إحدى الدول نفوذها في زعزعة استقرار أمن دولة أخرى وذلك عندما تأوى بل وتدرب أحياناً بعض المعارضين بل والمتمردين أحياناً على نظام الحكم في دولة أخرى إما بحجة مبدأ سيادة الدولة وإما بحجج أخرى واهية، ألا يثير هذا الأمر الشبهات خيال الموقف الأمريكي وخيال حلفائها الغربيين في هذا الشأن^(١).

(وموقف آخر) في هذا الشأن وهو أيضاً استفساري ويتمثل في الاستغراب من موقف الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين المعادي والمضاد على طول الخط من طلب الدول النامية في ضرورة وضع خطوط فاصلة واضحة بين العمليات الإرهابية والواجب تجريمها وبين عمليات الكفاح المسلح المشروعة التي تقوم بها الشعوب الرازخة تحت نير الاستعمار أو تحت سيطرة أذنانه بغية الوصول إلى حقها في تقرير المصير، خاصة وأن هذا الحق الأخير (حق تقرير المصير) هو حق مشروع بموجب ميثاق الأمم المتحدة.

(والأمر الثالث) في هذا الشأن يتمثل في الاستغراب من دهشة الموقف الأمريكي وموقف حلفائه الغربيين من طلب الدول النامية دراسة الأسباب التي تؤدي بالضرورة لوقوع العمليات الإرهابية الفردية، وذلك

(١) د/ سامى جاد عبد الرحمن وأصل. المرجع السابق. ص (٥٨).

حتى يتم تقنين تجريمها دولياً بعد استيفاء كافة جوانبها القانونية والنفسية، هذا بالرغم من أن الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين، يفعلون ذلك فعلاً عند تقنينهم للقانون الداخلي.

والإجابة على هذه الأسئلة الثلاث السالف ذكرها تؤدي إلى نتيجة واحدة مؤداها أن الولايات المتحدة الأمريكية لم تكن تتمتع بحسن النية الكافية عند تعرضها لتقنين تجريم العمليات الإرهابية على المستوى الدولي، بل كانت -وبلا أدنى شك- تبغى استغلال الأمر لتحقيق أهداف سياسية معينة سبق الإشارة إليها^(١).

ونؤكد على ما قلناه في هذا الشأن بأن الولايات المتحدة الأمريكية لم تكن فقط تمثل حجر عثرة في طريق تقنين إرهاب الدولة، ولا حتى أمام إيضاح خطوط الفصل بين الكفاح المسلح المشروع وبين العمل الإرهابي ولا أيضاً أمام دراسة الأسباب المؤدية للقيام بالعمل الإرهابي، بل الأكثر من ذلك كله أنها وقفت حجر عثرة أمام وضع تعريف واضح محدد للإرهاب الدولي واستغلت كل نفوذها واستعملت كل أساليب التحالف والتحاييل أمام هذا الأمر، وهذا أن دل على شيء فإنما يدل على ما نقول به والذي يتمثل في أن الموقف الأمريكي من الإرهاب الدولي كان يبغي أمراً واحداً وهو استغلال العمل الإرهابي من أجل تحقيق أهداف سياسية تخدم مصالحها هي وحدها ويخدم دعم نفوذها على المستوى الدولي وبما يتوافق فقط مع قيمها ونظمها هي وحدها^(٢).

وقد أدى ذلك الأمر من الناحية العملية على الساحة الدولية أن صارت الولايات المتحدة الأمريكية هي القيم والحكم على باقي دول العالم -باستثناء حلفائها الغربيين- في هذا الشأن، وصار بإمكانها بواسطة الاستعانة بحلفائها وبواسطة استغلال قدرتها على التفاوض

-
- (١) د/ محمود حجازي محمود. مكافحة الإرهاب الدولي بين القانون الدولي وممارسات الدول. جامعة حلوان ٢٠٠٦م. ص (٦٢) وما يليها.
(٢) د/ أحمد محمد رفعت. الإرهاب الدولي. دار النهضة العربية. القاهرة. ٢٠٠٦م. ص (١٩١).

والتحالف والتحايل واستغلال النفوذ داخل الأمم المتحدة، أن تصنف - ليس فقط المنظمات والتنظيمات الدولية بل حتى الدول - هذا تنظيم إرهابي وذلك ليس كذلك وهذه دولة تدعم الإرهاب وتلك ليست كذلك وهذه المنظمة تحابي الإرهاب وعملائه وتلك ليست على هذه الشاكلة، وليس هذا فقط، بل صار لها من المكنة السياسية ما يجعلها تستطيع ممارسة الابتزاز السياسي على بعض الدول فإما أن ترضخ لنفوذها وتتخذ موقفاً يخدم مصالح الولايات المتحدة الأمريكية أو أحد حلفائها الغربيين أو حتى إسرائيل وإلا فإنها ستكون عرضة للابتزاز السياسي وذلك بواسطة إصدار قرارات من الأمم المتحدة من خلال التحالفات والتحايلات واستغلال النفوذ المنوه عنه سلفاً ضد هذه الدولة التي تعد من وجهة نظر الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها راعية للإرهاب الدولي^(١).

وأثناء ذلك كله لم يكن الاتحاد السوفيتي على دراية بما يخطط له في هذا الشأن من قبل الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها، وفي ذات الوقت لم تتمكن الدول النامية من فرض رؤيتها في هذا الشأن والمنوه عنها سلفاً على الساحة الدولية، فلم تتمكن من تقنين وتجريم إرهاب الدولة ولم تتمكن من فرض دراسة الأسباب المؤدية للإرهاب الفردي قبل تقنينه وكذلك لم تتمكن من فرض رؤيتها حول الخطوط الفاصلة بين الكفاح المسلح المشروع ضد القوى الاستعمارية والاستبدادية بغية الحصول على حق تقرير المصير وبين العمل الإرهابي الدولي غير المشروع، وليس هذا فقط بل الأكثر من هذا أنها لم تتمكن من فرض تعريف موحد للإرهاب الدولي ليكون جامعاً مانعاً على الساحة الدولية ويشمل وجهتي النظر المختلفتين نظرياً والمتكاملتين عملياً في هذا الشأن وهي وجهة نظر الولايات المتحدة وحلفائها ووجهة نظر الدول النامية ومن ورائها الاتحاد السوفيتي^(٢).

(١) د/ علاء الدين راشد. المرجع السابق. ص (١٢٣).

(٢) د/ أحمد محمد رفعت. المرجع السابق. ص (١٩١).

وقد كان ذلك كله لسبب بسيط وهو أن الموقف الأمريكي في هذا الشأن كان يتميز بالدهاء السياسي على عكس الحال بالنسبة لموقف الدول النامية، حيث استغلت الولايات المتحدة كل قدراتها التفاوضية والسياسية، من تحالفات واستغلال نفوذ وإقناع، لفرض رؤيتها في هذا الشأن من جانب، كما أنها في مقابل ذلك استغلت كل قدراتها التفاوضية والسياسية، من رفض ومحاولة تضيق الخناق على الدول النامية من أجل منع الاخيرة من فرض رؤيتها في هذا الشأن والتي قد تفسد عليها مخططاتها التي تبغيها من جانب آخر، وقد استغلت الولايات المتحدة في هذا الشأن من أجل تحقيق مآربها عدم وجود رؤية موحدة ولا حتى تعاون بين الدول النامية والاتحاد السوفيتي في هذا الشأن والذي كان كل منهما يغني على ليلاه، حيث كانت الدول النامية تبغى مراعاة ظروفها السياسية التي تتعرض لها في هذا الشأن دون أن تكون لها رؤية أخرى أو هدف سياسي آخر تسعى إليه في حين كان الاتحاد السوفيتي ومن وراء تأييده للدول النامية يسعى لإثبات أنه مازال القوى العظمى الثانية على الساحة الدولية ويقف لجانبه دول عديدة معظمهم - إن لم يكن كلهم - من الدول النامية، وذلك دون أن يكون له مخطط أو رؤية استراتيجية في هذا الأمر ودون أن يكون له قدرة على إفساد المخطط الأمريكي ولا حتى قدرة على التعاون بينه وبين الدول النامية من أجل ابتزاز الولايات المتحدة سياسيا لفرض رؤية الدول النامية في هذا الشأن في مقابل عدم الامتناع من قبول الرؤية الأمريكية في هذا الشأن.

وهكذا استمر الحال خلال هذه الفترة الزمنية، حيث نجد الولايات المتحدة تستغل بعض العمليات الإرهابية التي وقعت على فترات متباعدة نسبيا من أجل تقنين وتجريم هذه العمليات دوليا من خلال قواعد قانونية دولية تخدم مصالحها هي وتحقق لها أهداف سياسية معينة، وتتمكن من ذلك وتوافقها عليه الدول النامية والاتحاد السوفيتي، وفي مقابل ذلك نجد عجزا للدول النامية - ومن خلفها الاتحاد السوفيتي - عن فرض وجهة نظرها في شأن تقنين وتجريم الإرهاب الدولي بشكل عام، وليس

هذا فقط بل نجد عجزاً منها كذلك عن وضع تعريف واضح محدد لمفهوم الإرهاب الدولي يشمل في طياته الاعتراف بمشروعية الكفاح المسلح ضد القوى الاستعمارية والاستبدادية وذلك كله في ظل العراقيل التي وضعتها الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين أمام وصولها لهذا الهدف^(١).

المطلب الثاني

ما بعد انهيار الاتحاد السوفيتي

بدا مما سبق أنه كان هناك شبه صراع لفرض الإرادات في الفترة السابقة على انهيار الاتحاد السوفيتي بين الدول النامية ومن ورائها الاتحاد السوفيتي من جانب وبين الولايات المتحدة ومعها حلفائها الغربيين من جانب آخر في شأن ما يجب تقنينه دولياً وما لا يجب فيما يتعلق بالإرهاب الدولي وفي شأن التعريف المقترح لمفهوم الإرهاب الدولي.

وكان لوجود الاتحاد السوفيتي على الساحة الدولية أثره في إظهار الأمر وكأنه صراع بين قوتين، وإن كان في حقيقة الأمر ليس كذلك، وذلك لاختلال ميزان القوى لصالح الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين على النحو الذي أوضحناه سلفاً.

وقد كانت نتيجة هذا الصراع شبه محسومة لصالح الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين، حيث استطاعت - وكما قلنا سلفاً - استغلال بعض العمليات الإرهابية التي تعرضت هي أو بعض من حلفائها لها، في تقنين وتجريم هذه العمليات الإرهابية دولياً ووفق القواعد القانونية التي تخدم مصالحها وأهدافها السياسية، وذلك على عكس الحال بالنسبة للدول النامية ومن خلفها الاتحاد السوفيتي التي لم تستطع فرض رؤيتها في هذا الشأن على الساحة الدولية إلا من خلال تقنين وتجريم إرهاب الدولة ولا من خلال فرض دراسة الأسباب المؤدية للإرهاب الدولي قبل تقنينه وتجريمه ولا من خلال وضع الحد الفاصل بين الإرهاب الدولي وبين الكفاح المسلح المشروع ضد القوى الاستعمارية

(١) د/ محمد سعادي، المرجع السابق، ص (٢٦٧).

والاستبدادية، والأكثر من هذا كله أنهم لم يستطيعوا حتى وضع تعريف موحد للإرهاب الدولي يحتوي على رؤيتهم تلك المنوه عنها سلفاً^(١).

وإذا كان الحال كذلك في ظل وجود الاتحاد السوفيتي الذي كان يعد القوى العظمى الثانية على الساحة الدولية وكان يدعم ويؤيد الدول النامية في مطالبها، فمما لاشك فيه أن الأمر كان لا بد وأن يتأزم أكثر ويتأصل قانوناً قطعاً لصالح ما تسعى الولايات المتحدة وحلفائها الغربيين لتحقيقه من أهداف سياسية، بعد تفكك الاتحاد السوفيتي وتفرغ روسيا الاتحادية لحل مشاكلها الداخلية أملاً في أن تخرج منها.

وهذا ما حدث فعلاً على الساحة الدولية بعد انهيار الاتحاد السوفيتي حيث استمرت الولايات المتحدة الأمريكية بالاستعانة بحلفائها الغربيين في استكمال مخططاتها الاستراتيجية المتمثل في التقنين والتجريم الدولي للعمليات الإرهابية التي تمسها هي وتمس حلفائها، فاستطاعت بالاستعانة بحلفائها من خلال الأمم المتحدة التي تخضع لنفوذ الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين - أن تضع العديد من الاتفاقيات الدولية التي لم تكن قد أبرمت خلال الفترة التاريخية السابقة وجاءت قواعد هذه الاتفاقيات على النحو الذي يخدم مصالحها هي ومصالح حلفائها^(٢).

ومن بين هذه الاتفاقيات الدولية التي تمكنت الولايات المتحدة بالاستعانة بحلفائها الغربيين من إبرامها دولياً ما يلي:

- ١- اتفاقية تمييز المتفجرات البلاستيكية لأغراض الكشف لعام ١٩٩١ م.
- ٢- اتفاقية الأمم المتحدة المعنية بضمان سلامة موظفي الأمم المتحدة الصادرة في ٩ مارس عام ١٩٩٤ م.
- ٣- الاتفاقية الدولية لقمع إرهاب القنابل لعام ١٩٩٧ م.
- ٤- الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩ م^٣.

(١) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان الإرهاب في ضوء أحكام القانون الدولي العام: دار الكتاب القانوني، ٢٠٠٩ م، ص (٥٨)، وما يليها.
(٢) د/ محمد عبد العزيز سهل، المرجع السابق، ص (٧٣).
(٣) د/ مصطفى أحمد فؤاد، القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ١٩٨٨، ص (١٨١).

وينطبق بشأن هذه الاتفاقيات المشار إليها سلفا في السطور السابقة ما ذكرناه فيما سبق بشأن الاتفاقيات التي وضعت قبل انهيار الاتحاد السوفيتي حيث أنها جاءت على نحو يجعل من الولايات المتحدة قيما على المجتمع الدولي وتستطيع هي بموجب هذا الوضع أن تقرر ما هو العمل الإرهابي وما هو ليس كذلك وتستطيع هي أيضا أن تقرر من هو الإرهابي ومن هو ليس كذلك، وأيضا من هو التنظيم الإرهابي ومن هو ليس كذلك، وكذلك تستطيع هي أن تقرر من هي الدولة الراعية للإرهاب ومن هي ليست كذلك، وذلك كله في ظل صيرورتها القوى العظمى الأولى والوحيدة على الساحة الدولية بعد انهيار الاتحاد السوفيتي وفي ظل دعم حلفائها الغربيين لها والذين مازالوا يعدون هم أيضا قوى عظمى، وفي ظل قدرتها على استغلال نفوذها وقدراتها التفاوضية داخل الأمم المتحدة وتمكنها كذلك من استعمال أساليب التحايل وكذا أساليب الابتزاز السياسي مما يمكنها من استمالة الكثير من الدول النامية لوجهة نظرها (الولايات المتحدة الأمريكية) في هذا الشأن ويمكنها كذلك من فرض رؤيتها تلك على الدول الباقية من دول العالم الثالث^(١).

وإزاء ما سبق فلم يتغير المنحى كثيرا في شأن تقنين وتجريم العمل الإرهابي ما بين قبل انهيار الاتحاد السوفيتي وما بعد انهياره سوى في شيء بسيط أنه قبل انهيار الاتحاد السوفيتي كان الاتحاد السوفيتي يتصدر مشهد الدول النامية والدول الاشتراكية، أما بعد إنيهار الاتحاد السوفيتي فقد صار يتصدر مشهد الدول النامية الدول الإسلامية والدول العربية، خاصة في ظل دوران مؤشر الحرب الباردة التي تثيرها الولايات المتحدة وحلفائها الغربيين من وجهة الاتحاد السوفيتي ومؤيديه من الدول الاشتراكية إلى العالم الإسلامي والعالم العربي، وبعد أن صارت السياسة الأمريكية بشكل خاص والسياسة الغربية بشكل عام أقرب للإصاق تهيم

(١) د/ عادل عبد الله المسدي، الحرب ضد الإرهاب والدفاع الشرعي في ضوء أحكام القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص (١٢٣، ١٢٢).

الإرهاب الدولي في مجمله وبشكل مباشر إلى العالم الإسلامي والعالم العربي.

وإزاء ذلك فقد أخذت الولايات المتحدة -وكما هي عاداتها دائما- تمهد الأجواء والقواعد والقرارات الدولية لتخدم مصالحها وأهدافها السياسية المنوه عنها سلفا في مواجهة الخصم -إن لم يكن العدو- الجديد^(٢).

ويتضح ذلك جليا من خلال ما اتخذته الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين من إجراءات عملية أحيانا ضد بعض الدول الإسلامية والدول العربية وذلك مثلما حدث مع ليبيا والسودان وأفغانستان، وأحيانا أخرى من خلال تأصيل بعض قواعد القانون الدولي مثل قرارات الأمم المتحدة على النحو الذي يتخدم مصالحها وأهدافها السياسية مثل تلك التي وضعت على نحو متدرج قبل الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١م وتلك التي وضعت بعد الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١م.

ففي شأن ما اتخذته الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين من إجراءات عملية ضد ليبيا فقد أغارت الولايات المتحدة الأمريكية على ليبيا بعد حادثة لوكيربي في عام ١٩٨٦م^(٣).

وفي شأن ما اتخذته إسرائيل حليفة الولايات المتحدة الأمريكية ضد السودان فقد أغارت إسرائيل أكثر من مرة على السودان إما بحجة تصنيعها للأسلحة وإما بحجة تهريبها لأسلحة موجهة ضد إسرائيل وإما بحجة إيوائها لإرهابيين، هذا فضلا عن ضرب الولايات المتحدة الأمريكية لمصنع كيميائي في السودان بذات الحجج بعد الهجمات التي استهدفت سفارة الولايات المتحدة في كينيا وتنزانيا في عام ١٩٩٨م.

(١) د/ محمد عزيز شكري- الإرهاب الدولي / دراسة قانونية ناقدة. الطبعة الأولى.

دار العلم للملايين. بيروت. يناير ١٩٩١. ص ٢٠٤.

(٢) د/ محمد سعادي، المرجع السابق، ص (٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨).

(٣) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والإرهاب، المرجع السابق، ص (٢١).

وفي شأن ما اتخذته الولايات المتحدة الأمريكية من إجراءات عملية ضد أفغانستان قبل الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ فيتمثل في قيامها في ٢٠ أغسطس عام ١٩٩٨ بالإغارة بالصواريخ على معسكرات تدريب حركة طالبان وتنظيم القاعدة بأفغانستان بعد الهجمات التي استهدفت سفارتها في كينيا وتنزانيا في ٧ أغسطس عام ١٩٩٨، أما التعرض للإجراءات العملية التي اتخذتها الولايات المتحدة ضد أفغانستان بعد الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١م فسيوضح لنا ذلك عند التعرض لما اتخذته الولايات المتحدة من تأصيل لبعض قواعد القانون الدولي في هذا الشأن^(١).

وفي شأن ما اتخذته الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين من إجراءات في شأن تأصيل بعض قواعد القانون الدولي التي تسمح لها بمعاينة الدول المارقة - من وجهة نظرها - والتي هي وحسبما تراها ترعى وتدعم الإرهاب والإرهابيين؛ فقط بندا ذلك واضحا من خلال بعض قرارات الأمم المتحدة والتي بدت وكأنها متدرجة على نحو يسمح للولايات المتحدة - بعد أن وصلت الأمور للذروة في الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١م - أن تحصد ما زرعه خلال الفترة السابقة وذلك بأن تصير بمثابة شرطي العالم الذي يعاقب من يشبه فيه ويتزمن يعارضه ويعارض نفوذه.

وفي هذا الصدد بدأ الأمر باستغلال الولايات المتحدة لنفوذها داخل مجلس الأمن، وذلك بأن جعلته وخلال هذه الفترة التاريخية يتصرف في شأن بعض الدول المارقة - من وجهة نظرها - بمقتضى قواعد الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة حيث قام بفرض عقوبات اقتصادية ودبلوماسية وحظر على الأسلحة وحظر جوي بالطبع على نحو

(١) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والإرهاب، المرجع السابق، ص (٣٠).

متفاوت- على كل من ليبيا والسودان وأفغانستان وذلك بمجرد ادعاء الولايات المتحدة الأمريكية أن هذه الدول تدعم الإرهاب^(١).

وحيث أن تطبيق الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة يتطلب وجود أمر يهدد السلم والأمن الدوليين وذلك وفقا لنص المادة (٣٩) من الميثاق، لذا فقد أشارت قرارات الأمم المتحدة الصادرة في شأن الدول الثلاث المتوه عنها سلفا في السطور السابقة إلى أن هناك حالات تهدد فعلاً السلم والأمن الدوليين.

فقد صدرت أربعة قرارات من مجلس الأمن ضد ليبيا، بفضل جهود الولايات المتحدة الأمريكية داخل المجلس واستغلالها لنفوذها في هذا الشأن، وتلك القرارات التي صدرت من مجلس الأمن ضد ليبيا كانت بشأن قضية لوكيربي الشهيرة، حيث اتهم مواطنون لیبیون بتفجير طائرة أمريكية في ٢١ ديسمبر عام ١٩٨٨م، ووقعت فوق قرية لوكيربي الاسكتلندية^٢.

فقد صدر القرار الأول رقم (٧٣١) في ٢١ يناير عام ١٩٩٢م، أدان فيها مجلس الأمن الحادث وأعرب فيه عن استيائه من عدم استجابة ليبيا لطلبات الدول المتضررة من الحادث، وفضلا عن ذلك فقد أشار القرار في ديباجته إلى أن أعمال الإرهاب التي تتورط فيها الدول تؤثر تأثيرا ضارا على العلاقات الدولية وتعرض أمن الدول للخطر. وكذلك فقد صدر القرار الثاني رقم (٧٤٨) في ٣١ مارس ١٩٩٢م، وقد ورد فيه "أن تقاعس الحكومة الليبية عن القيام بأعمال ملموسة تبرهن على تخليها عن الارهاب، يشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين".

-
- (١) د/ عادل عبد الله المسدي الحرب ضد الإرهاب الشرعي في ضوء أحكام القانون الدولي دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص (١٠٨) وما يليها.
 - (٢) د/ رجب عبد المنعم متولى. الارهاب الدولي واختطاف الطائرات في ضوء القانون الدولي المعاصر. دراسة تطبيقية على الأحداث الجارية لوكيربي. الاعتداء على الولايات المتحدة الأمريكية. دار النهضة العربية. القاهرة. الطبعة الأولى. ٢٠٠٢. ص (١٥٤)

وقد رتب مجلس الأمن على هذا التقاعس من جانب الحكومة الليبية بعض العقوبات التي تم فرضها على ليبيا بموجب هذا القرار وقد تمثلت تلك العقوبات في فرض حظر جوي على ليبيا وتخفيف في تمثيلها الدبلوماسي بالخارج.

بالإضافة لما سبق فقد صدر القرار الثالث رقم (٨٨٣) في ١١ نوفمبر ١٩٩٣، والذي قضى بتجميد الأموال الليبية في الخارج وتشديد العقوبات السابق فرضها على ليبيا.

وبعد ذلك صدر القرار الرابع رقم (١١٩٢) في ٢٧ أغسطس ١٩٩٨ والذي قضى بمحاكمة المتهمين الليبيين في لاهاي بهولندا أمام محكمة إسكتلندية وفقا للقانون الاسكتلندي مع استمرار فرض العقوبات السابق فرضها على ليبيا.

وإذا كان لا يخفي على أي باحث مدقق الدور المؤثر للولايات المتحدة الأمريكية في مجلس الأمن لإصدار هذه القرارات المنوه عنها سلفا ضد ليبيا، فإنه لا يخفي عليه كذلك، ذلك التدرج الذي صدرت به هذه القرارات السالف ذكرها، هذا التدرج الذي تمارسه عادة الولايات المتحدة الأمريكية ذاتها في تعاملها مع الدول التي تعتبرها مارقة من وجهة نظرها، حيث تبدأ في العادة معها بإدانة تصرفها ثم تفرض عليها حظر جوي وبعد ذلك تفرض عليها عقوبات اقتصادية مثل الحصار الاقتصادي أو تجميد أموالها وبعد ذلك تدخل معها في مواجهة مباشرة^(١)، ومن لم يلاحظ ذلك فليعود للسنياريو الذي اتبعته الولايات المتحدة في مواجهتها للعراق وحرب الخليج كمثل مباشر وواضح وصريح على هذا النهج، وهذا الأمر أن دل على شيء فإنما يدل على استغلال الولايات المتحدة لتفوذها داخل مجلس الأمن لإصدار القرارات التي تبتغيها هي وعلى النحو الذي ترتأيه. ومن ناحية أخرى فقد صدرت قرارات من مجلس الأمن ضد السودان عقب محاولة اغتيال الرئيس المصري الأسبق / حسني مبارك

(١) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والارهاب، المرجع السالف، ص (٢١)، ٢٢، ٢٣.

بأثيوبيا في ٢٥ يونيو عام ١٩٩٥ م، من قبل بعض الإرهابيين المدعومين من السودان^(١).

حيث صدر القرار رقم (١٠٤٤) في ٣١ يناير عام ١٩٩٦ م من مجلس الأمن أدان فيه محاولة الاغتيال وشجب الانتهاك الصارخ لسيادة أثيوبيا وسلامتها ومحاولة الإخلال بالسلم والأمن في أثيوبيا والمنطقة بأسرها ويطلب من الحكومة السودانية الامتثال لطلبات منظمة الوحدة الأفريقية من أجل تسليم المشتبه فيهم المختبئين في السودان إلى أثيوبيا والكف عن مساعدة ودعم الأنشطة الإرهابية وتوفير الملجأ والملاذ الأمن للعناصر الإرهابية.

ونظرا لعدم امتثال حكومة السودان لهذه الطلبات الواردة بقرار مجلس الأمن، صدر قرارا آخر من المجلس هو القرار رقم (١٠٥٤) بتاريخ ٢٦ أبريل في عام ١٩٩٦ ورد به أن عدم امتثال حكومة السودان للطلبات الواردة بالقرار السابق يشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين، ونتيجة لذلك فقد فرض على السودان بموجب هذا القرار الأخير عقوبات إضافية، حيث فرض على الحكومة السودانية العديد من العقوبات الدبلوماسية.

ونتيجة لاستمرار تجاهل حكومة السودان لهذه القرارات فقد صدر القرار رقم (١٠٧٠) في ١٦ أغسطس عام ١٩٩٦ والذيقضى بفرض حظر على الطائرات السودانية.

وعندما امتثلت حكومة السودان للقرارات المشار إليها سلفا وصدقت على كافة معاهدات الإرهاب الدولي أصدر مجلس الأمن القرار رقم (١٣٧٢) بتاريخ ٢٨ سبتمبر عام ٢٠٠١ م برفع العقوبات المفروضة على السودان.

والملاحظ على قرارات مجلس الأمن أنها صدرت على نحو متدرج، وهذا الأمر يدل على صدق رؤيتنا حول دور الولايات المتحدة الأمريكية

(١) د/ طارق عبد العزيز حمدي، المسؤولية الدولية الناشئة عن جرائم الإرهاب الدولي، جامعة المنوفية، ٢٠٠٧ م، ص (١٢٤)

في إصدار مثل هذه القرارات من مجلس الامن وإصدارها على النحو الذي
يخدم مصالحها وأهدافها السياسية المنوه عنها في جزء سابق من هذا
البحث^(١).

ولاشك ان القرارات التي صدرت من مجلس الامن ضد افغانستان
تعد بمثابة النموذج المثالي الذي يدل على صحة رؤيتنا في شأن تسخير
الولايات المتحدة قواعد القانون الدولي في تجريم الارهاب الدولي على
نحو يخدم اغراضها وأهدافها السياسية، وليس هذا فقط بل أنه يؤكد على
ما قلناه سلفاً في هذا الشأن من أن الولايات المتحدة الأمريكية قد بدأت
تحصد نتيجة ما زرعه من مخططات استراتيجية، حيث استطاعت ان
تستغل مجلس الامن في تنفيذ مخططاتها وأهدافها السياسية المنوه عنها سلفاً
بمجرد أن وقع لها حادث الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١^(٢).

وحتى يتم لها هذا، كان لا بد أن يتم الأمر على نحو متدرج، ونحن
هنا نربط بين تنفيذ المخططات والاهداف السياسية الأمريكية وبين
القرارات التي صدرت من مجلس الامن ضد افغانستان، لنذكر على ما
قلناه سلفاً من استغلال الولايات المتحدة الأمريكية لبعض العمليات
الارهابية التي حدثت لها على فترات متباعدة لخدمة أغراضها وأهدافها
السياسية الثلاث المنوه عنها سلفاً هذا من جانب، ومن جانب آخر للتدليل
على أن مؤشر حربها الباردة قد تغير إلى ناحية العالم الاسلامي والعربي
بعد ان كان موجهاً للاتحاد السوفيتي والدول الاشتراكية.

هذا وكنا قد عرضنا لما اتخذته الولايات المتحدة الأمريكية من
اجراءات عملية واجراءات قانونية حيال ليبيا والسودان كمثال على تلك
الاجراءات الموجهة للعالم العربي.

اما عن تلك الاجراءات التي اتخذتها الولايات المتحدة الأمريكية
ضد بعض دول العالم الاسلامي، فسنتصر فيها على تلك الموجهة

(١) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة الإرهاب، المرجع السابق، ص (٢٣)
وما يليها.

(٢) د/ عادل عبد الله المسدي، المرجع السابق، ص (١٠٨).

لافغانستان لكونها النموذج المثالي في هذا الشأن كما قلنا سلفا، وفي هذا الصدد كنا قد عرضنا لبعض الاجراءات العملية التي اتخذتها الولايات المتحدة ضد افغانستان وذلك بضررها لمراكز تدريب حركة طالبان المتواجدة على الأراضي الافغانية في ٢٠ اغسطس عام ١٩٩٨ عقب الهجمات التي استهدفت سفارتها في كينيا وتنزانيا في ٧ اغسطس عام ١٩٩٨^(١)

واعتبارا من تاريخ وقوع الهجمات التي استهدفت السفارة الامريكية في كينيا وتنزانيا، قررت الولايات المتحدة ان تتخذ الوضع الهجومي في مواجهتها ضد العالم الاسلامي، خاصة وأنها كانت قد تمكنت من تقنين وتجريم بعض العمليات الارهابية دوليا وذلك بعد ابرام الاتفاقيات الدولية في شان تقنين وتجريم هذه العمليات الارهابية، هذا بالإضافة انها كانت قد تعرضت لبعض العمليات الارهابية السابقة على هذه العملية الارهابية، وصار من الواجب عليها أمام مواطنيها عدم الاكتفاء برد الفعل

ونظرا لان المواجهة المباشرة بين الولايات المتحدة الامريكية والعالم الاسلامي في البداية ستكون تجربة وخيمة العواقب على الولايات المتحدة نفسها، لذا فقد كان عليها استغلال كافة قدراتها (الناعمة منها والعسكرية كذلك) في تلك المواجهة، ونظرا لان البدء باستعمال القدرات العسكرية قد ياتي بنتائج عكسية، لذا فقد لجأت الولايات المتحدة لاستغلال قوتها الناعمة أولا والتي من بينها قدراتها الاعلامية التي كانت قد وصلت في هذه الاونة لقمة التكنولوجيا الاعلامية، هذا بالإضافة لقدرتها على استغلال تفوذها داخل مجلس الامن لاستصدار قرارات دولية تحدم مصالحها في هذا الشأن^٢

وعليه فقد استغلت الولايات المتحدة الامريكية تفوقها الاعلامي هذا في خلق مناخ اعلامي معين على الساحة الدولية توضع في اطاره

- (١) د/ علاء الدين راشد الأمم المتحدة والإرهاب، المرجع السابق، ص (٢٤).
- (٢) د/ أحمد محمد رفعت، المرجع السابق، ص (٢٤٠)، وأيضا د/ عادل عبد الله المسري المرجع السابق ص (١١٤).

قواعد معينة تضمن به خلق حرب غير حقيقية موجودة في هذا الاطار الاعلامي فقط بشرط ان تضمن بموجب هذه القواعد الموضوعه انتصار الولايات المتحدة الامريكية في نهاية هذه الحرب غير الحقيقية، ويكاد يكون الامر اشبه بالعباب الفيديو جيم الخاصة بالمعارك والتي تضع برامج بعضها بعض اجهزة المخابرات الامريكية بحيث تضمن ان يكون الجندي الامريكي فيها هو المنتصر في نهاية جولات اللعبة مهما كانت كفاءة اللاعب البشري الذي يمارس هذه اللعبة^(١)

وما نقول به ليس مجرد خيال كاتب، ولكننا سنوضح ذلك من خلال ما قامت به الولايات المتحدة الامريكية فعلا تجاه افغانستان، وذلك لكوننا بصدد عرض للاجزاء التي اتخذتها الولايات المتحدة الامريكية تجاه هذه الدولة

وكنا قد قلنا سلفا بأن الولايات المتحدة الامريكية كانت على يقين بعدم جدوى المواجهة المباشرة مع العالم الاسلامي في البداية، ونظرا لانها كانت ترغب في الانتصار في هذه المعركة الجديدة ضد هذا الخصم السياسي الجديد الذي اوجدته هي ليكون خليفة الاتحاد السوفيتي الذي هزم منها في الحرب الباردة، وانطلاقا من عقيدتها السياسية التي ترى بضرورة وجود خصم سياسي في مواجهتها ليكون محلا للمخططات الاستراتيجية المرسومة باحكام من قبل مراكز البحوث المتخصصة والتي تضمن استمرار الولايات المتحدة الامريكية في صدارة الساحة الدولية، لذا فانه كان عليها ان تنتصر أولا على هذا الخصم في معركة وهمية تخلفها هي في اطار اعلامي معين بقواعد تضمن من خلالها الانتصار فيها على هذا الخصم^٢

- (١) هدى محمد حرب. الحرب الاستباقية ومشروعية الحرب الامريكية على العراق. مجلة السياسة الدولية. عدد (١٥٤) عام ٢٠٠٣.
- (٢) لواء متقاعد د/ محمود خلف. اجهزة المخابرات الامريكية. الهياكل التنظيمية والمهام الرئيسية. مجلة السياسة الدولية. عدد (١٥٤) ط ٢٠٠٥.

وكما انتصرت الولايات المتحدة على الاتحاد السوفيتى دون الدخول معه في حرب مباشرة، فانها أرادت ذات الامر في مواجهتها مع الخصم الجديد لها وهو العالم الاسلامى.

وحتى يتحقق لها ذلك كله فقد كان عليها ان تخلق نموذجاً ليكون ممثلاً للعالم الاسلامى في هذه الحرب الافتراضية لتنتصر هى عليه في العالم الافتراضى أولاً، فإذا ما أتت هذه الحرب الافتراضية بأكملها على الساحة الدولية، فانها عندئذ تستطيع ان تنقل هذا النموذج للواقع الفعلى لتنتصر عليه فعلياً وبذلك تكون قد انتصرت على ممثل العالم الاسلامى، عندئذ لا تكفى بكونه خصم منهزم كما كان الحال بالنسبة للاتحاد السوفيتى والذى كان له شرف المنافسة في هذه الحرب الباردة رغم هزيمته، بل تجعل منه نموذجاً منبوذاً على النطاق الدولى تنفر منه دول العالم لترتمى فى احضانها هى لكونها بمثابة النموذج المثالى الذى ترغب جميع دول العالم في الاقتداء به^١

وعادة ما تضع الولايات المتحدة الأمريكية هدفاً معلناً في مواجهاتها السياسية التي تختلقها، حيث كان الهدف المعلن لها في مواجهتها مع الاتحاد السوفيتى هو محاربة الشيوعية واستطاعت ان تجعل الشيوعية تعادل الاحاد في الاعلام العالمى، وعليه فانها جعلت الهدف المعلن في مواجهتها للعالم الاسلامى هو محاربة الارهاب، وها هى قد نجحت فعلا في جعل التطرف الاسلامى يعادل او يوازى الارهاب في الاعلام العالمى^(٢)

وحتى يتحقق للولايات المتحدة الأمريكية أهدافها في هذا الشأن، نلاحظ انه وعلى شاكلة وضع برامج سوفت وير في العاب الفيديو جيم، كان على الولايات المتحدة الأمريكية ألا تخاطر باختيار نموذج اسلامى تجهل قوته، ولذا فلم يقع اختيارها في ذلك الوقت على احدى الدول

- (١) لواء / محمد عزت محمد على. أجهزة الاستخبارات الأمريكية كجوة السقوط إلى محاولات النهوض. مجلة الدفاع. عدد (٢٠٤). يوليو عام ٢٠٠٣.
- (٢) د/ محمد سعادى، المرجع السابق، ص (٢٥٧)، وأيضاً د/ علاء الدين راشد المشكلة فى تعريف الإرهاب، المرجع السابق. ص (١٢٣)

الاسلامية التي تناصبها العداة العلنى مثل ايران والتي كانت قد احتجزت رهاثن امريكىين، وانما وقع اختيارها على نموذج هى من اختلقته من بعض المتتمين لحركة طالبان الافغانىة وهو تنظيم القاعدة، ذلك التنظيم الذى اوجدته هى في افغانستان وامتته وهو فى رحم حركة طالبان بالمال والسلاح والامدادات اللوجىستىة والمعلومات الاستخباراتىة لىتمكن هو وحركة طالبان من دحر الاتحاد السوفىتى الذى كان يحتل افغانستان فى ذلك الوقت

وحيث ان المصالح تتصالح، لذا فلم يعتبر الغرب فى البداية حركة طالبان ولا حتى تنظيم القاعدة المنبثق منها- فيما بعد- تنظيماً ارهابياً، ولم تتاولهما اجهزة الاعلام الامريكى ولا حتى الادارة الامريكىة بسهام النقد

وما نقوله به فى شأن خلق الولايات المتحدة الامريكىة لتنظيم القاعدة من بين المتتمين لحركة طالبان الافغانىة لىس مجرد خيال كاتب ولا حتى مجرد استتاج، بل ان هذا الامر جاء على لسان المسئولين الامريكىين انفسهم، حيث اقرت وزيرة الخارجية الامريكىة هيلارى كلينتون امام احدى لجان الكونجرس الامريكى بذلك وكان ذلك منها بالصوت والصورة امام اجهزة الاعلام الامريكىة والتي بدورها نقلته للاعلام العالمى

تعود مرة اخرى لما اتخذته الولايات المتحدة الامريكىة من اجراءات خيال افغانستان فقد قامت الولايات المتحدة الامريكىة وكرد فعل مباشر على ما حدث من هجمات على سفارتها بكينيا وتنزانيا، بضرب مراكز تدريب حركة طالبان وتنظيم القاعدة المنبثق منها بسبعين صاروخ فى ٢٠ اغسطس عام ١٩٩٨ واكتفت بذلك الاجراء العملى فى ذلك الوقت^(١)

(١) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والارهاب المرجع السابق، هامش ص (٢٦).

ولكن نظراً لان الغاية من حركة طالبان الافغانية وتنظيم القاعدة قد انتفى بسحب الاتحاد السوفيتى لقواته من افغانستان وتفكك الاتحاد السوفيتى ذاته ، لذا فقد ارتأت الولايات المتحدة الامريكية ضرورة الاستفادة من هذا التنظيم المخلوق في الصراع الوهمى المزمع اثارته من قبلها مع الخصم السياسي الجديد والمتمثل فى العالم الاسلامى ، خاصة وانها ارتأتته نموذجاً مثالياً تستطيع قهره اعلامياً وواقعياً ، تضمن بموجبه استمرار نفوذها على الساحة الدولية ، خاصة وان هذا النموذج متشدد دينياً وغير مرغوب فيه من معظم الانظمة الحاكمة في الدول الاسلامية ، وليس هذا فقط بل ان بعض الدول الاسلامية المعتدلة مثل مصر كانت تعاني فى ذلك الوقت من بعض العمليات الارهابية التي يرتكبها بعض المتتمين لهذا التنظيم على اراضيها وهكذا فقد ارتأت الولايات المتحدة الامريكية ان قيامها بوصف هذا التنظيم بوصف الارهاب لن يعقيه شئ وسيجد قبولاً من معظم دول العالم بما فيها معظم الدول الاسلامية ، وحتى يتم للولايات المتحدة الامريكية ذلك كله كان عليها الاستفادة من جهازها الاعلامى المتقدم حتى يهد الاجواء على الساحة الدولية للقبول بفكرة ان هذا التنظيم هو تنظيم ارهابى يجب مجابهته دولياً^(١)

وانطلاقاً من الفكر السائد في الغرب عموماً والولايات المتحدة خصوصاً والمتمثل في ان تاتى الافعال غير المشروعة فعلاً في اطار من المشروعية الشكلية المختلفة كان على الولايات المتحدة الامريكية ان تمهد الساحة الدولية من الناحية القانونية - بعد ان تمكنت من تمهيدها اعلامياً - حتى تتمكن من مجابهة هذا النموذج الاسلامى المتشدد الذى صار بمثابة ايقونة للارهاب على الساحة الدولية من خلال اجهزة الاعلام الغربى الذى يفرض سيطرته على الاعلام العالمى وكان ذلك منها حتى تبدو تصرفاتها وكأنها مشروعة دولياً^(٢)

(١) د/ عادل عبد الله المسدى ، المرجع السابق ، ص (١٠٨).

(٢) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان ، المرجع السابق ، ص (٤٠٤ ، ٥٩).

هذا وقد كان من الميسور على الولايات المتحدة الأمريكية ان تستصدر من مجلس الامن القرارات اللازمة لخدمة أغراضها والمنوط بها تحقيق اهدافها المنشودة في هذا الشأن وذلك في ظل نفوذها الغالب داخل المجلس وفي ظل قدرتها على التحايل على الامور وقدرتها على عمل التحالفات داخله مع معظم اعضاء مجلس الامن الدائمين منهم وغير الدائمين

وفي هذا الصدد نلاحظ ان الامر جاء متدرجاً، بما يوحي - ان لم يكن يؤكد - بان الامر كان مخططاً له مسبقاً - وليس مجرد رد فعل - وذلك لتنفيذ مخطط استراتيجي مرسوم مسبقاً من قبل الولايات المتحدة الأمريكية لتحقيق غرض سياسي محدد لديها تسعى لتحقيقه

وحتى يتضح الامر سنبدأ بالقرارات التي صدرت من مجلس الامن تجاه افغانستان قبل الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ م وبعد ذلك سنستكمل الامر بتلك القرارات التي صدرت في هذا الشأن بعد هذا التاريخ المذكور .

أولاً: قبل الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ :

في أعقاب إستهداف السفارتين الأمريكيتين في نيروبي بكينيا ودار السلام بتنزانيا، تمكنت الولايات المتحدة الأمريكية من استغلال هذا العمل الارهابى فى خدمة أهدافها الاستراتيجية، حيث استطاعت بفضل استغلال نفوذها داخل مجلس الامن، من إستصدار القرار رقم ١١٨٩ بتاريخ ١٣ اغسطس ١٩٩٨ الذى جاء على نحو يخدم مخططاتها الاستراتيجية لهذه المنطقة من العالم فى اطار تدريجى، حيث صدر هذا القرار بادانه هذ الهجمات الإرهابية وطالب جميع الدول والمؤسسات الدولية بان تتعاون مع التحقيقات الجارية فى تنزانيا وكينيا والولايات

(١) د/ ابراهيم أحمد خليفة. الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وجزئياته الأساسية (دراسة تحليلية فى مضمومة والرقابة على مؤيدة) دار الجامعة الجديدة. ٣٨ش سوتر. الازارطة. الاسكندرية ٢٠٠٧ ص (٢٣٥ - ٢٤٣)

المتحدة الأمريكية، وان تقدم إليها الدعم والمساعدة من اجل القاء القبض على مرتكبي هذه الاعمال الارهابية وتقديمهم الى العدالة^(١)

وهكذا فقد بدأت الولايات المتحدة الأمريكية في تهيئة المجتمع الدولي للقبول بالمواجهة القانونية دولياً مع هذا النموذج المتشدد. وذلك بجعله نموذجاً خارجاً على القانون الدولي ومن ثم تصبح مواجهته قانوناً أمراً واجباً بل ومطلوب ليس من الولايات المتحدة الأمريكية وحدها بل من معظم دول العالم

ثم استغلت الولايات المتحدة الأمريكية اعتداء المنتمين لحركة طالبان وتنظيم القاعدة المبتثق منها على الدبلوماسيين الايرانيين وموظفي الامم المتحدة بافغانستان، فسعت لاستغلال نفوذها داخل مجلس الامم لاستصدار قرارات منه لتضييق الخناق على حركة طالبان وتنظيم القاعدة المبتثق منها، ولذا فقد اصدر مجلس الامن القرار رقم ١١٩٣ في ٢٨ اغسطس ١٩٩٨ والذي اعرب فيه من قلقه البالغ ازاء استمرار العمليات الارهابية بافغانستان مما يهدد السلم والامن الدوليين وقد طالب القرار دون تصريح مباشر باسم حركة طالبان وتنظيم القاعدة المبتثق منها بالامتناع عن ايواء وتدريب الارهابيين ومنظماتهم^(٢)

وإذا كان القرار السابق قد ضيق الخناق على حركة طالبان وتنظيم القاعدة المبتثق منها دون أن يكون صريحاً في فرض التزام معين على هذه الحركة وهذا التنظيم بشكل واضح فان القرار رقم ١٢١٤ الصادر من مجلس الامن في ٨ ديسمبر عام ١٩٩٨ جاء صريحاً في مخاطبة حركة طالبان وتنظيم القاعدة المبتثق منها، حيث اعرب هذا القرار عن استمرار حالة القلق من وجود اماكن تسيطر عليها الحركة والتنظيم تستغل في تدريب الارهابيين والتخطيط لعمليات ارهابية وقد طالب القرار هذه الحركة وهذا

(١) د/ علاء الدين راشد، الامم المتحدة والإرهاب، المرجع السابق، ص (٢٥).

(٢) د/ أحمد محمد رفعت، المرجع السابق، ص (١٩٠)

التنظيم بان يوقفا الدعم والتدريب والملاذ الآمن للارهاب الدولي
ومنظماته

وهكذا جاء القرار الاخير الوارد الاشارة اليه في السطور السابقة
صريحاً في ان حركة طالبان وتنظيم القاعدة المنبثق منها داعمان للارهاب
وعليه فقد بدأت الولايات المتحدة استغلال مجلس الامن في
اصدار قرارات دولية تقنن عقوبات دولية يجب فرضها على حركة طالبان
وتنظيم القاعدة المنبثق منها

وكما هو عادة الولايات المتحدة في التدرج لذا فقد تمكنت من
استغلال نفوذها داخل مجلس الامن لاصدار قرارات متدرجة تقنن
العقوبات الدولية المفروضة على حركة طالبان وتنظيم القاعدة^(١)

وعليه فقد اصدر مجلس الامن القرار رقم ١٢٦٧ في ١٥ اكتوبر
عام ١٩٩٩ والذي بدأ في فرض عقوبات دولية ملموسة في ارض الواقع
على حركة طالبان ، وكانت هذه العقوبات في تدرجها بمثابة مرحلة اولي
في فرض العقوبات ، حيث فرض القرار المذكور تجريد اموال حركة
طالبان (ومن ثم تنظيم القاعدة المتدمج فيها والذي انبثق منها وانفصل
عنها) كما طالب دول العالم بالا تسميح لأي طائرة تمتلكها او تستأجرها
حركة طالبان (ومن ثم تنظيم القاعدة المتدمج فيها والذي انبثق منها
وانفصل عنها) بالاقلاع أو البيوط في اراضيها وذلك اعتباراً من ١٤
نوفمبر عام ١٩٩٩ ، كما طالب القرار حركة طالبان صراحة بان تكف
عن توفير الملاذ الآمن للارهابيين ومنظماتهم وأن تمتنع عن تدريبهم ، وأن
تتخذ التدابير الفعالة لضمان عدم استخدام الأراضي التي تسيطر عليها
(حركة طالبان) كمنشآت ومعسكرات للارهابيين وأن تقوم بتسليم أسامة
بن لادن (زعيم تنظيم القاعدة) الى السلطات الامريكية^(٢)

(١) د/ محمود حجازي محمود ، المرجع السابق ، ص (٦٤)
(٢) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان ، المرجع السابق ، ص (٣٦٩)

هذا وقد أنشأ مجلس الامن بموجب الفقرة السادسة من ذات القرار السالف ذكره لجنة تتألف من جميع اعضائه لمتابعة تنفيذ العقوبات المفروضة على حركة طالبان، وطالب جميع دول العالم ان تتعاون مع هذه اللجنة تعاوناً كاملاً

وهكذا فقد تمكنت الولايات المتحدة من فرض مواجهة عالمية بين عالم الخير الذي تقوده هي من خلال مجلس الامن من جانب، وعالم الشر - ومن المفترض وفقاً للاستراتيجية الامريكية هو العالم الاسلامي - الذي تقوده حركة طالبان وتنظيم القاعدة - المندمج فيها والمنبثق منها والذي انفصل عنها فيما بعد - من جانب آخر

وإزاء ذلك وفي ظل التدرج العقابي الدولي الذي تفرضه الولايات المتحدة الامريكية من خلال مجلس الامن على حركة طالبان، وفي ظل تمهيدها للمواجهة المباشرة المحتملة على أرض الواقع، وذلك بعد ان وصلت لمرادها في مواجهتها الاعلامية معها وكذا في مواجهتها القانونية، كان من الواجب عليها أن تفرض من خلال مجلس الامن عقوبات على حركة طالبان تضعف من قدرتها التسليحية وهذا ما حدث فعلاً^(١)

حيث أصدر مجلس الامن القرار رقم ١٣٣٣ في ١٩ ديسمبر عام ٢٠٠٠، والذي بموجبه تم فرض حظر على توريد الاسلحة لحركة طالبان، هذا طبعاً بالإضافة للعقوبات الدبلوماسية مثل غلق مكاتب طالبان في جميع دول العالم وكذا مكاتب الخطوط الجوية الخاصة بها (أريانا)، وبالإضافة كذلك إلى تجميد أموال وأصول أسامة بن لادن وجميع الكيانات المرتبطة به^٢

(١) د/ علاء الدين راشد، المشكلة في تعريف الإرهاب المرجع السابق ص (١٣١).

(٢) د/ محمد عبد المطلب الحشن، تعريف الارهاب الدولي بين الاعتبارات السياسية والاعتبارات الموضوعية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، عام ٢٠٠٧، ص ٥٠.

ويتفعيل هذا القرار وكذا القرارات السابقة تكون الولايات المتحدة الأمريكية قد ضمنت تقليماً أظافر حركة طالبان وتنظيم القاعدة (المندمج فيها والمنتشق منها) والمنفصل عنها فيما بعد) وقامت بقص أجنحتها العسكرية واللوجيستية، كما أنها ضمنت صيرورة هذه الحركة وهذا التنظيم نموذجاً منبوذاً ومارقاً مما يقلل من أعداد الراغبين في الانضمام إليهما فضلاً عن احتمالية انشقاق بعض أعضائهم عنهم

وبذلك تكون الولايات المتحدة أشبه بمدرّب الأسود في السيرك والذي قيد أسداً ووضعها داخل قفص محكم الاغلاق ودعا الجموع لمشاهدته وهو يضرب هذا الاسد بكرباجه ويجعله يصرخ ويتأوى ويتلوى يميناً ويساراً، والمدرّب في هذه الحالة قد يعتقد وهو ما يرغب في ان تعتقده الجموع كذلك أنه قوياً شجاعاً فها هو وامام الجموع يضرب الاسد الذي هو رمز القوة ورمز الشجاعة وإن كانت حقيقة الامر هي عكس ذلك تماماً فإن هذا هو ما يعتقد هذا المدرّب وما يرغب في أن يعتقده الجموع كذلك^(١)

وعندما وصلت الامور إلى هذه المرحلة وياتت الولايات المتحدة الأمريكية في حاجة لاستعراض قوتها على هذه النموذج المنبوذ والمقيد، والممثل لخصمها الجديد (العالم الاسلامي) وكانت في حاجة لئن تستند في مواجهتها المزمعة مع هذا النموذج على أمور متفكّة مع قواعد القانون الدولي

لذا فقد كان من الضروري أن تتعرض الولايات المتحدة الأمريكية لعملية ارهابية تبدو جسيمة من هذا النموذج المتشدد حتى يكون مقبولاً ان تقوم بالرد عليه من منطلق الادعاء بان لها الحق في الدفاع عن نفسها وهذا الامر سيمكنها بسهولة من استغلال هذه العملية الارهابية في تجميع دول العالم ضد هذا النموذج المتشدد^(٢)

(١) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المراجع السابق، ص (٣٦٩)

(٢) د/ عادل عبد الله المسدي، المراجع السابق، ص (١٢٢)

وبالرغم من ان حركة طالبان وتنظيم القاعدة المندمج فيها في وقت سابق والمنبثق منها والمنفصل عنها فيما بعدها صناعة أمريكية في الاساس على نحو ما اسلفنا، لذا فانتا لا نبالغ اذا ما قلنا بان المخابرات الامريكية (CIA) كانت على علم كامل بخريطة العمليات الارهابية التي تتتوى حركة طالبان وتنظيم القاعدة القيام بها

والمؤكد كذلك أن المخابرات الامريكية لديها علاقات تعاون استخباراتية مع عديد من اجهزة مخابرات دول العالم من بينها الدول الحليفة والدول الصديقة ومن بين هذه الاخيرة اجهزة مخابرات بعض الدول العربية والاسلامية المعتدلة مثل مصر والتي عانت من ويلات العمليات الارهابية التي ارتكبتها على اراضيها بعض المنتمين والمؤيدين لتنظيم القاعدة وحركة طالبان الافغانية^(١)

وعليه فإن منطق الامور السليم يقضى بعلم الولايات المتحدة الامريكية المسبق بأى عملية ارهابية مزعم ارتكابها داخل أراضيها، وعليه فانه من المستغرب لدينا وقوع حادثة الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ داخل الأراضي الامريكية

ونحن من جانبنا نؤكد على رفضنا المطلق لهذا الحادث واستنكارنا له وتنديدنا به ولكننا مع ذلك نحتلجنا هاجس مفاده ان لهذا الحادث ابعاد سياسية، وحيث ارادت الولايات المتحدة الامريكية استغلاله الاستغلال الامثل في خدمة مخططاتها الاستراتيجية المشار اليه سلفا

وهذا ما سنوضحه من خلال القرارات التي اصدرها مجلس الامن بعد وقوع حادث الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ وسيكون ذلك منا على النحو التالي :

(١) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والارهاب، المرجع السابق، ص (٢٥)

(٢) د/ إسماعيل عبد الفتاح. الارهاب ومحاربه في العالم المعاصر. الهيئة العامة لقصور الثقافة. عام ٢٠٠٨. ص ٩٠

ثانياً: بعد الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ :

ما ان وقعت هجمات الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ حتى انعقد مجلس الامن في اليوم التالى لها مباشرة واصدر القرار رقم ١٣٦٨ اذ ان فيه بشكل قاطع تلك الهجمات الارهابية واعتبر هذه الاعمال تهديداً للسلم والامن الدوليين، وطالب المجتمع الدولي بضرورة مضاعفة جهوده من اجل منع الاعمال الارهابية وقمعها وذلك بزيادة التعاون الدولي في شان تنفيذ الاتفاقيات الدولية لمكافحة الارهاب وقرارات مجلس الامن ذات الصلة، كما طالب القرار دول العالم بالتعاون معا من اجل تقديم مرتكبي هذه الهجمات ومعاونتهم للعدالة

هذا وقد اشار ذات القرار في فقرته الثالثة الى الحق الطبيعى في الدفاع الشرعى الفردى او الجماعى وليس هذا فقط بل اعرب مجلس الامن بموجب الفقرة الخامسة من ذات القرار عن استعداد مجلس الامن لاتخاذ كافة الخطوات اللازمة للرد على هجمات الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١^(١)

واذا كانت الولايات المتحدة الامريكية قد استطاعت ان تستغل حادث الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ م إعلامياً أحسن استغلال وذلك بأن جعلت هذا التاريخ فارق بين عصرين عصر ما قبل الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ م وعصر ما بعد الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ م

فانها استطاعت كذلك استغلال هذا الحادث الارهابى في دعم ازدياد نفوذها على الساحة الدولية فضلاً عن كسب تأييد معظم دول العالم في أي مواجهة مباشرة مزعم قيامها بها ضد هذا النموذج المتشدد

(١) د/ على عادل عبد الله المسدى، المرجع السابق، ص (١٢٣)

والذى يمثل خصمها السياسي الجديد وقد أدى ذلك كله لتسهيل مهمتها كثيراً في شأن تنفيذ مخططاتها الاستراتيجية المنوه عنه سلفاً^(١)

وكما هو عادة الولايات المتحدة الأمريكية التي تسعى دائماً لثن تاتى تصرفاتها غير المشروعة في إطار من المشروعية المصطنعة وحيث أنها تيقنت بان لحظة المواجهة المباشرة مع هذا النموذج المصطنع قد حانت حتى يتحقق لها الهدف الاستراتيجى المرسوم لذا فقد كان يتعين عليها ان تستغل نفوذها داخل مجلس الامن لإصدار قرارات دولية تدعم هذه المواجهة المباشرة^(٢)

وإزاء ذلك فقد استطاعت الولايات المتحدة الأمريكية استغلال نفوذها داخل مجلس الامن واستغلال حادث الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ وتدابيراته فيما استغلال، حيث استطاعت وبعد سبعة عشر يوم فقط من هذا الحادث الارهابى استصدار القرار رقم ١٣٧٣ هذا القرار الذى يعد قراراً مغيراً عن كل ما سبق من قرارات دولية في شأن الارهاب الدولي فكافة قرارات مجلس الامن السابقة كانت تكتفي بالشجب والادانة وما جاء منها في شأن مطالبة دول العالم بالتعاون الاستخباراتى فيما يتعلق باعاقة عمل الارهابين وتسهيل مهمة القبض عليهم فقد كان ذلك فقط بناء على جهود وسعى الولايات المتحدة الأمريكية داخل مجلس الامن لاصدار مثل هذه القرارات الموجهة خصيصاً ضد تنظيم القاعدة وحركة طالبان الافغانية وكان ذلك منها تمهيداً للمواجهة المزمع اثارها من قبلها ضد هذا التنظيم وضد هذه الحركة الحلفاء السابقين للولايات المتحدة الأمريكية ضد الاتحاد السوفيتى والذين انتهى دورهم في هذه المرحلة

-
- (١) د/ محمد محى الدين عوض. الاتجاهات العالمية للارهاب مجلة ناسف العربية للعلوم الامنية. مركز الدراسات والبحوث بعنوان "الارهاب والقرصنة البحرية من الرياضى. عام ٢٠٠٦. ص ٩٢
- (٢) د/ محمود حجازى محمود المرجع السابق، ص (٦٤).

التاريخية ومن ثم فقد صار من الواجب اظهارهم في دور الداعم للارهاب
والمتمعين مجابتهم^(١)

وكانت مغايرة القرار رقم ١٣٧٣ لما سبقه من قرارات تتمثل في
أمريين (الاول) في الزاميته (الثاني) في متابعة تنفيذه

فمن ناحية الالتزام فقد صدر هذا القرار بموجب الفصل السابع من
ميثاق الامم المتحدة مما يعد ملزماً لجميع الدول الاعضاء في منظمة الامم
المتحدة ومن بين هذه التدابير فرض التزام على الدول يتمثل في منع وتجريم
تمويل الاعمال الارهابية وتجميد أموال الارهابيين ومن يرتبط بهم من
أشخاص وكيانات فضلاً عن الالتزام المتمثل في الامتناع عن تقديم الدعم
للارهابيين وعدم توفير الملاذ الأمن لهم وللمتعاونين معهم فضلاً عن تجريم
الاعمال الارهابية في القوانين الداخلية ويضاف لذلك التعاون بين الدول
الاعضاء في شأن تبادل المعلومات وفي شأن كافة الاجراءات الادارية
والقانونية التي تهدف لعرقلة ومنع الاعمال الارهابية هذا فضلاً عن التزام
الدول بعدم الاعتراف بالادعاءات بوجود بواعث سياسية كأسباب لرفض
طلبات تسليم الارهابيين المشتبه بهم^(٢)

وامعانا في ايضاح أهمية التعاون الدولي لمحاربة الارهاب ، أشار
ذات القرار لوجود علاقة وثيقة بين الارهاب الدولي وبين كلا من الجريمة
المنظمة الدولية وكذلك جريمة الاتجار غير المشروع في المخدرات وأيضاً
جريمة غسل الاموال وايضاً جريمة الاتجار غير القانوني في السلاح وكذلك
جريمة النقل غير القانوني للمواد النووية والكيميائية والبيولوجية
أما من ناحية متابعة التنفيذ فقد أوجب ذات القرار إنشاء لجنة تابعة
لمجلس الامن تكون مهمتها مراقبة تنفيذ هذا القرار فضلاً عن مطالبته
جميع الدول الاعضاء بموافاة هذه اللجنة بتقارير عما اتخذته من خطوات
في شأن تفعيل هذا القرار

(١) د/ علاء الدين راشد، المشكلة في تعريف الارهاب المرجع السابق، ص
(١٢١).

(٢) د/ علاء الدين راشد، الامم المتحدة والإرهاب، المرجع السابق، ص (٣١)

هذا والملاحظ على ديباجة هذا القرار انها بالاضافة لادانتها لهجمات الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ م فانها فقد اشارت الى ان هذا الحادث هو عمل ارهابى دولى يشكل تهديداً للسلم والامن الدولى واللذين هما محل حماية ميثاق الامم المتحدة ، مما يوجب التصدى لهذه العمل الارهابى وما على شاكلته بجميع الوسائل التي يتيحها ميثاق الامم المتحدة

واتساقاً مع ما جاء بهذه الديباجة وتفعيلاً للمخطط الاستراتيجى الامريكى في هذا الشأن أعادت الفقرة الرابعة من ذات القرار ما تم الاشارة اليه في الفقرة الثالثة من القرار رقم ١٣٦٨ التي تمنح المشروعية للحق الطبيعى في الدفاع الشرعى الفردى أو الجماعى وإذا كان ما جاء بديباجة القرار رقم ١٣٧٣ وفي الفقرة الثالثة منه قد جاء على سبيل الاشارة فان الفقرة الخامسة من ذات القرار صرحت بأن الاعمال الارهابية تتنافى مع مقاصد ومبادئ الامم المتحدة^(١)

ولإزاء ذلك تكون الولايات المتحدة قد تمكنت من استغلال مجلس الامن في شأن اصدار القرارات الدولية التي تمنح المشروعية لما هى مزمنة في القيام به تجاه النموذج المستهدف الذى يمثل خصمها السياسى الجديد على الساحة الدولية

وتفعيلاً لما سبق بدأت الولايات المتحدة الأمريكية هجومها المسلح على افغانستان اعتباراً من السابع من اكتوبر عام ٢٠٠١ للقضاء على النموذج الذى صنعتته هى والذى جعلت منه ممثلاً لخصمها السياسى الجديد على الساحة الدولية وهو تنظيم القاعدة

وما نقول به هنا ليس استنتاجاً بل هو أمر واقع فها هو مندوب الولايات المتحدة الامريكى بالامم المتحدة في عام ٢٠٠١ السيد/ نجرىونتى يغررض خطاب الولايات المتحدة الامريكى على رئيس مجلس الامن في ٧ اكتوبر عام ٢٠٠١م والذى يشير فيه إلى أن الولايات المتحدة

(١) د/ عادل عبد الله المسدى، المرجع السابق، ص(١٢١)

الامريكية لديها معلومات بأن تنظيم القاعدة المدعوم من حركة طالبان فى افغانستان له دور رئيس في هجمات الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١م^(١) وازاء ذلك جاءت الحملة العسكرية الامريكية على افغانستان وعلى حركة طالبان وتنظيم القاعدة في ٧/١٠/٢٠٠١ وجاءت هذه الحملة مؤيدة دولياً وفي ظل قرارات دولية تدعمه وهكذا انتصرت الولايات المتحدة على خصمها الجديد في العالمين الافتراضى والواقعى

ففي العالم الافتراضى صارت حركة طالبان وتنظيم القاعدة المنبثق منها والمنفصل عنها تنظيماً إرهابياً مارقاً منبوذ دولياً وذلك بفضل تفوق الاعلام الامريكى الذى صار يتحكم في توجهات الاعلام العالمى حتى صارت توجهات الاعلام العربى وكذا توجهات الاعلام الاسلامى في اغلبهما يروجان هما ايضاً لكون هذا النموذج الاسلامى المتشدد تنظيم ارهابى يجب استئصاله من الساحة الدولية لكونه يقوم بعمليات ارهابية ضد الانسانية باسرها بما فيهم المسلمين ذاتهم

وفي العالم الواقعى استطاعت الولايات المتحدة استصدار قرارات دولية تسمح لها بمواجهة هذا التنظيم الذى توافقت دول العالم على أنه تنظيم ارهابى بشكل مباشر عسكرياً والاكثر من هذا أن قرارات مجلس الأمن الصادرة في هذا الشأن صدرت على نحو يجعل دول العالم تدعم وتؤيد الولايات المتحدة في حربها المزمع ان تقوم بها ضد هذا التنظيم الارهابى^(٢)

وفضلا من ذلك استطاعت الولايات المتحدة ومن خلال القرارات الدولية التي إستصدرتها من مجلس الأمن تقليص أظافر هذا التنظيم عسكرياً ومادياً، فقد تمكنت الولايات المتحدة من خلال هذه القرارات الدولية تحجيم تسليح هذا التنظيم وإعاقة الدعم اللوجيستى والمادى لها، والاكثر من هذا فرض على دول العالم عدم التعاون مع هذا التنظيم الارهابى

(١) د/ أحمد محمد رفعت، المرجع السابق، ص (١٩٠)

(٢) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والإرهاب، المرجع السابق، ص (٣١)

ويتربى على ذلك كله نتيجة شبه محسومة مسبقاً فى مواجهة العسكرية المباشرة التي قررت الولايات المتحدة الأمريكية القيام بها فى السابع من أكتوبر عام ٢٠٠١ ضد أفغانستان للقضاء على هذا النموذج الذى صنعته هى ليكون مثلاً للعالم الإسلامى خصمها السياسى الجديد على الساحة الدولية^(١)

المبحث الثانى

مفهوم الإرهاب فى ظل القانون الدولى العام

إذا كنا قد تعرضنا فى المبحث الاول لاختلاف منظور الدول من مفهوم الإرهاب الدولى حتى تكشف بعض الحقائق حول استغلال بعض القوى العظمى لبعض عمليات الإرهاب الدولى من أجل تحقيق أهداف سياسية معينة تعود بالنفع عليها وحدها .

فإننا نعود هنا لما كان هو واجب من حيث البدء فيه ، وذلك بدراسة مفهوم الإرهاب الدولى فى ظل القانون الدولى العام ، وحيث أن هذا الأمر يرتبط بشكل مباشر بمصادر القانون الدولى العام^(٢) ، لذا فقد كان من الواجب علينا التعرض لمفهوم الإرهاب الدولى فى ظل هذه المصادر وسيكون ذلك منا من خلال التعرض للمطالب التالية :

المطلب الأول : مفهوم الإرهاب الدولى فى ظل المبادئ العامة

لل قانون الدولى العام فى ظل العرف الدولى

المطلب الثانى : مفهوم الإرهاب الدولى فى ظل الاتفاقيات الدولية

المطلب الثالث : مفهوم الإرهاب الدولى فى ظل عصبة الأمم وفى

ظل منظمة الامم المتحدة

وستعرض لذلك تفصيلاً من خلال النقاط التالية :

(١) د/ مسعد عبد الرحمن زايدان ، المرجع السابق ، ص (٣٧٥)

(٢) د/ محمد عبد العزيز سهل ، المرجع السابق ، ص (٣٢٢)

المطلب الأول

مفهوم الإرهاب الدولي في ظل المبادئ العامة للقانون الدولي العام وفي ظل العرف الدولي

ستعرض فيما يلي لمفهوم الإرهاب الدولي في ظل المبادئ العامة للقانون الدولي العام وفي ظل العرف الدولي من خلال النقاط التالية :-
أولاً: مفهوم الإرهاب الدولي في ظل المبادئ العامة للقانون الدولي العام:
المبادئ العامة للقانون الدولي العام هي في الغالب الأعم قواعد عامة مستقر على العمل بها في معظم دول العالم ليس في الوقت المعاصر فقط بل ومن أزمنة سابقة ممتدة منذ ظهور الدولة وهذه القواعد العامة المستقرة دولياً والمعمول بها قديماً وحديثاً والتي تشكل المبادئ العامة للقانون الدولي العام تتمثل في كل ما يحمي الدولة ككيان ويحمي من باب أولى رعاياها سواء لكونهم يتمون اليها أو لكونهم بشرفي ذاتهم لهم من الحقوق ما اتفقت بشأنها دول العالم على حمايتها^(١)
وقواعد المبادئ العامة للقانون الدولي العام كثيرة ومتعددة^٢ ولكن من بينها ما يلي:

- (١) مبدأ عدم استخدام القوة أو التهديد بها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي للدولة
- (٢) مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية والتي تعد من صميم السلطان الداخلي للدول
- (٣) مبدأ ضرورة امتناع الدول عن تنظيم وتشجيع وتمويل أي عمل من أعمال الحرب الأهلية أو الإرهاب فوق أراضي دولة أخرى أو أن

(١) د/ حازم محمد عتلم ، أموال القانون الدولي العام (القسم الثاني) أشخاص القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص (١٢١).
(٢) د/ فكري عطا الله عبد المهدي. المتفجرات والإرهاب الدولي. دار المعارف. ١٩٩٢م. ص ٢٨

تسامح بأن يتواجد فوق إقليمها أنشطة منظمة بهدف ارتكاب مثل هذه الافعال وذلك بهدف عدم اعاقاة المجرى العادي للعلاقات الدولية

٤) مبدأ حفظ السلم والامن الدوليين

٥) مبدأ احترام حق الحياة وحفظ السلامة الجسدية للأفراد ، فضلاً عن احترام الحقوق المكتسبة للأفراد والجماعات داخل الدول

وهذه المبادئ العامة للقانون الدولي العام هي الاساس الواجب إعماله بين الدول ، ويترتب على ذلك بالضرورة ان يكون الارهاب الدولي هو استثناء يرد للاخلال بهذه المبادئ العامة للقانون الدولي العام وعليه يكون استعمال القوة او التهديد بها بالقدر الذى يؤثر على سلامة أراضي دولة ما او يؤثر على استقلالها السياسي هو بمثابة إرهاب دولي

وكذا الحال في شأن عمليات التدخل في الشؤون الداخلية للدولة وأيضاً قيام دولة ما بتنظيم أو تمويل أو تشجيع أعمال الارهاب أو الحرب الأهلية على أراضي دولة اخرى ونفس الأمر بالنسبة لكل ما يهدد الأمن والسلم الدوليين^(١)

ومن الأمور التي تعد إرهاباً دولياً وتتعارض مع المبادئ العامة للقانون الدولي العام تلك الأعمال التي تتعارض مع حقوق الانسان مثل أعمال إبادة الجنس البشرى أو أعمال التعذيب^(٢)

ثانياً: مفهوم الارهاب الدولي في ظل العرف الدولي :

يتمثل العرف الدولي فيما استقر في وجدان شعوب دول العالم من قواعد تضمن الحفاظ على كيان الدولة وشعوبها وهذه الاعراف متوارثة منذ ظهور الدولة ولعل من اهم وأبرز هذه القواعد العرفية حق الدفاع الشرعى للدول.

(١) د / عادل عبد الله المسدى ، المرجع السابق ، ص(١٢٢)

(٢) د / محمد عبد العزيز سهل ، المرجع السابق ، ص (٩٣)

فلكل دولة الحق في الدفاع الشرعى عن أراضيها ضد أي اعتداء عليها والمستقر عليه في هذا الشأن أن حق الدفاع الشرعى للدول مقيد بضابطين (الأول) وقوع عدوان على الدولة و (الثاني) أن يكون رد العدوان متناسباً مع العدوان^(١)

وتفسير هذين الضابطين السالف ذكرهما يرتبط بمبدأ عرفي استقر في وجدان الشعوب وهو مبدأ حسن النية في التعامل بين الدول والأخذ بهذا المبدأ الاخير عند تفسير هذين الضابطين يقتضى القول أن الاعتداء المسلح يرد بوسائل دفاعية مسلحة ويقتضى كذلك أن الاعتداء المحتمل يتطلب أخذ وسائل دفاعية لا ترتقى لهجوم مسلح مضاد

وعلى عكس ما سبق وتأكيداً على ما قلناه سلفاً في شأن استغلال بعض القوى العظمى لنفوذها وخاصة الولايات المتحدة الامريكية داخل الامم المتحدة منذ إنشائها وحتى تاريخ فرض وجهة نظرها هي بما يخدم مصالحها ويحقق اهدافها الاستراتيجية، نجد أن ميثاق الامم المتحدة ينصفي المادة (٥١) منه على انه "ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات في الدفاع عن انفسهم اذا اعتدت قوة مسلحة على احد اعضاء الامم المتحدة وذلك إلى أن يتخذ مجلس الامن التدابير اللازمة لحفظ السلم والامن الدوليين، والتدابير التي اتخذها الاعضاء استعمالاً لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى المجلس فوراً ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس بمقتضى سلطاته ومسئولياتها المستمدة من احكام الميثاق - من حق في اتخاذ ما يرى ضرورة اتخاذه من أعمال لحفظ السلم والامن الدوليين وإعادة الأمر الى نصابه"^٢

وقد يكون نص المادة (٥١) من الميثاق السالف ذكره وعلى النحو الوارد به سلفاً ووفقاً لتفسيره من خلال مبدأ حسن النية هو مجرد تقنين

- (١) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المرجع السابق، ص (٢٧٣)
- (٢) د/ أحمد فوزى عبد المنعم. مدى مشروعية أخذ الرهائن من قبل حركات المقاومة الشعبية المسلحة "دراسة تطبيقية على الوضع في العراق" المجلة المصرية للقانون الدولي. المجلد ٦٣. عام ٢٠٠٧. ص ٢٩٦، وما بعدها.

لعرف دولي معمول به فعلاً وهو أعمال حق الدفاع الشرعي للدول وفقاً للضابطين المنوه عنهما سلفاً لحين تدخل مجلس الأمن في النزاع المثار وفقاً لسلطاته ومسئوليته المستمدة من أحكام الميثاق^(١)

وتفسير النص السالف ذكره وفقاً لمبدأ حسن النية يقتضى أن يكون هناك إعتداء فعلى من دولة ما على أخرى ويقتضى أن يكون رد الاعتداء من قبل الدولة المعتدى عليها متناسباً مع هذا الاعتداء، ويقتضى كذلك أنه اذا وقع الاعتداء من دولة واحدة على أخرى أن يكون رد الاعتداء من الدولة المعتدى عليها وحدها، لا أن تستعين بتحالف دولي خارج إطار الأمم المتحدة لرد الاعتداء الواقع عليها فاذا لم يكن لديها القدرة الكافية على رد هذا الاعتداء الواقع عليها وحدها فلها ان تستعين بالأمم المتحدة حينئذ، ليكون المجتمع الدولي بأسره وفي ظل من الشرعية الدولية حليفها لرد هذا الاعتداء^٢

وما نقول به في هذا الشأن هو ما كان يجب إعماله، إذا ما كنا نرغب في مجتمع دولي تسوده العدالة أو على الأقل يفعل فيه القانون الدولي ولكن واقع الحال هو أن النص السالف ذكره وضع على نحو يقبل التفسير والتأويل بما يخدم مصالح بعض القوى العظمى^٣.

فمن المتعارف عليه أن كثير من دول القوى العظمى لا تلجأ إلى الحروب إلا في إطار من تحالف عسكري يجمعها، ولذا فقد إستغلت بعضها النص السالف ذكره لتقوم بشن عمليات عسكرية مسلحة في ظل تحالف عسكري يجمعها ضد بعض الدول أو بعض الجماعات بحجة أن الأمر يدخل في نطاق الدفاع الشرعي لأحدها، لیس هذا فقط بل

(١) د/ عادل عبد الله المسدي، المرجع السابق، ص (١٢٢)

(٢) د/ عصام رمضان. الأبعاد القانونية للإرهاب الدولي. مجلة السياسة الدولية. عدد ٨٥ يوليه ١٩٨٦. ص ٢٤.

(٣) د/ هيثم موسى حسن. التفرقة بين الإرهاب الدولي ومقاومة الاحتلال في العلاقات الدولية. رسالة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة عين شمس، ١٩٩٩. ص ١٧٥

استغلت بعض هذه القوى العظمى هذا النص القابل للتأويل والتفسير لشن بعض العمليات العسكرية الهجومية على بعض الدول أو بعض الجماعات بحجة أن الأمر يدخل في نطاق الدفاع الشرعى الاستباقي، أى أنها تقوم ببعض عملياتها العسكرية الهجومية والتي هي غالباً - ان لم تكن دائماً - فى ظل تحالف عسكرى يجمعها ضد دولة ما أو جماعة ما أو تنظيم ما بحجة أن هناك احتمال لهذه الدولة أو تلك الجماعة أو هذا التنظيم أن تشكل تهديداً ما لاحداها

وإذا كان ما تقوم به بعض هذه القوى العظمى فى هذا الشأن وعلى النحو السالف ذكره يهدم الضابط الأول من ضوابط الدفاع الشرعى والمنوه عنه سلفاً.

فإن البعض من هذه القوى العظمى تقوم كذلك بتفسير نص المادة (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة على نحو يهدم الضابط الثانى من ضوابط الدفاع الشرعى والمنوه عنه سلفاً كذلك فاذا كان الضابط الثانى من ضوابط الدفاع الشرعى يتطلب ان يكون رد الاعتداء متناسباً مع الاعتداء فان ماتقوم به بعض هذه القوى العظمى فى هذا الشأن يهدم الضابط الثانى هذا فلا يمكن القول على أى حال من الاحوال بان ماتقوم به بعض دول القوى العظمى فى شان رد الاعتداء الواقع على احداها متناسباً مع الاعتداء الواقع عليها، فقد يكون الاعتداء مجرد عمل ارهابى فى حين يكون رد الاعتداء غالباً عمل عسكرى متكامل الاركان فى ظل تحالف دولى، وقد يكون الاعتداء صادراً من جماعة ما او من تنظيم معين فى حين يكون رد هذا الاعتداء فى الغالب الاعم هو احتلال الدولة التى تأوى هذه الجماعة او هذا التنظيم، وقد يكون الأمر هو مجرد احتمال وقوع اعتداء على احدى دول القوى العظمى فيأتى رد الاعتداء المحتمل على شكل هجوم مسلح استباقي، وهذا كله يهدم فى الاساس الضابط الثانى من ضوابط الدفاع الشرعى^(١)

(١) د/ عادل عبد الله المسدى، المرجع السابق، ص (٨١)

وما نقول به في هذا الشأن ليس مغالاة في تفسير بعض المواقف لبعض هذه القوى العظمى ولا معاداة لها ولكن هو تحليل محايد لما تقوم به بعض هذه القوى العظمى فعلاً

فما قامت به الولايات المتحدة في السنوات الاخيرة ضد بعض الدول والجماعات والتي اغلبها ينتمى للعالم الاسلامي يدلل بوضوح على ما نقول به في هذا الشأن خاصة فيما ذكرناه سلفاً حول استغلال الولايات المتحدة الامريكية لنفوذها داخل الأمم المتحدة لتنفيذ مخططاتها وأهدافها الاستراتيجية تجاه العالم بشكل عام وتجاه خصومها السياسيين الذين تحددهم هي بشكل خاص

وإزاء ما سبق تكون بعض الاعراف الدولية قد اوضحت في ظل تفسيرها وفقاً لمبدأ حسن النية ما هية العمل الارهابي وكيفية رده

ولكن في ظل استغلال بعض القوى العظمى لنفوذها اختلط الحابل بالنابل فلم يعد في الامكان معرفة ماهية العمل الارهابي ولا كيفية رده، ذلك أنه ووفقاً لما ذكرناه تفصيلاً فيما سبق لا يمكن الوصول لحقيقة مؤكدة في هذا الشأن ، فهل العمل الارهابي هو ذلك العمل الذي قامت به دولة ما أو جماعة ما أو تنظيم ما ، أم العمل الارهابي هو رد الفعل الذي قامت به الدولة المعتدى عليها في ظل ما قامت به من تحالفات عسكرية ضد الكيان المعتدى وفي ظل جسامة رد الاعتداء الذي لا يتناسب بأي حال من الأحوال مع الاعتداء ذاته، وهل العمل الارهابي هو ذلك الفعل الارهابي المحتمل وقوعه أم العمل الارهابي هو رد الفعل الاستباقي الذي تقوم به دولة ما او مجموعة من الدول بحجة احتمالية وقوع ذلك العمل الارهابي على احداهما^(٢).

- (١) د/ إمام حسنين عطا الله. والبيان القانوني للجريمة. رسالة دكتوراه. كلية حقوق. جامعة القاهرة. عام ٢٠٠٠. ص ١٧٤
- (٢) د/ يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص (٣٤) وأيضاً د/ سامي جاد عبد الرحمن واصل، المرجع السابق، ص (٢١٣).

وما ذكرناه سلفاً كان في شأن مفهوم الارهاب الدولي في ظل بعض المبادئ العامة للقانون الدولي العام وكذا في ظل بعض الاعراف الدولية وما ذكرناه هو مثل لما يمكن القول بشأنه في كافة المبادئ العامة للقانون الدولي العام وكافة الاعراف الدولية^١

المطلب الثاني

مفهوم الارهاب الدولي في ظل الاتفاقيات الدولية

نتعرض فيما يلي لمفهوم الارهاب الدولي في ظل الاتفاقيات الدولية وذلك من خلال النقاط التالية :

أولاً: مفهوم الارهاب في ظل الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب
ثانياً: مفهوم الارهاب في ظل اتفاقية منظمة المؤتمر الاسلامي لمكافحة الارهاب

ثالثاً: مفهوم الارهاب في ظل اتفاقية منظمة الوحدة الافريقية لمكافحة الارهاب

رابعاً: مفهوم الارهاب في ظل اتفاقية الاتحاد الأوروبي ما قبل الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ وما بعده

وستعرض لمفهوم الارهاب في ظل هذه الاتفاقيات الدولية تفصيلاً على النحو التالي :

أولاً: مفهوم الارهاب في ظل الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب:

تم اعتماد هذه الاتفاقية في شأن مكافحة الارهاب من قبل وزراء الداخلية والعدل العرب في القاهرة في يوم ٢٢ أبريل عام ١٩٩٨ ودخلت حيز النفاذ في ٧ مايو عام ١٩٩٩ ، وقد عرفت هذه الاتفاقية في الفقرة الثانية من المادة الاولى منها الارهاب بأنه "كل فعل من افعال العنف أو التهديد به ايا كانت بواعثه أو أغراضه ، ويقع تنفيذاً لمشروع إجرامى فردى أو جماعى ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم بإيذائهم

(١) د/ إسماعيل الغزال. الارهاب والقانون الدولي المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. بيروت. ١٩٩٠. ص ١٢ وما بعدها. ص ٥٢ ، ٥٣.

أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو أمنهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها^(١)

وهذا التعريف له أهميته لكونه من أوائل تعريفات الإرهاب الدولي التي وردت في بعض الاتفاقيات الدولية الإقليمية ، ولكن في المقابل فإن هذا التعريف قد شابه القصور من عدة نواحي لعل من أهمها ما يلي :

(١) هذا التعريف يشوبه الخلط ما بين الإرهاب الدولي والإرهاب الداخلي

(٢) هذا التعريف قاصر على تعريف الفعل الإرهابي دون تحديد للغاية منه

(٣) هذا التعريف قاصر على فعل العنف وبالتالي يخرج عن نطاقه الإرهاب الاقتصادي وكذا الإرهاب التكنولوجي

(٤) هذا التعريف يخرج عن نطاقه إرهاب الدولة

(٥) هذا التعريف لم يخرج من نطاقه الكفاح المسلح ضد الاحتلال الأجنبي وكذا أعمال المقاومة بغية الوصول لحق تقرير المصير

وفي محاولة من القائمين على هذه الاتفاقية لتلافي بعض أوجه القصور المشار إليها سلفاً ، نجد أن ذات الاتفاقية نصت في الفقرة الثالثة من المادة الأولى منها على أن الجريمة الإرهابية هي "أي جريمة أو شروع فيها ترتكب تنفيذاً لغرض إرهابي في أي من الدول المتعاقدة أو على رعاياها أو ممتلكاتها أو مصالحها وهذه الجريمة أو الشروع فيها معاقب عليها في القانون الداخلي لهذه الدولة عدا ما استثنته منها تشريعات الدول المتعاقدة"^(٢)

وصحيح أن هذا التعريف الأخير للجريمة الإرهابية - والمشار إليها سلفاً في الفقرة السابقة - قد حاول تلافي الخلط بين الإرهاب الدولي

(١) د/ حازم محمد عتلم ، المرجع السابق ، ص (١٢٣)

(٢) د/ محمد عبد العزيز سهل ، المرجع السابق ، ص (٨٤)

والارهاب الداخلي إلا أنه لم يتمكن من تلافى باقى أوجه القصور المشار إليها سلفاً

هذا فضلاً عن ان هذا التعريف الاخير للجريمة الارهابية بدا وكأنه يشير إلى ان الارهاب لا يرقى إلى درجة الجريمة إلا إذا كان هذا الفعل يشكل جريمة معاقب عليها فعلاً في القانون الداخلي

ويضاف لما سبق ان تعريف الجريمة الارهابية المشار اليه سلفاً إعتبر بعض الافعال المنصوص عليها في بعض الاتفاقيات الدولية مثل خطف الطائرات او احتجاز الرهائن جريمة ارهاب دولي، في الوقت التي لم تعدها كذلك تلك الاتفاقيات الدولية بشكل صريح وان كانت قد اعتبرتها جرائم دولية دون أن توصمها بانها جرائم ارهاب دولي

وإذا كان تعريف الارهاب المشار اليه سلفاً لم يخرج من نطاقه الكفاح المسلح ضد الاحتلال الاجنبي وكذا أعمال المقاومة لتقرير المصير، فإن الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب قد افردت نصاً خاصاً يستثنى هذه الاعمال من وصف الارهاب^(١)

حيث نصت المادة الثانية من الاتفاقية في الفقرة الأولى منها على انه "لا تعد جريمة حالات الكفاح بمختلف الوسائل بما في ذلك الكفاح المسلح ضد الاحتلال الاجنبي واعمال المقاومة من اجل الحصول على حق تقرير المصير وذلك وفقاً لمبادئ القانون الدولي"

وهذا الاستثناء المشار اليه في المادة الثانية يؤكد على ما قلناه حول قصور تعريف الارهاب وازافته للتعريف لا تجعل منه خالياً من باقى أوجه القصور المشار اليها سلفاً

وخشية من القائمين على إبرام الاتفاقية من أن يستغل هذا الاستثناء خارج نطاق الاطار المحدد لها، لذا فقد أخرج أولئك من إطار هذا الاستثناء حركات العنف الانفصالية، حيث وردت المادة المشار اليها سلفاً "ولا

(١) د/ محمد سعادي، المرجع السابق، ص (٢٤٧)

يعتبر من هذه الحالات كل عمل يمس الوحدة الترابية لأي من الدول العربية^(١)

ثانياً: مفهوم الارهاب في ظل اتفاقية منظمة المؤتمر الاسلامي لمكافحة الارهاب:

أبرمت إتفاقية منظمة المؤتمر الاسلامي في شأن مكافحة الارهاب الدولي في عام ١٩٩٩م وجاء تعريفها لمفهوم الارهاب هو ذات تعريف الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب وإن كانت قد أضافت إليه "أفعال العنف أو التهديد به ... التي تعرض المرافق الدولية للخطر أو تهدد الاستقرار أو السلامة الاقليمية أو الوحدة السياسية أو سيادة الدول المستقلة"^(٢)

ولمحن من جانبنا وفي شأن أوجه القصور التي نرى أنها تشوب هذا التعريف نحيل لتلك التي أوردناها عند تعرضنا لتعريف الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب لمفهوم الارهاب، مع ضرورة الاشارة إلى أن ما أضيف في تعريف اتفاقية منظمة المؤتمر الاسلامي لمكافحة الارهاب الدولي فيما يتعلق بأفعال العنف أو التهديد به التي تعرض المرافق الدولية للخطر أو تهدد الاستقرار أو السلامة الاقليمية أو الوحدة السياسية أو سيادة الدولة المستقلة، ما هو الا محاولة من جانب واضعي اتفاقية منظمة المؤتمر الاسلامي لمكافحة الارهاب الدولي لتلافي ذلك القصور الذي اثير بشأن الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب حول الخلط بين الارهاب الدولي والارهاب الداخلي

وبالرغم من أن هذه محاولة محمودة، إلا ان تعريف اتفاقية منظمة المؤتمر الاسلامي لمكافحة الارهاب الدولي يشوبها باقى أوجه القصور المشار إليها عند تعريف الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب وبالرغم من المحاولة المحمودة - المشار إليها سلفاً - لازالة الخلط بين الارهاب الدولي والارهاب الداخلي إلا أن هذه المحاولة لم تزل هذا

(١) د/ محمد عبد العزيز سهيل، المرجع السابق، ص(٨٤)، وايضاً د/ سامي جاد عبد الرحمن واصل، المرجع السابق، ص (٦٣)
(٢) د/ علاء الدين راشد، المشكلة في تعريف الارهاب، ص (٧٨، ٧٩)

الخلط بشكل كلى وواضح وجلى ، وذلك على النحو الذى سيتضح جلياً عند تعريفنا لمفهوم الارهاب الدولي في جزء لاحق من هذا البحث
وفي شان تعريف اتفاقية منظمة المؤتمر الإسلامى لمكافحة الارهاب الدولي للجريمة الارهابية ، فقد أخذت فيه بذات الاضافة التي أضافتها عند تعريفها لمفهوم الارهاب الدولي.

حيث ورد في الفقرة الثالثة وكذا الفقرة الرابعة من المادة الاولى من اتفاقية منظمة المؤتمر الإسلامى لمكافحة الارهاب الدولي أن الجريمة الارهابية هي "ارتكاب جريمة أو الشروع أو الاشتراك فيها لغرض ارهابى تقع في أي من الدول المتعاقدة أو على رعاياها أو ممتلكاتها أو مصالحها أو ضد المرافق الاجنبية أو الرعايا الاجانب المقيمين في إقليمها على أن تكون هذه الجريمة أو الشروع أو الاشتراك فيها معاقب عليها في القانون الداخلى لهذه الدولة ، وذلك كله عدا ما استثنته منها تشريعات الدول المتعاقدة"^(١)

ونحن هنا أيضاً نحيل لوجه القصور الذى أشير اليه عند تعرضنا لمفهوم جريمة الارهاب الدولي في الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب مع الشناء على المحاولة المحمودة للأخذ بالاضافة المشار إليها سلفاً لتلافى الخلط بين الارهاب الدولي والارهاب الداخلى ، وإن كانت هذه المحاولة لم تزل هذا الخلط بشكل كلى وواضح وجلى ، وذلك على النحو الذى سيتضح جلياً عند تعريفنا لمفهوم الارهاب الدولي في جزء لاحق من هذا البحث .

هذا وكنوع من التقارب أو التشابه بين اتفاقية منظمة المؤتمر الإسلامى لمكافحة الارهاب الدولي والاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب ، نلاحظ أن اتفاقية ومنظمة المؤتمر الإسلامى لمكافحة الارهاب الدولي قد نصت هي الاخرى على ان الجرائم الارهابية لا تشمل الكفاح المسلح ضد الاحتلال وأعمال المقاومة من اجل التحرر والحصول على حق تقرير المصير^(٢)

(١) د/ علاء الدين راشد ، المرجع السابق ، ص (٧٩).

(٢) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان ، المرجع السابق ، ص (١٩٦)

ومن جانب آخر فقد توسعت اتفاقية منظمة المؤتمر الاسلامي لمكافحة الارهاب الدولي في شان تحديد الجرائم الارهابية بحيث شملت الكثير من الجرائم الدولية مثل الاتجار غير المشروع في المخدرات والاتجار في الجنس البشري وغسيل الاموال وذلك اذا ما كانت هذه الجرائم تهدف لتمويل الارهاب

وهذه الاضافة من جانب اتفاقية منظمة المؤتمر الاسلامي لمكافحة الارهاب يكتنفها بعض الصعوبات لعل من أبرزها صعوبة إثبات أن هذه الجرائم تهدف إلى تمويل الإرهاب، فضلا ان الاخذ بهذه الاضافة دون ضوابط قد يوسع من نطاق الجرائم الارهابية للحد الذي قد يبعدها كثيراً عن مفهوم الارهاب الدولي بما قد يفرغ هذا المفهوم من مضمونه

ثالثاً: مفهوم الارهاب في ظل اتفاقية منظمة الوحدة الافريقية لمكافحة الارهاب:

اعتمدت هذه الاتفاقية في ١٤ يوليو عام ١٩٩٩ بالجزائر وعرفت العمل الارهابي بانه:

أ- كل فعل ينتهك القوانين الجنائية لدولة طرف في هذا الاتفاقية ويعرض للخطر حياة شخص أو سلامة جسد أو حرية أي شخص أو أي عدد من الاشخاص أو يسبب لهم الاذى البالغ أو الموت أو يلحق أضراراً بالمتلكات الخاصة أو العامة أو بالبيئة أو التراث الثقافي أو الموارد الوطنية ويكون القصد منه ما يلي:

(١) تهديد أو اكراه أو إجبار أو إرغام أي حكومة أو جهاز أو مؤسسة أو مرفق عام لتنفيذ فعل أو الامتناع عن تنفيذه أو تبني موقف معين أو تركه أو التصرف وفقاً لمبادئ معينة

(٢) اضطراب أي مرفق عام أو خدمة أساسية أو خلق حالة طوارئ

(٣) احداث تمرد عام في الدولة

ب- كل تأييد أو رعاية أو مساهمة أو مساعدة أو أمر أو تحريض أو تشجيع أو الشروع أو تهديد أو التآمر أو تنظيم أو تجنيد أي شخص

بقصد ارتكاب أي عمل من الاعمال المشار إليها في الفقرات من
(١ - ٣) "١)

وبالرغم من ان هذا التعريف قد اشار في طياته لجانب موضوعي هام في مفهوم الارهاب الذي يتمثل في قدرة فعل الارهاب أو السلوك الارهابي على التأثير في إرادة دولة ما، إلا انه تغافل عن امر هام وهو الغاية من هذا الفعل الارهابي، حيث بدا من هذا التعريف ان قدره التأثير على إرادة دولة من خلال هذا الفعل الارهابي هي غاية في حد ذاتها، وهذا الامر غير مقبول لاعقلا ولا منطقا، إذ ان العقل والمنطق يقتضيان بضرورة وجود غاية من وراء هذا الفعل الارهابي المؤثر على ارادة دولة ما، وهذه الغاية هي في الغالب الاعم غاية سياسية

ومن جانب اخر فان هذا التعريف أقرب لئن يكون تعريفاً للارهاب الداخلي وليس للارهاب الدولي، فهو يشير في أغلبه لتلك الانتهاكات الواردة بشأن القوانين الجنائية الداخلية للدول، وهذه الانتهاكات وعلى حسب هذا التعريف تقع داخل النطاق الداخلي للدول، ولم يوضح هذا التعريف ما اذا كان مرتكب هذه الافعال هو شخص او جماعة أو تنظيم ينتمي لهذه الدولة ذاتها فيعد حينئذ ارباباً داخلياً أم هو شخص أو جماعة أو تنظيم ينتمي لشخص دولي آخر خلاف هذه الدولة فيعد عندئذ ارباباً دولياً

وبالرغم من أوجه الانتقاد المشار إليها سلفاً في شأن تعريف مفهوم الارهاب في ظل اتفاقية منظمة الوحدة الافريقية لمكافحة الارهاب إلا أنه ينشئ عليها في شأن الاستثناء الوارد بها فيما يتعلق بنضال الشعوب من أجل التحرر والنضال من أجل الوصول لحق تقرير المصير وتقييد هذا الأمر او ذاك بمبادئ القانون الدولي، فهذا الاستثناء أخرج الكفاح المسلح ضد الاحتلال وأعمال المقاومة من اجل تقرير المصير من نطاق الاعمال الارهابية، هذا من جانب ومن جانب آخر فان تقييد هذين الأمرين بمبادئ

(١) د/ محمد عبد العزيز سهل، المرجع السابق، ص (٢٣٧).

القانون الدولي أخرج هذه الأعمال من نطاق جرائم الارهاب الدولي وفقاً للتعريف الصحيح للارهاب الدولي، والامر على هذا النحو يكون قد عالج القصور الوارد في تعريف منظمة الوحدة الافريقية لمفهوم الارهاب على النحو السالف الاشارة اليه، وان كانت هذه المعالجة قاصرة فقط على هذه الاعمال، ومن جانب ثالث فان هذا القيد هو الضمانة الرئيسية لمشروعية هذه الاعمال وعدم مشروعية ما يخرج عن نطاق هذا القيد^(١)

رابعاً: مفهوم الارهاب في ظل اتفاقية الاتحاد الاوروبي ما قبل الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ وما بعده:

من المتعارف عليه أن العالم الغربي يواجه التحديات السياسية التي تعيقه بشكل عام من خلال أحد طريقتين وقد يكمل احدهما الاخر وهما على النحو التالي:

(الطريق الأول) الوصول للأغراض السياسية المرجوة من خلال أطر للشرعية الدولية

(الطريق الثاني) استغلال الظروف والاحداث الطارئة لخلق اطر من الشرعية الدولية بما يخدم الأغراض السياسية المبتغاه^(٢)

والطريقتان المشار إليهما سلفاً هما المنهج الذي تنتهجه دول العالم الغربي عند مواجهتها للتحديات السياسية التي تعترضها، وعليه فإنها تبدأ بالطريق الأول فاذا تحققت لها ما ارادت فإنها تكتفي به، واذا لم يتحقق غرضها بشكل كامل رغم انتهاجها للطريق الاول فإنها تستكمل منهجها بالنجوء للطريق الثاني وقد تكتفي باحدهما دون الاخر

ويتطبيق ما سبق على موضوع البحث نلاحظ أن الاتحاد الاوروبي قد أورد تعريفين لمفهوم الارهاب في ظل اتفاقية الاتحاد الاوروبي (أحدهما) قبل الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ و(ثانيهما) بعد الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ م

(١) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المرجع السابق، ص (٢٦٩)

(٢) د/ محمود حجازي محمود، المرجع السابق، ص (٦٣)

وجاء هذان التعريفان بمثابة تفعيل للطريقتين المشار اليهما سلفاً
وسنوضح ذلك تفصيلاً على النحو الآتي:

أ- مفهوم الارهاب في ظل اتفاقية الاتحاد الأوروبي قبل الحادى عشر من
سبتمبر عام ٢٠٠١م:

في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١ وضع البرلمان الأوروبي تعريفاً للارهاب
وجاء هذا التعريف بمثابة تفعيل للطريق الاول من طرق النهج الأوروبي
الغربي في مواجهة التحديات السياسية والمشار اليه سلفاً
ففي ذلك الوقت كانت قد وضعت الحرب الباردة بين الاتحاد
السوفيتى واتباعه والولايات المتحدة الامريكية وأعوانها أوزارها بتفكك
الاتحاد السوفيتى

وإزاء رغبة دول أوروبا الغربية في فرض نفوذها على دول أوروبا
الشرقية المستقلة حديثاً عن الاتحاد السوفيتى ، وضع البرلمان الأوروبي
تعريفاً للارهاب يعد بمثابة تفعيل للطريق الاول من طرق النهج الأوروبي
الغربي في مواجهة التحديات السياسية والمشار إليه سلفاً^(١)

وفي هذا الصدد كان قد ساد عرف بين دول أوروبا الغربية في شأن
مفهومهم للارهاب الدولي حيث تواتر بينهم تعريف للارهاب الدولي
كان قد تم وضعه في عام ١٩٣٧م في ظل اتفاقية عام ١٩٣٧م بشأن
مكافحة الارهاب والتي لم تدخل حيز النفاذ لعدم اكتمال نصاب
التصديقات اللازمة لها

وهذا التعريف السائد عرفاً للارهاب يعتمد في الأساس على
الافعال الاجرامية والتي تشكل حالة من الرعب في أذهان الناس^(٢)

وتفصيلاً من دول أوروبا الغربية للطريق الأول من طرق النهج
الأوروبي الغربي في مواجهة التحديات السياسية التي تواجهها في عام
٢٠٠١م ولكن قبل الحادى عشر من سبتمبر من ذات العام والمشار اليه

(١) د/ سامى جاد عبد الرحمن واصل، المرجع السابق، ص(٣٦٣)

(٢) د/ علاء الدين راشد، المشكلة فى تعريف الارهاب، المرجع السابق، ص

سلفاً، وضع البرلمان الاوروبي تعريفاً للارهاب يتواءم ويتلائم مع الطريق
الاول من طرق النهج الاوروبي الغربي المشار اليه سلفاً وبما يتوافق مع
الاغراض السياسية المتبغاه لدول اوروبا الغربية في ذلك الوقت

ففي ٥ سبتمبر عام ٢٠٠٢ عزف البرلمان الاوروبي الارهاب بانه "كل
فعل يرتكبه الأفراد أو المجموعات يلجأ فيه إلى العنف أو التهديد باستخدام
العنف ضد دولة ما أو مؤسساتها أو شعبها بصفة عامة أو ضد أفراد معينين
ويهدف إلى خلق مناخ من الرعب لاسباب انفصالية أو معتقدات
أيديولوجية متطرفة أو أصوليه دينية أو رغبة في الحصول على منفعة ما"^(١)
وباجراء مقارنة بسيطة بين تعريف الارهاب هذاوالذي أورده البرلمان
الاوروبي في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١م وبين الطريق الأول الذي تنتهجه
الدول الغربية لمواجهة التحديات السياسية التي تواجهها نصل لما قلناه سلفاً
في هذا الشأن حول استغلال دول أوروبا الغربية لأطر الشرعية الدولية
للوصول لأغراض سياسية بتبنيها

فقد وضع البرلمان الاوروبي في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١م تعريفاً
للارهاب يتوافق مع الشرعية الدولية السائدة عرفاً في شأن مفهوم الارهاب
وهو تعريف الإرهاب الدولي في ظل اتفاقية عام ١٩٣٧ والتي لم تدخل
حيز النفاذ لعدم إكمال نصاب التصديقات اللازمة لها، وهذا التعريف تم
وضعه بمقياس معين ينطبق فقط على دول اوروبا الشرقية ولا يمتد في
الغالب الأعم لدول اوروبا الغربية ، فدول اوروبا الغربية عندما صاغت
هذا التعريف للارهاب بهذا المقياس في البرلمان الاوروبي في ٥ سبتمبر عام
٢٠٠١م لم تضعفي حساباتها إمكانية ان يصعبها الدور من حوادث
الارهاب، ولكنها كانت تخطط لئن تقوم هي بدور الحكم والقيم لدول
اوروبا الشرقية في هذه الاونة، ولذلك وضعت تعريفاً للارهاب على هذا
النحو حتى تتمكن هي من الفصل في كون هذا الفعل إرهابي ام لا، وفي
الغالب الاعم - وعلى حسب الرؤية الموضوعية لها من الولايات المتحدة

(١)د/ علاء الدين راشد، المشكلة في تعريف الارهاب، المرجع السابق، ص (٨٤)

الامريكية - فان هذا الفعل سيحدث فقط في دول اوروبيا الشرقية، وبالتالي تتمكن من التدخل في شئونها الداخلية أو على اقل تقدير تتمكن من الضغط على هذه الدول ومساومتها سياسياً بما يخدم الاغراض السياسية التي تبتغيها والتي تتمثل في الغالب الاعم في دخول دول اوروبيا الشرقية في كنف دول أوروبيا الغربية وسيطرة هذه الاخيرة على مقدرات الاولى الاقتصادية والعسكرية والسياسية مما يترتب معه بالضرورة تضيق الخناق على روسيا الاتحادية الوريث. الشرعى للاتحاد السوفيتى وبالمالك الوحيد لمقدراته النووية^(١)

ولإزاء ما سبق فإننا نرى ان تعريف البرلمان الاوروبى للارهاب في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١ لم يتم وضعه لمكافحة الارهاب على حسب ما هو مامول أو منتظر منه بقدر ما صار تطبيقه الفعلى هو إرهاب في حد ذاته من قبل دول اوروبيا الغربية ضد دول اوروبيا الشرقية ومن خلفها روسيا الاتحادية، فبموجب هذا التعريف تستطيع دول اوروبيا الغربية أن تقر ما اذا كان هذا الفعل الحادث هو فعل ارهابى ام لا، ومن ثم تستطيع ان تتدخل في الشؤون الداخلية لدول اوروبيا الشرقية أو على اقل تقدير تستطيع مساومتها سياسياً بما يخدم اغراضها وذلك كله في ظل الدور المرسوم لها في هذا الشأن من قبل الولايات المتحدة الأمريكية في هذه الاونة والذي يتمثل وكما قلناه سلفاً في ان تكون بمثابة القيم والحكم لمثل هذه الامور تجاه دول اوروبيا الشرقية، وذلك أيضاً في ظل قناعتها في تلك الفترة بأنه لن يصبها حادث إرهابى، فإمكاناتها الشرطية والمخابراتية لن تسمح بوقوع مثل هذا الحادث الارهابى داخل اراضيها فضلاً عن أن هذه الدول ترى في نظمها السياسية نظم ديمقراطية مثالية لا يأتيها الباطل ولا يعتريها فساد أو هوان ومن ثم فلن يتمكن الارهابيون من إختراق اراضيها واحداث مثل هذه الافعال الارهابية بهم ويشعوبهم وذلك طبعاً حسبما يعتقد هؤلاء، غير مدركين عن عمد أو عن جهل بأن الولايات

(١) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المرجع السابق، ص (٥٨)

المتحدة الأمريكية نفسها قد تستغل تبعيتهم غير المبصرة لها في السماح بإيقاع مثل هذه الحوادث الارهابية داخل اراضيهم لخدمة مخططاتها الاستراتيجية^(١)

وفي هذا الصدد نلاحظ ان دول اوروبا الغربية قد انطلقت في تعريفها للارهاب من إستغلالها أولا لأطر الشرعية الدولية السائدة والتي تربط بين الارهاب والعنف، ثم أعادت صياغة هذا الاطار الشرعى للارهاب بما يتوافق مع ظروف دول اوروبا الشرقية في تلك الاونة حيث يسهل إثارة النزاعات بها وذلك لما يسود داخلها من إختلافات عرقية أو فكرية أو دينية بشكل بين.

وإزاء ذلك فقد وجدنا تعريف البرلمان الاوروبى للارهاب الصادر في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١م يربط بين العنف الدال على الارهاب وبين النزاعات التي تعود لاسباب عرقية أو معتقدات ايديولوجية فكرية أو اصولية دينية، وهذا ان دل على شئ فأنما يدل على أن دول اوروبا الغربية بتعريفها للارهاب هذا - والمشار اليه سلفاً- إنما تقوم بتنفيذ مخطط استراتيجى وضعت له الولايات المتحدة الأمريكية، هذا المخطط الذى اختلق داخل مراكز البحوث الأمريكية لمرحلة ما بعد انهيار الاتحاد السوفيتى وهذه المرحلة تشمل محورين (الأول) منهما تضيق الخناق على روسيا الاتحادية من خلال فرض النفوذ الأمريكى بمعاونة حلفائه الغربيين على دول أوروبا الشرقية (والثانى) خلق خصم سياسى جديد على الساحة الدولية وتقليم أظافره أولاً بأول لهزيمته في الوقت المناسب وهذا الخصم الجديد هو العالم الإسلامى^(٢)

وقد يتم الطعن على رؤيتنا تلك التي تتمثل في قيام دول أوروبا الغربية باستغلال إزديادالرغبة الدولية لمكافحة الارهاب في تنفيذ مخطط استراتيجى وضعت لها مراكز البحوث الأمريكية للفترة التالية على الحرب

(١) د/ علاء الدين راشد، المشكلة فى تعريف الارهاب، المرجع السابق، ص(٨٥)

(٢) د/ محمود حجازى محمود، المرجع السابق، ص (٦٤)

الباردة على النحو المشار اليه سلفاً، بالقول بأن الواقع يدحض هذه الرؤية حيث أن حادث الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١م هو حادث مفاجئ لم تتوقعه الولايات المتحدة الامريكية، ولو كان هذا الحادث متوقفاً لانتظرت دول اوروبا وقوع الحادث لتضع تعريفاً للارهاب يتوافق معه ومع اثاره، دون ان تضع تعريفاً للارهاب في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١م ثم تجتمع بشكل مفاجئ في اجتماع غير عادى في ٢١ سبتمبر عام ٢٠٠١م بعد وقوع حادث الحادى عشر من سبتمبر ٢٠٠١م لتضع تعريفاً جديداً للارهاب يتوافق مع هذا الحادث الارهابى وآثاره.

ونحن من جانبنا نرد على هذا الطعن بالتذكير بما قلناه سلفاً حول طرق النهج التي تسلكها دول أوروبا الغربية عند مواجهتها للتحديات السياسية التي تعيقها وترغب في تجاوزها، ومن ثم فالتنا نرى أن دول أوروبا الغربية كانت قد اجتمعت في عام ٢٠٠١م للتداول والتشاور حول وضع مفهوم للارهاب الدولى يتواءم وطبيعة المرحلة التاريخية عقب تفكك الاتحاد السوفيتى ولكن فرض عليها من قبل الولايات المتحدة الامريكية التعجيل بوضع تعريف للارهاب الدولى خلال الأسبوع الأول من شهر سبتمبر عام ٢٠٠١م دون ابداء سبب قيم لهذا التعجيل، وذلك في ظل ما نرتأيه نحن في شأن علم الولايات المتحدة الامريكية المسبق لحادث الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١م وما نرتأيه كذلك من رغبتها في أن يبدو وكأنه مفاجئ.^(١)

وندلل على هذا العلم المسبق للولايات المتحدة الامريكية بحادث الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١م بإسبغ قواعد المنطق التي تقتضى بان من يخلق أمراً هو أعلم بتفاصيله وخباياه، والولايات المتحدة الامريكية - وبإعتراف السيدة/ هيلارى كلينتون وزيرة خارجية الولايات المتحدة الامريكية السابقة أمام إحدى لجان الكونجرس الامريكى - هى التي اختلفت تنظيم القاعدة ودعمته لوجستياً

(١) يراجع هذا البحث، ص (٣٨).

وبالمعلومات وبالاسلحة وذلك حتى يتمكن هذا التنظيم من مواجهة الاتحاد السوفيتي في أفغانستان ولا شك ان هذا الامر يقتضى بالضرورة - وفق ايسر قواعد المنطق - ان تكون المخابرات الامريكية مختزقة لهذا التنظيم وعلى علم كامل بمخططاته وهذا يرتب بالضرورة علمها المسبق بحادث الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١م^(١)

وإذا افترضنا جدلاً بأن المخابرات الامريكية - بكل أجهزتها التكنولوجية والبشرية وبكل الدعم الذى تناله من أجهزة المخابرات العالمية في ظل التعاون الدولي مع الولايات المتحدة لمكافحة الارهاب الدولي - لم يكن لديها علم مسبق بحادث الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١، فكيف نتجاهل ما أورده الرئيس بوش الابن في مذكراته عن هذه الفترة والتي عرضت على كثير من صحف وقنوات الولايات المتحدة الامريكية التليفزيونية والتي ذكر فيها ان رئيس احدى الدول العربية أخبره قبل وقوع هذا الحادث الارهابي بامكانية وقوع حادث ارهابي داخل الولايات المتحدة الامريكية دون ان يحدد له ماهية هذا الحادث تفصيلاً، وهذا ما أكد عليه حبيب العادلي وزير داخلية مصر الاسبق في اقواله التي ادلى بها اثناء دفاعه عن نفسه عند محاكمته في المحاكمة المشهورة اعلامياً بمحاكمة القرن وقد ادلى بأقواله تلك في شهر اغسطس عام ٢٠١٤، حيث ذكر بانّه أخبر الرئيس المصرى الاسبق حسنى مبارك في شهر مايو عام ٢٠١١م بان لديه معلومات استخباراتية مؤكدة تشير بان هناك عمل ارهابي ضخم سيحدث داخل الولايات المتحدة الامريكية وانه حصل على موافقة من الرئيس المصرى الاسبق مبارك بابلاغ جهاز المخابرات الفيدرالى الامريكى CIA بذلك.

ولا شك ان ذلك كله يدل بوضوح على صحة ما قلناه سلفاً حول علم الولايات المتحدة الامريكية المسبق بحادث الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١م، ومن ثم فهو يدعم رؤيتنا التي ذكرناها سلفاً حول ورود

(١) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المرجع السابق، ص(٣٧٠).

تعريف الارهاب من قبل الاتحاد الاوروى فى ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١م على نحو يخدم مخطط استراتيجى وضعتة الولايات المتحدة الامريكىة وتنفذه هى بنفسها وبالتعاون مع حلفائها الغربىين^(١)

واذا كان ما سبق هو تقييم سياسى لمفهوم الارهاب الدولى المقرر من قبل البرلمان الاوروى فى ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١م، فإن تقييمنا القانونى لهذا المفهوم يتمثل فى كون هذا المفهوم يخلط بين الارهاب الداخلى والارهاب الدولى، هذا فضلا عن خلطه بين الغايات المبتغاه للعمل الارهابى ما بين سياسى أو فكرى أو دينى أو حتى اقتصادى، ومن ناحية اخرى فان هذا التعريف قاصر على فعل العنف المادى الملموس وبالتالى يخرج عن نطاقه الارهاب الاقتصادى وكذا الارهاب التكنولوجى

ومن جانب اخر فإننا نرى أنتوصية البرلمان الاوروى باستبعاد الكفاح المسلح من اجل التحرر من نطاق مفهوم الارهاب الدولى، تؤكد على ما ذكرناه سلفاً فى شأن تقييمنا السياسى لمفهوم الارهاب الذى وضعه البرلمان الاوروى فى ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١م حيث أن الخلط بين ماهو كفاح مسلح من أجل التحرر وما هو صراع من أجل سبب انفصالى والذى بدا واضحا بين جنبات دول أوروبا الشرقية عقب انفصالها عن الاتحاد السوفيتى سيجعل بالضرورة من أوروبا الغربية والتى تعتبر مثلاً يحتذى به فى التقدم الحضارى والنمو بمثابة القيم والحكم على هذا الأمر^(٢)

وفى هذا الشأن نلاحظ ان البرلمان الاوروى كان قد أوصى باعتبار الاعمال الجنائىة التى تهدف الى تغيير البنية السياسية او الاقتصادية او الاجتماعية او البيئىة فى دول يحكمها سيادة القانون من خلال اللجوء الى العنف او التهديد باستخدامه أعمالاً إرهابىة فى الاتحاد الاوروى، وتمتيز عن أعمال المقاومة فى دول أخرى ضد أنظمة دولة تستخدم مناهج ارهابىة

(١) د/ محمود حجازى محمود، المرجع السابق، ص(٦٤)

(٢) د/ علاء الدين راشد، المشكله فى تعريف الارهاب، المرجع السابق،

والتوصية على هذا النحو تؤكد أيضا على ما سبق أن ذكرناه في شأن تقييمنا السياسي لمفهوم الارهاب الدولي الذى وضعه البرلمان الأوروبي في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١م، فوفقاً لهذه التوصية فإن الاعمال الجنائية العنيفة تعد أعمالاً ارهابية اذا ما وقعت في دول يسودها حكم القانون، وذات الاعمال لا تعد أعمالاً ارهابية اذا ما وقعت في دول لا يسودها حكم القانون، ولا شك ان دول اوربا الغربية تعتبر نفسها - وكما قلنا سلفاً - دول يسودها حكم القانون وما عداها من دول اوربا الشرقية هى دول لا تزال غير خاضعة لحكم القانون على النحو المأمول والمخطط له من قبل الولايات المتحدة الامريكية ودول اوربا الغربية، ومن هذا المنطلق تستطيع دول اوربا الغربية ان تمارس دورها كقيم وحكم في هذا الشأن وهو ما سبق ان اوضحناه تفصيلاً^(١)

وقد يطعن كذلك على رؤيتنا تلك بالقول بان تعريف البرلمان الأوروبى في شأن مكافحة الإرهاب الصادر في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١ هو قاصر فقط على دول الاتحاد الأوروبى ومن ثم فلا يجوز النظر اليه على انه يدخل ضمن المخطط الاستراتيجى الأمريكى تخريطة العالم الجديد الذى ستقوده الولايات المتحدة الأمريكية خلال هذه الحقبة التاريخية وهذا القول مردود عليه من عدة نواحي هى كما يلي:

أولاً: اتفاقية الاتحاد الأوروبى هى إتفاقية لمنظمة اقليمية، ومن ثم فان ما يصدر عنها يعد أحد مصادر القانون الدولي العام ومن ثم يجوز الاعتماد به، وهذا الامر ينطبق بلا أدنى مجال للشك على تعريف البرلمان الأوروبى في مكافحة الإرهاب الصادر في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١

ثانياً: ان الغاية الرئيسية من تعريف البرلمان الأوروبى في شأن مكافحة الإرهاب الصادر في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١ هى القضاء على البقية الباقية من نفوذ الاتحاد السوفيتى المنحل في دول اوربا الشرقية، وذلك باخضاع هذه الدول - المستقلة حديثاً آنذاك عن الاتحاد السوفيتى -

(١) د/ يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص (٣٥)

لتفوذ دول أوروبا الغربية وذلك من خلال إطار محدد ومرسوم مسبقاً للشرعية الدولية، حيث كان ذلك التعريف بمثابة تفعيل لتعريف الارهاب الدولي الصادر من خلال اتفاقية عام ١٩٣٧ التي لم تدخل حيز النفاذ والسائد عرفاً بين الدول الأوروبية^(١)

ثالثاً: ان تعريف البرلمان الاوروبي للارهاب الصادر في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١ وما يترتب عليه من اثار، يعد بمثابة الخطوة التمهيدية للخطوة الرئيسية الواجب إتخاذها في المخطط الاستراتيجي الامريكى لهذه المرحلة التاريخية، وتمثل هذه الخطوة التمهيدية في القضاء على أي امكانية لعودة الاتحاد السوفيتي من جديد، مما يرتب بالضرورة عدم وجود ظهير لذلك الخصم السياسي الجديد المختلق من قبل الولايات المتحدة الامريكية وهو العالم الاسلامي وذلك كله حتى تكون نتيجة الصراع المزمع عقده بين الولايات المتحدة وذلك الخصم السياسي الجديد (العالم الاسلامي) شبه محسومة لصالحها.

رابعاً: من المعروف أن تنفيذ المخطط الاستراتيجي الامريكى في هذه المرحلة التاريخية لا بد وأن يتم من خلال التعاون الوثيق بين الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين، ذلك التعاون الذي يبدو كتعاون فريق عمل جماعي كل فرد فيه له دور محدد ومرسوم مسبقاً لخدمة العمل النهائي المنوط اخراجه لصالح ذلك الفريق^(٢)

وفي هذا الاطار وضع البرلمان الاوروبي تعريفاً للارهاب في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١م ليكون بمثابة الخطوة التمهيدية للخطوة التي ستقوم بها الولايات المتحدة الامريكية في وقت لاحق لتنفيذ ذلك المخطط الاستراتيجي، وذلك كله من خلال قيام كل عضو في الفريق الغربي بالدور المحدد والمرسوم له.

(١) د/ سامي جاد عبد الرحمن واصل، المرجع السابق، ص (١٦٠)

(٢) د/ عادل عبد الله المسدي، المرجع السابق، ص (١١٥)

والامر الذي قامت به دول اوربوا الغربية في هذا الشأن - من خلال وضع البرلمان الاوروبى لتعريف الارهاب في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١ - أشبه بهدم حصونالدفاع للخصم السياسى قبل البدء في افتعال المعركة معه حتى لا يجد سندا يأوى اليه عند اشتعال فتيل المعركة ومن خلال كل ما سبق ذكره يمكن أن نخلص الى أن هناك الكثير من أوجه العوار السياسية وأوجه القصور القانونية تتاب تعريف البرلمان الاوروبى في مكافحة الارهاب الصادر في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١ م

ب- مفهوم الارهاب في ظل اتفاقية الاتحاد الاوروبى بعد الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ :

ما ان وقع حادث البرجين الشهير بالولايات المتحدة في الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ حتى اتخذت الاجراءات القانونية اللازمة على الساحة الدولية لاستكمال المخطط الاستراتيجى الامريكى لهذه المرحلة التاريخية^(١)

وبدأت كل من الولايات المتحدة الامريكية من جانب وحلفائها الغربيين من جانب آخر في أداء الدور المنوط بها القيام بادائه على النحو المطلوب، فها هى الولايات المتحدة الامريكية تستغل الحادث الواقع على اراضيها احسن استغلال بالاستعانة بقدراتها الاعلامية ذات الكفاءة العالية في تسخير مجلس الامن لاستصدار القرارات التي تعمل على تنفيذ مخططاتها الاستراتيجية في اطار من الشرعية الدولية، والولايات المتحدة تقوم بدورها هذا معتمدة على دعم حلفائها الغربيين في التضامن معها في المطالبات التي تطالب بها، وها هى دول اوربوا الغربية تقوم باداء دورها المنوط بها القيام به بعد وقوع حادث الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ بوضع اطار جديد لمكافحة الارهاب يتناسب مع الاستغلال الامثل لحادث الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١، ودول اوربوا الغربية في ذلك تفعل الطريق الثانى من طرق مواجهتها للتحديات السياسية التي تعيقها والمشار اليه سلفاً والذي يتمثل في استغلال الظروف والاحداث الطارئة لخلق اطر

(١) د/ عادل عبد الله المسدى، المرجع السابق، ص(١٠٩)

من الشرعية الدولية التي تُخدم الأغراض السياسية المبتغاه^(١)، والدول الغربية في ذلك الأمر كانت على يقين بتضامن الولايات المتحدة الأمريكية معها فيما تقوم به من إجراءات في هذا الشأن كما هو حال تضامن الدول الغربية مع الولايات المتحدة الأمريكية في مطالبتها مجلس الأمن لاستصدار قرارات منه تتناسب مع مواجهة الإرهاب على النحو الذي تبتغيه.

ولإزاء ذلك يمكن القول بأن الولايات المتحدة ودول أوروبا الغربية كانا يقومان بالعمل في هذا الشأن كفريق واحد لكل دوره المنوط به القيام بادائه، الولايات المتحدة تستصدر قرارات من مجلس الأمن بدعم من حلفائها الغربيين لمواجهة الإرهاب على النحو الذي يُخدم مخططاتها الاستراتيجية لهذه المرحلة التاريخية ودول أوروبا الغربية يستكملون العمل من خلال الإطار الاقليمي لاوروبا حتى يكون في الامكان مطالبة كافة المنظمات الاقليمية بالقيام بذات الدور، والاخيرة (المنظمات الاقليمية) في الغالب الاعم تضع قواعد في ذات الشأن تكاد تكون بمثابة ترجمة حرفية لما تضعه المنظمة الاوروبية^(٢).

وتفعيلاً لكل ما سبق نجد ان المجلس الاوروبي وفي اجتماع غير عادي انعقد في ٢١ سبتمبر عام ٢٠٠١م وتوصل المجتمعون فيه لتوافق يقضى بضرورة وجود تعريف اوروبي جديد للإرهاب، وعليه فقد توصل مجلس الاتحاد الاوروبي في ٦ ديسمبر عام ٢٠٠١م الى توافق بشأن وضع قرار اطارى فيما يتعلق بمكافحة الإرهاب.

وفي ١٢ يونيو عام ٢٠٠٢م اعتمد مجلس الاتحاد الاوروبي تعريفاً موحداً للافعال الارهابية وهذا التعريف ميز بين ثلاث فئات من الجرائم:

الاولى: منها هي الجرائم الارهابية

والثانية: هي الجرائم التي تتعلق بالجماعة الارهابية

اما الثالثة: فهي تلك التي تتعلق بالانشطة الارهابية

(١) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والإرهاب، المرجع السابق، ص (٣١)

(٢) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المرجع السابق، ص (٥٨)

والملاحظ هنا ان الاتحاد الاوروبى قام بوضع اطار جديد لمكافحة الارهاب يختلف كلياً عن ذلك الذى وضعه البرلمان الاوروبى في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١م، والمؤكد ان هذا الاطار الجديد لمكافحة الارهاب يتواءم ويتلائم مع المخطط الاستراتيجى لهذه المرحلة التاريخية الذى وضعته وتسعى لتنفيذه الولايات المتحدة.^(١)

ونحن من جانبنا سنعرض لهذه الاطار الجديد الذى وضعه الاتحاد الاوروبى لمكافحة الارهاب حتى نوضح كيفية موافقته وتلائمه للمخطط الاستراتيجى لهذه المرحلة التاريخية الذى وضعته وتنفذه الولايات المتحدة الامركية وسيكون ذلك منا من خلال النقاط التالية :

س: الاطار الاوروبى الجديد لمكافحة الارهاب. ص- موافقة هذا الاطار الاوروبى الجديد للمخطط الاستراتيجى الامريكى وسنعرض لذلك تفصيلاً على النحو التالى:

س: الاطار الاوروبى الجديد لمكافحة الارهاب : نعرض لهذا الاطار الاوروبى الجديد من خلال العرض للثلاث فئات من الجرائم المشار اليها سلفاً، وسيكون ذلك مناكماً يلى :

١- **الجرائم الارهابية** : نصت المادة الاولى من القرار الاطارى الاوروبى الجديد بشأن مكافحة الارهاب على ان تقوم كل دولة عضو باتخاذ التدابير اللازمة لتجريم الافعال التالى ذكرها في قانونها الداخلى كجرائم ارهابية متى كانت هذه الافعال بطبيعتها تؤدي للاضرار الجسيم بدولة ما او منظمة دولية معينة وذلك عندما يكون الغرض من ارتكابها أحد الامور التالية:^(٢)

١. الترويع الجسيم للسكان.
٢. اجبار حكومة ما او منظمة دولية معينة على القيام بعمل ما أو الامتناع عن عمل ما.

(١) د/ علاء الدين راشد، المرجع السابق، ص (٨٦)

(٢) د/ علاء الدين راشد، المشكلة فى تعريف الارهاب، المرجع السابق، ص

٣. تفويض أو اهلاك جسيم للهيكل الاساسية او الدستورية او الاقتصادية او الاجتماعية الاساسية للدولة ما او منظمة دولية معينة وهذه الافعال التي تجلب بمخافة جرائم ارهابية تتمثل في الاتي :

١. الاعتداء على حياة شخص بما قد يسبب موته
٢. الاعتداء على السلامة الجسدية لشخص
٣. الخطف او احتجاز رهائن
٤. إحداث تدمير شديد لمرفق حكومي أو مرفق عام أو لنظام النقل أو لمرفق بنية اساسية، بما في ذلك نظم المعلومات او للمنصات الثابتة المقامة على الجرف القارى او لمكان عام او لممتلكات خاصة مما يحتمل معه ان تعرض للحظر حياة الانسان او ينتج عنه خسارة اقتصادية فادحة
٥. الاستيلاء على الطائرات او السفن او غيرها من وسائل نقل الجمهور أو البضائع
٦. صنع أو حيازة أو إحراز أو نقل أو امداد أو استخدام اسلحة او متفجرات أو اسلحة نووية أو بيولوجية او كيميائية وايضاً اجراء الابحاث أو تطوير تلك الاسلحة
٧. تعطيل امدادات المياه أو الطاقة او اية موارد طبيعية اساسية يكون من اثارها تعريض حياة الانسان للخطر
٨. التهديد بارتكاب أى من الافعال السالف ذكرها

وبعيداً من الاثر السياسي المترتب على هذا الاطار الاوروبى الجديد لمكافحة الارهاب والذي سنعرض له في نقطة لاحقة من هذا البحث، فان ما اورده بشأن تعريفه للعمل الارهابى يظهر فيه من الناحية القانونية البحتة بعض الجوانب الايجابية وكذا بعض الجوانب السلبية^(١)

(١) د/ محمد عبد العزيز سهل، المرجع السابق، ص(٧٩)

فمن الجوانب الايجابية من الناحية القانونية البحتة التي وردت على مفهوم العمل الارهابى في هذا الاطار الاوروبى الجديد لمكافحة الارهاب هو القدرة على تلافي كثير من اوجه القصور القانونية التي انتابت التعريفات السابقة للعمل الارهابى وذلك في شق من هذا التعريف للعمل الارهابى، حيث احتوى هذا الشق من مفهوم العمل الارهابى في الاطار الاوروبى الجديد على عناصر جديدة لم تحتويها مفاهيم العمل الارهابى في التعريفات السابقة، حيث أشار الاطار الاوروبى الجديد في شق من تعريفه للارهاب لأشكال اخرى تضاف الى العنف بشكله المعتاد والمتعارف عليه

فقد أشار الاطار الاوروبى الجديد في شق من تعريفه للارهاب الى الارهاب الاقتصادى وايضاً الى الارهاب النووى وكذلك الى الارهاب البيولوجى كما اشار للارهاب الكيمى و اشار بشكل عام للارهاب التكنولوجى^(١)

ومن ناحية اخرى فقد احتوى مفهوم الارهاب في ذلك الاطار الاوروبى الجديد على عنصر موضوعى واخر شخص لم يشر اليهما في التعريفات السابقة للارهاب.

حيث أشار الاطار الاوروبى الجديد فى تعريفه للارهاب الى عنصر موضوعى يتمثل في ان العمل الارهابى يتم ارتكابه بغية التأثير على ارادة دولة ما او منظمة دولية معينة للقيام بعمل ما أو للامتناع عن القيام بالعمل معين.

كما أشار الاطار الاوروبى الجديد في تعريفه للارهاب الى عنصر شخصى يتمثل في أن العمل الارهابى يتم ارتكابه بغية تقويض أو إهلاك جسيم للهياكل السياسية أو الدستورية أو الاقتصادية أو الاجتماعية

(١) د/ علاء الدين راشد، المرجع السابق، ص (٨٩)

الاساسية للدولة ما أو منظمة معينة مما يعنى ان محل العمل الارهابى لا بد وأن يكون دولة ما أو تنظيم معيناًي شخص قانونى دولي^(١)

ومن الجوانب السلبية من الناحية القانونية البحة التي وردت على مفهوم العمل الارهابى في هذا الاطار الاوروبى الجديد فتمثل في الخلط الواضح بين جرائم الارهاب الداخلى وجرائم الإرهاب الدولي وذلك في شق من تعريف العمل الارهابى الوارد بالاطار الاوروبى الجديد ويتضح ذلك جليا من خلال مايلى :

(اولاً) إلزام الدول بثقنين الاعمال الواردة بالتعريف في قانونها الوطنى وهى بذلك تجعل من مخالفة القوانين الواردة في هذا الشأن جرائم ارهاب داخلية وليست جرائم ارهاب دولية

والتسليم بهذا الأمر يخرج مرتكب هذا الفعل الارهابى من نطاق العقوبات الدولية والاكتفاء بالعقوبات الواردة في القوانين الداخلية لمجابهة هذا الفعل الارهابى

(ثانياً) تحديد بعض الافعال حصراً في التعريف على أنها هى الاعمال الارهابية، يخرج ما عداها عن نطاق الاعمال الارهابية رغم ان الاخيرة قد تكون اشد تأثيراً مثل أعمال القرصنة الالكترونية^(٢)

(ثالثاً) بعض الافعال الواردة في التعريف هى واردة في الاصل في كافة التشريعات على انها أعمال إجرامية وليست أعمال ارهابية وإخراجها من نطاقها القاعدى وإدخالها في نطاق قواعد الارهاب قد يكون مؤثراً بالسلب على امكانية فرض سلطة القانون الوطنى في هذا الشأن، خاصة وان هذه الافعال المشار اليها قد ترتبط بشكل أو بآخر بنص المادة الثانية او نص المادة الثالثة من الاطار الاوروبى الجديد، وتوضيح ذلك نشير الى ما ورد في المادة الاولى من الاطار الاوروبى الجديد الذى نص صراحة على أنه "تعد جرائم ارهابية ما يلى :

(١) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المرجع السابق، ص (٢٧٣)

(٢) د/ محمد سعادى، المرجع السابق، ص (٦١)

١. الاعتداء على حياة شخص بما قد يسبب موته

٢. الاعتداء على السلامة الجسدية لشخص

والجرائم المشار إليها سلفاً هي جرائم داخلية في كافة التشريعات الداخلية للدول ولها قواعد قانونية محددة سواء في التجريم أو في العقاب ومن ثم فتفعيل ما ورد بالمادة الأولى من الاطار الاوروبى الجديد لمكافحة الارهاب يخرج هذه الجرائم من اطارها القاعدى المشار اليه سلفاً لاطار قاعدى جديد يتواءم مع ما جاء بالاطار الاوروبى الجديد لمكافحة الارهاب، وهو ما قد يكون له تأثير بالغ الخطورة في شأن فرض سلطة القانون الوطنى (القاعدية والعقابية)، وذلك في ظل امكانية ارتباط هذه الجرائم الواردة في المادة الاولى من الاطار الاوروبى الجديد لمكافحة الارهاب بتلك الواردة في المادة الثانية والثالثة من ذات الاطار، حيث يكون من الميسور والمقبول حينئذ - وفقاً لقواعد القانون الدولى - التدخل فى الشؤون الداخلية للدول استناداً على هذا الأمر^(١)

٢- الجرائم المتعلقة بجماعة ارهابية :

بعد ان اضاف الاطار الاوروبى الجديد لمكافحة الارهاب في مادته الاولى عناصر جديدة لمفهوم الارهاب لم تكن تحتويها المفاهيم السابقة للارهاب - والتي كانت تقصر الارهاب على الاعمال العنيفة - جاءت المادة الثانية من هذا الاطار على نحو يؤكد ما أسلفناه حول الطريق الثانى من طرق الدول الغربية في مواجهة التحديات السياسية التي تعيقها بشكل عام والتي تتمثل في إستغلال الظروف والاحداث الطارئة لخلق أطر من الشرعية الدولية بما يخدم الاغراض السياسية المبتغاه

وحيث ان الاغراض السياسية المبتغاه تتمثل في اتخاذ اللازم لمجابهة الخصم السياسى الجديد على الساحة الدولية وهو العالم الاسلامى من منطلق ان هذا الخصم الجديد يدعم الارهاب

(١) د/ علاء الدين راشد، المشكلة فى تعريف الارهاب، هامش ص (٩١)

لذا فقد اختلقت هذه المادة الثانية من القرار الاطاري الاوروى الجديد في شأن مكافحة الارهاب وقد اشارت هذه المادة الثانية لنوع جديد من الاعمال الارهابية لم يكن معروفاً من قبل وهو الجرائم المتعلقة بجماعة ارهابية^(١)

والجرائم المتعلقة بجماعة ارهابية تتمثل إما في جريمة قيادة جماعة ارهابية وإما في جريمة المساهمة في أنشطة جماعة ارهابية وذلك بتقديم معلومات أو موارد مادية أو بتمويل أنشطتها بأي شكل مع العلم بان تلك المساهمة سوف تنصرف الى الأنشطة الجنائية للجماعة الارهابية

وفي الوقت الذى حددت فيه المادة الثانية من القرار الاطاري الاوروى تلك الجرائم المتعلقة بالجماعة الارهابية، فإن ذات المادة الثانية من ذات القرار الاطاري الاوروى الجديد قد عرفت الجماعة الارهابية بانها "جماعة هيكلية مكونة من اكثر من شخصين ومنشأة لمدة من الزمن يعملون معاً من اجل ارتكاب جريمة ارهابية"، كما ذكرت ذات المادة الثانية من ذات القرار الاطاري الاوروى الجديد ان المقصود بالجماعة الهيكلية هي "جماعة ليست مكونة عشوائياً وذلك لارتكاب جريمة بشكل فوري ولا تحتاج إلى تحديد أدوار أعضائها أو إستمرار عضويتهم أو تطوير هيكلها"^(٢)

والامر على هذا النحو - ويعيداً عن الشق السياسي المرتبط به والذي سنعرض له في نقطة لاحقة من هذا البحث - يعد بمثابة استكمال مقصود لقواعد قانونية في شأن تجريم العمل الارهابى وكل ما يرتبط به من اشخاص وأنشطة

وإذا كانت المادة الاولى من القرار الاطاري الاوروى الجديد - والسالف ذكرها - قد جرمت العمل الارهابى، وإذا كان المتعارف عليه انه لا يمكن تجريم الشخص الا بناء على ما يرتكبه من أعمال اجرامية، لذا

(١) د/ سامى جاد عبد الرحمن واصل، المرجع السابق، ص (١٥٤)

(٢) د/ محمد عبد العزيز سهل، المرجع السابق، ص (٨٠)

فقد جاءت المادة الثانية من ذات القرار الاطار الاوروبي الجديد لتستكمل تجريم ما يرتبط بالعمل الازهابي من اشخاص
لذا فقد نصت المادة الثانية من القرار الاطارى الاوروبى الجديد
على تجريم انتماء الاشخاص لتنظيم إرهابى أو لنقل تجريم انتماء
الاشخاص لجماعة ارهابية

وحيث انه لم يكن مجرمًا من قبل التنظيم الارهابى أو الجماعة
الارهابية، لذا فقد أوردت المادة الثانية تعريفاً للتنظيم الارهابى أو لنقل
للجماعة الارهابية حيث ذكرت المادة الثانية ان المقصود بالجماعة الارهابية
(المقصود بالتنظيم الارهابى) هى "جماعة هيكلية مكونة من اكثر من
شخصين منشأة لمدة من الزمن يعملون معاً من اجل ارتكاب جريمة
ارهابية"^(١)

ونظراً لان الجريمة الارهابية قد تحددت وفقاً للمادة الاولى من القرار
الاطارى الاوروبى الجديد، ونظراً لانه لم يحدد مقصود الجماعة الهيكلية
الوارد في تعريف الجماعة الارهابية السالف ذكره

لذا فقد اضاف القرار الاطارى الاوروبى الجديد تعريفاً للمقصود
بالجماعة الهيكلية، فذكر ان المقصود بالجماعة الهيكلية "هى جماعة ليست
مكونة عشوائياً وذلك لإرتكاب جريمة بشكل فوري ولا تحتاج الى تحديد
ادوار أعضائها أو استمرار عضويتهم أو تطوير هيكلها"

وإزاء ما سبق تستطيع دول الاتحاد الاوروبى وخاصة الغربية منها
الصاق تهمة الارهاب لأي شخص حتى ولو لم يرتكب أي عمل من
الاعمال الارهابية الواردة في المادة الاولى من القرار الاطارى الاوروبى
الجديد والمشار اليها سلفاً، وذلك بالادعاء بأنتمائه لجماعة ارهابية^(٢)

وها هو تعريف الجماعة الارهابية (التنظيم الارهابى) قد ورد على
اتساع يسمح بالصاق تهمة الإلتواء اليها بمتتهى السهولة واليسر.

(١) د/ علاء الدين راشد، المشكلة فى تعريف الارهاب - المرجع السابق، ص
(٩٢)

(٢) د/ محمد سعادى، المرجع السابق، ص (٦٢)

وهكذا فقد جاءت المادة الثانية من القرار الاطاري الاوروبي الجديد على نحو يؤثم مالميس مؤثماً قانوناً .

وإذا كان في الامكان من الناحية التشريعية تأييم مالميس مؤثماً قانوناً بوضع إطار قاعدي واخر عقابي للافعال المراد تأييمها ، فالمستهجن في هذا الشأن هو ان تأتي هذه الأطر القاعدية والعقابية مناقضة لأبسط القواعد القانونية المتفق عليها في القوانين الوطنية^(١)

ولإيضاح ذلك نذكر مثلاً واحداً بسيطاً ، فلنفرض مثلاً ان هناك شخص وفي حضور آخر قام بتقديم سلاح لشخص ثالث ليرتكب به هذا الشخص الثالث جريمة وقام هذا الأخير بارتكاب هذه الجريمة فعلاً ، فلا شك ان هذا الشخص الاخير مؤثم قانوناً ويعاقب بصفته فاعل اصلي ، وفي ذات الوقت فإن الشخصين الاول والثاني قد يعاقبا هما ايضاً بصفتهما شركاء في الجريمة ، ولكن وعلى العكس من ذلك فإنه اذا لم يقم هذا الشخص الاخير بارتكاب جريمة بهذه السلاح فإنه لا يعاقب عن الجريمة التي اتتوى ارتكابها لان القانون لا يعاقب على النوايا ، وفي ذات الوقت فان الشخصين الاولين لا يعاقبا عن ذات الجريمة لان القانون لا يعاقب على الاعمال التحضيرية .

ولكن وعلى النقيض من ذلك فإنه وفقاً للمادة الثانية من القرار الاطاري الاوروبي الجديد واستكمالاً لما ورد بالمادة الاولى من ذات القرار الاطاري والتي توجب تجريم الافعال الواردة بهذا القرار الاطاري في القانون الوطني ، نجد أن هؤلاء الاشخاص المشار اليهم بالمثل السالف ذكره متهمون بارتكاب فعل خطير ، فهم وفقاً لنص المادة الثانية وتفعيلاً للمادة الاولى من القرار الاطاري المشار اليه سلفاً متهمون بإتمائهم لجماعة ارهابية رغم أن الفعل الارهابي في حد ذاته لم يقع بعد ، فهم جماعة هيكلية مكونة من اكثر من شخصين وهي جماعة ليست مكونة عشوائياً حيث انها شكلت لإرتكاب جريمة ارهابية وردت في المادة الاولى

(١) د/ علاء الدين راشد ، المشكلة في تعريف الارهاب ، المرجع السابق ، ص (٩١)

من القرار الاطاري الاوروبي الجديد والتي تتمثل في الاعتداء على حياة شخص بما قد يسبب موته وحسبما ورد بالمادة الثانية من القرار الاطاري ليس شرطاً وجود تسلسل رئاسي لهذه الجماعة الهيكلية وغير مشروط كذلك استمرار عضويتهم فيها ويكفي فقط العلم بان المساهمة او المشاركة مع هذه الجماعة قد تؤدي لعمل ارهابي من تلك الاعمال الارهابية الواردة في المادة الاولى من القرار الاطاري الاوروبي الجديد، والملاحظ على المادة الثانية من القرار الاطاري أنها وسعت كثيراً في التعريف بهذه المساهمة أو المشاركة إذ لا تكتفي بمجرد تمويل أنشطة هذه الجماعة بالأسلحة مثلاً ولم تكتفي بمجرد تمويل هذه الجماعة بالموارد المالية بل إعتبرت الأمر يعد مشاركة أو مساهمة مع هذه الجماعة وبالتالي يعد إنتماء لها كذلك في حالة تقديم معلومات لها عن محل العمل الارهابي^(١)

وهذا الامر ان دل على شئ فإنما يدل على ان هذا النص قد ورد على هذا النحو لخدمة غرض مقصود يتمثل في إعطاء إمكانية الادعاء على شخص ما أو أشخاص محددين بانه إرهابي أو أنهم إرهابيون لكونهم ينتمون لجماعة ارهابية على النحو المشار اليه سلفاً، وهذا الامر على هذا النحو يخرج القاعدة القانونية الموضوعية في هذا الشأن من إطار قانوني لإطار آخر قد يكون سياسياً على النحو الذي سنوضحه في نقطة لاحقه من هذا البحث

٢- الجرائم المرتبطة بالانشطة الارهابية :

إذا كانت المادة الثانية من القرار الاطاري الاوروبي الجديد قد جاءت على نحو يعد بمثابة استكمال مقصود لقواعد قانونية في شأن تجريم كل ما يرتبط بالعمل الارهابي من أشخاص . فإن المادة الثالثة من القرار الاطاري الاوروبي الجديد قد جاءت على نحو يعد بمثابة استكمال مقصود لقواعد قانونية في شأن تجريم كل ما يرتبط بالعمل الارهابي من أنشطة.^(٢)

(١) د/ محمد عبد العزيز سهل ، المرجع السابق ، ص (١٣٤ ، ١٤٦)

(٢) د/ علاء الدين راشد ، المشكلة في تعريف الارهاب ، ص (٩٢)

ولإيضاح ذلك نجد أن المادة الثالثة من القرار الاطاري الاوروى الجديد تؤم بعض الافعال التي هي في الاصل مؤتمة من القوانين الوطنية ولكن هذه المرة من منطلق ارتباطها غائياً بالجرائم الارهابية وهذه الافعال هي السرقة المشددة والابتزاز وتزوير الوثائق.

وحتى يتم إلزام الدول الاوروية بإتخاذ التدابير اللازمة لجعل هذه الافعال مؤتمة في قوانينها الوطنية من منطلق إرتباطها بأنشطة إرهابية فقد اشترط القرار الاطاري الاوروى الجديد في المادة الثالثة منه - ان ترتكب هذه الافعال - المشار إليها سلفاً - بغية إرتكاب احد الافعال الارهابية الواردة في المادة الاولى من ذات القرار الاطاري الاوروى الجديد . ونحن من جانبنا لنا بعض الملاحظات على هذا الأمر، وهذه الملاحظات منها ما هو مرتبط بالنواحي السياسية وهذا سنحيل اليه في نقطة لاحقة من هذا البحث، ولكن نشير هنا فقط الى اننا نوهنا لهذه الملاحظات السياسية على هذه المادة الثالثة من القرار الاطاري الاوروى الجديد في السطور السابقة عندما ذكرنا أن المادة الثالثة من القرار الاطاري الاوروى الجديد قد جاءت على نحو يعد بمثابة استكمال مقصود..... في شان تجريم كل ما يرتبط بالعمل الارهابي من أنشطة^(١)

أما من الناحية القانونية فإن المادة الثالثة من القرار الاطاري الاوروى الجديد قد جاءت على نحو يؤكد الخلط بين الارهاب الداخلي والارهاب الدولي

هذا فضلا عن ان الاخذ بهذه المادة في القوانين الوطنية سيخرج بعض الجرائم التي ترتكب في النطاق الداخلي للدولة من الاطار القاعدي المرتبط بالقوانين الوطنية للاطار القاعدي المرتبط بالقانون الدولي العام، وذلك اذا ما تم النظر إليها في ذات وقت تفعيل المادة الثانية من القرار الاطاري الاوروى الجديد في شأن الجرائم المتعلقة بالجماعة الإرهابية، وذلك كله في ظل سهولة الادعاء بأن هذه الجريمة الداخلية أو تلك ترتبط

(١) د/ محمود حجازى محمود، المرجع السابق، ص(٢١٣)

بشكل أو بآخر بجرائم غسيل الاموال ، وهذا كله يؤدي بالضرورة لامكانية التدخل في الشؤون الداخلية للدول من هذا المنطلق ، وهو ما يؤكد على البعد السياسي في هذا الامر^(١) ، والذي سنتعرض لهفي النقطة التالية من هذا البحث

ص - موانمة هذا الاطار الاوروي الجديد للمخطط الاستراتيجي الامريكي (البعد السياسي) :

كنا قد اشرنا في نقطة سابقة من هذا البحث للمخطط الاستراتيجي الامريكي لما هو قبل الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ وما هو بعد الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ م

وكنا قد عرضنا تفصيلاً لذلك المخطط الاستراتيجي الامريكي لما هو قبل الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ ، في شأن القضاء على البقية الباقية من نفوذ الاتحاد السوفيتي المنهار ، وفي شأن فرض نفوذ دول اوروبا الغربية بشكل عام ونفوذ الولايات المتحدة الامريكية بشكل خاص على دول اوروبا الشرقية وذلك كله لمحاصرة روسيا الاتحادية - الوريث الشرعي للاتحاد السوفيتي - جغرافياً وسياسياً ، وذلك للحد من أي نفوذ محتمل لروسيا الاتحادية خلال الفترة التاريخية اللاحقة التي سيكون متواجداً فيها على الساحة الدولية خصم سياسي جديد ، سيولد مقيداً ومنبوذاً ، وسيقب العالم بأسره - بما فيهم بعض المنتمين لهذا الخصم المحتمل والمنبوذ - بجانب الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين اثناء محاولتهم القضاء عليه سياسياً وقانونياً وعسكرياً^(٢)

ونظراً لكون روسيا الاتحادية كانت تمثل الوريث الشرعي للاتحاد السوفيتي وكانت الدولة الوحيدة التي ورثت الترسانة النووية والعسكرية الخاصة بالاتحاد السوفيتي

لذلك فإنه خشية من الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين من أن تقوم لروسيا الاتحادية قائمة اثناء محاربتهم للخصم السياسي الجديد

(١) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان ، المرجع السابق ، ص (٣٧٤)

(٢) د/ عادل عبد الله المسدي ، المرجع السابق ، ص (١٣١)

على الساحة الدولية ذلك الذى يعد ممثلاً للعالم الاسلامى ، إرتأت الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين ضرورة حصار روسيا الاتحادية سياسياً وجغرافياً وذلك بوضع قوى ذات نفوذ في الدول المجاورة لروسيا الاتحادية على ان تكون هذه القوى مناوئة لنفوذ روسيا الاتحادية وتخضع بشكل أو بآخر لنفوذ الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين

ولإزاء ذلك أخذت إولايات المتحدة الامريكية خطوات عملية في هذا الشأن تلاحظ بشكل جلى فيما حدث في يوجوسلافيا ودول أوروبا الشرقية مثل بولندا وتشيكوسلوفاكيا وليتوانيا وحتى الدول الملاصقة جغرافياً لروسيا مثل جورجيا وأوكرانيا والتي كانت بمثابة امتداد استراتيجى طبيعى للنفوذ الروسى لم تسلم من القلاقل حيال هذا النفوذ بعد أن عملت المخابرات الغربية على مد النفوذ الغربى داخلها من خلال فرض حالة إعلامية غريبة مفادها أن الانضمام للاتحاد الاوروبى سيحمل لهم الخير الوفير والامان العظيم والحرية الكاملة^(١)

وما سبق ذكره من إجراءات متخذة من الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين حيال روسيا الاتحادية بعد إنهيار الاتحاد السوفيتى ليست مواقف عشوائية ، وإنما هى تطبيق عملى منها للنظريات السياسية الموضوعة لها من قبل مراكز البحوث الامريكية والتي رسمت المخططات الاستراتيجية لهذه المرحلة التاريخية وما يليها ، وكانت هذه النظريات السياسية تقتضى بالنسبة لهذه المرحلة التاريخية تحقيق امرين (الاول) فرض نفوذ الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين على التابعين السابقين للاتحاد السوفيتى حتى تقطع عليهم أي طريق للعودة لهذه التبعية (الثانى) خلق القلاقل والمواجهات بين روسيا الاتحادية والدول الملاصقة لحدودها والتي كانت تابعة لها في السابق وكانت تعد بالنسبة لروسيا بمثابة ظهير استراتيجى لها^(٢)

(١) د/ أمين حبيب، المرجع السابق، ص (٣٨٩)

(٢) د/ سامى جاد عبد الرحمن واصل، المرجع السابق، ص (١٥٤)

وهذه النظريات السياسية كانت تقضى بأنه إذا ما تحقق هذين الأمرين ستكون الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين قد تمكنوا من تنفيذ ذلك المخطط الاستراتيجي، وعندئذ تكون الفرصة مواتية للدخول في المرحلة التالية لهذه المخطط

وحيث ان ذلك المخطط الاستراتيجي الأمريكي حيال دول اوروبا الشرقية وحيال روسيا الاتحادية كان يسير على ما يرام بل وربما اكثر مما كان متوقعا

لذلك فقد وجدت الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين الطريق ممهداً امامهم للاستمرار في تنفيذ المرحلة التالية من ذلك المخطط الاستراتيجي المرسوم للخصم السياسي الجديد المزمع إختلاقه من جانبهم على الساحة الدولية وهو العالم الاسلامي والذي يمثل من وجهة نظر الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين تنظيم القاعدة

وكما كانت الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين في محاربتها للاتحاد السوفيتي ترفع شعار محاربة الشيوعية، لذا فإنها هي وحلفائها اختلقت شعاراً جديداً يلائم محاربتها لخصمها السياسي الجديد (العالم الاسلامي) وهو محاربة الارهاب^(١)

وانطلاقاً مما ذكرناه سلفاً حيال طرق مواجهة العالم الغربي للتحديات السياسية التي تواجهه، وخاصة الطريقة الثانية منها والتي تتمثل في إستغلال الظروف والاحداث الطارئة لخلق أطر من الشرعية الدولية بما يخدم الاغراض السياسية المبتغاه

لذلك فإنه كان يتعين على دول اوروبا وخاصة الغربية منها صاحبة النفوذ الاقوى في الاتحاد الأوروبي - وفي ظل الدور المنوط بها القيام به لتنفيذ المخطط الاستراتيجي الملائم لفترة ما بعد الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١م - أن تضع الاطار القانوني الملائم للاحداث الطارئة على الساحة الدولية والمتمثلة في وقوع أحداث الحادي عشر من سبتمبر عام

(١) د/ محمود حجازي محمود، المرجع السابق، ص (٦٤)

٢٠٠١م، وضرورة المواجهة المباشرة مع العالم الاسلامى والذي يمثله
تنظيم القاعدة

وحيث ان هذا التنظيم - وكما قلنا سلفاً - هو في الاساس
صناعة المخابرات الامريكية بشكل خاص والمخابرات الغربية بشكل عام،
لذلك فقد كان من المتعين على دول اوروبيا الغربية وضع أطر جديدة من
الشرعية القانونية التي تمكن دول اوروبيا بشكل عام ودول اوروبيا الغربية
بشكل خاص من الملاحقة القانونية لاتباع هذا التنظيم المتواجدين على
أراضي القارة الاوروبية، عندئذ لا يكون لهذا التنظيم مفر من المواجهة
المحتمل وقوعها على أراضي معدة للمعركة مسبقاً من قبل الولايات
المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين وهى افغانستان حيث تستطيع محاصرة
هذا التنظيم ارضاً وبحراً وجواً، وعند انتصار الغرب في هذه المعركة يتم
نقل أرض المعركة للعالم الاسلامى نفسه وذلك بنقل هذا التنظيم المهزوم
للعالم الاسلامى على أمل السيطرة على العالم الاسلامى عند مواجهته
الغرب مرة اخرى، وإزاء ذلك كله فقد وضعت الدول الاوروبية -
وعلى الاخص الغربية منها في ظل نفوذها القوي داخل الاتحاد
الاوروبى - الاطار الاوروبى الجديد - والمشار اليه سلفاً - على النحو
الذى يخدم هذا المخطط الاستراتيجى المرسوم للقضاء على أتباع هذا
التنظيم داخل القارة الاوروبية بحجة مكافحة الارهاب^(١)

لذا فقد وجدنا هذا الاطار الاوروبى الجديد ومن خلال مواده
المشار اليها سلفاً يمكن دول اوروبيا وخاصة الغربية منها من ملاحقة أتباع
هذا التنظيم قانوناً بشكل سهل وميسور.

فها هى المادة الاولى من القرار الاطارى الاوروبى الجديد قد
احتوت على عناصر جديدة لم تحتويها مفاهيم العمل الارهابى في
التعريفات السابقة، حيث اشارت المادة الاولى من القرار الاطارى
الاوروبى الجديد في شق تعريف الارهاب، لعناصر جديدة للارهاب

(١) د/ يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص(٨)

تضاف الى العنف بشكله المعتاد والمتعارف عليه ، ومن بين هذه العناصر الارهاب الاقتصادي والارهاب النووي والارهاب البيولوجي والارهاب الكيميائي والارهاب التكنولوجي^(١)

وهذه العناصر المضافة لتعريف الارهاب لم تكن اضافتها بغرض مكافحة الارهاب بقدر ما اضيفت حتى تتمكن دول اوروپا وخاصة الغربية منها من إلصاق تهمة الارهاب لمن ترغب في إلصاقه هذه التهمة الخطيرة به

وهذا ليس تأويلاً من جانبنا بقدر ما هو إعمال لمنطق الأمور عند ربط المادة الاولى بالمادة الثانية والمادة الثالثة من ذات القرار الاطاري الاوروي بشأن مكافحة الارهاب

فإعمال القرار الاطاري الاوروي بمواده الثلاث تجعل من الميسور إلصاق تهمة الارهاب لأي شخص او لأي جماعة أو تنظيم متواجد على الاراضي الاوروية

وهكذا جاءت العناصر المضافة لتعريف الارهاب في المادة الاولى من القرار الاطاري الاوروي بمثابة توسعة في تعريف الارهاب للتمكن من ملاحقة الاشخاص والجماعات غير المرغوب في وجودها بأوروپا ، هذا بالرغم من أن أعمال قواعد الحياد كانت تقتضى بالضرورة أن يتم إضافة هذه العناصر فعلاً لمكافحة الارهاب حيث قد توسعت بالفعل طرقه في الاونة الاخيرة ، ولكن حقيقة الامر هنا - من وجهة نظرنا - هو أن هذه العناصر المضافة قد ألحقت بتعريف الارهاب الوارد بالمادة الاولى من القرار الاطاري الاوروي بغية تحقيق أهداف سياسيه وليس إعمالاً لقواعد الحياد^(٢)

وهذا الأمر الأخير المشار اليه سلفاً في السطور السابقة (أعمال قواعد الحياد) يمكن ان يقال به للطعن على رؤيتنا تلك (توسعة مفهوم الارهاب

(١) د/ طارق عبد العزيز حمدي ، المرجع السابق ، ص (١٢٥)

(٢) د/ احمد محمد رفعت ، المرجع السابق ، ص (١٩٢).

في القرار الاطاري الأوروبي بغية تحقيق أهداف سياسية) ولكن حقيقة الأمور تؤكد رؤيتنا نحن في هذا الشأن، حيث ان واقع الحال - حتى تاريخ كتابة هذا البحث- يؤكد على ان الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين لم يسعوا لوضع تعريف محدد واضح للارهاب يشمل هذه العناصر المضافة الواردة في المادة الاولى من القرار الاطاري الاوروي الجديد المشار اليه سلفاً في أى قرار دولي يصدر من الامم المتحدة أو حتى في اتفاقية دولية تبرم في ظل الامم المتحدة، ولم يكن ذلك منها ومن حلفائها الغربيين الا ابتغاء لتحقيق أهداف سياسة مرسومة مسبقاً من قبل مراكز البحوث الامريكية وتعود بالنفع على الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين في المقام الاول

ومن جانب اخر وردت المادة الاولى من القرار الاطاري الاوروي الجديد على نحو يخلط ما بين الارهاب الداخلي والارهاب الدولي، وهو ما يسمح للدول الاوروبية وخاصة الغربية منها ذات النفوذ الاقوى في الاتحاد الاوروي من التدخل في الشؤون الداخلية لأي دولة اوروبية أخرى بحجة مكافحة الارهاب وبحجة انها بذلك تستطيع مجابهة تابعي هذا التنظيم في كافة الدول الاوروبية^(١)

أما المادة الثانية من القرار الاطاري الاوروي الجديد فقد جاءت على نحو اكثر وضوحاً في شأن اظهار الجانب السياسي المبتغى من القرار الاطاري الاوروي الجديد، فها هي المادة الثانية تخلق قاعدة قانونية مرنة تسمح بالصاق اخطر تهمة بشرية وهي تهمة الارهاب لأي شخص أو لأي تنظيم غير مرغوب فيه على الاراضي الاوروبية

ذلك انه وفقاً لهذه المادة السالف ذكرها يسهل الادعاء على أي شخصي أو على أي جماعة- متواجد- أو متواجدة- على الأراضي الاوروبية بانه ينتمي - او هي تنتمي - لجماعة ارهابية^(٢)

(١) د/ عادل عبد الله المسدي، المرجع السابق، ص(١٠٩)

(٢) د/ محمد سعادي، المرجع السابق، ص (٢٦٥)

وحتى القاعدة القانونية التي وضعت لتعريف هذه الجماعة الارهابية محل الاتهام جاءت من الاتساع بما يسمح بإمكانية الصاق هذه التهمة لأي عدد يزيد عن شخصين حتى لو كانت العلاقة بينهم علاقة طارئة ووقتية وذلك كله في ظل سهولة الادعاء بانتمائهم لجماعة تمارس نشاطاً قد يشكل عملاً ارهابياً حتى وان كان ذلك العمل الارهابي لم ينفذ بعد على ارض الواقع فعلاً، وذلك ايضاً في ظل سهولة الادعاء بان هذه الجماعة- محل الاتهام- تمارس غسيل الاموال، وهذه الاموال تمول العمليات الارهابية المرتكبة او المزمع ارتكابها

وهذا الامر ما أيسره في ظل توسعه العناصر المضافة لتعريف الارهاب على النحو الوارد في المادة الاولى من القرار الاطاري الاوروبي الجديد والمشار اليه سلفاً

وهذا الامر على هذا النحو ادعى لقلب الحقائق فبعد ان كان بعض الاشخاص او بعض الجماعات قد تهدد دولة ما بعمل ارهابي، فهذا هو الامر- بموجب هذه المادة الثانية من القرار الاطاري الاوروبي الجديد- ينقلب رأساً على عقب اذ تستطيع أي دولة اوربية وخاصة الغربية منها ان تهدد وتبتز أي شخص او أي جماعة يتواجد على أراضي القارة الاوربية وذلك بالصاق تهمة انتمائه لجماعة إرهابية^(١)

أما المادة الثالثة من القرار الاطاري الاوروبي الجديد فقد جاءت على نحو يؤكد ما سبق ذكره من جانب، ومن جانب آخر يسمح بإمكانية التدخل في الشؤون الداخلية للدول الاوربية بحجة مكافحة الارهاب، وهذا الامر لن يكون في الغالب الأعم الامن قبل دول اوربيا الغربية- صاحبة النفوذ القوي في الاتحاد الاوروبي- تجاه دول اوربيا الشرقية وليس العكس. وهذا الامر يساعد دول اوربيا الغربية كثيراً في تنفيذ مخططاتها السياسي لهذه المرحلة التاريخية حيال دول اوربيا الشرقية وحيال روسيا الاتحادية وذلك على النحو السابق شرحه

(١) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المرجع السابق، ص (١٦٤)

ومن زاوية اخرى فإن المادة الثالثة من القرار الاطاري الاورويى الجديد جاءت على نحو يسمح لدول اوروبا - وخاصة الغربية منها- بتجفيف منابع تمويل تنظيم القاعدة، وذلك بحجة ان الاموال التي قد تصل الى هذا التنظيم قد وصلت اليه عن طريق الجرائم المشار اليها في المادة الثالثة من القرار الاطاري الاورويى الجديد ولكن بعد ان تم غسلها^(١)

وبما سبق يتضح ان القرار الاطاري الاورويى الجديد بمواده الثلاثة المشار اليها سلفاً قد جاء على نحو يحقق مخطط سياسى استراتيجى يخدم الولايات المتحدة وحلفائها الغربيين في مواجهة دول اوروبا الشرقية وروسيا الاتحادية من جانب، وفي مواجهة تنظيم القاعدة والعالم الاسلامى من جانب اخر

وكنا قد اشرنا الى انه عندما ارتأت الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربية ان مخططهم يسير على ما يرام بالنسبة لروسيا الاتحادية ودول اوروبا الشرقية انطلقوا في تنفيذ المرحلة التالية من مخططهم والتي يكون فيها الخصم السياسى على الساحة الدولية هو العالم الاسلامى وممثلها في بداية هذه المرحلة هو تنظيم القاعدة معتبرين اياه رأس الخربة في المواجهة المباشرة مع العالم الاسلامى

وفعلا بدأوا في المواجهة المباشرة مع العالم الاسلامى ومثله تنظيم القاعدة سواء من الناحية القانونية او من الناحية الإعلامية او حتى من الناحية العسكرية، حيث قامت الولايات المتحدة وحلفائها الغربيين بدور هام وحيوى في اصدار قرارات من مجلس الامن لتتقنين هذه المواجهة مع العالم الاسلامى وتنظيم القاعدة وذلك بحجة محاربة الارهاب، هذا فضلا عن قيام الولايات المتحدة الامريكية من جانب ودول اوروبا الغربية من جانب اخر كل في نطاقه وعلى أراضيه بإصدار القوانين اللازمة لمكافحة

(١) د/ علاء الدين راشد، المشكلة فى تعريف الارهاب، المرجع السابق، ص (٩٢)

الارهاب وملاحقة الارهابيين على الأراضي الأمريكية وعلى الأراضي
الاوربية^(١)

وها هو القرار الاطاري الاوروي الجديد بمواده الثلاث السالف
ذكرها يوضح بجلاء هذه المواجهة القانونية المباشرة لأوروبا مع الارهاب
والارهابيين والذين هم في الغالب الاعم - ان لم يكن دائماً - من رعايا
العالم الاسلامي وذلك في ظل الهالة الاعلامية التي اختلقتها اجهزة
الاعلام الأمريكية والاوربية والتي تفيد بان العالم الاسلامي داعم
للارهاب، وذلك لان ممثله - على حسب الرؤية الأمريكية - هو تنظيم
القاعدة والذي هو تنظيم ارهابي - من وجهة النظر الأمريكية - لم
يكتفي بما ارتكبه من اعمال ارهابية في افغانستان وفي نيروبي بكينيا وفي دار
السلام ببنزانيا وغير ذلك في كثير من دول العالم، بل بلغ ارهابه أقصى
مداه بحادث الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ داخل الأراضي
الأمريكية^(٢)

وإذا كانت الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين قد نجحوا
في المرحلة الاولى من المواجهة الإعلامية والقانونية والسياسية والعسكرية
المباشرة ضد العالم الاسلامي ومثله تنظيم القاعدة، حيث تمكنت من
تصوير العالم الاسلامي إعلامياً على أنه داعم للارهاب، حيث ان
أعضاء تنظيم القاعدة هم من رعايا العالم الاسلامي فضلاً عن كونهم
يدعون بأنهم حماة الاسلام وحماة العالم الاسلامي والداعين لحماية
الاسلام ونشره بقوة السلاح، كما تمكنت من اصدار قرارات من مجلس
الامن بكن الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين من تجيش العالم
وقيادة هذه الجيوش لمحاربة الخصم السياسي الجديد وهو العالم الاسلامي
والذي يمثل تنظيم القاعدة بحجة مكافحة الارهاب وملاحقة الارهابيين مما
مكنتهم من الانتصار عسكرياً في أفغانستان على تنظيم القاعدة ممثل العالم

(١) د/ عادل عبد الله المسدي، المرجع السابق، ص (١١٠)

(٢) د/ محمود حجازي محمود، المرجع السابق، ص (٦٢)

الاسلامى، وهكذا فقد تمكنوا من هزيمة ممثل العالم الاسلامى وهو تنظيم القاعدة اعلاميا وسياسياً وقانونياً وعسكرياً
وإذا كان ذلك قد تم فعلاً خلال المرحلة الاولى من المواجهة المباشرة مع العالم الاسلامى، فإن هناك مرحلة اخرى من هذه المواجهة مازالت تستكمل في هذه الفترة التاريخية التي نحن فيها وذلك من منطلق تنفيذ المنهج الامريكى في مثل هذه الاحوال - والتي كانت قد قامت بتنفيذها من قبل تجاه روسيا الاتحادية ودول اوروبيا الشرقية على نحو ما ذكرناه سلفاً- والتي تتطلب القضاء على العالم الاسلامى نفسه بعد ان تم لها القضاء على ممثلها وهو تنظيم القاعدة^(١)، وذلك من خلال أمرين هما كما يلى:

الأول: نقل قيادات وأعضاء بارزين من تنظيم القاعدة من الأراضي الاوروبية والامريكية- من خلال مطاردتهم قانونياً على الأراضي الاوروبية والامريكية بموجب القوانين التي تم اختلاقها من اجل هذا الغرض والتي من بينها القرار الاطارى الاوروبى الجديد- الى أراضي العالم الاسلامى نفسه، وذلك لفرض مواجهة مباشرة بين هذه القيادات وهؤلاء الاعضاء الساعين لفرض نفوذهم داخل العالم الاسلامى من جانب وبين القائمين على حكم العالم الاسلامى من جانب آخر مما يخلق حالة من القلاقل والاضطرابات المستمرة داخل العالم الاسلامى نفسه.

الثانى: نشر النزاعات الطائفية داخل العالم الاسلامى ذاته وذلك بغية تقسيمه، وذلك من منطلق مبدأ تقسيم ما هو مقسم وتجزئه ما هو مجزأ، وذلك كله حتى تضمن ان لا يقوم للعالم الاسلامى قائمة ولعل ما يحدث في العالم الاسلامى في الاونة الاخيرة من نشر للتنظيمات الدينية المتشددة مثل تنظيم داعش داخل العالم الاسلامى ومن خلق الحروب الطائفية والنزاعات الداخلية المبنية على النزاعات الطائفية يؤكد ما نقول به.

(١) د/ عادل عبد الله المسدى، المرجع السابق، ص (١١١)

ومن جانب آخر وفي شأن تبيان مدى موثمة القرار الاطاري الاوروبي الجديد للمخطط الاستراتيجي الامريكى والمشار اليه سلفا، نذكر بأن الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين عند تنفيذهم لمخططاتهم يبدلون قصارى جهدهم بالايضوعوا قواعد قانونية مقيدة لهم قد تعرقل تنفيذ مخططاتهم من جانب ومن جانب اخر فانها تكون من المرونة والاتساع بحيث لا يكون فى الامكان الاستناد عليها لمطالبتهم ببعض الالتزامات القانونية حيث يكون لديهم من المكنة القانونية ما يكفى لتأويل هذه القواعد على نحو لا يحملهم بأى التزامات قانونية^(١)

وفي هذا الشأن نلاحظ ان القرار الاطاري الاوروبي الجديد لم يعرض في مواده السالف ذكرها لأمرين في غاية الخطورة

(الاول) الكفاح المسلح ضد الاحتلال واعمال المقاومة من اجل

الحصول على حق تقرير المصير

(الثانى) ارهاب الدولة

ومن جانب اخر فان البرلمان الاوروبي كان قد أصدر توصية في ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١ملا يستبعد فيها من تعريف الارهاب تلك الاعمال الجنائية التي تهدف الى تغيير البنية السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية او البيئية في دول يحكمها سيادة القانون من خلال اللجوء الى العنف او التهديد باستخدامه^(٢)

وبذلك يكون الهدف السياسي المرجو من وراء ذلك ما زال سارياً، حيث تعتبر الأعمال العنيفة التي تقع داخل حدود دول أوروبا الغربية ارهاباً لكونها - وعلى حسب رؤيتهم لأنفسهم - دول يسودها حكم القانون، وذلك طبعاً على عكس ما عداها من دول أوروبا الشرقية حيث لا تعتبر الأعمال العنيفة التي تقع داخلها أعمالاً إرهابية لأنها دول لم يسدها حكم القانون بعد من وجهة نظر الدول الغربية وان كانت في

(١) د/ محمد عبد العزيز سهل، المرجع السابق، ص (٣٢٣)

(٢) د/ غلاء الدين راشد، المشكلة فى تعريف الارهاب، المرجع السابق، ص (٩٠)

طريقها لذلك، وهي لن تصل لذلك قطعاً الا اذا خضعت لنفوذ دول اوروپا الغربية وذلك على حسب الرؤية المرسومة لها في المخطط الاستراتيجى الموضوع لهم^(١)

ومن جانب اخر فاذا كان القرار الاطارى الاوروىى الجديد لم يشر صراحة لارهاب الدولة، فاننا نرى ان القرار الاطارى الاوروىى الجديد قد جاء على نحو يدعم ارهاب الدولة، وهذا هو ما أوضحناه سلفاً عند عرضنا للمادة الثانية من القرار الاطارى الاوروىى

المطلب الثالث

مفهوم الارهاب في ظل منظمة عصبة الامم وفي ظل منظمة الامم المتحدة
استكمالاً لما سبق ذكره في شأن التعرض لمفهوم الارهاب في ظل القانون الدولى العام سنعرض لمفهوم الارهاب من خلال النقطتين التالين:

اولاً: مفهوم الارهاب في ظل منظمة عصبة الامم

ثانياً: مفهوم الارهاب في ظل منظمة الامم المتحدة

وسنعرض لذلك تفصيلاً على النحو التالى:

اولاً: مفهوم الإرهاب في ظل منظمة عصبة الامم:

في أعقاب اغتيال ملك يوجسلافيا (الكسندر الاول) ووزير خارجية فرنسا (لويس بارتو) في مدينة مرسيليا الفرنسية عام ١٩٣٤ اثناء زيارته الرسمية لفرنسا من قبل بعض الانفصاليين الكروات وتمكن الجناه من الهرب الى إيطاليا، ورفض القضاء الايطالى تسليم الجناه لفرنسا بحجة ان الجريمة المرتكبة هى جريمة ذات باعث سياسى والقانون الايطالى الذى يستند الى معاهدة ١٨٧٠م والتي تستبعد الجرائم السياسية من التسليم يوجب عدم تسليم الجناه لفرنسا

حاولت منظمة عصبة الامم اتخاذ ما يلزم من قرارات في شأن مواجهة مثل هذه الانشطة الارهابية الا انها اضطدمت بان قواعد القانون

(١) د/ أحمد محمد رفعت، المرجع السابق، ص (١٨٦)

الدولي المقررة في شأن مكافحة الارهاب ليست محددة بشكل يسمح لها
باتخاذ مثل هذه القرارات^(١)

وبعد ثلاث سنوات من المناقشات والمفاوضات دعت منظمة عصابة
الاعلم مؤتمر بجنيف في ١٦ نوفمبر ١٩٣٧ لمناقشة مشروع اتفاقية في شأن
مكافحة الارهاب، وقد اقر المجتمعون بهذا المؤتمر على ضرورة ابرام اتفاقية
في هذا الشأن

وقد فرقت هذه الاتفاقية المقترحة ما بين تعريف الارهاب في حد
ذاته وما بين تعريف الاعمال الارهابية حيث جاء الاول عام وشامل بينما
جاء الثاني حصراً في أعمال محددة

وتفعيلاً لذلك نلاحظ ان المادة الاولى من اتفاقية عام ١٩٣٧ في
شأن مكافحة الارهاب عرفت الارهاب بأنه "الأعمال الاجرامية الموجهة
ضد دولة ما ويكون الهدف منها خلق حالة من الرعب لدى شخصيات
معينة او جماعات معينة او لدى العامة"^(٢)

هذا وقد كان لهذا التعريف - السالف ذكره - بعض الايجابيات
وكثير من السلبيات، ومن بين إيجابيات هذا التعريف انه قصر محل العمل
الارهابي على الدولة، ولكن رغم هذه الايجابية المشار اليها سلفاً فانه
يؤخذ على هذا التعريف انه قصر مفهوم الدولة محل العمل الارهابي على
مثلى الدولة من الشخصيات العامة مثل رؤساء الدول او الاشخاص
الذين يمارسون اختصاصات رئيس الدولة وخلفائهم بالوراثة او بالتعيين
وكذا أزواج هؤلاء الاشخاص وكذلك الاشخاص المكلفين بوظائف او
مهام عامة وذلك كله على نحو ما ورد بالمادة الثانية من هذه الاتفاقية

ومن بين إيجابيات هذا التعريف هو اشتراطه لئذ يكون العمل
الارهابي قادراً على التأثير في إرادة الدولة، وان كان يؤخذ عليه (هذا
التعريف) في هذا الشأن انه لم يوضح مباشرة كيفية تأثير العمل الارهابي

(١) د/ حازم محمد عتلم، المرجع السابق، ص (٢٢١)

(٢) د/ عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، المرجع السابق، ص (٦٦)

في إرادة الدولة، ومن ثم فالامر هنا كان يتطلب مزيد من الايضاح، وهذا هو ما فعلته فعلاً المادة الثانية من ذات الاتفاقية عندما عدت الاعمال الارهابية حيث اشترطت ان يؤدي هذا العمل الى التخريب او الاضرار العمدي للاموال العامة او المخصصة للاستعمال العام والخاضعة لسلطات أو اشراف دولة أخرى متعاقدة، كما اوضحت المادة الثانية من ذات الاتفاقية بأن العمل الارهابي يكون ذا تأثير على ارادة الدولة اذا ما أدى الى تعريض الحياة الانسانية للخطر^(١)

أما سليات تعريف العمل الارهابي الوارد في المادة الاولى من اتفاقية عام ١٩٣٧ فعديدة ومن بين هذه السليات ما يلي :

١. انه لم يفرق بين الارهاب الدولي والارهاب الداخلي بشكل واضح حيث جاء على نحو قد يحمل هذا المعنى أو ذلك

٢. قصر العمل الارهابي على تلك التي تخلق حالة من الرعب مما يعنى اقتصره على الاعمال العنيفة دون غيرها من الاعمال الارهابية غير التقليدية والتي قد يكون تأثيرها أشد وطأه من الاعمال الارهابية التقليدية مثل الحصار الاقتصادي والارهاب التكنولوجي

٣. جاء تعريف العمل الارهابي في المادة الاولى من اتفاقية عام ١٩٣٧ بشأن مكافحة الارهاب دون تحديد للغاية من العمل الارهابي

٤. لم يعالج تعريف العمل الارهابي المشكلة الرئيسية التي انعقد بسببها مؤتمر جنيف في ١٦ نوفمبر عام ١٩٣٧. وهي مشكلة تسليم المجرمين الارهابيين^(٢)

والملاحظ على ما سبق انه توجد سليات عديدة في تعريف العمل الارهابي الوارد في اتفاقية جنيف لعام ١٩٣٧ في شأن مكافحة الارهاب، والملاحظ كذلك ان الايجابيات التي شملت هذا التعريف كانت في حاجة لبعض الايضاحات وذلك على نحو ما اوضحنا سلفاً

(١) د/ أحمد محمد رفعت، المرجع السابق، ص (٦٠).

(٢) د/ عبد العزيز محييمر عبد الهادي، المرجع السابق، ص (٦٧).

وقد استدعى ذلك كله ضرورة استكمال تعريف العمل الارهابى
الوارد في المادة الاولى من اتفاقية جنيف لمكافحة الارهاب لعام ١٩٣٧
بالعديد من الايضاحات والتفسيرات لهذا التعريف
وقد حدث ذلك فعلا بالنص في المادة الثانية من ذات الاتفاقية على
الاعمال المعتبرة إرهابية، بحيث تمثلت الاعمال الارهابية الوارد النص
عليها في هذه الاتفاقية في الاتى تحديداً: ^(١)

١. الأفعال العمدية الموجهة ضد الحياة أو السلامة الجسدية أو صحة أو
خربة كل من :

- رؤساء الدول أو الأشخاص الذين يمارسون إختصاصات رئيس
الدولة وخلفائهم بالوراثة أو بالتعيين
- أزواج الاشخاص المشار اليهم في البند السابق
- الاشخاص المكلفين بوظائف أو مهام عامة عندما ترتكب ضدهم
هذه الافعال بسبب ممارستهم لهذه الوظائف أو المهام

٢. التخريب أو الاضرار العمدى للأموال العامة أو المخصصة
للاستعمال العام والحاضعة لسلطات أو إشراف دولة اخرى متعاقدة

٣. أي فعل عمدى من شأنه تعريض الحياة الانسانية للخطر

٤. الشروع في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها انفاً

٥. صنع أو تملك أو حيازة أو تقديم الاسلحة أو الذخائر أو المفرقات أو
المواد الضارة بقصد تنفيذ جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذه
المادة في أي دولة ^(٢)

ورغم كل هذه الايضاحات والتفسيرات للعمل الارهابى الوارد في
المادة الثانية من إتفاقية جنيف لعام ١٩٣٧ في شان مكافحة الارهاب، إلا
انها لم تكن كافية لمعالجة السليبات التي شابت تعريف العمل الارهابى
الوارد في هذه الاتفاقية وذلك على النحو المنوه عنه سلفاً

(١) د/ علاء الدين راشد، المشيكة فى تعريف الإرهاب، المرجع السابق، ص (٩٩٩)

(٢) د/ أحمد محمد رفعت، المرجع السابق، ص (٦٢)

ويؤخذ على اتفاقية جنيف لعام ١٩٣٧ في شأن مكافحة الارهاب - بالاضافة لكل ما سبق - انها لم تدخل حيز النفاذ حيث لم يصدق عليها سوى دولة وحيدة فقط وهي دولة الهند.

ولكن الشيء الايجابي الوحيد المتفق عليه بشأنها هو انها كانت بمثابة خطوة أولى من خطوات مكافحة الارهاب.

ويتضح مما سبق ان منظمة عصبة الامم لم تتمكن من اتخاذ اللازم لتفعيل اتفاقية عام ١٩٣٧م في شأن مكافحة الارهاب، والواضح ان ذلك الموقف من منظمة عصبة الامم لم يزجج اليها كمنظمة دولية في الاساس بقدر عودته لسعى القوى العظمى القائمة في تلك الفترة لعرقلة كل ما من شأنه أن يقوى نفوذ هذه المنظمة الدولية على حساب نفوذها هي^(١)

ذلك انه في ظل تضارب المصالح بين الغالبية من مؤسسي واعضاء منظمة عصبة الامم والذين كانوا ذى عقيدة خاطئة مفادها أن هذه المنظمة الدولية ستكون بمثابة مؤتمر دولي يخضع لقواعد المائدة المستديرة التي يتساوى فيها جميع أطرافها، وبين القوى العظمى القائمة في ذلك الوقت والذين كانوا ذى عقيدة مأمولة مفادها ان هذه المنظمة الدولية ما أنشئت الا لتكون بمثابة جهاز تنفيذى على الساحة الدولية لما نخطه هي من قرارات ترى ضرورة تنفيذها من قبل باقى الدول الاعضاء في هذه المنظمة الدولية فقد باركت منظمة عصبة الامم بدعم من الغالبية من مؤسسيها واعضاءها انعقاد مؤتمر جنيف في عام ١٩٣٧ للعمل على إصدار اتفاقية لمكافحة الارهاب الدولي، ولكن في مقابل ذلك فقد اصطدمت هذه الرغبة الصادقة من تلك الدول، بالرغبة الجارفة من القوى العظمى القائمة في تلك الفترة في عرقلة كل ما من شأنه ان يقوى من نفوذ هذه المنظمة الدولية على حساب نفوذها هي^(٢)

(١) د/ حازم محمد عتلم، المرجع السابق، ص (٢٢٢)

(٢) د/ عبد العزيز تخيمر عبد الهادي، المرجع السابق، ص (٦٥)

وإزاء انعقاد مؤتمر جنيف فعلاً في عام ١٩٣٧ وإزاء توافق غالبية أعضائه على ضرورة إبرام إتفاقية في شأن مكافحة الإرهاب الدولي، لم تجد القوى العظمى القائمة في تلك الفترة من وسيلة لعرقله ذلك الأمر إلا بعدم التصديق عليها واستعمال كل نفوها الاقتصادي والسياسي ولا نبالغ إذا قلنا العسكري أحياناً في ظل إحتلالها لمعظم دول العالم في تلك الأونة في دفع باقي الدول الاعضاء في هذه المنظمة الدولية لعدم التصديق على هذه الإتفاقية، ولذا لم نجد أي من الدول الاعضاء في هذه المنظمة الدولية قد صدق على هذه الإتفاقية الدولية في شأن مكافحة الإرهاب الدولي سوى الهند وقد رتب ذلك بالضرورة ان صارت هذه الإتفاقية هي والعدم سواء^(١)

ثانياً: مفهوم الإرهاب في ظل منظمة الامم المتحدة :

إذا كنا قد انتهينا لإبراز غلبة إرادة القوى العظمى القائمة أثناء وجود منظمة عصبة الامم على ما دونها من إرادات للدول الأعضاء في ذات المنظمة الدولية في شأن عدم تفعيل إتفاقية عام ١٩٣٧ التي تتعلق بمكافحة الإرهاب وكنا قد أوضحنا ان ذلك الموقف من القوى العظمى القائمة وقتئذ كان خشية ان يفوق نفوذ هذه المنظمة الدولية نفوذها هي

فإنطلاقاً من ذات الخشية سعت الولايات المتحدة الأمريكية -

وبالتعاون مع حلفائها الغربيين - منذ تأسيس منظمة الامم المتحدة الى تحجيم دور هذه المنظمة الدولية بحيث لا يكون لها نفوذ يفوق نفوذها هي وحلفائها وكان لها ذلك من خلال عدة أمور من بينها إمتلاك العضوية الدائمة للقوى العظمى في مجلس الامن ومنح هذه القوى العظمى حق الاعتراض (الفيتو) والذي من شأنه عرقله اصدار أى قرار دولي يصدر من مجلس الامن لا يتوافق ومضالح هذه القوى العظمى.

وقد يقول قائل بأن هذه الحق (حق الاعتراض) ممنوح لروسيا والصين مثلما هو ممنوح للولايات المتحدة وحلفائها الغربيين.

(١) د/ حازم محمد عتلم، المرجع السابق، ص (٢٢٥)

والرد على ذلك بسيط وهو ان الدول الغربية بشكل عام تتمتع
بدهاء سياسى يفوق غيرها من الدول فضلا عن قدرتها على التحالف فيما
بينهما هذا بالاضافة لقدرتها على استغلال نفوذها فيما بينها الاستغلال
الامثل لتحقيق مآربها والتي غالباً ما تتوافق عليها فيما بينها

وإزاء ذلك وفي ظل وجود الاتحاد السوفيتى كقوى عظمى على
الساحة الدولية عند تاسيس منظمة الامم المتحدة فقد كان من الصعب
تجاهل هذه القوى العظمى ولكن كان في الامكان تحييدها من خلال
اقناعها بانه سيكون لها ذات الحق في الاعتراض^(١)

ولكن في المقابل سعت الولايات المتحدة الامريكية بالتعاون مع
حلفائها الغربيين في الاستفادة القصوى من هذا الحق واستغلال ذلك في
فرض نفوذها داخل هذه المنظمة الدولية للدرجة التي جعلت من هذه
المنظمة الدولية أقرب لئن تكون بمثابة مكتب سكرتارية يعمل على إصدار
القرارات التي يتم اعدادها في مراكز البحوث الامريكية واستغلت الولايات
المتحدة وحلفائها الغربيين كافة الأساليب المشروعة وأحياناً غير المشروعة
لجعل الغالبية من اعضاء منظمة الامم المتحدة بمثابة تابعين لها يأمرون
بأمرها يوافقون على ما يريضا ويرفضون ما يفضها^(٢)

وإذا كانت الولايات المتحدة الامريكية قد تمكنت بدعم من حلفائها
الغربيين من استغلال نفوذها ونفوذهم داخل الامم المتحدة للنحد من نفوذ
خصمها السياسى والعسكرى على الساحة الدولية (الاتحاد السوفيتى) من
خلال استغلال هذه المنظمة الدولية في وضع قرارات دولية لحماية حقوق
الانسان وجاءت هذه القرارات الدولية على نحو يتناسب وقيم وتقاليد
الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين الثقافية والاقتصادية
والاجتماعية، وفي المقابل فانها جاءت على نحو لا يتناسب - وقد

(١) د/ حازم محمد عتلم، المرجع السابق، ص(٢٣٢)

(٢) د/ عبد العزيز محيىم عبد الهادى، المرجع السابق، ص (٧٩)

يتعارض - مع قيم وتقاليدها من دول العالم وعلى الأخص الاتحاد السوفيتي ومؤيديه من الدول الاشتراكية

هذا وقد كان لهذا النهج الذي انتهجته الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين أثره في زيادة نفوذها ونفوذهم على الساحة الدولية بالمقارنة بنفوذ الاتحاد السوفيتي ومؤيديه من الدول الاشتراكية والذين بدوا وكأنهم مخالفون للقانون الدولي وبدا حكامهم بمثابة حكام دكتاتوريين يعد الخروج عليهم مشروعاً حيث يجد هذا الامر ضالته من التبرير في قواعد القانون الدولي العام التي وضعتها الولايات المتحدة وحلفائها لحماية حقوق الانسان

ونتيجة لذلك استمر تدهور الاحوال بالنسبة للاتحاد السوفيتي حتى انتهى الامر بتفككه وفي مقابل ذلك زاد نفوذ الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين كثيراً على الساحة الدولية^(١)

وإزاء ذلك إرتأت الولايات المتحدة الامريكية ضرورة الانتقال للمرحلة التالية من مخططاتها الاستراتيجية التي تتلائم مع طبيعة المرحلة التاريخية التي وصلت إليها حيث صارت بمثابة القوى العظمى الوحيدة على الساحة الدولية

وتطلبت هذه المرحلة التالية من المخططات الاستراتيجية الامريكية - حسبما وضعت خطوطها العريضة أجهزة المخابرات الامريكية وحسبما وضعت قواعدها التفصيلية مراكز البحوث الامريكية - إنجاز أمرين معاً في وقت واحد أشرنا اليهما في موضع سابق من هذا البحث حيث ذكرنا بان (الامر الاول) يتمثل في القضاء على البقية الباقية من نفوذ روسيا الاتحادية - الوريث الشرعي والوحيد للاتحاد السوفيتي

ويتمثل (الامر الثاني) في القضاء على نفوذ العالم الاسلامي الذي بدأ نجمه يبرغ على الساحة الدولية في ذلك الوقت وذلك لما تمتلكه كثير من

(١) د/ أمين حبيب، المرجع السابق، ص (٣٩٠)

بلدانه لمصادر الطاقة وكثير من الموارد الطبيعية هذا بالإضافة لاحتمالية التوحد فيما بين دوله وذلك لوجود قواسم مشتركة كثيرة بينها منها التواصل الجغرافي واللغة الواحدة التي تجمع معظم دوله هذا فضلاً عن التاريخ المشترك والثقافة الواحدة لمعظم دوله والدين الواحد لغالبية شعبه^(١) وحتى يتحقق للولايات المتحدة الامريكية النصر في المواجهة المحتملة مع العالم الاسلامي - الخصم الجديد لها على الساحة الدولية - كان يتعين عليها ان تعتمد في مواجهته اساليب الدهاء السياسي التي إستعملتها مع خصمها السياسي السابق (الاتحاد السوفيتي) والتي اتت أكلها بتفكك الاتحاد السوفيتي وصرورة الولايات المتحدة الامريكية بمثابة القوى العظمى الوحيدة على الساحة الدولية

وحيث ان اهم اساليب الدهاء السياسي التي اتتهجتها الولايات المتحدة الامريكية مع خصمها السياسي السابق (الاتحاد السوفيتي) تمثلت في نجاحها في فرض تقنين دولي من خلال منظمة الامم المتحدة بخدم أغراضها وأهوائها السياسية هي وحلفائها الغربيين

هذا التقنين الذي وضع بغية حماية حقوق الانسان في الاساس ولكنه كان بمثابة سيف مسلط على رقاب خصومها السياسيين على الساحة الدولية دون ان يكون له تأثير يذكر عليها او على حلفائها الغربيين لكونه قد وضع بالمقاييس الغربية التي تتوافق والقيم والتقاليد الغربية، مما كان له الأثر البالغ في جعل الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين بمثابة القيم والحكم على تصرفات غيرهم من دول العالم وعلى الاخص المنافسين لهم على الساحة الدولية، حيث تم ابتزاز هؤلاء الأخر سياسياً في كثير من الاحيان بالادعاء بان تصرفاتهم لا تتوافق وهذا التقنين الدولي او ان حكاهم أناس دكتاتوريين يخالفون قواعد الديمقراطية وانهم في سبيل الحفاظ على كراسيهم يتهكون قواعد حقوق الانسان^(٢)

(١) يراجع هذا البحث، ص (٦٢)

(٢) د/ أيمن حبيب، المرجع السابق، ص (٣٩١)

وحيث ان النهج الذي انتهجته الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين مع خصمها السابق (الاتحاد السوفيتي) ومؤيديه قد أتى بنتائج عظيمة

لذا فقد ارتأت الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين ضرورة ان تتبع ذات اساليب الدهاء السياسي مع خصمها الجديد على الساحة الدولية وهو العالم الاسلامي وذلك بأن تخلق تقنياً دولياً تخنق بموجبه هذا الخصم الجديد خاصة وأنه تسود الدول الغربية بشكل عام ثقافة مفادها ضرورة أن تأتي أعمالها غير المشروعة في إطار من الشرعية حتى ولو كانت هذه الأخيرة شكلية او حتى مجرد مزعومة

وحتى تتمكن الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيون من ذلك كان عليها أولاً ان تكتشف نقاط ضعف العالم الاسلامي، خاصة في ظل الجوانب الايجابية العديدة التي تجمع بين دوله والتي اشرفنا اليها سلفاً^(١) هذا وقد وصلت الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين إلى أنه - بعيداً عن كون معظم حكام الدول الاسلامية هم أناس دكتاتوريين ولا توجد رغبة جارفة من المحكومين في إزاحتهم بعيداً عن كراسي الحكم، وبعيداً عن إنتهاكات حقوق الانسان بها التي توائم وتلائم معها المحكومين في هذه الدول - توجد نقطتي ضعف بالغتي التأثير في العالم الاسلامي بأسره و(أولى) هاتين النقطتين ملموسة في الظاهر وقادرة على تحريك أبدان الشعوب الاسلامية و(ثاني) هاتين النقطتين محسوسة في الوجدان وقادرة على التأثير في أفكار الشعوب الاسلامية وهاتان النقطتان هما على التوالي :

- القضية الفلسطينية

- الجهاد الاسلامي

هذا وقد إرتأت الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين أن الوصول لمأربهم السياسي تجاه العالم الاسلامي يتطلب إستشارة سلبية

(١) د/ محمود حجازي محمود، المرجع السابق، ص (٦٣)

لشعوب العالم الاسلامى - قبل حكامه - بهاتين النقطتين وذلك للوصول لردود افعال عنيفة وغير مسؤولة تخدم الغرض السياسى المتبغى^(١) وارتاءت الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين أنها تستطيع استثارة الشعوب الاسلامية بالسلب وذلك بان تغذى تيار العنف بين جنبااتهم من خلال هاتين النقطتين ، وذلك اذا ما تفاضت عن التعسف الاسرائيلى واستفزاقته المتكررة تجاه الفلسطينيين ، وايضاً اذا ما دعمت - من الباطن قطعاً - اصحاب الفكر الاسلامى المتطرف الذين يروون في الجهاد الاسلامى مرادفاً للاعتداء دون غيره من مرادفات مثل السعى لطلب العلم والسعى لعمل البر والتقوى والتي قد تعد هى الاخرى مرادفات للجهاد في الاسلام عند اصحاب الفكر المستنير من الفقهاء الاسلاميين^(٢)

والولايات المتحدة الامريكية كانت تبتغى من ذلك كله - وهذا ما حدث على ارض الواقع فعلاً - تحقيق امرين (أولهما) عاجل وغير ممنهج ويتمثل في قيام بعض الأفراد المتشددين او بعض الجماعات العنيفة ببعض العمليات الارهابية ضد ما يعتقدوا انه يمس المصالح الامريكية او يمس مصالح حلفائها أو حتى يمس مصالح مؤيديها

والولايات المتحدة الامريكية كانت تترجى من وراء مثل هذه العمليات - وهى ما استدعته إعلامياً قطعاً - ان تسود رغبة دولية في تجريم هذه العمليات الارهابية ونبذ مرتكبيها وتجاهل مبرراتهم ورفض افكارهم وتجعلها تبدو على الساحة الدولية بمثابة افكار هدامة (وثانيهما) مؤجل وممنهج ويتمثل في استثراء حالة من العنف بين جنبايات العالم الاسلامى من منطلق ان هذا هو بداية الطريق في الجهاد الاسلامى حيث تسود افكار المتطرفين الذين تم دعمهم - من الباطن طبعاً - من قبل الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها، وقامت - هى وحلفائها - بغرس

(١) د/ عادل عبد الله المسدى ، المرجع السابق ، ص (١١١)

(٢) د/ محمد عبد العزيز سهيل ، المرجع السابق ، ص (٢٢١)

العديد منهم داخل البلدان الاسلامية بمساعدة بعض عملائها داخل العالم الاسلامي نفسه لنشر الطائفية ونبذ الآخر، وفي هذا الصدد نلاحظ أن الولايات المتحدة الامريكية كانت قد دعمت من اولئك (أصحاب الفكر المتطرف) المناقضين لبعضهم البعض، وذلك - قطعاً - حتى تضمن ان يقضى كل فريق منهم على الاخر معتقداً - كلاً منهم - أنه الفرقة الناجية دون غيره، وانه الوحيد الذي يملك من دعائم القوة ما يجعله دون غيره الجدير بحمل راية الاسلام

والولايات المتحدة الامريكية كانت ترجى من وراء ذلك كله - وهو ما حدث على ارض الواقع فعلاً - أن تسود البلدان الاسلامية حالة من الفوضى والتي من خلالها تستطيع هي (الولايات المتحدة الامريكية) ان تجعل منها فوضى خلاقة لخدمة مخططاتها المرسومة لهذه البقعة من العالم في هذه المرحلة التاريخية^(١)

وحيث أن الامر الثاني يخرج عن مفهوم الارهاب في شقة القريب المباشر المبني على العنف المرتكب من قبل جماعات عنيفة أو حتى أفراد متشددين، ويدخل في نطاق مفهوم الارهاب في شقة البعيد غير المباشر المبني على إرهاب الدولة

لذلك فإننا سنجئ النظر مؤقتاً لهذه النقطة من البحث لحين ابداء الرأي بشأنها في جزء لاحق من هذا البحث وذلك عند التعرض لمفهوم ارهاب الدولة

وإنطلاقاً مما ذكرناه سلفاً في شأن الامر الاول المتعلق بقيام بعض الأفراد او بعض الجماعات المنتمين للعالم الاسلامي ببعض العمليات الارهابية ضد ما يعتقدوا انه يمس المصالح الامريكية أو يمس مصالح حلفائها او حتى يمس مصالح مؤيديها

فقد نجحت المخططات الامريكية في هذا الشأن حيث قام بعض الأفراد المنتمين للعالم الاسلامي ولهذه الجماعات المتشددة بإرتكاب بعض

(١) د/ ايمن حبيب، المرجع السابق، ص (٣٨٩)

العمليات الارهابية وبدت هذه العمليات وكأنها مرتكبة ضد بعض المصالح
الامريكية او ضد بعض مصالح حلفائها او حتى ضد بعض مصالح
مؤيديها^(١)

وإزاء ذلك فقد بدأ الطريق مفروضاً بالورود امام الولايات المتحدة
الامريكية لاستصدار تقنين دولي من خلال الامم المتحدة في شأن تجريم
الارهاب الدولي، والبادئ للوهلة الاولى انه اذا ماسارت الاحوال على
هذا المنحى فان الامور حينئذ ستتوافق مع قواعد المنطق، الا ان المتعمق في
دراسة السياسة الامريكية يجد انها لا تشترط دائماً التوافق مع قواعد المنطق
بقدر التوافق الدائم مع المصلحة الامريكية، ويقدر بذل الجهد الممكن
لتفادي الوقوع في دائرة الاتهام.

وحتى يتحقق للولايات المتحدة الامريكية هذين الأمرين معاً
(المصلحة الامريكية وتفادي الوقوع في دائرة الاتهام) في مواجهتها مع
العالم الاسلامي فقد إرتأت ضرورة التجريم الدولي للعمليات الارهابية
من منطلق كونها جرائم دولية وليس من منطلق كونها ارباباً دولياً

وكان الدافع للولايات المتحدة الامريكية في انتهاجها لهذا المنحى
عدة أمور هي كما يلي :

١. تجريم الارهاب الدولي بشكل عام شامل سيكون بمثابة سيف مسلط
على رقبة الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين شأنها في
ذلك شأن باقى خصومها السياسيين على الساحة الدولية، وذلك في
ظل ما تقوم به الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين عن
طريق أجهزة مخابراتها من عمليات تعد بمثابة أعمالاً ارهابية في سبيل
تحقيق أهدافها ومصالحها السياسية وذلك في نطاق ما يعرف بارهاب
الدولة^(٢)

(١) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، ص (٣٧٠)

(٢) د/ محمد سعادى، المرجع السابق، ص (٢٦٦)

٢. تعارض التقنين الدولي المقترح في شأن مكافحة الارهاب مع الثقافة الغربية بشكل عام والامريكية بشكل خاص والتي تقبل بمفهوم الاعتداء على الغير في ظل إعتقادهم الراسخ لمبدأ البقاء للأقوى، وهم في ذلك لا يدعون بأنهم معتدين ولكنهم يدعون بأنهم مستعمرين بمعنى أنهم يستولون على بلدان العالم لتعميرها، وهذا قطعاً غير صحيح لانهم يقتلون مواطني الدول المستولى عليها من قبلهم وينهبون ثرواتها، وهم لازالوا حتى الان على نهجهم هذا عندما تحين لهم الفرص للقتل والنهب والسلب، ولا أدل على ذلك بما فعله المستعمرين البريطانيين مع الهنود الحمر بأمريكا وما فعلته الولايات المتحدة الامريكية بالعراق في عصرنا الحالي عقب غزوها له^(١)

٣. وجود تقنين دولي في شأن مكافحة الارهاب سيأتي بمرود عكسي على الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين في ظل امكانية سرعان قاعدة عدم التقادم لكثير من الجرائم التي ارتكبتها أولئك (الغرب) مع العديد من مواطني الدول التي احتلوها

٤. وجود تقنين دولي عام شامل في شأن مكافحة الارهاب الدولي قد لا يأتي بالنتيجة المراد اجدائها والتي تتمثل في إظهار العالم الاسلامي بمظهر الكيان الارهابي والمبتغى - دولياً طبعاً - القضاء عليه للتخلص من شروره، وذلك لوجود احتمال بأن تدعى الدول الاسلامية بانها تلتزم بتنفيذ بنود هذا التقنين المقترح، ولكن من يقومون ببعض العمليات الارهابية من جماعات عنيفة او حتى من أفراد متشددين لا ينتمون اليها بقدر إنتمائهم لأجهزة مخابرات غربية وتستطيع أن تؤكد هذا الادعاء، حينئذ ستكون الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين في موقف لا يحسدون عليه

(١) د/ يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص (٩)

٥. وجود رغبة جارفة لدى المخططين وأصحاب القرار في الولايات المتحدة الأمريكية لئن يكون التقنين الدولي المقترح موجهاً بشكل مباشر لدول العالم الاسلامي أكثر من غيرها من الخصوم السياسيين للولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين على الساحة الدولية^(١) وإزاء ذلك كله ارتأت الولايات المتحدة الأمريكية ضرورة السير في طريقين متوازيين :

الأول: العمل على إعاقة أي محاولة في شأن وضع تقنين دولي عام وشامل لمكافحة الارهاب الدولي وتحت هذا المسمى بالذات

الثاني: العمل على وضع تقنين دولي في شأن تجريم بعض العمليات الارهابية تحت مسمى الجرائم الدولية دون ان تندرج تحت مسمى الارهاب الدولي

وفي هذا الصدد نلاحظ أن السياسة الأمريكية بشكل خاص والغربية بشكل عام تمتاز بأنها سياسة منهجية ذات أساليب قابلة للتطوير والتغيير، فأساليب هذه السياسة من الجائز تغييرها لتحقيق ما لا يجوز تغييره وهو المصلحة الأمريكية بشكل خاص والغربية بشكل عام ونتيجة لذلك تضع مراكز البحوث الأمريكية الدراسات اللازمة لتحقيق أهداف السياسة الأمريكية المطلوب تحقيقها بما يتلائم مع الظروف التاريخية^(٢)، وتتركز هذه الدراسات عادة على أمرين :

(الأول) تحديد الأهداف السياسية المتبغى تحقيقها سواء تلك المراد تحقيقها على المدى القصير او تلك المراد تحقيقها على المدى البعيد

(الثاني) سبل تحقيق هذه الاهداف السياسية

وحيث أن السياسة الأمريكية تقوم على ثبات الهدف وتغيير الأسلوب، لذا فإنه لا غرابة فيما تقوم به الإدارات الأمريكية المتعاقبة من أساليب تبذو لغير الحلفاء مختلفة، وقد يتم خداعهم باختلاف هذه

(١) د/ عادل عبد الله المسدي، المرجع السابق، ص(١١٢)

(٢) د/ أيمن حبيب، المرجع السابق، ص (٣٩٠)

الاساليب ظناً منهم بأن هناك رؤية جديدة للسياسة الأمريكية، ولكن حقيقة الامر أنه لا توجد رؤية جديدة ولكنها أساليب مختلفة لخدمة هدف سياسي أمريكي واحد مبتغى ومخطط له مسبقاً

هذا وقد كان الهدف السياسي الأمريكي المبتغى منذ ان تصدرت الولايات المتحدة الأمريكية مقدمة الساحة الدولية هو ان تحافظ على صدراتها تلك، وفي ذات الوقت تبعد خصومها السياسيين بعيداً عن هذه المقدمة^(١)

وما أجملناه سلفاً في الشطور السابقة ينطبق بجلاء على موضوع البحث وسنوضح ذلك تفصيلاً فيما يلي :

حيث كان جل اهتمام الولايات المتحدة الأمريكية في شأن تقنين مكافحة الارهاب في ظل وجود الاتحاد السوفيتي كقوى عظمى ثانية على الساحة الدولية هو عدم تقنين الارهاب الدولي بشكل كامل وفعال لئلا يستغلها الاتحاد السوفيتي ضدها

ولكن في ظل النهج الغربي بشكل عام والامريكي بشكل خاص الذي يستغل الظروف والاحداث الطارئة لخلق أطر من الشرعية الدولية بما يخدم الاغراض السياسية المبتغاه

وفي ظل بعض العمليات الارهابية التي تعرض لها بعض رعايا أقرب حليف للولايات المتحدة الأمريكية (اسرائيل) حيث قتل احد عشر رياضياً اسرائيلياً في ٥ سبتمبر عام ١٩٧٢ بأولمبياد ميونخ^(٢)

إرتأت الولايات المتحدة الأمريكية الفرصة مواتية لاستغلال هذا الظرف الطارئ في أخذ الانظار بعيداً عن وضع تقنين دولي شامل في مجال مكافحة الارهاب، وتركيز الجهود على وضع إتفاقيات دولية بشأن مكافحة العمليات الارهابية التي طرأت على الساحة الدولية ليس من

(١) يراجع هذا البحث، ص (٢٦)

(٢) د/ أحمد محمد رفعت، المرجع السابق، ص (١٦٣)

منطلق كونها اعمال ارهابية ولكن من منطلق كونها أعمال إجرامية دولية وذلك كله بغية تحقيق هدفين متلازمين في السياسة الامريكية.

(الاول) عدم الوقوف عائقاً امام العمليات التي تقوم بها المخابرات الامريكية بشكل خاص والمخابرات الغربية بشكل عام والتي قد تدخل تحت نطاق مسمى إرهاب الدولية

(الثاني) وضع الاتفاقيات الدولية التي تمكنها من خدمة مخططاتها الاستراتيجية والتي تجعلها بمثابة القيم والحكم على تنفيذ الدول لهذه الاتفاقيات الدولية التي تجرم بعض العمليات الارهابية من منطلق كونها جرائم دولية وليست ارهاباً دولياً

وحتى يتحقق ذلك كله كان على الولايات المتحدة الامريكية استغلال كافة قدراتها الاعلامية والاقتصادية من جانب واستغلال دهائها السياسي من جانب آخر هذا فضلاً عن استغلال نفوذها ونفوذ حلفائها داخل الامم المتحدة من جانب ثالث

وداخل أروقه الأمم المتحدة اتبعت الولايات المتحدة الامريكية- بالتعاون مع حلفائها الغربيين- نهجاً يلائم الظرف التاريخي القائم ويلائم الأحداث الطارئة، ففي الفترة التاريخية التي وجد فيها الاتحاد السوفيتي كقوى عظمى ثانية على الساحة الدولية سعت جهود السياسة الامريكية في ذلك الوقت لتحديد الاتحاد السوفيتي ولفنت نظره بعيداً عن المخططات الاستراتيجية المتبغاه في هذا الشأن

فقد تمثل اسلوب الولايات المتحدة الامريكية في ذلك الوقت في الظهور بمظهر الساعي المجتهد للوصول لتقنين دولي في شأن مكافحة الارهاب الدولي ولكنها في حقيقة الامر- وبدعم من حلفائها الغربيين- كانت من يضع كافة العراقيل امام الوصول لمثل هذا التقنين الدولي

وحتى يتحقق ذلك الامر للولايات المتحدة الامريكية فقد استغلت نفوذها ونفوذ حلفائها الغربيين داخل الامم المتحدة وذلك من خلال تنسيق الأدوار فيما بينها داخل أروقه الامم المتحدة، فاذا ما أبدى الاتحاد

السوفيتي أو أحد الدول الاعضاء الداعمة له رأيا ما في شأن تقنين مكافحة الارهاب دولياً، تتخذ الولايات المتحدة الامريكية او احد الدول الاعضاء^(١) المتحالفة معها رأيا مغايراً يبدو وكأنه مبني على مبرر منطقي في الظاهر وان كان في حقيقة الامر ماهو الاجدال سفسطائي وتكون الغاية الحقيقية المبتغاة من وراء مثل هذه المناقشات العقيمة هو فقط إعاقة الوصول لتقنين دولي في شأن مكافحة الارهاب الدولي

وهكذا فقد بدا الامر أشبه بما يحدث في المجالس النيابية لبعض الدول النامية حيث مظهر الديمقراطية وفعل الدكتاتورية، وحيث السماح بأساليب الديمقراطية والتوافق الضمني على القبول بنتائج دكتاتورية، حيث يكون هناك فريقين متعارضين بما قد يوحي بوجود ديمقراطية ولكن حقيقة الامر هو ان الفريقين المتعارضين ينفذان مخطط مرسوم لهما او على الاقل فان الفريق الغالب منهما يسمح بذلك الاختلاف في الحدود المرسومة لمثل هذا الاختلاف، بحيث يكون لهذا الفريق الغالب مبتغاه في نهاية المطاف إما بوضع تقنين معين او إعاقة وضع مثل هذا التقنين

وهذا ما حدث فعلا من الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين داخلأروقة الامم المتحدة في شأن تقنين مكافحة الارهاب الدولي، حيث بدت هي وحلفائها الغربيين وكأنها فريق يشارك في تقنين مكافحة الارهاب الدولي، ولكنها في حقيقة الامر كانت حجرة عثرة أمام ظهور مثل هذا التقنين على الساحة الدولية^(٢)

والولايات المتحدة الامريكية في ذلك راعت - كما قلنا سلفاً - الظرف التاريخي الذي كانت تمر به فعندما كان الإتحاد السوفيتي هو القوى العظمى الثانية على الساحة الدولية ويخشى غضبه إرتأت الولايات المتحدة ضرورة الظهور بمظهر الجاد في السعي لوجود تقنين دولي في شأن مكافحة

(١) د/ حازم محمد عتلم، المرجع السابق، ص (٢٢٢).

(٢) د/ علاء الدين راشد، الامم المتحدة والارهاب، المرجع السابق، ص (٣١)

الارهاب بشرط الوصول لتوافق حول مفهومها أولا وهى في ذلك كانت
تضمراً أمراً مفاده بأنها ستعيق حتماً الوصول لهذا التوافق
ويبدو ان الاتحاد السوفيتى ومؤيديه قد خدعوا بهذه النهج
الامريكى بشكل خاص والغربى بشكل عام، ذلك أنه بمجرد بدء
المداولات في الامم المتحدة حول مكافحة الارهاب عقب اغتيال بعض
الرياضيين الاسرائيلين في أولمبياد ميونيخ عام ١٩٧٢ م^(١)، انقسمت آراء
الدول الاعضاء في الامم المتحدة في ذلك الوقت لثلاث اتجاهات، وكانت
هذه الاتجاهات الثلاث مرتبطة في الاساس بميول سياسية تعتقها، ومن ثم
فقد كانت بعيدة كل البعد عن حياد المنطق القانونى الذى من شأنه
الوصول بجميع الدول الاعضاء في الامم المتحدة للقواعد القانونية المتبناه
في شأن مكافحة الارهاب الدولي

وكتيجة لوجود عقيدة سياسية مسبقة تحكم آراء الدول الاعضاء في
الامم المتحدة التي تنظر موضوع تقنين مكافحة الارهاب الدولي، لذا فقد
بدا كل فريق منهم وكأنه يسعى لفرض رؤيته وفكره السياسى على الفريق
المنافس، وقد أدى ذلك بالضرورة لاستحالة الوصول لرأى موحد فيما
ينهم في شأن تقنين مكافحة الارهاب الدولي

حيث ظهر في أروقه الامم المتحدة منذ بدء المناقشة بين الدول
الاعضاء في عام ١٩٧٢ ثلاث اتجاهات حول مفهوم الارهاب الدولي^(٢)

الاتجاه الاول تزعمه الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين
وهو يرى ضرورة قمع الارهاب المبنى على العنف

أما **الاتجاه الثانى** فقد تزعمته الدول العربية والاسلامية والعديد من
الدول الافريقية والاسيوية وهذا الاتجاه يرى ضرورة القضاء على اسباب
الارهاب اولاً حتى يتم مكافحة الارهاب على اساس سليم، حيث يكون
الارهاب المرتكب عقب ذلك دون سند صحيح من واقع أو قانون

(١) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والارهاب، المرجع السابق، ص (١٥)
(٢) د/ سامى جاد عبد الرحمن واصل، المرجع السابق، ص (٥٦)

أما الاتجاه الثالث فقد تزعمه الاتحاد السوفيتي ومؤيدوه من الدول الاشتراكية، وزعيم هذا الاتجاه (الاتحاد السوفيتي) أراد كسب تعاطف اصحاب الاتجاه الثاني، وذلك بالظهور بمظهر المؤيد لهم والداعم لقضايهم، كما أراد في ذات الوقت الظهور بمظهر المنافس المفهم لرؤية اصحاب الاتجاه الاول في شأن العنف الموجه ضد أبرياء او ضد ممثلى الدول

هذا وقد ترتب بالضرورة على المنحى الذى اختلقته الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين في شأن إثارة مناقشات حامية الوطيس حول مفهوم الارهاب الدولي الوصول لقناعه لدى اصحاب الاتجاهات الثلاث المشار اليها سلفاً مفادها عدم امكانية الوصول لرؤية موحدة فيما بينهم حول وضع تقنين دولي في شأن مكافحة الارهاب الدولي وهذا ما أرادته فعلا الولايات المتحدة الامريكية منذ إثارة هذا الامر في أروقه الامم المتحدة، حتى لا تقع هي تحت عبء التزام قانونى قد لا تستطيع الفكاكمنه في ظل منافس قوى لها على الساحة الدولية في ذلك الوقت هو الاتحاد السوفيتي^(١)

والولايات المتحدة في سعيها هذا- والذى كلل بالنجاح- لم تنسى نهجها الغربى في التفكير والمتمثل في استغلال الظروف والاحداث الطارئة لوضع تقنين دولي يخدم مخططاتها الاستراتيجية، وهذا ما فعلته في ذات وقت سعيها المشار اليه سلفاً- المتمثل في اعاقه وضع تقنين دولي في شأن مكافحة الارهاب الدولي- حيث استغلت تعاطف المجتمع الدولي معها ومع حلفائها عندما وقعت بعض العمليات الارهابية ضد بعض رعاياها أو ضد بعض رعايا حلفائها، وذلك بالترويج لضرورة تجريم هذه العمليات الارهابية دولياً من منطلق انها جرائم دولية وليست عمليات ارهابية، وذلك لحين الوصول لاتفاق دولي حول مفهوم الارهاب الدولي

(١) د/ محمد سعادى، المرجع السابق، ص (٢٦١)

وقد استغلت الولايات المتحدة بوقها الاعلامى في هذا الشأن أفضل استغلال^(١)

والولايات المتحدة الامريكية في سعيها الاخير هذا لم يكن هدفها الاوحد هو تجريم العمليات الارهابية المرتكبة بقدر سعيها لتحقيق هدف اخر - بالاضافة طبعاً للهدف الاول المشار اليه سلفاً - أكثر عمقاً في المخططات الاستراتيجية الامريكية ويتمثل ذلك في استغلالها للقوانين والقرارات الدولية التي وضعتها بالمقاييس التي تراها هي في شأن تجريم بعض العمليات الاجرامية التي وقعت ضد بعض مصالحها أو ضد بعض مصالح حلفائها، وذلك من منطلق أنها القيم والحكم على مثل هذه الافعال التي تنتهك هذه القوانين والقرارات الدولية المشار اليها سلفاً وهو ما سيؤدى بالضرورة للهدف السياسي المرجو والمبتغى في المنظور البعيد الذى يتمثل فى توطيد مكانتها على الساحة الدولية وذلك من خلال استغلال مثل هذه القوانين والقرارات الدولية فى ابتزاز منافسيها السياسيين على الساحة الدولية، وذلك بالإدعاء بانهم يدعمون بشكل أو بآخر مثل هذه العمليات الاجرامية التي تنتهك القوانين الدولية.

ومن ثم سيرضخون في نهاية المطاف للابتزاز السياسي الذى تقوم به الولايات المتحدة الامريكية^(٢)

وهذا الهدف المرجو في المنظور البعيد بدأ في الظهور مع بدء الولايات المتحدة الامريكية في السعى لتجريم بعض العمليات الارهابية دولياً من منطلق انها جرائم دولية وليست ارباباً دولياً حيث اضطر أصحاب الاتجاه الثانى للوقوف موقف المدافع الساعى لبراءة ذمته من بعض العمليات الارهابية التي يرتكبها بعض رعاياه ضد بعض رعايا أصحاب الاتجاه الاول

(١) د/ محمود حجازى محمود، المرجع السابق، ص (٦٣)

(٢) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المرجع السابق، ص (٣٧٤)

وكنوع من التبرير والدفاع من قبل اصحاب الاتجاه الثاني عما تم ارتكابه من بعض العمليات الارهابية من قبل بعض رعاياه ضد بعض رعايا اصحاب الاتجاه الاول ذكر اولئك المبررين بأنه لولا فعل اصحاب الاتجاه الاول لما ظهر رد فعل عنيف من قبل بعض رعاياهم ، وعليه فإن منطق الامور - من وجهة نظرهم - يقتضى ما سبق واسلفوه في شأن ضرورة إزالة أسباب الارهاب أولاً والتي يرتكباها اصحاب الاتجاه الاول ، وبعد ذلك يمكن الوصول لاتفاق دولي حول قواعد مكافحة الارهاب الدولي ، ويكون ذلك على اساس سليم من قواعد المنطق والقانون^(١)

وقد أدى اثاره النقاش على هذا النحو الى الذهاب بالجميع بعيداً عن المنحى المبتغى والتمثل في الوصول لمفهوم موحد للارهاب الدولي ، حيث قامت الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين بالرد على اصحاب الاتجاه الثاني بأن التشريعات الداخلية للدول لا تنتظر تحديد ودراسة أسباب ارتكاب المجرمين للجريمة قبل ان تطبق عليهم القوانين الجنائية ، لذا ينبغي عدم التأخير في القيام بتدابير لمنع مثل هذه العمليات الارهابية من منطلق كونها اجراءات عاجلة وضرورية

وهكذا فقد تمكنت الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين - بفضل دهاتهم السياسي - ومنذ الوهلة الاولى لتداول المناقشات حول الارهاب الدولي ، من أن تأخذ هذه المناقشات للوجهة التي تبتغيها والتي تحقق أهدافها المتمثلة في التجريم الدولي للعمليات الارهابية التي تقع ضد مصالحها ومصالح حلفائها دون ان تدخل تحت مسمى الارهاب الدولي ، وفي ذات الوقت تمكنت من اعاقه الوصول لمفهوم موحد حول الارهاب الدولي حتى لا يعود ذلك بالاثار السلبية عليها وعلى حلفائها وذلك على نحو ما اسلفناه في جزء سابق من هذا البحث^(٢)

(١) د/ سامى جاد عبد الرحمن واصل ، المرجع السابق ، ص (٥٧)

(٢) د/ يوسف حسن يوسف ، المرجع السابق ، ص (٣٣)

وإزاء إحتدام الخلاف بين اصحاب الاتجاهين الاول والثانى - على النحو المشار اليه سلفاً - وإزاء عدم تبصر الاتحاد السوفيتى لما يحاك في هذا الشأن من قبل الولايات المتحدة الامريكية وحلفائه الغربيين من مخططات وأهداف سياسية مرسومة مسبقاً في شأن إثارة الخلافات على النحو المشار اليه سلفاً

لذا فقد اعتقد الاتحاد السوفيتى ان الفرصة مواتية لكسب مزيد من المؤيدين له من اصحاب الاتجاه الثانى وفي ذات الوقت الظهور بمظهر المنافس القوى الذى يتفهم رؤية اصحاب الاول ولكنه يستطيع ان يضع قيوداً على رؤيته تلك

إزاء ذلك وجدنا الاتحاد السوفيتى ومؤيديه من الدول الاشتراكية ينبرون برأى في شأن الخلاف المحتدم بين الاتجاهين المشار اليهما سلفاً، مفاده ضرورة التفرقة بين العنف الذى يستخدم كوسيلة للوصول إلى ممارسة حق تقرير المصير والتحرر من الاستعمار، وبين أعمال الارهاب العنيفة التي توجه ضد الأبرياء والعزل أو تلك التي توجه ضد ممثلى الدول او ضد أعضاء البعثات الدبلوماسية

وهذا المنحى للاتحاد السوفيتى ومؤيديه من الدول الاشتراكية يبدو وكأنه يدعم رؤية الدول العربية والاسلامية والافريقية والاسيوية، والتي كانت ترى ان السبب الرئيسى في العمليات الارهابية التي يقوم بها بعض رعاياها ضد بعض رعايا الدول الغربية وضد بعض مصالح الولايات المتحدة الامريكية يعود في الاساس لذلك الموقف المتعنت من هذه الدول الغربية ومن الولايات المتحدة الامريكية فى شأن حصول العديد من الدول العربية والاسلامية والافريقية والاسيوية على حقها في تقرير المصير وفى شأن حصول العديد منها على الاستقلال من إحتلال بعض الدول الغربية^(١)

(١) د/ عبد العزيز مجيمر عبد الهادى، المرجع السابق، ص (٧٠)

ولكنه فى نفس الوقت بدا وكأنه يضع حدوداً للمطالب الأمريكية والغربية فى هذا الشأن، فإذا كانت هذه المطالب هدفها وضع تقنين دولى لتجريم كافة الأعمال الإرهابية المبينة على العنف وهو ما يعنى ان الأمر قد صار من الاتساع الذى يصعب تحديده، لذا فقد أراد الاتحاد السوفيتى أن يضع بصمته فى هذا الشأن وذلك بأن أظهر بأنه يوافق على تجريم الأعمال المبينة على العنف ولكن ليس بشكل مطلق وإنما بشرط أن تكون هذه الأعمال الاجرامية المبينة على العنف موجهة ضد الأبرياء وضد العزل أو ضد ممثلى الدول أو ضد أعضاء البعثات الدبلوماسية^(١)

ومن جانب آخر وكنوع من الدهاء السياسى استغلت الولايات المتحدة الأمريكية نفوذها ونفوذ حلفائها داخل الأمم المتحدة، حتى أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة - مع بداية إحتدام التنافس بين أعضاء الأمم المتحدة حول مكافحة الإرهاب الدولى بشكل عام وحول مفهوم الإرهاب الدولى بشكل خاص - قراراً يقضى بإنشاء لجنة خاصة معنية بالإرهاب الدولى تتألف من خمسة وثلاثين عضواً يعينهم رئيس الجمعية العامة، يراعى فيها مبدأ التمثيل الجغرافى العادل وكان الغرض من انشائها دراسة الملاحظات التى تتقدم بها الدول الأعضاء حول الإرهاب الدولى على أن تقدم هذه اللجنة تقريراً فى هذا الشأن الى الجمعية العامة مشفوعاً بالتوصيات وذلك بغية تحقيق التعاون الدولى من أجل القضاء على مشكلة الإرهاب الدولى، والولايات المتحدة الأمريكية هنا لم تكن تبغى تحقيق التعاون الدولى فى مجال مكافحة الإرهاب بقدر إبتغائها البقاء خصومها السياسيين فى أمور شكلية لا طائل منها، حيث تكون هذه اللجنة وشبهاتها محلاً للتنافس بين الأعضاء فىمن يدخل فى تشكيلها وراثستها ولكنها فى نهاية المطاف لجنة غير فاعلة وما يصدر عنها ما هو إلا توصيات غير ملزمة^(٢)

(١) د/ علاء الدين راشد، المشكلة فى تعريف الإرهاب، المرجع السابق، ص

(١٣٣)

(٢) د/ عبد العزيز محيىم عبد الهادى، المرجع السابق، ص (٦٩)

ويعوجب ذلك كله صارت الامور على النحو الذى تبغيه الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغزيين داخل اروقہ الامم المتحدة، حيث إنعقدت الدورة تلو الدورة للجمعية العامة للأمم المتحدة في شأن مكافحة الارهاب الدولي اعتباراً من الدورة ٢٧ في عام ١٩٧٢ حتى الدورة ٤٦ في عام ١٩٩١ وقد دارت خلالها المناقشات بين اصحاب الاتجاهات الثلاث السالف الاشارة اليها وكأنها تدور في حلقة مفرغة حيث لا يمكن الوصول لنقطة توافق وهذا الامر كان يعود في الأساس لكون نقطة إنطلاق هذه المناقشات محل خلاف بين الدول الاعضاء ولذا فقد كان من الطبيعي أن تأتي المناقشات بنتائج هي محل خلاف فيما بينهم.

هذا وقد كان التوافق الوحيد بين المجتمعين بالدورات المختلفة هو توافقهم حول أحد قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، الذى أعربت فيه عن عميق قلقها لتزايد أعمال الارهاب الدولي وحثت من خلاله الدول الاعضاء على مواصلة البحث عن حلول عادلة وسلمية لازالة الاسباب الكامنة وراء اعمال العنف.

ومما يؤكد ان الامور كانت تسير على المنحى الذى تبغيه الولايات المتحدة الامريكية داخل اروقہ الامم المتحدة، تلك التوصية التي اصدرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في شأن حث الدول الاعضاء على الانضمام الى الاتفاقيات الدولية القائمة التي تعالج بعض جوانب مشكلة الارهاب الدولي^(١)

وهذا هو ما كانت تبغية الولايات المتحدة الامريكية فعلا على نحو ما أسلفنا، حيث تعرقل الوصول لتقنين دولي في شأن مكافحة الارهاب الدولي وفي ذات الوقت تدعم سبل الوصول لإتفاقيات دولية تجرم بعض العمليات الارهابية باعتبارها جرائم دولية وليست إرهاباً دولياً تلك العمليات التي كانت تهدد رعاياها ومصالحها ورعايا ومصالح حلفائها

(١) د/ أحمد محمد رفعت، المرجع السابق، ص (١٨٥)

الأمر الذي يمكنها من استغلال هذه الاتفاقيات الدولية لتوطيد مكانتها على صدارة الساحة الدولية.

والأمر على هذا النحو يؤكد على ما سبق أن ذكرناه حول قدرة الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين على استعمال دهائهم السياسي في اخذ معظم - إن لم يكن كل - الدول الاعضاء في الامم المتحدة للوجهة التي تبتغيها هي، والتي تتمثل في اعاقه الوصول لتقنين شامل في شأن مكافحة الارهاب الدولي فضلا عن إعاقه الاتفاق حول مفهوم موحد للارهاب الدولي وفي ذات الوقت دفع دول العالم دفعا للانضمام للاتفاقيات الدولية التي تجرم بعض العمليات الارهابية التي تضر بمصالح الولايات المتحدة الأمريكية ومصالح حلفائها الغربيين^(١)

وإذا كان الخلاف قد احتدم بين الدول الاعضاء في الامم المتحدة حول الوصول لتقنين شامل في شأن مكافحة الارهاب وانقسمت اراء الدول الاعضاء بالامم المتحدة لثلاث إتجاهات على نحو ما اسلفنا

فإن الخلاف فيما بينهم حول مفهوم الارهاب الدولي لم يكن أقل حدة، حيث انقسمت الآراء بشأنه لاثلاث إتجاهين (الاول) تزعمه الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين وهذا الإتجاه يقصر مفهوم الارهاب الدولي على الارهاب الفردي

أما الإتجاه (الثاني) فقد تزعمته دول عدم الانحياز ويرى ضرورة الوصول لتعريف للارهاب الدولي يمكن من خلاله التمييز ما بين الارهاب الفردي وارهاب الدولة

وفي ظل محاولة كل فريق الانتصار لرؤيته دون الرؤية الاخرى، فقد استغلت الولايات المتحدة نفوذها ونفوذ حلفائها الغربيين داخل أروقه

(١) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المرجع السابق، ص (١١٢)

الامم المتحدة للترويج لرؤية مفادها عدم جدوى الوصول لتعريف موحد للارهاب الدولي^(١)

وإذا كان الامر قد صار على هذا المنوال طوال فترة وجود الاتحاد السوفيتي على الساحة الدولية كقوى عظمى ثانية، فان الامر لم يتغير كثيراً عندما تفكك الاتحاد السوفيتي واحتلت روسيا - الوريث الشرعي للاتحاد السوفيتي - مكانة بعيدة نسبياً عن المركز الثاني في الساحة الدولية، ويعود ذلك في الاساس لقدرة الولايات المتحدة الامريكية على تغيير اساليبها من أجل تحقيق مصلحتها السياسية والتي لا تتغير في الغالب الاعم

ذلك انه عقب تفكك الاتحاد السوفيتي وفي ظل الرؤية الامريكية حول ضرورة وجود خصم سياسى على الساحة الدولية حتى يستمر الدافع القوي في السياسة الامريكية للعمل على الحفاظ على صدارة الساحة الدولية التي وصلت اليها، لذا فقد ارتأت الولايات المتحدة الامريكية ضرورة تغيير اطراف الخصومة السياسية داخل أروقه الامم المتحدة في شأن الصراع حول مكافحة الارهاب الدولي وكذلك حول المقصود بالارهاب الدولي

وسعى الولايات المتحدة الامريكية لتغيير اطراف الخصومة السياسية عقب تفكك الاتحاد السوفيتي في شأن الصراع حول مكافحة الارهاب الدولي وكذلك حول المقصود بالارهاب الدولي لم يكن بغية تغيير رؤيتها في هذا الشأن بقدر ما كان إبتغاء الألاستمرار في تنفيذ مخططاتها الاستراتيجية في هذا الشأن، وعليه فقد كان الامر يتطلب استبدال الاتحاد السوفيتي الخصم السياسي المعتاد بخصم سياسى جديد يتم صناعته بمقاييس مرسومة مسبقاً ويتم وضع هالة اعلامية حوله توحى بأنه داعم للارهاب الدولي وبذلك تضمن الولايات المتحدة الامريكية استمرار

(١) د/ علاء الدين راشد، المشكلة فى تعريف الارهاب، المرجع السابق، ص(١١٧)

الجدل والخلاف حول وضع تقنين دولي في شأن مكافحة الإرهاب الدولي وكذلك حول مفهوم الإرهاب الدولي، كما تضمن الإنتصار في هذه المعركة السياسية كما كان الحال مع الخصم السياسي السابق وهو الاتحاد السوفيتي^(١)

وفعلا سارت الأمور على النحو الذي تبغيه الولايات المتحدة الأمريكية في شأن عرقلة الوصول لتقنين دولي موحد حول مكافحة الإرهاب الدولي وفي شأن الوصول لتعريف موحد لمفهوم الإرهاب الدولي وذلك في مرحلة ما بعد تفكك الاتحاد السوفيتي، فقد استمر الانقسام في هذه المرحلة التاريخية أيضاً بين الدول الاعضاء في الأمم المتحدة حول ذات الأمور سواء فيما يتعلق بالوصول لتقنين دولي في شأن مكافحة الإرهاب^(٢) الدولي أو فيما يتعلق بالوصول لتعريف متفق عليه حول مفهوم الإرهاب الدولي

وفي هذه المرحلة التاريخية صار الاتقسام بين الدول الاعضاء في هذا الشأن بين فريقين:

الفريق (الاول) تتزعمه الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين
والفريق (الثاني) تتزعمه الدول العربية والإسلامية، وقد استمر الفريقان على ذات نهج الخلاف السابق الذي كان قائماً وقت أن كان الاتحاد السوفيتي قائماً على الساحة الدولية، وذلك في شأن مكافحة الإرهاب الدولي وفي شأن المقصود بمفهوم الإرهاب الدولي والمتغير الوحيد في هذه المرحلة التاريخية انه لم يعد هناك داعم للفريق الثاني

ولذا فقد صار من الواجب عليها ليس فقط الدفاع عن رؤيتها هي لمفهوم الإرهاب الدولي ورؤيتها في شأن التقنين الدولي لمكافحة الإرهاب بل صارت مطالبة أيضاً بالدفاع عن كيانها هي، ذلك الكيان المستهدف من قبل الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين عقب تفكك الاتحاد السوفيتي، حيث بدأت الولايات المتحدة وحلفائها الغربيين في مهاجمة

(١) مسعد عبد الرحمن زايدان، المرجع السابق، ص (٣٧٠)

(٢) د/ طارق عبد العزيز حمدي، المرجع السابق، ص (١٣٢)

الدول العربية والاسلامية من منطلق كونها تدعم الارهاب واستغلت بوقها الاعلامى المتقدم فى الترويج لذلك^(١)

وكما كان الاتحاد السوفيتى غير مدرك بالقدر الكافى للمخططات الاستراتيجية التى تتخذها الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين فى هذا الشأن فضلاً عن إغداغه بتلون الاساليب المختلفة التى تصدر عن الادارات الامريكية المتعاقبة

فقد استمرت الأمور على ذات المنوال بالنسبة للدول العربية والاسلامية، فنظراً لكون هذه الدول تتخذ مواقفها السياسية الدولية كرد فعل، ونظراً لعدم وجود مراكز بحثية متخصصة بها تضع لها المخططات الاستراتيجية اللازمة لسياستها الدولية، هذا بالإضافة لكون سياستها الدولية غالباً ما ترتبط بشخص وشخصية الرئيس الحاكم بدولها، لذا فلم تفتن الدول العربية والاسلامية هى الاخرى للمخطط الامريكى المرسوم لها قبل أن يتفكك الاتحاد السوفيتى، حيث كانت الولايات المتحدة الامريكية ووفقاً للرؤى المستقبلية التى تضعها مراكز البحوث لديها، على علم بأن الأوضاع الاقتصادية والسياسية بالاتحاد السوفيتى قد آلت الى الحالة التى ستؤدى حتماً إما لتفكك الاتحاد السوفيتى واما أن يكوناً بدلاً للتفكك واما أن يكون قائماً كشبح

ولذلك فانه فى ظل القاعدة السياسية التى تدعو لخلق منافس سياسى اذا لم يكن موجوداً، حتى يستمر الدافع فى اتخاذ ما يلزم من اجراءات لضمان الاستمرار فى صدارة الساحة الدولية

فقد وضعت الولايات المتحدة الامريكية عن طريق مراكز ابحاثها المخططات الاستراتيجية اللازمة للعدو المحتمل والواجب وضعه - من قبل هذه المراكز البحثية - فى اطار محدد لا يتخطاه، حتى تتمكن الولايات المتحدة الامريكية من الانتصار فى المعارك المزمع اثارها مع^(٢)

(١) د/ عادل عبد الله المسدى، المرجع السابق، ص (١٤٣)

(٢) د/ طارق عبد العزيز حمدى، المرجع الاسبق، ص (٢٥٠)

وعليه فيعد أن كانت أجهزة الإعلام الغربية تصور تنظيم القاعدة بشكل عام وأسامة بن لادن بشكل خاص على أنهم أبطال يحاربون الشيوعية في أفغانستان حيث الاتحاد السوفيتي الذي يحتل أفغانستان، فقد إنقلبت أجهزة الاعلام الغربية على تنظيم القاعدة وصار أعضائه إرهابيون وصار أسامة بن لادن زعيم الارهابيين في العالم وصارت كل عملية إرهابية تحدث في العالم مصدرها - والمشتبه فيه الاول- هو تنظيم القاعدة، حتى ولو كانت أهداف هذه العملية تتعارض مع أهداف هذا التنظيم

هذا وكرد فعل غير مدروس وغير مدرك للمخططات المرسومة ارتكب تنظيم القاعدة بعض العمليات الارهابية فعلا والتي كان يتغنى من ورائها محاولة الضغط على الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين حتى تعود العلاقات فيما بينهما لسابق عهدا حيث كانت الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيينمدون هذا التنظيم بالسلاح والعتاد والإمدادات اللوجستية والمخابراتية، ولكن هذا التنظيم لم يدرك أن دوره المتبغى منه لصالح الولايات المتحدة وحلفائها ضد الاتحاد السوفيتي فى أفغانستان قد انتهى وأصبح دوره كحليف غير مرغوب فيه، كما انه (هذا التنظيم) لم يدرك أن ردودأفعاله تلك كانت متوقعة ومحسوبة، فما أن بدأ التنظيم ببعض عملياته الارهابية حتى بدأت أجهزة الاعلام الغربية تقوم بدورها المنوط بها القيام به والذي يتمثلي تصوير تنظيم القاعدة ومن يدعمه ومن يوافقهاالرأى على أنهم ارهابيون يجب اجثاثهم^(١)

وللأسف الشديد فانه نظرا لعدم وجود أجهزة بحث متخصص في الدول العربية والاسلامية والامر برمته مجرد إجتهد شخصى من قبل حكاهم، فقد وقعت معظمها في الفخ السياسي المرسوم لهذه المرحلة التاريخية، حيث لم تدن بعض الدول العربية والاسلامية تلك العمليات الارهابية التي تمت بمعرفة تنظيم القاعدة وأعوانه خشية أن تحدث قلاقل

(١) د/ محمود حجازى محمود، المرجع السابق، ص (٦٣)

داخل أراضيها، والبعض الآخر كان يدعم هذا التنظيم ويوفر له الاشخاص والأموال والعتاد والأسلحة والتدريب والملاذ الامن أحياناً، والبعض الثالث أخذ موقف محايد تجاه الامر، مما دفع الدول الأوروبية للتحالف بقوة - وعن إقتناع - مع الولايات المتحدة ضد العالم الاسلامي من منطلق أنه الخصم السياسي الواجب مجابهته على الساحة الدولية^(١)

كل ما سبق وضع الدول العربية والاسلامية في الجانب الاضعف فيما يتعلق بوضع قواعد دولية موحدة لمكافحة الارهاب وفيما يتعلق بالوصول لمفهوم موحد للارهاب الدولي، حيث بات عليها أولاً دفع سهام الاتهامات الغربية والامريكية التي جعلتها هي والارهابيين خندق واحد، كما بات عليها ثانياً الظهور على الساحة الدولية بمظهر المتوافق مع المجتمع الدولي في شأن مكافحة الارهاب الدولي أيا كان مسماه وأيا كان دافعه

وقد أدى ذلك بالضرورة الى قبول الدول العربية والاسلامية برؤية الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين في شأن مكافحة الارهاب الدولي، وقد ترتب على ذلك بالضرورة قبول الدول العربية والإسلامية بالاتفاقيات الدولية المبرمة في شأن مكافحة بعض الجرائم الدولية دون ان توضع تلك في اطار مسمى مكافحة الارهاب الدولي وذلك على النحو الذي تبغيه الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين، وكان ذلك من الدول العربية والاسلامية لا لشيء سوى الظهور على الساحة الدولية بمظهر الداعم للمجتمع الدولي في شأن مكافحة الارهاب الدولي أياً كان مسماه، وللنأي بنفسها بعيداً عن الاتهامات الموجهة ضدها والتي تتهمها بأنها تدعم الارهاب والارهابيين، وقد كان لذلك أثره بالضرورة في تنفيذ المخططات الامريكية والغربية في شأن مكافحة الارهاب الدولي وفق

(١) د/ يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص (١٨)

الرؤى الامريكية بخطى أسرع وأيسر مما كان عليه الامر وقتان كان الاتحاد السوفيتى قائماً فى الساحة الدولية^(١)

وقد بدا ذلك واضحاً من خلال قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة وقرارات مجلس الامن التي صدرت عقب تفكك الاتحاد السوفيتى وتصدر الدول العربية والاسلامية المشهد في مجال مكافحة الارهاب الدولي وفي شأن الوصول لتعريف موحد لمفهوم الارهاب الدولي في مواجهة الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين

وفي هذا الصدد نلاحظ أن مندوبى معظم الدول العربية والاسلامية كثيراً ما حاولوا داخل أروقه الامم المتحدة الوصول لتعريف للارهاب الدولي يستثنى فيه كفاح الشعوب المسلح ضد الاحتلال والعدوان والاستعمار وكذلك يستثنى فيها أعمال المقاومة المثارة بغية الحصول على حق تقرير المصير، كما أنها سعت إلى إدخال ارهاب الدولة ضمن تعريف الارهاب الدولي، الا أن هذه المحاولات جميعها قوبلت بإعتراض شديد من قبل الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين^(٢)

وفي مقابل ذلك فقد أكد مندوبى الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين على ضرورة مكافحة الارهاب الدولي من خلال إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية مثل إتفاقية قمع إرهاب القنابل وإتفاقية قمع تمويل الارهاب واتفاقية قمع الارهاب النووي، وفي شأن الوصول لتعريف موحد للارهاب الدولي فقد أكد مندوبى الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين بعدم امكانية الوصول لذلك التعريف الا بعد أن تتوافق جميع الآراء حول ذلك المفهوم، وعلى أن ذلك التوافق من الصعوبة بمكان لثن تتوحد الرؤى حوله، ومن ثم فمن المفضل ترك ذلك الامر جانباً والتركيز على الاتفاقيات الدولية التي من شأنها مجابهة العمليات الارهابية حتى ولو لم تكن تحت مسمى الارهاب الدولي

(١) د/ محمود حجازى محمود، المرجع السابق، ص (٦٤)

(٢) د/ محمد عبد العزيز سهل، المرجع السابق، ص (٦٨)

وما انتهينا اليه في السطور السابقة كان واضحاً بجلاء في الدورة السادسة والاربعين للجمعية العامة في عام ١٩٩١ حيث تم الاكتفاء بادانه الارهاب الدولي، وكذلك في الدورة التاسعة والاربعين عام ١٩٩٤ حيث أصدرت الجمعية العامة القرار رقم ٦٠/٤٩ والذي طالبت فيه الدول الاعضاء باعتماد الاعلان المتعلق بالتدابير الرامية للقضاء على الارهاب، وحثت الدول الاعضاء على اذاعة وتشر الاعلان واتخاذ التدابير الدولية والوطنية الكفيلة بالقضاء على الارهاب، وكان ذلك كله دون صدور قرار ملزم في هذا الشأن يتعرض مخالفه للمساءلة الدولية^(١)

وفي الدورة الخمسين عام ١٩٩٥ أصدرت الجمعية العامة قرارها رقم ٥٣/٥٠ في ١١ ديسمبر عام ١٩٩٥ أعربت فيه الجمعية العامة عن إنزعاجها من استمرار ارتكاب الأعمال الارهابية وأدانت الارهاب سواء أكان غرضه سياسياً أم فلسفياً أم عرقياً كما شددت على تعزيز حسن النية وفعالية أحكام هذا الاعلان وكان ذلك منها دون قرار ملزم في هذا الشأن يتعرض مخالفه للمساءلة الدولية

هذا ولم يخرج مجلس الامن عن هذا النهج في شأن تعريف الارهاب وكذا في شأن مكافحة الارهاب، فقد أصدر مجلس الامن القرار رقم ١٣٧٣ الذي طالب الدول الاعضاء في الامم المتحدة باتخاذ تدابير للمعاقبة على الافعال الارهابية، وكان ذلك دون أن يتم الاتفاق دولياً على ماهية الافعال الارهابية

وفي ذات الشأن أصدر مجلس الامن القرار رقم ١٥٤٠ لسنة ٢٠٠٤ طالب فيه الدول الاعضاء في الامم المتحدة باتخاذ تدابير لضمان أمن المنتجات النووية والكيميائية والبيولوجية أثناء صنعها واستخدامها وتخزينها ونقلها، وذلك دون أن يسمى صنع واستخدام وتخزين ونقل هذه المواد ارباباً دولياً^(٢)

(١) د/ حازم محمد عتلم، المرجع السابق، ص (١٨١)

(٢) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والارهاب، المرجع السابق، ص (٣٥)

وعلى ذات النهج لم يتناول مجلس الامن نقطة الخلاف التي تقف حجر عثرة أمام الوصول لتعريف موحد للارهاب الدولي، وهي حركات التحرر الوطني والنضال من اجل تقرير المصير، وما اذا كانت تدرج في تعريف الارهاب الدولي أم تخرج عن نطاقه وفي مقابل ذلك كله فقد تمكنت الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين من استكمال مخططها الاستراتيجي في هذا الشأن، حيث استطاعت الوصول لإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية التي تعالج بعض العمليات الارهابية تحت مسمى جرائم دولية وليس تحت مسمى الارهاب الدولي وذلك مثل اتفاقية تمييز المتفجرات البلاستيكية في عام ١٩٩١ ومثل إتفاقية الامم المتحدة المعنية بضمان سلامة موظفي الامم المتحدة عام ١٩٩٤، وبرتوكولها، ومثل اتفاقية قمع إرهاب القنابل في عام ١٩٩٧، ومثل اتفاقية قمع تمويل الارهاب لعام ١٩٩٩، ومثل اتفاقية قمع الارهاب النووي في عام ٢٠٠٥، هذا فضلا عن وضع بروتوكول في عام ٢٠٠٥ لاتفاقية الجرائم الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية التي أبرمت في عام ١٩٨٨، فضلا عن وضع بروتوكول في عام ٢٠٠٥ للبرتوكول المتعلق بالجرائم الواقعة على المنصات المثبتة الواقعة على الجرف القاري المبرم في عام ١٩٨٨^(١)

وهكذا فقد تمكنت الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين من إستغلال نفوذها داخل أروقه الامم المتحدة لاستكمال مخططاتها الاستراتيجية في شأن مكافحة الارهاب الدولي وفي شأن مفهوم الارهاب الدولي وذلك في المرحلة التاريخية التي أعقبت تفكك الاتحاد السوفيتي، وصار فيها العالم الاسلامي خصماً سياسياً للولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين وكان حال هذه المرحلة التاريخية هو حال سابقتها، حيث تمكنت الولايات المتحدة الامريكية بمعاونة حلفائها الغربيين، من استغلال نفوذها ونفوذهم داخل أروقه الامم المتحدة للوصول لقرارات

(١) د/ حازم محمد عتلم، المرجع السابق، ص (٢٢٣)

دولية تخدم مخططاتها الاستراتيجية التي تمكنها وتمكن حلفائها من اعتلاء صداره الساحة الدولية وتمكنهم من التدخل في الشؤون الداخلية للدول في إطار من الشرعية الدولية التي خطتها هي على نحو مرسوم مسبقاً من قبل مراكز البحوث الامريكية^(١)

المبحث الثالث

رؤية الفقه لمفهوم الارهاب الدولي

نظراً لكون الفقه الدولي لم يكن صاحب رأي ثاقب ورؤية تتبع في مجال تعريف الارهاب الدولي، وكان مجرد تابع لبعض الاتجاهات السياسية الدولية المرسومة مسبقاً في هذا الشأن، بل لا نبالغ اذا ما قلنا أن الفقه الدولي كان في هذا الشأن مجرد بوق أكاديمي لهذه السياسات الدولية الموجهة

لذا فقد أرجأنا التعرض لرؤية الفقه لمفهوم الارهاب الدولي حتى وصلنا لهذه الجزئية من البحث

ونحن من جانبنا سنتعرض لهذه الرؤية الفقهية من خلال النقاط التالية:

المطلب الاول: الاختلاف الفقهي في شأن مفهوم الارهاب الدولي

المطلب الثاني: تقييم آراء الفقه في شأن مفهوم الارهاب الدولي

ورؤيتنا نحن لهذا المفهوم

المطلب الاول

الاختلاف الفقهي في شأن مفهوم الارهاب الدولي

يردد كثير من فقهاء القانون الدولي مقولة مفادها أنالدول والمنظمات الدولية والفقه الدولي عجزوا حتى الان عن وضع تعريف محدد وموحد للارهاب الدولي^(٢)

وحقيقة الأمر غير ذلك- من وجهة نظرنا- فالحقيقة وفقاً للعبارات الدبلوماسية التي تبدي في مثل هذه الاحوال، هي أنه لا توجد

(١) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المرجع السابق، ص (٣٧٣)

(٢) د/ يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص (٣٤)

إرادة سياسية للدول والمنظمات الدولية - ومن ثم الفقه الدولي بالضرورة وفقاً لما هو حادث فعلاً - من أجل الوصول لتعريف محدد وموحد للإرهاب الدولي

وأما حقيقة الأمر دون الالتزام بالعبارات الدبلوماسية الواجب إبدائها في مثل هذه الأحوال، فهي أن الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين تسمح حتى الانبكل الوسائل - المشروعة وغير المشروعة - بالوصول لتعريف محدد وموحد للإرهاب الدولي وذلك لشئ الخدمة أغراضها ومخططاتها الاستراتيجية والمشار إليها سلفاً على مدار هذا البحث^(١)

ومن هذا المنطلق فقد انقسم فقهاء القانون الدولي - وفقاً لمنطق الأمور - لاثنتين رئيسيتين في شأن مفهوم الإرهاب الدولي (الأول) منهما كان بمثابة بوق أكاديمي يردد مفهوم الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين للإرهاب الدولي (والثاني) منهما كان بمثابة بوق أكاديمي يردد مفهوم الدول العربية والدول الإسلامية ودول عدم الانحياز وكثير من الدول الأفريقية والآسيوية للإرهاب الدولي وحيث أن مفهوم هذه الدول الأخيرة جميعها للإرهاب يكاد يكون واحداً ونظراً لكون الولايات المتحدة وحلفائها الغربيين تلصق الإرهاب الدولي في الفترة الحالية بدول العالم العربي والإسلامي، لذا فإننا سنكتفي في هذا الشأن بمفهوم الفقه العربي للإرهاب الدولي^(٢)

ونحن من جانبنا سنتعرض لهاتين النقطتين على النحو التالي :

أولاً: مفهوم الفقه العربي للإرهاب الدولي

ثانياً: مفهوم الفقه العربي للإرهاب الدولي

وسنعرض لهاتين النقطتين السالف ذكرهما تفصيلاً على النحو

التالي :

(١) د/ محمود حجازي محمود، المرجع السابق، ص (٦٤)

(٢) د/ محمد سعادي، المرجع السابق، ص (١٨٨)

أولاً: مفهوم الفقه الغربي للإرهاب الدولي :

إنطلاقاً مما ذكرناه سلفاً من أن الفقه الدولي بدأ وكأنه مردد لبعض السياسات الدولية الموجهة في شأن تعريف الإرهاب الدولي جاء الفقه الغربي في معظمه مردداً للسياسة الأمريكية - ومن خلفها حلفائها الغربيين - في شأن رؤيتهم للإرهاب الدولي ونظراً لما ذكرناه سلفاً في شأن الغاية المتبغاه للسياسة الأمريكية من تحديد لرؤية معينة ترتأبها هي للإرهاب الدولي ، وهذه الغاية تتمثل في خدمة المخططات الاستراتيجية الأمريكية التي تهدف بالضرورة إلى دعم نفوذها - ونفوذ حلفائها الغربيين من خلفها - على الساحة الدولية ، فضلاً عن تمكنها من إستغلال هذه الرؤية الموجهة للتدخل في الشؤون الداخلية للدول من خلال وضع التقنيات الدولية اللازمة التي تتوافق مع الرؤية الأمريكية^(١)

وفي هذا الشأن كنا قد أسلفنا القول على مدار هذا البحث بما يفيد سعى الولايات المتحدة الأمريكية الدؤوب لإعاقه الوصول لتعريف محدد وموحد للإرهاب الدولي ، حتى لا يكون في الإمكان الوصول لاتفاقية محددة وموحدة في شأن مكافحة الإرهاب الدولي ، حتى تتمكن هي من إستغلال نفوذها ونفوذ حلفائها الغربيين داخل أروقه الأمم المتحدة لوضع اتفاقيات دولية معينة تجرم بعض العمليات الإرهابية التي تضر بمصالحها ومصالح حلفائها ولكن ليس من منطلق كونها أعمال إرهابية ولكن من منطلق كونها أعمال إجرامية وبذلكتخدم هذه الاتفاقيات الدولية المبرمة وفق الرؤية الأمريكية المخططات الاستراتيجية الأمريكية ، هذا وكنا قد أشرنا الى أن السعى الدؤوب للولايات المتحدة لعرقلة الوصول لاتفاقية موحدة ومحددة في شأن مكافحة الإرهاب الدولي كان بهدف تجنب الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين التحمل بالتزامات دولية قد

(١) يراجع هذا البحث ، ص (٨٠)

تكون عبئاً لا تحتمله سياستها في هذا الشأن وخاصة فيما يتعلق بإرهاب الدولة^(١)

وإزاء ذلك فقد روجت الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين داخل أروقة الأمم المتحدة لرؤيتهم هم في شأن مفهوم الإرهاب الدولي، وهم على يقين بأن معظم دول العالم وعلى الأخص الدول المستهدفة من قبلهم سترفض هذه الرؤية حتماً

وحيث أن الرؤية الأمريكية بشكل خاص والغربية بشكل عام للإرهاب الدولي كانت تذهب إلى تجريم أعمال العنف في المطلق دون النظر لأسبابه ودون النظر لأهدافه، وكان ذلك منها لمواجهة وتجريم أعمال العنف الموجهة ضد مصالحها ومصالح حلفائها، وفي ذات الوقت حتى تتمكن هي وحلفائها من خلال إطار شرعي دولي تخلفه من التدخل في الشؤون الداخلية للدول

وحيث أن الفقه الغربي كان في هذا الشأن بمثابة بوق أكاديمي لهذه الرؤية الأمريكية الموجهة، لذا فقد دارت معظمها في فلك هذه الرؤية وإن كانت تختلف فيما بينها من حيث الصياغة فقط

ونحن من جانبنا سنعرض فيما يلي لآراء بعض الفقهاء الغربيين في شأن مفهوم الإرهاب الدولي حتى نؤكد على ما ذكرناه سلفاً من أن الفقه الغربي كان في هذا الشأن بمثابة بوق أكاديمي للرؤية الأمريكية

فقد عرف أنطون سوتيل Antoine Sauttile الإرهاب الدولي بأنه "العمل الإجرامي المرتكب بواسطة الرعب والتخويف للوصول لهدف معين".^٢

(١) يراجع هذا البحث، ص (٨١)

(2) Hans- peter Gasser, prohibition of terrorist in international Humanitarian law Extract from the international Review of the Red Cross, july-August 1986, p.4.

كما عرفه جورج ليفاسير Gorge Levasseur بأنه الاستخدام المتعمد والمنظم لوسائل مثيرة للرعب للوصول إلى هدف معين¹

هذا وقد قام جلاسير S. Glasser بتعريف العمل الارهابي بأنه الاكراه الموظف للعنف للوصول إلى هدف معين²

أما روبرت جور Robert Gurr فقد عرف العمل الارهابي بأنه العمل القهري المهدد للحياة من خلال إحداث حالة من الرعب والخوف بغية الوصول لهدف معين³

في حين نجد ان سايدانا Saidana قد عرف العمل الارهابي بأنه "جناية او جنحة سياسية او إجتماعية تهدف الى اثاره الفزع العام والخطر العام"

أما ولتر لاكير walter Laqueur فقد عرف الارهاب الدولي بأنه "اللجوء الى العنف أو التهديد بالعنف بغية زرع الهلع في المجتمع وذلك لاضعاف او قلب النظام الحاكم"

في حين اعتبر ويلكنسون العمل الارهابي بأنه "نتاج العنف المتطرف الذي يرتكب بغية الوصول الى أهداف سياسية معينة مع امكانية التضحية في سبيل ذلك بكافة المعتقدات الانسانية والقيم الخلقية"⁴

-
- 1 Levasseur. G: Les Aspects Repressifs du Terrorisme International in "Le Terrorisme Internatinal", pedone, paris, 1976- 1977.p. 82
 - 2 "International Terrorism and the Drug Connection". Symposium on International Terrorism organized by An;ara University, Ankara University pres, 1984.
- وأيضاً د/ محمد سعادي، المرجع السابق، ص (١٨٨)
- 3 W. Thomas Mallison and Sally, W. Mallison "the application of the international humanitarian law of armed conflict" in international terrorism in the contemporary world, Green wood press, London, 1976.Pp. 325- 332.
 - 4 paul Walkinson: " the laws of war and terrorism" in : "the morality of terrorism religious and secular justifications" pergamon press, New York, 1982.p. 308-324.

أما ثورنتون Thornton فقد عرف الارهاب بأنه "استخدام الرعب في عمل رمزي بغية التأثير على السلوك السياسي على أن يكون استخدام هذا الرعب بوسائل غير اعتيادية تستلزم اللجوء للعنف أو التهديد به"¹

وفي مقابل ذلك فقد اعتبر وولتر أن الارهاب هو "عملية رعب ذات ثلاث عناصر (أولها) فعل العنف أو التهديد باستخدامه (ثانيها) ردود الفعل العاطفية والنفسية لدى الضحايا (ثالثها) هو التأثيرات المتوقعة على المجتمع من جراء العملية الإرهابية"

أما جيفانو فيتش Givano Vitch فقد اعتبر الارهاب هو "أعمال ذات طبيعة خاصة تهدد شخص ما ومن ثم تثير الاحساس لديه بالخوف"² واما الفقيه نيكو جونزيرج Niko Gunzburg فانه يذهب الى أن "الارهاب هو الاستعمال العمدي للوسائل القادرة على احداث خطر عام يهدد الحياة أو السلامة الجسدية أو الصحية أو الاموال العامة"³ في حين يذهب الفقيه انطونيوكاسوس Antonio Cassose إلى ان

"العمل الارهابي يتطلب توافر عدة عناصر هي كما يلي :

1. أن يشكل العمل المرتكب جريمة جنائية وفقاً للنظم القانونية الوطنية كالقتل أو الخطف وان يتسبب هذا العمل في إحداث أضرار خطيرة
2. أن يستهدف هذا العمل نشر الرعب بين المواطنين بغية ترويعهم حتى يستغل ذلك كوسيلة ضغط على سياسة حكومة معينة

1 Derfinitions and dimensions of terrorism in " terrorism and arimjanl justice " Lexington Books, Toronto, Canada, 1976. p. 5.

وأيضاً د/ سامي جاد عبد الرحمن واصل، المرجع السابق، ص (٤٩)

2 Ch.- vallee : La convention europeenne pour la repression du terorisme A.F. D. I., 1976. P.758

3 J. Salmon: La convention européenne pour la repression du terrorism, J. Tribunaux, 24 sept. 1977. P. 497.

وأيضاً د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المرجع السابق، ص (٦٥)

٣. أن يحوى العمل المرتكب دوافع أيولوجية أو سياسية

٤. أن يتوافر لدى مرتكب هذا العمل عنصر شخصى ومعنوى يكون بمثابة القصد العام ويتمثل في إتجاه إرادة الشخص لقتل أو جرح الاشخاص أو تدمير الممتلكات وأن يتوافر لديه كذلك قصد خاص يتمثل في إتجاه ارادته الى نشر الرعب والفرع^١

أما الفقيه ناعوم تشومسكى فقد ذهب إلى أن الارهاب هو "الاستخدام المحسوب للعنف أو التهديد بالعنف وذلك لتحقيق أهداف سياسية أو دينية أو عقائدية أيولوجية في طبيعتها ويتم ذلك من خلال الترهيب أو الاجبار أو بذر الخوف"

في حين عرف الفقيه ليمنكين Lemkin الارهاب بأنه عمل من أعمال العنف يساهم في تخويف الناس^(٢)

أما الفقيه شميد Schmid فقد عرف الارهاب بأنه "أسلوب من أساليب الصراع الذى تقع فيه الضحايا الجرافية الرمزية كهدف عنف فعال وتشارك هذه الضحايا الفعالة في خصائصها مع خصائص جماعة أو طبقة مما يشكل اساساً لانتقائها من اجل التضحية بها من خلال الاستخدام السابق للعنف او التهديد الجدى به، مما يضع أعضاء تلك الجماعة او الطبقة في حالة من الخوف المزمّن أي الرهبة وهدف هذه الرهبة تقويض إحساس هذه الجماعة او الطبقة بالامن عن قصد وتعتبر التضحية بمن اتخذ هدفاً للعنف لدى معظم المراقبين ومن جمهور المشاهدين عملاً غير سوى مورش بقسوة شديدة في وقت السلم مثلاً أو في غير ميادين القتال لعدم التقيد بقواعد القتال المقبولة في الحرب التقليدية وإنتهاك حرمة هذه القواعد، وهذا يخلق جمهوراً يقظاً خارج نطاق هدف الرهبة، ويحتمل ان تشكل قطاعات من هذا الجمهور بدورها هدف الاستمالة الرئيسى

1 Murphy, John: State Support of International Terroism, Legal Political and Economic Dimensions, Boulder Colorado, West View press, 1989.P. 3.

(٢) د/ عبد العزيز تخيمر عبد الهادى، المرجع السابق، ص(٤٣)

والقصد من هذا الاسلوب غير المباشر للقتال اما شل حركة بهدف الرهبة من خلال إحداث إرباك أو إذعان واما لحشد أهداف من المطالب الثانوية (حكومة مثلاً) لادخال تغييرات على الموقف أو السلوك بحيث يصبح متعاطفاً مع المصالح قصيرة المدى أو طويلة المدى لمستخدمي هذا الاسلوب من الصراع¹

في حين عرف الفقيه وردلو Wardlaw الارهاب السياسي بأنه "إستخدام العنف أو التهديد باستخدامه من فرد أو جماعة تعمل إما لصالح سلطة قائمة أو ضدها على أن يكون الهدف من ذلك العمل خلق حالة من القلق الشديد لدى مجموعة من الضحايا المباشرة للارهاب واجبار تلك المجموعة على الموافقة على المطالب السياسية لمرتكبي العمل الارهابي".

أما الفقيه بن ساؤول Bwn saul فقد عرف العمل الارهابي بأنه "فعل أو أفعال خطيرة وعنيفة واجرامية يقصد بها التسبب في الموت أو إحداث اصابات جسدية خطيرة تحدث خارج أي صراع مسلح وذلك لاغراض سياسية أو أيولوجية أو دينية أو اثنية وهذه الأفعال يكون المقصود من ورائها اثاره الرعب الشديد بهدف تخويف السكان أو إجبار الحكومة بطريقة غير مشروعة على القيام بعمل معين أو الامتناع عن إتيانه"^(٢)

وعليه فالقاسم المشترك بين تعريفات الفقه الغربي - والمشار إليها سلفاً - هو فعل العنف واحداث الرعب والملاحظ في هذا الصدد هو ان صياغة التعريفات السالف ذكرها رغم ما يبدو بينها من إختلاف الا انها جميعاً تدور في فلك هذا القاسم المشترك

1 Schmid, Alex: Political Terrorism, A Research Guide to Concepts, theories, data Bases, and Literature, Amsterdam, Nirth Holland Publishing Co., 1983.P. 119-159.

وأيضاً د/ محمد عبد العزيز سهل، المرجع السابق، ص (٩٥)

(٢) / محمد عبد العزيز سهل، المرجع السابق، ص (٩٦)

ثانياً: مفهوم الفقه العربي للإرهاب الدولي :

حيث أن الولايات المتحدة الأمريكية وبمعاونة حلفائها الغربيين كانت تستعمل اساليب الدهاء السياسي داخل أروقه الامم المتحدة ، لذا فقد كانت قادرة على إستغلال الظروف والاحداث الطارئة من أعمال عنف تحدث على الساحة الدولية ضد مصالحها ومصالح حلفائها الاستغلال الامثل لوضع التقنيات الدولية المناسبة والتي تخدم اغراضها السياسية ، وفي مثل هذه الظروف غالباً ما كانت تتخذ مواقف هجومية على مثل هذه العمليات العنيفة وعلى مرتكبيها وعلى الدول التي يتتبعون اليها وعلى الافكار التي دفعتهم للقيام بمثل هذه العمليات

وقد ترتب على ذلك بالضرورة أن تتخذ الدول المستهدفة من هذا الهجوم الغربى موقفاً دفاعياً اما عن نفسها واما عن بعض الافكار التي دفعت مرتكبي هذه العمليات العنيفة للقيام بها ، وفي ذات الوقت فقد كانت - في الغالب الأعم من الأحيان - تتبرأ من أولئك الجناة كنوع من الدفاع عن نفسها وللظهور بمظهر الراض لمثل هذه العمليات ، ولكنها تقوم في ذات الوقت بالترويج الى ان دافع أولئك الجناة يرتكن لبعض المبررات المنطقية الواجب دراستها والعمل على إزالتها^(١)

وكنا قد اسلفنا على مدار هذا البحث ان الدول المستهدفة من هذا الهجوم الامريكى كانت في فترة وجود الاتحاد السوفيتى على الساحة الدولية كقوى عظمى ثانية هي معظم الدول الافريقية والدول الاسيوية والدول العربية والاسلامية ، كما اسلفنا ان استهداف معظم الدول العربية والاسلامية من قبل هذا الهجوم الامريكى عقب تفكك الاتحاد السوفيتى قد استمر ضدها من منطلق مخطط الولايات المتحدة المرسوم ضد العالم الاسلامى وجعله بمثابة الخصم السياسي الجديد لها على الساحة الدولية وذلك في ظل ما كانت تروج له الولايات المتحدة الامريكية اعلامياً بأن العالم الاسلامى هو الراعى الرسمى للإرهاب على الساحة الدولية^(٢)

(١) د/ عادل عيد الله المسدى ، المرجع السابق ، (١١٤)

(٢) د/ يوسف حسن يوسف ، المرجع السابق ، ص (٣٣)

وانطلاقاً من كون العالم الاسلامي هو المستهدف حالياً من قبل الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين في شأن موضوع مكافحة الارهاب الدولي، وانطلاقاً من تقارب آراء الدول المستهدفة من قبل الهجوم الامريكى - في شأن موضوع بحثنا - داخل أروقه الامم المتحدة سواء تلك المستهدفة اثناء وجود الاتحاد السوفيتي على الساحة الدولية كقوى عظمى ثانية او تلك المستهدفة بعد تفككه، لذا فإننا سنكتفي في هذا الشأن بمفهوم الدول العربية للارهاب الدولي، والملاحظ في هذا الشأن ان مفهوم الدول العربية للارهاب الدولي - شأنه شأن كافة الدول المؤيدة له من معظم الدول الافريقية والاسيوية ودول عدم الانحياز ودول العالم الاسلامى - ينطلق من التنديد بعمليات العنف المرتكبة من قبل بعض الأفراد ضد بعض الاشخاص او ضد بعض الهيئات او ضد بعض الأموال، ثم تدعو بعد ذلك لدراسة الاسباب التي دفعت اولئك للقيام بمثل هذه العمليات المرتكبة

وانطلاقاً مما ذكرناه سلفاً من ان الفقه الدولي بدا وكأنه مردد لبعض السياسات الدولية الموجهة في شأن تعريف الارهاب الدولي. وكما كان الفقه الغربى مردداً للسياسة الامريكية - ومن خلفها حلفائها الغربيين - في شأن رؤيتهم للارهاب الدولي. فقد كان الفقه العربى هو الآخر مردداً لرؤية الدول العربية في شأن مفهوم الارهاب الدولي.

وحيث أن رؤية الدول العربية للارهاب الدولي كانت تنطلق من التنديد بعمليات العنف وتنتهى بالدعوة لدراسة الاسباب التي دفعت الجناه للقيام بمثل هذه العمليات، لذا فقد جاءت معظم تعريفات الفقه العربى تدور في هذا الفلك وإن اختلفت في الصياغة فيما بينها ونحن من جانبنا سنعرض فيما يلى لبعض آراء الفقهاء العرب في شأن مفهومهم للارهاب الدولي وسيكون ذلك منا على النحو التالى :

ارتأى الدكتور / عبد العزيز سرحان ان الارهاب الدولي هو "كل اعتداء على الارواح والأموال والممتلكات العامة او الخاصة بالمخالفة

لأحكام القانون الدولي بمصادره المختلفة بما في ذلك المبادئ العامة للقانون بالمعنى الذي حددته المادة ٣٨ من النظام الاساسى لمحكمة العدل الدولية وهو ما يمكن ان يطلق عليه بأنه جريمة دولية اساسها مخالفة القانون الدولي^(١)

أما الدكتور / ممدوح توفيق فقد ارتأى ان الارهاب هو "جميع الأفعال التي ترمى الى ايجاد حالة ذعر وترتكب بوسائل خطيرة كالمواد والادوات المتفجرة أو الملتهبة أو السامة أو الوبائية او التي من شأنها أن تحدث خطر عام وترتكبها العصابات أو الجماعات الارهابية بقصد تحقيق غايات قد تكون سياسية كما لو كان ذلك لارهاب الحكومة القائمة مثلاً وحملها على التخلي عن الحكم أو على التصرف على نحو معين دون غيره"^(٢)

في حين ذهب الدكتور / محمد عبد المنعم عبد الخالق الى تعريف الارهاب بأنه "تلك الجريمة التي ترتكب ضد الاشخاص او الاموال سواء داخل الدولة او خارجها باستخدام القنابل او وسائل المفرقات او غيرها من الاسلحة او المواد الناسفة بغية إثارة الرعب او الفزع في نفوس المواطنين الآمنين"

هذا وقد عرف الدكتور / محمد محمود سعيد الارهاب بأنه "كل فعل يعد بدء في تنفيذ جريمة اقترفه الفاعل بهدف الإخلال بالنظام العام او تعريضه للخطر متى كان من شأن هذا الفعل إثارة الرعب بين الأفراد أو المساس بحقوقهم العامة أو تعريضها للخطر أو كان من شأنه الإضرار بالبيئة أو بالاموال أو الاعتداء على الاملاك العامة او إعاقة الإنتفاع بها او إعاقة أداء السلطات العامة او دور العبادة او معاهد العلم عن اعمالها او تعطيل تطبيق القانون"^(٣)

(١) د/ محمد عبد العزيز سهل، المرجع السابق، ص (٩٦)

(٢) د/ محمد سعادى، المرجع السابق، ص (١٩٢)

(٣) د/ محمد سعادى، المرجع السابق، ص (١٩٣)

أما الدكتور / حسين عبد الحميد احمد رشوان فقد عرف الارهاب بأنه "محاولة الأفراد أو الجماعات فرض رأي أو فكر أو مذهب أو دين أو موقف معين من قضية من القضايا بالقوة والاساليب العنيفة على أناس وشعوب أخرى"

في حين ذهب الدكتور / مؤنس محيي الدين الى ان الارهاب هو "خلق حالة من الاضطرابات في العلاقات الدولية"

هذا وقد عرف الدكتور / عبد الناصر حريز الارهاب بأنه "إستخدام العنف أو التهديد باستخدامه ضد الأفراد مما يعرض للخطر أرواحاً بشرية بريئة أو يؤدي بها لذلك ، وكذلك بما يهدد الحريات الاساسية للأفراد وذلك لأغراض سياسية بهدف التأثير على مواقفهم وسلوك المجموعة المستهدفة بغض النظر عن الضحايا المباشرين"^(١)

أما الدكتور / صلاح الدين عامر فقد عرف الارهاب بأنه "الاستخدام المنظم للعنف لتحقيق هدف سياسى وبصفة خاصة جميع اعمال العنف والحوادث التي تشكل اعتداءً فردياً او جماعياً التي تقوم بها منظمة سياسية على المواطنين لخلق جو من عدم الامن وهو ينطوي على طوائف متعددة من الاعمال مثل أخذ الرهائن واختطاف الاشخاص وقتلهم ووضع المتفجرات الناسفة في أماكن تجمع المدنيين او فى وسائل النقل أو تغيير مسار الطائرات بالقوة"

هذا وقد عرف الدكتور / رجب عبد المنعم متولى الارهاب الدولي بأنه "فعل رمزي يتم لاحداث تأثير سياسى بوسائل غير معتادة مستعملاً في ذلك العنف أو التهديد به"

أما الدكتور / ابراهيم العناني فقد ذهب الى ان "هناك سمة اساسية تميز العمل الارهابي وتدفع الى تجريمه ومعاقبة مرتكبيه وهو التخويف والترهيب والترويع سواء عن طريق إستخدام الوسائل المؤدية الى ذلك بطبيعتها او عن طريق التهديد باستخدامها أياً كان الغرض من وراء ذلك"

(١) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان ، المرجع السابق ، ص (٦٧)

ما دام غرضاً غير مشروع من الناحية القانونية، والأساليب المؤدية إلى ذلك كثيرة ومتنوعة ومتطورة من أبرزها التفجير والتدمير والتخريب للأموال والمرافق العامة والخاصة وقطع الجسور وتسميم المياه العذبة والإختطاف وأخذ الرهائن ونشر الأمراض المعدية والإغتيال والإضرار بأمن المواصلات البرية والجوية والبحرية^(١) والمؤيد لمثل هذا الرأي السالف ذكره يرى ان جريمة الارهاب يستلزم قيامها بتوافر اربعة عناصر هي كما يلي :

١. ان يكون هناك عمل من اعمال العنف وجه الى شخص او مجموعة من الاشخاص او الرهائن
 ٢. ان يتوافر لدى القائم بالاعمال الارهابية قصد التخويف او الارهاب للمستهدفين بالعملية الارهابية
 ٣. ان يكون منفذ العملية على يقين تام بان هؤلاء ضحية اعماله الارهابية
 ٤. ان يتسم العمل المرتكب بصفة الدولية وذلك بان يقع العمل ضد اكثر من دولة او على ضحايا ينتمون لعدة دول اخرى
- هذا وقد ذهب الدكتور / احمد ابو الوفا الى ان الارهاب الدولي هو "استخدام عنف غير مشروع دولياً يكون القصد منه إلقاء الرعب في نفوس الناس وصولاً الى هدف ما، مثل التوصل الى تغيير مواقف سياسية أو إقتصادية أو غيرها للدولة المعنية وتتوافر فيه نية او قصد خاص لإرتكاب عمل إرهابي، ويستوى في ذلك ان يكون الفعل موجهاً إلى أشخاص أو اشياء محمية دولياً"^(٢)

أما الدكتور / محمد عبد العزيز سهل فقد عرف الارهاب الدولي بأنه "كل فعل غير مشروع دولياً أو التهديد به او التحضير له او الشروع أو المساهمة فيه، تقوم به سلطات دولة ما او الأفراد او المتمردين او أفراد

(١) د/ سامى جاد عبد الرحمن واصل، المرجع السابق، ص (٥٠)

(٢) د/ محمد عبد العزيز سهل، المرجع السابق، ص (٩٧)

المقاومة الشعبية اذا ما وجه ضد أهداف مدنية او نفذ خارج الإقليم المحتل ، وكان من شأنه إحداث الرعب والزعزعة والخوف لمجموعة من الناس ، ويهدف إرغام آخر على القيام بعمل ما أو الامتناع عن عمل معين ، ويستوى ان يكون الفعل موجهاً ضد دولة ما او شخص معين او منظمة ما او احد المرافق وذلك دون إعتداد بالاسباب والدوافع التي تمخض عنها الفعل^(١)

فى حين ذهب الدكتور / محمد شريف بسيونى الى ان الارهاب الدولي هو "استراتيجية غنف تتوخى بث الرعب داخل شريحة من مجتمع من أجل تحقيق السيطرة او الدعاية لقضية او الايذاء لاغراض الانتقام السياسي ، تلجأ اليها الدولة سواء ضد شعبها او ضد شعب دولة اخرى ، ويستخدمها ايضاً فاعل غير الدولة ، مثل جماعة ثورية أو متمردة تعمل داخل دولتها أو دولة اخرى ، واخيراً تستخدمها جماعات او أفراد تحفزها بواعث أيديوجية وتعمل داخل او خارج دولتهم وتنوع مناهجهم وفقاً لاعتقاداتهم وأهدافهم ووسائلهم"^(٢)

وهكذا فان تعريفات الفقه العربى السالف ذكرها انفقت جميعها على التشديد بالعنف ، ولكن بعضها اكتفى بهذا التشديد فقط ، بينما استكملا لبعض الآخر التعريف وذلك بان اشترط ضرورة أن يكون هذا الفعل مجرم دولياً وذلك بأن يكون مخالفا لقواعد القانون الدولي العام ، وقد أتى هذا الاتجاه على هذا النحو حتى يستبعد اعمال التحرر ومكافحة الاستعمار والاعمال المرتكبة بغية الوصول لحق تقرير المصير من مفهوم الارهاب الدولي ، فى حين ذهب اتجاه ثالث من الفقه العربى يمثله من بينهم الدكتور / محمود شريف بسيونى فى تعريفه الاخير السالف ذكره الى ضرورة أن يضاف لمفهوم الارهاب الدولي ارهاب الدولة^(٣)

(١) د / محمد عبد العزيز سهل ، المرجع السابق ، ص (٩٧) وايضاً :
Gherif M. Bassiouni: "Legal control of international terrorism: A Policy- Oriented Assessment ", H.I.L., vol. 43, N. 1, Winter 2002, P.84

(٢) د / محمد سعادى ، المرجع السابق ، ص (١٩١)

يشير الرعب وهذا كله، يؤكد على ذكرناه سلفاً من ترديد الفقه العربي لذات المفهوم الإرهاب الدولي الذي ترتأيه الدول العربية ذاتها في هذا الشأن.

المطلب الثاني
تقييم آراء الفقه في شأن مفهوم الإرهاب الدولي

ورؤيتنا نحن لهذا المفهوم

لنستخرج إنطلاقاً مما ذكرناه سلفاً من أن الفقه الدولي بدأ وكأنه مردد لبعض السياسات الدولية في شأن تعريف الإرهاب الدولي، لذا فإننا سنقوم بتقييم آراء الفقه الدولي التي أبدت في هذا الشأن والتي أسلفنا ذكرها وسيكون ذلك منا على النحو التالي:

أولاً: تقييم آراء الفقه الغربي

ثانياً: تقييم آراء الفقه العربي

ثالثاً: رؤيتنا نحن لمفهوم الإرهاب الدولي

وسيكون ذلك تفصيلاً من جانبنا على النحو التالي:

أولاً: تقييم آراء الفقه الغربي:

كما قد ذكرنا أن فقهاء القانون الدولي الغربيين قد جاءوا بتعريفات متقاربة تخدم سياسة الولايات المتحدة الأمريكية بشكل خاص وسياسة الدول الغربية - الحليفة لها - بشكل عام في شأن مفهوم الإرهاب الدولي.

لذا فإن أوجه النقد تكاد تكون واحدة، فمعظم تعريفات الفقه

الغربي للإرهاب الدولي لم تحدد طبيعة الأهداف التي يسعى إليها النشاط

الإرهابي ومدى مشروعيتها، ومن هنا يثار اللبس والخلط بين الإرهاب

الدولي كجريمة دولية مرفوضة أخلاقياً وشرعياً في معظم التشريعات

الدولية والداخلية وبين أعمال المقاومة المشروعة قانوناً سواء على المستوى

الدولي أو حتى على المستوى الداخلي فضلاً عن كونها مقبولة أخلاقياً^(١)

وليس هذا فقط بل إن بعض تعريفات الفقه الغربي للإرهاب كانت

من الاتساع للدرجة التي يمكن معها اعتبار بعض الإجراءات الأمنية التي

(١) د/ عبد العزيز محييم عبد الهادي، المرجع السابق، ص (٤٣)

تتخذ في حدود القانون لردع الخارجين عن القانون ضمن الاعمال التي تدخل في إطار تعريف الارهاب الدولي، وذلك اذا ما تم استغلال ذلك من قبل بعض الدول العظمى من منطلق الادعاء بالاستخدام المتعمد لوسائل مثيرة للرعب، وهذا ما قد يسمح لهذه الدول بالتدخل في الشؤون الداخلية للدول المستهدفة

ويضاف لما سبق ان بعض تعريفات الفقه الغربي للارهاب الدولي كانت من الاتساع للدرجة التي قد تدخل ممارسة الشخص للعنف ضد نفسه كاقدامه على الانتحار ضمن مفهوم الارهاب الدولي من منطلق كونه عمل مهتد للحياة وقد يثير في المجتمع حالة من الرعب^(١)

ولا شك ان تعريفات فقهاء القانون الدولي الغربيين قد جاءت على هذا النحو لا لشيء الا لتكون داعم نظري للسياسات العملية الغربية في هذا الشأن وذلك حتى تجدد هذه السياسات الغربية سندا منطقياً وفلسفياً لها وهذا الامر يؤكد على ما قلناه سلفاً من ان الغرب بشكل عام والولايات المتحدة الامريكية بشكل خاص يسودهما فكر فلسفي مفاده ضرورة شرعية ما تأتيه من أفعال حتى ولو كانت هذه الشرعية شكلية فقط وجوهر افعالها مخالف للقانون فعلاً

وإذا كانت اوجه النقد الماثرة ضد معظم تعريفات الفقه الغربي للارهاب الدولي تكاد تكون واحدة، فان بعض الفقهاء الغربيين ومن بينهم الفقيه انطونيو كاسوس قد حاول ان يخلق بعيداً عن سرب الفقهاء الغربيين في هذا الشأن وذلك بان جعل تعريفه للارهاب الدولي يحتوي على أربعة عناصر محددة وذلك أملاً في ان يأتي تعريفه للارهاب الدولي أكثر دقة وأكثر انضباطاً وقد تمثلت هذه العناصر الاربعة المشار اليها سلفاً في الآتي :

١. ان يشكل العمل المرتكب جريمة جنائية وفقاً للقانون الوطني الداخلي

(١) د/مسعد عبد الرحمن زيدان، المرجع السابق، ص (٦٩)، وإيضاً د/محمد سعادي، المرجع السابق، ص (١٦٦)

٢. ان يستهدف هذا العمل المرتكب نشر الرعب

٣. ان يحتوى العمل المرتكب على دوافع ايدلوجية او سياسية

٤. ان يتوافر في العمل المرتكب قصد عام وقصد خاص^(١)

وبالرغم من ذلك كله فقد كان هذا الرأي الفقهي - السالف ذكره - اكثر من غيره عرضه للنقد ونحن من جانبنا سنعرض فيما يلي لوجه النقد التي تعرض لها هذا الرأي الفقهي الغربي وسيكون ذلك منا كما يلي :

• ان اشتراط هذا الرأي الفقهي بأن يشكل العمل الارهابي المرتكب جريمة جنائية وفقاً للنظم القانونية الوطنية يؤدي بالضرورة لإخراج العديد من حالات الارهاب المتفق عليها من كثير من فقهاء القانون الدولي العام وعلى الاخص تلك الحالات المرتبطة بإرهاب الدولة^(٢)، وذلك مثل الحصار الاقتصادي الذي تفرضه دولة على اخرى ومثل الامتناع عن تنفيذ التزام دولي كما هو الحال بالنسبة لاثيوبيا إذا ما قامت ببناء سد النهضة دون الاتفاق مع مصر وأثر ذلك السد على حصة مصر في المياه، حيث توجد العديد من الاتفاقيات الدولية - بخلاف الاتفاقيات المشتركة - التي تنظم توزيع حصص المياه بالنسبة للدول المشتركة على الأنهار، ومن الحالات الارهابية التي يتفق عليها كثير من فقهاء القانون الدولي وستخرج حتماً من تعريف الارهاب وفقاً لهذا الرأي استيلاء بعض الميليشيات المسلحة على بعض المضائق او القنوات الدولية مثل محاولة ميلشيات الحوثى باليمن الإستيلاء على مضيق باب المندب، ومثل محاولة استيلاء بعض الجماعات الارهابية المسلحة على قناة السويس وكذلك مثل محاولة أن يقوم أعضاء منظمة ايتا الاسبانية المسلحة بالإستيلاء على مضيق جبل طارق ومثل محاولة أن يقوم بعض المتمردين المسلحين بالإستيلاء على قناة بنما.

(١) د/ سامى جاد عبد الرحمن واصل، المرجع السابق، ص (٤٩)

(٢) د/ طارق عبد العزيز حمدي، المرجع السابق، ص (١٠٧)

• ان اشترط هذا الرأي الفقهي بان يستهدف العمل الارهابى المرتكب نشر الرعب بين المواطنين بغية ترؤيعهم يخرج العديد من حالات الارهاب المتفق عليها من كثير من فقهاء القانون الدولي العام مثل القرصنة الالكترونية على الاجهزة الحساسة بالدولة ، ومثل ادراج احدى الدول وخاصة العظمى منها لاحدى الدول المنافسة لها على الساحة الدولية ضمن الدول الراعية للارهاب ، فمثل هذا الامر او ذاك رغم جسامته تأثيره على هذه الدولة او تلك الا انه لا يستهدف بالضرورة نشر الرعب بين مواطنى هذه الدولة أو تلك^(١)

• إن إشتراط أن يكون العمل الارهابى المرتكب مبنى على دوافع أيديولوجية او سياسية يخرج من تعريف الارهاب الدولي العديد من حالات الارهاب التي يتفق كثير من فقهاء القانون الدولي على أنها عمل ارهابى مثل خطف الطائرات بغرض الحصول على فدية او تحويل مسار طائرة لبلد غير تلك المتجهة اليها.

• اشترط هذا الرأي لضرورة ان يتوافر لدى مرتكب العمل الارهابى عنصر شخصى وعنصر معنوى مثل القصد الغام والقصد الخاص الذى يتمثل في وجود ارادة لدى مرتكبى هذا العمل لنشر الرعب ، يخرج من تعريف العمل الارهابى العديد من الحالات التي يكون فيها مرتكب العمل الارهابى اداة في يد غيره مثل اولئك الجنود الذين ينفذون الحصار الاقتصادى والسياسى والبحرى والجوى للدولة ما بناء على تعليمات دولتهم ، فهنا يثار التساؤل هل هؤلاء الجنود يعدون مرتكبين لهذا العمل الارهابى أما يكفي هنا فقط بارهاب الدولة؟

والاكثر من هذا فان الاخذ بهذا الرأي سيؤدى في الغالب الاعم الى ان تخلو جريمة الارهاب الدولي من مضمونها وينتفى معناها

(١) د/ عبد العزيز مخيمر عبد الهادى ، المرجع السابق ، ص (٤٥)

ومغزاها، حيث تصير مجرد حلقة وسيطة بين جرائم الحرب والجرائم ضد
الانسانية^(١)

ذلك ان جريمة الارهاب الدولي - وفقاً لهذا الرأي محل النقد -
يمكن ان تكون جريمة حرب اذا ما تمت الاعمال المكونة لها اثناء نزاع مسلح
وكانت مرتبطة بهذا النزاع، في حين ان ذات الجريمة يمكن ان تكون جريمة
ضد الانسانية وذلك اذا ما كانت الاعمال الارهابية المرتكبة تتم في غير
اوقات النزاع المسلح - على نطاق واسع او ترتكب بشكل منتظم، بشرط
ان يكون مرتكبوا هذه الاعمال على دارية بأنها تتم على نطاق واسع
وبصورة منتظمة

وهكذا فقد شاب معظم تعريفات الفقه الغربي للارهاب الدولي -
بما فيها ذلك الرأي المشار اليه في السطور السابقة والذي اراد وضع تعريف
منضبط للارهاب الدولي - العديد من أوجه النقد، وقد جاءت معظم
هذه الانتقادات كنتيجة حتمية لكون هذه التعريفات تعد بمثابة تعريفات
موجهة او لنقل أنها تحمل رؤية سياسية مسبقة، ومثل هذه الرؤى المسبقة
غالباً ما تحمل بين طياتها أوجه إنتقادها، ونظراً لكون هذه التعريفات
المشار اليها سلفاً هي بمثابة ترديد لهذه الرؤى السياسية المسبقة - وذلك
على النحو الذي اشرنا اليه سلفاً - لذا فقد احتوت هي الاخرى في طياتها
اوجه إنتقادها^(٢)

ثانياً: تقييم آراء الفقه العربي

وكما كان الفقه الغربي إنعكاساً للاتجاهات السياسية الغربية في شأن
مفهومها للارهاب الدولي، فقد كان الحال كذلك بالنسبة للفقه العربي
حيث كان هو أيضاً انعكاساً للاتجاهات السياسية العربية

فعلى النحو الذي سارت عليه الاتجاهات السياسية العربية ذهبت
آراء فقهاء القانون الدولي العربي، وكما ذهبت الدول العربية كافة للتديد

(١) د/ يوسف حسن يوسفن المرجع السابق، ص (٧ - ٩)

(٢) د/ سامي جاد عبد الرحمن واصل، المرجع السابق، ص (٤٩)

بالاعمال الارهابية حتى تدرء بنفسها بعيداً عن تلك الاعمال الارهابية التي يرتكبها أولئك المتتسبين للبعض من دولها، فقد ذهبت جميع الآراء الفقهية العربية هي الاخرى لتجريم أعمال العنف عند تعريفهم للارهاب الدولي

وفقهاء القانون الدولي العرب عند تجريمهم لأعمال العنف عند تعريفهم للارهاب الدولي لم ينطلقوا جميعاً من نقطة واحدة ولم يتتغوا جميعاً الوصول إلى نتيجة واحدة

ولذا فقد تباينت آراء فقهاء القانون الدولي العام العرب في شأن تعريف الارهاب الدولي ما بين موسع ومضيق لمفهوم الارهاب الدولي^(١) ونظراً لكون هذه الآراء الفقهية العربية مختلفة فيما بينها ما بين نقطة الانطلاق ونقطة الوصول وما بين كونها تعريفات تضيق من مفهوم العمل الارهابي واخرى توسع من نطاقه

لذا فقد بدت جميعها - بإستثناء إتفاقها على تجريم أعمال العنف - وكأنها مختلفة، ولكن حقيقة الامر أنها لم تكن كذلك، حيث كانت جميعها - وكما قلنا سلفاً - بمثابة إنعكاس للإتجاهات السياسية العربية في شأن مفهوم الارهاب الدولي

هذا وقد انطلق البعض منها في تعريفه للارهاب الدولي من الاشارة الى ان العمل الارهابي هو ذلك العمل العنيف المرتكب بوسائل متعددة بغية اثاره الرعب في نفوس المواطنين^(٢)

وهذا الرأي كان من الضيق بمكان أن قصر العمل الارهابي على ذلك العمل العنيف وبالتالي أخرج منه كافة الاعمال الارهابية التي لم تكن تحوى في طياتها أعمال عنف بمفهومها المادى المتعارف عليه، هذا فضلاً عن اشتراطه بان يستهدف هذا العمل العنيف اثاره الرعب في نفوس المواطنين، ومن ثم يخرج من طيات العمل الارهابي ذلك العمل الذى لا

(١) د/ محمد سعادى، المرجع السابق، ص (١٩٢)

(٢) د/ سامى جاد عبد الرحمن وأصل، المرجع السابق، ص (٥٠)

يشير الرعب في نفوس المواطنين مثل الحصار الاقتصادي واعمال القرصنة الالكترونية، هذا فضلاً عن كونه يخرج من طياته تلك الاعمال الارهابية التي تستهدف طائفة من المواطنين دون غيرهم مثل استهداف بعض الاقليات مثلاً

وفي محاولة من البعض الاخر من فقهاء القانون الدولي العرب للتوسيع من نطاق هذا المفهوم السابق للارهاب الدولي، أضافوا لما سبق أن يستهدف هذا العمل العنيف غاية سياسية معينة، وهذا الرأي فيما ذهب اليه تجنب أوجه القصور التي تعرض لها اصحاب الرأي السابق ولكنه تعرض لانتقادات أخرى بعضها أشد وطأة من تلك التي تعرض لها اصحاب الرأي السابق

فأصحاب هذا الرأي الاخير لم يشترطوا أن يكون للعمل الارهابي المرتكب صفة الدولية، وعليه فقد اختلط لديهم الارهاب الدولي بالارهاب الداخلي، وقد يترتب على اختلاط القواعد القانونية الواجب اعمالها في هذا الشأن تبرة ساحة مرتكبي مثل هذه الاعمال أو على الاقل ضياع السند القانوني المطلوب لمعاقبتهم^(١)

هذا من جانب ومن جانب آخر فالأخذ بهذا الرأي الاخير يخرج من طياته العديد من الاعمال الارهابية التي لا تبغى تحقيق هدف سياسى مثل القرصنة واختطاف وحجز الرهائن لمواطنى دول اخرى بغية الحصول على فدية.

وفي محاولة من بعض الفقهاء لتجنب الانتقاد الذي وجه للرأي السابق والمتمثل في أنه لم يشترط صفة الدولية في العمل المرتكب، ذهب رأي فقهي آخر الى أن الارهاب يكون دولياً اذا ما كان مرتكبوا العمل وضحاياه من عدة دول.

وهذا الرأي الفقهي الأخير - فيما ذهب اليه - ينقض نفسه عند التطبيق على بعض العمليات الارهابية التي ترتكب في الوقت الحالى الذى نعيش فيه

(١) د/ محمد سعادى، المرجع السابق، ص (١٩٣)

فوفقاً لهذا الرأي إذا ما ارتكب داعشى عراقى عمل ارهابى ضد
عراقيين على أرض العراق فالعمل ليس ارهابياً، في حين أنه إذا ما قام
داعشى غير عراقى بارتكاب ذات العمل ضد عراقيين وعلى أرض العراق
فالعمل حينئذ يعد ارهابياً .

ولما كانت الآراء السابق الاشارة اليها تعد مضيقة لتعريف العمل
الارهابى ، لذا فقد أرادت بعض الآراء الأخرى توسيع نطاق تعريف
العمل الارهابى

فذهب البعض من تلك الآراء الى أن العمل الارهابى هو فعل
رمزى يتم لإحداث تأثير سياسى بوسائل غير معتادة مستعملاً في ذلك
العنف أو التهديد به^(١) .

وهذا الرأي في محاولته للتوسع في نطاق تعريف العمل الارهابى
تعرض للانتقاد من عدة اوجه ، منها أنه يخرج من طيات الاعمال الارهابية
الاعمال المادية وهو بذلك يناقض ذاته ، حيث أنه في بداية التعريف يشترط
ان يكون الفعل رمزى وفي آخر التعريف يشترط ان يكون الفعل عنيف
والعنف يتطلب عمل مادى ، ومن جانب آخر فان اشتراط هذا الرأي لثن
يكون العمل الارهابى مرتكب بوسائل غير معتادة سيؤدى بالضرورة الى
أن يخرج من طيات العمل الارهابى الكثير من الاعمال الارهابية المتفق
على تجريمها من قبل غالبية الفقه الدولى

وفي إطار توسيع نطاق العمل الارهابى اعتقد جانب فقهي أن هذا
التوسع يتأتى إذا ما جمع فى طياته ما بين الإحتواء على عنصر الرعب
وبين وسائل العمل الارهابى مثل التفجير والتدمير والتخريب وقطع
الجسور وتسميم المياه العذبة والاختطاف واخذ الرهائن ونشر الامراض
المعدية والأغتيال والاضرار بأمن المواصلات البرية والجوية
والبحرية^(٢)

(١) د/ محمود حجازى محمود، المرجع السابق، ص (٤٧)
(٢) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان ، المرجع السابق، ص (٦٧)

وهذا الرأي الاخير فيما ذهب اليه وقعفي الخلط بين الارهاب الداخلي والارهاب الدولي لكونه لم يجعل تعريف الارهاب يحوى صفة الدولية، هذا فضلاً عن أن تضمينه لظهور العمليات الارهابية-داخلى تعريف الارهاب- على أنها هى الارهاب، يخرج من نطاق الارهاب أي صور اخرى بخلاف ما ذكر سواء المستجد منها والمعروف حالياً او حتى تلك التي قد تستجد فيما بعد، والامر على هذا النحو يدحض الغاية التي سعى اليها اصحاب هذا الرأي والتي تتمثل في توسيع نطاق تعريف الارهاب حيث بدا واضحاً لنا- وعلى نحو ما ذكرنا سلفاً- أنه تعريف قاصر^(١)

وإزاء تعرض الآراء الفقهية المشار اليها سلفاً للعديد من أوجه النقد، فقد سعى بعض الفقهاء العرب لتلافي أوجه النقد من خلال وضع تعريف جامع مانع للارهاب، وقد أرتأوا إمكانية ذلك من خلال اشتراط احتواء مفهوم العمل الارهابي على أربعة عناصر هي كما يلي :

١. أن يكون العمل المرتكب عنيف وموجه الى شخص أو مجموعة أشخاص أو رهائن
٢. أن يتوافر لدى القائم بالعمل الارهابي قصد التخويف للمستهدف من هذا العمل
٣. أن يكون منفذ العمل على يقين تام بأن المستهدفين هم ضحية عمله الارهابي
٤. أن يتسم العمل المرتكب بصفة الدولية^(٢)

والرأي الاخير عند محاولته لتجنب أوجه الانتقادات التي تعرضت لها الآراء السابقة عليه، تعرض هو لانتقادات أخرى كانت عديدة ومتنوعة بتنوع العناصر التي اشترط وجودها في تعريف الارهاب على النحو الذي يرتأيه، ومن بين هذه الانتقادات ما يلي :

(١) د/ علاء الدين راشد، المشكلة في تعريف الارهاب، المرجع السابق، ص

(٢) د/ سامى جاد عبد الرحمن واصل، المرجع السابق، ص (٥٢)

١. ان قصر العمل الارهابي على العنيف منها فقط يخرج ما عداها من أعمال من نطاق الاعمال الارهابية، وفي هذا الصدد نلاحظ أن هناك الكثير من الاعمال الارهابية المتفق عليها من عديد من فقهاء القانون الدولي لا تتسم بالعنف المتعارف عليه عند الرأي الفقهي السالف ذكره وذلك مثل أعمال الحصار الاقتصادي والقرصنة الإلكترونية

٢. ان قصر العمل الارهابي على تلك الاعمال العنيفة المرتكبة ضد شخص محدد او مجموعة معينة من الاشخاص أو رهائن محددین، يخرج من اطار العمل الارهابي تلك الاعمال العنيفة التي ترتكب ضد أناس غير محددین

٣. اشتراط توافر القصد لدى مرتكب العمل الارهابي يخرج من طيات العمل الارهابي تلك الاعمال التي يرتكبها أناس هم مجرد أدوات في يد المخططين لهذا العمل

٤. الاشتراط بأن يكون تنفيذ العملية الارهابية على يقين بالضحية يخرج من طيات العمل الارهابي العديد من العمليات الارهابية التي يكون الضحايا فيها غير محددین^(١)

هذا وقد ذهبت بعض تعريفات الفقه العربي الى اخراج أعمال المقاومة ضد الاحتلال والاعمال المرتكبة بغية الوصول لحق تقرير المصير من نطاق الاعمال الإرهابية دون قيد أو شرط ، فتعرضت للنقد من حيث الخلط الذي قد يؤدي اليه الاخذ بهذا الرأي، حيث توجد حالات ترتكب فيها مثل هذه الاعمال وتبدو ظاهرياً عسكرية ولكنها في حقيقة الأمر مدنية، وذلك مثل تلك الأعمال التي ترتكب ضد بعض العسكريين خلال فترة أجازاتهم أو ضد أتوبيس لنقل العسكريين في أغراض غير عسكرية أو ضد جسر يخدم أهداف مدنية وعسكرية معاً، هذا فضلاً عن الخلط الذي قد يؤدي اليه الأخذ بمثل هذا الرأي اذا ما ارتكبت مثل هذه الاعمال

(١) د/ عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، المرجع السابق، ص (٤٨)

خلال فترات النزاع المسلح، فهل قواعد النزاع المسلح تطبق في مثل هذه الاوقات على أعمال المقاومة ضد الاحتلال والاعمال المرتكبة بغية الوصول لحق تقرير المصير أم لا تطبق؟ هذا بالإضافة لوجود عائق عملي مازال يقف كحائط صد أمام اعمال مثل هذا التعريف على الساحة الدولية في شأن تلك الأعمال يتمثل في نظرة الدول الغربية وكذا الفقهاء الغربيين الى هذه الاعمال على أنها أعمال ارهاية، وأصدق الأمثلة على ذلك اعتبار الغرب حركات المقاومة الفلسطينية منظمات ارهاية^(١)

وهكذا فلم تسلم آراء الفقه العربي هي الأخرى في شأن تعريفها للارهاب الدولي من النقد وذلك على النحو السالف ذكره **رؤية لإخراج** وهكذا فقد باتت الحاجة ملحة - من جانبنا - لوضع تعريف للارهاب الدولي يكون - حسبما نرى - جامعا مانعاً من جانب في شأن الامام بالمفهوم الصحيح للارهاب الدولي، وفي الوقت ذاته يتلafi - بقدر الامكان - أوجه النقد التي طالت غيره من تعريفات الفقه للارهاب الدولي، وهذا ما سنعرض له في النقطة التالية: **الاتفاق مع مصر وأثر ذلك** **ثالثاً: رؤيتنا لمفهوم الارهاب الدولي:** حيث توجد العديد من الاتفاقيات

نحن نعتقد أن السبب الرئيسي لعدم الوصول لمفهوم موحد للارهاب الدولي على الساحة الدولية هو عدم وجود ارادة سياسية للدول - وعلى الاخص الدول الغربية وخاصة العظمى منها - للوصول لهذا المفهوم الموحد للارهاب الدولي وذلك منها بغية تحقيق أغراض سياسية معينة، هذا فضلاً عن عجز المنظمات الدولية في الوقوف أمام التحالفات التي تحدتها بعض الدول - وخاصة الغربية منها - داخل هذه المنظمات حتى تعيقها عن الوصول لمفهوم موحد للارهاب الدولي أو حتى لوضع اتفاقية دولية موحدة في شأن مكافحة الارهاب الدولي^(٢) **الاستيلاء على مضيبي** كما نعتقد أن السبب الرئيسي لعدم وصول فقهاء القانون الدولي لتعريف موحد للارهاب، هو أنهم لم ينطلقوا في تعاريفهم من قواعد

(١) د/ محمد عبد العزيز سها، المرجع السابق، ص (٩٦) (٤١)

(٢) د/ محمود حجازي محمود، المرجع السابق، ص (٦٤)

علمية وانما انطلقوا من رؤى سياسية مسبقة كادت ان تكون بمثابة توجيهات مسبقة يجب عليهم الالتزام بها عند وضعهم لتعريف الارهاب الدولي

ومن هنا جاءت تعريفات فقهاء القانون الدولي للارهاب - وعلى النحو الذي ذكرناه سلفاً - بمثابة بوق أكاديمي لهذا الرؤى السياسية ونحن من جانبنا سنتحرر من الرؤى السياسية عند وضعنا لتعريف الارهاب الدولي وسنتطلق من القواعد العلمية الواجب اعمالها عند وضع أي تعريف فعليه فنحن نرى - وعلى نحو ما يذهب إليه جانبي فقهي - أن أي تعريف منضبط لا بد وأن يتوافر له أركان وشروط والركن في اللغة هو الجانب القوي وفي الاصطلاح هو قوام الشيء الذي لا يتحقق الا به ومن ثم يتوقف وجود الشيء على وجوده ويعتبر جزءاً من ماهية هذا الشيء فلا يكون لهذا الشيء وجود في الخارج الا به أما الشرط لغة فهو لزوم الشيء وفي الاصطلاح هو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده ويكون خارجاً عن حقيقة الشيء

وعلى هذا فالركن والشرط يتفقان في أن عدم كل منهما يستلزم عدم الشيء، ويختلفان في ان الركن جزء من ماهية الشيء وحقيقته، اما الشرط فهو خارج عن حقيقة هذا الشيء وليس جزء منه^(١) ومن منطلق التفرقة بين الركن والشرط على النحو السالف سرده فالتنا نرى ان لتعريف الارهاب الدولي ركن جوهرى وحيد هو العمل المرتكب أياً كانت صورته اما شروط تعريف الارهاب الدولي فتتمثل في ثلاثة شروط هي كما يلي :

أولاً: شرطى لزوم : ويتمثل هذان الشرطان في :

- مخالفة قواعد القانون الدولي العام

- ابتغاء تحقيق هدف سياسى .

ثانياً: شرط شخصى: ان يكون محل العمل المرتكب دولة أو أحد او بعض او كل رعاياها او تنظيم دولي معترف به أو احد ممثليه

(١) د/ إيمان حبيب، المرجع السابق، ص (٤٦٩)

ثالثاً: شرط موضوعي: ان يكون العمل المرتكب أو التهديد به قادراً على التأثير في ارادة دولة اخرى او ارادة منظمة دولية معترف بها^(١)

ولإزاء ذلك كله فنحن نرى أن الارهاب الدولي يتمثل في " قيام دولة ما أو أحد أو بعض رعاياها أو تنظيم دولي (معترف به أو غير معترف به) وبالمخالفة لقواعد القانون الدولي العام بكافة صورته (سواء ميثاق الأمم المتحدة أو الاتفاقيات الدولية أو العرف الدولي أو المبادئ العامة للقانون الدولي) بعمل ما أو التهديد بعمل ما ضد دولة أخرى أو ضد أحد أو بعض أو كل رعاياها أو ضد تنظيم دولي معترف به أو ضد أحد ممثليه أو حتى ضد موظفيه ويكون من شأن هذا العمل المرتكب أو التهديد به التأثير على ارادة دولة اخرى أو منظمة دولية معترف بها بغية الوصول لهدف سياسى محدد أيا كانت اعتباراته (الدينية أو الاثنية أو العرقية إلخ) لصالح الدولة أو المنظمة المعتدية

ويستوى في تأصيل هذا العمل الارهابى تنوع أساليبه (مثل القرصنة البحرية أو الجوية أو خطف واحتجاز رهائن أو الحصار الاقتصادى أو التهديد بسلاح كيمياوى أو بيولوجى أو نووى أو القرصنة الالكترونية أو حتى القرصنة الفضائية مستقبلاً)^(٢)

كما يستوى كذلك في تأصيل العمل الارهابى تنوع أماكن وقوعه سواء أكان على أراضي الدولة أو مقر المنظمة صراحة، أو على أراضي الدولة أو مقر المنظمة حكماً، مثل وقوع العمل الارهابى على مقر البعثات الدبلوماسية للدولة أو طائراتها أو سفنها وكذا على مقر المنظمات الفرعية وأيضاً يستوى في تأصيل العمل الارهابى وقوع العمل المرتكب على ممثلى الدولة أو رعاياها وأيضاً على أعضاء المنظمة الدولية أو حتى على موظفيها الاداريين في ظل قدره العمل الارهابى على التأثير

(١) د/ أيمن حبيب، المرجع السابق، ص (٤٧٠)

(٢) د/ محمد عبد العزيز سهل، المرجع السابق، ص (٩٧)

ويستوى كذلك أن يكون هذا العمل قد وقع فعلاً أو مجرد تهديد بإيقاعه، وذلك إذا ما كان لهذا التهديد القدرة في التأثير على ارادة الدولة أو المنظمة المعتدى عليها^(١)

المبحث الرابع

الآثار المترتبة على اختلاف الرؤى حول مفهوم العمل الارهابي (جانب تطبيقي)

ترتب على اختلاف الرؤى حول مفهوم العمل الارهابي بعض الآثار السلبية التي كانت ملموسة في الواقع العملي على الساحة الدولية وتمثلت هذه الآثار في الآتي :-

المطلب الأول: عدم الوصول لتعريف محدد وموحد للارهاب الدولي

المطلب الثاني: امكانية التنصل من مسئولية بعض الاعمال الارهابية

المطلب الثالث: العجز الدولي عن مواجهة الارهاب

وسنعرض فيما يلي تفصيلاً لهذه الآثار وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

عدم الوصول لتعريف محدد وموحد للارهاب الدولي

إزاء اختلاف الرؤى بين الدول حول مفهوم العمل الارهابي - على النحو المشار اليه سلفاً في بحثنا هذا - ترتب بالضرورة عدم إمكانية الوصول لتعريف محدد وموحد للارهاب الدولي سواء داخل أروقه الامم المتحدة أو حتى داخل المنظمات الدولية أو حتى بين جنبات المنظمات الاقليمية

ففي ظل إختلاف المصالح بين الدول في هذا الشأن وعلى نحو ما اسلفناه من مواقف الدول على مدار هذا البحث - صار من الصعب ان لم يكن مستحيلاً - التوصل لاتفاق حول مفهوم موحد ومحدد للارهاب الدولي^(٢)

(١) د/ سامى جاد عبد الرحمن واصيل؛ المرجع السابق، ص (٥٣)

(٢) د/ علاء الدين راشد، المشكلة في تعريف الارهاب، المرجع السابق، ص

ويدلاً من أن يأخذ الفقه الدولي زمام المبادرة في هذا الشأن، حتى تسير الدول في ركابه بعد أن ترتأي منه امكانية الوصول لتعريف محدد وموحد للارهاب الدولي، فانه إكتفى بدور المردد للرؤى السياسية للدول في هذا الشأن، ولذا فقد عجز عن الوصول لتعريف محدد وموحد للارهاب الدولي

والفقه الدولي لن يصل لهذا التعريف المحدد والموحد للارهاب، الا اذا انطلق في تعريفه هذا من منطلقات علمية مجردة بعيدة عن الأهواء السياسية التي تنتهجها الدول في هذا الشأن^(١)

المطلب الثاني

إمكانية التنصل من مسؤولية بعض الاعمال الارهابية

ترتب على اختلاف الرؤى بين الدول حول مفهوم العمل الارهابي نتيجة سلبية على جانب كبير من الاهمية تتمثل في امكانية تنصل الدول من مسؤوليتها عن بعض الاعمال الارهابية التي ترتكبتها^(٢)

ونحن من جانبنا سنعرض فيما يلي لبعض الاعمال المرتكبة في الاونة الحالية والتي نراها وفقاً لمفهومنا نحن للارهاب الدولي السالف ذكره تدخل في نطاق الاعمال الارهابية، ومع ذلك تجد الدول التي ترتكب مثل هذه الاعمال في اختلاف الرؤى حول مفهوم الارهاب الدولي مخزجاً للتنصل من مسؤوليتها الدولية تجاه هذه الاعمال

وتتمثل هذه الاعمال إجمالاً والتي سنعرضها كمثل تطبيقى لبعض الاعمال الارهابية المرتكبة في الاونة الحالية في :

١. الاعمال المرتكبة من جانب إثيوبيا
٢. الاعمال المرتكبة من جانب ليبيا
٣. الاعمال المرتكبة من جانب ايران
٤. الاعمال المرتكبة من جانب قطر

(١) د/ سامى جاد عبد الرحمن واصل، المرجع السابق، ص (٥٣)

(٢) د/ عادل عبد الله المسدي، المرجع السابق، ص (١١٣)

٥. الأعمال المرتكبة من جانب اسرائيل

٦. الأعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الامريكية

وسنعرض لهذه الاعمال الارهابية تفصيلاً على النحو التالي :

١. الأعمال المرتكبة من جانب اثيوبيا :

قلنا سلفاً انه حتى تتمكن من وصم عمل ما بأنه عمل ارهابى لا بد وان يتوافر فيه ركن جوهرى وحيد وعدة شروط، ويتمثل الركن الجوهري الوحيد في العمل المرتكب، أما الشروط الواجب توافرها فتتمثل في شرطي لزوم هما :

- مخالفة قواعد القانون الدولي العام

- ابتغاء تحقيق هدف سياسى

وتتمثل كذلك في شرط شخصى يتمثل في ان يكون محل العمل المرتكب دولة او احد او بعض او كل رعاياها او تنظيم دولى معترف به او أحد ممثليه او موظفيه، وتتمثل أيضاً في شرط موضوعى يتمثل في ان يكون العمل المرتكب أو التهديد بارتكابه قادراً على التأثير في ازادة دولة اخرى او ارادة منظمة دولية معترف بها^(١)

واذا ما قمنا باجراء تطبيق لما سبق من ركن جوهرى وشروط أسلفنا ذكرها على ما قامت به اثيوبيا من بناء لسد النهضة بمقاييس ومواصفات قد تؤثر حتماً على مصر ان لم يتم التوصل معها لاتفاق في هذا الشأن، لاتضح لنا جلياً أنه ينطبق على إنشاء هذا السد - والذى لازال في دور التشييد والبناء حيث تم بناء بعض اجزائه ومازال العمل مستمر به حتى تاريخه ولم يتوقف - وصف العمل الإرهابى حيث يتوافر به الركن الجوهري الواجب توافره والمشار اليه سلفاً وكذلك كافة الشروط السالف ذكرها

والملاحظ فى هذا الشأن أنه حتى تاريخ كتابة هذا البحث يتم التوصل لاتفاق نهائى في هذا الشأن بين مصر واثيوبيا، وانما تم التوصل

(١) يراجع هذا البحث، (١٤٥)

لاتفاق مبدئى بين الدولتين حول العمل سوياً على إيجاد الحلول لتذليل العقبات في هذا الشأن

وهكذا فإن تشييد وبناء هذا السد بالمقاييس والمواصفات المعلنة حتى تاريخ كتابة هذا البحث هو عمل شديد الخطورة على مصر وسيؤثر حتماً بالسلب عليها، ومن ثم فقد توافر بهذا العمل الركن الجوهرى الواجب توافره في العمل الارهابى وذلك على النحو المشار اليه سلفاً

وفضلاً عن ذلك فقد توافر لهذا العمل المرتكب من الجانب الاثيوبى كافة الشروط السالف ذكرها والواجب توافرها في العمل الارهابى فقد توافر به شرطى اللزوم حيث قامت اثيوبيا بهذا العمل بالمخالفة لقواعد القانون الدولي العام الموضوعة لتنظيم مثل هذه الأمور، حيث توجد قواعد قانونية دولية تنظم أوضاع الانهار التي تجرى بين عدة دول ومن أهم هذه القواعد عدم القيام بعمل على أحد هذه الانهار قد يكون من شأنه الاضرار بالدول الاخرى التي تجرى فيها هذه الانهار

هذا فضلاً عن ان قيام اثيوبيا بهذا العمل دون الاتفاق المسبق مع مصر يخالف الاتفاقيات الدولية الخاصة بالموضوعة في هذا الشأن والتي تشترط موافقة مصر المسبقة على مثل هذه الاعمال باعتبارها دولة المصب، فضلاً عن كون هذه الاتفاقيات تعطى مصر بعض الحقوق التاريخية في كمية مياه نهر النيل التي ترد لمصر، ولا شك ان انشاء هذا السد بمواصفاته ومقاييسه تلك ودون الاتفاق المسبق مع مصر في هذا الشأن وخاصة بالنسبة لفترة امتلاء خزان السد قد يضر ضرراً بالغاً بهذه الحقوق التاريخية لمصر، وفوق ذلك كله فان بناء هذا السد بمواصفات ومقاييس غير دقيقة قد يكون له شديد الاثر على السودان وعلى مصر اذا ما تعرض للهدم فقد يترتب على ذلك فيضانات خطيرة تؤثر بالسلب على هذين البلدين

ومن جانب اخر فان قيام اثيوبيا بتشييد وبناء هذا السد دون الاتفاق المسبق مع مصر سيبتغى بالضرورة تحقيق هدف سياسى يتمثل في الحد من نفوذ مصر السياسى في المنطقة سواء على المستوى الافريقى او حتى على

المستوى العربي، وليس هذا فقط بل ان انشاء مثل هذا السد دون الاتفاق المسبق مع مصر قد يؤثر على كيان مصر كدولة، حيث ان نهر النيل بالنسبة لمصر هو بمثابة شريان الحياة بالنسبة لها ويبدو ان هيرودت كان صادقاً بشكل ما عندما قال ان "مصر هبة النيل" باسم الدولة المراد دعمه
وإذا كان تشييد وبناء سد النهضة دون الاتفاق المسبق مع مصر قد يكون له بالغ الاثر عليها، فان التهديد بالقيام به دون الاتفاق المسبق مع مصر له ايضا بالغ سوء الاثر عليها سواء من الناحية الاقتصادية او حتى من الناحية السياسية، وذلك اذا لم تكن مصر قادرة على استغلال كافة قدراتها الفعلية والناعمة للحد من تأثير هذا التهديد

وإذا كان قد توافر في تشييد وبناء سد النهضة الاثيوبي دون الاتفاق المسبق مع مصر الركن الجوهري الواجب توافره في العمل الارهابي وكذا شرطى اللزوم الواجب توافرهما به على النحو السالف ذكره
فان هذا العمل المرتكب قد توافر به كذلك الشرط الشخصى والذى يتمثل في ان يكون محل العمل المرتكب دولة او احد او بعض او كل رعاياها، حيث ان تشييد وبناء هذا السد بالموصفات والمقاييس المعلنه ودون الاتفاق المسبق مع مصر سيضر حتماً بمصر وبالمصريين، فكلما قلنا سلفاً ان نهر النيل بالنسبة لمصر بمثابة شريان الحياة

وبالاضافة لما سبق فان هذا العمل المرتكب من الجانب الاثيوبي اذا ما تم دون الاتفاق المسبق مع مصر ودون ان تتمكن الأخيرة من اتخاذ ما يجب إتخاذه في هذا الشأن من بدائل واجراءات احترازية سيكون له بالغ الاثر على ارادة الدولة المصرية، ان لم يكن له تأثير على وجودها وكيانها كدولة، وعليه فانه يتوافر بشأن هذا العمل المرتكب الشرط الموضوعى الواجب توافره لو صم هذا العمل بأنه عمل إرهابي

وهكذا فقد تبين مما سبق ان قيام اثيوبيا بتشيد وبناء سد النهضة بالمقاييس والموصفات المعلنه ودون الاتفاق المسبق مع مصر في هذا الشأن بما يحفظ حقوقها التاريخية وبما يمنع الأضرار عنها، يعد وفقاً لمفهومنا نحن

عملاً ارهابياً يستوجب وجود قواعد قانونية توضع لمجابهته والحد منه ان لم تكن تمنعه من الأساس ان امكن

ونظراً لعدم وجود اتفاق دولي حول مفهوم الارهاب الدولي ، فقد بات في إمكان اثيوبيا التنصل من مسئولية هذا العمل دولياً كعمل ارهابي ، وان كان في إمكان مصر اللجوء للمخافل الدولية لشكاية اثيوبيا من منطلق مخالفتها قواعد القانون الدولي العام المرتبطة بتنظيم أوضاع الانهار بين الدول حيث القواعد التي تمنع الاضرار بالدول التي تمر بها هذه الانهار وأيضاً من منطلق مخالفتها الاتفاقيات الدولية المبرمة بين دول حوض نهر النيل ، ولكن ذلك كله سيكون بعيداً عن المسئولية الدولية الواجب تحميلها لاثيوبيا من منطلق قيامها بعمل ارهابي إذا ما قامت بعملها هذا دون الاتفاق المسبق مع مصر في هذا الشأن وذلك اذا ما أخذنا بفهموما نحن للعمل الارهابي على النحو السالف ذكره :

٢. الأعمال المرتكبة من جانب ليبيا :

بعد ان تمكنت قوات حلف الناتو بمساعدة الولايات المتحدة الامريكية من اسقاط نظام الرئيس الليبي السابق معمر القذافي، صارت الدولة الليبية من الضعف الذي مكن بعض التنظيمات المسلحة من الاستيلاء على بعض مقدرات الدولة الليبية (سواء بعض الأراضي او بعض الثروات او كثير من الاسلحة) وقد مكنتها ذلك من ازدياد نفوذها داخل الدولة الليبية خاصة في ظل استقوائها ببعض الدول الداعمة لها^(١) وفي مقابل ذلك ضعف نفوذ الدولة الليبية في مواجهة مثل هذه التنظيمات المسلحة مما جعلها عاجزة عن صد مثل هذه التنظيمات عند قيام الأخيرة ببعض العمليات الارهابية تجاه بعض رعايا وبعض ممثلي الدول المجاورة وعلى الاخص مصر وتونس

فقد قامت بعض هذه التنظيمات المسلحة والتي تنتهج نهجاً سياسياً مغايراً لنهج النظام السياسي الحالي لمصر ببعض العمليات الارهابية ضد

(١) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والارهاب، المرجع السابق، ص (٢١)

بعض الممثلين الدبلوماسيين لمصر وضد بعض رعاياها، فقد قامت هذه التنظيمات بخطف واحتجاز بعض الممثلين الدبلوماسيين لمصر حتى تم تحريرهم عن طريق مفاوضات غير مباشرة بين مصر وبين زعماء القبائل الليبية، كما قامت هذه التنظيمات المسلحة بإدبح واحد وعشرين مواطناً مصرياً^(١)

وعندما تغير النظام السياسي في تونس بموجب انتخابات ديمقراطية جرت بها، وصار النظام السياسي الحاكم فيها مغايراً للنهج السياسي الذي تتبعه هذه التنظيمات الليبية المسلحة، قامت بخطف واحتجاز بعض الرعايا التونسيين، كما قامت بخطف واحتجاز بعض الممثلين الدبلوماسيين لتونس ولا شك ان ما قامت به هذه التنظيمات الليبية المسلحة من أعمال - أشير إليها سلفاً - سواء بالنسبة لمصر او حتى بالنسبة لتونس تتوافر فيها صفة العمل الارهابي وفقاً لمفهومها نحن للعمل الارهابي على النحو الساف ذكره

حيث قامت هذه التنظيمات الليبية المسلحة بعمل خطير يعد بمثابة الركن الجوهرى في العمل الارهابي سواء أكان خطفاً واحتجازاً أو سواء أكان ذبحاً للرعايا المصريين وذات الأمر بالنسبة لما حدث مع الرعايا التونسيين كما توافرت في هذه الاعمال المرتكبة من قبل هذه التنظيمات الليبية المسلحة كافة الشروط الواجب توافرها في العمل الارهابي والمشار إليها سلفاً، حيث ان ما قامت به هذه التنظيمات الليبية المسلحة يتوافر بها شرطى اللزوم من مخالفة لقواعد القانون الدولي العام ومن ابتغاء وتحقيق هدف سياسى.

(١) قامت بعض الجماعات الليبية المسلحة فى شهر يناير عام ٢٠١٤ باحتجاز واختطاف الملحقين الدبلوماسيين المصريين فى ليبيا وقايضت السلطات المصرية للافراج عنهم، بأن تقوم هى أولاً بالافراج عن شخصى ليبيا محتجز بمصر، وهذا الشخص الليبى يدعى شعبان هدية ومشهور بلقب أبى عبيدة الليبى، وتم ذلك فعلاً، رغم أن هذا الشخص الليبى كان يقيم بمصر دون سند قانونى بعد أن انتهت فترة اقامته بمصر، على حسب مذكرته السلطات المصرية.

فما قامت به هذه التنظيمات الليبية المسلحة من خطف واحتجاز
للرعايا المصريين والتونسيين، ومن خطف واحتجاز لبعض الممثلين
الدبلوماسيين المصريين والتونسيين، ومن ذبح لبعض الرعايا المصريين،
هي أعمال مخالفة لقواعد القانون الدولي العام

هذا وقد قامت هذه التنظيمات الليبية المسلحة بهذه الأعمال لا
لطلب الفدية ولكن لتحقيق غرض سياسى وهو الضغط على الأنظمة
السياسية المخالفة لها بمصر وتونس

ومن جانب آخر فإن هذه الاعمال المرتكبة من قبل التنظيمات الليبية
المسلحة توافر بها الشرط الشخصى الواجب توافره في العمل الارهابى
وفقاً لمفهومنا نحن للعمل الارهابى

حيث كان محل العمل المرتكب من قبل هذه التنظيمات الليبية
المسلحة هو بعض رعايا مصر وبعض رعايا تونس

وبالإضافة لما سبق فقد توافر في الاعمال المرتكبة من قبل التنظيمات
الليبية المسلحة الشرط الموضوعى الواجب توافره في العمل الارهابى وفقاً
لمفهومنا نحن للعمل الارهابى

فقد كان لهذه الاعمال المرتكبة من قبل هذه التنظيمات الليبية
القدرة فى التأثير على ارادة كل من مصر وتونس، والتي اضطرت كل
منهما للتفاوض ولو بشكل غير مباشر مع هذه التنظيمات الليبية المسلحة،
ولا شك انه لم يتم الافراج عن رعايا الدولة سواء لمصر او لتونس من قبل
هذه التنظيمات الليبية المسلحة الا بعد تحقيق بعض اغراضهم مثل الافراج
عن بعض التابعين لهم المحجوزين بسجون هذه الدولة او تلك^(١)،
وبالطبع فقد تآثرت ارادة هذه الدولة او تلك بالعمل الارهابى المرتكب
الذى لولا وقوعه ما كانت قد استجابت لطلبات هذه التنظيمات الليبية
المسلحة، وخاصة وان التابعين لهذه التنظيمات الليبية المسلحة—والذين تم

(١) يراجع هذا البحث، هامش ص (١٥٢)

التفاوض بشأنهم - لا بد وانهم قد احتجزوا وفقاً لقواعد القانون الوطني لهذه الدولة او تلك وبما يتوافق مع قواعد القانون الدولي ولا شك ان عدم وجود مفهوم محدد وموحد للإرهاب على الساحة الدولية يسمح لمثل هذه التنظيمات المسلحة من التنصل عن المسؤولية الدولية عما ارتكبهت من أعمال نراها نحن أعمالاً إرهابية وفقاً لتعريفنا للإرهاب الدولي السالف ذكره، وإزاء ذلك قد تجد الدول المعتدى على بعض رعاياها من قبل مثل هذه التنظيمات المسلحة نفسها مضطرة للتفاوض مع هذه التنظيمات والرضوخ لبعض طلباتها وعند فشل التفاوض فيما بين هذه الدول وتلك التنظيمات واستمرار مثل هذه التنظيمات المسلحة في غيرها وقيامها بأعمالها الإرهابية مثل قيامها بذبح المواطنين المصريين، قد تجد الدولة المعتدى على بعض رعاياها نفسها مضطرة للرد ولو بعمل عسكري - قد يكون محدود في بعض الأحيان - على هذه التنظيمات كرد فعل طبيعي وواجب في مثل هذه الأحوال، هذا وقد كان في الامكان تجنب مثل هذه المفاوضات او مثل هذا العمل العسكري لو كان بالقانون الدولي قواعد تحدد مفهوم العمل الإرهابي وكيفية مجابته^(١)

٣. الأعمال المرتكبة من جانب إيران

انطلاقاً من مفهومنا للإرهاب الدولي السالف ذكره، فإن الدولة الإيرانية ارتكبت في الآونة الأخيرة أعمالاً تعدياً إرهابية وفقاً لهذا المفهوم فقد قامت الدولة الإيرانية بتجنيد ودعم حزب الله في لبنان وتجنيد ودعم الحويثيني اليمن سواء بالدعم اللوجستي من أموال وتدريبات او بالدعم العسكري لهؤلاء أو أولئك عن طريق امدادهم بالسلاح او حتى بالدعم السياسي منها لهم

وايران في دعمها لهؤلاء واولئك كانت على يقين بان هذا العمل المرتكب من جانبها هو عمل خطير سيؤدي بالضرورة لزعزعة استقرار

(١) د/ محمد عبد العزيز سهل، المرجع السابق، ص (٣١٧)

الدول المتواجد بها هؤلاء أو اولئك، وعليه فقد كان هذا العمل المرتكب من قبل ايران بمثابة الركن الجوهرى الواجب توافره في العمل الارهابى وفقاً لمفهومنا نحن للعمل الارهابى السالف ذكره

كما توافر في هذا العمل المرتكب من جانب ايران كافة الشروط الواجب توافرها للعمل الارهابى والسالف ذكرها عند تحديدنا لمفهوم العمل الارهابى

حيث توافر في هذا العمل المرتكب من جانب ايران شرطى اللزوم اللذان يتمثلان في مخالفة قواعد القانون الدولى العام وابتغاء تحقيق هدف سياسى

فدعم ايران لفصيل واحد من الشعب اللبنانى ومن الشعب اليمنى بالتدريب والتجنيد العسكرى وباغداق الاموال والسلاح لهذا الفصيل او ذاك سراً في كثير من الاحيان وعلناً في بعض الاحيان دون ترخيص او تصريح من المجتمع الدولى من خلال منظمة الامم المتحدة والمنظمات الدولية، يعد بلا ادنى شك مخالفة لقواعد القانون الدولى العام

ولاشك ان ايران بفعلتها تلك تبغى تحقيق هدف سياسى يتمثل في زعزعة استقرار الدول التى يتواجد بها هذا الفصيل او ذاك، حيث يتغلغل النفوذ الايرانى بهذه الدول وبالتالي تتحكم ايران في ارادة هذه الدول وقراراتها، ولعل الواقع عملاً في الالونة الاخيرة في كل من لبنان واليمن يؤكد ذلك، حيث ادت افعال حزب الله في لبنان الى دخول الاخيرة مجبرة في حرب مع اسرائيل احتلت الاخيرة بموجبها أجزاء من لبنان لفترة زمنية ووضعت اشتراطات واجراءات امنية على الحدود بين الدولتين ما كانت لتفرض لولا التحرشات التى قام بها حزب الله ضد اسرائيل هذا فضلاً عما يسببه ضغوط حزب الله السياسية في لبنان من زعزعة الاستقرار الداخلى للبنان ولا أدل على ذلك بما يحدث في كل فترة يتم فيها اختيار رئيس للجمهورية اللبنانية، حيث يكون لحزب الله اللبنانى وايران من ورائه

دور رئيسى فى تعطيل هذا الاختيار الى ان يتم استرضائهم وبما يتوافق مع مصالحهم^(١)

والاكثر من هذا فقد تدخل حزب الله ودون موافقة او رضاء من الدولة اللبنانية فى الحرب الاهلية الدائرة بسوريا بجانب النظام السورى ضد الثوار السوريين وهو ما قد يعرض لبنان للخطر الدايم سواء باشغال فتيل الفتنة الطائفية داخل لبنان بين السنة والشيعة او حتى باشغال فتيل الحرب بين الثوار السوريين وبين دولة لبنان ذاتها

وليس هذا فقط بل اعلن حزب الله دعمه وتأييده للحوثيين فى اليمن واستنكر موقف السعودية والتحالف العربى الداعم للنظام الشرعى فى اليمن ، وهو ما قد يؤدى لآثار سياسية سلبية بين السعودية ودول التحالف العربى من جانب ولبنان من جانب اخر

ومن جانب آخر فقد أدت أفعال الحوثيين باليمن - المدعومين من ايران - لزعة استقرار اليمن وتهديد كيانها كدولة ، حيث قامت حرب اهلية بها كادت تسقط الدولة اليمنية لولا تدخل التحالف العربى بقيادة السعودية فى اللحظات الاخيرة ، حيث دعمت النظام الشرعى فى اليمن واستصدرت القرارات الدولية لدعمه

ولا شك ان ما فعلته ايران فى لبنان واليمن يزغزع الاستقرار فى هاتين الدولتين ويؤدى بالضرورة لتغلغل النفوذ الايرانى داخلها

والامر هنا ليس صدفة بل كان مخطط سياسى مرسوم مسبقاً من قبل مصادر أخذ القرار بالدولة الايرانية التى سعت لتصدير الثورة الايرانية من جانب ، وعمل هلال شيعى يحيط بالدول العربية الاسيوية التى تدين بالمذهب السننى من جانب آخر ، هذا وقد ارتأت هذه الجهات أن أهدافها تلك ستكون ميسورة التحقق اذا ما تغلغل النفوذ الايرانى على البحر المتوسط من خلال لبنان وعلى البحر الاحمر من خلال اليمن وخاصة اذا ما تمكنت من السيطرة على مضيق باب المندب

(١) د طارق عبد العزيز حمدي ، المرجع السابق ، ص (٢٣١)

والمخطط الايراني المرسوم لهذه المنطقة ليس سراً بل معلوم لكافة دول المنطقة ومعلن من قبل بعض الجهات الايرانية ذاتها
واذا كنا قد اوضحنا سلفاً توافر الركن الجوهري للعمل الارهابي المرتكب من جانب ايران وذلك وفقاً لمفهومنا نحن للعمل الارهابي ، واذا كنا قد اوضحنا كذلك توافر شرطي اللزوم من مخالفة قواعد القانون الدولي العام وابتغاء تحقيق هدف سياسي في هذا العمل المرتكب من جانب ايران^(١)

فاننا نؤكد ان الشرط الشخصي متوافر كذلك في هذا العمل المرتكب من جانبها حيث تمثل محل عملها هذا في دولتي لبنان واليمن كما اننا نؤكد على ان الشرط الموضوعي متوافر كذلك في هذا العمل المرتكب من جانبها ، حيث بات واضحاً ومن خلال الواقع العملي مدى قدرة هذا العمل المرتكب من جانب ايران على التأثير في ارادة كل من لبنان واليمن على النحو المنوه عنه سلفاً

وإزاء ما سبق فاننا نرى أن الاعمال الايرانية المنوه عنها سلفاً يتوافر بشأنها مفهوم العمل الارهابي وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابي السالف ذكره

ومع ذلك فانه إزاء عدم وجود مفهوم محدد وموحد للارهاب الدولي على الساحة الدولية فان ايران تستطيع التنصل من مسؤوليتها الدولية عما ارتكبته من أفعال تراها نحن ارهاباً دولياً وفقاً لتعريفنا للارهاب الدولي السالف ذكره.

٤. الاعمال المرتكبة من جانب قطر :

قامت في الآونة الاخيرة بعض الثورات في بعض الدول العربية وظهر جلياً ارتباط واضح بين الدولة القطرية وبعض الفصائل المشاركة - أو التي اقحمت على المشاركين - في هذه الثورات

(١) د/ محمد عبد العزيز سهل ، المرجع السابق ، ص (٢٩١)

حيث قامت قطر بدعم هذه الفصائل دون غيرها من المشاركين في هذه الثورات بالمال والعتاد والسلاح والتدريب بل وبالدعم السياسي والدعم الاعلامي من خلال قنوات الجزيرة التليفزيونية بل إنها في بعض الاحيان قامت بانشاء قنوات تليفزيونية مباشرة باسم الدولة المراد دعم فصائل سياسي معين فيها ودون غيره من الفصائل مثل الجزيرة مباشر مصر وهذا الدعم غير المحدود لهذه الفصائل دون غيرها في بعض الدول العربية وخاصة تلك التي بها ثورات هو عمل خطير للغاية اذ انه يزعمع استقرار هذه الدول بالضرورة، بل الأكثر من ذلك أنه ذهب بهذه الثورات بعيداً عن الهدف المنوط بها الذهاب اليه

فقد ادى ذلك الدعم القطري الى وصول هذه الفصائل دون غيرها الى منصب السلطة في بعض البلدان العربية، وعندما رفضت شعوب البلدان العربية التي بها ثورات هذه الفصائل انقلبت هذه الفصائل على هذه الشعوب وأثارت بها نزاعات مسلحة، وفي بعض هذه البلدان تمكن جيشها من تحجيم الامر وذلك مثل مصر، والبعض الاخر من البلدان لم يتمكن جيشها من تحجيم الامر فانقلبت ثورة الشعوب بهذه البلدان العربية الى حرب أهلية ذلك مثل سوريا وليبيا، واستمرت قطر في دعم هذه الفصائل دون غيرها في هذه الحروب الاهلية المثارة بهذه البلدان حتى تاريخ كتابة هذا البحث

ولا شك ان دعم قطر لهذه الفصائل دون غيرها في البلدان العربية التي قامت بها ثورات هو عمل خطير يهدد كيان الدول التي ينتمى اليها هذه الفصائل، وهذا العمل المرتكب من جانب قطر هو بمثابة الركن الجوهري المطلوب توافره لوصف العمل بصفة العمل الارهابي وذلك وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابي السالف ذكره^(١)

ومما يؤكد رؤيتنا حول وصف ذلك العمل المرتكب من جانب قطر بوصف العمل الارهابي وفقاً لمفهومنا نحن للعمل الارهابي، انه يتوافر به

(١) د/ يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص (١٥)

أيضا كافة الشروط المطلوب توافرها لوصم العمل المرتكب بأنه ارهابي
والتي ذكرناها سلفاً عند تحديد رؤيتنا للعمل الارهابي

حيث يتوافر بهذا الفعل القطري شرطى اللزوم المتمثلان فى مخالفة
قواعد القانون الدولى العام وفى ابتغاء تحقيق هدف سياسى

حيث ان الدعم القطرى لفصيل سياسى دون غيره من مكونات
شعوب البلدان العربية التى قامت بها ثورات لم يكن بموجب تصريح من
المجتمع الدولى والذى تمثله منظمة الامم المتحدة، ولكن الدعم القطرى
لهذه الفصائل دون غيرها كان بتلميح من بعض القوى العظمى، التى
كانت تبغى اعادة رسم الخريطة السياسية للمنطقة العربية بما يتوافق مع
مخططاتها الاستراتيجية المنوه عنها على مدار هذا البحث، وقد أغوت هذه
القوى العظمى قطر بأنه اذا ما نجحت هذه المخططات المرسومة سيكون
لقطر دور هام وحيوى فى مستقبل هذه المنطقة فضلا عن امكانية ازدياد
رقعتها المساحية على هذه الخريطة المستقبلية

ومن هذه السطور السالف ذكرها يبدو واضحاً لنا ولغيرنا ممن
ينظرون للامور نظرة حيادية، ان الفعل المرتكب من جانب قطر -
والمشار اليه سلفاً- يخالف قواعد القانون الدولى العام، كما انه يتغنى
بتحقيق هدف سياسى، وبالتالي فقد توافر به شرطى اللزوم الواجب
توافرها فى العمل الذى يوصم بأنه عمل ارهابى وفقاً لمفهومنا نحن
للعمل الارهابى السالف ذكره^(١)

وإذا كنا قد اوضحنا سلفاً توافر الركن الجوهرى المطلوب توافره
وكذا شرطى اللزوم الواجب توافرها، فى العمل الذى يوصم بأنه عمل
ارهابى بالنسبة للفعل المرتكب من جانب قطر وذلك على النحو المشار اليه
سلفاً

(١) د/ أحمد محمد رفعت، المرجع السابق، ص. (١٤٦)

فاننا نؤكد على ان هذا الفعل القطرى - المشار اليه سلفاً - يتوافر به كذلك الشرط الشخصى وايضاً الشرط الموضوعى الواجب توافرها فى العمل الموصوم بانه عمل ارهابى وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابى ذلك ان محل العمل القطرى تمثل فى الدول العربية التى قامت بها ثورات فى الاونة الاخيرة مثل تونس ومصر وسوريا واليمن، وبالتالي يتوافر فى هذا الفعل القطرى الشرط الشخصى المطلوب توافره لوصم هذا الفعل القطرى بانه عمل ارهابى

ولا شك ان الواقع العملى قد أثبت بما لا يدع مجالاً للشك ان ذلك الفعل القطرى كان قادراً فى التأثير على ارادة الدول العربية التى ابتغتها قطر بفعالها هذا

فقد ادى ذلك العمل القطرى الى التأثير فعلاً على ارادة هذه الدول العربية المبتغاه بفعالها هذا حيث تمكنت الفصائل المدعومة من قطر من الوصول لسنده الحكم فى بعض هذه البلدان العربية مثل مصر وليبيا وتونس، وعندما ثارت شعوب مصر وليبيا وتونس على الفصيل السياسى المدعوم من قطر، انقلب هذا الفصيل السياسى على شعوب هذه البلدان وأراد جر هذه البلدان لحرب أهلية مسلحة، وفى هذا الشأن نلاحظ أنه نظراً لقوة الجيش المصرى وانتمائه القوى الراسخ لوطنه فلم يفلح هذا الفصيل السياسى فى جر مصر لحرب أهلية ولكنه زاد من عملياته الارهابية فى اماكن متفرقة من مصر وعلى الاخص فى شبه جزيرة سيناء وفى مقابل ذلك فقد تمكن هذا الفصيل السياسى المدعوم من قطر

من جر ليبيا لحرب أهلية مازالت مستمرة حتى تاريخ كتابة هذا البحث وحتى فى الدول العربية التى لم تتمكن شعوبها من انهاء ثوراتها مثل سوريا، ظلت قطر تدعم فصيل سياسى فى الحرب الأهلية الدائرة بها دون غيره من مكونات الشعب السورى، وقد ادى ذلك لجعل سوريا دولة منقسمة على ذاتها، ما بين نظام ومعارضه وما بين علويين (شيعة) وسنة واكراد وهو ما قد ينذر بتقسيم سوريا

ومن هذه السطور السالف ذكرها يبدو واضحاً للعيان ان العمل المرتكب من جانب قطر كان قادراً على التأثير في ارادة الدول التي ينتمي اليها الفصيل السياسي المدعوم منها وذلك على النحو المشار اليه سلفاً، وهذا يدل - بما لا يدع مجال للشك - على توافر الشرط الموضوعي المطلوب توافره في العمل الموصوم بانه عمل ارهابي وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابي

وإزاء ما سبق فان الاعمال القطرية المنوه عنها سلفاً ينطبق عليها مفهوم العمل الارهابي وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابي السالف ذكره^(١) ومع ذلك فانه ازاء عدم وجود مفهوم محدد وموحد للارهاب الدولي على الساحة الدولية، فان قطر تستطيع التنصل من مسئوليتها الدولية عما ارتكبته من افعال تراها نحن ارهاباً دولياً وفقاً لتعريفنا للارهاب الدولي السالف ذكره

٥. الاعمال المرتكبة من جانب اسرائيل :

منذ ان قامت دولة اسرائيل بالمنطقة العربية في عام ١٩٤٨ م وهي ترتكب من الاعمال الاستفزازية ما يعد ارهاباً دولياً وفقاً لمفهومنا نحن للعمل الارهابي السالف ذكره

ونحن هنا لن نتعرض للحروب الماثرة بين اسرائيل والعرب لكون هذه الحروب لها ما ينظمها في قواعد القانون الدولي للمنازعات المسلحة، ولكننا نتعرض فقط للاعمال الاستفزازية التي ترتكبتها اسرائيل ضد بعض البلدان العربية والتي تعد بمثابة ارهاب دولي وفقاً لتعريفنا نحن للارهاب الدولي.

ومن الاعمال الاستفزازية التي ترتكبتها اسرائيل ضد بعض البلدان العربية ما هو متباعد في المكان والزمان ومنها ما هو متقارب في المكان والزمان

ومن بين الاعمال الاستفزازية التي ارتكبتها اسرائيل ضد بعض البلدان العربية على نحو متباعد مكانياً وزمنياً قيامها باختراق الأجواء

(١) د/ محمد عبد العزيز سهل، المرجع السابق، ص (٢٩٨)

السودانية وتدميرها لأحد المصانع بها، وكذلك قيامها باغتيال أحد قادة الفصائل الفلسطينية أثناء تواجده بدولة الامارات العربية المتحدة عن طريق بعض عملاء اجهزة الموساد الاسرائيلي، ومثل قيامها بدعم بعض التنظيمات الارهابية بمصر وغزة بفلسطين إستخباراتياً أحياناً وبالتساهل الامنى أحياناً أخرى وذلك كله حتى تقوم هذه التنظيمات الارهابية ببعض عملياتها الارهابية فتي شبه جزيرة سيناء المصرية فى بعض الاحيان، وفى أحيان اخرى حتى تتمكن هذه التنظيمات من اختراق الحدود المشتركة بين مصر وفلسطين واسرائيل، وذلك كله حتى تزكى ادعاءاتها فى شأن عدم وجود استقرار أمنى بهذه المنطقة الحساسة، ومن ثم تضمن ضغطاً سياسياً دولياً على مصر، قد يؤدي لفرض اشتراطات وقواعد أمنية تضيق الخناق على مصر فى هذه المنطقة الحدودية الحساسة، وفى المقابل تضمن بالضرورة مصلحة اسرائيل الامنية

وليس هذا فقط بل قامت اسرائيل ببعض العمليات الاستفزازية ضد مصر ولكن بشكل غير مباشر وغير معلن، مثل دعمها لاثيوبيا فى بناء سد النهضة بمواصفات ومقاييس ومعايير قد تضر بمصر وذلك على نحو ما أكدته معلومات استخباراتية واعلامية

وهذه الاعمال المرتكبة من جانب اسرائيل ضد الدول العربية السالف ذكرها - وان كانت متباعدة مكانياً وزمانياً - تعد أعمالاً خطيرة تؤثر حتماً على الاوضاع السياسية بهذه الدول العربية السالف ذكرها، حيث يظهر النظام الحاكم بهذه البلدان العربية بمظهر النظام الضعيف غير القادر على ردع اسرائيل ومنعها من القيام بمثل هذه العمليات الاستفزازية على اراضي بلدانهم العربية، -والامر على هذا النحو يشكل - بما لا يدع مجالاً للشك - الركن الجوهرى الواجب توافره فى العمل الموصوم بأنه عمل ارهابى وفقاً لتعريفنا السالف ذكره^(١) وهذه الاعمال المرتكبة من جانب اسرائيل والمشار اليها سلفاً يتوافر بشأنها كذلك كافة الشروط الواجب توافرها حتى يتم وصم هذه الاعمال

(١) - د/ عادل عبد الله المسدى، المرجع السابق، ص (١١٢)

بانها اعمال ارهابية وذلك على النحو الذى سردناه عند تعريفنا للارهاب
الدولى

فهذه الاعمال الاستفزازية التى ترتكبها اسرائيل - والمشار اليها
سلفاً- يتوافر بشأنها شرطى اللزوم من مخالفة لقواعد القانون الدولى
العام ومن ابتغاء تحقيق هدف سياسى

فهذه الاعمال التى ترتكبها اسرائيل - والمشار اليها سلفاً-
تخالف قواعد القانون الدولى العام بلا ادنى شك فلا يوجد سند لاسرائيل
فى القانون الدولى العام للقيام بمثل هذه الاعمال، بل ان ما تقوم به
اسرائيل من اعمال استفزازية على النحو المشار اليه سلفاً هو عدوان وفقاً
للقانون الدولى العام وهو ما يستوجب مساءلتها قانوناً عنها

ومن ناحية اخرى فهذه الاعمال الاستفزازية تبتغى تحقيق هدف
سياسى قطعاً، فهى من جانب تبغى زعزعة كيان النظم السياسية الحاكمة
فى البلدان محل اعمالها الاستفزازية المرتكبة - وذلك على النحو المشار
اليه سلفاً- ومن جانب اخر فإنها تبغى باعمالها الاستفزازية تلك ردع
باقى الدول العربية من خلال كسر الروح المعنوية للشعوب العربية من
خلال اظهار اسرائيل بمظهر الدولة القوية ذات الذراع الطولى بالمنطقة
والتي تطال اى دولة عربية دون ان يردعها رادع^(١)

وإذا كنا قد أوضحنا سلفاً توافر الركن الجوهرى المطلوب توافره فى
الاعمال الاستفزازية المرتكبة من جانب اسرائيل - والمشار اليها سلفاً-
حتى توصم بوصف الاعمال الارهابية

وإذا كنا قد أوضحنا كذلك توافر شرطى اللزوم بها مما يوصمها
أيضاً بوصف الاعمال الارهابية

فإننا نؤكد أيضاً على توافر الشرطين الشخصى والموضوعى بهذه
الاعمال الاستفزازية الاسرائيلية مما يوصمها بوصف الاعمال الارهابية

(١) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والارهاب، المرجع السابق، ص (١٦)

فبالنسبة للشرط الشخصي فإن محل الاعمال الاستفزازية المرتكبة من جانب اسرائيل هو البلدان العربية التي وقعت بها هذه الاعمال وكذا رعايا هذه البلدان، فاذا ما وقعت هذه الاعمال الاستفزازية الاسرائيلية على هدف سياسى داخل الدولة دون ان يصيب مواطنى هذه الدولة فمحل هذه الاعمال هو الدولة ذاتها، واذا ما وقع ضحايا من مواطنى الدولة جراء ارتكاب هذه الاعمال الاستفزازية دون استهداف لهدف محدد، فمحل هذه الاعمال هو رعايا هذه الدولة، وقد يكون محل هذه الاعمال الاستفزازية المرتكبة من جانب اسرائيل الدولة المستهدفة ورعاياها اذا ما تم استهداف هدف محدد من قبل اسرائيل داخل الدولة العربية ووقع اثناء ذلك ضحايا من رعايا هذه الدولة

وبالنسبة للشرط الموضوعى فمما لا شك فيه ان هذه الاعمال الاستفزازية المرتكبة من جانب اسرائيل كان لها من القدرة ما يؤثر على ارادة الدول محل هذه الاعمال إذ وقفت النظم العربية الحاكمة فى هذه البلدان موقف المتفرج فى كثير من الاحيان وكانت اكثر المواقف حدة للرد على هذه الاعمال الاستفزازية الاسرائيلية هو التنديد بها واستنكارها، وهكذا كانت ارادة هذه النظم الحاكمة المستهدفة بهذه الاعمال الاستفزازية الاسرائيلية عاجزة عن صد هذا العدوان وليس هذا فقط بل كانت عاجزة كذلك عن استصدار قرار من مجلس الامن يدين هذه الاعمال نظراً للفيثو الأمريكى الذى يظهر دائماً عند اى محاولة لادانه اسرائيل، وازاء ذلك كانت اسرائيل تحقق فى معظم الأحيان - ان لم يكن دائماً - الهدف السياسى المبتغى من وراء أعمالها تلك^(١)

وإزاء ما سبق فإنا نؤكد على ان تلك الاعمال الاستفزازية الاسرائيلية المرتكبة من جانب اسرائيل ضد بعض البلدان العربية - والمشار إليها سلفاً - هى أعمال توصم بوصف الاعمال الارهابية وفقاً

(١) د/ عادل عبد الله المسدى، المرجع السابق، ص (١١٢)

لتعريفنا نحن للعمل الارهابى حتى وان كانت هذه الاعمال متباعدة مكانيا
وزمنياً

واذا كان ذلك كذلك فالموكد - من وجهة نظرنا- أيضا أن
الاعمال الاستفزازية المتقاربة مكانياً وزمنياً المرتكبة من جانب اسرائيل هي
أيضاً توصم بوصف الاعمال الارهابية
وهذه الاعمال الاستفزازية المرتكبة من جانب اسرائيل على شكل
مقارب مكانيا وزمنياً غالباً ما ترتكب ضد الفلسطينيين على الاراضى
الفلسطينية

وفى شأن تلك الاعمال الاستفزازية التى ترتكبها اسرائيل ضد
الفلسطينيين نلاحظ ان اسرائيل كثيراً ما ضيقت - وبشكل يكاد يكون شبه
دائم- الخناق على الفلسطينيين سواء فى الانتقالات او الاقامة او حتى
حرية العمل، بل وكثيراً ما قطعت عنهم الكهرباء، وكثيراً ما منعت عنهم
الاموال المتحصلة من الضرائب، فضلاً عن ربطها الاقتصاد الفلسطينى
بالاقتصاد الاسرائيلى ربطاً محكما

الاكثر من هذا كله انها بذلت كل غال ونفيس وخرقت كافة قواعد
المشروعية الدولية من أجل اجراء تغيير ديمجرافى على الاراضى
الفلسطينية وذلك بالسماح بالاستيطان على الاراضى الفلسطينية والسماح
بعريدة المستوطنين الاسرائيليين على الاراضى الفلسطينية وضد
الفلسطينيين وذلك بشكل يكاد يكون يومى

ووصلت الاعمال الاسرائيلية الاستفزازية مداها كذلك بأن جعلت
من غزة سجنأ كبيراً محاصراً من كافة النواحي لا تدخله شاردة أو واردة الا
باذنها، ومتى رغبت فى ايقاع عقاب مادمى ملموس على الفلسطينيين من
أبناء غزة لقهرهم أو حتى لتجربة نوع جديد من الاسلحة التى قامت هى
أو امريكا بتصنيعها، نجدها لا تتورع فى افتعال مشكلة حتى تقوم باقتحام
غزة وقتل أبنائها وهدم منازلها وهذا الامر أصبح شبه متكرر
والامر على هذا النحو جد خطير، إذ ان هذه الاعمال الاستفزازية
المرتكبة من جانب اسرائيل ضد الفلسطينيين - والمشار لها سلفاً- هى

أعمال مقصودة ومخطط لها تبغى فى المدى القريب دعم الوجود الاسرائيلى بالمنطقة العربية على حساب الوجود الفلسطينى، وتبغى فى المدى البعيد احلال اسرائيل والاسرائيليين محل فلسطين والفلسطينيين، وهكذا فانها تؤثر حتماً على الوضع السياسى لفلسطين والفلسطينيين، حيث صار وجود فلسطين ووجود الفلسطينيين مهتد بلا شك، والامر على هذا النحو يشكل بما لا يدع مجال للشك الركن الجوهري الواجب توافره فى العمل الموصوم بأنه عمل ارهابى وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابى على النحو السالف ذكره^(١)

وإذا كانت هذه الاعمال الاستفزازية الاسرائيلية ضد الفلسطينيين يتوافر بشأنها - على نحو ما أسلفنا - الركن الجوهري المطلوب لوصفها بوصف العمل الارهابى وفقاً لتعريفنا للارهاب الدولى فانه يتوافر بشأنها كذلك كافة الشروط المطلوبة لوصفها بوصف العمل الارهابى على النحو الوارد بتعريفنا للارهاب الدولى حيث يتوافر بشأنها شرطى اللزوم - المشار اليهما فى جزء سابق من هذا البحث - من مخالفة لقواعد القانون الدولى العام ومن ابتغاء تحقيق هدف سياسى

فالأعمال الاستفزازية التى ترتكبها اسرائيل ضد فلسطين والفلسطينيين بشكل دائم - والمنوه عنها سلفاً - هى أعمال تخالف قواعد القانون الدولى العام بلا أدنى شك فاسرائيل كدولة احتلال يجب عليها الالتزام بما يفرضه عليها القانون الدولى فى هذا الشأن من قواعد يجب عليها اعمالها تجاه الدولة المحتلة وتجاه مواطنى هذه الدولة المحتلة وكافة الاعمال الاستفزازية التى ترتكبها اسرائيل ضد فلسطين والفلسطينيين تخالف هذه القواعد الملزمة لها فى هذا الشأن والواردة فى القانون الدولى

(١) د/ محمد سعادى، المرجع السابق، ص (٢٥٩).

ومن جانب آخر فان هذه الاعمال الاستفزازية التي ترتكبها اسرائيل ضد فلسطين وضد الفلسطينيين تبتغى بلا أدنى شك تحقيق هدف سياسى.

فهى تبغى - وعلى المدى القريب - دعم الوجود الاسرائيلي فى المنطقة العربية على حساب الوجود الفلسطينى، هذا فضلا عن أن اسرائيل تبغى بأعمالها الاستفزازية تلك ضد فلسطين والفلسطينيين - على المدى البعيد - احلال اسرائيل والاسرائيليين محل فلسطين والفلسطينيين وذلك من خلال اثاره فكرة البحث عن وطن بديل للفلسطينيين

وإذا كان قد تأكد لنا توافر شرطى اللزوم فى الاعمال الاستفزازية الاسرائيلية - على نحو ما اسلفنا - وهو ما يجعلها توصم بالاعمال الارهابية وفقا لتعريفنا نحن للعمل الارهابى والسالف ذكره

فانه يتوافر كذلك فى هذه الاعمال الاستفزازية الاسرائيلية المرتكبة بشكل شبه دائم ضد فلسطين والفلسطينيين الشرطين الشخصى والموضوعى فمحل هذه الاعمال الاستفزازية الاسرائيلية هو دولة فلسطين المحتلة وكذا الفلسطينيين، ومن ثم يتوافر بشأن هذه الاعمال الاستفزازية الاسرائيلية الشرط الشخصى الواجب توافره لوصم هذه الاعمال بصفة الاعمال الارهابية وذلك اعمالا لتعريفنا نحن للارهاب الدولى السالف ذكره

ومن جانب اخر فان هذه الاعمال الاستفزازية الاسرائيلية المرتكبة ضد فلسطين والفلسطينيين لها تأثير فعال على الارادة الفلسطينية فكثيرا ما يضطر الفلسطينيون وممثلهم للرضوخ لطلبات اسرائيل الظالمة للتخفيف فقط من هذه الاعمال الاستفزازية الاسرائيلية المرتكبة ضدهم وهذا الامر يودى بالضرورة لاضعاف الارادة الفلسطينية مما قد يضطرهم فى نهاية المطاف - وعلى حسب الرؤية الاسرائيلية - للقبول بالمخطط الاسرائيلى المتمثل فى القبول بفكرة الوطن البديل، ومن ثم

تتحقق أهداف اسرئيل المأمولة بالنسبة لها، والتي تتمثل فى احلال اسرئيل والاسرائيليين محل فلسطين والفلسطينيين^(١) والامر على هذا النحو يمثل الشرط الموضوعى المطلوب توافره فى العمل المرتكب لوضمه بصفة العمل الارهابى اعمالاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابى السالف ذكره

وإزاء ما سبق فاننا نؤكد على ان تلك الاعمال الاستفزازية الاسرائيلية المرتكبة من جانب اسرئيل ضد فلسطين والفلسطينيين على نحو متقارب زمنياً - والمشار اليها سلفاً - هى أعمال توصم بوصف الاعمال الارهابية وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابى السالف ذكره ومع ذلك فانه إزاء عدم وجود تعريف محدد وموحد للارهاب الدولى فان اسرئيل تستطيع التنصل من مسؤوليتها عن أعمالها الاستفزازية المرتكبة على نحو متقارب زمنياً ضد فلسطين وضد الفلسطينيين، والأكثر من ذلك فانها تستطيع بمساعدة دعم آلة البوق الاعلامى الامريكى أن تقلب الحقائق وتجعل من الباطل حقاً ومن الحق باطل، حيث تستطيع أن تجعل من أعمالها الاستفزازية ضد الفلسطينيين دفاعاً عن النفس ومن الاحتجاجات الفلسطينية ارهاباً، ومن جانب آخر فان اسرئيل تستطيع التنصل كذلك عن أعمالها الاستفزازية المرتكبة من جانبها على نحو متباعد زمنياً ضد بعض البلدان العربية وذلك لذات السبب المتمثل فى عدم وجود تعريف محدد وموحد للارهاب الدولى^(٢)

٦. الاعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الامريكى :

إنطلاقاً من مفهومنا نحن للارهاب الدولى السالف ذكره فان الولايات المتحدة الامريكى قد ارتكبت فى الآونة الاخيرة العديد من الاعمال التى تعد أعمالاً إرهابية وفقاً لهذا المفهوم ونظراً لكون الولايات المتحدة الامريكى هى التى سعت لاصاق جرائم الارهاب الدولى بالعالم الاسلامى لذا فاننا سنتنصر هنا بالبحث

(١) د/ محمود حجازى محمود، المرجع السابق، ص (٦٥)

(٢) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المرجع السابق، ص (٣٧٥)

فى أبرز الأعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الأمريكية ضد العالم الإسلامى ، والتي تعد أعمالاً إرهابية وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الإرهابى وفى هذا الصدد فإننا لن نتعرض للأعمال العسكرية المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين ضد بعض دول العالم الإسلامى ، وذلك لكون هذه الأعمال العسكرية المرتكبة لها ما ينظمها من قواعد فى القانون الدولى العام وخاصة تلك المتعلقة بالنزاعات المسلحة^(١)

ولكننا سنتقصر بالعرض والدراسة على أعمال القتل والعنف المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الأمريكية على رعايا بعض دول العالم الإسلامى المستهدفة من قبل الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين والذين اعتبروا بمثابة الوقود المشتعل من قبل الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين للوصول للأغراض السياسية الحقيقية المستهدفة وليست الأغراض السياسية المعلنة

هذا بالإضافة لبعض أعمال الضغط السياسى المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين على دول العالم الإسلامى المستهدفة من قبلها - ووفق مخططها الاستراتيجى - وذلك مثل عزل هذه الدول سياسياً وحصارها اقتصادياً^(٢)

ونحن فيما يلى سنعرض فقط لأبرز الأعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الأمريكية ضد بعض دول العالم الإسلامى - المستهدفة من قبلها ووفق مخططها الاستراتيجى لهذه المنطقة من العالم ولهذه المرحلة التاريخية - وهذه الأعمال المرتكبة نعتبرها نحن أعمالاً إرهابية وفقاً لتعريفنا للعمل الإرهابى على النحو السالف ذكره وسنعرض لهذه الأمر من خلال النقاط التالية :

- الأعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الأمريكية ضد ليبيا

(١) د/ عادل عبد الله المسدى ، المرجع السابق ، ص (١٣١)

(٢) د/ إيمان حبيب ، المرجع السابق ، ص (٤٧)

- الاعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الأمريكية ضد
افغانستان

- الاعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الأمريكية ضد العراق
وسيكون ذلك منا على النحو التالي :

- **الاعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الأمريكية ضد ليبيا :**

عقب حادثة لوكيربي التي أسقطت فيها إحدى الطائرات الأمريكية على إحدى القرى الاسكتلندية ووفاة من كان على متنها من ركاب أمريكيين وأوروبيين ، اتهمت الولايات المتحدة الأمريكية السلطات الليبية بأنها وراء وقوع هذا الحادث

وبدلاً من أن تقوم الولايات المتحدة الأمريكية باتخاذ اجراءات قانونية وقضائية ضد ليبيا أمام الجهات المختصة على الساحة الدولية مثل محكمة العدل الدولية أو حتى مجلس الامن ، حتى يتبين لها صحة هذا الاتهام من عدمه ، والالتزام بما يصدر من قرارات وأحكام دولية في هذا الشأن^(١)

قامت الولايات المتحدة الأمريكية بقرار فردي من قبلها وبالمخالفة لقواعد القانون الدولي العام ، بالاغارة على مواقع ليبية بغية اغتيال الرئيس الليبي السابق معمر القذافي ، قتل على أثرها مواطنون ليبون أبرياء كما قامت الولايات المتحدة الأمريكية بمساعدة حلفائها الغربيين بعزل ليبيا سياسياً وحصارها اقتصادياً

هذا وقد بررت الولايات المتحدة الأمريكية أفعالها تلك بأنها تندرج تحت بند الدفاع عن النفس ، وحقيقة الامر أن ما قامت به الولايات المتحدة يعد من قبيل الاعتداء وليس من قبيل الدفاع عن النفس

فالدفاع عن النفس له قواعد وشروط -حددها العرف الدولي الذي يعد أحد مصادر القانون الدولي العام- لم تلتزم الولايات المتحدة

(١) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والارهاب، المرجع السابق، ص (٢١)

الامريكية بأهمها وهو ذلك الشرط الذى يتمثل فى أن يتناسب رد الفعل مع الفعل

فالولايات المتحدة الامريكية فى غارتها الجوية على ليبيا خالفت بكل تأكيد هذا الشرط الجوهرى، حيث لم تكن الغارات الامريكية متناسبة على الاطلاق مع حادثة لوكيربى

هذا فضلا عن أن الولايات المتحدة الامريكية لم تقم برد فعلها هذا من خلال الامم المتحدة الممثل الشرعى للمجتمع الدولى، وعليه فان ما قامت به يعد مخالفاً لقواعد القانون الدولى العام^(١)

وإذا كان الواقع الفعلى بالنسبة لهذه الحادثة والاثار المترتبة عليها قد آل الى اتفاق بين ليبيا من جانب والولايات المتحدة الامريكية وبعض الدول الغربية من جانب اخر، على تعويض أهالى ضحايا حادثة لوكيربى مقابل عودة العلاقات الطبيعية بين الطرفين

فان هذا الواقع يؤكد على ان ما قامت به الولايات المتحدة الامريكية فى هذا الشأن لم يكن متناسبا على الاطلاق مع الحادث نفسه وعليه فان ما قامت به الولايات المتحدة هنا يعد بمثابة اعتداء على ليبيا، وذلك لوجود حلول مقبولة من كافة اطراف الواقعة بخلاف الحل الامريكى المتمثل فى الاغارة على ليبيا وقتل مواطنين ابرياء لا ذنب لهم سوى انهم كانوا موجودين على الاراضى الليبية بالقرب من مكان الاغارة، والمتمثل كذلك فى عزل سياسى لليبيا وحصارها اقتصادياً تلك الاجراءات القاسية التى أتت بمردود سيئ على المواطنين الليبيين دون النظام الليبى بقيادة الرئيس الليبى الاسبق معمر القذافى الذى لم يتأثر بهذه الاجراءات جميعها

وإذا كانت ليبيا قد قامت بتعويض أهالى ضحايا حادثة لوكيربى من الامريكين والاروبيين، فان الولايات المتحدة الامريكية لم تعوض أهالى الضحايا الليبيين الذين قتلوا من جراء الغارات الجوية الامريكية على ليبيا،

(١) د/ محمود حجازى محمود، المرجع السابق، ص (٦٣)

ولم تعوض الليبيين عن فترة العزل السياسى والحصار الاقتصادى الذى أتى بمرود سئى عليهم دون النظام الليبى الحاكم ، ولاشك أن ذلك يؤكد رؤيتنا فى هذا الشأن والتي نرى فيها أن ما قامت به الولايات المتحدة الامريكية من غارات جوية على ليبيا هو بمثابة اعتداء منها على ليبيا ويعد أمراً مخالفاً لقواعد القانون الدولى العام

أما عن السبب الحقيقى لقيام الولايات المتحدة الامريكية بهذه الغارات الجوية ضد ليبيا وضد رئيسها معمر القذافى فلم يكن هو الرد على حادثة لوكيربى كما ادعت الولايات المتحدة الامريكية بقدر ما كان ابتغاء لقهرة الارادة الليبية التى بدأ نجمها يبرز نوعاً ما فى ظل وجود الرئيس الليبى معمر القذافى الذى لم يكن لديه مانع من بذل كل غال ونفيس لكسب زعامة ونفوذ فى المنطقة العربية وفى القارة الافريقية ، فقد استغل الرئيس الليبى معمر القذافى موارد بلاده البترولية والتي هى غنية بها فى كسب هذا النفوذ وهذه الزعامة على مستوى المنطقة العربية والقارة الافريقية ، وقد استعان الرئيس الليبى فى سبيل تحقيق هدفه هذا بكل ما هو مشروع وغير مشروع^(١)

وقد ارتأت الولايات المتحدة الامريكية أن ترك الرئيس الليبى معمر القذافى يصل لمراذه هذا دون قهره سيؤثر حتماً على مخططاتها الاستراتيجية للمنطقة العربية والقارة الافريقية ، تلك المخططات التى تهدف لجعل الدول العربية وكذا دول القارة الافريقية مجرد دويلات أو قبائل متصارعة - ان أمكن - حتى تظل جميعها تابعة للنفوذ الامريكى ومصدر دائم للخامات وللطاقة التى تحتاجهما الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين لاستمرار نهضتها

وإزاء ذلك فقد استغلت الولايات المتحدة الامريكية حادثة لوكيربى كمبرر معلن لقهرة الارادة الليبية وقهر زعيمها ودحر مخططاته التى هى عائق أمام المخططات الامريكية

(١) د/ طارق عبد العزيز حمدى ، المرجع السابق ، ص (٢٣٢)

وعليه فقد قامت الولايات المتحدة الامريكية بغاراتها تلك على مقر الرئيس الليبي بشكل خاص وعلى الاراضى الليبية بشكل عام لا لقتله ولكن لارهابه وارهاب الارادة الليبية فى ظل الحكم الدكتاتورى وحكم الفرد للرئيس الليبى حيث تنصهر الارادة الليبية فى ارادة رئيسها وقد وصلت الولايات المتحدة الامريكية لمرادها هذا بغاراتها تلك على مقر الرئيس الليبي وعلى الاراضى الليبية ، وكذا بما قامت به من عقوبات سياسية عليه وعلى ليبيا مثل عزل ليبيا دولياً وحصارها اقتصادياً وعليه فما قامت به الولايات المتحدة الامريكية فى هذا الشأن من غارات جوية على ليبيا ومن عقوبات سياسية مكتملة مثل عزل ليبيا دولياً وحصارها اقتصادياً تعد أعمال خطيرة أثرت فعلاً على الارادة الليبية وعلى توجهات زعيمها معمر القذافى الذى اندمجت ارادة دولته فى ارادته فصار محلاً دائماً للاتهام وشخصاً راعياً للارهاب الدولى مما حجم من توجهاته وطموحاته السياسية على الساحة الدولية سواء بالمنطقة العربية أو حتى بالقارة الافريقية^(١)

والامر على هذا النحو من الخطورة بمكان بحيث يمكن اعتباره بمثابة الركن الجوهري المطلوب لوصم هذه الاعمال بصفة الاعمال الارهابية على النحو الذى يتواءم مع تعريفنا نحن للعمل الارهابى هذا وقد توافر فى هذه الاعمال المرتكبة من قبل الولايات المتحدة الامريكية ضد ليبيا كافة الشروط التى تجعلها موصومة بوصف الاعمال الارهابية إعمالاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابى فقد توافر بهذه الاعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الامريكية ضد ليبيا شرطى اللزوم من مخالفة لقواعد القانون الدولى ومن ابتغاء تحقيق هدف سياسى فقد أوضحنا سلفاً مخالفة الولايات المتحدة الامريكية لقواعد القانون الدولى العام عند قيامها بالغارات الجوية على ليبيا، حيث أوضحنا

(١) د/ سامى جاد عبد الرحمن واصل ، المرجع السابق ، ص (٨١)

أن ما قامت به الولايات المتحدة يعد بمثابة اعتداء على ليبيا وليس دفاعاً عن النفس كما تدعى، ولا شك أن ذلك كله يعد مخالفة واضحة وصریحة لقواعد القانون الدولي العام^(١)

ومن جانب آخر كنا قد أوضحنا سلفاً كذلك الهدف السياسى المبتغى من قبل الولايات المتحدة الأمريكية من وراء غاراتها الجوية على ليبيا ومن وراء عزل ليبيا سياسياً وحصارها اقتصادياً، حيث ذكرنا ان الولايات المتحدة الأمريكية كانت تبتغى كسر الارادة الليبية التى اندمجت فى شخص زعيمها معمر القذافى بحيث يتم تحجيم اهدافه وطموحاته السياسية التى كانت تتمثل فى ازدياد نفوذه وتقوية شوكة زعامته بالمنطقة العربية وبالقارة الافريقية، والتى كانت ستعد - فى حالة ازديادها من نفوذ وزعامة - بمثابة عائق امام تنفيذ المخطط الاستراتيجى الأمريكى للمنطقة العربية وللقارة الافريقية - على النحو المنوه عنه سلفاً -

وهكذا فانه واضح للعيان توافر شرطى اللزوم من مخالفة لقواعد القانون الدولي العام ومن ابتغاء تحقيق هدف سياسى فى الاعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الأمريكية ضد ليبيا تلك الاعمال التى تمثلت فى القيام بغارات جوية على مقر الزعيم الليبى معمر القذافى وعلى الاراضى الليبية وتمثلت كذلك فى عزل ليبيا سياسياً وحصارها اقتصادياً، مما يوصم هذه الاعمال بوصف الاعمال الارهابية وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابى

ومن جانب اخر فإننا نؤكد على توافر الشرطين الشخصى والموضوعى فى الاعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الأمريكية ضد ليبيا والمنوه عنها سلفاً

حيث أن محل الغارات الأمريكية وكذا عزل ليبيا سياسياً وحصارها اقتصادياً هو دولة ليبيا بشكل عام والليبيين بشكل خاص، وبذلك يتوافر

(١) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والارهاب، المرجع السابق، ص (٢٢)

في هذه الاعمال الامريكية الشرط الشخصي الواجب توافره لوصم هذه الاعمال بصفه الاعمال الارهابية وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابي^(١) ويضاف لما سبق ان الغارات الامريكية على ليبيا وكذا عزلها سياسياً وحصارها اقتصادياً كان لها تأثير فعال في كسر ارادة الدولة الليبية التي اندلجت في ارادة زعيمها معمر القذافي حيث لم يعد قادراً على التصرف في المنطقة العربية وكذا القارة الافريقية الا على النحو المسموح له به، حيث لم تخرج تصرفاته عن بعض المظاهر الشكلية والدعائية التي لاتغني ولا تسمن من جوع، وعليه فقد توافر في هذه الاعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الامريكية ضد ليبيا الشرط الموضوعي المطلوب توافره لوصم هذه الاعمال بصفه الاعمال الارهابية ذلك وفقاً لتعريفنا نحن العمل الارهابي

وازاء ما سبق فان الاعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الامريكية ضد ليبيا والتي تتمثل في الغارات الجوية على مقر الزعيم الليبي معمر القذافي بالاراضى الليبية وكذا عزل ليبيا سياسياً وحصارها اقتصادياً ينطبق عليها مفهوم العمل الارهابي وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابي^(٢) ومع ذلك فانه ازاء عدم وجود مفهوم محدد وموحد للارهاب الدولي على الساحة الدولية تستطيع الولايات المتحدة الامريكية التنصل من مسؤوليتها الدولية عما ارتكبته من أفعال ضد ليبيا تلك الافعال التي نراها نحن ارهاباً دولياً وفقاً لتعريفنا للارهاب الدولي السالف ذكره

الاعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الامريكية ضد أفغانستان:
أوضحنا من خلال بحثنا هذا كيف كان للولايات المتحدة الامريكية دور هام في دعم تنظيم القاعدة سواء بالسلح او بالدعم اللوجيستي او حتى بالدعم المخبراتي، ذلك طبعاً في الوقت الذي أرادت فيه (الولايات المتحدة الامريكية) الضغط على الاتحاد السوفيتي لاجراجه من الاراضى الافغانية بل وتضيق الخناق عليه من خلال الاراضى الافغانية ذاتها

(١) د/ يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص (١٦)

(٢) د/ محمد سعادي، المرجع السابق، ص (٢٦٦)

وفي هذه الاونة لم تجد الولايات المتحدة الامريكية فى الاختلافات
الايولوجية والدينية والثقافية بل وحتى الفكرية أى عائق فى سبيل
التحالف مع هذا التنظيم غير المعترف به دولياً ما دام الأمر يحقق لها
المصلحة ومادام التنظيم يقوم بدوره فى تنفيذ المخططات الاستراتيجية
الامريكية لهذا الفترة التاريخية ولذا فلم يكن مستغرباً أن تمدح الصحف
الغربية شخص زعيم تنظيم القاعدة أسامة بن لادن فى هذه الاونة حيث
كانت تعتبره بطلاً يحارب الشيوعية

وبمجرد أن قام هذا التنظيم الدولى غير المعترف به بدوره المتوط به
القيام بأدائه فى خدمة المخطط الاستراتيجى الامريكى المتمثل فى اخراج
الاتحاد السوفيتى من أفغانستان، كان لابد من الإنتقال للمرحلة التالية
وذلك استكمالاً لتنفيذ المخطط الاستراتيجى الامريكى لهذه المنطقة الحيوية
من العالم بالنسبة للولايات المتحدة الامريكية والذى يتمثل فى تضيق
الخناق على الاتحاد السوفيتى، وقد تمثلت هذه المرحلة التالية فى حلول
الولايات المتحدة الامريكية ذاتها محل هذا التنظيم - الذى انتهى دوره فى
هذه المرحلة التاريخية لهذه المنطقة - داخل أفغانستان حتى يكون
للولايات المتحدة الامريكية نفوذ قوى داخل دولة مجاورة للاتحاد
السوفيتى، حتى يكون هذا الامر بمثابة عامل ضغط على الاتحاد السوفيتى
وحتى يتم ذلك - واتساقاً مع المخطط الاستراتيجى الامريكى
لمرحلة ما بعد تفكك الاتحاد السوفيتى - كان لابد ان يتحول هذا التنظيم
الدولى غير المعترف به والحليف للولايات المتحدة الامريكية فى طرد
الاتحاد السوفيتى من أفغانستان الى تنظيم ارهابى^(١)

وصار الامر بالنسبة للولايات المتحدة الامريكية ميسوراً فى ظل
التفوق الاعلامى الامريكى، وفى ظل تفعيل المخطط الاستراتيجى
الامريكى الذى جعل من العالم الاسلامى الخصم السياسى الجديد
للولايات المتحدة الامريكية والذى حل على الساحة الدولية فى هذه الفترة

(١) د/ عادل عبد الله المسدى، المرجع السابق، ص (١٣١)

التاريخية بديلاً عن الاتحاد السوفيتي الذي أفل نجمه، وفي ظل عدم الحنكة السياسية لهذا التنظيم وقادته وفي ظل عدم الحنكة السياسية لكثير من زعماء العالم الاسلامي كذلك

وحتى يتم ذلك الاحلال والتبديل في اطار من الشرعية حتى ولو كانت شكلية حتى يتوافق الامر مع الثقافة الغربية التي تقبل بأن تأتي الافعال غير الشرعية في اطار من الشرعية الشكلية - والتي كنا في أسلفنا الاشارة اليها في جزء سابق من هذا البحث - كان لابد من تجسيد الادعاءات الامريكية التي تروج الى ان تنظيم القاعدة هو تنظيم ارهابي وان العالم الاسلامي يدعم الارهاب على أرض الواقع

ولذلك لم تجد المخابرات الامريكية مانعاً من التساهل الامني حيال ما لديها من معلومات مؤكدة مسبقة حول بعض العمليات الارهابية المزمع ارتكابها من هذا التنظيم ضد بعض المصالح الامريكية سواء خارج الاراضي الامريكية او حتى داخلها حتى تجد الولايات المتحدة الامريكية المبرر الكافي للقيام بهذا الاحلال على الاراضي الافغانية، وفي هذا الصدد كنا قد اشرنا سلفاً في هذا البحث كيف كانت الادارة الامريكية على علم مسبق بمحادثة البرجين الشهيرين ومع ذلك لم تتخذ من الاجراءات الامنية ما يمنع قيامها

والمؤكد تاريخياً أن الولايات المتحدة الامريكية قد استغلت هذا الحادث الارهابي - غير المقبول قطعاً من جانبنا - لتحقيق مخططاتها على الاراضي الافغانية، بل وبموجب الاستغلال الأمثل لهذا الحادث استطاعت الولايات المتحدة تجييش معظم دول العالم معها وتحييد الدول التي لا توافقها على مخططاتها، ومن ثم فقد تمكنت بسهولة من وضع ذراعها الطولى على الاراضي الافغانية وصار مخططاتها لهذه المنطقة واقعا ملموساً^(١)

(١) د/ علاء الدين راشد، المم المتحدة والارهاب، المرجع السابق، ص (٢٩)

ولكن فى اطار تنفيذ مخططها هذا ارتكبت الولايات المتحدة
الامريكية على الاراضى الافغانية من الأعمال ما يعد ارهاباً وفقاً لتعريفنا
نحن للعمل الارهابى السالف ذكره

فكثيراً ما قتل العديد من الافغان الابرياء من خلال العمليات
العسكرية المرتكبة على الاراضى الافغانية من قبل التحالف الدولى بزعامة
الولايات المتحدة الامريكية بحجة مطاردة تنظيم القاعدة، وليس هذا فقط
بل تم طرد وتهجير العديد من الافغان من مناطق سكناتهم بذات المبرر،
والأكثر من ذلك أنه تم تشكيل حكومة أفغانية موالية للغرب تدعم وجود
هذا التحالف الدولى بزعامة الولايات المتحدة الامريكية وتدعم
أعمالها- التى تعد ارهابية وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابى- لحين
القضاء على تنظيم القاعدة، وفى هذا الصدد فالمقبول عقلاً ومنطقاً لدينا
أنه لن تقبل السياسة الامريكية بالقضاء النهائى- مع قدرتها على
ذلك- على هذا التنظيم حتى يستمر المبرر لوجود هذا التحالف على
الاراضى الافغانية، أو على أقل تقدير يستمر وجود قواعد عسكرية غربية
على هذه الاراضى المجاورة للاتحاد السوفيتى فى حالة سحب هذه القوات
الدولية منها، وفى أسوء الظروف اما أن يتم دعم حكومة أفغانية موالية
للمغرب بعد خروج القوات الدولية من أفغانستان، أو جعل هذه الدولة فى
حالة دائمة من التوتر السياسى الداخلى والنزاعات القبلية والفكرية حتى
تستمر يد الولايات المتحدة الامريكية طولى وفعالة على اراضى هذه
الدولة

ولا شك أن دخول قوات التحالف الدولى بزعامة الولايات المتحدة
الامريكية الاراضى الافغانية وارتكاب هذه القوات العديد من الأعمال
التى تعد ارهاباً- وفقاً لتعريفنا نحن للارهاب الدولى- كان يبتغى تحقيق
العديد من الأهداف السياسية ولعل من بين هذه الأهداف مايلى :-
(أولاً) فرض مزيد من الضغط السياسى على روسيا الاتحادية
الوريث الشرعى للاتحاد السوفيتى.

(ثانياً) فرض مزيد من الضغط السياسي على العالم الاسلامى
الخصم السياسى الجديد على الساحة الدولية والذي حل - من قبل
الولايات المتحدة الامريكية - بديلاً عن الاتحاد السوفيتى الخصم
السياسى القديم، من منطلق أن العالم الاسلامى - وعلى نحو ما تروج
له الولايات المتحدة الامريكية من خلال بوقها الاعلامى - يدعم
الارهاب الدولى متمثلاً ذلك فى دعم بعض هذه الدول لتنظيم القاعدة
والعمليات الارهابية سواء بالمال او بالسلاح او بالدعم اللوجستى او حتى
بالدريب او بالدعم الاستخباراتى وتمثلاً كذلك فى عدم قيام معظم
دول العالم الاسلامى بمحاربة هذا التنظيم بشكل علنى، ومن ثم يظهر
دخول التحالف الدولى - بزعامه الولايات المتحدة الامريكية - الاراضى
الافغانية وكأنه أمر حتمى ليقف عائقاً أمام دعم العالم الاسلامى لهذا
التنظيم الارهابى - حسبما تراه الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها
الغربيين - والأمر على هذا النحو لا بد وأن يضع مزيد من الضغوط على
دول العالم الاسلامى التى لا تجد مخرجاً من هذا الاتهام سوى بتأييد هذا
العدوان الغربى على أفغانستان وعلى أهلها الأبرياء أو على أقل تقدير
تقف موقفاً محايداً ازاء هذا العدوان^(١)

(ثالثاً) دعم نفوذ الولايات المتحدة الامريكية فى هذه المنطقة الحيوية
من العالم بالنسبة للمخططات الاستراتيجية الامريكية
(رابعاً) قهر الارادة الافغانية والتى كثيراً ما تغنت بعدم قدرة الغرب
على إحتلال أراضىها

والاعمال المرتكبة من قبل قوات التحالف الدولى بزعامه الولايات
المتحدة الامريكية على الاراضى الافغانية ضد الافغان الأبرياء عقب
دخولها الاراضى الافغانية وحتى تاريخ كتابة هذا البحث تعد أعمالاً
ارهابية وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابى السالف ذكره

(١) يراجع هذا البحث، ص (١١٦)

فأعمال العنف والقتل المرتكبة من قبل قوات التحالف الدولي
بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية ضد الافغان الابرياء غير المنتمين لتنظيم
القاعدة تعد الركن الجوهرى المطلوب لوصم هذه الاعمال بصفة الاعمال
الارهابية وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابى

كما يتوافر فى هذه الاعمال المرتكبة من جانب قوات التحالف
الدولى بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية - والمشار إليها سلفاً -
شرطى اللزوم اللذان يتمثلان فى مخالفة قواعد القانون الدولى العام وفى
ابتغاء تحقيق هدف سياسى ، والواجب توافرهما لوصم هذه الاعمال
المرتكبة بوصف الاعمال الارهابية وذلك على النحو الذى يتوافق مع
تعريفنا نحن للعمل الارهابى

فاذا كانت قوات التحالف الدولى بزعامة الولايات المتحدة
الامريكية قد دخلت أفغانستان للقضاء على تنظيم القاعدة الذى تعتبره -
هى - تنظيم ارهابى من ناحية ، ومن منطلق الدفاع عن النفس بالنسبة
للولايات المتحدة الأمريكية - وعلى حسب ادعائها - من ناحية اخرى
لذا فقد كان يتعين على قوات التحالف الدولى بشكل عام والقوات
الامريكية بشكل خاص أن تلتزم بالهدف المحدد لها وهو القضاء على
تنظيم القاعدة فقط دون أن يتعداه لأفعال عنف وقتل ضد الافغان الابرياء
الذين لا يتمتعون لتنظيم القاعدة

حيث أن هذه الافعال تخالف قواعد القانون الدولى العام الواجب
اعمالها فى حالة المنازعات المسلحة كما أن هذه الافعال تتجاوز قواعد
التناسب بين الفعل ورد الفعل الواجب اعمالها اذا ما وافقنا الادعاءات
الامريكية بأن ما قامت به فى أفغانستان هو دفاع عن النفس
وعليه فان أعمال العنف والقتل المرتكبة من جانب قوات التحالف
الدولى بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية داخل افغانستان ضد الافغان

الذين لا يتمتعون لتنظيم القاعدة تعد أعمالاً مخالفة لقواعد القانون الدولي العام^(١)

ومن ناحية أخرى فإن أعمال العنف والقتل المرتكبة من جانب قوات التحالف الدولي بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية كانت تبتغى تحقيق هدف سياسي بشكل مباشر وهو قهر الإرادة الأفغانية التي كثيراً ما تغنت بعدم قدرة الغرب على احتلال أراضيها ذلك القهر الذي حدث بدخول قوات التحالف الدولي للأراضي الأفغانية وتجاوزها لنطاق الهدف المحدد لها المتمثل في القضاء على تنظيم القاعدة ليصل إلى أعمال عنف وقتل ترتكب ضد الأفغان الأبرياء الذين لا يتمتعون لتنظيم القاعدة والملاحظ في هذا الصدد هو أن هذه الأعمال المرتكبة من جانب قوات التحالف الدولي بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية كانت تبتغى أيضاً وبشكل غير مباشر تحقيق أهداف سياسية أخرى بخلاف ذلك الهدف السياسي المباشر الذي أسلفناه في السطور السابقة، وهذه الأهداف السياسية المبتغاة بشكل غير مباشر من وراء دخول قوات التحالف الدولي بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية الأراضي الأفغانية وارتكابها ما ارتكبهت من أعمال ضد الأفغان سبق ذكرها في جزء سابق من هذا البحث وتمثل في الآتي :

- زيادة الضغوط السياسية على روسيا الاتحادية الوريث الشرعي للاتحاد السوفيتي العدو السابق للغرب
- زيادة الضغوط السياسية على العالم الإسلامي الذي بدأ من خلال بوق آله الإعلام الغربي أنه داعم للإرهاب
- زيادة نفوذ الولايات المتحدة الأمريكية - التي تصدرت مشهد الساحة الدولية على اعتبار أنها القوى العظمى الأولى والوحيدة - في هذه المنطقة الحيوية من العالم التي تعد بؤرة للصراعات الدولية ومركزاً للتراشقات السياسية، ومصدراً للتهديد النووي ما بين الهند

(١) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المرجع السابق، ص (٦٩)

وباكستان بشكل مباشر، وعلى مقربة منهما روسيا الاتحادية والصين وكوريا الشمالية، وعليه فدعم ازدياد نفوذ الولايات المتحدة الأمريكية بهذه المنطقة بدأ - على نحو ما تروج له آلة الاعلام الغربية - وكأنه رمانة الميزان التي ستمنع هذه المنطقة من الانفجار^(١) وإزاء ما سبق يتأكد لدينا توافر شرطي اللزوم - الممثلين في مخالفة قواعد القانون الدولي العام وفي ابتغاء تحقيق هدف سنياسي - في أعمال العنف والقتل المرتكبة من جانب قوات التحالف الدولي بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية ضد الافغان الأبرياء الذين لا ينتمون لتنظيم القاعدة وهو ما يوصم هذه الاعمال بوصف الاعمال الارهابية وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابي السالف ذكره.

ومن جانب آخر فقد توافر في الاعمال المرتكبة من جانب قوات التحالف الدولي بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية في أفغانستان الشرط الشخصي الواجب توافره لوصم هذه الاعمال بوصف الاعمال الارهابية حيث ارتكبت هذه الاعمال - والمشار إليها سلفاً - ضد أفغان أبرياء لا ينتمون لتنظيم القاعدة ولولا وجود قوات التحالف الدولي على الاراضى الافغانية لما تعرضوا لعمليات القتل والعنف والتهجير التي تعرضوا لها قسراً من قبل قوات التحالف الدولي.

والمؤكد لدينا كذلك ان الاعمال المرتكبة من جانب قوات التحالف الدولي بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية داخل الاراضى الافغانية ضد الافغان الأبرياء الذين لا ينتمون لتنظيم القاعدة يتوافر بها كذلك الشرط الموضوعى الواجب توافره لوصم هذه الاعمال المرتكبة من جانب قوات التحالف ضد الافغان بوصف الاعمال الارهابية حيث ان هذه الاعمال المرتكبة كان لها دور هام وفعال في اضعاف الارادة الافغانية فقد صارت أفغانستان يحكم الواقع دولة تابعة للغرب وحكومتها حكومة موالية للغرب بشكل عام وللولايات المتحدة الأمريكية بشكل خاص.

(١) د/ محمود حجازى محمود، المرجع السابق، ص(٦٣)

ومن جانب آخر فقد كان لوجود قوات التحالف الدولي بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية على الاراضى الافغانية تأثير فعال فى الضغط على ارادة روسيا الاتحادية ودول العالم الاسلامى بحيث تم تحييدهما نهائياً ولم يعد أى منهم قادراً على الاعتراض على ما تأتى به قوات التحالف الدولي من أعمال مخالفة لقواعد القانون الدولي العام^(١)

وإزاء ما سبق فإن الاعمال المرتكبة من جانب قوات التحالف الدولي بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية على الاراضى الافغانية ضد الافغان الابرياء الذين لا ينتمون لتنظيم القاعدة تعد أعمالاً ارهابية وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابى السالف ذكره وذلك لتوافر ركته الجوهرى المطلوب لوصم هذه الاعمال بصفه الاعمال الارهابية ولتوافر شرطى اللزوم والشروطين الشخصى والموضوعى المطلوبين كذلك لوصم هذه الاعمال بصفه الاعمال الارهابية

وبالرغم من ذلك كله فإنه نظراً لعدم وجود مفهوم محدد وموحد للارهاب الدولي على الساحة الدولية فإن قوات التحالف الدولي بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية تستطيع أن تتصل من مسئوليتها الدولية تجاه ما ارتكبته من أفعال تعد من وجهة نظرنا أفعالاً ارهابية وفقاً لتعريفنا نحن للارهاب الدولي السالف ذكره

• الاعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الأمريكية ضد العراق :

انطلاقاً مما ذكرناه سلفاً من ان الولايات المتحدة الأمريكية قد جعلت من العالم الاسلامى خصمها السياسى الجديد على الساحة الدولية عقب تفكك الاتحاد السوفيتى

واستكمالاً للمخطط الاستراتيجى الأمريكى - السابق الاشارة اليه فى نقطة سابقة من هذا البحث - والمتمثل فى خلق خصم سياسى جديد للولايات المتحدة الأمريكية بديل للاتحاد السوفيتى الذى تفكك عقب هزيمته فى الحرب الباردة امام الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها ،

(١) يراجع هذا البحث، ص (١١٦)

وذلك كله حتى تضمن الولايات المتحدة الأمريكية بشكل خاص والغرب بشكل عام استمرار تصدرها وتصدر حلفائها على الساحة الدولية^(١) وفي هذا الصدد كنا قد اسلفنا ان الولايات المتحدة الأمريكية كانت قد قلمت إظافر خصمها السياسى الجديد قبل ان تختصمه وتجعل منه زاعياً للارهاب وذلك حتى تضمن دعماً دولياً عند اى مواجهة لها معه، وكان ذلك الامر منها استفادة من دروس الماضى بعد ان تحصلت على مكاسب سياسية لم تكن لها فى الحسبان عقب اتهامها للاتحاد السوفيتى بانها دولة شيوعية ترعى الاحاد فى العالم، بالرغم من ان الشيوعية هى فى الأساس فكر اقتصادى وليست عقيدة دينية^(٢)

وكنا قد أوضحنا فى النقاط السابقة ما ارتكبته الولايات المتحدة الأمريكية من اعمال تعد اعمالاً ارهابية وفقاً لمفهومنا نحن للعمل الارهابى - على النحو الذى اوردناه سلفاً لتعريف العمل الارهابى فى جزء سابق من هذا البحث - ضد بعض دول العالم الاسلامى وهى ليبيا وافغانستان واستكمالاً للمخطط الاستراتيجى الأمريكى نعرض فى هذه النقطة من البحث للأعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة الأمريكية ضد العراق

وانطلاقاً مما ذكرناه اكثر من مرة فى هذا البحث من ان الغرب بشكل عام والولايات المتحدة الأمريكية بشكل خاص تأتى بأفعالها غير المشروعة فى اطار من المشروعية الشكلية

وحتى يتم للولايات المتحدة الأمريكية مرادها بالنسبة للعراق والذى كان يعد احد القوى الاقليمية والذى يعمل له حساب فى العالم العربى فقد كان لابد من وجود مبرر يبدو مقبولاً من الناحية القانونية على الساحة الدولية

(١) د/ أيمن حبيب، المرجع السابق، ص (٤٧٠)

(٢) د/ أيمن حبيب، المرجع السابق، ص (٣٩٠)

لذا فقد اوحى الادارة الامريكية للنظام العراقى الحاكم بقيادة صدام حسين بعدم اعتراضها على قيام الرئيس العراقى الاسبق صدام حسين باحتلال الكويت وضمها للعراق عندما ادعى انها اخذت محافظات العراق

و بمجرد ان قام الرئيس العراقى الاسبق صدام حسين بفعلته تلك ، حتى جيشت الولايات المتحدة الامريكية العالم ضده واجبرته على الانسحاب من الكويت ، وفرضت عليه العديد من العقوبات الدولية من عزل للعراق دولياً وحصاره اقتصادياً وفرض منطقة حظر جوى عليه وروجت إلى أن الرئيس صدام حسين يدعم الارهاب مما جعل منه زعيم غير مرغوب فيه وجعل من العراق دولة مارقة^(١)

وكان ذلك كله حتى يتم تمهيد الاجواء الدولية للقبول باحتلال العراق ، وقد تم للولايات المتحدة الامريكية مرادها هذا ، بمجرد ان ادعت بالباطل ان العراق يحتفظ بأسلحة دمار شامل غير مشروعة (بيولوجية وكيمياوية ونووية) فلم تجد الولايات المتحدة الامريكية اعتراضاً من دول العالم على ادعاءاتها هذه الاعلى استحياء ، بل وجدت تصديق شبه كامل من معظم دول العالم ، والاكثر من هذا انها وجدت دعماً دولياً عسكرياً من بعض دول العالم للقيام باحتلال العراق رغبة فى نزع اسلحة الدمار الشامل منه على حسب الادعاء الامريكى ، وكان ذلك العمل العسكرى الدولى ضد العراق بقيادة الولايات المتحدة الامريكية دون قرار من منظمة الامم المتحدة ، ومع ذلك لم يجد هذا العمل المخالف للقانون الدولى اعتراضاً جاداً من معظم دول العالم^(٢)

وكما قلنا سلفاً فانتنا لن نتعرض للعمل العسكرى فى حد ذاته المرتكب من جانب الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها ضد العراق على

(١) د/ محمد عبد العزيز سهل ، المرجع السابق ، ص (١٨١)

(٢) د/ يوسف حسن يوسف ، المرجع السابق ، ص (١٨)

اعتبار انه يخضع لقواعد القانون الدولي المقررة لتنظيم مثل هذه النزاعات المسلحة

ولكننا سنتعرض لما ارتكبه قوات التحالف الدولي بقيادة الولايات المتحدة الامريكية من أعمال عنف وقتل ضد العراقيين الابرياء الذين لا ينتمون للنظام العراقي الحاكم بقيادة صدام حسين بل كانوا اكثر من تعرضوا لظلمه وعدوانه من قبل، فسجن أبو غريب وماكان يحدث فيه من تعذيب وقتل للعراقيين الأبرياء يعد من اكثر الامور رمزية لمثل هذه الاعمال المرتكبة من جانب قوات التحالف الدولي بقيادة الولايات المتحدة الامريكية، هذه الاعمال التي تعد من وجهة نظرنا - أعمالاً ارهابية وفقاً لتعريفنا للعمل الارهابي الذي أسلفنا ذكره

وأعمال العنف والقتل المرتكبة من قبل قوات التحالف الدولي بقيادة الولايات المتحدة الامريكية ضد العراقيين الابرياء لم تكن بغية اقرار الامن والنظام، حيث كانت الامور بالكامل قد استتبت في يد قوات التحالف الدولي بقيادة الولايات المتحدة الامريكية، ولم تكن هناك مقاومة شعبية او حتى عسكرية من الجانب العراقي ضد قوات التحالف الدولي بقيادة الولايات المتحدة، وعليه فالادعاء بأن أعمال العنف والقتل المشار اليها سلفاً كانت بغية اقرار الامن والنظام يعد ادعاءً باطلاً^(١)

وعليه فقد كانت أعمال العنف والقتل هذه المرتكبة من جانب قوات التحالف الدولي ضد العراقيين الابرياء هي بغرض قهر ارادة العراقيين وفرض القواعد والنظم التي تضمن استمرار الخلافات والمنازعات الداخلية بين العراقيين مما يضمن استمرار ضعف هذه الدولة المحورية في المنطقة العربية وهو ما يجعل من بث سموم الفرقة بين الطوائف العراقية أمراً ميسوراً، وهو ما يؤدي بالضرورة للوصول للغرض الحقيقي والمستهدف من غزو العراق من قبل قوات التحالف الدولي بقيادة الولايات المتحدة الامريكية وهو تقسيم العراق لثلاث دويلات دولة شيعية

(١) د/ طارق عبد العزيز حمدي، المرجع السابق، ص (٢٠٨)

فى الجنوب ودولة سنية فى الوسط ودولة كردية فى الشمال ، وها هو واقع حال العراق حتى كتابة هذا البحث ، بين ان هذا الامر قد بات وشيك الوقوع فى ظل التناحر الطائفى بين العراقيين أنفسهم وقابلية بعضهم - ان لم يكن معظمهم - لثل هذا التقسيم .
أما الهدف المعلن لفرض العراق وهو نزع أسلحة الدمار الشامل العراقية غير المشروعة (البيولوجية والكيميائية والنوية) فقد أكد الواقع واعترفت الولايات المتحدة الامريكية ذاتها بعدم وجود مثل هذا السلاح غير المشروع على اراضى دولة العراق ، وجاء هذا الاعتراف الامريكى على لسان وزيرة الخارجية الامريكية هيلارى كلينتون أمام إحدى لجان مجلس النواب الامريكى^(١)

وإزاء ما سبق فقد كانت أعمال العنف والقتل من جانب قوات التحالف الدولى بزعماء الولايات المتحدة الامريكية ضد العراقيين الابرياء ، فضلاً عن بثهم لسموم الفتنة الطائفية بين أبناء الشعب العراقى الواحد ، بالإضافة لفرض حكومة عراقية - موالية للغرب بشكل عام والولايات المتحدة الامريكية بشكل خاص - على رأس نظام الحكم العراقى ، من الخطورة بمكان بأن كانت - وكما قلنا سلفاً - قادرة على اضعاف الإرادة العراقية ومهدت الاجواء لبث بذور الفرقة بين العراقيين انفسهم للدرجة التى جعلت من تقسيم العراق لثلاث دويلات بات أمراً مقبولاً من بعضهم بل ووشيك الوقوع فى نظر البعض .
والامر على هذا النحو يمثل الركن الجوهرى المطلوب لو صم مثل هذه الاعمال المرتكبة من جانب قوات التحالف الدولى بقيادة الولايات المتحدة الامريكية بصفة الاعمال الارهابية وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابى السالف ذكره

ومن جانب آخر فقد توافرت فى اعمال العنف والقتل المرتكبة من جانب قوات التحالف الدولى بزعماء الولايات المتحدة الامريكية ضد العراقيين وكذا فى قيامهم ببث روح التناحر والفرقة بين أبناء الوطن

(١) د/ محمود حجازى محمود ، المرجع السابق ، ص (٦٤)

الواحد. كافة الشروط الواجب توافرها لوصم مثل هذه الاعمال بصفة
الاعمال الارهابية وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابي^(١)

فقد توافر في هذه الاعمال شرطى اللزوم من مخالفة لقواعد القانون
الدولى العام ومن ابتغاء تحقيق هدف سياسى

فقدت التحالف الدولى بزعامه الولايات المتحدة الامريكية دخلت
الاراضى العراقية دون قرار من الامم المتحدة وهذا الامر يعد مخالفاً
لقواعد القانون الدولى العام

ومن المفترض أن على هذه القوات باعتبارها قوات احتلال أن تلتزم
بتنفيذ الالتزامات التى نظمها قواعد القانون الدولى العام تجاه الدولة
المحتلة وتجاه رعاياها، ومن بين هذه الالتزامات عدم قيام قوات الاحتلال
بأعمال عنف وقتل ضد رعايا الدولة المحتلة وكذا عدم قيامها باحداث
تغييرات ديموجرافية أو نقل للسكان فى الدولة المحتلة والأكثر من هذا أنها
تلتزم بعدم تغيير الهوية الثقافية لهذه الدولة المحتلة

ومن هذا المنطلق يكون ما قامت به قوات التحالف الدولى بزعامه
الولايات المتحدة الامريكية من قتل وعنّف ضد العراقيين الابرياء وبث
روح التناحر والفرقة بينهم مخالفاً لقواعد القانون الدولى العام^(٢)

هذا وكنا قد اوضحنا ان اعمال العنف والقتل التى ارتكبتها قوات
التحالف الدولى بزعامه الولايات المتحدة الامريكية لم تكن بغية اقرار
النظام والامن ولم تكن بغية دحر مقاومة شعبية او حتى عسكرية، ولكنها
كانت بغية اضعاف الارادة العراقية وذلك تمهيداً للاجواء التى من خلالها
ومن خلال بث روح التناحر والفرقة الطائفية بين ابناء الوطن العراقى
الواحد يمكن الوصول للغرض المرسوم مسبقاً من قبل غزو العراق والمتمثل
فى تقسيم العراق لثلاث دويلات (شيعية فى الجنوب وسنية فى الوسط
وكردية فى الشمال)

(١) د/ عادل عبد الله المسدى، المرجع السابق، ص (١١١)

(٢) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والارهاب، المرجع السابق، ص (٣٧)

والموضح أن هذا هو الغرض السياسي المبتغى في قريب الاجل أما الغرض السياسي المبتغى في بعيد الاجل والمبتغى كنتيجة نهائية من وراء الاعمال الامريكية المرتكبة ضد دول العالم الاسلامي بشكل عام مثل ليبيا وافغانستان والعراق فهو الانتصار على العالم الاسلامي الخصم السياسي الجديده على الساحة الدولية للولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين، وهذا كله ان دل على شئ فانما يدل على ان هذه الاعمال المرتكبة من جانب قوات التحالف الدولي بقيادة الولايات المتحدة الامريكية ضد العراق وضد العراقيين كانت تبتغى تحقيق اهداف سياسية^(١) وهكذا يتأكد لدينا توافر شرطي اللزوم من مخالفة لقواعد القانون الدولي العام ومن ابتغاء تحقيق هدف سياسي في أعمال العنف والقتل المرتكبة من جانب قوات التحالف الدولي بقيادة الولايات المتحدة الامريكية ضد العراقيين وفي بثهم لروح الفرقة والتناحر الطائفي بين ابناء الوطن العراقي الواحد، وهو ما يوصم هذه الاعمال بوصف الاعمال الارهابية على النحو الذي يتوافق مع مفهومنا نحن للعمل الارهابي الذي اورثناه سلفاً في تعريف العمل الارهابي

ومن جانب اخر فان اعمال العنف والقتل المرتكبة من جانب قوات التحالف الدولي بقيادة الولايات المتحدة الامريكية ضد العراقيين يتوافر فيها الشرطان الشخصي والموضوعي الواجب توافرهما لوصم هذه الاعمال المرتكبة بوصف الاعمال الارهابية

ذات الامر بالنسبة لما قامت به قوات التحالف الدولي بقيادة الولايات المتحدة الامريكية على اراضي الدولة العراقية من اجراءات تمييزية بين ابناء الشعب العراقي الواحد والتي أدت لبث روح الفرقة والتناحر الطائفي بين العراقيين، فهذه الاجراءات يتوافر فيها ايضاً الشرطان الشخصي والموضوعي الواجب توافرهما لوصم هذه الاعمال المرتكبة بوصف الاعمال الارهابية

(١) د/ سامي جاد عبد الرحمن واصل، المرجع السابق، ص (١٥٤)

فأعمال العنف والقتل وكذا الاجراءات التمييزية ارتكبت جميعها ضد ابناء الشعب العراقي وهذا يؤكد على توافر الشرط الشخصى بها الواجب توافره لوصف هذه الاعمال بوصف الاعمال الارهابية^(١)

والملاحظ كذلك ان أعمال العنف والقتل وكذا الاجراءات التمييزية كانت من القدرة بمكان لئن تؤثر فعلاً على الارادة العراقية وذلك بأن باتت العراق شبه مقسمة لثلاث دول فعلاً، وان كانت تبدو ظاهرياً دولة موحدة لها حكومة مركزية، ولكن فى حقيقة الواقع بات شمال العراق بمثابة دول كردية مستقلة وبات منتصف العراق بمثابة دولة سنية يحكمها تنظيم داعش وبات جنوب العراق بمثابة دولة شيعية

وليس هذا فقط بل ان ما ارتكبه قوات التحالف الدولى بقيادة الولايات المتحدة الامريكية على اراضى العراق من أعمال عنف وقتل وتمييز ضد العراقيين جعل من العراق - والتي مازالت تبدو ظاهرياً دولة موحدة تخضع لحكومة بغداد المركزية - دولة تابعة لايران من جانب السياسات الداخلية وللولايات المتحدة الامريكية من جانب السياسات الخارجية^(٢)

ولن يكون هناك أدنى مبالغة اذا ما قيل ان ما ارتكبه قوات التحالف الدولى بقيادة الولايات المتحدة المتحدة الامريكية على الاراضى العراقية من أعمال عنف وقتل وتمييز ضد العراقيين قد أدى لاضعاف الارادة العراقية بالقدر الذى يجعلها غير قادرة على اتخاذ قرار منفرد فى شان حل مشاكلها الداخلية او حتى الخارجية الا بعد موافقة ايران من جانب وموافقة الولايات المتحدة الامريكية من جانب اخر، وفى كثير من الاحوال - ان لم يكن جميعها - يتم التنسيق غير المعلن بين الولايات المتحدة الامريكية وايران فيما يجب اتخاذه من اجراءات حيال ما يتعرض له العراق من مشاكل، وقبول الولايات المتحدة الامريكية بدور ايراني فى العراق يعود

(١) د/ محمود سعادى، المرجع السابق، ص (٢٥٧)
(٢) د/ محمود حجازى محمود، المرجع السابق، ص (٢٨)

فى الاساس الى أن وجود دور لايران فى الأزمات التى يتعرض لها العراق
يضمن استمرار تزكية النزعة الطائفية فى هذه الأزمات وهذا الأمر يضمن
استمرار ضعف الإرادة العراقية حيال الأزمات التى يتعرض لها
وهذا ان دل على شئ فائما يدل على توافر الشرط الموضوعى
لوصم الاعمال المرتكبة من جانب قوات التحالف الدولى من قتل وعنف
وتمييز ضد العراقيين بوصف الاعمال الارهابية وذلك على النحو الذى
يتوافق مع مفهومنا نحن للعمل الارهابى والسالف ذكره فى جزء سابق من
هذا البحث

وإزاء ما سبق فان اعمال العنف والقتل والتمييز المرتكبة من جانب
قوات التحالف الدولى بقيادة الولايات المتحدة الامريكية ضد العراقيين
ينطبق عليها مفهوم العمل الارهابى وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابى
السالف ذكره

ومع ذلك فإنه إزاء عدم وجود مفهوم محدد وموحد للارهاب
الدولى على الساحة الدولية، فان قوات التحالف الدولى وكذا الولايات
المتحدة الامريكية تستطيع التنصل من مسئوليتها الدولية عما ارتكبه من
افعال نراها نحن ارهاباً دولياً وفقاً لتعريفنا للارهاب الدولى السالف
ذكره^(١)

وإزاء ما سبق فقد بات واضحاً أنه فى ظل عدم وجود تعريف محدد
وموحد للارهاب الدولى استطاعت الولايات المتحدة الامريكية قلب
الحقائق، فها هى قد ألصقت تهمة الارهاب الدولى بالعالم الاسلامى،
وفى ذات الوقت تستطيع التنصل من مسئوليتها الدولية عما ارتكبه من
اعمال ضد العالم الاسلامى، بالرغم من أن هذه الاعمال تعد أعمالاً
ارهابية وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابى

ونخلص مما سبق ان اختلاف الرؤى حول مفهوم العمل الارهابى،
قد أدى بالضرورة الى امكانية التنصل من المسئولية الدولية عما ارتكب

(١) د/ محمد سعادى، المرجع السابق، ص (٢٧٣)

فعلا من أعمال تعد أعمالاً ارهابية وفقاً لتعريفنا نحن للعمل الارهابي، هذا وقد جاء الجانب التطبيقي الذي أسلفنا ذكره مؤكداً على هذه الامكانية على ارض الواقع

وعليه فاننا نرى ضرورة الوصول لمفهوم محدد وموحد للارهاب الدولي يتم التوافق عليه من خلال منظمة الامم المتحدة، حتى يتم الالتزام به من كافة الدول الاعضاء في هذه المنظمة الدولية، وحتى يصير في الامكان مساواة الدول التي تخالف هذا الالتزام الدولي وترتكب أعمالاً تعد أعمالاً ارهابية وفقاً لهذا التعريف المحدد والموحد للارهاب الدولي والمأمول الوصول اليه والتوافق حوله دولياً

المطلب الثالث

العجز الدولي عن مواجهة الارهاب

إزاء عدم الوصول لمفهوم محدد وموحد للارهاب الدولي، اختلفت رؤى دول العالم حول الاسلوب الواجب الاتباع في شأن مواجهة الارهاب الدولي، وتباينت مواقفها في هذا الشأن نتيجة اختلاف المصالح السياسية فيما بينها

وإزاء ذلك جاءت رؤى الدول على العمليات الارهابية شبه متناقضة في شأن الاسلوب الأمثل الواجب الاتباع للرد على هذه العمليات الارهابية، حيث ذهبت بعض الدول إلى أنها ترغب في أن يكون الرد حازماً مانعاً ولو استلزم الامر أن يأتي في شكل إجراء عسكري ضد مرتكبي العمل الارهابي وتمثلت هذه الدول في الغالب الاعم في تلك التي تعرضت هي أو أحد حلفائها لعمل ارهابي

في حين ذهبت دول أخرى لضرورة ضبط النفس واجراء حوار مع اولئك الارهابيين وتمثلت هذه الدول في الغالب الاعم في تلك الدول التي سيعود عليها مصالح من ذلك العمل الارهابي المرتكب ضد الدولة المعتدى عليها وفي كثير من هذه الاحوال نكتشف أن هذه الدول الداعية لضبط النفس هي داعمة وراعية لهذا العمل الارهابي المرتكب

ومن جانب آخر فقد تباينت الردود الفعلية للدول ازاء العمل الارهابي المرتكب ضدها او ضدى مصالحها او ضد رعاياها او ضد حلفائها، حيث اختلفت درجة جسامه رد فعل الدول على العمل الارهابي المرتكب ضدها او ضد مصالحها ما بين حازم وغير مؤثر وذلك على حسب مكانتها الدولية

فاذا كانت الدولة المعتدى عليها بعمل ارهابي دولة ذات مكانة دولية متميزة، فانها قد تقوم في بعض الأحيان بالرد على العمل الارهابي المرتكب ضدها أو ضد مصالحها بعمل عسكري خارج اطار الامم المتحدة، وفي هذه الحالة يكفيها الادعاء بأن ردها هذا هو بمثابة دفاع عن النفس، حتى لا يعارضها منافسيها على الساحة الدولية، وحتى تكتسب في ذات الوقت دعماً من مؤيديها وحلفائها، وتلجأ هذه الدول للعمل العسكري كرد فعل على العمل الارهابي المرتكب ضدها، اذا ما خشت اعتراضاً من منافسيها الدوليين قد يعيق استصدار قرار دولي من مجلس الامن ضد مرتكبي العمل الارهابي^(١)

أما اذا كانت هذه الدولة على بينة من أمرها في شأن امكانية التوافق مع منافسيها الدوليين حول استصدار قرار دولي من مجلس الامن ضد مرتكبي العمل الارهابي، فانها قد تلجأ للأمم المتحدة لاستصدار قرار دولي في هذا الشأن قد يمكنها من تجييش دول العالم ضد مرتكبي العمل الارهابي

وغالباً ما يكون هذا الاسلوب الأخير مرحلة من مراحل مخطط استراتيجي تتبعه مثل هذه الدولة ذات المكانة الدولية المتميزة المرتكب ضدها عمل ارهابي، وذلك حتى تأتي اعمالها العدائية المرتكبة من جانبها - كرد فعل على العمل الارهابي المرتكب ضدها - في اطار من المشروعية الدولية هذا ما جانب، ومن جانب اخر حتى تضمن تجرماً دولياً لمرتكبي العمل الارهابي وداعمية من بعض الدول التي ليست على وفاق

(١) د/ يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص (١٨)

مع مصالحتها، ومن جانب ثالث حتى تضمن موقفاً محايداً من الدول المنافسة لها على الساحة الدولية ذات المكانة الدولية الموازية لها تقريباً. وهذا كله من شأنه ان يؤدي الى استغلالها للعمل الارهابي المرتكب ضدها أفضل استغلال ممكن، وبما يخدم مصالحها وأهدافها السياسية المتبغاة دون تنكيد خسائر جسيمة

وهذا الأسلوب الاخير لجاءت اليه بعض الدول العظمى ولعل من أبرزها الولايات المتحدة الامريكية التي لجأت لهذا الاسلوب في بعض الاحيان عند تعرض مصالحها ومصالح بعض حلفائها للخطر من جراء بعض العمليات الارهابية المرتكبة ضدها، ونحن من جانبنا قد اشرنا لذلك في بعض الاجزاء السابقة من هذا البحث^(١)

أما اذا كانت الدولة المعتدى عليها بعمل ارهابي دولة غير ذات مكانة متميزة على الساحة الدولية، فان ردها في الغالب الاعم سيتمثل في لجوئها لمنظمة الامم المتحدة في محاولة منها لاستصدار قرار دولي بإدانة هذا العمل الارهابي المرتكب، والملاحظ في هذا الصدد أن اصدار مثل هذا القرار الدولي أو عدم اصداره - في مثل هذه الاحوال - سيتوقف بالضرورة على تضارب مصالح الدول العظمى ذات النفوذ القوي والفعال بالامم المتحدة وخاصة تلك ذات العضوية الدائمة بمجلس الامن، وغالباً ما ينتهي الامر بقرار فارغ المضمون ويكاد أن يكون مجرد قرار دعائي غير فعال، حيث يكتفى بشجب العمل الارهابي ويدعو الى تحفيز الدول الاعضاء في منظمة الامم المتحدة على التعاون من أجل مكافحة الارهاب الدولي^(٢)

ولإزاء ذلك كله بات واضحاً مدى العجز الدولي عن مواجهة الارهاب الدولي من خلال قرارات دولية حازمة تردع مرتكبي العمل الارهابي، وهذا العجز الدولي في مواجهة الارهاب جاء كنتيجة حتمية

(١) يراجع هذا البحث، ص (١١٦)

(٢) د/ علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والارهاب، المرجع السابق، ص (١٤)

لتضارب المصالح بين الدول وخاصة العظمى منها، تلك التي استطاعت اعاقا الوصول لتقنين دولى موحد ومحدد فى شأن مكافحة الارهاب الدولى واستطاعت كذلك اعاقا الوصول لمفهوم موحد ومحدد للارهاب الدولى

الخاتمة

نخلص من هذه الدراسة التي نحن بصددنا إلى صعوبة الوصول لقواعد قانونية دولية موحدة فى شأن مكافحة الارهاب الدولى، فضلاً عن صعوبة الوصول لمفهوم موحد ومحدد للارهاب الدولى وذلك لعدم توافر الارادة السياسية للدول - وعلى الاخص العظمى منها- نحو الوصول لهذا الهدف، وطالما لم نخلص نوايا بعض الدول العظمى فى هذا الشأن واقتصرت أهدافها عند التعرض لهذا الامر على استغلاله فقط على نحو يخدم مخططاتها الاستراتيجية المرسومة مسبقاً من قبل مراكز بحوثها بما يتواءم مع الظرف التاريخى الذى تعيشه هذه الدول وكونها تتبوأ مركز الصدارة على الساحة الدولية هذا من جانب، ومن جانب اخر بما يضمن لها الاستمرار فى صدارة الساحة الدولية لأطول فترة ممكنة

ولعل ما أوردناه على مدار هذه الدراسة باكملها يؤكد ذلك، ففى مقدمة هذه الدراسة أوضحنا كيف ان موضوع الدراسة قد قتل بحثاً دون الوصول لقواعد موحدة ومحددة فى هذا الشأن ودون الوصول لمفهوم محدد ومفهوم للارهاب الدولى، وبالرغم من ذلك فقد أينا على انفسنا ان ندخل معترك هذه الدراسة بغية الوصول للاستنباب الحقيقية التي تعيق الوصول لقواعد موحدة ومحددة فى شأن مكافحة الارهاب الدولى، وكذا بغية الوصول للاسباب الحقيقية التي تعيق الوصول لمفهوم موحد ومحدد للارهاب الدولى

وقد تطلب ذلك الهدف المبتغى من جانبنا الاخذ بنهج يبدو وكأنه يخالف النهج الاكاديمى المتبع فى شأن دراسة مفهوم الارهاب الدولى، فاذا كان النهج الاكاديمى المتبع يتطلب (البداء) بدراسة مفهوم الارهاب الدولى فى ظل قواعد القانون الدولى العام المعاصر (ثم) التعرض لرأى الفقه

الدولى فى شأن مفهوم الارهاب الدولى (ثم) نهى هذه الدراسة بالتعرض لاختلاف منظور الدول حول مفهومها للارهاب الدولى
أى أن النهج الاكاديمى المتبع ينطلق من دراسة القواعد القانونية الدولية حول مفهوم الارهاب الدولى ثم دراسة كافة الاراء الفقهية المشارة بشأن هذه القواعد وبعد ذلك يتم دراسة الجانب التطبيقى لهذه القواعد من خلال دول المجتمع الدولى
ولكن نظراً لكون هذا النهج لن يصل بنا لحقيقة الاسباب التى تعيق الوصول لتقنين دولى موحد فى شأن مكافحة الارهاب الدولى ، كما انه لن يصل بنا لحقيقة الاسباب التى تعيق الوصول لمفهوم موحد ومحدد للارهاب الدولى

لذا فإننا قمنا بهذه الدراسة التى نحن بصددھا من خلال اجراء تغيير بسيط على هذا النهج الاكاديمى المتبع - والمشار اليه سلفاً - وكان ذلك منا من خلال ثلاث مباحث :

(الاول) تعرضنا فيه لاختلاف منظور الدول حول مفهوم الارهاب الدولى

(الثانى) تعرضنا فيه لمفهوم الارهاب الدولى فى ظل قواعد القانون الدولى المعاصر

(الثالث) تعرضنا فيه لرؤية الفقه لمفهوم الارهاب الدولى
ففى (المبحث الاول) تعرضنا لاختلاف منظور الدول من مفهوم الارهاب الدولى من خلال مطلبين

(الاول) منهما من خلال دراسة منظور الدول لمفهوم الارهاب الدولى خلال فترة ما قبل انهيار الاتحاد السوفيتى

(الثانى) منهما من خلال دراسة منظور الدول لمفهوم الارهاب الدولى عقب فترة انهيار الاتحاد السوفيتى

ففى (المطلب الاول) تعرضنا لاختلاف منظور الدول من مفهوم الارهاب الدولى قبل انهيار الاتحاد السوفيتى حيث كان يمثل القوى العظمى الثانية على الساحة الدولية ويخشى غضبه

ففى هذه الفترة التاريخية سعت الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين للاستفادة القصوى من بعض العمليات الارهابية المرتكبة ضد بعض رعاياها او ضد بعض خلفائها من خلال عدة وسائل (أولها) تجميد الاتحاد السوفيتى وعدم الدخول قبالة فى مواجهات قانونية وسياسية حيال تحديد ماهية الارهاب الدولى ومحاوله لفت نظره بعيداً عما يحاك فى هذا الشأن من مخططات امريكية وغربية

(ثانيها) الوصول لتوافق دولى حول تجريم العمليات الارهابية من منطلق كونها جرائم دولية وليس من منطلق كونها ارهاب دولى (ثالثها) اعاقه الوصول لقواعد دولية موحده فى شأن مكافحة

الارهاب الدولى واعاقه الوصول لمفهوم موحد ومحدد للارهاب الدولى فى ظل اطار تنافسى شبه ديمقراطى من الناحية الظاهرية يبدو فيه الاتحاد السوفيتى منافساً بارزاً فى المناقشات القانونية والسياسية المثارة داخل منظمة الامم المتحدة فى شأن قواعد مكافحة الارهاب الدولى وفى شأن مفهوم الارهاب الدولى، وبحيث يظهر بمثابة العضو الفعال فى شأن اظهار ديمقراطية المناقشات المثارة داخل اروقه الامم المتحدة، بحيث يترتب على ذلك أن يكون من عدم الوصول لاتفاق دولى فى شأن مكافحة الارهاب الدولى أمراً مقبولاً منطقاً فى ظل تعارض مصالح القوى العظمى، كما يجعل من عدم الوصول لمفهوم موحد للارهاب الدولى أمراً مقبولاً عقلاً فى ظل اختلاف رؤى الدول الاعضاء فى الامم المتحدة لهذا المفهوم

وفى ظل اعتقاد الاتحاد السوفيتى أنه فى ظل مبارزة قانونية حول قواعد القانون الدولى الواجب اعمالها فى شأن مكافحة الارهاب، وحول المقصود بمفهوم الارهاب الدولى وفى ظل حسن النية الذى سيطر على مثليه فى الامم المتحدة عند اجراء المناقشات القانونية والسياسية حول مفهوم الارهاب الدولى وكيفية مكافحته

وفى ظل اعتقاد الاتحاد السوفيتى بأن دوره يقتصر على اخذ موقف المعارض الدائم فى كل المناقشات المثارة فى هذا الشأن، وفى ظل اعتقاده بأن مكاتته الدولية سيتم دعمها اذا ما أخذ موقفاً مؤيداً للدول النامية

والعربية والاسلامية والافريقية والاسيوية التي تعارض الموقف الامريكى
والاوروبى الغربى

سارت المناقشات المثارة داخل اروقہ الامم المتحدة فى شأن القواعد
الواجبة الاتباع لمكافحة الارهاب الدولى وفى شأن مفهوم الارهاب الدولى
فى حلقة مفرغة وهو ما كانت تسعى اليه الولايات المتحدة الامريكية
وحلفائها الغربية

وإزاء تعرض بعض المصالح الامريكية والغربية لخطر الارهاب
وجدت الولايات المتحدة الامريكية الفرصة مواتية لتجريم بعض العمليات
الارهابية دولياً دون ان يدخل ذلك فى اطار مكافحة الارهاب الدولى
وذلك حتى لا تكبل هى او حلفائها بقواعد مكافحة الارهاب الدولى
وحتى لا توضع بعض أعمالها فى اطار مفهوم الارهاب الدولى
وتطبيقاً لذلك تمكنت الولايات المتحدة الامريكية من استغلال
نفوذها ونفوذ حلفائها الغربيين فى وضع العديد من الاتفاقيات الدولية
التي تجرم بعض العمليات الارهابية من منطلق كونها جرائم دولية وليس
من منطلق كونها ارهاباً دولياً ومن بين هذه الاتفاقيات :

١. اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣م المتعلقة بالجرائم الواقعة على متن الطائرات
٢. اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠م المتعلقة بمخطف الطائرات
٣. اتفاقية مونتريال المعنية بمخطف الطائرات لعام ١٩٧٣م
٤. البروتوكول المكمل لاتفاقية قمع الاعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدنى الدولى المتعلق بقمع الاعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدنى لعام ١٩٨٨م
٥. اتفاقية الجرائم المتعلقة بالاشخاص المتمتعين بحماية دولية لعام ١٩٧٣م
٦. الاتفاقية الدولية لمنع أخذ الرهائن لعام ١٩٧٩
٧. اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية لعام ١٩٨٠
٨. اتفاقية الجرائم الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨م

٩. البروتوكول المتعلق بالجرائم الواقعة على المنصات المثبتة الواقعة على الجرف القارى لعام ١٩٨٨ م

أما (المطلب الثامن) فقد تعرضنا فيه لاختلاف منظور الدول من مفهوم الارهاب الدولى بعد انهيار الاتحاد السوفيتى حيث استمرت الامور على المنحى الذى تبغيه الولايات المتحدة الامريكية فى شأن اعاقه الوصول لتقنين دولى موحد حول مكافحة الارهاب الدولى وفى شأن اعاقه الوصول لمفهوم موحد ومحدد للارهاب الدولى

والخلاف الوحيد لهذه المرحلة التاريخية هو تصدر الدول العربية والاسلامية مشهد الجانب المعارض داخل اروقه الامم المتحدة فى شأن المناقشات المثارة حول قواعد مكافحة الارهاب الدولى وحول مفهوم الارهاب الدولى بدلاً من الاتحاد السوفيتى الذى تفكك وصار عدة دول ابرزها روسيا التى ما زالت تجاهد حتى تنهض من عثرتها الاقتصادية وتجاهد من اجل ان تجدها مكانا فى صدارة الساحة الدولية وفى مقابل ذلك تمكنت الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين من استغلال نفوذها داخل اروقه الامم المتحدة حتى تم استكمال مخططاتها فى شأن تجريم بعض العمليات الارهابية التى تضر بمصالحها ومصالح حلفائها حيث ابرمت اتفاقيات جديدة فى هذا الشأن استكمالاً للاتفاقيات المبرمة خلال الفترة السابقة على انهيار الاتحاد السوفيتى

وتمثلت الاتفاقيات الدولية المبرمة فى شأن مكافحة العمليات الارهابية من منطلق كونها جرائم دولية وليس من منطلق كونها ارباباً دولياً فى الاتى :

١. اتفاقية تمييز المتفجرات البلاستكية لاغراض الكشف لعام ١٩٩١
٢. اتفاقية الامم المتحدة المعنية بضمان سلامة موظفى الامم المتحدة الصادرة فى ٩ مارس عام ١٩٩٤
٣. الاتفاقية الدولية لقمع ارهاب القنابل لعام ١٩٩٧
٤. الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الارهاب لعام ١٩٩٩

وإزاء ذلك كله لم يتغير الأمر كثيراً في شأن مفهوم الإرهاب الدولي وفي شأن محاولة تقنين قواعد دولية لمكافحة الإرهاب الدولي ما بين وجود الاتحاد السوفيتي وما بين تفككه، إلا في استبدال الولايات المتحدة الأمريكية خصمها السياسي التقليدي المتمثل في الاتحاد السوفيتي ومؤيديه من الدول الاشتراكية بخصم سياسي جديد يتمثل في دول العالم الإسلامي

وكما هو عادة الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين في استغلال نفوذها لاستصدار قرارات دولية ضد خصومها السياسيين حتى تأتي أفعالها غير المشروعة في إطار من الشرعية الشكلية، فقد سعت لاستصدار قرارات دولية عديدة ضد بعض البلدان والتنظيمات الإسلامية بحجة أنها داعمة وراعية للإرهاب

وبالفعل استصدرت بعض القرارات الدولية ضد تنظيم القاعدة بدولة أفغانستان وضد ليبيا، ولم تكن الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الغربيين على عجلة من أمرهم في هذا الشأن، بل جاءت خطواتها بالنسبة لهذا الأمر متأنية ومتدرجة وبما يخدم مصالحها ومصالح حلفائها على نحو دقيق، وساعدها في ذلك تصرفات بعض التنظيمات الإسلامية المتشددة وتقاعس بعض الدول الإسلامية عن الإدانة المباشرة والصريحة لمثل هذه التنظيمات، ولذلك جاءت القرارات الدولية متدرجة تتعاطم بتعاطم الأمور ولذلك وجدنا تدرجاً تصاعدياً في نبرة نصوص القرارات الدولية الصادرة في شأن إدانة العمليات الإرهابية ما بين قبل الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ وما بين بعده

أما في (المبحث الثاني) فقد تعرضنا فيه لمفهوم الإرهاب في ظل القانون الدولي العام من خلال ثلاث مطالب في (المطلب الأول) تحدثنا عن مفهوم الإرهاب الدولي في ظل المبادئ العامة للقانون الدولي العام وفي ظل العرف الدولي

وفي (المطلب الثاني) تحدثنا عن مفهوم الإرهاب الدولي في ظل الاتفاقيات الدولية

وفى (المطلب الثالث) تحدثنا عن مفهوم الارهاب الدولي فى ظل منظمة عصبة الامم وفى ظل منظمة الامم المتحدة وفى شأن (المطلب الاول) والذى تحدثنا فيه عن مفهوم الارهاب الدولي فى ظل المبادئ العامة للقانون الدولي العام وفى ظل العرف الدولي، فقد تعرضنا فيه لمفهوم المبادئ العامة للقانون الدولي العام ثم اوضحنا ان الارهاب الدولي يرد كاستثناء للاخلال بهذه المبادئ العامة للقانون الدولي العام .

كما تعرضنا فى هذا المطلب لمفهوم العرف الدولي ولضوابط هذا العرف الدولي وكيف قامت بعض القوى العظمى بالاخلال بهذه القواعد العرفية وضوابطها وان ادعت غير ذلك

وفى شأن (المطلب الثانى) فقد تحدثنا فيه عن مفهوم الارهاب الدولي فى ظل الاتفاقيات الدولية، وكان ذلك منا من خلال اربع نقاط (الاولى) منها تحدثنا فيها عن مفهوم الارهاب فى ظل الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب، والتي عرفت الارهاب بأنه كل فعل من افعال العنف او التهديد به اياً كانت بواعثه او اغراضه ويقع تنفيذاً لمشروع اجرامى فردى او جماعى ويهدف الى القاء الرعب بين الناس او ترويعهم وذلك بايذائهم او تعريض حياتهم او حرياتهم او امنهم للخطر او الحاق الضرر بالبيئة او باحد المرافق او الاملاك العامة او الخاصة او احتلالها او الاستيلاء عليها. وقد تعرضنا فى هذه النقطة لوجه قصور هذا التعريف ومحاولات بعض القائمين على هذه الاتفاقية لتلافي أوجه القصور التى اشرنا اليها فى هذه النقطة من البحث

وفى النقطة (الثانية) تحدثنا عن مفهوم الارهاب فى ظل اتفاقية منظمة المؤتمر الاسلامى لمكافحة الارهاب الدولي، ومن خلال هذه النقطة ارتأينا ان اتفاقية منظمة المؤتمر الاسلامى لمكافحة الارهاب الدولي جاءت بذات مفهوم الارهاب الوارد فى الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب مع اضافة افعال العنف او التهديد به .. التى تعرض المرافق الدولية للخطر او



تهدد الاستقرار او السلامة الاقليمية او الوحدة السياسية او سيادة الدول
المستقلة لمفهوم الارهاب الدولي

وبالرغم من هذه الاضافة المحمودة لمفهوم الارهاب فانها لم تكن
كافية لازالة الخلط بين الارهاب الدولي والارهاب الداخلى بشكل كامل
أما النقطة (الثالثة) فقد تحدثنا فيها عن مفهوم الارهاب فى ظل اتفاقية
منظمة الوحدة الافريقية لمكافحة الارهاب حيث عرفت هذه الاتفاقية
الارهاب بانہ

س: كل فعل يتتهك القوانين الجنائية لدولة طرف فى هذه الاتفاقية
ويعرض للخطر حياة او سلامة جسد او حرية اى شخص او اى عدد
من الاشخاص او يسبب لهم الاذى البالغ او الموت او يلحق اضراراً
بالممتلكات الخاصة او العامة او بالبيئة او بالتراث الثقافى او بالموارد
الوطنية ويكون القصد منه ما يلى :

١. تهديد او اكراه او اجبار او ارغام اى حكومة او جهاز او مؤسسة او
مرفق عام لتنفيذ فعل او الامتناع عن تنفيذه او تبنى موقف معين او
تركه او التصرف وفقاً لمبادئ معينة

٢. اضطراب اى مرفق عام او خدمة اساسية او خلق حالة طوارئ

٣. احداث تمرد عام فى الدولة

س: كل تأييد او رعاية او مساهمة او مساعدة او امر أو تحريض او
تشجيع او الشروع او تهديد او التامر او تنظيم او تجنيد اى شخص
بقصد ارتكاب اى عمل من الاعمال المشار اليها فى الفقرات من
(١ - ٣)

وقد ارتأينا هنا ان هذا التعريف يعتبر قدره التأثير على ارادة دولة ما
من خلال هذا الفعل الارهابى هى غاية فى حد ذاتها، وهذا الامر من
وجهة نظرنا يعد أمراً غير مقبول لاعتقلاً ولا منطقاً، حيث ان التأثير فى
ارادة الدول لا بد وان يكون له غاية معينة وهذه الغاية تكون فى الغالب
الاعم غاية سياسية من وجهة نظرنا .

اما النقطة (الرابعة) فقد تحدثنا فيها عن مفهوم الارهاب فى ظل اتفاقية الاتحاد الاوروبى ما قبل الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ وما بعده، (فقبل الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١) وبالتحديد فى ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١ وضع البرلمان الاوروبى تعريفاً للارهاب، وقد ارتاءينا كيف جاء هذا التعريف على نحو يدعم فرض نفوذ دول أوروبا الغربية على دول أوروبا الشرقية المستقلة عن الاتحاد السوفيتى الذى تفكك فى هذه الآونة

فى ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١ عرف البرلمان الاوروبى الارهاب بأنه "كل فعل يرتكبه الافراد او المجموعات يلجأ فيه إلى العنف او التهديد باستخدام العنف ضد دولة ما او مؤسساتها او شعبها بصفة عامة او ضد افراد معينين ويهدف الى خلق مناخ من الرعب لاسباب انفصالية او معتقدات ايديولوجية متطرفة او اصولية دينية او رغبة فى الحصول على منفعة ما" وهذا التعريف وضع فى ذلك الوقت بهذا التحديد حتى ينطبق على دول أوروبا الشرقية التى كانت قد انفصلت حديثاً عن تبعيتها للاتحاد السوفيتى ولا يمتد - فى الغالب الاعم - لدول أوروبا الغربية

ولذلك فقد ربط هذا التعريف بين الارهاب وبين النزاعات التى تعود لاسباب عرقية او معتقدات ايديولوجية فكرية أو اصولية او دينية، وجاء هذا التعريف لاعتقاد دول أوروبا الغربية بان دول أوروبا الشرقية لديها من الاختلافات العرقية والايديولوجية ما يوجب الصراعات ويخلق النزاعات داخلها وهو ما سيمكن دول أوروبا الغربية من التدخل فى شئونها الداخلية

وفى المقابل - وهو ما يؤكد رؤيتنا المشار اليها فى السطور السابقة - اوصى البرلمان الاوروبى باعتبار الأعمال الجنائية التى تهدف الى تغيير البنية السياسية او الاقتصادية او الاجتماعية او البيئية فى دول يحكمها سيادة القانون من خلال اللجوء الى العنف او التهديد باستخدامه اعمالاً ارهابية فى الاتحاد الاوروبى

وجاءت هذه التوصية على هذا النحو حتى تجزم اى فعل عنيف يحدث داخل أوروبا الغربية معتبرة إياه عملاً ارهابياً انطلاقاً من اعتقادها بانها دول يترسخ فيها سيادة القانون، وهذا الامر يؤكد على ذكرناه سلفاً حول كون تعريف البرلمان الاوروبى الصادر فى ٥ سبتمبر عام ٢٠٠١ جاء على نحو يضيق الخناق على دول أوروبا الشرقية

أما (بعد الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١) فقد استغلت دول أوروبا الغربية الحادث افضل استغلال، وكان لنفوذها داخل مجلس الاتحاد الاوروبى اثره الواضح على مجلس الاتحاد الاوروبى، فى الوصول بالاخير للتمييز بين ثلاث فئات من الجرائم (الاولى) الجرائم الارهابية و (الثانية) الجرائم التى تتعلق بالجماعة الارهابية و (الثالثة) فهى تلك التى تتعلق بالانشطة الارهابية، وكان ذلك من خلال اطار جديد وضعه الاتحاد الاوروبى لمكافحة الارهاب

ووفقاً للاطار الاوروبى الجديد فان الافعال التى تعد بمثابة جرائم ارهابية تتمثل فى الاعتداء او التهديد بالاعتداء على حياة شخص او سلامته الجسدية او خطف او احتجاز رهائن او تدمير مرافق او هيئات بالدولة او نخسها او صنع اسلحة او تعطيل موارد طبيعة تعرض حياة الانسان للخطر

ووفقاً للاطار الاوروبى الجديد كذلك فان الجرائم المتعلقة بجماعة ارهابية تتمثل اما فى قيادة جماعة ارهابية واما فى جريمة المساهمة فى أنشطة جماعية ارهابية

والجماعة الارهابية وفقاً للاطار الاوروبى الجديد هى جماعة هيكلية مكونة من اكثر من شخصين ومنشأة لمدة من الزمن يعملون معاً من أجل ارتكاب جريمة ارهابية

اما الجماعة الهيكلية فانها وفقاً للاطار الاوروبى الجديد جماعة ليست مكونة عشوائياً وذلك لارتكاب جريمة بشكل فوري ولا تحتاج الى تحديد ادوار اعضائها او استمرار عضويتهم او تطور هيكلها

ومن جانب آخر فان القرار الاطاري الاوروي الجديد قام باستكمال القواعد القانونية في هذا الشأن وذلك بان جرم كل ما يرتبط بالعمل الارهابي من أنشطة مثل السرقة المشددة والابتزاز وتزوير الوثائق أما (المطلب الثالث) فقد تعرضنا فيه لمفهوم الارهاب في ظل منظمة عصبة الامم وفي ظل منظمة الامم المتحدة وكان ذلك من خلال نقطتين (الاولى) تعرضنا فيها لمفهوم الارهاب في ظل منظمة عصبة الامم، وقد تبين لنا من خلال الدراسة كيف اصطدمت هذه المنظمة الدولية بقواعد القانون الدولي المقررة حيث في شأن مكافحة الارهاب، وكيف انتهى بها الحال لمحاولة غير مكتملة في شأن وضع اتفاقية لمكافحة الارهاب، حيث دعت لمؤتمر في هذا الصدد لينعقد بجنيف في ١٦ نوفمبر ١٩٣٧، حيث سعى المجتمعون لوضع مشروع اتفاقية في شأن مكافحة الارهاب، الا ان هذا المشروع لم يظهر للنور نتيجة عرقلة القوى العظمى في ذلك الوقت واستغلالها لكل ملكات نفوذها السياسي والاقتصادي، مما ادى لعدم التصديق على هذا المشروع من قبل الدول الاعضاء في هذه المنظمة الدولية باستثناء الهند التي صدقت عليه، وبالرغم من ذلك يحسب لهذه المنظمة الدولية شرف المحاولة لاتخاذ خطوات في مكافحة الارهاب الدولي هذا وقد عرفت المادة الاولى من اتفاقية عام ١٩٣٧ الارهاب الدولي بانه "الاعمال الاجرامية الموجهة ضد دولة ما ويكون الهدف منها خلق حالة من الرعب لدى شخصيات معينة او جماعات معينة او لدى لعامة" اما المادة الثانية من ذات الاتفاقية فقد حددت الاعمال التي تعد اعمالاً ارهابية وارتأتها تتمثل في الاعمال العمدية الموجهة ضد الحياة او السلامة الجسدية لممثلي الدولة او ازواجهم كما تتمثل في أعمال التخريب والاضرار بالاموال العامة وتتمثل كذلك في وضع او حيازة اسلحة بغرض ارتكاب احد الجرائم المشار اليها سلفاً

اما النقطة (الثانية) في هذا المطلب فقد تحدثنا فيها عن مفهوم الارهاب في ظل منظمة الامم المتحدة، ومن خلال هذه النقطة إرتأينا كيف استغلت الولايات المتحدة الامريكية نفوذها ونفوذ حلفائها الغربيين

لتسخير منظمة الامم المتحدة لخدمة اهدافها ومخططاتها الاستراتيجية سواء في فترة وجود الاتحاد السوفيتي كقوى عظمى ثانية على الساحة الدولية او حتى بعد تفككه ، وكان ذلك منها سواء في شأن اصدار القرارات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الانسان او تلك المتعلقة بمكافحة الارهاب الدولي وفي شأن مكافحة الارهاب الدولي - محل هذا البحث - ارتأينا كيف استغلت الولايات المتحدة الامريكية نفوذها ونفوذ حلفائها الغربيين داخل اروقها الامم المتحدة لتعيق الوصول لمفهوم موحد للارهاب الدولي ، ولتعيق الوصول لاتفاقية محددة في شأن مكافحة الارهاب الدولي ، وفي مقابل ذلك تمكنت بفضل نفوذها ونفوذ حلفائها الغربيين من وضع اتفاقيات دولية في شأن تجريم بعض العمليات التي تهدد مصالحها ومصالح حلفائها الغربيين ليس من منطلق كونها ارباباً دولياً ولكن من منطلق كونها جرائم دولية ، وكان ذلك منها بغية تحقيق اهدافها ومخططاتها الاستراتيجية على النحو المأمول والمخطط له والذي يتفق والفلسفة التي يقوم عليها الفكر الغربي الذي يسمح بتحقيق اغراض غير مشروعة ولكن في اطار من الشرعية الشكلية ، وقد كان لها ما ارادت سواء في ظل تصدر الاتحاد السوفيتي مكانة المنافس لها على الساحة الدولية قبل تفككه ، أو في ظل تصديرها هي للعالم الاسلامي مكانة المنافس على الساحة الدولية في الفترة الحالية

اما **(البحث الثالث)** فقد تعرضنا فيه لرؤية الفقه لمفهوم الارهاب لدولي من خلال ثلاث مطالب :

(الاول) تحدثنا فيه عن الاختلاف الفقهي في شأن مفهوم الارهاب الدولي ، و**(الثاني)** تحدثنا فيه عن تقييم آراء الفقه في شأن مفهوم الارهاب الدولي ورؤيتنا نحن لهذا المفهوم ، و**(الثالث)** تحدثنا فيه عن الاثار المترتبة على اختلاف الرؤى حول مفهوم العمل الارهابي (جانبا تطبيقياً)

هذا وقد تعرضنا في **(المطلب الاول)** للاختلاف الفقهي في شأن مفهوم الارهاب الدولي من خلال نقطتين **(الاولى منهما)** كانت في شأن

مفهوم الفقه الغربى للارهاب الدولى (والثانية منهما) كانت فى شأن
مفهوم الفقه العربى للارهاب الدولى

وقد تعرضنا من خلال (النقطة الاولى) لمفهوم الفقه الغربى
للارهابى الدولى حيث ارتأينا كيف يدور فلك الفقه الغربى حول رؤية
تبنتها الولايات المتحدة الامريكية وحلفائها الغربيين، والتي تتمثل فى
تجريم اعمال العنف فى المطلق دون النظر لاسبابه ودون النظر لاهدافه
ورغم اختلاف صيغ الفقه الغربى حول مفهوم الارهاب الدولى فان
القاسم المشترك بين هذه الصيغ جميعها هو فعل العنف واحداث الرعب
أما (النقطة الثانية) فقد تعرضنا من خلالها لمفهوم الفقه العربى
للارهاب الدولى، وارتأينا كيف يدور الفقه العربى فى هذا الشأن حول
التنديد بعمليات العنف، الا ان البعض منه قد اشار لضرورة تجريم هذا
الفعل دولياً لمخالفته لقواعد القانون الدولى العام، وقد اتى هذا الاتجاه
على هذا النحو حتى يستبعد اعمال التحرر ومكافحة الاستعمار والاعمال
المرتكبة بغية الوصول لحق تقرير المصير من مفهوم الارهاب الدولى، فى
حين ان البعض الآخر من الفقه العربى اضاف لمفهوم الارهاب الدولى
ارهاب الدولة

أما (المطلب الثانى) فقد تعرضنا فيه لتقييم آراء الفقه فى شأن مفهوم
الارهاب الدولى ورؤيتنا نحن لهذا المفهوم، وكان ذلك منا من خلال ثلاث
نقاط: (الاولى) تعرضنا فيها لتقييم آراء الفقه الغربى (الثانية) تعرضنا فيها
لتقييم آراء الفقه العربى (الثالثة) تعرضنا فيه لرؤيتنا نحن لمفهوم الارهاب
الدولى

ومن خلال (النقطة الاولى) التى تعرضنا فيها لآراء الفقه الغربى،
ارتأينا ان معظم تعريفات الفقه الغربى للارهاب الدولى لم تحدد طبيعة
الاهداف التى يسعى اليها النشاط الارهابى ومدى مشروعيتها، ومن هنا
يثار اللبس والخلط بين الارهاب الدولى كجريمة دولية مرفوضة اخلاقياً
وشرعياً فى معظم التشريعات الداخلية والدولية وبين أعمال المقاومة

المشروعة قانوناً سواء على المستوى الدولي او حتى على المستوى الداخلى
فضلاً عن كونها مقبولة اخلاقياً

ومن خلال (النقطة الثانية) التى تعرضنا فيها لاراء الفقه العربى ،
ارتأينا ان بعض اراء الفقه العربى الواردة فى هذا الشأن كانت من الضيق
بمكان بان قصرت العمل الارهابى على ذلك العمل العنيف ، ومن ثم فقد
اخرجت تلك الراء من طيات العمل الارهابى تلك الاعمال الارهابية
التى لا تحوى فى طياتها اعمال عنف مثل الحصار الاقتصادى واعمال
القرصنة الالكترونية

اما اراء الفقه العربى التى توسعت فى مفهوم الارهاب الدولى
وتطلبت ان يستهدف العمل العنيف غاية سياسية معينة دون أن تشترط
توافر صفة الدولية ، فقد شاب هذا الراى الخلط بين الارهاب الدولى
والارهاب الداخلى وهو ما قد يؤدى لاجراج بعض اعمال الارهاب من
طيات مفهوم الارهاب الدولى

وقد حاول جانب اخر من الفقه العربى تفادى هذا القصور بان
اشترط صفة الدولية فى العمل الارهابى ، الا ان هذا الراى ناقض نفسه
عند تطبيق هذا الراى فعلا على بعض اعمال داعش الارهابية

هذا وقد زاد توسع الفقه العربى فى شأن مفهومه للارهاب الدولى
بان اشترط ان يكون العمل الارهابى فعل رمزى يتم بوسائل غير معتادة
لاحداث تأثير سياسى وهذا الراى اخرج من طياته بعض الاعمال
الارهابية ذات الطبيعة المادية

وإزاء ذلك كله وضع جانب فقهي آخر عدة عناصر محددة فى
العمل الارهابى ولكن هذا الجانب الفقهي شابه هو أيضا العديد من
الانتقادات ، وهكذا لم تسلم اراء الفقه العربى جميعها من النقد فى شأن
تعريفها للارهاب الدولى

أما نحن ومن خلال (النقطة الثالثة) فقد ارتأينا ان الارهاب الدولى
يتمثل فى قيام دولة ما أو أحد او بعض رعاياها او تنظيم دولى (معترف به
او غير معترف به) وبالمخالفة لقواعد القانون الدولى العام بكافة صورته

(سواء ميثاق الامم المتحدة او الاتفاقيات الدولية او العرف الدولي او المبادئ العامة للقانون الدولي) بعمل ما او التهديد بعمل ما ضد دولة اخرى او احد او بعض أو كل رعاياها او ضد تنظيم دولي معترف به او ضد احد او بعض ممثليه او حتى ضد موظفيه ، ويكون من شأن هذا العمل المرتكب او التهديد به التأثير على ارادة دولة اخرى او منظمة دولية معترف بها بغية الوصول لهدف سياسى محدد ايا كانت اعتباراته (الدينية او الاثنية او العرقية .. الخ) لصالح الدولة او المنظمة المعتدية

ويستوى فى تأصيل هذا العمل الارهابى تنوع اساليبه ، كما يستوى كذلك فى تأصيل العمل الارهابى تنوع اماكن وقوعه ، ويستوى كذلك فى تأصيل العمل الارهابى وقوع العمل المرتكب على ممثلى الدولة او رعاياها ، وايضا على اعضاء المنظمة الدولية او حتى على موظفيها الاداريين فى ظل قدرة العمل الارهابى على التأثير ، ويستوى كذلك أن يقع هذا العمل الارهابى فعلا او يتم التهديد بوقوعه وذلك اذا ما كان لهذا التهديد القدرة فى التأثير على ارادة الدولة او المنظمة المعتدى عليها

أما (المطلب الثالث) فقد تعرضنا فيه للاثار المترتبة على اختلاف الرؤى حول مفهوم العمل الارهابى وذلك من الناحية العملية كجانب تطبيقى على ما أثرناه حول الاختلاف على هذا المفهوم وكان ذلك منا من خلال ثلاث نقاط (الاولى) تتمثل فى عدم الوصول لتعريف محدد وموحد للارهاب الدولى (الثانية) تتمثل فى امكانية التنصل من مسئولية بعض الاعمال الارهابية (الثالثة) تتمثل فى العجز الدولى عن مواجهة الارهاب وعن النقطة (الاولى) التى تعرضنا فيها لعدم الوصول لتعريف محدد وموحد للارهاب الدولى ، فقد ارتأينا انه فى ظل مسايرة الفقه الدولى لبعض الاتجاهات السياسية للدول فى هذا الشأن ، وفى ظل عدم اخذه زمام المبادرة من منطلق علمى مجرد بعيد عن الأهواء السياسية ، فان هناك شبه استحالة لثن يصل لتعريف محدد وموحد للارهاب الدولى

وعن النقطة (الثانية) والتى تعرضنا فيها لامكانية تنصل بعض الدول من مسئوليتها ازاء بعض الاعمال التى ترتكبها والتى تعد ارهاباً

دولياً وفقاً لمفهومنا نحن للعمل الارهابي فقد تعرضنا كجانب تطبيقي على ما انتهينا اليه في هذا الشأن لتلك الاعمال المرتكبة من جانب كلا من :

١- اثيوبيا

٢- ليبيا

٣- ايران

٤- قطر

٥- اسرائيل

٦- الولايات المتحدة الامريكية

وعن النقطة (الثالثة) والتي تعرضنا فيها للعجز الدولي عن مواجهة الارهاب، فقد ارتأينا ان هذا الامر يعود في الاساس لاختلاف المصالح السياسية بين الدول وخاصة العظمى منها، حيث ارتأت تلك الدول ان الوصول لتقنين موحد لمكافحة الارهاب الدولي والوصول لمفهوم محدد وموحد للارهاب الدولي سيضر بمصالحها السياسية وقد يقيدھا، وازاء ذلك فقد وقفت عائقا امام الوصول لهذا التقنين وامام الوصول لهذا المفهوم.

المراجع

المراجع العربية

١. د/ ابراهيم أحمد خليفة. الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحرياته الاساسية (دراسة تحليلية في مضمونه والرقابة على تنفيذه. دار الجامعة الجديدة ٣٨ ش سوتير الازارطة الاسكندرية ٢٠٠٧م ..
٢. د/ ابراهيم العناني. القانون الدولي العام. دار الفكر العربي. القاهرة ١٩٨٤م.
٣. د/ أحمد محمد رفعت. الارهاب الدولي. دار النهضة العربية. القاهرة ٢٠٠٦م.
٤. د/ احمد فوزي عبد المنعم. مدى مشروعية أخذ الرهائن من قبل حركات المقاومة الشعبية المسلحة "دراسة تطبيقية على الوضع في العراق". المجلة المصرية للقانون الدولي. المجلد ٦٣. عام ٢٠٧٧م.

٥. د/ إسماعيل الغزال . الارهاب والقانون الدولي . المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع . بيروت . عام ١٩٩٠ م.
٦. د/ إسماعيل عبد الفتاح . الارهاب ومحاربه في العالم المعاصر . الهيئة العامة لقصور الثقافة . عام ٢٠٠٨ م.
٧. د/ إمام حسنين عطا الله . الارهاب والبيان القانوني للجريمة . رسالة دكتوراة . كلية الحقوق . جامعة القاهرة . عام ٢٠٠٠ م.
٨. د/ إيمان حبيب . الوضع القانوني للأقليات في ظل قواعد القانون الدولي العام وقواعد الشريعة الإسلامية . رسالة دكتوراه . جامعة عين شمس . عام ٢٠١٠ م.
٩. د/ جعفر عبد السلام . مبادئ القانون الدولي العام . الطبعة الثانية . دار النهضة العربية . القاهرة ز عام ١٩٨٦ م.
١٠. د/ حازم محمد عتلم . أصول القانون الدولي العام (القسم الثاني) اشخاص القانون الدولي العام . دار النهضة العربية . القاهرة.
١١. د/ رجب عبد المنعم فتولى . الارهاب الدولي واختطاف الطائرات في ضوء القانون الدولي المعاصر . دراسة تطبيقية على الاحداث الجارية لوكيربي . الاعتداء على الولايات المتحدة الامريكية . الطبعة العربية . القاهرة . عام ٢٠٠٢ م.
١٢. سامى جاد عبد الرحمن واصل . إرهاب الدولة في إطار قواعد القانون الدولي العام . دار الجامعة الجديدة الإسكندرية . عام ٢٠٠٨ م.
١٣. د/ صلاح الدين عامر . المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام مع إشارة خاصة إلى أسس الشرعية الدولية للمقاومة الفلسطينية . دار الفكر العربي . عام ١٩٧٧ م.
١٤. د/ طارق عبد العزيز حمدي . المسئولية الدولية الناشئة عن جرائم الارهاب الدولي . جامعة المنوفية . عام ٢٠٠٧ م.
١٥. د/ عادل علد الله المسدي . الحرب ضد الارهاب والدفاع الشرعي في ضوء أحكام القانون الدولي . دار النهضة العربية ز القاهرة . عام ٢٠٠٦ م.

١٦. د/ عبد العزيز محمد سرحان . حول تعريف الارهاب الدولي وتحديد مضمونه من واقع القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية . المجلة المصرية لقانون الدولي . المجلد ٢٩ . عام ١٩٧٣ م.
١٧. د/ عبد العزيز مخيمر عبد الهادى . الارهاب الدولي مع دراسة للاتفاقيات الدولية والقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية . دار النهضة العربية . القاهرة . عام ١٩٨٦ م.
١٨. د/ عصام رمضان . الابعاد القانونية للارهاب الدولي مجلة السياسة الدولية . عدد ٨٥ . يولية عام ١٩٨٦ م.
١٩. د/ علاء الدين راشد . الأمم المتحدة والارهاب قبل وبعد ١١ سبتمبر مع تحليل نصوص الصكوك العالمية لمكافحة الارهاب . دار النهضة العربية . القاهرة . عام ٢٠٠٥ م.
٢٠. د/ علاء الدين راشد . المشكلة فى تعريف الارهاب . الارهاب النهضة العربية . القاهرة . عام ٢٠٠٦ م.
٢١. د/ فكرى عطا الله عبد المهدي . المتفجرات والارهاب الدولي . دار المعارف . عام ١٩٩٢ م.
٢٢. د/ محمد سعادى . الارهاب الدولي بين الغموض والتأويل . دار الجامعة الجديدة . الاسكندرية عام ٢٠٠٩ م.
٢٣. د/ محمد عبد العزيز سهل . جرائم الارهاب الدولي . رسالة دكتوراه . جامعة عين شمس . عام ٢٠١١ م.
٢٤. د/ محمد عبد المطلب الخشن . تعريف الارهاب الدولي بين الاعتبارات السياسية والاعتبارات الموضوعية . دار الجامعة الجديدة . الاسكندرية . عام ٢٠٠٧ م.
٢٥. لواء/ محمد غزت على . اجهزة الاستخبارات الأمريكية . كبوة السقوط إلى محاولات النهوض . مجلة الدفاع . عدد ٢٠٤ يوليو عام ٢٠٠٣ .
٢٦. د/ محمد عزيز شكري ز الارهاب الدولي . دراسة قانونية ناقدة . الطبعة الأولى . دار العلم للملايين . بيروت . يناير عام ١٩٩١ م.

٢٧. د/ محمد محي الدين عوض . الاتجاهات العالمية للإرهاب . مجلة نايف العربية للعلوم الأمنية . مركز الدراسات والبحوث بعنوان " الإرهاب والقرصنة البحرية " . الرياض عام ٢٠٠٦م .
٢٨. د/ محمود حجازي محمود . مكافحة الإرهاب الدولي بين القانون الدولي . وممارسات الدول جامعة ملوان . عام ٢٠٠٦م .
٢٩. لواء/ متقاعد د/ محمود خلف . أجهزة المخابرات الأمريكية . الهياكل التنظيمية والمهام الرئيسية . مجلة السياسة الدولية . عدد (١٥٤) . ط ٢٠٠٥
٣٠. د/ مسعد عبد الرحمن زيدان . الإرهاب فى ضوء أحكام القانون الدولي العام . دار الكتاب القانوني . عام ٢٠٠٩م .
٣١. د/ مصطفى أحمد فؤاد . القانون الدولي العام . كلية الحقوق . جامعة طنطا . عام ١٩٨٨م .
٣٢. د/ نبيل أحمد حلمي . الإرهاب الدولي وفقاً لتواعد القانون الدولي العام . دار النهضة العربية . القاهرة . عام ١٩٨٨م .
٣٣. د/ هدى محمد حزب . الحرب الاستباقية ومشروعية الحرب الأمريكية على العراق . مجلة السياسة الدولية . عدد (١٥٤) عام ٢٠٠٣م .
٣٤. د/ هيثم موسى حسن . التفرقة بين الأزهاب الدولي ومقاومة الاحتلال فى العلاقات الدولية . رسالة دكتوراه . كلية الحقوق . جامعة عين شمس عام ١٩٩٩م .
٣٥. د/ يوسف حسن يوسف . الجريمة المنظمة الدولية والإرهاب الدولي . القومى للإصدارات القانونية . القاهرة . عام ٢٠١٠م .

المراجع الأجنبية

- 1- Gherif M. Bassiouni: "Legal control of international terrorism: A Policy- Oriented Assessment ", H.I.L., vol. 43, N. 1, Winter 2002,
- 2- Ch.- vallee : La convention europeenne pour la repression du terrorisme A.F. D. I., 1976.

- 3- Derfinitions and dimensions of terrorism in " terrorism and arimjanl justice " Lexington Books, Toronto, Canada, 1976.
- 4- Hans- peter Gasser, prohibition of terrorist in international Humanitarian law Extract from the international Review of the Red Cross, july- August 1986.
- 5- "International Terrorism and the Drug Connection". Symposium on International Terrorism organized by An;ara University, Ankara University pres, 1984.
- 6- J. Salmon: La convention europeenne pour la repression du terrorism, J. Tribunaux, 24 sept. 1977
- 7- Levasseur. G: Les Aspects Repressifs du Terrorisme International in "Le Terrorisme Internatinal" , pedone, paris, 1976- 1977.
- 8- Murphy, John: State Support of International Terroism, Legal Political and Economic Dimensions, Boulder Colorado, West View press, 1989.
- 9- paul Walkinson: " the laws of war and terrorism" in : "the morality of terrorism religious and secular justifications" pergamon press, New York, 1982.
- 10- Schmid, Alex: Political Terrorism, A Research Guide to Concents theories, data Bases, and Literature, Amsterdam, Nirth Holland Publishing Co., 1983.
- 11- W. Thomas Mallison and Sally, W. Mallison "the application of the international humanitarian law of armed conflict" in international terrorism in the contemporary world, Green wood press, London, 1976.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
١٤٤٩	مقدمة
	المبحث الأول
١٤٥٤	اختلاف منظور الدول من مفهوم الارهاب الدولي
١٤٥٤	المطلب الاول : ما قبل انهيار الاتحاد السوفيتى
١٤٦٣	المطلب الثانى : ما بعد انهيار الاتحاد السوفيتى
	المبحث الثانى
١٤٨٨	مفهوم الارهاب فى ظل القانون الدولي العام
١٤٨٩	المطلب الاول : مفهوم الارهاب الدولي فى ظل المبادئ العامة للقانون الدولي العام وفى ظل العرف الدولي
١٤٨٩	أولاً: مفهوم الارهاب الدولي فى ظل المبادئ العامة للقانون الدولي العام.
١٤٩٠	ثانياً: مفهوم الارهاب الدولي فى ظل العرف الدولي
١٤٩٥	المطلب الثانى : مفهوم الارهاب الدولي فى ظل الاتفاقيات الدولية
١٤٩٥	أولاً: مفهوم الارهاب فى ظل الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب
١٤٩٨	ثانياً: مفهوم الارهاب فى ظل اتفاقية منظمة المؤتمر الاسلامى لمكافحة الارهاب
١٥٠٠	ثالثاً: مفهوم الارهاب فى ظل منظمة الوحدة الافريقية لمكافحة الارهاب
١٥٠٢	رابعاً: مفهوم الارهاب فى ظل اتفاقية الاتحاد الاوروبى ما قبل الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ وما بعده

- ١٥٠٣ • مفهوم الارهاب فى ظل اتفاقية الاتحاد الاوروبى قبل الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١
- ١٥١٢ • مفهوم الارهاب فى ظل اتفاقية الاتحاد الاوروبى بعد الحادى عشر من سبتمبر ٢٠٠١
- ١٥١٤ • س: الاطار الاوروبى الجديد لمكافحة الارهاب
- ١٥٢٤ • ص: موائمة هذا الاطار الاوروبى الجديد للمخطط الاستراتيجى الامريكى (البعد السياسى)
- ١٥٣٥ **المطلب الثالث: مفهوم الارهاب فى ظل منظمة عصبة الامم**
وفى ظل منظمة الامم المتحدة
- ١٥٣٥ **اولاً: مفهوم الارهاب فى ظل منظمة عصبة الامم**
- ١٥٤٠ **ثانياً: مفهوم الارهاب فى ظل منظمة الامم المتحدة**
- ١٥٦٩ **المبحث الثالث**
رؤية الفقه مفهوم الارهاب الدولى
- ١٥٦٩ **المطلب الاول: الاختلاف الفقهى فى شأن مفهوم الارهاب الدولى**
- ١٥٧١ **اولاً: مفهوم الفقه الغربى للارهاب الدولى**
- ١٥٧٧ **ثانياً: مفهوم الفقه العربى للارهاب الدولى**
- ١٥٨٣ **المطلب الثانى: تقييم اراء الفقه فى شان مفهوم الارهاب الدولى ورؤيتنا نحن لهذا المفهوم**
- ١٥٨٣ **اولاً: تقييم اراء الفقه الغربى**
- ١٥٨٧ **ثانياً: تقييم اراء الفقه العربى**
- ١٥٩٣ **ثالثاً: رؤيتنا لمفهوم الارهاب الدولى**

المبحث الرابع

١٥٩٩ الاثار المترتبة على اختلاف الرؤى حول مفهوم العمل الارهابي
(جانب تطبيقي)

١٥٩٧ **المطلب الأول:** عدم الوصول لتعريف محدد وموحد للارهاب
الدولي

١٥٩٧ **المطلب الثاني:** إمكانية التنصل من مسئولية بعض الاعمال
الارهابية

١٥٩٨ ١. الاعمال المرتكبة من جانب اثيوبيا

١٦٠١ ٢. الاعمال المرتكبة من جانب ليبيا

١٦٠٤ ٣. الاعمال المرتكبة من جانب ايران

١٦٠٧ ٤. الاعمال المرتكبة من جانب قطر

١٦١١ ٥. الاعمال المرتكبة من جانب اسرائيل

١٦١٨ ٦. الاعمال المرتكبة من جانب الولايات المتحدة

الامريكية

١٦٤٢ **المطلب الثالث:** العجز الدولي عن مواجهة الارهاب

١٦٤٥ **الغائمة**

١٦٦٠ **المراجع**

١٦٦٥ **الفهرس**