

مدى التزام الناقل الجوي الدولي بتعويض الأضرار النفسية التي تصيب ركابه

الأستاذ الدكتور / إبراهيم الدسوقي أبو الليل
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

تتناول هذه الدراسة أحد الموضوعات المهمة التي يثيرها النقل الجوي الدولي للأشخاص، وهو مدى ضمان الناقل للأضرار النفسية التي تلحق ركابه، وتتبلور أهمية هذا الموضوع في تعلقه بشخص الراكب وسلامة تكامله الجسماني والنفسي أثنى ما يملك وأهم ما يسعى إلى المحافظة عليه، وهو ما يستوجب التشدد في مسؤولية ناقل الأشخاص بصفة عامة والنقل الدولي بصفة خاصة.

غير أن التشديد في مسؤولية الناقل قد يؤثر في استمراره في القيام بهذه الخدمة الحيوية، بصفة خاصة إذا ما نظرنا إلى جسامه الأضرار التي يتحملها في حالة وقوع حادث من الحوادث الجسيمة التي يتعرض لها مرفق النقل، بالنظر إلى ضخامة عدد الراكبين إضافة إلى ارتفاع ثمن الطائرة ذاتها.

وبالتوفيق بين هذين الأمرين، تشديد مسؤولية الناقل لدفعه إلى الحفاظ على سلامة الركاب والحفاظ على تكاملهم الجسدي والنفسي من ناحية، وعدم إيهام الناقل من ناحية أخرى، شيدت الأحكام المنظمة لالتزام الناقل الدولي بضمان الأضرار التي تلحق ركابه بصفة عامة، والأضرار النفسية بصفة خاصة.

وفيما يتعلق بضمان الناقل الجوي الدولي للأضرار النفسية فقد رجحنا الاتجاه القائل بالتزام الناقل بتعويض هذه الأضرار، سواء أكانت تابعة للأضرار البدنية التي تصيب الراكب، أم كانت مستقلة عنها.

تمهيد:

في السبعينيات من القرن الماضي واجه النقل الجوي نوعاً جديداً من العنف تمثل في عمليات القرصنة الجوية وخطف الطائرات من قبل الإرهابيين، وحجز ركاب هذه الطائرات مع تهديدتهم بالتعدي عليهم في بعض الحالات.

وكثيراً ما كان يترتب على ذلك هلع ورعب يصيب الركاب، وصدمات عصبية وأزمات نفسية وكره ما بعد الصدمة.

وكانت مسؤولية الناقل الجوي في ذلك الوقت لا تثور إلا بالنسبة للإصابات الجسدية من جرح وإصابة ووفاة، وما يترتب على ذلك من نتائج وأثار مالية وغير

مالية، أما المسؤولية عن مجرد الأضرار النفسية والعقلية التي لا ترتبط بهذه الأضرار الجسدية فلم تكن مثارة.

لذلك ثار نقاش وجدل قضائي وفقهي حول مدى مسؤولية الناقل الجوي عن هذه الأضرار النفسية المستقلة التي أخذت في الظهور، وقد أثبتت هذه المسؤولية بالفعل أمام القضاء.

فالمادة (١٧) من اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩، تقصر مسؤولية الناقل الجوي الدولي على الضرر البدني، أو الجسماني، المتمثل في وفاة الراكب أو إصابته بجرح أو أي أذى بدني آخر، بينما ما كان يحدث غالباً في حالة اختطاف الطائرة ألا يعتدي الخاطفون على الركاب بدنياً، اكتفاء باحتجازهم وتهديدهم بالإيذاء إن لم يمتثلوا لأوامرهم وطلباتهم، وكان ذلك سبباً كافياً لإصابتهم بأضرار نفسية وعقلية عميقة.

من ناحية أخرى فإن الضرر النفسي أو العقلي إن لم يكن ضرراً بدنياً فهو ضرب من الضرر الأدبي، والضرر الأدبي يقيم مسؤولية من أحدثه ويلزمه بتعويضه.

أمام نص المادة (١٧) من اتفاقية وارسو التي لم تنص على الضرر النفسي صراحة ضمن الأضرار التي يضمنها الناقل الجوي، وبالنظر إلى ما تقرره القواعد العامة من جواز تعويض هذا الضرر، أثبتت مشكلة تعويض الضرر النفسي في النقل الجوي الدولي، التي خصصنا لها هذه الدراسة، حيث نبداً بعرضها في ظل اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩، وما تلاها من تطورات لاحقه أقرت تعويض هذا الضرر، ثم نبين أساس هذا التعويض وأحكامه.

بذلك تتناول دراستنا هذين الموضوعين مخصصين لكل منهما مبحثاً خاصاً على الوجه الآتي:

المبحث الأول: ماهية الضرر النفسي ومدى التزام الناقل الجوي الدولي بتعويضه.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لالتزام الناقل الجوي بتعويض الضرر النفسي.

المبحث الأول

ماهية الضرر النفسي ومدى التزام الناقل الجوي الدولي بتعويضه في النقل الجوي الدولي

يتناول هذا المبحث دراسة الموضوعين الآتيين:

الموضوع الأول: ماهية الضرر النفسي، ونخصص له المطلب الأول.

الموضوع الثاني: مدى التزام الناقل الجوي بتعويض الضرر النفسي، ونخصص له المطلب الثاني.

المطلب الأول

ماهية الضرر النفسي

أولاً - الضرر النفسي وأنواعه:

يتمثل الضرر النفسي في الخلل والاضطرابات النفسية والعصبية التي تلحق المصاب إثر تعرضه لحادث سلبية جسيمة، والاضطرابات النفسية متعددة ومختلفة المصادر والتأثير، وأمام تعددها وتنوعها يقسمها العلماء المتخصصون إلى تقسيمات وتصنيفات مختلفة، لعل أهمها تصنيفان، أولهما: التصنيف الذي وضعته منظمة الصحة العالمية (WHO)، والثاني: التصنيف الذي وضعته الجمعية الأمريكية للطب النفسي^(١).

ويتفق هذان التصنيفان وكذلك معظم معايير وطرق تصنيف الاضطرابات النفسية على تقسيمها تقسيماً ثنائياً يقوم على التمييز بين الاضطرابات العصبية والتخلف العقلي.

ودون الولوج في تفاصيل هذه التصنيفات العلمية الطبية النفسية للاضطرابات النفسية، فإن الاضطرابات الأكثر شيوعاً التي تؤثر على السلوك السوي للأفراد وتسبب لهم الهلع والقلق تتمحور حول: اضطرابات القوبيا أو الخوف، واضطرابات القلق العام، واضطرابات القلق الاجتماعي، واضطرابات الوسواس القهري، واضطرابات ما بعد الصدمة.

وهذا الاضطراب الأخير - كرب أو اضطراب ما بعد الصدمة - هو ما نتوقف

(١) توجد تصنيفات أخرى للاضطرابات النفسية أقل شهرة منها: التصنيف الصيني للاضطرابات النفسية، والدليل التشخيصي للأمراض النفسية الديناميكية (PDM).
انظر للمزيد من التفاصيل: ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، تحت عنوان الاضطراب النفسي.

عنده في هذه الدراسة بالنظر إلى كثرة حدوثه لركاب النقل الجوي عند تعرضهم لبعض الحوادث الفجائية الجسيمة.

ثانياً – اضطراب ما بعد الصدمة "PTSD Post Traumatic Stress Disorder":

هو اضطراب نفسي ينشأ نتيجة صدمة مادية أو نفسية أو كلاهما، كالتعرض لحادث يعرض حياة الشخص إلى الهلاك أو الأذى الجسيم، أو التعرض لأذى بدني جسيم أو تهديد نفسي، بحيث تتجاوز هذه الأحداث قدرة الدفاعات النفسية للشخص على التحمل^(١).

واضطراب أو كرب ما بعد الصدمة له الكثير من المظاهر السلوكية غير السوية، نذكر منها بصفة خاصة:

- الاكتئاب بأنواعه المختلفة: الاكتئاب الإكلينيكي، والاكتئاب الهوسي.
- الاضطرابات الذهنية: ومن أمثلتها الفصام أو الشيزوفرينيا.
- الاضطرابات الشخصية التي معها يصبح الشخص غريب الأطوار: ومن أمثلتها البارانوية، والانعزالية، والهستيرية، والنرجسية.
- الاضطرابات الجسدية النفسية مثل اضطرابات تشوه صورة الجسد، والوهن العصبي الذي يتضمن شكاوى جسدية مختلفة^(٢)، واضطرابات "سولا ستالجيا" أو الشعور بضيق التنفس^(٣).
- ويتميز هذا النوع الأخير من الاضطرابات الجسدية بأنه يبدو وكأنه مرض عضوي، ولكنه في حقيقته نفسي المصدر^(٤).
- وقد يترتب على الكرب والهلع الذي يصيب الشخص إثر تعرضه للصدمة آثار جسمانية منها بصفة خاصة :

(١) انظر: ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، المرجع السابق.

Gama A, Angest J: (٢)

The spectra of neural sthenia and depression: course, stability and transitions.
Eur arch psychiatry clin neurosci, 2007, 257.

Mac Suibhne, S (2009) (٣)

-what makes "a new mental illness"?

The cases of solastalgia and hubris syndrome". Cosmos and History 2009-210

(٤) المرجع والإشارة السابقتان.

- تضيق الأوعية الذي يؤدي إلى قلة تدفق الدم في الرأس، وخفض مستويات غاز ثاني أكسيد الكربون في الدم.
- شعور بالغثيان والإغماء.
- خدر في جميع أجزاء الجسم.
- فقدان السيطرة على النفس أو ضيق في التنفس.
- وبصفة عامة فإن اضطراب وكرب ما بعد الصدمة يمكن أن يؤثر سلباً في ذاكرة المصاب به، وفي قدرته على تخزين المعلومات ثم استرجاعها.
- واضطرابات ما بعد الصدمة - بأنواعها المختلفة - لها تأثيرات نفسية سلبية على من يصاب بها، تجعله غير قادر على التكيف مع غيره من الأشخاص، ومن ثم غير قادر، وربما غير راغب، في الانخراط في المجتمع الذي يعيش فيه، ويظهر ذلك بصفة خاصة في حالة الإصابة باضطراب أو انفصام الشخصية، واضطرابات السيكوباتية التي تجعل الشخص الذي يصاب بها معادياً لمجتمعه.

ثالثاً - الوصمة الاجتماعية للمريض النفسي:

بالإضافة إلى التأثيرات السلبية للمرض النفسي التي أشرنا إليها، فإن كثيراً من أفراد المجتمع يعتقد أن المصابين بأمراض نفسية أو عقلية خطيرة لا يمكنهم الشفاء منها^(١)، وهذا من شأنه أن يوصمهم بوصمة اجتماعية سلبية تجعلهم يمتنعون عن الاعتراف بمشاكلهم الصحية النفسية التي يعانون منها، والامتناع عن الكشف عنها للآخرين، كما يرى عامة الناس خطورة الأشخاص المصابين بأمراض نفسية ويبتعدون عنهم اجتماعياً، وذلك على الرغم من أنه في كثير من الأحوال يكون هؤلاء المرضى ضحية للعنف والتعدي عليهم وليس مرتكبين له.

من مساوئ الأمراض النفسية أيضاً أن العلاج منها قد يسبب لهم صعوبات ومشاكل جسدية مثل الأرق والآم العلاج بالصدمات الكهربائية، وتزداد هذه المصاعب والأضرار مع الاضطرابات النفسية التي تمتد لأوقات طويلة قد تستمر مدى الحياة. كما إن علاج بعض هذه الاضطرابات قد يؤدي إلى الإدمان على المخدرات باعتبارها من مسكنات الآلام.

Manitoba family services and Housing:

- The vulnerable persons living with a Mentale disability Act, 1996.

(١)

رابعاً - الأضرار الجسدية والمالية للمريض النفسي:

لا تقتصر معاناة المريض النفسي على الآثار السلبية النفسية التي أشرنا إليها، وإنما تمتد لتلحق بهم أضراراً جسدية ومالية أيضاً.

فمن الوجهة الجسدية أثبت العلماء والأطباء النفسيون أن الأحداث الجسيمة التي تسبب الأمراض النفسية تؤثر أيضاً في أحوال العقل، وفي ذلك تقرر عالمة النفسية اليزابث سيفري أن تجاربها التي أجرتها في تشخيص الأمراض العقلية والنفسية أثبتت أن جميع الاضطرابات التي تحدث في الوظائف العقلية لها علاقة وثيقة باضطرابات جسمانية، خاصة كما تقرر، أن كل عضو من أعضاء الجسم يصحب مرضه مرض نفسي^(١).

أما الأضرار المالية التي تترتب على الأمراض النفسية فتظهر بصفة خاصة في الأموال والنفقات الباهظة التي يحتاجها العلاج من هذه الأمراض.

يتبين لنا مما سبق مدى المعاناة التي يتعرض لها من يصاب بضرر نفسي، والتي لا تقتصر فقط على الاضطرابات والأضرار النفسية، وإنما تشمل أيضاً معاناة بدنية جسمانية وأضرار مالية، الأمر الذي يصبح ملحاً معه معاونتهم والوقوف إلى جانبهم.

فإذا جاءت معاناتهم هذه نتيجة حادث من حوادث النقل الجوي فهل يسأل عنها الناقل الجوي الدولي ويلتزم بتعويض هذه المعاناة؟ هل يلتزم الناقل الجوي بتعويض الضرر النفسي؟

هذا ما نعرض له في المطلب الآتي.

المطلب الثاني

مدى التزام الناقل الجوي الدولي بتعويض الضرر النفسي

خصوصيات النقل الجوي للأشخاص:

يتميز النقل الجوي الدولي ببعض الخصوصيات التي تميزه عن غيره من وسائل النقل الأخرى، ويظهر ذلك أولاً: في جسامته الأخطار التي يتعرض لها هذا النقل وسهولة النيل منه، وأيضاً فداحة الأضرار التي يتعرض لها ركاب هذا النقل، هذا بالإضافة إلى صعوبة وتعذر إثبات خطأ الناقل في الكثير من الحالات.

(١) موسوعة ويكيبيديا، الأمراض النفسية، سبق الإشارة إليها.

وتظهر خصوصيات هذا النقل ثانياً: فيما تعرض له بدءاً من سبعينات القرن الماضي من أعمال عنف وقرصنة جوية تمثلت في اختطاف الطائرات وتغيير مساراتها، وما تبع ذلك من اعتداءات ومخاطر يتعرض لها الركاب، وكذلك تفجير الطائرات في بعض الحالات.

وفيما يتعلق بالخصوصية الأولى وما ترتب عليها من صعوبات، فقد تم مواجهتها بإبرام بعض الاتفاقيات الدولية، نذكر منها:

- اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩.
- اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩.
- اتفاقية مونتريال لعام ٢٠٠٩.

وبالنسبة لمواجهة العنف ضد الطائرات، فقد تصدى لها المجتمع الدولي، وأبرم بعض الاتفاقيات الدولية لقمع هذا العنف، منها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ في شأن قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات، واتفاقية مونتريال في شأن قمع الأفعال غير المشروعة الموجهة ضد أمن الطيران المدني.

كما واکب ذلك اتخاذ الكثير من الوسائل التقنية الفنية والتدابير الأمنية التي تساهم في تقليل المخاطر التي يتعرض لها النقل الجوي^(١).

وعلى الرغم من ذلك فلم يسلم النقل الجوي من أعمال العنف والقرصنة التي تهدد الركاب بالخطر الجسيم.

ولعل من أهم ما يترتب على هذه التهديدات هو ذلك الذعر والكرب الذي يصيب الركاب إثر الهجوم المفاجئ عليهم، وما يسببه ذلك من إصابتهم باضطرابات نفسية وعقلية تهدد تكاملهم العصبي والنفسي.

وبالنظر إلى جسامة الاضطرابات النفسية التي قد يتعرض لها الركاب في النقل الجوي فقد تم التساؤل عما إذا كانت النصوص الخاصة التي تنظم مسؤولية الناقل تكفي لمواجهة هذه الأخطار الحديثة وحفظ حقوق الركاب أم لا تكفي.

(١) راجع:

- رفعت فخري أبدير، مدى مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية وارسو عن الأضرار التي تلحق الركاب من جراء عمليات اختطاف الطائرات وأعمال العنف التي تقع داخل المطارات، مجلة المحامي - الكويت، السنة السادسة، عدد إبريل - يونيو ١٩٨٣، ص ٦١.
- محمد فريد العريني، النقل الجوي والداخلي والدولي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ٢٠٤ وبعدها.

فالمادة ١٧ من اتفاقية وارسو تنص على مسؤولية الناقل عن "الوفاة أو الجرح أو أي أذى بدني آخر"، فهل تدخل الأضرار النفسية والعقلية التي تصيب الركاب من هلع وذعر تحت هذه الحالات التي تواجهها المادة ١٧؟ هل تعد الأضرار النفسية في حكم الأذى البدني الذي يسأل عنه الناقل؟

نشير بدءاً إلى أنه لا خلاف نحو تعويض الأضرار النفسية التي تترتب نتيجة إصابة الركاب بضرر جسدي أو بدني.

أما بالنسبة للأضرار النفسية، التي تحدث بعيداً عن أي ضرر بدني، فلا تكون مترتبة عليه أو نتيجة له، وهي التي تهمنا الآن، فقد انقسم الرأي حيالها: اتجاه يرفض تعويضها ويبعدها عن نطاق مسؤولية الناقل، واتجاه يرى تعويضها^(١).

ونوضح فيما يأتي هذين الاتجاهين كل في فرع خاص.

الفرع الأول

عدم التزام الناقل الجوي الدولي بتعويض الأضرار النفسية

ظهر هذا الاتجاه عند بداية عرض تعويض الأضرار النفسية المستقلة عن الضرر البدني أمام القضاء، الذي قرر أن الأضرار النفسية التي تلحق بركاب الناقل الجوي الدولي إثر تعرض الطائرات التي كانوا يستقلونها للخطف والقرصنة لا يلتزم الناقل بتعويضها^(٢).

(١) انظر في هذا الموضوع: بحث رائد للدكتور/ رفعت فخري أبادير تحت عنوان: مدى مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية وارسو عن الأضرار التي تلحق الركاب من جراء عمليات اختطاف الطائرات وأعمال العنف التي تقع داخل المطارات، مجلة المحامي - الكويت، السنة السادسة، عدد إبريل - يونيو ١٩٨٣، ص ٦١، انظر أيضاً: محي أحمد البنا: أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية، ١٩٩٣، محمد فريد العريني، القانون الجوي، النقل الجوي والداخلي والدولي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ٢٠٤ وبعدها.

(٢) نشير إلى أن الضرر النفسي، والأدبي بصفة عامة، ولكونه يمس الكيان النفسي للمضرور فإن تعويضه يواجه صعوبة كبيرة في تقديره وحسابه؛ مما دفع جانب من الفقه الإسلامي إلى القول بعدم تعويضه.

غير أن هذه الصعوبة لم تعد حائلاً دون تعويض الضرر النفسي، واستقر الرأي في القانون الوضعي على تعويضه، استناداً إلى أنه إذا كان هذا الضرر من الصعب تقديره في ذاته بمبلغ من المال، فإن طرق ووسائل إزالته والتغلب عليه قابلة للتقدير بالمال.

راجع للمزيد في تعويض الضرر الأدبي: مؤلفنا في تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، =

وقد استند هذا الاتجاه إلى بعض الحجج و الأسانيد القانونية نعرضها في الآتي:

الحجة الأولى:

تستند هذه الحجة على ألفاظ وعبارات المادة (١٧) من اتفاقية وارسو التي تحدد الأضرار التي يسأل عنها الناقل الجوي وهي الأضرار البدنية أو الجسدية، فقد ذكرت المادة المذكورة أن الناقل يسأل عن الوفاة أو الجرح أو أي "أذى بدني آخر".

وقد رأى هذا الاتجاه أن الأذى البدني "lésion Corporelle" الذي يسأل عنه الناقل لا يشمل الضرر النفسي أو العقلي، ومن ثم فلا يلتزم الناقل بتعويضه^(١).

فوفقاً لهذه الحجة فإن الأذى النفسي "lésion Mentale" بالفرنسية وهو اللفظ الذي استخدمته المادة المذكورة وما ينطق به من معنى ويقابله "Mentale injury" بالإنجليزية، يختلف عن الأذى البدني "lésion Corporelle" الذي ذكرته المادة (١٧) من اتفاقية وارسو، والتزاماً بلفظ الضرر وما يؤدي إليه منطوقة، فإن مسؤولية الناقل والتزامه بالتعويض يقتصر على الضرر البدني، ولا يشمل الضرر النفسي.

= دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥، ص ١٢٩ إلى ص ١٤٤.

(١) انظر في هذه الحجة قضية:

Husserl v. Swiss air transport co. l. td 12 Aviation cases commerce clearing house "avi.17.637.(5.DN.Y.1972)"

وقد ثار نزاع قديم في القضاء الأمريكي حول ما إذا كان يتعين الاعتراف بالنص الفرنسي وهو النص الرسمي لاتفاقية وارسو الذي استخدم تعبير "lésion Corporelle"، أم بالنص الإنجليزي الذي استخدم تعبير "Bodily injury"؛ فمن رأى الاعتراف بالنص الفرنسي استند في ذلك إلى أنه النص الرسمي للاتفاقية، وأن التعبير الإنجليزي هو مجرد ترجمة إنجليزية غير رسمية ليس لها صفة الإلزام، هذا بالإضافة إلى أن تفسير الاتفاقيات الدولية لا يكون استناداً إلى المفاهيم الوطنية المحلية، حتى لا يكون من شأنه إضفاء معان مصطنعة وغير دقيقة على النص وألفاظه بما يؤدي إليه ذلك من تنوع التفسيرات وعدم التوحيد الذي ابتغته الاتفاقية. انظر في هذا الاتجاه: قضية Rosman vs. T.W.A 13Av1 17.231 (N.Y.C.A 1974).

أما من رأى الاعتراف بالنص الإنجليزي فقد استند إلى أن هذا النص صار جزءاً من القانون الأمريكي، ومن ثم يتعين تفسيره على ضوء مبادئ هذا القانون ومفاهيمه. انظر في هذا الاتجاه: قضية هسرل ضد الخطوط الجوية السويسرية، سبقت الإشارة إليها.

الحجة الثانية:

تقوم هذه الحجة كسابقتها على ألفاظ وعبارات النصوص التي تنظم مسؤولية الناقل وتفسيرها وفقاً لقواعد التفسير المسلم بها في مجال الاتفاقيات الدولية، التي تقرر بأن يكون تفسير هذه النصوص وفقاً للمعنى الذي قصده واضعها، مستخلصاً من الظروف الدافعة إلى وضعها، مع الاعتداد بالمعنى المعتاد والمألوف للألفاظ التي استخدمها النص، والمعنى المعتاد والمألوف للأضرار البدنية يقتصر على الأضرار الجسمانية من وفاة وجرح و أذى بدني، ولكنه لا يشمل الأضرار النفسية.

ويؤكد هذا المعنى - يقرر هذا الاتجاه - من إضافة عبارة "أي أذى بدني آخر" إلى لفظ "جرح" ذلك أن الجرح لا ينصرف إلا إلى الجرح الجسmani الذي يلحق البدن^(١).

الحجة الثالثة:

تقوم هذه الحجة في قصر مسؤولية الناقل الجوي الدولي للأشخاص على الضرر البدني دون الضرر النفسي على مقارنة نص المادة (١٧) من اتفاقية وارسو مع نص المادة الثانية فقرة أولى من اتفاقية "برن" المنظمة للمسؤولية في النقل الدولي بالسكك الحديدية.

فهذه المادة الأخيرة تقضي - وفقاً لتعديلها عام ١٩٦٦ - بمسؤولية السكك الحديدية عن: الأضرار الناجمة عن الوفاة أو الجرح أو أي مساس آخر بالتكامل الجسدي أو النفسي للراكب.

أما نص المادة (١٧) من اتفاقية وارسو فقد نصت على مسؤولية الناقل الجوي للأشخاص عن الأذى البدني، ولم تنص على الضرر النفسي، وهذا يوضح عدم شمولها لتعويض هذا الضرر^(٢).

(١) انظر: قضية روسمان ضد الخطوط الجوية العالمية :

- Rosman V. TWA, 13 Avi., 17, 231 (New York court, 1974)

(٢) انظر في هذا المعنى: قضية " انتال بيك ضد الخطوط الجوية الهولندية:

"Antal Beck, Et Al. V. KLM Royal Dutch Airlines and Ritz Travel, 14 avi. 18.210 (N.Y.S.C. Country of Dutchess. 1977)

وانظر في المعنى ذاته قضية:

Miriam Herman v. Trans Airlines Inc. 13 Avi. 17.231-(N.Y.C.A. 1974)

الحجة الرابعة:

تستند هذه الحجة على الأعمال التحضيرية التي سبقت وضع اتفاقية وارسو، التي توضح أن المشروع المبدئي لهذه الاتفاقية الذي عُرضَ على المؤتمر الدولي للقانون الخاص الجوي الذي عقد في عام ١٩٢٥ في باريس، كان يتضمن نصاً واحداً ينظم مسؤولية الناقل الجوي بصفة عامة في نقل الركاب والبضائع والأمتعة معاً و يقيم هذه المسؤولية عن الأضرار البدنية والنفسية معاً.

غير أن واضعي الاتفاقية وجدوا أن تقرير مسؤولية ناقل الأشخاص عن الأضرار النفسية سيكون عبئاً شديداً عليه لا تقره دول كثيرة، وقاموا بتعديل النص لقصر مسؤوليته على الضرر البدني دون الضرر النفسي، وذلك على الوجه الذي انتهى إليه نص المادة (١٧) سالف الذكر^(١).

الفرع الثاني

التزام الناقل الجوي الدولي بتعويض الأضرار النفسية

على خلاف الاتجاه السابق الذي يرى أن الناقل الدولي للأشخاص لا يلزم بتعويض الأضرار النفسية، ظهر اتجاه آخر يرى التزام الناقل بتعويض هذه الأضرار النفسية، ولو حدثت مستقلة عن الأضرار البدنية، ولم تكن نتيجة لها أو مقترنة بها. وفي تأييد هذا الاتجاه لرأيه استند على الحجج الآتية:

الحجة الأولى:

تقوم هذه الحجة على اعتناق مفهوم آخر لنص المادة (١٧) غير ذلك المفهوم الذي اعتنقه الاتجاه السابق، ويقوم هذا المفهوم على أن تعبير الضرر أو الأذى البدني الذي نصت عليه المادة المذكورة لا ينصرف فقط إلى الأضرار البدنية، وإنما يشمل أيضاً الأضرار النفسية، فعبارة الأذى البدني "Lésion Corporelle" بالفرنسية،

(١) كان النص المقدم في مشروع الاتفاقية يقرر مسؤولية الناقل الجوي في نقل الركاب والبضائع والأمتعة عن الحوادث والضياع والتلف والتأخير. و رأي أصحاب الاتجاه المضيق لمسؤولية ناقل الأشخاص أن هذا النص، قبل تعديله، كان يسمح بمساءلة ناقل الأشخاص عن كل الأضرار البدنية والنفسية، أما بعد تعديله فلا يسأل إلا عن الأضرار البدنية فقط. راجع للمزيد في هذا الاتجاه المقيد لمسؤولية الناقل الجوي:

Miller (G.): Liability in international Air law the Warsaw system in municipal courts kluwer.1977, p.118.

"Bodily Injury" بالإنجليزية، تتسع وفقاً لعلم وظائف الأعضاء وعلم النفس لتشمل الأضرار النفسية أيضاً، وهذا المعنى هو الذي توصل إليه الأطباء والعلماء من ارتباط النفس بالبدن، وتأثير كل منها وتأثره بالآخر، واستناداً إلى ذلك يرى الاتجاه الموسع لمسؤولية ناقل الأشخاص أن العبرة في التعويض تكون بالأضرار التي تلحق شخص الراكب "Personal Injury" سواء لحقته في بدنه أو في شخصه^(١).

فالمقصود بالضرر أو الأذى البدني وفقاً لهذا الاتجاه هو الضرر الذي يلحق المصاب في شخصه، مقابلة بالضرر الذي يلحق المصاب في أمواله^(٢).

وتأييداً لهذا الاتجاه الموسع لمفهوم الضرر البدني ومن ثم تقرير مسؤولية ناقل الأشخاص عن الضرر النفسي، قررت بعض المحاكم الأمريكية أن الأضرار النفسية تكون في بعض الظروف شديدة القسوة بحيث ترقى إلى مرتبة الأضرار البدنية فتستحق التعويض^(٣).

(١) واستناداً إلى هذا المفهوم الموسع للضرر البدني قضت بعض المحاكم بمسؤولية الناقل الجوي الدولي للأشخاص "عن الأضرار النفسية والعصبية التي عانتها إحدى ركبات الطائرة "السيدة هسرل" من جراء اختطاف الطائرة التي كانت تقلها وتحويل مسارها إلى صحراء الأردن واحتجازها لعدة أيام.

راجع للمزيد من التفاصيل: قضية هسرل ضد سويس أير.

Husserl V. Swiss Air Transport Co.LTD-Aviation Cases, Commerce Clearing House (chicago) Avi.17.637.(S.D.N.Y.1972)

وانظر في المعنى ذاته قضية:

Grey V. AMERICAIRLINES, INC. 227 F.2d (federal Reporter, second Series) 282.

(٢) انظر في هذا المعنى: جورج ريبير، اتفاقية فارسو في ١٢ أكتوبر ١٩٢٩ وتوحيد القانون الجوي الخاص، مجلة القانون الدولي، ١٩٣٠، ص ٩٠. كما يأخذ عدد كبير من الفقهاء بهذا المعنى الموسع للضرر البدني، انظر في ذلك: رفعت فخري أبدير، ص ٤٩٨ هامش (١)، (٢) ص ٤٩٨، محمد فريد العريني، المرجع السابق ذكره.

(٣) انظر في هذا الاتجاه: قضية استر كاليش ضد الخطوط الجوية العالمية:

Ester Kalish V. trans World Airlines, 14 Avi 17, 936 (N.Y. Crty Civil Cout, Queens, 1977).

وفي هذه القضية كانت الراكبة استر كاليش تستقل الطائرة لنقلها إلى وجهتها، وعند هبوط الطائرة اشتعلت النيران في أحد محركاتها، وإثر دوي صفارات الإنذار دون انقطاع ساد الهلع والخوف ركاب الطائرة وهم في داخلها، وتدافعوا نحو أبواب النجاة لسرعة مغادرتها، وأثناء ذلك سقطت السيدة كاليش على أرضية الطائرة ولم يبال بها أحد واستمر الركاب في مغادرة الطائرة وداسوا على الراكبة بأقدامهم فتملكها الذعر والرعب وانهارت عصبياً ونفسياً.

=

الحجة الثانية:

تستند هذه الحجة الثانية على المفهوم القانوني لعبارة الضرر البدني "Lésion Corporelle" التي حددتها المادة (١٧) من اتفاقية وارسو مناطقاً لمسؤولية الناقل الجوي الدولي، وترى أنها تعني في الفقه القانوني الفرنسي الضرر الذي يلحق شخص المصاب، أي يصيبه في شخصه وليس فقط في بدنه، وهو الضرر الذي يعبر عنه بالإنجليزي "Body Injury" والذي أخذت به بعض الاتفاقيات الدولية الأخرى في ذات مجال مسؤولية الناقل منها:

- اتفاقية بروكسل لعام ١٩٥٧، في شأن تحديد مسؤولية مالك السفينة^(١).
- اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦١ في شأن توحيد بعض القواعد المتعلقة بنقل الأشخاص جواً^(٢).
- اتفاقية أثينا لسنة ١٩٧٤ في شأن توحيد بعض القواعد المتعلقة بنقل الأشخاص وأمتعتهم بحراً^(٣).

الحجة الثالثة:

ترى هذه الحجة أن مسائلة الناقل الجوي الدولي عن الضرر النفسي هو الذي يتماشى مع الهدف الذي تسعى اتفاقية وارسو إلى تحقيقه، وهو تحديد هذه المسؤولية بحد أقصى بما يمكنه من تحديد مركزه القانوني والمالي سلفاً على أساس اقتصادي واضح، ويسهل له عملية التأمين على مسؤوليته، هذا التحديد - يقرر الاتجاه الموسع لمسؤولية الناقل - يقتضي مسألته عن الضرر النفسي الذي يصيب الركاب، وإلا خضع تعويض هذا الضرر للقانون الوطني الذي يمكن أن يكون التعويض معه غير محدد بحد أعلى، فيختل بذلك المركز المالي للناقل الجوي بسبب عدم استفادته من الحدود العليا التي تقررها اتفاقية وارسو^(٤).

= وبنظر المحكمة لدعوى (كاليش) التي طالبت فيها بتعويضها عن الأضرار النفسية التي لحقت بها، أجابتها إلى طلبها وقضت بتعويضها عن هذه الأضرار مقررة. " أن الصدمة النفسية التي تعرضت لها المدعية في ظل ظروف الواقعة كانت من الشدة والقسوة بحيث ترقى إلى مرتبة الأضرار البدنية "

(١) راجع المادتين: ١/١ / أ، ٢/١.

(٢) راجع المواد: ١/٤، ٥، ٦، ١٠، ١١.

(٣) راجع المواد: ١/٣، ٣/٣، ٦، ٧، ١٢/١، ١٤، ١٦.

(٤) انظر في هذا المعنى: رفعت فخري أباير ملحق بكتاب القانون الجوي - النقل الجوي =

الحجة الرابعة:

تستند هذه الحجة، التي يقول بها الاتجاه الذي يوسع في مسؤولية الناقل الجوي الدولي لتشمل تعويض الأضرار النفسية، على أن هذا التفسير الموسع للمادة (١٧) من اتفاقية وارسو هو الذي يحقق الانسجام والتوافق بين نصوص هذه الاتفاقية.

وتوضيحاً لذلك يقارن هذا الاتجاه نص المادة (١٧) من هذه اتفاقية وارسو بنص المادة الثالثة فقرة أولى من الاتفاقية ذاتها، بعد تعديلها ببروتوكول لاهاي لعام ١٩٥٥، فقد استخدمت هذه المادة الأخيرة في نسختها الفرنسية تعبير "Lésion Corporelle"، بينما استخدمت النسخة الإنجليزية تعبير "Personal Injury" أي الضرر الذي يلحق الراكب في شخصه، ولتحقيق الانسجام والتوافق بين نصوص الاتفاقية الواحدة يجب أن يكون هذان التعبيران الفرنسي والإنجليزي مترادفين، وذلك لا يتم إلا إذا أخذنا الضرر البدني "Lésion Corporelle" بمعنى الضرر الذي يلحق شخص الراكب، سواء أكان ضرراً بدنياً أم ضرراً نفسياً^(١).

فهذا التفسير، لمعنى الضرر الجسدي "Lésion Corporelle" هو الذي يحقق تطابق مضمون العبارتين في ذهن واضعي هذه النصوص، ولأن التعبير الإنجليزي قاطع الدلالة على الأذى الذي يلحق المصاب في شخصه، فيتعين حمل التعبير الفرنسي على هذا المعنى.

= والداخلي والدولي، ص ٤٩٤، ٤٩٥.

كما أن استبعاد تعويض الضرر النفسي من نطاق المادة (١٧) من اتفاقية وارسو يدفع المصاب به إلى مطالبة التعويض عنه، إعمالاً لقواعد القانون الوطني، فيضطر بذلك إلى مقاضاة الناقل مرتين: مرة عن الضرر البدني استناداً إلى أحكام اتفاقية وارسو، ومرة أخرى عن الضرر النفسي استناداً إلى القانون الوطني، ولا شك أن في ذلك معاناة للمصاب لا مبرر لها.

(١) فالضرر الشخصي Personal injury بمفهومه الأنجلو أمريكي يشمل كل ضرر يلحق شخص المصاب سواء لحقه في جسده أو في مشاعره أو في سمعته. انظر في ذلك:

Mankiewicz (René H.)

- The Application of Article 17 of the Warsaw Convention to Mental Suffering not Related to physical Injury, Annals of Air and Space Law, Vol.4.1979, P.187.

ويلاحظ في هذا الصدد أن النص الرسمي الإنجليزي لبروتوكول جواتيما لا سیتی لعام ١٩٧١، استخدم تعبير Personal injury باعتباره مقابلاً للتعبير الفرنسي Lésion Corporelle.

وبالإضافة إلى هذه الحجج التي ساقها الاتجاه الموسع لمسؤولية الناقل الجوي، فقد قام بدحض بعض الحجج التي استند إليها الاتجاه المضيق، وبصفة خاصة ما قرره هذا الاتجاه من أن هذا التفسير الضيق الذي اعتنقه هو الذي أخذت به اتفاقية «برن» الخاصة بالنقل بالسكك الحديدية، فالإتجاه الموسع استبعد هذه الحجة ورأى عدم صحتها استناداً إلى اختلاف العبارات المستخدمة في الاتفاقيتين، فاتفقية وارسو استخدمت عبارة الأذى البدني "Lésion Corporelle"، بينما استخدمت اتفاقية "برن" تعبير "Intégrité Physique" التي تعني التكامل الجسدي، وهذا التعبير الأخير يعني الضرر الجسماني أو البدني فقط ولا يشمل الضرر النفسي، لذلك تمت إضافة عبارة "أو النفسي Ou Mental" إليها.

الفرع الثالث الترجيح بين الرأيين

رأينا في تعويض الضرر النفسي:

عرضنا فيما سبق الاتجاهين، المضيق والموسع، اللذين قيلا في تحديد مدى التزام الناقل الجوي الدولي للأشخاص بتعويض الضرر النفسي الذي يلحق بالركاب، وعلينا الآن الترجيح بينهما بتحديد الاتجاه الأولى بالاتباع.

نوضح بداية أن ما نقصده هنا بالأضرار النفسية تلك الأضرار التي تحدث استقلالاً عن كل ضرر بدني، فلا تترتب إثر إصابة جسمية أو أذى جسماني بصفة عامة، وما نراه بالنسبة لهذه الأضرار أن اتفاقية وارسو لم تتعرض لها ولم تقرر لها حكماً معيناً، فالمادة (١٧) لم تنص صراحة على تعويضها، ولكنها في الوقت ذاته لم ترفض تعويضها.

وكما سبق لنا أن أوضحنا فإن المشروع الذي كان معروضاً على المؤتمر الدبلوماسي لعام ١٩٢٩، كان يتضمن نصاً واحداً ينظم مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الذي يلحق الركاب والضرر الذي يلحق البضائع والأمتعة أثناء النقل، وبعد المناقشة تم الفصل بين مسؤولية الناقل الجوي عن البضائع وخصصت لها المادة (١٨)، وبقي نص المادة (١٧) ينظم مسؤولية الناقل عن الضرر الذي يلحق الركاب، الذي عبرت عنه بالضرر البدني.

أما الأضرار الجسمانية التي تترتب للركاب نتيجة معاناتهم من الاضطرابات والآلام النفسية فقد رأى البعض أن الناقل لا يسأل عنها ولا يلتزم بتعويضها، مستنداً في ذلك إلى أن واضعي اتفاقية وارسو استبعدوا فكرة التعويض عن الأضرار النفسية

المستقلة عن الأضرار البدنية والجسدية، أخذاً بالاتجاه الأمريكي الذي لا يسمح بتعويض الضرر النفسي إذا كان نتيجة مباشرة للمساس بالتكامل الجسدي^(١).

ولكننا لا نوافق هذا الرأي، ونرى على العكس مسالة الناقل الجوي عن هذه الأضرار، فهي أولاً أضرار بدنية جسمية يلتزم الناقل بتعويضها بمقتضى المادة ١٧ من اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩، وأيضاً وفقاً لاتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩، هذا بالإضافة إلى أن الأضرار النفسية في ذاتها تقبل التعويض ولو حدثت مستقلة عن الضرر البدني، وذلك على الوجه الذي سنوضحه لاحقاً في هذا الفرع.

فالمادة (١٧) من اتفاقية وارسو وإن نظمت تعويض الضرر الذي يلحق الركاب فإنها لم تهتم بالتمييز بين صنف هذا الضرر، وما إذا كان يلحق الراكب في جسده أم في باقي مقوماته المادية والأدبية ومن ضمنها الضرر النفسي^(٢).

وإن لم تتعرض المادة (١٧) للضرر النفسي، فإن حكمه يخضع للقواعد العامة في التعويض.

وبالنظر إلى أن الضرر النفسي يمكن إلحاقه بالضرر الأدبي، في بعض وجهاته على الأقل، فإن أحكام هذا الضرر الأدبي يمكن أن تطبق على الضرر النفسي.

ولما كان الضرر الأدبي الذي يلحق المضرور يقبل التعويض شأنه في ذلك شأن الضرر المادي والمالي، فإن الضرر النفسي يقبل التعويض ويسأل عنه الناقل باعتباره ضرراً أدبياً^(٣).

(١) انظر في هذا الرأي قضية :

Burnett V. Trans World Air lines Inc. 13 Avi. 17.231-(N.Y.C.A. 1974)

وانظر أيضاً: رفعت فخري أباير، أثر الإرهاب على مسؤولية الناقل الجوي للركاب، مجلة المحامي - الكويتية، ١٩.

(٢) انظر قريباً من ذلك: محمد فريد العريني، مرجع سابق ص ٢٠٨، الذي يقرر أن اتفاقية وارسو قررت مبدأ التعويض عن الضرر، ولكنها لم تحدد ماهية هذا الضرر أو مضمونه، الذي تركته للقوانين الداخلية، ولما كان الأذى الذي يصيب الإنسان في شخصه يشمل على السواء الأذى البدني والنفسي، فإن الضرر النفسي يخضع لأحكام اتفاقية وارسو.

(٣) انظر في تعويض الضرر النفسي باعتباره ضرراً أدبياً: المادة (١/٢٣١) من القانون المدني الكويتي التي تقر: "يتناول التعويض عن العمل غير المشروع الضرر، ولو كان أدبياً، ويشمل الضرر الأدبي على الأخص ما يلحق الشخص من أذى حسي أو نفسي، نتيجة المساس بحياته أو بجسمه أو بحريته أو بعرضه أو بشرفه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي أو الأدبي أو باعتباره المالي، كما يشمل الضرر الأدبي كذلك ما يستشعره الشخص من الحزن والأسى وما يفترقه من عاطفة الحب والحنان نتيجة موت عزيز عليه". راجع للمزيد من التفاصيل في =

فالضرر، بصفة عامة، يتمثل في المساس بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور، يترتب عليه خلل في مركزه المالي أو الاجتماعي بسبب ما يلحقه من أضرار، ولا شك أن الضرر النفسي يمثل مساساً واعتداءً على حق المضرور في سلامة شخصه، وإخلاقاً بتكامله الجسدي والأدبي.

وهذا الاختلال يستوجب إصلاحه و تعويضه بتصحيح التوازن الذي اختل إثر المساس بحالة المضرور التي كان عليها قبل حدوث الضرر، وما ترتب عليه من آثار مالية وغير مالية، ويكون ذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها لو لم يقع الضرر.

من ناحية أخرى، فقد أثارت الأضرار النفسية والعقلية التي يصاب بها الركاب استقلالاً وبعيداً عن أي ضرر جسماني نقاشاً وخلافاً وقت إعداد اتفاقية مونتريال ١٩٩٩، حيث طالب اتجاه ضرورة النص صراحة على ضمان الناقل لهذه الاضطرابات، بينما عارض اتجاه آخر ذلك، وانتهى الأمر بصيغة توفيقية لا تحول دون اعتبار هذه الاضطرابات العقلية والنفسية من الإصابات الجسدية، حيث تم الاتفاق على إبقاء النص الذي يحدد مسؤولية الناقل الجوي في الإصابة الجسدية، كما هو دون تعديل، أخذاً في الاعتبار أن الإصابات النفسية والعقلية يمكن أن تندرج تحت الأضرار الجسدية، ومن ثم يمكن تعويضها استناداً إلى صفتها هذه، بناء على ذلك تم اقتراح معيار مزدوج يحدد الإصابة العقلية أو النفسية التي يضمنها الناقل، بأنها تلك التي تؤثر في صحة الركاب تأثيراً خطيراً أو مسيئاً، بحيث تلحق به ضرراً بالغاً يؤثر على قدرته في مواصلة الأنشطة اليومية للشخص العادي^(١).

= تعويض الضرر الأدبي بكافة صوره، مؤلفنا: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥، ص ١٢٩ وبعدها.

(١) راجع للمزيد من التفاصيل فيما يتعلق بالنقاش الذي دار حول تعويض الأضرار النفسية، والحجج المؤيدة والمعارضة لتعويضها: محمود أحمد الكندري، النظام القانوني للنقل الجوي الدولي وفق اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ "تحديث نظام وارسو" مطبوعات مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، ص ١٠٦ وبعده.

انظر أيضاً: رفعت فخري أبدير، مدى مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية وارسو عن الأضرار التي تلحق الركاب من جراء عمليات اختطاف الطائرات وأعمال العنف التي تقع داخل المطارات، مجلة المحامي، السنة السادسة، يناير - مارس ١٩٨٣، ص ٦٢ وبعدها، فاروق أحمد زاهر، تحديد مسؤولية الناقل الجوي الدولي دراسة في اتفاقية فارسوفيا والبروتوكولات المعدلة لها، الناشر، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٥، مطبعة جامعة القاهرة، والكتاب الجامعي. ص ٢٧٢.

نشير أخيراً إلى أن تعويض الضرر النفسي أو العقلي هو الذي أخذت به اتفاقية تعويض الضرر الذي يلحق بطرف ثالث "الغير" الناتج عن أفعال التدخل غير المشروع التي تشمل الطائرات، وهي الاتفاقية المعروفة باتفاقية المخاطر العامة مونتريال ٢٠٠٩^(١).

فبعد نقاش طويل واعتراضات من جانب شركات النقل، تم إقرار التعويض عن الإصابة النفسية أو العقلية على أن تكون ناتجة عن إصابة بدنية أو تعرض مباشر لأعمال التهديد بالوفاة أو الإصابة الجسدية^(٢).

(١) تهدف هذه الاتفاقية إلى تطوير اتفاقية روما ١٩٥٢، الخاصة بتعويض الطرف الثالث عن الأضرار التي تحدثها الطائرة على سطح الأرض، والتي لم تدخل حيز التنفيذ بسبب ما شابها من بعض العيوب، يأتي في مقدمتها انخفاض حدود التعويض.

(٢) انظر في تأييد مسؤولية الناقل الجوي الدولي عن الأضرار النفسية في نطاق اتفاقية وارسو ١٩٢٩: رفعت فخري أبدير، المرجع السابق، فاروق أحمد زاهر، تحديد مسؤولية الناقل الجوي الدولي، دراسة في اتفاقية فارسوفي والبروتوكولات المعدلة لها، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٥، ص ٢٦٦ وبعدها، محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص ٢٠٨. وانظر في عدم تعويض الضرر النفسي وفقاً لأحكام اتفاقيتي وارسو ١٩٢٩، ومونتريال ١٩٩٩: عاطف محمد الفقي، تطور مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية مونتريال ١٩٩٩، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧، ص ١٢٢.

المبحث الثاني الأساس القانوني لالتزام الناقل الجوي بتعويض الضرر النفسي وأحكامه

وضحنا في المبحث الأول تطور تعويض الضرر النفسي منذ بداية إثارته في ظل اتفاقية وارسو لسنة ١٩٢٩، إلى إقراره ولو جزئياً في اتفاقية مونتريال ١٩٩٩، ثم تأكيده في اتفاقية تعويض الضرر الذي تلحقه الطائرات بالغير على الأرض "اتفاقية المخاطر العامة، مونتريال ٢٠٠٩".

ونقوم في المبحث الحالي بدراسة أحكام تعويض الضرر النفسي وفقاً لأحكام اتفاقية مونتريال لعام ١٩٢٩، من خلال التعرض لأساسه ثم قدره ومداه، وذلك على مطلبين على الوجه الآتي:

المطلب الأول: الأساس القانوني لالتزام الناقل الجوي بتعويض الضرر النفسي.
المطلب الثاني: أحكام التعويض عن الضرر النفسي.

المطلب الأول أساس التعويض عن الضرر النفسي

مناطق التعويض وإطاره العام:

يتعين لقيام التزام الناقل الجوي بتعويض الراكب عما يلحقه من أضرار وفقاً لاتفاقية مونتريال ١٩٩٩، وهي الاتفاقية السارية الآن، أن نكون بصدد نقل جوي خاضع لهذه الاتفاقية، وهو النقل الجوي الدولي التجاري، كما يجب أن يرجع الضرر النفسي الذي أصاب الراكب إلى حادث يتصل بعملية النقل، بأن يكون الحادث قد وقع على متن الطائرة أو أثناء أية عملية من عمليات صعود الركاب أو نزولهم^(١).

(١) انظر في المقصود بعقد النقل الجوي الدولي، والحادث مناطق التعويض: بحثنا في مدى التزام الناقل الجوي الدولي بضمان سلامة ركابه وفقاً لاتفاقية مونتريال ١٩٩٩، المؤتمر العربي الأول للقانون التجاري والبحري، الاتجاهات الحديثة في القانون التجاري والبحري، الداخلي والخارجي، الإسكندرية ١٢، ١٣ مايو ٢٠٠٧.

وانظر أيضاً: محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص ١٩٢ وبعدها.
ونؤوه إلى أن اتفاقية مونتريال التي نحن بصدها تقتصر على تنظيم وتحديد مسؤولية الناقل الجوي عن تعويض الأضرار التي تلحق ركابه، ويخرج عن نطاقها الأضرار التي تصيب الغير - الطرف الثالث - الناتج عن أفعال التدخل غير المشروع، وهي اتفاقية المخاطر العامة - مونتريال ٢٠٠٩.

ويتقرر تعويض الراكب عما يلحقه من أضرار إثر قيام مسؤولية الناقل عن حدوث هذا الضرر، تلك المسؤولية التي تقوم على أساس تحمل الناقل بالتزام يضمن بمقتضاه سلامة ركابه، وبمقتضى هذا الالتزام لا تقتصر مسؤولية الناقل على نقل الراكب إلى وجهته المقصودة أيا كانت نتيجة هذا النقل، وإنما يلتزم أيضاً بأن يتم هذا النقل بسلام وأمان، بأن يصل الراكب سليماً معافى دون أذى يلحقه من جراء عملية النقل.

وكان التزام الناقل الجوي بضمان سلامة الراكب - في بداية ظهوره - التزاماً مشدداً، يتمثل في تحقيق غاية أو نتيجة محددة هي نقل الراكب وتوصيله إلى الجهة التي يقصدها سليماً معافى دون إصابات أو جروح أو مساس بجسده، فإن تم ذلك يكون الناقل قد وفى بالتزامه، أما إذا أصيب الراكب بضرر ما فإن الناقل يكون قد أخل بالتزامه، وتقوم مسؤوليته دون حاجة لإثبات آخر سوى إثبات الراكب لإصابته، ما لم يتمكن الناقل من دفع هذه المسؤولية بإثبات أن إصابة الراكب ترجع إلى سبب أجنبي لا يسند إليه ولا يسأل عنه، فهذا الالتزام وإن كان التزاماً مشدداً، فهو ليس مطلقاً، مراعاة لمصالح الناقل واستمراراً لمرفق النقل في أداء وظيفته، فإذا كانت سلامة الراكب تقتضي التشدد في هذا الالتزام، فإن مصلحة الناقل وعدم تحميله أكثر مما يحتمل تقتضي عدم جعله التزاماً مشدداً مطلقاً.

وهكذا جاء التزام الناقل بضمان سلامة ركابه موفقاً بين مصالحه ومصالح المضرور. وما أن ظهر الالتزام بضمان السلامة واستقر في النقل الداخلي، إلا وانتقل إلى النقل الدولي مع التعديلات التي يقتضيها هذا النوع من النقل، بدءاً من اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩، وانتهاء باتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ التي دخلت حيز التنفيذ في ٤ نوفمبر ٢٠٠٣.

والملاحظ على مسؤولية الناقل الجوي الدولي، حيث يتم النقل على الصعيد الدولي، تجاه ركابه إنها جاءت أقل شدة عن مسؤوليته على الصعيد الوطني الداخلي، إذ ترد المسؤولية الأولى بعض القيود سواء فيما يتعلق بقيامها أو بمجالها ونطاقها، أو بمداه، وذلك على الوجه الذي سنقوم بإيضاحه إيجازاً فيما يأتي^(١).

فوفقاً لاتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩، تقوم مسؤولية الناقل الجوي على أساس الخطأ، وأن كان خطأ مفترضاً، إذ اكتفت الاتفاقية بإقامة قرينة بسيطة على خطأ الناقل

(١) راجع في هذه الموضوعات تفصيلاً بحثنا سابق الإشارة إليه، " مدى التزام الناقل الجوي الدولي.."

في حالة وقوع حادث للركاب ترتب عليه إصابتهم، ويظهر ذلك من إجازة الاتفاقية للناقل أن يهدم هذه القرينة بإثبات أنه وتابعيه قد اتخذوا كل الاحتياطات والإجراءات الضرورية لتجنب الضرر، أو أنه كان يستحيل عليهم اتخاذ هذه الاحتياطات^(١)، وهذا يعني أن اتفاقية وارسو ١٩٢٩ جعلت التزام الناقل الجوي الدولي بضمان سلامة ركابه مجرد التزام بوسيلة وليس التزاماً مشدداً بنتيجة، إذ أن كل ما قدمته للراكب المصاب هو إقامة قرينة بسيطة قابلة للدفع على خطأ الناقل.

من ناحية أخرى، فقد وضعت اتفاقية وارسو حداً أقصى للتعويض الذي يحصل عليه كل راكب في حالة إصابته وثبوت مسؤولية الناقل، وهو ١٢٥ ألف فرنك بوانكريه^(٢)، ولكنها أجازت رفع هذا المبلغ باتفاق خاص بين الناقل والراكب، كما حظرت الاتفاقية على الناقل التمسك باستبعاد مسؤوليته أو تقييدها بحد أعلى إذا نشأ الضرر الذي أصاب الراكب نتيجة غش من الناقل أو خطأ تعتبره المحكمة - المعروض عليها النزاع - مساوياً للغش.

ثم جاء بروتوكول لاهاي ١٩٥٥ ليشدد مسؤولية الناقل بمضاعفة الحد الأعلى للتعويض ليصبح ٢٥٠ ألف فرنك بوانكريه لكل راكب، كما حرّمه من دفع مسؤوليته بالاستناد على الخطأ الملاحي الصادر من تابعيه^(٣).

وفي ١٨ سبتمبر ١٩٦٨ أبرمت اتفاقية جواذا لاخار بالمكسيك تم بمقتضاها تطبيق أحكام اتفاقية وارسو على كلا الناقلين: الناقل المتعاقد والناقل الفعلي، الأول بالنسبة لكل النقل المتفق عليه، والثاني بالنسبة للنقل الذي نفذه فعلاً.

وفي خطوة لاحقة تم إبرام اتفاق مونتريال ١٩٦٦ بين بعض شركات النقل الجوي الأمريكية وشركات نقل دولية أخرى، تعهدت بمقتضاه هذه الشركات بعدم

(١) راجع: المادة (٢٠) فقرة أولى من اتفاقية وارسو التي تنص على أن: "لا يكون الناقل مسؤولاً إذا أثبت أنه وتابعيه ووكلاءه اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر، أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذ مثل هذا التدابير".

كما أجازت الاتفاقية دفع هذه المسؤولية بإثبات خطأ الراكب المصاب.

انظر: المادة (٢١) من الاتفاقية التي تنص على أنه: "إذا أثبت الناقل أن خطأ من الشخص المضرور هو الذي تسبب أو أسهم في إحداث الضرر، جاز للمحكمة، وفقاً لأحكام قانونها الذاتي، أن تعفي الناقل كلياً أو جزئياً من المسؤولية".

(٢) الفرنك البوانكريه يساوي ٦٥ مليون فرنك من الذهب عيار تسعمائة بالآلف.

(٣) ولكنه ضيق مقابل ذلك من فكرة الخطأ الذي يستبعد وفقاً له تقييد مسؤولية الناقل كما سمح لتابعي الناقل بالإفادة من تقييد المسؤولية وفقاً للتحديد الذي قرره المادة ٢٢ من الاتفاقية.

التمسك بأية وسيلة من وسائل دفع المسؤولية التي نصت عليها المادة (٢٠) فقرة أولى من اتفاقية وارسو، فأصبحت بذلك مسؤولية الناقل الجوي - بالنسبة لهذه الشركات - هي للضمان أقرب منه إلى المسؤولية، غير أن هذا الاتفاق لم يشمل كل شركات النقل الجوي، كما أن تطبيقه اقتصر على النقل الجوي الدولي الذي تكون فيه الولايات المتحدة الأمريكية بداية للرحلة أو نهاية لها أو مجرد محطة توقف، كما تم في هذا الاتفاق رفع السقف الأعلى للتعويض الذي يمنح لكل راكب في حالة وفاته أو إصابته إصابة جسمانية أثناء النقل إلى ٧٥ ألف دولار أمريكي^(١).

وواجهت اتفاقية مونتريال ١٩٩٩^(٢)، مسؤولية الناقل الجوي الدولي تجاه ركابه بنصها في مادتها رقم (١٧) على أن يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ في حالة وفاة الراكب أو تعرضه لإصابة جسدية، بشرط أن تكون الحادثة التي سببت الوفاة أو الإصابة قد وقعت فقط على متن الطائرة أو أثناء أية عملية من عمليات صعود الركاب أو نزولهم، ثم أجازت المادة (٢٠) من الاتفاقية دفع مسؤولية الناقل بإثبات خطأ المصاب، وحظرت المادة (٤٧) كل شرط يهدف إلى إعفاء الناقل من مسؤوليته أو إلى وضع حد أدنى من الحد الذي قرره الاتفاقية، كما حددت المادة (٢١) التعويض الذي يتقلى الناقل في حالة وفاة الراكب أو إصابته، وذلك على التفصيل الذي سنوضحه لاحقاً.

طبيعة مسؤولية الناقل:

بمراجعة المادة (٢١) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ يتبين أنها تفرض على الناقل الجوي الدولي نوعين من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق الراكب، وفقاً لقيمة الأضرار المطالب بالتعويض عنها، وما إذا كانت لا تتجاوز قيمتها مائة ألف وحدة من

(١) أما بروتوكول جواتيمالا لعام ١٩٧١، والذي لم ينفذ لعدم إتمام التصديق عليه، فقد تشدد أكثر في مسؤولية الناقل، حيث أقامها عن كل ضرر يصيب الراكب بسبب وفاته أو إصابته إصابة جسمانية، بمجرد وقوع الحادث أثناء وجود الراكب داخل الطائرة أو أثناء عمليات الصعود إليها أو النزول منها، ولم يسمح للناقل دفع هذه المسؤولية إلا بإثبات أن الوفاة أو الإصابة الجسمانية قد حدثت فقط نتيجة خطأ المصاب أو نتيجة حالته الصحية. راجع: المادة (٤) من البروتوكول المذكور.

(٢) جاءت اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ في شأن توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي على الرغم من وجود اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩ وبروتوكول لاهاي لعام ١٩٥٥، واتفاقية جواد الادخار لعام ١٩٦١، وذلك لتحديث أحكام اتفاقية وارسو ١٩٢٩، وتقادي ما ظهر من مشكلات واقعية أظهرها تطبيق هذه الاتفاقية، بصفة خاصة في مجال مسؤولية الناقل الجوي، هذا بالإضافة إلى ما ظهر من تنازع بين نصوص اتفاقية وارسو وما تلاها من اتفاقيات وبروتوكولات لاحقة.

حقوق السحب الخاصة، أم تتجاوز هذا المبلغ، وتتميز المسؤولية في الحالة الأولى بكونها أكثر شدة عن الحالة الثانية، وذلك على الوجه الآتي:

أولاً: المسؤولية عن الأضرار التي لا تتجاوز قيمتها مائة ألف وحدة حقوق سحب خاصة عن كل راكب: هذه المسؤولية لا تحتاج لقيامها إلى إثبات خطأ الناقل، بل تقوم بمجرد وقوع الحادث أثناء وجود الراكب على متن الطائرة، أو أثناء عمليات الصعود إليها أو النزول منها؛ لذلك يمكن اعتبارها مسؤولية مشددة، خاصة وأن الناقل لا يمكنه دفعها والتخلص منها إلا بإثبات خطأ المضرور المصاب^(١)، دون غيره من أسباب دفع المسؤولية وفقاً للقواعد العامة مثل القوة القاهرة وخطأ الغير.

في ضوء ما تقدم يمكن القول أن التزام الناقل بضمان سلامة الراكب مع هذه المسؤولية المشددة يكون للضمان أقرب منه إلى المسؤولية.

ثانياً: المسؤولية عن الأضرار التي تتجاوز قيمتها مائة ألف وحدة حقوق سحب خاصة: تتميز مسؤولية الناقل في هذه الحالة بأنها لا تقوم إذا أثبت أحد الأمرين الآتيين:

الأمر الأول: أن الضرر لم ينشأ عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الناقل أو تابعيه.

الأمر الثاني: أن الضرر نشأ فقط عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الغير.

كما أجازت المادة (٢٠) من اتفاقية مونتريال للناقل دفع هذه المسؤولية بإثبات خطأ الراكب المصاب.

وبتحليل الأمر الأول يتبين أنه يتضمن سببين لدفع مسؤولية الناقل، السبب الأول: أن خطأ الناقل أو تابعيه هو الذي أدى إلى وقوع الحادث، والسبب الثاني انعدام علاقة السببية - في حالة خطأ الناقل أو تابعيه - بين هذا الخطأ والضرر الذي أصاب الراكب، ويفترض هذا السبب الثاني وقوع خطأ أو إهمال من الناقل أو تابعيه إلا أن هذا الخطأ لا علاقة له بالحادث، أي أنه لم يكن له أي دور في وقوع الحادث وما ترتب عليه من ضرر أصاب الراكب.

بذلك فإن الناقل يمكنه دفع مسؤوليته هذه بإثبات أي من الأسباب الثلاثة

(١) راجع: المادة (٢٠) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩.

المتقدمة، وهي: انعدام خطأ الناقل، أو انعدام علاقة السببية بين خطئه والضرر، أو خطأ الغير.

ونظراً لأن الراكب المصاب لا يطلب منه - هنا أيضاً - إثبات خطأ الناقل، بل تقوم بمجرد حدوث الضرر، ما لم يتمكن الناقل من دفعها بإثبات أي من الأسباب الثلاثة المتقدمة، فهي إذن مسؤولية مفترضة تقوم على خطأ مفترض في جانب الناقل، لا يطلب من الراكب المضروب إثباته، ولكنه افتراض بسيط يجوز دفعه على الوجه الذي أوضحناه.

فهذه المسؤولية الثانية، وإن كانت تتفق مع سابقتها المسؤولية الأولى - المشددة - في افتراض قيامها، وعدم حاجة الراكب المضروب إلى إثبات خطأ الناقل الجوي في كلاهما، إلا أنها تختلف عنها في طرق دفعها: فالمسؤولية الأولى لا تدفع إلا بإثبات خطأ المضروب دون غيره من الأسباب العامة لدفع المسؤولية، أما الثانية فيمكن دفعها بإثبات عدم خطأ الناقل أو خطأ المضروب، أو خطأ الغير.

المطلب الثاني أحكام التعويض

تقتضي دراستنا لأحكام التعويض الذي يلتزم به الناقل لصالح الراكب المضروب، وما يتصل به من أحكام أخرى التعرض إيجازاً للموضوعات الآتية^(١):

أولاً: قدر التعويض.

ثانياً: مراجعة حدود المسؤولية.

ثالثاً: المدفوعات الفورية.

رابعاً: تقادم دعوى التعويض.

خامساً: وسائل التخلص من التعويض.

سادساً: الاتفاقات المتعلقة بمسؤولية الناقل ومدى التزامه بالتعويض.

سابعاً: تشديد مسؤولية الناقل سيئ النية.

والآتي كلمة موجزة عن كل من هذه الموضوعات:

(١) تقتصر دراستنا على عرض الأحكام الخاصة بتعويض الضرر النفسي الذي يلحق ركاب الناقل الجوي، دون التعرض للأحكام العامة للتعويض التي نحيل بشأنها إلى المراجع العامة.

أولاً - قدر التعويض:

حددت المادة (٢١) من اتفاقية مونتريال قدر التعويض الذي يتحمله الناقل إذا أصيب الراكب بضرر من جراء عملية نقله، ويختلف هذا القدر وفقاً لنوع المسؤولية التي يتحملها الناقل:

(أ) - فبالنسبة للمسؤولية المشددة التي تتميز بقيامها دون حاجة إلى إثبات الخطأ، إلى جانب عدم إمكان دفعها إلا بإثبات خطأ المضرور، فقد حددت الفقرة (١) من المادة (٢١) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ قدر التعويض الذي يتحمله الناقل بما لا يجاوز ١٠٠,٠٠٠ وحدة حقوق سحب خاصة^(١).

والمبلغ المذكور يمثل الحد الأقصى لقدر التعويض الذي قد يقل عن ذلك وفقاً لمدى الضرر الذي لحق المضرور وقيمتة، ولكنه لا يزيد عن هذا المبلغ طالما تم اللجوء إلى هذه المسؤولية المشددة على الناقل من حيث عدم تطلب خطئه لقيامها، واليسيرة بالنسبة للمضرور من حيث إثباتها.

(ب) أما إذا استند التعويض على المسؤولية التي حددتها الفقرة (٢) من المادة (٢١)، وهي المسؤولية غير المشددة التي يمكن دفعها بإثبات عدم خطأ الناقل، أو انتفاء علاقة السببية بين الضرر وخطئه، أو خطأ المصاب، أو خطأ الغير، ونظراً لأن هذه المسؤولية أيسر في دفعها فقد أطلقت المادة (٢/٢١) مداها ولم تقصر معها التعويض على قدر معين.

ويلاحظ أن حدود التعويض التي أشرنا إليها لا تحول دون أن تقضي المحكمة - بالإضافة إليها - بمصاريف الدعوى ونفقات التقاضي التي تكبدها المدعي أو بعضها مع الفوائد^(٢).

ثانياً - مراجعة حدود المسؤولية:

مراعاة لعوامل التضخم وتأثيرها على مبالغ التعويض فقد وضعت المادة (٢٤)

- (١) ويرجع في تحديد حقوق السحب الخاصة إلى تعريف صندوق النقد الدولي لها، وإعمالاً للمادة (٢٣) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ يتم تحويل هذه المبالغ إلى العملات الوطنية عند التقاضي، وفقاً لقيمة تلك العملات مقومة بوحدة السحب الخاصة يوم صدور الحكم.
- (٢) انظر: الفقرة (٦) من المادة (٢١) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩، التي أضافت أن هذا الحكم لا يسري إذا كان مبلغ التعويض المحكوم به، عدا تكاليف الدعوى ونفقات التقاضي الأخرى، لا يزيد عن المبلغ الذي عرضه الناقل كتابياً على المدعي، خلال مدة ستة أشهر من تاريخ الحدث الذي سبب الضرر، أو قبل رفع الدعوى إذا رفعت في تاريخ لاحق لتلك المدة.

من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ نظاماً لمراجعة حدود المسؤولية مرة كل خمس سنوات، بحيث يتم تعديل حدود المسؤولية إذا جاوز عامل التضخم ١٠ في المائة^(١).

ثالثاً - المدفوعات الفورية:

ألزمت المادة (٢٨) من اتفاقية مونتريال الناقل أن يدفع دون إبطاء مبالغ مسبقة إلى الأشخاص الطبيعيين الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض، وذلك لتلبية احتياجاتهم العاجلة^(٢)، غير أن هذا الحكم يتطلب أن يكون الناقل ملزماً بهذه المدفوعات العاجلة بموجب قانونه الوطني.

ولا يعد دفع هذه المبالغ إقراراً من الناقل بمسؤوليته، كما يجوز خصمها من التعويض الذي يلتزم به الناقل لاحقاً^(٣).

رابعاً - تقادم دعوى التعويض:

وفقاً للمادة (٣٥) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ يسقط الحق في التعويض الذي يستحقه المصاب إذا لم ترفع الدعوى خلال سنتين من أي من الأحداث الآتية:

- تاريخ الوصول إلى نقطة المقصد.
 - التاريخ الذي كان يجب أن تصل فيه الطائرة إلى نقطة المقصد.
 - التاريخ الذي توقفت فيه عملية النقل.
- أما طريقة حساب مدة السنتين فيتم وفقاً لقانون المحكمة التي رفعت الدعوى أمامها^(٤).

(١) راجع في أحكام ومواعيد المراجعة: المادة (٢٤) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩.

(٢) ولم تحدد الاتفاقية قدر هذه المبالغ التي يدفعها الناقل مسبقاً، وإنما تركت ذلك للتشريعات الوطنية الداخلية، كما لم تتعرض الاتفاقية للحالة التي يثبت فيها عدم مسؤولية الناقل، وما إذا كان يحق له استرداد المبالغ التي يكون قد دفعها للضرر فور وقوع الحادث أم لا يحق له ذلك، وتطبيق القواعد العامة في هذه الحالة يجيز للناقل استرداد ما دفعه دون سبب، ما لم تر القوانين الداخلية خلاف ذلك وتعتبر هذه المدفوعات نهائية غير قابلة للرد.

(٣) ومن الوجهة العملية فقد طبقت شركة سويس أير هذا الحكم بالفعل بالنسبة لضحايا سقوط إحدى طائراتها في المحيط الأطلسي.

كما أقر مجلس وزراء النقل العرب في جلسته رقم ١٩١، في دورة الدوحة رقم (١٤) بتاريخ ١٢/١١/١٩٩٨ دفع هذه المبالغ، بتوصية الهيئة العربية للطيران المدني بدفع مبلغ ١٥٠٠٠ وحدة حقوق سحب خاصة، بالتطبيق للمادة (٢٨) من اتفاقية مونتريال. انظر: محمود أحمد الكندري، مرجع سبق الإشارة إليه، ص ٦٥.

خامساً - طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي:

نظمت المادتان (٢٠) و (٢١) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ الوسائل التي يملكها الناقل لدفع مسؤوليته والتخلص من التعويض الذي يثقله، وهذه الوسائل تختلف وفقاً لقدر التعويض المطالب به، والذي على أساسه تتحدد طبيعة مسؤولية الناقل أيضاً:

(أ) فإذا لم يتجاوز قدر التعويض المطالب به مائة ألف وحدة حقوق سحب خاصة، فإن الناقل لا يمكنه دفع هذه المسؤولية إلا بالاستناد إلى سبب واحد هو خطأ المضرور، وهو الذي حددته المادة (٢٠) من الاتفاقية بنصها على أنه: "إذا أثبت الناقل أن الضرر قد نجم عن، أو أسهم في حدوثه، إهمال أو خطأ أو امتناع الشخص المطالب بالتعويض، أو الشخص الذي يستمد منه حقوقه، يعفى الناقل كلياً أو جزئياً من مسؤوليته تجاه المطالب، بقدر ما يكون هذا الإهمال أو الخطأ أو الامتناع قد سبب الضرر أو أسهم في حدوثه.

فهذا النص يجعل من خطأ الراكب المضرور سبباً دافعاً لمسؤولية الناقل، يستوى في هذا الخطأ أن يكون بفعل إيجابي من المضرور أو بفعل سلبي يتمثل في امتناعه عن القيام بإجراءات سلامة وحذر كان يتوجب عليه اتخاذها ولكنه لم يفعل.

فإذا تقدم بطلب التعويض عن وفاة الراكب أو إصابته شخص آخر غير الراكب، فإن الناقل يعفى كلياً أو جزئياً من مسؤوليته بقدر ما يثبت أن حدوث الضرر أو الإسهام في حدوثه قد حصل نتيجة إهمال أو خلل أو امتناع الراكب المصاب، وتنطبق هذه المادة على جميع أحكام المسؤولية في اتفاقية مونتريال، بما في ذلك الفقرة (١) من المادة (٢١).

فهذه المادة تواجه خطأ الراكب المصاب المتمثل فيما يصدر عنه من إهمال وتقصير، وتجعله سبباً دافعاً لمسؤولية الناقل بقدر ما يكون هذا الخطأ قد أحدث من أضرار، فإن كان هو السبب الوحيد للضرر أعفى الناقل كلية من المسؤولية والتعويض، وإن كان خطأ المصاب مجرد سبب ضمن أسباب أخرى فلا يكون الإعفاء إلا جزئياً وبقدر ما أسهم خطأ المصاب في إحداث الضرر.

وخطأ الراكب المصاب يكون سبباً دافعاً لمسؤولية الناقل، في الحدود السابقة، حتى ولو كان المطالب بالتعويض شخص آخر غيره، كوالده أو ابنه أو زوجه كما أوضحنا.

(ب) أما إذا جاوزت قيمة الضرر المطالب بالتعويض عنه مائة ألف وحدة عن كل راكب، فإن الناقل يمكنه دفع المسؤولية التي تثقله - بالإضافة إلى إثبات خطأ الراكب المصاب - بالاستناد إلى الأسباب الثلاثة التي حددتها الفقرة الثانية من المادة (٢١)

من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩، وهي: انتفاء خطأ الناقل وتابعيه ووكلائه، أو انتفاء علاقة السببية بين هذا الخطأ - إن وجد - والحادث المسبب للضرر، أو خطأ الغير، أي غير الراكب وغير الناقل وتابعيه ووكلائه.

سادساً - الاتفاقات المتعلقة بمسؤولية الناقل ومدى التزامه بالتعويض:

نظمت المادتان (٢٥)، (٢٦) من اتفاقية مونتريال مدى جواز الاتفاق بين الناقل والراكب على حدود المسؤولية والتعويض المترتب عليها على خلاف الحدود المنصوص عليها في الاتفاقية، وميزت في هذا الصدد بين الشروط التي تشدد في مسؤولية الناقل، وتلك التي تخفف منها أو تستبعد كلياً، وذلك على الوجه الآتي:

أ - فوفقاً للمادة (٢٥) من الاتفاقية يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية الناقل، سواء برفع حدود المسؤولية التي يخضع لها الناقل لصالح الراكب، أو باستبعاد أي قيد على هذه المسؤولية، وبناء على ذلك يجوز أن يتضمن عقد النقل رفع الحد الأقصى للتعويض الذي حددته المادة (٢١) من الاتفاقية وهو مائة ألف وحدة حقوق سحب خاصة.

ب - أجازت المادة (٢٧) للناقل أن يتنازل عن أي سبب دفاع متاح له بموجب الاتفاقية، فله أن يتحمل تبعه أخطاء الراكب أو الغير.

ج - وعلى خلاف جواز تشديد مسؤولية الناقل على الوجه السابق فقد حظرت المادة (٢٦) من الاتفاقية كل شرط يهدف إلى إعفاء الناقل من مسؤوليته، أو إلى وضع حد للمسؤولية أدنى من الحد الذي قرره الاتفاقية، فهذا النص يجعل من حدود المسؤولية التي فرضتها المادة الحد الأدنى لمسؤولية الناقل، فلا يجوز إنقاصه، وإنما يجوز زيادته.

سابعاً - تشديد مسؤولية الناقل سيئ النية:

التحديد القانوني لمسؤولية الناقل الجوي على الوجه السابق توضيحه، والمقرر لمصلحة الناقل، يفترض أن يكون حسن النية، فإن كان الناقل سيئ النية فلا يكون جديراً بهذه المعاملة الحسنة، ومن ثم، فلا تطبق عليه ويعامل وفقاً للقواعد العامة في تقدير التعويض الذي لا تضع حدوداً قصوى له، وإنما يقدر بقدر الضرر الواقع إعمالاً لمبدأ التعويض الكامل الذي يجبر كل الأضرار التي تلحق الراكب المضرور^(١).

(١) المادة (٣٥) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩.

(٢) راجع في مبدأ التعويض الكامل، وفي تقدير التعويض بصفة عامة: مؤلفنا في تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م، ص ٤٧ وبعدها.

ويكون الناقل سيئ النية فلا يستفيد من تحديد المسؤولية عندما يكون الضرر الذي أصاب الراكب قد نتج عن فعل أو امتناع من جانب الناقل أو تابعيه أو وكلائه، بقصد إحداث الضرر، أو برعونة مقرونة بإدراك أن ضرراً سينجم عن ذلك في الغالب. فإن كان الفعل أو الامتناع واقعاً من أحد تابعي الناقل أو وكلائه، فيتعين إثبات أن هذا التابع أو الوكيل كان يتصرف في نطاق ممارسته لوظيفته^(١).

هذا الحكم الذي تفرضه القواعد العامة في المسؤولية والتعويض والذي قرره اتفاقية مونتريال في مادتها رقم (٢٢) بالنسبة للضرر الناتج عن التأخير في نقل الركاب، والضرر المترتب على تلف الأمتعة أو ضياعها أو تعييبها أو تأخرها، لا حاجة له بالنسبة للأضرار الجسمانية التي تلحق الراكب، لأن الاتفاقية لم تقيد التعويض عنها بحدود قصوى، وإنما أطلقت هذا التعويض طالما لم يستطع الناقل دفع مسؤوليته بالأسباب التي حددتها المادة (١/٢١) وذلك على الوجه الذي سبق لنا توضيحه.

خاتمة:

تعرضنا في هذه الدراسة الموجزة لأحد الموضوعات المهمة التي يثيرها النقل الجوي الدولي للأشخاص، وهو مدى ضمان الناقل للأضرار النفسية التي تلحق ركابه، وتتبلور أهمية هذا الموضوع في تعلقه بشخص الراكب وسلامة تكامله الجسmani والنفسي، أثنى ما يملك وأهم ما يسعى إلى المحافظة عليه، وهو ما يستوجب التشدد في مسؤولية ناقل الأشخاص بصفة عامة والنقل الدولي بصفة خاصة.

غير أن التشديد في مسؤولية الناقل قد يؤثر في استمراره بالقيام بهذه الخدمة الحيوية، بصفة خاصة إذا ما نظرنا إلى جسامة الأضرار التي يتحملها في حالة وقوع حادث من الحوادث الجسيمة التي يتعرض لها مرفق النقل أخذاً في الاعتبار ضخامة عدد الركاب إضافة إلى إرتفاع ثمن الطائرة ذاتها.

وبالتوفيق بين هذين الأمرين، تشديد مسؤولية الناقل لدفعه إلى الحفاظ على سلامة الركاب والحفاظ على تكاملهم الجسدي والنفسي من ناحية، وعدم إبهاط الناقل من ناحية أخرى، شيدت الأحكام المنظمة للالتزام الناقل الدولي بضمان الأضرار التي تلحق ركابه بصفة عامة، والأضرار النفسية بصفة خاصة. بدأ ذلك باتفاقية وارسو ١٩٢٩ والاتفاقيات والبروتوكالات اللاحقة لها انتهاء باتفاقية مونتريال ١٩٩٩ التي قامت بتحديث الأحكام السابقة عليها وتطوير مسؤولية الناقل تجاه ركابه، بما يحقق

(١) المادة ٢٢/٥.

التوفيق والتوازن الذي كان مفقوداً قبلها، وقد ظهر هذا التوازن في العديد من الموضوعات التي تعرضت لها هذه الدراسة، سواء فيما يتعلق بالتشدد في مسؤولية الناقل الجوي والاقتراب بها من فكرة الضمان في حالات معينة، أو فيما يتعلق بتسهيل قيام هذه المسؤولية والتشديد على الناقل في دفعها والتخلص منها، أو في قدر التعويض الذي يلتزم به الناقل في حالة إصابة الراكب والذي ارتفع إلى قدر معقول يكفي لتعويض الراكب دون أن يبهظ الناقل، أما فيما يتعلق بضمان الناقل الجوي الدولي للأضرار النفسية فقد رجحنا الاتجاه القائل بالتزام الناقل بتعويض هذه الأضرار سواء أكانت تابعة للأضرار البدنية التي تصيب الراكب، أم كانت مستقلة عنها، باعتبار أن هذا الاتجاه هو الذي يتماشى مع القواعد العامة في تعويض الضرر، سواء اعتبرناه ضرراً نفسياً بحتاً، أم اعتبرناه مما يدخل في الضرر البدني الجسماني، وذلك دون التوقف عند نص المادة (١٧) التي تنظم تعويض الضرر بصفة عامة؛ لكونها لم تتعرض صراحة لتعويض هذا الضرر وفقاً لوجهة نظرنا.

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

- ١ - أبو زيد رضوان: تطور طبيعة ومدى مسؤولية الناقل الجوي الدولي للأشخاص ونظم التأمين عليها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٧٤.
- ٢ - ثروت أنيس الأسيوطي: قانون الطيران المدني، القاهرة ١٩٦٨.
- ٣ - رفعت فخري أبادير: أثر الإرهاب على مسؤولية الناقل الجوي للركاب مجلة المحامي، السنة السادسة، تصدرها جمعية المحامين الكويتية عدد إبريل ١٩٨٣.
- ٤ - عاطف محمد الفقي: تطوير مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية مونتريال ١٩٩٩، دار الفكر الجامعي، القاهرة ٢٠٠٧.
- ٥ - عبد الفضيل محمد أحمد: القانون الجوي، منشأة المعارف ٢٠٠٩.
- ٦ - فاروق أحمد زاهر: تحديد مسؤولية الناقل الجوي الدولي، دراسة في اتفاقية فارسوفي والبروتوكولات المعدلة لها، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٥.
- ٧ - محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي: القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٣.
- ٨ - هاني دويدار: القانون البحري و الجوي، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٨.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- 1 - Dempsey p. S: International air cargo & baggage liability and the tower of babel, Geo. Wash. Int 1. L Rev., Vol. 36, 2004.
- 2 - Du Pontavice: La piraterie aérienne notion et effets, RGAE 1969
- 3 - Easton. J. F & others: Post traumatic (lesion corporelle): A continuum of bodily injury under the warsaw convention, j. air. L & com, vol. 68, 2003.
- 4 - Guinchard M.: Garanties et responsabilités dans le crédit - bail sur airiness, R. F. D. A, 1975.
- 5 - Mankiewicz: Le statut de l' arrangement de l' arrangement de montréal (Mai 1966) et la decision du civil aeronautics board du 13 mai 1966 concernant la responsabilité de contains transporteurs à l' égard de leurs passagers- R.F.D.A., 1967.

- 6 - Mercadal B.: Droit des transports terrestres et Aérien, 1996.
- 7 - Miller: Le système de responsabilité issue de la convention de varsovie à L, épreuve des jurisprudences nationales-thèse.
- 8 - Moore. L.: The world trade center- terrorist airline destruction: will this be the first test of war between the montreal liability convention article 21. J. air. L& Com, vol.68, 2003.
- 9 - Pourcelet (Michel): Transport aérien international et responsabilité Montréal 1964.
- 10 - Ripert (georges): La convention de varsovie du 12 octobre 1929 et L' unification du droit privé aérien, journal du droit international, 1930, p.90-100-(57 année)
- 11 - R. Rodière Droit des transport terrestres et aérien -3ème, éd.- Paris1981-n. 369.
- 12 - Sesseli (jacques): La notion de faute dans la convention de varsovie-lausanne, 1961.
- 13 - Tancelin (M.): La crise de la Convention de Varsovi- Revue générale se l' air et de l' Espace- 1966.
- 14 - Tosi (Jean - Pierre) La responsabilité Aérienne, paris 1978.

ثالثاً: الأحكام القضائية:

- 1 - Block V. Compagnie National Air france 10 Avi. 17. 516 (U.S.C.A.1967),p. 527-528.
- 2 - Herman. V. Trans World Airlines, Inc. 12 Avi, 17.314.N.Y. Sup Ct. 1972.
- 3 - Husserl V. swiss airlines, 13 avi., 17, 603 (south district of new York, 1972)
- 4 - Rosman V. trans world airlines, Inc, 314 N.E 2 d 848 (N.Y. 1974)
- 5 - Kristal V. BOAC and other, 14 Avi., 17. 128 (center Distrite of California, 1975)

- 6 - Husserl V. Swissair - (1975) - Op. Cit. p. 17.610; McGilchrist.
- 7 - Gergo Karfunkel and renee V. Compagnie National AirFrance and Singapore. Air lines l td. 14 Avi. 17. 674 (S.D.N.Y 1977)
- 8 - George Karfunkel V Air France and other, 14 avi., 17.674 (S.D.N.Y.1977)
- 9 - McGilchrist (Neil R.)- Aerial Hijacking- (1978) 2LMCLQ. 304
- 10 - Samel Morris and Sylvia Morris. V. the Boeing Company and El Al Israel AIRLINES, LTD. 15 AVI. 17.241(S.D.N.Y. 1978)
- 11 - Robert Palagonia, Et Al. V. Trans World Airlines, Air law, vol. IV. No. 2, 1979, Introductory Note, By Alvin H. Meadow. P. 104.
- 12 - Flody V. Eastern Airlines, Inc, 872 f. 2d 1426 (11th cir 1989)
- 13 - Opsina V. Trans World Airlines, Inc, 975 F. 2d 35(2d cir. 1992)
- 14 - In Re Korean Air Lines Disaster of Sept. 1, 1983, 814 F. Supp. 592 (E.D,Mich. 1993)
- 15 - Terrafranca V. Virgin Atlantic Airways, ltd, 151 f. 3d 108 (3d cir.1998)
- 16 - Hermano V. United Airlines, no. C99 - 010851, 1999. W1 1269187, at 1 (n.d.cal.1999)
- 17 - Weaver V. Delta Airlines, 56 f- Supp. 2d 1190 (D. Mont 1999)
- 18 - Croicher Worldwide Flight Services, Inc, 111 F. Supp. 2d 501 (D. N.J. 2000)
- 19 - Turturro V. Continental Airlines, 128 f. supp. 2d 170 (S.D.N.Y. 2001)
- 20 - Bobian V. C S A Czech Airlines, 231 F. Supp. 2d 319 (D.N.Y 2002)
- 21 - Grey V. American Airlines, Inc. 227 F.2d (Federal Reporter, Second Series), 282

المعايير الدولية لإنشاء المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان نحو إحداثها بالكويت

الدكتور/ عيسى حميد العنزي
قسم القانون الدولي
كلية الحقوق - جامعة الكويت

أ. سماعلي عواطف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة تبسة - الجزائر

ملخص:

إن المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان هي مؤسسات متميزة استدعت الضرورة إحداثها جنباً إلى جنب مع مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة، لصعوبة وصول هذا الأخير إلى التفاصيل المحلية ومعالجتها. وقد عملت الأمم المتحدة على وضع معايير دولية موحدة تتعلق بإنشاء هذه المؤسسات وتكوينها وصلاحياتها وطرق عملها، وكذا كيفية تواصلها مع الأمم المتحدة والهيئات الدولية والإقليمية الأخرى ذات الصلة، على أن تنشأ ويوضع نظامها القانوني من طرف الدولة المعنية وبموجب تشريعاتها الداخلية، على أن تراعى فيها المعايير الدولية المعتمدة.

ونظراً للطبيعة الإلزامية للنص القانوني الدولي، ولاختلاف الظروف الداخلية والسياسات العامة بين دولة وأخرى، تعتمد جل الأنظمة إلى التحايل في تشريعاتها بطريقة تضع من خلالها المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان في موضع ضغط من جانبين، النص الداخلي من جهة، والمعيار الدولي من جهة أخرى، الشيء الذي يفقدها قيمتها الحقيقية.

لذلك نحاول عرض الظروف التي تولد عنها إنشاء هذه المؤسسات ومناقشة إشكالية مفادها:

ما مدى إمكانية نجاح المؤسسات ذات الالتزام الدولي الموحد أمام التشريعات الوطنية المتباينة؟ وهل من فائدة مرجوة من إحداثها في دولة الكويت؟ وستكون الدراسة وفقاً للمنهج التحليلي بما يتماشى وطبيعة الموضوع، بهدف معرفة ما إذا كانت الكويت بالفعل بحاجة إلى إحداث مؤسسة وطنية حكومية.

تمهيد:

لقد تعددت المواثيق الدولية والإقليمية المعنية بحماية حقوق الإنسان، واستهدفت كل الفئات من ذكور وإناث ونوي احتياجات خاصة وأطفال وعديمي الجنسية والمساجين والمقاتلين وضحايا النزاعات المسلحة والسكان الأصليين... الخ، إلا أن فعالية هذه الحماية لن تكون ذات جدوى ما لم تستحدث أدوات تضمن أو تكفل احترام هذه الصكوك. وبالفعل فإن هذه الآليات موجودة، إلا أنها لم تكن فعالة بشكل يضمن

تحقيق الحلم بسيادة احترام حقوق الإنسان، خاصة وأن هذه الآليات لا تقوم إلا على تبني التوصيات، ولا تملك في أغلب الأحوال إصدار القرارات الملزمة.

ومن ضمن التوصيات التي سيتم استعراضها مبادئ باريس بشأن المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان. إلا أنه من الخطأ تجاهل كل قيمة قانونية تتمتع بها هذه التوصيات، فهذه التوصيات وإن لم تكن ملزمة للدول الأعضاء إلا أنها تدخل في إطار القانون المأمول تطبيقه، ومتى ما زادت شريحة الدول المقررة بهذا المأمول وتبنته تمتع بطابع أكثر إلزاماً من التوصيات، ومن ذلك تبني للكثير من الدول للإعلان العالمي لحقوق الإنسان في دساتيرها وتشريعاتها الداخلية الملزمة. ومن شأن تبني الدول للمبادئ غير الملزمة دون اعتراض دول أخرى عليها يحيلها من التوصية إلى الإلزامية. والدليل على ذلك والبين عليه أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والذي صدر بتوصية من الجمعية العامة للأمم المتحدة، يحظى اليوم بدرجة من الإلزام يصعب معها انتهاك الحقوق الواردة فيه، خاصة وأنه تحول من مأمول إلى ملموس بتبني الحقوق التي احتواها في العهدين الدوليين (للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية) وهما وثيقتان ملزمتان بلا خلاف أو منازعة.

إن المعايير الدولية المعنية بحقوق الإنسان هي في صراع بين محور ينادي بوطنية معاييرها ومحور ينادي بدولية معاييرها، ولا يخفى على أحد صعوبة التقرير بالإلزامية المعايير الدولية في مجال حماية حقوق الإنسان، وبالذات الرقابة على احترامها.

لقد اعترفت شعوب الأمم المتحدة بمحدودية الموارد المتاحة والقيود الواردة على قدرتها في الحماية المباشرة لحقوق الإنسان^(١)، إذ جاء في ديباجة ميثاقها عزمها على إنقاذ الأجيال المقبلة من ويلات الحروب ومسؤوليتها عن الدفع بالرقى الاجتماعي قدماً، ورفع مستوى الحياة في جو أفسح من الحرية^(٢)، وكان من أهم مقاصد الأمم المتحدة "تحقيق تعاون دولي وتعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية"، إذ أدركت أن تحقيق الأهداف والمقاصد المنصوص عليها في موثيقها لا يكمن في وقف الانتهاكات الحاصلة، أو محاولة معالجة آثارها، بل لا بد من تهيئة المناخ الاجتماعي والإطار القانوني والتنظيمي للحد من وقوعها^(٣)، الأمر الذي يستلزم الاعتماد على نوع

(١) المؤسسات الوطنية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، الأمم المتحدة، ٢٠٠٣، ص ٣.

(٢) انظر: ديباجة ميثاق الأمم المتحدة ١٩٤٨.

(٣) ليلي تكللا، المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان وبرامج تشييد البنية الأساسية، المجلس الأعلى للثقافة، مصر، ٢٠٠٤، ص ٦.

من الدعم يجب أن تتلقاه الأمم المتحدة من أنظمة أخرى ذات نطاق إقليمي أو وطني، تسهر على إشاعة ثقافة عالمية في مجال حقوق الإنسان وتهيئة المجتمع لتطبيق ما جاء في القوانين الوطنية والمواثيق الدولية. والدليل على ذلك والبين عليه تخصيص الأمم المتحدة للفصل الثامن من ميثاق الأمم المتحدة للمنظمات الإقليمية، على أمل أن تجد لديها السند والدعم لتحقيق أهداف ميثاق الأمم المتحدة.

إلا أن المنظمات الإقليمية لم تلبَّ الأمل المعقود عليها، ولم تنجح في حل القضايا المتعسرة والخاصة بحقوق الإنسان، بل أحياناً كانت الأكثر فشلاً، حيث ما زال الدفاع عن المصالح الخاصة بالدول يطغى على مصالح الأفراد وتعزيز حماية حقوق الإنسان، فكان لا بد من البحث عن البديل بعيداً عن المنظمات الحكومية العالمية أو الإقليمية، حيث إن المجتمع الدولي وضحايا انتهاكات حقوق الإنسان والناشطين في محاربتها وجدوا ضالهم في إنشاء مؤسسات وطنية تحت وصاية وطنية، تهدف إلى التوفيق بين المعايير الدولية والتشريعات الداخلية، وتتأى بنفسها عن السيطرة الحكومية التامة عليها وعن التضحية بمصالح الأفراد لحساب مصالح الدول.

ونظراً لأهمية وحدانية موضوع المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، إذ يعد من أهم موضوعات الساعة في مجال حقوق الإنسان دون منازع، فإن اهتمام الأمم المتحدة في الآونة الأخيرة قد انصب عليه بإصدارها مجموعة من القرارات والتقارير وعقدتها للاجتماعات والمؤتمرات وتنظيمها للملتقيات، لتوضيح المعايير المعتمدة لنشأة وتنظيم عمل هذه المؤسسات، خصوصاً مع ندرة - إن لم نقل انعدام - الدراسات المتخصصة المنصبة مباشرة على هذا الموضوع.

وبهدف تحديد هذه المؤسسات والتعريف بها ومحاولة المقاربة بين المعايير الدولية والنصوص الداخلية الخاصة بها، سنحاول من خلال هذا البحث الإجابة عن الإشكاليات التالية:

ما الظروف التي تولد عنها إنشاء هذه المؤسسات؟ وإلى أي مدى يمكن أن تنجح هذه المؤسسات ذات الالتزام الدولي الموحد أمام التشريعات الوطنية المتباينة؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات نقسم الدراسة إلى أربعة مباحث، نتناول في الأول: ظهور فكرة المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، ثم نتناول في الثاني: مفهوم المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، أما في الثالث فسنستعرض إلى أهم خصائص المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، ونختتم بالصور التي تتخذها المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان في المبحث الرابع.

المبحث الأول

ظهور فكرة المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان

إن أول ظهور لفكرة الحماية الإقليمية لحقوق الإنسان كان في ميثاق الأمم المتحدة، حيث خصص الفصل الثامن من ميثاق الأمم المتحدة للمنظمات الإقليمية، فقد نصت المادة ٥٢ من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: "ليس في هذا الميثاق ما يحول دون قيام تنظيمات أو وكالات إقليمية تعالج من الأمور المتعلقة بحفظ السلم والأمن الدولي ما يكون العمل الإقليمي صالحاً فيها ومناسباً، ما دامت هذه التنظيمات أو الوكالات ونشاطها متلائمة مع مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها"^(٤).

وتلبية لهذا النص فقد ظهرت بالفعل في البداية مجموعة من أنظمة وآليات حماية ذات طابع إقليمي^(٥)، كاللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان^(٦) ونظيراتها الأمريكية^(٧) والإفريقية^(٨) وغيرها من المنظمات التي قامت بدور تكميلي هام، إذ تعد في حد ذاتها وسائل معالجة لمسائل موضوع محل اهتمام على الأصعدة الاجتماعية والتاريخية والسياسية لكل إقليم^(٩). أما المؤسسات الوطنية، فقد كان ظهورها حديثاً بعض الشيء على الأصعدة الداخلية لمختلف الدول، في حين كان الاهتمام بها على مستوى الأمم المتحدة يعود إلى عام ١٩٤٦، حين طلب المجلس الاقتصادي والاجتماعي في دورته الثانية من الدول الأعضاء النظر في مدى "استصواب إنشاء أفرقة إعلامية ولجان محلية تعنى بحقوق الإنسان في بلدانها، بهدف التعاون معها لتعزيز عمل لجنة حقوق

(٤) ميثاق الأمم المتحدة، الفصل الثامن، مادة ٥٢.

(٥) كمال شطاب، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ١٧٢.

(٦) اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان: استحدثت بموجب اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا، بروما في ١١/٠٤/١٩٥٠.

(٧) اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان: استحدثت بموجب اتفاقية حماية حقوق الإنسان، في نطاق منظمة الدول الأمريكية، بسان خوسيه، في ٢٢/١١/١٩٦٩.

(٨) اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان: استحدثت بموجب الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، بنairobi في ٢١/١٠/١٩٨٦.

(٩) مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، سلسلة التدريب المهني الصادرة عن الأمم المتحدة، العدد ٤، جنيف، ١٩٩٥ ص ١٦.

الإنسان التابعة للأمم المتحدة"^(١٠)، فصدر قرار ١٩٦٠ الذي سلم فيه بالدور الذي يمكن للمؤسسات الوطنية أن تلعبه في حماية وتعزيز حقوق الإنسان، داعياً الحكومات إلى تشجيع تشكيل واستمرار هذه الهيئات التي تساهم في تنوير الأمين العام للأمم المتحدة بأفكارها ومعلوماتها وتقاريرها حول الحقوق والحريات، كي يحيلها إلى لجنة حقوق الإنسان وتستفيد من خلالها كافة الدول الأعضاء بحسب ما جاء به نفس القرار^(١١).

ولم يقتصر التشجيع على إنشاء المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان على المنظمة الدولية، بل حتى المنظمات الإقليمية كان لها دور فاعل في هذا النطاق. فعلى سبيل المثال دعى مجلس الوزراء في مجلس أوروبا^(١٢) والجمعية العامة في منظمة الدول الأمريكية^(١٣) لإنشاء وتعزيز مثل هذه المؤسسات الوطنية.

(١٠) انظر: قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ٩/٢ المؤرخ سنة ١٩٤٦، في الفصل الخامس منه.

UNITED NATIONS CENTRE FOR HUMAN RIGHTS, NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS: A HANDBOOK ON THE ESTABLISHMENT AND STRENGTHENING OF NATIONAL INSTITUTIONS FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS, Professional Training Series No. 4 at 4-6, U.N. DOC. HR/P/PT/4, U.N. Sales No. E.95.XIV.2 (1995)

(١١) Human Rights Council, Twenty-seventh session, Agenda items 2 and 8, Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, Follow-up to and implementation of the Vienna Declaration and Programme of Action, General Assembly, 30 June 2014.

(١٢) Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation on the Establishment of Independent National Human Rights Institutions, Recommendation No. R(97) 14 para. a (1997) (stating that the Committee of Ministers recommends that member state governments: "consider, taking account of the specific requirements of each member State, the possibility of establishing effective national human rights institutions, in particular human rights commissions which are pluralist in their membership, ombudsmen or comparable institutions.").

(١٣) OAS General Assembly, Support for the Work of Defenders of the People, Defenders of the Population, Human Rights Attorneys, and Human Rights Commissioners (Ombudsmen) in the Context of Strengthening Democracy in the Hemisphere, OAS AG/RES 1601, XXVIII-O/98 (1998). Also, in a 1996 paper, the OAS Secretary-General made proposals for reform of the Inter-American human rights system, including the possibility of the OAS "developing a new, functional-institutional linkage between the human rights protection mechanism and the fiscalías, defensorías del pueblo and/or ombudsman offices in the Hemisphere." César Gaviria, Toward a New Vision of the Inter-American Human Rights System, abbreviated version of the original text reprinted in 4 J. LAT. AM. AFF. 4, 18 (1996).

ومع مرور الوقت اكتست المؤسسات الوطنية أهمية بالغة لدى الأمم المتحدة، تزايدت وتحورت نحو إيجاد الطرق التي يمكن أن تساعد بها هذه الهيئات في التنفيذ الفعال لأهدافها ومقاصدها، وهو ما أدى بلجنة حقوق الإنسان إلى تنظيم حلقات دراسية حول المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان^(١٤)، من أجل تبادل الآراء ووجهات النظر والوصول إلى معايير موحدة، كما قام الأمين العام للأمم المتحدة بإرسال برقيات للدول الأعضاء يذكرهم فيها بالقرار المتخذ من طرف المجلس الاقتصادي والاجتماعي^(١٥). كما قام باستحداث آلية الاستبيان من أجل تلقي توضيحات وتوجيه ملاحظات حول ما يمكن أن يشوب المؤسسات القائمة من لبس، كما قدم الأمين العام أيضاً مقترحات لإنشاء المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان^(١٦)، وقد شكلت هذه الحلقات الدراسية الأساسي الفني للدعوة لانتشار المنظمات الأهلية في مجال حماية حقوق الإنسان.

المطلب الأول

الحلقة الدراسية الأولى لجنيف حول المؤسسات الوطنية المختصة في حماية حقوق الإنسان

انطلقت أعمال الحلقة الدراسية الأولى حول المؤسسات الوطنية المختصة بحماية حقوق الإنسان في شهر سبتمبر من عام ١٩٧٨ بجنيف، وقد أُقرت من خلالها مجموعة من الضوابط والإرشادات والمبادئ التوجيهية حول المهام والاختصاصات التي يمكن أن تضطلع بها المؤسسات الوطنية لحماية وتنمية حقوق الإنسان، انحصرت تارة في وظيفة استشارية سلبية مقيدة بطلب أو إحالة من السلطة الحاكمة، وامتدت تارة أخرى إلى دراسة القرارات القضائية والترتيبات الإدارية الخاصة بتعزيز حقوق الإنسان، وتضمينها لتقارير تقدم إلى السلطة المختصة، وهو ما لا يتصور واقعياً لاتساع دائرة القرارات الإدارية والقضائية وارتباطها المباشر بحقوق الإنسان، الأمر الذي يبرر عدم التزام الدول بمضمونها، ولعل الاضطراب والصورية التي قدمت على أساسها معايير اختصاص المؤسسات الحكومية لحقوق الإنسان، كانا من أهم المسببات والمعوقات التي انتقصت - فيما بعد - من فاعلية أدوار المؤسسات التي كانت موجودة آنذاك.

(١٤) انظر: قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ٧٧٢ المؤرخ سنة ١٩٦٠.

(١٥) Le Dixième Anniversaire de Principe de Directeurs des Institution Nationales des Droits de L'homme, dits principes de Paris.

(١٦) القرار الصادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ٣٢/١٢٣ المؤرخ سنة ١٩٧٧.

كما أوصت الحلقة الدارسية بمجموعة من الإرشادات المتعلقة بهيكل المؤسسات الوطنية، أهمها أن تعكس في تشكيلتها قطاعاً واسعاً من الدولة، لإشراك جميع الأطراف - بما في ذلك المجتمع المدني - في عملية صنع القرار بخصوص حقوق الإنسان، وأن تكون سبيل الوصول إليها متاحة لأي فرد من الأفراد أو السلطة العامة، عن طريق أجهزة محلية أو إقليمية تساعد في تصريف وظائفها.

وقد لعبت هذه الحلقة التدارسية دورها الهام باعتبارها أول اجتماع دولي ينعقد حول المؤسسات الوطنية، حيث اعتمدت مبادئه فيما بعد من طرف لجنة حقوق الإنسان والجمعية العامة للأمم المتحدة^(١٧) وفي الفترة ذاتها تم عقد عدة اجتماعات وإصدار مجموعة من القرارات^(١٨) دعت من خلالها الأمم المتحدة الدول الأعضاء إلى اتخاذ الخطوات الملزمة، بهدف إنشاء مؤسسات وطنية حيثما لا توجد هذه المؤسسات، كما طلبت الجمعية العامة للأمم المتحدة^(١٩) من الأمين العام أن يقدم تقريراً تفصيلياً عن المؤسسات الوطنية القائمة - بموجب نفس القرار - مرة كل ثلاث سنوات ابتداء من سنة ١٩٨١.

واستمرت الجهود المبذولة من طرف الأمم المتحدة والدول الأعضاء لتنفيذ هذا الطموح، وأنشئت خلال هذه الفترة أيضاً عدة مؤسسات وطنية أهمها اللجنة الوطنية الاستشارية لحقوق الإنسان بفرنسا^(٢٠) وذلك بدعم من مركز الأمم المتحدة لحقوق الإنسان.

وباستمرارها في محاولة خلق وتطوير المؤسسات الوطنية العاملة في مجال حماية وترقية حقوق الإنسان، دعت الأمم المتحدة - سنة ١٩٩٠ - إلى عقد حلقة دراسية أخرى محاولة تدارك نقائص أظهرها الواقع العملي.

(١٧) عقدت في جنيف سنة ١٩٧٨ بمشاركة حوالي ٢٧ دولة، ونجم عنها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٤٦/٦٣ المؤرخ في ٤ ديسمبر ١٩٧٨.

(١٨) أهمها تلك التي اتخذت في: الاجتماع الإقليمي لأمريكا اللاتينية، سان خوسيه ١٩٩٢، الاجتماع الإقليمي لآسيا، بانكوك ١٩٩٢، وحلقة عمل الكومنولث، أوتاوا ١٩٩٢.

(١٩) انظر: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٩/٣٤ المؤرخ في ٢٣ نوفمبر ١٩٧٩.

(٢٠) La Commission Nationale Consultative des Droit de L'Homme, 1986.

المطلب الثاني

الحلقة الدارسية الثانية بباريس حول المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان

انعقدت الحلقة الدارسية الثانية حول المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان بباريس، وشاركت فيها كل المؤسسات الوطنية والإقليمية الموجودة آنذاك، وتهدف إلى استعراض أنماط تعاونها مع الهيئات الدولية لاسيما الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة، والمنظمات غير الحكومية العاملة في إطار حقوق الإنسان، للكشف عن طرق وأساليب زيادة فاعليتها، فكان الاجتماع الذي عقد بباريس في الفترة ٨-٩ أكتوبر ١٩٩١^(٢١) والذي خلص فيه المجتمعون بعد الدراسة إلى جملة من التوصيات، أقرتها الجمعية العامة ولجنة حقوق الإنسان التابعتان للأمم المتحدة في مارس ١٩٩٢، أهمها أن يتم النص على إنشاء المؤسسات الوطنية المختصة بحقوق الإنسان وتشكيلتها ونطاق اختصاصها في أحد النصوص الدستورية أو التشريعية، لتهتم بما عهد لها من مهام بصفتها مؤسسة ذات ولاية واسعة قدر الإمكان، إلا أن غالبية الدول التي احتوت هذا النوع من المؤسسات تغاضت عن الإنشاء الدستوري أو التشريعي في البداية، مخافة تحصين هذه المؤسسات من الإلغاء، وتعزيزها كجهاز رقابي داخل الدولة، الأمر الذي يرهب النظم الحكومية التي تنتهك حقوق الإنسان.

وقد تضمن اجتماع باريس على وجه الخصوص المعايير المتعلقة باختصاصات المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان وتشكيلتها وطرق عملها، والتي تعتبر تطويراً للمعايير المعتمدة في الحلقة الدارسية لسنة ١٩٧٨، وأهم ما ميز مبادئ باريس توسيعها لاختصاصات المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، وتدعيمها بضمانات أوسع وأوضح وأكثر تحديداً خصوصاً بحتمية التأسيس الدستوري أو التشريعي لها^(٢٢) ومنحها صلاحية البت وإعداد ونشر تقارير تتعلق بحقوق الإنسان دون تعليقها على طلب أو إخطار أو استشارة من أية جهة كانت^(٢٣)، وهو ما يعتبر أمراً إيجابياً وينم

(٢١) قرار لجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة رقم ٥٤ المؤرخ في ٣ مارس ١٩٩٢ المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٧/١٣٤ المؤرخ في ٢٠ ديسمبر ١٩٩٣.

(٢٢) نص مبادئ باريس المتعلقة بمركز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، قرار الجمعية العامة رقم ٤٧/١٣٤ السالف الذكر، الفقرة الثانية من الجزء الأول المتعلق بالاختصاصات والمسؤوليات.

(٢٣) المرجع السابق، الفقرة الثالثة.

عن تطور الفكر العلمي والعملية في مواقف الدول والاهتمامات المتزايدة بحقوق الإنسان، كما يؤكد ذلك أهمية التنسيق وضرورة الاستفادة من الخبرات على المستويين الوطني والدولي. أما بخصوص تشكيل المؤسسات الوطنية، فقد وضع اجتماع باريس معايير توجيهية تصب في مجملها ضمن التعددية وإشراك أوسع قدر الإمكان من الفئات والشرائح المهمة، وعلى سبيل الخصوص: المنظمات غير الحكومية والنقابات، وتيارات الفكر الفلسفي والديني، والجامعات، والبرلمانات، والإدارات الحكومية مع قصر عضوية هذه الأخيرة في الاستشارة دون النقاش أو التصويت^(٢٤).

كما تجدر الإشارة إلى أن اجتماع باريس خصص زاوية منه لتوصيات حول الاعتماد المالي للمؤسسات الوطنية ضمن الدول المعنية^(٢٥)، حيث ينبغي على هذه الأخيرة توفير الهياكل الأساسية والأموال الكافية والمقار والموظفين، بهدف ضمان الاستقلال المالي الذي يعد عاملاً مهماً من عوامل تحقيق الاستقلالية^(٢٦).

ويكون عمل هذه المؤسسات في شكل اجتماعات وتحريات ولقاءات وعلاقات عامة وفرق عمل؛ لتعمل بصورة متسقة لحماية والنهوض بحقوق الإنسان.

(٢٤) المرجع السابق، الفقرة الأولى من الجزء الثاني المتعلق بالتشكيل وضمانات الاستقلالية.

(٢٥) المرجع السابق، الفقرة الثانية.

(٢٦) المرجع السابق.

المبحث الثاني

مفهوم المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان

لاستيعاب مفهوم المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان بشكل كامل، لا بد من استيعاب تعريف المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان وتمييزها عما شابهها من مؤسسات أخرى.

المطلب الأول

تعريف المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان

في ظل غياب تعريف للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، تم وصف هذه المؤسسات على أنها "جهاز تنشئه السلطة التنفيذية تحت مظلة الدستور بواسطة قانون أو مرسوم، وتنحصر مهمته في حماية وتعزيز حقوق الإنسان"^(٢٧). كما أن لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان لم تتمكن من الإجماع في بداية الأمر على وضع تعريف للمؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان^(٢٨)، إذ كان الإطار الاصطلاحي المبكر لأنشطة الأمم المتحدة في هذا المجال مرناً بما يكفي بالفعل لكي يشمل أية مؤسسة، على الصعيد الوطني - ذات تأثير - مباشر أو غير مباشر على تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها بقدر متساوٍ من الاهتمام، بما في ذلك المحاكم العادية والمحاكم الإدارية والأجهزة التشريعية، والمنظمات غير الحكومية ومكاتب المساعدات القانونية ومخططات

NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS: A HANDBOOK, supra (٢٧) note (10), at para. 39.

Abdallah Ben Hammou; L'Algérie et les Mécanismes Internationaux des (٢٨) Protection des Droits de L'Homme. Revu Algérien des Science Economique; Juridique et Politique. Université d'Alger, Faculté des Droit, N31, 2003; p25.

انظر أيضاً:

- قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية، المحتويات والأليات، دار هومة، ٢٠٠٢، ص ١٥٢.

- محمد السعادي، حقوق الإنسان، دار الريحانة، الجزائر، ٢٠٠٢، ص ٦٨.

- عبد العزيز طربي عناني، مدخل إلى الأليات الأممية لترقية وحماية حقوق الإنسان، دار القصة، الجزائر ٢٠٠٢، ص ٩١.

La Commission Nationale Consultative des Droits de L'Homme, la République Française, 2000, p. 46-49.

الرعاية الاجتماعية وغيرها من الهياكل المماثلة، إلا أن هذه النظرة الشاملة أخذت في الانحسار تدريجياً، بفعل ما قامت به الأمم المتحدة من جهود لينحصر المفهوم في مجموعات أضيق يتمحور عملها في تقديم المشورة إلى الحكومات بشأن مسائل حقوق الإنسان، مما يجعلنا نستبعد الهيئات القضائية والتشريعية وهياكل الرعاية الاجتماعية، لكن ذلك لم يكفِ بعد لوضع تعريف محدد للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان. وكانت الخطوة الأكثر أهمية نحو وضع مبادئ لخلق مفهوم من خلال معايير تتمحور حول المركز القانوني الذي تحتله المؤسسة والدور الذي تقوم به، بهدف إيجاد فئة عامة للمؤسسات الوطنية وذلك في (مبادئ باريس)^(٢٩) المقررة في اجتماع باريس والتي حددت الإطار العام للاختصاصات والمسؤوليات والتشكيلة وطرق العمل^(٣٠)، كما سبق بيانه.

وجدير بالقول أن الانحسار التدريجي لدائرة المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان لا يمنع نوعاً من التداخل بين أهدافها والمعطيات المحيطة بها من ناحية وتلك المتعلقة بالهيئات الأخرى المشابهة لها، فمؤسسات حقوق الإنسان الوطنية ذات مكانة متميزة ولم تأتِ أبداً لإلغاء مؤسسات أخرى مشابهة أو منافسة لها، بل للتعاون معها وتفعيل دورها والسعي لتحقيق نفس أهدافها، مما يترتب عليه ضرورة التفرقة بينهما بصورة أكثر دقة. وبالتالي فالتصنيف الدقيق للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان هو أمر غاية في التعقيد؛ لأن الوظائف التي تنطوي عليها مختلف التسميات لا تنعكس دوماً على عمل المؤسسات المصنفة^(٣١) وفقاً لذلك، وأية محاولة للتصنيف مبنية على الشكل أو الاسم لا بد وأن تكون تحكمية إلى حد ما، مما يدفع بنا إلى القول أن اتخاذ معيار شكلي لتعريف وتحديد مفهوم المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان أمر غير دقيق، وأن اتباع معيار موضوعي في تعريفها قد يكون أكثر ملاءمة، ولذلك سنعتمد ونحن نبحت عن تعريف المؤسسات الوطنية المختصة بحماية حقوق الإنسان محل الدراسة على المعيار الموضوعي.

(٢٩) المبادئ المتعلقة بمركز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، أقرتها الجمعية العامة في ١٩٩٣، بموجب القرار رقم ٤٨/١٣٤ المؤرخ في ٠٤ مارس ١٩٩٤.

(٣٠) المرجع السابق.

(٣١) مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، المرجع السابق، ص ٣ - ٨.

المطلب الثاني

تمييز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان عما شابهها من مؤسسات

لكل دولة مجموعة سلطات ومنظمات تهدف في مجملها - إما بصورة مباشرة أو غير مباشرة - إلى خلق نظام مستقر تحفظ فيه حقوق الإنسان وحياته. وقد تباينت المؤسسات الوطنية التي تبنتها الدول باختلاف النظم السياسية والبيئة الاقتصادية وتاريخ وثقافة الشعوب^(٣٢). وهذا ما يجعل من تحديد المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان أكثر تعقيداً لتداخلها مع غيرها من المؤسسات، لذلك كان لزاماً علينا التفرقة بين هذه المؤسسات وبين كل من المؤسسة التشريعية والمؤسسة القضائية والمؤسسات التنفيذية المشابهة، وكذا المنظمات الدولية الناشطة في مجال حقوق الإنسان.

أولاً - تمييز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان عن السلطة التشريعية:

تتشترك السلطة التشريعية من حيث الهدف مع المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، إذ من بين أهدافها احترام وحماية حقوق الإنسان، ويظهر التداخل في المهام بينهما كلما تعلق الأمر باللجان البرلمانية، إذ تختص اللجنة البرلمانية لحقوق الإنسان برقابة مشاريع واقتراحات القوانين المعروضة على البرلمان؛ للتأكد من مدى مراعاتها للاتفاقيات الدولية والالتزامات التي تكون الدولة طرفاً فيها، كما تشترك معها في اختصاص كل منهما بالمشاركة في إعداد التقارير الدورية حول وضعية حقوق الإنسان التي تكون الدولة ملزمة بتقديمها للهيئات الدولية المختصة.

لكن على الرغم من ذلك يظل الفرق بينهما واضحاً، حيث إن اللجان البرلمانية لحقوق الإنسان هي لجان تنطوي تحت عباءة السلطة التشريعية، في حين أن المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان هي مؤسسات ذات طابع تنفيذي حكومي ليس لها أي اختصاص ذي طابع تشريعي، كما أن اللجان البرلمانية تنشأ بقرار بينما تنشأ المؤسسات الوطنية بقانون أو نص دستوري وهو ما نصت عليه مبادئ باريس كما سبق البيان.

(٣٢) Linda C. Reif, BUILDING DEMOCRATIC INSTITUTIONS: THE ROLE OF NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS IN GOOD GOVERNANCE AND HUMAN RIGHTS PROTECTION, 13 Harv. Hum. Rts. J. 1,(Spring, 2000) at 6 {hereinafter Linda C.}.

وفي الحقيقة فإن اللجان البرلمانية هي السند التشريعي^(٣٣) للمؤسسات الوطنية، تعمل على ترجمة اقتراحاتها وتوصياتها إلى قوانين وتعديلات بعد دراسة أبعاد حقوق الإنسان في التشريعات القائمة.

وفي دولة الكويت تم تشكيل لجنة دائمة للدفاع عن حقوق الإنسان في مجلس الأمة خلال الفصل التشريعي السابع، ولقد باشرت مهمتها في الدفاع عن حقوق الإنسان بحيث تتلقى شكاوى المواطنين المتعلقة بانتهاكات حقوقهم، وتتخذ فيها إجراء في مواجهة السلطة التنفيذية، إلا أن اختصاصها يختلف تماماً عن اختصاصات اللجنة العليا لحقوق الإنسان، والتي يفترض نشأتها وفقاً لمبادئ باريس والتي تعمل تحت مظلة وزارة العدل الكويتية^(٣٤).

ثانياً - تمييز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان عن السلطة القضائية:

يعتبر عمل المؤسسات الوطنية مكماً لعمل السلطة القضائية وريفاً له، إذ لا يُلجأ للمؤسسات الوطنية إلا بعد إقفال أبواب التقاضي في وجه الأفراد، أو في حال التعدي على هذه المؤسسات وحرمانها من حقها في ممارسة اختصاصها الذي كفلته لها التشريعات، وتشترك كلتا المؤسستين في رقابتهما على احترام حقوق الإنسان وتبنيهما لنظام الشكاوى، ويكثر التناغم بينهما في مجال القضاء الإداري الذي يختص بنظر المنازعات التي تكون السلطة التنفيذية طرفاً فيها، وهي أكثر السلطات جدلاً وتعدياً على حقوق الأفراد، والأكثر رغبة في تقييد المؤسسات الوطنية.

وعلى الرغم من ذلك فإن الفرق بينهما يكمن في الطابع القضائي للمحاكم الإدارية ومجلس الدولة، اللذان يتمتع أعضاؤهما بالحصانة القضائية، في حين تتميز المؤسسات الوطنية بطابعها التنفيذي البحت والتي لا يتمتع أعضاؤها - بحسب الأصل - بأي نوع من الحصانات، كما أن حق اللجوء إلى المؤسسات الوطنية مكفول للجميع كما هو الشأن بالنسبة للجوء إلى القضاء، إلا أن اللجوء إلى المؤسسات الوطنية مجاني تماماً بخلاف حال اللجوء إلى القضاء الذي يكون في معظم الأحيان بمقابل، من شأنه أن يحول دون لجوء المعدمين للقضاء، ويجعل فكرة "العدالة في متناول الجميع" فكرة خادعة^(٣٥).

(٣٣) ليلي تكلي، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٣٤) د عيسى العنزي ود. ندى الدعيح، دراسة لحقوق الإنسان وفتي السلم والنزاعات المسلحة، الشركة العصرية للطباعة الكويت ٢٠١٠، ص ص ١٦٠ وما بعدها.

(٣٥) Linda C., supra note (31) at 7.

ثالثاً - تمييز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان عن المؤسسات التنفيذية المشابهة:

يسهل التمييز كما سبق البيان بين المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان وكل من السلطتين التشريعية والقضائية، إلا أن التعقيد يظهر في التمييز إذا تعلق الأمر بجهة ذات طابع تنفيذي، خصوصاً إذا كان اختصاصها الأصيل حماية حقوق الإنسان والسهر على صونها كما هو الحال بالنسبة لوزارات حقوق الإنسان، فوزارات حقوق الإنسان جزء من السلطة التنفيذية مكونة من موظفين بالدولة يحافظون على نظمها ويعملون على تحقيق السياسة العامة لها، ويقوم عليها وزراء، هم في الواقع جزء من مجلس الوزراء الذي يقود السلطة التنفيذية ويتضامن معها في سياستها وإن كانت مناهضة لحقوق الإنسان. لكن ما تتطلبه المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان مختلف عن ذلك تماماً، فهي مؤسسات تفرض عليها المعايير الدولية الطابع الرقابي في ميدان حقوق الإنسان الذي يتعارض مع الانتماء التنفيذي بشكل يصعب على التشريعات الداخلية احتوائه ما لم تتمتع المؤسسة الوطنية بقدر من الاستقلالية، وهذا ما يميزها عن بقية المؤسسات التنفيذية العاملة في ميدان حقوق الإنسان التي يُفترض تبعيتها التامة للسلطة التنفيذية.

وفي دولة الكويت استحدثت اللجنة الكويتية العليا لحقوق الإنسان على مستوى وزارة العدل^(٣٦)، والتي تختص بحماية حقوق الإنسان في دولة الكويت والتواصل مع المؤسسات الحكومية وغير الحكومية وتلقي الشكاوى والتعامل معها وفقاً للتشريعات الكويتية والدولية التي انضمت لها دولة الكويت، وهي لجنة تابعة غير مستقلة تدرج تحت لواء وزارة العدل بدولة الكويت^(٣٧).

رابعاً - تمييز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان عن المنظمات غير الحكومية الوطنية والدولية:

إن المنظمات غير الحكومية وعلى رأسها جمعيات المجتمع الدولي والمنظمات الدولية غير الحكومية العاملة في ميدان حقوق الإنسان، وعلى الرغم من التشابه في أهدافها مع أهداف المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان إلى أبعد الحدود يبقى

(٣٦) نشأت بموجب القرار الوزاري رقم ١٦٩/٢٠٠٨ المؤرخ في ١٨ ماي ٢٠٠٨ المتضمن إنشاء اللجنة الكويتية العليا لحقوق الإنسان.

(٣٧) للتفصيل أكثر انظر د عيسى العنزي ود ندى الدعيج، مرجع سابق، ص ص ١٦٥ وما بعدها.

الاختلاف في الطبيعة والانتماء واضحاً، إذ تدخل المؤسسات الوطنية تحت لواء الدولة في حين أن المنظمات غير الحكومية وطنية كانت أم دولية تتمتع بالطابع الحر البعيد عن كل انتماء للحكومة، ولعل العلاقة بينهما واضحة بجلاء في عضوية المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان التي يفترض بها أن تضم في تشكيلها عناصر من جمعيات المجتمع المدني والمنظمات العاملة في مجال حقوق الإنسان.

ولعل المنظمات غير الحكومية هي أكثر صور المنظمات نشاطاً وعدداً في مجال حقوق الإنسان بدولة الكويت؛ بسبب تفعيل وتنشيط دور الجمعيات الإنسانية الوطنية بها^(٣٨)، ومن أهمها الجمعية الكويتية للمقومات الأساسية لحقوق الإنسان^(٣٩) والجمعية الكويتية لحقوق الإنسان ومنظمة الحرية لحقوق الإنسان^(٤٠) وجمعية الهلال الأحمر الكويتي^(٤١).

فالمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان هي مؤسسات ذات طابع إداري بالمفهوم الضيق، فلا هي هيئات قضائية ولا هي هيئات تشريعية، بل مؤسسات تنفيذية تتمتع بالاستقلالية وتكتسب سلطة استشارية دائمة فيما يتعلق بحقوق الإنسان على الصعيدين الوطني والدولي، تظهر من خلال تقديم الآراء والتوصيات، أو من خلال النظر في الشكاوى المقدمة من طرف الأفراد أو الهيئات والفصل فيها. وقد غاب هذا النوع من المؤسسات بشكله المثالي في دولة الكويت إلى غاية تحرير هذه الدراسة.

وعلى الرغم من وضع معايير عامة وشاملة لمؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، فإن تحليل أنشطة الأمم المتحدة يوضح عدم ضبط تعريف جامع ومانع للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان مما زاد الاهتمام بالموضوع سواء في إطار الأمم المتحدة^(٤٢)

(٣٨) د عيسى العنزي ود ندى الدعيج، مرجع سابق، ص ١٥٨.

(٣٩) اعتمدت بموجب القرار الوزاري رقم ٩٩/٢٠٠٥ المؤرخ في ١٢ يونيو ٢٠٠٥.

(٤٠) تم اعتمادها سنة ٢٠٠٥.

(٤١) تنشط في دولة الكويت منذ ١٩٦٥ لكنها لم تحصل على الاعتماد إلا سنة ١٩٦٦ وتعتبر العضو رقم ١١٠ في الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر.

(٤٢) حيث عقدت الاجتماعات الجد هامة التالية:

- الحلقة الدراسية للأمم المتحدة من أجل إقليم آسيا والمحيط الهادي بشأن حقوق الإنسان، ١٩٩٣.

- الحلقة الدراسية الدولية الثانية بشأن المؤسسات الوطنية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، تونس ١٩٩٣.

- المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان ١٩٩٣، أين تم تنظيم اجتماع للمؤسسات الوطنية حول الشروط الضرورية لفاعلية أكثر وآلية تنسيق الأنشطة المشتركة.

أو خارجها^(٤٣)، وتم الاعتراف بأن وضع حدود فاصلة مهما كانت مرنة يحقق منفعة عملية، ووضع مفهوم للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان بدلالة خصائصها وتكوينها وأداة إنشائها على أنها (مؤسسات ذات سلطة استشارية دائمة فيما يتعلق بحقوق الإنسان على الصعيدين الوطني والدولي، وينص عليها في الدستور أو التشريع، وتتمتع باستقلال فعلي له أساس واقعي... تكفل التمثيل التعددي للقوى الاجتماعية في المجتمع المدني المعنية بتعزيز وحماية حقوق الإنسان....)^(٤٤)، كما تعرف بأنها، هيئة تنشئها الحكومة، مهمتها - على وجه الخصوص - القيام بتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها^(٤٥). ومن خلال هذا التعريف يتضح جلياً أن مفهوم المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان قد بات أكثر تحديداً بكثير، على اعتبارها هيئة تعرف وظائفها على نحو محدد على أساس تعزيز وحماية حقوق الإنسان، وفي حين أنه ليست هناك مؤسستان وطنيتان يمكن أن تكونا متطابقتين تماماً، فإنه من الممكن تحديد عدد من أوجه التماثل فيما بينها، مما يتيح فصل هذه المؤسسات عن مختلف الكيانات السالفة الذكر، فالمؤسسات الوطنية موضوع الدراسة تتسم جميعها بالطابع الإداري، وهي عبارة عن سلطات استشارية مستمرة فيما يتعلق بحقوق الإنسان على المستوى الوطني أو الدولي^(٤٦) أو كلا المستويين^(٤٧).

والملاحظ مما سبق بأنه لم تعرف المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان بعيداً عن خصائصها، ففي كل مرة نجد الأمم المتحدة توضح مفهوم المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان بدلالة خصائصها، وبالتالي من الضرورة بمكان توضيح هذه الخصائص.

(٤٣) نشاطات الكومنولث والمعهد الدولي لأنماء المظالم في كندا، بهدف دعم العلاقات بين المؤسسات الوطنية.

(٤٤) مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٤٥) المرجع السابق، ص ٢٣.

(٤٦) بعض الدروس المستفادة من الخبرة العالمية، المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، مارس ٢٠٠٣، ص ٤.

(٤٧) حقوق الإنسان، المؤسسات الوطنية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، صحيفة الوقائع رقم ١٩، الأمم المتحدة، ٢٠٠٣، ص ٨.

المبحث الثالث

خصائص المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان

تتميز مؤسسات حقوق الإنسان بأنها مؤسسات وطنية حكومية استشارية مستقلة، ومحددة الاختصاص، وذات سلطات مناسبة، ومفتوحة لضحايا الانتهاكات، ومتعاونة، وتعمل بفاعلية، وتتمتع بسلطة المساءلة^(٤٨). ومعظم هذه الخصائص ورد ذكرها في مبادئ باريس، والتي سنتناولها جميعها بالتفصيل:

المطلب الأول

مؤسسات حقوق الإنسان مؤسسات وطنية حكومية

ذات طابع استشاري

تنص مبادئ باريس على أنه: "تكون للمؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان ولاية واسعة قدر الإمكان ومنصوص عليها صراحة في أحد النصوص الدستورية أو التشريعية، وتقدم فتاوى وتوصيات ومقترحات وتقارير على أساس استشاري بشأن جميع المسائل المتعلقة بتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها"^(٤٩).

وقد جاءت الغاية من فرض هذه الميزة في الرغبة في رفع يد السلطة التنفيذية - والتي تعتبر المتسبب الأول في انتهاكات حقوق الإنسان والمستهدفة بالرقابة من قبل الهيئات الوطنية لحقوق الإنسان - عن التحكم في مصير إنشاء وتعديل وإنهاء أعمال الهيئات الوطنية خاصة عندما تضيق الخناق عليها. وفي وضع مصير النشأة والتعديل والإنهاء لهذه المؤسسات بيد الدستور والتشريع رسالة بحرمان السلطة التنفيذية من التفرد بهذا القرار، ومنح الهيئات الوطنية المزيد من الحرية في القيام بأعمالها دون خوف أو قلق من مقصلة الإنهاء.

كما أن النص على الصفة الاستشارية على الرغم من فائدتها إلا أنه معيار واسع بحيث يمكن أن تدخل ضمنه مجموع الهيئات الاستشارية ذات الصلة المباشرة وغير المباشرة بحقوق الإنسان، لكن اشتراط النص الدستوري أو التشريعي كأساس للنشأة كان له الفضل في استبعاد تلك المؤسسات والمرافق المنشئة بموجب نص تنظيمي مهما كان الغرض منها، وكذا الجمعيات والأحزاب بأنواعها.

(٤٨) NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS: A HANDBOOK supra note (10).

(٤٩) انظر: البندين ٢ و ٣ من مبادئ باريس المتعلقة بمركز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان.

ومع الأسف فإن اللجنة العليا لحقوق الإنسان في دولة الكويت قد نشأت بموجب قرار وزاري صادر من وزير العدل الكويتي عام ٢٠٠٨، الأمر الذي يفقدها هذه الخصيصة، إلا أن مجلس الأمة الكويتي في طور الإعداد لإصدار قانون بإنشاء ديوان لحقوق الإنسان تماشياً مع هذا المعيار الدولي من مبادئ باريس، وبالفعل فقد وافقت اللجنة التشريعية بمجلس الأمة الكويتي خلال شهر أبريل ٢٠١٤ على هذا المشروع وتمت إحالته للتصويت لمجلس الأمة^(٥٠).

وعليه فمن الضروري تحديد معنى المؤسسة الوطنية ذات الطابع الحكومي، والصفة الاستشارية، وذلك كالتالي:

أولاً - مؤسسات حقوق الإنسان مؤسسات عمومية حكومية:

يعرف دوركهايم المؤسسة على أنها "... أسلوب للعمل والإحساس والتفكير المميز لمجموعة اجتماعية معينة حول مجال محدد..."^(٥١) وهو تعريف اعتمد على المعيار الموضوعي الذي اعتمده جانب كبير من الفقه الإداري باعتبارها إحدى الطرق لإدارة المرافق العامة، في حين عرفها جانب آخر من الفقه من منطلق هيكلي موضوعي على أنها شخص اعتباري عام، من النموذج التأسيسي، أي أن النص المنشئ لهذا الشخص اعتبره مؤسسة عامة، كما هو الحال بالنسبة للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان. كما تُعرّف المؤسسة بأنها مرفق خُدد اختصاصه على أساس موضوعي أو إقليمي، ويدار عن طريق منظمة عامة ويتمتع بالشخصية المعنوية، بهدف مساعدة الدولة للقيام بوظائفها^(٥٢)، وفي نفس السياق فإن المؤسسة هي مرفق عام متخصص مُنح الشخصية المعنوية لتكون ركناً من أركان المؤسسة لا تقوم بدونه^(٥٣).

(٥٠) جريدة الرأي الكويتية، النسخة الإلكترونية، التشريعية أقرت إنشاء ديوان حقوق الإنسان وتعديل مرسوم الهيئات الرياضية، ٢١ أبريل ٢٠١٤ الموقع الإلكتروني (آخر زيارة ٢٤ أبريل ٢٠١٤).

(٥١) اميل دوركايم، فيلسوف وعالم اجتماع، ومن مؤسسي علم الاجتماع الحديث عاش في الفترة ما بين ١٥ أبريل ١٨٥٨ و ١٥ نوفمبر ١٩١٧.

Durkheim, Leçon de Sociologie - Physique de Meure et du Droit, Paris 1975, p. 963.

انظر أيضاً: أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة الدكتور محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة ١٩٩٦، ص ١٠١.

(٥٢) عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت (د.ت)، ص، ٢٥٧.

(٥٣) عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، الجزائر، ص ٥٧.

وبالتالي يمكن القول بأن المؤسسات الوطنية لحماية وترقية حقوق الإنسان هي أجهزة متخصصة ومؤسسات من النموذج التأسيسي، منحتها القوانين المنشأة لها الشخصية المعنوية المستقلة عن الشخصية الاعتبارية للدولة، وحددت اختصاصاتها على أساس موضوعي ينحصر في مجال حماية وترقية حقوق الإنسان على المستوى الوطني.

ثانياً - مؤسسات حقوق الإنسان ذات طابع استشاري:

مؤسسات حقوق الإنسان ذات طابع استشاري لا تفريري^(٥٤). وكون هيئة معينة ذات طابع استشاري معناه تخصصها بتزويد وحدات الإدارة العامة بالرأي والمشورة في مجال محدد، فالهيئة الاستشارية إذاً هيئة فنية تساعد أعضاء السلطة بآراء مدروسة حول مسائل ضمن اختصاصها، فتقدم آراء مؤكدة وغير ملزمة لتخفيف العبء عن الإدارة ومساعدتها، وهو نشاط تكميلي له أثر غير مباشر^(٥٥)، تقوم أصلاً لمعاونة الهيئة التنفيذية^(٥٦).

(٥٤) عرفت جمعية مهندسي الاستشارات الأمريكية لحقوق الإنسان الاستشارة بأنها محاولة منظمة يقوم بها مجموعة من الأشخاص مدربون وذوو خبرة لمساعدة المنظمة على تجاوز مشاكلها وتحسين عملها بتبني حلول موضوعية نابعة من دراسات لمتخصصين يتمتعون بمهارات خاصة تمكنهم من التحليل المنظم للحقائق. كما عرفها معهد مستشاري الإدارة بالملكة المتحدة باعتبارها خدمة يقدمها شخص أو أكثر لهم التأهيل اللازم والاستقلالية التامة لدراسة المشاكل المتعلقة بالسياسات العامة والتنظيم وإجراءات وأساليب العمل واقتراح التوصيات المناسبة لمعالجة تلك المشاكل وتقديم المساعدة اللازمة لتنفيذها، فهي تدخل يستهدف مساعدة فرد أو مجموعة أو منظمة أو نظام لتجديد موارده الداخلية والخارجية لكي يكون على استعداد لمواجهة المشاكل ومتطلبات التغيير. وعموماً فالاستشارة هي طلب الرأي حول قضية معينة من طرف جهة تتمتع بالكفاءة اللازمة لسلطة معينة مؤهلة قانونياً لاتخاذ القرار. علي خطر شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل، عمان، ٢٠٠٣، ص ٨٩ وما بعدها. شاكر العصفور، أصول التنظيم وأساليبه، الطبعة السادسة، ١٩٨٤، دار الشروق للنشر والتوزيع، ص ٨٤.

توفيق إيساسي، مفهوم الاستشارة وتطبيقاتها، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة محمد الخامس، الرباط، ١٩٩٧، ص ١٤.
(٥٥) أحمد بوضياف، الهيئات الاستشارية في الإدارة الجزائرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٩، ص ٩٤.

- وهو نفس ما قدمه الدكتور علي زغود، الإدارة المركزية في الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، نون تاريخ، ص ٩٢.

(٥٦) انظر في تعريف الهيئات الاستشارية، على سبيل المثال:

- د سليمان محمد الطماوي، مبادئ علم الإدارة، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، ١٩٧٣، ص ٣٠٠.

- د أحمد محيو، مرجع سابق، ص ١٥٠ وما بعدها.

فمؤسسات حقوق الإنسان الوطنية إذاً مؤسسات تتمتع بالكفاءة اللازمة - متى ما نشأت وفقاً لمعايير باريس - لتقدم آراءً مدروسة مؤكدة في ميدان حقوق الإنسان لمساعدة الحكومات باعتبارها الجهات المؤهلة قانوناً لاتخاذ القرار في مجال حقوق الإنسان.

وتتمتع المؤسسات الوطنية لحماية وتعزيز حقوق الإنسان - بحسب الأصل ووفقاً لمبادئ باريس - بصلاحيات تقديم فتاوى وتوصيات ومقترحات وتقارير، إذ لا يتصور بأي حال من الأحوال إعمال هذه الآليات وتعليق تقديم الاستشارة على طلب الجهة الوصية، وكذلك الحال بالنسبة لآلية تقديم التوصيات بشأن الشكاوى، أو التحقيقات، فالهدف من كل ذلك لن يتحقق إذا كان عمل المؤسسة معلقاً على شرط واقف هو تلقي طلب من الجهة الوصية. وهنا تلعب التشريعات الداخلية لعبتها للتخلص أو التقليل من شأن الالتزامات الدولية، الأمر الذي يؤثر سلباً على تحقيق الأهداف المرجوة من المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان.

لذلك تكون القدرة على تقديم المشورة قدرة محدودة القيمة، إذا لم تقابلها رغبة من الجانب الموصى له والمستفيد من المعلومات التي تكفل وضع آليات ملائمة للحصول على هذه المشورة وتوجيهها والاستفادة منها؛ لذلك فوضع هذه الإجراءات في قانون خاص يمكن أن يكون بالغ الفائدة.

المطلب الثاني

مؤسسات حقوق الإنسان مؤسسات تتمتع بالاستقلالية

إن الشخصية الاعتبارية ركيزة في حد ذاتها ومقياس صحيح لاستقلالية المؤسسة عن الدولة^(٥٧)، وهي الوسيلة التي تضمن الحياد في ممارسة الاختصاصات المنوطة بها بشكل أكثر موضوعية، كما أنها الهدف المنشود الذي يسعى إليه أي مجتمع نحو تحقيق ديمقراطية وحقوق وحرّيات محمية، لأن الاستقلالية باختصار عامل مهم من عوامل الفاعلية^(٥٨). ولا يمكن للحد الأدنى من الاستقلالية أن يتحقق إلا في ظل نظم الديمقراطية^(٥٩)، وبالتالي فإن النظم الديكتاتورية أبعد ما تكون عن حماية

- = - د عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٩٥.
- د لحسين بن الشيخ آث ملويا، دعوى تجاوز السلطة، الطبعة الأولى، دار ريحانة، الجزائر، ٢٠٠٤، ص ١٣٧.
- د محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، دار العلوم، عنابة، ص ٩٨.
(٥٧) يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، (د.م)، ١٩٩٨، ص ٢٥.
(٥٨) مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، مرجع سابق، ص ٢٩.
(٥٩) Linda C., supra note (31) at25.

حقوق الإنسان وتعزيزها، وبالتالي عن إنشاء مؤسسات وطنية لحماية وتعزيز هذه الحقوق وبالتالي منح هذه المؤسسات الاستقلالية التي تحتاجها لممارسة عملها بفاعلية. والاستقلال هو ما يميز المؤسسات الوطنية لحماية وتعزيز حقوق الإنسان عن باقي الآليات الحكومية بصفة عامة.

ويمكن رصد الاستقلالية من خلال عدد من المؤشرات تتمثل في:

أولاً - الاستقلال القانوني:

إن النص القانوني المنشئ للمؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان بحد ذاته يعد عنصراً حاسماً في تأمين الاستقلال القانوني لها، لا سيما استقلالها عن السلطة التنفيذية، فالوضع الأمثل هو أن تمنح المؤسسة الوطنية شخصية قانونية منفصلة ومتميزة ذات طبيعة تسمح لها بممارسة سلطاتها على نحو مستقل^(٦٠)، دون خوف أو قلق من احتمال إنهاء أعمالها أو كيانها أو إقصاء كل أو بعض أعضائها، كما أن تعيين قيادات اللجان الوطنية يجب أن يتم بطريقة يبعد التحكم بمصيرهم عن يد السلطة التنفيذية^(٦١). وهذا التحكم هو سلاح ذو حدين، فمن ناحية لا يجوز السماح للسلطة التنفيذية بالتلويح بإنهاء مهام الرئيس أو نوابه بسبب ما يقومون به من أعمال، وكذلك لا يجوز للسلطة التنفيذية إغداق المنح والمزايا والمناصب لهم بهدف تحييدهم عن حسن أدائهم لمهامهم^(٦٢).

والاستقلال مقيد بقيدين، أولهما: ألا يؤدي إلى قطع الصلة بالدولة، لأنها تبقى الجهة المنشئة وصاحبة الحق في الاستشارة، وثانيهما: ألا تبلغ هذه الصلة بين الدولة والمؤسسة حد التبعية.

ثانياً - الاستقلال التنفيذي:

يقصد بالاستقلال التنفيذي قدرة المؤسسة على إدارة شؤونها اليومية بشكل مستقل عن أي فرد أو منظمة أو سلطة، وهو ما يجسده تمتعها بصلاحيات وضع نظام عملها (النظام الداخلي)، والذي لا يخضع لأي تعديل خارجي، كما أن توصياتها وتقاريرها لا تخضع بدورها لأي مراجعة من قبل سلطة أو هيئة أخرى، باستثناء ما ينص عليه القانون^(٦٣).

(٦٠) مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، مرجع سابق، ص ٣٠.

(٦١) Linda C., supra note (31) at 25.

(٦٢) خلال العام ٢٠١٣ قامت السلطة التنفيذية في دولة الكويت بتعيين نائب رئيس اللجنة العليا لحقوق الإنسان في منصب حكومي رفيع، وقامت بتعيين الأمين العام للجنة بمنصب وزاري رفيع آخر، وهو ما قلب حال اللجنة رأساً على عقب وأفقدتها رونقها وأضحت مطمعاً للقفز إلى المناصب الحكومية الرفيعة.

ثالثاً - الاستقلال المالي:

لقد اشترطت هيئة الأمم المتحدة أن تكون ميزانية المؤسسات الوطنية العاملة في إطار حقوق الإنسان مضمونة^(٦٤)، أي لا يؤثر أي قرار أو إجراء رسمي تتخذه المؤسسة على الميزانية المخصصة لها، لأن القول بخلاف ذلك - خصوصاً وأن العلاقة مع الحكومات هي علاقة مشورة - يؤدي إلى تعارض في المصالح، مما سيكون له أثر مدمر للغاية من نشأة هذه المؤسسات.

المطلب الثالث محددة الاختصاص

من الضروري أن تكون اختصاصات المؤسسات الوطنية محددة، لا لبس فيها ولا غبار عليها، وذلك حتى تركز على تحقيقها، وتضحي مسألة منازعتها في اختصاصاتها ليست ذات جدل، وتصبح أية محاولات لتحجيمها من خلال الضرب على وتر الاختصاصات مسألة لا وجود لها ولا محل.

وتعتبر مسألة تحديد الاختصاصات غاية في الأهمية؛ لأن من خلالها يمكن قياس حجم ومدى النجاح والإنجاز الذي تحقق خلال فترة من الزمن، والذي بموجبه يتم تقييم وإعادة ترتيب أوراق العمل والاستراتيجيات في المؤسسة.

المبحث الرابع

الصور التي تتخذها المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان

على الرغم من ضبط المعايير ومحاولة التحديد شيئاً فشيئاً، لا تزال مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية مرنة تضم أصنافاً متعددة حسب الزوايا المنظور لها من خلالها، مما يفرض علينا التعرّيج على أصناف المؤسسات وتعريف كل صنف منها.

ولو حاولنا إلقاء نظرة عابرة عن التقسيمات المشار إليها من خلال تقارير المجلس الدولي لسياسات حقوق الإنسان^(٦٥) وهيئة التنسيق الدولية للمؤسسات

(٦٣) خصوصاً في إطار العلاقة بين المؤسسة الوطنية من جهة وهيئة الأمم المتحدة من جهة أخرى، للتفصيل انظر: بوزنادة معمر، المنظمات الإقليمية ونظام الأمن الجماعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.ت)، ص ٦٧ وما بعدها.

(٦٤) مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، مرجع سابق، ص ٣٠.

(٦٥) أنشئ المجلس الدولي لسياسات حقوق الإنسان في ١٩٩٨؛ لإجراء الأبحاث عن قضايا الساعة في مجال حقوق الإنسان، ومقره سويسرا

الوطنية لحقوق الإنسان^(٦٦)، نجد جل هذه الهيئات تضع من الأصناف والتقسيمات ما ليس له فائدة قانونية تذكر، كتصنيفها بالنظر إلى ولايته أو تشكيلها التنظيمي، والتقاليد السياسية والقانونية التي تعمل في إطارها، إذ تنقسم إلى المؤسسات ذات العضوية الوحيدة والمؤسسات ذات العضوية المتعددة؛ والمؤسسات التي يتمثل اتجاهها الأولي في تقديم المشورة إلى الحكومات بشأن موضوعات سياسة حقوق الإنسان والمؤسسات التي تعالج شكاوى الأفراد؛ والمؤسسات التي تعمل بشأن جميع حقوق الإنسان بما في ذلك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية؛ والمؤسسات التي تركز على قضايا محدّدة، وبالمثل المؤسسات المنتمية في تراثها الإسباني أو الفرنكوفوني أو إطار الكومنولث؛ أو المؤسسات حسب القارات: مثل المؤسسات ذات العضوية المتعددة التي تتلقى شكاوى في معظم دول أفريقيا وآسيا، والمؤسسات وحيدة العضوية للدفاع عن الشعوب في أمريكا اللاتينية، ومؤسسات بلدان أوروبا الشمالية والمؤسسات الاستشارية في أوروبا وما إلى ذلك، وباختصار يوجد من تقسيمات أنواع المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان ما يضاهاى عدد الورقات في هذا البحث^(٦٧).

أما الأمم المتحدة فتصنف - من خلال تقاريرها وتوصياتها - المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان إلى اللجان الوطنية لحقوق الإنسان واللجان المتخصصة التي تقتصر على صنف من أصناف الحقوق فتعنى بحمايته والنهوض به، بالإضافة إلى مؤسسات أمناء المظالم^(٦٨).

ولعل تصنيف الأمم المتحدة عملياً الأكثر فائدة على الرغم مما يمكن القول فيه حول مدى إمكانية اعتبار مؤسسة أمناء المظالم مؤسسة تتحقق فيها المعايير الواردة في اجتماع باريس...

والمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان تتنوع تنوعاً بالغاً لا تكاد معه مؤسسة أن تطابق أخرى، فقد شهد مفهومها - كما سبق البيان - تطوراً ملحوظاً ضيق من نوعية المؤسسات التي تندرج تحتها، إذ لم يمنع وجود خصائص مشتركة من قيام صعوبات في تصنيفها، وحالياً تنتسب المؤسسات الوطنية في مجملها إلى إحدى فئتين عريضتين هما لجان حقوق الإنسان وأمناء المظالم:

(٦٦) هي هيئة استحدثتها مؤتمر تونس ١٩٩٦ للتنسيق بين المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان ولجنة حقوق الإنسان للأمم المتحدة.

(٦٧) تقرير حول تقييم فعالية المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، دراسة أجراها المجلس الدولي لسياسات حقوق الإنسان، ٢٠٠٥، ص ٦.

(٦٨) مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها.

المطلب الأول لجان حقوق الإنسان

تبنت معظم دول الكومنويلث نظام لجان حقوق الإنسان^(٦٩)، والتي تعتبر الأكثر شيوعاً بين المؤسسات الوطنية، وفي دولة الكويت نشأت لجنة عليا لحقوق الإنسان وذلك بموجب قرار من وزير العدل الكويتي^(٧٠). وتعمل على تطبيق القوانين واللوائح الخاصة بحقوق الإنسان تطبيقاً فعالاً، وبشكل مستقل عن الحكومة عن طريق تشكيلة متنوعة من ذوي الخبرة والتجربة في مجال حماية حقوق الإنسان^(٧١). وتضم اللجنة العليا لحقوق الإنسان بدولة الكويت برئاسة وزير العدل أحد المستشارين يندبه المجلس الأعلى للقضاء نائباً لرئيس اللجنة، وعضوية كل من ممثل عن النيابة العامة لا تقل درجته عن رئيس نيابة، ممثل لا تقل درجته عن وكيل مساعد عن كل من وزارات العدل والداخلية والخارجية والشؤون الاجتماعية والعمل والتربية والصحة

(٦٩) E.g., Australian National Commission for Human Rights and Equal Opportunity (1986), some state-level equal opportunity commissions; Canadian Human Rights Commission (1977), provincial-level human rights commissions and councils starting with Ontario (1961); New Zealand Human Rights Commission (1971); United Kingdom Commission for Racial Equality (1976), Equal Opportunities Commission (1975), Northern Ireland Equal Opportunity Commission and Fair Employment Commission, Bermuda Human Rights Commission (1982); Cameroon National Commission for Human Rights and Freedoms (1992); India's National Commission for Human Rights (1993), and some state-level commissions; South Africa's Human Rights Commission (1995), Commission for Gender Equality (1997), and Commission for the Promotion and Protection of Cultural, Religious and Linguistic Communities; Malawi Human Rights Commission (1996); Uganda Human Rights Commission (1996); Sri Lanka Human Rights Commission (1996); Nigeria Human Rights Commission (1996); Zambia Human Rights Commission. See, e.g., John Hucker, Antidiscrimination Laws in Canada: Human Rights Commissions and the Search for Equality, 19 HUM. RTS. Q. 547 (1997); Mario Gomez, Sri Lanka's New Human Rights Commission, 20 HUM. RTS. Q. 281 (1998). Malaysia passed legislation in 1999 to establish a human rights commission. See Amnesty International, Malaysia Under International Scrutiny 29 Commentary: International Movement for a Just World (1999).

(٧٠) القرار الوزاري رقم (١٠٤) لعام ٢٠٠٨ بشأن تشكيل اللجنة العليا لحقوق الإنسان. وأعيد تشكيلها بموجب القرار رقم (١١٦) لعام ٢٠١٢.

(٧١) U.N. High Commissioner for Human Rights, Fact Sheet No. 19, National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights 6 (1993) (visited Apr. 23, 2014) <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet19en.pdf> > .

والأوقاف والشئون الإسلامية، وكذلك ممثل عن كلية الحقوق جامعة الكويت لا تقل درجته عن أستاذ مساعد^(٧٢).

وتهتم لجان حقوق الإنسان برصد وحماية الأفراد من الانتهاكات، ومحاولة تعزيز هذه الحقوق والنهوض بممارستها، كما تتمتع بصلاحيات شبه قضائية لنظر الشكاوى المرفوعة أمامها حسب الإجراءات الموضحة في النصوص المنشئة لهذه اللجان، ويدخل ضمن اختصاصاتها استعراض سياسة الحكومة تجاه حقوق الإنسان واقتراح المناسب في سبيل تحسينها، وكذلك العمل على تعزيز وخلق وترسيخ ثقافة حقوق الإنسان من خلال المواد الإعلامية التي ينبغي نشرها بين الأفراد.

وقد أسند قرار إنشاء اللجنة العليا لحقوق الإنسان في دولة الكويت للجنة العديد من الاختصاصات تتمثل في:

- ١ - تقديم الرأي والمشورة لأصحاب القرار بالدولة في جميع القضايا المتعلقة بحقوق الإنسان.
- ٢ - مراجعة الأنظمة والقوانين القائمة واقتراح تعديلها، بما ينسجم مع تطور القواعد القانونية لحقوق الإنسان على المستوى الدولي، وبما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- ٣ - إبداء الرأي في الاتفاقيات الدولية والمشروعات المتعلقة بحقوق الإنسان.
- ٤ - وضع مخطط وطني يشمل قطاعات وهيئات الدولة الرسمية من أجل تأكيد واحترام حقوق الإنسان، واقتراح سياسات وآليات تحقيق هذا المخطط.
- ٥ - إعداد تقارير بشأن المسائل والموضوعات التي تحال من اللجنة البرلمانية للدفاع عن حقوق الإنسان.
- ٦ - إعداد الرد على التقارير الدورية وغير الدورية للمنظمات الدولية الحكومية منها وغير الحكومية عن أوضاع حقوق الإنسان بدولة الكويت.
- ٧ - إعداد التقارير التي يترتب على دولة الكويت تقديمها بمقتضى الاتفاقيات الدولية المرتبطة بها.
- ٨ - إعداد الدراسات القانونية والواقعية ذات الصلة بتعزيز وحماية حقوق الإنسان.
- ٩ - التنسيق مع الجهات المعنية ذات الصلة بحقوق الإنسان.

(٧٢) القرار الوزاري لوزير العدل الكويتي رقم (٦٥) لعام ٢٠١٢، مادة (١).

- ١٠ - متابعة سائر أوضاع حقوق الإنسان، ورصد كل ما يتعلق بذلك من انتهاكات، وتسجيل الإحصائيات الخاصة بذلك.
 - ١١ - تلقي الشكاوى حول انتهاكات حقوق الإنسان، ودراستها وإحالتها إلى الجهات المعنية صاحبة الاختصاص والتنسيق معها، واستيضاح ما تم اتخاذه من إجراءات وتدابير بهذا الخصوص.
 - ١٢ - نشر الوعي بحقوق الإنسان من خلال وسائل الإعلام المختلفة، والعمل على إدراج المفاهيم الأساسية لهذه الحقوق في المقررات الدراسية عبر مختلف مراحل التعليم.
 - ١٣ - بحث ودراسة إمكانية الانضمام للاتفاقيات والمواثيق الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان التي لم تصادق دولة الكويت عليها، بالتنسيق مع الجهات الوطنية ذات الصلة.
 - ١٤ - زيارة مراكز الإصلاح والتأهيل ومراكز التوقيف ودور الرعاية المختلفة وإعداد تقرير بذلك.
 - ١٥ - متابعة انتهاكات حقوق الإنسان لمواطني دولة الكويت في الخارج، بالتنسيق مع وزارة الخارجية.
 - ١٦ - عقد المؤتمرات والندوات، وتنظيم فعاليات داخل دولة الكويت، ذات الصلة بمجال تعزيز وحماية حقوق الإنسان.
 - ١٧ - العمل على إعداد الكوادر اللازمة والمتخصصة القادرة على نشر هذه الحقوق في مختلف الجهات، وإعداد الدراسات والآليات التدريبية والتوعية في إطار نشر الثقافة العامة بمبادئ وقواعد الحقوق والحريات الإنسانية.
 - ١٨ - إصدار نشرات ودوريات تبين نشاط اللجنة العليا لحقوق الإنسان.
 - ١٩ - ممارسة كل اختصاص ضروري يتصل ويرتبط بالهدف من إنشاء اللجنة^(٧٣).
- وقد تميزت اللجنة العليا لحقوق الإنسان بدولة الكويت، بخروجها عن الطابع التقليدي للجان الوطنية، فكان من ضمن ما أسند لها "تلقي الشكاوى حول انتهاكات حقوق الإنسان"^(٧٤) وذلك على الرغم من أن مبادئ باريس جعلت منح اختصاص تلقي الشكاوى والتحري بشأنها اختصاصاً اختيارياً يمكن منحه للمؤسسات الوطنية^(٧٥). إلا

(٧٣) قرار وزاري رقم (٦٥) لعام ٢٠١٢، مادة (٢).

(٧٤) قرار وزاري رقم (٦٥) لعام ٢٠١٢، مادة (٢) فقرة (١١).

(٧٥) Paris Principles, supra note (64), Annex (Competence and responsibilities); Roy Gregory, Building an Ombudsman Scheme: Provisions and Operating Practices, 12 OMBUDSMAN J. 83 (1994), at 37-38.

أن اللجنة العليا لحقوق الإنسان بدولة الكويت لاتملك اتخاذ أية قرارات ملزمة بشأنها. كما تميزت اللجنة العليا بدولة الكويت بتجاوز اختصاصها للحدود الإقليمية لدولة الكويت، وذلك من خلال "متابعة انتهاكات حقوق الإنسان لمواطني دولة الكويت في الخارج" ^(٧٦) إلا أن هذا الاختصاص لم يكن واضحاً ما إذا كان يتعلق بالانتهاكات التي يقع ضحيتها المواطنون الكويتيون أم الانتهاكات التي يقع ضحيتها الآخرون ويرتكبها مواطنون كويتيون؟ فإذا كانت الإجابة هي الأولى، فلم يكن هناك من داع لذكر هذا النص وذلك لأن نظرية الحماية الدبلوماسية هي المظلة التي يمكن من خلالها لدولة الكويت حماية مواطنيها ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان بالخارج. أما إذا كان الأمر متعلقاً بالانتهاكات التي يرتكبها الكويتيون بالخارج فإن من يستحق المتابعة والدعم هم ضحايا هذه الانتهاكات وليس من يرتكبها من الكويتيين، ولا يمنع ذلك من توفير الاستشارة القانونية لهم من خلال ضمان تمثيلهم قانونياً أمام جهات التحقيق والمحاكم المختصة.

وجدير بالإشارة أن هذه اللجان قد تكون ذات ولاية عامة واسعة في ميدان حقوق الإنسان، وهذا هو الحال بالنسبة للجنة العليا لحقوق الإنسان بدولة الكويت، وقد تكون ولايتها مقتصرة في بعض الأحيان بشؤون الفئات الأكثر تعرضاً للانتهاك كالأطفال أو المعاقين أو النساء أو اللاجئين أو الأقليات أو السكان الأصليين. ويتحدد اختصاص وعدد ^(٧٧) ومجال عمل اللجان الخاصة حسب ظروف ومقتضيات وأهداف كل دولة، إذ تختلف باختلاف الفئات الأكثر عرضة لانتهاكات حقوق الإنسان من بلد إلى آخر. ويتطلب استحداث مؤسسات متخصصة لكل فئة حسب نوع الضرر المهددة به، ولا تملك لجان حقوق الإنسان سلطة القرار أو إقامة الدعوى القانونية، بل يكون رأيها بمثابة رأي خبير أو مستشار للحكومة أو البرلمان، وهو ما ذهب إليه المشرع الكويتي، حيث إنه حرم اللجنة العليا من أية اختصاصات ذات طبيعة قانونية ملزمة، وأغلق عليها بالاختصاصات الاستشارية وإصدار التوصيات وإعداد الدراسات ونشر الوعي ^(٧٨).

(٧٦) قرار وزاري رقم (٦٥) لعام ٢٠١٢، مادة (٢) فقرة (١٥).

(٧٧) لا يكون في الدولة سوى لجنة وطنية واحدة لحقوق الإنسان، إلا في بعض النظم الفيدرالية حيث يكون هناك لجان على المستوى الفيدرالي وأخرى على المستوى المحلي.

Linda C., supra note (32) at 6.

(٧٨) قرار وزاري رقم (٦٥) لعام ٢٠١٢، مادة (٢).

المطلب الثاني مؤسسات أمناء المظالم

توجد مؤسسات أمناء المظالم في مجموعة واسعة من البلدان^(٧٩) وتسمى بأسماء متباينة ومختلفة كمحامي الشعب أو Ombudsman، أو المدافع عن الشعب أو وسيط الجمهورية... وجميعها ينظمها إما نص دستوري أو تشريعي^(٨٠)، وكان أول ظهور لها في السويد عام ١٨٠٩^(٨١)، ثم النرويج والدنمارك ونيوزي لندة ودول أخرى^(٨٢). وأمين المظالم قد يكون شخصاً يعين - في دول كثيرة كدول الكومنولث ودول جنوب إفريقيا - من طرف رئيس الدولة الذي تُقدم له تقارير أمين المظالم، ولا تحتوي دولة الكويت مثل هذا النوع من المؤسسات.

والوظيفة الأولية لهذه المؤسسة تتمثل في التأكد من مراعاة الإنصاف في الإجراءات القانونية على مستوى الإدارات الحكومية، فتهدف إلى حماية حقوق الأفراد الذين يعتقدون أنهم ضحية لإجراءات ظالمة من جانب الإدارة العامة، فأمين المظالم هو وسيط نزيه بين الفرد المظلوم والحكومة^(٨٣).

(٧٩) In Sweden..."ombudsman" or "ombudsperson." ... It is precisely their capacity to contribute substantially to the realization of individual humanrights which makes independent institutions so significant." Mary Robinson, HumanRights: Challenges for the 21st Century, First Annual Dag Hammarskjöld Lecture (Oct. 1, 1998).

(٨٠) Although many countries have maintained the name "ombudsman," other countries have used different titles that are expressive of the duties of the institution, such as Parliamentary Commissioner for Administration (United Kingdom, Sri Lanka), Public Protector (South Africa), Protecteur du Citoyen (Protector of the Citizen, Quebec, Canada), Volksanwaltschaft (People's Advocate, Austria), and DifensoreCivico (Civic Defender, Italian regions and provinces).Linda C., supra note (32) at 9.

(٨١) See Ulf Lundvik, Sweden, in 2 INTERNATIONAL HANDBOOK OF THE OMBUDSMAN 179, 179 (Gerald E. Caiden ed. 1983) [hereinafter INT'L HANDBOOK]; Walter Gellhorn., Even earlier, in 1713, the Swedish monarch appointed an official, the Chancellor of Justice, to inspect the activities of the administration. In 1766, the Swedish parliament began electing the Chancellor of Justice for a period of time. The Justitieombudsman, established in the Constitution of 1809, was appointed by the legislative branch to monitor public administration and the courts, and report to the legislature.

(٨٢) Linda C., supra note (32) at 9.

(٨٣) المرجع السابق، ص ٢.

ومؤسسة أمين المظالم تختلف من دولة إلى أخرى، وهي عادة تتكون من شخص واحد، إلا أن دولاً تشكل فريقاً لهذه المهمة^(٨٤)، تتبع وتعمل بموجب إجراءات متماثلة، إذ تتلقى الشكاوى من الأفراد ضمن نطاق اختصاصاتها وعلى شرط استيفاء طرق الطعن وسبل الإنصاف القانونية، وقد تقوم بالتحقيقات والتحريات مستعملة فيها تسهيلات ووسائل، لتخلص بعد ذلك - ليس إلى قرارات ملزمة - بل^(٨٥) إلى جملة توصيات ضمن تقرير خاص بكل موضوع يقدم إلى السلطة التشريعية، بالإضافة إلى تقرير سنوي يقدم دورياً إلى السلطة التنفيذية، يتضمن معلومات حول مشكلة معينة تتعلق بحقوق الأفراد، بالإضافة إلى مقترحات حول التغييرات التشريعية والإدارية البديلة.

كغيرها من المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، لا يتمتع أمين المظالم بسلطة اتخاذ قرارات ذات طبيعة ملزمة، ويقتصر دوره على إصدار التوصيات ورفع التقارير للسلطتين التنفيذية والتشريعية^(٨٦). والميزة التي تسم أمين المظالم أن صلاحياته مقتصرة على الانتهاكات التي تقتربها الحكومة، بينما تمتد بالنسبة إلى باقي المؤسسات إلى الانتهاكات التي يكون مصدرها هيئة أخرى أو مجموعات أو حتى أفراد.

فعمل أمين المظالم مرتكز على شكاوى فردية ضد كيانات عامة، وتتسع صلاحياته شيئاً فشيئاً في مجالات التثقيف والتوعية في مجال حقوق الإنسان. ومع الأسف فإن دولة الكويت تفتقد لمثل هذا النوع من المؤسسات على الرغم من أهميتها ودورها في تعزيز وحماية حقوق الإنسان.

ونعتقد أن فرض الأمم المتحدة - ضمن مبادئ باريس المتعلقة بمركز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان - التمثيل التعددي للقوى الاجتماعية في المؤسسات الوطنية يرتب استبعاد المؤسسات ذات الشخص الوحيد، فالمعايير الدولية والتوصيات والقرارات كلها تدرج مؤسسة أمين المظالم ضمن المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، وعلى الرغم من عدم انطباق هذه المعايير عليها^(٨٧) فمدى إمكانية القول بإدراج مؤسسة أمين المظالم ضمن المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان بالمعنى

Linda C., supra note (32) at 9.

(٨٤)

Linda C., supra note (32) at 7.

(٨٥)

Linda C., supra note (32) at 9.

(٨٦)

(٨٧) انظر على سبيل المثال: ليلي تكلي، مرجع سابق، ص ٤٨.

الاصطلاحي يطرح إشكالاً واضحاً، ففي حين تعتبر الأمم المتحدة من خلال منشوراتها أن أمين المظالم مؤسسة وطنية لحماية حقوق الإنسان بالمفهوم الدولي المعتمد، إلا أن الحد الفاصل للتصنيف هو المعايير المعتمدة في قرار لجنة الأمم المتحدة المتعلقة بمركز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان^(٨٨). ففي حين تتجه جل الدراسات - وإن قلّت - إلى اعتبار مؤسسة أمين المظالم مؤسسة لحماية والنهوض بحقوق الإنسان للتشابه في الاختصاص بتلقي الشكاوى والتحقيق فيها، والتشابه أيضاً في التمتع بالسلطة الاستشارية دون سلطة التقرير، إلا أن الاختلاف بينهما يتضح من خلال تصفح مبادئ باريس وذلك من حيث:

- ١ - **من حيث الهدف:** ففي حين تهدف المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان إلى حماية الأشخاص من أي انتهاك كان للحقوق المضمونة دولياً ووطنياً، يقتصر هدف أمين المظالم على تلقي الشكاوى التي تتعلق بانتهاك الإدارة لحقوق المواطن بسبب عدم احترام أو تطبيق الإجراءات الإدارية الداخلية دون غيرها.
- ٢ - **من حيث الوظائف:** يختص أمين المظالم فقط بالنظر في الشكاوى المرفوعة إليه من المواطنين، وتقديم تقارير إلى الجهة الوصية حول ما فصلت فيه، بينما تختص المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان بأية حالة انتهاك لحقوق الإنسان تقرر تناولها، فمؤسسة أمين المظالم لا تختص بالرقابة على مدى تقيد التشريعات الداخلية بالمعايير والصكوك الدولية لحقوق الإنسان التي تكون الدولة طرفاً فيها، كما لا يدخل ضمن اختصاصاتها أيضاً نشر الوعي بحقوق الإنسان والتعاون مع المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان في الدول الأخرى. وكلها اختصاصات تضمنتها مبادئ باريس لمركز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان في إطار تحديد المهام والمسؤوليات وحصر المؤسسات التي تدخل تحت نطاق المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان.
- ٣ - **من حيث التشكيل:** نصت مبادئ باريس لمركز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان على ضرورة مراعاة التمثيل التعددي للقوى الاجتماعية في المجتمع المدني والسلطات في تشكيل هذه المؤسسات، وإشراك المنظمات غير الحكومية وتيارات الفكر الفلسفي والديني والجامعات والخبراء المؤهلين والمؤسسة التشريعية والتنفيذية^(٨٩)... في حين أن أمين المظالم - كما سبق البيان - هيئة

(٨٨) انظر: نص مبادئ باريس.

(٨٩) انظر: نص مبادئ باريس في الفقرة المتعلقة بالتشكيل والاختصاصات.

تنشأ بنص وطني عام سواء دستوري أو تشريعي في صورة شخص واحد أو مجموعة أشخاص، فعنصر التمثيل التعددي هو أهم معيار يغيب تماماً في مؤسسة أمين المظالم.

٤ - من حيث طرق العمل: تتميز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان بتنوع طرق عملها بين البحث بكل حرية في جميع المسائل التي تدخل في نطاق اختصاصها بمخاطبة الرأي العام وعقد الاجتماعات وتشكيل أفرقة العمل وإجراء المشاورات مع مختلف الهيئات داخل الدولة وإقامة علاقات مع المنظمات الحكومية وغير الحكومية ذات الصلة بحقوق الإنسان والفئات الضعيفة، بينما تقتصر سبل العمل بالنسبة لأمين المظالم في نظر الشكاوى وإعداد التقارير عن كل شكوى للشاكي والمشكلو بحق، بالإضافة إلى رفع تقرير دوري للجهة الوصية، فاختصاصه شبه قضائي. وبناء على ما تقدم فنحن نعتقد أن ديوان المظالم لا يعتبر مؤسسة من مؤسسات حقوق الإنسان بالمفهوم التقني المعتمد في مبادئ باريس المتعلقة بمركز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان.

الخاتمة:

أهم ما يمكن تسجيله من خلال هذه الدراسة أن المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان ذات منشأ، دولي أساسه الجهود المستمرة التي بذلتها ولا تزال تبذلها الأمم المتحدة، التي كرست فكرة الحماية الوطنية لحقوق الإنسان ووضعت المعايير والمبادئ العامة الواجب مراعاتها من طرف الدول عند إنشائها، وهي مؤسسات عمومية حكومية ذات طابع إداري بالمفهوم الضيق، فلا هي هيئة قضائية ولا هي هيئة تشريعية، ولا هي منظمة غير حكومية، بل مؤسسة تنفيذية متميزة تتمتع بالاستقلالية القانونية التنفيذية والإدارية والمالية، تنشأ بنص تشريعي أو دستوري، يحدد اختصاصاتها على أساس موضوعي منحصر في مجال حماية وترقية حقوق الإنسان على المستوى الوطني، وتكتسب سلطة استشارية دائمة فيما يتعلق بحقوق الإنسان على الصعيدين الوطني والدولي، تظهر من خلال تقديم الآراء والتوصيات، أو من خلال النظر في الشكاوى المقدمة من طرف الأفراد أو الهيئات والفصل فيها، عن طريق تركيبة تعددية تكفل تمثيل القوى الاجتماعية.

ولأنه قد لا تتطابق خطط العمل المرسومة من قبل الأمم المتحدة والمخططات

السياسية الداخلية لمختلف الدول، فإن الإشكاليات المثارة عند مقارنة الالتزامات الدولية والتشريعات الوطنية من طرف المؤسسة الوطنية تكمن في استغلال الدول القصور في الإلزام الذي يطبع المعايير الدولية بالمقارنة بالقوانين الداخلية، الأمر الذي يعيق تحقيق الأهداف المرجوة من هذه المؤسسات ألا وهي حماية وتعزيز حقوق الإنسان، ويحيلها إلى مجرد شعار متوقف على أخلاقيات الدولة وإرادتها.

وعلى الرغم من ذلك فقد أثبتت التجارب السابقة لعدة دول عربية كالمغرب والجزائر وتونس ومصر وقطر والأردن... أن إحداث هذه المؤسسات فيه بالفعل فائدة كبيرة، وبما أن دولة الكويت لم تتبن بعد أية مؤسسة من المؤسسات الوطنية متوافقة مع معايير باريس، فقد أضحت من الضرورة أن تستحدث دولة الكويت مؤسسة أو مؤسسات من هذا النوع، تنطبق عليها مبادئ باريس وتتماشى مع التشريعات القائمة فيها، على أن تسعى فعلياً لتحقيق عنصر الاستقلالية والحفاظ عليه، وإلا فقدرة هذه المؤسسات ستظل قاصرة ومحدودة القيمة إذا لم تقابلها رغبة الدولة وإرادتها الحقيقية وإعمالها الصانع لمبادئ باريس المتعلقة بمركز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان.

تم بفضل الله

المراجع

الكتب والأبحاث العربية:

- أحمد بوضياف، الهيئات الاستشارية في الإدارة الجزائرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٩.
- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة الدكتور محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة ١٩٩٦.
- اميل دوركايم، فيلسوف وعالم اجتماع، ومن مؤسسي علم الاجتماع الحديث عاش في الفترة ما بين ١٥ أبريل ١٨٥٨ و ١٥ نوفمبر ١٩١٧.
- بوزنادة معمر، المنظمات الإقليمية ونظام الأمن الجماعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر (د.ت).
- توفيق إداسي، مفهوم الاستشارة وتطبيقاتها، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة محمد الخامس الرباط، ١٩٩٧.
- عبد الغني بسيوني عبدالله، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت (د.ت).
- عبد العزيز طيبي عناني، مدخل إلى الآليات الأومية لترقية وحماية حقوق الإنسان، دار القصة الجزائر ٢٠٠٢.
- عيسى العنزي ود. ندى الدعيج، دراسة لحقوق الإنسان وقتي السلم والنزاعات المسلحة، الشركة العصرية للطباعة الكويت ٢٠١٠.
- علي زغود، الإدارة المركزية في الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دون تاريخ النشر.
- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ريحانة، الجزائر دون تاريخ النشر.
- علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل، عمان، ٢٠٠٣.
- شاكر العصفور، أصول التنظيم وأساليبه، الطبعة السادسة ١٩٨٤، دار الشروق للنشر والتوزيع.
- سليمان محمد المطاوي، مبادئ علم الإدارة، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، ١٩٧٣.
- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، دار العلوم، عنابة. دون تاريخ النشر.

- محمد السعادي، حقوق الإنسان، دار الريحانة، الجزائر، ٢٠٠٢.
- قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية، المحتويات والآليات، دار هومة، ٢٠٠٢.
- لحسين بن الشيخ آث ملويا، دعوى تجاوز السلطة، الطبعة الأولى، دار ريحانة، الجزائر، ٢٠٠٤.
- يوسف سعد الله الخوري القانون الإداري العام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة / (د. م) ١٩٩٨.

الكتب والأبحاث الأجنبية:

- Abdallah Ben Hammou: L'Algérie et les Mécanismes internationaux de Protection des Droits de L'Homme. Revu, faculté' des Droit. N31, 2003.
- AHMED BOUNEFOR, Consultants enjeux et règles des relation entreprises consultants, DUNOD; Aubin imprimeur. juillet, 1992.
- Durkheim, Leçon de Sociologie - Physique de Meure et du Droit, Paris 1975.
- John Hucker, Antidiscrimination Laws in Canada: Human Rights Commissions and the Search for Equality, 19 HUM. RTS. Q. 547 (1997); Mario Gomez, Sri Lanka's New Human Rights Commission, 20 HUM. RTS. Q. 281 (1998).
- Linda C. Reif, BUILDING DEMOCRATIC INSTITUTIONS: THE ROLE OF NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS IN GOOD GOVERNANCE AND HUMAN RIGHTS PROTECTION, 13 Harv. Hum. Rts. J. 1,(Spring, 2000).
- Ulf Lundvik, Sweden, in 2 INTERNATIONAL HANDBOOK OF THE OMBUDSMAN 179, 179 (Gerald E. Caiden ed. 1983)
- Walter Gellhorn, The Swedish Justitieombudsman, 75 YALE L.J. 1 (1965).

- ZINEDIN NOUREDIN: La Consultation Administrative au Maroc. Mémoire du Cycle Supérieur de l'E.N.A.P Rabat.

الاتفاقية الدولية:

- اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوربا، بروما في ٤/١١/١٩٥٠.
- اتفاقية حماية حقوق الإنسان، في نطاق منظمة الدول الأمريكية، بسان خوسيه، في ٢٢-١١-١٩٦٩.
- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان أو الشعوب، بنينويبي في ٢١/١٠/١٩٨٦.
- ميثاق الأمم المتحدة ١٩٤٨.
- قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ٩/٢ المؤرخ سنة ١٩٤٦.
- قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ٧٧٢ المؤرخ سنة ١٩٦٠.
- قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ٣٢/١٢٣ المؤرخ سنة ١٩٧٧.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٤٦/٦٣ المؤرخ في الرابع من ديسمبر ١٩٧٨.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٣٤/٤٧ المؤرخ في ٢٠ ديسمبر ١٩٩٣.
- قرار الجمعية العامة رقم ١٣٤/٤٧.
- منشورات دولية:
- المؤسسات الوطنية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، الأمم المتحدة ٢٠٠٣.
- الحلقة التدرسية للأمم المتحدة من أجل إقليم آسيا والمحيط الهادي بشأن حقوق الإنسان، ١٩٩٣.
- الحلقة الدراسية الدولية الثانية بشأن المؤسسات الوطنية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، تونس ١٩٩٣.
- المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان ١٩٩٣، أين تم تنظيم اجتماع للمؤسسات الوطنية حول الشروط الضرورية لفاعلية أكثر وآلية تنسيق الأنشطة المشتركة.
- تقييم فعالية المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، تقرير صادر عن المجلس الدولي لسياسات حقوق الإنسان، ٢٠٠٥ منشور على.
- مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية، سلسلة التدريب المهني الصادر عن الأمم المتحدة، العدد ٤ جنيف ١٩٩٥.

- الاجتماع الإقليمي لأمريكا اللاتينية سان خوسية ١٩٩٢.
- الاجتماع الإقليمي لآسيا بانكوك ١٩٩٢.
- بعض الدروس المستفادة من الخبرة العالمية، المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، مارس ٢٠٠٣.
- حقوق الإنسان، المؤسسات الوطنية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، صحيفة الوقائع رقم ١٩، الأمم المتحدة، ٢٠٠٣.
- حلقة عمل الكومنولث، أوتاوا ١٩٩٢.
- UNITED NATIONS CENTRE FOR HUMAN RIGHTS, NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS: A HANDBOOK ON THE ESTABLISHMENT AND STRENGTHENING OF NATIONAL INSTITUTIONS FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS, Professional Training Series No. 4 at 10, U.N. DOC. HR/P/PT/4, U.N. Sales No. E.95.XIV.2 (1995).
- Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation on the Establishment of Independent National Human Rights Institutions, Recommendation No. R(97).
- OAS General Assembly, Support for the Work of Defenders of the People, Defenders of the Population, Human Rights Attorneys, and Human Rights Commissioners (Ombudsmen) in the Context of Strengthening Democracy in the Hemisphere, OAS AG/RES 1601, XXVIII-O/98 (1998).
- César Gaviria, Toward a New Vision of the Inter-American Human Rights System, abbreviated version of the original text reprinted in 4 J. LAT. AM. AFF. 4, 18 (1996).

التشريعات الوطنية:

- القرار الوزاري ١٦٩/٢٠٠٨ المؤرخ في ١٨ ماي ٢٠٠٨ المتضمن إنشاء اللجنة الكويتية العليا لحقوق الإنسان.
- القرار الوزاري رقم ٩٩/٢٠٠٥ المؤرخ في ١٢ يونيو ٢٠٠٥.

اتساع المسؤولية المدنية لمباشر الضرر البيئي في ضوء القانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠١٤ في شأن حماية البيئة

الدكتور/ مرضي عبيد العياش*
قسم القانون الخاص - كلية الحقوق
جامعة الكويت

ملخص:

أدت الزيادة السريعة في السكان، وما صاحبها من تطور تكنولوجي هائل على جميع الأصعدة، إلى التأثير سلباً على المنظومة البيئية؛ هذا التأثير السلبي أدى إلى الإخلال بالتوازن البيئي، ونتج عنه ما يسمى بالتلوث البيئي، ومن هنا ارتبطت المشكلات البيئية بشكل أساسي بوجود الإنسان. وقد حاول الكثير من رجال القانون والقضاء تطويع القواعد العامة لتقرير المسؤولية عن التلوث البيئي، التي أفلحت في جانب وأخفقت في جانب آخر، بسبب خصوصية الأضرار البيئية. مما أدى في نهاية المطاف بالمشروع الكويتي لإصدار قانون جديد متكامل، خصصت أحد أبوابه لمعالجة المسؤولية المدنية للأضرار البيئية والتعويض عنها، وبدا لنا فيه أن المشروع تخلى عن ركن الخطأ عندما يحدث الضرر مباشرة. ومن هذا المنطلق سوف نتناول هذه الدراسة ماهية المباشرة، وهو ما يستدعي تأصيلها وبيان مفهومها وشروطها في المجال البيئي، ثم نعرض لأحكام المسؤولية المستجدة التي رسمها المشروع لتعزيز الحماية المدنية للبيئة.

مقدمة:

خلق الله الأرض وقدرها تقديراً بمقاييس معينة وصفات دقيقة، وذلك لتوفير حياة ملائمة للمخلوقات، ويشمل مصطلح "الأرض" الوارد في القرآن الكريم ليس اليابسة فحسب، بل جميع ما فيها وما عليها من ماء ويابسة وهواء ومخلوقات حية وغير حية وغيرها من المكونات^(١)؛ كل هذه المكونات تسير مع بعضها بعضاً وتتفاعل مع الإنسان، وفق نسب مقدرة^(٢).

وقد أدت الزيادة السريعة في السكان، وما صاحبها من تطور تكنولوجي هائل على جميع الأصعدة، إلى التأثير سلباً على المنظومة البيئية؛ هذا التأثير السلبي أدى

(١) محمد زمران: التصور الإسلامي للبيئة دلالاته وأبعاده، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مطبوعات جامعة الكويت، العدد (٥٥)، السنة (١٨)، ديسمبر ٢٠٠٣، ص ٣٦٠.

(٢) (إننا كل شيء خلقناه بقدر). القمر، آية ٤٩.

(*) alayash@hotmail.fr

إلى إخلال بالتوازن البيئي الدقيق بين مكونات وعناصر هذا النظام البيئي^(٣)، وقد نتج عن ذلك ما يعرف الآن باسم التلوث^(٤)؛ ولذلك يمكن تعريف التلوث بأنه: "كافة الأنشطة البشرية والطبيعية التي تساهم في تواجد أي من المواد أو العوامل الملوثة في البيئة بكميات أو صفات لمدة زمنية قد تؤدي - بطريق مباشر أو غير مباشر وحدها أو بتفاعل مع غيرها - إلى الإضرار بالصحة العامة، أو القيام بأعمال وأنشطة قد تؤدي إلى تدهور النظام البيئي الطبيعي أو تعيق الاستمتاع بالحياة والاستفادة من الممتلكات الخاصة والعامة"^(٥).

ومن هنا ارتبطت مشكلات التلوث البيئي - بشكل أساسي - بوجود الإنسان على الأرض وتفاعله مع مكوناتها المقدرة والموزونة من الله عز وجل^(٦)، وذلك باستغلال هذه الموارد الطبيعية ورصدها لتحقيق كل ما هو أفضل إليه من منفعة أو سعادة أكبر، سيما ما رافقها من تقدم وازدهار ورفاهية، وذلك دون أن يأبه - في كثير من الأحيان - بالانعكاسات السلبية لهذه الرفاهية على المنظومة البيئية التي تنتهي في غالب الأحيان - سواء على المدى القريب أو البعيد بطريقة مباشرة أو غير مباشرة - للإضرار بالإنسان نفسه؛ إلى أن تنبه العديد من العلماء في شتى المجالات - لهذه المشكلات^(٧)، وصارت مسألة المحافظة على البيئة بل وتنميتها من الأولويات التي احتلت الصدارة على المستويين الدولي والداخلي؛ حتى إن بعض علماء الاقتصاد والقانون يعتبرون - في علم التحليل الاقتصادي للقانون^(٨) إن تكاليف الإنتاج لأي

(٣) قال تعالى: ﴿وَالْأَرْضَ مَدَدْنَاهَا وَأَلْقَيْنَا فِيهَا رَوَاسِيَ وَأَنْبَتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ شَيْءٍ مَوْزُونٍ﴾. الحجر، آية ١٩.

(٤) مصطفى سلامة حسين ومدوس الرشدي: القانون الدولي للبيئة، مجلس النشر العلمي، مطبوعات جامعة الكويت، ٢٠٠٧، ص ١١.

(٥) هذا التعريف مقتبس من المادة الأولى من القانون الكويتي رقم (٤٢) لسنة ٢٠١٤ بشأن حماية البيئة، والذي سوف يشار إليه لاحقاً.

(٦) قال تعالى: ﴿ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ﴾ الروم، آية ٤١. والجدير بالذكر أن أسباب التلوث لا تعود دائماً لفعل الإنسان، بل أحياناً تعود للطبيعة، وربما يشترك الاثنان مع بعضهما البعض في إحداث الضرر البيئي.

(٧) فهد الزميع: نظرية العقد من منظور اقتصادي، مجلة الحقوق، مطبوعات جامعة الكويت، العدد (٣)، السنة (٣٨)، سبتمبر ٢٠١٤، ص ١٦٠.

(٨) ويسمى هذا العلم: بالعلوم البيئية، أي ذلك العلم الذي ينشأ من تلاقي علمين مختلفين بهدف حل بعض المشكلات بين مجالين من العلوم، سيما عندما يصعب التعامل مع هذه المشكلات من خلال حقل معرفي واحد. فهد الزميع: مرجع سابق، ص ١٤٧؛ راجع في ذلك أيضاً: =

سلعة أو خدمة تقدم للجمهور لا تقتصر على التكلفة الداخلية فقط (أي التكلفة المباشرة: من أجور ومواد أولية وغيرها)، بل إنه يجب احتساب التكاليف الخارجية (أي التكلفة غير المباشرة: كنفقة التلوث البيئي) في أي مشروع اقتصادي. لم تقف المسألة عند هذا الحد بل لم يتوان حتى علماء الشريعة الإسلامية في تسليط الضوء على أهمية المحافظة على البيئة من منظور إسلامي، والنهي عن إفسادها والحض على تعميرها^(٩).

من هذا المنطلق تحملت العديد من دول العالم مسؤولياتها تجاه تنمية البيئة والحد من أخطارها التي باتت تهدد صحة الإنسان واستمتاعه في الحياة، فعقدت العديد من المؤتمرات التي أسفر عنها توقيع العديد من الاتفاقيات الدولية^(١٠)، الذي انعكس بدوره على التشريعات البيئية على المستوى الوطني، فكان لرجال القانون الدور البارز في صياغة القوانين؛ ولم تكن دولة الكويت بمعزل عن المجتمع الدولي فقد صادقت على العديد من هذه الاتفاقيات^(١١).

ومع كل ذلك فالواقع كان يشير إلى صعوبات جمة في تقرير المسؤولية البيئية - سيما من الوجهة المدنية في النطاق الداخلي - نتيجة لخصوصية الأضرار البيئية التي قد تصيب الكائنات الحية وغير الحية والممتلكات والثروة الطبيعية، أي يصيب البيئة بعناصرها ومكوناتها كتلوث الهواء أو الماء، والذي قد يساهم في إحداثه العديد من الأسباب، وصعوبة تحديد هذا الضرر ومساهمه بصحة الإنسان مباشرة، حيث قد لا يظهر فور وقوعه بل على فترات متباعدة كالتلوث الإشعاعي، والغازات السامة والسحب الدخانية وما نحو ذلك^(١٢)؛ ذلك أنه وعلى الرغم من وجود العديد من

= مشاعل الهاجري: قلاع وجسور: الدراسات البيئية وأثرها في الاتصال بين الحقول المعرفية (دراسة في القانون كحقل معرفي مستقل وعلاقته بعده من العلوم)، مجلة الحقوق، مطبوعات جامعة الكويت، العدد (٣)، السنة (٣١)، سبتمبر ٢٠٠٧، ص ١٧١.

(٩) محمد زرمان: مرجع سابق، ص ٣٨١ و ٣٨٦.

(١٠) معظم هذه الاتفاقيات باءت بالفشل، يرجع ذلك إلى أن الحد من التلوث البيئي يقتضي تقليص ساعات العمل في الدول الصناعية والحد من الصناعات، ولكن ذلك سوف يؤدي في هذه الدول إلى اتساع شريحة البطالة، فضلا عن أنه يؤثر على الاقتصاد القومي لتلك الدول بسبب قلة الإنتاجية التي سوف يتسبب فيها الحد من بعض الصناعات التي يخشى من أضرارها على البيئة وهو ما سوف ينعكس سلبا على حجم العمالة المستخمة وساعات العمل.

(١١) انظر في ذلك، مصطفى سلامة حسين ومدوس الرشيد: مرجع سابق، ص ٣٦٧.

(١٢) M. Bacache, Quelle réparation pour le préjudice écologique?: Environnement et dév. durable 2013, étude 10.

القوانين التي تهتم بحماية البيئة، إلا إنه لم يكن هناك قانون خاص يبين للمضرور أحكام المسؤولية المدنية.

كل ذلك أدى إلى صعوبة تحديد المسؤول عن الضرر، الأمر الذي أدى إلى إفلاته من المسؤولية عن تعويض المضرور باعتباره جوهر المسؤولية^(١٣)، أو إصلاح الضرر الذي أصاب البيئة في ذاتها^(١٤)، سيما وأن قانون إنشاء الهيئة العامة للبيئة (القديم)^(١٥)، لم يتضمن أية أحكام خاصة لقواعد المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية والتعويض عنها، فما كان للمضرور من سبيل سوى التوجه نحو القواعد القانونية التقليدية؛ ولا شك أن الكل ينتظر الكثير من القانون المدني، فالأنظار غالباً ما تتجه نحو قواعد المسؤولية المدنية، ذلك إن قواعد المسؤولية الجزائية أضيق بكثير من قواعد المسؤولية المدنية، فالأولى مقيدة بمبدأ الشرعية (فلا عقوبة دون نص)، وعلى خلاف الثانية المتحررة من هذه القيود، وبإمكانها أن تتطور بسرعة دون أن تواجه صعوبات كتلك التي يمكن أن يواجهها القانون الجزائي.

ومن هذا المنطلق، حاول الكثير من رجال القانون والقضاء تطويع القواعد العامة لتقرير المسؤولية عن التلوث البيئي، التي أفلحت في جانب وأخفقت في جانب آخر^(١٦)، وعلى الرغم من ذلك الفلاح والتطور الملموس للقواعد العامة لتقرير

(١٣) G. Viney, Introduction à la responsabilité: LGDJ, 2008, n° 36.

(١٤) رقم (٢١) لسنة ١٩٩٥ والمعدل بالقانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٦، والصادر في ٧ يوليو ١٩٩٦، الجريدة الرسمية، العدد (٢٦٤)، السنة (٤٢). هذا القانون الذي كان في أغلبه يتناول تشكيل الهيئة العامة للبيئة ودورها التي تضطلع به، والسياسات العامة لحماية البيئة، مع فرض بعض العقوبات، فكان أقرب إلى فروع القانوني الإداري والجزائي.

(١٥) انظر على سبيل المثال: بعض الأحكام الفرنسية المتعلقة بنظرية مزار الجوار غير المألوفة، أو المسؤولية عن فعل الأشياء أو الغير للوصول لتقرير المسؤولية الموضوعية عن الأضرار البيئية: = Cass. 2e civ., 19 nov. 1986, n° 84-16.379: JurisData n° 1986-702120; Bull. civ. 1986, II, n° 172; D. 1988, somm. p. 16, note A. Robert; Cass. 2e civ., 6 mars 2008, n° 06-21.310. - Cass. 3e civ., 18 févr. 2009, n° 07-21.005: JurisData n° 2009-047151. - Cass. 2e civ., 2 avr. 2009, n° 08-15.619: JurisData n° 2009-047712. - Cass. 3e civ., 10 juin 2009, n° 08-13.902; G.-J. Martin, La responsabilité civile du fait des déchets en droit français: RID comp. 1992, p. 65 et p. 69; CJCE, 18 mai 2006, aff. C-343/04, Land Oberösterreich c/ CEZ as: RD imm. 2006, p. 358, note F. G. Trébulle; Cass. 2e civ., 22 mai 2003, n° 02-10.367: JurisData n° 2003-019044; Bull. civ. 2003, II, n° 155; JCP G 2003, IV, 2248; L'arrêt Costedoat du 25 février 2000, D. 2000, p. 673, note P. Brun.

(١٦) L. NEYRET, L'extension de la responsabilité civile en droit de l'environnement, Responsabilité civile et assurances n° 5, Mai 2013, dossier 29.

المسؤولية إلا أن هناك العديد من التساؤلات التي تتطلب تدخلاً تشريعياً، لتنظيم قواعد المسؤولية المدنية عن التلوث البيئي والتعويض عنه^(١٧).

والوضع العام في دولة الكويت كان يشير - في كيفية معالجة المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية - إلى أمرين: فإما إقرار قانون خاص يتضمن كيفية المساءلة المدنية، أو تركها للقواعد العامة في القانون المدني، وقد انتصر الرأي الأول.

وتطبيقاً لذلك، صدر القانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠١٤ في شأن حماية البيئة المؤرخ في ٢٩ يونيو ٢٠١٤^(١٨)، ويعتبر هذا القانون أول قانون شامل ومتكامل يُعنى بحماية البيئة على المستوى الوطني، ولأول مرة يتضمن باباً خاصاً وجديداً يتعلق بالمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية والتعويض عنها؛ وهذا يعني أن المشرع انحاز للرأي الذي يطالب بصور قانون جديد ينظم المسؤولية المدنية البيئية بما يتمشى مع طبيعتها الخاصة في المجال البيئي، ليتجاوز العقبات التي طالت الاجتهاد في تطويع القواعد العامة، وربما ليُ عنق تلك القواعد لتتناسب مع خصوصية الأضرار البيئية.

ولا شك أن المشرع الكويتي كان موفقاً في إصدار هذا القانون الشامل والمتكامل، إلا أن ما يهمننا في هذه الدراسة الباب الثامن منه فقط، وهو الذي يرتب قواعد المسؤولية المدنية، الذي من خلاله نتمكن من استطلاع مدى توفيق المشرع فيما استحدثه من أحكام جديدة إزاء عدم كفاية القواعد العامة في تقرير المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، فالواقع العملي يشهد أن القضاء يعاني صعوبات كثيرة في القضايا البيئية، حيث إنه يتردد في تقرير المسؤولية عن الأضرار التي تلحق البيئة؛ تلك المسؤولية التي تركز على جانب قانوني وفني معقد في كثير من الأحيان.

من هنا تبرز أهمية هذه الدراسة، كونها تسلط الضوء على أهم ما جاء به القانون الجديد حول أساس المسؤولية البيئية، - وفي قول آخر كيفية قيامها -

(١٧) منشور في الجريدة الرسمية ٣ يوليو ٢٠١٤، العدد (١١٩٢)، السنة (٦٠)، والذي دخل حيز التنفيذ ١٢ أكتوبر ٢٠١٤ وفقاً للمادة (١٨١) منه، وبصور هذا القانون ألغي القانون القديم رقم (٢١) لسنة ١٩٩٥ بشأن الهيئة العامة للبيئة المشار إليه سلفاً.

(١٨) إذ بدأنا في دراسة هذا القانون منذ أن كان مشروعاً متداولاً في أروقة مجلس الأمة؛ علاوة على أنه لم يقع نظرنا على أي دراسة منشورة عن المسؤولية المدنية البيئية وفقاً للقانون الكويتي الداخلي في أي من المجالات العلمية التابعة لمجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، أو مجلة الفتوى والتشريع أو مجلة المحامي، لا من خلال تطويع القواعد العامة، ولا من خلال القانون القديم بشأن إنشاء الهيئة العامة للبيئة.

ودراستها للتعرف على أحكامها ومداها ومستجداتها من ناحية؛ ومن ناحية أخرى، لنتنبأ بمشكلاتها التي قد تثار مستقبلاً، وبحث مدى انسجامها ومواكبتها للطموحات المرجوة، سيما أنها ما كانت لتسن إلا للقضاء على الصعوبات التي وقفت حجر عثرة أمام تلك المسؤولية عند الاكتفاء بالقواعد التقليدية.

وقد جاءت هذه الدراسة لتكون أول دراسة في ضوء القانون الجديد^(١٩)، فلعلها تسهم في تقديم بعض الحلول للإشكالات التي وقفنا عليها، وتسد بعض النقص في المكتبة القانونية، كما تكون تحت مجهر الفقه لنقدها وتقويمها إذا اقتضى الأمر ذلك، سيما وأن القضاء والفقه الكويتي لم يتعرضا لهذا القانون حتى الآن نظراً لحداثة صدره؛ أضف إلى ذلك فإنه ومع جود العديد من الكتابات البحثية حول المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، إلا أنها تصب في غالبيتها في محاولة تطويع القواعد العامة للتصدي للأخطار البيئية، أو دراسة قانون أو اتفاقية بيئية معينة، في حين أن هذه الدراسة تركز على خصوصية أساس المسؤولية البيئية وأحكامها التي بشرنا بها القانون الجديد، والتي تتميز بخصوصية تامة لم نر لها مثيلاً - من خلال قراءتنا - في القوانين المقارنة، حيث ركزت المسؤولية غير الخطئية على المباشر فقط دون المتسبب، سيما وأن تحديد المباشر في التلوث البيئي ليس سهل المنال دائماً.

وفضلاً عن بعض النصوص التي أدخلتنا في حيرة في بعض الأحيان لتوضيح مقصودها ومدى الحكمة من النص عليها، حتى صار العمل شاقاً علينا، خاصة وأن القانون لم يمحض عليه إلا فترة قصيرة، فلم يتناوله الباحثون بالدراسة، ولا القضاء بالتطبيق؛ ومع كل ذلك ينبغي أن ننوه إلى أن هذه الدراسة لا تنال من الجهد والدور الكبير للقائمين على إعداد هذا القانون، فبطبيعة الحال تتخلف عن أي حركة تشريعية بعض السلبات؛ وإذا كان الأمر كذلك، فلعله من المناسب أن نتخذ الأسلوب التحليلي والنقدي منهاجاً لنا، والوصفي إذا تطلب الأمر ذلك، ومما تجدر الإشارة إليه أن هذه الدراسة ستكون مقصورة على قانون حماية البيئة الكويتي الجديد دون سواه، على أن هذا لا يمنع من التعرّيج على بعض الاتفاقيات الدولية والقوانين الأخرى ذات الصلة كلما كان ذلك مقتضياً.

وكان أهم ما أتى به قانون حماية البيئة الجديد هو اتساعه في تقرير المسؤولية، وبمعنى آخر تبنيه لمبدأ المسؤولية غير الخطئية أو كما يقال عنها المسؤولية

(١٩) تمييز مدني، طعن رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠١، جلسة ١٠ ديسمبر سنة ٢٠٠١، أنظمة صلاح الجاسم القانونية.

الموضوعية، ولكنه حصرها في فكرة مباشرة الضرر البيئي دون التسبب فيه، فكان لزاماً أن نتعرض لأحكام مسؤولية المباشر التي استحدثها المشرع وذلك بيان خصائصها المستجدة، ونحسب أن هذه الأحكام تنسحب بالضرورة على المتسبب الذي لم يفرد له المشرع أحكاماً خاصة، سوى ما تتعلق بمفهومه وأساس مسؤوليته التي تقوم على الخطأ؛ كما أن المشرع - وفي موقف يستحق البحث - تعرض لنموذج تشريعي خاص يُعنى بمسؤولية شاغل المكان الذي يرتبط أحياناً بمباشر الضرر في بعض نواحي أحكام المسؤولية، لاستظهار مدى العلاقة بينهما وما الخصوصية التي خص بها مسؤولية شاغل المكان، وما إذا كان يعد مظهراً من مظاهر اتساع المسؤولية المدنية البيئية (المبحث الثاني).

على أنه وقبل دراسة المظاهر المستجدة في مسؤولية المباشر، ينبغي علينا التعرض لفكرة المباشرة التي تقوم عليها مسؤولية مباشر الضرر، تلك الفكرة المستمدة من الشريعة الإسلامية السمحة، الأمر الذي يقتضي بالضرورة ردها وتأصيلها وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي، ذلك أن حسن تطبيقها في ضوء قانون حماية البيئة الجديد، يتطلب سلفاً فهمها وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي باعتبارها المصدر التاريخي (المبحث الأول).

في ضوء ما تقدم سوف نقسم دراستنا إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية مباشرة الضرر، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: تأصيل مفهوم المباشرة، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: تحديد المقصود بالمباشرة في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: المقصود بالتسبب وتمييزه عن المباشرة في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: مفهوم مباشرة الضرر البيئي في قانون حماية البيئة الجديد،

ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: تحديد المقصود بمباشرة الضرر البيئي

الفرع الثاني: مدى انعكاس مفهوم المباشرة على المشغل

المبحث الثاني: مظاهر اتساع المسؤولية، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: الخصائص المستجدة في مسؤولية المباشر، ويشتمل على

فرعين:

الفرع الأول: مسؤولية غير خطئية

الفرع الثاني: مسؤولية تضامنية

المطلب الثاني: علاقة مسؤولية شاغل المكان بمسؤولية مباشر الضرر، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: ماهية شاغل المكان

الفرع الثاني: خصوصية مسؤولية شاغل المكان

المبحث الأول ماهية مباشرة الضرر

أمام عدم كفاية قواعد المسؤولية المدنية لتعويض الضرر البيئي، سواء تلك التي تتطلب ثبوت الخطأ أو تلك المتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء أو فعل الغير، والتي وإن تجاوزت عقبة ثبوت الخطأ، إلا أنها لم تكن كافية لتغطية الصعوبات التي واجهت قيام المسؤولية البيئية وبالتالي التعويض عنها، إضافة إلى إمكان دفعها بالسبب الأجنبي وفقاً للحالات المتعارف عليها في القواعد العامة.

كل ذلك أدى بالمشروع للبحث عن وسائل أخرى لتفادي تلك العقبات، ومن ثم الوصول إلى تقديم حماية أكبر للبيئة والمضرورين من جراء التلوث البيئي، وقد سلكت الأنظمة القانونية في شتى البلدان العديد من السبل، تنصب غالبيتها - في نهاية المطاف على تقرير المسؤولية الموضوعية أو غير الخطئية؛ ولم يخرج المشرع الكويتي كثيراً عن ذلك، ولكنه أسس المسؤولية الموضوعية على فكرة المباشرة، تلك الفكرة المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي في تعويض الضرر، والتي تقوم - كما سنرى - على مجرد وقوع الضرر لتقرير المسؤولية (أو الضمان) دون حاجة إلى وقوع الخطأ ما دام قد وقع بطريق المباشرة؛ وقد ترجم الفقه الإسلامي ذلك الضمان بقاعدته "المباشر ضامن وإن لم يتعد أو يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي أو التعمد" (٢٠).

وإذا كان الأمر كذلك، فإنه ينبغي - وقبل تحديد أحكام المسؤولية التي أتى بها

(٢٠) محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، دار التراث الإسلامي، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٣؛ مصطفى الزرقاء: الفعل الضار والضمان فيه، دار العلم للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٨٨؛ محمد بن المدني بوساق: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧؛ محمد الدوسري: دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.

قانون حماية البيئة الجديد - تحديد مفهوم المباشرة في مجال المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، وهذا لا يتأتى إلا بتأصيل مفهوم المباشرة وتمييزها عن التسبب وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي باعتباره المصدر التاريخي الذي استمد منه المشرع الكويتي هذا المفهوم؛ لذلك فالوقوف على مفهوم المباشرة في المجال البيئي (المطلب الثاني)، يتطلب أولاً فهم هذا المفهوم ودراسته في الفقه الإسلامي - باعتباره المصدر التاريخي - دون أن نسلم أنفسنا لإسهاب فقهي يخرجنا عن الهدف الحقيقي من هذه الدراسة (المطلب الأول).

المطلب الأول تأصيل مفهوم المباشرة

ينفرد الفقه الإسلامي^(٢١) - لقيام المسؤولية التقصيرية^(٢٢) - في التمييز بين كيفية وقوع الضرر أكان عن طريق المباشرة أم التسبب؛ وهي تفرقة، وإن كان لا يترتب عليها أثر في القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية في القانون المدني الكويتي، إلا أن لها اعتباراً كبيراً في الفقه الإسلامي، وقانون حماية البيئة الكويتي الجديد كما سنرى؛ وتأصيل مفهوم المباشرة يتطلب دراسة المقصود بها لتمييزها عن التسبب؛ فما المقصود إذن بالمباشرة؟ (الفرع الأول) والتسبب؟ وما الذي يميزهما عن بعض؟ (الفرع الثاني)، هذا ما سنجيب عنه في الفرعين التاليين؛ على أنه يحسن بنا أن نوجز في هذا المطلب بالقدر اللازم لتأصيل المفاهيم، دون إسهاب يخرجنا عن إطار البحث.

الفرع الأول تحديد المقصود بالمباشرة في الفقه الإسلامي

يعود أصل فكرة المباشرة إلى الشريعة الإسلامية، وقد تناولته العديد من الكتب

(٢١) ننوه إلى أن الفقه الإسلامي لا يعرف من حيث المبدأ نظام المسؤولية، ولكنه يعرف فكرة الضمان بصفة عامة كما سنرى. كما يجب أن نأخذ بالاعتبار أن المشرع الكويتي - شأنه شأن التشريعات الأخرى - اتبع منهج تصنيف المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية، ووضع أحكاماً لكل صورة على حدة، بحيث لا يجوز الخروج عنها؛ ومن هنا استقر الفقه والقضاء على مبدأ عدم جواز الجمع أو الخيرة بين تلك المسؤوليتين. انظر في ذلك: منصور مصطفى منصور، المصادر غير الإرادية للالتزام، خاصة دروس على الآلة الكاتبة، كلية الحقوق - جامعة الكويت، ١٩٨٠/١٩٨١، ص ٨ وما بعدها. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨، ص ٢٥ وما بعدها.

(٢٢) محمد بن المدني بوساق: مرجع سابق، ص ٤٩.

الفقهية القديمة والحديثة؛ ويمكن تعريف المباشرة بأنها: "إيجاد علة التلف" أي الفعل الذي نتج عن علة المباشرة^(٢٣)، أو هي إتلاف الشيء بالذات^(٢٤)، أو ما يلي الأمر بنفسه، أو ما حصل به الهلاك من غير توسط^(٢٥)؛ فمباشرة الضرر إذن هي ما كانت من فاعل مباشر دون واسطة بين فعله وحدث الضرر، فمن جلب الضرر بذاته وكان سبباً له دون تدخل فعل آخر يعتبر مباشراً؛ فمن يذبح آخر بسكين يكون مباشراً للقتل، ومن يرمي بحجر على مال ما فيتلفه يكون مباشراً.

لا يكفي لتحقيق المباشرة إذن، وجود الفعل والضرر بل يجب أن تتوافر علاقة السببية بين فعل المباشر والضرر الذي حصل دون أن يتخللها أية وسطة^(٢٦)، وتتوافر العلاقة السببية إذا كان الضرر قد حصل نتيجة لهذا الفعل مباشرة وبوضوح، وهذا على خلاف التسبب - كما سنرى - الذي تكون الرابطة فيه بين الفعل والضرر غير واضحة، فقد احتاج علماء الفقه الإسلامي وصفاً آخر يقوي هذه الرابطة ويبرزها فاشتروا التعدي لقيام الضمان بالنسبة للتسبب دون المباشرة^(٢٧)؛ ولم تخرج محكمة التمييز الكويتية عن هذه المفاهيم التي أكدتها في العديد من الأحكام، وفي ذلك قضت بأن: "المباشر في فقه الشريعة الإسلامية هو من يكون فعله الذي باشره بنفسه قد جلب بذاته الضرر وكان سبباً بدون واسطة أي بغير أن يتدخل أمر بين هذا الفعل وبين الضرر الناجم مباشرة عنه، وتخلف المباشرة بطبيعتها عن التسبب وهو ما كان علة للأمر ولكن لم يحصله بذاته"^(٢٨). ومن هذه التعريفات يمكن لنا أن نستظهر شروط المباشرة. ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى غصنين.

- (٢٣) المادة (٨٨٧) من مجلة الأحكام العدلية.
- (٢٤) بدر البعقوب: تحديد مفهوم مباشر الضرر وفق المادة ١٩ مكرر من قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الكويتي، مجلة الحقوق والشريعة، مطبوعات جامعة الكويت، السنة (٢)، العدد (٢)، يونيو ١٩٧٨، ص ٢٨٩.
- (٢٥) إبراهيم أبو الليل: الملتزم بتعويض الضرر الناجم عن حوادث السيارات، منشورات ذات السلاسل، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٥، ص ٢٩.
- (٢٦) انظر في هذا المعنى، محمد الدوسري: مرجع سابق، ص ٧٣.
- (٢٧) تمييز مدني ٢، طعن رقم ٥٢٠ لسنة ٢٠٠٥، جلسة ٢ إبريل سنة ٢٠٠٧؛ تمييز تجاري ٣، طعن رقم ٣٥٩ لسنة ٢٠٠٢، جلسة ٢٤ مايو سنة ٢٠٠٣؛ تمييز تجاري ٣، الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٢٠٠١، جلسة ١٢ يناير سنة ٢٠٠٢. أنظمتها صلاح الجاسم القانونية.
- (٢٨) وبدون الدخول في الجدل تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقهاء يختلفون في استخدام العبارات، فمنهم من يفضل عبارة المباشر "ضامن وإن لم يتعد" ومنهم من يرى أن الأقوى هو القول بأن "المباشر ضامن وإن لم يتعد"، بل أن بعض الفقهاء استخدم لفظ الخطأ. انظر في هذا الفقه ما جاء في مواهب الجليل لأبي عبدالله محمد بن الحطاب، الجزء الخامس، ص ٢٧٨، =

الغصن الأول

شروط تحقق المباشرة

لكي تتحقق المباشرة، فيضمن المباشر الضرر الذي أحدثه، يتطلب الفقه الإسلامي أن يجتمع شرطان:

١ - إتيان الفعل المسبب للضرر:

بداءة، يجب أن يصدر من المباشر فعل، ويستوي أن يكون الفعل الذي أحدث الضرر قد باشره بنفسه أو كان عن شيء تحت يده، بشرط ألا يستقل فعل الشيء عن فعل المباشر بل يضاف إليه، بل قد يكون الفعل المباشر من شخص آخر غير المباشر إذا ما كان غير مستقل عن فعل المباشر، ففي هذه الحالة يكون الشخص كالآلة، فمن يقذف بشخص على برميل من الزيت فيتسرب إلى النهر يكون مباشراً ومن ثم ضامناً للضرر الذي وقع؛ أما إذا استقل فعل الشيء عن فعل الشخص فلا يسأل هذا الأخير عن ذلك طالما كان له دور ذاتي في إحداث الضرر ولم يكن مجرد آلة في يد الشخص.

معنى ذلك أنه متى صدر فعل المباشرة من الفاعل (إذا ما تحققت الشرائط الأخرى) فإنه يكون ضامناً للضرر - ولزمه التعويض - وإن لم يعتمد أو يتعد^(٢٩)، فلا يشترط في الفعل الذي يباشره الشخص أن ينطوي على خطأ، فالمسؤولية (أو بلفظ أدق الضمان) في الفقه الإسلامي بدل مال لصيانة الأموال، لا جزاء فعل، وحرمة الأموال لا تقل عن حرمة النفس؛ ولا عبرة بعد ذلك بكون المباشر مخطئاً من عدمه، مدركاً أو غير مدرك، كالصغير غير المميز أو المجنون أو النائم أو الناسي^(٣٠)، وهي

= وما جاء في مجمع الضمانات للبغدادي، وص ١٤٦ ص ١٦٦؛ وكذلك ما جاء في الشرح الكبير للدردير، الجزء التاسع، ص ٣٣٨. ويلاحظ أن المشرع استخدم الاصطلاحين معا في نفس الوقت: "الاعتماد أو التعدي" في قانون العمل غير المشروع الكويتي الملغي رقم (٦) لسنة ١٩٦١ (المواد ١، ٣، ١١)، في حين أن مجلة الأحكام العدلية استخدمت لفظ "الاعتماد" (٩٢، ٩٣). ومشار إليهم لدى بدر اليعقوب: مرجع سابق، ص ٢٩٦ - ٢٩٧ - ٢٩٨ وهوامشهم. على أنه ورغم الاختلاف في استخدام هذه الاصطلاحات إلا أن بعض الفقه يتفق على أنها تصب في معنى واحد وهو عدم اشتراط التعدي أو الاعتماد لوجوب التعويض عن الضرر. انظر في هذا الفقه: الخرشى على مختصر خليل ج ٦ ص ١٤٧، ابن نجيم في الأشباه والنظائر، ص ١١٣ و ص ٢٨٤؛ القواعد لابن رجب ص، ٢١٨، مشار إليهم لدى: محمد بن المدني بوساق: مرجع سابق، ص ٥٢ وهوامشها.

(٢٩) محمد بن المدني بوساق: مرجع سابق، ص ٥٤.

(٣٠) محمد فوزي فيض الله: مرجع سابق، ص ٩٦؛ محمد الدوسري: مرجع سابق، ص ٣٢١.

ما يعبر عنها الفقه القانوني بالمسؤولية الموضوعية (غير الخطئية)؛ على أن الفعل يجب أن يقترب بعلاقة سببية مع الضرر وهذا ما سوف نتناوله الآن.

ومع ذلك، فإنه لا يكفي إتيان الفعل المجرد، بل يجب أن يكون هذا الفعل هو الذي أحدث الضرر فعلاً، بحيث يكون الضرر نتيجة لهذا الفعل، أي ما جلبه وحصله وكان علة له؛ فالسببية لا تتحقق ما لم يكن الفعل سبباً حتمياً للضرر؛ وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالإفضاء، أي إفضاء الفعل إلى إحداث الضرر، ونسبة الضرر إلى فعل الشخص؛ والإفضاء هو: "أن يكون الفعل موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه، إذا انتفت الموانع" (٣١).

ويشترط لاعتبار الإفضاء في الضمان ألا يوجد للضرر أو الإلتلاف سبب آخر غيره، ويبدو أن علاقة السببية لا تختلف كثيراً عما هو متعارف عليه في القواعد العامة، كما يشترط ألا يتدخل بين السبب والضرر فعل فاعل مختار، وإلا أضيف الضمان إليه لا إلى السبب وذلك لمباشرته (٣٢)، وهذا هو محتوى الشرط الثاني الذي سوف نتطرق إليه الآن.

٢) أن تكون علاقة السببية مباشرة:

والمقصود بعلاقة السببية المباشرة ألا يتدخل أمر بين الفعل والضرر، فإن تدخل فعل آخر بين الفعل الأول والضرر انتفت المباشرة، وأصبح الفعل الثاني هو الفعل المباشر، لعلاقته المباشرة في إحداث الضرر (٣٣)؛ معنى ذلك أن تسبق مباشرة الفعل الضرر بحيث يكون الأخير تالياً للفعل دون وساطة بينه وبين الفعل الأول، فتكون السببية المباشرة هنا - كما يعبر عنها البعض - هي السبب القريب للتلف الذي لا يتوسط بينه وبين النتيجة المتولد عنها فعل آخر وهو على خلاف (٣٤)؛ فمن حفر

(٣١) محمد الدوسري: مرجع سابق، ص ٣٢٢.

(٣٢) تمييز مدني، طعن رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠١، جلسة ١٠ ديسمبر سنة ٢٠٠١؛ تمييز تجاري ٤، طعن رقم ١١٣١ لسنة ٢٠٠٨، جلسة ٥ نوفمبر سنة ٢٠٠٩؛ تمييز تجاري، طعن رقم ٣٠٦ لسنة ١٩٩٦، جلسة ٩ يونيو سنة ١٩٩٧؛ تمييز تجاري ٣، الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٢٠٠١، جلسة ١٢ يناير سنة ٢٠٠٢، أنظمة صلاح الجاسم القانونية.

(٣٣) أما التسبب كما سنرى فهو أبعد من المباشرة لتوسط فعل آخر بينه وبين النتيجة. انظر في ذلك: محمد أحمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٣، ص ١٦١، ولمزيد من الآراء الفقهية في هذا الشأن راجع ص ١٦٢.

(٣٤) إبراهيم أبو الليل: مرجع سابق، ص ٥٢.

حفرة في الطريق العام، ثم جاء آخر ورمى فيها مواد ملوثة، فإن الذي حفر الحفرة لا يعتبر مباشراً، وإنما المباشر هو من رمى المواد الملوثة.

الغصن الثاني

المقصود بالمباشرة الملجئة

يتعين علينا هنا أن نستعرض - بإيجاز - المقصود بالمباشرة الملجئة في الفقه الإسلامي، وبيان ما إذا كانت شرطاً يضاف إلى الشرطين السابقين لتحقيق فكرة المباشرة، أم أنها مجرد شرط للضمان فقط، ثم نستوضح موقف المشرع الكويتي منها.

١ - موقف الفقه الإسلامي

يشترط الفقه الإسلامي أن تكون المباشرة ذاتية غير ملجئة حتى يتم تضمين المباشر؛ والمقصود بالمباشرة الملجئة - وفقاً للفقه الإسلامي - هي التدخل السابق على فعل المباشر، بحيث يكون هذا الفعل مبنياً كلياً على هذا التدخل وناشئاً عنه، وبعبارة أخرى أن تكون المباشرة غير ذاتية أو غير مستقلة تماماً، بحيث يوجد سبب آخر سابق على المباشرة ألجأ هذا الشخص (المباشر) إلى مباشرة هذا الضرر^(٣٥)؛ كالشخص الذي يدفع آخر نحو سيارة فتصدمه، فإنه وإن كانت هذه السيارة هي من باشرت الضرر إلا أن هذه المباشرة ملجئة وغير مستقلة، ذلك لأنها كانت مدفوعة بفعل سابق ألجأ هذه السيارة إلى الاصطدام بالضحية؛ وفي هذه الحالة، فإن الدافع وإن كان متسبباً، إلا أنه هو الذي يسأل عن هذا الفعل ولا ضمان على المباشر، لأنه وإن باشر الفعل إلا أنه كان - كلياً - بفعل المتسبب.

ومن هنا ثار التساؤل عما إذا كانت المباشرة الملجئة شرطاً لتحقيق الضمان أو

(٣٥) أثير هذا التساؤل بمناسبة بعض الأحكام القضائية الكويتية التي خلطت بين المباشرة والتسبب لتدارك عدم وجود شرط المباشرة الملجئة من ضمن شروط ضمان أدنى النفس وفقاً للمادة (٢٥٥) من القانون المدني كما سنرى، مما أوقع القضاء في حرج أثناء نظر بعض القضايا، فاضطر أحياناً عندما تكون المباشرة ملجئة وفي سبيل عدم تضمين المباشر، أن يعتبر الأخير متسبباً كي يفلت من الضمان، فالتسبب كما نعلم لا يسأل إلا إذا كان متعدياً على خلاف المباشر. كما في حالة من يدفع بشخص أمام سيارة فتصدمه، فيسأل الدافع (المتسبب) وحده رغم أن المباشر هو صاحب السيارة. انظر على سبيل المثال: تمييز تجاري ١، طعن رقم ١١٤ لسنة ١٩٧٥، جلسة ٢٨ فبراير ١٩٨٣، أنظمة صلاح الجاسم القانونية.

شرطاً لتحقيق فكرة المباشرة كمفهوم^(٣٦) والحقيقة إنها - قولاً واحداً - شرط للضمان وليست شرطاً لتحقيق المباشرة^(٣٧)، فالأخيرة يكفي لقيامها تحقق الشرطين اللذين سبق التعرض إليهما؛ وهذا الأمر واضح في الفقه الإسلامي، لأن المباشرة كفكرة تتحقق بمعناها المادي كما سبق أن رأينا بإيجاد علة التلف دون واسطة بين الفعل والنتيجة، ولكن ذلك لا يعني تضمين المباشر دائماً، لأن المباشرة قد تكون مبنية على السبب وناشئة عنه^(٣٨)، أي ملجئة إليه، عن طريق فعل أو تدخل سابق منشئ للمباشرة، في حين يقف الفعل الثاني اللاحق على الفعل الأول عند حد التسبب ولا يرقى للمباشرة^(٣٩).

وبهذا يختلف الشرط الثاني الخاص بالمباشرة حيث يكون متطلباً لتحديد فكرة المباشرة بإطارها المادي فقط، في حين أن المباشرة الملجئة تعفي من الضمان رغم تحقق المباشرة كفكرة أو كمفهوم مادي بحت؛ فمن يقف بسيارته أمام الإشارة الضوئية الحمراء، فتصطدم به سيارة أخرى من الخلف، وتدفعه لدهس أحد المشاة أو لإتلاف مال، لا يعتبر ضامناً ليس لأنه متسبباً فيشرط تعديه ليتم تضمينه، بل هو مباشر ولكن مباشرته كانت ملجئة، فيتم تضمين المتسبب وحده. يتضح من ذلك أن المباشرة الملجئة شرط لتحقيق الضمان وليست شرطاً لتحقيق المباشرة في فكرتها المادية. وهكذا فقد يرتفع الضمان عن المباشر ويضاف على المتسبب إذا كان الأخير هو من ألجأ الأول على هذا الفعل كما في المثال السابق، فرغم أن الأول كان مباشراً إلا إنه كان محمولاً على هذا الفعل^(٤٠). كان هذا موقف الفقه الإسلامي، فما موقف قانون حماية البيئة الجديد؟

٢ - موقف القانون الكويتي

لم يقيد القانون الكويتي المباشرة في ضمان أذى النفس بأية قيود كما فعل الفقه الإسلامي، بل جعل الضمان عاماً ومطلقاً سواء أكانت المباشرة ذاتية أم ملجئة،

(٣٦) ابن رجب الحنبلي القواعد في الفقه الإسلامي: القاهرة، ١٩٧٢، القاعدة (١٢٧)، ص ٢٧٤.

(٣٧) محمد الدوسري: مرجع سابق، ص ٣٢٦ وما بعدها.

(٣٨) إبراهيم أبو الليل، مرجع سابق، ص ٥٣-٥٦-٥٩-٦٠.

(٣٩) انظر تطبيقاً لذلك: نص المادة ٢٨٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥؛ راجع أيضاً: مصطفى الجمال: القانون المدني في ثوبه الإسلامي (مصادر الالتزام)، الفتح للطباعة والنشر، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص ٥٤٣-٥٤٤.

(٤٠) محمد بن المدني بوساق: مرجع سابق، ص ٥٦-٦٣ وما بعدها؛ إبراهيم أبو الليل، مرجع سابق، ص ٣٤.

إذ التزم بالفقه الإسلامي في تحقق فكرة المباشرة كفكرة أو مفهوم فقط، دون باقي أحكام الضمان التي لم يضع لها نظرية خاصة؛ على أن هذا الوضع مختلف في قانون حماية البيئة الجديد، الذي وإن كان لم يأخذ بأحكام نظرية الضمان كاملة وفقاً للفقه الإسلامي، واكتفى بتبني مفهومي المباشرة والتسبب كمصطلحين يجدان تأصيلهما في هذا الفقه، إلا أنه - وعلى خلاف ضمان أذى النفس باعتباره التطبيق الأقرب لقواعد الشريعة الإسلامية السمحة - وضع للمسؤولية البيئية نظرية قانونية متكاملة تتضمن أحكاماً تفصيلية إلى حد ما، ولها خصوصيتها لمحاولة التغلب على الصعوبات التي قد يتعرض لها هذا النوع من المسؤولية، سيما عناء ومشقة تطويع القواعد العامة لتتناسب مع طبيعة الأضرار البيئية.

نخلص مما تقدم إلى أنه إذا توافرت الشروط السابقة، فإن مباشر الضرر ضامن وإن لم يعتمد أو يتعد، فالنظرية إلى هذا الضمان نظرية موضوعية، وأساسها الضرر دون حاجة لإثبات الخطأ؛ بيد أن ضمان المباشرة لا يجب أن يأخذ على إطلاقه، بل إن هناك بعض الحالات التي يضمن فيها المتسبب دون المباشرة، وأخرى يضمن فيها الاثنان معاً^(٤١)؛ لذلك يتعين علينا دراسة المقصود بالمتسبب بشيء من الإيجاز.

الفرع الثاني

المقصود بالتسبب وتمييزه عن المباشرة في الفقه الإسلامي

بعد أن انتهينا من بيان المقصود بالمباشرة قد تتضح معنا - نوعاً ما فكرة التسبب - ومع ذلك يبدو لنا من الأهمية بمكان دراستها، ذلك لأن الضمان لا يلحق المباشر في كل الأحوال بل قد يسأل عنه أيضاً المتسبب؛ نتعرض إذن إلى تعريف التسبب ثم تمييزه عن المباشرة. ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى قسمين.

الغصن الأول

التعريف بالتسبب

وربما نستطيع القول - بطريق الاستبعاد - بأن المتسبب هو كل من ليس مباشراً، بيد أن هذا ليس كافياً؛ فقد عرفت المادة (٨٨٨) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: "التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على

(٤١) شهاب الدين الصنهاجي (القرافي): الفروق، الجزء الرابع، ص ٢٧.

جرى العادة ويقال لفاعله متسبب..؛ كما عرفه المالكية بأنه: "ما يحصل الهلاك عنده بعلّة أخرى، إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة" (٤٢). ويراه الشافعية بأنه: "ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله" (٤٣) أو هو "إيجاد علة الهلاك" (٤٤).

وإذا تجاوزنا - بعض الشيء - الاختلافات الفقهية في تعريف المتسبب نستطيع أن نقول بأن المتسبب ما كان له دور ثانوي في إحداث الضرر، فالمتسبب لم يباشر الضرر بنفسه وإنما يقف دوره عند حد التسبب، فلا بد من أن يتدخل فاعل آخر تال عليه لإحداث الضرر مباشرة، فهو - أي المتسبب وإن كان قد ساهم في إحداث الضرر إلا أن مساهمته غير مباشرة ولا توقع الضرر ما لم يتدخل شخص آخر ليحدث الضرر بطريق المباشرة؛ ولعدم وجود مثل هذه العلاقة المباشرة - والمتينة - بين الفعل والضرر المفضي إليه، فقد تطلب الفقه الإسلامي - وعلى خلاف المباشرة كما سبق أن رأينا - أن يكون المتسبب متعمداً أو متعدياً حتى يضمن الضرر أو يسأل عنه، وبمفهوم الفقه القانوني نستطيع أن نقول بأن الفقه الإسلامي اشترط الخطأ لقيام مسؤولية المتسبب، في حين أن المباشر يضمن دون حاجة لوقوع خطأ منه، عملاً بقاعدتي "لا ضرر ولا ضرار" و "الضرر يزال" (٤٥).

بيد أن القاعدة أنه: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر"؛ أي يتحمل المباشر - هنا - وحده التعويض دون المتسبب، لأن فعل المباشرة هو الذي حصل الضرر وكان له علة مؤثرة ومباشرة، بحيث قطع علاقة السببية بين فعل التسبب والضرر الذي وقع (٤٦)؛ على أنه يجب التنويه إلى أن إضافة الحكم إلى المباشر وتقديمه على المتسبب تفترض أن السبب شيء لا يعمل بمفرده، فإن كان يعمل بمفرده فالضمان

(٤٢) محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العربية، الكبرى، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، ١٩٥٨، ص ٦؛ بدر يعقوب: مرجع سابق، ص ٢٩٠؛ انظر للمزيد من التعريفات لمحمد بن المدني بوساق: مرجع سابق، ص ٦٣.

(٤٣) محمد أحمد سراج: مرجع سابق، ص ١٧٨.

(٤٤) تمييز تجاري ٤، طعن رقم ١١٣١ لسنة ٢٠٠٨، جلسة ٥ نوفمبر سنة ٢٠٠٩، أنظمة صلاح الجاسم القانونية.

(٤٥) المادة (٩٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤٦) وذلك إذا كان فعل كل منهما يعمل بذات التأثير ويؤدي نفس الدور في إحداث الضرر، وذلك بأن يكون التسبب مؤثراً في إحداث الضرر لو انفرد، راجع في ذلك: محمد الدوسري: مرجع سابق، ص ٣٢٩.

يلزم كلاً من المباشر والمتسبب معاً كل بقدر مساهمته في إحداث الضرر^(٤٧)؛ بل إن هناك حالات يتغلب فيها التسبب على المباشرة فيضمن المتسبب وحده فقط^(٤٨).

الفصل الثاني

تمييز التسبب عن المباشرة

نستطيع مما سبق أن نقول بأن مناط تضمين المتسبب هو التعدي أو التعمد، لذلك يشترط لقيام مسؤولية المتسبب ثلاثة شروط^(٤٩): أولاً: أن يشكل فعل التسبب تعمداً أو تعدياً كما يعبر عنه فقهاء المسلمين، أي أن يتمثل فعل التسبب في الخطأ؛ وثانياً: أن يكون السبب مفضياً إلى الضرر؛ وثالثاً: أن يتخلل بين السبب المفضي إلى الضرر والأخير فعل آخر، وإلا كان الفعل بالمباشرة وليس التسبب^(٥٠).

وقد تتنوع صور التسبب سواء بفعل إيجابي أو سلبي بحسب طبيعة الفعل، نذكر منها على سبيل المثال: التسبب الإيجابي سواء أكان عمدياً أم غير عمدي: كمن يشعل ناراً في يوم ريح شديدة فتتعدى النار إلى مزروعات الغير فتحرقها، أو كمن يحفر حفرة بقصد الإضرار بالغير فيأتي شخص آخر ليلقي ثلثاً بها؛ والتسبب السلبي: وهو الامتناع عن عمل سبب ضرراً للغير: كمن يجري بعض الإصلاحات في الطريق العام ولا يلتزم بوضع لوحات إرشادية تحذر المارة فيتعرثر إنسان ويتلف شيئاً ما لآخر^(٥١).

ويشير الفقه الإسلامي^(٥٢) إلى بعض الفروق بين المباشر والمتسبب: فيرى أنه لا فرق في المباشرة بين التصرف فيما يملك أو غيره مما لا يملكه، فإذا قتل حيواناً أو أتلّف شيئاً في ملكه يكون ضامناً، ولا يدفع عنه الضمان أن هذا الشيء أو الحيوان

(٤٧) وذلك إذا كان المباشر غير موجود أو غير مسؤول أو غير معروف، راجع في ذلك: بدر العيقيب: مرجع سابق، ص ٣١٦ وما بعدها.

(٤٨) وقد سبق لنا أن تعرضنا بالشرح لمثل هذه الشروط في مباشر الضرر فنكتفي بهذا القدر اللازم الذي تتحملة هذه الدراسة، لذا نحيل إليه منعا للتكرار.

(٤٩) لذلك لا نعتقد بصحة الشرط الذي أورده البعض بأنه: "أن لا يتخلل بين السبب والتلف فعل فاعل مختار"، ذلك إن لم يتوسط الفعل فعل آخر وقع هذا الفعل بالمباشرة وليس التسبب؛ انظر في ذلك: محمد الدوسري: مرجع سابق، ص ٣٢٥.

(٥٠) رنا ناجح دواس: المسؤولية المدنية للمتسبب، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠١٠، ص ١٣ وما بعدها.

(٥١) محمد أحمد سراج: مرجع سابق، ص ٢٤٨ وما بعدها.

(٥٢) على أن بعض الفقهاء في الإلتاف يفرق بين التصرف في الملك أو غيره. محمد أحمد سراج: مرجع سابق، ص ٢٤٨.

كان في ملكه^(٥٣)؛ وكذلك من فروق المباشرة والتسبب أن إيعاز التلف إلى المباشرة لا تنقطع باستطاعة المضرور تلافي الضرر وقدرته على تفاديه، بمعنى أن الفعل إذا كان عن طريق المباشرة فلا يؤثر في قيام الضمان قدرة المضرور على منع وقوع هذا الضرر أو تجنبه، فالمباشر الذي يجرح إنساناً يضمن ولو أهمل الأخير مداواة نفسه فتوفي، وذلك على خلاف المتسبب الذي لا يضمن إذا كان بإمكان المضرور تجنب هذا الضرر، فمن يرش الأرض ماء ورآه ذلك المضرور وكان بإمكانه تجنب ذلك ولكنه زلق، فلا يضمن المتسبب؛ كما أن المباشرة تكفي وحدها لقيام الضمان لأنها واضحة، ولا حاجة للمدعي أن يثبت علاقة سببية، وذلك بخلاف التسبب الذي يجب على المدعي إثبات العلاقة السببية؛ وأخيراً - وكما سبق أن رأينا - إذا اجتمعت المباشرة والتسبب أضيف الحكم للمباشر كأصل عام.

خلاصة القول: يتبين لنا من العرض السابق أن مفهوم المباشرة وشروطها تنتهي بفكرة السببية، فمن أحدث الضرر يضمن ولو لم يخطئ، ولكنها سببية من نوع خاص، فهي مباشرة: لأنه لا يفصل بين الفعل وبين الضرر الذي وقع فاصل؛ وقوية: لأن المباشر ارتبط فعلاً بالضرر فهو من أحدثه فعلاً بدرجة عالية من الوضوح؛ ومميزة: لأن الفعل المباشر هو غالباً السبب الأساسي أو المنتج في وقوع الضرر؛ كما أن الفقه الإسلامي يتطلب أن تكون المباشرة ذاتية وغير ملجئة لقيام الضمان، في حين أن المشرع الكويتي صرح بعدة أسباب للإعفاء من المسؤولية يمكن أن تحل محل السبب الملجئ المعفي من الضمان وفقاً للشرعية الإسلامية، إذا ما علمنا أنه ليس سوى تطبيق للسبب الأجنبي وفقاً لقواعد القانون الوضعي.

وإعمالاً للمفهوم السابق في مجال البيئة، وحتى يمكن أن تقوم مسؤولية المدعي عليه وفقاً لقانون حماية البيئة الجديد، ينبغي تحديد مفهوم مباشر الضرر البيئي، وهذا يتطلب أن نرصد هذا المفهوم بعناية تتناسب مع طبيعة الضرر البيئي وخصوصيته، بحيث يتم معرفة دور كل عامل من العوامل التي اشتركت في إحداث التلوث البيئي وتحليلها لمعرفة من أدى بفعله إلى وقوع الضرر مباشرة فكان مباشراً، ومن كان دوره ثانوياً فاقصر على إحداث الضرر بطريق التسبب، سيما وأن المشرع - كما سوف نرى في القانون الجديد - قد ميز صراحة بين أحكام المباشر والمتسبب لقيام

(٥٣) انظر: المبحث الثاني من هذه الدراسة.

المسؤولية البيئية^(٥٤)؛ لذا ينبغي علينا أن نعرض لمفهوم مباشر الضرر في ضوء قانون حماية البيئة الجديد.

المطلب الثاني

مفهوم مباشرة الضرر البيئي في قانون حماية البيئة الجديد

على الرغم من أن المشرع الكويتي قد أخذ - في قانون حماية البيئة الجديد - بفكرتي المباشرة والتسبب، إلا أنه لم يعتنق كافة أحكام نظرية الضمان في الفقه الإسلامي التي تنظم ضمان المباشر والمتسبب، ومع ذلك فقد شمل المشرع بالمسؤولية - إن هي انعقدت - جميع الأضرار البيئية، ولم يقصرها على نوع معين من الأضرار^(٥٥)؛ كما لم يخص قانون حماية البيئة الجديد - ومن قبله القانون المدني - مباشر الضرر أو المتسبب بتعريف معين؛ ومع ذلك فقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني - في معرض تفسيره للمادة (٢٢٧) الخاصة بالخطأ كأساس للمسؤولية عن العمل غير المشروع - إلى أن فكرتا المباشرة والتسبب يجب أن تؤخذاً وفقاً لمفهومهما في الفقه الإسلامي باعتباره المصدر التاريخي لكل من هذين الاصطلاحين^(٥٦).

وعليه فإن الرجوع إلى الفقه الإسلامي يجب أن يقتصر على تحديد فكرتي المباشرة والتسبب، فهو المرجع كما قررت محكمة التمييز: "في بيان ما إذا كان الضرر قد حدث مباشرة أو تسبباً"^(٥٧)؛ وبمعنى أدق فإن الفقه الإسلامي هو الأصل

(٥٤) وليس كما فعل في القانون المدني عند تنظيمه لضمان أدنى النفس، حيث جعل نطاق الضمان لا يتجاوز تلك الأضرار التي تصيب النفس فقط دون الأضرار الأخرى التي قد تصيب المضرور في ماله.

(٥٥) على أنه تجدر الإشارة إلى أن مجال هذين الاصطلاحين هنا - أي في القانون المدني هو مجال مسؤولية عن الضرر وليس مجال ضمانه، أي أن الخطأ واجب الإثبات، وهو على خلاف ما سوف نرى في قانون حماية البيئة الجديد. انظر في ذلك، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، مجموعة التشريعات الكويتية، وزارة العدل، الطبعة الأولى، فبراير ٢٠١١، ص ١٨٤.

(٥٦) تمييز مدني، طعن رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠١، جلسة ١٠ ديسمبر سنة ٢٠٠١؛ تمييز مدني، طعن رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠١، جلسة ١٠ ديسمبر سنة ٢٠٠١؛ تمييز تجاري ٤، طعن رقم ١١٣١ لسنة ٢٠٠٨، جلسة ٥ نوفمبر سنة ٢٠٠٩؛ تمييز تجاري، طعن رقم ٣٠٦ لسنة ١٩٩٦، جلسة ٩ يونيو سنة ١٩٩٧، أنظمة؛ تمييز تجاري ٣، الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٢٠٠١، جلسة ١٢ يناير سنة ٢٠٠٢، أنظمة صلاح الجاسم القانونية.

(٥٧) تتباعد تارة وتتقارب تارة أخرى مع أحكام الفقه الإسلامي أو ضمان أدنى النفس أو القواعد العامة في القانون المدني؛ ومهما كان هذا التمايز إلا أنه في نهاية المطاف لا يعدو أن يكون سوى مزيج من الأفكار القانونية التي تجد أساساً لها في الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة على المستويين الوطني والدولي.

في تحديد المقصود بهما وتناول شروط تحققهما، دون تجاوز ذلك إلى الأحكام الأخرى المتعلقة بهما، سيما في قانون حماية البيئة الجديد الذي أفرد لهما أحكاماً خاصة؛ وعلى خلاف أحكام ضمان مباشر أذى النفس الذي استقفاها من الشريعة الإسلامية - الذي لم يضعه المشرع تنظيماً متكاملاً - فقد رسم المشرع طريقاً مختلفاً للمسؤولية المدنية في مجال البيئة له خصوصيته واستقلالته^(٥٨).

وتوضيحاً لما سبق سوف نحاول أن نحدد المقصود بالمباشرة في ضوء قانون حماية البيئة الجديد، ولن نفرد لفكرة التسبب قسماً خاصاً، سيما أننا تناولناها وفقاً للشريعة الإسلامية على استقلال، وحسبنا أننا إن تعرضنا لتحديد فكرة المباشرة في المجال البيئي ستتضح معنا فكرة التسبب دون أدنى حاجة للتعرض إليها استقلاًلاً منعاً للتكرار.

وهكذا لم يبين قانون حماية البيئة الجديد المقصود بمباشر الضرر، وعلى ما يبدو أنه تركه لاجتهاد الفقه والقضاء، فصار إلزاماً علينا تحديد المقصود به (الفرع الأول)؛ ثم أنه ونظراً لاستخدام القوانين البيئية لمصطلح المشغل - ولمعالجة تطبيقية أكثر - نجد أنه من الضرورة بمكان تحديد هذا المصطلح في ضوء مفهوم المباشر لبيان مدى العلاقة بينهما (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحديد المقصود بمباشرة الضرر البيئي

على الرغم من أن المقصود بمباشر الضرر في مجال المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية لا يخرج - عموماً - عن معنى المباشر وفقاً للفقه الإسلامي الذي سبق أن تطرقنا له، إلا أنه ينبغي تطبيق هذا المفهوم في المجال البيئي نظراً لخصوصيته في قواعد أعمال المسؤولية؛ وتطبيقاً لذلك فإن فعل المباشرة هنا هو فعل الآلة أو المصنع، وبالعوموم الشيء أو النشاط الذي سبب التلوث بذاته وحصل الضرر البيئي نتيجة له؛ ولأن هذه الأشياء لا تعمل منفردة، فإن فعلها يضاف إلى فعل مشغلها أو شاغلها وبصفة عامة مباشرها، وبالتالي يكون الأخير هو من مباشر

(٥٨) درج الفقه على تسميته بالضرر البيئي المحض: أي الذي يصيب مكونات وعناصر البيئة ولو لم يحدث ضرراً بالإنسان لتمييزه عن الأضرار البيئية التقليدية التي تصيب الإنسان.

Laurent NEYRET: précité, dossier 29.

الضرر إذا تسببت هذه الأشياء التي يستخدمها أو يملكها بضرر بيئي، فإن حصل الضرر بواسطة فعل آخر تال على ذلك، كان الأخير هو المباشر.

وإذا كان من السهولة بمكان تحديد النشاط الإنساني المباشر الذي أحدث ضرراً مادياً، فإن ذلك ليس سهلاً في بعض الحالات الأخرى، سيما التي يكون فيها الضرر قد حدث بواسطة شيء أو أشياء متعددة تتفاعل مع بعضها البعض لتساهم في وقوع الضرر البيئي، خاصة الضرر البيئي المحض الذي يتعدى الأضرار المادية التقليدية فيصيب عناصر البيئة في ذاتها^(٥٩)؛ ومن هذا المنطلق - وفي ضوء ما سبق أن تعرضنا إليه - سوف يكون جديراً بالاهتمام تناول شروط تحقق مباشر الضرر (غصن أول) قبل التعرض إلى المعيار الذي يمكن التعويل عليه في تحديد فكرة المباشرة في المجال البيئي (غصن ثان).

الغصن الأول

شروط تحقق مباشرة الضرر البيئي

وإعمالاً لما سبقت دراسته من أحكام في الفقه الإسلامي، وتطبيقاً لها في مجال المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، فإنه يجب أن يتوافر شرطان لتحقيق المباشرة:

١ - إتيان النشاط المسبب للضرر البيئي:

والمقصود بإتيان الفعل هو تدخل النشاط الملوّث بأن يكون قد ساهم في إحداث الضرر البيئي، أي أن يكون له دور في وقوع هذا التلوث، فإذا لم يكن لهذا النشاط أو ذلك الشيء أي دخل فيما وقع من ضرر فلا يُسأل المباشر عما حدث من ضرر؛ وهذا شرط بديهي، فلا مسؤولية^(٦٠) عن نتيجة لم تكن بتدخل هذا الشيء أو ذلك النشاط؛

(٥٩) أو ضمان كما قد يراها فقهاء الشريعة الإسلامية وبعض فقهاء القانون لأنها غير مؤسسة على فعل غير مشروع، فلا مسؤولية بلا خطأ بل ضمان، باعتبار أن الملتزم بالتعويض لم يصدر منه فعل غير مشروع.

(٦٠) وهذا يبدو واضحاً من حكم محكمة الاستئناف الصادر في ٢٧ أكتوبر ٢٠١٤ في القضية المعروفة بـ سكان أم الهيمان، وهي منطقة سكنية بالقرب من حوالي ٣٧ مصنعاً، اشتكى أهلها من الغازات والأدخنة المنبعثة من تلك المصانع فرفعوا العديد من القضايا على الجهات المختصة طالب فيها غالبيتهم باستبدال مساكنهم، وردت محكمة الاستئناف، في حيثيات حكمها، أن إدارة الخبراء انتهت إلى وجود مخالفات ارتكبتها المصانع والمنشآت لقرارات الهيئة العامة للبيئة بشأن المعايير الواجبة لمنع التلوث، إلا أن تقرير الإدارة لم يثبت قيام الرابطة السببية بين الخطأ الصادر من المنشآت ومصانع المنطقة وبين التلوث الحاصل فيها، وذلك (على فرض تحققه وما ترتب عليه من آثار صحية انعكست على ارتفاع أعداد المصابين =

وكما سبق أن أوضحنا أنه لا يشترط أن يصدر النشاط الملوث من فعل الإنسان مباشرة، بل من الممكن أن يكون من شيء أو أشياء تحت يده ولكنها غير مستقلة عنه، وهذا هو الفرض الغالب في الأضرار البيئية، حيث تصدر الأضرار البيئية عن أشياء تحت يد المباشر كالمصانع، المزارع، السفن، الطائرات، ذلك أن هذه الأشياء لا تعمل منفردة بدون تدخل الإنسان الذي يعتبر هو صاحب النشاط.

وتوافر العلاقة السببية بين النشاط الملوث والضرر الذي حدث يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون معقب عليه من قضاء التمييز، وعلى الرغم من أن القضاء الكويتي مازال متمسكاً بهذه الرابطة السببية القوية بين الخطأ والضرر دون أن يعالج القضايا البيئية بخصوصية تفرضها طبيعتها^(٦١)، وربما يتمسك أكثر عندما يقع الضرر بفعل غير خطئيين طريق المباشرة، بل هذا ما يفرضه هذا المفهوم إذا ما أخذناه وفقاً لمنظور الفقه الإسلامي، إلا أننا لا نستبعد - في المستقبل - أن يفترض القضاء وجود مثل هذه العلاقة السببية بين النشاط والتلوث

= بالأمراض التنفسية وفقاً للدراسات المقدمة من المواطنين). وقالت المحكمة إن كلاً من تقرير إدارة الخبراء المنتدبة من المحكمة والتقارير الفنية المقدمة من المواطنين قد (خلا من ثمة دليل واضح يقيني يثبت أن ما لحق بالمواطنين رافعي الدعوى من أضرار صحية وبيئية، بحسب ادعائهم، ناتج عن المخالفات المنسوبة إلى المصانع والمنشآت المملوكة لتلك الشركات). وأضافت المحكمة أنه: (عن موضوع الاستئناف فإنه من المقرر إذا كان أساس المسؤولية التصديرية هو الخطأ، وكان وصف الفعل بأنه خطأ موجب للمسؤولية أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها قضاء محكمة الموضوع لرقابة محكمة التمييز، وكان يتعين عند بحث قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر الوقوف عند السبب المنتج، واعتبار صاحب هذا السبب هو المسؤول وحده عن الضرر دون صاحب السبب العارض، وكان تقدير وقوع الفعل المكون للخطأ وقيام رابطة سببية بينه وبين الضرر بالمعنى السالف بيانه، وإن كان من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع، إلا أن ذلك مشروط بأن تقدم حكمها على أسباب سائغة تبرر ما انتهت إليه في هذا الخصوص). جريدة الجريدة الكويتية، عدد ٢٤٨٤ الصادر بتاريخ ٢٨ أكتوبر ٢٠١٤؛ وفي سياق متصل انظر أيضاً في ذات المبررات: استئناف مدني ١، طعن رقم ٢٨٠٠ لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ٢٧ نوفمبر ٢٠١٣؛ وحكمها في أول درجة: تجاري مدني كلي حكومة ١١، دعوى رقم ٢١ لسنة ٢٠١١، الصادر بتاريخ ٦ مايو ٢٠١٣، غير منشورين.

(٦١) حيث تنص المادة المذكورة على أنه: "القرائن التي لم ينص عليها القانون، يترك أمر استنباطها إلى بصيرة وحكمة (أو فطنة) القاضي، الذي يجب عليه ألا يقبل إلا القرائن القوية والدقيقة والمتوافقة..".

الذي حدث إذا وجدت قرائن قوية حتى وإن كانت لم تصل إلى حد اليقين، سيما إذا شعر القضاء بخطورة التلوث المحدقة على صحة الإنسان تزداد يوماً بعد يوم.

وفي مثل ذلك خفف القضاء الفرنسي - بالاستناد إلى نص المادة (١٣٥٣) من القانون المدني^(٦٢) - من حدة العلاقة السببية في حكم حديث له، إذا كانت هناك قرائن جدية في إثبات العلاقة السببية بين الفعل والضرر^(٦٣)؛ كما أن الآونة الأخيرة تشهد توسع القضاء الفرنسي في تحديد الضرر، بعد أن كان يواجه بعض الصعوبات في تعويض عن الأضرار البيئية المحضة بسبب متطلبات وشروط الضرر الشخصي. فمُنذ صدور حكم محكمة النقض المؤرخ في ٢٥ سبتمبر ٢٠١٢ المسمى بـ (إريكا)، توسع مفهوم الضرر وأصبح من الآن فصاعداً يعرف بـ "المساس المباشر أو غير المباشر بالبيئة"^(٦٤).

وتوافر العلاقة السببية بين النشاط الملوث والضرر قد تثير إشكالية تعاقب الأضرار، فالإشكالية الأخيرة مرتبطة بالسببية^(٦٥)؛ ويقصد بها الأضرار المتتابعة أو المتسلسلة التي تترتب على الضرر الأصلي، فالسبب الذي أحدث الضرر واحد، ولكن الأضرار هي التي تعاقبت فأصبحت أضراراً متعددة^(٦٦)؛ فالمؤسسة الصناعية التي

(٦٢) Cass., civ. 1er, 22 mai 2008, bull. civ. I, n° 148 et 149, Dalloz, 2008, AJ. p. 1544, obs. I. Gallmeister. Cass., civ. 1re, 22 mai 2008: Bull. civ. I, p. 149; D. 2008. AJ. p. 1544, obs. I. Gallmeister; JCP 2008. II. p. 1013, note I. Grynau; RLDC 2008/51, n° 3058, obs. Pichon; RLDC. 2008/52, n° 3102, note Brunet-Quézel-Ambrunaz; RTD civ. 2008. p. 492, obs. Jourdain; RTD com. 2009. 200, obs. Bouloc; RDSS 2008, p. 578, obs. Peigné; RDC 2008, p. 1186, obs. Borghetti.

(٦٣) M. Bacache, Quelle réparation pour le préjudice écologique?: Environnement et dév. durable 2013, étude 10; Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938: JurisData n° 2012-011445; Environnement et dév. durable 2013, étude 2, M. Boutonnet.

(٦٤) منصور مصطفى منصور، المصادر غير الإرادية للالتزام، خاصة دروس على الآلة الكاتبة، كلية الحقوق - جامعة الكويت، ١٩٨٠/١٩٨١، ص ٤٠.

(٦٥) عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٠٢٩ وما بعدها.

(٦٦) وذلك بالإضافة إلى شروط الضرر الأخرى، كأن يكون محققاً، وأصاب مصلحة مشروعة؛ أما الأضرار المترخية التي لا تتضح معالمها إلا بعد فترة زمنية طويلة، كأمراض السرطان أو بعض الأمراض الأخرى فإنها تثير العديد من الصعوبات سيما مدى إمكان إسناد حدوث مثل هذا المرض بسبب هذا التلوث، فالمسألة هنا لا تتعلق بكونها أضراراً متعاقبة أو متعددة من

تلقي بمخلفات سامة في البحر الذي يطل على مدينة سكنية، في تضرر البحر الإقليمي والسواحل، وتموت الأسماك، ويؤدي ذلك إلى عرقلة عمليات الصيد، ونقص محصول الصيد، وتمس هذه الأضرار المدينة، فتموت المزروعات، وتتقلص السياحة بتلاشي السائحين، فتقل قيمة الممتلكات التي تقع على الشاطئ، وتهبط عائدات الفنادق، فيعيق ذلك متعة الاستمتاع بشاطئ البحر وساحله، ويتضرر اقتصاد المدينة، وتضيق الضرائب..الخ. كل هذه الأضرار تعتبر أضراراً متعاقبة، سببها واحد، وهو إلقاء المخلفات السامة في البحر، وأضرارها متعددة. والشركة التي ترش المبيدات على مزروعات الأفراد لمكافحة الحشرات، فتموت هذه المزروعات ويموت معها المواشي، فلا يستطيع المزارع زراعة أرضه، وينقصه المال، ولا يستطيع الوفاء بديونه، فيحجز الدائنون على أرضه ويبيعونها بثمن ضئيل..الخ. كل هذه الأضرار تعتبر أضراراً فمنها المباشرة، ومنها غير المباشر، أي ذلك الضرر البعيد المرتبط بالفعل أو الخطأ الذي أصاب البيئة أو صحة الإنسان، وهي كثيرة الحدوث في المجال البيئي. فيثار التساؤل عن ما مدى إمكان تعويض كل تلك الأضرار التي أسهم الخطأ في إحداثها؟

والمعلوم أن التعويض، وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، لا يكون إلا على الأضرار المباشرة دون تلك الأضرار غير المباشرة^(٦٧)، وهو ما عبرت عنه المادة (٢٣٠) من القانون المذكور بأنه - أي الضرر المباشر - ما كان نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع؛ وما يعتبر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، هو ما لا يمكن في المقدور تفاديه ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي؛ على أن هذه القاعدة وإن كان مستقراً عليها وتتناسب مع الأضرار المادية والمالية العادية، إلا إنها لا تتمشى دائماً مع الأضرار البيئية التي قد تحدث بطريقة غير

= عدمه، بل تتعلق في مدى نسبة هذا الضرر ولو كان واحداً إلى ذلك التلوث؛ فالحالة الماثلة لا تعدو أن تكون سوى إحدى الصعوبات المتعلقة بالرابطة السببية، سواء أكانت مباشرة أم غير مباشرة كما هو الحال في التطورات التي طالت الأحكام القضائية أو التشريعات البيئية كما هو مذكور في المتن. انظر: عطا سعد حواس: المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث في نطاق الجوار، رسالة دكتوراة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ٥١٤ وما بعدها.

(٦٧) فقد قضى القضاء الدولي في إحدى النزاعات بين ألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية بأن: التفرقة بين الأضرار المباشرة وغير المباشرة المأخوذة من القانون الخاص ما هي إلا تفرقة وهمية ويجب ألا يفسح لها المجال في القانون الدولي. مشار إليه لدى، عنود يوسف عبدالسلام: التعويض عن الأضرار البيئية الناجمة عن النشاطات النفطية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الكويت، ٢٠٠٨، ص ١٠٥.

مباشرة، فما كان من بعض الأنظمة القانونية إلا التخفيف من حدة هذه القاعدة كما رأينا في القانون الفرنسي (المادة ١٣٥٣) والقضاء في حكم (إريكا).

وعلى غرار هذا الركب سار المشرع الكويتي في قانون حماية البيئة الجديد، وهو ما يمكن أن ينعكس إيجاباً على القضاء الكويتي مستقبلاً في محاولة التخفيف من التشدد في تعويض الأضرار البيئية المتعاقبة أو غير المباشرة، على أن يؤخذ في الاعتبار مدى قرب الضرر من العمل غير المشروع، فإن كان هناك رابطة معقولة سببية قريبة ومعقولة بين العمل غير المشروع والضرر غير المباشر فإنه يمكن التعويض عنه^(٦٨)، سيما وأن المادة (١) من قانون حماية البيئة الجديد اعترفت صراحة - من خلال تعريفها للتلوث - بالأضرار المباشرة وغير المباشرة التي يتسبب فيها التلوث البيئي، وفي ذلك قضت على أنه: "هي كافة الأنشطة البشرية والطبيعية التي تساهم في تواجد أي من المواد أو العوامل الملوثة في البيئة بكميات أو صفات لمدة زمنية قد تؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر وحدها أو بتفاعل مع غيرها إلى الإضرار بالصحة العامة أو القيام بأعمال وأنشطة قد تؤدي إلى تدهور النظام البيئي الطبيعي أو تعيق الاستمتاع بالحياة والاستفادة من الممتلكات الخاصة والعامة".

وأخيراً فإن إتيان الفعل المسبب للضرر لا يكفي لقيام مسؤولية المباشر الموضوعية (غير الخطئية) بل يجب أن يتسم هذا النشاط بالمباشرة وذلك على النحو التالي:

٢ - أن يكون النشاط المسبب للضرر البيئي مباشراً:

وتتحقق المباشرة في التلوث البيئي إذا لم يفصل بين النشاط والتلوث الذي نتج عن هذا النشاط أي فعل آخر يتوسط بينهما، أي أن يكون هذا الفعل هو الذي جلب الضرر بذاته وحصله، فإذا ما وقع فعل يتوسط بين النشاط والضرر، اعتبر هذا الفعل - أي الفعل الأخير - هو فعل المباشرة، في حين يعد النشاط الأول تسبباً؛ والمقصود بالفعل الذي يفصل بين النشاط (الذي سبب الضرر) والضرر ذاته، كل فعل مستقل عن ذلك النشاط تدخل في إيقاع الضرر، بحيث لا يتسنى معه القول بأن ذلك النشاط هو الذي باشر الضرر؛ فمن يعطي آخر مادة ملوثة، فيقوم الأخير بسكبها في الماء أو على التربة فتقتل الأسماك أو المزروعات، يكون متسبباً في حين يكون الشخص الآخر

(٦٨) ومن ثم لا يسأل الأول إلا إذا أخطأ في حين أن الثاني يسأل ولو لم يخطئ، كما سنرى في المبحث الثاني عند دراسة أحكام مسؤولية المباشر.

هو المباشر^(٦٩)، والسلطة التي تمنح رخصة لمصنع في منطقة سكنية يهدد راحة السكان، تعتبر متسببة في حين أن صاحب المصنع يعتبر مباشراً، وهكذا^(٧٠).

ولا يكفي حتى تتحقق المباشرة في الفعل أن يكون هذا الفعل هو من سبب الضرر، أو في قول آخر، كان الضرر نتيجة ذاك الفعل، بل يجب أن تكون هناك علاقة قوية وواضحة ومباشرة بين الفعل والضرر الذي حدث نتيجة له، وهذا يفترض بطبيعة الحال أن يكون الضرر مباشراً، أما الضرر غير المباشر الذي يحدث بوساطة، فهو ضرر بعيد لا تسري عليه أحكام المباشرة؛ على أنه وإن كان يسهل تمييز هذه الخصائص في الأضرار العادية، إلا أنه ليس بيسير تمييزها في الأضرار البيئية المحضة أو حتى تلك الأضرار العادية (المادية) الناتجة عن التلوث البيئي.

وقد تزداد الأمور تعقيداً وذلك في حال اجتماع أسباب أخرى مع بعضها بعضاً^(٧١)، إذ إنه في كثير من الأحيان تتداخل بعض الأنشطة الملوثة مع بعضها وتتعدد الأسباب فيصعب - وربما يستحيل - تحديد دور كل من هذه الملوثات في إحداث الضرر، مما قد يؤدي معه أيضاً إلى صعوبة رسم الحدود الفاصلة بين فعل المتسبب والمباشر رغم أهمية هذا التحديد^(٧٢).

فالمشرع وإن كان قد تبنى المسؤولية الموضوعية غير الخطئية إلا أنه، ونتيجة

(٦٩) ويجوز للإدارة التي منحت ترخيصاً باستيراد وتصدير بعض النفايات الخطرة لتدويرها أن تمنع صاحب الترخيص من ممارسة عمله وسحب الترخيص إذا ثبت لها خطورة ذلك على البيئة وصحة الإنسان، ولا يمثل فعل الإدارة في هذا الشأن خطأ يستحق التعويض، كما لا يعتبر قرارها معيباً. تمييز كويتي، طعن رقم ٨٧٩/٢٠١١ إداري، الصادر في جلسة ٢ أبريل ٢٠١٤، غير منشور؛ انظر أيضاً: استئناف كويتي، طعن رقم ٢٨٥٠/٢٠١١ إداري/٣، الصادر في جلسة ٣٠ أبريل ٢٠١٣، غير منشور.

(٧٠) وإن كان تعدد الأسباب وتعاقب الأضرار مرتبطاً بركن العلاقة السببية، إلا إنه ينبغي التمييز بينهما، ففي الحالة الأولى الأسباب متعددة والضرر واحد، أما في الثانية فالسبب واحد والأضرار متعددة. راجع عبدالرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٢٩-١٠٣٠.

(٧١) وهنا يمكن الحكم بالتعويض على جميع المتسببين على سبيل التضامن إذا تعدد المسؤولون. انظر لاحقاً: المطلب الأول من المبحث الثاني.

(٧٢) حيث إن التفرقة بين المباشر والمتسبب لن تثير أية صعوبات إذا تم تأسيس المسؤولية على الخطأ، لعدم أهمية هذه التفرقة عملاً بينهما إذا ما علمنا أن آثار المسؤولية واحدة في مثل هذا الوضع، مثلما هو الوضع القائم وفقاً للمادة (٢٢٧) من القانون المدني التي أشارت للخطأ عن طريق المباشرة أو التسبب وسأوت بين أحكام الوسيطتين في إحداث الضرر؛ حيث تنص المادة المذكورة على أنه: "كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه، سواء أكان في إحداثه الضرر مباشراً أم متسبباً".

لتأثره بمفهوم هذه الفكرة المستمدة من الشريعة الإسلامية كما سبق أن رأينا، قد حصرها في مباشر الضرر فقط دون المتسبب، وصار لازماً - سيما في الحالات التي لا يكون فيها أساس المسؤولية الخطأ^(٧٣) - تحديد وفحص الفعل المسبب للضرر، وعمّا إذا كان عن طريق المباشرة أو عن طريق التسبب لاختلاف أحكام المسؤوليتين.

الغصن الثاني: معيار تحديد مفهوم المباشرة في الضرر البيئي

يبدو من الأهمية بمكان أن نعمل على وضع معيار واضح يمكن الاستعانة به لبيان هذه التفرقة بين المباشر والمتسبب في مجال المسؤولية المدنية البيئية لخصوصيتها^(٧٤)؛ وربما يمكننا أن نتجه نحو معيار يمكن أن نطلق عليه "الفعل الملوّث بذاته"؛ فإذا كان النشاط يمكن أن يحدث ضرراً بذاته دون تدخل أو تفاعل عوامل أخرى معه، فإننا يمكن أن نسبغ عليه حكم المباشرة، أما إذا كان نشاطه لم يحدث الضرر بذاته، وإنما كان بسبب اندماجها مع مواد أخرى أدت بتفاعلها إلى التلوّث، فإن النشاط الأول يقف عند حد التسبب في حين يعتبر النشاط الآخر - الذي لم يفصل بينه وبين الضرر أية وساطة - نشاطاً مباشراً؛ على أن ذلك التحليل يفترض - من وجهة نظرنا - أن يكون الفعل التالي (المباشرة) بإمكانه إحداث الضرر نفسه وبذاته، أما إذا لم يكن هذا الفعل يمكن أن يسبب بذاته نفس الضرر فإننا لن نكون أمام فعل مباشر.

وعليه فإن الأمر ليس دائماً بهذه السهولة، فلو افترضنا - على سبيل المثال - أن إحدى المنشآت ألقت ببعض مخلفاتها في نهر ما، علماً بأن هذه المخلفات لا تؤدي إلى نفوق الأسماك أو موت النباتات، ثم قام بعض المزارعين برمي بعض النفايات الأخرى التي لا تصل أيضاً إلى حد قتل الأسماك أو موت النباتات، ولكن التفاعل بين مخلفات المنشأة ونفايات المزارعين هو من تسبب في قتل الأسماك والنباتات، فمن المسؤول عن هذا الضرر؟ ومن هو المباشر والمتسبب؟

لا يمكن للإجابة عن هذا التساؤل أن تمر دون جدل، وذلك لأن كلا الفاعلين قام بفعل مباشر بإلقاء المخلفات في النهر، ومن ثم فإنهما خالفا قانون حماية البيئة، لأن

(٧٣) وفقاً لقواعد ضمان أذى النفس، وتحديد الأذى الذي يقع نتيجة حوادث السيارات، يبدو أن القضاء اتخذ معيار السيارة الصادمة واعتبرها هي مباشرة الضرر. انظر في ذلك، إبراهيم الدسوقي أبوالليل: مرجع سابق، ص ٤٦.

(٧٤) وسوف نتعرف على طبيعة مسؤوليتهما وأحكامها في المبحث الثاني، سيما في حال كونهما مجتمعين وفقاً لقواعد التضامن.

فعلتهما تشكل مخالفة قانونية بحد ذاتها، ولو لم ينتج عن فعل كل منهما على حدة - قبل التفاعل بينهما - ضرر مادي بحت كموت الأسماك أو النباتات، إلا أن ذلك يشكل ضرراً بيئياً محضاً أصاب عناصر ومكونات البيئة، وهو هنا القاذورات والأوساخ التي ألقيت في النهر، وهذا بحد ذاته يشكل تلوثاً أو بمعنى أدق مخالفة بيئية؛ ومع ذلك فإن فعل كل منهما وحده، وإن كان يعد بحد ذاته مباشرة بالنسبة للمخالفة البيئية تتمثل في فعل كل منهما برمي المخلفات، إلا أن كلاً من الفعلين ما كان ليقتل الأسماك والمزروعات لو لا فعل الآخر؛ وهنا تكمن الصعوبة، والإجابة - في رأينا - لا تخرج عن الإجابات التالية:

إما اعتبار كلا الفعلين مباشرة، وهذا يفترض أن يكون فعل المباشرة هو من أدى إلى حدوث الضرر دون وساطة، ونعني هنا الضرر الذي لحق بالأسماك أو المزروعات، وليس مخالفة قانون البيئة بإلقاء المخلفات، وهو ما لا ينطبق على حالتنا، وذلك لأن فعل كل منهما وحده لا يصل إلى حد قتل الأسماك والنباتات، لذلك سوف نستبعد هذه الإجابة.

وإما أن نعتبر الفاعل الذي ألقى أولاً بهذه المخلفات متسبباً في حين يعتبر الفعل الثاني بالإلقاء التالي هو فعل المباشرة، وهنا سوف نصطدم بأن الفعل الثاني ما كان ليصل إلى حد موت الأسماك والمزروعات لولا الفعل الأول، لذلك سوف نستبعد هذه الإجابة أيضاً. وأخيراً أن نعتبر كلا الفاعلين مباشرين في إحداث الضرر البيئي المحض وهو الفعل الذي تجسد في مجرد إلقاء المخلفات وهذا لا يثير أدنى خلاف، وكلاهما أيضاً وفي ذات الوقت متسبب في موت المزروعات والأسماك، لأن هذه الواقعة ما كانت لتحصل لو لا امتزاج النشاطين مع بعضهما البعض، أي بتوسط كلا الفعلين للفعل الآخر، فيكون كلاهما متسبب وليس مباشراً في واقعة موت الأسماك والمزروعات^(٧٥).

وهكذا، فالمقصود بالفعل الملوث بذاته، قد يكون الفعل الضار الذي يؤسس على الخطأ مباشرة، وقد يكون النشاط غير الخطئي الذي أحدث الضرر بذاته وعلى استقلال عن أية ظروف أخرى تداخلت معه أو توسطت بينه وبين الضرر؛ ولتحديد هذا المعيار ينبغي أن نحدد إذا ما كان بإمكان هذا الفعل أن يحدث مثل هذا الضرر من عدمه؛ فإن تمكنا من الوصول إلى أن هذا الفعل يجلب الضرر البيئي بذاته - دون وساطة - يمكن لنا أن نقول إن هذا الفاعل يعتبر مباشراً، ومن ثم لا حاجة لإثبات أو

(٧٥) انظر: أحكام المسؤولية غير الخطئية في المبحث الثاني.

نفي الخطأ لقيام مسؤوليته أو الإعفاء منها، لأنها مسؤولية غير خطئية كما سنرى^(٧٦)؛ أما إذا ثبت عكس ذلك، أي أن هذا النشاط ليس بإمكانه منفرداً وبذاته أن يحدث مثل هذا الضرر، فسوف نستبعد عنه صفة المباشر، وبالتالي لا مجال لانطباق أحكام المسؤولية الموضوعية، ومن ثم لا يتبقى لنا سوى قيام مسؤوليته وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني أي المسؤولية عن العمل غير المشروع^(٧٧)، إضافة إلى مسؤولية المتسبب الخطئية عملاً بنص المادة (١٥٨) من قانون حماية البيئة الجديد، وهذا - برأينا - هو التفسير الصحيح للقانون الذي ينبثق من مفهوم المباشرة^(٧٨).

نخلص مما تقدم إلى أن فعل المباشرة بالتحديد السابق هو الحد الفاصل الجوهري بينه وبين التسبب، إذن المباشرة في حقيقتها ليست إلا تعبيراً عن الرابطة السببية بين النشاط والتلوث البيئي أو بمعنى أوسع الضرر الذي نتج من جراء ذلك، ولكنها علاقة سببية متينة وقوية ومباشرة لا يفصل فيها بين النشاط والضرر الذي وقع نتيجة له أي فاصل، أما إذا توسطها فعل كانت العلاقة السببية غير مباشرة لتقف هنا عند حد التسبب فقط، ينبغي - إذا كان الحال كذلك - إثبات الخطأ عملاً بالمادة (١٥٨) من قانون حماية البيئة الجديد، أي إلى المسؤولية الشخصية التقصيرية، وهذا الوضع سيقودنا - بلا أدنى شك - إلى القواعد العامة في القانون المدني، ومن ثم مواجهة ذات الصعوبات التي تناولها الفقه في إثبات الخطأ البيئي^(٧٩).

(٧٦) سواء عن الفعل الشخصي أو فعل الغير أو فعل الأشياء.

(٧٧) ليس لأن نشاط الفاعل غير ضار فهذا ليس محل اعتبار في قانون حماية البيئة الجديد إذا كان الفعل مباشرة، وإنما لأنه لم يقع منه أي فعل قد أثر في التدهور أو التلف البيئي وجلب الضرر، أو بعبارة أخرى لانتفاء علاقة السببية المباشرة بين نشاطه وبين الضرر الذي لم يكن نتيجة لنشاطه دون تدخل من أحد.

(٧٨) أحمد محمود سعد: استقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، دار النهضة العربي، الطبعة الأولى، ١٩٩٤، ص ٢١٧؛ مسلط قويعان الشريف المطيري: المسؤولية عن الأضرار البيئية ومدى قابليتها للتأمين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٥٦؛ ياسر محمد فاروق الميناوي: المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ١٦٨.

(٧٩) الفقرة الثانية من المادة (٢) من الاتفاقية.

Colliard Claude-Albert. La Convention de Bruxelles relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires. In: Annuaire français de droit international, volume 8, 1962. pp. 41-64.

منشور على الرابط التالي:

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1962_num_8_1_957#

وأخيراً فإن المجال البيئي زاخر بمفهوم دائم التردد في القوانين البيئية بحيث تنص على مسؤوليته عن الأضرار البيئية كمسؤولية مركزة، وهو المشغل؛ ويثار التساؤل حول مفهوم هذا المشغل وعلاقته بمفهوم المباشرة؛ هذا ما سنبحثه الآن.

الفرع الثاني

مدى انعكاس مفهوم المباشرة على المشغل

أخذت بعض التشريعات المقارنة - سواء الوطنية أو الدولية - بنظام حصر أو تركيز المسؤولية البيئية في شخص واحد أو عدة أشخاص محتملين تعترف بهم في حال وقوع الضرر البيئي، كمسؤولية المشغل أو المالك أو غيرهما، قاصدة بذلك سهولة الوصول إلى المسؤول عن الأضرار البيئية، خاصة وأن المشغل هو المستفيد المباشر من النشاط الضار، ومن ثم يجب عليه أن يتحمل تبعه الغرم بالغنم المقابل الذي يجنيه، هذا من ناحية؛ ومن ناحية أخرى إن نظام المسؤولية الموسع أو غير المركز قد يعطل بعض القطاعات الاقتصادية لتعدد المسؤولين، لذلك لجأت العديد من الاتفاقيات الدولية إلى هذا النوع من تركيز المسؤولية؛ وهذا يقتضي منا استعراض الوضع في القانون المقارن (غصن أول)، قبل أن نتعرض للقانون الكويتي (غصن ثان).

الغصن الأول

في القانون المقارن

على المستوى الدولي، ركزت بعض الاتفاقيات على بعض الأشخاص في محاولة منها لحصر المسؤولية أو تحديدها، بحيث يتيسر مطالبة هذا المسؤول عن تعويض الضرر البيئي؛ من تلك الاتفاقيات اتفاقية بروكسل لسنة ٢٥ مايو ١٩٦٢ في شأن مسؤولية مستغلي السفن الذرية، ركزت المسؤولية على مستغل السفينة الذرية وحده^(٨٠)؛ وكذلك اتفاقية بروكسل لعام ٢٩ نوفمبر ١٩٦٩ في شأن المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن التلوث بالزيت، حيث تحصر المسؤولية في مالك السفينة، فيكون هذا المالك مسؤولاً بقوة القانون عن كل ضرر ينجم عن تسرب الزيت

(٨٠) وقد تبنت هذه الاتفاقية المسؤولية الموضوعية، فمتى حدثت واقعة الإلقاء أو التسريب فإن مسؤولية المالك تنعقد بغض النظر عن ثبوت الخطأ من عدمه: راجع في ذلك، سعيد قنديل، آليات تعويض الأضرار البيئية "دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية"، مركز الصفا لطباعة الأوفست، ٢٠٠٢، ص ١٢٣.

أو إلقائه من السفينة^(٨١)؛ أما اتفاقية المجلس الأوروبي لوجانو (Lugano) الصادرة في ٢١ يونيو ١٩٩٣ في شأن المسؤولية المدنية الناجمة عن الأنشطة الخطرة للبيئة^(٨٢)، فقد جعلت من حصر المسؤولية في مشغل أو مستغل النشاط الخطر هي القاعدة العامة، إذا كان الضرر قد حدث خلال الحقبة التي كان يمارس فيها الرقابة^(٨٣)؛ أما إذا كانت الحادثة عبارة عن واقعة متصلة أو مستمرة، فإن جميع المشغلين الذين يمارسون السيطرة تبعاً على نشاط خطر خلال تلك الوقائع مسؤولون بالتضامن^(٨٤)؛ ومع ذلك، فإن المشغل الذي يثبت أن الحادثة التي وقعت أثناء فترة رقابته على النشاط الخطر تسببت فقط بجزء من الضرر، فإنه لا يكون مسؤولاً إلا عن ذلك الجزء من الضرر^(٨٥).

وعلى ذات النهج سارت الاتفاقيات المتعلقة بالمسؤولية النووية، فقد تم تحديد المسؤول عن الضرر في الاتفاقية قبل حدوث الضرر لإمكان مساءلته بسهولة، وهو مستغل المنشأة أو ناقل المواد المشعة^(٨٦).

أما على المستوى الوطني في التشريعات المقارنة^(٨٧)، فقد أخذ القانون الألماني

(٨١) يمكن الاطلاع على نصوص الاتفاقية عن طريق زيارة موقع المجلس الأوروبي على الرابط التالي:
<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=-FRE&CM=4&NT=150>

(٨٢) L'article 6 alinéa 1 dispose que "L'exploitant d'une activité dangereuse visée à l'article 2, paragraphe 1, alinéas a à c, est responsable des dommages causés par cette activité, résultant d'événements survenus au moment ou pendant la période où il exerçait le contrôle de celle-ci".

(٨٣) راجع في المسؤولية التضامنية وتعدد المسؤولين: الفرع الثاني من المطلب الأول في المبحث الثاني.

(٨٤) Si un événement consiste en un fait continu, tous les exploitants ayant exercé successivement le contrôle de l'activité dangereuse pendant la durée de cet événement sont solidairement responsables. Toutefois, si un exploitant prouve que le fait survenu pendant la période où il exerçait le contrôle de l'activité dangereuse n'a causé qu'une partie du dommage, il n'est responsable que de cette partie du dommage. (Article 6 alinéa 2).

(٨٥) سعيد قنديل: مرجع سابق، ص ١٥٩؛ راجع المادة (١/٦) و (٥/٤) من اتفاقية باريس لسنة ١٩٦٠، والمادة (٢) من اتفاقية فيينا لسنة ١٩٦٣.

(٨٦) مسلط قويعان الشريف المطيري: مرجع سابق، ص ٢٤٣ وما بعدها.

Abrogé par, voir le site suivant:

(٨٧) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT-000000888298#LEGISCTA000006108746>

انظر أيضاً: دراسة تطبيقية لهذا القانون، نبيلة إسماعيل رسلان: الجوانب الأساسية للمسؤولية المدنية للشركات عن الأضرار البيئية، دار النهضة العربية، ١٤٢٣/٢٠٠٣، ص ٢٧ وما بعدها.

في شأن المسؤولية البيئية بنظام حصر المسؤولية، فوفقاً للمادة (١) من القانون المذكور تنحصر المسؤولية على مشغل المنشأة التي تنتج عنها المخاطر، ويفترض القانون أن الضرر الناجم كان بسبب هذه المنشأة، إذا كانت ظروف واقعة الضرر البيئي تسمح بوقوع مثل هذا الضرر؛ فإن تعددت المنشآت يكفي للمضرور أن يثبت أن الضرر الذي أصابه ممكن أن يكون من إحدى تلك المنشآت، وقد قصد المشرع الألماني من ذلك التخفيف من حدة إثبات العلاقة السببية بين النشاط الملوث والضرر الذي نتج عنه؛ وقد كان القانون الفرنسي رقم ٦٣٣/٧٥ الصادر في ١٥ يوليو ١٩٧٥ في شأن التخلص من النفايات يسير في ذات الاتجاه، حيث جعلت المسؤولية على عاتق كل شخص ينتج النفايات أو يحتفظ بها^(٨٨)؛ الأمر نفسه في القانون البلجيكي المتعلق بالمسؤولية البيئية الصادر في عام ١٩٩٥، حيث اعتبر المشغل أو المرخص له مسؤولاً عن الملوثات التي تسببها التربة^(٨٩).

والسؤال الذي يمكن أن يثار - في ضوء قانون حماية البيئة الكويتي الجديد - من هو المشغل (أو المستغل)؟ وما المعيار المتبع في تحديد مفهومه؟ وما العلاقة بينه وبين مباشر الضرر؟

الغصن الثاني

في القانون الكويتي

بالرجوع إلى قانون حماية البيئة الجديد - سيما في الباب الخاص بالمسؤولية المدنية والتعويض عن الأضرار البيئية^(٩٠) - يتضح لنا أن المشرع - كقاعدة - استخدم لتحديد المسؤول عن الضرر البيئي مصطلحي المباشر والمتسبب^(٩١)، ولكنه

(٨٨) وذلك وفقاً للمادة (١٠٢/٢٥) من القانون البلجيكي؛ وكذلك القانون الدنماركي رقم ٢٢٥ / ٩٤، حيث حصر المسؤولية في المشغل؛ مشار إليهما لدى: مسلط قويعان الشريف المطيري: مرجع سابق، ص ٢٤٤.

(٨٩) انظر: الباب الثامن من القانون ابتداء من المادة (١٥٨) وحتى المادة (١٦٧).

(٩٠) وذلك على النحو الذي تطرقنا له في هذا البحث من حيث المفهوم.

(٩١) انظر: المادة (١٦٦) وفي ذلك قرر أنه: "يعفى المسؤول عن التلوث.. ب - إذا وقع كليا بسبب تصرف عمدي من أحد الأشخاص الذين لا تربطهم بالمالك أو المشغل رابطة عقدية أو تبعية.."; انظر أيضاً: المادة (٥٣) من قانون حماية البيئة الجديد التي تنص على أنه: "يلتزم مالك أو مشغل المنشأة بأعمال الصيانة الدورية.."; وكذلك نص المادة (٨٣/ب) من نفس القانون.

أيضا استخدم مفردة "المشغل" صراحة، ولكن استخدامه لهذا المصطلح كان استخداماً نادراً حيث لم يرد إلا بشكل ضئيل جداً^(٩٢).

ومن هذا المنطلق نستخلص أن أساس المسؤولية المدنية في قانون حماية البيئة الجديد وإن كان لا يتأتى إلا بطريق المباشرة أو التسبب، إلا أنه كان يريد بذلك - فقط - تبيان طريقة وقوع الضرر الناجم عن التلوث، أكان عن طريق المباشرة فتكون المسؤولية موضوعية أو عن طريق التسبب فتكون المسؤولية خطئية، أي بغية ترتيب أحكام المسؤوليةين بشكل مغاير عن بعضهما بعضاً؛ ومن ثم نستطيع أن نقول إن المشرع جعل من المشغل مسؤولاً عن الضرر البيئي الناجم عن التلوث، لكن مسؤوليته تختلف باختلاف إذا ما كان مباشراً أو متسبباً^(٩٣).

وهذا يقودنا إلى تحديد مفهوم المشغل^(٩٤)؛ والحقيقة أنه لا يوجد تعريف للمشغل في القانون الجديد، ولكن يمكن الاستعانة ببعض القوانين المقارنة، فقد عرفت

(٩٢) وكما سبق أن رأينا في إشكالية تسلسل أو تعاقب الأضرار فإنه وعلى خلاف القواعد العامة في القانون المدني، فإن قانون حماية البيئة الجديد قد اعترف صراحة بالضرر غير المباشر، راجع: الفرع السابق (الأول) من هذا المطلب. والجدير بالذكر أنه قد تثار إشكالية تعدد المسؤولين، وهذا ما يحدث كثيراً في مجال الأضرار البيئية، فتكون المسؤولية تضامنية عملاً بنص المادة (١٥٩) من قانون حماية البيئة الجديد كما سنرى في المبحث الثاني.

"Exploitant".

(٩٣)

" toute personne physique ou morale, privée ou publique, qui exerce ou (٩٤) contrôle une activité professionnelle ou, lorsque la législation nationale le prévoit, qui a reçu par délégation un pouvoir économique important sur le fonctionnement technique, y compris le titulaire d'un permis ou d'une autorisation pour une telle activité".

يمكن مطالعة نصوص التوجيه الأوروبي المذكور على الرابط التالي:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:fr:PDF>

.." il exerçait le contrôle de l'activité dangereuse.." (Article 6 alinéa 2); voir L'article 2 paragraphe 5 de la CONVENTION SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DOMMAGES RÉSULTANT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES POUR L'ENVIRONNEMENT qui dispose que: % «Exploitant» signifie la personne qui exerce le contrôle d'une activité dangereuse.

فوفقاً لاتفاقية المجلس الأوروبي (لوجانو) فإن المشغل يعني الشخص الذي يمارس التحكم في الأنشطة الخطرة. يمكن مطالعة الاتفاقية على الموقع التالي:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?L=-FRE&CM=4&NT=150>

المادة (٢) فقرة (٦) من التوجيه الأوروبي رقم ٢٠٠٤/٣٥ بأنه: "كل شخص، طبيعي أو اعتباري، خاص أو عام الذي يمارس النشاط أو يتحكم بالنشاط المهني، أو ذلك الذي يملك سلطة اقتصادية في التشغيل التقني وفقاً للقانون، بما في ذلك صاحب التصريح أو الترخيص لمثل هذا النشاط" ^(٩٥)؛ أو هو كما يمكن لنا استنباطه من نص المادة (٦) من القانون الفرنسي رقم ٧٥/٦٣٣ الصادر في ١٥ يوليو ١٩٧٥ في شأن التخلص من النفايات: "من يمارس التحكم (أو الرقابة) على النشاط" ^(٩٦)؛ أي من يمارس السلطة على النشاط؛ فالمعيار المتبع لتحديد مفهوم المشغل هو "التحكم"، وذلك لأن المشغل هو الشخص الذي يملك سلطة التحكم، والمقصود بالتحكم هنا - كما يراه بعض الفقه - هو التحكم الفعلي الحقيقي، أي المرتبط بالسلطة على النشاط المهني، فهو صاحب "التأثير الحازم على سير المؤسسة" أو "سلطة اتخاذ القرار" ^(٩٧).

على أنه تجدر الإشارة إلى أن المشغل المسؤول مدنياً هنا هو ذلك الشخص الذي يستغل أو يملك مشروعاً اقتصادياً أو صناعياً أو زراعياً أو غيره من الأنشطة العامة أو الخاصة فقط؛ دون تلك الأضرار التي تصدر عن الأشخاص الآخرين من عوام الناس بصفاتهم الشخصية، كمن يلقي النفايات والقاذورات في الأماكن غير المخصصة لذلك، أو من يسكب مواد خطيرة في النهر، فهذا الشخص يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تنجم عن فعله بصفته الشخصية باعتباره مباشراً للضرر وليس بصفته مشغلاً، فالأخير يفترض أن يملك سلطة في مشروع ما ^(٩٨)؛ فمفهوم مشغل

(٩٥) مسلط قوبعان الشريف المطيري: مرجع سابق، ص ٢٤٢-٢٤٣.

(٩٦) لا يفوتنا أن نشير إلى أن المادة (٢) من قانون حماية البيئة الجديد قررت صراحة أنه: "تسري أحكام هذا القانون على جميع الجهات العامة والخاصة والأفراد". ومن ثم فلا فرق في نطاق تطبيق هذا القانون بين المؤسسات الحكومية أو المؤسسات الخاصة كالمؤسسات التجارية أو الصناعية أو الزراعية أو السكنية وغيرها، أو الأفراد بصفاتهم الشخصية، ذلك أن التلوث البيئي هو ضرر يجب ألا يميز بين القطاع العام أو القطاع الخاص أو الأفراد.

(٩٧) من هنا نستطيع القول بأن مصطلح المشغل أعم وأوسع من مصطلح شاغل المكان، انظر: المطلب الثاني من المبحث الثاني.

(٩٨) هذا منوط أيضاً بعدم استفادة المشغل من أسباب الإعفاء من المسؤولية التي نصت عليها المادة (١٦٦) من قانون حماية البيئة الجديد سيما البند (ب) من الفقرة الأولى، حيث يكون مباشر الضرر هنا ليس المشغل أو المالك، بل ذلك الشخص الذي وقع الضرر بسبب تصرفه العمد.

النشاط لا يعني كل من يعمل فيه، كصاحب المصنع، أو صاحب موقع النفايات، أو صاحب المستشفى، أو مستغل الطائرة أو السفينة أو الآلة المتحركة^(٩٩).

وتطبيقاً لما سبق، ربما نستطيع أن نجيب عن تساؤلنا المطروح حول مدى العلاقة بين مفهوم المباشر ومفهوم المشغل، وهل يمكن اعتبار المشغل مباشراً للضرر أو العكس بأن يكون المباشر هو المشغل؟

الحقيقة أنه ومن خلال دراسة مفهوم كل من المباشر والمشغل نستطيع أن نقرر بأن المشغل - وفقاً لقانون حماية البيئة الجديد - هو غالباً ما يكون مباشراً للضرر البيئي الناجم عن النشاط الذي يمارسه، مادام هذا الضرر قد وقع منه مباشرة^(١٠٠)؛ والمشغل هنا قد يكون مالكاً وقد يكون مستغلاً للنشاط، كمن يستأجر أو ينتفع بمصنع فيديره باستقلال تام عن صاحبه، هنا يعتبر المستأجر أو المنتفع هو المشغل، فإذا وقع الضرر منه كان هو المباشر كأصل عام^(١٠١)، لذا كانت العلاقة متينة بين المشغل والمباشر في مثل هذه الحالات.

(٩٩) على أن هذا لا يعفي المالك من المسؤولية المدنية عن الضرر البيئي الناجم من المشغل، وإنما يكون مسؤولاً معه مسؤولية تضامنية كما سنرى، انظر: المبحث الثاني من هذه الدراسة.

(١٠٠) وفي ذات السياق - ومسار المشرع حول حصر المسؤولية في المشغل أو المالك - فقد تطرق المشرع لبعض المفاهيم التي يمكن ردها إلى مثل هذا المفهوم، وذلك حينما فرض على المنتج والموزع ضمان سلامة المنتج الذي من شأنه أو من شأن محتوياته أو طبيعته أو طريقة استعماله أن تعرض حياة الأفراد أو الممتلكات للخطر، ويستوي هنا أن تكون العلاقة بين المضرور والمنتج علاقة عقدية أو غير عقدية؛ إذن المشرع ولتقرير حماية أكبر للمضرور قد ألقى بالمسؤولية المدنية الموضوعية (غير الخطئية) على عاتق المنتج والموزع فيكون الاثنان مسؤولين بالتضامن تجاه المضرور (راجع المادة ١٦٢). ورغم أهمية هذا الالتزام بضمان السلامة للمستهلك، حيث يجعل التزام كل من المنتج والموزع يتعدى حدود المسؤولية ليصل بها إلى خاتمة الضمان لتعزيز حماية الطرف الضعيف (المستهلك) إلا أننا لا نرى أن موضع هذا النص هو قانون حماية البيئة بل كان الأجدى أن يضمن نصوص قانون حماية المستهلك، سيما وأن هذا القانون صدر بالتزامن مع قانون حماية البيئة. راجع في مثل هذا الالتزام:

Mordhi ALAYASH-ALENEZI, le contrat électronique et la protection du consommateur en droit koweïtien et en droit français, thèse Strasbourg, 2010, p. 257.

راجع أيضاً، جابر محجوب علي محجوب: ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المبيعة، مجلة المحامي الكويتية، السنة (٢٠)، عدد أكتوبر/نوفمبر/ديسمبر ١٩٩٦، ص ١٣.

(١٠١) وهذا على خلاف ضمان أذى النفس الذي يقتصر على تعويض الضرر على النفس دون المال وفقاً لجداول الديات. راجع في ذلك نص المادة (٢٥٥) من القانون المدني الكويتي.

أما من حيث الشق الثاني من تساؤلنا، فإننا وإن اعتبرنا أن المشغل - وفقاً للعرض السابق - غالباً ما يكون مباشراً للضرر، فإن العكس غير صحيح فمباشر الضرر ليس دائماً هو المشغل؛ ذلك أن مباشر الضرر هو كل من يؤدي فعله أو نشاطه مباشرة إلى الضرر البيئي، فقد يكون مشغلاً لأحد الأنشطة كما سبق أن رأينا، وقد يكون شخصاً آخر يباشر الضرر بصفته الشخصية، كمن يلقي بالزيت أو المواد الخطرة في النهر أو من يلقي بالنفايات في غير الأماكن المخصصة لها، أو حتى من لا يملك سلطة تحكمية بالمشروع الذي سبب التلوث، على الرغم من عدم وجود أي رابطة قانونية أخرى كالمالك الذي يؤجر المشروع لآخر، ويستقل الأخير به^(١٠٢).

خلاصة القول، إن فكرة مباشرة الضرر تجد أساسها في الفقه الإسلامي، وحتى تؤدي هذه الدراسة ثمارها فقد استدعى ذلك منا الرجوع إلى مصدرها لتأصيلها والوقوف على مفهومها وشروط تحققها من منبعها الأصلي، وقد تبين لنا أن الفقه الإسلامي قد وضع نظرية متكاملة لضمان المباشر بعد أن حدده تحديداً دقيقاً، وذلك على خلاف الدراسات القانونية التي لم تضع للمباشرة نظرية أو مفهوماً خاصاً، وإنما رجعت إلى الفقه الإسلامي لتحديده؛ وهو ما استدعى منا التعرّيج إلى مفهوم المباشرة في مجال المسؤولية المدنية البيئية لبيان مدى خصوصيتها، واجتهدنا في تطبيق مفاهيم الفقه الإسلامي على المباشر في قانون حماية البيئة، وحاولنا أن نستظهر العلاقة بين مفهوم المباشرة ومفهوم المشغل وهو أحد المفاهيم الشائعة في المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، وخلصنا إلى وجود علاقة بين مفهوم المباشرة في الفقه الإسلامي والقانون كفكرة، أي في شروط تحقق المباشرة، حتى وإن لم يكن هناك تطابق في أحكام المسؤولية بينهما - أي بين الفقه الإسلامي والقانون - وهذا ما يتطلب منا الوقوف على مظاهر اتساع مسؤولية مباشر الضرر من حيث خصائصها أو تطبيقاتها وفقاً لقانون حماية البيئة الجديد، وهو ما يستتبع - بحكم اللزوم - بيان أحكام مسؤولية المتسبب بالضرر، دونما حاجة للتعرض إليها استقلاً؛ وهذا ما سنستوضحه في المبحث القادم.

(١٠٢) نبيلة إسماعيل رسلان: الجوانب الأساسية للمسؤولية المدنية للشركات عن الأضرار البيئية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٩٣ وما بعدها؛ عنود يوسف عبدالسلام: التعويض عن الأضرار البيئية الناجمة عن النشاطات النفطية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الكويت، ٢٠٠٨، ص ٣٦؛ محمد سعيد الحميدي: المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة البحرية والطرق القانونية لحمايتها، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ٢٩١؛ ياسر محمد المنياوي: المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ١٦٢.

المبحث الثاني مظاهر اتساع المسؤولية

تعرضنا في المبحث الأول لمفهوم مباشر الضرر، وبيننا شروط تحقق المباشرة التي ما أن تتوافر، فإن مباشر هذا الضرر يسأل عنه، أي يقع عليه عبء تعويض الأضرار البيئة التي أحدثها نشاطه، إعمالاً للمادة (١٥٨) من قانون حماية البيئة الجديد، التي تنص على أن: "المباشر مسؤول عن الضرر الناجم عن التلوث ولو لم يخطئ والمتسبب لا يسأل إلا بخطأ"؛ ويتضح من هذا النص أن المباشري يلتزم بتعويض جميع الأضرار الناجمة عن التلوث دون حاجة لاقتراف خطأ من جانبه، وذلك على خلاف المتسبب الذي لا يسأل إلا إذا أخطأ^(١٠٣).

وهكذا، فإن المشرع الكويتي - ومواكبة للتطورات التشريعية في تعزيز الحماية القانونية للبيئة من خطر التلوث - توسع في مسؤولية مباشرة الضرر دون أن يستلزم وقوع خطأ من جانبه، وهي نقلة نوعية تحسب للمشرع الكويتي، لكن ذلك لا يمنع أن تقوم المسؤولية الخطيئة للمباشر، إذا ما وقع خطأ من جانبه، وهذا يتطلب إثبات الخطأ وفقاً للقواعد التقليدية، وهو ما سوف يصطدم بالصعوبات العملية في مجال التعويض عن الضرر البيئي^(١٠٤)؛ ومن ثم سوف تقتصر - وفقاً لخطتنا - للتعرض لمسؤولية المباشري التي استحدثها المشرع في القانون البيئي الجديد لبيان خصائصها، ونحسب أن هذا ينسحب بالضرورة على المتسبب الذي لم يفرد له المشرع أحكاماً خاصة، سوى ما تتعلق بمفهومه وأساس مسؤوليته التي تقوم على الخطأ التي سبق أن تعرضنا لها^(١٠٥)؛ على أن المشرع تعرض لنوع خاص من

(١٠٣) راجع: المبحث الأول في مفهوم المباشري والمتسبب للفرقة بينهما من حيث المفهوم وقيام المسؤولية؛ راجع أيضاً: نص المادة (١٥٨) من قانون حماية البيئة الجديد لبيان أساس المسؤولية.

(١٠٤) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في معرض تعليقها على نص المادة ٢٢٧، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الثاني، المجلد الثاني، مطبوعات وزارة العدل، الطبعة الأولى، فبراير/ ٢٠١١، ص ١٨٤-١٨٥. أما إذا وقع الضرر بطريق التسبب فإن المشرع - في قانون حماية البيئة الجديد تطلب لقيام المسؤولية - ثبوت الخطأ، وفي ذلك لم يخرج المشرع عن القواعد العامة التقليدية، ويبدو هذا الخروج فقط إذا وقع الضرر بطريق المباشري كما سبق أن رأينا.

(١٠٥) راجع: المبحث الأول في شروط تحقق المباشرة منعاً للتكرار.

المسؤولية وهي مسؤولية شاغل المكان، فما هي خصوصية هذه المسؤولية كنموذج لاتساع المسؤولية؟

وهذا ما يقودنا إلى دراسة خصائص مسؤولية المباشرة التي استحدثتها المشرع في مسؤولية المباشرة (المطلب الأول)؛ ثم نخرج على المسؤولية البيئية لشاغل المكان باعتبارها النموذج التشريعي الذي خصه المشرع في الباب الثامن (المتعلق بالمسؤولية المدنية ببعض الأحكام) لنستظهر جوانب خصوصيتها ومدى اتساعها، أو بمعنى آخر بيان علاقة مسؤولية شاغل المكان بمسؤولية مباشر الضرر (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الخصائص المستجدة في مسؤولية المباشرة

نظراً للصعوبات التي واجهها الفقه في التعويض عن الأضرار البيئية وفقاً للقواعد العامة، وإزاء بعض الحلول التي طرحت للتغلب على تلك الصعوبات، نادى الفقه في العديد من الدراسات والمؤتمرات بتعزيز المسؤولية المدنية البيئية، وذلك من خلال عدم الاعتماد على الخطأ كأساس لقيام المسؤولية، فالواقع العملي يشهد بأن المضرور يصعب عليه - إن لم يستحل - إثبات الخطأ، سيما وأن الأضرار البيئية قد تتراخى مع الزمن؛ أو تقع من أشخاص متعددين، يصعب - في غالب الأحيان - تحديد دور كل منهم، وحتى إن تم هذا التحديد فقد يكون أحدهم معسراً أو غير مسؤول.

لكل ما سبق خص المشرع - في قانون حماية البيئة الجديد - مسؤولية المباشرة البيئية بعدة بخصائص، أهمها: تخليه عن الخطأ كأساس لقيام المسؤولية المدنية إذا حدث الضرر بطريق المباشرة (الفرع الأول)، وذلك على خلاف القواعد العامة في القانون المدني، حيث لا يفرق المشرع في ثبوت الخطأ بين ما يقع بطرق المباشرة أو التسبب^(١٠٦)؛ كما أنه ولضمان حصول المضرور على التعويض فقد بشرنا المشرع صراحة بتقرير مبدأ المسؤولية التضامنية (الفرع الثاني).

(١٠٦) تمييز تجاري ٤، طعن رقم ١١٣١ لسنة ٢٠٠٨، جلسة ٥ نوفمبر سنة ٢٠٠٩؛ تمييز مدني، طعن رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠١، جلسة ١٠ ديسمبر سنة ٢٠٠١؛ تمييز تجاري، طعن رقم ٣٠٦ لسنة ١٩٩٦، جلسة ٩ يونيو سنة ١٩٩٧، أنظمة؛ تمييز تجاري ٣، الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٢٠٠١، جلسة ١٢ يناير سنة ٢٠٠٢، أنظمة صلاح الجاسم القانونية.

الفرع الأول مسؤولية غير خطئية

قلنا سلفا بأن المشرع - مواكبة للتطورات القانونية على الصعيد الوطني أو الدولي في القانون المقارن - قد اعتمد المسؤولية الموضوعية، تلك المسؤولية التي تخلت عن ركن الخطأ، فانعكس ذلك على قيامها ومداها، بحيث تميزت وفقاً للقانون الجديد بأحكام خاصة تقترب تارة وتبتعد تارة أخرى عن القواعد العامة؛ ومن هذا المنطلق سنبحث أحكام قيام المسؤولية غير الخطئية (أو الموضوعية) (غصن أول)، قبل أن نتعرض إلى مداها (غصن ثان).

الغصن الأول

قيام المسؤولية

سبق وأن ذكرنا أن مسؤولية المباشر تتوقف على مدى تحقق المباشرة، فإن تحققت الأخيرة بتوافر شروطها التي تعرضنا إليها، التزم المباشر بتعويض الضرر الذي أحدثه ولو لم يكن هذا الضرر قد حدث نتيجة خطأ من جانبه، فيكفي هنا لقيام المسؤولية أن يكون الضرر قد حدث مباشرة بالمفهوم السابق إيضاحه، أي أن الفاعل هو الذي جلب الضرر وكان سبباً له دون أن يتوسط بين فعله والضرر أي فعل آخر^(١٠٧)، وهكذا يشترط لتقوم المسؤولية الموضوعية: وقوع الضرر البيئي وعلاقة سببية بين هذا الضرر والفعل الذي قام به المباشر، وكما قلنا يجب أن تكون علاقة سببية مباشرة واضحة لا يتوسطها فعل آخر^(١٠٨).

معنى ذلك أن المشرع - في قانون حماية البيئة الجديد - قد جعل من الضرر البيئي منط المسؤولية، دون أن يهمل المسؤولية الخطئية كلية إذا حدث الضرر نتيجة تقصير أو إهمال أو بالمخالفة للقوانين واللوائح المعمول بها؛ لذلك كانت المسؤولية الموضوعية (غير خطئية) التي نعنيها محصورة في مباشر الضرر فقط، دون المتسبب الذي يشترط لقيام مسؤوليته إثبات وقوع الخطأ، وهو بتطلبه ثبوت الخطأ لقيام مسؤولية المتسبب لم يخرج عن القواعد العامة في المسؤولية الشخصية عن العمل غير المشروع^(١٠٩)، لذلك تعتبر مسؤولية المباشر الموضوعية ذات ملامح جديدة على القانون الكويتي في مجال البيئة ونقله نوعية في قيام المسؤولية البيئية، ولكنها ليست غريبة عليه، فقد سبقها في ذلك بعض أنواع المسؤوليات الأخرى كأحكام ضمان أذى النفس كما رأينا.

(١٠٧) المادة (٢٢٧) وما بعدها من القانون المدني الكويتي.

(١٠٨) وليد كاظم حسين: مرجع سابق، ص ٣٧٢.

(١٠٩) المادة (٣) من الاتفاقية.

وقد سار المشرع الكويتي على نهج العديد من التشريعات المقارنة في هذا الشأن سواء على المستوى الدولي أو المستوى المحلي؛ فعلى المستوى الدولي: أخذت اتفاقية باريس المؤرخة في ٢٩ يوليو لسنة ١٩٦٠ المتعلقة بالمسؤولية المدنية في مجال الطاقة النووية (بصيغتها المعدلة) بالمسؤولية الموضوعية لمشغل المنشأة النووية عن الضرر الناجم من تشغيل منشأته^(١١٠)، حيث لا حاجة هنا لإثبات الخطأ^(١١١)؛ وكذلك اتفاقية فيينا المؤرخة في ٢١ مايو لعام ١٩٦٣ في شأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية، التي جعلت مسؤولية مشغل المنشأة مسؤولاً مسؤولية مطلقة عن الأضرار التي تحدث من نشاطه^(١١٢)؛ وفي مجال التلوث البحري بالمواد النووية، تبنت اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٦٢ في شأن مسؤولية مشغلي السفن النووية المسؤولية الموضوعية عن كل الأضرار النووية بغض النظر عن سبب هذه الأضرار سواء أكان حادثة نووية نتيجة وقود نووي، أم بقايا فضلات مشعة تتعلق بهذه السفينة^(١١٣)؛ أضف لذلك اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٧١ في شأن المسؤولية المدنية في نطاق النقل البحري للمواد النووية^(١١٤).

(١١٠) المادة (١/٤) من الاتفاقية.

(١١١) المادة (١/٢) من الاتفاقية.

(١١٢) انظر في ذلك: أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

(١١٣) المادة (٦/٢)، انظر أحمد عبدالكريم سلامة: التلوث النفطي وحماية البيئة البحرية، بحث منشور في المؤتمر العلمي الأول للقانونيين، ٢٥-٢٦ فبراير ١٩٩٢، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، ص ٦٧٠؛ انظر أيضاً، عنود عبدالسلام: الرسالة سابقة، ص ٦٥.

(١١٤) انظر أيضاً في ذلك المسؤولية الموضوعية التي تبناها التوجيه الأوروبي في شأن المنتجات المعيبة. جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة من المنتجات الصناعية المعيبة، مجلة المحامي الكويتية، السنة (٢٠)، أكتوبر/نوفمبر/ديسمبر، ص ١٣؛ نبيلة إسماعيل رسلان: مرجع سابق، ص ٨٨؛ انظر أيضاً:

Le droit de la responsabilité civile du fait des produits défectueux a sa source dans des textes de transposition de directives européennes, et, dans une certaine mesure, dans le droit commun national, les textes de transposition ouvrant une option à la victime. La directive n° 85-374 du 25 juillet 1985 n'a été transposée en droit français que par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998. Cette loi crée un nouveau titre dans le Code civil, le titre IV bis intitulé (de la responsabilité du fait des produits défectueux). Les articles 1386-1 et suivants du Code civil français prévoient une responsabilité de plein droit du producteur envers les victimes de préjudice dus à un défaut de sécurité des produits qu'ils ont mis en circulation. Voir, Mordhi ALAYASH-ALENEZI: thèse précitée, 257.

ومن الاتفاقيات الدولية التي اعتمدت المسؤولية الموضوعية أيضا، اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٦٩ في شأن المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث بالنفط (بصيغتها المعدلة بمقتضى بروتوكول لندن عام ١٩٨٤)، هذه الاتفاقية جعلت مسؤولية المالك مطلقة عن أي تسرب أو تصريف للزيت من السفينة حتى ولو لم يثبت خطأ المالك^(١١٥)؛ وفي الاتفاقية الخاصة بالمسؤولية الدولية عن الأضرار الناجمة عن استخدام الأجسام الفضائية المؤرخة في ٢٢ مارس لسنة ١٩٧٢، فقد اعتبرت المسؤولية الموضوعية هي الأصل في تعويض الضرر عن أجسام الفضاء بسبب سقوطه أو تصادمه أو تشويبه على وسائل الاتصالات، وذلك دون حاجة لإثبات الخطأ؛ أضف إلى ما سبق، ذلك التوجه الذي بدأ منذ اتفاقية المجلس الأوروبي (لوجانو) المؤرخة في ٢١ يونيو ١٩٩٣، نحو تبني المسؤولية الحتمية قبل مستغل المنشأة التي تسببت أنشطتها الخطرة بضرر بيئي^(١١٦).

أما على المستوى الوطني فهناك العديد من التشريعات التي أخذت بالمسؤولية الموضوعية^(١١٧)؛ ففي فرنسا هناك القانون في شأن توزيع المياه والمقاومة ضد التلوث الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٦٤، والقانون المتعلق بتلوث الهواء الصادر في ٢ أغسطس ١٩٦١، والقانون بشأن الحوادث الوطنية الصادر في ٢٢ يوليو ١٩٦٠، والقانون في شأن التخلص من النفايات الصادر في ١٥ يوليو ١٩٧٥؛ والقانون الخاص بمسؤولية المنتج الصادر في ١٩ مايو ١٩٩٨؛ وفي ألمانيا تم اعتماد المسؤولية الموضوعية في القانون بشأن المسؤولية البيئية الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٩٠؛ وكذلك في أسبانيا في القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٨؛ والقانون اليوناني رقم ١٦٥٠/٨٦؛ والقانون السويسري الخاص بحماية البيئة الصادر في ٧ أكتوبر ١٩٨٣ (والمعدل في ٢١ ديسمبر ١٩٩٥)؛ والقانون المغربي الذي يتعلق بحماية واستصلاح البيئة المؤرخ في ٨ يوليو ٢٠٠٢ (كما وافق عليه مجلس النواب المغربي)؛ والقانون اليمني رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٥ بشأن حماية البيئة^(١١٨).

- (١١٥) مؤتمر دور القضاء في تطوير القانون البيئي في المنطقة العربية، دولة الكويت، ٢٦-٢٨ أكتوبر ٢٠٠٢، أقيم من قبل معهد الكويت للدراسات القضائية بالتعاون مع المركز العربي الإقليمي، ص ٢٣٦-٢٣٨، ويمكن مطالعة بعض المقترحات والقوانين البيئية في الدول الأخرى من خلاله أعمال هذا المؤتمر؛ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص ٢٨٤؛ نبيلة إسماعيل رسلان، مرجع سابق، ص ٧٨ وما بعدها؛ مسلط قويعان الشريف المطيري، مرجع سابق، ص ٢٣٤ وما بعدها؛ حسن عبدالباسط جميعي، مرجع سابق، ص ٢٤٠.
- (١١٦) مؤتمر دور القضاء في تطوير القانون البيئي في المنطقة العربية، مشار إليه سابقا، ص ٢٣٦.
- (١١٧) انظر في الخيرة بين صور المسؤولية التقصيرية، عطا سعد حواس، رسالته السابقة، ص ٣٤٩.
- (١١٨) كما أن المادتين (١٦٠) و (١٦١) من قانون حماية البيئة الجديد يشيران إلى عدم الإخلال =

ويثار التساؤل عن مدى إمكانية اللجوء إلى مسؤولية المباشرة غير الخطئية على الرغم من توافر شروط المسؤولية عن العمل غير المشروع؟ بعبارة أخرى هل يشترط لقيام مسؤولية المباشرة عدم ثبوت المسؤولية عن العمل غير المشروع وفقاً للقواعد العامة؟ والملاحظ أن نص المادة (١٥٨) من قانون حماية البيئة الجديد لم يتطلب عدم ثبوت المسؤولية عن العمل غير المشروع وفقاً للقواعد العامة لقيام مسؤولية المباشرة، وهذا يعني أن المضرور قد يفضل الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية - وفقاً للقواعد العامة - إذا ما توافرت مقوماتها، وعليه في سبيل ذلك إثبات خطأ المباشرة؛ وفي تقديرنا لا يوجد ما يمنع من اللجوء إلى دعوى المسؤولية التقصيرية إذا ما ارتأى المضرور ذلك، حتى ولو كان في مكنته الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية غير الخطئية وفقاً لقانون حماية البيئة^(١١٩)، فمن يملك الأكثر يملك الأقل، ثم إن قانون حماية البيئة الجديد لا يمنع ذلك^(١٢٠).

وهذا الحكم ليس غريباً على القانون المدني الكويتي الذي أجاز صراحة اللجوء إلى المسؤولية غير الخطئية على أساس المباشرة، عملاً بنص المادة (٢٥٥) على الرغم من توافر مقومات المسؤولية الخطئية وفقاً للمادة (٢٢٧)، وفي ذلك قررت المذكرة الإيضاحية في معرض تفسيرها لأحكام ضمان المباشرة وفقاً لنص المادة (٢٥٥) بأنه: "وإذا كان من شأن إعمال المادة ٢٥٥ أن يتقرر ضمان أذى النفس على المباشرة... فإن المضرور قد يرى مصلحته في الرجوع بدعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع إذا توافرت مقوماتها". كما تشير المذكرة الإيضاحية سائلة البيان صراحة إلى أنه: "ليس يوجد ما يمنع المضرور من أن يلجأ إلى دعوى الضمان عن أذى النفس على أساس المباشرة (مسؤولية موضوعية)، حتى لو كان في مكنته الرجوع بدعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع (مسؤولية شخصية)، إذا ارتأى هو ذلك. فمن يملك الأكثر يملك الأقل"^(١٢١).

= بأي قانون آخر، وعدم وجود ما يمنع في هذا القانون من المطالبة بالتعويض، سواء أكانت رابطة عقدية أم غير ذلك، مع الأخذ بعين الاعتبار مبدأ عدم جواز الجمع أو الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

(١١٩) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ٢٠٩. وبطبيعة الحال لا يجوز للمضرور الحصول على تعويضين من ضرر واحد: منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص ١٠؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨، ص ٢٥؛ إبراهيم أبو الليل: الملزم بتعويض الضرر الناجم عن حوادث السيارات، مرجع سابق، ص ١٧٧ وما بعدها.

(١٢٠) إبراهيم أبو الليل: مرجع سابق، ص ١٣٤.

(١٢١) إبراهيم أبو الليل: مرجع سابق، ص ١٦٩.

ومن هذا المنطلق فإذا كان مباشر الضرر البيئي، الذي حدث بأحد الأشياء المنصوص عليها في المادة (٢٤٣) من القانون المدني الكويتي، هو المالك، فإنه يجمع في ذات الوقت بين صفتي الحارس والمباشر، لذا يكون مسؤولاً إعمالاً لقواعد المباشرة، وقد يسأل كذلك باعتباره حارساً للشيء، فلا تحول مسؤوليته كمباشر للضرر دون إمكان قيام مسؤوليته عن فعل الأشياء في نطاق المسؤولية التقصيرية^(١٢٢). وكذلك الحال بالنسبة لمسؤولية شاغل المكان عملاً بنص المادة (٢٤٢) من القانون المذكور، التي قد يجمع فيها المسؤول بين صفتي شاغل المكان والمسؤولية الخطئية وفقاً لنص المادة (٢٢٧) من القانون المذكور^(١٢٣). كما قد تجتمع مسؤولية المتبوع ومسؤولية أخرى في وقت واحد، كأن يسأل باعتباره متبوعاً وحارساً للشيء، فيكون المضرور هو وشأنه في اختيار الرجوع عليه بأي من المسؤوليتين^(١٢٤).

وبهذه المثابة تمثل دعوى مسؤولية المباشرة (التقصيرية) غير الخطئية المنصوص عليها في المادة (١٥٨) سאלفة البيان مجرد دعوى احتياطية تسعف المضرور - سيما إذا كانت البيئة في الضرر البيئي المحض - في تعويض هذا الضرر^(١٢٥)، عندما تقعد أحكام المسؤولية التقصيرية التقليدية عن إثبات الخطأ ومن ثم التعويض عنه؛ على أننا لا نقصد من أن الدعوى احتياطية بأنها ثانوية، بل هي أصلية^(١٢٦)، ولكن الاحتياط المقصود هنا - في معرض البيان - هو أن المشرع عندما سن هذا النوع الجديد - المتطور من المسؤولية البيئية - قد قصد أن يحتاط

(١٢٢) عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١١٨٧.

(١٢٣) ولكن الاحتياط هنا من جانب المشرع الذي أراد أن يحقق للبيئة أكبر قدر من الحماية، فكان منه أن جعل المسؤولية هنا مسؤولية موضوعية، أو بالأحرى ضمان لا يحتاج فيه المضرور لإثبات الخطأ، ولذلك لا يجب أن يفهم من لفظ الاحتياط أن هذه المسؤولية لا تقوم إلا بعدم ثبوت المسؤولية عن العمل غير المشروع.

(١٢٤) راجع: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

(١٢٥) Cass. 3e civ., 8 juin 2011, n° 10-15.500, FS-P+B: JurisData n° 2011-011073: Benoît GRIMONPREZ: L'infraction environnementale et le préjudice moral des associations Environnement n° 8, Août 2011, comm. 96.

(١٢٦) انظر في إطار المسؤولية الخاصة بالنفائات في إطار المسؤولية العقدية، نبيلة إسماعيل رسلان: الجوانب الأساسية للمسؤولية المدنية للشركات عن الأضرار البيئية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٤٣.

من عدم إمكانية تطويع القواعد العامة لتغطية الأضرار البيئية التي تتسم بنوع من الخصوصية وذلك على خلاف الأضرار الأخرى^(١٢٧).

على أنه لا يجوز للمضرور اللجوء إلى دعوى المسؤولية التقصيرية إذا كان مرتبطاً بالمسؤول برابطة عقدية، أي عندما يكون الضرر نتيجة لخطأ عقدي، وذلك احتراماً لمبدأ عدم جواز الجمع أو الخيرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية؛ ومثال ذلك الضرر البيئي الذي يصيب ناقل النفايات أو من يقوم بتخزينها أو تفريغها أو التخلص منها أو المنشأة التي تقوم بمعالجتها بعد أن تعاقد معه منتج هذه النفايات^(١٢٨).

بيد أننا نشك في مصلحة المضرور بترك دعوى المسؤولية التقصيرية وفقاً لقانون حماية البيئة الجديد على حساب اللجوء إلى دعوى المسؤولية التقصيرية العادية وفقاً للقواعد العامة، نظراً للامتيازات التي يقدمها القانون البيئي الجديد في تعزيز حماية المضرور، سيما عدم الحاجة لثبوت الخطأ وتقييد قواعد الإغفاء من المسؤولية^(١٢٩)؛ وكذلك خصيصة المسؤولية التضامنية في التعويض عن الضرر كما سوف نرى^(١٣٠).

الغصن الثاني: مدى المسؤولية

مسؤولية المباشرة عن الضرر البيئي الذي أحدثه مباشرة، وبدون وساطة، تعتبر مسؤولية مطلقة من حيث نوعية الأضرار التي تغطيها^(١٣١)، وليست مقصورة على الضرر الجسدي^(١٣٢)، أو محدودة بمبلغ مالي معين سلفاً^(١٣٣)، بل تشمل على جميع

(١٢٧) انظر في ذلك: الغصن الثاني من هذا الفرع والمعنون بمدى المسؤولية. والجدير بالذكر أن المشرع استخدم اصطلاح "الإغفاء من المسؤولية" وفقاً للمادة (١٦٦) من قانون حماية البيئة الجديد، سواء أكانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية، وهذا ليس شاذاً على اللغة القانونية للمشرع الكويتي الذي استخدم ذات الاصطلاح في نص المادة (٢٥٤) من القانون المدني التي تقضي بطلان كل اتفاق على الإغفاء يبرم قبل قيام المسؤولية التقصيرية.

(١٢٨) انظر: الفرع القادم من هذا البحث.

(١٢٩) وليس من حيث الإغفاء منها كما سنرى لاحقاً.

(١٣٠) كضمان أذى النفس في القانون الكويتي.

(١٣١) كالدية وفقاً للشريعة الإسلامية.

(١٣٢) François ROUSSEAU: Réflexion sur la répression civile des atteintes à l'environnement à propos du rapport remis au garde des Sceaux le 17 septembre 2013 relatif à la réparation du préjudice écologique, Environnement n° 3, Mars 2014, étude 3.

(١٣٣) وربما لا يخفى على فطنة القارئ الخطأ اللغوي الذي وقع في الفقرة الأولى التي تنص على أنه: "يعفى المسؤول عن التلوث من المسؤولية إذا أثبت الضرر كان بسبب..."، والصحيح أن تكون على النحو التالي: "يعفى المسؤول عن التلوث من المسؤولية إذا ثبت أن الضرر (أو إذا =

الأضرار سواء الجسدية أو المالية بل والأضرار البيئية المحضة التي تصيب البيئة في ذاتها، وهو ما حسمه المشرع في نص المادة (١٦٠) من قانون حماية البيئة الجديد؛ وفي ذلك قضى بأنه: "مع عدم الإخلال بأي قانون آخر يلتزم المسؤول مدنياً عن التلوث بالتعويض عن: أ) ما لحق بالثروة الطبيعية من أضرار؛ ب) ما يصيب البيئة أو يقلل منفعتها؛ ج) نفقات التطهير وإزالة التلوث أو الحد منه وإعادة تأهيل البيئة؛ د) مقابل تعطيل المرافق".

ومن ثم فلم يعد هناك محل لأي جدل قد يثار لبحث طبيعة أو نوع الأضرار الناجمة عن التلوث البيئي التي يمكن التعويض عنها، فكل ضرر وقع - أياً كان نوعه - يجب أن يعرض سواء أكان قد وقع على الإنسان أم على البيئة في ذاتها، أي على مكوناتها وعناصرها^(١٣٤)، وسواء كان نتيجة خطأ من عدمه، ما دام هناك مباشر لهذا الضرر، فالمسؤولية هنا أساسها الضرر الذي وقع بطريق المباشرة وليس الخطأ وفقاً للمفهوم الذي سبق إيضاحه.

على أن هذه المسؤولية وإن كانت لا تعرف حداً معيناً بالنسبة لطبيعة أو نوع جزائها، نعني هنا نوع التعويض، بحيث يستوي أن يكون قد وقع على الأشخاص أو على البيئة، إلا أن لمدى المسؤولية بعض الحدود التي تطلبها المشرع صراحة، فهي ليست مسؤولية مطلقة تماماً، ولذلك يمكن أن يعفى المسؤول عن التعويض إذا ما تحققت بعض الحالات التي نص عليها المشرع صراحة؛ وفي ذلك قضى نص المادة (١٦٦) من قانون حماية البيئة الجديد على أنه: "يعفى المسؤول عن التلوث إذا أثبت أن الضرر كان بسبب: أ- القوة القاهرة؛ ب- إذا وقع كلياً بسبب تصرف عمدي من أحد الأشخاص الذين لا تربطهم بالمالك أو المشغل رابطة عقدية أو تبعية؛ ج- وقع كلياً بسبب الإهمال أو الخطأ أو الخطأ الذي سببته السلطة الإدارية"^(١٣٥).

= أثبت أن الضرر كان بسبب.."، وليس إذا أثبت الضرر كان بسبب. بل أعتقد أن لفظ "المسؤولية" الوارد في النص - وإن كان صحيحاً - لا حاجة له، وكان بالإمكان الاستغناء عنه، فتكون الصيغة الأفضل من وجهة نظرنا: "يعفى المسؤول عن التلوث إذا ثبت أن الضرر كان بسبب..".

Mordhi ALAYASH-ALENEZI: Permanences st changements autour de la (١٣٤) notion de force majeure, mémoire Strasbourg, 2005-2006, p. 31 et suivant.

(١٣٥) كالحريق العمدي الذي يضرم في بعض المنشآت بسبب الغير الذي لا تربطه بالمالك أو المشغل رابطة عقدية أو تبعية؛ والمقصود هنا - برأينا - هو الحادث الجنائي الذي يكون بفعل فاعل؛ ومثالها تلك الحوادث المتكررة التي شهدتها الكويت في منطقة (أمغرة) الصناعية، والتي كان آخرها، الحريق الذي وقع بتاريخ ٧ أكتوبر ٢٠١٤ والذي تسبب بتلوث الهواء =

ويتضح من هذا النص أن المسؤولية المدنية لها مدى معين، بحيث يمكن دفعها ومن ثم يصل المسؤول إلى الإعفاء من المسؤولية، ويستوي أن يكون المسؤول هنا مباشراً للضرر أو متسبباً، فالنص المذكور لا يفرق بينهما، بدليل أنه استخدم لفظ "المسؤول"، وهذا اللفظ يسري - وفقاً للقانون الجديد - على كل من المباشر للخطأ والمتسبب فيه، ذلك أن المشرع استخدمه في كل النصوص المنظمة لأحكام دون أن يفرد للمباشر أو المتسبب أية خصوصية في حالات دفع المسؤولية؛ وهو ما يظهر جلياً عند مطالعة أول نص في الباب المتعلق في المسؤولية المدنية، وهو نص المادة (١٥٨) الذي استهل بأن: "المباشر مسؤول..".

وهكذا فالمشرع قرر أسباباً للإعفاء من المسؤولية لكل من المباشر والمتسبب، بحيث إن تحققت إحدى هذه الحالات كان بإمكان كل منهما التخلص من المسؤولية عن التعويض، إلا أن المشرع لم يتبن كل الحالات المتعارف عليها في دفع المسؤولية للسبب الأجنبي، من قوة قاهرة، وحادث فجائي، وخطأ المضرور، وخطأ الغير، وإنما قيدها بحالات معينة فقط وتطبيقات محددة للسبب الأجنبي، بغية التقليل من إمكانية المسؤول من التحلل من دفع التعويض من خلال دفع مسؤوليته بالسبب الأجنبي عموماً.

فالمشرع وإن كان تبني القوة القاهرة كحال القواعد العامة، إلا أنه لم ينص صراحة على الحادث الفجائي، ومن ثم لا يعتبر الحادث الفجائي - لمن يراه مختلفاً عن القوة القاهرة - سبباً من أسباب دفع المسؤولية^(١٣٦)؛ وكذلك لم يتبن خطأ المضرور، فإذا ما كان الأخير سبباً مقتضياً لحدوث الضرر الناجم عن التلوث البيئي، فإنه ومع ذلك يستطيع الحصول على تعويض من المسؤول عن الضرر مباشراً كان أو متسبباً.

أما بالنسبة لخطأ الغير فإن المشرع لم يتبنه على إطلاقه، بل أورد بعض الحالات التي يمكن اعتبارها تطبيقاً له، وبذلك لا يعتبر خطأ الغير سبباً معفياً للمسؤولية إذا لم يتحقق بالصورة التي رسمها المشرع، كأن يقع الضرر كلياً بسبب تصرف عمدي من أحد الأشخاص الذين لا تربطهم بالمالك أو المشغل رابطة عقدية أو

= بسبب الأدخنة السوداء المطلقة من جراء الحريق، والتي قد تضر بصحة الإنسان، سيما المناطق القريبة من موقع الحريق، وقد قررت الهيئة العامة للبيئة أن الرياح شمالية والأدخنة بعيدة عن اتجاه المناطق السكنية، وأن الحادث تحت السيطرة. انظر: جميع الصحف اليومية الكويتية عدد ٨ أكتوبر ٢٠١٤، كالوطن أو القبس أو الجريدة؛ انظر أيضاً حساب الهيئة العامة للبيئة على وسائل التواصل الاجتماعي "تويتر (@APA_today)" بشأن هذا الحدث.

(١٣٦) أحمد محمود سعد: مرجع سابق، ص ٢٣٠.

تبعية^(١٣٧)؛ أو إذا وقع كليا بسبب الإهمال أو الخطأ الذي سببته السلطة الإدارية، على أنه يشترط ليعفى المسؤول - في الحالة الأخيرة - عن التلوث أن يبلغ الإدارة المختصة بالحادث وأسبابه إذا علم به، أو كان عليه أن يعلم به، وأن يكون قد اتخذ كافة الاحتياطات اللازمة لمنع الحادث أو التقليل من آثار التلوث.

خلاصة القول إنه متى حدث الضرر نتيجة لفعل المباشر وحده، تحمل هذا الأخير عبء التعويض كاملا، ولهذا كان من اللازم تحديد دور مُحدث الضرر وكيفية إحداثه له، ولكن تثور الصعوبة في التعويض عن الأضرار البيئية عندما يتعدد المسؤولون أو تتعدد مصادر الضرر، حيث يوجد أكثر من فاعل مسؤول عن الضرر، وهذا ما سنتناوله الآن.

الفرع الثاني المسؤولية التضامنية (تعدد المسؤولين)

خصوصية الضرر البيئي الذي قد يصيب الكائنات الحية وغير الحية والممتلكات والثروة الطبيعية، أي يصيب البيئة بعناصرها ومكوناتها كتلوث الهواء أو الماء أو التربة، والذي قد يساهم في إحداثه العديد من الأسباب، وصعوبة الوقوف على هذا الضرر الذي قد لا يظهر فور وقوعه بل على فترات متفرقة وربما متباعدة كالتلوث الإشعاعي وبعض الأدخنة والغازات المنبعثة من المنشآت.

كل ذلك أدى إلى صعوبة تحديد المسؤول عن الضرر الذي وقع، وبالتالي صعوبة تعيين الملزم بالتعويض، سيما وأن نظرية السبب المنتج أو الفعال قد لا تستطيع دوما القيام بدورها، ذلك أنها تعتمد على الأسباب القانونية دون الأسباب الطبيعية إلى حد يمكن القول معه إن الأسباب الطبيعية هي الأكثر فعالية أو المنتجة لإحداث الضرر^(١٣٨).

وفي مجال المسؤولية بصفة عامة، قد يُقترف الخطأ أو يُباشر من عدة أشخاص

(١٣٧) مسلط قوبعان الشريف المطيري: مرجع سابق، ص ١١٣ وما بعدها.

(١٣٨) كـبعض الدول التي تأخذ بالنظام الأنجلوسكسوني، ومثال ذلك قانون البيئة البريطاني لسنة ١٩٩٠ الذي أدخل في العام ١٩٩٥ نظام المسؤولية عن الأرض الملوثة تحت الجزء IIA، الذي دخل حيز التنفيذ في أبريل من عام ٢٠٠٠، فوفقا لهذا القانون ينقسم الملوثون إلى فئتين (A) و (B)، وهو ما سار عليه القضاء الإنجليزي. مسلط قوبعان الشريف المطيري: مرجع سابق، ص ١١٤؛ انظر: محمد شكري سرور: التأمين ضد الأخطار التكنولوجية، دار الفكر العربي، ١٩٨٧، ص ١٢٩ وما بعدها.

فتتعدد مصادر الضرر فيتعدد المسؤولون عنها، بل إن هذا الفرض كثير الحدوث في مجال المسؤولية البيئية، فثار التساؤل حول مدى مسؤوليتهم المنفردة أو المجتمعة (التضامنية) في التزامهم بالتعويض تجاه المضرور، لذا كان من الضروري البحث عن مخرج لمثل هذه الإشكالية، ومن هنا تعددت التشريعات في طرح الحلول؛ فمنها من أخذ بالمسؤولية المتناسبة ومنها من يميل إلى المسؤولية المشتركة^(١٣٩). ولتسليط الضوء على ذلك نقسم هذا الفرع إلى غصنين.

الغصن الأول

المسؤولية التضامنية مفترضة في القانون الجديد

أخذت بعض الأنظمة بالمسؤولية المتناسبة^(١٤٠)، إذ يوزع غرم المسؤولية بحسب إسهام كل فاعل في إحداث الضرر، فمدى الضرر يقدر بقدر الخطأ الذي أوقعه، وهو ما يعرف بنظام قسمة المسؤولية؛ في حين أن غالبية الأنظمة القانونية قد اعتمدت المسؤولية المشتركة أو التضامنية، فمهما تعدد الفاعلون أو المخطئون فإن كل منهم يمكن مساءلته عن كامل التعويض رغم اشتراكه مع آخرين في إحداثه؛ وميزة المسؤولية التضامنية أنها لا تتطلب من المضرور إثبات نسبة مساهمة كل ملوث من الملوّثين كي يحصر مقدار التعويض بقدر نسبة مساهمة المدعي عليه كما هو الحال في المسؤولية المتناسبة، بل يكفي أن تثبت علاقة السببية بين الفعل (أو الخطأ بحسب الأحوال) والضرر، فإذا ما ثبت ذلك فإن المضرور يستطيع أن يطالب المسؤول عن كامل الضرر ولو كانت نسبة مساهمة المدعي عليه في إحداث الضرر ضئيلة مقارنة بالمشاركين معه، وهذا بلا شك نظام يقي المضرور إفسار المدين أو تهربه من دفع التعويض؛ كما

(١٣٩) انظر: موقع المجلس الأوروبي: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?L=FRE&CM=4&NT=150>

QueVoulezVous.asp?L=FRE&CM=4&NT=150

(١٤٠) Si un événement consiste en un fait continu, tous les exploitants ayant exercé successivement le contrôle de l'activité dangereuse pendant la durée de cet événement sont solidairement responsables. Toutefois, si un exploitant prouve que le fait survenu pendant la période où il exerçait le contrôle de l'activité dangereuse n'a causé qu'une partie du dommage, il n'est responsable que de cette partie du dommage. (Article 6 alinéa 2).

ومفهوم هذا النص أنه إذا ما كانت الحادثة عبارة عن واقعة متصلة أو مستمرة، فإن جميع المشغلين الذين يمارسون السيطرة تباعاً على نشاط خطر خلال تلك الوقائع مسؤولون بالتضامن؛ ومع ذلك، فإن المشغل الذي يثبت أن الحادثة التي وقعت أثناء فترة رقابته على النشاط الخطر تسبب فقط بجزء من الضرر، فإنه ليس مسؤولاً إلا عن ذلك الجزء من الضرر.

يمكن الجمع بين نوعي المسؤولية بحيث تكون المسؤولية - كأصل - تضامنية إذا تعدد الأشخاص المسؤولون وتعذر نسبة الضرر إلى فاعله، فيلتزم المدعى عليه بتعويض كامل الضرر، إلا إذا استطاع المدعى عليه إثبات نسبة مساهمته بالفعل أو الخطأ الذي أحدث الضرر، فلا يلتزم هنا بدفع كامل التعويض، بل الجزء الذي ساهم به. ونظراً لذلك فقد تبنت العديد من التشريعات البيئية هذا النظام لما يحققه من ضمانات كبيرة في تعويض المضرور، مع ما يحققه من عدالة؛ ومن هذه التشريعات المادة (٢/٦) من الاتفاقية الصادرة عن المجلس الأوروبي في ٢١ يونيو لسنة ١٩٩٣ بشأن المسؤولية المدنية عن الأنشطة الخطرة للبيئة (لوجانو)^(١٤١)، التي أخذت بالمسؤولية التضامنية للمشغلين الذين أحدثوا الضرر، إلا إذا أثبت المشغل أن ما اقترفه لم يؤد إلا إلى جزء من الضرر، فيلتزم الأخير فقط بنسبة مساهمته بإحداث الضرر ولا يتحمل التعويض بأكمله^(١٤٢)؛ كما أخذت بذلك اتفاقية بروكسل بشأن المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث بالنفط لسنة ١٩٦٩، حيث جعلت المسؤولية تضامنية على جميع ملاك السفينة التي سببت الضرر الذي لا يمكن تجزئته؛ وهذا موقف اتفاقية فيينا لسنة ١٩٦٣ في شأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية الناشئة عن المواد النووية، حيث جعلت المسؤولية عن الأضرار النووية تتكبد أكثر من مشغل في حال عدم إمكانية تحديد مسؤولية كل منهم على حدة، أي اعتبرت أن جميع هؤلاء المشغلين مسؤولون بالتضامن عن هذه الأضرار^(١٤٣). وقد سار على هذا النهج العديد من الاتفاقيات الدولية والأوروبية والتشريعات الوطنية الأخرى^(١٤٤).

(١٤١) المادة (١/٣) من الاتفاقية المذكورة.

(١٤٢) كالتوجيه الأوروبي في شأن النفايات لسنة ١٩٩١؛ الكتاب الأخضر لعام ١٩٩٣ في شأن المسؤولية البيئية؛ بروتوكول كييف لعام ٢٠٠٣؛ القانون الفرنسي رقم ٧٥/٧٣٣ الصادر في ١٥ يوليو ١٩٧٥؛ قانون النفايات الأسباني رقم ١٠/١٩٩٨؛ القانون السويدي رقم ٨٣/١٩٨٦ في شأن المسؤولية المدنية البيئية؛ القانون الفنلندي رقم ٧٣٧/١٩٩٤ في شأن تعويض الأضرار البيئية؛ القانون الألماني المؤرخ في ١٠ ديسمبر ١٩٩٠ في شأن المسؤولية البيئية؛ مسلط قويعان الشريف المطيري، مرجع سابق، ص ٢٥١ وما بعدها.

(١٤٣) فالقاعدة في المسؤولية العقدية أنه إذا تعدد المسؤولون فلا تضامن بينهم إلا إذا وجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بالتضامن؛ إذ تنص المادة (٣٤١) من القانون المدني الكويتي على أنه "التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق صريح أو نص في القانون.."; انظر في أحكام التضامن السلبي في القانون الكويتي، عبد الرسول عبد الرضا وجمال النكاس: أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، ٢٠١٤/٢٠١٥، ص ١٧٧؛ إبراهيم أبو الليل: أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣/٢٠٠٤، ص ٢٢٣.

(١٤٤) راجع: المبحث الأول من هذه الدراسة.

إذا كان الأمر كذلك فما موقف المشرع الكويتي في قانون حماية البيئة الجديد؟ لم يكن موقف المشرع الكويتي في القانون الجديد موقفاً شاذاً، بل سائر الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة في هذا الشأن، بحيث نص صراحة على أن المسؤولية المدنية عن التعويض عن الأضرار البيئية مسؤولية تضامنية^(١٤٥)، وفي ذلك قضت المادة (١٥٩) من قانون حماية البيئة الجديد على أنه: "إذا تعدد المسؤولون عن حادث التلوث تكون المسؤولية تضامنية". والملاحظ أن المشرع لم يفرق بين إذا ما كان المسؤول مباشراً للضرر أو متسبباً فيه بالمفهوم السابق بيانه^(١٤٦)، فيستوي اجتماع الاثنين - أي المباشر والمتسبب معاً - بحيث يكونان متضامنين قبل المضرور في تعويض كامل الضرر الناجم عن التلوث، وهذا يعني أنه لو ارتكب الفاعلان فعلاً - وكان أحدهما مباشراً والآخر متسبباً - وأدى ذلك إلى إحداث الضرر، فإنهما يكونان مسؤولين عن تعويض هذا الضرر.

وهكذا فإن مسؤولية كل واحد من محدثي الضرر عما وقع من تلوث مسؤولية كاملة عن تعويض الضرر في مواجهة المضرور، إذا كان فعل كل منهما أو خطؤه سبباً مقتضياً للضرر، فإذا كان ذلك بالنسبة للعلاقة بين المسؤولين المتعديين والمضرور؛ فما هو الوضع بالنسبة للمسؤولين المتعديين فيما بينهم^(١٤٧)؟

لم ينظم القانون البيئي الجديد العلاقة بين المسؤولين المتضامنين ذات أنفسهم أو كيفية توزيع غرم المسؤولية فيما بينهم، وهذا يعني أنه لم يفرد لها - أي تلك العلاقة - أية أحكام خاصة، مما ينبغي معه والأمر كذلك الرجوع إلى القواعد العامة

(١٤٥) انظر في هذا الموضوع تفصيلاً: جلال محمد إبراهيم، الرجوع بين المسؤولين المتعديين، مطبوعات مكتبة ذات السلاسل، ١٩٩٢-١٩٩٣، ص ٧٦ وص ١٤٤؛ انظر في مثل هذه الإشكالية: دراسة تفصيلية لمحمد شكري سرور: مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، القاهرة، ١٩٨٣؛ راجع أيضاً، إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص ١١٢ وما بعدها.

(١٤٦) انظر: المادة (٢٢٨) والمادة (٣٤١) وما بعدها من القانون المدني؛ تمييز تجاري ١، طعن رقم ٣٣٦ لسنة ٢٠٠٣، جلسة ٢٦ إبريل سنة ٢٠٠٤؛ تمييز تجاري ٢، الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٩٨، جلسة ١٠ ديسمبر سنة ٢٠٠٠، أنظمة صلاح الجاسم.

(١٤٧) تنص المادة (٢٢٨) من القانون المدني على أنه: "١- إذا تعدد الأشخاص الذين حدث الضرر بخطئهم، التزم كل منهم، في مواجهة المضرور، بتعويض كل الضرر. ٢. ويتوزع غرم المسؤولية فيما بين المسؤولين المتعديين بقدر دور خطأ كل منهم في إحداث الضرر، فإن تعذر تحديد هذا الدور، وزع عليهم غرم المسؤولية بالتساوي.

للتضامن في القانون المدني^(١٤٨)؛ وبمطالبة المادة (٢٢٨)^(١٤٩) يتبين لنا أن غرم المسؤولية يتوزع بين المسؤولين المتضامنين بقدر دور خطأ كل منهم في إحداث الضرر، فإن تعذر تحديد هذا الدور وُزِعَ عليهم غرم المسؤولية بالتساوي^(١٥٠).

معنى ذلك أن المشرع اعتمد معيار الدور السببي للخطأ ولم يعتمد على معيار أو فكرة مدى جسامته الخطأ، ولكنه احتاط من تعذر تحديد هذا الدور حين قرر توزيع جزاء المسؤولية على الفاعلين المتعديين بالتساوي^(١٥١)، ومع ذلك فهو لم يهمل كلية معيار جسامته الخطأ، بل إنه: "في الأخطاء المشتركة يتناسب أثر كل منهما عادة مع درجة جسامته"^(١٥٢)؛ فهو - أي معيار جسامته الخطأ - بمثابة قرينة على دلالة السببية القوية، بحيث يزداد الدور السببي كلما ازدادت جسامته الخطأ^(١٥٣).

(١٤٨) وقد حرص القانون المدني على أن يجعل أساس توزيع غرم المسؤولية على المسؤولين المتعديين فيما بينهم متمثلاً في دور خطأ لكل منهم في إحداث الضرر (وفي حالتنا الماثلة الضرر البيئي) اعتباراً منه أنه أكثر اتساقاً مع فكرة السببية بين الخطأ والضرر، انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي وهي بصدد التعليق على نص المادة (٢٢٨)؛ راجع أيضاً: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الإغفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، ١٩٧٥، ص ٣٦٨.

(١٤٩) فقد قضت محكمة التمييز أنه: "وفقاً للمادة ٢٢٨ من القانون المدني فإن الضرر إذا حدث نتيجة أخطاء متعددة وقعت من أشخاص كثيرين فإن كل واحد منهم يلتزم في مواجهة المضرور بالتعويض كاملاً وأن المسؤولين المتعديين يتحملون بالتعويض على سبيل التضامن، أما في العلاقة بين هؤلاء المسؤولين أنفسهم فتوزع غرم المسؤولية بينهم بقدر دور خطأ كل منهم في إحداث الضرر، فإن تعذر تحديد هذا الدور وزع عليهم غرم المسؤولية بالتساوي". تمييز تجاري ٣، طعون أرقام ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣٤ لسنة ٢٠٠٧، جلسة ١ مارس سنة ٢٠٠٩؛ تمييز تجاري ٣، طعون أرقام ٢٥٩، ٢٦٥، ٢٧١ لسنة ٢٠٠٧، جلسة ٢٥ نوفمبر سنة ٢٠٠٨، أنظمت صلاح الجاسم.

(١٥٠) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي في معرض تعليقها على المادة (٢٣٤). (١٥١) تمييز مدني، الطعن رقم ٧٠٢/٢٠٠٩، الصادر في جلسة ٢٤ يناير ٢٠١١، مجلة القضاء والقانون، مجلة تصدر عن المكتب الفني لمحكمة التمييز، عن الفترة ما بين ١/١/٢٠١١ إلى ٣١/٣/٢٠١١، طبعة يوليو ٢٠١٣، السنة التاسعة والثلاثون، الجزء الأول، ص ٢٣٧؛ جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٤٦.

(١٥٢) ويبدو أن القضاء والفقه الفرنسي قد تخلّى عن بعض الاتجاهات التي تقضي على توزيع دور كل فعل بنسبة دوره في إحداث الضرر، حتى لو كان ذلك على أساس المسؤولية الموضوعية غير الخطئية. انظر في ذلك: الأمثلة التي يسوقها، جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٥٨؛ تمييز كويتي، الطعن رقم ٥٠٦/٢٠٠٩، الصادر في جلسة ٢٦ أبريل ٢٠١٠، مجلة القضاء والقانون، مجلة تصدر عن المكتب الفني لمحكمة التمييز، عن الفترة ما بين ١/٤/٢٠١٠ إلى ٣٠/٦/٢٠١٠، طبعة يونيو ٢٠١٣، السنة الثامنة والثلاثون، الجزء الثاني، ص ٢٧٣.

يتضح لنا أن توزيع غرم آثار المسؤولية بين الفاعلين المتضامنين ينصب على فرضية أن الضرر البيئي قد حدث نتيجة خطأ، فكان الأصل في كيفية التعويض هو تحديد دور كل خطأ منهم في إحداث الضرر، وقد رأينا أن جسامته الخطأ تعتبر قرينة على هذا الدور السببي للخطأ؛ هذا الوضع، وإن كان يمكن اعتماده بالنسبة للأضرار البيئية الناجمة عن الخطأ الثابت، إلا أنه لا يتمشى مع ثبوت مسؤولية الفاعلين المتعديين بناء على أحكام المسؤولية الموضوعية التي لا تقوم على الخطأ، ومن ثم فلا مجال في هذا الشأن لبحث دور الخطأ أو تحديد مدى جسامته، الأمر الذي يكون معه الأخذ بمعيار التوزيع المتساوي لغرم المسؤولية الأكثر تناسباً وقبولاً لدى الفقه^(١٥٤).

إذا كان الأمر كذلك في شأن المسؤولية الموضوعية^(١٥٥)، إلا أنه ليس بهذه السهولة دوماً، فقد يختلف أساس مسؤولية الفاعلين المتعديين عن بعضهما بعضاً، ففي حين تجد المسؤولية أساسها لدى أحدهم (المباشر) في المسؤولية الموضوعية، فإن أساس المسؤولية لدى الآخر (المتسبب) هي المسؤولية الخطئية، فما هو الحل إذا ما اجتمعا في إحداث الضرر، بأن كان أحدهما مباشراً والآخر متسبباً؟

فلو افترضنا - جداولاً - أن إحدى عربات رش المبيدات لمكافحة الحشرات التي يقودها أحد عمال إحدى الشركات (أ) أحدثت ضرراً بيئياً، نظراً لزيادة كمية المواد في العربة عن الحد المسموح به من قبل شركة أخرى (ب)، دون علم ودراية من قبل قائد العربة أو تلك الشركة (أ)، التي يقتصر دورهما على مباشرة رش المزروعات في أماكن معينة، مما أدى إلى انبعاث غازات سامة لوثت البيئة وقتلت بعض المزروعات نتيجة للخطأ في زيادة المواد، فيمكن تكييف مركز قائد العربة أو الشركة (أ) هنا على أنه مباشر للضرر البيئي لأن فعله هو من أحدث هذا الضرر، في حين أن المتسبب هو من أخطأ في زيادة كمية المواد فأصبحت قاتلة وملوثة وهي هنا الشركة (ب). فمن المسؤول عن هذا الضرر في ظل اجتماع كل من المباشر والمتسبب؟^(١٥٦)

(١٥٣) وهي ما تهمنا في قانون حماية البيئة الجديد الذي جعل المباشر مسؤولاً بغير خطأ كما رأينا.
(١٥٤) يهنا في هذا المقام بحث اجتماع مسؤولية المباشر والمتسبب في قانون حماية البيئة الجديد، دون أن يتسع المجال إلى بحث أحكام القواعد العامة في المسؤولية الموضوعية في القانون المدني، كأحكام مسؤوليته عن فعل الغير أو حراسة الأشياء التي تخرج عن نطاق دراستنا.
(١٥٥) وذلك على خلاف أحكام الفقه الإسلامي الذي وضع أحكاماً خاصة في حال اجتماع المباشر والمتسبب؛ انظر المبحث الأول من هذا البحث، وتحديد مفهوم المباشر في الفقه الإسلامي.
(١٥٦) وكذلك نص المادة (١٦٦) الخاصة بالإعفاء من المسؤولية، وهكذا في جميع نصوص المسؤولية المدنية في القانون البيئي الجديد.

الحقيقة إن قانون حماية البيئة الجديد لم يضع قواعد تحكم مثل هذا الفرض^(١٥٧)، سوى ما قرره في المادة (١٥٩) بحيث إذا تعدد المسؤولون عن الضرر البيئي تكون مسؤوليتهم تضامنية؛ وقد شمل القانون المذكور بلفظة "المسؤول" كلا من المباشر والمتسبب، ويتضح ذلك جلياً من مطالعة نص المادة (١٥٨) الذي قرر صراحة بأن المباشر "مسؤول" ولو لم يخطئ، في حين أن المتسبب لا يسأل إلا بخطأ^(١٥٨)؛ الأمر الذي يدل على أن المشرع لم يفرق بين المباشر والمتسبب إلا في قيام المسؤولية دون باقي الأحكام، ومن ثم يعتبر كل من المباشر والمتسبب مسؤولين بالتضامن قبل المضرور عن أي ضرر يصيبه.

إلا أننا نتجه نحو عدم تحميل المباشر - في هذا الفرض - لعبء التعويض النهائي، فإن كان المباشر الذي لم يخطئ ملتزماً بدفع جميع الدين قبل المضرور وفقاً لقاعدة التضامن المفترضة في قانون البيئة الجديد، على سند من القول بأن المشرع انحاز - لحماية البيئة والمضرورين من جراء الاعتداء عليها - محاولاً التخفيف من عبء الإثبات نظراً للصعوبات التي تواجه إثبات سبب الضرر، إلا أن هذه الحجة لا تحول - برأينا - دون إمكان الرجوع على المخطئ في حال ثبوت مسؤوليته الخطئية معه، والعكس غير صحيح.

فإذا دفع المخطئ التعويض، فلا يجوز له الرجوع على المباشر الذي لم يخطئ، وتعليل ذلك أنه ليس من المنطق أن نسهل للمخطئ - سواء أكان متسبباً أم مباشراً - التملص من عبء التعويض النهائي - رغم خطئه - عن طريق الرجوع على المباشر، وهذا ما يتناسب مع قرينة جسامة الخطأ في دلالة الدور السببي في حدوث الضرر، فبين الخطأ وعدم الخطأ ينبغي تحمل المخطئ كامل التعويض النهائي وبراءة ذمة المباشر غير المخطئ^(١٥٩).

أضف إلى ذلك أن هذا الرأي ينسجم مع مبتغى المشرع، الذي ما كان ليتحول

(١٥٧) جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(١٥٨) من الملاحظ أن صياغة النص اللغوية غير صحيحة، فقد وقع صانعوه بخطأ عندما قرروا: "بأن النشاط الذي يمارسه لم يكن بسبب الضرر.." في حين أن الصياغة السليمة هي "بأن النشاط الذي يمارسه لم يُسبب الضرر.." أو "بأن النشاط الذي يمارسه لم يكن سبب الضرر..".

(١٥٩) عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف - الحوالة - الانقضاء، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٢٨٥ وما بعدها.

من المسؤولية الخطئية لمباشر الضرر إلى المسؤولية الموضوعية إلا بمناسبة المعوقات التي واجهت أعمال المسؤولية، سيما في صعوبة إثبات الخطأ.

الغصن الثاني

قيود الرجوع على أحد المسؤولين بكامل التعويض

سبق أن قررنا أن التضامن لا يفترض بل يجب أن ينص عليه أو يتم الاتفاق عليه، وهو ما نص عليه قانون حماية البيئة صراحة في المادة (١٥٩) التي سبق لنا دراستها، لكن ثمة تساؤل آخر ينبغي التعرض إليه - بعد استقراء نص المادة (١٦٣) التي تنص على أنه: "إذا تعددت مصادر الضرر وتعدّر على المضرور نسبة الضرر إلى فاعله، جاز للمضرور مطالبة أحد المتسببين بدفع كامل التعويض عن الضرر الذي أصابه، ويجوز للمدعي عليه نفي المسؤولية بأن النشاط الذي يمارسه لم يكن بسبب الضرر وأن الضرر وقع بسبب أجنبي لا يد له فيه" (١٦٠) - وهو: هل قيد قانون حماية البيئة الجديد المسؤولية التضامنية للمسؤولين المتعددين؟ أو في قول آخر، هل يمكن للمدين المتضامن بالتعويض أن يتخلص من عبء المسؤولية التضامنية رغم توافر كل شروط قيام المسؤولية التضامنية؟ أو أننا بصدد مسؤولية أخرى وهي ما يطلق عليها الفقه بالمسؤولية التضامنية أو التضاممية؟

نسارع إلى القول منذ البداية أنه لا يمكن أن يكون المشرع - في قانون حماية البيئة - قد أنشأ مسؤولية تضاممية، ذلك أنه نص صراحة على إقرار المسؤولية التضامنية في حال تعدد المسؤولين بنص عام يسري على أي التزام بالتعويض عن

(١٦٠) حيث قضت محكمة التمييز على أنه: "إذا كان التضامن بين المدينين قوامه وحدة المحل وتعدد استقلال الروابط بحيث يعتبر الدين واحدا رغم هذا التعدد، فذلك الشأن بالنسبة للتضام بين المدينين، حيث يكون التزام كل منهم هو نفس التزام الآخرين، غاية الأمر أنه في التضامن يكون الالتزام موحد المصدر، بينما في التضام يتعدد مصدر الالتزام مع بقاء محله واحداً، وهذا التعدد في مصدر لا ينفي أن المدين المتضامن إذا وفى الدائن بدينه فهو إنما يوفى دين غيره من المدينين المتضاممين، فلا فرق في هذه الناحية والتي تتعلق بالحلول القانوني بين دين تضامني ودين تضاممي، ولم تشترط المادة ٣٩٤ من القانون المدني التي أوردت المبدأ العام في الحلول القانوني أن يكون الموفي ملزماً بالدين بموجب نفس المصدر الذي التزم به المدين، أو أن تكون هناك رابطة بينهما، وإنما اشترطت فقط أن يكون الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه". تمييز تجاري ١، طعن رقم ٣٣٦ لسنة ٢٠٠٣، جلسة ٢٦ إبريل سنة ٢٠٠٤؛ تمييز تجاري ١، طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٢٠٠٢، جلسة ١٣ يناير سنة ٢٠٠٣؛ تمييز عمالي ١، طعن رقم ٣٢٠ لسنة ٢٠٠٨، جلسة ٢٦ إبريل سنة ٢٠٠٩، أنظمة صلاح الجاسم القانونية.

الضرر البيئي، سواء أكان نتيجة مسؤولية عقدية أم تقصيرية، موضوعية أم شخصية، لذا وجب احترام إرادة المشرع الصريحة؛ ولا ينال من ذلك أن أحد أهم خصائص الالتزام التضاممي - وتمييزه عن الالتزام التضامني - يكمن بشكل أساسي في أنه يفترض تعدد مصادر الالتزام، كأن يكون أحد المصادر نتاج مسؤولية عقدية والآخر نتاج مسؤولية عن عمل غير مشروع، أو أن المدينين المسؤولين عن التعويض لا تجمعهم وحدة المصلحة المشتركة^(١٦١)؛ وذلك على خلاف الالتزام التضامني الذي يتميز بوحدة المصدر، كما تجمع بين المدينين فيه مصلحة مشتركة؛ كل ذلك لا ينال من طبيعة المسؤولية بأنها تضامنية ما دام المشرع قد صرح بذلك^(١٦٢).

وحتى لو بدا من نص المادة (١٦٣) من أنه يقصر المسؤولية في الرجوع على المسؤول عن الضرر البيئي على تلك الحادثة التي تتعدد فيها مصادر الضرر، والتي قد يفهم منها تعدد مصادر الالتزام لتقترب بذلك من الالتزام التضاممي؛ فعلى خلاف النص الصريح بقيام التضامن الذي يقطع - بنظرنا - حول طبيعة هذه المسؤولية، إلا أننا نعتقد - علاوة على ذلك - بأن المشرع قد لا يقصد بتعدد مصادر الضرر تعدد مصادر الالتزام، لأن عمومية نص المادة (١٥٩) كانت تغنيه عن ذلك، فالنص مطلق ويسمح - في مفهومه - بأن يكون المقصود منه مصدراً واحداً أو عدة مصادر؛ كما أنه - بتقديرنا - لم يكن يقصد في تعدد مصادر الضرر أكثر من تعدد المسؤولين، إلا أن النص صيغ بهذا الأسلوب لكون موضوعه متعلقاً بتعويض الضرر وبنسبة الضرر إلى فاعله، فانشغل ذهنه بواقعة مصدر الضرر وتعويضه، ونتج عنها عبارة "تعدد مصادر الضرر" وليس مصدر المسؤولية عند "تعدد المسؤولين"، وهو ما أدخلنا في مثل هذا الغموض.

أضف إلى ذلك، أن المشرع - وعند تعرضه للمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية - قد جاء بأحكام عامة وموحدة في شأن المسؤول عن التعويض، إذ لم يميز

(١٦١) حسن عبدالباسط جميعي: الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، مذكرات في مكتبة قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت، بدون تاريخ نشر، ص ٢٠٠.

(١٦٢) وقد تبنى المشرع - في قانون حماية البيئة الجديد - ذات التوجه عند تعرضه لمسؤولية المنتج والموزع بضمان سلامة المنتج؛ حيث قضت المادة (١٦٢) من القانون المذكور على أنه: "يلتزم كل من المنتج والموزع بضمان سلامة المنتج الذي من شأنه أو من شأن محتوياته أو طبيعته أو طريق استعماله تعرض حياة الأشخاص أو الممتلكات للخطر. وتقوم المسؤولية عن المنتجات سواء أكان المنتج أم الموزع مرتبطاً بالمضروور برابطة عقد أو لم يكن كذلك".

في طبيعة العلاقة بين المسؤول والمضرور عما إذا كانت رابطة عقدية أو غير ذلك، فالمسؤول عن الضرر البيئي - سواء أكان مباشراً أم متسبباً - الذي ارتبط مع المشغل أو المالك برابطة عقدية يلتزم - وبغض النظر عن طبيعة علاقته مع المضرور - بتعويض الضرر بعيداً عن أحكام المسؤولية التعاقدية^(١٦٣).

وفي ذلك قضت المادة (١٦١) من قانون حماية البيئة الجديد على أنه: "ليس في هذا القانون ما يمنع أي شخص من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين من مطالبة المسؤول عن التلوث بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء التلوث. برابطة عقد أو لم يكن كذلك؛" وبناء على هذا النص فإن المضرور من التلوث البيئي المرتبط مع الملوث برابطة عقدية يستطيع الحصول على التعويض عن الأضرار التي تكبدها بمجرد حدوث الضرر وفقاً لقانون حماية البيئة الجديد الذي تسمح أحكامه - صراحة - بالتعويض أياً كانت طبيعة المسؤولية، عقدية كانت أو تقصيرية^(١٦٤)؛ وأياً كان المضرور، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً؛ وفي اعتقادنا أن المشرع أراد تعزيز التعويض عن المسؤولية المدنية في مجال البيئة، ليتفادى إفلات الملوث من المساءلة^(١٦٥).

(١٦٣) وهذا الموقف يشاطر موقف القانون الفرنسي رقم ٨٥/٦٧٧ الصادر في ٥ يوليو ١٩٨٥ بشأن تحسين وضع ضحايا حوادث السير وتسريع إجراءات التعويض. حيث تنص المادة الأولى من القانون على أنه: "

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat, aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques, à l'exception des chemins de fer et des tramways circulant sur des voies qui leur sont propres.

ومؤدى هذا النص أن أحكام هذا القانون تنطبق على حوادث السيارات حتى تلك الناشئة عن الرابطة العقدية، باستثناء السكك الحديدية والقطارات الداخلية التي تعمل داخل المناطق (الترامويه) الذي يلتزم مساره الخاص. للاطلاع على نصوص القانون كاملة تستطيع زيارة الموقع الرسمي التالي:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGI-TEXT000006068902&dateTexte=20100114>

(١٦٤) بعد أن قرر المبدأ العام في المسؤولية التضامنية في عجز المادة (١٥٩)، وبالتالي جواز رجوع المضرور على أحد الفاعلين المسؤولين بدون أي قيد يذكر.

(١٦٥) من الملاحظ أن نص المادة (١٦٤) من قانون حماية البيئة الجديد يشابه إلى حد كبير نص المادة (٢٤٢) من القانون المدني الكويتي الوارد تحت بند المسؤولية عن فعل الغير، إلا أن الأخير يختلف عن الأول في أنه يعنى بالأضرار التي تقع نتيجة إلقاء أو سقوط أشياء من شاغل المكان.

الحقيقة إنه - وبالعودة إلى نص المادة (١٦٣) - نجد أنفسنا ما زلنا في حيرة من أمرنا عند محاولة التعرف على هدف المشرع الحقيقي الذي ابتغاه من إيراد مثل هذا النص؛ لأنه قيد المسؤولية التضامنية أو بمعنى آخر اشترط لرجوع المضرور على أحد المتسببين بكامل التعويض أن يتعذر على المضرور نسبة الضرر إلى فاعله^(١٦٦)، أي أن يعجز عن تحديد دور الفاعل في إحداث الضرر الذي لحقه، هنا يجوز للمضرور مطالبة أحد المسؤولين بدفع كامل التعويض عن هذا الضرر فقط، لأنه إن تمكن من نسبة الضرر إلى فاعله، فإنه لا يجوز له مطالبة الفاعل إلا بقدر نسبة مساهمته بإحداث الضرر دون مطالبته بكامل التعويض، وهو ما يفهم من استقراء النص.

فمقولة: "إذا تعددت مصادر الضرر وتعذر على المضرور نسبة الضرر إلى فاعله، جاز للمضرور مطالبة أحد المتسببين بدفع كامل التعويض عن الضرر الذي أصابه.." تعني بمفهوم المخالفة - دون أدنى شك - أنه لا يجوز للمضرور مطالبة أحد المتسببين بدفع التعويض كاملاً إذا استطاع أن يحدد دور هذا الفاعل من بين أدوار الفاعلين المتعددين المسؤولين عن الضرر.

وهذا يقودنا إلى التساؤل الآتي: ما أهمية المادة (١٥٩) التي قررت مبدأ المسؤولية التضامنية دون أي قيد يذكر إذن؟! سيما إذا علمنا أن الهدف من تبني المسؤولية التضامنية في المجال البيئي - أو حتى في مجال المسؤولية التقصيرية بشكل عام - لا يقتصر فقط على حل إشكالات صعوبة تحديد أدوار المسؤولين أو مدى جسامته أفعالهم أو عقبات عبء الإثبات، وإنما يهدف أيضاً إلى خلق نوع من الضمان أو الكفالة الشخصية، بحيث يستطيع المضرور مطالبة المسؤولين جميعاً بالتعويض، مجتمعين أو منفردين، كما يمكن له أن يطالب من يشاء منهم بدفع التعويض كاملاً، فيكون للأخير الرجوع على الباقي بما دفع كما رأينا؛ لذا يبدو لنا أن المشرع قد أضعف كثيراً من ميزات المسؤولية التضامنية وخرج عن أحكامها العامة في القانون، ذلك أن تحديد مساهمة أحد الفاعلين لا يفترض أن يعفيه أو يعفي المسؤول المتضامن معه من رجوع المضرور على من يشاء بدفع كامل التعويض وفقاً لقواعد التضامن.

خلاصة القول، لم يكتف المشرع بهذا القدر من إضعاف المسؤولية التضامنية بل أجاز للمدعي عليه التعويض عن الضرر نفي المسؤولية إذا أثبت أن النشاط الذي

(١٦٦) انظر في ذلك: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي وهي بصدد التعليق على نص المادة (٢٤٢) من القانون المذكور، مرجع سابق، ص ١٩٧.

كان يمارسه لم يسبب الضرر وأن الضرر وقع بسبب أجنبي لا يد له فيه، وفي ذلك خروج عن أحكام الإعفاء من المسؤولية التي قلص منها المشرع وحصرها بغية في توسعة المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، وهو ما تنبأه - أيضا - في معرض تقريره لأحكام مسؤولية شاغل المكان؛ والسؤال الذي يمكن أن يثار: ما علاقة مسؤولية شاغل المكان بمسؤولية مباشر الضرر إزاء اتساع مسؤولية الأخير؟

المطلب الثاني

علاقة مسؤولية شاغل المكان بمسؤولية مباشر الضرر البيئي

نصت المادة (١٦٤) من قانون حماية البيئة الجديد على أنه: "كل من يشغل مكاناً للسكن أو لغيره من الأغراض يكون مسؤولاً في مواجهة المضرور عن تعويض ما يحدث له من ضرر، مما يصدر منه من ضوضاء أو روائح أو غيرها، ما لم يثبت أن الضرر قد حدث بسبب أجنبي لا يد له فيه" (١٦٧). نعرض إذن لمسؤولية شاغل المكان لنستوضح علاقتها بمسؤولية مباشر الضرر نظراً كنموذج تشريعي خصه المشرع ببعض الأحكام، ولاستظهار مدى اتساع تلك المسؤولية (الفرع الثاني)، وهذا يقتضي بالضرورة - قبل ذلك - بحث ماهية شاغل المكان للوقوف على مفهومه وشروط مسؤوليته (الفرع الأول).

الفرع الأول

ماهية شاغل المكان

لتحديد ماهية شاغل المكان وفقاً لقانون حماية البيئة الجديد ينبغي أن نتعرض لمفهومه قبل أن ندرس شروط قيام مسؤوليته. ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى غصنين.

(١٦٧) انظر في ذلك: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب، مرجع سابق، ص ١٧٠؛ حيث يضرب الدكتور إبراهيم أبو الليل مثالا على أن نزول الغرفة في الفندق يعتبر شاغلاً للمكان وفقاً للمادة (٢٤٢) من القانون المدني الكويتي، فإذا كان الأمر كذلك، فما هي مسؤولية صاحب الفندق، فيما لو صدر من النزول ثمة تلوث أو ضوضاء، إن صح هذا المثال فإن صاحب الفندق يمكن اعتباره مشغلاً؛ إلا إذا اعتبرنا كلا من النزول وصاحب الفندق شاغلين للمكان. على أن هذا المثال لا يتفق وتفسير المذكرة الإيضاحية للمادة (٢٤٢) التي تعتبر شاغل المكان هو سيد المكان وليس من يتواجد به بشكل عرضي أو كزائر، وإذا طبقنا ذلك على المثال المضروب، فلا نعتقد أن نزول الفندق يعتبر شاغلاً للمكان؛ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، مرجع سابق، ص ١٩٧.

الغصن الأول

مفهوم شاغل المكان

والمقصود بشاغل المكان هو من ينسب المكان إليه ليس بغرض السكنى فحسب، بل لغيره من أغراض التجارة أو الصناعة أو مباشرة مهنة أو حرفة معينة؛ كالمالك، المستأجر، رب الأسرة بالنسبة للبيت، التاجر، وصاحب المصنع؛ وبصفة عامة هو من يستغل المكان؛ والجدير بالذكر أن مفهوم شاغل المكان لا يعني من يتواجد فيه، بل يقصد به سيد المكان، كرب الأسرة بالنسبة للبيت وليس أفراد أسرته، وصاحب المتجر بالنسبة لمتجره وليس عماله، كمن يشغل المكان للسكن أو الصناعة أو مباشرة مهنة أو حرفة معينة^(١٦٨)؛ وهكذا فتعبير شاغل المكان لا ينصرف إلى العمال والمستخدمين وأفراد الأسرة والزوار والمتواجدين عرضاً وغيرهم، لأن هؤلاء تقوم مسؤوليتهم بصفة عامة في هذا الصدد وفقاً لقواعد المسؤولية الشخصية، وهذه الأخيرة بطبيعة الحال تتطلب إثبات الخطأ الشخصي وفقاً للقواعد العامة.

وصفة شاغل المكان تتوافر أياً كانت مدة شغله للمكان، أي سواء أكان شغله للمكان بصفة دائمة ومستمرة أم بصفة مؤقتة^(١٦٩)، بل وتتوافر حتى لو كان شاغل المكان غاصباً، أي ليس لديه سند قانوني لشغل المكان، كالغاصب للعين بسند غير صحيح، مثل عقد البيع الذي قضي ببطلانه أو عقد إيجار صادر من غير مالك العين، أو من صدر حكم بإخلائه من العين المؤجرة^(١٧٠).

ومن هذا المنطلق نستطيع أن نفرق بين مفهومي شاغل المكان والمشغل (أو المستغل)^(١٧١)، إذ نعتقد بأن مصطلح المشغل أعم وأوسع من مصطلح شاغل المكان

(١٦٨) عطا سعد محمد حواس: دفع المسؤولية عن أضرار التلوث، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢، ص ٦٧؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب، مرجع سابق، ص ١٦٩.

(١٦٩) راجع أيضاً: المطلب الثاني من المبحث الأول، وعلى وجه الخصوص الفرع الثاني من المطلب المذكور، وذلك منعا للتكرار.

(١٧٠) وهذا النص - أي نص المادة ٢٤٢ - مستوحى من نص المادة ٢٤٦ من المشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدني المصري؛ راجع في ذلك المذكرة الإيضاحية، مشار إليها سابقاً، ص ١٩٧؛ انظر أيضاً: عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٢١٤-٢١٥ وهوامشهما.

(١٧١) انظر: المذكرة الإيضاحية، مشار إليها سابقاً، ص ١٩٧. ثم إن مفهوم المشغل قد لا يتناسب مع مفهوم الغصب، فإذا اغتصب شخص ما مصنعاً، فيمكن أن يكون شاغلاً له بالقوة، لكنه =

وفقاً لقانون حماية البيئة الجديد، فالأول (شاغل المكان) لا يسري إلا على الأمكنة الثابتة المشغولة كالفنادق والمستشفيات والمصانع، أما المصطلح الثاني (المشغل أو المستغل) فإنه يشمل علاوة على الأشياء المتحركة، كمستغل السفينة والطائرة والسيارة، الأشياء الثابتة أيضاً؛ فمالك السفينة ومالك المصنع يمكن أن نطلق عليهما وصف (المشغل)، في حين أننا لن نستطيع أن نصف مالك السفينة بأنه (شاغلا للمكان) بل هذا الوصف قاصر على مالك المصنع (شيء ثابت) دون مالك السفينة (شيء متحرك)؛ وليس أدل على ذلك من أن المصدر التاريخي لنص المادة (١٦٤) من قانون حماية البيئة هو نص المادة (٢٤٢) من القانون المدني الكويتي، إذ إن النص الأول مقتبس اقتباساً حرفياً مباشراً منه، لا يختلف عنه إلا بشيء يسير جداً ولا يؤثر إطلاقاً على النتيجة التي توصلنا إليها^(١٧٢).

ويكفي أن نشير إلى ما قررته المذكرة الإيضاحية في معرض تفسيرها لنص المادة (٢٤٢) على أنه: "ويعرض المشروع، في المادة ٢٤٢، للمسؤولية عن نوع من الأضرار ينجم عن إلقاء أو سقوط الأشياء من المساكن أو غيرها من الأماكن المشغولة لأغراض أخرى من تجارة أو صناعة أو مباشرة مهنة أو حرفة.. وغني عن البيان أن المسؤولية التي تقررها المادة ٢٤٢ لا تقوم إلا عن الضرر الناجم من الأشياء التي تلقى أو تسقط من المسكن ونحوه، فهي لا تقوم عن الضرر الناجم عن سقوط أجزاء البناء، كنوافذه أو الحجارة أو زجاجه"؛ والبين - بما لا يدع مجالاً للشك - من هذه العبارات التي تضمنها التعليق بأن المقصود بشاغل المكان، هو من يشغل شيئاً ثابتاً وليس متحركاً أي عقاراً؛ سيما بتقريرها عدم المسؤولية عن سقوط أجزاء البناء^(١٧٣).

وإذا ما نظرنا إلى طبيعة مسؤولية شاغل المكان، فإنها قد تتمثل في المسؤولية عن فعل الغير، ومن ثم مسؤولية تبعية لا تقوم إلا إذا قامت مسؤولية هذا الغير، أي

= ليس مشغلاً له، حتى ولو استغله، حيث يفترض أن يكون التشغيل مبنياً على سلطة قانونية تحكمية؛ صحيح أن هذه التفرقة قد لا تؤثر عملاً على المسؤولية، حيث سيعتبر الغاصب هنا مباشراً إذا ما أحدث ضرراً، وهذا يكفي لمسألهته دون أن يصدر منه خطأ.
(١٧٢) عبد الرسول عبد الرضا وجمال النكاس: مصادر الالتزام والإثبات، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤/٢٠١٥، ص ٢٧٤.

(١٧٣) ولكنها مسؤولية موضوعية لا تعدد بثبوت الخطأ أو حتى افتراضه، فالمسؤولية هنا تنعقد بغض النظر عن إثبات الخطأ من عدمه، فشاغل المكان إن صح التعبير ضامن لأي ضرر بيئي يحدثه.

تحققت مسؤولية الشخص المتواجد في المكان المشغول عما أحدثه من ضرر، وذلك دون حاجة لثبوت خطأ من قبل شاغل المكان، إذن هي مسؤولية موضوعية بالنسبة إليه تتمثل في الضمان؛ ولكنها أيضا قد تكون مسؤولية عن فعله الشخصي، وذلك عندما يحدث الضرر من شاغل المكان ذاته أي يباشره بنفسه.

الغصن الثاني

شروط قيام المسؤولية

ومن خلال نص المادة (١٦٤) نستطيع أن نستمد شروط قيام مسؤولية شاغل المكان؛ فمن ناحية أولى، يشترط لقيام المسؤولية أن يصدر من شاغل المكان ضوضاء أو روائح كريهة أو غيرها من الملوثات البيئية الأخرى كالدخان؛ هذا التلوث يستوي - كما ورد في نص المادة (١٦٤) سالفه البيان - أن يكون قد حدث بطريقة إرادية أو غير إرادية^(١٧٤)؛ وبعبارة أخرى لا يهم أن تكون الأضرار البيئية قد وقعت بطريقة عمدية أو غير عمدية، فشاغل المكان يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تصدر من مكانه ولا عبرة بمن أحدثها تحديداً، أكان هو أو أحد المتواجدين معه، وسواء أكان متعمداً في إحداث هذه الأضرار أم لم يكن كذلك.

لا يكفي لقيام مسؤولية شاغل المكان أن تصدر منه ضوضاء أو روائح كريهة أو غيرها من الأضرار البيئية، بل ينبغي - علاوة على ذلك - أن يكون الضرر الذي لحق بالغير قد حدث نتيجة للتلوث الذي صدر عن المكان المشغول، أو بمعنى آخر أن يثبت أن الضرر الذي لحق بالمضرور قد حدث نتيجة الضوضاء أو الروائح الكريهة أو غيرها من الملوثات البيئية، فنشوء المسؤولية هنا يتطلب وقوع ضرر عن فعل معين، وهذا يقتضي ثبوت العلاقة السببية بين الفعل الذي صدر عن شاغل المكان والضرر الذي ترتب نتيجة لذلك، فإن صدر هذا الفعل ولكنه لم يوقع ضرراً فلا تقوم مسؤولية شاغل المكان.

على أنه لا يشترط أن يكون الفعل الذي أحدث الضرر البيئي قد صدر عن

(١٧٤) على أن مسؤولية شاغل المكان عن فعل الغير لا تعني عدم مساءلة هؤلاء إن ثبتت مسؤولية أحدهم، بل يمكن مقاضاتهم وفقاً للقواعد العامة، وهذا يفترض قيام المضرور بإثبات وقوع الخطأ من أحدهم، أو وفقاً لقانون البيئة بدون ثبوت الخطأ إذا كان الفاعل مباشراً؛ على أن طريق القواعد العامة أكثر صعوبة من طريق قانون حماية البيئة، حيث المباشر وشاغل المكان مسؤولان بلا خطأ، وعليه فمن غير المتصور اللجوء إلى القواعد العامة بوجود طريق أسهل وأيسر على المضرور وفقاً لقانون البيئة.

شاغل المكان بذاته وإلا كانت مسؤوليته مسؤولية عن فعله الشخصي^(١٧٥)، بل يكفي لانعقاد مسؤوليته أن يصدر الفعل الملوّث -من دخان أو ضوضاء أو غيره - ممن يقيمون معه كأفراد أسرته، أو ممن يستخدمهم كعماله، بل أيضاً ممن يتواجدون في المكان من زوار أو نحوهم^(١٧٦)؛ فإن كان الأمر كذلك التزم شاغل المكان بتعويض المضرور تعويضاً نهائياً إن كان هو سبب الضرر، أما إن كان الضرر قد حدث بفعل الغير، فإننا نرى أنه يجوز له - بعد تعويض المضرور - الرجوع على المسؤول الأصلي وفقاً للقواعد العامة، رغم عدم ورود هذا الخيار في نص المادة (١٦٤) من قانون حماية البيئة، وذلك على خلاف ما ورد - صراحة - في نص المادة (٢٤٢) من القانون المدني المتعلقة بمسؤولية شاغل المكان عما يلقي أو يسقط من مكانه بجواز الرجوع على المتسبب الأصلي الذي أحدث الضرر بما دفعه من تعويض؛ وبطبيعة الحال فإن مسؤولية شاغل المكان لا تمنع المضرور من مطالبته مع من باشر الضرر فعلاً، بدفع كامل التعويض على سبيل التضامن وفقاً للمادة (١٥٩) من قانون حماية البيئة.

وهكذا فإن مسؤولية شاغل المكان قد تكون مسؤولية عن فعله الشخصي، أي أن شاغل المكان هو من أحدث الضرر بنفسه، وبالتالي يتكبد عبء التعويض وحده بصفة نهائية لعدم وجود مسؤول آخر يرجع عليه؛ وقد تكون مسؤولية شاغل المكان مسؤولية عن فعل الغير، وهنا نرى أنه يستطيع الرجوع على الغير (المسؤول الأصلي) بما يكون قد دفعه نيابة عنه باعتباره ضامناً^(١٧٧)؛ وسواء ثبتت مسؤوليته الشخصية أو عن فعل الغير فإنه لا يمكن دحضهما إلا بإثبات أن الضرر قد حدث بسبب أجنبي لا يد له فيه، ومن ثم لا يكفي لدفعها إثبات عدم الخطأ، فهاتان المسؤوليتان تنطلقان من المسؤولية الموضوعية^(١٧٨).

(١٧٥) وهذا يفترض أن ليس لشاغل المكان أي دور في وقوع الضرر.

(١٧٦) انظر، عبد الرسول عبد الرضا وجمال النكاس: مرجع سابق، ص ٢٧٦؛ وكذلك، إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص ١٧١؛ راجع أيضاً المذكرة الإيضاحية للقانون المدني وهي في معرض تعليقها على نص المادة (٢٤٢)، وهذا النص يتشابه إلى حد كبير مع نص المادة (١٦٤) من قانون حماية البيئة الجديد، سوى أن الأخير يتعلق بالتلوث البيئي، في حين أن الأول يتعلق بإلقاء الأشياء أو سقوطها من المكان المشغول.

(١٧٧) انظر: عطا سعد محمد حواس: دفع المسؤولية عن أضرار التلوث، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢، ص ٦٧.

(١٧٨) انظر في أساس النظرية الموضوعية والمبررات التي قامت عليها، أحمد محمود سعد: مرجع سابق، ص ٣٠٧؛ راجع أيضاً: حسن عبدالباسط جميعي، مرجع سابق، ص ٢٠٩؛ مسلط قويعان الشريف المطيري: مرجع سابق، ص ٢٥٤؛ ياسر محمد فاروق المنياوي: المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ٢٩٧-٣١٣-٣٦٢.

وصفة شاغل المكان - كما سبق أن رأينا - تتوافر حتى لو كان غاصباً، واعتبار الغاصب شاغلاً للمكان قد يثير مدى إمكانية تحليل المالك من المسؤولية بسبب فعل هذا الغاصب، في قول آخر هل يستطيع المالك أن يعول على سبب وجود الغير كغاصب ليطلب الإعفاء من المسؤولية؟

يرى البعض أنه لا يجوز للمالك دفع المسؤولية على سند من القول بأن شاغل المكان غاصب، بل يجوز رفع الدعوى عليه - أي المالك - أو على شاغل المكان أي الغاصب، ويجوز رفعها على الاثنين معا وفقاً لقواعد التضامن^(١٧٩).

ومن جانبنا لا نميل إلى هذا الرأي، وذلك لأن المشرع قد حصر المسؤولية في شاغل المكان وليس المالك، ويقصد بذلك مشغل المكان أو مستغله، وهذا قد يكون مالكا أو غيره كالمنتفع أو المستأجر أو الغاصب، وليس من العدالة أن نحمل المالك تبعاً لأفعال الغاصب الذي ليس تحت رقابته أو سلطته، فعلاوة على أنه - أي الغاصب - لا تربطه بالمالك أي علاقة تبعية أو عقدية، ليس لديه سند قانوني صحيح لشغل المكان فهو متعدد؛ ولا يغير من وجهة نظرنا إمكانية رجوع المالك عليه بما أداه للمضرور من تعويض، لأن المالك الذي تم اختصاصه - وفقاً لقواعد المسؤولية الموضوعية - لن يستطيع استرداد ما دفعه إلا إذا أثبت مسؤولية هذا الغاصب المباشرة عن هذا الضرر، وفي ذلك إخلال بقواعد المساواة حيث يُفُلت الغاصب ويُساءل المالك.

ومما يؤيد وجهة نظرنا ما نصت عليه المادة (١٦٦) من قانون حماية البيئة عندما اعتبرت أن المسؤول عن التلوث (وفي حالتنا المالك بفرض مسؤوليته)، معفي من المسؤولية إذا وقع الضرر كلياً بسبب شخص آخر لا تربطه بالمالك رابطة عقدية أو تبعية، ومن ثم فإنه لا يجوز - في تقديرنا - الرجوع على المالك؛ ولتتضح مسؤولية شاغل المكان أكثر - وبعد أن تعرضنا لماهيته - ينبغي أن ندرس خصوصية مسؤولية هذا الأخير لتتجلى علاقتها بمسؤولية مباشر الضرر البيئي.

الفرع الثاني

خصوصية مسؤولية شاغل المكان البيئية

يبدو لنا أنه من الضرورة بمكان التوفيق بين مسؤولية شاغل المكان ومباشر الضرر، سيما وأن المسؤولية قد تجتمعان؛ فقد يكون التلوث ناتجاً عن مصنع أو

(١٧٩) راجع: الغصن المعلنون بـ: "مدى المسؤولية" في هذا المبحث.

مستشفى أو نحوه فيكون مكاناً مشغولاً، ويكون ماله أو مشغله شاغلاً للمكان، كصاحب المصنع أو مالك المستشفى، وهنا يبرز التساؤل عن التوفيق بين نصين قد يثيران بعض المشكلات، نعني نص المادة (١٥٨) من قانون حماية البيئة الجديد التي رسمت معالم مسؤولية مباشر الضرر غير الخطئية، ونص المادة (١٦٤) التي تعنى بنطاق تطبيق مسؤولية شاغل المكان غير الخطئية؛ بمعنى آخر هل نطاق مسؤولية شاغل المكان يختلف عن نطاق مسؤولية مباشر الضرر؟ لأن ذلك سوف ينعكس على بعض الأحكام التي تختلف بين المسؤوليتين، خاصة حالات الإعفاء من المسؤولية، فإذا كان الأمر كذلك فما هي الحدود الفاصلة بين المسؤوليتين؟ بل وما جدوى النص على مسؤولية شاغل المكان تحديداً في ظل وجود نص عام ينظم مسؤولية مباشر الضرر غير الخطئية؟ سيما أن ذلك سوف ينعكس على مدى اتساع هذه المسؤولية؛ ولإجابة على هذه التساؤلات، ينبغي علينا أن نحصر نطاق تطبيق نص المادة (١٦٤) من قانون حماية البيئة الجديد (غصن أول)، ثم نطرح رأينا بعد ذلك (غصن ثان).

الغصن الأول

تحديد نطاق المسؤولية

تحديد نطاق مسؤولية شاغل المكان يحتم علينا أن نستبعد الضرر البيئي الناجم عن غير المكان المشغول، كالأضرار الناجمة عن الأشياء المنقولة أو المتحركة كالألات المتحركة والسيارات والسفن والطائرات، وبالعوم كل الأضرار التي تنجم عن أشياء لا ينطبق عليها شرط المكان المشغول؛ فالضرر الصادر عن تلك الأشياء سوف ينطبق عليه نص المادة (١٥٨) من قانون حماية البيئة الجديد باعتباره القاعدة العامة في المسؤولية المدنية البيئية، دون نص المادة (١٦٤) من القانون المذكور، باعتباره قاعدة خاصة تتطلب لانطباقها ليس فعل المباشرة الذي سبب الضرر فحسب، بل تشترط صدور الفعل الملوث عن مكان مشغول للسكنى أو غيره من الأغراض كالمصانع أو غيره.

يبدو أن المشرع وبعد أن وضع القاعدة العامة للمسؤولية المدنية البيئية وفقاً للمادة (١٥٨)، عاد وضيق منها، وإلا ما سبب الإضافة الجديدة في المادة (١٦٤)؟! وقد كانت المادة (١٥٨) تغطي جميع الأضرار البيئية سواء الصادرة من المكان المشغول أو من غير ذلك، وفقاً للمسؤولية غير الخطئية التي تجد نظرية الضمان أو تحمل التبعة أساساً لها^(١٨٠)؛

(١٨٠) تنص المادة (١٦٦) من قانون حماية البيئة الجديد على أنه: "يعفى المسؤول عن التلوث من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر كان بسبب: أ- القوة القاهرة؛ ب- إذا وقع كليا بسبب تصرف عمدي من أحد الأشخاص الذين لا تربطهم بالمالك أو المشغل رابطة عقدية أو تبعية؛ ج- وقع كليا بسبب الإهمال أو الخطأ الذي سببته السلطة الإدارية".

لذا يحق لنا أن نتساءل عن جدوى النص على مسؤولية شاغل المكان والحكمة التشريعية من ذلك النص، سيما وأن ذلك سوف ينعكس على أحكام المسؤوليتين في الإعفاء من المسؤولية، فالمشرع ضيق من حالات الإعفاء من المسؤولية للمسؤول عن الضرر البيئي عموماً وحصرها في نطاق معين، في حين أنه وسع منها في حال كان شاغل المكان مسؤولاً عن الضرر^(١٨١).

ففي مسؤولية شاغل المكان يجوز دفع المسؤولية بالسبب الأجنبي عموماً، وذلك على خلاف إذا ما كان المسؤول غير شاغل المكان، وإن كان قد أجاز دفعها إلا أنه ضيق من نطاقها وحصرها في حالات محددة أوردها في نص المادة (١٦٦) من قانون حماية البيئة الجديد^(١٨٢)، ولا شك أن في ذلك خروجاً عن ركب التطورات التشريعية على المستويين المحلي والدولي في مجال البيئة، وما نادى به الفقه الحديث لتعزيز الحماية القانونية للبيئة، حيث أن أغلب الملوثات البيئية تنجم عن مكان يشغله شخص ما^(١٨٣)، كالمصانع والمساكن والمستشفيات والمزارع، وبالعوموم جميع المنشآت التجارية والصناعية والسكنية، التي قد تؤدي أنشطتها إلى الإضرار بالبيئة بأي شكل من الأشكال، فيستفيد شاغل المكان من دفع المسؤولية بالسبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير أو خطأ المضرور، وفقاً لما هو متعارف عليه في القواعد العامة، أي دون أدنى تقييد أو تضيق من هذه الأسباب كما هو الحال في المادة (١٦٦) سالف الذكر.

وهكذا فلم يتمشى المشرع الكويتي مع طموحات المجتمع الدولي الذي تبنى - في غالبيته - مسؤولية موضوعية شبه مطلقة، حيث لا يجوز دفعها بالسبب الأجنبي

(١٨١) بل إن المشرع افترض ذلك عندما نص على أحقية كل من يتهدده خطر التلوث - كتدبير وقائي - أن يطلب من المحكمة أن تأمر صاحب المنشأة ذات النشاط الخطر أو صاحب موقع النفايات أن يقدم تقريراً عن المواد التي ينتجها أو يتعامل معها، صحيح أن هناك حالات لا يتوافر فيها صفة المكان المشغول، كمن يرمي زيتاً في الماء أو مواد خطرة أو يهدد بتصرفه التنوع الإحيائي وغيرها، إلا أن أغلب الملوثات تصدر عن مكان مشغول، كالمصانع والمنشآت التجارية والسكنية والطبية وغيرها.

(١٨٢) وبذلك يكون المشرع قد عاد أدراجه إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية، وذلك عندما نظم أسباب الإعفاء من المسؤولية تنظيمياً مغايراً يبتغي من ورائه تعزيز الحماية القانونية للبيئة، ثم نسف ذلك في دفع مسؤولية شاغل المكان، التي بإمكانه أن يتحلل منها إذا أثبت السبب الأجنبي بعمومه وفقاً للقواعد العامة.

(١٨٣) أيمن إبراهيم العشماوي: تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٨، ص ٤١٣-٤١٤.

وفقاً للقواعد المتعارف عليها من قوة القاهرة أو حادث فجائي أو خطأ الغير أو خطأ المضرور^(١٨٤)؛ فمن جانب الاتفاقيات الدولية التي تُعنى بالمسؤولية المدنية عن أضرار الطاقة النووية والمواد المشعة نجد: أن اتفاقية باريس لسنة ١٩٦٠ واتفاقية فيينا لعام ١٩٦٣ والاتفاقيات المكملة لهما، تضيق من أسباب الإعفاء من المسؤولية، فوفقاً للمادة (٩) من اتفاقية باريس لا يعفى مستغل الطاقة النووية من مسؤوليته إلا في حالة الخطأ العمدي للمضرور، حتى القوة القاهرة لا تعفي من المسؤولية إلا في حالات محددة ذكرت في الاتفاقية على سبيل الحصر، وهي الكوارث الطبيعية الاستثنائية، الأعمال الحربية، أعمال النزاع المسلح، الحرب الأهلية، وأخيراً الثورة؛ ويبدو لنا جلياً أن المسؤولية التي يتحملها مستغل الطاقة النووية لا يمكن دفعها بالحالات التقليدية للسبب الأجنبي، وهذا ما يتوافق مع اتفاقية فيينا^(١٨٥)؛ ومن ذلك أيضاً القانون الفرنسي الصادر في ٣١ مايو ١٩٢٤ الخاص بشأن النقل الجوي والمسؤولية الجوية، حيث نظم هذا القانون مسؤولية مالك الطائرة أو مستغلها بنوع من التشدد، حيث قصر دفع المسؤولية على سبب واحد فقط، وهو إثبات خطأ المضرور، فالمسؤولية تظل قائمة ولو بخطأ الغير أو الحادث الفجائي بل حتى في حالة القوة القاهرة^(١٨٦).

وعوداً على ذي بدء، فإنه من البين لدينا أن المشرع أراد - من تقرير نص المادة (١٦٤) - أن يغطي بعض الحالات التي لن يسعفه في تغطيتها حتى أحكام المسؤولية الموضوعية، لأن هذه الأخيرة تفترض أن يقع الفعل المؤدي إلى الضرر بطريق المباشرة لا التسبب، والواضح لدينا أن شاغل المكان - خاصة في المسؤولية عن فعل الغير - قد لا يعتبر مباشراً في بعض الحالات، لأن الضرر لم يقع منه مباشرة، وإنما من ذلك الغير، فيكون الأخير هو المباشر، ويقف دور شاغل المكان عند حد التسبب، وفي الأخيرة يفترض ثبوت الخطأ، وشاغل المكان باعتباره متسبباً قد لا يكون مخطئاً، ومن ثم يفلت من المسؤولية على الرغم من أنه هو سيد العمل أو صاحب المشروع، وعلى ما يبدو أن المشرع أراد أن يحاصره بالمسؤولية، بغية عدم إفلاته إذا لم يرتكب خطأ من جانبه؛ وذلك على خلاف إذا ما لو كانت مسؤولية شاغل المكان مسؤولية شخصية عن عمل النفس، أي أنه هو من باشر الضرر وليس غيره،

(١٨٤) حسن عبدالباسط جميعي: مرجع سابق، ص ١٩٧.

(١٨٥) ولا يستطيع هنا دفع مسؤوليته بالسبب الأجنبي كفعل الغير ما لم يرتبط فعل الغير بقوة القاهرة يستغرق فيها هذا الفعل، بحيث يمكن القول بأن القوة القاهرة هي من أحدثت الضرر أو اشتركت في إحداثه؛ راجع أيضاً: الفرع الثاني من المطلب الأول في هذا المبحث.

(١٨٦) راجع: المادة (٨/١) من قانون حماية البيئة الجديد.

هنا لا حاجة لنا لهذا النص، فيكفيه نص المادة (١٥٨) باعتباره أساس المسؤولية؛ ومع كل ذلك فإن هذا النص محل نظر لدينا.

الفصل الثاني رأينا الخاص

نكرنا أن مسؤولية شاغل المكان - وفقاً للقواعد العامة - تعتبر مسؤولية عن فعل الغير إذا حدث الضرر من هذا الغير، وهي بذلك تكون مسؤولية تبعية، بمعنى أنها لا تقوم إلا إذا قامت مسؤولية الغير، وهذا الأخير لا تقوم مسؤوليته وفقاً للقواعد العامة إلا إذا ارتكب خطأ، ومن هنا يتبادر إلى الذهن تساؤل حول مدى تطلب ذلك لقيام مسؤولية شاغل المكان في ضوء قانون حماية البيئة؟ بمعنى آخر هل يجب أن يرتكب الغير خطأ حتى تقوم مسؤولية شاغل المكان؟

إذا أمكننا الإجابة عن هذا التساؤل بالإيجاب وفقاً للقواعد العامة، فإنه سيكون بالسلب وفقاً لقواعد المسؤولية في قانون حماية البيئة، وذلك لأن هذا القانون أقام المسؤولية على المباشر دون حاجة لثبوت خطئه أو حتى افتراضه، ومن ثم يمكننا القول بأن شاغل المكان يعتبر مسؤولاً عن الغير (المباشر) حتى لو لم يخطئ، ما دام هذا الأخير قد باشر الضرر.

ومن هنا يثار التساؤل: ماذا لو رجع المضرور على شاغل المكان فدفع الأخير التعويض، فهل يجوز له الرجوع على الغير الذي أحدث الضرر باعتباره متضامناً معه؟ الحقيقة إن شاغل المكان لم يحدث الضرر بشكل مباشر، وإنما وقع الضرر من قبل الغير، ولكن الغير - أيضاً - لم يرتكب خطأ، رغم مباشرته للضرر، لذلك فإننا نعتقد أن شاغل المكان يستطيع الرجوع على الغير (المباشر)، ولكن ليس بكل التعويض وإنما ينقسم عليهم بالتساوي، حتى لو لم يكن لشاغل المكان أي دور في مباشرة الضرر، وكأنه هنا باشر الضرر معه ولو لم يخطئ، فمسؤولية شاغل المكان في المجال البيئي - بتقديرنا - لها طبيعتها الخاصة، وأساسها القانوني هو ما نص عليه المشرع صراحة، ورتب أحكامها مع علمه بأن المسؤولية البيئية غير الخطئية لا تقوم إلا إذا كان محدث الضرر مباشراً، وكأن المشرع اعتبر شاغل المكان في هذه الفرضية تحديداً مباشراً للضرر، ولكنه ليس مباشراً حقيقياً لأن دوره منعدم في إحداث الضرر، بل مباشرة حكمية، أو في قول آخر اعتبره ضامناً لكل ما يصدر من تلوث عن المكان المشغول^(١٨٧).

(١٨٧) وتعتبر الروائح الكريهة والضجيج الواردتان في المادة (١٦٤) من قانون حماية البيئة الجديد من العوامل والمواد الملوثة وفقاً لنص المادة (١٠/١)، وغيرها كالحرارة والإشعاعات ووهج الإضاءة والأدخنة والأبخرة..الخ.

ومن ناحية أخرى، قد يبدو - لأول وهلة - من صياغة نص المادة (١٦٤) أنه يقتصر على مسؤولية شاغل المكان عن التعويض عن الضرر الذي يصيب الإنسان، أي ذلك الضرر المادي أو المعنوي الذي يلحق الشخص في جسده أو ماله أو عاطفته، دون الضرر البيئي المحض الذي يلحق النظام البيئي في ذاته؛ وهذا غير صحيح، ذلك أن أي تلوث بيئي يحدث ضرراً بالغير، يحدث في نفس الوقت ضرراً على البيئة في ذاتها، أي في محيطها الحيوي والفيزيائي، ويشمل الكائنات الحية: من إنسان وحيوان ونبات، أو ما يحيط بها من الموائل الطبيعية من هواء أو ماء أو تربة^(١٨٨)، ذلك أن التلوث يشمل كافة الأنشطة البشرية والطبيعية التي تساهم في تواجد المواد والعوامل الملوثة في البيئة^(١٨٩) وقد تؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى تدهور النظام البيئي أو تعيق الاستمتاع بالحياة والاستفادة من الممتلكات الخاصة والعامة^(١٩٠)؛ بمعنى آخر نعتقد - من وجهة نظرنا - أن أي ضرر يصيب الإنسان بمناسبة تلوث بيئي، يعتبر في ذات الوقت ضرراً بيئياً محضاً يؤدي حتماً إلى المساس بالنظام البيئي، ولو بشكل بسيط أو حتى غير ملموس مادام قد تجاوز المعايير المسموح بها، والعكس غير صحيح^(١٩١)؛ بمعنى أنه ليس كل ضرر يصيب البيئة يؤثر على صحة الإنسان^(١٩٢).

وهكذا فلا ينال من تحقق هذا الضرر البيئي المحض حجم هذا الضرر أو مدى خطورته على البيئة أو الإنسان، فالضرر بفرضنا هنا قد حدث سواء أكان ضرراً

(١٨٨) راجع: المادة (١٠/١) من قانون حماية البيئة الجديد.

(١٨٩) وذلك وفقاً للمعايير التي تصدرها الهيئة العامة للبيئة في لوائحها، فهناك حدود معينة يسمح فيها بالتلوث البيئي؛ انظر على سبيل المثال: المادة (٥٢) من قانون حماية البيئة الجديد.

(١٩٠) فمن يلقي بأعقاب السيجارة بالأرض لن يضر الإنسان في ذاته بشيء، في حين أن هذا الفعل يعد تعدياً على البيئة ومساساً بنظامها.

(١٩١) المادة (١) من قانون حماية البيئة الجديد.

(١٩٢) إذ قضت محكمة التمييز وفقاً للمادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٧٨ في شأن أنظمة السلامة وحماية المرافق وموارد الثروة العامة بأنه: "في حالة وقوع أية أضرار لممتلكات أو مرافق عامة أو موارد الثروة العامة... يلتزم من تسبب في وقوع الضرر بالتعويض، ويشمل التعويض نفقات الإصلاح وإعادة الحال إلى ما كانت عليه ومقابل تعطيل المرفق عن تقديم خدماته أو أية عناصر أخرى للتعويض - مؤداه أن من بين عناصر التعويض عن الأضرار التي تحدث للممتلكات والمرافق العامة أو موارد الثروة الطبيعية نفقات الإصلاح وإعادة الحال إلى ما كانت عليه..". تمييز كويتي، طعن رقم ٩٠/١٧١ جلسة ١٨ سبتمبر ١٩٩١، مبدأ رقم (٣٥)، أنظمة صلاح الجاسم القانونية.

بسيطاً أم كبيراً، أثر على صحة الإنسان بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر، بل وحتى إن لم يؤثر على صحة الإنسان إطلاقاً، فيكفي لوقوعه أن يتدهور النظام البيئي أو يعيق الاستمتاع بالحياة^(١٩٣)؛ ولا يهم بعد ذلك مدى الحاجة لتدخل الإنسان لإصلاح هذا الضرر البيئي من عدمه، وذلك لأن بعض الأضرار البيئية لا تحتاج في إزالتها سوى مرور وقت قصير، لكن هذا لا يعني أن الضرر لم يقع، بل حدث ثم زال إما بفعل الطبيعة، أو بفعل الإنسان عن طريق إعادة تأهيل البيئة.

ثم إن المشرع نص صراحة على تعويض الضرر البيئي المحض؛ وفي ذلك قضت المادة (١٦٠) من قانون حماية البيئة الجديد على أنه: "مع عدم الإخلال بأي قانون آخر يلتزم المسؤول مدنياً عن التلوث بالتعويض عن: أ) ما لحق بالثروة الطبيعية من أضرار؛ ب) ما يصيب البيئة أو يقلل من منفعتها؛ ج) نفقات التطهير وإزالة التلوث؛ د) مقابل تعطيل المرافق العامة"^(١٩٤)؛ وبذلك يكون المشرع قد حسم

(١٩٣) انظر في التعويض عن الضرر البيئي والمشكلات التي قد تنشأ حول آلية التعويض النقدي والعيني، سعيد السيد قنديل، آليات تعويض الأضرار البيئية، مطبوعات جامعة طنطا، ٢٠٠٢، ص ٩-٥٣؛ عطا سعد محمد حواس، جزاء المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ٨٣ وما بعدها وص ١٤٧ وما بعدها؛ ياسر محمد فاروق المنياوي: مرجع سابق، ص ٣٩٢ وما بعدها؛ عبدالله تركي الطائي، الضرر البيئي وتعويضه في المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، ص ١٣٢ وما بعدها.

(١٩٤) قد تبدو مسؤولية شاغل المكان - بحلتها الجديدة في قانون حماية البيئة - قريبة من نظرية مضار الجوار غير المألوفة، هذه النظرية التي لم ينص عليها المشرع الكويتي استقلاً بشكل صريح كنظيره المصري، و لم يخلقها القضاء كما هو الحال في فرنسا، بل اكتفى بالنص العام - المادة (٣٠) من القانون المدني - على عدم جواز التعسف في استعمال الحق، حيث جعل الاستعمال الذي يترتب عليه ضرر غير مألوف صورة من صور التعسف في استعمال الحق، أي ضرر فاحش، على أن هناك اختلافاً كبيراً بين هاتين المسؤوليتين، أعني مسؤولية شاغل المكان ومسؤولية الجار في نظرية مضار الجوار غير المألوفة، وتبرز هذه الفروقات من عدة نواح: فمسؤولية شاغل المكان أساسها المسؤولية الموضوعية في حين أن أساس مسؤولية الجار - وفقاً للقانون الكويتي - هو التعسف؛ كما أنهما تختلفان في مدى الاعتداد بدرجة جسامته الضرر لقيام المسؤولية، وعلى خلاف مسؤولية شاغل المكان تتطلب نظرية مضار الجوار لنشوء المسؤولية على الجار درجة متقدمة من الضرر، أي يجب أن يصل الضرر إلى حد غير المألوف، وهو ما ليس مطلوباً لقيام مسؤولية شاغل المكان الذي قد تنعقد مسؤوليته دون أدنى اعتبار لمدى جسامته الضرر؛ كما تفترض - وفقاً للقانون المدني المصري - صفة الجار وهو ما ليس مطلوباً في مسؤولية شاغل المكان؛ جابر محجوب علي وخالد الهندياني وسامي الدريعي: حق الملكية في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ٢٠٠٦، ص ٦٥؛ محمد شكري سرور: موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٤، ص ٢٤٧؛ فيصل زكي عبد الواحد: أضرار البيئة في محيط

أي خلاف حول التعويض عن الأضرار البيئية المحضة التي تصيب البيئة في ذاتها أي في عناصرها ومكوناتها، وآلية التعويض عنها^(١٩٥).

خلاصة القول، إن المشرع وبعد أن قلص من أسباب الإعفاء من المسؤولية تأسيساً بالتشريعات المقارنة عاد مرة أخرى ووسعها بالسبب الأجنبي كما هو الحال في القواعد العامة التقليدية؛ وهذا سوف يؤدي طبيعته الحال لاستفادة شاغل المكان من أسباب الإعفاء التقليدية أكثر من تضيق الخناق عليه وفقاً لمراد المشرع في الحالات المضيق التي نص عليها استقلاً، سيما إذا كان شاغلاً للمكان ومشغلاً له في ذات الوقت، وسواء أكانت مسؤوليته شخصية أم عن فعل الغير، فنص المادة (١٦٤) لم يميز بين طبيعة المسؤوليتين.

= الجوار، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مكتبة سيد عبد الله وهبة، ١٩٨٨-١٩٨٩، ص ٣٢٩ وما بعدها؛ عطا سعد محمد حواس: دفع المسؤولية عن أضرار التلوث، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢، ص ١٦-١٧.

(١٩٥) أضف إلى ذلك إن نظرية مضر الجوار وإن كانت استقرت في فرنسا كأساس للتعويض عن التلوث البيئي، إلا إن ذلك لا يتوافق مع القانون الكويتي، وتوجهات القضاء فيه، حيث مازال يرى هذا القضاء أن التعسف هو صورة من صور العمل غير المشروع بمعنى الخطأ والتقصير الذي يتطلب نية الإضرار، وفي ذلك قضت محكمة التمييز بأنه: "الأصل أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر للغير. المادة ٣٠ مدني حددت حالات التعسف في استعمال الحق ويجمعها ضابط مشترك هو نية الإضرار.. الخطأ الموجب للمسؤولية يتحقق بالانحراف عن السلوك المألوف وما يلتزم به الشخص العادي من اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير.. استخلاص الخطأ والانحراف عن استعمال العقد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع"؛ وكذلك ما قرره إنه: "وإن كان الأصل أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر للغير، إلا أن خروج هذا الاستعمال عن دائرة المشروعية استثناء من ذلك الأصل قد حددت صورة المادة ٣٠ من القانون المدني والتي يبين من استقرائها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الإضرار، سواء على نحو إيجابي بتعمد السعي إلى مضارة الغير دون نفع يجنيه صاحب الحق من ذلك، أو على نحو سلبي بالاستهانة المقصودة بما يصيب الغير من ضرر فادح من استعمال صاحب الحق لحقه استعمالاً يكاد يبلغ قصد الإضرار العمدي، كما أن استعمال الحق لا يمكن أن يدعو إلى مؤاخذة أو يرتب مسؤولية إلا إذا قصد به إلى كيد أو عنت أو لابس نوع من أنواع التقصير والخطأ، ومن المقرر أن الخطأ الموجب للمسؤولية عن التعويض يتحقق بالانحراف عن السلوك المألوف وما يلتزم به الشخص العادي من اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير في مثل الظروف المحيطة بالمنسوب إليه الخطأ، واستخلاص هذا الخطأ والانحراف عن استعمال الحق هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع بغير معقب مادام استخلاصه سائغاً مستنداً إلى ما هو ثابت بأوراق الدعوى".

كما أنه خرج عن قواعد المباشرة، فأراد أن يتحمل شاغل المكان تبعة مخاطر الملوثات المنبعثة من مكانه نيابة عن المتواجدين فيه أو الذين يعملون معه، وذلك بتضمينه التعويض عن فعل الغير، دون أن يدخل في عناء تحديد المسؤول الأصلي (الغير) عن هذا الضرر، فأقام على شاغل المكان المسؤولية الموضوعية، التي لا تحتاج لإثبات الخطأ أو حتى افتراضه، بل يكفي أن يكون هو شاغل المكان وفقاً للمفهوم السابق إيضاحه ليتحمل المسؤولية عن الضرر البيئي الناجم عن مكانه من قبل الغير؛ وبذلك يتدارك إفلات المسؤول (الغير) عن التعويض، بتضمين شاغل المكان، سيما وأن الأخير لن يسأل - إذا لم يخطئ - إلا إذا كان مباشراً، وفعلاً لمباشرة قد يتحقق بالغير فيكون هو فقط السبب المباشر للضرر.

ومع كل ما ذكرنا من مبررات وحجج لمحاولة تبرير موقف المشرع أو استخلاص مبتغاه من حكمة إقرار هذا النص، إلا أنه - أي نص المادة (١٦٤) - مازال محل نظر لدينا، ونرى أنه بالإمكان - أو بالأحرى من الأفضل - الاستغناء عنه؛ فإعمال نص المادة (١٥٨) على إطلاقه يُغني عن وجوده، بالتعاون مع القواعد العامة في القانون، سيما إذا طورنا مفهوم المباشرة واعتبرنا أن شاغل المكان هو المباشر، وما العمال لديه سوى أدوات تضاف إلى فعله، كالآلات والمعدات، وذلك لأن هؤلاء العمال يتلقون أوامرهم في التشغيل والنقل والتخزين والإدارة ونحو ذلك، من المشغل أو المالك أي رب العمل، وهو في فرضنا هذا شاغل المكان؛ فإذا ما أخطأ هذا العامل وتسبب بفعله بضرر بيئي مخالفاً بذلك قرارات رب العمل، فإنه يمكن الرجوع على الأخير باعتباره متضامناً معه، وهذا هو الغالب، فالمضطرور كأصل يبحث عن شخص ملئ ليرجع عليه بالتعويض، وهذا يتحقق غالباً في رب العمل.

خاتمة:

لقد تناولنا هذه الدراسة في مبحثين: خصصنا الأول: لماهية مباشرة الضرر، وهو ما دعانا لتأصيلها في ضوء أحكام الفقه الإسلامي باعتباره المصدر التاريخي لها، ثم عرضنا إلى مفهوم فكرة المباشرة في ضوء قانون حماية البيئة الجديد لتحديد شروطها ومعاييرها ومدى انعكاسها على بعض المفاهيم الواردة في القانون الجديد؛ أما المبحث الثاني: فكان من نصيب أحكام مسؤولية المباشر التي استجدها المشرع، وتبين لنا أن المسؤولية أصبحت من الآن فصاعداً مسؤولية موضوعية وتضامنية، وانتهينا بمناقشة علاقة مسؤولية هذا المباشر بمسؤولية شاغل المكان، ذلك النموذج التشريعي الذي خصه المشرع بنوع من الخصوصية.

كما بينا أنه ونظراً لخصوصية الأضرار البيئية، وإزاء عدم وجود قواعد قانونية

خاصة تحكم أساس المسؤولية المدنية عن مثل هذه الأضرار، كان القضاء مؤيداً من الفقه يتجه - مضطراً - نحو القواعد العامة لتقرير المسؤولية الموضوعية، في محاولة منه لتطويع تلك القواعد لتأسيس المسؤولية المدنية على نظرية مضار الجوار أو المسؤولية عن فعل الأشياء أو فعل الغير، وذلك للوصول إلى تعويض المضرورين أو إصلاح الضرر البيئي، نتيجة لصعوبة إثبات الخطأ، إلى أن تبين عدم كفايتها.

أما بعد صدور القانون الجديد بشأن حماية البيئة فلم يعد هناك أدنى حاجة - بعد الآن - للاتجاه صوب القواعد العامة لتقرير المسؤولية، حيث لم يعد للخطأ ذلك الدور البارز بعد أن تخلى القانون الجديد عنه كأساس للمسؤولية مادام الضرر قد وقع بطريق المباشرة دون أن يتوسط فعله والضرر الذي حدث فعل آخر؛ ومع ذلك لم يتخل المشرع عن دور الخطأ كلية بل حصر نطاقه في المسؤولية عن الأفعال التي تحدث ضرراً بطريق التسبب، أي عندما يتوسط بين فعله والضرر الذي وقع فعل آخر، فالتسبب له دور ثانوي غير مباشر في حدوث الضرر ولذلك تطلب المشرع في هذه الحالة ثبوت الخطأ.

وفي ضوء ما تقدم استخلصنا النتائج الأساسية التالية:

أولاً: إن مباشرة الضرر فكرة مستمدة من الشريعة الإسلامية، وقد تبناها المشرع الكويتي في قانون حماية البيئة الجديد من حيث المفهوم من منطلق القاعدة الفقهية الشهيرة: "المباشر ضامن وإن لم يتعد أو يعتمد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي أو التعمد"؛ وقد ترجم المشرع هذه القاعدة الفقهية إلى قاعدة قانونية في المادة (١٥٨) حين قرر أن: "المباشر مسؤول.. ولو لم يخطئ والمتسبب لا يسأل إلا بخطأ". وهذا يعني أنه حتى يسأل الشخص مسؤولية غير خطئية عن الضرر الناجم، يجب أن تربطه بهذا الحادث علاقة قوية وواضحة، وفي قول آخر أن تكون العلاقة السببية متينة، وهو ما يصعب تحديده في كثير من الأحيان في الحوادث البيئية.

ثانياً: استخدم المشرع مصطلح المسؤولية حتى في حال وقوع الضرر مباشرة وبدون خطأ، وذلك عندما قرر أن "المباشر مسؤول"، وهذا على خلاف الشريعة الإسلامية التي تفضل مصطلح الضمان، بل أن هذا المصطلح يفضل بعض الفقه القانوني أيضاً؛ على أن هذا لا يغير من الأمر شيئاً عملياً، فهي بنظرنا مسؤولية لأن المشرع رتب لها أحكاماً خاصة، حيث إنها مسؤولية من طبيعة خاصة.

ثالثاً: لم يميز المشرع بين المباشر والمتسبب في ترتيب أحكام المسؤولية، فالمباشر الذي لم يخطئ يتساوى في المركز القانوني مع المتسبب المخطئ، فكل

نصوص الباب الثامن المتعلقة بالمسؤولية المدنية والتعويض عن الأضرار البيئية تخاطب "المسؤول" دون تحديد.

رابعاً: نظراً للصعوبات العملية التي قد تواجه تحديد مفهوم المباشر مستقبلاً، نظراً لخصوصية الضرر البيئي الذي قد يكون نتيجة تفاعل عدة مواد فيصبح ضاراً عندها وليس قبل ذلك، اقترحنا أن يكون معيار المباشرة في مجال البيئة هو: "الفعل الملوئ بذاته"؛ فإذا كان هذا الفعل يحدث الضرر بذاته فيعتبر فاعله مباشراً، وإذا كان العكس فيقف عند حد التسبب، وهذا الأخير يتطلب ثبوت الخطأ.

خامساً: المشرع وإن كان قد تبنى المسؤولية الموضوعية غير الخطئية بالنسبة للمباشر، والشخصية الخطئية قبل المتسبب، إلا أنه لم يأخذ بفكرة المسؤولية المطلقة بالمعنى الدقيق لهذه المسؤولية، لأنه أجاز الإعفاء منها، ولكن في حالات ذكرها على سبيل الحصر، وذلك خروجاً على القواعد المتعارف عليها في السبب الأجنبي.

سادساً: خصوصية الضرر البيئي الذي قد يصيب الكائنات الحية وغير الحية والذي قد يساهم في إحداثه العديد من الأسباب، وتعذر الوقوف على مسؤول محدد إذا حدث من متعددين، أو إفسار أحدهم: جعل المشرع يواكب التشريعات المقارنة في إقرار مبدأ المسؤولية التضامنية كضمانة لتعويض المضرور أو إصلاح البيئة المتضررة؛ والجدير بالذكر أن المشرع لم يميز بين المباشر والمتسبب في تطبيق قواعد التضامن، فإن اجتمع الاثنان، فإنهما سيكونان متضامنين قبل المضرور في تعويض كامل الضرر الناجم عن التلوث.

سابعاً: لم ينظم القانون البيئي الجديد العلاقة بين المسؤولين المتضامنين ذات أنفسهم أو كيفية توزيع غرم المسؤولية فيما بينهم، وهذا يعني أن المشرع - وبعد أن بشرنا بافتراض التضامن بين المسؤولين المتعديين - لم يرسم لتلك القواعد طريقاً خاصاً، مما ينبغي معه الرجوع إلى القواعد العامة للتضامن في القانون المدني.

ثامناً: تبين لنا من خلال نص المادة (١٦٣) أن المشرع قيد الرجوع على أحد المسؤولين بكامل التعويض إذا تعذر نسبة الضرر إلى فاعله، أي عندما يعجز عن تحديد دور الفاعل في إحداث الضرر الذي لحقه، هنا فقط يجوز للمضرور مطالبة أحد المسؤولين بدفع كامل التعويض عن هذا الضرر، وتطبيقاً لذلك فإن تمكن من نسبة الضرر إلى فاعله، فإنه لا يجوز له مطالبة الفاعل إلا بقدر نسبة مساهمته بإحداث الضرر دون مطالبته بكامل التعويض، وهو ما يفهم من استقراء النص؛ وفي ذلك إضعاف لميزة التضامن التي بشرنا بها المشرع في نص المادة (١٥٩).

لم يكتف المشرع بهذا القدر من إضعاف المسؤولية التضامنية بل أجاز للمدعي عليه بالتعويض نفي المسؤولية - وفقاً للقواعد العامة - إذا أثبت أن النشاط الذي كان يمارسه لم يسبب الضرر وأن الضرر وقع بسبب أجنبي لا يد له فيه، وفي ذلك خروج على أحكام الإغفاء من المسؤولية التي قلص منها المشرع نفسه وحصرها حصراً - في قانون حماية البيئة الجديد - بغية في توسعة المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية.

تاسعاً: تعرض المشرع لنموذج معين من المسؤولية، وهو مسؤولية شاغل المكان، بحيث جعله يضمن كل أضرار الملوثات التي تصدر من مكانه، ولكنه في ذات الوقت مكنه من دفع مسؤوليته بالسبب الأجنبي؛ بمعنى أن المشرع وبعد أن قلص من أسباب الإغفاء من المسؤولية عاد مرة أخرى ووسعها لشاغل المكان كما هو الحال في القواعد العامة؛ وقد رأينا أن هذا النص لا جدوى له سوى التراجع عن الركب، فكان يكفي تأسيس المسؤولية وفقاً للمادة (١٥٨).

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

١ - المراجع العامة:

- إبراهيم أبو الليل: أحكام الالتزام: مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣/ ٢٠٠٤.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨.
- إبراهيم أبو الليل: الملتزم بتعويض الضرر الناجم عن حوادث السيارات، منشورات ذات السلاسل، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٥.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الإغفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، ١٩٧٥.
- أيمن إبراهيم العشماوي: تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٨.
- جابر محجوب علي: ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المباعة، مجلة المحامي الكويتية، السنة (٢٠)، العدد أكتوبر/نوفمبر/ديسمبر ١٩٩٦.
- جابر محجوب علي وخالد الهندياني وسامي الدريعي: حق الملكية في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ٢٠٠٦، ص ٦٥.
- جلال محمد إبراهيم: الرجوع بين المسؤولين المتعددين، مطبوعات مكتبة ذات السلاسل، ١٩٩٢-١٩٩٣، ص ٧٦ وص ١٤٤.
- عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف - الحوالة - الانقضاء، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- عبدالرسول عبدالرضا وجمال النكاس: أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤/٢٠١٥.

- عبد الرسول عبد الرضا وجمال النكاس: مصادر الالتزام والإثبات، الطبعة الثالثة، مؤسسة دار الكتب، ٢٠١٤/٢٠١٥.
- فهد الزميع: نظرية العقد من منظور اقتصادي، مجلة الحقوق، مطبوعات جامعة الكويت، العدد (٣)، السنة (٣٨)، سبتمبر ٢٠١٤، ١٦٠.
- محمد شكري سرور: موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٤.
- محمد شكري سرور: التأمين ضد الأخطار التكنولوجية، دار الفكر العربي، ١٩٨٧.
- محمد شكري سرور: مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، القاهرة، ١٩٨٣.
- مشاعل الهاجري: قلاع وجسور: الدراسات البينية وأثرها في الاتصال بين الحقول المعرفية (دراسة في القانون كحقل معرفي مستقل وعلاقته بعده من العلوم)، مجلة الحقوق، مطبوعات جامعة الكويت، العدد (٣)، السنة (٣١)، سبتمبر ٢٠٠٧.

٢ - المراجع الخاصة:

- أحمد عبدالكريم سلامة: التلوث النفطي وحماية البيئة البحرية، بحث منشور في المؤتمر العلمي الأول للقانونيين، ٢٥-٢٦ فبراير ١٩٩٢، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع.
- أحمد محمود سعد: استقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، دار النهضة العربي، الطبعة الأولى، ١٩٩٤.
- بدر اليعقوب: تحديد مفهوم مباشر الضرر وفق المادة ١٩ مكرر من قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الكويتي، مجلة الحقوق والشرعية، مطبوعات جامعة الكويت، السنة (٢)، العدد (٢)، يونيو ١٩٧٨، ص ٢٨٩.
- رنا ناجح دواس: المسؤولية المدنية للمتسبب، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠١٠، ص ١٣ وما بعدها.
- عبدالله تركي الطائي، الضرر البيئي وتعويضه في المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، ص ١٣٢ وما بعدها.
- سعيد السيد قنديل، آليات تعويض الأضرار البيئية، مطبوعات جامعة طنطا، ٢٠٠٢.

- عطا سعد محمد حواس: دفع المسؤولية عن أضرار التلوث، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢.
- عطا سعد محمد حواس، جزاء المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١.
- عطا سعد حواس: المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث في نطاق الجوار، رسالة دكتوراة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١.
- عنود يوسف عبدالسلام: التعويض عن الأضرار البيئية الناجمة عن النشاطات النفطية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الكويت، ٢٠٠٨.
- فيصل زكي عبد الواحد: أضرار البيئة في محيط الجوار، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مكتبة سيد عبد الله وهبة، ١٩٨٨-١٩٨٩.
- محمد سعيد الحميدي: المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة البحرية والطرق القانونية لحمايتها، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.
- مسلط قويعان الشريف المطيري: المسؤولية عن الأضرار البيئية ومدى قابليتها للتأمين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- مصطفى الجمال: القانون المدني في ثوبه الإسلامي (مصادر الالتزام)، الفتح للطباعة والنشر، الطبعة الأولى ١٩٩٦.
- مصطفى سلامة حسين ومدوس الرشدي: القانون الدولي للبيئة، مجلس النشر العلمي، مطبوعات جامعة الكويت، ٢٠٠٧، ص ١١.
- منصور مصطفى منصور، المصادر غير الإرادية للالتزام، خاصة دروس على الآلة الكاتبة، كلية الحقوق - جامعة الكويت، ١٩٨٠/١٩٨١.
- مؤتمر دور القضاء في تطوير القانون البيئي في المنطقة العربية، دولة الكويت، ٢٦-٢٨ أكتوبر ٢٠٠٢، أقيم من قبل معهد الكويت للدراسات القضائية بالتعاون مع المركز العربي الإقليمي.
- نبيلة إسماعيل رسلان: الجوانب الأساسية للمسؤولية المدنية للشركات عن الأضرار البيئية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٩٣.
- ياسر محمد فاروق المنياوي: المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.

ثانياً - المراجع الفقهية:

- محمد أحمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٣.
- محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العربية الكبرى، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، ١٩٥٨.
- محمد الدوسري: دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.
- شهاب الدين القرافي: الفروق، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، بدون سنة نشر.
- محمد بن المدني بوساق: التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧.
- محمد زرمان: التصور الإسلامي للبيئة دلالاته وأبعاده، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد (٥٥)، السنة (١٨)، ديسمبر ٢٠٠٣.
- محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، دار التراث الإسلامي، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٣.

ثالثاً - المراجع الأجنبية:

- M. ALAYASH-ALENEZI, le contrat électronique et la protection du consommateur en droit koweïtien et en droit français, thèse Strasbourg, 2010.
- M. ALAYASH-ALENEZI: Permanences et changements autour de la notion de force majeur, mémoire Strasbourg, 2005-2006.
- M. Bacache, Quelle réparation pour le préjudice écologique?: Environnement et dév. durable 2013, étude 10.
- M. Boutonnet., Cass. crim., 25 sept. 2012, n°10-82.938: JurisData n°2012-011445; Environnement et dév. durable 2013, étude 2.
- P. Brun., note sur l'arrêt Costedoat du 25 février 2000, D. 2000.

- C. Claude-Albert. La Convention de Bruxelles relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires. In: Annuaire français de droit international, volume 8, 1962.
- I. Gallmeister., Obs. sur Cass., civ. 1er, 22 mai 2008, bull. civ. I, n 148 et 149, Dalloz, 2008, AJ.
- B. GRIMONPREZ :L'infraction environnementale et le préjudice moral des associations Environnement n°8, Août 2011, comm. 96.
- G.-J. Martin, La responsabilité civile du fait des déchets en droit français: RID comp. 1992.
- L. NEYRET: L'extension de la responsabilité civile en droit de l'environnement, Responsabilité civile et assurances n°5, Mai 2013, dossier 29.
- A. Robert., note sur Cass. 2e civ., 19 nov. 1986, n°84-16.379: JurisData n°1986-702120; Bull. civ. 1986, II, n°172.
- F. ROUSSEAU :Réflexion sur la répression civile des atteintes à l'environnement à propos du rapport remis au garde des Sceaux le 17 septembre 2013 relatif à la réparation du préjudice écologique, Environnement n°3, Mars 2014, étude 3.
- F. G. Trébulle., note sur CJCE, 18 mai 2006, aff.C-343/04, Land Obesterreichc/ CEZ as: RD imm. 2006.
- G. Viney, Introduction à la responsabilité: LGDJ, 2008, n°36.

النظام القانوني لعقود التنقيب عن النفط بالمملكة العربية السعودية

الدكتور/ خالد عبدالله الياقوت
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

يعد النفط أحد أهم الأركان الاقتصادية في العالم المعاصر، والركيزة الأساسية التي يستند عليها الدول التي تحوي أراضيها كميات فياضة من النفط، ولعل في مقدمة تلك الدول الدول الخليجية وبصفة خاصة المملكة العربية السعودية لما تتمتع به من أراضٍ واسعة.

وتتمتع المملكة العربية السعودية بفائض كبير من النفط الذي تحويه أراضيها، وهو ما يركز عليه الاقتصاد السعودي في الآونة الأخيرة؛ أي نعم ليس بمفرده، ولكننا لا نغالي إن قلنا أنه الأول في المملكة سواء على مستوى الاستثمارات أو الاقتصاد، والذي يؤثر في سعر العملة السعودية - الريال - على المستوى الدولي.

ولهذا فقد عنيّا في هذا البحث بدراسة النفط من حيث النظام القانوني له؛ لنعلم المستثمرين كيف تسير التعاملات والاستثمارات في المملكة العربية السعودية حول التنقيب عن النفط.

وبدأنا ذلك بعرض الجوانب التاريخية التي اتضح على إثرها كيف اكتشف النفط في المملكة، وألحقناه ببيان ماهية الحقوق الناتجة الخاصة بالتنقيب عن النفط، سواء في بعض الدول العربية أو الغربية، وأتممنا ذلك ببيان هذه الحقوق في المملكة ملحقة بالحقوق والواجبات الناتجة عن هذا النوع من الامتيازات.

وتلينا ذلك ببيان طبيعة الامتياز من خلال تعريفه؛ وأوضحنا كيفية إنهاء هذه العقود الخاصة بالامتيازات وسبل حل المنازعات الناشئة عنها والمتمثلة في التحكيم، وبيننا من خلاله الإطار القانوني للبناء التحكيمي سواء من حيث طبيعته القانونية أو القانون المطبق عليه إلى غير ذلك.

المقدمة:

لابدّ من نظرة بسيطة على سير الاقتصاد العالمي الدولي منذ نهاية القرن التاسع عشر إلى الآن، حيث يظهر الدور الذي لعبه النفط في هذا الميدان، إذ كان له دورٌ كبيرٌ في الحضارة المعاصرة، ولم يعد مقتصرًا على الإضاءة والإنارة فقط، بل تعدى ذلك ليصبح مصدراً للطاقة في عصر الثورة الصناعية، ومن هنا أصبح النفط العصب الاقتصادي للدول الصناعية؛ وذلك لدخوله في الكهرباء والصناعة والمواصلات والتدفئة؛ ولذلك أصبح النفط مصدراً للطاقة إضافة إلى أنه كان مصدراً لأكثر من

٢٦٠٠ مادة وسلعة، ساهمت في تحقيق مزيد من النهضة والتقدم الاقتصادي للأمم والدول المتحضرة.

وعلى الرغم من تزايد الاستهلاك للنفط، إلا أنَّ ثمن الطاقات البديلة له ذو سعر خيالي ومرتفع، فكيلو الطاقة الشمسية مثلاً يكلف آلاف الدولارات، بينما كيلو النفط يكلف بضع سنتات، وهو ما يتبين معه أهمية النفط على الصعيدين الاقتصادي والتجاري. ولعل النفط في الخليج - بوجه عام - له دورٌ بارزٌ ومؤثّرٌ في حياة الشعوب الخليجية؛ فقد حوّل النفط حياة هذه الشعوب من الحياة البدائية إلى التحضر والتقدم والنمو، ونهضت الشعوب الخليجية بشكل ملحوظ في النصف الثاني من القرن العشرين لاكتشاف النفط فيها بكميات هائلة، مما جعل دول العالم المتقدم تنظر إليها نظرة تأمل وطمع.

أما عن المملكة العربية السعودية بشكل خاص، فإنَّ النفط بها يحتل مكانة بارزة وسط حقول النفط في العالم كله، وذلك عائدٌ لأهمية كم مخزون السعودية النفطي الذي يشكل ربع الاحتياطي النفطي في العالم، وهذه نسبة تزايدت خلال السنوات مع اكتشاف الآبار النفطية الجديدة في المملكة، والتي لم تستثمر بعد، ويتميز بترول المملكة بانخفاض كلفة إنتاجه بالمقارنة مع كلفة إنتاج النفط في باقي الدول المنتجة له.

ولهذا فإننا خصصنا الدراسة في هذا البحث على دراسة النظام القانوني لعقود التنقيب عن البترول في البلد الرئيس الذي تنبع منه هذه المادة، والذي يملك أكبر احتياطي في العالم، ويعد النظام القانوني خياراً تم التوصل إليه؛ للتعريف بحقوق لها مضمون اجتماعي وسياسي واقتصادي وتعبّر عن تطور تاريخي.

ولقد اختارت المملكة العربية السعودية الامتياز كإطار قانوني حاكم للاستثمارات النفطية بها، شأنها في ذلك شأن باقي الدول التي اكتشف فيها النفط، ولكن المملكة بحكم مكانتها وموقعها وتأثيرها على المستوى الدولي آثرت أن تطور هذا الإطار القانوني بالمشاركة دون أن تستبدله بالتأميم الذي درج في كثير من دول العالم الثالث، وحملها تعويضات والتزامات دولية طائلة تجاه الشركات الأجنبية صاحبة الامتياز، فقد تحول الوضع في المملكة من نظام الامتيازات التي كانت تصب في مصلحة الشركات إلى نظام المشاركة بين الشركة الأجنبية، والمملكة لتعدل الشروط التعاقدية بين الطرفين لمصلحة المملكة.

ونظراً إلى أنَّ النفط يحتل مكاناً مرموقاً في اقتصاديات الدول النامية والصناعية على السواء أيضاً، فقد دعا الوضع القانوني إلى الكشف عن حقوق والتزامات العلاقة التعاقدية في الامتيازات البترولية، والتي تعد فريدة ومتميزة بطبيعتها عن الحقوق

والالتزامات التي ترد عادة على الأنماط الأخرى من الاستثمارات الأجنبية، لذا فإن الدراسة في هذا البحث تنصب على حقوق والتزامات أطراف هذه الاتفاقيات، والتي لن تأتي في غيبة عن مبادئ القانون الدولي، ومن هذا المنطلق اقتصرت الدراسة على الجوانب القانونية لهذه الاتفاقيات تاركة الجوانب السياسية والاقتصادية، على الرغم من أنّ التفاوض على استغلال البترول، أو النفط بين الشركات الأجنبية لم يكن مسألة قانونية بحتة، لأنّ حكومات الدول الأجنبية التي تنتمي إليها الشركات النفطية كانت دائماً تساند تلك الشركات مستخدمة كل إمكانياتها السياسية والاقتصادية؛ للضغط على حكومات الدول المضيفة؛ للموافقة على منح امتيازات استغلال النفط في أراضي تلك الدول لشركاتها.

ولذلك فإننا نعرض هذا البحث في فصلين كالتالي:

الفصل الأول: ماهية عقود التنقيب عن النفط والحقوق والواجبات المبناه عليه.

الفصل الثاني: اتفاقيات الامتياز وإنهائها وحل المنازعات الناشئة عن عقود التنقيب عن النفط.

الفصل الأول

ماهية عقود التنقيب عن النفط والحقوق والواجبات المبنية عليه

تمهيد وتقسيم:

إن النفط يعد من أهم ما تملكه أية دولة في العصر الحديث؛ لما يتمتع به من تأثير في الاقتصاد القومي لهذه الدولة، فهو صاحب قيمة رائجة في السوق العالمية والدولية، وصاحب تأثير كبير على أحوال البورصات في العالم أجمع.

ففي هذا العصر تصبح الدولة المالكة للنفط غنية، حتى لو لم يكن لديها مورد غيره، ولهذا فقد أثر اكتشاف النفط على مختلف دول الخليج العربي التي اكتشف فيها بحور من النفط، والذي أدى بدوره إلى انتقال كافة دول الخليج إلى وضعية مختلفة بعد اكتشافه، ومن أهم الدول الخليجية التي تم اكتشاف النفط فيها: المملكة العربية السعودية، صاحبة الحظ الوفير من النفط؛ لما تتمتع به من مساحة كبيرة تفوق جميع الدول الخليجية.

وقد أثر اكتشاف النفط على حياة المواطنين بالمملكة في كل الأمور، وعلى رأسها النواحي الاقتصادية، حيث أدى الاكتشاف إلى الاستقرار الاقتصادي، وتحول الكثير من الحرفيين إلى المجال النفطي؛ لما وجدوا فيه من استقرار.

وعلى صعيد الملكية فقد اختلفت التشريعات على المستوى العالمي في منح ملكية الآبار البترولية، فمنهم من منحها إلى الدولة وهم السواد الأعظم، ومنهم من منحها إلى مالك الأرض المكتشف بها النفط، وكان للشرعة الإسلامية رأي في هذا الموضوع وكذلك المملكة.

وتقوم المملكة بإعطاء امتياز التنقيب عن النفط لبعض الشركات، حتى يتم اكتشاف النفط بشكل موسع في كامل أرجاء المملكة، وهذا يرتب بدوره حقوقاً وواجبات على الدولة والشركة المستثمرة.

ولهذا نقوم بعرض هذا الفصل في مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: اكتشاف النفط في المملكة العربية السعودية.

المبحث الثاني: ماهية حقوق التنقيب عن النفط، والنظام القانوني لملكية الثروة النفطية.

المبحث الأول اكتشاف النفط في المملكة العربية السعودية

تعتبر المملكة العربية السعودية أهم دول الخليج العربي وأكبرها على الإطلاق؛ لما تتمتع به من مساحة كبيرة ومناخ متنوع وظروف اقتصادية، وأهمية دينية خاصة لوجود الحرمين الشريفين المكي والنبوي فيها.

ومنذ عهد الملك عبد العزيز آل سعود - رحمه الله - الملك المؤسس للمملكة العربية السعودية، والذي كان يرى أنَّ اقتصاد المملكة المحدود على رسوم الحج والعمرة والزراعة التقليدية في ذلك الوقت لا يمكن التعويل عليه؛ لحاجة المملكة للتوسع في الخدمات العامة وبناء الجيش السعودي، وكذلك للزيادة المضطربة في عدد السكان^(١).

ولهذا بدأت المملكة في البحث عن مصدر اقتصادي آخر، وكانت الثروة المعدنية في أولويات أجندة المملكة، ومن هنا برز النفط وصناعته كخيار اقتصادي، وقد تمت المحاولة الأولى من أجل البحث عن النفط في عام ١٣٤٢هـ/١٩٢٣م، حيث تم منح أحد ممثلي النقابة الشرقية العامة امتياز التنقيب عن النفط في مناطق شرق المملكة العربية السعودية، وقد عجزت شركة النقابة الشرقية العامة عن تنفيذ مهمتها واستمرارها^(٢).

وعلى الرغم من ذلك لم تتوقف المملكة عن المحاولة نظراً لاكتشاف البترول في دولة البحرين، ولم تكن الأخيرة تبعد أكثر من ٢٢ كم عن الإحساء الواقعة في الجزيرة العربية^(٣).

وقد شجع زيادة إنتاج البترول في البحرين عام ١٣٥١هـ/١٩٣٢م، شركات البترول الأجنبية للاتصال بالملك عبد العزيز، وعرض مسألة التنقيب عن البترول في الأراضي السعودية^(٤)، وتسابق حينئذ إلى الرياض مندوبو شركات الاحتكارات النفطية

(١) انظر: شرف محمد علي - شخصية المنطقة الشرقية من المملكة العربية السعودية في التاريخ والجغرافيا - مطابع المدخول - الدمام - ١٤٢٣هـ - صفحة ٣٥.

(٢) انظر: القرني سعد بن سعيد - المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو دراسة تطبيقية ١٣٥٢-١٤٠٠هـ/١٩٣٢-١٩٨٠م - رسالة دكتوراه غير منشورة مقدمة لقسم التاريخ بجامعة الملك سعود بالرياض - ص ١٤.

(٣) د. الأحمد عبد الحميد - النظام القانوني للبترول في المملكة العربية السعودية - مؤسسة توفل - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ١٩٨٢م صفحة ٣١.

(٤) الريحاني أمين - الملك عبد العزيز وأمين الريحاني - الرسائل المتبادلة - دار أمواج - بيروت - طبعة ٢٠٠١ - صفحة ٣٨.

العظمى في العالم، والذين جاءوا يعرضون على ملك المملكة العربية السعودية حينذاك الملك عبد العزيز شراء آبار النفط، ولكن الملك عبد العزيز رفض رفضاً قاطعاً بيع أي قطعة أرض عارضاً بالمقابل الحصول على تأجير أو امتياز هذه الأراضي لمدة محدودة، شرط أن تعود المنشآت التي تقام لاستخراج النفط وتكريره للدولة عند انتهاء عقد التأجير أو الامتياز، ووقع اختيار الملك عبد العزيز على شركة أمريكية صغيرة هي (الغولف أويل كومباني)^(٥).

وقد كان لاكتشاف البترول في السعودية أثرٌ دولي خطير على النظام الاحتكاري، حيث كان هذا النظام يضع يده على نفط العالم، وأدى هذا الاكتشاف إلى اضطراب الوضع الداخلي لهذا النظام الاحتكاري - النظام الإنجليزي - خاصة أن نفط الشرق الأوسط كان من نصيبهم، وبهذا نشأ وضع جديد نتيجة لاكتشاف النفط في السعودية على يد شركات أمريكية نالت امتياز التنقيب عن النفط، فقد أُسقط هذا الاحتكار من يد الإنجليز^(٦).

وعلى الرغم من ذلك فقد نجحت الشركات الإنجليزية بتضييق الخناق على شركة الغولف أويل كومباني، والذي أدى إلى فشل حركة الأخيرة - شركة الغولف - ولم تستطع أن تغطي مصاريفها، وأصبحت عاجزة عن استثمار حقول نفط الإحساء، فتنازلت عن امتيازها بموافقة الحكومة السعودية لشركة (بحرين أويل أوف كاليفورنيا) وكانت هذه الشركة مملوكة ومتفرعة من شركة (ستاندرد أويل أوف كاليفورنيا) وقد تأسست البحرين أويل أوف كاليفورنيا في ظل قوانين كندا، وكانت كندية الجنسية، ومسجلة في سجل الشركات في كندا، وما ذلك إلا غطاء لجأت إليه شركة ستاندرد أويل أوف كاليفورنيا الأمريكية تحاشياً للاصطدام بالحظر المفروض على الشركات غير الإنجليزية في المنطقة، والذي بمقتضاه لا تعطى امتيازات بترولية إلا لشركات إنجليزية، وكان اصطدام شركة كندية بهذا الحظر أخف وأهون من اصطدام شركة أمريكية به، ولكن شركة ستاندرد أويل أوف كاليفورنيا عادت ففضلت إسقاط النقاب وكشفت وجهها، وقررت خوض المعركة بدون غطاء شركة بحرين أويل أوف كاليفورنيا، فأخذت الامتياز من حكومة المملكة العربية السعودية سنة ١٩٣٣، وقد أعطى لها هذا الامتياز الحق بالتنقيب والاستخراج والتصفية وبيع وتصدير النفط^(٧).

(٥) انظر في هذا المعنى: الريحاني أمين - المرجع السابق - صفحة ٣٨، ٣٩.

(٦) انظر: الموقع الإلكتروني faculty.ksu.edu.sa/183 page، وانظر أيضاً: د. العسكر عبد الله بن

إبراهيم النفط في عهد الملك سعود بن عبد العزيز - بحث مقدم لندوة الملك سعود دارة

الملك عبد العزيز - جامعة الملك سعود - نوفمبر ٢٠٠٦ - صفحة ١٢.

(٧) انظر: د. الأحب عبد الحميد - المرجع السابق - صفحة ٤٨.

وقد بدأ الملك عبد العزيز يرى بأمر عينيه نتائج ملموسة من نفط بلاده مع أول شحنة تصدير من النفط السعودي الخام في يوم ١١ ربيع الأول عام ١٣٥٨هـ/ ١٩٣٩م، عندما أدار صمام التحميل على ظهر الناقله دي جي سكوفيلد من ميناء رأس تنوره، مدشناً بذلك أول شحنة من النفط السعودي إلى الأسواق العالمية^(٨).

ويثور لدينا تساؤل هو: ما هي شركة الأرامكو التي تعاملت معها الحكومة السعودية للتغيب عن البترول؟ ومتى ظهرت؟

وفي سنة ١٩٣٣ كانت شركة (ستاندرد أويل أوف كاليفورنيا) و(شركة تكساس أويل) تملك كل منهما شبكة تسويق للنفط في الهند، فاتفقتا على تأسيس شركة جديدة تسمى (كاليفورنيا أرابيان ستاندرد أويل كمباني) والمعروفة باسم (C.A.S.O.C)، وغيّرت اسمها سنة ١٩٤٤ ليصبح (أرابيان أميركان أويل كومباني) والمعروفة باسم (ARAMCO) أرامكو^(٩).

ولقد أخذ حجم شركة الأرامكو يكبر، وتضخم الإنتاج النابع من آبارها، مما أغرق الشركات الإنجليزية والأمريكية الأخرى، وهو ما أدى إلى جعل الشركات الأمريكية النفطية الكبرى تصطدم وتسبب الأذى لبعضها في الأسواق العالمية، إضافة إلى المعارك القائمة بين الشركات الإنجليزية والأمريكية، ولهذا أسرع وزارة الخارجية الأمريكية بالتدخل لتضع حداً لهذا الخلاف، والذي توصلت فيه إلى موافقة شركة الأرامكو في عام ١٩٤٦ على قبول دخول شركتين أمريكيتين أخرتين إلى الأرامكو بنسبة ٤٠٪ من الأسهم وهما شركة (الستاندرد أويل أوف نيوجرسي) و(السوكوني فاكيوم (موبيل أويل)، وبذلك أصبحت الأرامكو مكونة من أربع شركات أمريكية، وامتدت مفاوضات الخارجية الأمريكية لحل الخلافات والتضاربات القائمة بين الشركات الأمريكية والإنجليزية، وذلك بالاتفاق بينهما على أن تفسح الشركات الإنجليزية مكاناً للشركات الأمريكية، فقد اشترت الستاندرد أويل أوف نيوجرسي والسوكوني فاكيوم من البحرية البريطانية لمدة عشرين عاماً ٤٠٪ من منتوج الحقول العائدة للأتكلو أرابيان التي كانت البحرية الإنجليزية تملك ٥١٪ من أسهمها، ووقع اتفاق بين لندن وواشنطن على تقسيم الشرق الأوسط إلى منطقتين: الأولى منطقة خاضعة للنفوذ

(٨) انظر: اتفاقية supplementary concession، في ٣١ مايو عام ١٩٣٩ صفحة ١٨

(٩) انظر: د. الأحديب عبد الحميد- المرجع السابق - صفحة ٥٠. وقد تم التصديق من الملك عبد العزيز على عقد الامتياز بمرسوم ملكي يحمل الرقم ١١٥٥ لعام ١٩٣٣.

النفطي الإنجليزي وتشمل العراق وإيران، والثانية منطقة خاضعة للنفوذ النفطي الأمريكي وتشمل المملكة العربية السعودية بأكملها^(١٠).

وعلى الرغم من وجود معاهدة سلام نفطية موقعة بين بريطانيا والولايات المتحدة، إلا أنَّ السياسة النفطية بين البلدين بقيت سياسة مواجهة ومجابهة وكانا نقيضين، فالسياسة النفطية الأمريكية كانت قائمة على حفظ مخزون النفط الأمريكي، وكانت طريقة حفظه هي إغراق الأسواق الأوروبية بالنفط السعودي بأسعار متدنية، وأقل من أسعار النفط الأمريكي الذي تصدره الشركات الأمريكية للخارج، وهو ما يجعل عملية العرض والطلب تقفل الأبواب على النفط الأمريكي، وتتركه مخزوناً تحت الأرض لوقت الحاجة، بينما السياسة الإنجليزية نقيض ذلك حيث أرادت حفظ بترول الشرق الأوسط الذي وضعت يدها عليه، وترك الأسواق النفطية تستهلك النفط المستخرج من غير الشرق الأوسط أي النفط الأمريكي، ومن ثم جرت معركة جديدة بين بريطانيا وأمريكا متمثلة في إملاء الأسعار من بريطانيا على النفط الآتي من الظهران في السعودية؛ لأن هذا النفط هو الذي أدى إلى إفلات قبضة إنجلترا عن نفط الشرق الأوسط^(١١).

ولكن يثور لدينا تساؤل ألا وهو: كيف قامت الجبهة الإنجليزية بالسيطرة على السوق النفطية؟

علمت إنجلترا أنَّ النفط السعودي الآتي من الظهران يمر بطريق بحري طويل، حتى يصل إلى الأسواق الأوروبية، فكان يجب أن يدور حول الجزيرة العربية بأكملها ليصل إلى البحر الأحمر، ثم يجتاز قناة السويس وهو طريق يزيد عن ٤٥٠٠ كم، ولم تكن شركة الأرامكو تملك وسائل النقل البحري، بينما كانت البحرية الإنجليزية تنزل إلى البحار بواخر شحن بترول ضخمة، ولم يكن الأسطول الأمريكي يملك بواخر ضخمة قابلة للتحويل عن الأغراض العسكرية لأغراض النقل المدني كما فعلت إنجلترا، فلم يكن أمام شركة الأرامكو الأمريكية أي خيار، وهكذا أصبح نقل بترول السعودية يتم على السفن الإنجليزية، وهو ما أدى إلى تحكم إنجلترا في أسعار النفط السعودي؛ وذلك لتحكمها في النقل البحري، وكذا لتحصيلها رسم مرور بقناة السويس التي كانت ما تزال بيدها^(١٢).

(١٠) انظر: الموقع الإلكتروني faculty.ksu.edu.sa/183 page

(١١) انظر في هذا المعنى: د. الأحمد عبد الحميد - المرجع السابق صفحة ٥٤ وما بعدها.

(١٢) انظر في هذا المعنى: د. الأحمد عبد الحميد - المرجع السابق - صفحة ٥٥ وما بعدها.

ولكن هل استسلمت أمريكا لهذه السيطرة البريطانية؟

بالطبع لا، فقد قامت أمريكا بعمل أنابيب ضخمة يعبر النفط داخلها تصل مناطق بشواطئ البحر المتوسط لمواجهة الأسواق الاستهلاك الأوروبي، وكان الأمريكيون قد باشروا دراسة هذا المشروع سنة ١٩٤٣ قبل ظهور التحديات الإنجليزية أمامهم، وكان المشروع يقضي بأن تمتد أنابيب النفط بطول ١٧٥٠ كم لتختصر ثلث المسافة، ويتم وصول ٤١ مليون لتر من النفط عبر هذه الأنابيب إلى حوض البحر المتوسط بواسطة شركة متفرعة عن شركة أرامكو، مما يوفر المرور بقناة السويس، وكان وصول النفط السعودي عبر أنابيب النفط إلى شواطئ البحر المتوسط ضربة قاسمة لإنجلترا، وهكذا انقلبت المواجهة بين إنجلترا وأمريكا إلى مواجهة بين أنابيب النفط الأمريكية وناقلات النفط العملاقة الإنجليزية^(١٣).

ولكن التساؤل المثار هو: من أين ستمم الأنابيب النفطية؟

وبهذا انتقلت المعركة بين إنجلترا وأمريكا إلى الدول التي لا بد أن تمر الأنابيب بها، فكان يجب المرور بشرقي الأردن للوصول إلى شواطئ فلسطين المطلة على البحر المتوسط، وكان الوضع في فلسطين غير آمن ومتدهور؛ فصرفت أمريكا النظر عن فلسطين وغيّرت اتجاه سير الأنابيب من الأردن إلى سوريا، ثم إلى لبنان في صيدا، وبدأت السياسة الإنجليزية تحاول عرقلة طريق هذه الأنابيب النفطية بمشاركة سياسية وإدارية مع الدول التي ستمر بها الأنابيب، لكسب الوقت، ولكن جاءت الرياح بما لا تشتهي السفن لإنجلترا، حيث حدث انقلاب عسكري في سوريا من حسني الزعيم عام ١٩٤٩، وهو ما فتح الطريق أمام النفط السعودي إلى لبنان ليصل إلى شاطئ البحر المتوسط لمواجهة أوروبا، وفي ذات العام حدث انقلاب آخر في سوريا من العقيد سامي الحناوي والذي كان أول عمل قام به هو رفض المصادقة على الاتفاق الذي وقعه حسني الزعيم، والذي سمح لأنابيب النفط السعودي بالمرور، ولم يمض وقت طويل على ردة الفعل الإنجليزية، ففي ذات العام استولى الجيش السوري على الحكم بقيادة أديب الشيشكلي والذي فتح طريق سوريا من جديد أمام النفط السعودي وبذلك تكون إنجلترا خسرت اللعبة^(١٤).

(١٣) انظر في ذلك: الطريقي عبد الله - مجلة أخبار البترول والمعادن - العلاقات العامة بوزارة الثروة المعدنية السنة الأولى - العدد الخامس - منظمة الدول المصدرة للبترول ١٣٨١هـ - صفحة ١٥.

(١٤) انظر في هذا المعنى: د. الأحمد عبد الحميد - المرجع السابق - صفحة ٥٩ وما بعدها.

ومن ناحية المملكة العربية السعودية فقد حصلت في عام ١٣٧٠هـ / ١٩٥٠م بعد مباحثات جادة على اتفاقية مناصفة الأرباح من شركة أرامكو تحت مظلة الاتفاقية الرئيسية، وبذلك لم يعد دخل المملكة رهناً بما تنتجه شركة أرامكو من براميل البترول ولكن بما تحققه الشركة من أرباح، وفي عام ١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م واستثماراً للمتغيرات الدولية آنذاك أصبحت المملكة شريكة في كل عمليات أرامكو وموجوداتها بنسبة ٢٥٪، وفي العام التالي ومع بداية الطفرة البترولية بالسعودية ارتفعت حصة المملكة إلى ٦٠٪ وأخذت هذه الحصة في الزيادة حتى أصبحت عام ١٤٠١هـ / ١٩٨٠م (١٠٠٪) واستمرت أرامكو في تشغيل حقول البترول وإدارتها نيابة عن الحكومة حتى عام ١٤٠٩هـ / ١٩٨٨م عندما تم تأسيس شركة الزيت العربية السعودية (أرامكو السعودية) بموجب مرسوم ملكي لتتولى جميع المهمات الإنتاجية والإيجارية والتشغيلية والتسويقية التي كانت تضطلع بها أرامكو الأمريكية^(١٥).

ومن خلال تتبع سير العلاقة بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو في الفترة من ١٩٣٣ إلى ١٩٩٣ نجد أن العلاقة بينهما كانت تتسم بالتفاهم والتعاون، خصوصاً أن الشركة أوفت بالتزاماتها من خلال تنفيذها لبنود الامتياز السعودي، ونظراً لهذه العلاقة، فقد حرصت الشركة على مبدأ توظيف السعوديين في الشركة؛ إيماناً منها بأن توظيفهم يحتل جانباً اجتماعياً طيباً بالنسبة لحكومة المملكة وشعبها، إضافة إلى نص المادة الثالثة والعشرين من اتفاقية الامتياز بين السعودية وشركة أرامكو التي نصت على أن تستخدم الشركة على قدر الاستطاعة والإمكان رعايا الحكومة العربية السعودية، وطالما كان بإمكان الشركة إيجاد موظفين لائقين من رعايا الحكومة العربية السعودية؛ فإنها لا تستخدم رعايا أية حكومات أخرى^(١٦).

المبحث الثاني

ماهية حقوق التنقيب عن النفط والنظام القانوني

للملكية الثروة النفطية

تمهيد:

نظراً لما يتمتع به النفط من أهمية كبيرة على الصعيد الدولي والعالمي؛ لذا فقد خصصنا هذا المبحث لعرض مدى ملكية الثروة النفطية، هل هي للأشخاص ملاك الأراضي المكتشف فيه النفط؟ أم هي للدولة أم مناصفة أو مقسمة بينهما؟

(١٥) القرني سعد بن سعيد - المرجع السابق - صفحة ٦٩.

(١٦) رؤية الباحث وتحليله.

وسنقوم بعرض ملكية الثروة النفطية في القوانين الوضعية ممثلة في النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني، فالممثل للنظام اللاتيني من العرب مصر ومن الغرب فرنسا، أما الممثل للنظام الأنجلوسكسوني، فهما الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا، وبعدها ملكية الثروة النفطية في المملكة، ونتم ذاك المبحث ببيان حقوق وواجبات الدول في امتياز النفط.

ووفقاً لهذا سنقوم بعرض هذا المبحث في ثلاثة مطالب كالتالي:

المطلب الأول: ملكية الثروة النفطية في القوانين الوضعية.

المطلب الثاني: ملكية الثروة النفطية في المملكة.

المطلب الثالث: الحقوق والواجبات في امتياز النفط.

المطلب الأول

ملكية الثروة النفطية في القوانين الوضعية

لقد اختلفت التشريعات الوضعية في مدى ملكية الثروة النفطية، فمنها من قصره على الدولة كالدول العربية، ومنها السعودية ومصر وغيرها، ومنها من أعطى الملكية لمالك الأرض بشروط معينة، هذا ما نتعرف عليه في هذا المطلب ولكن بعد تعريف الملكية وأركانها.

أولاً - تعريف الملكية وأركانها:

إن الملكية هي نسبة إلى الملك والملك حيازة الشيء حيازة تمكن الحائز من التصرف فيه والانتفاع به بوجه الاختصاص، وهو لا يختص بالأموال، بل يشمل المنافع والحقوق وهما لا يعتبران أموالاً عند علماء الحنفية^(١٧) وإذا تعلق الملك بالأموال سُمي ملكاً تاماً؛ لأنه يجعل لصاحبه حق التصرف فيه فيما يملكه، بلا فرق بين أن يكون المالك مختصاً وحده بما تصرف فيه أو شريكاً لغيره ما دام نصيبه معلوماً، وإذا تعلق الملك بالمنافع أو الحقوق سمي ملكاً ناقصاً؛ لأنه لا يكون لصاحبه حق التصرف فيه.

كما عُرِفَ الملك في كتاب: (فتح القدير) بأنه: القدرة على التصرف ابتداءً إلا

(١٧) انظر: المعاملات في الشريعة الإسلامية - د. أحمد أبو الفتح - الجزء الأول - الطبعة الأولى

- سنة ١٩١٣م - صفحة ٣٣.

لمانع، وهو بهذا يجعل من ينوب عن غيره في ملك التصرف غير مالك، لأنه لا يقدر على التصرف ابتداءً، بل يقدر عليه بقدرة المالك^(١٨).

أما عن أركان حق الملكية فقد قسمت إلى ثلاثة أقسام: هي حق الاستعمال، وحق الاستغلال، وحق التصرف.

أما حق الاستعمال، فهو استخدام الشيء فيما هو قابل له، أو فيما أعد له حسب اتجاه المالك ورغبته بالحصول على منافعه.

وأما حق الاستغلال، فهو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار، أو منتجات الشيء أو ما يدره من غلة بالطريقة التي يختارها المالك^(١٩).

وبالنسبة لحق التصرف فهو ينطوي على جميع أعمال التصرف، فللمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً قانونياً أو مادياً، والتصرف القانوني هو أن يبرم جميع الأعمال القانونية التي من شأنها أن تؤدي إلى زوال حقه كلياً أو جزئياً، وذلك بأن تخرجه نهائياً من ذمة مالكه الحالي كالبيع والهبة، وذلك بنقل ملكية الشيء إلى الغير أو تخليه لمصلحة الغير عن جزء من حقوقه المقررة على الشيء، كأن يترتب على الشيء حق انتفاع أو استغلال، أما عن التصرف المادي فهو الذي يؤدي إلى إعدام الشيء أو التغيير فيه، فإذا تركزت هذه السلطات الثلاث في يد شخص واحد، استقرت له الملكية كاملة على الشيء، وأصبح من حقه أن يستأثر بكل مزاياه وأن يقضي عنه ما عداه، أما إن تولى المالك عن إحدى هذه السلطات، أو عن بعضها لشخص آخر نقص سلطانه على الشيء بالقدر الذي تركه، وأصبح من حق من آلت إليه هذه السلطة أن يستعملها بذات القدر التي كانت مقررة للمالك^(٢٠).

وبعد عرضنا لتعريف الملكية وأركانها سنقوم بعرض ملكية الثروة النفطية في القوانين الوضعية في كل من مصر والولايات المتحدة وفرنسا.

ثانياً - ملكية الثروة النفطية في مصر:

لقد حرصت الدساتير المصرية بالنص على حق الدولة في ثروات الموارد الطبيعية، فقد نصت المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ على أن (كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهورية

(١٨) انظر: د. مذكور محمد سلام - الأموال والعقود - طبعة سنة ١٩٥٩م - صفحة ٢٧٣

(١٩) انظر: د. فرج توفيق - الحقوق العينية الأصلية - طبعة ١٩٨١ - دار النهضة - صفحة ٦٩.

(٢٠) انظر: سعيد عبد الرحيم محمد - رسالة دكتوراه - النظام القانوني لعقود البترول - جامعة القاهرة - دون سنة طبع - صفحة ٢٦ وهامش ١، ٢.

عامة وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون)، وهذه المادة يفهم منها ملكية الدولة على الثروة الطبيعية - التي منها الثروة النفطية - كما نصت المادة ٢٦ من دستور عام ١٩٥٦ على أن: (الثروات الطبيعية سواء في باطن الأرض أو في المياه الإقليمية وجميع مواردها ملك للدولة، وهي التي تكفل حسن استغلالها مع مراعاة مقتضيات الدفاع الوطني والاقتصاد القومي) ونصت المادة ٩٨ من ذات الدستور على أن: (ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، كما نصت المادة ٩٩ على أنه: (لا يجوز منح احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدود)^(٢١). وعلى الرغم من ذلك فإن دستور مصر الصادر في ١١/٠٩/١٩٧١م والمجرى عليه بعض التعديلات يفقد النص الصريح الخاص بملكية الدولة لثرواتها الطبيعية وإن كان قد نص في المادة ٣٠ منه على أن: (الملكية العامة هي ملكية الشعب) كما أورد في المادة ١٢٣ منه (يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة)^(٢٢). كما جاء دستور ٢٠١٤ خالياً من نص صريح يبين حق الدولة في تملك ثرواتها الطبيعية بمختلف مشتقاتها.

إنّ المفهوم الضمني لهذه المواد هو حق الملكية والسيادة للدولة على ثرواتها الطبيعية، لهذا قد أجازت بقانون منح الالتزامات المتعلقة باستغلال الثروة البترولية، وإن كان من الأفضل النص الصريح على ذلك كما نصت الدساتير السابقة.

أما على صعيد القوانين فقد اعتبر المشرع المصري المواد النفطية - البترولية - الواقعة في الأراضي المصرية ومياهاها الإقليمية من الملكية العامة، وليست ملكاً خاصاً وتكون الدولة صاحبة الولاية العامة عليها بكونها من الملكية العامة، والدولة في ولايتها لهذه الثروة نائبة عن شعبها تلزم إزاءه بألا تبدها هباءً، وأن تحافظ على مصالح الشعب المتمثلة في ثرواته البترولية، وتأسيساً على ذلك تكون الدولة وحدها صاحبة الحق في استغلال تلك الثروات، وإذا ما رخص للغير القيام بهذا الحق، فإن هذا الترخيص يجب أن يمنح بقانون، بل وأي تعديل في شروط العقد لا يتأتى إلا بقانون تصدره الدولة صاحبة الولاية^(٢٣).

(٢١) انظر: د. علام سعد - التشريعات البترولية للدول العربية - منطقة الخليج - الدوحة - قطر ١٩٧٨ - صفحة ١٨٨٧ وما بعدها.

(٢٢) انظر: المادة ٣٠ من دستور ١٩٧١ والمادة ١٣ من ذات الدستور.

(٢٣) انظر: القرار الجمهوري (بمصر) رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز - الجريدة الرسمية - العدد ١٥ في ١٩/٦/١٩٥٨.

وترتيباً على كل ما سبق يتبين مفهوم ملكية الثروات النفطية في جمهورية مصر العربية، وتتمثل الملكية في السيطرة على مقدرات النفط في الدولة، والتي تضمن الاحتياطي المخزن ما ظهر منه وما بطن، وإنتاج هذا الاحتياطي الخام، ويتضمن أيضاً ملكية الفائض الذي يعد للتصدير، وأيضاً ملكية رأس المال الذي يشغل في النشاط البترولي، وملكية معامل التكرير، وملكية التوزيع وأسطول النقل والأنابيب المعدة لنقله، وتمتد الملكية للبترول من مرحلة البترول المنتج إلى آخر مراحل البيع وحلقاته في البلاد المستهلكة في حال تصديره^(٢٤).

ثالثاً - ملكية الثروة النفطية في الولايات المتحدة الأمريكية:

إن النظام الخاص بملكية الثروة النفطية في الولايات المتحدة يختلف عن نظيره في مصر، فتعود حقوق المعادن في الولايات المتحدة لملكي الأراضي المنتجة للنفط، وقد وضع النظام القانوني للثروات النفطية في الولايات المتحدة ذلك حماية للملاك من جيرانهم؛ لكون زيت النفط قد ينساب بحرية في جوف الأرض من تحت أرض يملكها أحد الأفراد إلى تحت أرض يملكها فرد آخر، دون أن يرى ذلك أحد، ولهذا فقد قررت المحاكم الأمريكية منذ عام ١٨٦٧ أن النفط مثله مثل الحيوانات البرية الهائمة على وجهها يخصان من يضع يده عليهما أولاً، وهكذا نشأ لديهم ما يعرف بقانون الغنم أو السيطرة^(٢٥).

وذلك لأن ملكية الثروات النفطية في الولايات المتحدة الأمريكية ترتبط بملكية الأرض نفسها، وكانت تتدخل الحكومة الأمريكية بتنظيم حقوق التعدين كوسيلة قانونية لحماية مالك السطح وهم ملاك الأراضي المنتجة للنفط، وبذلك فإن النظام الأمريكي ينفرد من بين البلدان الرئيسة المنتجة للنفط في أن ملكية معظم مكامن النفط تعود إلى الأفراد، وهذه القاعدة كان لها أهمية أساسية في تطور صناعة النفط في أمريكا، وفي تقرير القواعد التي يتضمنها النظام القانوني التي تخضع له وسائل استغلال النفط على أثر التسابق على الإنتاج دونما قيود على هذا الاستغلال، وسواء سحب هذا النفط من باطن أرضه أو من أرض جيرانه، مما هدد الجيران بفقدان ما يقع تحت سطح أرضهم من نفط ما لم يسارع صاحب الأرض بعمل المثل، مع دفع الحكومة الفيدرالية وحكومة الولايات بالتدخل في سن التشريعات اللازمة للمحافظة على الحقوق

(٢٤) انظر: سعيد عبد الرحيم محمد- رسالة دكتوراه - المرجع السابق - صفحة ٣٤ وما بعدها.

(٢٥) انظر: د. لفجوي والاس- أستاذ الاقتصاد الأمريكي بجامعة منودست تكساس - بحث النواحي الاقتصادية للمحافظة على المواد البترولية - مؤتمر البترول العربي السادس - بغداد - ١٩٦٧.

النفطية وتنظيمها، وقد ظهرت بواذر الهيكل القانوني لاستغلال النفط الخام الأمريكي في صورة رخصة يمنحها صاحب الأرض لشركة أو فرد ليقوم باستغلال وإنتاج النفط مقابل إتاوة تعادل ١/٨ الإنتاج عادة، أو إتاوة مع دفع مكافأة في شكل مبلغ مقدم من المال، وكانت هذه الرخص أو العقود تنص على سقوط حق الاستغلال إذا لم يبدأ المشغل دق الآبار في خلال فترة زمنية قد تصل إلى عامين، أو إذا اكتشف النفط الخام في أرض الجار وتأخر صاحب الاستغلال عن استغلالها^(٢٦).

رابعاً - ملكية الثروة النفطية في بريطانيا:

وعلى الرغم من أن إنجلترا من الدول الآخذة بالنظام الأنجلو سكسوني، إلا أن نظامها يختلف كثيراً عن الولايات المتحدة الأمريكية، إحدى ضلوع هذا النظام، ففي بداية الأمر كانت الطبقة الأرستقراطية في إنجلترا مالكة للأرض، وكان لها الغلبة الفعلية على الحكومة فلم تقع تفرقه بين ملكية سطح الأرض وباطن ثرواتها، ومن ثم فإن مالك الأرض كان هو مالك باطن ثرواتها، وعندما كان مالك الأرض يمنح حق استغلال باطن ثرواتها إلى مستغل آخر لها، فإنه كان يحصل على إتاوة نظير ذلك، وكانت هذه الإتاوة تدفع إما نقداً أو عيناً، ولقد تبني القانون الإنجليزي هذا المفهوم لملكية الثروات النفطية، ولكن بريطانيا هجرته عندما أصدرت قانون النفط سنة ١٩٣٤م والذي جعل من التاج البريطاني مالكاً لرواسب النفط والغاز الطبيعي، ثم جاء قانون عام ١٩٦٤م بشأن الجرف القاري فنص على ملكية التاج لقاع البحر وما تحت القاع في مناطق الجرف القاري المحيطة بالمملكة، وهكذا هجرت إنجلترا نظرية حق مالك الأرض ملكية ما في باطنها من النفط، وتبنت النظرية التي تقر للدولة وحدها حق ملكية الأراضي المحتوية على نفط، وهي النظرية السائدة الآن في غالبية الدول المنتجة للنفط وتسمى نظرية الريع^(٢٧).

المطلب الثاني

حقوق (المملكة) على مصادر الثروة النفطية

سنقوم في هذا المطلب بعرض لحقوق المملكة العربية السعودية بشأن مصادر الثروة النفطية؛ أي سندرس ونتعرض لملكية الثروة النفطية في المملكة بعد تعرضنا لها في المبحث الماضي في القوانين الوضعية والشرعية الإسلامية.

(٢٦) انظر: د. خليل مصطفى- تطور الصراع ذو السيطرة على البترول - الكتاب الأول القاهرة - ١٩٧٠ صفحة ٤٥، ٢٨٨

(٢٧) انظر: سعيد عبد الرحيم محمد- رسالة دكتوراه - المرجع السابق - صفحة ٤٥ - Gorge Vedel. Driot Administratux, Paris 1968, p 204-212 et p.207-208.

ولعلنا نتعرض أولاً لنشوء الملكية وقواعد ملكية الأرض، ثم لملكية علو الأرض وسفلها وما في باطنها.

أولاً - نشوء الملكية وقواعدها في المملكة:

لقد احترمت المملكة ونظامها الملكية الفردية للأرض ولم يمسوا بحق المالك في أرضه، ولكنهم حفظوا للدولة حقها في الامتلاك من أجل المنفعة العامة - أي نزع الملكية من أجل المنفعة العامة - وذلك يستخلص من الاتفاق المعقود بين الحكومة بالمملكة العربية السعودية، وشركة خط الأنابيب عبر البلاد العربية والذي تنص المادة السادسة عشرة منه على:

- تخصص الحكومة للشركة بدون مقابل أو إيجار لفترات لا تزيد على مدة هذا الاتفاق الأراضي الحكومية التي توافق الحكومة على أنها لازمة لأغراض المشروع، على أن يدفع تعويض معقول في حالة إخراج المستأجر من أراضي مزروعة، وهذا التعويض يجب أن يكون عادلاً.....

- تستأجر الأرض التي يقتضيها المشروع، والتي لا تخص الحكومة بالاتفاق عليها بين الشركة وأصحابها، وإذا لم يتم الاتفاق ورأت الحكومة أن استملاك هذه الأراضي لازم لأغراض المشروع فتستملكها على نفقة الشركة، وتسجل الأراضي التي استمكتت جبراً باسم الحكومة وتؤجر للشركة بإيجار اسمي لمدة لا تتجاوز مدة الاتفاق).

ويتبين من هذا الاتفاق أن:

١ - احتفاظ الدولة بحقها في الاستملاك لقاء تعويض تدفعه للمالك ثمناً لنزع الملكية الذي يتم للمنفعة العامة.

٢ - نزع الملكية يتم لقاء تعويض، ولو كان لأجل المنفعة العامة.

٣ - التفريق بين ملكية الأرض وإشغالها وتأجيرها، ومن ثم فإن شاغل الأرض ليس بالضرورة مالكها، ولكن نزع الإشغال ينشئ حقاً بالتعويض.

٤ - التفريق بين أملاك الدولة وأملاك الفرد.

٥ - فيما يتعلق بما وضعت عليه الدولة يدها بعد أن كانت مباحة تخضع لقاعدتين: الأولى: من أحيا أرضاً مواتاً فهي ملك له.

الثانية: اشتراط إحياء الأرض أو استثمارها ثلاث سنين على الأقل لتحويل

الملكية نهائياً^(٢٨). وقد وصف قانون نظام توزيع الأراضي البور بأن هذه الأراضي هي الأراضي المنفي عنها حقوق الملكية، والتي ليست محل للمنازعة والخالية من الحقوق سواء حق الملكية أو الحقوق الأدنى منها، ثم يشترط لتمليكها الآتي:

- ١ - أن تثبت الجدوى الاقتصادية من استغلالها، وتعطي الأفضلية لمالك الأرض المجاورة للأرض موضوع التوزيع، ثم يأتي الحق للعائلة الأكثر عدداً من الذين يعملون في الزراعة، ثم للمتفرغ للزراعة، ثم من لا يمتلك أرضاً.
- ٢ - أن تكون خارج حدود العمران ومساحة كل الأرض لا تقل عن ٥ هكتار ولا تزيد على ١٠ هكتار.
- ٣ - يجب على من يصدر لصالحه قرار التوزيع أن يستثمر الأرض خلال المدة التي يحددها قرار منحه الاستثمار.
- ٤ - إذا ثبت الاستثمار في نهاية المدة المقررة له يجرى تمليك الأرض، وإلا استعيدت.

ثانياً - ملكية علو الأرض وسفلها وما في باطنها:

لقد خالف التشريع السعودي ما هو مستقر عليه في الفقه، فالفقه مستقر على أن ملكية الرقبة مرتبطة بملكية علو الأرض وسفلها، عدا ما في باطن الأرض من معادن وكنوز، أما التشريع السعودي جاء مغايراً لكل ذلك، حيث فصل بين ملكية الرقبة من جهة وملكيتها علو الأرض وسفلها من جهة أخرى، وملكيتها ما في باطن الأرض من معادن وكنوز وثروات من جهة ثالثة، وذلك حين قسمهم للآتي:

- ١ - ملكية سطح الأرض: حيث جعل ملكية سطح الأرض وحده مرتبطاً بملكية الرقبة، ومن ثم فهو موضوع حماية وتعويض، بحيث إذا نزعت الملكية يحصر التعويض بسطح الأرض فقط دون علوها أو سفلها.
- ٢ - ملكية سفل الأرض وعلوها: لقد جعل المشرع ملكية سفل الأرض وعلوها للدولة دون مالك سطح الأرض.
- ٣ - ملكية ما في باطن الأرض من كنوز ومعادن وثروات نفطية وغيرها للدولة،

(٢٨) انظر: الاتفاق المعقود بين المملكة العربية السعودية وشركة خط الأنابيب عبر البلاد العربية المؤرخ ٢٢ شعبان ١٣٦٦ هـ والمصادق عليه بالمرسوم الملكي في ٢ محرم ١٣٦٩ هـ (المادة ١٦).

وليس لمالك الرقبة - مالك سطح الأرض المكتشف فيها الثروات - حقوق فيها، بل حقوقه محصورة في السطح فقط، وهذا ما نص عليه كل من المذهب الحنبلي والمالكي، وكذا أغلب الاجتهاد في الفقه الذي ذهب إلى أن الكنوز التي في باطن الأرض هي للمسلمين أمرها للإمام الحاكم يستغلها في مصالح المسلمين، أو يقطعها لمن يشاء من المسلمين نظير مال يصرف في مصالحهم أو بالمجان إذا رأى المصلحة في ذلك، وإذا قطعها فلا يجوز له إقطاعها إقطاعاً تملكياً، بل انتفاعاً لمدة معينة أو مدى الحياة^(٢٩).

وقد اتضح ذلك من خلال اتفاقية امتياز استخراج النفط الموقعة بين كل من المملكة العربية السعودية وشركة ستاندرد أويل أوف كاليفورنيا في ٤ صفر ١٣٥٢هـ الموافق ٢٩ مايو ١٩٣٣م والمصادق عليها بالمرسوم الملكي ١٣٣٥ سنة ١٩٣٣ في مادتها الخامسة والعشرين على ما يلي:

(تفوض الحكومة الشركة في الحصول من مالك الأرض على الحقوق السطحية من الأراضي التي ترى الشركة ضرورة استعمالها في أعمالها المتعلقة بهذا المشروع، على شرط أن تدفع الشركة لشاغل الأرض بدل تخليه عن استعمال تلك الأراضي). ونصت المادة الأولى من ذات الاتفاقية على أن:

(تمنح الحكومة للشركة بمقتضى هذه الاتفاقية ووفقاً للشروط الآتي بيانها والخاصة بالمساحة المحددة أدناه الحق المطلق لمدة ستين سنة، تبتدئ من تاريخ سريان مفعولها للتحري والتنقيب والحفر واستخراج ومعالجة وصنع البترول والإسفلت والنفط والشحوم الطبيعية والسوائل الكربونية الأخرى.....)^(٣٠).

كما نص قانون المعادن السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٣ أن: (تعتبر ملكاً للدولة وحدها جميع الرواسب الطبيعية للمعادن، أيّاً كان شكلها أو تركيبها سواء أكانت في التربة أم تحتها، ويشمل ذلك إقليم الدولة البري والبحري)^(٣١).

(٢٩) انظر: الخفيف علي - الملكية في الشريعة الإسلامية - الجزء الثاني - المرجع السابق - صفحة ١٤٦.

(٣٠) انظر: المادتين ١، ٢٥ من الاتفاقية المبرمة بين المملكة العربية السعودية وشركة ستاندرد أويل أوف كاليفورنيا المصادق عليها بالمرسوم الملكي ١٣٣٥ لعام ١٩٣٣.

(٣١) انظر: مادة ١ من قانون المعادن السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٤٠ سنة ١٩٦٣ والمنشور في جريدة أم القرى في العدد رقم ١٩٥٧ لعام ١٩٦٣.

وقد جاء تأكيداً لذلك نص المذكرة الإيضاحية المرفقة بالقانون الخاص بالمعادن سالف الذكر بقولها:

(.....لقد أعطى القانون ملكية الدولة للمعادن أيّاً كان شكلها أو تركيبها، سواء أكانت في التربة أم تحتها؛ لأن الدولة هي الأمانة على الثروة العامة والمسؤولة عن رعاية عناصر الدخل القومي، فربط ملكية المعادن بملكية السطح يترتب عليه تجزئة ملكية المعادن تبعاً لتجزئة ملكية السطح وهذا يؤدي إلى سوء استغلال المعادن، بل وتعذر استغلالها في بعض الفروض، أو أنه يترك أمر استغلال تلك المعادن معلقاً على رغبة مالك الأرض وإرادته (السطح)، حين يقضي حسن الاستغلال رسم سياسة عامة تشجع أصحاب رؤوس الأموال وتطمئنهم على استثمارها، والحق أن الملكية الفردية للسطح لا يمكن أن تبرر سواءً من الناحية التاريخية أو الفلسفية إلحاق ملكية المعادن والزيوت بها.... ونظام التعدين هو منشئ للحقوق بطبيعته أكثر منه مقررّاً لها، ولهذا كان لزاماً أن نفرق بين ملكية السطح وبين ملكية المعادن، كذلك فإن اعتبار المعادن مالاّ لا مالك له يؤدي إلى إضعاف رقابة الدولة على استغلالها، ويجعلها من حق كل مكتشف يدعي ملكيتها بغض النظر عن كفاءته الفنية والمالية، وفي هذا ما فيه من إضرار بثروة قومية من الدرجة الأولى.

وعلى الرغم من أن هذا النظام محصور بالمعادن، وقد استثنى البترول من أحكامه، إلا أنه حدد وعرف المبادئ العامة لملكية الأرض أو الثروات التي في باطنها، وهو ينطبق على البترول كما ينطبق على المعادن وعلى أية ثروة في باطن الأرض^(٣٢).

وبهذا ينجلي التقسيم الثلاثي لملكية سطح الأرض وعلوها وسفلها وما في باطنها من خلال الاتفاقية المبرمة بين المملكة وشركة ستاندرد أويل أوف، وكذا قانون المعادن بالمملكة وأخيراً المذكرات الإيضاحية، وهو ما لا يدع مجالاً للشك من هذا التقسيم، كما يتضح معه الأهمية والدور العظيم الذي تقوم به القوانين السعودية، ويتميز القانون السعودي فيما يتعلق بما في باطن الأرض بقدرته على الحفاظ على ثرواته بشكل أقوى من غيره من الأنظمة.

المطلب الثالث

الحقوق والواجبات في امتياز النفط

إن كافة العقود والاتفاقيات النفطية تتضمن منح حامل الامتياز العديد من الحقوق، حتى تمكنه من ممارسة العمل في المناجم النفطية، دون تدخل من الدول

(٣٢) انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المعادن السعودي المذكور سلفاً.

المنتجة أو صاحبة الأرض، كما تتضمن هذه العقود والاتفاقيات النص على حقوق الدولة - الدولة صاحبة الأرض أو المضيفة - نظراً لمليتها للمناجم النفطية التي يتم التنقيب فيها، ولذا سيتم عرض هذا المطلب في الشكل التالي، أولاً: حقوق الشركة أو الطرف حامل الامتياز، ثم ثانياً: حقوق الدولة المضيفة أو المنتجة أو صاحبة الأرض.

أولاً - حقوق الشركة حاملة الامتياز:

إن الاتفاقيات النفطية تبرم بغرض استكشاف مناجم وحقول النفط في منطقة معينة، ومن ثم إنتاجه وإعداده للتجارة الدولية، ولذا فإنه يتعين على اتفاقيات النفط أن تكفل للشركة المستثمرة أجنبية أو وطنية (صاحبة الامتياز) الحقوق التي تعينها في تحقيق هذا الغرض، ولهذا سنعالج حقوق الشركة حاملة الامتياز في نقاط متتالية:

١ - حق البحث والاكتشاف والإنتاج:

إن اتفاقيات النفط تكفل للشركة صاحبة الامتياز حقوقاً في البحث والحفر، من أجل اكتشاف وإنتاج النفط داخل منطقة الامتياز ذلك طوال مدة الاتفاق، وتمنح غالبية الاتفاقيات للشركة صاحبة الامتياز - الشركة المستثمرة - هذه الحقوق الثلاثة متلازمة، بينما تمنح بعض الاتفاقيات الحديثة هذه الحقوق على مرحلتين متتاليتين، فتتحول في المرحلة الأولى الحق المطلق في الاستكشاف والحفر في منطقة الامتياز لمدة قصيرة نسبياً، مع تعهد الدولة المضيفة بأن تمنح هذا الحق لمدة أطول ابتداء من مرحلة اكتشاف النفط بكميات تجارية^(٣٣)، ويكشف لنا ذلك على سبيل المثال الاتفاقية التي أبرمتها المملكة العربية السعودية مع الشركة اليابانية في عام ١٩٥٧م، من أن الاتفاق يتضمن اتفاقيتين مختلفتين، الأولى مدته سنتان، ويطلق عليه رخصة بحث وتنقيب، ويتضمن النص على حقوق مطلقة لصاحب الامتياز في البحث والحفر لاكتشاف النفط في منطقة الامتياز، والآخر مدته أربعون عاماً ويطلق عليه عقد امتياز استغلال، ويتضمن النص على تعهد الدولة المضيفة بمنح صاحب الامتياز الحق المطلق في إنتاج النفط من منطقة الامتياز إذا اكتشف النفط خلال المدة المحددة في رخصة البحث والتنقيب، وينسحب ذلك أيضاً على اتفاقيات الامتياز الأخرى التي تنص بصفة عامة على حق الدولة المضيفة في إنهاء الاتفاق إذا لم يتم تنفيذ عمليات استكشاف وحفر معينة خلال المدة المحددة في الاتفاقية، ولذلك فإنه بمجرد اكتشاف النفط وتنفيذ عمليات البحث والحفر المحددة في الاتفاق خلال الأجل المضروب؛ لذلك

(٣٣) انظر: الاتفاقية المبرمة بين المملكة والشركة اليابانية لعام ١٩٥٧م.

فإن صاحب الامتياز يخول طوال مدة الاتفاق الحقوق المطلقة في استغلال واكتشاف وإنتاج النفط في منطقة الامتياز^(٣٤).

ومن الطبيعي أن يواكب حق صاحب الامتياز في البحث والاكتشاف والإنتاج حقه في استخدام سطح الأرض، وتعترف اتفاقيات النفط لصاحب الامتياز بهذا الحق بالقدر الذي تتطلبه عملياته، كما تخول بعض الاتفاقيات صاحب الامتياز الحق في ملكية الأراضي المملوكة ملكية خاصة لأحد الأشخاص، على أن يقوم بالاتفاق مع مالك الأرض على قدر التعويض وقيمتها، وفي حالة عدم بلوغ هذا الاتفاق تسهم الدولة المضيفة في تحقيق ذلك بأن تكتسب الأراضي الخاصة التي يحتاجها صاحب الامتياز لتنفيذ عملياته باعتبارها لازمة للمنفعة العامة ووضعها تحت تصرف صاحب الامتياز^(٣٥).

وندلل على ذلك بالاتفاقية المبرمة بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو سنة ١٩٣٣م بنصها على أنه:

(تفوض الحكومة الشركة في الحصول من أي شاغل للأرض على الحقوق السطحية من الأراضي التي ترى الشركة ضرورة لاستعمالها في أعمالها المتعلقة بهذا المشروع، على أن تدفع الشركة لشاغل الأرض مقابلاً لتخليه عن استعمال تلك الأراضي، أما المبلغ الذي تدفعه له فيجب أن يكون عادلاً ومبنياً على أساس المنفعة التي يحصل عليها شاغل الأرض منها، وتقدم الحكومة للشركة كل مساعدة معقولة في حالة وقوع صعوبات ناشئة عن الحصول على حقوق شاغل سطح الأرض، وبطبيعة الحال لا يحق للشركة أن تحصل على المواقع المقدسة ولا أن تشغلها.....)^(٣٦).

ويتبين من ذلك أن حقوق صاحب الامتياز، فيما يتعلق باستخدام سطح منطقة الامتياز والأراضي التي تقع خارج هذه المنطقة تختلف من حيث النوع والمدى حسبما تتطلبه عمليات الاستغلال التي يقوم بها، وتمنح هذه الحقوق فقط للأغراض وللمدى الذي تتطلبه هذه العمليات، ولهذا فهي من جانب على خلاف عمليات

(٣٤) انظر: د. باخشب عمر أبو بكر- نظام البترول (المفاهيم القانونية على المستوى الوطني والدولي مع إشارة خاصة لموقف المملكة من تلك المفاهيم القانونية) - دار حافظ- طبعة ١٤١٥ هـ/ ١٩٩٥م - صفحة ٥٢.

(٣٥) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد- النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٥م - صفحة ٣١ وما بعدها.

(٣٦) انظر: مادة ٢٥ من الاتفاقية المبرمة بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو سنة ١٩٣٣م.

الاستغلال غير مقيدة بمنطقة الامتياز، ومن جانب آخر لا تعتبر حقوقاً مطلقة وقاصرة على الاستغلال النفطي، بيد أن الأمر يختلف بالنسبة لحقه في استخدام سطح منطقة الامتياز وحتى عند غياب النص الصريح، فإنه يكون للدولة المضيفة الحق في استعمال سطح هذه المنطقة لاستغلال المواد غير الهيدروكربونية، بشرط ألا يتدخل مثل هذا الاستعمال مع الحقوق المطلقة لصاحب الامتياز في استغلال النفط داخل هذه المنطقة^(٣٧).

كذلك فإنه تنفيذاً للعمليات النفطية داخل إقليم الدولة المضيفة تخول كافة الاتفاقات الشركة صاحبة الامتياز الحق في استيراد الآلات والمعدات التي تحتاجها تحقيقاً لهذا الغرض، دون حاجة إلى ترخيص سابق من حكومة الدولة المضيفة، ودون دفع رسوم استيراد ورسوم جمركية، ولكن بشرط عدم إعادة بيعها لمواطني الدولة، بالإضافة إلى هذا فالشركة ملزمة بدفع رسوم جمركية على كل السلع الشخصية والبضائع التي يستوردها مستخدموها لاستعمالهم الشخصي، ويلاحظ أن حق الدولة صاحبة الامتياز في استيراد الآلات والمعدات التي تتطلبها تنفيذ عملياتها، مع إعفائها من رسوم الاستيراد أو الرسوم الجمركية يتفق مع القواعد العامة لتمتع الأجانب بالحقوق المقدرة في القانون الدولي، وهذا الإعفاء كما نلاحظ لا يقتصر على الرسوم النافذة عند إبرام الاتفاقية، وإنما يسري أيضاً على ما سوف يفرض مستقبلاً من رسوم، بحيث يفترض دائماً أن الرسوم الجديدة لن تسري على الاتفاقيات النافذة حتى في غيبة استثناء صريح يحمل هذا المعنى في القوانين التي تفرضها، ولكن يبدو أن هذا النص عديم الأثر بالنسبة للتشريعات والقوانين المستقبلية التي تفرض رسوماً تسري بنص صريح على الاتفاقيات النافذة، ذلك أن المتعاقدين لا يملكان أن يقيدا المشروع في فرض رسوم مستقبلية، وإن كان يظل للشركة صاحبة الامتياز الحق في المطالبة بحماية حقها الذي استمدته من الاتفاقية التي تعفيها صراحة من الرسوم في الحال والاستقبال، ولكن عن طريق حظر التشريعات اللاحقة لما في ذلك من اعتداء على سيادة الدولة، وإنما بتعويض الشركة صاحبة الامتياز عن طريق تحمل الرسوم التي قد تفرضها هذه التشريعات^(٣٨).

ولكن على الرغم من ذلك فإن الشركة حاملة الامتياز لا زالت تلجأ إلى السوق الأجنبية إلى جانب السوق المحلية، وذلك للتزود بالآلات والمعدات الفنية دون السلع

(٣٧) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد - المرجع السابق - صفحة ٣٨ وما بعدها.

(٣٨) انظر: شحاته إبراهيم - معاملة الاستثمارات الأجنبية - القاهرة - ١٩٧٢ - صفحة ٧٤، ٨٥.

الاستهلاكية، وهذا لصعوبة قيام الدولة المضيفة بتصنيع هذه الآلات لتأخرها على صعيد التصنيع، ولكن إن كانت الدولة المضيفة لديها آلات ومعدات، سواء مستوردة من الخارج أو مصنعة بداخلها، وكانت بالمستوى اللازم لقيام الشركة حاملة الامتياز للقيام بأعمالها، فتلتزم الأخيرة باستخدام هذه الآلات، ويمتنع عليها الاستيراد من الخارج أو شراء الآلات من السوق الأجنبية.

ولكن يثور لدينا تساؤل ألا وهو: هل حق الشركة حاملة الامتياز مطلق أم يحده بعض القيود؟

ورداً على ذلك نقول: أنه لا يوجد على الإطلاق حق مطلق نظراً لوجود واجبات وحقوق لصاحب الحق وللمتعاملين معه، فحتى مالك الشيء حقه ليس مطلقاً عليه، فهو مقيد بعدم الإضرار بالآخرين؛ ولذا وضعت قيود على حق الشركة صاحبة الامتياز تتمثل في الاستخدام الأمثل لحقول النفط بلا إضرار بهذه الثروة، وكذا التخلي الإقليمي.

أما فيما يتعلق بالاستخدام الأمثل لحقول النفط فيقصد به أن تبذل الشركة حاملة الامتياز قصارى جهدها في تنمية حقول النفط المكتشفة، وذلك للحد لأقصى الذي يتفق مع السلوك الحسن المتبع في صناعة النفط، كما تستخرج النفط المكتشف بالمعدل الذي يضمن استخراج كافة الاحتياطيات المكتشفة بطريقة اقتصادية، وبأحدث السبل المتبعة في صناعة النفط على أن يراعوا وبصفة عامة تنفيذ كافة العمليات في حفظ الاحتياطي، وتنفيذ كافة العمليات التي يخولها هذا الاتفاق، وتنسحب هذه المعاني المتقدمة والمتعلقة بتطبيق معيار الاستخدام الأمثل لحقل البترول أو النفط أيضاً على العمليات الخاصة بالبحث والحفر^(٣٩).

أما التخلي الإقليمي فهو يشكل شرطاً هاماً ويعد أهم القيود على ممارسة حق الشركة صاحبة الامتياز في البحث والاكتشاف والإنتاج، ولعله إذا كان شرط التخلي وليد شرط مسافة الامتياز التي غطت في بعض الاتفاقيات التقليدية إقليم الدولة كلها، وشرط المدة التي بلغت في هذه الاتفاقيات أيضاً قرابة القرن، فإن تواتر النص عليه في اتفاقيات فترة ما بعد الحرب مع تطوره في الاتفاقيات الحديثة منها يزكي كونه قاعدة مستقرة ومعترف بها من قواعد قانون اتفاقيات الامتياز النفطية، بعد أن خلت قواعد القانون الدولي من تنظيمه أو مجرد الإشارة إليه^(٤٠)، وقد أسهمت هذه القاعدة

(٣٩) راجع: الاتفاق المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية وشركة سفير لعام ١٩٥٨ المادة ١٣/١.

(٤٠) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد - النظام القانوني - المرجع السابق - صفحة ٥١ وما بعدها.

في الحد من الصعوبات التي يواجهها الطرفان عند تحديد وصياغة الالتزامات الخاصة بصاحب الامتياز بالبحث والتنمية، ذلك أن إلزام الشركة صاحبة الامتياز بالتخلي وحصر مجال حقوقها في الإنتاج النفطي من المنطقة المنتجة فعلا يحث صاحب الامتياز على تنفيذ عمليات البحث والتنمية والاكتشاف بشكل واسع، كما يساهم في مساعدة الدولة مانحة الامتياز في إعادة استغلال المناطق المتخلى عليها، إما بنفسها أو بواسطة أطراف أخرى تهتم بهذا النشاط^(٤١).

٢ - الحق في ملكية النفط وإعداده للتجارة:

إن القانون الدولي لا يفرض على الدولة المضيفة - مانحة الامتياز - أي التزام قانوني بتمكين الشركة الأجنبية صاحبة الامتياز من ملكية النفط المنتج داخل إقليمها، بل إنه على خلاف ذلك يعترف لكل دولة بحرية واسعة في تنظيم ملكية النفط واستغلاله وتسويقه داخل هذا الإقليم، وبحقها في وضع ما تشاء من قواعد وقيود، دون أن يكون في ذلك إخلال بقواعد القانون الدولي^(٤٢).

وهذا ما أكدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في العديد من قراراتها بحق الدولة ذات السيادة في تنظيم ملكية واستغلال وتسويق مواردها وثرواتها الطبيعية وغيرها من الحقوق السابق ذكرها^(٤٣).

وإذا كانت بعض الدول تتجنب استخدام كلمة الملكية في التعبير عن حقوق الشركة صاحبة الامتياز بالنسبة للنفط الذي تقوم بإنتاجه، فإن غالبية الاتفاقيات النفطية تخول صاحب الامتياز الحق المطلق في ملكية النفط المنتج، ومع ذلك فإن هذا الحق لا يلبسه صفة الإطلاق بالمعنى الدقيق؛ لأنه يوجد اشتراطات أخرى تحد من هذه السلطة كفرض إتاة.

ويثور لدينا تساؤل هام ألا وهو: هل يحق للشركة صاحبة الامتياز معالجة النفط وإعداده للتجارة؟

إن حق صاحب الامتياز في ملكية البترول أو النفط المنتج يتسع عقدياً ليشمل الحق في معالجة البترول وإعداده للتجارة، وهو الحق الذي خولته إياه غالبية

(٤١) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد - قانون النفط - المرجع السابق - صفحة ١٦.

(٤٢) انظر للمزيد: Jean-Flavien Lalive, contracts between a state or a state Agency and a foreign company - international and comparative Law Quarterly, vol. 13-july 1964 - p 991.

(٤٣) انظر: في هذا المعنى د. باخشب عمر أبو بكر - المرجع السابق صفحة ٦٧.

الاتفاقيات النفطية، وبذلك يتضح بشكل جلي حق الشركة صاحبة الامتياز في معالجة النفط، ولكن التساؤل المثار: هل هذه الشركة ملزمة بهذه المعالجة داخل الدولة المانحة أم ماذا؟

إن الشركات المستثمرة (صاحبة الامتياز) غالباً ما ترى أنَّ الدولة المضيفة تكون غير مستقرة سياسياً، وإذا كان لهذه المخاوف ما يبررها إلا أن السماح للشركة المستثمرة (صاحبة الامتياز) بذلك يؤدي بدوره إلى عدم تحقيق التنمية الاقتصادية للدول المضيفة، ويحرمها من المزايا الاقتصادية والمالية والفنية التي قد تعود عليها إذا أقيمت هذه الصناعات داخل إقليمها، فضلاً عن إضعاف المركز التفاوضي للدولة المضيفة في مواجهة الشركات صاحبة الامتياز والدول المستهلكة للبترول في المفاوضات المستقبلية، وبذلك يمكن القول بأنه يكون لدى الدول العربية المنتجة للنفط من الأسباب المتعلقة بالضمان والأمن، والتي تتطلب وجوب إقامة الصناعات البتروكيمياوية داخل إقليمها^(٤٤).

ولعل تقرير التعويض العادل في حالة نقل ملكية هذه المشروعات إلى الدولة المضيفة أو تقرير مشاركة الدولة فيها ما يخفف من حدة اعتبارات الضمان والأمن لدى الشركات صاحبة الامتياز والدول المستهلكة، كما أن معيار النشاط الواجب والإدارة الحسنة لحقل النفط ومعيار التنمية الاقتصادية هو الأساس الملزم للشركات صاحبة الامتياز في إقامة الصناعات البتروكيمياوية على إقليم الدول المضيفة عند غياب الاشتراطات العقدية الصريحة، وإن كان النص على إلزام الشركات المستثمرة بإقامة هذه الصناعات في الدول المضيفة هو الاتجاه الآخذ في النمو في الاتفاقيات النفطية الحديثة^(٤٥).

كما يتسع الحق العقدي لصاحب الامتياز في ملكية البترول المنتج ليشمل الحق في نقل البترول (النفط) عبر منطقة الامتياز وداخل الدولة المضيفة، وكذا تصديره للخارج دون الحصول على إذن مسبق من الدولة المضيفة، ودون دفع أي رسوم على ذلك، وهذان الحقان اعترفت بهما غالبية الاتفاقيات النفطية الحديثة.

ويثور لدينا تساؤل: هو هل يلتزم صاحب الامتياز بنقل البترول (النفط) عند تصديره على ناقلات الدولة المضيفة؟

(٤٤) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد- النظام القانوني - صفحة ٧٤ وما بعدها.

(٤٥) انظر: د. باخشوب عمر أبو بكر- المرجع السابق - صفحة ٧١ وما بعدها.

إن هذا لم يكن قائماً قبل الحرب العالمية الثانية، أما بعدها فقد اختلف الأمر، حيث أصبحت غالبية الاتفاقيات النفطية - الحديثة - تقضي صراحة بتعهد صاحب الامتياز بأن يمنح الناقلات الرفاعة لعلم الدولة المضيفة معاملة تفضيلية، أما القليل من الاتفاقيات التي غاب عنها مثل هذه الاشتراطات، فإننا نستمد ذات القاعدة من الاشتراط الخاص بإلزام صاحب الامتياز بمنح الأفضلية للمتعاقدین والشركات الوطنية عند تعاقد مع شركات أجنبية لتنفيذ الأنشطة المخولة له، وهي القاعدة التي تشكل إحدى القواعد الملزمة لقانون اتفاقيات الامتياز البترولي^(٤٦).

٣ - الحق في استخدام أفراد من الأجانب:

إذا كانت بعض الاتفاقيات النفطية تنص صراحة على أن السماح لمستخدمي الشركة صاحبة الامتياز في الدخول إلى إقليم الدولة والإقامة بها، يخضع لقوانين الهجرة النافذة في الدولة المضيفة، فإن ما تضمنته هذه الاتفاقيات من اشتراطات تقيّد أو تنظم دخول صاحب الامتياز وخبرائه الفنيين والإداريين من الأجانب إلى إقليم الدولة المضيفة لا يتنافى مع القواعد المستقرة في القانون الدولي التي تعترف للدولة صاحبة السيادة بالحرية المطلقة في السماح للأجانب بدخول إقليمها أو تحظر ذلك، وهو ما يتضح معه أن للدولة المضيفة السيادة المطلقة في السماح للأجانب بدخول إقليمها أو حظر ذلك، ولها أن تضع من التنظيمات ما يكفل تحقيق مصالحها العليا، دون أن يكون في ذلك إخلال بقواعد القانون الدولي، وعلى ذلك فإذا ما تضمنت الاتفاقيات النفطية من الاشتراطات ما يقيد دخول موظفي الشركة صاحبة الامتياز إلى إقليم الدولة المضيفة، أو أوجبت أخذ موافقتها المسبقة بشأنهم أو أخضعتهم لبعض النظم التي تكفل رقابتها، فلا يتنافى ذلك مع القواعد المستقرة دولياً^(٤٧).

وإذا كانت الدولة تمتلك الحق في تنظيم قبول الأجانب، فإنه يبدو منطقياً أنها تمتلك سلطة تنظيم تنقلاتهم داخل إقليمها، كما يملك الأجنبي حق الخروج من هذا الإقليم وللدولة أيضاً حق إخراجه منها، وتتفق هذه القواعد مع الاشتراطات الخاصة باستخدام الأجانب، والتي تتضمنها الاتفاقيات النفطية^(٤٨).

(٤٦) انظر في هذا المعنى: Shavareh Toriguian, Legal Aspects of oil Concessions in The Middel East (Beirut:Hamaskaine press 1972) p 77- 78..

(٤٧) انظر في هذا المعنى: د. عشوش أحمد عبد الحميد - قانون النفط - المرجع السابق - صفحة ١٨، ١٩.

(٤٨) انظر في هذا المعنى: د. باخشب عمر أبو بكر - المرجع السابق - صفحة ٨٤ وما بعدها.

ويعترف القانون الدولي بحق كل دولة في وضع سياسة استخدام الأجانب في إقليمها، وفقاً لما تمليه الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية فيها؛ ونظراً لتنامي الاقتصاد العربي عملت الدول العربية من الاشتراطات ما يحقق الحماية للعمالة الوطنية، فاشتترطت أن تكون الأفضلية للوطنيين في تقلد الوظائف، وذهبت بعض الاتفاقيات في الدول العربية إلى منح هذه الأفضلية لمواطني الدول العربية، وأوجبت المساواة بين الوطنيين والأجانب عند تأديتهم لنفس العمل^(٤٩).

من ذلك ما نصت عليه المادة ٢١ من اتفاقية المملكة العربية السعودية مع شركة جيتي لعام ١٩٤٩م على أن تستخدم الشركة في عملياتها في المنطقة المحايدة عرب سعوديين أو غيرهم من العرب إلى أقصى حد ممكن، وفي هذا السبيل تعطي هذه الاتفاقية أفضلية التوظيف أولاً للمواطنين السعوديين، ثم لرعايا الدول العربية، فيما يتعلق بالعمل الذي يكونون أهلاً له^(٥٠).

٤ - الحق في الضمان:

إن الدولة تمتلك إصدار التشريعات المختلفة داخل إقليمها واتخاذ ما تراه من إجراءات، حتى وإن تعارضت هذه التشريعات مع التزاماتها التعاقدية، وشكلت اعتداء على عقودها، ولكن هنا تقوم المسؤولية الدولية للدولة تأسيساً على إخلالها باحترام تنفيذ الاتفاق بحسن نية، وعلى الرغم من هذا الالتزام الضمني المستقر عليه فقهاً وقضاءً على المستوى الدولي، فقد تواترت الاتفاقيات النفطية على تضمينها بشرط الضمان، وهو شرط يشير إلى أعمال الدولة المستقبلية، ويرمي إلى استبعاد أية من هذه الأعمال التي تنهي أو تعدل الاتفاق^(٥١).

وتوضح الممارسة النامية لتضمين هذا الشرط في العديد من الاتفاقيات النفطية المبرمة أن هذا الشرط يوضح الطبيعة الاحتمالية لاكتشافات النفط والاستثمارات الضخمة التي تتطلبها هذه الصناعة، وعلى ذلك فإن هذا الشرط ضروري بالنسبة للاتفاقيات البترولية، وإن كانت الصلاحية القانونية لهذا الشرط لا يمكن تقريرها إلا إذا

(٤٩) انظر في هذا المعنى: د. عشوش أحمد عبد الحميد - النظام القانوني - المرجع السابق - صفحة ١١٤ وما بعدها.

(٥٠) انظر: المادة ٢١ من الاتفاقية المبرمة بين المملكة العربية السعودية وشركة جيتي لعام ١٩٤٩م.

(٥١) انظر في هذا المعنى: د. عشوش أحمد عبد الحميد، النظام القانوني - المرجع السابق - صفحة ١٦٤.

تم تنفيذ عمليات الاستكشاف التي تتضمنها الاشتراطات التعاقدية بنجاح، فضلاً عن ذلك فإن تضمين الاتفاقية مثل هذا الشرط الذي يؤمنها يجعل الشركة صاحبة الامتياز تعمل بدقة في بحثها وتقوم بكافة العمليات الضرورية التي تتطلبها الإدارة الحسنة لحقل النفط لتحقيق اكتشافات ناجحة وتنمية قصوى للمخزون النفطي داخل منطقة الامتياز، وهو ما يحقق فائدة مشتركة ليست للشركة صاحبة الامتياز فقط، وإنما للدولة المضيفة أيضاً^(٥٢). ولكن التساؤل الذي يثور لدينا الآن هو، ما الحال إذا تعارض شرط الضمان مع القانون الوطني؟

هنا يجب أن نفرق بين حالتين:

الأولى: حالة التعارض مع القانون القائم أثناء إبرام الاتفاقية المتضمنة شرط الضمان.

هنا عندما يثور النزاع بين النصوص العقدية وأي نص في قانون قائم سابق على إبرام الاتفاقية، يتعين بطبيعة الحال إعمال النص اللاحق الذي يتضمنه الاتفاق، ذلك أنه يسمو على أي نص في قانون سابق، مع ملاحظة أنه يشترط أن يكون نص القانون مساوياً في القوة، أو أدنى مرتبة من النص الوارد في الاتفاق النفطي الصادر في شكل قانون، ولذلك فإن نص الاتفاق (شرط الضمان) ينسخ القانون.

الثانية: حالة صدور تشريع لاحق للاتفاقية النفطية مخالف لشروط الضمان:

هنا استقر الفقه والقضاء الدولي على عدم جواز ذلك، ووصفوه بأنه غير مشروع ويرتب المسؤولية الدولية للدولة مانحة الامتياز، ويغدو الأمر معقداً عن غيبة مثل هذه النصوص الواقعية التي تحمي شرط الضمان.

وعلى أية حال إن التزام الدولة المضيفة الوارد في معاهدة ثنائية أو اتفاقية هو التزام دولي يترتب على الإخلال به مسؤولية دولية على عاتق الدولة المضيفة، والذي تلتزم بموجبه الأخيرة بتعويض المستثمر الأجنبي الخاص عند الأضرار التي قد تلحق به من جراء مخالفة الدولة لالتزامها الدولي التعاقدية^(٥٣).

ثانياً - حقوق الدولة مانحة الامتياز:

تتلخص حقوق الدولة مانحة الامتياز في حق الدولة على ثرواتها الطبيعية، وحققها في تقاضي فرائض مالية وحققها في تعديل اتفاقيات الامتياز وحققها في التأمين.

(٥٢) انظر: د. باخشب عمر أبو بكر- المرجع السابق - صفحة ١٠٢.

(٥٣) انظر في هذا المعنى: د. باخشب عمر أبو بكر- المرجع السابق - صفحة ١٠٤، ١٠٥.

١ - حق الدولة على ثرواتها الطبيعية:

تخضع غالبية الدول المالكة للبترول استغلال مواردها البترولية لنظام خاص للملكية يتأسس على ملكية الدولة لهذه الموارد، وذلك باستثناء قليل من الدول حيث يمتد لمالك سطح الأرض - من حيث المبدأ - ملكية الثروات في باطنها، ولعل الولايات المتحدة الأمريكية تمثل تقليدياً هذا الوضع الاستثنائي، ولكن على الرغم من استقرار مبدأ ملكية الشخص الخاص للبترول في باطن الأرض هناك، فإن الأشخاص الخاصين سواء أكانوا مالكين أم منتجين، لا يملكون من الناحية العملية سوى سيطرة قليلة نسبياً على إنتاج البترول الكامن في أراضيهم، ذلك أن لكل ولاية من الولايات الأمريكية التشريعات الخاصة بها المنظمة لكافة أوجه إنتاج البترول^(٥٤).

وإلى جانب طبيعة ملكية المناجم، والتي اقتضت تنظيمًا حكومياً خاصاً، فإنه من المعترف به بصفة عامة أن كل ما يقع في إقليم الدولة - منظور إليه في حد ذاته واستقلالاً عن مالكه - يجب أن يكون محلاً لحقوق السيادة الإقليمية، وقد أسهمت عدم مرونة فكرة سيادة الدولة، وعدم قابلية فكرة حقوق السيادة للتحديد في أن تحيل الحدود الفاصلة بين حقوق سيادة الدولة وحقوق الملكية إلى حدود واهية، وتجعل من الصعوبة بمكان تحديد النطاق الصحيح لكل منهما، وكخطوة مساعدة لمنع هذا الاضطراب واللبس، جرى التمييز بين نوعين من الملكية العامة بالنسبة لفئتين متميزتين من الأشياء: الأولى وهي أشياء تعد من الأموال العامة، ذلك أن قانون الدولة المعنية يخول الأفراد حق استخدامها، بشرط ألا يكون استخدام أي منهم لهذه الأموال يحول دون انتفاع الآخرين بها، أما الفئة الثانية فهي أشياء يمكن تصنيفها باعتبارها مالاً عاماً، ذلك أن قوانين الدولة المعنية تحظر على أي شخص استخدامها قبل أن يحصل من الدولة على ترخيص بذلك، فهي أموال لا تستخدمها إلا الدولة أو الشخص الذي ترخص له بذلك، وتندرج الموارد البترولية في هذه الفئة.

وأمام عدم دقة التمييز بين حقوق السيادة وحقوق الملكية، ذهب أحد الآراء إلى وجوب الاعتراف بازدواج المصالح القانونية لدول الشرق الأوسط بالنسبة لمواردها البترولية، باعتبارها دولا ذات سيادة ومالكة لهذه الثروات، وأنه يتعين النظر إلى حقوق والتزامات طرفي اتفاقيات الامتياز البترولي من خلال ازدواج المصالح القانونية للدولة الطرف، ومع ذلك فإن هذا الاعتراف لا يحل مشكلة التمييز بين حقوق السيادة وحقوق

(٥٤) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد - النظام القانوني - المرجع السابق - صفحة ١٩٨ وما بعدها.

الملكية، مما أدى ببعض الكتاب إلى إهمال حقوق سيادة الدولة وحصرها في حقوق الملكية، أو إلى تسييد حقوق ملكية الدولة والسمو بها إلى درجة حقوق السيادة^(٥٥).

وقد شغلت مشكلة تحديد مدى ومضمون سيادة الدولة على مواردها الطبيعية اهتمام الجمعية العامة للأمم المتحدة والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ولجنة حقوق الإنسان واللجنة الخاصة بالسيادة الدائمة على مصادر الثروة الطبيعية، ولعل من الأعمال الهامة لهذه اللجنة الأخيرة مشروع قرارها الذي أقرته الجمعية العامة ١٩٦٢م والذي عرف - هذا القرار - بالإعلان الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد والثروات الطبيعية، وقد أكد هذا الإعلان - ضمن ما أكد - أن الموارد الطبيعية للبلدان المتنامية تشكل أساساً لإنمائها الاقتصادي، وأنها موارد محدودة عرضة للنفاذ، وأن لكل الدول حق - غير قابل للتصرف - في ممارسة السيادة الدائمة على مواردها الطبيعية، وفقاً لمصلحة إنمائها القومي، ولها أن تختار كيفية استغلال مواردها الطبيعية وتسويقها، وأكد كذلك خضوع استغلال الموارد الطبيعية في كل دولة لقوانينها وأنظمتها القومية، وعلى الدول المصدرة لرأس المال والخبرات أن تمتنع عن أي عمل من شأنه عرقلة استخدام الدول النامية حقها في الإسهام في إدارة المشروعات العاملة في أراضيها برؤوس أموال أجنبية، كما يتعين على جميع المستثمرين الاضطلاع بتدريب الملكات القومية في جميع المستويات، وفي جميع الميادين المتصلة بهذا الاستغلال، وأن يشجعوا الممارسة الحرة والمفيدة لسيادة الشعوب والدول على مواردها الطبيعية، كما يجب أن يكون التعاون الدولي في ميدان الإنماء الاقتصادي للدول الآخذة في النمو بصورة تقوي استقلالها الاقتصادي، وأن يراعي استناد التأمين أو نزاع الملكية أو المصادرة على أسس من المنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة القومية، ويدفع للمالك في مثل هذه الحالات التعويض الملائم وفقاً للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات، ويراعى نشوء أي نزاع حول مسألة التعويض واستنفاد طرق التقاضي الداخلية في هذه الدولة^(٥٦).

وفي أبريل سنة ١٩٧٤ عقدت الجمعية العامة للأمم المتحدة دورة غير عادية لدراسة مشكلات المواد الخام، والتنمية والبحث للمشكلات الاقتصادية التي تواجه المجتمع الدولي، والأساس الجديد للعلاقة بين الدول المتقدمة والدول الآخذة في النمو، وفي مايو سنة ١٩٧٤ أصدرت الجمعية العامة قرارها رقم ٣٢٠١ الخاص بسيادة

(٥٥) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد - قانون النفط - المرجع السابق - صفحة ٢٣.

(٥٦) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد - النظام القانوني - المرجع السابق - صفحة ٢١٦.

الدولة على مصادر ثرواتها الطبيعية، فعرض لأول مرة لمشكلات المواد الخام، وتضمن كثير من الدعائم التي تقوم عليها العلاقات الاقتصادية الدولية، وأكد الصلة القوية والتأثير المتبادل بين العلاقات الاقتصادية من جانب، والمشكلات السياسية والاقتصادية من جانب آخر، كما وضع المبادئ والإجراءات اللازمة لإزالة الفجوة بين الدول النامية والدول المتقدمة^(٥٧).

وقد قام هذا الإعلان بمعاونة الاستثمار الأجنبي الخاص، حين ذكره بوظيفة المساهمة في التنمية الاقتصادية للدول المضيفة، ولكن تبقى المشكلة في كيفية دعم هذا التحول الوظيفي للاستثمار الأجنبي الخاص، ذلك أن مجرد التعبير في قرار الأمم المتحدة عن هذا التحول ليس كافياً.

٢ - حق الدولة في تقاضي فرائض مالية:

إن الفرائض المالية هي اقتطاع جزء من الدخل، ويعترف القانون الدولي بحق الدولة ذات السيادة في فرض المال المتمثل في الضرائب والرسوم والأعباء المالية الأخرى ذات الطبيعة المماثلة على الأشخاص الطبيعية والقانونية المقيمة في إقليمها، وعلى الأموال الواقعة في اختصاصها، وعلى الدخل وعلى الأرباح والدخول النابعة من مصادر دخل حدودها؛ طالما هناك صلة وثيقة تربط بين الممول ووعاء الضريبة، وقدمت عدة تبريرات لهذا الحق، كما لا يوجد في قواعد القانون الدولي ما يحد من حرية الدولة في إلزام الأجانب - في بعض الأحوال - بأعباء مالية تفوق تلك المفروضة على الوطنيين، شريطة عدم اتسامها بطابع المصادرة، وقد وجد صدق لهذه القواعد في العديد من الآراء الفقهية والمواثيق والاتفاقات الدولية وأحكام المحاكم^(٥٨).

ويرتبط بهذه المشكلة الخاصة بأثر مخالفة الدولة المضيفة للالتزامات التي قد تتعهد بها قبل المستثمر الأجنبي الخاص بعدم فرض ضرائب جديدة على استثمار داخل إقليمها أو بعدم تحميله بأعباء مالية مستقلة، وما إذا كان نقض الدولة لتعهداتها قبل المستثمر الأجنبي يرتب التزاماً على عاتقها بالتعويض، وإذا كان الاستثمار البترولي ذا طبيعة تميزه عن الأنشطة الاستثمارية الأخرى، وتتجلى هذه الطبيعة المميزة في طبيعة النشاط ذاته باعتباره اقتطاعاً لجزء من إقليم الدولة، وفي المراحل المختلفة لصناعة النفط التي تبدأ بالبحث والتنقيب وتنتهي بالإنتاج وربما بالتصنيع^(٥٩).

(٥٧) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد - قانون النفط - المرجع السابق - صفحة ٢٤.

(٥٨) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد - قانون النفط - المرجع السابق - صفحة ٢٥.

(٥٩) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد - النظام القانوني - المرجع السابق - صفحة ٢٥٢.

وبذلك يتبين تعدد وتنوع الفرائض المالية التي تتقاضاها الدولة المضيفة من الشركة صاحبة الامتياز، بدرجة تميزها هي الأخرى عما تفرضه الدولة من أعباء مالية على أنماط النشاطات الاستثمارية الأخرى.

٣ - حق الدولة في تعديل اتفاقيات الامتياز:

نظراً لأنّ الحكومات العربية قد منحت الامتيازات النفطية للشركات الأجنبية في ظروف مختلفة، سواء من الناحية الاقتصادية أو السياسية على الصعيد الدولي، فإن هذه الدول قد تجد من مصلحتها الوطنية استرداد الامتياز أو تعديل شروطه، أو المشاركة فيه من خلال قاعدة تغير الظروف المعروفة في القانون الدولي لتحقيق غايتها، ولقد دعت منظمة الأوبك أعضاءها إلى تبني هذه القاعدة، ولما كان الاستقلال السياسي لدول العالم الثالث غير الأوضاع الدولية، وأصبحت معه هذه الدول لها السيادة على ثرواتها الطبيعية، فقد رأى البعض أنّ قواعد القانون الدولي التقليدية لم تسعف هذه الدول، وكذا القوانين الداخلية، لذا تم استحداث نظام جديد وهو قانون السيادة الدائمة على مصادر الثروة الطبيعية^(٦٠).

ويرى أنصار هذا القانون أنه يستهدف تحقيق المساواة المتبادلة في السياسة التعاقدية، والمزايا النابعة عنها بين الأطراف المعنية باستغلال هذه المصادر، وإعادة التوازن الاقتصادي بين الأطراف إذا ما أصابه اختلال جوهري؛ وإذا كان هذا القانون يستند في مضمونه إلى مبادئ العدالة ومقررات المنظمات الدولية، بما تعكسه من إجماع دولي، فإننا لا زلنا نرى أنه لم يقدم إسهاماً إيجابياً في إيجاد أحكام خاصة ومؤثرة بالنسبة لاتفاقيات الامتياز النفطي، وإذا كان هذا القانون قد استهدف إعادة التوازن الاقتصادي لهذه الاتفاقيات، فإنه يمكن بلوغ هذه الغاية عن طريق قاعدة تغير الظروف، وقاعدة التوازن الاقتصادي للعقد المستقرتين في القانون الدولي، دون حاجة إلى أفكار مستحدثة غير محددة^(٦١).

وإذا كانت الدولة المضيفة تسعى إلى تحقيق المشاركة في الامتياز كخطوة نحو الاستغلال المباشر، فإن نظام المشاركة آخذ في الانتشار في الوقت الحاضر، وخاصة في التعاقدات والامتيازات النفطية؛ لكون هذا النظام يخدم أهدافاً عديدة لأطرافه، فهو يسمح للدولة المضيفة بالسيطرة على مصادر ثرواتها الوطنية، من خلال ما تمارسه

(٦٠) انظر: د. باخشب عمر أبو بكر - نظام البترول - المرجع السابق - صفحة ١٣٥ و ما بعدها.

(٦١) انظر: عبد السلام جعفر - شرط بقاء الشيء على حاله أو نظرية الظروف في القانون الدولي - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ١٩٧٠ صفحة ٢٦.

من رقابة على المشروع، كما يسهم في عمليات التسويق الخارجية، ويسهم في زيادة عائدات الدولة وحصولها على الخبرات الأجنبية، وعلى الجانب الآخر تمنح اتفاقيات المشاركة الطرف الأجنبي قدراً من الطمأنينة باعتباره شريكاً، وليس مجرد صاحب امتياز أجنبي، وقد تبنت منظمة الأوبك في العديد من قراراتها فكرة تعديل اتفاقيات امتياز النفط إلى اتفاقيات مشاركة، ولعل من أبرز قراراتها في ذلك قرارها رقم ١٣٩/٢٥ المتخذ في سبتمبر سنة ١٩٧١ والخاص بإجراء مفاوضات مع الشركات صاحبة الامتياز لتحقيق المشاركة في الامتيازات القائمة، وقد أسفر هذا القرار على إبرام اتفاقية نيويورك في أكتوبر سنة ١٩٧٢ حول مشاركة بلدان الخليج في امتيازات النفط القائمة^(٦٢).

ونظراً لأن نظام المشاركة قد لاقى قبولاً متزايداً، إلا أن من المستقر عليه دولياً أن قرارات الأوبك لا تحمل صفة الإلزامية داخل إقليم كل من الدول الأعضاء، فإنه تظل الحاجة لاتخاذ الإجراءات القانونية داخل كل دولة لتعديل أنماط الامتيازات، وتحقيق المشاركة فيها^(٦٣).

٤ - حق الدولة في التأميم:

ما زال التأميم في مجال صناعة البترول يكتسب أهمية خاصة، ترجع من ناحية إلى أن هذه الصناعة صادفت تطبيقات واسعة لنظام التأميم، وما زالت تتوقع مزيداً منها، ومن ناحية أخرى، فإن مشكلات التعويض عن إجراءات التأميم غير قاصرة على التأميم الكلي، بل تمتد أيضاً إلى حالات التأميم الجزئي، أو المشاركة في الامتياز، وهي حالات ذات انتشار وكثرت تطبيقاتها في عالمنا المعاصر، وكذلك إذا كان التأميم قد استقرت مشروعته من الوجهة الدولية، فإن مضمون شروط المشروعية - بصفة عامة - ومضمون شروط التعويض العادل - على وجه الخصوص - ما زال من الأمور القابلة للجدل في مجال صناعة البترول، فضلاً عن وجود عديد من المنازعات بين الدول العربية المضيفة والشركات الأجنبية المستثمرة لم يفصل فيها بعد^(٦٤).

ويشترط القانون الدولي لشرعية التأميم أن تستمد الدولة حقها في تأميم ممتلكات الأجانب من سيادتها الإقليمية على أرضها، حيث توجد ممتلكات الأجنبي،

(٦٢) انظر: د. باخشب عمر أبو بكر - نظام البترول - المرجع السابق - صفحة ١٤٣ وما بعدها.

(٦٣) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد - قانون النفط - المرجع السابق - صفحة ٢٨.

(٦٤) انظر في ذلك: د. باخشب عمر أبو بكر - نظام البترول - المرجع السابق - صفحة ١٦٢ وما بعدها.

وعلى ذلك فليس للدولة الحق في تأمين ممتلكات الأجنبي الموجودة خارج حدودها الإقليمية. وهناك عدة تطبيقات تترتب على القيد الإقليمي يحكمها جميعاً ضابطان: الأول يتعلق بالسيادة الإقليمية، والثاني يرتبط بقانون موقع المال^(٦٥).

وقد برز خلاف في وجهات النظر حول مدى كفاية الوعد بالتعويض كشرط لشرعية التأمين وترتيب آثاره الدولية، وانتهت المحاكم اليابانية والإيطالية والألمانية والأمريكية إلى القول بمشروعية التأمين، متى قامت الدولة التي لجأت إليه بقبول مبدأ التعويض، ووعدت بأداء التعويضات العادلة للجانب الذين مستهم قرارات التأمين؛ ذلك لعدم وجود مبدأ مقبول عالمياً من مبادئ القانون الدولي العام مقتضاه إمكان رفض قانون صدر بالتأمين، مقابل وعد بتعويض الملاك الأجانب السابقين^(٦٦).

كما ينعت التعويض بأنه عادل - وفقاً لقواعد العرف الدولي - إذا كان كافياً وحالاً وفعالاً، ويكون التعويض كافياً إذا تطابق تطابقاً كاملاً مع قيمة مصالح الأجنبي التي تأثرت بإجراءات التأمين، بيد أنه نادراً ما تقوم الدولة بتقديم تعويض متكافئ (بمعنى متطابق) مع القيمة الكلية للموجودات، فقد شاع في العمل تقديم تعويضات جزئية Partial، ويرجع ذلك إلى تقدير قيمة الموجودات المستعمل، وإبرام اتفاقات المبالغ الإجمالية، ويغدو من المسلم به - الآن - أن التعويض الجزئي الذي يغطي الجزء الرئيس من خسائر الأجنبي، يعد تعويضاً مناسباً ومقبولاً، حيث يتعين أن نأخذ في الحسبان بالإضافة إلى مصالح الشخص الخاص المعني مصالح الجمهور، وطبيعة الأموال المعنية ومدى اتصالها بالمصلحة العامة، وكذا الإمكانيات المالية للدولة وقت اتخاذ إجراءات التأمين، وفي الحقيقة فإنه لا توجد قواعد أو نسب محددة ترشدنا في كل من الحالات، عما إذا كان التعويض كافياً من عدمه، كما أنه من غير المحتمل أن يثار موضوع التعويض الجزئي استقلالاً عن موضوعي سرعة وفعالية التعويض^(٦٧).

ولكي يكون التعويض (حالاً) فإنه يجب أدائه إما قبل نقل الملكية، أو خلال فترة وجيزة، ولا يخل بكون التعويض حالاً تأخر الدفع إذا تقرررت نسبة فوائد مناسبة؛ ذلك أن المستثمر في هذه الحالة لن يعاني من أية خسائر إضافية نتيجة لهذا التأخير، بيد أنه بدراسة بعض الحالات الحديثة للتعويض عن التأمين تبين لنا أن التعويض الذي تم

(٦٥) انظر في هذا المعنى: الأحب عبد الحميد - المرجع السابق - صفحة ١٦٧ و ما بعدها.

(٦٦) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد - قانون النفط - المرجع السابق - صفحة ٢٩.

(٦٧) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد - النظام القانوني - المرجع السابق - صفحة ٣٥٤ وما بعدها.

أداؤه كان على أقساط امتدت لعدد غير قليل من السنين، ويبدو أنه من المقرر - بصفة عامة - أن الدفع المؤجل أمر مقبول وشرعي^(٦٨).

ويقصد بفاعلية التعويض إمكان الحصول عليه استخدامه استخداماً فورياً، وقد تتطلب هذه الصفة في التعويض، ويقصد بها - بنوع خاص - الدفع بعملة صعبة، وإذا كان الدفع بالعملة الصعبة هو الشكل الذي تميل المدفوعات الفعالة إلى اتخاذه في السنين الأخيرة، فإنه ليس الشكل الوحيد، فقد شاع أيضاً في السلوك الدولي الدفع العيني^(٦٩).

ويلاحظ أن هناك علاقة وطيدة بين الصفات الثلاث (الكفاية، السرعة، الفعالية) ويكون على الدول والمستثمرين الأجانب المعنيين أن يختاروا بين هذه الصفات ومقدار التعويض، وتعتمد المفاضلة بين هذه الصفات، وتقدير قيمة كل واحد منها على الظروف الملابسة لكل حالة.

ومن جانب آخر، يتخذ تقدير التعويض طرقاً متعددة، فقد يعتمد على القيمة السوقية للمشروع، وقد يتأسس على الإقرار الضريبي، وقد يستند إلى سعر الأنصبه والأسهم في المشروع، وقد يجد في القيمة الدفترية الصافية أو التدفق النقدي المخصوم Discount cash flow أساساً له. بيد أننا يصعب علينا القول بأن نمطاً معيناً حظي بتطبيق غالب في حالات التأمين، أو جاء خلواً من المثالب، كما أن القول بترجيح واحد من هذه الأنماط على ما عده هو قول لا يحالفه الدقة، ذلك أن الأخذ بأي من هذه الأنماط يتوقف على الظروف الملابسة لكل حالة^(٧٠).

وإذا انتقلنا لمفهوم الإخلال بمبدأ المساواة كشرط لمشروعية التأمين نجد أن هناك خلافاً ثار حول مشروعية التأمين الذي يصيب ممتلكات أجنب تابعين لدولة معينة دون هؤلاء الذي يتبعون جنسية دولة أخرى، بيد أن الراجح في تفسير مبدأ المساواة أنه يعني معاملة المتساوين معاملة واحدة، أما غير المتساويين فتجوز معاملتهم معاملة مغايرة، وقد أكد القضاء هذا التفسير موضعاً أن الشعوب التي كانت مستعمرة يحق لها أن تتخذ موقفاً مغايراً تجاه الدول الاستعمارية القديمة، ومثل هذه المعاملة لا تعد إخلالاً بمبدأ المساواة، وإنما تؤدي في حقيقتها إلى خلق مساواة لم تكن قائمة من قبل نتيجة للأوضاع الاستعمارية السابقة، والقول بغير ذلك يؤدي إلى

(٦٨) انظر: د. باخشب عمر أبو بكر - نظام البترول - المرجع السابق - صفحة ١٦٦ و ما بعدها.

(٦٩) انظر في هذا المعنى: الأحبد عبد الحميد - المرجع السابق - صفحة ١٦٧ و ما بعدها.

(٧٠) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد - قانون النفط - المرجع السابق - صفحة ٣٠.

نتيجة مستغربة مؤداها أن التأمين الإيديولوجي يعد مشروعاً، بينما التأمين الإصلاحي لا يصادفه المشروعية لإخلاله بمبدأ المساواة^(٧١).

كذلك إذا كان من المستقر أنه إذا تعهدت الدولة بمقتضى معاهدة دولية بالامتناع عن الالتجاء إلى تأمين مشروعات أجنبية، فإنها تعد مخلة بالتزاماتها الدولية إذ ما قامت بأخذ الملكية بالمخالفة لأحكام هذه المعاهدة، ويدق التساؤل حول القيمة الدولية للنصوص التعاقدية التي تقيد حق الدولة في التأمين والتي تتضمنها اتفاقيات الامتياز البترولية المبرمة بين الدولة المضيفة والشركة المستثمرة، باعتبارها من أشخاص القانون الخاص، بيد أن الراجح أن حق الدولة في إنهاء الامتياز القائم الذي سبق أن منحتة وتأمين المشروع - وهو حق أصيل لها - ثابت بما لها من سيادة، ولا يمكن التنازل عنه أو التصالح عليه، ومن ثم لا يعد استعماله أمراً غير مشروع، تترتب عليه مسؤولية دولية، وإذا كانت الدولة تلتزم بالتعويض، فإن هذا الالتزام يخضع للأحكام القانونية المنظمة لحق الملكية بوصفه إحدى الحريات التي تتصل بمركز الأجانب، وبالحد الأدنى لمعاملتهم في ضوء أحكام القانون الدولي، إذا ما شمل التأمين أشخاصاً غير وطنيين^(٧٢).

(٧١) انظر في هذا المعنى: الأحذب عبد الحميد - المرجع السابق - صفحة ١٦٨.

(٧٢) انظر: د. باخشوب عمر أبو بكر - نظام البترول - المرجع السابق - صفحة ١٦٦ وما بعدها.

الفصل الثاني

اتفاقيات الامتياز وإنهاؤها وحل المنازعات الناشئة عن عقود التنقيب عن النفط

تمهيد وتقسيم:

نظرا لما يتمتع به النفط من أهمية عظمى على المستويين المحلي والعالمي، فقد قامت الدول منتجة النفط بالتعاقد مع شركات متخصصة في التنقيب عن النفط، مقابل أن تمنح الشركات امتيازاً لمدة معينة في الدولة المنتجة للنفط، وهذه الامتيازات لها مدة تحددها العقود والاتفاقيات بين الطرفين، وبانتهائها تنتهي، وقد تكون النهاية طبيعية أو نهاية مبسرة، كما قد تنشأ العديد من المنازعات في حالة الإنهاء بشكل غير منصوص عليه في العقود بين الطرفين، لذا تم النص على التحكيم في هذه الاتفاقيات، بحيث إذا لم يحل النزاع بشكل ودي يتم لجوء الطرفين إلى التحكيم بعيداً عن قضاء الدولة، وذلك حرصاً على مصلحة الشركة صاحبة الامتياز.

ولهذا خصص هذا الفصل لعرض اتفاقيات الامتياز النفطية، من حيث طبيعتها والتي يوضح بها تعريف الامتياز، ثم يتم بيان كيفية إنهاء هذه الاتفاقيات، وكذا طرق حلها والتي تتمثل في التحكيم، وهو ما نقوم بدراسته بشكل مفصل في هذا الفصل، ونعطي تطبيقات للنزاعات التحكيمية التي كانت المملكة طرفاً فيها، وأخيراً ننهي بالقانون الحاكم للاتفاقيات، سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي.

ولذا سنقوم بعرض هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: طبيعة اتفاقيات الامتياز

المبحث الثاني: إنهاء الاتفاقيات الخاصة للتنقيب عن النفط، وحل منازعاتها من خلال التحكيم.

المبحث الأول

طبيعة اتفاقيات الامتياز

تعد اتفاقيات الامتياز النفطية إحدى أهم الاتفاقيات على الصعيد الدولي؛ لما تتعلق به من محل غني وغالٍ، فالنفط هو أحد أعلى السلع العالمية، وهو الرائج في وقتنا الحاضر؛ ونظراً لما تتمتع به اتفاقيات الامتياز من التباس كبير حول طبيعتها

وماهيتها، فقد خصصنا هذا المبحث لدراسة طبيعة الامتيازات النفطية لأجل إزالة الالتباس والضباب حوله.

ولهذا سيتم عرض ودراسة هذا المبحث في ثلاثة مطالب، يكون الأول منها للتعريف العام للامتياز محلياً ودولياً، والثاني منها للطبيعة القانونية لاتفاقيات امتياز النفط، حتى ينجلي الطمس الواقع حول طبيعتها، وأخيراً نوضح ونعرض للامتيازات البترولية الرئيسية في المملكة العربية السعودية، والمتمثلة في خمسة امتيازات، سيرد ذكرها في المطلب الثالث، ولذا يتعرض هذا المبحث للمطالب التالية:

المطلب الأول: التعريف العام للامتياز.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاقيات امتياز النفط.

المطلب الأول التعريف العام للامتياز

يعني الامتياز منح الاتفاق أو الإجارة، أو التملك أو الهبة أو الاحتكار الحق الخاص لشركة وطنية أو أجنبية من قبل الدولة ضمن منطقة محددة من أراضيها لأجل مسمى، ويرى البعض أن الامتياز هو عقد يقوم بمقتضاه فرد أو أفراد بتنفيذ عمل ما، على أساس مكافأتهم، لقاء مجهودهم ومصرفاتهم، لا بمبلغ من النقد يدفع لهم من قبل الحكومة بعد إتمام العمل، بل بتسليم عائد يفرض لأجل طويل إلى حد ما على الأفراد، كما عرف الامتياز بأنه منح حقوق لفرد ما بموجب القانون البلدي مما يتعلق بالصالح العام، وقال أصحاب هذا التعريف أن مصطلح الامتياز ليس له معنى قانوني محدد أكثر من هذا؛ لذا ففي قضية التحكيم بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو الأمريكية المنظورة في عام ١٩٥٨م، قال المحكم: (إن الطبيعة القانونية للامتيازات الاقتصادية ليست متشابهة مع طبيعة امتيازات أخرى، كالتي تختص بالخدمات أو الأشغال العامة أو استثمار مصادر الدولة، أو امتيازات الموانئ أو المياه أو الأراضي في المستعمرات مثلاً وأخيراً امتيازات المناجم، ويبدو أنه من غير الممكن تصنيف كل هذه الامتيازات المختلفة تحت مفهوم واحد.

وذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى القول بتعريف الامتياز بأنه: (ما هو إلا أسلوب لإدارة المرافق العامة)، وأصل الفكرة الجوهرية التي يقوم عليها المرفق العام يكمن فيما يقتضيه إشباع الحاجة الملحة لتحقيق المصلحة العامة، وهي حاجة تفر بمشروعية استخدام الوسائل القانونية للقانون العام، أي توجد هناك مصلحة عامة

عليا في الدولة تستدعي ضرورة سيطرة الدولة على كل من مواردها وتنفيذ أشغالها العامة^(٧٣).

ونظراً لأن الوضع كذلك، فيرى أن تلك العقود تخضع للقانون العام، وتكفل هذه الاتفاقيات للشركات تفويضاً بالنسبة لبعض سلطات الدولة، وذلك من أجل إدارة المشروع تحت إشراف السلطة العامة، وعلى العموم فهذا التفويض ليس من شأنه أن يؤدي إلى التخلي عن سلطات الدولة؛ ذلك لأن الدولة تظل هي المسؤولة عن تحقيق المصلحة العامة.

ونرى في ذلك أن الامتياز هو حق تمنحه الدولة لطرف آخر قد يكون شركة أجنبية أو وطنية (كيان اقتصادي)، بشرط أن يكون لها ثقل اقتصادي كبير على المستويين المحلي والدولي؛ وذلك لإدارة حق من حقوق الدولة أو جزء من ممتلكاتها، أو مرفق من مرافقها لمدة معينة دون تأييد أو مبالغة في إطالة هذه المدة، وذلك كله تحت مراقبة الدولة لهذه الشركة، وبعد انتهاء هذه المدة تسترجع الدولة كامل سلطاتها على ما كان محلاً لحق الامتياز.

ويعرّف الامتياز الممنوح للشركات الأجنبية في عقود النفط بأنه عقد يبرم بين الدولة المنتجة للنفط وشركة نفط أجنبية، وتعطي هذه الدولة لتلك الشركة حق استثمار النفط لحسابها الخاص مع حق تملكها للنفط الذي تكتشفه، مقابل بعض الأموال التي يجب دفعها لتلك الدولة.

وقد كان أسلوب الامتياز هو المستخدم حتى عهد قريب في مجال عقود التنقيب عن النفط، ومن خلال تتبع العلاقة بين طرفي العقد يتضح بما لا يدع مجالاً للشك مدى الشروط المجحفة فيه، وعدم تعادل الطرفين، كما يتضح بأنه أسلوب يسلب ثروات الدول، حيث كانت شركات النفط الأجنبية تسيطر على جميع المناطق الغنية بالنفط، وهي في سبيل بقاء هذه الثروة في يدها سعت بكل الوسائل والطرق إلى احتكار جميع العمليات النفطية من لحظة استخراج النفط إلى عرضه في الأسواق.

ونظراً لعدة عوامل على رأسها التقدم التكنولوجي الهائل الذي شهدته الصناعة، واكتشاف كميات كبيرة من احتياطات النفط؛ خصوصاً في الخليج بالإضافة إلى زيادة الطلب على النفط نتيجة الزيادة في استهلاكه، واعتماد الدول الغربية خصوصاً الصناعية منها على نفط منطقة الشرق الأوسط، وتزايد عدد شركات النفط وتزايد

(٧٣) انظر: د. باخشوب عمر أبو بكر - نظام البترول - المرجع السابق - صفحة ٤، ٥.

الوعي القومي والوطني لدى الدول المنتجة، والذي لعب دوراً هاماً في تفهم مدى حاجة هذه الدول إلى الاعتماد على نفسها في السيطرة وإدارة ثروتها النفطية، فكل هذه العوامل مجتمعة جاءت في صالح الدول المنتجة للنفط، لتقوم بتصحيح الأساليب القانونية لاستغلال واستثمار النفط فيها، فقامت بإجراء تحويلات جذرية في اتفاقيات الامتياز، ابتداء من تضمين تلك الاتفاقيات شروطاً أفضل للدول المنتجة، ولا سيما من ناحية العوائد المالية وصولاً إلى تطبيق مبدأ اقتسام الأرباح، وانتهاء بإلغاء تلك الاتفاقيات.

وبالرجوع إلى أسلوب الامتياز يتضح أنه عبارة عن عقد ينفرد بذاتيته وسماته الخاصة، والتي تميزه عن سواه من أساليب وأنظمة استثمار النفط^(٧٤).

وقد عرّف القانون الفرنسي عقد الامتياز بأنه:

(عقد تمنح بموجبه الدولة الجهة صاحبة السيادة لشخص ما إمكانية من أجل استثمار مرفق عام أو مؤسسة لها صفة النفع العام)^(٧٥).

وقد عرفه الفقه المصري بأنه: (عقد إداري يتولى الملزم - فرداً كان أم شركة - بمقتضاه مسؤولية إدارة مرفق عام اقتصادي، واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز)^(٧٦).

(٧٤) انظر: د. الرومي عبد الوهاب - المرجع السابق - صفحة ١٣ وما بعدها.

(٧٥) انظر: د. رباح غسان - العقد التجاري الدولي (العقود النفطية - مطبعة دار الفكر اللبناني - الطبعة الأولى - ١٩٨٨ - صفحة ١٤٨، ١٤٩. انظر: د. الرشيد عبد الله بن عبد الرحمن - الأموال المباحة وأحكام تملكها في الشريعة الإسلامية - الجزء الأول - مطبعة شركة الطباعة العربية السعودية - الرياض - الطبعة الأولى - ١٤٠٤ هـ - صفحة ١٧٧.

(٧٦) انظر: د. عبد الباسط محمد فؤاد - أعمال السلطة الإدارية - مكتبة الهداية - الإسكندرية - ١٩٨٨ - صفحة ١١٨ - وانظر: مادة ٦٦٨ من القانون المدني المصري.

وهناك ثلاثة أنواع رئيسة من الامتيازات:

أ - امتياز للقيام بعمل من أعمال الخدمات العامة ويعد أحياناً ذا طبيعة قانونية مزدوجة، هذا الامتياز هو عقد بين المانح والممنوح له، وهو تجاه المنتفعين عبارة عن نظام من أنظمة القانون العام.

ب - امتياز للقيام بعمل من أعمال الأشغال العامة الصرف، وبموجبه يتعهد صاحب الامتياز ببناء الأشغال العامة وصيانتها وإدارتها ويتلقى مكافأة لقاء ذلك.

ت - امتياز المناجم، ومن ضمن ذلك امتيازات النفط، هذه الامتيازات تختلف تماماً عن امتيازات الأشغال العامة، وتعرف بأنها تلك الامتيازات (التي تنشئ بواسطتها السلطة العامة ملكية دائمة... ذلك أن ملكية المنجم الكاملة تؤول إلى الدولة في نهاية أجل الامتياز).

ويعرف الامتياز (النفطي) في الشريعة الإسلامية بأنه: (عقد يبرمه ولي الأمر أو من ينوبه مع جهة خاصة وفق قواعد العقود العامة بشأن مرفق من المرافق العامة من أجل تحقيق مصلحة للأمة).

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لاتفاقيات امتياز النفط

يجدر بنا لمعرفة الطبيعة القانونية لامتيازات النفط أن نتعرض للامتياز وفقاً للقانون المدني الذي يصنفه على أساس وجهين:

- أ - أنه عقد خاضع للقانون الخاص الذي يتناول المسائل التجارية أو الصناعية.
- ب - أنه عمل إداري من جانب واحد.

يقول الفقيه في القانون الفرنسي جيز: إن الحقيقة التي مفادها أن الامتياز الذي كان قد سعى إليه الممنوح له نفسه لا تكفي لجعله عقداً، الامتياز هو حالة عمل من شأنها أن تخضع الممنوح له لنظام قانوني موضوعي وحيادي، ويعني هذا وجود قوانين وتعليمات يمنح الامتياز بموجبها^(٧٧).

ومع هذا فإن العمل جار في القانون الفرنسي على اعتبار أي امتياز بمثابة عمل تعاقد في طبيعته.

ويقول دوز ودوبير (ينبغي عدم الخلط بين امتيازات المناجم وامتيازات الخدمة العامة... إن مستغل المنجم لا يقوم بخدمة عامة، ويظل استغلاله عملاً خاصاً خاضعاً لقواعد القانون الخاصة إلى حد عدم النص قانونياً على الإقلال من قيمة المنجم.... أما بشأن الامتيازات الجديدة الممنوحة بموجب قانون ١٩١٩م، فإن سيطرة الدولة على استغلال المناجم قد تشددت مع الحفاظ على طبيعة المشروع الخاص. إن نظام المناجم يقرب هذه المشاريع الخاصة من الخدمة العامة ولو أن نشاطها لا يعتبر من الخدمات العامة.....)^(٧٨).

ختاماً، يمكننا القول بأن امتياز التعدين في القانون الفرنسي هو عمل فريد غير ممكن إلحاقه بأية فئة أخرى، وأنه عمل ذو طبيعة مشتركة هي طبيعة العمل المنفرد، إذ يعتمد على تحويل الدولة، وطبيعة العقد يتطلب موافقة طرفين هما: الدولة وصاحب الامتياز.

(٧٧) انظر: د. عبد الرزاق أحمد - المرجع السابق - ص ٣٢.

(٧٨) انظر: د. عبد الرزاق أحمد - المرجع السابق - ص ٣٢.

وفي القانون البريطاني الذي يتألف من مجموعة من القوانين غير المكتوبة، وهي القوانين التي تتكون من قواعد أقرتها المحاكم باعتبارها كانت موجودة منذ أقدم الأزمان، أو التي تطورت من خلال قرارات القضاء. إن القواعد العامة لقانون العقود في القانون الإنجليزي تطبق على اتفاقيات الامتياز باستثناء الحالة التي يكون فيها أحد أطراف الاتفاقية هو العرش، فقد يعتبر امتياز التعدين إجباراً أو يعتبر منشأً للربح الذي سيؤخذ، وفي الفرق بين هذين الاثنين يقول ويات (من المعروف أنه من الصعب على المحكمة أن تقرر هل أن وثيقة (أداة) معينة من شأنها أن تنشئ إجباراً أم الربح الذي سيؤخذ، وتعتمد كل قضية على ظروفها وعلى نية الطرفين التي يجب أن تستخلص من الوثائق بأسرها، فإذا كان من رأي المحكمة أن نية الأطراف هي إعطاء حق بملكية مطلقة ولا يتعلق بحق قائم لشخص آخر، فإن المحكمة تفسر الوثيقة على أنها إجبار، أما إذا كانت الوثيقة لا تعطي إلا حق استعمال أرض تعود إلى الغير لغرض تحقيق (ربح) منها مع بقاء الأرض ذاتها في حوزة المالك وتحت سيطرته فتعتبر الوثيقة بمثابة الربح الذي سيؤخذ، وعند تطبيق هذه المبادئ بقدر ما يمكن على امتيازات المستأنف يتضح أن الحق الذي منحه الحكومة له هو أقرب إلى الإيجار منه إلى الربح الذي سيؤخذ، ذلك أنه أعطى صاحب الامتياز تخويلاً مطلقاً باستكشاف واستغلال النفط الموجود في الطبقات الأرضية في منطقة الامتياز لعدد من السنين، من دون أن يتضمن ذلك شيئاً على الإطلاق يفيد بأن شخصاً آخر يمكنه أن يمارس قانونياً تخويلاً مشابهاً فيما يتعلق بالطبقات الأرضية ذاتها).

ولكن وكقاعدة عامة من قواعد السياسة العامة لا يمكن منع سلطة حكومية بواسطة عقد قائم من العمل بطريقة هي من صميم وجودها، والتي أنشئت السلطة من أجلها، فقد جاء في تقرير لجنة ترانسفال ما يلي: لا يمكن لأي رجل رشيد أن يتصور حكومة يمكنها أن تقيد إلى ما لا نهاية تشريعات المستقبل، ففي أقطار: مثل بريطانيا العظمى، حيث الآراء تطاوع المصالح كان قد جرى إدخال تعديلات من دون تعويض في الصلاحيات المنصوص عليها في القوانين، كما أن حقوق التعهدات بموجب صلاحيات برلمانية فيما يتعلق بالغاز والماء والكهرباء والنقل العام، وغير ذلك من الأمور التي تتصل اتصالاً وثيقاً برفاه الجماعة.

وفي الشريعة الإسلامية والتي تعد ذات أهمية كبرى؛ لأنها أساس القانون للمسلمين كافة في العالم، وبما أن دولاً إسلامية عديدة هي دول منتجة للنفط، فإن من الضروري دراسة مفهوم الامتياز في الشريعة الإسلامية.

عرفت الأمة الإسلامية الامتيازات منذ عصورها الأولى، وقد كانت امتيازات

لإحياء أراض خالية لا مالك لها، أو للتنقيب عن المعادن واستغلالها مثل: الفضة والذهب والحديد والرصاص والنحاس (وتصنف على أنها معادن باطنة) وكانت الامتيازات تشمل المعادن الظاهرة، كالنفط والكبريت الماء، وهناك مصطلحان لاتفاقيات الامتياز في الشريعة الإسلامية هما الإقطاع والإجارة.

والإقطاع كما يعرفه ابن قدامة الفقيه الحنبلي المتوفى سنة ١٢٢٣م كالآتي: فإن المعادن مباحة فمن يجد معدناً يحق له أخذ حاجته منه بالأسبقية على الغير، ومن بعد ذلك عليه أن يترك للآخرين أن يستوفوا حاجاتهم، فهو لا يستطيع أن يستحوذ على العرق أو المنجم أو الرواسب إلا نتيجة استحواذه على الأرض، حيث يعثر على هذا العرق أو المنجم أو الرواسب، ويجوز أن يتم هذا الاستحواذ، إما بالإقطاع أو بمنحة من الإمام أو بإشغال الأرض أو إحيائها إن كانت مواتاً لا مالك لها... ولا يسمح لأحد أن يأخذ أو يستخرج معدناً موجوداً في ملك شخص آخر؛ لأن ملكية الأرض تشتمل على ملكية الأجزاء الظاهرة والباطنة منها، أما المعادن السائلة فهي وفق الرأي الراجح مباحة دائماً ولا تحتاج إلى إقطاع أو إلى إشغال للأرض أو إعطائها من قبل مالكيها^(٧٩).

وهكذا وبموجب الرأي الراجح في الفقه الحنبلي، لا تقتضي المعادن السائلة سواء أكانت ظاهرة أم باطنة استحواذاً خاصاً على الأرض، ويكون ذلك إما بالاكشاف أو بالإشغال أو بالإقطاع أو بمنحه من الحاكم.

وقد بين الشيخ محمد أبو زهرة في قضية التحكيم مع أرامكو سنة ١٩٥٨ (إن) شرعية الامتياز تعتبر موافقة للمفهوم الشرعي الإسلامي المعروف بـ (إحياء أرض الموات وهي الأرض القابلة للإصلاح) وأن منح الحق لتملك المعادن بالقواعد المتعلقة بالإقطاع، ومن المتفق عليه أن الإقطاع لغرض المعادن الباطنة في الأرض أمر تقره الشريعة، وإن الإمام يمنح فرداً أو أكثر تخويلاً للتنقيب في منطقة معينة، ليأخذ ما قد يجده فيها من معادن، ومن الثابت والمقبول أن الذي يجد معدناً مطموراً قبل غيره يكون له الحق به إن ملكه، وله الحق في الاستمرار في أخذ المعدن ولا حق لآخر في أن ينافسه فيه).

ثمة شكل آخر من اتفاقيات الامتياز يعرف بالإجارة، وهو في الشريعة الإسلامية بيع المنفعة، لذلك فإنه جزء من قانون البيع^(٨٠)، وعقد الإجارة ينص على أنه أجر

(٧٩) Arbitration between Saudi Arabian Government and Aramco, 1958. Transcript of 32 Arbitration Proceedings, Vol 2, p. 761(un published).

(٨٠) انظر: المقدسي أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة؛ المغني - تحقيق رشا رضا - ١٩٤٨ - الجزء الخامس - ص ٣٨٩؛ ٣٩٩.

يدفع لقاء الاستعمال، وهناك نوعان من عقد الإجارة، هما: إجارة زمانية أي لأجل مسمى، وإجارة للقيام بعمل بعينه).

يقضي القانون أن أجر المأجور، وأجر العمل، يجب تحديدهما جيداً مع تحديد محل العقد ووجه استخدامه، يقول النووي، الفقيه الشافعي: (لا يعتبر عقد الإجارة صحيحاً إذا كان يقع على سلخ جلد الحيوان لقاء دفع الجلد أجراً عن العمل، ولا يعتبر صحيحاً إذا وقع على طحن الحنطة لقاء وعد بدفع جزء من الطحين أجراً عن العمل الجاري).

وبموجب الفقه الحنبلي، تصنف اتفاقيات امتياز النفط على أنها من امتيازات التعدين، وعليه يمكن عقد امتياز النفط بشرط عدم معارضته أحكام الشريعة، وهذا العقد لا يتعارض بصفة عامة مع هذه الأحكام، لأنه يكون متفقاً مع مبدئين أساسيين من مبادئ أحكام الشريعة الإسلامية، أولهما: مبدأ الحرية في التعاقد ضمن حدود شريعة الله، والثاني: مبدأ احترام العقود. يقول الفقيه ابن تيمية بشأن المبدأ الأول (...يباح للناس أن يتعاقدوا على ما يحتاجون إليه، إلا إذا كانت هذه العقود يجرمها الكتاب أو السنة....)، والأساس الثاني لهذه القاعدة ينشأ، كما يستفاد من رأي ابن تيمية من أن الشريعة الإسلامية لا تميز بين المعاهدات وبين عقود القانون الإداري أو المدني أو التجاري، فالفقهاء المسلمون ينظرون إلى كل هذه الأنواع على أنها اتفاقيات أو عهود ينبغي الوفاء بها، إذ أن الله هو الشاهد على أي عقد يعقد بين أفراد أو جماعات، إن العقد الصحيح هو عقد ملزم في الشريعة الإسلامية، ذلك أن الله يقول في كتابه العزيز: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾^(٨١).

المبحث الثاني

إنهاء الاتفاقيات الخاصة بالتنقيب عن النفط

وحل منازعاتها من خلال التحكيم

نظراً لتعدد الاتفاقيات الخاصة بالتنقيب والاستكشاف عن النفط التي تبرم بين الدولة المنتجة والشركات المستثمرة، ولما تتعرض له هذه العلاقات من نزاعات وخلافات عديدة ومتنوعة؛ فقد أهمنا ذلك وخصصنا هذا المبحث لدراسة التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ بين المتعاقدين.

(٨١) القرآن الكريم، سورة النحل، الآية ٩١.

فالتحكيم هو الطريق الحديث البعيد عن قضاء الدولة لحل المنازعات الناشئة عن مثل هذه الاتفاقيات - اتفاقيات التنقيب عن النفط - ولهذا قمنا بالتعرض له من أجل توضيح كيفية حل المنازعات بين الطرفين.

وسنستعرض في هذا المبحث التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات ثم الطبيعة القانونية للتحكيم بوجه عام والقانون المطبق عليه، ولكن قبل التعرض لكل هذا سنقوم ببيان كيفية إنهاء عقود التنقيب عن النفط سواء بالطرق العادية أو الطرق المبسترة.

ولهذا نعرض هذا المبحث في أربعة مطالب:

المطلب الأول: كيفية إنهاء عقود التنقيب عن النفط.

المطلب الثاني: التحكيم في الاتفاقيات النفطية كأسلوب لتسوية المنازعات وتشكيل محكمة التحكيم.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم والقانون المطبق فيه.

المطلب الأول

كيفية إنهاء عقود التنقيب عن النفط

يتم إنهاء اتفاقيات وعقود التنقيب عن النفط بين الدولة المنتجة والمستثمر الأجنبي (صاحب الامتياز)، إما بالطريقة الطبيعية لانتهاء العقد، أو الطريقة غير الطبيعية لانتهاء الاتفاقية، وهي الإنهاء نتيجة الإخلال بالالتزامات العقدية، والتي تلجئنا بعد ذلك إلى طريق التحكيم الذي سنتعرض له في المطلب التالي لهذا المطلب، ولذا سنقوم بعرض الطريق الطبيعي لانتهاء العقد أو الاتفاقية، ثم الطريق غير الطبيعي لإنهاء هذا العقد أو هذه الاتفاقية بما يأتي:

أولاً - الطريق الطبيعي لانتهاء العقد:

لقد تعددت طرق انتهاء العقد الطبيعية - فيما يتعلق بعقود التنقيب عن النفط - فالطريق الأول هو انتهاء مدة الاتفاقية، وهذا إما أن يكون بانتهاء المدة اللازمة لفترة البحث أو بانتهاء المدة اللازمة عند الاكتشاف التجاري، والطريق الثاني هو الانتهاء المبسر للعقد دون إخلال بالالتزامات، وسنقوم بعرض كلتا الطريقتين على الوجه التالي:

١ - انتهاء مدة العقد:

إن القواعد العامة في كافة التشريعات الوضعية ترتب انتهاء العقود وإنهاء العلاقات العقدية بين الطرفين عند انتهاء مدة العقد، وكذا في عقود التنقيب عن النفط،

وللانتهاء هنا حالتان هما: انتهاء المدة اللازمة لفترة البحث، وانتهاء المدة اللازمة عند الاكتشاف التجاري.

الأولى - انتهاء المدة اللازمة لفترة البحث:

إن كافة عقود التنقيب بين الدولة وصاحب الامتياز وغالبها تشتمل على مدة بحث أصلية إلى جانب مدة أو مدتين إضافيتين، فإذا لم يتحقق الاكتشاف خلال هذه الفترة تنتهي الاتفاقية، وهذا الانتهاء قد يكون باقياً أو معلقاً على شرط اختيار المستثمر الأجنبي، وذلك إذا تداركت المدة، ولم يستكمل حفر واختيار أي بئر يكون فعلاً تحت الحفر، أو الاختيار عند نهاية الفترة المحددة سلفاً، فقد أجازت بعض الاتفاقيات أن تمتد كل فترة من فترات البحث الممنوحة للمستثمر الأجنبي لمدة معينة يتم الاتفاق عليها في كل اتفاقية لاستكمال هذا الغرض، فإذا لم يطلب المستثمر الأجنبي هذا الامتداد تنتهي الاتفاقية، كما أنه تسهيل للمستثمر الأجنبي - لمنحه الفرصة الكافية قبل انتهاء الاتفاقية - أجيّز له الحق في ترحيل تلك المدة أو جزء منها لمدة البحث الثانية، ويشترط لانتهاء مدة البحث من قبل المستثمر الأجنبي أن يخطر حكومة الدولة المنتجة للنفط قبلها بمدة معقولة تحددها القوانين الوضعية، دون أية شروط سوى أن يكون قد أوفى بكافة التزاماته المنصوص عليها في الاتفاقية التي بينه وبين حكومة الدولة المنتجة للنفط^(٨٢).

الثانية - انتهاء المدة اللازمة عند الاكتشاف التجاري:

إن القوانين الوضعية بالدولة المختلفة تحدد فترة الاكتشاف التجاري بمدة معينة لها حد أدنى وحد أقصى، وما بين الحد الأدنى والأقصى فترة امتداد اختيار للدولة إذا أرادت استمرار الاكتشاف في التنقيب عن النفط تقوم بالمد الاختياري للعقود، وإذا لم ترد انتهى العقد^(٨٣).

٢ - الانتهاء المبستر للعقد دون إخلال:

إن الانتهاء المبستر للعقد، قد يتم دون إخلال بالالتزامات المتعلقة به، وقد يتم نتيجة إخلال بالالتزامات، وهنا نلجأ إلى التحكيم، ولكننا نعرض هذا فقط لانتهاء المبستر، دون إخلال، والذي ينقسم إلى حالتين هما: انتهاء العقد بالتخليات، وانتهاء العقد بالقوة القاهرة.

(٨٢) انظر: الاتفاقية المصرية المادة الثالثة.

(٨٣) انظر: العطفي شريف علي خليل - النظام القانوني لعقود الامتيازات البترولية والغاز (دراسة مقارنة) رسالة جامعة القاهرة - كلية الحقوق - ٢٠٠٣ صفحة ٤٥٤ وما بعدها.

الأولى - انتهاء العقد بالتخليات:

إن التخليات سواء أكانت إجبارية أم اختيارية تنهي بالقدر الذي تم التخلي عنه من مناطق، فإذا كانت هناك مناطق ما زالت تحت الخضوع للعقد، فإن كان التخلي كاملاً، فإن العقد بكامله ينتهي لعدم وجود محل له، وهو منطقة البحث أو منطقة الالتزام.

وقد تكون التخليات إجبارية أو اختيارية، وقد يتحقق هذا التخلي نتيجة البحث الأولى، حيث يسفر عن لا شيء أو عن حقل نفطي لا يعتبر حقلاً تجارياً، فينتهي العقد، حيث ينتهي العقد بانتهاء مدة البحث، إذا لم يتم تحقيق اكتشاف تجاري وانتهاء العقد جزئياً يتم بالتخلي الإجباري، وقد نصت بعض الاتفاقيات والعقود على أنه (في نهاية المدة الأصلية يتم التخلي للحكومة عن إجمالي معين (قدر معين) من المنطقة الأصلية التي لم يتم تحويلها إلى عقد أو عقود تنمية، كما يتعين على المستثمر (صاحب الامتياز) أن يتخلى عند نهاية المدد الإضافية من فترة البحث عن الباقي من المنطقة الأصلية التي لم يتم تحويلها إلى عقود تنمية، أما القطاعات التي حولت إلى عقد تنمية، فلا يتخلى عنها المستثمر، ويسري العقد بشأنها بمدتها الأصلية، أما ما تخلى عنه المستثمر، فينتهي العقد بشأنه، وكما يتم إنهاء العقد جزئياً بالتخلي الإجباري يتم انتهائه جزئياً بالتخلي الاختياري وذلك بالنسبة للمناطق التي تخلى عنها.

الثانية - انتهاء العقد بالقوة القاهرة:

إن المقصود بالقوة القاهرة في عقود التنقيب عن النفط التي تبرم مع المستثمر الأجنبي، صاحب الامتياز هو أي أمر أو لائحة أو توجه من حكومة الدولة المنتجة للنفط بالنسبة للمستثمر الأجنبي، سواء صدر في شكل قانوني أو غير ذلك، أو ما يحدث بشكل مفاجئ أو عصيان أو تمرد أو شغب أو حرب أو إضراب، أو غير ذلك من الاضطرابات أو الحرائق أو الفيضانات، أو أي سبب آخر ليس ناتجاً عن خطأ أو إهمال من جانب الدولة والمستثمر الأجنبي، أو أي منهما بشرط ألا تستطيع الدولة أو المستثمر توقيه أو تداركه أو السيطرة عليه في الحدود المعقولة، وبذلك فانهاء العقد بالقوة القاهرة مرهون بتوافر أمرين هما:

- ١ - أن تكون القوة القاهرة أثناء فترة البحث الأولية أو أي امتداد لها.
 - ٢ - أن تستمر القوة القاهرة، لمدة ستة أشهر على الأقل.
- فإذا انتهت فترة البحث الأولية، واستمر العقد إلى ما بعد الاكتشاف التجاري، فليس من حق المستثمر الأجنبي (صاحب الامتياز) أن ينهي العقد.

ويثور لدينا تساؤل هام ألا وهو: هل يجوز للمستثمر الأجنبي أن ينهي العقد في حال حدوث القوة القاهرة لمرات متعددة.

نرى في ذلك أن للمستثمر الأجنبي الحق في إنهاء عقد التنقيب في حال حدوث القوة القاهرة لأكثر من مرة ولو لمدد صغيرة، إذا كان حدوث القوة القاهرة يؤدي إلى عدم قدرته على إتمام عمله بالشكل الأمثل، وذلك درءاً لرجوع الدولة عليه بدون وجه حق لعدم الوفاء بالتزاماته، لذا يجب أن يعطى المستثمر هذا الحق^(٨٤).

أما إذا كان حدوث القوة القاهرة لمرات عدة لا يؤثر على سير عمل المستثمر، فهنا لا يحق للأخير المطالبة بإنهاء العقد؛ نظراً لعدم تأثر أعماله بالقوة القاهرة، وقد حددت بعض الدولة مدد معينة إذا استمرت بها القوة القاهرة، ولو لمرات متقطعة يحق فيها للمستثمر الأجنبي إنهاء العقد^(٨٥).

ثانياً - الطريق غير الطبيعي لانتهاء العقد:

تقضي القواعد العامة أنه في مختلف العقود الملزمة للجانبين إذا أخل أحد الطرفين بالتزامه، ولم يوف، كان للطرف الآخر الحق في إنهاء العقد بعد إنذار الطرف المخل ومطالبته بتنفيذ التزامه مع حق الطرف المضروب في المطالبة بالتعويض، ولكن ما هي الحالات التي تعد إخلالاً بالتزامات من الطرفين.

تتعدد الحالات ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر الآتي:

١ - تقديم بيانات خاطئة من صاحب الامتياز:

يحق للحكومة منتجة النفط إلغاء عقد التنقيب عن النفط مع الشركة الأجنبية صاحبة الامتياز إذا قدمت الأخيرة عن علم إلى الحكومة بيانات غير صحيحة، وكان لهذه البيانات اعتبار جوهري في قبول الدولة المنتجة - منتجة النفط - بالتعاقد.

أي أن تقديم البيانات غير الصحيحة، واعتبارها جوهرياً عند إبرام الاتفاقية يكون عند التعاقد، بحيث تكون هذه البيانات هي الدافع للتعاقد، حيث يعد ذلك تدليساً من الشركة الأجنبية على الدولة منتجة النفط^(٨٦)، ولكن هل يسري ذلك إن كانت هذه البيانات قدمت إلى الدولة المنتجة أثناء سريان التعاقد؟

نرى في ذلك أنه سواء أكانت البيانات الكاذبة هي الدافع للتعاقد - أي سابقة

(٨٤) انظر في هذا المعنى: العطفي شريف علي خليل - المرجع السابق - صفحة ٤٦٠ وما بعدها.

(٨٥) رأي الباحث.

(٨٦) انظر: العطفي شريف علي خليل - المرجع السابق - صفحة ٤٦٥ وما بعدها.

عليه - أو كانت أثناء سير العقد توجب في الحالتين مسؤولية المستثمر، وغالباً ما تحل هذه النزاعات عن طرق التحكيم الذي سنتعرض له لاحقاً، أما إذا كانت البيانات التي قدمت ليست جوهرية - أي غير هامة - بحيث لا تؤثر في إبرام التعاقد من الدولة المنتجة، فإن هذا لا يؤثر على إبرام العقد، ولكن كيف يحدد مدى جوهرية البيان من عدمه؟

ضمّن الطرفان في عقدهما بنداً خاصاً بالتحكيم يحيلهما إلى التحكيم في حالة حدوث خلاف بينهما، ولذا فأى أمر مثل ذلك كتفسير لفظة جوهرية، أو العلم بمدى جوهرية الفعل من عدمه يرجع فيه إلى التحكيم، وهو الذي يقوم بتحديد ذلك من خلال المحكمين.

٢ - التنازل للغير:

إن التنازل من قبل الشركة الأجنبية عن أية حصة في الاتفاقية، أو العقد بطريقة تخالف ما هو منصوص عليه في التعاقد بين الطرفين يجيز إلغاء العقد من قبل الطرف المضرور، وهو الدولة المنتجة للنفط، فلا يحق للشركة الأجنبية صاحبة الامتياز التنازل للغير، إلا بعد الحصول على موافقة كتابية من الحكومة، وأن تكون هذه الشركة قد أتمت الوفاء بكافة التزاماتها، وأن تلتزم الشركة المتنازل إليها بكافة التعهدات، والالتزامات الخاصة بالعقد المبرم بين الشركة الأولى والدولة المنتجة، وأن يقبل المتنازل كافة التعديلات والإضافات، وأن يعتمد التنازل من حكومة الدولة المنتجة^(٨٧).

٣ - إشهار إفلاس الشركة صاحبة الامتياز:

استقرت كافة التشريعات الوضعية على أنه (إذا أشهر إفلاس التاجر - الشركة التجارية- يجوز إلغاء كافة الاتفاقيات المبرمة معه، والإفلاس هو نظام للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي يتوقف عن وفاء ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها - وهو ما ينطبق على الشركة صاحبة الامتياز - متى كان هذا التوقف يكشف عن انهيار ائتمانه، ويقصد به تصفية هذه الأموال جميعها وبيعها، وتوزيع ثمنها وفاء لديونه وفقاً لإجراءات تستهدف المساواة بين الدائنين)^(٨٨).

ويرتب حكم شهر الإفلاس نتائج خطيرة بالنسبة للمدين (الشركة الأجنبية) والدائنين (الدولة وغيرها) والغير، فهو بالنسبة للشركة صاحبة الامتياز يعني ضياع

(٨٧) انظر في ذلك: العطفي شريف علي خليل - المرجع السابق - صفحة ٤٧٠ وما بعدها.

(٨٨) انظر في ذلك: العطفي شريف علي خليل - المرجع السابق صفحة ٤٧١.

الثقة والشرف التجاري وغل يدها عن إدارة أموالها، ويحل محلها وكيل للدائنين، تعينه المحكمة، كما أنه يحرم الشركة صاحبة الامتياز من بعض الحقوق الأخرى.

٤ - استخراج الشركة صاحبة الامتياز المعادن غير النفط دون ترخيص:

إن باطن الأرض يحتوي على الكثير من المعادن وقد يتصادف أثناء الحفر والبحث عن النفط وجود معادن أخرى لم ينص عليها العقد المبرم بين الدولة مانحة الامتياز والشركة صاحبة الامتياز، والدولة بما لها من سيادة على ما في باطن الأرض وعلى ثرواتها المعدنية، لا بد وأن توافق على استخراج هذه المعادن، فلا يجوز استخراجها بلا ترخيص، وقد تجد الشركة صاحبة الامتياز مصلحة في إخفاء هذه المعادن عن الدولة للاستفادة منها دون علم الدولة، الأمر الذي يخالف الغرض الذي وقع على أساسه العقد، ومن ثم يحق معه للدولة مانحة الامتياز أن تفسخ العقد وتنتهيه دون مسؤولية عليها، وغالباً ما يوضع مثل هذا البند في عقود التنقيب والبحث مع الشركة الأجنبية، حيث بذلك تكون خرجت عن نطاق العمل المراد القيام به^(٨٩).

ويستثنى من ذلك ما لا يمكن تجنب استخراجه نتيجة العمليات الجارية وفقاً للأصول المقبولة في صناعة النفط، باعتبار أن ما لا يمكن تجنبه من معادن أخرى هو حالة ضرورة والضرورات تبيح المحظورات، وتقدير ما يمكن تجنبه وما لا يمكن تجنبه من معادن يتم وفقاً لما يقرره أهل الخبرة والأصول المقبولة في صناعة النفط، فإذا ما تم اكتشاف معادن أخرى غير ما هو منصوص عليه بعقد التنقيب، فعلى الشركة صاحبة الامتياز أن تخطر الحكومة - حكومة الدولة مانحة الامتياز - أو ممثلها في أسرع وقت ممكن، وتقدير الوقت الذي تخطر به الحكومة يجب أن يوضح في عقد التنقيب على وجه الدقة، ويشترط للإلغاء من قبل الحكومة أن يكون استخراج المعادن غير المنصوص عليها في الاتفاقية بطريق العمد أي اتجاه النية من قبل الشركة صاحبة الامتياز إلى استخراج هذه المعادن دون علم الحكومة بذلك، أما إذا كان استخراج المعادن جاء نتيجة قيام الشركة بالأعمال الواردة بالعقد، إلا أنها لم تتعمد إخفاءها فلنا منها أن تلك المعادن ليست بالكثرة التي تجعل منها اكتشافاً تجارياً، فلا تحاسب الشركة على ذلك، أما إذا كان الاستخراج بالكثرة التي تثير مسألة الاكتشاف التجاري، وتعمدت الشركة إخفاءها، فإن العمد هنا يتوافر؛ مما يكون سبباً لإلغاء الاتفاقية.

(٨٩) انظر في ذلك: العطفي شريف علي خليل - المرجع السابق - صفحة ٤٧٠ وما بعدها.

٥ - ارتكاب مخالفة للعقد:

إن أية مخالفة لعقد التنقيب من قبل الشركة صاحبة الامتياز قد يرتب أحقية الدولة مانحة الامتياز في إنهاء العقد إذا تم النص على ذلك فيه، بشرط أن تكون تلك المخالفة جوهرية سواء أكانت هذه المخالفة تتعلق ببرنامج العمل، أم فترات البحث أو النفقات أو الأعمال الحسابية، وغير ذلك مما نص عليه العقد بين الطرفين، فلا يشترط أن تكون المخالفة من نوع معين ولكن يشترط أن تكون هذه المخالفة جوهرية من أي نوع، وتقدير ما إذا كانت هذه المخالفة جوهرية من عدمه يخضع لمحكمة التحكيم المنصوص عليها في العقد، ذلك أنه غالباً ما يوجد نص في العقد يحيل أي نزاع أو خلاف بين الحكومة - حكومة الدولة مانحة الامتياز - والشركة صاحبة الامتياز فيما يتعلق بالعقد أو بالإخلال به إلى التحكيم ويفصل فيه بواسطته^(٩٠).

وبهذا نكون قد أنهينا كيفية وطرق إنهاء عقود التنقيب عن النفط، ولكن ما نتساءل عنه هو كيفية تسوية المنازعات بين الطرفين، وهذا ما نتعرف عليه في المطلب التالي وما يليه من مطالب.

المطلب الثاني

التحكيم في الاتفاقيات النفطية كأسلوب لتسوية المنازعات وتشكيل محكمة التحكيم

إن نشوب العديد من المنازعات عن تنفيذ العقود النفطية هو ما يؤدي بنا إلى ولوج طريق التحكيم، ولعل ضعف ثقة المستثمر الأجنبي في قضاء الدولة مانحة الامتياز - خوفاً من عدم الحيادية - وما قد يترتب على ذلك من أثر في حركة رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة؛ أدى إلى اقتناع عدد كبير من الدول بمدى فائدة التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات، فقبلت اتباع هذا النظام، ويعد الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي - دون تدخل دولة جنسيته - تطوراً حديثاً في مسائل حسم المنازعات، أسهم خلال القرنين الأخيرين في تدفق الاستثمارات الأجنبية وتزايد اتفاقيات التنمية الاقتصادية، والتوسع في حجم المبادلات التجارية الدولية.

وقد اتجهت العديد من الدول العربية - خاصة دول الخليج - في الاتفاقيات البترولية إلى الأخذ بنظام التحكيم - وذلك بالنص عليه في هذه الاتفاقيات - كإجراء

(٩٠) انظر: في هذا المعنى: العطفي شريف علي خليل - المرجع السابق - صفحة ٤٧١، ٤٧٢.

تسوى به خلافات الدولة المضيفة مع شركات البترول المستثمرة^(٩١)، ولعل ما أيد ذلك هو ضرورات التجارة الدولية، من حيث أن إجراء التحكيم يعتبر أكثر مناسبة من القضاء بالنسبة للنشاط الاقتصادي بين الدول^(٩٢)، وقد عبر عن ذلك بعض الفقهاء بالقول أنه (قد يحجم المستثمرون عن استثمار أموالهم في دولة يعلمون أن اللجوء إلى القضاء الوطني في الدولة المضيفة هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقهم التي يلحقها ضرر من جراء تصرف تأتيه هذه الدولة)، ذلك أنه يعني أن الدولة المضيفة تصبح خصماً وحكماً في آن واحد، ويؤدي هذا الأمر إلى ضيق نطاق الاستثمار في تلك الدولة، ويشكل عائقاً لنمو نشاطها التجاري أو الصناعي، وعلى خلاف ذلك، فإن نظام التحكيم يوفر مناخاً استثمارياً مفضلاً لدى المستثمرين الأجانب؛ حيث يتمتع أطراف التحكيم بحرية اختيار قضاتهم الذين يتوخون فيهم الثقة والخبرة والمعرفة والعلم بموضوع النزاع، ولهم حرية تحديد الإجراءات واجبة الاتباع أمام محكمة التحكيم، كما لهم حرية اختيار القانون الحاكم للنزاع، بينما تغيب هذه الحريات أمام المحاكم الوطنية^(٩٣).

وقد قامت منظمة الأوبك بتبني نظام التحكيم، ودعت إلى الأخذ به كوسيلة لتسوية المنازعات النفطية متعددة مزاياه ومفضلة إياه على القضاء الوطني؛ لمرونة إجراءاته واختصار وقته وتكاليفه، هذا فضلاً عما يبعثه من اطمئنان لدى المستثمرين الأجانب إذا حدث نزاع بينهم وبين الدولة المضيفة^(٩٤).

كما أوضح مجمع القانون الدولي في دورته التاسعة والأربعين أنه من المرغوب فيه لصالح التطور الاقتصادي العالمي أن تتضمن الاتفاقيات الاقتصادية والمالية المتعلقة بمشروعات التنمية، والتي تبرمها الدولة، فيما بينها أو مع المنظمات والمؤسسات الدولية أو مع الأشخاص الخاصة شرط تحكيم لتسوية ما قد يثور من منازعات بشأنها^(٩٥).

(٩١) راجع الاتفاقيات التالية: السعودية وأرامكو لعام ١٩٣٣ مادة ٣١ والسعودية وشركة جيتي لعام ١٩٤٩ مادة ٢١ والسعودية والشركة اليابانية لعام ١٩٥٧ مادة ٥٥.

(٩٢) انظر: الكتاب السنوي لمجمع القانون الدولي - عام ١٩٥٩ - المجلد الثاني - الجزء ٤٨ - صفحة ٣٦٠، ٣٦١.

(٩٣) د. القطيفي عبد رب الحسين- دور التحكيم في فض المنازعات الدولية مجلة العلوم القانونية - كلية حقوق بغداد - طبعة ١٩٦٩ - صفحة ٦٣ وما بعدها.

(٩٤) راجع: بيان السكرتير العام لمنظمة الأوبك بتاريخ ٥ يونيو ١٩٦٦.

(٩٥) د. الغنيمي محمد طلعت - شرط التحكيم في اتفاقات البترول - بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي الثالث لعام ١٩٦١ - صفحة ١ وما بعدها، د. شحاته إبراهيم- معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر - طبعة ١٩٧٢م - القاهرة - صفحة ٨٦؛ Stephen M. schwebel, The alsing case-

International and comparative law quarterly, vol 8 - April 1959 - p 320P326.

ولهذا سنقوم بعرض اتفاق التحكيم، ثم موضوع التحكيم، بشيء من التفصيل.

أولاً - اتفاق التحكيم:

لقد أجرى الفقهاء التفرقة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم، حيث رأوا أن الأول يقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة، وبمقتضاه يتفق أطراف العلاقة الأصلية على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم قبل نشوب أي نزاع، وقد يكون شرط التحكيم عاماً أو خاصاً، فيكون عاماً إذا أحال إلى التحكيم كافة المنازعات المتعلقة بتفسير، أو تنفيذ الاتفاقية، ويكون شرط التحكيم خاصاً إذا قصر الإحالة للتحكيم على بعض المسائل دون البعض الآخر^(٩٦).

أما اتفاق التحكيم، فهو تصرف قانوني مستقل يتخذ شكل اتفاق مكتوب، ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع، وأسماء المحكمين، ومكان إجراءات التحكيم، كما قد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون، وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقاً على نشوب النزاع^(٩٧).

وتبدو أهمية هذه التفرقة في تحديد نوع المنازعات التي يمكن إعمال التحكيم وشرط التحكيم فيها، فاتفاق التحكيم هو دائماً اتفاق أو عقد يبرمه الطرفان، أما شرط التحكيم فطبيعته القانونية هي ذات طبيعة العلاقة الأصلية الذي هو شرط فيها^(٩٨).

هذا عن ماهية شرط واتفاق التحكيم، فماذا عن الطبيعة القانونية للتحكيم في عقود الامتياز النفطي؟

إن التحكيم إجراء ذو طبيعة تعاقدية فقط، وتبدو أهمية هذا التحديد عند توصيف الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، إذ يترتب على هذا أن ما يدخل في دائرة التحكيم هو النصوص التعاقدية من الامتياز، أما ما يتعلق برخص الامتياز فلا يجوز عرضه على التحكيم، وعلى ذلك، فإن كل ما يمس حق استغلال البترول في ذاته ليس من الموضوعات التي يعالجها شرط التحكيم، فإذا ما سحبت الدولة رخصة الاستغلال عن طريق التأميم مثلاً، فإن هذا الإجراء يمس حق الاستغلال في أصله والخلاف عليه ليس خلافاً على الشق التعاقدية من امتياز البترول، وإنما خلاف على رخصة الامتياز،

(٩٦) انظر: في هذا Daniel Patrick oconnell the law of stste succession, Cambridge studies in international and comparative law 5 (Cambridge: Cambridge university press 1956) p,106.

(٩٧) انظر: د. الغنيمي محمد طلعت - شرط التحكيم في اتفاقات البترول - بحث - صفحة ٢.

(٩٨) د. باخشوب عمر أبو بكر، المرجع السابق - صفحة ٢٠٠ وما بعدها.

وتبعاً لذلك فهو يخرج من نطاق المنازعات التي ينطبق عليها شرط التحكيم، وليس للشركة المستغلة أن تدعي بأن مثل هذا الموضوع يجب أن يعرض على التحكيم، ويبقى لها في مثل هذه الحالة اللجوء للإجراءات التي يسمح بها القانون الوطني في مثل هذه الظروف^(٩٩).

وقد يرد النص على إحالة المنازعات بين الدولة المضيفة والشركة صاحبة الامتياز على التحكيم في القوانين الداخلية للدولة المضيفة، كما قد تسمح تلك القوانين بتضمين عقود التنقيب نص بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم إلى جانب عقود التنقيب والاستثمار التي تتضمن مثل هذا النص، وإذا كانت التشريعات الداخلية في الدولة المضيفة لا تقدم تأميناً كافياً للمستثمر يكفل له قيام الدولة بتسوية المنازعات معهم عن طريق التحكيم، حيث تملك الدولة تعديل هذه التشريعات بإرادتها المنفردة^(١٠٠)، فإن تضمين اتفاقيات الاستثمار شرطاً للتحكيم يقدم ضماناً أفضل لهؤلاء المستثمرين، حيث يكون هذا الشرط ملزماً ولا يمكن العدول عنه والادعاء بحصانة الدولة، ويظهر شرط التحكيم في الاتفاقيات النفطية بأن يقوم كل طرف من طرفي النزاع باختيار حكمه، ومن ثم يختار الحكمان الحكم المرجح.

ولهذا الاتفاق أشكال متعددة نعرض لأحدها وهو:

- شرط التحكيم:

هو ذلك الشرط الوارد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة وبمقتضاه يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب أي نزاع على الأخذ بنظام التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات، وقد يتفق الأطراف في هذا الشرط على إحالة كافة المنازعات التي تثور بينهم على التحكيم، وهو ما يعرف بشرط التحكيم العام وقد ينص على اللجوء إلى التحكيم بشأن مسائل معينة، ويطلق على شرط التحكيم في هذه الحالة شرط التحكيم الخاص.

وقد يقتصر مضمون شرط التحكيم على اتجاه نية الأطراف إلى الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات، دون أي تفصيل يؤدي إلى تطبيق هذا النص، كما لو نص على أن أي نزاع ينشأ بين الأطراف يحال إلى التحكيم ما لم يحسم بالمفاوضات، فمثل هذا النص لا يستفاد منه إلا قبول نظام التحكيم كوسيلة لحسم

(٩٩) د. عشوش أحمد عبد الحميد - النظام القانوني - المرجع السابق - صفحة ٤٧٩.

(١٠٠) د. شحاته إبراهيم - معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر - المرجع السابق - صفحة ٧٤، صفحة ١١٨ وما بعدها.

المنازعات، ولا يمكن إعمال هذا النص إلا باتفاق لاحق يحدد موضوع النزاع وتشكيل المحكمة والإجراءات التي تتبع في ذلك، وقد يحدد القانون الواجب التطبيق؛ لذلك أطلق على مثل هذا الشرط (شرط التحكيم الفارغ) أو التعهد التحضيري^(١٠١)؛ ونجد مثالا له في شرط التحكيم الذي تضمنه الاتفاق البترولي بين فارس ودارسي ١٩٠١.

وقد يمتد مضمون شرط التحكيم إلى تنظيم جوانب التحكيم، من حيث تشكيل المحكمة واختيار المحكمين والمحكم الثالث ومعالجة إخفاق الأطراف في تعيين أي من المحكمين، وجنسياتهم وشروط اختيارهم ومكان انعقاد جلسات التحكيم، والإجراءات التي تتبع والمواعيد، وكيفية إصدار القرار التحكيمي في النزاع، وقد درجت الكثير من الاتفاقيات البترولية على تضمين شرط التحكيم هذه المسائل^(١٠٢).

وعندما يضمن الأطراف اتفاقيتهم شرطاً يقضي بالأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، فلا يجوز لأي منهم نقض هذا الاتفاق بإجراء انفرادي. وقد أوضحت هذا المعنى اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية ١٩٦٥، حيث نصت المادة ١/٢٥ منها على أنه: (حينما يكون الأطراف قد أبدوا رغبتهم الرضائية في عرض ما قد يثور بينهم من منازعات على التحكيم، فلا يستطيع أحد منهم أن يعدل عن هذا الرضاء بإرادته المنفردة).

وإذا كان الأصل أن ينتهي العمل بكافة اشتراطات اتفاقية البترول - بما في ذلك شرط التحكيم - فور إنهاء هذه الاتفاقية أيّاً كان سبب هذا الإنهاء، بيد أن قليلاً من الاتفاقيات تمد العمل بشرط التحكيم إلى ما بعد انتهاء الأجل المضروب للاتفاقية، وذلك لحسم ما قد يثور من منازعات، ومثال ذلك ما تضمنته المادة الأربعون من اتفاقية العراق وشركة نفط العراق سنة ١٩٢٥، حيث نصت على أنه: (إذا حصل في وقت ما، خلال مدة هذه الاتفاقية أو بعد انقضاء هذه المدة شك، أو خلاف، أو نزاع ما بين الحكومة والشركة... فيجب إحالته - في حالة عدم الاتفاق على حسمه بطريقة أخرى - إلى حكمين اثنين....).

ثانياً - موضوع التحكيم:

- اتفاقية التحكيم الدائمة:

وتعالج هذه الاتفاقية موضوعاً واحداً، وهو تسوية المنازعات بطريق التحكيم بين

(١٠١) د. العناني إبراهيم - اللجوء إلى التحكيم الدولي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس - ١٩٧٠ - صفحة ١٢٧.

(١٠٢) د. عشوش أحمد عبد الحميد - النظام القانوني - المرجع السابق - صفحة ٤٨٧.

الأطراف الموقعة عليها، وكانت أولى هذه الاتفاقيات تلك التي توصل إليها مؤتمر السلام الأول الذي عقد في لاهاي، حيث عقدت اتفاقية للتسوية السلمية للمنازعات الدولية في ٢٩ يوليو، ١٨٩٩ وقد أنشأت هذه الاتفاقية محكمة تحكيم دائمة، ثم أعيد النظر في هذه الاتفاقية في مؤتمر السلام الثاني الذي عقد في لاهاي سنة ١٩٠٧ واستبدلت بها محكمة أخرى تحمل نفس الاسم، بيد أن تسمية المحكمة الدائمة الواردة في الاتفاقيتين تسمية جاوزت الصحة، فلم يكن هناك في الواقع محكمة لها صفة الدوام، وإنما مجرد هيئة تقدم تسهيلات إدارية، وتضم قائمة بأسماء محكمين يختار منهم الأطراف الراغبون في تسوية منازعاتهم عن طريق تحكيم المحكمين الذين تتشكل منهم محكمة التحكيم التي تتولى نظر النزاع، على أن ينتهي دورها بمجرد أن تفرغ من الفصل في النزاع، أي أنها محكمة وإن جاء هذا التعبير بعد تشكيلها من قائمة المحكمين عرضية مؤقتة تشكل عند كل نزاع ولا دوام إلا للنص الخاص بالتعهد باللجوء للتحكيم لتسوية ما قد يثور بين الأطراف الموقعة من منازعات؛ لذلك اقترح الفقيه Antoine Pillet تسميتها باتفاقية التحكيم الإلزامي^(١٠٣).

وتنص المادة ٤٧ من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٠٧ على تخويل سكرتارية المحكمة سلطة وضع تسهيلات تحت تصرف الأطراف المتعاقدة لاستخدامها في أي مجلس تحكيم خاص، وقد جرى العمل على تطبيق هذا النص، حيث قامت سكرتارية المحكمة بوضع مستخدميه وموظفيها تحت تصرف أطراف التحكيم في النزاع بين الحكومة الصينية ومؤسسة الراديو الأمريكية.

وفي فبراير سنة ١٩٦٢ قامت سكرتارية المحكمة بنشر قواعد التحكيم والتوفيق لتسوية المنازعات بين دولة وطرف خاص، وقد وافق المجلس الإداري للمحكمة على هذه القواعد في ٢٦ مارس ١٩٦٢، وتعد هذه القواعد تعديلاً لنصوص اتفاقية ١٩٠٧، وتهدف إلى إنشاء لجان تقبل الأطراف أن تحيل عليها المنازعات، وتتشكل هذه اللجان من محكمين ثلاثة يختارهم أطراف النزاع، وعند إخفاقهم في ذلك يمكنهم الاستعانة بسكرتارية المحكمة؛ لتتولى عنهم مهمة اختيار المحكمين من قائمة المحكمين بالمحكمة الدائمة، وعند تشكيل المحكمة، فإنها تعقد جلساتها في قصر السلام بلاهاي، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك ويتحمل الأطراف مناصفة نفقات التحكيم.

كذلك تعد من النماذج الحديثة لاتفاقيات التحكيم الدائمة اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول، ومواطني الدول الأخرى التي كانت وليدة اقتراح Mr. Broches،

(١٠٣) د. عشوش أحمد عبد الحميد- النظام القانوني - المرجع السابق - صفحة ٤٨٨.

المستشار العام للبنك الدولي للإنشاء والتعمير في ٢٨ أغسطس سنة ١٩٦١ والتي ساهم بدور فعال في إعدادها المديرون التنفيذيون للبنك، وقد توجت أعمالهم بوضع مشروع الاتفاقية في ١٨ مارس ١٩٦٥ ودخلت الاتفاقية حيز التنفيذ اعتباراً من ١٤ أكتوبر ١٩٦٦، وقد أنشأت الاتفاقية مركزاً دولياً لتسوية المنازعات الاستثمارية يقدم تسهيلات التوفيق والتحكيم في هذه المنازعات^(١٠٤).

- اتفاق التحكيم الخاص:

إن التحكيم يعرف بأنه تصرف قانوني مستقل بمقتضاه يحدد الطرفان موضوع النزاع، وأسماء المحكمين ومكان التحكيم وإجراءاته، كما قد يحددان القانون الذي تطبقه المحكمة وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقاً على نشوب النزاع^(١٠٥).

فإذا تضمنت علاقة تعاقدية النص على حسم ما قد يثور بين أطرافها من منازعات بطريق التحكيم دون تنظيم لجوانب التحكيم، فيقتضي إعمال هذا النص بعد نشوب النزاع إبرام اتفاق تحكيم خاص لتحديد موضوع النزاع وكافة التنظيمات التي تكفل تسويته، أي أن تنفيذ شرط التحكيم يقتضي إجراء اتفاق تحكيم خاص، إلا أنه إذا كان شرط التحكيم متضمناً بداية كافة التنظيمات المناسبة لإجراء التحكيم وطرق اختيار المحكمين والمواعيد والمنازعات التي تعرض على التحكيم والقانون الواجب التطبيق، فلا تثار ضرورة تحرير اتفاق تحكيم خاص، وينطبق نفس الحكم إذا أحال النص على الاتفاقيات الخاصة بتسوية المنازعات، مثل الإحالة لاتفاقية التسوية السلمية للمنازعات الدولية سنة ١٩٠٧ أو اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية سنة ١٩٦٥، ففي مثل هذه الحالات يمكن إعمال التحكيم، وإصدار الحكم الحاسم في المنازعة، دون حاجة لتحرير اتفاق تحكيم خاص، حيث لن ينشئ أوضاعاً قانونية جديدة، ولا يكون له علة وجود، ويتأسس التحكيم عندئذ على القاعدة العامة السابق وضعها، دون حاجة لتحرير اتفاق خاص، وقد أقرت الاتفاقيتان السابقتان هذا الرأي، فلم تشترطاً عقد اتفاق تحكيم خاص في كل منهما، وسمحتا بتحريك الدعوى من جانب واحد^(١٠٦).

(١٠٤) د. بسيم عصام - النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو - رسالة دكتوراه - مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس - ١٩٧٢ - صفحة ١٩٨ وما بعدها.

(١٠٥) د. عشوش أحمد عبد الحميد - النظام القانوني - المرجع السابق - صفحة ٤٩٠.

(١٠٦) د. أحمد عبد الحميد عشوش - النظام القانوني - المرجع السابق - صفحة ٤٩٠ وما بعدها.

ووفقاً لما تقدم، فإن ثمة تساؤلاً يطرح نفسه حول العناصر الواجب توافرها في اتفاق التحكيم الخاص، والتي إن توافرت في شرط أو معاهدة التحكيم العامة، لما كنا في حاجة لمثل هذا الاتفاق الخاص؟ أجاب على هذا التساؤل المادة الثانية من نموذج القواعد الخاصة بإجراءات التحكيم الذي وضعته لجنة القانون الدولي المنبثقة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة ١٩٥٨، فأوردت على سبيل المثال لا الحصر عناصر اتفاق التحكيم الخاص، كما أسهم البند الأول من هذه المادة في تقديم حجة تؤيد ما سبق أوردناه من عدم الحاجة لاتفاق تحكيم خاص، كلما كان في استطاعة أحد الطرفين إعمال التحكيم دون أو ضد إرادة الطرف الآخر، حيث تنص المادة الثانية على ما يلي^(١٠٧):

أولاً - إن لم توجد نصوص سابقة وكافية في العهد بالتحكيم ذاته يوقع الأطراف الذين يلجؤون إلى التحكيم اتفاق تحكيم يجب أن يعين فيه كحد أدنى:

أ - العهد بالتحكيم الذي وفقاً له سيعرض الخلاف على المحكمين.

ب - موضع الخلاف.

ثانياً - توضيح كل النصوص الأخرى التي يرى الأطراف أنه من المفضل إبرازها في اتفاق التحكيم وخاصة:

- ١ - قواعد القانون والمبادئ التي يجب على هيئة التحكيم تطبيقها، وإذا اقتضى الأمر الحق المخول لها بالفصل، وفقاً لقواعد الإنصاف والمساواة كما لو كانت مشرعاً في الموضوع.
 - ٢ - الإجراءات التي تتبعها المحكمة بشرط أن تظل لها بعد تشكيلها سلطة استبعاد نصوص اتفاق التحكيم التي قد تؤدي إلى إعاقتها عن إصدار الحكم.
 - ٣ - عدد الأعضاء الذي يشكل النصاب القانوني للجلسات.
 - ٤ - الأغلبية المطلوبة لإصدار الحكم.
 - ٥ - المواعيد التي يجب أن يصدر الحكم خلالها.
 - ٦ - اللغات التي تستعمل في المرافعات.
- وقد أوضحت هذه المادة في عجزها أن: (هذا التعداد ليس حصراً لكافة المسائل

(١٠٧) انظر: المادة الثانية من نموذج القواعد الخاصة بإجراءات التحكيم الذي وضعته لجنة القانون الدولي المنبثقة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام ١٩٥٨.

التي يمكن أن يشملها الاتفاق الخاص، بل إنها وردت على سبيل المثال لا الحصر....) فيمكن للأطراف أن يضمنوا اتفاق التحكيم الخاص ما عدا ذلك من مسائل^(١٠٨).

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للتحكيم والقانون المطبق فيه

يعد التحكيم أحد الأنظمة القضائية الخاصة التي أثير جدل واسع حول طبيعتها القانونية، حيث احتدم الخلاف بين الفقهاء لثلاثة آراء: الأول منهم يرى أنه ذو طبيعة تعاقدية، والثاني يرى أنه ذو طبيعة قضائية، والثالث يرى أنه ذو طبيعة مختلطة ما بين القضائية والتعاقدية، وهو ما يجعلنا نقوم بعرض كل من هذه الآراء، ونليهم برأي الباحث، ثم نوضح القانون الواجب التطبيق على التحكيم في المنازعات النفطية، وذلك على الوجه التالي:

أولاً - الطبيعة القانونية للتحكيم:

١ - الطبيعة التعاقدية للتحكيم:

يذهب أنصار هذا الرأي - الرؤية - إلى أن للتحكيم طبيعة تعاقدية؛ نظراً لأن الهدف منه - غالباً - هو إشباع رغبة الأفراد في حل نزاعاتهم بطريقة ودية، ويرتكز على إرادة الأطراف، وعطفاً على ذلك فإن الأفراد باتفاقهم على التحكيم إنما يتفقون ضمناً على التنازل عن الدعوى، وينقلون سلطة الفصل في النزاع من القاضي إلى المحكم المختار - أو المحكمين - والسلطة القائمة على إرادة ذوي الشأن لا يمكن أن تكون قضائية^(١٠٩) لأن الإرادة لا محل لها في القضاء^(١١٠).

وقد استند أنصار هذا الرأي إلى عدة حجج، سوف نطرحها لبيان مدى مصداقيتها تطبيقاً مع الواقع العملي وهي^(١١١):

(١٠٨) انظر: المادة الثانية من نموذج القواعد الخاصة بإجراءات التحكيم الذي وضعته لجنة القانون

الدولي المنبثقة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام ١٩٥٨.

(١٠٩) انظر: د. محيسن إبراهيم حرب - طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمقارن - دون ناشر - طبعة ١٩٩٩ - ص ٢١).

(١١٠) ذلك لأن القضاء وإن اتجه إليه أحد الطرفين بإرادته للحصول على حقه، إلا أن الطرف الآخر مثل أمامه بغير إرادته، كما أن اللجوء إلى القضاء يستحيل عملاً أن يكون بإرادة الطرفين مثل التحكيم.

(١١١) انظر في ذلك: كل من: د. الشواربي عبد الحميد - التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع - دار المطبوعات الجامعية - طبعة ١٩٩١ - ص ٢٩ وما بعدها، محمد حلمي عبد الحميد زيدان - رسالة دكتوراه - منازعات التحكيم - ٢٠٠٦ - ص ٤١ وما بعدها، عبد الفتاح ماهر محمد صالح - اتفاق و حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية - ص ٧٧ وما بعدها.

- ١ - إن أساس التحكيم هو إرادة الأطراف في اللجوء إليه، لذا فإن إرادة الأطراف في نظام التحكيم تمثل حجر الزاوية به، ويستمد التحكيم طبيعته القانونية من هذه الإرادة.
 - ٢ - إن القضاء له سلطة عامة تستمد ولايتها من الدستور والقانون، بينما التحكيم هو اتفاق ضمني على تنازل أطرافه عن الدعوى القضائية، كما أن المحكم يستمد سلطته وولايته من إرادة الأطراف واتفاقهم.
 - ٣ - إن عمل القاضي - الوظيفة القضائية - لا يباشرها سوى وطني على أساس أن القضاء في الدولة وظيفة عامة، أما في التحكيم فيمكن أن يكون المحكم وطنياً أو أجنبياً؛ لأنه يستمد سلطته من إرادة الأطراف.
 - ٤ - إذا أخطأ المحكم، فإنه لا يخضع لقواعد المخاصمة كما يخضع القاضي.
 - ٥ - يمكن رفع دعوى بطلان أصلية ببطلان حكم التحكيم على خلاف حكم القضاء.
 - ٦ - إن حكم المحكمين بذاته، وإن كان ملزماً، فإنه لا يتمتع بقوة تنفيذية، بل يلزم الأمر بتنفيذه من قبل القضاء - قضاء الدولة - مما يوضح أن التحكيم ليس ذات طبيعة قضائية.
- وعلى الرغم من الأسانيد المتعددة التي استند إليها أنصار هذه النظرية، إلا أنه تم نقد هذه النظرية من عدة جوانب:
- الأول: مبالغة أنصار هذا الاتجاه في إعطاء الدور الأساس لإرادة الأطراف مع أن المحتكمين في واقع الأمر لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم، وإنما الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعنية، حتى أن المحكم وهو بصدد الفصل في النزاع لا يلتفت إلى ما قد تكون إرادة الأطراف المحتكمين قد اتجهت إليه^(١١٢).
- الثاني: إذا كان التحكيم أساسه الإرادة - وفقاً لرؤية هذا الاتجاه وأنصاره - فإن لإرادة الخصوم دوراً أيضاً في الدعوى أمام القضاء، فأحد أطراف الخصوم هو الذي يقيمها ولا يحكم إلا بناء على طلب الخصوم وفي حدود طلباتهم^(١١٣).
- الثالث: أن التحكيم لا يحكم فيه وفقاً لقواعد العدالة، وإنما وفقاً للقانون وهو

(١١٢) انظر في هذا المعنى: د. محيسن إبراهيم حرب - طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمغارني) - دون ناشر - طبعة ١٩٩٩ - ص ٢٣.

(١١٣) انظر: د. هاشم محمود محمد - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - الجزء الأول - اتفاق التحكيم - دار الفكر العربي - ص ٢١٨.

القاعدة الأساسية، أما التحكيم وفقاً للعدالة، فهو التحكيم بالصلح وهو لا يكون إلا على سبيل الاستثناء^(١١٤).

٢ - الطبيعة القضائية للتحكيم:

يرى أنصار هذا الاتجاه أنَّ جوهر المؤسسة القضائية هو تطبيق إرادة القانون بواسطة شخص لا تتوجه إليه القاعدة القانونية التي يطبقها، وبهذا يمكن اعتبار حكم المحكمين قضاءً أيًا كان المعيار الذي نعتمد عليه في تحديد العمل القضائي باستثناء معيار الهيئة مصدره العمل، وعندما يتفق الأفراد على التحكيم، فهم بذلك لا ينزلون عن الالتجاء إلى القضاء، وإنما ينزلون عن الالتجاء إلى القانون الرسمي لصالح قضاء آخر يختارون فيه قضاتهم وتعترف به الدولة؛ لهذا فالتحكيم أحد أنواع أو أشكال القضاء^(١١٥).

وقد استند هذا الاتجاه في تأييد وجهة نظره إلى عدة أسانيد متمثلة في الآتي:

١ - إن وظيفة المحكم كوظيفة القاضي يطبق القانون (أو العدالة) وما يصدر منه يكون حكماً كحكم القاضي، ومهمة المحكم كمهمة القاضي، وهي الفصل في النزاع^(١١٦).

٢ - إن الدولة تعترف بالتحكيم كنوع من أنواع القضاء، وذلك بالفصل في بعض المنازعات، حيث إنه وإن كان القضاء هو مظهر من مظاهر السيادة للدولة، فلا يتعين أن يقوم به غير الدولة؛ إلا أن الدولة بما لها من سلطة تستطيع أن

(١١٤) انظر في هذا المعنى: د. محيسن إبراهيم حسن - المرجع السابق - ص ٢٣، كما أن أنصار هذا الاتجاه انقسموا على أنفسهم عند تحديدهم لطبيعة عقد التحكيم وهل هو من عقود القانون الخاص أم من عقود القانون العام والذين قالوا بأنه عقد من عقود القانون الخاص لم يتفقوا على تحديده ومسماه. انظر: في هذا المعنى: د. الجبلي نجيب أحمد عبد الله ثابت - المرجع السابق - ص ٤٧.

(١١٥) د. محيسن إبراهيم حرب - المرجع السابق - ص ٢٣ وما بعدها.

(١١٦) انظر في ذلك: د. الجبلي نجيب أحمد عبد الله ثابت - المرجع السابق - ص ٥١، وهذا على خلاف ما قال به أنصار النظرية العقدية بأن تصرف المحكم ليس سوى تجسيد لإرادة الأطراف، لأن إرادة الأطراف لم تكن قادرة على إيجاد التحكيم لولا المشرع الذي منحها هذه الصفة. انظر: ذات المرجع - ص ٥١.

(١١٧) انظر: د. والي فتحي - الوسيط في قانون القضاء المدني - القاهرة - الطبعة الثالثة - ١٩٩٣ - ص ٤١.

- تتعرف لبعض الأشخاص بالقيام بهذه المهمة في صورة التحكيم في نطاق معين^(١١٧).
- ٣ - إذا كان التحكيم يبدأ بعمل إرادي - وهو اتفاق التحكيم بين طرفي التحكيم (المحكّمين)، إلا أن ذلك ليس إلا المحرك الأول لنظام التحكيم دون المراحل الأخرى^(١١٨).
- ٤ - إن التحكيم يستجمع كل عناصر العمل القضائي، وهي الادعاء والمنازعة والعضو^(١١٩).
- ٥ - إن المحكم يستمد سلطة الفصل في النزاع من قانون الدولة الذي سمح بالتحكيم كوسيلة لحسم المنازعات بين الأفراد، ولذلك تتدخل الدولة لتراقب سلامة إجراءات التحكيم وسلامة الحكم والسماح بالطعن فيه أمام القضاء^(١٢٠).
- ٦ - إن القاضي الذي يمنح حكم المحكمين أمر التنفيذ لا يتدخل في مضمون الحكم ولا يتحقق من عدالته، وإنما يتدخل فقط لاتخاذ إجراء شكلي، القصد منه التأكد من عدم وجود ما يمنع من تنفيذ الحكم^(١٢١).
- وعلى الرغم من الحجج التي أسس لها مؤيدو الاتجاه القضائي للتحكيم، إلا أنه انتقد للمثالب التي تجتاحه؛ وهو ما يجعلنا نقوم بعرض هذا النقد على الوجه التالي^(١٢٢):
- ١ - إن المحكم لا يتمتع أثناء نظر النزاع بسلطة الجبر، ولعلها إحدى أهم السلطات

(١١٨) انظر: د. رضوان أبو زيد - الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي - دار الفكر العربي - طبعة ١٩٨١ - ص ٢٧، هامش ٧٥.

(١١٩) ويقصد بالادعاء المطالبة بالاستفادة من تطبيق قاعدة قانونية معينة للحصول على ميزة تقررها هذه القاعدة، ويقصد بالمنازعة اختلاف وجهات النظر بين الخصوم حول توافق الوقائع التي يثيرها كل منهم مع متطلبات القاعدة القانونية التي تقرر الحل لصالحه، كما يقصد بالعضو الشخص الذي يملك صلاحية حسم هذه المنازعة. انظر في ذلك: د. بركات علي - خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٦ - ص ٢٩.

(١٢٠) انظر: د. هاشم محمود محمد - النظرية العامة للتحكيم - المرجع السابق - بند (٧٨) - ص ٢٢١.

(١٢١) انظر في ذلك: د. بركات علي - خصومة التحكيم - المرجع السابق ص ٣٠.

(١٢٢) انظر في هذا المعنى: د. محيسن إبراهيم حرب - طبيعة الدفع بالتحكيم - المرجع السابق ص ٢٤.

- التي يتمتع بها القاضي، فالمحكم لا يستطيع إلزام شاهد على الحضور أمامه، أو غير ذلك من الأعمال التي تظهر سلطة الجبر.
- ٢ - إن القضاء من مظاهر السيادة، بما يحتم أن تستقل به الدولة وهو ما لا يوجد في التحكيم لأنه ليس من أعمال السيادة.
- ٣ - إن التحكيم يرمي إلى حماية مصالح خاصة على عكس القضاء الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.
- ٤ - إن أحكام القانون الوضعي لكل من التحكيم والقضاء مختلفة اختلافاً شاسعاً فالبون كبير.

٣ - الطبيعة المختلطة للتحكيم:

إن جوهر هذا الاتجاه يكمن في أن نظام التحكيم تتعاقب عليه صفتان، الأولى: هي الصفة التعاقدية - وفيها كافة مظاهر الإرادة في تكوينه وترتيبه لآثاره، والثانية: هي الصفة القضائية من اللحظة التي يبدأ فيها ويصدر منها حكم المحكم، لأن التحكيم في الواقع حقيقة ممتدة في الزمن ويتتابع فيه الصفتان القضائية والعقدية، وهذه الطبيعة المختلطة هي التي تفسر لنا الأحكام التي تبدو متعارضة في داخل نظام التحكيم^(١٢٣).

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن القانون يخول الأفراد اختيار أشخاص للإعداد للقرار القضائي، ليقوموا بتفويض من الخصوم بالبحث عن إرادته في الحالة محل النظر، وهذا أحد عنصرَي العمل القضائي، أما العنصر الثاني فهو عنصر الأمر الذي تطبق به إرادة القانون التي بحث عنها وعينها قرار الحكم^(١٢٤).

وبذلك فإن هذا الاتجاه يجعل التحكيم يحتل موقعاً وسطاً بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية، فهو يتمتع بطبيعة مزدوجة تبدأ تعاقدية وتنتهي قضائية عندما يصدر الأمر بتنفيذ الحكم.

(١٢٣) ومن الأمثلة على ذلك فيما يتعلق بالطبيعة التعاقدية جواز الطعن على حكم المحكم بدعوى بطلان أصلية وقدرة الخصوم على تحديد إجراءات التحكيم واختيار القانون الحاكم للموضوع وجواز التنازل عن الاستئناف، أما فيما يتعلق بالطبيعة القضائية هي احترام مبدأ المواجهة والالتزام بتسبب حكم التحكيم إمكانية رد المحكمين، سلطة المحكمة في إدارة القضية والبحث عن أدلة الإثبات. انظر: د. عمر نبيل إسماعيل - التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية - دار الجامعة الجديدة - الطبعة الأولى - ٢٠٠٤ - ص ٣٤.

(١٢٤) د. محيسن إبراهيم حرب - طبيعة الدفع بالتحكيم - المرجع السابق - ص ٢٦.

وعلى الرغم من الأسانيد - التي لا تخلو من منطق - القائل بها أنصار هذا الاتجاه، إلا أنه لم يسلم من النقد، وذلك بالقول إن:

١ - ليس صحيحاً أن المحكم يبحث فقط عن إرادة القانون، وإنما يطبقها ولا يحول دون هذا التطبيق أن المحكم شخص خاص، وليس في ذلك ما يمنع من اعتبار عمله قضاء يحتل موقعه إلى جانب قضاء الدولة^(١٢٥) وقريب منه القضاء الأجنبي الذي يعترف القانون الوطني بأحكامه^(١٢٦).

٢ - على المحكم الالتزام بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي؛ لكون التحكيم نوع من القضاء، ومن أبرز هذه المبادئ احترام حقوق الدفاع، واتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم وبحضور جميع المحكمين، وإلا وقعت الأعمال المخالفة لهذه المبادئ تحت طائلة البطلان^(١٢٧).

- رأي الباحث:

أمام هذا الاختلاف والتنازع الفقهي الواسع حول طبيعة التحكيم، فإننا نبين أن التحكيم يمر بثلاث مراحل:

الأولى: مرحلة الاتفاق: وهي عبارة عن عقد يتم بين المحتكمين - الطرفين - وهو عقد مدني حتى إن كان العقد المرتبط به اتفاق التحكيم غير مدني.

المرحلة الثانية: وهي مرحلة إجراءات التحكيم وهي تتشابه مع الإجراءات القضائية، وإن اختلفت عنها في أنها ليس بها وسيلة جبر وإلزام مثل القضاء.

وأخيراً المرحلة الثالثة: وهي الحكم التحكيمي، وهنا يتشابه التحكيم مع القضاء لأنهما يفصلان في النزاع، ويلزمان بذلك الأطراف وإن احتاج حكم التحكيم لأمر تنفيذ.

وبهذا تكون المرحلة الأولى في التحكيم عقدية، والمرحلة الثانية في التحكيم شبه قضائية، والمرحلة الثالثة في التحكيم قضائية، وإن انتقصها أنها تحتاج إلى أمر تنفيذ حتى ينفذ حكم التحكيم.

ولذا فإنه من منظورنا لا يمكن التصنيف الكامل لطبيعة التحكيم، وإنما يتم التصنيف واستخلاص الطبيعة وفقاً لكل مرحلة على حدة، دون النظر لكامل المراحل،

(١٢٥) د. رضوان أبو زيد - الأسس العامة في التحكيم التجاري والدولي - دار الفكر العربي - طبعة ١٩٨١ - بند (١٩) ص ٣٠، بند ٢٩ ص ٥٤ وما يليها.

(١٢٦) د. والي فتحي - قانون القضاء المدني - المرجع السابق - ص ٨٧.

(١٢٧) انظر في هذا المعنى: د. هاشم محمود محمد- النظرية العامة للتحكيم - المرجع السابق - ص ٢١٤ وما بعدها.

وذلك لأنه إذا نظرنا لمراحل التحكيم الثلاث جمعاء سنغلب طبيعة على أخرى؛ مما قد يصم التحكيم بطبيعة ليست فيه.

ثانياً - القانون المطبق على التحكيم:

لم يتضمن القانون الدولي العرفي ما يلزم أية دولة بقبول اللجوء إلى تحكيم يتم خارج إقليمها برئاسة محكم أجنبي لتسوية منازعاتها مع المستثمرين الأجانب، بل إن لجوء المستثمر الخاص وأشخاص القانون الداخلي - بصفة عامة - إلى التحكيم أو القضاء الدولي لا زال أمراً استثنائياً في القانون الدولي المعاصر، لا يتم إلا بموجب قبول صريح من الدولة التي تكون طرفاً في المنازعة مع هذا المستثمر، ولا تحول القوانين الداخلية النافذة في الدول العربية دون قبول هذه الدول اللجوء إلى محكمة دولية لتسوية منازعة لها مع أحد المستثمرين الأجانب، سواء ارتضت ذلك في عقد تبرمه معه، أو في معاهدة مع دولته، وإذا كانت اتفاقيات الامتياز البترولي التي أبرمتها الدول العربية المضيفة مع الشركات المستثمرة قد جرت في كثير من الحالات على قبول تسوية المنازعات بين الأطراف عن طريق هيئات التحكيم تعقد في الخارج وتشكل وفقاً لقواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، فإن هذه الإجراءات تظل صحيحة في ظل هذه القوانين^(١٢٨).

وإذا كان التحكيم لا زال أمراً استثنائياً يتأسس على مبدأ الرضائية، فإنه يبدو طبيعياً عند البحث عن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم أن نرجع إلى إرادة الأطراف الذين لهم حرية اختيار القانون الذي يحكم اتفاقهم، فلهم أن يخضعوا اتفاق التحكيم للقانون الوطني للدولة مانحة الامتياز أو لقانون الدولة الأجنبية، كما أن لهم أن يختاروا تطبيق القانون الدولي^(١٢٩).

ولكن كثيراً ما يغفل الأطراف الإشارة إلى القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، مما يدعو إلى التساؤل حول القانون الذي يحكم هذا الفرض.

يذهب الفقه التقليدي إلى أن أحكام القانون الدولي الخاص هي التي تعين القانون الذي يطبق في هذه الحالة، بوصف أن كل عقد لا بد وأن يرتبط بقانون دولة معينة، إذ لا يملك أفراد أن يخلقوا - بإرادتهم الخاصة - قانوناً إلا إذا عاشوا في أرض لا سيد

(١٢٨) انظر: د. شحاته إبراهيم - المرجع السابق - ص ١١٦ وما بعدها.

(١٢٩) انظر: د. عشوش أحمد عبد الحميد - النظام القانوني - المرجع السابق - ص ٥٠٣.

(١٣٠) انظر: Henry cattan, the law oil concessions in the middle east and north Africa, foreword by willis l.m reese (dobbs ferry,n.y.:oceana publications, 1967) p,33.

لها، ويجمع الفقهاء التقليديون على أنه - عند عدم توافر النية الصريحة - يجب الالتجاء إلى النية المفترضة أي النية التي كان يتجه إليها الطرفان لو أنهما أفصحا عن إرادتهما، بيد أن هذا الإجماع سرعان ما تبدد عند اختيار قانون النية المفترضة^(١٣٠).

ويذهب البعض إلى تطبيق قانون المحل وفي تحديد أي محل يقول Dicey أن المحل هو محل إبرام العقد، ذلك أن قيام الطرفين بإبرام العقد في مكان معين يفيد رغبتهم في توطين العقد بهذا المحل، ويحدد آخرون المحل بأنه محل التنفيذ باعتباره المكان التصوري للتعاقد وليس العقد على عكس الحال بالنسبة لمكان التنفيذ^(١٣١).

وأكثر الآراء غلبة في العمل هو قانون محل التنفيذ^(١٣٢)، وهو القانون الذي اعتمده اللورد اسكرت أوف بيشوبستون في التحكيم الذي قام به بين شيخ أبو ظبي وبين شركة استثمار الزيت البحري المحدودة.

كما اتبع نفس الرأي القانون المصري رقم ٦٥ لسنة ١٩٧١م بشأن استثمار المال العربي والمناطق الحرة^(١٣٣).

ومع ذلك تذهب بعض الآراء الفقهية المحدثّة إلى أن الاحتكام لقواعد القانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق هو رأي يضيق عن حقيقة الوضع القانوني للمشكلة محل البحث، ذلك أن قواعد القانون الدولي الخاص تقوم على أساس أن أي تصرف قانوني لا بدّ أن يستند إلى قانون وطني معين، في حين أن اتفاق التحكيم في المنازعات البترولية بواقعه إنه عقد طرفاه دولة ورعية أجنبي، وأنه ينظم وسيلة تسوية المنازعات المتعلقة باستغلال ذي أهمية اقتصادية عالمية تتجاوز الحدود الوطنية، إنما يستثير هو الآخر إلى جانب اتفاق امتياز البترول ذاته فكرة البحث عن قواعد فوق وطنية أو عبر دولية لتحكم هذه العلاقة التي يصعب علينا أن نوطنها في مكان معين أو نحصرها في نطاق إقليمي محدد تخضع لقانونه، وإذا فلا بد لهذا النوع الخاص من المنازعات من قانون خاص Sui Generis يستجيب لضرورات التجارة الدولية، بيد أن هذا الاتجاه الفقهي المستحدث لم يحظ بتأييد كبير يضيف عليه عنصر الاستقرار، فلم يتأكد بعد ولم تستقر القواعد التي يريد إرساءها، والأمر كذلك فلا

(١٣١) انظر: د. الغنيمي محمد طلعت - المرجع السابق - ص ١٦؛ ١٧.

(١٣٢) انظر: د. الغنيمي محمد طلعت - المرجع السابق - ص ٥٥.

(١٣٣) انظر: د. شحاته إبراهيم - المرجع السابق - ص ٦٢؛ ٨٨؛ ٨٩.

(١٣٤) انظر: Mcnair, - The General principles of law Recognized by civilized nations - 1957-p 18-19.

مناص من مسابقة الفقه التقليدي المستقر إلى أن يكتب للمذهب الجديد الوضوح والارتكاز^(١٣٤).

خاتمة:

نظراً لما يتمتع به النفط من أهمية قصوى على الصعيدين المحلي والعالمي، ولما له من دور عظيم في الطاقة وتحول مسارات الدول من وضع إلى آخر؛ فقد أثر في اقتصاديات الدول من وضع إلى آخر، وقد أثر في اقتصاديات الدول الخليجية التي كان كل اعتمادها على صيد اللؤلؤ والزراعة، وحولها إلى الصناعات النفطية العملاقة من خلال تنقيب الشركات الأجنبية عن النفط في الأراضي الخليجية بوجه عام، وفي المملكة العربية السعودية بوجه خاص؛ لاتساعها ونضج أراضيها، فقد خصصنا هذا البحث لدراسة النظام القانوني لعقود التنقيب عن البترول في المملكة العربية السعودية.

وقد تبين من خلال عرضنا في الفصل الأول لهذا البحث كيف اكتشف النفط في المملكة العربية السعودية، وما الدور الذي قامت به المملكة للحفاظ على حقوقها النفطية تجاه المنقبين لحماية الحقوق العديدة لها، والتي طمع بها العديد من الشركات، وظهر من خلال هذا العرض الأثر الناتج والناجم عن اكتشاف هذا النفط بالمملكة، ومدى الصراع طويل الأمد الذي ظل طويلاً بين الشركات الإنجليزية كشركات عملاقة ومخصصة في التنقيب عن النفط في العديد من الدول والشركات الأمريكية التي حاولت أخذ الصدارة من الشركات الإنجليزية، ودارت صراعات عديدة بين الجانبين، والتي انتهت لصالح الطرف الأمريكي، على الرغم من قوة الجانب الإنجليزي العظمى في ذلك الوقت، ولم يقتصر الصراع على التنقيب عن بترول المملكة على الصراع الإنجليزي الأمريكي، بل كان هناك صراع أمريكي أمريكي وذلك بين الشركات الأمريكية بعضها ببعض، حيث قامت وزارة الخارجية الأمريكية بحل هذا النزاع من خلال التسويات الودية بين الأطراف المختلفة، وفي النهاية انتصرت الأرامكو وأخذت نصيب الأسد من التنقيب عن البترول في المملكة، إلا أن المملكة بما لها من عمق فكري وإستراتيجي استطاعت أن تحول امتياز الأرامكو إلى مشاركة بينها وبين الأرامكو التي انتهت بانتقال جميع أسهم الأرامكو إلى المملكة، وأصبحت الأرامكو سعودية مائة بالمائة.

وأوضحنا مدى ملكية الدول لثرواتها النفطية في القوانين الوضعية، والذي درسنا من خلاله النموذج المصري كإحدى الدول العربية الآخذة بالنظام اللاتيني، ثم النموذج الفرنسي كإحدى الدول المتحضرة والمتقدمة الآخذة بالنظام اللاتيني، وأخيراً الولايات

المتحدة الأمريكية وإنجلترا كدول ممثلة للنظام الأنجلو سكسوني، وتبين من خلال العرض أن جميع هذه الدول تأخذ بنظام ملكية الدولة للثروة النفطية، بعد اختلاف تاريخي وتطوير من ملكية مالك الأرض للثروة النفطية إلى ملكية الدولة، عدا الولايات المتحدة الأمريكية التي تجعل ملكية الثروة النفطية لمالك الأرض الكامن تحتها الحقوق النفطية، وأوضحنا حقوق المملكة العربية السعودية على الثروة النفطية، والتي لم تختلف كثيراً عن الدول على المستوى العالمي، حيث جعلت ملكية الثروة النفطية للدولة حرصاً من عدم اضطراب الأوضاع السياسية والاقتصادية، وعدم نشوب خلافات ونزاعات بين المواطنين، وأنهينا الفصل الأول ببيان حقوق وواجبات الدول والشركات صاحبة الامتياز في عقود التنقيب عن النفط والمتبين من خلالها مدى الاختلاف بين الوضع في التعاقد مع الشركات المنقبة في بداية الأمر والوضع نهاية، وأوضحنا كافة الحقوق والالتزامات أو الواجبات الخاصة بكلتا الطرفين بشيء من التفصيل.

وقد عرضنا بالفصل الثاني العلاقة التعاقدية بين الدول المالكة للنفط والشركات المنقبة، فهي علاقات امتياز بين الطرفين لصالح الشركة الأجنبية - غالباً -، والذي عرضنا من خلاله لتعريف الامتياز بوجه عام، وقد تعددت التعريفات، ولكننا قمنا بترجيح أحدها كتعريف منطقي وعام للامتياز النفطي والتي تعددت الآراء في تأسيسها وتوصيفها، وقد بينا مختلف وجهات النظر في ذلك.

ونظراً لإمكانية حدوث نزاعات على تطبيق اتفاقيات النفط؛ فقد عرضنا لكيفية إنهاء عقود التنقيب عن النفط بوجه عام سواء بالطريقة الطبيعية كإنهاء العمل، أو انتهاء المدة المنصوص عليها في الاتفاقية مثلاً بالطريقة المبتسرة أي في غير المواعيد المقررة لإنهاء الاتفاقية، وذكرنا الأفكار والعناصر المتكون منها الطريقة المبتسرة.

وبعد ذلك عرضنا للتحكيم في الاتفاقيات النفطية؛ كأسلوب لتسوية المنازعات بعيداً عن قضاء الدول؛ لعدم رغبة الشركات الأجنبية في اللجوء لقضاء الدولة عند حدوث نزاع؛ لنظرها له بعدم الحيادية وانتمائه إلى الدولة، وهذا أمر منطقي، وأوضحنا كيف يتم تشكيل محكمة التحكيم، والتي يجب تشكيلها من عدد فردي، وإلا كان الاتفاق على التحكيم باطلاً، وهذا حرصاً على الوصول إلى حكم عند اختلاف الآراء، ولذلك عرضنا الطبيعة القانونية للتحكيم بوجه عام لبيان ماهيته والتي اختلف عليها الفقهاء ما بين طبيعة تعاقدية يغلب فيه الشكل العقدي، وطبيعة قضائية يغلب فيها الشكل والصفة القضائية، ومن هو وصفه بأنه طبيعة مختلفة، ثم ألحقنا هذا برأي

الباحث، وتليها بعده القانون الذي يتم تطبيقه على التحكيم عند حدوث نزاع بين الطرفين.

التوصيات:

نظراً لما شاب موضوع البحث من أوجه قصور اعترته؛ فقد رأى الباحث بعض الأمور كتوصيات لحل هذه المثالب، وإن كانت نادرة جداً وهي كالاتي:

- ١ - يوصي الباحث بإقرار حافز للمواطنين الذين يكتشف تحت الأراضي المملوكة لهم حقول بترولية ونفطية؛ وذلك حتى يتشجع المواطن لخدمة الوطن بشكل أوسع نطاقاً.
- ٢ - يوصي الباحث بإنشاء صناعات الآلات النفطية المنقبة عن النفط، حتى لا تضطر المملكة إلى الجوء للدولة الغربية الأجنبية لاستيراد هذه الآلات.
- ٣ - يوصي الباحث بضرورة توسيع قاعدة التدريب لرعايا المملكة في المجال النفطي؛ لأنه هو المصدر الأول لتطوير الاقتصاد السعودي.
- ٤ - يوصي الباحث بضرورة قيام رعاية المملكة بالتنقيب عن النفط في دول الخليج في شكل شركات سعودية، بدلاً عن الشركات الأجنبية المنقبة في دول الخليج.
- ٥ - يوصي الباحث بوجوب إلزام الشركات الأجنبية المنقبة عن النفط عند شراء المواد الخاصة بها من الدول غير العربية أن تقوم بالحصول على موافقة حكومة المملكة على ذلك.
- ٦ - يوصي الباحث بعدم إعطاء امتيازات للشركات الأجنبية المنقبة عن النفط، إلا لمدد محدودة لا تتعدى العشر سنوات حتى لا يستغل ذلك.
- ٧ - يوصي الباحث بضرورة حذو الكويت حذو المملكة في التعامل مع الشركات الأجنبية المنقبة عن النفط حتى تنعم الكويت بوفرة في العمالة والخبرات الواسعة بهذا المجال الذي يقوم عليه غالبية الاقتصاد الكويتي.

المراجع

أولاً - الكتب القانونية العربية:

- ١ - د. إبراهيم حرب محيسن - طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمقرن) - دون ناشر - طبعة ١٩٩٩م.
- ٢ - د. إبراهيم شحاتة - معاملة الاستثمارات الأجنبية - القاهرة - ١٩٧٢.
- ٣ - د. أبو زيد رضوان - الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي - دار الفكر العربي - طبعة ١٩٨١.
- ٤ - د. أحمد أبو الفتوح - المعاملات في الشريعة الإسلامية - الجزء الأول - الطبعة الأولى ١٩١٣.
- ٥ - د. أحمد سلامة - المدخل إلى العلوم القانونية - القاهرة - ١٩٧٠.
- ٦ - د. أحمد عبد الحميد عشوش - قانون النفط (دراسة مقارنة) - مؤسسة شباب الجامعة - ١٩٨٩ - الإسكندرية.
- ٧ - د. أحمد عبد الحميد عشوش - النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٥.
- ٨ - د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان - القانون والسيادة وامتيازات النفط - مقارنة بالشريعة الإسلامية - مركز دراسات الوحدة العربية - بيروت - الطبعة الثانية - ١٩٩٧.
- ٩ - د. أحمد مسلم - القانون الدولي الخاص - دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٦٦.
- ١٠ - أمين الريحاني - الملك عبد العزيز وأمين الريحاني - الرسائل المتبادلة - دار أمواج - بيروت - طبعة ٢٠٠١.
- ١١ - إياد الحمصاني - النفط والتطورات الاقتصادية والسياسية في الخليج العربي - الكويت - طبعة ١٩٨٢.
- ١٢ - د. توفيق فرج - الحقوق العينية الأصلية - دار النهضة - طبعة ١٩٨١.
- ١٣ - د. سعد علام - التشريعات البترولية للدول العربية - منطقة الخليج - الدوحة - قطر - ١٩٧٨.
- ١٤ - صبري فارس الهيتي - الخليج العربي - دراسة في الجغرافيا السياسية - الطبعة الثانية - دار الرشيد - بغداد - ١٩٨١.

- ١٥- د. عبد الله عبد الرحمن الرشيد - الأموال المباحة وأحكام تملكها في الشريعة الإسلامية - الجزء الأول - مطبعة شركة الطباعة العربية السعودية - الرياض - الطبعة الأولى - ١٤٠٤هـ.
- ١٦- عبد الله ناصر السبيعي - اكتشاف النفط وأثره على الحياة الاقتصادية في المنطقة الشرقية من (١٣٥٢هـ - ١٣٨٠هـ) دراسة في التاريخ الاقتصادي - طبعة ١٩٨٧.
- ١٧- عبد الحميد الأحذب - النظام القانوني في المملكة العربية السعودية - مؤسسة نوفل - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ١٩٨٢.
- ١٨- د. عبد الحميد الشواربي - التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع - دار المطبوعات الجامعية - طبعة ١٩٩٦.
- ١٩- د. عبد المنعم البدرابي - القانوني المدني المقارن - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٥٩.
- ٢٠- د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - الجوانب القانونية للاستعانة بالشركات النفطية العالمية لتطوير حقول النفط الكويتية - جامعة الكويت - ٢٠١١.
- ٢١- د. علي بركات - خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن - دار النهضة العربية - القاهرة - طبعة ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- ٢٢- د. عمر أبو بكر باخشب - نظام البترول - دار الحافظ - طبعة ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- ٢٣- د. غسان رباح - العقد التجاري الدولي (العقود النفطية) - دار الفكر اللبناني - الطبعة الأولى - ١٩٨٨.
- ٢٤- د. فتحي والي - قانون القضاء المدني - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٧٣.
- ٢٥- د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - القاهرة - الطبعة الثانية - ١٩٩٣.
- ٢٦- د. محمد سلام مذكور - الأموال والعقود - القاهرة - طبعة ١٩٥٩.
- ٢٧- د. محمد طلعت الغنيمي - تغيير الأوضاع وعقد الامتياز البترولي وقانون التعدين الفرنسي - باريس ١٩٧٣.
- ٢٨- د. محمد علي شرف - شخصية المنطقة الشرقية من المملكة العربية السعودية في التاريخ والجغرافيا - مطابع المدخول - الدمام - دون سنة طبع.

- ٢٩- د. محمد فؤاد عبد الباسط - أعمال السلطة الإدارية - مكتبة الهداية - الإسكندرية - ١٩٨٨.
- ٣٠- د. مصطفى خليل - تطور الصراع ذو السيطرة على البترول - الكتاب الأول - القاهرة - دون سنة طبع.
- ٣١- د. محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - الجزء الأول - اتفاق التحكيم - دار الفكر العربي - ١٩٩٠.
- ٣٢- د. نبيل إسماعيل عمر - التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية - دار الجامعة الجديد - الطبعة الأولى - ٢٠٠٤.
- ٣٣- د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي - التحكيم في القوانين العربية - دراسة مقارنة - المكتب الجامعي الحديث - صنعاء - طبعة ٢٠٠٦.

ثانياً - الكتب الأجنبية:

- 1 - Daniel Patrick oconnell the law of stste succession, Cambridge studies in international and comparative law 5 (Cambridge: Cambridge university press 1956.
- 2 - Gorge - Vedel. Driot Administratif, Paris 1968 .
- 3 - Henry cattan, the law oil concessions in the middle east and north Africa, foreword by willis l.m reese (dobbs ferry,n.y.:oceana publications, 1967).
Jean-Flavien Lalive, contracts between a state or a state Agency 2- and a foreign company - international and comparative Law Quarterly, vol. 13-july 1964.
- 4 - McNair,- The General principles of law Recognized by civilized nations - 1957.
- 5 - Shavareh Toriguian, Legal Aspects of oil Concessions in The Middel East (Beirut:Hamaskaine press 1972).
- 6 - Gidel,des effets de lannexion sur les concessions (1904 Stephen M.
- 7 - schwebel, The alsing case- International and comparative law quarterly,vol 8 - April 1959.

ثالثاً - الكتب الشرعية:

- ١ - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي - المغني - الجزء الخامس - ١٩٤٨.
- ٢ - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي - فتح القدير - الجزء الأول.
- ٣ - أبي إبراهيم إسماعيل بن علي الزين - مختصر الإمام - الجزء الثالث.
- ٤ - أبي يوسف - كتاب الخراج - الأموال.
- ٥ - علي الخفيف - الملكية في الشريعة الإسلامية - معهد البحوث والدراسات العربية - الجزء الثاني.

رابعاً - الرسائل والأبحاث:

- ١ - د. إبراهيم العناني - اللجوء إلى التحكيم الدولي - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - كلية الحقوق - ١٩٧٠.
- ٢ - سعد بن سعيد القرني - المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو (دراسة تطبيقية) - رسالة دكتوراه - غير منشورة.
- ٣ - جعفر عبد السلام - شرط بقاء الشيء على حاله أو نظرية الظروف في القانون الدولي - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - كلية الحقوق - ١٩٧٠.
- ٤ - شريف علي خليل العطفي - النظام القانوني لعقود الامتيازات البترولية والغاز (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - كلية الحقوق - ٢٠٠٢.
- ٥ - د. عاطف سليمان - عقد الامتياز البترولي - بحث منشور بمجلة البترول والغاز العربي - يوليو ١٩٦٣.
- ٦ - د. عبد رب الحسين القطيفي - دور التحكيم في فض المنازعات الدولية - بحث بمجلة العلوم القانونية - كلية حقوق بغداد - طبعة ١٩٦٩.
- ٧ - عبد الرحيم محمد سعيد - النظام القانوني لعقود البترول - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - دون سنة طبع.
- ٨ - د. عبد الله بن إبراهيم العسكر - النفط في عهد الملك سعود بن عبد العزيز (بحث مقدم لندوة الملك سعود - دار الملك عبد العزيز - جامعة الملك سعود - نوفمبر ٢٠٠٦).
- ٩ - عبد الله الطريقي - بحث منظمة الدول المصدرة للبترول - مجلة أخبار البترول والمعادن - السنة الأولى - العدد الخامس - ١٣٨١هـ.

- ١٠- د. عصام بسيم - النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة الدول الآخذة في النمو - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - كلية الحقوق - ١٩٧٢.
- ١١- د. عمر أبو بكر باخشب - بحث في الآثار الاجتماعية والاقتصادية لهجرة العمالة الأجنبية إلى البلدان النفطية - ١٩٨٨.
- ١٢- ماهر محمد صالح عبد الفتاح - اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠٠٤.
- ١٣- د. محمد طلعت الغنيمي - بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي الثالث لعام ١٩٦١ - شرط التحكيم في اتفاقيات البترول.
- ١٤- محمد حلمي عبد الحليم زيدان - رسالة دكتوراه - اتفاق التحكيم - جامعة القاهرة - كلية الحقوق - ٢٠٠٦.
- ١٥- والاس لفجوي - بحث النواحي الاقتصادية للمحافظة على المواد البترولية - مؤتمر البترول العربي السادس - بغداد - ١٩٦٧.

خامساً - الدوريات والمؤتمرات:

- ١ - مجلة البترول والغاز الطبيعي - عدد يوليو - ١٩٦٣.
- ٢ - الكتاب السنوي لمجمع القانوني الدولي - المجلد الثاني - الجزء ٤٨ - ١٩٥٩.
- ٣ - مجلة العلوم القانونية - كلية الحقوق - بغداد - ١٩٦٩.
- ٤ - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي المصرية لعام ١٩٥٨ - المجلد الثاني.
- ٥ - مجلة أخبار البترول والمعادن - السنة الأولى - العدد الخامس - ١٣٨١ هـ.
- ٦ - الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض - الإصدار المدني - الجزء الرابع - ١٩٨٢.
- ٧ - مؤتمر البترول العربي الثالث - ١٩٦١.
- ٨ - مؤتمر البترول العربي السادس - بغداد - ١٩٦٧.
- ٩ - ندوة الملك سعود - دار الملك عبد العزيز - جامعة الملك سعود - نوفمبر ٢٠٠٦.

سادساً - الاتفاقيات:

- ١ - اتفاقية التنقيب عن النفط المبرمة بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو لعام ١٩٣٣.

- ٢ - الاتفاقية المبرمة بين المملكة وشركة ستاندرد أويل أوف كاليفورنيا.
- ٣ - الاتفاقية الخاصة بالتنقيب المبرمة بين المملكة والشركة اليابانية لعام ١٩٥٧.
- ٤ - الاتفاقية المبرمة بين المملكة وشركة اوكسيروب.
- ٥ - الاتفاقية المبرمة بين المملكة وشركة خط الأنابيب عبر البلاد العربية.
- ٦ - الاتفاقية المبرمة بين المملكة وشركة النفط العربية لعام ١٩٥٨.
- ٧ - الاتفاقية المبرمة بين المملكة وشركة جيتي.
- ٨ - اتفاقية الامتياز المبرمة بين المملكة وشركة بترومين واوكسيروب.
- ٩ - الاتفاقية المبرمة بين الشركة الوطنية الإيرانية وشركة سفير لعام ١٩٥٨.
- ١٠ - الاتفاقية المصرية للتنقيب عن البترول.

سابعاً - المواقع الإلكترونية:

- 1 - Faculty.ksu.edu.sa
- 2 - Kingkhalid.org.sa

ثامناً - القرارات والقوانين:

- ١ - قانون الأرض البور السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢٦.
- ٢ - قانون المعادن السعودي.
- ٣ - قانون المناجم والمحاجر المصري.
- ٤ - القانون المدني الفرنسي.
- ٥ - القانون المدني المصري.
- ٦ - قانون المعادن بالإمارات.
- ٧ - قانون المعادن بسلطنة عمان.
- ٨ - الدستور المصري لأعوام ١٩٢٣-١٩٧١.
- ٩ - مرسوم وزاري رقم ٥٨ صادر في ٢٥/٠٦/١٩٦٨ م بالمملكة.

متعة الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الكويتي (دراسة مقارنة)

الدكتور/ وليد خالد الربيع
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

ملخص:

(متعة الطلاق) من آثار الطلاق، وحق من حقوق المطلقة أثبتتها الله تعالى في أربع آيات من كتابه الكريم، وتناولها العلماء بالبيان والإيضاح، وهي مما يجهله كثير من النساء، لذا كان من المطلوب بيان أحكامها لهن، كما قال النووي: "إن وجوب المتعة مما يغفل النساء عن العلم بها، فينبغي تعريفهن وإشاعة حكمها ليعرفن ذلك".

وهذا البحث خطوة موجزة لبيان جانب من أحكام متعة الطلاق، وتقريب مسائلها للراغبين في معرفة أحكامها، من خلال تعريف متعة الطلاق، وبيان حكمها في الفقه الإسلامي بعرض مذاهب الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها وبيان الراجح منها، مع بيان موقف قانون الأحوال الشخصية الكويتي كما وردت في نصوص القانون ومذكرته التفسيرية وشروح القانون، خصوصاً فيما يتعلق بتقديرها ومسقطاتها، ومقارنة ذلك بما قرره الفقه الإسلامي، ليتسنى للقارئ معرفة الحكم الفقهي والواقع القانوني وما عليه العمل في القضاء الكويتي.

المقدمة:

أولت الشريعة الإسلامية الأسرة عناية كبيرة، تمثلت في النصوص الشرعية الكثيرة، والقواعد الكلية الجامعة، والأحكام التفصيلية التي تناولت الأسرة منذ ابتداء نشأتها إلى انقضاءها بالفراق أو الموت؛ وذلك لأن "انتظام أمر العائلات في الأمة أساس حضارتها وانتظام جامعته، فلذلك كان الاعتناء بضبط نظام العائلة من مقصد الشرائع البشرية كلها، وكان ذلك من أول ما عني به الإنسان المدني في إقامة أصول مدنيته بإلهام إلهي.

ولم تزل الشرائع تعنى بضبط أصل نظام تكوين العائلة الذي هو اقتران الذكر بالأنثى المعبر عنه بالزواج أو النكاح، فإنه أصل تكوين النسل وتفرع القرابة بفروعها وأصولها.

وجاءت شريعة الإسلام مهيمنة على شرائع الحق، فكانت الأحكام التي شرعتها للعائلة أعدل الأحكام وأوثقها وأجلها" (١).

ومن أهم أحكام الأسرة (أحكام الطلاق)؛ لأن الله تعالى شرع لعباده الزواج لتحقيق مصالح كثيرة، فإذا انتفت تلك المصالح أو غلبت عليها مفسد خالصة أو راجحة كانت المصلحة حينئذ في رفع هذا الزواج؛ لأن الإسلام دين واقعي، يراعي فطرة الإنسان وطبيعته، فقد يبدأ الزواج بالود والسكينة، ثم تتقلب الأحوال ويعقب الود البغض، ويخلف السكينة الشقاق، فخير للزوجين أن يفترقا، بعد بذل أسباب الصلح بينهما كما قال تعالى: ﴿وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ (٢)، قال ابن كثير: "أخبر تعالى أنهما إذا تفرقا فإن الله يغنيه عنها ويغنيها عنه، بأن يعوضه بها من هو خير له منها، ويعوضها عنه بمن هو خير لها منه ﴿وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ أي: واسع الفضل عظيم المن، حكيم في جميع أفعاله وأقداره وشرعه" (٣).

وباب الطلاق كثير الفصول، متشعب المباحث، متعدد المسائل، التي يعلمها العلماء وطلاب العلم، وتغيب عن أذهان عامة الناس، لدقة مسالكها وعمق مباحثها، مع شدة الحاجة إلى العلم بها عند قيام مقتضياتها، ومن ذلك (متعة الطلاق) التي هي من آثار الطلاق، وحق من حقوق المطلقة أثبتها الله تعالى في أربع آيات من كتابه الكريم (٤)، وتناولها العلماء بالبيان والإيضاح، وهي مما يجهله كثير من النساء، لذا كان من المطلوب بيان أحكامها لهن، كما قال النووي: "إن وجوب المتعة مما يغفل النساء عن العلم بها، فينبغي تعريفهن وإشاعة حكمها ليعرفن ذلك" (٥).

وهذا البحث خطوة موجزة لبيان جانب من أحكام متعة الطلاق، وتقريب مسائلها

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية للشيخ محمد الطاهر بن عاشور ص ٤٣٠ باختصار

(٢) سورة النساء: ١٣٠

(٣) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٥٦٤/١

(٤) وهي قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرُبُوا لَهُنَّ فَرِيضَةٌ وَمِمَّا عَمِلْتُمْ

عَلَى الْوُسْعِ قَدَرٌ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرٌ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (البقرة: ٢٣٦)

وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة: ٢٤١)

وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا

لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عَدَةٍ تَعْنُدُونَهَا فَمِمَّا عَمِلْتُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ (الأحزاب: ٤٩)

وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّيُّ قُلٌ لِرِزْوَانِكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَرَبَّتُهَا فَعَلَّامٌ مُمْتَعِنٌ

وَأَسْرَحَكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ (الأحزاب: ٢٨)

(٥) مغني المحتاج ٢٤١/٣

للمراغبين في معرفة أحكامها، من خلال عرض مذاهب الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها وبيان الراجح منها، مع بيان موقف قانون الأحوال الشخصية الكويتي من هذه المسألة، كما وردت في نصوص القانون ومذكرته التفسيرية وشروح القانون، ومقارنة ذلك بما قرره الفقه الإسلامي، ليتسنى للقارئ معرفة الحكم الفقهي والواقع القانوني وما عليه العمل في القضاء الكويتي.

خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة:
المقدمة: تناولت أهمية الموضوع، وسبب اختياره، وخطة البحث، ومنهج البحث.
المبحث الأول: تعريف متعة الطلاق.
المبحث الثاني: حكم متعة الطلاق.
المبحث الثالث: مقدار متعة الطلاق.
المبحث الرابع: مسقطات متعة الطلاق.
الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث.

أما منهج البحث :

سلكت في هذا البحث الموجز المنهج الاستقرائي والاستنباطي، من خلال تتبع مذاهب الفقهاء وبيان ما قرروه من أحكام متعة الطلاق، ثم استنباط الحكم الراجح من مذاهبهم بعد عرض أدلتهم ومناقشتها، ثم تتبع ما ورد من مواد قانونية في هذه المسألة، ومقارنتها بأحكام الفقه الإسلامي لبيان مواضع الاتفاق ومواضع الاختلاف. وتتلخص ملامح منهج البحث في الآتي:

أولاً: بيان مواضع الآيات التي ورد ذكرها في ثنايا البحث بذكر اسم السورة ورقم الآية في الهامش.

ثانياً: تخريج الأحاديث النبوية الواردة في البحث من كتب السنة المعتبرة.

ثالثاً: الرجوع إلى المصادر الأصلية والمراجع المعتمدة عند بيان موقف الفقه الإسلامي، مع ذكر مذاهب الفقهاء وأدلتهم والمناقشة والترجيح، مع توثيق ذلك بالهامش.

رابعاً: الاستفادة من الدراسات الحديثة في هذا المجال لبيان موقف الفقهاء المعاصرين من موضوع البحث.

خامساً: الاستفادة من الدراسات القانونية التي تناولت هذا الموضوع للوقوف على موقف قانون الأحوال الشخصية الكويتي من هذه المسألة.

سادساً: عقد مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ لإيضاح مواطن الاتفاق والاختلاف.

سابعاً: ختمت البحث بذكر قائمة المصادر والمراجع وفهرس المحتويات.

ثامناً: عند العزو في الهامش أكتفي بذكر اسم المرجع مع اسم المؤلف والجزء والصفحة، وأرجأت ذكر ما يتعلق بالناشر وسنة النشر والطبعة ونحو ذلك إلى قائمة المصادر والمراجع خشية إطالة الهوامش.

وفي الختام أسأل الله تعالى أن يوفقني لبيان الحق في هذه المسألة، وأن يجنبني الزلل في القول والعمل، وأن يجعل هذا البحث نافعا مفيدا للباحث ومن اطلع عليه، وبالله التوفيق.

المبحث الأول تعريف متعة الطلاق

المطلب الأول تعريف المتعة في اللغة:

المتعة بضم الميم، وحكي كسرهما مشتقة من المتاع، وهو ما يستمتع به وينتفع به كالطعام واللباس وأثاث البيت ونحوه مما يتبلغ به ويستعان به على تيسير أمور الدنيا.

قال ابن فارس: "الميم والتاء والعين أصل صحيح يدل على منفعة وامتداد مدة في خير، منه استمتعت بالشيء، والمتعة والمتاع: المنفعة في قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَعٌ لَكُمْ﴾^(١) (٢).

وفي لسان العرب: "قد ذكر الله تعالى المتاع والتمتع والاستمتاع والتمتع في مواضع من كتابه، ومعانيها وإن اختلفت راجعة إلى أصل واحد، قال الأزهري: "فأما المتاع في الأصل فكل شيء ينتفع به ويتبلغ به ويتزود، والفناء يأتي عليه في الدنيا". وقال: "ومتعة المرأة: ما وصلت به بعد الطلاق"^(٣).

قال الأصفهاني: "المتاع: انتفاع ممتد الوقت، والمتاع والمتعة: ما يعطى المطلقة لتنتفع به مدة عدتها، يقال: أمتعتها، ومتعتها، والقرآن ورد بالثاني نحو: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ وَسِرَّوهُنَّ﴾^(٤) (٥).

وفي النهاية لابن الأثير: "أن عبد الرحمن طلق امرأة فمتع بوليدة، أي: أعطاها أمة، وهي متعة الطلاق"^(٦).

(١) سورة النور: ٢٩

(٢) معجم مقاييس اللغة مادة متع ٢٩٣/٥

(٣) لسان العرب مادة متع ٣٢٩/٨

(٤) سورة الأحزاب: ٤٩

(٥) مفردات ألفاظ القرآن مادة متع ص ٧٥٧

(٦) النهاية في غريب الحديث والأثر مادة متع ص ٨٤٠

المطلب الثاني تعريف المتعة في الاصطلاح الفقهي

تعددت تعريفات الفقهاء لمتعة الطلاق، حيث تناول بعضها طبيعة متعة الطلاق، واشتمل بعضها على قيودها وشروطها.

فعند الحنفية: المتعة هي التي تجب للمنكوحة التي طلقت قبل الدخول بها، ولم يكن سمى لها زوجها مهراً^(١).

وعند المالكية: "المتعة ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها".

فقوله: "ما يؤمر به الزوج": جنس يعم جميع ما يطلب في حق الزوج للزوجة.

وقوله: "لطلاق إياها": يخرج النفقة، والكسوة وغير ذلك، والديون التي عليه لها^(٢).

وأما الشافعية فعرفها النووي بقوله: "هي اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقتها إياها"، زاد في مغني المحتاج: "لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط"^(٣).

وعند الحنابلة تطلق المتعة على الخادم والكسوة وسائر ما ينتفع به، تسمية للمفعول بالمصدر^(٤).

وأما الفقهاء المعاصرون فقد ساهموا بتعريف متعة الطلاق لتقريب معناها لأذهان الراغبين في معرفة حقيقتها.

فعرفها الدكتور عمر الأشقر - رحمه الله - بقوله: "المتعة مبلغ من المال، يختلف باختلاف حال الزوج يسراً أو عسراً، يدفعه الزوج لمطلقتها"^(٥).

وأما الدكتور فيحان بن شالي المطيري فقال: "عرفها أهل العلم بعدة معاني كلها ترجع إلى معنى واحد وهو الإحسان إلى المطلقة، فعرفها بعضهم بأنها الإحسان إلى المطلقات حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب ماله في القلة والكثرة"^(٦).

(١) طلبية الطلبة ص ٩٧

(٢) شرح حدود ابن عرفة ص ٢٤٩

(٣) النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المذهب ١٤٧/٢، روضة الطالبين ٦٣٥، مغني المحتاج ٢٤١/٣

(٤) الدر النقي ٦٤٩/٣، المطلع ص ٣٢٧

(٥) أحكام الزواج ص ٢٧٠

(٦) شرح منح الجليل ٣٠٦/٢

وعرفها بعضهم بأنها مال يجب على الزوج دفعه لزوجته المفارقة قبل الدخول بغير الموت^(١).

وبين أن الفرق بين التعريفين من جهة القيد؛ فقال: " الأول: يرى أن المتعة إحسان إلى المطلقة، والثاني: يرى أنها على سبيل الإيجاب، وهذا ما عليه جمهور أهل العلم".

وذهب الدكتور محمد حسني إلى أن المراد بمتعة الطلاق: المال الذي يدفعه الزوج لزوجته التي فارقها في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط^(٢).

وعلى هذا يمكن القول بأن المتعة تصدق على كل ما يقدمه الرجل للمرأة بعد طلاقها من مال ومتاع من باب الترفيه عنها، وتخفيف لوعة أسائها وحزنها بسبب استقلاله في مفارقتها، وهذا بخلاف حقوقها المالية كمؤخر الصداق والنفقة^(٣).

المطلب الثالث

تعريف المتعة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

لم يذكر قانون الأحوال الشخصية الكويتي تعريفاً صريحاً لمتعة الطلاق، وإنما بين موجبها ومقدارها، وذلك فيما جاء في نص المادة رقم ٦٤ من القانون:

"تجب للمرأة متعة يقدرها القاضي بما لا يزيد على نصف مهر المثل، إذا وقعت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة في الحالات المبينة في الفقرة (ب) من المادة ٥٥"^(٤).

وجاء في المادة ١٦٥ من القانون:

"أ- إذا انحل الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة -سوى نفقة عدتها- متعة تقدر بما لا يجاوز نفقة سنة، حسب حال الزوج، تؤدي إليها على أقساط شهرية، إثر انتهاء عدتها، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك في المقدار أو الأداء".

وقد قام شراح القانون ببيان حقيقة متعة الطلاق في ضوء فهمهم لهاتين

(١) مغني المحتاج ٢/٣٤١

(٢) حقوق الزوجة في الفقه الإسلامي ص ١٤٥

(٣) الأسرة في التشريع الإسلامي ص ٣٩٤

(٤) المادة (٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

أ - يجب المهر المسمى تسمية صحيحة في العقد.

ب - إذا لم يسم المهر، أو كانت التسمية غير صحيحة، أو نفي أصلاً، وجب مهر المثل.

المادتين من القانون، ففي المذكرة الإيضاحية للقانون: "المتعة هي المال الذي يدفعه الزوج لمطلقاته غير المهر، تطيباً لنفسها، وتعويضاً عن ألم الفراق، ولا فرق أن يكون المال نقداً أو ثياباً" (١).

وقال المستشار أشرف مصطفى كمال في شرحه لقانون الأحوال الشخصية الكويتي: "المتعة في ضوء مفهوم النص المطروح: هي مبلغ من المال يلزم الزوج بأدائه للزوجة إذا انحل الزواج بسبب من أسباب انحلاله، إذا توافرت الشروط الواردة بالنص، وبالمقدار والضوابط المنصوص عليها فيه" (٢).

وقال المستشار أحمد الجندي في شرحه للقانون المذكور: "المتعة مال يعطيه الزوج لمطلقاته، زيادة على الصداق لتطيب نفسها، وتعويضها عن الألم الذي لحقها بسبب الفراق بينهما" (٣).

ومن خلال عرض تعريف متعة الطلاق في اللغة والاصطلاحين الفقهي والقانوني يمكن القول بأن العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي وثيقة، ذلك أن المعنى اللغوي أعم من المعنى الاصطلاحي، إذ هو شامل له وزيادة، فهو يتناول كل ما يتمتع به من الطعام وأثاث المنزل والبز من الثياب ونحوها وسائر ما ينتفع به دون قيد بالمطلقة أو غيرها، ولهذا دخلت المتعة تحت هذا المعنى اللغوي، وهذا بخلاف المعنى الاصطلاحي فهو خاص بما يدفع إلى المطلقة من المال الذي تنتفع به بعد طلاقها على التفصيل الذي سيأتي (٤).

كما أن تعريف شراح القانون يتطابق بصورة كبيرة مع تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث اتفقوا على أن متعة الطلاق ما يدفعه الزوج لمطلقاته من مال بعد طلاقها جبراً لخطرها، وإن كان الحنفية قيدوا التعريف بمن تجب لها متعة الطلاق وهي الزوجة التي طلقت قبل الدخول ولم يسم لها صداق بناء على مذهبهم في ذلك.

وأما فقهاء القانون فقد أطلقوا تعريف متعة الطلاق بأنها مال تستحقه كل زوجة وقع طلاقها بعد زواج صحيح، سواء وقع الطلاق قبل الدخول أو بعده، وسواء سمي لها مهر أم لا كما سيأتي بيانه، وهو ما يتفق مع تعريف بقية الفقهاء للمتعة إجمالاً.

(١) المذكرة الإيضاحية، المادة (٦٤) ص ١٩٨

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي، أشرف مصطفى كمال ط ١٩٩٧ مطابع الرأي العام الكويت

(٣) الأحوال الشخصية في القانون الكويتي ص ٣٤٤

(٤) الحقوق المتعلقة بمتعة الطلاق ص ١٣

المبحث الثاني حكم متعة الطلاق

أولاً - لا خلاف بين الفقهاء في أن متعة الطلاق مشروعة بالكتاب العزيز والسنة المطهرة من حيث الجملة، وقد وقع اختلاف بينهم في بعض صورها، والأدلة على ذلك:

أولاً - من القرآن الكريم:

١ - قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾^(١).

قال القرطبي: "قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ معناه أعطوهن شيئاً يكون متاعاً لهن"^(٢).

قال ابن كثير معللاً مشروعية متعة الطلاق: "في هذا انكسار لقلبها؛ ولهذا أمر تعالى بإمتاعها، وهو تعويضها عما فاتها بشيء تعطاه من زوجها بحسب حاله، على الموسع قدره وعلى المقتر قدره"^(٣).

قال البغوي: " (ومتعوهن) أي أعطوهن من مالكم ما يتمتعن به، والمتعة والمتاع ما يتبلغ به من الزاد (على الموسع) أي على الغني (قدره وعلى المقتر) أي الفقير (قدره) أي إمكانه وطاقته، أي متعوهن (متاعاً بالمعروف) أي بما أمركم الله به من غير ظلم"^(٤).

٢ - قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٥).

قال الطبري: " يعني - تعالى ذكره - بذلك: ولمن طلق من النساء على مطلقها من الأزواج، "متاع" يعني بذلك: ما تستمتع به من ثياب وكسوة أو نفقة أو خادم، وغير ذلك مما يستمتع به"^(٦).

(١) سورة البقرة: ٢٣٦

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٢٠٠

(٣) تفسير القرآن العظيم ١/ ٢٨٧

(٤) معالم التنزيل ١/ ٢١٧

(٥) سورة البقرة: ٢٤١

(٦) جامع البيان للطبري ٢/ ٥٩٨

قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: "عطف على جملة والذين يتوفون منكم جعل استيفاء لأحكام المتعة للمطلقات، بعد أن تقدم حكم متعة المطلقات قبل المسيس وقبل الفرض، فعمم بهذه الآية طلب المتعة للمطلقات كلهن، فاللام في قوله وللمطلقات متاع لام الاستحقاق.

والتعريف في المطلقات يفيد الاستغراق، فكانت هذه الآية قد زادت أحكاماً على الآية التي سبقتها" (١).

٣- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ (٢).

قال الطبري: "يقول - تعالى ذكره - لنبيه محمد صلى الله عليه وسلم (قل) يا محمد، ﴿لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ﴾ يقول: فإني أمتعنكم ما أوجب الله على الرجال للنساء من المتعة عند فراقهم إياهن بالطلاق بقوله: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (٣).

٤- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعُدُّوهنَّ فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ (٤).

قال الطاهر بن عاشور: "وفاء التفريع في قوله (فمتعهن) لأن حكم التمتع مقرر من سورة البقرة في قوله: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾. والمتعة: عطية يعطيها الزوج للمرأة إذا طلقها" (٥).

ثانياً - من السنة المطهرة:

١ - عن أبي أسيد - رضي الله عنه - قال: ثم خرجنا مع النبي - صلى الله عليه وسلم - حتى انطلقنا إلى حائط يقال له الشوط حتى انتهينا إلى حائطين فجلسنا

(١) التحرير والتنوير ٢/ ٤٧٤

(٢) سورة الأحزاب: ٢٨

(٣) جامع البيان ١٠/ ٢٨٨

(٤) سورة الأحزاب: ٤٩

(٥) التحرير والتنوير ٢١/ ٦٢

بينهما، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "اجلسوا هاهنا". ودخل وقد أتى بالجونية فأنزلت في بيت في نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل ومعها دايتها حاضنة لها، فلما دخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم قال: "هبي نفسك لي". قالت: وهل تهب الملكة نفسها للسوقة. قال: فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن. فقالت: أعوذ بالله منك. فقال: "قد عذت بمعاذ". ثم خرج علينا فقال: "يا أبا أسيد اكسها رازقيين وألحقها بأهلها" (١).

وعن سهيل بن سعد وأبي أسيد قالوا: تزوج النبي - صلى الله عليه وسلم - أميمة بن شراحيل، فلما أدخلت عليه بسط يده إليها، فكأنها كرهت ذلك، فأمر أبا أسيد أن يجهزها ويكسوها ثوبين رازقيين (٢).

وجه الدلالة من الحديثين أن النبي - صلى الله عليه وسلم - متع المرأتين، مما يدل على مشروعيتها في الجملة كما قال ابن التين: "متعها بذلك إما وجوباً وإما تفضلاً" (٣).

٢- عن جابر بن عبد الله قال: لما طلق حفص بن المغيرة امرأته فاطمة، فأنت النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال لزوجها: "متعها"، قال: لا أجد ما أمتعها، قال: "فإنه لا بد من المتاع"، قال: "متعها ولو نصف صاع من تمر" (٤).

وجه الدلالة من الحديث أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر الرجل أن يمتع مطلقة، ولم يعزله بعدم وجدانه لما يمتع، فأمره أن يمتعها ولو بأقل ما يتمول، مما يدل على مشروعية متعة الطلاق وتاكدها.

حكمة مشروعية متعة الطلاق:

لما كان في الطلاق من غير سبب من المرأة فيه كسر لنفسيتها، وإيحاش لها بالفراق، جعل الشرع لها عوضاً وهو المتعة تعويضاً لها عما حصل بسبب الطلاق من

(١) رازقيين: تشية الرازقية وهي ثياب من كتان بيض طوال قاله أبو عبيدة، وقال غيره: يكون في داخل بياضها زرقة. انظر فتح الباري (٣٥٩/٩)،

والحديث أخرجه البخاري (فتح ٣٥٦/٩) كتاب الطلاق، باب من طلق، وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق؟ حديث (٥٢٥٥)

(٢) الحديث أخرجه البخاري (فتح ٣٥٦/٩) كتاب الطلاق، باب من طلق، وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق؟ حديث (٥٢٥٦)

(٣) فتح الباري ٣٥٩/٩

(٤) أخرجه البيهقي ٢٥٧/٧ وهو حسن انظر صحيح الجامع الصغير للألباني (٥٨٢٣)، وسلسلة الأحاديث الصحيحة ٣٥٠/٥ حديث (٢٢٨١)

أذى، وهذا منتهى العدل، ولا غرابة في ذلك؛ إذ هي إحدى القواعد العامة التي تركزت عليها الشريعة الإسلامية^(١).

إن الحكمة من وراء هذا التعويض ليكون تطيباً لنفس المطلقة، وجبراً لما أصابها من ضررٍ بسبب الطلاق، وأيضاً كما أن: "في هذا الطلاق غضاضة وإيهاماً للناس أن الزوج ما طلقها إلا وقد رابه شيء منها، فإذا هو متعها متاعاً حسناً تزول هذه الغضاضة، ويكون هذا المتاع الحسن بمنزلة الشهادة بنزاهتها، والاعتراف بأن الطلاق كان من قبَلِهِ لعذر يختص به، لا من قبلها؛ لأنَّ الله تعالى أمرنا أن نحافظ على الأعراض بقدر الطاقة، فجعل هذا التمتع كالمرهم لجرح القلب لكي يتسامع به الناس، فيقال: إن فلانا لم يطلقها إلا لعذر، وهو آسف عليها، معترف بفضلها، لا إنه رأى عيباً فيها أو رابه شيء من أمرها"^(٢).

حكمة مشروعية المتعة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

وقد اتفق شراح القانون مع فقهاء الشريعة على أن من حكمة مشروعية متعة الطلاق هو جبر خاطر المطلقة وتطبيب نفسها فقالوا: "لما كانت عرى المروءة قد تراخت في هذا الزمان، وأصبحت المطلقة في حاجة إلى معونة تساعد على تخفيف نتائج انحلال الزواج من الناحية المادية، فضلاً عن أن الحاجة دعت إلى الحيلولة دون الكثيرين والتسرع في حل رابطة الزوجية، فقد رأى المشرع الكويتي إيجاب المتعة لمن انحل زواجها"^(٣).

ثانياً - اختلاف الفقهاء في وجوب المتعة:

اختلف الفقهاء في وجوب المتعة، وسبب خلافهم يعود إلى المقصود بمرجع الضمير في قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾^(٤).

قال القرطبي: "واختلفوا في الضمير المتصل بقوله: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ من المراد به من

(١) الحقوق المتعلقة بمتعة الطلاق ص ٢٠ بتصرف يسير

(٢) تفسير المنار ٣٤١/٢

(٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية ص ٢٩٢، وشرح قانون الأحوال

الشخصية الكويتي أشرف كمال ص ٢٩٨

(٤) سورة البقرة: ٢٣٦

النساء؟ فقال ابن عباس وابن عمر وجابر بن زيد والحسن والشافعي وأحمد وعطاء وإسحاق وأصحاب الرأي: المتعة واجبة للمطلقة قبل البناء والفرض، ومنذوبة في حق غيرها. وقال مالك وأصحابه: المتعة مندوب إليها في كل مطلقة وإن دخل بها، إلا في التي لم يدخل بها وقد فرض لها فحسبها ما فرض لها ولا متعة لها. وقال أبو ثور: لها المتعة ولكل مطلقة.

وأجمع أهل العلم على أن التي لم يفرض لها ولم يدخل بها لا شيء لها غير المتعة^(١). وفيما يأتي مذاهب الفقهاء في وجوب متعة الطلاق وأدلتهم مع المناقشة والترجيح.

المذهب الأول - وجوب المتعة لكل مطلقة مطلقاً:

وهو قول علي بن أبي طالب، وأبي قلابة، والزهري، والقاسم بن محمد، وسعيد بن جبير، وعطاء، والحسن، والطبري^(٢)، وهو مذهب الظاهرية^(٣)، ورواية عن أحمد^(٤)، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٥)، والشوكاني^(٦)، ومن المعاصرين اختاره الشيخ الشنقيطي^(٧)، والشيخ ابن عثيمين^(٨)، والدكتور عمر الأشقر^(٩).

(١) الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٢٠٠

(٢) جامع البيان ٢/ ٥٤٩

(٣) المحلى ١٠/ ٢٤٥

(٤) المغني ٨/ ٤٩، الإنصاف ٨/ ٣٠٢

(٥) مجموع الفتاوى ٣٢/ ٢٧

(٦) السيل الجرار ٢/ ٢٨٢

(٧) أضواء البيان ١/ ١٩١

(٨) الشرح الممتع ١٢/ ٣٠٩ قال رحمه الله: "فالمذهب أن المتعة لا تجب إلا لمن طلقت قبل الدخول، ولم يفرض لها مهر، وأما المطلقة بعد الدخول فلا متعة لها؛ لأن لها مهراً، إما المسمى إن سُمِّي، وإما مهر المثل.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله -: "تجب المتعة لكل مطلقة، حتى بعد الدخول"، واستدل بقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ والمطلقات عام، وأكد الاستحقاق بقوله: ﴿حَقًّا﴾ أي: أحقه حقاً، وأكد بمؤكد ثانٍ وهو قوله: ﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾، فدل هذا على أن القيام به من تقوى الله، وتقوى الله واجبة، وما قاله الشيخ - رحمه الله - قوي جداً فيما إذا طالت المدة، أما إذا طلقها في الحال فهنا نقول:

أولاً: أن تعلق المرأة بالرجل في المدة اليسيرة قليل جداً.

ثانياً: أن المهر حتى الآن لم يفارق يدها، فقد أعطيته قريباً.

أما إذا طالت المدة سنة، أو سنتين، أو أشهراً، فهنا يتجه ما قاله شيخ الإسلام - رحمه الله - فيكون هذا القول وسطاً بين قولين، الاستحباب مطلقاً، والوجوب مطلقاً، وهذا هو الراجح".

(٩) أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ص ٢٧٢، والشيخ مصطفى بن العدوي في (أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية) ص ١٨٠

ومما استدلووا به ما يلي:

١ - عموم قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَتِ مَتَّعُ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(١)، فعم - عز وجل - كل مطلقة ولم يخص، وأوجب لها على كل متق يخاف الله تعالى.

قال ابن كثير: "قال عبد الرحمن بن زيد بن أسلم: لما نزل قوله: ﴿مَتَّعُ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ قال رجل: إن شئت أحسنت ففعلت وإن شئت لم أفعل، فأنزل الله هذه الآية: ﴿وَالْمُطَلَّقَتِ مَتَّعُ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾. وقد استدل بهذه الآية من ذهب من العلماء إلى وجوب المتعة لكل مطلقة، سواء أكانت مفوضة أم مفروضاً لها، أم مطلقاً قبل المسيس، أم مدخولاً بها"^(٢).

قال الجصاص: "وقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ يقتضي الوجوب؛ لأنه جعلها لهم، وما كان للإنسان فهو ملكه، له المطالبة به، كقولك: هذه الدار لزيد"^(٣).

٢ - ولقوله تعالى لنبيه عليه السلام: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَا أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسْرِحْكِنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾^(٤).

قال الشنقيطي: "وقد تقرر في الأصول أن الخطاب الخاص به - صلى الله عليه وسلم - يعم حكمه جميع الأمة إلا بدليل على الخصوص.

وإذا عرفت ذلك فاعلم: أن أزواج النبي مفروض لهن ومدخول بهن، وقد يفهم من موضع آخر أن المتعة لخصوص المطلقة قبل الدخول، وفرض الصداق معاً؛ لأن المطلقة بعد الدخول تستحق الصداق، والمطلقة قبل الدخول وبعد فرض الصداق تستحق نصف الصداق، والمطلقة قبلهما لا تستحق شيئاً، فالمتعة لها خاصة لجبر كسرهما، وذلك في قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ﴾، ثم قال: ﴿وَإِن طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَفَدَّ فَرْضَتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ فهذه الآية ظاهرة في هذا التفصيل، ووجهه ظاهر معقول.

وقد ذكر تعالى في موضع آخر ما يدل على الأمر بالمتعة للمطلقة قبل الدخول

(١) سورة البقرة: ٢٤١

(٢) تفسير القرآن العظيم ١/٢٩٧

(٣) أحكام القرآن للجصاص ١/٥٢٠

(٤) سورة الأحزاب: ٢٨

وإن كان مفروضاً لها، وذلك في قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعُدُّوهنَّ فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ لأن ظاهر عمومها يشمل المفروض لها الصداق وغيرها، وبكل واحدة من الآيات الثلاث أخذ جماعة من العلماء والأحوط الأخذ بالعموم، وقد تقرر في الأصول أن النص الدال على الأمر مقدم على الدال على الإباحة^(١).

٣ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعُدُّوهنَّ فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾^(٢).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "فأمر بتمتع المطلقات قبل المسيس، ولم يخص بذلك بمن لم يفرض لها، مع أن غالب النساء يطلقن بعد الفرض"^(٣).

قال الجصاص: "قوله تعالى: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ﴾ أمر، والأمر يقتضي الوجوب حتى تقوم الدلالة على الذنب"^(٤).

نوقش هذا الاستدلال بعدة مناقشات منها:

أولاً: وجوب متعة الطلاق منسوخ، قال ابن حزم: "فإن ذكروا: عن سعيد بن المسيب نسخت هذه الآية: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ التي بعدها ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتْعُ بِالْمَعْرُوفِ﴾".

فالجواب أن للنسخ شروطاً لابد من توافرها قبل المصير إليه، منها وجود التعارض الذي لا يمكن رفعه بالجمع، كما قال ابن حزم: "ليس في الآية التي ذكر شيء يخالف التي زعم أنها نسختها؟ فكلتاها حق"^(٥).

وبين الشوكاني إمكان الجمع بين الآيتين فلا مجال للنسخ فقال: "المتعة هنا هي أعم من أن تكون نصف الصداق، أو المتعة خاصة إن لم يكن قد سمي لها، فمع التسمية للصداق تستحق نصف المسمى عملاً بقوله: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾، ومع

(١) أضواء البيان ١/ ١٩٢

(٢) سورة الأحزاب: ٤٩

(٣) مجموع الفتاوى ٣٢/ ٢٧

(٤) أحكام القرآن ١/ ٥١٩

(٥) المحلى ١٠/ ٢٤٦

عدم التسمية تستحق المتعة عملاً بهذه الآية، ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَكُمْ مَسْوُءٌ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ﴾ وهذا الجمع لا بد منه، وهو مقدم على الترجيح وعلى دعوى النسخ^(١).

ثانياً: أن وجوب متعة الطلاق خاص بمن طلقت قبل الدخول ولم يفرض لها، كما قال ابن قدامة: "قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَكُمْ مَسْوُءٌ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ﴾، ثم قال: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ فخص الأولى بالمتعة، والثانية بنصف المفروض، مع تقسيمه النساء قسمين وإثباته لكل قسم حكماً، فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه، وهذا يخص ما ذكره^(٢).

ويحتمل أن يحمل الأمر بالمتاع في غير المفوضة على الاستحباب لدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفي وجوبها جمعاً بين دلالة الآيات^(٣).

والجواب قال الطاهر: "وقد تقدم قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَكُمْ مَسْوُءٌ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ فلذلك جيء بالأمر بالتمتع مفرعاً على الطلاق قبل المسيس.

وقد جعل الله التمتع جبراً لخطر المرأة المنكسر بالطلاق، وتقدم في سورة البقرة أن المتعة حق للمطلقة سواء سمي لها صداق أم لم يسم بحكم آية سورة الأحزاب؛ لأن الله أمر بالتمتع للمطلقة قبل البناء مطلقاً، فكان عمومها في الأحوال كعمومها في الذوات، وليست آية البقرة بمعارضة لهذه الآية، إذ ليس فيها تقييد بشرط يقتضي تخصيص المتعة بالتالي لم يسم لها صداق؛ لأنها نازلة في رفع الحرج عن الطلاق قبل البناء وقبل تسمية الصداق، ثم أمرت بالمتعة لتينك المطلقتين فالجمع بين الآيتين ممكن^(٤).

(١) فتح القدير للشوكاني ٢٩١/٤

(٢) المغني ٤٩/٨

(٣) المغني ٤٩/٨

(٤) التحرير والتنوير ٦٢/٢١

قال ابن كثير: "وأجاب الأولون: بأن هذا من باب ذكر بعض أفراد العموم فلا تخصيص على المشهور المنصور"^(١).

المذهب الثاني - المتعة مستحبة وليست واجبة، فلا يقضى بها ولا تحاصص بها الغرماء:

وهو قول فقهاء المدينة السبعة، وابن أبي ليلى، والليث، ومالك^(٢). واستدلوا بما يأتي:
 ١ - قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٤).

قال ابن رشد: "وأما مالك فإنه حمل الأمر بالمتعة على الذنب لقوله تعالى في آخر الآية: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ أي على المتفضلين المتجملين، وما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب"^(٥).

وقال القرطبي: "قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ حملة أبو عبيد ومالك بن أنس وأصحابه والقاضي شريح وغيرهم على الذنب، وتمسك أهل القول الثاني بقوله تعالى:

(١) تفسير القرآن العظيم ٢٩٧/١

(٢) قال المالكية: المتعة لكل مطلقة إلا التي قد فرض لها ولم يدخل بها فليس لها متعة، لأنه لما سقط نصف المهر المسمى لها بالطلاق، وهو أكد من المتعة، امتنع أن يجب لها شيء مستأنف (انظر: الذخيرة للقرافي ٤/٤٤٨، المعونة ٢/٧٨٠، حاشية الدسوقي ٢/٤٢٥، بداية المجتهد ٢/٩٧، فتح الباري ٩/٩٦)

وقال ابن عبد البر: "قال مالك: لا يجبر أحد على المتعة، سمى لها، أو لم يسم، دخل بها أو لم يدخل، وإنما هي مما ينبغي أن يفعله، وليس يجبر عليها.

وقال أبو الزناد، وابن أبي ليلى: المتعة ليست بواجبة على أحد - إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل، لا يجبر أحد عليها. ولم يفرقوا بين المدخول بها وغير المدخول بها، وبين من سمى لها، وبين من لم يسم لها". (الاستنكار ١٧/٢٨٢)

وقال ابن عبد البر في الكافي: "وهي [أي: المتعة] مستحبة يؤمر بها المطلق ولا يجبر عليها، ولكنه يندب إليها، وهي من أخلاق المحسنين المتقين، والسلطان هو الذي يأمر بها، ويحض عليها" (الكافي ص ٢٩١)

(٣) سورة البقرة: ٢٣٦

(٤) سورة البقرة: ٢٤١

(٥) بداية المجتهد ٢/٩٧

﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ و ﴿مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ ولو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين" (١).

وقال ابن العربي: "لو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين؛ فتعليقها بالإحسان، وليس بواجب، وبالتقوى وهو معنى خفي دل على أنها استحباب، يؤكد أنه قال تعالى في العفو عن الصداق: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ فأضافه إلى التقوى وليس بواجب؛ وذلك أن للتقوى أقساماً؛ ومنها واجب، و [منها] ما ليس بواجب" (٢).

٢ - أن المتعة غير مقدرة شرعاً مما يدل على عدم وجوبها، قال ابن عبد البر: "من حجة مالك أن المتعة لو كانت فرضاً واجباً يقضى به لكانت مقدرة معلومة كسائر الفرائض في الأموال، فلما لم تكن كذلك خرجت من حد الفروض إلى حد النذب والإرشاد والاختيار، وصارت كالصلة والهدية. هذا أحسن ما احتج به أصحابه له" (٣).

٣ - لأن الطلاق تأثيره الإسقاط دون الإيجاب بدليل سقوط نصف المهر المسمى قبل الدخول.

٤ - ولأنه نوع من البيئونة كالموت (٤)، وحيث لا متعة لمن توفي عنها زوجها، فكذلك لا متعة واجبة لمن طلقت.

وقد نوقش هذا الاستدلال بعدة مناقشات منها:

أولاً: حمل الآيات على الوجوب أولى من حملها على النذب: قال القرطبي: "والقول الأول أولى؛ لأن عمومات الأمر بالإمتاع في قوله: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾، وإضافة الإمتاع إليهن بلام التملك في قوله: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ﴾ أظهر في الوجوب منه في النذب.

وقوله: ﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ تأكيد لإيجابها؛ لأن كل واحد يجب عليه أن يتقي الله في الإشراف به ومعاصيه، وقد قال تعالى في القرآن: ﴿هَدَى لِلْمُتَّقِينَ﴾ (٥).

ونذكر القرافي مبيناً ضعف استدلال المالكية بأنه تمسك بالمفهوم، ومخالفهم تمسكوا بالمنطوق، وهو مقدم على المفهوم إجماعاً (٦).

(١) الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٢٠٠

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٢١٧

(٣) الاستذكار ١٧/ ٢٨٢

(٤) المعونة ٢/ ٧٨٠

(٥) الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٢٠٠

(٦) الذخيرة ٤/ ٤٤٩

وقال الشنقيطي: "هذا الاستدلال على عدم وجوبها لا ينهض فيما يظهر؛ لأن قوله: على المحسنين وعلى المتقين تأكيد للوجوب، وليس لأحد أن يقول: لست متقياً مثلاً؛ لوجوب التقوى على جميع الناس" (١).

ويزيد ابن حزم توضيح هذا الاعتراض بقوله: "كل مسلم على أديم الأرض، فهو بقوله: "لا إله إلا الله محمد رسول الله" من جملة المتقين بقوله ذلك وإيمانه، ومن جملة المحسنين، فكل مسلم في العالم فهو محسن متق، من المحسنين المتقين.

ولو لم يقع اسم "محسن، ومتق" إلا على من يحسن ويتقي في كل أفعاله لم يكن في الأرض محسن، ولا متق بعد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذ لا بد لكل من دونه من تقصير وإساءة لم يكن فيها من المحسنين، ولا من المتقين؛ فكان على هذا يكون كلام الله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ فارغاً ولغواً وباطلاً، وهذا لا يحل لأحد أن يعتقده.

ولا فرق بين قوله تعالى: ﴿مِنَ الْمُحْسِنِينَ﴾ و ﴿مِنَ الْمُتَّقِينَ﴾ وبين قوله تعالى: ﴿مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾ و ﴿مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ والمعنى في كل ذلك واحد، ولا فرق" (٢).

وقال أيضاً: "ومن عجائب الدنيا احتجاج من قلده لقولهم هذا بأن الله تعالى إنما أوجبها على المتقين والمحسنين لا على غيرهم؟

فقلنا لهم: فهبكم صادقين في ذلك، أتوجبونها أنتم على من أوجبها الله تعالى عليه من المتقين والمحسنين أو لا؟ فإن قالوا: لا، أقروا بخلافهم لقول الله تعالى، وأبطلوا احتجاجهم المذكور، وإن قالوا: نعم، تركوا مذهبهم" (٣).

ثانياً: عدم تقدير متعة الطلاق لا يدل على عدم وجوبها، قال ابن العربي في الجواب عن قولهم: أن الله تعالى لم يقدرها، وإنما وكلها إلى اجتهد المقدر: "وهذا ضعيف؛ فإن الله تعالى قد وكل التقدير في النفقة إلى الاجتهاد، وهي واجبة، فقال: ﴿عَلَى الْمُسِيءِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾" (٤).

قال ابن عبد البر: "وليس في ترك تحديدها ما يسقط وجوبها كنفقات البنين والزوجات، قال الله عز وجل: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾" (٥)، ولم

(١) أضواء البيان ١/ ١٩٢

(٢) المحلى ١٠/ ٢٤٦

(٣) المرجع السابق ١٠/ ٢٤٧

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٢١٧

(٥) سورة البقرة: ٢٣٣

يحدد شيئاً مقدراً فيما أوجب من ذلك، بل قال عز وجل: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ الآية^(١)، كما قال في المتعة: ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾^(٢).

وقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لهند بنت عتبة إذ شكت إليه أن زوجها أبا سفيان لا يعطيها نفقة لها، ولا لبنيتها: "خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف"^(٣) فلم يقدر"^(٤).

ثالثاً: قولهم: إن الطلاق تأثيره في الإسقاط دون الإيجاب، فغير صحيح فالطلاق يوجب العدة كما هو معلوم.

رابعاً: قياس متعة الطلاق على الفراق بالموت في عدم ثبوت المتعة، فالجواب أن هذا قياس فاسد؛ لأنه قياس في مورد نص، حيث وردت الآيات الكريمة في إثبات متعة الطلاق للزوجة قبل الدخول وبعده كما تقدم.

المذهب الثالث - المتعة واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقاً مسمى:

وهو قول ابن عباس، وسفيان الثوري، والحسن بن حي، والأوزاعي، والحنفية^(٥)، والحنابلة^(٦)، ومن المعاصرين الشيخ محمد أبو زهرة^(٧)، والدكتور فيحان بن شالي المطيري^(٨).

ومما استدلوا به :

- (١) الطلاق: ٧
- (٢) البقرة: ٢٣٦
- (٣) أخرجه البخاري كتاب البيوع باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم حديث (٢٢١١)، ومسلم كتاب الأقضية باب قضية هند حديث (١٧١٤)
- (٤) الاستنكار ١٧/ ٢٨٤
- (٥) حاشية ابن عابدين ٢/ ٣٣٥، المحيط البرهاني ٣/ ٢٣٧، تبين الحقائق ١/ ١٤٠، بدائع الصنائع ٢/ ٣٠٢
- (٦) المغني ٨٠٤٧، كشف القناع ٥/ ١٥٩، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٧
- وعند الحنفية وهو رواية عن أحمد تجب المتعة أيضاً للمرأة التي سمي لها مهر فاسد ولم يدخل بها (المراجع السابقة)
- (٧) الأحوال الشخصية ص ٢٠١
- (٨) الحقوق المتعلقة بمتعة الطلاق ص ٥٦

١- قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾^(١).

قال الجصاص: "وليس في ألفاظ الإيجاب أكد من قوله: ﴿حَقًّا عَلَى﴾، وقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ تأكيد لإيجابه، إذ جعلها من شرط الإحسان، وعلى كل أحد أن يكون من المحسنين"^(٢).

وأما وجه دلالة الآية على أن متعة الطلاق تجب للمطلقة غير المدخول بها ولم يفرض لها، فبحمل لفظ (أو) في الآية على معنى (الواو)، قال الجصاص: "تقديره: ما لم تمسوهن ولم تفرضوا لهن فريضة، ألا ترى أنه عطف عليه قوله تعالى: ﴿وَأِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾"^(٣) معناه: (ولا كفورا). وقال تعالى: ﴿فَأَصْبِرْ لِحُكْمِ رَبِّكَ وَلَا تَطْعَمْ مِنْهُمْ ءَائِمًا أَوْ كَفُورًا﴾^(٤)، والمعنى: وجاء أحد منكم من الغائط وأنتم مرضى ومسافرون"^(٥).

٢ - قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعُدُّوهنَّ فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾^(٦)، وقال سبحانه: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٧).

وجه الدلالة من الآيتين كما قال الجصاص: "فقد حوت هذه الآيات الدلالة على وجوب المتعة من وجوه:

أحدها: قوله تعالى: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ﴾^(٨) لأنه أمر، والأمر يقتضي الوجوب حتى تقوم الدلالة على الندب.

(١) سورة البقرة: ٢٣٦

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١/٥١٩

(٣) سورة الإنسان: ٢٤

(٤) سورة النساء: ٤٣

(٥) أحكام القرآن للجصاص ١/٥١٨

(٦) سورة الأحزاب: ٤٩

(٧) سورة البقرة: ٢٤١

والثاني: قوله تعالى: ﴿مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ وليس في ألفاظ الإيجاب أكد من قوله (حقا عليه).

والثالث: قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ تأكيد لإيجابه، إذ جعلها من شرط الإحسان، وعلى كل أحد أن يكون من المحسنين، وكذلك قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ قد دل قوله (حقاً عليه) على الوجوب، وقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ تأكيداً لإيجابها.

وكذلك قوله تعالى: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ قد دل على الوجوب من حيث هو أمر.

وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ يقتضي الوجوب أيضاً، لأنه جعلها لهم، وما كان للإنسان فهو ملكه له المطالبة به، كقولك (هذه الدار لزيد)^(١).

٤ - قالوا: "إنا وجدنا عقد النكاح لا يخلو من إيجاب البذل إن كان مسمى فالمسمى، وإن لم يكن فيه تسمية فمهر المثل، ثم كانت حاله إذا كان فيه تسمية أن البضع لا يخلو من استحقاق البذل له مع ورود الطلاق قبل الدخول، وفارق النكاح بهذا المعنى سائر العقود لأن عود المبيع إلى ملك البائع يوجب سقوط الثمن كله، وسقوط حق الزوج عن بضعها بالطلاق قبل الدخول لا يخرجها من استحقاق بدل ما هو نصف المسمى، فوجب أن يكون ذلك حكمه إذا لم تكن فيه تسمية، والمعنى الجامع بينهما ورود الطلاق قبل الدخول.

وأيضاً فإن مهر المثل مستحق بالعقد، والمتعة هي بعض مهر المثل، فتجب كما يجب نصف المسمى إذا طلق قبل الدخول^(٢).

قال ابن قدامة: "لأنه طلاق في نكاح يقتضي عوضاً، فلم يعر عن العوض كما لو سمي مهراً"^(٣).

نوقش هذا الاستدلال بعدة مناقشات منها:

أولاً: أن الآية الكريمة ليست على سبيل الحصر، قال ابن حزم: "لو لم يكن إلا هذه الآية لكان قوله هذا حقاً، لكن قول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾"^(٤)

(١) أحكام القرآن للجصاص ١/٥٢٠

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١/٥٢١

(٣) المغني ٨/٤٨

(٤) سورة البقرة: ٢٤١

جامع لكل مطلقة مفروض لها، أو غير مفروض لها، مدخول بها، أو غير مدخول بها - ولم يقل - عز وجل - في أول الآية التي نزعوا بها: أنه لا متعة لغيرها؟ فظهر بطلان قولهم^(١).

ثانياً: حمل الآيات على النذب لإضافتها للمتقين والمحسنين؛ لأن الواجبات لا يختلف فيها المتقون والمحسنون وغيرهم.

فالجواب: "إنما ذكر المتقين والمحسنين تأكيداً لوجوبها، وليس تخصيصهم بالذكر نفيًا لإيجابها على غيرهم، كما قال تعالى: ﴿هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ﴾^(٢) وهو هدى للناس كافة، وقوله تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنْزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِّلنَّاسِ﴾^(٣) فلم يكن قوله تعالى: ﴿هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ﴾ موجباً لأن لا يكون هدى لغيرهم، كذلك قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ و﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ غير ناف أن يكون حقاً على غيرهم.

وأيضاً فإننا نوجبها على المتقين والمحسنين بالآية، ونوجبها على غيرهم بقوله تعالى: ﴿فَمَتَّعُوهُمْ وَسَرَّحُوهُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ وذلك عام في الجميع بالاتفاق، لأن كل من أوجبها من فقهاء الأمصار على المحسنين والمتقين أوجبها على غيرهم.

ويلزم هذا السائل ألا يجعلها ندباً أيضاً، لأن ما كان ندباً لا يختلف فيه المتقون وغيرهم، فإذا جاز تخصيص المتقين والمحسنين بالذكر في المنسوب إليه من المتعة وهم وغيرهم فيه سواء، فكذاك جائز تخصيص المحسنين والمتقين بالذكر في الإيجاب، ويكونون هم وغيرهم فيه سواء^(٤).

٢ - فإن قيل: لما لم يخص المتقين والمحسنين في سائر الديون من الصداق وسائر عقود المداينات عند إيجابهم عليهم وخصهم بذلك عند ذكر المتعة، دل على أنها ليست بواجبة. قيل له: إذا كان لفظ الإيجاب موجوداً في الجميع، فالواجب علينا الحكم بمقتضى اللفظ ثم تخصيصه بعض من أوجب عليه الحق بذكر التقوى، والإحسان إنما هو على وجه التأكيد، ووجه التأكيد مختلفة، فمنها ما يكون ذكر بتقيد التقوى والإحسان، ومنها ما يكون بتخصيص لفظ الأداء نحو قوله تعالى:

(١) المحلى ٢٤٧/١٠

(٢) سورة البقرة: ٢

(٣) سورة البقرة: ١٨٥

(٤) أحكام القرآن للجصاص ١/٥٢٠

﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾^(٢)، ومنها ما يكون بالأمر بالإشهاد عليه والرهن به، فكيف يستدل بلفظ التأكيد على نفي الإيجاب؟^(٣)

٣ - هناك فرق بين متعة الطلاق ومهر المثل؛ فمهر المثل دراهم ودنانير، والمتعة إنما هي أثواب، فالفرق بين الشئيين يلزم منه اختلاف أحكامهما.

والجواب بأن المتعة أيضاً عندنا دراهم ودنانير لو أعطاها لم يجبر على غيرها.

وقالوا: بأن البضع لا يخلو من بدل مع ورود الطلاق قبل الدخول، وأنه لا فرق بين وجود التسمية في العقد وبين عدمها، إذ غير جائز حصول ملك البضع له بغير بدل، فوجوب مهر المثل بالعقد عند عدم التسمية كوجوب المسمى فيه، فوجب أن يستوي فيه حكمهما في وجوب بدل البضع عند ورود الطلاق قبل الدخول، وأن تكون المتعة قائمة مقام بعض مهر المثل وإن لم تكن بعضه، كما تقوم القيم مقام المستهلكات، فكانت المتعة اسماً لما يستحق بعد الطلاق قبل الدخول ويكون بدلاً من البضع^(٤).

٤ - فإن قيل إذا قامت مقام بعض مهر المثل فهو عوض من المهر، والمهر لا يجب له عوض قبل الطلاق، فكذلك بعده؟

قيل له: لم نقل إنه بدل منه وإن قام مقامه، كما لا نقول إن قيم المستهلكات أبدال لها بل كأنها هي حين قامت مقامها، ألا ترى أن المشتري لا يجوز له أخذ بدل المبيع قبل القبض ببيع ولا غيره؟ ولو كان استهلكه مستهلك كان له أخذ القيمة منه؛ لأنها تقوم مقامه كأنها هو لا على معنى العوض، فكذلك المتعة تقوم مقام بعض مهر المثل بدلاً من البضع، كما يجب نصف المسمى بدلاً من البضع مع الطلاق^(٥).

(١) سورة النساء: ٤

(٢) سورة البقرة: ٢٨٣

(٣) المرجع السابق ١/ ٥٢٠

(٤) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٥٢١

(٥) المرجع السابق

المذهب الرابع - المتعة واجبة على كل مطلق إذا كان الفراق من قبله، إلا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول فلها نصف المسمى ولا متعة لها:

وهو قول ابن عمر، وشريح، ومجاهد، وإبراهيم النخعي، وهو مذهب الشافعية^(١)، ومن المعاصرين الشيخ أحمد شاكر^(٢)، ومما استدلو به:

١ - فدليل الوجوب لكل مطلقة عموم قول الله عز وجل: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٣) فلم يخص، وفي آية أخرى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾^(٤)، ومعلوم أن الله إذا أوجب على المتقين والمحسنين، وجب على الفجار والمسيئين.

٢ - قوله عز وجل: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعُدُّوهنَّ فَمَعُوهُنَّ﴾^(٥).

٣ - واستدل بقوله تعالى: ﴿فَنَعَالَيْنَ أُمَتِّعَنَّ وَأُسْرِحَنَّ سَرًا جَمِيلًا﴾^(٦) وكان ذلك في نساء قد دخل بهن.

٤ - ولأن ما حصل من المهر لها بدل عن الوطاء، وبقي الابتذال بغير بدل فوجب لها المتعة كالمفوضة قبل الدخول^(٧).

وأما عدم وجوب متعة الطلاق لمن طلقت قبل الدخول وسمي لها، فلقوله تعالى:

(١) الحاوي الكبير ٩/٤٧٧، روضة الطالبين ٥/٦٣٦، نهاية المحتاج ٣/٣٦٤، وهذا هو القول الجديد للشافعي وأما القديم فلا تجب لها المتعة، قال الشيرازي: "وإن كان بعد الدخول ففيه قولان؛ قال في القديم: لا تجب لها المتعة؛ لأنها مطلقة من نكاح لم يخل من عوض فلم تجب لها المتعة كالمسمى لها قبل الدخول، وقال في الجديد: تجب" (المهذب ٢/٦٣)

قال ابن عبد البر: "وقال الشافعي: المتعة واجبة لكل مطلقة، ولكل زوجة إذا كان الفراق من قبله، أو لم يتم إلا به، إلا التي سمي لها وطلقها قبل الدخول". (الاستنكار ١٧/٢٨٢)

(٢) نظام الطلاق في الإسلام ص ٩٧، والدكتور محمد حسني إبراهيم في (حقوق الزوجة في الفقه الإسلامي) ص ١٤٨-١٦٠، والدكتور محمد الدسوقي في (الأسرة في التشريع الإسلامي) ص ٣٩٨

(٣) سورة البقرة: ٢٤١

(٤) سورة البقرة: ٢٣٦

(٥) سورة الأحزاب: ٤٩

(٦) سورة الأحزاب: ٢٨

(٧) المهذب ٢/٦٣، تكملة المجموع ١٦/٣٨٩

﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(١).

ونوقش هذا الاستدلال:

قال ابن حزم: "ويبطل هذا القول أن الله تعالى إذ ذكر: أن لها نصف ما فرض لها، لم يقل: ولا متعة لها، وقد أوجب لها المتعة بقوله الصادق: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتْعُ الْبِالْمَعْرُوفِ﴾ وهذه مطلقة فلها المتعة فرضاً مع نصف ما فرض لها"^(٢).

الترجيح:

وبعد عرض مذاهب الفقهاء وأدلتهم والمناقشات، يظهر رجحان المذهب الأول القائل بوجوب المتعة لكل مطلقة مطلقاً، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة، فالآيات الكريمة صريحة في إيجاب متعة الطلاق لكل مطلقة دون تفريق بين ما كان قبل الدخول أو بعده، وبين من سمي لها مهر أم لم يسم لها مهر^(٣)، والآيات الكريمة - وإن كانت متفرقة في مواضع من سور القرآن - إلا أن موضوعها واحد، وهي ليست متعارضة حتى نوفق بينها بأوجه التوفيق من الجمع أو الترجيح، وإنما هي متعاضدة تقرر حكماً واحداً له صور عديدة، فجاءت كل آية بحكم صورة من تلك الصور، والمعنى الكلي الذي يجمعها هو تعويض المطلقة عما لحقها من ضرر وأذى بسبب الطلاق، وهذا المعنى موجود في حق كل مطلقة سواء أكان طلاقها قبل الدخول أم بعده، وسواء أسمى لها مهر أم لم يسم لها مهر، لذا استحققت متعة الطلاق.

قال الطبري: "إن الله - تعالى ذكره - إذا دل على وجوب شيء في بعض

(١) سورة البقرة: ٢٣٧

(٢) المحلى ٢٤٧/١٠

(٣) وهذا الحكم يشمل المطلقة الكتابية أيضاً، وهذا ما عليه عامة الفقهاء، فعن سفيان الثوري قال: "للمملوكة، واليهودية والنصرانية المتعة إذا طلقت". وقال القرافي: "والذمية لها المتعة" (الخير ٤٤٧/٩)، وقال النووي: "يسوى في المتعة المسلم، والذمي، والحر، والعبد، والحر، والذمية" (روضة الطالبين ٦٣٧/٥)، قال ابن قدامة: "والمتعة تجب على كل زوج... وسواء في ذلك المسلمة والذمية، وحكي عن أبي حنيفة لا متعة لذمية، ولنا: عموم النص، ولأنها قائمة مقام نصف المهر في حق من سمي فتجب لكل زوجة على كل زوج كنصف المسمى، ولأن ما يجب من العوض يستوي فيه المسلم والكافر والحر والعبد كالمهر" (المغني ٥٠/٨) ولم أعثر فيما اطلعت عليه من مراجع المذهب الحنفي على ما نسب لأبي حنيفة رحمه الله، بل حكاية المذهب شمول الحكم لكل زوجة تستحق المتعة ويدخل في ذلك الكتابية.

تنزيله، ففي دلالة على وجوبه في الموضع الذي دل عليه، الكفاية عن تكريره، حتى يدل على بطول فرضه. وقد دل بقوله: ﴿وَلَمَّا طَلَّقْتَ مَتْعُ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١) على وجوب المتعة لكل مطلقة، فلا حاجة بالعباد إلى تكرير ذلك في كل آية وسورة. وليس في دلالة على أن للمطلة قبل المسيس المفروض لها الصداق نصف ما فرض لها، دلالة على بطول المتعة عنه؛ لأنه غير مستحيل في الكلام لو قيل: "وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم" والمتعة. فلما لم يكن ذلك محالاً في الكلام، كان معلوماً أن نصف الفريضة إذا وجب لها، لم يكن في وجوبه لها نفي عن حقها من المتعة، ولما لم يكن اجتماعهما للمطلة محالاً، وكان الله - تعالى ذكره - قد دل على وجوب ذلك لها، وإن كانت الدلالة على وجوب أحدهما في آية غير الآية التي فيها الدلالة على وجوب الأخرى، ثبت وصح وجوبهما لها.

هذا إذا لم يكن على أن للمطلة المفروض لها الصداق إذا طلقت قبل المسيس، دلالة غير قول الله - تعالى ذكره -: ﴿وَلَمَّا طَلَّقْتَ مَتْعُ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢) فكيف وفي قول الله - تعالى ذكره -: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ﴾^(٣) الدلالة الواضحة على أن المفروض لها إذا طلقت قبل المسيس لها من المتعة مثل الذي لغير المفروض لها منها؟ وذلك أن الله - تعالى ذكره - لما قال: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ كان معلوماً بذلك أنه قد دل به على حكم طلاق صنفين من طلاق النساء: أحدهما المفروض له، والآخر غير المفروض له.

وذلك أنه لما قال: ﴿أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ علم أن الصنف الآخر هو المفروض له، وأنها المطلقة المفروض لها قبل المسيس؛ لأنه قال: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ﴾ ثم قال - تعالى ذكره -: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ فأوجب المتعة للصنفين منهن جميعاً، المفروض لهن، وغير المفروض لهن.

فمن ادعى أن ذلك لأحد الصنفين، سئل البرهان على دعواه من أصل أو نظير، ثم عكس عليه القول في ذلك، فلن يقول في شيء منه قولاً إلا ألزم في الآخر مثله^(٤).

(١) سورة البقرة: ٢٤١

(٢) سورة البقرة: ٢٤١

(٣) سورة البقرة: ٢٣٦

(٤) جامع البيان ٥٥٠/٢

كما أن الأخذ بهذا المذهب أحوط لأنه عمل بدلالة الآيات كلها، دون تعطيل أي منها أو تأويلها على خلاف ظاهرها، في حين أن الأخذ بالمذاهب الأخرى يلزم منه ترك العمل بدلالة بعض الآيات أو تأويلها، ولا شك أن العمل بظاهر النصوص أحوط وأولى من ترك بعضها أو تأويله، والله أعلم.

ثالثاً - حكم المتعة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

تناول قانون الأحوال الشخصية الكويتي متعة الطلاق في موضعين:

الموضع الأول - حالة الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة:

نصت المادة (٦٤) من القانون على أنه: "تجب للمرأة متعة يقدرها القاضي بما لا يزيد على نصف مهر المثل، إذا وقعت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة في الحالات المبينة في الفقرة (ب) من المادة ٥٥"^(١).

والحالات التي تجب فيها المتعة للمطلة قبل الدخول حقيقة أو حكماً هي:

- أ - إذا لم يسم في عقد الزواج مهر.
 - ب - إذا كانت تسمية المهر في عقد الزواج تسمية غير صحيحة.
 - ت - إذا نفي المهر في عقد الزواج الصحيح .
- وهناك حالة رابعة هي: إذا تراضى الزوج مع زوجته المفوضة على فرض مهر لها بعد العقد ثم طلقها أو فارقها لأي سبب من قبله قبل الدخول حقيقة أو حكماً"^(٢).
- فالقانون يقرر أنه يجب المهر للزوجة بمجرد العقد الصحيح^(٣)، وبين أن المهر إما أن يكون مسمى تسمية صحيحة في العقد^(٤)، أما إذا لم يسم لها مهر، أو سمي لها مهر لكن كانت التسمية غير صحيحة؛ بأن سمي لها ما ليس مائلاً متقوماً في الإسلام كالخمر أو الخنزير، أو نفي المهر أصلاً بأن اتفق على عقد الزواج بغير مهر، ففي هذه الأحوال يجب لها مهر المثل^(٥).

ففي حالة تسمية المهر تسمية صحيحة، ووقع الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، فهنا تستحق الزوجة نصف المهر المسمى ولا متعة طلاق لها^(٦).

- (١) المادة (٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي
- (٢) الأحوال الشخصية في القانون الكويتي ص ١٤٧
- (٣) المادة (٥٢) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي
- (٤) الفقرة (أ) من المادة (٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي
- (٥) الفقرة (ب) من المادة (٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي
- (٦) الفقرة (أ) من المادة (٦٣)، ومفهوم المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي

أما في حالة ثبوت استحقاق المرأة لمهر المثل في الصور المذكورة سلفاً، ووقع الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة فتستحق المطلقة متعة يقدرها القاضي بما لا يزيد على نصف مهر المثل^(١).

وبعد هذا العرض يظهر أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي يوافق مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة ومن وافقهم في أن متعة الطلاق تجب لمن طلقت قبل الدخول ولم يفرض لها صداقاً مسمى.

الموضع الثاني - حالة الطلاق بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة:

جاء في الفقرة (أ) من المادة رقم ١٦٥ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي: "إذا انحل الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة - سوى نفقة عدتها - متعة تقدر بما لا يجاوز نفقة سنة، حسب حال الزوج، تؤدي إليها على أقساط شهرية، إثر انتهاء عدتها، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك في المقدار أو الأداء". فظاهر هذه الفقرة إيجاب متعة الطلاق للمطلقة بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة بشروط كما سيأتي.

فالمرأة التي تستحق المتعة هي من انحل زواجها، وقد أوجب النص المتعة في حالة انحلال الزواج بأي شكل من أشكال انحلاله؛ سواء أكان سبب انحلال الزواج هو الطلاق أم الفسخ أم الوفاة على تفصيل سيرد ذكره.

فظاهر هذه المادة يدل على أن القانون في حالة الطلاق بعد الدخول يوافق مذهب الشافعية والظاهرية ومن وافقهم في أن المطلقة بعد الدخول تستحق متعة الطلاق، وهو المذهب الراجح كما تقدم.

رابعاً - شروط استحقاق متعة الطلاق:

نكر فقهاء القانون شروطاً لاستحقاق متعة الطلاق بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة من خلال النظر في المادة المذكورة وغيرها من مواد القانون ذات الصلة، فمن تلك الشروط:

الشرط الأول - أن يكون عقد الزواج صحيحاً:

يشترط في انحلال الزواج الذي تستحق عنه المطلقة للمتعة أن يكون زواجاً صحيحاً، فلا متعة لمن كان زواجها باطلاً أو فاسداً وفقاً لمفهوم المواد

(١) المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشخصية.

٤٨^(١)، ٤٩^(٢)، ٥٠^(٣)، فخرج بذلك الفرقة في الزواج الفاسد، والدخول بشبهة، وخرج بذلك حالات فسخ النكاح.

الشرط الثاني - أن يكون الطلاق بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة:

ويشترط لاستحقاق المرأة للمتعة أن يكون انحلال الزواج قد حدث بعد الدخول بالزوجة في الزواج الصحيح، والدخول هنا قصد بها الاتصال الجنسي بين الزوجين، ولذلك لا يعتبر الدخول في الزواج الفاسد أو بشبهة فلا متعة حينئذ.

ويأخذ حكم الدخول من حيث استحقاق المتعة انحلال الزواج بعد الخلوة الصحيحة، حيث تأخذ الخلوة الصحيحة حكم الدخول^(٤) قياساً لسببين:

أولهما: أن من انحل زواجها بعد الخلوة وجبت عليها العدة واستحققت نفقة العدة، وهو الفرض المنصوص عليه بالمادة (١٥٥)^(٥).

ثانيهما: إن النصوص القرآنية أوجبتها للمطلقة قبل الدخول أي: المسيس.

الشرط الثالث - أن يكون انحلال الزواج بغير رضا من الزوجة:

وفقاً لمفهوم عموم النص، فإنه يشترط لاستحقاق المتعة أن يكون انحلال الزواج قد وقع بغير رضا من المرأة، ولو كان ذلك الانحلال يرجع إلى سبب من جانبها،

(١) نص المادة (٤٨): الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج.

(٢) نص المادة (٤٩) يكون الزواج باطلاً:

أ - إذا حصل خلل في الصيغة، أو في أهلية العاقد يمنع انعقاد العقد.

ب - إذا كانت الزوجة من المحارم قرابة، أو رضاعاً، أو مصاهرة، أو زوجة للغير، أو معتدته، أو مطلقة الزوج ثلاثاً، أو لا يحل الجمع بينها وبين من في عصمته، أو لاتدين بدين سماوي.

ج - إذا كان أحد الزوجين مرتداً، أو كان الزوج غير مسلم والمرأة مسلمة.

(٣) نص المادة (٥٠): كل زواج غير صحيح سوى المذكور في المادة السابقة يعتبر فاسداً...

(٤) نص المادة (٦١): يتأكد المهر كله بالدخول الحقيقي، أو بالخلوة الصحيحة، أو بموت أحد

الزوجين، وقد أخذ القانون بمذهب أبي حنيفة وأحمد ومن وافقهم في أن الخلوة الصحيحة تؤكد وجوب المهر كله، لقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ

وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ (سورة النساء: ٢١) والمراد بالإفضاء الخلوة دخل بها أم لم يدخل، وهذا قول الفراء، وقال ابن قدامة: "وهذا صحيح"، وقد حكى الطحاوي إجماع الصحابة على ذلك.

وقال زرارة بن أوفى: "قضى الخلفاء الراشدون أن من أغلق باباً، أو أرخى ستراً فقد وجب المهر، ووجبت العدة" (المذكورة الإيضاحية للقانون ص ١٩٥)

(٥) نص المادة الفقرة (أ) من (١٥٥): تجب العدة على المرأة بالفرقة بعد الدخول أو الخلوة...

بحيث إنه إذا ثبت أن انحلال الزواج كان برضا الزوجة سقط حقها في استحقاق المتعة، كما سيأتي في مبحث (مسقطات متعة الطلاق)

الشرط الرابع - أن يكون الطلاق بائناً:

يشترط القانون لاستحقاق المطلقة للمتعة أن يكون الطلاق الواقع عليها طلاقاً بائناً، ابتداء كالطلاق قبل الدخول أو طلاق على مال ونحوهما، أو انتهاء كالطلاق الرجعي الذي آل إلى بائن بانقضاء العدة^(١)..

وقد اختلف الفقهاء القائلون بوجوب متعة الطلاق للمطلقة بعد الدخول في ثبوتها للرجعية خلال العدة على مذهبين:

المذهب الأول: أن المتعة تكون لكل مطلقة سواء أكانت رجعية أم بائناً إلا أنها تدفع للبائن إثر طلاقها، وللرجعية بعد العدة.

وهو قول المالكية والظاهرية^(٢)؛ لأنها ما دامت في العدة ترجو الرجعة فلا ألم عندها بخلاف الأولى^(٣).

المذهب الثاني: أن متعة الطلاق تثبت للمطلقة الرجعية ولو في العدة.

وهو قول الشافعية^(٤)، لعموم الأدلة في متعة الطلاق، دون تفصيل بين الرجعية والبائنة.

والذي يظهر هو رجحان القول الأول، لقوة دليلهم، ويرد على المذهب الثاني بأن النصوص الشرعية أثبتت متعة الطلاق للمطلقة، المطلقة الرجعية زوجة حكماً، بدليل أنه يجوز للمطلق الدخول عليها والسفر بها وإرجاعها بالقول والفعل بخلاف المطلقة البائنة، والزوجة لا تستحق متعة الطلاق كما هو معلوم.

فالقانون يوافق الراجح من مذهبي الفقهاء في هذه المسألة.

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٢٩٩، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي ص ٣٤٧

(٢) حاشية الدسوقي ٢/٤٢٥، المحلى ١٠/٢٤٥

(٣) حاشية الدسوقي ٢/٤٢٥

(٤) حاشية قليوبي ٣/٢٩١

المبحث الثالث مقدار متعة الطلاق

المطلب الأول مقدار متعة الطلاق في الفقه الإسلامي

قال أبو عمر: "لم يختلف العلماء أن المتعة التي ذكر الله - عز وجل - في كتابه بقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتْعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١)، وقوله عز وجل: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ﴾^(٢) أنها غير مقدرة ولا محدودة، لا معلوم مبلغها، ولا معروف قدرها معرفة وجوب، ولا يتجاوزها، بل هي على الموسع بقدره، وعلى المقتر أيضاً بقدره متاعاً بالمعروف، كما قال الله عز وجل"^(٣).

فإذا اتفق الزوجان على مقدار معين من المتعة فلهما ذلك^(٤)، أما إذا اختلفا فقد اجتهد العلماء في تحديد مقدار المتعة الذي يؤديه الزوجة لزوجته بعد الطلاق على مذهبين:

المذهب الأول: ليس للمتعة تقدير، وإنما تختلف باختلاف الأحوال والزمان والمكان، وعند الاختلاف يرجع إلى القاضي لتقديرها. مذهب مالك^(٥) ورواية عن أحمد^(٦) واختيار الشنقيطي^(٧).

قال الشنقيطي: "والتحقيق أن قدر المتعة لا تحديد فيه شرعاً، لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ﴾، فإن توافقا على قدر معين فالأمر واضح، وإن اختلفا فالحاكم يجتهد في تحقيق المناط، فيعين القدر على ضوء قوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ﴾ الآية، هذا هو الظاهر"^(٨).

(١) سورة البقرة:

(٢) سورة البقرة:

(٣) الاستنكار ١٧/ ٢٧٥

(٤) أسنى المطالب ٣/ ٢٢٠ قال: "ويجزئ متمول تراضيا عليه كما في المهر".

(٥) الذخيرة ٤/ ٤٤٨، مواهب الجليل ٤/ ١٠٥

(٦) قال ابن قدامة: "والرواية الثانية: يرجع في تقديرها إلى الحاكم. وهو أحد قولي الشافعي".

(٧) أضواء البيان ١/ ١٩٢

(٨) أضواء البيان ١/ ١٩٢

وعلل ابن قدامة الرجوع إلى الحاكم بقوله: "لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره، وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد، فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم، كسائر المجتهدين".

وقال: "وهذا [أي: الاختلاف في تقدير المتعة] فيما إذا تشاحا في قدرها، فإن سمح لها بزيادة على الخادم، أو رضيت بأقل من الكسوة جاز؛ لأن الحق لهما، لا يخرج عنهما، وهو مما يجوز بذله، فجاز ما اتفقا عليه، كالصداق.

وقد روي عن الحسن بن علي - رضي الله عنهما - أنه متع امرأة بعشرة آلاف درهم، فقالت: متاع قليل من حبيب مفارق" (١).

المذهب الثاني: المتعة ثلاثة أثواب؛ درع وخمار وملحفة، على أن لا تزيد على نصف مهر المثل، وحدها الأدنى خمسة دراهم.

وهو قول الحسن، وسعيد بن المسيب، وعطاء، والشعبي، ومذهب الحنفية (٢) ورواية عن أحمد (٣) ومما استدلو به:

١ - قوله تعالى في آية المتعة: ﴿مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (٤)، والمتاع اسم للعروض في العرف.

٢ - عن عبد الله ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: أرفع المتعة الخادم، ثم دون ذلك الكسوة، ثم دون ذلك النفقة.

٣ - ولأن المتعة بدل عن نصف مهر المثل، ولا يزداد البدل على الأصل، ولا ينقص من خمسة دراهم؛ لأنها تجب على طريق العوض، وأقل عوض يثبت في النكاح نصف العشرة.

ولو أعطاهما قيمة الأثواب دراهم، أو دنانير تجبر على القبول؛ لأن الأثواب ما وجبت لعينها بل من حيث إنها مال، كالشاة في خمس من الإبل في باب الزكاة (٥).

وقد نوقش هذا الاستدلال بما يلي:

١ - إن نص القرآن الكريم يقتضي تقديرها بحال الزوج، وتقديرها بنصف مهر

(١) المغني ٨/٥٣

(٢) بدائع الصنائع ٢/٣٠٤، فتح القدير ٣/٣٢٦، حاشية ابن عابدين ٢/٣٢٦ وقال فيها: "يعتبر عرف كل بلدة لأهلها فيما تكتسي به المرأة عند الخروج".

(٣) قال ابن قدامة: "ونكر القاضي في "المجرد" رواية ثالثة: أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل؛ لأنها بدل عنه فيجب أن تتقدر به".

(٤) سورة البقرة: ٢٣٦

(٥) بدائع الصنائع ٢/٣٠٤

المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة؛ لأن مهرها معتبر بها لا بزوجها، وهذا يخالف ظاهر القرآن فلا يصح.

٢ - لا نسلم تقدير أعلى المتعة بعشرة دراهم وأدناها بخمسة دراهم، قال ابن حزم: "وقال أبو حنيفة: أعلى ما يجبر عليه من المتعة: عشرة دراهم، وأدنى ذلك: خمسة دراهم". وهذا قول لا دليل عليه، وهبك أنه قاس العشرة دراهم على ما تقطع فيه اليد، فعلى أي شيء قاس الخمسة دراهم؟^(١)

وقال الماوردي: "وقال أبو حنيفة: هي مقدرة بنصف مهر المثل، ولا يجوز أن يكون أقل من خمسة دراهم؛ لأنه نصف أقل ما يكون مهرًا عنده.

وهذا فاسد؛ لأن التحديد بنصف المهر إن لم يوجد شرعاً، فليس في الاجتهاد ما يقتضيه، ولا نجعله بالنصف أخص منه بالثلث أو الربع"^(٢).

المذهب الثالث: المتعة ثلاثون درهماً. وهو القول القديم للشافعي^(٣).

ودليله ما روي عن أبي مجلز أنه قال: قلت لابن عمر رضي الله عنهما: أخبرني عن المتعة، وأخبرني عن قدرها فأني موسر، فقال: اكس كذا اكس كذا اكس كذا، قال: فحسبت ذلك، فوجدته قدر ثلاثين درهماً، فدل أنها مقدرة بثلاثين درهماً.

وعن نافع عن ابن عمر قال: "أدنى ما أرى أنه يجزئ من متعة النساء ثلاثون درهماً"^(٤).

وقد نوقش هذا الاستدلال بما يلي:

أن تقدير متعة الطلاق بثلاثين درهماً في أثر أبي مجلز قضية عين، حيث أمره ابن عمر - رضي الله عنهما - بمتاع ولم يذكر دراهم معينة، فقدرها أبو مجلز بثلاثين درهماً، وهذا ليس بنص من الشارع، وإنما اجتهاد تابع للواقع؛ حيث تتغير قيم الأشياء باختلاف الزمان والمكان كما لا يخفى.

وقال الكاساني: "أن إيجاب الأثواب له نظير في أصول الشرع، وهو الكسوة التي تجب لها حال قيام النكاح والعدة، وأدنى ما تكتسي به المرأة، وتستتر به عند الخروج ثلاثة أثواب، ولا نظير لإيجاب الثلاثين، فكان إيجاب ما له نظير أولى.

(١) المحلى ٢٤٨/١٠

(٢) الحاوي الكبير ٩/٤٧٦

(٣) الحاوي الكبير ٩/٤٧٧، روضة الطالبين ٥/٦٣٦

(٤) الاستنكار ١٧/٢٧٨

وقول عبد الله بن عمر دليلاً؛ لأنه أمره بالكسوة لا بدراهم مقدرة، إلا أنه اتفق أن قيمة الكسوة بلغت ثلاثين درهماً، وهذا لا يدل على أن التقدير فيها بالثلاثين^(١).

المذهب الرابع: أعلاها خادم إذا كان موسراً، وإن كان فقيراً متعها كسوة؛ درعاً وخماراً وثوباً تصلي فيه.

وبه قال ابن عباس، والزهري، والحسن، والثوري، والأوزاعي، وعطاء، وأبو عبيد، وهو مذهب الحنابلة^(٢)، واستدلوا بالآثار عن الصحابة والتابعين:

قال ابن عباس: أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة، ثم دون ذلك الكسوة. وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها؛ لأن الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك، كالكسوة في الكفارة، والسترة في الصلاة.

فقال قتادة: المتعة جلباب، ودرع، وخمار.

وقال الزهري: بلغني أن المطلق كان يتمتع بالخادم، والحلة، والنفقة^(٣). وروى كنيف السلمي أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية، فحرمها بجارية سوداء، يعني متعها. قال إبراهيم النخعي: العرب تسمي المتعة التحميم^(٤).

المذهب الخامس: يرجع في التقدير إلى ما صح عن الصحابة - رضي الله عنهم - في ذلك. وهو مذهب الظاهرية^(٥).

قال ابن حزم: "إنه تعالى ألزمه [أي: المطلق بمتعة] على قدر اليسار والإقتار،

(١) بدائع الصنائع ٢/٣٠٤

(٢) المغني ٨/٥٢، كشف القناع ٥/١٥٨، شرح منتهى الإرادات ٣/٢٧

(٣) الاستنكار ١٧/٢٧٦

(٤) المحلى ١٠/٢٤٦

(٥) المحلى ١٠/٢٤٨، وقال ابن عبد البر في الاستنكار ١٧/٢٧٥: عن مالك؛ أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأة له فمتع بوليده. وفي رواية: أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته، فمتعها بخادم.

وفي لفظ: متع عبد الرحمن بن عوف بجارية سوداء. قال ابن جريج في حديثه: ثمنها ثمانون ديناراً. عن ابن سيرين قال: كان يتمتع بالخادم، أو النفقة، أو الكسوة، قال: ومتع الحسن بن علي - رضي الله عنهما - بمال كثير أحسبه قال: عشرة آلاف درهم.

عن الحسن بن سعد، عن أبيه، أن الحسن بن علي متع امرأته بعشرة آلاف درهم.

عن الحسن بن سعد، عن أبيه، قال: متع الحسن بن علي امرأتين بعشرين ألفاً، وزقين من عسل، فقالت إحداهما: أراها الجعفية: متاع قليل من حبيب مفارق.

ومتع شريح بخمسائة درهم، ومتع الأسود بن يزيد بثلاثمائة درهم، ومتع عروة بن الزبير بخادم، ومتع ابن عمر بوليده.

فلزمننا فرضاً أن نجعل متعة الموسر غير متعة المقتر ولا بد، ولم نجد في ذلك عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حداً وجب حمل ذلك على المعروف عند المخاطبين بذلك، فوجب بهذا الرجوع إلى ما صح عن الصحابة - رضي الله عنهم - في ذلك، كما فعلنا في جزاء الصيد فما كان هو المعروف عندهم في المتعة، فهو الذي أراد الله - عز وجل - بلا شك، إذ لا بد لما أمر الله تعالى به من بيان، فقد كان فيهم - رضي الله عنهم - الموسر المتناهي، كعبد الرحمن بن عوف وغيره، وكان ابن عباس، وابن عمر موسرين دون عبد الرحمن.

ومما يبين وجوب الرجوع إلى ما رآه الصحابة - رضي الله عنهم - أنه متعة بالمعروف، كما قلنا في النفقة، والكسوة، إذ قال الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا ءَاتَاهُ﴾^(١) وقد وافقنا المخالفون على هذا، وكلا النصين واجب اتباعه.

وعن فاطمة بنت قيس نفسها قالت: طلقني أبو عمرو بن حفص ألبتة ثم خرج إلى اليمن ووكل بها عياش بن أبي ربيعة، فأرسل إليها عياش بعض النفقة، فسخطتها، فقال لها عياش: ما لك علينا نفقة ولا سكنى هذا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فسليه؟ فسألت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عما قال؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ليس لك نفقة ولا مسكن، ولكن متاع بالمعروف واخرجني عنهم"^(٢)، وذكرت باقي الخبر.

فهذا غاية البيان أن المتعة مردودة إلى ما كان معروفاً عندهم يومئذ، فقد ذكرنا قول ابن عمر، وابن عباس.

وعن سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف قال: سمعت حميد بن عبد الرحمن بن عوف يحدث عن أمه - هي أم كلثوم بنت عقبة، من المهاجرات الفواضل لها صحبة - أنها قالت: كآني أنظر إلى جارية سوداء حممها عبد الرحمن بن عوف امرأته أم أبي سلمة حين طلقها في مرضه. وعن إبراهيم قال: العرب تسمى "المتعة" التحميم.

فقد اتفق ابن عباس، وعبد الرحمن، بحضرة الصحابة - رضي الله عنهم - لا

(١) سورة الطلاق: ٧

(٢) أخرجه مسلم كتاب الطلاق باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها حديث (١٤٨٠) بغير زيادة: "ولكن متاع بالمعروف واخرجني عنهم" وهذه الزيادة لم أجد من أخرجها بسنده غير ابن حزم.

يعرف لهما في ذلك مخالف من الصحابة - رضي الله عنهم - على أن متعة الموسر المتناهي - خادم سوداء، فإن زاد على ذلك فهو محسن، كما فعل الحسن بن علي وغيره، فإن كانت غير مطيقة للخدمة فليست خادماً، فعلى هذا المقدار يجبر الموسر إذا أبى أكثر من ذلك.

وأما المتوسط - فيجبر على ثلاثين درهماً أو قيمتها، إذ لم يأت عن أحد من الصحابة - رضي الله عنهم - أقل من ذلك، كما روينا أنفاً عن ابن عباس وابن عمر إذ رأيا ذلك هو المعروف.

وأما المقتر - فأقلهم من لا يجد قوت يومه، أو لا يجد زيادة على ذلك، فهذا لا يكلف حينئذ شيئاً، لكنها دين عليه، فإذا وجد زيادة على قوته كلف أن يعطيها ما تنتفع به - ولو في أكلة يوم - كما أمر الله - عز وجل - **﴿وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾** وبالله تعالى التوفيق^(١).

الترجيح:

والذي يظهر رجحانه أنه لا تقدير للمتعة، وإنما يختلف تقديرها بحسب اختلاف الزمان والمكان والأحوال، لأن الشرع المطهر لم يذكر لها تقديراً، وما كان كذلك يرجع فيه إلى العرف، كما ورد ذكرها مقروناً بالمعروف في قوله تعالى: **﴿مَتَعاً بِالْمَعْرُوفِ﴾**، مثلها في ذلك كمثال النفقة والسكنى التي أمر بها الشرع المطهر وترك تقديرها لاختلاف الأعراف.

وأما ما نقل عن الشافعي وكذلك ما ذهب إليه الحنفية والظاهرية فأجاب عنه الماوردي فقال: "وما قدر المتعة؟ فهي إلى رأي الحاكم واجتهاده، غير أن الشافعي استحسّن في موضع من القديم أن يكون بقدر خادم، وحكاه عن ابن عباس، واستحسن فيما نقله المزني في هذا الموضع أن يكون بقدر ثلاثين درهماً، وحكاه عن ابن عمر، وليس فيما ذكره تقدير لا تجوز الزيادة عليه، ولا النقصان منه؛ لاختلافه باختلاف العادات في أجناس الناس وبلدانهم، كالمهر الذي لا ينحصر بقدر، وما وجب ولم ينحصر بمقدار شرعي كان تقديره معتبراً باجتهاد الحاكم"^(٢).

وقال النووي: "فصل: المستحب أن يمتعها ثلاثين درهماً، نص عليه في "المختصر"، وفي القديم: ثوباً قيمته ثلاثون درهماً، وفي نص آخر: يمتعها خادماً، وإلا فمقنعة، وإلا فبقدر ثلاثين درهماً، وليس هو اختلافاً، بل نزلها الأصحاب على

(١) المحلى ٢٤٩/١٠

(٢) الحاوي الكبير ٤٧٧/٩

درجات الاستحباب وقالوا: أقل المستحب ثلاثون درهماً. وفي نص آخر: يمتعها بخادم إن كان موسراً، وبمقنعة إن كان معسراً، وإن كان متوسطاً، فبقدر ثلاثين درهماً، وأما الواجب، فإن تراضيا بشيء، فذاك، وإن تنازعا، فهل يكفي أقل ما يتمول، أم يقدره الحاكم باجتهاده؟ وجهان.

الصحيح الثاني^(١).

مسألة: عند تقدير المتعة هل ينظر إلى حال الزوج أم حال الزوجة؟

اختلف الفقهاء في مسألة تقدير المتعة هل ينظر فيها إلى حال الزوج من اليسار والإعسار أم ينظر إلى حال الزوجة على أربعة مذاهب:

المذهب الأول: قدر المتعة يعتبر بحال الرجل في يساره وإعساره.

وهو مذهب الحنابلة والمالكية^(٢) وقول أبي يوسف^(٣) ووجه للشافعية^(٤).
دليلهم: قوله تعالى ﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ أَلْوَسِجٍ قَدَرُهُ وَعَلَىٰ أَلْمُقَتَّرِ قَدَرُهُ﴾^(٥) فجعل المتعة على قدر حال الرجل في يساره، وإعساره.

قال ابن قدامة: "وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج وأنها تختلف، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره"^(٦).
وقد اعترض على هذا الاستدلال بطلب الفرق بينها وبين النفقة، حيث روعي في النفقة حالهما، وفي المتعة حاله فقط.

والجواب: الفرق أن المطلقة انكسر خاطرها بالفراق، والفراق جاء من قبله، فروعى فيها حاله، ونفقة الزوجة مستمرة، فلمشقتها روعي فيها حالهما^(٧).

المذهب الثاني: تعتبر متعة الطلاق بحال المرأة في يسارها وإعسارها.

وهو قول للحنفية، وقول للمالكية، ووجه للشافعية، ووجه للحنابلة^(٨).

(١) روضة الطالبين ٥/٣٧٧

(٢) المغني ٨/٥٢، الإنصاف ٨/٣٠٠، مواهب الجليل ٤/١٠٥، حاشية الدسوقي ٢/٤٢٥

(٣) فتح القدير ٣/٣٢٧ قال: "والصحيح أنه يعتبر حاله عملاً بالنص". بدائع الصنائع ٢/٣٠٤

(٤) الحاوي الكبير ٩/٤٧٧

(٥) سورة البقرة: ٢٣٦

(٦) المغني ٨/٥٢

(٧) حاشية الدسوقي ٢/٤٢٥

(٨) فتح القدير ٣/٣٢٧، الإنصاف ٨/٣٠١

ودليلهم: أن المتعة بدل بضعتها، فيعتبر حالها، قال ابن قدامة: "لأن المهر معتبر بها، كذلك المتعة القائمة مقامه" (١).

المذهب الثالث: تعتبر بحال الزوجين جميعاً، فإن كانا غنيين فلها الأعلى من الثياب، وإن كانا فقيرين فالأدنى، أو مختلفين فالوسط.

وهو قول للحنفية (٢) وقول للمالكية، وأصح الوجوه عند الشافعية، ووجه للحنابلة (٣).

ودليلهم: أن الله تعالى اعتبر في المتعة شيئين:

أحدهما: حال الرجل في يساره وإعساره بقوله عز وجل ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ﴾ (٤).

والثاني: أن يكون مع ذلك بالمعروف بقوله ﴿مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾، فلو اعتبرنا فيها حال الرجل دون حالها فقد لا يكون ذلك بالمعروف؛ لأنه يقتضي أنه لو تزوج رجل امرأتين إحدهما شريفة، والأخرى مولاة دنيئة، ثم طلقهما قبل الدخول بهما، ولم يسم لهما أن يستويا في المتعة باعتبار حال الرجل، وهذا منكر في عادات الناس لا معروف، فيكون خلاف النص" (٥).

المذهب الرابع: المتعة الواجبة تعتبر بحالها، والمستحبة تعتبر بحاله.
وهو قول الكرخي من الحنفية (٦).

(١) المغني ٥٢/٨

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٣٦/٢ وقال: "وعليه الفتوى"

(٣) مواهب الجليل ١٠٥/٤، حاشية الدسوقي ٤٢٥/٢، الإنصاف ٣٠١/٨ الحاوي الكبير ٩/٧٧

وقال النووي: "وهل يعتبر بحاله، أم بحالها، أم بحالهما؟ فيه أوجه. أصحابها: الثالث" روضة الطالبين ٦٣٧/٥

وقال الماوردي: "واختلف أصحابنا فيما نعتبه من حال الزوجة على وجهين:

أحدهما: أنه يعتبر سننها ونسبها وجمالها، كما يعتبر في مهر المثل.

والثاني: أنه يعتبرها حال قماشها وجهازها، في قلتها وكثرتها؛ لأنها عوض من أخلاقه ومؤنة نقله.

وهذا وجه مردود؛ لأنه ليس الجهاز مقصوداً فيعتبر، ولو اعتبر في المتعة لكان اعتباره في المهر أحق، ولوجب ألا يكون متعة لمن لا جهاز لها". الحاوي الكبير ٩/٧٨

(٤) سورة البقرة: ٢٣٦

(٥) بدائع الصنائع ٢/٣٠٤

(٦) بدائع الصنائع ٢/٣٠٤

قال الكاساني في الرد عليه: "لا معنى له؛ لأن التقدير في الواجب لا في المستحب" (١).

الراجع:

والذي يظهر رجحانه هو اعتبار متعة الطلاق بحال الزوج لأنه ظاهر الآية، ولأنه موافق لمعهود الشرع أن النفقات تكون عادة على الرجل فيراعى فيها حاله، وهو أقرب إلى العدل، والمتعة من جملة النفقات التي يتحملها الزوج فيراعى فيها حاله من اليسار أو الإعسار.

المطلب الثاني

مقدار المتعة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

فرق القانون بين حالتين من حالات الطلاق:

الحالة الأولى - الطلاق قبل الدخول مع ثبوت مهر المثل:

وبينت ذلك المادة (٦٤) من القانون ونصها: "تجب للمرأة متعة يقدرها القاضي بما لا يزيد على نصف مهر المثل، إذا وقعت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة".

فذهب القانون إلى أنه يجب الرجوع إلى القاضي عند تقدير متعة الطلاق، وحدد له عدم زيادتها على نصف مهر المثل في حالة الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة (٢).

ويلاحظ هنا أن القانون يوافق المذهب الحنفي ومن معه في أن متعة الطلاق لا تزيد عن نصف مهر المثل كما تقدم، وظهر أن الراجع من أقوال الفقهاء هو القول بأن تقدير متعة الطلاق يعود إلى قاضي الموضوع إذا لم يوجد اتفاق بين الرجل ومطلقتها.

الحالة الثانية - الطلاق بعد الدخول:

وبينتها المادة رقم (١٦٥) ونصها:

"أ- إذا انحل الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة - سوى نفقة عدتها - متعة تقدر بما لا يجاوز نفقة سنة، حسب حال الزوج، تؤدي إليها على أقساط شهرية، إثر انتهاء عدتها، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك في المقدار أو الأداء".

(١) بدائع الصنائع ٢/٣٠٤، فتح القدير ٣/٣٢٧

(٢) المذكرة الإيضاحية ص ١٩٩، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي ص ١٤٨

فظاهر نص هذه المادة يقرر أنه إذا وجد اتفاق بين الزوجين على تحديد مقدار المتعة المستحقة أو أسلوب سدادها وجب على المحكمة إعماله، شريطة أن يكون ذلك الاتفاق قد أبرم بعد وقوع الطلاق أو انحلال الزواج؛ لأن الاتفاق على المتعة حال قيام الزوجية غير ملزم؛ لأنه اتفاق على حق لم ينشأ في الذمة بعد، باعتبار أن الواقعة المنشئة للحق في المتعة هي الطلاق أو انحلال الزواج، وهو ما يترتب عليه تقرير حق أي من الطرفين إذا أراد الرجوع أو التحلل مما يكون قد اتفق عليه في هذا الخصوص قبل الطلاق^(١).

أما في حالة عدم الاتفاق بين المطلق والمطلقة فيرجع إلى تقدير القاضي، وللقاضي أن يقدر مبلغ المتعة في حالة استحقاقها بقيمة نفقة العدة الشهرية المقضي بها للمطلقة، بما لا يزيد عن القيمة المستحقة لمدة سنة هجرية، عملاً بحكم المادة ٣٤٢، فلا يجوز تقدير قيمة متعة تزيد عن مقدار نفقة اثني عشر شهراً^(٢). وهذا يقتضي أن يكون القاضي على بينة بالنفقة الشهرية المقدرة قبل أن يقضي بالنفقة حتى لا يخرج بالمتعة عن نفقة سنة.

وإذا لم يكن هناك تقدير للنفقة - لا رضا ولا قضاء - فإن على القاضي أن يتعرف حال المطلق، ويقدر نفقة شهرية يتخذها أساساً لتقدير متعة سنة، وهذا كله يجب أن يذكر بأسباب الحكم باعتباره واقعاً يقوم على حكم، هو الحكم بمتعة لا تجاوز نفقة سنة^(٣).

وتقدير المتعة يعد على وجه العموم من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع دون معقب عليه في ذلك من محكمة التمييز، طالما أنه قد التزم شروط النص وضوابطه^(٤).

وظاهر من نص المادة (١٦٥) من القانون أن تقدير متعة الطلاق بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة يرجع فيه إلى تقدير القاضي، وهذا ما يتفق مع الراجح من أقوال الفقهاء كما تقدم.

ودلت المادة (١٦٥) من القانون على أنه يحتسب مقدار المتعة في حالة استحقاقها طبقاً لحالة المطلق المالية يسراً وعسراً وقت استحقاقها، أي: من تاريخ

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٣٠٢

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٣٠١

(٣) الأحوال الشخصية في القانون الكويتي ص ٣٤٨

(٤) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٣٠١

الطلاق، وعلى ذلك فلا يقدر يسار الملتزم بها طبقاً لحالته المالية أثناء قيام الزوجية أو في تاريخ انتهاء العدة؛ إذ إن التاريخ الأخير هو تاريخ بدء الحق في التداعي بها دون غيره^(١).

ويلاحظ هنا أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي يتفق مع الراجح من أقوال الفقهاء في أن المعتبر هو حال الزوج من اليسار أو الإعسار عند تقدير متعة الطلاق، إذ هو ما دل عليه النص الشرعي، وما جرت عليه قواعد الشريعة في أن النفقات يتحملها الرجل غالباً لذا يتم تقديرها وفقاً لحالته، وهو أقرب إلى العدل.

وترتيباً على ما تقدم فإذا كانت المطلقة قد استحصلت ضد المطلق على حكم نهائي بتقرير نفقة عدة لها، وجب على المحكمة التي تنظر دعواها للمطالبة بالمتعة التقيد بمقدار ما قضى به الحكم الصادر بنفقة العدة.

وإذا كان الحكم الصادر بنفقة العدة يعد - بحسب الأصل - ذا حجة مؤقتة شأن الحجة المقررة للأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن الحكم الصادر بنفقة العدة يعتبر في ضوء المادة المطروحة ذا حجة مستقرة حيث علق المشرع حق المطلقة في التداعي بالمتعة على ثبوت انتهاء عدتها، بما يجعل الحكم الصادر بنفقة العدة ذا حجة مطلقة يجب معها على المحكمة التي تنظر دعوى المتعة الإلزام في تقديرها لها بما قضى به الحكم الصادر بنفقة العدة.

أما إذا لم تكن المطلقة قد طالبت بنفقة عدتها، أي: لم تكن قد استحصلت على حكم قضائي نهائي بتقدير نفقة العدة، استقلت المحكمة التي تنظر دعوى المطالبة بالمتعة بتقدير المتعة المستحقة، وذلك طبقاً لحالة المطلق المالية يسراً وعسراً، والذي تكلف المدعية بإثباته بكافة طرق الإثبات الشرعية، ومنها البيئة الشرعية التي يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

والقاعدة أن تقضي المحكمة بإلزام المدعي عليه بأداء المتعة على أقساط شهرية، إلا إذا طلب المطلق السداد الفوري، أو نص على غير ذلك في اتفاق مبرم بين الطرفين، وذلك مراعاة من المشرع بعدم إرهاب كاهل المطلق^(٢).

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٣٠١

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي ص ٣٤٨

المبحث الرابع مسقطات متعة الطلاق

المطلب الأول مسقطات متعة الطلاق في الفقه الإسلامي

وضع الفقهاء ضابطاً كلياً لبيان الحالات التي لا تستحق فيها المطلقة متعة الطلاق، فقالوا: إن كانت الفرقة من قبل الزوج فلها المتعة، وإن كانت الفرقة من قبل الزوجة فلا تستحق المتعة، وهذا ما عليه عامة الفقهاء :

قال الكاساني: "فكل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه، فتوجب المتعة؛ لأنها توجب نصف المسمى في نكاح فيه تسمية، والمتعة عوض عنه كردة الزوج، وإبائية الإسلام، [وكذا الفرقة بالإيلاء، واللعان^(١)، والجب، والعنة]. وكل فرقة جاءت من قبل المرأة، فلا متعة لها؛ لأنه لا يجب بها المهر أصلاً، فلا تجب بها المتعة"^(٢).

وقال القرافي: "هي [أي: متعة الطلاق] لكل امرأة اختار الزوج طلاقها ولا خيار لها فيه؛ لأن المختارة لا تحتاج جبراً وليست للمطلقة قبل الدخول، وقد فرض لها لمجبرها بنصف الصداق، ولا لمن كان الطلاق بسببها كالمختلعة والملاعنة؛ لأنه مضاف إليها فلا تجبر منه في الفراق جبراً؛ لأنه من جهة الشرع، وإنما يجبر الزوج ما كان من جهته"^(٣).

(١) عامة الفقهاء على أن الملاعنة لا متعة لها. قال ابن عبد البر: "وليس للملاعنة متعة على حال من الأحوال". (الاستذكار ١٧/٢٨١)

قال البخاري: "ولم يذكر النبي - صلى الله عليه وسلم - في الملاعنة متعة حين طلقها زوجها" صحيح البخاري (فتح ٩/٤٩٦) كتاب الطلاق باب المتعة للتي لم يفرض لها قال ابن حجر: "تقدمت أحاديث اللعان مستوفاة الطرق، وليس في شيء منها للمتعة ذكر، فكأنه تمسك في ترك المتعة للملاعنة بالعدم". (فتح الباري ٩/٤٩٦)
قال الكرمانلي: "المفهوم من كلام البخاري أن لكل مطلقة متعة، والملاعنة غير داخلية في جملة المطلقات". (عمدة القاري ١٤/٣٦١)

ولأن الفسخ من قبلها؛ لأنه إنما يحصل عند تمام لعانها (بدائع الصنائع ٢/٣٠٢، الذخيرة ٩/٤٤٧، روضة الطالبين ٥/٦٣٧، كشف القناع ٥/١٦٦)

(٢) بدائع الصنائع ٢/٣٠٣، حاشية ابن عابدين ٢/٣٣٥
(٣) الذخيرة ٤/٤٤٩، مواهب الجليل ٤/١٠٥، حاشية الدسوقي ٢/٢٥٥

وقال النووي: "وكل فرقة منها أو لسبب فيها، لا متعة فيها، كردتها وإسلامها، وفسخها بإعساره أو عتقها أو تغريره أو عيبه أو فسخه بعيبها" (١).

وقال ابن قدامة: "وما يسقط به المسمى من الفرق كاختلاف دين والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبلها لا تجب به متعة، لأنها أقيمت مقام نصف المسمى فسقطت في موضع يسقط، كما تسقط الأبدال بما يسقط مبدلها" (٢).
قال ابن حزم: "ولا متعة على من انفسخ نكاحه منها بغير طلاق" (٣).

المطلب الثاني

مسقطات المتعة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

جاء في المادة (٦٥) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي أنه: "يسقط المهر كله أو المتعة إذا وقعت الفرقة بسبب من الزوجة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة".

فظاهر المادة يقتضي أن القانون اختار سقوط المهر كله أو المتعة إذا كانت الفرقة بسبب من الزوجة، بشرط أن تكون الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، كما إذا ارتدت الزوجة عن الإسلام، أو أبت الإسلام وزوجها مسلم ولم تكن كتابية، أو طلبت الفرقة للعيب بالزوج مع علمها به - عند من يجيز لها الفسخ - وكذلك إذا طلب ولي الزوجة الفرقة لعدم الكفاءة؛ لأن هذه الفرقة تعتبر من جهتها (٤).

أما إذا وقع الطلاق بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة فإن القانون يقرر للمطلقة متعة طلاق بشروط كما تقدم، وذلك في الفقرة الأولى من المادة (١٦٥) حيث ذكرت القاعدة العامة في استحقاق المتعة، ثم أوردت الفقرة الثانية منها الحالات الاستثنائية التي يسقط معها استحقاق المتعة، وأفردتها في خمس حالات على سبيل الحصر، ونص الفقرة كما يلي:

"ب - يستثنى من حكم الفقرة السابقة:

- التطليق لعدم الإنفاق بسبب إعسار الزوج.
- التفريق للضرر إذا كان بسبب من الزوجة.
- الطلاق برضا الزوجة.
- فسخ الزواج بطلب من الزوجة.

(١) روضة الطالبين ٥/٦٣٦

(٢) المغني ٨/٥١، شرح منتهى الإرادات ٣/٢٧، كشاف القناع ٥/١٥٨

(٣) المحلى ١٠/٢٤٥

(٤) الأحوال الشخصية في القانون الكويتي ص ١٤٨، المذكرة الإيضاحية شرح المادة (٦٥) ص ١٩٩

– وفاة أحد الزوجين".

وفيما يلي تفصيل هذه الحالات :

أولاً – التطلاق لعدم الإنفاق بسبب إفسار الزوج:

التطلاق المقصود في هذا المقام هو الذي يوقعه القاضي، ويرجع السبب في تقرير سقوط حق الزوجة في استحقاق المتعة في حالة التطلاق لعدم الإنفاق إلى رفع الضرر عن الزوج المعسر إعمالاً للقاعدة الشرعية (لا ضرر ولا ضرار)^(١).

ثانياً – التفريق للضرر إذا كان بسبب من الزوجة:

إذا قضت المحكمة بالتفريق بين الزوجين للضرر سقط حق المطلقة في المتعة، إذا ثبت أن التفريق يرجع إليها وحدها.

والتفريق للضرر في هذا المقام هو التفريق بحكم القضاء الذي نصت عليه ونظمت إجراءاته وشروط الحكم به المواد (١٢٦-١٣٥) من القانون.

ويستوي في هذه الحالة كون الدعوى بطلب التفريق قد أقيمت بناء على طلب الزوج أو الزوجة، طالما قد ثبت أن سبب التفريق يرجع إلى الزوجة وحدها، وعلى ذلك فإذا ثبت أن الإساءة مشتركة بين الزوجين على النحو المنصوص عليه في الفقرة (ج) من المادة (١٣٠) لا يسقط حق الزوجة في المتعة طالما لم يتضمن الحكم إسقاط المتعة أو جزء منها.

أما التفريق بين الزوجين بسبب غيبة الزوج أو حبسه والمنصوص عليها في المواد (١٣٦-١٣٨) من القانون فلا يسقط حق المطلقة في المتعة لخروجه عن الحالات الخمس المستثناة بالفقرة على سبيل الحصر.

ثالثاً – الطلاق برضا الزوجة:

ورضا الزوجة المقصود في هذا المقام يقتصر على حالة الطلاق دون غيره من أحوال انحلال الزواج، كالفسخ والذي نظمته الفقرة الرابعة من المادة.

ويستوي في رضا الزوجة بالطلاق في هذه الحالة أن يكون رضا صريحاً أو ضمنياً، ومن الأول: أن تقر الزوجة بذلك في مجلس القضاء، أو يصدر عنها إقرار كتابي بذلك، ومن الثاني: ما يستفاد من شواهد الحال في حالة تطلاق الزوجة نفسها حال كون العصمة بيدها، فإذا كان الطلاق برضا الزوجة سقط حقها في المتعة حتى لو ثبت أنها هي المتسببة فيه.

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٣٠٢

والأصل أن الطلاق الغيبي الواقع من الزوج بإرادته المنفردة يعد قرينة على رضا الزوج به، كما يعد في ذات الوقت قرينة على عدم رضا الزوجة به، وفي هذه الحالة يقع على المطلق عبء إثبات أن طلاقه لزوجته برضا منها، أي: إثبات عكس القرينة المذكورة حتى يسقط حقها في المتعة، إلا أنه لا تصلح تلك القرينة - إذا ما دفع الزوج برضا الزوجة - لحمل الحكم بالمتعة دون تحقيق دفاع الزوج وإلا شاب الحكم عيب القصور في التسبيب.

وعلى وجه العموم فإن طلب الزوجة للطلاق لا يعد رضاً منها به يسقط حقها في المتعة، طالما أن طلبها للطلاق كان بسبب يرجع إلى الزوج. وتقدير ما إذا كان طلب الزوجة للطلاق يعد رضاً بالطلاق من عدمه من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع.

ويتعين الإشارة في هذا المقام إلى أن مخالعة الزوجة لزوجها على حقها في المتعة وتطليقه لها على ذلك - وإن كان يسقط حقها في المتعة المخالعة عليها - إلا أنه إذا أثبتت الزوجة أن ما صدر منها لم يكن باختيارها، وإنما كان وليد الإكراه، ثبت استحقاقها للمتعة.

كما يتعين الإشارة أيضاً إلى استحقاق المطلقة بسبب الإيلاء للمتعة، وذلك لخروج التطبيق للإيلاء من الحالات الخمس المستثناة على سبيل الحصر والتي يسقط فيها حق المطلقة في المتعة، فضلاً عن أن الطلاق في حالة الإيلاء لا يقع إلا برضا الزوج، ونتيجة استمراره على يمينه وعدم الفيء منه خلال المدة المنصوص عليها في المادة (١٢٣)^(١).

اختلف الفقهاء في استحقاق المختلعة لمتعة الطلاق على مذهبين:

المذهب الأول: للمختلعة متعة طلاق.

وهو قول الزهري وعطاء وإبراهيم النخعي، ومذهب الشافعية، والظاهرية^(٢). وذلك لعموم الأدلة الشرعية التي تدل على استحقاق المطلقة لمتعة الطلاق، وقد ذهب الجمهور إلى القول بأن الخلع طلاق^(٣)، فتستحق المختلعة متعة الطلاق كذلك.

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٣٠٤

(٢) روضة الطالبين ٦٣٦/٥، مغني المحتاج ٢/٢٤١، المحلى ١٠/٢٤٥، وللشافعية تفصيل ذكره النووي فقال: "والخلع كالطلاق على الصحيح" فيما كان قبل الدخول وما كان بعد الدخول "فإن كان قبل الدخول، نظر، إن لم يشطر المهر، فلها المتعة، وإلا فلا على المشهور، وإن كان بعد الدخول، فلها المتعة على الجديد الأظهر". (روضة الطالبين ٦٣٦/٥)

(٣) تبين الحقائق ٢/٢٦٨، مواهب الجليل ٤/١٩، روضة الطالبين ٧/٣٧٥، كشف القناع ٥/٢١٦

المذهب الثاني: المختلعة ليس لها متعة طلاق.

وهو مذهب الحنفية، والمالكية^(١).

ومما استدلوا به:

١ - أن الخلع فرقة جاءت من قبل المرأة فلا متعة لها، قال الكاساني: "وكل فرقة جاءت من قبل المرأة، فلا متعة لها؛ لأنه لا يجب بها المهر أصلاً، فلا تجب بها المتعة"^(٢).

٢ - أن هذا لا يتفق مع قواعد الشريعة، فالزوجة في الخلع تدفع لزوجها بدل الخلع فكيف تأخذ منه متعة الطلاق؟^(٣)

وهو المذهب الأظهر، لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة، وأما ما استدل به المذهب الأول فيرد عليه أن الخلع ليس بطلاق على أرجح أقوال العلماء^(٤)، فلا تتناول آيات متعة الطلاق المختلعة وبالتالي لا تستحقها.

وبهذا يتضح أن قانون الأحوال الشخصية يتفق مع الراجح من مذاهب الفقهاء في أن المختلعة لا تستحق متعة الطلاق، لاسيما أن الغالب في الخلع أن يكون بطلب من الزوجة، فيتسق مع ما قرره الفقهاء من أن كل فرقة كانت من قبل الزوجة فلا تستحق على إثرها متعة الطلاق.

(١) بداية المجتهد ٩٧/٢

(٢) بدائع الصنائع ٣٠٣/٢

(٣) الجامع لأحكام القرآن ٢٢٩/٣

(٤) وهو مذهب عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعثمان وطاوس، وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة، ورجحها شيخ الإسلام، وابن القيم، والشوكاني، والشيخ ابن عثيمين وغيرهم، والحجة لذلك قوله تعالى في سورة البقرة آية ٢٢٩: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾. ثم ذكر بعده الخلع فقال: ﴿إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، ثم ذكر بعد ذلك الطلقة الثالثة فقال: ﴿إِنْ طَلَّقَهَا فَلَا نَجْلَ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾. فلو كان الخلع طلاقاً لكانت هذه لطلقة هي الرابعة. وقال ابن القيم - رحمه الله تعالى - في زاد المعاد: "ولا يصح عن صحابي أنه طلاق البتة، فروى أحمد عن يحيى بن سعيد عن سفيان عن عمر وعن طاووس عن ابن عباس - رضي الله عنهم - أنه قال: الخلع تفريق وليس بطلاق، وذكر عبد الرزاق عن سفيان عن عمر وعن طاووس أن إبراهيم بن سعد بن أبي وقاص سأل عن رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أينكحها؟ قال ابن عباس: نعم، ذكر الله الطلاق في أول الآية وآخرها، والخلع بين ذلك" (زاد المعاد ١٩٧/٥)

رابعاً - فسخ الزواج بطلب من الزوجة:

وأما الحالة الرابعة من حالات سقوط الحق في المتعة فهي حالة انحلال الزواج بسبب فسخه بناء على طلب الزوجة، وكذلك فسخ العقد لإبء الزوج الإسلام، مما مفاده أنه إذا فسخ الزواج بغير طلب من الزوجة - أي: بناء على طلب الزوج في الحالات المنصوص عليها في المواد (١٣٩-١٤٥) من القانون وهي حالات الفسخ للعيب، والفسخ لاختلاف الدين - ثبت حق الزوجة في المتعة^(١).

وهذا يتفق مع الضابط الكلي الذي وضعه الفقهاء كما تقدم وهو: إن كانت الفرقة من قبل الزوج فلها المتعة، وإن كانت الفرقة من قبل الزوجة فلا تستحق المتعة.

خامساً - وفاة أحد الزوجين:

الاستثناء الخامس والأخير الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة هو وفاة أي من الزوجين، مما مفاده أن وفاة الزوج بعد الطلاق وانتهاء العدة يسقط معه حق المطلقة في المتعة، وهو ما يترتب عليه عدم جواز إقامة الدعوى بها ضد ورثة الزوج. كما أن وفاة الزوجة قبل صدور الحكم لها بها، لا يعطي ورثتها حق موالاة السير في الدعوى، إلا أنه إذا حدثت وفاة الزوج بعد صدور الحكم بالمتعة استحققت في تركته إعمالاً لقاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الديون)، أما إذا توفيت المطلقة فلا يجوز لورثتها التنفيذ بالمقضي به في تركة الزوج المتوفى باعتبار أن المتعة حق شخصي يثبت للمطلقة بصفقتها.

وفي الفقه الإسلامي إذا حصلت الفرقة بين الزوجين بالموت للزوجة الإرث وليس لها متعة، وهذا ما عليه عامة الفقهاء^(٢)، بل نقل الإجماع على ذلك النووي فقال: "كل فرقة تحصل بالموت، فلا توجب متعة بالإجماع"^(٣).

وقال ابن قدامة: "وأما المتوفى عنها فلا متعة لها بالإجماع، لأن النص العام لم يتناولها وإنما تناول المطلقات، ولأنها أخذت العوض المسمى لها في عقد المعاوضة فلم يجب لها سواه كما في سائر العقود"^(٤).

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٣٠٤

(٢) المحيط البرهاني ٢/٢٣٧، حاشية الدسوقي ٢/٤٢٥، روضة الطالبين ٥/٦٣٦، كشف القناع ١٥٨/٥

(٣) روضة الطالبين ٥/٦٣٦

(٤) المغني ٨/٤٩، كشف القناع ٥/١٥٨

أما إن ماتت الزوجة بعد الطلاق وانقضاء العدة فتثبت لها متعة الطلاق؛ لأنها بانقضاء العدة تستحقها، ومن مات عن حق كان لورثته، وأما إن ماتت قبل تمام العدة فلا شيء لورثتها؛ لأنها لا تستحقها إلا بعد الخروج من العدة^(١).

وبهذا يظهر توافق الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الكويتي في أن الفرقة بالموت تسقط الحق في متعة الطلاق على التفصيل المتقدم.

وفي خاتمة هذا المبحث أذكر بعض المسائل الفقهية والتبسيطات القانونية ذات الصلة بمتعة الطلاق لأهميتها:

مسألة: إذا ثبتت متعة الطلاق ولم يدفعها للمطلقة لفترة طويلة:

قد يقع الطلاق وتستحق المطلقة متعة الطلاق لتوافر شروطها، إلا أن الزوج لا يدفعها إليه إما جهلاً وإما عناداً، ففي كلتا الحالتين لا تسقط متعة الطلاق، وتبقى ديناً في ذمته إلى أن يؤديها إليها أو إلى ورثتها إن توفيت قبل قبضها، قال القرطبي: "من جهل المتعة حتى مضت أعوام فليدفع ذلك إليها وإن تزوجت، وإلى ورثتها إن ماتت؛ لأنه حق ثبت عليه، وينتقل عنها إلى ورثتها كسائر الحقوق"^(٢).

وقال ابن حزم: "والمتعة لها أو لورثتها من رأس ماله يضرب بها مع الغرماء"^(٣).

ويرى الإمام الطبري حبس الممتنع من دفع المتعة فقال: "وأرى أن المتعة للمرأة حق واجب إذا طلقت على زوجها المطلقة، على ما بينا آنفاً يؤخذ بها الزوج كما يؤخذ بصداقها، لا يبرئه منها إلا أدائه إليها أو إلى من يقوم مقامها في قبضها منه، أو ببراءة تكون منها له. وأرى أن سبيلها سبيل صداقها وسائر ديونها قبله، يحبس بها إن طلقها فيها، إذا لم يكن له شيء ظاهر يباع عليه، إذا امتنع من إعطائها ذلك"^(٤).

وهو ما دلت عليه القواعد العامة المنصوص عليها في المادة (٢١٥)، والمواد من (٢٩٢ إلى ٢٩٦) من قانون المرافعات.

مسألة: تنازل المرأة عن حقها في متعة الطلاق:

إن متعة الطلاق حق مالي ثابت للمرأة، فلها أن تستوفيه أو تتنازل عنه كسائر الحقوق الزوجية المالية لها.

(١) حاشية الدسوقي ٢/٤٢٥

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٣/٢٠٣

(٣) المحلى ١٠/٢٤٥

(٤) جامع البيان ٢/٥٥٠

ويدل على جواز إسقاط المرأة حقها في متعة الطلاق، أن المرأة يجوز لها أن تسقط حقها في نصف المهر إذا طلقت قبل الدخول لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ الزَّكَاحِ﴾^(١)، قال القرطبي: "وقد أذن الله سبحانه وتعالى لهن في إسقاط نصف المهر المستحق لهن لو طلقن قبل الدخول، إذ جعله خالص حقهن، فيتصرفن فيه بالإمضاء والإسقاط كيف شئن، إذا ملكن أمر أنفسهن، وكن بالغات عاقلات راشدات"^(٢).

ولأنه حق خالص للعبد فجاز استيفاءه وإسقاطه، فقياساً على ذلك يجوز لها أن تسقط حقها كذلك في متعة الطلاق بجامع كون كل منهما حقاً مالياً للزوجة وجب بعقد النكاح، واستحق على الزوج بالطلاق، ولم يكن لأحد غير الزوجة حق فيه، كما لم يكن ثمة مانع شرعي من إسقاطه، فصح إسقاطه^(٣).

تنبيهات قانونية:

أولاً - متعة الطلاق لا تسقط الحق في التعويض عن الضرر:

إن الحق في اقتضاء المتعة لا يسقط حق المطلقة في المطالبة بالتعويض عن الطلاق الواقع عليها، وذلك إذا لابس الطلاق ظروف خارجية أصابت المطلقة بضرر مادي أو أدبي، كإساءة المطلق لاستعمال حقه في الطلاق وفقاً لمفهوم المواد (٢٣١، ٢٢٧، ٣٠) من القانون المدني، ومثاله ثبوت تعمد المطلق إخفاء أمر طلاقه عن مطلقة ولفرة طويلة أدت إلى حرمانها من التزوج بآخر^(٤).

ثانياً - متعة الطلاق لا يسقط حق المطلقة في الحقوق الأخرى:

إن استحقاق المطلقة للمتعة لا يسقط حقها أيضاً في الأجور المستحقة لها كأجر الحضانة أو الرضاع، فللمطلقة الحق في الجمع بين الأجر والمتعة، فضلاً عن حقها في اقتضاء المتعة وما يكون مفروضاً لها على سبيل أجرة مسكن حضانة الصغير^(٥).

(١) سورة البقرة: ٢٣٧

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٢٠٦

(٣) حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها ص ٢٥٦ بتصرف يسير

(٤) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٣٠٦

(٥) المرجع السابق ص ٣٠٠

ثالثاً - وقت المطالبة بمتعة الطلاق:

يجوز للمطلقة المطالبة بالمتعة المستحقة لها قبل أو بعد انقضاء العدة، إذ جعل المشرع من انتهاء عدة المطلقة مبدأً لجواز إقامة الدعوى للمطالبة بها، مما مفاده أن إقامة المطلقة لدعوى المطالبة بالمتعة قبل انقضاء العدة لا يصم الدعوى بعدم القبول لرفعها قبل الأوان.

وتحتسب السنة المستحقة عنها المتعة المذكورة في المادة (١٦٥) من تاريخ اليوم التالي لانتهاء العدة، وعلى ذلك يجوز للزوجة إقامة الدعوى للمطالبة بنفقة العدة والمتعة معاً من تاريخ انتهاء العدة، شريطة أن تكون العدة قد ثبت انقضاؤها، أما إذا لم تكن العدة انقضت في تاريخ الحكم في طلب المتعة قضت المحكمة بعدم قبوله لرفعه قبل الأوان^(١).

رابعاً - متعة الطلاق لا تسقط بالتقادم:

الطلاق هو الواقعة المنشئة لالتزام المطلق بالمتعة، وبالتالي فحق المطلقة في المتعة إنما يثبت لها من تاريخ انقضاء عدتها من الطلاق الواقع عليها إذا توافرت شروط استحقاقها، وقد ذهب قضاء محكمة التمييز إلى أنه لا يشترط حداً أقصى للمدة التي تسقط فيها المتعة^(٢).

خامساً - كيفية أداء متعة الطلاق:

دلت المادة (١٦٥) من القانون على أنه يقدر مبلغ المتعة في حالة استحقاقها بقيمة نفقة العدة الشهرية المقضي بها للمطلقة بما لا يزيد عن القيمة المستحقة لمدة سنة هجرية عملاً بحكم المادة ٣٤٢، فلا يجوز تقدير قيمة متعة تزيد عن مقدار نفقة اثني عشر شهراً.

وترتيباً على ما تقدم فإذا كانت المطلقة قد استحصلت ضد المطلق على حكم نهائي بتقرير نفقة عدة لها، وجب على المحكمة التي تنظر دعواها للمطالبة بالمتعة التقيد بمقدار ما قضى به الحكم الصادر بنفقة العدة.

وإذا كان الحكم الصادر بنفقة العدة يعد - بحسب الأصل - ذا حجة مؤقتة شأن الحجة المقررة للأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن الحكم

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٢٩٩، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي ص ٣٤٧

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٣٠٥

الصادر بنفقة العدة يعتبر في ضوء المادة المطروحة ذا حجية مستقرة، حيث علق المشرع حق المطلقة في التداعي بالمتعة على ثبوت انتهاء عدتها، بما يجعل الحكم الصادر بنفقة العدة ذا حجية مطلقة يجب معها على المحكمة التي تنظر دعوى المتعة الإلزام في تقديرها لها بما قضى به الحكم الصادر بنفقة العدة.

أما إذا لم تكن المطلقة قد طالبت بنفقة عدتها، أي: لم تكن قد استحصلت على حكم قضائي نهائي بتقدير نفقة العدة، استقلت المحكمة التي تنظر دعوى المطالبة بالمتعة بتقدير المتعة المستحقة، وذلك طبقاً لحالة المطلق المالية يسراً وعسراً، والذي تكلف المدعية بإثباته بكافة طرق الإثبات الشرعية، ومنها البينة الشرعية التي يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

وتقدير المتعة يعد على وجه العموم من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع دون معقب عليه في ذلك من محكمة التمييز، طالما أنه قد التزم شروط النص وضوابطه.

وبناء على ذلك فإنه إعمالاً للقاعدة الشرعية أن (المفروض اتفاقاً كالمفروض قضاء) فقد نص على أنه إذا وجد اتفاق بين الزوجين على تحديد مقدار المتعة المستحقة أو أسلوب سدادها، وجب على المحكمة إعماله شريطة أن يكون ذلك الاتفاق قد أبرم بعد وقوع الطلاق أو انحلال الزواج، لأن الاتفاق على المتعة حال قيام الزوجية غير ملزم؛ لأنه اتفاق على حق لم ينشأ في الزمة بعد، باعتبار أن الواقعة المنشئة للحق في المتعة هي الطلاق أو انحلال الزواج، وهو ما يترتب عليه تقرير حق أي من الطرفين إذا أراد الرجوع أو التحلل مما يكون قد اتفق عليه في هذا الخصوص قبل الطلاق.

والقاعدة أن تقضي المحكمة بإلزام المدعي عليه بأداء المتعة على أقساط شهرية، إلا إذا طلب المطلق السداد الفوري أو نص على غير ذلك في اتفاق مبرم بين الطرفين، وذلك مراعاة من المشرع بعدم إرهاق كاهل المطلق^(١).

خاتمة:

وفي الختام أحمد الله تعالى إذ يسر وأعان على إتمام هذا البحث الموجز، وستتناول هذه الخاتمة أبرز وأهم النتائج التي توصل إليها البحث :
أولاً: متعة الطلاق هي كل ما يقدمه الرجل لزوجته بعد طلاقها من مال ومتاع.

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٣٠١، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي ص ٣٤٨

ثانياً: متعة الطلاق مشروعة بالكتاب والسنة الصحيحة، ومن حكمة مشروعيتها تعويض المطلقة عما لحقها من أذى بسبب الطلاق، وتطبيباً لنفسها وجبراً لخطورها.

ثالثاً: اتفق الفقهاء على أن المطلقة التي لم يسم لها مهر ولم يدخل بها فلها المتعة للآية الكريمة الصريحة بذلك.

رابعاً: اختلف الفقهاء في وجوب المتعة لسائر المطلقات على مذاهب عديدة لها أدلة وجيهة، وظهر أن الراجح هو القول بوجوب المتعة لكل مطلقة مطلقاً، لأنه المذهب الأقوى دليلاً، ولأنه القول الذي يجتمع به الأدلة، وهو الأحوط.

خامساً: يتفق قانون الأحوال الشخصية الكويتي مع المذهب الراجح من الفقه الإسلامي في وجوب متعة الطلاق للمطلقة بعد الدخول، كما يوافق مذهب الفقهاء القائلين بأن متعة تجب للمطلقة قبل الدخول بشرط ألا يفرض لها مهر.

سادساً: ذكر فقهاء القانون شروطاً عديدة لاستحقاق متعة الطلاق، منها أن يكون عقد الزواج صحيحاً، وأن يكون الطلاق بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة، وأن يكون انحلال الزواج بغير رضا الزوجة، وأن يكون الطلاق بائناً.

سابعاً: متعة الطلاق غير مقدرة شرعاً، فإذا اتفق الزوجان على مقدار معين لزم المطلق ذلك، وإن اختلفا في تقديرها، فأظهر مذاهب الفقهاء أنه يرجع في تقديرها إلى القاضي الذي يستند إلى العرف في تقديرها، مع مراعاة حالة الزوج من اليسر أو الإعسار وهو المذهب الأظهر من مذاهب الفقهاء.

ثامناً: فوض قانون الأحوال الشخصية الكويتي قاضي الموضوع في تقدير متعة الطلاق في حالة عدم الاتفاق بين الزوجين، فإذا وقع الطلاق قبل الدخول ولم يفرض للزوجة مهر فتقدر متعة الطلاق بما لا يزيد على نصف مهر المثل.

وإذا وقع الطلاق بعد الدخول تقدر متعة الطلاق بما لا يجاوز نفقة سنة.

تاسعاً: قرر الفقه الإسلامي حالات تسقط فيها متعة الطلاق ولا تستحقها الزوجة، وهي الحالات التي تندرج تحت ضابط أن كل فرقة كانت من قبل الزوجة فلا متعة لها.

عاشراً: يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في سقوط المتعة في كل فرقة كانت بسبب المرأة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة.

حادي عشر: ذكر القانون على سبيل الحصر خمس حالات يسقط معها استحقاق متعة الطلاق بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة، وهي:

١ - التطلق لعدم الإنفاق بسبب إعسار الزوج.

- ٢ - التفريق للضرر إذا كان بسبب من الزوجة.
 - ٣ - الطلاق برضا الزوجة.
 - ٤ - فسخ الزواج بطلب من الزوجة.
 - ٥ - وفاة أحد الزوجين.
- وهذه الحالات لا تخالف الفقه الإسلامي في الجملة.

المراجع

القرآن الكريم مراجع التفسير

- أحكام القرآن - أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص - دار الكتب العلمية بيروت
- أحكام القرآن - القاضي ابن العربي - دار المعرفة ط ٣-١٩٧٢.
- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن - محمد الأمين الشنقيطي - مكتبة ابن تيمية - القاهرة - ط ١-١٩٨٨
- تفسير التحرير والتنوير - الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور - الدار التونسية للنشر
- تفسير القرآن العظيم - إسماعيل بن كثير - دار المعرفة - بيروت - ١٩٨٢.
- تفسير المنار - الشيخ محمد عبده - السيد محمد رشيد رضا - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٩٠
- جامع البيان في تأويل القرآن - محمد بن جرير الطبري - دار الكتب العلمية بيروت - ط ٢ - ١٩٩٧
- الجامع لأحكام القرآن - محمد بن أحمد القرطبي - دار إحياء التراث - ط ٢ - ١٩٦٦.
- فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير - محمد بن علي الشوكاني - دار الفكر - بيروت - ط ١-١٩٨٣
- معالم التنزيل - الحسين بن مسعود البغوي - دار المعرفة - بيروت - ط ٢ - ١٩٨٧

مراجع الحديث الشريف وشروحه

- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار - محمد بن عبد البر النمري الأندلسي - دار قتيبة دمشق ودار الوعي القاهرة - ط ١-١٩٩٣
- صحيح البخاري - محمد بن إسماعيل البخاري - المكتبة العصرية بيروت - ط ١-٢٠٠٢
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري - أحمد بن حجر العسقلاني - دار الفكر.

- المنهاج بشرح صحيح مسلم بن الحجاج - محيي الدين بن يحيى النووي - دار ابن حزم بيروت - ط ١- ٢٠٠٢
- النهاية في غريب الحديث والأثر - محمد بن الأثير - أنصار السنة القاهرة ١٩٦٣
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار - محمد بن علي الشوكاني - مطبعة الحلبي - ١٩٧١

مراجع المذهب الحنفي

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - أبو بكر بن مسعود الكاساني - دار الكتب العلمية.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - عثمان بن علي الزيلعي - دار الكتاب الإسلامي.
- رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) - محمد أمين ابن عابدين - دار إحياء التراث العربي.
- فتح القدير - الكمال بن الهمام - دار الفكر.
- المحيط البرهاني - محمود بن أحمد البخاري - دار إحياء التراث العربي

مراجع المذهب المالكي

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - محمد بن رشد - دار المعرفة.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - محمد بن عرفة الدسوقي - دار إحياء الكتب العربية.
- الذخيرة - أحمد بن إدريس القرافي - دار الغرب الإسلامي - بيروت - ط ١
- شرح الزرقاني على مختصر خليل - محمد عبد العظيم الزرقاني - دار الفكر.
- الكافي في فقه أهل المدينة - يوسف بن عبد البر - دار الكتب العلمية - ط ١- ١٩٨٧.
- المعونة على مذهب عالم المدينة - القاضي عبد الوهاب البغدادي - مكتبة نزار الباز مكة الطبعة الأولى ١٩٩٥
- مواهب الجليل بشرح مختصر خليل - محمد بن محمد الخطاب - دار الفكر.

مراجع المذهب الشافعي

- أسنى المطالب شرح روض الطالب - زكريا الأنصاري - دار الكتاب الإسلامي.

- الحاوي الكبير - علي بن محمد الماوردي - دار الكتب العلمية.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين - يحيى بن شرف النووي - دار الكتب العلمية - بيروت
- المجموع شرح المذهب - يحيى بن شرف النووي - دار الفكر
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - الخطيب الشربيني - دار الفكر.
- المذهب في الفقه - لأبي اسحق إبراهيم بن علي الشيرازي - مطبعة عيسى الحلبي.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - محمد بن أبي العباس الرملي - دار إحياء التراث العربي.

مراجع المذهب الحنبلي

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف - علي بن سليمان المرداوي - عالم الكتب - ط ٤ - ١٩٨٥
- الشرح الممتع على زاد المستقنع - الشيخ محمد العثيمين - دار ابن الجوزي المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ
- شرح منتهى الإرادات - منصور بن يونس البهوتي - عالم الكتب - ط ١ - ١٩٩٣.
- كشف القناع عن متن الإقناع - منصور بن يونس البهوتي - دار الفكر.
- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية
- المغني - عبد الله بن أحمد بن قدامة - دار الكتب العلمية.

مراجع المذهب الظاهري :

- المحلى بالآثار - علي بن بن حزم - دار الفكر.
- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار - محمد بن علي الشوكاني - دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ - ١٩٨٥

المعاجم اللغوية ومراجع المصطلحات

- شرح حدود ابن عرفة - محمد الأنصاري - وزارة الأوقاف المغربية.
- طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية - نجم الدين النسفي - دار القلم.

- لسان العرب - محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي - دار صادر.
- المطلع على أبواب المقنع - محمد بن أبي الفتح البعلي - المكتب الإسلامي.
- معجم مقاييس اللغة - أحمد بن فارس بن زكريا - دار إحياء التراث العربي.
- مفردات ألفاظ القرآن - الراغب الأصفهاني - دار القلم - ط ١ - ١٩٩٢.
- النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المذهب - بطلال بن أحمد الركبي - المكتبة ٨٢ - التجارية.

الدراسات القانونية والمقارنة الحديثة

- أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة - د. عمر الأشقر - دار النفائس - الأردن - ط ١ - ١٩٩٧.
- أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية - مصطفى بن العدوي - مكتبة ابن تيمية - القاهرة - ط ١ - ١٩٨٨.
- الأسرة في التشريع الإسلامي - د. محمد الدسوقي - دار الثقافة - الدوحة - ط ١ - ١٩٩٥.
- الأحوال الشخصية - الشيخ محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي - القاهرة - ط ٣ - ١٩٥٧.
- الأحوال الشخصية في القانون الكويتي - أحمد نصر الجندي - دار الكتب القانونية - مصر - ط ١ - ٢٠١٠.
- حقوق الزوجة في الفقه الإسلامي - د. محمد حسني إبراهيم سليم - دار الطباعة المحمدية - القاهرة - ط ١ - ١٩٨٣.
- الحقوق المتعلقة بمتعة المطلقة - د. فيحان بن شالي المطيري - دار العاصمة - الرياض - ط ١ - ١٤١١هـ.
- حقوق المرأة المتزوجة والتنازل عنها - د. محمد يعقوب الدهلوي - دار الفضيلة - الرياض - ط ١ - ٢٠٠٢.
- شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي - أشرف مصطفى كمال - مطابع الرأي العام الكويت - ط ١ - ١٩٩٧.
- قانون رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية، والمذكرة التفسيرية له، جمعية المحامين الكويتية - الكويت - ط ١ - ١٩٨٤.
- نظام الطلاق في الإسلام - الشيخ أحمد شاكر - مكتبة السنة - القاهرة - ط ١ - ١٩٨٧.

عقد الفرنشايز Franchise (الامتياز التجاري) وأحكامه في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة بالقانون التجاري

الدكتور/ فيصل عباس الرشيدى*
الدكتور/ عبدالرحمن حمود المطيري**

ملخص:

يتلخص الحديث في هذا البحث حول موضوع عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)، وهو عقد بين طرفين، صاحب المنتج أو الصنعة ومن لديه معلومات التصنيع وأسرار المعرفة أو ما تسمى بالـ (معرفة الفنية) ويسمى المانع، وبين طرف آخر يسمى الممنوح له وهو الذي يقوم بتوزيع المنتج أو بيعه أو تصنيعه أو عرضه وتسويقه على الآخرين، وفق شروط قانونية على العقد، وبيئت في البحث مفهوم هذا العقد ومصطلحاته، والألفاظ ذات الصلة به، وذكرت لمحة تاريخية عن نشأة هذا العقد، ثم في المبحث التالي ذكرت توصيف القانونيين لهذا العقد، ومكونات هذا العقد وأطرافه وشروطه، وختمت البحث بمبحث الحكم الفقهي لعقد الفرنشايز، وذكرت فيه ثلاثة أفرع في التكيف الفقهي له، بناء على أنواع عقد الفرنشايز، إما أنه عقد بيع أو عقد إجارة بشرط، أو عقد بيع وإجارة، وتطرق في هذا المبحث لاختلافات الفقهاء في هذه المسائل، والإشكالات الواردة على بعض هذه التكيفات، والرد على هذه الإشكالات، والترجيح بينها.

مقدمة:

الحمد لله الذي خلق السماوات والأرض، وجعل الظلمات والنور، ثم الذين كفروا بربهم يعدلون، وهدى صفوة عباده إلى نوره المبين، وصراطه المستقيم، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ﷺ وعلى آله وأصحابه وبعد ...

فإن مما لا شك فيه أن للاقتصاد دوراً هاماً وعظيماً في توجيه مسارات التاريخ وحياة الأمم والشعوب في العصر الغابر والحاضر، ولذا خصه الإسلام بعناية عظيمة واهتمام كبير يتناسب مع سلطانه القوي وتأثيره الممتد، ولا تكاد ترنو بطرفك إلى مجال من مجالاته القديمة أو الحديثة إلا وجدته حرياً بالجمع والتحقيق ومن بين تلك الموضوعات الاقتصادية المعاصرة المهمة، والتي ارتبطت بتعاملات

* محاضر في كلية التربية الأساسية - الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب - دولة الكويت.
** عضو هيئة تدريس في قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية - كلية الشريعة - جامعة الكويت.

الناس التجارية (عقد الفرنشايز Franchise)، أو ما يطلق عليه (عقد الامتياز التجاري) حيث إنه نمط تجاري يتزايد دوره في الحياة الاقتصادية مع مرور الأيام وتوالي الأزمان، وأصبح ارتباط التعاملات التجارية به كثيراً كثرة لا يمكن الاستغناء عنها.

ولما كانت هذه العقود تشكلت بصيغة مستجدة لم تكن موجودة في مسائل الفقه وكتب الفقهاء، بل ولا حتى في بعض القوانين التجارية المعاصرة، كان لابد من بحث هذا الموضوع من الجانب الفقهي ومقارنته بالجانب القانوني، وتكييفه ومعرفة أحكامه وآثاره، وقد اخترت أن يكون عنوان البحث (عقد الفرنشايز Franchise) دراسة فقهية مقارنة بالقانون التجاري.

سبب اختيار الموضوع:

أولاً: قلة الدراسات المتعلقة بموضوع (عقد الفرنشايز Franchise)، وبعض هذه الدراسات لم تستوعب كل ما يتعلق به، بحيث بقيت نواحي كثيرة مهمة من المواضيع تحتاج إلى دراسة واستقصاء.

ثانياً: موضوع (عقد الفرنشايز Franchise) موضوع عالمي، ومعاصر وواقعي؛ ومرتبطة بالحياة التجارية في دول العالم، فكان لا بد من البحث في هذا الموضوع لأهميته.

أهداف البحث:

أولاً: فهم وتصور هذه العقود وتكييفها التكييف الفقهي المناسب حتى يتسنى للشركات التجارية الإسلامية معرفة ما يتعاقدون عليه ويتعاملون به.

ثانياً: مواكبة التطور الهائل والسريع في العقود التجارية وصياغاتها العالمية، ومعرفة مكونات هذه العقود.

ثالثاً: الاستفادة من هذه التطورات العالمية في العقود التجارية في بلاد المسلمين، وما يتناسب معها.

مشكلة الدراسة:

سيحاول الباحث من خلال تناوله للموضوع الإجابة عن الأسئلة التي يتناولها البحث، ومناقشتها، وهي:

أولاً: التكييف الفقهي لحقيقة (عقد الفرنشايز Franchise).

ثانياً: الطبيعة القانونية لهذا العقد، والتمييز بين أنواعه المختلفة.

ثالثاً: عناصر هذه العقود ومكوناتها.

الدراسات السابقة:

من الدراسات الفقهية السابقة لهذا الموضوع ما يلي:

أولاً - الدراسات القانونية:

وهناك العديد من الدراسات القانونية في هذا المجال منها على سبيل المثال لا الحصر كتاب:

- ١ - (الفرنشايز) لنعيم مغبغب، وهو من أوسع وأدق الدراسات القانونية التي اطلعت عليها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ٢٠٠٩م.
 - ٢ - عقد الامتياز التجاري، د. محمد محسن إبراهيم النجار، وكانت دراسة البحث تدور حول نقل المعرفة الفنية في عقد الامتياز، نشرته دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية ٢٠٠١.
 - ٣ - المحل في عقد الامتياز التجاري، د. أحمد أنور محمد، وتدور دراسة البحث حول الامتياز التجاري ومقارنته بالقانون العراقي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ٢٠١٠م.
 - ٤ - النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، د. ياسر سيد محمد الحديدي، ربط فيه الباحث عقد الامتياز التجاري مع الفكر الاقتصادي مع الفكر القانوني، مع القوانين العالمية في عقد الفرنشايز، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- ثانياً - الدراسات الشرعية:

- ١ - الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي، إبراهيم التتم، دار ابن الجوزي - سنة ١٤٣٠هـ، والمؤلف في هذا الكتاب لم يتعرض لإجراءات (عقد الفرنشايز Franchise)، وإنما كان كلامه حول الامتياز فقط في باب المعاملات المالية، ولم يتناول الباحث عقد الامتياز التجاري إلا في صورة مختصرة عندما تحدث عن الامتياز في إنتاج السلع والخدمات.
 - ٢ - العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، خالد بن سعود الرشود، وهي رسالة علمية لدرجة الدكتوراه في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض، وهي من ضمن مشاريع كرسي (سابق) لدراسات الأسواق المالية الإسلامية، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.
- وقد غابت عن هذه الرسالة بعض الجوانب القانونية المتعلقة بعقد الفرنشايز ومقارنتها في الفقه الإسلامي.
- ٣ - بيع الاسم التجاري - للدكتور عجيل جاسم النشمي بحث منشور في مجلة مجمع

الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الخامس ١٤٠٩هـ، وهذا البحث كما هو مبين من عنوانه، متعلق فقط في بيع الاسم التجاري أو ما يعرف بـ (الحقوق المعنوية) وهو جزء من حق الامتياز أو ما يعرف بـ (المعرفة الفنية) وبينهما اتفاق وافتراق.

٤ - عقد الامتياز التجاري وأحكامه في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، حسام الدين خليل، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية ٢٠١٢م، وهي رسالة قيمة في هذا الموضوع، وبالنظر في هذه الرسالة تبين أن الباحث في مبحث التكييف الفقهي اقتصر على التكييف العام لعقد الامتياز التجاري، ولم يوضح ويكيف مقومات عقد الفرنشايز، كامتياز السلع والخدمات والبنیان التجاري.

٥ - أحكام الامتياز في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة - دراسة فقهية تأصيلية - رسالة علمية لنيل درجة الدكتوراه من الجامعة الأردنية - عمان - مقدمة من الدكتور/ خالد جاسم الهولي، وتمت المناقشة في ٢٠٠٧م، وقد أجاد الباحث وأفاد في الموضوع إلا أنه لم يتطرق أيضاً للحديث عن عقد الفرنشايز Franchise وصوره وتطبيقاته المعاصرة وتكييفه الفقهي والقانوني.

حدود البحث:

اقتصرت في معالجة البحث على الفقه الإسلامي والقانون التجاري.

منهج البحث وإجراءاته:

المنهج الذي سأتبعه في هذه الدراسة، هو مزيج بين المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والاستقرائي.

هيكلية الدراسة وعناوين مواضيعها:

اقتضت طبيعة البحث مني أن أقوم برسم منهج له، وقد قمت برسم منهج بحثي على النحو التالي:

المبحث التمهيدي: الإطار العام لعقد الفرنشايز (النشأة - المفهوم - المكونات):

المطلب الأول: مفهوم مصطلح (عقد الفرنشايز - الامتياز التجاري)

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بعقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)

المطلب الثالث: أطراف عقد الفرنشايز ومحلّه

المطلب الرابع: أنواع عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)

المطلب الخامس: شروط عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)

المبحث الأول: عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) في القانون:

المطلب الأول: عقد الوكالة التجارية (الوكالة الحصرية) وعلاقتها بعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)

المطلب الثاني: عقد الالتزام التجاري وعلاقته بعقد (الفرنشايز)

المطلب الثالث: علاقة عقد الفرنشايز مع عقود التوريد

المطلب الرابع: عقد (الفرنشايز) وعقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية

المطلب الخامس: الآثار القانونية الناشئة عن عقد الفرنشايز والالتزامات المترتبة

عليه

أولاً: التزامات وحقوق مانح الفرنشايز والمرخص له (الفرنشايزر)

ثانياً: التزامات الممنوح له

المبحث الثالث: الحكم الفقهي لعقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)

المطلب الأول: التكيف الفقهي للمعرفة الفنية أو ما يسمى بـ (Know How) في

عقد الفرنشايز

الفرع الأول: مالية الحق المعنوي عند الفقهاء:

الفرع الثاني: ماهية الحق المعنوي:

الفرع الثالث: التكيف الفقهي للمعرفة الفنية:

المطلب الثاني: التكيف الفقهي لأنواع عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري):

الفرع الأول: التكيف الفقهي الأول لعقد الفرنشايز (الامتياز التجاري): أنه عقد

بيع:

الفرع الثاني: التكيف الفقهي الثاني أنه عقد إجارة:

الفرع الثالث: التكيف الثالث للفرنشايز، هو عقد إجارة وعقد بيع:

الخاتمة: النتائج والتوصيات

المبحث التمهيدي الإطار العام لعقد الفرنشايز (المفهوم - النشأة - المكونات):

المطلب الأول مفهوم مصطلح (عقد الفرنشايز - الامتياز التجاري)

أولاً - تعريف مصطلح العقد:

١ - العقد في اللغة: يأتي بمعنى الربط والشد والضمن والعهد، قال في القاموس: عقد الحبل والبيع والعهد: شده^(١).

ويطلق أيضاً على الجمع بين أطراف الشيء، يقال: عقد الحبل: إذا جمع أحد طرفيه على الآخر وربط بينهما^(٢)، وقيل: عقدت البيع ونحوه، وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد وتوكيد، وعاقدته على كذا، وعقدته عليه بمعنى: عاهدته، ومعه الشيء مثل مجلس: موضع عقده، وعقدة النكاح وغيره: إحكامه وإبرامه، والجمع عقود^(٣) ومنه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٥] ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾ أي: أحكامه، والمعنى: لا تعزموا على عقدة النكاح في زمان العدة^(٤).

٢ - العقد في الاصطلاح:

يطلق العقد في الاصطلاح على معنيين:

أ - المعنى العام، وهو كل ما يعقده (يعزمه) الشخص أن يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه.

وعلى ذلك فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأن كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل أو الترك، وكذلك العهد والأمان؛ لأن معطيها

(١) الفيروزآبادي، مجد الدين، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط. الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م، فصل العين (ص ٣٠٠).

(٢) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ، (٣/ ٢٩٦).

(٣) الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، (٢/ ٤٢١) باب: ع ق د.

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (٣ / ١٩٢)، ط. دار الكاتب العربي.

قد ألزم نفسه الوفاء بها، وكذا كل ما شرط الإنسان على نفسه في شيء يفعلُه في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور وما جرى مجرى ذلك^(١).

ومن هذا الإطلاق العام قول الألوسي في تفسير قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ حيث قال: المراد بها يعم جميع ما ألزم الله عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به^(٢).

ب - المعنى الخاص، وبهذا المعنى يطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل، قال الجرجاني: العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول^(٣). وبهذا المعنى عرفه الزركشي بقوله: ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما^(٤).

ثانياً - مفهوم مصطلح الامتياز:

تعريف الامتياز لغة: يأتي الامتياز في اللغة: بمعنى التمايز و التغاير والانقطاع، ومنه امتاز القوم: تميز بعضهم عن بعض، وامتاز منه: أي اعتزل، قال الله تعالى: ﴿وَأَمَّا يَوْمَ يَأْتِيهَا الْمَوجُومُونَ﴾ [يس: ٥٩]، قال أبو عبيدة: امتازوا أي: انقطعوا عن المؤمنين^(٥). وقال الزجاج في هذا المعنى: "أي انفردوا عن المؤمنين"^(٦).

وعلى هذا يكون المعنى في (امتازوا) أي: تميزوا عن أهل الجنة إلى النار، يقال: مزت الشيء عن الشيء إذا عزلته عنه، فانماز وامتاز وميزته فتميز^(٧).

- (١) الجصاص، أحكام القرآن، (٢ / ٤١٤)، ط. دار الفكر
- (٢) الألوسي، شهاب الدين محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، المحقق: علي عبد الباري عطية. الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ، (٣ / ٢٢٣).
- (٣) الجرجاني، التعريفات، ط دار الكتاب العربي، (ص ١٩٦).
- (٤) الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله، المنثور في القواعد الفقهية، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، (٢ / ٢٩٧).
- (٥) اليمني، نشوان بن سعيد الحميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، المحقق: د حسين بن عبد الله العمري - مطهر بن علي الإيراني - د يوسف محمد عبد الله، الناشر: دار الفكر المعاصر (بيروت - لبنان)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م، (٩ / ٦٤٣٠).
- (٦) الزجاج، إبراهيم بن السري، معاني القرآن وإعرابه، المحقق: عبد الجليل عبده شلبي، الناشر: عالم الكتب - بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، (٤ / ٢٩٢).
- (٧) ابن أبي زَمَنِين، محمد بن عبد الله، تفسير القرآن العزيز، المحقق: أبو عبد الله حسين بن عكاشة - محمد بن مصطفى الكنز، الناشر: الفاروق الحديثة - مصر/ القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م (٤ / ٤٩).

وقال ابن قتيبة: "امتازوا اليوم أيها المجرمون أي انقطعوا عن المؤمنين، وتميزوا منهم" ^(١)، ويأتي الامتياز والتميز والتمايز بمعنى: الرفعة ... والتحزب والتنافس ^(٢)، ويقال: ماز الشيء ميزا عزله وفرزه، وماز فلانا عليه: فضله عليه، و(امتاز) الشيء بدا فضله على مثله وانفصل عن غيره وانعزل ^(٣)، وهكذا نرى أن لفظة (ماز) يراد بها الفرز والعزل والتحزب والتنافس والرفعة على الغير، وبهذا يكون لفظ الامتياز لا يخرج عن هذه الدلالات من حيث اللغة:

- ١ - الانقطاع عن الباقين.
 - ٢ - الانفراد والانعزال عنهم.
 - ٣ - التحزب.
 - ٤ - التنافس، والتفضل.
 - ٥ - الرفعة على الغير.
- وهي مفردات متقاربة في المعنى، وإن كان أقرب المعاني لموضوع بحثنا هي: (الفرز والتنافس والرفعة).

ثالثاً - معنى مصطلح الفرنشايز Franchise:

يختلف تعريف عقد الفرنشايز باختلاف تطبيقاته العملية في كل نظام قانوني مستقل، والسبب في ذلك يعود إلى أن كل نظام قانوني يقوم بتعريف عقد الفرنشايز حسب التطبيقات العملية لديه، ويتوقف ذلك على العلاقة بين المرخص والمرخص له. فبعض (الأنظمة القانونية) كيف هذا العقد على أنه نوع من أنواع الوكالة التجارية، ويأخذ بهذا الاتجاه النظام القانوني الكويتي، الذي يرى فيه وكالة عقود، وبعضهم الآخر قد تنصل من هذه الفكرة القانونية وأسبغ على عقد الفرنشايز التجاري خصوصية لا توجد في الوكالات التجارية ^(٤).

وهذه أهم التعاريف لعقد الفرنشايز:

- (١) ابن قتيبة، عبد الله بن مسلم، غريب القرآن، المحقق: أحمد صقر، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م (ص: ٣١٥).
- (٢) الرّبيدي محمد بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية (١٥/٣٤١).
- (٣) المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس وآخرون، (٢/٨٩٣).
- (٤) الكندري، محمود، أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، (ص ٩٦).

أولاً - تعريف اتحاد الامتياز الأوروبي:

وفقاً لتقنين السلوك الصادر من الاتحاد يعرف الفرنشايز (الامتياز التجاري) بأنه: "نظام لتسويق السلع أو الخدمات أو التكنولوجيا، يقوم على التعاون الدائم والوثيق بين طرفين مستقلين مالياً وقانونياً، المانح من جهة والمتلقي الفرد من جهة أخرى، بمقتضاه يمنح الأول - في مقابل أداءات مالية مباشرة أو غير مباشرة - الحق للطرف الثاني في القيام بالعمل وفقاً لأسلوبه الخاص، مستخدماً الاسم أو العلامة التجارية أو علامة الخدمة وأيضاً المعرفة الفنية والطرق التجارية الأخرى الخاصة به، مدعماً ذلك بالمساعدة التجارية والتقنية طوال مدة سريان اتفاق الامتياز المبرم لهذا الغرض"^(١).

ويركز التعريف على التعاون المستمر بين طرفي العقد والتبادل المعرفي طوال فترة العقد، وهذا ما يعكس المفهوم التكاملي لعقد الامتياز بين الطرفين.

ثانياً - تعريف اتحاد الامتياز الدولي:

عرف الاتحاد الدولي للامتياز بأنه: "علاقة عقدية بين طرفين يلتزم بموجبها الأول (المانح) بأن يداوم على الاهتمام المستمر بعمل الطرف الثاني (المتلقي) في العديد من المجالات مثل المعرفة الفنية والتدريب، ويقوم المتلقي بالعمل تحت اسم تجاري معروف ومن خلال شكل أو إجراءات مراقبة بمعرفة الأول على أن يمول المتلقي نشاطه من مصادره الخاصة"^(٢).

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

- ١ - التعريف يؤكد على الطبيعة التعاقدية بين الطرفين، وبالتالي تنطبق القواعد العامة للعقود على عقد الامتياز.
- ٢ - يؤكد على التزام المانح تقديم التدريب والمعرفة الفنية المتعلقة بطبيعة العقد المبرم.
- ٣ - يظهر من خلال التعريف ضرورة السيطرة على الطريقة وتوحيد الشكل والإجراءات داخل المنظومة لتبدو كأنها وحدة واحدة في جميع أفرعها.

(١) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص ٢١). وانظر أيضاً: منصور، سامي بديع، الحماية القانونية للفرانشيزي في النظام القانوني اللبناني، دراسة في مجلة العدل، الصادرة عن نقابة المحامين اللبنانيين، العدد الأول، السنة الثالثة والثلاثون، ١٩٩٩م (ص ٢٩).

(٢) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص ٢٣).

٤ - ينص التعريف على أن المتلقي يعتمد في تمويل مشروعه واستثماره على رأس ماله الخاص به.

ثالثاً - تعريف اتحاد الامتياز الفرنسي:

جاء تعريف الاتحاد الفرنسي للامتياز (الفرنشايز) بما يلي: "الامتياز طريقة للتعاون بين مشروعين، مشروع (المانح) من جهة ومشروعات (المتلقين) من جهة أخرى والذي يتضمن بالنسبة للأول:

١ - التملك أو الحق في استخدام علامات لجذب العملاء سواء أكانت علامات تجارية أم صناعية أو شعارات أو اسم لشركة أو اسم تجاري أو رموز.

٢ - استخدام المعرفة الفنية و الخبرة المكتسبة الخاصة به.

٣ - مجموعة من المنتجات أو الخدمات أو التكنولوجيا سواء أكانت مبرأة أم لا. ويشكل الارتباط بين هذه العناصر الثلاثة مفهوم الامتياز^(١).

أما القضاء الفرنسي، فقد عرف عقد "الفرنشايز" بأنه العقد الذي بموجبه يضع المرخص تحت إمرة المرخص له اسمه التجاري، بالإضافة إلى الأحرف الأولى والرموز والعلامة التجارية والمعرفة الفنية، ومجموعة من السلع أو الخدمات يتم إنتاجها بطرق أصلية ومحددة، ويجري استغلال هذه العناصر باتباع طرق فنية وتجارية موحدة سبق تجربتها ويجري اختبارها وضبطها باستمرار، وذلك بمعرفة المرخص وتحت إشرافه ورقابته^(٢).

رابعاً - تعريف الاتحاد البريطاني^(٣) للـ "الفرنشايز":

عرفه الاتحاد بأنه: "عقد يتم بين شخص يسمى المرخص Franchisor وشخص آخر يسمى المرخص له Franchisee وفقاً للبنود الآتية:

يسمح أو يطلب من المرخص له أن يمارس خلال فترة معينة، عملاً معيناً تحت اسم معين يخص أو مملوك للمرخص أو مرتبط به.

(١) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، ص ٢١، وهو ما نص عليه قانون بوندين الفرنسي (Boudin) رقم ٨٩/١٠٠٩ انظر: العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص ٢٦).

(٢) عمار، ماجد، عقود الامتياز التجاري، دار النهضة - القاهرة ١٩٩٢م، (ص ١٥).

(٣) وهو نوع من اتحادات التجار أنشئ عام ١٩٧٧م بين مجموعة من الشركات البريطانية والعالمية المختصة بتوزيع البضائع والخدمات. [يراجع: الكندري، محمود، أهم المشكلات العملية التي تواجه عقد الامتياز التجاري، (ص ٩٦)].

يمارس المرخص سيطرة ورقابة مستمرة خلال مدة الترخيص على الأعمال التي يقوم بها المرخص له، والتي تشكل موضوع الترخيص.

يلتزم المرخص بتزويد المرخص له بكل ما يلزم لتأدية الأعمال موضوع الترخيص، ومساعدته في ذلك وبالأخص (تنظيم عمل المرخص له، وتدريب موظفيه، والبضائع المستخدمة والإدارة... الخ)^(١).

يلتزم المرخص له خلال فترة الترخيص أن يدفع للمرخص أتعاب الترخيص والعمولات المستحقة نتيجة المبيعات التي يقوم بها المرخص له. ويؤكد تعريف الاتحاد البريطاني للامتياز على:

- ١ - الطبيعة التعاقدية للطرفين.
 - ٢ - يظهر الدور المسيطر للمانح على الطريقة التي يمارس فيها المتلقي النشاط.
 - ٣ - يؤكد على التزام المانح بتقديم المساعدة المستمرة للمتلقي والتي تعد أساسية في ممارسته للنشاط، بينما أغفل في هذا الجانب الإشارة إلى أهمية التدريب.
 - ٤ - يؤكد على جانب المدفوعات من جانب المتلقي^(٢).
- ويلاحظ على هذه التعريفات أنها متفقة على النقاط التالية:

أن عملية "الفرانشايز" هي علاقة عقدية بين الأطراف، فيها يقوم طرف (Franchisor) بترخيص الطرف الآخر (Franchisee)، ليقوم بمباشرة العمل أو المشروع تحت الاسم أو العلامة أو السمعة التجارية المملوكة أو المرتبطة بالمرخص (Franchisor).

سيطرة المرخص على الطريقة التي يعمل بها المرخص له في المشروع المرخص.

وفي هذه العلاقة، ينص على ضرورة تقديم المساعدة الفنية know how من قبل المرخص (Franchisor) للمرخص له (Franchisee).

وتنتقد التعريفات السابقة بما يلي:

- ١ - التعريفات السابقة لم تتطرق لموضوع المدة وتقديرها، وهذا مناف لظاهر عقود الامتياز، حيث إنها في الغالب تكون محددة بمدة قابلة للتجديد، ولا تكون أبدية.

(١) الكندري، محمود، أهم المشكلات العملية التي تواجه عقد الامتياز، (ص ٩٦).

(٢) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص ٢٢).

٢ - اعترض بعض الباحثين على كلمة (المانح) في أغلب التعريفات السابقة، ويفهم منه أن هذه الحقوق تعطى على وجه الهبة بلا عوض، وهذا بلا شك مخالف لعقد الامتياز التجاري حيث إنه من عقود المعاوضات.

وقد يجاب عن هذا الاعتراض: بأن المراد بالمنح هو إعطاء الأولوية رغبة من صاحب الحق ولا يلزمه أحد بهذا، فبداية العقد والاتفاق يكون بتخصيص الطرف الأول وهو صاحب العلامة والحق و المعرفة لطرف آخر بهذا الامتياز، ثم بعد الاتفاق وكتابة العقد يكون الامتياز بمقابل وعوض.

٣ - جاء أغلب التعاريف بطول وتقسيم ينافي صيغة التعاريف^(١).

٤ - ركزت بعض التعاريف على عناصر وأغفلت أخرى، مما أنتج خللاً في غالب التعاريف.

ويمكن اختيار التعريف لعقد الامتياز التجاري، بأنه:

"عقد بين طرفين يلتزم أحدهما بتمكين الطرف الآخر من الانتفاع بالحقوق المعنوية والفكرية والصناعية مع الالتزام بتقديم المساعدة الفنية مقابل عوض مالي خلال مدة محددة"^(٢).

رابعاً - لمحة تاريخية عن عقد الفرنشايز:

"الفرنشايز" أو الامتياز التجاري Franchising هو أسلوب مبتكر ابتدعته حاجات التجارة لزيادة حجم المشروع وتوسيع دائرة نشاطه، وذلك بالترخيص لمشروع أو عدة مشروعات أخرى ببيع المنتجات أو تقديم الخدمات، ويكون باتباع شكل معين ونظام تجاري معين يخص المشروع المملوك للمرخص (Franchisor)، ويعتمد هذا الأسلوب بصفة أساسية على استعمال المرخص له Franchisee اسم المرخص التجاري وعلامته التجارية إن وجدت^(٣).

(١) الرشود، خالد بن سعود، العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، رسالة علمية لدرجة الدكتوراه في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض، من ضمن مشاريع كرسي (سابق) لدراسات الأسواق المالية الإسلامية. ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م، (ص ٣٣٥).

(٢) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص ٣٣٥). بتصرف.

(٣) الكندري، محمود أحمد، أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري (Franchising)، قسم القانون الخاص - كلية الحقوق جامعة الكويت، بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة الكويت، مجلد ٢٤ عدد ٤ ديسمبر ٢٠٠٠م.

ويرجع الأصل التاريخي لمصطلح (الفرنشايز - Franchise) إلى الكلمة الفرنسية قديمة الأصل (Franchir أو Affranchir) واللذان تعنيان التحرر أو الاعتاق من العبودية أو القيد، وقد اكتسب هذا المصطلح في فرنسا في القرن الثاني عشر والثالث عشر معنى - الامتياز - الذي يمنحه السيد أو النبيل لشخص ما ويتنازل بموجبه عن بعض حقوقه لهذا الشخص في مقابل مجموعة إتاوات مادية أو معنوية، وهو ما تعورف عليه في تلك الفترة بسياسة (فيليب أوجست)، وهو ما اعتاد عليه الملوك في تلك العصور من منح بعض البارونات وكبار المسؤولين في الدولة امتياز جمع الضرائب مقابل مبلغ يدفع إجمالاً^(١).

ثم أعاد الأمريكيون استعمال المصطلح الفرنسي الذي شاع في العصور الوسطى ثم طوي ونسي، وكان ذلك في مطلع القرن العشرين، ثم ما لبث هذا المصطلح إن تبلور على المستويين الاقتصادي والقانوني خاصة في الفترة التالية للحرب العالمية الثانية^(٢).

وقد ساعد على ذلك النمو الاقتصادي والزيادة السكانية التي زادت من الطلب على السلع والخدمات، وفتح المجال أما أصحاب المشروعات للتوسع في الأنشطة من ناحية، ومن ناحية أخرى وفرة رؤوس الأموال لدى بعض المحاربين القدامى، كذلك وجد رجال الأعمال من لديهم أفكار مبتكرة أو خبرات عملية قيمة أنهم يستطيعون التوسع من خلال نظام الامتياز التجاري^(٣).

وقد كانت أولى الشركات التي اعتمدت نظام الامتياز التجاري شركة (سنجر سوينغ) لآلات الخياطة في بدايات العام ١٨٦٠م ثم شركة كوكا كولا وشركة محركات جنرال موتورز وفورد للسيارات، ثم تتابعت الشركات على هذا النظام، ثم امتد نظام الامتياز التجاري إلى أوروبا حيث ظهر في فرنسا عام ١٩٧٠م، وأمام هذا النجاح الذي حققه عقد الامتياز التجاري في أمريكا وفرنسا بدأت معظم الدول الأوروبية في الاهتمام به للنجاح التجاري الذي حققه^(٤).

-
- (١) الحديدي، ياسر سيد محمد، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، منشأة المعارف - الإسكندرية - مصر ٢٠٠٧م، (ص٤).
 - (٢) النجار، محمد محسن، عقد الامتياز التجاري دراسة في نقل المعرفة، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - مصر ٢٠٠١م، (ص٦).
 - (٣) الحديدي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، (ص٨).
 - (٤) العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص٣٣).

ومع هذا الاهتمام والانتشار تم إنشاء الاتحاد الفرنسي للامتياز التجاري ١٩٧١م^(١)، ثم بعد ذلك تم إنشاء الاتحاد الأوروبي للامتياز التجاري في عام ١٩٧٢م، ثم انتقل إلى بقية دول العالم ومن ضمنها الشرق الأوسط، حيث ظهر في لبنان عام ١٩٧٣م مع شركة كنتاكي ومن ثم شركة بيبسي كولا وشركة بيتزاهت وماكدونالدز وشركات أخرى، وقد ظهر في مصر منذ فترة طويلة من خلال الاستثمارات التجارية الدولية في القطاعات المختلفة مثل تعبئة المشروبات الغازية، ولكن لم يعرف الامتياز التجاري كمصطلح ومفهوم قانوني إلا في أواخر الثمانينات من القرن الماضي^(٢).

وأما في الكويت فلم يصدر أي قانون لتنظيم عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) كسائر الدول الأخرى، وإنما عمل على تنظيم استخدام العلامات التجارية من خلال قانون التجارة الكويتي^(٣).

وعلى الرغم من كثرة الانتشار والتوسع باستخدام هذا النوع من الاستثمار والعمل التجاري في الكويت، فإنه لا يوجد في الكويت قانون خاص بتنظيم هذا النوع من العمل التجاري على وجه الخصوص، ولذا فإنه يتم النظر إليه من خلال تطبيق أحكام ونصوص «القانون التجاري الكويتي»، وأيضاً من خلال أحكام ونصوص «قانون الملكية الفكرية والعلامات التجارية»^(٤).

المطلب الثاني

الألفاظ ذات الصلة بعقد الفرنشايز (الامتياز التجاري):

فيما يلي سأورد تعريفات المصطلحات التي لها علاقة بعقد الامتياز التجاري، وهي كالتالي:

- (١) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، (ص ١٢).
- (٢) العتيبي، خالد ضيف الله، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص ٣٤).
- (٣) الكندري، محمود، أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، (ص ١٤)، وقد نصت المادة: ٦١ من القانون التجاري الكويتي رقم ٦٨ الصادر سنة ١٩٨٠م على ترتيب علاقات العلامات التجارية بين الأفراد.
- (٤) دراسة أعدتها المحامية فانت النقيب نشرت في جريدة القبس الكويتية العدد (١٤١٦٥) بتاريخ: ٢٠١٢/٢/١٩م تحت عنوان: "حقوق الامتياز التجاري (فرنشايز) لا يرفعها قانون خاص في الكويت".

أولاً - العلامة التجارية:

هي "كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز منتجاته أو بضاعته أو خدماته عن مثيلاتها التي يتاجر بها أو يقدمها آخرون" ^(١).

وعرف القانون التجاري الكويتي "العلامة التجارية": "هي كل ما يأخذ شكلاً مميزاً من كلمات أو إمضاءات أو حروف أو أرقام أو رسوم أو رموز أو عناوين أو أختام أو تصاوير أو نقوش أو عناصر تصويرية وتشكيلات الألوان أو أي إشارة قابلة للإدراك بالنظر والعلامة السمعية والعلامات الخاصة بحاسة الشم أو أي علامات أخرى أو أي مجموعة منها إذا كانت تستخدم أو يراد استخدامها في تمييز بضائع أو منتجات أو خدمات للدلالة على أنها تخص صاحب العلامة بسبب صنعها أو اختيارها أو الاتجار بها أو عرضها للبيع" ^(٢).

وعرفها بعض الباحثين: "بأنها تلك الإشارة المتخذة شكلاً مميزاً، التي يتخذها صاحب متجر أو مصنع شعاراً لمنتجاته، تمييزاً لها عن غيرها من المنتجات، وتمكيناً للمستهلك من التعرف على حقيقة مصدرها أينما وجدت" ^(٣).

وبهذا يُستخلص أن العلامة التجارية هي كل ما يوضع على المنتج لتمييزه عن غيره.

ثانياً - الرسوم والنماذج الصناعية:

الرسم الصناعي: "عبارة عن تنسيق جديد للخطوط على سطح المنتجات، فيعطي لها شكلاً جذاباً" ^(٤).

والنماذج الصناعية عرفت بأنها "كل شكل مجسم، سواء ارتبط بخطوط أو ألوان أو لم يرتبط، يعطي مظهراً خاصاً يمكن استخدامه لأغراض صناعية أو حرفية" ^(٥).

وعليه فإن الرسوم والنماذج الصناعية ما هي إلا عبارة عن مجموعة من

(١) زين الدين، صلاح الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، دار الثقافة - عمان الأردن ط. الأولى ٢٠٠٦م، (ص ١١٤).

(٢) في المادة (٦٢) المعدلة بقانون رقم ١ بتاريخ ١٤/١/٢٠٠١م.

(٣) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص ٣٣٦).

(٤) محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م، (ص ٢٤٣).

(٥) مصطفى كمال طه، القانون التجاري اللبناني، دار النهضة العربية - بيروت، ط. الثانية ١٩٧٥م، (ص ٧١٨).

الأشكال والألوان ذات طابع فني خاص، يتم تطبيقها على السلع والمنتجات عند صنعها لإضفاء الجمال عليها، وبالتالي جذب الزبائن وتفضيلها على مثيلاتها، للرسوم التي تزيينها أو للنماذج التي تفرغ فيها^(١).

وورد تعريف الرسوم والنماذج الصناعية والدوائر المتكاملة في الباب الثاني من القانون التجاري الكويتي رقم ٤ لسنة ١٩٦٢م في شأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية (١٩٦٢/٤)

وجاء في المادة رقم (٣٥): "فيما يتعلق بتطبيق هذا القانون يعتبر رسماً أو نموذجاً صناعياً كل ترتيب للخطوط أو كل رسم شكل جسم بألوان أو بغير ألوان لاستخدامه في الانتاج الصناعي بوسيلة آلية أو يدوية أو كيميائية".

وبدأ التنظيم القانوني لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية في الكويت بمقتضى القانون رقم (٤) لسنة ١٩٦٢، في شأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية^(٢)، ثم صدرت بعد ذلك لائحته التنفيذية بقرار وزير التجارة رقم (١٥) لسنة ١٩٦٥^(٣).

ثالثاً - براءة الاختراع:

يمكن تعريف براءة الاختراع بأنها الوثيقة التي تصدرها الدولة للمخترع اعترافاً منها بحقه في ما اخترع، أو للمكتشف اعترافاً منها بحقه فيما اكتشفه، فبراءة الاختراع لا تعدو أن تكون شهادة رسمية - صك - تصدرها جهة إدارية مختصة في الدولة إلى صاحب الاختراع أو الاكتشاف، يستطيع بمقتضى هذه الشهادة الاستئثار في استغلال اختراعه أو اكتشافه لمدة محدودة^(٤) وبقيود معينة^(٥).

- (١) صلاح الدين زين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، (ص ٩٩).
- (٢) منشور في الجريدة الرسمية - الكويت اليوم - السنة الثامنة، العدد رقم ٣٧٣ بتاريخ ١٥/٤/١٩٦٢م.
- (٣) نشر في الجريدة الرسمية - الكويت اليوم - ١٩٦٥م، العدد ٥٥٥ (ص ١٢) وبعدها.
- (٤) وقد نصت المادة رقم (١٢) من القانون التجاري الكويتي رقم (٤) لسنة ١٩٦٢ في شأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية على أن: "مدة براءة الاختراع عشرون سنة تبدأ من تاريخ تقديم طلب البراءة، ويلتزم صاحب البراءة بتقديم طلب تجديد البراءة خلال الستة شهور الأخيرة من انتهاء كل أربع سنوات".
- (٥) وفيما يتعلق بالبراءات التي تم تسجيلها في دول أخرى ويراد تسجيلها في دولة الكويت، فإن مدة حمايتها تكون هي المدة المتبقية لهذه البراءات في الدول المسجلة لديها.
- (٥) صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، (ص ٣٠).

وتخول البراءة لمالكها دون غيره الحق في استغلال الاختراع بجميع الطرق^(١)، وينتقل حق البراءة بالميراث وجميع الحقوق المترتبة عليها، وكذلك تنتقل ملكية براءة الاختراع كلها أو بعضها بعوض أو بغير عوض للغير كما يجوز رهنها^(٢).

رابعاً - المساعدة التقنية:

يقصد بها: "تقديم المساعدة وإعطاء كل ما هو مطلوب فنياً وتقنياً، ووضع جميع الأساليب والوسائل تحت تصرف الطرف الآخر، الراغب بالحصول على هذه التقنية، وبصورة عامة تعد المساعدة الفنية الصورة المتحركة للمعرفة الفنية.

ويندرج تحت هذه المساعدة الأعمال الآتية:

- ١ - إعداد برامج التدريب على البيع، أو على طرق الخدمة بعد البيع.
 - ٢ - تحسين السلع والأجهزة وتجديدها.
 - ٣ - نصح المستفيد أو الممنوح له، باعتماد نظام محاسبي معين، وإنشاء نظام، والقيام بلقاءات لأجل تنفيذ هذه الأساليب.
 - ٤ - قيام المانح بالمساعدة في اختيار مكان المحل الجديد.
 - ٥ - يساعد المانح (الفرنشايزر) بتحديد الوقت المناسب لفتح المحل، بحكم خبرته في السوق.
 - ٦ - يقدم المانح الضوابط المتبعة في اختيار العملاء.
- ومن المهم هنا أن هذه المساعدات التقنية الفنية، لها ثمن مخصص تدرج عادة في العقد تحت بند المصاريف المستوجبة الدفع مقابل الخدمات المقدمة له.

المطلب الثالث

أطراف عقد الفرنشايز ومحلّه:

الطرف الأول (مالك السلعة والمعرفة الفنية): وهو الذي يملك سلعة أو منتجاً أو خدمة أو نظام عمل معين، أو معرفة فنية، أو حقاً معنوياً، بحيث يقوم بالترخيص أو إعطاء الإنن في استعمال ذلك مقابل عوض مالي وفقاً لشروط يتم الاتفاق عليها^(٣).

(١) المادة رقم (١٠) من القانون الكويتي التجاري رقم (٤/١٩٦٥).

(٢) المادة رقم (٢٧) من القانون الكويتي التجاري رقم (٤/١٩٦٥).

(٣) الرشود، العقود المبتكرة، (ص٣٣٨).

وبالتالي فقد أطلق عليه في بعض القوانين الخاصة بالامتياز بـ (الفرنشايزر)^(١) وجاء في بعض منها بمسمى (المانح)^(٢) وسماه بعضهم بالـ (المرخص).

الطرف الثاني المشتري: وهو الطرف الذي يشتري حق الفرنشايز من المانح، ويقوم بتشغيله بفتح مشروع، مستخدماً نفس الاسم التجاري أو العلامة التجارية، أو المعرفة الفنية الذي يزوده به المانح (الفرنشايزر) وهو بذلك يتمتع بالقدرة المالية والإدارية ودفع الرسوم المستحقة على ذلك^(٣).

ولذا فقد أطلق عليه مصطلح (الفرنشايزي)^(٤) وسماه آخرون بـ (المتلقي)، واقتصر آخرون على تسميته بـ (الممنوح له)^(٥)، وسماه البعض بالـ (المرخص له).

محل عقد الفرنشايز أو المعقود عليه:

يتكون محل العقد في عقود الفرنشايز من عدة عناصر أساسية:

أولاً - المعرفة الفنية (know How):

ويقصد بها تلك المعرفة التي اقتص بها من اكتشاف الصنعة أو اختار الهيئة والنوع للباس، أو ما يعرف أحياناً بالخلطة السرية التي يتكون منها طعام وشراب المأكولات والمشروبات العالمية، أو تلك المعرفة التقنية التي اكتشفها وبنائها بخبرتهم أولئك الخبراء في التقنية، فهي باختصار معلومات دقيقة وسرية لا يطلع عليها إلا أصحابها المالكون لها، أو من يمنح له حق الفرنشايز، فمن ذلك مثلاً:

١ - الخلطات السرية الموجودة في تكوينات دجاج (كنتاكي) أو مطاعم (البييك) في السعودية، فهذه الخلطات سرية ومعرفتها لا يمكن الاطلاع عليها، فهي ملك لصاحبها.

٢ - ومن ذلك أيضاً، المعرفة التي يتم فيها تصنيع مكونات المشروبات الغازية للكوكاكولا أو البيبسي وغيرها.

٣ - وأيضاً يمكن التمثيل للمعرفة التقنية، بما يتم فيه من برمجة المواقع والمشاريع الإلكترونية، فإن لها طبيعة سرية لا يطلع عليها إلا من له الصلاحية في ذلك، مثل

(١) مغبغب، نعيم، الفرنشايز، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. الثانية ٢٠٠٩م، (ص ١٤).

(٢) النجار، محمد حسن، عقد الامتياز التجاري، (ص ١٨).

(٣) البشتاوي، دعاء، عقد الفرنشايز وآثاره، (ص ٢٣).

(٤) مغبغب، نعيم، الفرنشايز، (ص ١٤).

(٥) النجار، عقد الامتياز، (ص ١٨).

برمجة نظام التشغيل في ويندوز فهو بحق معرفة فنية لا يملكه إلا شركة مايكروسوفت، أو تصميم البرمجة لمواقع قوقل العملاقة.

٤ - ويمكن التمثيل للمعرفة الفنية، في خلطات العطور ومستلزمات التجميل، فإنها تصنع بطريقة سرية، ومعرفتها ليست ملكاً لكل أحد.

وبعد هذا التوضيح المبسط للمعرفة الفنية، نورد التعريفات التي جاءت لمصطلح (المعرفة الفنية):

فقد ورد تعريفها بأنها: "الخبرة التقنية ذات الطابع السري، التي تكون ضرورية لتحقيق وتنفيذ بعض الطرق التقنية، ذات الأهداف الصناعية" ^(١).

وعرفت لائحة نظام اللجنة الأوروبية رقم ٨٨/٤٠٨٧ المعرفة الفنية بأنها: "مجموعة من المعلومات العملية غير المحمية ببراءة الاختراع، والمستمدة من خبرة مانح الامتياز بعد أن قام بتجربتها بنفسه، وهذه المعلومات يجب أن تكون سرية، وجدية، ولها ذاتية خاصة بها" ^(٢).

وقد عرفت القواعد الصادرة من المجلس الاقتصادي الأوروبي في ٣٠ نوفمبر ١٩٨٨م المعرفة الفنية بأنها: "مجموعة من المعلومات العملية غير المبرأة والناجمة من خبرة المانح وتجاربه والتي تعد سرية وجوهرية ومعرفة" ^(٣).

ويطلق على المعرفة الفنية (know how) مصطلح السر التجاري، وذلك كما ورد في تعريف عقد الامتياز في القانون التجاري الماليزي، بأن: "صاحب الامتياز يمنح لمتلقي الامتياز الحق في استعمال العلامة أو السر التجاري (المعرفة الفنية) أو أية معلومات سرية أو حقوق ملكية فكرية مملوكة لصاحب الامتياز .." ^(٤).

شروط المعرفة الفنية:

يشترط في المعرفة الفنية الشروط التالية:

- (١) مغيب، نعيم، الفرنشايز، (ص٩٦).
- (٢) قرني، ياسر، دور عقود الامتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة - ٢٠٠٥م، ص١٥٨. [نقلا عن: العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص١٣٠)].
- (٣) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص٨١).
- (٤) أحمد، أنور محمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. الأولى: ٢٠١٠م، (ص٩٥).

- ١ - أن تكون المعرفة الفنية سرية: ولا يشترط أن تكون السرية مطلقة، لأن العملية الإنتاجية في الوقت الحاضر تتطلب تقسيم العمل على عدد غير قليل من العمال والموظفين، مما يزيد احتمالات تسرب المعرفة الفنية^(١).
- ٢ - شرط الاستعمال والقيمة: ويسمى هذا الشرط بشرط (الجدة)، أي أن تكون على قدر الأهمية بالنسبة للممنوح له الامتياز، والمقصود بهذا الشرط الاستعمال الفعلي أو الواقعي الذي يعطي للمعرفة الفنية نفعية معينة، وبالتالي تعطي للمانح ميزة اقتصادية، وإلا كانت بالنسبة له ليست ذات أهمية وبالتالي ليست ذات جدوى^(٢).
- ٣ - أن تكون المعرفة الفنية سهلة النقل: إذ إن المعرفة الفنية تشكل الميزة الأساسية للامتياز التجاري، فهي تسمح لغير الممتهنين القيام بأعمال معينة لم يكونوا قادرين عليها، فلا بد أن تكون قابلة للانتقال ومحددة بشكل واضح وجلي^(٣).
- ٤ - أن تكون المعرفة الفنية قابلة للعرض و الانتقال: وذلك بأن تكون قابلة للكشف عن أهميتها عند عرضها، مع المحافظة على سريتها، وتلعب العملية الاستعراضية لسرية المعرفة الفنية محوراً أساسياً للإعلان عن نشاط المانح أو المالك (الفرنشايزر)، وكذلك لا بد من قابليتها للنقل إذا أمكن دون نقل لحائزها، وهذا هو الفارق بين المعرفة الفنية والمهارة، فالمهارة لصيقة بالشخص والمعرفة الفنية غير ذلك^(٤).
- ٥ - أن تكون المعرفة الفنية مبتكرة: وذلك بأن تضيف قيمة جديدة للممنوح له، بحيث تعطيه ميزة على منافسيه^(٥).
- ٦ - ألا يسجل على المعرفة الفنية براءة اختراع: لأن تسجيل البراءة يزيح ستار السرية عن المعرفة الفنية، ويغير طبيعة الحق الوارد عليها من حق ملكية مستمد من المعرفة الفنية إلى الحق المستمد من شهادة البراءة^(٦).

- (١) النجار، محمد محسن، عقد الامتياز التجاري، (ص٤)، وانظر أيضاً: الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص٩٢).
- (٢) العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص١٣٤).
- (٣) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص٨٨).
- (٤) النجار، عقد الامتياز التجاري، (ص٤).
- (٥) الرشود، العقود المبتكرة، (ص٣٤٠).
- (٦) النجار، عقد الامتياز التجاري، (ص٤).

– المعرفة الفنية (know how) وعلاقتها بعقد الفرنشايز (Franchise) الامتياز التجاري:

أجمع الفقه القانوني على أن المعرفة الفنية جوهرية في عقد الامتياز، وأن غيابها يستوجب إعادة وصف العقد أو فسخه أو إبطاله لغياب محل العقد فيه. وقد أشار الاتحاد الفرنسي للامتياز في تعليقه على أهمية المعرفة الفنية في علاقة الفرنشايز: "أنه في غياب معرفة فنية حقيقية لا يمكن أن يوجد عقد امتياز تجاري"^(١).

العنصر الثاني: المساعدة التقنية:

ويقصد بها: "تقديم المساعدة وإعطاء كل ما هو مطلوب فنياً وتقنياً ووضع جميع الأساليب والوسائل تحت تصرف الطرف الآخر، الراغب بالحصول على هذه التقنية، وبصورة عامة تعد المساعدة الفنية الصورة المتحركة للمعرفة الفنية"^(٢).

العنصر الثالث: عناصر الملكية الفكرية:

وهي تعد من العناصر المكونة لنشاط الفرنشايز، فهي أساسه ولب فكرته، فهذه العناصر التي أوجدت هذا الإبداع والتميز في هذا النشاط، الأمر الذي أدى إلى تطوره وازدهاره.

الركن الرابع – العوض:

يتضمن العوض في عقد الامتياز التجاري أمرين:

الأول – رسم الدخول الثابت:

يتوافق إبرام عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) بشكل عام مع دفع قيمة محددة كرسوم دخول من قبل المستفيد (الفرنشايزي) للمالك أو المانح (الفرنشايزر)، وهذا الرسم مقابل السماح باستثمار هذا النشاط، كما يشمل الثمن تكاليف التنشئة والتعليم على الفرنشايز، والدراسات التي يتطلبها قبل البدء بالنشاط وإبرام العقد، ولا يتضمن رسم الدخول هذا أجور المديرين، ولا أسعار البناء أو أسعار المؤسسة وفوائد القروض، ولا يمكن استرجاع هذا المبلغ حتى ولو توقف العقد بعد فترة قصيرة، لكن إن كان التوقف ناتجاً عن المالك أو المانح (الفرنشايزر) فمن العدل مقاضاته ومساءلته عن الأضرار التي قد تقع بالمستفيد (الفرنشايزي)^(٣).

(١) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص ٨١).

(٢) وقد سبق الحديث عنها بالتفصيل في مبحث الألفاظ ذات الصلة.

(٣) النجار، محسن، عقد الامتياز التجاري، (ص ٣٠).

الثاني: نسبة العائدات:

يقدر هذا الجزء من العوض بنسبة مئوية من المبيعات المحققة، وتتفاوت هذه النسبة حسب أهمية الخدمات المقدمة، فيفرض بعض مانحي الفرنشايز حداً أدنى مضموناً، مثل الهولندي إن ٩٪، ومان باور ٥٪^(١).

وهذه العائدات تشكل أحد المداخل الرئيسية للمانح (الفرنشايز)، ويتم حساب هذه العائدات بنسبة مئوية من رقم الأعمال الممنوح له (الفرنشايزي)، ورقم الأعمال يعني قيمة المبيعات باستثناء الضرائب، وما يمكن إعادته للزبائن، أو التنزيلات المسموح بها من قبل الفرنشايزر^(٢).

وتعطي بعض القوانين للمانح الحق في فرض نسبة من الفوائد - يتم الاتفاق عليها في العقد - إذا لم يتم دفع المبالغ المستحقة في مواعيدها^(٣).

المطلب الرابع

أنواع عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)

تشارك جميع عقود الفرنشايز في كونها اتفاقاً على كيفية استغلال العلامة التجارية للمرخص، وطريقة مراقبة المرخص لأعمال المرخص له، ونقل المعرفة الفنية له، وما يتطلب ذلك من مستلزمات للعقد، وتتمثل صور "الفرنشايز" وأنواعه في أربعة أنواع أساسية، تختلف باختلاف الغرض من الفرنشايز:

النوع الأول: امتياز التصنيع (manufactureFranchise):

هذا النوع من "الفرنشايز" يعتمد بالدرجة الأولى على نقل المعرفة الفنية (know how) لتصنيع المنتجات أو تجميعها من المرخص (الفرنشايزر) إلى المرخص له (الفرنشايزي)، ففي هذا العقد يقوم المرخص بنقل تكنولوجيا المرخص له، فيكشف الأسرار الصناعية المتعلقة بكيفية الإنتاج للمنتجات التي تكون مملوكة للمرخص^(٤). وعادة ما يكون محل هذا العقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع أو حق من

(١) جلوبل سيبيل، عقد الفرنشايز، (ص ٨٠). [نقلاً عن: الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص ٣٤٢)]

(٢) مغيب، نعيم، الفرنشايز، (ص ٢١١).

(٣) مغيب، نعيم، الفرنشايز، (ص ٢١١).

(٤) الكندري، محمود أحمد، أهم المشكلات التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، مجلد ٢٤ عدد ٤ ديسمبر ٢٠٠٠ م، (ص ١٠١).

حقوق الملكية الصناعية، أو الزراعية، وعليه فإن المرخص له (Franchisee) يقوم بتصنيع المنتجات محل الترخيص وتوزيعها والتي تحمل العلامة التجارية للمرخص مستعيناً بخبرات المرخص في هذا المجال، فهذه الخبرات تتمثل في مراقبة المرخص لأعمال الإنتاج، وذلك للتأكد من جودة المنتجات والتي عادة ما يقوم المرخص بتحديد نماذج قياسية (standards) يجب مراعاتها، وهذه المنتجات تحمل العلامة التجارية للمرخص وتكون مطابقة للمواصفات التي يحددها^(١).

النوع الثاني: امتياز التوزيع (Franchise Distributing):

في هذا النوع يقوم المرخص Franchisor بتوريد المنتجات محل الترخيص خلال مدة العقد، بحيث يقوم المرخص له Franchisee بتسويق هذه المنتجات من خلال نظام توزيع معين، ويكون للمرخص له أن يستخدم الاسم والعلامة التجارية للمرخص له.

وفي هذا النوع أيضاً يمارس المرخص الرقابة والسيطرة والإشراف على أعمال المرخص له الذي يكون ملتزماً باتباع وسائل التسويق الفنية المتبعة من قبل المرخص، كما يقوم المرخص بتقديم المساعدات الفنية في مجال توفير قطع الغيار والإعلانات وخدمات الصيانة، ويلاحظ أن هذا النوع عادة ما يقتصر بإعطاء المرخص له Franchisee حق القصر، أي أن يكون هذا الموزع الوحيد لهذه المنتجات في منطقة نشاطه، وهو ما يعرف بعقد التوزيع القصري أو الحصري^(٢).

النوع الثالث: فرنشايز الخدمة التجارية (الفرنشايز الخدماتي):

في هذا النوع من الفرنشايز يضع المانح (الفرنشايزر) بعض الخدمات تحت تصرف الممنوح له (الفرنشايزي)، الذي بدوره يقدمها للزبائن، تحت شعار الأول ومسؤوليته، فالآلات والمعدات والأجهزة قليلة نسبياً في هذا النوع، إنما التركيز يتم على الأنظمة الواجب تطبيقها لجلب الزبائن، ومن أمثلة هذا النوع من امتياز الخدمة التجارية: مثل صيانة السيارات، وخدمات البطاقات الائتمانية المعتمدة (كبطاقات فيزا وماستر كارد.. وغيرها)، وكذلك الفنادق العالمية مثل (فنادق هيلتون وشيراتون ونحوها)^(٣).

(١) نعيم مغيب، الفرنشايز، (ص ٤٦).

(٢) الكندري، محمود، أهم المشكلات التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، (ص ١٠١).

(٣) الرشود، العقود المبتكرة، (ص ٣٤٤).

وفي هذا النوع يعتمد المرخص له بدرجة كبيرة على السمعة التجارية، وعلى شهرة العلامة التجارية المملوكة للمرخص، وهذه العلامة معروفة عند الجمهور الذي عادة ما يقبل على شراء هذه السلع أو الخدمات لارتباطها بهذه العلامة، فجل اهتمام المرخص هو تقديم خدمات أو سلع متماثلة من حيث الشكل والنوع والمواصفات، وحتى يصل إلى هذه النتيجة فإنه يحدد نماذج قياسية ومواصفات موحدة لجميع المشروعات المرخص لها، وهذه النماذج والمواصفات، تخضع لرقابة واحدة من المرخص، ولعل أهم ما يميز هذه المشروعات المتعددة أنها تظهر أمام الجمهور كشبكة واحدة^(١).

النوع الرابع: الامتياز التجاري الاستثماري:

بموجب هذا النوع يتم الاتفاق على استثمار مؤسسة بذاتها بما في ذلك الاستراتيجية الخاصة بطبيعة عملها وإعلاناتها، فلا يتوقف الأمر على السرية، وأساليب التقنية^(٢).

ومعنى هذا الفرنشايز:

أن يتم الاستثمار في المؤسسة في جميع نشاطاتها، بحيث لا يتوقف على نقل المعرفة وأساليب التقنية فقط، وإنما يتم العمل في استثمار العمليات التجارية والإعلانات وما شابه ذلك.

المطلب الخامس

شروط عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)

أولاً - شرط السرية:

عند إجراء مفاوضات لإبرام عقد الامتياز التجاري لا بد للطرف الآخر (الممنوح له الامتياز) من أن يطلع على أسرار المعرفة الفنية قبل إبرام العقد ليقدر إن كانت ذات قيمة بالنسبة له أم لا، وعليه لا بد من أن يقتزن عقد الامتياز التجاري بشرط السرية نظراً لطبيعته، والذي يلتزم به الطرف المتلقي بالحفاظ على أسرار المعرفة الفنية التي اطلع عليها بنفسه أو بواسطة أشخاص قبل العقد أو بعده، سواء أبرم العقد وتم الاتفاق أم لا^(٣).

(١) الكندري، محمود، أهم المشكلات التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، (ص ١٠٢).

(٢) نعيم مغيب، الفرنشايز، (ص ٤٨).

(٣) المولى، نداء كاظم محمد، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، ط. الأولى دار وائل للنشر،

٢٠٠٣ م عمان - الأردن، (ص ١٦٨).

ثانياً - شرط عدم المنافسة:

ومعناه: ألا ينافس الممنوح له الحق في استخدام المعرفة الفنية المانح في هذه المعرفة أو تصنيع ما يشابهها، أو الاتفاق مع شخص آخر في ذات النشاط والمعرفة، وهو من طبيعة العقد.

ويهدف هذا الشرط في الدرجة الأولى إلى توفير الضمان لمانح الامتياز بعدم تسرب أو إفشاء المعرفة الفنية المستخدمة في هذا العقد^(١).

وقد قررت قواعد القانون الأوروبي رقم ٨٨/٤٠٧٨ والقضاء الفرنسي في العديد من أحكامه ومحكمة العدل الأوروبية^(٢)، على ضرورة حماية المصلحة المشتركة لمانح الامتياز، وهذا الشرط لحماية مصلحة مانح الامتياز من منافسته في معرفته الفنية^(٣).

ثالثاً - شرط المدة:

يجب أن يكون لعقد الفرنشايز مدة محددة، ولا يمنع أن تتعدد المدد في العقد نفسه، فالالتزام بشرط عدم المنافسة والالتزام بشرط السرية قد تكون لمدة تزيد على مدة العقد، وتختلف من التزام للآخر^(٤).

وتحديد المدة قد يكون بشكل صريح في ذلك العقد، فإن لم يوجد فإن سكوت الطرفين ودخول مدة جديدة للعقد يعتبر تجديدًا له، وفي حالة السكوت وعدم تحديد مدة لعقد الامتياز التجاري ولا حتى بشكل ضمني فإنه يعتبر في هذه الحالة غير محدد المدة^(٥).

رابعاً - شرط الحصرية:

ومعناه: أن يتم الاتفاق على منطقة جغرافية وحدود إقليمية معينة ومحددة في

(١) المولى، نداء كاظم، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، (ص ١٧٥).

(٢) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص ٢٢١).

(٣) يرى بعض الباحثين في الفقه القانوني أنه على الرغم من قانونية هذا الشرط فلا يجب أن يكون مطلقاً بل يجب أن يخضع لقيد زمني، وهي في الغالب سنة واحدة كما حددتها القواعد الأوروبية والقضاء الفرنسي، وكذلك يجب أن يحدد المكان فلا يقع العقد على كل الأماكن، [انظر: العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز، (ص ٤٧)].

(٤) مغبغب، نعيم، الفرنشايز، (ص ١٨٢).

(٥) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص ٢٢٦).

العقد يتم فيها منح حق المعرفة الفنية للممنوح له في عقد الفرنشايز، فتكون هذه المنطقة المحددة حصراً له في استخدام المعرفة الفنية المتفق عليه.

جرت العادة في عقود الامتياز أن ينص بها على ما يسمى بتحديد المنطقة الإقليمية، وهذا التحديد ينعكس على حماية كل من المانح والمتلقي لحقوقه وأسلوب ممارسة هذه الحقوق، ويرتبط بتحديد المنطقة والإقليم وعادة ما يسمى بشروط الحصرية^{(١)(٢)}.

وإن كان هذا النشاط المتعلق بالامتياز التجاري محدداً بإقليم معين كمدينة أو جزء من إقليم أو دولة أو غيرها فهذا ما يسمى بشروط الحصرية الإقليمية، وشروط الحصرية قد يكون نسبياً وقد يكون مطلقاً، وهو من الشروط التي تلازم عقد الامتياز التجاري^(٣).

وهناك نوع آخر لشروط الحصرية وهو الذي يلتزم به الممنوح له الامتياز بالتزود الكلي أو الجزئي من مانح الامتياز أو أحد الموردين التابعين له بمستلزمات النشاط المتعلق بالامتياز التجاري، وشروط الإمداد الحصري بخلاف الحصرية الإقليمية لا يمكن افتراض وجوده إن لم يذكر بشكل صريح في العقد^(٤).

(١) يفضل استعمال مصطلح الحصرية على عكس ما ذهب إليه فقه القانون التجاري من ترجمة لمصطلح (Clause exclusive) إذ يفضل هذا الفقه تسميته بشروط القصر. [انظر: علي قسام، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية (السنة الرابعة والخمسون)، ١٩٨٤ العدد ٣، مطبعة جامعة القاهرة، عقد الالتزام التجاري، ص ٢٠٧، نقلاً عن: النجار، محمد محسن، عقد الامتياز التجاري، (ص ٥٣)].

(٢) وتعد الشروط الحصرية من أكثر الشروط التي أثارت جدلاً واسعاً لما لها من تأثير على حرية التبادل التجاري والسلعي والخدمي بين الأطراف المختلفة، لما يعتبر وفقاً للفكر التجاري التحرري قيلاً على الحرية ومدعاة للاحتكار [الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص ٢٤٩)].

(٣) النجار، محمد محسن، عقد الامتياز التجاري، (ص ٥٣).

(٤) العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص ٤٩).

المبحث الأول

عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) في القانون

إن الصفة القانونية لعقد الامتياز التجاري من الصعب تحديدها بدقة كما في باقي العقود، ولهذا كان لغياب النصوص القانونية التي تنظم هذا العقد، حيث لا يوجد قانون واحد يطبق على جميع جوانبه، وإنما توجد بعض القوانين والأنظمة التي تعالج بعض جوانبه، كقوانين المنافسة ومنع الاحتكار، وكونه يعد من عقود نقل التكنولوجيا فنتيجة لهذا وقع عبء إيجاد حلول قانونية للمشاكل التي تقع بسبب تنفيذ عقد الامتياز التجاري على عاتق القضاء^(١).

وفي أول الأمر حاول القضاء الفرنسي أن يخضع عقد الامتياز التجاري لأحكام عقد البيع، وقام بالتالي بإبطال العديد من العقود لكون الثمن من أركان عقد البيع ولم يذكر في عقد الامتياز التجاري^(٢)، ولقد تعرض هذا الاتجاه إلى اعتبار عقد الامتياز التجاري عقداً شاملاً يشكل إطاراً عاماً لعدة عمليات قانونية، فهو يهدف إلى تنظيم العلاقة القانونية بين مانح الامتياز و الممنوح له الامتياز وليس عقد بيع أو بيوع متعاقبة، إذ هو يهدف إلى تحقيق التوازن بين مشروع مانح الامتياز والممنوح له الامتياز^(٣).

وهكذا نجد التشريعات القانونية لم تحدد بالضبط طبيعة عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)، ونجد هذا واضحاً في القوانين العربية، حيث لا يوجد ذكر لقانون الفرنشايز بمعناه العالمي إلا في بعض المواد التشريعية، وبعض أحكام القضاء النادرة التي عملت على إخضاعه لأحكام عقود أخرى، ففي المملكة العربية السعودية مثلاً نرى أنها تخضع عقود الامتياز التجاري لنظام الوكالة التجارية^(٤) وهكذا نجد في الكويت عقود

(١) العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص ١٢٠).

(٢) قرني، ياسر، دور عقود الامتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية، (ص ٨٤).

(٣) قاسم، علي سيد، عقد الالتزام التجاري، (ص ٤٠).

(٤) فقد أكد عبد الله الموسى مدير إدارة العلامات والوكالات التجارية بوزارة التجارة والصناعة في المملكة العربية السعودية، أن النظام المرتقب سيكون شاملاً لكل الأنشطة التي تندرج تحت اسم «الامتياز التجاري»، وسيكون منفصلاً عن نظام الوكالات التجارية، مضيفاً أن عدد الشركات التي تنشط في السوق السعودية تحت نظام الامتياز التجاري يصل إلى نحو ٤٠٠ شركة؛ تأتي المطاعم في مقدمتها، وتأتي بعدها شركات الملابس، ثم المقاهي. [انظر: جريدة الشرق الأوسط - العدد (١٢٢٣٧) الأربعاء ٠٩ رجب ١٤٢٣ هـ - ٣٠ مايو ٢٠٢٠م]

الامتياز تخضع لباب الوكالة التجارية وما يتبعه من أحكام^(١)، بينما في لبنان نجد عقود الامتياز التجاري خاضعة لأحكام التمثيل التجاري الحصري الصادر به مرسوم رقم (٦٧/٣٤)^(٢).

ومما سبق نرى أن عقد الفرنشايز عقد مسمى مستحدث أوجدته التكنولوجيا الحديثة والتقدم العلمي في هذا المجال وحاجات الناس لمثل هذه العقود، وعقد الامتياز التجاري له علاقة ببعض العقود المسماة في القوانين التجارية الحالية، و على هذا فعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) يحيط به تشابه كبير ببعض هذه العقود جعلت البعض يدرجه تحت عقود مشابهة وليس هو منها دليل تعارض الكيفية العقدية بينهما كما سنبينه فيما يلي، فكان لازماً بيان تلك العقود وعلاقة عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) بها، ونقاط التمايز والاختلاف بينهما، وهذه العقود هي:

١ - عقد الوكالة التجارية (الوكالة الحصرية)

٢ - عقد الالتزام التجاري

٣ - عقد التوريد

٤ - شركة عقد

٥ - عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية.

المطلب الأول

عقد الوكالة التجارية (الوكالة الحصرية) وعلاقتها بعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)

تعريف الوكالة التجارية:

الوكالة لغة: بفتح الواو وكسرهما، الاسم من وكل فلاناً، فوض إليه أمراً من الأمور، فهي تفويض التصرف إلى الغير^(٣).

(١) راجع: رزق، طارق عبد الرؤوف، الوكالات التجارية والسمسرة وعقود التوسط في قانون

التجارة الكويتي، دار النهضة العربية - القاهرة، ط. الأولى ٢٠٠٨م، (ص٧٣) وما بعدها.

(٢) كالقضية التي عرضت أمام القضاء اللبناني بين شركة شعبان إخوان للتجارة وكتناكي فرايد تشيكنهولدنغ إن، [انظر: العتيبي، خالد، العلاقات الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص١٢١)].

(٣) قلنجي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، (١/٥٠٩).

تعريف الوكالة التجارية في الاصطلاح القانوني:

عرف القانون الفرنسي الوكيل التجاري بأنه: "وكيل يقوم بممارسة مهنة الاستقلال ودون أن يكون مقيدا بعقد إجارة خدمات، حيث يتولى بطريقة مستمرة التفاوض لعقد بعض البيع والشراء والإجارة أو تقديم خدمات باسم ولحساب منتجين أو مصنعين أو تجار أو وكلاء تجاريين آخرين، هذا ويمكن أن يكون الوكيل التجاري شخصاً طبيعياً أو معنوياً"^(١).

وعرف قانون تنظيم أعمال الوكالة التجارية المصري الوكيل التجاري بأنه: "كل شخص طبيعي أو اعتباري^(٢) يقوم بصورة معتادة ودون أن يكون مرتبطاً بعقد عمل أو عقد تأجير خدمات بتقديم العطاءات أو إبرام عمليات البيع أو الشراء أو التأجير أو تقديم الخدمات باسم ولحساب المنتجين أو التجار أو الموزعين أو باسمه ولحساب أحد هؤلاء"^(٣).

فالوكيل التجاري يقوم بإبرام العقود باسم ولصالح الموكل وهو ليس طرفاً بالعقد الذي يتم مع الغير، فالرابطة التعاقدية تنشأ بين الممول والغير مباشرة، ولا يجب أن يكون هناك علاقة بين الموكل والوكيل (كعلاقة تبعية) ولا يستخدم اسمه عند إتمام الصفقة.

و يتضح من خلال هذه التعاريف أنها تشتمل على نوعين من الوكالات التجارية، ففي حالة تعاقد الوكيل باسم الموكل ولحسابه فهذا النوع يطلق عليه القانون المصري مسمى (وكالة العقود) أو ما يسمى بعقد التمثيل التجاري، وفي حالة تعاقد الوكيل باسمه ولحساب موكله فيطلق عليه مسمى (الوكالة بالعمولة).

أوجه التشابه والاختلاف بين عقد الامتياز التجاري وعقد الوكالة التجارية:

أوجه التشابه بين عقد الامتياز التجاري وعقد الوكالة التجارية:

١ - كلا العقدين من العقود الملزمة للجانبين، حيث يقع على كل طرف من أطرافه التزامات.

- (١) القانون الفرنسي رقم (٩١/٥٩٣) الصادر بتاريخ ٢٥ حزيران ١٩٩١م.
- (٢) انظر: قانون تنظيم الوكالات التجارية الكويتي رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٤م المادة (١).
- (٣) وكذا في قانون التجارة الكويتي، انظر: المادة الأولى من القانون رقم (١٢٠)، الخاص بتنظيم أعمال الوكالة التجارية ولائحته التنفيذية الصادر بقرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم (٣٤٢) لسنة ١٩٨٠م.

- ٢ - كلا العقدين من عقود المدة التي تحتاج في تنفيذها إلى زمن^(١)، وكذلك يقومان على الاعتبار الشخصي لطرفي العقد^(٢).
- ٣ - الممنوح له الامتياز في عقد الامتياز التجاري يكون مستقلاً في عمله عن مانح الامتياز، وهكذا يكون الوكيل التجاري عن موكله^(٣).
- ٤ - يتمتع كل من المتلقي (الممنوح له) في عقد الامتياز والوكيل في وكالة العقود بالاستقلال القانوني ومباشرة العقود^(٤).
- ٥ - كلا العقدين يقوم على الاعتبار الشخصي، وعلى هذا يترتب على ذلك انفساخ العقد في حالة الوفاة أو الإفلاس أو فقدان الأهلية لأحد الطرفين.
- ٦ - يتوافر الشرط الحصري في كلا العقدين، حيث غالباً ما يقصر التوزيع في منطقة نشاط معينة على شخص الوكيل دون غيره، ومنع الوكيل من تلقي توكيلات لغير الموكل في منطقة نشاطه، وهذا الجانب يماثله في عقد الامتياز التجاري شرط حصر الامتياز للممنوح له في منطقة محددة^(٥).

أوجه الاختلاف بين عقد الفرنشايز وعقد الوكالة التجارية:

- ١ - يعد الوكيل في عقد الوكالة التجارية وسيطاً لإبرام العقود فقط، وبالتالي فهو لا يتحمل أية مخاطر مالية فيما يتعلق بالعقد المبرم، بينما المتلقي (الممنوح له) في عقد الامتياز يدخل في العلاقة التجارية متحملاً كافة المخاطر الناجمة عن إدارته للمشروع^(٦).
- ٢ - ومن الأوجه المهمة في التمييز بين العقدين، هو أن المحل في عقد الوكالة التجارية هو التصرف القانوني كما في القانون الكويتي^(٧) والمصري، ولا يشترط نقل المعرفة الفنية في عقد الوكالة التجارية، وإن وجد فإنها تكون عنصراً مكملاً^(٨)، بينما المحل في عقد الامتياز التجاري هو نقل المعارف الفنية أو الإدارية أو التسويقية.
- ٣ - الوكيل في عقد الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة يكون مأجوراً وليس بصفته

(١) الحديد، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص٤٧).

(٢) أنور محمد، أحمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، (ص٦٠).

(٣) خليفة، ماجد محمد، الوكالة التجارية، رسالة دكتوراه - جامعة الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٧م، (ص٦٦).

(٤) أنور محمد، أحمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، (ص٦١).

(٥) قاسم، علي سيد، عقد الالتزام التجاري، (ص١٢).

(٦) أنور محمد، أحمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، (ص٦١).

(٧) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (ص٤٢١).

(٨) أنور محمد، أحمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، (ص٦٢).

مستخدماً أو عاملاً لدى الموكل، بينما في عقد الامتياز فإن مانح الامتياز لا يدفع أجراً إلى الممنوح له لأنه ليس أجيراً عنده ويعمل لحسابه، ولذا لا يلتزم الممنوح له الامتياز بتقديم حساب إلى مانح الامتياز بخلاف الوكيل في عقد الوكالة الذي يلتزم بتقديم حساب للوكيل^(١)، ففي عقد الامتياز التجاري يدفع المتلقي للمانح رسوماً مالية خاصة للدخول في شبكة المانح ويأخذ نسبة دورية من مبيعاته، بينما في عقد الوكالة التجارية لا يدفع الوكيل للموكل رسوماً مقابل القيام بنشاط الوكالة، بل إنه يحصل على عمولة مبيعات في المنطقة المحددة له.

يتضح مما سبق:

أن عقد الوكالة التجارية يتغير مع عقد الفرنشايز، وإن كان هناك بعض الشبه بين العقدين لكن لا يمكن اعتبار عقد الفرنشايز أنه عقد وكالة تجارية للاختلاف الجوهرى بين العقدين.

وهكذا يتبين الاختلاف الواضح بين عقدي الفرنشايز وعقد الوكالة التجارية، وإن تشابهها في بعض النقاط، فإن هذا التشابه لا يعد أكثر من كونه تشابهاً ظاهرياً باعتبار صيغتين للعمل التجاري ليس إلا، فلذا لا يمكن تطبيق أحكام عقد الوكالة التجارية على عقد الفرنشايز لاختلاف العقدين في طبيعتهما القانونية، وعلى هذا لا بد من تتبع العقود الأخرى ومقارنتها بعقد الفرنشايز.

المطلب الثاني

عقد الالتزام التجاري وعلاقته بعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)

عقد الالتزام من أهم العقود الإدارية؛ لأنه يمنح فرد أو شركة الحق بإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة.

وقد عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها: " .. إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع لها، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستحقاقه للأرباح"^(٢).

ويخلط الكثير بين عقد الالتزام التجاري وعقد الامتياز التجاري، وسبب الخلط التشابه والتماثل في بعض عناصر العقدين.

(١) قرني، ياسر، دور عقود الامتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية، (ص ٧٣).

(٢) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، (ص ٤٠).

ومن الفروق المهمة بين العقدين، ما يلي:

- ١ - يمنح نظام الامتياز التجاري للمتلقي فرصة الاندماج بينه وبين الشبكة الرئيسية التي تملك الاسم التجاري، من خلال العديد من الشروط والضوابط، بينما عقد الالتزام التجاري لا يمنح الطرف الآخر حق التوسع والاندماج، ولا يعطيه الحق والصلاحيات في استخدام الاسم والعلامة التجارية.
- ٢ - يتضمن عقد الالتزام التجاري التعهد من قبل المنتج بتوريد البضائع المتفق عليها في العقد، وما يلحقها من لوازم وقطع غيار، بينما في عقد الامتياز التجاري فإن الالتزام بالتوريد مكمل للعقد قد يتوفر أو لا بحسب طبيعة العقد المبرم.
- ٣ - يختلف عقد الامتياز التجاري عن عقد الالتزام التجاري، بأن الأول يتم فيه دفع رسوم خدمة وانضمام لشبكة الامتياز، ولا يشترط دفع هذه الرسوم في عقد الالتزام التجاري.

يتضح مما سبق:

أنه لا يمكن وصف عقد الامتياز التجاري بأنه عقد التزام تجاري لما فيه من الفروق التي ذكرناها سابقاً.

المطلب الثالث

علاقة عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) مع عقود التوريد

عقد التوريد عرفته محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه: (اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين)^(١).

علاقة الاتفاق والافتراق بين عقد الامتياز التجاري وعقد التوريد:

أوجه التشابه:

- ١ - كلا العقدين من العقود الإلزامية، فالمنح في عقد الفرنشايز يقدم المعرفة الفنية وفي عقود التوريد يتم تسليم المواد المطلوبة في العقد.
- ٢ - كلا العقدين من عقود المعاوضات.
- ٣ - كلا العقدين من العقود الرضائية التي تتم برضا الطرفين، حيث يعتبر الرضا الخالي من العيب ركناً أساسياً في العقد.

أوجه الاختلاف:

- ١ - المورد في عقد التوريد ملزم بتوريد كمية محددة المقدار والتمن، بينما في عقد

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية، (ص ١٢١).

الفرنشايز قد يزود المانح الممنوح له بكميات غير محددة المقدار في فترة زمنية غير محددة، وفقاً لشروط الفرنشايز^(١).

٢ - محل العقد في عقود الامتياز هو (المعرفة الفنية والمساعدة التقنية) ولوازمها، وما يطرأ عليها باستمرار، ويلتزم الممنوح له الامتياز التجاري بالتعهد بعدم اطلاق غيره على أسرار المعرفة الفنية^(٢)، وبعدم منافسة مانح الامتياز التجاري في ذات النشاط، وهذه الأمور لا تشترط في عقود التوريد ولا تعتبر أساساً في العقد.

يتضح مما سبق:

الفرق الواضح بين عقد التوريد وعقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)، وعلى هذا لا يمكن وصف عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) بأنه عقد توريد.

المطلب الرابع: عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) و علاقته بعقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية:

يعتبر عقد الترخيص الأداة الرئيسية للنقل الدولي للتكنولوجيا، وهو يتضمن أساساً نقل المعرفة الفنية من المرخص إلى المرخص له، غير أن الترخيص قد يشمل بالإضافة إلى المعرفة الفنية نقل الحق في استغلال براءة اختراع أو تصميم صناعي أو علامة تجارية إلى المرخص له.

ويختلف عقد الترخيص عن غيره من العقود التي ترد على حقوق الملكية الصناعية فهو عقد غير ناقل للملكية، إذ تبقى ملكية البراءة أو العلامة أو غير ذلك من حقوق الملكية الصناعية في ذمة المرخص، ويقتصر أثر الترخيص على أن يمنح المرخص له حقاً شخصياً في الاستعمال^(٣).

ويجوز أن يتضمن عقد الترخيص القيود الآتية:

- أ - بيان حدود استعمال العلامة والنطاق الجغرافي والمدة الزمنية لاستعمالها.
- ب - تحديد الشروط التي تستلزمها متطلبات الرقابة الفعالة لجودة السلع أو الخدمات.
- ج - تحديد التزامات المستفيد من الترخيص بشأن الامتناع عما قد ينتج عنه الإساءة إلى العلامة.

(١) مغيب، نعيم، الفرنشايز، (ص ١٠٤).

(٢) مغيب، نعيم، الفرنشايز، (ص ١٠٥).

(٣) انظر: د. محمد حسنى عباس، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٩٠ - د. أكثم أمين الخولي، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، سنة ١٩٦٤ بند ١٤٠، (ص ٢٠٢).

وقد تناول قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م حكم الشروط التقييدية في المادة (٧٥) منه، التي نصت على أنه: "يجوز إبطال كل شرط يرد في عقد نقل التكنولوجيا ويكون من شأنه تقييد حرية المستورد في استخدامها أو تطويرها أو تصريف الإنتاج أو الإعلان عنه".

يتضح مما سبق:

يرتكز عقد الفرنشايز بصفة أساسية على الترخيص باستعمال الاسم والعلامة التجارية، ويتضمن العقد غالباً نقل تكنولوجيا حيث يكشف المرخص الأسرار الصناعية اللازمة للإنتاج للمرخص له^(١).

ولا شك أن هناك تقارباً كبيراً بين الفرنشايز والترخيص باستعمال العلامة التجارية حيث إن اسم المرخص وعلامته التجارية يعتبران حجر الزاوية في عقود الفرنشايز، غير أن عقد الفرنشايز يختلف عن الترخيص باستعمال العلامة التجارية من بعض الوجوه:

الأول: حيث يتضمن التزام المرخص بنقل المعرفة الفنية know-how

الثاني: يشمل عقد الفرنشايز تقديم المساعدة الفنية وتدريب المرخص له على التشغيل والإنتاج.

الثالث: غالباً ما يتضمن عقد الفرنشايز استغلال براءة اختراع أو حق من حقوق الملكية الصناعية.

ولذلك يدخل عقد الفرنشايز في عداد العقود الناقلة للتكنولوجيا، على خلاف الترخيص باستعمال العلامة^(٢).

المطلب الخامس

الآثار القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري والالتزامات المترتبة عليه

– آثار عقد الفرنشايز:

عقد الفرنشايز من العقود التبادلية الملزمة للطرفين، فهو يرتب عدة التزامات على

(١) لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع انظر: د. حسام عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، (ص ٦١) وما بعدها.

(٢) ورقة عمل بعنوان: ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا – د. حسام الدين الصغير، مقدمة في ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية، تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ومجلس الشورى في سلطنة عمان – مسقط، ٢٣ و ٢٤ مارس/آذار ٢٠٠٤م، (ص ٦).

عائق كل من مانح الفرنشايز والممنوح له، وهذه الالتزامات والآثار يرتبها القانون، وفقاً لارتباط الإيجاب بالقبول^(١)، من هذه الالتزامات نذكر منها ما يلي:

أولاً - التزامات وحقوق مانح الامتياز التجاري والمرخص له (الفرنشايزر):

- ١ - السماح للممنوح له باستعمال العلامة التجارية وجميع الإشارات والرموز التجارية الدالة على انضمامه لشبكة الفرنشايز.
 - ٢ - نقل المعرفة الفنية للممنوح له.
 - ٣ - تقديم المساعدات الفنية والتجارية اللازمة لتنفيذ عقد الفرنشايز^(٢).
 - ٤ - التوريد الحصري للممنوح له متى ما تضمن العقد شرط قصر^(٣).
- هذه من أهم الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتق الفرنشايزر أو مانح الفرنشايز، والتي يترتب على عدم تنفيذها فسخ العقد.

ثانياً - التزامات الممنوح له:

- ١ - دفع رسوم الدخول في شبكة التوزيع التابعة للمانح.
 - ٢ - دفع الاقساط المتفق عليها في العقد.
 - ٣ - الالتزام بتطبيق المعرفة الفنية وفق تعليمات المانح.
 - ٤ - الالتزام بالمحافظة على سرية المعرفة الفنية^(٤).
 - ٥ - الالتزام بالتعاون الفعال في تطبيق نظام الفرنشايز.
 - ٦ - الالتزام بعدم المنافسة أثناء تنفيذ العقد^(٥).
- عدم تنفيذ هذه الالتزامات من قبل الممنوح له يخول المانح الحق في فسخ العقد والمطالبة بالتعويض متى ما كان هناك ضرر نتج من عدم تنفيذ العقد من قبل الممنوح له.

(١) انظر: المادة (٣١) من القانون المدني الكويتي.

(٢) مغيب، نعيم، الفرنشايز، (ص ٢٠٠).

(٣) النجار، محمد محسن، عقد الامتياز التجاري، (ص ٥٣).

(٤) مغيب، نعيم، الفرنشايز، (ص ٩٢)، وأيضاً: الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقود الامتياز، (ص ٢١٥).

(٥) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقود الامتياز، (ص ٢٢١).

المبحث الثالث الحكم الفقهي لعقد الامتياز التجاري

المطلب الأول التكييف الفقهي للمعرفة الفنية أو ما يسمى بعقد الفرنشايز بـ (Know How)

بعد عرض المبحثين السابقين عن عقد الفرنشايز، تبين أن عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) عقد مبني على نقل المعرفة الفنية أو ما يطلق عليه (know-how)، أو نقل التكنولوجيا المستخدمة في الصناعة أو التصميم أو الرسوم الإنتاجية أو غيرها من أساسيات الصناعة أو الإنتاج، وعلى هذا يكون عقد الفرنشايز عبارة عن عقد مبني على استعمال حق معنوي أو فكري والاعتياض عنه، وذلك ببيعه أو الإجارة على توزيعه أو غير ذلك، فما الحكم الفقهي لهذا العقد؟

وللإجابة على هذا التساؤل لابد من معرفة التكييف الفقهي للحق المعنوي، والاعتياض عنه بالبيع أو التأجير، وهو ما سأتحدث عنه فيما يلي:

التكييف الفقهي للحق المعنوي:

لمعرفة الحكم الفقهي للحق المعنوي لابد من بيان أمرين مهمين في هذه المسألة، وهما:

- ١ - مالية الحق المعنوي عند الفقهاء
- ٢ - ماهية الحق المعنوي عند الفقهاء

الفرع الأول مالية الحق المعنوي عند الفقهاء

— مفهوم المال:

المال لغة: يطلق على كل ما تملكه الإنسان من الأشياء^(١).

المال اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تعريف المال:

(١) المطرزي، ناصر بن عبد السيد الخوارزمي، المغرب في ترتيب المعرب، الناشر: دار الكتاب العربي، بدون تاريخ طبعة، (١/٤٨٨)، وانظر أيضاً: لسان العرب، مادة مول.

أولاً - تعريف المال عند فقهاء الحنفية:

عرف فقهاء الحنفية المال بتعريفات عديدة:

الأول: قال ابن عابدين: "المراد بالمال ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم". وقال أيضاً: "المال: المنتفع به في التصرف على وجه الاختيار"^(١).

الثاني: قال السرخسي: (والمال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والإحراز). وقال أيضاً: (وكل عين ينتفع به - غير الآدمي الحر - فهو مال)^(٢).

الثالث: وعرفوه أيضاً بقولهم: "المال ما تجري فيه الرغبة والضمنة"^(٣).

وعند النظر في هذه التعريفات للحنفية نجدها قد اعتمدت عدة عناصر للمالية، هي:

- ١ - إمكان الإحراز والادخار.
 - ٢ - قصد التمول، والمراد بالتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة.
 - ٣ - ميل الطبع إليه.
 - ٤ - الانتفاع به.
- وعلى هذا فيخرج عن مسمى المالية عدة محترزات هي:
- ١ - المنافع، حيث لا يمكن ادخارها؛ لأنها أعراض لا تبقى زمانين، فهي في نظرهم ملك لا مال.
 - ٢ - الدين؛ لعدم إمكان قبضه وإحرازه حقيقة ما دام ديناً.
 - ٣ - ما لا يتمول لقلته وحقارته، كحبة قمح ونحوها.
 - ٤ - الميتة والدم؛ لعدم إباحتهما، ولعدم تمولهما، ولعدم ميل الطبع إليهما.
 - ٥ - ما لا نفع فيه.
- وعلى هذا فمدار مالية الشيء عند الحنفية هي إمكانية حيازته والانتفاع به على

(١) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م، (٥٠١/٤).

(٢) السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، الناشر: دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م، (٧٩/١١).

(٣) ابن أمير حاج، ابن الموقت الحنف، التقرير والتحبير، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، (١٥٨/١).

وجه العادة والعرف، ومراد الحنفية أن الشيء منتفع به على وجه العادة، أن الشارع يجيز الانتفاع به حال الاختيار^(١).

وقد خالف متأخرو الحنفية في تعريفهم للمال فلم يجعلوا إمكان الحيازة والإحراز أو العينية المادية من مقومات المال حيث أشاروا إلى ذلك بقولهم: "يطلق المال على القيمة، وهي ما يدخل تحت تقويم مقوم من الدراهم والدنانير"^(٢)، فشمّل هذا التعريف الأعيان والمنافع والحقوق، فمناطق المالية عندهم هو القيمة التي تقدر بالنقد، فكل ما له قيمة فهو مال؛ لأن كل ما فيه قيمة فهو منفعة، والناس لا يتعارفون على تقويم ما ليس فيه منفعة، إذ لا يجري التعامل فيها أصلاً، فمناطق المالية عندهم القيمة التي تقدر بالنقد^(٣).

ثانياً - تعريف المال عند المالكية:

عرف المالكية المال بتعريفات مختلفة:

الأول: قال الشاطبي: "هو ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه"^(٤).

الثاني: قال ابن العربي - في معرض كلامه عن السرقة والمال المسروق -: "كل مال تمتد إليه الأطماع، ويصلح عادة وشرعاً للانتفاع به، فإن منع منه الشرع لم ينفع تعلق الطماعية فيه، ولا يتصور الانتفاع منه، كالخمر والخنزير مثلاً"^(٥).

ثالثاً - تعريف المال عند الشافعية:

عرف الشافعي - رحمه الله تعالى - المال بقوله: (ولا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها، وتكون إذا استهلكها مستهلك أدى قيمتها)^(٦).

(١) انظر: ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨ هـ)، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية بدون تاريخ، (٥/٢٧٧).

(٢) رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين): (٤/١١).

(٣) انظر: بحث بعنوان **(بيع الاسم التجاري)** - للدكتور عجيل جاسم النشمي منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الخامس ١٤٠٩ هـ.

(٤) الشاطبي، إبراهيم بن موسى، **الموافقات**، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م، (٢/٣٢).

(٥) ابن العربي، القاضي محمد، **أحكام القرآن**، تخريج وتعليق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، (٢/١٠٧).

(٦) الشافعي، محمد بن إدريس، **الأم**، الناشر: دار المعرفة - بيروت، سنة النشر: ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م، (٥/١٧١).

وقال أيضاً: (كل منفعة ملكت وحل ثمنها، مثل كراء الدار وما في معناها مما تحل أجرته)^(١).

وقال النووي - رحمه الله تعالى - : "فما لا نفع فيه ليس بمال فأخذ المال في مقابلته باطل، ولعدم المنفعة سببان:

أحدهما: القلة كالحبة والحببتين من الحنطة، والزبيب، ونحوهما.
والسبب الثاني: الخسة كالحشرات"^(٢).

وبالنظر في تعريفات الشافعية للمال نجدها تحدد عنصرين للمالية عندهم، وهي:

١ - كونه ذا قيمة تلزم متلفه.

٢ - الانتفاع به، فيخرج من ذلك: ما لا ينتفع به لقلته أو لخسته.
ويعني هذا: دخول المنفعة، والدين في مسمى المال.

رابعاً - تعريف المال عند الحنابلة:

عرف الحنابلة المال بقولهم: المال شرعاً ما يباح نفعه مطلقاً، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة، قال الفتوحى في منتهى الإرادات في تعريفه للمال: "ما يباح نفعه مطلقاً واقتناؤه بلا حاجة"^(٣)، وقال الحجاوي في الإقناع: "وهو ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة"^(٤).

وبالنظر إلى تعريفات الحنابلة للمال عندهم نجدها تحدد للمال عنصرين، هما:

١ - إمكان الانتفاع به.

٢ - حل الانتفاع مطلقاً، أي من غير حاجة ولا ضرورة.

الخلاصة:

وبالنظر إلى ما سبق من تعريفات الفقهاء للمال، نجدهم يشترطون في المال الأوصاف التالية:

(١) الشافعي، الأم، (٦٣/٥).

(٢) النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م، (٣/٣٥٢)

(٣) الفتوحى، محمد بن أحمد، منتهى الإرادات، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، (٢/٢٥٤)

(٤) الحجاوي، موسى بن أحمد، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة بيروت - لبنان، (٢/٥٩).

- ١ - أنه يمكن إحرازه: والحرز ما لا يعد المالك أنه مضيع لماله إذا وضعه فيه، ومرجعه العرف لأنه ليس له ضابط لغة ولا شرعاً.
- ٢ - أنه يقع عليه الملك: أي يمكن أن يملك، فأما ما لا يملك فلا يسمى مالا.
- ٣ - أنه يمكن الانتفاع به في العادة.
- ٤ - أن الطبع البشري يميل إليه.
- ٥ - أن يكون له قيمة عند الناس، وداخلاً تحت التقويم.

وبالنظر إلى الحق المعنوي، نجد أن جميع هذه الأوصاف تنطبق عليه:

فهو يمكن إحرازه، بتسجيله لدى الجهات المختصة، وبالتالي يمنع الاعتداء عليه بأي شكل من الأشكال، كما أنه يقع عليه الملك، وينتفع به في العادة، وله قيمة مكتسبة من تعارف الناس على أهميته، وانتفاع الناس بالحق المعنوي ظاهر من جهة أنه يعرف بالمنتج إن كان علامة تجارية أو اسماً تجارياً، ويعين على انتشاره، ومن جهة استفادة الناس منه مباشرة إذا تم تصنيعه إن كان (سمة، أو مؤلفاً، أو فكرة، أو رسماً أو أ نموذجاً صناعياً، أو مخترعاً جديداً) كما قد قضى العرف الحالي بموجب الأنظمة والقوانين المختصة أنه يجب الضمان على المعتدي على الحق المعنوي، بل يدخل تحت طائلة العقوبة^(١).

والحق العيني في الفقه الإسلامي لا يشترط فيه أن يكون محله عيناً مادية، بل يجوز أن يكون منفعة أو معنى، إذ المنظور في الحق العيني هو العلاقة المباشرة التي يقرها الشرع بين صاحب الحق ومحله، خلافاً لما استقر عليه الفقه الوضعي: من اشتراط كون محل الحق ماديّاً حتى يعتبر عينياً، وبذلك يشمل الحق العيني في الشريعة الحقوق المالية وغير المالية^(٢).

فيتبين مما سبق: أن المال شمل معظم الحقوق، وأن كل ما يجري فيه الملك فهو مال، والحقوق مما يجري فيها الملك فهي أموال باستثناء ما لا يقبل التبعيض، فهذه الحقوق المعنوية سواء أكانت حقوقاً أدبية أم فنية أو حقوقاً صناعية أو تجارية فإنها مال في مفهوم الفقهاء وخاصة المالكية الذين يرون أن المال: "كل ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك"، كما يرون أن الحقوق كلها أموال إذ الحق "جنس يتناول

(١) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص ٣٥٤).

(٢) الدريني، فتحي، حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان، ١٩٨١ م الطبعة الثانية: (ص ٧٩).

المال وغيره كالخيار والفقه والقصاص والولاء والولاية ... " (١)، فيشمل المال حينئذ الأعيان والمنافع والحقوق (٢).

وجمهور الفقهاء يرون - كما مر معنا - أن الملك علاقة اختصاص مقررة من الشارع تنشأ بين المالك ومحل الملك، ومحل الملك أعم من أن يكون مادياً أو غير مادي، فيصح - والحال هذه - أن نعتبر الحقوق المعنوية مالاً، فيكون الحق المعنوي من مشتملات المال، فيصح أن يكون محلاً ما دامت علاقة الاختصاص قائمة وهو منتفع به شرعاً إذ الانتفاع من كل شيء حسب طبيعته، والناس يعتبرون فيه القيمة، وفيه حق المطالبة القضائية، وهي نتيجة للحماية الشرعية للحق (٣)، وعلى هذا فقد تكاملت للحق المعنوي عناصر الملك.

الفرع الثاني ماهية الحق المعنوي

بعد إثبات المالية للحق المعنوي، بقي لنا أن نعرف ماهية هذه المالية بالنسبة للحق المعنوي، هل هي من قبيل الأعيان، أو المنافع، أو الديون، ولبيان ذلك نورد تعريفات كل مصطلح.

الأعيان: جمع عين، ويطلق الفقهاء مصطلح "العين" باعتبارين:

الأول: في مقابل الدين، باعتبار أن الدين ما ثبت في الذمة من غير أن يكون معيناً مشخصاً، سواء أكان نقداً أم غيره، أما العين فهي الشيء المعين المشخص كبيت.

الثاني: في مقابل المنفعة، وهو المراد به في هذا الاعتبار لموضوع البحث، وتفتقر العين والمنفعة بأمرين:

١ - أن العين قائمة بذاتها، بخلاف المنفعة فهي عرض، كما أن المنفعة تتولد من العين ولا عكس.

٢ - أن المنفعة تتجدد بتجدد أوقاتها، فمنفعة السكنى تأتي بعد النزول فيه، وهذا بخلاف العين فهي قائمة عند الطلب موجودة قبله.

(١) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير: (٤/٤٥٧).

(٢) النشمي، عجيل، بيع الاسم التجاري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس.

(٣) فتحي الدريني، حق الابتكار، (ص ٩٤).

المنافع في اللغة: جمع منفعة وهي كل ما ينتفع به، والجمع منافع^(١).

وفي الاصطلاح: هي الفائدة التي تحصل باستعمال العين، فكما أن المنفعة تستحصل من الدار بسكنائها تستحصل من الدابة بركوبها^(٢).

والانتفاع في الاصطلاح: هو حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبته مملوكة^(٣).

وغالباً ما يستعمل الفقهاء كلمة الانتفاع مضافة إلى الحق أو الملك، فيقولون: حق الانتفاع أو تملك الانتفاع عبارة عن الترخيص لشخص أو الإذن له في أن يباشر بنفسه فقط الانتفاع كالإذن في سكنى المدارس واستعمال الطرق والأنهار فيما لا يضر العامة ونحو ذلك.

الدين: الدين في اللغة: يقال دان الرجل يدين ديناً من المداينة، ويقال: داينت فلاناً إذا عاملته ديناً، إما أخذاً أو عطاءً، من أدنت: أقرضت وأعطيت ديناً^(٤).

معنى الدين في اصطلاح الفقهاء:

اختلف الفقهاء في حقيقته على قولين:

القول الأول: أن الدين عبارة عما يثبت في الذمة من مال في معاوضة أو إتلاف أو قرض، وهو مذهب الحنفية^(٥).

والقول الثاني: أن الدين عبارة عما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته، وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية والحنابلة^(٦).

فتدخل فيه كل الديون المالية، سواء منها ما ثبت في نظير عين مالية وما ثبت

(١) ابن منظور، لسان العرب، (٣٥٩/٨) فصل النون.

(٢) أفندي، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار الجيل، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، (١١٥/١)، تعريف المال المادة (١٢٦).

(٣) باشا، محمد قدري، مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان في المعاملات المالية، المطبعة الأميرية - بولاق ١٢٠٨هـ ١٨٩١م، الطبعة الثانية، المادة الخامسة، (ص٤).

(٤) ابن منظور، لسان العرب، مادة (دين).

(٥) انظر: رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، دار الفكر - بيروت، ١٩٩٢م: (١٥٧/٥)؛ وانظر: النسفي، نجم الدين، طلبية الطلبة، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثني ببغداد، (ص١٤١).

(٦) انظر: الرملي، شمس الدين، نهاية المحتاج، دار الفكر - بيروت، ١٩٨٤م، (٣/١٣٠)، منح الجليل (٣٦٢/١)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (١/ ٥٨٥)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، (١/ ٣٩٣)،

في نظير منفعة وما ثبت حقاً لله - تعالى - من غير مقابل كالزكاة، وتخرج عنه سائر الديون غير المالية من صلاة فائتة وإحضار خصم إلى مجلس الحكم ونحو ذلك.

التعريف المختار: هو تعريف الجمهور؛ إذ لا فرق من حيث الثبوت في الذمة أو وجوب الأداء بين المال في الذمة بدلاً عن شيء والمال الثابت فيها من غير أن يكون بدلاً عن شيء.

وبالنظر إلى الحق المعنوي كالعلامة التجارية، وبراءة الاختراع، والرسم النموذجي الصناعي، نجد أن هذه أعيان قائمة بذاتها، يمكن إحرازها بالتسجيل، لا تحدث أنا بعد آن، بل هي موجودة منذ اكتشافها، مرصودة في السجلات الرسمية، مثبتة على المنتجات والسلع والخدمات^(١).

وبناء على ما سبق فإن الحق المعنوي، هو عين وليس بمنفعة ولا دين، وله حكم الأموال.

الفرع الثالث

التكييف الفقهي للمعرفة الفنية

تبين فيما سبق أن المعرفة الفنية (Know How) عين وليس بمنفعة، ولها حكم الأموال، لأنها قائمة بذاتها، ويمكن إحرازها بالتسجيل، وترصد في السجلات الرسمية بأسماء أصحابها، مثبتة على المنتجات والسلع.

وتعتبر المعرفة الفنية والمساعدة التقنية من التزامات المانع أو المرخص تجاه الممنوح والمرخص له في عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)، فهي التزام مثبت في العقد، وبناء عليه يمكن القول بأن التكييف الفقهي للمعرفة الفنية:

أنها من الأعيان التي تبرز وتملك، وهي من لوازم عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) وتوابعه، وهذا ما تؤكد لائحة اللجنة الأوروبية المتعلقة بعقد الامتياز (الفرنشايز) برقم (٨٨/٤٠٨٧) في مادتها الأولى فقرة (ب) بأن عقد الامتياز يجب أن يتضمن على:

- نقل المعرفة الفنية الخاصة بمانح الامتياز إلى متلقي الامتياز.
- قيام مانح الامتياز بتقديم مساعدات فنية إلى متلقي الامتياز^(٢).

(١) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص٣٥٦).

(٢) أحمد أنور، المحل في عقد الامتياز التجاري، (ص١٦١).

وهكذا نرى أن المعرفة والمساعدة الفنية، تعتبر من لوازم العقد وتوابعه، وطرق تعيين توابع العقد عند الفقهاء ما يلي:

- ١ - أن لا تقبل الانفكاك عن المعقود عليه بالنظر إلى الغرض من العقد عليه، فبيع القفل يدخل معه المفتاح؛ لأنه لا يتحقق الغرض من القفل دون المفتاح.
 - ٢ - إذا كان مدلول اسم المبيع يتناولها، بحيث يعتبر جزءاً من أجزائه، فبيع الدار مثلاً يدخل فيه غرفها.
 - ٣ - إذا كانت تتصل بالمبيع اتصال قرار، بأن تكون موضوعاً على الدوام: كبيع الدار مثلاً تدخل فيه الأبواب.
 - ٤ - أن تكون خاضعة للعرف، فما تعارف عليه الناس وقرروه أنه من توابع العقد فهو كذلك، فالأصل أن هذه الأمور كلها ترجع إلى العرف، وهو يختلف باختلاف البلاد، فما جرى العرف في بلد بدخوله في البيع تبعاً دخل فيه، وإن لم يجر هذا العرف في بلد آخر^(١).
- يقول القرافي في الفرق بين قاعدة (ما يتبع العقد عرفاً، وقاعدة: ما لا يتبعه): "وهذه الأبواب التي سردها مبنية على العوائد، وما عداها مدركة العرف والعادة، فإذا تغيرت العادة أو بطلت هذه الفتاوى، وحرمت الفتوى بها لعدم مدركتها فتأمل ذلك، بل تتبع الفتوى هذه العوائد كيفما تقلبت^(٢)."
- وعند الشافعية والحنابلة: إن قال: بعثك هذه الدار. دخل فيها ما اتصل بها من الرفوف المسمرة، وكل ما اتصل بها اتصال استقرار لمصلحتها، ولا يدخل المنفصل عند الحنابلة، و هو أحد الوجهين عند الشافعية^(٣).
- يقول ابن عابدين: "الأصل أن ما لا يكون من بناء الدار ولا متصلاً بها، لا يدخل إلا إذا جرى العرف أن البائع لا يمنعه عن المشتري، فالمفتاح يدخل استحساناً لا قياساً لعدم اتصاله، وقلنا بدخوله بحكم العرف"^(٤).

(١) انظر: الفروق، القرافي، أحمد بن إدريس، أنوار البروق في أنواء الفروق، الناشر: عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ، (٢٨٣/٣)، والشربيني، مغني المحتاج (٨٠/٢ - ٨٦)، والنووي، المجموع شرح المذهب: (٢٨٥/١)، والبهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢٠٦/٢ - ٢٠٩).
 (٢) القرافي، الفروق (٢٨٨/٣)، الفرق (قاعدة ١٩٩ ما يتبع العقد عرفاً وقاعدة ما لا يتبعه).
 (٣) النووي، المجموع (٢٦٨/١١)، وكشاف الغناع (٢٧٥/٣).
 (٤) حاشية ابن عابدين (٣٤/٤).

وبالنظر في أقوال الفقهاء السابقة، ووجه اعتبار أن المساعدة الفنية من توابع العقد ولوازمه، نجد ما يلي:

- ١ - إن المساعدة الفنية لا تقبل الانفكاك عن المعقود عليه، فلا يمكن انفكاك عقد الامتياز التجاري عن المساعدة الفنية؛ إذ إن نشاط الممنوح في عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) يتوقف على تقديم المساعدة، ولا تحصل الفائدة ولا الغرض من العقد إلا بها، فتعلق النشاط بها أعظم من تعلق المفتاح بالقفل^(١).
 - ٢ - إنها مما يشتمل عليها المبيع، وذلك أن العقد لم يحدد لها ثمناً مستقلاً، ومعنى الشمولية هنا أنها تدخل معه بالثمن نفسه دون أن يكون لها حصة من الثمن؛ لأن القاعدة أن كل ما يدخل في المبيع تبعاً لا حصة له من الثمن^(٢).
 - ٣ - إن العرف القانوني قد أوجب على المانح أو المرخص تقديم هذه المساعدة للممنوح أو المرخص له^(٣).
- ومما سبق يتبين للباحث أن المعرفة الفنية (Know How) والمساعدة التقنية تكيف على أنها من توابع العقد ولوازمه، بل و تعتبر محلاً للعقد وأساساً له.
- وقد اطلع الباحث على تكيف لبعض الباحثين عن المعرفة الفنية على أنها من باب الشروط في العقد لمصلحة العاقد^(٤)، وليس له مناسبة في هذا التكيف، لأننا إذا اعتبرنا أن المساعدة الفنية (Know How) هي محل العقد وأساسه فلا معنى لاعتبارها من الشروط في العقد.
- وعلى ما تقدم يتضح أن المعرفة الفنية من الأعيان المالية التي تقع عليها عقود المنفعة والملك، فيمكن الاعتياض عنها بالبيع أو بإجارة منفعتها، وهذا ما سأورده في المطلب التالي:

المطلب الثاني

التكيف الفقهي لأنواع عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)

إذا نظرنا في عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) وأنواعه وأركانه، نجد أن هذا العقد لا يخلو من أن يكون أحد ثلاثة عقود (عقد بيع - عقد إجارة - اجتماع عقد بيع في عقد إجارة)، وبيانه كالتالي:

(١) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص ٣٦٠).

(٢) أفندي، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، (١/ ٢١٣)، (المادة ٢٣٤).

(٣) نعيم مغيب، الفرنشايز، (ص ١٩٤).

(٤) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص ٣٦٠).

الفرع الأول

التكييف الفقهي الأول لعقد الفرنشايز (الامتياز التجاري): أنه عقد بيع

وهذا التكييف واضح في نوع واحد من أنواع الامتياز التجاري، وهو عقد امتياز التوزيع، وذلك لأن المستفيد (الممنوح له أو المرخص له) يقوم بشراء منتجات المالك (المرخص أو المانح) التي عليها شعاره، أو علامته التجارية، ثم يقوم بتوزيعها، فنلاحظ هنا أن محل العقد مكون من جزأين:

- أ - أصل: وهو ذات المنتج.
 - ب - تابع: وهو الشيء المادي الذي يحمل شعار المانح أو المرخص (الحق المعنوي)، وبالتالي فالعقد وقع على مبيع واحد مركب من جزأين متلازمين لا ينفك أحدهما عن الآخر^(١).
- وقد يرد إشكالات على هذا التكييف، منها:

- ١ - علاقة رسم الدخول في هذا العقد: أي ما وجه هذا الثمن الذي يؤخذ قبل البيع في هذا العقد.

ويمكن الجواب من وجهين:

الأول: أن هذا الرسم ليس من أركان عقد الفرنشايز، وليس ملزماً في كل المواد القانونية الخاصة بالفرنشايز (الامتياز التجاري)، وليس بلازم في العقد، بل هو خاضع للقوانين الخاصة في البلد المقدم فيه الامتياز التجاري، كما يخضع أيضاً لتوافق إرادة العاقدين في العقد.

الثاني: ويمكن أن تعتبر هذه الرسوم في حال اشتراطها في العقد، أنها في مقابل ما يقدمه المانح (الفرنشايزر) للممنوح له (الفرنشايزي) من دراسات ودورات خاصة لهذا العمل، وتنشئة الموظفين، وما يتطلبه العمل والنشاط الذي تم العقد من أجله.

- ٢ - ثمن المبيع وقدره غير معلوم وقت العقد:

وتوضيح هذا الإشكال: أن من شروط البيع (العلم بالثمن والمثمن) وذلك لورود النهي عن البيع جزافاً، لما دلّ عليه قول ابن عمر - رضي الله عنه -: ((كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جُزْأً، فَهَآءَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ

(١) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص ٣٦٦).

مِنْ مَكَانِهِ^(١)، وهي في هذا العقد غير معلومة وقت التعاقد، إذ إن العقد هنا يتضمن التزام المانع ببيع منتجاته المعلوم أوصافها للممنوح، دون ذكر كمياتها وأثمانها. ويمكن أن يجاب عن هذا الإشكال: بأن هذا البيع يخرج على أنه بيع (استرجار)، وإليك بيان هذا البيع وأقوال الفقهاء فيه:

مفهوم الاسترجار وأحكامه:

مفهوم الاسترجار:

الاسترجار لغة: الجذب والسحب، وأجرته الدين: أخرته له^(٢).

الاسترجار عند الفقهاء هو: أخذ الحوائج من بيع شيئاً فشيئاً، ودفع ثمنها بعد ذلك^(٣).

حكم بيع الاسترجار:

اختلفت صور بيع الاسترجار عند الفقهاء، و ملخصها ما يلي:

أولاً: مذهب الحنفية:

الصورة الأولى: أن يأخذ الإنسان من بيع ما يحتاج إليه شيئاً فشيئاً مما يستهلك عادة، كالخبز والملح والزيت والعسل ونحوها، مع جهالة الثمن وقت الأخذ، ثم يشتريها بعد استهلاكها.

فالأصل عدم انعقاد هذا البيع؛ لأن المبيع معدوم وقت الشراء، ومن شرائط المعقود عليه أن يكون موجوداً، وذلك للنهي الوارد في هذا، فقد روى أبو داود في سننه بسنده عن حكيم بن حزام رضي الله عنه، قال: يا رسول الله، يأتييني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي، أفأبتاعه له من السوق؟ فقال ﷺ: ((لا تَبِعْ ما لَيْسَ عنْدَكَ))^(٤)، لكنهم

(١) متفق عليه، رواه البخاري في كتاب: البيوع، باب: من رأى: إذا اشترى طعاماً جزافاً، ألا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله، حديث رقم (٢١٣٧)، ومسلم في كتاب: البيوع باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث رقم (١٥٢٧).

(٢) ابن منظور، لسان العرب، (٤/ ١٢٧) فصل الجيم.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (٤ / ٥١٧)، وانظر أيضاً: الأصبحي، مالك بن أنس، المدونة، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م (٣ / ٣١٤)، السنيكي، زكريا بن محمد، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة (٣/٢).

(٤) رواه الإمام أحمد في مسنده، من حديث حكيم بن حزام، حديث رقم (١٥٣١١)، و رواه أبو داود في سننه، كتاب: البيوع، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث رقم (٣٥٠٣).

تسامحوا في هذا البيع وأخرجوه عن هذه القاعدة (اشتراط وجود المبيع) وأجازوا بيع المعدوم هنا استحساناً.

قال ابن عابدين: "ليس هذا بيع معدوم، إنما هو من باب ضمان المتلفات بإذن مالكها عرفاً، تسهياً للأمر ودفعاً للحرج، كما هو العادة، قلت: كل هذا قياس، وقد علمت إن المسألة استحسان، ويمكن تخريجها على قرض الأعيان، ويكون ضمانها بالثمن استحساناً" (١).

الصورة الثانية: وهي نفس الصورة الأولى، لكن تختلف عنها بالنسبة لمعرفة الثمن، أي إن الإنسان يأخذ ما يحتاج إليه شيئاً فشيئاً مع العلم بالثمن وقت الأخذ، ثم يحاسبه بعد ذلك.

وهذا البيع جائز ولا خلاف في انعقاده؛ لأنه كلما أخذ شيئاً انعقد بيعاً بثمنه المعلوم، ويكون بيعاً بالتعاطي، والبيع بالتعاطي ينعقد (٢)، سواء أَدفع الثمن وقت الأخذ أم تأجل.

ومثلها في الحكم: أن يدفع الإنسان إلى البائع الدراهم دون أن يقول له: اشتريت، وجعل يأخذ كل يوم خمسة أرتال مع العلم بثمنها.

هذا البيع جائز؛ لأنه وإن كانت نيته الشراء وقت الدفع إلا أنه لا ينعقد بيعاً بمجرد النية، وإنما انعقد بيعاً الآن بالتعاطي، والآن المبيع معلوم فينعقد البيع صحيحاً.

الصورة الثالثة: أن يدفع الإنسان إلى البائع دراهم، ويقول له: اشتريت منك مائة رطل من خبز مثلاً، وجعل يأخذ كل يوم خمسة أرتال.

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (٤/٥١٦).

(٢) قال ابن قدامة في الاستدلال لمشروعية بيع التعاطي: "إن الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق. والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عندهم، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً، وأبقاه على ما كان، فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم، ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه - مع كثرة وقوع البيع بينهم - استعمال الإيجاب والقبول، ولو استعملوا ذلك في بيعاتهم لنقل نقلاً شائعاً، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله، ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله؛ ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه ﷺ بياناً عاماً، ولم يخف حكمه؛ لأنه يفرض إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً وأكلهم المال بالباطل، ولم ينقل ذلك عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر" أ.هـ ابن قدامة، موفق الدين، المغني مع الشرح الكبير، (٣/٤٨١).

هذا البيع فاسد؛ وذلك لجهالة المبيع؛ لأنه اشترى خبزاً غير مشار إليه فكان المبيع مجهولاً، ومن شرائط صحة البيع: أن يكون المبيع معلوماً.

الصورة الرابعة: وهي أن يدفع الإنسان الدراهم للبائع دون أن يقول له: اشتريت، وجعل يأخذ كل يوم خمسة أرتال ولا يعلم ثمنها، فهذا لا ينعقد بيعاً بالتعاطي لجهالة الثمن، فإذا تصرف الآخذ في المبيع، وقد دفعه البائع برضاه بالدفع وبالتصرف فيه على وجه التعويض عنه، لم ينعقد بيعاً، وإن كان على نية البيع، لأن البيع لا ينعقد بالنية، فيكون شبيه القرض المضمون بمثله أو بقيمته، فإذا توافقا على شيء بدل المثل أو القيمة برئت ذمة الآخذ^(١).

ثانياً - مذهب المالكية:

لبيع الاسترجار عند المالكية عدة صور، هي كالتالي:

الصورة الأولى: أن يضع الإنسان عند البائع دراهم، ثم يأخذ بجزء معلوم من الدراهم سلعة معلومة وهكذا، فهذا البيع صحيح؛ لأن السلعة معلومة والثمن معلوم.

الصورة الثانية: أن يضع عند البائع درهماً، ويقول له: آخذ به منك كذا وكذا من التمر مثلاً، أو كذا وكذا من اللبن أو غير ذلك، يقدر معه فيه سلعة ما، ويقدر ثمنها قدرماً ما، ويترك السلعة يأخذها متى شاء، أو يؤقت لها وقتاً يأخذها فيه، فهذا البيع جائز أيضاً.

الصورة الثالثة: أن يترك عند البائع درهماً في سلعة معينة أو غير معينة، على أن يأخذ منها في كل يوم بسعره، وعقداً على ذلك البيع، فهذا البيع غير جائز؛ لأن ما عقد عليه من الثمن مجهول، وذلك للغرر الذي يمنع صحة البيع، قال الإمام مالك: "ولا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهماً ثم يأخذ منه برقع أو بثلث أو بكسر معلوم سلعة معلومة فإذا لم يكن في ذلك سعر معلوم، وقال الرجل: آخذ منك بسعر كل يوم. فهذا لا يحل؛ لأنه غرر يقل مرة ويكثر مرة، ولم يفترقا على بيع معلوم"^(٢).

الصورة الرابعة: أن يأخذ الإنسان من البائع ما يحتاج إليه بسعر معلوم، فيأخذ

(١) انظر تفصيلات هذه الصور في: البحر الرائق (٢٧٩/٥)، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص (٣٦٤)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٤٤/٩).

(٢) مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك برواية أبي مصعب الزهري، المحقق: بشار عواد معروف - محمود خليل، الناشر: مؤسسة الرسالة - سنة النشر: ١٤١٢ هـ، (٣٥٥/٢).

كل يوم وزناً معلوماً بسعر معلوم، والتمن إلى أجل معلوم، أو إلى العطاء إذا كان العطاء معلوماً مأموناً، فهذا البيع جائز^(١).

ثالثاً - مذهب الشافعية:

لبيع الاستجرار عند الشافعية صورتان:

الصورة الأولى: أن يأخذ الإنسان من البائع ما يحتاجه شيئاً فشيئاً، ولا يعطيه شيئاً، ولا يتلفظان ببيع، بل نويأ أخذه بثمنه المعتاد، ويحاسبه بعد مدة ويعطيه، كما يفعل كثير من الناس.

قال النووي: هذا البيع باطل بلا خلاف (أي عند الشافعية) لأنه ليس ببيع لفظي ولا معاطاة^(٢).

قال الأذرعى: وهذا ما أفتى به البغوي، وذكر ابن الصلاح نحوه في فتاويه، وتسامح الغزالي فأباح هذا البيع، لأن العرف جار به، وهو عمدته في إباحته^(٣).

وقال الأذرعى: قول النووي - إن هذا لا يعد معاطاة ولا بيعاً - فيه نظر، بل يعده الناس بيعاً، والغالب أن يكون قدر ثمن الحاجة معلوماً لهما عند الأخذ والعطاء، وإن لم يتعرضا له لفظاً^(٤).

الصورة الثانية: أن يقول الإنسان للبائع: أعطني بكذا لحماً أو خبزاً مثلاً، فيدفع إليه مطلوبه فيقبضه ويرضى به، ثم بعد مدة يحاسبه ويؤدي ما اجتمع عليه، فهذا البيع مجزوم بصحته عند من يجوز المعاطاة^(٥).

(١) انظر تفصيلات هذه الصور في: مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، ط. الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م، (٣/٣١٥)، الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، الناشر:

مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢ هـ، (ثم نقلتها دار الكتاب الإسلامي في القاهرة تصويراً عن ط. السعادة، - الطبعة: الثانية، بدون تاريخ)، (٥/١٥).

(٢) النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، الناشر: دار الفكر، (٩/١٦٤).

(٣) الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م، (٢/٣٢٦).

(٤) الهيثمي، ابن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، سنة النشر: ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م، (٤/٢١٧).

(٥) انظر تفاصيل هذه الصور: السنيكي، زكريا بن محمد، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ طبعة، (٢/٣).

رابعاً - مذهب الحنابلة:

مسائل بيع الاستجرار عند الحنابلة مبنية على البيع بغير ذكر الثمن، وقد ذكر المرداوي في الإنصاف هذه المسائل فقال: "البيع بما ينقطع به السعر لا يصح، وهو المذهب، وعليه الأصحاب، وعنه: يصح. واختاره الشيخ تقي الدين - رحمه الله -، قوله (أو بما باع به فلان) لم يصح، وهو المذهب، وعليه الأصحاب، وعنه: تصح، واختاره الشيخ تقي الدين - رحمه الله -، وقال: هو أحد القولين في مذهب الإمام أحمد - رحمه الله -" (١).

ومن شروط البيع كون الثمن معلوماً حال العقد على الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب، واختار ابن تيمية صحة البيع وإن لم يسم الثمن، وله ثمن المثل، ونظير هذا: صحة النكاح بدون تسمية مهر، ولها مهر المثل (٢).

وقد ذكر ابن مفلح في فوائده على مشكل المحرر اختلاف الروايات عن الإمام أحمد في مسائل البيع بغير ذكر الثمن، وأورد صورتين اختلف فيهما رأي الإمام أحمد، فلم يجز البيع في إحدهما، وأجازه في الأخرى (٣).

قال الخلال في البيع بغير ثمن مسمى، عن حرب: سألت الإمام أحمد قلت: الرجل يقول لرجل: ابعث لي جريباً من بر، واحسبه علي بسعر ما تبيع، قال: "لا يجوز هذا حتى يبين له السعر" (٤).

أما روايتنا الجواز فهما: ما نقله أبو داود في مسائله حيث قال: باب في الشراء ولا يسمى الثمن، سمعت أحمد سئل عن الرجل يبعث إلى البقال، فيأخذ منه الشيء بعد الشيء، ثم يحاسبه بعد ذلك، قال: أرجو أن لا يكون بذلك بأس، قيل لأحمد: يكون البيع ساعتئذ؟ قال: لا (٥).

(١) المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ، (٤/٣١٠).

(٢) المرجع السابق.

(٣) ابن مفلح، برهان الدين، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية، الناشر: مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٠٤هـ، (١/٢٩٨).

(٤) ابن تيمية، أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الناشر: مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة: الثانية ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، (١/٢٩٨).

(٥) السجستاني، أبو داود، مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني، تحقيق: أبي معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، الناشر: مكتبة ابن تيمية، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م، (١/٢٥٦).

ورواية الجواز هذه هي ما اختارها وأخذ بها ابن تيمية وابن القيم، قال ابن تيمية: "وظاهر هذا أنهما اتفقا على الثمن بعد قبض المبيع والتصرف فيه، وأن البيع لم يكن وقت القبض وإنما كان وقت التحاسب، وأن معناه: صحة البيع بالسعر، أي السعر المعهود بيعه به، فعن مثنى بن جامع عن أحمد في الرجل يبعث إلى معامله، ليبعث إليه بثوب، فيمر به فيسأله عن ثمن الثوب فيخبره، فيقول له: اكتبه، والرجل يأخذ التمر فلا يقطع ثمنه، ثم يمر بصاحب التمر فيقول له: اكتب ثمنه؟ فأجازه إذا ثمنه بسعر يوم أخذه، وهذا صريح في جواز الشراء بثمن المثل وقت القبض لا وقت المحاسبة، سواء أذكر ذلك في العقد أم أطلق لفظ الأخذ زمن البيع" (١).

وقال ابن القيم في إعلام الموقعين: "القول الثاني هو الصواب المقطوع به، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر، جواز البيع بما ينقطع به السعر، وهو منصوص الإمام أحمد، واختاره شيخنا (يعني ابن تيمية) وسماعته يقول: هو أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول لي: أسوة بالناس، أخذ بما يأخذ به غيري، قال: والذين يمنعون ذلك لا يمكنهم تركه، بل هم واقعون فيه، وليس في كتاب الله تعالى ولا سنة رسول الله ﷺ ولا إجماع الأمة ولا قول صاحب ولا قياس صحيح ما يحرمه، وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل، وأكثرهم يجوزون عقد الإجارة بأجرة المثل، كالغسال والخباز والملاح وقيم الحمام والمكاري، فغاية البيع بالسعر أن يكون بيعه بثمن المثل، فيجوز كما تجوز المعاوضة بثمن المثل في هذه الصور وغيرها، فهذا هو القياس الصحيح، ولا تقوم مصالح الناس إلا به" (٢).

خلاصة ما سبق:

أن لبيع الاسترجار عدة صور، وأحكامها عند الفقهاء كالاتي:

الصورة الأولى: الاسترجار بثمن مؤخر دون اتفاق سابق على الثمن وكمية المبيع، وهو الذي ذكره ابن عابدين - كما سبق -، وفي هذا النوع لا يدفع المشتري للبائع ثمناً وإنما يدفعه فيما بعد، ولكن مع وجود النية، كما أنه ليس هناك اتفاق أو تفاهم مشترك.

(١) ابن تيمية، أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، باب: ما يجوز لبيعه وما يشترط لصحته (٢٩٩/١)

(٢) ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، (٥/٤)

والمسألة محل نزاع بين الفقهاء وهي ما تسمى عندهم (البيع بما ينقطع به السعر) وهي محل خلاف كبير بين الفقهاء على قولين:

القول الأول: القائلون بالجواز، وهو ما أخذه متأخرو الحنفية، والإمام الغزالي من الشافعية، ورواية للحنابلة اختراها شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم. ووجه الجواز عندهم: أنهم تسامحوا في هذا البيع، وأجازوا بيع المعدوم هنا استحساناً.

القول الثاني: القائلون بالبطلان، وهو قول المالكية وجمهور الشافعية، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة.

ووجه ذلك عندهم: الجهالة الموجودة في الثمن، وهذا الغرر يمنع صحة البيع، وذلك لما ثبت في الصحيح عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قَالَ: "نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ"^(١).

القول المختار:

والذي يظهر للباحث هو رجحان القول بالجواز.

وذلك لما يلي:

- ١ - إن هذا البيع ليس على أساس بيع المعدوم، ولا لكونه مستهلكاً قبل الشراء، وإنما على أساس أن البيع قد تحقق وقت القبض بناء على العرف، وكما قال متأخرو الحنفية استحساناً.
 - ٢ - إن الأصل هو تصحيح عقود العاقل بقدر الإمكان، يقول الدكتور محمد علي القره داغي: "إن هذا في الحقيقة ليس قائماً على العقد، وإنما على التسامح والتراضي، ولذلك يرى الإمام الغزالي التسامح فيه بناء على أن ذلك من المحقرات، إضافة إلى أن ذلك لا يترتب عليه نزاع، ولذلك فلا داعي للحكم ببطلانه"^(٢).
- الصورة الثانية:** وجود اتفاق أو تفاهم متقدم بين البائع (صاحب المحل) والمشتري (المستهلك) على أن يأخذ البضاعة الموجودة في المحل شيئاً فشيئاً بثمن

(١) رواه مسلم في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر، حديث رقم (١٥١٣).

(٢) ورقة بحث بعنوان: أنواع الاستجزار للدكتور: علي القره داغي، منشور في موقعه الشخصي بتاريخ: الاثنين، ٦ تموز ٢٠٠٩م، على العنوان التالي: (www.qaradaghi.com)

معلوم مؤخر يعطيه المشتري أسبوعياً أو شهرياً أو نحو ذلك، أو بعبارة أخرى: يأخذ الثمن بعد مجموعة من البياعات.

فهذا النوع يحتمل ما يأتي:

أولاً: أن يتم التفاهم على البيع والشراء في البداية دون تحديد الثمن لكل جزء، فهذا النوع جائز.

ثانياً: أن يكون البيع مثل السابق ما عدا كون المبيع غائباً عن العاقلين، وهذا البيع جائز.

الصورة الثالثة: أن يقدم المشتري الثمن فيضع مبلغاً من المال عند البائع (صاحب المحل) ويقول له: اشتريت منك مائة كيلو من الطحين، وكذا من اللحم ...، فجعل يأخذ كل يوم خمسة كيلو مثلاً.

فهذا النوع عند الحنفية فاسد، وذلك لجهالة المبيع، حيث اشتراه دون تحديده بالإشارة.

وربما فساد هذا النوع يعود إلى تحديد المبيع دون أن يكون موجوداً، فيكون داخلياً في بيع ما لا يملك، وبيع المجهول.

أما إذا كان المبيع موجوداً فالبيع جائز عند جمهور الفقهاء.

ولذلك فالراجح هو القول بالجواز لعدم وجود موانع تمنع صحة البيع.

الصورة الرابعة: أن يدفع الإنسان مبلغاً محدداً للبائع دون أن يقول له اشتريت، فجعل يأخذ كل يوم بنفسه أو عن طريق أهله خمسة كيلو من الطحين، وخمسة من اللحوم (مثلاً) وهكذا دون تحديد ثمنها، حيث يحسب من المبلغ المدفوع.

وهذا النوع أجازاه بعض متأخري الحنفية على خلاف بينهم في التكيف: هل هو بيع أجزى استحساناً أم هو قرض مضمون بمثله أو بقيمته، بناء على أن البيع لا بد منه من التصريح به وأن النية وحدها لا تكفي، وهو جائز أيضاً عند المالكية.

وهذا النوع جائز أيضاً عند فقهاء الشافعية القائلين بصحة بيع المعاطاة - كما سبق - وهو الراجح عند جماعة منهم، وأوردنا كلام الأزرعي في ذلك.

وبناء على ما سبق:

وبناء على هذه الصور التي نقلناها عن الفقهاء، فإن من قال بجواز بيع الاسترجار فعقد الفرنشتيز (الامتياز التجاري) عنده جائز، وذلك:

لأن عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) لا يخرج من هذه الصور التي ذكرها

الفقهاء، ومن قال بمنع بيع الاستجرار، فعقد الفرنشايز عنده لا يجوز على ما بيناه فيما سبق.

الفرع الثاني

التكييف الفقهي الثاني أنه عقد إجارة

وهذا واضح في ثلاثة أنواع من عقود الفرنشايز، وهي فرنشايز الخدمات التجارية، والفرنشايز التجاري الاستثماري، والفرنشايز على الخامات أو المنتجات أو السلع:

فرنشايز الخدمات التجارية: ووجه كون هذا النوع من الفرنشايز أنه عقد إجارة، هو أن فرنشايز الخدمات التجارية يتم فيها تأجير منفعة الحق المعنوي الذي هو العلامة التجارية ونحوها من الرسوم والنماذج، إلى الممنوح له (الفرنشايزي)، وبالتالي، فإن هذا العقد يعتبر عقد إجارة، حيث أن المانع (الفرنشايزر) في عقد الفرنشايز ملك الممنوح له منفعة الحق المعنوي، بكافة أنظمتها الخدمية، وأسسها التقنية، في مقابل عوض مسمى، وهذا هو عقد الإجارة.

الفرنشايز التجاري الاستثماري: وكيف هذا النوع من الفرنشايز على أنه عقد إجارة أيضاً، لكنه يختلف عن النوع الأول في أن عقد الفرنشايز وقع على مؤسسة بكاملها، وليس فقط الحق المعنوي.

الفرنشايز على الخامات أو المنتجات أو السلع: وصورة هذه الأنواع من الفرنشايز، هي كالتالي:

في الفرنشايز الإنتاجي يتم فيها توزيع السلع المنتجة دون التطرق إلى أساليب تصنيعها، وتقوم بدور إيصال الانتاج للمستهلك، وفي الفرنشايز التوزيعي يتم تقديم المنتجات من الفرنشايزر إلى الفرنشايزي الذي يقوم بدوره ببيعها إلى الزبائن، وفي الفرنشايز الخدماتي يضع الفرنشايزر بعض خدماته بتصرف الفرنشايزي الذي بدوره يقدمها للزبائن^(١).

وإذا نظرنا إلى أنواع الامتياز هذه (الخامات - المنتجات - السلع - التصنيع - التوزيع - البنيان التجاري) نجدها أنها لا تخرج من كونها مبيعاً في عقد البيع، أو إجارة مشروطة بسرية المعلومات المعرفية للفرنشايزر، وذلك لأن المرخص أو المانع

(١) مغيب، الفرنشايز، (ص ٤٦).

يقوم بتوريد هذه الأشياء إلى الممنوح الذي يقوم ببيعها بعد وضع الشعار أو العلامة التجارية الخاصة بالأول.

فإنه في الفرنشايز الصناعي تعطى المعرفة السرية للممنوح له ويسمح بإنتاج السلع ويعطى موافقته لتصنيع هذه السلع تحت علامة الممنوح، وفي حال قام المانع أو المرخص بتوريد معدات تستخدم في تصنيع هذه المنتجات، فإن هذه المعدات خاضعة لإرادة الطرفين في العقد، فتكون في هذه الحالة في حكم العين المستأجرة. وفي حالة البيع فقد ينص على امتلاك الممنوح له هذه المعدات بموجب العقد، وتكون قيمته داخلة في الرسم الثابت^(١).

مما سبق في تكييف ماهية الحق المعنوي تقرر أن الحق المعنوي من الأعيان المالية التي يجوز الاعتياض عنها، وبما أن عقد الإجارة كما عرفه الفقهاء هو: تملك منفعة بعوض مسمى^(٢)، وهي جائزة بالكتاب والسنة والإجماع. أما في الكتاب: فقله جل جلاله: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ سورة الطلاق: ٦.

وجه الاستدلال بهذه الآية واضح، وهو أن الله تعالى أمر إعطاء الأجر للمرضعة على عمل الرضاعة، وهذا يدل على مشروعية ذلك، ووجوب الالتزام بدفع الأجر في مقابل العمل في الإجارة، يقول الإمام الشافعي: (فأجاز الإجارة على الرضاع، والرضاع يختلف لكثرة رضاع المولود وقلته، وكثرة اللبن وقلته، ولكن لما لم يوجد فيه إلا هذا جازت الإجارة عليه، وإذا جازت عليه جازت على مثله، وما هو في مثل معناه، وأحرى أن يكون أبين منه...) أهـ^(٣).

ودليل مشروعية الإجارة من السنة:

يدل على مشروعيتها أحاديث كثيرة، منها:

حديث عائشة - رضي الله عنها - في قضية الهجرة، حيث قالت: (استأجر

(١) المرجع السابق

(٢) انظر: السرخسي، المبسوط، (٤/١٥)، النووي، روضة الطالبين، (٥/١٧٣)، ابن قدامة، المغني، (٥/٣٢٢)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، (٤ / ٥).

(٣) محمد بن إدريس، الشافعي، الأم، الناشر: دار المعرفة - بيروت، بدون تاريخ طبعة، سنة النشر: ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م، (٤/٢٦)

النبي ﷺ وأبو بكر - رضي الله عنه - رجلاً من بني الدَّيْل (اسم قبيلته) هادياً خريئاً (أي ماهراً) وهو على دين كفار قريش...^(١).

وحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: "ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم، فقال أصحابه: وأنت؟ فقال: نعم، كنت أُرعاها على قراريط لأهل مكة"^(٢).

ودليل مشروعية الإجارة من الإجماع:

وقد انعقد على جواز الإجارة الإجماع في عهد الصحابة، والتابعين، وأصحاب المذاهب المعتمدة إلا ما روى عن بعض المتأخرين كأبي بكر الأصبم، وابن عليّة حيث قالوا بعدم جوازها لما فيها من غرر، وهو خلاف جاء بعد الإجماع فلا يعتدّ به، قال ابن قدامة: "وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة، إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصبم أنه قال: لا يجوز ذلك؛ لأنه غرر، يعني أنه يعتقد على منافع لم تخلق، وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار، وسار في الأمصار، والعبرة أيضاً دالة عليها؛ فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان، وجب أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا يخفي ما بالناس من الحاجة إلى ذلك"^(٣).

وعلى هذا يكون تكييف بعض أنواع عقد الفرنشايز بأنه إجارة، وذلك لأن المانع أو المرخص في عقد الامتياز التجاري هو المؤجر لهذا الحق المعنوي، والممنوح له والمرخص له هو المستأجر، فإن عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) على هذا الوصف يمكن تخريبه على أنه عقد إجارة، حيث أن المانع أو المرخص يملك الممنوح له منفعة الحق المعنوي بكافة أنظمتها الخدمية في مقابل عوض مسمى^(٤).

إشكال واعتراض:

يرد على هذا التكييف (أنه عقد إجارة) إشكالان:

الأول: أن الأجرة في هذا العقد غير معلومة، وهي النسبة الدورية التي تؤخذ بقدرها من المبيعات.

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الإجارة، باب: استئجار المشرّكين عند الضرورة، أو: إذا لم يوجد أهل الإسلام، حديث رقم: (٢٢٦٣).

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الإجارة، باب: رعي الغنم على قراريط، حديث رقم (٢٢٦٢).

(٣) ابن قدامة، المغني، (٣٢١/٥).

(٤) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص٣٦٢).

الثاني: أن عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) مكون من ثمن أجرة وهو (رسم الدخول) وهو النسبة المحددة بمبلغ معين وثمان مبيع فهل يجوز الجمع بينهما؟

الإشكال الأول: مداره أنه يجب العلم بالأجرة والأجرة هنا غير معلومة، ويشترط في الأجرة ما يشترط في الثمن من العلم به، لقول النبي ﷺ: "من استأجر أجيراً فليس له أجرته"^(١)، وإن كان الأجر مما يثبت ديناً في الذمة كالدرهم والدنانير والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة فلا بد من بيان جنسه ونوعه وصفته وقدره، ولو كان في الأجر جهالة مفضية للنزاع فسد العقد، وهي المسألة المتعارف عليها عند الفقهاء بمسألة "قفيز الطحان"^(٢)، واختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: لا يجوز أن تكون الأجرة بعض المعمول، أو بعض الناتج من العمل المتعاقد عليه، وهو مذهب الحنفية، وهو قول للمالكية^(٣).

(١) أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه، باب: الرجل يقول: بع هذا بكذا، فما زاد فلك، حديث رقم: (١٥٠٢٤)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المجلس العلمي - الهند، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ.

قال ابن حجر في تخريجه لهذا الحديث: "قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل: سألت أبا زرعة عن حديث رواه حماد بن سلمة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي عن أبي سعيد الخدري عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه نهى أن يستأجر حتى يعلم أجره، ورواه الثوري عن حماد عن إبراهيم عن أبي سعيد موقوفاً، فقال أبو زرعة: الصحيح موقوف، فإن الثوري أحفظ" انتهى كلامه. [انظر: العسقلاني، ابن حجر، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٨٩م، (١٤٥/٣)].

(٢) قفيز الطحان: هو أن يستأجر رجلاً ليطحن له حنطة معلومة بقفيز من دقيقها. والقفيز: مكيال يتواضع الناس عليه، وهو عند أهل العراق.

[انظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي (٩٠ / ٤)، والنسفي، نجم الدين، طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، الطبعة: بدون طبعة، (ص: ١٢٧)].

(٣) المرغيناني علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، (٢٤٠/٣)، وانظر أيضاً: الصاوي، أحمد بن محمد الخلوئي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، الناشر: دار المعارف، (١٩/٤)، وأيضاً: منهاج الطالبين وعمدة المفتين، يحيى بن شرف النووي، المحقق: عوض قاسم أحمد عوض، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٥م، (١٥٩/١).

القول الثاني: يجوز إن كانت الأجرة جزءاً شائعاً مما عمل فيه الأجير، وهو قول الحنابلة^(١)، ووافقهم المالكية في بعض الصور التي يمكن فيها علم الأجر بالتقدير^(٢).

أدلة الفريقين:

أدلة أصحاب القول الأول:

أولاً: حديث "نهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان"^(٣)، وجه الدلالة من الحديث: قال الطحاوي: ومعنى نهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح إلى الطحان بجزء من الدقيق الذي يطحنه، قالوا: وهذا لا يجوز عندنا، وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده، ولا هي من الأشياء التي تكون ديوناً على الذم^(٤).
والجواب عليه: بأن الحديث ضعيف.

ثانياً: لما فيه من غرر في تسليم المستأجر أجرة العامل؛ وذلك لأنه إذا هلك ما يجري فيه العمل ضاع على الأجير أجره، وحينئذ يكون المستأجر عاجزاً عن تسليم الأجرة، ولا يعد قادراً بقدرة غيره، ومثاله: سلخ الشاة بجلدها، وطحن الحنطة ببعض المطحون منها، لجهالة مقدار الأجر؛ لأنه لا يستحق جلدتها إلا بعد السلخ، ولا يدري هل يخرج سليماً أو مقطوعاً^(٥).

(١) انظر: ابن قدامة، المغني، (٣٢٨/٥) و (٩/٥).

(٢) جاء في حاشية الصاوي: "فيجوز إن علم ما يحتطبه عليها بعادة أو شرط. فعلة الجواز العلم وسواء قيد بزمان أم لا".

الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك، (٢٥/٤).

(٣) رواه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، حديث رقم (٢٩٨٥)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: البيوع، باب: النهي عن عصب الفحل، حديث رقم: (١٠٨٥٤)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

قال ابن الملقن بعد سرد طرق الحديث ورجاله: "فالحديث معلول؛ فإن شيخ سفيان وهو هشام المذكور لا نعرفه، لا جرم قال الذهبي في «ميزانه»: هذا خير منك، ورجاله لا تعرف". [انظر: ابن الملقن، سراج الدين، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م، و انظر: تلخيص الحبير، (٦٠/٣)].

(٤) الطحاوي، أحمد بن محمد، شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ، ١٩٩٤ م، (١٨٦/٢).

(٥) الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك، (١٨/٤).

ويجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: أن التسليم في عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) مقدور على تسليمها في غالب الأحيان، لا سيما إن تم ذلك وفق العقود الموثقة التي تضمن حق الطرفين، وأيضاً فإن تسليم الأجرة في عقد الفرنشايز هو في مقدور المانح لا في قدرة غيره.

الوجه الثاني: لأن وجد عجز في تسليم الأجر، فإن هذا العجز طارئ في أول العقد، ولا يستمر بل يزول بمباشرة العقد.

ثالثاً: قالوا: سبب المنع، هو وجود الجهالة في الأجرة المفضية للغرر المنهي عنه، ففي أسنى المطالب: "ولأن الأجرة ليست في الحال بالهيئة المشروطة فهي غير مقدور عليها وللجهل بها حينئذ" (١).

والجواب عن ذلك: أن هذا لا غرر فيه ولا جهالة، قال ابن القيم - رحمه الله - :
 "والأخذ بالحديث الذي لا يثبت بوجه أنه «نهى عن قفيز الطحان» وهو: أن يدفع حنطة إلى من يطحنها بقفيز منها، أو غزله إلى من ينسجه ثوباً بجزء منه أو زيتونه إلى من يعصره بجزء منه ونحو ذلك مما لا غرر فيه ولا خطر ولا قمار ولا جهالة ولا أكل مال بالباطل، بل هو نظير دفع ماله إلى من يتجر فيه بجزء من الربح، بل أولى؛ فإنه قد لا يربح المال فيذهب عمله مجاناً، وهذا لا يذهب عمله مجاناً؛ فإنه يطحن الحب ويعصر الزيتون ويحصل على جزء منه يكون به شريكاً للمالكة، فهو أولى بالجواز من المضاربة، فكيف يكون المنع منه موافقاً للأصول والمزارعة التي فعلها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وخلفاؤه الراشدون خلاف الأصول؟" (٢).

أدلة القول الثاني:

أولاً: ما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن عمر رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ أعطى خيبر اليهود، على أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما خرج منها» (٣).

(١) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، (٢/٤٠٥).

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين، (٢/٢٥٠).

(٣) رواه البخاري في صحيحه، كتاب المزارعة، باب: المزارعة مع اليهود، حديث رقم: (٢٣٣١)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب: المساقاة، والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، حديث رقم: (١٥٥١).

وجه الدلالة:

أن العامل في المزرعة مثل الطحان مع الحب، وقد أعطى النبي ﷺ الأرض لأهل خيبر على أن تكون الأجرة بعض ما يخرج منها وهو الشطر.

قال ابن حجر: "هذا الحديث هو عمدة من أجاز المزارعة والمخابرة لتقرير النبي ﷺ لذلك واستمراره على عهد أبي بكر - رضي الله عنه - إلى أن أجلاهم عمر - رضي الله عنه - واستدل به على جواز المساقاة في النخل والكرم وجميع الشجر الذي من شأنه أن يثمر بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمرة، وبه قال الجمهور وخالفهم الحنفية في ذلك" (١).

ثانياً: أنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها، كالدرهم والدنانير، وكالشجر في المساقاة والأرض في المزارعة (٢)، وقد أشار الإمام أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة، فقال: لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع؛ لحديث جابر، «أن النبي ﷺ - أعطى خيبر على الشطر» وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز؛ لشبهه بالمساقاة والمزارعة، لا إلى المضاربة، ولا إلى الإجارة. ونقل أبو داود، عن أحمد، في من يعطي فرسه على النصف من الغنيمة، قال: أرجو أن لا يكون به بأس (٣).

القول المختار:

يرى الباحث جواز الأجرة المشاعة وهو القول الثاني، وذلك لحديث معاملة النبي ﷺ لأهل خيبر بالشطر من أرضهم ونخلهم، على أن يعطوه نسبة من غلتها تقدر النصف ٥٠٪، وهذا كالنص في مسألة الامتياز التجاري هنا.

الإشكال الثاني: أن عقد الامتياز مكون من ثمن أجرة وهو (رسم الدخول)

و^{ثمن المبيع}:

المقصود بـ (رسم الدخول):

هي تحديد قيمة مالية يجب دفعها إلى المانح (الفرنشايزي)، مقابل السماح

(١) العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، (١٣/٥).

(٢) ابن قدامة، المغني، (٩/٥).

(٣) ابن قدامة، المغني، (٩/٤).

باستثمار هذا النشاط، و حق الدخول هذا يتم مقابل ولوج الممنوح له (الفرنشايزر) إلى شبكة المانح (الفرنشايزي)^(١).

والمسألة هنا: هل يجوز الجمع بين هذه النسبة المحددة بمبلغ معين وثمان المبيع؟

أقوال المذاهب في ذلك:

القول الأول: من يرى عدم الجواز في المسألة السابقة (كون الأجرة ببعض الغلة)، فقولهم مطرد في عدم الجواز في هذه المسألة من باب أولى، وذلك لأن جهالة البعض (وهي النسبة) يؤدي إلى جهالة الكل.

القول الثاني: أما من يرى جواز كون الأجرة ببعض الغلة، وهم الحنابلة، فلهم روايتان في هذه المسألة، قال ابن قدامة: "وإن جعل له مع ذلك دراهم معلومة، لم يجز، نص عليه. وعنه الجواز، والصحيح الأول، وقال أبو بكر: هذا قول قديم، وما روي غير هذا فعليه المعتمد"^(٢).

القول المختار:

يتبين مما سبق أن حجة المنع من الجمع بين الأجرة المقدرة بالعدد والنسبة هي مخالفة العرف، لقول الإمام أحمد لما سئل: عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين؟ قال: "أكرهه؛ لأن هذا شيء لا يعرف"^(٣).

ولعل مقصود الإمام أحمد - رحمه الله - بالعرف هنا أحد هذه الأمور:

- ١ - إن كان يقصد الإمام بالعرف هو عرف التجار وقتئذ، فإن الأحكام تتغير بتغير الأعراف، والعرف في زماننا لا يمنع ذلك.
- ٢ - وإن كان مقصوده العرف الشرعي، فلا يوجد نص أو قياس صحيح يمنع منه.
- ٣ - وإن كان المقصود أنه لا يعرف عن أحد من أهل العلم جوزه، فقد روى جوازه بعض التابعين، قال ابن قدامة في المغني: "وروى الأثرم، عن ابن سيرين، والنخعي، والزهري، وأيوب، ويعلى بن حكيم، أنهم أجازوا ذلك" أي: بالثوب يدفع بالثلث والربع"، ولعل الأقرب إلى مقصود الإمام هو العرف عند التجار^(٤)، والله أعلم.

(١) مغيب، نعيم، الفرنشايز، (ص ٢٠٧).

(٢) ابن قدامة، المغني، (٩/٥).

(٣) المرجع السابق.

(٤) ابن قدامة، المغني، (٩/٥).

يمكن القول أن تحديد الأجرة بالنسبة لا يخل بشرط العلم بالأجرة كما تقدم، فتكون كالأجرة المعلومة المقسومة إلى جزأين، أحدهما يدفع قبل الشروع في الانتفاع بالعين، والآخر عند الانتفاع بها شيئاً فشيئاً، ولأن الأجرة لها حكم الثمن، فيجوز دفع الأجرة شيئاً فشيئاً، كما مر معنا في بيع الاستجرار، فبذلك يتبين جواز هذه الأجرة، والله أعلم.

علاقة عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) بعقد الاستصناع:

الاستصناع في اللغة: مصدر استصنع الشيء: أي دعا إلى صنعه، ويقال: استصنعه: سأل أن يُصنعَ له، كما يقال: اكتتب أي أمر أن يكتب له^(١).

وفي الاصطلاح: هو على ما عرفه بعض الحنفية: عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل^(٢).

فإذا قال شخص لآخر من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا درهما، وقبل الصانع ذلك، انعقد استصناعاً عند الحنفية^(٣).

عناصر اختلاف عقد الامتياز التجاري عن عقد الاستصناع:

تفترق الإجارة عن عقد الاستصناع (الذي هو بيع عين شرط فيها العمل) في أن الإجارة تكون العين فيها من المستأجر والعمل من الأجير، أما الاستصناع فالعين والعمل كلاهما من الصانع (الأجير).

والاستصناع عقد غير لازم عند أكثر الحنفية، سواء تم أم لم يتم، وسواء أكان موافقاً للصفات وزهد أبو يوسف إلى أنه إن تم صنعه - وكان مطابقاً للأوصاف المتفق عليها - يكون عقداً لازماً، وأما إن كان غير مطابق لها فهو غير لازم عند الجميع؛ لثبوت خيار فوات الوصف.

وأهم هذه الفروق والاختلافات ما يلي:

١ - محل عقد الامتياز يختلف عن محل عقد الاستصناع، وذلك مثل التزام المانع حق استخدام الاسم والعلامة التجارية وتقديم المعرفة الفنية.

(١) الزبيدي، محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداي (٣٧٥/٢١) باب: صنع.

(٢) الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، (٢/٥).

(٣) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، (٤٢٢/١).

- ٢ - عقد الامتياز التجاري يلزم طرفيه التزامات لا يلزمها عقد الاستصناع، فالمانح ملزم -مثلاً- بتزويد المتلقي بما يطرأ على المعرفة الفنية من تحسينات، وكذلك ملزم بعدم تزويد غير المتلقي بهذه المعرفة في المنطقة المحددة المتعاقد عليها^(١).
- ٣ - عقد الاستصناع لابد أن تكون فيه كمية المستصنع وثمانها معلوماً علماً نافياً للجهالة، وهذا بخلاف عقد الامتياز التجاري إذ من الصعوبة تحديد كمية وثمان السلع التي يتم صنعها للمتلقي وبيعها بعد ذلك^(٢).
- ٤ - عقد الاستصناع ينتهي بتمام الصنع، وتسليم العين، وقبولها، وقبض الثمن، كذلك ينتهي الاستصناع بموت أحد العاقدين^(٣)، بينما عقد الامتياز التجاري لا ينتهي بتمام التصنيع وتسليم العين المتعاقد على صنعها.

الخلاصة:

نلاحظ الفروق الواسعة بين عقد الامتياز التجاري وعقد الاستصناع، وبذلك لا يمكن تكييفه على أنه عقد استصناع.

الفرع الثالث

التكييف الثالث للفرنشايز، هو عقد إجارة وعقد بيع

وهذا يتضح في فرنشايز التصنيع، في أحد صورته:

ووجه هذا التكييف:

أن فرنشايز التصنيع لا يخلو من حالين:

الأولى: قد يتفق طرفا الفرنشايز، على أن يقوم المانح والمالك للفرنشايز بتوريد المواد الأولية للتصنيع.

وتوضيح ذلك:

فيجتمع في هذا النوع عقد إجارة وبيع، أو اشتراط عقد بيع في عقد إجارة.

الثانية: يكون فيها توريد فقط للمواد الأولية للتصنيع، ويتم الاتفاق على

- (١) العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص ١٠١).
- (٢) حسام الدين خليل، عقد الامتياز التجاري وأحكامه في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية ٢٠١٢م، (ص ١٥٣).
- (٣) ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير على الهداية، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م (١٠٩/٧).

تصنيعها، وهذه الحالة واضحة في أنها عقد إجارة، وفيها التفصيل السابق في تكييف الإجارة.

في النوع الأول يقوم فيه المالك (المانح أو المرخص) عادة بتوريد السلع والمعدات والمواد الخام، ومواد التعبئة والتغليف والدعاية وما إلى ذلك من وسائل الإنتاج وتوزيع السلع والخدمات، ومن ناحية أخرى يتعامل المستفيد (الممنوح له أو المرخص له) مع خدمات المرخص محل حق الامتياز، بحيث يتبنى العلامة التجارية للمرخص وطريقته الشاملة في عرض المنتجات لتصبح جزءاً من هويته التجارية في تصنيعها وبيعها^(١).

فأصل العقد هو الحق المعنوي أو عناصر الملكية الفكرية، كبراءة الاختراع، والعلامة التجارية، والرسم أو الأنموذج الصناعي، وهذه العناصر يتم تأجيرها بموجب هذا العقد، ويستتبع ذلك أمور منها:

بيع منتجات تحمل تلك العناصر الفكرية، أو بيع خامات تستخدم لإنتاج سلعة معينة، ويرافق هذه الخامات إعطاء المعرفة السرية التي يقوم عليها تصنيع تلك الأمور، فبناء على ما تقدم يكيف العقد على أنه: عقد بيع في عقد إجارة.

وقد اختلف الفقهاء في مسألة (اجتماع عقدين في عقد أو صفقتين في صفقة أو بيع وشرط)، في صور مختلفة، وسأختار الراجح من الأقوال فيما يخص مسألتنا هذه، خشية الإطالة.

وهو القول بجواز الجمع بين بيع وإجارة، كما لو قال بعثك داري هذه وأجرتك داري الأخرى سنة بألف دينار، فهذا جائز لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة، فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعين، كما لو قال: بعثك هذين الثوبين بألف.

وهذا قول الحنابلة في الصحيح عندهم، والأظهر عند الشافعية.

قال ابن قدامة: "وَإِذَا جَمَعَ بَيْنَ عَقْدَيْنِ مُخْتَلَفِي الْقِيَمَةِ بِعَوَضٍ وَاحِدٍ كَالصَّرْفِ وَبَيْعٍ مَا يَجُوزُ النَّقَرُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ أَوْ الْإِجَارَةِ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ بَعْثُكَ هَذَا الدِّينَارَ وَهَذَا الثَّوبَ بِعِشْرِينَ دِرْهَمًا أَوْ بَعْثُكَ هَذِهِ الدَّارَ وَأَجْرُكَ الْآخَرَى بِأَلْفٍ. أَوْ بَاعَهُ سَيْفًا مَحَلَّى بِالذَّهَبِ بِفِضَّةٍ أَوْ رَوْحًا أَوْ زَوْجًا أَوْ بَعْثُكَ عَبْدَهَا بِأَلْفٍ صَحَّ الْعَقْدُ فِيهِمَا؛

(١) الرشود، العقود المبتكرة، (ص ٣٧٣).

لأنَّهُمَا عَيْنَانِ يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مُنْفَرِدَةً فَجَازَ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهُمَا مُجْتَمِعَتَيْنِ" (١).

وقد حدد المالكية ضوابط في الصور التي يجوز معها الجمع بين عقدين في عقد، وهي:

المالكية في شرح هذه المسألة وبيان ضوابط ما يحرم من البيعتين في بيعة، وحاصل كلامهم ما يلي:

أ - أن التحريم شامل لما إذا كان الترديد بين سلعتين مختلفتين، كما لو قال: أبيعك بدينار هذه السلعة، أو هذه الشاة، ولما إذا كان الترديد بين ثمنين، كما إذا قال: أبيعك هذه السلعة بعشرة نقداً أو بعشرين إلى سنة.

ب - ولا يحرم ذلك إلا إذا كان العقد على سبيل الإلزام للمتبايعين، أو لأحدهما بأحد الأمرين، أما إن كان على سبيل التخيير لكليهما من غير إلزام جاز.

ج - وهذا إن كانت السلعتان اللتان حصل التخيير بينهما مختلفتين بالجنس، أما إن كانتا متفقتين بالجنس، والاختلاف بينهما بالجودة أو الرداءة فقط فلا بأس به، لأنه لا يختار إلا الأفضل (٢).

ولأن الاشتراط في هذه المسألة لمصلحة أحد المتعاقدين، من غير أن يكون المشروط عقداً آخر.

وعلى ما سبق يتبين القول بجواز الجمع بين بيع وإجارة، في هذه الصورة من صورة الفرنشايز، وذلك لانفصال العوضين عن كلا العقدين، ولا تلازم بينهما في عقد الفرنشايز، ولأن فيه مصلحة للعاقدين.

والله أعلى وأعلم

(١) ابن قدامة، المغني، (٤/٢٩١)، المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٤/

٣٢١)، الشربيني، نهاية المحتاج، (٣/٤٦٦).

(٢) المدونة الكبرى (٣/٢٢٦).

الخاتمة: النتائج والتوصيات

أولاً - النتائج:

- ١ - عقد الامتياز التجاري Franchise من العقود المبتكرة في هذا العصر.
- ٢ - يرجع الأصل التاريخي لمصطلح (الامتياز-Franchise) إلى الكلمة الفرنسية قديمة الأصل (Franchir أو Affranchir) واللتين تعنيان التحرر أو الاعتاق من العبودية أو القيد.
- ٣ - يختلف تعريف عقد الامتياز باختلاف تطبيقاته العملية في كل نظام قانوني مستقل، والسبب في ذلك يعود إلى أن كل نظام قانوني يقوم بتعريف عقد الامتياز حسب التطبيقات العملية لديه، ويتوقف ذلك على العلاقة بين المرخص والمرخص له.
- ٤ - ويمكن اختيار التعريف لعقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)، بأنه: "عقد بين طرفين يلتزم أحدهما بتمكين الطرف الآخر من الانتفاع بالحقوق المعنوية والفكرية والصناعية مع الالتزام بتقديم المساعدة الفنية مقابل عوض مالي خلال مدة محددة".
- ٥ - أعاد الأمريكيون استعمال المصطلح الفرنسي الذي شاع في العصور الوسطى ثم طوي ونسي، وكان ذلك في مطلع القرن العشرين، ثم ما لبث هذا المصطلح أن تبلور على المستويين الاقتصادي والقانوني خاصة في الفترة التالية للحرب العالمية الثانية.
- ٦ - في الكويت لم يصدر (حتى كتابة هذا البحث) أي قانون لتنظيم عقد الامتياز التجاري كسائر الدول الأخرى، وإنما عمل على تنظيم استخدام العلامات التجارية من خلال قانون التجارة الكويتي.
- ٧ - أجمع الفقه القانوني على أن المعرفة الفنية جوهرية في عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)، وأن غيابها يستوجب إعادة وصف العقد أو فسخه أو إبطاله لغياب محل العقد فيه، فهي تعد من العناصر المكونة لنشاط الفرنشايز، فهي أساسه ولب فكرته، فهذه العناصر التي أوجدت هذا الإبداع والتميز في هذا النشاط، الأمر الذي أدى إلى تطوره وازدهاره.
- ٨ - يرى الباحث أن عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) عقد مسمى مستحدث أوجدته التكنولوجيا الحديثة والتقدم العلمي في هذا المجال و حاجات الناس لمثل هذه العقود.

- ٩ - الاختلاف الواضح بين عقدي الامتياز التجاري وعقد الوكالة التجارية، وإن تشابها في بعض النقاط
- ١٠ - لا يمكن وصف عقد الامتياز التجاري بأنه عقد التزام تجاري لما فيه من الفروق.
- ١١ - الحق المعنوي يعد من الأموال شرعاً ويطبق عليه أحكام الأموال.
- ١٢ - الحق المعنوي، هو عين وليس بمنفعة ولا دين، وله حكم الأموال.
- ١٣ - يتبين للباحث أن المعرفة الفنية (Know How) والمساعدة التقنية تكيف على أنها من توابع العقد ولوازمه، بل و تعتبر عند البعض أنها محل العقد وأساسه.
- ١٤ - يظهر للباحث رجحان القول بجواز بيع الاستجرار، وذلك لأنه ليس على أساس بيع المعدوم، ولا لكونه مستهلكاً قبل الشراء، وإنما على أساس أن البيع قد تحقق وقت القبض بناء على العرف.
- ١٥ - يرى الباحث جواز أن تكون الأجرة جزءاً شائعاً مما عمل فيه الأجير.

ثانياً: التوصيات:

- ١ - يوصي الباحث بأن تكتف الأبحاث حول موضوع عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)، وذلك لتجدد هذا العقد، وتغير صورته وتركيبات عقوده باستمرار.
- ٢ - يوصي الباحث بالحد من آثار انتشار عقود الفرنشايز (الامتياز التجاري)، ومنها التشبه بغير المسلمين في لباسهم وهيئاتهم، لا سيما في عقود الفرنشايز التي تختص بالملابس التي لا تصلح لأمة الإسلام، وصناعة الملابس من أكثر السلع التي تستعمل في هذا النوع من العقود، فلربما صنع غير المسلمين ما لا يصلح لأمة الإسلام، بل قد يصل الحال إلى نشر عقائدهم وأفكارهم المنحلة.
- ٣ - يوصي الباحث بتشجيع الشركات الإسلامية المتميزة على الانتشار في باقي الدول، وتسهيل إجراءات التعاقد معها.
- ٤ - يوصي الباحث بإصدار صيغ عقود قانونية متوافقة مع الفقه الإسلامي في الدول الإسلامية؛ لتضفي على عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) الصفة القانونية المعتمدة.

المراجع والمصادر

- ابن أبي زَمَنِين، محمد بن عبد الله، تفسير القرآن العزيز، المحقق: أبو عبد الله حسين بن عكاشة - محمد بن مصطفى الكنز، الناشر: الفاروق الحديثة - مصر/ القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى - محمود محمد الطناحي.
- ابن العربي، القاضي محمد، أحكام القرآن، تخرّيج وتعليق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير على الهداية، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.
- ابن أمير حاج، ابن الموقت الحنف، التقرير والتحبير، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ابن تيمية، أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الناشر: مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، الحسبة في الإسلام، الناشر: دار الكتب العلمية، ط ١.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ابن قتيبة، عبد الله بن مسلم، غريب القرآن، المحقق: أحمد صقر، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- ابن مفلح، برهان الدين، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية، الناشر: مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٠٤هـ.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ.
- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره: تكملة البحر الرائق

- لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨هـ)،
وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة:
الثانية بدون تاريخ.
- أبو عبيد، القاسم بن سلام، كتاب الأموال، تحقيق: خليل محمد هراس، الناشر:
دار الفكر - بيروت.
- أحمد، أنور محمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية،
ط. الأولى: ٢٠١٠م.
- الأسس العامة للعقود الإدارية، سليمان الطماوي، دار الفكر العربي ٢٠١١م.
- أسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، الناشر: المؤسسة الجامعية للدراسات
والنشر والتوزيع - بيروت ١٩٨٨م.
- الأشقر، محمد سليمان، الامتيازات الاتفاقية على الديون في حال المقاصة
والإفلاس من الوجهة الشرعية، (بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الثانية لبيت
التمويل الكويتي، المنعقدة في الكويت ٤-٧ ذي القعدة ١٤٢٠هـ / الموافق ٢٨-
٣١ مايو ١٩٩٩م)، الناشر: الرمز - الكويت، ط ١، ١٤١٣هـ).
- الأصبحي، مالك بن أنس، المدونة، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى،
١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- أفندي، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي
الحسيني، الناشر: دار الجيل، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- أكنم أمين الخولي، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الثالث، الطبعة الأولى،
سنة ١٩٦٤م.
- الألوسي، شهاب الدين محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع
المثاني، المحقق: علي عبد الباري عطية.
- البابرتي، محمد، العناية شرح الهداية الناشر: دار الفكر، بدون تاريخ طبعة.
- الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، الناشر: مطبعة السعادة -
بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢هـ،
- باشا، محمد قدری، مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان في المعاملات
المالية، المطبعة الأميرية - بولاق ١٢٠٨ هـ ١٨٩١م، الطبعة الثانية.
- البشتاوي، دعاء، عقد الفرنشايز وآثاره، أطروحة علمية مقدمة لنيل درجة

- الماجستير في القانون الخاص من كلية الدراسات العليا - جامعة النجاح الوطنية - نابلس، فلسطين، ٢٠٠٨م.
- البهوتي، منصور بن يونس، **كشف القناع عن متن الإقناع**، الناشر: دار الكتب العلمية.
- بيع الاسم التجاري - للدكتور عجيل جاسم النشمي بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الخامس ١٤٠٩هـ.
- البيهقي، أبو بكر، **السنن الكبرى**، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- **التعريفات للجرجاني**، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- تكملة المعاجم العربية، المؤلف: رينهارت بيتر آن نُوزي، نقله إلى العربية وعلق عليه: محمّد سليم النعيمي وجمال الخياط، الناشر: وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، الطبعة: الأولى، من ١٩٧٩ - ٢٠٠٠ م.
- التتم، إبراهيم، **الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي**، دار ابن الجوزي - الطبعة الأولى سنة ١٤٣٠هـ.
- الجريدة الرسمية - **الكويت اليوم** - ١٩٦٥م، العدد ٥٥٥.
- الجصاص، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد صادق القمحاوي - عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر الشريف، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تاريخ الطبع: ١٤٠٥هـ.
- الحجاوي، موسى بن أحمد، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة بيروت - لبنان.
- الحديدي، ياسر سيد محمد، **النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري**، ص ٤، منشأة المعارف - الإسكندرية - مصر ٢٠٠٧م.
- حسام الدين خليل، **عقد الامتياز التجاري وأحكامه في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة**، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية ٢٠١٢م.
- حسام عبد الغني الصغير، **الترخيص باستعمال العلامة التجارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.

- الحطاب، محمد بن أحمد، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- خليفة، ماجد محمد، الوكالة التجارية، رسالة دكتوراه - جامعة الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٧م.
- الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
- رزق، طارق عبد الرؤوف، الوكالات التجارية والسمسرة وعقود التوسط في قانون التجارة الكويتي، دار النهضة العربية - القاهرة، ط. الأولى.
- الرشود، خالد بن سعود، العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، رسالة علمية لدرجة الدكتوراه في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض، من ضمن مشاريع كرسي (سابق) لدراسات الأسواق المالية الإسلامية. ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.
- الرملي، شمس الدين، نهاية المحتاج، دار الفكر - بيروت، ١٩٨٤م.
- الزبيدي، محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداي.
- الزجاج، إبراهيم بن السري، معاني القرآن وإعرابه، المحقق: عبد الجليل عبده شلبي، الناشر: عالم الكتب - بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله، المنثور في القواعد الفقهية، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- زين الدين، صلاح الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١١٤، دار الثقافة - عمان الأردن ط. الأولى ٢٠٠٦.
- السجستاني، أبو داود، مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني، تحقيق: أبي معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، الناشر: مكتبة ابن تيمية، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، الناشر: دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- السعيدان، أحمد عبد الرزاق، القانون والسيادة وامتيازات النفط مقارنة

- بالشريعة الإسلامية، النشر مركز دراسات الوحدة العربية: بيروت - لبنان ١٩٩٧م، الطبعة الثانية.
- السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول: نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٥م.
- السنيكي، زكريا بن محمد، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م.
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، الناشر: دار المعرفة - بيروت، سنة النشر: ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.
- الشربيني، الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر - بيروت.
- الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.
- الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، الناشر: دار المعارف.
- صحيح الإمام البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
- صحيح الإمام مسلم، محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- الطحاوي، أحمد بن محمد، شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.
- العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، رسالة علمية لنيل درجة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا - جامعة عمان العربية - الأردن، طبعته دار العلم، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م.
- عثمان بن علي، الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.

- العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب.
- علي حسب الله، الولاية على المال والتعامل بالدين لعلّي حسب الله، مطبعة. الجبلوي، القاهرة.
- عمار، ماجد، عقود الامتياز التجاري، دار النهضة - القاهرة ١٩٩٢م.
- الفتوح، محمد بن أحمد، منتهى الإرادات، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- الفيروزآبادي، مجد الدين، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط. الثامنة، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
- الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت.
- قانون التجارة الكويتي، القانون الخاص بتنظيم أعمال الوكالة التجارية ولائحته التنفيذية الصادر بقرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم (٣٤٢) لسنة ١٩٨٠.
- القرافي، أحمد بن إدريس، أنوار البروق في أنواء الفروق، الناشر: عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- القرآن الكريم.
- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط. دار الكاتب العربي.
- القزويني، أحمد بن فارس، المحقق، حلية الفقهاء، د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: الشركة المتحدة للتوزيع - بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ.
- القزويني، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- قلنجي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

- الكندري، محمود أحمد، أهم المشكلات التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، مجلد ٢٤ عدد ٤ ديسمبر ٢٠٠٠م.
- الكندري، محمود أحمد، أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، قسم القانون الخاص - كلية الحقوق جامعة الكويت، بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة الكويت، مجلد ٢٤ عدد ٤ ديسمبر ٢٠٠٠م.
- مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك برواية أبي مصعب الزهري، المحقق: بشار عواد معروف - محمود خليل، الناشر: مؤسسة الرسالة - سنة النشر: ١٤١٢هـ.
- مجلة الأحكام العدلية، تأليف لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هوايني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.
- محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، ص٢٤٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م.
- المرادوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.
- المرغيناني علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان،
- مصطفى كمال طه، القانون التجاري اللبناني، ص٧١٨، دار النهضة العربية - بيروت، ط. الثانية ١٩٧٥م.
- المطرزي، ناصر بن عبد السيد الخوارزمي، المغرب في ترتيب المغرب، الناشر: دار الكتاب العربي، بدون تاريخ طبعة.
- المعجم الوسيط، إصدار مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، الناشر: دار الدعوة.
- مغبغب، نعيم، الفرشائز، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. الثانية ٢٠٠٩م.
- منصور، سامي بديع، الحماية القانونية للفرانشيزي في النظام القانوني اللبناني، دراسة في مجلة العدل، الصادرة عن نقابة المحامين اللبنانيين، العدد الأول، السنة الثالثة والثلاثون، ١٩٩٩م.
- الموصللي البلدحي، الاختيار لتعليل المختار، الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة

- (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)، تاريخ النشر: ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.
- موفق الدين، ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ط. مكتبة القاهرة، ١٩٦٨م.
- المولى، نداء كاظم محمد، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، ط. الأولى دار وائل للنشر، ٢٠٠٣م عمان - الأردن، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ، ٢٢٣/٣.
- النجار، محمد محسن، عقد الامتياز التجاري دراسة في نقل المعرفة، ص٦، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - مصر ٢٠٠١م.
- النسفي، نجم الدين، طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، الطبعة: بدون طبعة
- النسفي، نجم الدين، طلبه الطلبة، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد.
- النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، الناشر: دار الفكر.
- النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ/١٩٩١م.
- النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، المحقق: عوض قاسم أحمد عوض، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م.
- الهيثمي، ابن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، سنة النشر: ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م.
- ورقة عمل بعنوان: ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا - د. حسام الدين الصغير، مقدمة في ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية، تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ومجلس الشورى في سلطنة عمان - مسقط، ٢٣ و ٢٤ مارس/آذار ٢٠٠٤م.
- اليماني، نشوان بن سعيد الحميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، المحقق: د حسين بن عبد الله العمري - مطهر بن علي الإيراني - د. يوسف محمد عبد الله، الناشر: دار الفكر المعاصر (بيروت - لبنان)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

الفصل التأديبي للعامل في القطاع الأهلي بين الاعتدال والتطرف "دراسة تحليلية في ظل قانون العمل البحريني مقارناً بقانون العمل الموحد المصري"

الأستاذ الدكتور/ خالد جمال أحمد حسن

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة أسيوط

ملخص:

لقد عني هذا البحث بتقييم حالات فصل العامل في القطاع الأهلي من الخدمة (لا سيما المقترنة بالحرمان من مكافأة نهاية الخدمة في البحرين أو غير المقترنة بذلك في مصر)، وخلصت فيه إلى أن واضع القانون وإن كان قد قصد من ورائه حصر هذه الحالات للحد من سلطة رب العمل التأديبية، إلا أنه في الحقيقة والواقع أساء استعمال الطريق الذي يوصله إلى تلك الغاية، فهو بدلاً من أن ينتهي إلى تضيق نطاق هذه الحالات، حتى كادت لفرط سعتها أن تحيل الاستثناء أصلاً أو قاعدة، وبناء على ما سبق أضحي واقع النصوص القانونية الواردة في شأن هذا الجزاء التأديبي مغايراً تماماً للحكمة المنشودة من وراء وضعها.

المقدمة:

لا جرم أن فصل العامل Congediment d' employe من الخدمة في القطاع الأهلي (أو حتى في القطاع الحكومي) يمثل دون أدنى شك أشد أنواع الجزاءات التأديبية الداخلة في السلطة التأديبية Le pouvoir disciplinaire المقررة لرب العمل في مواجهة العامل، وذلك لما لهذا الفصل من آثارٍ سيئةٍ على العامل مادياً وأدبياً.

فمن الناحية المادية يفقد العامل على إثر توقيع هذا الجزاء عليه مصدراً رئيساً، بل يفقد ما يمثل عادةً مصدراً وحيداً (بالنسبة للسواد الأعظم من العمال) لعيشه وإنفاقه اليومي، هذا بالإضافة إلى ما يحدث للعامل عادةً من متاعب ومشاق مادية أثناء بحثه المتواصل عن عمل آخر جديد مناسب له بدلاً عن عمله الأول الذي جرى فصله منه، وهو حتى مع حصول هذا التعب وتلك المشقة قد يجد هذا العمل الذي يبحث عنه في نهاية الأمر وقد لا يجده.

هذا إلى جانب الآثار والانعكاسات النفسية السيئة التي تتولد عن هذا الجزاء

القاسي فتترك بصمات سوداء في نفس العامل، ذلك أن العامل بعد فصله من العمل يتجرع على إثره مرارة ضرر أدبي مركب أو مزدوج، فإلى جانب ما يشعر به العامل من آلام نفسية بعد فقدته أجره الذي كان يحصل عليه من عمله وشعوره بالعوز بعد حرمانه منه على إثر فصله، فإن وقع هذا الجزاء على نفس العامل سيتضاعف بسبب شيوع وانتشار أنباء توقيع هذا الجزاء القاسي عليه، ويكثر عليه بين العمال القليل والقال ويتسائل الأهل والزملاء والأصدقاء بل والفضوليون من الناس لماذا تعرض العامل لمثل هذا الجزاء الشديد؟ وعادةً ما تأتي الإجابة منهم سريعاً فلا يصبرون حتى يطلعون على حقائق الأمور ويستكشفون معالم الحقيقة، بل يردون على أنفسهم دون تروٍ أو تدقيق قائلين عن هذا العامل (سواء بحق أو بغير حق) أنه لابد قد ارتكب خطأ جسيماً حتى صار فصله من العمل جزاءً وفاقاً له، خاصةً وأنه ليس بعد الفصل من الخدمة من جزاء، وهذا كله من شأنه أن يؤثر على سمعته ليس فقط في محيط العمل، بل وربما خارج نطاق العمل، فتصعب عليه دون أدنى شك فرص العثور سريعاً على عمل بديل للعمل الذي فقدته بالفصل، لاسيما وأن أصحاب المهن والحرف الواحدة يتناقلون عادةً فيما بينهم أنباء الجزاءات التأديبية الشديدة (مثل الفصل) التي توقع على العمال داخل نطاق مهنة أو حرفة معينة، حتى وإن تعددت المنشآت التي تمارس هذه المهنة أو تلك الحرفة، وتلك نتيجة واقعية تنبئ عنها تجارب الحياة اليومية للعمال عند تعرضهم لجزاء الفصل من الخدمة^(١).

ونظراً لخطورة سلطة رب العمل التأديبية في إيقاع مثل هذا الجزاء التأديبي القاسي (المتمثل في فصل العامل عن الخدمة) على العامل، تحرص قوانين العمل دائماً على إيجاد الضمانات اللازمة للحد من مظاهر الشطط في ممارسة رب العمل لهذا الجزاء (سواء من خلال حرصها على تضيق نطاق ممارسته لهذا الجزاء بحصر الحالات التي يرخص فيها لرب العمل توقيع هذا الجزاء التأديبي على العامل، تفادياً لاحتمالات غلوه أو إفراطه في توقيع هذا الجزاء على عماله في غير الحالات المحددة له قانوناً، أم من خلال حرصها على التفرقة بين درجتين من درجات الفصل من الخدمة تقديراً لاعتبارات التفاوت بين أشكال الخطأ التي تقع من العامل ولو كانت

(١) وربما يجد العامل نفسه مضطراً إلى تغيير حرفته أو مهنته حتى يفلت من آثار شيوع أنباء فصله من عمله، وفقدان الثقة فيه بعد تعرضه لهذا الجزاء الجسيم الذي يوحى عادةً للمحيطين بهذا العامل داخل العمل وخارجه بجسامة خطأ العامل الذي جرى فصله بسببه، وعدم اعتباره أهلاً لإيداع أي ثقة فيه من جديد سواء داخل نطاق عمله أو في نطاق عمل آخر. جديد لدى رب عمل آخر.

جميعها أخطاءً جسيمةً أو غير يسيرة، ولذا جرت التفرقة قانوناً في البحرين بين جزاء الفصل من الخدمة مع الاحتفاظ بحق العامل في مكافأة نهاية الخدمة، وجزاء الفصل من الخدمة مع حرمان العامل من هذه المكافأة^(٢).

بيد أنني لاحظت أن حالات فصل العامل من الخدمة (لاسيما المقترنة بالحرمان من مكافأة نهاية الخدمة في البحرين أو غير المقترنة بذلك في مصر) وإن كان واضح القانون قد قصد من تحديدها الحد من سلطة رب العمل التأديبية، إلا أنه في الحقيقة والواقع أساء استعمال السبيل أو الطريق الذي يبلغه تلك الغاية، فهو بدلاً من أن يعتمد إلى تضيق نطاق الحالات التي يملك فيها رب العمل ممارسة سلطة الفصل التأديبي للعامل وسَّع كثيراً، بل وبصورة مفرطة من نطاق هذه الحالات، حتى كادت تلك الحالات لفرط سعتها أن تحيل الاستثناء أصلاً أو قاعدة، وأضحى واقع النصوص القانونية الواردة في شأن هذا الجزاء التأديبي على إثر ذلك مغايراً تماماً للحكمة المنشودة من وراء وضعها.

ولعل هذه المجافاة بين الغاية التي كان ينشدها واضع القانون من وراء تنظيمه لجزاء الفصل من الخدمة، (والتي كان من المفروض أن تمثل منطلقاً واضحاً وهدفاً ماثلاً وراسخاً في أذهان وعقول أعضاء السلطة التشريعية حتى تتمكن من حسن تصور ما يجب أن يصاغ من أجلها من نصوص قانونية متناغمة معها قلباً وقالباً)، وبين واقع النصوص القانونية التي اختارها فعلاً لبلوغ تلك الغاية، هي التي دفعتني بقوة إلى إثارة البحث حول هذا الموضوع، لتأكيد حقيقة جوهرية مؤداها أنه لا ينبغي القنعة فقط بمجرد توافر نبل الغاية وحسن القصد من وراء النصوص القانونية بغية تحقيق حماية معينة مفقودة أو توفير رعاية معينة منشودة لمصلحة ما في حاجة إلى تلك الرعاية، دون أن ندقق النظر كثيراً ونحسن الإعداد والبحث طويلاً طمعاً في

(٢) وجدير بالملاحظة أن قانون العمل الموحد المصري لم ينص على هذه التفرقة وإن كان قانون العمل المصري القديم الصادر بالقرار بقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩م (والقوانين التي سبقتها) قد فَرَّق في خصوص جزاء الفصل من الخدمة بين الفصل من الخدمة مع الاحتفاظ بالحق في مكافأة نهاية الخدمة، والفصل من الخدمة مع الحرمان من هذه المكافأة، والذي كان يجيزه في حالات معينة، راجع في ذلك المادة ٧٦ من هذا القانون، والمادة ٤٠ من القانون السابق عليه وهو الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢م، والقانون السابق عليه في مادته ٣٠ من المرسوم بقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤م.

الوصول إلى أفضل الوسائل الناجعة والدقيقة المؤدية إلى بلوغ تلك الغاية وتحقيقها بصورة فعلية على أرض الواقع من غير إفراط أو تفريط.

وفي الحقيقة لا يمكن تحقيق هذا التوافق وذاك الانسجام على أرض الواقع فنياً وعملياً إلا إذا نجحنا في توفير هيئة قانونية متخصصة ذات كفاءة عالية في سن وبناء التشريع العمالي لفظاً ومعنى، فتملك من ثم مؤهلات وضع النصوص القانونية التي تضبط على وجه الدقة جوانب المشكلات أو الفرضيات محل هذه النصوص، ثم تعطى الوقت الكافي الذي تحتاجه سواء لحسن دراسة تلك المشكلات أو الفرضيات، أم لحسن تصور النصوص القانونية التي تنسجم معها وتحقق الغاية المنشودة من ورائها، كي تصل في نهاية المطاف إلى صياغة قانونية محكمة ومعبرة على وجه الدقة عن فحوى هذه النصوص دون غلو أو تقصير في رسم الحلول المناسبة لهذه المشكلات أو الفرضيات التي تعالجها، فنتفادى بذلك احتمالات ضياع الغاية من أيدي القائمين على صياغة هذه النصوص القانونية المقترحة بين مظاهر الميل أو الجنوح إلى الإفراط تارةً أو إلى التفريط تارةً أخرى^(٣).

خطة البحث:

سأقسم - بمشيئة الله تعالى - هذا البحث إلى فصلين: أعرض خلال الفصل الأول ماهية هذا الجزاء التأديبي للوقوف على كنهه وتمييزه عن غيره من الجزاءات القانونية الأخرى، فضلاً عن تحديد صاحب الحق في إيقاع هذا الجزاء وما يلزم من إجراءات قانونية لسلامة إيقاع هذا الجزاء، فضلاً عما يجب أن يحاط به من ضمانات لتفادي احتمالات مظاهر التعسف فيه، ثم نبين في الفصل الثاني مظاهر التطرف أو الاعتدال في حالات الفصل من الخدمة سواء كان هذا الفصل مع الاحتفاظ للعامل بحقه في المكافأة أم من غير الاحتفاظ له بهذا الحق، وذلك من خلال إجراء تحليل

(٣) وفي اعتقادي أن واضع القانون - وهو بشر يعتريه عادة ما يعترى البشر من مظاهر القصور - لم يسلم في كثير من الأحيان من الاندفاع دون تروٍ خلف إحدى الغايات المشروعة ليضع النصوص القانونية التي تسهم في بلوغها، وإذا بهذه النصوص عند تطبيقها على أرض الواقع تجنح بنا إلى زوايا التطرف والمغالاة أو تفشل في بلوغ الغاية منها، لأنه لم يحسن مراعاة الدقة والتحديد في اختيار النصوص التي تحقق هذه الغاية دون تجاوز، سواء أكان ذلك راجعاً إلى العجلة في وضع هذه النصوص، ومن ثم عدم وجود الوقت الكافي لحسن دراسة المشكلة أو الفرضية التي تعالجها هذه النصوص بكل جوانبها وجزئياتها أم أكان ذلك راجعاً إلى الافتقار إلى الكفاءات المتخصصة القادرة على مراعاة الدقة في تصور النصوص القانونية اللازمة لحسن تنظيم هذه المشكلة أو تلك الفرضية.

دقيق ومفصل لكل حالة من هذه الحالات، والوصول من بعد دراستها إلى ما نراها عليه من مظاهر التطرف أو الاعتدال، رغبةً في الوصول بحالات الفصل التأديبي إلى الوسطية والاعتدال - بحسب ظننا^(٤) - والبعد بها عن مظاهر الإفراط أو التفريط، وذلك كله على التفصيل الآتي:

الفصل الأول: ماهية الفصل التأديبي في القطاع الأهلي.

المبحث الأول: معنى الفصل التأديبي وخطورته.

المبحث الثاني: تمييز الفصل التأديبي عن الجزاءات القانونية الأخرى.

المبحث الثالث: صاحب الحق في توقيع الفصل التأديبي.

المبحث الرابع: عدم تقييد الفصل التأديبي بالأركان العامة للمسئولية المدنية.

المبحث الخامس: الضوابط القانونية للفصل التأديبي في القطاع الأهلي.

الفصل الثاني نطاق الفصل التأديبي في القطاع الأهلي بين الاعتدال

والتطرف.

المبحث الأول: فصل العامل تأديبياً مع احتفاظه بمكافأة نهاية الخدمة.

المطلب الأول: التحريض على مخالفة أوامر صاحب العمل أو التعليمات المكتوبة

الخاصة بالعمل.

المطلب الثاني: الإهمال أو التهاون في العمل بما يضر العمال في صحتهم أو

يُمس سلامتهم أو يمس سلامة مواد العمل أو أدواته.

المطلب الثالث: التدخين في أماكن محظورة بالعمل أو تناول المشروبات الروحية

أو تعاطي المخدرات في أماكن العمل.

المطلب الرابع: عدم توريد النقود المحصلة لحساب المنشأة في مواعيدها دون

مبرر مقبول.

المبحث الثاني: الفصل التأديبي مع حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة.

المطلب الأول: ملاحظات حول الفصل التأديبي في القانونين البحريني والمصري.

(٤) وحسبي في ذلك بذل الجهد فإن كان التوفيق حليفي فهذا من فضل الله علي (وصدق الله العظيم إذ يقول على لسان نبي الله شعيب ﴿وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾ آية ٨٨ سورة هود) وإن كانت الأخرى فهذا من طبيعة البشر ويكفيني شرف المحاولة.

المطلب الثاني: الحالات المشتركة للفصل التأديبي في القانونين البحريني والمصري.

المطلب الثالث: حالات خاصة للفصل التأديبي في قانون العمل البحريني.

المطلب الرابع: حالات خاصة للفصل التأديبي في قانون العمل المصري. الخاتمة.

أهم المراجع.

الفصل الأول

"ماهية الفصل التأديبي للعامل في القطاع الأهلي"

المبحث الأول

معنى الفصل التأديبي وخطورته

يمكننا تعريف الفصل من الخدمة بأنه جزاء تأديبي يوقعه رب العمل على العامل بما له عليه من سلطة تأديبية عند ارتكابه مخالفة تأديبية جسيمة تستأهل هذا الجزاء المنهي للعقد مع العامل^(٥).

وبذلك يمثل فصل العامل من الخدمة في القطاع الأهلي أحد الجزاءات التأديبية المخولة قانوناً لرب العمل، والتي يستطيع من خلالها إنهاء عقد عمل العامل بإرادته المنفردة عند ثبوت ارتكاب العامل لإحدى المخالفات الجسيمة التي تبرر هذا الجزاء التأديبي القاسي، فيفقد العامل على إثرها عمله ومصدر دخله.

ويمثل الفصل من الخدمة دون أدنى شك أقصى الجزاءات التأديبية وأشدّها جسامّة على الإطلاق بالنسبة للعامل، وذلك نظراً لما يترتب عليه من حرمان للعامل من أجره الذي يمثل مصدر دخله الوحيد أو الرئيس في حياته اليومية، سواء أكان هذا الأجر له وحده، أم له ولأسرته إن كان له أسرة، ناهيك عن الصعوبة البالغة التي قد يتعرض لها العامل في بحثه حثيثاً عن عمل بديل لعمله الأول، وقد يفلح أو يخفق في هذا المسعى، لاسيما وأن تركه لعمله الأول كان بسبب ارتكابه مخالفة تأديبية جسيمة استوجبت مجازاته عنها بأشد أنواع الجزاءات التأديبية للعامل وأقساها على الإطلاق^(٦).

بل إن خطورة هذا الجزاء لا تنعكس على العامل وحده، بل قد تنعكس أحياناً

(٥) انظر في نفس المعنى: أ. د. توفيق حسن فرج "قانون العمل الجديد" دراسة في أحكام عقد العمل الفردي في القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والقرارات المنفذة له في ضوء أحدث آراء الفقه وقضاء النقض، ص ٢٦٩، ط ٣، عام ٢٠٠٧م، تنقيح أ. وائل أنور بندق.

(٦) انظر في هذا المعنى: أ. د. أحمد حسن البرعي "الوسيط في القانون الاجتماعي" الجزء الثاني، شرح عقد العمل الفردي وفقاً لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣، ص ٦٥٦، طبعة عام ٢٠٠٣ م، دار النهضة العربية بالقاهرة.

على رب العمل فتحرمه من جهود أحد عماله فيربك هذا الفصل حسن سير العمل لديه، لاسيما إذا كان هذا العامل عاملاً فنياً يصعب على رب العمل بعد فصله العثور على بديل له، أو يتطلب ذلك منه وقتاً طويلاً وجهداً مضمناً حتى يعثر على مثله، أو يهيئ عاملاً لديه لملء فراغ هذا العامل المفصول، كما لو كان هذا الأمر يحتاج إلى تدريب العامل الجديد بعض الوقت حتى يقدر على الاضطلاع بمتطلبات العمل الفني الذي كان مسنداً للعامل المفصول.

بل إن جزاء الفصل من الخدمة لا يخلو من مظاهر الإضرار بصورة أو بأخرى بالمصلحة العامة المتمثلة في تحقيق الاستقرار لعمل العمال داخل القطاع الأهلي - خاصة إذا ما كثر لجوء أرباب الأعمال إليه بسبب مخالفات العمال المبررة لذلك الجزاء -، وذلك لما يترتب على توقيع هذا الجزاء من إخلال واضح باستقرار علاقات العمل، والذي يمثل كما يقول البعض - وبحق - مطلباً اجتماعياً تحرص سلطات كل دولة على المحافظة عليه، رغبةً في تحقيق مظاهر استتباب الأمن والسلام الاجتماعي^(٧).

كما تتجلى خطورة هذا الجزاء في كونه سلاحاً قوياً ينفرد به رب العمل في مواجهة العامل فينهي به العقد معه بإرادته المنفردة، سواء أكان عقد العمل الذي يربط بينهما عقد عمل محدد المدة أم غير محدد المدة، دون أن يكون عليه التزام بتعويض العامل عن هذا الإنهاء، ودون التقيد بمراعاة واجب الإخطار قبل إنهاء العقد معه على إثر ذلك الجزاء^(٨).

المبحث الثاني

تميز الفصل التأديبي عن الجزاءات القانونية الأخرى

يختلف فصل العامل من الخدمة بوصفه جزاءً تأديبياً Une sanction disciplinaire يمارسه رب العمل وحده في مواجهة العامل عن فسخ العقد Resiliation du contrat أو إنهائه بوصفه جزاءً مدنياً يسمح به القانون لأي من طرفي العقد عند إخلال الطرف الآخر بالتزاماته العقدية، فالعامل يرتبط مع رب العمل بعلاقة تعاقدية تفرض على عاتق كل منهما التزامات متبادلة في مواجهة بعضهما

(٧) أ. د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق - ص ٦٥٦.

(٨) انظر في نفس المعنى: أ. د. عبد الغني الرويمض "علاقات العمل في القانون الليبي"، ص ١٩٣، طبعة عام ٢٠٠٧، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، فيصل بالجيزة.

البعض، على نحو يسمح لأي منهما أن يطلب من القاضي الحكم له بفسخ العقد عند إخلال الآخر بالتزاماته العقدية، سواء جرى الاتفاق بينهما على تنظيم هذا الفسخ أو تركاه للقواعد العامة ليقع عن طريق القضاء بناء على طلب أحدهما، ومن ثم يستطيع رب العمل بوصفه طرفاً في العلاقة العقدية الحصول على فسخ العقد اتفاقاً^(٩) أو عن طريق القاضي^(١٠)، إذا أخل العامل بأحد التزاماته العقدية.

كما يستطيع رب العمل بناء على رابطة التبعية القانونية التي تربطه بالعامل (والتي تجعل له على العامل سلطة الإشراف والتوجيه وسلطة تنظيم العمل، فضلاً عن خضوع العامل لسلطته التأديبية التي تسمح له بمؤاخذته تأديبياً عن إخلاله بأوامره وتعليماته أو عن ارتكابه أحد السلوكيات الضارة بالعمل أو بباقي العمال داخل المنشأة) أن يوقع على هذا العامل سلسلة من الجزاءات التأديبية عند ارتكابه إحدى المخالفات التأديبية.

و بذلك يكون الفسخ سواء أكان فسخاً اتفاقياً أم فسخاً قضائياً ثابتاً لرب العمل بوصفه متعاقداً جزاء إخلال العامل بأحد التزاماته العقدية، في حين أن جزاء الفصل فهو جزاء تأديبي يوقعه رب العمل بوصفه صاحب عمل يتمتع قانوناً بسلطة تأديبية في مواجهة العامل تمكنه من مجازاته تأديبياً عن إخلاله بتعليماته وأوامره أو ارتكابه مخالفةً تأديبيةً وفق اللوائح التأديبية للعمل داخل المنشأة^(١١).

كما يراعى افتراق الفصل من الخدمة عن إنهاء العقد، إذ يرد الفصل من الخدمة بوصفه جزاءً تأديبياً على العامل في عقد العمل أياً كان طبيعة هذا العقد أو نوعه، أي

(٩) إذ تنص المادة ١٤١ مدني بحريني على أنه: "أ- لا يعمل بشرط اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم المحكمة أو بالشرط القاضي بتقييد سلطة المحكمة إزاء فسخ العقد، ما لم يتضح أن إرادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت إليه صراحة، وعلى بيئة من حقيقة أثره". "ب- والشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزام، لا يعفى في غير المواد التجارية من الإعذار ولو اتفق على الإعفاء منه" هذه المادة تقابل المادة ١٥٨ مدني مصري، والمادة ٢١٠ مدني كويتي.

(١٠) إذ تنص المادة ١/١٤٠ مدني بحريني على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله وبعد إذاره، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصراً بدوره في الوفاء بالتزاماته". هذه المادة تقابل المادة ١٥٧ / ١ مدني مصري والمادة ٢٠٩ مدني كويتي.

(١١) انظر في نفس المعنى: أ. علي محسن عبد الله الورقاء "عقد العمل الفردي في ظل قانون العمل البحريني في القطاع الأهلي"، بند ١٥٣، ص ٢٤١، طبعة عام ١٩٩٥م.

سواء أكان محدد المدة أم غير محدد المدة، فعندما يرتكب العامل مخالفةً تأديبيةً تبرر فصله من الخدمة، لا تقف طبيعة العقد بوصفه عقداً محدد المدة حجر عثرة في طريق ممارسة رب العمل سلطته التأديبية فيوقع على العامل جزاء الفصل من الخدمة، في حين أن الأمر مختلف في إنهاء العقد من جانب أحد طرفيه، إذ يختلف العقد محدد المدة عن العقد غير محدد المدة، فالعقد محدد المدة يبقى ملزماً لطرفيه خلال مدته المتفق عليه فينتهي بانتهائها أو إنجاز العمل الذي أبرم العقد لإتمامه، ولا يجوز لأحدهما إنهاؤه بإرادته المنفردة قبل انتهاء مدته، وإلا كان مسؤولاً عن تعويض الطرف الآخر عن هذا الإنهاء المبسر للعقد بإرادته المنفردة، بخلاف الحال في عقد العمل غير محدد المدة الذي يكون لأي من طرفيه إنهاؤه بإرادته المنفردة، شريطة أن يقوم بإخطار الطرف الآخر بذلك الإنهاء تفادياً للآثار السيئة التي تترتب على الإنهاء المفاجئ للعقد من جانب أحدهما، فيتسنى له على إثر ذلك إعادة ترتيب ظروفه من جديد قبل الإنهاء بوقتٍ كافٍ، فيؤمن بذلك نفسه من تبعات هذا الإنهاء^(١٢).

غير أن من الفقه المصري من يرى أن فصل العامل من الخدمة لا يزيد عن كونه جزاءً مدنياً (وليس جزاءً تأديبياً) يقرره صاحب العمل لا استعمالاً لسلطته التأديبية بوصفه رئيس المشروع ولكن بوصفه عاقداً يستعمل تارةً (مع مراعاته الإخطار والمهلة) حقاً ناشئاً عن عقد العمل غير محدد المدة يجيز له وفقاً لقواعد معينة إنهاءه، أو يستعمل تارةً أخرى حال فصل العامل دون إخطار أو مهلة حقاً ناشئاً له عن عقد ملزم للجانبين، هو فسخه إذا أخل العاقد الآخر بالتزام نشأ عنه^(١٣).

ثم يبرر مسلكه هذا قائلاً: "ولا يمكن في الحقيقة الاعتراف بالصفة التأديبية لفصل العامل، أو على الأقل لجدوى الاعتراف بها، إلا بإلغاء الإنهاء الانفرادي لعقد العمل ذي المدة غير المحددة من ناحية، وتعطيل نظام الفسخ في نطاق عقد العمل من ناحية أخرى، ليتفق وضع العامل في النظام القانوني لفصله مع وضع الموظف العام في الدولة"^(١٤)، بل ويرى أنه لو كان فصل العامل مع الإخطار والمهلة أو بدونهما

(١٢) فيتمكن العامل مثلاً من البحث عن عمل جديد والعثور عن بديل لعمله الأول، فيجنب نفسه مغبة الوقوع في براثن التعطل أو البطالة، ويتمكن رب العمل في الوقت نفسه من إيجاد العامل الذي يسد به ثغرة من ثغرات انتاجه أو إدارته أو تسويقه والتي كان يملؤها هذا العامل خلال فترة سريان العقد.

(١٣) أ.د. محمود جمال الدين زكي "عقد العمل في القانون المصري"، بند ٤٧، ص ١٩٦، ١٩٧، الطبعة الثانية عام ١٩٨٢م، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب.

(١٤) أ.د. محمود جمال الدين زكي "المرجع السابق" - بند ٤٧ ص ١٩٧.

عقوبةً تأديبيةً لتعيّن على صاحب العمل في إنزالها اتباع قواعد التأديب والتقييد بمواعيده وإلا وقع قراره باطلاً، لأن إجراءات التأديب كبقية قواعد قانون العمل تتعلق بالنظام العام^(١٥).

لكنني أرى أن فصل العامل من الخدمة المقرر لرب العمل بموجب سلطته التأديبية في مواجهة العامل لهو جزاء تأديبي، وليس جزاءً مدنياً حتى يمكن أن يوصف بأنه فسخ للعقد من جانب رب العمل، ولعل هذا هو ما ألمحت إليه محكمة التمييز البحرينية بقولها "لما كان الفصل مع الحرمان من المكافأة ليس مجرد فسخ لعقد العمل، يقتصر أثره على المستقبل كشأن العقود المستمرة، بل إنه نظراً لإنصراف أثره إلى الماضي بحرمان العامل من المكافأة المستحقة له عن مدة عمله السابقة، تكون له صفة العقوبة (أي الجزاء التأديبي) وقد نص عليه القرار الوزاري رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٦ كعقوبة تأديبية أجاز توقيعها على العامل في حالات المادة ١١٣ من قانون العمل....." (١٦).

كما قضت محكمة التمييز بأنه: "وإن كانت المادة ١١٣ من قانون العمل قد نصت على عدم جواز فصل العامل بدون إخطار أو تعويض إلا لأحد الأسباب التي حددتها هذه المادة على سبيل الحصر، فإن المقصود بذلك هو الفصل التأديبي كجزاء لارتكاب العامل أحد الأخطاء التي تضمنتها هذه الأسباب، ولكنه لا يصادر حق صاحب في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بعد إخطار العامل طبقاً لنص المادة ١٠٧ من القانون دون أن يكون ملزماً بتعويضه عما لحقه من ضرر نتيجة ذلك إلا إذا كان متعسفاً في استعمال حقه بإنهاء العقد دون مبرر....." (١٧).

المبحث الثالث

صاحب الحق في توقيع الفصل التأديبي

لم يرد في قانون العمل البحريني نص يفرض على رب العمل قبل أن يمارس جزاء فصل العامل تأديبياً من الخدمة عرض الأمر مسبقاً على جهة قضائية أو جهة إدارية ذات اختصاص قضائي أو حتى جهة إدارية محضة، لذا يمارس صاحب العمل

(١٥) المرجع السابق نفسه ص ١٩٦.

(١٦) تمييز بحريني، طعن رقم ٧٤ لسنة ١٩٩٢، جلسة ٣ يناير ١٩٩٣ س ٤، ق ١، ص ٦، ٧.

(١٧) تمييز بحريني، طعن رقم ١١٩ لسنة ١٩٩٥، جلسة ١٩ نوفمبر ١٩٩٥ ن س ٦، ق ١٦٤، ص ٥٨٢.

في البحرين سلطته التأديبية على العامل فيوقع عليه ابتداءً جزاء الفصل من الخدمة عند ارتكابه مخالفة تستوجب ذلك، دون حاجة إلى سبق عرض هذا الأمر على القضاء أو على لجنة ذات اختصاص قضائي أو جهة إدارية، اكتفاءً بالرقابة القضائية اللاحقة على توقيع هذا الجزاء، والتي يباشرها القضاء عند اختصاص العامل لرب العمل طعنًا في قرار الفصل، وطلباً للتعويض عن الضرر الذي يصيبه من جرائه إذا كان فصلاً غير مبرر قانوناً.

ولا شك أن هذه الصلاحية المخولة لرب العمل في توقيع هذا الجزاء دون بسط رقابة قضائية عليها قبل ممارستها لا تخلو من مظاهر النقد رغم ما لها من مزايا تعود بالنفع على مصلحة رب العمل، ذلك أنه وإن كان من شأن تخويل رب العمل سلطة إيقاع جزاء الفصل من الخدمة على عامله المرتكب لمخالفة تأديبية تبرره دون حاجة إلى سبق عرض قرار الفصل على القضاء أو جهة الإدارة، أن يجعل له مهابة في نفوس عماله، تدفعهم إلى تفادي ارتكاب أية مخالفة تعرضهم لهذا الجزاء القاسي، لا سيما وأن رب العمل مقيد في ممارسة سلطته التأديبية عموماً، وفي ممارسة جزاء الفصل على وجهة الخصوص بعدم التعسف في استعمال حقه، إلا أنها لا تخلو من الخطورة الشديدة على مصلحة العامل، لأنها تجعل مصير بقائه في عمله لدى رب العمل رهيناً بقرار انفرادي من رب العمل الذي قد يتعسف وقد لا يتعسف في ممارسة سلطته التأديبية، فينهى للعامل عمله الذي يمثل مصدر رزقه، ويعرضه لمخاطر البقاء دون مصدر دخل، إلى أن يجد عملاً بديلاً.

وهذا العمل البديل قد يجده سريعاً أو بعد فترات طويلة وقد لا يجده أصلاً لاسيما مع تناقل الناس أمر فصل العامل بصورة تؤدي إلى اشتهاره، ذلك أن اشتهار فصل العامل من العمل يسيء عادة إلى سمعته، بل ويكون من ثم حجر عثرة في سعيه إلى إيجاد عمل بديل داخل نطاق مهنته أو حرفته.

ولاشك أن عدم خضوع رب العمل لرقابة قضائية سابقة على ممارسة الفصل التأديبي من شأنه أن يفوت على العامل صورة فاعلة من صور الحماية القانونية المأمولة السابقة على قرار فصله من العمل، ألا وهي عرض مخالفته التأديبية على جهة محايدة (سواء أكانت جهة قضائية أم لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي أم كانت جهة إدارية) لتبت في أمره ابتداءً دون جنوح أو ميل محتمل لأحد طرفي عقد العمل على حساب الآخر، الأمر الذي يقي العامل جزاء الفصل إذا لم يتوافر له ما يبرره، كما لو كانت المخالفة التأديبية بسيطة لا تبرر هذا الجزاء، والوقاية خير من العلاج، أو على الأقل يريح نفسية العامل إذا ما رأت اللجنة الموافقة على فصله

لارتكابه مخالفة تبرره، فيطمئن في عمله أن أمر فصله من الخدمة كجزاء تأديبي محاط بضمانات فاعلة سابقة على توقيعه عليه، وهذا له مردوده الإيجابي على أداء العامل، وقد اطمأن على مستقبل عمله من مخاوف وهواجس الفصل من الخدمة دون مبرر قانوني له.

ونظراً لمزايا عرض أمر فصل العامل قبل إيقاعه على العامل من رب العمل على جهة محايدة أياً كانت طبيعتها القانونية^(١٨)، فقد حرص واضع قانون العمل في مصر على إلزام رب العمل بمراعاة هذا القيد القانوني قبل ممارسته لسلطة فصل عامله، سواء في قانون العمل القديم رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ م، أم في قانون العمل الجديد وهو قانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ م^(١٩)، وفي هذا ضمان فاعلة لحماية العامل من عسف وجور رب العمل الذي قد يعتمد إلى فصله دون أن يقع منه خطأ تأديبي يبرر هذا الجزاء القاسي الشديد.

المبحث الرابع

استقلال قواعد الفصل التأديبي عن قواعد أركان المسؤولية المدنية

لا جرم أن المسؤولية المدنية (أي سواء أكانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية) لا يمكن أن تنعقد بغير ضرر، حتى وإن توافر ركن الخطأ، بل حتى ولو كان هذا الخطأ جسيماً، ما دام لم يتولد عنه أي ضرر مادي أو أدبي، ولذا فإنه ليس من قبيل المبالغة أن نصف ركن الضرر بأنه يمثل أبرز أركان المسؤولية المدنية على الإطلاق، فبدونه تنتفي المسؤولية، لأنه وإن كان من المتصور في بعض الفروض النادرة أن تنعقد المسؤولية المدنية بغير خطأ على سبيل الاستثناء، إلا أنه يعد من

(١٨) أي سواء أكانت جهة إدارية محضة كما هو الحال في اللجنة الثلاثية التي يعرض عليها أمر فصل العامل في ظل قانون العمل المصري القديم (م ٦٢ من هذا القانون أم كانت جهة إدارية ذات اختصاص قضائي مثل اللجنة الخماسية المختصة دون غيرها بتوقيع جزاء الفصل من الخدمة في ظلال قانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ م، إذ تنص المادة ٦٨ من هذا القانون على أنه: "ويكون الاختصاص بتوقيع جزاء الفصل من الخدمة للجنة المشار إليها في المادة ٧١ من هذا القانون.....".

(١٩) وسوف نعرض لاحقاً بصورة مفصلة لتشكيل هذه اللجنة الثلاثية أو الخماسية، مع بيان طبيعتها القانونية وكيفية ممارستها لاختصاصاتها.

المستحيل قيام المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية بدون توافر ركن الضرر، والذي يمثل هدفاً وغايةً لها، فما تقوم هذه المسؤولية المدنية أصلاً إلا بهدف تعويض المضرور عن الضرر الذي أحدثه به المسؤول سواء أكان الخطأ عقدياً أم تقصيرياً^(٢٠).

في حين نجد أن فصل العامل من الخدمة هو جزاء تأديبي يمارسه رب العمل سواء بعد العرض على اللجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائي (اللجنة الخماسية) في مصر أو دون هذا العرض في البحرين بناء على سلطته التأديبية على عماله، عند ارتكاب العامل مخالفة تأديبية تبرر هذا الجزاء بغض النظر عن تولد ضرر عن خطأ العامل أو مخالفته أو انتفاء حصول الضرر أصلاً على إثر ذلك^(٢١).

وبذلك يكون في مقدور رب العمل فصل العامل من الخدمة متى توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها قانوناً على سبيل الحصر في البحرين أو عند توافر حالة من الحالات المنصوص عليها قانوناً على سبيل المثال أو ما يماثلها من أشباه ونظائر من الحالات الأخرى التي لم ينص عليها قانوناً في مصر^(٢٢) لتوقيع هذا الجزاء التأديبي حتى وإن تخلف ركن الضرر، وبذلك يتميز هذا الجزاء التأديبي عن الجزاء المدني الذي لا يمكن توقيعه إلا مع ثبوت ركن الضرر.

وبناء على ذلك إذا أراد رب العمل الرجوع على العامل بالتعويض عن خطئه سواء أكان الخطأ يسيراً أم جسيماً، فلا بد من إثبات حصول الضرر من جراء هذا الخطأ، بحيث تكون بينهما علاقة سببية مباشرة، وإلا رفضت دعواه.

بيد أن ذلك لم يحل دون اتجاه واضع قانون (سواء في البحرين أم في مصر) إلى الاعتداد بجسامة الضرر الحاصل من خطأ العامل لتبرير فصله من الخدمة، بغض

(٢٠) انظر في نفس المعنى: د. خالد جمال أحمد حسن "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني"، دراسة مقارنة، مصادر الالتزام، ص ٢٤٩، الطبعة الثانية عام ٢٠٠٢م، مطبعة جامعة البحرين.

(٢١) انظر في نفس هذا المعنى: أ. د. أحمد شوقي عبدالرحمن "الخطأ الجسيم للعامل المبرر للفصل بغير إخطار" بند رقم ١٢، ص ١٤، ١٥، طبعة عام ٢٠٠٥م، منشأة المعارف الإسكندرية.

(٢٢) والأمر يتوقف على المفهوم من دلالة النص البحريني أو المصري، هل ذكره لحالات الفصل من الخدمة كان على سبيل الحصر والتعيين فلا يسمح - من ثم - بإلغائه إلا عند توافر واحدة منها، أم أن ذكره هذه الحالات جاء على سبيل البيان والتمثيل فيشمل - من ثم - مايشابه الحالات المنصوص من مخالفات أو أخطاء جسيمة تقع من العامل.

النظر عن جسامته الخطأ الواقع منه أو عدم جسامته، وفي ذلك تنص المادة ١١٣/٢ عمل بحريني في معرض ذكرها لحالات الفصل من الخدمة على أنه يمكن لرب العمل إيقاعه في حالة "ارتكاب العامل خطأ نشأت عنه خسارة مادية جسيمة لصاحب العمل بشرط أن يبلغ صاحب العمل الجهات المختصة بالحادث خلال أربع وعشرين ساعة من وقت علمه بوقوعه"، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٦٩/٢ عمل موحد مصري^(٢٣).

كما يراعى أنه إذا كانت القاعدة العامة في المسؤولية المدنية أن مسؤولية الشخص المدنية سواء أكانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية لا تقف فقط عند حد مؤاخذته على أخطائه الشخصية، بل تمتد أيضاً لتشمل أفعال غيره إذا أضرت بالآخرين، كما هو الحال فيما تنص عليه نصوص القانون المدني من مسؤولية الشخص عمن تحت رقبته من المشمولين بهذه الرقابة (سواء أكانت زوجة أم ابناً أم غيرهما ممن يخضعون لرقابته) عن فعله الضار بغيره، متى كان ملتزماً بهذه الرقابة بسبب الحالة العمرية أو السنية (بأن كان تحت سن الخامسة عشرة من عمره أو كان فوق هذه السن ولم يبلغ سن الرشد بعد وكان يعيش تحت كنف الرقيب عليه) أو الحالة العقلية (لكونه عديم التمييز سواء أكان ذلك راجعاً إلى كونه تحت سن السابعة من عمره أم كان ذلك راجعاً إلى جنونه وعته ولو كان فوق هذه السن) أو الحالة الصحية (و ذلك بسبب إصابته بعاهتين من ثلاث عاهات هي الصمم والبكم والعمي، أو بسبب ما به من عجز جسماني شديد)^(٢٤)، وما نص عليه القانون أيضاً من

(٢٣) إذ تنص على ذلك بقولها: "إذا ثبت ارتكاب العامل لخطأ نشأت عنه أضرار جسيمة لصاحب العمل بشرط أن يبلغ صاحب العمل الجهات المختصة بالحادث خلال أربع وعشرين ساعة من وقت علمه بالحادث".

(٢٤) وفي ذلك تنص المادة ١٧٠ مدني بحريني على أنه: "أ- كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً في مواجهة المضرور بتعويض الضرر الذي يحدث له ذلك الشخص بعمله غير المشروع، وذلك ما لم يثبت أنه قام بواجب الرقابة على نحو ما ينبغي أو أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب".

"ب- ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته".

"ج- وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو مشرفه في الحرفة، ما بقي القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف".

"د- وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو من يتولى الرقابة على الزوجة". هذه المادة تقابل المادة ١٧٣ من القانون المصري.

مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه التي تضر بالغير متى كانت هذه الأخطاء قد وقعت من هذا التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته أو بسببها، وكان هذا التابع خاضعاً لسلطة المتبوع الفعلية في توجيهه ورقابته^(٢٥)، فإن الأمر يختلف بالنسبة لمسؤوليته العامل في مواجهة رب العمل، إذ لا يسأل العامل إلا عن أخطائه الشخصية فقط دون أن تمتد مسؤوليته لتشمل أخطاء غيره من ذويه أو غير ذويه، إذا أضرت برب العمل، أي كانت درجة قرباتهم له أو علاقتهم به، ما دام أن سلوكه قد خلا من أي مظهر من مظاهر الانحراف عن سلوك الشخص المعتمد، فلم يثبت ارتكابه عملاً غير مشروع في مواجهة صاحب العمل^(٢٦).

وبناء عليه إذا لم يثبت قيام العامل بتحريض قريبه أو غيره على الإضرار بصاحب العمل، فلا مسؤولية عليه تجاه صاحب العمل، ويكون للأخير الرجوع بالتعويض على المتسبب بخطئه في إلحاق الضرر به وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

بيد أنه على الرغم من ذلك فقد اتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى مؤاخذه العامل على أخطاء زوجته الجسيمة في مواجهة صاحب العمل^(٢٧)، على أساس أن العامل وقد ترك زوجته ترتكب في حق صاحب العمل أخطاء جسيمة تضر به، رغم قدرته على منعها من ذلك بما له في حقها من نفوذ أدبي يمكنه من الحيلولة دونها، والإضرار بصاحب العمل، يعد مرتكباً لعمل غير مشروع بسلوكه السلبي^(٢٨).

(٢٥) وتنص المادة ١٧٢ مدني بحريني على أن: "أ- يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في أداء وظيفته أو بسببها".

"ب- وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه". هذه المادة تقابل المادة ١٧٤ مدني مصري.

(٢٦) انظر في نفس المعنى: أ. د. أحمد شوقي عبد الرحمن - المرجع السابق - بند ١٥، ص ١٧.

(٢٧) Cass.soc 16 mars. 1959, Bull. civ. 4 n.398, p. 326, cass. soc. 14 juin 1961, bull.civ.4, n.633, p.501 cite par Dalloz 1970, note S.4 JUIN 1969. P 69

لدى: أ. د. أحمد شوقي عبد الرحمن - المرجع السابق - بند ١٥، ص ١٧.

(٢٨) ذلك أن الخطأ التقصيري وإن كان الغالب فيه أن يتحقق من خلال سلوك أو فعل إيجابي ينحرف به صاحبه عن سلوك الشخص المعتمد الذي في نفس ظروفه، فيلحق بالغير ضرراً مادياً أو أدبياً، فإنه من المتصور حدوثه أيضاً بسلوك سلبي يصدر عن الشخص، لا سيما إذا كان القانون أو العقد يفرض عليه مباشرة عمل إيجابي معين، وإذا به يعمد إلى اتخاذ موقف سلبي بالمخالفة لذلك، فيلحق على إثر ذلك ضرراً بالغير.

بل إن من الفقه المصري من يرى قياس مسؤولية العامل عن أخطاء أولاده القصر في مواجهة صاحب العمل، على مسؤوليته عن أخطاء زوجته التي مالت إليها بعض أحكام القضاء الفرنسي، على أساس أن العامل في كلا الحالين كان بوسعه أن يتدخل لمنع هذه الأخطاء الضارة برب العمل، بما له من سلطة على أي من هؤلاء تمكنه من تحقيق ذلك، لكنه آثر اتخاذ هذا الموقف السلبي، ولم يعتمد على مباشرة أي عمل إيجابي للحيلولة دون إضرار أحدهما برب العمل^(٢٩).

المبحث الخامس

الضوابط القانونية للفصل التأديبي في القطاع الأهلي

المطلب الأول

عدم وجود رقابة سابقة قبل توقيع الفصل في البحرين

لم يشأ واضع قانون العمل البحريني أن يخضع سلطة رب العمل في توقيع جزاء الفصل من الخدمة لرقابة سابقة على إيقاعه لهذا الجزاء، سواء من جهة الإدارة أم من قبل جهة إدارية ذات اختصاص قضائي، بل جعل له صلاحية توقيع هذا الجزاء مباشرة دون أن يلزمه بعرض أمر الفصل ابتداء على جهة محايدة، ولا شك أنه لم يكن موفقاً في هذا المسلك؛ لأنه بذلك حرم العامل من حماية فاعلة تجعله في مأمن من مخاوف توقيع هذا الجزاء القاسي عليه من قبل رب العمل بحق أو بغير حق، مادام أن أمر الفصل سوف يعرض على هذه الجهة المحايدة التي يفترض حرصها الشديد على تحقيق مصلحة طرفي عقد العمل، دون أدنى محاباة تذكر لأيهما في هذا الخصوص على حساب مصلحة الآخر.

بيد أنه مما يخفف من غلواء هذا المسلك التشريعي سالف الذكر اتجاهه إلى ذكر حالات فصل العامل من الخدمة بغير إخطار على سبيل الحصر والتعيين، وليس على سبيل البيان والتمثيل على نحو لا يسمح لرب العمل بتوقيع مثل هذا الجزاء القاسي والشديد في غير واحدة من هذه الحالات، ويتجلى ذلك واضحاً في استعماله أسلوب الحصر والقصر في صدر المادة المنظمة لهذا الجزاء، إذ تقول - في ذلك - المادة

(٢٩) أ. د. أحمد شوقي عبد الرحمن - المرجع السابق - بند ١٥، ص ١٧، وفي ذلك يقول سيادته: "ويمكن أن يقاس على ذلك عدم تدخل العامل لمنع الخطأ الصادر عن أحد أولاده القصر، نظراً لأن سلطة العامل إزائه تمكنه من منع العدوان".

١١٣ عمل بحريني "لا يجوز لصاحب العمل فصل العامل دون مكافأة أو إخطار أو تعويض إلا في الحالات الآتية....." (٣٠).

وجدير بالذكر أنه على خلاف مسلك واضع قانون العمل البحريني سالف الذكر فقد عمد واضع قانون العمل المصري سواء في قانون العمل القديم رقم ٢٣٧ لسنة ١٩٨١، أم في قانون العمل الجديد (قانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ م) إلى فرض رقابة سابقة على توقيع جزاء الفصل من الخدمة، من خلال إلزام رب العمل بعرض جزاء فصل العامل من الخدمة على لجنة إدارية محضة وفق قانون العمل القديم ، أو على لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي في ظل قانون العمل الموحد، وبذلك حمى العامل من رعونة أو تهور رب العمل الذي قد يعتمد إلى إيقاع هذا الجزاء بمبرر أو بغير مبرر.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على الفصل قبل توقيعه على العامل في مصر
أولاً - وجوب عرض أمر الفصل على اللجنة الثلاثية في ظل قانون العمل القديم قبل توقيعه:

لقد حرص واضع القانون المصري في قانون العمل القديم على استحداث نظام قانوني جديد يفرض فيه على رب العمل أياً كان عدد عماله، أي حتى لو كان عاملاً

(٣٠) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: "لا يحق لصاحب العمل إنهاء العقد بإرادته المنفردة قبل انقضاء المدة المحددة له إلا إذا توافر لديه أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة ١١٣ من قانون العمل، فيحق له حينئذ فصل العامل دون تعويض ودون مكافأة أيضاً إذا اتبع إجراءات التأديب، باعتبار أن الفصل مع الحرمان من المكافأة طبقاً لقرار وزير العمل رقم ١٩٧٦/٢٣ من العقوبات التأديبية التي لا يجوز لصاحب العمل توقيعهما بغير اتباع الإجراءات المنصوص عليها في هذا القرار، فإذا لم تتوافر إحدى حالات المادة ١١٣ فإن الإنهاء المبسر للعقد يعتبر إنهاء غير مشروع يستوجب إلزام صاحب العمل بالتعويض والمكافأة، ولكنه لا يلتزم بتعويض عن مهلة الإخطار الذي لا يتطلبه القانون إلا إذا كان العقد غير محدد المدة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص بأسباب سائغة وبما يتفق مع الثابت بالأوراق إلى عدم وجود مبرر لفصل المطعون ضده طبقاً لنص المادة ١١٣، فإن النعي عليه قضاءه بإلزام الطاعنة بالتعويض والمكافأة يكون في غير محله، فيتعين رفض الطعن بالنسبة لهما ونقض الحكم جزئياً بالنسبة لتعويض مهلة الإخطار (تمييز بحريني الطعان رقم ١٠٨، ١٠٥ لسنة ١٩٩٨، جلسة ٢٧ سبتمبر ١٩٩٨، السنة التاسعة، ق ١٤٠، ص ٥٠٩، ٥٠٨).

واحدًا، ضرورة عرض أمر فصل العامل من الخدمة قبل أن يصدر قراراً به على لجنة إدارية محضنة لتبدي رأيها فيه، فنصت المادة ٦٢ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١م على أنه: "إذا نسب إلى العامل ارتكاب خطأ تأديبي يستوجب معاقبته بالفصل وجب على صاحب العمل قبل أن يصدر قراره بالفصل أن يتقدم بطلب بذلك إلى لجنة ثلاثية تشكل على النحو التالي:

- أ - مدير مديرية القوى العاملة أو من ينيبه رئيساً.
 - ب - ممثل للعمال تختاره المنظمة النقابية المعنية عضواً.
 - ت - صاحب العمل أو من يمثله عضواً.
- "ويتعين على صاحب العمل أن يرفق بالطلب ملف خدمة العامل ومذكرة بأسباب الفصل".

ويلاحظ من خلال هذا النص أن عرض أمر فصل العامل من الخدمة على اللجنة الثلاثية أمر وجوبي لا يجوز لرب العمل تجاوزه، وإلا اعتبر قراره بالفصل كأن لم يكن مع إلزامه بدفع أجر العامل^(٣١)، وعندئذ يتعين على رب العمل إعادة العامل إلى عمله إذا كان قد طرده من العمل، وبذلك يختلف مثل هذا الفصل الباطل Le licenciement nul الذي لا ينتج أثراً فيعتبر وكأن لم يكن، ويبقى معه العقد قائماً بين طرفيه، ويلزم رب العمل على دفع أجر العامل، عن الفصل التعسفي Le licenciement abusive الذي ينتج أثره فتنتهي على إثره العلاقة العقدية بين العامل ورب العمل، مع ثبوت حق العامل في الرجوع على رب العمل بدعوى التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الفصل المشوب بالتعسف في ممارسته^(٣٢).

كما يظهر لنا من خلال تشكيل أعضاء اللجنة الطابع الإداري لتكوين هذه اللجنة، فليس من بين أعضائها قضاة حتى تكتسب الطابع القضائي فتكون جهة إدارية ذات اختصاص قضائي، إنما هي مجرد لجنة إدارية ذات طابع استشاري، ولذا لا يلزم رب العمل بالأخذ بقرارها، ويكون له مطلق الحرية في أن يأخذ به أو يأخذ قراراً مغايراً، وإن كان عادة ما يحظى قرار هذه اللجنة بالقبول والتأييد من قبل أرباب الأعمال.

ويعاب على هذا النص أنه جعل صاحب العمل أحد أعضاء هذه اللجنة، وهذا وضع منتقد يجافي أبسط معاني الحيطة والنزاهة، إذ ليس من المقبول أن يكون رب

(٣١) راجع المادة ٦٥ عمل قديم.

(٣٢) انظر في نفس المعنى: أ. د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - بند ٤٩، ص ٢١٣.

العمل حكماً وخصماً في نفس الوقت، وكان من الأفضل الاكتفاء بحضور ممثل عنه^(٣٣).

ولقد رسمت المادة ١/٦٣ عمل قديم كيفية ممارسة اللجنة الثلاثية لعملها، فكلفت رئيس اللجنة بإخطار كل من العامل وصاحب العمل وممثل العمال بموعد ومكان انعقاد اللجنة بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول خلال ثلاثة أيام من تاريخ ورود الطلب إلى سكرتارية اللجنة.

ويتعين بحث اللجنة لطلب الفصل من الخدمة خلال مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ تقديمه، مع مراعاة أنه في حالة تخلف صاحب العمل أو من يمثله عن الحضور رغم الإخطار يعتبر الطلب وكأنه لم يكن، أما إذا تخلف عن الحضور ممثل العمال فللعامل أو من يختاره حضور اجتماع اللجنة، وإذا تخلف عن الحضور ممثل العمال والعامل معا رغم حصول الإخطار لهما، جاز لرئيس اللجنة الموافقة على طلب وقف صرف أجر العامل المقدم من قبل صاحب العمل أو من يمثله (٢/٦٣ عمل قديم)، إذ ليس لرئيس اللجنة اتخاذ هذا القرار من تلقاء نفسه، وعندئذ يتعين على رئيس اللجنة إعادة إخطار ممثل العمال والعامل من جديد، ثم يقوم بالنظر في الطلب في غيابهما إذا تخلفا عن الحضور (م ٣/٦٣ عمل قديم) ويتسنى للجنة في سبيل أداء مهمتها سماع أقوال العامل وأوجه دفاعه، ولها أيضاً الاستدلال بشهادة الشهود والاطلاع على كافة المستندات والأوراق والبيانات والسجلات التي ترى لزوماً لها (م ٦٣ / ٤ عمل قديم).

وتحرر اللجنة محضراً من أصل وصورتين تثبت فيه ما اتخذته من إجراءات وما سمعته من أقوال، ويوضح بالمحضر رأي كل عضو مسبباً، وتسلم صورة منه لصاحب العمل لإيداعها ملف العامل، وتسلم الصورة الثانية لممثل العمال لحفظها في ملفات المنظمة النقابية، ويودع أصل المحضر بمكتب العمل الواقع في دائرته محل العمل، ويصدر قرار اللجنة بأغلبية الآراء، فإذا تساوت الأصوات، رجحت كفة الرأي الذي فيه رئيس اللجنة، وعلى أية حال فإن قرار اللجنة مجرد رأي استشاري غير ملزم لرب العمل (م ٦٤، ٦٥ عمل قديم).

وإذا عرض صاحب العمل أمر فصل العامل على هذه اللجنة الثلاثية ولم تبت فيه خلال أسبوعين من تاريخ تقديمه دون أن يكون لرب العمل دخل في هذا التأخير جاز لصاحب العمل فصل العامل دون انتظار قرار اللجنة في هذا الخصوص، كما أن

(٣٣) انظر في نفس المعنى: أ. د. عبد الناصر توفيق العطار "شرح قانون العمل"، ص ٢٣، طبعة عام ١٩٩٣م.

له ذلك إذا ارتأى مخالفة قرار الفصل نزولاً عن رفضها لأمر الفصل، شريطة مراعاة أن يصدر قراره هذا خلال مدة تزيد عن ثلاثين يوماً من تاريخ صدور قرار اللجنة (سواء أكان أمر الفصل أم رفضه) بالنسبة للعمال الذين يتقاضون أجورهم بالمشاهرة، أو خلال مدة لا تزيد عن خمسة عشر يوماً بالنسبة لغيرهم من العمال الآخرين، وإلا سقط حقه في توقيع تلك العقوبة بمضي المدة^(٣٤).

ثانياً – وجوب عرض أمر الفصل على لجنة خماسية في ظل قانون العمل الموحد:

لقد جعلت المادة ٦٨ عمل مصري موحد للجنة الخماسية المشار إليها في المادة ٧١ من هذا القانون الاختصاص بتوقيع جزاء فصل العامل من الخدمة، وقد نصت المادة ٧١ على أن: "تشكل بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الجهات المعنية لجان ذات اختصاص قضائي من^(٣٥):"

- اثنين من القضاة تكون الرئاسة لأقدمهما وفقاً للقواعد المقررة بقانون السلطة القضائية.

- مدير مديرية القوى العاملة والهجرة المختص أو من ينيبه.

- عضو عن اتحاد نقابات عمال مصر.

- عضو عن منظمة أصحاب الأعمال المعنية.

"وتختص كل لجنة دون غيرها بالفصل في المنازعات الفردية الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون وتفصل اللجنة في النزاع المعروض عليها خلال ستين يوماً من تاريخ عرضه عليها".

وعلى اللجنة أن تفصل في طلب فصل العامل خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ أول جلسة، ويكون قرارها نهائياً، فإذا رفضت الطلب ألزمت صاحب العمل بتنفيذ قرار اللجنة بإعادة العامل إلى عمله، وأن يؤدي إليه ما لم يصرف له من مستحقات.

فإذا لم يقم صاحب العمل بتنفيذ قرار اللجنة بإعادة العامل إلى عمله اعتبر ذلك فصلاً تعسفياً يستوجب التعويض طبقاً للمادة ١٢٢ من هذا القانون.

(٣٤) د. صلاح محمد أحمد "شرح أحكام قانون العمل والتأمينات الاجتماعية"، ص ١٩٧، طبعة عام ٢٠٠٢-٢٠٠٣ م.

(٣٥) وقد صدر تنفيذاً لهذا النص القانوني قرار من وزير العدل المصري رقم ٣٥٣٩ لسنة ٢٠٠٣ بتشكيل هذه اللجان، بحيث يكون في كل محكمة ابتدائية لجنة خماسية أو أكثر من الأعضاء الخمسة المشار إليهم في المادة ٧١ عمل مصري موحد سالف الذكر.

وعلى اللجنة أن تفصل في الموضوع بالتعويض المؤقت إذا طلب العامل ذلك. ويكون قرار اللجنة في هذه الحالة واجب النفاذ فوراً ولو طلب استئنافه. وتخصص المبالغ التي يكون العامل قد استوفاهها تنفيذاً لقرار اللجنة بوقف التنفيذ من مبلغ التعويض الذي قد يحكم له به، أو من أية مبالغ أخرى مستحقة له لدى صاحب العمل.

فإذا كان طلب فصل العامل بسبب نشاطه النقابي قضت اللجنة بإعادته إلى عمله إذا طلب ذلك، ما لم يثبت صاحب العمل أن طلب الفصل لم يكن بسبب هذا النشاط. ويتبع فيما لم يرد بشأنه نص خاص أحكام قانوني المرافعات والإثبات في المواد المدنية والتجارية.

ملاحظات حول نص المادة ٧١ سالف الذكر:

- ١ - إن اللجنة المناط إليها الاختصاص بتوقيع جزاء الفصل من الخدمة هي لجنة خماسية وليست لجنة ثلاثية كما كان عليه الحال في القانون العمل المصري القديم، ولا تخلو هذه الزيادة العددية والنوعية من رعاية للعامل بوصفه طرفاً ضعيفاً في تلك العلاقة العقدية، لأنه حينما يكون قرار الفصل في يد ثلاثة أشخاص، يكون أخطر من صيرورته في يد خمسة أشخاص، كما أنه تتعاضد قيمة هذه الزيادة إذا كانت ممثلة في دخول اثنين من القضاء ضمن أعضائها، مع تولي أقدمهما لرئاسة هذه اللجنة.
- ٢ - إن وجود اثنين من القضاة بين أعضاء اللجنة الخماسية المختصة بالنظر في طلب فصل العامل من الخدمة يضيف عليها الصبغة القضائية، فتكون لجنة إدارية ذات طابع قضائي، بخلاف اللجنة الثلاثية في قانون العمل القديم فقد كانت لجنة إدارية محضة ذات طابع استشاري.
- ٣ - إن تشكيل اللجنة الخماسية في هذا القانون - كما يقول البعض وبحق - قد حافظ على التشكيل العام لكل الجهات التي كان منوطاً بها نظر هذا النزاع الواقع بين العامل ورب العمل في ظل قانون العمل الملغي (وهي اللجنة الثلاثية، والقاضي المستعجل الذي كانت تحيل اللجنة النزاع إليه، وقاضي الموضوع الذي كان يحيل إليه قاضي الأمور المستعجلة موضوع النزاع) فأبقى على هؤلاء جميعاً في تشكيل اللجنة الخماسية، وجمعهم في مجلس قضاء واحد، فلم يساعد فقط في توفير الوقت والاجراءات اللازمة لإحالة الملف الخاص بالنزاع إلى اللجنة الثلاثية، والتي كانت تقوم بإحالاته إلى القاضي

المستعجل، والذي يحيله من بعد إلى القاضي الموضوعي، بل ساهم أيضاً في إزالة كل تناقض محتمل بين قرار اللجنة الثلاثية، والقاضي المستعجل، والقاضي الموضوعي، لأنهم جميعاً سينضوون تحت لواء لجنة واحدة خماسية تضمهم جميعاً لتصدر حكمها سواء في قرار وقف تنفيذ قرار الفصل أم في الموضوع بقرار واحد وليس بعدة قرارات متفرقة^(٣٦).

٤ - إن القرار الصادر من اللجنة الخماسية بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه من قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة يعتبر بمثابة حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية فيحوز بذلك حجية الأمر المقضي، ويجوز الطعن فيه أمام المحكمة الاستئنافية وفقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية (م ٧٢ عمل مصري موحد). بخلاف القرار الصادر من اللجنة الثلاثية فهو قرار إداري ذو طابع استشاري غير ملزم لصاحب العمل، فكان له أن يأخذ به أو يتجاهله ويتخذ قراره بالفصل من الخدمة على خلاف ما أوصت به اللجنة.

٥ - إن اللجنة الخماسية وفق ظاهر النص تعد هي صاحبة الاختصاص بتوقيع جزاء الفصل من الخدمة عند رغبة صاحب العمل في فصل عامه وعرض طلبه بذلك على هذه اللجنة - كما يقول البعض - هو قرار اللجنة وليس قرار صاحب العمل^(٣٧)، وهذا ليس صحيحاً من الناحية الواقعية أو القانونية، لأن قرار الفصل هو قرار صاحب العمل فعلياً، ودور اللجنة هو مجرد النظر في مشروعية أو عدم مشروعية هذا القرار، ولعل هذا النظر الذي ارتأته والمنسجم مع حقيقة دور اللجنة الخماسية قد كان منصوفاً عليه في النص الذي أعدته اللجنة الفنية للمشروع الذي تقدمت به الحكومة، إذ جاء ضمن عبارات النص (نص المادة ٧١ المقدم من الحكومة أنه: "...وتختص هذه اللجنة دون غيرها بالفصل في المنازعات الفردية الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون وعلى الأخص:

أ - مشروعية قرار الفصل:

وهي تتخذ حيال طلب رب العمل أحد موقفين إما أنها تؤيد أمر فصله من العمل لارتكابه خطأ جسيماً يستوجب ذلك، وإما أنها ترفض فصل العامل، ولرب العمل أن يسلم للجنة فيما ذهبت إليه في قرارها ويرد العامل إلى عمله ثانية إن كان قد طرده.

(٣٦) أ. د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق - ص ٧٠٩.

(٣٧) أ. د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق - ص ٧٠٩.

وإما أن يصر على مخالفة قرار اللجنة الخماسية، وعندئذ نلاحظ أن واضع القانون في المادة ٧١ عمل موحد قد جعل لها سلطة إلزام صاحب العمل بإعادة العامل إلى عمله، مع إلزامه بأداء ما لم يصرف له من أجره من مستحقات، فإذا رفض صاحب العمل تنفيذ ذلك القرار كان فصله للعامل فصلاً تعسفياً يستوجب التعويض وفقاً لنص المادة ١٢٢ عمل موحد.

وينتقد البعض منح هذه اللجنة مثل هذه الصلاحية قائلاً: "والحكم بإلزام صاحب العمل بإعادة العامل إلى عمله حكم منتقد ندر أن شاهداً له مثيلاً في القوانين المقارنة، بل وفي أي قانون مصري سابق حتى القوانين الصادرة في النظام الاشتراكي لم تذهب إلى إلزام صاحب العمل بإعادة العامل إلى عمله" (٣٨).

لكنني أؤيد منح اللجنة مثل هذه الصلاحية لا سيما وهي لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي، فليس ثمة وجه غرابة كما تصور البعض آنفاً، لاسيما وقد تبين للجنة عدم مشروعية قرار الفصل، وفي نهاية المطاف في مقدور رب العمل أن يصر على موقفه ويرفض الانصياع لقرار اللجنة الرفض للفصل والأمر بإعادة العامل إلى العمل، متحماً تبعات هذا الموقف بدفع تعويض للعامل عن قراره التعسفي بفصله.

٦ - يعاب على النص سالف الذكر أنه لم يسمح بالطعن في القرار الصادر من اللجنة الخماسية، نظراً لاعتباره حكماً نهائياً بفصل العامل، وهذا كما يرى البعض - وبحق - يتعارض مع طبيعة الأشياء التي تحتم الحفاظ على حق التقاضي بوصفه حقاً دستورياً، لاسيما وأن القانون في المادة ٧٢ عمل موحد قد أجاز الطعن في القرار الصادر من اللجنة أمام المحكمة الاستئنافية متى كان هذا القرار يعالج جزاءً آخر غير جزاء الفصل، على الرغم من أن السماح بالطعن في جزاء الفصل (والذي يمثل أقسى وأشد أنواع الجزاءات القانونية التي يمكن أن يتعرض لها العامل) هو أولى من الجزاءات الأخرى مما هو دون الفصل من الخدمة (٣٩)، فأى أنواع الجزاءات أحق بالطعن وأجدر مراعاة

(٣٨) أ.د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق - ص ٧١١.

(٣٩) انظر في نفس المعنى: أ.د. أحمد شوقي عبد الرحمن "شرح قانون العمل الجديد" بند ٧٣، ص ١٠٥، ١٠٦، طبعة عام ٢٠٠٥م، منشأة المعارف بالإسكندرية.

لخطورتها وقسوة تبعاتها وآثارها؟ لا شك أنه الفصل من الخدمة لأنه على إثر توقيعه يحرم العامل من مصدر رزقه ويكون عرضة للضياع مادياً ونفسياً.

٧ - يؤخذ على النص سالف الذكر أنه لم يحدد موعداً زمنياً معيناً يتعين فيه على اللجنة الخماسية تحديد جلسة النظر في طلب الفصل من الخدمة، على نحو قد يؤدي إلى تعطيل نظر الفصل في هذا الطلب فترة طويلة، وهذا أمر منتقد، على الرغم من حرصه على تحديد المدة التي يلزم خلالها البت في طلب الفصل بآلا يزيد عن خمسة عشر يوماً من تاريخ أول جلسة^(٤٠).

٨ - لم يفتن واضع قانون العمل الموحد إلى الحيلة التي قد يعتمد عليها رب العمل لتعطيل نظر اللجنة في طلب الفصل من الخدمة، وذلك بالتواطؤ مع هذا العضو الممثل لمنظمة أصحاب الأعمال المعنية داخل اللجنة الخماسية للغياب عن حضور اللجنة على نحو يمنع من صحة انعقادها، نظراً لأن النص القانوني المنظم لعمل اللجنة يستوجب حضوره لصحة انعقادها، على عكس واضح قانون العمل القديم رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ الذي فطن لهذه الحيلة فنص صراحة في المادة ٦٣ من هذا القانون على سقوط طلب صاحب العمل عند غيابه أو غياب من يمثله عن الحضور في اللجنة الثلاثية^(٤١).

المطلب الثالث

الرقابة القضائية على الجزاءات التأديبية الموقعة على العامل ومنها جزاء الفصل من الخدمة

على الرغم من وجود الرقابة الإدارية التي تمارسها وزارة العمل على ممارسة أرباب الأعمال لسلطاتهم التأديبية على عمالهم، وذلك من خلال اضطلاع هذه الوزارة بإعداد نموذج مثالي للائحة جزاءات تأديبية ليهتدي بها أرباب الأعمال في وضع لوائح جزاءاتهم التأديبية للعمال، هذا فضلاً عن وجوب اعتماد الوزارة لهذه اللوائح بعد صياغتها من قبل أرباب الأعمال، واعتماد ما قد يطرأ على هذه اللوائح من تعديلات حتى تصبح نافذة وصالحة للتطبيق على العمال، الأمر الذي يتيح للوزارة التأكد من مطابقة هذه اللوائح لأحكام القانون، والاعتراض على ما قد تراه مخالفاً منها مع هذه الأحكام، أو مع ما يتعين توفيره للعمال من ضمانات وقواعد عند تأديبهم، للحيلولة

(٤٠) انظر في نفس المعنى: أ. د. أحمد شوقي عبد الرحمن - المرجع السابق - بند ٧٣، ص ١٠٦.

(٤١) أ. د. أحمد شوقي عبد الرحمن - المرجع السابق - بند ٧٣، ص ١٠٦.

دون مجاوزة أي رب عمل لحدود سلطته التأديبية أو التعسف في استعمال حقه في ممارسة هذه السلطة، إلا أنها لا يمكن أن تغني العامل أبداً عن حقه الطبيعي في الاحتماء بالحماية القضائية أمام قاضيه الطبيعي.

ذلك أن حماية العامل لا تكتمل معالمها إلا مع ثبوت حق العامل في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي لدفع أي مظهر من مظاهر الظلم الذي يمكن أن يتعرض له على إثر ممارسة رب العمل لسلطته التأديبية على نحو مخالف لأحكام القانون، فتخضع ممارسات أرباب الأعمال للسلطة التأديبية وإيقاعهم للجزاءات بكل أنواعها على العمال بموجبها للرقابة القضائية أمام المحاكم العادية.

فيجوز من ثم للعامل أن يطلب من محكمة الموضوع الحكم له ببطلان الجزاء التأديبي المخالف لأحكام القانون، كما لو ثبت أن رب العمل قد أوقع على العامل جزاءً تأديبياً (أي كان نوعه) دون سماع أقواله أو التحقيق معه أو كان قد حاسبه رب العمل على سلوك معين رغم تفاهة المخالفة، كما لو فصله من الخدمة لمجرد ارتكابه مخالفة بسيطة لم يتولد عنها أي ضرر أصلاً، أو كان الضرر يسيراً، ففي مثل هذه الحالات وأشباهها يستطيع القاضي بعد تثبته من مخالفة الجزاء التأديبي الموقع على العامل لأحكام القانون الحكم ببطلان هذا الجزاء التأديبي واعتباره - من ثم - كأن لم يكن.

وهنا يثار التساؤل حول حدود سلطة محكمة الموضوع عند تظلم العامل أمامها من سلطة رب العمل التأديبية، مدعياً فيه مخالفة رب العمل لأحكام القانون فيما أوقعه عليه من جزاء تأديبي، هل يقف دور المحكمة عند حد تأييد أو إلغاء هذا الجزاء التأديبي، أم يمتد إلى حد الاعتراف لها بصلاحيّة تعديل هذا الجزاء التأديبي ليتناسب مع نوع ودرجة المخالفة التأديبية المرتكبة؟

يرى البعض^(٤٢) إن سلطة المحكمة تقف فقط عند تأييد أو إلغاء الجزاء التأديبي

(٤٢) انظر في عرض ذلك الرأي: أ. د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - بند ٥٣، ص ٣٢٣، إذ يقول سيادته: "إن للقضاء الرقابة على وقوع الخطأ، وعلى نسبته، فله أن يتحقق من وقوع الخطأ ومن ارتكاب العامل حقيقة له، ليحكم ببطلان الجزاء إذا لم يقع الخطأ الذي أنزل الجزاء لأجله أو لم يثبت ارتكاب العامل له، ولا تقتصر سلطة القضاء على التحقق من ثبوت الواقعة المدعاة بل تمتد إلى تكييف هذه الواقعة وتقدير ما إذا كان لها وصف الخطأ"، ثم يتابع بعد ذلك قائلاً: "...وليس لهم (أي قضاة الموضوع) من ثم سلطة تقديرية إزاء ملائمة البند (أي الجزاء)، في اللائحة أو القرار متى كان مشروعاً، ولا يتضمن اعتداءً على الحياة الخاصة للعملة (بفتح العين والميم واللام أي العمال)، أ. د. حسام الدين الأهواني "شرح قانون العمل"، ص ٤٣٧، طبعة عام ١٩٩١م، مطبعة أبناء وهبة حسان، أ. د. إسماعيل غانم "قانون العمل" بند ١٤٥، طبعة عام ١٩٦٢م، بدون دار نشر، أ. د. أحمد شوقي عبد الرحمن - المرجع السابق - بند ٧٤، ص ١٠٧.

الموقع على العامل من قبل رب العمل، دون أن تمتد إلى الحكم بما تراه مناسباً من جزاء، فتعدل هذا الجزاء التأديبي المخالف، تأسيساً على أن المحكمة ليست سلطة تأديبية، ولا يجوز لها أن تقوم مقام صاحب العمل في ممارسة سلطته التأديبية، ومن ثم إذا رأت المحكمة أن فصل العامل ليس مشروعاً، لم يكن لها أكثر من أن تقضي ببطالان هذا الفصل لعدم مشروعيته، ولا يصير من سلطتها القضاء بإلزام رب العمل بإعادة هذا العامل إلى العمل، وذلك مع احتفاظ العامل بكامل حقه في الرجوع إلى المحكمة للمطالبة بتعويضه عن هذا الفصل غير المشروع.

ويرى البعض الآخر أن للمحكمة سلطة رقابية على تناسب الجزاء التأديبي مع المخالفة التأديبية، لاسيما إذا لم يكن ثمة لائحة جزاءات تأديبية لدى رب العمل، أما إذا وجدت لائحة تأديبية للجزاءات فإن المحكمة لا تملك سلطة تقدير تناسب الجزاء التأديبي مع المخالفة التأديبية، إذا كان تحديد اللائحة للجزاءات تحديداً جامداً، بعكس الحال إذا كان للجزاء حد أدنى وحد أقصى، إذ يكون للمحكمة مراقبة تقدير العقوبة إذا تجاوز صاحب العمل الحد الأدنى للعقوبة، ومن الفقه من يرى - وبحق - ثبوت سلطة تقديرية للمحكمة في قياس مدى تناسب الجزاء مع المخالفة، سواء تضمنت لائحة الجزاءات تحديداً مرناً أم جامداً للجزاء، نظراً لأن حق رب العمل أو سلطته في تقدير الجزاء التأديبي على العامل يخضع مثل غيره من الحقوق أو السلطات للنظرية العامة في التعسف في استعمال الحق^(٤٣).

وبناء على ذلك يمتد سلطان المحكمة ليجاوز مجرد إلغاء أو إبطال الجزاء التأديبي المخالف، ليصل إلى حد إنزال ما تراه مناسباً من الجزاءات التأديبية تبعاً لنوع وحجم المخالفة التأديبية المرتكبة، وذلك على أساس أن هذا التعديل يمثل جزءاً مكماً لدور القاضي في قضائه بإبطال أو إلغاء الجزاء المخالف، وبذلك يحقق القاضي العدالة أو الإنصاف الذي ينشده العامل عند لجوئه إليه، على إثر ظلمه ومجاوزة رب العمل لحدود سلطته التأديبية معه.

هذا بالإضافة إلى أنه متى ثبت للقاضي مجاوزة رب العمل لسلطته التأديبية فيما أوقعه على العامل من جزاء تأديبي، فتدخل مبطلاً له هذا الجزاء الذي أوقعه، لم يعد رب العمل بعد ذلك صالحاً لمجازاته تأديبياً عن نفس المخالفة، إذ ليس من المنطق في شيء أن نعيد العامل ثانية إلى رب العمل ليحاسبه من جديد عن نفس المخالفة

(٤٣) انظر عرض ذلك الرأي لدى: أ. د. حسام الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ٤٤٠، أ. د. أحمد شوقي عبد الرحمن - المرجع السابق - بند ٧٤، ص ١٠٧.

التأديبية وقد تجاوز معه في إنزال الجزاء عليه أول مرة، فهل الأفضل الإبقاء على سلطته في مجازاته مرة أخرى أم نحرمة من ممارسة هذه السلطة في هذه الحالة التي جاوز فيها حدودها المرسومة قانوناً ليتولاها القاضي بدلاً منه، بوصفه القاضي الطبيعي لهما معاً، فضلاً عن كونه هو الطرف المحايد بالنسبة لطرفي عقد العمل، والذي يسعى جاهداً إلى تحقيق التوازن المعقول بين مصلحتهما، من خلال مجازاة العامل عن مخالفته التأديبية جزاء مناسباً ورادعاً له تحقيقاً لمصلحة رب العمل، وفي نفس الوقت عدم ترك العامل فريسةً لرب العمل لينتقل به من جزاء شديد إلى جزاء آخر من نفس درجته، وتوقيع الجزاء الذي يتناسب مع قدر المخالفة دون مغالاة أو تطرف، وذلك تحقيقاً لمصلحة العامل ورعاية له في مواجهة رب العمل.

ونخلص مما سبق إلى أن لمحكمة الموضوع ممارسة نوعين من الرقابة القضائية على سلطة رب العمل التأديبية في مواجهة عماله، النوع الأول: يتمثل في رقابة المشروعية *Controle de la légitimité*، والتي تنظر من خلالها المحكمة إلى مدى مشروعية أو عدم مشروعية الجزاء التأديبي المتظلم منه أمامها، فتؤيد توقيعه عند ثبوت مشروعيته وتلغيه أو تبطله إذا كان غير مشروع، أما النوع الثاني: يتعلق برقابة الملاءمة التي تنظر من خلالها المحكمة إلى مدى التلاءم أو التناسب بين الجزاء والمخالفة، فمثل هذا النوع من الرقابة تملكه المحكمة أيضاً وفقاً للرأي الراجح، سواء أكان لدى رب العمل لائحة جزاءات تأديبية أم لا، وسواء أكان الجزاء في اللائحة جزاءً جامداً (أي لا حدين له أدنى وأقصى) أم كان جزاءً مرناً (له حدان حد أدنى وحد أقصى)، لأن هذا في الحقيقة هو ما يتفق مع الدور الطبيعي للقاضي حتى تكتمل منظومة عمله القضائي الساعي إلى بلوغ العدالة أو الإنصاف تجاه ممارسة رب العمل لسلطته التأديبية في مواجهة عماله.

إذ لا يتصور أن يحرم القاضي - بعد أن تبين له بطلان جزاء تأديبي معين أوقعه رب العمل على عامله لانتوائه على مظهر من مظاهر التعسف في ممارسته - من سلطة أو صلاحية رد هذا الجزاء التأديبي إلى الحد المعقول الذي ينفي عنه مظهر التجاوز أو الشطط، ليتناسب - من ثم - نوعاً وقدرًا مع نوع وقدر المخالفة الواقعة من جانب العامل.

الفصل الثاني

نطاق الفصل التأديبي في القطاع الأهلي

بين التطرف والاعتدال

تمهيد:

لم تجز المادة ١١٣ عمل بحريني لرب العمل فصل العامل دون مكافأة أو إخطار إلا في حالات محددة أوردتها على سبيل الحصر والتعيين، كما يستفاد بمفهوم الموافقة مع هذا النص أنه إذا أجاز لرب العمل فصل العامل في غير هذه الحالات فلا يجوز أن يكون هذا الفصل مقترناً بحرمان من المكافأة أو الإخطار، أي لا يقع إلا بعد حصول الإخطار للعامل، مع احتفاظه في نفس الوقت بحقه في الحصول على مكافأة نهاية الخدمة.

وبناء على ما سبق يمكن القول بوجود حالات للفصل من الخدمة مع الاحتفاظ بحق المكافأة، وحالات أخرى للفصل من الخدمة مع الحرمان من المكافأة، بعكس الحال في مصر، إذ لم يشأ واضع القانون فيها سواء في قانون العمل الحالي (قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣) أم في قانون العمل الملغي السابق عليه (وهو القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١م) أن يفرق بين درجتين من الفصل من الخدمة على غرار التفرقة التي انتهجها في ظلال قانون العمل السابق عليهما (وهو الصادر بالقرار بقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩م^(٤٤))، موجباً في جميع حالات الفصل من الخدمة ضرورة حصول العامل على مكافأة نهاية الخدمة أيّاً كان سبب فصله، وعدم جواز حرمانه منها.

المبحث الأول

فصل العامل تأديبياً مع احتفاظه بحقه

في مكافأة نهاية الخدمة

لقد أجاز - قانوناً - لرب العمل فصل العامل من الخدمة مع احتفاظه بحقه في

(٤٤) فقد كان هذا القانون يفرق بين الفصل من الخدمة مع احتفاظ العامل بحقه في المكافأة، والفصل من الخدمة مع حرمانه منها، في المادة ٧٦ منه، وهي بنفس التفرقة التي أوردتها القانون السابق عليه وهو الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢م، ومن قبل ذلك أيضاً القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤م في المادة ٣٠ منه.

المكافأة عند توافر حالة أو أكثر من الحالات المذكورة في اللائحة النموذجية الصادرة عن وزير العمل البحريني بموجب القرار الوزاري رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٦م، والتي تتمثل في الحالات الآتية:

- ١ - التحريض على مخالفة أوامر صاحب العمل أو مخالفة التعليمات الخطية الخاصة بالعمل.
 - ٢ - الإهمال أو التهاون في العمل الذي قد ينشأ عنه ضرر بصحة العمال أو سلامتهم أو بالمواد والأدوات.
 - ٣ - التدخين في الأماكن المحظورة للمحافظة على سلامة العمال والمحل أو تناول المشروبات الروحية أو المخدرة في أماكن العمل.
 - ٤ - عدم توريد النقود المحصلة لحساب المنشأة في المواعيد المحددة بدون تبرير مقبول.
- وسنعرض كل حالة من هذه الحالات في مطلب مستقل بها، وذلك لتحليلها وعرض وجهة نظرنا بشأنها، وذلك على التفصيل الآتي:

المطلب الأول

التحريض على مخالفة أوامر رب العمل أو التعليمات المكتوبة الخاصة بالعمل

لا جرم أن لجوء العامل إلى فعل التحريض لحمل عمال المنشأة على مخالفة أوامر رب العمل أو الخروج على التعليمات المكتوبة^(٤٥) الخاصة بالعمل، يمثل مخالفة تأديبية تستأهل الجزاء والمؤاخذة، لكنه ينبغي ألا يكون هذا الجزاء متمثلاً في جزاء الفصل من الخدمة، ولو مع احتفاظ العامل بحقه في مكافأة نهاية الخدمة، فهو لم يزل رغم ذلك مع هذه المخالفة يحمل في توقيعه على العامل معنى المغالاة والتطرف، لاسيما وأن فلسفة الجزاء أياً كان نوعه (سواء أكان جزاء تأديبياً أم مدنياً أم جنائياً) ليس غاية في حد ذاته، وإنما هو وسيلة لتحقيق الردع الخاص لدى مرتكب المخالفة أياً كان نوعها (أي سواء أكانت مخالفة تأديبية أم جنائية أم مدنية) والردع العام لدى غيره.

(٤٥) وقد استعمل القرار مصطلح التعليمات الخطية، على أساس أن الشكل المعتاد للتعليمات آنذاك أن تصدر هذه التعليمات في أوراق مكتوبة بخط صاحب العمل أو من يمثله، وكانت وسائل الكتابة الحديثة المعروفة الآن نادرة وقليلة.

ولذلك أرى أنه كان يكفي أن يوقع صاحب العمل على العامل في هذه الفرضية جزاءً آخر أقل وطأة على العامل ومناسباً في نفس الوقت مع مخالفته، مثل جزاء الغرامة أو الوقف عن العمل، أو على الأقل يجعل جزاء الفصل من الخدمة في حالة حصول ضرر جسيم من جراء التحريض، بحيث يسبق توقيع هذا الجزاء القاسي جزاء آخر أخف ألا وهو جزاء الإنذار الكتابي الذي ينبه فيه العامل إلى خطورة سلوكه، ويحذر من مغبة التعرض لجزاء الفصل إذا ما عاود إلى سلوك التحريض مرة أخرى واستجاب له العمال في تأليبه لهم على المنشأة للإضرار بالعمل وبصاحب العمل.

المطلب الثاني

الإهمال أو التهاون في العمل بما يضر بالعمال في صحتهم أو سلامتهم أو يمس سلامة مواد العمل أو أدواته

ويلاحظ على هذا النص أنه ذو مضمون فضفاض، إذ يسمح لرب العمل بفصل العامل لمجرد الإهمال أو التهاون وإن صغر حجمه ودق خطره، مادام أنه يضر بصحة العمال أو سلامتهم أو يمس سلامة مواد العمل وأدواته.

صحيح أن أي إهمال أو تهاون يصدر عن العامل بقصد أو دون قصد، متى كان ضاراً بأي من الأشياء التي حرص القانون على المحافظة عليها وعلى سلامتها (سواء أكانت صحة العمال أم سلامتهم أم سلامة أدوات العمل ومواده) يمثل مخالفة تأديبية تستحق الجزاء، لكن يجب أن يتناسب الجزاء في نوعه ودرجته مع نوع وحجم المخالفة، وإلا كان الجزاء متسماً بالتطرف والغلو.

فعلى سبيل المثال لا ينكر أحد خطورة التدخين وضرره في المكاتب الإدارية وغيرها من مواطن العمل الأخرى، حتى وإن كان ذلك بعيداً عن المواطن الأخرى المحظور فيها التدخين أصلاً، فهل يكون مقبولاً أن يجري فصل العامل لمجرد تدخينه سيجارة داخل هذه المكاتب حتى وإن تكرر منه حصول هذا السلوك، أم أنه من الأفضل مؤاخذه على هذا السلوك بجزاء أخف من الفصل يتناسب مع نوع ودرجة المخالفة مثل جزاء الغرامة أو الوقف عن العمل.

واعتقد أنه كان بوسع وزير العمل أن يكتفي بذكر هذه الحالة وحدها حتى ننتقد مسلكه بتوسيع دائرة ونطاق حالات الفصل من الخدمة عند وقوع أي إهمال أو خطأ من جانب العامل مهما كانت درجة تفاهته أو بساطته، ما دام أنه يضر من قريب أو بعيد بصحة العمال أو سلامتهم أو سلامة مواد العمل أو أدواته.

وقد رخص القانون لرب العمل إذا نجم عن الإهمال أو التهاون من العامل ضرر جسيم، وتوافر لديه قصد الإضرار بأن كان السلوك متعمداً، أن يفصله من الخدمة مع حرمانه من المكافأة، وأعتقد أنه لم يكن الأمر بحاجة إلى الزيادة على الفصل من الخدمة، فليس بعد الفصل من جزاء، فهو أقسى وأشد أنواع الجزاءات التأديبية على الإطلاق، ثم إن مكافأة نهاية الخدمة لها سببها وهو مدة الخدمة التي قضاها العامل في العمل قبل ارتكابه المخالفة، ومن ثم لا ينبغي ربطها بالمخالفة أو عدم المخالفة، وإذا لحق رب العمل ضرر جسيم فسبيله إلى جبره ليس من خلال حجب المكافأة عنه، وإنما عن طريق رفع دعوى التعويض عليه، فيقدر له القاضي ما يجبر له ضرره من تعويض وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية، سواء أكانت عقدية أم تقصيرية.

المطلب الثالث

التدخين في أماكن محظورة بالعمل أو تناول مشروبات روحية أو مخدرة في أماكن العمل

لقد أجاز القانون لرب العمل فصل العامل من الخدمة دون حرمانه من حقه في مكافأة نهاية الخدمة إذا دخن العامل أي نوع من أنواع التدخين (سواء أكان من السجائر أم أنواع أخرى من التبغ) في الأماكن المحظور فيها ذلك، كما لو كانت عرضة للاشتعال على نحو يضر بصحة العمال أو سلامتهم أو سلامة المنشأة وما بها من مواد وأدوات، أو تناول العامل في مكان العمل أيّاً من المشروبات الروحية أو المخدرة، نظراً لما تؤدي إليه هذه المشروبات من تغييب للعقل وإغلاقه، على نحو قد يؤدي إلى فقدان العامل لوعيه وإدراكه، فيحتمل معه أن يأتي أيّاً من التصرفات الضارة سواء بباقي العمال العاملين معه أم بأدوات العمل ومواده أم حتى بالعامل نفسه.

بل وسمح القانون لرب العمل أيضاً أن يقرن هذا الفصل بالحرمان من مكافأة نهاية الخدمة إذا ترتب على هذه المخالفة ضرر جسيم بصحة العمال أو سلامتهم أو سلامة مواد العمل أو أدواته، وكان خطأ العامل عمدياً، أي توافر لديه قصد الإضرار أو الإيذاء.

وأعتقد من جانبي أن توقيع جزاء الفصل من الخدمة لمجرد التدخين ولو في الأماكن المحظور فيها التدخين لا يخلو من معاني الإفراط والمغالاة، إذ كان يكفي معه توقيع جزاء أخف من الفصل مثل الغرامة أو الوقف عن العمل، بل إذا لزم الفصل فينبغي أن يكون عند حصول ضرر جسيم من جراء هذا التدخين.

ولعل هذا الذي اقترحته ههنا هو ما نص عليه القرار الوزاري سالف الذكر فعلاً،

لكنه قيد توقيعه بحصول ضرر جسيم، فضلاً عن اشتراط توافر العمد لديه في مباشرة هذا السلوك، وأقرن به جزاء آخر لا داعي له ولا مبرر لفرضه، ألا وهو حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة، والذي لا ينبغي حرمان العامل منها أيّاً كان سبب الفصل، لأن استحقاق العامل لها سببه عمله لدى رب العمل طوال مدة خدمته السابقة على ارتكابه المخالفة.

وأرى انتقاد النص الوارد في هذه المخالفة لاستعماله اصطلاح "المشروبات الروحية" للتعبير عن "المشروبات المسكرة"، أخذاً بالاستعمال الشائع عنها في لغة الشارع، ظناً من البعض لاسيما بين من يتعاطون مثل هذه المشروبات المسكرة أن هذه المشروبات تمتع أرواحهم وذواتهم منتشين بتناولها رغم خبثها وسوء مذاقها وشدة خطورة آثارها وتبعاتها على الجسم كله، وكيف لا تمتلئ خطورة وهي أم الخبائث، فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "الخمير أم الخبائث، فمن شربها لم تقبل منه صلاة أربعين يوماً، فإن مات وهي في بطنه مات ميتة جاهلية" ^(٤٦) ولذا ينبغي التنزه عن هذا الاستعمال في لغة الفقه والقانون.

ثم إنني أتساءل لو أن عاملاً تناول سيجارة بها نبات الحشيش أو البانجو (ومما يؤسف له أنه قد كثر استعماله بين عدد غير قليل من المدخنين)، هل يستأهل توقيع جزاء الفصل من الخدمة على سلوكه هذا، حتى ولو كان لأول مرة، أم أنه من الأفضل أن ندرج معه في الجزاء فنوقفه مثلاً عن العمل أو نوقع عليه الغرامة، ثم إذا تكرر منه هذا السلوك ونجم عنه ضرر بالعمال أو برب العمل ولو كان ضرراً يسيراً، جرى فصله من العمل دون حرمانه من المكافأة.

وإذا كان النص القانوني قد أجاز لرب العمل فصل العامل من الخدمة إذا ترتب على مخالفة العامل في هذه الفرضية ضرر جسيم، وكان خطأ العامل عمدياً، فهذا اتجاه محمود جدير بالاعتبار بصفة عامة في كل حالات الفصل من الخدمة الواردة في اللائحة النموذجية الصادرة عن وزير العمل، وليس فقط في هذه الفرضية أو الفرضية السابقة عليها كما جاء بهذه اللائحة.

(٤٦) بل إن النبي - صلى الله عليه وسلم - لعن كل من يتعامل على الخمر فقال: "لعن الله الخمر وشاربه وساقبها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وآكل ثمنها". الحديث رواه أبو داود في سننه، رقم الحديث ٣١٨٩، كما أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين، وقال الحاكم هذا حديث صحيح الإسناد، كما صححه أيضاً ابن حبان.

بيد أنه ينتقد حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة بصورة مطلقة، أي سواء أكانت المخالفة الواقعة من العامل جسيمة أم كانت بسيطةً، وأياً كان نوع الضرر (أي سواء أكان جسيماً أم يسيراً)، أو حجمه (أي سواء أكان صغيراً أم كبيراً)، وذلك نظراً لأن سبب هذه المكافأة هو فترة العمل التي أمضاها العامل في خدمة صاحب العمل داخل المنشأة، وهي منبئة الصلة عن المخالفة الواقعة من العامل، ولذا ينبغي حرمان العامل منها لمجرد وقوع مخالفة حتى ولو كانت جسيمة أو تولد عنها ضرر جسيم، لاسيما وأن الفصل من الخدمة يعد جزاءً كافياً ومناسباً في شدته لأي مخالفة مهما عظم شأنها وكانت جسيمة، ثم إن الأضرار المتولدة عن خطأ العامل يمكن التعويض عنها بعيداً عن هذه المكافأة، في ضوء القواعد العامة للمسؤولية المدنية أياً كان نوعها، أي سواء أكانت عقدية إذا تولت هذه الأضرار عن إخلال العامل بأحد التزاماته العقدية أم كانت تقصيرية إذا تولدت هذه الأضرار عن أخطاء غير عقدية أي منبئة الصلة عن العقد.

المطلب الرابع

عدم توريد النقود المحصلة لحساب المنشأة في مواعييدها دون مبرر مقبول

لا شك أن عدم توريد العامل للنقود المحصلة لحساب المنشأة، سواء جرى تحصيلها من خلاله مباشرة أم بواسطة جهاز معد لهذا الغرض، في المواعيد المحددة للتوريد، دون وجود مبرر مقبول لذلك، يمثل خطأً أو مخالفةً تأديبيةً تستحق الجزاء التأديبي، لكن لا ينبغي أن يصل هذا الجزاء إلى حد الفصل من الخدمة، إذ ليس من المقبول إذا تكاسل العامل أو انشغل عن توريد هذه النقود لحساب المنشأة لسبب لا يشفع له في ذلك، أن يجري فصله من الخدمة.

فلو فرضنا أن العامل خرج من العمل سريعاً لعيادة مريض أو توديع مسافر ونسي الاضطلاع بمهمة توريد هذه النقود المحصلة لحساب المنشأة، فهل يستحق هذا العامل حتى مع ثبوت الخطأ في حقه مثل هذا الجزاء القاسي أم أنه يكفي أن يوقع عليه جزاء آخر أخف من ذلك، لاسيما وأن الجزاء - كما سبق القول - ليس غاية في حد ذاته وإنما هو وسيلة للإصلاح والتقويم، وليس سبيلاً للإيذاء والإيلام بصورة مفرطة دون مقتضى لذلك، بالإضافة إلى أن العامل لم يقصد الاستيلاء على هذا المال أو حتى الاستفادة من حيازته لحساب نفسه ولو بعض الوقت، إذ لو ثبت عليه مثل هذا الخطأ الجسيم لكان مستحقاً لجزاء الفصل، كما لو كان سيتاجر به في

العملة مثلاً أو كان سيساهم به للاشتراك لحساب في صفقة سريعة ثم إعادته ثانية لرب العمل، وإلا لكان الفصل من الخدمة جزاءً وفقاً لسلوكه، بل قد يكون عرضةً في مثل هذه الحالة لملاحقته من قبل رب العمل جنائياً لارتكابه سلوكاً إجرامياً، فضلاً عن ملاحقته مدنياً لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت برب العمل من جراء عدم توريده هذا المال في مواعيده المحددة له سلفاً وفق أحكام المسؤولية العقدية.

المبحث الثاني

حالات الفصل التأديبي مع الحرمان من مكافأة نهاية الخدمة

المطلب الأول

ملاحظات حول الفصل التأديبي في القانون البحريني والمصري

- لقد نصت المادة ١١٣ عمل بحريني على هذه الحالات^(٤٧) بقولها: " لا يجوز لصاحب العمل فصل العامل بدون مكافأة أو إخطار أو تعويض إلا في الحالات الآتية:
- ١ - إذا انتحل العامل شخصية غير صحيحة أو قدم شهادة أو توصيات مزورة^(٤٨).
 - ٢ - ارتكاب العامل خطأ نشأت عنه خسارة مادية جسيمة لصاحب العمل، بشرط أن يبلغ صاحب العمل الجهات المختصة بالحادث خلال ٢٤ ساعة من وقت علمه بوقوعه^(٤٩).
 - ٣ - إذا لم يراع التعليمات اللازم اتباعها لسلامة العمال والمنشأة رغم إنذاره كتابة، بشرط أن تكون هذه التعليمات مكتوبة ومعلقة في مكان ظاهر^(٥٠).
 - ٤ - إذا تغيب عن العمل بدون سبب مشروع أكثر من عشرين يوماً منقطعة خلال السنة الواحدة، أو أكثر من عشرة أيام متوالية، على أن يسبق الفصل إنذار كتابي من صاحب العمل بعد غيابه عشرة أيام في الحالة الأولى وانقطاعه خمسة أيام في الحالة الثانية^(٥١).
 - ٥ - إذا لم يقيم العامل بتأدية التزاماته الجوهريّة المترتبة على عقد العمل^(٥٢).

(٤٧) هذه المادة تقابل في مصر المادة ٦٩ عمل موحد.

(٤٨) هذا عين ما نصت عليه المادة ١/٦٩ عمل موحد.

(٤٩) هذا عين ما نصت عليه المادة ٢/٦٩ عمل موحد.

(٥٠) هذا عين ما نصت عليه المادة ٣/٦٩ عمل موحد.

(٥١) هذا عين ما نصت عليه المادة ٤/٦٩ عمل موحد.

(٥٢) هذه الفقرة ليس لها مقابل في قانون العمل الموحد المصري.

- ٦ - إذا أفشى العامل الأسرار الخاصة بالمنشأة التي يعمل فيها^(٥٣).
- ٧ - إذا حكم على العامل نهائياً في جناية أو جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة^(٥٤).
- ٨ - إذا وجد أثناء ساعات العمل في حالة سكر بين أو متأثراً بما تعاطاه من مادة مخدرة أو ارتكب عملاً مخالفاً بالآداب في مكان العمل^(٥٥).
- ٩ - إذا وقع من العامل اعتداء على صاحب العمل أو المدير المسؤول، وكذلك إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد رؤساء العمل أثناء العمل أو بسببه^(٥٦).
- وقد نصت المادة ٦٩ عمل موحد مصري على أنه: "لا يجوز فصل العامل إلا إذا ارتكب خطأ جسيماً ويعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الحالات الآتية:
 - ١ - إذا ثبت انتحال العامل لشخصية غير صحيحة أو قدم مستندات مزورة.
 - ٢ - إذا ثبت ارتكاب العامل لخطأ نشأت عنه أضرار جسيمة لصاحب العمل، بشرط أن يبلغ صاحب العمل الجهات المختصة بالحادث خلال أربع وعشرين ساعة من وقت علمه بوقوعه.
 - ٣ - إذا تكرر من العامل عدم مراعاة التعليمات اللازم اتباعها لسلامة العمال والمنشأة، بشرط أن تكون هذه التعليمات مكتوبة ومعلنة في مكان ظاهر رغم التنبيه عليه.
 - ٤ - إذا تغيب العامل بدون مبرر مشروع أكثر من عشرين يوماً متقطعة خلال السنة الواحدة، أو أكثر من عشرة أيام متتالية، على أن يسبق الفصل إنذار كتابي بخطاب موصى عليه بعلم الوصول من صاحب العمل للعامل بعد غيابه عشرة أيام في الحالة الأولى، وبعد غيابه خمسة أيام في الحالة الثانية.
 - ٥ - إذا ثبت أن العامل أفشى أسرار المنشأة التي يعمل بها مما تسبب في إحداث أضرار جسيمة بالمنشأة.
 - ٦ - إذا قام العامل بمنافسة صاحب العمل في ذات نشاطه.

(٥٣) هذا عين ما نصت عليه المادة ٥/٦٩ عمل موحد.

(٥٤) ليس لهذه الفقرة مقابل في قانون العمل الموحد.

(٥٥) هذا هو عين ما نصت عليه المادة ٧/٦٩ عمل موحد.

(٥٦) هذا هو عين ما نصت عليه المادة ٨/٦٩ عمل موحد.

- ٧ - إذا وجد العامل أثناء ساعات العمل في حالة سكر بين أو متأثراً بما تعاطاه من مادة مخدرة.
- ٨ - إذا ثبت اعتداء العامل على صاحب العمل أو المدير العام، وكذلك إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد رؤسائه أثناء العمل أو بسببه.
- ٩ - إذا لم يراع العامل الضوابط الواردة في المواد ١٩٢ إلى ١٩٤ من الكتاب الرابع من هذا القانون (وهي المواد المنظمة لحق العمال في الإضراب السلمي).
- وسنحاول - إن شاء الله - بعد عرضنا لهذين النصين البحريني والمصري إبداء بعض الملاحظات حول حالات الفصل التأديبي فيهما وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً - الملاحظة الأولى:

إن النص البحريني لا يجيز فصل العامل البحريني بدون مكافأة أو إخطار أو تعويض في غير الحالات التي أوردها فيه على سبيل الحصر والتعيين، وهذا يعني بمفهوم الموافقة لهذا النص ما يلي:

- ١ - بطلان الفصل التأديبي بغير مكافأة أو إخطار أو تعويض في غير تلك الحالات التي أوردها النص، وهذا يظهر جلياً وواضحاً من استعماله لأسلوب القصر في صدر هذا النص بقوله: " لا يجوز فصل العامل.... إلا في الحالات الآتية....".
- ٢ - جواز فصل العامل تأديبياً مع الاحتفاظ بحقه في مكافأة نهاية الخدمة، وحقه في الإخطار، وحقه في طلب التعويض عن الأضرار التي تلحقه من جراء هذا الفصل إذا كان فصلاً غير مشروع.

كما أن النص المصري لا يجيز فصل العامل إلا إذا ارتكب العامل خطأً جسيماً، وهذا يقتضي بمفهوم الموافقة للنص ألا يجري توقيع جزاء الفصل التأديبي على العامل في الأخطاء اليسيرة (أي غير الجسيمة)، وهنا يثار التساؤل حول مدلول الخطأ الجسيم^(٥٧)، ومدلول الخطأ اليسير، ومن الذي يقدر جسامته الخطأ الواقع من العامل أو عدم جسامته، حتى ينزل عليه جزاء الفصل أو لا ينزله، أو بمعنى آخر حتى يكون الفصل مشروعاً أو غير مشروع؟

ويمكن تعريف الخطأ اليسير أو البسيط La faute simple بأنه ذلك الخطأ الذي يرجع إلى مجرد الإهمال البسيط أو عدم توخي الحذر في مباشرة السلوك، أو هو ذلك

(٥٧) انظر في هذا المعنى: د. خالد جمال أحمد "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني"، مصادر الالتزام، ص ١٦٧، الطبعة الثانية عام ٢٠٠٢م، مطبعة جامعة البحرين.

الخطأ الذي لا يقع فيه الشخص الحريص أو الحذر^(٥٨)، هو ذلك الخطأ الذي لا يقع من أقل الناس حرصاً وأدناهم حيطةً وحذراً، ولولا انتفاء نية الإيذاء لديه لكان خطأً عمدياً، في حين يقصد بالخطأ الجسيم La faute grave ذلك الخطأ الذي يكون فيه التقصير بليغاً والإهمال فاحشاً لدرجة تقربه من مصاف الخطأ العمدي، لكن لفداحته وفحشه يرقى إلى مصاف الخطأ العمدي، ويعامل من حيث الأثر القانوني معاملته^(٥٩).

ثم إن رب العمل هو الذي يقدر ابتداءً مدى جسامة الخطأ المرتكب من قبل العامل، فيصدر قراراً بفصله ويعرض أمر الفصل على اللجنة الخماسية، أو يقدر عدم جسامته فيوقع عليه جزاءً تأديبياً آخر أقل وطأة من جزاء الفصل، وفي كلا الحالتين يخضع في هذا التقدير لرقابة اللجنة الخماسية التي لها الكلمة الفصل في مشروعية الفصل أو عدم مشروعيته.

بيد أن النص القانوني المصري بعد أن حصر نطاق الفصل التأديبي على الأخطاء الجسيمة، لم يحدد بدقة ما الذي يعد من قبيل الأخطاء الجسيمة بالنسبة للعامل، واكتفى فقط بضرب أمثلة ونماذج عليه، وهذا من شأنه أن يوسع من دائرة توقيع هذا الجزاء التأديبي رغم خطورته وشدة قسوته على العامل وعلى أسرته (إن كان له أسرة)، وبذلك يكون التعداد الوارد عن هذه الأخطاء الجسيمة قد جاء على سبيل البيان والتمثيل وليس على سبيل الحصر والتعيين.

ثانياً - الملاحظة الثانية:

إن النص البحريني يقرن مع الفصل من الخدمة بوصفه جزاءً تأديبياً في هذه الحالات جزاءً آخر منبت الصلة عن هذا الجزاء ألا وهو حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة، وأعتقد من جانبي أن هذا القران بين هذين الجزاءين غير مبرر للأسباب الآتية:

١ - إن فصل العامل من الخدمة جزاءً تأديبياً كاف في قسوته وشدته لمؤاخذة العامل على خطئه مهما بلغت جسامته، بل حتى ولو كان خطأً عمدياً، ومن ثم فهو لا يحتاج إلى أن يقرن به جزاء آخر من أي نوع، لأنه ليس بعد الفصل من الخدمة من جزاء في شدته وقسوته، فآثاره المادية والمعنوية على العامل المفصول، بل وعلى أسرته بليغة وجسيمة.

٢ - إن استحقاق العامل لهذه المكافأة سببه منبت الصلة عن خطأ العامل أيًا كانت

(٥٨) انظر في نفس المعنى: أ. د. سمير تناغو "مصادر الالتزام" بند ١٣٣، ص ١٧٠، طبعة عام ٢٠٠٠م.

(٥٩) انظر في ذلك المعنى: د. خالد جمال أحمد - المرجع السابق - ص ١٦٧، ص ٢٣٣.

درجته، فهي مكافأة للعامل عن مدة خدمته السابقة على الفصل وعلى الخطأ المستوجب لهذا الجزاء، ومن ثم لا ينبغي حرمانه منها وقد توافر في العامل سبب استحقاقها.

٣ - إن حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة والمستحقة عن فترة عمله لدى رب العمل قبل ارتكابه سلوك تأديبي مستوجب لهذا الجزاء، لا يخلو من معنى تطبيق الجزاء بأثر رجعي، لأنه - في اعتقادي - سيكون جزاءً ماساً بالعامل عن فترة زمنية سابقة على وقوع المخالفة التأديبية المبررة للفصل من الخدمة، والتي لم يكن العامل منسوباً إليه خلالها أية مخالفة تأديبية تبرر هذا الجزاء، ومن ثم ينتفي المبرر المنطقي لحرمانه من هذه المكافأة^(٦٠).

وعلى خلاف قانون العمل البحريني سالف الذكر، ومواقف قوانين العمل المصرية القديمة (مثل قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩م في المادة ٧٦ منه، والمادة ٤٠ من قانون العمل الصادر بمرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢م، والمادة ٣٠ من قانون العمل رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ م السابقة على قانون العمل الملغي رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ م، وقانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م) والتي كانت تفرق بين الفصل من الخدمة مع الاحتفاظ بحق مكافأة نهاية الخدمة، والفصل من الخدمة مع الحرمان من هذه المكافأة، جاء قانون العمل المصري السابق (أى رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١م) ثم قانون العمل المصري الحالي (قانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م) فلم يجز أحدهما حرمان العامل من هذه المكافأة أياً كان سبب الفصل، وهذا بلا أدنى شك عود محمود إلى عدم الخلط بين جزاء الفصل من الخدمة وجزاء آخر منبث الصلة عنه أو حتى عن الارتباط به من قريب أو بعيد، لتفادي السير الخاطئ الذي كان معتمداً دون مبرر منطقي في القوانين المصرية القديمة أو في ظل قانون العمل البحريني الحالي، ألا وهو حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة^(٦١).

(٦٠) انظر قرب ذلك: أ. د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - بند ٢٦٧، ص ٩٥٧، وفي ذلك يقول سيادته: ".....ولكنه في قانون العمل الجديد جرد الفسخ (فهو يسمى الفصل التأديبي فسخاً بإرادة رب العمل) من كل أثر رجعي، بحيث يصير بمثابة إنهاء للعلاقات العقدية تأسيساً على أن حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة الذي كان من نتائجه ليس له ما يبرره من الناحية العملية".

(٦١) انظر قرب ذلك: همام محمد محمود مهران "قانون العمل" عقد العمل الفردي، طبعة عام ٢٠٠٣م، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، إذ يقول سيادته: "ذلك أن استحقاق مكافأة نهاية الخدمة يتأسس على اعتبارات العدالة وتقدير السنوات التي قضاها في خدمة المشروع، وعلى ذلك فإن العامل يستحقها أياً كان سبب فصله مبرراً أو غير مبرر".

ثالثاً - الملاحظة الثالثة:

يستطيع صاحب العمل في ظل قانون العمل البحريني توقيع جزاء فصل العامل من الخدمة بموجب سلطته التأديبية، دون حاجة إلى عرض ذلك مسبقاً على لجنة إدارية محضّة أو لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي، بعكس الحال في مصر إذ يتعين على صاحب العمل إذا ارتأى فصل عامله لارتكابه خطأ جسيماً أن يعرض هذا الأمر سلفاً على اللجنة الخماسية لترى مشروعية أو عدم مشروعية قرار الفصل الصادر عنه.

رابعاً - الملاحظة الرابعة:

لقد أوردت كل مادة من المادتين السابقتين، سواء في قانون العمل البحريني أم في قانون العمل المصري تسع حالات للفصل التأديبي، مع مراعاة أن هناك حالات للفصل التأديبي متشابهة في قانون العمل البحريني وقانون العمل الموحد المصري، وحالات أخرى تضمنتها إحدى المادتين دون الأخرى.

فالحالات المتشابهة للفصل التأديبي في هذين القانونين تتمثل فيما يلي:

- ١ - انتحال العامل شخصية غير صحيحة أو تقديمه شهادة غير صحيحة أو تقديمه شهادات أو توصيات مزورة (م ١/١١٣ عمل بحريني، م ١/٦٩ عمل موحد).
- ٢ - ارتكاب العامل خطأ سبب خسارة جسيمة لرب العمل، شريطة إبلاغ رب العمل للسلطات المختصة بذلك خلال أربع وعشرين ساعة (م ٢/١١٣ عمل بحريني، م ٢/٦٩ عمل موحد).
- ٣ - عدم مراعاة العامل للتعليمات الخاصة بسلامة العمال والمنشأة رغم سبق توقيع جزاء الإنذار عليه (م ٣/١١٣ عمل بحريني، م ٣/٦٩ عمل موحد مصري).
- ٤ - غياب العامل بدون مبرر مشروع مدة معينة متقطعة أو متصلة، شريطة إنذارهم بعد فترة معينة من هذا الغياب (م ٤/١١٣ عمل بحريني، م ٤/٦٩ عمل موحد مصري).
- ٥ - إفشاء العامل سراً من أسرار المنشأة (م ٦/١١٣ عمل بحريني، م ٥/٦٩)، فأحدث أضراراً جسيمة بالمنشأة (م ٥/٦٩ عمل موحد).
- ٦ - وجود العامل في سكر بين أو متأثراً بما تعاطاه من مادة مخدرة أثناء ساعات العمل (م ٨/١١٣، م ٧/٦٩ عمل موحد مصري)، أو ارتكب العامل عملاً مخالفاً بالأداب في مكان العمل (م ٨/١١٣ بحريني).

٧ - اعتداء العامل على صاحب العمل أو المدير المسؤول أو اعتداؤه اعتداءً جسيماً على أحد رؤسائه أثناء العمل أو بسببه (م ٩/١١٣ عمل بحريني، م ٨/٦٩ عمل موحد مصري).

أما الحالات الأخرى المختلف فيها بين القانونين فهي على النحو الآتي:

حالتان للفصل التأديبي واردتان في النص البحريني دون النص المصري وهما:

١ - الحالة الأولى:

إذا لم يقم العامل بتأدية التزاماته الجوهرية المترتبة على العقد (م ٥/١١٣ عمل بحريني^(٦٢)). وهذه الحالة لم يرد ذكرها في قانون العمل المصري الحالي (قانون العمل الموحد)، لكن ذلك لا يمنع من إدخالها ضمن حالات الفصل التأديبي المبرر قانوناً لفصل العامل تأديبياً في ظل النص القانوني المنظم لهذا الجزاء، وذلك لأنه لا يجيز الفصل التأديبي إلا عن الأخطاء الجسيمة، وقد ذكر نماذج لهذه الأخطاء الجسيمة دون أن يحصرها في عدد محدد أو نطاق معين، ولذا يمكن أن يستوعب هذا النص أي مظاهر أخرى للخطأ الجسيم غير التي أوردها علي سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، يمكن أن تصدر عن العامل، على نحو يبرر لرب العمل إصدار قرار بفصله عند ارتكابه لأي خطأ جسيم، وعرض الأمر قبل إنفاذ هذا الجزاء التأديبي على اللجنة الخماسية لتقرره أو تبطله على ضوء رؤيتها لمدى مشروعيتها أو عدم مشروعيتها.

ذلك أن إخلال العامل بأي من التزاماته الجوهرية المتولدة عن عقد العمل يمثل خطأ عقدياً جسيماً، ما دام قد انتفى السبب الأجنبي الذي قد يحمله إلى هذا الإخلال، لا سيما إذا لم يتوافر فيه لدى العامل نية الإضرار بالمنشأة أو برب العمل، وإلا كان خطأ عمدياً إذا تحقق لديه قصد الإيذاء.

٢ - الحالة الثانية:

إذا حكم نهائياً على العامل في جناية أو في جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة (م ٧/١١٣ عمل بحريني^(٦٣))، وهذه الحالة لم يرد ذكرها في قانون العمل المصري الموحد.

(٦٢) ولقد كانت هذه الحالة واردة في قانون العمل المصري القديم رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١م في المادة ٥/٦١ منه، بذات المعنى تماماً.

(٦٣) هذه الحالة وردت بذات المعنى تماماً في قانون العمل المصري القديم رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١م، في المادة ٧/٦١ منه.

حالتان للفصل التأديبي وارتدتان في قانون العمل المصري دون أن يردا في قانون العمل البحريني

توجد حالتان يتضمنهما النص القانوني المنظم للفصل التأديبي للعامل في قانون العمل المصري لم يرد ذكرهما في قانون العمل البحريني هما:

١ - الحالة الأولى:

إذا قام العامل بمنافسة صاحب العمل في ذات نشاطه (م ٦/٦٩ عمل موحد مصري) لا يمكن في البحرين فصل العامل مع حرمانه من المكافأة عند منافسته لرب العمل في نفس نشاطه، نظراً لأن المادة ١١٣ عمل بحريني قد أوردت حالات الفصل التأديبي للعامل مع حرمانه في نفس الوقت من مكافأة نهاية الخدمة^(٦٤) على سبيل الحصر والتعيين وليس على سبيل البيان والتمثيل، ولذا فإنه يمكن بطريق الموافقة لهذا النص عند توافر هذه الحالة أن يتخذ رب العمل قراراً بفصل العامل دون حرمانه من مكافأة نهاية الخدمة.

٢ - الحالة الثانية:

عدم مراعاة العامل للضوابط القانونية المنظمة لحقه في الإضراب السلمي (م ٩/٦٩ عمل موحد مصري). لم يرد ذكر لهذه الحالة في قانون العمل البحريني، وإن كان هذا لا يمنع من توقيع صاحب العمل على العامل جزاء الفصل من الخدمة دون حرمانه من المكافأة، على أساس أن الحالات التي أوردتها اللائحة النموذجية لوزارة العمل البحريني بشأن الفصل من الخدمة دون الحرمان من المكافأة قد جاءت على سبيل التبيين والتمثيل وليس على سبيل الحصر والتعيين، ولذا يمكن أن تقاس عليها غيرها من الحالات الأخرى المشابهة لها أو القريبة منها.

(٦٤) هذا مع مراعاة أننا لا نؤيد النص في حرمانه للعامل من هذه المكافأة أيّاً كان سبب الفصل أو مبرره.

المطلب الثاني الحالات المشتركة للفصل التأديبي في قانوني العمل البحريني والمصري

الفرع الأول انتحال العامل شخصية غير صحيحة أو تقديم شهادات أو توصيات مزورة

لقد نظمت المادة ١/١١٣ عمل بحريني هذه الحالة بقولها: "إذا انتحل العامل شخصية غير صحيحة أو قدم شهادات أو توصيات مزورة".

كما نظمت المادة ١/٦٩ عمل موحد مصري بقولها: "إذا ثبت انتحال العامل لشخصية غير صحيحة أو قدم مستندات مزورة".

يظهر لنا من خلال هذين النصين (البحريني والمصري) المنظمين لتلك الحالة من حالات الفصل التأديبي أن العامل قد يلجأ إلى إحدى الطرق الاحتيالية لحظة إبرام العقد ليوهم رب العمل بأمر معين على غير الحقيقة، فيدفعه ذلك تحت تأثير هذا الإيهام المتولد عن هذه الطريقة إلى الغلط الذي يدفعه إلى إبرام العقد معه، وهذا هو معنى التدليس المفسد للرضاء بوصفه أحد عيوب الإرادة.

فالعامل في هذه الحالة يريد أن يوهم رب العمل بأنه الشخص الذي يريده ويسعى للتعاقد معه، سواء بلجوئه إلى انتحال شخصية مغايرة لشخصيته أم بادعاء أنه الشخص الذي تتجمع فيه كل الصفات والشروط التي ينشدها رب العمل فيمن يباشر العمل المطلوب لديه^(٦٥)، مثال ذلك أن ينتحل العامل شخصية طبيب للعمل في إحدى المستشفيات الخاصة رغم كونه لم يزل طالباً بكلية الطب، أو مجرد ممرض أو عامل فني في إحدى تخصصات العلوم الصحية والطبية، أو ينتحل طالب جامعي لم يزل في دراسته الجامعية بكلية الآداب أو التربية شخصية مدرس ليعمل في إحدى المدارس الخاصة بوصفه مدرساً، هذا مع تقديمه في أي من الفروض سالفة الذكر شهادة مزورة لتدعيم ادعائه الباطل، كما لو قدم شهادة تخرج من الجامعة مزورة

(٦٥) انظر في نفس المعنى: د. علي عوض حسن "الوجيز في شرح قانون العمل الجديد" ص ٤٥٠، ط ٢٠٠٣م، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية.

تشهد له بأنه حاصل على بكالوريوس الطب أو التربية أو الآداب، أو يقدم إفادة أو توصية غير صحيحة تشهد له بغير الحقيقة خداعاً لرب العمل.

ولا شك أن هذا التدليس الذي يقع من العامل في مواجهة رب العمل، يجيز للأخير الحق في التمسك ببطلان العقد لفساد رضائه بسبب هذا التدليس^(٦٦)، هذا إلى جانب حقه في طلب التعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء هذا التدليس بوصفه عمالاً غير مشروع وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، هذا فضلاً عن حق رب العمل في إبلاغ النيابة العامة لتحريك الدعوى الجنائية في حقه، وذلك نظراً لما تمثله هذه الوسائل الاحتيالية من سلوكيات إجرامية تبرر ملاحقة العامل جنائياً عنها.

غير أن هذا الرجوع المتاح لرب العمل وفق القواعد العامة في المسؤولية المدنية، يستغرق وقتاً طويلاً حتى يلاقي العامل جزاءه القانوني عن إضراره برب العمل، وهذا يزيد - دون أدنى شك - من حجم الأضرار التي تصيب رب العمل على إثر هذا البطء الشديد في مؤاخذة العامل على سلوكه غير المشروع، فينعكس ذلك سلباً على العمل وعلى العمال داخل المنشأة، لذلك رخص القانون لرب العمل أن يتخذ قراراً سريعاً بفصل العامل تأديبياً في مثل هذه الفروض، جزاءً وفاقاً له على هذا السلوك، وزجراً لغيره من العمال ممن يفكرون في ارتكاب أية مخالفات تأديبية تبرر فصلهم من الخدمة، بوصفه جزاءً تأديبياً عن هذه المخالفات^(٦٧).

وإذا كان النصاب سالف الذكر قد ذكرنا في هذه الفرضية مظهرين فقط من مظاهر التدليس التي قد تحدث من العامل بقصد خداع رب العمل أو تضليله (كما لو انتحل العامل شخصية غير صحيحة، مثال ذلك أن يدعي العامل اسماً غير اسمه الحقيقي أو اسم شهرته، أو يدعي الانتساب لأسرة أو عائلة غير أسرته أو عائلته، أو يدعي صفة ليست فيه كأن يدعي أنه طبيب أو محاسب أو مدرس أو صيدلي أو مهندس على خلاف الحقيقة، ويأتي بشهادات أو توصيات مزورة لإثبات خبرته وتخصصه على نحو كاذب وخادع مخالف للواقع)، إلا أنها تتسع لتشمل أي مظهر آخر من مظاهر

(٦٦) إذ تنص المادة ٨٩ مدني بحريني على أن: "يجوز طلب إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم العقد". هذه المادة تقابل المادة ١/١٢٥ مدني مصري.

(٦٧) انظر في نفس المعنى: أ. د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - بند ٢٦٨، ص ٩٦٠، أ. د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق - ص ٦٦، أ. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، أ. د. أحمد شوقي عبد الرحمن "شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية" ص ٢٢١، طبعة ١٩٩٦-١٩٩٧م، منشأة المعارف بالإسكندرية.

الاحتيال المفسد لإرادة صاحب العمل لحمله على التعاقد تحت تأثير الإيهام المتولد عن المظاهر التدليسية الواقعة منه، وذلك لأن التدليس كله أياً كان مظهره يمثل عملاً غير مشروع وسلوك غير أخلاقي مشين لصاحبه قبل أن يسيئ إلى شخص من وجه إليه.

ولا يلزم أن يكون العمل التدليسي للعامل معاقباً عليه جنائياً، حتى يمكن لرب العمل فصل العامل بسببه^(٦٨)، وإن كان الغالب فيه أن يكون ذا طابع جنائي، كما لا يلزم تبليغ رب العمل عن هذا العمل التدليسي جهاز الشرطة أو جهاز النيابة العامة، قبل اتخاذه قرار الفصل^(٦٩).

وقد قضى بإبطال عقد العمل بسبب لجوء حدث دون السن المقرر قانوناً للعمل إلى استعمال اسم مزور لإخفاء عدم أهليته لإبرامه^(٧٠)، وقضى بجواز فصل العامل الذي انتحل شخصية مهندس^(٧١)، أو قدم صورة أشعة مزورة^(٧٢) أو أخفى واقعة طرده من الخدمة العسكرية بسبب ارتكابه جرائم معينة^(٧٣).

ويرى البعض ضرورة التفرقة في خصوص هذه الحالة من حالات الفصل التأديبي بين وقوع التدليس من العامل في مرحلة ما قبل التعاقد، وهذه فقط التي يراها تخضع للقواعد العامة في إبطال العقد للتدليس أو للغلط أو لقواعد الفسخ، دون أن يلتزم فيها رب العمل بقواعد وإجراءات التأديب، وبين التدليس الذي يقع في المرحلة التالية للتعاقد والذي يلتزم فيه رب العمل بقواعد وإجراءات التأديب ومنها عرض أمر فصل العامل على اللجنة الخماسية، على أساس أن العامل بعد التعاقد

(٦٨) انظر في نفس المعنى: أ. د. فتحي عبد الصبور "الوسيط في قانون العمل" ج ١، ص ٧٧٩، ط ١٩٨٦م، دار الهنا للطباعة القاهرة، د. فاطمة محمد الرزاز شرح "قانون العمل الجديد" ص ٢٢٩، ط ٢٠٠٤م دار النهضة العربية. القاهرة.

(٦٩) انظر في نفس المعنى: أ. د. أحمد حسن البرعي -المرجع السابق- ص ٦٦٣، ٦٦٢ (٧٠) نقض فرنسي ٢ ديسمبر ١٩٠١ م، مشار إليه لدى أ. د. حسن كيرة "أصول قانون العمل" هامش ص ٢٠٥، ط ١٩٩٦ م.

(٧١) عمالي جزئي القاهرة في القضية رقم ٨١٠٤ جلسة ١١ أبريل ١٩٦٣ م، موسوعة الهواري، ج ٢، ص ٥٠٣.

(٧٢) محكمة الإسكندرية الابتدائية قضية رقم ١٢٢٤ جلسة ١٨ فبراير ١٩٦٣م، موسوعة الهواري ج ١، ص ٤٢٩.

(٧٣) عمالي جزئي القاهرة في القضية رقم ٥٢٦ جلسة ١ ديسمبر ١٩٥٩م، موسوعة الهواري ج ١، ص ٢١٧.

أصبح في مركز قانوني مختلف يتيح لرب العمل مجازاته تأديبياً إذا ارتكب هذه المخالفة^(٧٤).

غير أنني أرى أن النص القانوني المنظم لهذه الحالة من حالات الفصل التأديبي قد أتاح لرب العمل سلطة تأديب العامل ليمسر له سبيل إنهاء العقد بإرادته المنفردة، دون أن ينتظر ولوج سبيل القواعد العامة في البطلان أو الفسخ، سواء أكان التدليس واقعاً في مرحلة ما قبل التعاقد أم في المرحلة اللاحقة على إبرامه.

ولذا يستوي أن يكون العامل قد دلس قبل بدء الرابطة العقدية مع رب العمل أم بعد قيام تلك الرابطة، ففي الفرضين يكون لرب العمل سلطة توقيع الفصل من الخدمة عليه، نظراً لأن العامل الذي يلجأ إلى هذا العمل التدليسي يفقد شرط الثقة المشروعة التي يودعها فيه رب العمل، هذا إلى جانب حقه في طلب الإبطال، وطلب التعويض عن الضرر المترتب على التدليس بوصفه عملاً غير مشروع وفقاً للقواعد العامة^(٧٥).

الفرع الثاني

ارتكاب العامل خطأ سبب خسارة مادية جسيمة لرب العمل

لقد نظمت المادة ٢/١١٣ عمل بحريني هذه الحالة قولها: "إذا ارتكب العامل خطأ نشأت عنه خسارة مادية جسيمة لصاحب العمل، بشرط أن يبلغ صاحب العمل الجهات المختصة بالحادث خلال ٢٤ ساعة من وقت علمه بوقوعه".

كما نظمت المادة ٢/٦٩ عمل موحد مصري بقولها: "إذا ثبت ارتكاب العامل لخطأ نشأت عنه أضرار جسيمة لصاحب العمل، بشرط أن يبلغ صاحب العمل الجهات المختصة بالحادث خلال أربع وعشرين ساعة من وقت علمه بوقوعه".

لقد سمح واضع القانون في أي من هذين النصين لرب العمل فصل العامل إذا ثبت ارتكابه خطأ أياً كانت درجته (أي سواء أكان خطأ عمدياً^(٧٦) أم غير عمدي،

(٧٤) د. علي عوض حسن - المرجع السابق - ص ٤٥٠.

(٧٥) انظر في نفس المعنى: أ.د. عبد الله مبروك النجار "مبادئ تشريع العمل وفقاً لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والقرارات الوزارية الجديدة المنفذة له" ص ٣٠٦، ٣٠٧، ط ٤، عام ٢٠٠٣/٢٠٠٤م، دار النهضة العربية بالقاهرة.

(٧٦) ويراعى أن قانون العمل المصري رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤م كان يتطلب أن يكون خطأ العامل المبرر لفصله تأديبياً من قبل رب العمل خطأً عمدياً، حتى ولو لم يتولد عنه سوى مجرد ضرر بسيط أو خسارة يسيرة برب العمل، ثم عدل عن هذا الاشتراط، مكتفياً بصور خطأ من العمل ولو كان يسيراً، ما دام قد ألحق برب العمل خسارة فادحة، وبذلك يكون قد ركز -

وسواء أكان الخطأ غير العمدي جسيماً أم يسيراً، مادام أنه قد تسبب في إلحاق خسارة جسيمة برب العمل (م ١١٣/٢ عمل بحريني، م ٦٩/٢ عمل موحد مصري). ومن هنا يتبين لنا أنه لا يلزم في الخطأ وصف معين أو درجة معينة، فيعتد بأي خطأ ولو كان يسيراً، طالما أنه ولد ضرراً جسيماً^(٧٧). هذا مع ملاحظة أن واضع قانون العمل البحريني قد اشترط في الخسارة الجسيمة أن تكون ذات طابع مادي، مخرجاً بذلك التقييد - بمفهوم المخالفة - الخسارة الجسيمة ذات الطابع المعنوي، بعكس واضع قانون العمل المصري الجديد الذي أطلق وصف طبيعة الخسارة الجسيمة دون تقييد، على نحو يجعلها تتسع لتشمل الخسارة الجسيمة أيّاً كانت طبيعتها (أي سواء أكانت مادية أم معنوية)؛ لأن المطلق يحمل على إطلاقه والعام يحمل على عمومه، ما لم يقيد بمقيد أو يخصصه مخصص، مخالفاً بذلك أيضاً مسلكه في قانون العمل الملغى رقم ١٣٧ لعام ١٩٨١م الذي قيد وصف الخسارة الجسيمة بالطبيعة المادية في المادة ٦١/٢ منه^(٧٨).

بيد أنه على الرغم من إطلاق النص المصري للخسارة الجسيمة (بوصفها قيداً لازماً لممارسة رب العمل جزاء الفصل على العامل) دون تقييدها بالطابع المادي، ألا أن الفقه المصري في معظمه يميل إلى قصرها على الخسارة المادية دون الخسارة المعنوية^(٧٩)، وهذا من وجهة نظري تقييد لمطلق النص دون مقيد، وتخصيص لعموم النص دون مخصص، وهذا غير جائز.

وإذا كانت العبرة بجسامة الضرر وليست بجسامة الخطأ، فما هو مدلول هذه الجسامة في الضرر المادي في البحرين أو في الضرر المادي والأدبي في مصر، وهل يترك لرب العمل أمر تقدير هذا الوصف في الضرر المادي أو في الضررين المادي

= مؤخراً - على الضرر، مشروطاً جسامته أيّا كانت درجة الخطأ (انظر في نفس المعنى: أ. د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - بند ٢٦٨، ص ٩٦٢).

(٧٧) انظر في هذا المعنى: أ. د. عبد الناصر توفيق العطار "شرح أحكام قانون العمل" ص ٢٤٠، بدون تاريخ نشر أو دار نشر، أ. د. محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٣٠٢، أ. د. عبد الوود يحيى "شرح قانون العمل" ص ٢٠٢، طبعة عام ١٩٨٩ م، أ. د. عبد الرازق حسن فرج "شرح قانون العمل"، ص ٩٤، طبعة ١٩٩٢م.

(٧٨) إذ نصت على أنه: "إذا ارتكب العامل خطأ نشأت عنه خسارة مادية جسيمة لصاحب العمل....".

(٧٩) انظر في نفس المعنى: أ. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، أ. د. أحمد شوقي - المرجع السابق - ص ٢٢٢، د. فاطمة محمد الرزاز - المرجع السابق - ص ٢٢٩.

والأدبي الناجمين عن خطأ العامل دون الرجوع إلى الجهات المعنية بوزارة العمل قبل إصدار قرار الفصل؟

كما يثار التساؤل حول تأثير وقوع الضرر الأدبي الجسيم من خطأ العمل هل يكون مبرراً لفصله من قبل رب العمل أم لا؟ (لاسيما في ظل قانون العمل البحريني الذي قيد صراحة وصف الضرر أو الخسارة فيه بالصيغة المادية)، أليس جديراً بمضاهاته في الأثر مع الضرر المادي الجسيم على نحو يبرر لرب العمل فصل عامله عند إحداثه أيهما برب العمل، بل إنه من المتصور أن يكون هذا الضرر الأدبي الجسيم أبلغ أثراً وأشد وطأةً وخطراً من كثير من مظاهر الضرر المادي الجسيم، فيزيد من ثم قدر جسامته عن قدر جسامته الضرر المادي، الأمر الذي يوجب تعديل النص القانوني البحريني ليشمل الضرر الأدبي الجسيم إلى جانب شموله للضرر المادي الجسيم.

ويشترط في الخسارة الجسيمة المبررة للفصل أن تكون أصابت رب العمل بالذات، وليس أحد آخر غيره، ومن ثم لا يجري فصل العامل في ضوء هذه الحالة في القانونين المصري أو البحريني إذا تولد عن خطأ العامل ضرر جسيم أو خسارة جسيمة بأحد عمال رب العمل أو أحد عملائه أو برب عمل آخر منافس أو غير منافس لرب العمل الذي يعمل العامل لديه أو حتى بأحد أقارب رب العمل.

ولا يلزم أن يكون الخطأ المولد لتلك الخسارة الجسيمة مشكلاً لجريمة جنائية، إنما يكفي أن يكون سلوكاً ضاراً ولو لم يثبت له وصف السلوك الإجرامي، ما دام قد ألحق برب العمل خسارة جسيمة، سواء أكانت مادية أم معنوية.

ومما يؤخذ على واضع قانون العمل المصري سواء في قانون العمل الموحد أم في القوانين السابقة عليه أنه ناقض نفسه حينما لم يجز الفصل التأديبي للعامل من قبل رب العمل إلا إذا ارتكب العامل خطأ جسيماً، ثم يعود إلى ضرب المثال على الخطأ الجسيم في النص القانوني المنظم لهذه الحالة من حالات الفصل التأديبي بالخطأ مجرداً عن هذا الوصف ما دام قد تولد عنه خسارة جسيمة لرب العمل^(٨٠).

ويشترط القانون (سواء في البحرين أم في مصر) لكي يمارس رب العمل سلطته التأديبية فيتخذ قراره بفصل العامل في هذه الفرضية ضرورة إبلاغه للجهات المختصة عن خطأ العامل المسبب لخسارته الجسيمة خلال أربع وعشرين ساعة من

(٨٠) انظر في نفس المعنى: أ. د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - بند ٢٦٨، ص ٩٦١، ٩٦٢.

تاريخ علمه بوقوع الحادث، وذلك حماية للعامل من افتئات رب العمل عليه بادعائه عليه كذباً ارتكاب ما لم يرتكبه من الأخطاء، أو بادعاء وقوع خسارة جسيمة رغم انتفاء وقوعها أصلاً أو وقوعها له غير جسيمة، كما لو كانت الخسارة بسيطة أو يسيرة، على نحو لا يبرر الفصل من الخدمة، وإنما يبرر جزاءً تأديبياً آخر أخف وطأة من جزاء الفصل، فضلاً عن إعانة الجهة المختصة على حسن تقدير الخطأ الحاصل من العامل، والخسارة المتولدة عنه برب العمل، خوفاً من محاولة طمس شواهد وأمارات ارتكابه الخطأ المؤدي إلى إلحاق خسارة جسيمة برب العمل.

ويعاب على النصين البحريني أو المصري عدم تحديدهما لماهية الجهة المختصة التي يتعين على رب العمل إبلاغها بخطأ العامل المسبب لتلك الخسارة الجسيمة، الأمر الذي حدا بالبعض إلى إيراد تقييد عليه دون مبرر قانوني لذلك، إذ تصور ضرورة توافر الطابع الجنائي Le caractère criminel لخطأ العامل، بحجة أن واجب التبليغ يفرض في شأن الجرائم وحدها، وهذا تقييد عار عن الدليل، لأن النص القانوني لم يشترط حصول الإبلاغ إلى الجهات المختصة بتلقي البلاغات الجنائية مثل الشرطة أو النيابة العامة، وإنما ترك الوصف عاماً ليشمل الجهات المختصة بتلقي البلاغات الجنائية أو البلاغات الإدارية، ولذا يمكن لرب العمل إبلاغ مكتب العمل التابع لوزارة العمل بأخطاء العمال التي لا ترتقي إلى وصف السلوك الإجرامي، أو إبلاغ الشرطة أو النيابة العامة إذا كان خطأ العامل يشكل جريمة جنائية^(٨١).

ولا يلزم في الإبلاغ المطلوب من رب العمل للجهات المختصة بحسب طبيعة أو وصف الخطأ شكل معين، المهم أن يتم الإبلاغ بأي صورة من صورته خلال مدة لا تزيد على أربع وعشرين ساعة من تاريخ علم رب العمل بوقوع خطأ العامل^(٨٢)، وذلك

(٨١) انظر في نفس المعنى: أ. د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - بند ٢٦٨، ص ٩٦١، أ. د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق - ص ٦٦٤. أ. د. محمد لبيب شنب "شرح قانون العمل" ص ٣٠١، ط ٤ عام ١٩٨٣م، أ. د. محمد علي عمران "شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية" ص ١٧١، طبعة ١٩٧٠م، بدون دار نشر، أ. د. عبد الرزاق حسن فرج "شرح قانون العمل"، ص ٩٤، طبعة ١٩٩٢م.

(٨٢) ويراعى أنه على الرغم من أن ظاهر النص القانوني (سواء في مصر أو البحرين) يوجب التبليغ خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ علم رب العمل بالحادث الذي أحدثه العامل، إلا أن البعض يرى - وبحق - أنه يجب أن يبدأ حساب الأربع وعشرين ساعة من علم رب العمل بالأضرار الجسيمة المترتبة على الحدث، وليس من تاريخ علمه بالحادث ذاته، وذلك تأسيساً على أن واضع القانون لم يبين حق رب العمل في فصل العامل على صدور المخالفة ذاتها من هذا العامل، وإنما على جسامته الأضرار الناشئة عن هذه المخالفة (أ. د. فتحي عبدالرحيم، أ. د. أحمد شوقي عبد الرحمن - المرجع السابق - ص ٢٢٢).

حتى يسهل على تلك الجهات معاينة هذا الخطأ والخسارة الناجمة عنه وتقديرها تقديراً صحيحاً، بإضفاء أو نفي وصف الجسامة عنها في ضوء الظروف الحقيقية لأثر الخطأ المرتكب من قبل العامل.

فإذا لم يقع رب العمل بالتبليغ المطلوب عن خطأ العامل المسبب لخسارته الجسيمة، خلال المدة المحددة قانوناً لذلك سقط حقه في توقيع جزاء الفصل التأديبي، رغم ثبوت الخطأ في جانب العامل وحدث خسارة جسيمة بسببه^(٨٣)، على أن تبقى له صلاحية توقيع أي جزاء آخر يقدر أخف وطأة من الفصل، كأن يوقع عليه جزاء الوقف عن العمل أو الغرامة.

وينبغي مراعاة ضرورة توافر رابطة السببية بين خطأ العامل والخسارة الجسيمة المتولدة عنه، بحيث تكون هذه الخسارة نتيجة مباشرة لخطأ العامل وحده، ودون أن يفصلها عن بعضها سبب أجنبي متمثل في القوة الظاهرة أو خطأ الغير أو حتى خطأ المضرور نفسه، وهذا ما أوجبه النصاب صراحة عند اشتراطهما ضرورة أن تكون الخسارة الجسيمة ناشئة عن خطأ العامل، أي راجعة إليه وحده، لا إلى سبب آخر غيره يفصم علاقة السببية المباشرة بينهما^(٨٤).

الفرع الثالث

تكرار مخالفة العامل للتعليمات الخاصة بسلامة العمال والمنشأة

لقد ذكرت المادة ٣/١١٣ هذه الحالة بقولها: "٣- إذا لم يراع التعليمات اللازم اتباعها لسلامة العمال والمنشأة رغم إنذاره كتابة، بشرط أن تكون التعليمات مكتوبة ومعلقة في مكان ظاهر^(٨٥)".

كما ذكرتها أيضاً المادة ٣/٦٩ عمل موحد مصري بقولها: "إذا تكرر من العامل عدم مراعاة التعليمات اللازم اتباعها لسلامة العمال والمنشأة، بشرط أن تكون هذه التعليمات مكتوبة ومعلقة في مكان ظاهر رغم التنبيه عليه".

لم يشأ واضع القانون سواء في البحرين أو في مصر أن يسمح لرب العمل بفصل العامل لمجرد خرقه للتعليمات الخاصة بسلامة العمال والمنشأة للمرة الأولى،

(٨٣) انظر في نفس المعنى: أ. د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق -، ص ٦٦٤.

(٨٤) انظر في نفس المعنى: د. علي عوض حسن - المرجع السابق - بند ٣١٩، ص ٤٥١.

(٨٥) وهذه هي ذات الصياغة التي أوردتها المادة ٣/٦١ من قانون العمل المصري القديم رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١م، أي السابق على قانون العمل الموحد المصري.

وجعل لرب العمل الحق فقط في توقيع جزاء آخر أخف وطأة من جزاء الفصل، كأن يحذر من تكرار هذه المخالفة ويوقع عليه جزاء الإنذار بشأنها، لكن يختلف الأمر إذا تكررت من العامل ذات المخالفة لتلك التعليمات الخاصة بسلامة العمال والمنشأة، إذ يكون لرب العمل صلاحية توقيع جزاء الفصل التأديبي في مواجهة هذا العامل الذي لم يرتدع من الجزاء التأديبي الذي جرى توقيعه عليه عند ارتكابه ذات المخالفة للمرة الأولى.

ويستوي بعد ذلك أن تتحقق هذه المخالفة من خلال ارتكاب العامل سلوكاً إيجابياً، مثال ذلك تدخين العامل في أماكن تهدد بالخطورة على العمال والمنشأة، أم تتحقق من خلال ارتكاب العامل سلوكاً سلبياً كما لو امتنع العامل عن ارتداء وسائل الوقاية في الأماكن والأعمال التي يتعين فيها ارتداؤها، مثال ذلك أن يمتنع العامل عن ارتداء نظارات واقية من اللهب أو الشظايا المنبعثة من مداخل المصنع، أو امتناعه عن لبس الثياب الواقية من انخفاض درجة الحرارة إلى درجات عالية تحت الصفر في مصانع الثلج أو غيره من الصناعات التي تستلزم ذلك، كما يستوي أن يتولد عن هذه المخالفة ضرر فعلي يصيب المنشأة أو العامل المخالف أو غيره من العمال، أو لم يتولد عن هذه المخالفة أي ضرر بأحد مطلقاً.

وينبغي على رب العمل قبل اتخاذ قراره بالفصل التأديبي أن يتثبت من توافر هذين الشرطين:

الشرط الأول:

أن تكون التعليمات الخاصة بسلامة العمال والمنشأة مكتوبةً ومعلقةً داخل المنشأة في مكانٍ ظاهرٍ (أي التعليمات المفروضة بقصد المحافظة على سلامة العمال أو سلامة المنشأة التي يعملون بها). وهنا ينبغي التثبت من ارتباط هذه التعليمات بسلامة العمال والمنشأة، وأن تثبت مخالفة العامل لها واستهانتها بأهميتها وضرورة مراعاتها، على الرغم من ورودها في صياغة مكتوبة وتعليقها داخل المنشأة في مكان ظاهر وواضح، وذلك حتى يتسنى للعمال العلم بهذه التعليمات فعلاً وإدراك قيمتها وأهمية العلم بها.

ومن ثم لا يكفي مجرد إطلاع العامل على هذه التعليمات مكتوبةً مرةً واحدةً لحظة التعاقد، أو تسلمه إياها لحظة التعاقد أو أثناء سريانه ضمن مجموعة من الأوراق المكتوبة، وإنما يلزم أن تكون مكتوبةً ومعلقةً بصورة مستمرة طوال مدة العقد في مكان ظاهر بالمنشأة يرتاده العمال عادةً على نحو مستمرٍ دون توقفٍ أو انقطاع، كأن

تكتب هذه التعليمات في لافتات أو لوحات يجري تعليقها ظاهرةً وسط مقر العمل، أو داخل الحجرات المخصصة لاستراحة العمال.

بل إنني أرى تنمة لذلك ضرورة أن يحرص رب العمل على مراعاة الدقة في التعبير عن هذه التعليمات بلغةٍ سهلةٍ وواضحةٍ بعيداً عن استعمال العبارات الغامضة أو الألفاظ المعقدة، بحيث تجيئ هذه التعليمات دقيقة المبنى واضحة المعنى حتى يسهل على العمال فهمها وإدراك خطورتها وأهميتها.

كما ينبغي أيضاً في حالة وجود عمال أجانب ينطقون لغات أجنبية ولا يقدرّون على قراءة أو فهم اللغة العربية، أن تتم ترجمة هذه التعليمات للغات التي يفهمونها رعايةً لهؤلاء العمال الأجانب ومحافظة على سلامتهم، وتدعيماً في نفس الوقت لمبدأ المساواة بين العمال، دون أدنى تفرقة في الرعاية أو الحماية المأمولة لهم بسبب اللغة.

ويمكن لرب العمل إذا صعب عليه إجراء الترجمة للغة التي يريدها - وإن كان هذا ليس صعباً في العصر الحديث بعد أن سهلت الاستعانة بوسائل التقنية الحديثة لإجراء عملية الترجمة الفورية لأي لغة في سهولة وسرعة - أن يستعين بعمل الرسومات والأشكال الرمزية والصور التي تكشف عن معاني التحذير والتنبيه لأي مخاطر محتملة أياً كان نوعها، مثال ذلك ما يتم اللجوء إليه من رسوم ورموز وعلامات في إبراز التعليمات الخاصة بالأمن الصناعي والسلامة والصحة المهنية^(٨٦).

وينبغي مراعاة أن تقدير مدى تعلق أو عدم تعلق التعليمات محل المخالفة من قبل العامل بسلامة العمال والمنشأة أمر يقدره صاحب العمل مصدر قرار الفصل، مع خضوعه في ذلك لرقابة محكمة الموضوع في البحرين أو لرقابة اللجنة الإدارية الخماسية ذات الاختصاص القضائي في مصر، التي يتعين على رب العمل عرض قرار الفصل عليها للتثبت من مشروعيته أو عدم مشروعيته^(٨٧).

الشرط الثاني:

سبق توقيع جزاء الإنذار الكتابي بالفصل بسبب مخالفة هذه التعليمات الخاصة بسلامة العمال والمنشأة. وذلك أن العامل الذي يخالف هذه التعليمات لأول

(٨٦) انظر في نفس المعنى: د. علي عوض حسن - المرجع السابق - بند ٣٢٠، ص ٤٥٤.

(٨٧) انظر في نفس المعنى: أ. د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق - ص ٦٦٦، إذ يقول سيادته: "ويلاحظ أن تعلق التعليمات بسلامة العمال والمنشأة أو عدم تعلقها هي من المسائل الموضوعية التي يختص بتقديرها قاضي الموضوع دون أن يتقيد في هذا بالوصف الذي أطلقه صاحب العمل على هذه التعليمات".

مرة وإن استحق مؤاخذته تأديبياً على هذه المخالفة، إلا أنه لا يستأهل توقيع جزاء الفصل من الخدمة لهذا السبب، بخلاف الحال بالنسبة للعامل الذي تتكرر منه ذات المخالفة رغم سبق إنذاره كتابياً عن هذه المخالفة وتهديده في هذا الإنذار بتوقيع جزاء الفصل عليه عند تكراره لهذه المخالفة، الأمر الذي يؤكد نصفه هذا الجزاء وعدالته عند توقيعه على هذا العامل الذي لم يرتدع من جزاء الإنذار الذي سبق توقيعه عليه من قبل صاحب العمل، رغم ما تمثله هذه المخالفة من خطورة حقيقية عليه وعلى باقي العمال، بل وعلى المنشأة في سلامتهم من المخاطر والأضرار المحتملة من جراء خرق هذه التعليمات.

ويبدو واضحاً من ظاهر النصين (البحريني والمصري) أنه يلزم إلى جانب تكرار نفس المخالفة لتعليمات سلامة العمال والمنشأة، سبق توقيع جزاء الإنذار الكتابي المهدد بالفصل، على نحو يستفاد منه - حسب مفهوم الموافقة - عدم جواز توقيع جزاء الفصل التأديبي حتى لو تكررت هذه المخالفة، ما دام لم يسبق توقيع جزاء الإنذار الكتابي (وفق نص المادة ١١٣/٣ عمل بحريني، المادة ٦١/٣ عمل مصري ملغي رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١م) أو لم يسبق التنبيه والتحذير على العامل من قبل صاحب العمل (م ٦٩/٣ عمل موحد مصري).

وقد أثير خلاف في الفقه المصري حول المستفاد من نص المادة ٦٩/٣، هل يلزم أن يكون الإنذار الكتابي قد وجه للعمال على إثر مخالفته للتعليمات الخاصة بسلامة العمال والمنشأة، أم أنه يكفي التنبيه الكتابي من صاحب العمل للعمال بعدم مخالفة هذه التعليمات على وجه الخصوص، حتى ولو لم يصدر من العامل مخالفة سابقة لهذه التعليمات؟ ذهب البعض^(٨٨) إلى أنه يكفي أن يوجه رب العمل تنبيهاً كتابياً إلى العامل يحذره فيه من مخالفة هذه التعليمات وإلا وقع عليه جزاء الفصل، حتى ولو يكن قد وقعت منه أية مخالفة سابقة لهذه التعليمات، على أساس أن الحكمة من كتابة هذه التعليمات وتعليقها في مكان ظاهر، ثم إنذار العامل بها كتابة، هو تنبيهه إلى مدى خطورة هذه التعليمات، الأمر الذي لا يعذر معه العامل لو ارتكب مع ذلك المخالفة التي نبهه صاحب العمل إليها، حتى ولو لم يسبق له ارتكابها، خاصة وإن ارتكاب مثل هذه المخالفات ولو لمرة واحدة قد يكون كفيلاً بتدمير المنشأة والإضرار

(٨٨) أ. د. إسماعيل غانم "قانون العمل"، ص ٤٢٥، طبعة عام ١٩٦٢م، أ. د. محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ١٧١، أ. د. أحمد شوقي عبد الرحمن "شرح قانون العمل"، بند ١٥١، ص ٢٣٤، أ. د. عبد الله مبروك النجار - المرجع السابق - ص ٣٠٩، د. فاطمة الرزاز - المرجع السابق - ص ٢٣٠.

بسلامة العمال أو المنشأة، فقد تقع مخالفة لإحدى هذه التعليمات الخاصة بسلامة العمال أو المنشأة فيسارع صاحب العمل إلى إنذار كل عامل كتابة بهذه التعليمات، فلا يجوز بعد ذلك حرمان صاحب العمل من حقه في فصل أي عامل آخر يرتكب نفس المخالفة الواردة في الإنذار الكتابي، حتى ولو لم يسبق له أن ارتكب هو نفسه ذات المخالفة.

في حين ذهب البعض الآخر - وهو ما نرجحه - إلى أنه لا يكفي إنذار العامل كتابياً بعيداً عن ارتكابه مخالفة لهذه التعليمات، كما لو وقعت المخالفة من غيره من العمال فجري تنبيهه كتابةً على وجه الخصوص هو وغيره من العمال بشأنها من قبل رب العمل، إنما يفترض النص - لفظاً ومعناً - سبق مخالفة العامل لهذه التعليمات، وتوقيع جزاء الإنذار الكتابي عليه بسببها، فالإنذار جزاء تأديبي لا يمكن توقيعه إلا بعد ارتكاب المخالفة^(٨٩).

وبناء على ما سبق يكون العامل قد جرى تنبيهه بشكل عام بالتعليمات الخاصة بسلامة العمال والمنشأة من خلال لائحة النظام الأساسي ولائحة الجزاءات، ثم جرى تنبيهه بشكل خاص بمناسبة وقوع مخالفة فعلية منه لهذه التعليمات لأول مرة، عند توقيع جزاء الإنذار الكتابي عليه، وتم تحذيره من التعرض لجزاء الفصل إذا عاود ارتكاب نفس المخالفة فيما بعد^(٩٠)، فيكون بعد ذلك مستحقاً لجزاء الفصل من الخدمة إذا أقدم من جديد على خرق هذه التعليمات.

الفرع الرابع استمرار غياب العامل لفترة معينة دون سبب مشروع رغم سبق إنذاره

تنص المادة ١١٣/٤ عمل بحريني على هذه الحالة بقولها: "إذا تغيب عن العمل بدون سبب مشروع أكثر من عشرين يوماً متقطعة خلال السنة الواحدة، أو أكثر من

(٨٩) انظر في ذلك المعنى إلى: أ. د. حسن كيرة "أصول قانون العمل"، ص ٦٩٨، ٦٩٩، الطبعة الثالثة عام ١٩٧٩م، أ. د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق - ص ٦٦٦، أ. د. محمد حلمي مراد "قانون العمل والتأمينات الاجتماعية"، ص ٣٧٥، الطبعة الرابعة عام ١٩٦١ م، أ. د. محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٣٠٣، أ. د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ٢٤٢، أ. د. عبد الودود يحيى - المرجع السابق - ص ٢٠٢، أ. علي محسن عبد الله الورقاء - المرجع السابق - ص ٢٨٥.

(٩٠) انظر في نفس المعنى: أ. د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق - ص ٦٦٧، ٦٦٨.

عشرة أيام متوالية، على أن يسبق الفصل إنذار كتابي من صاحب العمل بعد غيابه عشرة أيام في الحالة الأولى وانقطاعه خمسة أيام في الحالة الثانية^(٩١).

يستفاد من هذا النص (ومن النص المصري المقابل له) أنه يلزم لممارسة رب العمل سلطته التأديبية في فصل عامله فصلاً تأديبياً بسبب الغياب أن تتوافر في هذا الغياب الشروط الثلاثة الآتية:

١ - الشرط الأول - انتفاء المبرر المشروع لغياب العامل:

و جدير بالذكر أن واضع القانون سواء في البحرين أم في مصر لم يحدد لنا متى يكون الغياب مشروعاً ومتى يكون غير مشروع، ولذا فإنني أرى - مع البعض - إخضاع هذا التقدير لمعيار الشخص المعتاد الذي يكون في نفس ظروف العامل التي حملته على هذا الغياب^(٩٢).

ولا شك أن العامل الذي يغيب على إثر حصوله على إذن بهذا الغياب من صاحب الحق فيه، يعد غيابه مشروعاً، وهذا ما ذكرته محكمة النقض المصرية بقولها عن الغياب المشروع بأنه: "الغياب الذي يقع بإذن سابق من صاحب العمل"، لكن هذا الاتجاه من محكمة النقض لا يعني إضفاء عدم المشروعية على ما سواه من الغيابات الأخرى، إنما يعبر فقط عن مظهر واحد من مظاهر الغياب المشروع، ومن ثم يعد غياب مشروعاً ذلك الغياب الذي يضطر إليه العامل بسبب مرضه الذي تدل عليه شهادة طبية معتمدة، أو بسبب امتناع رب العمل عن دفع أجره المستحق له عن مدة سابقة، مما حمل العامل على الغياب عن العمل على سبيل الدفع بعدم التنفيذ كوسيلة لحمل رب العمل على تنفيذ التزامه بدفع الأجر^(٩٣) أو بسبب أجنبي حال دونه والذهاب إلى العمل، كما لو وقع زلزال أو فيضان أو حرب أهلية أو توقف حركة المواصلات أو حبسه أو اعتقاله أو تجنيده، أو كان هناك خطر يهدده في سلامته أو صحته داخل المنشأة وأخطر رب العمل بذلك لكن لم يبادر إلى إزالة هذا الخطر^(٩٤).

(٩١) وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٦٩/٤ عمل موحد مصري.

(٩٢) انظر في نفس المعنى: أ. د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق - ص ٦٧٢.

(٩٣) نقض مدني مصري، طعن رقم ٤٦٢ جلسة ١٩ يناير ١٩٧٣ م، س ٣٥ ق.

(٩٤) انظر في نفس المعنى: أ. د. أحمد شوقي عبد الرحمن - المرجع السابق - بند ١٥٢، ص ٢٣٥، أ/ على محسن عبد الله الورقاء - المرجع السابق - بند ١٨٤، د. فاطمة الرزاز - المرجع السابق - ص ٢٣٠، ٢٣١، د. رمضان جمال كامل "شرح قانون العمل الجديد" ص ٢٢٧، ط ٥ لسنة ٢٠٠٨ م، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، د. رأفت دسوقي "شرح قانون العمل الجديد"، ص ٢٧٣، ط ٢٠٠٤ م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.

بل إنني أرى أن الغياب الذي يرجع إلى تحقيق غرض مشروع ملح للعامل يجعل غيابه مبرراً ومشروعاً، كما لو تغيب عن العمل من أجل أداء الامتحان في إحدى الشهادات العلمية، الأمر الذي يجعل رفض الإذن له بالغياب تعسفاً في استعمال الحق، بعكس الحال إذا كان الغرض من هذا التغيب - رغم مشروعيته - غير ملح فلا يكون الغياب معه عندئذ مشروعاً، مثال ذلك أن يتغيب العامل لأداء امتحان في دورة تدريبية أو تثقيفية أو للاشتراك في مباراة رياضية أو بهدف زيارة صديق أو عيادة مريض أو توديع مسافر أو مساعدة جار أو فقير أو مسكين، فعلى الرغم من نبل الغاية ومشروعية القصد لا يسمح للعامل بمثل هذا الغياب دفعاً للضرر عن رب العمل الذي يترتب على مثل هذا الغياب الذي لا تمليه ضرورة، ولا تفرضه مصلحة راجحة، ذلك أن دفع المضرة عن رب العمل مقدم على جلب المصلحة للعامل.

وقد ظهرت في الفقه محاولة جادة لتحديد معالم السبب المشروع La cause légitime المبرر لغياب العامل بأنه: "السبب القانوني الذي يعفي العامل من تنفيذ التزامه كالقوة القاهرة، أو الذي يجيز له الامتناع عن تنفيذه، كاستعمال الدفع بعدم التنفيذ، لعدم وفاء صاحب العمل بالتزامه" (٩٥).

بيد أن هذا التعريف مع أفضليته على التعريف الذي أوردته محكمة النقض المصرية سالف الذكر، إلا أنه محل نقد أيضاً لأنه ليس جامعاً حتى يستوعب كل ما يعد مشروعاً للغياب، ويخرج ما سواه من دائرته إلى دائرة عدم المشروعية.

ولذلك أرى تعريفه بأنه ذلك الغياب الذي يركز إلى إذن صاحب العمل أو من ينوب عنه أو تقتضيه ضرورة أو تمليه مصلحة راجحة وفق معيار الشخص المعتاد.

ويلزم في جميع صور الغياب المشروع أو المبرر مراعاة العامل واجب إخطار رب العمل بالسبب المشروع المبرر لغيابه، بل وإقامة الدليل المثبت له، حتى يتفادى ممارسة رب العمل لسلطته التأديبية في فصله بسبب هذا الغياب الذي لم يكشف العامل عن سببه المشروع، ومن ثم لا يكون رب العامل مخالفاً لأحكام القانون إذا غاب العامل بسبب المرض المثبت بشهادة طبية معتمدة، ولم يخطر رب العمل بذلك إلا بعد قيام رب العمل بممارسة سلطته التأديبية بفصله لمجاوزة غيابه المدة المقررة قانوناً.

ولا يجوز للعامل الغياب عن العمل بحجة عدم وجود عمل يؤديه لدى رب العمل،

(٩٥) أ. د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - بند ٢٦٨، ص ٩٦٣.

ما دام رب العمل مستمراً في دفع الأجر له ولم يَأْذَن له في الغياب، كما لا يجوز للعامل الانقطاع عن العمل دون إذن مسبق من رب العمل مدعياً مشروعية غيابه بدعوى إدخاله هذه الأيام التي يغييبها ضمن أيام إجازته السنوية، لأن تحديد موعد تحصيل العامل لإجازته السنوية متروك لسلطة رب العمل التقديرية حسب ظروف العمل ومصلحته، وليس للعامل أن ينفرد بتحديد هذا الموعد دون الرجوع في ذلك إلى رب العمل والتنسيق معه في هذا الخصوص.

هذا مع مراعاة أنه إذا قبل رب العمل إدخال أيام غياب العامل عن العمل دون سبب مشروع ضمن أيام الإجازة السنوية للعامل، لم يجز له من بعد عدها ضمن أيام الغياب المرخص له في فصل العامل فصلاً تأديبياً.

٢ - الشرط الثاني - مجاوزة الغياب المتصل أو المتقطع لعدد معين من الأيام:

يلزم لكي يرخص لرب العمل فصل العامل تأديبياً إلى جانب انتفاء المبرر المشروع لغيابه، ضرورة أن يثبت غياب العامل لمدة تزيد على عشرين يوماً متقطعة خلال السنة الواحدة أو لمدة عشرة أيام متوالية أو متتالية، سواء في نفس السنة أو خلال سنتين.

وهذا يعني بمفهوم الموافقة لهذا النص عدم جواز فصل العامل تأديبياً بسبب غيابه غياباً متقطعاً لمدة عشرين يوماً فأقل خلال السنة الواحدة، أو لغيابه غياباً متوالياً لمدة عشرة أيام فأقل، سواء تم خلال سنة واحدة أم خلال سنتين، ويراعى أن المقصود بالسنة الواحدة في الغياب المتقطع ههنا ليست السنة الميلادية أو الهجرية، وإنما يقصد بها كل سنة من سنوات خدمة العامل لدى رب العمل بدءاً من تاريخ التحاقه بالعمل لديه، وبناء عليه يجري حساب السنة الواحدة في الغياب المتقطع من تاريخ التحاق العامل بالعمل إلى أن تكتمل له سنة ميلادية كاملة على خدمته لدى رب العمل^(٩٦).

بيد أن رب العمل قد تدفعه الاعتبارات الواقعية إلى اعتماد السنة الميلادية أساساً لحساب غياب العامل خلالها غياباً متقطعاً، بهدف توحيد قواعد حساب الغياب بين عماله، فيغض الطرف عن كسور السنة الأولى التي يلتحق فيها العامل بالعمل لديه، ويجري الحساب له ولغيره من بداية السنة الميلادية إلى آخرها^(٩٧).

(٩٦) شبرا الجزئية (عمال) ١٩٦٢/١١/٢ م موسوعة الهواري ج١، ص ٤٦٣٤، رقم ٥٤٣.

(٩٧) انظر في عرض ذلك: أ.د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق - ص ٦٧٠.

وجدير بالذكر أن واضح القانون قد استعمل لفظ " الغياب المتتالي "، ولم يستعمل لفظ " الغياب المتصل "، فهذا يؤكد أنه يكفي أن تكون أيام الغياب متعاقبة ولو لم تكن متصلة، ومن ثم لا يقطع اتصال الغياب المتوالي أو المتتالي وقوع يوم راحة أسبوعية أو إجازة رسمية بين أيام الغياب، لأن القطع لا يحدث إلا إذا تخلل أيام الغياب يوم عمل مباشر فيه العامل عمله، وإلا سرى حساب التتابع في أيام الغياب رغم دخول يوم الراحة فيه بضم الأيام السابقة عليه إلى الأيام اللاحقة عليه في عملية الحساب المتصل للغياب^(٩٨).

وينبغي مراعاة عدم دخول أيام الغياب التي وقع رب العمل جزاء الخصم من الأجر بسببها ضمن مدة الغياب المبررة للفصل من الخدمة^(٩٩).

٣ - الشرط الثالث - سبق إنذار العامل كتابة عن غيابه المتقطع أو المتوالي بعد مدة معينة منه

لا يجوز لرب العمل فصل العامل تأديبياً بسبب الغياب غير المشروع، حتى ولو جاوز الحد المبرر للفصل في الغياب المتقطع أو المتوالي، ما لم يثبت سبق محاسبته لهذا العامل عن غيابه بعد مضي مدة معينة عليه، بتوقيع جزاء تأديبي على هذا العامل متمثل في جزاء الإنذار الكتابي الذي يحذره فيه رب العمل من مغبة هذا الغياب وخطورته على مستقبله الوظيفي، ويلفت انتباهه في الوقت نفسه إلى احتمالية تعرضه في المستقبل القريب إلى الفصل التأديبي إذا ما واصل الغياب لمدة تزيد على عشرين يوماً متقطعة أو تزيد على عشرة أيام متوالية، ويفضل أن يجري إرسال هذا الإنذار الكتابي إليه في خطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ضماناً لوصول الإنذار إليه، ولتوفير الدليل الكتابي المثبت لإرساله إليه.

و هنا يثار التساؤل حول الموعد الذي يلزم فيه توجيه الإنذار الكتابي إلى العامل؟

لقد أوجب قانون العمل (سواء في البحرين في المادة ١١٣/٤ منه أم في مصر في المادة ٦٩/٤ منه) ضروري أن يجري توجيه الإنذار الكتابي من رب العمل إلى العامل في الغياب المنفصل أو المتقطع بعد غيابه عن العمل مدة عشرة أيام على الأقل،

(٩٨) انظر في نفس المعنى: د. فاطمة الرزاز - المرجع السابق - ص ٢٣٠.

(٩٩) أ. د. أكثم الخولي "دروس في قانون العمل"، ص ٢٨٦، طبعة عام ١٩٥٧ م، أ. د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢٥٧.

ومن ثم يبدأ إرسال الإنذار إليه بدءاً من اليوم الحادي عشر، أما في الغياب المتوالي أو المتتالي فيجب إنذاره بعد مضي خمسة أيام متتالية أو متوالية على الأقل، هذا مع مراعاة ضرورة أن يوجه الإنذار في الحالتين قبل اكتمال المدة المرخص إيقاع الفصل التأديبي بعدها، فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة جاز لرب العمل اتخاذ قراره بفصل العامل من الخدمة دون حاجة إلى عرضه على جهة إدارية أو قضائية في البحرين، أو مع ضرورة عرضه على اللجنة الإدارية الخماسية ذات الاختصاص القضائي في مصر للبت في إمضاء الفصل التأديبي أو إلغائه، في ضوء تقديرها لمشروعيتها أو عدم مشروعيتها.

فالفصل من الخدمة هو جزاء تأديبي يقرره رب العمل بإرادته المنفردة، فلا يقع من تلقاء نفسه، كما لا يقع بقوة القانون، بل وفي مقدور رب العمل أن يتسامح مع هذا الغياب المستحق لهذا الجزاء، فيصفح عنه رغم غيابه المبرر لفصله تأديبياً، ويأذن له بمواصلة سيره في أداء العمل دون أن يعرضه لجزاء الفصل التأديبي.

الفرع الخامس إفشاء العامل أسرار العمل

لقد نظمت المادة ١١٣/٦ عمل بحريني هذه الحالة من الحالات الفصل التأديبي بقولها: "إذا أفشى العامل الأسرار الخاصة بالمنشأة التي يعمل فيها".

كما نظمت المادة ٦٩/٥ عمل موحد مصر هذه الحالة بقولها: "إذا ثبت أن العامل أفشى أسرار المنشأة التي يعمل بها ما أدى إلى إحداث أضرار جسيمة بالمنشأة".

ولا جرم أن عقد العمل يفرض على عاتق العامل التزاماً بالمحافظة على أسرار العمل، فهو أحد الالتزامات الجوهرية التي تعد من مستلزمات عقد العمل، ومن متطلبات الثقة المشروعة التي يودعها رب العمل في العامل (م ١٢٧ مدني بحريني^(١٠٠))، فضلاً

(١٠٠) إذ تنص المادة ١٢٧ مدني بحريني على أنه: "لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجري عليه العادة، وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل". وهذه المادة تقابل المادة ١٤٨/٢ من القانون المدني المصري.

عن أن هذا الالتزام أمر لازم يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد^(١٠١)، ويمليه في نفس الوقت مبدأ الأمانة والإخلاص في تنفيذ عقد العمل^(١٠٢).

ومن ثم إذا أفشى العامل سراً من الأسرار الخاصة بالعمل، وكان الإفشاء مخللاً بالتزامه العقدي الذي يفرض عليه المحافظة عليها، الأمر الذي يسمح لرب العمل بملاحقته قضائياً لفسخ العقد معه، فضلاً عن متطلباته بالتعويض عن جميع الأضرار المادية والأدبية التي أصابته من جراء هذا الإخلال في ضوء قواعد المسؤولية العقدية، كما يجوز لرب العمل إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة عن طريق استعمال سلطته التأديبية في فصل العامل تأديبياً عند إفشاء العامل سراً من الأسرار الخاصة برب العمل في ضوء المادة ١١٣/٦ عمل بحريني، والمادة ٥/٦٩ عمل موحد مصري، شريطة أن تتوافر الشروط الآتية:-

١ - الشرط الأول: أن يصدق على المعلومة التي أفشاها العامل طابع أو وصف السرية. وهذا أمر منطقي لحماية العامل من عسف رب العمل الذي قد يعتمد إلى محاسبة العامل عن أية معلومة خاصة بالعمل يذكرها رغم انتفاء وصف السرية عنها، ولتبرير مساءلته بهذا الجزاء القاسي عن هذا الإفشاء في نفس الوقت رعاية لمصلحة رب العمل، فيقال باستحقاقه جزاء الفصل التأديبي على إثر إفشائه سراً من أسرار العمل، فخان بذلك الثقة المشروعة المودعة فيه من قبل رب العمل، الذي ائتمنه على عمله وما يتصل به من معلومات جوهرية يصدق عليها وصف أسرار العمل، والتي يجب عليه المحافظة عليها وليس إفشاؤها.

وبناء على ذلك لا يصدق على المعلومة وصف السرية إذا كانت من المعلومات الشائعة أو المعروفة عن المنشأة أو العمل الجاري فيها لدى العملاء أو الناس عامة.

وهنا يثار التساؤل حول مدلول أسرار العمل التي يجب على العامل المحافظة عليها وعدم إذاعتها؟

بادئ ذي بدء يمكن القول بأنه ليست كل معلومة يعرفها العامل عن عمله لدى

(١٠١) إذ تنص المادة ١٢٩ مدني بحريني على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل"، هذه المادة تقابل المادة ١/١٤٨ مدني مصري.

(١٠٢) انظر في ذلك المعنى: د. صلاح محمد أحمد "التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردي" بحث منشور في مجلة الحقوق بكلية الحقوق جامعة البحرين، ص ٤١، المجلد الأول، العدد الأول، السنة الأولى عام ٢٠٠٤م.

صاحب العمل تصبح سرّاً من أسرار العمل يجب عليه كتمانها ويمتنع عليه إفشاؤها أو إذاعتها أيّاً كانت ماهيتها ومضمونها أو درجة أهميتها أو تأثيرها على مصلحة العمل، وإلا صار هذا الالتزام سيفاً مسلطاً على رقبة العامل على نحو يوسع من نطاق مسؤوليته دون مبرر قانوني أو واقعي، فيرخص على إثر ذلك لرب العمل في ملاحقة العامل بالفصل التأديبي عن معلومات مشتهرة وذائعة بين الناس ولا تمثل سرّاً حقيقياً من أسرار العمل، وهذا لا يخلو دون أدنى شك من الظلم والحبس في مواجهة العامل.

كما لا ينبغي في نفس الوقت التضيق من نطاق سرية المعلومات الخاصة بالعمل بقصرها دون مبرر منطقي على المعنى الضيق الذي قد يستفاد من نص المادة ٤/٤٨ عمل بحريني والتي تنص على أنه: "يجب على العامل أن يحتفظ بأسرار العمل الصناعية والتجارية والزراعية حتى بعد انتهاء العقد"، فيتصور على إثر ذلك أن نطاق سرية المعلومات لا يتجاوز نطاق المعلومات المتصلة بالأسرار التجارية والصناعية والزراعية ويسمح من ثم للعامل بخرق التزامه بالمحافظة على أسرار العمل خارج إطار هذه الأنواع الثلاثة سالف الذكر، فهذا لا يخلو من مظاهر الإضرار برب العمل.

ولذا فقد بات الرأي مستقراً في الفقه والقضاء على أن أسرار العمل تستوعب كافة المعلومات المتصلة بالعمل والتي توصل إليها العامل أثناء عمله وتضار مصلحة العمل عند إفشائه لها أيّاً كانت طبيعتها (أي سواء أكانت صناعية أم زراعية أم تجارية أم في غيرهم، والتي يترتب على إذاعتها زعزعة الثقة أو الإضرار بصاحب العمل^(١٠٣)) ويمكنني تعريف أسرار العمل بأنها جميع المعلومات الجوهرية المتصلة بالعمل أيّاً كانت طبيعتها والتي يهتم رب العمل عدم إفشائها دفعاً للضرر عنه أو جلباً للمنفعة له.

فلا شك أن لكل منشأة أو مؤسسة أيّاً كانت طبيعة عملها، وأيّا كان حجم نشاطها (قل حجم هذا النشاط أو كبير) معلومات خاصة بهذا العمل تحرص كل الحرص على كتمانها والمحافظة عليها، لاسيما من المؤسسات أو المنشآت المنافسة

(١٠٣) انظر في هذا المعنى إلى: أ. د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق - ص ٦٠٢، أ. د. حسام الدين كامل الأهواني "شرح قانون العمل"، ص ٤٦٩، طبعة عام ١٩٩١، مطبعة أبناء وهبة حسان، أ. د. محمد لبيب شنب "شرح أحكام قانون العمل" ص ١٩١، الطبعة الخامسة، بدون تاريخ نشر أو دار نشر، أ. د. فتحي عبد الرحيم، أ. د. أحمد شوقي - المرجع السابق - ص ٢٢٥، القاهرة الابتدائية مايو ١٩٥٥م، مدونة الفكهاني، ج ١/٣، رقم ٢٢٢، ص ٢٦٣.

لها في السوق، سواء ما كان متصلاً بمواد الانتاج المستعملة في العمل (من حيث مركباتها، وموادها الأولية، ومصدر استيرادهما، ودرجة جودتهما) أم بوسائل أو طرق الانتاج، وحجم هذا الانتاج، أم بعملاء المنشأة ومندوبيها، أم بآماكن التسويق والتوزيع التابعة لها، أم أسعار بيع سلعها ومنتجاتها، أم حجم ديونها.....إلخ.

ويخضع رب العمل في تقديره لما يعد من قبيل أسرار العمل من المعلومات عند ممارسته للفصل التأديبي لرقابة محكمة الموضوع في البحرين (أو لرقابة اللجنة الإدارية الخماسية ذات الاختصاص القضائي في مصر) الذي لها سلطة تقديرية في ذلك حسبما يتراءى لها دون أن تخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز متى أقامت قضاءها في هذا الشأن على أسباب سائغة مقبولة تبرره.

٢- الشرط الثاني: أن تكون هذه المعلومات متعلقة بالعمل داخل المنشأة.

وذلك أياً كانت طبيعتها أي سواء أكانت صناعية أم تجارية أم زراعية أم غيرها، المهم أن تكون مرتبطة بالعمل، بحيث تنعكس آثار إفشائها سلباً على هذا العمل فتضر به.

وبناء عليه إذا كانت المعلومات غير مرتبطة بالعمل، وإنما مرتبطة بشخص صاحب العمل، فلا يصدق عليها وصف المعلومات السرية المرتبطة بالعمل، غير أن ذلك لا يمنع من ثبوت حق صاحب العمل في ملاحقة العامل قضائياً إذا أساء إليه في أية معلومات تتصل بحياته الشخصية أو العائلية، فالحق به من جرائه ضرراً مادياً أو أدبياً، ليطالبه بالتعويض عن هذه الأضرار وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية عن العمل غير المشروع.

٣ - الشرط الثالث: أن تكون هذه المعلومات مشروعة. ذلك أنه لا يعد من قبيل إفشاء أسرار العمل قيام العامل بإبلاغ السلطات العامة المختصة بما يرتكبه رب العمل من جرائم جنائية، أو ما يقع منه من تقصير أو إخلال بأي التزام قانوني يتصل بأوجه الحماية أو صور الرعاية القانونية اللازمة للمحافظة على سلامة العامل أو العمل أو سلامة مكان العمل^(١٠٤).

٤ - الشرط الرابع: أن يتولد عن إفشاء هذه المعلومات ضرر فعلي بمصلحة رب العمل. وهذا شرط منطقي حتى تكون ثمة مصلحة مبتغاة من وراء إلزام العامل

(١٠٤) انظر في نفس المعنى: أ. د. فتحي عبد الرحيم، أ. د. أحمد شوقي، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

بعدم إفشاء هذه المعلومات، سواء جلباً لمنفعة رب العمل أم دفعاً لأي مظهر من مظاهر الضرر عنه.

ذلك أنه من المتصور أن تكون ثمة معلومات مرتبطة بالعمل، لكن لا يستفيد رب العمل شيئاً من وراء كتمانها، ولا تلحقه أية مضرة من جراء إفشائها، ورغم ذلك يحرص رب العمل على كتمانها وعدم إفشائها، فيقيد العامل بشأنها دون مبرر، ومما يحمد لواضع قانون العمل البحريني أنه لم يستلزم درجة معينة للضرر المتولد عن إفشاء أسرار العمل، بل هو لم يشر أصلاً إلى ركن الضرر في النص المنظم لهذه الحالة، على أساس أن أي إفشاء لمعلومة جوهرية مرتبطة بالعمل أياً كانت طبيعتها يفترض معه حصول ضرر لرب العمل على إثر ذلك، ومن ثم لا يطالب رب العمل بإثبات هذا الضرر، وإنما يطلب من العامل الذي يدعي انتفاء الضرر عبء إثبات ما يدعيه.

في حين وجدنا واضع القانون المصري يقع في تناقض بين المبدأ الذي اختطه لنفسه في شأن الفصل التأديبي، إذ هو لا يجيز الفصل ابتداءً إلا إذا ارتكب العامل خطأ جسيماً، فإذا ثبتت جسامته الخطأ جاز له فصل العامل بغض النظر عن جسامته الضرر أو بساطته، ثم يأتي في حالة إفشاء العامل سراً من أسرار العمل الذي يمثل خطأ جسيماً دون أدنى شك، فلا يجيز لرب العمل فصل العامل تأديبياً، إلا إذا تولد عن ذلك ضرر جسيم بالمنشأة^(١٠٥)، ومن ثم إذا وقع الخطأ الجسيم وكان الضرر الحاصل بسيطاً لم يجز له فصل العامل، وإلا كان متعسفاً في ممارسته لهذا الجزاء وهذا وضع غير مقبول.

بيد أنني لا أتفق رغم ذلك مع من يرى في الفقه المصري أن مجرد إفشاء سر من أسرار العمل من قبل العامل يببر فصله تأديبياً ولو لم يتولد عن ذلك ضرر برب العمل^(١٠٦)، لأنه مع انتفاء الضرر من الإفشاء لأية معلومة سرية متصلة بالعمل، ولو كان يسيراً، تنتفي مصلحة رب العمل في فصل العامل تأديبياً، بل ويكون متعسفاً في استعمال سلطته التأديبية وفصل العامل تأديبياً بموجبها.

(١٠٥) انظر في نفس المعنى: أ. د. عبد الله مبروك النجار - المرجع السابق، ص ٣١٠، د. رأفت دسوقي - المرجع السابق، ص ٢٧٥.

(١٠٦) أ. د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق، ص ٦٧٤، ٦٧٥، أ. د. توفيق حسن فرج "قانون العمل الجديد"، ص ٢٧٥، تنقيح أ. وائل أنور بندق، ط ٣، عام ٢٠٠٧م، مؤسسة إبراهيم الناحل القانونية، بالإسكندرية.

الفرع السادس

وجود العامل في سكر بين أو متأثراً بتعاطي المخدر أو ارتكابه عملاً مخلاً بالآداب في مكان العمل

لقد أجازت المادة ٨/١١٣ من قانون العمل البحريني لرب العمل فصل العامل تأديبياً في هذه الحالة بقولها: "إذا وجد أثناء ساعات العمل في حالة سكر بين متأثراً بما تعاطاه من مادة مخدرة، أو ارتكب عملاً مخلاً بالآداب في مكان العمل".

كما تضمنت المادة ٧/٦٩ عمل موحد مصري هذه الحالة بقولها: "إذا وجد العامل أثناء ساعات النهار في حالة سكر بين متأثراً بما تعاطاه من مادة مخدرة".

يستفاد من النصين سالف الذكر أنه يرخص - قانوناً - لرب العمل فصل عامله فصلاً تأديبياً إذا وجده هو أو من يمثله من المدراء أو المشرفين أو الرؤساء أثناء ساعات العمل في حالة سكر بين، أي واضح وظاهر العلامات على تصرفات العامل السكران وسلوكياته، أو كان العامل متأثراً أثناء عمله بما سبق أن تعاطاه من مادة مخدرة، من خلال ما يظهر عليه من علامات الترنح في الحركة أو الفصل أو مظاهر التخطب في القول، سواء أكان قد تناول هذه المادة المسكرة أو المخدرة قبل العمل أم أثناء العمل، مادام أن أثر أحدهما كان واضحاً وظاهراً على هذا العمل أثناء أدائه للعمل، وكان العامل قد تناولها مختاراً، أي بإرادته، إذ ليس من المقبول عدالةً وعقلاً مؤاخذه العامل على سكر أو تخدير حدث له بغير اختيار منه، كما لو كاد له أحد زملائه في العمل ليصير في تلك الحالة هزلاً أو بقصد الإضرار به، ففسد له المخدر أو المادة المسكرة في مشروب معين ليصير في حالة سكر بين أو ترنح ظاهر بسبب ذلك أثناء العمل، ولا يلزم أن يكون ما ارتكبه العامل بعد تعاطيه المادة المخدرة أو المادة المسكرة يمثل جريمة جنائية^(١٠٧).

وجدير بالذكر أنه قد وردت في النص البحريني (دون النص المصري) المنظم للفصل التأديبي في هذه الفرضية صورة أخرى من الصور المبررة لهذا الجزاء التأديبي، والتي تتعلق بوقوع أي عمل (سواء أكان قولاً أم فعلاً) من الأعمال التي تشكل إخلالاً بالآداب العامة من العامل في مكان العمل.

(١٠٧) انظر في نفس المعنى: أ.د. إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٤٩٢، أ.د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص ٥١٢، أ.د. عبد الرازق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٩٦.

ويمكننا تعريف العمل المخل بالآداب العامة بأنه ذلك العمل الذي يتعارض مع قيم المجتمع الأخلاقية ومثله العليا، أو يمس الذوق العام أو يخدش الحياء العام لأفراد هذا المجتمع^(١٠٨)، فمثلاً العامل الذي يأخذ معه إلى العمل مجلات جنسية أو أفلاما جنسية يعد مرتكباً لسلوك غير أخلاقي ينافي الآداب العامة في المجتمع.

و يراعى أن تقدير رب العمل لأي صورة من هذه الصور الثلاث في البحرين أو لأي من هاتين الصورتين المذكورتين فقط في مصر يخضع لرقابة محكمة الموضوع في البحرين أو لرقابة اللجنة الخماسية في مصر، تقدرها حسبما يترأى لها من الواقع دون رقابة عليها في ذلك من القضاء، متى أقامت حكمها أو قرارها في هذا الخصوص على أسباب سائغة تبرره.

الفرع السابع

اعتداء العامل على صاحب العمل أو المدير المسؤول أو اعتدائه اعتداء جسيماً على أحد رؤساء العمل أثناء العمل أو بسببه

لقد نظمت المادة ٩/١١٣ عمل بحريني هذه الحالة من حالات الفصل التأديبي بقولها: "إذا وقع من العامل اعتداء على صاحب العمل أو المدير المسؤول، وكذلك إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد رؤساء العمل أثناء العمل أو بسببه".

و هذا ما نصت عليه عين المادة ٨/٦٩ عمل موحد مصري: "إذا ثبت اعتداء العامل على صاحب العمل أو المدير العام، وكذلك إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد رؤسائه أثناء العمل أو بسببه".

يظهر لنا من خلال هذين النصين أنه يتعين في شأن ممارسة رب العمل لسلطته التأديبية في مواجهة العامل، فيصدر قراراً بفصله تأديبياً بسبب الاعتداء الحاصل منه، التفرقة بين هذين الفرضين:

(١٠٨) لا جرم أن الآداب العامة تمثل جانباً أساساً من جوانب فكرة النظام العام (أو مصلحة جوهرية من جملة مصالحها الحيوية)، ألا وهو الجانب الأخلاقي، ذلك أن أي مجتمع قديم أو حديث له عدد من المصالح الأساسية التي لا يستقيم بناؤه إلا بالمحافظة عليها والزود عنها، تعبر عن فكرة النظام العام فيه، أي كانت طبيعة هذه المصالح أي سواء أكانت مصلحة سياسية أم مصلحة اجتماعية أم اقتصادية أم أخلاقية، والآداب العامة هي التي تعبر عن الجانب الخلفي في هذه الفكرة.

١ - الفرض الأول: اعتداء العامل على صاحب العمل أو المدير المسؤول

يستفاد من ظاهر النصين سالف الذكر أن اعتداء العامل على رب العمل أو المدير المسؤول (أو المدير العام) يرخّص لرب العمل فصله تأديبياً حفاظاً على هوية رب العمل أو من ينوب عنه في الإدارة، أيّاً كانت درجة هذا الاعتداء، أي سواء أكان جسيماً أم يسيراً، وأيّاً كانت طبيعته، أي سواء أكان اعتداءً مادياً (سواء أكان واقعاً بالقول أم بالفعل، وسواء كان هذا الفعل قد تم بطريق الكتابة أم بطريق الإشارة) أم كان اعتداءً أدبياً، وأيّاً كان وصفه القانوني أي سواء شكّل سلوكاً إجرامياً أم كان مجرد خطأ تقصيري أو مخالفةً تأديبيةً، وأيّاً كان مكان وقوع هذا الاعتداء، أي سواء وقع من هذا العامل أثناء أدائه العمل أم بمناسبته أم حتى بعيداً عنه، وسواء أكان هذا الاعتداء مرتبطاً بالعمل ذاته أم كان منبت الصلة عن دائرة هذا العمل^(١٠٩).

واعتقد أن فصل العامل تأديبياً لمطلق الاعتداء الحاصل منه في مواجهة رب العمل أو المدير المسؤول لا يخلو من مظاهر الغلو، ولذلك أرى ضرورة تقييد توقيع هذا الجزاء على العامل المعتدي على أحدهما بهذين القيدتين:

أ - القيد الأول: ضرورة أن يكون الاعتداء جسيماً سواء أكان مادياً أم معنوياً، على أساس أن الاعتداء اليسير أو البسيط يناسبه جزاء أخف قسوة وأشد وطأة من جزاء الفصل، فيمكن توقيع جزاء الغرامة على مثل هذا الاعتداء، لاسيما وأن العامل يؤلمه كثير مثل هذا النوع من الجزاء المالي، نظراً لشدة تأثيره السلبي على مستوى إنفاقه خلال المدة التي يتم فيها استنزال قيمة هذه الغرامة من الأجر.

هذا ويراعى خضوع جسامته الاعتداء أو عدم جسامته لتقدير رب العمل، الذي يخضع فيه لرقابة محكمة الموضوع في البحرين أو لرقابة اللجنة الإدارية الخماسية ذات الاختصاص القضائي في مصر، فتستقل بتقدير تلك المسألة حسبما يتراءى لها دون أدنى رقابة عليها من محكمة التمييز أو النقض متى أقامت قضاءها فيها على أسباب سائغة تبرره.

ب - القيد الثاني: ارتباط الاعتداء بالعمل: سواء وقع هذا الاعتداء من العامل أثناء العمل أم بعد انتهائه داخل المنشأة أم خارجها، ذلك أنه لا ينبغي فصل العامل

(١٠٩) انظر في نفس المعنى: أ. د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ٢٤٧، أ. د. عبد الوود يحيى - المرجع السابق - ص ٢٠٣، أ. د. محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٣١٢، أ. د. عبد الرزاق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٩٦، أ. د. عبد الله مبروك النجار - المرجع السابق - ص ٣١٢، د. رأفت دسوقي - المرجع السابق - ص ٢٧٧، ٢٧٨.

تأديبياً لمطلق الاعتداء الحاصل منه في مواجهة رب العمل أو المدير المسؤول، إلا إذا كان هذا الاعتداء جسيمياً ومرتبباً بالعمل داخل المنشأة، أما الاعتداء المنبت الصلة عن العمل، أي غير المرتبب بالعمل، فلا يكون مبرراً لفصل العامل تأديبياً، سواء وقع هذا الاعتداء داخل المنشأة أم خارجها، مثال ذلك أن يقع من العامل اعتداء على رب العمل أو المدير المسؤول على إثر خلاف شخصي نشب بينهما حول مسألة شخصية أو غير شخصية لكنها في كلتا الحالتين منبته الصلة عن العمل داخل المنشأة، كما لو اختلفا حول مباراة رياضية أو بشأن رابطة أسرية أو علاقة عقدية أخرى بعيداً عن موضوع عقد العمل، فاعتدى العامل على رب العمل على إثر ذلك الاختلاف، فمثل هذا الاعتداء لا يناسبه الفصل التأديبي، ولكنه يناسبه جزاءً تأديبياً أخف وطأةً منه مثل جزاء الغرامة.

٢ - الفرض الثاني: الاعتداء الجسيم على أحد رؤساء العمل أثناء العمل أو بسببه

يظهر واضحاً من النصين سالفَي الذكر (م٩/١١٣ عمل بحريني، م٨/٦٩ عمل موحد مصري) أن لرب العمل فصل العامل تأديبياً إذا اعتدى هذا العامل على أحد رؤسائه في العمل (سواء أكان رئيساً لقسم أم لفرع أم لغيرهما)، جزاءً وفقاً على خطئه الجسيم، وذلك حفاظاً على مهابة هذا الرئيس بين العمال، وزجراً لغيره من العمال للحيلولة دون تكرار مثل هذا السلوك، شريطة مراعاة هذين الشرطين:

أ - الشرط الأول: أن يكون الاعتداء جسيمياً: وهنا يلاحظ أن النص القانوني (سواء في البحرين أم في مصر) قد أوجب في هذا الاعتداء أن يكون جسيمياً، وهذا يعني بمفهوم الموافقة لهذا النص عدم جواز فصل العامل تأديبياً إذا كان اعتداء العامل على أحد رؤسائه في العمل يسيراً.

لكن هذا النص لم يحدد طبيعة هذا الاعتداء الجسيم، فيشمل بذلك مطلق الاعتداء الجسيم سواء أكان اعتداءً مادياً أم اعتداءً أدبياً، لأن عبارة الاعتداء الجسيم جاءت عامةً ومطلقةً عن القيد أو التخصيص بنوع معين منه، فيحمل لذلك على الاعتداء المادي أو المعنوي على حد سواء.

ويخضع تقدير جسامة هذا الاعتداء لسلطة رب العمل مصدر قرار الفصل التأديبي مع خضوعه في ذلك التقدير لرقابة محكمة الموضوع في البحرين أو اللجنة الخماسية في مصر، كما سبق أن رأينا.

ب - الشرط الثاني: أن يقع هذا الاعتداء أثناء العمل أو بسببه: وهذا الشرط يقتضي ارتباط الاعتداء بالحصل بالعمل الذي يباشره العامل داخل المنشأة، سواء وقع أثناء ساعات العمل، أي خلال فترة مباشرة العامل لعمله داخل المنشأة، أم كان قد وقع بسبب الوظيفة، أي كان للوظيفة دور أساسي في وقوعه ولو حدث خارج دائرة مكان العمل في المنشأة، كما لو وقع هذا الاعتداء أثناء قيام العمال برحلة ترفيهية نظمتها المنشأة خارج مكان العمل.

وأرى سلامة وحسن توفيق السياسة التشريعية سواء في البحرين أو في مصر في وضع هذين القيدتين على سلطة رب العمل في فصل العامل تأديبياً لاعتدائه على أحد رؤسائه في العمل، وقد ناديت بتعميم هذين القيدتين على أي اعتداء يحدث من العامل سواء أكان في مواجهة أحد رؤساء العمل أم في مواجهة رب العمل أم المدير المسؤول، وذلك دفعاً للغلو الذي يتصف به الجزء المرخص به لرب العمل لمطلق الاعتداء الحاصل لهما ولو كان يسيراً، أو كان منبت الصلة عن الارتباط بالعمل داخل المنشأة، وتحقيقاً في نفس الوقت للمساواة المطلوبة بينهما وبين أحد رؤساء العمل، رغبة في توفير الاحترام المنشود لكل رؤساء العمل ومن له حق الإشراف والتوجيه على العامل دون أدنى تفرقة بينهم، أي سواء أكان رب العمل أم مديراً عاماً أم رئيساً لقسم أو لفرع، لاسيما وأن القانون نفسه لم يفرق بين رب العمل والمدير المسؤول في الحكم، فلو جازت التفرقة عموماً لما استوى المدير المسؤول برب العمل، ولذا ينبغي التسوية بينهم جميعاً، دون أية تفرقة مراعاة لمصلحة العمل.

فالمهابة المأمولة أو الاحترام المنشود في نطاق العمل يكون عرضه للضياع إذا ما تجرأ العامل بالاعتداء الجسيم على أي شخص له سلطة الإشراف والتوجيه عليه داخل العمل، سواء أكان رب العمل أم مديراً مسؤولاً أم أحد رؤساء العمل أياً كانت درجة سلمه الوظيفي، بل إنني أعتقد أنه من الأفضل لمصلحة العمل بل ولصالح رب العمل أن يحظى رئيس القسم أو الفرع بمهابة أشد وأكبر حتى من مهابة رب العمل نفسه أو المدير المسؤول، لأنه هو الذي يوجه العمال ويشرف عليهم بصورة فعلية ومباشرة في نفس الوقت، فيكون بذلك أكثر عرضة للاحتكاك المباشر في كثير من الأحيان بهؤلاء العمال طوال ساعات العمل، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى زيادة احتمالات الصدام بينه وبين هؤلاء العمال أكثر من رب العمل ومن المدير المسؤول، ويتوقع من ثم زيادة احتمالات تعرضه للاعتداء من قبل العمال، إذا لم يكن مهاباً فيهم،

لذا كان من المتعين حمايته بصورة مساوية أو معادلة لرب العمل أو المدير إن لم تكن أكبر من غيره إذا صح التمييز والتفضيل بينه وبينهما^(١١٠).

هذا وينبغي مراعاة أن شكوى العامل بصفة عامة متى خلت من مظاهر التعسف في استعمال الحق لا تمثل اعتداءً منه على رب العمل أو المدير المسؤول أو أحد رؤسائه، سواء قدمها إلى القضاء ضد أي من هؤلاء المسؤولين أم قدمها إلى رب العمل ضد المدير المسؤول أو ضد أحد رؤسائه.

كما أن توجيه عبارات النصح أو العتاب من العامل إلى رب العمل أو أحد رؤسائه في العمل حتى وأن ارتفع فيها صوته لا تعد من قبيل الاعتداء المسوغ للجزاء، مادامت قد خلت من عبارات السب أو اللعن أو القذف أو أي مظهر آخر من مظاهر الإهانة أو التجريح في حق أي من هؤلاء الرؤساء^(١١١).

وكذلك لا يعد من قبيل الاعتداء المبرر للفصل التأديبي الاعتداء الذي يضطر إليه العامل دفعاً للاعتداء الحاصل عليه من أي من هؤلاء الرؤساء، إذ سيكون في حالة دفاع شرعي تبرر سلوكه وتضفي عليه طابع المشروعية وفق معيار الشخص المعتاد الذي في نفس ظروفه^(١١٢).

ولا يعد من قبيل الاعتداء على أي من هؤلاء الرؤساء قيام العامل بالتبليغ عن أي جريمة جنائية تقع من أحدهم إلى السلطات العامة المختصة، متى كانت هذه التبليغات صحيحة أو انتفى طابع الكيد فيها عند تبين عدم صحتها، وكان له في تبليغه عنها مبرره المنطقي، كما لو كان صاحب العمل أو المدير المسؤول أو رئيس العمل هو الذي أوجد نفسه في حالة الشك والريبة، الأمر الذي سوغ للعامل - وفق معيار الشخص المعتاد - مظنة وقوع الجريمة منه على خلاف الحقيقة.

وينبغي لفت الانتباه إلى أن وقوع اعتداء من عامل على عامل آخر أو من رئيس فرع أو قسم على رئيس فرع أو قسم آخر أو على عامل من العمال لا يبرر توقيع

(١١٠) انظر عكس ذلك: د. صلاح محمد أحمد "الوسيط في شرح أحكام قانون العمل والتأمينات الاجتماعية في مملكة البحرين"، ص ٢٥٧، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٦م، مطبعة جامعة البحرين، إذ يقول في ذلك: "وتبرز الحكمة في اشتراط جسامه الاعتداء بالنسبة لصاحب العمل والمدير المسؤول، هو أن واجب احترام وطاعة صاحب العمل والمدير المسؤول يكون أقوى من واجب احترام وطاعة رؤساء العمل".

(١١١) انظر في نفس المعنى: أ. د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢٦٧.

(١١٢) انظر في نفس المعنى: عبد الله مبروك النجار - المرجع السابق - ص ٣١٣.

جزاء الفصل التأديبي في مواجهة المعتدي، وإنما يبزر فقط مجرد توقيع أي جزاء تأديبي آخر أقل قسوة من جزاء الفصل مثل الغرامة أو الوقف عن العمل، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: "لما كان اعتداء العامل المطعون ضده على زميل له لا يعد أيضاً مبرراً لإنهاء عقد عمله، فإنه ما تشيره الطاعة بشأن الحكم المطعون فيه لتلك الواقعة يكون غير منتج^(١١٣)."

المطلب الثالث

حالات خاصة للفصل التأديبي في قانون العمل البحريني

لقد أوردت المادة ١١٣ عمل بحريني حالتين أخريين غير واردتين في نص المادة ٦٩ عمل موحد مصري، إضافة إلى الحالات السبع المشتركة بينها وبين المادة ٦٩ عمل موحد مصري، هاتان الحالتان يمكن عرضهما على النحو الآتي:

الفرع الأول:

عدم أداء العامل لالتزاماته الجوهرية المترتبة على العقد.

الفرع الثاني:

الحكم نهائياً على العامل في جنائية أو في جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة.

الفرع الأول

عدم أداء العامل لالتزاماته الجوهرية المترتبة على العقد

لقد نظم واضع قانون العمل البحريني هذه الحالة من حالات الفصل التأديبي في المادة ١١٣/٥ منه بقولها: "إذا لم يقيم العامل بتأدية التزاماته الجوهرية المترتبة على عقد العمل"، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٦١/٥ من قانون العمل المصري الملغي رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١م، لكن جاء قانون العمل الموحد خلواً من ذكر هذه الحالة ضمن حالات الفصل التأديبي.

ويستفاد من صريح نص هذه المادة أنه يرخص لرب العمل فصل العامل من الخدمة إذا ثبت إخلاله بأحد التزاماته الجوهرية المتولدة عن عقد العمل، كما لو أخل

(١١٣) تمييز بحريني طعن رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٨، جلسة ١٩ أبريل ١٩٩٨، السنة التاسعة، ق ٦٨، ص ٢٦٠، ٢٦١.

بالتزامه بأداء العمل المتفق عليه أو العمل الذي يدخل في نطاقه تخصصه، أو أخل بالتزامه بإطاعة أوامر رب العمل أو من ينوب عنه في أدائه لهذا العمل، أو لم يبذل بصفة عامة في أدائه للعمل المكلف به عناية الشخص المعتاد، ما لم يتفق على عناية أخرى أكثر أو أقل من هذه العناية، أو أخل بالتزامه بالمحافظة على أدوات الانتاج ووسائل العمل الموضوعية تحت تصرفه، فلم يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص المعتاد الذي في نفس ظروفه، أو أخل بالتزامه بعدم منافسة رب العمل أثناء سريان عقد العمل، أو غير ذلك من الالتزامات الجوهرية التي يتطلبها هذا العقد أو تعد من مستلزماته وفقاً للعرف أو قانون العمل^(١١٤).

ويفهم من هذا النص بحسب مفهوم الموافقة له أنه لا يجوز فصل العامل تأديبياً إذا أخل بأحد الالتزامات غير الجوهرية المترتبة على العقد، نظراً لقسوة جزاء الفصل من الخدمة وشدته، فلا يجوز توقيعه إلا عند ثبوت الإخلال بأحد الالتزامات الجوهرية. ومما ينبغي لفت الانتباه إليه أنه وإن بدا وفق التفسير الحرفي للنص سالف الذكر أن أي إخلال يقع من العامل بأحد الالتزامات الجوهرية ولو كان إخلالاً بسيطاً يرخّص لرب العمل فصله تأديبياً، إلا إن هذه نتيجة لا يمكن قبولها في جميع الأحوال، إذ ينبغي أن يكون هذا الإخلال على قدر من الجسامة على نحو يبرر لرب العمل فصل العامل تأديبياً دون أن يوصف ذلك منه بالتعسف والغلو، وإلا تعين عليه العدول عن هذا الجزاء القاسي وتوقيع جزاء آخر مناسب لقدر الإخلال اليسير الواقع من قبل العامل بأحد التزامات العقد ولو كانت التزامات جوهرية.

ويبدو لي في الحقيقة أن واضع قانون العمل البحريني أراد من خلال إيراد هذه الحالة من حالات الفصل التأديبي توسعة دائرة هذا الفصل حتى تتسع لاستيعاب كل حالة أخرى غير الحالات التي أوردتها المادة ١١٣ على وجه الحصر والتعيين.

وبذلك تكون هذه الحالة قد ساهمت - وبحق - في جعل تقييد نطاق سلطة رب العمل في توقيع جزاء الفصل التأديبي الوارد في المادة ١١٣ تقييداً صورياً، فلا يقتصر في الحقيقة والواقع على عدد معين من الحالات كما أراد واضع القانون أو تصور ليحد من إفراط رب العمل في إنزاله مثل هذا الجزاء الأشد قسوة على الإطلاق

(١١٤) فالنص القانوني قد جعل الجزاء نتيجة للإخلال بالالتزامات الجوهرية المترتبة على العقد، سواء أكانت منبثقة عن عقد العمل ذاته بوصفها التزامات عقدية أم راجعة إلى نصوص القانون، أي متولدة عن العرف أو قانون العمل، ولم يقصرها إذن على الالتزامات الجوهرية العقدية وحدها المتولدة عن عقد العمل ذاته.

من بين الجزاءات التي يملك رب العمل ممارستها بموجب سلطته التأديبية، بل أنني أرى أن هذه الحالة وحدها لو اعتمدها واضع القانون بمفردها كنموذج وحيد للفصل التأديبي لكانت كافية لوصف سلطة رب العمل في هذا الجزاء بأنها واسعة النطاق ومطلقة عن القيد، لأنه يصعب حصر وتحديد ما يمكن أن يعد من قبيل المخالفات الجسيمة للالتزامات العامل الجوهرية المترتبة على عقد العمل، سواء تلك التي يفرضها عقد العمل ذاته بوصفها التزامات عقدية أم تلك التي يفرضها قانون العمل بوصفها التزامات جوهرية غير عقدية.

ولا شك أن تقدير مدى جوهرية الالتزام الذي وقع الإخلال به من قبل العامل أو عدم جوهريته أمر من أمور الواقع يقدره رب العمل مصدر قرار الفصل، مع خضوعه في هذا التقدير لرقابة محكمة الموضوع التي لها مطلق التقدير في هذا الخصوص دون أدنى رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز متى أقامت قضاءها في هذا الشأن على أسباب مقبولة تبرره^(١١٥).

وقد اعتبر من قبيل بالالتزام الجوهري المترتب على عقد العمل قيام العامل بإعلان عصيانه لأوامر رب العمل وسعيه إلى عدم تنفيذها، وتحصيله نقوداً من أحد العمال لصرف استحقاقه أو تمكينه من الحصول على ساعات عمل إضافية، أو بيعه سلعة بثمن يزيد عن ثمنها المحدد لها قانوناً على نحو يعرض رب العمل للمساءلة القانونية، أو أن يرى الخفير شخصاً يختلس فييسر عليه أو يحاول اختلاس شيء لنفسه، أو أن يستمر السائق في قيادة سيارة رب العمل رغم قلة الزيت فيها، وهو الأمر الذي يجب عليه التثبت منه قبل مباشرة تسييرها حتى احترقت آلات السيارة^(١١٦).

وينبغي التنويه إلى أن مساءلة العامل عن إخلاله بأحد الالتزامات الجوهرية سألقة الذكر من خلال فصله تأديبياً من قبل رب العمل، تستوجب أن يكون ذلك راجعاً إلى ثبوت الخطأ العقدي أو التقصيري في جانب العامل، ومن ثم فلا مسؤولية على العامل إذا امتنع عن أداء هذا العمل بسبب مرضه أو بسبب دفعه بعدم التنفيذ على إثر امتناع رب العمل عن دفع أجره المستحق الأداء، على أساس أن امتناعه عن تأدية

(١١٥) تمييز بحريني طعن رقم ٢١٦ لسنة ١٩٩٨، جلسة ٢٨ فبراير ١٩٩٩، جلسة ٢ مايو لسنة ١٩٩٩، السنة العاشرة، ق ٦٩، ص ٢٤٨.

(١١٦) انظر في نفس المعنى: د. علي عوض حسن - المرجع السابق - بند ٣٢٣، ص ٤٦٢، ٤٦٣.

التزاماته الجوهرية المترتبة على العقد سيكون امتناعاً مشروعاً، أي جائزاً قانوناً (م ١٥٠ مدني بحريني)^(١١٧).

الفرع الثاني

إدانة العامل بحكم نهائي في جنائية أو في صحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة

لقد نظمت المادة ١١٣/٧ عمل بحريني هذه الحالات من حالات الفصل التأديبي بقولها: "إذا حكم على العامل نهائياً في جنائية أو جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة"^(١١٨). ويستفاد من هذا النص أنه لكي يرخّص لرب العمل فصل العامل تأديبياً في هذه الحالة ضرورة التأكد من توافر هذين الشرطين:

١ - الشرط الأول: صدور حكم بإدانة العامل في جنائية أيا كانت صفتها أو في جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة

وبذلك يكون واضح القانون قد فرق بين الجنائية والجنحة في تبريرهما للفصل التأديبي في مواجهة العامل، فاكتمت بإدانتته في الجنائية أيا كان وصفها أو درجة خطورتها، ليبرر ذلك اتخاذ رب العمل قراره بفصله فصلاً تأديبياً، سواء أكانت هذه الجنائية ماسةً بالشرف أم الأمانة أم الآداب أم لا، وسواء أكانت واقعةً على الأموال أم على الأشخاص، وذلك مراعاة لخطورتها بوصفها أشد أنواع الجرائم وأخطرها على الإطلاق، كما يستوي أن تكون العقوبة الصادرة فيها مقيدة للحرية أم لا، كما يستوي أن يكون الحكم الصادر فيها مع التنفيذ أم مع وقف التنفيذ.

في حين أنه قيد وصف الجنحة المبررة لهذا الفصل التأديبي بضرورة اتصافها بوصف خاص، وذلك بأن تكون ماسةً بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة، على أساس أن الجنحة هي أقل خطورة من الجنائية، فيلزم فيها وصف معين كي تبرر الفصل التأديبي باعتباره أشد الجزاءات التأديبية على الإطلاق.

(١١٧) إذ تنص هذه المادة على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقيم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، ما لم يتفق على خلافه أو يقضي العرف بغيره" هذه المادة تقابل المادة ١٦١ مدني مصري.

(١١٨) هذه المادة تقابل المادة ٦١/٧ من قانون العمل المصري الملغي رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١م.

ويقدر رب العمل مدى اتصال الجنحة المرتكبة من قبل العامل بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة، خاضعاً في أمر هذا التقدير لرقابة محكمة الموضوع التي تستقل بإجراء تقديرها بحرية كاملة دون الخضوع في ذلك لرقابة محكمة التمييز، متى أقامت قضاءها في هذا الشأن على أسباب سائغة تبرره.

ويجري القاضي هذا التقدير في ضوء قيم المجتمع ومثله العليا التي استقر عليها ضمير المجتمع، وبناء على ذلك يمكن في ضوء قيم المجتمع ومثله العليا أن ندرج السرقة والنصب وخيانة الأمانة وشهادة الزور والاختلاس من قبيل الجرائم الماسة بالشرف والأمانة، في حين نعتبر أن جرائم هتك العرض والزنا والاعتصاب والدعارة والتحريض على الفجور والفعل الفاضح العلني من قبيل الجرائم الماسة بالآداب العامة.

٢ - الشرط الثاني: أن يكون الحكم الصادر بالإدانة نهائياً

فلا يكفي مجرد اتهام العامل في جنائية أو جنحة ولو كانت هذه الأخيرة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة، أو أن تتولى النيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية في حق العامل بشأنها، بل إنه لا يكفي أن يصدر حكم غير نهائي بإدانة العامل في هذه الجريمة، ولكن يلزم أن يكون حكم الإدانة نهائياً، أي استنفذ كل طرق الطعن العادية مثل الطعن بالمعارضة أو الاستئناف^(١١٩).

فإذا صار الحكم الصادر بإدانة العامل نهائياً جاز لرب العمل فصله سواء أكان هذا الحكم النهائي صادراً مع التنفيذ أم مع وقف تنفيذ العقوبة، وسواء أكان الحكم صادراً بعقوبة مقيدة للحرية مثل السجن أو الحبس أم كانت العقوبة هي مجرد الغرامة المالية.

ويكفي - قانوناً - لتحويل رب العمل صلاحية فصل العامل تأديبياً أن يكون قد صدر ضد العامل حكم نهائي في مطلق الجنايات أو في الجنح الماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة أثناء سريان العقد معه، حتى ولو كان ارتكابه للسلوك الإجرامي الصادر بشأنه هذا الحكم سابقاً على التحاقه بالعمل لدى رب العمل^(١٢٠).

(١١٩) انظر في نفس المعنى: د. صلاح محمد أحمد - المرجع السابق - ص ٢٥٥.

(١٢٠) انظر في نفس المعنى: د. صلاح محمد أحمد - المرجع السابق - ص ٢٥٦.

المطلب الثالث

حالات خاصة للفصل التأديبي في قانون العمل الموحد المصري

لقد أوردت المادة ٦٩ عمل موحد مصري حالتين أخريين غير واردتين في نص المادة ١١٣ عمل بحريني إضافةً إلى الحالات السبع المشتركة بينهما وبين هذه المادة في قانون العمل البحريني، هاتان الحالتان يمكن عرضهما على التفصيل الآتي:

الفرع الأول: منافسة العامل رب العمل في ذات نشاطه.

الفرع الثاني: عدم مراعاة العامل ضوابط ممارسة حق الإضراب.

الفرع الأول

منافسة العامل رب العمل في ذات نشاطه

لقد نظمت المادة ٦٩/٦ عمل موحد مصري هذه الحالة من حالات الفصل التأديبي بقولها: "إذا قام العامل بمنافسة صاحب العمل في ذات نشاطه".

لا جرم أن التزام العامل بعدم منافسة رب العمل في ذات نشاطه أثناء سريان العقد^(١٢١) بينهما يمثل التزاماً عقدياً يمليه عليه مبدأ حسن النية التعاقدية Principe de la bonne foi contractuelle، الذي يحظر على العامل وقد اطلع على أسرار العمل

(١٢١) وقد يحدث أن يلتزم العامل بعدم منافسة رب العمل في ذات نشاطه بعد انتهاء عقد العمل بموجب اتفاق يرتضيه العامل مع رب العمل، لأن للعامل بعد انتهاء العقد مطلق الحرية في ممارسة العمل الذي يريده ولو كان فيه منافسة لرب العمل في ذات نشاطه، على اعتبار أن هذا يمثل مظهراً من مظاهر حرية العمل أو حرية ممارسة النشاط الاقتصادي كأحد مظاهر الحرية الفردية، فإذا أريد تقييد حريته في ذلك وجب رضاه عن ذلك في اتفاق يجريه مع رب العمل. هذا وقد نظمت المادة ٦٢٩ مدني بحريني مثل هذا الاتفاق وبينت ضوابطه وقيوده بقولها: "إذا كان العمل الموكول إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء صاحب العمل أو بالاطلاع على سر أعماله، كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس صاحب العمل، ولا أن يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته". غير أنه يشترط لصحة هذا الاتفاق أن يتوافر فيه ما يأتي:

أ - أن يكون العامل بالغاً رشده وقت إبرام العقد.

ب - أن يكون القيد مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري اللازم لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة "

"ولا يجوز أن يتمسك صاحب العمل بهذا الاتفاق إذا فسخ العقد أو رفض تجديده دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك، كما لا يجوز له التمسك بهذا الاتفاق إذا وقع منه ما يبرر فسخ العامل للعقد". هذه المادة تقابل المادة ٦٨٦ مدني مصري.

كاملة وأودع فيه رب العمل ثقته المشروعة أن يباشر خلال العقد نشاطاً منافساً لرب العمل، سواء أكان ذلك لحسابه الخاص أم لحساب رب عمل آخر، فيضر برب العمل ضرراً يجافي موجبات مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود^(١٢٢).

وقد اعتبرت المادة ٦٩/٦ عمل موحد مصري منافسة العامل لرب العمل في ذات نشاطه أثناء سريان العقد بينهما، سواء لحسابه أم لحساب رب عمل آخر، خطأً جسيماً يبرر لرب العمل اتخاذ قرار بفصله تأديبياً، وعرض أمره في هذا الشأن على اللجنة الخماسية ذات الاختصاص القضائي.

وجدير بالذكر أن النص في حظره منافسة العامل لرب العمل في ذات نشاطه، لم يشترط لمجازاته عليها بالفصل وقوع ضرر برب العمل من جراء حصولها، بل اعتبر مجرد هذه المنافسة من قبيل الخطأ الجسيم المبرر للفصل، ولو لم يترتب على ذلك أي ضرر لرب العمل، أو اعتبر - كما يرى البعض - أن الضرر مفترض ولو لم تترتب على المنافسة أية أضرار^(١٢٣).

ويبرر البعض مشروعية الفصل في هذه الحالة بأن العامل يفرض عليه عقد العمل الولاء والإخلاص لرب العمل، فإذا ما نافسه في نشاطه يكون قد خان هذه الأمانة وأخل بواجب الولاء الملقى على عاتقه في مواجهة صاحب العمل^(١٢٤).

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا رخص صاحب العمل للعامل في ممارسة مهنة حرة إلى جانب عمله لديه وفق ضوابط معينة، والتزم العامل بمراعاة هذه الضوابط، عندئذ تضحى ممارسة العامل لهذه المهنة الحرة حقاً مكتسباً له لا يجوز حرمانه منه إلا إذا أخل العامل بأي من الضوابط المحددة له، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز

(١٢٢) وفي ذلك تنص المادة ٦٨٦ مدني مصري على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". هذه المادة تقابل المادة ١٢٩ مدني بحريني.

(١٢٣) أ.د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢٧٦. لكنني أفضل أن يقال أن الضرر أصلاً غير مشروط لإيقاع الفصل عند ثبوت منافسة العامل لرب العمل في ذات نشاطه، ولا مجرد القول بأن الضرر مفترض، لأن افتراض حصول الضرر يمكن هدمه بإثبات العامل عدم وقوعه رغم وجود المنافسة، لكن حينما نجعل من مجرد حصول المنافسة وحدها سبباً كافياً للفصل التأديبي يكون هذا رادعاً للعامل من منافسة رب العمل حتى ولو لم تنجم عن هذه المنافسة أية مضار لرب العمل.

(١٢٤) "A.rouast et p.durandi "precis de droit du travail Paris 1957, p: 407"

مشار إليه لدى أ.د. أحمد حسن برعي - المرجع السابق - ص ٦٧٦.

البحرينية بأنه: "لما كان يبين من الأوراق أن المادة ٥٢ من اللائحة التنفيذية للنظام الأساسي للجامعة المطعون ضدها أجازت لمجلس الجامعة السماح لأعضاء هيئة التدريس والباحثين بممارسة المهن الحرة في مجال تخصصاتهم وفقاً لضوابط خاصة يقدرها، وقد تضمنت تلك الضوابط التي أقرها المجلس بجلسته المنعقدة بتاريخ ١/١١/١٩٩٢، أن مجلس الجامعة يراجع أمر تجديد السماح بممارسة المهنة الحرة كل سنتين، ويكون قراره بالتجديد أو عدمه في ضوء مستوى أداء العضو والتزامه بمسؤولياته بالجامعة خلال الفترة السابقة، كما تضمنت تلك الضوابط أيضاً أن للمجلس الحق في إعادة النظر في قراره بالموافقة على ممارسة المهنة الحرة في حالة إخلال عضو هيئة التدريس أو الباحث بأي من الشروط التي وضعها المجلس لممارسة المهنة، بما مفاده أن قرار مجلس الجامعة بتحديد السماح بممارسة المهنة الحرة محكوم بمستوى أداء العضو المصرح له بممارستها لعمله والتزامه بمسؤولياته بالجامعة خلال الفترة السابقة على التجديد، أما إذا أخل المصرح له بأي من الشروط التي وضعها المجلس للتصريح بممارسة المهنة الحرة، فإن للمجلس في أي وقت إلغاء هذا التصريح، وفيما عدا ذلك فإنه لا يحق للمجلس إلغاء هذا التصريح باعتباره حقاً اكتسبه عضو هيئة التدريس أو الباحث طبقاً لللائحة النظام الأساسي للجامعة المطعون ضدها، وذلك عملاً بنص المادة ١٥٣/٢ من قانون العمل، لما كان ذلك وكان البين من خطاب المطعون ضدها المؤرخ ١٤/٤/١٩٩٦ الذي وجهته للطاعن أنها طلبت منه التفرغ التام لعمله بما يتضمنه إلغاء الترخيص له بفتح المختبر الذي سبق أن صرحت له بإنشائه في حدود الشروط التي وضعتها نفاذاً (أي تنفيذاً) لللائحة التنفيذية لنظامها الأساسي، وذلك في حدود توصيات اللجنة التي شكلها مجلس الجامعة لدراسة الحالات التي سبق له الموافقة على السماح لأصحابها بممارسة المهن الحرة من حيث الالتزام بكافة الضوابط التي وضعها المجلس إلى جانب التطبيق العملي للاتفاقيات التي أبرمت بين الجامعة ووزارة الصحة وقادة الخدمات الصحية بقوة دفاع البحرين، والتي تؤكد على ضرورة التفرغ التام لأعضاء هيئة التدريس، دون أن تذهب في ذلك إلى أن الطاعن أخل بالشروط التي وضعها المجلس للتصريح له بممارسة المهنة الحرة أو تنعى على مستوى أدائه لعمله والتزامه بمسؤولياته بالجامعة، فإن قرارها بإنهاء عقد عمله لديها لعدم استجابته لهذا الطلب يكون مشوباً بالتعسف، وإن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر استناداً إلى أن قرار المطعون ضدها بتفرغ الطاعن للعمل يدخل في حدود سلطتها في وضع الأسس والأنظمة التي

تصلح لإدارتها وصولاً إلى تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يعيبه في هذا الخصوص ويوجب نقضه" (١٢٥).

الفرع الثاني

عدم مراعاة العامل ضوابط ممارسة حق الإضراب

لقد نظمت المادة ٦/٦٩ عمل موحد مصري هذه الحالة من حالات الفصل التأديبي بقولها: "إذا لم يراع العامل الضوابط الواردة في المواد من ١٩٢ إلى ١٩٤ من الكتاب الرابع من هذا القانون".

يستفاد من نصوص قانون العمل الموحد رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٣ الوارد في المواد من ١٩٢:١٩٤ ضرورة التزام العامل بمراعاة الضوابط والقيود الواردة بشأن ممارسة حقه في الإضراب السلمي.

وقد استقر الرأي على صعيد الفقه والقضاء على أن الإضراب السلمي يوقف عقد العمل ولا ينهيه، هذا ما لم يقع من العامل خطأ جسيم يخل فيه بقيود وضوابط ممارسة حق الإضراب السلمي، فيكون مسوغاً لرب العمل أن يتخذ قراراً بفصله (١٢٦).

ويمكننا استلزام ضوابط ممارسة حق الإضراب السلمي للعمال من خلال نصوص المواد رقم ١٩٢، ١٩٣، ١٩٤ من قانون العمل الموحد، في النقاط الخمس الآتية:

- ١ - أن يتم إعلان الإضراب وتنظيمه من خلال المنظمات النقابية للعمال.
- ٢ - أن يقوم العمال الراغبون في الإضراب بإخطار لجناتهم النقابية بالمنشأة عن اعتزامهم القيام به، فإذا ما حصلت الموافقة على الإضراب من قبل أغلبية ثلثي عدد أعضاء هذه اللجنة النقابية للعمال، وجب عليها إخطار كل من صاحب العمل والجهة الإدارية المختصة بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول قبل التاريخ المحدد للإضراب بعشرة أيام على الأقل، هذا إذا كان ثمة لجنة نقابية عمالية بالمنشأة.
- أما إذا لم يكن ثمة لجنة نقابية للعمال بالمنشأة وجب إخطار النقابة العامة

(١٢٥) تمييز بحريني طعن رقم ١٤١ لسنة ١٩٩٧، جلسة ٢٢ فبراير ١٩٩٨، السنة التاسعة، ق ٢١، ص ٧٤، ٧٥، ٧٦.

(١٢٦) انظر في ذلك المعنى: أ. د. أحمد حسن البرعي - المرجع السابق - ص ٦٨٢.

المعنية باعتزام العمال على الإضراب، والتي يجب عليها عندئذ بعد موافقة أغلبية ثلثي أعضائها على هذا الإضراب أن تقوم بإخطار كل من رب العمل والجهة الإدارية المختصة بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول قبل الموعد المحدد للإضراب بعشرة أيام على الأقل.

٣ - ضرورة إخطار النقابات العمالية المعنية أو النقابة العامة المعنية بالأسباب الدافعة إلى الإضراب والمدة الزمنية المحددة له.

٤ - حظر الإضراب الذي يستهدف تعديل اتفاقية العمل الجماعية أثناء مدة سريانها أو خلال مراحل وإجراءات الوساطة والتحكيم بشأنها.

٥ - يحظر الإضراب أو الدعوة إليه في أي المنشآت الاستراتيجية أو الحيوية التي يكون من شأن توقف العمل بها حدوث إخلال بالأمن القومي أو الخدمات الأساسية المقدمة للمواطنين، والتي يصدر قرار من رئيس مجلس الوزراء بتحديدتها.

الخاتمة:

لا جرم أن أي عمل إنساني مهما كانت مقومات إنجازه واكتماله متوافرة بكل أشكالها وصورها، لا يكاد يخلو رغم ذلك من مظاهر القصور ومواطن الضعف، فيسلم من أشياء ويتعثر في أخرى، ويمتدح في جانب ويلام في آخر، فهذا ما يتفق مع الطبيعة الإنسانية التي تتسم بالقصور والضعف رغم ما تملكه من مقومات الكرامة والتفضيل على سائر مخلوقات الله عز وجل^(١٢٧).

وإذا كانت العلوم والمعارف بشتى صورها وألوانها لم تسلم من الاصطباغ بما اصطبغت به الطبيعة الإنسانية من مظاهر النقص والقصور، إلا أن حظ العلوم

(١٢٧) فالإنسان رغم كونه مكرماً من الله ومفضلاً على سائر مخلوقاته وصدق الله العظيم إذ يقول

﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ (آية رقم ٧٠ من سورة الإسراء) إلا أنه لا يسلم من الخطأ والزلل، ولذا حضنا الله - عز وجل - ورسوله - صلى الله عليه وسلم - على كثرة الدعاء لله بالتوبة والمغفرة، فقال عز من قائل: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِيصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ ۖ وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفُ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾ (الآية رقم ٢٨٦ من سورة البقرة) ويقول النبي صلى الله عليه وسلم " كل ابن آدم خطاء وخير الخطائين التوابون " رواه الترمذي وابن ماجه بسند قوي.

الإنسانية في ذلك بصفة عامة وعلم صياغة القوانين والتشريعات بصفة خاصة بوصفه نشاطاً حيويًا في محيط علم القانون الذي يعد أحد أبرز وأهم العلوم الإنسانية.

وإذا كانت الدول تحرص في صياغة التشريعات عموماً وصياغة تشريعات العمل خصوصاً على توفير شتى مظاهر الرعاية المتكاملة التي يحتاجها الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، ومن أبرزها علاقة العامل برب العمل للحد من الآثار السلبية للتفاوت الكبير بينهما في المركز الاقتصادي الذي يتمتع به أحدهما وهو رب العمل، حيث يتسم مركزه بالقوة، في مواجهة الآخر وهو العامل الذي يتسم مركزه بالضعف، وهذا التباين دون أدنى شك يخلف آثاراً سلبيةً يترد أثرها على بنود العقد وشروطه، فتوضع هذه الشروط وتلك البنود بمضامين تخدم مصلحة الطرف القوي في العقد على حساب الطرف الضعيف.

وقد لاحظت أن واضع قانون العمل سواء في البحرين أم في مصر قد حرص كل الحرص في تنظيمه للفصل التأديبي على بلوغ غاية محددة مفادها الرغبة الملحة في التضييق على رب العمل في ممارسة هذا الجزاء التأديبي في مواجهة العمل، مراعاة لشدته وقسوته على العامل نفسياً ومادياً، بل وعلى أسرته من خلال امتداد تأثيراته السلبية لتلحق معه زوجته وأسرته إن كان متزوجاً، فضلاً عن بقية أفراد أسرته إن كان له أولاد، خاصةً إذا كان أجر العامل يمثل المصدر الوحيد أو المصدر الرئيسي لرزق العامل، وقد سعى واضع القانون في سبيل بلوغ تلك الغاية إلى اعتماد أسلوب الحصر والتحديد في بيان حالات هذا الفصل، كما فعل واضع قانون العمل البحريني، أو إلى تقييد ممارسة هذا الجزاء بقيد أساسي لا يمكن ممارسة رب العمل له دون مراعاته والتقيد به، مثلما فعل واضع قانون العمل الموحد المصري، الذي لم يجز فصل العامل تأديبياً من جانب رب العمل إلا إذا ارتكب هذا العامل خطأً جسيماً، ليحصر بذلك دائرة هذا الفصل التأديبي في نطاق الأخطاء الجسيمة وحدها، مع مراعاته تحديد تلك الحالات على وجه الدقة، ومن ثم لا يسمح له بتوقيع هذا الجزاء عند ارتكاب العامل أخطاء بسيطة أو يسيرة، كما لا يسمح له بتوقيع هذا الجزاء خارج نطاق الأخطاء الجسيمة المذكورة على سبيل الحصر والتعيين وليس على سبيل المثال والتبيين.

بل إن واضع القانون في أي من هاتين الدولتين (ومن هذا حذوهما من الدول الأخرى) قد تصور خطأً أنه أفلح في سياسته التشريعية التي اختطتها لنفسه في قانون العمل لرعاية العامل، بدعوى أنه لم يسمح لرب العمل بتوقيع هذا الجزاء إلا في

حالات محددة على سبيل الحصر والتعيين كما هو الحال في البحرين، أو أنه لا يجوز لرب العمل ممارسته في مواجهة العامل إلا إذا توافر في سلوك العامل وصف الخطأ الجسيم كما هو الحال في مصر، متصوراً بذلك نجاح مسعاه في الحد من نطاق ممارسة هذا الجزاء التأديبي، ثم إذا بالباحث أو المحلل للمسلك التشريعي المنتهج ههنا يصطدم بالواقع المر عند تحليله للنصوص القانونية المعالجة لموضوع الفصل التأديبي، فيرى من عباراتها ومضامينها ما يحمله على وصفها وبحق بالتجافي والانحراف عن الغاية المنشودة من وضعها وصياغتها، ولا أجد مبالغاً مني في هذا الوصف، إذ أنه بمقدور كل مدقق في تلك النصوص أن يستبين سبيل الحق بمجرد حرصه على مجاوزة حدود النظر الخاطف ونطاق الرؤية السريعة غير المتأنية، إلى مراعاة جانب العمق في الرؤية الدقيقة المحللة لهذه النصوص، حتى لا يندفع بأسلوب الحصر والتقييد لحالات الفصل من الخدمة الواردة في تلك النصوص الذي يوهم الناظر إليها لأول وهلة أنها اكتملت فيها مظاهر الحماية وتكاملت بها مظاهر الرعاية للعامل ضد هذا الجزاء القاسي.

وبذلك يتضح لنا من خلال هذا البيان الموجز -على خلاف المتوقع - فشل هذه السياسة التشريعية في بلوغ غايتها المنشودة، وقصدها الحقيقي من وراء صياغة النصوص التشريعية المنظمة للفصل التأديبي للعامل في القطاع الأهلي على هذا النحو الذي كان مأمولاً أن تكون هي عليه، سواء أكان ذلك راجعاً إلى غياب الأكفاء من المتخصصين القانونيين القادرين على حسن صياغة النصوص التشريعية وإحكام جوانب عباراتها دون غلو أو تجاوز، أم كان ذلك مرده إلى عدم إعطائهم الوقت الكافي لحسن هذه الصياغة رغم حيازتهم وامتلاكهم للمؤهلات العلمية والفنية المطلوبة لتحقيق الجهد المأمول منهم.

ولعل هذه النتيجة القاسية غير المرجوة هي التي توصلت إليها خلال هذا البحث بعد عرضي لحالات الفصل من الخدمة بوصفه جزاءً تأديبياً يملكه رب العمل في مواجهة العامل، إذ تبين لي بعد هذه الدراسة غفلة أو عدم انتباه واضع القانون إلى منطلق غايته التشريعية فيما صاغه من النصوص القانونية المنظمة للفصل التأديبية سواء في البحرين أو في مصر، فلم يحسن أي منهما توظيف النصوص القانونية المنظمة لهذا الجزاء لبلوغ الغاية أو الهدف الذي حدا به إلى وضعها، فمثلاً إذا حللنا موقف واضع قانون العمل البحريني وجدناه وهو يسعى إلى حصر حالات الفصل من الخدمة المقترن بالحرمان من مكافأة نهاية الخدمة (مع اعتراضنا من قبل على حرمان العامل من هذه المكافأة أصلاً وعدم جواز ربطها بهذا الجزاء) بقصد تضيق نطاق

تطبيق هذا الجزاء، إذا به - على خلاف المتوقع والمنتظر منه - يذكر حالات عديدة ومتنوعة بل وغير متناهية، إذ أن منها ما يتسع لحالات لا حصر لها، وبذلك تأتي النتيجة المترتبة على سعة هذه النصوص مغايرةً تماماً للغاية التي كانت مبعثاً لوضعها وصياغتها، فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن الحالة الخامسة الواردة في المادة ١١٣ عمل بحريني والتي تجيز لرب العمل توقيع هذا الجزاء "إذا لم يتم العامل بتأدية التزاماته الجوهرية المترتبة على عقد العمل" كانت كافيةً بمفردها لكي نصف حالات الفصل من الخدمة المذكورة بها بوصف الإفراط والتجاوز، إذ يصعب في الحقيقة والواقع أن نحصر بدقة ما يعد من سلوكيات العامل إخلالاً بالتزاماته الجوهرية المترتبة على عقد العمل، لاسيما وأن واضع القانون نفسه لم يقل "الالتزامات المتولدة عن عقد العمل" فيحصرها - مع سعتها ومرونة تطبيقها رغم ذلك - في دائرة الالتزامات العقدية الناتجة عن عقد العمل، بل ذكر عبارة "الالتزامات المترتبة على عقد العمل" فيصح مع هذا العموم في الصياغة والإطلاق في الحكم صرفها على الالتزامات القانونية التي يفرضها قانون العمل بشأن عقد العمل جنباً إلى جنب مع الالتزامات العقدية، وذلك على أساس أن العام يحمل على عمومه، والمطلق يحمل على إطلاقه ما لم يخصصه مخصص أو يقيد بمقيد.

كما إننا إذا نظرنا إلى موقف قانون العمل الموحد المصري لوجدناه أيضاً قد وقع في نفس الخطأ، إذ أنه وهو يسعى إلى تضيق نطاق جزاء الفصل التأديبي يعمد من حيث الواقع إلى توسعته إلى حد بعيد، ذلك أنه حينما حاول حصر نطاق هذا الجزاء قيد توقيعه من قبل رب العمل على الخطأ الجسيم، معتقداً أن هذا التقيد سيسعفه في بلوغ تلك الغاية، فإذا به يحيلنا على معيار مرن فضفاض من شأنه أن يوسع حالات الفصل التأديبي، فيجعلها تستعصي على الحصر والتعيين، لأن ما يعد من قبيل الخطأ الجسيم من سلوكيات العامل سواء أكانت عقدية أم غير عقدية كثيرة ومتنوعة، فهي في الحقيقة أكثر من أن تحصى.

ولذا أقترح إذا ما أريد الحد من نطاق توقيع هذا الجزاء التأديبي أن يجري تحديد حالات ممارسته من قبل رب العمل على سبيل الحصر والتعيين بعبارات دقيقة ومحددة، بحيث لا تتسع الحالة الواحدة لعشرات الحالات، بل تقتصر حقيقةً وواقعاً على حالة واحدة جامعة ومانعة في نفس الوقت، فنتفادي بذلك الوقوع في نفس الخطأ الذي سبق الوقوع فيه في النصوص التشريعية المنظمة للفصل التأديبي، وإلا سنجعل من الحصر والتعيين في النصوص شكلاً صورياً لا ينسجم مع واقع محتوى ومضمون ما يندرج تحتها من الحالات الأخرى.

وهنا تظهر بجلاء قيمة الصياغات التشريعية ذات الدلالة الدقيقة والمضمون المحدد غير المرن أو الفضفاض، على نحو يجعلها جامعةً في فحواها، مانعةً من اختلاط ما سواها أو تداخل ما عداها من الحالات الأخرى التي قد تقترب منها أو تتشابه معها، فتصير على إثر ذلك من أشباهها ونظائرها.

المراجع

- ١ - أحمد حسن البرعي "الوسيط في القانون الاجتماعي" الجزء الثاني، شرح عقد العمل الفردي وفقاً لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣ م طبعة عام ٢٠٠٣ م، دار النهضة العربية، القاهرة
- ٢ - أحمد شوقي عبد الرحمن "شرح قانون العمل الجديد"، طبعة عام ٢٠٠٥ م، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- ٣ - إسماعيل غانم "قانون العمل"، طبعة عام ١٩٦٢ م، بدون دار نشر.
- ٤ - أكثم الخولي "دروس في قانون العمل"، طبعة عام ١٩٥٧ م.
- ٥ - توفيق حسن فرج "قانون العمل الجديد" دراسة في أحكام عقد العمل الفردي في القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والقرارات المنفذة له في ضوء أحدث آراء الفقه وقضاء النقض، الطبعة الثالثة عام ٢٠٠٧ م، تنقيح أ. وائل أنور بندق.
- ٦ - حسام الدين الأهواني "شرح قانون العمل"، طبعة عام ١٩٩١ م، مطبعة أبناء وهبة حسان.
- ٧ - حسن كيرة "أصول قانون العمل"، ط ١٩٩٦ م.
- ٨ - خالد جمال أحمد "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني"، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية عام ٢٠٠٢ م، مطبعة جامعة البحرين.
- ٩ - رأفت دسوقي "شرح قانون العمل الجديد"، ط ٢٠٠٤ م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.
- ١٠ - رمضان جمال كامل "شرح قانون العمل الجديد"، ط ٥ لسنة ٢٠٠٨ م، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة.
- ١١ - سمير تناغو "مصادر الالتزام" طبعة عام ١٩٩٩/٢٠٠٠ م.
- ١٢ - صلاح محمد أحمد "شرح أحكام قانون العمل والتأمينات الاجتماعية"، طبعة عام ٢٠٠٢-٢٠٠٣ م.
- ١٣ - صلاح محمد أحمد "الوسيط في شرح أحكام قانون العمل والتأمينات

- الاجتماعية في مملكة البحرين"، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٦م، مطبعة جامعة البحرين
- ١٤- صلاح محمد أحمد "التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردي" بحث منشور في مجلة الحقوق بكلية الحقوق جامعة البحرين، ص٤١، المجلد الأول، العدد الأول، السنة الأولى عام ٢٠٠٤م.
- ١٥- عبد الغني الرويمض "علاقات العمل في القانون الليبي"، طبعة عام ٢٠٠٧م، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، فيصل بالجيزة.
- ١٦- عبد الله مبروك النجار "مبادئ تشريع العمل وفقا لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣م والقرارات الوزارية الجديدة المنفذة له"، ط٤، عام ٢٠٠٣ / ٢٠٠٤م، دار النهضة العربية بالقاهرة.
- ١٧- عبد الناصر توفيق العطار "شرح قانون العمل"، طبعة عام ١٩٩٣م.
- ١٨- عبد الودود يحيى "شرح قانون العمل"، طبعة عام ١٩٨٩م.
- ١٩- عبد الرازق حسن فرج "شرح قانون العمل"، ص ٩٤، طبعة ١٩٩٢م.
- ٢٠- علي عوض حسن "الوجيز في شرح قانون العمل الجديد"، ط ٢٠٠٣م، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية.
- ٢١- علي محسن عبد الله الورقاء "عقد العمل الفردي في ظل قانون العمل البحريني في القطاع الأهلي"، طبعة عام ١٩٩٥م.
- ٢٢- فاطمة محمد الرزاز "شرح قانون العمل الجديد"، ط ٢٠٠٤م، دار النهضة العربية. القاهرة.
- ٢٣- فتحي عبد الرحيم عبد الله، أ.د. أحمد شوقي عبد الرحمن "شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية"، طبعة ١٩٩٦-١٩٩٧م، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- ٢٤- فتحي عبد الصبور "الوسيط في قانون العمل" ج١، ط ١٩٨٦، دار الهنا للطباعة القاهرة.
- ٢٥- محمد حلمي مراد "قانون العمل والتأمينات الاجتماعية"، الطبعة الرابعة عام ١٩٦١.
- ٢٦- محمد علي عمران "شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية"، طبعة ١٩٧٠م، بدون دار نشر.
- ٢٧- محمد لبيب شنب "شرح أحكام قانون العمل ١٩٩١م"، الطبعة الخامسة، بدون دار نشر.

- ٢٨ - محمود جمال الدين زكي "عقد العمل في القانون المصري"، الطبعة الثانية عام ١٩٨٢م، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- ٢٩ - همام محمد محمود مهران "قانون العمل" عقد العمل الفردي، طبعة عام ٢٠٠٣م، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية.

الدولة الفاشلة كسبب من أسباب القرصنة المعاصرة (الصومال نموذجاً)

الدكتور/ محمد علي علي الحاج
كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء
الجمهورية اليمنية

ملخص:

يتناول هذا البحث أحكام القرصنة وتعريفها والإجراءات التي وضعت للقضاء عليها، كما أنه يبين ماهية الدولة الفاشلة، وأسباب ظهورها، ومظاهرها، ودورها في تفشي القرصنة البحرية أمام سواحل الصومال، والوسائل الفاعلة لتعزيز الحكومة المركزية في الصومال للقضاء على القرصنة ومحاربتها بدءاً من التراب الصومالي وانتهاءً بالبحار والمحيطات والمنظمات الدولية وبقية أقاليم الدول الأخرى.

المقدمة:

لا شك أن القرصنة تعد جريمة عالمية، تؤدي إلى الإضرار بجميع الأمم، ونظراً لخطورة تلك الجريمة، فقد تصدى لها المجتمع الدولي قديماً، عبر الجهود والإجراءات التي فرضتها كل دولة على حدة، أو من خلال الإجراءات الجماعية لكل الأمم، عبر إقرار الاختصاص أو الولاية العالمية لكل دولة، بحيث تلتزم كل الدول بمكافحة القرصنة ومعاقبتها، وقد أعاد المجتمع الدولي تأكيد هذه المبادئ في اتفاقية جنيف ١٩٥٨ لأعالي البحار، فالمادة (١٤) تطلب من الدول التعاون لأقصى حد ممكن في قمع القرصنة، بينما تعطي المادة (١٩) لكل دولة الحق في أن تستولي على سفينة القراصنة وتعتقلهم وتحاكمهم، وهذه النصوص نفسها وضعت في المواد (١٠٠)، (١٠٥) من اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار، وبموجب الاتفاقيتين، توضع العقوبات للقرصنة من قبل كل دولة على حدة.

وبما أن ٩٥٪ من تجارة العالم تنقل عبر البحار، فإن الأرباح التي ستُكسب عن طريق اعتراض تلك التجارة والسرقة منها في المياه الإقليمية والدولية ستكون عظيمة، ولذا تضاعفت حوادث القرصنة في بحر العرب والساحل الشرقي لأفريقيا^(١)، وفي

(١) في السنوات العشر بين عامي ١٩٩٥ و ٢٠٠٥، ارتفع عدد الهجمات في البحار بنسبة تزيد عن ٤٧٪ عن السنوات السابقة، وفي عام ٢٠٠٦ لوحده، قُتل خمسة عشر فرداً من طواقم السفن؛ كما اختطف ٧٥ فرداً؛ وأخذ ١٨٨ كرهائن، كما ارتفعت أرقام النهب في البحر عام ٢٠٠٧ بشكل كبير، إشارة إلى الزيادة العامة في عدد الهجمات بالمقارنة مع ٢٠٠٦. للمزيد =

جنوب شرق آسيا، بشكل خاص^(١).

فالقرصنة أظلت برأسها - مرة أخرى - في السنوات الأخيرة، نتيجة للعديد من الأسباب، من أهمها تفكك الدولة في الصومال عام ١٩٩١، ورغم العديد من المحاولات لإعادة الحكومة المركزية مرة أخرى، فإن تلك الدولة يمكن أن يطلق عليها "الدولة الفاشلة Failed State"، التي تعد من الأسباب الجوهرية لنشوء القرصنة في البحر العربي والمحيط الهندي.

ومن هنا تبرز أهمية هذا البحث، في كونه يستعرض أحكام القرصنة وتعريفها والإجراءات التي وضعت للقضاء عليها، كما أنه يبين ماهية الدولة الفاشلة ومظاهرها، ودورها في تفشي القرصنة البحرية، والوسائل الفاعلة لتعزيز الحكومة المركزية في الصومال للقضاء على القرصنة ومحاربتها بدء من التراب الصومالي وانتهاء بالبحار والمحيطات والمنظمات الدولية وبقية أقاليم الدول الأخرى.

وعلى ضوء ما سبق، فإن أسباب اختيار الموضوع، تتضح من خلال متابعة

= حول حوادث القرصنة وإحصائياتها، انظر:

Elizabeth Andersen, Benjamin Brockman-Hawe & Patricia Goff, Suppressing Maritime Piracy: Exploring the Options in International Law, A Workshop Report, One Earth Future, Washington, DC, 16 - 17 October 2009, pp. 1-2.; Daniel Heller-Roazen, The Enemy of All: Piracy and the Law of Nations, Zone Books, New York, 2009, p. 27.; Emiliano Alessandri, Report of the Conference "Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", Organized by the Istituto Affari Internazionali (IAI) and the International Institute of Humanitarian Law, In Collaboration with and with the Support of Italian Ministry of Foreign Affairs, NATO and European Commission, Rome, 16 June 2009. P. 3.

Daniel Heller-Roazen, The Enemy of All: Piracy and the Law of Nations, op. (١)
p. 26.; DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY U. S. COAST GUARD STATEMENT OF RADM WILLIAM BAUMGARTNER ON INTERNATIONAL EFFORTS TO COMBAT MARITIME PIRACY BEFORE THE SUBCOMMITTEE ON INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, HUMAN RIGHTS, AND OVERSIGHT COMMITTEE ON FOREIGN AFFAIRS U. S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, APRIL 30, 2009. P. 3.; John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY IN SOUTHEAST ASIAN WATERS, ASIAN SURVEY, VOL. XLVIII, NO. 3, MAY/JUNE 2008, p. 478.; George D. Gabel, Jr, Smoother Seas Ahead: The Draft Guidelines as an International Solution to Modern-Day Piracy, Tulane Law Review, 81 Tul. L. Rev. 1433, June, 2007, p. 1438.

ظاهرة القرصنة وتطوراتها في السنوات الأخيرة، وآثارها على الاقتصاد العالمي أو الإقليمي أو الوطني، وأنه على الرغم من ضخامة الجهود والإجراءات المتخذة لقمعها، سواء من قبل بعض الدول فرادى أو من قبل بعض الترتيبات والتجمعات الإقليمية، أو ما قررته العديد من المنظمات الدولية - على رأسها الأمم المتحدة -، فقد فشلت تلك الجهود - تقريباً - في القضاء عليها.

ومن هنا نشأ التساؤل عن دور الدولة الصومالية "كدولة فاشلة" في نشوء القرصنة وتزايدها على السواحل الصومالية وبحر العرب والمحيط الهندي، ودورها في محاربة تلك الظاهرة، وواجب المجتمع الدولي إزاءها.

وسيتم التطرّق إلى ما سبق من خلال ما يلي:

المطلب الأول: ماهية القرصنة المعاصرة

الفرع الأول: القرصنة طبقاً لاتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار

الفرع الثاني: القرصنة المعاصرة وإستراتيجيتها

المطلب الثاني: الدولة الفاشلة كسبب من أسباب القرصنة

الفرع الأول: ماهية الدولة الفاشلة

الفرع الثاني: فشل الدولة كسبب من أسباب القرصنة

الفرع الثالث: مَنْ هم القراصنة الصوماليون؟ وكيف يَشْتَغِلُونَ؟

المطلب الثالث: جهود مكافحة القرصنة المعاصرة

الفرع الأول: الجهود الإقليمية لمحاربة القرصنة

الفرع الثاني: ضرورة النظر في أسباب القرصنة ومحاولة معالجتها من جذورها

الفرع الثالث: محاكمة القراصنة إقليمياً ودولياً

المطلب الأول ماهية القرصنة المعاصرة

تعد القرصنة جريمة عالمية (ذات طابع دولي)^(١)، وتعبر "القرصنة" "piracy" يشير عادة إلى "مجموعة من الأفعال العنيفة غير القانونية في البحار"، مثلها مثل تجارة العبيد، ومهاجمة أو خطف السفن والطائرات، وبعض أعمال الإرهاب^(٢)، فالقرصنة تُعتبرُ عدو الجنس البشري *hostis humani generis*، لأن القرصنة يرتكبون أفعالاً القتل والسرقة والنهب، أو أي عمل إجرامي آخر في البحر، بقسوة ضد الإنسانية جمعاء^(٣).

غير أن القرصنة المعاصرة اختلفت عن القرصنة المعروفة قديماً، وفي اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار، في العديد من السمات والخصائص. وسيتم بيان ذلك من خلال ما يلي:

(١) لماذا كانت القرصنة جريمة دولية؟ الجواب يتمثل في أنه لا توجد دولة يُمكن أن تُسيطر على ما يحدث في أعالي البحار، ولا توجد أمة . لوحدها . يمكن أن تقوم بالمراقبة الفعالة لأعمال القرصنة في أعالي البحار، فلا يمكن أن تكون الدولة مسئولة عن أعمال القرصنة التي ارتكبت من قبل مواطنيها، وبسبب سيطرة الدول الضعيفة أو شبه المنعدمة على أعالي البحار، فإنها لا تستطيع ردع مواطنيها - عملياً - من ممارسة القرصنة - على الأقل ليس لوحدها - فضلاً عن أن علم سفينة القرصنة من غير المحتمل أن يكون مؤشراً موثقاً على جنسية القرصنة في أية حالة، ولذا يشجّع القانون الدولي جميع الدول على محاربة القرصنة بإعطاء كل الدول الحق في منع ومحاكمة ومعاينة القرصنة، بغض النظر عن جنسيتهم وعلم سفينتهم. للمزيد من التفاصيل، انظر:

Eric A. Posner and Alan O. Sykes, An Economic Analysis of State and Individual Responsibility Under International Law, American Law and Economics Review V9, N1, 2007, p. 124.

(٢) Harold Hongju Koh, Transnational Public Law Litigation, The Yale Law Journal, Vol. 100, No. 8, Symposium: International Law (Jun., 1991), pp. 2385. Footnote. 193.; Zou Keyuan, Issues of Public International Law Relating to the Crackdown of Piracy in the South China Sea and Prospects for Regional Cooperation, Singapore Journal of International & Comparative Law, (1999) 3, p. 527.

(٣) Zou Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, Journal of International Affairs, Vol, 59, No. 1. Fall/Winter 2005, P. 117.; Robert M. Jarvis, Maritime Piracy in the Modern World, Insights on Law & Society, 6.3, American Bar Association, Spring 2006, p. 2.

الفرع الأول القرصنة طبقاً لاتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار

كررت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ١٩٨٢ نفس البنود المتعلقة بالقرصنة في اتفاقية جنيف ١٩٥٨^(١)، فكلتا الاتفاقيتين احتوت على أحكام عنها، فالمادة (١٥) من اتفاقية جنيف والمادة (١٠١) من اتفاقية ١٩٨٢ نصت على أن أي عمل من الأعمال التالية يشكل قرصنة:

أ - أي عمل غير قانوني من أعمال العنف أو الاحتجاز أو أي عمل سلب يُرتكب لأغراض خاصة من قبل طاقم أو ركاب سفينة خاصة أو طائرة خاصة، ويكون موجهاً:

١ - في أعالي البحار ضد سفينة أو طائرة أخرى أو ضد أشخاص أو ممتلكات على ظهر تلك السفينة أو على متن تلك الطائرة.

٢ - ضد سفينة أو طائرة أو أشخاص أو ممتلكات في مكان يقع خارج ولاية أية دولة.

ب - أي عمل من أعمال الاشتراك الطوعي في تشغيل سفينة أو طائرة مع العلم بوقائع تضيي على تلك السفينة أو الطائرة صفة القرصنة.

ج - أي عمل يحرض على ارتكاب أحد الأعمال الموصوفة في إحدى الفقرتين (أ) أو (ب) أو يسهل عن عمد ارتكابها.

ومن خلال النصوص الواردة في الاتفاقية، نلاحظ أنها أكدت على أن القرصنة يجب أن تكون للأهداف الخاصة^(٢)، وأن يكون الفعل من الأعمال الإجرامية المنطوية على استعمال العنف، وأن تتم في أعالي البحار، من سفينة ضد سفينة أخرى -

(١) Malvina Halberstam, Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety, The American Journal of International Law, Vol. 82, No. 2 (Apr., 1988), p. 284.

(٢) فضّلت لجنة القانون الدولي - التي قامت بإعداد مسودة اتفاقية قانون البحار - تعريف القرصنة بمعنى ضيق لا يتجاوز مفهوم السرقة، وفي نفس الوقت يستثنى الجرائم المستندة على دوافع سياسية، للمزيد من التفاصيل، انظر:

Wojciech Stankiewicz, International Terrorism at Sea as a Menace to the Civilization of the 21st Century, The American Behavioral Scientist, Vol. 48, No. 6, February 2005, p. 689.

"متطلب سفينتين two ship requirement" -، أو ضد أشخاص أو ممتلكات على ظهر تلك السفينة، ويجب أن تكون خارج نطاق ولاية أية دولة، وأن ينوي مرتكبوها قصد فعل القرصنة (م ١٠٣)، فإذا تحقق ذلك، فللدولة اعتقال سفينة القراصنة^(١) ومحاكمتهم^(٢)، وأن يكون الاعتقال عن طريق السفن الحربية أو غيرها من السفن والطائرات الحكومية لتلك الدولة (م ١٠٥، ١٠٧ من اتفاقية قانون البحار (١٩٨٢)^(٣).

فتعريف الاتفاقية للقرصنة اشتمل على خمسة عناصر، هي: (١) وجوب أن تكون الأفعال التي تشكل قرصنة جرائم عنف مثل السرقة أو القتل أو الهجوم أو الاغتصاب؛ (٢) وأن ترتكب في أعالي البحار، أي ما بعد إقليم الدولة، وبحرها الإقليمي أو خارج الولاية القضائية الإقليمية الأخرى لأية دولة؛ (٣) من قبل سفينة خاصة، أو

(١) نصت المادة (١٠٣) من الاتفاقية على أن تعتبر السفينة أو الطائرة سفينة أو طائرة قرصنة إذا كان الأشخاص الذين يسيطرون عليها سيطرة فعلية ينوون استخدامها لغرض ارتكاب أحد الأعمال المشار إليها في المادة (١٠١)، وكذلك الأمر إذا كانت السفينة أو الطائرة قد استخدمت في ارتكاب أي من تلك الأعمال، ما دامت تحت سيطرة الأشخاص الذين اقتربوا ذلك العمل.

(٢) تجيز المادة (١٠٥) للدولة التي قامت باعتقال القراصنة (الدولة المعتقلة) اتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاكمتهم، ومع ذلك، فإن الحق في المحاكمة لا يكون - بشكل خاص - للدولة المعتقلة، لأن الاتفاقية تعطي الولاية القضائية العالمية لكل الدول، وبناءً على ذلك، فإن دولة علم السفينة أو الدولة التي يحمل القرصان جنسيتها، يُمكن أن تحاكمه. وبينما يبدو أن هذا الإطار القانوني يقدم أساساً وقاعدة كافية لمحاكمة القراصنة، فإن تطبيقه العملي يعتمد على أن الحكومات الوطنية لديها تشريع محلي كاف وإرادة سياسية لتقديم القراصنة - حقيقةً - إلى العدالة، علماً بأن الكثير منها لا يتوفر لها ذلك، فهناك، عدد من القوات البحرية - في القرن الأفريقي - أُجبرت على إطلاق سراح القراصنة المعتقلين، لأنه لم يكن واضحاً أنهم يُمكن أن يُحاكموا وفقاً لاختصاص دولة علم السفينة المعتقلة، بينما إعادتهم إلى الصومال - بلد المنشأ الرئيسي لأغلب هؤلاء الأفراد - ليس خياراً بسبب الافتقار إلى أي نظام عدالة إجرامي محلي فعال. للمزيد من التفاصيل، انظر:

Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, Notes from a RAND Workshop to Discuss the Best Approaches for Dealing with Piracy in the 21st Century, RAND Corporation, 2009, p. 1.

(٣) Michael H. Passman, Protections Afforded to Captured Pirates Under the Law of War and International Law, Tulane Maritime Law Journal, 33 Tul. Mar. L. J. 1, Winter, 2008, pp. 12-13.; Timothy H. Goodman, LEAVING THE CORSAIR'S NAME TO OTHER TIME:" How To ENFORCE THE LAW OF SEA PIRACY IN THE 21st CENTURY THROUGH REGIONAL INTERNATIONAL AGREEMENTS, Case Western Reserve Journal of International Law; Winter 1999; 31, 1, pp. 149-150.

سفينة عامّة خلال تمرد أو لم تعد تحت التحكم والمراقبة الفعّالة للدولة التي تمتلكها؛ (٤) للأهداف الخاصّة^(١)؛ و (٥) من سفينة أو طائفة ضد سفينة أخرى، فعلى الأقل يجب أن يكون هناك سفينتان مشمولتان بعملية القرصنة^(٢).

(١) تاريخياً، كان الملوك والأمراء والسلطين، وأقطاب السياسة، ينظرون للقرصنة بأنها مصدر قيم للثروة والسلطة السياسية، وأنها مفيدة لزيادة أملاكهم الخاصّة ولتقويض قوّة منافسيهم، لكن بالزيادة الواسعة للتجارة البحرية الأوروبية في القرن السادس عشر، قفزت حوادث القرصنة بشكل مثير، ومُعظمها كان رسمياً أو كان يدعم بشكل غير رسمي من الحكومات الأوروبية، وفي وقت الحرب، كانت "القرصنة لمصلحة الدولة أو بالوكالة عنها privateering" - في الواقع - نسخة مُقرّة رسمياً من القرصنة، وجّهت نحو أعداء الدولة وأي شخص يشتغل في التجارة مع أعدائها، فهذا النوع من القراصنة - (أيضاً يسمّى قرصان corsairs من لفظ اللاتيني، بمعنى raid "هجوم أو غارة") أو (المرتزق القرصان) - وهم الأفراد الذين مُنحوا رسالة أو تفويضاً من الملك، يخولهم مهاجمة السفن التجارية للعدو، أما في وقت السلام، فإن نفس الممارسين للقرصنة بالوكالة عن الدولة مُنحوا تصاريح بالعمل الانتقامي من الحكومات المعادية، تخولهم استرجاع أيّة خسائر بسبب القرصنة عن طريق الاستيلاء والسّرقة من السفن الأخرى التي تحمّل نفس الجنسية، وعندما فقدت السفن المسلّحة المحترقة تصريحاتها الرسمية كنتيجة لمعاهدة سلام بين الدولة الداعمة لهم والعدو، حاول القراصنة البحث عن موظّفين من الملوك الآخرين أو أصبحوا قراصنة غير شرعيين، وحتى في الحالة الأخيرة، كان من المحتمل في أغلب الأحيان إيجاد الضامين والحماة بين المسؤولين الكبار في حاشية الملك، أو قد يكون الملك نفسه بصورة غير رسمية. ومن هنا يتبين لنا الفرق بين القرصان والمرتزق، فالقرصان يلجأ إلى العنف المسلح من تلقاء نفسه لتحقيق غايات مادية، أما المرتزق فهو الجندي المحترف الذي يخدم سلطة أجنبية a professional soldier serving a foreign power؛ أي أن المرتزق يقوم بتأجير خدماته للقتال في أراض خاضعة لسيادة الدول أو بحارها الإقليمية أو في أعالي البحار لغايات مادية، للمزيد من التفاصيل، انظر:

Lauren Leigh Rollins, B.A., CONFLATED CLASSES: EARLY MODERN PIRACY, NATIONAL IDENTITY, AND THE 'CRISIS OF THE ARISTOCRACY, A Thesis submitted to the Faculty of the Graduate School of Arts and Sciences of Georgetown University in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Arts in English, April 29, 2010, pp. 14-30.; Ethan A. Nadelmann, Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society, International Organization, Vol. 44, No. 4 (Autumn, 1990), pp. 486-487.; Robert M. Jarvis, Maritime Piracy in the Modern World, op. cit. p. 2.; Hyder Gulam, 'The rise and rise of Private Military Companies', p. 6. <http://www.peaceopstraining.org/theses/gulam.pdf>

(٢) L.EE. Goldie, "Terrorism, Piracy and the Nyon Agreement," in Yoram Dinstein, ed., International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988), P. 227. Zon مشار إليه في Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, op. cit. p. 119 footnote 15.

ويتبين لنا مما سبق أن اتفاقية ١٩٨٢ تنص على تطبيق أحكام القرصنة على الجرائم التي تقع في أعالي البحار فقط، على الرغم من أن أكثر الهجمات (كالمفهوم عادة) تحدث في المياه الإقليمية، فالهجمات التي تحدث في البحر الإقليمي تدخل في نطاق اختصاص الدولة الساحلية^(١)، رغم أن الأشخاص الذين يرتكبون "القرصنة" في أعالي البحار أو خارج الولاية القضائية لآية دولة، وأولئك الذين يرتكبون "القرصنة" ضمن المياه الإقليمية للدولة يكونون في أغلب الأحيان نفس الأشخاص^(٢)؛ كما أنها تفترض تدخل سفينتين، ماعدا الهجمات القرصانية التي ارتكبت من قبل أفراد الطاقم المتمركزين^(٣).

غير أن المنظمة البحرية الدولية أيدت تقسيم أعمال القرصنة بموجب الأصناف الجغرافية والقانونية للمناطق البحرية: فالقرصنة في أعالي البحار معروفة "كقرصنة" بموجب اتفاقية ١٩٨٢، بينما تعرف القرصنة في الموانئ أو المياه الوطنية (مياه داخلية وبحار إقليمية) "بالسرقة بقوة السلاح ضد السفن" *armed robbery against ships*^(٤)، وعلى أية حال، يلاحظ أن عيب هذا التقسيم واضح: فالقرصنة ليست مكافئة للسرقة بقوة السلاح، وهي قد تتضمن أفعال عنف أخرى مثل القتل والهجوم والاعتصاب، فالمشكلة أن التعاريف المختلفة تؤثر على عدد الحوادث التي تتعلق بهجمات القرصنة^(٥).

(١) George D. Gabel, Jr, Smoother Seas Ahead: The Draft Guidelines as an International Solution to Modern-Day Piracy, op. cit. pp. 1442-1443.; Angelos Syrigos, Developments on Interdiction of Vessels on the High Seas, in: ANASTASIA STRATI, MARIA GAVOUNELI, and NIKOLAOS SKOURTOS, Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea: Time Before and Time After, Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2006, p. 175.; Björn Møller, PIRACY, MARITIME TERRORISM AND NAVAL STRATEGY, DANISH INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES (DIIS), 2009, p. 18.

(٢) Michael H. Passman, Protections Afforded to Captured Pirates Under the Law of War and International Law, op. cit. p. 5.

(٣) Björn Møller, PIRACY, MARITIME TERRORISM AND NAVAL STRATEGY, op. cit. p. 18.; George D. Gabel, Jr, Smoother Seas Ahead: The Draft Guidelines as an International Solution to Modern-Day Piracy, op. cit. p. 1443.

(٤) ورد هذا التقسيم - أيضاً - في المادة (١) من مدونة سلوك جيبوتي لعام ٢٠٠٩.

(٥) Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, op. cit. p. 120.

ولذا يُشِيرُ بعض الفقهاء - بحق - إلى أن تعريف اتفاقية ١٩٨٢ للقرصنة قَدْ يُؤَدِّي إلى استنتاج أن مثل هذه الأفعال تَدُلُّ على أن ليس هناك مشكلة هامة بالقرصنة اليوم^(١).

وبناء على ما سبق، فإن تعريف القرصنة الوارد في اتفاقية ١٩٨٢ والأحكام ذات الصلة من الضَّرُوري أن تعدل وتطور في المستقبل القريب، فالإطار الحالي للاتفاقية غير قادر على استيعاب القرصنة الحديثة أو المعاصرة^(٢).

الفرع الثاني القرصنة المعاصرة وإستراتيجيتها

يمكن القول إن شكل القرصنة المعاصرة Contemporary piracy، قد اختلف عن شكلها في الماضي، فقد جذبت القرصنة المُعاصرة إليها الأنظار، وحازت على الكثير من الانتباه المُتزايد، رغم أن البيانات المتوفرة - حالياً - عن القرصنة بعيدة عن الإقناع وتساوي بين القرصنة والسرقة بقوة السلاح من السفن، وهذا الأمر يتجاهل الاختلافات القانونية بين الصنفين^(٣).

ولذلك قام المكتب البحري الدولي the International Maritime Bureau

(١) Jason Abbot and Neil Renwick, "Pirates? Maritime Piracy and Societal Security in Southeast Asia," Global Change, Peace & Security (formerly Pacifica Review) 11, no. I (1999): I I. Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, op. cit. p. 120.

(٢) Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, op. cit. P. 131.

(٣) فأغلب البيانات تؤكد أن أكثر الهجمات حدثت ضد السفن الراسية، وأكثرها أخذ شكل الصعود غير القانوني على ظهر السفينة، وفي أكثر الحالات استعملت السكاكين، ويتلو ذلك مباشرة الأسلحة النارية، ورغم ذلك - لحسن الحظ - فإن الخسائر في الأرواح كانت بسيطة جداً، ففي ٢٠٠٧، على سبيل المثال، فقد ٥ من طواقم السفن حياتهم بسبب عنف القرصنة، وأصيب حوالي ٣٥ شخصاً، وأكثر الهجمات كانت في نطاق ضيق، فحوالي النصف منها تم بأقل من ١٠ قرصنة أو لصوص، الذين نادراً ما لجئوا إلى العنف الفعلي، والكثير من الهجمات كانت غير مخططة، حيث تركزت الهجمات على السفن التي يمكن تسميتها بـ "أهداف الفرصة" "targets of opportunity" مثل السفن الصغيرة التي صادف أنها كانت تمر، إذ كان المهاجمون - بشكل رئيسي - يتوقعون إيجاد بعض المال على متن السفينة أو الأشياء الثمينة المنقولة الأخرى التي تباع بسهولة. للمزيد، انظر:

Björn Møller, PIRACY, MARITIME TERRORISM AND NAVAL STRATEGY, op. cit. p. 6.

(IMB) - الذي أُسسَ في ١٩٨١ - بتعريف القرصنة^(١) على أنها: "فعل صعود أو محاولة استقلال أية سفينة بنية واضحة لارتكاب السرقة أو أية جريمة أخرى، وبالنسبة أو القابلية الظاهرة لاستعمال القوة في تعزيز ذلك الفعل"^(٢).

وهذا التعريف يغطي كل "الهجمات الفعلية أو المحاولة، سواء أكانت السفينة في المرسى أم في البحر"، بالمغايرة مع تعريف اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار، الذي يركز على السفن في أعالي البحار وخارج الاختصاص القضائي لأية دولة^(٣).

كما أن التعريف يشير إلى أن الطريق الوحيد للفعل الذي يعد قرصنة يتمثل في حدوث الصعود أو محاولة الصعود على السفينة، حيث يستعمل تعبير "القرصنة والسرقة ضد السفن" "piracy and robbery against ships" لوصف كل الأفعال ضد السفن التجارية حيثما كانت، سواء أكان الفعل يتلاءم مع التعريف القانوني للقرصنة الوارد في اتفاقية ١٩٨٢، أم لا، في حين أن تعريف اتفاقية ١٩٨٢ يصور القرصنة بأنها يمكن أن تتضمن مركباً بحرياً أو طائرة، طالما يحدث الحجز أو النهب خارج الولاية القضائية لأية دولة^(٤).

وقد صرح تقرير المكتب الدولي البحري حول القرصنة، بأن نمط هجمات القراصنة قد تغير، فبينما أن القراصنة في الماضي كانوا يهاجمون السفن لسرقة

(١) هناك صعوبة في تصنيف أفعال القرصنة بشكل واضح، وهذه الصعوبة ناتجة عن عدم القدرة على وضع تعريف واحد وواضح للقرصنة، وهذا يعد انعكاساً للطبيعة الواسعة للقرصنة المعاصرة، فأفعال القرصنة اليوم تتم عبر سلسلة من السرقات الصغرى في المياه الإقليمية إلى الجماعات الإجرامية المتطورة التي تهدف إلى حجز السفينة نفسها. للمزيد، انظر:

George D. Gabel, Jr, Smoother Seas Ahead: The Draft Guidelines as an International Solution to Modern-Day Piracy, op. cit. pp. 1434-1435.

(٢) Report for the Period 1 January-30 June 2005 (London, International Maritime Bureau: 19 July 2005), 3.; Ashley Roach, ENHANCING MARITIME SECURITY IN THE STRAITS OF MALACCA AND SINGAPORE, Journal of International Affairs, Vol. 59, No. 1, Fall/Winter 2005, P. 101. Footnote. 15.; Int'l Maritime Bureau, Piracy and Armed Robbery Against Ships: 2006 Annual Report, INT'L CHAMBER OF COMM. (2007), <http://www.imo.org/includes/blastDataOnly.asp/dataid%3D18566/98.pdf>

(٣) Jason Power, THE BEST OF BARRY: BARRY STUDENT ARTICLE: MARITIME TERRORISM: A NEW CHALLENGE FOR NATIONAL AND INTERNATIONAL SECURITY, Barry Law Review, 10 Barry L. Rev. 111, Spring, 2008, p. 113.

Ibid.

(٤)

المال أو المواد الثمينة من الشحنات، فإن قرصنة اليوم يُحاولون اختطاف كامل السفن أو الحمولة، وطبقاً لتقرير مركز القرصنة، فإن هناك ثلاثة أنواع للقرصنة، تشمل: (أ) الأشخاص على ظهر السفن في الميناء أو في المرسى الذين يسرقون أي شيء له قيمة؛ (ب) العصابات المنظمة والمسلحة تسليحاً جيداً التي تستقل السفن، في المرسى أو أثناء الملاحة لكي تشرق المال من الطاقم أو المواد الثمينة من الشحنة أو أجهزة السفينة؛ و(ج) مُحْتَطِفُو السفن والحمولة^(١).

علماً بأن القرصنة التي تتمثل في اختطاف السفن وشحناتها تتزايد باستمرار^(٢)، وهذا النوع من الهجوم أيضاً هو الأكثر خطورةً على الأطقم، كما أنه سائد جداً في منطقة بحر جنوب الصين وفي سواحل الصومال والمحيط الهندي^(٣).

وهذا الشكل الجديد للقرصنة، الذي يتضمّن اختطاف السفن بكاملها hijacking of entire ships، يبين أن حوادث القرصنة التي حدثت في شرق آسيا والمحيط الهندي، تشتمل على مجرمين مُنظمين (جريمة منظمة) لارتكاب مثل هذه السرقات واسعة النطاق، لأن إعادة البيع اللاحقة للشحنة وحماية السفينة حتى يتم دفع الفدية، يتطلب مصادراً وتخطيطاً متطوراً، وهذه الإمكانيات لا تتوافر للقرصنة الفرديين، وهذا يمثّل أحد المخاوف التي تُعقّد الحملات ضدّ القرصنة المعاصرة^(٤).

(١) John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY IN SOUTH-EAST ASIAN WATERS, op. cit. p. 476.; International Maritime Bureau's Piracy Reporting Centre, Attacks on Ships. Background Information, <http://www.marisec.org/piracy/background.htm#IMO>

(٢) إنّ اختطاف السفن بكاملها يشكل القرصنة الأكثر تطرفاً، حيث يؤخذ أفراد الطاقم كرهائن، أو يتم قتلهم، ويستولى على السفينة وشحناتها، وبعد التخلص من الشحنة بالبيع أو التفرغ، فإن القرصنة إما يترك السفينة أو يعدلون شكلها وهويها لكي تباع أو تستعمل في الأنشطة الإجرامية الأخرى، فعلى سبيل المثال، في قضية الناقلة الماليزية "بتشيم" Petchem، التي كانت تحمل شحنة عبارة عن خليط من الوقود الخفيف ووقود الطيران، وحدث في ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٠ أن سيطرت عصابة من القرصنة المسلحين على السفينة في شرق ماليزيا، وقام القرصنة بكتابة اسم مزيف على مؤخرة السفينة، وغيروا لون مدخلتها، وبعد ذلك أبحروا إلى منطقة أخرى، حيث ضحوا زيت الوقود الخفيف في سفينة ثانية. للمزيد، انظر:

John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY IN SOUTH-EAST ASIAN WATERS, op. cit. p. 476.; Angelos Syrigos, Developments on Interdiction of Vessels on the High Seas, op. cit. p. 174, footnote 112.

Angelos Syrigos, op. cit. pp. 174-175. (٣)

Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, op. cit. p. 118. (٤)

المطلب الثاني

الدولة الفاشلة كسبب من أسباب القرصنة

لا شك أن الثروات المحتملة من وراء القرصنة تعد من الحوافز الرئيسية لممارستها، وهذه الحوافز تكون أعلى وأكبر وتتفوق على خطر القبض على القراصنة ومعاقتهم.

فمن الناحية التاريخية - على الأقل جزئياً - يمكن القول إن القرصنة كانت أسلوب حياة بديل alternative lifestyle للعديد من الأشخاص الذين يمارسونها، مع تمتعهم بالحرية الفردية بشكل كبير، بالمقارنة مع أولئك الأشخاص الذين يعملون كبحارة منتظمين على سفينة تجارية أو في أسطول الدولة البحري، وهذا يجب أن يُوازن بشكل متكافئ مع عصابات القرصنة التي تمنع السلب الداخلي، وتقلل النزاعات بين الطاقم، بينما ما تزال تزيّد وتعظم مقدار الأرباح^(١).

وغالباً ما تتحول القرصنة إلى أسلوب حياة بديل، عند غياب الدولة أو فشلها، الذي يظهر من خلال عجزها عن السيطرة على مواطنيها وإقليمها، وعدم استطاعتها توفير وسائل العمل والحياة الكريمة لأفراد شعبها، وغيرها من الأعراض. ولذا سيتم بيان دور الدولة الفاشلة كسبب من أسباب القرصنة، كما يلي:

الفرع الأول

ماهية الدولة الفاشلة

أولاً - مفهوم الدولة الفاشلة:^(٢)

إنّ خليج عدن والمنطقة البحرية خارج الساحل الصومالي تعد أحد أهم المناطق

(١) Leeson, P. T. (2007) An-arrgh-chy: The Law and Economics of Pirate Organization, Journal of Political Economy, 2007, Vol. 115, No. 6, p. 1051.

Karl S?renson, State Failure on the High Seas - Reviewing the Somali Piracy, FOI Somalia Papers: Report 3, November 2008, p. 30.

(٢) استخدم مصطلح "الدولة الفاشلة" the failed nation-state "لأول مرة لوصف الدولة الألمانية المدمرة بعد الحرب العالمية الثانية، ويقصد به أن الدولة القومية تكون عاجزة تماماً عن الحفاظ على نفسها باعتبارها عضواً في المجتمع الدولي، فالحروب الأهلية، وانهيار الحكومة، والفاقة الاقتصادية، وعدم الاستقرار السياسي، والحروب العشوائية وغيرها، كلها تؤدي إلى الانهيار المتسارع للدولة، ومثل تلك الدول تنزلق إلى العنف والفوضى، وتعرض مواطنيها للخطر، وتهدد جيرانها من خلال تدفق اللاجئين. للمزيد من التفاصيل عن فشل الدولة، وخطره على المجتمع الدولي، ودور المجتمع الدولي والأمم المتحدة في معالجته، انظر =

التجارية البحرية في العالم وأكثرها مرورا، ففي كل عام تمر ما بين حوالي ١٦٠٠٠ إلى ٢١٠٠٠ سفينة من البحر الأحمر وخليج عدن محملة بالشحنات الثمينة في أغلب الأحيان، إما متجهة للمحيط الهندي أو متجهة لقناة السويس، لكن في عام ٢٠٠٣ بدأت تبرز إلى الوجود ظاهرة جديدة قبالة ساحل الصومال، فقد هوجمت سفن صيد الأسماك وبعض السفن من قبل القراصنة، وتزايد هذا النشاط ببطء، إلى أن بدأ القراصنة باستهداف السفن التجارية، حتى وصلت الهجمات إلى مستويات عالية^(١) لم يسبق لها مثيل^(٢).

وبالتالي فإن القرصنة قبالة السواحل الصومالية تعد مشكلة خطيرة^(٣)، تؤدي إلى

= المقالة التي نشرها جيرالد هيلمان وستيفن راتنر، GERALD B. HELMAN، STEVEN R. RATNER بعنوان "إنقاذ الدول الفاشلة" Saving Failed States في مجلة السياسة الخارجية عام ١٩٢٢، وأعيد نشرها في موقع المجلة بالإنترنت بتاريخ ٢١ / ٦ / ٢٠١٠ على الموقع التالي:

http://www.foreignpolicy.com/articles/2010/06/21/saving_failed_states.

Edward Newman, Failed States and International Order: Constructing a Post-Westphalian World, Contemporary Security Policy, Vol.30, No.3 (December 2009), pp.422-443.

(١) هناك نظرية تفسر ارتفاع أعمال القرصنة في الأيام الأخيرة، ترى بأن التاريخ يعيد نفسه history is repeating itself، فالتجارة البحرية تُعبر من خلال أماكن جغرافية عالمية تسودها الفاقة واليأس، وهكذا، فالسلع الثمينة، التي يُمكن أن تقدم سعرا عاليا في السوق السوداء، تعد مصدرا مأمولا للمال والربح السريع ولذا يتم اللجوء إلى القرصنة للاستيلاء عليها. للمزيد، انظر:

George D. Gabel, Jr, Smoother Seas Ahead: The Draft Guidelines as an International Solution to Modern-Day Piracy, op. cit. p. 1440.

(٢) سجلت أكثر من ٨٠ هجمة على السفن المارة بتلك المنطقة، للمزيد من التفاصيل عن بيانات هجمات القرصنة، انظر:

-Tables in the ICC International Maritime Bureau: Piracy and Armed Robbery Against Ships. Annual Report 1 January-31 December 2007 (London: ICC, 2008), pp. 5-6.; Appendix 2 of the IMO's annual Reports on Acts of Piracy and Armed Robbery from Ships from 1998 to 2007.; Karl Srenson, State Failure on the High Seas - Reviewing the Somali Piracy, op. cit. p. 8.

(٣) القرصنة قبالة السواحل الصومالية تظل شوكة ناتئة في حلق الشحن البحري الدولي، كما أنها تعد طعنة في اقتصاديات الدول المجاورة للصومال a dent in its neighbors' economies، فقد كلفت كينيا تقريبا ١٣٩ مليون دولار من الدخل المفقود، كما أن الشعوب المجاورة التي تعتمد على الموانئ الكينية، التي تتضمن بوروندي، وجمهورية الكونغو الديمقراطية، وإثيوبيا، ورواندا، والسودان، وأوغندا، قد تضطر لاستعمال الموانئ البديلة بسبب القرصنة، مما سيؤدي =

العديد من الأضرار^(١)، وتتمثل أسبابها الرئيسية في ضعف أو الافتقار إلى حكومة مركزية قوية في الصومال منذ عام ١٩٩١، بالإضافة إلى التناحر المستمر بين الجماعات والأحزاب الصومالية^(٢)، والأزمة الإنسانية المريعة بين السكان، ولذا فإن مياه السواحل الصومالية أَصْبَحَتْ "جنة القرصنة" The waters off Somalia have become a 'pirates' paradise، بسبب أن الصومال تعد المثال النموذجي للدولة الفاشلة، ففي غياب مؤسسات تطبيق القانون الرسمية، أصبحت القرصنة عملاً سهلاً^(٣).

= إلى زيادة أجور السفن وأقساط التأمين التي سترتفع كنتيجة للتهديد الذي لا ينتهي من القرصنة، فقد ذكرت شركات الشحن المَغْنِيَة، أن العبء الاقتصادي الرئيسي المفروض من قبل القرصنة يغطي من أقساط التأمين، كما أن اليمن خسرت أكثر من ٣٥٠ مليون دولار في قطاع صيد الأسماك فقط، فضلاً عن ارتفاع كلفة التأمين على السفن التي تدخل الموانئ اليمنية، وغيرها من الخسائر المتوقعة من تقديم الخدمات المختلفة للسفن، للمزيد من التفاصيل، انظر:

Michael H. Passman, Protections Afforded to Captured Pirates Under the Law of War and International Law, op. cit. p. 7.; Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, Notes from a RAND Workshop to Discuss the Best Approaches for Dealing with Piracy in the 21st Century, RAND Corporation, 2009, p. 3.

(١) بعيداً عن الخطر الطبيعي على البحارة وخسارة الملكيات، هناك الكلف المتصاعدة للقرصنة على الشاحنين، والناقلين البحريين، فالقرصنة مسئولة عن حوالي ما قيمته ١٦ مليار دولار من الأضرار في الشحن البحري الدولي كُلِّ سَنَة، فشركات التأمين رفعت أسعارها على الناقلين الذي يَغْبِرُونَ المياه الأكثر خطورة، لاسترجاع خسائرها الناتجة عن القرصنة، كما أن بعض الناقلين يشعرون بالاضطرار لاستخدام طواقم إضافية أو حراساً مسلحين، وكلاهما تَزْفَعُ كلفة الشحن البحري. للمزيد، انظر:

Int'l Mar. Bureau, Int'l Chamber of Commerce, 2007 Piracy and Armed Robbery Against Ships Annual Report 2007.; John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY IN SOUTHEAST ASIAN WATERS, op. cit. p. 479.; Dana R Dillon, Piracy alert, The International Economy; Sep/Oct 2000; 14, 5. P. 52.

(٢) يلاحظ أن العنف بين الحكومة الفيدرالية المؤقتة التي تساندها بعثة الاتحاد الأفريقي بالصومال إلى جانب جهات أخرى من ناحية، والجماعات المتمردة بالعاصمة الصومالية مقديشيو من ناحية أخرى، يعوق محاكمة المشتبه في تورطهم بالقرصنة وسجنهم. للمزيد، انظر:

<http://arabic.people.com.cn/31662/6966050.html>.

(٣) Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy off Somalia: A Drop in the Ocean?, International Security Service, ISIS Europe - October 2009, p. 1.

والدولة الفاشلة^(١) هي بالاسم دولة ذات سيادة، ولكنها لم تعد قادرة على الحفاظ على نفسها كوحدة سياسية واقتصادية قابلة للحياة، فهي دولة أصبحت عاجزة عن ممارسة الحكم، كما قد تنقصها الشرعية في عيون المجتمع الدولي، وفي السنوات الأخيرة، أشير بهذه الطريقة إلى عدد من الدول، مثل الصومال وكمبوديا، وهاييتي، ورواندا، وسيراليون^(٢).

ولفهم الطابع الدقيق لدولة مفككة، يجدر بنا مقابلتها بنقيضها، أي الدولة المتماسكة أو القابلة للحياة التي تتمكن من السيطرة على حدودها الإقليمية، وأن تؤمن مستوى لائقاً من الخدمات - كالخدمات الصحية والتربوية - لشعبها، وهي دولة تمتلك أيضاً بنية تحتية قوية واقتصاداً عاملاً ومنافساً، وهي قادرة على الحفاظ على القانون والنظام، ولا شك أن أية دولة من هذا النوع ستكون متماسكة اجتماعياً ومتمتعة بنظام سياسي داخلي مستقر^(٣).

وعند مقارنة ما سبق بالدولة الفاشلة سنجد أنها لا تملك أيّاً من المزايا المذكورة آنفاً، فهي عاجزة عن تأمين الاحتياجات الأساسية أو الخدمات الضرورية لمواطنيها، ولا تمتلك أية بنية تحتية عاملة ولا نظاماً إدارياً ولا أنظمة قانونية ذات مصداقية، وفي بعض الحالات، تقع السلطة بين أيدي مجرمين وأمراء حرب وعصابات مسلحة، كما قد تقع بعض هذه البلدان في براثن الحروب الأهلية لسنوات عديدة، بل إن أكثر مظاهر تفكك الدولة إيلاًماً هو ما تسببه من عذابات كبيرة للمدنيين في أغلب الحالات^(٤).

(١) هناك ثلاثة أنواع للدول المهتدة بالفشل: فالنوع الأول يتمثل في دول فاشلة مثل البوسنة وكمبوديا وليبيريا والصومال، وهي الدول التي تُمرت هيكلها وبنيتها الحكومية بسبب الظروف التي مرت بها governmental structures have been overwhelmed by circumstances، والنوع الثاني يتمثل في دول مثل أثيوبيا، وجورجيا، وزائير، حيث الانهيار أو الفشل ليس وشيكاً ولكن قد يحدث في غضون عدة سنوات، أما النوع الثالث، فيتمثل في بعض الدول المستقلة حديثاً، مثل الدول الناشئة عن تفكك يوغوسلافيا والاتحاد السوفياتي في عقد التسعينيات من القرن الماضي، وتيمور الشرقية، وجنوب السودان، التي من الصعب تقييم قابليتها للبقاء. للمزيد، انظر:

http://www.foreignpolicy.com/articles/2010/06/21/saving_failed_states?page=0,1

(٢) مارتن غريفيش تيري أوكالاها: المفاهيم الأساسية في العلاقات الدولية، مركز الخليج للأبحاث، دبي، ٢٠٠٨، ص ٢٢١.

(٣) المرجع نفسه، ص ٢٢١-٢٢٢.

http://www.foreignpolicy.com/articles/2010/06/21/saving_failed_states?page=0,1

(٤) مارتن غريفيش تيري أوكالاها: المفاهيم الأساسية في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

ومع ذلك سيكون من الخطأ الاعتقاد أن تفكك دولة ما يعد شأناً داخلياً بالكامل، بل على العكس، يحمل هذا الأمر معه انعكاسات إقليمية وأحياناً دولية، فحين تستوطن الفوضى في بلد ما، يتدفق اللاجئين عبر الحدود هرباً من العنف، وغالباً ما تنتشر النزاعات لتطال البلبلّة والفوضى الدول المجاورة.

وقد أصبح الدول الفاشلة ملاذاً للعصابات الإجرامية وتجار المخدرات ومهربي السلاح، وغالباً ما يكون من الضروري إنفاق جهد إنساني كبير وأموالاً طائلة لمساعدة السكان المدنيين، ونستنتج مما سبق أن تفكك الدولة يعد مشكلة بالنسبة إلى العديد من البلدان في النظام العالمي، فهي ليست مجرد مشكلة داخلية تخص البلد نفسه^(١).

ومن المنظورين السياسي والقانوني، يمكن أن يقال أن "الدولة الفاشلة" تحوز مجموعة من الخصائص الوظيفية والسياسية والجغرافية المعينة، فمن الناحية الجغرافية، ترتبط الدول الفاشلة بالمشاكل الداخلية ذاتية النشوء بشكل جوهري، بصرف النظر عن التأثيرات الحدودية العرضية، أما من الناحية السياسية، فالدول الفاشلة تواجه انهياراً داخلياً للقانون والنظام، ومن الناحية الوظيفية تفتقر الدول الفاشلة إلى أجهزة قادرة على تمثيلها في المستوى الدولي والقدرة في التأثير خارجياً^(٢).

وتعرّف الدولة الفاشلة قانونياً بأنها: "الدولة التي تتمتع - نظرياً - بالأهلية والشخصية القانونية لممارسة كلّ أساليب وأنظمة الحكم العملية، لكنها تفتقد إلى القابلية لممارستها وتطبيقها فعلياً"، فهي لا تمتلك أي سيطرة على استخدام القوة بالمؤسسات المتناسقة، ولا تمتلك سلطة حكومية وظيفية، وليس هناك أمن لسكانها، ولا سيطرة على حدودها.

وترتيباً على ما سبق، نستنتج أن الدول الفاشلة تُهدّد ذاتها وتهدد أيضاً منظومة العلاقات الدولية، فهي تتسبب عملياً في العديد من الكوارث الإنسانية، كما أن النزاعات

(١) Daniel Thurer, The "Failed State" and International Law, 81 INT'L REV. RED CROSS, (1999), pp. 731-34. MARIO SILVA, Somalia: State Failure, Piracy and the Challenge to International Law. VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vOL. 50:3, 2010, PP. 555-556.

(٢) Edward Newman, Failed States and International Order: Constructing a Post-Westphalian World, op. cit. p.422. Daniel Thurer, The "Failed State" and International Law, 81 INT'L REV. RED CROSS, (1999), pp. 731-34. MARIO SILVA, Somalia: State Failure, Piracy and the Challenge to International Law. VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vOL. 50:3, 2010, PP. 555-556.

الوطنية التي تُصيبُ الدول الفاشلة تُؤثّرُ على الدول المجاورة أيضاً، والإقليم المحيط، والعالم ككل، فتدهور الدولة يخلق تحديات كبيرة للمجموعة الدولية، لأنه يخلق أزمة إنسانية من ناحية الفاقة والمرض والعنف واللاجئين، كما أن الدولة الفاشلة تُصبح تربة خصبة للجماعات الإرهابية والعصابات الإجرامية^(١).

ثانياً - أسباب فشل الدولة:

لا شك أن عدداً من الأسباب تقف وراء تفكك الدولة وفشلها، ويجد بعض الباحثين جذوراً لهذه المشكلة في آلية إنهاء الاستعمار، حيث إن الفرضية الأساسية التي كانت تمثل ركيزة لإنهاء الاستعمار تتمثل في أن أوضاع الشعب ستزدهر حينما يكون قادراً على حكم نفسه بنفسه، ولكن خلال الخمسينيات والستينيات من القرن الماضي، لم تحظ فكرة «الشعب» ومكوناته بانتباه كبير، ووضعت القليل من الاستراتيجيات من جانب السلطات الاستعمارية العائدة إلى ديارها لتمكين الدول المستقلة حديثاً من التحول إلى كيانات ناضجة ومستقرة، وقاد الفشل في التعامل مع هذه المشكلة إلى عدد من الحروب الأهلية التي كان مبررها حق تقرير المصير، وقد أخفت الحرب الباردة هذه المشكلة عن الأنظار إلى درجة ما، وتدفقت المساعدات من القوى العظمى إلى قادة تلك الدول وساعدت على توطيد حكمهم، وفي الحقيقة، استفاد بعض قادة هذه الدول استفادة كبيرة من الحرب الباردة، بيد أن نهاية هذه الأخيرة وخسارة المساعدات الأجنبية معها كشفت الهشاشة الحقيقية لهذه الدول^(٢).

كما يضاف عامل مساعد آخر إلى نهاية الحرب الباردة، وهو مشكلة (نشر الديمقراطية) الديمقراطية Democratisation^(٣)، والتأكيد على أن أشكال الحكم

(١) مارتن غريفيش تيري أوكالاها: المفاهيم الأساسية في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص ٢٢٢-٢٢٣.

(٢) Edward Newman, Failed States and International Order: Constructing a Post-Westphalian World, op. cit. pp.424-425.; http://www.foreignpolicy.com/articles/2010/06/21/saving_failed_states

(٣) يلتقي هذا المفهوم مع انتشار الديمقراطية حول العالم انطلاقاً من قلبها في أوروبا الغربية وأمريكا الشمالية، فمع انتهاء الحرب الباردة، سيطر التفوّل فيما يتعلق باحتمال حلول الديمقراطية في بلدان العالم الثالث، ومع بداية القرن الحادي والعشرين، تبدد معظم هذا التفوّل، فقد عرفت دول عدة في العالم الثالث المراحل الأولى من عملية التحول إلى الديمقراطية، غير أن عدداً كبيراً منها بقي في طور تلك المراحل التأسيسية، وعلى الرغم من أن الديمقراطية لم تتوقف توقفاً شاملاً، فإنه من غير المتوقع أن يحدث تقدم حقيقي فيها، ومن الواضح أيضاً أن جزءاً كبيراً من التقدم الديمقراطي سطحي؛ فهو تغطية خفيفة للتركيب والمؤسسات السياسية =

الديمقراطية يجب أن تعترف وتطبق حق المواطنين بالمساهمة في آلية صنع القرار، بيد أن الدول ذات حكم الفرد الواحد تمارس قبضة حديدية على السلطة، وهكذا يتم الحصول على الاستقرار بواسطة التسلط والرعب، بيد أن الانتقال من حكم الفرد الواحد (الأوتوقراطية) إلى الديمقراطية غالباً ما يترك الدولة من دون رؤية واضحة للطرف الذي يجب أن يمسك بالسلطة، وهكذا، فإن الدخول بحالة «فراغ في السلطة» يقدم الفرص للجماعات الساخطة كي تحاول الاستيلاء على الحكم، كما تجدر الإشارة أيضاً إلى عاملين آخرين، الأول هو سوء الإدارة والفساد؛ والثاني هو النظام الرأسمالي العالمي، طالما أن المديونية الكبيرة التي تمثل سمة العديد من هذه الدول الضعيفة تهدد - بشدة - قدرتها على النمو^(١).

وإذا تنتمي الدول الفاشلة إلى طبقة خاصة بها، فمن المهم الاعتراف بأن العديد منها (وكلها تقريباً تقع تحت الصحراء الأفريقية الكبرى) على وشك الانهيار بشكل خطير، وهي لم تنتقل بعد إلى حالة من الفوضى، ولكنها تبدو في طريقها إليها.

ويتبادر إلى الذهن سؤال مفاده، ما الذي يمكن فعله بخصوص هذه الدول؟

تناقش الدراسات السياسية مدى واسعاً من الخيارات، ابتداءً بالاحتواء والعزل وتقديم المساعدات الأجنبية وانتداب بعض السلطات الحكومية إلى الأمم المتحدة وحتى إعادة إدخال أنظمة الوصاية الخاضعة للأمم المتحدة إليها^(٢).

= والاجتماعية التي شهدت تغيراً ضئيلاً منذ عهد الدكتاتورية، فقد يتم إجراء انتخابات دورية تظهر فيها المنافسة السياسية والمشاركة الشعبية وفقاً للديمقراطية الانتخابية، فيما يتبقى جزء كبير من الشعب خارج العملية الانتخابية، وغالباً ما تكون الأجهزة العسكرية وبعض الأجهزة المهمة الأخرى في الدولة معزولة عن الإشراف الديمقراطي، وقد يكون الإعلام خاضعاً للرقابة، كما قد تكون المحاكم فاسدة وغير فاعلة، وباختصار، تتم الانتخابات لكن لا تتم مراعاة الديمقراطية بكافة جوانبها ومتطلباتها. للمزيد من التفاصيل، انظر:

مارتن غريفيثش تيري أوكالاها: المفاهيم الأساسية في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص ٢١٠-٢١٢.

(١) المرجع نفسه، ص ٢٢٣.

(٢) مارتن غريفيثش تيري أوكالاها، المفاهيم الأساسية في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

http://www.foreignpolicy.com/articles/2010/06/21/saving_failed_states

الفرع الثاني

فشل الدولة كسبب من أسباب القرصنة

لا شك أن هناك ارتباطاً إيجابياً بين حوادث القرصنة ومستوى عدم الكفاءة وعدم استقرار حكومة الصومال المركزية، فالدولة الفاشلة لا يُمكنُ أَنْ تُسيطرَ على الأنشطة المختلفة التي تقع على سواحلها، والمفهوم ذاته وارد أيضاً في المياه الإقليمية لها^(١)، فليسَ لديها سيطرة حقيقية على إقليمها^(٢).

ولا شك أن الافتقار إلى حكومة صومالية مركزية قوية^(٣) قَدْ يَكُونُ كافياً للبحث عن المسؤولية في مكان آخر، فليس غريباً على دولة ضعيفة^(٤) أنها سَتَكُونُ غير قادرة على عمل أي شيء حيال القرصنة، فضلاً عن أن القرصنة ستصبح - للدولة

(١) عدم سيطرة الدولة الفاشلة على مياهها الإقليمية يَخْلُقُ مشكلة كبيرة، فطبقاً للقانون الدولي يصنف فعل السرقة أو الاختطاف في البحر بأنه "فعل قرصنة" عندما يَحْدُثُ في أعالي البحار فقط، لكن عندما يَحْدُثُ في المياه الإقليمية لدولة ذات سيادة، فإن نفس الفعل يَقَعُ ضمن فئة "السرقة أو السطو المسلح" armed robbery، ولا يُمكنُ أَنْ يَقْمَعَ بالقوات البحرية الأجنبية، حيث تَمْتَلِكُ الدولة الساحلية الحقَّ وتحمل المسؤولية في مُوَاجَهَةِ تلك الأفعال. للمزيد، انظر:

Emiliano Alessandri, Report of the Conference "Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", op. cit. p. 4.

(٢) MARIO SILVA, Somalia: State Failure, Piracy, and the Challenge to International Law, op. cit. p. 556.; Emiliano Alessandri, Report of the Conference "Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", op. cit. p. 4.

(٣) على الرغم من هذا، قد يكون للحكومة الصومالية - أحياناً - علاقة بموضوع القرصنة، من خلال إجراء واضح واحد يتمثل في أن الحكومة الفدرالية يمكن أن تسمح للسفن البحرية الأجنبية "بالمطاردة الحارة" hot pursuit لمتابعة القراصنة المشتبه بهم ضمن المياه الإقليمية الصومالية. للمزيد من التفاصيل، انظر:

قرار مجلس الأمن الدولي رقم (١٨٥١) بتاريخ ١٦ ديسمبر ٢٠٠٨.

Bjørn Møller, PIRACY, MARITIME TERRORISM AND NAVAL STRATEGY, op. cit. p. 14.;

Karl Srenson, State Failure on the High Seas - Reviewing the Somali Piracy, op. cit. pp. 31-32.

(٤) تحدث القرصنة نموذجياً حيث توجد الفجوات والفراغات في السيطرة السياسية على مناطق معينة من إقليم دولة ما، لأنه في مثل هذه المناطق تكون قدرة الدولة على التَعَامُل مع المشكلة أضعف بكثير من غيرها. للمزيد، انظر:

John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY IN SOUTH-EAST ASIAN WATERS, op. cit. p. 478.; George D. Gabel, Jr, Smoother Seas Ahead: The Draft Guidelines as an International Solution to Modern-Day Piracy, op. cit. p. 1438.

الضعيفة - وسيلة مهمة وسهلة للحصول على عائدات مالية an important means of acquiring revenues، وهذا الأمر قد يؤدي إلى الاعتماد - رسمياً - من الدولة على القرصنة للحصول على تلك العائدات، وبالتالي ليس من الضروري وجوب ممارسة أية رقابة مباشرة من الحكومة على القرصنة لكي يَحْصَلُوا على الحماية السياسية التي يَحْتَاجُونَ، أي أن الحكومة تحصل على العائدات في حين يحصل القرصنة على الحماية السياسية^(١).

كما أن الخصائص الجغرافية للصومال تعد من العوامل التي أدت إلى نشوء القرصنة، فالصومال تمتلك شريطاً ساحلياً بطول ٣٠٢٥ كيلومتراً، مما يجعله أحد الأشرطة الساحلية الأطول في أفريقيا، وهذا الشريط يوازي أو يقابل أحد الممرات المائية الأشد ازدحاماً في العالم (خليج عدن والمحيط الهندي)، مما يجعل ذلك الشريط ذا أهمية إستراتيجية عالية، حيث يَرْبُطُ بحر العرب بالبحر الأحمر، ومنه إلى قناة السويس وأوروبا، ولذلك أدرك صيادو الأسماك وجنود الجيش الشعبي الصومالي المنفعة الضخمة من اختطاف واحتجاز السفن كرهائن، ولهذا أصبحت القرصنة - إلى حد كبير - المصدر المربح للدخل، في غياب البدائل التي تسهل الحصول على المال بطريقة مشروعة وسهلة^(٢).

كما أن الصومال - حالياً - تعاني من أزمة إنسانية هي الأسوأ خلال العشرين سنة الماضية^(٣)، بالإضافة إلى أنها تعاني - أيضاً - من تضخم كبير ومشاكل بيئية حادة مثل الجفاف الشديد وغيرها، وأسوأ من ذلك الحرب الأهلية التي حصدت أرواح الآلاف وشردت الملايين، وبالتالي فإن القرصنة تعد علامة واضحة على الفاقة الشديدة وانعدام الأمن وعدم استقرار السلطة المركزية، إن لم يكن انعدامها^(٤).

كما أنه بعد انهيار حكومة سياد بري في ١٩٩١، بدأت سفن الصيد الأجنبية

(١) Karl Sörenson, State Failure on the High Seas - Reviewing the Somali Piracy, op. cit. p. 32.

(٢) Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy off Somalia: A Drop in the Ocean?, op. cit. pp. 1-2.

(٣) هناك أكثر من ٢ مليون شخص صومالي يعتمدون في غذائهم على المساعدات الخارجية المقدمة من برنامج الغذاء العالمي. انظر:

- Emiliano Alessandri, Report of the Conference "Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", op. cit. p. 8.

(٤) Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy off Somalia: A Drop in the Ocean?, op. cit. pp. 1-2.

بَغَزُو المياه الإقليمية الصومالية غير المحمية، واستغلت أماكن صيد الأسماك الضخمة، التي أصبحت أرضاً مشاعة وممارسة مربحة، وبالإضافة إلى أنشطة صيد الأسماك غير المشروعة، فإن بَعْض السُّفُنِ تَخَلَّصَتْ من النفايات السامة toxic waste في تلك المياه، ونتيجة لهذه التَطَوُّراتِ وما تلاها من أضرار، فقد وجد صيادو السمك الصوماليون^(١) أنفسهم قريبين من النهاية الخاسرة، بعد أن طوردوا بعيداً عن مصادر صيد سمكهم، وبالتالي بدءوا بالردِّ للدِّفاع عن أراضيهم، الذي بدأ كأفعال بسيطة للدفاع عن النَّفسِ، ثم أصبح قريباً من العمل المُنظَّم organized business، وما بعد ذلك، مثالا لاقتصاد الحرب an example of a war economy^(٢).

كما يبدو أن القراصنة الصوماليين يَتَمَتُّعون ببَعْض الدعم مِنْ المجتمعات الساحلية التي قَدْ تتلقى جزءاً من العائداتِ، علاوة على ذلك، من المحتمل أن القراصنة لَهُم صلات مع بعض الفئات الصومالية المُتَحارِبة على السلطة في البلاد، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر^(٣)، والمُتأكَّد إن بعض مجموعات القراصنة تَتَمَتَّع بالحماية مِنْ

(١) يلاحظ أن القراصنة الصوماليين كانوا - بدايةً - صيادي الأسماك الذين هاجموا السفن الأجنبية التي اشتركت في أنشطة غير شرعية، مثل (صيد السمك غير المرخص، وإغراق المواد السامة والنفايات)، أو تَدْخُل - ببساطة - المياه الإقليمية للصومال بدون رخصة، كما أن صوماليين آخرين أعادوا تشكيل أنفسهم كصيادي سمك - وأحياناً قراصنة - كطريق لكسب العيش and other Somalis have 'recycled' themselves as fishermen - sometimes pirates - as a way to make a living، فـقراصنة اليوم يَبْدُونَ مجموعة متباينة تَتَضَمَّنُ صيادي الأسماك الانتهازيين، والمجرمين العاديين، والمافيا، وفي بَعْض الحالات، أعضاء قوَّات الأمن البحرية المسؤولة عن حماية الشحن والملاحة البحرية، وعليه فإن كُلَّ الجهات العاملة في المنطقة - من ضمنهم حكومة الصومال - يَعترفُونَ بأن القراصنة أَصْبَحَتْ جزءاً من الجريمة المُنظَّمة، كما أن القراصنة مجرمون محكَّونَ وَلَيْسُوا لصوص البحار، أو متمردين يُحاربونَ ضدَّ التدخل الأجنبي في مياه الصومال الإقليمية، وهذا لا يَغْنِي، على أية حال، أن الظاهرة قد تَقْتَر إلى بُعد سياسي. للمزيد من التفاصيل، انظر:

- Dana R Dillon, Piracy alert, op. cit. P. 52.; Robert M. Jarvis, Maritime Piracy in the Modern World, op. cit. p. 3.; Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy off Somalia: A Drop in the Ocean?, op. cit. pp. 1-2.; Emiliano Alessandri, Report of the Conference "Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", op. cit. p. 8.; <http://www.unicef.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/4315>

Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy off Somalia: A Drop in the Ocean?, op. cit. p. 2.; MARIO SILVA, Somalia: State Failure, Piracy, and the Challenge to International Law, op. cit. p. 560.)

(٣) على أية حال، لا توجد إشارة تدل على أن القراصنة الصوماليين يدفعون لاية جهة، أو أنهم =

لوردات الحرب الوطنيين، إن لم يكونوا مباشرة تحت قيادتهم^(١).

الفرع الثالث

مَنْ هم القراصنة الصوماليون؟ وكيف يَشْتَغِلُونَ؟

يلاحظ أن أغلب قراصنة الصومال صيادو سمك محليون سابقون، انضم إليهم قادة المليشيا الشعبية، وأعضاء العصابات الوطنية، كما يمكن افتراض انضمام الأعضاء السابقين لقوات خفر السواحل الصومالية، علماً بأن مقر أكثرهم يقع في إقليم بونتلاند المستقل ذاتياً the autonomous province of Puntland، في شمال شرق الصومال، وهم لا يتبعون أو يطبقون أية أجندة سياسية، كما أن المخاوف من الارتباط الوثيق بين القرصنة والإرهاب تبدو عديمة الأساس، فبدلاً من ذلك، يريد القراصنة الحصول على المال بسهولة ويُنفذون الهجمات للأهداف الخاصة، حيث يقترب القراصنة من السفن التجارية على القوارب السريعة الصغيرة، ويطلقون النار بالأسلحة الآلية والقنابل التي تعمل بالدفع الصاروخي، وهكذا يحاولون ركوب واختطاف السفن، فإذا كان الهجوم ناجحاً، فإن السفينة المختطفة تُؤخذ إلى شواطئ الصومال، حيث يتفاوض القراصنة على الفدية a ransom، التي توافق الحكومات وشركات الشحن على دفعها في أكثر الحالات^(٢).

= مدفوعون بأجندة سياسية من أي نوع، بل إن الردع المحتمل ضد سُفُن صيد الأسماك الأجنبية التي تنتهك المياه الإقليمية الصومالية لم تعد مؤشراً على ذلك، لأن تلك السفن لم تعد الهدف الأساسي للقراصنة الصوماليين، للمزيد من التفاصيل، انظر:

- Karl Sörenson, State Failure on the High Seas - Reviewing the Somali Piracy, op. cit. p. 32.

(١) Emiliano Alessandri, Report of the Conference "Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", op. cit. p. 8.

(٢) تقدر الفديات التي دفعت في عام ٢٠٠٨ - فقط - ما بين ٢٠ إلى ٤٠ مليون دولار أمريكي، وفي عام ٢٠٠٩ بلغت ١٢٠ مليون دولار من جميع السفن التي تم اختطافها، باستثناء سفينة أمريكية واحدة "مايرسك ألاباما" Maersk Alabama تم تحريرها دون فدية، ففي أبريل ٢٠٠٩، تغلب طاقم تلك السفينة على القراصنة، فيما أنقذ ربان السفينة لاحقاً من قبل القوة البحرية الأمريكية، وهذه الفديات تدفع من قبل شركات التأمين التي تصر على أن دفعها يجب أن يُسمَح به من قبل الحكومات بدون قيود، فالحسائر في الأرواح والأضرار التي يمكن أن تحدث في الملكيات بسبب المنع القانوني لدفع الفدية، يقدر بأكثر من قيمة الفدية. للمزيد من التفاصيل، انظر:

- Emiliano Alessandri, Report of the Conference "Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", op. cit. p. 10.; MARIO

ونظراً لعدم وجود السلطة المركزية الرسمية أو فشلها، فقد بُذلت العديد من المحاولات لمُساعدَة الصومال في تعزيز أمنها الوطني، كان منها تأسيس قوات خفر السواحل وتدريبها، بيد أن العدد غير المعلن لخفر السواحل يَبْدُو أنه ساهم في نشوء القرصنة من ناحية التدريب ومعرفة المهارات اللازمة للملاحَة في البحر، علاوة على ذلك، فإن البعض مِنْ عمليات الاختطاف الأولى في المياه الصومالية التي نُفِذَتْ مِنْ قِبل مجموعة القراصنة التي أشارت إلى نفسها "بجنود بحرية صوماليين" Somali Marines، على الرغم من أن هذه المجموعة لم تشر إلى أية مجموعة مكلفة من قبل الحكومة، وبناء عليه، يَبْدُو كما لو أن أفعال القرصنة كانت مدفوعة بالشكاوي بين سكان الساحل الصومالي من سُفْنِ صيد الأسماك الإسبانية والدانماركية التي جاءت ومارست الاصطياد غير المشروع بالقرب من الشواطئ الصومالية وفي مياهها الإقليمية^(١).

وفضلاً عما سبق، يمكن القول إن القرصنة الصومالية تمارس كوسيلة لكسب العيش في بلاد مَحْرُومَة مِنْ فرص العمل provide a way to earn a living in a country deprived of employment opportunities، فالقرصنة تعد سبباً لكسب الرزق البديل، فهي تقدم وتعرض خيارات واسعة للناس في الصومال، ومثل هذه الخيارات التي تتضمن إمكانية ربح المداخيل التي لا تضاهى بالخيارات البديلة على اليابسة، تعد السبب الرئيسي لوجود القرصنة الصومالية^(٢).

= SILVA, Somalia: State Failure, Piracy, and the Challenge to International Law, op. cit. p. 568.; Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy off Somalia: A Drop in the Ocean?, op. cit. p. 2.)

Karl Sörenson, State Failure on the High Seas - Reviewing the Somali Piracy, (١)
op. cit. p. 28.

Ibid. p. 30. (٢)

المطلب الثالث

جهود مكافحة القرصنة المعاصرة

على الرغم من التناقض مع تعريف القرصنة (الوارد في المادة ١٠١ من اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار)، فإن اختطاف السفن الراسية في الميناء، أو في البحر - بشكل واضح - يُشكّل فعل قرصنة، وعليه، فإنّ حالة القرصنة الصومالية تعد انتهاكاً لاتفاقية ١٩٨٢، كما يُشار إلى الاتفاقية ذاتها أيضاً في قرارات مجلس الأمن (١٨١٦، ١٨٣٨)، ولأن القرصنة تملك عدداً من الميزات التي قد تُلاحظ إذا بذل انتباه أكثر في تعريف القرصنة الوارد بها^(١).

ولا شك أن العديد من الجهود بذلت لمحاربة القرصنة وقمعها، سواء على المستوى الإقليمي أو الدولي، غير أن تلك الجهود لم تفلح في القضاء على الظاهرة، ولذا سيتم دراسة تلك الجهود، وبيان أسباب فشلها، للخروج بإستراتيجية شاملة للقضاء على القرصنة من خلال ما يلي:

الفرع الأول

الحلول الإقليمية لمحاربة القرصنة

رغم أن قدرة الدول على قمع القرصنة مقيدة بما ورد في القانون الدولي، الذي يُشجع على العمل الرسمي الفردي ضدّ القرصنة، ولا يتضمن بنوداً لتشجيع الأفعال المنسقة ضدّها، فكل ما يتطلبه هو التنسيق والتعاون، بحيث يطلب من الدول التعاون - لأقصى حدّ ممكن - في قمع القرصنة في أعالي البحار (م ١٠٠ من اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار)، ولكن ليس هناك سلطة مسمّاة أو تم تأسيسها للتحقق مما إذا كانت الدول تقوم بهذا الالتزام^(٢).

ومع ذلك فإن سلسلة من اتفاقيات مكافحة القرصنة متعددة الأطراف، أو "مواثيق القرصنة" ستخفف هذه المشكلة بتشجيع مجموعات من الدول على وضع وتطبيق آليات ضد القرصنة الإقليمية^(٣).

Ibid. p. 25.

(١)

Timothy H. Goodman, LEAVING THE CORSAIR'S NAME TO OTHER TIME: How To ENFORCE THE LAW OF SEA PIRACY IN THE 21st CENTURY THROUGH REGIONAL INTERNATIONAL AGREEMENTS, op. cit. p. 156.

(٢)

Ibid. p. 157.

(٣)

وتتضح أهمية الاتفاقيات الإقليمية لقمع القرصنة، في أن هجمات القراصنة تَحْدُثُ عموماً ضمن حدود إقليمية معينة^(١)، فالمواجهة المنطقية لتهديدات القرصنة تكمن في تأسيس اتفاقيات وترتيبات دولية إقليمية regional international agreements^(٢) لمحاربة تلك الظاهرة.

والتطور الأكثر إيجابية في النشاط ضد القرصنة، يتمثل في العزيمة المتزايدة من ناحية الدول في جعل محاربة القرصنة أولوية بالنسبة لها، وتقوية جهود تطبيق قوانينها البحرية^(٣).

وبالتالي، لقمع القرصنة في خليج عدن والمحيط الهندي، فإن التعاون الإقليمي ضروري، إذا أريد الحفاظ على الأمن والملاحة البحرية، ويجب أن تركز جهود المنع

(١) للكثير من السنوات، صُنِفَتِ القرصنة في مستوى ضعيف نسبياً ضمن أولويات الحكومات الإقليمية، دون تهديدات الأمن الأكثر عمومية مثل التنافس بين الدول interstate rivalries، والإرهاب، وأعمال التمرد guerrilla insurgencies، وإنتاج المخدرات، والجريمة المنظمة، وفي أكثر الحالات، افتقرت القرصنة إلى وضعها ضمن الأولويات في التهديدات الأمنية البحرية، مثل صيد السمك غير الشرعي، والتهريب، وغيرها، للمزيد من التفاصيل، انظر:

John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY IN SOUTH-EAST ASIAN WATERS, op. cit. p. 478.

(٢) فالاتفاقيات العالمية مثل اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار، واتفاقية سلامة الملاحة البحرية ١٩٨٨، يُفَكِّكُ أَنْ تَكُونَا مصحوبتين أيضاً (بدلاً مِنْ الاستبدال) بالاتفاقيات الإقليمية الفرعية الإضافية التي تَفَرِّضُ الالتزامات والمسؤوليات الأعظم على الدول الموقعة، فاتفاقية التعاون الإقليمية المدعومة من قبل اليابان لمحاربة القرصنة والسرقة بقوة السلاح ضد السفن، التي تطبق - مع بعض النجاح في آسيا - يُفَكِّكُ أَنْ تكون مسودة مفيدة فعلاً في هذا الجانب، فقد ساعدت الاتفاقية على صياغة مذكرة التفاهم المضادة للقرصنة في المحيط الهندي الغربي، وخليج عدن، والبحر الأحمر التي اختتمت في جيبوتي في ٢٩ يناير ٢٠٠٩ (مدونة سلوك جيبوتي)، وليس هناك سبب يبين لماذا لم يتم إقرار وتطبيق اتفاقيات مشابهة بنفس الطريقة في أجزاء أخرى مِنْ العالم. للمزيد من التفاصيل، انظر:

Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, op. cit. p. 2.

(٣) هناك ثلاثة تحديات قد تعترض فعالية واستمرار التعاون الإقليمي لمحاربة القرصنة، تتمثل في الآتي:

١- ضمان استمرار ذلك التعاون بنفس القوة والفعالية والزخم؛
٢- توسيع الشبكات التعاونية لتشمل جميع الدول والمنظمات المعنية في الإقليم والقطاع العام والخاص؛

٣- تعزيز ونقل الحرب إلى تهديدات الأمن البحري الأخرى. للمزيد، انظر:
John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY IN SOUTH-EAST ASIAN WATERS, op. cit. pp. 478 & 486-490.

والمراقبة والتحري على مئات الأميال المربعة للبحار والمحيطات، وتبقى هذه الجهود في كل ساعات اليوم، كما يجب أن تسمح الدول الساحلية المطلة على المناطق البحرية الخطرة والأطراف في تلك الاتفاقيات، بالمطاردة ودخول السفن والطائرات التي تسعى لتطبيق قوانين جيرانها البحرية إلى بحارهم الإقليمية والأرخبيلية، بعد الحصول على ترخيص بذلك من الدولة المعنية، وللصعود وحجز السفن المشكوك فيها من دولة العلم أو الدولة الساحلية، اعتماداً على الموقع^(١)، ولذا فإن التعاون الرسمي الإقليمي مطلوب لتأسيس هذه الآليات^(٢).

كما أن تعزيز التعاون الإقليمي البحري يحتاج - بشكل خاص - إلى تولّد إرادة سياسية أقوى بين القادة السياسيين للاستثمار في بناء الأجهزة البحرية الكافية ودعم القوات البحرية، علاوة على ذلك، هناك حاجة إلى اتفاقية عامة لتبادل المعلومات، والتنسيق بين القوانين الوطنية، وتأسيس جهاز مترابط للتشريع وتنفيذ التمارين المشتركة، كما أن من الضروري إنشاء قوة بحرية إقليمية تتجه نحو تبني إجراءات منظمة حلف شمال الأطلسي لقمع القرصنة، واتخاذ الخطوات الأولى لتطوير المكون البحري لتلك القوة^(٣)، فمن الأهمية بمكان، تنسيق ردود الدول الساحلية المجاورة عن طريق خلق إطار قانوني مشترك لقمع القرصنة^(٤)، وتعزيز القدرات المشتركة والقيام

(١) وهذا يتطلب من الدول - ضمن أمور أخرى - قوة بحرية فعالة مدربة، ومراقبة السفن والمراكب المشكوك فيها، للمحافظة على النظام العام في البحر. للمزيد، انظر:

Patricia Jimenez Kwast, Maritime Law Enforcement and the Use of Force: Reflections on the Categorization of Forcible Action at Sea in the Light of the Guyana/Suriname Award, Journal of Conflict & Security Law, Vol. 13 No. 1, 2008. p.54.

(٢) Ashley Roach, ENHANCING MARITIME SECURITY IN THE STRAITS OF MALACCA AND SINGAPORE, op. cit. p. 103.

(٣) Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy off Somalia: A Drop in the Ocean?, op. cit. p. 4.

(٤) ينبغي - في هذا الصدد - الإشارة إلى مدونة سلوك جيبوتي لعام ٢٠٠٩ الخاصة بقمع القرصنة في خليج عدن والمحيط الهندي، التي تم إقرارها في الاجتماع الذي عقده المنظمة البحرية الدولية في جيبوتي من ٢٦ إلى ٢٩ يناير ٢٠٠٩، بحضور عدد من الدول الإقليمية، والمنظمات الدولية، وقد تضمنت المدونة مجموعة من الأحكام والترتيبات المعنية بمحاربة القرصنة وضمان الأمن البحري، من أهمها: التأكيد على أهمية التعاون الدولي في مكافحة الأخطار التي تهدد الأمن البحري (مثل القرصنة والإرهاب البحري)، والدور الحاسم في رصد تلك الأخطار ودرئها والتصدي لها، وتعزيز تبادل المعلومات بين الدول فيما يتعلق باكتشاف تلك الأخطار ودرئها، ومحاكمة المجرمين، ودعوة الدول إلى اتخاذ الخطوات المناسبة بموجب =

بالدوريات البحرية المشتركة، وتبني التنسيق بين خفر السواحل في الدول المعنية، والهدف من ذلك هو خلق شبكة إقليمية متكاملة لخفر السواحل في خليج عدن^(١).

الفرع الثاني

النظر في أسباب القرصنة ومحاولة معالجتها من جذورها

يجب التعامل مع العوامل والأسباب الحقيقية للقرصنة الموجودة على الأرض الصومالية، من خلال التعاون للقضاء عليها^(٢)، فإذا كان أساس القرصنة الصومالية يتمثل في الفاقة بالتمازج مع الدولة الضعيفة والمجتمع الهش، فمن الواضح أنه من الصعب جدا استئصال القرصنة ما لم يتم استئصال جذورها وأسبابها نفسها.

فالتواجد العسكري البحري قد يخلق تغييراً في الوسائل وتخفيضاً مؤقتاً في أعمال القرصنة، لكن في النهاية، سيظل التغيير قليلاً جداً، لأن القرصنة تعد مشروعاً

= قوانينها الوطنية لتسهيل القبض على من يدعى ارتكابهم لأعمال القرصنة ومحاكمتهم، وحث جميع الدول على القيام بالتعاون لمحاربة القرصنة عن طريق اتخاذ تدابير تشمل تقديم المساعدة في بناء القدرات، من خلال تدريب الملاحين وموظفي الموانئ وموظفي إنفاذ القوانين على منع حوادث القرصنة، والإبلاغ عنها والتحقيق فيها وتقديم مرتكبيها إلى العدالة، وفقاً للقانون الدولي، وعن طريق اعتماد تشريعات وطنية وتوفير السفن والمعدات اللازمة لأغراض الإنقاذ، ومراعاة الحيطة إزاء الغش في تسجيل السفن، والمساعدة المتبادلة بين المشاركين في إجراءات مكافحة القرصنة.

(١) Emiliano Alessandri, Report of the Conference "Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", op. cit. p. 9.

(٢) وضع البعض إستراتيجية متكاملة لمنع هجمات القراصنة، تتضمن: أ- تأسيس مجموعة اتصال كبيرة من الشعوب التي لديها إرادة سياسية، وقدرات واسعة، ومصادر لمحاربة القرصنة في القرن الأفريقي؛

ب - تقوية وتشجيع استعمال دوريات الأمن البحرية في خليج عدن؛

ج - تحديث وسائل أمن السفن والنظر في وضع الخطط لتقوية الشحن التجاري ضد هجمات القراصنة؛

د- وضع خطط دعاية وإعلام واتصالات إستراتيجية لتأكيد التأثيرات التدميرية للقرصنة على الأمن البحري والإنساني والتجاري، وتشجيع حكم القانون. للمزيد، انظر:

DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY U. S. COAST GUARD STATEMENT OF ADMIRAL WILLIAM BAUMGARTNER ON INTERNATIONAL EFFORTS TO COMBAT MARITIME PIRACY BEFORE THE SUBCOMMITTEE ON INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, op. cit. pp. 4-6.

متولداً عن طريق الربح، فما لم يتم إنشاء مشاريع اقتصادية أخرى تُصَبِّحُ أكثر ربحاً، فإن هجمات القرصنة ستُواصلُ الوجود^(١).

وعليه ينبغي التأكيد على أن محاربة القرصنة الصومالية لَنْ تَكُونُ ناجحة باستخدام الوسائل العسكرية البحرية فقط، والسبب لذلك - من بين أمور أخرى - يتمثل في شيئين رئيسيين، هما:

أ - التركيب أو البناء المتأصل لأية قرصنة منظمّة the inherent structure of any systematic piracy - بما فيها القرصنة الصومالية - الذي يجعل الأمر صعباً لإيقاف ممارسة القرصنة عن طريق مجرد التركيز على إعاقة واعتراض سُفُنِ القراصنة، فالقرصنة كانت دائماً في حاجة - على الأقل - إلى ميناء آمن واحد، يُمكنُ أَنْ يَتِمَّ اللجوءُ إليه، فضلاً عن إفراغ المسلوبات والمتاجرة بها unload and trade the loot، ومن الناحية التاريخية، وفي الوقت المعاصر، سيتم القضاء على القرصنة بشكل دائم - فقط - متى تم الاقتراب من زواياها وجوانبها المتعددة، فتركيباتها أو بناؤها الإجرامي يجب أَنْ يقضى عليه، وداعموها يجب أَنْ يقدموا للعدالة، وممارستها ينبغي أَنْ يتم السيطرة عليها، وباختصار، يجب أَنْ يتم القضاء على حوافز وبواعث القرصنة، فطالما بقيت القرصنة عملاً مربحاً فستظل موجودة دائماً، ولذا، ينبغي النَّظَرُ للقرصنة كنوع من الجريمة المُنظمة to view piracy as a sort of organized criminality، بدلاً مِنْ معاملتها من قبل البعض كإرهاب^(٢).

ب - إن تفكك دولة الصومال، يجعل الأمر صعباً لاستهداف أسس القرصنة وجنورها بنجاح، أو البواعث عليها، فالحالة السياسية في الصومال مُريّعة، ومن الصعب حَلّ شفرة الارتباطات بين المناطق والجماعات المختلفة للصومال ونظام العشيرة المعقد the complex clan system، ولذا فإن أفضل طريقة لمحاربة القرصنة، ينبغي أَنْ يستخدم فيها مجموعة من الوسائل المتعددة، فهي ستَتطلَّبُ اتخاذ نوع من العمل على اليابسة، وهذا لا يَغْنِي انتشار القوّات العسكرية بالضرورة، لَكِنَّهُ سَيَتطلَّبُ

(١) Karl Sörenson, State Failure on the High Seas - Reviewing the Somali Piracy, op. cit. p. 35.

(٢) Karl Sörenson, op. cit. p. 8.; DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY U. S. COAST GUARD STATEMENT OF RADM WILLIAM BAUMGARTNER ON INTERNATIONAL EFFORTS TO COMBAT MARITIME PIRACY BEFORE THE SUBCOMMITTEE ON INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, op. cit. P. 3.

أن تقوم المجموعة الدولية بتسليط نوع من الضغوط السياسية على الحكومة الاتحادية الانتقالية (the Transitional Federal Government (TFG)، وبأن ترتبط مع الصومال في المدى البعيد^(١).

كما يجب الإشارة إلى أن القرصنة لن يتم القضاء عليها - بشكل شامل - عن طريق إجراءات الردع العسكري، فلا بد أن تكون هناك حوافز فعالة على الأرض لإعاقتها^(٢).

فعلى الرغم من البيانات الرسمية التي تُشدد على ضرورة مُحارَبة القرصنة من جنورها، فإن كلاً من الاتحاد الأوروبي وحلف الأطلسي منشغلان بمعالجة والتركيز على الإجراءات قصيرة الأمد لمحاربتها، ولذا تواصل الازدهار، على الرغم من المستوى العالي للمشاركة الدولية، فقد زاد نشاط القراصنة بشدة في النصف الأول من ٢٠٠٩، ولكن نتيجة للعديد من الإجراءات المضادة، مثل الإجراءات الاحتياطية المُطورة على السفن وانتشار الدوريات improved precautionary measures on ships and the presence of patrols، فإن خمس الهجمات كانت ناجحة - فقط - في ٢٠٠٩، وهذه الردود والإجراءات تعد حلولاً مؤقتة، فالقرصنة الصومالية تبقى مشكلة خطيرة، والقراصنة يبدون مستميتين بدرجة كبيرة في سعيهم لاختطاف السفن، وعليه إذا كان المجتمع الدولي جاداً في إجراءات مُعالجة أساس القرصنة، فإنه يحتاج إلى مضاعفة جُهوده على الأرض الصومالية، فكل العمليات التي نفذت في القرن الأفريقي أخفقت في إشراك العنصرين الرئيسيين المتمثلين في: أ) الصومال والصوماليون أنفسهم (فجُهود مجموعة الاستخبارات الغربية على الأرض الصومالية غير موجودة عملياً، وليس هناك آليات لفهم كيف ينظر المواطنون الصوماليون إلى المشكلة)؛ ب) ملاك ومشغلو السفن الصغيرة - التي تشكل غالبية السفن المارة في خليج عدن - والسفن التي تمر في الخطوط البحرية، وبنفس الأهمية، يلاحظ أن الإجراءات التي تتم في البحر لمحاربة القرصنة لن تكون قادرة على مُواجهة المشكلة بشكل شامل، بسبب اتساع المنطقة التي تُغطي (أكثر من ١,٢ مليون ميل مربع)، ولأنها فقط تعالج القرصنة في نقطتها الأخيرة - على البحر - بدلاً من جنورها - على الأرض^(٣).

(١) Karl Sörenson, State Failure on the High Seas - Reviewing the Somali Piracy, op. cit. pp. 8-9.

(٢) Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, op. cit. p. 4.

(٣) Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy off Somalia: A Drop in the Ocean?, op. cit. p. 3.; Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, op. cit. p. 7.

ومن الضروري أن تكون الإجراءات - في أغلب الأحيان - مطبقة في المجال الثنائي أو الإقليمي أيضاً، فحُرمان القراصنة من الأهداف المربحة - على الأقل من حيث المبدأ - يعد إجراء وقائياً فعالاً، وإحدى طرق العمل - هذه - قد يكون ابتكار طرق شحن بديلة تبتعد عن الممرات المائية الضيقة والمزدحمة^(١).

علاوة على ذلك، يبدو أن المنطقة التي تحدث فيها أنشطة القرصنة تتوسّع، فالهجمات تتم على بعد ٧٠٠ ميل - أحياناً - من السواحل الصومالية، وللقيام بأعمال المراقبة والدورية في كامل المنطقة - عملياً - يحتاج الأمر لأساطيل كبيرة، فحتى القوات البحرية الكبرى، يُمكن - فقط - أن تتحمل إرسال بضع سفن حربية للمنطقة لفترة معينة، بسبب الميزانيات والكلف الهائلة لذلك^(٢).

وعلى أية حال، يمكن أن تتعاون المؤسسات الأمنية مع المؤسسات غير الأمنية والدول لمحاربة القرصنة، فالمؤسسات الأمنية يمكن أن تقدم الإمكانيات العسكرية واللوجستية المطلوبة كجهد ثابت وبعيد المدى للتحالفات العسكرية، علاوة على ذلك، يمكن أن تعتمد على الاستخبارات النوعية عالية المستوى، ويأتي دور الحكومات متمماً لتلك الإجراءات، من خلال الدعم الاقتصادي والسياسي وغيره، فالدول والمنظمات الدولية يُمكن أن تعتمد على عدّة وسائل أخرى للمُساهمة في استقرار الصومال، كالمساعدات الخارجية، والاتفاقيات التجارية، والاستثمار في التعليم، إلخ، بما يؤدي إلى مُعالجة أساس المشكلة على الأرض^(٣).

كما يتوجب مشاركة الدول الأخرى ذات العلاقة، فقد لاحظ البعض بأن تجربة المناطق الأخرى قد تكون غنية بالمعلومات المفيدة للتحديات الحالية في القرن الأفريقي، فعلى سبيل المثال، انخفضت القرصنة في مضائق مالاکا Malacca في السنوات الأخيرة، لأن التعاون بين القوى الإقليمية (ماليزيا، سنغافورة، وإندونيسيا بشكل خاص) يبدو أنه كان فعالاً، وهذا التعاون يُمكن أن يتضاعف في المناطق الإقليمية الأخرى، وكذلك الدول التي تتبع السفن جنسياتها مثل بنما وغيرها^(٤).

(١) يناهض المنطق الاقتصادي - في أكثر الحالات - بقوة هذا الأمر، نظراً للخطر المنخفض للخسائر المتوقعة من هجمات القراصنة، وهذه القضية يُمكن أن تعالج عموماً من قبل شركات الشحن والتأمين. للمزيد من التفاصيل، انظر:

- Björn Möller, PIRACY, MARITIME TERRORISM AND NAVAL STRATEGY, op. cit. p. 20.

(٢) Emiliano Alessandri, Report of the Conference "Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", op. cit. p. 9.

Ibid. pp. 11-12.

Ibid. p. 19.

ولذا، فإن الحل طويل المدى يتطلب إعادة بناء البنية الأساسية للحكومة الصومالية المُنهارة، وفي الفترة الفاصلة، ينبغي بناء القدرات القانونية الوطنية للحكومات الأخرى في المنطقة الراغبة في مُحَاكَمَة القراصنة، فمثل هذا النظرة تُساعد على تعزيز الأنظمة القانونية الوطنية الإقليمية للوصول بها إلى المستويات الدولية، وهذا الأمر يستلزم تحسين أوضاع تدريب الشرطة وخفر السواحل، وإصلاح الأنظمة القانونية والجزائية، فكل أشكال القرصنة، وبالتحديد القرصنة واسعة النطاق والمنظمة خصوصاً، معتمدة على شبكة على اليابسة لدعمها، ولذا فإن هذه الإجراءات يَجِبُ أَنْ تَكُونُ شاملة، لكي تَكُونُ حقاً فعّالة، للقضاء على القرصنة في العالم بأكمله^(١).

كما أن إعادة ودعم الحكومة المستقرة والمسئولة في الصومال، وخلق حياة أفضل للشعب الصومالي - خصوصاً الشباب - ستؤدي في النهاية إلى هزيمة القرصنة، فالحل النهائي يَجِبُ أَنْ يَكُونُ هو الحل الذي يتعامل مع النظام السياسي على اليابسة، وبمعنى آخر، "حلّ بناء الأمة" a nation building solution^(٢).

فضلاً عن أن إيجاد حلّ للقرصنة البحرية يتطلب الاعتراف بتنوع الممثلين والمصالح المشاركة، فعلى سبيل المثال، هناك واجب وحصة في جهود قمع القرصنة على كل من ممثلي القطاع العام والخاص، رغم أن حوافزهم ليست متطابقة، فممثلي القطاع الخاص لديهم مصلحة محدودة لإرادة تقليل أو منع الكلف العالية من ناحية الخسائر في الأرواح وخسائر الملكية، أما الحكومات فيجب أيضاً أَنْ تَفكر في تهديدات النظام الاجتماعي الناجمة عن القرصنة، وهذا الأمر يَجِبُ أَنْ يعد حافزاً (وربما أولوية) للدول لأخذ مركز الصدارة في ابتكار الحلول للقضاء على القرصنة، كما أن اختلاف نظرة الناس للقرصنة في الدول المتطورة والنامية، يَجِبُ أَنْ تُؤخذ في الاعتبار عند النظر في خيارات قمع القرصنة^(٣).

ولأن القرصنة فُهمت على أنها توسّع الاختيارات المتوفرة لجميع شرائح المجتمع الصومالي، لذلك، لمعالجة القرصنة - بجدية - يجب أن تكون الاختيارات

(١) Björn Möller, PIRACY, MARITIME TERRORISM AND NAVAL STRATEGY, op. cit. p. 20.

(٢) Emiliano Alessandri, Report of the Conference "Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", op. cit. p. 8.; Elizabeth Andersen, Benjamin Brockman-Hawe & Patricia Goff, Suppressing Maritime Piracy: Exploring the Options in International Law, op. cit. p. 10.

(٣) Elizabeth Andersen, Benjamin Brockman-Hawe & Patricia Goff, op. cit. p. 11.

المتوفرة موسّعة بشكل أكبر لتشمل الأعمال التجارية التي تقدم دخلاً كبيراً، ولأنه لا يوجد عمل قانوني يُمكن أن يتنافس مع القرصنة فيما يتعلق بالمداحيل المباشرة، فإن الحوافز التي تدفع إلى ممارسة القرصنة يجب أن تُعدّل بحيث يتم جني تلك الأرباح أو على الأقل بعضاً منها من أعمال قانونية مشروعة تعود بالفائدة على التجمعات السكانية في الساحل الصومالي^(١).

فمن الضروري للمجموعة الدولية أن تتحرّك لتصحيح هذه العيوب، فالحوافز يجب أن تُعطى للمجتمعات الساحلية الوطنية لإيقاف إسناد ودعم مجموعات القراصنة، التي تمد هذه المجتمعات بسبل حياتهم الاقتصادي الوحيد، (فحوالي ٢٠٪ من الفديات التي تدفع للقرصنة يعاد استثمارها لتعزيز البنية التحتية وإيجاد فرص العمل في البلدات والقرى الساحلية (20% percent of ransoms are typically reinvested to boost infrastructure and employment in coastal towns and hamlets) فمبادرات التنمية الاجتماعية والاقتصادية التي تستهدف دعم الصناعات الصغيرة والأعمال التجارية التعاونية التي لا تعتمد على القرصنة، يبدو أنها ستكون الوسائل الأكثر فعالية لإنجاز هذا الهدف^(٢).

وبالتالي، يمكن البدء في إنشاء أسطول صومالي قوي وتقوية قطاع الأمن، وهذا الأمر يجب أن يكون مدعوماً من قبل المجموعة الدولية، بتقديم الأجهزة والتدريب والتمويل، وعلى أية حال، يمكن أن تكون هذه الجهود مثمرة في النهاية - فقط - إذا تم معالجة والتعامل مع كل من المخاوف الأمنية والإنسانية في نفس الوقت، وهذه واحدة من أولى القضايا التي يجب أن تعالج على الأرض، فكل من إزالة القرصنة والمساهمة في السلام والأمن والتنمية في الصومال مسألة تتعلق بالإرادة السياسية، وبشكل أقل بالمصادر والوسائل^(٣).

(١) Karl Sörenson, State Failure on the High Seas - Reviewing the Somali Piracy, op. cit. p. 35.

(٢) Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, op. cit. p. 7.

(٣) Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy off Somalia: A Drop in the Ocean?, op. cit. p. 4.

الفرع الثالث

محاكمة القرصنة إقليمياً ودولياً

على الرغم من أن العمليات العسكرية البحرية ضد القرصنة لم يسبق لها مثيل، حيث أحبطت عدّة محاولات للقرصنة في أعالي البحار، غير أن قدرة تلك الإجراءات محدودة بسبب ضعف الإرادة السياسية والقدرة على مُحاكَمَة القرصنة.

ولذلك، وقّع الاتحاد الأوروبي - بالإضافة إلى الولايات المتحدة، وبريطانيا، والدانمرك - اتفاقيات مع كينيا، تسمح بنقل القرصنة الصوماليين للمحاكمة على أراضيها^(١)، وقد أكدت تلك الاتفاقيات على أن الحجز والمحاكمة لا يمكن أن يتضمنا استعمال التعذيب، ويجب أن تكون المحاكمة عادلة، كما يجب أن تلتزم بمعايير حقوق الإنسان الدولية، ويبقى الشك بالنسبة إلى القانون الذي يجب أن يُطبّق في كل حالة؟، كما تثار قضية أخرى حول التعويض أو المساعدة المالية بالنفقات التي يتم تكبدها عند محاكمة القرصنة، ولذا التزم الاتحاد الأوروبي بدعم حكومة كينيا في جهودها القضائية بمبلغ (٢,٤ مليون يورو)، كما أن التعويض يُمكن أن يأخذ أيضاً شكل "بناء القدرات أو تنمية الخبرات لدى المختصين في ذلك البلد"^(٢).

كما أن جزر سيشل - الواقعة على المحيط الهندي - قامت بدعم من الأمم المتحدة بإنشاء مركز لمحاكمة القرصنة^(٣)، ويعتبر مركز سيشل الإقليمي هو الثاني من نوعه، بعد المركز الذي تأسس في كينيا، وسيحاكم الأشخاص المتورطين في عمليات القرصنة، ويتم إلقاء القبض عليهم من قبل القوات البحرية التابعة للاتحاد الأوروبي والقوات العاملة في الصومال^(٤).

(١) Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy off Somalia: A Drop in the Ocean?, op. cit. p. 3.

(٢) Emiliano Alessandri, Report of the Conference "Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", op. cit. p. 6.

(٣) يعمل المركز مع برنامج مكافحة القرصنة المشكل من قبل الاتحاد الأوروبي ومكتب الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومكافحة المخدرات على التأكد من وجود القوانين اللازمة لمثل تلك المحاكمات، ويهدف المركز إلى مساعدة الشرطة وحرس السواحل ومكتب النائب العام والمحاكم والسجون في التعامل مع التحديات التي تمثلها القرصنة، وقد بدأ في مارس ٢٠١٠ محاكمة ١١ من المتورطين في القرصنة بعد قيام حرس السواحل في سيشل بالقبض عليهم بمساعدة القوات البحرية، وقام كل من الاتحاد الأوروبي ومكتب الأمم المتحدة بتوفير مترجمين صوماليين ليتمكن المتهمون من الدفاع عن أنفسهم. للمزيد، انظر:

<http://www.un.org/arabic/news/fullstorynews.asp?newsID=12930>.

<http://www.un.org/arabic/news/fullstorynews.asp?newsID=12930>.

(٤)

وحتى تتمكن المحاكم الدولية أو الوطنية أو الإقليمية من معالجة مشكلة القرصنة - بطرق وبدرجات نجاح مختلفة - فإن أية إستراتيجية أو مجموعة إستراتيجيات للمحاكم المشمولة يجب أن تحسب حساب التالي^(١):

- ١ - أي حل يجب أن يعكس الحقيقة التي تقرر أن القرصنة مشكلة عالمية، وليست وطنية، فهجمات القراصنة تحدث في المناطق المتباعدة جداً، كبحر جنوب الصين وساحل ناميبيا، علاوة على ذلك، قد تتعاون الدول لإخباط هجمات القراصنة بتبادل المعلومات والمساهمة بالموارد وغيرها، لتخفيض فعالية عمليات القرصنة.
- ٢ - هناك اثنان من الفاعلين الذين يقومون بأفعال القرصنة، هم: الجناة المباشرون ورؤساء العصابات (رؤساء مجموعات القراصنة)، ومطاردة الكل قد تتطلب إستراتيجية قانونية أو عسكرية مختلفة، وأية قواعد قضائية أو محكمة لمحاكمة القراصنة يجب أن تأخذ في الحسبان أهمية دور السمك الكبير المسئول.
- ٣ - لا يوجد حل لمشكلة القرصنة يمكن أن يهمل حقوق الإنسان، ولذا يجب ضمان أن تكون محاكمات القراصنة المتهمين عادلة بشكل إجرائي؛ كما يجب وضع إطار لأسر وحجز القراصنة يكون متسقاً مع قانون حقوق الإنسان^(٢)؛ ويوازن بين الحاجة للمحاكمة وخطر ادعاء اللجوء بعد انتهاء مدة السجن، وهذا يجب

(١) Elizabeth Andersen, Benjamin Brockman-Hawe & Patricia Goff, Suppressing Maritime Piracy: Exploring the Options in International Law, op. cit. pp. 17-18.

(٢) حجز القراصنة عندما يقبض عليهم بثير عدة قضايا أيضاً، منها ما الذي يجب عمله في الفاصل الزمني بين الحجز والتسليم إلى السلطات، فهناك شكاوى حول وقت الحجز، الذي في أغلب الأحيان قد يكون عدة أيام، وهذا يعد طويلاً جداً وبدون سند قانوني، ومن الطريف أن الحكومة الإيطالية حاولت حل هذا الإشكال عبر مرسوم أصدرته في ديسمبر ٢٠٠٨، أكدت فيه أن توقيف القراصنة يعد شرعياً عن طريق إجراء مُتلفز via a televised procedure من قبل قاض في روما، وهذا المرسوم تحول إلى القانون رقم (١٢) الصادر ٢٤/٢/٢٠٠٩، والمادة المتعلقة بالقرصنة عدلت بمرسوم جديد في ١٥/٦/٢٠٠٩، لكي تنفذ الاتفاقية التي تم التوصل لها مؤخراً بواسطة الاتحاد الأوروبي مع كينيا حول محاكمة القراصنة المحتجزين. للمزيد، انظر:

- Emiliano Alessandri, Report of the Conference "Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", op. cit. p. 6. Footnote 10.; <http://www.camera.it/parlam/leggi/decreti/09061d.htm>

أَنْ يَكُونَ أولوية لآلية إستراتيجية قضائية، سواء تلك الإستراتيجية التي توضع أو تُطبَّق في المستوى الإقليمي أو الوطني أو الدولي.

٤ - لا شك أن الحلّ طويل المدى للقرصنة، يتطلب بناء القدرات على المستوى الوطني، فالقرصنة امتداد للعنف على اليابسة، والعنف نفسه متجذّر بسبب المؤسسات الحكومية الرسمية الضعيفة، والفاقة، والفوضى الوطنية، والفساد، وعليه، فإن الجزء المهم من تطوير الإستراتيجية الخاصة بمُحاكمة القراصنة، يَجِبُ أَنْ يَأْخُذَ في الحسبان الالتزام بدَعْم المؤسسات الوطنية (من ضمن ذلك المحاكم)، والترويج لثقافة حكم القانون، والقيمة المضافة إلى الاقتصاديات الوطنية.

٥ - قضايا التكلفة، والقدرة، وقلة الإرادة السياسية، اشتركت وتعاونت لإقناع العديد من الدول برفض قبول محاكمة القراصنة المأسورين في محاكمها الوطنية، فزيادة عدد القراصنة الذين حوكموا يعد الجزء الأساسي في الجهود المتخذة ضد القرصنة، ولذا لا بد من التغلب على تلك الصعوبات، لضمان نجاح إستراتيجية محاكمة القراصنة.

كما يجب أن تتضمن إستراتيجية المحاكمة المستقبلية ما يلي^(١):

أ - تقديم الدعم للدول التي أظهرت الرغبة في مُحَاكمة القراصنة؛ فتطوير القوانين النموذجية ودعم الممارسات الناجحة للحكومات الوطنية الراغبة في مُحَاكمة القرصنة على أرضها يلعب دوراً كبيراً في ذلك، وهذا يتضمن تشجيع السياقات الوطنية المُختلفة لمحاكمة القراصنة، من خلال تبني الإجراءات والمعايير القياسية للتحقيق وجمع الأدلة، والتكفل بالحاجة إلى التقييم لكي يُقرَّر مدى بناء القدرة المطلوب للوصول بالإجراءات والممارسات القانونية الوطنية إلى المستويات الدولية.

ب - معالجة مخاوف الدول التي أدت إلى إحصائها عن المُحاكمة، بالعمل معها لإصلاح القوانين الوطنية لجعل المحاكمات أكثر سهولة وأقل خطورة؛

ج - النظر المستمر لدور المحكمة الإقليمية أو الدولية، حيث يُمكن أن تلعب دوراً في الجهود ضد القرصنة، لأن المحاكمات الوطنية ثبت أنها غير كافية لقمع القرصنة.

(١) Elizabeth Andersen, Benjamin Brockman-Hawe & Patricia Goff, Suppressing Maritime Piracy: Exploring the Options in International Law, op. cit. pp. 18-20.

خلاصة:

تبرز أهمية هذا البحث، في كونه يستعرض أحكام القرصنة وتعريفها والإجراءات التي وضعت للقضاء عليها، كما أنه يبين ماهية الدولة الفاشلة، ومظاهرها، ودورها في تفشي القرصنة البحرية أمام سواحل الصومال، والوسائل الفاعلة لتعزيز الحكومة المركزية في الصومال للقضاء على القرصنة ومحاربتها بدءاً من التراب الصومالي وانتهاه بالبحار والمحيطات والمنظمات الدولية وبقية أقاليم الدول الأخرى. وقد خلص البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، على النحو التالي:

أولاً - النتائج:

- ١ - أن الدولة الفاشلة هي بالاسم دولة ذات سيادة، ولكنها لم تعد قادرة على الحفاظ على نفسها كوحدة سياسية واقتصادية قابلة للحياة، فهي دولة أصبحت عاجزة عن ممارسة الحكم، كما قد تنقصها الشرعية في عيون المجتمع الدولي.
- ٢ - من المنظورين السياسي والقانوني، يمكن أن يقال أن "الدولة الفاشلة" تحوز مجموعة من الخصائص الوظيفية والسياسية والجغرافية المعينة، فمن الناحية الجغرافية، ترتبط الدول الفاشلة بالمشاكل الداخلية ذاتية النشوء بشكل جوهري، بصرف النظر عن التأثيرات الحدودية العرضية، أما من الناحية السياسية، فالدول الفاشلة تواجه انهياراً داخلياً للقانون والنظام، ومن الناحية الوظيفية تفتقر الدول الفاشلة إلى أجهزة قادرة على تثقيفها في المستوى الدولي، وتفتقر إلى القدرة على التأثير خارجياً.
- ٣ - تعرّف الدولة الفاشلة قانونياً بأنها: "الدولة التي تتمتع - نظرياً - بالأهلية والشخصية القانونية لممارسة كلّ أساليب وأنظمة الحكم العملية، لكنها - واقعياً - تفتقر إلى القدرات اللازمة لممارستها وتطبيقها".
- ٤ - أن الدول الفاشلة تُهدّد ذاتها وتهدد أيضاً منظومة العلاقات الدولية، فهي تتسبب عملياً في العديد من الكوارث الإنسانية، كما أن النزاعات الوطنية التي تُصيب الدول الفاشلة تُؤثّر على الدول المجاورة أيضاً، والإقليم المحيط، والعالم ككل، فتدهور الدولة يخلق تحديات كبيرة للمجموعة الدولية، لأنه يخلق أزمة إنسانية من ناحية الفاقة، والمرض، والعنف، واللاجئين، كما أن الدولة الفاشلة تُصبح تربة خصبة للجماعات الإرهابية والعصابات الإجرامية.
- ٥ - لا شك أن هناك ارتباطاً إيجابياً بين حوادث القرصنة ومستوى عدم الكفاءة وعدم استقرار حكومة الصومال المركزية، فتلك الحكومة باعتبارها حكومة

فاشلة لا يُمكنُ أَنْ تُسيطرَ على كل الأنشطة التي تقع في سواحلها، والمفهوم ذاته وارد أيضاً في المياه الإقليمية لها.

٦ - بعد انهيار الحكومة الصومالية في ١٩٩١، بدأت سفن الصيد الأجنبية تغزو المياه الإقليمية الصومالية، لصيد الأسماك بطرق غير مشروعة، كما أن بعض السفن تخلصت من النفايات السامة في تلك المياه، ونتيجة لهذه التطورات وما تلاها من أضرار، فقد وجد صيادو السمك الصوماليون أنفسهم قريبين من النهاية الخاسرة، ويبدو كما لو أن أفعال القرصنة كانت مدفوعة بالشكاوي بين سكان الساحل الصومالي من تلك السفن التي جاءت ومارست الاصطياد غير المشروع في المياه الإقليمية للصومال.

٧ - أن المخاوف من الارتباط الوثيق بين القرصنة والإرهاب تبدو عديمة الأساس، فبدلاً من ذلك، يريد القراصنة الحصول على المال بسهولة ويُنفذون الهجمات للأهداف الخاصة، إذ يحاولون ركوب واختطاف السفن، فإذا كان الهجوم ناجحاً، فإن السفينة المختطفة تُؤخذ إلى شواطئ الصومال، حيث يتفاوض القراصنة على الفدية، التي توافق الحكومات وشركات الشحن على دفعها في أكثر الحالات.

٨ - أن القرصنة الصومالية تمارس كوسيلة لكسب العيش في بلاد محرومة من فرص العمل، فهي تقدم خيارات واسعة للعديد من الأشخاص في الصومال، وهذه الخيارات تتضمن إمكانية ربح المداخل التي لا تضاهى بالخيارات البديلة على اليابسة، فإذا كان أساس القرصنة الصومالية يتمثل في الفاقة والفوضى الوطنية، والفساد، بالتمازج مع الدولة الضعيفة والمجتمع الهش، فمن الواضح أنه من الصعب جدا استئصال القرصنة ما لم يتم استئصال جذورها وأسبابها نفسها.

٩ - أن التواجد العسكري البحري في بحر العرب وخليج عدن، قد يخلق تغييراً في الوسائل وتخفيضاً مؤقتاً في أعمال القرصنة وهجماتها، لكن، في النهاية، سيظل التغيير قليلاً جداً، لأن القرصنة تعد مشروعاً متولداً عن طريق الربح، فما لم يتم إنشاء مشاريع اقتصادية أخرى تُصبح أكثر ربحاً، فإن هجمات القرصنة ستواصل الوجود.

ثانياً - التوصيات:

١ - أن سلسلة من اتفاقيات مكافحة القرصنة متعددة الأطراف، ستخفف من مشكلة القرصنة، من خلال تشجيع مجموعات من الدول على وضع وتطبيق آليات ضد

القرصنة الإقليمية، فهناك حاجة إلى اتفاقية عامة لتبادل المعلومات، والتنسيق بين القوانين الوطنية، وتأسيس جهاز مترابط للتشريع وتنفيذ التمارين المشتركة، وتنسيق ردود الدول الساحلية المجاورة عن طريق خلق إطار قانوني مشترك لقمع القرصنة، وتعزيز القدرات المشتركة.

٢ - إن التطور الأكثر إيجابية في النشاط ضد القرصنة، يتمثل في العزيمة المتزايدة من ناحية الدول في جعل مكافحة القرصنة أولوية بالنسبة لها، وتقوية جهود تطبيق قوانينها البحرية، وهذا الأمر - بشكل خاص - يحتاج إلى تولد إرادة سياسية أقوى بين القادة السياسيين للاستثمار في بناء الأجهزة والقوات البحرية الكافية، كما أن من الضروري إنشاء قوة بحرية إقليمية تكلف بمهام قمع القرصنة، والقيام بالدوريات البحرية المشتركة، وتبني التنسيق بين خفر السواحل في الدول المعنية.

٣ - يجب أن تركز جهود منع القرصنة على مئات الأميال المربعة من البحار والمحيطات، وأن تبقى هذه الجهود على مدار اليوم، كما يجب أن تسمح الدول الساحلية المطلة على المناطق البحرية الخطرة، بالمطاردة ودخول السفن والطائرات التي تسعى لتطبيق قوانين جيرانها البحرية إلى بحارها الإقليمية والأرخبيلية، بعد الحصول على ترخيص بذلك من الدولة المعنية.

٤ - إن أفضل طريقة لمحاربة القرصنة الصومالية، ينبغي أن يستخدم فيها مجموعة من الوسائل المتعددة، التي تتطلب اتخاذ نوع من العمل على اليابسة، وهذا لا يعني انتشار القوات العسكرية بالضرورة، لكنه يتطلب أن يقوم المجتمع الدولي بتسليط نوع من الضغوط السياسية على الحكومة الاتحادية الانتقالية، وبأن يرتبط مع الصومال في المدى البعيد، من خلال العديد من البرامج والمشاريع في شتى المجالات، لإعادة بناء البنية الأساسية للحكومة الصومالية المنهارة.

٥ - ينبغي بناء القدرات القانونية الوطنية للحكومات الأخرى في المنطقة الراغبة في مكافحة القرصنة، للمساعدة في تعزيز الأنظمة القانونية الوطنية الإقليمية للوصول بها إلى المستويات الدولية، وهذا الأمر يستلزم تحسين أوضاع تدريب الشرطة وخفر السواحل، وإصلاح الأنظمة القانونية والجزائية.

٦ - إن إيجاد حل للقرصنة، يستلزم الاعتراف بتنوع الممثلين والمصالح المشاركة، فعلى سبيل المثال، هناك واجب وحصة في جهود قمع القرصنة على كل من ممثلي القطاع العام والخاص، على الرغم من أن حوافزهم ليست متطابقة، فممثلي القطاع الخاص لديهم مصلحة محدودة لإرادة تقليل أو منع الكلف

العالية من ناحية الخسائر في الأرواح وخسائر الملكية، أما الحكومات فيجب أيضاً أن تفكر في تهديدات النظام الاجتماعي الناجمة عن القرصنة، وهذا الأمر يجب أن يعد حافزاً (وربما أولوية) للدول لأخذ مركز الصدارة في ابتكار الحلول للقضاء على القرصنة، كما أن اختلاف نظرة الناس للقرصنة في الدول المتطورة والنامية، يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند النظر في خيارات قمع القرصنة.

٧ - من الضروري للمجتمع الدولي أن يتحرك لإيجاد بدائل ووضع حوافز، تُمنح للمجتمعات الساحلية الوطنية لإيقاف إسناد ودعم مجموعات القراصنة، التي تمد هذه المجتمعات بسبل حياتهم الاقتصادي الوحيد، فمبادرات التنمية الاجتماعية والاقتصادية التي تستهدف دعم الصناعات الصغيرة والأعمال التجارية التعاونية التي لا تعتمد على القرصنة، يبدو أنها ستكون الوسائل الأكثر فعالية لإنجاز هذا الهدف.

٨ - لا حل لمشكلة القرصنة يُمكن أن يهمل حقوق الإنسان، ولذا يجب ضمان أن تكون محاكمات القراصنة المُتهمين عادلة بشكل إجرائي؛ كما يجب وضع إطار لأسر وحجز القراصنة يكون متسقاً مع قانون حقوق الإنسان؛ ويُوازن الحاجة ضد خطر ادعاء اللجوء بعد انتهاء مدة السجن، وهذا يجب أن يكون أولوية لأيّة إستراتيجية قضائية، سواء على المستوى الإقليمي أو الوطني أو الدولي.

المراجع

- مارتن غريفيثش تيري أوكالاها: المفاهيم الأساسية في العلاقات الدولية، مركز الخليج للأبحاث، دبي، ٢٠٠٨.
- Angelos Syrigos, Developments on Interdiction of Vessels on the High Seas, in: ANASTASIA STRATI, MARIA GAVOUNELI, and NIKOLAOS SKOURTOS, Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea: Time Before and Time After, Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2006.
 - Ashley Roach, ENHANCING MARITIME SECURITY IN THE STRAITS OF MALACCA AND SINGAPORE, Journal of International Affairs, Vol. 59, No. 1, Fall/Winter 2005.
 - Bjørn Møller, PIRACY, MARITIME TERRORISM AND NAVAL STRATEGY, DANISH INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES (DIIS), 2009.
 - Dana R Dillon, Piracy alert, The International Economy; 14, 5; Sep/Oct 2000.
 - Daniel Heller-Roazen, The Enemy of All: Piracy and the Law of Nations, Zone Books, New York, 2009.
 - Daniel Thürer, The “Failed State” and International Law, 81 INT’L REV. RED CROSS, (1999).
 - DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY U. S. COAST GUARD STATEMENT OF RADM WILLIAM BAUMGARTNER ON INTERNATIONAL EFFORTS TO COMBAT MARITIME PIRACY BEFORE THE SUBCOMMITTEE ON INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, HUMAN RIGHTS, AND OVERSIGHT COMMITTEE ON FOREIGN AFFAIRS U. S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, APRIL 30, 2009.
 - Edward Newman, Failed States and International Order:

Constructing a Post-Westphalian World, Contemporary Security Policy, Vol.30, No.3 (December 2009).

- Elizabeth Andersen, Benjamin Brockman-Hawe & Patricia Goff, Suppressing Maritime Piracy: Exploring the Options in International Law, A Workshop Report, One Earth Future, Washington, DC, 16 - 17 October 2009.
- Emiliano Alessandri, Report of the Conference "Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", Organized by the Istituto Affari Internazionali (IAI) and the International Institute of Humanitarian Law, In Collaboration with and with the Support of Italian Ministry of Foreign Affairs, NATO and European Commission, Rome, 16 June 2009.
- Eric A. Posner and Alan O. Sykes, An Economic Analysis of State and Individual Responsibility Under International Law, American Law and Economics Review V9, N1, 2007.
- Ethan A. Nadelmann, Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society, International Organization, Vol. 44, No. 4 (Autumn, 1990).
- Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy off Somalia: A Drop in the Ocean?, International Security Service, ISIS Europe - October 2009.
- George D. Gabel, Jr, Smoother Seas Ahead: The Draft Guidelines as an International Solution to Modern-Day Piracy, Tulane Law Review, 81 Tul. L. Rev. 1433, June, 2007.
- Harold Hongju Koh, Transnational Public Law Litigation, The Yale Law Journal, Vol. 100, No. 8, Symposium: International Law (Jun., 1991).
- Hyder Gulam, 'The rise and rise of Private Military Companies', < <http://www.peaceopstraining.org/theses/gulam.pdf> >
- International Maritime Bureau's Piracy Reporting Centre,

- Attacks on Ships. Background Information, <http://www.marisec.org/piracy/background.htm#IMO>
- Int'l Maritime Bureau, Piracy and Armed Robbery Against Ships: 2006 Annual Report, INT'L CHAMBER OF COMM. (2007),
 - Jason Abbot and Neil Renwick, "Pirates? Maritime Piracy and Societal Security in Southeast Asia," Global Change, Peace & Security (formerly Pacifica Review) 11, No. 1 (1999).
 - Jason Power, THE BEST OF BARRY: BARRY STUDENT ARTICLE: MARITIME TERRORISM: A NEW CHALLENGE FOR NATIONAL AND INTERNATIONAL SECURITY, Barry Law Review, 10 Barry L. Rev. 111, Spring, 2008.
 - John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY IN SOUTHEAST ASIAN WATERS, ASIAN SURVEY, VOL. XLVIII, NO. 3, MAY/JUNE 2008.
 - Karl Sörenson, State Failure on the High Seas - Reviewing the Somali Piracy, FOI Somalia Papers: Report 3, November 2008.
 - Lauren Leigh Rollins, B.A., CONFLATED CLASSES: EARLY MODERN PIRACY, NATIONAL IDENTITY, AND THE 'CRISIS OF THE ARISTOCRACY, A Thesis submitted to the Faculty of the Graduate School of Arts and Sciences of Georgetown University in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Arts in English, April 29, 2010.
 - L.EE. Goldie, "Terrorism, Piracy and the Nyon Agreement," in Yoram Dinstein, ed., International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988).
 - Leeson, P. T. An-arrgh-chy, The Law and Economics of Pi-

- rate Organization, Journal of Political Economy, Vol. 115, No. 6, 2007.
- Malvina Halberstam, Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety, The American Journal of International Law, Vol. 82, No. 2 (Apr., 1988).
 - MARIO SILVA, Somalia: State Failure, Piracy, and the Challenge to International Law, VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 50:3, 2010.
 - Michael H. Passman, Protections Afforded to Captured Pirates Under the Law of War and International Law, Tulane Maritime Law Journal, 33 Tul. Mar. L. J. 1, Winter, 2008.
 - Patricia Jimenez Kwast, Maritime Law Enforcement and the Use of Force: Reflections on the Categorization of Forcible Action at Sea in the Light of the Guyana/Suriname Award, Journal of Conflict & Security Law, Vol. 13 No. 1, 2008.
 - Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, Notes from a RAND Workshop to Discuss the Best Approaches for Dealing with Piracy in the 21st Century, RAND Corporation, 2009.
 - Report for the Period 1 January-30 June 2005 (London, International Maritime Bureau: 19 July 2005), 3.
 - Robert M. Jarvis, Maritime Piracy in the Modern World, Insights on Law & Society, 6.3, American Bar Association, Spring 2006.
 - Tables in the ICC International Maritime Bureau: Piracy and Armed Robbery Against Ships. Annual Report 1 January-31 December 2007 (London: ICC, 2008).
 - Timothy H. Goodman, LEAVING THE CORSAIR'S NAME TO OTHER TIME: How To ENFORCE THE LAW OF SEA PIRACY IN THE 21st CENTURY THROUGH REGIONAL INTERNATIONAL AGREE-

- MENTS, Case Western Reserve Journal of International Law; Winter 1999; 31, 1.
- Wojciech Stankiewicz, International Terrorism at Sea as a Menace to the Civilization of the 21st Century, The American Behavioral Scientist, Vol. 48, No. 6, February 2005.
 - Zou Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, Journal of International Affairs, Vol, 59, No. 1. Fall/Winter 2005.
 - Zou Keyuan, Issues of Public International Law Relating to the Crackdown of Piracy in the South China Sea and Prospects for Regional Cooperation, Singapore Journal of International & Comparative Law, 3 (1999).
 - <http://arabic.people.com.cn/31662/6966050.html>.
 - <http://www.camera.it/parlam/leggi/decreti/09061d.htm>.
 - <http://www.unicef.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/ID-Pagina/4315>.

مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي

الدكتور/ صالح أحمد محمد حجازي

كلية الحقوق - جامعة الإسراء

المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

يتناول هذا البحث المبدأ العام في الإثبات الجنائي، وهو مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي، ومن خلاله تم بيان ماهية مبدأ الاقتناع الذاتي من حيث، تعريفه ومبرراته وخصائصه، ونطاقه. وكذلك بيان القيود الواردة على مبدأ الاقتناع الذاتي والاستثناءات على هذا المبدأ. كما عرضنا لتطبيق مبدأ الاقتناع الذاتي على أدلة إثبات الدعوى الجزائية وهي: الاعتراف، الشهادة، الخبرة، القرائن والدليل الكتابي، وذلك في ضوء اجتهادات محكمة التمييز الأردنية، حيث بينا ضوابط هذا المبدأ بالنسبة لأدلة إثبات الدعوى الجزائية وذلك بالاسترشاد بأراء الفقه والقضاء والتشريعات المقارنة كالنشرية الكويتي والإماراتي والعراقي والترجيح بينها، ووجوب إدخال بعض التعديلات على النصوص التشريعية التي تكفل حسن تطبيق المبدأ خاصة بالنسبة للاعتراف والدليل الكتابي وباقي أدلة الإثبات. وقد أنهينا البحث بخاتمة احتوت على أهم النتائج والتوصيات.

الكلمات الدالة : مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي، وزن البينة

المقدمة:

يهدف الإثبات الجنائي إلى تمحيص الشك الذي استندت إليه النيابة العامة في اتهامها للمشتكى عليه وتقديره للعدالة وذلك من خلال أدلة الإثبات، فإذا تحول الشك إلى يقين أمكن إدانة المتهم وفرض الجزاء المناسب، وأما إذا بقي الشك على حاله، استحالة إدانة المتهم ووجب براءته مما اسند إليه.

ويتم الإثبات الجنائي بكافة طرق الإثبات، ويقوم على إعطاء القاضي الجنائي سلطة واسعة في تقدير الأدلة، والبحث عن أي دليل والقيام بأي إجراء يراه لازماً لكشف الحقيقة، فهو يلعب دوراً إيجابياً في الإثبات... بخلاف القاضي المدني المقيد بأدلة محددة، حددها القانون وبين شروطها ولا يملك القاضي المدني تجاوزها ... ويعود السبب في منح القاضي الجنائي هذه السلطة الواسعة، أن الإثبات الجنائي يستهدف وقائع مادية ومعنوية وليس تصرفات قانونية كالعقود مثلاً، وبالتالي لا يمكن إعداد الدليل سلفاً؛ لأن الجريمة تقع فجأة، كما أن الإثبات الجنائي يستهدف وقائع معنوية، كالقصد الجرمي، وهذه الوقائع تحتاج إلى سلطة تقديرية لاستنتاجها والحكم على وجودها، يضاف إلى ذلك أن الجريمة أمر خطير تستهدف أمن المجتمع؛ لذا وجب

إثباتها بكافة طرق الإثبات صيانة لأمن المجتمع، إلا أن هذه المبررات لا تجعل سلطة القاضي في تقدير الأدلة مطلقة، بل أن القانون والقضاء والفقه يورد عليها استثناءات وقيود تكفل حسن استعمالها، ولكي لا تعيدنا إلى السلطة التحكيمية للقضاة والتي كانت سائدة في العصور الوسطى.

وتكمن مشكلة هذا البحث أنه على الرغم من ورود النص الصريح على هذا المبدأ في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ألا أن المشرع لم يحدد الضوابط الكافية لهذا المبدأ، الأمر الذي يخشى معه من إساءة استخدام هذا المبدأ بسبب السلطة المطلقة للقاضي الجزائي بوزن الأدلة، إضافة إلى أنه على الرغم من أن النص على هذا المبدأ قد ورد مطلقاً إلا أن اجتهاد محكمة التمييز الموقرة متواتر على أن هذه الصلاحية خاصة بالمحاكم دون النيابة العامة، على الرغم من المبررات التشريعية والعملية والفقهية التي توجب منح هذه الصلاحية للنيابة العامة، والذين هم قضاة بنص المادة ١١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٩ لسنة ١٩٦١، وهو الأمر الذي سيحاول الباحث إثباته للنيابة العامة في ثنايا هذا البحث، وقد أدى هذا الاجتهاد إلى إلحاق الضرر بالجهاز القضائي والأفراد على حد سواء، حيث أدى إلى إرهاب المحاكم بكم هائل من القضايا المعروفة نتيجتها مسبقاً، وذلك لضعف الأدلة والتي يحظر على النيابة العامة - بسبب اجتهاد المحكمة الموقرة - منع المحاكمة فيها، كما لحق ضرر كبير بالأفراد نتيجة الإجراءات القضائية المتمثلة بالتوقيف والمحاكمة، والتي لا يصلح هذا الضرر إعلان براءة المشتكى عليه بعد أن يتم توقيفه لفترات طويلة.

ويتناول هذا البحث مبدأ هاماً في الإثبات الجنائي وهو مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي وذلك في بحثين، المبحث الأول: وقد خصصه الباحث لبيان الإطار العام للمبدأ وقسمه إلى أربعة مطالب، المطلب الأول: لبيان أنظمة إثبات الدعوى الجزائية، المطلب الثاني: لبيان مفهوم مبدأ الاقتناع الذاتي، المطلب الثالث: القيود الواردة على مبدأ الاقتناع الذاتي والمطلب الرابع: لبيان الاستثناءات الواردة على مبدأ الاقتناع الذاتي.

أما المبحث الثاني فقد خصصه الباحث لمبدأ الاقتناع الذاتي وأدلة الإثبات في ظل اجتهادات محكمة التمييز الأردنية وأراء الفقه الجنائي وذلك في خمسة مطالب، المطلب الأول: يتناول الاعتراف، المطلب الثاني: الشهادة، المطلب الثالث: الخبرة، المطلب الرابع: القرائن والمطلب الخامس: الدليل الكتابي.

المبحث الأول

الإطار العام لمبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي

القاعدة العامة في إثبات الدعوى الجزائية أن إثباتها جائز بكافة طرق الإثبات والقاضي ليس مقيداً بوسيلة محددة من وسائل الإثبات، ذلك أن الجريمة تقع فجأة بالنسبة للمجتمع لذا فإنه لا يمكن أن يتطلب المشرع وسيلة إثبات تحتاج إلى تحضير مسبق كالكتابة في الأمور المدنية، بل أن المشرع لم يقف عند هذا الحد بل أنه جعل تقدير هذه الأدلة يخضع لقناعة القاضي الشخصية، وهو ما ورد النص عليه في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني^(١)، وكذلك باقي قوانين الإجراءات الجزائية الأخرى، إلا أن الاقتناع الذاتي لا يعني بحال أن القاضي يحكم وفقاً لأهوائه الشخصية، بل أن هنالك قيوداً ترد على هذه القناعة، بحيث تحول دون تحكم القاضي ومجانبته للصواب، لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية، المطالب الأول: لبيان أنظمة الإثبات بشكل عام والمطلب الثاني: نتناول فيه مفهوم الاقتناع الذاتي ونطاقه والمطلب الثالث: لبيان القيود الواردة على الاقتناع الذاتي، أما المطلب الرابع: فسنتناول فيه الاستثناءات الواردة على المبدأ.

المطلب الأول

أنظمة إثبات الدعوى الجزائية

لقد مر إثبات الدعوى الجزائية بمراحل تاريخية مختلفة على مر العصور عكست تطور الحضارة الإنسانية بوجه عام وتطور قانون أصول المحاكمات الجزائية بوجه خاص، وهذه المراحل هي: مرحلة السحر والشعوذة، حيث يلجأ للسحرة والمشعوذين لمعرفة مرتكب الجريمة، والمرحلة الدينية أو الغيبية، حيث يطلب رأي الإلهة، ومرحلة الأدلة القانونية، ومرحلة الاقتناع الوجداني والمرحلة العلمية^(٢) وهذا التطور هو ذاته الذي مر به قانون أصول المحاكمات الجزائية، حيث إن الإثبات هو جزء هام جداً من أصول المحاكمات الجزائية، وقد تنوعت وسائل الإثبات فمنها ما كان يعتمد على السحر والشعوذة، ومنها ما كان يعتمد على الحيوانات مثل ترك المتهم على شاطئ النهر فإذا خرج التمساح والتهمه فهو مذنب وإذا نجا فهو بريء، ومنها ما كان يعتمد

(١) ينظر المادة ١٤٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني

(٢) السعيد، كامل، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مكتبة دار الثقافة عمان، ط ٣ (٢٠١٠)، ص ٧١٥

على وسائل تتسم بالقسوة مثل لعق قطعة حديد وصلت إلى درجة الاحمرار، وأحياناً المبارزة، وكثيراً ما كان التعذيب مسموحاً به رسمياً وقانوناً للمتهمين وأحياناً للشهود من العبيد خاصة عند الإغريق القدماء والرومان^(١)، وفي العصر الحديث بقي نظامان هما : نظام الأدلة القانونية، ونظام الاقتناع الذاتي.

الفرع الأول

نظام الإثبات المقيد أو نظام الأدلة القانونية

ساد نظام الأدلة القانونية في العصور الوسطى والقديمة خاصة في فرنسا والعالم حتى جاءت الثورة الفرنسية فعدلت عنه الجمعية التأسيسية وأقرت مشروع قانون عام ١٧٩١ أدخل نظام المحلفين والمرافعات الشفوية ومبدأ الاقتناع الذاتي، ثم استقر نهائياً في تشريع تحقيق الجنايات الفرنسي الصادر عام ١٨٠٨^(٢) ويقوم هذا النظام على ثلاثة مرتكزات رئيسية^(٣) وهي :

أولاً - تحديد أدلة الإثبات مسبقاً من قبل المشرع :

يحدد المشرع للقاضي الأدلة التي يجب إثبات الدعوى بها فقط بحيث لا يجوز اللجوء إلى أدلة أخرى، كما يحدد القانون القيمة القانونية لكل دليل إذا توفرت شروط معينة، ولا يحق للقاضي رفضه ولو كان غير مقتنع به، ويلزم القاضي بالحكم إذا توفرت هذه الأدلة، وقد قسم هذا النظام الأدلة القانونية إلى ثلاثة أنواع : أدلة وافية أو تامة، وأدلة شبه وافية أو شبه أدلة ويطلق عليها الإمارات القريبة، وأدلة خفيفة ويطلق عليها الإمارات البعيدة، وقد كان يتطلب للحكم بالإعدام دليل واف، أما الدليل شبه الوافي فلا يكفي لوحده إلا إذا أضيف إليه اعتراف المتهم، أما الأدلة الخفيفة فلا تكفي لوحدها للحكم بأية عقوبة بل يجب أن تسندها أدلة أخرى^(٤)، وقد أخذت الشريعة الإسلامية بهذا النظام في إثبات جرم الزنا ﴿وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ أَلْفَجَشَةً مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾^(٥)، حيث يشترط وجود أربعة شهود شاهدوا الزاني والزانية

(١) محمد، فاضل زيدان، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة مكتبة دار الثقافة عمان ط ٣، (٢٠١٠)، ص ٣٣، ٢٥ وما بعدها

(٢) عبيد، رءوف، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجيل للطباعة، القاهرة ص ٧٣٤

(٣) الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردنية، مكتبة دار الثقافة عمان، ط ١، (١٩٩٣)، ص ٢٦٤

(٤) عبيد، رءوف، المرجع السابق ص ٧٣٤

(٥) الآية ١٥ من سورة النساء

بحالة تلبس كامل، وقد أخذ قانون العقوبات الأردني بهذا المبدأ في جرائم محدودة وهي جريمة الزنا وجريمة فض البكارة، حيث حدد المشرع الأدلة المقبولة لإثبات جريمة الزنا بالاعتراف القضائي والتلبس ووجود وثائق قاطعة بوقوع الجرم^(١)، كما حدد المشرع أيضاً أدلة محددة لإثبات جرم فض البكارة بوعده الزواج^(٢).

ثانياً - الدور السلبي للقاضي:

وفقاً لهذا النظام فإن القاضي لم يكن له أي دور في البحث عن الأدلة فالدور كله للخصوم (النيابة والمشتكى عليه) ويقتصر دور القاضي على التأكد من استيفاء الأدلة للشروط القانونية المطلوبة والحكم بناءً عليها^(٣).

ثالثاً - لا دور لقناعة القاضي:

لا مجال لقناعة القاضي في هذا النظام، فإذا لم تتوفر الأدلة بالشروط التي تطلبها القانون فإن القاضي يجب عليه الحكم بالبراءة حتى مع توفر قناعة القاضي بأن المتهم قد ارتكب الجرم المسند إليه^(٤).

الفرع الثاني

نظام الإثبات الحر أو مبدأ الاقتناع الذاتي

لقد ظهر هذا المبدأ على أنقاض نظام الأدلة القانونية، حيث إن المطالبة بإقرار هذا المبدأ كانت مظهراً من مظاهر الدعوة إلى إصلاح القضاء الجنائي، وذلك في النصف الثاني من القرن الثامن عشر، حيث ورد في قانون تحقيق الجنايات الفرنسي عام ١٧٩١، ثم في قانون العقوبات الفرنسي الصادر سنة ١٧٩١ بشكل مفصل^(٥)، حيث يقوم هذا النظام على أن القاضي الجزائي له مطلق الصلاحية وكامل الحرية

(١) المادة ٢٨٣ عقوبات الأردني:

الأدلة التي تقبل وتكون حجة لإثبات جريمة الزنا هي ضبط الزاني والزانية في حالة التلبس بالفعل أو أن يصدر عنهما اعتراف قضائي أو وثائق قاطعة بوقوع الجريمة أو أن يصدر عن أحدهما اعتراف قضائي وعن الآخر وثائق قاطعة بوقوع الجريمة

(٢) المادة ٣٠٤/٢ الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المشتكى عليه في الخداع بوعده الزواج هي اعترافه لدى المدعي العام أو في المحكمة أو أن يصدر عنه وثائق قاطعة أو مراسلات تثبت ذلك.

(٣) الجوخدار، حسن، المرجع السابق ص ٢٦٥

(٤) عبيد، رءوف، المرجع السابق ٧٣٣

(٥) محمد، فاضل زيدان، المرجع السابق، ص ٤٢

بالاقتناع بالدليل أو طرحه من عداد البينات، كما أنه ليس مقيداً بأدلة محددة بل يقتنع بأي دليل يطمئن إليه، إضافة أن دوره ليس سلبياً فله أن يقوم بأي إجراء وطلب أي دليل وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى متى كان ذلك لازماً لإظهار العدالة.

وحيث إن هذا المبدأ هو موضوع هذا البحث فلن نتوسع في تناوله في هذا الفرع، حيث سنتناوله بالتفصيل فيما يأتي.

المطلب الثاني

ماهية الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي

سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، سنتناول في الفرع الأول: مدلول المبدأ وفي الثاني: خصائصه وفي الثالث: نطاقه.

الفرع الأول

مدلول المبدأ

إن مبدأ الاقتناع الذاتي أو ما يسمى حرية القاضي بالاقتناع من المبادئ الحديثة نسبياً في القانون الجنائي، حيث إن أول ظهور تشريعي لهذا المبدأ كان في نهاية القرن الثامن عشر، حيث ورد في قانون تحقيق الجنايات الفرنسي وقانون العقوبات الفرنسي الصادرين عام ١٧٩١، حيث ورد في المادة ٢٤ من القسم السادس من قانون تحقيق الجنايات (على المحلفين أن يبنوا قناعتهم بصورة خاصة على الأدلة والمناقشات التي تطرح أو تدور أمامهم، فمن خلال قناعتهم الشخصية يطالبهم القانون والمجتمع بإصدار أحكامهم على المتهمين)، كما ورد أيضاً في المادة ٣٧٢ من قانون العقوبات الفرنسي ١٧٩١ بنفس المضمون^(١) يقصد بهذا المبدأ أن القاضي الجزائي يحكم وفقاً للعقيدة التي تتكون لديه في الدعوى بكامل حريته، وأن له مطلق الحرية في تقدير قيمة الدليل، والأخذ بما يرتاح ضميره له من الأدلة ويطرح ما سواه^(٢)، وله أن يستمد قناعته من أي دليل وله تجزئة الدليل فيأخذ ببعضه ويطرح البعض الآخر، فالأقتناع الذاتي قد تتكون من شذرات متفرقة من الظروف والأدلة^(٣)، وهو ما يسمى بوزن البينة، فله أن يقبل جميع الأدلة وله أن يستبعد أي دليل، فلا توجد أدلة محظورة

(١) محمد، فاضل زيدان، المرجع السابق ص ٤٢

(٢) نمور، محمد سعيد، أصول الإجراءات الجزائية دار الثقافة عمان، (٢٠٠٥)، ص ٢٠٨

(٣) الجوخدار، حسن، المرجع السابق، ص ٣٤٦

أو أدلة مفروضة، ثم له وزن كل دليل ثم التنسيق بين الأدلة واستخلاص نتيجة منطقية من هذه الأدلة مجتمعة ومتساندة تتمثل في قرار البراءة أو الإدانة^(١)، كذلك فإن للقاضي سلطة مطلقة في الوصول إلى الدليل وطلب أي شاهد أو القيام بأي إجراء في سبيل الوصول إلى الحقيقة، فالمحكمة تستمع لاعتراف المتهم وتقرر الأخذ به أو عدم الأخذ به بحسب كونه متطابقاً مع إسناد النيابة ومقنعاً للمحكمة أم لا، فإذا لم تقنع به المحكمة تستمع إلى بيانات النيابة، وقد أجاز قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني للمحكمة في الجنايات والجنح ألاكتفاء باعتراف المتهم فقط إذا اقتنعت به^(٢)، وقد استقر اجتهاد محكمة التمييز على أن اقتناع المحكمة بالاعتراف وإصدار الحكم بالاستناد إليه يتفق وصحيح القانون، وأنه أمر من اختصاص محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها في تكوين قناعتها (يستفاد من المادتين ١٤٧ و ٢١٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية أن لمحكمة الجنايات أن تستبعد الاعتراف من عداد البيانات إذا لم يرتح إليه وجدانها، كما أن القناعة بالدليل بما في ذلك الاعتراف يعود لمحكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز؛ لأن قناعة المحكمة الشخصية لا تخضع للرقابة)^(٣)، كما تملك المحكمة عدم الأخذ بشهادة الشاهد وطرحها من عداد البيانات إذا لم تقنع بها، إلا أن هذه الحرية المطلقة للقاضي لا تعني أن القاضي حر في الاقتناع بما يحلو له وما يتفق وهواه، وأنه يستطيع إحلال الزيف محل الحقيقة وإقناع الغير بها، بل هو حر في استخلاص الحقيقة من أي مصدر مشروع يفصح عنه غير علمه الشخصي^(٤) ولكن ما هي المبررات التي دفعت المشرع إلى منح القاضي الجزائي هذه الصلاحية المطلقة؟.

- (١) حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة، ط ٢، (١٩٨٨)، ص ٤١٢
- (٢) المواد ١٧٢ و ٢١٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية ((٤/٢١٤- إذا أنكر المتهم التهمة أو رفض الإجابة عليها أو لم تقنع المحكمة باعترافه بها، تشرع - المحكمة - في الاستماع إلى شهود الإثبات، - ١٧٢ / إذا اعترف الظنين بالتهمة، يأمر الرئيس بتسجيل اعترافه بكلمات أقرب ما تكون إلى الألفاظ التي استعملها في اعترافه ومن ثم تدينه المحكمة، وتحكم عليه بالعقوبة التي تستلزمها جريمته، إلا إذا بدت لها أسباب كافية تقضي بعكس ذلك.))
- (٣) تمييز جزاء رقم ٤ لسنة ١٩٨٦ المنشور على الصفحة رقم ٣٣٩ من العدد رقم ٣ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٨
- (٤) بهنام، رمسيس الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٤، ص ٦٩٨

لقد ساق الفقه المبررات التالية لهذا المبدأ:

أولاً: طبيعة الإثبات في المواد الجنائية:

إن الإثبات في المواد الجنائية يرد على وقائع مادية تقع فجأة وليس على تصرفات قانونية، والقاعدة أن تقييد الإثبات لا يكون إلا في التصرفات القانونية دون الوقائع المادية التي تحدث فجأة، بخلاف التصرفات القانونية التي يمكن أن يهيئ لها الدليل الذي يتطلبه القانون مثل إبرام عقد، لذلك يجب أن يقبل في إثبات الوقائع المادية كافة طرق الإثبات،^(١) كذلك فإن الإثبات في الجرائم يقع على وقائع معنوية كالقصد الجرمي والذي يتطلب البحث في نفسية الفاعل وربطها بمظاهر خارجية، وهذا يتطلب سلطة تقديرية للتأكد من توافر النية^(٢).

ثانياً: مصلحة المجتمع العليا بحمايته من الجريمة، كون المجرمون يعملون بالخفاء؛ مما يتطلب مكافحتهم بجميع السبل وإثبات الجريمة بكافة طرق الإثبات^(٣).

ثالثاً: الدور الإيجابي للقاضي الجنائي نتيجة أن الشك يفسر لصالح المتهم، وأن الحكم الجنائي يبنى على الجزم واليقين لا على الشك والتخمين، ولا يمكن الوصول إلى هذا اليقين إلا بمنح القاضي الجنائي سلطة تقديرية مطلقة في تقدير الأدلة والوصول إلى الحقيقة من أي دليل مشروع^(٤).

الفرع الثاني

خصائص المبدأ

يرتكز مبدأ الاقتناع الذاتي على المرتكزات التالية والتي هي بمثابة الخصائص المميزة لهذا المبدأ، وهي:

أولاً - السلطة المطلقة للقاضي بالاقتناع:

وفقاً لهذا النظام فإن القاضي له مطلق السلطة في الاقتناع بالدليل متى اطمأن إليه ضميره وارتاح له وجدانه، وبالمقابل طرح الدليل إذا لم يرتاح وجدانه له، كما أن القاضي يمكن أن يكون قناعته من أي دليل ولو كان بينة فردية، ولا رقابة لمحكمة

(١) حسني، محمود نجيب، المرجع السابق ص ٤١٥.

(٢) محمد، فاضل زيدان، مرجع سابق ص ١٠٠.

(٣) حسني، محمود نجيب، المرجع السابق ص ٤١٥.

(٤) محمد، فاضل زيدان، المرجع السابق ص ١٠١.

التمييز على قناعة قاضي الموضوع في تكوين قناعته (يستفاد من المادتين ١٤٧ و ٢١٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية أن لمحكمة الجنايات أن تستبعد الاعتراف من عداد البينات إذا لم يرتح إليه وجدانها، كما أن القناعة بالدليل بما في ذلك الاعتراف يعود لمحكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز؛ لأن قناعة المحكمة الشخصية لا تخضع للرقابة)^(١).

ثانياً - الحرية المطلقة للقاضي في البحث عن الدليل:

القاضي الجنائي له دور إيجابي في البحث عن الحقيقة والوصول إلى الدليل، بعكس القاضي المدني المقيد بما يقدمه الخصوم من أدلة، ويقتصر دوره على فحصها والتأكد من توفر الشروط القانونية في الدليل، لذلك فللقاضي الجنائي سلطة مطلقة في طلب أي دليل أو القيام بأي إجراء، وله الاستماع لشهادة أي شخص حضر من تلقاء نفسه لأداء الشهادة، وفي جميع مراحل الدعوى، وقد وردت هذه الخاصية بنصوص صريحة وردت بالمواد ٢/١٦٢ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية^(٢) والعلة في ذلك لتمكين القاضي من الوصول إلى الاقتناع اليقيني، وكذلك حفاظاً على مصلحة المجتمع بحمايته من الجريمة وإثباتها بكافة طرق الإثبات.

ثالثاً - قبول جميع الأدلة:

يقوم المبدأ على أن القاضي الجنائي له سلطة مطلقة في استخلاص قناعته من أي دليل طرح في الدعوى وتناقش به الخصوم، فلا يوجد أدلة مرفوضة ولا توجد أدلة مفروضة على القاضي^(٣) بعكس القاضي المدني الذي لا يجوز أن يحكم وفقاً لشهادة فردية مثلاً سنداً للمادة ٢/٣٤ من قانون البينات إلا إذا لم يعترض عليها الخصم، أو

(١) تمييز جزاء رقم ٤ لسنة ١٩٨٦ المنشور على الصفحة رقم ٣٣٩ من العدد رقم ٣ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٨

(٢) تنص المادة ٢/١٦٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية: (٢- للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى وفي أي دور من أدوار المحاكمة فيها بتقديم أي دليل وبدعوة أي شاهد تراه لازماً لظهور الحقيقة.

المادة (٢٢٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية - للمحكمة أثناء النظر في الدعوى أن تستدعي من تلقاء نفسها أي شخص لاستماع أقواله كشاهد إذا رأت أن ذلك يساعد على إظهار الحقيقة، ولها إصدار مذكرة إحضار إذا دعت الضرورة لذلك، ولها أيضاً أن تسمع شهادة أي إنسان يحضر من تلقاء نفسه لإبداء معلومات في الدعوى.

(٣) حسني، محمود نجيب، المرجع السابق ص ٤١٢

وجدت قرينة أخرى تؤيدها^(١). كما وردت هذه الخاصية في المادة ١٤٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي أقرت المبدأ بشكل صريح، وأن البيئة في الدعوى الجزائية تقام بكافة طرق الإثبات ويحكم القاضي وفقاً لقناعته الشخصية.

الفرع الثالث نطاق المبدأ

الاقتناع الذاتي صلاحية خاصة بالقاضي كأصل عام، وهذا الذي يوحى به ظاهر نص المادة (١٤٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، حيث إن القاضي هو الذي يصدر الأحكام، ولكن هل يمكن أن ينسحب هذا المبدأ على النيابة العامة، مع أن وظيفة النيابة العامة ملاحقة الجريمة والتحقيق الابتدائي، وبالنتيجة التصرف بالتحقيق سواء بمنع المحاكمة أو لزومها أو بإسقاط الدعوى، أم أن هذا المبدأ مقتصر على القاضي فقط ؟

الحقيقة أنه لا يوجد نص خاص بالنيابة العامة سواء بالمنع أو بالإباحة ولا يوجد سوى نص المادة ١٤٧، وفي ظل عدم وجود نص خاص بالنيابة العامة، فقد حاول الباحث أن يجتهد مهتدياً باجتهادات محكمة التمييز الأردنية والتي استقرت على أن مبدأ الاقتناع الذاتي خاص بالمحكمة وحدها ولا يمتد إلى النيابة العامة، وجاء بقرار المحكمة (أن وزن البيئة هو من صميم عمل محكمة الموضوع ويخرج عن اختصاص النيابة العامة، بالإضافة إلى أن تحديد درجة جسامه الفعل الذي قارفه المشتكى عليهما وفيما إذا كان يعتبر هتك العرض المشتكى أم لا هو من الأمور المشروعة للمحكمة تقدره بالنسبة للمنطق القانوني والعرف الاجتماعي، ووظائف النيابة تقتصر على جمع الأدلة لا تقديرها)^(٢)، إلا أن الباحث ومع التقدير الكبير لاجتهادات المحكمة الموقرة لا يتفق مع ما ذهب إليه المحكمة الموقرة، ويرى الباحث أن النيابة العامة تملك وزن البيئة في حدود وظيفتها؛ وذلك استناداً إلى الحجج القانونية والمبررات المنطقية والضرورات العملية التالية :

- (١) المادة (٢/٣٤) من قانون البينات الأردني رقم ٣٠ لسنة ٥٢ (لا يجوز للمحكمة أن تصدر حكماً في أية قضية بالاستناد إلى شهادة شاهد فرد إلا إذا لم يعترض عليها الخصم أو تأيدت ببيئة مادية أخرى ترى المحكمة أنها كافية لإثبات صحتها).
- (٢) تمييز جزاء رقم ٢٠٠٨/١٥٨٨ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٨/١١/٣٠. منشورات مركز عدالة، وكذلك ينظر أيضاً: تمييز جزاء رقم ٢٠١٠/٢٤٠ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠١٠/٤/١.

- ١ - إن طبيعة وظيفة النيابة العامة تتطلب وزن البينة، حيث إن المدعي العام ملزم بتكليف الواقعة المعروضة عليه، وهذا التكليف هو الذي يحدد صلاحيات المدعي العام وسلطاته تجاه الواقعة والمشتكى عليه، من حيث اعتبار الفعل هتك عرض مثلاً أو مداعبة منافية للحياء، وبالتالي وزن البينة ضروري لإصدار قرار منع المحاكمة أو لزومها واعتبار الفعل جنحة أو جنائية، مما يوجب على المدعي العام إصدار قرار ظن أو قرار اتهام... من قبل النائب العام... وكذلك تحديد صلاحياته بالتوقيف، حيث إن التوقيف من عدمه ومدد التوقيف تختلف من الجنائية إلى الجنحة، والواقع العملي في كل ذلك هو وزن للبينة.
- ٢ - إن المادة (١٣٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية تلزم المدعي العام بإصدار قرار بمنع المحاكمة إذا كان الفعل لا يؤلف جرماً، أو أنه لم يقدّم دليل على أن المشتكى عليه هو الذي ارتكب الجرم^(١) وهذا هو وزن البينة بكل معناه وإلا كيف يقرر المدعي العام أن الفعل لا يؤلف جرماً أو عدم كفاية الدليل أو عدم قيام الدليل؟ وهو نفس دور المحكمة مع اختلاف التسمية، حيث تصدر قراراً بعدم المسؤولية إذا كان الفعل لا يؤلف جرماً أو لا يستوجب عقاباً، أو بالبراءة لانقضاء الأدلة أو عدم كفايتها^(٢).
- ٣ - إن قرار منع المحاكمة هو إنهاء للتحقيق الابتدائي، ويوقف الدعوى عند هذا الحد، وهو كما ما يرى الفقه الجنائي (ذو طبيعة قضائية بمعنى أنه عمل قضائي كالحكم تترتب عليه حقوقه)^(٣)، لذا لا يمكن القول أن المدعي العام عندما يصدر قرار منع المحاكمة لا يجوز له أن يقوم بوزن البينة.
- ٤ - إن قانون العقوبات الأردني قد خول النيابة العامة هذه الصلاحية وذلك في الحالة الممتازة الواردة في المادة (٣٤٢) عقوبات قبل تعديلها - (ألغيت الفقرة

(١) المادة ١٣٠/أ من قانون أصول المحاكمات الجزائية - إذا تبين للمدعي العام أن الفعل لا يؤلف جرماً، أو أنه لم يقدّم دليلاً على أن المشتكى عليه هو الذي ارتكب الجرم، أو أن الجرم سقط بالتقادم أو بالوفاة أو بالعفو العام، يقرر في الحالتين الأولى والثانية منع محاكمة المشتكى عليه، وفي الحالات الأخرى، إسقاط الدعوى العامة، وترسل إضبارة الدعوى فوراً إلى النائب العام.

(٢) المادة ٢٣٦/٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية (تقضي المحكمة بالتجريم عند ثبوت الفعل والتبرئة عند انتفاء الأدلة أو عدم كفايتها وبعدم المسؤولية إذا كان الفعل لا يؤلف جرماً أو لا يستوجب عقاباً).

(٣) حسني، محمود نجيب، المرجع السابق، ص ٧٣٣

الثانية بموجب القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠)، حيث إن الفقرة الثانية كانت تعطي المدعي العام الصلاحية بأن يعتبر الفعل دفاعاً مشروعاً ويقرر عدم الملاحقة ويغلق الملف الخاص بهذه القضية وذلك على الرغم من أي نص مخالف ورد في هذا القانون أو في أي تشريع آخر^(١).

٥ - إن النيابة العامة يتولاها قضاة، وواجب النيابة العامة كشف الحقيقة وليس اتهام المشتكى عليه فقط كما قد يظن العوام، وقد أكد قانون الأصول الجزائية على هذه الحقيقة، حيث توجب المادة (٣٤) على المدعي العام أن يضبط الأدلة التي تؤيد التهمة أو البراءة^(٢)، لذا فإن إعطاء النيابة هذه الصلاحية لا يلحق ضرراً بالمشتكى عليه بل على العكس هو أمر يصب في مصلحته، فقد يجنبه جلسات المحاكمة الطويلة والتي كثيراً ما تنتهي بالبراءة، إلا أن البراءة لا تعوض المشتكى عليه عما لحق به من ضرر مادي ومعنوي من جراء المحاكمة.

٦ - من المستقر عليه فقهاً وقضاً أن القياس جائز في قانون أصول المحاكمات الجزائية إلا إذا تعلق الأمر بانتقاص ضمانات المشتكى عليه وحقوقه^(٣) لذا فإن قياس النيابة العامة على القضاء لا يناقض السياسة الجنائية، بل إن الفقه يذهب إلى أبعد من ذلك، حيث يجيز الفقه الجنائي القياس في قانون العقوبات في مجال الإعفاء من العقاب والمسؤولية^(٤).

٧ - إن وزن البيئة من قبل النيابة العامة يصب دائماً في مصلحة المشتكى عليه ولا يلحق به أي ضرر، وذلك لأن النيابة إذا اقتنعت بالدليل وإحالة المشتكى عليه إلى المحكمة فإن القرار النهائي يرجع للمحكمة، أما إذا وزنت النيابة العامة

(١) المادة ٢/٣٤٢ عقوبات أردني - إذا تم ارتكاب أي من الأفعال الواردة في الفقرة (١) من هذه المادة، تقوم الجهة المختصة بالتحقيق مع مرتكب الفعل دون توقيفه أو اعتقاله وتحيل ملف التحقيق إلى المدعي العام المختص لاستكمال التحقيق اللازم واتخاذ قرار بنتيجة التحقيق، فإذا اعتبر فعله دفاعاً مشروعاً يقرر عدم ملاحقته ومنع محاكمته ويغلق الملف الخاص بهذه القضية وذلك على الرغم من أي نص مخالف ورد في هذا القانون أو أي تشريع آخر.

(٢) المادة ٣٤ من الأصول الجزائية - (إذا وجد في مسكن المشتكى عليه أوراق أو أشياء تؤيد التهمة أو البراءة فعلى المدعي العام أن يضبطها وينظم بها محضراً).

(٣) عبد الستار، فوزية، شرح قانون أصول المحاكمات اللبناني، دار النهضة العربية بيروت (١٩٧٥)، ص ٢٢

(٤) حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني القسم العام، دار النهضة العربية (١٩٨٤)، ص ١٠١

البينة ولم تقنع بالدليل فإنها سوف تقرر منع محاكمة المشتكى عليه، وهذا لا شك في صميم مصلحة المشتكى عليه.

٨ - إن تخويل النيابة العامة وزن البينة يؤدي إلى تخفيف العبء عن كاهل القضاء بدلاً من إرهاق المحاكم بقضايا نتيجة أدلة واهية ومعروف سلفاً أن المحكمة لن تحكم بالإدانة من لجل أدلة يشوبها الشك ويتطرق إليها الاحتمال.

المطلب الثالث

القيود الواردة على مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

لم يجعل المشرع سلطة القاضي مطلقة وفقاً لمبدأ الاقتناع الذاتي وكما يوحى ظاهر نص المادة (١٤٧)، بل أن المشرع قد قيدها بعدة قيود تكفل سلامة تطبيق المبدأ وقدسسية العدالة، وهذه القيود هي:

١ - الالتزام بطرق الإثبات الخاصة في المسائل غير الجنائية، يعتبر هذا القيد من أهم القيود الواردة على مبدأ الاقتناع الذاتي، حيث أوجب القانون على القاضي أن يلتزم في إثبات المسائل غير الجنائية بطرق الإثبات المقررة لإثبات هذه المسائل، وقد ورد هذا القيد في المادة (١٤٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني^(١) وتقابل هذه المادة، المادة (٢٢٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري^(٢) وعلة هذا القيد هي ارتباط قواعد الإثبات بطبيعة الموضوع الذي ترد عليه، لا بنوع القضاء الذي يفصل فيها^(٣)، فإثبات عقد الأمانة في جريمة إساءة الائتمان يخضع لطرق الإثبات في المواد المدنية^(٤) ومدلول الشيك في جريمة إصدار شيك بدون رصيد يكون بالرجوع إلى تعريف الشيك بالقانون التجاري.

٢ - يجب أن يكون الدليل الذي يعتمد عليه القاضي له أصل في ملف الدعوى، وتناقش

(١) المادة ١٤٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني (إذا وجد ادعاء بالحق الشخصي مع القضية الجزائية وجب على القاضي اتباع قواعد الإثبات الخاصة به).

(٢) المادة ٢٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية المصري (تتبع المحاكم الجنائية في المسائل غير الجنائية التي تفصل فيها تبعاً للدعوى الجنائية طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بتلك المسائل).

(٣) حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق ص ٤٣١

(٤) السعيد، كامل، المرجع السابق ص ٧٢٢

به الخصوم علناً، وقد ورد هذا القيد في المادة (١/١٤٨)^(١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية وهو ما يعرف بمبدأ شفوية المحاكمة، وتطبيقاً لهذا القيد لا تعتمد المحكمة تقرير الطبيب الشرعي الذي يبين سبب الوفاة إلا إذا حضر الطبيب إلى المحكمة وتمت مناقشته في فحوى التقرير من قبل المحكمة والخصوم، إلا أن هذا القيد ليس مطلقاً بل يرد عليه استثناء ورد في المادة (٢/١٦٢)^(٢) والتي تعطي المحكمة صلاحية تلاوة شهادة أي شاهد شهد أمام المدعي العام إذا تعذر حضوره للغيبة أو المرض أو الوفاة أو أي سبب آخر.

٣ - أن يكون الدليل مشروعاً أي موافقاً للقانون، ومعيار المشروعية هو احترام الضمانات التي قررها القانون لاحترام حرية المتهم بوصفه بريئاً إلى أن تثبت إدانته بحكم بات، فلا يجوز الافتئات على الحرية الشخصية للحصول على الدليل^(٣)، فلا يجوز الاستناد إلى اعتراف انتزع بالإكراه، أو شهادة أخذت بدون يمين^(٤).

ولكن هل شرط المشروعية لازم في حالة الإدانة والبراءة؟ من الطبيعي أن يكون شرط المشروعية لازماً في حالة أدلة الإدانة، ألا أن الاجتهاد القضائي لا يعتبر هذا الشرط لازماً في حالة البراءة، وهذا ما انتهت إليه محكمة النقض المصرية (لا يقبل تقييد حرية المتهم في الدفاع باشتراط مماثل لما هو مطلوب في دليل الإدانة، ويكون الحكم قد ذهب إلى خلاف هذا الرأي، فاستعيد المفكرة التي قدمها المدافع عن الطاعن للتدليل على براءته من الجرائم المسندة إليه بدعوى أنها وصلت لأوراق الدعوى عن طريق غير مشروع قد أخل بحق الطاعن بالدفاع مما يعيبه ويستوجب نقضه)^(٥).

(١) لا يجوز للقاضي أن يعتمد إلا على البيانات التي قدمت أثناء المحاكمة، وتناقش فيها الخصوم بصورة علنية).

(٢) (١- إذا تعذر إحضار شاهد أدى شهادة في التحقيقات الأولية بعد حلف اليمين إلى المحكمة لوفاته أو عجزه أو مرضه أو غيابه عن المملكة أو لأي سبب آخر ترى المحكمة معه عدم تمكنها من سماع شهادته، يجوز للمحكمة أن تأمر بتلاوة إفادته أثناء المحاكمة كهيئة في القضية، وفي الجنب التي لا يفرض القانون إجراء تحقيق أولي فيها يجوز للمحكمة صرف النظر عن أي شاهد للأسباب ذاتها والمبينة في هذه المادة).

(٣) سرور، احمد فتحي، الوسيط في شرح الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة ط٧ (١٩٩٣)، ص ٧٥١

(٤) السعيد، كامل، المرجع السابق، ص ٧٢٠

(٥) طعن رقم ٢٠٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢٥ المستشار مصطفى هرجه، الإثبات في المواد الجنائية (١٩٩٢) دار المطبوعات الجامعية ط٢ ص ٤١.

٤ - لا يجوز أن يبنى الحكم إلا على أدلة كاملة توفرت فيها شروط الأدلة الكاملة التي تطلبها القانون، مثل توفر شروط الاعتراف مثلاً، وهذا القيد يؤدي إلى نتيجة هامة وهي استبعاد القرائن أو الاستدلالات وحدها، فلا يجوز للقاضي أن يبنى حكمه على استدلالات فقط^(١) وهي ما يطلق عليها في القانون الأردني الأدلة التي تؤخذ على سبيل الاستئناس مثل الشهادة بدون يمين أو استعراف الكلب البوليسي لوحده فقط، أو أقوال متهم ضد متهم بدون وجود قرينة أخرى تؤيدها^(٢).

٥ - لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي، وهذا مبدأ عام في الإثبات وهو ما قررتة المادة الثالثة من قانون البينات الأردني، ولم ينص عليه قانون أصول المحاكمات الجزائية، في حين أن بعض القوانين الأخرى قد أوردته بنصوص صريحة مثل قانون الإجراءات الجزائية الكويتي^(٣) والعلة في هذا القيد أن القاضي عندما يحكم بعلمه الشخصي يجمع بين صفته كقاضي وشاهد بنفس الوقت، وشهادته قابلة للخطأ ولو عن غير وعي^(٤)، إضافة إلى أنه ينطوي على مظنة الحيف والتحيز وهو ما يجب أن يتنزه عنه القاضي.

ويدخل في نطاق الحظر جميع المعلومات التي يستقيها القاضي من خارج مجلس القضاء وخارج نطاق الخصومة، مثل: أن يشاهد القاضي المتهم أثناء ارتكاب الجريمة، أو يأتيه دليل بشكل سري، كما لا يجوز للقاضي أن يحل نفسه محل الخبير في الأمور الفنية والعلمية^(٥) ولو توفرت لديه المعرفة الكاملة بموضوع الخبرة.

ولكن هل كل ما يستشهد به القاضي خارج مجلس القضاء وخارج نطاق الخصومة يعتبر قضاءً بعلمه الشخصي؟

يجمع الفقه على أنه لا يعد من قبيل المعلومات الشخصية ولا يبطل حكم القاضي اعتماده على علم عام من قبيل التجارب البشرية والحكم المأثورة أو ما شاع بين الناس وأصبح لا يختلف عليه اثنان، ويعبر عنه بالحكم المشتملة

(١) مصطفى، محمود محمود، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة ط ١٢ (١٩٨٨)، ص ٤٢٤

(٢) المادة (٢/١٤٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية

(٣) المادة ١٥١ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠

(٤) بهنام، رمسيس، المرجع السابق، ص ٦٩٩

(٥) سرور، أحمد فتحي، المرجع السابق ص ٧٥٣

على خلاصة التجارب والوقائع الشهيرة^(١) أو التي تستقي من المعارف العامة والعلوم المختلفة مثل، سطوع البدر في منتصف الشهر^(٢)، أو ما يقول به العلم أو العرف مثل أن الجبن كلما طال به الزمن نقصت كمية الماء وزاد الدسم، كما يجوز للقاضي أن يحكم بناءً على المعلومات التي حصل عليها وهو في مجلس القضاء أثناء نظر الدعوى، مثل ارتكاب أحد الطرفين لجريمة في إحدى جلسات المحاكمة السابقة^(٣).

٦ - أن يأتلف الاقتناع والمنطق ويسلم به العقل، ويقصد بهذا القيد أن ما يعتمده القاضي من أدلة يجب أن تؤدي عقلاً إلى النتيجة التي خلص إليها، فمثلاً لا يجوز الاعتماد على شهادة شاهد ضعيف البصر ورأى المتهم من مسافة بعيدة^(٤).

٧ - أن يكون الاقتناع يقينياً، بمعنى أن تكون قناعة القاضي قاطعة ولا يخالطها الشك ولا يشوبها الاستفهام، وذلك لأن الأحكام الجزائية تبنى على الجزم واليقين لا على الشك والتخمين، كما أن الشك يفسر لصالح المتهم، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال فسد به الاستدلال، وهذا الاقتناع اليقيني يجب أن يكون في مرحلة المحاكمة، أما في مرحلة التحقيق فلا يشترط أن تصل قناعة المدعي العام إلى درجة اليقين بل أن تترجح لديه الإدانة على البراءة؛ وذلك لأن مهمة المدعي العام ليست إصدار الحكم بل التأكد من مدى كفاية أدلة الاتهام^(٥).

٨ - إذا تطلب القانون وسيلة إثبات معينة فلا يجوز الإثبات إلا بهذه الوسيلة^(٦)، كما هو الحال في إثبات جريمة الزنا^(٧) وفرض البكارة، حيث حدد القانون وسائل محددة لإثبات جريمة الزنا وهي: الاعتراف وضبطهما متلبسين أو وجود وثائق

(١) بهنام، رمسيس، المرجع السابق ص ٧٠٠

(٢) الجوخدار، حسن، المرجع السابق، ص ٣٥١

(٣) مصطفى، محمود محمود، المرجع السابق ص ٤٢٥ وهامشها

(٤) الجوخدار، حسن، المرجع السابق ص ٣٥٣

(٥) الجوخدار، حسن، مرجع سابق ص ٣٤٩

(٦) المادة ١٤٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية:

٣- إذا نص القانون على طريقة معينة للإثبات وجب التقيد بهذه الطريقة.

(٧) المادة ٢٨٣ عقوبات:

الأدلة التي تقبل وتكون حجة لإثبات جريمة الزنا هي ضبط الزاني والزانية في حالة التلبس بالفعل أو أن يصدر عنهما اعتراف قضائي أو وثائق قاطعة بوقوع الجريمة أو أن يصدر عن أحدهما اعتراف قضائي وعن الآخر وثائق قاطعة بوقوع الجريمة.

قاطعة بوجود الجرم، ولكن ما ينبغي ملاحظته أن تقييد المشرع للقاضي بوسيلة إثبات معينة لا يلغي مبدأ الاقتناع الذاتي، حيث تبقى هذه الأدلة التي تطلبها القانون خاضعة لتقدير المحكمة، حيث يجوز للمحكمة عدم الأخذ بالاعتراف إذا لم تقتنع به مثلاً، لكن التحديد يلزم المحكمة باعتماد أدلة محددة فقط إذا اقتنعت بها.

٩ - التسبيب: يعرف التسبيب بأنه بسط الاعتبارات القانونية والواقعية التي أدت إلى تكوين عقيدة المحكمة^(١) ويعتبر هذا القيد من أهم القيود على الاقتناع الذاتي، والتسبيب أمر وجوبي على المحكمة، فقد ألزم القانون المحكمة ببيان الأسباب التي بني عليها الحكم^(٢) وتبدو أهمية التسبيب في أنه ضمانة كبرى لمصلحة الخصوم، حيث أنه يدفع المحكمة إلى تمحيص الأدلة والبحث والتحقيق للوصول إلى الحقيقة وبالتالي إلى نتائج منطقية من وقائع الدعوى^(٣)، كما أنه يجنب المحكمة مظنة الحيف والمحاباة والريبة التي قد تنشأ بنفس الخصوم ممن أضر الحكم بمراكزهم القانونية^(٤).

المطلب الرابع

الاستثناءات الواردة على مبدأ الاقتناع الذاتي

إن مبدأ الاقتناع الذاتي ليس مطلقاً بل أن المشرع أورد عليه بعض الاستثناءات، إلا أنها لا تنال من هذا المبدأ، وهذه الاستثناءات هي:

١ - القرائن القانونية، وهي نوعان: قاطعة لا تقبل إثبات العكس، وبسيطة قابلة لإثبات العكس^(٥)، ويعد من قبيل القرينة القانونية القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس أن سن التمييز سبع سنوات، بمعنى أن الطفل الذي لم يبلغ السابعة من عمره يعد عديم التمييز وغير مسؤول جزائياً وحتى لو بلغ درجة خارقة من

(١) الكيك، محمد علي، أصول تسبيب الأحكام الجنائية مطبعة الإشعاع ط ١، (١٩٨٨)، ص ٤٥

(٢) المادة ١٨٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية
يجب أن يشتمل الحكم النهائي على العلة والأسباب الموجبة له وأن تذكر فيه المادة القانونية المنطبق عليها الفعل وهل هو قابل الاستئناف أم لا.

(٣) عبد التواب، معوض، نظرية الأحكام في القانون الجنائي، دار الكتاب العربي بيروت ط ١، (١٩٨٨)، ص ١٠١

(٤) الكيك، محمد علي، مرجع سابق ص ٦١

(٥) سرور، أحمد فتحي، المرجع السابق ص ٧٥٥

الذكاء، لذا فإن القاضي في هذه الحالة لا يجوز أن يعتمد على قناعته الوجدانية بخصوص تمييز الطفل من عدمه، أما القرينة البسيطة، فمثلاً أن سن الرشد ثماني عشرة سنة، حيث يمكن إثبات عكسها وأن الشخص يعاني من الجنون وغير مسؤول جزائياً.

٢ - ضبوطات مخالفة القوانين والأنظمة البلدية والصحية والنقل على الطرق الواردة في المادة ١٩٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية^(١)، حيث أورد المشرع حكماً خاصاً بالنسبة لهذه الضبوطات، حيث ترسل ورقة الضبط إلى القاضي فيصدر حكمه بالعقوبة التي يستوجبها الفعل قانوناً دون دعوة المشتكى عليه^(٢). إلا أن المشرع استثنى حالة وجود مدعي شخصي فلا يعمل بأحكام المادة ١٩٥ و١٩٦ وحسب ما ورد بالمادة ١٩٩^(٣).

٣ - الرسائل المتبادلة بين المتهم ومحاميه، حيث ورد النص القانوني على عدم جواز إثبات التهمة بالرسائل المتبادلة بين المتهم ومحاميه^(٤).

٤ - النص الصريح على الالتزام بأدلة محددة لإثبات الجريمة، استثناءً على هذا المبدأ فقد يحدد القانون أدلة محددة لإثبات جريمة معينة، وبالتالي يجب على القاضي الالتزام بهذه الأدلة ولا يجوز له أن يتجاوزها إلى أدلة أخرى، وقد ورد هذا القيد في المادة (٢/١٤٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني^(٥)، مثل جريمة فض البكارة الواردة في المادة (١/٣٠٤) من قانون

(١) المادة ١٩٤ - تجري في مخالفة القوانين والأنظمة البلدية والصحية والنقل على الطرق الأصول الموجزة الآتي بيانها.

(٢) المادة ١٩٥ -:

١- عند وقوع مخالفة للقوانين والأنظمة المذكورة وكانت تستوجب عقوبة تكميلية ترسل ورقة الضبط المنظمة بها إلى القاضي المختص فيحكم بالعقوبة التي يستوجبها الفعل قانوناً بدون دعوة المشتكى عليه.

٢- يصدر القاضي حكمه في ميعاد عشرة أيام ما لم يوجب القانون ميعاداً أقصر من ذلك.

المادة ١٩٦ - يأخذ القاضي بصحة الوقائع المثبتة في أوراق الضبط الموافقة لأصول تنظيمها.

المادة ١٩٩ - لا تطبق الأصول الموجزة المنصوص عليها في هذا الفصل عندما يكون في الدعوى مدع شخصي

(٣) المادة ١٥٢ - لا يجوز إثبات واقعة بالرسائل المتبادلة بين المتهم أو الظنين أو المشتكى عليه ومحاميه.

(٤) المادة ٢/١٤٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني (إذا نص القانون على طريقة معينة للإثبات وجب التقيد بهذه الطريقة)

العقوبات الأردني^(١) والتي حددت الفقرة (٢) من ذات المادة الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المشتكى عليه في الخداع بوعد الزواج وهي اعترافه لدى المدعي العام أو في المحكمة أو أن يصدر عنه وثائق قاطعة أو مراسلات تثبت ذلك، كما حدد المشرع أيضاً أدلة محددة لإثبات جريمة الزنا في المادة ٢٨٣ عقوبات أردني وهي ضبطهما متلبسين أو اعترافهما القضائي أو وجود وثائق قاطعة بوقوع الجرم، وهذه تقابل المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات المصري والتي حددت أدلة محددة لإثبات جرم الزنا على الشريك فقط، وهي التلبس والاعتراف والأوراق المكتوبة بخطه ووجوده في المحل المخصص للحريم في منزل مسلم.

(١) المادة ٣٠٤/١ من قانون العقوبات الأردني (كل من خدع بكرةً تجاوزت الثامنة عشرة من عمرها بوعد الزواج ففض بكارتها أو تسبب في حملها عوقب - إذا كان فعله لا يستوجب عقوبة أشد - بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات ويلزم بضمان بكارتها).

المبحث الثاني

الاقتناع الذاتي وأدلة الإثبات

أدلة إثبات الدعوى الجزائية خمسة أدلة: الاعتراف، الشهادة، الأدلة الكتابية، القرائن وأخيراً الخبرة وهي لا تختلف عن أدلة إثبات الدعوى المدنية إلا بالنسبة لليمين.

المطلب الأول

الاعتراف

الاعتراف: هو إقرار المتهم على نفسه بالتهمة المسندة إليه، لذا لا يعد اعترافاً ما يسلم به المحامي عن موكله، ولا يعد اعترافاً اعتراف المتهم على شركائه فهو ليس سوى استدلال^(١)، بل لا يسمى اعترافاً أصلاً، حيث إن القانون يعده أقوال متهم ضد متهم، ومهما تعدد المتهمون وفقاً لنص المادة ٢/١٤٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية لا يجوز الاستناد إليها في الإدانة إلا إذا وجدت قرينة أخرى تؤيدها، ومهما بلغ عدد المتهمين، بمعنى لو أن عشرين متهماً اعترفوا على شريك لهم وبقي منكرًا للتهمة ولم توجد أي قرينة أخرى فلا يجوز الاستناد إلى أقوالهم فقط في الإدانة.

ولا يجوز أن يحلف المتهم اليمين حيث إنه من المبادئ الراسخة في التشريع الجنائي أن المشتكى عليه لا يجوز أن يحلف اليمين بأية حال حتى ولو لم يكن يحاكم أمام المحكمة نفسها لاختلاف الاختصاص الشخصي، مثل أن يشترك شخص عادي مع رجل شرطة بارتكاب الجريمة، حيث لا يجوز لمحكمة الشرطة أن تعتبر شريك رجل الشرطة شاهداً، وجاء بقرار المحكمة (لا تؤخذ أقوال الشريك في الجرم كشاهد وإنما تؤخذ كأقوال متهم ضد متهم آخر وبدون قسم إذا أيدت أقواله البيانات والقرائن الأخرى، عملاً بنص المادة (٢/ ١٤٨) من الأصول الجزائية، ولا يغير من ذلك كون أحد المتهمين يحاكم أمام محكمة الشرطة والآخر أمام المحاكم النظامية بصفته مدنياً، كما لا يغير من ذلك وصف محكمة الشرطة للشريك بأنه شاهد عندما استمعت لأقواله، طالما أنها استمعتها بدون قسم ولم يكن قصدها شاهداً)^(٢).

وقد ورد هذا الحظر في بعض التشريعات بنصوص صريحة ومنها قانون

(١) مصطفى، محمود محمود، المرجع السابق، هامش ص ٤٧٥

(٢) تمييز جزاء رقم ٢٣٣/١٩٩٣ فصل بتاريخ ١٩/١٠/١٩٩٣ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (٢٥٠٢) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٣)

الإجراءات والمحاکمات الجزائية الكويتي رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠^(١)، وقانون الإجراءات الجنائية السوداني^(٢) وإن كانت غالبية التشريعات لم تنص على هذا الحظر على اعتبار أنه أصبح من المبادئ العامة التي لا تحتاج إلى نص، وقد نص عليه قانون العقوبات الفرنسي القديم، إلا أن القانون الجديد عدل عنه، ويجيز القانون الإنجليزي تحليف المتهم اليمين قبل الاستجواب إذا أراد المتهم ذلك، وإذا كذب يلاحق بجرم شهادة الزور^(٣). والعلة في عدم جواز حلف اليمين من قبل المتهم أن حلف اليمين يعتبر من قبيل الإكراه الأدبي والشخص لا يجوز أن يشهد ضد نفسه

ويخضع الاعتراف بالكامل لقناعة المحكمة، حيث يجب على المحكمة أن تستمع لاعتراف المتهم وتسجله، ثم تخضع هذا الاعتراف لقناعتها الوجدانية، فإذا قنعت به جاز لها أن تصدر حكمها على الفور وفقاً للمواد ١٧٢ و ٢١٦ من قانون أصول المحاکمات الجزائية^(٤) وتصرف النظر عن باقي بيانات النيابة، والقرار للمحكمة وليس للنيابة، فلو أن المدعي العام طلب شهود النيابة فلا تجيبه المحكمة لطلبه، وحتى تقنع المحكمة بالاعتراف يجب أن يكون مطابقاً لقرار الظن أو الاتهام ومتضمناً لكافة أركان الجريمة المنسوبة إليه (٢- لا يوجد أي نص قانوني يبيح للنيابة العامة أن تصرف النظر عن دعوة شهود النيابة وأن الاعتراف الذي اكتفت به المحكمة وعلى ضوءه صرفت النظر عن دعوة الشهود كان مقتضياً وغير واضح ولا يبين أركان الجرائم المنسوبة للمتهم، حتى يصار إلى تطبيق المادة (٢١٦ / ٢) من قانون أصول المحاکمات الجزائية التي أجازت للمحكمة الاكتفاء باعتراف المتهم)^(٥).

- (١) ينظر: المادة ١٥٨ من قانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية الكويتي
- (٢) المادة (٤/د) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني (د/ يحظر الاعتداء على نفس المتهم وماله ولا يجبر المتهم على تقديم دليل ضد نفسه ولا توجه إليه اليمين إلا في الجرائم غير الحدية التي يتعلق بها حق خاص للغير).
- (٣) سرور، أحمد فتحي، المرجع السابق، ص ٥٢١
- (٤) المادة ٢/٢١٦ من قانون أصول المحاکمات الجزائية ٢- إذا اعترف المتهم بالتهمة، يأمر الرئيس بتسجيل اعترافه بكلمات أقرب ما تكون إلى الألفاظ التي استعمالها في اعترافه، ويجوز للمحكمة الاكتفاء باعترافه، وعندئذ تحكم عليه بالعقوبة التي تستلزمها جريمته إلا إذا رأت خلاف ذلك.
- ٣ - إذا رفض المتهم الإجابة يعتبر غير معترف بالتهمة ويأمر رئيس المحكمة بتدوين ذلك في الضبط.
- (٥) تمييز جزاء رقم ١٢٠٨/٢٠٠٢ فصل بتاريخ ٢٠٠٣/٠١/٢٠ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (١٣٤١) من العدد (٦) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٣) وينظر أيضاً: قرار رقم ٢١٥/٢٠٠٠ فصل بتاريخ ٢٠٠٠/٠٤/١٩ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (١١٧٨) من العدد (٤) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٢)

كما يجب ألا يساور المحكمة الشك في صحة الاعتراف، أما إذا كان غير مطابق أو آثار دفعاً بسبب من أسباب التبرير مثلاً فلا تأخذ به المحكمة، كذلك يجوز للمحكمة ألا تأخذ بالاعتراف ولو كان مطابقاً لقرار الظن إذا ساورها الشك بصحة الاعتراف، مثل اعتراف طفل لم يبلغ الخامسة عشرة بقتل رجل مفتول العضلات مثلاً.

وأن الباحث لا يتفق مع ما يذهب إليه بعض الفقه من أن الاعتراف يجب أن يتأيد بأدلة أخرى^(١) إلا أنه يجوز للمحكمة ألا تقتنع بالاعتراف لذلك تطلب شهود النيابة، ولكن يجب على المحكمة تعليل عدم الأخذ بالاعتراف وإلا كان الحكم مشوباً بالقصور في التسبيب^(٢).

ويجمع الفقه والقضاء على أنه يجوز للمحكمة أن تجزئ الاعتراف فتعتمد منه ما تقتنع به وتطرح ما سواه^(٣) كأن يعترف بالقتل مع الدفع بأنه دفاع عن النفس مثلاً، ولكن يورد الفقه قيدين على التجزئة هما^(٤):

- ١ - القيد الأول أن تكون التجزئة لا تجافي المنطق.
- ٢ - أن إثبات المواد المدنية يخضع لكامل قواعد الإثبات المدني فلا يجزئ الاعتراف بها، فمثلاً اعتراف المتهم بإساءة الائتمان وأنه رد المال لا يجزئ بل يؤخذ كاملاً^(٥).

كذلك يعتبر الاعتراف دليلاً كاملاً وكافياً لإصدار الحكم متى اقتنعت به المحكمة، ولا يلزم أن يؤيد بأدلة أخرى، وأن الباحث لا يتفق مع بعض الفقه الذي يرى أنه لا يجوز الاكتفاء بالاعتراف فقط، وذلك استناداً إلى الحجج التالية:

- ١ - أن نصوص القانون واضحة (المواد ١٧٢ و ٢١٦) من الأصول الجزائية والتي تسمح بالأخذ بالاعتراف وحده متى قنعت به المحكمة والقاعدة الأصولية أنه لا اجتهاد في مورد النص.
- ٢ - أن الاجتهاد القضائي يتفق مع رأي الباحث وهذا ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز الموقرة (١- لمحكمة الموضوع الاكتفاء باعتراف المتهم بالتهمة

(١) الملا، سامي صادق، اعتراف المتهم ط٢، (١٩٧٥)، ص ٢٨٧

(٢) هرجه، المستشار مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية ط٢، (١٩٩٢)، ص ٢٢٧

(٣) طعن رقم ٦٥٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٢/٥/١٩٨٣، المستشار مصطفى هرجه، المرجع السابق ص ٢٣٣

(٤) السعيد، كامل، المرجع السابق ص ٧٦٤

(٥) السعيد، كامل، المرجع السابق ص ٧٦٤

المسندة إليه، عملاً بأحكام المادة (٢١٦ / ٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، ولا يرد الاحتجاج بعدم دعوة الشهود، لأن الاعتراف بينة قانونية وقد قنعت بها المحكمة^(١).

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية أيضاً (من الجائز أن يكون الاعتراف وحده دليلاً تأخذ به المحكمة ولو مع بطلان القبض والتفتيش)^(٢).

٣ - أن رفض الاعتراف يعني إطالة أمد النزاع في قضايا قد تكون واضحة ولا لبس فيها، مما يعد إرهاباً للمحاكم بسماع بينات النياية وبينات الدفاع والذي يأخذ وقتاً طويلاً.

٤ - أن رفض الأخذ بالاعتراف يضر المتهم نفسه ولا يصب في مصلحته دائماً، حيث إن رفض الأخذ بالاعتراف والاكتفاء به يضر بالمتهم في الحالات التالية :
أ - يحرم المتهم من الاستفادة من الاعتراف كسبب رئيسي من الأسباب المخففة التقديرية للعقوبة والتي ترجع لتقدير القاضي.

ب - إن رفض الأخذ بالاعتراف قد يحرم المرأة من العذر المخفف القانوني الوارد في المادة (٢/١٧) عقوبات أردني^(٣) والذي يستبدل عقوبة الإعدام للمرأة الحامل بالأشغال الشاقة المؤبدة، حيث إن إطالة أمد القضية سوف يؤدي إلى ولادة المرأة قبل صدور الحكم ويحرمها من هذا العذر القانوني.

ت - إن رفض الأخذ بالاعتراف سوف يؤخر استفادة المتهم من نظام إعادة الاعتبار سواء في الجنايات أو الجنح، ذلك أن مدة التجربة أو الاختبار التي يتطلبها القانون لا تبدأ إلا من لحظة انتهاء تنفيذ العقوبة أو سقوطها^(٤)، ولا شك أن مدة المحاكمة سوف تضاف إلى فترة العقوبة.

(١) تمييز جزاء رقم ٦٢/١٩٩٢ فصل بتاريخ ٢٨/٠٣/١٩٩٢ (هيئة عادية). منشور على

الصفحة (٢١٣٢) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٣)

(٢) طعن رقم ١٠١٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٦/١٢/١٩٧٣ المستشار مصطفى هرجه، المرجع السابق ص ٢٤٠

(٣) المادة (١٧) عقوبات أردني
(٢) - في حالة ثبوت كون المرأة المحكوم عليها بهذه العقوبة حاملاً، يبطل حكم الإعدام بالأشغال الشاقة المؤبدة)

(٤) المادة ٣٦٤ / ب من قانون أصول المحاكمات الجزائية- أن يكون قد انقضى من تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة المحكوم بها أو صدور العفو عنها مدة ست سنوات إذا كانت العقوبة جنائية أو ثلاث سنوات إذا كانت العقوبة جنحية، ويؤخذ بمثلي هذه المدة لإعادة الاعتبار في الحالتين إذا كان المحكوم عليه مكرراً بالمعنى القانوني.

ث - إن رفض الاكتفاء بالاعتراف قد يفوت على المتهم الاستفادة من العفو الخاص، حيث إن العفو الخاص لا يطل إلا من صدر بحقه حكم مكتسب الدرجة القطعية.

إلا أن الباحث يرى أنه وإن كان هذا هو القاعدة العامة إلا أنه يمكن أن يقرر استثناء خاص بالنسبة للجرائم المعاقب عليها بالإعدام، فيرى الباحث أنه يجب ألا يأخذ بالاعتراف فقط بل يجب سماع الأدلة وذلك لخطورة هذه العقوبة وجسامتها وهذا ما أخذ به المشرع الإماراتي في المادة (١٦٥) من قانون الإجراءات الجنائية الإماراتي^(١).

المطلب الثاني الشهادة

تعتبر الشهادة من أهم وسائل الإثبات المباشرة، فهي عيون العدالة وأذانها، بل هي الوسيلة الطبيعية لإثبات الدعوى الجزائية، وتعرف الشهادة بأنها: رواية شخص عما أدركه بإحدى حواسه المختلفة عن واقعة معينة^(٢)، والشهادة كغيرها من وسائل الإثبات تخضع لتقدير القاضي الجزائي وفقاً لمبدأ الاقتناع الذاتي، فيجوز تجزئة الشهادة وطرحها إلا أن هذا الأمر يتطلب أن يكون القاضي - إلى جانب تأهيله القانوني - مؤهلاً بالعلوم النفسية خاصة علم النفس الجنائي، وعلم النفس القضائي، وعلم الإجرام والعقاب^(٣)، وقد أوجب القانون أن تؤدي الشهادة شفاهة وعلناً؛ وذلك لكي يكون الشاهد تحت رقابة المحكمة وتقديرها في جميع أجزاء شهادته، ويجب على المحكمة أن تسجل أي ملاحظة تلاحظها على الشاهد أثناء إدلائه بالشهادة، مثل أن الشاهد متردد في شهادته أو أنه متبرع في شهادته أو أنه متشكك في شهادته؛ وذلك لكي يكون قرار المحكمة عند طرح شهادته في قرار الحكم معللاً سلفاً، حيث تشير

(١) المادة ١٦٥ من قانون الإجراءات الجنائية الإماراتي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢
يبدأ التحقيق في الجلسة بالمناداة على الخصوم والشهود، ويسأل المتهم عن اسمه ولقبه ومهنته وجنسيته ومحل إقامته ومولده، وتتلّى التهمة الموجهة إليه، ثم تقدم النيابة العامة والمدعي بالحقوق المدنية - إن وجد - طلباتهما، ثم يسأل عما إذا كان معترفاً بارتكاب الواقعة المسندة إليه، فإذا اعترف يجوز للمحكمة الاكتفاء باعترافه و الحكم عليه بغير سماع الشهود وإلا فتسمع شهادة شهود الإثبات ما لم تكن الجريمة مما يعاقب عليها بالإعدام فيتوجب على المحكمة استكمال التحقيق.

(٢) الجوخدار، حسن، المرجع السابق ص ٣١٦

(٣) محمد، فاضل زيدان، المرجع السابق، ص ٢٠٣

المحكمة إلى أنها لاحظت على الشاهد أثناء إدلائه بالشهادة أنه كان متشككاً مثلاً أو متردداً، ويمكن للمحكمة أن تطلب صحيفة سوابق الشاهد لتقدير شهادته في ظل وجود سوابق بحقه، وطبيعة هذه السوابق كما لو كان قد حكم عليه بجرم الافتراء مثلاً، ومما يلاحظ أن قانون العقوبات الأردني وقانون أصول المحاكمات الجزائية لم يضع قيوداً على الشهادة من حيث سوابق الشاهد أو سلوكه، وترك الأمر على إطلاقه وهذا على العكس من موقف المشرع المصري، حيث إن قانون العقوبات المصري في المادة (٢٥) يحرم كل من حكم بعقوبة جنائية أثناء مدة العقوبة من أداء الشهادة إلا على سبيل الاستدلال، وكذلك قانون العقوبات الفرنسي في المادة ٣٤/٣^(١).

ولكن هل يشترط عدد معين في الشهادة ؟

لم يتطلب قانون أصول المحاكمات الجزائية عدداً معيناً في الشهادة، وذلك انطلاقاً من القاعدة الفقهية (أن الشهادات توزن ولا تعد) وإن كان قانون البينات الأردني قد منع المحكمة أن تستند في حكمها على شهادة شاهد فرد إلا إذا لم يعترض عليها الخصوم أو وجدت قرينة أخرى تؤيدها^(٢)، ولكن هذا الحكم خاص بإثبات الدعوى الحقوقية وليس الجزائية، والقاعدة في إثبات الدعوى الجزائية أن إثباتها جائز بكافة طرق الإثبات.

وفي ظل النصوص الحالية لقانون أصول المحاكمات الجزائية فإن الشهادة الفردية مقبولة أمام المحكمة ويمكن الحكم على أساسها إذا اقتنعت بها المحكمة، وهذا ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز الموقرة في العديد من أحكامها، ومنها (لا يوجد في قانون أصول المحاكمات الجزائية ما يمنع بناء الأحكام الجزائية على شهادة شاهد فرد إذا اقتنعت المحكمة بها، وأن قول محكمة الموضوع أن شهادة الشاهد ليست فردية هو من قبيل التزديد)^(٣). (لمحكمة الموضوع أن تؤسس قناعتها على أية بيئة قانونية قدمت لها في الدعوى، سواء أكانت شهادة فردية أم غيرها، عملاً بأحكام المادة (١٤٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وطالما أن محكمة أمن الدولة قد قنعت من شهادة ضابط الأمن أنه وأثناء مشادة بينه وبين الظنين قد تلفظ بما ينال

(١) محمد، فاضل زيدان، المرجع السابق، هامش ص ١٩٨

(٢) المادة ٣٤ / من قانون البينات الأردني (٢- لا يجوز للمحكمة أن تصدر حكماً في أية قضية بالاستناد إلى شهادة شاهد فرد، إلا إذا لم يعترض عليها الخصم أو تأيدت ببيئة مادية أخرى ترى المحكمة أنها كافية لإثبات صحتها.

(٣) قرار رقم ١٥٢/٢٠٠٠، فصل بتاريخ ١٨/٠٤/٢٠٠٠ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (١٦٦١) من العدد (٤) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٢).

من جلالة الملك، فإن قرار المحكمة بإدانته بجرم إطالة اللسان على جلالة الملك في محله^(١)، مع ملاحظة أن بعض قوانين الأصول الجزائية تتطلب أكثر من شاهد لإثبات الدعوى الجزائية، كما هو الحال في قانون أصول المحاكمات العراقي المادة ٢١٣/ب، والقوانين الألمانية والبرتغال والنمسا وهولندا^(٢).

إلا أن الباحث لا يؤيد هذا الموقف التشريعي، ذلك أنه يحد من سلطة القاضي الجزائي، إلا أن ما لا يدرك كله لا يترك جله، فيمكن الأخذ بهذا القيد على سبيل الاستثناء في الجنايات المعاقب عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الاعتقال المؤبد؛ لما لجسامة العقوبات المقررة لهذه الجرائم، ويؤيد هذا الرأي أن المشرع قد وفر ضمانات استثنائية لمرتكبي هذه الجرائم مثل وجوب توكيل محامي لهم على نفقة الدولة إذا لم يكن المتهم قد وكل محامياً له وفقاً لنص المادة ٢٠٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني^(٣).

المطلب الثالث الخبرة

تعرف الخبرة بأنها إبداء رأي فني من شخص مختص فنياً، في شأن واقعة ذات أهمية في الدعوى الجزائية^(٤).

والخبرة ملزمة للمحكمة في الأمور الفنية والعلمية المهمة في الدعوى بموجب نص المادة ٣٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم في هذه الأمور إلا بعد ندب خبير أو أكثر لاستجلاء الأمر، وإلا كان حكم المحكمة مخالفاً

(١) قرار رقم ٢٢٩/١٩٩٥، فصل بتاريخ ٠٨/٠٦/١٩٩٥ (هيئة عادية) منشور على الصفحة

(٢٩٦) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٦)

(٢) محمد، فاضل زيدان، المرجع السابق، هامش ص ٢٠٤

(٣) المادة ٢٠٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني (١) - بعد أن يودع المدعي العام إضبارة الدعوى إلى المحكمة، على رئيس المحكمة أو من ينيبه من قضاة المحكمة في الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الاعتقال المؤبد أن يحضر المتهم ويسأله هل اختار محامياً للدفاع عنه، فإن لم يكن قد فعل وكانت حالته المادية لا تساعد على إقامة محام، عين له الرئيس أو نائبه محامياً.

٢- يدفع من خزينة الحكومة للمحامي الذي عين بمقتضى الفقرة السابقة مبلغ عشرة دنانير عن كل جلسة يحضرها على أن لا تقل هذه الأجور عن مائتي دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار).

(٤) حسني، محمود نجيب، الإجراءات الجنائية، المرجع السابق ص ٤٧٤

للقانون (١- إذا ثبت من شهادة شاهد الدفاع الطبيب النفساني أن المتهم يعاني من مرض الوسواس القهري وهو مرض يصيب الإنسان فتسيطر عليه أفكار وسواسية قهرية لا يستطيع مقاومتها، وإن نكأ المتهم متدني ومصاب بتخلف عقلي، فيكون إصرار محكمة الجنايات الكبرى على قرارها السابق المنقوض ورفضها إحالة المتهم للمراقبة الطبية النفسية لبيان حقيقة حالة المتهم النفسية مخالفاً للقانون ولحقوق الدفاع، طالما أن تحديد ما إذا كان المتهم مصاباً بمرض عقلي أو نفسي مرجعه أهل الخبرة والفن^(١)).

وتخضع الخبرة كنوع من البيانات في تقدير قيمتها وإنتاجيتها والاستناد إليها في الحكم لصلاحيات محكمة الموضوع، إلا أن ذلك يستلزم أن تكون الخبرة متفقة مع القانون، وعليه فيكون لمحكمة التمييز نقضها في حال مخالفتها للقانون^(٢).

ووفقاً لمبدأ الاقتناع الذاتي فإن تقرير الخبير لا يقيد المحكمة، فرأي الخبير غير ملزم للمحكمة، حيث تستطيع المحكمة أن لا تأخذ برأي الخبير إذا لم تقتنع بهذا الرأي، ولكن يجب إلا يفهم أن المحكمة تطرح رأي الخبير من تلقاء نفسها، بل يجب أن تندب خبرة جديدة، حيث إن الاجتهاد القضائي قد استقر على أن الخبرة الفنية لا تدحض إلا بخبرة فنية أخرى (٢- التفاوت بين تقدير التعويض الوارد في تقدير الخبير الذي اعتمدته محكمة صلح الجزاء وما بين التقدير الذي قدرته محكمة الاستئناف من عندها دون اللجوء إلى خبير أو أكثر يوجب نقض الحكم)^(٣). (إذا قرر الخبير الذي أجرى معاملته التدقيق في سند مدعى بتزويره أنه مزور، فلا يجوز للمحكمة أن تقرر من عندها نفي التزوير عن السند، ولا بد في حالة عدم قناعتها بالتقرير أن تعهد إلى خبراء آخرين للتدقيق في السند وبيان رأيهم بوجود التزوير أو عدمه، على اعتبار أن الأمور الفنية لا تدحض إلا بالطرق الفنية)^(٤).

ويجب أن تكون الخبرة الجديدة مساوية للخبرة السابقة أو أقوى منها، فإذا

(١) تمييز جزاء رقم ٢٥٧/١٩٩٨، فصل بتاريخ ٢٨/٠٦/١٩٩٨ (هيئة عادية منشور على الصفحة (٤٤٠٣) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٨).

(٢) تمييز جزاء ٤١٨/١٩٩٥، فصل بتاريخ ٣٠/١٠/١٩٩٥ (هيئة عادية) منشور على الصفحة (٢٠١٠) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٦).

(٣) تمييز جزاء ١٨٢/١٩٩٦، فصل بتاريخ ١٨/٠٣/١٩٩٦ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (٣٨٤٢) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٧).

(٤) تمييز جزاء ١٠٤/١٩٦٧، فصل بتاريخ ٠١/٠١/١٩٦٧ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (١٧٦) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٦٨).

تكونت الخبرة الأولى من خبير واحد فإن الخبرة الثانية يجب أن تكون ثلاثية، وإذا كانت الأولى ثلاثية فإن الثانية تكون خماسية وهكذا، ولا يجوز أن تطرح المحكمة الخبرة لتناقضها مع اعتراف المتهم أو أقوال الشهود^(١) ولكن إذا تشككت المحكمة بالخبير جاز لها أن تندب خبرة فنية جديدة.

ولكن ما يلاحظ على قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني أنه لم يتضمن أي قواعد لرد الخبير، في حين أن المادة (٢٢٨)^(٢) سمحت برد الترجمان للمتهم والنيابة العامة، الأمر الذي يستدعي تعديلاً يضع قواعد لرد الخبير أو عدم صلاحيته على غرار المادة (٩٠)^(٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية والذي ألحق الخبراء بالقضاة فيما يتعلق بأحكام الرد.

المطلب الرابع القرائن

القرائن هي الصلة الضرورية التي ينشئها القانون بين وقائع معينة، أو هي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستخلصها من واقعة معينة^(٤) فهي استنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة^(٥)، وهذا التعريف يجمع بين القرائن القانونية والقضائية التي نص عليها قانون البينات الأردني، وتكون قانونية إذا نص عليها القانون، أما القضائية فهي التي يستنبطها القاضي من ظروف الدعوى، والقرينة القانونية قد تكون قاطعة ولا تقبل إثبات العكس، مثل سن التمييز سبع سنوات، فهذه قرينة قانونية قاطعة على انعدام التمييز لمن هو دون السابعة، ولا شك أن هذا النوع من القرائن لا يمكن إعمال مبدأ الاقتناع الذاتي تجاهها، فحتى لو اقتنع القاضي أن من دون السابعة

(١) تمييز جزاء ٧٩/٢٠٠٠، فصل بتاريخ ١٨/٠٤/٢٠٠٠ (هيئة عادية). منشور على الصفحة

(١١٢٣) من العدد (٤) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٢)

(٢) المادة ٢٢٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية
يسوغ للمتهم وممثل النيابة أن يطلب رد الترجمان المعين على أن يبدي الأسباب الموجبة لذلك، وتفصل المحكمة في الأمر.

(٣) المادة ٩٠/٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية
- تطلب المحكمة إلى الفريقين انتخاب خبير أو أكثر للقيام بالمهمة المبينة في الفقرة السابقة، وإذا لم يتفقا تولت هي نفسها أمر الانتخاب والخبراء الذين تنتخبهم المحكمة من تلقاء نفسها تجري عليهم الأحكام المتعلقة برد القضاة.

(٤) مصطفى، محمود محمود، المرجع السابق ص ٤٨٤

(٥) محمد، فاضل زيدان، المرجع السابق ص ٣٢١

مميز فيجب اعتباره عديم التمييز، وكذلك افتراض العلم بالقانون بمجرد نشره^(١)، لكن هنالك قرائن قانونية تقبل إثبات العكس، كما هو الحال في أن من يحلف اليمين يجب أن يبلغ خمسة عشر عاماً، حيث يجوز للمحكمة تحليف من لم يبلغ خمسة عشر عاماً إذا رأت أنه يدرك كنه اليمين^(٢)، ولا شك أن هذا النوع من القرائن يجري عليه مبدأ الاقتناع الذاتي مع أنها قرائن قانونية.

أما القرائن القضائية فهي تصلح لأن تكون أدلة كاملة وإن كانت محكمة التمييز قد اعتبرت من أقل البيانات مرتبة وتخضع بالكامل لسلطة القاضي في تقدير الأدلة، حيث إنها من استنباط القاضي وهي تعتبر دليلاً كاملاً في الإثبات متى اقتنعت بها المحكمة واطمأنت إليها، مثل وجود بصمات المتهم في مسرح الجريمة إذا عجز عن تبرير سبب وجوده في مسرح الجريمة، وهذا يعني أنه يمكن إثبات عكسها ولكن اعتمادها كدليل كامل مرهون بقيدين^(٣):

- ١ - أن يكون استخلاص الواقعة المجهولة من الواقعة المعلومة منطقياً.
 - ٢ - أن يكون الاستنتاج على سبيل الجزم واليقين لا على الشك والتخمين.
- ومما يلاحظ على قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني أنه لم يول القرائن عناية كافية، فلم ينص عليها بشكل مباشر ولم يحدد شروطها وأهميتها في الإثبات، وما إذا كانت كافية بذاتها أم يجب أن تتأيد بدليل آخر.

المطلب الخامس الدليل الكتابي

هو ورقة تحمل بيانات في شأن واقعة ذات أهمية في إثبات ارتكاب وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم^(٤)، والدليل الكتابي قد يكون جسم الجريمة مثل ورقة النقد المزيف، وقد يكون مجرد دليل على الجريمة مثل الاعتراف الخطي^(٥) وقد يجمع بين الصفتين معاً مثل ورقة الشيك الذي لا يقابله رصيد، والقاعدة العامة في إثبات

(١) مصطفى، محمود محمود، المرجع السابق ص ٤٨٤

(٢) المادة (١٥٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، يجوز سماع الشهود الذين لم يبلغوا خمس عشرة سنة بدون حلف يمين على سبيل الاستدلال، إذا تبين أنهم لا يدركون كنه اليمين.

(٣) السعيد، كامل، المرجع السابق ص ٧٨٦

(٤) محمد، فاضل زيدان، المرجع السابق ص ٣٠٣

(٥) مصطفى، محمود محمود، المرجع السابق ص ٤٤٧

الدعوى الجزائية أن جميع الأدلة سواء أكانت كتابية أم غيرها تخضع لتقدير القاضي الجزائي، ودون فرق بين المحررات العرفية والرسمية، فلا يتقيد القاضي الجزائي بما جاء في قانون البينات من أن المحررات الرسمية المنظمة حجة على الناس كافة بما دون فيها من أفعال مادية قام بها الموظف العام في حدود اختصاصه، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، وذلك ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً^(١). لأنه لا يجوز إلزام المحكمة بأن تقضي بما يخالف اقتناعها الذي كونه من مجموع الأدلة المقدمة في الدعوى^(٢). ومما يؤيد هذا الرأي الحجج التالية :

١ - أن المادة (١٥٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني قد سمحت للمشتكى عليه أن يثبت عكس ما ورد بالضبط الذي ينظمه موظفو الضابطة العدلية في المخالفات والجنح بكافة طرق الإثبات^(٣)، مع أن هذه الضبوطات هي محرر رسمي ومنظم من قبل موظف رسمي وفي حدود اختصاصه وفقاً لشروط المادة ١٥١ من قانون الأصول^(٤).

٢ - أن حجية المحضر الرسمي إنما تقتصر على الوقائع المادية التي قام بها الموظف في حدود اختصاصه، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، في حين أن الفقرة ٢ من المادة ٧ من قانون البينات قد سمحت بإثبات عكس ما ورد على لسان ذوي الشأن، لذا فالمحضر يثبت أن الاعتراف قد صدر من المشتكى

(١) المادة (٧) من قانون البينات الأردني:

١- تكون الأسناد الرسمية المنظمة حجة على الناس كافة بما دون فيها من أفعال مادية قام بها الموظف العام في حدود اختصاصه، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، وذلك ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً.

٢- أما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات فيعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه.

(٢) حسني، محمود نجيب، المرجع السابق ص ٤٨٣

(٣) المادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني:

يعمل بالضبط الذي ينظمه أفراد الضابطة العدلية في الجنح والمخالفات المكلفون بإثباتها، بموجب أحكام القوانين الخاصة، وللمشتكى عليه إثبات عكسها بجميع طرق الإثبات.

(٤) المادة ١٥١ - لكي تكون للضبط قوة إثباتية يجب:

أ- أن يكون قد نظم ضمن حدود اختصاص الموظف وأثناء قيامه بمهام وظيفته.

ب- أن يكون الموظف قد شهد الواقعة بنفسه.

ج- أن يكون الضبط صحيحاً في الشكل.

أما الضبوط الأخرى فتكون جميعها كمعلومات عادية

عليه، ولكن صحة الاعتراف يترك أمر تقديره للمحكمة وفقاً لمبدأ الاقتناع الذاتي^(١).

٣ - أن المادة ١٥٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية^(٢) قد اعتبرت أن اعتراف المشتكى عليه في غير حضور المدعي العام غير مقبول، إلا إذا أقامت النيابة العامة البيئة على أنه أعطي بطوعه واختياره، على الرغم من أن ورقة الاعتراف من منظمة من قبل موظفي الضابطة العدلية وهم موظفون مختصون، ويعتبر الضبط محرراً رسمياً إلا أن المشرع لم يعتبر ما ورد به حجة مطلقة بل على العكس اعتبره ابتداءً غير صحيح إلا إذا استند إلى دليل أنه أعطي بطوع المشتكى عليه واختياره.

٤ - لقد ورد النص على هذا الحكم بنصوص صريحة في بعض التشريعات العربية ومنها قانون أصول المحاكمات العراقي في المادة ٢٢٠ (تعتبر محاضر التحقيق ومحاضر جمع الأدلة وما تحويه من إجراءات الكشف والتفتيش والمحاضر الرسمية الأخرى من عناصر الإثبات التي تخضع لتقدير المحكمة، وللخصوم أن يناقشوها أو أن يثبتوا عكس ما ورد فيها)^(٣).

الخاتمة:

لقد تناول الباحث في هذا البحث موضوعاً هاماً من مواضيع القانون الجنائي، بل هو العمود الفقري للقانون الجنائي وهو مبدأ الاقتناع الذاتي، ذلك أن الحق مرتين بالإثبات، فلا وجود للحق بدون الإثبات، كذلك لا وجود للقانون الجنائي بدون الإثبات، حيث لا مجال لتطبيق نصوص قانون العقوبات إلا إذا تم إثبات وقوع الجريمة واقتنعت المحكمة بارتكابها من قبل المتهم، ويعطي هذا المبدأ القاضي الجزائي سلطة واسعة في تقدير الأدلة ووزن البيئة، الأمر الذي يوجب وضع ضوابط محددة لهذا المبدأ وتقييده بقيود تضمن حسن استخدامه وتحقيق الغاية من منح القاضي هذه السلطة، وقد تناولت هذا الموضوع في بحثين، المبحث الأول: لبيان أنظمة إثبات

(١) رمضان، عمر السعيد، أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، الدار المصرية للطباعة والنشر ط، ١، (١٩٧١)، ص ٥٠٣.

(٢) المادة ١٥٩ - إن الإدانة التي يؤديها المتهم أو الظنين أو المشتكى عليه في غير حضور المدعي العام يعترف فيها بارتكابه جرمًا.

(٣) تقبل فقط إذا قدمت النيابة بيئة على الظروف التي أدت فيها واقتنعت المحكمة بأن المتهم أو الظنين أو المشتكى عليه أداها طوعاً واختياراً.

(٤) محمد، فاضل زيدان، المرجع السابق، هامش صفحة ٣٠٥

الدعوى الجزائية، ثم بيان الإطار العام لمبدأ الاقتناع الذاتي وخصائصه ونطاقه، كما بين البحث القيود الواردة على هذا المبدأ والاستثناءات على هذا المبدأ، وذلك في أربعة مطالب، أما المبحث الثاني: فقد خصصته لتطبيق مبدأ الاقتناع الذاتي على أدلة إثبات الدعوى الجزائية مع التركيز على الأحكام القضائية، وذلك في خمسة مطالب حيث تناولت الاعتراف والشهادة والقرائن والخبرة.

أولاً- النتائج:

لقد تبين من خلال هذا البحث أن مبدأ الاقتناع الذاتي يقوم على ثلاث خصائص وهي: عدم تقييد القاضي بأدلة محددة في الإثبات بل أن له مطلق الحرية بالأخذ بأي دليل، كما أن له سلطة مطلقة في وزن الدليل والاقتناع به والأخذ بما يرتاح له ضميره وطرح ما سواه، وأيضاً له دور ايجابي من خلال السلطة المطلقة في البحث عن الأدلة وطلب أي شاهد والقيام بأي إجراء يراه لازماً لتحقيق العدالة.

كما تبين من خلال هذا البحث أن مبدأ القناعة الوجدانية ليس مقصوراً على المحكمة فقط بل أنه يشمل النيابة العامة استناداً للحجج القانونية والفقهية والقضائية التي أوردناها في ثانيا هذا البحث، ولما يحققه من فوائد جمة للقضاء والأفراد والعدالة عموماً، كما بينا في هذا البحث أنه ليس كل ما يمكن أن يستشهد به القاضي من خارج مجلس الحكم يعتبر حكماً بعلمه الشخصي، بل أن هناك حقائق علمية وأمور تمليها الخبرة الإنسانية يمكن الاستشهاد بها دون أن يكون ذلك محظوراً على القاضي. كما توصل الباحث ومن خلال التطبيقات العملية للمبدأ على أدلة الإثبات إلى أنه لا يجوز حلف اليمين من قبل المتهم على خلاف ما هو معمول به في بعض التشريعات، كذلك أنه يجوز الاكتفاء بالاعتراف وحده للإدانة على خلاف ما يراه بعض الفقه وبعض التشريعات المقارنة، لكن يمكن طلب دليل آخر على سبيل الاستثناء في الجرائم المعاقب عليها بالإعدام، لما لخطورة هذه العقوبة وجسامتها، وقد توصل الباحث إلى أن جميع أدلة إثبات الدعوى الجزائية تخضع لمبدأ الاقتناع الذاتي بما فيها الأدلة الكتابية سواء المحررات العادية والرسمية.

وقد خلص الباحث إلى نتائج أهمها أن نصوص القانون الأردني يشوبها النقص بالنسبة لبعض أحكام أدلة الإثبات بالنسبة للنيابة العامة وليس المحاكم فقط، وكذلك أن مبدأ الاقتناع الذاتي يشمل الأدلة الكتابية سواء الرسمية أم العادية، كما خلص الباحث إلى عدة توصيات هامة للارتقاء بهذا المبدأ أهمها وجوب النص الصريح على تحويل النيابة العامة صلاحية وزن البينة للأسانيد التي أوردتها الباحث، ووجوب عدم الاكتفاء بالاعتراف وحده في الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام.

التوصيات:

في سبيل الارتقاء بهذا المبدأ ولضمان تحقق الهدف الأسمى من تقرير هذا المبدأ وهو تحقيق العدالة وضمان الحرية الشخصية ولصيغة نظرية متكاملة في الإثبات الجنائي، فإن الباحث يوصي بالتوصيات التالية:

- ١ - تقرير صلاحية النيابة العامة بوزن البينة بنصوص صريحة في قانون أصول المحاكمات الجزائية، وعدم ترك الأمر للاجتهاد القضائي والذي حرم النيابة العامة من ممارسة هذه الصلاحية وأدى إلى نتائج غير مقبولة بحق الأفراد والقضاء.
- ٢ - السماح للمحكمة بنصوص صريحة الاستشهاد بالمعلومات العامة والحقائق العلمية وعدم اعتبارها حكماً بالعلم الشخصي للقاضي.
- ٣ - تقرير عدم جواز حلف المتهم اليمين بنصوص صريحة.
- ٤ - بيان حكم البينة الفردية وجواز الأخذ بها بنصوص صريحة مع استثناء عقوبة الإعدام ووجوب أن يتأيد الاعتراف أو البينة الفردية فيها ببينة أخرى.
- ٥ - تقرير ضوابط القرائن القضائية بنصوص صريحة.
- ٦ - النص على إلحاق الخبراء بالقضاة فيما يتعلق بالرد وعدم الصلاحية بنصوص صريحة.
- ٧ - النص صراحةً على خضوع كافة الأدلة بما فيها المحررات الرسمية لمبدأ الاقتناع الذاتي.

المراجع

١ - الكتب:

- بهنام، رمسيس، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٤.
- الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان (١٩٩٧)
- حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة، ط٢، (١٩٨٨).
- حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني القسم العام، دار النهضة العربية، (١٩٨٤).
- رمضان، عمر السعيد، أصول المحاكمات الجزائية اللبناني الدار المصرية للطباعة والنشر ط١ (١٩٧١)
- سرور، أحمد فتحي، الوسيط في شرح الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة ط٧ (١٩٩٣).
- السعيد، كامل، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ط٣ (٢٠١٠).
- عبد التواب، معوض، نظرية الأحكام في القانون الجنائي، دار الكتاب العربي بيروت ط١ (١٩٨٨).
- عبد الستار، فوزية، شرح قانون أصول المحاكمات اللبناني، (١٩٧٥) دار النهضة العربية بيروت ص ٢٢
- الكيك، محمد علي، أصول تسبيب الأحكام الجنائية (١٩٨٨) مطبعة الإشعاع ط١، ٤٥
- محمد، فاضل زيدان، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع
- مصطفى، محمود محمود، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة ط١٢، (١٩٨٨).
- الملا، سامي صادق، اعتراف المتهم (١٩٧٥) ط٢ ص ٢٨٧
- نمور، محمد سعيد، أصول الإجراءات الجزائية دار الثقافة عمان، (٢٠٠٥)، ص ٢٠٨

- هرجه، مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية ط ٢، (١٩٩٢).

٢ - المجلات:

- العدد رقم ٣ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٨
- العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٣)
- العدد (٦) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٣)
- العدد (٤) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٢)
- العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٦)
- العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٨
- العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٧)
- العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٦٨)
- العدد (٦) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٠)

٣ - القوانين:

- قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠
- قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم ٩ لسنة ١٩٦١
- قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢
- قانون البينات الأردني رقم ٣٠ لسنة ٥٢
- قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠
- قانون الإجراءات الجنائية السوداني
- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني
- قانون العقوبات المصري

٤ - المواقع الإلكترونية:

- < <http://www.lob.gov.jo/ui/laws/index.jsp> >
- للبحث في التشريعات الأردنية
- < <http://www.almatareed.org/vb/showthread.php?t=5044> >
- للبحث في قانون العقوبات المصري

- > http://www.gcc-legal.org/mojportalpublic/LawAsPDF.aspx?opt&country2&LawID=3127#Section_6017 <

للبحث في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي

- <http://www.sudanlaws.net/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=6>

للبحث في قانون الإجراءات الجنائية السوداني

- > <http://www.gcc-legal.org/mojportalpublic/DisplayLegislations.aspx?LawTreeSectionID=2161&country=1> <

للبحث في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي

القانون والحوكمة المعاصرة

الدكتور/ مراد بن سعيد

جامعة باتنة - الجمهورية الجزائرية

ملخص:

يهدف هذا البحث إلى محاولة إدراك الظاهرة القانونية في مرحلة ما بعد الدولة القومية، ولهذا سوف نقوم بكشف التحولات التي طرأت على الذات القانونية وفق أبعاد مابعد بنويوية جديدة تتناسب مع التطورات التي عرفتھا العلوم الإنسانية، وبعد موجات العولمة وعودة السوق كنظام ضبطي عالمي، ومقارنة الوضعية الحالية بالظروف المشابهة في نهاية القرن ١٨ من جهة، والظروف التي أنتجتھا دولة الرفاه من جهة أخرى، وذلك من أجل استخلاص الإطار العام للإنتاج والتطبيق المعياريين في مرحلة ما بعد الدولة.

وبعد استعراض التحولات التي عرفتھا ذات القانون من خلال فصلھا عن الخطابات المهيمنة التي كانت تميزھا في مرحلة الحداثة الدولالية، المتمثلة في السياسة، الاقتصاد والفرسانية المنهجية، ننتقل لمناقشة التوجّهات الجديدة لاقتراح القانون بالأنساق الاجتماعية الأخرى، وهو ما يثير النقاشات الدائرة بين الشكليين والجوهريين فيما يخص مفهوم العقلانية القانونية، الذي يتحدّد في العلاقة بين "الاستقلالية" و"القانون"، واستنتاج الحلقة المفرغة لهذا النقاش، والتي لا تستطيع استيعاب التطورات الحاصلة في مجال الضبط الاجتماعي، نقترح منظور جديد للاستقلالية القانونية يتجاوز مفاهيم اليد الخفية والاستقلالية المطلقة من جهة، ومفاهيم الضبط عن طريق السيطرة والتحكّم الخاصة بدولة الرفاه من جهة أخرى، نحو مفهوم "الاستقلالية المتضمّنة" في إطار عقلانية انعكاسية إجرائية.

الكلمات الدالة: الذات القانونية، البنائية، مابعد البنويوية، الحوكمة المعاصرة، الاقتراح البنويوي، العقلانية القانونية.

المقدمة:

يشكّل موضوع المعيارية لفترة ما بعد الدولة القومية أهم مجال يمكن البحث فيه والانشغال به، نظراً للتطورات الجذرية التي عرفتھا الظاهرة المعيارية في هذه الفترة من جهة، وما يمثّله هذا النظام من أهمية بالنسبة للمشروع الدولاتي لمرحلة الحداثة أو لمختلف فعاليات المجتمع من جهة أخرى، حيث إن الدولة "كمؤسسة المؤسسات"، عملت على بناء منظومة معيارية خاصة، وقامت بفرضها على المنظومات المعيارية لمختلف فعاليات المجتمع. لكن عند حديثنا عن الظاهرة المعيارية لما بعد الدولة القومية، فإننا نلاحظ شكاً لإمكانات تشكّل نظام معياري بدون دولة، نظراً للتأثير الكبير الذي مارسه القيم الدولالية على تأطير الحياة العامة والخاصة لمدة تزيد عن ثلاثة

قرون، غرست إيماناً لا يدعو للريب في استحالة وجود حياة من دون الدولة، خاصة مع تزامن تطوّر هذه القيم مع مجموعة من الأطر العلمية والثقافية الدولالية في إطار مشروع الحداثة.

إن الظواهر الملاحظة تؤكّد وجود أشكال لهذه الحياة يمكن أن تكون بديلاً للمشروع الدولاتي، وأن الدولة كحقيقة مطلقة تنفي كل أشكال التفكير في غيابها، قد أصبحت مجرد سردية شغلت بال الإنسان وحجبت عنه السرديات الأخرى. لقد قامت موجات العولمة والخصخصة كظواهر واقعية إمبريقية، والمدارس النقدية والتفكيرية كتأملات فكرية وفلسفية، بطرح العديد من التساؤلات حول مدى إمكانية إطالة حياة حقيقة الدولة وكل كيان يدعي المركزية و اليقين. وعلى أساس هذه التساؤلات يمكن الانشغال بإعادة تشكيل "عالم جديد" تكون الدولة فيه مجرد فاعل من الفواعل، قد لا يرق تأثيرها مستويات ودرجات قد تنافس تأثيرات فواعل غير دولالية أخرى.

إن نظرية القانون المعاصرة يجب أن تعبّر معيارياً بطريقة تجاوبية عن التجزؤ المحير الذي أصاب المجتمع، من جراء التفاضل الاجتماعي العالي التخصص، والمعقد إلى درجة الشواش، فقد هاجمت النظريات النقدية والتفكيرية كل المبادئ التي تقوم عليها النظرية التقليدية للقانون، وأثبتت عجز الخطابات القانونية عن الاستجابة للتطورات المعاصرة للسياسة والقانون، فعملت على تفكيك كل التمييزات والاختلافات التي تكتنف هذه النظرية التقليدية، سواء كانت "جوهرية" أو "شكلية"، "فردانية" أو "جماعية"، "تدخلية" أو "ليبرالية"، فلم تعد كل هذه الثنائيات تعبّر عن واقع المجتمع المعاصر. لقد هُزّت هذه الأخيرة بموجات التغيير الوحشية لظواهر العولمة، الخصخصة، الرقمنة والتفاضل الاجتماعي العالي التخصص، فكل الممارسات السابقة باختلاف أشكالها ومضامينها أصبحت ضحية لهذه الكوارث.

لقد تفككت كل أنظمة دولة الرفاه، بعد أن كانت الدولة بمؤسساتها موضوعة وسط الأمة من أجل الضبط السياسي والاجتماعي وفق منظور هرمي وآليات سلطوية تحكمية آمرة، وفي إطار مشروع حداثي يمجّد العقل ويضع الفرد كوحدة للتحليل. وبهذا عرف المجتمع منتوجاً قانونياً، عاماً أو خاصاً، يتحدد وفق متغير وحيد على مستوى الإنتاج أو التطبيق وهو الدولة الوطنية كرهان موحد لكافة المجتمع. أما الآن، فقد عرف المجتمع تطوراً هائلاً يعبر عن الانقسام و التجزؤ إلى العديد من الخطابات المختلفة التي تعبّر عن عقلانيات مختلفة، غير متوافقة بشكل متبادل، حولت مفهوم الوحدة القانونية وفق مبدأ تدرجية القيم المهيمنة في المقاربة الدولالية الهرمية إلى

محاولة إيجاد نوع من التوافق المعياري بين هذه الأنظمة، وفق منظور شبكي متعدد الاتجاهات والمستويات.

إن تجزؤ المجتمع إلى تعدد لا متناهي من القطاعات الاجتماعية يتطلب تعدداً في منظورات الوصف الذاتي لهذه القطاعات، وعلى هذا الأساس، عرفت منظومة الضبط القانوني تطوراً راديكالياً بعد التأثيرات البالغة الأهمية لفكرة التقنين التي تعرفها كل مجالات الحياة، ولعلاقة هذه العملية بمختلف الأنساق الجزئية للمجتمع إلى جانب النسق الجزئي القانوني، مما أدى إلى نشوء عدة اتجاهات أكاديمية - القانون والمجتمع، القانون والاقتصاد - والتي تؤيد فكرة أساسية واحدة وهي البناء الاجتماعي للواقع القانوني.

يندرج هذا البحث في إطار الانشغالات الجديدة المتعلقة بظروف الضبط الاجتماعي في ظل ظروف الحوكمة المعاصرة، ويتمحور حول التساؤل التالي: كيف يمكن تصوّر القانون كضابط اجتماعي في ظل مجتمع ما بعد دولاتي؟

ينشغل موضوع هذا البحث بأحد أهم المجالات البحثية لفترة ما بعد الدولة، وهو موضوع القانون لما بعد الدولة القومية، والذي يعرف أكاديمياً بحقل "الحوكمة والقانون"، ويهتم بدراسة المنظومات المعيارية وفق منظور الحوكمة المجتمعية، وهو حقل متعدد المناهج والعلوم، وتساهم فيه العديد من العلوم الاجتماعية والطبيعية والتقنية، ويضع مجموعة من الافتراضات حول مفهوم الظاهرة المعيارية بطريقة تتناسب مع الشواهد والحجج الاليقينية. حيث إن مفهوم الضبط القانوني سوف ينظر إليه بثلاث فرضيات أساسية، أولاً: يشكّل القانون لما بعد الدولة ظاهرة لايقينية غير خطية، تتماشى مع مفاهيم الحقيقة المبنية مقابل الحقيقة المعطاة، والمواضيع غير المركزية مقابل المواضيع المتعالية. ثانياً: يتصف القانون ما بعد الدولاتي بتعددية المراكز وعدم وجود مركز مهيم يمكن أن يشمل مراكز القرار الأخرى في إطار تدرج سلميّ. ثالثاً، وكنتيجة للفرضيتين السابقتين، فإنه لا بد من تسمية المرحلة التي نعيشها الآن بمرحلة ما بعد الدولة، وهو ما ينسحب على القانون، الذي لم يعد قانوناً دولتياً بامتياز، بل يجب الاعتراف بقدرة باقي فعاليات المجتمع على إنتاج وتطبيق القانون وفق استقلالية مطلقة بالنسبة للإرث المعياري الدولاتي.

المبحث الأول

تحولات بنائية ما بعد بنوية للذات القانونية

انطلاقاً من البعد البنيوي الذي يتميز به البحث، والذي يُعطي للطبيعة الاجتماعية مفاهيم راديكالية لإنتاج المعرفة، فإنه يمكن دمج كل الاتجاهات والتطورات التي طرأت على فكرة الذات الإنسانية وإثبات المعرفة البنائية للواقع القانوني. يسعى هذا التوجه عموماً لتحقيق هدفين أساسيين:

- ١- استبدال مبدأ "الفردانية المنهجية" بالبناءات الاجتماعية.
- ٢- رفض مفهوم "الفاعل العقلاني" الذي تتميز به الفردانية المنهجية لصالح البناءات الاجتماعية مثل "الخطاب" و"الانعكاس الاجتماعي الذاتي" و"التنظيم الذاتي". أما بالنسبة للقانون، فإن النقطة الأساسية لهذا التطور هي إزاحة فرضية الحقيقة المطلقة والمستقلة، وتبني أبعاد بنائية للواقع القانوني، وبذلك تحدد الفرضية البنائية للقانون في الصيغة التالية^(١):

- ١- في إطار الاستمولوجيا البنائية فإن القانون يظهر كذات ابستمولوجية مستقلة، تقوم ببناء حقيقة اجتماعية من ذاتها.
 - ٢- في إطار الاستمولوجيا البنائية، فإن القانون يظهر كعمليات تواصلية تقوم عن طريق عملياتها القانونية بإنتاج الفواعل الإنسانية كمصنوعات دلالية.
 - ٣- في إطار الاستمولوجيا البنائية فإن القانون يقبع - وبصورة دائمة - في وضعيات متناقضة بين الاستقلالية العملية والتبعية الإدراكية، ويظهر الخطاب القانوني في إطار "فخ ابستمولوجي" بين الاستقلالية والتبعية بالنظر إلى الخطابات الاجتماعية الأخرى.
- وعلى هذا الأساس، واعتماداً على ثلاثة أبعاد أساسية، "اجتماعي"، "زمني" و"مكاني"، سوف يتجه القانون الخاص لما بعد الدولة نحو استقلاليات متعددة عن الواقع الوضعي الدولاتي، ومن علاقة هرمية بين ذاته والواقع، تمثلت أساساً في تبعية مطلقة للفردانية المنهجية والبعد الإنساني (البعد الاجتماعي)، والتحول المزيج الذي عرفته مرحلة الحداثة، والمتمثل في هيمنة النظامين والمنطقين الاقتصادي (البعد الزمني)، والسياسي (البعد المكاني)، وهو ما أدى إلى إعادة بناء ذات شبكية "واحدة" و"متعددة" و"مستقلة" في آن واحد.

(١) Gunther Teubner, Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'auto-organisation, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1994, p 174.

أولاً - فصل القانون عن البعد الإنساني والفردانية المنهجية:

سعيًا منّا لفهم عميق للعلوم في مرحلة ما بعد الحداثة، سوف نحاول الاستفادة من حركة التوجه اللساني والدلالي في العلوم الاجتماعية عموماً والقانون خصوصاً، ولهذا سوف يكون البعد البنيوي ضد الإنساني المتأثر باللسانيات واضحاً في تحليلنا لذات القانون ما بعد الدولة، هذا البعد الذي يشترك فيه معظم مفكري ما بعد الحداثة. وعليه سوف يتجه تحليل القانون من الوضع الثابت والمعزول عن الجانب الاجتماعي إلى أبعاد أكثر حركية، وفي علاقة دائمة بالأقنعة الاجتماعية التي تغطي الفعل الإنساني، وهذا في إطار بعد بنائي للواقع القانوني يسعى دائماً للتقرب من الحقيقة عن طريق الممارسات الاجتماعية المختلفة^(٢).

إن الأساس الذي تقوم عليه النظريات ضد الإنسانية هو فكرة أن اللغة هي مفتاح فهمنا لأنفسنا وللعالم من حولنا، ففكر الإنسان مشكّل من بنى المعاني اللغوية والثقافية، فهو منتج القوى الاجتماعية والثقافية الخارجة عن سيطرته، حتى أن الاتجاهات المتطرفة تسعى إلى تزويد الإنسان (المسمى غالباً بالذات) في بنى المعاني الاجتماعية التي تكون غير ثابتة وغير محددة، فهي تتغير عبر الزمن وتعمل في إطار تراكم التواصلات والروابط الجديدة^(٣).

- وبصرف النظر عن الدلالة التاريخية لمفهوم النزعة الإنسانية، يمكن أن نقول بأن تيار فلسفة موت الإنسان يطلق صفة فلسفة ذات نزعة إنسانية على كل فلسفة:
- تهتم بالإنسان وتخصه بمكانة ممتازة في العالم، وفي تطور التاريخ وفي سيرورة المعرفة، وتعتبره قادراً على المبادرة وعلى الإبداع.
- تؤكد على أولوية الوعي والإرادة في كل مشروع تأسيسي.
- تنطلق من الذات والذاتية للبحث عن شروط تأسيس الموضوع والموضوعية.
- تؤمن بأن المبادرات البشرية تساهم في صناعة التاريخ، وأن التاريخ يحقق نوعاً من التقدم، وأن لذلك التقدم اتجاهًا ومعنى مرتبطين بفعاليات وأهداف بشرية^(٤).

(٢) Boaventura de Sousa Santos, Droit: une carte de la lecture déformée Pour une conception postmoderne du droit, Droit et société, Vol.10, 1988, p 383.

(٣) David Kennedy, Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship, New England Law Review, Vol.21,1985-1986, pp 209-289.

(٤) عبد الرزاق الدواي، موت الإنسان في الخطاب الفلسفي المعاصر، هيدغر، ليفي شتروس، ميشيل فوكو، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت ١٩٩٢، ص ٨.

وقد عزمنا أن نقوم بالتركيز على نماذج من خطابات فلسفة موت الإنسان، وخاصة فيما يتعلق بإسهامات كل من النقد الهيدجيري (نسبة إلى Heidegger) للنزعة الإنسانية وفلسفة الذات، الذي يتم من منظور الدعوة إلى تفكيك الميتافيزيقا وتجاوزها^(٥)، كذلك النقد الأنثروولوجي البنيوي الذي يتجسد في أبحاث كلود ليفي شتروس ودعوته لاعتبار التاريخ كملاد أخير للنزعة الإنسانية^(٦)، كذلك نجد النقد الأركيولوجي ثم الجنياولوجي في مشروع ميشال فوكو، الذي يعتبر مزيجاً من النقد البنيوي وفلسفة التفكيك والاختلاف^(٧) على اعتبار أن الإنسان كمفهوم أنتجته مرحلة الحداثة والتنوير، خاصة بعد إسهامات Descartes، يعتبر اختراع حديث العهد، صورة لا يتجاوز عمرها مئتي عام، إنه مجرد انعطاف في معرفتنا، وسيختفي عندما تتخذ المعرفة شكلاً آخر جديد.

وعلى عكس التقليد البنيوي، فإن الاتجاهات ما بعد البنيوية وما بعد الحداثيّة تؤكد أن الأفراد مبنيون من طرف تنوع اللغات والخطابات والمنظورات^(٨)، إن الذات لا يمكن أن تعادل الكثير، لكن لا يمكن أن تكون أي ذات جزيرة منفصلة، حيث إن كل واحدة توجد في نسيج العلاقات هي اليوم أكثر تعقيداً وتنقلاً من أي وقت مضى، صغير أو كبير، رجل أو امرأة، غني أو فقير، إن أي شخص هو دائماً موجود في النقاط العُقدية في دوائر تواصلية معينة^(٩).

إن مفهوم الشخص الرحب الواسع نجده قد انشق إلى مصنوعات دلالية متنوعة في هامش اللغة والألعاب اللغوية المختلفة. إن هذا البعد ما بعد البنيوي وما بعد الإنساني يمثل البعد الأول لتطورات وتحولات القانون في مرحلة ما بعد الحداثة،

(٥) Martin Heidegger, Lettre sur l'humanisme, Traduction de Roger Munier, Paris, Aubier, 1964.

(٦) محمد مجدي الجزيري، البنيوية والعولمة في فكر كلود ليفي شتروس، الطبعة الثالثة، دار الحضارة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ١٩٩٩، ص ٦٣.

(٧) يقول فوكو إن النزعة الإنسانية هي أثقل ميراث انحدر إلينا من القرن التاسع عشر...، وقد حان الأوان للتخلص منه، ومهمتنا الراهنة هي العمل على التحرر نهائياً من هذه النزعة، حول إسهامات ميشال فوكو في هذه النزعة الجديدة انظر: ميشال فوكو، حفريات المعرفة، ترجمة سالم يفوت، المركز الثقافي العربي، بيروت، ١٩٨٧؛ جيل دولوز، المعرفة والسلطة، مدخل لقراءة فوكو، ترجمة سالم يفوت، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، ١٩٨٧.

(٨) عبد العزيز حمودة، المرايا المحدبة، من البنيوية إلى التفكيك، سلسلة عالم المعرفة، الكويت ١٩٩٨، ص ٢٥٣.

(٩) J- F. Lyotard, The Postmodern Condition: A Report on Knowledge, Manchester University Press, Manchester, 1984, p 15.

فالقانون في هذه الحالة لا يربط الإرادات الأصلية للبشر، لكن المصالح المبنية اجتماعياً للشركاء والموجودة كمصنوعات دلالية وكنصوص وخطابات.

ربما يجب أن نأخذ بنصيحة أحد أكبر الخبراء في إعادة بناء القانون وهو Derrida، الذي يقول حول مفهوم العقد كمؤسسة أساسية لفقه القانون: إن الالتزام أو العقد لا يوجد بين الشخص الذي يعطي والشخص الذي يعطى إليه شيء ما، بالأحرى يوجد بين نصين وبين منتوجين، فالالتزام لا يلزم أشخاصاً أحياء، لكن أسماء في هامش اللغة، فهو الحركة التي تجد علاقة إلزامية وتعاقدية بين الذات واسمها الموجود والمتموقع في هامش اللغة^(١٠).

إن Derrida هنا يلمح إلى انشقاق الحادثة بين الاسم والذات، بين الشخص (الأقنعة الاجتماعية) كتعدد البنى اللغوية والحياة الداخلية للأفكار والمشاعر التي يشير إليها الشخص، ولكنه لا يمكن أن يكون جزءاً منها. إن إرادة الذات المشخصة ليست سيدة العلاقة التعاقدية، بالأحرى فإن شخصية العقد تعاني من نتائج وجود الذات في حالة غير ممركة، مما يستدعي نفي كل استقلالية فردية في فقه القانون، خاصة مع الأطروحات النظرية للمدارس النقدية، والتي تؤكد وفق فرضية عدم التحديد، أن القانون هو أصلاً متضارب داخلياً وخارجياً، مما يجعله غير قابل للتفريق بين ذاتية الأعمال القانونية وموضوعيتها، عقلانياتها ولا عقلانياتها^(١١). إن الفهم التناقضي للقانون هو الذي يحدد البعد ضد الإنساني وضد الفردي لصالح البناءات الاجتماعية المختلفة.

ثانياً - فصل القانون عن الاقتصاد:

إن نقطة تقوية هذه التوجهات ضد الإنسانية في مجال القانون هي بشكل أني من أجل إبعاده عن حقلين أساسيين شكلاً سوية التمييز الموجه الذي رافق نظرية القانون في فترة الفرديّة المنهجية والسرديات الكبرى، والتي ترجمت سلوكيات الدولة الوطنية في هذا المجال، هذان الحقلان هما السياسة والاقتصاد.

إن، إن هذا التوجه الذي نعرفه الآن يقضي بإبعاد القانون ليس فقط عن القطاع

(١٠) Jacques Derrida, Des tours de Babel, in J. Derrida, Psyché: Invention de l'autre. Paris: Galilée, 1987, pp 135-141, cited in: Gunther Teubner, Contracting worlds: the many autonomies of private law, Social & Legal Studies, Vol.9, n°3, 2000, p 399 et 406.

(١١) Raymond A. Belliotti, Critical legal studies: the paradoxes of indeterminacy and nihilism, Philosophy Social Criticism, Vol.13, 1987, p 145.

العام ولكن عن القطاع الخاص كذلك، ولهذا وجب إعادة النظر في الفرق بين قانون قائم على الكفاءة الاقتصادية (المنطق الاقتصادي) والسياسات الضبطية لدولة الرفاه (المنطق السياسي) من جهة، واستقلالية ولا مركزية قواعد الإنتاج من جهة أخرى^(١٢). إن الفقه القانوني التقليدي قد ركّز كثيراً على الاستقلالية الفردية ووضعها في مركز القانون، حتى أصبحت من المعايير الأساسية لتمييزه عن القانون العام^(١٣)، لكنه في سعيه لاستحواذ هذه الوحدة النظرية للقانون قد أغفل النقطة الأساسية والمتمثلة في التعددية الخطابية للمجتمع الحالي إلى العديد من الاستقلاليات والجزر.

إن القانون لا يمكن أن يحدّد ببساطة بمجرد عملية تقنين الفعل الاقتصادي، سواء تعلق الأمر بالتقليد الماركسي الأرثوذكسي أو الشكل الليبرالي للاقتصاد والمجتمع^(١٤)، وقد كان هذا هو الخطأ الأكبر في تاريخ فقه القانون، خاصة القانوني المدني وفق التقليد الأوروبي، حيث نجد أن المؤسسات الأساسية لنظرية القانون قد استندت على المنطق الاقتصادي وأهملت العقلانيات الاجتماعية الأخرى، ف القانون العقود قد اختزل بشكل متزايد إلى مجرد قانون المعاملات التجارية، فعملت كل النظريات على توجيه هذا القانون نحو أفكار الكفاءة وتحقيق أقصى حد من الكفاءة الاقتصادية^(١٥). هذا ما أدى إلى اقتصار مفهوم العقد على نسقين اجتماعيين فقط، هما الاقتصاد والقانون وإغفال الأنساق الاجتماعية الأخرى، وفق سيناريوهات متبادلة بين هذين النظامين فقط، كما توضّحها Louise Rolland من خلال: تجاوز أو تنافر أو تتابع بين النظامين الاقتصادي والقانوني، مما يفضي إلى أشكال قانونية واجتماعية مختلفة حسب شكل العلاقة بين النظامين^(١٦). بدلا من ذلك، يجب النظر إلى العقد على

(١٢) Gunther Teubner, After Privatisation? The Many Autonomies of Private Law, Current Legal Problems, Vol.51, 1998,, p 397

(١٣) Ralf Michaels and Nils Jansen, Private Law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, American Journal of Comparative Law, Vol.54, n°4, 2006, p 851

(١٤) Jason. E. Whitehead, From criticism to critique: preserving the radical potential of critical legal studies through a reexamination of Frankfurt school critical theory, Florida State University Law Review, Vol.26, 1999, p 707

(١٥) Nathan Oman, Unity and Pluralism in Contract Law, Mich. L. Rev, Vol.103, 2005; Louise Rolland, op.cit, p 910

(١٦) Louise Rolland, Les frontières de l'ordre contractuel: les stratégies économiques et juridiques, Les Cahiers de Droit, Vol.47, n°1, mars 2006, Université Laval, pp 13-32

أنه علاقة أكثر من صفقاتية، تجمع بين العديد من الذوات، والتي تتواءم مع المحيط المجتمعي من خلال تطورها في إطاره عبر الزمن، مما يعطيها أكثر مرونة وتكيفاً^(١٧)، ولكن في نفس الوقت لا يمكن إخراج مفهوم العقد من الإطار الصفقاتي إلى الإطار العلاقتي البحت ذي البعد الاجتماعي الضيق والمتعلق بالتضمن والتضامن الاجتماعيين والتعاون والمشاركة، والتي ذهبت إليه الاتجاهات الأولى للاقتصاد المؤسساتي الجديد، هذا الاتجاه الذي ساهم في هيمنة النسق الجزئي الاجتماعي مثلما كانت هيمنة النسق الاقتصادي في العقود الكلاسيكية، ولكن يكون ذلك عن طريق تصوّر الممارسات الاجتماعية المختلفة وإعادة بناء هذه العقلانيات المتناقضة والمتضاربة، حيث العقلانية الاقتصادية هي واحدة من بين مجمل العقلانيات الاجتماعية المختلفة، فلا يمكن إيجاد معايير مشتركة كما حددها Ian Mc Neil مثلاً والقادرة على الإحاطة بكل العمليات التعاقدية^(١٨)، إن مهمة القانون اليوم هي حماية العقد من السوق (المنطق الاقتصادي) في حد ذاته، وحمايته كذلك من أية هيمنة قد يفرضها نسق اجتماعي معين على النسق القانوني.

لقد كان فقه القانون ضحية للتحوّل والانقسام المزدوج الذي عرفته الإنسانية في القرن العشرين^(١٩)، والمحددة في الهيمنة التي فرضها كل من النظامين السياسي والاقتصادي. فمن جهة، فالفعل الاقتصادي قد طور ميولاً شمولية في توسّعه على حساب المجتمع الواسع، وتم تحويل العلاقات الاجتماعية غير التجارية إلى علاقات اقتصادية ربحية، ومن جهة أخرى، عرف مفهوم دولة الرفاه تطوراً كبيراً، والذي عمل على تحويل النشاطات الاجتماعية لصالح الخدمات العمومية التابعة للقطاع العام، وعلى هذا الأساس أصبحت مسؤولية الضبط القانوني لهذه النشاطات تابعة للقانون العام^(٢٠). وقد كانت هذه النقطة هي أساس الاختلاف بين الأيديولوجيتين الليبرالية والاشتراكية، حيث إنه بالنسبة لكلا الأيديولوجيتين فإن القانون هو مماثل لقانون

(١٧) Louise Rolland, Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec, Revue de Droit de McGill, Vol.44, 1999, pp 922.

(١٨) David Campbell, Reflexivity and welfarism in the modern contract law, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.20, n°3, 2000, pp 477-498.

(١٩) Karl Polanyi (1944), The Great transformation: the political and the economic origins of our time, Beacon Press, USA, 2001, p 267.

(٢٠) Orly Lobel, The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought, Minnesota Law Review, Vol.89, 2004, pp 364-366.

الاقتصاد، لكن الاختلاف كان في دور هذا القانون، هل يعكس الكفاءة الاقتصادية أم السياسات الحكومية، مبادئ الاستقلالية الاقتصادية أم التدخل السياسي؟ إن كلتا الأيديولوجيتين ساعدتا على خلق مؤسسات قانونية والتي تشدد - ولو أنها بأشكال مختلفة- على تفاعل القطاعين السياسي والاقتصادي ولكن في نفس الوقت أهملت أو استخدمت القطاعات الأخرى في المجتمع المدني^(٢١).

إن التحدي الأكبر للتنظيم في القانون اليوم هو إعادة التفكير والانتقال من استقلالية واحدة (أي الاقتصاد) للحرية الفردية إلى الاستقلاليات العديدة لمختلف العوالم الاجتماعية، أي استقلالية التربية، الرعاية الصحية، العلاقات الشخصية، البحث العلمي والإعلام..^(٢٢).. إن الوظيفة الأساسية للقانون اليوم هي تقنين مختلف عمليات التكوين العفوي واللامركزي للقيم والمعايير التي تتمتع بها مختلف الخطابات الاجتماعية في المجتمع المدني^(٢٣).

وعلى هذا الأساس، سيُعاد بناء القانون بانتقال التركيز من البعد الثابت إلى البعد التزامني للفعل الاجتماعي، إلى جانب البعد الاجتماعي الذي أثبت الطبيعة ضد الإنسانية وضد الفردانية للقانون، وعليه استبدال المفهوم الاقتصادي للقانون بالمشروع الخطابي بين مختلف الخطابات الاجتماعية. إنه إذا كان هناك درس وحيد يمكن أن نستشفه من النظريات الاجتماعية الراهنة فإنه يكون درس الاستقلالية الاجتماعية، أي القدرة على الضبط الذاتي للمجال الاجتماعي التي هي ليست محصورة على الآلية الاقتصادية للسوق، لكنها تتحقق عن طريق الأشكال المختلفة في عوالم المعنى الاجتماعية الأخرى^(٢٤).

في هذا الإطار يوجد إجماع شبه تام بين كل النظريات الاجتماعية الراهنة حول هذا التعدد في العوالم الاجتماعية، هذه النظريات التي حاولت فهم التجزؤات الاجتماعية المتعددة، ومعرفة الحدود الفاصلة بينها، وتحديد عقلانياتها ونظامها المعياري، وكذلك كيفية هندسة مؤسسات قانونية وسياسية تستجيب لهذه الوحدة المتعددة، والسؤال المطروح أمام القانون اليوم هو: كيف يمكن له أن يكون أكثر

Gunther Teubner, After Privatisation, op.cit, p 398. (٢١)

Gunther Teubner, Altera pars audiatur: Law in the Collision of Discourses. In: (٢٢)
Richard Rawlings (ed.), Law, Society and Economy, Oxford University Press,
Oxford 1997, p 101.

Orly Lobel, The Renew Deal, op.cit, pp 366-370. (٢٣)

Gunther Teubner, After privatization, op.cit, p 399. (٢٤)

تجاوبية لهذه التطورات؟ بعض هذه النظريات حاولت كشف هذا التعدد المحير للعقلانيات المتنازعة، على غرار Foucault الذي قام بتحليل الممارسات الكلامية من أجل تكوين أركيولوجيا للمعرفة تستطيع فهم هذه الممارسات في سياقها الاجتماعي والسياسي^(٢٥) وكذلك Derrida من خلال إستراتيجيته في تحليل وتقويض النصوص، وتسليط الضوء على التوتر السائد في النص بين الخطاب المركزي والخطابات الهامشية عن طريق التآليب اللطيف لقوى الدلالة المتناحرة، وهو بهذا يؤكد على تعددية الخطابات داخل المجتمع^(٢٦)، أما Lyotard فإنه يحدد شروط الانتقال إلى ما بعد الحداثة وانشطار المجتمع العالمي إلى تعددية خطابية، إلى أنظمة غير متوافقة بشكل متبادل، إلى ألعاب اللغة المختلفة، التي تكون عدائية بين بعضها البعض وتوقع العنف من كل منها للأخرى^(٢٧)، كما أن النظريات المؤسسية الجديدة والرومانسية الجديدة والنقدية والنظريات القانونية والاجتماعية ما بعد الحداثة تؤكد على هذا التعدد المحير للعالم الاجتماعي.

ثالثاً - فصل القانون عن السياسة:

بعد ما رأينا البعدين الاجتماعي والمكاني اللذين أفضيا إلى استقلالية القانون عن المفهومين الإنساني والاقتصادي، ونفي كل اعتبارات الفردانية المنهجية من أجل بناء اجتماعي متزامن، ننتقل إلى البعد الثالث الذي زاد في تأكيد استقلالية القانون وهو البعد المكاني، وإبعاده عن النظام السياسي الدولاتي وإعادة تمديد إقليمي لحدوده، وما يفضي إليه هذا التطور من نشوء مساحات جديدة للضبط القانوني البعيدة عن المنطق الدولاتي، مما يؤدي إلى إعادة تحديد مفهوم تسييس هذه المساحات، أو بالأحرى إعادة تحديد مفهوم الفعل السياسي داخل المجتمع، وهذا ما يؤدي إلى إعادة تحديد العلاقة بين الدولة والمجتمع المدني من جهة، والدولة والقانون من جهة أخرى^(٢٨)، مفاهيم النظام السياسي، الأشخاص السياسية، القوى السياسية في هذه الحالة قد تغيرت بشكل جذري، ولم تعد مقتصرة على الفاعل الوحيد وهو الدولة، الموضوعية، طريق مؤسساتها المختلفة، وسط الأمة وفق اقتصاد سياسي تدخلي ومنطق إداري بحت.

(٢٥) Michel Foucault, L'archéologie du savoir, Gallimard, 1969, p 32 et ss.

(٢٦) Jacques Derrida, De la Grammatologie, Paris: Ed. de Minuit, 1967; Jacques Derrida, L'écriture et la difference, Paris, Seuil, 1967.

(٢٧) Jean-François Lyotard, The Differend: Phrases in Dispute, Manchester, Manchester University Press, 1987.

(٢٨) Glen Newey, After Politics, The Rejection of Politics in Contemporary Liberal Philosophy, Palgrave, New York, 2001, p 190.

لقد ظهرت مقاربات شبكية للفعل السياسي، بسبب التغيرات التي عرفها العالم في نهاية القرن العشرين، بدل المقاربات الهرمية التقليدية، هذا المنظور الشبكي يحاول توسيع دائرة اتخاذ القرار خارج المؤسسات الرسمية الدولالية نحو بنى ومسارات غير رسمية لتحتوي كل أصحاب المصلحة في إطار شبكة العلاقات والتفاعلات، وبهذا ظهر مفهوم السياسات والحوكمة الشبكية للتعبير عن ذلك المنتج السياسي الذي لا يتأتى إلا بتفاعل مجموعة من الفواعل وفق منطق شبكي متعدد الاتجاهات والمستويات، وهو ما يعبر عنه بمفهوم الحوكمة الأكثر تشعباً - خلافاً للتعبير الضيق للحكومة - القادر على تغطية كاملة لمجموعة من المؤسسات والعلاقات، بطريقة يمكن للنظام السياسي من التواصل مع بيئته من أجل حوكمة المجتمع^(٢٩). والذي يأتي في غالب الأحيان على حساب مفهوم الدولة في حد ذاته، تاركاً المجال لفكرة الحوكمة المجتمعية متعدد المستويات والمسارات في إطار دولة جوفاء مفرغة الوظائف والسلطات، إلى جانب مفهوم الضبط الذي أخذ مكان التشريع المعروف أكثر في إطار الدولة الضابطة التدخلية.

إن الاتجاه الدولاتي التقليدي لا ينحصر في مجال القانون فحسب، وإنما يمتد إلى كافة مجالات الحياة، باعتبار الدولة كتعبير للحدث من خلال مفهوم العقد الاجتماعي المنظم لعلاقات القوى في المجتمع. هذه الفكرة التي ظهرت بالنظر إلى التحولات التي عرفتها الدول الأوروبية، والتي تركز على فكرتي العقل ونقد اللجوء إلى الطبيعة لتفسير الواقع، والفردانية من خلال وضع الفرد كوحدة لتحليل التنظيم السياسي والاجتماعي، ما أدى إلى اعتبار الدولة مجرد مصنوع يدوي يكون العقل موجهاً والفرد معياراً، وبهذا تم وفق المشروع الحداثي مؤسسة (Institutionalization) السلطة في الدولة، وتم إعطاؤها نوعاً من الخصوصية من خلال وضع احتكار عام وشامل لرهانات المجتمع.

لكن ومع تحول المجتمع نحو قيم ومضامين ما بعد الحداثة، تغيرت أشكال ترجمة قيم المجتمع السالفة الذكر، فالعقل تطور إلى مفاهيم عدم اليقين، عدم التحديد والانظام، وأصبح مرادفاً لمفاهيم الشبكة، وتم نقد كل مفاهيم البساطة والنظام والتجانس التي كان يتصف بها التنظيم الاجتماعي والسياسي والقانوني الحداثي. من جهة أخرى، فإن فكرة الفردانية قد تطورت إلى أن أصبحت هدفاً للتحليل في حد ذاته،

(٢٩) F. Ost, M. van de Kerchove, De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, Publications des FUSL, Bruxelles, 2002, pp 26-32.

وبهذا ظهر مفهوم الفردانية المتطرفة، التي تتصف بتمجيد الذات حتى ولو كان ذلك على حساب قيم المجتمع، والسعي إلى وضع النشاط الإنساني في خدمة هذه الذات المتطرفة.

لقد دخل مفهوم الضبط القانوني مرحلة جديدة تفترض استحالة وجود نظام ضبط مركزي وحيد للقانون بالمفهوم الكلسني (نسبة إلى Hans Kelsen)، وتعتبر الشرعية غير قادرة على أن تكون الشكل الوحيد للرقابة الاجتماعية وتحقيق العدالة^(٣٠). إن هذا العجز الذي أصاب قدرات الضبط القانوني للدولة الوطنية ناتج أساساً من ضعف أجهزتها التقليدية، فالمؤسسة التنفيذية لم تعد قادرة على تنفيذ سياسات عامة لا يساهم فيها المنطق الدولاتي إلا بهامش قليل وضعيف، خاصة مع ظهور التوجهات التسييرية للفعل العمومي^(٣١)، وتخفيف العبء عن المؤسسات الإدارية لصالح المنظمات وفعاليات المجتمع المدني في إطار دولة ما بعد ضببية مجوفة وفارغة من محتواها وميراثها التقليدي^(٣٢)، أما الجهاز التشريعي فلم يعد قادراً على الهندسة القانونية للمجتمع، فتعددت مصادر إنتاج القانون في كل الاتجاهات والمستويات^(٣٣)، وبهذا نجد أشكالاً جديدة للقانون والتنظيم السياسي (في/بين) قطاعات تحت دولاتية، وبين الدول وفوقها، وبين وحدات وعمليات غير دولاتية. كذلك فإن المؤسسة القضائية لم تعد القناة الوحيدة والمفضلة لفض النزاعات في المجتمع^(٣٤). كل هذه التطورات أدت إلى موجة تعرف بخصخصة القانون، مست عملية الإنتاج المعياري من خلال تعدد منتجي القواعد القانونية وتعدد التفاعلات في هذه العمليات، ومجال تطبيق القانون كذلك من خلال خصخصة آليات وأنماط وطرق

(٣٠) Jean-Guy Belley, L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales, Pour une problématique du pluralisme juridique, Sociologies et Sociétés, Vol.18, n°1, 1986, p 11-32.

(٣١) Daniel Mockle, La gouvernance publique et le droit, Les Cahiers de droit, Vol. 47, n°1, 2006, pp 89-165.

(٣٢) Larry D. Terry, The tinning of administrative institutions in the hollow State, Administration & Society, Vol.37, n°4, September 2005, pp 426-444.

(٣٣) Pierre Noreau, Comment la législation est-elle possible? Objectivation et subjectivation du lien social, Revue de droit de McGill, Vol. 47, 2001, pp 195-235.

(٣٤) Pierre Noreau, la superposition des conflits: limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution, Droit et Société, n°40, 1998.

التطبيق، خاصة مع ظهور بوادر عدم توافق القانون الدولاتي الميسس وقيم ومبادئ دولة القانون، ومنه التمييز بين خصخصة القانون وعدم تسييسه^(٣٥).

إن هذا التفكير لمبدأ تدرجية القانون التابع للدولة الوطنية لا يكون وفق مفهوم Von Savigny، الذي رغم أنه ساهم في وضع أساس لمفهوم قانون غير ميسس ومنتج من طرف المجتمع بدلا من الدولة والتشريع الدولاتي^(٣٦)، إلا أنه لم ينف نموذج الدولة كمصدر وحيد للنظرية المعيارية، واعتبر الظاهرة المعيارية خارج شرعية التدرج - كما تُعرف بالأنظمة الاجتماعية للضبط المعياري - على أنها لا تمثل قانوناً أصيلاً^(٣٧)، بل مجرد أفعال، وهنا السؤال المطروح هو: إذا كان دور الدولة قد تغير في زمن العولمة عما كان عليه في القرن ١٩، هل يمكن لمفهوم Savigny للقانون الدولاتي أن يكون صالحاً؟

إن أكبر مفكك لهذا المفهوم هو العولمة، حيث إن الشكوك المتكررة حول تدرج القانون، والتي صمدت بسهولة في تجربة الدولة الوطنية لن تستكت بعد الآن، لقد عملت العولمة على نزع الغطاء الدولاتي لـ Lex Mercatoria وممارسات أخرى تنتج القانون العالمي بدون دولة، إن عولمة القانون هي التي قتلت السيادة الأبوية وجعلت التناقض القانوني مرئياً^(٣٨). لقد ظهر على المستوى العالمي تعدد محير لأنظمة الحوكمة المختلفة، التي زعزعت كل الأسس الكلاسيكية للدولة الوطنية، وأضفت بعداً قانونياً لقانون الشعب وفق مفهوم Savigny، يأخذ بعين الاعتبار تحول الأسس التقليدية للمفاهيم الدولاتية كالسيادة، الإقليم والمواطنة^(٣٩). إن أنظمة الحوكمة الخاصة تمثل اتحاداً من الحقوق والالتزامات والقواعد، والتي هي أساساً قانون بدون دولة، منتج للعديد من أنظمة الحوكمة العالية التخصص، والتي تستطيع أن تطور أنظمة سياسية وقانونية مستقلة عن قانون الدولة الوطنية والقانون الدولي العام، على الرغم

(٣٥) John John Hasnas, The Myth of the Rule of Law, Wisconsin Law Review, Vol.1995, pp 199-233.

(٣٦) Peer Zumbansen, Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge from Europeanization and Globalization, in, Michael Stolleis and Wolfgang Streeck (eds.), Aktuelle fragen politischer und rechtlicher steuerung im context fer globalisierung, Baden-Baden: Nomos, 2007, p 129.

(٣٧) GuntherTeubner, The king's many bodies: self-deconstruction of law's hierarchy, Law and Society Review, Vol.31, n°4, 1997, p 768.

(٣٨) GuntherTeubner, After privatization, op.cit, p 769.

(٣٩) Peer Zumbansen, Globalizing Savigny, op.cit, pp 129-131.

من أنه لم يتم الاعتراف بهذه القواعد كمنتوج قانوني أصيل إلا مؤخراً، بسبب النزاع الذي وقع حول طبيعة القواعد التي تنتجها الفواعلة. في نفس الوقت نشهد على المستوى العالمي مثل المستويات المحلية تراجعاً هائلاً لدور الحكومات وأنظمة القانون العام لصالح أنظمة الحوكمة السالفة الذكر، كالتعاقد، المقايضة التقنية، إنتاج القواعد المهنية... الخ، وذلك بعد أن أصبحت كل الآليات التي تقوم عليها أنظمة الحوكمة العمومية عاجزة عن تسيير وحوكمة المجتمع بصورة فعالة، خاصة بعد انتشار ثقافة الأداء والإنتاجية في مفهوم الحوكمة المعاصرة، حيث إن الكثير من الوظائف الاجتماعية أخذت بها هذه الأنظمة. وعلى هذا الأساس، فإن توسع وظائف أنظمة الحوكمة الخاصة، يجب أن يؤدي بنا إلى إدراك كيف أنها أدخلت في جدلية طابعها غير السياسي من جهة وإعادة تسييسها من جهة أخرى^(٤٠).

إن العلاقة بين السياسة والقانون لا يمكن اختزالها في المفاهيم التقليدية للمصطلحين، وإنما يجب اتباع تطور تصوراتهما في الواقع العملي، ومنه إيجاد نقاط الالتقاء غير القابلة للفصل بين المفهومين، والتي يمكن أن تكون في مساحات راديكالية بالنسبة للمساحات التقليدية. فعندما تأخذ هذه الأنظمة الوظائف العامة بصورة واسعة، فإنها يجب أن تبتلع حبة مسمومة، نزاعات سياسية هائلة كانت تُستوعب من طرف أنظمة الحوكمة العمومية، ولن تختفي هذه النزاعات بإشارة جلية من اليد الخفية، حيث إنه بعد صعود آلية السوق كنظام حوكمة سياسية، فإن هذه النزاعات يجب أن تحل ضمن إطار الحكومات، ولا يمكن أن تحل ضمن آليات السوق وحدها، وعندما تبتلع هذه الحكومات الجديدة الحبوب المسمومة فإنها ستوجه إلى تسييس جديد، وهذه العملية لإعادة التسييس ليست محدودة بشكل ضروري إلى مؤسسات المستوى الدولي في الأمم المتحدة أو الاتحاد الأوروبي، لكنها تستلزم في نفس الوقت تسييس الحوكمة في حد ذاتها^(٤١).

إن هذه العملية ضد السياسية لأنظمة الحوكمة، ثم إعادة تسييسها باعتبارها مساحات سياسية جديدة، تؤكد لنا استقلالية القانون عن الدولة الوطنية، ولا تجعلها النقطة المخفية في تفكيرنا حول القانون، وإنما تؤكد دورها في إعادة الحياة لأنساق

(٤٠) Peer Zumbansen, Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law, European Law Journal, Vol.8, 2002, pp 421-425; Peer Zumbansen, The Law of Society: Governance Through Contract, Indiana Journal Global Legal Studies, Vol.14, Issue 2, Summer 2007, pp 225-236.

Gunther Teubner, Contracting worlds, op.cit, pp 402-403.

(٤١)

سياسية جديدة خاصة في المستويات فوق الوطنية، وتكون عاملاً أساسياً في نشوء وسقوط هذه الأنساق السياسية البعيدة عن المنطق الدولاتي، ويكون توزيع السلطة فيها وفق منطق شبكي، وبهذا فتستيس القانون كذلك يكون وفق هذا المنطق البعيد عن المنطق التدرجي الهرمي.

رابعاً - نحو ذات شبكية متعددة للقانون ما بعد الدولاتي:

حسب الفرضية البنائية الظاهرية (أو التفاعلية)، فإن الذات العارفة في تفاعلها مع الموضوع الملاحظ هما اللذان يشكّلان المعرفة، ولهذا لا توجد ذات صافية ولا موضوع مستقل، وإنما توجد مجموعة من التفاعلات بين الطرفين تعطينا نوعاً من الظواهر البيذاتية (Intersubjective)، والتي يكون جوهرها علاقاتياً (Relational) تواصلياً يفضي إلى نوع من البنى الهيكلية الشبكية.

على ضوء هذه الاعتبارات الأولية المجردة، ومن خلال التطوّرات الاجتماعية والزمانية والمكانية التي عرفها القانون، والتي أدّت إلى تحريره منهجياً وابستمولوجياً، ومن وجهة نظر ما بعد بنوية ما بعد وضعية، فإنه بعد الوضعية ما بعد الكارثية التي أكّدت عليها كل النظريات النقدية، النسائية، التعددية القانونية والمؤسّساتية القانونية، والشروط التي وضعتها ظروف العولمة، الخصخصة والرقمنة، وبالانتقال إلى المجتمع المعاصر، فإن شبكة من الكيانات الثقافية المستقلة، المستخلصة من المجال الطبيعي للحياة البشرية، قد ظهرت، والتي تقوم بإنتاج وإعادة إنتاج شرعيتها تحت نمط اختيار محدّد، وأن عالمنا هو أصلاً غير مادي في علاقاته وتواصلاته، وأن الناس في إطار أنوارهم فإنهم يشتركون في عملية الإنتاج وإعادة الإنتاج للمستوى الأعلى (العلوي)، لكن ليس كبشر أو كسبب للمجتمع^(٤٢).

إن النظرية القانونية التي تبدأ بمثل هذه التبسيطات سوف تقع منذ البداية في تناقض حقيقة أن هذا التنوع والتعدد الداخلي للشبكات التواصلية للمجتمع، ألعابها اللغوية، قد تكاثرت إلى درجة أنها لم تعد سهلة الوصول إلى ملاحظة واحدة. إن مجالات الظاهرة الجماعية تحت قاعدة التفاضل الاجتماعي بين الأنساق الوظيفية المستقلة، مثل السياسة، القانون، الاقتصاد، الإعلام... الخ، تنتج جنوباً يؤدي إلى حل كل الأفكار التقليدية بالمجتمع: الدولة؛ الأمة؛ الديمقراطية؛ الشعب، والتي ترتبط بها كل نظريات الذات المرتبطة تدرجياً وهرمياً والتفكير المتعالي الأنطولوجي القائمة عليه،

(٤٢) Thomas Vesting, The network economy as a challenge to create new public law (Beyond the state), in, Karl-Heinz Ladeur (ed.), Public Governance in the Age of Globalization, London, Ashgate, Aldershot, 2004, p 258.

وهذا ما يقصد به بنهاية سيادة الذات^(٤٣). لقد قام Jean-Marie Guehenno بتصحيح التوجُّه التقليدي حين يقول أنه لا شيء أكثر غرابة بالنسبة لزمنا من فكرة الشخص - الذات التي يمكن أن توجد في نفسها وب نفسها في آن واحد خارج شبكة العلاقات الداخلة في إطارها والتي تعرفها وحدها^(٤٤).

في إطار هذا التنوع التشابكي للقواعد والروتينات، فإن علاقات بيداغوجية جماعية تزيح نوات الشخص المستقرة القديمة (الدولة، الشعب، المنظمة، الفرد)، وهذا التعدد لن يكون له مركز كما هو الحال في المفهوم الأوروبي التقليدي، ومن خلال تطور هذه العلاقات الجماعية فوق الذاتية فإن الناس يظهرون مجرد متضمنين فقط. إن هذا المفهوم يؤدي إلى إلغاء فكرة أن يكون الذات والموضوع قابلين للتصور بصورة مستقلة عن شبكات التواصل وحيوية علاقتها.

لكن السؤال المطروح هنا، أنه بعد هذا الانتقال من ذات القانون إلى الشبكة المستقلة للبناءات المستقلة هو: ما هي الوظائف التي تؤديها هذه الشبكة من أجل تفاعل تجاوبي مع موضوعها في إطار المشروع الذي وضع بصورة ثنائية مشتركة؟ هل يمكن بناء نموذج لذات القانون من أجل إيجاد إطار ملائم لاتخاذ القرار لكل البناءات الاجتماعية المشتركة في عملية إعادة البناء؟ أو بصورة أخرى، ما هي الموصفات الشبكية التي تتصف بها ذات القانون من أجل أن تكون مستقلة في عملية اتخاذ القرارات المعيارية؟

إنه من خلال الدور الذي تلعبه ذات القانون وفق المنظور البنائي، على اعتبار أنها النقطة الأساسية لأي نموذج لاتخاذ القرار، يتعين علينا معرفة طبيعتها وكيفية تفاعلها وفق هذا المنطق الشبكي، والدور الذي تلعبه في إنتاج المعرفة، وكما يقول Le Moigne، فإن الواقع يتحدد وفق التجربة التي تبنيها كل ذات عارفة، إنه تصوّر لما تبني الذات، ولهذا فإن الواقع ما هو إلا مرآة للذات التي تحاول التأثير فيه وبنائه وفق تجربتها، لكن كيف تكون وظيفة هذه الذات عندما تكون في شكل شبكة، بدون حدود معرفة، وبدون وحدة تنسيق مركزية وبدون هيمنة؟

إننا لا نستطيع توفير دراسة هذه الشبكة عبر الذاتية لهذا النموذج، والتي سوف تتشكل من خلالها كل الأشكال الاجتماعية، ولهذا سنقدم نموذجاً بنائياً للشبكة عبر

Jason. E. Whitehead, op.cit, pp 708-713.

(٤٣)

J-M, Guehenno, The End of the Nation-State, University of Minnesota Press, 1995, p 33.

(٤٤)

الذاتية للقانون مستوحي أساسا من الأشكال التي وضعها بعض الكتاب في العلوم الشبكية والإدراكية، من أجل إعطاء هذا النموذج القابلية لملاحظة الأشكال الاجتماعية والقانونية في الواقع، ولمعرفة المنطق الشبكي الذي تفكّر به بعيدا عن المعرفة التنظيمية الوضعية.

على الرغم من وجود العديد من البحوث التي تؤكد على مبدأ الإدارة الذاتية والتنظيم الذاتي، إلا أن عملية السيطرة والتنسيق لمنظمة غير تدرجية، ذات بنية شبكية كما هو الحال بالنسبة لذات القانون، تبقى ظاهرة غامضة. إن عملية وضع الأسس التي يقوم عليها نموذج القانون لما بعد الدولة، يجب أن تؤكد على استقلالية البناءات الاجتماعية المتعددة، وهذا ما يؤدي إلى التأكيد كذلك على الدور الذي يجب أن تلعبه والوظيفة التي يجب أن تؤديها هذه الشبكة الواحدة والمتعددة. هذا الدور الذي يتحدد أساسا في فرض التوازن داخل هذه الذات وخارجها، وهو التوازن المهدد بصورة دائمة نظرا للطبيعة الشبكية التي تتصف بها، وهذا لا يكون إلا وفق منطق شبكي مماثل، يركز على دور التفاعلات والتواصلات بين وحدات هذه الشبكة.

إن، وانطلاقاً من المنظور البنائي للمنظمات، الذي يؤكد على صعوبة التفريق بين الباحث وموضوعه، عكس المنطق الأرسطي، والنتاج أساسا من تشكل هياكل شبكية مستقرة ما بين السوق والتدرج، كنموذج مثالي لحوكمة المنظمات الاجتماعية، وعلى اعتبار أن النظام والفوضى لا ينتج من تطبيق مجموعة من الإجراءات والتوجيهات، لكن من التعاون المؤسس على الاتفاقات غير المفروضة من طرف شريك واحد فقط، حيث إنه في إطار الشبكة ذاتية التنظيم لا يوجد مركز واحد لاتخاذ القرار، ولا يكن لأي عضو أن يكسب رؤية عامة وواضحة ورقابة فعالة لكل التواصلات داخل المنظمة^(٤٥)، إن، وعلى هذا الأساس، يمكن نمذجة تطور الشبكات ذاتية التنظيم من خلال مزج مجموعة من الاتجاهات النظرية وفق صيغة متكاملة تضمن الحوكمة الفعالة للمنظمات الشبكية.

وبهذا، فإن صورة المنظمة تنشأ من عمليات التبادل بين العناصر والوحدات المستقلة داخل الشبكة، ولفهم طبيعة هذه العمليات سوف نقدم نموذجا بنائيا لمنظورات تتماشى مع هذا النمط من الشبكات، هذا النموذج سوف يكون في الصيغة التالية:

(٤٥) Christophe Assens, Stability and plasticity in self-organized networks, European Journal of Economic and Social Systems, Vol.14, n° 4, 2000, p 313.

أ - التنظيم الذاتي للشبكات: الاستقرار/المرونة:

إن تطوّر الشبكات المكوّنة من حيويات مستقلة ناتج أساساً من الضبط الذاتي للتفاعلات بين العناصر المكوّنة لهذه الشبكات، هذا الضبط الذاتي يتركز على مجموعة معايير ضمنية تعبر عن اتفاقات تنسيق سلوك الوحدات أثناء تبادلاتها وتواصلاتها. لكن ما يلاحظ على هذا النوع من الشبكات هو أنها تواجه جدلية تناقضية ممثلة في التعاون والصراع في مختلف المستويات، ولهذا فإن هذا النوع من الشبكات غير المشرف عليها (بدون قائد) تكون خاضعة لقوتين متعاكستين: (١) ميل نحو الاستقرار عن طريق البحث عن التعاون، (٢) توجه نحو عدم الاستقرار الناتج عن الفوضى المستترة^(٤٦).

وعلى أساس هذا التناقض، اتجهت محاولات الباحثين في هذا المجال نحو تبني اتجاه على حساب آخر، حيث إن بعضهم اتجه نحو تحقيق النظام والاستقرار عن طريق تأكيدهم على آليات الترقيع والتغذية العكسية التي تسمح للشبكة في حالة اللاتفاعل بالعودة إلى حالة كلية شاملة للتوازن الضروري لضمان تماسك الفعل الجماعي، علماء آخرون ركزوا على التوجه الثاني وهو عدم الاستقرار وشجّبوا فكرة التوازن داخل الشبكة، حيث إن حالات الفشل هي في كل الأحوال بسبب التناقضات بين العُقد الفردية المكوّنة للشبكة.

إن الإشكالية التي تواجه قيادة الشبكات من هذا النوع تتمثل في أن حالات التنافس قد تتسبب في تجزؤ مراكز اتخاذ القرار وتفريق العقد داخل الشبكة، حيث إنه في غياب تنسيق مركزي، فإن مجال المناورة بين الوحدات المتنافسة يشجعها على عزل قدراتها وتقسيم مواردها، ولهذا وجب علينا مزج الاتجاهين وفق منطق ما بعد أرسطي بديل، يعتمد على فكرة تصادف الأضداد لإنتاج المعرفة، من أجل الوصول إلى مستويات التعدد المنطقي وفق مبدأ الثالث المشمول، والوصول إلى توافق وتداخل وتوحيد النظراء، ولهذا فإن الشبكات غير المشرف عليها خاضعة لجدلية المرونة والاستقرار، التعاون والتنافس، أو ما يمكن أن نصلّح باسم: Coopetition، وهذه الجدلية تكون على النحو التالي:

- في المستوى العلوي (الشامل - الكلي)، فإن المنظمة يجب أن تبقى متماسكة

ومستقرة للحفاظ على وحدتها، وفي هذا السياق، فإنها تميل إلى تثبيت القواعد السلوكية، مما ينتج توحيداً لمقاييس وأنماط الوظائف ودرجة عالية من تجانس التبادلات من أجل وضع المنظمة تحت السيطرة والتحكم في العقد الفردية، وهنا يمكن الحديث عن مستوى الاستقرار أو حالة الحفاظ داخل الشبكة.

- في المستوى السفلي (المحلي - الجزئي)، على النقيض فإن المنظمة يجب أن تبقى مرنة، ديناميكية، والعقد الفردية يجب أن تتكيف بسرعة مع بيئتها انطلاقاً من مبدأ استقلاليتها في اتخاذ القرار، وهو ما يؤدي حتماً إلى إنقاص درجة التماسك بين الأعضاء، وهنا يمكن الحديث عن مستوى المرونة أو حالة التعديل في الشبكة.

ب - النمذجة: النظام - الفوضى:

إن أي عنصر في المستوى المحلي يتأثر بحالة العناصر المحيطة به، وهذا ما يستدعي ضبط حالة هذا العنصر عن طريق تعديل هذه الحالة أو حفظها، لكن بالمقابل فإن هذه العملية تساهم بشكل مباشر في التأثير على البيئة القريبة لهذا العنصر، وكنتيجة لهذا تؤثر في العناصر المرتبطة به مباشرة. إن هذه العملية من الضبط المتبادل تتكاثر بشكل تدريجي عن طريق مجموعة التفاعلات بين العقد داخل الشبكة، وفي نهاية هذا التطور فإن هذه التفاعلات تؤثر في المستوى العلوي، مما يؤدي إلى تغير ترتيبات الشبكة بشكل تدريجي بالنظر إلى هذه التفاعلات وحدها. وعليه، يمكن الوصول إلى حالتين متناقضتين، فالتطور يمكن أن يؤدي إلى وجهة شواشية (Chaotic) وإلى عدم الاستقرار بشكل كبير، وفي المقابل يمكن له أن يستقر حول أشكال ثابتة يسميها البعض بالجزر الصغيرة للعقلانية^(٤٧).

إن وعلى هذا الأساس، فإن ذات القانون المترجمة في شكل شبكة التفاعلات البيذاتية يجب عليها أن تقدم وظائف الاستقرار والحفاظ على التوازن وفق مبدأ التوازن العام في مواجهة البيئة الخارجية، وعدم تجانس وحداتها الداخلية، مما يحتم عليها تكوين تمثيلات عن هذه البيئة الداخلية والخارجية من أجل إدراك جماعي توزيعي لهذه البيئة، يمكنها من اتخاذ قرارات توزيعية إجماعية ما بين مختلف مراكز اتخاذ القرار المستقلة في مواجهة البيئة الخارجية، وذلك من أجل ضبط معياري لشبكات الحوكمة، أو من أجل إعادة تنظيم مفاهيمها وبنيتها الداخلية في إطار نوع من المرونة.

Ch. Assens, op.cit, p 325.

(٤٧)

المبحث الثاني

توجُّهات الاقتران البنوي بين القانون وشبكات الحوكمة المعاصرة

إن الخصائص التي تميّز بها القانون ما بعد الدولاتي، والتي سبق تحليلها في إطار منظور تناقضي بين الاستقلالية والتبعية، تقوم على شروط معيّنة من أجل أن يكون القانون ضابطاً فعّالاً للمجتمع، شروط تتعلق بمستوى وحجم وكيفية الاقتران البنوي بين القانون ومختلف الأنساق الاجتماعية المستقلة.

إن فهم عملية الاقتران البنوي القائمة بين القانون والأنساق الاجتماعية هي الكفيلة بإيجاد نموذج متوازن لقانون ما بعد الدولة القومية، المتميّز بتمجيد قيمة الاستقلالية التي تتصف بها كل الأنساق الاجتماعية بعيداً عن الضبط الدولاتي الذي كان يميّز مفهوم الضبط الاجتماعي لمرحلة الحداثة. لكن ومع العلم بأن كل نسق فرعي يقوم ببناء معلوماته الخاصة على أساس تمييزاته الخاصة، إلا أنه في حالة أن نفس الحدث يتم اختياره من طرف مختلف الأنساق، فيمكن أن تنتج علاقات جد مغلقة بين النسق ومحيطه. وهذا ما ذهب إليه Luhmann بالقول أن الاقتران البنوي في مختلف الأنساق الفرعية يمكن أن يوجد، لكنه فقط في حالات غير ثابتة ومن حين لآخر وتصادفية إلى حد بعيد. كذلك فإنه لا يمكننا أن نتوقع الكثير من جانب القانون لإحداث التغيير في الأنساق الأخرى، مادامت المعلومات لا شيء سوى اختيار داخلي بالنسبة للنسق، فلا يوجد ضمان بأن نفس الحدث يمكن أن يعالج كمعلومة من طرف مختلف الأنساق، كذلك فإن قيمة أي حدث تختلف من نسق إلى آخر. إن الاعتماد على هذا التحليل، يقودنا إلى التفكير في العلاقات المتبادلة بين مختلف الأنساق المستقلة، وهي بهذا تقوم بعمليات مختلفة للتقليل من الاختلافات الموجودة بينها، مما ينتج مجموعة من التأثيرات والردود تميّز أنواعاً كثيرة للاقتران البنوي، وفي حالة المنظومة الضبطية، فإن نجاح أو فشل عملية الضبط، تتوقف على النوعيات المختلفة للعمليات التكرارية، ومدى وجود اقتران بنوي بين مختلف عمليات التقليل من الاختلافات. كذلك فإنه في هذه الحالة، وخاصة فيما يتعلق بعملية الضبط عن طريق القانون في مرحلة ما بعد الدولة، تظهر محاولات كثيرة لتعدي الأطروحات النظرية في هذا المجال، وأخذ مواقع وسطية إن لم نقل ما بعدية بين الاتجاهات المتطرفة اتجاه مفهوم استقلالية الأنساق الاجتماعية، سواء كانت يمينية أو يسارية، وتبني مفهوم جديد للاستقلالية، وذلك من خلال تعديل مفهوم الاقتران البنوي بما يتماشى وطبيعة الضبط القانوني ما بعد الدولاتي.

أولاً - الآثار المنحرفة والجانبية لاقتران القانون بعد الدولة القومية:

إن النظرية الأتوبويتية تؤكد على استبدال سلسلة الأحداث السببية بتعدد المجالات المستقلة والمتداخلة، في كل منها توجد عمليات غير سببية وتكرارية لتحولات مختلفة. إن فهم هذه السلاسل العمودية للتكرارات في شكلها المنغلق عملياً ومعيارياً يعني أن كل سلسلة تقوم ببناء المعلومات داخلياً، فلا توجد مدخلات ولا مخرجات.

وفي حالة النموذج الذي نتناوله لفهم الضبط الاجتماعي بواسطة القانون، فإن محاولات هذا الأخير لقيادة الأنساق الاجتماعية سوف تكون فقط في صورة تعدد لعمليات القيادة الذاتية. وبشكل أكثر تحديداً فإن هذه القيادة الذاتية يجب أن تُفهم كتقليل للاختلاف، مع العلم أنه حتى هذا الاختلاف هو مبني داخلياً^(٤٨)، وعليه يبدأ القانون في بناء الحالة الراهنة طبقاً لشفيرته الخاصة، وب نفس الطريقة يقوم ببناء الحالة المطلوبة ويطبق برنامج تخفيض الاختلاف في محاولة للوصول إلى تلك الحالة. وعليه يمكن القول أن عملية الضبط ممكنة فقط في شكل ضبط ذاتي ضمن كل هذه العمليات التكرارية، وهو ما يسمح بتعويض السلاسل السببية بالاقتران البنيوي^(٤٩).

إن هذه العمليات الضبطية وفق هذا المنطق الذاتي سوف تؤدي إلى مجموعة تأثيرات تنشأ من عمليات بناء الاختلافات من طرف القانون، ومحاولاته لتقليل هذه الاختلافات التي تتوقف بدورها على البناء الداخلي للاختلافات من طرف الأنساق الاجتماعية ومحاولاتها لتخفيض هذه الاختلافات.

والسؤال المطروح هنا هو: كيف يمكن حل الارتباطات بين مختلف عمليات تخفيض الاختلاف؟ في إطار علاقات غير سببية متوازنة لعمليات متزامنة، مادامت لا توجد صيغة مثالية ونهائية للاقتران البنيوي، وأن هناك أنواعاً متعددة لتزامن العمليات. كذلك كيف يمكن لهذه العمليات المختلفة لتخفيض الاختلاف أن تكون في حالة اقتران بنيوي؟ وهذا يكون فقط في حالة أن الفعل الضبطي يوضع في سياق العمليات التكرارية المختلفة ويتجلى في برامجها التخفيضية، وأن النجاح الضبطي يعتمد على قدرة نسق الضبط على إعادة الوضع في السياق في النسق المضبوط^(٥٠).

(٤٨) Paterson John and Teubner Gunther, Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis, in, Reza Banakar and Max Travers (eds.), Theory and Method in Socio-legal Research, Hart, Oxford 2005, p 223.

(٤٩) Niklas Luhmann, Limits of Steering, Theory, Culture and Society, Vol.14, n°1, 1997, p 48.

ohn Paterson and Gunther Teubner, op.cit, p 241.

(٥٠)

في هذا الإطار يمكن الحديث عن عدة سيناريوهات محتملة للاقتتران البنيوي ولعمليات إعادة السياق المتبادلة والمستمرة لإعادة البناء الخاصة بكل نسق فرعي في إطار ضبطه الذاتي:

أ - الردود الجانبية والتماسية:

في هذه الحالة فإن ردود النظام القانوني لا تكون في خدمة البحث عن بنى ثابتة في مجال الضبط (الأنساق الاجتماعية)، بل تتجه إلى نوع من التدخلات الدقيقة على أساس قاعدة التجربة والخطأ من أجل تحريك المجالات المعنية بالضبط نحو الاتجاه المطلوب. من جهتها فإن الأنساق الاجتماعية في هذه الحالة سوف تتجه نحو ردود غير متوقعة، وتكون ردود أفعالها في أشكال شواشية ضعيفة السيطرة، وما دما نتحدث عن تفاعلات بين مجموعة أنساق أوتوبوييتيكية^(٥١)، فإن النظام القانوني في هذه الحالة سوف يواجه هذه الطبيعة من خلال هذه الآثار والردود الجانبية والتماسية، والتي تقدّم الشكل الصافي والنقي المحتمل لمثل هذه الحالات^(٥٢).

إلا أنه وعلى الرغم من أن هذه المقاربة تحترم حدود الأنساق الأوتوبوييتيكية بشكل واضح، لكنها تقدم ردوداً ضعيفة جديدة في حالات الخطر عالية الدرجة، فهذا النوع من الاقتتران البنيوي يكون مناسباً في بعض الظروف فقط، فالردود التماسية تميّز كثيراً من تدخلات البنوك المركزية في أسواق العملات والاقتصاديات الوطنية،

(٥١) النظرية الأوتوبوييتيكية Autopoietic theory طوّرت من طرف عالما البيولوجيا والإدراك التشيليين Maturana و Varela في السّتينات وأوائل السبعينات من القرن العشرين، وقد سعى الباحثان للإجابة عن السؤال: ما هي الحياة؟ أو: ماذا يميّز الأنساق الحية عن الأنساق غير الحية؟ وقد كان جوابهما أن النسق الحي يعيد إنتاج نفسه. إن هذه العملية لإعادة الإنتاج الذاتي هي ما يسمى بالأوتوبوييتيكية، ومنه عرّف العالمان النسق الأوتوبوييتيكي كنسق يعيد إنتاج عناصره بشكل تكراري بواسطة عناصره الخاصة.

والمفهوم المركزي للأوتوبوييتيكية هو فكرة أن العناصر المختلفة للنسق تتفاعل بطريقة تسمح بإنتاج وإعادة إنتاج عناصر النسق، بمعنى أنه من خلال عناصره، يعيد النسق إنتاج نفسه. إن الخلية الحية، على سبيل المثال، تعيد إنتاج عناصرها الخاصة، مثل البروتين ولا تقوم بجلبها من الخارج، فلننظر على سبيل المثال لحالة الخلية: إن شبكة ردود الأفعال هي التي تنتج الجزيئات (i) خلال تفاعلها، فهي تنتج وتشارك بشكل تكراري في نفس شبكة رد الفعل التي أنجبتها (ii) وتدرك بأن الخلية كوحدة مادية. (188:1974Varela et al.)
Varela, F., H. Maturana, and R. Uribe, Autopoiesis: The Organization of Living Systems, Its Characterization and a Model, Biosystems, Vol. 5, 1974, pp 187-96

لكن هذا المنظور للتجربة والخطأ لا يصلح في كل أنواع المشاكل الاجتماعية بالنظر إلى قضايا الخطر التكنولوجي مثلاً، وهذا ما يستدعي شكلاً أقوى من الاقتران البنوي^(٥٣).

ب - الملاحظة المتبادلة:

وعلى عكس نموذج الردود التماسية، وبدلاً من عملية إعادة وضع ردود مجالات الضبط في السياق، يتجه النظام القانوني نحو تبني وضعية ملاحظة من الدرجة الثانية أين يقوم بإعادة بناء المرجعية الذاتية للنسق الملاحظ. وهذا ما يعني شكلاً غير مباشر للضبط، على أساس أنه يحاول فقط الوصول إلى زيادة التوافق لاحتمالات التنوع ضمن القانون، من أجل التأثير في التطور التشاركي للقانون والأنساق الاجتماعية الفرعية الأخرى^(٥٤).

ج - الاقتران من خلال التدخل: التفريع والجذب:

هذا النموذج يقوم على مفهوم التدخل الذي طوّره Teubner، والتدخل هو آلية لإقامة العلاقات بين مختلف الأنساق الاجتماعية، مما يمكنها من الوصول إلى حالات أبعد من الملاحظة الذاتية والارتباط فيما بينها عن طريق علاقة تواصلية واحدة، وباستخدام هذا المفهوم يمكن الحصول على نقاط تدخل حساسة، والتي تعمل على إثارة عدم الاستقرار المطلوب، وتُحرك الأنساق المضبوطة من حالتها الجذابة الحالية إلى حالات متوافقة مع غايات النظام القانوني^(٥٥)، وفي كل حالة من حالات الجذب التي قد يثيرها القانون يكون هناك تحريك للأنساق الاجتماعية نحو حالات جذب ذات

(٥٢) سوف نأخذ أكبر عدد ممكن من الاحتمالات، رغم أن الإسهامات في هذه النقطة تختلف من حيث عدد الاحتمالات الممكنة للتأثيرات المختلفة للاقتران البنوي بين الأنساق الأتوبويتية، للمزيد انظر:

Teubner Gunther, Social Order from Legislative Noise? Autopoietic Closure as a Problem for Legal Regulation, In, Alberto Febbrajo and Gunther Teubner (eds.), State, Law and Economy as Autopoietic Systems, Giuffrè, Milano, 1992, p 622.

(٥٣) John Paterson, Reflecting On Reflexive Law, in, M. King and Ch. Thornhill (eds.), Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications, Hart, Oxford, 2006, p 25.

(٥٤) John Paterson, op.cit, p 26.

(٥٥) John Paterson and Gunther Teubner, op.cit, p 244.

نسبة خطر منخفضة، بدون المساس بقدرة هذه الأنساق في زيادة الاستعمال الفعال لمواردها.

ومادامت الحالات الممكنة لإستراتيجية الجذاب القائمة في هذا النموذج لا تكون إلا وفقاً لعملية التجربة والخطأ، فإن إمكانيات نجاحه في الحالات عالية الخطورة تبقى ضئيلة جداً.

د - التواصل من خلال المنظمة أو المؤسسات الملزمة:

في هذه الحالة تكون مختلف الأنساق الفرعية المتواصلة موجهة بطريقة موازية نحو بعضها البعض في إطار منظمة رسمية تعمل كمؤسسة ملزمة من أجل إنتاج تأثيرات نسقية من خلال حاجات مختلف الأنساق الفرعية لأن تكون متوافقة مع بعضها البعض^(٥٦)، وهنا نحصل على تقنين من داخل التنظيم أين يعاد بناء العمليات التنظيمية قانونياً وبهذا تصبح مصدراً للقانون^(٥٧)، وبهذا نحصل على اقتتران بنيوي ضيق للقانون والأنساق الفرعية الأخرى. لكن الخطر الموجود في هذا النموذج يمس وظيفة القانون في عملية استقرار التوقعات المعيارية الآتية من الأنساق الاجتماعية، طالما أن العمليات التنظيمية تصبح مصدراً لهذا القانون. كذلك فإنه لا يوجد ضمان واحد بأن مؤسسة المنظمة الرسمية لن يؤدي إلى الوقوع في المأزق الضبطي الثلاثي الأبعاد الذي نتج عن هذا المنطق التنظيمي الذي عرفته الدولة القومية: عدم تطابق القانون والسياسة والمجتمع، تشريع صارخ في المجتمع، طابع اجتماعي أكثر في مجال القانون^(٥٨).

هـ - مزامنة تخفيض الاختلاف:

في هذه الحالة تكون مجموعة من عمليات الضبط الذاتي المتزامنة في سعي إلى تخفيض الاختلافات الموجودة بينها، على أساس أن كل المعلومات تكون مبنية داخليا فقط من طرف الأنساق الجزئية الأوتوبويتية، وأن القيادة المجتمعية التي يسعى إليها القانون لا تكون إلا في شكل قيادة ذاتية، وعليه فالقانون كنسق ضبطي لا يقوم في هذه الحالة بوضع برامج إضافية لتخفيض الاختلاف، ولكنه يعمل فقط على تخفيض

John Paterson and Gunther Teubner, op.cit, p 245.

(٥٦)

John Paterson, op.cit, p 28.

(٥٧)

Gunther Teubner, After Legal Instrumentalism: Strategic Models of Post-Regulatory Law, in, Gunther Teubner (ed.), Dilemmas of Law in the Welfare State, De Gruyter: Berlin/New York 1986, pp 386-387.

(٥٨)

اختلافه الخاص، والرسائل الضبطية يُعاد بناؤها وتوضع في سياق مجال الضبط، والمعايير القانونية في هذه الحالة قد تأخذ بالبرامج الداخلية عالية التكاليف، أو قد تنتج حوافز لبرامج أخرى. وبهذا فإن تدخل القانون سوف يغير الحالة التنافسية بين مختلف برامج التخفيض عن طريق زيادة جاذبية البعض وإنقاص جاذبية البعض الآخر^(٥٩).

إذن، وعلى أساس كل هذه التفاعلات الشواشية، وأصناف الاقتران البنيوي القابلة للتحقيق بين القانون والأنساق الاجتماعية المستقلة، يتبين لنا أنه لابد من تعديل حتى مفهوم الاقتران البنيوي، حتى نتمكن من السيطرة على مختلف هذه التفاعلات الموجودة بين مجموعة من الأنساق الأوتوبوييتيكية المنغلقة وذاتية المرجعية، والتي تشكّل وبصورة تصويرية نوعاً من العلاقات البيخطابية (intersubjective)، وتجعلنا نتشابه مع كثير من المفكرين ما بعد البنيويين، خاصة Lyotard و Foucault و Derrida.

إن تعديل مفهوم الاقتران البنيوي في هذه الحالة البيخطابية سوف يكون في ثلاثة مستويات أساسية، تجعل من الاستقلالية القانونية ذات طبيعة خاصة تختلف عن الاستقلاليات الاجتماعية والطبيعية، هذه المستويات هي^(٦٠):

١ - إعادة القراءة المنتجة:

إن الاقتران البنيوي لنسق أوتوبوييتيكي داخل نسق أوتوبوييتيكي آخر، يعني أن مفهوم الاضطراب المجرد لا يكفي لفهم انغلاق/انفتاح الأنساق الاجتماعية الفرعية، وعليه يمكن تعويض أو استبدال مفهوم الاضطراب بمفهوم إعادة القراءة المنتجة. ففي إطار التعددية القانونية ما بعد الدولاتية، فإن الخطاب القانوني ليس فقط في حالة اضطراب من عمليات الإنتاج الذاتي الاجتماعية، ولكنه في هذه الحالة يعيد إنتاج - وبطريقة منتجة - الخطابات الاجتماعية الأخرى كمصادر لإنتاج المعايير.

٢ - مؤسسات الربط:

إن الاقتران البنيوي يعتمد على مؤسسات ذات طبيعة خاصة بالربط، والتي تعمل على تكيف مدة، نوعية وكثافة الاقتران البنيوي، وهي الآن مسؤولة عن ربط القانون بتعدد الأنساق الاجتماعية الفرعية والوظيفية.

John Paterson and Gunther Teubner, op.cit, pp 245-246.

(٥٩)

Gunther Teubner, The two faces of Janus: rethinking legal pluralism, in, Jyrki Uusitalo, Zenon Bankowski and Kaarlo Tuori (eds.), Law and Power: Critical and Socio-Legal Essays, Deborah Charles, Liverpool, 1998, p 124.

(٦٠)

٣ - التجاوبية:

إن التطور التشاركي يؤدي إلى مجرد حالة بسيطة ومبهمة تتمثل في مدى قابلية نجاح البناءات الداخلية للقانون، بينما التجاوبية الاجتماعية تحدث عندما تقوم مؤسسات الربط بتوصيل القانون بصورة محكمة مع الخطابات الاجتماعية المستقلة. وعليه فالقانون لما بعد الدولة يكون تجاوبياً للمجتمع ليس عن طريق معرفة اقتصادية أو اجتماعية صريحة وظاهرية للقانون، ولكن عن طريق استخدام تزامنية العمليات القانونية والاجتماعية كمعرفة القانون الضمنية.

ثانياً - نحو استقلالية متضمنة في شبكات الحوكمة المعاصرة:

إن الاقتران البنوي لمجموعة أنساق مستقلة لا يمكن أن يكون ببساطة في شكل حركات سببية عقلانية، حيث إن الاعتراف بالطابع الأوتوبويكي لهذه الأنساق يحتم علينا إعادة فهم آلية الاقتران البنوي بما يتماشى مع هذه الطبيعة، بصورة لا تعترف بالمرجعية الذاتية للقانون بدون الاعتراف بالاستقلاليات الاجتماعية المتعددة كما هو الحال بالنسبة للقانون الليبرالي، الذي يضع آلية السوق كمنظومة ضبئية شاملة. كذلك لا يجب فهم الاقتران البنوي وفق المقاربة الجوهرية التي تنفي استقلالية الأنساق الاجتماعية لصالح التدخل الدولاتي والضبط العمومي.

إن الاقتران البنوي في هذه الحالة الوسطية بين حالة الاستقلالية المطلقة للبد الخفية وحالة التحكم السلطوي للدولة القومية، يجب أن يتماشى كذلك مع قدرة الأنساق الاجتماعية على الإنتاج المعياري في مرحلة ما بعد الدولة، وفي نفس الوقت يجب أن يعبر عن منظومة قانونية ضبئية تتعدى الآثار الجانبية لاستقلالية هذه الأنساق.

إن، وبعد حالات الفشل والأزمات التي عانت منها الدولة القومية في أواخر القرن ٢٠^(٦١)، فإن معظم الأدبيات في هذا المجال ركزت على البعد القانوني المتمثل في الإشكاليات التي يطرحها القانون الجوهري، وخاصة فيما يتعلق بالمقاربة الضبئية المتمثلة في الرقابة والسيطرة.

(٦١) S. Svallfors and P. Taylor-Gooby (eds.), The end of welfare state? Responses to state retrenchment? Responses to state retrenchment, Routledge, London, 1999; Bo Sdersten, Globalization and the Welfare State, Palgrave MacMillan, New York, 2004; Neil Gilbert, Transformation of the Welfare State: The Silent Surrender of Public Responsibility, Oxford University Press, New York, 2002.

وقد كانت الإجابة عن هذه الإشكاليات مزدوجة، فمن جهة، توجّهت معظم دول العالم لتبني سياسة تحريرية لنزع العبء الضبطي عن الدولة، وباختصار استعادة مميّزات التوجّه الشكلي للقانون^(٦٢)، ومن جهة أخرى، فإن هذه الإصلاحات لم تستطع الاستغناء عن دعم التوجه الضبطي من أجل تقديم موارد أكثر، ومعلومات أفضل، وتنفيذ أقوى، وباختصار الإبقاء على التوجهات الجوهرية للقانون^(٦٣) وبهذا بدأ يظهر خطر الحلقة المفرغة^(٦٤).

تظهر هذه الحلقة المفرغة من النقاش نتيجة سعي كلا المنظورين إلى حل إشكاليات جديدة وراهنة بمفاتيح قديمة، مما أتاح الفرصة لبديل ثالث، يحاول فهم الواقع القانوني الحالي ما بعد الدولاتي، ليس بنظرة اختزالية، بل باستيعاب كل الفعاليات الاجتماعية وفق مقاربات تختلف مسمياتها لكن يتشابه فهمها لطبيعة الضبط القانوني ما بعد الدولاتي، فنجد النموذج الإجرائي، ونموذج الإجراءات السباقية، الذي يؤكد أن عدم كفاية الافتراضات الاستمولوجية لأنماط الحوكمة التقليدية، وضرورة تبني مقاربات أكثر انعكاسية لأنماط حوكمة الفعل الجماعي على مستوى الترتيبات المؤسسية ومستوى الفواعل كذلك. أما نموذج القانون الانعكاسي كما قدّمه Teubner، فهو يعبر عن المجتمع المعاصر المتفاضل وظيفياً، والذي يؤدي إلى توجهات قانونية تحمل هذا الموقف المزدوج للضبط القانوني.

إن تبرير القانون الانعكاسي لا يتأسس على تمجيد الاستقلالية ولا على الضبط الجماعي للسلوك، بل هو يعني الرغبة في تنسيق أشكال التعاون الاجتماعي المحددة بشكل تكراري. وهو بهذا يجمع كل المفاهيم الليبرالية والنيوليبرالية لدور القانون من خلال تشجيع وتعزيز الاستقلالية الاجتماعية، وما يرتبط بها من مفاهيم اليد الخفية، لكنه في نفس الوقت لا يسعى إلى تأسيس أنظمة اجتماعية منظمة طبيعياً، بل يؤكد على فكرة الاستقلالية المضبوطة.

(٦٢) هذا الاتجاه عرف أوجّه خلال الثمانيات مع التاتشيرية والريغنية.

(٦٣) Peter Taylor-Gooby, Hollowing out versus the new interventionism: Public attitudes and welfare futures, in, S. Svallfors and P. Taylor-Gooby (eds.), The end of welfare state? Responses to state retrenchment, Routledge, London, 1999, pp 01-11.

وهذا يظهر جلياً من خلال المعارضة الاشتراكية والديمقراطية للأجندة النيوليبرالية في سنوات الثمانيات.

John Paterson, op.cit, p 22.

(٦٤)

أما عن الوظائف الاجتماعية الخارجية للقانون الانعكاسي فهي مختلفة عن وظائف القانون الجوهري، فهي تتعلق ببناء وإعادة بناء الأنساق الاجتماعية شبه المستقلة عن طريق تكييف إجراءات وعمليات الخطاب الداخلية مع أساليب التنسيق مع الأنساق الاجتماعية الأخرى. ومن أجل تحقيق هذه الوظيفة، يتجه القانون الانعكاسي إلى تبني بنية داخلية ليست محددة بنظام صارم للقواعد، ولا بتوجه هدفه من خلال معايير جوهريّة، وإنما يعتمد القانون الانعكاسي على معايير إجرائية تقوم بضبط العمليات وتوزيع الحقوق والقدرات^(٦٥).

ويعد مفهوم القانون الانعكاسي في مجال النظرية القانونية مفهوماً ألمانياً بحتاً، والذي بني على أساس إسهامات ثلاثية لكل من Luhmann حول نظرية الأنساق، النظرية المعيارية للخطاب التي أتى بها Habermas، وإسهامات Teubner في الثمانينات من القرن الماضي، الذي عرّف القانون الانعكاسي في صورة ضبط ذاتي مضبوط، وهنا يمثل مفهوم الضبط الذاتي فهم Kant للحرية والاستقلالية كتشريع ذاتي، بينما المضبوط يمثل أمل Hegel في التضامن والاندماج العقلاني للمجتمع في إطار الدولة.

ومن أجل وصوله لوضع المفهوم المتكامل للقانون الانعكاسي، قام Teubner بالتركيز على التشابهات أكثر من الاختلافات الموجودة بين Luhmann و Habermas، حيث إنهما - وبصورة متشابهة إلى حد بعيد - يعيدان بناء المجتمع المعاصر كنسق للتواصل. فالاهتمام ليس منصباً على الأفراد، ولا على البنى الاجتماعية، وإنما على العملية التواصلية، حيث إن البنى الاجتماعية مثل المعايير، المنظمات والمؤسسات، تكون منتجة ويعاد إنتاجها في هذه العمليات التواصلية. ومادام أن النظرية الاجتماعية ليست قادرة على توقع نتائج هذه العمليات المتنوعة والمعقدة، فإن الاهتمام سوف ينصب على البنى والقواعد التي تحكم التواصل. وعليه اهتمت كلا النظريتين بإيجاد ما وراء القواعد وما وراء البنى التي تشكّل المجتمع التواصلية، وهذا يكون من خلال قواعد الخطاب الإجرائية (Habermas)، أو بنى الأنساق الاجتماعية والأنساق الفرعية (Luhmann).

إن الاقتران البنوي في إطار العقلانية الانعكاسية لا يقوم على الاستقلالية التامة للأنساق الأوتوبوييتيكية ولا التحكم المطلق فيها. لقد تحدث Peter Evans عن مفهوم

(٦٥) Gunther Teubner, Substantive and Reflexive elements in Modern Law, Law and Society Review, Vol.17, n°2, 1983, pp 254-255.

الاستقلالية المتضمنة كصيغة وسطية بين انسجام المؤسسة الداخلي الذي يعطيها نوعاً من الاستقلالية، وتضمينها في العقد والعلاقات الاجتماعية التي تربط كل الفواعل الاجتماعية، وتوفر قنوات مؤسساتية للتفاوض وإعادة التفاوض الدائم حول الأهداف والسياسات. إن الدولة التي تكون مستقلة فقط تفتقر لمصادر الذكاء والقدرة على الاعتماد على تنفيذ خاص غير مركزي، كذلك فإن شبكات موصلة بكثافة بدون بنية داخلية متينة تجعل من الدولة غير قادرة على حل إشكاليات الفعل الجماعي... فقط عندما ينضم التضمين للاستقلالية يمكن للدولة أن تُسمى تنموية^(٦٦)، وهو بهذا يسميها الاستقلالية المتضمنة Embedded autonomy للتعبير عن مقاربة جديدة لمفهوم الدولة التنموية بعيدة عن المقاربات الثنائية التقليدية، التدخلية/ الليبرالية، وعليه يظهر المزيج التناقضي بين تماسك المؤسسة والتواصلية كصيغة متطورة تمنح القاعدة البنيوية التحتية لتدخل الدولة في التحولات الصناعية في العديد من الدول الصناعية الجديدة.

إن مفهوم الاستقلالية المتضمنة يؤكد على نسبية الاستقلالية التي شكّلت لب الفلسفة الليبرالية وفق نموذج اليد الخفية، وهنا تتأكد اليوتوبيا الكاملة لنظام السوق، حيث إن هذا النظام لم يستطع أن يحل الإشكاليات الثلاثة الكبرى التي يجب أن يقدمها أي تصميم اجتماعي: الإشكال الاقتصادي (التنسيق)، الإشكال الأخلاقي (الاستقلالية الفردية)، والإشكال الاجتماعي (النظام)، بدون الحديث عن التناقضات التي يمكن أن تحدث لإعادة إنتاج هذا النظام.

إن القانون الانعكاسي القائم على مبدأ الاستقلالية المتضمنة للأنساق الاجتماعية، ومن خلال منطق الإجراءي سوف يعمل على تحسين كل صور وسيناريوهات الاقتران البنيوي بين القانون وهذه الأنساق. هذا الاقتران، وبفعل الاستقلالية التي تتمتع بها الأنساق الأتوبويكية، سوف يكون فقط في أشكاله العشوائية. مما قد يؤكد أن الاقتران البنيوي سوف يؤدي إلى تغيرات بنيوية انتقالية فقط، وذلك بفعل الانفصال المعياري الغائي لكل نسق فرعي، وهو ما يجعل عملية الاقتران البنيوي بين غايات القانون وغايات الأنساق الاجتماعية (المجتمع) مستحيلة.

في هذا الإطار، يستدعي نموذج البحث مفهوم دسترة القانون في إطار الحوكمة المعاصرة، الذي يسمح بعملية الاقتران عن طريق الانتقال من المفهوم الاختزالي لنقل

Peter Evans, Embedded autonomy, states and industrial transformation, (٦٦) Princeton University Press, New Jersey, USA, 1995, p12.

المعنى من الاجتماعي إلى القانوني نحو عملية تشفير التوصلات المشفرة بطريقة أخرى إلى شفرة القانون^(٦٧)، هذه العملية التي تتم وفق مسار مزدوج يجمع ما بين الدسترة الذاتية للأنساق الاجتماعية (الاستقلالية)، والدسترة المجتمعية (التبعية)، أي إثبات الطابع شبه الاستقلالي للقانون في إطار شبكات الحوكمة المعاصرة بعد الدولة القومية، ويمكن صياغة هذا الطابع في إطار علاقة حلقاتية لا نهائية بين مفهومي الاستقلالية والدسترة، فالقانون لما بعد الدولة القومية ظاهرة مستقلة عن أية عقلانية اجتماعية، تحتاج إلى عمليات دسترة لكي تصبح الاستقلالية القانونية مختلفة عن الكيانات المستقلة الأخرى^(٦٨).

إن من بين أهم نتائج الطبيعة الأتوبويكية للقانون وللأنساق الاجتماعية الأخرى تلك الميزة العشوائية لعمليات الاقتران البنوي فيما بينها، والتي لا يمكن تجنبها وتدخل دائما في تحديد طبيعة الضبط واتجاهاته، حيث يتوقف هذا الاقتران على النوعيات المختلفة للعمليات التكرارية والمعتمدة على الانغلاق المتبادل لهذه العمليات. وعليه فالمهمة الأساسية للقانون الانعكاسي هي تحسين الاقتران البنوي بين القانون والأنساق الاجتماعية، بما يتوافق مع الآثار والإجابات المنحرفة والجانبية لهذا الاقتران.

خاتمة:

من خلال ما سبق الإشارة إليه، وبالنظر إلى المستجدات الحالية التي صاحبت هبوط الدولة بكل ميراثها الذي أثقل كاهل المنظومة المعيارية للمجتمع، من خلال الممارسات التي عرفها مفهوم الضبط القانوني في مرحلة الحداثة، فقد طرأت مجموعة من المتغيرات الجديدة الناتجة أساساً عن العودة القوية للسوق وسقوط حذر للضبط العمومي، مما أنبأ بصدور نسخة جديدة للاقتصاد الليبرالي وما يصاحبه من عقلانية شكلية للضبط القانوني، بعد هيمنة العقلانية الجوهريّة المميّزة لدولة الرفاه.

إن هذا التفكير الاختزالي داخل دائرة النقاش بين الشكليين والجوهريين لا يعبر بصورة دقيقة عن حقيقة العلاقات الاجتماعية التي صاحبت سقوط دولة الرفاه، ولا يمنحنا إطاراً لتحليل الظواهر الاجتماعية الراهنة، فلا يمكن تصوّر أنظمة شمولية

(٦٧) Gunther Teubner, The two faces of Janus, op.cit, p 135.

(٦٨) يضع André-Jean Arnaud تصوّراً آخر لهذا الطابع شبه المستقل في إطار علاقة جدلية بين الاستقلالية القانونية والتفكير القانوني، هذا الأخير يقوم بعملية اقتران غايات القانون وغايات المجتمع التي لا يمكن الحصول عليها من مفهوم الاستقلالية القانونية، انظر: André-Jean Arnaud, Critique de la raison juridique. Vol. 1- Ou va la sociologie du droit?, paris, L.G.D.J, 1981, pp 08-48.

جديدة مهيمنة على فعاليات المجتمع تخلف الأنظمة الشمولية التي عرفتھا مرحلة الحداثة، ولا يمكن قبول فكرة العولمة الاقتصادية كنظام ضبطي عالمي يحكم كل القطاعات الاجتماعية. فلا اليد الخفية والاستقلالية المطلقة ولا دولة الرفاه وآليات السيطرة والتحكم يمكن أن تشكلا العقلانية القانونية للظاهرة المعيارية ما بعد الدولاتية، حيث إنه لابد من مساحات غير خطية تستطيع أن تخلق الانسجام بين أطراف الحقائق التناقضية الراهنة، وهذا ما ذهبت إليه هذه الدراسة من خلال مفهوم الاستقلالية المتضمنة التي تستطيع أن تضمن استقلالية الأنساق الاجتماعية المتخصصة وظيفيا لكن في إطار المنطق الجماعي الذي يحكمها على أساس أنها تمثل مجموعة موحدة في إطار المجتمع العالمي.

إن ضبط مجتمع ما بعد الدولة القومية، الذي يشكل وحدة متعددة بامتياز، لابد أن يُراعي هذه القاعدة الضبطية وفق مفاهيم قانونية جديدة تتعدى المفردات الشكلية أو الجوهرية نحو عقلانية انعكاسية إجرائية تفاوضية تمزج كل المظاهر المميزة للظاهرة المعيارية في مرحلة ما بعد دولة الرفاه.

المراجع

- الجزيري، محمد مجدي، **البنوية والعولمة في فكر كلود ليفي شتراوس**، الطبعة الثالثة، دار الحضارة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ١٩٩٩
- الدواي، عبد الرزاق، **موت الإنسان في الخطاب الفلسفي المعاصر**، هيدغر، ليفي شتراوس، ميشيل فوكو، دار الطليعة للطباعة و النشر، بيروت، ١٩٩٢
- حمودة، عبد العزيز، **المرايا المحدبة، من البنوية إلى التفكيك**، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، ١٩٩٨
- دولوز، جيل، **المعرفة والسلطة، مدخل لقراءة فوكو**، ترجمة سالم يفوت، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، ١٩٨٧
- فوكو، ميشيل، **حفريات المعرفة**، ترجمة سالم يفوت، المركز الثقافي العربي، بيروت، ١٩٨٧
- Arnaud, André-Jean, Critique de la raison juridique. Vol. 1- Ou va la sociologie du droit?, paris, L.G.D.J, 1981.
- Assens, Christophe, Stability and plasticity in self-organized networks, European Journal of Economic and Social Systems, Vol.14, n»4, 2000, pp 311-332.
- Belley, Jean-Guy, L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales, Pour une problématique du pluralisme juridique, Sociologies et Sociétés, Vol.18, n»1, 1986, p 11-32.
- Belliotti, Raymond A., Critical legal studies: the paradoxes of indeterminacy and nihilism, Philosophy Social Criticism, Vol.13, 1987, pp 145- 154 .
- Campbell, David, Reflexivity and welfarism in the modern contract law, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.20, no3, 2000, pp 477-498.
- Derrida, Jacques (a), De la Grammatologie, Paris: Ed. de Minuit, 1967.
- Derrida, Jacques (b), L'écriture et la difference, Paris, Seuil, 1967.

- Derrida, Jacques, Des tours de Babel, in J. Derrida, Psyché: Invention de l'autre, Galilée, Paris, 1987.
- Evans, Peter, Embedded autonomy, states and industrial transformation, Princeton University Press, New Jersey, USA, 1995.
- Foucault, Michel, L'archéologie du savoir, Gallimard, 1969
- Gilbert, Neil, Transformation of the Welfare State: The Silent Surrender of Public Responsibility, Oxford University Press, New York, 2002.
- Guehenno, J.-M, The End of the Nation-State, University of Minnesota Press, 1995.
- Kennedy, David, Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship, New England Law Review, Vol.21, 1985-1986, pp 209-289.
- Hasnas, John, The Myth of the Rule of Law, Wisconsin Law Review, Vol.1995, pp 199-233.
- Heidegger, Martin, Lettre sur l'humanisme, Traduction de Roger Munier, Paris, Aubier, 1964.
- Lobel, Orly, The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought, Minnesota Law Review, Vol.89, 2004, pp 262-390.
- Luhmann, Niklas, Limits of Steering, Theory, Culture and Society, Vol.14, n°1, 1997, pp 41-57.
- Lyotard, Jean -François, The Differend: Phrases in Dispute, Manchester, Manchester University Press, 1987.
- Lyotard, J- F., The Postmodern Condition: A Report on Knowledge, Manchester University Press, Manchester, 1984.
- Michaels, Ralf and Jansen, Nils, Private Law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, American Journal of Comparative Law, Vol.54, n°4, 2006, pp 845-892.

- Mockle, Daniel, La gouvernance publique et le droit, Les Cahiers de droit, Vol. 47, n°1, 2006, pp 89-165.
- Newey, Glen, After Politics, The Rejection of Politics in Contemporary Liberal Philosophy, Palgrave, New York, 2001.
- Noreau, Pierre, Comment la législation est-elle possible? Objectivation et subjectivation du lien social, Revue de droit de McGill, Vol. 47, 2001, pp 195-235.
- Noreau, Pierre, la superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution, Droit et Société, n°40, 1998, pp 585-612.
- Oman, Nathan, Unity and Pluralism in Contract Law, Mich. L. Rev, Vol.103, 2005, pp 1483-1506.
- Ost, F., van de Kerchove, M., De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, Publications des FUSL, Bruxelles, 2002.
- Paterson, John, Reecting On Reexive Law, in, M. King and Ch. Thornhill (eds.), Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications, Hart, Oxford, 2006, pp 13-36.
- Paterson, John and Teubner, Gunther, Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis, in, Reza Banakar and Max Travers (eds.), Theory and Method in Socio-legal Research, Hart, Oxford 2005, pp 215-237.
- Polanyi, Karl (1944), The Great transformation: the political and the economic origins of our time, Beacon Press, USA, 2001.
- Rolland, Louise, Les frontières de l'ordre contractuel : les stratégies économiques et juridiques, Les Cahiers de Droit, Vol.47, n°1, mars 2006, Université Laval, pp 13-32.
- Rolland, Louise, Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec, Revue de Droit de McGill, Vol.44, 1999, pp 903-952.

- Santos, Boaventura de Sousa, Droit : une carte de la lecture déformée Pour une conception postmoderne du droit, Droit et société, Vol.10, 1988, pp 379-405.
- SBo, Globalization and the Welfare State, Palgrave MacMillan, New York, 2004.
- Svallfors, S. and Taylor-Gooby, P. (eds.), The end of welfare state? Responses to state retrenchment? Responses to state retrenchment, Routledge, London, 1999.
- Taylor-Gooby, Peter, Hollowing out versus the new interventionism: Public attitudes and welfare futures, in, S. Svallfors and P. Taylor-Gooby (eds.), The end of welfare state? Responses to state retrenchment, Routledge, London, 1999, pp 01-12.
- Terry, Larry. D., The tinning of administrative institutions in the hollow State, Administration & Society, Vol.37, n°4, September 2005, pp 426-444.
- Teubner, Gunther, Contracting worlds: the many autonomies of private law, Social & Legal Studies, Vol.9, n°3, 2000, pp 399-417.
- Teubner, Gunther, The two faces of Janus: rethinking legal pluralism, in, Jyrki Uusitalo, Zenon Bankowski and Kaarlo Tuori (eds.), Law and Power: Critical and Socio-Legal Essays, Deborah Charles, Liverpool, 1998, pp 119- 140.
- Teubner, Gunther, Social Order from Legislative Noise? Autopoietic Closure as a Problem for Legal Regulation, In, Alberto Febbrajo and Gunther Teubner (eds.), State, Law and Economy as Autopoietic Systems, Giuffrè, Milano, 1992, pp 609-649.
- Teubner, Gunther, After Privatisation? The Many Autonomies of Private Law, Current Legal Problems, Vol.51, 1998, pp 393-424.
- Teubner, Gunther (a), The king's many bodies: self-decon-

- struction of law's hierarchy, *Law and Society Review*, Vol.31, n°4, 1997, pp 763-787.
- Teubner, Gunther (b), *Altera pars audiat: Law in the Collision of Discourses*. In: Richard Rawlings (ed.), *Law, Society and Economy*, Oxford University Press, Oxford 1997, pp 99-123.
 - Teubner, Gunther, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'auto-organisation*, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1994.
 - Teubner, Gunther, *After Legal Instrumentalism: Strategic Models of Post-Regulatory Law*, in, Gunther Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, De Gruyter: Berlin/ New York 1986, pp 299-325.
 - Teubner, Gunther, *Substantive and Reflexive elements in Modern Law*, *Law and Society Review*, Vol.17, n°2, 1983, pp 240-285.
 - Varela, F., H. Maturana, and R. Uribe, *Autopoiesis: The Organization of Living Systems, Its Characterization and a Model*, *Biosystems*, Vol. 5, 1974, pp 187-96.
 - Vesting, Thomas, *The network economy as a challenge to create new public law (Beyond the state)*, in, Karl-Heinz Ladeur (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, London, Ashgate, Aldershot, 2004, pp 247-288.
 - Whitehead, Jason. E., *From criticism to critique: preserving the radical potential of critical legal studies through a reexamination of Frankfurt school critical theory*, *Florida State University Law Review*, Vol.26, 1999, pp 701-742.
 - Zumbansen, Peer (a), *The Law of Society: Governance Through Contract*, *Indiana Journal Global Legal Studies*, Vol.14, Issue 2, Summer 2007, pp 191-233.
 - Zumbansen, Peer (b), *Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge from*

Europeanization and Globalization, in, Michael Stolleis and Wolfgang Streeck (eds.), Aktuelle fragen politischer und rechtlicher steuerung im context fer globalisierung, Baden-Baden: Nomos, 2007, pp 119-144.

- Zumbansen, Peer, Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law, European Law Journal, Vol.8, 2002, pp 400-432.

انقضاء حضانة الأم دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانوني الأحوال الشخصية السوري والكويتي

أ. ميرفت سيف الدين الخطيب
الجمهورية العربية السورية

ملخص:

يهدف هذا البحث إلى بيان شروط استحقاق الأم لحضانة ولدها بعد انفصام عرى الزوجية وحالات انقضاء هذه الحضانة؛ من خلال دراسة مقارنة بين كل من قانوني الأحوال الشخصية السوري والكويتي مع الفقه الإسلامي؛ للوقوف على الأساس الشرعي للمواد القانونية التي عالجت هذا الموضوع في كلا البلدين، ومعرفة مدى توافق هذه المواد مع المذهب الفقهي الذي أحال إليه المشرع لمعالجة المسائل المسكوت عنها، وهو الراجح في المذهب الحنفي حسب ما نصت عليه المادة ٣٠٥ من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمشهور في مذهب الإمام مالك وفق المادة ٣٤٣ من القانون الكويتي.

وقد انتهت هذه الدراسة إلى أن هناك بعض الإشكاليات لوحظت معالجتها في أحد القانونين بشكل صريح مع غيابها في القانون النظير، ليأتي دور القضاء في تغطية المسائل المسكوت عنها.

ولكن بعض هذه المسائل - المسكوت عنها - ليس لها أساس فقهي في المذهب الذي تمت الإحالة إليه بموجب القانونين المذكورين، ومن الأفضل وجود نصوص صريحة تغطي هذه المسائل.

لذا تم اقتراح تعديل بعض المواد القانونية المتعلقة بالحضانة بما يتوافق مع الفقه الإسلامي والعرف ومتطلبات العصر.

المقدمة:

أولى الدين الإسلامي الحنيف كل العناية والاهتمام بالطفل، وحرص على وضع القواعد والأسس التي تضمن له التربية السليمة والتنشئة القويمة، فعندما تكون الزوجية قائمة بين الأبوين فإن تربية الأبناء والاهتمام بهم ورعايتهم تكون مسؤوليتهم مجتمعين؛ لكن المشكلة الحقيقية تتبدى بانفصالهما والذي ينعكس سلباً على أبنائهما، لذا قسم الفقهاء حياة الطفل إلى ثلاث مراحل حسب حاجته إلى الرعاية، فجعل حضانته في المرحلة الأولى من حياته موكولة إلى والدته؛ لما روي أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له

حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال عليه الصلاة والسلام: أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي^(١).

فالأم أحقُّ الناس بحضانة ولدها نظراً لشفقتها وقدرتها على العناية بالصغير وصبرها على القيام بشؤونه، ولما يحتاج إليه من اليقظة والانتباه في المرحلة الأولى من حياته؛ لحفظه عما يؤذيه وليس هناك أجدر منها للقيام بذلك، فإذا ما سقطت حضانتها لسبب من الأسباب انتقلت إلى من تليها من النساء اللواتي حددهن الفقه الإسلامي ليقمن بحاجاته ويعطينه من العطف والرأفة والاهتمام بشرط ألا يكن متزوجات، فأمّا من كانت متزوجة فلا حق لها في الحضانة إلا إذا كان زوجها أيضاً ممن تتوفر فيه شروط الحضانة، حتى إذا بلغ الصغير سنّاً معينة استغنى فيها عن خدمة النساء صار الأب أحقّ بضمه إليه ليتولى رعايته وتوجيهه وإعداده للحياة، حتى يشتدّ عوده وتنمو شخصيته بشكل قويم إلى أن يصبح راشداً ويستقل بشؤون نفسه. وعلى الرغم من اختلاف التعريفات التي وضعها الفقهاء للحضانة إلا أن جميعها تتمحور حول حفظ المحضون والقيام بشؤونه حتى يستغني، وذلك في نومه ويقظته ومببته وطعامه ولباسه وتنظيفه وقوله...الخ.

ونظراً لكون الأم أولى الناس بحضانة ولدها ولا ينتقل إلى غيرها إلا إذا سقط حقها في الحضانة؛ لذا سأتناول في هذا البحث حالات انقضاء حضانة الأم كما عالجها الفقه الإسلامي وكل من قانوني الأحوال الشخصية السوري والكويتي من خلال دراسة مقارنة، أستعرض فيها آراء الفقهاء والنصوص القانونية التي عالجت الموضوع، مع التطرق إلى قرارات محكمة النقض السورية ومحكمة التمييز الكويتية وذلك وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: انقضاء حضانة الأم باختلال أحد شروطها.

- المطلب الأول: الشروط المتعلقة بصفات الحاضنة.

- المطلب الثاني: مكان الحضانة.

المبحث الثاني: انقضاء حضانة الأم بزواجها وبانتهاء مدة الحضانة

وبالتنازل عنها.

- المطلب الأول: زواج الحاضنة.

- المطلب الثاني: انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها وبالتنازل عنها.

الخاتمة.

(١) المستدرك على الصحيحين للحاكم، للإمام الحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري، دار المعرفة - بيروت / ٢٠٧/٢: ١٩٨٦، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد للمرأة المطلقة ما لم تنكح.

المبحث الأول انقضاء حضانة الأم باختلال أحد شروطها

وضع الفقه الإسلامي مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر في الأم حتى تستحق الحضانة باعتبارها حقاً لها وللطفل في الوقت ذاته، لكن حق الطفل فيها أعم وأغلب وذلك حرصاً على مصلحته، فإذا ما اختل أحد هذه الشروط سقط حق الأم في الحضانة وانتقل الطفل إلى غيرها من الحاضنات اللواتي يجب أن يتمتعن بذات الصفات.

المطلب الأول الشروط المتعلقة بصفات الحاضنة

أولاً - الشروط العامة:

١ - في الفقه الإسلامي المقارن:

اشتراط فقهاء الحنفية أن تكون الحاضنة حرة؛ إذ لا حق للأمة بحضانة الولد الحر لعدم تفرغها لذلك^(١)، وأن تكون عاقلة وأمينة حيث إن الفاسقة لا حضانة لها، والمقصود بالفسق: الزنا المقتضي لاشتغال الأم عن الولد بالخروج من المنزل ونحوه لا مجرد ترك الصلاة، وهناك رأي بعدم قصر الفسوق على الزنا بل ينبغي أن يشمل السارقة والمغنية والنائحة لضياع الولد عندهن، وكذلك التي تخرج كل وقت لأن المدار على ترك الولد ضائعاً وهو في حكم الأمانة عندها، ولا يلزم أن يكون خروجها لمعصية إذ قد تكون قابلة أو غاسلة أو نحو ذلك، وينسحب هذا الحكم أيضاً على الحاضنة الصالحة كثيرة الصلاة والتي استولت عليها محبة الله حتى شغلته عن الولد فلزم ضياعه لذا ينزع منها لذات العلة، إضافة إلى ذلك ينبغي أن تكون قادرة على الحضانة؛ فحتى ولو كانت مريضة أو كبيرة عاجزة أو مصابة بالعمى فإن أمكنها مع ذلك حفظ الولد المحضون كانت أهلاً للحضانة^(٢).

أيضاً المالكية رأوا ضرورة أن تتمتع الحاضنة بالحرية والعقل إذ لا حضانة للمجنونة ولو كانت تفيق في بعض الأحيان ولا لمن بها طيش أو عته^(٣)، كما اشترطوا

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: الكاساني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت/

١٩٩٧: ٢١٢/٥

(٢) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، طبعة خاصة، دار عالم الكتب - الرياض/٢٠٠٣:

٢٥٤-٢٥٣/٥

(٣) الشرح الصغير على أقرب المسالك: الدردير، دار المعارف - القاهرة: ٧٥٨/٢

الكفاءة أي القدرة على القيام بأمر المحضون، فالمسنة والعمياء والخرساء لا حضانة لهن، ولكن هذا الشرط يعد شرط مباشرة وليس شرط استحقاق، بحيث إن الحضانة المسنة لو طلبت أن تستنيب من يحضن الطفل لم يسقط حقها في الحضانة^(١)، بخلاف من عندها جذام أو برص أو غير ذلك من الأمراض التي تنطوي تحت شرط السلامة، حيث تسقط حضانتها ولو كان بالولد مثل ذلك المرض؛ لأنه بالانضمام قد تحصل زيادة على ما كان^(٢)، ويرى اللخمي أن خفيف الجذام والبرص مغتفر وفاحشهما مانع^(٣)، وقد أضاف البعض شرط عدم القسوة فإن علم منها قلة الحنان والعطف لطبعها يقدم عليها غيرها^(٤).

كذلك الشافعية اشترطوا في الحضانة الحرية والعقل؛ فالمجنونة لا حضانة لها لأنه لا يتأتى منها الحفظ والتعهد بل هي نفسها تحتاج إلى من يحضنها، ولا فرق بين أن يكون الجنون مطبقاً أو منقطعاً إلا إذا كان لا يقع إلا نادراً ولا تطول مدته كيوم في سنين مثلاً فلا يبطل الحق به لأنه كمرض يطرأ ويزول^(٥)، كما اشترطوا العدالة واكتفوا بالظاهرة منها، ولا تكلف الحضانة عندهم إثبات عدالتها إذا وقع النزاع فيها بعد التسليم فلا ينزع الولد منها، أما إن وقع قبل ذلك احتاجت إلى إثباتها، وأن لا تمتنع عن إرضاعه وهي ذات لبن مع تصريحهم لها بالأجرة، فإن لم يصرحوا لها بذلك لم تسقط حضانتها^(٦)، وهناك رأي بسقوط حضانة الأم أيضاً إذا لم يكن لها لبن^(٧)، أما عن شرط السلامة فينبغي ألا تكون مريضة بمرض لا يرجى زواله كالسل والفالج

- (١) الفواكه الدواني، ابن غنيم النفراوي الأزهرى، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت/ ١٩٩٧: ١٠٨/٢
- (٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد الدسوقي المالكي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت/ ١٩٩٦: ١٢/٣
- (٣) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الحطاب الرعيني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت/ ١٩٩٥: ٥٩٧/٥
- (٤) الفواكه الدواني، ابن غنيم النفراوي الأزهرى، مرجع سابق: ١٠٨/٢
- (٥) روضة الطالبين، أبو زكريا النووي الدمشقي، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض/ ٢٠٠٣: ٥٠٥/٦
- (٦) حاشية الشرقاوي، عبد الله الشافعي الأزهرى، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت/ ١٩٩٧: ١٦٩/٤
- (٧) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: الخطيب الشربيني، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت/ ١٩٩٧: ٣/٥٩٧

بحيث يشغلها الألم عن كفالة الطفل، أما إن كانت تستعين بمن يقوم بأمر ولدها فكذلك لا تسقط حضانتها^(١).

أيضاً الحنابلة اشترطوا في الحاضنة الحرية والعقل إذ لا حضانة للمجنونة لعجزها عنها^(٢) ولو كان جنونها غير مطبق، ولا لمعتوهة لأنها تحتاج إلى من يعينها^(٣)، ولا لفاسقة لأنه لا يوثق بها في أداء واجب الحضانة، واختار ابن القيم أن لها الحضانة لاحتياط شفقتها على الولد^(٤)، كما اشترطوا السلامة فلا حضانة ولا رضاع لأم جذماء أو برصاء^(٥).

إن هذه الشروط العامة مطلوبة في الحاضنة سواء أكانت الأم أم غيرها، ويضاف إليها في الحاضنة غير الأم لدى جمهور الفقهاء شرط البلوغ.

٢ - في قانون الأحوال الشخصية:

بالرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية السوري نلاحظ أن المشرع لم يقر بتفصيل شروط استحقاق الحضانة، حيث نصت المادة ١٣٧ على ما يلي: "يشترط لأهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحةً وخلقاً".

ولعل المشرع قصر هذه الشروط على البلوغ والعقل والقدرة على الصيانة لانطواء الشرط الأخير على مجمل ماجاء به الفقه الإسلامي من تفصيلات وأهمها شرط الأمانة على اعتبار أن مناط الحضانة هو الحفظ.

فالقدرة على الصيانة الصحية تفترض أن تكون الحاضنة سليمة الجسم قوية البنية خالية من الأمراض؛ لئلا ينعكس ذلك على صحة المحضون ويؤدي إلى إهمال رعايته، وتعتبر القدرة الصحية هي الأصل في الحاضنة، وعلى من يدعي العكس أن يثبت ذلك^(٦)، ويتم الإثبات عن طريق الخبرة الطبية التي تعطي رأيها بقدرة الحاضنة

(١) العزيز، شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، أبو القاسم القزويني الشافعي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت/١٩٩٧: ٨٨/١٠

(٢) الكافي، ابن قدامة المقدسي، الطبعة الأولى، دار هجر، القاهرة/١٩٩٧: ١١٢/٥

(٣) كشف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، الطبعة الأولى، دار عالم الكتب، بيروت/١٩٩٧: ٤٣٥/٤

(٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين المرادوي السعدي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت/١٩٩٧: ٤٤٤/٩

(٥) شرح منتهى الإرادات، ابن يونس البهوتي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت/ ٢٠٠٠: ٧٠١/٥

(٦) شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، محمد فخر شقفة، مطبعة زيد بن ثابت، دمشق/ ٢٢٧/٢

على الحضانة والرعاية^(١)، أما إذا كان المانع من ممارسة الحضانة ظاهراً بشكل يمكن التثبت من وجوده دون اللجوء إلى الطبيب كالصمم مثلاً فإن للمحكمة التثبت من ذلك من قبلها مباشرة^(٢).

أما عن القدرة على الرعاية الخلقية فيشترط أن تكون الحاضنة حسنة الخلق والتدبير وهو الأصل وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك^(٣)، وبالتالي فقد أعطى القانون سلطة تقديرية واسعة للقاضي كي يحدد مدى استحقاق الحاضنة للحضانة، حيث إن هذا الحق لا ينزع عنها لمجرد الشكوك والاستنتاج بل بالشهادة الصحيحة، وعلى حوادث معينة مبنية على مشاهدة من الشاهد نفسه^(٤).

فقد عدّ القضاء غياب الحاضنة طيلة الليل مؤثراً على رعاية الطفلة وهي بأمس الحاجة إلى الحضانة في ذلك الوقت^(٥)، كما لم يستلزم إسقاط الحضانة وجود جرم أو حكم جزائي؛ إذ إن تصرفات الحاضنة غير الأخلاقية تعدّ أسباباً كافية لإسقاط الحضانة^(٦).

ويشار إلى أن من أهم شروط الحضانة (قضاء) هو التفريغ للعناية بشؤون المحضون، فالمرأة التي حال مرضها دون تحقيق هذا الهدف لا تستحق الحضانة^(٧)، كما أن إصابة الطفل الصغير بعدة حروق في جسمه بسوائل تستخدم عادةً في المنزل كالشاي وسواه لا يعني إهمال الأم له وأن هذه الحروق قد حصلت بسبب الإهمال، وإنما حصل ذلك بسبب ظروف قاهرة غير متوقعة ومستحيلة الدفع، ولو

(١) نقض شرعي سوري، أساس (١٠٣١)، قرار (٢١٨٥) تاريخ: ٢٧/٦/٢٠٠٦ / سجلات محكمة النقض.

(٢) نقض شرعي سوري، أساس (٣٦٣)، قرار (٣٥١) تاريخ: ٢٦/٩/١٩٦٨ - مجموعة الأحوال الشخصية لجميع المذاهب والأديان، نبيل الطواهرة الصائغ، الطبعة الثانية/ ١٩٨٤

(٣) شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، محمد فخر شقفة، مرجع سابق: ٢٢٧/٢

(٤) نقض شرعي سوري، أساس (١٢٣٤)، قرار (١٠٠٥) تاريخ: ١٨/٤/٢٠٠٧ / سجلات محكمة النقض.

(٥) نقض شرعي سوري، أساس (١٩١٤)، قرار (١٥٢١) تاريخ: ٢٨/٤/٢٠٠٩ / سجلات محكمة النقض، (على الرغم من كون الأم تعمل ممرضة ليلاً وتترك المحضونة في رعاية شقيقاتها خلال فترة النوم).

(٦) نقض شرعي سوري، أساس (٨٨٨)، قرار (٢٦٨) تاريخ: ٣/٢/٢٠٠٩ / سجلات محكمة النقض.

(٧) نقض شرعي سوري، أساس (٢٦٣)، قرار (٢٠٠) تاريخ: ٢٠/٢/٢٠٠٧ / سجلات محكمة النقض.

كانت الأم قائمة بأقصى درجات الرقابة على الطفل خصوصاً إن لم يثبت الإهمال المدعى به بدليل مقبول^(١).

أما فيما يتعلق بسلوك الحاضنة والفسوق المسقط للحضانة فإنه وإن كان الاجتهاد والفقه على أن سلوك الحاضنة لا يؤثر على المحضون إذا كان عمره دون سن الخامسة مالم يثبت الإهمال وتعرض المحضون للخطر؛ إلا أنه إذا تجاوزت الحاضنة في سلوكها ووصلت إلى حد الفجور وتركها للولد فإن ذلك يشكل سبباً لنزع الحضانة عنها في حال ثبوته^(٢)، وبرأيي أن نزع الحضانة عن الأم في هذه الحالة يعدّ أمراً لازماً مهما كان سن المحضون ولو لم يكن يعقل تصرفات الأم لأنه سيتأثر بها سلباً إن عاجلاً أم آجلاً، كما أن الأم التي تفرط في حق ولدها بالسمعة الحسنة لوالدته لا تستحق المراجعة لحقها في الحضانة، ويمكن وضع المحضون عند أي من الحاضنات اللواتي نصّ عليهن القانون ليمنحنه الرعاية والاهتمام.

هذا وإن المأخوذ بالحسبان هو أخلاق الحاضنة، حيث إن سوء أخلاق إخوتها لا يؤثر على حقها في الحضانة؛ إذ لا علاقة لها بتصرفات أشقائها وأفراد أسرتها وليس لهم علاقة بالمحضون أو تأثير عليه^(٣).

وفي قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ يلاحظ أنه كنظيره السوري لم يقم بتفصيل شروط استحقاق الحضانة، حيث نصت المادة ١٩٠ منه على أنه: "يشترط في مستحق الحضانة البلوغ والعقل والأمانة والقدرة على تربية المحضون وصيانته صحةً وخلقاً".

وبهذا يلاحظ أن شروط استحقاق الحضانة في كلا القانونين السوري والكويتي متماثلة، غير أن المشرع الكويتي نصّ صراحةً على شرطي الأمانة والقدرة على التربية؛ في حين أن القانون السوري ترك للقاضي تقدير ما ينطوي تحت هذين الشرطين حسب الوقائع المعروضة أمامه.

فأما القدرة على التربية التي نصت عليها المادة ١٩٠ فليس لها مظاهر معينة،

(١) نقض شرعي سوري، أساس (٨٥٦)، قرار (٢١١٤) تاريخ: ٢٦/٦/٢٠٠٦ / سجلات محكمة النقض.

(٢) نقض شرعي سوري، أساس (١٤٨٣)، قرار (٢٤٢١) تاريخ: ١٢/١٢/٢٠٠٥ / سجلات محكمة النقض.

(٣) نقض شرعي سوري، أساس (٣٨٢)، قرار (٨٣٤) تاريخ: ٣/٤/٢٠٠٦ / سجلات محكمة النقض.

وعلى هذا لا تثبت الحضانة للعاجزة عنها وغير القادرة عليها بسبب المرض الشديد أو ضعف الصحة أو الانشغال بالعمل، فلا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر أو لمریضة مرضاً معدياً أو يعجزها عن القيام بشؤون المحضون، ولا لمهمله لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له بحيث يخشى من هذا الإهمال ضیاع الطفل^(١).

ومن الملاحظ أن شرط القدرة على التربية يتداخل مع شرط القدرة على صيانة المحضون في صحته وأخلاقه لينطويا على نفس المعنى؛ وإن هذين الشرطين يتقاربان إلى حد كبير مع معنى الأمانة التي اشتراطها المشرع الكويتي صراحةً، غير أن الأمانة تفترض القدرة على حفظ الدين والمال في حين أن القدرة على الصيانة تنصرف إلى الصحة والخلق، وفي جميع الأحوال فإن محكمة التمييز الكويتية أيضاً اعتبرت أن صلاحية الأم لحضانة ولدها من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع، ما دامت تقيم قضاءها على أسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق^(٢).

وبالنتيجة فإن كلا القانونين اعتبر أن هدف الحضانة الرئيسي هو حفظ المحضون، فاشتراط القدرة على هذا الحفظ دون توسع، ليتولى القاضي المختص تقدير انطباق هذا الشرط حسب الوقائع المعروضة عليه.

ثانياً - الشروط الخاصة:

١ - أثر اختلاف الدين:

أجمع فقهاء الحنفية والمالكية وقول عند الشافعية على حق الأم الذمية بحضانة ولدها المسلم؛ وذلك لأن الحضانة مبناها الشفقة وهذا لا يختلف باختلاف الدين^(٣)، ويبقى الولد معها حتى يعقل الأديان فيؤخذ منها ويدفع إلى الأب، وقد قدر الحنفية ذلك بسبع سنين، ومنعوا أن تغذيه بالخمير ولحم الخنزير، فإن خيف من ذلك ضم إليه ناس من المسلمين^(٤)، وكذلك عند المالكية إن خيف فساد المحضون ضمت الحاضنة إلى قوم من المسلمين ليكونوا رقباء عليها دون أن ينزع المحضون منها، ولا يشترط

(١) موسوعة قانون الأحوال الشخصية الكويتي، أشرف فايز اللمسوي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية/٢٠٠٧: ٧٥/٢

(٢) الطعن رقم ٢١٤ لسنة ٢٠٠٠ أحوال شخصية، جلسة ٢٠٠١/٤/٧ - موسوعة قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مرجع سابق، ٧١/٢

(٣) البناية في شرح الهداية: أبو محمد العيني المولوي، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت/١٩٩٠: ٤٧٤/٥

(٤) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، مرجع سابق: ٢٦٥/٥

أن يكونوا جمعاً بل يكفي المسلم الواحد^(١)، في حين أن الشافعية اشترطوا أن تكون الأم الحاضنة مسلمة إذا كان الولد مسلماً^(٢)، وهناك رأي بأحقية الأم الذمية بحضانة الولد إلى أن يبلغ سبع سنين لكن الصحيح عندهم هو عدم أحقيتها^(٣)، وكذلك الحنابلة لم يعطوا الأم الذمية الحق في حضانة ولدها^(٤)، فحجة الشافعية والحنابلة في إبطال حضانتها مطلقاً حتى ينشأ الطفل على دين أبيه ولا يتعود على ما حرّم عليه^(٥).

وعلى الرغم من أن قانون الأحوال الشخصية السوري سكّ عن هذا الموضوع؛ إلا أنه وسنداً للمادة ٣٠٥ من القانون المذكور والتي تنص على أن: كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي؛ لذا أعطى القضاء الحق للأم الكتابية بحضانة ولدها، لكنه قيد ذلك ببلوغ الطفل خمس سنوات، على خلاف الحنفية الذين حددوا عمره بسبع سنين، وعلى هذا استقر اجتهاد محكمة النقض السورية، ففي حال كون الزوج مسلماً والزوجة مسيحية يبقى القاصر مع والدته حتى سن الخامسة لأنه يصبح واعياً، وتنتزع حضانة الأم المسيحية عنه بعد هذا السن^(٦).

في حين أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي نص صراحةً على هذا الموضوع في المادة ١٩٢ منه حين اعتبر: "أنّ الحاضنة غير المسلمة تستحق حضانة الولد المسلم حتى يعقل الأديان أو يخشى عليه أن يآلف غير الإسلام وإن لم يعقل الأديان، وفي جميع الأحوال لا يجوز إبقاء المحضون عند هذه الحاضنة بعد بلوغه السابعة من العمر".

فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون أن الحاضنة غير المسلمة كالمسلمة في حق إمساك ولدها ما لم يعقل ديناً أو يخاف عليه أن يآلف غير الإسلام، فإن خيف من

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد الدسوقي المالكي، مرجع سابق: ١٢/٣

(٢) العزيز، أبو القاسم القزويني الشافعي، مرجع سابق: ٨٦/١٠

(٣) روضة الطالبين، أبو زكريا النووي الدمشقي، مرجع سابق: ٥٠٤/٦

(٤) منار السبيل في شرح الدليل، إبراهيم بن ضويان، الطبعة الخامسة، المكتب الإسلامي - بيروت/١٩٨٢: ٢/٣١٢

(٥) شرح قانون الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق): محمد الحسن البغا، منشورات جامعة دمشق/٢٠٠٦- ص: ٧٠٥

(٦) نقض شرعي سوري، أساس (٣٧٧٧)، قرار (٣٥٢٦) تاريخ: ١٧/١١/٢٠٠٩ / سجلات محكمة النقض.

تنشئته على غير الإسلام فإنه ينزع منها لأن في ذلك مصلحة للمحضون، وفي جميع الأحوال ينزع منها إذا بلغ السابعة من عمره لأن ذلك سن التمييز في الأعم الأغلب^(١). وعلى الرغم من أن القانون الكويتي مأخوذ في مجمله من المذهب المالكي إلا أن المشرع استقى هذه المادة من الفقه الحنفي لكون حكمها هو الأصلح في هذا الزمن.

٢ - تفرغ الحاضنة:

نصت المادة ٢/١٣٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: "لا يسقط حق الحاضنة بحضانة أولادها بسبب عملها إذا كانت تؤمن رعايتهم والعناية بهم بطريقة مقبولة".

وقد جاءت محكمة النقض السورية لترسخ هذا الحكم حين قررت أنه لا يشترط في الولي أو الحاضنة ملازمة الصغير على مدار اليوم على حساب العمل وكسب الرزق^(٢)، فعمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها بحضانة ولدها ما لم يتوفر الدليل الصحيح على أن هذا العمل يحرم المحضون من حقه بالعناية والرعاية^(٣).

أما قانون الأحوال الشخصية الكويتي فقد خلا من أي نص قانوني يتعلق بعمل الحاضنة؛ لكن محكمة التمييز الكويتية سمحت بذلك حين اعتبرت أن تقدير توافر شروط الحضانة في الحاضنة وصلاحياتها لها ومقتضيات حرمانها منها من شأن محكمة الموضوع بغير معقب ما دامت تقيم تقديرها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق، وإن كون الحاضنة (الأم) تعمل في التدريس لا يخل بصلاحياتها للحضانة^(٤).

(١) موسوعة قانون الأحوال الشخصية الكويتي، أشرف فايز اللساوي، مرجع سابق: ٨٠-٨١

(٢) نقض شرعي سوري، أساس (٥٣٥٨)، قرار (٤٣٢٧) تاريخ: ٣٠/١٠/٢٠٠٦ / سجلات محكمة النقض.

(٣) نقض شرعي سوري، أساس (٢١٤٤)، قرار (٢٠٥٦) تاريخ: ٢٧/١٢/١٩٩٤ - مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشخصية: عبد القادر الألويسي، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق/٢٠٠٦، ص: ٥٠٤

(٤) الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٢٠٠١ أحوال شخصية، جلسة ١٠/٣/٢٠٠٢ - موسوعة قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مرجع سابق، ٢/٢١٦

المطلب الثاني مكان الحضانة

أولاً - خصائص مسكن الحضانة:

منع فقهاء الحنفية الحضانة من أن تمسك المحضون في بيت المبعض للولد^(١). أما الملكية فلا حضانة عندهم لمن يكون بيتها مأوى للفساق أو بجوارهم، بحيث يخاف على البنت المطيقة منهم الفساد أو سرقة مال المحضون أو غصبه^(٢)، وكذلك الحكم بالنسبة للذكر المحضون إن كان يخشى عليه الفساد أيضاً^(٣)، أما إن لم يبلغ المحضون فلا يشترط حرز المكان قبل الإطاقة بل يستحب^(٤). فالمناط هو الحفظ وتعهد الصغير بعيداً عما يضره أو يؤذيه والقدرة على صيانتها صحةً وخلقاً.

وعلى الرغم من سكوت كل من قانوني الأحوال الشخصية السوري والكويتي عن نص صريح يحدد صفات المسكن الذي يجب أن يقطنه المحضون؛ لكن الاجتهاد القضائي غطى هذه المسألة بالرجوع إلى المذهبين السابقين الحنفي والمالكي^(٥). فقد اجتهدت محكمة النقض السورية بأنه إذا كان المسكن الذي تسكن فيه الحضانة مع أولادها عائداً لوالدتها المتزوجة بأجنبي عن الأولاد فهو لا يصلح للحضانة^(٦)، كما رفضت المحكمة تسليم المحضونة إلى أبيها بعد انقضاء حضانة الأم حيث إنه يسكن في غرفة وحيدة ومستأجرة مع زوجته وأطفاله الثلاثة، ولا يوجد مكان لتنام فيه الابنة المطلوب إنهاء حضانتها^(٧)، وقد عدت مساكنة ابن خال الصغيرة لها في منزل الحضانة وهو شاب مراهق وليس بمحرم على الصغيرة ولا يصح أن

(١) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، مرجع سابق: ٢٥٣/٥

(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك: الدردير، مرجع سابق: ٧٥٨/٢

(٣) الفواكه الدواني، ابن غنيم النفراوي الأزهري، مرجع سابق: ١٠٨/٢

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد الدسوقي المالكي، مرجع سابق: ٥١١/٣

(٥) نصت المادة ٣٤٣ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك، فإن لم يوجد المشهور طبق غيره، فإن لم يوجد حكم أصلاً طبقت المبادئ العامة في المذهب.

(٦) نقض شرعي سوري، أساس (٢٤٩٩)، قرار (١٧٥٤) تاريخ: ٢٠٠٩/٥/١٩ / سجلات محكمة النقض.

(٧) نقض شرعي سوري، أساس (٢٠٦)، قرار (٢٣) تاريخ: ٢٠٠٥/٢/١٣ / سجلات محكمة النقض.

يجمعهما منزل واحد سبباً مسقطاً للحضانة^(١)، لكن وعلى فرض وجود ما يحول دون إبقاء الولد في المنزل المحضون فيه فإن على المحكمة أن تخير الأم بين إمساك الولد وحضانتها في مكان آخر أو نزع حضانتها له، ولا يصح حرمانها من حقها في الحضانة وحرمان الصغير من الرعاية الطبيعية والشرعية لدى أمه إلا بعد إصرار الأم على التصرف بما قد يلحق الضرر بالمحضون وليس قبل ذلك^(٢).

وكذلك الأمر بالنسبة إلى القانون الكويتي الذي سكت عن معالجة هذا الموضوع ليترك معالجتها إلى المشهور عند المالكية وفق المادة ٣٤٣ من القانون، فلا يجوز أن تقيم الحاضنة بالمحضون مع من يبغضه، وذلك لأن الحضانة شرعت لمصلحة الصغير وصيانته، وإن إقامة الحاضنة مع من يبغض الصغير يعرضه للأذى والضياع^(٣).

ثانياً - السفر بالمحضون:

١ - في الفقه الإسلامي المقارن:

لا يجوز للأم عند الحنفية أن تخرج بالولد من المصر (المدينة) بعد انقضاء عدتها لما فيه من الإضرار بالأب لانقطاع ولده عنه، إلا إذا كان خروجها إلى وطنها وكان الزوج قد تزوجها فيه لأنه التزم المقام فيه عرفاً وشرعاً حتى ولو بُعِدَ ذلك الموطن، إلا أن يكون دار حرب وهو مسلم أو ذمي وإن كانت هي حربية، فإن كان كلاهما مستأمنين جاز لها ذلك، أما إن أرادت الخروج بالمحضون إلى مصر غير وطنها فليس لها ذلك باتفاق الروايات^(٤).

وللمطلقة الخروج بالولد من قرية إلى مصر قريبة ولو كان عقد الزواج لم يقع فيها ولم تكن مصرها ولا عكس، فلا يمكنها الانتقال من المصر إلى القرية حتى ولو كانت قريبة لتضرر الولد بتخلقه بأخلاق أهل القرى المجبولة على الجفاء^(٥).

ولم يحدد الفقهاء المسافة بين المصرين أو القريتين اللتين يحق للحاضنة

(١) نقض شرعي سوري، أساس (٧٣٤)، قرار (١٥٠) تاريخ: ٢٠٠٤/٢/١٧ / سجلات محكمة النقض.

(٢) نقض شرعي سوري، أساس (١٨١)، قرار (١٩٩) تاريخ: ٢٠٠٤/٢/٧ / سجلات محكمة النقض.

(٣) موسوعة قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مرجع سابق، ٧٨/٢.

(٤) شرح فتح القدير على الهداية، كمال الدين بن الهمام، دار الفكر، بيروت: ٣٧٥-٣٧٦.

(٥) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، مرجع سابق: ٢٧٣/٥.

الانتقال بينهما، بل يشترط في التقارب أن يتمكن الوالد من مطالعة ولده ويعود ليبيت في بيته لأنه لا يلحقه بذلك ضرر^(١)، ولا يجوز للأب أن يخرج بولده من بلده حتى يبلغ حد الاستغناء لما فيه من إبطال حق الأم من الحضانة.

وعند المالكية إذا أراد الولي الحر السفر للنقلة ستة بُرْد^(٢) فأكثر كان له أخذ المحضون من حاضنته إلا إن كان رضيعاً، وعلى المشهور أن له أخذه حتى ولو كان رضيعاً^(٣) بشرط أن يقبل غير أمه وأن لا يخاف عليه من السفر، فإذا كان سفر الأب لغير النقلة كأن يكون لتجارة أو لزيارة فلا يأخذ الطفل ويبقى في حضانتها، وعلى العكس، إذا سافرت الأم سفر نقلة سقطت حضانتها عن الصغير، أما إن كان سفرها لغير النقلة فلها أخذه معها، وعلى كل من الولي والحاضنة اليمين إذا أراد السفر أنه لنقلة أو لتجارة^(٤)، أما عن المسافة المعتبرة لسقوط حضانة الأم عند نقلة الأب فقد قدرها المالكية بستة بُرْد، فإن كانت أقل من ذلك لا تلزم الحاضنة بالسفر معهم ولا يسقط حقها في المحضون^(٥).

والشافعية أيضاً فقد فرقوا كالمالكية بين سفر الحاجة والنقلة، فإذا كان السفر لحاجة ثم يعود فالمقيم أحق بالولد لأن في السفر إضراراً به، سواء أكان المسافر هو الأب أم الأم، وهناك قول بأن الأب إذا سافر لحاجة وكان الولد صغيراً ترك مع الأم، أما إن كان مميزاً خيراً بينهما؛ فإن اختار أباه فلا يسافر معه بل يعهد به إلى شخص مقيم، ولو كان كل واحد من الأبوين مسافراً لحاجة واختلف طريقيهما ومقصدتهما فيشبه أن يدام حق الأم، ويحتمل أن يكون مع الذي مقصده أقرب أو مدة سفره أقصر، والمختار أنه يدام مع الأم^(٦).

أما فيما يتعلق بسفر النقلة فإذا كان الطريق مخوفاً فالمقيم أحق بالولد، وإن كان الطريق آمناً والسفر مما تقصر فيه الصلاة فالأب أحق بالولد سواء أكان هو المسافر أو المقيم وسواء أكان الولد مميزاً أم غير مميز (وبه قال مالك وأحمد)، فصحيح أن في كون الولد مع أمه حظ له في الحضانة، وفي كونه مع أبيه حظ له في حفظ نسبه

(١) البناية في شرح الهداية: أبو محمد العيني المولوي، مرجع سابق: ٤٨٨/٥

(٢) بُرْد: مفرداها بريد، وتساوي فرسخان أو ١٢ ميل: القاموس المحيط، الفيروز آبادي، باب الدال فصل الباء مع مراعاة حرف الراء.

(٣) الشرح الصغير على أقرب المسالك: الدردير، مرجع سابق: ٧٦٢/٢

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد الدسوقي المالكي، مرجع سابق: ٥١٦/٣

(٥) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الحطاب الرعيني، مرجع سابق: ٦٠٠/٥

(٦) روضة الطالبين، أبو زكريا النووي الدمشقي، مرجع سابق: ٥١٣/٦

وتأديبه وتعليمه؛ لكن مراعاة حفظ النسب والتعليم أولى من مراعاة الحضانة والتي يمكن أن تقوم غير الأم بها.

وإن كان الأب هو المسافر فادعى أنه يسافر للنقلة وقالت الأم أنه يسافر لحاجة فالقول للأب مع يمينه لأنه أعرف بما أراد^(١)، وإذا رافقته الأم في الطريق والمقصد دام حقها في الحضانة، وإذا عاد من سفر النقلة إلى بلدها عاد حقها، ولا فرق بين أن يكون الزواج قد تمّ في بلدها أو في بلد الغربة^(٢).

كذلك الحنابلة فرقوا بين سفر النقلة وسفر الحاجة دون تفريق بين الأبوين، فإن أراد أحدهما السفر والآخر البقاء وكان الطريق أو البلد المسافر إليه غير آمن وكان السفر لحاجة فالمقيم أحق بالولد لأن في سفر المحضون ضرراً ومشقة^(٣)، أما إذا كان السفر لنقلة إلى بلد بعيد آمن فالأب أحق بالولد سواء أكان هو المنتقل أو المقيم وهذا هو المشهور، فإذا أراد بذلك مضارة الأم وانتزاع الولد منها لا تسقط حضانتها بل يعمل ما فيه مصلحة الولد، لكن الرأي الأول هو الصحيح لأن بقاءه مع أبيه أحفظ لنسبه وأحوط عليه وأبلغ في تأديبه^(٤)، في حين أنه إذا كانت النقلة إلى بلد قريب فالأم أحق بالبقاء على حضانتها لأنها أعم شفقة ولأن مراعاة الأب له ممكنة^(٥).

٢ - في قانون الأحوال الشخصية:

عالج قانون الأحوال الشخصية السوري هذا الموضوع في المادة ١٤٨ منه والتي تنص على أن:

"٢ - للأم الحاضنة أن تسافر بالمحضون بعد انقضاء عدتها إلى بلدتها التي جرى فيها عقد نكاحها.

٣ - ولها أن تسافر به داخل القطر إلى البلدة التي تقيم فيها أو إلى البلدة التي تعمل فيها لدى أية جهة من الجهات العامة، شريطة أن يكون أحد أقاربها المحارم مقيماً في تلك البلدة".

كما نصت المادة ١٥٠ على أنه: "ليس للأب أن يسافر بالولد في مدة حضانته إلا بإذن حاضنته".

(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين العمراني الشافعي، مرجع سابق: ٢٩١/١١

(٢) العزيز، أبو القاسم القزويني الشافعي، مرجع سابق: ٩٨/١٠

(٣) الكافي، ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق: ١١٦/٥

(٤) المبدع، شرح المقنع: ابن مفلح الحنبلي، دار الكتب العلمية، بيروت/١٩٩٧: ١٨٧/٧

(٥) منار السبيل في شرح الدليل، إبراهيم بن ضويان، مرجع سابق: ٣١٢/٢

ومن الملاحظ أن الفقرة ٢ من المادة ١٤٨ والمادة ١٥٠ مأخوذتان من المذهب الحنفي، أما عن الفقرة ٣ من المادة ١٤٨ فليس لها أساس فقهي بل هي مستحدثة، أضافها المشرع لتتلاءم مع تطور العصر وحاجات الأم، ولتتلي في الوقت ذاته داعي الحفاظ على المحضون، حيث أعطى المشرع للأم الحق في السفر بولدها دون إذن الولي إلى مكان إقامتها أو عملها لدى الجهات العامة إذا كان أحد أقاربها المحرمين مقيماً في البلدة التي انتقلت إليها، ولعل السبب في ذلك هو سهولة المواصلات في العصر الحالي، بحيث إن الأب يستطيع الاطمئنان على الصغير والعودة في نفس اليوم، بغض النظر عن المكان الذي سافرت إليه طالما أنه داخل القطر ويتفق مع حاجة المرأة في الوقت الراهن إلى العمل، وهذا لا يخرج بالنتيجة عما أقره فقهاء الحنفية في هذا الخصوص بالنسبة لجواز الخروج بالمحضون إلى مصر قريبة.

أما إن كان السفر خارج الأراضي السورية؛ فقد نصّ قانون الجوازات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٤٢ والمؤرخ بـ ١٢/٣٠/١٩٧٥ على تعليق موافقة الجهات المختصة على سفر المحضون مع حاضنته خارج الأراضي السورية على موافقة وليه إن كان ذلك الولي موجوداً في سوريا، أو إذن وموافقة من القاضي الشرعي إن كان الولي غائباً ووجد القاضي ما يوجب إجابة طلب الحاضنة الإذن لها ولصغيرها بالسفر بشكل غير دائم ولمدة يحددها مع ضمان عودتها مع الصغير في أوقات مناسبة تتفق مع وضع الأطراف^(١).

وحيث إن هدف المشرع وغايته من منع الحاضنة من السفر دون إذن الولي هو من أجل مشاهدة الولي للمحضون متى شاء وأراد، فإذا ثبت أن الولي غير مقيم في نفس البلد أو كان مجهول مكان الإقامة فلا فائدة من استحصال الإذن^(٢).

أما قانون الأحوال الشخصية الكويتي فقد نصت المادة ١٩٥ منه على أنه: "ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى دولة أخرى للإقامة إلا بإذن وليه أو وصيه، وليس للولي أباً كان أو غيره أن يسافر بالمحضون سفر إقامة في مدة حضنته إلا بإذن حاضنته".

وتجدر الإشارة إلى أن الفقرة الأولى من هذه المادة أتت موافقة لما عليه الحال

(١) نقض شرعي سوري، أساس (٣٢٤٧)، قرار (٨١٦) تاريخ: ٢/٥/٢٠٠٤ / سجلات محكمة النقض.

(٢) نقض شرعي سوري، أساس (٢٥٨)، قرار (٤٨٤) تاريخ: ٦/٣/٢٠٠٦ / سجلات محكمة النقض.

عند المالكية، أما الفقرة الثانية فقد خالفت قولهم حين منعت الأب من السفر للإقامة واصطحاب المحضون إلا بإذن الحاضنة، حيث إن المالكية أعطوه هذا الحق دون اشتراط إذننها، فهذا الشرط الذي وضعه القانون الكويتي يتفق مع ما جاء في المذهب الحنفي الذي منع الأب من السفر بالمحضون قبل استغنائه، مراعاةً لحق الأم في الحضانة.

وقد ورد في قرار محكمة التمييز الكويتية أن الأم تركت منزل الزوجية وسافرت بالصغيرين إلى بلد آخر بعيد بغير إذن زوجها، ولم تمتثل لأمر المحكمة بالعودة بهما إلى المسكن الذي أعده الزوج بدولة الكويت التي يقيم هو فيها، فترتب على ذلك إسقاط حضانتها للصغيرين^(١).

وإذا كان السفر لغير الإقامة كالتنزه أو ما شابه فهو حق لكليهما مع المحضون دون إذن الآخر.

(١) الطعن رقم ١٣٢ لسنة ١٩٩٧ أحوال شخصية، جلسة ٢٥/٤/١٩٩٨ - موسوعة قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مرجع سابق، ٢/٢٢٩

المبحث الثاني انقضاء حضانة الأم بزواجها وبانتهاء مدة الحضانة وبالتنازل عنها

لا تقتصر حالات انتهاء الحضانة على ما يتعلق بصفات الحاضنة ومكان الحضانة وإنما هناك حالات أخرى تتعلق بوضعها أو بسن المحضون أو بغير ذلك.

المطلب الأول زواج الحاضنة

أجمع الفقه الإسلامي على سقوط حق الحاضنة في حضانة الطفل إذا تزوجت بأجنبي عنه، وذلك لحديث رسول الله ﷺ: "أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي"^(١)، مع بعض الخلاف بينهم فيما يتعلق بدرجة قرابة الزوج ووقت سقوط حقها في الحضانة.

فالحنفية اشتروا لعدم سقوط حقها أن يكون الزوج ذا رحم محرم من الصغير لشقيقته عليه، كما لو تزوجت أمه بعمه^(٢)، فإذا كان الزوج محرماً غير رحم كالعم رضاعاً أو رحماً من النسب غير محرم كابن عمه فهو بحكم الأجنبي وتسقط حضانة الأم بالزواج به^(٣)، فتوفر أحد الشرطين لا يكفي بل لابد من اجتماعهما؛ ذلك أن الصغير يلحقه الجفاء والمزلة من زوج أمه لبغضه وغيرته فيقتدر عليه النفقة ويتضرر بذلك^(٤)، والقول قول المرأة في نفي الزواج، فلو ادعى الأب أن الأم تزوجت وأنكرت هي ذلك فالقول لها، ولو أقرت بالتزوج إلا أنها ادعت الطلاق وعودة حقها؛ فإن لم تعين الزوج فالقول قولها وإن عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقرّ به الزوج^(٥).

والمعتبر في سقوط الحضانة محض العقد على الحاضنة سواء حصل الدخول أم لا، لأنه بمجرد العقد على المرأة يملك الزوج حقوقاً عليها وتصبح مشغولة به عن المحضون^(٦).

(١) المستدرک علی الصحیحین للحاکم، للإمام الحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري، دار المعرفة - بيروت/١٩٨٦: ٢/٢٠٧، كتاب الطلاق، باب حضانة الولد للمرأة المطلقة ما لم تنكح.

(٢) الاختيار لتعليل المختار، عبد الله الموصلي الحنفي، دار الفكر العربي: ١٥/٤

(٣) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، مرجع سابق: ٢٥٥/٥

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: الكاساني، مرجع سابق: ٢١١/٥

(٥) شرح فتح القدير على الهداية، كمال الدين بن الهمام، مرجع سابق: ٣٦٨/٤

(٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: الكاساني، مرجع سابق: ٢١٠/٥

أما الملكية فقد اشترطوا لسقوط حق الحضانة بزواجها ألا يكون الزوج محرماً للصغير، فلو كان محرماً ولو لم تكن له حضانة وتزوج بها لا ينزع منها الولد^(١)، وكذلك لو كان ولياً للمحضون ولو لم يكن محرماً كابن عمه تتزوج أمه فلا يسقط حقها^(٢)، وعلى خلاف الحنفية ليس من الضروري اجتماع هذين الشرطين حيث إن وجود أحدهما في زوج الحضانة يكفي لبقاء حضانتها، وحتى مع كون زوجها أجنبياً عن المحضون فقد وضع المالكية عدة حالات تبقى فيها الحضانة للأم، كأن يكون الولد رضيعاً ولا يقبل غير أمه، أو أبت المرضعة أن ترضعه إلا عند أمه فلا تسقط حضانتها، وكذلك إذا كان زوجها أرفق به من أجنبية سيسلم إليها، لاسيما إن كانت أيضاً متزوجة^(٣)، أو أن لا يكون هناك من يحضن الولد من النساء ولا من الرجال بعد نزعه من أمه، وأيضاً إذا كان من ستنقل إليه الحضانة بعدها غير مأمون أو عاجزاً عن الحضانة أو غائباً، أو كان الأب عبداً فلا تسقط حضانة الأم سواء أكانت حرة أم أمة.

ولا يكفي مجرد العقد لإسقاط الحضانة بل يشترط أن يحصل الدخول، إلا إذا علم الزوج بحقه وسكت بعد الدخول عاماً كاملاً بلا عذر فلا تسقط حضانة المتزوجة، وليس لمن يليها أخذ المحضون منها، أما إن لم يعلم بالدخول أو علم قبل أن يمضي عام، أو مضى عام لكن سكوتها كان لعذر، كجهله باستحقاقه الحضانة بدخول الزوج؛ فله أخذ المحضون من الأم ما لم تتأيم^(٤) قبل مطالبته بالولد، فإذا ما تأيمت بعد أخذ الولد منها سواء بطلاق أو بموت زوجها أو كان عقدها عليه فاسداً وتم فسخه بعد الدخول فلا حق لها باسترداد المحضون، لأن الحضانة حق للحاضن على المشهور في المذهب، وهناك قول أنها تستطيع استعادة المحضون في حال فسخ عقد الزواج لفساده؛ لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً سواء أكان الفسخ قبل البناء أم بعده مختلفاً فيه أو مجمعاً عليه^(٥).

وأما الشافعية فقد اشترطوا أيضاً لعدم سقوط حق الحضانة أن يكون زوجها ممن لهم الحق في الحضانة، ولا يشترط الدخول عند الزواج بأجنبي عن المحضون

(١) الفواكه الدواني، ابن غنيم النفراوي الأزهرى، مرجع سابق: ١٠٨/٢

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد الدسوقي المالكي، مرجع سابق: ٥١٤/٣

(٣) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الحطاب الرعيني، مرجع سابق: ٥٩٩/٥

(٤) تتأيم: تطلق أو يموت زوجها الذي دخل بها.

(٥) الشرح الصغير على أقرب المسالك: الدردير، مرجع سابق: ٧٦٠-٧٦١-٧٦٣

حتى ينزع منها بل يكفي مجرد العقد، وإذا رضي والد الطفل ببقائه مع والدته المتزوجة وقبل زوجها بدخول المحضون بيته فلا تسقط حضانتها له^(١)، فإذا طلقت الزوجة عاد حقها في الحضانة سواء أكان طلاقها بائناً أم رجعيًا^(٢).

في حين أن الحنابلة قالوا أنها إذا تزوجت من له الحق في الحضانة محرماً كان أم لا لم تسقط حضانتها في الأصح، وفي رواية عن الإمام أحمد أنها إذا تزوجت بأجنبي فإن حضانتها تسقط في الذكر دون الأنثى إلى أن تبلغ سبع سنين^(٣)، وإذا اتفقت مع والد المحضون على أن يكون الولد في حضانتها وهي متزوجة من أجنبي ورضي زوجها جاز ذلك وبقي الطفل في حضانتها^(٤)، هذا ولا يشترط الدخول حتى تسقط الحضانة بل يسقط حقها بمجرد العقد^(٥).

وبعد استعراض آراء الفقه في هذا الموضوع يلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية السوري سار على نهج فقهاء الحنفية، حيث نصت المادة ١٣٨ على أن زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها.

أما ما سكت عنه القانون فيما يتعلق بوقت السقوط وعودة هذا الحق بعد الطلاق، فيرجع فيه إلى القول الراجح في المذهب الحنفي عملاً بالمادة ٣٠٥ من قانون الأحوال الشخصية.

في حين أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي نص في مادته ١٩١ على أنه: "إذا تزوجت الحاضنة بغير محرم للمحضون ودخل الزوج بها تسقط حضانتها، وسكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة - بلا عذر - بعد علمه بالدخول يسقط حقه في الحضانة وادعاء الجهل بهذا الحكم لا يعدّ عذراً".

ومن الواضح أن هذا الحكم مأخوذ من فقه المالكية، لكن الخلاف معهم يكمن في أنه إذا سكت الزوج عاماً كاملاً فلا يقبل منه ادعاؤه بعدم علمه أن زواجها مسقط لحقها في الحضانة؛ لأن مثل ذلك مما لا يجهله أحد حسبما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور.

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: الخطيب الشربيني، مرجع سابق: ٥٩٦/٣ - ٥٩٧

(٢) البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين العمراني الشافعي، دار المنهاج: ٢٧٧/١١

(٣) شرح قانون الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق): محمد الحسن البغا، مرجع سابق - ص: ٧٤٤

(٤) كشف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، مرجع سابق: ٤٣٥/٤

(٥) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين المرادوي السعدي، مرجع سابق: ٤٤٥/٩

المطلب الثاني

انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها وبالتنازل عنها

أولاً - انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها:

١ - في الفقه الإسلامي المقارن:

إن الحضانة ليست دائمة، إذ إنها تنتهي ببلوغ المحضون سناً معينة لينتقل بعد ذلك إلى أبيه حتى لو توفرت في الأم جميع الشروط التي تخولها أن تحضن الطفل، ويختلف ذلك حال كون المحضون ذكراً أم أنثى.

فعند الحنفية إذا كان المحضون ذكراً فأمه أحق به حتى يستغني فيأكل ويشرب ويلبس وحده ويستنجي وحده، والمراد بالاستنجا: تمام الطهارة بأن يتطهر بالماء بلا معين، وقيل إن مجرد الاستنجا هو التطهير من النجاسة وإن لم يقدر على تمام الطهارة^(١)، فإذا استغنى فإنه يحتاج إلى التأديب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم، والأب أقدر على التأديب والتثقيف^(٢).

وقدّر الاستغناء بسبع سنين اعتباراً للغالب لأنه إذا بلغ هذا السن استغنى عن الحضانة غالباً، ولو اختلف الأبوان فقال الأب أن الولد ابن سبع سنين وقالت الأم أنه ابن ست فلا يحلف القاضي أحدهما بل ينظر إلى الصغير إذا كان يأكل ويلبس وحده دفعه إلى الأب وإلا فلا^(٣).

أما الأنثى فتبقى عند الحاضنة - الأم والجدة - حتى البلوغ وعند غيرهما حتى تستغني وحسب، وذلك لأنها بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء من الغزل والطبخ وغسل الثياب، والأم على ذلك أقدر لأنها لو دفعت إلى الأب لاختلطت بالرجال فقلّ حيائها، أما بعد البلوغ فإنها تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب على ذلك أقدر وأهدى، وعند محمد أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة ولو لم تبلغ لتحقيق الحاجة إلى الصيانة^(٤).

ويقدر هذا العمر عادةً بتسع سنين، فإذا اختلف الأبوان حول بلوغ المحضونة فالقول للأم، أما إن كانت في عمر يحتمل فيه البلوغ غالباً فالقول للأب^(٥).

(١) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، مرجع سابق: ٢٦٧/٥

(٢) البناية في شرح الهداية: أبو محمد العيني المولوي، مرجع سابق: ٤٧٨/٥

(٣) شرح فتح القدير على الهداية: كمال الدين بن الهمام، مرجع سابق: ٣٧١/٤

(٤) البناية في شرح الهداية: أبو محمد العيني المولوي، مرجع سابق: ٤٧٩/٥

(٥) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، مرجع سابق: ٢٦٨/٥

وكل هذا الكلام فيما إذا كان المحضون عاقلاً، أما إذا كان معتوهاً أو نحو ذلك فيكون دوماً عند الأم^(١).

وعند الحنفية لا خيار للمحضون سواء أكان ذكراً أم أنثى لأن النبي ﷺ قال: "أنت أحق به ما لم تنكحي" ولم يخير، فتخير المحضون ليس بحكمة لأنه - لغلبة هواه - يميل إلى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكتاب وتعلم آداب النفس ومعالم الدين؛ فيختار شر الأبوين وهو الذي يهمله ولا يؤدبه^(٢).

فإذا استغنى الذكر أو بلغت الأنثى وجب تسليمهما إلى الأب دون خيار لهما في ذلك، حتى إذا بلغ الغلام له الإقامة عند أيهما شاء وله الانفراد بنفسه إلا إذا كان فاسقاً فعندها يضمه الأب إليه لأنه أقدر على صيانتها، أما الأنثى فإن كانت بكرة شابة فإنها تبقى عنده سواء أكانت مأمونة أم لا^(٣)، فإذا دخلت في السن واجتمع لها رأي فلها أن تسكن حيث شاءت، وكذلك الأمر إذا كانت ثيباً فلها الانفراد إلا إن لم تكن مأمونة على نفسها فيضمها إليه^(٤).

وعند المالكية تنتهي حضانة الذكر بالبلوغ وليس بالاستغناء كما قال الحنفية، حتى ولو كان المحضون مجنوناً غير عاقل فإنه ينزع من أمه^(٥) والمعتبر في البلوغ هو السن أو غيره من العلامات^(٦)، فإذا بلغ المحضون لا تصير حضانتها إلى أبيه حكماً بل له أن يذهب حيث شاء.

أما الأنثى فتبقى حضانتها لأُمها حتى تتزوج ويتم الدخول^(٧)، فلو عقد زواجها ولم يحصل الدخول تبقى حضانتها لأُمها، وكذلك لو طلقت قبل الدخول تستمر حضانتها ولا تسقط بمجرد العقد عليها، وبالتالي فلا خيار أيضاً للمحضون عند المالكية.

في حين أن الشافعية إذا بلغ عندهم المحضون عاقلاً سبع سنين سواء أكان ذكراً أم أنثى خير بين أبويه؛ لما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ خير

(١) شرح فتح القدير على الهداية: كمال الدين بن الهمام، مرجع سابق: ٤/٣٧٣

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: الكاساني، مرجع سابق: ٥/٢١٧

(٣) البناية في شرح الهداية: أبو محمد العيني المولوي، مرجع سابق: ٥/٤٨٤

(٤) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، مرجع سابق: ٥/٢٧٠

(٥) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الحطاب الرعيني، مرجع سابق: ٥/٥٩٤

(٦) الفواكه الدواني، ابن غنيم النفراوي الأزهرى، مرجع سابق: ٢/١٠٥

(٧) الشرح الصغير على أقرب المسالك: الدردير، مرجع سابق: ٢/٧٥٥

غلاماً بين أبيه وأمه، وعنه أنه "اختصم رجلٌ وامرأة في ولد منهما إلى رسول الله ﷺ فقالت المرأة: يا رسول الله، إن ابني هذا قد نفعني، وسقاني من بئر أبي عنبّة، وإنّ أباه يريد أن يأخذه مني، فقال الأب: لا أحد يحاقدني في ابني، فقال رسول الله ﷺ صلى الله عليه وسلم: يا غلام، هذه أمك، وهذا أبوك، فاتبع أيهما شئت، فاتبع أمّه" (١).

فإن اختار المحضون أحدهما سلّم إليه وإن رجع واختار الآخر أعيد إليه، ويشترط أن تجتمع في الأبوين شروط الحضانة فإن اختل أحد هذه الشروط عند أحدهما فلا تخيير بينهما والحضانة للآخر، حتى إذا زال الخلل عاد التخيير.

أما لو تساوى ولكن اختص أحدهما على الآخر بزيادة في الدين أو المال أو محبة الولد فهناك قولان: أحدهما يرجح من اختص بتلك الزيادة، والأظهر أن يتم التخيير دون تفضيل (٢).

فإذا ترك أحد الأبوين كفالة المحضون للآخر كان له دون تخيير، ولو تدافع الأبوان حضانة الصغير وامتنعا عنها فإن كان بعدهما من يستحق الحضانة كالجد والجدّة خير المحضون بينهما، وإن لم يوجد فهناك قولان: أحدهما أن يخير الولد ويجبر من اختاره على حضانتها، والثاني أنه يجبر على الحضانة من كانت عليه النفقة وهو الصحيح (٣)، هذا إذا كان امتناعهما بعد بلوغ المحضون السابعة.

أما إن كان امتناعهما قبل بلوغ المحضون (ذكراً أو أنثى) سن التمييز فيقرع بينهما.

وعند الحنابلة إذا بلغ الغلام سبع سنين وهو غير معتوه خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما، وحجتهم في ذلك هي نفس حجة الشافعية لحديث رسول الله ﷺ، ولأنه إذا مال إلى أحد أبويه دلّ على أنه أرفق به وأشفق عليه، وقيد بسبع سنين

(١) السنن الصغير للبيهقي، أبو بكر البيهقي، الطبعة الأولى، جامعة الدراسات الإسلامية - كراتشي: ١٩٣/٣ رقم الحديث (٢٩٠٢)، سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، المكتبة العصرية - بيروت: ٢٨٣/٢ رقم الحديث (٢٢٧٧)، المجتبى من السنن (السنن الصغير للنسائي)، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، الطبعة الثانية، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب: ١٨٥/٦ رقم الحديث (٣٤٩٦)، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، علاء الدين الشاذلي الهندي الشهير بالمتقي الهندي، الطبعة الخامسة، مؤسسة الرسالة - بيروت: ٥/٨٢٢ رقم الحديث (١٤٠٣٦).

(٢) العزيز، أبو القاسم القزويني الشافعي، مرجع سابق: ٩٦-٩٣/١٠

(٣) روضة الطالبين، أبو زكريا النووي الدمشقي، مرجع سابق: ٥١١/٦

لأنها أول حال أمر الشرع فيها بالصلاة، في حين قدّمت الأم عند الصغر لحاجته إلى الخدمة فكانت أولى من الأب، فإن لم يختَر أياً منهما أو اختارهما معاً قُدِّم أحدهما بالقرعة لأنهما تساويا وتعذر الجمع بينهما، فإذا اختار أمه أو صار لها بالقرعة كان عندها ليلاً وعند أبيه نهاراً ليؤدبه ويعلمه صناعة لأن القصد هو حفظ الولد، أما إن اختار أباه كان عنده ليلاً ونهاراً ولا يمنع زيارة أمه.

وإذا اختار أحدهما ثم عاد واختار الآخر انتقل إليه لأن هذا اختيار تشبه وقد يشتهي أحدهما في وقتٍ دون آخر^(١).

فإذا بلغ عاقلاً رشيداً فلا حضانة عليه وله الإقامة حيث شاء، كما يمكنه الانفراد بنفسه لاستغنائه عن الحضانة، أما الأنثى فإن بلغت سبع سنين (عاقلة) تركت عند الأب بلا تخيير لأنها تحتاج إلى الحفظ والأب أولى بذلك، ولأنها تقارب الصلاحية للتزويج وإنما تخطب من أبيها لأنه وليها والمالك لتزويجها^(٢)، وتكون عنده ليلاً ونهاراً ولا تمنع أمها من زيارتها^(٣).

٢ - في قانون الأحوال الشخصية:

تنص المادة ١٤٦ قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي: "تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام الثالثة عشرة من عمره والبنت الخامسة عشرة من عمرها".

وقد كان القانون أول صدوره عام ١٩٥٣ وقبل العديد من التعديلات التي تناولت سن الحضانة مماثلاً لما عليه الحال في المذهب الحنفي، حيث كانت تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام السابعة من عمره والبنت التاسعة من عمرها، لكنّ التغير الذي طرأ على المجتمع اقتصادياً واجتماعياً هو الذي فرض - برأيي - ضرورة رفع سن الحضانة حتى إذا بلغ المحضون (ذكراً أو أنثى) الحد المنصوص عنه في القانون وجب تسليمه إلى وليه.

وقد تنوعت قرارات محكمة النقض بين تخيير المحضون عند بلوغه الخامسة عشرة من عمره بين أبويه وبين رفض التخيير ولزوم إنهاء حضانته.

فبعد أن كان الاجتهاد مستقراً على أن الصغير الذي تجاوز الخامسة عشرة من

(١) كشف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، مرجع سابق: ٤٣٧/٤

(٢) شرح منتهى الإرادات، ابن يونس البهوتي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت / ٢٠٠٠:

٧٠٠/٥

(٣) الكافي، ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق: ١١٥/٥ - ١١٦

عمره له حق الخيار في البقاء عند أحد والديه مالم يكن مفسداً أو غير مأمونٍ على نفسه^(١)؛ جاءت ذات المحكمة لتقرر أنه لا خيار للقاضي ولا للمحضون في الحد من حق الولي الأب في ضم المحضون إليه إذا تجاوز سن الحضانة^(٢).

فبانتهاء حضانة الأم بحكم القانون لا محل لاستجواب الصغير، ومن حق أبيه استلامه ما دام ليس هناك أي سبب يحد من حق الأب في استلام ولده ورعايته وتربيته لبلوغه السن التي يحتاج فيها إلى رعاية الرجال والتهيئة للحياة العملية والاختلاط بأفراد المجتمع.

أما قانون الأحوال الشخصية الكويتي فقد نص في مادته ١٩٤ على أنه: "تنتهي حضانة النساء للغلام بالبلوغ، وللأنثى بزواجها ودخول الزوج بها".

ومن الواضح أن هذه المادة أتت تطبيقاً لما جاء في المذهب المالكي.

ولم يحدد القانون السن الذي يعد فيه البلوغ بالنسبة للغلام والذي يكون محل اعتبار لتقرير انتهاء حضانته؛ فترك تقدير البلوغ إلى قاضي الموضوع، حيث جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الكويتية أن: حضانة الغلام وفقاً للمادة ١٩٤ تنتهي بالبلوغ، فإذا بلغ الغلام انتهى أمد حضانته، وبانتهاء حضانته يكون له أن يذهب حيث يشاء، وقد خلت نصوص القانون من تحديد سن معين للبلوغ، ويعد التحقق منه من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع متى أقام قضاؤه بشأنه على أسباب تكفي لحمله، ولما كان ذلك؛ وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاؤه على ما قرره من أن (من الثابت من البطاقة المدنية للولد أنه لم يبلغ الرابعة عشرة من عمره بعد، إذ كان الثابت من مدونات الحكم المستأنف أنه قد خلى من مناظرة الصغير للتحقق من ظهور العلامات الطبيعية المعروفة للبلوغ، ومن ثم فإن الصغير يكون ما زال في سن حضانة النساء) بما مؤداه أن الحكم اعتبر عدم بلوغ الولد الرابعة عشرة من عمره وعدم مناظرة محكمة أول درجة له سنداً لاعتباره مناط تجاوز الغلام سن حضانة النساء وفقاً لنص المادة ١٩٤ سالفه البيان، الأمر الذي يعيب الحكم^(٣).

(١) نقض شرعي سوري، أساس (٤٧٩٦)، قرار (١٦٥٤) تاريخ: ٢٠/٦/٢٠٠٤ / سجلات محكمة النقض.

(٢) نقض شرعي سوري، أساس (٧٧٠)، قرار (٥٠٩) تاريخ: ٢٤/٢/٢٠٠٩ / سجلات محكمة النقض.

(٣) الطعن رقم ١٢ لسنة ٢٠٠١ أحوال شخصية، جلسة ٢٠٠١/٦/٢ - موسوعة قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مرجع سابق، ٢٢١/٢

فحضانة النساء للذكر تنتهي بالبلوغ إما بظهور العلامات الطبيعية المعروفة أو بإتمام الذكر الخامسة عشرة من العمر دون ظهورها^(١)، ويعدّ تقدير البلوغ والتحقق منه من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع^(٢).

والجدير بالتنويه أن القانون السوري أحسن في رفعه لسن الحضانة عبر عدة تعديلات منذ صدور القانون وحتى وقتنا الحالي، وحيداً لو أنه استقى أحكامه فيما يتعلق بهذا الموضوع من المذهب المالكي على غرار نظيره الكويتي، لأن بقاء الفتاة مع والدتها حتى تتزوج أكثر ملاءمة ومراعاةً لوضعها؛ لعدم تمكن الأب من الرقابة والإشراف التام عليها في الوقت الحالي، وبالتالي من المؤكد أن الأم ستكون أكثر حرصاً وانتباهاً وعطفاً عليها من زوجة أبيها أو من غيرها، وسعيّاً للحفاظ على استقرارها النفسي بعدم انتزاعها من والدتها لإدخالها في بيئة جديدة قد تكون غريبة عنها، كما يجب مراعاة حق الأم التي امتنعت عن الزواج في سبيل الاحتفاظ بالمحضونة والاهتمام بها، وليس في هذا انتقاص من حق الأب إذ بإمكانه تعهدها ورؤيتها والإشراف عليها دون أن يضمها إليه.

ثانياً - التنازل عن الحضانة:

١ - الإيجاب على الحضانة:

سبق وقلت إن الحضانة ليست حقاً خالصاً للأم وحدها ولا للمحضون وحده بل هي حق لكليهما، فعند الحنفية لا تجبر الأم على الحضانة ولا يدفع الولد إليها إن لم ترد ذلك، إذ لعلها تعجز عنه، فإذا طلبت فهي أحق وإذا أبت لا تجبر على الأخذ^(٣)، بخلاف الأب فإذا امتنع عن أخذه بعد الاستغناء عن الحضانة يجبر على ذلك لأن صيانته عليه^(٤).

وإذا أبت الأم أن تربيته مجاناً والأب معسر مع وجود متبرعة كالعمة مثلاً فلها الخيار إما أن تمسكه مجاناً أو تدفعه لها^(٥).

(١) الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٢٠٠٠ أحوال شخصية، جلسة ٢٢/٩/٢٠٠١ - موسوعة قانون

الأحوال الشخصية الكويتي، مرجع سابق، ١١٠/٢

(٢) الطعن رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠١ أحوال شخصية، جلسة ٢/٦/٢٠٠١ - موسوعة قانون الأحوال

الشخصية الكويتي، مرجع سابق، ٢١٣/٢

(٣) البنائة في شرح الهداية: أبو محمد العيني المولوي، مرجع سابق: ٤٧٣/٥

(٤) الاختيار لتعليل المختار، عبد الله الموصلي الحنفي، مرجع سابق: ١٤/٤

(٥) إعلاء السنن، ظفر أحمد العثماني التهانوي، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت/٢٠٠١:

٤٠٠٦/٨

أما المالكية فالحضانة عندهم فرض كفاية إن قام بها قائم سقطت عن الباقيين، ولا تتعين إلا على الأب وبالتالي فلا تجبر الأم عليها إلا في حولي الرضاعة إن لم يكن له مال أو كان لا يقبل ثدي سواها^(١).

والمشهور عن مالك أن الشريفة التي لا عادة لها بالإرضاع لا تجبر إلا إن لم يوجد غيرها أو لم يقبل الولد سواها، في حين تجبر التي هي ممن يرضعن عادةً. وكذلك الشافعية فقد قرروا أن الأم لا تجبر على الحضانة عند الامتناع^(٢).

وفي حال طلب الأم أجره وكان هناك متبرعة تسقط حضانة الأم كالحنفية، وليس لها الامتناع عن إرضاعه وهي ذات لبن مع تصريحهم لها بالأجرة، فإن لم يصرحوا لها لم تسقط حضانتها، وقيل إنه إن وجدت متبرعة غيرها سقطت حضانتها^(٣).

وعند الحنابلة أيضاً إذا امتنعت الأم عن الحضانة لا تجبر لأنها غير واجبة عليها، وتكون أمها أحق بالولد على الصحيح من المذهب^(٤).

ونلاحظ أن كلا القانونين السوري والكويتي لم يعالجا هذا الموضوع، لذا يمكن الرجوع إلى الراجح في المذهبين الحنفي والمالكي حسب نص المادتين: ٣٠٥ من القانون السوري و٣٤٣ من القانون الكويتي.

فمحكمة النقض السورية قررت أن المتبرعة يجب أن تكون ممن يحق لهن حضانة الولد، فالزوجة الأولى لا تملك حق حضانة أولاد الزوجة الثانية^(٥).

كما وأنه حيث لم يثبت إعسار الأب مما لا يجوز معه نزع الحضانة عن الأم ولو تبرعت امرأة بحضانة الطفل بلا أجره^(٦)، واعتبرت أن الإعسار الشديد هو الشرط الجوهرى في جواز قبول متبرعة بالحضانة للأولاد^(٧)، وإن المحكمة غير ملزمة بأن تطلب من الأب بيان اسم من يتبرع بحضانة الصغير بلا أجر ومن ثم إدخاله في

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الحطاب الرعيني، مرجع سابق: ٥٩٤/٥

(٢) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: الخطيب الشربيني، مرجع سابق: ٥٩٧/٣

(٣) حاشية الشرقاوي، عبد الله الشافعي الأزهرى، مرجع سابق: ١٦٩/٤

(٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين المرداوي السعدي، مرجع سابق: ٤٣٦/٩

(٥) نقض شرعي سوري، أساس (٦٢٨)، قرار (١٠٦٧) تاريخ: ٢٠٠٩/٣/٣١ / سجلات محكمة النقض.

(٦) نقض شرعي سوري، أساس (٢٤٢٥)، قرار (٣٢٥٢) تاريخ: ٢٠٠٩/١٠/٢٧ / سجلات محكمة النقض.

(٧) نقض شرعي سوري، أساس (٦٥٨٥)، قرار (٥٢٧٦) تاريخ: ٢٠٠٦/١٢/١٨ / سجلات محكمة النقض.

الدعوى؛ وإنما يجب على المتبرع التدخل في الدعوى من تلقاء نفسه وإثبات إعسار الأب أو المنفق^(١).

أما فيما يتعلق بإجبار الأم على الحضانة فإن الولي هو الملزم بتأمين حاضنة لأولاده، ولا تلزم الأم بالحضانة إلا إذا لم يوجد غيرها من الحاضنات^(٢)، كما وأنه في حال إعسار والد الأطفال وعدم قدرته على دفع أجور الحضانة تخير الحاضنة بين إمساكهم دون أجر أو تسليمهم لمن تبرع بحضانتهم، وإذا لم يوجد متبرعة من محارم الطفل تجبر الأم على حضنته وتكون أجرته ديناً على أبيه^(٣).

وتلزم الأم بحضانة ابنتها الرضيعة والعناية بها خاصة إن لم تتيسر لها حاضنة^(٤)، وكذلك الأمر إذا لم يكن للصغير حاضنة غير الأم فإنها تجبر عليها وليس لها الخيار في أمرها؛ وذلك لمصلحة الطفل المحضون وحقه المترتب على الحاضنة^(٥).

وفي القانون الكويتي من المقرر فقهاً أنه إذا كان في أقرباء الطفل من هو أهل للحضانة وتبرع بحضنته وأبت أمه أن تحضنه إلا بأجرة؛ فإن كان الأب موسراً فإنه يجبر على الدفع ولا يعطى الصغير للمتبرعة بل يبقى مع أمه لأن حضانة الأم أصلح له، أما في حالة إعسار الأب فإن الطفل يعطى للمتبرعة إن وجد من يتبرع بحضنته مجاناً، سواء أكانت النفقة واجبة عليه أم كان للصغير مال وذلك ضماناً لماله، وفي حالة إعسار الأب وكون الصغير لا مال له ولا يوجد متبرعة فإن الأم تجبر على الحضانة وتكون الأجرة ديناً على الأب.

فإذا وجدت متبرعة موسرة قادرة على القيام بحاجات المحضون خيرت الأم بين إمساكه مجاناً أو تسليمه لها، وإلا فلا يحرم من أمه ليعطى إلى حاضنة معسرة، وكذلك لا ينزع من أمه إن لم تكن المتبرعة ممن يحق لهن الحضانة^(٦).

(١) نقض شرعي سوري، أساس (٣٧٢)، قرار (١٥٢) تاريخ: ١٣/٣/٢٠٠٥ / سجلات محكمة النقض.

(٢) نقض شرعي سوري، أساس (١٧٢٢)، قرار (٢٤٣٦) تاريخ: ٢١/٧/٢٠٠٩ / سجلات محكمة النقض.

(٣) نقض شرعي سوري، أساس (١٤١٧)، قرار (١٧٨١) تاريخ: ١٩/٦/٢٠٠٧ / سجلات محكمة النقض.

(٤) نقض شرعي سوري، أساس (٦٤٨)، قرار (١٩٠٩) تاريخ: ١٢/٦/٢٠٠٦ / سجلات محكمة النقض.

(٥) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، عبد الرحمن الصابوني، الطبعة السادسة، منشورات جامعة دمشق/١٩٩٣: ٢/٢٣٩

(٦) موسوعة قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مرجع سابق، ٢/١٢٦-١٢٧

٢ - عودة الحق في الحضانة بعد سقوطه:

اتفق جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة ورواية عن المالكية على أن من سقط حقها في الحضانة يعود بعد زوال المانع^(١)، فلو طرأ عارض أدى إلى سقوط حضانة الأم ثم زال هذا المانع عاد إليها الحق في الحضانة، كما لو زال حقها بجنون أو ردة أو بزواج من أجنبي، ولا يعد ذلك من قبيل عودة الساقط وإنما منع مانع منه لذلك يعود فإذا زال المانع عاد الممنوع.

مع الإشارة إلى أن المانع إذا كان زواجها من أجنبي عن المحضون فيشترط عند الحنفية أن تكون الفرقة بائنة حتى يزول المانع، والقول لها في نفي الزوج وكذلك في تطليقه إن أبهته، أما إن عينته فلا يقبل قولها إلا مع اليمين^(٢).

وكذلك الأمر عند الحنابلة إذا كانت معتوهة فعقلت أو سقطت حضانتها لأي سبب آخر ثم زال السبب فإنها تعود^(٣)، لأن سبب الحضانة مازال قائماً وإنما امتنعت لمانع، فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق، لكن الخلاف يكمن أنها في حال طلاقها من الأجنبي يكفي أن يكون رجعيًا ولم تنقُص العدة فيرجع حقها بمجرد الطلاق وهو الصحيح من المذهب^(٤).

وأيضاً عند الشافعية فيعود حقها بزوال المانع، ومن ذلك طلاقها من الأجنبي سواء أكان رجعيًا أم بائناً^(٥).

أما المالكية فعلى اعتبار أن الحضانة عندهم حق للحاضن على المشهور من المذهب؛ لذا إن أسقطت الأم حقها من الحضانة اختيارياً ثم أرادت العودة فلا كلام لها ولا تجاب^(٦)، بخلاف ما لو سقطت حضانتها لعذر اضطراري كمرض أو عدم لبن أو سفر ولي للنقطة ثم زال ذلك العذر فلها الرجوع فيها^(٧).

فكل عذر لا يمكن معه القيام بحال المحضون إذا زال عادت الحضانة بزواله^(٨).

(١) البناية في شرح الهداية: أبو محمد العيني المولوي، مرجع سابق: ٤٧٧/٥

(٢) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، مرجع سابق: ٢٦٧/٥

(٣) الكافي، ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق: ١١٣/٥

(٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين المرداوي السعدي، مرجع سابق: ٤٤٥/٩

(٥) البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين العمراني الشافعي، مرجع سابق: ٢٧٧/١١

(٦) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الثانية، طباعة ذات السلاسل، الكويت/١٩٩٠: ٣١٣/١٧

(٧) الشرح الصغير على أقرب المسالك: الدردير، مرجع سابق: ٧٦٣/٢

(٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد الدسوقي المالكي، مرجع سابق: ٥١٨/٣

ولا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق أو موت زوجها أو بعد فسخ النكاح الفاسد بعد الدخول أو بعد الإسقاط طوعاً دون عذر. وبالرجوع إلى المادة ١٤١ من القانون السوري نجد أنه: "يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه".

وهذا يتفق مع رأي الجمهور سواء كان إسقاطها لعذر أو بدونه، وأما فيما يتعلق بالطلاق؛ فبالرجوع إلى الراجح في الفقه الحنفي سنداً لأحكام المادة ٣٠٥ من القانون فيشترط انقضاء العدة والبينونة من الزوج لعودة الحضانة.

وقد استقر اجتهاد محكمة النقض السورية على أن الحضانة من الحقوق المتجددة، فإذا سقطت حضانة الحاضنة لسبب ما وزال هذا السبب فإن حق الحضانة يعود لها، وهذا ما أخذت به القواعد الفقهية (إذا زال المانع عاد الممنوع)^(١).

ولكن عودة هذا الحق ليست مطلقة، ففي الدعاوى التي تركز على عدم أهلية الحاضنة للحضانة بسبب سوء الأخلاق؛ فإنه لا يمكن تطبيق قاعدة (الساقط يعود بزوال سببه) وإن صدر قرار لاحق عن المحاكم الجزائية بعدم مسؤولية الحاضنة عما نسب إليها من جرم الحز على الفجور مثلاً، لأنه من حق المحكمة الشرعية أن تنتزع الحضانة بسبب عدم أهلية الحاضنة إذا ثبت لديها ذلك بكافة وسائل الإثبات كافة، وبغض النظر عن وجود أي حكم جزائي يدين الحاضنة بجرم التزاني^(٢)، فمن تسقط حضانتها لثبوت عدم أهليتها خلقاً لا يجوز للمحكمة معاودة البحث في ذلك^(٣)، ولا يحق لها التذرع بأن الحضانة حق متجدد؛ لأن هذه الصفة لا تلحق بها ولا تستفيد من هذا الحق^(٤).

أما القانون الكويتي فقد خالف المشهور من مذهب المالكية وسار مع رأي الجمهور؛ مراعاةً لحق المحضون، حين نصت المادة ١٩٣ منه على أنه: "لا يسقط حق الحضانة بالإسقاط وإنما يمتنع بموانعه ويعود بزوالها".

(١) نقض شرعي سوري، أساس (٣٣٢٥)، قرار (٣٣٥٤) تاريخ: ٢٠٠٦/٩/١٨ - سجلات محكمة النقض

(٢) نقض شرعي سوري، أساس (٢٣٤٠)، قرار (٣٠٧٨) تاريخ: ٢٠٠٩/١٠/١٣ - سجلات محكمة النقض

(٣) نقض شرعي سوري، أساس (٣٠٥٤)، قرار (٢٣٩٣) تاريخ: ٢٠٠٩/٧/١٤ - سجلات محكمة النقض

(٤) نقض شرعي سوري، أساس (٤٧١٩)، قرار (١٤٣٩) تاريخ: ٢٠٠٥/٧/٣١ - سجلات محكمة النقض

فلم يميز القانون كما فعل المالكية بين حال كون الإسقاط طوعياً أم لسبب مبرر. وقد جاءت قرارات محكمة التمييز الكويتية لتكرس هذا المبدأ، حين عدت إسقاط الحق في الحضانة لا يلزم من أسقط حقه فيها على سبيل التأييد؛ ومن ثم فإنه يكون لمن أسقط حقه معاودة المطالبة بحضانة الصغير تغليياً لحقه في الحضانة^(١).

كما أن الحضانة حق للحاضنة وللمحضون وليست حقاً خالصاً لواحد منهما، بل إن حق المحضون أقوى من حق الحاضن.... وإن الأم أحق الناس بحضانة ولدها ما دامت مستوفية للشرائط الواجب توافرها في الحاضنة، وإنها تملك -حرصاً على مصلحة الصغير- العودة إلى طلب الحضانة بعد تنازلها عنها^(٢).

وإن ذلك يشمل أيضاً حالة طلاق الحاضنة بعد زواجها من أجنبي، حيث جاء أنه إذا أسقطت الحضانة عن الحاضنة الأم لمانع هو زواجها برجل أجنبي ودخوله، فإن مفاد نص المادة ١٩٣ من قانون الأحوال الشخصية سالف الذكر أنه إذا زال المانع عادت الحضانة للأم مراعاةً لمصلحة المحضون، وكان الثابت في الأوراق أن الحاضنة وإن تزوجت من أجنبي عن الصغيرين إلا أنها طلقت منه بما مؤداه زوال المانع وعودة الحضانة إليها.... ولما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه انتهى في حدود سلطة محكمة الموضوع في تقدير توافر شروط الحضانة للحاضنة وصلاحياتها لها إلى ثبوت حضانة المطعون ضدها للصغيرين بعد طلاقها من الزوج الأجنبي عنها ولعدم قيام ما يسقط حقها الثابت بالأوراق، فإنه لا يؤثر فيه قصوره في الإفصاح عن السند القانوني إذ لمحكمة التمييز أن تستكمل هذا القصور^(٣).

فالأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتبديل بسبب تغير الظروف، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها فلا تظل باقية على حالها إلا إذا كانت دواعيها وظروف الحكم بها لم تتغير^(٤).

ولكون هذه الأحكام غير مأخوذة من المذهب المالكي أرى من المناسب الرجوع

(١) الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٢٠٠١ أحوال شخصية، جلسة ٢٦/٥/٢٠٠٢ - موسوعة قانون

الأحوال الشخصية الكويتي، مرجع سابق، ١٠٤/٢

(٢) الطعن رقم ١٣٠ لسنة ٢٠٠١ أحوال شخصية، جلسة ٢٣/٣/٢٠٠٢ - موسوعة قانون

الأحوال الشخصية الكويتي، مرجع سابق، ١٠٥/٢

(٣) الطعن رقم ١٦٧ لسنة ١٩٩٨ أحوال شخصية، جلسة ١/٥/١٩٩٩ - موسوعة قانون

الأحوال الشخصية الكويتي، مرجع سابق، ١١٩/٢

(٤) الطعن رقم ١٨٨ لسنة ٢٠٠١ أحوال شخصية، جلسة ١٩/١/٢٠٠٢ - موسوعة قانون

الأحوال الشخصية الكويتي، مرجع سابق، ٢١٧/٢

في تفاصيلها إلى الراجح في الفقه الحنفي، كاشتراط البينونة في الطلاق حتى تستطیع الأم استعادة حضانة الأولاد.

الخاتمة:

أولاً - النتائج:

- ١ - فيما يتعلق بشروط الحضانة يلاحظ أن كلاً من قانوني الأحوال الشخصية السوري والكويتي وافقا للجمهور باشتراط البلوغ والعقل والقدرة على صيانة المحضون؛ مع إضافة المشرع الكويتي لشرطي الأمانة والقدرة على التربية اللذين يندرجان بالنتيجة تحت شرط إمكانية القدرة على الصيانة، وقد ترك كل منهما المجال واسعاً للقاضي لتقدير صلاحية الحاضنة حسب الوقائع المعروضة أمامه.
- ٢ - فيما يتعلق بحضانة الذمية فقد قيدها الاجتهاد القضائي السوري بعدم تجاوز المحضون خمس سنوات، في حين أن القانون الكويتي نصّ صراحةً على هذا الموضوع متبعاً الراجح عند الحنفية وقدرها بسبع سنين.
- ٣ - قيّد القانون السوري حق الحاضنة بالسفر بالمحضون دون إذن الولي في المادة ١٤٨/ج إلى البلدة التي تقيم فيها أو تعمل فيها لدى الجهات العامة شريطة إقامة أحد أقاربها المحارم هناك، وبرأيي أن شرط العمل يفترض الإقامة بالضرورة؛ كما أنه ليس هناك من داعٍ لتقييد العمل لدى الجهات العامة نظراً للتطور الاقتصادي واتساع نطاق العمل الوظيفي لدى كل من القطاعين العام والخاص.
- ٤ - لم يحدد القانون السوري وقت سقوط حضانة المتزوجة بأجنبي ليأتي الاجتهاد القضائي ويحدده حسب الراجح في الفقه الحنفي بمجرد العقد.
- ٥ - على الرغم من تضارب القرارات القضائية الصادرة عن محكمة النقض السورية حول تخيير الذكر عند البلوغ بين أبويه أو عدم تخييره، فإنه لا يوجد أساس فقهي في المذهب الحنفي لمبدأ التخيير؛ ذلك أن الغلام عند البلوغ لدى الحنفية يستقل بنفسه وله الذهاب حيث يشاء فلا تخيير عندهم، أما قانوناً فإن سن البلوغ الشرعي يختلف عن سن البلوغ القانوني والذي يقدر بـ ١٨ سنة، ولعل ذلك هو السبب في التوجه أحياناً إلى تخيير المحضون بين الأبوين عندما يبلغ شرعاً؛ لأنه لا يملك الاستقلال بنفسه قبل البلوغ القانوني.
- ٦ - جاءت المادة ١٩٣ من القانون الكويتي متوافقة مع الراجح في الفقه الحنفي

بإعادة حق الحضانة عند زوال المانع دون تفريق بين كون سقوط هذا الحق بعذر أو بدونه مخالفةً بذلك المشهور عند المالكية، كما استمد القانون الكويتي من المذهب الحنفي أيضاً اشتراط موافقة الحاضنة على سفر الولي مع المحضون للإقامة إذا كان ذلك خلال فترة الحضانة.

ثانياً – المقترحات:

- ١ - إدراج الفقرة ب إلى المادة ١٣٧ من قانون الأحوال الشخصية السوري ونصها: الحاضنة غير المسلمة تستحق حضانة الولد المسلم حتى يعقل الأديان أو يخشى عليه أن يآلف غير الإسلام وإن لم يعقل الأديان، وفي جميع الأحوال لا يجوز إبقاء المحضون عند هذه الحاضنة بعد بلوغه السابعة من عمره.
 - ٢ - إدراج الفقرة جـ إلى المادة ١٣٧ من القانون السوري وإلى المادة ١٩٠ من القانون الكويتي ومفادها: في حال عدم صلاحية المسكن الذي تتم فيه الحضانة لا ينزع المحضون من حاضنته مباشرة بل تخير بين إمساكه في مسكن صالح أو تسليمه، ويكون تأمين المسكن الصالح واجباً على الولي.
 - ٣ - تعديل المادة ١٣٨ من القانون السوري لتصبح على الشكل الآتي: زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها، ولا يكفي مجرد العقد لإسقاط حقها بل لا بد من الدخول. (وذلك لعدم انشغالها الفعلي عن المحضونين قبل الدخول، ولعدم إقامة زوجها معهم قبل ذلك فلا يلحقهم البغض والجفاء المحتملين منه).
 - ٤ - تعديل المادة ١٤٦ من القانون السوري لتصبح على الشكل الآتي: تنتهي مدة الحضانة للغلام بالبلوغ عاقلاً وللأنثى بالزواج والدخول.
 - ٥ - تعديل الفقرة ب من المادة ١٤٨ من القانون السوري لتصبح على الشكل الآتي: ولها أن تسافر داخل القطر إلى البلدة التي تقيم فيها أو البلدة التي تعمل فيها شريطة أن يكون أحد أقاربها المحارم مقيماً في تلك البلدة.
 - ٦ - إضافة الفقرة د إلى المادة ١٨٩ من القانون الكويتي ومفادها أنه: لا يسقط حق الحاضنة بحضانة أولادها بسبب عملها إذا كانت تؤمن رعايتهم والعناية بهم بطريقة مقبولة.
- .. تم بحمد الله ..

المراجع

مراجع الحديث النبوي:

- المستدرك على الصحيحين، الإمام الحافظ أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: يوسف عبد الله المرعشلي، دار المعرفة - بيروت/ ١٩٨٦
- السنن الصغير للبيهقي، أبو بكر البيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، الطبعة الأولى، جامعة الدراسات الإسلامية - كراتشي/ ١٩٨٩
- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية - بيروت.
- المجتبى من السنن (السنن الصغير للنسائي)، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الثانية، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب/ ١٩٨٦
- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، علاء الدين الشاذلي الهندي الشهير بالمثقي الهندي، تحقيق: بكري حياني / صفوة السقا، الطبعة الخامسة، مؤسسة الرسالة - بيروت / ١٩٨١

مراجع مذهب الحنفية:

- الاختيار لتعليل المختار، عبد الله الموصلي الحنفي، تحقيق: محمود أبو دقيقة، دار الفكر العربي.
- البنائة في شرح الهداية، أبو محمد العيني المولوي، الطبعة الثانية، دار الفكر - بيروت/ ١٩٩٠
- إعلاء السنن، ظفر أحمد العثماني التهانوي، الطبعة الأولى، دار الفكر - بيروت/ ٢٠٠١
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، تحقيق: عادل عبد الموجود / علي معوض، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت/ ١٩٩٧
- رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، تحقيق: عادل عبد الموجود / علي معوض، طبعة خاصة، دار عالم الكتب - الرياض/ ٢٠٠٣
- شرح فتح القدير على الهداية، كمال الدين بن الهمام، دار الفكر - بيروت.

مراجع مذهب المالكية:

- الشرح الصغير على أقرب المسالك: الدردير، تحقيق: مصطفى وصفي، دار المعارف - القاهرة.
- الفواكه الدواني، ابن غنيم النفراوي الأزهرى، تحقيق: عبد الوارث محمد علي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت/ ١٩٩٧
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدردير، تحقيق: محمد عبد الله شاهين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت/ ١٩٩٦
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الحطاب الرعيني، تحقيق: زكريا عميرات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت/ ١٩٩٥

مراجع مذهب الشافعية:

- البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين الشافعي اليمني، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج.
- العزيز (الشرح الكبير)، أبو القاسم القزويني الشافعي، تحقيق: عادل عبد الموجود/ علي معوض، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت/ ١٩٩٧
- حاشية الشرقاوي، عبد الله الشافعي الأزهرى، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت/ ١٩٩٧
- روضة الطالبين، أبو زكريا النووي الدمشقي، تحقيق: عادل عبد الموجود/ علي معوض، طبعة خاصة، دار عالم الكتب - الرياض/ ٢٠٠٣
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الخطيب الشربيني، تحقيق: محمد عيتاني، الطبعة الأولى، دار المعرفة - بيروت/ ١٩٩٧

مراجع مذهب الحنابلة:

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين المرداوي السعدي، تحقيق: محمد إسماعيل الشافعي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت/ ١٩٩٧
- الكافي، ابن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله التركي، الطبعة الأولى، دار هجر - القاهرة/ ١٩٩٧
- المبدع، ابن مفلح الحنبلي، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت/ ١٩٩٧

- شرح منتهى الإرادات، البهوتي، تحقيق: عبد الله التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة - بيروت / ٢٠٠٠
- كشف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، تحقيق: محمد أمين الضناوي، الطبعة الأولى، دار عالم الكتب، بيروت / ١٩٩٧
- منار السبيل في شرح الدليل، إبراهيم بن ضويان، تحقيق: زهير الشاويش، الطبعة الخامسة، المكتب الإسلامي - بيروت / ١٩٨٢
- المراجع القانونية والفقهية الحديثة:**
- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الثانية، طباعة ذات السلاسل، الكويت / ١٩٩٠
- سجلات محكمة النقض / الغرفة الشرعية.
- شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، محمد فخر شقفة، مطبعة زيد بن ثابت، دمشق
- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري (الزواج والطلاق)، محمد الحسن مصطفى البغا، منشورات جامعة دمشق / ٢٠٠٧
- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، عبد الرحمن الصابوني، الطبعة السادسة، منشورات جامعة دمشق / ١٩٩٣
- مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشخصية، عبد القادر الألويسي، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية - دمشق / ٢٠٠٦
- موسوعة الأحوال الشخصية لجميع المذاهب والأديان، نبيل الظواهرة الصائغ، الطبعة الثانية / ١٩٨٤
- موسوعة قانون الأحوال الشخصية الكويتي، أشرف فايز اللماوي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية / ٢٠٠٧

تعليق في التناسق الشكلي والتوافق الموضوعي للمرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون الشركات المعدل بالقانون رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٣

الأستاذ الدكتور/ أحمد عبدالرحمن الملحم

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق - جامعة الكويت

المقدمة:

صدر مرسوم بقانون الشركات رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢، في أثناء فترة حل مجلس الأمة باعتباره من مراسيم (الضرورة) التي لا تحتمل التأخير بناء على المادة (٧١) من الدستور وذلك في يوم الاثنين الموافق ٢٦/١١/٢٠١٢ ونشر بالجريدة الرسمية يوم الخميس الموافق ٢٩/١١/٢٠١٢^(١).

وقد أجريت انتخابات مجلس الأمة يوم السبت الموافق ١/١٢/٢٠١٢. ولما كانت المادة (٧١) من الدستور تشترط عرض المراسيم بقوانين التي صدرت في أثناء الحل على المجلس للنظر في إقرارها أو رفضها دون إجراء أية تعديلات عليها، فقد عرض مرسوم بقانون الشركات على المجلس ووافق عليه بتاريخ ٢٤/١/٢٠١٣، على الرغم من وجود بعض الملاحظات من الأعضاء على عديد من المواد، حيث اتفقت الحكومة مع المجلس على إجراء التعديلات التي يرونها على المرسوم بقانون في أقرب فرصة، من ثم عكفت اللجنة المالية في مجلس الأمة على دراسة مرسوم بقانون الشركات رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢ وأجريت عليه تعديلات طالت زهاء (٦٥) مادة من مواد القانون، ومن ثم وافق عليها المجلس، وصدرت بمقتضى القانون رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٣ ونشر بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٧/٣/٢٠١٣^(٢).

ويتكون قانون الشركات من (٣٣٧) مادة، موزعة على قسمين، الأول: يحتوي

(١) الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، العدد ١١٠٧ - السنة الثامنة والخمسون، الخميس، ١٥ محرم ١٤٣٤، نوفمبر تشرين الثاني ٢٠١٢.

(٢) الجريدة الرسمية، الكويت اليوم - ملحق العدد ١١٢٤ - السنة التاسعة والخمسون - الأربعاء ١٤ جمادي الأولي ١٤٣٤ - ٢٧ مارس ٢٠١٣. أحمد عبدالرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، الطبعة الثانية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ص ١٢-١٣، ٢٠١٤.

القواعد العامة التي تسري على جميع الشركات وهي المواد (١-٣٢)، والمواد الأخرى عددها (٣٠٢) مادة وهي المواد (٣٣-٣٣٧)، منها قواعد خاصة تسري على كل شركة على حدة، ومنها قواعد عامة تسري على جميع الشركات كالمواد الخاصة بالاندماج أو انقسام الشركات أو تحول الشركات أو انقضاءها أو التفتيش والرقابة عليها أو المواد الخاصة بالتجريم. وقد استحدث المشرع شكلاً جديداً من أشكال الشركات يتمثل في شركة الشخص الواحد، كما نظم شركات جديدة هي الشركة المهنية والشركة ذات الغرض الخاص والشركة غير الربحية والشركة التي تعمل وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

تجلى أهم ملامح قانون الشركات الجديد في تبسيط إجراءات تأسيس الشركات^(٣)، وفي حماية حقوق الأقلية^(٤)، وفي إرساء مبادئ الحوكمة^(٥)، وفي توسيع نطاق الأعمال التجارية^(٦)، وفي تنظيم موضوعات جديدة^(٧)، وفي تشجيع المستثمر وحماية حقوقه^(٨)، وفي توسيع نطاق الرقابة والتفتيش على الشركات وتجريم تصرفات وأعمال جديدة^(٩). وتترتب مصادر قانون الشركات على النحو التالي:

أولاً: قانون الشركات وغيره من القوانين التجارية.

ثانياً: العرف التجاري.

ثالثاً: اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الصادرة بقرار وزير التجارة والصناعة رقم (٢٠١٣/٤٢٥)^(١٠).

رابعاً: قرار وزير التجارة والصناعة رقم ٢٣٤ لسنة ٢٠١٥ بشأن تحديد الحد الأدنى لرؤوس أموال الشركات، حيث عدلت المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات، على نحو الاعتماد على شكل الشركة لتحديد الحد الأدنى لرؤوس أموال

(٣) انظر على سبيل المثال المواد (٥، ١٢٣، ١٢٥، ١٢٦) من قانون الشركات.

(٤) انظر على سبيل المثال المواد (٢٣٥، ٢٤٠) من قانون الشركات.

(٥) انظر على سبيل المثال المواد (٢١٧، ٢١٨) من قانون الشركات.

(٦) انظر على سبيل المثال المواد (٣)، والبند ٧ من المادة ٤، ٨٠) من قانون الشركات.

(٧) ومثال ذلك الأسهم الممتازة والانقسام وشركة الشخص الواحد والشركة المهنية والشركة ذات الغرض الخاص والشركة غير الربحية.

(٨) ومثال ذلك اتفاقية الشركاء وعقد جمعية عامة للشركاء من قبل وزارة التجارة والصناعة أو الجهات الرقابية.

(٩) انظر المواد (٣٢٧-٣٣٧) من قانون الشركات.

(١٠) الكويت اليوم، ملحق العدد ١١٥٢ السنة التاسعة والخمسون، الأحد ٦ أكتوبر ٢٠١٣.

الشركات، فقد حدد الحد الأدنى لرأس مال شركة المساهمة العامة (٢٥) ألف دينار والمقفلة (١٠) آلاف دينار وباقي الشركات ألف دينار^(١١).

خامساً: نماذج عقود الشركات الصادر بناء على المادة (١٠) من قانون الشركات والمادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التي نصت على أنه "يكون عقد الشركة وفقاً للنماذج الملحقة بهذه اللائحة، ولا يجوز للمؤسسين أو الشركاء - بحسب الأحوال - إغفال إدراج البيانات الإلزامية التي يتطلبها الملحق بهذه اللائحة..."^(١٢).

سادساً: القرارات التنظيمية التي تصدرها الجهات الرقابية بناء على نصوص مواد في قانون الشركات، كالقرار الصادر عن هيئة أسواق المال بشأن القواعد الخاصة للأسهم الممتازة، بناء على المادة (١٥٣) من قانون الشركات^(١٣). والقواعد الخاصة بكل نوع من أنواع الصكوك بناء على المادة (١٨٦) من قانون الشركات.

سابعاً: الأحكام المضافة إلى أو المستبعدة من نموذج عقد الشركة بإرادة الشركاء بناء على المادة (١٠) من قانون الشركات والمادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التي نصت على أنه "... ويكون لهم - خارج نطاق الشروط الإلزامية المشار إليها - أن يأخذوا بأحكام النموذج كلها أو بعضها أو أن يضيفوا إليها أية شروط أخرى لا تتنافى مع الأحكام الآمرة في القانون وهذه اللائحة."

ونعرض في هذا التعليق بعض الملاحظات الشكلية والموضوعية الخاصة في قانون الشركات، وهي في مجملها ناشئة عن عيوب في الصياغة القانونية لمواد القانون نتيجة إلى التعجل في إقراره وإصداره، وكذلك نتيجة إلى تجميع مواد قانونية مختلفة من قوانين شركات متفرقة. وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعليق موجز في مضمونه؛ لذلك نقسم التعليق إلى مبحثين، هما على النحو التالي:

المبحث الأول: الملاحظات الشكلية.

المبحث الثاني: الملاحظات الموضوعية.

(١١) كان الوضع قبل تعديل المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات هو اللجوء إلى دليل الأنشطة التجارية لتحديد رؤوس أموال الشركة، حيث كان الحد الأدنى لرأس مال الشركة لا يعتمد على شكلها القانوني، كما في ظل قانون الشركات القديم، وإنما على النشاط الذي تمارسه الشركة، فقد نصت المادة (٢٣) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات قبل تعديلها على أنه: " يجب ألا يقل رأس مال الشركة عن الحد الأدنى لرأس المال المبين بدليل الأنشطة الصادر عن الوزارة، وذلك دون الإخلال بمتطلبات الجهات الرقابية ". الكويت اليوم، ملحق العدد ١١٥٤ السنة التاسعة والخمسون، الثلاثاء ٢٢ أكتوبر ٢٠١٣.

(١٢) الكويت اليوم، ملحق العدد ١١٥٢ السنة التاسعة والخمسون، الأحد ٦ أكتوبر ٢٠١٣.

(١٣) قرار رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٤ بتاريخ ١٦/١٢/٢٠١٤.

المبحث الأول الملاحظات الشكلية

ويندرج ضمن الملاحظات الشكلية سبع ملاحظات هي على النحو التالي، أولاً: خلل في التقسيم الشكلي والموضوعي لمواد قانون الشركات، ثانياً: وقت اكتساب الشركة للشخصية الاعتبارية، ثالثاً: خلط بين شكل الشركة ونوعها أو الشركات الخاصة، رابعاً: اختلاف المصطلحات المستعملة في تقادم الدعاوي، خامساً: مرجعية شركة المساهمة المقفلة إلى الأحكام العامة لشركة المساهمة العامة، سادساً: عدم جواز توزيع أرباح صورية - تكرار بين المادة (٢٠) والمادة (٢٥٧) من قانون الشركات، سابعاً: تكرار بين المادة (٣/٣١٥) والمادة (٣٢١) من قانون الشركات بالنسبة إلى مهمة المصفي في سداد ديون الشركة، ثامناً: تكرار بين المادة (٢٢) والمادة (٣٠٩) من قانون الشركات بشأن الإضافة إلى عنوان الشركة عبارة تحت التصفية، تاسعاً: تكرار بين المادة (٢٣) والمادة (٧٨) من قانون الشركات بشأن عدم اكتساب شركة المحاصة الشخصية الاعتبارية.

أولاً - خلل في التقسيم الشكلي والموضوعي لمواد قانون الشركات:

قسم المشرع قانون الشركات إلى ثلاثة عشر باباً. وأقر الباب الأول الأحكام العامة التي تسري على جميع الشركات، بما نصت عليه المادة (٢) بأن "تسري للأحكام الواردة في هذا الباب على جميع الشركات مع مراعاة الأحكام الخاصة بكل شكل من الأشكال التي ينص عليها القانون". وتضمن الباب الأول المواد (١-٣٢) من قانون الشركات.

كما خصص لكل شكل من أشكال الشركات باباً خاصاً للأحكام الخاصة التي لم ترد أو تختلف عن الأحكام العامة الواردة في المواد (١-٣٢) من قانون الشركات، وذلك على النحو التالي: الباب الثاني: شركة التضامن، الباب الثالث: شركة التوصية البسيطة، الباب الرابع: شركة التوصية بالأسهم، الباب الخامس: شركة المحاصة، الباب السادس: الشركة المهنية، الباب السابع: شركة الشخص الواحد، الباب الثامن: الشركة ذات المسؤولية المحدودة، الباب التاسع: شركة المساهمة العامة، الباب العاشر: شركة المساهمة المقفلة، الباب الحادي عشر: الشركة القابضة، الباب الثاني عشر: تحول الشركة واندماجها وانقسامها وانقضائها، الباب الثالث عشر: الرقابة والتفتيش والعقوبات.

وثمة ثلاث ملاحظات على هذا التقسيم، وذلك على النحو التالي:

(١) نص المشرع في المادة (٢) على أنه تسري الأحكام العامة الواردة في

المواد (٣٢-١) مع مراعاة الأحكام الخاصة بكل شكل من الأشكال التي ينص عليها القانون، على الرغم من أن الشركة المهنية والشركة القابضة ليستا شكلاً جديداً من أشكال الشركات، لأن الشركة المهنية تأخذ شكل المساهمة المقفلة أو ذات المسؤولية المحدودة أو التضامن أو التوصية البسيطة، في حين أن الشركة القابضة تأخذ شكل المساهمة أو ذات المسؤولية المحدودة أو شركة الشخص الواحد.

(٢) المواد الواردة في البابين الثاني عشر بشأن تحول الشركة واندماجها وانقسامها وانقضائها، والباب الثالث عشر بشأن الرقابة والتفتيش والعقوبات، لا تعتبر من الأشكال الخاصة بالشركات، وإنما من قبيل القواعد والأحكام العامة التي كان ينبغي ورودها في الأحكام العامة للشركات^(١٤).

ثانياً - وقت اكتساب الشركة الشخصية الاعتبارية:

أورد المشرع في المادة (٢٣) من قانون الشركات أن الشركة تتمتع بالشخصية الاعتبارية من تاريخ قيدها بالسجل التجاري، دون أن يستثنى شركة المساهمة العامة التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية من صدور قرار وزير التجارة والصناعة بتأسيسها بمقتضى المادة (١٢٦) من قانون الشركات، ودون أن يستثنى الشركة المهنية التي تكتسب الشخصية الاعتبارية من تاريخ قيدها بالسجل الذي تعده الجهة المختصة بتنظيم شؤون المهنة بمقتضى المادة (٨١) من قانون الشركات.

حيث كان يتعين على المشرع من أجل حسن الصياغة التشريعية، إما:

أولاً: أن يستثنى شركة المحاصة من التمتع بالشخصية الاعتبارية دون أن يكرر ذلك في الأحكام الخاصة الواردة في المواد (٧٦-٧٩) من قانون الشركات، ومن جانب آخر أن يورد في مطلع المادة (٢٣) ما نصه " مع مراعاة المادة (١٢٦) والمادة (٨١) تتمتع الشركة بالشخصية الاعتبارية من تاريخ قيدها...". وإما

ثانياً: كان بمقدور المشرع ألا يستثنى أية أحكام واردة في القواعد الخاصة، بناءً على المادة (٢) من قانون الشركات التي نصت على أنه "تسري الأحكام الواردة في هذا الباب على جميع الشركات مع مراعاة الأحكام الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات التي ينص عليها هذا القانون".

(١٤) تتبع قوانين الشركات في الدول العربية تقسيماً مشابهاً للقانون الكويتي، انظر على سبيل المثال، نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم رقم (٦) لسنة ١٩٦٥ وتعديلاته، ومرسوم بقانون الشركات البحريني رقم (٢١) لسنة ٢٠٠١، وقانون الشركات القطري رقم (٥) لسنة ٢٠٠٢، قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

ثالثاً - خلط بين شكل الشركة ونوعها أو الشركات الخاصة:

حدد المشرع أشكال الشركات في المادة (٤) من قانون الشركات، وهي بحسب الترتيب شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم وشركة المحاصة وشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة الشخص الواحد^(١٥). وثمة شركات أخرى ذات تنظيم خاصة أو أغراض محددة وهي الشركة المهنية والشركة القابضة لا تعتبر أشكالاً جديدة للشركات وإنما قد تأخذ أشكالاً متعددة للشركات على حسب المصلحة التي يريتها الشركاء، حيث من الجائز أن تأخذ الشركة المهنية شكل الشركة المساهمة المقفلة أو التضامن أو ذات المسؤولية المحدودة أو التوصية البسيطة، في حين قد تأخذ الشركة القابضة شكل الشركة المساهمة أو ذات المسؤولية المحدودة أو شركة الشخص الواحد. وعلى الرغم من ذلك، فإن المشرع خلط بين الشكل والنوع، وذلك على النحو التالي:

(١) أورد المشرع في البند (٥) من المادة (٤) شركة المساهمة دون أن يذكر المساهمة العامة والمساهمة المقفلة لأنهما شكلان مختلفان، وإن كانت شركة المساهمة العامة هي المرجعية القانونية للشركة المساهمة المقفلة بحسب المادة (٢٦٥) من قانون الشركات، ومصادقاً لذلك نصت المادة (٢٧٣) من قانون الشركات على أن تعتبر شركة المساهمة المقفلة تحولت إلى مساهمة عامة اعتباراً من صدور قرار الوزير بالترخيص لها بزيادة رأس مالها عن طريق الاكتتاب العام، كما أن المشرع أورد شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة على أنهما شكلان مختلفان على الرغم من أن شركة التضامن هي المرجعية القانونية لشركة التوصية البسيطة حسبما نصت عليه المادة (٥٧) من قانون الشركات.

(٢) نصت المادة (٢) من قانون الشركات على أنه تسري الأحكام العامة للشركات مع مراعاة الأحكام الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات التي ينص عليها القانون، وقد أورد المشرع الشركة المهنية في الباب السادس والشركة القابضة في الباب الحادي عشر ضمن أشكال الشركات التي تتضمن أحكاماً خاصة^(١٦).

(٣) نصت المادة (٣٠١) من قانون الشركات على أنه يتعين حل شركة

(١٥) حول أشكال الشركات انظر: أحمد عبد الرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص ٣١-٣٦، ٢٠١٤.

(١٦) وقع المشرع البحريني بذات الخطأ عند إيراد الشركة القابضة ضمن أشكال الشركات في المادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم (٢١) لسنة ٢٠٠١.

التوصية البسيطة أو التوصية بالأسهم إذا توفي أو حجر أو أفلس جميع الشركاء المتضامنين، إلا إذا بادر الشركاء أو المساهمون - خلال ستة أشهر إلى تحويلها إلى شركة من نوع آخر، في حين أن المادة (٢٨١) من قانون الشركات تنص على أنه يجوز لأي شركة أن تتحول من شكل قانوني إلى آخر، بمعنى أن تحول الشركة يكون من شكل قانوني للشركة إلى شكل آخر وليس من نوع إلى آخر.

(٤) نصت المادة (٢٩٧) من قانون الشركات على أنه: "مع مراعاة أسباب الانقضاء الخاصة بكل نوع من أنواع الشركات، تنحل الشركة لأحد الأسباب التالية..." حيث كان ينبغي أن يستعمل المشرع مصطلح الشكل بدلا عن النوع، انسجاما مع المادة (٤) من قانون الشركات.

(٥) نص البند (٦) من المادة (١٩٤) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات على أن الاندماج بين شركتين أو أكثر من الشركات التالية "الشركة المساهمة بأنواعها"، وقد كان يتعين النص على شركة المساهمة بشكليها، وليس بأنواعها.

رابعاً - اختلاف المصطلحات المستعملة في تقادم الدعاوي:

نصت المادة (٢٨) من قانون الشركات على أنه "في جميع الشركات، لا تسمع عند الإنكار دعاوي دائني الشركة على الشركاء فيها بعد انقضاء خمس سنوات على انقضاء الشركة أو خروج الشريك منها فيما يتعلق بالدعاوي الموجهة إلى هذا الشريك"^(١٧). وذلك ما يسمى التقادم الخمسي في دعاوي دائني الشركة على الشركاء بعد انقضاء الشركة، في حين أن المشرع من ناحية أخرى في المادة (٣٢٦) نص على أنه: "لا تسمع الدعوى ضد المصطفى بسبب أعمال التصفية بعد انقضاء ثلاث سنوات على شهر انتهاء التصفية، كما لا تسمع بعد انقضاء المدة المذكورة بسبب أعمال الشركة أو ضد المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة أو مراقبي الحسابات بسبب أعمال وظائفهم"^(١٨). ونورد على هذين النصين الملاحظات التالية:

أولاً: يستعمل المشرع في المادة (٢٨) مصطلح عدم سماع الدعوى عند الإنكار، وهو المصطلح الذي يستعمله المشرع في المواد (٤٣٨-٤٤٢) من القانون المدني، بما يسمى مرور الزمان المانع من سماع الدعوى، في حين أن المشرع في المادة (٣٢٦)

(١٧) حول التقادم بشكل عام، انظر: محسن البيه، شرح القانون المدني الكويتي، نظرية الحق، مكتبة الصفار، الكويت، ص ٥٧٨-٥٧٩، ١٩٨٩.

(١٨) للمزيد من التفصيل حول تقادم دعاوي دائني الشركة على الشركاء، انظر: أحمد عبدالرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، مجلس النشر العلمي، الطبعة الثانية، ص ٦٣٩-٦٤٦.

من قانون الشركات يستعمل، ولا تسمع الدعوى ضد المصفي دون أن يذكر عند الإنكار، مما قد يثير مسألة دخول هذا المصطلح في نطاق مصطلح التقادم الذي يكفي فيه التمسك بالتقادم لعدم نظر الدعوى دون النظر إلى مدى إنكاره للحق من عدمه.

ثانياً: في المادة (٢٨) من قانون الشركات يحدد المشرع مدة خمس سنوات لرفع الدعوى من دائن الشركة على الشركاء بعد انقضاء الشركة، بيد أن الملاحظ في المادة (٣٢٦) أن المشرع نص فيها على أن مدة التقادم هي ثلاث سنوات في الدعاوي التي ترفع علي المصفي بسبب أعمال التصفية، " ... كما لا تسمع بعد انقضاء المدة المذكورة بسبب أعمال الشركة..."، فهل المسؤول في هذه العبارة الذي ترفع عليه دعوى المسؤولية هو المصفي؟ يبدو أن الإجابة بالنفي، لأن لو كان المقصود المصفي لكانت صياغة المادة على النحو التالي "لا تسمع الدعوى على المصفي بسبب أعمال التصفية أو بسبب أعمال الشركة بعد انقضاء ثلاث سنوات على شهر انتهاء التصفية، ومما يؤكد هذا النظر أن المصفي غير مسؤول عن أعمال الشركة، قبل دخولها مرحلة التصفية، وإنما تنعقد المسؤولية على المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة أو مراقبي الحسابات، وهم الذين ورد ذكرهم في المادة (٣٢٦) من قانون الشركات، عند نصها بأنه " ... كما لا تسمع بعد انقضاء المدة المذكورة بسبب أعمال الشركة أو ضد المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة أو مراقبي الحسابات بسبب أعمال وظائفهم". ولا يتبقى في هذه الحالة إلا الشركاء، فإذا كان المقصود في المسؤول عن أعمال الشركة الذي ترفع عليه دعوى المسؤولية هم الشركاء، فإنه ثمة تعارض في المدد بين المادة (٢٨) والمادة (٣٢٦) من قانون الشركات، لأن الأولى تحدد مدة عدم سماع الدعوى بفترة خمس سنوات من تاريخ إتمام الشهر في الحالات التي يكون فيها الشهر واجباً (التصفية) في حين تحددها المادة الأخرى فترة ثلاث سنوات من شهر انتهاء التصفية.

ثالثاً: تحسن الإشارة - ونحن في هذا الصدد - إلى أن دعوى دائن الشركة على الشركاء - عند انقضاء الشركة - تنقضي بمرور خمس سنوات من تاريخ شهر إتمام التصفية بحسب المادة (٢٨) من قانون الشركات، بيد أن بعد انتهاء التصفية يجوز لكل دائن لم يستوف دينه أن يطلب شهر إفلاس الشركة خلال السنتين التاليتين لشطبها من السجل التجاري بناء على المادة (٢/٦٧١) من قانون التجارة. والفائدة التي يجنيها الدائن الذي لم يستوف دينه من طلب شهر إفلاس الشركة تكمن في مشاركة باقي الدائنين في الأموال التي استوفوها من الشركة أو في الرجوع على الشركاء المتضامنين في الشركة في أموالهم الخاصة أو في الرجوع على الشركاء في حدود حصصهم التي استعادوها من الشركة بعد التصفية.

خامساً - مرجعية شركة المساهمة المقفلة إلى الأحكام العامة لشركة المساهمة العامة:

تقدم القول إن البند (٥) من المادة (٤) ذكرت ضمن أشكال الشركات شركة المساهمة دون أن تحدد شكلي الشركة ضمن صلب المادة، وهما شركة المساهمة العامة وشركة المساهمة المقفلة، على الرغم من أنهما شكلان مختلفان، وليس ثمة مبرر للمشرع في ذلك كونه سهل تحول شركة المساهمة المقفلة إلى مساهمة عامة، من خلال الترخيص للشركة بزيادة رأس مالها عن طريق الاكتتاب العام أو بالإدراج بسوق الأوراق المالية حسبما نصت عليه المادة (٢٣٧) من قانون الشركات.

وقد ترتب على ذلك أن المادة (٢٧٥) من قانون الشركات حددت الأشكال التي تتخذها الشركة القابضة ومن ضمن هذه الأشكال شركة المساهمة دون أن تحدد ما إذا كانت شركة مساهمة عامة أو مقفلة، ولاسيما أن المادة (٢٢٩) من قانون الشركات القديم حددت شكل الشركة القابضة بالمساهمة المقفلة، وترجع العلة في ذلك - بحسب الظاهر - إلى عدم اتخاذ شركة المساهمة العامة التي بمقدورها استقطاب أموال ضخمة لتكوين رأس مالها وسيلة للسيطرة على الشركات ومن ثم تعزيز التركيز الاقتصادي في السوق^(١٩).

وفي ذلك نورد بعض الملاحظات على النحو التالي:

أولاً: لم يضع المشرع الكويتي تعريفاً في المادة الأولى من قانون الشركات لشركة المساهمة بأن تشمل المساهمة بشكليها، وذلك من أجل الاختصار على ذكر شركة المساهمة في المادة (٤) دون أن تذكر المساهمة بشكليها.

ثانياً: على الرغم من أن المشرع ذكر في المادة (٤) من قانون الشركات شركة المساهمة فقط دون أن يحدد شكليها، فإنه أطلق على الباب التاسع تسمية شركة المساهمة العامة ثم أطلق على الباب العاشر تسمية المساهمة المقفلة. ومن جانب آخر أجرى على شركة المساهمة المقفلة أحكام المساهمة العامة في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص في الباب العاشر من قانون الشركات.

ثالثاً: التفت المشرع في اللائحة التنفيذية لقانون الشركات عن تحديد شكل شركة المساهمة الذي يجوز للشركة القابضة أن تتخذه، فهل يشمل المساهمة بشكليها أو المساهمة المقفلة على غرار المادة (٢٢٩) من قانون الشركات القديم أو

(١٩) أحمد عبدالرحمن الملحم، نظرات في أحكام الشركات القابضة، مجلة المحامي، العدد أكتوبر، نوفمبر، ديسمبر ١٩٩٥.

المساهمة العامة. بيد أن المشرع وضع عقدين نموذجين للشركة القابضة - إلى جانب النماذج الأخرى - واحداً لشركة مساهمة عامة وآخر للمقفلة^(٢٠).

سادساً - عدم جواز توزيع أرباح صورية - تكرار بين المادة (٢٠) والمادة (٢٥٧) من قانون الشركات:

ورد في الأحكام العامة لقانون الشركات في المادة (٢٠) أنه: "لا يجوز توزيع أرباح صورية، وإلا جاز لدائني الشركة مطالبة كل شريك وكل من استفاد برد ما قبضه منها ولو كان حسن النية، ويكون مدير الشركة أو مجلس الإدارة الذي أوصى بتوزيع الأرباح الصورية مسؤولاً بالتضامن عن رد هذه الأرباح، ولا يلتزم الشريك برد الأرباح الحقيقية التي قبضها ولو منيت الشركة بخسائر في السنوات التالية".

وقد نصت المادة (٢٥٧) من قانون الشركات على أنه: "مع مراعاة الأحكام التي يتضمنها عقد الشركة، يجوز للجمعية العامة العادية بناء على اقتراح مجلس الإدارة أن توزع في نهاية السنة المالية أرباحاً على المساهمين، ويشترط لصحة هذا التوزيع أن يكون من أرباح حقيقية، وفقاً للمبادئ المحاسبية المتعارف عليها، وألا يمس هذا التوزيع رأس المال المدفوع للشركة"^(٢١).

ويثير الجمع بين هاتين المادتين جملة من الملاحظات نوردتها على النحو التالي:
أولاً: يستعمل المشرع مصطلحين مختلفين للدلالة على ذات المعنى، ففي المادة (٢٠) لا يجوز توزيع أرباح صورية، في حين في المادة (٢٥٧) يستعمل المشرع مصطلح أرباح حقيقية، وهما يؤيدان ذات المعنى، حيث كان يتعين توحيد المصطلحات، بل إن المشرع يستعمل في المادة (٢٠) تارة أرباح صورية وتارة أخرى في عجز المادة الأرباح الحقيقية.

(٢٠) الكويت اليوم، ملحق العدد ١١٥٢، الأحد ٦ أكتوبر ٢٠١٣، السنة التاسعة والخمسون ص ٢٩.
(٢١) وقد قررت محكمة التمييز بأن "الجمعية العامة في الشركات المساهمة هي التي تملك وحدها اعتماد الميزانية التي يعدها مجلس الإدارة وتعيين الأرباح الصافية القابلة للتوزيع، ومن ثم فإن حق المساهم أو غيره من ذوي الحقوق في الأرباح لا ينشأ إلا من تاريخ اعتماد الجمعية العامة لهذه الأرباح، فلا يكون للمساهم أو غيره من ذوي الحقوق سوى مجرد حق احتمالي لا يبلغ مرتبة الحق الكامل إلا بصدور قرار الجمعية العامة بإقرار الميزانية وتعيين القدر الموزع من الأرباح الصافية، وأن الأرباح التي توزع على الشركاء ليست من الأرباح الإجمالية بل الأرباح الصافية، ولا تكون كذلك إلا بعد إجراء الاستقطاعات الضرورية من الأرباح الإجمالية...ولا يكون توزيع الأرباح صحيحاً إلا إذا تحققت الأرباح بالفعل وأنه متى أظهرت الميزانية أن الشركة لم تحقق أرباحاً بل على العكس منيت بخسائر فإنه يستحيل قانوناً توزيع أرباح لأنها ستكون في هذه الحالة مجرد أنصبة صورية لا تدعو كونها استقطاعات من رأس المال الذي يعتبر الضمان العام لدائني الشركة، ويعتبر من قبيل الأرباح أو الأنصبة الصورية... الطعن بالتمييز رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٦ تجاري ٣ صادر بتاريخ ٢٠٠٨/٤/١.

ثانياً: تذهب المادة (٢٠) من قانون الشركات إلى أنه يسأل مدير الشركة أو مجلس إدارتها الذي أوصى بتوزيع الأرباح الصورية بالتضامن عن رد هذه الأرباح، في حين كان يتعين مساءلة مراقب الحسابات أيضاً الذي وافق على توزيع هذه الأموال، وهو على علم بصورتها.

ثالثاً: ثمة سوء صياغة يعتري المادة (٢٠) من قانون الشركات، حيث نصت على أنه: "... ويكون مدير الشركة أو مجلس الإدارة الذي أوصى بتوزيع الأرباح الصورية مسؤولاً بالتضامن عن رد هذه الأرباح..."، لأنها ليست أرباحاً في هذا السياق، وإنما كان يتعين القول "... مسؤولاً بالتضامن عن رد هذه الأموال.

رابعاً: ورد في عجز المادة (٢٥٧) من قانون الشركات بأنه: "... ألا يمس هذا التوزيع رأس المال المدفوع للشركة." ونرى أنها عبارة تزيد من المشرع لا داع لها، لأنه إذا كان التوزيع يعتبر اقتطاعاً من رأس المال كانت الأرباح الموزعة صورية، بحسبان أن رأس مال الشركة هو الضمان العام للدائنين.

خامساً: نرى أنه كان ينبغي دمج المادة (٢٥٧) من قانون الشركات في المادة (٢٠) من هذا القانون باعتبار أنها تتصل بالأحكام العامة، ولا يغير من هذا النظر أولاً، كون المادة (٢٥٧) من قانون الشركات تضمنت أن الأرباح توزع من الجمعية العامة بناء على اقتراح مجلس الإدارة، لأن المادة (٢٤٢) من قانون الشركات تضمنت ما يفيد ذلك بأن تنظر الجمعية العامة ويدخل في اختصاصها اقتراحات مجلس الإدارة بشأن توزيع الأرباح، وثانياً، ما تضمنته المادة (٢٥٧) في مستهلها بأنه "مع مراعاة الأحكام التي يتضمنها عقد الشركة..." لأن هذه العبارة تندرج ضمن الأحكام العامة التي تسري على كل الشركات، وليست المساهمة فقط.

سابعاً - تكرار بين المادة (٣/٣١٥) والمادة (٣٢١) من قانون الشركات بالنسبة إلى مهمة المصفي في سداد ديون الشركة:

نصت المادة (٣/٣١٥) من قانون الشركات على أنه: "يقوم المصفي بجميع الأعمال التي تقتضيها تصفية الشركة، وله على وجه الخصوص: ... (٣) سداد ديون الشركة..." وفي المقابل نصت المادة (٣٢١) من قانون الشركات على أنه "... وعلى المصفي سداد ديون الشركة..."^(٢٢)، بما يحمل التكرار في بيان الأحكام المنظمة لواجبات المصفي، كما أنه تضمنت المادة (٣٢١) من قانون الشركات واجب المصفي

(٢٢) حول القواعد العامة لتصفية الشركات، انظر: عبد شخانبه، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، الناشر المؤلف ١٩٩٢.

في استيفاء ما يكون للشركة من حقوق لدى الغير أو لدى الشركاء، حيث كان يتعين إيراد هذا الواجب ضمن مفردات المادة (٣١٥) من قانون الشركات التي عدت واجبات المصفي، في حين أن محور المادة (٣٢١) من قانون الشركات يدور حول ترتيب وفاء ديون الشركة^(٢٣).

ثامناً - تكرار بين المادة (٢٢) والمادة (٣٠٩) من قانون الشركات بشأن الإضافة إلى عنوان الشركة عبارة تحت التصفية:

تضمنت المادة (٢٢) الواردة في الأحكام العامة ما يفيد بأنه إذا كانت الشركة تحت التصفية وجب أن يذكر ذلك في الأوراق التي تصدر عنها، في حين ذكر المشرع في المادة (٣٠٩) من قانون الشركات الواردة في الأحكام الخاصة تكراراً لما ورد في المادة (٢٢) بأنه يجب أن يضاف إلى اسم الشركة عبارة تحت التصفية مكتوبة بطريقة واضحة في المكاتبات الصادرة عن الشركة، ذلك أن المادة (٣٠٩) تغني عن المادة (٢٢) لأن الأولى واردة في الأحكام الخاصة بتصفية الشركات، وقد تقدم القول إنه على الرغم من أن المواد (٣٢-١) من قانون الشركات بمنزلة القواعد العامة، فإن الأحكام الأخيرة من قانون الشركات، ولاسيما التحول والاندماج والانقسام والتصفية، هي بمنزلة الأحكام العامة أيضاً، ومن ثم لا يصح أن يرد تكرار بينهما.

تاسعاً - تكرار بين المادة (٢٣) والمادة (٧٨) من قانون الشركات بشأن عدم اكتساب شركة المحاصة الشخصية الاعتبارية:

نصت المادة (٢٣) على أنه: "فيما عدا شركة المحاصة، تتمتع الشركة بالشخصية الاعتبارية من تاريخ القيد..."^(٢٤). فعلى الرغم من أن المشرع استثنى شركة المحاصة من التمتع بالشخصية الاعتبارية في مطلع هذه المادة وفي القواعد العامة للشركات، فإنه نص مرة أخرى في المادة (٧٨) على أنه: "ليس لشركة المحاصة شخصية اعتبارية..." بما يحمل التكرار المخل بالصياغة المنضبطة، بما يحمل التكرار بين القواعد العامة والقواعد الخاصة.

(٢٣) حول مهمة المصفي انظر: أحمد عبدالرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، الطبعة الثانية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص ٦٠٦-٦٣٨، ٢٠١٤.

(٢٤) حول الشخصية الاعتبارية لشركة، انظر: أحمد عبدالرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ص ٢٤٧-٣١٧، ٢٠١٤.

المبحث الثاني الملاحظات الموضوعية

ويندرج ضمن الملاحظات الموضوعية عشر ملاحظات على النحو التالي، أولاً: المبالغة في تقويم الحصص العينية، ثانياً: مشكلة الموافقة على تقويم الحصة العينية من الشريك الوحيد في الشركة، ثالثاً: النصاب اللازم لاتخاذ قرار بحل الشركة، رابعاً: استمرار المصفي في أعمال الشركة بعد انقضائها، خامساً: سريان التحول وحق الشريك في الاعتراض عليه، سادساً: تعارض بين المادة (٣٢٢) من قانون الشركات والمادة (٦٧٤) من قانون التجارة بالنسبة إلى سلطة المصفي في طلب شهر إفلاس الشركة، سابعاً: مجمل أحكام التصفية متعلقة بالنظام العام بما يتعارض مع الفقرة الأخيرة من المادة (٣٠٩) من قانون الشركات، ثامناً: الجمعية العامة المختصة بالموافقة على إصدار سندات قابلة للتحويل إلى أسهم، تاسعاً: متطلبات شهر عقد الشركة لنفاذه في مواجهة الغير، عاشراً: عدم تحديد الشكل القانوني للشركة ذات الغرض الخاص:

أولاً - المبالغة في تقويم الحصص العينية:

نصت المادة (١١) من قانون الشركات على أنه إذا اتضح أن تقويم الحصص العينية ينقص بأكثر من العشر عن القيمة التي قدمت من أجلها، وجب على الشركة تخفيض رأس المال بما يعادل هذا النقص، وجاز لمقدم الحصة العينية أن يؤدي الفرق نقداً، كما يجوز أن يعدل عن الاكتتاب بالحصة العينية، ويقوم مكتب تدقيق معتمد من هيئة أسواق المال بمهمة تقويم الحصص العينية المقدمة عند تأسيس الشركة أو عند زيادة رأس مالها^(٢٥).

ويبين من سياق المادة أنه إذا كان هناك نقص في التقويم بأكثر من العشر عن القيمة التي قدمت الحصة العينية من أجلها، فيتعين على الشركة تخفيض رأس مالها بما يعادل هذا النقص، إلا إذا بادر مقدم الحصة إلى أداء الفرق نقداً إلى الشركة، فإذا رفض الأخذ بالقيمة الحقيقية للحصة العينية، التي تنقص بأكثر من العشر، بما يؤدي إلى خفض حصته العينية، ورفض كذلك أداء الفرق نقداً إلى الشركة، فليس له إلا العدول عن الاكتتاب بالحصة العينية، وتشير هذه المادة جملة من الملاحظات على النحو التالي:

(٢٥) حول قواعد تقويم الحصة العينية، انظر: المواد (٢٤-٢٨) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات.

(١): بناء على مفهوم المخالفة إذا كان النقص في تقويم الحصة العينية عشر بالمائة أو أقل، فليس ثمة داع إلى تخفيض رأس المال أو أداء الفرق نقداً، بما حاصلة المضي في تقويم الحصة حسب القيمة المقدرة (الناقصة)، أي ثمة قدر متسامح فيه من نقص في التقويم مقداره عشر أو أقل عن القيمة التي قدمت من أجلها الحصة العينية، وليس ذلك صحيحاً لأن النقص يضار منه دائن الشركة والشركاء الباقون، حيث يتعين أن يكون تقويم الحصة العينية دقيقاً ويعبر عن القيمة الحقيقية لها دون نقص أو زيادة.

(٢): نص البند (٣) من المادة (٣٣٤) من قانون الشركات على معاقبة كل من قوم بطريق الغش حصصاً عينية بأكثر من قيمتها الحقيقية بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على مائة ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، دون أن يوضع بالاعتبار القدر المتسامح به من نقص في تقويم الحصة العينية وقدره عشر أو أقل من القيمة التي قدمت من أجلها هذه الحصة، وخاصة إذا كان التقويم الناقص للحصة العينية عشر أو أقل بطريق الغش من مكتب التدقيق المعتمد من هيئة أسواق المال.

ثانياً - مشكلة الموافقة على تقويم الحصة العينية من الشريك الوحيد بالشركة:

نصت المادة (١١) من قانون الشركات على أنه: "لا يكون تقويم الحصة العينية نهائياً إلا بعد إقراره من الشركاء أو الجمعية التأسيسية أو الجمعية العامة بحسب الأحوال، ولا يكون لمقدمي الحصة العينية حق التصويت في شأن إقرار التقويم ولو كانوا من أصحاب الأسهم أو الحصص النقدية. ويروم المشرع من عدم مشاركة أصحاب الحصة العينية بالتصويت تجنب تعارض المصالح في التصويت على إقرار التقويم، حيث يقتصر التصويت على تقويم الحصة العينية على الشركاء أصحاب هذه الحصة، لأن ليس لهم مصلحة مباشرة في تقويم الحصة العينية، مثل صاحب هذه الحصة.

وتتوثر إشكالية إقرار تقويم الحصة العينية في حالة وجود شريك واحد بالشركة، وذلك عند تقديم هذا الشريك حصة عينية فقط أو حصة عينية وأخرى نقدية، ومثال ذلك عند قيام الدولة أو الهيئات والمؤسسات العامة بتأسيس شركة بمفردها بناء على البند (٥) من المادة (١٢١) من قانون الشركات، أو إذا كانت شركة شخص واحد، حيث نصت المادة (٨٧) على أنه يجوز أن يشتمل رأس المال حصصاً عينية تقوم وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة (١١) من قانون الشركات، دون أن يبين

كيفية إقرار صحة تقويم الحصة العينية المقدمة من الشريك الوحيد في الشركة، ولأسيما أنه ليس ثمة استثناء من ذلك في المادة (١١) من قانون الشركات، فمن الجائز أن يكون هناك مبالغة في تقويم الحصة العينية من أجل تضخيم رأس المال من أجل بيع الشركة أو الحصول على تمويل من الغير^(٢٦).

ثالثاً - النصاب اللازم لاتخاذ قرار بحل الشركة:

نصت المادة (٢٩٧) من قانون الشركات على أنه: "مع مراعاة أسباب الانقضاء الخاصة بكل نوع من أنواع الشركات، تنحل الشركة لأحد الأسباب التالية: ... (٤) إجماع الشركاء على حل الشركة قبل انتهاء مدتها ما لم ينص عقد الشركة على الاكتفاء بأغلبية معينة..."^(٢٧)، ومناط هذه المادة أن وضع المشرع قاعدة عامة بمقتضاها يجوز بإجماع الشركاء اتخاذ قرار بحل الشركة قبل انقضاء مدتها، وينطوي ذلك على حكم عام يسري على جميع الشركات، على اعتبار أن المادة (٢٩٧) تضمنت الأسباب العامة للانقضاء، وعلى الرغم من أن المشرع تطلب الإجماع لحل الشركة اتفاقاً، فإنه نص على أنه يجوز أن ينص عقد الشركة على الاكتفاء بأغلبية معينة. ونود أن نبدي بعض الملاحظات على المادة (٢٩٧) من قانون الشركات وذلك على النحو التالي:

أولاً: ذهبت هذه المادة إلى أنه يجوز حل الشركة بإجماع الشركاء قبل انقضاء مدتها، بيد أن ذلك يسري على الشركة التي تضمن عقدها تحديد مدة معينة للشركة، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من اتفاق الشركاء على حل الشركة حتى إن لم يتضمن عقدها تحديد مدة معينة، إذا كان عقد الشركة غير محددة المدة.

(٢٦) انظر: المادة الثالثة من القانون رقم ٦ لسنة ٦ لسنة ٢٠٠٨ في شأن تحويل مؤسسة الخطوط الجوية الكويتية إلى شركة مساهمة. الكويت اليوم، العدد ٨٥٧ السنة الرابعة والخمسون، الأحد ١٠ فبراير ٢٠٠٨. والمادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٢ في شأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ في شأن تحويل مؤسسة الخطوط الجوية الكويتية إلى شركة مساهمة. الكويت اليوم ملحق العدد ١١٠٢، السنة الثامنة والخمسون الثلاثاء ٢٣ أكتوبر ٢٠١٢، والمادة السابعة عشرة من القانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٠ في شأن تنظيم عمليات وبرامج التخصيص، الكويت اليوم العدد ٩٧٩، السنة السادسة والخمسون، الأحد ١٣ يونيو ٢٠١٠.

(٢٧) حول حل الشركات بشكل عام، انظر: محمد فريد العريني، الشركات التجارية المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، ص ٦٧-٨٦، ٢٠٠٩.

ثانياً: يبين من صياغة البند (٤) من المادة (٢٩٧) من قانون الشركات أنها غير منضبطة، لأن المشرع أرسى قاعدة عامة قوامها تطلب الإجماع لحل الشركة باتفاق الشركاء مالم ينص عقد الشركة على الاكتفاء بأغلبية معينة، كأن يكتفي عقد الشركة بأغلبية تزيد عن النصف أو الثلثين، بيد أن المشرع في صياغة البند (٤) من المادة (٢٩٧) من قانون الشركات لم ينص على مراعاة الأغلبية الخاصة التي نصت عليها المادة (١١٦) من قانون الشركات لحل الشركة ذات المسؤولية المحدودة، بأن تطلبت هذه المادة لحل الشركة بالاتفاق موافقة الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع رأس المال، بحسبان أن حل الشركة يدخل في اختصاص الجمعية العامة غير العادية بمقتضى المادة (١١٧) من قانون الشركات.

ثالثاً: وعلى غرار ذلك نصت المادة (٢٤٩) من قانون الشركات على أن حل شركة المساهمة يدخل في اختصاص الجمعية العامة غير العادية، التي تتخذ قراراتها بأغلبية تزيد على نصف مجموع أسهم رأس مال الشركة المصدر.

رابعاً - استمرار المصفي في أعمال الشركة بعد انقضائها:

نصت المادة (٣١٩) من قانون الشركات على أنه: "إذا قدر المصفي أن مصلحة الشركة تقضي الاستمرار في أعمالها إلى أجل معين، تعين عليه في هذه الحالة دعوة الجمعية العامة أو الشركاء للاجتماع للبت في هذا الأمر إلا إذا كان حل الشركة قد تم بناء على حكم قضائي".

يروم المشرع من تقرير هذا الحكم تمكين المصفي من ممارسة أعمال الشركة إلى أجل محدد، بما يعود بالفائدة على الشركاء والغير، وفي ذلك استثناء مما قرره الفقرة الأخيرة من المادة (٣١٥) من قانون الشركات التي نصت على أنه: "... ولا يجوز للمصفي أن يبدأ أعمالاً جديدة إلا إذا كانت لازمة لإتمام أعمال سابقة..."^(٢٨)، وليس المقصود من ذلك قيام الشركة مرة أخرى أو العدول عن تصفيتها، بل ممارسة أغراض الشركة وهي في دور التصفية بشكل مؤقت، بيد أن هذه الرخصة غير جائزة إذا كان حل الشركة بناء على حكم قضائي، ونرى أن المشرع قد جانبه الصواب فيما قرره من حظر استمرار عمل الشركة إذا كانت منحلة بحكم قضائي، وذلك للأسباب التالية:

(٢٨) حول سلطة المصفي في أن يبدأ عملاً جديداً من أعمال الشركة في القانون المقارن، انظر: أحمد عبدالرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص ٦٢٤-٦٢٦، ٢٠١٤.

أولاً: نرى أنه كان بدلاً من النص على عدم جواز الاستمرار في أعمال الشركة إذا كانت منحلة بحكم قضائي، قصر ذلك على الأحكام الصادرة ببطالان الشركة لأن الاستمرار يتنافى مع البطلان.

ثانياً: ومن ناحية أخرى قد يحكم القضاء بحل الشركة، ومع ذلك يمكن للمصفي الاستمرار في أعمال الشركة بناء على المادة (٣١٩) من قانون الشركات إذا كان الحل بناء على المادة (٣٠٠) التي أجازت حل الشركة - عدا شركة المساهمة - إذا طلب ذلك أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر تقدر المحكمة أن له من الخطورة ما يسوغ الحل.

ثالثاً: كما أنه لا يمكن إعمال المادة (٣٠٠) من قانون الشركات باستمرار المصفي بأعمال الشركة في حالة الاندماج أو في حالة صدور قرار بإلغاء ترخيص الشركة لعدم مزاولتها لنشاطها أو في حالة انتهاء الغرض الذي أسست من أجله أو استحالة تنفيذه.

رابعاً: على الرغم من أن المادة (٣١٩) من قانون الشركات نصت على أنه يجوز للمصفي الاستمرار في عمل الشركة، إذا كان حل الشركة قد تم بناء على حكم قضائي، فإن ذلك لا يستقيم مع شهر إفلاس الشركة، لأن الإفلاس يتقرر بحكم قضائي، وقد نص البند (١) من المادة (٦٥٠) من قانون التجارة على أنه: "لقاضي التفليسة، بناء على طلب مديرها أو طلب المفلس وبعد أخذ رأي المراقب، أن يأذن في الاستمرار في تشغيل المتجر إذا اقتضت المصلحة العامة أو مصلحة المدين أو مصلحة الدائنين".

خامساً - سريان التحول وحق الشريك في الاعتراض عليه:

نصت المادة (٢٨١) من قانون الشركات على أنه: "مع مراعاة الأحكام الواردة في هذا القانون، يجوز لأي شركة أن تتحول من شكل قانوني إلى آخر ... ولا يتم التحول إلا بعد استيفاء الإجراءات المقررة لذلك، واتخاذ إجراءات النشر والإعلان..."^(٢٩) ونصت المادة (٢٨٢) من قانون الشركات على أنه: "يجوز للشريك الذي يعترض على قرار تحول الشركة الانسحاب من الشركة واسترداد قيمة حصته أو أسهمه، وذلك بطلب يقدم إلى الشركة خلال ستين يوماً من تاريخ القيد..."

(٢٩) الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٦/٤٦ تجاري جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٩.

ونود أن نبدي جملة من الملاحظات على هذين النصين، وذلك على النحو التالي:

أولاً: ورد في المادة (٢٨١) من قانون الشركات بأنه يجوز لأي شركة أن تتحول من شكل قانوني إلى آخر، بما مؤداه تقرير المشرع قاعدة عامة تسري على جميع الشركات في تحولها من شكل إلى آخر، في حين أن المشرع لم يراع الشركات التي تتطلب لتأسيسها اتخاذ شكل معين، ومثال ذلك قصر الشركة المهنية في شكل المساهمة المقفلة وذات المسؤولية المحدودة والتضامن والتوصية البسيطة، أي لا يجوز أن تتحول الشركة المهنية إلى مساهمة عامة أو توصية بالأسهم أو شخص واحد، حسبما نصت عليه المادة (٨٠) من قانون الشركات، كما لا يجوز للشركة القابضة أن تتحول إلا إلى شركة مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة أو شخص واحد حسبما نصت عليه المادة (٢٧٥) من قانون الشركات. بيد أنه مما يخفف من عيب الصياغة المتقدم، ما نصت عليه المادة (٦/١٩٢) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات، بنصها على أن يكون الشكل المحولة إليه الشركة صالحاً قانوناً لأغراضها.

ثانياً: نصت المادة (٢٨١) من قانون الشركات على أن التحول يتطلب اتخاذ إجراءات النشر والإعلان، وتعني الأولى النشر في الجريدة الرسمية وتعني الأخرى الإعلان في صحيفتين يوميتين محليتين تصدران باللغة العربية والموقع الإلكتروني إن وجد، دون أن تتطلب المادة ختام الإجراءات بالقيود في السجل التجاري، في حين مكنت المادة (٢٨٢) من قانون الشركات الشريك من الاعتراض على قرار التحول بطلب يقدم إلى الشركة خلال ستين يوماً من تاريخ القيد.

وبناء على ما ورد في عجز المادة (٢٨١) من قانون الشركات من أن تحدد اللائحة التنفيذية شروط وإجراءات التحول، فقد نصت اللائحة التنفيذية في المادة (١٩٣/رابعاً) على قيد التحول بالسجل التجاري. بيد أنه مما يعاب على اللائحة التنفيذية في هذا الصدد أنها لم تنظم إجراءات اعتراض الشريك على قرار التحول، ولا سيما أن المادة (٢٨٢) من قانون الشركات قررت تقديم الشريك اعتراضه على قرار التحول إلى الشركة خلال ستين يوماً من قيد التحول بالسجل التجاري، مما يتطلب ضمان حقوق الشريك في إثبات تقديم الاعتراض خلال المدة المحددة.

سادساً - تعارض بين المادة (٣٢٢) من قانون الشركات والمادة (٦٧٤) من قانون التجارة بالنسبة إلى سلطة المصفي في طلب شهر إفلاس الشركة:

تعرض المادة (٣٢٢) من قانون الشركات حالة توزيع ناتج التصفية على الشركاء بعد وفاء ديون الشركة، وقد قرر المشرع في عجز المادة بأنه " ... وفي جميع الأحوال التي لا تكفي فيها أموال الشركة للوفاء بديونها يجوز للمصفي اتخاذ

الإجراءات المقررة في القانون لشهر إفلاس الشركة^(٣٠). ويستفاد من ذلك أن المشرع أعطى للمصفي سلطة طلب شهر إفلاس الشركة عند عجزها عن الوفاء بديونها، وهو ما يسمى شهر الإفلاس الإجباري، نتيجة إلى تخلف الشركة عن وفاء ديونها، ذلك أنه من حيث المبدأ يجوز شهر إفلاس الشركة ولو لم تقف عن دفع ديونها التجارية، وذلك إذا حلت ومضي في إجراءات تصفيتها وتبين أنها عاجزة عن الوفاء بديونها، وذلك إعمالاً للمادة (٢/٦٧١) من قانون التجارة وفي هذه الحالة مكن المشرع مصفي الشركة من طلب شهر إفلاسها، بمقتضى المادة (٣٢٢) من قانون الشركات.

بيد أنه ثمة تعارض بين حق المصفي في طلب شهر إفلاس الشركة وفق المادة (٣٢٢) من قانون الشركات والمادة (٦٧٤) من قانون التجارة، التي منعت المصفي من طلب شهر إفلاس الشركة إلا بعد الحصول على إذن بذلك من أغلبية الشركاء في شركات التضامن والتوصية البسيطة، ومن الجمعية العامة العادية في الشركات الأخرى، وذلك على خلاف الأشخاص أو الجهات التي منحها المشرع حق طلب شهر إفلاس التاجر وهو التاجر نفسه أو أحد دائنيه، كما يجوز للنيابة العامة طلب شهر إفلاس التاجر أو المحكمة من تلقاء نفسها وذلك بناء على ما جاء في المادة (٥٥٧) من قانون التجارة، كما يجوز لورثة التاجر طلب شهر إفلاسه بعد وفاته خلال السنتين التاليتين للوفاة حسبما نصت عليه المادة (٣/٥٦٢) من قانون التجارة.

ولا يغير من هذا النظر كون المشرع نص في عجز المادة (٣٢٢) من قانون الشركات أنه "... يجوز للمصفي اتخاذ الإجراءات المقررة في القانون لشهر إفلاس الشركة." من حيث إنه يدخل من ضمن تلك الإجراءات ضرورة حصول المصفي على إذن الشركاء لطلب شهر إفلاس الشركة، لأن لو كان المقصود من المادة (٣٢٢) من قانون الشركات ذلك، لما كانت ثمة حاجة إلى الفقرة الأخيرة للمادة (٣٢٢) من قانون الشركات، ولأمكن للمصفي اللجوء للمادة (٦٧٤) من قانون التجارة دون حاجة للنص على ذلك في المادة (٣٢٢) من قانون الشركات. والمقصود في قيام المصفي باتخاذ الإجراءات المقررة في القانون لشهر إفلاس الشركة، اتباع الإجراءات القانونية الواردة بشكل خاص في المواد (٥٦٢-٥٩٩) من قانون التجارة.

(٣٠) للمزيد من التفصيل حول أحكام الإفلاس في القانون الكويتي، انظر: عزيز العكيلي، أحكام الإفلاس في قانون التجارة الكويتي، الطبعة الأولى، الكويت ١٩٨٧. عبدالفضيل محمد أحمد، الإفلاس في القانون الكويتي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٩. أحمد عبدالرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، الجزء الأول الطبعة الثانية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص ٥٥٠-٥٨٩، ٢٠١٤.

ونحن نؤيد إعطاء المصفي سلطة طلب حل الشركة دون حاجة إلى الحصول على إذن الشركاء، بما يؤدي إلى إعمال المادة (٣٢٢) من قانون الشركات وذلك لأن المصفي هو الممثل القانوني للشركة أمام القضاء والغير، وإعمالاً لذلك نصت المادة (٦٧٦) من قانون التجارة على أنه: "يقوم النائب عن الشركة التي شهر إفلاسها مقامها في كل أمر يستلزم فيه القانون أخذ رأي المفلس أو حضوره". والمادة (٣٢٢) تنصرف إلى الإفلاس الإجباري الذي تعجز فيه الشركة عن الوفاء بديونها، كما أن حكم الإفلاس حكم مقرر لحالة الوقوف عن الدفع وليس منشئ لها، وهو الأمر الذي يجوز فيه للقاضي إرجاع تاريخ الوقوف عن الدفع إلى سنتين من تاريخ صدور الحكم بشهر الإفلاس، حسبما نصت عليه المادة (٢/٥٦٨) من قانون التجارة.

سابعاً – مجمل أحكام التصفية متعلقة بالنظام العام بما يتعارض مع الفقرة الأخيرة من المادة (٣٠٩):

نصت المادة (٣٠٥) من قانون الشركات على أنه: "... ويتبع في تصفية الشركة الأحكام المنصوص عليها في المواد التالية ما لم ينص في عقد الشركة على غير ذلك" (٣١). ومؤدي هذه الفقرة أن الأحكام الواردة في المواد (٣١٠-٣٢٦) هي أحكام مفسرة أو مكملة يجوز الاتفاق على خلافها، في حين أن مجمل هذه المواد أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، والمسائل التي تتضمن مجالاً لاتفاق الشركاء في عقد الشركة، هي قليلة جداً مقارنة مع الأحكام الأمرة ويمكن حصر الأحكام التي يجوز الاتفاق على خلافها بما يلي:

- (١) تعيين المصفي أو أكثر من الشركاء أو من غيرهم بحسب الفقرة الأولى من المادة (٣١٢).
 - (٢) تحديد طريقة بيع أموال الشركة بحسب المادة (٤/٣١٥).
 - (٣) تحديد الأغلبية المطلوبة لاتخاذ قرار من المصفين في حالة تعددهم بحسب المادة (٣١٦).
 - (٤) تحديد مدة تصفية الشركة بحسب المادة (٣١٨).
- لذلك ليس ثمة داع إلى إيراد الفقرة الأخيرة من المادة (٣٠٩) من قانون الشركات، حيث كان يتعين إلغاؤها، لأنها كانت واردة في قانون الشركات القديم في المادة (٣١).

(٣١) حول القواعد العامة لتصفية الشركات، انظر: عبد شخانبه، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، الناشر المؤلف ١٩٩٢.

ثامناً - الجمعية العامة المختصة بالموافقة على إصدار سندات قابلة للتحويل إلى أسهم:

تضمن الفصل السادس من الباب التاسع لقانون الشركات السندات والصكوك التي تصدرها شركة المساهمة العامة، وقد تضمن قانون الشركات الأحكام العامة لإصدار السندات والصكوك، حيث نصت المادة (٢/١٨٠) من قانون الشركات على أنه: "لا يجوز للشركة إصدار سندات أو صكوك إلا بعد استيفاء الشروط التالية... أن يصدر عن الجمعية العامة العادية قرار بإصدار السندات أو الصكوك...."، وفي مجال تحديد شروط إصدار سندات أو صكوك قابلة للتحويل إلى أسهم نصت المادة (١٨٧) من قانون الشركات على تطلب صدور قرار بذلك من الجمعية العامة العادية^(٣٢). ونود أن نبدي بعض الملاحظات على النحو التالي:

أولاً: على الرغم من أن المادة (١٩٢) من قانون الشركات نصت على ألا يجوز للشركة - بعد صدور قرار من الجمعية العامة بإصدار سندات أو صكوك قابلة للتحويل إلى أسهم - أن تخفض رأس مالها، بما حاصله تطلب صدور قرار من الجمعية العامة العادية، على هدي المادة (٢/١٨٠) من قانون الشركات والمادة (١٨٧) من قانون الشركات على النحو المتقدم، فإن المادة (١٩٠) من قانون الشركات نصت على أنه لا يجوز للشركة - بعد صدور قرار الجمعية العامة غير العادية بإصدار سندات أو صكوك قابلة للتحويل إلى أسهم أن توزع أسهماً مجانية أو أرباحاً من الاحتياطي، بما حاصله تعارض هذه المادة مع المواد المتقدمة في تطلبها عقد جمعية عامة غير عادية للموافقة على إصدار سندات أو صكوك قابلة للتحويل إلى أسهم.

ثانياً: تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان إصدار سندات أو صكوك يتطلب موافقة الجمعية العامة العادية على النحو المتقدم، فإن تمكين أو تخويل مجلس الإدارة في الاقتراض يتطلب صدور قرار من الجمعية العامة غير العادية، ذلك أن المادة (٢١٥) من قانون الشركات قد نصت على أن "... يبين في عقد الشركة مدى سلطة مجلس الإدارة في الاقتراض ورهن عقارات الشركة وعقد الكفالات والتحكيم والصلح والتبرعات". ومن المعلوم أن تعديل عقد الشركة لهذا الغرض يتطلب موافقة الجمعية

(٣٢) للمزيد من التفصيل حول السندات والصكوك التي تصدرها شركات المساهمة، انظر: المواد (١٧٨-٢٠٧) من قانون الشركات الكويتي. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص (٢٨٨-٣٠٤) ٢٠١٤.

العامة غير العادية حسبما نصت عليه المادة (٢٤٩) من قانون الشركات، ومقتضى ذلك أن الأصل العام عدم اختصاص مجلس الإدارة في الاقتراض إلا إذا نص على خلاف ذلك في عقد الشركة، من ثم أناط المشرع بعقد الشركة - أي بما يتفق عليه المساهمين - في تحديد مدى سلطة المجلس في الاقتراض، فإما يذهب العقد على تفويض المجلس في الاقتراض أو يتطلب موافقة الجمعية العامة العادية، كما هو الشأن في إصدار السندات أو الصكوك أو يشترط رفع الأمر إلى الجمعية العامة غير العادية.

تاسعاً - متطلبات شهر عقد الشركة لنفاذه في مواجهة الغير:

نصت المادة (٩) من قانون الشركات على أنه: "فيما عدا شركة المحاصة، يشهر عقد الشركة وما يطرأ عليه من تعديلات وفقاً لأحكام القانون، فإذا لم يشهر العقد على النحو المذكور كان غير نافذ في مواجهة الغير..." وهذه قاعدة عامة لم يستثن منها المشرع سوى شركة المحاصة، حيث تطلب المشرع شهر عقد الشركة وما طرأ عليه من تعديلات لنفاذه في مواجهة الغير، والشهر يتضمن النشر في الجريدة الرسمية والقيد في السجل التجاري، وعلى الرغم من ذلك فقد نصت المادة (٥٢) من قانون الشركات على أنه لا يجوز تعديل عقد شركة التضامن إلا بقرار يصدر من اجتماع الشركاء بالأغلبية العديدة للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع رأس المال، وينفذ التعديل بالقيد، وتسري هذه المادة على شركة التوصية بالأسهم بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (٥٧) من قانون الشركات.

كما نصت المادة (١١٧) من قانون الشركات على أن تنفذ قرارات الجمعية العامة غير العادية للشركة ذات المسؤولية المحدودة - التي من ضمنها تعديل عقد الشركة - بقيدتها بالسجل التجاري. في حين أن المشرع نص في المادة (٢٥٠) من قانون الشركات على أنه لا تنفذ قرارات الجمعية العامة غير العادية - ومن ضمنها تعديل عقد الشركة - إلا بعد اتخاذ إجراءات الشهر، وهو ترديد للقاعدة العامة التي أرساها المشرع في المادة (٩) من قانون الشركات مما يحمل تكرار في القاعدة العامة والقاعدة الخاصة.

عاشراً - عدم تحديد الشكل القانوني للشركة ذات الغرض الخاص:

إذا كان مقبولاً عدم تحديد المشرع الشكل القانوني للشركة التي تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية، لأنه من الجائز أن تعمل الشركة على هذا النحو تحت أي شكل من الأشكال القانونية للشركات، حيث إن طريقة العمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية لا تتنافى مع الشكل القانوني للشركة، مهما كان ذلك الشكل، بيد أن الشركة ذات الغرض الخاص تنشأ من أجل القيام ببعض الأغراض الخاصة، وهي في القوانين

المقارنة يكون فيها الشركاء من ذوي المسؤولية المحدودة، لذلك كان ينبغي تحديد الشكل القانوني لها، إما شركة شخص واحد أو ذات مسؤولية محدودة أو مساهمة.

الخاتمة:

تبين مما تقدم أن ثمة عجلة في إصدار قانون الشركات، حيث انعكس ذلك على صياغة غير منضبطة في بعض موادها، ظهر ذلك في تكرار بعض الأحكام في مواد متفرقة، أو تعارض بين مواد مختلفة، أو غموض في تحديد الجهة المختصة لإصدار قرار معين، أو الخلط بين المصطلحات القانونية أو قصر في تنظيم مسائل معينة.

الحماية القانونية للاختراعات وفقاً للقانون الكويتي في ضوء أحكام القانون المقارن (دراسة معمقة في الملكية الفكرية)

تأليف: أ. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل*
عرض وتحليل: السيد المخزنجي**

صدر حديثاً عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، كتاب بعنوان: الحماية القانونية للاختراعات وفقاً للقانون الكويتي في ضوء أحكام القانون المقارن - دراسة معمقة في الملكية الفكرية للدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أستاذ القانون المدني - كلية الحقوق - جامعة الكويت

أهمية الكتاب:

نظراً للدور المهم الذي تقوم به الاختراعات والبراءات في تنمية المجتمع وتحقيق نهضته وتقدمه، جاء هذا الكتاب يلقي الضوء على الحماية القانونية - الوطنية والدولية - التي تتمتع بها الاختراعات والبراءات، وذلك من خلال ثلاثة موضوعات وهي: التعريف بالاختراعات والبراءات، وعرض أنواعها المختلفة وأحكامها، والحماية الوطنية للاختراعات - قبل وبعد - حصولها على البراءة، حيث تشمل نوعين من الحماية: الحماية الخاصة للبراءات التي تنظمها القوانين الداخلية، وأنواعها وأحكامها ومن يتمتع بها، والحماية وفقاً للقواعد العامة التي تنظم المسؤولية المدنية بصفة عامة، ووفقاً لقواعد السرية، مع التطبيق لقواعد المنافسة غير المشروعة. أما الموضوع الثالث، فهو الحماية الدولية للبراءات وهي الحماية التي تنظمها الاتفاقات الدولية المنظمة لبراءات الاختراع على الصعيد الدولي، من حيث نطاق الحماية وشروطها وأحكامها كذلك.

محتويات الكتاب:

يقع الكتاب في (٥٣٥) خمسمائة وخمس وثلاثين صفحة من القطع المتوسط، مقاس (٢٤ × ١٧سم) ويضم بين دفتيه ثلاثة أبواب رئيسية، ومقدمة وخاتمة، وقائمة

(*) أستاذ القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة الكويت.

(**) صحفي، عضو اتحاد الكتاب، القاهرة، مقيم بالكويت.

المراجع باللغتين العربية والأجنبية، بالإضافة لـ (٣) ملاحق، وملخص للكتاب باللغتين العربية والإنجليزية. وفيما يلي عرض موجز لمحتويات الكتاب.

بداية.. على الرغم مما تؤديه الاختراعات والابتكارات البشرية التي يتوصل إليها المبدعون والموهوبون من الإسهام في تحقيق تقدم المجتمعات الإنسانية ورفاهيتها ونهضتها، بل وتميزها وتفرداها بين الدول وبعضها، إلا أن الاهتمام القانوني بالمخترعين واختراعاتهم يُعد حديثاً نسبياً، إذ إنها لم تحظ باهتمام جدي من قبل المشرعين إلا مع بدء الثورة الصناعية، وما صاحبها من نقلة تقنية قوية في منتصف القرن قبل الماضي، وأن التنظيم القانوني لحماية المخترعين والمبتكرين قد بدأ في عام ١٥٧٤م (ص ٦ من الكتاب).

أما في الكويت فقد كان أول تنظيم لبراءات الاختراع بمقتضى القانون رقم (٤) لسنة ١٩٦٢م، في شأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، ثم صدرت بعد ذلك لائحته التنفيذية بقرار وزير التجارة رقم (١٥) لسنة ١٩٩٥.

شروط منح براءات الاختراع:

في الباب الأول للكتاب يتناول المؤلف بيان المقصود بالاختراع والبراءة وأنواعها، والشروط الواجب توافرها لمنح الاختراع براءة لحمايته، وهي: الابتكار، والجدة، والقابلية للاستغلال الصناعي، وأن الاختراع الذي يحظى بالحماية القانونية (للبراءة) يجب أن يكون نافعاً ومفيداً للمجتمع، بما يقدمه من منتجات صناعية جديدة، أو طرق ووسائل مستحدثة، أو مجرد تطبيق لطرق صناعية معروفة (ص ١٧ من الكتاب). فدور (البراءة) وفائدتها إذن، يتمثل في تمكين المخترع من الاستئثار بحق الاحتكار لاختراعه بأن يكون مقصوراً عليه، وأن هذا المنح بمثابة (اعتراف) من الجهة المانحة للمخترع بهذا الحق، ومن ثم حفزه وتشجيعه على الابتكار والإبداع، من قبل الجهة الإدارية المختصة. ومن ثم تُعد البراءة هنا سنداً قانونياً لحق المخترع في الاختراع وما يمنحه له من حقوق ومزايا أدبية ومالية يتيح له الانفراد به (أي بالحق) والاستئثار بمزاياه المتعددة.

أما بالنسبة لشروط الابتكار في النظام الكويتي التي فصل لها المؤلف في الفصل الأول من هذا الباب، فتستند إلى المادة الأولى من قانون براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية الكويتي الذي يشترط لذلك أن يكون الاختراع مبتكراً، وأن يكون الاختراع جديداً، وأن يكون الاختراع قابلاً للاستغلال الصناعي.

وينتقل المؤلف بعد ذلك للحديث عن تطبيقات وصور الابتكار المختلفة التي

تؤهل منح البراءة للمخترع على اختراعه وابتكاره والتي تتبلور في "جدة" و"إمكانية" استخدام (المنتج) الاختراع ووسيلة أو طريقة ذلك ... حيث تقتصر الحماية التي تضيفها (البراءة) على الاختراع المتمثل في منتج جديد على المنتج ذاته. بعيداً عن حماية الأثر أو النتيجة التي يحققها هذا المنتج (ص ٥٤، ٥٥ من الكتاب).

ويشير المؤلف بعد ذلك إلى الشروط التي يجب توافرها في الاختراع ليحظى بالحماية القانونية، وهو (جدة الاختراع)، بمعنى عدم سبق الإفصاح عن الاختراع وإذاعة سره، وهو المقصود بشرط الجدة والهدف منه. وأن الحكم على ذلك يرجع إلى معيار التقدير الموضوعي، الذي يُترك لقاضي الموضوع. وقد أخذ المشرع الكويتي - في هذا الصدد - بالجدة المطلقة، قاصداً بذلك الحفاظ على الاقتصاد الوطني والعمل على إنمائه وتقدمه، تحقيقاً للصالح العام (ص ٨٩ من الكتاب).

أما الشرط الآخر الذي يجب توافره في الاختراع فهو "فائدته ومنفعته" العملية التي تسهم في التقدم الصناعي والتنموي بصفة عامة، وأن يكون الاختراع قابلاً للتطبيق العملي، بمعنى ترجمته إلى شيء مادي ملموس بصورة يمكن معها الاستفادة منه عملياً عن طريق استعماله أو استغلاله واستثماره في أي مجال من المجالات الصناعية المتعددة.

الحماية الوطنية للاختراعات:

في الباب الثاني من الكتاب يعرض المؤلف بالشرح والبيان للحماية الوطنية وحالاتها ونطاقها، وكذلك الحماية الإقليمية - وفقاً لنظام مجلس التعاون الخليجي- والتي تقع في مركز وسط بين الحماية الوطنية والحماية الدولية من حيث نطاقها ومجالها أيضاً.

ويذكر المؤلف - في الفصل الأول من هذا الباب - أن المقصود بالحماية الوطنية الخاصة، تلك الحماية التي يضيفها قانون الدولة التي تم تسجيل الاختراع بها، والحصول على البراءة بعد توافر شروطها الموضوعية والإجرائية التي يحددها القانون الوطني الذي ينظم براءات الاختراع، والتي قد تختلف من بلد لآخر، وأن حماية حق المخترع لا تقتصر على الحماية الوطنية أو الإقليمية، وإنما تمتد أيضاً إلى الحماية الدولية، كما تتمتع أيضاً بالحماية التي تقرها القواعد القانونية العامة، سواء تمثلت في قواعد المنافسة غير المشروعة، أو قواعد المسؤولية التقصيرية، بصفة عامة.

وتشمل هذه الحماية القانونية الخاصة التي تمنحها (الجهة الإدارية المختصة)

براءة الاختراع للمخترع ثلاثة أمور هي: المستفيد من الحماية (الاختراع) وصاحبه، وأحكام الحماية (مضمونها ومداها) ووسائل تلك الحماية، حيث حددت المادة (٥) من القانون الكويتي الأشخاص الذين يحق لهم التقدم بطلب الحماية للاختراع، في حين أوضحت المادة (٦) من نفس القانون من تؤول إليه حقوق المخترع، سواء أكان المخترع نفسه أم الغير (وهم ورثته) الذين يكون لهم حق التقدم بطلب البراءة عن الاختراع الذي توصل إليه مورثهم... (ص ١٤٧ من الكتاب)، ثم المستفيد من الحماية، - وهو المخترع نفسه - والذين حددتهم المادة (٥) من القانون المذكور. وكذلك من تؤول إليهم حقوق المخترع، واختراعات موظفي الدولة ومن في حكمهم، وحقوق المخترع والتزاماته، وواجبات المخترع، والمركز القانوني للمخترع قبل وبعد التقدم بطلب البراءة (ص ١٤٢ - ١٩٦ من الكتاب).

وسائل حماية حق المخترع:

أما وسائل حماية حق المخترع فيوضح المؤلف أنها لا تقتصر على رعايته ومنحه الحقوق والسلطات على اختراعه، وإنما فعلَ المشرع هذه الحماية بتقرير المسؤوليات والجزاءات القانونية التي توقع على كل من يعتدي على حقوق المخترع، وهو ما يتمثل في نوعين من المسؤولية هما: المسؤولية الجزائية (العقوبة) والمسؤولية المدنية (التعويض) إلى جانب حق المخترع في اتخاذ الإجراءات التحفظية والمصادرة. وقد نظم ذلك كله القانون الكويتي رقم (٣) لسنة ٢٠٠١م لبراءات الاختراع، تحت عنوان "أحكام مشتركة .. الجرائم والجزاءات"، وهو ما فصل له الكتاب في (ص ١٩٧ - ٢٠٨).

أما بالنسبة للحماية القانونية وفقاً للقواعد العامة أو ما يسميه المؤلف "حماية الاختراع في ذاته" فقد أوضح أنها تنصب على نوعين هما: حماية الاختراع بقواعد السرية، وحمايته بقواعد المنافسة غير المشروعة (ص ٢١٥-٢٣٨ من الكتاب). فالحماية التي تضفيها دعوى المنافسة غير المشروعة للمخترع هدفها المباشر - كما يقرر المؤلف - هو "حماية القدرة التنافسية للمخترع حتى لا يستفيد المنافسون له من جهوده، وما بذله من وقت ومال .. والمهم ألا يكون اختراعه في متناول غيره من المنافسين في ذات المجال المحمي (ص ٢٥٦ من الكتاب).

وهنا يلفت المؤلف النظر إلى أن المشرع الكويتي لم يقصر جزاء المنافسة غير المشروعة على المسؤولية المدنية والتعويض (فحسب) وإنما قرر إلى جانب ذلك عقوبة جزائية تطبق على المعتدي تصل إلى غرامة مالية لا تتجاوز مائة ألف دينار، أو

ما يساوي قيمة المكاسب غير المشروعة المحققة أيهما أكبر (م/١٩) من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧م في شأن حماية المنافسة.

وفيما يتعلق بالحماية الإقليمية - نظام مجلس التعاون الخليجي- يشير المؤلف إلى اعتماد دول مجلس التعاون ما يسمى بـ "المكاتب الإقليمية لبراءات الاختراع" الذي أقره في دورته الثالثة في ديسمبر ١٩٩٢م، وتم تعديله في دورته العشرين في نوفمبر ١٩٩٩م، حيث يشترط المكتب في الاختراع المطلوب تسجيله أن تتوفر فيه ستة شروط: أن يكون الاختراع جديداً ومتضمناً خطوة ابتكارية، وقابلاً للتطبيق الصناعي، ولا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة في مجلس التعاون (ص ٢٦٧ من الكتاب).

الحماية الدولية للاختراعات

في الباب الثالث والأخير من الكتاب يعرض المؤلف لمدى الاهتمام الدولي بالملكية الفكرية، خاصة في الشق المتعلق ببراءة الاختراع بسبب ارتباطه الشديد بالتجارة ونقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية. ويركز المؤلف في هذا الجزء الأخير من كتابه على بيان القواعد والمبادئ التي تقوم عليها الحماية الدولية لبراءات الاختراع، وإنفاذ قواعد براءات الاختراع وتسوية منازعاتها على المستوى الدولي، وأسبق ذلك بمبحث تمهيدي عرض فيه للاهتمام الدولي لبراءات الاختراع، بسبب فداحة الخسائر والأضرار التي تلحق بالدول إثر الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية، ولما يترتب على القرصنة الفكرية من اعتداء على الحقوق الخاصة، وتهديد الاقتصاد والاستثمار، وعرقلة الإبداع الفكري، وهو ما اضطلعت به المنظمات الدولية ذات الصلة، والاتفاقيات الدولية التي أبرمت في هذا الشأن.

ويأتي في مقدمة تلك المنظمات: المنظمة العالمية للملكية الفكرية "WIPO"، ومنظمة التجارة العالمية (World Trade Organization (WTO حيث خصصت لبراءات الاختراع اتفاقاً خاصاً هو اتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ... المعروف بـ (TRIPS) (ص ٢٨٢-٢٨٨ من الكتاب).

وقد خصص المؤلف الفصل الأول في هذا الباب للحديث عن قواعد الحماية الدولية للاختراعات وفقاً لاتفاقية "باريس"، وكذلك الحماية الدولية للاختراعات وفقاً لاتفاقية "تربس". وتتمثل الحماية الدولية التي قررتها اتفاقية باريس في خمسة مبادئ وقواعد هي: مبدأ المعاملة الوطنية، حق الأولوية، قاعدة عدم التعارض، قاعدة استغلال البراءات، وحماية الاختراعات في المعارض الدولية، في حين تتكون اتفاقية "التربس" من ٧٣ مادة موزعة على سبعة أجزاء، تنظم الأحكام العامة للاتفاقية

ومبادئها الأساسية... وقد انضمت الكويت إلى هذه الاتفاقية بموجب القانون رقم (٨١) لسنة ١٩٩٥م، وتتجلى أهمية "التربس" في أنها وضعت بعض المعايير العامة المنظمة لمختلف الحقوق وألزمت الدول الأعضاء (الموقعة عليها) بمراعاتها، باعتبارها حداً أدنى لما يجب أن تلتزم به عند وضع تشريعاتها الداخلية.

أما بالنسبة لاتفاقية "التربس" وحمايتها لبراءات الاختراع، فيشير المؤلف لـ "قواعد الحماية في مجال براءات الاختراع" في المادة (٢٧) من الاتفاقية من عدم جواز امتناع الدول الأعضاء عن منح براءات اختراع لمجرد أن قوانينها الداخلية لا تجيز ذلك... وأن "كل الاختراعات وفق هذه الاتفاقية قابلة - بحسب الأصل العام- للحصول على براءة، ما لم ينص على غير ذلك (ص ٣١٣ من الكتاب).

ولكن المؤلف يأخذ على هذه الاتفاقية أنها غالت كثيراً وتمادت في حماية المخترع ومصالحه المالية على حساب المصالح الأخرى التي يجب أن تتغياها البراءة (ص ٣١٩ من الكتاب) وفي الوقت ذاته تشددت الاتفاقية في منح التراخيص الإجبارية التي يمكنها أن تلعب دوراً فاعلاً للحد من المغالاة في هذه الحقوق. حيث تتشدد كثيراً في منح التراخيص الإجبارية لاستغلال براءات الاختراع، تلك التراخيص التي تمثل أداة مهمة لنقل التكنولوجيا للدول النامية.

أيضاً في الفصل الثاني من هذا الباب يتناول الكتاب "إنفاذ قواعد براءات الاختراع وتسوية منازعاتها"، فيشير إلى أن القواعد والأحكام المنظمة لبراءات الاختراع وفرض حمايتها - مهما كانت قوتها وفعاليتها - لا تكفي وحدها لاحترامها والتقدير بها، وإنما يجب تفعيلها بما تقرره من حقوق وتفرضه من التزامات بصفة خاصة على الصعيد الدولي، وذلك بسبب الآثار الناجمة عن انتهاك قواعد البراءات الممتدة إليه، حيث عالج الكتاب ذلك من خلال إنفاذ تلك القواعد من جهة، وتسوية منازعات براءات الاختراع من جهة أخرى (ص ٣٥١ - ٤١٣ من الكتاب).

ويستوقف القارئ للكتاب حديث المؤلف عن مرحلة (التحكيم) Arbitrage التي تأتي ضمن مراحل تسوية المنازعات، التي نصت عليها المادة (٢٥) من نظام التفاهم "بالنسبة للتحكيم السريع والقواعد والأحكام المنظمة للتحكيم بصفة عامة، حيث يتبلور الإطار العام لهذا التحكيم في ستة أمور (ص ٤١٤ - ٤١٨ من الكتاب)، ثم "الواسطة" وقواعدها وفقاً لنظام الويبيو، (ص ٤١٩-٤٣٦). والشروط الواجب توافرها في المحكم وسلطات محكمة التحكيم وإجراءات التحكيم وقواعده، وتكلفة التحكيم، والتحكيم المعجل، والوساطة المتبوعة بالتحكيم - وفقاً للقواعد التي وضعتها اتفاقية "الويبيو" (ص ٤٣٧-٤٧١ من الكتاب).

تعقيب وملاحظة:

ليس ثمة شك في أهمية وقيمة هذا الكتاب والجهد العلمي المتمرس والخبرة الكبيرة التي بذلها الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل في هذا الكتاب الذي أتوقع له - بإذن الله - حصوله على جائزة أفضل كتاب إذ قدم إلى جائزة مؤسسة الكويت للتقدم العلمي السنوية، من قبل مجلس النشر العلمي (لجنة التأليف والنشر) بجامعة الكويت، فمن مميزات الكتاب ما توصل إليه د. الدسوقي في دراسته لموضوعاته، من جملة نتائج وتوصيات من أهمها: مطالبة المؤلف المشرع الكويتي بضرورة الإسراع في تطبيق نظام الفحص الفني الموضوعي، قبل منح براءات الاختراع، وعدم اكتفائه بالفحص الشكلي أو الإجرائي.. وذلك عن طريق الاستفادة من الخدمات التي تقدمها المنظمات الدولية في هذا المجال. وكذلك مطالبة المشرع الكويتي بالأخذ بالجدّة المطلقة بدلاً من الجدّة السرية (النسبية) التي تأخذ بها الكويت شرطاً لمنح براءة الاختراع، تحاشياً للانتقادات الموجهة لهذه الطريقة.

